



T.C

**BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**DOKTOR MUSTAFA ez-ZELEMÎ'NİN FIKHÎ ve  
KANUNÎ GÖRÜŞLERİ (AİLE HUKUKU ÖRNEĞİ)**

**Hazırlayan**

**REDAR RAOOF AHMED**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Danışman**

**Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZDEMİR**

**Bingöl-2017**



## المحتويات

1.....	المقدمة
9.....	قائمة الرموز والإختصارات
10.....	الفصل التمهيدي
11.....	المبحث الاول
11.....	سيرة الدكتور مصطفى الزلمي
22.....	المبحث الثاني
22.....	المطلب الاول: تعريف المصطلحات المتعلقة بعنوان البحث
28.....	الفصل الأول
28.....	آرائه الفقهية والقانونية في الزواج
30.....	المسألة الاولى: الخطبة:
32.....	المسألة الثانية: شروط الزواج:
33.....	المسألة الثالثة: الزواج:
37.....	المسألة الرابعة: النسب:
39.....	المسألة الخامسة: زواج الشغار:
42.....	المسألة السادسة: نفقة الزوجة:
44.....	المسألة السابعة: الولاية:
46.....	المسألة الثامنة: النشوز:
49.....	المسألة التاسعة: الإكراه:

52.....	الفصل الثاني.....
52.....	ارائه الفقهية والقانونية في الطلاق
55.....	المسألة الأولى: طلاق الحائض
57.....	المسألة الثانية: حق طلب التفريق القضائي للزوجة في قانون الأحوال الشخصية العراقي:
67.....	المسألة الثالثة: الطلاق الثلاث
70.....	المسألة الرابعة: الحضانة:
76.....	المسألة الخامسة: صيغة الطلاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي:
77.....	المسألة السادسة: فسخ الزواج:
79.....	الفصل الثالث
79.....	الميراث والوصية وحق الانتقال
80.....	المسألة
86.....	المسألة الثانية: المساواة بين الذكر والانثى في أحكام الحجب من الميراث
87.....	المسألة الثالثة: حق الزوجة في التركة:
89.....	المسألة الرابعة: نصيب الزوجة من التركة عن طريق الرد:
90.....	المسألة الخامسة: الوصية لقاتل الموصي:
92.....	المسألة السادسة: حكم راتب التقاعد بعد وفاة المتقاعد:
96.....	المسألة السابعة: قوة قرابة الجدة:
98.....	المسألة الثامنة: ذوي الارحام
100.....	المسألة التاسعة: ميراث الخنثى
112.....	قائمة المصادر

# **BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ**

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “**Doktor Mustafa Ez-Zelemlî’nin Fıkhi ve Kanuni Görüşleri (Aile Hukuku Örneği)**” adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlanmasına kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

30.06.2017

**Redar Rauf AHMED**

**BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

**Redar Raof AHMED** tarafından hazırlanan “**Doktor Mustafa Ez-Zelemi’nin Fıkhi ve Kanuni Görüşleri (Aile Hukuku Örneği)**” başlıklı bu çalışma, 13.06.2017 tarihinde yapılan tez savunma sınavı sonucunda [oybirliği/oy çokluğuyla] başarılı bulunarak jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

**TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ (Unvanı, Adı ve Soyadı)**

**Danışman** : Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZDEMİR İmza: .....

**Üye** : Doç. Dr. Metin YİĞİT İmza: .....

**Üye** : Yrd. Doç. Dr. İsmail NARİN İmza: .....

**ONAY**

Bu Tez, Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun ...../...../ 201.. tarih ve ..... sayılı oturumunda belirlenen jüri tarafından kabul edilmiştir.

Unvanı Adı Soyadı

Enstitü Müdürü

بسم الله الرحمن الرحيم

## المقدمة

الحمد لله الذي يقول الحق وهو يهدي السبيل، والصلاة والسلام على نبينا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، جدد الله به رسالة السماء، وأحيا ببعثته سنة الأنبياء، ونشر بدعوته آيات الهداية، وأتم به مكارم الأخلاق وعلى آله وأصحابه، الذين فقههم الله في دينه، فدعوا إلى سبيل ربهم بالحكمة والموعظة الحسنة، فهدى الله بهم العباد، وفتح على أيديهم البلاد، وجعلهم أمة يهدون بالحق إلى الحق تحقيقاً لسابق وعده: { وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا يَعْبُدُونَنِي لَا يُشْرِكُونَ بِي شَيْئًا وَمَنْ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ }<sup>(1)</sup> فشكروا ربهم على ما هداهم إليه من هداية خلقه والشفقة على عباده، وجعلوا مظهر شكرهم بذل النفس والنفيس في الدعوة إلى الله تعالى.

وبعد:

الحمد لله الذي تفضل عليّ أن عشت ست سنوات وشهرين من عمري مع الاستاذ الدكتور مصطفى الزلمي وكنت مشرفاً على أعماله، وأعمل معه كل أيام الاسبوع عدا يوم الجمعة أربعة ساعات في مراجعة مؤلفاته واعداده للطبع والنشر، وكنت حاضراً في مجالسه مع الاساتذة والعلماء، وله فضل كبير عليّ.

واختياري لهذا العنوان ليكون موضوع رسالة الماجستير جزء من وفائي له، أدعو الله أن يدخله فسيح جناته، وأن يوفقني لكتابة هذه الرسالة بشكل تكون بمستوى علم استاذي وشيخي الدكتور مصطفى الزلمي.

## أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره:

لهذا البحث أهمية كبيرة في الظروف الراهنة للاعتبارات الآتية:

الدكتور مصطفى الزلمي عاش عمراً طويلاً، درس من خلاله العلوم الآلية المدروسة في المدارس الشرعية على يد أفضل علماء ومشايخ كردستان في العراق وإيران، وبعدها دخل المدارس الحكومية ليكمل كلية القانون وبعدها الماجستير في الفقه المقارن وماجستير في

<sup>1</sup> سورة النور/55

القانون، ودكتوراه في الفقه المقارن ودكتوراه في القانون، فجمع من خلال دراسته للشريعة الإسلامية والقانون علماً غزيراً، إجتهداً بصيراً، وله مؤلفات غزيرة، وتظهر أهمية الموضوع في النقاط الآتية :

- 1- القاء الضوء بشكل أوسع على سيرة الدكتور الزلمي وجوانب من حياته التي لم يتحدث عنها من قبل.
- 2- معرفة منهج الدكتور الزلمي وكيفية استنباطه للاحكام الشرعية.
- 3- جهوده الفقهية والقانونية في مسائل الاحوال الشخصية.
- 4- العلاقة المباشرة للموضوع بالأسرة والمجتمع بصفة يومية.
- 5- أهمية آرائه الفقهية والقانونية في الزواج والطلاق والميراث والوصية وحق الانتقال.

### **أسباب إختيار الموضوع:**

إن للسنوات الست التي عشتها مع الدكتور مصطفى الزلمي لها أثر كبير علي، ودفعني إلى إدراك أهمية آرائه المستنيرة لمجتمعنا الإسلامي في الاحوال الشخصية، وخالصة أسباب إختياري للموضوع هي:

- 1- حبي لدراسة موضوع الأحوال الشخصية من الجانب الفقهي والقانوني.
- 2- إهتمام الدكتور الزلمي بهذا الجانب في مؤلفاته بشكل خاص، ووفاءً لجهوده في هذا الجانب.
- 3- تشجيع المشرف على رسالتي الدكتور ابراهيم أوزدمير على اختيار الموضوع ليكون موضوع رسالتي.
- 4- القاء الضوء على جهود هذا العالم الكردي المعاصر في الدراسات الفقهية والقانونية.

### **الدراسات السابقة:**

الدراسات العلمية حول مؤلفات الدكتور مصطفى الزلمي ليست بكثيرة، هناك رسالتي ماجستير عن مؤلفاته:

الاولى قامت بها الطالبة مديحة صالح مهدي تحت عنوان: الدكتور مصطفى الزلمي وآراؤه الاصولية والقانونية.

والثانية قام بها الطالب عبدالله ملا احمد، احمد اوائي بعنوان: جهود الدكتور مصطفى الزلمي ومنهجه في الدراسات القرآنية .

وإضافتي لهذه الدراستين ستكون في النواحي الآتية:



1- إلقاء الضوء على آراء الدكتور مصطفى الزلمي في الأحوال الشخصية التي لم تكن موضوع البحث في الرسالتين.

2- إضافة معلومات لم تنشر عن حياة الدكتور الزلمي ومنهجيته في الكتابة.

### منهجي في البحث:

منهج البحث قائم على المنهج الوصفي التحليلي الذي يستند إلى الكتب والمراجع الفقهية الإسلامية في ثمانية مذاهب (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنبلية، والزيدية، والجعفرية، والاباضية، والظاهرية) والمراجع القانونية المتعلقة بموضوع الرسالة من أجل تحليل الآراء الفقهية والقانونية للدكتور الزلمي بشكل علمي ومنهجي، بالشكل الآتي:

1. الرجوع إلى مؤلفاته واستقراء آرائه منها مباشرة.
2. توخي الإيجاز وعدم الإطناب في هذا العمل.
3. مقارنة آرائه مع المذاهب الإسلامية.
4. التعقيب على آرائه بعد شرحها.
5. تخريج النصوص والنقول في الهامش.
6. شرح الكلمات الصعبة إن وجدت في الهامش.
7. إثبات فهارس للآيات والأحاديث النبوية، ومراجع البحث، وفهرس جامع للموضوعات.

### مشكلة البحث:

مؤلفات الدكتور مصطفى الزلمي كثيرة جدا والاطلاع بدقة على مواضعها في الأحوال الشخصية من جانب الفقهي والقانوني بحاجة الى وقت أطول ودراسة أكثر.

هذا من جانب، ومن جانب آخر، وقت كتابة الرسالة يأتي بعد وفاة الدكتور الزلمي (رحمه الله) وهناك كثير من الأعمال على عاتقي يجب القيام بها، مثل مراجعة مؤلفاته الغير المنشورة وإعدادها للطبع، والإشراف على مشروع ترجمة كل مؤلفاته للغة الكردية، هذان الموضوعان يأخذان وقتا كثيرا مني.

واتساع دراسات الدكتور، فهو يطلع على ثمانية مذاهب اسلامية وقوانين الكثير من الدول العربية.

## خطة البحث

اقتضت البحث في هذا الموضوع أن تكون في مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة فصول وخاتمة للنتائج والتوصيات مع ملحق، على النحو الآتي:

### • المقدمة:

وتشمل ما يلي:

- أهمية البحث.

-أسباب اختيار الموضوع.

- الدراسات السابقة.

- مشكلة البحث.

- منهج البحث.

وجعلت البحث في فصل تمهيدي وثلاثة فصول، وتحت كل فصل مباحث:

### • الفصل التمهيدي: قسمت هذا الفصل الى مبحثين،

- المبحث الاول عن سيرة الدكتور مصطفى الزلمي:

أولاً: سيرته.

ثانياً: دراسته.

ثالثاً: منهجيته العلمية.

رابعاً: اثر الفلسفة والمنطق على آرائه.

- المبحث الثاني: خاص بتعريف المصطلحات الموجودة في عنوان البحث.

**الفصل الاول: الآراء الفقهية والقانونية للدكتور مصطفى الزلمي في الزواج.**

**الفصل الثاني: آراؤه الفقهية والقانونية في الطلاق.**

**الفصل الثالث: آراؤه الفقهية والقانونية في الميراث.**

مع خاتمة البحث والتوصيات وملحق.

وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

## الملخص

برزت في كوردستان نجوم لامعة في سماء خدمة الاسلام بجوانبه المتعددة، والدكتور مصطفى الزلمي (1924-2016) من العلماء المعاصرين البارزين الذين خدموا الاصول والفقہ الاسلامي والقانون بشتى مجالاته، وله مؤلفات غريزة في هذا المجال تبلغ أكثر من (60) مؤلفاً.

عنوان الرسالة: (الدكتور مصطفى الزلمي وآراءه الفقهية والقانونية في الاحوال الشخصية) ، دراسة تشمل آراء ثمانية مذاهب اسلامية (الحنفية والحنبلية والشافعية والمالكية والجعفرية والزيدية والاباضية والظاهرية) مقارنة بقانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ. تتكون الدراسة من مقدمة و فصل تمهيدي وثلاثة فصول و خاتمة .

أما المقدمة فقد ذكرت فيها أهمية الموضوع واسباب إختياري له والدراسات السابقة والصعوبات التي واجهتها ومنهجي في دراسة الموضوع. و الفصل التمهيدي يتضمن مبحثين:

في المبحث الاول حاولت إلقاء الضوء على سيرة الدكتور مصطفى الزلمي الذاتية والعلمية ومنهجيته في دراساته بشكل مختصر مفيد وفي المبحث الثاني بينت تعريف المصطلحات المتعلقة بموضوع البحث مع سرد موجز لتأريخ قانون الاحوال الشخصية في العراق بشكل عام وقانون الاحوال الشخصية النافذ بشكل خاص.

اما الفصل الاول فقد درست فيه آراءه الفقهية والقانونية في الزواج، واخترت من بين آرائه نماذج، قمت بتعريف كل مسألة من الجانب اللغوي والاصطلاحي وبينت رأيه حولها مع أهم ادلته ومقارنته بأدلة مخالفي هذا الرأي وعرض إقتراحاته مع بيان التكييف الفقهي أو القانوني للمسألة والتعقيب عليها بشكل علمي محايد.

وفي الفصل الثاني تطرقت لدراسة آرائه الفقهية والقانونية في الطلاق واخترت ايضاً نماذج منها مع بيان أهم أدلته في كل مسألة مع التكييف الفقهي أو القانوني ومناقشة الآراء الاخرى حول كل مسألة، مع التعقيب على كل رأي.

كما هو معروف كثير من مسائل الزواج والطلاق، ومتعلقاتها .. يوجد فيها أقوال عدة ومتباينة للفقهاء .. وهي متفاوتة فيما بينها من حيث القوة والضعف، ومن حيث موافقة النص أو البعد عنه .. حاولت قدر الامكان البحث عن مدى صحة القول أو ضعفه، ومدى موافقته لأدلة الكتاب والسنة أو مخالفته.

وفي الفصل الثالث تناولت أهم آرائه في الوصية والميراث، كما حاولت مناقشة آرائه وترجيحاته وبيان أدلته وأدله معارضية حول كل مسألة، وفي المواضيع القانونية بينت التكييف القانوني لكل مسألة مع ذكر مقترحاته للتعديل أو حذف فقرة أو مادة قانونية وقارنت آراءه القانونية مع ما جاء في الفقه الاسلامي المقارن في الموضوع، مع تعقيب ملخص حول كل مسألة سواء كنت موافقا لرأيه أو مخالفا له.

بذلت ما في وسعي لبيان القدرة الفائقة للدكتور مصطفى الزلمي على الترجيح، ومن ثم التعليل والبرهنة على صحة ترجيحه .. إذ نرى في ترجيحاته وآراءه استدلاله بأدلة من القرآن والسنة وأقوال العلماء ويرجح الرأي الذي يستقر معه كيان الاسرة وبقاؤه، وتوحيد قانون الاحوال الشخصية في البلدان الاسلامية.

مع خاتمة للنتائج والتوصيات وملحق وملخصات باللغات التركية والانجليزية والعربية.

أرجو أن أكون قد وفقت في دراسة الموضوع بشكل يليق بمستوى الدكتور مصطفى الزلمي وأن تكون الدراسة في خدمة الفقه الاسلامي والقانون المقارن .

الكلمات المفتاحية: الآراء الفقهية والقانونية، الأحوال الشخصية، الزلمي.

## ÖZET

Kürdistan’da İslam’a birçok açıdan hizmet eden parlak şahsiyetler zuhur etmiştir. Farklı yönleriyle usûl, İslam fihî ve hukuka hizmet eden ve bu konuda 60’a yakın eser kaleme alan Prof. Dr.Mustafa Zelmî de (1924-2016) söz konusu parlak şahsiyetlerden biridir.

Tezimizin başlığı “DOKTOR MUSTAFA EZ-ZELMÎ’NİN FIKHÎ VE KANUNÎ GÖRÜŞLERİ (AİLE HUKUKU ÖRNEĞİ)”dir. Bu çalışmada onun ahvâl-ı şahsiyedeki (evlilik, boşanma, vasiyet ve miras) görüşlerini sekiz mezhebi (Hanefi, Şafii, Hanbeli, Maliki, Caferi, Zeydi, İbâzî Ve Zahirî) kapsayacak şekilde ele aldık. Aynı zamanda onun görüşlerini daha önce yürürlükte olan Irak ahvâl-ı şahsiyye hukukuyla da karşılaştırdık.

Çalışmamızda konunun önemi, onu seçmenin nedeni, konu ile ilgili daha önceki çalışmaları, karşılaştığımız zorlukları ve izleyeceğimiz metodu dile getirdik. İki ana başlıklı bir giriş yazdık. Birinci başlıkta Mustafa Zelmî’nin özgeçmişi, ilmi ve metodu; ikincisinde ise konu ile ilgili kavramların tanımı, genelde Irak ahvâl-ı şahsiyye hukukunun tarihi, özelde ise şu an yürürlükte olan ahvâl-ı şahsiyyeye değindik. Tezimizi üç bölüme ayırdık. Birinci bölümde Mustafa Zelmî’nin evlilikle ilgili fihî ve hukukî görüşlerini ele aldık. İleri sürdüğü delilleri açıklamak ve onları incelemek için Zelmî’nin görüşleri arasında bazı numuneleri seçtik. İkinci bölümde Zelmî’nin boşanma ile ilgili fihî ve hukukî görüşlerine değindik. Bu konuda onun görüşlerinden bazı numuneler seçtik. Konu ile ilgili her görüşünü incelemekle beraber onları fihî ve hukukî bir forma da soktuk. Üçüncü bölümde ise vasiyet ve mirasla ilgili Zelmî’nin en önemli görüşlerine yer verdik.

Bunlarla birlikte tezimizde sonuç, öneriler, fihrist, Türkçe, Arapça ve İngilizce özetler vardır.

Bu çalışmanın Mustafa Zelmî’nin ilmi konumuna layık olacak şekilde başarılı olmasını ve onun İslam fihî ve genel hukuka katkı sağlamasını ümit ediyorum.

**Anahtar Kelimeler: İslam, Hukuk, İslam Hukuku, Mustafa Zelmî.**

## ABSTRACT

In Kurdistan, brilliant personalities serving several aspects of Islam have appeared. Prof. Dr. Mustafa Zelmi (1924-2016), who served different aspects of Islamic law and jurisprudence, and authored about 60 books on the subject, is one of the abovementioned brilliant figures.

The title of the present thesis is "the legal and jurisdictional views of Dr. Mustafa Zelmi in civil status law". In the current study, we tackled his views on civil status issues (marriage, divorce, will and inheritance) based on eight Islamic sects (Hanesi, Shafii, Hanbeli, Maliki, Jafari, Zaidi, Ibazi and Zahiri). Concurrently, his views were compared with the previous Iraqi civil status law.

In the present study, we discussed the significance of and the reasons behind selecting Dr. Mustafa Zelmi, his previous work on the subject, the difficulties we encountered and the method we adopted. The introduction section included two topics. The first topic included Mustafa Zelmi's resume, his scientific approach and methodology, while the second topic described the related concepts, introduced the history of Iraqi civil status law in general and the current civil status law in particular. The thesis included three main sections. In the first section, we discussed Mustafa Zelmi's legal and jurisdictional views on marriage. We selected certain views of Zelmi to explain the evidences and examine his views. In the second section, we addressed Zelmi's legal and jurisdictional views on divorce. Thus, we utilized certain views of Zelmi as specimens. We examined every view of Zelmi on the subject, however we organized these views in a juristic and legal form. In the third section, we included the most important views of Zelmi on will and the inheritance.

Furthermore, the present thesis includes separate sections for the conclusions, recommendations, resources and Turkish, Arabic and English excerpts.

I hope that the present study would be successful and contribute to Islamic law and jurisprudence worthy of the scientific value of Mustafa Zelmi.

**Keywords: Islam, Law, Islamic Law, Mustafa Zelmi.**

## الاختصارات

### قائمة الرموز والإختصارات

طبعة	ط
صفحة	ص
مجلد	ج
المادة	م
الفقرة	ف
السنة الهجرية	هـ
توفي	ت
استعملت للآيات القرآنية	
استعملت للاحاديث الشريفة	0
استعملت للاقتباسات	'''
لاپهره ( في المصادر الكردية)	ل
چاپ ( في المصادر الكردية)	چ

## الفصل التمهيدي

وزعت الفصل التمهيدي الى مبحثين:

المبحث الاول: سيرة الدكتور مصطفى الزلمي:

ويندرج تحت هذا المبحث عدة عناوين:

أولاً: إسمه ونسبه.

ثانياً: ولادته.

ثالثاً: طفولته ونشأته.

رابعاً: شيوخه.

خامساً: جهوده العلمية.

سادساً: منهج الدكتور مصطفى الزلمي.

سابعاً: أثر المنطق عليه.

المبحث الثاني: المصطلحات المتعلقة بالرسالة:

المطلب الاول: تعريف المصطلحات المتعلقة بعنوان الرسالة

المطلب الثاني: الأحوال الشخصية.



## المبحث الاول سيرة الدكتور مصطفى الزلمي

### أولاً: إسمه ونسبه:

هو مصطفى بن ابراهيم بن محمد امين بن جوامير بن يحيى اغا بن يوسف اغا بن غازي اغا بن رجب اغا، فهو يروي عن جده -محمد أمين- الذي عاش ما يقارب (120) عاماً، وتوفي سنة (1964م)، أن أجداده كانوا ساكنين في قرية (بلبر) <sup>(1)</sup> وهي قرية في منطقة هورامان <sup>(2)</sup> الواقعة في الجزء الشرقي لكوردستان (كوردستان ايران)، فانتقل جده الأكبر وأقرباؤه الى الجزء الجنوبي من كوردستان (كوردستان العراق)، قبل أكثر من (200 سنة) وسكنوا في قرية زلم، لم تكون حينها منطقة مأهولة للسكن، فقاموا بتأهيلها. <sup>(3)</sup>

ولقبه الزلمي يرجع الى قرية الزلم، وهي قرية تقع في منطقة هورامان التابعة لناحية خورمال في محافظة حلبجة الشهيدة بأقليم كوردستان العراق، يفصلها سلسلة جبال عن ايران .

### ثانياً: ولادته:

ولد -رحمه الله- في سنة 1924م، في قرية زلم، <sup>(4)</sup> وهي منطقة خضراء سياحية فيها شلالات ماء ونهر وبساتين، بيئته نظيفة جميلة جدا وهادئة، وعاش فيها الى الثاني عشر من عمره. <sup>(5)</sup>

في العراق آنذاك، حيث كانت دولة حديثة النشأة، تحديد سنة الولادة على الاغلب كانت بحسب تقدير الابوين، لانه يتم تثبيته بعد مدة طويلة من ولادته، فكذلك المرحوم الزلمي كان يذكر دوما بأنه في الحقيقة من مواليد 1920، حسب ما سمعه من المسنين في قريته <sup>(1)</sup>.

(1) وهي قرية تابعة لناحية سروباد بمحافظة كردستان، المصدر: اويكي پديا ، داتشنامه آزاد

<https://fa.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D9%84%D8%A8%D8%B1>

(2) هورامان (لغة كردية: هورامان) هي سلسلة جبلية تقع في غرب إيران و شمال شرق العراق ضمن منطقة جغرافية أكبر تعرف بإسم كردستان. تقع على هذه السلسلة مدن مريوان و پاوه في الجانب الإيراني و مدينة حلبجة في الجانب العراقي. معظم سكان هذه المنطقة يتحدثون اللهجة الهورامية و التي هي جزء من اللهجة الكورانية و التي هي فرع من اللغة الكوردية، كما ان هذه المنطقة تضم عدداً من اتباع

الطائفة اليرسانية. المصدر: هورامان <http://www.marefa.org/>

(3) زلمى، مستهفا ئيراهيم، كاروانى ژيانم، ، نوسينگهئى تفسير، همولير، چ 2، 2016، ل 33-34 .

(4) زلمى، المصدر سابق، ل 8 .

(5) زلمى، المصدر سابق، ل 47 .

### ثالثاً: طفولته ونشأته:

القرية التي ولد بها الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، قرية نائية، لم تكن توجد فيها وقتها اية مدرسة، كما يذكر الزلمي في كتاب مذكراته " لم يكن في قرينتنا من يعرف القراءة والكتابة، سوى اثنان، احدهما أبي الذي ينادى بالملا ابراهيم، حيث درس في المدارس الشرعية حتى بلغ مرحلة معينة ولم يستطع اكتماله"،<sup>(2)</sup> لم يكن الزلمي متأثراً بالوسط الامي الذي ترعرع فيه، بل بعد بلوغه العاشرة من عمره طلب من أبيه أن يعطيه المجال للتعليم وأصر على رأيه، فاضطر الى النزول على رأيه، لأنه كما يقول الزلمي- "كان يريد راعياً لغنمه التي يتاجر بهم بين العراق وايران"<sup>(3)</sup>.

في هذا الوسط الصعب، وفي هذا المكان الجميل، نشأ الدكتور مصطفى، وقد تأثر بكل ذلك غاية التأثر كما سيظهر في سيرته وتحمله للمشقة والعذاب من أجل الوصول الى غايته الا وهي التعلم والتعليم.

### رابعاً: شيوخه:

تتلمذ الشيخ الزلمي على يد المختصين من كبار الشيوخ العلماء في كوردستان العراق وكوردستان ايران، وانتقل بين المدارس الدينية الموجودة آنذاك بحثاً عن العلم والتعلم، منهم: بدأ دراسته عند سيد عارف سيد أبو بكر<sup>(4)</sup>

درس تصريف الزنجاني عند ملا عبدالرحمن داربرولي

وعوامل الجرجاني والأجرومية عند ملا صالح زازا

وتصريف ملا علي عند ملا محمود العنبي

وكتاب ألفية ابن مالك عند سيد عارف.

وملا خالد مفتي زادة

ودرس عند الملا سيد رحيم خانةكايي ، كتاب (الإظهار)

وعند ملا محمد أوبري ، كتاب (أنموذج)

---

1) ريندار نهحمده، پروفيسور مستهفا زلمى تافگهيهكى نهسرهوت، چاپخانهى روزهلات، ههولير، چ 1، 2016، ل 12.

2) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 41.

3) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 45.

4) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 47.

وعند ملا عبدالرحمن سردهشتي، كتاب (الصمدية)  
و كتاب (سيد عبدالله الصرفي، عبدالله اليزدي عند ملا حمة أمين كاني ساناني،  
وعند ملا صاحب، كتاب كلنبوي آداب  
وعند ملا قادر الجلالى، كتاب كلنبوي برهان  
وعند ملا مصطفى مدرسي (شوي)، شرح العقائد  
وعند ملا علي حماميان، تشريح الأفلاك  
وعند ملا حمة أمين أحمديان (القاجري)، المطول في علم البلاغة  
وعند ملا جلال الأنصاري (شكاك)، درس كتاب (المطول)  
وعند ملا عبدالكريم المدرس، كتاب (المطول)  
وعند ملا باقر البالك: (جمع الجوامع-ج1، شرح العقائد، الخلع في تحفة المحتاج، فرائض شيخ  
معروف النودهي).  
وعند ملا محمود مفتي زادة (جمع الجوامع-ج2)  
وعند ملا محمد الرئيس، (تهذيب الكلام، تشريح الافلاك، رسالة الحساب، اشكال التأسيس)  
وعند شيخ نورالدين ملا عبدالله جلي زادة (تفسير البيضاوي)  
وعند ملا حمة سعيد ديلزى (الفقه الشافعي).<sup>(1)</sup>  
وحصل على إجازة علمية في العلوم الإسلامية عن الشيخ نورالدين جليزادة في فصل الربيع من  
عام 1946 في كوية.<sup>(2)</sup>

### خامساً: جهوده العلمية:

اجتمع في شخصية الزلمي أنه كان عالماً في العلوم الشرعية و القانون، ومن أوائل الذين بذلوا  
جهدهم في المقارنة بين الشريعة والقانون في الدراسات العليا في العراق.  
لهذا نقسم جهوده العلمية الى ثلاثة أقسام:

(1) للتفصيل ينظر: كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 47-215.

(2) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 208-210.

## أ- أمام وخطيب:

- (1) امام ومدرس في جامع قرية الزلم.
- (2) امام ومدرس في جامع قرية سرسيان.
- (3) امام ومدرس في جامع بن طبق ملا احمد الهرمني في السليمانية.
- (4) امام تابور في الجيش العراقي العسكري.

## ب- في الجامعة:

- (5) دخل كلية قانون جامعة بغداد 1960.
- (6) حاز على شهادة البكالوريوس في القانون من جامعة بغداد 1965م.
- (7) والماجستير في الشريعة الاسلامية 1969م من جامعة بغداد.
- (8) و ماجستير آخر في الفقه المقارن 1971م من جامعة الازهر.
- (9) وماجستير أيضا في القانون 1973م من جامعة القاهرة.
- (10) حاز على شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن بمرتبة الشرف من جامعة الازهر 1975م.
- (11) عين بصفة مدرس في كلية القانون جامعة مستنصرية، عام 1976م.
- مارس التدريس في كليات القانون في الجامعة المستنصرية وجامعة بغداد وجامعة النهريين والمعهد القضائي منذ عام 1976م.
- منح مرتبة الاستاذ المساعد في جامعة بغداد 1980م.
- (12) لقب الأستاذ المتميز في جامعة بغداد 1985.
- (13) منح مرتبة الاستاذية ( البروفسورية ) من جامعة بغداد 1987م.

- 
- (1) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 229.
  - (2) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 261.
  - (3) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 300.
  - (4) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 430.
  - (5) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 572.
  - (6) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 575.
  - (7) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 593.
  - (8) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 596.
  - (9) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 598.
  - (10) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 613.
  - (11) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 208-210.
  - (12) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 646.
  - (13) كاروانى ثيانم، المصدر السابق، ل 651.

عين عميدا لكلية صدام للحقوق ، سنة 1990م . (2)  
منح لقب الاستاذ المتمرس 1991م من جامعة بغداد. (3)  
عين رئيسا للقسم القانون الخاص في كلية صدام للحقوق عام 1994. (4)  
وحاز على شارة الكتاب مع الجائزة 1995م من ديوان الرئاسة. (5)  
وحاز على شهادة الدكتوراه في القانون بتقدير امتياز من جامعة بغداد 2005م. (6)  
وحاز على جائزة الانتاج العلمي 1993م . (7)  
تكريم وشهادة تقديرية من ديوان رئاسة الجمهورية. (8)  
منح جائزة ووسام العلوم بمرسوم جمهوري رقم 112 في 6/6/2002م . (9)  
منح جائزة تكريم العلماء من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي 2005م ومن جامعة النهريين  
2006م . (10)

مارس التدريس في مختلف العلوم الشرعية والقانونية من مارس 1946 - 2010/10/1 في  
المدارس والكليات الدينية وكليات القانون في الجامعات العراقية وفي المعهد القضائي، وفي كلية  
القانون جامعة صلاح الدين (2009-2010).

اشرف على عدد كثير من رسائل الماجستير والدكتوراه في الشريعة والقانون والفلسفة وأصول  
الفقه والتاريخ.

بل تعدى نشاط الدكتور العلمي الى الإشراف على الرسائل العلمية والإشتراك المستمر في  
مناقشاتها والمشاركة في المؤتمرات العلمية وفي بعض المؤتمرات الخارجية، وفي اللجان التي  
كانت تؤلف لمناقشة القوانين وقضايا الشريعة في وزارة العدل والتعليم العالي. (11)

- 
- 1) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 676.
  - 2) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 643.
  - 3) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 688.
  - 4) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 690.
  - 5) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 691.
  - 6) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 698.
  - 7) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 835.
  - 8) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 835.
  - 9) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 835.
  - 10) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 835.
  - 11) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 835.

## ت- في التأليف:

للدكتور مصطفى الزلمي (60) مؤلفاً في المقارنات بين الشريعة والقانون، من بينهم كتب منهجية في الجامعات العراقية والجامعات العربية، منها:

- 1- اصول الفقه في نسيجه الجديد.
- 2- مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والاعراف خلال أربعة آلاف سنة.
- 3- أسباب إختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية.
- 4- إيضاح الفوائد في شرح القواعد على نمط جديد.
- 5- التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن.
- 6- دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام.
- 7- نظرية الالتزام برد غير مستحق.
- 8- الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة.
- 9- موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية.
- 10- مجموعة الأبحاث القانونية:
  - المباديء العامة لعدالة القضاء في الاسلام.
  - منهاج الاسلام في مكافحة الاجرام..
  - تقنين مزاعم تآثر الفقه الاسلامي بالفقه الغربي.
  - القانون الاصلح للمتهم.
  - أثر احكام الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية.
  - التعليق على تعديل قانون رقم (21)
  - مقترحات لتعديل قانون الاحوال الشخصية.
  - اخطاء أصولية لابن سبكي في كتابه جمع الجوامع.
  - الدولة والمفاضلة بين النظامين الملكي والجمهوري.
  - الدفاع الشرعي الخاص.
  - الخنثى المشكل.
- 11- مجموعة الأبحاث القرآنية:
  - مستنقع العبيد والجواري وتحفيظه في القرآن.
  - لا رجم في القرآن.
  - لاقتل للمرتد غير المفسد في القرآن الكريم.

- القرآن وقاعدة الولد يتبع خير الابوين ديناً.
- القرآن وقاعدة تتغير الأحكام بتغير الأزمان.
- 12- معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة + الصلة بين المنطق والقانون (كتابان في مجلد واحد).
- 13- أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن مقارنة مع القانون.
- 14- أسباب إباحة الأعمال الجرمية.
- 15- فلسفة القانون + المنطق القانوني في التصورات. (كتابان في مجلد واحد).
- 16- مجموعة الأبحاث الحقوقية:
  - حق الحرية في القرآن الكريم.
  - حقوق الانسان وضماناتها في الاسلام.
- 17- مجموعة الأبحاث الاجتماعية:
  - الطلاق في القرآن الكريم.
  - الطلاق مرتان في تفاسير القرآن.
  - الطلاق في الاسلام.
  - طلاق الحائض
  - طلاق الغضبان
  - الطاقة الروحية.
- 18- المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية.
- 19- أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن مقارنة بالقانون.
- 20- المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية في نمط جديد.
- 21- فلسفة الشريعة.
- 22- مجموعة الأبحاث الطبية:
  - ختان الاناث واضراره وتحريمه في القرآن.
  - التدخين واضراره وتحريمه في القرآن.
  - حكم التعامل مع الجين البشري.
  - الاجهاض والتلقيح الصناعي.
  - مدى مشروعية الاعمال الطبية.
- 23- فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الارسطية.

- 24- حكم احكام القران.
- 25- عناصر الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية.
- 26- المبادئ الدستورية في القران مقارنة بالدساتير الوضعية.
- 27- اسس العلاقات الودية بين الشعوب والامم في القران الكريم.
- 28- تنازع القوانين في الاحوال الشخصية.
- 29- التطبيقات القانونية على اساس الاين والكيف الفيلسفين  
وهناك كتب غير مكتملة وهي تحت المراجعة والتنظيم وإعدادها للطبع:
- 1- معجم المصطلحات الفقهية والقانونية.
  - 2- استعمال اللفظ في اكثر من معنى.
  - 3- القلق اسبابه وعلاجه.
  - 4- الضمان في الفقه الاسلامي المقارن والقانون.

بعد طبع مجموعته (الكامل للزملي في الشريعة والقانون) ظهرت فكرة ترجمة جميع أعماله إلى لغات أخرى.

فتم ترجمة جميع أعماله إلى اللغة الكوردية وطبعه في نهاية عام 2016، وفق عقد بين المؤلف ومؤسسة (روزهلات-الشرق).<sup>(1)</sup>

وترجمته إلى اللغة الفارسية قد بدأت وقطعت شوطاً جيداً وتم ترجمة أكثر من عشر كتب وطبعه، والبقية تحت الترجمة، وفق عقد بين المؤلف ومؤسسة دار نشر الإحسان في طهران.<sup>(2)</sup>

### سادساً: منهج الدكتور الزلمي:

انتهج الدكتور الزلمي منهجاً مستقلاً عن أكثرية العلماء والكتاب، فإنه كان يردد دائماً مقولة للإمام أبي حامد الغزالي: "من لم يشك لم ينظر، ومن لم ينظر لم يبصر، ومن لم يبصر يبقى في العمى والضلال".<sup>3</sup> فكان يقول لا تصدق كل ما تسمعه، ما عدا كلام الله ورسوله، لذا عند سماع أي معلومة، انظر إلى أدلته، فإن كانت موافقة للقرآن أو السنة أو العقل أو المنطق، فخذ بها، فإن لم تكن كذلك، فدعها.

(1) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 836.

(2) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 836.

(3) الغزالي، ميزان العمل، تحقيق وتقديم: د. سليمان دنيا، دار المعارف بمصر، الطبعة الأولى 1964، ص 409.



وكان يردد أيضا مقولة: (انظر الى ما قيل ولا تنظر إلى من قال). فكان لا ينظر إلى القائل ومكانته العلمية، بل كان ينظر الى أدلته وبراهينه، ويناقشه مناقشة علمية فلسفية منطقية.

لذا نراه غير مقيد بأي مذهب، فكان يبدأ بتدوين آرائه الشخصية وأدلته من القرآن والسنة والمنطق، ثم ينقل آراء الفقهاء من جميع المذاهب الفقهية الثمانية (الشافعية والحنبلية والمالكية والحنفية والجعفرية والإثنا عشرية والزيدية والظاهرية) ويعرض أدلتهم ويوازن بينها، والمتدبر في كتبه يجد أنه لا يتعصب لرأي ولا لمذهب، وإنما يتبع ما يظهر له أنه الحق عبر الأدلة وقوتها.

فعند التأمل في انتاجاته نجدها غزيرة جدا، وقد احتاج في اعدادها الى سنوات طويلة وجهود مضنية، يتبين ذلك من خلال دقة ما يبحث ورجوعه الى مئات المصادر الأصلية القديمة والحديثة، دون أن يكثُر من النقولات المملة، بل يظهر عليها صياغاته الشخصية، وذلك من خلال إلمامه الواسع في علوم اللغة العربية والعلوم العقلية من المنطق وعلم المناظرة، والعلوم الشرعية والعلوم القانونية.

يمكننا حصر انتاجه العلمي في ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: كتبه المنهجية التي ألفها لطلبة كليات القانون مثل ما يتعلق بالمسؤولية الجنائية وأحكام الميراث والوصية وفلسفة الشريعة وطرق استنباط الأحكام والمدخل الى دراسة الشريعة، كل ذلك موازنا ومقارنا بالقوانين الوضعية.

المجموعة الثانية: مؤلفاته في جوانب الشريعة المتنوعة مقارنة بالقوانين، المتعلقة بقضايا الطلاق وأسباب اختلاف الفقهاء والنسخ في القرآن والصلة بين علم المنطق والقانون وحكم أحكام القرآن والإلتزامات وموانع المسؤولية في الشريعة والقانون الى غير ذلك من الموضوعات المهمة.

المجموعة الثالثة: البحوث التشريعية والقانونية التي نشرها في المجالات العلمية أو ألقاها في المؤتمرات المتنوعة.<sup>(1)</sup>

### سابعاً: أثر المنطق عليه:

المنطق هو الكلام، يقال: نطق نطقاً وأنطقه غيره وناطقه واستنطقه أي: كلمه، والمنطق البليغ، ويطلق الناطق على مطلق الحيوان، يقال ماله صامت ولا ناطق، فالناطق هو الحيوان والصامت ما سواه وكلام كل شيء منطقته<sup>(1)</sup>.

(1) كاروانى ژيانم، المصدر السابق، ل 835.

عرّف الغزالي المنطق بأنه: القانون الذي يميز صحيح الحد والقياس من غيره، فيتميز العلم اليقيني مما ليس يقيناً، وكأنه الميزان أو المعيار للعلوم كلها<sup>(2)</sup>.

يقول الدكتور الزلمي عن المنطق: من درس بعمق أفكار الفلاسفة والمناطق، وتتبع مستجدات الحياة بدقة وإمعان في كل مكان وزمان، يجد أن المنطق هو قانون كسب المجهول من المعلوم بمقتضى العقل السليم.<sup>3</sup>

ويقول الدكتور في حديثه عن أهمية المنطق: "أن المنطق قانون كسب المجهولات من المعلومات، وأن العمل بالمنطق هو العمل بمقتضى العقل السليم، ومن هذه الحقيقة العملية الواقعية المتعلقة بماهية المنطق يتبين لنا أن له صلة وثيقة بجميع علوم الحياة النظرية منها والعملية، وعلى هذا الأساس وصفه الغزالي بأنه (من لا معرفه له بالمنطق لا ثقة بعلمه)، وعرفه ابن سينا بأنه ميزان العلوم"<sup>4</sup>.

نتيجة لدراسته العلوم الشرعية لدى شيوخ بارزين، اجتمع لديه معرفة فائقة في علوم اللغة والمنطق والفلسفة والشريعة، وانعكس ذلك على مؤلفاته، فكان يناقش الآراء والأدلة في ضوء القرآن والسنة الصحيحة، ومن ثم في ضوء المنطق والفلسفة. وكان كثيراً ما ينتقد علماء آخرين في آرائهم وفتاواهم ويقول أن هذه الأخطاء التشريعية مردها الجهل بعلم المنطق.

فكان ذا قاعدة علمية رصينة في علوم اللغة والمنطق والفلسفة والشريعة، وهذا ما ساعدته كثيراً على فهم النصوص القانونية المضغوطة الموجزة وقضاياها وشروحيها. وأفاد القانونيين فائدة كبيرة، لأن معظم أهل القانون، لعدم دراستهم اللغة والمنطق وعلم المناظرة والفلسفة والفقهاء وأصوله، لم يستطيعوا الوصول إلى ما وصل إليه الدكتور الزلمي من الموازنات الدقيقة بين الشريعة والقانون أو دراسة القانون في ضوء المنطق وعلم المناظرة.

---

(1) ابن المنظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري 630-711هـ، لسان العرب، طبعة مصورة عن طبعة بولاق 233-233/12، مادة نطق؛ الصحاح في اللغة والعلوم تجديد صحاح العلامة الجوهري المصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية، تقديم العلامة الشيخ عبدالله العلابي، إعداد وتصنيف: نديم مرغشيلي وأسامة مرغشيلي، دار الحضارة العربية، بيروت، 578/21-579، مادة نطق.

(2) ينظر: مقاصد الفلاسفة للإمام الغزالي، تحقيق: د. سليمان دنيا، دار المعارف- القاهرة 1961، ص3؛ وعرفه ابن خلدون في مقدمته (ص489) بأنه: قوانين يعرف بها الصحيح من الفاسد في الحدود والمعرفة للماهيات والحجج المفيدة للتصديقات.

(3) الزلمي، مصطفى إبراهيم، المنطق القانوني في التصورات، نشر احسان للنشر والتوزيع، طهران- 2014، ص15.

(4) المنطق القانوني في التصورات، المصدر السابق ص25.

فكان ذا عقلية عصرية، يحاول أن يستفيد من الآراء المرنة عند الفقهاء التي تسندها أدلة قوية، في إيجاد الحلول للمشكلات المعاصرة ورفع الحرج عن المسلمين. متبعا قاعدة اليسر التي تتسم بها الشريعة الإسلامية. إضافة الى ذلك فإنه يستعمل نتائج العلوم الحديثة في فتاواه وترجيحاته الفقهية.

لذا نجده يقول: " منذ نصف قرن أعيش مع الشريعة ومنذ أكثر من ربع قرن أعيش مع القانون، فلم أجد فيها ما يصطدم مع العلم والواقع والظرة البشرية، ولم أجد رأياً صائباً في القانون إلا وقد سبق اليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فالشريعة الإسلامية تنظيم وتطبيق، فالتنظيم الممثل بالقواعد الكلية ثابت واما الذي يتغير بتغير الزمان والمكان فهو التطبيق."<sup>1</sup>

ويقول: " فقد أعانني ربي بفضلته على تعلم علم المنطق منذ عام 1938م، ثم هيا لي دراسة القانون سنة 1960م، ثم كلما ازددت علما بهما زادني علما بالصلة الوثيقة بينهما، ذاك بتنسيقه للأفكار وهذا بتنظيمه للأعمال، والفكر والعمل صنوان كل منهما يكمل الثاني."<sup>2</sup>

فكان يبني دراسته للمواضيع على الإستعانة بالمعايير المنطقية ونبذ الأساليب التقليدية قدر الإمكان، ويستعين بعد الله تعالى بالمعايير المنطقية في محاولة تغيير تفسيرات وتعريفات بعض المصطلحات الشرعية أو القانونية، وإبراز الخلط في الإستعمال بين بعض المصطلحات كالخلط بين السبب والمصدر وبين المحل والموضوع وبين العناصر والخواص.

---

(1) الزلمي، الدكتور مصطفى ابراهيم، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية، نشر احسان للنشر والتوزيع، طهران- 2014، ص274.

(2) المنطق القانوني في التصورات، المصدر السابق، ص9.

## المبحث الثاني

### المطلب الاول: تعريف المصطلحات المتعلقة بعنوان البحث

#### 1- الرأي لغة :

قال ابن فارس: " ( رأى ) الرءء والهمزة والياء أصل يدل على نظر وإبصار بعين أو بصيرة، فالرأي: ما يراه الإنسان في الأمر، وجمعه الآراء"<sup>1</sup>

مفهوم الرأي:

الرأي: مصدر رأى رأياً. مهموز، ويُجمع على آراء وأراءء.

والرأي: التفكير في مبادئ الأمور، ونظر عواقبها، وعلم ما تؤول إليه من الخطأ والصواب<sup>2</sup>.

الرأي اصطلاحاً: ما يتصوره الإنسان في عقله حول أمر ما<sup>3</sup>.

الرأي: ما ارتاد الإنسان أي نظر فيه وأيضا الإصابة في التدبير والإجتهاد واستنباط حكم النازلة من النصوص عن طريق فقهاء الصحابة والتابعين بردّ النظر الى النظر في الكتاب والسنة والإجتماع وهو محمود، نعم ما كان عن هوى فهو مذموم، قال الراغب: (الرأي اعتقاد النفس أحد النقيضين عن غلبة الظن).<sup>4</sup>

#### 2- تعريف الفقه لغة واصطلاحاً :

الفقه لغة يأتي بمعنى العلم بالشيء والفهم له .

قال تعالى حكاية عن موسى : (وَاحْتَلَّ عُدَّةً مِّنْ لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي)<sup>(5)</sup>.

وكذلك يأتي بمعنى دقة الفهم ولطف الإدراك ومعرفة غرض المتكلم قال تعالى: (قَالُوا

يَسْتَعْجِبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا نَقُولُ)<sup>(6)</sup>.

(1) أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر- 1979، (472/2).

(2) انظر: جامع البيان عن تأويل أي القرآن (تفسير الطبري) (ت: شاكر)، محمد بن جرير الطبري، تحقيق: محمود محمد شاكر-أحمد محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة- ط2، 93/1.

(3) مافهمته هذا من كلام ابن القيم في إعلام الموقعين عن رب العالمين، انظر (66/1)، تحقيق: طه عبدالرؤف سعد، دار الجيل - بيروت 1973 .

(4) البركتي، المفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددة، التعريفات الفقهية، من منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2003م-1424هـ. ص101.

(5) طه ، 27-28.

(6) هود ، 91.

وقال تعالى : (فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا) (1).

أما الفقه في اصطلاح العلماء : فهو " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية " (2).

الفقه في اللغة: عبارة عن فهم غرض المتكلم من كلامه، وفي الإصطلاح: هو العلم بالأحكام الشرعية والعملية المكتسب من أدلتها التفصيلية. والأحكام الشرعية ما لا تدرك لولا خطاب الشارع. وفي التوضيح: (والفقه معرفة النفس ما لها وما عليها، ويُزاد عملاً ليخرج الاعتقاديات والوجدانيات فيخرج الكلام والتصوف، ومن لم يزد أراد الشمول، وهذا التعريف منقول عن أبي حنيفة) (3).

وقيل: هو الإصابة والوقوف على المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم، وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد ويحتاج فيه الى النظر والتأمل (4).

3- القانون: مجموعة من الشرائع والنظم التي تنظم علاقات المجتمع سواء كان من جهة الأشخاص أو من جهة الأموال (5).

4- مفهوم قانون الاحوال الشخصية: " هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم من حيث صلة النسب والزواج وما ينشأ عنه من مصاهرة وولادة وولاية وحضانة وحقوق وواجبات متبادلة وما قد يعترئها من انحلال تترتب عليه حقوق في النفقة والحضانة والإرث والوصية.

قديمًا لم يستخدم الفقهاء هذا المصطلح , وإنما كانوا يطلقون اسما خاصا علي كل موضوع يتعلق بالمبادئ والأحكام الشاملة للأسرة , ككتاب والنكاح وكتاب المهر ... وهكذا. والأحوال الشخصية توازي في المعنى الأحوال المدنية , ومحتوي قانون الأحوال الشخصية يمكن عرضه في ثلاث نقاط:

(1) النساء ، 78 .

(2) الأمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، نشر المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، ج 1 ، ص 7، وانظر : الشوكاني إرشاد الفحول ص3.

(3) التعريفات الفقهية، مصدر سابق، ص166.

(4) الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، طبعه دال الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، ص142.

(5) لويس معلوف، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية - بيروت، ط19، ص656.

- 1- كل ما يتعلق بالزواج وأحكامه وما يترتب عليه من مهر و مسكن ونفقة ونسب وأحكام الأهلية و الحجر والوصايا وأنواعها . فمثلا الزواج العرفي
- 2- كل ما يتعلق بالطلاق وأحكامه وأثاره من نفقة و عدة وغيرها .
- 3- كل ما يتعلق بأحكام الإرث , وفي الفقه يطلق عليه أحكام الفرائض<sup>(1)</sup> .

### المطلب الثاني: الاحوال الشخصية:

لم يستعمل فقهاء المسلمين مصطلح الاحوال الشخصية علما على موضوعاتها ومسائلها، بل كانوا يدرجون هذه الموضوعات والمسائل تحت عناوين مختلفة، مثل: كتاب النكاح، وكتاب الطلاق، وكتاب النفقة، ونحو ذلك<sup>(2)</sup> .

مصطلح الاحوال الشخصية اصطلاح قانوني حديث وفد إلينا مع ما وفد من التشريعات الأجنبية، فالمقصود به هو: "مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الانسان ذكرا وأنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقًا أو أبا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سن أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها سبب من أسبابها القانونية"<sup>(3)</sup> .

### 1- تأريخ قانون الاحوال الشخصية في العراق:

أ- في القانون الاساسي (الدستور) لعام 1925 تم اقرار التمييز المذهبي بين السنة والشيعة فنصّت المادتان (76، 77) منه على انه يجري القضاء في المحاكم الشرعية للاحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب ويكون القاضي من مذهب اكثرية السكان في المحل الذي يُعين مع بقاء القاضيين السني والجعفري في مدينتي بغداد والبصرة.

ب- وفي عام (1932) جرت محاولة لاصدار قانون الاحوال الشخصية على ان يؤخذ من الفقه الإسلامي دون تقييد بمذهب معين، فقام به ديوان التدوين القانوني ووضع لائحة لهذا المشروع، غير انه لم يُكتب له النجاح.

ث- وفي 1945/1/29 اصدرت وزارة العدل امراً بتشكيل لجنة لوضع لائحة قانون الاحوال الشخصية ايضا ودونت اللجنة مشروعها على اساس المذهبين السني والجعفري، ولكن لم يكتب لهذا المشروع ايضا أن يصبح قانوناً.

<sup>1</sup> [https://ar.wikipedia.org/wiki/قانون\\_الاحوال\\_الشخصية/](https://ar.wikipedia.org/wiki/قانون_الاحوال_الشخصية/).

<sup>2</sup> الخطيب، د. احمد علي، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط1، سنة 1980م، مطبعة مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل، ص7.

<sup>3</sup> الكبيسي، د. أحمد، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، ط3، المكتبة القانونية، بغداد - 2009، ص7.

ج- وفي 1959/2/7 شكلت وزارة العدل لجنة تتكفل وضع لائحة مستقاة من الفقه الإسلامي مما هو متفق عليه او راجح من الاحكام الشرعية، وقد تم وضع المشروع دون تقيد بمذهب معين وكتب له أن يصبح قانون الأحوال الشخصية المرقم (188) في 1959/12/29، وقد اجريت عليه تعديلات متعددة اولها كان بموجب قانون رقم (11) لسنة 1963.

ح- كما صدر قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 فألغي بموجبه مجلس التمييز الشرعي السني والجعفري وأستعويض عنهما بـ(هيئة المواد الشخصية) من محكمة التمييز.

والجدير بالذكر أن مصطلح (قانون الأحوال الشخصية) الذي له اطلاقات اخرى كقانون العائلة وقانون حقوق العائلة، وقانون الأسرة ليس من المصطلحات الفقهية الإسلامية، وانما مصدره التاريخي هو الفقه الايطالي حيث كانت في شمال هذا البلد ولايات ومدن مستقلة طبقت عليها قوانين خاصة سُميت (الأحوال) الى جانب القانون الروماني الذي كان بمثابة القانون العام لجميع الولايات. ثم انتقل المصطلح الى فرنسا حين كانت مُقسمة الى مقاطعات اقطاعية، وتبناه القانون المدني الفرنسي بعد توحيد المقاطعات عام 1804م، ثم تداولته التشريعات الاوربية، وقد استعمل في العراق في المادة (11) من بيان المحاكم الصادر 1917/11/28 مصطلح (المواد الشخصية)، وأستعمل لأول مرة تعبير (الأحوال الشخصية) في قانون المحاكم الشرعية الصادر في 1923/6/30 ثم في القانون الاساس (الدستور) الصادر في 1925 ثم ترسخ في قانون الأحوال الشخصية للاجانب رقم (78) لسنة 1931، وأخيرا استقر في قانون الأحوال الشخصية القائم<sup>(1)</sup>.

## 2- سرد موجز عن قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 :

يتكون قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ من (94) مادة، بدأت بالاحكام العامة ، وتتعلق الفقرة الأولى من المادة الاولى كيفية العمل بهذا القانون: " تسرى النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها".

وفي الفقرة الثانية أحالت القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية عند عدم وجود نص قانوني: " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون".

<sup>(1)</sup>الزلمي، د. مصطفى إبراهيم، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014، ص 19-20.

والفقرة الثالثة منه فتحت الباب أمام القاضي العراقي نوافذ عديدة تعينه في إحقاق الحق والوصول الى الحكم الصحيح والقضاء العادل، وهي الأحكام التي أقرها القضاء الشرعي سواء في العراق او في البلاد الاسلامية الاخرى<sup>(1)</sup>: " تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية".

وجاء في المادة الثانية:

1. تسرى أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص .  
2. تطبق أحكام المواد 19 و20 و21 و22 و23 و24 من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان.

كما هو واضح في الفقرة الاولى يشمل جميع العراقيين الا من استثنى بقانون خاص (وهم المسيحيون والموسويين لهم قانون خاص رقم (23) لسنة 1974).

والفقرة الثانية يبين حالة تنازع القوانين.

وبعد الاحكام العامة هناك تسعة أبواب:

الباب الاول: الزواج (من م3 الى م11)، وتم تقسيمه الى أربعة فصول، الفصل الاول منه للزواج والخطبة، والفصل الثاني: أركان العقد وشروطه، والفصل الثالث: الأهلية، والفصل الرابع: تسجيل عقد الزواج وإثباته.

الباب الثاني: المحرمات وزواج الكتابيات (من م12 الى م18).

الباب الثالث: الحقوق الزوجية وأحكامها (من م19 الى م33)، الفصل الاول: المهر،

الفصل الثاني: نفقة الزوجة.

الباب الرابع: انحلال عقد الزواج (من م34 الى م46)، الفصل الاول الطلاق، الفصل

الثاني: التفريق القضائي، الفصل الثالث: التفريق الاختياري (خلع).

الباب الخامس: العدة (من م47 الى م50).

الباب السادس: الولادة ونتائجها (من م51 الى م57)، الفصل الاول: في النسب، الفصل

الثاني: في الرضاع والحضانة.

الباب السابع: نفقة الفروع والاصول والاقارب (من م58 الى م63)

الباب الثامن: في الوصاية (من م64 الى م84)، الفصل الاول: الوصية، الفصل الثاني:

الايضاء، الفصل الثالث: انتهاء الوصية.

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ص11.



الباب التاسع: في أحكام الميراث (من م 85 الى م 91).  
وجاءت في المادة 92: " تلغى جميع النصوص التشريعية التي تتعارض وأحكام هذا القانون".  
والمادة 93: " ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".  
والمادة 94: " على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ".  
يذكر أن هذا القانون " كتب ببغداد في اليوم التاسع عشر من شهر جمادي الثاني سنة 1379 هـ المصادف لليوم التاسع عشر من شهر كانون الأول سنة 1959 م".

الفصل الأول  
آراؤه الفقهية والقانونية  
في الزواج

## المدخل

الزواج لفظ قديم، يوجد في كل اللغات والأديان والمذاهب والقوانين فهو سنة كونية سنها الله تعالى في مخلوقاته<sup>(1)</sup> قال الله تعالى: (وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)<sup>(2)</sup> ، وقال الله تعالى: (سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ)<sup>(3)</sup> ، وقال الله تعالى: (وَأُنْبِئْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ)<sup>(4)</sup> ، فهو ينبثق من معين الفطرة، وأصل الخلقة، وقاعدة التكوين الأولى للمخلوقات جميعا ، وهو النظام المحكم الذي قامت عليه البشرية من عهد آدم وحواء إلى يومنا هذا. قال الله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)<sup>(5)</sup>.

فالزواج نظام رباني لا يملك أحد تغييره، وهو أساس بقاء النوع الإنساني وكرامته واستخلافه في الأرض، والحفاظ على نسله إلى يوم الدين<sup>(6)</sup>.

والزواج له أهمية كبيرة في مؤلفات الدكتور مصطفى الزلمي، لهذا نجد في أكثر من كتاب له يتطرق لموضوع الزواج وأهميته في الشريعة الإسلامية ومقارنته بالقانون، وهذه الأهمية ينطلق من أهمية القرآن الكريم بهذا الموضوع الهام للبشرية، كما يقول الزلمي: " القرآن دستور إلهي اقتصر على الأسس المنهجية والقواعد الكلية صانعا اطارا من الاخلاق تاركا للعقل البشري التفاصيل واحكام الجزئيات، ليتحرك داخل حدود هذا الاطار.

وقد تناول - استثناءً - احكام الأسرة البشرية بشيء من التفصيل في زواج، وطلاق، ورضاع، وحضانة، وولاية، ونفقة، ووصية، وتركة، ووراثة... لسببين:

احدهما: أهمية وخطورة الأسرة وتأثيرها المباشر على مصير المجتمع صحة

وفسادا.

---

37 موسوعة الأسرة اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق احكام الشريعة الإسلامية اللجنة التربوية ج1/ص258

<sup>2</sup> سورة الذاريات الآية رقم 49

<sup>3</sup> سورة يس الآية رقم 36 .

<sup>4</sup> سورة ق الآية رقم 7/

<sup>5</sup> سورة النساء الآية رقم 1

<sup>6</sup> بوقزولة، عبد القادر، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، نسخة

الالكترونية، ص 11، شبكة الوكة، [www.alukah.net](http://www.alukah.net).

وثانيهما: كل خلل يحدث في احكام الأسرة يمس كرامة الإنسان في أساسها، فاقتضى ذلك تضيق دائرة الاجتهاد، وتحديد تحرك العقل في مسائل الأحوال الشخصية. "(1).

في هذا الفصل إخترت من بين اراءه الفقهية والقانونية في الزواج نماذج، مع بيان ترجيحاته وأهم أدلته وأدلت معارضه، مع تعقيب ملخص حول كل مسألة:

### المسألة الاولى: الخطبة:

تعريف الخطبة لغة: الخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج من امرأة معينة، يقال: خطب المرأة واختطبها فهو خاطب، والاسم خطبة بالكسر(2).

والمعنى الشرعي للخطبة أيضا مطابق لمعناها اللغوي: فهي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة، بأن يتقدم الى أهلها يطلب الزواج منها.

التكليف الشرعي والقانون للخطبة: الخطبة ليست عقدا، بل هي وعد بالعقد، وهذا التكليف متفق عليه بين المذاهب الاسلامية، وفي القوانين العربية، إذ نصت كل القوانين العربية على أن الوعد بالزواج لا يعد زواجا. (3)

من خلال تعريف الخطبة والتكليف الشرعي والقانوني يتبين لنا بأن الخطبة من مقدمات الزواج، وعالج المشرع العراقي الأحكام الخاصة بالزواج والخطبة في الفصل الأول من الباب الأول في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

تنص الفقرة ( 3 ) من المادة ( 3 ) في القانون المذكور: " الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لاتعتبر عقدا " .

ينتقد الدكتور ( الزلمي ) قانون الأحوال الشخصية العراقي في هذا موضوع بأنه : "لم يتطرق لآثار انحلال الخطبة لعدول أحد الخاطبين أو بسبب لا إرادي كالموت، وإنما اقتصر على الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التي نصها: (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا)" (4).

(1) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، ص16.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: خطب، 98/5.

(3) السباعي، الدكتور مصطفى، شرح قانون الاحوال الشخصية، و الصابوني، الدكتور عبدالرحمن، شرح القانون، 31/1.

(4) الزلمي، د.مصطفى إبراهيم، مجموعة أبحاث قانونية، التعليق على التعديل رقم (21) لسنة 1978 لقانون الاحوال الشخصية، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014، ص184.

رأي الدكتور مصطفى الزلمي :

إلغاء الفقرة الثالثة من المادة الثالثة وإستحداث مادة مستقلة قبل المادة الثالثة كالآتي:

### المادة الثالثة:

1- الخطبة: وعد بالزواج وفق الضوابط الشرعية والعرفية ولا تسري عليها أحكام

العقد.

2- يترتب على إنحلال الخطبة الآثار الآتية:

أ. من عدل عن الخطبة بلا مبرر شرعي يلتزم برد ما قبضه لهذه المناسبة بعينه

إن كان باقيا وإلا فببذله إذا لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

ب. إذا انتهت الخطبة بوفاة أحدهما أو عارض آخر لا ارادي قبل اكمال الزواج

فلا يسترد شيء من الهدايا إلا بالتراضي.

ج. إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي يتحمل المتسبب

منهما التعويض للآخر على أساس المسؤولية التقصيرية.

د. ما قبض على حساب المهر قبل انعقاد الزواج يجب رده في جميع الأحوال

لأنه من آثار الزواج فاذا اشترت به المخطوبة الجهاز أو الحلي فعليها رد ما إستلمته

إذا كان العدول منها، وإلا فتخير في الرد بين ذلك وما اشترت به<sup>(1)</sup>.

### التعقيب:

أرى أن ماذهب اليه الدكتور الزلمي للإلغاء الفقرة المذكورة واستحداث مادة مستقلة وهذه

المادة الجديدة المقترحة يتفق تماما مع ما جاء في مذهب الامام مالك الذي يرى: التفرقة بين هدايا

من يعدل عن الخطبة ، وهدايا الآخر . فإذا كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له

أن يسترد شيئا من الهدية ولو كانت قائمة حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول وألم

الإسترداد، ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود

عليه.

وإن كان المهدي هو الطرف الذى لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى ، سواء أكان قائما ،

أم كان هالكا أو مستهلكا ، ويرد القائم بعينه ، والهالك أو المستهلك بعوضه<sup>(1)</sup>.

(1) الزلمي، المصدر السابق، ص184-185.

ويتفق تماما مع قواعد العدالة والإنصاف، صحيح أن الوعد بالزواج ليست عقدا ولهما حرية العدول عن الخطبة، ولكن في نفس الوقت هي مسؤولية، لذا يجب أن يكون لهذا العدول والحرية ثمن في مواجهة الطرف الآخر، وهذا هو الأقرب للعدالة ' كما بينه فضيلته وقال: "بسبب كثرة وقائع العدول عن الخطبة ونتائجها السلبية على أسرتي الخاطب والمخطوبة ماديا ومعنويا" لهذا من الضروري ايجاد حل قانوني لهذا الموضوع بشكل عادل كما هو الحال في قوانين الاحوال الشخصية العربية الاخرى<sup>(2)</sup>.

### المسألة الثانية: شروط الزواج:

في الفقه الإسلامي للزواج شروط شرعية لإنعقاده، ولصحته، ولنفاذه وللزومه.

#### شروط الزواج في قانون الأحوال الشخصية العراقي:

نص المادة السادسة:

1- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:

أ - اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب - سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج.

ج - موافقة الإيجاب والقبول.

د - شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ - أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

2- ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو

يقرأه غيرها على الشاهدين وتسمعها عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه.

3- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها.

4- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم قيام الزوج بما يشترط ضمن عقد الزواج.

#### رأي الدكتور مصطفى الزلمي :

ينتقد الدكتور مصطفى الزلمي الشروط الواردة في هذه الفقرات لأن: "الشروط الواردة في

الفقرات (أ، ب، ج) هي شروط الإنعقاد وفي (د، هـ) شروط الصحة وفي الفقرة (3) شروط

(1) انظر في كل ذلك، الاحوال الشخصية، الشيخ أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، فقرة 66 ص 65 وما بعدها.

(2) منها الفصل الثاني من مجلة الاحوال الشخصية التونسية. والفصل الثالث من مدونة الاحوال الشخصية المغربية والمادتان (4 و 5) من الجريدة الرسمية اليمنية والمادة (4) من قانون الاحوال الشخصية السورية.

جعلية، فكان المفروض أن يُشير المشرع إلى طبيعة هذه الشروط صراحة ودورها في الزواج وأثار تخلفها، وتضمنت المادة السابعة شرطا من شروط اللزوم فنصت على أنه (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة) فهذه الأهلية ليست شرطا لصحة الزواج، لأن القضاء العراقي لا يزال يُقرّ بزواج الصغير والصغيرة اذا وقع خارج المحكمة بشروطه.

وبينت المادة التاسعة شرطا من شروط النفاذ وهو خلوّ الرضا من الإكراه ووقع في الأخطاء التي سبق ذكرها وتناول في الفصل الرابع المادتين (العاشرة والحادية عشرة) شروطا تنظيمية متعلقة بكيفية تسجيل الزواج في المحكمة وبطرق إثباته إذا وقع خارج المحكمة وذلك حفاظا على الحقوق الزوجية".<sup>(1)</sup>

### التعقيب:

نرى أن رأي الدكتور مصطفى الزلمي في موضوع معالجة شروط الزواج فيها الدقة والصواب ويتفق مع ما جاء في المذاهب الإسلامية حول شروط الزواج، ويرجع هذا إلى الثروة الفقهية لدى الزلمي وتوظيفها في مجال القانوني.

## المسألة الثالثة: الزواج:

### تعريف الزواج:

الزواج لغة: إقتران الزوج بالزوجة، أو الذكر بالأنثى<sup>(2)</sup>.

اصطلاحا: عقد يفيد حل إستمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع<sup>(3)</sup>.

### تعريف الزواج في قانون الاحوال الشخصية العراقي :

تنص الفقرة ( 1 ) من المادة ( 3 ) على أنه "الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل " .

والزواج عند الفقهاء: المعنى الشرعي لكل من الزواج<sup>(1)</sup> والنكاح هو ما يطلق على العقد الذي يعطي لكل واحد من الزوجين حق الإستمتاع بالآخر على الوجه المشروع<sup>(2)</sup>.

(1) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ص67.

(2) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر-بيروت، 29/2، مادة (زوج).

(3) ابن عابدين، محمد أمين الشهير، الدر المختار في شرح تنوير الابصار في فقه الامام أبي حنيفة النعمان، طبعة جديدة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت (43 / 3).

## المعنى الفقهي<sup>(3)</sup>:

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج:

فمنهم من عرفه أنه : عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية(بأنثى)(المالكية)<sup>(4)</sup>، أو عقد وضع لتمليك منافع البضع كما هو عند بعض الحنفية، أو عقد يفيد ملك المتعة قصدا كما هو عند الحنفية، أو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ ( الإنكاح والتزويج، أو معناهما، أو بترجمتهما كما هو عند الشافعية<sup>(5)</sup>، أو عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على متعة الإستمتاع كما هو عند الحنابلة<sup>(6)</sup>.

وصفوة القول: أن الزواج شرعا: هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع<sup>(7)</sup>.

وعرفه الشيخ محمد أبو زهرة: أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق عائلية وواجبات<sup>(8)</sup>.

اختلف الفقهاء في تعريف الزواج اصطلاحا إلى ثلاثة آراء:

1- الجمهور: إنه حقيقة في العقد مجاز في الوطاء.

2- الحنفية: إنه حقيقة في الوطاء مجاز في العقد.

3- ذهب آخرون: إنه مشترك لفظي.<sup>(9)</sup>

---

<sup>(1)</sup> (وتستعمل كلمة النكاح في معنى الزواج وهو الكثير في لغة القرآن وحديث النبي صلى الله عليه وسلم وكلام الفقهاء): على حسب الله، الشيخ، الزواج في الشريعة الإسلامية- ط1، دار الفكر العربي- القاهرة 1971، ص7.

<sup>(2)</sup> المغني مع الشرح الكبير، ابن القدامة، (7 / 333).

<sup>(3)</sup> أنظر: الغزالي، أبي حامد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج2/هامش1/ص3 وما بعدها

<sup>(4)</sup> الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، دمشق 1992، ج5/ص19.

<sup>(5)</sup> الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ص4/3.

<sup>(6)</sup> الزحيلي، الدكتور وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر- دمشق، ط2 1985، ج7- ص30.

<sup>(7)</sup> موسوعة الأسرة الأحوال الشخصية بالكويت- اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ج1/ص258 -

<sup>(8)</sup> أبو زهرة، الشيخ محمد، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص17.

<sup>(9)</sup> أنظر: العسقلاني، بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، ص5؛ والصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جميع أدلة الأحكام، طبعة دار الجيل، ج/3 ص973؛ والشوكاني، محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج3 / 227؛ والعلوي، ابن خليفة، موسوعة فتاوى النبي، م1/ج2/ص163.



وهذا الخلاف نشأ من الاستعمال اللغوي للفظ، فالعرب قد استعملوا لفظ النكاح في معاني ثلاثة:

1- العقد.

2- المخالطة الجنسية.

3- الضم والتداخل<sup>(1)</sup>.

### رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

خلافاً لما جاء في تعريف المذاهب الإسلامية للزواج (النكاح) يعرف الدكتور مصطفى الزلمي الزواج في الإصطلاح الشرعي: "هو ميثاق<sup>(2)</sup> ترابط شرعي بين الرجل والمرأة على وجه البقاء<sup>(3)</sup> غايته العفاف<sup>(4)</sup> والسكينة<sup>(5)</sup> وتكوين خلية صالحة لمجتمع صالح"<sup>(6)</sup>.

ميثاق بين الزوجين بمقتضاه يكونان شركة روحية، رأسمالها الحب المتبادل والإحترام المتقابل والسكينة والرحمة والمودة، وأرباح هذه الشركة هي تكوين جيل جديد صالح لعضوية المجتمع يساهم في تطوير حضارته بإستثمار ما يرثه من الآباء والأجداد مما يتعلق بتطوير الحياة في جميع مجالاتها.

### أهم الأدلة التي إستند اليها الزلمي في تعريفه:

يرى الزلمي من الناحية العقلية بأن الزواج ليس عقداً حتى تكون محل العقد الزوجة: "فالزوجة ليست بضاعة تُباع وتُشتري وثمنها مهرها حتى تكون معقوداً عليها، لأنها حينئذ تكون أحد طرفي العقد ومعقوداً عليها في عقد واحد وهذا ما يأباه الشرع والقانون والمنطق السليم"<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> موسوعة الأسرة الأحوال الشخصية بالكويت - اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ج 1 ص 259.

<sup>(2)</sup> وتسميته عقداً تسمية مجازية، لان المرأة ليست محلاً للعقد كما ان المهر ليس ثمناً لها، لانها اثن من ان تثمن بالمادة، وما زعمه المستشرقون من أن المرأة في الإسلام بضاعة تباع وتشتري وثمنها مهرها زوراً وبهتان. لان المهر ليس بركن ولا شرط في صحة الزواج، وانما هو هدية رمزية من الزوج لزوجته كوسيلة لبداية التعارف بينهما، والزواج سماه القرآن الكريم ميثاقاً في قوله تعالى: [...وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا] (سورة النساء: 21).

<sup>(3)</sup> فلا يوجد الزواج المؤقت في الإسلام، فكل توقيت للزواج يبطل له.

<sup>(4)</sup> قال تعالى: [وَالَّذِينَ هُمْ يُقْرَوْنَ هُمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ...] (المؤمنون: 5-6) وقال تعالى: [وَلَيْسَتُنَّ عَفْفُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ...] (النور: 33).

<sup>(5)</sup> قال تعالى: [وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ] (الروم: 21).

<sup>(6)</sup> الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، المصدر السابق، ص 22.

<sup>(7)</sup> المصدر السابق، ص 22.

ويستدل على قوله هذا بالدليل النقلي أيضا: "وأما من الناحية النقلية فإن القرآن الكريم نص على أن الزواج ميثاق، بل وصفه بأنه ميثاق غليظ في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ فِنْطَارًا<sup>(1)</sup> فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا<sup>(2)</sup> وَإِنَّمَا مُبِينًا، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى<sup>(3)</sup> بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا<sup>(4)</sup>﴾ أي عهدا شديدا.<sup>(5)</sup> وخالصة الكلام الزواج شركة روحية بين الزوج والزوجة رأس مالها الحب المتبادل والإحترام المتقابل وربحها السكينة والمودة والرحمة وإنجاب جيل جديد صالح.<sup>(6)</sup>

" يفهم من التعريف المذكور ويُؤخذ من واقع الحياة أن الغرض الأساس من الزواج هو العفاف والنسل وبقاء سلالة الإنسان، بطريقة تختلف عن كيفية بقاء الحيوانات وتتفق مع المكانة التي يتمتع بها من بين الكائنات الحية وتمييزه منها وتكريمه<sup>(7)</sup> وتنعيمه<sup>(8)</sup> وتصويره بأحسن صورة،<sup>(9)</sup> وإنثاقا من هذا الغرض الرئيسي للزواج يجب على الإنسان أن يدرك أن الغريزة الجنسية لم تُخلق لتكون غاية في ذاتها وإنما هي في حقيقتها منقسمة إلى ثلاث غرائز فرعية:

إحداها: الغريزة الشهوانية الحيوانية المادية بين الرجل والمرأة، تلك الفتنة التي تجذب أحدهما نحو الآخر.

وثانيتهما: الغريزة العاطفية الروحية المهذبة (أو الحب المعنوي) بين الصنفين<sup>(10)</sup> المتأتية الرابطة الزوجية.

وثالثتها: غريزة الحب العائلي الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الأولاد من جهة أخرى، وهذه الأخيرة هي أساس الرابطة الإجتماعية والأسرية وأسمى الغرائز، لأن الأسرة المنبتقة من الرابطة الزوجية خلية المجتمع، فمن الخلايا الأسرية تتكون هياكل المجتمعات وتتبعها في صلاحها وفسادها، فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع وعمّ الخير وسادت الفضيلة، وإن فسدت فسد المجتمع وعمّت الرذيلة.

(1) مالا كثيرا

(2) ظلما.

(3) وصل.

(4) سورة النساء/20، 21.

(5) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، المصدر السابق، ص22.

(6) أحكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص22.

(7) قال تعالى (ولقد كرمتنا بني آدم).

(8) قال تعالى (فاما الانسان اذا ما ابتلاه ربه فاكرمه ونعمه فيقول ربي اكرمني) الفجر: 15.

(9) قال تعالى(ولقد خلقنا الانسان في احسن تقويم)

(10) وإطلاق الجنسيتين عليهما خطأ شائع.

والخضوع لإحدى هذه الغرائز الثلاث دون الأخرى خروج عن مقتضى سنة الحياة، كما أن استعمال الغريزة الجنسية لغير غرضها الطبيعي إصطدام مع الطبيعة الإنسانية وخروج منها إلى العالم الحيواني".<sup>(1)</sup>

### التعقيب:

بالتأمل في تعريف الفقهاء للزواج نرى أنهم اقتصرُوا على حل الإستمتاع، ولكن بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية، فإننا نجد أن المعنى الشرعي للزواج لم يقتصر على حل المعاشرة بين الرجل والمرأة فقط. بل رتب عليه حقوقاً وواجبات دينية ومقاصد شرعية يريد الشارع الحكيم تحقيقها في الزواج المشروع<sup>(2)</sup>، ومن هنا يتبين لنا أن تعريف الدكتور الزلمي للزواج أقرب إلى ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية ومقاصد الشرعية للزواج.

### المسألة الرابعة: النسب:

#### تعريف النسب في اللغة :

قال الراغب الأصفهاني: النسب اشتراك من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان : نسب بالطول، كالإشتراك من الآباء والأبناء، ونسب بالعرض، كالنسبة بين بني الأخوة، وبني الأعمام<sup>(3)</sup>.

#### إصطلاحاً :

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: ( النسب حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر ، من حيث أن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زوج شرعي ، أو ملك صحيح ، ثابتين ، أو مشبهين الثابت للذي يكون الحمل من مائه ).<sup>(4)</sup>

#### اثبات النسب في الشريعة:

طرق إثبات النسب خمسة ، وهي : الفراش ، الإستلحاق ، والبينة ، والقافة ، والقرعة .  
فالثلاثة الأول محل اتفاق بين العلماء<sup>(5)</sup>

(1) أحكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص23.

<sup>2</sup> جوقرولة، عبدالقادر، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، نسخة الكترونية، شبكة الالوكة، ص 14.

<sup>3</sup> - انظر: الاصفهاني، راغب، المفردات، دار القلم والدار الدمشقية، دمشق- بيروت، ط1، 1412هـ، ص 490.

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية، المصدر السابق، ص 14.

<sup>5</sup> - الجوزي، ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق: شعيب الارناؤط وعبدالقادر أرناؤط، دار الرسالة، ط3، 1998،

والرابع فيه قال الجمهور، وأما الخامس فيه فقال بعض أهل العلم، و لا حاجة الى التفاصيل هنا.

### " موقف القانون من إثبات النسب:-

نصت المادة (51) من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم بالنسبة لثبوت النسب بالزوجية على أنه (يُنسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين:-

1- أن يمضي على مدة الزواج أقل مدة الحمل.<sup>(1)</sup>

2- أن يكون التلاقى بين الزوجين ممكناً.

### رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

يقترح الدكتور الزلمي أن يُضيف المشرع إليهما شرطين آخرين وهما:

1- أن يكون الدخول ممكناً.

2- أن لا تزيد مدة الحمل على أكثر من سنة.

### التعليق:

من خلال قراءة الشرطين الموجودين في المادة المذكورة يتبين لنا أن التلاقي لا يعطي معنى الدخول عند الدكتور الزلمي ، "والمشرع العراقي عندما استخدم لفظ (التلاقي ) ليعني به إمكان إختلاء الزوج بزوجته وإتيانها على الوجه المشروع في حين إستخدم فقهاء الشريعة تعبير (الخلوة الصحيحة ) للدلالة على نفس المعنى ، ومن الواضح أن التعبير الذي إستخدمه فقهاء الشريعة أكثر دقة من التعبير الذي إستخدمه المشرع العراقي " <sup>(2)</sup>.

" أخذ المشرع هنا برأي فقهاء الشافعية<sup>(3)</sup> وبعض فقهاء الحنابلة<sup>(4)</sup>فإشترط بالاضافة الى وجود العقد ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً عادة لا عقلاً " <sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - وهو ستة أشهر.

<sup>2</sup> - ملاحظات قانونية في الصياغة التشريعية لأحكام قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) المعدل

الناشرون : أ.م.د.حميد سلطان علي و م.د. عباس حسين فياض، مجلة المحقق الحلبي، جامعة بابل، المجلد: 3 / العدد : 2، سنة النشر: 2011، ص 294.

<sup>3</sup> - المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب ، مطبعة الامام ، مصر ، بدون سنة طبع ، ج17 ، ص 404.

<sup>4</sup> - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الارادات ، عالم الكتب ، بيروت ، ط 3 ، 1985 ، ج 3، ص 213.

<sup>5</sup> - مجلة المحقق العدلي، المصدر السابق، ص277.

والشرط الثاني المقترح لإضافته بأن لاتزيد مدة الحمل على أكثر من سنة يرجع إلى الخلاف الموجود حول هذا الموضوع في الفقه الإسلامي، والقضاء العراقي يرجع إلى الفقه الإسلامي للإقرار، وفي ضوء التطورات العلمية الطبية الحديثة التي وصل إليها الإنسان يرى الدكتور الزلمي بأن الحمل لاتزيد على سنة واحدة.

### المسألة الخامسة: زواج الشغار:

الشغار: هو أن يزوج ابنته أو أخته لآخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته مثلا وليس بينهما صداق وتكون كل واحدة منهما مهراً للأخرى<sup>(1)</sup>. فإن وقع فسخ النكاح قبل الدخول وبعده على المشهور.

مصدر هذا الحكم: هو ما روي عَنْ مَالِكٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ﷺ) نَهَى عَنْ الشَّغَارِ وَالشَّغَارُ أَنْ يُزَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ<sup>(2)</sup> عَلَى أَنْ يُزَوَّجَهُ ابْنَتَهُ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ<sup>(3)</sup>.

والظاهر أن هذا التفسير للشغار ليس من كلام الرسول (ﷺ) وإنما ثبت عنه النهي عن الشغار، فقال ((لَا شِغَارَ فِي الْإِسْلَامِ))، ولذا حصل في اعتبار قيد (وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ) خلاف<sup>(4)</sup>.

يذكر الدكتور مصطفى الزلمي بالتفصيل آراء الفقهاء واختلافهم حول هذا الموضوع ويقول: "اتفق فقهاء المسلمين على أن زواج الشغار نهى عنه وحرام، وبالتالي لا يجوز الإقدام عليه، لكنهم اختلفوا في صحته إذا وقع. وسبب خلافهم هو الإختلاف في مقتضى النهي هل يقتضي الفساد مطلقاً، أو لا يقتضي ما لم يكن لذاته أو لوصفه اللازم، أو فيه تفصيل كما يلي:

أ- قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا زوّج رجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته، ليكون أحد العقدین عوضاً عن الآخر، فالعقدان جائزان، ولكل واحدة مهر مثلها<sup>(5)</sup> وذلك بناء على أصلهم أن النهي ليس لذات العقد وإنما لوصفه فهو صحيح بأصله وفساد المهر لا يستلزم فساد العقد. وعلى هذا الأساس زواج الشغار عندهم صحيح، سواء ذكر فيه المهر أم لا. وهذا الإتجاه

(1) العيني المرجع السابق 108/20. سبل السلام 159/3.

<sup>2</sup> لفظ البنت ليس له مفهوم المخالفة إذ كذلك الأخت وغيرها ممن للرجل المتعاقد حق الولاية عليها.

<sup>3</sup> أنظر: الموطأ لإمام مالك مع المنتقى 309/3، فتح الباري، المصدر السابق، 333/12، عمدة القاري شرح صحيح البخاري 108/20، ونيل الأوطار 160/6، عين المعبود على سنن أبي داود.

<sup>4</sup> قال الشافعي: لا أدري ان التفسير عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك؟

وقال الخطيب: تفسير الشغار ليس من كلام النبي، وإنما هو من قول مالك.

انظر المراجع السابقة.

<sup>5</sup> الهداية وبداية المبتدي مع فتح القدير 338/3.

هو قول الزهري، ومكحول، والثوري، والليث، واسحاق، وأبي ثور، ورواية عن أحمد كما يقول الشوكاني.<sup>(1)</sup>

ب- **وذهب الظاهرية والحنابلة:** إلى القول بفساد زواج الشغار مطلقاً، سواء ذكر فيه المهر أم لا، بناء على أصلهم القائل بأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً، سواء كان لعينه أم لوصفه اللازم أم لخارج غير لازم.

قال ابن حزم:<sup>(2)</sup> لا يحل نكاح الشغار وهو أن يتزوج هذا وليته على أن يزوجه الآخر وليته أيضاً، سواء ذكر الصداق لكل واحدة أم لأحدهما دون الأخرى، أم لم يذكر في شيء من ذلك صداقاً. ففي جميع الأحوال يفسخ أبداً ولا نفقة فيه ولا ميراث ولا صداق ولا عدة، ولا شيء من أحكام الزوجية. فإذا حصل الدخول مع العلم بالفساد وجب الحد ولا يثبت النسب، ومع الجهل يلحق به الولد، فلا حدّ. وذلك لأن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار ونهى عن كل شرط ليس في كتاب الله، والشغار ذكر فيه الصداق أو لم يذكر فقد اشترط فيه شرطاً ليس في كتاب الله، فهو باطل بكل حال.

وقال ابن قدامة: لا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد، لأن رسول الله (ﷺ) نهى عن الشغار من جهة ومن جهة أخرى جعله معلقاً على شرط فاسد، وإذا ثبتت هاتان المقدمتان، فلا فرق بين أن يقول: على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك.<sup>(3)</sup>

ج- **المالكية:** لهم أقوال في هذه المسألة،<sup>(4)</sup> لكن المشهور من مذهب مالك هو القول بفساد الشغار، سواء ذكر الصداق أم لا، وفي ذلك يتفقون مع الظاهرية والحنابلة، لكن يختلفون معهم في أن الفسخ يكون بالطلاق بناء على أصلهم القاضي بأن كل زواج فاسد مختلف فيه يجب أن ينتهي بالطلاق بخلاف الفاسد المتفق عليه وفي أنه تثبت به المصاهرة والنسب والإرث- إذا مات

<sup>1</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، 160/6.

<sup>2</sup> ابن حزم الظاهري، المحلى، 513/9-515.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، 641/6.

<sup>4</sup> في المنتقى شرح الموطأ (309/3): وإذا قلنا انه يفسخ إن وقع، ففي المدونة عن ابن القاسم انه يفسخ قبل البناء وبعده وإن ولدت الأولاد... هذا إذا لم يكن في الجهتين ذكر مهر، فإن كان فيهما ذكر مهر، مثل أن يقول: أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز. وفي المدونة من رواية عبدالرحمن أبي حازم أنه لا بأس بذلك-وفيه ايضاً-: قال الشيخ أبو عمر إنما اختلف قول مالك في الشغار، لاختلاف الناس في معنى الشغار.

أحدهما قبل الفسخ- باعتبار أن الفاسد المختلف فيه حكمه حكم الصحيح في هذه الأحكام.(1)

وكذلك قالوا بصحة كل عقد فاسد مختلف فيه إذا حكم به قاض من المذهب الذي يقول بصحته، فزواج الشغار يعتبر صحيحاً في نظرهم إذا حكم به قاض حنفي.

**د- الشافعية: قال الشافعي وأصحابه** زواج الشغار فاسد يفسخ إذا لم يسم فيه مهر، فإن سما لكل واحدة منهما مهراً أو لأحدهما دون الأخرى، ثبت النكاحان معاً وبطل المهر الذي سماه وكان لكل واحدة منهما مهر مثلها إن مات أو وطئها، ونصف مهر المثل إن طلقها قبل الدخول.(2)

وذلك بناء على أن النهي المقتضي للفساد حصر على حالة جعل بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى.

**هـ- قال الجعفرية(3) والزيدية(4):** زواج الشغار باطل وهو أن يقول الرجل (زوجني بنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي). ولم أطلع على التفصيل في هذين المذهبين، هل في النتيجة يتفقان مع الشافعية أو مع الظاهرية والحنابلة؟"

#### رأي الدكتور الزلمي:

بعد التفصيل الذي ذكره الدكتور مصطفى الزلمي حول آراء الفقهاء في الموضوع يرجح ما ذهب إليه الشافعية ويقول: "الرأي الذي أميل إليه هو ما ذهب إليه الشافعية من التفصيل والتقريب بين حالتي ذكر المهر وعدم ذكره، لأن علة النهي هي رعاية مكانة المرأة وعدم اعتبارها بضاعة تجري فيها المقايضة، ففي حالة وجود المهر لا تعتبر كل واحدة مهراً للأخرى، ويكون المهر المذكور فاسداً لأقترانه بالشرط الفاسد".

#### التعقيب:

<sup>1</sup> في الشرح الصغير مع الصاوي (366/1): "والفسخ قبل الدخول وبعده طلاق فإن أعاد العقد بعده كانت معه بطقتين ان اختلف فيه بين أهل العلم بالصحة والفساد ولو خارج المذهب ولو في مذهب انقرض ولو أجمع على عدم جواز القدوم عليه ابتداء كالشغار، فإنه لا قائل بجوازه، وإنما قيل بصحته بعد الوقوع، فيفسخ أبداً بالطلاق للاختلاف فيه".

<sup>2</sup> في المذهب: - وان قال زوجتك ابنتي بمائة على ان تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب المهر المثل لان الفساد في الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته(46/2).

<sup>3</sup> المختصر النافع، ص 206.

<sup>4</sup> الشوكاني، الدراري المضيئة، 57/2.

من خلال قراءة الآراء المختلفة في المذاهب الإسلامية حول زواج الشغار يتبين لنا أن رأي الشافعية الذي رجحه الدكتور الزلمي على الآراء الأخرى أقرب الى روح الشريعة الإسلامية وأقرب الى السنة النبوية الشريفة الذي قيد زواج الشغار بتسمية المهر، لأن علة النهي كما بينها الزلمي هي "رعاية مكانة المرأة وعدم اعتبارها بضاعة تجري فيها المقايضة"، وفي واقع الحال أيضا يظهر لنا صحة هذا الرأي.

### المسألة السادسة: نفقة الزوجة:

النفقة في اصطلاح الفقهاء: إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته من خبز وأدم، وكسوة، ومسكن، وما يتبع ذلك من ثمن ماء، ودهن ومصباح ونحو ذلك.<sup>(1)</sup>

واتفق الفقهاء على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة.<sup>(2)</sup>

ويعتبر نفقة الزوجة من أهم حقوقها، وجاءت في قانون الأحوال الشخصية العراقي المادة (23) التي تتعلق ببيان أحكام نفقة الزوجة على زوجها :

"1. تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق .

2. يعتبر إمتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع لها معجل مهرها أو لم ينفق عليها." <sup>(3)</sup>

### رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

إضافة فقرة ثالثة إليها كالآتي: (3- للزوج الفقير العاجز عن العمل النفقة على زوجته الغنية).<sup>(4)</sup>

### الأسباب الموجبة:

الاسباب الموجبة لإضافة هذه الفقرة عند الزلمي كثيرة، منها شرعية، ومنها قانونية، كما يلي:

1. ربط القرآن الكريم النفقة بالميراث في قوله تعالى: (وعلى الوارث مثل ذلك) بعد قوله:

[وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ]<sup>(1)</sup>، أي على وارث الطفل بعد وفاة والده نفقته وهذا

<sup>(1)</sup> الجزيري، عبد الرحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ج4، 2003، ص 113.

<sup>(2)</sup> القرطبي، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 54/2.

<sup>(3)</sup> قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

<sup>(4)</sup> الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، مصدر سابق، ص186



الربط من باب: (الغنم بالغرم) أو (الغرم بالغنم) فما دامت الزوجة وارثة للزوج إذا مات قبلها فهي مسؤولة عن الإنفاق عليه إذا كانت متمكنة وهو فقير عاجز عن الكسب.

2. بين الزوجين ميثاق غليظ كما قال تعالى: [وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا]<sup>(2)</sup> فالرابط بينهما رابطة روحية مستقاة من هذا الميثاق وبمقتضاه يجب أن يكونا شركاء في السراء والضراء.

3. تضمن مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للبلاد العربية هذا المقترح.<sup>(3)</sup>

ويضيف أيضا: " والذّي أقترح أن يأخذ به المشرّع في العالم الإسلامي هو ما ذهب إليه العلامة الفقيه العظيم ابن حزم الظاهري قبل مئات السنين من (أن نفقة الزوج الفقير العاجز واجبة على زوجته المتمكنة ماليا) كما ذكرنا<sup>(4)</sup> وأرى أن الزوج المتمكن الممتنع عن الإنفاق لا يستحق أي تقدير وتأجيل، لأن عمله هذا يعتبر جريمة دينية وقانونية وأخلاقية مادامت النفقة واجبة عليه وهو متمكن والزوجة مطيعة لم تقم شرعا بما يحرمها من النفقة، فعلى القاضي رفع هذا الظلم حالا بالحكم بالتفريق إن أصرَّ على عدم الإنفاق وأصرت على طلب التفريق".  
ظاهري قبل مئات السنين من (أن نفقة الزوج الفقير العاجز واجبة على زوجته المتمكنة ماليا) كما ذكرنا.<sup>(5)</sup>

### التعليق:

يرجع كما هو واضح في الأسباب الموجبة أصل هذا الاقتراح لإضافة الفقرة الثالثة المقترحة من قبل الدكتور الزلمي إلى الربط الموجود بين النفقة والميراث في القرآن الكريم، والرابطة الزوجية الموجودة بين الزوجين، ويتفق هذا الرأي مع ما ذهب إليه أبو حزم الظاهري كما سبق ذكره، وهذه الإضافة أيضا يرجع إلى العمق الفقهي لدى الزلمي وتوصيفه في المجال القانوني.

(1) سورة البقرة/ 233

(2) سورة النساء/ 21

(3) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، مصدر سابق، ص 186

(4) ص 207. أنظر: المحلى، مصدر سابق، 92/10.

(5) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مصدر سابق، ص 206.

## المسألة السابعة: الولاية:

### تعريف الولاية في اللغة:

الولاية – بكسر الواو – مصدر ولي ، وولي (1) – والثانية قليلة الإستعمال (2) – يلي وهي تعني القيام على الغير وتديره (3) .

وتكون الولاية بمعنى القرابة والنصرة ، والمحبة (4) . فتأتي الواو مفتوحة ومكسورة (5) .

وكلا المعنيين مراعى في الولاية : لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والعمل .. كما تحتاج إلى نصره المولى عليه ، والنسب دعامّة قويّة من دعائم تحقيق هذه النصره (6) .

هناك تعريفات كثيرة للولاية في المذاهب الفقهية الإسلامية، يمكن إيجاز تعريف عام للولاية بأنها: (سلطة شرعية يملك بها صاحبها حق التصرف في شؤون الغير الذي لا يحسن التصرف في شؤون نفسه) (7) .

### من له حق الولاية في الفقه الإسلامي:

" لم يخالف أحد من الفقهاء في أن مبنى الولاية وأساسها هو التعصب (8) . والعصبة (9) تنقسم على قسمين عصبة نسبية وعصبة سببية . العصبة النسبية ؛ وهي الآتية من جهة القرابة الحقيقية والنسب ، والعصبة السببية ؛ وهي التي تتحقق من العتق ويسمى مولى العتاقة ومولى النعمة وللعتيق عصبة سببية لأن الشارع جعل صلة المعتق بعتيقه في حكم صلة القريب بقريبه (10) " .

(1) الحملاوي، أحمد بن محمد، شذا العرف في فن الصرف، دار الفكر العربي، بيروت، ط.أولى، 1999. ص ( 69 ) ، وفيه أيضاً أن الولاية من الحرف ؛ لذا كان قياس مصدره فعالة بكسر الفاء .

(2) المصباح المنير ص ( 258 ) ( ولي ) .

(3) لسان العرب ( 4070/15 ) ، معجم مقاييس اللغة ( 141/6 ) ( ولي ) .

(4) المرجعان السابقان .

(5) المصباح المنير ص ( 258 ) ( ولي ) .

(6) الشاذلي، الدكتور حسن علي، الولاية على النفس، ص ( 4 ) .

(7) أبو السعود، د. رمضان ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع ، ص222.

(8) إمام، د.محمد كمال الدين، و د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع، ص266.

(9)العصبة : لغة هم الأقارب من جهة الأب وسموا عصبة لأنهم يعصبون الشخص ويعتصب بهم أي يحيطون به ويشند بهم . ومن ثم سموا قرابة الإنسان الذكور الذين يدلون اليه بالذكور عصبة لأنهم يحيطون ويؤدون عنه ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، ج1، حرف الباء – فصل العين ، مرجع سابق ، ص606.

(10)الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق ، ص120.

## رأي الدكتور مصطفى الزلمي حول حق الولاية:

الدكتور مصطفى الزلمي يخالف ما ذهب إليه أكثر الفقهاء في مسألة حق الولاية ويرى: "أن تتولى الأم ولاية القاصر بعد وفاة الأب أو في غيابه أو فقدان أهليته، لأنها أحق بذلك من الجدّ والأخوة وسائر العصبات خلافا لما عليه أكثر الآراء الفقهية في الفقه الإسلامي".<sup>(2)</sup>

يستدل الزلمي في هذه المسألة هنا بتجربة المحاكم في العراق ويقول: " ثبت للقضاء العراقي أن الأم أولى من غيرها بعد الأب، لأن العصبات يظلمون القاصر ويأكلون أموالهم بغير حق".<sup>(3)</sup>

### التعقيب:

في الحقيقة برغم من التغييرات الكبيرة التي حدثت في العلاقات الإجتماعية بين الأقارب في هذا الزمان وتباعد الناس عن البعض ومشاعل الحياة الكثيرة لا يمكننا ترجيح رأي الدكتور الزلمي بشكل مطلق لأن كل أم ليست مثل البعض وبشكل خاص إذا تزوجت الأم، وخير دليل في هذا الموضوع هو التجربة العملية على أرض الواقع، واستند الزلمي بتجربة القضاء العراقي في هذا المجال، أرى بأن يترك سلطة تحديد الولي للقاضي، حتى يتم تحديد الولي في كل حالة حسب ما تقتضيها.

## المسألة الثامنة: النشوز:

### النشوز في اللغة:

نشز: النشز المتن المرتفع من الأرض، والجمع: أنشاز ونشوز، والنشوز هو ما ارتفع وظهر من الأرض، وقلب ناشز إذا ارتفع عن مكانه من الرعب، ومنه قوله تعالى: {... وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا...} {المجادلة 11}، قال أبو إسحاق معنا: إذا قيل انهضوا فانهضوا وقوموا، ودابة نشزت إذا لم يكد يستقر عليها راكب والسرّج على ظهرها، ويقال: نشز فلان في مكانه وارتفع

(1) مفهوم الولاية في الزواج ( دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية )، مجلة المحقق

الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني / السنة الرابعة، 2014.

(2) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، ص92

(3) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، ص92

وامتنع، والمرأة بزوجها: إذا ارتفعت عليه واستعصت، وأبغضته فهي ناشز، ونشز بعلمها منها وعليها: ضربها وأذاها وجفاها. ويقال: فلان ناشز الجبهة: مرتفعها، والنشز: الغليظ الشديد<sup>(1)</sup>.

وأما عند الفقهاء، فالمراد به: خروج المرأة عن طاعة زوجها؛ لإمتناعها عن أداء الحقوق المقررة له عليها شرعاً، ونفورها منه.

وإنما سميت هذه المرأة ناشزاً؛ لأنها ارتفعت عن طاعة الزوج، وتعالّت عليه بما يجب عليها الخضوع فيه شرعاً لزوجها<sup>(2)</sup>.

### النشوز في القانون العراقي:

الغيت هذه المادة (م25) بموجب قانون التعديل الرابع لقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، رقمه 57 صادر بتاريخ 1980، واستبدلت بالنص الآتي:

1 - لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية :-

أ - إذا تركت بيت زوجها بلا إذن، وبغير وجه شرعي .

ب - إذا حبست عن جريمة أو دين .

ج - إذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي .

2 - لا تلزم الزوجة بمطواعة زوجها، ولا تعتبر ناشزاً، إذا كان الزوج متعسفاً في طلب المطواعة قاصداً الإضرار بها أو التضيق عليها، ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص ما يأتي :-

أ - عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتاً شرعياً يتناسب مع حالة الزوجين الإجتماعية والاقتصادية .

ب - إذا كان البيت الشرعي المهياً بعيداً عن محل عمل الزوجة، بحيث يتعذر معه التوفيق بين إلتزاماتها البيتية والوظيفية .

ج - إذا كانت الأثاثات المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج .

د - إذا كانت الزوجة مريضة بمرض يمنعها من مطواعة الزوج .

<sup>(1)</sup> ابن منظور، لسان العرب، 417/5-418، باب الزاي، فصل النون، المعجم الوسيط، 256/2، باب النون، الصحاح للجوهري، 899/3، باب الزاي، فصل النون..

<sup>(2)</sup> واصل، د. نصر فريد محمد، مباحث فقهية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بنظام الأسرة والأمور الزوجية، الطبعة الأولى 1415 هـ - 1994م، مطبعة الأخوة الأشقاء لطباعة الأوفست والتجليد، ص (237).

3 - على المحكمة أن تتريث في إصدار الحكم بنشوز الزوجة، حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها .

4 - على المحكمة أن تقضي بنشوز الزوجة، بعد أن تستنفد جميع مساعيها في إزالة الأسباب التي تحول دون المطاوعة .

5 - يعتبر النشوز سبباً من أسباب التفريق، وذلك على الوجه الآتي : -

أ - للزوجة طلب التفريق، بعد مرور (سنتين) من تاريخ إكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق . وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل، فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر، ألزمت برد نصف ما قبضته .

ب - للزوج طلب التفريق، بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق، وتلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل، ويسقط مهرها المؤجل، إذا كان التفريق قبل الدخول، أما إذا كان التفريق بعد الدخول، فيسقط المهر المؤجل، وتلزم الزوجة برد نصف ما قبضته، إذا كانت قد قبضت جميع المهر .

6 - يعتبر التفريق، وفق الفقرة (5) من هذه المادة، طلاقاً بائناً بينونة صغرى .

الحالات التي لاتعتبر الزوجة ناشزا في المادة 25:

-المادة (25) الفقرة الثانية: (لاتلزم الزوجة بمطاوعة زوجها ولا تعتبر ناشزا إذا كان الزوج متعسفا في طلب المطاوعة قاصدا الإضرار بها أو التضيق عليها ويعتبر من قبيل التعسف والإضرار بوجه خاص هو ما يأتي"

أ. عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الإجتماعية والإقتصادية.

ب. إذا كان البيت الشرعي المهياً بعيدا عن محل عمل الزوجة بحيث يتعذر معه التوفيق بين إلتزاماتها البيئية والوظيفية).

**رأي الدكتور مصطفى الزلمي:**

يطالب الزلمي بحذف الفقرة (ب) من المادة المذكورة للأسباب الآتية:

1. التوفيق بين الإلتزامات البيئية والوظيفية أمر صعب إذا لم يكن مستحيلا ولو كان البيت الشرعي داخل محل عمل الزوجة إذا لم يكن بين الزوجين تعاون وتكافل.

2. العدالة ومصالحة الأسرة تتطلبان ترك الحرية للزوجين للاتفاق على إختيار المكان الملائم والمناسب للسكنى بحسب المكنة المالية للزوج.

3. المفروض في قانون الأسرة أن يكون عاملاً مساعداً على إستقرارها وإستمرارها وعدم فتح الباب أمام خلافات قد تؤدي الى إنهيارها"<sup>(1)</sup>.

### التعقيب:

منح القانون حق دعوى المطاوعة إقامتها للزوج فقط ولها شروط يجب توافرها حتى يستطيع الزوج كسب الدعوى فيجب أن يكون بيت الزوجية ملائم لحالة الزوجين الثقافية والإجتماعية والمستوى المعيشي ويكون خاصاً بالزوجين أي لايجوز أن يكون ساكناً أحد مع الزوج من الأهل والأقارب أو مع زوجة ثانية وأن يؤثت بأثت غير متنازع عليه ويكون ملكاً للزوج ولا مانع من أن يكون البيت مستأجراً من قبل الزوج لكن يجب أن يكون عقد الإيجار باسم الزوج . مع ملاحظة أن لدعوى المطاوعة ممكن أن تستأخر عند إقامة الزوجة دعوى تفريق لحين البت في دعوى التفريق.

واقترح الدكتور الزلمي بحذف فقرة (ب) من المادة المذكورة يأتي من قناعته بأن إستقرار الأسرة وإستمرارها وترك الحرية للزوجين أفضل من ترك الموضوع بمثل ما جاء في الفقرة (ب) التي يمكن إستغلالها من قبل الزوجة لأن التوفيق بين الإلتزامات البيئية والوظيفية شيء نسبي.

## المسألة التاسعة: الإكراه:

### تعريف الإكراه

الإكراه لغة: "اسم من كرهت الشيء، أكرهه كرهاً، وأصله في اللغة على خلاف المحبة والرضا"<sup>(2)</sup>.

واصطلاحاً: "إلزام الغير بما لا يريد"<sup>(1)</sup>، أو "الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً، فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر"<sup>(2)</sup>، وقيل هو: "عبارة عن تهديد القادر غيره بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا"<sup>(3)</sup>.

(1) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، مصدر سابق، ص187.

(2) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ص:269. بصائر ذوي التمييز، للفيروزآبادي: 346/4..

والمقصود بالرضا، هو ارتياح النفس إلى فعل الشيء والرغبة فيه، أما الاختيار فيعني التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه<sup>(4)</sup>.

فالمكلف إذا أقدم على فعل من تلقاء نفسه فإنه يتمتع بصفيتين، صفة الاختيار وصفة الرضا. والمستكره<sup>(5)</sup> فقد صفة الرضا ولم يفقد الإختيار، فما دام متمكناً من الإمتناع عن الفعل ولو أنه سيلحقه من جراء هذا الإمتناع ضرر عظيم فهو مختار، لأنه لم يقدم على الفعل إلا وقد رجحه على الإمتناع إجتنباً للضرر، وقد كان في إمكانه أن يمتنع ويتلقى الضرر، وعلى هذا فكل راض مختار ولا عكس.

والتفريق بين الرضا والإختيار هو قول الحنفية، وأما بقية الأئمة فالرضا والإختيار عندهم متلازمان، فلا يكون إختيار من غير رضا<sup>(6)</sup>.

### زواج المكره:

ينتقد الدكتور الزلمى قانون الأحوال الشخصية العراقي لأنه: اعتبر خطأً زواج المكره باطلاً، فنصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي القائم على أنه: (لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكراً أم أنثى على الزواج دون رضاه ويُعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول).

### الأسباب الموجبة:

1. مفهوم مخالفة شرط: (إذا لم يتم الدخول) هو أن الزواج الباطل يتحول إلى الصحيح بمجرد الدخول ولو كان بإكراه أيضاً على أساس أن الدخول إجازة والباطل يتحول إلى الصحيح بالإجازة اللاحقة وهذا مرفوض في المنطق القانوني.

(1) فتح الباري، لابن حجر، 437/12..

(2) التعريفات، لعلي بن محمد الشريف الجرجاني، ط1، 1424هـ/2003م، دار النفائس، ص:91.

(3) القانوني، قاسم بن عبدالله، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ط1، 1424هـ/2004م، دار الكتب العلمية، ص:99.

(4) الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط1، 1418 دار القلم هـ/1998م، 451/1.

(5) يستحسن استعمال لفظ المستكره لمن يقع عليه الإكراه أخذاً من لفظ الحديث: «... وما استكرهوا عليه»، أما الحامل على الفعل الموقع للإكراه فالأنسب له استعمال لفظ المكره - بكسر الراء - دفعاً للالتباس.

(6) ابن حميد، د. صالح بن عبدالله، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية: ضوابطه وتطبيقاته، ط1، 1403هـ، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي جامعة أم القرى مكة المكرمة، ص:241.

2. لا يوجد في العالم قانون يقرر تحويل العقد الباطل بطلانا مطلقا إلى الصحيح بالإجازة اللاحقة ومن المعروف أن المشرع العراقي لم يأخذ بالبطلان النسبي (القابل للإبطال) حتى تلحقه الإجازة فالباطل والمعدوم سيان.

3. المشرع العراقي اعتبر في المادة (155) من القانون المدني عقد المكره موقوفا حيث نصت على أن: (من أكره إكراها معتبرا بأحد نوعي<sup>(1)</sup> الإكراه إبرام عقد لا ينفذ عقده).

4. المشرع العراقي لم يأخذ بمذهب أبي حنيفة في إقرار العقد الفاسد في القانون المدني القائم لكنه أخذ به في المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية التي تضمنت شروط الإنعقاد وشروط الصحة وفي المادة (22) منه حيث أقرت للمدخل بها في الزواج الفاسد مهر المثل إذا لم يذكر في العقد والأقل منه ومن المهر المسمى إذا ذكر. ومن أصول فقه أبي حنيفة أن العقد الفاسد للإكراه تلحقه الإجازة كالعقد الموقوف.

#### رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

اعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول وينبني على ذلك:

أ. اعتبار رضا العاقدين ركنا من أركان الزواج شأنه في ذلك شأن بقية العقود بل هو أهم وأخطر لأنه عقد شركة في الحياة لا في المادة.

ب. من المقرر أن تخلف الركن أو الشرط يؤدي إلى البطلان حتى عند الحنفية القائلين بالفرق بين البطلان والفساد لأنهم لا يفرقون بينهما بالنسبة لعقد الزواج<sup>(2)</sup> والعبادات.

ج. العقد الباطل ليس له وجود شرعي فالدخول بعده يعتبر زنا موجبا لعقوبة الحد إن كان مع العلم وإن كان بجهل يسقط الحد ويثبت النسب وتجب العدة لأنه وطء شبهة ولكن لا يحول العقد من البطلان إلى الصحة بإتفاق الفقهاء.

ولكل ما ذكر إقتراح إما حذف قيد: (إذا لم يتم الدخول) أو تغيير تعبير: (الباطل) بما يتفق مع هذا القيد ك(الموقوف)<sup>(3)</sup>.

(1) الاكراه الملجئ وغير الملجئ.

(2) راجع: ، فتح القدير: 383/2، و ابن عابدين: 361/2، حيث لما عبر صاحب الهداية عن حكم مسألة بالفساد وعن الآخر بالبطلان علق عليه صاحب الفتح بقوله: وذكر الفساد فيما تقدم ولا فرق بينهما: (بين الفساد والبطلان) في النكاح بخلاف البيع.

(3) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص148.



## التعقيب:

يبدو لي أن ماتفضل به الدكتور مصطفى الزلمي بإستبدال تعبير ( باطل ) الوارد في نص الفقرة (1) بمصطلح ( فاسد ) أو ( موقوف ) صائب لأن كل منهما يمكن أن يتحول إلى الصحيح النافذ اللازم بالإجازة وأن يعتبر الدخول بمثابة الإجازة الضمنية.<sup>(1)</sup>

وفي الحقيقة كما قال الزلمي العقد الباطل ليس له وجود شرعي وما بُنيَ على الباطل فهو باطل ولا يمكن تغيير الباطل إلى الصحيح، ومن أجل مصلحة المرأة المدخول بها إقترح الزلمي بعبارة الفاسد أو الموقوف ، لأنه بإمكان تغيير الفاسد أو الموقوف إلى الصحيح ويتفق هذا مع ما جاء في الفقه الإسلامي حول العقد الفاسد أو الموقوف، وهذه إضافة أخرى من توظيف ما جاء في الفقه الإسلامي في القانون.

---

(1) الزلمي، الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، شركة السعدون للطباعة، بغداد ، بدون سنة طبع ، ج 1 ، ص 174 - 175 .

## الفصل الثاني

ارائه الفقهية والقانونية  
في الطلاق

## المدخل

الطلاق في اللغة: عبارة عن إزالة القيد،<sup>1</sup> وهو مشتق من الإطلاق؛ وهو الإرسال والترك،<sup>2</sup> يقول الرجل: أطلقت إيلي، وأطلقت أسيري، وطلقت امرأتي،<sup>3</sup> قال ابن أبي الفتح البجلي:<sup>4</sup> "وأصل الطلاق في اللغة التخلية، يقال: طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت، وحبس فلان في السجن طلقًا بغير قيد، وفرس طلق إحدى القوائم إذا كانت إحدى قوائمها غير محجلة، والإطلاق الإرسال، فالطلاق شرعًا: حل قيد النكاح، وهو راجع إلى معناه لغة؛ لأنه من حل قيد نكاحها فقد خليت".<sup>5</sup>

وقال الزبيدي<sup>6</sup> في تاج العروس: "وفي العباب: طلاق المرأة يكون بمعنيين: أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر: بمعنى الترك والإرسال".<sup>7</sup>

والطلاق في عرف الفقهاء هو: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه،<sup>8</sup> فقد عرفه الحنفية بقولهم: "رفع قيد النكاح"،<sup>9</sup> وعرفه المالكية بقولهم: "صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه"،<sup>10</sup> وعرفه الشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"،<sup>11</sup> وعرفه الحنابلة: "حل قيد النكاح"،<sup>1</sup> وعرفه الزيدية فقالوا: "قول مخصوص أو ما في معناه يرتفع به النكاح، أو ينتلم".<sup>2</sup>

1. النسفي، عمر بن محمد، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، دار الطباعة العامرة، 1311هـ، 144/، والقونوي، أنيس الفقهاء، ص155.
2. النووي، أبو زكريا محيي الدين شرف، تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم- دمشق، ط1، 1408هـ، ص263.
3. السرخسي، شمس الأئمة: المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، -1406هـ، 2/6.
4. فتح الدين أبو الفتح أحمد بن محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البجلي ثم الدمشقي، ولد (668هـ)، وتوفي سنة (709هـ)، له ترجمة في الوفيات 48/2.
5. البجلي، محمد بن أبي فتح، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، 1988، ص333.
6. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، لغوي شهير، توفي سنة (1205هـ).
7. تاج العروس 93/26، وينظر: لسان العرب 225/10، ومختار الصحاح/166.
8. الموسوعة الفقهية الكويتية/ مادة طلق.
9. الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982م 103/3، وابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ - 2000م 226/3.
10. العدوي، علي الصعيدي المالكي: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ 101/2.
11. الشربيني، محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت 379/2.

وقد شرع الإسلام النكاح لمصالح عظيمة، وأقامه على المودة بين الطرفين، وبَيَّن حقوق كلٍّ من الزوجين على الآخر، ودعا عند وجود الخلاف؛ للصبر أو تحكيم الحكيم؛ ليعيدا المودة من جديد، ولكن عند تنافر القلوب واستحكام الكراهية لم يكن ثمة إلا أحد ثلاث حالات: البقاء مع النفرة، وهذه الحالة لا يمكن اختيارها، ومع اختيارها فليست في مصلحة الأسرة، الحالة الثانية: الفراق الجسدي؛ فتصير المرأة كالمعلقة؛ لا هي زوجة، ولا هي مسرحة بالمعروف؛ فيغنيها الله من فضله، الحالة الثالثة: الطلاق برفع النكاح الذي أصبح عذاباً ونقمة، وهذا الذي شرعه الإسلام.<sup>3</sup>

يقول ابن القيم<sup>4</sup>: " ثم أكمل لعبده شرعه، وأتم عليه نعمته؛ بأن ملكه أن يفارق امرأته ويأخذ غيرها؛ إذ لعل الأولى لا تصلح له ولا توافقه، فلم يجعلها غلاً في عنقه، وقيداً في رجله، وإصراراً على ظهره، وشرع له فراقها على أكمل الوجوه لها وله؛ بأن يفارقها واحدة، ثم تتربص ثلاثة قروء، والغالب أنها في ثلاثة أشهر، فإن تآقت نفسه إليها وكان له فيها رغبة وصرف مقلب القلوب قلبه إلى محبتها وجد السبيل إلى ردها ممكناً، والباب مفتوحاً فراجع حبيبته واستقبل أمره وعاد إلى يده ما أخرجته يد الغضب ونزغات الشيطان منها، ثم لا يأمن غلبات الطباع ونزغات الشيطان من المعادة، فمكّن من ذلك أيضاً مرة ثانية، ولعلها أن تذوق من مرارة الطلاق وخراب البيت ما يمنعها من معادة ما يغضبه، ويذوق هو من ألم فراقها ما يمنعه من التسرع إلى الطلاق، فإذا جاءت الثالثة جاء ما لا مرد له من أمر الله، وقيل له: قد اندفعت حاجتك بالمرّة الأولى والثانية، ولم يبق لك عليها بعد الثالثة سبيل؛ فإذا علم أن الثالثة فراق بينه وبينها وأنها القاضية أمسك عن إيقاعها".<sup>5</sup>

والأصل في الطلاق التنجيز، إلا أنه يقبل التعليق والإضافة باتفاق الفقهاء، وقد ذكر

- 
1. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405 هـ/277/7.
  2. ابن مفتاح، عبد الله بن أبي قاسم، المختار من الغيث المدار المفتاح لكوائم الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، 387/2.
  3. ينظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص281.
  4. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، العالم الرباني، صاحب التصانيف الكثيرة، ولد في دمشق سنة 691 هـ، وتوفي سنة 751 هـ، ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة/361، والعبر في خبر من غير/311.
  5. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973 هـ/93/2.

الزركشي في المنثور<sup>1</sup>: أن الطلاق من التصرفات التي تقبل التعليق على الشرط ولا تقبل الشرط.

فيما يلي نماذج لبعض آراء الزلمي في الطلاق:

## المسألة الأولى: طلاق الحائض تعريف الحيض؟

تعريف الحيض اصطلاحاً: هو الدم الخارج في حال الصحة من أقصى رحم المرأة من غير ولادة ولا مرض، في أمد معين.<sup>(2)</sup> ولونه عادة السواد، وهو محتدم (أي شديد الحرارة)، لذاع محرق (أي موجه مؤلم) كرية الرائحة.

قال الشربيني<sup>(3)</sup> من الشافعية في تعريف الحيض بأنه: "دم جبلة - أي تقتضيه الطباع السليمة - يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحة من غير سبب في أوقات معلومة"<sup>(4)</sup>. لكن في الطب الحديث تبين سببه والله أعلم .

## اختلاف الفقهاء في وقوع طلاق الحائض:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم طلاق الحائض:

الرأي الأول: يقع الطلاق، رغم كونه بدعة ومخالفاً لأمر الله: [فَطْلُقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ] كالحنفية<sup>(5)</sup> على أساس ان النهي المستفاد من الأمر ليس لذات المنهي عنه وإنما لغيره وهو ضرر الزوجة فلا يقتضي الفساد، ويتفق معهم الشافعية<sup>(6)</sup> والحنابلة<sup>(7)</sup>.

الرأي الثاني: لا يقع طلاق الحائض، لأن النهي المستفاد من الأمر يقتضي فساد المنهي عنه وبالتالي لا يقع الطلاق، كالشيعة الامامية<sup>(8)</sup> فقالوا يجب ان يُطلقها في طهر لم يجامعها فيه، وقال الظاهرية<sup>(9)</sup> من أراد طلاق زوجته التي دخل بها لم يحل له أن يُطلقها

1. 375/1.

2 - أنظر : مغني المحتاج : باب الحيض : 108/1.

3 - محمد بن احمد الشربيني الخطيب (ت 977 ) الأعلام - الزركلي : 6/6

4 - مغني المحتاج : 108/1 .

(5) شرح فتح القدير 33/3.

(6) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي عباس، نهاية المحتاج، دار الفكر بيروت- 1984، 5/6.

(7) المرادوى، علي بن سليمان، الانصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية -1956، 450/8.

(8) رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل، كتاب الطلاق. مستدرک الوسائل 6/3.

(9) ابن حزم، المحلى 16/10.

في حيضها ولا في طهر جامعها فيه، فإن طلقها في طهر وطئها فيه أو في حيضها لم يُنفذ ذلك الطلاق وهي زوجته كما كانت إلا إذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى، فعندئذ يقع ويلزم.

والراجح عند الشيعة الزيدية عدم الوقوع لقوله تعالى: [فَطَلُّوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ] <sup>(1)</sup>.

الرأي الثالث: وذهب المالكية <sup>(2)</sup> إلى أن الطلاق يقع لكن يستطيع إرجاعها أثناء العدة ويجبره القاضي على الإرجاع، فإذا أبى يُهدده بالسجن، فإن لم يُراجعها ناب القاضي منابه وحكم بإرجاعها جبراً عليه للآية المذكورة، ولقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) لعمر بن الخطاب (رضي الله عنه) حين طلق ابنه عبدالله زوجته وهي حائض: (مره فليراجعها). <sup>(3)</sup>

### الراجح عند الزلمي:

موضوع خلافي بين الفقهاء من القدم، ولا يوجد دليل قطعي عليها، وكل الآراء الواردة هنا آراء اجتهادية، يرجح الدكتور مصطفى الزلمي الرأي الثالث ويقول: "أرى أن القول الراجح الذي يجب الأخذ به وتعطى له صفة الإلزام في قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية هو ما ذهب إليه المالكية وبعض الحنفية ورواية للإمام أحمد بن حنبل من أن طلاق الحائض يقع ولكن يُجبر الزوج على إرجاع زوجته، فإن أبى ذلك يرتجعها القاضي، لأن في الأخذ بمذهب مالك جمعاً بين الأدلة ورفعاً لتعارضها، لأن الأخذ بهذا الرأي جمع بين الآراء السابقة فيقع الطلاق من حيث الأصل كما هو رأي أكثر الفقهاء ولا يقع من حيث المآل كما هو رأي البعض". <sup>(4)</sup>

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الرأي يعطي المجال للزوج أن يطلق زوجته في طهر لم يُعاشرها فيه <sup>(5)</sup> إذا كان له مبرر دون أن تنتظر الزوجة، فالأخذ بهذا الرأي يجمع بين مصلحة الزوج ومصلحة الزوجة".

<sup>(1)</sup>الروضة الندية 48/2 وماياها.

<sup>(2)</sup>مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، السعودية -1324هـ، / 2110/5 شرح الخرشي /29.

<sup>(3)</sup> نيل الاوطار 221/6

<sup>(4)</sup> لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع راجع كتاب (الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة)، ص 111 وما يليها.

<sup>(5)</sup> وحكمه قيد عدم معاشرتها في طهر يطلقها فيه هو استبعاد الندم الذي قد يحصل في المستقبل بالنسبة للزوجين إذا تكون من هذه المعاشرة ولد.

## التعقيب:

يجب أن لا ننسى بأنّ تحريم الطلاق وقت الحيض لا يمنع تترتب أثره وحُكمه عليه كالظهار، فإنه مُنكر من القول وزور، وهو مُحرمٌ بلا شك وتترتب أثره عليه وهو تحريم الزوجة إلى أن يكفر، فهكذا الطلاق البدعي مُحرمٌ ويترتب عليه أثره إلى أن يراجع ولا فرق بينهما. والأصل عند الدكتور مصطفى الزلمي في الترجيح بقاء كيان الأسرة والحفاظ عليها إلى أقصى حد، لهذا نرى أنه يرجح الآراء التي في مصلحة بقاء الأسرة، هذا بالإضافة إلى تبغيض الطلاق في الإسلام ومن أجل إعطاء فرصة أخرى للزوج والزوجة من أجل التفكير من جديد في الموضوع، وأخيراً كما قال الدكتور الزلمي: "الأخذ بهذا الرأي يجمع بين مصلحة الزوج ومصلحة الزوجة" وهذا أقرب لاستقرار الأسرة والعدالة.

## المسألة الثانية: حق طلب التفريق القضائي للزوجة في قانون الأحوال الشخصية العراقي:

أوردت المادة (43) المعدلة أسباب للتفريق القضائي غير أن تلك الأسباب على إطلاقها لا تسمح في نظر المشرع العراقي بطلب التفريق إلا للزوجة، كما يتضح من الآتي:

أولاً - للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

1. إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه (1/43).

رأي الدكتور مصطفى الزلمي: " أن هذا السبب ليس له مصدر في الفقه الإسلامي بل يقاس على حال الغياب. وفي رأينا لا داعي لهذا القياس لسببين:

أحدهما: أن المحبوس أو المسجون غائب عن زوجته وأن تقييد حرية الإنسان بالحبس إن هو إلا صورة من صور الغياب وخاصة إذا كان السجن في مدينة غير المدينة التي تسكنها الزوجة.

والثاني: أن التفريق لهذا السبب ورد في الفقه الإسلامي فقد قال ابن تيمية في (الاختيارات العلمية): (القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود بالإجماع كما قال أبو محمد المقدسي)<sup>(1)</sup>.<sup>(2)</sup>

(1) ابن تيمية، الاختيارات، ص146.

(2) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص158.

اقترح الزلمي: " أرى أن في ذلك تعسفا في استعمال الحق لأن الضرر الفعلي غير قائم بعد الحكم مباشرة، فكان على المشرع أن يضيف إلى هذه الفقرة عبارة: (بعد مضي سنة من حبسه) أسوة ببقية القوانين العربية، ولأن حياة السجن قد تطورت في قطرنا فيسمح بالالتقاء بين الزوجين بين أونة وأخرى".<sup>(1)</sup>

2- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه (2/43).

3- إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية (3/43).

التفصيل حول هاتين الفقرتين لدى الدكتور الزلمي هكذا: "احكام هاتين الفقرتين (الثانية والثالثة) تعززها أدلة في الشريعة الإسلامية منها:

أ. قال سبحانه وتعالى: [فَأْمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ]<sup>(2)</sup>، والإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب لها من حقوق على زوجها<sup>(3)</sup>، ومن حقوق الزوجة على زوجها حق التمتع والمعاشرة، وهجر الزوج لزوجته قبل الدخول أو بعده ليس إمساكا بالمعروف بل ضرار وإمساك بغير المعروف.

ب. قال تعالى: [فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلًا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا]<sup>(4)</sup>، وهجر الزوجة دون مبرر بغي عليها وظلم وعدول عن الحق.

ج - من حلف أن يهجر زوجته ولا يعاشرها يطبق عليه حكم الإيلاء بعد مرور أربعة أشهر فيفترق القاضي بينهما والتفريق يكون طلاقه بائنة، لقوله تعالى: [لَّذِينَ يُؤْلُونَ<sup>(5)</sup> مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ<sup>(6)</sup> أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا<sup>(7)</sup> فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا

(1) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص158.

(2) سورة البقرة - الآية: 231.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق.

(4) سورة النساء - الآية: 34.

(5) أي يحلفون.

(6) التأخر والتأني.

(7) أي رجعوا.



الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ<sup>(1)</sup>، وبمقتضى هذا النص كل من هجر زوجته حالفاً ألا يعاشرها إذا مضت أربعة أشهر ورافعته الزوجة إلى الحاكم أمره بالفيئة فإن أبى أمره بالطلاق.

وقال بعض الفقهاء كالنخعي والأوزاعي والحنفية يقع الطلاق بمجرد مضي أربعة أشهر<sup>(2)</sup>.

وقال المالكية لا يشترط في هذا الحكم أن يكون هناك حلف من الزوج على ألا يقربها بل مجرد الهجر يعتبر إيلاء موجبا للتفريق لأن العبرة بالضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة هذا الهجر وقال القرطبي المالكي: (قال علماؤنا ومن امتنع عن وطء امرأته بغير حلفه إضراراً بها أمر بوطئها، فإن أبى وقام على امتناعه من وطئها مضراً بها فرق بينه وبينها من غير ضرب أجل وقيل يضرب أجل الإيلاء)<sup>(3)</sup>.

د- قال الرسول عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(4)</sup>، والامسك مع عدم المعاشرة الزوجية مضر وعلى القاضي أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التي أصبحت ضرراً لا مصلحة فيها.

هـ - إن عمر بن الخطاب في عهد خلافته كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد الآيات الآتية:

ألا طال هذا الليل واسود جانبه وأرقتني أن لا حبيب ألاعبه<sup>(5)</sup>  
فوالله لولا الله لا شيء غيره لززع من هذا السرير جوانبه  
مخافة ربي والحياء يكفني وإكرام بعلي أن تنال مراكبه

فلما كان الغد استدعى عمر (رضي الله عنه) تلك المرأة وقال لها أين زوجك؟ فقالت بعثت به إلى العراق. فاستدعى نساء فسألهن عن المرأة كم مقدار ما تصبر عن زوجها؟ فقلن، شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة أشهر، وينفذ صبرها في أربعة أشهر. فكتب عمر إلى أمراء الأجناد ألا تحبسوا

(1) سورة البقرة - الآيات: 226-227.

(2) الكاساني، البدائع 3/176.

(3) القرطبي، محمد بن أحمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة- 2006، 3/106.

(4) مسند أحمد: 1/313 (2867)، وكذلك أخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني.

(5) وفي بعض المصادر هذا البيت هكذا، تناول هذا الليل وازور جانبه، وليس إلى جنبي خليل ألاعبه.

رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر<sup>(1)</sup>.

و- قال الإمام أحمد بن حنبل في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ويقول لا أدخل بها إلى شهر، يجبر على الدخول، وقال اذهب الى أربعة إن دخل بها وإلا لأفرقن بينهما<sup>(2)</sup>.

ز - التفريق للهجر والغياب أقره المالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> والزيدية<sup>(5)</sup>، وعند المالكية المدة لثلاث سنوات في رأي وفي رأي آخر سنة واحدة سواء وجد العذر ام لم يوجد، وعند الحنابلة المدة الأصغر ستة اشهر إذا كان الهجر أو الغياب بعذر<sup>(6)</sup>، والمشرع أخذ العذر بنظر الاعتبار أخذًا بمذهب الحنابلة<sup>(7)</sup>.

4- الفقرة الرابعة من هذه المادة: " إذا وجدت زوجها عنيًا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها! "

#### رأي الدكتور الزلمي:

قال في هذا المجال: "لم يقيد المشرع هذا السبب بما قبل الدخول أو بعده وهذا ما يتفق مع رأي فقهاء المسلمين غير أن السائد في الفقه الإسلامي والأقرب إلى العدالة هو تعميم هذا الحق حتى يشمل كلا الزوجين لأن المانع من القيام بالواجبات الزوجية كما يكون في الزوج بالعنة والجب وغيرهما يكون في الزوجة بالرتق والقرن كما في المرأة القرناء والرتقاء<sup>(8)</sup>".<sup>(9)</sup>

5- الفقرة الخامسة: " إذا كان الزوج عقيما أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة".

(1) الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق.

(2) ابن قدامة، المغني، 301/3.

(3) عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل في الفقه المالكي، دار الفكر، بيروت- 1984، : 313/2.

(4) ابن قدامة، المغني، 142/8.

(5) الروضة الندية في الفقه الزيدي: 56/2.

(6) المغني، المرجع السابق.

(7) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص158-160.

(8) القرناء من وجد في عضوها الجنسي قرن من لحم او عظم يكون مانعا من القيام بالواجبات الزوجية، والرتقاء: من انسد عضوها الجنسي بلحم او عظم.

(9) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص161.

## رأي الدكتور الزلمي:

"هذا السبب استحدثه المشرع في التعديل الجديد. وأول من حكم به في الإسلام هو عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) عندما بعث رجلا على بعض الساعية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر أعلمتها أنك عقيم؟ قال لا قال انطلق فأعلمها ثم خيرها(1).

ونقل الغزالي في الإحياء(2) في آداب النكاح آثارا وأحاديث تحت على تفضيل من تلد من النساء على غيرها ومنها: ((خير نسائكم الولود الودود)) (3).

وإلى جانب ذلك فإنه ليس من العدالة حرمان الزوجة من عاطفة الأمومة مدى الحياة دون ذنب. وبناء على ما ذكرنا فإن المصلحة والضرورة وتحقيق هدف الزواج كل هذه الأمور تستدعي اعتبار العقم سببا من أسباب التفريق القضائي عند توافر الشروط التالية:

1. التأكد من عقم المدعى عليه.

2. مراعاة من الطرف المقابل وقابليته لإنجاب الأولاد لو تفرقا.

3. لا يكون طالب التفريق عقيما أيضا بشكل مؤكد(4).

غير أنه يؤخذ على هذه الفقرة أيضا أنها أفردت الزوجة بهذا الحق مع أن العقم سبب مشترك فأولى أن يكون المسبب مشتركا أيضا. (5)

6- الفقرة السادسة: " إذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معاشرته بلا ضرر كالجدام أو الرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة

(1) زاد المعاد لابن القيم: 14/4.

(2) الغزالي، احياء علوم الدين، 21/2.

(3) خرج البيهقي في " السنن الكبرى " (13478) بسنده عن أبي أذينة الصدفي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ( خير نسائكم الودود المواتية المواسية ، إذا اتقين الله ، وشر نسائكم المتبرجات المتخيلات ، وهن المنافقات ، لا يدخل الجنة منهن ، إلا مثل الغراب الأعصم ، وهذا الحديث : اختلف أهل العلم في شأنه ، فذهب غير واحد من أهل العلم إلى عدم صحته ، منهم ابن القطان الفاسي في كتاب " النظر في أحكام النظر " (177) ، ومال السيوطي إلى إرساله ، وسبقه إلى ذلك البيهقي . وصححه الألباني في "صحيح الجامع الصغير " برقم : (3330) ، وفي " السلسلة الصحيحة " برقم: (14).1849.

(4)الصابوني، عبدالرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، 280/2.

(5) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص161-162.

مدة التأجيل أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصررت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق."

رأي الدكتور الزلمي: "ويلاحظ ان كل ما ورد في هذه الفقرة كان موجودا في القانون السابق مع نقص لم يتداركه التعديل وهو اعتبار هذه الأسباب مشتركة بين الزوجين تسمح لكل طلب التفريق إذا وجد الاخر مصابا بعللة لا يمكن معها المعاشرة.

إن هذا النهج الذي سلكه المشرع هو مذهب الحنفية الذي كان المصدر الوحيد المعمول به منذ العهد العثماني إلى تفنين قانون رقم (188) لسنة 1959م.

والذي استقر عليه فقهاء المسلمين هو أن الحق مشترك لأن أسبابه مشتركة وكان الأخرى بالمشرع أن يأخذ بهذا الرأي لاختلاف الطلاق والتفريق في كثير من الآثار منها أن الزوجة المصابة بما يمنع الواجبات الزوجية إذا طلقها زوجها قبل الدخول تستحق نصف المهر لكن إذا انتهت العلاقة الزوجية بينهما قبل الدخول عن طريق التفريق القضائي لهذا السبب أو لسبب آخر خاص بها لا تستحق شيئا من المهر هذا ما تقره العدالة<sup>(1)</sup> لأن التفريق كان بسبب منها، وبصورة خاصة أن المشرع لم يحدد أسباب التفريق واخذ في هذا برأي بعض فقهاء المسلمين كابن القيم الذي قال: (والقياس ان كل عيب يتضرر منه الزوج الآخر ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار)<sup>(2)</sup>.<sup>(3)</sup>

7- الفقرة السابعة: " إذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما".

الفقرة الثامنة: " إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة".

الفقرة التاسعة: " إذا امتنع الزوج عن النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ".

رأي الدكتور الزلمي: "أن ما ورد في هذه الفقرات باستثناء النفقة المتراكمة أحكام أقرها فقهاء المسلمين بالتفصيل، قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: [فَأْمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

(1) ينظر: في تفصيل ذلك الشرح الصغير وحاشية تحفة السالك لأقرب المسالك في الفقه المالكي، 397/2.

(2) زاد المعاد، لابن القيم، 34/4.

(3) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص162.

سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا<sup>(1)</sup>، قال جماعة من العلماء إن من الامساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة يطلقها فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من اجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها.

وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد، وقاله من الصحابة عمر وعلي وأبو هريرة ومن التابعين سعيد بن المسيب.

وقال ابن قدامة: (إن الرجل إذا منع أمرته النفقة لعسرته فالمرأة مخيرة فإن اختارت فراقه فرق الحاكم بينهما لأن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا نفقة ما مضى).

وإن امتنع عن الإنفاق مع يساره... ولم يقدر الحاكم على مال له يأخذه أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ. وقال أيضا: فإذا لم ينفق الموسر فحاله كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ لأنه إذا جاز الفسخ من له العذر فعلى غيره أولى، ولأن في الصبر ضررا أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته<sup>(2)</sup>.

ولكن يرى ابن حزم الظاهري: (إن الزوج إذا عجز عن نفسه وكانت زوجته غنية كلفت هي بالإنفاق عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر، لأن الزوجة وارثة الزوج فعليها نفقته إن أعسر بنص القرآن<sup>(3)</sup>).<sup>(4)</sup>

**وينتقد الزلمي ما استحدثه التعديل في الفقرة التاسعة من هذه المادة:** " إن النفقة المتركمة المحكوم بها سبب من أسباب التفريق"، ويقول: "لم أف على مصدر له في الفقه الاسلامي، كما أن الضرر الموجب للتفريق غير قائم إذا عاد الزوج إلى الإنفاق على زوجته وبقيت النفقة المتركمة دينا في ذمته.

ولا أرى أن يكون دين الزوجة في ذمة زوجها يكون داعيا الى التفريق طالما أن الزوج عاد ليستمر على الإنفاق".<sup>(5)</sup>

(1) سورة البقرة – الآية: 221.

(2) ينظر : في تفصيل ذلك المعنى لابن قدامة، 576-573/7، شرح الدردير على مختصر العلامة سيدي خليل، 608./2، والحاوي الكبير، كتاب النفقات، ص 477.

(3) المحلى: 92/10.

(4) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 163.

(5) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 163.

ثانياً: "للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج". هذا ما ورد في ختام المادة (43) المعدلة.

#### رأي الدكتور الزلمي:

"من وجهة نظري أن إعطاء هذا الحق للزوجة إن كان لسبب من الأسباب السابقة فإنه تكرر وإن كان هو سبب آخر فإنه فتح باب لهدم كيان زوجي قائم دون مبرر، وبصورة خاصة فإن الحياة الزوجية في الطرف الواقع بعد العقد وقبل الدخول يتعرض لتدخل كثير ممن تسول لهم أنفسهم أن يتدخلوا لا لمصلحة الزوجين بل لمجرد التخريب وبث الشقاق والفتنة.

ونأمل أن يعيد المشرع النظر في الحكم الوارد في هذه الفقرة الأخيرة لأن التعديل جاء للقضاء على الفوضى وإزالة الضرر الناشئ من سوء تطبيق احكام الأسرة".<sup>(1)</sup>

#### ويقترح الزلمي هذه المقترحات التي تتعلق بالتفريق القضائي هي الآتية:

أولاً: التقليل من أسباب التفريق القضائي التي استحدثها المشرع العراقي للظروف الاستثنائية التي مر بها قطرنا العزيز وقد زالت تلك الظروف أو على طريق الزوال علماً بأن أسباب التفريق القضائي في جميع دول العالم لا تتجاوز سبعة<sup>(2)</sup>.

ثانياً: إلغاء مادة (42) و تعديلها بما يحول دون استعمالها بكثرة لهدم الأسرة العراقية.

ونصها: (إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البنات ثم أقيمت دعوى ثانية لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقاً لما ورد في المادة الحادية والأربعين).<sup>(3)</sup>

(1) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 164.

(2) ينظر: الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة: 158-181/2.

(3) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 190.

## الاسباب الموجبة:

1. منطوق هذه المادة جواز التفريق القضائي رغم عدم ثبوت أسبابه.
2. كثيرا ما يختار الحكمان من قبل محامي الزوجة أو من القاضي دون رعاية قوله تعالى: [فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا]<sup>(1)</sup>.  
ودون التأكد من أمانة وصدق الحكمين.

ثالثا: المادة (43) التي نصها: (للزوجة طلب التفريق عند توفر الأسباب الآتية:

1. إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه).
2. إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه.<sup>(2)</sup>

المقترح: تعديل هاتين الفقرتين كالآتي:

أ. البديل المقترح للفقرة الأولى:

- (إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

## الاسباب الموجبة:

1. لا يوجد قانون في العالم يعطي هذا الحق للزوجة بعد صدور الحكم مباشرة بل قيد ذلك في بعض القوانين بمضي سنتين على تنفيذ الحكم وبعضها قيده بمضي سنة فأكثر.
2. السجون في العراق أصبحت بمثابة المدارس الاصلاحية فهناك مجال لالتقاء الزوجين في السجن أو عن طريق منح الاجازة للمسجون أو المحبوس بكفالة لمدة معقولة يقضيها مع زوجته وأولاده في بيته. ولا يخشى على الزوجة الوقوع في الخطأ وبوجه خاص إذا كان للزوج مال تستطيع الإنفاق منه.
3. كثيرا ما يصدر العفو العام أو الخاص وهذا يدعو إلى التريث وعدم التسرع في التفريق القضائي.

(1) سورة النساء /35.

(2) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص190.

4. أحيانا يتبين بعد الحكم ومباشرة التنفيذ أن المتهم المحكوم عليه كان بريئا فيطلق سراحه.

ب- البديل المقترح للفقرة الثانية:

2- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه).

**الاسباب الموجبة:**

1. القرآن الكريم أعطى للزوجة – التي هجرها زوجها بدون عذر – التربص مدة أربعة أشهر ثم لها حق المطالبة بالتفريق القضائي قال سبحانه: [لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ<sup>(1)</sup> ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ<sup>(2)</sup>، فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ<sup>(3)</sup>]، والإيلاء هو أن يحلف الزوج اليمين أنه لا يعاشر زوجته وكان طلاقا قبل الاسلام فألغى بعده لكن اليمين على الهجر ليس شرطا لمطالبة الزوجة بالتفريق بعد أربعة اشهر من الهجر بدون عذر.

قال القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن<sup>(4)</sup>: قال علماؤنا (أي المالكية) ومن امتنع عن وطء امرأته بغير يمين حلفها اضراها بها أمر بوطنها فإن أبى وأقام على امتناعه مضرا بها فرق بينه وبينها من غير ضرب أجل.

ويتفق مع المالكية في عدم اشتراط اليمين ما دامت الزوجة متضررة الحنابلة<sup>(5)</sup> والزيدية<sup>(6)</sup>.

وقال الحنفية<sup>(7)</sup>: إن لم يعاشر زوجته بدون عذر إلى ان مضت مدة أربعة أشهر تبين زوجته بطلقة واحدة بائنة تلقائيا بدون حكم القاضي.

(1) أي انتظار أربعة أشهر.

(2) فاعتبر القرآن الاصرار على الهجر عزا على الطلاق.

(3) سورة البقرة/ 226-227.

(4) 103/3 قارن مختصر خليل وشرح الخرشي/ 93/4.

(5) قال المرادوي في الانصاف: 169/9: (اذا ترك الوقاع مضرا بها من غير عذر تضرب له مدة الايلاء وله حكمه وقال وهو الصواب)، اي بعد اربعة اشهر من البدء بالهجر لها طلب التفريق.

(6) الروض النضير: 268/4 والبحر الزخار: 242/3.

(7) شرح فتح القدير: 183/3. تحفة الفقهاء: 308/2. بدائع الصنائع – للكاساني: 1962/4.



ويرى المالكية<sup>(1)</sup> أنه: إذا انتهت مدة أربعة أشهر ولم يعاشر زوجته فإن الحاكم (القاضي) يوقع عليه طلاقاً رجعيًا ويتفق معهم الشافعية<sup>(2)</sup>.

وقال الإمامية<sup>(3)</sup> والظاهرية<sup>(4)</sup>: القاضي يجبره بالسوط بعد أربعة أشهر على معاشرته زوجته أو الطلاق فإن أبى حبسه إلى أن يعاشر زوجته أو يطلقها أو يموت في السجن.

2. مدة الانتظار بعد الهجر بلا عذر لا تزيد عن سنة في قوانين البلاد العربية<sup>(5)</sup>." (6)

### التعقيب:

بالتأمل في ملاحظات ومقترحات الدكتور مصطفى الزلمي في المادة المذكورة نرى بوضوح مدى حماسه لتوظيف أفضل ما جاء في الفقه الاسلامي بهذا الشأن ومدى حرصه على أن تكون مصلحة بقاء واستمرار واستقرار الكيان الأسري قبل كل شيء.

### المسألة الثالثة: الطلاق الثلاث

اختلف الفقهاء في حكم الطلاق الثلاث مرة واحدة على أربعة آراء:

الرأي الأول: لا يقع شيء<sup>(7)</sup> لأنه مخالف لنص القرآن الكريم الأمر بالمرات دون الأعداد والسنة النبوية، فيكون الطلاق بدعة سيئة والبدعة السيئة مردودة لقول الرسول ﷺ (من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد)<sup>(8)</sup>.

رد الزلمي على هذا الرأي: "وهذا الرأي مردود لأن العدد الزائد عن واحد بدعة فتبطل الزيادة وتقع طلقة واحدة".

الرأي الثاني: التفريق بين الطلاق المدخول بها وغير المدخول بها، فمن قال لزوجته غير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً يقع طلقة واحدة بلفظ (أنت طالق) ويُعد لفظ (ثلاثاً) لغوياً<sup>(9)</sup>.

(1) شرح الخرشي: 91/4 وما يليها.

(2) الأردبيلي، الانوار، 293/2.

(3) شرائع الاسلام: 84/2

(4) المحلي: 43/20 وما بعدها.

(5) منها قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (61) لسنة 1976 المادة (123) ومدونة الاحوال الشخصية المغربية الفصل (57).

(6) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 190-193.

(7) ينظر مجموعة فتاوى ابن تيمية 109\33 الروضة البهية للعالمي 148\2.

(8) البخاري ومسلم.

(9) يقول العسقلاني في فتح الباري شرح صحيح البخاري: ووجب من قال بأن غير المدخول بها تبين إذا قال لها زوجها أنت طالق فإذا قال ثلاثاً لغا العدد لوقوعه بعد البيئونة بسبب كون الطلاق قبل الدخول باتناً 363\9.

رد الزلمي على هذا الرأي: "ويُرد هذا بأن تعبير (أنت طالق ثلاثاً) جملة واحدة يرتبط أجزاؤها بعضها ببعض ولا يفصل لفظ (ثلاثاً) من (أنت طالق).

أما إذا كان بعد الدخول فيقع ثلاثاً على هذا الرأي ويأتي رده في الرأي الرابع".

الرأي الثالث: يقع ما أوقعه الزوج سواء كان مدخولاً بها أو غير مدخول بها واستدل بأدلة من السنة النبوية.

رد الزلمي على هذا الرأي: علماً بأن كلها مردودة أو موضوعة وهي لا تدل على وقوع الطلاق الثلاث مرة واحدة، (1) (2).

الرأي الرابع الطلاق المقترن بالعدد لا يقع به إلا طلقة واحدة للأدلة الآتية:

أ. القرآن الكريم: أمر القرآن الكريم بتوزيع الطلاق على ثلاث مرات، على ألا تكون في مجلس واحد بنص صريح جلي لا يقبل الاجتهاد، ومن القواعد العامة أنه لا اجتهاد في مورد النص. قال تعالى: [الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَمِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ]. والقرآن نصّ صراحة على المرات ولا يجوز تفسيرها بالأعداد، وبين المرات والأعداد فرق واضح وضوح الشمس في نصف النهار، فبين المرتين فاصل زمني بخلاف اثنتين أو عديدين.

وقال في هذه الآية الكريمة الطلاق الذي يحق للزوجين استئناف حياة الزوجية برجعة أو عقد جديد مرتان، فإذا طلقها للمرة الثالثة فلا مجال لذلك حتى تنكح زوج غيره وتحصل الفرقة بينهما بالطلاق والوفاة وتنتهي عدتها من هذه الفرقة.

ب. السنة النبوية الصحيحة: قال ابن عباس (رضي الله عنه) (كان الطلاق في عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر (رضي الله عنهما) طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة<sup>(3)</sup> فلو أمضيناه عليهم أمضاه عليهم<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين خلال أربعة آلاف سنة 176\2-212

(2) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ص 150-151.

(3) أي مهلة لان علاقة الزوجية تنتهي بثلاث مرات دون مرة واحدة.

(4) أي اجزناه عليهم (ألزمناهم بالثلاث) عقاباً لهم لأنهم تركوا ما أمر به الله من طريقة المرات وعدلوا إلى استعمال طريقة الأعداد.

ينظر صحيح مسلم بشرح النووي 10\103. صحيح البخاري بشرح فتح الباري 363\9 سنن أبي داود مع حاشية عون المعبود 228\2.

وجدير بالذكر إن سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) كثيراً ما كان يعدل عن الأصل ويعمل استثناءً بحكم على أساس السياسة الشرعية رعاية للمصلحة العامة ومن تطبيقاته في السياسة الشرعية هو أنه ألزم من يستعجل في طلاقه ويجمع بين الطلقات الثلاث مرة واحدة بالثلاث وذلك عقاباً تعزيراً لهم ومنعاً لاستعمال الأعداد مكان المرات.

ثم انتقل هذا الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية من سيدنا عمر إلى المذاهب الفقهية وبوجه خاص المذاهب السنية الأربعة، فاستقر العمل بهذه السياسة رغم عدم تحقق المصلحة العامة التي هي غايتها وهي ترك العدد الثلاث والرجوع إلى القرآن والعمل بالمرات الثلاث لا بالأعداد.

ومن القواعد الأصولية العامة المنفق عليها أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، والعلة في السياسة الشرعية المذكورة هي منع المسلمين من استعمال العدد في الطلاق والرجوع إلى المرات كما أمر بها القرآن، ومن الواضح أن هذه العلة الغائبة لم تتحقق ولن تتحقق في المستقبل، لأن الناس تعودوا على استعمال العدد بدلاً من المرات، وبناء على هذه القاعدة يجب ترك العمل بالسياسة المذكورة والرجوع إلى ما عليه القرآن والسنة النبوية، وقضاء سيدنا أبي بكر وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب خلال سنتين من خلافته قبل أن يحكم بالسياسة الشرعية المذكورة. والقول بأن هذه السياسة لسيدنا عمر أصبحت إجماعاً سكوتياً يجب استمرار العمل به خطأ لا يُعْتَفَر، فما هي قيمة الإجماع السكوتي مقابل نص قرآني متواتر أمر بتوزيع الطلاق على ثلاث مرات؟

ج. تفسير بعض الفقهاء والمفسرين تعبير (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ) بالطلاق الرجعي مردود من وجهين.

أحدهما أن هذه الآية حين نزلت على سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) لم يكن تقسيم الطلاق إلى الرجعي والبائن معروفاً وهذا من المصطلحات التي استحدثتها فقهاء الشريعة الإسلامية فيما بعد.

والوجه الثاني أن القرآن الكريم بيّن حكم الطلقتين بجواز استئناف حياة الزوجية، فإذا فسّرناه بالطلاق الرجعي فأين حكم الطلاق البائن لمرة واحدة أو مرتين، وبالإضافة إلى ذلك إن هذا

الحكم مقابل لحكم الطلاق الثالث الذي بيّنه القرآن بقوله تعالى: [فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ] فيشمل تعبير (مرتان) الطلاق الرجعي والطلاق البائن.

ثم إن (الـ) في (الطلاق مرتان) للعهد الذكري ترجع إلى الطلاق الرجعي في العرف الجاهلي قبل الإسلام، وهو عبارة عن كل طلاق لم تنته عدته، سواء كان طلاقاً واحدة أو أكثر، وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، وبعبوض أو بدون عوض، فهو بهذا المعنى يشمل الطلاق الرجعي والباين في الشريعة الإسلامية.

د. وقال كثير من الفقهاء بأن الطلاق الثالث يقع به الطلاقات الثلاث خلافاً لما عليه الطلاق في العالم الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في هذه البلاد التي اتفقت على أن الطلاق المقترن بالعدد يقع به طلاقاً واحدة.<sup>(1)</sup>

### التعقيب:

بما أن وقوع الطلاق الثالث بلفظ واحدة مسألة خلافية، وأدلة الآراء المختلفة حولها ظنية، تكون محلاً للاجتهاد، فخلاصة القول في هذه المسألة يظهر رجحان رأي القائل: بوقوع طلاقاً واحدة، وإذا اعتبرنا القانون بمرتبة حكم القاضي فنرى أن قانون الأحوال الشخصية يرجح هذا الرأي و جعل هذا الطلاق واحدة، لأن فيها تيسيراً للناس، وصون الرابطة الزوجية، وحماية مصلحة الأولاد، خصوصاً ونحن في وقت كثرة فيه التلطف بهذه الصيغة من الطلاق، وفي أكثر الأحوال هم يقصدون التهديد والزجر.

وأقل هنا ما كتبه الدكتور الزلمي كدليل على ترجيح الرأي القائل بوقوع طلاق واحد: "من القواعد الأصولية العامة المتفق عليها أنه إذا حكم القاضي برأي من آراء الفقهاء في مسألة خلافية فقهية، فإن هذا الحكم يرفع الخلاف فيجب العمل بما يقضي به القاضي.

ومن الواضح أن القانون أقوى دائماً من حكم القاضي، لأنه يحكم بموجب القانون، فإذا كان حكم القاضي يرفع الخلاف فمن باب أولى أن يرفعه القانون".

### المسألة الرابعة: الحضانة:

الحضانة – بكسر الحاء وفتحها – لغة تعني جعل الشيء في ناحية وضمه إلى الجنب. وحضانة الأم لولدها هي: ضمها إياه إلى جنبها وعزله من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه ونظافته وتربيته..<sup>(2)</sup>

(1) الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ص 152-153.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 2252/5.

## موقف القانون من الحضانة:-

القوانين كالمذاهب أحكامها غير خالدة فهي تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة ومستجدات الحياة والتطور الحضاري البشري، لأن الأحكام الاجتهادية يجب فيها مراعاة المصالح البشرية التي جاءت الشرائع الإلهية – وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية – لتأمينها، فإذا تغيرت تلك المصالح تتغير الأحكام المبنية عليها.

### أحكام الحضانة:

تناولت المادة (1/57) المعدلة من قانون الاحوال الشخصية أحكام الحضانة كما يلي:

(الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك (م1/57)<sup>(1)</sup>).

رأي الدكتور مصطفى الزلمي: "حذف التعديل قيد: (النسبية) و اضاف قيد: (ما لم يتضرر المحضون من ذلك) لعدم فائدة القيد الأول وأهمية الثاني، وإن كانت الشروط الواردة في الفقرة الثانية قد قللت من أهمية هذا القيد أيضا.

ويلاحظ على هذه الفقرة قبل التعديل وبعده، أنها عممت أحقية الأم بالحضانة لتشمل حالتي الزوجية والفرقة مع أن الحضانة بالمعنى القانوني المعروف لا وجود لها في حالة قيام الزوجية، ولا تطرح مسألة أحقية الأم بها؟ لأن الطفل حينئذ يعيش في حضن أبويه وتحت رعايتهما وتربيتهما.<sup>(2)</sup>

الأدلة التي يستند إليها الدكتور الزلمي:

1- الأدلة من الفقه الاسلامي:

أ- يقول الباجوري (توفي 1277هـ) – وهو من فقهاء الشافعية -: (إذا فارق الرجل زوجته بطلاق أو فسخ أو غيرهما وله ولد منها فهي أحق بحضانتها أما إذا لم يكن هنالك مفارقة بين الرجل والمرأة فإن الولد يكون معهما يقومان بكفائته)<sup>(3)</sup>.

ب- ويقول الطوسي (توفي 515هـ) – وهو من فقهاء الجعفرية -: (إذا بانّت المرأة من الرجل ولها ولد منه فإن كان طفلا لا يميز فهي أحق به بلا خلاف)<sup>(4)</sup>.

(1) نص الفقرة قبل التعديل "الأم النسبية احق بحضانة الولد وتربيته حال الزوجية وبعد الفرقة"

(2) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص165.

(3) الابجوري، ابراهيم، حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي، في الفقه الشافعي، 194/2.

(4) الطوسي، الخلاف في الفقه، 336/2.

ج- ويقول الدردير المالكي (1201هـ): (وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى للدخول للأم، وهذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها، وأما من في عصمة زوجها فهي حق لهما)<sup>(1)</sup>.  
(2)

2- الأدلة من السنة: مصدر احقية الام بحضانة الولد هو ما رواه عبدالرحمن بن عمرو بن العاص من: ((أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنت أحق به ما لم تنكحي)<sup>(3)</sup>.  
وهذا النص أقر أحقية الأم بالحضانة بعد الفرقة ما لم تنزوج".

اقترح الدكتور الزلمي: " أقترح أن تعدل هذه الفقرة وتصاغ بالشكل الآتي: (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك)"<sup>(4)</sup>.

### شروط ممارسة الحضانة

نصت الفقرة الثانية المذكورة على أن مهمة الحضانة لا تسلم إلا الى من تتوافر فيه الشروط التالية:

- أ. البلوغ: لأن الانسان دون البلوغ ليس أهلا لإدارة شؤون نفسه فلا يكلف بما يتعلق بغيره.
- ب. العقل: لأن المحضون بحاجة إلى عناية الغير فإذا كانت الحاضنة لا تستطيع القيام بأمرها فمن باب أولى لا تستطيع ذلك بالنسبة إلى غيرها.
- ج. القدرة على التربية: فإذا كانت بها من العاهات والأمراض ما يعجزها عن القيام بشؤون المحضون وعن حفظه فلا تكون أهلا للحضانة<sup>(5)</sup>.
- د. ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم للمحضون لأن الزوج الأجنبي (الغريب) لا يحمل غريزة العطف والشفقة والحنان على المحضون في الأعم الأغلب الذي قد يدفعه إلى عدم تمكين

(1) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، 490/1.

(2) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص165.

(3) مسند أحمد: 182/2 (6707)، وكذلك أخرجه ابو داود والحاكم والبيهقي.

(4) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص166.

(5) وقد حكم مجلس التمييز السني في قراره المرقم (490) في 1961/10/21 بما يلي: إذا أصيبت الأم بالتدريج بحيث أصبحت غير قادرة على رعاية شؤون الصغير كانت جدته لأم أحق بحضانتها من عمته، وأصدر مجلس التمييز الشرعي الجعفري في قراره المرقم 963/340 في 9-6-1962 ما يلي: وللمحكمة تجديد حضانة الأم لابنتها إذا تحققت إصابة الأم بمرض عصبي يمنعها من القيام بحضانة الصغيرة.

زوجته (أم المحضون) من القيام بواجبات الحضانة كأم وكحاضنة، وقد أشار الرسول (صلى الله عليه وسلم) إلى ذلك في قوله: ((أنت أحق منه ما لم تنكحي))، وعلل الكاساني ذلك بأن الزوج الغريب لا يمكن زوجته من الحضانة بصورة تكون من مصلحة الطفل<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا الأساس اعتبر فقهاء المسلمين الزواج من مسقطات حق الحضانة<sup>(2)</sup> لكن إذا طلق أو توفي زوجها عاد حقها خلافاً لمالك حيث يرى أن الزواج أبطل حقا فلا يعود<sup>(3)</sup>. غير أن الظاهرية ذهبوا إلى أن الأم لا تفقد أحقيتها بالحضانة بالزواج إذا توفرت فيها بقية شروط الحضانة<sup>(4)</sup>. ومن وجهة نظري أن المعيار ليس الزواج أو عدمه وإنما مصلحة المحضون ثم إن نسبة حق الحضانة إلى الأم لا تخلو من تجوز لأن الحق في مثل هذا القيام يعني الالتزام بدليل أنها إذا توفرت فيها شروط لا تستطيع التنازل عن هذا الحق بناء على أن أساس حكم الحضانة هو رعاية مصلحة الطفل.

إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحاضنة قدرتها المحكمة ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة. أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي (3/57)<sup>(5)</sup>.<sup>(6)</sup>

رأي الدكتور الزلمي: "إن هذه الصياغة أشمل وأتقن من عبارة الأصل قبل التعديل" إذا اختلف الزوجان في أجره الحضانة "لأن الحاضن قد لا تكون زوجة "أم المحضون" كما أن من تجب عليه النفقة قد لا يكون زوجا "أبا المحضون" في كل حال.<sup>(7)</sup>

غير أن المشرع خلط بين حكم أجره الرضاع وأجره الحضانة في حالة قيام الزوجية أو عندما تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي وذلك لأنه لا وجود للحضانة بالمعنى القانوني في هاتين الحالتين كما ذكرنا في التعليق على الفقرة الأولى من هذا النص لأن الولد ينشأ ويتربى تحت إشراف وتربية الأبوين دون أن تثار مشكلة الأجرة حتى يبين المشرع حكمها وما أتى به إنما يكون بالنسبة إلى أجره الرضاع كما يقول الكاساني: (وكذلك إن كانت معتدة من طلاق

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 7522/5.

(2) الباجوري، حاشية الباجوري، المرجع السابق، 198/2.

(3) الدردير، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي في الفقه المالكي، 490/1.

(4) ابن حزم، المحلى، 331/10.

(5) نص الفقرة قبل التعديل: (إذا اختلفت الزوجان في أجره الحضانة قدرها القاضي في مصلحة الصغير).

(6) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 167-168.

(7) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 168.

رجعي لا يحل لها أن تأخذ الأجرة على الإرضاع كما لا يجوز في صلب النكاح لأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه<sup>(1)</sup>.

للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة أن تأذن بتحديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إن ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقضي بذلك على ألا يبيت عند حاضنته<sup>(2)</sup>.

**رأي الدكتور الزلمي:** "أن ما ورد في هذه الفقرة من جواز تمديد مدة الحضانة إلى سن البلوغ موافق لمذهب المالكية والظاهرية. جاء في الشرح الصغير<sup>(3)</sup>: (وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى للدخول للأم ولو كانت غير مسلمة)، وجاء في المحلي<sup>(4)</sup>: (الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الانبات مع التمييز وصحة الجسم تزوجت أم لم تتزوج).

ويبدو لنا من هذين النصين أن الأم أحق بالحضانة لحين بلوغ المحضون لدى المالكية والظاهرية دون حاجة إلى حكم المحكمة والرجوع إلى اللجان المختصة وبذلك يعتبر ما جاء فيهما أوسع بكثير مما أتى به التعديل الجديد<sup>(5)</sup>.

ويلاحظ على هذه الفقرة ما يلي:

أ - كان على المشرع أن يذكر: (الولي) بدلا من: (الأب) حتى يشمل جميع الأولياء من أب وغيره لأن النظر في شؤون المحضون كما يكون للأب يكون لغيره من الأولياء.

ب- كان الأولى أن يستعمل: (على) بدلا من: (اللام) ويقال على الولي) أو (على الأب) بدلا من: (للأب) لأن كلمة (على) للإلزام والإيجاب واللام للتخيير، ومن البديهي أن النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه واجب على الولي شرعا وقانونا سواء اكان ابا ام غيره.

ج- كان على المشرع ان لا يحدد مدة النظر في شؤون المحضون بإكمال العاشرة من العمر لأن الحياة تطورت وتعقدت فأصبح الأولاد في حياتنا المعاصرة بحاجة إلى رعاية آبائهم لا في المعيشة فحسب بل في التربية والتوجيه والتعليم مدة لا تقل عما

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 2257/5.

(2) نص الفقرة قبل التعديل، للاب غيره من الاولياء النظر في المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم السابعة من عمره لكنه لا يبيت ليلا عند حاضنته ما لم يحكم القاضي خلاف ذلك.

(3) الدردير، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي 490/1.

(4) ابن حزم الظاهري، المحلي، 323/10.

(5) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص169.



تستغرقه مراحل الدراسة من الزمن بعد أن أصبحت الدراسة عموداً فقرياً لكيان الفرد في المجتمع.

د- ويبدو أن المشرع قبل التعديل كان أكثر توفيقاً في صياغة هذه الفقرة حيث قيد: (لا يبيت إلا عند حاضنته) بقيد (ما لم يحكم القاضي بخلاف ذلك)؛ وذلك لأهمية هذا القيد وفائدته في بعض الحالات. (1)

إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكمال الثامنة عشرة من العمر إذا أنست المحكمة من الرشد في هذا الاختيار (5/57).

**رأي الدكتور الزلمي:** "أن ما ورد في هذه الفقرة موافق لآراء فقهاء المسلمين، جاء في المغني: (ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة في الإقامة عند من يشاء من أبويه)<sup>(2)</sup>، وجاء في المحلي: (وإذا بلغ الولد والابنة عاقلين فهما أملك بأنفسهما ويسكنان أينما ... احبا)<sup>(3)</sup>، وقال الباجوري: (وتنتهي الحضانة في الصغير والصغيرة بالبلوغ وفي المجنون بالإفاقة، ثم إن بلغ رشيداً فله أن يسكن حيث يشاء ولا يجبر على الإقامة عند أبويه، والأولى ألا يفارقهما، وإن خيفت الفتنة من الانفراد امتنعت المفارقة)<sup>(4)</sup>". (5)

للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له إذا ثبتت تضرر المحضون خلال مدة وجوده (6/57).

**رأي الدكتور الزلمي:** "إن ما ورد في هذه الفقرة حكم سليم لأن مدار الحاضنة هو مصلحة المحضون فأينما تحصل تلك المصلحة يجب أن يكون هناك المحضون".

في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير (7/57).

**رأي الدكتور الزلمي:** "انتقال الحضانة من الأم إلى الأب عند تخلف شرط من شروطها إنما هو على مذهب الجعفري. يقول الطوسي: إذا بانَّت المرأة من الرجل ولها ولد منه فإن كان طفلاً

(1) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 169-170.

(2) ابن قدامة، المغني، 614/7.

(3) ابن حزم الظاهري، المحلي، 331/10.

(4) الباجوري، حاشية الباجوري، المرجع السابق، 194/2.

(5) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 170.

لا يميز فهي أحق به بلا خلاف وإن كان طفلاً يميز فإن كان ذكراً فالأب أحق به وإن كان أنثى فالأم أحق بها ما لم تتزوج فإذا تزوجت فالأب أحق بها<sup>(1)</sup>.

إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها(8/57).

**رأي الدكتور الزلمي:** "كان المفروض أن يقول المشرع: (إذا لم توجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تنتقل إلى من يليها من الأقارب) دون إطلاق الحاضنة والحاضن. غير أنه راعى مصلحة المحضون بغض النظر عن كون الحاضنة أو الحاضن من الأقارب أو من غيرهم".

إذا مات أب الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها فيه لحين بلوغه سن الرشد(9/57).

**رأي الدكتور الزلمي:** "ولو أخذ المشرع بمذهب المالكية والظاهرية في الفقرة الرابعة من هذه المادة وأعطى للأم حق الحضانة إلى البلوغ للذكر وإلى الدخول للأنثى دون حاجة إلى موافقة المحكمة لما احتاج إلى إضافة هذه الفقرة الأخيرة إلى الفقرات السابقة".<sup>(2)</sup>

#### **التعليق:**

الحفاظ على مصلحة المحضون وضمان تربيته بشكل مناسب هو النقطة المركزية في موضوع الحضانة عند الدكتور مصطفى الزلمي لهذا يقترح بحذف قيد (النسبية) في الفقرة الأولى من المادة وإضافة قيد (ما لم يتضرر المحضون من ذلك) وفي ملاحظاته الأخرى حول هذا الموضوع .

#### **المسألة الخامسة: صيغة الطلاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي:**

**جاء في (م34) من قانون الأحوال الشخصية العراقي:** (لا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً).

تعقيب الدكتور الزلمي عليه: "تعتبر ناقصة بالنسبة لتحديد صيغة الطلاق التي هي من أهم أركان الطلاق.

ووضوح النقص يغنينا عن البيان والتعليق".

(1) الطوسي، الخلاف، ص: 336.

(2) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص170-171.

### اقتراح الزلمي لتعديل هذه المادة:

(كل لفظ يكون حقيقة شرعية أو عرفية في حل عقد الزواج يقع به الطلاق مع نية مقترنة به حين التلفظ أو الكتابة في أي لغة كان، وتعد بالاشارة المفهومة من العاجز عنهما).<sup>(1)</sup>

التعقيب: بما أن صيغة الطلاق هي من أهم أركان الطلاق وهي كلمة الفصل بين الحلال والحرام ولها علاقة مباشرة مع بقاء كيان الاسرة اهتم الفقهاء به اهتماما بالغا بشكل نرى في مراجع المذاهب الإسلامية شيئا من التفصيل حول هذا الموضوع.

واقترح الدكتور الزلمي يلخص ما جاء في المذاهب الإسلامية، ونقطة القوة في الاقتراح هي: "يجب أن تكون اللفظ فيها حقيقة شرعية أو عرفية، وأن تكون مقترنة بالنية حين التلفظ أو الكتابة".

### المسألة السادسة: فسخ الزواج:

-المادة (35) التي نصها: (لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

1. السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من الغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبير أو مرض.
2. المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته).

رأي الدكتور الزلمي: إلغاء الفقرة الثانية من هذه المادة للأسباب الآتية:

1. إذا كان عدم وقوع الطلاق لعدم الإدراك والوعي الكاملين فإن هذا الحكم نصت عليه الفقرة الأولى فتكون الثانية عبثاً.

2. إذا كان عدم وقوع الطلاق لرعاية حقوق الزوجة من الميراث وغيره فإن هذه الحقوق مضمونة رغم وقوع الطلاق باننا بينونة صغرى أو كبرى بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية إذا توافرت الشروط الآتية:

أ. ان يكون الطلاق في مرض الموت.

ب. أن يموت في هذا المرض.

ج. أن لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة ولا بطلب منها.

(1) الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف ، ص218.

د. أن يكون بعد الدخول<sup>(1)</sup>.

وإذا تحققت هذه الشروط تراث عند الحنيفة إذا مات الزوج وهي مازالت في عدة الطلاق<sup>(2)</sup>.

وعند الإمامية إذا لم تمض سنة على الطلاق ولم تتزوج<sup>(3)</sup>.

وعند الحنابلة ما لم تتزوج<sup>(4)</sup>.

وعند المالكية<sup>(5)</sup> والاباضية<sup>(6)</sup> تراث مطلقاً.

3. عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت مخالف لإجماع فقهاء الاسلام ولجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية ما دام الزوج المريض متمتعاً بالإدراك والوعي الكاملين.

4. كيف يعلم القاضي او المفتي ان هذا المريض يموت في هذا المرض مع انه الله قادر على شفائه فتبقى الزوجة المطلقة بين الزوجية واللازوجة الى ان يعرف مصير الزوج بالشفاء او الموت.

5. محكمة التمييز في العراق اقرت ان مرض الموت عذر ومن عوارض الأهلية في السنة الأخيرة قبل موت المريض فقط وفيما عداها تصرفاته كتصرفات حالة الصحة.

6. إذا كان الطلاق لا يقع فما هي فائدة عبارة (وتراثه زوجته) في نهاية النص؟<sup>(7)</sup>

التعقيب:

كما هو الحال في كثير من آراء الاخرى للدكتور مصطفى الزلمي بالاستفادة مما جاء في مراجع الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة أتى بالاقتراحات التي ذكرناها في موضوع انحلال الزواج ولا يريد أن يخرج قانون الأحوال الشخصية عن ما جاء في الفقه الإسلامي المقارن.

(1) ولم يشترط الاباضية هذا الشرط. شرح النيل وشفاء العليل: 276/8.

(2) السرخسي، المبسوط، 154/6. بدائع الصنائع – للكاساني: 2066/4.

(3) الكليني، الكافي، 122/6. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية – لعالمي: 327/2.

(4) ابن قدامة، المغني، 330/6.

(5) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد عبدالقادر أحمد عطا، دار السعادة، ط1، 1432هـ، 85/4 وما يليها.

(6) اطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل.

(7) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص188-189.

## الفصل الثالث

### الميراث والوصية وحق الانتقال

## المدخل

إن من محاسن الشريعة الإسلامية أن شرعت للمسلمين ما ينفعهم في الدين والدنيا، في الحياة وبعد الممات، حرصاً منها على إيصال النفع الذي به يصلون إلى أرفع الدرجات.

إن لعلم الميراث ارتباطاً قوياً بالقانون، وقد درجت كليات القانون أو الشريعة والقانون أو الحقوق في العالم الإسلامي على تدريس مادة علم الميراث والوصية لطلابها، وذلك لأن القانون من أهم واجباته حماية حقوق الناس، ومن أهم هذه الحقوق الحقوق المالية، لأن كثيراً من المنازعات إنما تحصل بين الناس في القضايا المالية، وإذا كان صاحب المال ومالكه الأصلي قد توفي فلا شك أنه سيكون هذا المال عرضة للنهب والسلب والاستيلاء والغصب، إلا إذا كان هناك قانون يضبط تصرف الناس من بعده في هذه الأموال ويحاسبهم على تصرفهم هذا، فإذا أساء واحد منهم أو أخذ من المال ما هو ليس حقاً له، وجد من نصوص القانون ما يردعه، ووجد من القضاة من يوقفه عند حدّه<sup>(1)</sup>.

فيما يلي نماذج لأراء الدكتور مصطفى الزلمي في الوصية والميراث:

### المسألة الأولى: الوصية الواجبة

تعريف الوصية:

الوصية في اللغة:- مأخوذة من وصيت الشيء إذا وصلته سميت بذلك لأنها وصل لما كان في الحياة بعد الموت<sup>(2)</sup>.

في الشرع:- اختلفت الفقهاء في تعريفها:-

قال بعض الفقهاء : الوصية هي هبة الإنسان غيره عيناً أو ديناً أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد الموت<sup>(3)</sup>.

بعبارة أخرى:- هي التبرع بالمال بعد الموت.

<sup>1</sup> الجمال، د.محمد أيمن أحمد، الميسر في أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي،، ط2، ص 27.

<sup>2</sup> - انظر: لسان العرب (394/15)-المصباح المنير (662).

<sup>3</sup> - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر -بيروت، ط2 1983 ، (335/4).

وهناك تعريفات أخرى وإن كانت قريبة المعنى مثل: (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع)<sup>(1)</sup>.

### الوصية الواجبة في اصطلاح جمهور فقهاء الشريعة هي:

"وصية الشخص بتوفية ما عليه من حق الله أو الأدمي من تركته بعد وفاته، عندما لا يقوم دليل على ثبوت هذا الحق بذمته".<sup>(2)</sup>

وفي اصطلاح بعض الفقهاء هي:

"الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب".<sup>(3)</sup>

وفي اصطلاح القانون هي:

"افتراض وصية الجد أو الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم أو والدتهم إذا مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة أو معا على أن لا تزيد هذه الحصة عن ثلث التركة".

والوصية بهذا المعنى الأخير يفترض القانون وجودها ويلزم القاضي بالحكم بها وتنفيذها، سواء أوصى المتوفى أو لم يوص، والوصية بهذا المعنى هو المعنى بدراستنا.

### تقييم الدكتور مصطفى الزلمي للوصية الواجبة:

" قال عدد غير قليل من أصحاب الرأي والإجتهد والمذاهب: أن الوجوب الثابت بالآية المذكورة لا يزال باقيا على أصله بالنسبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، فلم يُنسخ ولم يُخصص، لأن موجب الوجوب هو حلول الوصية محل الوارث في حالة عدم الميراث لمانع أو حاجب والموجب قائم والحكم يدور مع علته وجودا وعدماً.

وروي هذا القول عن كثير من التابعين منهم سعيد بن المسيب، ومسروق، وطاووس، وقتادة، وإياس، والحسن البصري. وعن بعض أئمة التفسير والحديث، وتبناه بعض أئمة الفقه، منهم اسحاق بن راهويه، وداود الظاهري، وابن جرير الطبري، والإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه، وابن حزم الظاهري.<sup>(4)</sup>

1 - انظر: حاشية ابن عابدين (6/648).

2 في التاج المذهب: "وتجب الوصية والإشهاد على من له مال وعليه حق لأدمي ونحوه، أو لله تعالى، كالكفارات ونحوها، لأجل تخليصه من ذلك" (360/4).

3 في المحلى: "الوصية فرض على كل من ترك مالا وفرض على كل مسلم يوصي لقرابته الذين لا يرثون، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد" (312/9).

4 حنفي، محمد الحسيني، الموجز في شرح قانون الوصية، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة 1968، ص 373.

لكن هؤلاء العلماء القائلون بالوصية الواجبة اختلفوا فيما بترتب على ترك هذا الواجب كالاتي:

أ- فمنهم من قال: إذا لم يوص المتوفي قبل وفاته، لا يفترض وجود الوصية، وكل ما هنالك هو اعتبار المتوفى آثماً أمام الله تاركاً لواجبه مستحقاً لعقابه، فإن شاء عذبه وإن شاء غفر له.

وبناء على هذا الإتجاه ليس للقاضي أن ينوب على المتوفي ويقضي بوجود الوصية وتنفيذها للوالدين والأقربين.

ب- وذهب الآخرون منهم على أن القاضي ينوب عن المتوفي بالحكم بالوصية وتنفيذها في حدود ثلث التركة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، إما لمانع من موانع الميراث كاختلاف الدين بالنسبة للكل، أو لحاجب من الميراث من وارث أقوى من المحجوب قرابة بالنسبة للأقربين ؛ لأنه لا يُتصور حجب الوالدين من الميراث بوارث أقوى لكونهم من المرتبة الأولى والدرجة الأولى في القرابة.

ووجه قولهم : أن هذا الواجب تقرر وجوبه بالقرآن الكريم، فتركه من المتوفي ظلم بحق الوالدين والأقربين الذين لا يرثون، ورفع الظلم من واجب القضاء ويكون بافتراض الوصية وإن لم تصدر من المتوفي حقيقة وواقعاً، وهذا ما استقر عليه مذهب ابن حزم الظاهري (رحمه الله).<sup>(1)</sup>

**الترجيح :** يرجح الدكتور مصطفى الزلمي رأي ابن حزم الظاهري ويقول: "والواقع إن رأي هذا الفقيه العظيم هو الأفقه والأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية، ويدل عليه ظاهر قوله تعالى [وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ]<sup>(2)</sup> وقوله تعالى [فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ]<sup>(3)</sup> إذ يدل بظاهره على ضرورة تعديل الوصية من قبل القاضي إن كان فيها ترك لحق أو ظلم أو ميل للهوى.

ثم أن الوجوب تقرر لحساب الوالدين والأقربين بقوله تعالى [كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ]<sup>(4)</sup> فاصبحت

<sup>1</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، ص242.

<sup>2</sup> الأنفال : 75

<sup>3</sup> البقرة : 182

<sup>4</sup> البقرة: 180



الوصية لهم حقا ثابتا بالإرادة الإلهية، شأنها شأن الميراث الذي لا دخل لإرادة الوارث والمورث فيه.

وقد كانت الوصية قبل الميراث تحل محله وتبقى تحتل نفس المحل عندما لا يكون ميراث لمانع أو حاجب، فالوالدان والأقربون إن كانوا من الوارثين لا مكان للوصية وإلا فهناك شاغر تسده الوصية" (1).

### الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي:

مادة 74:

1. اذا مات الولد، ذكرا كان ام انثى، قبل وفاة ابيه او امه، فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكورا كانوا أم أناثا، حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة .

2. تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة 1 من هذه المادة، على غيرها من الوصايا الأخرى، في الاستيفاء من ثلث التركة.

رأي الدكتور الزلمي: تعديل هذه المادة بفقرتها كالاتي:

1. أولاد الأولاد ذكورا كانوا أم أناثا يحلون محل والدهم المتوفي أو والدتهم المتوفاة إذا لم يرثوا ولهم نصيب أصلهم الذي كان يستحقه لو كان حيا باعتباره وصية واجبة على أن لا يزيد المجموع على ثلث التركة ولم يعطهم جدهم أو جدتهم حال الحياة ما يساوي هذا الاستحقاق بلا عوض وإن كان أقل منه وجبت الوصية بقدر ما يكمله ويسري هذا الحكم على أولاد أولاد الأولاد إذا اجتمعوا مع أولاد الأولاد وإن نزلوا.

2. تسري أحكام الوصية الواجبة على أولاد الأخوة والأخوات ممن لا يرثون وعلى الزوجين إذا كانت الزوجة كتابية متمسكة بدينها وعلى كل وارث لا يرث لاختلاف الدين.

3. الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة. (2)

### الاسباب الموجبة:

1. الوصية الواجبة في الشريعة الاسلامية التي هي مصدر هذا القانون لا تقتصر على اولاد الاولاد وانما تعم كل وارث يحرم من الميراث بالحجب او اختلاف الدين او غيرهما.

<sup>1</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، ص 243.  
<sup>(2)</sup> الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص 193-194.

يقول ابن حزم الظاهري: وفرض على كل مسلم ان يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لكفر وإما لأن هناك من يجلبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون أصلاً فيوصي لهم بما طابت به نفسه لأحد في ذلك فان لم يفعل اعطوا ولا بد ما رآه الورثة والوصي فإن كان والده أو أحدهما على كفر ففرض عليه ايضاً ولا بد، برهان ذلك قوله تعالى: [كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ] (1) (2).

وقال بالوصية الواجبة لكل قريب لا يرث فقهاء الصحابة وفقهاء التابعين وكبار فقهاء الشريعة ولا مجال هنا لاستعراض ذلك مفصلاً.

2. المادة (74) القائمة ناقصة لا تشمل أولاد أولاد الأولاد وإن نزلوا ولا غيرهم ممن لا يرثون لحجب أو مانع ولا تتضمن شروط الوصية الواجبة.

3. إذا أعطى الجد أو الجدة الأحفاد الذين لا يرثون ما يساوي حصة والدهم المتوفى أو والدتهم المتوفاة بلا عوض فليس من العدل والانصاف أن يشاركوا بقية الورثة أيضاً عن طريق الوصية الواجبة وهذا الاحتمال أهمله المشرع العراقي.

4. اختلاف الدين مانع من الميراث ولكن ليس مانعاً من الوصية بإجماع فقهاء الاسلام فالعدالة الإلهية تتطلب عدم حرمان أحد الزوجين المختلفين في الدين من التركة وقد ساهما معا في تكوينها.

5. إذا مات شخص عن ابن أخ وبنت أخ فالميراث يكون كله لابن الأخ لأنه عصبه وتحرم أخته لأنها من ذوي الأرحام في الفقه السني، أما في فقه الامامية فتوزع التركة عليهما للذكر مثل حظ الانثيين وللجمع بين هذين الفقيهين ورفع التعارض بينهما في بلد واحد اقترح توزيع التركة عليهما عن طريق الوصية الواجبة للذكر مثل حظ الانثيين.

6. من مات عن أولاد أخت وعن عم او ابن عم فالميراث كله يكون للعم او ابن العم مع أنه أبعد قرابة من أولاد الأخت وعللوا ذلك بأنهم من ذوي الأرحام والعم او ابن العم من العصابات هذا في الفقه السني. أما في فقه الامامية فأولاد الأخت يجلبون الأعمام وأولادهم لأنهم من الطبقة الثانية والأعمام وأولادهم من الطبقة الثالثة، وللتوفيق بين هذين الفقيهين تطبق الوصية الواجبة مادام القرآن الكريم أقرها لكل قريب لا يرث، ودعوى نسخ

(1) ينظر: المحلى/ 314/9.

(2) سورة البقرة / 180.

آية الوصية الواجبة باطللة و خلط بين التخصيص والنسخ فهي خصصت بآيات الميراث وبقى حكما بالنسبة لمن لا يرث<sup>(1)</sup>.

-الفقرة الثانية من المادة (91): (تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم)<sup>(2)</sup>.

رأي الدكتور الزلمي: إلغاء هذه الفقرة واحلال ما يأتي محلها: (تعتبر البنت بحكم الابن في الحجب).

### الأسباب الموجبة:

1. أسوة بالفقرة (4) من المادة (89) من هذا القانون (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب) وهذه الصياغة هي المقصودة للمشروع العراقي غير أن لجنة اعداد مشروع هذه الفقرة أخطأت في صياغتها الطويلة المخلة.

2. ان هذه الفقرة مخالفة لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية للأسباب الآتية:

أ. في الفقه السني من مات عن جد وجدة وابن لكل من الجد والجدة سدس التركة والباقي للابن وإذا مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت بموجب هذه الفقرة ؛ لأنها تحجب كل الورثة عدا الاصناف الخمسة المذكورة فيها، وبذلك أصبحت البنت أقوى من الابن في الميراث وهذا ما لم يقل به أي شرع أو قانون وقد أرادت اللجنة الأخذ بالفقه الجعفري ولكن خالفت هذا الفقه أيضا كما في الفقرة الآتية.

ب. من مات عن أب وأم وبنت المسألة الفرضية تكون من ستة أسهم لكل من الأبوين سهم واحد وللبنات ثلاثة أسهم فيبقى سهم واحد يعطي للأب تعصيبا في الفقه السني ويوزع على الكل عن طريق الرد بالنسبة إلى حصصهم في الفقه الجعفري ويعطي للبنات بموجب هذه الفقرة، وبناء على ذلك يكون توزيع التركة مخالفا للفقهاء المذكورين اللذين يوزع القضاء العراقي التركة على الورثة بموجبها.

(1) ينظر: الزلمي، التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن: ص109.  
(2) أضيفت هذه الفقرة بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (21) لسنة 1978 التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية.

3. إن هذه الفقرة تتناقض مع المادة (90) التي نصها: (مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبه على الوارثين بالقرابة وفق الاحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959).<sup>(1)</sup>

### التعقيب:

الوصية الواجبة بشكلها المطبق الان في قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول الاسلامية ومن بينها قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يرد دليل صريح في القران والسنة النبوية ولم يقررها أي المذاهب المشهورة بهذا الشكل، ولكن هناك أقوال وأدلة للقائلين بها كما بينه الزلمي في شرحه للوصية الواجبة.

بالاضافة الى ما قرره الدكتور مصطفى الزلمي هناك اجتهاد لفقهاء معاصرين مثل الدكتور يوسف القرضاوي القرضاوي و بدران أبو العينين<sup>(2)</sup> أيضا بجواز الوصية الواجبة وأعتمدوا في أصل هذا الوجوب على أية الوصية وعلى رأي ابن حزم وبعض الصحابة والتابعين القائلين بوجوبه للاقربين غير الوارثين وقواعد الشريعة الاسلامية ومقاصدها.

وأرى الوصية الواجبة شيئا ضرورياً في وقتنا هذا لمعالجة حالات اجتماعية موجودة في مجتمعاتنا، وهذا واضح جدا في ملاحظات الدكتور الزلمي حول ماجاء في المادة (74) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ولايوجد مبرر لتكراره هنا.

وأخيرا أقول بما أن الموضوع خلافي وهناك رأي قانوني حوله، ومن القواعد المقررة الثابتة في الفقه الإسلامي: "إن حكم القاضي برأي من آراء الفقهاء في كل مسألة خلافية يحسم الخلاف ويوجب العمل بما حكم به".

## المسألة الثانية: المساواة بين الذكر والانثى في أحكام الحجب من الميراث

### نصيب البنت من التركة:

جاءت في الفقرة الثانية من المادة (91) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بموجب المادة الثامنة من القانون رقم (21) لسنة 1978 التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959:

(1) الزلمي، مجموعة أبحاث قانونية، ص195-1196.

(2) أبو عبيد، عارف خليل، الوجيز في الميراث، دار النفائس للنشر والتوزيع، القاهرة- 2000، ط4، ص185.

" تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ماتبقى من التركة بعد اخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة عند عدم وجود أي منهم".

### رأي الدكتور الزلمي:

" بمقتضى هذه الفقرة من مات من أهل السنة عن جد وجدة فالتركة كلها للبنت وحدها فرضاً ورداً. وإذا مات عن ابن وجد وجدة فلكل منهما السدس والباقي للابن وبهذا قد جعل المشرع العراقي مركز البنت أقوى من مركز الابن، وهذا ما لم يقل به أي قانون في العالم، غير ان الخطأ جاء من عدم دقة صياغة الفقرة الثانية ؛ لأن المشرع أراد أن يكون التعديل كالاتي (تعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) كما في الفقرة الرابعة من المادة (89) (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب) أخذاً بما جاء في الفقه الجعفري. وندعوا المشرع العراقي إلى اعادة النظر في هذه الفقرة وتعديلها بما يتفق مع العدالة وروح الشريعة الإسلامية".<sup>(1)</sup>

### التعقيب:

نقد الدكتور الزلمي حول ماجاء في هذه الفقرة في قانون الاحوال الشخصية العراقي رأي صائب بدليل:

- 1- أن ماجاء في هذه الفقرة مخالف لإجماع فقهاء الإسلام.
- 2- جعل المشرع العراقي مركز البنت أقوى من مركز الابن، وهذا ما لم يقل به أي قانون في العالم.
- 3- يرى الزلمي بأن سبب هذا الخطأ الذي وقع فيه المشرع العراقي هو عدم الدقة في الصياغة.
- 4- لا يحقق أي مصلحة للأسرة وحتى للبنت نفسها.

أخذ اقتراح الدكتور الزلمي يحل هذه المشكلة لهذا نقترح تعديل هذا النص حتى يوافق الاتجاه الشرعي واتجاه قوانين الأحوال الشخصية الأخرى.

### المسألة الثالثة: حق الزوجة في التركة:

" علاقة الزوجية سبب من أسباب الميراث، فلكل زوج حق الميراث في تركة الآخر إذا توفى قبله ولو كان الوفاة قبل الدخول، وقد نص القرآن الكريم على ذلك في قوله تعالى: [وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ

<sup>1</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، هامش رقم 1، ص58.

يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ النُّسْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"<sup>(1)</sup>.

رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

يرأى الزلمي بأن "الزوجة التي تساهم في تكوين شركة زوجها بأن تكون موظفة أو تمارس أعمالاً تجارية أو صناعية أو زراعية أو نحو ذلك مع زوجها يجب قبل توزيع شركة الزوج اخراج ما يخصها من الشركة"<sup>(2)</sup>.

وحول كيفية تقدير مقدار ما يخصها الزوجة يقول: " ويقدر مقدار ما تستحقه عن طريق تلك المساهمة بالبينة أو العرف أو بتقدير أهل الخبرة"<sup>(3)</sup>.

تعليل هذه الحالة عند الزلمي: " لأن ما تخص الزوجة من الشركة من قبيل الدين المتعلق بها واخراج الدين يجب أن يسبق توزيع الشركة، والولد يشمل الذكر والانثى." <sup>(4)</sup>

#### التعليق:

بعكس كل أراءه الأخرى لم يأتي الدكتور الزلمي بأية دليل لا في القران ولا في السنة ولا في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلف؛ لهذا من ناحية الدليل يعتبر هذا الرأي ضعيفا.

من جانب الدليل العقلي أن ماتفضل به الدكتور مصطفى الزلمي عن متغيرات الحياة ومشاركة الزوجة مع الزوج في تكوين الثروة، هذا شيء طبيعي وليس خاصا بزماننا هذا، بل في كل العصور وفي كل زمان ومكان كان هذا سائدا.

الانصاف بالمرأة يجب أن تكون عن طريق الهبة أو أي شيء آخر يعطيه الزوج قبل موته، هذا من جانب، ومن جانب آخر تقدير ماتخص الزوجة من قبل أهل الخبرة أيضا شيء يؤدي إلى الانقسام والمشاكل بين الأسرة.

إذا كان للرجل زوجة واحدة شيء مؤكد أولادها لا يردون الاضرار بأهمهم، وإذا كان لهم أكثر من زوجة هنا أيضا يحدث المشكلة في كيفية مشاركة كل زوجة في تكوين شركة المتوفي، وأيضا ممكن الابناء والبنات أيضا شاركوا في تكوين هذه الثرة فكيف نخرج حصصهم قبل تقسيم الشركة.

<sup>1</sup> -سورة النساء/12.

<sup>2</sup> -الزلمي، أحمام الميراث والوصية، ص50.

<sup>3</sup> -المصدر السابق، ص 50.

<sup>4</sup> -المصدر السابق، ص 50.

وفوق كل هذا حصة الزوجة تم تحديدها بأية قرآنية لكل زمان ومكان، لهذا لا أوافق مع رأي الدكتور مصطفى الزلمي.

### المسألة الرابعة: نصيب الزوجة من التركة عن طريق الرد: تعريف الرد:

الرد لغة: له معان متعددة فهو يأتي بمعنى المنع، تقول رددته عن الذهاب، أي منعته، ويأتي بمعنى الصرف، ويأتي بمعنى الرجوع، تقول رددت الأمانة إلى أهلها، أي أرجعتها<sup>(1)</sup>.  
الرد اصطلاحاً: في اصطلاح العلماء يقترب من معناه اللغوي: (إرجاع ما زاد من مال بعد إعطاء الورثة فروضهم، إلى الورثة ما عدا أحد الزوجين إن كان في المسألة زوج أو زوجة بحسب حصصهم من أصل المسألة)<sup>(2)</sup>.

#### جاءت في الفقرة الأولى من المادة (91) من قانون الأحوال الشخصية العراق:

" يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه . أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث . والربع عند عدمه."

#### رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

حسب هذه الفقرة لزوجة واحدة فأكثر ثمن تركة الزوج المتوفى ان كان له فرع وارث منها أو من زوجة أخرى.

والدليل على هاتين الحالتين قوله تعالى [وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دِينَ] <sup>(3)</sup>.

ليس للزوجة الحق فيما يبقى عن طريق الرد عند عدم وجود وارث آخر بل يكون الباقي للخزانة العامة<sup>(4)</sup>.

#### الدليل على إستحقاق الزوجين بالرد:

(1) انظر: لسان العرب لابن منظور (ردد).  
(2) انظر: الانصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الاسلامي، بدون طبعة وبدون تأريخ، 21/3، وانظر: البلتاجي، محمد، في الميراث والوصية، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة- 2012، 96-91.  
(3) سورة النساء /12.  
(4) الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، ص49.

قال عثمان بن عفان من الخلفاء الراشدين (رضي الله عنه): للزوجين الباقي عن طريق الرد كبقية الورثة عملاً بقاعدة (الغرم بالغنم) ؛ لأنه بالعول يدخل النقص على أنصباء أصحاب الفروض من التركة بدون فرق بين الزوجين وبين غيرهما من أصحاب الفروض فيجب أن يزيد نصيبهما بما يبقى من التركة عند عدم وجود وارث آخر (1).

إقتراح الدكتور مصطفى الزلمي:

"أقترح أن يأخذ المشرع العراقي بهذا الرأي مادامت للخزانة العامة موارد أخرى كافية للنفقات العامة أخذاً برأي سيدنا عثمان (رضي الله عنه) إضافة إلى ذلك فإن كل واحد منهما ساهم في تكوين التركة فليس من الانصاف والعدل حرمان الشخص من ثمره عمله الشخصي". (2)

#### التعقيب:

مافضل به الدكتور مصطفى الزلمي حول إستحقاق الزوجين بالرد رأي إجتهادي، ويوجد في الفقه الاسلامي ما يبرر العمل بهذا الرأي، كما بينه الزلمي باستدلاله برأي عثمان بن عفان، وأقرب للعدل والانصاف، صحيح أن العلاقة بين الزوجين علاقة سببية وليس بسبب القرابة النسبية بل هو بسبب المصاهرة وهو ما يسمى في الشرع القرابة السببية ولكن في وقتنا الحاضر وفي ظل التغيرات التي حدثت في كيفية إدارة شؤون المسلمين وعدم بقاء الخزانة العامة كما كان في عهد النبي (صلى الله عليه وسلم) والخلفاء الراشدين، وهناك موارد أخرى للخزانة العامة ويرى الشيخ الزلمي الاقرار بالرد على الزوجين، وأوافقه في هذا الرأي وأدلته مقنعة.

#### المسألة الخامسة: الوصية لقاتل الموصي:

المادة 68 من قانون الاحوال الشخصية العراقي:

يشترط في الموصى له :

1- أن يكون حياً حقيقة أو تقديراً حين الوصية وحين موت الموصى، وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام .

2- أن لا يكون قاتلاً للموصي.

<sup>1</sup> وأخذ به جابر بن زيد من فقهاء التابعين وعثمان البتي.  
<sup>2</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، ص 49.



## رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

يرى الدكتور الزلمي بأن المشرع العراقي فعل حسناً عندما أخذ برأي الجمهور في المادة (2/68) من قانون الأحوال الشخصية التي نصها:

"ويشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلاً للموصي".

غير أن هذا النص يلاحظ عليه من حيث أنه لم يحدد نوع القتل المانع من الوصية، مع أن هذا التحديد محل خلاف فقهاء الشريعة، فكان من الضروري حسم الخلاف ببيان نوع القتل المانع؛ لأن من القواعد المقررة الثابتة في الفقه الإسلامي: "إن حكم القاضي برأي من آراء الفقهاء في كل مسألة خلافية يحسم الخلاف ويوجب العمل بما حكم به".

وانبثاقاً من هذه الحقيقة نستطيع أن نقول: إن إقرار المشرع لرأي معين من آراء الفقهاء في كل مسألة خلافية بالنص عليه يؤدي إلى نفس النتيجة.

ومن المعروف أن تحديد نوع القتل المانع من الميراث والوصية من أهم المسائل الفقهية الخلافية،<sup>(1)</sup> لذا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل النص المذكور بتحديد نوع القتل المانع أسوة بالتشريعات العربية.<sup>(2)</sup>

## اقتراح الدكتور الزلمي لتعديل هذه الفقرة:

"يُمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قاتل الموصي أو المورث عمداً عدواناً، سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً، أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه، إذا كان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة".<sup>(3)</sup>

## التكييف الفقهي لهذا التعديل عند الزلمي:

"استقر رأي جمهور فقهاء الشريعة على اعتبار هذا الشرط استناداً إلى ما يلي:

<sup>1</sup> قال الحنفية: "المانع هو الموجب للقصاص أو الكفارة، ويكون بالمباشرة دون التسبب" (الدر المختار 767/6).

وقال المالكية: "المانع هو القتل العمد على وجه الظلم والعدوان" (الشرح الصغير 475/2).  
والشافعية: "آراء مختلفة منها المانع هو مطلق القتل" (المهذب 24/3).  
الحنابلة: "كالحنفية إلا أنهم لا يشترطون أن يكون مباشراً" (المغني 292/6).  
والجعفرية (الخلاف للطوسي 39/2): كالمالكية.  
والأباضية (شرح النيل وشفاء العليل 269/8) المانع مطلق القتل.  
وقال الظاهرية (المحلى 306/9): "القتل ليس مانعاً لا للميراث ولا للوصية، لعموم نصوص القرآن ولعدم ثبوت الحديث لديهم".

<sup>2</sup> كقانون الوصية المصري النافذ (م17)، والسوري (م223) والتونسي الفصل (179).

<sup>3</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، ص208.

أ- لما روي عن النبي(صلى الله عليه وسلم) من أنه قال: "لا وصية لقاتل".

ب- ولما روي عن النبي(صلى الله عليه وسلم) من أنه قال: "ليس لقاتل شيء". إذ كلمة (شيء) نكرة واقع في حيز النفي وهو يفيد العموم، فيعم الميراث والوصية معا.

ج- ولقياس الوصية على الميراث لأنها أخته، والميراث حكمه ثابت بالنص، وهما يشتركان في علة الحكم (الحرمان) وهي: أن من استعجل في شيء قبل أو انه عوقب بحرمانه، وأن المجرم لا يجوز أن يستفيد من جريمته، ولأن في الحرمان حماية أرواح الأبرياء.

وقال بعض الفقهاء<sup>(1)</sup>: تصح الوصية للقاتل، وصورتها: أن يوصي لرجل فيقتله أو يجرحه شخص جرحاً مميتاً، ثم يوصي له قبل أن يموت وهو يعلم بذلك.<sup>(2)</sup>

ويلاحظ على هذا الرأي : بأنه وإن كان فيه جانب من الإنسانية بمقابلة الإساءة بالإحسان، إلا أن فيه فتح الباب لذوي النفوس المريضة ممن تسول لهم أنفسهم أن يقتلوا الأبرياء من أقاربهم بغية الحصول على تركاتهم.<sup>(3)</sup>

### التعقيب:

رأي الدكتور الزلمي المقترح للتعديل الفقرة الثانية من المادة (68) في قانون الأحوال الشخصية العراقي يعود الى التفصيل الموجود في الفقه الاسلامي حول المانع من الوصية بسبب قتل الوصي من قبل الموصى له، وهذا إضافة أخرى من إضافات الدكتور مصطفى الزلمي لقانون الأحوال الشخصية العراقي لسد النقص الموجود فيها والاستفادة مما جاء في الفقه الاسلامي بهذا الصدد.

### المسألة السادسة: حكم راتب التقاعد بعد وفاة المتقاعد:

تعريف الراتب:

لغة: مصدر من رتب يرتب راتبا ورتوبا، وهو يعني: الاستقرار والثبوت والدوام، يقال:

أمر راتب، وعش راتب، ورزق راتب: ثابت دائم، ورتبه: أثبته وأقره<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> وهم فقهاء المالكية (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 426/4) وفقهاء الشافعية، والجعفرية، والزيدية (التاج المذهب 368/4).

<sup>2</sup> أخذ بهذا المشرع المغربي الفصل (179) من مدونة الأحوال الشخصية الذي نصه: "يشترط في الموصى له: 1- أن لا تكون له صفة الوارث وقت موت الموصي.

2- عدم قتله للموصي عمدا عدوانا إلا إذا علم الموصي قبل موته ولم يغير".

<sup>3</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، ص207.

**الراتب :** ج رواتب ، أجره الموظف . ورزق راتب : ثابت دائم<sup>(2)</sup> .

ومنه الراتب الذي يأخذه المستخدم أجرا على عمله، وهي لفظة محدثة<sup>(3)</sup> .

والمراد بالراتب في الاصطلاح الفقهي: فيطلق على ((الشيء الذي يعطى لأحد مجاناً وفي غير مقابل خدمة بسبب علمه أو صلاحه أو فقره))<sup>(4)</sup> .

والراتب في عرف الناس هو: "ما يأخذه الإنسان من مال بصفة مستمرة مقابل عمل يقوم به، سواء كان هذا الموظف على رأس العمل والوظيفة أم كان متقاعداً"<sup>(5)</sup> .

تعريف الراتب التقاعدي: "هو مبلغ مالي يستحقه الموظف أو العامل شهرياً على الدولة أو المؤسسة المختصة بعد انتهاء خدمته بمقتضى القوانين والانظمة وعقود العمل"<sup>(6)</sup> .

لراتب التقاعد حالتان:

الحالة الأولى: يأخذه المتقاعد بعد إحالته بموجب القانون إلى التقاعد .

الحالة الثانية: يصرف راتب التقاعد بعد وفاة المتقاعد لورثته، حسب القانون .

الحالة الثانية هو موضوعنا بحثنا هنا، والسؤال هو: هل يتعتبر الراتب التقاعدي ميراثاً؟

**رأي الدكتور مصطفى الزلمي:**

"راتب التقاعد لا يعتبر جزءاً من تركة المتقاعد المتوفى. وبالتالي لا ينتقل إلى ورثته وفق أحكام الميراث، وإنما ينظم هذا الحق بقانون خاص تراعي فيه مصلحة المالية العامة للدولة، ومصلحة ورثة المتقاعد"<sup>(7)</sup> .

أهم أدلة التي استند إليها الزلمي بعدم اعتبار راتب التقاعدي ميراثاً: "هناك أسباب كثيرة لعدم اعتبار راتب التقاعد من التركة أهمها مايلي:-

أ- راتب المتقاعد ضمان من خزينة الدولة للإنسان دخل مرحلة العجز عن العمل بعد أن صرف قسطاً كبيراً من حياته وحيويته ونشاطه في سبيل المصلحة العامة.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب (410-409/1)، والزبيدي، محمد بن محمد بن عيدر الزقاق المرتضى، تاج العروس (481/2) مادة رتب.

<sup>2</sup> أ قلعه جي، د. محمد رواس، و د. حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ص(163).

<sup>3</sup> المعجم الوسيط (326/1).

<sup>4</sup> نزيه حماد، معجم الاصطلاحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص(218).

<sup>5</sup> الدوسري، د. محمد بن سعد، الراتب التقاعدي (دراسة فقهية)، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (13) جمادى اخر رمضان 1433هـ-2012م، ص(147).

<sup>6</sup> المصدر السابق، ص(150).

<sup>7</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، ص25.

ب- يعتبر راتب المتقاعد قبل استلامه وقبل موعد الاستلام والاستحقاق جزءاً من أموال الدولة العامة.

ج- مقدار راتب التقاعد يتحدد في ضوء أسس شخصية بحتة، فالجانب الشخصي للمتقاعد هو الغالب على الجانب المالي فإذا مات عن بنت متزوجة مثلاً فلا ينتقل الراتب أو جزء منه إليها لأنه لم يكن معيلاً لها حين الوفاة؛ ولأن لها زوجاً مسؤولاً عن الانفاق عليها.

د- مصدر راتب التقاعد ليس مالا منقولاً أو عقاراً تعود ملكيته للميت قبل وفاته حتى تنتقل الغلة تبعاً لانتقال أصلها إلى الورثة.

هـ- منح راتب التقاعد: مبني على أساس الحاجة فهو استمرار للضمان من الدولة والحاجة من المواطن فالضمان يدور مع حاجة الورثة وجوداً وعدمياً وكماً وكيفاً.

و- وأخيراً وليس آخراً كيف يوزع هذا الراتب على الأجيال القادمة من أقارب المتقاعد وأولادهم وأولاد أولادهم وإن نزلوا؟ لأنه إذا اعتبرناه تركة فيجب ان يستمر إلى انقراض الورثة شأنه شأن أي مال ثابت آخر لا يستهلك كالعقار فينتقل من جيل إلى جيل إلى ما لا نهاية ، وهذا مما يباه العقل السليم. (1)

### الاراء المعاصرة حول هذا الموضوع:

راتب التقاعدي من المواضيع المعاصرة ولانجد في المراجع القديمة أي شيء حول هذا الموضوع.

هناك اختلاف بين الفقهاء المعاصرين حول راتب التقاعد، هنا أنقل فقط اراء الذين قالوا بجواز أخذ راتب التقاعدي – فهناك من لا يراه جائزاً.

الفقهاء المعاصرون لديهم ثلاثة أقول:

"القول الاول: لايعامل الراتب التقاعدي معاملة الميراث، وانما يطبق عليه نظام التقاعد، فالمرجع حينئذ هو النظام، والنظام المطبق لايعد الراتب التقاعدي ميراثاً، وانما استحقاق تحكمه شروط محددة، وعليه: فالراتب التقاعدي يوزع على المستحقين حسب النظام وليس الميراث (ويتفق هذا مع ماذهب إليه الزلمي).

<sup>1</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، ص25.

وهذا قول أكثر العلماء المعاصرين، وما ذهبت إليه اللجنة الدائمة للافتاء في المملكة العربية السعودية<sup>(1)</sup>، ولجنة الفتوى في قطاع الافتاء بدولة الكويت<sup>(2)</sup>.

القول الثاني: يعامل الراتب التقاعدي معاملة الميراث، فالراتب التقاعدي يأخذ حكم الميراث، فيقسم بين الورثة حسب المواريث الشرعية.

وهذا ما يفهم من كلام مفتي الديار السعودية سماحة الشيخ: محمد بن إبراهيم - رحمه الله - أنه يأخذ حكم الميراث، فإذا كان هناك غرماء فيعطون منه، ثم ما بقي يوزع على الورثة، قال - رحمه الله -: ((الذي ظهر لنا أن ما يصرف من التقاعد للموظف في حياته ولورثته بعد موته متحصل من جهتين:

الاولى: ما يخصم من النسبة المئوية من راتبه الأساسي.

الثاني: ما يضاف من النسبة المئوية من ولي الأمر الى هذا المخصوم من مرتبه، ويودع هذا والذي قبله لدى مصلحة معاشات التقاعد، ليتقاضاه الموظف الذي اذا أحيل الى التقاعد، ويصرف ما بقي على ورثته بعد موته.

وبناء على هذا فهو حق للموظف، ففي هذه الحالة التي سألتكم عنها يصرف منه للغرماء حقهم، وما بقي فللورثة))<sup>(3)</sup>.

وقال به الدكتور عمر الاشقر<sup>(4)</sup>.

القول الثالث: التفصيل في المسألة، فالراتب التقاعدي الذي تدفعه الدولة لأولاد الميت وزوجاته له حالتان:

الحال الأولى: أن يكون مساعدة ومنحة من الدولة لموظفيها، ومن المؤسسات الخاصة للعاملين فيها، فيقسم على حسب ما قرره النظام التقاعدي للدولة.

الحال الثانية: أن يكون مقتطعا من راتبه في حياته، فيعامل معاملة الحقوق المالية التي يخلفها الميت، فتقضى منه ديونه، وتنفذ وصاياه، ويقسم الباقي قسمة الميراث، فيقسم على ورثته

<sup>1</sup> (351/16) الفتوى رقم (1993).

<sup>2</sup> فتاوى قطاع الافتاء بالكويت (180/2)، مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الافتاء والبحوث الشرعية، الطبعة الاولى، 1417 هـ - 1996 م..

<sup>3</sup> فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن ابراهيم (231/9)، وينظر ايضا (246/9) ففيه مسألة فرضية، قسم الراتب التقاعدي فيها على الورثة حسب ميراثهم، مما يدل على أنه يأخذ حكم الميراث، لاحكم النظام.

<sup>4</sup> ينظر: أبحاث وأعمال الندوة الخامسة لقضايا الزكاة المعاصرة (140/5).

كما تقسم التركة، مقسما شهريا ما دامت الدولة تدفع لهم، وما زاد على ذلك تبرع من الدولة يصرف حسب النظام"<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن نرجع سبب الخلاف الى تكييف الراتب التقاعدي:

"فمن قال: يأخذ حكم المنحة من ولي الامر، فيكون في معنى عقد التبرع، وعقد التبرع في النظر الفقهي قابل للتقييد.

ومن قال: يأخذ حكم ما يدخر للانسان ويعطاه بعد مماته فهو يأخذ حكم المواريث"<sup>(2)</sup>.

### التعقيب:

بعد هذا العرض الملخص حول الراتب التقاعدي أرى أن ما ذهبه اليه الدكتور مصطفى الزلمي هو الأفقه -والله أعلم- من وجهة نظري ؛ لأن الراتب التقاعدي في كل دولة له قانون خاص، ويتم التعامل معه حسب هذا القانون، ويكون لمن يعولهم من ذوي الحاجة من أسرته.

### المسألة السابعة: قوة قرابة الجدة:

تحجب الجدة أمية كانت أم أبوية أم ذات القرابتين على التفصيل الآتي:

1. الأم تحجب الجدة مطلقا سواء أكانت أمية أم أبوية أم ذات القرابتين.
2. الأب يحجب الأبوية ولا يحجب الأمية لعدم انتسابها به إلى المتوفى خلافا للجعفرية<sup>(3)</sup>.
3. الجد يحجب كل جدة تدلي إلى الميت بواسطته.
4. كل جدة قربي تحجب الجدة البعدى سواء أكانتا من جهة الأب أم من جهة الأم وسواء كانت القربي وارثة أم محجوبة بوارث آخر.
5. كل جدة من اصحاب الفروض تحجب الجدة من ذوي الأرحام (جمهور الفقهاء).

<sup>1</sup> مجلة الجمعية الفقهية، المصدر السابق، ص(232-240).

<sup>2</sup> المصدر السابق، ص(240).

<sup>3</sup> في الخلاف للطوسي: ((ام الأم لا ترث عندنا مع الامية وقال الشافعي؟ مع باقي الفقهاء لها السدس)) (55/2).

وقال فقهاء الجعفرية: الجدة مطلقاً من المرتبة الثانية وتُمنع من الميراث بكل وارث من المرتبة الأولى، كما هي تمنع من الميراث كل وارث يكون من المرتبة الثالثة، وكذلك قالوا: القربى من الجدات تحجب البعدى منهن.

### حجب الجدة في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ:

بموجب التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية تُحجب الجدة بالبنت ولا تُحجب بالابن. تنص المادة (2/91) على انه: ((تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أيٍّ منهم)).<sup>(1)</sup> بمقتضى منطوق هذه الفقرة من مات عن جد وجدة وبنت تكون التركة كلها للبنت فرضاً ورداً. بينما إذا اجتمع مع الابن يكون لكل واحد منهما السدس والباقي للابن، بدلالة المادة (90).<sup>(2)</sup>

#### رأي الدكتور الزلمي:

بناء على هذا فإن المشرع العراقي جعل مركز البنت أقوى من مركز الابن في الميراث، وهذا ما لم يقل به أي قانون في العالم، غير أن هذا لم يكن مراد المشرع وإنما الخطأ من الصياغة وعدم دقة من قام بإعدادها، فالمشرع أراد ان يكون التعديل كالاتي (وتعتبر البنت بحكم الابن في الحجب) أخذاً بالفقه الجعفري كما في صياغة الفقرة الرابعة من المادة (89) (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الاخ الشقيق في الحجب). وندعو المشرع العراقي إلى اعادة النظر في هذه الفقرة المعيبة.<sup>(3)</sup>

#### التعليق:

رأي الزلمي حول هذه المسألة تصحيح لغوي لخطأ وقع فيه المشرع العراقي في موضوع حجب الجدة ويحتاج إلى مراعاة حتى لا تؤدي تنفيذه إلى ضياع الحق فيه.

هنا نرى بوضوح نتائج الثروة العلمية للدكتور الزلمي ودقته في تحديد الخطأ مع كيفية توظيف هذه الثروة الفقهية في الصياغة القانونية.

<sup>1</sup> المادة (90) ((مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الاستحقاق والانصبه على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959))

<sup>2</sup> اضيفت هذه الفقرة الثانية بموجب المادة الثانية من القانون رقم (21) لسنة 1978 التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 أي يطبق فقه ابي حنيفة على اهل السنة وفقه الإمامية على الشيعة.

<sup>3</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، ص79.

## المسألة الثامنة: ذوي الأرحام

تعريف ذوي الأرحام:

الأرحام لغة : جمع رحم وهو منبت الولد ومكان تكون الجنين في بطن أمه.

ومنه قوله تعالى (هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ)<sup>(1)</sup>.

ويطلق الرحم لغة على القرابة مطلقاً سواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم ، فيشمل بذلك أصحاب الفروض والعصبات وغيرهم<sup>(2)</sup>.

ذو الرحم : القريب قرابة سببها الولادة.

ذوو الأرحام في المواريث : من دخلت في نسبتهم إلى الميت أنثى كأولاد البنات، وهم ليسوا بذوي فرض ولا عصبات ، إلا الأخوة لام فإنهم من ذوي الفروض<sup>(3)</sup>.

مثل : أولاد البنات ، وأولاد الأخوات ، وبنات الأخوة والجد غير الصحيح ، والجددة غير الصحيحة ، والخال ، والخالة ، والعمة ..... الخ )<sup>(4)</sup>.

رأي الدكتور مصطفى الزلمي:

للدكتور مصطفى الزلمي تعليق على بعض تطبيقات ميراث ذوي الأرحام مع ذكر الدليل على كل مايقوله، كما يلي:

أولاً: اعتبار أولاد البنات من الأقارب البعيدة وتقديم الأعمام وأبنائهم عليهم في الميراث، مخالف للعدالة الإلهية للأدلة الآتية:

أ- الدليل اللغوي: قال تعالى: [يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا]<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> سورة آل عمران / آية : 3.

<sup>2</sup> الفبومي، أحمد المقرئ، المصباح المنير / ج 1 / ص 265.

<sup>3</sup> معجم لغة الفقهاء، مصدر سابق، ص 161.

<sup>4</sup> القرطبي، ابن رشد، بداية المجتهد ، ج 2 / ص 339 .

<sup>5</sup> النساء : 11 .



لفظ (الولد) في هذه الآية ورد بالمعنى اللغوي، أي يشمل الذكر والأنثى، فلماذا يُفسَّر بالمعنى اللغوي بالنسبة للأولاد الصُّلبين (البنين والبنات)، ويُحمل على المعنى العرفي بالنسبة للأحفاد، فيُراد به أبناء الإبن وإن نزلوا، وليس لهذا التغيير التفسيري مبرر سوى التأثر بالعرف الجاهلي الذي يقول: بنونا بنو أبناءنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

ب- **الدليل العلمي:** من البدهي أن الله خلق ويخلق الإنسان من عنصرين، أحدهما بذرة الرجل التي تُسمى علمياً (الحيمن)، والثاني ببيضة الأنثى، وهذان العنصران يتكونان من جوهر الدم الذي يتكون من جوهر المواد الغذائية التي تتكون من خلاصة التراب (سلالة من طين)، قال تعالى: [وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ] (1)، وقال تعالى [وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ] (2). ولا مزية لأحد العنصرين على الآخر من حيث الجوهر والتكوين والتأثر. وما قاله أهل الجاهلية (بنونا بنو أبنائنا، وبناتنا بنوهن أبناء رجال الأبعاد) خطأ لا يُغتفر. كما أن التأثر بالأفكار الجاهلية في التمييز بين العنصرين مخالف لقوله تعالى [إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ] (3).

3- **الدليل الإجتماعي والعاطفة الروحية من ناحية القرابة:** وعلى سبيل المثل من يملك شيئاً زائداً عن حاجته وهو ينوي إهدائه إلى أحد أقاربه، فزاره في وقت واحد إبن عمه وإبن بنته، فيختار لهذه الهبة إبن بنته لأنه أقرب إليه من حيث القرابة النسبية والشفقة والعلاقة الروحية.

وبناءً على هذه الأدلة إن الرأي الصائب هو ما ذهب إليه فقهاء الإمامية من أن أولاد البنت يحلون محل والدتهم فيأخذون ما تأخذه هي استحقاقاً من التركة لو كانت على قيد الحياة.

ثانياً: من التأثر بالعرف الجاهلي القول بأن الأخ الشقيق يحجب أخته الشقيقة من الميراث عند الإجتماع معها في مسألة ميراثية واحدة، وعلى سبيل المثل من مات وانحصرت وراثته في إبن أخ شقيق وابنة أخ شقيق، وهما أخ وأخت من الأبوين، يحجب إبن الأخ الشقيق أخته الشقيقة؛ لأنه من العصابات وهي من ذوي الأرحام. وهذا مخالف للقرآن الذي بنى حق الميراث على أساس القرابة والزواج، لا على أساس الذكورة والأنوثة، أو على أساس

<sup>1</sup> الروم:20.

<sup>2</sup> المؤمنون:12.

<sup>3</sup> الحجرات:13.

كون الوارث من العصابات أو من ذوي الأرحام، ولم يرد فيه من قريب أو بعيد ما يُشير إلى هذا الفرق، كما أنه مخالف للعدالة؛ لأن الأنثى أحق بالرعاية من الذكر بسبب تكوينها الجسمي الذي هو أقل فُدرَةً على تأمين العيش، وقد أنكر القرآن الكريم والحديث الشريف التعصب الجاهلي والتفريق بين الذكر والأنثى كما ذكرنا.

والصواب هو ما ذهب إليه الإمامية من أن أولاد الإخوة والأخوات يحلون محل والدهم أو والدتهم في الميراث الذي يستحقونه لو كانوا على قيد الحياة." (1)

### التعقيب:

الدكتور مصطفى الزلمي في هذا الرأي يخالف المذاهب السنية ويتفق مع المذهب الجعفري، ويرى أن الصواب هو ما ذهب إليه المذهب الجعفري من أن أولاد الإخوة والأخوات يحلون محل والدهم أو والدتهم في الميراث الذين يستحقونه لو كانوا على قيد الحياة، ويأتي بأدلة عقلية ويناقش آراء الفقهاء القدامى ويبين بأن لفظ (الولد) في الآية المذكورة ورد بالمعنى اللغوي، أي يشمل الذكر والأنثى، ويسئل: لماذا يُفسَّر بالمعنى اللغوي بالنسبة لأولاد الصُّلبين (البنين والبنات)، ويُحمل على المعنى العرفي بالنسبة للأحفاد، فيراد به أبناء الإبن وإن نزلوا؟ ويرى بأن هذا التغيير التفسيري لا مبرر له سوى التأثر بالعرف الجاهلي الذي يقول: بنونا بنو أبناءنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعد.

بالتأمل من أدلة الدكتور مصطفى الزلمي وتطبيقه زهنيًا على واقع حالنا يتبين لنا صواب ما ذهب إليه الزلمي في هذه المسألة. (2)

وأخيرا أقول ميراث ذوي الأرحام محل خلاف بين الفقهاء منذ القدم، وليس هناك دليل قاطع على هذه المسألة، وشأنه شأن أي إجتهد فقهي آخر، فإن كان مصبا في هذا الاجتهاد فله أجران، وإن كان مخطأ فله أجر واحد.

## المسألة التاسعة: ميراث الخنثى

### تعريف الخنثى:

### الخنثى لغة:

<sup>1</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، ص79.  
<sup>2</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، ص115.

الخنثى لغة من الخنث وتعني اللين والتكسر والتثني، وهو على وزن فعلى، وجمعه خنثي كحبلى حبالى<sup>(1)</sup>، ويقال أيضا خنث الطعام إذا إشتبه أمره فلم يخلص طعمه، ويقال تخنث الرجل تثنى وتمايل وشابه كلامه كلام النساء نعومة ولين<sup>(2)</sup>.

الخنثى إصطلاحاً: هو الشخص له اله الرجل واله المرأة أو لايحمل أي منهما أصلاً أو الذي له ذكر وفرج يخرج مه البول<sup>(3)</sup>.

### تعريف الخنثى في الطب الحديث:

يعرف الخنثى بأنه الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة<sup>(4)</sup>.

### " خصوصيته:

الخنثى المشكل خاص بالإنسان والإبل والبقر، ولم يثبت لحد الآن وجوده في سائر الحيوانات.

### العلاج:

من الضروري تحديد صنفه في أقرب وقت ممكن، وفي ذلك يُعتمد على ما يلي:

أ- الاعتماد على الأعضاء الجنسية، وبوجه خاص الأعضاء الخارجية التي بإمكانها تأدية وظيفتها عند البلوغ.

ب- إجراء عملية جراحية (أو عدة عمليات حسب الحاجة) للأعضاء التناسلية بتعاون عدة من الأطباء المختصين في الغدد والجراحة والوراثة والنفسية، لعلاج هذه الحالات في المستشفيات التي لديها أطباء الغدد الصماء والجراحين في المجاري البولية والولادة والأمراض النسائية.

### معايير التمييز بين الصنفين:

إذا تعذر إصلاح الجهاز التناسلي، فقد رأى الأطباء والفقهاء القدامى الاستعانة بالمعايير الظاهرة للتمييز بين الصنفين (الذكر والأنثى).

<sup>1</sup> الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1995م، ص155.

<sup>2</sup> فراج أحمد حسين، الدكتور، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، دار الجامعة، الاسكندرية 2003م، ص316.

<sup>3</sup> الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، المكتبة الإسلامية، ص114.

<sup>4</sup> البار، د. محمد علي، خلق الانسان بين الطب والقران، ص495، نسخة الكترونية <http://shiaonlineibrary.com>.

## أ- أهم المعايير قبل البلوغ:

- 1- المبال: إن كان يبول من مبال الرجال فهو ذكر ويأخذ ميراث الذكور. وإن كان يبول من مبال النساء فهو أنثى يرث ميراث النساء.
- 2- كثرة خروجه: فمن بال من آلة الذكر أكثر من آلة الأنثى، فهو ذكر، ومن بال الأكثر من آلة الأنثى فهو أنثى.
- 3- سبق البول من إحدى الآلتين: فالحكم للأسبق. فإن سبق البول من آلة الذكورة فذكر، أو من آلة الإناث فأنثى. أي إن بال منهما جميعا اعتبر أسبقهما ؛ لأن سبق البول من أحدهما يدل أنه هو المخرج الأصلي.
- 4- إذا تعارض السابق والكثرة، بأن كان الخروج من أحد الجهازين أسبق ومن الآخر أكثر، يُحكم بأكثرهما ؛ لأن الأكثر أقوى في الدلالة على أنه العضو الأصلي؛ ولأن الحكم الكلي يترجح بالأكثر.
- 5- عدد الأضلاع: إن كانت أضلاعه من الجانب الأيسر ناقصة ضلعا فهو ذكر، وإن تساوت أضلاعه من الجانبين فهو أنثى.
- 6- الوقوف عند البول إلى جانب حائط: فإن بال عليه فهو ذكر، إن شلش بين فخذه فهو أنثى.

## ب- أهم علامات التمييز بعد البلوغ:

- 1- الميل الجنسي: فإن كان يميل جنسيا إلى الرجال فهو أنثى، وإن كان يميل بطبعه إلى النساء فهو ذكر.
- 2- الثدي: فإن كان حجم ثديه أكبر، فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
- 3- نبت اللحية: فإذا نبت الشعر على وجهه فهو رجل، وإلا فهو امرأة.
- 4- الحيض: فإن ظهرت له عادة شهرية (الحيض) فهو أنثى، وإلا فهو ذكر.
- 5- الوطء: فإن أمكن وطؤه فهو أنثى، وإلا فذكر.
- 6- الميل: فإنه يُستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فامرأة، وإن مال إلى النساء فرجل. وإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، أو لا أميل إلي أي واحد منهما، فمشكل.

وحيث أطلق الخنثى في الفقه الإسلامي يراد به المشكل.<sup>(1)</sup>

بعد عرض المعايير الفقهية للتمييز، نعرض الان بشكل موجز معايير التمييز بين الذكر والأنثى في الطب:

أن المعايير لدى الفقهاء قديماً لا تتعارض مع المعايير الطبية بل إنما كانت معايير الفقهاء معايير ظاهرية، ولكن بعد التقدم العلمي في مجال الطب توصل الأطباء إلى معايير خاصة من خلالها يتم تحديد جنس الشخص المشتبه في جنسه وهذه المعايير تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

#### الأول: المستوى الصبغي (الكروموسومي):

من خلال المستوى الصبغي يمكن تحديد الجنس فالرجل يحمل كروموسومي (XY) والمرأة تحمل كروموسومي (XX) وهو يتحدد بأمر من الله سبحانه وتعالى وذلك عندما يلحق حيوان منوي يحمل كروموسوم (Y) أو يحمل كروموسوم (X) البيضة التي تحمل كروموسوم (X). وقد نوه الله سبحانه وتعالى بذلك في قوله تعالى: { وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى \* مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى }<sup>(2)</sup> والنطفة التي تمنى هي نطفة الذكر. ويتحدد هذا المستوى من لحظة التلقيح<sup>(3)</sup>.

#### الثاني: المستوى الغدي:

ويقصد به تكوّن الغدة الجنسية ووضوح نوعها، فالرجل نوع الغدة الجنسية به خصية والمرأة مبيض ويتحدد هذا المستوى في الأسبوع السادس والسابع منذ التلقيح بإذن الله تعالى. أي لا يمكن معرفة الغدة التناسلية في الجنين قبل أن يتم الأسبوع السادس ويدخل في السابع وتكون الغدة في هذه المرحلة غير متميزة ولا تتمايز إلا بعد نهاية الأسبوع السادس<sup>(4)</sup>.

#### الثالث: مستوى الأعضاء التناسلية:

إن الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة يمكن من خلالها تحديد جنس الشخص وذلك لأن الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة للذكر تختلف عن الأنثى وبالتالي يمكن التمييز بينهم، فالذكر تتكون أعضائه التناسلية الباطنة من الحبل المنوي والحويلة المنوية والبروستاتا و غدد كوبر، أما الأعضاء التناسلية للذكر (ما عدا الخصية) فإنها تتكون من قناتي ولف وهي قناة

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية 21/20 ومايليها.

<sup>2</sup> سورة النجم، الأيتان: 45 ، 46.

<sup>3</sup> السباعي، زهير أحمد، ومحمد على البار، الطبيب أدبه وفقه، ط: دار الفكر - دمشق، الدار الشامية، بيروت، ص 313.

<sup>4</sup> المرجع السابق ، ص 313.

الكلية المتوسطة للجنين ومنها يتكون البربخ والقناة الناقلة للمني والقناة القاذفة، وتتكون الأعضاء التناسلية الباطنة للأنثى من المبيضين والرحم وقناتي الرحم والمهبل، أما الأعضاء التناسلية الباطنة للأنثى (ما عدا المبيض) فتتكون من قناتي مولر وهي قناة بجانب الكلية المتوسطة للجنين (واحدة على كل جانب) وتتحد القناتان في الوسط لتكون الرحم والمهبل<sup>(1)</sup>.

### رأي الدكتور الزلمي:

"ونرى أن الطب في هذا العصر قد تقدم وتطور، وأصبح أهل الطب اليوم أقدر على التمييز، لذا على أهل الفتوى ترك تحديد صنف الخنثى لرأي الطب."<sup>(2)</sup>

### التعقيب:

بما أن تحديد نوع الخنثى ليست مبنية على نصوص قرآنية أو نبوية لا يمكن مخالفتها بل هي مبنية على اجتهاد الفقهاء الأجلاء، فأرى أن الرأي الصائب هو ما ذهب إليه الدكتور مصطفى الزلمي في هذه المسألة، فالقاعدة أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف<sup>(3)</sup>.

وقانون الأحوال الشخصية العراقي لم يذكر أي شيء خاص حول ميراث الخنثى، ولكن حسب ماجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى: " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ."، وفي هذه الحالة يجب ارجاع هذه المسألة إلى الفقه الإسلامي، وكما جاء في التفصيل الفقهي الموجود في المذاهب الإسلامية التي سبق ذكرها، ومقارنته بما وصل إليه العلم والتكنولوجيا في هذا العصر، يمكن على أهل الفتوى الاعتماد على الرأي الطبي.

وبما أن أحكام الخنثى في الفقه الإسلامي مبنية على معلومات الاطباء والتجربة والمشاهدة في عصورهم السابقة ودون الرجوع الى الفحص النسيجي للغدة التناسلية لعدم توفر ذلك آنذاك فإن على الفقهاء أن يراجعوا هذه الأحكام على ضوء التقدم الطبي الواسع الذي حدث في العصر الحديث.

<sup>1</sup> <http://www.feqhweb.com/vb/t13039.html>.

<sup>2</sup> الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال، ص 167-168.

<sup>3</sup> أنظر: الأشباه والنظائر / السيوطي ( 52 ).

ولابد لذلك اجتماع الاطباء المختصين مع الفقهاء الأجلاء للخروج بأحكام تتلاءم مع المعلومات الطبية في العصر الحديث<sup>(1)</sup>..  
. والزلمي ليس وحيدا في هذا الرأي، بل هناك اراء معاصرة أخرى حول هذه المسألة.

---

<sup>1</sup> البار، محمد على، مشكلة الخنثى بين الطب والفقہ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، السنة الرابعة-العدد السادس، ط2، 2005، ص 365.

## الخاتمة

### (النتائج والتوصيات)

من خلال هذه الرسالة توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن تلخيصها فيما يلي:

#### أولاً: النتائج:

في الختام نحمد الله تعالى على ما أعان ويسر، فله الحمد أولاً وآخراً، على نعمه المتجددة وهو صاحب الفضل والنعم، من خلال هذا البحث الذي تناولنا فيه "الآراء الفقهية والقانونية للدكتور مصطفى الزلمي" استهدف البحث إطاراً فقهياً وقانونياً في الزواج والطلاق والوصية والميراث، وفي سبيل تحقيق ذلك تم استقراء وتقييم أهم آرائه في هذا المجال، وخلص الباحث إلى مجموعة من النتائج أهمها ما يلي:

1. الدكتور مصطفى الزلمي عالم جليل من كردستان العراق، درس في المدارس الدينية وتخرج منها، ودرس في المدارس الحكومية وحصل على شهادة البكالوريوس في القانون، وماجستيرين في الفقه المقارن، وماجستير في القانون، ودكتوراه في الفقه المقارن، ودكتوراه في القانون.
2. هو من أوائل الذين قاموا بالمقارنة بين الشريعة والقانون في الدراسات العليا في العراق، ومهدوا طريق هذه المقارنات في العراق.
3. تبين من خلال البحث وجود اهتمام كبير بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة في دراساته.
4. الدراسات الفقهية للزلمي شملت ثمان مذاهب إسلامية، ولم يتقيد بمذهب معين منهم، بل ينظر إليهم نظرة باحث علمي.
5. الدراسات القانونية له لم تشمل فقط القوانين العراقية، بل شملت أيضاً قوانين البلدان العربية بشكل عام.
6. له آراء فقهية في الأحوال الشخصية، وهذه الآراء نتيجة لمقارناته الفقهية بين المذاهب الثمانية.



7. ترجيحات وآراء الزلمي الفقهية والقانونية في الأحوال الشخصية يهدف إلى استقرار الكيان الأسري وإستمرارها والحفاظ عليها.
8. تهدف دراسات الزلمي إلى رفع الخلاف الفقهي والوصول إلى رأي يخدم البشرية بشكل عام والأسرة بشكل خاص.
9. يهتم بالدراسات الطبية المعاصرة ويتعتبرها مصدر يمكن الرجوع إليها في المسائل الفقهية الخلافية المتعلقة بالطب.
10. الهدف من دراساته الفقهية والقانونية الوصول إلى تقارب أكثر من بين المذاهب الإسلامية المختلفة وتوحيد قانون الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية بشكل عام والدول العربية بشكل خاص.
11. من خلال الدراسة ظهر أن الدكتور مصطفى الزلمي بلغ مرتبة علمية بارزة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بشكل ينتقد كثيرا من آراء الفقهاء ويبرز رأيه وينتقد القوانين ويعطي اقتراحاته.
12. ظهر من خلال هذه الدراسة أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ثروة علمية كبيرة يمكن من خلاله تكملة النواقض الموجودة في قوانين الدول الإسلامية.
13. ظهر من خلال هذه الدراسة أيضا مدى ضرورة مراجعة الفقه الإسلامي مراجعة نقدية عصرية وبشكل خاص في المواضيع المتعلقة بالطب وما توصل إليها الثورة العلمية في هذا المجال.
14. المسائل المختارة في هذه الدراسة ماهي إلا نماذج لأرائه الفقهية والقانونية في الأحوال الشخصية (الزواج، والطلاق، والوصية، والميراث) وإلا فله آراء أخرى كثيرة لم يتسع المجال لبيان كل آراءه.

### ثانياً: التوصيات:

في ضوء النتائج التي تم التوصل إليها في هذا البحث، يمكن عرض مجموعة من التوصيات تتمثل في:

1. ضرورة مراجعة الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث.

2. ضرورة عدم التقييد بمذهب معين من بين المذاهب الإسلامية للباحثين بشكل خاص حتى يتمكنوا من استنباط آراء معاصرة لحل المشاكل.
3. ضرورة الأخذ بآراء الدكتور مصطفى الزلمي في هذا المجال من أجل توحيد قانون الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية بشكل عام والدول العربية بشكل خاص.
4. ضرورة تطوير المقارنات الفقهية والقانونية والاهتمام بها أكثر في كليات القانون والشريعة في البلدان الإسلامية.

والله أعلم وأحكم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

## الاسباب الموجبة

لم تكن الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية قد شرعت في قانون واحد يجمع من أقوال الفقهاء ما هو المتفق عليه والأكثر ملاءمة للمصلحة الزمنية، وكان القضاء الشرعي يستند في إصدار أحكامه إلى النصوص المدونة في الكتب الفقهية وإلى الفتاوى في المسائل المختلف عليها وإلى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية .

وقد وجد أن في تعدد مصادر القضاء واختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة فكان هذا دافعا للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها .

وقد تألفت لهذا الغرض لجان حاولت أن تجمع الأحكام الشرعية وتوحيدها وتخرج منها بقانون يجمع المتفق عليه من الآراء إلا أن تلك اللجان لم تتوصل إلى نتيجة مقبولة في تحقيق هذا الغرض .

ومنذ أن انبثقت ثورة 14 تموز الخالدة جعلت من أهدافها الأولى وضع قانون موحد في أحكام الأحوال الشخصية يكون أساسا لإقامة بناء العائلة العراقية في عهدنا الجديد ويكفل إستقرار الأوضاع فيها ويضمن للمرأة حقوقها الشرعية وإستقلالها العائلي .

وتحقيقا لهذه الغاية ألفت وزارة العدل بأمرها المرقم (560) المؤرخ في 1959/2/7 لجنة لوضع لائحة الأحوال الشخصية إستمدت مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة وما هو المقبول من قوانين البلاد الإسلامية وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق .

فكان من نتيجة عمل اللجنة إخراج مشروع هذا القانون الذي اشتمل على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث .

وفيما يلي أهم الأحكام التي أخذت بها اللجنة من نصوص القانون المدني ومن قوانين البلاد الإسلامية وكان لها سند من فقه الشريعة أو كانت لا تتعارض وأحكامها .

أ- أخذت اللجنة بأحكام المادة الأولى من القانون المدني بعد أن صاغت بشكل يتفق ومبادئ الشريعة فجعلت نصوص هذا القانون هي التي تطبق على المسائل التي تتناولها في

لفظها أو فحواها فإذا لم يوجد النص حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الأكثر ملاءمة لنصوص القانون .

ب- وضعت اللجنة قاعدة سريان الأحكام على الأشخاص لتشمل أحكامه العراقيين كافة إلا من استثنى منهم بقانون خاص . وبذلك يكون قانون الأحوال الشخصية هو القانون العام فيما احتواه من مبادئ وتكون قوانين الأحوال الشخصية الأخرى قوانين خاصة .

ج - رأت اللجنة أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني في أحكام تنازع القوانين من حيث المكان (المواد من 19 إلى 24) قواعد لا تتنافى ومبادئ الشريعة وهي قواعد تنظيمية يجب الأخذ بها في أحكام الأحوال الشخصية فنص المشروع في مادته الثانية على وجوب تطبيقها .

د - رأت اللجنة إن قوانين البلاد الإسلامية قد ذهب في حكم تعدد الزوجات مذهبين فمنعه التشريع التونسي بصورة مطلقة وعاقب عليه (م - 18) منه وقيد التشريع المغربي المنع بالخوف من عدم العدل (ف - 30) فاختارت اللجنة مذهباً وسطاً وبينهما فمنعت بالمادة الثالثة الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لأعطاء الإذن أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة ما زاد على واحدة وأن تكون هناك مصلحة مشروعة ومنعت الزواج بأكثر من واحدة إذا خيف عدم العدل وتركت ذلك لتقدير القاضي كما إنها نصت على عقوبة الحبس لمدة سنة أو بالغرامة مائة دينار على من يخالف ذلك .

هـ - وفي أحكام الطلاق أخذت اللجنة بما هو المتفق عليه من لزوم إيقاع الطلاق بصيغته الشرعية ولم تعتبر الطلاق المقترن بلفظ (الثلاث) إلا طلاقاً واحدة وشرعت التفريق بين الزوجين من أجل العلل والشقاق والضرر والإمتناع عن الإنفاق لمنع التعسف من جانب الزوج في استعمال حقه في الطلاق .

و - وإجازات اللائحة للقاضي أن يأذن بتمديد مدة الحضانة إذا تبين أن مصلحة الصغير تقضي بذلك وهو ما أخذت به التشريعات في البلاد الإسلامية وأفتي به أخيراً .

ز - أعتبرت اللائحة استمرار الولد في طلب العلم موجبا للنفقة .

ح - راعت اللجنة أيضاً الإنسجام بين أحكام القانون المدني في الوصية وبين ما ورد في هذه اللائحة من أحكام .

ط - هذا ولما كان الإختلاف في أحكام الميراث، وهو من أسباب كسب الملكية قد أوجد بنتيجة إختلاف المذاهب التفاوت في إنتقال حقوق الوارثين التي يقتضي توحيد قواعدها مما حمل هذا الإختلاف بعض ذوي العلاقة على التحايل على القوانين وقواعد الشريعة بإنتحال الأديان والمذاهب، ولما كان توحيد القوانين وإنشاء مجتمع مستقر في حقوقه وواجباته من أهداف الثورة فقد اقتضى توحيد أحكام الميراث وجعلها منسجمة مع أحكام الإنتقال في الأراضي الأميرية التي شرعت منذ مدة طويلة وتقبلها الناس واستقرت المعاملات عليها، ولهذا أرتوي أن تؤخذ هذه القواعد المنصوص عليها في القانون أساسا للميراث في العقار والمنقول ذلك لأنها لا تختلف كثيرا مع الأحكام الشرعية .

ي - 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 ملاءمة لأحكام هذا القانون إذ وجدت اللجنة إنه من المتعذر وضع قانون يجمع كافة المسائل الكلية والجزئية.

## قائمة المصادر

القرآن الكريم

المصادر الفقهية

1. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973.
2. ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق: شعيب الارناؤط وعبدالقادر أرناؤط، دار الرسالة، ط3، 1998.
3. ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ط 1، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر 1984
4. ابن المنظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري 630-711هـ، لسان العرب، طبعة مصورة عن طبعة بولاق
5. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ط 1، مطبعة بولاق، 1316هـ.
6. ابن حزم الظاهري، ابو محمد بن احمد بن سعيد، المحلى، المكتب التجاري، بيروت لبنان، بدون سنة طبع.
7. ابن حميد، د. صالح بن عبدالله، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية: ضوابطه وتطبيقاته، ط1، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي جامعة أم القرى مكة المكرمة، 1403هـ.
8. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1421هـ - 2000م.
9. ابن عابدين، محمد أمين الشهير، الدر المختار في شرح تنوير الابصار في فقه الامام أبي حنيفة النعمان، طبعة جديدة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
10. ابن قدامة المقدسي، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405 هـ.
11. ابن مفتاح، عبد الله، المختار من الغيث المدار المفتاح لكمائم الأزهار في فقه الأئمة الأطهار.

12. أبو السعود، د. رمضان ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع.
13. أبو حبيب، الدكتور سعدي، القاموس الفقهي ، دار الفكر دمشق ، 1408 هـ .
14. أبو زهرة، الشيخ محمد، الأحوال الشخصية.
15. أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر-1979.
16. أبو عبيد، عارف خليل ، الوجيز في الميراث، دار النفائس للنشر والتوزيع، القاهرة-2000.
17. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ الأمام مالك، تحقيق: محمد عبدالقادر أحمد عطا، دار السعادة، ط1، 1432 هـ.
18. البلتاجي، محمد، في الميراث والوصية، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة- 2012.
19. الاصفهاني، راغب، المفردات، دار القلم والدار دمشقية، دمشق- بيروت، ط1، 1412 هـ.
20. الاصبحي ، مالك بن أنس، المدونة الكبرى ، مكتبة المثنى بغداد ، بدون سنة طبع .
21. الأمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، نشر المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان 1402 هـ.
22. إمام، د.محمد كمال الدين، و د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع.
23. البار، د. محمد علي، خلق الانسان بين الطب والقران، نسخة الكترونية:  
<http://shiaonlinelibrary.com>
24. البار، محمد علي، مشكلة الخنثى بين الطب والفقہ، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، السنة الرابعة-العدد السادس، ط2، 2005.
25. البركتي، المفتي السيد محمد عميم الإحسان المجددة، التعريفات الفقهية، من منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2003م-1424 هـ. النبلي، محمد بن أبي فتح، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الاسلامي 1988.

26. البعلبي، محمد بن أبي فتح، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الاسلامي 1988.
27. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الارادات، عالم الكتب بيروت، ط 3، 1985.
28. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر – بيروت، 1983.
29. بوقزولة، عبد القادر، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، نسخة الاكترونية، ص 11، شبكة الوكة، [www.alukah.net](http://www.alukah.net).
30. العنسي، محمد بن عيسى، التاج المذهب لأحمام المذهب، دار الحكمة اليمانية، صنعاء 1993.
31. الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، طبعه دال الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة.
32. الجزيري، عبد الرحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية- 2003.
33. الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، دمشق 1992.
34. الحملوي، أحمد بن محمد، شذا العرف في فن الصرف، دار الفكر العربي، بيروت، ط.أولى، 1999.
35. الحنفي، العلامة زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق - دار المعرفة بيروت لبنان، بدون سنة طبع.
36. حنفي، محمد الحسيني، الموجز في شرح قانون الوصية، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة 1968.
37. الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1985.
38. الخطيب، د. احمد علي، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط1، سنة 1980م، مطبعة مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل.
39. الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بدون سنة طبع.



40. الدوسري، د. محمد بن سعد، الراتب التقاعدي (دراسة فقهية)، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد (13) جمادى آخر - رمضان 1433هـ - 2012م.
41. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح.
42. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي عباس، نهاية المحتاج، دار الفكر بيروت - 1984.
43. الزحيلي، الدكتور وهبة، أنظر الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق 1985.
44. الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ط1، 1418هـ / 1998م، دار القلم.
45. السرخسي، أبو بكر محمد بن سهل، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة بيروت، 1406هـ.
46. الشربيني، محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المكتبة الإسلامية.
47. الشوكاني، محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار،
48. الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جميع أدلة الأحكام، دار الجبل، بيروت - 1973.
49. السباعي، زهير أحمد، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقه، ط: دار الفكر دمشق، الدار الشامية، بيروت.
50. الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري) (ت: شاكر)، تحقيق: محمود محمد شاكر - أحمد محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة - الطبعة الثانية، بدون سنة الطبع.
51. العاملي، زين الدين الجبعي، الروضة البهية شرح اللمعة دمشقية، دار التفسير، ط 4، 1382هـ.
52. العدوي، علي الصعيدي المالكي: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ.
53. العسقلاني، بن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري دار المعرفة، بيروت - 1379هـ.
54. على حسب الله، الشيخ، الزواج في الشريعة الإسلامية - ط1، دار الفكر العربي - القاهرة 1971.
55. عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل في الفقه المالكي، دار الفكر، بيروت - 1984.

56. عليوى، ابن خليفة، موسوعة فتاوى النبي.-.
57. الغزالي، أبى حامد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض- عادل عبدالموجود، دار الارقم بن الارقم، الطبعة الاولى 1997.
58. الغزالي، مقاصد الفلاسفة للإمام الغزالي، تحقيق: د. سليمان دنيا، دار المعارف- القاهرة 1961.
59. الغزالي، ميزان العمل، تحقيق وتقديم: د. سليمان دنيا، دار المعارف - القاهرة، الطبعة الأولى 1964.
60. فراج أحمد حسين، الدكتور، نظام الإرث في التشريع الاسلامي، دار الجامعة، الاسكندرية 2003م.
61. الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1995م.
62. القرطبي، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، .
63. القونوي، قاسم بن عبدالله، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ط1، 1424هـ/2004م، دار الكتب العلمية.
64. الكاساني، علاء الدين أبى بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ، ط2، 1982.
65. الكبيسي، د. أحمد، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ط3، المكتبة القانونية - 2009.
66. لويس معلوف، المنجد في اللغة، المطبعة الكاثوليكية - بيروت، ط19.
67. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، السعودية -1324هـ.
68. المرادوى، علي بن سليمان، الانصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية -1956.
69. المرغنائي ، ابو الحسن علي بن ابى بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتديء، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، بدون سنة طبع .
70. المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب ، مطبعة الامام ، مصر ، بدون سنة طبع ، ج17.
71. ملاحظات قانونية في الصياغة التشريعية لأحكام قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) المعدل
72. موسوعة الأسرة اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية اللجنة التربوية ج1.

73. موسوعة الأسرة الأحوال الشخصية بالكويت- اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ج 1.
74. أ.م.د. حميد سلطان علي و م.د. عباس حسين فياض، مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، المجلد: 3 / العدد : 2، سنة النشر: 2011.
75. واصل، د. نصر فريد محمد، مباحث فقهية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بنظام الأسرة والأمور الزوجية، الطبعة الأولى 1415 هـ - 1994م، مطبعة الأخوة الأشقاء لطباعة الأوفست والتجليد.
76. النسفي، عمر بن محمد، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، دار الطباعة العامرة، 1311هـ.
77. النووي، أبو زكريا محيي الدين شرف، تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم- دمشق، ط1، 1408هـ.
78. الزلمي، الدكتور مصطفى ابراهيم، المنطق القانوني في التصورات، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014
79. الزلمي، الدكتور مصطفى ابراهيم، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية العربية، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014.
80. الزلمي، د. مصطفى ابراهيم، ألتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، شركة السعدون للطباعة، بغداد ، بدون سنة طبع ، ج 1.
81. الزلمي، د. مصطفى ابراهيم، مجموعة أبحاث قانونية، التعليق على التعديل رقم (21) لسنة 1978 لقانون الاحوال الشخصية، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014.
82. احمد ابراهيم : أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ، بدون اسم مطبعة ، 1940 .
83. البري، د. أحمد زكريا، الأحكام الأساسية للأسرة ، معهد الدراسات الإسلامية ، دار الأتحاد العربي للطباعة ، بدون سنة طبع .
84. عبد الناصر توفيق، الدكتور، الاسرة وقانون الاحوال الشخصية رقم (100) لسنة 1985 ، المؤسسة العربية الحديثة للطباعة والنشر ، بدون سنة طبع .
85. نوري جعفر، الدكتور، رعاية الطفل في الاسرة مبادئ عامة ، دار ثقافة الاطفال ، ط 1 ، 1987.
86. علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة المعارف بغداد ، 1963 .
87. فريد فتیان، شرح قانون الاحوال الشخصية ، بغداد ، ط 4 ، 1962 .

88. الكرباسي، علي محمد إبراهيم، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ( 188 ) لسنة 1959 المعدل ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1989 .

89. الجندي، احمد نصر الله، قوانين الاحوال الشخصية في ضوء القضاء والفقهاء ، 1980 ، بدون اسم مطبعة.

90. الكبيسي، الدكتور أحمد، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة التعليم العالي، 1990.

91. زلمى، مستهفا ئبيراهيم، كاروانى ژيانم، نوسينگهئ تهفسير- ههولئير، چ 2، 2016.

92. ريدار نهحمهد، پروفيسور مستهفا زلمى تاڤگهئيهكى نهسرهوت، چاپخانهئ روژهئلات، ههولئير، چ 1، 2016.

#### الرسائل الجامعية

93. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد كلية الشريعة ، 1988 .

94. حميد سلطان علي، الحقوق للصيفة بشخصية الطفل ، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين من قبل ، 2005.

95. د.حميد سلطان علي و.د. عباس حسين فياض: ملاحظات قانونية في الصياغة التشريعية لأحكام قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) المعدل، مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل، المجلد: 3 / العدد : 2، سنة النشر: 2011.

96. اويكى پديا ، دانشنامه آژاد

<https://fa.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D9%84%D8%A8%D8%B1>

97. هورامان .<http://www.marefa.org/>.

98. الزلمي، د. مصطفى إبراهيم، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014.

99. الزلمي، مصطفى إبراهيم، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014.

100. الزلمي، مصطفى إبراهيم، التبيات لرفع غموض النسخ في القرآن، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014.

101. الزلمي، مصطفى إبراهيم، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران، 2014.

## القوانين

102. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ( 188 ) لسنة 1959
103. قانون العقوبات العراقي رقم ( 111 ) لسنة 1969
104. القانون المدني العراقي رقم ( 40 ) لسنة 1951
105. قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ( 25 ) لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم ( 100 ) لسنة 1985
106. قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ( 17 ) لسنة 1953
107. قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ( 61 ) لسنة 1976
108. قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ( 28 ) لسنة 2005
109. مدونة الاحوال الشخصية المغربية رقم ( 190 ) لسنة 1957
110. مجلة الاحكام العدلية

**ÖZGEÇMİŞ**  
**KİŞİSEL BİLGİLER**

<b>Adı Soyadı</b>	<b>REDAR RAOOF AHMED</b>
<b>Doğum Yeri</b>	<b>HALEPÇE</b>
<b>Doğum tarihi</b>	<b>01.07.1974</b>

**LİSANS EĞTİM BİLGİLERİ**

<b>Üniversite</b>	<b>ALHADBA İNİVERSİTESİ</b>
<b>Fakülte</b>	<b>HUKUK FAKÜLTESİ</b>
<b>Bölüm</b>	<b>HUKUK BÖLÜMÜ</b>

**YABANCI DİL BİGİSİ**

<b>Dil</b>	<b>ARAPÇA</b>
------------	---------------

**İŞ DENEYİMİ**

<b>Çalıştığı kurum</b>	<b>DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI</b>
<b>Görevi\ pozisyonu</b>	<b>MEMUR</b>
<b>Tecrübe süresi</b>	<b>18 YIL</b>

**KATILDIĞI**

<b>Çalıştığı kurum</b>	
<b>Görevi\ pozisyonu</b>	
<b>Tecrübe süresi</b>	

<b>Kurslar</b>	
<b>Projeler</b>	

**İLETİŞİM**

<b>Adres</b>	<b>ERBİL/ IRAQ</b>
<b>E-mail</b>	<b>redarus@yahoo.com</b>