

# التنظيم القانوني للأحوال الشخصية ( في ضوء قانون الاحوال الشخصية ودستور ٢٠٠٥ العراقي )

م.د. علي احمد عباس

## المقدمة

لا يخفى ما للتنظيم القانوني للأحوال الشخصية من أهمية بالغة الخطورة لعلقه بالمتغيرات التي ترد على الإنسان كونه فردا في أسرة تكون لبنة من البنات التي يتكون منها المجتمع فالمجتمع كما هو معلوم بناء متكون من مجموعة من اللبنة هي الأسر وكلما كان البناء الأسري بناء قويا ومتينا قائما على أسس رصينة كان البناء متماسكا وأقيمت الحياة المتوازنة التي تتجلى فيها خصائص الفطرة وتتسق مع دور الإنسان في الحياة فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع وإذا فسدت الأسرة واضطرب التوازن الذي تقوم عليه فسد المجتمع ومن ثم فإن لهذا التنظيم تأثيراً مباشراً في صياغة المقومات الأساسية للمجتمع وهو ما يفسر لنا تفسيراً واضحاً النهج الذي تبنته النصوص الشرعية في تفصيل معظم الأحكام التي تتعلق بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث وغيرها تلك الأحكام التي تمثل جزءاً مهماً من الفقه الإسلامي ، ومعلوم أن الفقه الإسلامي بجميع أحكامه كان هو القانون الوحيد الذي يحكم الناس في المجتمعات الإسلامية قروناً طويلة منذ بداية صدر الرسالة وحتى القرن التاسع عشر ولكن ولأسباب تاريخية تمثلت في الضغط الشديد الذي واجهته الأمة الإسلامية بهدف سلبها من الاحتكام لأحكام الشريعة الغراء<sup>(١)</sup> لم يبق من فروع

(١) يقول الدكتور عبد الله مصطفى في كتاب أصول القانون (أجد وراء المسلمين في حاضر ديارهم وماضيه مقصدا عظيما من مقاصد الاستعمار □ الاستخراب □ تتبدل وسائله ولا

القانون ما يخضع بصورة تامة لإحكام الشريعة الإسلامية سوى تلك التي تتعلق بما يسمى بالأحوال الشخصية فقد كانت أحكام الشريعة (قبل صدور قانون الأحوال الشخصية الصادر الرسمي المباشر لقواعد الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسلمين العراقيين والمسلمين الأجانب الذين لا يخضعون في أحوالهم الشخصية لقانون مدني وإنها القانون العمومي بالنسبة للعراقيين جميعا مسلمين وغيرهم في مسا ئل الوقف والميراث والوصية )<sup>(١)</sup> ويصدر قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩ ظهر الفقه الإسلامي بصورة قواعد قانونية مدونة مصدرها الوحيد الأحكام الشرعية المتعلقة بالأسرة دون التقيد بمذهب معين يشمل نطاق سريانه جميع العراقيين خلا من يستثنى منهم بقانون خاص فقد ألزم القانون جميع العراقيين سوى من استثنى بقانون دون تمييز للعراقيين على أساس الدين أو المذهب أو المعتقد ثم جاءت المادة “ ٤١ ” من الدستور

---

يتبدل إلا وهو اقتلاع دوحه القوانين قوانين الإسلام من جذورها في بلاد حضارتها كان هو المقصد الأعظم في حروب الأندلس الأولى من بلاد المغرب الإسلامي حتى سقوط غرناطة سنة ١٤٩٢م وكان المقصد الأعظم في حروب الأندلس الثانية من بلاد المشرق الإسلامي حتى سقوط اسطنبول سنة ١٩١٤م وكان هو المراد الأعظم في عدوان دول الحضارة الأوربية على بلاد الشام في عصر صلاح الدين الأيوبي وكان ولا يزال هو المراد الأعظم في تأسيس الدولة الصهيونية في بلاد الشام في عصرنا هذا وكان ولا يزال الغاية التي يعين على بلوغها أعوان المستعمرين وخدام مصالحهم في ديار المسلمين -ففي- خلال القرن الميلادي التاسع عشر أيام ضعف وترهلت (الدولة العلية) العثمانية العجوز نهضت دول الاستعمار الأوربية ففرضت عليها بقوة السياسة والسلاح أن تستعيز عن قوانين الإسلام بقوانين أوربية (...). ينظر لذلك د . عبد الله مصطفى النقشبندي، أصول القانون، طبع شركة الفكر للتصميم والطباعة المحدودة، دون سنة طبع، ص ١٤-١٥.

(١) ينظر البكري، د . عبد الباقي، المدخل لدراسة القانون والشريعة، مطبعة الآداب، ١٩٧٢م، ص ٤٨.

بنصها على أن العراقيين " أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون "

ممثلة تطورا خطيرا في حكم الأحوال الشخصية للعراقيين وهو ما دعانا إلى دراسة لهذه المادة وبيان ما لها وما عليها ومقارنة ذلك بما كان عليه التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل دستور ٢٠٠٥ وخصوصا في إطار قانون الأحوال الشخصية وذلك في بحثين اثنين على التفصيل الآتي :

## المبحث الأول

### التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل دستور ٢٠٠٥

قبل الكلام في التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل دستور ٢٠٠٥ أرى أن من المهم الإشارة إلى انه لم يكن ثمة تفريق بين ما يعرف الآن بأحكام الأحوال الشخصية وغيرها من الأحكام (فلم يعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية (الأحوال الشخصية) إلا حديثاً فقد كانت نظم الأسرة وأحكامها وقواعدها موزعة بين أبواب الفقه المختلفة من زواج وطلاق ونسب ووصية وميراث وأول من استعمل هذا الاصطلاح في بداية هذا القرن <sup>(١)</sup> هو الفقيه المصري محمد قصري باشا فقد وضع مجموعة فقهية سماها الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لم تصدر بصفة رسمية كقانون ولكن طبقت في المحاكم الشرعية على أنها تمثل الراجح من المذهب الحنفي تضمنت أحكام الزواج والوصية والأهلية والميراث والهبة<sup>(٢)</sup>.

أما في العراق فأول ما استعملت (كلمة الأحوال الشخصية) في المحاكم العراقية بعبارة المواد الشخصية وذلك في بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ بعد احتلال بغداد ثم درجت القوانين المشرعة على استعمالها بعبارة الأحوال الشخصية<sup>(٣)</sup> والأحوال في معناها اللغوي جمع حال وهو كما قال علماء العربية كينة الإنسان اي ما كان عليه من خير أو شر <sup>(١)</sup> ولو رجعنا إلى اصل كلمة (حال)

(١) المقصود هو القرن العشرين.

(٢) ينظر د. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المطبعة الجديدة، دمشق ١٣٩٨ - ١٣٩٩ ١٣٧٨ - ١٩٧٩ م، ص ٦.

(٣) ينظر الأستاذ محمد شفيق العاني، أحكام الأحوال الشخصية في العراق، المطبعة الفنية الحديثة ١٩٧٠م ص ٦.

في كتب العربية لوجدنا أن أهم معانيها التغير والانتقال حتى أن هذه الكلمة أصبحت علما على ما يرد على الإنسان من الأمور غير الثابتة والتي تتغير بظهور صفات النفس<sup>(٢)</sup>، وإذا كانت الأحوال تعني ما يكون عليه الإنسان وإن فيها معنى التغير والانتقال وأنها قيدت بكونها شخصية لتكون علما لمجموعة من القواعد القانونية فيمكن القول بان التنظيم القانوني للأحوال الشخصية هو ذلك التنظيم الذي يحوي مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المتغيرات التي يكون عليها الإنسان والتي ترد على شخصيته

هذه القواعد لم تأت على وتيرة واحدة في تنظيمها للأحوال الشخصية وإنما مرت بمراحل من التطور وبرز ما في هذا التطور هو حكم الأحوال الشخصية بمقتضى قانون الأحوال الشخصية لذا سنقوم في هذا المبحث بدراسة التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية وذلك في المطلب الأول إما المطلب الثاني فسيكون لدراسة التنظيم القانوني للأحوال الشخصية في ظل قانون الأحوال الشخصية ١٩٥٩ على التفصيل الآتي :

---

(١) ينظر الأنصاري، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م ، ١٩٠/١١ ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، ٦٨ /١ .

(٢) ينظر لذلك محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، المرجع السابق ٦٨ /١ .

## المطلب الأول

التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل قانون الأحوال الشخصية لعام ١٩٥٩ مرت القواعد المنظمة للأحوال الشخصية بمراحل من التطور فلم يكن القضاء في مسائل الأحوال الشخصية منذ بزوغ فجر الإسلام وحتى أواخر الدولة العثمانية مفصولاً عن سائر الأحكام الشرعية فقد كان القاضي في الدولة الإسلامية يحكم بمقتضى الشريعة الغراء دون تفریق بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية فلم يكن ثمة قضاء مدني وقضا ء شرعي بل القضاء واحد يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية على اختلاف في هذا الاستمدا د يختلف باختلاف الأطوار التي مر بها الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> فلم يكن لدى القضاء الإسلامي في بداية عهده مصدراً لأحكام الأحوال الشخصية إلا أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة أنفسهم إذ كان لا يلي القضاء إلا فقيه مجتهد ثم كان " تطور الفقه الإسلامي في جميع المجالات بما في ذلك نطاق الأحوال الشخصية ، ولم يكن هذا التطور في مجال الحالات التي لم يجد الفقهاء حكماً لها في المصدرين الرئيسيين فقط ، ففي نروة تطور الفقه الإسلامي وعلى ضوء المستجدات الحياتية الجديدة وجد التنوع الفقهي في فهم النصوص من القرآن والسنة، وذلك انطلاقاً من التعامل مع النص كمعطى لغوي، إضافة إلى ظهور الدراسات في مجال الحديث وتقسيمه إلى المصنفات والآثار لقد أوجدت هذه المستجدات تنوعاً في الفتاوى المتعلقة بالحالة أو القضية الواحدة . وتتابع الأمر إلى التنوع في أحكام القضاء، وخاصة بعد ظهور المدارس الفقهية " ...وفي ظل هذا التنوع الفقهي من جهة وتبلور .. الخلافة

(١) ينظر لهذه الأطوار صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والوصية، دار العلم للملايين، ط٧، ١٩٨١م، ص ١٤-٢١

الإسلامية وحاجاتها كدولة، وجدت الحاجة والمحاولات لتقنين الاحكام الشرعية لكي يتقيد القضاء الاسلامي باحكام مقتنة معي نة<sup>(١)</sup> كي يعلم الناس سلفاً ما تخضع له معاملاتهم وعقودهم من الاحكام، فيكونوا على بصيرة من صحتها وفسادها الا ان هذه المحاولات لم يكتب لها النجاح .

حتى جاء قاضي القضاة ابو يوسف فكانت نقطة تحول في تاريخ القضاء الاسلامي فقد كان اكثر القضاة في هذه العهود على مذهب أبي حنيفة إذ كان هو مذهب القضاة في الدولة العباسية<sup>(٢)</sup> (وبذلك أقيم الصرح الأول لوحدة

---

<sup>(١)</sup> وكان من أوائل الذين أدرکوا هذه الحاجة ابن المقفع الذي أشار على الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور، أن يوحد ما يقضي به بين الناس في قانون يدونه ويختاره من آراء القضاة المجتهدين والفقهاء في ذلك العصر بعد تمحيصها والترجيح بينها □ □  
بيّن ابن المقفع في رسالته المسماة ”رسالة الصحابة“ - (الرسالة المنشورة في كتاب ”جمهرة رسائل العرب“ للاستاذ احمد زكي صفوة ( ج ٣ رقم الرسالة ٢٦ ) - حال اختلاف القضاة المجتهدين، وكيف ان الامر الواحد يقضي فيه احد القضاة المجتهدين برأي، ويقضي غيره في نظيره بخلافه، في □ الأموال والأنكحة وغيرها. وقال في رسالته □  
فلو رأى امير المؤمنين ان يأمر بهذه الأقضية والسنن المختلفة، فترفع اليه في كتاب، ويرفع ما يحتج به كل قوم من سنة او قياس، ثم نظر امير المؤمنين في ذلك، وامضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك جامعاً عزماً، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً □ □  
وقد اراد ابو جعفر المنصور ومن بعده الرشيد ان يختار مذهب الامام مالك وكتابه ”الموطأ“ - جمع فيه احاديث مرسله ومتصلة وفتاوي الصحابة واقضيتهم واقوال التابعين وآراءه الفقهية قياساً على الآثار - قانوناً قضائياً للدولة العباسية فنهاهما مالك من ذلك وقال □  
إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان، وكل مصيب.“ (٥) .

<sup>(٢)</sup> ينظر السباعي، د مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية مطبعة جامعة دمشق، ط ٥،

١٣٨١ هـ، ١٩٦٢ م، ص ٩.

القضاء الإسلامي وصدور الأحكام المتماثلة في النظائر من الحوادث (١) حتى إذا دب الضعف في الدولة العثمانية نظم القضاء على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها فقد وضع في عام ١٢٨١ هـ قانون مدني سمي باسم مجلة الأحكام العدلية استمدت معظم أحكامها من الفقه الحنفي فتم بإصدار هذا القانون فصل الأحوال العينية عن الأحوال الشخصية مع بقاء الأخيرة محكومة بمقتضى الفقه الحنفي يستمد القضاة هذه الأحكام من بطن كتب الفقه الحنفي أيضاً.

ثم صدر قانون المرافعات الشرعية في ٨ محرم سنة ١٣٣٦ هـ سنة ١٩١٧ م وفيه تم تحديد نطاق ما تعنيه مواد الأحوال الشخصية التي أعطي الاختصاص فيها للمحاكم الشرعية فقط كما صدر قانون حقوق العائلة الذي اشتمل إصلاحات متعددة مست الحاجة إلى الأخذ بها من غير مذهب أبي حنيفة.

حتى إذا كان الاحتلال البريطاني للعراق و صدر بيان المحاكم الذي أعيد فيه تشكيل المحاكم الشرعية أصبحت المحاكم الشرعية تنظر في القضايا المتعلقة بأهل السنة فقط أما مسائل الأحوال الشخصية للجغريين فأصبحت من اختصاص المحاكم المدنية تحكم فيها وفقاً للأحكام الشرعية في المذهب الجعفري كما أصبحت مسائل الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية من اختصاص المحاكم المدنية تحكم فيها وفقاً للقانون الشخصي (٢) أو العوائد المرعية في الزمن الذي وقعت الحادثة بشرط أن يكون ذلك القانون الشخصي أو القاعدة المرعية موافقة للعدل والإنصاف والوجدان.

(١) ينظر الاستاذ محمد شفيق العاني، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة العاني، ص ٢.

(٢) المقصود بالقانون الشخصي وفقاً لأحكام بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ م تعاليم الطائفة التي ينتسب إليها الشخص غير المسلم.

وفي سنة ١٩٢٢م صدر قانون المحاكم الشرعية الذي استحدثت بموجبه المحاكم الشرعية الجعفرية فأصبحت مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالجعفرين من اختصاص هذه المحاكم بعد أن كانت هذه المسائل من اختصاص المحاكم المدنية.

وعند صدور القانون الأساس العراقي سنة ١٩٢٥م أصبحت بعض مواد الأحوال الشخصية الخاصة بالطوائف المسيحية والموسوية من اختصاص مجلس الطوائف وذلك بموجب قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية والذي نص في المادة الثانية عشر منه على المسائل التي تنظر فيها المحاكم والمجالس الطائفية ونص في المادة التاسعة عشر على وجوب ان تدون كل طائفة باللغة العربية الاحكام والقواعد الفقهية التي تطبق في جميع الدعاوى المشار اليها في المادة الثانية عشر وان تنشرها بمعرفة وزارة العدلية خلال ستة اشهر من تاريخ نفاذ القانون وبمعكس ذلك يكون من حق وزير العدلية اعتبار المحكمة الطائفية قد نكلت عن القضاء ومن ثمة يحيل المنازعات التي هي من اختصاصها لتقضي بها وفقا لاحكام المواد ١١، ١٣، ١٧، ١٦ من بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ كما وصدر على المحاكم المدنية تطبيقا لنفس المادة (٧٨) من القانون الأساس قانون أصول المحاكمات لمحاكم الطوائف المذكورة وهو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٥٠م وهو القانون الذي عين الإجراءات الواجب اتباعها عند نظر الدعوى في محاكم الطوائف المشار إليها في قانون تنظيم المحاكم الدينية لهذه الطوائف.

وبقي الحال على هذا حتى صدور قانون الاحوال الشخصية في ٣٠ كانون الأول لسنة ١٩٥٩م ليكون أول قانون ينظم مواد الأحوال الشخصية

تنظيماً موضوعياً<sup>(١)</sup> ذلك القانون الذي علل المشرع إصداره في أسباب القانون الموجبة بان (السبب الرئيسي الذي أدى بالمشرع إلى إصدار هذا القانون هو الحرص على تعيين القواعد الخاصة بالأسرة في قانون واحد للقضاء على الصعوبة العملية في الرجوع إلى الكتب الفقهية وإلى الفتاوى في المسائل المتعددة المختلف عليها)<sup>(٢)</sup> فغزارة المادة الشرعية في القواعد القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية وتعدد هذه المدارس الفقهية الذي نتج عنه كثرة الكتب الفقهية التي تناولت في بحثها الأحكام العامة والتفصيلية في مسائل الأحوال الشخصية فعقدت فصولاً مهمة في البحث عن الزواج والطلاق والنفقة والنسب والحضانة، إلا أن هذه المادة الإسلامية الغزيرة لم تكن قد شرعت في قانون واحد يجمع مزايا التقنين من أهم العوامل التي دفعت إلى تقنين الأحكام فصدر قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩<sup>(٣)</sup> وهو ما سيكون محلاً لبحثنا في المطلب الثاني من هذا المبحث

وعلى هذا فإن أبرز المراحل التي مر بها التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل قانون ١٩٥٩ م هي

- قضاء القاضي بمقتضى الشريعة دون تفريق بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية فللقضاء واحد يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ثم
- تنوع القضاء تبعاً للتنوع الفقهي بعد ظهور المدارس الفقهية ونتيجة لذلك
- كثرت المحاولات لتقنين الأحكام الشرعية لكي يتقيد القضاء الإسلامي بأحكام مقننة معينة وهي محاولات لم يكتب لها النجاح . ثم

(١) ينظر المحامي محسن حميد، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الرابطة . بغداد، الطبعة

الأولى ١٩٦٢ ص ٢٠٠١١ وأيضا الأستاذ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٦٠١ .

(٢) ينظر د.حسن محمد الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد بصره ١٩٦٣ ص ١٥٦ .

(٣) المرجع السابق ص ٧٩، ص ٨٠ .

-أقيم الصرح الأول لوحدة القضاء الإسلام ي وصدور الأحكام المتماثلة في النظائر من الحوادث بمجيء قاضي القضاة ابو يوسف حيث كان اكثر القضاة في هذه العهود على مذهب أبي حنيفة إذ كان هو مذهب القضاة في الدولة العباسية ثم

-انفصلت الاحوال العينية عن الاحوال الشخصية بصدور مجلة الاحكام العدلية ثم.

-انفصل القضاء الشرعي عن القضاء المدني بصدور قانون المرافعات الشرعية في ٨ محرم سنة ١٣٣٦هـ سنة ١٩١٧م الذي اعطى اختصاص النظر في ما تعنيه مواد الأحوال الشخصية للمحاكم الشرعية فقط ثم - صدر قانون حقوق العائلة الذي اشتمل إصلاحات متعددة مست الحاجة إلى الأخذ بها من غير مذهب أبي حنيفة ، ثم .

-بدخول الاحتلال البريطاني قصر قضاء المحاكم الشرعية على القضايا المتعلقة باهل السنة وحولت القضايا المتعلقة بالجعفرين الى المحاكم المدنية تحكم فيها وفقا للأحكام الشرعية في المذهب الجعفري كما أصبحت مسائل الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلام ية اختصاص المحاكم المدنية تحكم فيها وفقا للقانون الشخصي ثم

- استحدثت بموجبه المحاكم الشريعة الجعفرية فانقسم القضاء الشرعي الى قضاء سني واخر جعفري . ثم

-بصدور القانون الأساس العراقي سنة ١٩٢٥م أصبحت بعض مواد الأحوال الشخصية الخاصة بالطوائف المسيحية والموسوية من اختصاص مجلس الطوائف وذلك بموجب قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية

## المطلب الثاني

### التنظيم القانوني للاحوال الشخصية في ظل قانون

#### الاحوال الشخصية ١٩٥٩

ذكرنا سابقا أن القواعد المنظمة للاحوال الشخصية قبل عام ١٩٥٩ لم تكن قد شرعت في قانون واحد يجمع مزايا التقنين فما ان جاء العام ١٩٥٩ حتى صدر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ممثلا مرحلة مهمة من مراحل تطور النظام القانوني المنظم للاحوال الشخصية الامر الذي يدعونا الى الاشارة الى المفاصل المهمة في هذا القانون بقدر تعلق الأمر بموضوع البحث ومعلوم ان هذا القانون قانون شخصي (يتبعه الشخص بجنسيته فالأصل الذي اعتمده المشرع العراقي هو أن كل من حمل الجنسية العراقية طبقت على أحواله الشخصية قواعد هذا القانون وكل من لا يتمتع بهذه الجنسية لا تطبق عليه)<sup>(١)</sup> وهذا ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية في الفقرة الأولى من المادة الثانية حيث نصت على انه (تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص).

- فالمشرع العراقي استعمل صيغة من صيغ العموم وهو الجمع المحلي المعرف . بال فكل شخص يتصف بأنه عراقي تسري عليه أحكام هذا القانون وهذا هو القاعدة إلا أن ا لمشرع العراقي خص هذا العموم بمن استثنى من العراقيين من أحكام هذا القانون بقانون خاص وهم الطوائف غير الإسلامية على ما سيأتي لاحقا، وعلى هذا فهناك صنفان من الناس استثناهم المشرع العراقي الصنف الأول غير العراقي سواء كان مسلما أو غير مسلم ويفهم هذا من مفهوم المخالفة لكلمة العراقيين

(١) ينظر د. محسن شفيق العاني، المرجع السابق، ص ٣٨.

والصنف الثاني العراقي غير المسلم استثناءه المشرع متوسلا إلى ذلك بالمنطوق الصريح، وهنا مسائل لا بد من مناقشتها: الأولى: أن هذا القانون قانون عام<sup>(١)</sup>. الثانية: أن هذا العموم في هذا القانون عموم مخصوص<sup>(٢)</sup>. ومعلوم أن للعموم صيغ عديدة من أبر زها الجمع المحلى بال التي تفيد الاستغراق وهي الصيغة التي استعملها المشرع لإفادة عموم سريان أحكام قانون الأحوال الشخصية على العراقيين جميعا فنص في الفقرة الأولى من المادة الثانية على سريان أحكام هذا القانون على العراقيين ولفظ العراقيين شامل لكل من يحمل الجنسية العراقية بغض النظر عن ديانة هذا الشخص سواء كان مسلما أو غير مسلم ولما كانت مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المتصلة بعقيدة الإنسان وأن المجتمع العراقي مجتمع تختلف فيه المذاهب العقائدية وجب أن يخصص هذا النص بإخراج بعض العراقيين من حكم القانون وهم من أشار إليهم بقوله (من استثنى منهم بقانون خاص).

وهنا استعمل المشرع الاستثناء باعتباره احد المخصصات المتصلة للنص فقال (إلا من استثنى منهم بقانون خاص). ولما كانت المخصصات منها المتصل ومنها المنفصل وما الاستثناء إلا نوع من أنواع المتصل فلا بد من الإشارة إلى أن الم عنى لا يستقيم إلا إذا قلنا بان المشرع أطلق كلمة (استثنى) وأراد أخرج أي خصص من باب إطلاق الخاص وإرادة العام.

---

(١) العام هو اللفظ الموضوع لمعنى مفرد يشمل جميع ما يندرج تحته من الأفراد دفعة واحدة، ومقتضاه أن الحكم الوارد فيه ينطبق على جميع ما من شأنه أن يندرج تحته من الأفراد دفعة واحدة.

(٢) التخصيص هو إخراج بعض أفراد النص العام من كونها مشمولة بالحكم الوارد فيه بدليل متصل بالرخص أو منفصل عنه.

وهنا يرد سؤال من هم العراقيون الذين استثناهم المشرع بقانون خاص؟. الحقيقة إن الإجابة على هذا السؤال نجدها في قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧<sup>(١)</sup> فقد نصت المادة الأولى والثانية على من هذا القانون على ما يأتي:

(١) وهي تخصيص النص العام بالنص الخاص المتقدم ، فمن الواضح أن المشرع أتى بالمبني للمجهول من باب الفعل الماضي بضم الأول وكسر ما قبل الآخر ولم يقل يُستثنى بضم الأول وفتح الآخر ليشمل الاستثناء المقارن أو المتأخر عليه رافعا ما قد يتوهمه البعض من أن قانون الأحوال الشخصية باعتباره قانونا عاما متأخرا يعتبر ناسخا لكل ما سبق من قوانين نظمت بعض الأحوال لبعض الطوائف وإن كانت خاصة، وما هذا إلا تأكيد لما ذهب إليه بعض الأصوليين (١) من تخصيص النص العام المتأخر بالخاص المتقدم جاء في شرح المحلي على جمع الجوامع (إن تأخر الخاص عن العمل) بالعام المعارض له أي عن وقته (نسخ) الخاص (العام) بالنسبة لما تعارضا فيه (والا) بان تأخر الخاص عن الخطاب بالعام دون العمل أو تأخر العام عن الخاص مطلقا أو تقارنا بان عقب احدهما الآخر أو جهل تاريخهما (خصص) الخاص العام (١) وعلى هذا فان قانون الأحوال الشخصية العراقي لا يعتبر ناسخا (ملغيا) لما سبقه من قوانين خاصة كما لا يحتج بنص المادة السادسة والثمانين من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تنص على انه (تلغى جميع النصوص التشريعية التي تتعارض وأحكام هذا القانون) فقواعد قانون الأحوال الشخصية الجديد قد وضعت أحكاما عامة في مسائل الأحوال الشخصية لجميع العراقيين ولكن قواعد العادات والتعاليم الطائفية التي أحالت إليها نصوص بيان المحاكم وقانون تنظيم المحاكم الطائفية وضعت أحكاما خاصة في مسائل الأحوال الشخصية لمنتسبي تلك الطوائف فقط مراعاة لما درجوا عليه من عادات وما اطمئنوا إليه من تعاليم شرائعهم وحيث أن النصوص الجديدة التي تضع أحكاما عامة لا تلغى نصوصا قديمة تضع أحكاما خاصة إذ العام لا يلغى الخاص بل يسري معه ... فلا تكون هذه القواعد (الخاصة) ملغاة.... ينبنى على ذلك أن المحاكم الهدنية (محاكم المواد الشخصية) عندما يثور أمامها نزاع بشأن أية مسألة من مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالطوائف غير المسلمة فان عليها أن تعمل بموجب بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ فتحيل هذا النزاع إلى احد العلماء الروحانيين للطائفة التي ينتسب إليها المتنازعون لأخذ رأيه فيه وفقا

المادة الأولى: (تنظم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية المنصوص عليها في المادة ٢ وفقا لأحكام الواردة في هذا القانون).

المادة الثانية: (تشا حسب الحاجة محكمة طائفية من الطوائف الآتية:  
أولاً: الكاثوليك على اختلاف فرقهم.

ثانياً: الأرمن الارثوذكس.

ثالثاً: اليعاقبة الارثوذكس.

رابعاً: الإسرائيليين<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فان العراقيين الذين استثناهم المشرع من سريان أحكام قانون الأحوال الشخصية هم الطوائف الأربع السابقة الذكر أو من يستثنى بقانون خاص ومما تنبغي الإشارة إليه أن المشرع عندما استثنى هذه الطوائف من نطاق سريان أحكام القانون خص هذا الاستثناء ببعض المسائل فلا يشمل الاستثناء جميع أحكام القانون، فقد حدد القانون أي قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية اختصاص المحاكم الطائفية ببعض المسائل وذلك في المادة الثانية عشرة منه والتي نصت على انه (تنظر المحاكم

---

لتعاليم وعادات الطائفة وبعد ذلك تعمل المحكمة بمقتضى هذا الرأي إذ يكون هذا الرأي ملزماً لها في الحكم حتى وان خالف ذلك ما قضت به قواعد قانون الأحوال الشخصية ....) ينظر محسن ناجي، المرجع السابق، ص ٤٩-٥٠

(١) جاء في ملحق نظام رعاية الطوائف الدينية رقم (٣٢) لسنة ١٩٨١ ان الطوائف المعترف بها (١) طائفة الكلدان ٢. الطائفة الآثورية ٣. الطائفة الآثورية الجانيلية ٤. طائفة السريان الأرثوذكس ٥. طائفة السريان الكاثوليك ٦. طائفة الأرمن الأرثوذكس ٧. طائفة الأرمن الكاثوليك ٨. طائفة الروم الأرثوذكس ٩. طائفة الروم الكاثوليك ١٠. طائفة اللاتين ١١. الطائفة البروتستانتية الإنجيلية الوطنية ١٢. الطائفة الإنجيلية البروتستانتية الآثورية ١٣. طائفة الادفنتست السبتيين ١٤. الطائفة القبطية الارثوذكسية ١٥. طائفة الأمويين اليزيدية ١٦. طائفة الصابئة ١٧. الطائفة اليهودية).

والمجالس الطائفية في الدعاوى الآتي ذكرها الخاصة بالعراقيين المنتمين إلى الطائفة التي تخصص لها المحكمة النكاح، والصداق، والتفريق، والنفقة الزوجية خلا الأمور الداخلة ضمن اختصاص المحاكم المدنية ( أما غير هذه المسائل كالميراث مثلا فتبقى محكومة بالأحكام التي تضمنها قانون الأحوال الشخصية.

وعلى هذا فان جميع العراقيين سوى من استثنوا يخضعون في احوالهم الشخصية لقانون الاحوال الشخصية دون تمييز لهم على اساس الدين او المذهب او المعتقد او الاختيار

اما عن المنهج الذي تبناه القانون في تنظيمه للاحوال الشخصية فقد تبني القانون ما يسمى عند فقهاء الشريعة بالتلفيق بين المذاهب ذلك التلفيق الذي يطلق عند الفقهاء ويراد به معنيان

الأول: هو التركيب - الجمع - بين قولين لامامين او اكثر في قضيتين أو أكثر وهو ما يمكن الاصطلاح عليه بـ (التخير بين المذاهب).

الثاني: هو التركيب - الجمع - بين قولين لامامين او اكثر في قضية واحدة بحيث تتولد منهما حقيقة واحدة مركبة لا يقول كل من الامامين بها<sup>(1)</sup>.

ولو تتبعنا القواعد التي اشتمل عليها القانون لوجدنا القانون قد اخذ بالتلفيقين فمما ورد في قانون الاحوال الشخصية للتخير بين المذاهب في قضيتي ن زواج المسلم من كتابية

---

(1) مما تجب الإشارة إليه ان التلفيق قد يكون في الاجتهاد وقد يكون في التقليد والتلفيق في الاجتهاد هو ان يجتهد مجتهد في بعض المواضيع التي تكلم فيها اكثر من مجتهد قبله وكان لهم فيه اكثر من قول فيودي اجتهاده الى الاخذ ببعض ما اخذ به بعض المجتهدين السابقين والى الاخذ ببعض ما اخذ به البعض الاخر منهم ... اما التلفيق بالتقليد فهو نسبة ما سبق الى غير المجتهد ينظر ينظر د . سيد محمد موسى، الاجتهاد ومدى حاجتنا اليه في هذا العصر، دار الكتب الحديثة، بدون سنة طبع، ٥٤٨ - ٥٥١.

فمعلوم ان زواج المسلم من الكتابية من المسائل التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الاسلامية فقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة الى صحة زواج المسلم بالكتابية وخالفهم في ذلك كل من متأخري الزيدية والجعفرية على المشهور من مذهبهم.

جاء في بدائع الصنائع من كتب الحنفية (فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة لقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)<sup>(١)</sup> ويجوز أن ينكح الكتابية لقوله عز وجل (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم)<sup>(٢)</sup>(٣).

وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية "وتحل كتابية أي نكاحها لقوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم أي حل لكم)<sup>(٤)</sup> وفي فتح المعين (تنبيه اعلم أنه يشترط أيضا في المنكوحة كونها مسلمة أو كتابية خالصة ذمية كانت أو حربية فيحل مع الكراهة)<sup>(٥)</sup>.

وما ذهب إليه الحنفية والشافعية ذهب إليه كل من الحنابلة والظاهرية جاء في المغني (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائهم حلائل للمسلمين ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب)<sup>(٦)</sup> وفي المحلى

(١) سورة البقرة / ٢٢١.

(٢) سورة المائدة / ٥.

(٣) ينظر علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، ١٩٨٢، دار الكتاب العربي، ٢٧٠/٢.

(٤) ينظر الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار الفكر، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨، ١٨٧/٣.

(٥) ينظر زين الدين بن عبد العزيز المليباري، فتح المعين بشرح قرّة العين، دار الفكر، ٢٩٤/٣.

(٦) المقدسي ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط ١، ١٤٠٥، دار الفكر، ٩٩/٧.

(فلو أسلما معا بقيا على نكاحهما فإن أسلم هو قبلها فإن كانت كتابية بقيا على نكاحهما أسلمت هي أم لم تسلم) (١) وجاء في موضع آخر (وجائز للمسلم نكاح الكتابية وهي اليهودية والنصرانية والمجوسية بالزواج) (٢).  
ومما جاء في كتب الزيدية (اجمع المسلمون انه لا يحل لامرأة مؤمنة أن تزوج يهوديا ولا نصرانيا فالحكم في النساء والرجال واحد ... وكذلك كل امرأة تخالف الرجل في ملته فإنها تحرم عليه ويحرم عليها سواء كانا كافرين ام مسلما وكافرا وعن الصادق والباقر (عليهما السلام) تجوز نكاح الكتابيات واختاره في الانتصار قال فيه وهو اجماع الصدر الاول وقال فيه اي ضا وانما يجوز في حق من لم يبدل وكان من نسب بنى اسرائيل فاما هؤلاء فقد غيروا وبدلوا) (٣)

ومما جاء في كتب الجعفرية قول الحلي في شرائع الاسلام (وفي تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان اشهرهما المنع في النكاح الدائم والجواز في المؤجل اي نكاح المتعة وملك اليمين) (٤)  
وفي غنية النزوع (ويحرم العقد على الكافرة وإن اختلفت جهات كفرها حتى تسلم - إلا على وجه نذكره - بدليل إجماع الطائفة ، وأيضا قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر )، وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن )، وقوله : (لا

---

(١) ينظر علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، دار الآفاق الجديدة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، ٣١٢/٧.

(٢) المرجع السابق: ٤٤٥/٩.

(٣) ينظر المرتضى، أحمد، شرح الازهار، الناشر غمطان، صنعاء، ١٤٠٠هـ. : ٢٠٨/٢ - ٢٠٩.

(٤) ينظر نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط ٢، ١٤٠٩هـ، مطبعة امير قم ٢٩٤/٢.

يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة<sup>(١)</sup> لأنه نفي لظاهر التساوي في جميع الأحكام التي من جملتها المناكحة . وقوله تعالى : (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم)<sup>(٢)</sup>، نخصه بنكاح المتعة، فإنه جائز عندنا على الكتابيات، أو نحمله على ما إذا كن مسلمات، بدليل ما قدمناه، ولا يمتنع أن يكون من جهة الشرع قبل و رود هذا البيان فرق بين من آمنت بعد كفر، وبين من لم تكفر أصلا، فيكون في البيان لإباحة نكاح الجميع فائدة)<sup>(٣)</sup>.

اما قانون الاحوال الشخصية فقد ذهب الى صحة زواج المسلم بالكتابية اخذا بمذهب الجمهور فقد جاء في المادة السابعة عشرة (يصح للمسلم ان يتزوج كتابية ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم).

ومما ورد للجمع بين المذاهب في قضية واحدة في قانون الاحوال الشخصية بطلان الوصية بجنون الموصي فمسألة بطلان الوصية بجنون الموصي هي ايضا من المسائل التي اختلف فيها فقهاء الشريعة فذهب الحنفية الى ان زوال اهلية الموصي بعد الوصية م بطل لها لان الوصية من العقود غير اللازمة وكل عقد غير لازم عندهم اذا كان مستمرا ، لبقائه حكم ابتدائه أي ان ما يشترط لانشائه من الشروط ابتداءً يشترط كذلك لبقائه بعد انشائه وعلى ذلك فلكي تبقى الوصية الى وقت وفاة الموصي يجب ان يستمر الموصي على اهليته للوصية الى الوفاة فاذا جن وكان جنونه مطبقا بطلت وصيته كما يبطل به توكيله غيره<sup>(٤)</sup> سواء اتصل هذا الجنون بموته او لم يتصل وذهب المالكية<sup>(١)</sup>

(١) سورة الحشر / ٢٠ .

(٢) سورة البقرة / ٢٢١ .

(٣) ينظر حمزة بن علي ابن زهرة الحلبي، غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع، تحقيق

الشيخ ابراهيم البهادري، ط١، ١٧٤١٧هـ، مطبعة اعتماد قم ٣٣٩-٣٤٠ .

(٤) جاء في بدائع الصنائع (وتبطل بجنون الموصي جنونا مطبقا لأن الوصية عقد جائز كالوكالة فيكون لبقائه حكم الإنشاء كالوكالة فتعتبر أهلية العقد إلى وقت الموت كما تعتبر

والحنابلة<sup>(٢)</sup> الى ان عقد الوصية متى نشأ صحيحا لا يبطل بزوال اهلية العاقد بعد ذلك وذلك كالبيع والاجارة ولا يصح قياسها على الوكالة لان الوكيل يستمد ولايته من ولاية موكله فاذا زالت اهلية موكله فقد زالت الولاية التي يستمد منها الوكيل فتنتهي بسبب ذلك الوكالة<sup>(٣)</sup>.

فجاء القانون في المادة الثانية والسبعين فلفق بين الاتجاهين فنص على انه (تبطل الوصية في الاحوال الاتية ٢- بفقدان اهلية الموصي الى حين موته).

- 
- أهلية الأمر في باب الوكالة والجنون المطبق هو أن يمتد شهرا ثم أبي يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوكالة ولو أغمي عليه لا تبطل لأن الإغماء لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الوكالة بالإغماء) ينظر الكاساني، المرجع السابق، ٣٩٤/٧.
- (١) جاء في القوانين الفقهية (الموصي وهو كل مالك حر مميز فلا تصح من العبد ولا المجنون إلا حال إفاقته) ينظر محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية ٢٦٦/١ ومن المعلوم ان قوله ولا المجنون الا حال افاقته ف هم منه عدم بطلان الوصية بجنون الموصي لان العبارة فيمن جن ثم افاق فاوصى ثم قد يجن وهذا يفهم من قوله حال افاقته فالحال يفهم منه عدم الثبوت والله اعلم.
- (٢) جاء في دليل الطالب (وتبطل الوصية بخمسة أشياء : برجوع الموصي بقول أو فعل يدل عليه، ويموت الموصى له قبل ال موصي، ويقتله للموصي، ويرده للوصية، ويتلف العين المعينة الموصى بها ) ينظر مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي، دليل الطالب، المكتب الاسلامي، بدون سنة طبع، ص ١٩٧ وايضا البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر ، ٣٣٦/٤.
- (٣) ينظر الخفيف ، الشيخ علي ، احكام الوصية، ١٩٦٢، بدون اسم مطبعة ، ص ٢٤١-٢٤٢ وايضا استاذنا الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط ٢٠٠٠ ، ص ٢١٢.

فلو فرضنا ان شخصا اوصى لشخص اخر ثم جن الموصي جنونا طبقا ثم افاق من جنونه فان وصيته تبقى صحيحة ولو فرضنا ان شخصا اخر اوصى ثم جن جنونا طبقا اتصل هذا الجنون بالموت بطلت الوصية في نظر القانون وكما هو معلوم ان الوصية باطلة عند الحنفية في كلا الفرضين وصحيحة عند الجمهور في كليهما ايضا فلم ياخذ القانون بمذهب الحنفية على اطلاقه في حكمهم ببطلان الوصية بجنون الموصي جنونا طبقا سواء اتصل بالموت او لم يتصل ولم ياخذ بمذهب الجمهور على اطلاقه في حكمهم بعدم بطلان الوصية بجنون الموصي جنونا طبقا ف جاء بحكم ملفق من الاتجاهين فاعتبر الجنون المطبق مبطلا للوصية اخذا من مذهب الحنفية ولكنه قيد الجنون بكونه جنونا متصلا بالموت فاذا تخلف هذا القيد بان لم يتصل الجنون بالموت لم يعتبره مبطلا اخذا من مذهب الجمهور في عدم اعتبارهم الجنون مبطلا للوصية وهذا مثال للتلفيق في مسألة واحدة في قانون الاحوال الشخصية.

## المبحث الثاني

### التنظيم القانوني للأحوال الشخصية في ظل الدستور

العراقي لسنة ٢٠٠٥

تناولنا في المبحث السابق التنظيم القانوني للأحوال الشخصية قبل دستور ٢٠٠٥ ولاحظنا كيف مرت القواعد التي تحكم الأحوال الشخصية بمراحل مهمة من التطور حتى وصلت من الرقي إلى ما تمثل بقانون الأحوال الشخصية ذلك القانون الذي تميز بعدم الالتزام بمذهب واحد من المذاهب الإسلامية بل تخير من المذاهب ما يحقق المصلحة حسب اجتهاد المشرع جاعلا من جميع العراقيين نطاقا لسريانه إلا ما استثنى منهم بقانون فكان وسيلة هامة من وسائل وح دة قضاء الأحوال الشخصية ثم كان ق رار<sup>(١)</sup> مجلس الحكم المرقم ١٣٧ بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ٢٠٠٣ والذي نص على "أولا: تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج والخطبة وعقد الزواج والأهلية واثبات الزواج والمحرمات وزواج الكتابيات والحقوق الزوجية من مهر ونفقة وطلاق وتفريق شرعي أو خلع والعدة والنسب والرضاعة والحضانة ونفقة الفروع والأصول

---

(١) نص قرار (١٣٧) قرر مجلس الحكم بجلسته المنعقدة بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠٠٣ ما يلي:

أولاً: تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج والخطبة وعقد الزواج والأهلية واثبات الزواج والمحرمات وزواج الكتابيات والحقوق الزوجية من مهر ونفقة وطلاق وتفريق شرعي أو خلع والعدة والنسب والرضاعة والحضانة ونفقة الفروع والأصول والإقارب والوصية والإيضاء والوقف والميراث وكافة المحاكم الشرعية (الأحوال الشخصية) وطبقاً لفرائض مذهبه.

ثانياً: إلغاء كل القوانين والقرارات والتعليمات والبيانات وأحكام المواد التي تخالف الفقرة (١) من هذا القرار.

ثالثاً: يعمل به من تاريخ صدوره. السيد عبد العزيز الحكيم رئيس مجلس الحكم

والأقارب والوصية والايصاء والوقف والميراث وكافة المحاكم الشرعية (الأحوال الشخصية) وطبقا لفرائض مذهبه.

ثانيا: إلغاء كل القوانين والقرارات والتعليمات والبيانات وأحكام المواد التي تخالف الفقرة (١) من هذا القرار . " فكانت خطوة جريئة إلى الوراء إلى تعدد قضاء الأحوال الشخصية وتعدد الأنظمة القانونية التي تحكم الأحوال الشخصية للمسلمين في البلد الواحد إلا أن هذه الخطوة لم يكتب لها النجاح لرفض الحاكم المدني للعراق بول بريمر القرار لما سببه من انتقاد واسع ثم كان دستور ٢٠٠٥ فنصت المادة ٤١ " العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون". حيث جاءت المادة كأسس جديدة تمثل تطورا مهما في التنظيم القانوني الذي يحكم الأحوال الشخصية للعراقيين فبعد أن كان هناك قانون واحد يسري نطاقه على جميع العراقيين باستثناء البعض لخصوصية ما جاء الدستور مؤسسا لوضع قديم جديد .

وهنا يرد سؤال له أهميته هل أن التطور الذي حصل للتنظيم القانوني الذي يحكم الاحوال الشخصية تطورا الى الافضل ام انه انتكاسة الى الوراء ؟ ان الاجابة على هذا السؤال يقتضي التفسير الدقيق لهذه المادة الدستورية تمهيدا لفهم المراد منها لان الحكم على الشيء فرع عن تصوره ثم الاشارة الى اهم النتائج المترتبة على ما تبناه المشرع لمقارنتها بما هو الحال عليه في ظل قانون الاحوال الشخصية لعام ١٩٥٩ وهو ما يدعونا الى تقسيم هذا المبحث الى مطلبين.

## المطلب الاول

## شرح المادة " ٤١ " من الدستور العراقي

معلوم ان المادة ٤١ مادة امرة استعملت صيغة من ابلغ صيغ الامر وهي الجملة الخبرية التي تفيد الطلب فهذه المادة رتبت الزاما عاما على كل مكلف بالدستور يضمن الحرية للعراقيين في الالتزام باحوالهم الشخصية حسب ديانتهم لو مذهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم وهنا امور لا بد من بيانها .

فقد نص المشرع على " العراقيون احرار ... ومعلوم ان كلمة العراقيين كما قدمنا من صيغ العموم فهي جمع معرف بال ومعلوم ان هذه الصيغة من صيغ العموم ثم حكم على العراقيين بانهم احرار ومعلوم ان العموم يقتضي ان الحكم الوارد في النص ينطبق على جميع ما يندرج تحته من الأفراد دفعة واحد وبعبارة اخرى ان كل عراقي حر في ....

ثم نص المشرع على متعلق الحكم وهو الالتزام في احوالهم الشخصية ومعلوم ان الالتزام : من لزم يلزم ومن معانيه الايجاب على النفس وعدم المفارقة يقال التزم العمل او المال اوجبه على نفسه ويقال التزم بيته لم يفارقه<sup>(١)</sup> والمعنى ان كل عراقي حر في ان يوجب على نفسه في اطار احواله الشخصية وهي المتغيرات التي يكون عليها الإنس ان والتي ترد على شخصيته كل حسب ديانته او مذهب او معتقده او اختياره وهذا يدعونا بالتحاح إلى الإشارة إلى كل من الديانة ، المذهب ،المعتقد ،الاختيار ، فنقول الديانة من دان يدين دينا وديانة وللدين معان عدة<sup>(٢)</sup> ولعل المشرع اراد بالديانة ما يدين به

(١) ينظر د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد المستحق دراسة مقارنة ، شركة

الخنساء للطباعة المحدودة ، دون سنة طبع ، ص ٧

(٢) للدين في اللغة معان أهمها:

- العادة والشأن جاء في لسان العرب (والدَيْنُ: العادة والشأن، تقول العرب: ما زال ذلك ديني

وَدَيْدَنِي أَي عَادَتِي) المرجع السابق ١٣/١٦٩ .

الشخص ويخضع له من الاحكام سواء كانت اعتقادية او اخلاقية او عملية (١)  
ولعل القانون اراد بالديانة ما يدين به المرء ويخضع له من المعتقدات.  
اما المذهب فهو ما يمال اليه من الطرق او هو المعتقد الذي يذهب اليه (٢)

- الذلة والاستعباد جاء في مختار الصحاح (دَانَهُ يَدِينُهُ دِينًا بِالْكَسْرِ أَذْلُهُ وَاسْتَعْبَدَهُ قَدَانٌ )  
ينظر محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي،  
١٤٠١هـ-١٩٨١م ، ص ١٢٠

- الجزاء والمكافأة جاء في لسان العرب (والدَّيْنُ : الجزاء . وفي حديث ابن عمرو : لا تَسْبُوا  
السلطانَ فَإِنْ كان لا بد فقولوا اللهم دِنْهُمْ كما يَدِينُونَا أَي اجْزِهِمْ بما يُعَامِلُونَا بِهِ) ينظر ابن  
منظور، المرجع السابق، ١٦٩/١٣.

- الحساب جاء في لسان العرب (والدَّيْنُ : الحسابُ؛ ومنه قوله تعالى : مالك يوم الدين؛  
وقيل: معناه مالك يوم الجزاء. وقوله تعالى: ذلك الدين القيمُ؛ أَي ذلك الحسابُ الصحيح  
والعدد المستوي) المرجع السابق، ١٦٩/١٣.

- الطاعة ففي (حديث الخوارج يَمْرُقُونَ من الدَّيْنِ مُرُوقَ السَّهْمِ من الرَّمِيَّةِ ..... أرادَ بالدَّيْنِ  
الطَّاعَةَ أَي أَنه يَخْرُجُونَ من طَاعَةِ الإِمَامِ المُفْتَرَضِ الطَّاعَةَ وَيَسْلُخُونَ منها والله أعلم )  
ينظر النهاية في غريب الحديث ١٤٩/٢ وأيضا ابن منظور، المرجع السابق، ١٧٠/١٣.

- القضاء جاء في لسان العرب (وفي التنزيل العزيز: ما كان لِيَأْخُذَ أَخاهُ في دين الملك؛ قال  
قتادة: في قضاء الملك) المرجع السابق، ١٦٠/١٣.

(١) في الحديث: أنه، □ كان على دين قومه؛ قال ابن الأثير : ليس المراد به الشرك الذي  
كانوا عليه، وإنما أراد أنه كان على ما بقي فيهم من إرث إبراهيم □ من الحج والنكاح  
والميراث وغير ذلك من أحكام الإيمان، وقيل: هو من الدين العادة يريد به أخلاقهم من الكرم  
والشجاعة وغير ذلك. وفي حديث الحج: كانت قريشٌ ومن دان بدينهم أن اتبعهم في دينهم  
ووافقهم عليه واتخذ دينهم له ديناً وعبادة. ينظر ابن منظور، المرجع السابق، فصل النون،  
حرف الدال، ١٧١/١٣

(١) جاء في الفروق اللغوية " المذهب ما يميل إليه من الطرق ... والشاهد أنك تقول هذا  
مذهبي في السماع والاكل والشرب لشيئ تختاره من ذلك وتميل إليه .... وفرق آخر وهو أن  
المذهب يفيد أن يكون الذاهب إليه م عتقدا له أو بحكم المعتقد " ينظر الفروق اللغوية- أبو

وأما المعتقد فهو ما يعتقد به الشخص من الأفكار.

وأما الاختيار فهو بمعنى الانتقاء والاصطفاء<sup>(١)</sup>

ومعلوم ان الدين اعم من المذهب وان المعتقد اعم من الدين فكل دين معتقد وليس كل معتقد يرقى الى ان يكون ديناً والاختيار اعم من المعتقد فقد يختار الانسان ما هو معتقد له وما ليس له بمعتقد

فهناك اديان ومذاهب ومعتقدات واختيارات فالعراقي مثلاً حر في التزامه حسب الديانة التي يدين وإذا كان في الدين عدة مذاهب كالاسلام مثلاً فالعراقي المسلم حر في الالتزام باحواله الشخصية حسب مذهبه وهنا سنكون امام اكثر من نظام قانوني يحكم هذه الاحوال لتعدد الاديان في العراق بل واكثر من ذلك فان ابناء الدين الواحد احرار في الالتزام في تنظيم هذه الاحوال كل حسب مذهبه فمن كان من المذهب الحنفي مثلاً يلتزم بالنظام القانوني الذي ينظم هذه الاحوال في هذا المذهب ومن كان من المذهب الشافعي او الجعفري كذلك بل ان التقسيم نزل الى من كان معتقده لا يرقى الى كونه ديناً بل ان النص يتسع الى من لا يعتقد

---

هلال العسكري ص ٥٠٦ - ٥٠٧ وجاء في لسان العرب " المذهب : المعتقد الذي يذهب إليه ، وذهب فلان لذهبه أي لمذهبه الذي يذهب فيه " ينظر لسان العرب ج ١ ص ٣٩٤ وفي تاج العروس " المذهب ( المعتقد الذي يذهب إليه ) وذهب فلان لذهبه أي لمذهبه الذي يذهب فيه ( و ) المذهب ( الطريقة ) يقال ذهب فلان مذهباً حسناً أي طريقة حسنة " ينظر تاج العروس - الزبيدي ج ١ ص ٢٥٧ :

(٢) جاء في لسان العرب " خار الشيء و اختاره انتقاه ... و خيرته بين الشئين أي فوضت إليه الخيار وفي الحديث تخيروا لنطفكم أي اطلبوا ما هو خير المناجح وأزكاها وأبعد من الخبث والفجور وفي حديث عامر بن الطفيل أنه خير في ثلاث أي جعل له أن يختار منها واحدة قال وهو بفتح الخاء .... و تخير الشيء اختاره .... وأنت بالخيار وبالمختار سواء أي اختر ما شئت ... و الاختيار الاصطفاء وكذلك التخير .... وفي الحديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الخيار الاسم من الاختيار " ينظر لسان العرب ٤ / ٢٦٥ - ٢٦٧

بشيء فله ان يختار المنظومة التي تنظم احواله الشخصية هذا ما اسس له الدستور العراقي.

ورب قائل يقول اغفلت نص المشرع في نص المادة " ٤١ " من الدستور " وينظم ذلك بقانون " فنقول ان هذا القانون محكوم بوجوب عدم مخالفته للنص الدستوري فاي قانون يستلج حرية الاختيار من العراقي يكون قانونا غير دستوري، وهنا سؤال ما مدى الحرية التي اعطاها المشرع للعراقي في الالتزام باحواله الشخصية <sup>(١)</sup>؟ وبعبارة اخرى هل ان حرية العراقي مطلقة في اصل الالتزام أي ان للعراقي ان يلتزم او ان لا يلتزم او ان حرية العراقي تقتصر على التوجه الى النظام القانوني الذي ي حكم الاحوال الشخصية في اطار الدين او المذهب او المعتقد او الاختيار؟ فاذا كان الاول - ان حرية العراقي مطلقة في اصل الالتزام أي ان للعراقي ان يلتزم او ان لا يلتزم - هو المراد فنحن امام اشكالية كبيرة وهي مظنة عدم حكم هذه الاحوال على خطورتها بنظام ما على اعتبار ان الالتزام وعدم الالتزام من مفردات حرية العراقي.

واذا كان الثاني - ان حرية العراقي تقتصر على التوجه الى النظام القانوني الذي يحكم الاحوال الشخصية في اطار الدين او المذهب او المعتقد او الاختيار - هو المراد فنحن امام خطأ فاضح في الصياغة فكان على المشرع و قد كفل بالمادة ٤٢ حرية الفكر والضمير والعقيدة حيث نص على ان " لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة " ان ينص جدلا على ضمان حكم احوال العراقيين الشخصية بمقتضى ديانتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم .

وعلى كل حال فان المادة ٤١ تمثل تطورا خطيرا في النظام القانوني الذي يحكم الاحوال الشخصية للعراقي الامر الذي يدعونا الى الاشارة الى اهم النتائج

---

(١) صياغة المادة توحى بان العراقي له ان لا يلتزم اصلا فهو حر في ان يلتزم وان لا يلتزم واذا التزم فهو حر في اختيار النظام القانوني الذي ينظم احواله حسب

التي تترتب على هذا التطور لمقارنتها بما هو الحال عليه في ظل قانون  
الاحوال الشخصية لعام ١٩٥٩

### المطلب الثاني

النتائج المترتبة على المادة ٤١ من دستور ٢٠٠٥

قدمنا فيما سبق التحول الخطير في حكم الاحوال الشخصية الذي احدثه  
الدستور مما يدعونا الى تقييم هذا التحول فمعلوم ان نص المادة « ٤١ » من  
الدستور اثار جدلا بين مؤيد ، يرى ان المادة « ٤١ » جاءت لتراعي خصوصيات  
دينية ومذهبية يجب ان تحترم في مجال تنظيم مسائل الاحوال الشخصية  
ورافض ، يرى ضرورة شمولها بالتعديلات الدستورية اللاحقة والابقاء على  
قانون الاحوال الشخصية الحالي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

ولكي نرجح أي الجانبين لابد من الاشارة الى ابرز النتائج التي تترتب على  
تبني التوجه الذي جاء به الدستور فنقول ان ابرز النتائج التي تترتب على  
المادة ٤١ هي :

- ١ - الغاء قانون الاحوال الشخصية ١٩٥٩ وبعبارة اخرى الغاء القانون الواحد الذي  
يطبق على جميع المسلمين العراقيين وغيرهم ممن لم يستثنوا بقانون واستبدال  
ذلك بقوانين تتعدد بتعدد الاديان والمذاهب والمعتقدات والاختيارات
- ٢ - تعدد المحاكم فتعدد القوانين قد يقود الى تعدد المحاكم التي تحكم بمقتضى  
الديانة أو المذهب أو المعتقد أو الاختيار حيث ستوجد محاكم سنية وأخرى  
جغرافية و غيرها لبقية الأديان والمعتقدات ، التي سنتنظر بمسائل الأحوال  
الشخصية وهذا يعني الرجوع إلي ما كان معمول به في فترة الحكم الملكي وفي  
هذا ما لا يخفى من تكريس للطائفية

٣ - صدور قوانين مخالفة للشريعة الإسلامية وبذلك نكون امام تعارض في مواد الدستور بل امام تعارض في فقرات المادة الواحدة فقد نصت المادة الثانية من الدستور على "اولا:الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساس للتشريع.

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام.

ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور ...." فمن يختار المثلية الجنسية مثلا وهي فرد من افراد حريته التي كفلها له الدستور في المادة ١٤ منه هذه الحرية تتعارض قطعا مع ثوابت احكام الاسلام التي نص الدستور نفسه على عدم جواز مخالفتها.

٤ - ان اصدار قوانين متعددة ومتشعبة بعدد المذاهب الاسلامية والاديان والمعتقدات والاختيارات يؤدي الي عدم استقرار الاحكام القضائية وتنوع المحاكم ، الأمر الذي يلقي بظلاله على العائلة العراقية ويؤدي بها الي عدم الاستقرار خصوصا أمام التنوع المذهبي الذي تشهده عدد كبير من العائلات في العراق واما م ذلك الاختلاف في الكثير من الاحكام ولا ادل على ذلك من بعض التخيرات التي تخيرها قانون الاحوال الشخصية في حل بعض المسائل الخلافية كما في اجرة تطبيب والوصية الواجبة ففيما يتعلق بأجرة تطبيب المرأة فقد اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى عدم وجوب اجرة التطبيب على الزوج وخالفهم في ذلك الزيدية على التفصيل الاتي:

فقد ذهب الحنفية الى ان الزوج لا يلزم بثمن الدواء او اجرة الطبيب وانما هو في مالها فقد جاء في حاشية ابن عابدين (قوله كما لا يلزمه مداواتها أي إتيانه لها بدواء المرض ولا أجره الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة هندية عن

السراج<sup>(١)</sup> وجاء في موضع اخر (اما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره واما الطيب فيجب عليه ما يقطع به السهوكة وعليه ما تقطع به الصنان لا الدواء للمرض ولا أجرة الطيب و لا الفصاد ولا الحجام)<sup>(٢)</sup> وجاء في المبسوط (ألا ترى أن نفقة الزوجة على الزوج وأجرة الطيب و ثمن الدواء إذا مرضت عليها في مالها لا شيء على الزوج من ذلك)<sup>(٣)</sup>.

وما ذهب اليه الحنفية ذهب اليه الشافعية فقد جاء في اعانة الطالبين (ولا يجب عليه أجرة طبيب أي وحاجم وفا صد وخاتن وإنما لم تجب عليه كالدواء لأنها لحفظ الأصل وهو لا يجب عليه كما لا يجب عمارة الدار المستأجرة واما آلة التنظيف فإنها نظير غسل الدار وكنسها أفاده البجيرمي)<sup>(٤)</sup> وفي معنى المحتاج (ولا يجب لها عليه كحل ولا يجب لها عليه خضاب ولا عطر ... و لا دواء مرض و لا أجرة طبيب وحاجم ونحو ذلك كفاصد وخاتن لأن ذلك لحفظ الأصل فلا يجب على مستحق المنفعة كعمارة الدار المستأجرة التنظيف لأنه في معنى كنس الدار وغسلها)<sup>(٥)</sup>.

ومما جاء في كتب الحنابلة في هذه المسألة ما جاء في المغني لابن قدامة المقدسي (ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب لأنه يراد لإصلاح

---

(١) ينظر ابن عابدين، العلامة محمد امين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط٢، ١٣٨٦ : ٥٧٥/٣.

(٢) المرجع السابق: ٥٧٩/٣-٥٨٠.

(٣) ينظر السرخسي، المبسوط: ١٠٥/٢١ وينظر ايضا محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار الفكر، ط٢، ٣٨٧/٤.

(٤) ينظر الدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطا، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين، دار الفكر، بيروت. ٧٢/٤.

(٥) ينظر محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار الفكر، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨، ٤٣١/٣.

الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجره الحجام والفاصد<sup>(١)</sup>.

وفي الكافي (ولا يلزمه ثمن الخضاب لأنه للزينة فأشبهه الحلي ولا ثمن الدواء وأجره الطبيب لأنه ليس من النفقة الراتبية إنما يحتاج إليه لعارض)<sup>(٢)</sup>. وجاء في قواعد الاحكام من كتب الجعفرية (ويجب في النفقة أمور ثمانية الأول: الطعام ... والثاني: الآدم... الثالث: نفقة الخادمة أن كانت من أهل الإخدام ... الرابع: الكسوة لها ولخادمها ... الخامس: الفراش ... السادس: آلة الطبخ والشرب... السابع: آلة التنظيف... ولا تستحق عليه الدوائر للمرض ولا أجره الحجام ولا أجره الحمام إلا مع البرد)<sup>(٣)</sup>.

وخالف الزيدية الجمهور جاء في شرح الازهار من كتب الزيدية (والواجب للزوجة كفايتها كسوة ونفقة واداما ودواء وقال في الانتصار لا تجب اجرة الحجام وثمان الادوية واجرة الطبيب لان ذلك يراد لحفظ البدن قلنا يراد لدوام الحياة فاشبه النفقة)<sup>(٤)</sup>.

---

(١) ينظر عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط ١، ١٤٠٥، دار الفكر: ١٥٩/٨ وجاء في كشاف القناع (ولا يجب عليه أي الزوج الأدوية وأجره الطبيب والحجام والفاصد أن ذلك يراد لإصلاح الجسم كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار) ينظر لذلك منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، ٥، ١٤٠٢، ٤٦٣/٤.

(٢) ينظر عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، ط ٥، ١٤٠٨ - ١٩٨٨، من منشورات المكتب الإسلامي، ٣/٣٦٣.

(٣) ينظر الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، قواعد الاحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، ط ١، ١٤١٣هـ، ١٠٦/٣.

(٤) ينظر احمد المرتضى، شرح الأزهار، الناشر غمطان، صنعاء، ١٤٠٠هـ، ٦٩٧/٢.

وفيما يتعلق بالوصية الواجبة<sup>(١)</sup> فقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة الى ان الوصية لا تجب لاحد قريبا كان او بعيدا مالم يكن له حق على الموصي لم تقم عليه بينة او له امانة عنده لم يشهد عليها شاهد فيجب عندئذ ان يوصي باداء ذلك اليه حذرا من ضياع الحق بعد وفاته جاء في المغني لابن قدامة (ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه فاما الوصية بجزء من مال هـ فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ...) (٢).

(٢) الوصية الواجبة في اصطلاح جمهور فقهاء الشريعة هي وصية الشخص بتوفية ما عليه من حق الله او الادمي من تركته بعد وفاته عندما لا يقوم دليل على ثبوت هذا الحق بذمته. وفي اصطلاح بعض الفقهاء هي الوصية للوالدين والاقربين الذين لا يرثون لمانع او حاجب. وفي اصطلاح القانون هي افتراض وصية الجد او الجدة للاحفاد بقدر حصة والدهم او والدتهم اذا مات الوالد او الوالدة قبل وفاة الجد او الجدة او معا على ان لا يزيد عن ثلث التركة " ينظر استاذنا الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط ٢٠٠٠، ص ٢٠٣-٢٠٥ وايضا الشيخ علي الخفيف، احكام الوصية، ١٩٦٢، بدون اسم مطبعة، ص ٥٢٠ وما بعدها وايضا حسين علي الاعظمي، الوصايا والمواريث، مطبعة الرشيد ط ١، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩ م، ص ١٤٠-١٤٢.

(٢) ينظر ابن قدامة، المرجع السابق ٥٥/٦ وجاء في كشف القناع (ولا تجب الوصية لأجنبي لعدم دليل وجوبها ولا لقريب وآية كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت منسوخة أخرجه أبو داود عن عباس إلا على من عليه دين بلا بينة أو عنده وديعة بلا بينة أو عليه واجب من زكاة أو حج أو كفارة أو نذر فيجب عليه أن يوصي بالخروج منه لأن أداء الأمانات والواجبات واجب وطريقة الوصية) ينظر الجهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف

وذهب عدد من الفقهاء الى ان الوصية واجبة للوالدين والاقربين الذين لا يرثون ولكنهم اختلفوا فيما يترتب على ترك هذا الواجب فمنهم من قال اذا لم يوصي المتوفى قبل وفاته لا يفترض وجود الوصية جاء في بدائع الصنائع ما نصه (روي عن الزهري أنه قال جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر وقيل لأبي مجلز على كل ميت وصية قال إن ترك خيرا وقال أبو بكر عبد العزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر

وقالوا نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين)<sup>(١)</sup> وذهب آخرون الى ان القاضي ينوب عن المتوفى بالحكم بالوصية ويتنفيذها في حدود ثلث التركة للوالدين والاقربين الذين لا يرثون اما لمانع او لحاجب وهو ما استقر عليه راي ابن حزم الظاهري حيث قال (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لكفر وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه لا حد في ذلك فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي فإن كان والداه أو أحدهما على الكفر أو مملوكا ففرض عليه أيضا أن يوصي لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك فإن لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولا بد ثم يوصي فيما

---

القناع عن متن الإفتاع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر ٣٣٦/٤، وجاء في بدائع الصنائع ما نصه (وبعض الناس يقول الوصية واجبة لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه بيت ليلتين إلا ووصيته ثم رأسه وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب لأن فيه تحريم ترك الإيضاء ثم إرادة الإيضاء والواجب لا يقف وجوبه على إرادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا ) الكاساني، المرجع السابق ٣٣٠/٧.

(١) ينظر ابن قدامة، المرجع السابق: ٥٥/٦.

شاء بعد ذلك فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين  
أجزائه ... برهان ذلك قول الله تعالى □ الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا  
على المتقين فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع  
عليم<sup>(١)</sup>. فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الوالدان والأقربون الوارثون وبقي من  
لا يرث منهم على هذا الفرض وإن هو حق لهم واجب فقد وجب لهم من مال ه  
جزء مفروض إخراجهم لمن وجب له إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه<sup>(٢)</sup>.  
قلو انا قلنا بالمادة ٤١ من الدستور للزم ان نكون أمام اختلاف وتنوع  
بل تضاد في حكم المسألة الواحدة عند ابناء الدين الواحد ولو فرضنا مثلا تعدد  
المذاهب في اطار الاسرة الواحدة لاشكل الامر اكثر

---

(١) سورة البقرة / ١٨٠.

(٢) ينظر ابن حزم ، المرجع السابق : ٣١٤-٣١٥.

## الختامه

راينا فيما سبق كيف ان القواعد المنظمة للاحوال الشخصية لم تات على وتيرة واحدة وانما مرت بمراحل من التطور بدأ بحكم القاضي بمقتضى الشريعة الغراء دون تفريق بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية متمثلة في أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة أنفسهم ثم كان تطور الفقه الاسلامي متمثلاً في التنوع الفقهي في فهم النصوص من القرآن والسنة، وما تبع ذلك من انقسام القضاء تبعاً للانقسام المذهبي للمجتمع ، ثم ظهور الحاجة والمحاولات لتقنين الاحكام الشرعية لكي يتقيد القضاء الاسلامي باحكام مقننة معينة كي يعلم الناس سلفاً ما تخضع له معاملاتهم وعقودهم من الاحكام، فيكونوا على بصيرة من صحتها وفسادها تلك المحاولات التي لم يكتب لها النجاح ، ثم اقامة الصرح الاول لوحددة القضاء الإسلامي وصدور الأحكام المتماثلة في النظائر من الحوادث بمجيء ابي يوسف قاضي القضاة ثم بمجيء الاحتلال البريطاني كان الانقسام مرة اخرى لتكون هناك محاكم تنظر في الاحوال الشخصية لاهل السنة وهي المحاكم الشرعية ومحاكم تنظر في الاحوال الشخصية للجعفرية تحكم فيها وفقاً للاحكام الشرعية للمذهب الجعفري واخرى في الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية وهي تحكم فيها وفقاً لتعاليم الطائفة التي ينتسب اليها الشخص غير المسلم وهي المحاكم المدنية ثم كان عام ١٩٥٩ الذي جاء بقانون الاحوال الشخصية متخيراً من جميع المذاهب ما هو وسيلة لتحقيق المصلحة في ظن المشرع ذلك القانون الذي شمل نطاق سريانه جم يع العراقيين سوى من استثنى بقانون خاص ثم جاء الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة ٤١ بما افضنا في تفصيله في من المبحث الثاني.

بما يجعلنا نخلص الى نتيجة ان هذه المادة تمثل انتكاسه الى الوراء  
ملغية بذلك تطوراً قانونياً بعد سنين طوال ، فقد رأينا كيف ان قانون الاحوال  
الشخصية كان متوازناً في اتجاهه فقد جاء بمجموعة من القواعد استقاها مما  
يراه صالحاً من الاحكام للمجتمع لتطبق على العراقيين واستثنى بعض العراقيين  
لخصوصية معينه فلا يخفى ما في هذا الاتجاه من الاستقرار في حكم الاحوال  
الشخصية للعراقيين كما ان قانون الاحوال الشخصية لم يلتزم مذهباً واحداً في  
تنظيمه للاحوال الشخصية فقانون الاحوال الشخصية كله عبارة عن قانون تخير  
فيه المشرع من اراء الفقهاء ما وجده ملائماً في نظره لظروف المجتمع ومحققاً  
للمصلحة الشرعية فقد جاءت مسائل الاحوال الشخصية يتجاذب حكمها المذاهب  
الاسلامية على اختلاف مشاربها - اصول الاستنباط فيها - واتجاهاتها الفكرية ،  
فهذا الجهد القانوني الكبير الذي تمثل في تشريع قانون الاحوال الشخصية انما  
يصب في دولة القانون وضرورة خضوع مواطني الدولة لقانون واحد يضمن  
استقرار احوالهم الشخصية بمختلف مذاهبهم . والقول بغير ذلك سيؤدي الى  
ظهور مدونات او تشريعات مختلفة تحكم شؤون الاسرة العراقية تقود حتماً الى  
الاضرار بالوحدة الوطنية وتمزيق مكونات الشعب العراقي . خاصة مع وجود  
التوتر السياسي وشيوع النزعة الطائفية . كما ان اختلاف الاحكام الشرعية في  
المسائل المتشابهة سيقود بالضرورة الى صعوبة فض المنازعات الناشئة عن  
هذه الموضوعات في حالة الزواج المختلط بين التابعين لاكثر من مذهب مما  
سيؤدي الى خلق المزيد من الاشكالات الاجتماعية . ان تعديل قانون الاحوال  
الشخصية وتثديبه عما علق به من احكام لا تأتلف مع الشريعة هو الطريق  
الاكثر صواباً في الوقت الحاضر وح سبه كفيلاً في تأمين مصالح العائلة  
العراقية" ، وان تبني المادة ٤١ من الدستور العراقي يعود بالنقض على كل ما

(١) د. مازن ليلو راضي عميد كلية القانون / جامعة القادسية

تحقق من تطور في النظام القانوني للاحكام التي تحكم الاحوال الشخصية لكل  
هذا نوصي بتعديل المادة بما يحقق الاستقرار وعدم الاضطراب للأحكام التي  
تنظم الاحوال الشخصية .

## المصادر

١. ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، دار الآفاق الجديدة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.
٢. ابن عابدين، العلامة محمد امين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط٢، ١٣٨٦ .
٣. الاعظمي ، حسي ن علي ، الوصايا والمواريث، مطبعة الرشيد ط ١، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩ م .
٤. البكري، عبد الباقي، المدخل لدراسة القانون والشريعة، مطبعة الاداب، ١٩٧٢م.
٥. البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر.
٦. الحلبي ، حمزة بن علي ابن زهرة ، غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع، تحقيق الشيخ ابراهيم البهادري، الحلبي ، الحسن بن يوسف بن المطهر ، قواعد الاحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤١٣هـ .
٧. الحلبي ، نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط٢، ١٤٠٩هـ، مطبعة امير قم .
٨. الخطيب ، د.حسن محمد ، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد بصره ١٩٦٣ ص١٥٦ .
٩. الخفيف ، الشيخ علي ، احكام الوصية، ١٩٦٢، بدون اسم مطبعة.
١٠. الدمياطي، السيد البكري بن السيد محمد شطا، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين، دار الفكر، بيروت.
١١. الرازي ، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، ١٤٠١هـ-١٩٨١م .

- ١٢ . الزبيدي، محمد بن مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق الدكتور حسين نصار، من دون سنة طبع.
- ١٣ . الزلمي ، د . مصطفى ابراهيم ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط٥، ١٩٩٩ .
- ١٤ . نظرية الالتزام برد المستحق دراسة مقارنة ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، دون سنة طبع .
- ١٥ . احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط٢٠٠٠ .
- ١٦ . السباعي، د مصطفى، شرح قانون ا لأحوال الشخصية مطبعة جامعة دمشق، ط٥، ١٣٨١ هـ، ١٩٦٢ م.
- ١٧ . -السرخسي، المبسوط:
- ١٨ . -السيواسي ، محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير، دار الفكر، ط٢.
- ١٩ . الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار الفكر، ١٣٩٨ هـ، ١٩٧٨، ٤٣١/٣ .
- ٢٠ . العاني ، محمد شفيق ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة العاني
- ٢١ . العسكري ، أبو هلال الفروق اللغوية.
- ٢٢ . الغرناطي ، محمد بن أحمد بن جزي الكلبى ، القوانين الفقهية .
- ٢٣ . الكاساني ، علاء الدين ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، ١٩٨٢، دار الكتاب العربي .
- ٢٤ . الكرمي ، مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي، دليل الطالب، المكتب الاسلامي، بدون سنة طبع .
- ٢٥ . المحمصاني ، صبحي ، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والوصية، دار العلم للملايين، ط٧، ١٩٨١ م .
- ٢٦ . المرتضى، أحمد، شرح الازهار، الناشر غمطان، صنعاء، ١٤٠٠ هـ.

٢٧. المقدسي ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد .
٢٨. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط١، ١٤٠٥، دار الفكر.
٢٩. الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاويش، ط٥، ١٤٠٨ - ١٩٨٨، من منشورات المكتب الإسلامي .
٣٠. المليباري ، زين الدين بن عبد العزيز ، فتح الم عين بشرح قرّة العين، دار الفكر .
٣١. موسى د. سيد محمد ، الاجتهاد ومدى حاجتنا اليه في هذا العصر، دار الكتب الحديثة، بدون سنة طبع .
٣٢. -ناجي، د .محسن،شرح قانون الاحوال الشخصية،مطبعة الرابطة،بغداد،ط١، ١٩٦٢ .
٣٣. النقشبندي ، د. عبد الله مصطفى ، أصول القانون، طبع شركة الفكر للتصميم والطباعة المحدودة، دون سنة طبع ط١، ١٤١٧هـ، مطبعة اعتماد قم .