Al-rafidain of Law (ARL)

www.alaw.mosuljournals.com

Abandonment of abstract personal status rights
-Study comparison-

Muhammad Yahya Qasim[1]
College of Law/ University of Mosul
mohammad.yahya@uomosul.edu.iq

Article information

Article history
Received 25 September, 2023
Revisit 26 October, 2023
Accepted 2 Novamber, 2023
Available Online 1 June, 2024

Keywords:
- Objection
- Reconciliation
- Abstract
- Rights
- custody

Correspondence:
Muhammad Yahya Qasim
mohammad.yahya@uomosul.edu.iq

Abstract

Rights are numerous and diverse, and a person's life is never devoid of rights either granted to them or imposed upon them. Among the most significant principles related to rights is the concept of substitution and settlement, particularly in light of the evolving non-financial transactions. One of these rights that has become the focus of discussion is the right stemming from matters of personal status. This research aims to elucidate the meaning of the right, while examining the insights provided by our jurists on these matters, striving to extract certain principles and guidelines that unify the various aspects of the subject. Subsequently, these principles and guidelines are applied to the right derived from the most essential topics of personal status matters. The idea of this article revolves around the statement of the waive of the right of others to money, and evidence of its permissibility, nature and sections, as the researcher explained some terms close to the term assignment and its relationship to it. The article is an introduction, three parts and a conclusion.

Doi: 10.33899/arlj.2023.143571.1288
© Authors, 2024, College of Law, University of Mosul This is an open access articl under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

الاعتياض عن حقوق الاحوال الشخصية المجردة

-دراسة مقارنة-

محمد يحيى قاسم
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

معلومات البحث
تاريخ البحث
الاستلام ٢٥ أيلول, ٢٠٢٣
التعديلات ٢٦ تشرين الأول, ٢٠٢٣
القبول ٢ تشرين الثاني ٢٠٢٣
الكلمات المفتاحية
- الاعتياض
- الصلح
- المجردة
- الحقوق
- الحضانة

المستخلص

إن الحقـوق متعددة ومتنوعة، ولا تخلو حياة الإنسـان من حق له أو حق عليه، ومن أهم ما يتعلق بالحقوق من أحكام هو حكم المعاوضة عن الحقوق والصلح عليها، ولا سيما في ظل تطور المعاملات غير المالية، فالاعتياض هو مبادلة بين طرفين، يأخذ فيها كل طرف عوض ما أعطى أو أخذ، لذا يتم الاعتياض بطرائق متعددة من العقود، أهمها: البيع، والإيجار، والصلح، والتنازل بعوض، وغير ذلك مما فيه معاوضة ومبادلة بين طرفين. وعقود المعاوضات، إما أن يتم التعاقد فيها على الأعيان، أو المنافع أو الحقوق. وقد تناول الفقه الاسلامي مسألة الاعتياض، الا ان جواز الاعتياض عن الحقوق وعدم جوازه لا يرجع في الفقه الإسلامي إلى ضابط عام واضح الحدود، وإنما يختلف الحكم باختلاف الحقوق، واختلاف الأعراف، حتى كان لكل حقٍ حكمٌ لا يستند فيه إلى أصلٍ عام، فاختلفت لذلك الآراء بين الفقهاء في جواز الاعتياض عن الحقوق المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية وعدم جوازه فمن أجاز كان له تبريراته ومن لم يجز كان له تبريرات واسباب، ثم مستعرضاً ما تناوله فقهاؤنا من مسائل محاولاً استخلاص بعض القواعد والضوابط التي تجمع شتات الموضوع ثم تطبيق هذه القواعد والضوابط على الحق المترتب على أهم موضوعات الأحوال الشخصية.

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسوله واله وصحبه الغر الميامين" وبعد: سوف نتناول دراسة موضوع بحثنا في الفقرات التالية:

أولاً: تعريف موضوع البحث وأهميته: لا تخلو حياة الإنسان من حقوق سواء أكانت له أم عليه، ومن أهم ما يتعلق بذلك من أحكام، المعاوضة والصلح عليها، إذ ظهرت في هذا العصر العديد من الأقضية والنوازل التي تخص ذلك، مما يجعل المهمة على العالم والفقيه والباحث أكبر، والتبعة عليه أثقل، يدفعه ذلك إلى مزيدٍ من البحث والنظر وإعمال الفكر وكدّ الذهن، لبيان الأحكام الشرعية والقانونية للصلح والتنازل عن الحقوق المبنية على الكتاب والسنة، والقواعد المنضبطة، والأسس السليمة. لقد كان لباب المعاملات، لا سيما غير المالية، النصيب الأوفر من ذلك. وفي هذا البحث أتناول إحدى هذه النوازل المنتشرة في الساحة العلمية والعملية، وهي المعاوضة عن الحقوق والالتزامات غير المالية وضوابط ذلك. في ظل تطور المعاملات غير المالية.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث: يمكن بيان هذه الأسباب في الفقرات التالية:

١. اختلف الفقهاء في مدى مشروعية التنازل عن حقوق الأحوال الشخصية غير المَالِيَةِ، فهناك المؤيدون لذلك وهناك المعارضون لذلك، وهناك من يؤيد بضوابط وقيود معينة.

٢. عدم تنظيم قانون الأحوال الشخصية العراقي التنازل عن مسائل الأحوال الشخصية غير المالية.

ثالثاً: منهجية البحث: سلكنا في موضوع دراستنا المنهج القانوني المقارن، إذ تمت مقارنة قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، مع المذاهب الإسلامية، وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ من جهة أخرى ، فضلاً عن الإشارة إلى القَانُون المَدَنِي العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، والقانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ للضرورة، كما أخذنا بمنهج تحليل آراء الفقهاء المسلمين والنصوص القانونية" لحلحلة مشكلة موضوع البحث.

خامساً: خطة البحث: تتكون الخطة مما يأتي:

المبحث الأوّل: مفهوم الاِعْتِيَاضِ عن حُقُّوقِ الأحوال الشخصية غير المالية.

المبحث الثَّانِي: موقف الفقه والقانون من اعْتِيَاضِ حُقُّوقِ الأحوال الشخصية غير المالية

المبحث الثَّالِثْ: تطبيقات الاِعْتِيَاضِ عن مسائل الأحوال الشخصية غير المالية.

المبحث الأول

مفهوم الإعْتِيَاضِ عن حُقُّوقِ الاحوال الشخصية غير المالية

تحتل الحُقوُقِ المُجَرّدَةِ أهمية كبيرة في المعاملات المَالِيَةِ المعاصرة، حتى أخذت الدول على عاتقها تنظيمها عن طريق إصدار قوانين خاصة بذلك، ولقد انتشر في عصرنا الاعْتِيَاضِ عن بعضٍ حُقوُقِ الأحوال الشخصية المحضة، والتي لم تكن معروفة من قبل، نتيجة اختلاف التطورات الاقتصادية، والاجتماعية. وللوقوف على تعريف الاعتياض عن الحقوق المجردة لا بد من تحديد مفهومه، وبيان دليل مشروعيته، وهذا ما سوف نتناوله من خلال تقسيمه على المطلبين الآتيين:

المطلب الاول

ماهية الاعتياض عن الحقوق المجردة

بما أن الاعتياض عن الحقوق المجردة مصطلح مركب يتكون من مقطعين، الاعتياض والحقوق المجردة، لذا وجب تعريف كل مقطع مستقلا عن الاخر كي نرى مدى انطباق المعنى اللغوي مع الاصطلاحي وللوقوف على ذلك لا بد بيان معنى كل منهما على حدا في اللغة، والاصطلاح، والقانون العراقي، وهذا ما سنبينه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الاول

تعريف الاعتياض

سوف نتناول في هذا الفرع تعريف الاعتياض لغة واصطلاحاً وقانوناً من خلال تقسيمه على المقاصد الآتية:

المقصد الأول

الاعتياض لغةً

هو أَخْذُ الْعِوَضِ، وَالِاسْتِعَاضَةُ: هي طَلَبُ الْعِوَضِ، وهو البَدَلُ، وَالْجَمْعُ أَعْواضٌ، تَقُولُ: عُضْتُ فُلَانًا وأَعَضْتُه وعَوَّضْتُه أعطيته بَدَلَ مَا ذَهَبَ مِنْهُ، وتَعَوَّضَ مِنْهُ، واعْتاضَ:

أخذ العِوَضَ، واعْتاضَه مِنْهُ واسْتَعاضَه وتَعَوَّضَه، كلُّه: سألَه العِوَضَ. وَتَقُولُ: اعْتاضَني فُلَانٌ إِذا جَاءَ طَالِبًا لِلْعِوَضِ والصِّلة[١].

المقصد الثاني

الاعتياض اصطلاحاً

الاعتياض هو المعاوضة وهي أخذاً للعوض، وهو البدل. الذي يجري في كلّ ما يملكه الإنسان من عين أو دين أو حقّ أو منفعة في إطار نصوص الشرع و قواعده العامة. قال الكاساني: العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا، و قد يكون ديناً، و قد يكون منفعة، إلاّ أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض[٢]. وقال أحد فقهاء الحنابلة: إن العوض هو"ما يبذل في مقابلة غيره، وتقول منه: عاضني فلان وأعاضني وعوضني، وعاوضني: إذا أعطاك العوض"[٣]. **عليه يمكن القول** غن الاعْتِياضُ نَوْعٌ مِنَ أنواع التَّصَرُّفَاتِ المَشْرُوعَةِ، يَكونُ فِي جَمِيعِ مَا يَمْلِكُهُ الإِنْسانُ مِنْ عَيْنٍ أَوْ حَقٍّ أَوْ دَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ فِيمَا يُوَافِقُ الشَّرْعَ، وَقَدْ يَكونُ سَبَبُهُ عَقْدٌ مِنْ عُقودِ المُعَاوَضَاتِ المَالِيَّةِ المَحْضَةِ، أَوْ مِنْ عُقودِ غَيْرِ المُعاوَضَاتِ المَالِيَّةِ. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي والاستعمال الفقهي عن المعنى اللغوي.

---

(١) محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، ج١٨، (مادة (عوض)، دار الهداية، من دون مكان وسنة نشر)، ص٤٤٩؛ وينظر محمد بن مكرم بن على جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي المصري، لسان العرب، ج٧، ط٣، (مادة (عوض)، دار صادر، بيروت| ١٤١٥هـ)، ص١٩٢؛ وأحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، (مادة(عوض)، المكتبة العلمية، بيروت، من دون سنة نشر)، ص٤٣٨.

(٢) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط٢، (دار الكتب العلمية، من دون مكان نشر| ١٤٠٦هـ–١٩٨٦م)، ص٤٢.

(٣) مَحْمَدُ بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، تحقيق: محمود الأرناؤوط، ج١، (مكتبة السوادي للتوزيع، من دون مكان نشر، ط١| ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م)، ص٢٥٥.

المقصد الثالث

الاعتياض قانوناً

لم يتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي أي تعريف للاعتياض بل ترك المشرع تعريف ذلك للفقه وهذا موقف حسن يحسب له" كون التعاريف من اختصاص الفقه وليس المشرع" فلو تم وضع تعريف لكان من الصعوبة تعديله، في حين تعريف الفقه يمكن تعديله بمرور الزمن وبتغير المكان حتى يلائم مستجدات العصر، لذا عده الفقه[١]. بأنه العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي، أو يعطي مقابلاً لما يأخذ. يستدل مما تقدم أن معنى الاعتياض قانوناً لا يخرج عن معناه في الشرع واللغةً وهو: البدل الذي يتم دفعه من قبل أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر في مقابل ما يحصل عليه من منفعة.

الفرع الثاني

تعريف الحقوق المجردة

سوف نتناول في هذا الفرع تعريف الحقوق المجردة لغة واصطلاحاً وقانوناً وذلك بتقسيمه على المقاصد الآتية:

المقصد الأول

الحقوق المجردة لغةً

الحق في اللغة: هو مصدر حق الشي، يقال حقَّ الأمر يَحِقَّ حقاً وحقوقاً، وهو نقيض الباطل، وجمعه حقوق، ويأتي مصدرًا مؤكدًا لغيره، تقول: هذا عبد الله حقًا، والحق: اسم من أسماء الله، أو صفة من صفاته، ويطلق على عدة معان، منها: الثبوت والوجوب: قال تعالى:﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾[٢]. أي: ثبت العدل ووجب. أما التجرد لغةً: فهو ظهور الشيء وانكشافه وبدوه وخلوصه من غيره[٣]. تعريف

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، ج١، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، ط٢، (دار ابن الأثير، الموصل| ٢٠١١)، ص٢٥.

(٢) سورة يس، الآية (٧).

(٣) محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب، ج١٠، مادة حقق، مصدر سابق، ص٤٩ وما بعدها.

المجردة لغة: التجرد في اللغة العربية فيعني ظهور الشيء وبدوه وانكشافه وخلوصه من غيره[١].

المقصد الثاني

تعريف الحقوق المجردة اصطلاحاً

لم يلق مصطلح (الحق) القدر الأوفى من عناية قدامى فقهائنا في التعريف، ولذلك ورد استعمالهم لهذا المصطلح على نحو معانيه اللغوية، كقول الشافعي:" حق على الناس غسل الميت"[٢]. ويمكن تقسيم الحقوق إلى مجردة وغير مجردة، فالحق المجرد: هو ما كان غير متقرر في محله اي لم يقم بمحل ولم يتقرر بذات، فهو الحق المحض الذي ليس له بمحله تعلق واستقرار، وليس لصاحبه في محله ملك حقيقةً أو حكماً، وبدوره يقسم الحق المجرد إلى قسمين. الأول: حقوق لم تثبت أصالة لأصحابها، وإنما أثبته الشارع" لدفع الضرر عنهم، مثل حق الشفعة. والثاني: حقوق تثبت أصالة لأصحابها لا على وجه رفع الضرر فقط، مثل حق الإرث. أما الحق غير المجرد : هو الحق الذى له بمحله تعلق استمرار، أي بمعنى ان لتعلقه أثراً أو حكماً قائماً يزول بالتنازل عنه وهو يقوم بمحل معين يدركه الحسّ أي يكون بمحله تعلق واستقرار ويثبت لصاحبه سلطة على هذا المحل تمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية مثل حق ملك العين والمنفعة[٣].أما الفقه المعاصر فقد اهتم بتعريف الحقوق المجردة وغير المجردة كثيراً، فقد عرف الحق المجرد بأنه:" ما كان غير متقرر في محله"[٤]، والملاحظ على هذا التعريف أنه مقتبس من نصوص الحنفية في استقرار: ثم وضح ذلك بقوله: وذلك بأن يكون لتعلقه أثر أو حكم قائم في محل يزول بالتنازل عنه.

(١) مَحْمَدُ بن مكرم الأفريقي المصري، ج٣، المَصدر نفسه، ص.١١٥

(٢) محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج١، (دار المعرفة، بيروت | ١٤١٠هـ–١٩٩٠م)، ص٣١٢.

(٣) حسام الدين خليل فرج، الاعتياض عن الحقوق المجردة في الشريعة الإسلامية، ط١، (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية| ٢٠١٣)، ص٦٦.

(٤) علي الخفيف، الملكية في الشريعة مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ج١،(دار الفكر العربي، من دون مكان نشر| ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م)، ص٩.

عليه يمكن القول إن أصل تقسيم الحقوق إلى مجردة وغير مجردة" هو من خلال النظر إلى مدى ارتباط الحق ومحله. ويعد الحنفية أول من قسم الحقوق إلى: مجردة وغير مجردة.

نخلص مما تقدم أن الحقّ المجرد: هو الحق الذي لا يترك أثرًا عند التنازل عنه، سواء أكان التنازل صلحًا أم إبراءً، بل يبقى محل الحق لدى المكلف بعد التنازل كما كان عليه قبل التنازل، كلامهم عن الحق المجرد" أما الحقّ غير المجرد فهو:" الحق الذي له تعلق بمحله تعلق.

المقصد الثالث

تعريف الحقوق المجردة قانوناً

لم يتناول المشرع العراقي مصطلح الحقوق المجردة ضمن نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وبذلك فالمسائل التي لم يرد بشأنها نص يتم احالتها الى مبادى الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون بموجب ف(٢) من م (١) منه[١]" وكذلك لم يرد المصطلح في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وبالرغم من عدم تعريف المشرع العراقي للحقوق المجردة بشكل مباشر في قانون الأحوال الشخصية النافذ والقانون المدني إلا أنه يمكن القول: إن المشرع قد عرفها واستوعب الكثير منها بقوانينه بصورة غير مباشرة، وتحت مسميات أخرى، فسمي البعض منها حقوقاً عينية، وسمى الاخرى حقوقاً شخصية، وعد بعضها حقوقاً معنوية[٢]. وكذلك لم يرد هذا المصطلح في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠، وبالتالي فالمسائل التي لم يرد بشأنها نص فقد أحالها الى الفقه الحنفي او احكام الفقه الإسلامي

(١) ينظر المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
(٢) ينظر المواد (٦٧و٦٨و٧٠) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

حسب ما جاء في المادة (٣٢٥) منه[١]، في حين عدها المشرع الأردني في قانونه المدني نوع من أنواع الحقوق العينية واقتصرها على حقوق الارتفاق فقط[٢].

يتضح لنا مما تقدم أن الحقوق المجردة في الفقه الإسلامي تتكون من عدة حقوق، بينما القانون عدها حقوق ارتفاق فقط، وهذا يدل على أن نظرة الفقه الإسلامي لهذه الحقوق أوسع من القانون.

المطلب الثاني

مشروعية الاعتياض عن الحقوق المجردة

ثبتت مشروعية الاعتياض بأدلة في الكتاب والسنة النبوية المطهرة من خلال أمرين، أولهما في مشروعية الاعتياض عن الحقوق دون عوض، وثانيهما في أخذ العوض مقابل الاعتياض وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

مشروعية الاعتياض عن الحقوق دون عوض

ثبت ذلك في القرآن والسنة النبوية المطهرة وكالآتي:

أولاً: القرآن الكريم: ما جاء في قوله تعالى في شأن التنازل عن نصف المهر: ﴿**وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**﴾[٣]. يستدل من هذه الآية انه يجوز التنازل عن الحق دون عوض، اذ فسر التنازل عن هذا الحق بالعفو والاسقاط[٤].

---

(١) تنص المادة(٣٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الاردني على:(ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون).

(٢) ينظر: المادتان (٧٠، ١٢٧١) من القانون المدني الاردني النافذ رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٧).

(٤) أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج١، ط٣، (دار الكتب العلمية، بيروت لبنان| ١٤٢٤هـ– ٢٠٠٣م)، ص٢٩٤.

ثانياً: السنة النبوية المطهرة: لما روي عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، قَالَ: أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ (ﷺ): «تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ»، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِغُرَمَائِهِ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»[١]، يتضح لنا من هذا الحديث أن النبي محمد (ﷺ) رغب من الدائنين وغيرهم في التصدق على الرجل للوفاء بدينه بالتنازل عن المطالبة بديونهم وأعانته على وفاء دينه.

الفرع الثاني

مشروعية الاعتياض عن الحقوق مقابل عوض

ثبتت ذلك في عموم الأدلة الشرعية الداعية إلى الصلح والمانعة من أكل أموال الناس بالباطل إلا ما كان منها عن تراض واستحقاق والواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية وكالآتي:

أولاً: القرآن الكريم: من الأدلة الشرعية الداعية إلى الصلح ما جاء في قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾[٢]. ومن الأدلة الشرعية الدالة على منع أكل أموال الناس بالباطل ما جاء في قوله تعالى: ﴿ **يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[٣].

ثانياً: السنة النبوية المطهرة: ما روي عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ انها قَالَتْ:((جَاءَ رَجُلَانِ مِنْ الْأَنْصَارِ يَخْتَصِمَانِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي مَوَارِيثَ بَيْنَهُمَا قَدْ دُرِسَتْ لَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ أَوْ قَدْ قَالَ لِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَإِنِّي أَقْضِي بَيْنَكُمْ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ

---

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم(صحيح مسلم)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج٢، باب استحباب الوضع من الدين، حديث رقم| (١٥٥٦)، (دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر)، ص١١٩١.

(٢) سورة النساء، الآية(١٢٨)

(٣) سورة النساء، الآية(٢٩)

لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ يَأْتِي بِهَا إِسْطَامًا فِي عُنُقِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَبَكَى الرَّجُلَانِ وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقِّي لِأَخِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَا إِذْ قُلْتُمَا فَاذْهَبَا فَاقْتَسِمَا ثُمَّ تَوَخَّيَا الْحَقَّ ثُمَّ اسْتَهِمَا ثُمَّ لِيَحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ))[١].

المطلب الثالث

ضوابط الاعتياض عن الحقوق المجردة

لم يهتم الفقهاء بوضع ضوابط جامعة لما يصح الاعتياض عنه ومما لا يصح الاعتياض عنه من الحقوق، الا انهم قاموا بوضع بعض الضوابط التي يمكن من خلالها ضبط الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها، وهذه الضوابط قد تكون صريحة في كلامهم وقد تفهم من خلال بعض الفروع وهذا ما سنبحثه من خلال الآتي:

أولاً: أن يكون لصاحب الحق ميزة الاختصاص عليه: يعدّ هذا الشرط من أهم الضوابط اللازمة للتمييز بين الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها، فأي حق كان منظوياً على مصلحة أو لصاحبه دون غيره ميزة خاصة عليه بالاستئثار والانفراد يقبل الاعتياض عنه. فإن لم يكن لأحد اختصاص بالحق، إنما مباح فلا يحق له الاعتياض عنه[٢]" مثال ذلك إباحة السكنى للزوجة المطلقة بحسب ما أشار إليه قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى. إذ جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه:" تكون سكنى الزوجة المطلقة بمقتضى المادة الأولى لمدة ثلاث سنوات وبلا بدل وفق الشروط الآتيـة: أ – أن لا تؤجر الدار أو الشقة كلاً أو جزءاً...[٣] يتبين لنا من هذا النص أنه ليس للزوجة المطلقة الاعتياض عن حقها في السكنى إلى الغير بعوض أو دون عوض" لأن كل ما لها فيه مجرد الإذن بالسكن إذا تحققت

(١) أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج٣، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، حديث رقم(١٧١٣)، مصدر سابق، ص ١٣٣٧.

(٢) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، المحقق: خليل المنصور، ج٢، (الْفَرْقُ التَّاسِعُ وَالسَّبْعُونَ بَيْنَ قَاعِدَةِ النَّقْلِ وَقَاعِدَةِ الْإِسْقَاطِ)، (دار الكتب العلمية، من دون مكان نشر| ١٤١٨ هـ– ١٩٩٨م)، ص٢١٤ومابعدها.

(٣) قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى، رقم (٧٧)، لسنة ١٩٨٣.

شروط السكنى التي حددها القانون المذكور، فلا تستطيع أن تأخذ عوض مقابل هذا التنازل.

ثانياً: أن يكون الحق موصوفاً وقابلاً للاعتياض شرعاً: يقصد بذلك أن يكون الحق المراد الاعتياض عنه موصوف وصفاً دقيقاً بالضوابط التي يجب أن تتوفر في محل العقد، وأن تخلو من محاذير العقود وغير مجهولة جهالة فاحشة تؤدي إلى التغرير بالطرف الآخر، كما يجب ان يكون الحق قابلاً للاعتياض عنه من الناحية الشرعية ووفقاً للشريعة الإسلامية" لأنه ليس كل حق مجرد يمكن الاعتياض عنه من الناحية الشرعيةً[١]، ويتحقق ذلك عندما لا يؤدي الاعتياض عن ذلك الحق أي تغير في الحكم الشرعي سواء أكان ذلك الاعتياض عن إسقاطاً بعوض أم نقلاً بلا عوض للغير" لما في ذلك من تضاد وتناقض مع الشرع[٢]. مثال ذلك اعتياض الخاطب عن حقه في رؤية المخطوبة" لأن ذلك ثبت للخاطب بالشرع لا باختياره كمكلف، فيعد حكم شرعي تتحقق عنه مصلحة للعباد، فلا يجوز إسقاطه بالتراضي سواء أكان ذلك بعوض أم بغير بعوض، كما لا يمكن لأحد تغييره" لأن أي تغيير عن ما جاء به الشرع الحنيف يعد باطل[٣].

ثالثاً: أن يكون الحق ثابتاً في الحال لا في المستقبل وقابلاً للانتقال: يجب أن يكون الحق المجرد المراد الاعتياض عنه ثابتاً موجودا حال التعاقد، اما اذا كان غير موجود ومتوقع مستقبلاً، لا يصح الاعتياض عنه" كونه معدم وقت التعاقد، فضلاً عن الغرر الكبير الذي فيه[٤]، وبذلك لا يجوز لاي وريث الاعتياض عن حقه في التركة قبل موت مورثه كمن يعمل على بيع سهامه في التركة دون تحقق شروط الميراث" لأن هذا الحق غير ثابت، أما من حيث

---

(١) محمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، ج٣، (دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر)، ص١٤؛ وعلي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، (دار الجيل، دون مكان نشر| ١٤١١هـ، ١٩٩١م)، ص٢٠١؛ وأبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج٩، (دار الفكر، دون مكان وسنة نشر)، ص٣٦٢.

(٢) حسام الدين خليل فرج، مصدر سابق، ص٢٣٩.

(٣) د. أحمد الصويعي شليبك، احكام الاسقاط في الفقه الإسلامي، ط٢، (دار النفائس، الاردن| ٢٠٠٣)، ص١٩٥.

(٤) علاء الدين الكاساني، ج٥، مصدر سابق، ص١٣٨.

انتقالها للغير فهناك نوعان من الحقوق: الأولى قابلة للانتقال: وهي أغلب الحقوق. والثانية: غير قابلة للانتقال، والتي ترتبط بذات الإنسان وشخصه. والعلة من ذلك أنها مخصوصة لشخص محدد دون غيره، مثال ذلك: حق الشخص في النسب، وهو أن يبيع شخص اسمه غلى شخص آخر ليستفيد بهذا النسب" وحق الولاية في النكاح، إذ لا يجوز للولي أن يسقط هذا الحق أو ينقله الى غيره بعوض او بدون عوض[١].

رابعاً: أن يكون الحق مالاً شَرْعًا ويوجد عرف تجاري بالاعتياض عنه: لا بدّ للحق أن يكون مالاً شرعاً" لأنه باتفاق الفقهاء المالية من شروط الصحة في عقود المعاوضات[٢] ويشترط أيضاً أن يكون الحق قد جرى على اعتباره مالاً وفقاً للعرف" لأن بعض الحقوق انما اجاز الفقهاء الاعتياض عنها" لأن الناس قد تعارفوا على أن التنازل عنها إنما يتم بعوض[٣].

خامساً: أن كون الحق ثابتاً لصاحبه لا لدفع الضرر أو الضرورة عنه عنه: ذهب (الحنفية، والشافعية، والحنابلة) إلى أن الحقوق لا بدّ أن تكون ثابته لصاحبها أصالةً لا لدفع الضرر عنه[٤]، وقالوا: الحقوق التي ثبتت لإزالة الضرر لا يجوز الاعتياض عنها، في حين أجاز

---

(١) حسام الدين خليل فرج، مصدر سابق، ص٢٤٢.

(٢) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي الحنفي، المبسوط، ج١٣، (دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ|١٩٩٣م)، ص٢٥؛ ومحمد بن إدريس الشافعي، ج٣، مصدر سابق، ص٣؛ ومنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٣، (دار الكتب العلمية، من دون مكان وسنة نشر)، ص١٥٢.

(٣) العرف يتغير بتغير الزمان والمكان، فما كان تافهاً في زمان ومكان معين، قد يتغير ويصبح مالاً معتبراً في زمان ومكان آخر، وكثيراً من الأشياء مما لم يكن مالاً مقومّاً في مر الأزمان، قد أصبح اليوم مالاً من أنفس الأموال. للمزيد من التفاصيل عن ذلك ينظر محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، (دار الفكر للطباعة والنشر| ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م)، ص٥٠١.

(٤) عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، ط١، (المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة| ١٣١٣هـ)، ص٣٥؛ وأبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ج١٤، مصدر سابق، ص٣٣٠؛ ومنصور البهوتى، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص٤٠١.

المالكية ذلك[١]. عليه يمكن القول إن الصواب ما جاء به الجمهور" لأن الحقوق إنما شرعت لدفع الضرر والاعتياض عنها يخالف ذلك" لأنه يبين أن صاحبها لم يتضرر، كما أن الضرورة والحاجة التي تنزل منزلة الضرورة إنما تقدر بقدرها، فيجوز أحياناً الاعتياض عن هذا الحق للضرورة أو الحاجة، فهو من باب الاستثناء يجب أن يقدر بقدره، مثال ذلك حق الحضانة فهو من الحقوق التي شرعت لدفع الضرر عن المحضون ووفقاً لمصلحته [٢]. وهذا يعني أن ثبوت الحق لصاحبه أصالة دون دفع ضرر يجوز الاعتياض عنها، ومن مفهوم المخالفة لا يجوز الاعتياض عنه إذا كان عكس ذلك.

سادساً: أن يكون الحق خاص والإعتياض عنه مشروع: لا بد للحق حتى يجوز الاعتياض عنه أن يكون مملوك لصاحب الحق، وأن يكون خاص وخالص لصاحبه حتى يستطيع الاعتياض عنه. فإذا ادعت الزوجة المطلقة على زوجها بأن هذا الصبي هو ولده، وأنكر الزوج دعواها ثم صالح المدعية عن دعوى النسب على مال، فالصلح يعدّ باطلاً" لأن النسب حق للصبي وليس للمدعية حتى تقوم بالاعتياض عنه[٣]. إضافة إلى ذلك لا بدّ أن يكون الاعتياض على فعل مباحٍ، ويؤكد ذلك القانون المدني العراقي[٤].

(١) مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج٤، ط١، (دار الكتب العلمية، من دون مكان نشر| ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م)، ص٢٢٩.

(٢) منصور البهوتى، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص٤٠١.

(٣) الزيلعي، ج٥، مصدر سابق، ص٣٧.

(٤) ينظر نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على:(١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية). يتضح من هذا النص ان المشرع العراقي نص صراحة على مشروعية محل الالتزام.

المبحث الثاني

موقف الفقه والقانون من اعْتِيَاضِ حُقُّوقِ الأحوال الشخصية غير المالية

بعد أن بينا في المبحث السابق تعريف وضوابط الاعتياض ودليل مشروعيته، سوف نتناول في هذا المبحث. حكم الاعتياض في الفقه والقانون، وللوقوف على ذلك سوف يتم تقسيم هذا المبحث على المطلبين الآتين:

المطلب الأول

موقف الفقه الاسلامي من الاعتياض عن الحقوق المجردة

اختلف الفقه في ذلك إلى عدة آراء، فمنهم من لم يجز ذلك مطلقاً، ومنهم من أجاز ذلك مطلقاً، ومنهم من أجاز ذلك بقيود وهذا ما سنوضحه من خلال تقسيم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الأول

المانعون من الاعتياض

ذهب أصحاب هذا الرأي الى انه: لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة" لأنها مفردة لا يمكن تمليكها فهي باطلة وهذا ما ذهب اليه المتقدميين من فقهاء الحنفية والشافعية، وبعض الحنابلة[١]. أما الفقهاء المعاصرين فذهبوا: إلى أن هذه الحقوق لا يجوز الاعتياض عنها" إلا إذا كانت محلاً للنزاع" فإنه يجوز الصلح على إسقاطها، بشرط أن لا تكون بدلاً للصلح" كون بدل الصلح لا بدّ أن يكون مالاً[٢]. وقد استدلوا فيما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

(١) محمد السرخسي، ج١٣، مصدر سابق، ٣٢؛ وعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، ج٧، ط١، (دار المنهاج| ١٤٢٨هـ–٢٠٠٧م)، ص٤٣٣و٤٣٤.

(٢) علي محيي الدّين القره داغي، الأسوَاق المالِيَّة في مِيزان الفقه الإسلاَمي، (بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (ع٧)، جدة، دون سنة نشر)، ص١٣٥.

الدليل الأول: إن الحقوق لا بدّ أن تكون مالاً حتى يتم الاعتياض عنها، إذا ما علمنا أن المال يثبت للأعيان ولا يثبت للمنافع والحقوق عند الحنفية، أما عند جمهور الفقهاء[١]. فإنهم وإن كانوا يعدون المنافع أموالاً لكنهم منعوا عد هذه الحقوق أموالاً" لأن العرف السائد آنذاك لم يعدها أموال. يمكن القول إنه لا يوجد دليل على ما ذهب إليه الحنفية في اشتراط العينية على كون الشيء مالاً[٢].

الدليل الثاني: إن أكثر الحقوق يثبتها الشرع لدفع الضرر عن أصحابها، وإذا كانت كذلك لا يجوز التعويض عنها" لأن صاحبها عندما رضي بالاعتياض علم أنه لن يتضرر من ذلك وهنا لا يستحق أي شيء، بخلاف الحقوق إذا كانت غير مجردة كالخلع" لأن ملك النكاح ثبت له اصالة على وجه الصلة والبر، دون رفع الضرر عن صاحب الحق[٣]. إلا أنه يمكن القول إن رضاء صاحب الحق بالاعتياض عنه، لا يعني أنه لم يتضرر من هذا التنازل، ولكن قد تكون حاجته للمال أشد من الحاجه لدفع الضرر.

الفرع الثاني

المؤيدون للاعتياض

يرى أصحاب هذا الرأي انه يجوز الاعتياض عن الحقوق ويتوسعون في ذلك، وهذا ما ذهب إليه المالكية[٤]، وأبو إسحاق من الشافعية[٥]، والبعض من المعاصرين الذين قالوا:

---

(١) علي حيدر، درر الحكام، ج١، مصدر سابق، ص١٩١؛ محمد بن إدريس الشافعي، ج٣، مصدر سابق، ص٣؛ ومنصور البهوتى، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٢) لأن:(الأَعْيَانُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: ضَرْبٍ لاَ يَقْبَل التَّمَوُّل، فَلاَ يَعْتَبِرُهُ الشَّارِعُ مَالاً، وَإِنْ تَمَوَّلَهُ النَّاسُ... وَضَرْبٍ يَقْبَل التَّمَوُّل، وَيَكُونُ مَالاً شَرْعًا بِتَمَوُّل النَّاسِ لَهُ)، للمزيد ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٤، ط٢، (صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دار السلاسل، الكويت| ١٤٠٤ – ١٤٢٧هـ)، ص٢٩.

(٣) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، مصدر سابق، ص٥٢٠.

(٤) مالك بن أنس الأصبحي، ج٤، مصدر سابق، ص٢٢٩.

(٥) عبد الملك بن عبد الله الجويني، ج٧، مصدر سابق، ص٤٣٣و٤٣٤

"جواز النزول عن الاختصاص بعوض، كعوض الخلع وحق المرأة في قسم زوجها"[١].

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: الأصل أن جميع المعاملات قائمة على الإباحة مالم يثبت شرعاً خلاف ذلك بالتحريم[٢]. ودليل ذلك القرآن والسنة وكالآتي:

أولاً: القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[٣]. يستدل من هذه الآية إباحة سائر التجارات الواقعة عن التراضي بين الأطراف، والتجارة اسم يقع في عقود المعاوضات وأساسه الربح[٤].

ثانياً: السنة النبوية المطهرة: جاء في السنة المطهرة أحاديث كثيرة دلت على أن الأصل هو الحل في المعاملات، وأبرز هذه الأحاديث ما جاء في قول النبي محمد(ﷺ):« إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلاَ تُضَيِّعُوهَا وَحَرَّمَ حُرُمَاتٍ فَلاَ تَنْتَهِكُوهَا وَحَدَّ حُدُودًا فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ مِنْ غَيْرِ نِسْيَانٍ فَلاَ تَبْحَثُوا عَنْهَا»[٥].

---

(١) محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، تحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ج٧، ط١، (فتوى رقم (١٥٤١) بعنوان (النزول عن الاختصاص بعوض) مطبعة الحكومة بمكة المكرمة| ١٣٩٩هـ)، ص٢٢.

(٢) أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، ج١، ط١، (دار المعرفة، بيروت| ١٤٠٨هـ)، ص٢٨٣.

(٣) سورة النساء، الآية (٢٩).

(٤) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القرآن للجصاص، تحقيق محمد صادق القمحاوي، ج٢، (دار إحياء التراث العربي، بيروت| ١٤٠٥هـ)، ص١٢٨.

(٥) أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد، سنن الدارقطني، تحقيق شعيب الارنؤوط واخرون، ج١٠، ط١، باب الرضاع، حديث رقم (٤٤٤٥)، (مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان| ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٤م)، ص ٢٣٤. حديث حسن.

الدليل الثاني: ما جاء عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ انه قَالَ:" كَتَبْتُ إِلَى عُمَرَ (ﷺ) فِي بُحَيْرَةٍ يَجْتَمِعُ فِيهَا السَّمَكُ فِي أَرْضِ الْعِرَاقِ: أَنُؤَاجِرُهَا؟ فَكَتَبَ أَنِ افْعَلُوا"[١]. وهذا يعد نص يمكن الاستناد اليه في الاستعاضة عن الحقوق" بأن التأجير وارد على حق الصيد، فهو لم يؤجر السمك أو الماء إنما أجّر البحيرة.

الدليل الثالث: العمل بدليل العادة والعرف[٢]: إذ جرى العرف على اعتبار هذه الحقوق أموالاً تجري فيها المعاوضة، والعرف يعدّ مصدر أساس تشريعي يمكن أن تستنبط منه الأحكام، ما لم يعارض نص أو إجماع، وبما أنه لا يوجد نص او إجماع يمنع الاعتياض عن الحقوق. فمن باب أولى يجوز الاعتياض عنها [٣].

(١) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري، الخراج، تحقيق: طه عبد الروؤف سعد، سعد حسن محمد، ج١، (المكتبة الأزهرية للتراث، من دون مكان وسنة نشر)، ص١٠٠.

(٢) محمد السرخسي، ج٢٣، مصدر سابق، ١٧١.

(٣) المادة (٣٧) من مجلة الأحكام العدلية، (اسْتِعْمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا). للمزيد من التفاصيل ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج١، مصدر سابق، ص٤٦.

الفرع الثالث

المؤيدون للاعتياض بقيود

أجاز أصحاب هذا الرأي الاعتياض عن الحقوق وفق قيود وشروط بحسب أفرادها، وهذا ما ذهب إليه بعض المتأخرين من الحنفية[١]، وجانب من فقهاء الشافعية[٢]، وقسم من فقهاء الحنابلة[٣]. والكثير من الفقهاء المعاصرين[٤]. واستدلوا فيما ذهبوا اليه بنفس الأدلة التي ذكرها أصحاب الرأيين الأول والثاني مع التوفيق بينهما، حيث رأووا أن هذه الحقوق ليست نوعاً واحداً بل هي انواع مختلفة، بعضها تنطبق عليه أدلة المانعين من الاعتياض، وبعضها تنطبق عليه أدلة المجيزين، مما ينبئ أن الاعتياض عن هذه الحقوق لا يمكن أن يقال فيه بالمنع بإطلاق أو الجواز بإطلاق، بل يحتاج إلى تفصيل وتوافر ضوابط تحقق صحة الاعتياض وتمنع المحظورات الشرعية، وقد ظهر هذا المعنى واضحاً في الأبحاث التي قدمت لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة، في موضوع "الحقوق المعنوية"" اذ أجاز أصحابها الاعتياض عن بعض هذه الحقوق دون بعض، بضوابط وليس على الإطلاق. وبرز هذا المعنى أيضا من خلال النقاشات العلمية التي دارت بين الباحثين" ومن ذلك قول رئيس المجمع الشيخ بكر أبي زيد(رحمه الله) مداخلاً:((إن كان يراد بحث بيع الحقوق المعنوية من حيث الأصل... فهذا شيء، أما إذا أردنا الدخول في التفاصيل والقضايا التي تنطلق من الحقوق المعنوية... فلا شكّ أن في بعض هذه المفردات

(١) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، مصدر سابق، ص٥٢٠.

(٢) محمد بن إدريس الشافعي، ج٣، مصدر سابق، ص٥ وما بعدها.

(٣) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج٢، ط١، (عالم الكتب، من دون مكان نشر| ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م)، ص٣٦٧و٣٦٨. وهذا ما ذَكَرَهُ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ. نقلاً عن منصور البهوتى، المرجع نفسه، ص٣٦٧و٣٦٨.

(٤) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ط٢، (دار القلم، دمشق| ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م)، ص٥٧؛ ووهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج١٠، ط٤، (دار الفكر، دمشق، من دون سنة نشر)، ص١٧٣٣.

أحكاما تنفرد بها عن بعضها... وأحب أن أطرح هذا الشيء لإثارته... وأنه فرق بين المبدأ العام.. وبين القضايا الأعيان التي تدخل في هذا))[1].

عليه ولما تقدم يمكن القول ان الرأي الثالث الذي أجاز الاعتياض عن الحقوق إذا توفرت فيها قيود وشروط معينة ليس فيها غرر أو تدليس، ولا تؤدي إلى تغير الأوضاع التي جاء بها الشرع، ولا تلحق ضرر بالآخرين، وتعمل على تحقيق مصلحة للفرد والمجتمع، هو الأقرب للصواب للأسباب الآتية:

أ. أدلة المانعين الذين يمنعون الاعتياض عن الحقوق المجردة جملة ليست قوية وليست كافية في إثبات الحرمة، والأصل في المعاملات الإباحة.

ب. أدلة المؤيدين دون قيود او شروط والتي قالوا فيها إن أساس المالية التي يثبت على إثرها إباحة الاعتياض هو كون الشيء له قيمة، والقيمة ناتجة من الانتفاع المشروع، سوف يدخلها في باب الأموال فقط وهي ليست كافية.

ت. إن التعامل فيما توافرت فيه الضوابط الشرعية من هذه الحقوق جرى عليه العرف وقد شاع بين الناس والعرف معتبر عند اغلب الفقهاء وفي اعتباره رفع لأي حرج موجود" لأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية، له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصا تشريعيا.

المطلب الثاني

موقف القانون من الاعتياض

من خلال استقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي والقانون المدني العراقي، لم ينظم المشرع في كلا القانونين أحكام الاعتياض بصورة صريحة ومباشرة، لكن من خلال استعراض بعض التطبيقات في كلا القانونين، اتضح لنا أن المشرع قد أخذ بالاتجاه القائل: بجواز الاعتياض عن الحقوق المجردة وفق قواعد وضوابط قانونية، مما يدل أن المشرع نظم تلك الاحكام بشكل ضمني، مثال ذلك أن المشرع العراقي جعل من

(١) د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقود الاختيارات، (بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، ع٧)، ص٢٠٧٦ وما بعدها.

تنازل الزوجة عن المهر او النفقة في قانون الأحوال الشخصية سبباً من أسباب عدم سماع دعوى المهر والنفقة على الزوج اذا كانت بمقابل مالي، وسبباً من أسباب سقوط الحق فيهم، وجعل من التنازل عن حق الشفعة في القانون المدني سبباً من أسباب عدم سماع دعوى الشفعة، وسبباً من أسباب سقوط الحق فيها إذا كان بمقابل مالي، وبذلك يكون قد أخذ بما قال به أصحاب الاتجاه الأول الذي منع الاعتياض[1]. يفهم من هذه النصوص أن حق الشفعة يسقط عند تنازل الشفيع عنه، سواء أكان هذا التنازل بمقابل مالي أم بغير مقابل.

المبحث الثالث

تطبيقات الاعْتِيَاضِ عن مسائل الأحوال الشخصية غير المالية

هناك العديد من مسائل الأحوال الشخصية التي حصل خلاف حول جواز الاعتياض عنها من عدمه، عليه سوف نتناول في هذا المبحث أهم تطبيقات الاعتياض عن حقوق الأحوال الشخصية المجردة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الاول

مدى الاعتياض عن حق القسم للزوجة وخيار المخيرة

سوف نبين في هذا المطلب إذا كان يجوز للزوجة الاعتياض عن حقها في القسم وخيار المخيرة من عدمه من خلال تقسيمه على الفرعين الآتيين:

(١) ينظر الفقرة (د) من المادة (١١٣٤) من القانون المدني العراقي : (لا تسمع دعوى الشفعة إذا تنازل عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة ولو قبل البيع)؛ وينظر الفقرة (الثانية) من المادة (١١٣٦) منه والتي تنص على:(وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لأجنبي أو لشفيع آخر، فان فعل سقط حقه).

الفرع الاول

مدى الاعتياض عن حق القسم للزوجة

الْقَسْمُ لُغَةً: الْفَرْزُ وَالتَّفْرِيقُ، يُقَال: قَسَمْتُ الشَّيْءَ قَسْمًا: فَرَزْتُ أَجْزَاءَ[١]. ويعرف إصطلاحاً: قَال الْجُرْجَانِيُّ: "قِسْمَةُ الزَّوْجِ: بَيْتُوتَتُهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ"[٢]، أَوْ كَمَا قَال الْبُهُوتِيُّ: هُو" تَوْزِيعُ الزَّمَانِ عَلَى زَوْجَاتِهِ إِنْ كُنَّ ثِنْتَيْنِ فَأَكْثَرَ"[٣].

وذَهَبَ الْفُقَهَاءُ إِلَى أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ إن كان له أكثر من زوجة، أن يعدل بَيْنَهم فِي الْقَسْمِ، وَهُوَ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ فِي ذَلِكَ، وَالأَصْل فيه قَوْل اللَّه تَعَالَى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾. عَقِيبَ قَوْله تَعَالَى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ** ﴾[٤]، نَدَبَ اللَّهُ تَعَالَى إِلَى نِكَاحِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ خَوْفِ تَرْكِ الْعَدْلِ فِي الزِّيَادَةِ، وَإِنَّمَا يُخَافُ عَلَى تَرْكِ الْوَاجِبِ، فَدَل عَلَى أَنَّ الْعَدْل بَيْنَهُنَّ فِي الْقَسْمِ وَاجِبٌ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي آخِرِ الآيَةِ بِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَل:﴿**ذَلِكَ أَدْنَى أَلا تَعُولُوا**﴾[٥]، أَيْ تَجُورُوا، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ فَكَانَ الْعَدْل وَاجِبًا ضَرُورَةً" وما روي عن أبي هُرَيْرَةَ قال: قال رسول اللَّه (ﷺ):" من كانت له امْرَأَتَانِ يَمِيلُ مع إِحْدَاهُمَا على الْأُخْرَى جاء يوم الْقِيَامَةِ وَأَحَدُ شِقَّيْهِ سَاقِطٌ"[٦]. بعد أن بينا تعريف القسم، سوف نتناول الموقف الفقهي والقانوني من الاعتياض عن حق القسم للزوجة في المقصدين الآتيين:

---

(١) أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج٢، مصدر سابق، ص٥٠٣.

(٢) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ج١، ط١، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت| ١٤٠٥)، ص ٢٢٤.

(٣) منصور البهوتي، كشاف القناع، ج٥، مصدر سابق، ص١٩٨.

(٤) سورة النساء، الآية (٣).

(٥) سورة النساء، الآية (٣).

(٦) رواه ابن ماجة في سننه، ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتب حواشيه محمود خليل، ج١، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، حديث رقم (١٩٦٩)، (مكتبة ابي المعاطي، دون مكان وسنة نشر)، ص٦٣٣. قال الألباني حديث صحيح.

المقصد الأول

موقف الفقه من الاعتياض عن حق القسم للزوجة

اختلف الفقهاء في حكم اعتياض الزوجة عن حقها في القسم" مقابل مال تحصل عليه لترك نوبتها لغيرها من الزوجات إلى رأيين:

الرأي الاول: ذهب اصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز للزوجة الاعتياض عن حق قسم زوجها لها، للتنازل عن يومها في مقابل مال تحصل عليه من الزوجة الأخرى. وهذا ما ذهب إليه (الحنفية، والشافعية، وقال به الحنابلة)[١]" ويؤيد ذلك قول الحموي:" لو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شيء لها"[٢]. وماجاء في تحفة المحتاج:" ولو أخذت على حقها عوض لزمها رده، لأنه ليس عيناً ولا منفعة فلا يقابل بمال"[٣]. وما جاء في المغني:" فإن بذلت ليلتها بمال، لم يصح" لأن حقها في كون الزوج عندها، وليس ذلك بمال، فلا يجوز مقابلته بمال"[٤]. وقد استدلوا على ذلك بما يأتي.

١. إن حق المرأة في القسم لا يعدّ حق بالمعنى الاصطلاحي المقرر للحق" إنما يأتي هذا الحق من حسن العشرة والمعاملة والملاطفة.
٢. إن حقيقة القسم للزوجة لا يمكن عدّه حقّاً مستحقاً يجب الوفاء به، فللزوج الحق في الإعراض عن جميع الزوجات أو الإعراض عن أي منهن" لكن إذا بات عند واحدة لزمه المبيت عند الباقيات[٥].

---

(١) محمد أمين بن عابدين، حاشية بن عابدين، ج٤، مصدر سابق، ص١٤–١٥؛ وشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج٦، (دار الفكر، بيروت| ١٤٠٤هـ–١٩٨٤م)، ص٣٨٩؛ وأبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي، المغني، ج١٠، ط٣، (عالم الكتب، الرياض – السعودية| ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م)، ص٣٠١.

(٢) أحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي، غمز العيون في شرح الاشباه والنظائر، ج٢، ط١، (دار الكتب العلمية| ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م)، ص٢٨٧.

(٣) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٧، (المكتبة التجارية الكبرى، مصر| ١٣٥٧هـ –)١٩٨٣، ص٤٥٤.

(٤) ابن قدامة، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٣٧.

(٥) عبد الملك بن عبد الله الجويني، ج١٣، مصدر سابق، ص ٢٣٩–٢٤٠.

٣. إن الغالب على القسم للزوجة هو اجتناب ما يتداخل به التخصيص، ومعنى هذا أنه إذا سمحت واحدة بإسقاط حقها، فلا يتحقق من الزوج قصد التخصيص.

٤. إن هذا الحق جاء" لدفع الضرر عن المرأة، والزوجة (صاحبة الحق) لما رضيت بالتنازل عن حقها في القسم من زوجها بمقابل، علمت أنها لا تتضرر بذلك، فلا تستحق" وهذا الحق فارق حق الخلع" لأن ملك النكاح ثبت على وجه الصلة والبر ولم يثبت على وجه رفع الضرر عن صاحب الحق[١].

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يجوز للزوجة الاعتياض عن حقها في القسم من زوجها، مقابل مال تحصل عليه من الزوجة الأخرى التي تحل محلها في المبيت" وهذا رأي(المالكية) ويؤكد ذلك ما قالوه في منح الجليل:" جاز للزوج أو للضرة شراء يومها أي إحدى الزوجتين أو الزوجات أو يوميها أو أيامها منها كان العوض عن الاستمتاع أو عن إسقاط الحق"[٢]. وكذلك أخذ بهذا الرأي القاضي من الحنابلة[٣]، وقد استدلوا على ذلك بالقرآن والسنة المطهرة وبعض الآراء وكالآتي:

١. قول الله (تعالى): ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[٤].

٢. ما رواه الإمام أحمد وابن ماجة عن عَائِشَةَ (ﷺ)"أَنَّ رَسُولَ اللَّه (ﷺ) وَجَدَ على صفيه بِنْتِ حُيَيٍ فِي شَيْءٍ فقالت صَفِيَّةُ يا عَائِشَةُ هل لَكِ أَنْ تُرْضِي رَسُولَ اللَّه، عَنِّي وَلَكِ يَوْمِي قالت نعم فَأَخَذَتْ خِمَارًا لها مَصْبُوغًا بِزَعْفَرَانٍ فَرَشَّتْهُ بِالْمَاءِ لِيَفُوحَ رِيحُهُ ثُمَّ قَعَدَتْ إلى جَنْبِ رسول اللَّه، فقال النبي، يا عَائِشَةُ إِلَيْكِ عَنِّي إنه ليس يَوْمَكِ فقالت

(١) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، مصدر سابق، ص٥٢٠.

(٢) محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٢، (دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر)، ص٥٤١.

(٣) ابن قدامة، ج١٠، مصدر سابق، ص ٢٤٢و٢٤٨.

(٤) سورة النساء، الآية (١٢٨).

ذلك فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ من يَشَاءُ فَأَخْبَرَتْهُ بِالْأَمْرِ فَرَضِيَ عنها"[١]. ووجه الاستدلال ان ما جرى بين عائشة وصفية (ﷺ)هو ضرب من ضروب المعاوضات، حيث جاعلت صفية (ﷺ)عائشة (ﷺ)على انها إذا ارضت رسول الله فلها يومها.

٣. مثلما يجوز للزوج أن يأخذ عوضاً عن حقه من زوجته، يجوز للزوجة أن تأخذ عوضاً عن حقها من زوجها، على اعتبار أن كلا الحقين منفعة بدنية[٢].

بعد أن بينا كلا الاتجاهين أرى ومن وجهة نظري المتواضعة أن ما جاء به أصحاب الراي الثاني هو الجدير بالتأييد والذي يمثله المالكية والقاضي من الحنابلة. والذي أجازوا فيه للزوجة الاعتياض عن حقها في قسم زوجها، للأسباب الآتية.

١. إن حق المرأة في القسم هو حق شخصي، يثبت لها بموجب عقد النكاح الشرعي، والذي من ثماره ونتاجه تمتع كل من الزوجين بالآخر، وبما أنه حق شخصي للزوجة فلها أن تتنازل عن هذا الحق بمقابل أو دون مقابل، ولا يوجد دليل على المنع منه.

٢. إن حق الزوجة لم يثبت لها لدفع الضرر كما قال أصحاب الرأي الأول، بل ثبت لها لمصلحة شخصية والمقصود من هذه المصلحة النكاح.

٣. إن اعتياض الزوجة عن حقها في قسم زوجها، لا يؤدي إلى تغيير في الأوضاع الشرعية والحقوق التي تحصل عليها الزوجة، بل الحقوق تثبت لها بمجرد العقد الصحيح، ولا تزول عنها إلا بزوال العقد.

المقصد الثاني

موقف القانون من الاعتياض عن حق القسم للزوجة

من خلال استقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل. لم أجد في طيات هذا القانون أي نص ينظم حكم اعتياض الزوجة عن حقها في قسم زوجها بصورة مباشرة، وبذلك فالقانون المذكور أحال مسائل الأحوال الشخصية

(١) رواه ابن ماجة في سننه، ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، ج٣، كتاب النكاح، باب المرأة تهب نوبتها لصاحبتها، حديث رقم (١٩٧٣)، مصدر سابق، ص١٤٥. قال الالباني حديث ضعيف.

(٢) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ج٥، ط١، (دار المعرفة، بيروت| ١٣٨٦هـ)، ص٤٨٣.

التي لم يرد بشأنها نص إلى الفقه الإسلامي، وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى منه [١]، لكن بالرجوع إلى نص المادة الثالثة الفقرة الخامسة من القانون المذكور نلاحظ أن هذه المادة تناولت مسالة الحصول على إذن القاضي للزواج من زوجة ثانية وفق شروط محددة ينبغي توافرها في طالب الإذن أشارت إليها الفقرة المذكورة. والتي تنص على: "إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي". يتبين لنا من هذه الفقرة أنه من شروط الحصول على الإذن، هو العدل بين الزوجات، على أن يكون العدل في كل شيء، (المبيت، والنفقة، والكسوة، والسكن). كما يتبين لنا أيضاً إن المشرع بالرغم من عدم تناوله أو إشارته إلى حق القسم للزوجة بصورة مباشرة" إلا أنه تناوله بصورة ضمنية" كونه ألزم من يريد الزواج بزوجة ثانية بالعدل بين الزوجات في كل شيء، ويتحقق العدل من خلال المساواة بينهم في (المسكن، والملبس، والمبيت)، والمراد من المبيت هنا هو القسم بين الزوجات من قبل الزوج والذي هو حق شخصي لكل زوجة ثبت لها بالعقد الصحيح وبمقتضى الشرع، فلها الاعتياض عن حقها في قسم زوجها أو الاعتياض عن نوبتها في المبيت إلى زوجة أخرى بمقابل أو دون مقابل" لأنه لا يوجد دليل على المنع منه، وأن الزوجة لا تتضرر من ذلك، وليس في الاعتياض أي تغيير للأوضاع الشرعية. من ذلك نستنتج أن المشرع تناول حق القسم للزوجة بصورة ضمنية. أما عن موقف المشرع الأردني، كذلك لم يرد هذا المصطلح في قانون الأحوال الشخصية الأردني، وبالتالي فالمسائل التي لم يرد بشأنها نص، فقد أحالها إلى الفقه الحنفي أو أحكام الفقه الإسلامي [٢].

(١) ينظر (الفقرة الثانية) من (المادة الاولى) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تنص على:(إذا لم يوجد نص تشريعي يُمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادى الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون ألتقيد بمذهب معين).

(٢) ينظر المادة (٣٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على:(ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون).

الفرع الثاني

مدى الاعتياض عن حق خيار المخيرة

قبل بيان الاعتياض عن حق خيار المخيرة لا بدّ من توضيح معنى المخيرة ثم نتناول موقف الفقه والقانون من خلال تقسيم ذلك على مقصدين وكالآتي:

المخيرة لغة: الْخِيَارُ فِي اللُّغَة الاِصْطِفَاءُ وَالاِنْتِقَاءُ، وهو(الاختيار) ومنه يقال له (خيار) الرؤية ويقال هي اسم من (تخيرت) الشيء[١]. **والخِيارُ إصطلاحاً:"** هو طَلَبُ خَيْرِ الأَمْرَيْنِ مِنَ مِنَ الإِمْضَاءِ أَوْ الفَسْخِ وَالإِلْغَاءِ"[٢]. والمخيرة هي التي ملكها زوجها طلاقها منه، بقوله لها إختاري نفسك، أو ملكت الخيار في الاستمرار في النكاح او فسخه عن طريق القضاء لوجود علة في زوجها كالجب والعنة[٣].

المقصد الأول

موقف الفقه من حق الاعتياض عن خيار المخيرة

يعد حق الاعتياض عن خيار المخيرة الذي ملكته الزوجة، حق مجرد لها" لأن هذا الحق يمكن عدّه سلطة منحت للزوجة" كي تقرر ما هو في مصلحتها من البقاء والاستمرار في النكاح أو فسخه، واستخدام هذا الحق أو إسقاطه لا يؤدي إلى حدوث الأثر في محله، وقد اختلفت الآراء الفقهية حول ذلك إلى رأيين.

الأول: يرى أصحابه عدم جواز اعتياض الزوجة عن هذا الحق. وهذا ما ذهب إليه الحنفية. ويؤيد ذلك ما جاء في تبيين الحقائق:". لو قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته ذلك أي ترك الفسخ بألف فاختارته أي اختارت الزوج بطل خيارها ولا يجب العوض" لأنه لم يقابله حق متقرر فلا يكون تجارة عن تراضٍ فلا يحل"[٤]. ومعنى هذا عدم

(١) أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج١، مادة (خ ي ر)، مصدر سابق، ص١٨٥.

(٢) الزيلعي، ج٢، مصدر سابق، ص٢٧.

(٣) حسام الدين خليل فرج، مصدر سابق، ص١٩٠.

(٤) الزيلعي، ج٥، باب ما تبطل به الشفعة، مصدر سابق، ص٢٥٧.

صحة اعتياض الزوجة عن هذا الحق فلو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شيء لها[١].

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على ذلك، بأن حق الزوجة في الاعتياض عن خيار المخيرة جاء لتلافي الضرر، وبالتالي لا يصح الصلح عنه" لأن (الزوجة) عندما رضيت بان تبقى تعلم أنها لن تتضرر من ذلك، عليه لا تستحق شيء[٢].

الثاني: يرى أصحابه أنه يجوز للزوجة الاعتياض عن خيار المخيرة، وهذا ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية، من خلال القول بجواز العوض للمرأة من سائر الحقوق سواء أكانت القسم أم غيره[٣]. واستدلوا على ذلك، أنه إذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه من الزوجة جاز لها أيضاً أن تأخذ العوض عن حقها منه" لأن كل منهما منفعة بدنية كما أن هذه المسألة تشبه الصلح عن حد القذف[٤]. بعد أن بينا كلا الاتجاهين أرى ومن وجه نظري المتواضعة أن الرأي الثاني هو الصائب للمبررات الآتية:

١. ما قاله ابن تيمية يبين إن هذا الحق مقرر للزوجة وحيث أن صاحب الحق له التصرف فيه كيف يشاء فلها الحق في الاعتياض، طالما أن هذا لا يلحق بها الضرر.
٢. مثلما يحق للزوج أن يأخذ العوض من الزوجة عن حقه، جاز للزوجة أن تأخذ العوض عن حقها منه.

المقصد الثاني

موقف القانون من حق الاعتياض عن خيار المخيرة

من خلال استقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل. لم أجد في طيات هذا القانون اي نص ينظم حكم أعتياض الزوجة المخيرة بصورة مباشرة، وبذلك فإن القانون المذكور أحال مسائل الأحوال ألشخصية التي لم يرد بشأنها نص إلى الفقه الإسلامي، وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال

(١) د. ناديا خير الدين الحاتم، نطاق تطبيق القواعد الفقهية في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي، | بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، المجلد (١١)، العدد (٤١)، | السنة (٢٠٠٩) |، ص٧٦.

(٢) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، مصدر سابق، ص٥٢٠.

(٣) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ج٥، مصدر سابق، ص٤٨٣.

(٤) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ج٥، المصدر نفسه، ص٤٨٣.

الشخصية، وخيار المخيرة يعني أن الزوج يعطى الحق للزوجة في الانفصال عنه أو البقاء على ذمته ولها حق الاختيار بذلك، وبالرجوع إلى نص المادة (٤٣) من القانون نلاحظ أن المشرع بموجب نص هذه المادة أعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق إذا توافرت شروط محدده للتفريق ومن هذه الشروط ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة (٤٣)[١]، نلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع العراقي منح الخيار للزوجة في طلب التفريق من زوجها أو البقاء على ذمته إذا توافر ما منصوص عليه في الفقرة السابقة وهذا يعدّ حقاً مجرداً للزوجة ثبت لها بموجب القانون فلها الحق في المطالبة بالتفريق أو البقاء على ذمة الزوج في حالة ابتلائه بعنى، سواء أكان ذلك بعوض أم دون عوض، لكن إذا كان بعوض شرط موافقة الطرف الآخر الزوج. من هنا يمكن القول إنه إذا كان المشرع العراقي لم يتناول مسالة حق خيار المخيرة للزوجة بصورة مباشرة" فإنه تناولها بصورة ضمنية من خلال نص الفقرة الرابعة من المادة (٤٣). ويقابل هذه المادة من قانون الأحوال العراقي ما جاء في نص المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الأردني[٢]. نخلص مما تقدم أن كلا القانونين

(١) ينظر (الفقرة الرابعة) من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تنص على أنه للزوجة طلب التفريق:(إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا اصيب 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).

(٢) ينظر نص المادة (١٣٠) من قانون الأحوال الأردني والتي تنص على: (إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود عيب في الزوج ينظر: فإن كان العيب غير قابل للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان قابلاً للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة، فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج وأيام الحيض تحسب، فإذا لم يزل العيب في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول=

العراقي والأردني أعطى للزوجة الحق في طلب التفريق من الزوج العنين أم الاعتياض عن حقها بالاستمرار معه بعوض أم بدون عوض لكن بصورة ضمنية، دون الإشارة إلى هذا الحق مباشرة.

الفرع الثالث

الاعتياض عن حق الحضانة

يعدّ حق الحضانة من الحقوق التي لها صلة وثيقة بالحقوق الشخصية المجردة" لأن هذا الحق قرره الشرع لمصلحة الطفل لما يحتاجه من تربية ورعاية، كما قرر هذا الحق لمن هو في حكم الطفل.

فالحضانة لغة: مصدر للفعل حضن، وهي من الحضن، والحضن ما دون الأبط إلى الكشح والجنب، وَمِنْهُ حَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَهُ إِذَا ضَمَّهُ إِلَى نَفْسِهِ تَحْتَ جَنَاحَيْهِ، وَحَضَنَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيِّهَا إِذَا جَعَلَتْهُ فِي حِضْنِهَا أَوْ رَبَّتْهُ، وَالْحَاضِنُ وَالْحَاضِنَةُ الْمُوَكَّلاَنِ بِالصَّبِيِّ يَحْفَظَانِهِ وَيُرَبِّيَانِهِ[(١)]، **والحضانة شرعاً:** هِيَ حِفْظُ مَنْ لاَ يَسْتَقِل بِأُمُورِهِ، وَتَرْبِيَتُهُ بِمَا يُصْلِحُهُ[(٢)]. **الحضانة قانوناً:** لم يعرف المشرع العراقي الحضانة في قانون الأحوال الشخصية" إلا أنه أشار إلى بعض احكامها في المادة (٥٧) منه[(٣)]، وهذا يحسب للمشرع كون التعاريف من تخصص الفقه.

=إليها ينظر: فإذا كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين، وإن كانت بكراً فالقول قولها بيمينها).

(١) أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج١، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٢) علاء الدين الكاساني، ج٤، مصدر سابق، ص٤٠؛ ومغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٤٥٢، وابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٦١٣.

(٣) ينظر نص المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

المقصد الأول

الموقف الفقهي من الاعتياض عن حق الحضانة

اتفق الفقهاء[١]، على أن الحضانة واجبة شرعاً" لأن المحضون قد يتضرر أو يهلك بدونها، فيجب حفظه عن الهلاك، وحضانة الطفل تكون للأبوين إذا كان النكاح قائماً بينهما فإذا افترقا فألام أحق بحضانة الطفل، وإذا تقرر حق الحضانة للأم الحاضنة فهل لها أن تنزل عن حقها في الحضانة للغير بعوض أم بغير عوض؟ اختلفت الآراء الفقهية في ذلك إلى آراء:

الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي أنه لا يجوز للحاضنة الاعتياض والتنازل عن حقها في الحضانة مقابل مال أو عوض. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من (الحنفية، والشافعية، والحنابلة)[٢]. ويؤيد ذلك ما جاء في الدر المختار: "ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيها". وقد استدل أصحاب هذا الرأي على ذلك بالآتي:

١. إذا كان حق الحضانة مقرر للأم، فليس لها أن تتنازل عن حقها في حضانة الطفل للغير بعوض أو دون عوض" لأن حق الحضانة حق مشترك للأم والطفل، فإن تنازلت عن حقها في الحضانة، فليس لها أن تتنازل عن حق الطفل فيها" لأن للطفل حق فيها فإذا كانت قادرة على التصرف في حقها فهي لا تملك الحق للتصرف في حق الطفل.
٢. للمرأة الحرية في افتداء نفسها بالخلع بالتنازل عن أي شي من حقوقها، فلو اختلعت امرأة من زوجها على أن تترك وتتنازل عن حقها في الحضانة عن طريق وضع شرط في الخلع بذلك، صح الخلع وبطل الشرط" لأنه حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط[٣].

---

(١) علاء الدين الكاساني، ج٤، مصدر سابق، ص٤٠؛ ومغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٤٥٢؛ وابن قدامة، ج٧، مصدر سابق، ص٦١٣؛ والموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٧، مصدر سابق، ص٣٠١-٣٠٢.

(٢) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مصدر سابق، ص٥٥٩؛ وأحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، ج٧، مصدر سابق، ص٤٦٨، وابن قدامة، ج٣، مصدر سابق، ص١٣٠.

(٣) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٣، المصدر نفسه، ص٥٥٩.

الثاني: إذ يذهب أصحابه إلى أنه يجوز للحاضنة الاعتياض والتنازل عن حقها في الحضانة مقابل عوض، ولها بيع حقها في الحضانة. وهذا ما ذهب اليه المالكية إذ جاء في فتاوى ابن رشد القرطبي عن بيع حق الحضانة فأجاب: "الذي أراه على منهاج قول مالك الذي يعتقد صحته أن ذلك جائز" لأن الحضانة حق للأم"[١].

وقد استدل اصحاب هذا الراي عن ذلك بان كل من له حق وهذا الحق ثابت له شرعاً، فقد أوكل له الشرع الاستفادة من هذا الحق ًواستعماله إلى رغبته ومشيئته، وبذلك فإنه يجوز النزول عنه بمال لعدم وجود الدليل المانع من ذلك[٢].

بعد أن بيّنا الآراء الفقهية للمذاهب حول الاعتياض عن حق الحضانة، أرى ومن وجهة نظري المتواضعة أن الرأي الراجح والأقرب إلى الصواب هو الرأي الأول والذي ينصّ على عدم جواز اعتياض الحاضنة عن حقها في الحضانة بعوض أو دون عوض للأسباب الآتية:

١. إن حق الحضانة هو حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وليس حق للحاضن الأم وحدها دون الولد" لأنه لو كان الحق لها وحدها جاز لها تركه أو التنازل عنه، ولو كان للولد وحده لزمها هذا الحق ولا يمكن لها تركه إلا من عذر" لذلك فهو حق مشترك.
٢. إذا كان للأم الحاضنة الحق في التنازل عن حقها من ولدها فليس للولد الحق في التنازل عن حقه من أمه" لأنه له الحق في الحضانة ولا تملك أمه الحق في المعاوضة عليها.
٣. إن حق الحضانة منحه الشرع للحاضنة لدفع الضرر عنها، إذ أنها تتضرر بابتعاد ابنها عنها لما تتمتع به من الشفقة والرحمة والحنان، فإذا رضيت ألأم الحاضنة في إسقاط حقها عنها وابتعاد ولدها عنها مقابل مال، هذا يتعارض مع ما توخى المشرع دفعه عنها وهو الضرر.

المقصد الثاني

موقف القانون من الاعتياض عن حق الحضانة

لم يتناول المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية مسألة اعتياض الزوجة عن حقها في الحضانة" لكنه نظم بعض الأحكام في المادة (٥٧) من القانون المذكور. من خلال

(١) ابي الوليد ابن رشد القرطبي المالكي، مسائل ابي الوليد ابن رشد، تحقيق محمد الحبيب التجكاني، ج١، ط٢، (دار الجيل، بيروت|١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م)، ص٤٠٢.
(٢) ابي الوليد ابن رشد القرطبي المالكي، ج١، المصدر نفسه، ص٤٠٣.

وضع الشروط التي يجب ان تتوفر في الحاضن سواء أكان الأم أم الاب، وإن كان للأم الاحقية في الحضانة عند توافر الشروط التي أشارت إليها المادة المذكورة في فقرتيها الأولى والثانية. فهذا الحق يعد حق مجرد لها تبقى متمتعة به طالما أنها تبقى محتفظة بتلك الشروط. والسؤال الذي يطرح نفسه، إذا كانت الأم أحق بالحضانة من الأب عند توافر شروطها، هل لها الحق في التنازل عن هذا الحق بعوض أم بغير عوض؟ للإجابة على ذلك يمكن القول: إن القانون جاء خالياً من أي نص يبين فيه طبيعة حضانة الأم هل هي حق للأم يجوز التنازل عنها، أم واجب لا يجوز التنازل عنها، والرأي الراجح الذي ذهب إليه الكثير من المحققين القدامى والمعاصرين[١] هو أن الحضانة حق للأم وللطفل معاً، وبالتالي فإن الأم تُجبر على الحضانة إذا لم يوجد غيرها، ولا تُجبر إذا وُجد غيرها، كما أن الأم إذا خلعت عن زوجها مقابل التنازل عن حضانتها كان الخلع صحيحاً ويبطل الشرط مراعاةً لحق الولد، وهذ يوافق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة(٧٠٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه:" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم". وقد اتخذ القضاء العراقي هذا الاتجاه وأيده بالقول إن الحضانة حق للأم والطفل معاً، وبناءً على ذلك جاء في القرار المرقم (٣٢٣٨) والمؤرخ في ١٩٩٧/٢/٢٠ عن محكمة التمييز أنه:(اذا تمت المخالعة بناءً على تنازل الزوجة عن حضانة ابنتها ونفقتها لزوجها ثم قامت المدعى عليها بعد الطلاق بانتزاع ابنتها منه، فإن الحكم برد دعوى المدعي بطلبه تسليم ابنته إليه موافق للشرع والقانون حيث أن الحضانة حق للأم وحق للصغير، وأن التنازل عنها مخالف للنظام العام)[٢].

إلا أن القضاء العراقي أخذ مؤخراً اتجاهاً مغايراً لاتجاهه السابق وهو إسقاط الحضانة عن الأم إذا ما اسقطت حقها في الحضانة أمام القضاء، بعد أن كان لا يجيز ذلك، إذ جاء في القرار المرقم (٢٩٨٣)، لمحكمة التمييز الاتحادية انه: (إذا تخلت الحاضنة عن

(١) ينظر أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، ج١، (دار المعرفة، من دون مكان وسنة نشر)، ص٢٦٩.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٢٣٨)، شرعية، ١٩٩٧، في ١٩٩٧/٢/٢٠، منشور في النشرة القضائية، (يصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، السنة الثانية| ١٩٧٣)، ص١٠٦.

حضانتها لأمها فإن الواجب الحكم بإنهاء حضانة المدعى عليها وتسليم المحضونة إلى والدها وإلزام الشخص الثالث (الجدة) بذلك، وليس في الدعوى ما يبرر حرمان الأب من حضانة ابنته بعد أن تخلت الحاضنة عن حضانتها لأمها)[١]. يتبين لنا من خلال القرار الأول المرقم (٣٢٣٨) أن القضاء العراقي منع الحاضنة من التنازل عن حقها في حضانة الصغير" لأن هذا الحق مشتركاً بينهما (الحاضن والمحضون) عملا برأي أصحاب الاتجاه الأول من جمهور الفقهاء، إلا أنه عاد في القرار الثاني المرقم (٢٩٨٣)، وأخذ بما جاء به أصحاب الاتجاه الثاني من المالكية بجواز إسقاط الحاضنة حضانتها عن المحضون" لأن الحضانة حق للأم وفق رأيهم. وهذا موقف غير جدير بالتأييد للقضاء العراقي ينبغي تلافيه" كونه يؤدي إلى تناقض الأحكام وضرورة الأخذ باتجاه واحد.

أما عن موقف المشرع الأردني، فلم يتناول مسألة تنازل المرأة (الأم) عن حقها في حضانة الصغير إلى الغير بعوض ام بدون عوض بصورة صريحة بالرغم من أنه بين شروط الحاضن في المادة (١٧١) بفقرتيها (أ، ب)[٢]. إلا أنه نصّ في حالة إجراء الخلع بين الزوج وزوجته لا يحق للزوجة عند إجراء الخلع أن تتفق معه على التنازل عن حقها في حضانة الطفل، وإذا جاء مثل هذا الشرط في الاتفاق فيصح الخلع ويبطل الشرط بحسب ما جاء به المشرع الاردني[٣].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٩٨٣)، شرعية اولى| ٢٠٠٨، في ٢٠٠٨/٢١/٣١، نقلاً عن فوزي المياحي، صديق المحامي في دعاوي الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح، من دون مكان نشر، ٢٠٠١، ص٣٣٣.

(٢) ينظر نص الفقرة (أ، ب) من المادة (١٧١) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على:" أ. يشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغاً عاقلاً سليماً من الأمراض المعدية الخطيرة أميناً على المحضون قادراً على تربيته وصيانته ديناً وخلقاً وصحة، وألّا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه وألا يسكنه في بيت مبغضيه أو من يؤذيه وألا يكون مرتداً. ب. مع مراعاة ما جاء في فقرة (أ) من هذه المادة يشترط في مستحق الحضانة إذا كان من النساء ألا تكون متزوجة بغير محرم من الصغير".

(٣) ينظر نص المادة (١١١) من قانون الأحوال الاردني والتي تنص على:(المادة (١١١): إذا اشترط الرجل في الخلع إمساك الولد عنده مدة الحضانة صح الخلع وبطل الشرط ولحاضنته عندئذ المطالبة بنفقته فقط).

من خلال ما تقدم يمكن القول إن موقف المشرع الأردني جاء مطابقاً لموقف المشرع العراقي في مسألة اعتياض الزوجة عن حقها في الحضانة، إذ أن كلا القانونين لم ينظما هذه المسألة وسكتا عن ذلك، إضافة الى مطابقة كلا القانونين لمسالة تنازل المرأة عن حقها في الحضانة للزوج بعدم جواز ذلك لكن الخلاف بينهما أن المشرع العراقي لم ينظم ذلك في قانون الأحوال الشخصية العراقي، بينما القضاء العراقي المتمثل باتجاه محكمة التمييز نص على ذلك ومنع تنازل الأم عن حقها في حضانة الصغير" كونه حق للأم وللطفل معاً وبالتالي فإن الأم تجبر على الحضانة إذا لم يوجد غيرها، ولا تجبر إذا وجد غيرها، كما أن الأم إذا خلعت عن زوجها مقابل التنازل عن حضانتها كان الخلع صحيحاً ويبطل الشرط مراعاةً لحق الولد[1]، اما المشرع الأردني فقد أشار إلى ذلك في المادة (١١١) منه والتي سبق ذكرها.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً، وأشكره جلّ وعلا على ما يسّر وأعان. وفي ختام هذا البحث أسجل أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج:

أولاً: إن مشرع قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يعالج موضوع بحثنا، مما دفعنا إلى تأصيل نص قانوني عام لبيان مدى التعويض عن حُقُوقِ الأحوال الشخصية غير المالية.

ثانياً: تباينت المذاهب الإسلامية حول مدى جواز التنازل عن حُقُوقِ الأحوال الشخصية غير مالية، فهناك من أجاز ذلك دون ضوابط، وهناك من منع ذلك دون قيود، وهناك من أجاز ذلك بضوابط وقيود محددة.

ثانياً: التوصيات:

١. ينبغي إيجاد نص قانوني عام يمكن أن يكون أساس لتحديد مسائل الأحوال الشخصية غير المالية التي يمكن التنازل عنها بمقابل او دون مقابل، لذا نقترح على مشرع قانون الأحوال الشخصية العراقي الأخذ بما يلي : أولاً: "١. يجوز التنازل عن الحق: ١. إذا كان منفرداً عن الملك والمحل المتعلق بهِ. ٢. إذا كان ثابتاً لصاحبه

(١) ينظر قرارات محمة التمييز المشار إليهم في هامش (١، ٢) من ص ٣٥ من هذا البحث.

أصالةً على سبيل البر والإحسانً. ثانياً: لا يجوز التنازل عن الحق:١. إذا كان مجرداً عن الملك والمحل المتعلق به٢٠. إذا كان قد ثبت لدرء الضرر عن صاحبه.

٢. يجوز اعتياض المرأة عن حقها في قسم زوجها لها" لأن حق المرأة في القسم حق شخصي ثبت لها بمقتضى الشرع، إذ المقصود من النكاح هو تمتع كل من الزوجين بالآخر، فتنازلها عن هذا الحق لقاء مال، لا يوجد دليل على المنع منه.

٣. لا يجوز الاعتياض عن حق الحضانة" لأن هذا الحق منحه الشرع للحاضنة لدفع الضرر عنها، كما أن المحضون له حق في هذه الحضانة، فلا تملك أمه المعاوضة عليه، لأن هذا الحق ليس ملكاً لها.

The Author declare That there is no conflict of interest

References

First: Linguistic dictionaries.

1. Al-Muqri Al-Fayoumi A, Al-Misbah Al-Munir fi Ghareeb Al-Sharh Al-Kabir by Al-Rafi'I (vol. 1, Al-Maktabah Al-Ilmiyyah | without a year of publication)
2. Al-Jurjani A, Definitions, edited by Ibrahim Al-Abiyari, vol. 1(1st edition, Dar Al-Kitab Al-Arabi |1405)
3. Al-Zubaidi M, Taj Al-Arous from the Jewels of the Dictionary, edited by a group of investigators (Dar Al-Hidaya| without place and year of publication).
4. Al-Ruwaifa'i Al-Ifriqi M, Lisan Al-Arab, vol. 1 (3rd edition,Madaya Sahib, Dar Sader | 1414 AH)

Second: Noble hadiths and works.

5. Al-Daraqutni A, Sunan, edited by Shuaib Al-Arnaout and others, vol. 10(1st edition, Al-Resala Foundation | 1424 AH - 2004 AD).
6. Al-Hanbal.A, Jami' Al-Ulum wal-Hikam, vol. 1 (1st edition,Dar Al-Ma'rifa |1408 AH).
7. Qazwini I, Sunan Ibn Majah, written by Mahmoud Khalil, vol. 3 (Abu Al-Maati Library, without place and year of publication)

8. Al-Naysaburi M, Al-Musnad Al-Sahih Al-Mukhtasar regarding the transmission of justice from justice to the Messenger of God, may God bless him and grant him peace (Sahih Muslim), edited by Muhammad Fouad Abdel-Baqi, Part 2 (Dar Ihya Al-Turath Al-Arabi, Beirut, without a year of publication).

Third: Interpretation of the Qur'an, principles of jurisprudence, and jurisprudential rules:

9. Al-Razi al-Jassas A, Ahkam al-Qur'an by al-Jassas, edited by Muhammad Sadiq al-Qamhawi, vol. 2 (Dar Ihya al-Turath al-Arabi |1405 AH).
10. Al-Hamwi A, Ghamz Al-Uyoun fi Sharh Al-Ashbah wa Al-Naza'ir, vol. 2, 1st edition(Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah| 1405 AH - 1985 AD).
11. Al-Fassi A , Al-Itqan and Al-Ahkam fi Sharh Tuhfat Al-Hikam, Part 1 (Dar Al-Ma'rifa|without place and year of publication.)

Fourth: Islamic jurisprudence books

A: Hanafi jurisprudence.

12. Bin Abdeen M, Radd al-Muhtar ala al-Durr al-Mukhtar Sharh Tanweer al-Absar, vol. 5(Dar Al-Fikr for Printing and Publishing|1421 AH - 2000 AD).
13. Al-Kasani al-Hanafi A, Bada'i' al-Sana'i' fi Artan al-Shara'i', vol. 5(2nd edition, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, without a place of publication| 1406 AH - 1986 AD).
14. Effendi A, Durar Al-Hikam, Sharh Al-Ahkam Magazine, Part 1, Arabization: Lawyer Fahmi Al-Husseini(Dar Al-Jeel, without place of publication| 1411 AH, 1991 AD)
15. Al-Zayla'i al-Hanafi F, Tabyen al-Haqa'iq Sharh Kanz al-Daqaqa' wa Hashiyat al-Shalabi(1st edition, Al-Kubra Al-Amiriyya Press, Bulaq | 1313 AH)

16.al-Sarkhasi M, Shams al-A'imah, al-Mabsut, vol. 29, Dar al-Ma'rifa|1414 AH - 1993 AD.

B: Maliki jurisprudence.

17.Ibn Rushd A, Issues of Abu Al-Walid Ibn Rushd, edited by Muhammad Al-Habib Al-Tajkani, vol. 1(2nd edition, ,Dar Al-Jeel| 1414 AH - 1993 A).

18.Abd al-Rahman al-Maliki S, famous for al-Qarafi, Al-Furuk = Anwar al-Buruq fi Anwa al-Furuk, edited by: Khalil al-Mansur, vol. 2, (The Seventy-Nine Difference Between the Base of Transmission and the Base of Projection), (Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, without place of publication|1418 AH - 1998 AD).

19.Malik bin Anas bin Malik bin Amer Al-Asbahi, Al-Mudawwana, vol. 2(1st edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, without place of publication| 1415 AH - 1994 AD).

20.Muhammad bin Ahmed bin Muhammad Alish al-Maliki, Manah al-Jalil, Sharh Mukhtasar Khalil, Part 2(Dar al-Fikr| without a year of publication).

21.Muhammad Arafa Al-Desouki, Al-Desouki's Footnote to Al-Sharh Al-Kabir, edited by Muhammad Alish, vol. 4(Dar Al-Fikr | without year of publication).

A: Shafi'i jurisprudence.

22.Al-Nawawi S, Al-Majmu' Sharh al-Muhadhdhab(Dar al-Fikr| without place and year of publication).

23.Al-Shafi'i al-Saghir S, Nihayat al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj(Dar al-Fikr Printing| 1404 AH, 1984 AD.

24.Al-Juwayni A, Nihayat al-Muttalib fi Diriyah al-Madhab, edited by Dr. Abdel Azim Mahmoud Al-Deeb, vol. 9(1st edition, Dar Al-Minhaj, without place of publication|1428 AH - 2007 AD).

25.Al-Shafi'i M, Al-Umm(2nd edition, Dar Al-Ma'rifa|1410 AH - 1990 AD).

D: Hanbali jurisprudence

26.Bin Qudamah al-Jumaili, Al-Mughni, vol. 10(3rd edition, Alam al-Kutub, Riyadh - | 1417 AH - 1997 AD).

27.Mustafa bin Saad bin Abd al-Suyuti al-Dimashqi al-Hanbali, Matalib Uli al-Nuha fi Sharh Ghayat al-Muntaha(2nd edition, Al-Maktab Al-Islami, without place of publication| 1415 AH, 1994 AD).

28.Al-Bahuti M, Minutes of Oul al-Nuha li Sharh al-Muntaha known as Sharh Muntaha al-Iradat(1st edition, ,Alam al-Kutub, without a place of publication| 1414 AH, 1993 AD).

29.Al-Bahuti .M Kashshaf al-Qinaa fi Matan al-Iqnaa', vol. 4, (Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, without place and year of publication).

Fifth: Contemporary Islamic and legal jurisprudence

30.Bin Habta A, Al-Kharaj, edited by: Taha Abdel-Raouf Saad, Saad Hassan Muhammad, Part 1, Al-Azhari Heritage Library, without place and year of publication).

31.Shalibak .A, Provisions of Abolition in Islamic Jurisprudence(2nd edition,Dar Al-Nafais | 2003).

32.Al-Kubaisi A, Personal Status in Jurisprudence, Judiciary and Law, Part 1(Al-Atak Book Industry| 2007).

33.Bin Taymiyyah Al-Harrani A, Al-Fatawa Al-Kubra by Ibn Taymiyyah, vol. 5 (1st edition, Dar Al-Ma'rif | 1386 AH).

34.Farag H, Submission of Abstract Rights in Islamic Sharia (Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria (1st edition 2013).

35.Al-Hakim A& Al-Bakri A& Al-Bashir M, Part 1, Al-Wajeez in the Theory of Commitment in Iraqi Civil Law,

Sources of Commitment, Part 1 (Dar Ibn Al-Atheer, Mosul, 2nd edition| 2011)

36. Al-Khafif A, Ownership in Sharia with Comparison to Man-made Laws, Part 1 (Dar Al-Fikr Al-Arabi| without place of publication, 1416 AH)