جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون

# دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)

أطروحة قدمها الطالب
موسى أبو الشون أبو هديله الجبوري

**إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص**

بإشراف
الأستاذ الدكتور
حيدر حسين كاظم الشمري

١٤٤٧هـ ٢٠٢٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

سورة البقرة: آية١١

ٱُّ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

ِّ لج

**صدق الله العلي العظيم**

**سورة البقرة : من الآية ٢٢٩**

# الإهداء

# إلى ...

- ❖ والدي ووالدتي (رحمهما الله) الذين كانا سبباً في وجودي ونجاحي حتى يوم موعدي ومعادي ، فلقد سهرتما الليالي الطوال لأجلي ، وتحملتما أعباء الحياة بمرها وحلوها لاسعادي وكنتما المثل الأعلى في الحُبّ والتضحيَة والتربية ، فتعلمت منكما كل ما تنطوي عليه النفس الإنسانية الكريمة من نُبل في الغاية ، وعمق في الإخلاص وتسابق لعمل الخيرات ، فكان غرسكما يحملون قيم الحياة الفاضلة الكريمة ويؤمنون بتلك المُثل العليا التي أكد عليهما ديننا الحنيف ، فأجبتكما في اعماق قلبي ، وحفظت لكما تقديراً واحتراماً في فكري وعقلي .
- ❖ كل إنسان أعانني في مسيرتي العلمية بكلمة صادقة .
- ❖ الأيادي المخلصة التي ساعدتني

إليكم جميعاً اهدي ثمرة جهدي المتواضع

***الباحث***

# الشكر والعرفان

الحمد الله رب العالمين..

اللهم إنّي أشكر نعمته تستحق الشكر فعلمني كيف أشكرك الحمد الله كما ينبغي لجلال وجهك الكريم وعظيم سلطانك، الحمد الله رب العالمين خلق اللوح والقلم وخلق الخلق من عدم، ودبر الأرزاق وحكم وجمل الليل بالنجوم في الظُّلَمْ، وبعد إنجازنا لهذه الأطروحة يسعدنا ويشرفنا أن نتقدم بوافر شكرنا وتقديرنا إلى أستاذنا الفاضل (الأستاذ الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري) الذي تفضل مشكوراً في إبداء توجيهاته السديدة والقيمة على إنجاز هذه الأطروحة بشكلها النهائي، ونثمن كل ما بذله من جهود وملاحظات قيمة أثرت في الأطروحة وعمقتها، كما نثمن الدور القيم لجميع أساتذتي الأفاضل خلال مرحلتي الدراسية لما قدموا لي من جهود خيرة وبعلمية عالية، في الختام أسأل الباري (ﷻ) أن يوفقهم ويرعاهم، ويجزيهم الله خير جزاء إنه نعم المولى ونعم النصير.

*الباحث*

# قائمة المحتويات


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| مقدمة | ١-٤ |
| الفصل الأول<br>دور النظام العام في إنشاء الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها | ٥-٨٢ |
| المبحث الأول: دور النظام العام في إنشاء الزواج ابتداء | ٧-٤٤ |
| المطلب الأول: دور النظام العام في انعقاد الزواج | ٨-٣٠ |
| الفرع الأول: دور النظام العام في تحديد أهلية الزواج | ٩-١٧ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في حماية الرضا في عقد الزواج | ١٧-٢١ |
| الفرع الثالث: دور النظام العام في شروط الشكل والإجراءات اللازمة للانعقاد | ٢٢-٣٠ |
| المطلب الثاني: دور النظام العام في الاشتراط في عقد الزواج | ٣١-٤٤ |
| الفرع الأول: مفهوم الاشتراط في عقد الزواج وموقف الفقه الإسلامي منه | ٣١-٣٥ |
| الفرع الثاني: صور الاشتراط في عقد الزواج | ٣٥-٤٤ |
| المبحث الثاني: دور النظام العام في الآثار المترتبة على الزواج | ٤٥-٨٢ |
| المطلب الأول: دور النظام العام في الآثار المالية للزواج | ٤٥-٦٤ |
| الفرع الأول: دور النظام العام في حق الزوجة بالمهر | ٤٥-٥٧ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في حق الزوجة بالنفقة | ٥٧-٦٤ |
| المطلب الثاني: دور النظام العام في الحقوق الزوجية المعنوية | ٦٤-٨٢ |

| | |
|---|---|
| الفرع الأول: دور النظام العام في الطاعة الزوجية والقوامة | ٦٥-٧٧ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في تنظيم حق التأديب | ٧٨-٨٢ |
| الفصل الثاني<br>دور النظام العام في انحلال الرابطة الزوجية | ٨٣-١٥١ |
| المبحث الأول: دور النظام العام في الطلاق | ٨٤-١١٠ |
| المطلب الأول: دور النظام العام في الطلاق الارادي | ٨٥-٩٨ |
| الفرع الأول: مفهوم الطلاق وحدود إرادة الزوج | ٨٥-٩١ |
| الفرع الثاني: تفويض الزوجة في الطلاق | ٩١-٩٨ |
| المطلب الثاني: دور النظام العام في الطلاق من حيث دوره التكليفي والوضعي | ٩٨-١١٠ |
| الفرع الأول: الطلاق من حيث حكمه التكليفي | ٩٩-١٠٣ |
| الفرع الثاني: الطلاق من حيث الحكم الوضعي (أثره) | ١٠٤-١١٠ |
| المبحث الثاني: دور النظام العام في الفسخ والتفريق القضائي | ١١١-١٥١ |
| المطلب الأول: دور النظام العام في فسخ عقد الزواج | ١١١-١٢٧ |
| الفرع الأول: ماهية فسخ عقد الزواج | ١١٢-١٢٥ |
| الفرع الثاني: أحكام الشروط في عقد الزواج | ١٢٥-١٢٧ |
| المطلب الثاني: علاقة النظام العام في مسائل التفريق القضائي | ١٢٧-١٥١ |
| الفرع الأول: تعريف التفريق القضائي وبيان مشروعيته وحكمه | ١٢٨-١٣٢ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في التفريق القضائي | ١٣٢-١٣٩ |

| | |
|---|---|
| الفرع الثالث: دور النظام العام في التفريق القضائي بطلب أحد الزوجين أو نقص الأهلية | ١٤٠-١١٤٦ |
| الفرع الرابع–الموقف الفقهي والتشريعي للتفريق القضائي وعلاقة التفريق القضائي بالنظام العام | ١٤٦-١٥١ |
| الفصل الثالث<br>دور النظام العام في الوصية والميراث | ١٥٢-٢١٩ |
| المبحث الاول: دور النظام العام في الوصية | ١٥٤-١٩١ |
| المطلب الأول: دور النظام العام في إنشاء الوصية ابتداء | ١٥٤-١٨٤ |
| الفرع الاول: دور النظام العام في ركن الموصي وشروطه | ١٥٥-١٦٥ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في ركن الموصى له وشروطه | ١٦٥-١٧٦ |
| الفرع الثالث: دور النظام العام في ركن الموصى به وشروطه | ١٧٦-١٨٤ |
| المطلب الثاني: دور النظام العام في أنواع الوصية | ١٨٤-١٩١ |
| الفرع الأول: دور النظام العام في الوصية الواجبة | ١٨٤-١٨٨ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في الوصية المعلقة والوصية المشروطة | ١٨٨-١٩١ |
| المبحث الثاني: علاقة النظام العام بمسائل الميراث | ١٩٢-٢١٩ |
| المطلب الاول: دور النظام العام في أحكام الميراث | ١٩٢-٢١٠ |
| الفرع الأول: دور النظام العام في حالة الشك في الاستحقاق | ١٩٣-٢٠١ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في تحديد المستحقين للإرث | ٢٠١-٢١٠ |
| المطلب الثاني: دور النظام العام في موانع الإرث | ٢١٠-٢١٩ |

| | |
|---|---|
| الفرع الأول: دور النظام العام في القتل كمانع من الإرث | ٢١١-٢١٤ |
| الفرع الثاني: دور النظام العام في اختلاف الدين كمانع من الميراث | ٢١٤-٢١٦ |
| الفرع الثالث: اختلاف الدارين كمانع من الإرث | ٢١٦-٢١٩ |
| الخاتمة | ٢٢٠-٢٢٦ |
| المصادر والمراجع | ٢٢٧-٢٤٢ |
| **Abstract** | **A-B** |

# المستُخلَص

يُعدّ النظام العام الصـــمام الأمني الذي يحمي القيم الأســاســـية للمجتمع ، وله دور محوري وحاسم في مسائل الأحوال الشخصية، ومنها " الزواج، الطلاق، الوصية، الميراث" ؛ لأنّ هذه المسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالبنية الاجتماعية ، والأخلاقية والدينية للمجتمع .

ويؤدي النظام العام دوراً مهماً في مفاصل القانون كافة، إذ لا يمكن لأي نظام قانوني أن يستغني عنه ؛ لأنه الوسيلة التي تكفل به حماية المجتمع ومصالحه العليا العامة، ولاسيما بمسائل الأحوال الشخصية ، ولأن مفهوم النظام العام يختلف باختلاف المجتمعات والدول ، إذ إنّ كل دولة تقيم نظامها القانوني على الأســـس التي تكفل ســـير نظامها الديني، والاجتماعي ، والاقتصادي، والسياسي ، وهذه الأسس بالتأكيد تختلف من دولة لأخرى ، مما يترتب على هذا الاختلاف تباين فكرة النظام العام فيما بينها ، ونظراً لوجود هذا التباين بين الأنظمة المختلفة اختلف معها أروقة النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية ، بحكم ان مسائل الأحوال الشخصية تعدّ التطبيق الخصب لفكرة النظام العام ، وتعد فكرة النظام العام بأنها فكرة متغيرة وهلامية تبعاً لمكان وجودها وزمانه، فهي مفهوم نســـبي يتحكم به الزمان والمكان وكذلك العادات والقيم بإختلاف مسمياتها سواء أكانت دينية، أم أخلاقية، أم سياسية، أم اجتماعية وفي الوقت ذاته لا يمكن الإســـتغناء عن فكرة النظام العام كونها تســـاعد في تكوين النقطة الجوهرية الفاصـــلة بين ما يمكن فعلة وما لا يمكن فعلة فهي بهذه الحالة يعدّ وجودها قيداً على الحرية الإرادة من جهة ووسيلة لحماية مصـالح المجتمع من جهة أخرى، وبما ان فكرة النظام العام تســـتند بطبيعتها إلى النزعة الدينية، والاجتماعية، والســـياســـية، والفلســـفية، لأي مجتمع فإن أي خطوة يقوم بها المجتمع نحو التقدم والتطور بما يواكب العصـــر الحديث لابد أن يقوم القانون بخطوة مماثلة لما قام به المجتمع من أجل تحقيق التوازن بين القانون والمجتمع، إذ إن القانون يدور وجوداً وعدماً مع تلك المبادئ والقيم التي يرســـمها المجتمع، فأن مخالفة النظام العام يمس المصـــلحة العليا للمجتمع، حيث تعد فكرة

النظام العام بمسائل الأحوال الشخصية مرتبطة بالمعتقدات والمصالح العليا للمجتمع، لذا من الضــروري حماية الأســرة عند نظام معين ألا وهو النظام العام ومن أجل ذلك ارتآى الباحث أن تُبحث هذه الأطروحة عن أهم المســـائل المرتبطة بالنظام العام في مســـائل الأحوال الشخصية والآثار المترتبة على مخالفة النظام العام.

# المقدمة

# المقدمـــــة

**بســم الله والحمد لله رب العالمين والصــلاة والســلام على ســيدنا محمد وآل بيته الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين .**

يؤدي النظام العام في مجال الأحوال الشـخصـية دوراً كبيراً ومؤثراً وذلك لخصـوصـية هذه المسـائل وتعلقها بالجانب الديني، لهذ نجد أن التشريعات الإسـلامية التي تتخذ من الإسـلام دينياً رسـمياً لها والتي تعطي خصــوصــية لهذه المســائل وتجعل أغلبها من النظام العام حفاظاً على الأسرة وضمان بقائها، فالأسرة هي نواة المجتمع وتعدّ مسائل الأحوال الشخصية من أكثر فروع القانون تدخلاً في الإنســان وبنيه المجتمع الدينية، والأخلاقية الأمر الذي يجعلها مجالاً خصــباً لتدخل النظام العام، ويشكل النظام العام الاطار القانوني لحماية القيم الأساسية للمجتمع ومن ثم فإن مسـائل الأحوال الشـخصـية تعد من أكثر المسـائل أهمية وخطورة لما يترتب عليها من آثار اجتماعية تمس كيان الأسـرة بصـورة خاصــة والمجتمع بصـورة عامة، من هنا فإن دراســة دور النظام العام في مسـائل الأحوال الشـخصـية لا تعد فقط بحثاً في فرع من فروع القانون، بل هي دراسـة تتصـل بالتنظيم الأسري والاجتماعي داخل الدولة من هنا فإن غالبية التشريعات قد أولت مسائل الأحوال الشخصية اهتماماً، ومن أجل الوصول إلى المسائل التي يمكن أن تتعلق بالنظام العام ، فلابد من البحث عن مفهوم النظام العام ومدى ارتباطه بمســائل الأحوال الشــخصــية ، والآثار التي يمكن أن نجدها جراء هذا الالتصاق بين هذه المسائل والنظام العام ، ولعل شرح كل المسـائل الخاصــة بمسـائل الأحوال الشـخصـية لا يتسـع لها لكثرتها ، واحتياجها إلى أكثر من دراســة، لذا كان لزاماً علينا البحث عن مســائل الأحوال الشــخصــية المتعلقة بالنظام العام : كالزواج، والطلاق ، وآثارهما ، والوصــية والميراث ، فضــلاً عن ذلك وضــعت نصــوصــاً آمرة بموجبها لا يسمح للأطراف بمخالفتها لأنها تمس النظام العام.

أولاً: فرضية البحث:

إلى أي مــدى نجح المشــرع في كــل من العراق، والإمــارات، والجزائر في تنظيم موضــوع الدراســة تنظيماً يحقق الانســجام بين المرجعية الفقهية، ومتطلبات العدالة القانونية المعاصرة؟

ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس عدد من الأسئلة البحثية، من أبرزها:

١- ما الأساس الفقهي الذي اعتمدته التشريعات الثلاثة في تنظيم المسألة محل البحث؟

٢- ما أوجه الاتفاق والاختلاف بين النصوص القانونية في الدول محل المقارنة؟

٣- ما مدى كفاية التنظيم التشريعي في تحقيق الاستقرار الأسري وحماية الحقوق؟

٤- هل يتطلب الواقع العملي إدخال تعديلات تشريعية، وما طبيعتها؟

## ثانياً: مشكلة البحث:

تبرز الإشكالية الأساسية لموضوع البحث والتي نحاول من خلاله معالجتها في بيان دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، فمن المعلوم أن مسائل الأحوال الشخصية تعد من الأمور التي تتصل بالنظام العام، لذا لا بد من بيان حدود تدخل النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم لا بد من معرفة مدى مطابقة القواعد الآمرة التي يضعها المشرع في الزواج وانحلاله، والآثار المتولدة عنه وأيضاً الوصايا، والمواريث لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك مدى إمكانية التوفيق بين حرية الفرد في تنظيم علاقاته الأسرية وبين ضرورة احترام القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العام، إذ إن النظام العام وتغيره حسب الزمان والمكان يستوجب التناسق بين الأحكام في التشريعات المختلفة كي لا يكون هناك تصادم بين تلك التشريعات وبمرور الزمن مع القيم العليا السائدة في المجتمع.

## ثالثاً: منهجية البحث:

من أجل البحث عن النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية سنتبع المناهج الآتية:

أ- **المنهج الاستقرائي:** وذلك من خلال استقراء النصوص القانونية والأحكام الفقهية المتعلقة بموضوع بحثنا للوصول إلى بيان مدى تعارضها للنظام العام.

ب-**المنهج التحليلي:** سنتطرق في هذا المنهج إلى كل جزئية من جزئيات البحث من خلال تحليلها، وصولاً إلى معالجة موضوع البحث، ويتضمن بعض مسائل الأحوال الشخصية التي يظهر فيها النظام العام مؤثراً كالزواج، والطلاق، والوصايا، والمواريث.

ج- **المنهج المقارن:** سنجري مقارنة فقهية بين مذاهب الفقه الإسلامي، ومن بين هذه المذاهب المذهب الإمامي، والحنفي، والشافعي، والمالكي، والحنبلي، وبعض الآراء الفقهية للأباضية والظاهرية ، وكذلك إجراء مقارنة تشريعية بين التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة ومنها الإماراتي والجزائري.

رابعاً- أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في تسليط الضوء على الدور الذي يلعبه النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية كون مسائل الأحوال الشخصية ذات مجال أوسع تطبيقاً للنظام العام نظراً لارتباط مسائل الأحوال الشخصية بالمفاهيم الدينية، والاجتماعية، والأخلاقية، والسياسية، وكذلك بيان أهمية تدخل المشرع في مسائل الأحوال الشخصية، لأنّ الهدف من تدخل المشرع فيها من زواج، وانحلاله والآثار المترتبة عليهما وكذلك الوصايا، والمواريث هو حماية مقاصد الشريعة ومن ثم منع التحايل على أحكام الشريعة الإسلامية والقانون ولاسيما في العراق والدول العربية ذات الطابع الإسلامي.

خامساً - أهداف البحث:

تكمن أهداف البحث فيما يأتي:

١- يسهم البحث في فهم كيفية الحقوق في مسائل الزواج، والطلاق وكذلك في مسائل الوصايا، والمواريث ضمن الإطار العام.

٢- يوفر البحث رؤى حول كيف يمكن تحسين القوانين المتعلقة بالزواج، والطلاق وكذلك القوانين المتعلقة بالوصايا، والمواريث لضمان تحقيق التوازن بين النظام العام، وحقوق الأفراد.

٣- تحقيق الاستقرار الأسري من خلال تحسين الأنظمة القانونية المتعلقة بالزواج، والطلاق والوصايا، والمواريث مما يعزز الاستقرار الأسري، والاجتماعي وهذا ينعكس بشكل إيجابي على المجتمع بشكل عام.

٤- يساهم البحث في تحديد ومعالجه الثغرات أو التحديات التي قد يواجهها النظام القضائي بما يتعلق منها بالزواج، والطلاق والمتعلق منها بمسائل الوصايا، والمواريث.

سادساً - هيكليه البحث:

سوف نقسم الموضوع الأطروحة على ثلاثة فصول، نتطرق في الفصل الأول إلى دور النظام العام في إنشاء الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليها من خلال تقسيمه على مبحثين، نبيّن في أولهما إلى دور النظام العام إنشاء الزواج ابتداء، في حين نبين في المبحث الثاني إلى دور النظام العام الآثار المترتبة على إنشاء الرابطة الزوجية .

أما الفصل الثاني فسنبين دور النظام العام في انحلال الرابطة الزوجية من خلال تقسيمه على مبحثين نبيّن في المبحث الأول إلى دور النظام العام في الطلاق، أما المبحث الثاني فنخصصه لدور النظام العام في الفسخ والتفريق القضائي.

أما الفصل الثالث فسنبينه فيه دور النظام العام في الوصايا والمواريث من خلال تقسيمه على مبحثين، نبيّن في المبحث الأول إلى بيان دور النظام العام في الوصية، أما المبحث الثاني فسوف نبين دور النظام العام في الميراث. أما خاتمة البحث فقد تضمنت أبرز النتائج والمقترحات التي