

قانون الأحوال الشخصية بين الأصالة والتجديد دراسة فقهية مقارنة

م. خليل إبراهيم حسب
كلية القانون / جامعة ميسان

قال تعالى : { وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً } النساء: ٥٨ .

قال تعالى : { إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ النَّاسَ لَا يَعْلَمُونَ } يوسف: ٤٠ .

تمهيد

نكاد نجزم على أصالة الإسلام وعالميته وأنه دين القيمة، وذلك لما نجده في قواميس السماء التي فُتنت من أجل أن تكتمل الصورة الحقيقية للمجتمع البشري، فالإسلام عالج جميع مفردات الحياة الإنسانية بكل تفاصيلها وتشعباتها الدقيقة، ودليلنا على ذلك، إيماننا المطلق بأن الله تعالى قد قَدَّرَ في علمه الأزلي بأن يجعل من القرآن الكريم إنموذجاً رائعاً ينير الطريق للأجيال بالعلم والمعرفة { وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ } لأنه لم يترك صغيرة ولا كبيرة إلا وقد أعطى حكمه فيها {مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ} فعين لها مَنْ يُوْخِذُ مِنْهَا التَّفَاصِيلَ، كما تبين لنا ذلك الآية (٧) من سورة الحشر { وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا } والإنسان كلما سبح في بحر القرآن الكريم وتوغل في أعماقه، استخرج برامجاً وتوجيهات توصله إلى السعادة، اتضحت له عظمة هذا الكتاب السماوي وشموله.

ولهذا، فَمَنْ استجدى القوانين من ذا وذاك وترك القرآن، فهو لم يعرف القرآن، وطلب من الغير ما هو موجود عنده.

ومن جملة ما قننه القرآن الكريم وأرسى دعائمه؛ هو قانون الزواج والطلاق، الذي يعتبر أعظم أنجاز إلهي لترسيم خارطة المجتمع الإنساني عبر الأسر الصغيرة التي تنشأ من زوج وزوجة، ثم تتكاثر حتى تؤسس مجتمع إنساني، فالزواج سنَّةُ الهيَّة، كانت متعارفة منذ العصور القديمة بل منذ بداية الحياة البشرية.

وهو عهد مقدس يوجد بين كل الأقاليم والأمم المتدنية وغيرها، وفي جميع العصور والأمكنة.

وحتى يؤدي هذا العهد والميثاق المقدس هدفه المنشود على أتم وجه، فلا بد للشرعية من وضع الأحكام والقوانين التي تنظم هذا الميثاق المعنوي بين فردين مختلفين تماماً على الصعيد الاجتماعي والثقافي.

فالإسلام صمَّم نظاماً متكاملًا لزواج، يبتدئ بالخطبة التي تتضمن تحديد مقدار المهر، ومن ثمَّ العقد الشرعي

الذي يبيح حلّية النكاح، وشدّد على النواحي المعنوية والعاطفية والحقوقية والاقتصادية للزواج، فاهتمّ بشكل خاص بركنيتين مهمّتين في صحة عقد الزواج، وهما: صيغة العقد، وهي تمثل الجانب المعنوي، والزوجين باعتبارهما موضوعي العقد، أمّا الخطبة فاعتبرها عملاً مستحبّاً بسبب آثارها الاجتماعية الايجابية، وأمّا المهر فلم يعتبره شرطاً في صحة العقد، ولكن لا يكتمل الزواج إلّا به؛ لتعلّقه بحقوق المرأة المالية.

ولأجل الوقوف عن كثب في معرفة ماهية هذا القانون ونشأته وآلية تطويره ارتأينا أولاً الوقوف على ماهيته الأمر الذي يتطلب منا معرفة الحق الشخصي والتطور التاريخي لهذا المصطلح، ومقدار أصالته وتبعيته للإسلام، لأجل ذلك قمنا بتقسيم البحث إلى مبحثين رئيسيين، كل مبحث تضمن عدة مطالب ، في المبحث الأول والذي تضمن أربعة مطالب، عنوانه باسم مباحث تمهيدية، وأعني به المباحث اللغوية في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني والثالث تحدثنا عن التأصيل الشرعي والتاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية، أما المطلب الرابع فتحدثنا فيه عن تشريع مصطلح الأحوال الشخصية.

أما المبحث الثاني، الذي كان بعنوان القاعدة الفقهية وأثرها في تشريع القانون، هذا المبحث تضمن أربعة مطالب، وفرعين، المطلب الأول تحدثنا فيه عن العوامل الدخيلة في تكوين القاعدة القانونية ومقوماتها، والمطلب الثاني تحدثنا فيه عن المماثلة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، والمطلب الثالث فكان حديثنا حول الإخفاقات التي مُني بها قانون الأحوال الشخصية، أما الفرعين، فكان الفرع الأول حول مهام عمل الباحث الاجتماعي الإنسانية، والفرع الثاني، بعنوان مهام في طريق الباحث الاجتماعي. أما المطلب الرابع فختمنا به بحثنا حول دور الزمان والمكان في تغيير الأحكام الشرعية.

المبحث الأول: مباحث تمهيدية

المطلب الأول: أبحاث لغوية.

أولاً: القانون لغة:

يطلق ويراد به القاعدة المطردة بين ظاهرتين أو أكثر وتؤدي إلى نتيجة ثابتة تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت وبهذا يطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية، مثل قانون العرض والطلب في علم الاقتصاد، وقانون الجاذبية الأرضية في علم الفيزياء، وقانون غليان الماء^(١).

واختلف في تحديد أصل هذا اللفظ، فالرأي الغالب أنه ليس بعربي ، وأنه لفظ يوناني^(٢) . وذهب بعضهم إلى أنه عربي الأصل مادة وشكلاً، ومادته لفظ (قن)^(٣) ، ووجدته أقرب معنى للقانون، وقننت الشيء أقينته قيناً: لممته وأصلحته^(٤).

قال ابن منظور: قانون كل شيء مقياسه وطريقه. ثم ذكر أن لفظ القانون ليس بعربي^(٥).

دخل لفظ القانون في المجال التشريعي في العالم الإسلامي والعربي منتصف القرن التاسع عشر الميلادي، وذلك بعد أن أقدمت الدولة العثمانية على سن تشريعات قانونية كقانون المرافحة لعام ١٣٠٩ هـ - ١٨٨٧ م.

القانون اصطلاحاً :

مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تقر الدولة الناس على إتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء^(٦).

وهذا يعني أن القانون يقوم على تنظيم الروابط بين الناس وفق فلسفة خاصة يقوم عليها من حيث الوظيفة التي يؤديها في المجتمع والوسيلة التي يتبعها ، والهدف الذي ينشده^(٧).

هذا ما يعبر عنه القانون (law) وهو مراد بحثنا في هذه الدراسة.

أما القانون بالمعنى الضيق (staute=law-act of parliament) فيراد به مجموعة معينة من القواعد التشريعية الخاصة بأمر معين، مثل قانون الموظفين، أو قانون السير، أو قانون الجامعات وغيرها. والقانون بالمعنى الضيق ينصرف فقط للتشريع المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية^(٨).

(١) د. منعم فرج الصدة، نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مصطفى البابي وأولاده، مصر، ١٩٧٠م، ج١، ص١٢.

(٢) الصحاح: ٦ / ٢١٨٥.

(٣) المدخل لدراسة القانون: ١٩.

(٤) الصحاح: ٦ / ٢١٨٥.

(٥) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت ، لبنان، مادة (قن) ج٣، ص١٧٧.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، وحشت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م.

(٧) المصدر السابق، ج١، ص١٣.

(٨) د. منعم فرج الصدة، نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مصطفى البابي وأولاده، مصر، ١٩٧٠م، ج١، ص١٢.

أما وظيفة القانون: فهو حماية حقوق الناس واحترام حرياتهم، وصون كرامتهم، وحفظ كرامة وأمن المجتمع وكفالة تقدمه.

والقانون بهذا المعنى يختلف في مراحل تطبيقه من دولة إلى أخرى، تبعاً للقائمين على تطبيقه حرفياً أخذين بنظر الاعتبار المعارضة لكثير من الأعراف والتقاليد التي تقف عائقاً دون تنفيذها، فالأمة التي تداهن على حساب قانونها هي أمة لا تريد لنفسها الرقي والتدرج العلمي والمعرفي في مصاف الأمم المتقدمة.

ثانياً: الأحوال الشخصية لغة :

كحوال الشيء يحول حوَّلاً في معنيين، يكون تغييراً، ويكون تحويلاً^(١).
وحال الشخص يحول إذا تحرَّك وكذلك كل متحول عن حالة، ومنه قولهم استحلت الشخص أي نظرت هل يتحرَّك^(٢) فكأنَّ القائل إذا قال لا حَوْل ولا قوَّة إلا بالله يقول: لا حركة ولا استطاعة إلا بمشيئة الله^(٣).
وقال صاحب المعجم الوسيط: « حال الشيء: صفته، وحال الإنسان: ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية »^(٤).

وأما تعريف الشخص في اللغة: « فيطلق على كل جسم له ارتفاع وظهور ، ويغلب إطلاقه على الإنسان، وجمعه أشخاص وشخوص »^(٥).

وتعني لفظة (شخص) في اللغة الإنجليزية (Person)، وفي اللغة الفرنسية (Personne) وكلمة (personne) مشتقة من الكلمة اللاتينية (Persona) التي تدل على القناع وتعني لفظة الذي كان يضعه الممثل على وجهه لكي يتناسب مظهره الخارجي مع الدور الذي سيقوم به في المسرحية^(٦).

ثالثاً: مفهوم الشخصية في الفكر الوضعي

مفهوم الشخصية يعتبر وبحق من أكثر المفاهيم الوضعية تعقيداً، إذ أنه لم يحرز لدى علماء النفس مفهوماً واحداً يتفق عليه، حتى أن (البورت) أحصى في كتابه عن الشخصية ما يقرب من خمسين تعريفاً، ينظر معظمها إلى المفهوم بوصفه : (تنظيم دينامي داخلي يحدّد أسلوب سلوك الفرد)^(٧).

(١) الفراهيدي، الخليل بن احمد، العين: ٣ / ٢٩٨.

(٢) معجم مقاييس اللغة: ٢ / ١٢١، المخصص: ٣ ق ٣ / السفر الثاني عشر، ص ١٠٨، أساس البلاغة: ٢٠٨، النهاية في غريب الحديث والأثر: ١ / ٤٦٢، لسان العرب: ١١ / ١٨٨ و ١٨ / ١٨٩.

(٣) لسان العرب: ١١ / ١٨٩.

(٤) المعجم الوسيط، أحمد حسن الزيات وآخرون، الجزء الأول، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا، الطبعة ٢، ١٩٧٢، ص: ٢٠٩.

(٥) تاج العروس - باب الصاد

(٦) <http://ift.tt/U4pp9n> (- 13.04.2013)

(٧) حسن (عبد الحميد سعيد)، خصائص الشخصية المرتبطة بموازين النجاح (دكتوراه)، ص: ٤٣.

ويميل إلى تعريف البروفسور (stagner - ١٩٧٤م) الذي يراها : (ذلك التنظيم للأجهزة الإدراكية والمعرفية والانفعالية والدافعية داخل الفرد ، والتي تحدّد استجاباته الفريدة لهيئته^(١) .

ويُصرّح العلماء بأنّ أعقد جانب في دراسات الشخصية ما يشمل آثار الصفات الجسميّة ، والعقليّة ، والوجدانيّة كافّة ، على أنّ هذا الموضوع هو نتاج طبيعيّ لفرعين من فروع علم النفس ، هما : التجريبي . والإكلينيكي . لذلك يرى (البورت) (أنّ اكتشاف الشخصية يُعدّ أحد الأحداث البارزة في علم النفس المعاصر)^(٢) . فإذا كان الأمر كذلك، فهل أسهم العلماء المسلمون في تحديد أطرها ؟ بما رتبوا على اختلال مكوناتها من تروك قانونيّة سُمّيت في مباحث الفقهاء : الحَجَر على غير الراشد ، وما المعطيات في تحديد الرشد وآثار انتقائه.

رابعاً: التقنين لغة:

من قنن، قال الفراهيدي والجوهرى: والقنة: قوّة (من قوى) حبل الليف، ويجمع على قنن^(٣) ، وقال الزمخشري: قنن الأنوق تبيض في قنة الجبل وفي قنن الجبال^(٤) وأما الزبيدي فيقول: (قنن): القنُّ تتبّع الأخبار^(٥) . والتقنين، هو عملية تأسيس قوانين وجعلها أسس عمل ملزمة تهدف إلى تنظيم حياة الإنسان الاجتماعية، والتي تتناسب مع ثقافة المجتمع والعرف ومعتقدات عامة الناس.

الأحوال الشخصية اصطلاحاً:

قد جاء في الموسوعة العربية الميسرة تحت لفظ (أحوال شخصية) ما نصه: مجموعة ما يميّز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، مثل كونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً، أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً لسبب من أسبابها القانونية. وقد حدّدت محكمة النقض المصرية في ٢١/٩/١٩٣٤ م هذا المعنى^(٦) .

خامساً: التقنين اصطلاحاً:

عرّفه الأستاذ صبحي المحمصاني بقوله: «صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية، لأجل تنفيذها والعمل بموجبها»^(٧) .

وعرّف بأنه صياغة الأحكام في صورة مواد قانونية مرتبة مرقمة، على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية ... إلخ. وذلك لتكون مرجعاً سهلاً محدداً، يمكن ببسر أن يتقيّد به القضاة، ويرجع إليه المحامون، ويتعامل على أساسه المواطنون^(٨) .

(١) حسن (عبد الحمد سعيد) ، خصائص الشخصية المرتبطة بموازين النجاح (دكتوراه) ، ج٤ ، ص : ٤٣ .

(٢) المصدر السابق، ص٤٥ .

(٣) الفراهيدي، الخليل بن أحمد ، كتاب العين، ج ٥ ، ص٢٧ ، الصحاح، ج ٦ ، ص٢١٨٤ .

(٤) أساس البلاغة : ٧٩٤ .

(٥) تاج العروس: ١٨ / ٤٦٤ .

(٦) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي: ٨ .

(٧) فقه النوازل : ١ / : ٩٤ .

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: « صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات مهيّدة لها، جامعة لإطارها، في صورة مواد قانونية، يسهل الرجوع إليها»^(٢).

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لمصطلح الأحوال الشخصية

إن أصل كلمة التأصيل أصلته (تأصيلاً) أي جعلت له أصلاً ثابتاً يبنى على غيره وأصل الشيء جعل له أصلاً ثابتاً يبنى عليه وبهذا يكون معناه ارجاع القول والفعل إلى أصل الشيء وأساس يقوم عليه وأن القرآن الكريم والسنة النبوية هما أصل العلوم وأساسه^(٣).

البحث الذي طُرح يتناول بين ثناياه الأسس التي بُني عليها قانون الأحوال الشخصية والتي تم تقييدها بالأحكام الشرعية المستقاة من آراء الفقهاء المستنبطة من الشريعة الإسلامية، غاية ما هنالك أن هذه الآراء قد تتباين بعض الشيء نتيجة إندماج كل فقيه إلى مذهب خاص.

هذه الآراء الفقهية التي اتفق عليها من قبل الفقهاء قد نُظمت بهيئة قوانين تشريعية من خلال بيان الطرق الشرعية التي تم الاتفاق عليها في تطبيق هذا القانون على الأشخاص والوقائع، فإذا تم إثبات الأصالة الشرعية لمفردات القانون، صار لازماً الحاقه بالتشريع الإسلامي.

جدير ذكره إن بيان الأصالة الشرعية لقانون الأحوال الشخصية لا يعني العصمة المطلقة وإنما هناك قوانين محل إثارة واستغراب تشير بضرر قاطع لوجود انحرافات واضحة قد وقع فيها المشرع القانون أو تعمد دسها بين مفردات القانون نتيجة للمنهج الذي اختطه لنفسه، كل ذلك يدعوا بالإحاح إلى إعادة النظر في بعض مفردات القانون، خصوصاً في مسألة الطلاق التي باتت حاجة ملحة توجب على المشرع الحد منها وإيجاد الحلول الناجعة لها.

فدراستنا لموضوع التأصيل ليست دراسة تستهدف نسبة قانون الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية من حيث الإيجاب فقط بل تستهدف بيان هذه النسبة من حيث الإيجاب والسلب من خلال بيان ماله أصل شرعي يقوم عليه وما هو منقطع لا يقوم على أصل من الشريعة الإسلامية. لذا لا يمكن أن نقر لقانون الأحوال الشخصية بالأصالة الشرعية البحتة كون أغلب أحكامه تلفيقية بين الشرع والوضع.

المطلب الثالث: التأصيل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية

مما لا شك فيه أن مصطلح الأحوال الشخصية هو مما أجمع عليه الفقهاء أنه مصطلح غربي بامتياز، يرجع نسبه إلى الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وكان سبب ظهوره في هذه الفترة هو بروز مشكلة تنازع القوانين نتيجة تبلور نظامين قانونيين هما: القانون الروماني الذي كان له التطبيق العام في إيطاليا والقانون المحلي الذي كان يطبق في مدينة معينة أو مدن معينة دون الأخرى تتمتع باستقلال نسبي، ولتمييز

(١) أنظر: جهود تقنين الفقه الإسلامي: ٢٦.

(٢) مسيرة الفقه للإسلامي المعاصر.

(٣) ابن منظور، جمال الدين الانصاري، ج ١١، ص ٢٣٩.

هذين النظامين لجأ القانون الروماني إلى إطلاق كلمة (حال) على القانون المحلي، ثم قسم هذه الأحوال إلى : أحوال تتعلق بالأموال (الأحوال العينية) وأحوال تتعلق بالأشخاص (الأحوال الشخصية). وبعد ذلك أخذت القوانين الغربية بهذا التقسيم وطورته خاصة المدرسة الفرنسية حيث: أصبح يطلق مصطلح الأحوال الشخصية على تلك القواعد الخاصة بالروابط الشخصية في مقابل الأحوال العينية المتعلقة بالأموال^(١).

هذا من الناحية النظرية والاصطلاحية، أما من الناحية التاريخية فيمكننا أن نربط مصطلح الأحوال الشخصية بالغزو الثقافي والفكري الغربي الذي دخل بلا هوادة وبأسلوب جامح لدى الكثير ممن تأثر بالفكر الغربي الدخيل وعشق ألفاظه ومصطلحاته الوافدة مع مجموعة من القوانين الأجنبية خاصة مع توالي الحملات الغربية على كثير من الدول العربية كمصر و المغرب.

ولعل العلامة المصري محمد قدرى باشا وزير الوزارة الحاقية (العدل)^(٢) (١٨٨٦) هو أول من أستعمل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي في مطلع القرن العشرين وذلك حينما ألف كتابه المسمى (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)^(٣) يذكر أن المواد القانونية التي تضمنها كتابه (٦٤٧) مادة قانونية، اقتبسها من الفقه الحنفي، الذي تزامن حكمه مع الفترات الأخيرة لحكم الإمبراطورية العثمانية التي اعتدت هي الأخرى مجلة الأحكام العدلية سنة (١٢٩٣م - ١٨٨٢هـ) لتكون بمثابة تقنين للأحكام الشرعية الإسلامية وفق المذهب الحنفي الذي اعتمدته الدولة، لتكون إطاراً يشمل المعاملات المدنية والتجارية، وقد احتوى على (١٨٥١) مادة ، كل هذه المواد اقتبسها من تلك المجلة اقتصر أمر القضاء فيها على المذهب الحنفي، بعد أن تغير هذا الأمر طوال تاريخ مصر الإسلامية حسب مذهب الحكام.

وقد جمع محمد علي باشا علماء الأزهر وقال لهم: «لا أريد أن احكم بشيء حرمه الله، لكن اجتمعوا وضعوا لي قانوناً. وقد اتفق علماء الأزهر آنذاك وقالوا ما وصلنا إلى شيء»^(٤).

وصدر الأمران العاليان المؤرخان في (١٠ كانون الأول ١٩٢٠) بخصوص أحكام النفقات وبعض من مسائل قانون الأحوال الشخصية، وجاء الكثير من مسائل هذا القانون وفق رأي المذهب المالكي متأثراً بقانون الأسرة العثماني، وبعدها صدر القانون (٢٥ لسنة ١٩٢٩م) الذي اقتصر على ما جاء وفق رأي المذاهب الأربعة، وجرى تنظيم الميراث بالقانون رقم (٧٧ لسنة ١٩٤٣م) وأحكام الوصية بالقانون المرقم (٧١ لسنة ١٩٤٦م) ومنذ عام

(١) د. أحمد سلامة ، دراسات أحكام الاسرة لأحوال الشخصية للمواطنين الغير مسلمين ، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٦٢م، ص ٢٦-٢٨.

(٢) قام الفقيه محمد قدرى باشا بصياغة ثلاثة كتب على المذهب الحنفي كذلك، (الأحوال الشخصية وتضمن الحجر والهبة والوصية والميراث) و (العدل والانصاف في مشكلات الاوقاف ويضم ٦٤٦ مادة ونشر عام ١٨٩٣م) و (أحكام المعاملات) وسُمي هذا بـ (مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، ويتكون من ٩٤١ مادة ونشر عام ١٨٩٠م) جعله على أحكام عامة ، وأخرى خاصة ، وعرضه بمواد بلغت «١٠٤٥» مادة.

(٣) محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (المطبعة العثمانية، القاهرة ١٣٤٧هـ).

(٤) نصر حامد ابو زيد/ هل هناك مفهوم للحكم والسلطة في الفكر الاسلامي؟ مقالة في مجلة الثقافة الجديدة العدد ٢٩ تموز- اب ٢٠٠٠.

(١٩٢٩م) لم تدخل تغييرات على قانون الأحوال الشخصية، وإن كان قد أدخلت عليه الكثير من التعديلات آخرها قانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٨٥م).

أما في العراق فأول من استعملت كلمة الأحوال الشخصية في المحاكم العراقية بعبارة المواد الشخصية في بيان لسنة ١٩١٧م، بعد احتلال بغداد من قبل الإنكليز ثم درجت القوانين على استعمالها بعبارة الأحوال الشخصية^(١).

وبعد تأسيس الدولة الوطنية العراقية في أوائل العشرينيات من القرن الماضي، تغير اسم المحاكم الشرعية إلى محاكم الأحوال الشخصية.

وفي عام ١٩٢٣ تشكلت المحاكم الجعفرية، وأسس مجلس تمييز شرعي جعفري، وترأسه العلامة المتور هبة الدين الشهرستاني (ت ١٩٦٧)، ثم الشيخ علي الشرقي (ت ١٩٦٤). وبأثره شرعت المادة (٧٧) من القانون الأساسي العراقي ١٩٢٥: «يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية، بموجب أحكام قانون خاص، ويكون قاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له، مع بقاء القاضيين السُنَّيين والجعفرين في مدينتي بغداد والبصرة»^(٢).

ثم أصدرت (١٩٤٥) «وزارة العدل أمراً بتشكيل لجنة من أربعة أعضاء عهدت إليها وضع لائحة قانون الأحوال الشخصية، وأنجزت هذا المشروع». إلا أن اللجنة لم تتمكن من تجاوز المادة (٧٧) من القانون الأساسي (١٩٢٥). لذا «أخذت الفقه الإسلامي أساساً لمشروعها كوحدين أساسيتين، هما المذهب السُنِّي والمذهب الجعفري، فدونت ما أمكن الاتفاق عليه، ولم يُقدر لهذا المشروع أن يصبح قانوناً».

اعتمد القضاء الشرعي للمسلمين على المذهب الشخصي للمتداعين، وتصدر الأحكام وفقاً للفتاوى المعتبرة لهذا المذهب أو ذاك. وبناءً على ذلك فقد تشكلت في محكمة التمييز هيئتان إحداهما جعفرية نسبة إلى المذهب الجعفري للشيعة، وأخرى سنية، غالباً ما تتبع المذهب الحنفي الذي عليه أكثر سنة العراق .

ثم صدر قانون تنظيم المحاكم المدنية رقم ٣٢ في العام ١٩٤٧ وأوجب على الطوائف الدينية غير الإسلامية أن تدون أحكامها وقواعدها الفقهية وأن تقوم بنشرها بإشراف وزارة العدل، وفعلاً تم ذلك بأن نشرت بعض الطوائف المسيحية أحكامها في جريدة الوقائع العراقية عدد (٢٨٥٥) بتاريخ ٦-٧-١٩٥٠، وكذلك نشر اليهود أحكامهم في الوقائع رقم (٢٦٩٨) في ٣١-١-١٩٤٩، كما أودعت الأحكام الفقهية للصابئة المندائيين لدى وزارة العدل، أما اليزدية فلم يدونوا أحكامهم. وقد نشرت جريدة لالش التي تصدر في أربيل في عديدها (١٣ و ١٤) لعام ٢٠٠١ نص مشروع قانون الأحوال الشخصية لليزديين، أعده اختصاصيون قانونيون .

(١) محمد شفيق العاني، أحكام الأحوال الشخصية، المطبعة الفنية الحديثة، ١٩٧٠م، ص ٦.

(٢) انظر: أضواء على قانون الأحوال الشخصية.

وفي العراق ظهرت عبارة (المواد الشخصية) في بيان المحاكم رقم (٦) الصادر عام (٨ محرم) سنة (١٣٣٦هـ) (١٩١٧م) و (١٢م) والتي تنصّ على تطبيق الأحكام الفقهية الخاصة بتلك الطوائف على المنازعات المتعلقة بأحوالهم الشخصية من قبل محاكم المواد الشخصية، وكان اختصاص المحاكم الشخصية. وبعد صدور قانون حقوق العائلة حيث جرى التوسع فيه ظهرت الحاجة فيه إلى التوسع والأخذ بأحكام شرعية غير فقه أبي حنيفة.

وقد أصبحت محاكم المواد الشخصية تعنى بالأحوال الشخصية لغير المسلمين. و ذكرت عبارة (الأحوال الشخصية) في تعديل بيان المحاكم عام ١٩٢١ م، ثم في قانون المحاكم الشرعية الصادر في (٣٠/ حزيران / ١٩٢٣م). وترسخت هذه العبارة بتشريع قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨ لسنة ١٩٣١م). وقد قام ديوان التدوين القانوني في عام ١٩٣٣م بمحاولة لإصدار قانون للأحوال الشخصية لتوحيد المسلمين، ووضعت لائحة لهذا المشروع لكنها تعثرت كثيراً، ثم وضعت وزارة العدل في عام ١٩٤٥م مشروع قانون باسم (لائحة قانون الأحوال الشخصية)، ليكون قانوناً متمماً لمشروع القانون المدني، وقد تضمن قانون الأحوال الشخصية للمذهبيين الحنفي والجعفري كلاً على حدة، ولكنه لم يرَ النور.

وبعد انقلاب الرابع عشر من تموز ١٩٥٨م شكّل مجلس السيادة برئاسة نجيب الربيعي، وألفت وزارة العدل العراقية بتاريخ ٧ شباط ١٩٥٩م لجنة لوضع لائحة الأحوال الشخصية بدعوى تعزيز التوازن السياسي وتكفل الحريات، واستطاعت اللجنة صياغة مشروع قانون للأحوال الشخصية، والذي عرف بقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ م، وقد قال القاضي خروفة حول بعض مواده: «راعت اللجنة أيضاً الانسجام بين أحكام القانون المدني في الوصية وبين ما ورد في هذه اللائحة من أحكام»^(١).

ونقل عن عبد اللطيف الشواف أحد المكلفين بصياغة الدستور الدائم - الذي لم يُنجز - قوله: «جلب عبد الكريم القانون المدني، وأطلع على القسم الخاص بانتقال حقوق التصرف ... واقترح وطلب إضافة المواد كما وضعها السنيهوري في القانون المدني إلى قانون الأحوال الشخصية، لتطبّق على المواريث كلّها، وبذلك نكون قد أكملنا نقص عدم وجود قسم للميراث في المشروع، بالإضافة إلى توحيد أحكام المذهبيين السني والجعفري في هذه المسألة الهامة من مسائل الحياة»^(٢).

وأضاف الشواف: «إنّ عبد الكريم رفض التحذيرات من استغلال هذا النصّ واعتبار الحكومة ضدّ الشريعة الإسلامية مستنداً إلى رأي أجداه رئيس مجلس السيادة نجيب الربيعي بأنّ الإرث ... قد جاء في القرآن بصيغة الوصية: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ}.

وبهذه المادة يعدّ مخالفاً لنصّ القرآن الكريم الصريح؛ ولذا أبدت المرجعية الدينية المتمثلة بالسيد محسن الحكيم ، رأيها فيه وطالبت بإلغائه؛ لمخالفته الشريعة الإسلامية في عدّة مواد.

(١) - خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية، ١١٩ص.

(٢) الشواف، عبد الكريم قاسم وعراقيون آخرون، بيروت: الوراق للنشر ٢٠٠٤، ص ٨٤.

ثم أتى البعثيون بانقلاب ١٤ رمضان / شباط عام ١٩٦٣ م، وطالبتهم المرجعية الدينية أيضاً بإلغاء القانون، وكذا الشيخ محمد رضا المظفر رفع مذكرة إلى حكومة الانقلاب بالمبررات الملحة لإلغاء قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، وأنه لا يقبل التعديل ؛ فكان موقفه داعماً لموقف المرجعية الدينية المطالب بالإلغاء، ومبيناً مبرراته من مخالفته الشريعة، وصريح القرآن الكريم، وخروجه عن إجماع المسلمين، وما يخالف بعض المذاهب دون بعض^(١). وأن وجود مثل هذا القانون يعطي القاضي سلطة الفقيه، ويسد باب الاجتهاد في الأحكام.

الأمر الذي حفز السيد العلامة السيد محمد بحر العلوم أن يبدي رأيه ويشكل على القانون بقوله: « أنه جاء مخالفاً: للدستور المؤقت للجمهورية العراقية، فقد وقع عليه اثنان من مجلس السيادة، بينما لا تتحقق شخصية رئيس الجمهورية إلا بالأعضاء الثلاثة، (كان محمد مهدي كبة قد قدم استقالته) وأن هذا القانون فيه تحديد لطبيعة القضاء، بينما القضاء لا يحدد بقانون، وإنما بالشرع، وباب الاجتهاد مفتوح فيه. ووجده معارضاً في مواده للكثير من آراء المذاهب الإسلامية، مثل اعتبار الزواج والطلاق بشهود، بينما الحنفية لا تشترط الشهادة في الطلاق والشيعة لا تشترط الشهادة في الزواج وما إلى ذلك^(٢).

وحتى نهاية عقد الثمانينيات، من القرن المنصرم، تعرض القانون إلى أكثر من عشرة تعديلات حكومية، خصت التفريق بين الأزواج، وجعلته على أساس الموقف السياسي والأمني. جاء في القرار (١٧٠٨) لمجلس قيادة الثورة في ١٧-١٢-١٩٨١: «إعطاء الحق للزوجة، التي صدر حكم قضائي بإدانة زوجها بجريمة خيانة الوطن أن تطلب التفريق». وأتاح قرار (١٥٢٩) في ٣١-١٢-١٩٨٥ للزوجة التفريق من زوجها إذا تخلف أو هرب من الخدمة العسكرية. «وجواز لوالد الغائب خارج العراق طلب التفريق بين ولده الغائب وزوجته بسبب الزنا» وغيرها من قرارات لمجلس قيادة الثورة^(١١). وأن الدستور المؤقت ١٩٦٨ وضع مادة صريحة لطمأننة المؤسسة الدينية ضد القانون (١٨٨)، ومادته الرابعة والسبعين، جاء فيها «الإرث حق تحكمه الشريعة الإسلامية» (المادة السابعة عشرة) ————— رة فقة ————— رة ب).

لكن المرجعية الدينية استمرت في مطالبتها بإلغاء القانون بنحو كلي، وأن وجود مثل هذا القانون يعطي القاضي

(١) جانباً من اعتراض الشيخ المظفر على قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨.

بسم الله الرحمن الرحيم:

لقد اطلعنا على قانون الأحوال الشخصية ، فوجدناه يصطدم في كثير من مواده بالقانون الإسلامي المقدس وبذصوص القرآن العظيم الذي { لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ } ، فأسفنا أن يشرع مثل هذا القانون، ولا سيما في العراق البلد الذي يرجع إليه المسلمون أجمع في تعزف أحكام الإسلام الحنيف وتشريع القرآن الكريم، فكان الجدير بقانون الأحوال الشخصية أن يكون صدى لصوت القرآن ونسخة مطابقة لأصل قانون الإسلام لا يحيد عنه، فالمأمول من سيادتكم إصدار الأمر بتعديله على وجه يطابق القانون الإسلامي-2. كتاب: الشيخ محمد رضا المظفر وتطور الحركة الإصلاحية في النجف، تأليف: الشيخ الآصفي، ص ٨٠ - ٨١.

(٢) محمد بحر العلوم، أضواء على قانون الأحوال الشخصية، النجف: مطبعة النعمان، ١٩٦٣، ١٤-٣٧.

سلطة الفقيه، ويسدّ باب الاجتهاد في الأحكام. وحاول الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٨م وضع مادة صريحة لطمأنة المؤسسة الدينية، جاء فيها: «الإرث حق تحكمه الشريعة الإسلامية»^(١).

فكانت المرجعية الدينية لا تكتفي إلاّ بإلغاء كما جاء في رسالة السيد الحكيم: «إرجاع الأمور إلى العهد الذي كانت عليه سيرة المسلمين منذ أيام الخلافة الإسلامية، وإنّ موقفنا هذا هو نفس الموقف الذي وقفناه منذ صدور القانون حتى يومنا هذا، وإلى أن يتمّ رفعه» المادة: ١٧ ب / الدستور المؤقت ١٩٦٨\٩\٢١م قاعدة التشريعات العراقية/ مجلس القضاء.

والأمر كما يتضح من رسالة الحكيم، وقد سبق للمرجع محمد حسين كاشف الغطاء أن أعطى رأيه في المادة (١٨٠١) من المجلة العثمانية التي قيدت القضاء بشخص وزمان ومكان محددين. قال: «إن القضاء والحاكمة عند الإمامية منصب إلهي لا دخل له بالسلطان، ولا بغيره، ينصبه العدل وجامعية الشرائط، ويعزله زوال بعض الصفات الركنية من العقل والعدالة والاجتهاد، فلا يتقيد بزمان ولا مكان، بل له الحكم في كل مكان وكل زمان»^(٢).

وكان جوهر الخلاف هو حول مكانة الفقيه أو المرجع، فالكائن بالنجف يحكم لأهل الناصرية مثلاً، وحيث يمتد المذهب، أما القانون فحدد المرجعية بسلطة القانون ورأي القاضي، رغم أن القانون أخذ مواده من مختلف المذاهب، ومن لوائح الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية الأخرى، وأن الدستور المؤقت ١٩٥٨م أقر الإسلام ديناً للدولة.

يذكر أن قانون الأحوال الشخصية ولد ولم يكن موفقاً في احتواء جميع القواعد التي تنظم قانون الأحوال الشخصية، بل اقتصرت بعض قواعده على تنظيم بعض العلاقات وترك البعض الآخر، وترك البعض الآخر تخضع للشريعة الإسلامية، فجاء في المادة الأولى منه (إذ لم يوجد نص شرعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)^(٣).

(١) المادة: ١٧ ب / الدستور المؤقت ١٩٦٨\٩\٢١م قاعدة التشريعات العراقية/ مجلس القضاء.

(٢) أضواء على قانون الأحوال الشخصية. ص ١٠.

(٣) ينظر: حمد عبيد الكبيسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص ١٠.

المبحث الثاني:

القاعدة الفقهية وأثرها في تشريع القانون

المطلب الأول: مفهوم القاعدة الفقهية:

القاعدة لغة:

الأصل والأُس، والقواعد: الأساس، وقواعد البيت : أساسه^(١).

وقال الزجاج، وقولهم بنى أمره على قاعدة وقواعد وقاعدة أمرك واهية ، أي أساس ضعيف.

القاعدة اصطلاحاً:

هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها^(٢). قال في مجمع البحرين: « والقاعدة في مصطلح أهل العلم الضابطة، وهي الأمر الكلي المنطبق على جزئياته>.

وبهذا الاعتبار يطلق على كليات علم الصرف (القواعد الصرفية) وعلى كليات علم النحو (القواعد النحوية) وهكذا.

وهناك تعاريف مختلفة لا تخلو من النقص والإبرام، والأصح أن يقال: « القواعد الفقهية أحكام كلية شرعية تقع في طريق تشخيص وظيفة المكلف في مقام العمل بنحو التطبيق>.

والوجه في كونه أصح من غيره هو الإيجاز وعدم الاطناب في صياغته والشمول في معناه والخلو من الإبرادات التي ترد على غيره .

المطلب الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابطة الفقهية

قلنا سابقاً أن القاعدة الفقهية لا تعدوا أكثر من أحكام كلية تقع في طريق تشخيص وظيفة المكلف، هذه القاعدة يستخدمها الفقيه لاكتشاف الأحكام والقوانين الشرعية، التي لم ترد صريحة في الأدلة، وتحتاج إلى اكتشاف واستخراج من مصادرها (الكتاب والسنة)، وتشخيص وظيفة المكلف الشرعية.

(١) بن منظور، لسان العرب، ج ٣، ص ٣٦١.

(٢) الجرجاني، علي محمد ، التعريفات، ط ١، دار الكتاب العربي ، بيروت، ١٩٨٥م ، ص ٢١٩.

فالفقيه وفق هذا المنهج يمارس عمله الاستنباطي، كما يمارس عالم الفيزياء والطب عمله الاستنباطي لقوانين الطب والفيزياء، والفقيه يُخطئ ويُصيب عندما يمارس عملية الاستنباط ، كما يُخطئ أي عالم في الطب أو الفيزياء ، مثلاً ، عندما يحاول البحث عن قوانين العلم واكتشافها .

والمحصل: أن القاعدة الفقهية لا ينتهي إليها أمر المجتهد بعد الفحص عن الدليل على حكم العمل، بل هي أحكام كلية ابتدائية، فهي تعم المجتهد والمقلد.

أما الضابطة الفقهية: فهي ملاكات كلية يقدّرها الفقيه لتشخيص الموضوعات.

فقولهم: « كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف > الضابط الفقهي.

وقولهم: « المثلي يضمن بالمثل والقيمي يضمن بالقيمة > قاعدة فقهية بناءً على ثبوتها.

تقسيمات القواعد الفقهية:

للقواعد الفقهية عدة تقسيمات، منها:

١- القواعد التعبدية: وهي مانحتاج في اثباتها إلى دليل تعبدى لها من الكتاب والسنة والإجماع ، كقاعدة الطهارة.

٢- القواعد العقلانية: وهي مايكفي في إثباتها عدم ردع الشارع عنها، كـ«قاعدة وجوب الدفاع بما استطاع» حو قاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به >.

٣- القواعد المصطادة: وهي القواعد التي لم يرد نصها في كلام الشارع والمعصوم، بل يصطاد من النصوص الواردة في الموارد المختلفة، كـ«قاعدة الإتلاف» حو قاعدة من مرّ بميقات وجب عليه الإحرام > و « قاعدة لا بيع في مجهول >.

لازال الكلام في الآليات التي تدخل في هيكلية قانون الأحوال الشخصية ومدى تأثره بالأحكام الشرعية ودور القاعدة الفقهية في تطبيق الأحكام وتبويبها، فالقاعدة القانونية هي أحكام كلية تندرج تحت كل منها مجموعة من المسائل الشرعية المتشابهة من أبواب شتى، وهي القواعد الكلية في الفقه الإسلامي. وبالإحاطة بهذه القواعد تحصل للفقيه ملكة الاجتهاد الشرعي، فيعظم قدر الفقيه وتتضح مناهج الاستنباط لديه. ومما ينبغي على الفقيه تحقيقه والبحث عنه هي (القواعد الفقهية) التي تكون ذريعة للوصول إلى أحكام كثيرة تبتني عليها الفروع عامة.

كما أنها تشتمل على حكم شرعي عام يستفاد منه من تطبيقاتها على أحكام شرعية جزئية هي مصاديق لذلك الحكم العام.

أيضاً أن القاعدة الفقهية تقدّم لنا من خلال تطبيقاتها أحكاماً جزئية، فبتطبيق قاعدة الطهارة نستفيد منها أنّ الأدلة الدالة على إباحة الزواج عموماً خرج منها زواج المسلم بالمشركة، والمسلمة بالمشرِك الكتابي فقط، وقوله تعالى: { الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ } ظاهر في حلية الزواج من كل الملل التي عندها كتاب مقدس

التي عبّرت عنها الآية بأهل الكتاب زواجاً دائماً ومؤقتاً ومُلك اليمين، والمراد بالمحصنات هنا العفيفات. وقوله تعالى: { وَلَا تَكْحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ } خاص بالمشركات وهنّ غير الكتابيات.

كذلك قاعدة: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» أو قاعدة العقود في الزواج «كل شرط نافذ إلا ما خالف الكتاب العزيز ومقتضى العقد» أو قاعدة «لا ضرر» انتقاء كل حكم يكون ثبوته مستلزماً للضرر، وبالتالي نفي تحقق الضرر من ناحية أحكامه وتشريعاته، وأما قاعدة «لا ضرر» فيستفاد منها نفي الأضرار الصادرة من الفاعل ، و«نفي العسر» فكل هذه القواعد وغيرها ترجع في حقيقتها إلى حكم شرعي عام، له سعة وشمولية لمجموعة مسائل فقهية هي بمنزلة المصاديق له.

المطلب الأول: العوامل الدخيلة في تكوين القاعدة القانونية ومقوماتها:

من القواعد المهمة والمائزة في تكوين القاعدة القانونية والتي تمنح هذه القاعدة صفة الإلزام، والتي يعبر عنها بالمصادر المادية، وتنقسم إلى قسمين: مصادر أصلية (أساسية)، ومصادر فرعية (احتياطية). ويدخل في نطاق المصدر الأساسي (التشريع والتقنين)، كما يدخل ضمن نطاق المصدر الثاني (الدين، العرف، مبادئ الشريعة، القانون الطبيعي، قواعد العدالة).

أما مقوماتها، فترتبط بأمرين مهمين، هما عنصر الواقع، المستمد من المشاهدة والتجربة في المجتمع، وعنصر المثال الذي يعدّ نموذجاً للعدل الذي يسود المجتمع وتحقيق مفردات الأمن والأمان. أولاً: عنصر الواقع:

ويمتثل في استحضار العوامل الطبيعية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية^(١)، والعوامل الطبيعية مثل النضوج الجسمي والجنسي، الذي يؤخذ بالاعتبار في تحديد النضوج والأهلية للزواج، الذي يرجع بالدرجة الأولى إلى طبيعة البلد كالمناخ والموقع أو الظروف الخاصة بها، فمن المعروف أن البلوغ في البلدان الحارة يتم في سن مبكرة وهو ما يؤثر على النضوج الجنسي لدى جيل الشباب، بحيث يجعل سن الزواج مبكراً، بينما يحصل العكس في البلدان الباردة، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل لاحقاً.

وقد تكون العوامل الطبيعية عبارة عن أحداث ووقائع طبيعية يترتب عليها تهيئة الظروف لترتيب قواعد قانونية، فالميلاد واقعة يترتب عليها الحاجة إلى تنظيم بدء شخصية الإنسان وانتهائها، وكذلك الحال مع الوفاة التي تعد بدورها واقعة طبيعية يترتب عليها ضرورة وجود قاعدة قانونية تنظم حقوق الإرث والوصية.

أما العوامل الاقتصادية، فهي تعمل بدورها على تنظيم القواعد القانونية وحمايتها، فعلى سبيل المثال ، كيف يمكن وضع قواعد لنظام الملكية ، إذا لم تدرس المظاهر المختلفة للملكية من حيث نطاقها - ملكية كبيرة، متوسطة، أو صغيرة، أو من حيث الوسيلة التي يحصل بها المالك على حقه - استغلال مباشر ، مشترك، إيجار - أو حيث الائتمان الذي يستطيع المالك تقديمه من حقه في الملكية، رهن حيازي، رهن تأميني، كما أن حق الملكية يتأرجح بين الإطلاق والتقييد طبقاً للنظام الاقتصادي الذي يسود داخل البلد^(٢).

(١) الأصول العامة لنظام التشريع .

(٢) توفيق حسن فرج ، ص ١٣٧ .

كل ذلك يظهر بصورة واضحة في تنظيم الأسرة ومسائل الزواج والتبني.

أما العوامل الاجتماعية والسياسية، فهي النظرة التي تتكون في بيئة نتيجة الواقع السياسي والاجتماعي السائد، كالتوجه الشيوعي الاشتراكي ، أو الرأسمالي، أو غيرها، فأن لهذه التوجهات الأثر الكبير في صياغة القوانين وبلورتها.

وأما العوامل الأخلاقية والدينية، فهي الأخرى تلعب دوراً كبيراً في صياغة القواعد القانونية التي تؤثر سلباً وإيجاباً على الحياة الزوجية، الأمر الذي جعل المشرع من تقنين عدة قوانين تنبثق من الجانب الديني والخلقي، كقانون التفريق القضائي للضرر وما شاكل ذلك.

كذلك يبرز في التشريعات المنظمة لأوضاع الأسرة وخصوصاً في مجال العقود والمعاملات ،ومن الأمثلة في هذا السياق إقامة القوة الملزمة للعقود على أساس الوفاء بالعهد وهي قاعدة تدعو لها الأديان والأخلاق. ثانياً: عنصر المثال:

فهي حقائق عقلية تفكيرية، تخرج الإنسان من واقعه المحسوس إلى عالم الغير محسوس والغير مشاهد، فإذا كان الإنسان بحاجة إلى تقرير الواقع فإنه بالمقابل يحتاج إلى تقويم هذا الواقع تقويماً عقلياً في ضوء مثل أعلى هو العدل^(١).

المطلب الثاني: المماثلة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي.

من الصعب بمكان إجراء المقايسة والمماثلة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من ناحية الضيق والتوسع في التشريع، فالشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، بل ولا يصح أن تقاس به، فهي منذ الوهلة الأولى جاءت كاملة متكاملة، فلو كانت الشريعة من سنخ القانون، لجاءت متدرجة فتأتي أولاً شريعة أولية، ثم تسلك طريق القانون بالتطور المرحلي والتدريج مع الجماعة، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين ولو بعد آلاف السنين.

نعم توجد هناك مشتركات من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، فمن حيث الشكل تشترك القاعدتان في صفتي التجريد والعموم، وفي الهدف المتمثل في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، وضرورة التزام الجميع بهما، وذلك بإيقاع العقوبة والجزاء على من يخالفهما^(٢)

أما من حيث الموضوع فأن بين القاعدتين عموم وخصوص مطلق، فموضوع القاعدة الشرعية أعم من القاعدة القانونية، بسبب تناولها مسائل العبادات والأخلاق الباطنية والشخصية، وتضمنها عنصر الثواب (للمطيعين) والعقاب الأخروي (للمخالفين)، إذ لا تولي القاعدة القانونية هذه المسائل والأحكام، وتعدها خارجة عنها، في حين تعدها الشريعة من صميم اختصاصها.

وحتى لا نتيه بين ثنايا البحث، ونبتعد عن أهدافنا المرجوة، يمكن أن نسلط الضوء على المرتكزات الأساسية التي تميز الشريعة عن القانون، منها:

(١) أنظر: أصول الصياغة القانونية، ص ٥٣.

(٢) ألفي، محمد جابر ، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص ١٢.

١- جمالية الصناعة وعظمة الصانع:

أن القانون من صنع البشر، والشريعة من صنع الله تعالى، وكليهما يتضح بجلاء صفات صانعه، فالقانون من صنع البشر الذي يتجلى به النقص والعوز، الأمر الذي جعل القانون عرضة للتغيير والتبدل أو ما نسميه بلغة اليوم بـ(التطور) ، فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن له أن يلبي حاجات البشر، ولا يمكن بلوغه حد الكمال مادام صانعه ناقص، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان.

أما الشريعة فصانعه الله تعالى التي تتمثل فيه صفات الكمال المطلق وإحاطته بكل ماكان قبل أن يكون، ومن ثم صاغها بعلمه الأزلي بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه، وأعظم من كل ذلك أنها غير قابلة للتبدل والتغير، قال تعالى: {لَهُمُ الْبُشْرَىٰ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ ۚ لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ ۚ ذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ} يونس: ٦٤، لأنها تحيط بالزمان والمكان وتطور الإنسان. فالله تعالى وضع قانوناً متكاملًا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة.

٢- كمالية التقنين:

إن جميع القوانين الوضعية، هي عبارة عن قواعد آنية صممت وفق الطبيعة الإنسانية بوضع واضع، لذلك نستشعر فيها النقص الواضح، ذلك أنها لم تدرك السبق الزماني، والتطور البيئي، والإرهاصات النفسية التي يضح بها الإنسان، فبالكاد تأتي ناقصة وغير قادرة على تلبية طموحاته المستقبلية بل والآنية.

أما الشريعة فهي قواعد إلهية جاءت على سبيل الدوام والاستمرار، لم يحدها حد، ولم تقتصر على مكان دون آخر، أو زمان دون آخر، بل هي لكل زمان ومكان، فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما جاء لتنظيم حياة الإنسان، لكن الشريعة قواعد ثابتة لا تتبدل ولا تتغير ، كذلك أن فيها من المرونة مايمكنها أن تسد فورة الإنسان وتأخذ من روعه، وتعطيه الجرعة الكاملة عبر المشاعر الإنسان والملكات الروحية التي أودعها الله فيه، وهذا هو سر التمايز والرفعة للشريعة الإسلامية دون غيرها من الشرائع السماوية والوضعية.

٣- رونق وجمالية الشريعة الإسلامية:

اليوم يبدووا واضحاً للإنسان كيف أن الشريعة الإسلامية ذات العمر الطويل، كيف أنها واكبة العصر والتقدم الحضاري والتكنولوجي، وتطور الآراء والأفكار، فلم تبل ولم يتغير رونقها وجمالها، وكل يوم يستكشف العلم الحديث الكثير من العلوم والعلل التي أخبرت عنها الشريعة الإسلامية قبل (١٤٠٠) عام، والحال أن القواعد القانون ونصوصه تتغير كثيراً نتيجة تغير الظروف الأحوال التي تمر بها البشرية، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانون التي نطبقها اليوم وبيت تلك التي نطبقها بالأمس، بل قد نشهد تغيراً ملموساً بتغير الكثير من القوانين بتغير الأنظمة والحكام التي تخالف الشريعة الإسلامية شكلاً ومضموناً، خصوصاً الفترة المتصرمة التي حكم فيها النظام البعثي في العراق.

٤- سعة الشريعة وضيق القانون:

أن جميع المواد والقواعد القانونية التي تتضمن حياة الفرد مع نفسه ومع أسرته ومجتمعه تكاد تكون محدودة بعدد من الأعداد، فعلى سبيل المثال لا الحصر، أن قانون الأحوال الشخصية العراقي يتكون من (٩٤) مادة قانونية،

مضافاً إلى ذلك أسلوبها واختزال حجمها وصياغتها، مما يسبب إرباكاً في تضمناها لجميع مشاكل الأسرة وإيجاد الحلول الناجعة لها، الأمر الذي جعل المقنن القانوني يضيف عليها بعض المصطلحات العصرية إيماناً منه بحل عقدها وإيجاد سر مشاكلها، أو يحيلها إلى قوانين وتشريعات أخرى، لكن دون جدوى.

وهذا ما لمسناه واضحاً في قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي أحال الكثير من فقرات القانون على قوانين أخرى للوصول إلى الحكم مثل قانون رعاية القاصرين والقانون المدني وقانون المرافعات المدنية وقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى وقانون الأحوال الشخصية للأجانب إضافة إلى القرارات الأخرى التي لها قوة القانون.

فعلى سبيل المثال لا الحصر، حينما نقرأ المادة الأولى الفقرة (١): «تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها». ثم عادت الفقرة (٢) من ذات المادة: «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون»، وهذا يدل

أن نطاق عمل القاضي ينصب حول النص دون غيره، فلا يصح انتقاله إلى أي مصدر آخر، إلى إذا توصل إلى طريق مسدود، حينها يمكن الانتقال لإيجاد حل للقضية المعروضة لديه.

ففي الفقرة (٢) إيماء واضحة إلى جعل الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي بعد القانون، فإذا توقف القانون وعجز عن حل أي قضية في الزواج أو الطلاق وما يتعلق بهما، حينها يلجأ إلى الحكم الشرعي الذي يتلائم وحل القضية بالكيفية المناسبة، وعدم تقيد القاضي بأي مذهب خاص.

وفي ذلك إشارة واضحة للقصور العلمي في فهم الفقه الإسلامي لدى معظم القضاة وعلى جميع المذاهب الإسلامية ثم أحال إلى المواد (١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤) من القانون المدني العراقي في حالة تنازع القوانين من حيث المكان

وطبقاً لهذه الفقرة يكون القاضي ملزماً بتطبيق القواعد العامة المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة في القانون المدني على أحكام الأحوال الشخصية.

بينما أشار في المادة (٢) الفقرة (١) «تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من أَسْتثنى منهم بقانون خاص».

وهذا يعني هنالك تناقض بين هاتين الفقرتين لأن الفقرة (٢) من المادة (٢) متعلق باختلاف الجنسية لا الدين فالمسيحي العراقي أو المسلم العراقي ينظر له وفق أحكام القانون المدني على أنه عراقي في حين أن الفقرة (١) من المادة (٢) أحوال شخصية تقرر مبدأ عام مفاده أن قانون الأحوال الشخصية يسري على العراقي المسلم فقط أما العراقي غير المسلم فينطبق عليه قانون الأحوال الشخصية للأجانب عند عرض الأمر على القضاء العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١هـ.

٥- قوانين لاتحد بحدود:

إنَّ أجمل ما يميز الشريعة الإسلامية، أنها لا يحدّها حد ولا حدود، فهي لاتعترف بالحدود الإقليمية بين الدول

والشعوب والمجتمعات، فهي تخاطب عالم الأسرة في جميع العالم، {وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ}، في حين القاعدة القانونية لاتخاطب إلا شعباً محدداً بهويته، وحدوده.

٦- الجزاء:

الجزاء في القاعدة الشرعية إيجابي وسلبي، إيجابي ويعبر عنه بالثواب على الطاعة، وسلبي يعبر عنه بالعقوبة أو الضمان على المعصية، أو مخالفة ما يقضي به الشرع، وهذا المعنى هو الذي يضيف على القاعدة الشرعية صفة الالتزام لما ينطوي عليه من معنى الزجر والردع. وهو المعنى الذي يقتصر عليه القانون. وإذا كان الجزاء في القاعدة الشرعية إيجابياً أو سلبياً، فهو دنيوي وأخروي.

فكل مخالفة شرعية لها جزاء أخروي يتولاه رب العالمين، ومنها لاجزاء دنيوي يتولاه الحاكم أي السلطة العامة في الدولة، وأن تنفيذ الجزاء الدنيوي يسقط الجزاء الأخروي كما أن التوبة لها أثر في سقوط العقوبات في الدنيا والآخرة.

فالمخالفات الشرعية منها ما يصلح محلاً للإثبات لاستنادها إلى وقائع ظاهرة يمكن إقامة الدليل عليها ، كالسرقة ، وقطع الطريق ، والزنا... فجزاءه دنيوي يطبقه القضاء وينفذه الحاكم، ومنها ما لا يصلح محلاً للإثبات ولا يمكن إقامة الدليل عليها كالكذب والنفاق والحد فجاؤها أخروي.

أما القاعدة القانونية، فليس لها جزاء إيجابي بل سلبي دنيوي توقعه السلطة العامة في الدولة، ولا شأن للقانون بالجرائم الخلقية التي لا يجري عليها الإثبات.

وقد ابتنى على ذلك أن الشريعة الإسلامية تحاسب على القصد والنية وفقاً لقوله: |« إنما الأعمال بالنيات»>.

أما القانون الوضعي فلا يؤخذ على النية والقصد، إلا في حالات نادرة إذا دلت عليه إمارة خارجية.

٧- القانون الوضعي لا يتناول سوى المعاملات المدنية، التي تقوم عليها سلطة الدولة إذا استثنينا ما يتصل بالعلاقات الدولية ، ولا يمت بصلة بعقيدة التوحيد.

٨- القانون الوضعي لا يعاقب على المسائل الأخلاقية وتقتصر المعاقبة فيما إذا كان به ضرراً على الأفراد، أو من اخل بالأمّن والنظام العام، فلا يعاقب القانون من ارتكب جريمة الزنا إلا إذا جاء بطريق الإكراه، أو إذا كان الزنا بغير رضاها رضاء تاماً، لأن الزنا هنا يمس ضرر المباشر الأفراد ، كما يمس الأمن العام ، كما أن أكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر ، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكر إذا وجد في الطريق العام في حالة سكر بين، لأن وجوده في الطريق العام مظنة الضرر من اعتداء وضرب على الآخرين، ولا يعاقب على السكر لذاته باعتباره رذيلة أو كونه مضرراً بالصحة، ومُذهب للعقل وتلفاً للمال ، أو مفسداً للأخلاق.

وكل ذلك مخالف تماماً لأدب الإسلام وأخلاقه، فالإسلام شريعة أخلاقية ، والتزام أدبي في المعاملات يجعل حياة الناس قائمة على المعروف بالحسن.

المطلب الثالث: الإخفاقات التي مني بها قانون الأحوال الشخصية

لأنستطيع القول على نحو الجزم والقطع بفشل قانون الأحوال الشخصية في معالجته لمشاكل الأسرة التي تزداد تعقداً يوماً بعد آخر، فالقانون استطاع أن يواكب مسيرة الحياة منذ اليوم الأول لولادته، وقدم الكثير من الحلول من خلال معالجته لكثير من النصوص التي تعثرت هي الأخرى في تقديم الحلول الناجعة لمشاكل الأسرة، إلا أنه وللأسف الشديد مسألة التعديل والإضافة لازالت يفتقر إليها القانون كلما تقدم به العمر وازدادت تعقيدات الحياة، واليوم نحن نشاهد الغزو الثقافي الذي بات يأخذ مساحة واسعة من التفكير الإنساني بعدما قفز من فوق الجدران، ونفذ من الأبواب الحديدية الصلدة، وتسلسل من بين أنظار الرقباء، ليدخل البيوت مع أمواج الكهرباء وفق أحدث التصاميم التي تخدمها أحدث أجهزة الاتصال، المعبر عنها بلغة اليوم بوسائل الاتصال الاجتماعي تحت عناوين الانفتاح الثقافي الذي يمثل القوة الضاربة التي صعقت البلدان ودخلت عقر دارهم.

دواعي هذا الغزو تكمن في سلسلة من الانحرافات، تبدأ مراحلها الأولى في تزييف العقيدة، أو الإنقاص منها، أو الزيادة عليها، أو تبديلها وإعادة تركيبها، تحت عناوين شتى منها: أنه هل يجوز في عقل أو منطق وفكر الإنسان المتحضر في عصر العلم والحضارة والتقدم أن تقام الحدود البربرية الهمجية كالجلد والرجم وقطع الأيدي؟ وكيف يمكن أن يطبق اليوم في دولة عصرية متحضرة قانون وضع قبل أربعة عشر قرناً لمجتمع بعينه في زمان بعينه، ومن ثم يتوجه إلى العبادة، فيسفهها، أو يهون من شأنها، أو يقلل من أهميتها، فيسقطها من نصابها الحقيقي ليساويها مع الكثير من العبادات المبتدعة.

بعد ذلك يتوجه إلى منظومة القيم، ليلغي بعضها، أو يفرغها من محتواها، ويزرع في بعضها محتوى جديداً، ويعيد ترتيب أولوياته.

ويختتم توجهه إلى منظومة العادات والتقاليد الاجتماعية الأصيلة، فيتدخل في أسلوب الفرح والحزن، وفي أسلوب الرضا والغضب، وفي طريقة الحديث والكلام، وفي عادات الأكل والنوم، وأخيراً ينصب جام غضبه على أسلوب الزي الرسمي فيحاول أن يفرغه من أصالته الشرعية والعرفية، إنه في عبارة جامعة يتدخل في صنع شخصية الفرد وشخصية المجتمع، فهو يستهدف المحتوى اللبني للشخصية ليحورها بطريقة فسيولوجية إلى شخصية تؤمن بالفكر المستورد، النتيجة التي يستهدف من خلالها: أمّا العبودية، وإما الضياع، ونحن نرى اليوم حالات الطلاق المتزايدة يوماً بعد آخر، وقد تشكل منظومة التواصل الاجتماعي العامل الأول والرئيسي في هذا التزايد، وقانون الأحوال الشخصية يقف اليوم عاجزاً عن إيجاد الحلول الناجعة في الصد والتقويض، فنحن نفتقر إلى المقنن المختص، أو قل إلى المؤسسة التشريعية المختصة، ويمكن إيعاز ذلك إلى افتقارنا إلى عنصر المبادرة الحقيقية، والالتكال على عصا قانون كهل قد أسس له منذ عام ١٩٥٩م، وإلى اليوم لم نلاحظ أي تغيير جوهري في مفاصله الحساسة، خصوصاً ونحن اليوم في الألفية الثالثة التي دشنتها ظاهرة العولمة واكتشاف الخريطة الجينية للإنسان، كل هذه الإرهاصات خلقت لنا قانوناً يسير على رجل عرجاء تقصر به عن مواكبة التطورات ومتطلبات العصر، الأمر الذي جعل من القانون أن يعجز عن إيجاد الحلول وسط تزايد حالات الطلاق المتسارعة يومياً، يذكر أنه حصلت في إحدى المحاكم أكثر من سبعين حالة طلاق في يوم واحد، وهذا الرقم المذهل يوجب وقفة حازمة وحالة استنفار كبرى

من قاضي محكمة الأحوال الشخصية في هذه المدينة ، إلا أنه وللأسف الشديد مرّ هذا اليوم كأنه سراب بقيعة، وهكذا تتوالى حالات الطلاق يومياً دون وازع من دين أو ضمير، علماً أن مرحلة الطلاق تصل إلى القاضي عبر بوابة الباحث الاجتماعي الذي يلعب دوراً كبيراً في عملية الإصلاح بعد استقراغ الجهد والعناء الذي يبذله في ذلك، وهذا ما يميز الباحث في عمله دون غيره. علماً أن مجلس القضاء الأعلى قد اشترط في الباحث الاجتماعي الإلمام بعلوم الاجتماع والأسرة ولدية من الخبرة والممارسة اللتين تمكنانه من أداء دوره بأفضل وجه وأشارت القاعدة السادسة فقرة (٥) منها إلى أن عمل الباحث الاجتماعي وجهده سيكون تحت أنظار السيد معالي رئيس مجلس القضاء الأعلى من خلال ما يرفع لمعاليه من إحصائيات شهرية وفصلية وسنوية، وبذلك نستطيع القول أن الأعداد المفرطة من الطلاق سنوياً تؤكد وبضرس قاطع مدى تماهل مجلس القضاء تجاه هذه الحالة الخطيرة، والتي يحتم عليه استدعاء الباحث وقاضي محكمة الأحوال الشخصية وتوجيه أصابع الاتهام إليهما للقصور الواضح في كثرة الطلاق.

الفرع الأول: مهام عمل الباحث الاجتماعي الإنسانية

أن مهمة الباحث الاجتماعي تكمن في الدور الكبير الذي يلعبه من أجل وأد الصدع في الحياة الأسرية التي تتعرض بين حين وآخر إلى انهيارات ودمار يخلف الكثير من الأطفال الذين يفتحون عيونهم على أسرة مفككة وضياح مجهول، فالباحث الاجتماعي هو الشخص المعد إعداداً مهنيّاً ونظريّاً وعلمياً لممارسة طرق الخدمة الاجتماعية، والخدمة الاجتماعية هي في الأصل رسالة مهنية وإنسانية تستهدف حل المشكلات الاجتماعية التي تعاني منها الأسرة من خلال الأداء الصحيح والممارسة الفعالة، وعليه؛ لابد للباحث الاجتماعي أن يتسلح بالمهارات والفنون في التعامل مع النفس والآخرين، ومنها:

- ١- الوعي بالذات، فعلى الباحث الاجتماعي الناجح أن يدرك قدراته وإمكاناته واتجاهاته، ويستثمرها استثماراً حقيقياً.
- ٢- الاهتمام بهندامه ومظهره الذي يتقبله الجمهور لكي يستطيع أن يلفت نظر الآخرين بأناقته.
- ٣- الاتزان والبشاشة أمام الآخرين، فهي علاج سحري يستميل قلوب الناس، إلى جانب حب الآخرين والرغبة السامية في مساعدتهم، لأن ذلك من صميم عمله.
- ٤- التزام جانب الأمانة والصدق والمرونة والإخلاص وغيرها من القيم الفاضلة والصفات الحسنة، خلال العمل.
- ٥- الحذر من الوقوع في التناقض بين القول والعمل.
- ٦- امتصاص غضب المتخاصمين، وذلك بهدف التمكن من معالجة مشكلاتهم.
- ٧- القدرة على تحمّل ضغط العمل، ثم القدرة على بناء علاقات مهنية مع الجميع.
- ٨- القدرة على الإقناع؛ وهو العلاج العقلاني لبعض الأفكار غير المنطقية التي يحملها البعض.
- ٩- الوعي بالقضايا الاجتماعية، والقدرة على كتابة التقارير وتوثيق العمل باستمرار، وتسجيل ما يرد من الاستفسارات، ثم تقييم العمل، و أن يستخدم الأسلوب الفني الذي يتوافق مع طبيعة المشكلة،

كل هذه الصفات جديرة بأن تجعل صاحبها رائداً وقائداً وموجهاً اجتماعياً ناجحاً للعلاقات الاجتماعية في المجتمع، وإنساناً يصدق عليه «مصلحاً» أو كما يُسمى بالاصطلاح القانوني «باحثاً اجتماعياً».

الفرع الثاني: مهام في طريق الباحث الاجتماعي

الخطوبة وحالة التآرجح بين الشرع والعرف؛ يتركبان أثراً مهماً في تحديد نوع العلاقة بين المخطوبة وخاطبها، إيجاباً وسلباً، قيوداً شرعية وأهواء وميولات نفسية، وكلاهما يضاد الآخر، فهما بين محذورين، محذور الشرع، ومحذور المجتمع وأعرافه.

وكلاهما في مرحلة التعارف وحل الشفرات والرموز السرية ليتسنى لكل منهما كشف مكنون كلاً منهما، والتحرّج من سوء العارض وعدم تطابق الفهم بينهما مما يؤدي إلى المفارقة والفسخ، خصوصاً وأنهما لازالا لم يدخلتا بيت الزوجية، فيكون الرفض بكل سهولة ويسر عندما تظهر من أحدهما صفات أو أخلاق يصعب معها أن يقضي الطرف الآخر ماتبقى من رحلة عمره.

لذا، فإنني أود أن أنبه من خلال هذه القراءة، أن يلتفت المقنن العراقي، في صياغة مادة قانونية، تُجبر كلا العاقدین الخضوع إلى باحث اجتماعي قبيل الزواج، يؤكد على بعض النكات المهمة التي تصحح المسار الحقيقي لرحلة الزواج. منها:

أولاً: أ- دور الباحث يكمن في مكاشفة كل واحد منهما للآخر عن تصرفاته وأفكاره وصفاته أمام الآخر، وذلك بأن يخبر الآخر بما يحب وبكره في لباسه وطعامه وسهره ونومه وصداقاته ومزحه وجدّه، وما أشبه ذلك من نشاطه العام وتصرفاته العادية.

ب- إظهار أعلى درجات الصدق في المصارحة في مستوى التدين والإيمان لكل واحد منهما، وهي نقطة حساسة، فلا يتصنّع أحدهما أمام الآخر ما ليس فيه من خصال الإيمان والتدين، تمويهاً وخديعة له، ورغبة في إظهار نفسه على غير حقيقتها وواقعها، وكذا في مستواه العلمي والثقافي، وفي غناه وفقره وجاهه، فلا يدّعي أنه في مستوى علمي وثقافي جيد ومهم، أو أن حالته المادية يسيرة ومريحة، أو أنه يمتلك جاهاً ومقاماً اجتماعياً عالياً، وهو بخلاف ذلك، لأن ما يحدث كثيراً في هذه الفترة، حرص الفتى أو الفتاة وأهلها على أن يبدوا حسناتهم وصفاتهم الحميدة، ويكتُموا سيئاتهم وصفاتهم القبيحة، بهدف تمرير فترة الخطوبة وإتمام الزفاف، ثم لا يبالون بعد ذلك بما سينكشف منهم، مادام سيصعب على المتضرر التراجع وطلب الطلاق.

وهناك من يستخدم الخطوبة وربما حتى الزواج وسيلة خداع لإيقاع الطرف الآخر في الفخ وسلب أمواله وثرواته لمنازب أخرى، ومن ثم يتخلص منه بطرق شتى قد تصل أحياناً إلى القتل.

هذا العرض على الباحث الاجتماعي يساهم أيضاً في كشف الخطأ الذي يقع فيه أهل الخاطبين في معرفة الخطأ في الاختيار الصحيح للأسرة، بإتباع آلية خاطئة في التعارف ونوعه ودرجته، وما أحاط به من التباس وغموض، وخصوصاً في سلامة الخاطبين الجسدية والنفسية، أو في حالة الخاطب الاقتصادية والاجتماعية، وغير ذلك مما هو من هذا القبيل.

ج- أن يكشف كل منهما للآخر ما يزينه وما يشينه من عاهات جسدية أو تشوهات خلقية، أو أخلاقية.

د- المصارحة بالماضي جزءاً من إثبات حسن النية، خوفاً من معرفة الآخر، والوقوع بالملامة والندامة.

وهنا، أود أن ألفت النظر إلى أن هذه المصارحات لا تشمل الأخبار بكل شيء يمت بصلة إلى الشرف، كالإخبار بالماضي العاطفي والجنسي، فإن الأفضل بل اللازم عدم ذكره، وخصوصاً ما يكون منه عابراً و سطحياً، فمادام الفتى أو الفتاة على حالتها الطبيعية بسبب تلك العلاقات، حيث لم يحدث ما يشين السمعة بين الناس، فإن عليهما إبقاءها سراً مخزوناً في النفس، ولا يبديها أحدهما للآخر، وخصوصاً للخطيب، لأنها أمور حساسة، وقد تترك في نفس المستمع وقد تترك في نفس المستمع خوفاً أو غيرة أو نفوراً، وتتسبب في انهيار الخطبة وحدوث الفراق.

ثانياً: على كلٍّ منهما أن يظهر الاحترام والتواضع أم عائلة الآخر وأن لا يترفع عليها، ويرضى بواقعه الجديد، والعمل على كسب ثقتهم و غض النظر عن أخطائهم، والصفح عن إساءاتهم، و كتمان أسرارهم، واحترام رغباتهم. ثالثاً: لا بدّ للخطيبين من أن يكونا واضحين وصريحين في المسائل المالية، فمن جهة المهر، على الفتاة وأهلها أن يجعلوه معلوماً ومعيناً لا غموض فيه ولا التباس، كي لا يكون مقداره ونوعه مثار نزاع واختلاف. ويفضل في فترة الخطوبة عدم تداخل أموال الخطيبين، وبقاء مال كل منهما منفصلاً عن مال الآخر، كما يفضل قدر الإمكان أن يتكلم الخطيب على نفسه وأهله في تأمين متطلبات الزواج، وأن يبقى ما يساهم به أهل الفتاة واضحاً ومعتبراً لابنتهم، فقد شهدنا نزاعات مريرة حول هذه الأمور عند الاختلاف والرغبة في الطلاق، تسببت كثيراً بضياح حقوق أحد الطرفين أو كلاهما، وخصوصاً ما صار مألوفاً من تشارك الخطيبين في شراء منزل على الإسكان من نتاجهما إن كانا عاملين.

وهنا، نلفت نظر الشاب إلى أن عليه أن يظهر بالمستوى اللائق في البذل والعطاء في المناسبات التي تقتضي ذلك، كتقديم هدية لها في مناسباتها العزيزة عليها، أو تقديم هدية لأهلها عند زيارته لهم، أو في المناسبات التي يتهدى فيها الناس، فإن الفتاة وأهلها ينتظرون من الخطيب أن يفعل ذلك، لدلالته المعنوية عندهم أكثر من قيمته المادية.

المطلب الرابع: دور الزمان والمكان في تغيير الأحكام الشرعية

من الأمور التي لا ريب فيها والتي اتفق عليها المسلمون، ودلت عليها البراهين المحكمة العقلية والسمعية أن الإسلام دينٌ عالميٌّ لنوع الإنسان كافة، ولجميع الاعتصار والأزمان ، و أنه أقوم الأديان وأوضحها، وأوسط الطرق وأشملها، وأنه صالحٌ لإدارة المجتمع الإنساني دائماً، فكلما يمضي عليه الزمان لا تسبقه الحضارات والمدنيات، ولا يتأخر عن العلم و التكنولوجيا، فهو يقود البشرية ويهديها إلى الرشد والكمال، فلا يوجد باب إلى خير الإنسان وفلاحه وسعادته إلا وقد فتحه عليه، ولا يوجد باب إلى الشقاء والبوار والتبار إلا وقد أغلقه عليه.

هذا قليلٌ من الإسلام الذي ختم الله به الأديان، دين الله الخاتم، دين الفطرة ودين الحياة، دين العلم والعدل والإنصاف وكرائم الأخلاق، دينٌ كله نظام : نظام العقيدة الصحيحة الخالصة من الخرافات، نظام الآداب الحسنة، نظام العبادة لله تعالى، نظام الحكومة والسياسة ، نظام المال والإقتصاد ، نظام الزواج والعائلة

والأحوال الشخصية، نظام التعليم والتربية الرشيدة، نظام القضاء وفصل الخصومات، نظام الحقوق والمعاملات، نظام الصلح والحرب، ونظام كل الأمور، فهو عقيدة وشريعة، وسياسة وحكومة .

نظام لا ينسخ ولا يزول ولا يتغير أبداً، لأن الله تعالى ختم به وبالمرسل به، سيدنا وسيد الخلق أجمعين، وسيد الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله |، النبوات والرسالات، فلا شريعة بعده ولا كتاب ولا نبوة، {وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ} (١).

إن الإحكام الشرعية تدخل في حسابات المشرع الإسلامي أثناء عملية التقنين والتشريع، مع مراعاة لعنصر الزمان والمكان، وما يصاحب ذلك التقنين من نمو معرفي وتقدم حضاري، إنه قد يحدث للفقيه . بسبب مرور الزمان، وسعة العلوم البشرية، والارتباط الثقافي مع العالم . فهم جديد للأدلة والمصادر الفقهية، يقوم على أساس نفس المباني الاجتهادية.

وبعبارة أخرى: إن لتغير الظروف والشرائط المحيطة بتغير الزمان والمكان تأثيراً على الواقع في الزمان والمكان «الزمانيات والمكانيات»، الذي من شأنه أن يخلق مناسبات جديدة في علاقات الأفراد (٢).

هذه النظرية عبّر عنها السيد الشهيد محمد باقر الصدر، بـ(منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي) فذهب إلى القول بوجود جانب ثابت في الشريعة وجانب متغير، وهذا الجانب المتغير الذي يرتبط بعلاقات الحياة لا بد أن يسده ويملاه الفقيه الحاكم والمعبر عنه بولاية الفقيه، ولكن في دائرة منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي.

والنظرية الثانية، وهي التي طرحت أخيراً في كلمات السيد الخميني (+)، وهي نظرية تختلف عن النظريات السابقة في أصولها الفقهية وفي النتائج المترتبة عليها، وهي أن الزمان والمكان عنصران أساسيان في فهم الموضوع.

وهذه النظرية هي التي ينبغي التوقف عندها كثيراً لفهمها واكتشاف أبعادها وآثارها على حركة الاجتهاد والاستنباط، ولمعرفة مدى قدرتها على ردم مساحة الفراغ القائم بين فقهاء الموجود وبين الواقع ومتطلباته، أو عدم قدرتها على ذلك.

والنظرية التي أطلقها الإمام الخميني تأخذ ببدأً عملياً لأنه أطلقها بالتزامن مع دعوته لإقامة الحكومة الإسلامية، وهي تجلّ واضح لحركة الفقه وشموليته في الإسلام، وهو ما عبّر عنه السيد الشهيد محمد باقر الصدر في كلامه عن وظيفة الفقه « بأنّها تعني تمكين المسلمين من تطبيق النظرية الإسلامية للحياة » (٣) .

ويرى أحد الباحثين أن عملية التشريع واستنباط القوانين، إذا توقفنا عند الكتاب والسنة ولم نذهب إلى أبعد من مجرد الأخذ بأحكامهما العامة والمطلقة، فمن المؤكد أننا سوف لن نبلغ الغاية، وذلك لأنه لو كان في عموميات

(١) رد علمي للمحقق آية الله العظمى الشيخ لطف الله الصافي دام ظله على

المقال الذي نشرته مجلة (العربي) الكويتية في عددها ٣٧٩ ص ٣٣

بتاريخ ذو القعدة ١٤١٠ هـ يونيو ١٩٩٠ م . تحت عنوان : « الفتاوى

والأحكام الإسلامية بين التغير والثبات > بقلم الدكتور عبد المنعم النمر.

(٢) جعفر سبحاني، الإسلام ومتطلبات العصر، مؤسسة الإمام الصادق، ص ١١.

(٣) السيد محمد باقر الصدر/الاتجاهات المستقبلية لحركة الاجتهاد، مجلة الفجير (بيروت) العدد الأول/ديسمبر

١٩٨٠ صفر ١٤٠١

واطلاقات هذين المصدرين المهمين إجابة عن جميع التساؤلات وتلبية لكافة الاحتياجات لما كانت ثمة حاجة أصلاً إلى الأصول العملية، ولما كانت لهذه الأخيرة فائدة ترجى؛ ولعل السبب واضح هو أنه لن يكون ثمة غموض في الحكم الأصلي أي الحكم الواقعي ليستدعي من المجتهد أن يستجد بالأصول العملية لرفعه عبر عملية الاستنباط.

من المعلوم أن الأصول العملية تقع في ترتيب عمودي بالنسبة للأدلة الاجتهادية، وخير شاهد على قولنا هذا مانراه من رجوع كبار الفقهاء إلى هذه الأصول العملية في فتاواهم، ونحن إذا كنا نفتقد الحكم في الكتاب والسنة وفي اطلاقاتهما وعمومياتهما لانقضاء الدليل على ذلك الحكم، فلماذا الإصرار - يدفعنا إلى ذلك التعصب الأعمى - على الزعم بأنهما قد تضمنا حكم كل شيء حتى أصغر الأحكام كحكم أرش الخدش، ولم يغفلا ذكر أي شيء حتى وإن كانت رواية نقلت في هذا الباب.

وعلى هذا الأساس، عندما يخلو الكتاب والسنة ومعهما أطلاقاتهما وعمومياتهما من ذكر حكم ما، يأتي الدور العقلي والعرف العقلاني ليملا الفراغ ويلبى الحاجة، وفي هذه الحالة يكون العلم العادي مجزياً، ولا حاجة بالمجتهد للوصول إلى حالة القطع والجزم في استنباط الحكم.

أما إذا لم تسعفنا الأدلة العقلية أيضاً، فلا مفر حينئذ من اللجوء إلى الأصول العملية^(١)، لحل المسائل ورفع اللبس، لكن يجب أن نعلم بأنها لاتمثل قوانيننا أو أحكامنا، لأن مهمتها لا تتعدى إرشاد المجتهد الذي أعينه السبل؛ أي السبل المؤدية إلى الأدلة الاجتهادية.

ثم يردف قائلاً أن الدين الذي لايتوافر على هذا النوع من الاجتهاد وهذه الشروط لن يعمر طويلاً، والاجتهاد الذي لا يأخذ بالأدلة العقلية وعرف العقلاء لن يُساعد على تجدد الدين وحيوته. وإذا سلب الدين تجددده وحيوته فلن ينفع المجتمعات في شيء لأن المجتمعات في طبيعتها متجددة ومتحركة، وهذا التجدد هو سرّ ديمومة المجتمع وبقائه، وأي فائدة ترجى من دين لايلامس هموم الإنسان ولا يستجيب لمتطلباته وتطلعاته، الاجتماعية والسياسية بخاصة؟ يقيناً أن هذا الدين لن يكتب له النجاح والخلود^(٢).

ولكن كل ماتحدث به صاحب هذه الرؤية لا يعني أن هناك نقص في التشريع، أو إهمال من الشريعة لبعض الوقائع والأحداث، بل تعبّر عن استيعاب الصورة، وقدرة الشريعة على مواكبة العصور المختلفة، لأنّ الشريعة لم تترك منطقة الفراغ بالشكل الذي يعني نقصاً أو إهمالاً، وإنما حددت للمنطقة أحكامها بمنح كلّ حادثة صفتها

(١) أمّا إذا لم يُقْمِ عنده دليل قطعيّ ، ولم يحصل له طريق إلى الحكم المبحوث عنه ، فعندئذٍ يسمّى الباحث بالشاكّ أو الجاهل ، وعندئذٍ أرجعته الشريعة الإسلامية إلى ما يسمّى بالأصول العملية ، فهي التي تحدّد وظيفته الشرعية ، وعليه أن يعمل بها وفق معايير وأسس محدّدة .

(٢) د. علي رضا فيض، الفقه والاجتهاد: عناصر التأصيل والتجديد والمعاصرة ، ترجمة حسين الصافي، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي،

التشريعية الأصلية، مع إعطاء ولي الأمر صلاحية منحها صفة تشريعية ثانوية، حسب الظروف والمعطيات التي تفرضها متغيرات الزمان والمكان.

وعموماً على فرض أن للزمان والمكان تأثيراً على مطلق الأحكام الشرعية، حتى المنصوصة، إلا أنه لا بُدَّ من مراعاة أصليين مهمين وثابتين:

الأول: حصر التشريع في الله سبحانه وتعالى: {إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ}، فإن تغيير الزمان والمكان يجب أن لا يتنافى مع حصر التشريع بالله سبحانه.

الثاني: خلود الشريعة والأحكام، فإنه يجب أن لا يكون هناك تنافٍ بين خلود الشريعة وتأثير الزمان والمكان على الحكم الشرعي والاستنباط.

فمع مراعاة هذين الأصلين لا فرق حينئذٍ بين الأحكام الاجتهادية والمنصوصة. وحتى نقف على العناوين الرئيسية الغير قابلة للتغير والعناوين الثانوية القابلة للتغير، لابد لنا من وقفة على أهم تقسيمات الدين، وهي كالاتي:

أولاً: المعتقدات العقائدية: وهي الأصول الخمسة، التوحيد والعدل والنبوة والإمامة والمعاد، وهذه ثابتة لا تتغير. ثانياً: القيم الأخلاقية: يعني الأخلاق التي اتفق العقلاء على حسنها أو قبحها، حسن العدل وقبح الظلم، حسن الأمانة وقبح الخيانة، حسن الصدق وقبح الكذب، هذه قيم اتفق العقلاء عليها، الإسلام أقرها ورسّخها، فهي ثابتة، ورد عن النبي: «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» هي موجودة، أنا فقط متمم، وقال تعالى: {هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ}، ما هي الحكمة؟ الحكمة هي القيم الأخلاقية، يعلمهم إياها ويربّيهم عليها.

ثالثاً: التشريعات: وهي القوانين، وتنقسم إلى قسمين: هنالك قوانين ثبتت بأدلة قطعية، يعني وصلت إلينا بدليل قطعي، ولذلك لم يختلف اثنان من المسلمين فيها، حرمة الربا، {قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا}، حرمة الربا حكم ثابت، كذلك القصاص، القاتل يُقْتَل، ومن الأحكام ثبوت الخيار للمغبون، أنت إذا اشتريت شيئاً ثم يتبين لك أن البائع خدعك، أخذ عليك سعراً أعلى من سعره السوقي، لك الخيار أن ترجع، هذا خيار المغبون حكم ثابت عند جميع المسلمين، هذه الأحكام وصلتنا بأدلة قطعية، وما وصلنا بدليل قطعي لا يقبل التغير، فهو عنصر ثابت، لأنه ورد في الصحيح القطعي: «حلال محمد حلال إلى يوم القيامة، وحرامه حرام إلى يوم القيامة».

وهناك قسم نظري: يعني أحكام اختلف فيها الفقهاء، هذه الأحكام التي اختلف فيها الفقهاء نعتبرها عنصراً متغيراً، لأنها محل خلاف، مثلاً: هل عقد التأمين نافذ؟ أنت تبرم عقد تأمين مع شركة، تأمين على الحياة، تأمين على السيارة، هل هذا العقد بما هو عقد نافذ شرعاً؟ اختلف الفقهاء فيه. هل الهلال يثبت بالعين المسلّحة، يعني إذا رُوي بالمجهر الراصد، أم لا؟ اختلف الفقهاء فيه.

وكذلك مسألة التبرع بالأعضاء، هذه الأشياء التي اختلف الفقهاء فيها ليست عنصراً ثابتاً في الشريعة، وإنما هي عنصر متغير تبعاً لاختلاف الفقهاء. إذن، ليست جميع التشريعات والقوانين الإلهية هي أحكام متغيرة، ما وصلنا بدليل قطعي فهو ثابت، وما اختلف فيه الفقهاء فهو عنصر متغير.

كما أنَّ هناك عوامل قد تؤثر على عملية الاجتهاد بل وحتى على الحكم الشرعي الثابت، وهي كالآتي:
أولاً: العوامل الجغرافية والمكانية:

قد تؤثر الطبيعة الجغرافية سلباً أو إيجاباً على الطبيعة الفسيولوجية للإنسان، فالسن الشرعي للبلوغ عند الفتاة قد يختلف من منطقة إلى أخرى، قد تجد حالة البلوغ عند الفتيات في المناطق الحارة في سن مبكر، في حين قد يتأخر في المناطق الباردة حتى يصل سن البلوغ أحياناً في السويد مثلاً إلى بعد العشرين من العمر. وهذا قد يسبب محلاً للخلاف في فهم سن التكليف وقد يعاب عليه بعض المذاهب الذين يقولون بصحة زواج الفتاة في عمر التاسعة، والحال أنها حالة طبيعية تتسق وطبيعة المناخ الذي يعيش به الإنسان.

ثانياً: التطور في مجال الطب والعلوم:

كما هو واضح أن من موجبات فسخ عقد النكاح، هو البرص والقرن عند المرأة لأنهما تمنعان المعاشرة أو يقللان منها، وصعبا المعالجة، كذلك العنن عند الرجل أو ما يعبر عنه بالعجز الجنسي. واليوم وبفضل التقدم العلمي والتكنولوجي في مجال الطب وسائر العلوم الأخرى، أصبحت هذه الأمراض لا تشكل مانعاً وسبباً رئيسياً للطلاق.

فلابقي أدنى مجال للفسخ، ويمكن للفقهاء أن يستنبط حكماً شرعياً تبعاً لنظرية (الزمان) أي تداخل الزمان والمكان في حدود الحكم الشرعي، فالفقيه حينما يقرأ النص - الثابت - يقوم بقراءته قراءة تحليلية، تتضمن المدلول اللغوي للنص، مع مراعاة العرف، لأنه حتى المداليل اللغوية تتأثر بالعرف لكل زمان ومكان، كذلك يدرس السياق الزمني للنص، هل للزمان والمكان دخالة في موضوعه أم لا؟ وعلى ضوء ذلك يحدد الحكم الشرعي المستنبط من تلك القرائن، ويختار ما يرى فيه المصلحة قانوناً له ولمن يتبعه، وهو الأمر نفسه في طريقة التشريع ووضع القوانين عند الغربيين.

من الأمثلة على ذلك:

أولاً: حلية بيع الغرر:

أن هناك بعض البيوع المحرمة في الإسلام، والتي منها (بيع عقد مبادلة البضاعة بالبضاعة)، وقد حُرِّم هذا النوع من البيوع، والذي يتضمن بيع ثمرة العمل بالمؤجل، كعمل العامل والفلاح عند المتمدول الظالم، فقد كان صاحب رأس المال يستفيد من ضعف الفلاح، وعدم وجود ملجأ يلجأ إليه، وينتهز هذه الحالة بشكل سلبي، فقد كان يشتري حنطة المزرعة بثمن بخس وبالمؤجل، وكان الزارع يرضى بهذه المعاملة؛ لأنها توفر له ضماناً مستقبلياً لمحصوله.

واليوم استحدث قانون يضمن حق العامل من الظالم، وهو قانون (التأمين) وهو من العقود المستحدثة في زماننا، بالرغم أن هذا العقد يستلزم الغرر، والغرر من العقود الباطلة في الإسلام، لأنه | نهى عن بيع الغرر، إلا أن فقهاءنا قد صححوا هذا العقد بالرغم ما يترتب عليه من غرر ؛ لعدم معلومية أحد العوضين.

أمّا اليوم ، فقد برزت مصالح أهم، أخذت تدفع للقبول بمثل هذا الضرب من التعامل، بل تجعله ضرورياً لا يمكن تجنّبه . فنحن اليوم نبيع نفطنا بهذه الطريقة، ونؤمن جميع ما نحتاج إليه من بضائع وسلع عن طريق بيع السلعة بالسلعة . فهل نجرؤ على أن نحكم ببطلان جميع هذه المعاملات؟ وإذا فهم الأجانب أن مثل هذه العاملة باطلة في فقهاءنا الحقوقي ، فهل يكونون على استعداد بعد ذلك للتعامل مع الحكومة الإسلامية؟ ربّما لم تدخل هذه المسألة إلى الحوزة بعد، بيد أنّها ستطرح وستشقّ طريقها إليها إن عاجلاً أم آجلاً، تماماً كما هي مطروحة اليوم بين الحقوقيين، وقد اختلفت فيها الآراء.

في جميع الأحوال، فإنّ إعادة النظر في مباني الاستنباط يمكن أن تنتهي إلى نتيجة معقولة؛ تتمثل بالشكّ بالإجماع المدعى حولها، فما نهت عنه الأخبار صراحة هو (بيع الدين بالدين)، كما أنّ التردّد موجود في مفاد أخبار (لا يباع الدين بالدين) ؛ إذ هل المقصود هو بيع الدين قبل العقد، أو أن يشمل النهي الدين المترتب على العقد؟ إنّ القدر المتيقّن في الإجابة هو الاحتمال الأوّل ؛ يعني ما يقال له ديناً قبل العقد.

ثانياً: حلية بيع الحرام:

قد جاء الإسلام بأصل ثابت في مجال الأموال وهو قوله سبحانه : { وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ } وقد فرّع الفقهاء على هذا الأصل شرطاً في صحة عقد البيع أو المعاملة فقالوا : يشترط في صحة المعاملة وجود فائدة مشروعة، وإلا فلا تصح المعاملة ومن هنا حرّموا بيع (الدم) وشراءه، لأنه لا يجوز بيع كل ما لا منفعة فيه، والدم لا منفعة فيه كما كان يرى الفقهاء قديماً، ولما اكتشف العلم الحديث فوائد الدم وأنه يساهم في إنقاذ المرضى الذين يحتاجون إليه أفتى الفقهاء بجواز بيع وشراء الدم، لأن الموضوع قد تغير وبالتالي يتغير الحكم تبعاً لذلك، وهذا لا يعني أن حكم الله قد تغير، بل الذي تغير الموضوع، فالدم أصبح فيه منفعة كبيرة، وما دام الأمر كذلك قال الفقهاء بالجواز، ذلك أن الأحكام الشرعية تابعة للملاكات والمصالح والمفاسد، فالأحكام تدور مدار المناط والملاك، فلو كان المناط باقياً فالأحكام ثابتة، وأما إذا تغير المناط بسبب الزمان والمكان تتغير الأحكام أيضاً. كذلك قطع أعضاء الميت أمر محرّم في الإسلام، قال رسول الله: «أَيَّاكُمْ وَالْمِثْلَةُ وَلَوْ بِالْكَلبِ الْعَقُورُ» ومن الواضح أن ملاك التحريم هو قط والتشقي، ولم يكن يومذاك أي فائدة تترتب على قطع أعضاء الميت سوى تلبية للرغبة النفسية . الانتقام . ولكن اليوم ظهرت فوائد جمّة من وراء قطع أعضاء الميت، حيث صارت عملية زرع الأعضاء أمراً ضرورياً يستفاد منها لنجاة حياة المشرفين على الموت.

تغيير ملاك الأحكام:

في هذه المسألة يرى الإمام الخميني في بيان شرائط الموضوع، حيث يرى بأن الزمان والمكان يؤثّران أثرهما. فالتشريع هو التشريع ثابت لم يتغيّر ، والفقهاء قبل الإمام الخميني رحمة الله تعالى عليه وعليهم كانوا يقولون بأن

موضوعات الأحكام نأخذها مجردة عن زمانها ومكانها وشرائطها الاجتماعية والاقتصادية والعلاقات الدولية ، فهذه الأمور بحسب رأيهم لا علاقة لها بتحقيق الموضوع أو عدمه.

لتوضيح المسألة أكثر نضرب مثلاً في المعدن، وهي من المسائل التي استفتي فيها الإمام الخميني بأنه إذا كان الإنسان يملك قطعة أرض وخرج فيها معدن، فهل هو مالك له أو ليس بمالك ؟

الفقهاء قبل الإمام الخميني كانوا يقولون بأن المالك للأرض يكون مالكا لكل ما يخرج من باطن هذه الأرض، لأن هذا الحكم الشرعي كان موضوعه عند الفقهاء هو أن المعدن إذا خرج في أرض إنسان فهو مالك له من دون اشتراط أية شرائط زمانية أو مكانية أو اقتصادية ، ومن دون النظر إلى القدرات التوليدية والإنتاجية. فهذه كلها لا علاقة لها في تملك صاحب الأرض للمعدن، ومن هنا كان الرأي الفقهي المشهور يقول بأنه سواء كانت القدرة على استخراج هذا المعدن هي القدرة قبل ألف سنة ، أو كانت القدرة على استخراجه هي القدرة في هذا الزمان ، فلا فرق بينهما ؛ لأن هذين الطرفين وإن اختلفا ولكنهما ليسا قيدين في الموضوع حتى إذا تغير القيد فلا بد أن يتغير الموضوع ، ولا شرطين حتى إذا تغير الشرط لا بد أن يتغير المشروط.

ولهذا كان الرأي المشهور للفقهاء هو : « إن المعدن إذا خرج في أرض إنسان فهو مالك له ».

أما الإمام الخميني فإنه عندما نظر إلى هذه المسألة ذهب إلى اتجاه آخر يقول فيه : الإنسان يملك المعدن إذا خرج في أرضه ، ولكن هذا الموضوع أخذ مقيداً بشروطه الزمانية والمكانية والإنتاجية في ذلك الزمان ، فإذا تغيرت الشروط يتغير الموضوع ، وإذا تغير الموضوع لا يبقى الحكم ثابتاً ، لأن الحكم يتغير تبعاً لتغير الموضوع.

أما لو بقي الموضوع مع شرائطه فالحكم باق ، وهذا معناه أن التشريع لم يتغير بل يبقى ثابتاً. فما ورد في الحديث الشريف: « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » .

يرى فيه الإمام الخميني ضرورة عدم صلاحية تطبيقه بمعزل عن شروط الزمان والمكان ، ويعلل ذلك بأن الأمر لم يعد كذلك في عصورنا هذه باعتبار أن أدوات الاستخراج كانت آنذاك بدائية وما كان يستخرج من المعدن إنما هو بقدر الحاجة ، أما في عصورنا المتأخرة حيث اتسعت القدرات على الإحياء والاستخراج بشكل كبير جداً ، حتى أن بعض الشركات العالمية تمتلك من القدرات على إحياء بلدٍ بأكمله ، فلو طبقنا مفاد الحديث فإنه سوف لا تبقى أية ثروة أو موارد وطنية.

وعلى أي حال، فإن عنصر الزمان والمكان والقدرة على الاستخراج والإنتاج لها مدخلية في فهم النص وممارسة عملية استنباط الحكم الشرعي. ومن الواضح أن من لا يمتلك التخصص في هذا المجال لا يمكنه الوصول إلى مفاد النص الصحيح.

وكذلك الأمر في الشطرنج الذي جرت حوله أبحاث ونقاشات مفصلة في الحوزات العلمية ، فالإمام الخميني (+): «إن تحريم الشطرنج إنما حُرِّم إذا كان داخلًا في اللهو واللعب وهذا التشريع ثابت إلى يوم القيامة، أي أنه حرام إلى يوم القيامة، ولكن الشطرنج إذا تغير وخرج من عنوان العبث واللهو واللعب، وصار عملاً رياضياً فكرياً، تغير موضوعه، وهذا الموضوع الجديد يحتاج إلى حكم شرعي جديد . فلا بد من الرجوع إلى

الشارع؛ فإن كان يقول بأنّ هذا الموضوع الجديد حكمه الحرمة فحينئذٍ نقول بحرمة، أمّا إذا قال بإباحته حكمنا بالإباحة . وهكذا الأمر في الوجوب والكراهية والاستحباب . فالانتقال من الأول إلى الثاني ؛ لأنّ الموضوع تغيّر .

ولتوضيح المسألة أكثر نضرب مثالا آخر حول الصلاة:

عندما شرّع الله الصلاة وأوجب على الإنسان بأن يؤدّيها تامة، فقد أوجبها عليه تامةً إذا كان المكلف حاضراً، وهذا الحاضر إذا صار مسافراً فإنّ الشارع شرّع له حكماً آخر وهو الصلاة قصراً، وذلك لأنّ الموضوع تغيّر، فنحن لم نغيّر الحكم الشرعي مع بقاء وحفظ الموضوع، وإلاّ فمع حفظ الموضوع يبقى الحكم الشرعي إلى يوم القيامة.

ومن هنا نقول بأنّ حلال محمد حلال إلى يوم القيامة ، وكذا حرامه ، وهذا يعني أنّه مع حفظ شرائط الموضوع يبقى الحلال حلالاً والحرام حراماً . فالخنزير حرام ، وفي حال الاضطرار يُحكم بحليّته. فهنا في باب الاضطرار لم يعترض الفقهاء على حليّة الخنزير ويقولوا بأنّ الحكم تغيّر، ولكن وفقاً لنظرية الإمام الخميني لم يتغيّر الحكم وإنّما الذي تغيّر هو الموضوع.

الفهرس

القرآن الكريم . كتاب الله العزيز .

حرف الالف:

١- المحقق آية الله لطف الله الصافي، رد علمي على المقال الذي نشرته مجلة (العربي) الكويتية في عددها ٣٧٩ ص ٣٣ بتاريخ ذو العقدة ١٤١٠ هـ يونيو ١٩٩٠ م . تحت عنوان : « الفتاوى والأحكام الإسلامية بين التغير و الثبات > بقلم الدكتور عبد المنعم النمر .

٢- جعفر سبحاني، الإسلام ومتطلبات العصر، مؤسسة الإمام الصادق.

٣- السيد محمد باقر الصدر/الاتجاهات المستقبلية لحركة الاجتهاد،مجلة الفجير(بيروت) العدد الأول/ديسمبر ١٩٨٠ صفر ١٤٠١.

- ٤- د. علي رضا فيض، الفقه والإجتihad: عناصر التأصيل والتجديد والمعاصرة، ترجمة حسين الصافي، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي،
- ٥- أحمد حسن الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول، المكتبة الإسلامية، استانبول ، تركيا، الطبعة ٢، ١٩٧٢.
- ٦- محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (المطبعة العثمانية، القاهرة ١٣٤٧هـ).
- ٧- الشيخ محمد رضا المظفر وتطور الحركة الإصلاحية في النجف، تأليف: الشيخ الآصفي.
- ٨- محمد بحر العلوم، أضواء على قانون الأحوال الشخصية، النجف: مطبعة النعمان، ١٩٦٣.
- ٩- محمد شفيق العاني، أحكام الاحوال الشخصية، المطبعة الفنية الحديثة، ١٩٧٠م.
- ١٠- شلبي، محمد مصطفى، المدخل إلى الفقه الإسلامي، بيروت، الدار الجامعية، ط ١٠، ١٩٨٥.
- ١١- عبد الباقي البكري ، المدخل دراسة القانون والشرعية، مطبعة الآداب، ١٩٧٢م.
- ١٢- د. حسين كيرة، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، ١٩٧١م.
- ١٣- شبير، محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، نشر دار الفرقان.
- ١٤- الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ) ، كتاب العين المؤلف: المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي الناشر: دار ومكتب الهلال.
- ١٥- الطناحي؛ المبارك بن محمد الجزري بن الاثير مجد الدين أبو السعادات؛ النهاية في غريب الحديث والأثر، المحقق: طاهر احمد الزاوي، بيروت ، لبنان..
- ١٦- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة دمشق - المكتبة جامعة دمشق.
- ١٧- د. عبد الرزاق السنهوري، وحشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، والنشر، القاهرة، ١٩٥٠م.
- حرف الدال:
- ١٨- د. أحمد سلامة ، دراسات أحكام الأسرة لأحوال الشخصية للمواطنين الغير مسلمين ، دار الفكر العربي، ط ٢، ١٩٦٢م،
- حرف الهاء:
- ١٩- نصر حامد أبو زيد/ هل هناك مفهوم للحكم والسلطة في الفكر الإسلامي؟ مقالة في مجلة الثقافة الجديدة العدد ٢٩٥ تموز-أب ٢٠٠٠.
- حرف اللام:
- ٢٠- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت ، لبنان، مادة(قن)ج ٣، ص ١٧٧.
- حرف الميم:
- ٢١- كرم، عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ط ٢، ١٩٨٨م.

- ٢٢- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، ضبط وتعليق: مصطفى البغا ، دار العلوم، دمشق، ط٣، ١٩٨٩
- ٢٣- معجم مقاييس اللغة المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر.
- حرف العين:
- ٢٤- الشواف، عبد الكريم قاسم وعراقيون آخرون، بيروت: الوراق للنشر ٢٠٠٤، ص ٨٤.
- حرف الفاء:
- ٢٥- فقه النوازل ;المؤلف: بكر أبو زيد؛ حالة الفهرسة: غير مفهرس؛ الناشر: مؤسسة الرسالة.
- حرف الصاد:
- ٢٦- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار الناشر: دار العلم للملايين
- حرف الخاء:
- ٢٧- حسن (عبد الحمد سعيد) ، خصائص الشخصية المرتبطة بموازين النجاح (دكتوراه).
- ٢٨- علاء الدين خروفيه، شرح الأحوال الشخصية، ١٩٦٢م، ١٣٨٣هـ..
- حرف التاء:
- ٢٩- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس المحقق: مجموعة من المحققين
- ٣٠- د، محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي ، المبدأ والمنهج ، والتطبيق.
- ٣١- خروفيه، شرح قانون الأحوال الشخصية- القانون الروماني - القانون الفرنسي، المكتبة المركزية.