كلية القانون جامعة أهل البيت

المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر

ثوابت الإسلام في نطاق احكام المعاملات

بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر لكلية القانون جامعة أهل البيت عليهم السلام

الباحث

الأستاذ الدكتورة اسراء فهمي ناجي

الملخص باللغة العربية

إنّ موضــوع المعاملات وعلى وجه التحديد احكام الاســرة كان – وما يزال – موضــوعا جديرا بالبحث ، لأنّه يثير كثيرا من الإشــكالات المرتبطة بالنّص الشرعي ، باعتباره مرجعا أعلى أو سلطة ثابتة ترسم للمسلم معاملاته الدّنيويّة بمختلف اوجهها ، اذ يلاحظ أنّ العديد من أحكام المعاملات وشروطها مستنبطة من الشريعة الإسلامية المتمثلة في القران الكريم و السنة النبوية الشريفة ، ولكن امام التطور الحاصل في مختلف مجالات الحياة بما ينعكس اثره على العلاقات الاجتماعية بين افراد الاسرة ، بالإضــافة الى دعوات التجديد ومواكبة التطور من قبل بعض المنظمات ، فهل ينســجم هذا كله مع المبادئ الثابتة في الشــرع الحنيف التي نظمت الاحكام الشــرعية العملية بمخلف صورها وابوابها بشيء من التفصيل واعطت صلاحية للمجتهد التصرف بما يتلاءم مع مقتضى الشرع فيما لا نص فيه ، ولعل السؤال الذي يجسد محور البحث هو ضبط مفهوم ثوابت الإسلام التي لا يجوز مخالفتها من قبل المجتهد او المشرع ، فهذا المصطلح يثير اشكال على صعيد الفقه الإسلامي في ضبط معناه ، ولعل الميدان الذي يتم ضبط ثوابت الإسلام فيه هو المعاملات التي تثير جدلا أيضا على صعيد الفقه الإسلامي في تحديد نطاقها ، وتبقى احكام الاسرة حاضرة ضمن هذا الميدان وهي من الأهمية في اطار المجتمع الإسلامي بما يستلزم ضبط ثوابتها التي لا يجوز مخالفتها من قبل المشرع للحفاظ على هذا الكيان من ما يعصف به من دعوات . فالشارع المقدس أحاط هذا الكيان بتنظيم تفصيلي وعليه يجب على المشرع الالتزام بهذا التنظيم وعدم مخالفته باي حال من الأحوال .

الملخص باللغة الإنكليزية

The subject of transactions and specifically the provisions of the family was – and still is – a topic worthy of research, because it raises many of the problems associated with the Islamic text, as a higher reference or fixed authority that paints the Muslim his worldly transactions in various directions, as it is noted that many of the terms and conditions of the transactions are derived from the Islamic law, which is the Holy Quran and the Holy Prophet's Sunnah, but in the face of the development in various areas of life, which reflects its impact on social relations between family members, in addition to calls for renewal. And keeping up with the development by some organizations, is all this in line with the established principles in The Holy Law, which organized the islamic rulings by leaving their pictures and doors in some detail and gave the authority of the hardworking to act in accordance with the requirements of Islam, which is not stipulated in it.

المقدمة :

لغرض بحث موضوع ثوابت الإسلام في اطار احكام المعاملات وموقف قانون الأحوال الشخصية من حيث موافقته او مخالفته لمبدا الثوابت لا بد من استهلال الموضوع بمقدمة نبين فيها الفقرات الاتية :

أولا: التعريف بموضوع البحث

من خلال تتبع التشريعات العراقية بمختلف درجاتها يلاحظ تاكيدها على اعتبار الشريعة الاسلامية مصدر أساسي في التشريع ، ولعل ابرز التشريعات التي تشير الى هذا المعنى هو دستور العراق النافذ 2005لسنة في المادة الثانية منه التي تنص على انه : (أولاً/ الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع : أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام).

وفي قراءة للنص المتقدم يلاحظ عبارة ثوابت الإسلام التي تثير جدلا واسعا على صعيد الفقه الإسلامي وما يترتب على تحديدها من اثار على الصعيد التشريعي ، فما هي ثوابت الإسلام التي يجب مراعاتها عند سن التشريعات ، هذا من جانب ، وفي نطاق البحث هل تعتبر احكام المعاملات من ثوابت الإسلام ؟ وهل تعتبر احكام الاسرة تحديداً من ثوابت الإسلام ؟

من الجدير بالذكر في هذا الصدد إنّ موضوع المعاملات في الإسلام كان –وما يزال– موضوعا جديرا بالبحث ، لأنّه يثير كثيرا من الإشكالات المرتبطة بالنّص الشرعي ، باعتباره مرجعا أعلى أو سلطة ثابتة ترسم للمسلم معاملاته الدّنيويّة بمختلف اوجهها ، لذلك اختزل الرّسول الكريم (ص) الدّين كلّه في عبارة الدّين المعاملة ، اذ يلاحظ أنّ العديد من أحكام المعاملات وشروطها مستنبطة من وقائع فعلية في عهد الرسول الاكرم الذي بين بدوره احكامها سواء في القران او في السنة الشريفة

وبتوقّف الوحي ووفاة الرّسول (صلّى الله عليه واله وسلّم) سعى بعض علماء المسلمين إلى ضبط أحكام المعاملات في الإسلام معتبرين أنّ ما يستجدّ في الواقع من متغيّرات في باب المعاملات بمفهومه الواسع ولا نجد له أحكاما في القرآن والسنّة لا يمكن الاجتهادُ في شأنه بأيّ وجه من الوجوه . هذا التوجه يثير جدل على صعيد الفقه عموما ويتناقض مع خصائص الشريعة الإسلامية التي تتسم بالمرونة واستجابتها للتطورات التي تحصل في الواقع

فطبيعة الامور توجب الوقوف على مسألة المعاملات في الإسلام في عصرنا الرّاهن لا سيّما أنّ هذه المسالة تتجاذبها، من جهة سلطةُ النّصّ المقدّس، ومن جهة أخرى تحدّياتُ العصر ومتغيّراته. وتبعا لذلك يجب دراسة احكام المعاملات الثابته في الإسلام والتي لا يمكن مخالفتها باي حال من الأحوال ، والاحكام الاخرى المتغيرة تبعا للتطورات في ميدان المعاملات ضمن دائرتيْ الحلال والحرام وتحدّيات العصر فالتطوّر العلميّ والتّكنولوجي، وتطوّر وسائل الاتّصال الحديثة وتشعّب قنواتها،كل ذلك من شانه ان يدعو لاصدار تشريعات مواكبه ولكن في اطار ثوابت الإسلام .

ثانيا : أهمية البحث وأسباب اختياره

تكمن أهمية البحث في جانبين ، الأول هو الجانب النظري والذي يتمثل في ضرورة الوقوف على موقف الفقه الإسلامي من الاحكام الثابتة ، اذ لم تتفق كلمة الفقه على ضبط مفهوم ثوابت الإسلام وتحديد نطاقها ورسم حدودها ومعالمها ، حيث شغل موضوع الثابت والمتغيّر مخيلة علماء المسلمين منذ فجر النهضة الإسلاميّة الحديثة. وقد طُرحت في هذا المجال نظريّات وطروحات كثيرة، وبحوث ونقاشات عديدة ، الا انها لم تقدم أجوبةً حول الإشكاليّات التي تواجه الإسلام، بل تواجه المشروع الإسلاميّ برُمَّته فيما يتعلق بإمكانية استجابة الاحكام الشرعية الثابتة للوقائع المستجدة في العصر الراهن في مختلف المجالات ومن ابرزها احكام المعاملات ومواكبة التطورات

التي تحدث في الواقع المعاصـر . من هنا تبرز أهمية الخوض في هذا الموضـوع للوقوف على ما قيل من اراء لتحيد مفهوم الاحكام الثابتة وترجيح ما هو اصـوب منها وبالتالي إعطاء المشرع الوضعي معيار واضح يمكن من خلاله سن التشريعات التي لا تتعارض مع ثوابت الإسلام .

اما الجانب الثاني وهو الجانب العملي فيتجسد في مسالة التناقض والتعارض الحاصل فعلا في التشريعات على اختلاف عناوينها مع النص الدستوري وموقف المشرع نفسه من هذا التعارض من جانب ، وموقف القضاء من جانب اخر .

بالاضافة الى ان تطبيق أحكام الدين الإسلامي التي تكفل على نحو منقطع النظير حقوق الإنسان وتوفر الحماية اللازمة له بصورة لم يشهد التأريخ الإنساني لها نظيراً بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى فالإسلام يضع نظام متكامل للحياة واحكامه الثابتة تحدد للمشرع المسار الصحيح الذي يجب ان ينتهجه عند سن التشريعات فكان اتجاه المشرع على هذا النحو مدعاة للخوض في بحث الموضوع ودراسة محاوره وتحديد ابعاده وما يثيره من إشكالات .

ثالثا : إشكالية البحث

تتجسد إشكالية البحث في مدى فهم المشرع لمفهوم الثوابت في الإسلام ، فهذا المصطلح هو مصطلح شرعي ومن ثم فان المشرع وهو واضع التشريع يجب عليه ان يكون ملماً بمعنى الثوابت والتي لا يجوز مخالفتها عند وضع التشريع ، ولكن هل تصدى المشرع لتعريف معنى الثوابت التي الزم نفسه بعدم مخالفتها عند سنه التشريعات ؟ هذا من جانب ، ومن جانب اخر ما هو مدى سريان مبدأ الثوابت في اطار المعاملات والتي تعتبر في كثير من موضوعاتها مرنة بمعنى لا يمكن ان تبقى على حكم واحد مع تسارع الاحداث وضرورة مواكبة التطور ؟ فضلاً عن احكام الاسرة التي تعتبر بحسب جانب من الفقه من احكام المعاملات فهل هي احكام ثابتة ام متغيرة ؟

رابعا : أسئلة البحث

لغرض معالجة إشكالية البحث لابد من الوقوف على التساؤلات الاتية وتحديد ابعادها :

التساؤل الأول : ماهو مفهوم ثوابت الإسلام التي لا يمكن باي حال من الأحوال سن تشريع مخالف لها.

التساؤل الثاني : تحديد مفهوم احكام المعاملات في الشريعة الإسلامية وما يقابلها في اطار التنظيم القانوني ، وتحديد احكام المعاملات وعلى وجه الخصوص احكام الاسرة ، فيما اذا كانت من طائفة الاحكام الثابتة ، ام الاحكام المتغيرة التي تعطي للمشرع مساحة في سن تشريعات تواكب التطور الحاصل في ميدان التعامل .

ثم نتمم البحث بقراءة معمقة لنموذج من النصوص التشريعية في قانون الأحوال الشخصية والوقوف على وجه المخالفة .

فهذه المحاور ينبني على أساسها نطاق البحث وهيكليته .

خامسا: منهجية البحث :

لعل طبيعة الموضوع تستلزم اتباع المنهج التاصيلي الاستقرائي من خلال استقراء الوقائع الجزئية في باب المعاملات ومدى شمولها بالمبدأ العام (ثوابت الإسلام) ، وهل يمكن تجزئتها ، أي فصلها الى احكام ثابتة او قواعد كلية عامة ، وأخرى جزئية تستمد حجيتها من القواعد العامة وتكون قابلة للتغيير تبعا لعوامل التطور والمصلحة والعرف الجاري ، أي من خلال ربط الأسباب بمسبباتها أي قابلية الاحكام للتغيير تبعا لتغيير الزمان والمكان (ربط العلة بالمعلول)

ولا يغني هذا المنهج عن اتباع المنهج الاستنباطي (التحليلي)من خلال التأمل في الحقائق الكلية وتطبيقها على الجزئيات أي تحديد مدلول الاحكام الثابتة ومساحة احكام المعاملات خلالها ومدى إمكانية تطبيقها على الوقائع المستجدة في ميدان التعامل الاجتماعي المتمثل بأحكام الاسرة وغيرها من الاحكام .

بالإضافة الى تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة والوقوف على تطبيقاتها القضائية ، فمن خلال التطبيقات يمكن تحديد مواطن القصور التشريعي ، كما ان تحليل النصوص القانونية النافذة ومقارنتها بالموقف الشرعي يمكن ان يفصح عن مدى مسايرة تلك النصوص للدستور . فمن خلال اتباع هذين المنهجين يمكننا تكوين قواعد عامة ومن ثم تطبيقها على الحالات الفردية . وسوف يكون المنهج المقارن حاضرا ؛ لكون الشريعة الإسلامية تمثل جوهر البحث ، وكذلك القوانين العربية كلما اقتضى البحث وعلى سبيل الاستئناس .

سادسا: خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع ثوابت الإسلام في نطاق احكام المعاملات لا بد من تقسيم البحث على مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مفهوم الاحكام الثابتة وضمن مطلبان نخصص المطلب الأول لبحث التعريف بالاحكام الثابتة ، وفي المطلب الثاني نتناول تمييز الاحكام الثابتة من الاحكام المتغيرة ، اما المبحث الثاني فسوق نعالج ضمنه احكام المعاملات الثابتة في اطار فقه الاسرة، وضمن مطلبين الأول يكون لبيان ماهية احكام المعاملات ، اما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث احكام الاسرة . ثم ننهي البحث بخاتمة نبين فيها اهم ما توصلنا اليه من نتائج وما نراه من مقترحات بهذا الخصوص .

المبحث الأول

مفهوم ثوابت الاسلام

من الجدير بالذكر ، أن مصطلح ثوابت الاسلام لم يكن معروفاً في الاصطلاح الفقهي القديم بل نشأ متأخراً . ولكن بالرجوع الى تفسيرات المعاصرين لهذا المصطلح نجد أنه لا يخرج عن ثلاثة مفاهيم درج الفقه الاسلامي على بحثها وضمن مصطلحات القطعيات ، أو الأحكام المجمع عليها أو الاصول ، أو ثوابت الخطاب الشرعي .

ومهما يكن من أمر تسمية المصطلح ، فإنه ، ولغرض بيان التوصيف الشرعي والقانوني له لابد من الوقوف على التعريف به ، ومن ثم تميزه من الأحكام المتغيرة وذلك ضمن مطلبين ، الأول : التعريف بالاحكام الثابتة ، والثاني تمييزه مما يشتبه به على النحو الآتي :-

المطلب الأول

التعريف بالأحكام الثابتة

لغرض الإحاطة بالأحكام الثابتة في الشريعة الاسلامية وبيان التوصيف الدقيق لها لابد من الوقوف على تعريفها وإبراز خصائصها التي تميزها من غيرها من الأحكام . وهذا ما سوف نتطرق اليه في هذا المطلب وضمن فقرتين على النحو الآتي :-

الفرع الأول

تعريف الأحكام الثابتة

يمكن التطرق لتعريف الأحكام الثابتة في الشريعة الاسلامية من خلال الوقوف على معناها اللغوي ، وكذلك ما قيل من آراء على صعيد الفقه في توصيفها ، ومن ثم بيان موقف المشرع الوضعي من هذا المصطلح ، وذلك ضمن ثلاثة فروع على النحو الآتي :-

اولاً : التعريف اللغوي

لما كان الحديث حول الأحكام الشـــرعية الثابتة ، فلابد من تعريف الحكم الشـــرعي في اللغة ومن ثم بيان معنى كلمة الثابتة . فالحكم لغةً يعني : المنع ، ومن قولهم (احكمت الشيء) ، ويأتي بمعنى العلم والفهم ، والحُكْم (في الشرع) : القولُ بالحِلِّ والحُرمة ونحوِهما [1] .

اما كلمة شَرعيّ فهي (اسم) مَنْسُوبٌ إِلَى الشَّرْعِ ، والحكم الشرعي يعني حُكْمٌ خَاضِعٌ لأَحْكَامِ الشَّرْعِ ، والشَّارِعُ : هو سانُّ الشَّرِيعة ، والمشرّع ، واضع الأحكام الشرعيّة ، والحكم الشرعي هو حُكْمٌ خَاضِعٌ لأَحْكَامِ الشَّرْعِ [2]

اما كلمة الثوابت في اللغة وهي جمع ثابت ، وجذرها (ث ، ب ، ت) ثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت ، وثبيت وتثبت وشيءٌ ثبت : وتثبيت في الأمر ... [3] . والتثبيت الثابت العقل ، والثابت المستقر على الأرض حتى لو لم يتعلق بها بشدة [4] .

ويقال أن كلمة (ثبت) تعني دوام الشيء ، أي ثبت ثباتاً ثبوتاً وثبت الشيء يثبت ثبوتاً دام واستقر ، وثبت الأمر صح ، الاصل في هذه المادة هو الاستقرار واستدامة ما كان وهو في مقابل الزوال . وهذا المعنى أما في الموضوع أو في الحكم أو في القول أو في الرأي وغيرها ، فيقال حكمه ثابت أو رأيه ثابت ،أو قوله ثابت [5] .

يفهم من خلال المعاني اللغوية المتقدمة أن الثابت يعني ما استقر ودام وصلح وربما ما لا يمكن تغيره بأي حال من الأحوال .

ثانياً : التعريف الفقهي

أما المعنى الاصـطلاحي للحكم الشـرعي وكما يعرفه جانب من علماء اصـول الفقه فيراد به (خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضـاءً أو تخييراً او وضـعاً) [6] بمعنى ما اقتضى الشرع فعله أو تركه أو التمييز بين الفعل والترك .

وقد وردت تعريفات متعددة لهذا المصطلح [7] ، الا أن ما يعنينا في البحث هو الأحكام الشرعية الثابتة ، فما هو المقصود بها ، وما هو الإطار الشرعي لهذا الثبات .

يكاد يتفق الفقه على تعريف مضمون الأحكام الثابتة وأن اختلفت العناوين والتسميات ، فمنهم من يعرفها تحت عنوان القطعيات بأنها (الأحكام التي لا مجال للنظر فيها بعد وضـوح الحق في النفي أو في الاثبات ، وليس محلاً للاجتهاد وهي قسـم الواضـحات ؛ لأنها واضـحة الحكم حقيقةً والخارج عنها مخطئ قطعاً ، وكذلك الأحكام المجمع عليها التي أقام الله بها الحجة في كتابه أو على لسان نبيه (ص) ومن مصاديقها العقائد والعبادات والأخلاق) [8] .

([1]) للمزيد انظر محمد جمال الدين بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ،ج 12 ، دار صادر ، بيروت ، 2010 ، ص141

([2]) معجم المعاني الجامع ،معجم عربي عربي ، منشور على الموقع https://www.almaany.com/ar/dict/ar- تاريخ الزيارة 11-6 2020 .

(3) انظر ابو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي ، المحكم والمحيط الأعظم ، حققه عبد الحميد الهنداوي ، دار الكتب العلمية، بيروت ،2000م ، 323:13 .

(4) ابو هلال العسكري – الفروق اللغوية – مؤسسة النشر الاسلامي – ط1 – 2000 – ص255 .

(5) حسن المصطفوي – التحقيق في كلمات القرآن الكريم – دار الكتب العلمية – ط3 – ج 2 - بيروت – 2009 – ص8 .

(6) محمد فتحي الدريني – المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي – بيروت – مؤسسة الرسالة – ط3 – 1997 – ص25

(7) محمد تقي الحكيم – الاصول العامة للفقه المقارن– ط2 – قم – بدون سنة طبع – ص52 .

(8) صلاح الصاوي – الثوابت والمتغيرات – المنتدى الاسلامي – ط1 – 1994 – ص33 .

وقيل في تعريف النص المحكم : (ما يعلم تعيين تأويله ، أو ما عرف المراد منه أما بالظهور وأما بالتأويل) [9] وتكون دلالة النص قطعية أذا لم يحتمل أكثر من حكم أو معنى واحد [10]

من خلال المعنى المتقدم يلاحظ أن المراد بالأحكام الثابتة هي النصوص القطعية الدلالة في القرآن والسنة والتي لا تحتمل الا معنى واحد يراد فهمه من النص ، بمعنى أنها غير قابلة للتأويل والتفسير وبينت بيان تفصيلي دقيق ، ولكن القول بالأحكام المجمع عليها أذا أريد منه اجماع علماء الأمة فهذا قول مردود لأن الأجماع لا يعد دليلاً على الحكم الشرعي عند الأمامية الا أذا كان كاشفاً عن رأي المعصوم [11] .

وهناك من يعرفها بأنها (الأحكام والاصول الاساسية التي قررتها الشريعة الاسلامية بنصوص مفصلة كأحكام المواريث واحكام الأسرة والحدود) [12] .

وفي تعريف آخر للأحكام الثابتة بأنها (متن الشريعة التي أوحى الله بها الى نبيه . فهي احكام ثابتة لأنها تحافظ على المنافع الحياتية للإنسان من زاوية كونه انسان يعيش حياة اجتماعية بغض النظر عن الزمان والمكان والعوامل المتغيرة الاخرى مثل العقائد والمقاصد والاخلاق فلا يمكن تصور زوالها ويحتاجها الانسان دائماً وتسمى الدين والشريعة التي تكفل السعادة الإنسانية) [13] .

كما في قوله تعالى ((فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ)) [14] .

وأن كان هذا التعريف يبدو شاملاً ، الا انه لا يخلو من الغموض والعموم .

ومنهم من يرى أن الأحكام الثابتة (هي الأحكام المنصوصة في الكتاب والسنة ويكون حكمها مضبوطاً . وهي لا تقبل التغيير باختلاف الاعصار والامصار ولا يمكن تصور شيء فيها غير التعبد بما ورد عليه النص الى قيام الساعة) [15] .

ولعل السؤال الذي يمكن ان يثار حول هذا الرأي هو هل أن جميع الأحكام المنصوصة ثابتة فعلاً وغير قابلة للتغيير . أم أنها خاضعة لعوامل أخرى ؟ سنجيب على هذا السؤال عند بحث احكام المعاملات .

(9) محمد تقي الحكيم – مصدر سابق – ص96 ، الشيخ فاضل الصفار – المهذب في اصول الفقه – مؤسسة الفكر الاسلامي – ط1 – 2010 – ص60 .
(10) د. مصطفى ابراهيم الزلمي – اصول الفقه في نسيجه الجديد – جامعة النهرين – ط10 – شركة الخنساء – 2002 – ص33 .
(11) المصدر السابق – ص134 .
(12) د. محمد بن عمر – من الاجتهاد في النص الى الاجتهاد في الواقع – دار الكتب العلمية – بيروت – 2009 – ص205 .
(13) محمد حسين الطباطبائي – مقالات تأسيسية في الفكر الاسلامي – تعريب خالد توفيق - مؤسسة القرى للتحقيق والنشر – 1415هـ - ص105 .
(14) سورة الروم آية (30) .
(15) محمد حسين النائيني – تنبيه الأمة وتنزيه الملة – تحرير توفيق السيف (ن.أ) – 2014 – ص132 . محمد وهبة الزحيلي، الثوابت والمتغيرات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر مكة المكرمة الثالث عشر، المجتمع المسلم بين الثوابت والمتغيرات، رابطة العالم الإسلامي،٢٠١٢-١٤٣٢، ص7

وفي تعريف آخر لا يخرج عن مضمون ما سبقه [16] . يرى ان الاحكام الثابتة هي (الأحكام الشرعية التي دلت عليها الأدلة القطعية في ثبوتها ودلالتها على المعنى المراد من وراء تشريعها من غير حاجة الى تخصيص أو تأويل ، فهي بهذا المعنى تصدق على كل حكم شرعي لا يداخل مراد الشارع ظناً أو شكاً أو خلاف ولا يسع المخاطبين بأحكامه تعديله أو تبديله أو محوه أو الزيادة أو النقصان منه) [17] .

من خلال ما تقدم ، يمكننا تعريف الأحكام الثابتة – بحسب تقديرنا – بأنها (كل ما جاءت بها الشريعة الاسلامية (قرآن – سنة) وبينت تفصيليا دقيق وصالحة للتطبيق على الموضوعات في كل زمان ومكان . وهي ثابتة لأنها لا تقبل التغيير والتعديل بتغير الاحوال ومنها الأحكام العقائدية والوجدانية واصول الأحكام العملية) .

ثالثاً : التعريف التشريعي

من خلال تتبع التشريعات العراقية والمقارنة [18] ، يلاحظ أن المشرع لم يتطرق الى تعريف الأحكام الثابتة ، بالرغم من أن المشرع العراقي وضع في دستور العراق لعام (2005) قيداً على اختصاص السلطة التشريعية "بعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام" [19] .

وأعتبر الاسلام دين الدولة الرسمي واساس للتشريع ، دون أن يحدد اطار الاسلام المقصود من النص ،ولكن بالرجوع للدستور المصري لسنة 2012 يلاحظ انه وردت مادة تفسر معنى الشريعة الإسلامية والتي هي بمعنى او باخر تدخل ضمن مفهوم ثوابت الإسلام او لا تخرج عن اطارها [20]

وفي تأصيل وتتبع لموقف المشرع العراقي في هذا الصدد ، فأنه يلاحظ أن هذا القيد أول ما ورد في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام (2004) في المادة السابعة التي تقضي بأنه "لا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الاسلام المجمع عليها" ، الا أنه اورد في الدستور الحالي النص خالياً من العبارة الاخيرة (المجمع

---

(16) د. صلاح الدين الناهي – نصوص قانونية وشرعية – ط2 – مطبعة الأيمان بغداد – 1971 – ص10-11 .

(17) هناك من يرى أن الأحكام الظنية تعتبر من ثوابت الاسلام فهي احكام شرعية ثابتة ملزمة ويجب اتباعها . وكونها ظنية الثبوت لا يغير من حكمها في مرتبة الجزم بالحكم ومنها سنة الأحاد فهي دليل ظني تثبت به الاف الأحكام الشرعية . وعليه فأن التفسير الصحيح للأحكام الثابتة هو ما ثبت بدليل شرعي سواء كان قطعي أو ظني متفق عليه أم مختلف فيه . مقال بعنوان – الانقياد المشروط – مجلة البيان – العدد271 . منشورة على النت https://www.muslim-library.com/arabic سنة النشر 2010 تاريخ الزيارة26- 11-2020

(18) من خلال تتبع (دساتير الدول المقارنة لم نجد نظيراً لهذا المبدأ باستثناء ديباجة الدستور التونسي لعام (2012) التي ورد فيها عبارة((وتأسيساً على ثوابت الاسلام ومقاصده)) متاح على الموقع . http://constitutionnet.org/vl/item/twns-mswd-dybj-ldstwr-15-yrmys-2012 تاريخ الزيارة 26-11-2020

(19) المادة (2) من دستور العراق لعام 2005 .

(20) لأول مرة في عام 2012 يدخل المشرع الدستوري المصري مادة مفسرة لمبادئ الشريعة الاسلامية هى المادة 219 التي نصت "الشريعة الاسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة" وقد دمجت بذلك المواد 2،1، و 219من دستور 2012 ، في حين الغيت هذه المادة بمقتضى دستور 2014 وكتب في ديباجته أن مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وأن المرجع في تفسيرها هو ما تضمنه مجموع احكام المحكمة الدستورية العليا في ذلك الشأن.
ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا المصرية تصدت لتعريف الشريعة الاسلامية بقولها (الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة الاسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج). حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر لمحكمة الدستورية العليا- 15 مايو1993 منشورة على الموقع.https://legal-agenda.com / تاريخ الزيارة 25-11-2020

عليها) التي لاقت معارضة من قبل اللجنة المكلفة بوضع الدستور ؛ على اعتبار أن ثوابت الاسلام تتجسد في النصوص القطعية الثبوت والدلالة في القرآن الكريم والتي بطبيعة الحال هي موضع اجماع علماء الأمة . وعليه فأن ايراد هذه العبارة زيادة لا محل لها [21] .

وقد أكتفى المشرع بهذا القدر من البيان دون أن يحدد مفهوم وأطار ثوابت الاسلام . ونعتقد أن هذه المسألة هي أمر بديهي على اعتبار أن تحديد ثوابت الاسلام أمر متروك للفقه ، ولكن الإشكالية التي يمكن أن تشار بهذا الصدد هي مدى علم المشرع بالإحكام الثابتة فالمشرع وفقاً لهذا التوجه يجب أن يكون عالماً بأحكام الشريعة الثابتة حتى لا يشرع قوانين تخالف المبادئ الثابتة فيها وهو لا يكون كذلك الا أذا كان فقهياً أو مجتهداً . فعند السؤال عن ماهية الثوابت الاسلامية فان اغلب المختصين بالشان التشريعي يجيب بعمومية غير واضحة بأنها الاحكام التي وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والإجماع ،

من هنا ، فإننا نقترح أن تشكل لجنة على مستوى علماء في الفقه والشريعة تتولى النظر في التشريعات من حيث موافقتها أو مخالفتها لأحكام الاسلام الثابتة . ولكن هذا المقترح يصعب تطبيقه من الناحية العملية لانه يستلزم تعديل دستوري[22] .

الفرع الثاني / خصائص الأحكام الشرعية الثابتة

يتضح من خلال استعراض ما قيل من آراء في تعريف الأحكام الثابتة انها تختص بمجموعة من الخصائص وهي الاستقرار والديمومة وكذلك الشمول .

ويمكن بحث هذه الخصائص من حيثيات مختلفة نعرضها تباعاً على النحو الآتي :

أولاً : من حيث المصدر

(21) محاضر اعمال لجنة دستور العراق لعام 2005 الاجتماع 2005/8/1 – ص245-246 .

(22) اهم الاعتراضات على مشروع تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا هي 1- إن مشروع القانون قد أنتهك مبدأ الفصل بين السطات واستقلال القضاء وهو مبدأ دستوري من خلال ما نصت عليه المادة ١٢ / أ/ ب من مشروع القانون إذ إن اختيار القضاة يجب أن يكون محصورا بالسلطة القضائية لا من قبل السلطة التشريعية او التنفيذية او أي جهة أخرى .
٢- إن المادة ٩٢ من الدستور نصت على إنه " تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون ويحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب " والواضح من النص إن المقصود بالتكوين هو ما تتضمنه هيكلية المحكمة من أعضاء سواء كان من القضاة او من خبراء الفقه الإسلامي او فقهاء القانون ، ولما كانت الأحكام القضائية لا تصدر الا من القضاة فأن مفهوم النص الدستوري يعطينا الحق في القول إن الفقهاء المذكورين من كلا النوعين لا يدخلون في تشكيل المحكمة عند نظر القضايا المعروضة عليها ، إنما يكون دورهم في تكوينها وعرض ما يستوجب عرضه عليهم في مجال الاختصاص المحدد لهم وفيما يتناوله موضوع الخبرة ، 3- مع إن النص الدستوري في المادة (٩٢) لم يحدد عدد الأعضاء الخبراء سواء في الفقه الإسلامي او في فقه القانون ، إلا إن مشروع القانون قرر أن يكون أعضاء الفقه الإسلامي (٤) وأعضاء فقهاء القانون (٢) ومن ثم لا نجدد ما يبرر هذا التباين العددي مع إن الأصح أن يكون العدد متساوياً لإطلاق النص أو يكون عدد فقهاء القانون أكثر ذلك إن القضاة إنما يطبقون قانوناً وضعيا يستمد نصوصه من مصادر مختلفة ومنها الشريعة الإسلامية إلا إنها ليست المصدر الوحيد
4- ان المادة ١٢/ ثانيا من مشروع القانون قد اشترطت موافقة ثلاثة ارباع الأعضاء من خبراء الفقه الإسلامي في إصدار الأحكام التي تتعلق بثوابت الإسلام مما يعني إمكانية تعطيل تلك الأحكام إذا لم يشترك او يوافق هؤلاء الأعضاء ، مع إن المقصود بخبراء الفقه الإسلامي أوسع بكثير من النظرة التي تتعلق بثوابت الإسلام ، إذ إن الخبراء المذكورين ليس من الضروري أن يكونوا من الحوزة العلمية أو من الفقهاء بالوقف الشيعي او السني فربما يكونوا غير مسلمين ممن لهم خبرة علمية كبيرة في مجال دراسات الفقه الإسلامي أو حاصلين على شهادات عليا في هذا الجانب من جامعات عربية أو أجنبية ، وإن ذات المادة في الفقرة ثالثا منها اشترطت موافقة ثلاثة ارباع أعضاء فقهاء القانون والقضاة في إصدار الأحكام إذا ما تعلق الامر بالحقوق والحريات او المساس بالأسس التي تقوم عليها الديمقراطية ، فهي فضلاً عن ابتعادها عن صحيح القانون كما هو حاصل في الفقرة الثانية اعلاه فهي قد جعلت من فقهاء القانون على قدم المساواة مع القضاة في انعقاد المحكمة مع إن الفقهاء المذكورين وكما بينا سابقا يدخلون في تكوين المحكمة لا في انعقادها . (مآخذ في مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا د. علي الدراجي - بيان راي بموجب تكليف نقابة المحامين / اللجنة القانونية / اللجنة الفرعية الخاصة بمشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا https://iraqfsc.iq/news.4389/ تاريخ الزيارة 25-11-2020 .

تكتسب الأحكام الشرعية خاصية الثبات باعتبار مصدرها ؛ كونها أحكام ربانية صادرة عن خالق كل شيء ومدبر أموره فهو أعلم بشؤون خلقه وما يصلح من قوانين شرعية تنظم أمورهم . وجاء قوله تعالى (ايحسب الانسان ان يترك سدى) [23] . أي بدون قانون ينظم ما له وما عليه وتشمل هذه الخاصية القرآن والسنة على اعتبار أن كلام الرسول (ص) هو وحي من الله تعالى كما جاء في قوله (وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَى (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى (4)) [24] . والسنة الشريفة فيها ما يكون قطعي الثبوت والدلالة فذلك لا أشكال فيه وهي السنة المتواترة التي تثبت فيها الأحكام الشرعية وتعتبر حجة قطعية ، وفيها ما يكون ظنيي الثبوت مثل سنة الآحاد ومع ذلك فأن هذا النوع تثبت به الأحكام الشرعية إذا استجمعت شروط وضوابط معينة [25] .

ومهما يكن من الأمر ، فأنه يشترط أن تكون الأحكام الشرعية الثابتة بالسنة الشريفة قطعية الدلالة . بمعنى لا تحتمل إلا معنى واحد يراد فهمه من النص . فالسنة مبينة لأحكام القرآن الكريم كما جاء في قوله تعالى (.... وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى ....) [26] . وقوله تعالى (.... وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا ....) [27] .

وقد ورد في النصوص ما يؤكد استيعاب كل أحكام الشريعة في القرآن والسنة منها (ان الله تبارك وتعالى لم يدع شيئاً تحتاج اليه الامة الا انزله في كتابه ، وبينه لرسوله وجعل لكل شيء حداً وجعل عليه دليلاً يدل عليه ، وجعل على من تعدى ذلك الحد حداً) [28] .

ثانياً: من حيث الموضوع

تكتسب احكام الشريعة الإسلامية خاصية الثبات من خلال الموضوعات التي بينت احكامها بيان تفصيلي دقيق والمتمثلة بالاحكام العقائدية التي تنظم علاقة الفرد مع ربه . وكذلك الاحكام الوجدانية (الأخلاقية) التي تنظم علاقة الفرد مع نفسه ، بالإضافة الى الاحكام الشرعية العملية التي يصطلح عليها (الاحكام الفقهية) ضمن أبواب متنوعة ، باب العبادات والمعاملات والاحكام العامة.

فقد جاءت هذه الإحكام محققة لمقاصد الشريعة والمتمثلة بالمصالح الضرورية والتي تشمل حفظ الدين كالعبادات والجهاد في سبيل الله وغيرها ، وحفظ النفس مثل تحريم القتل صيانة للنفس البشرية ، وحفظ النسل بالزواج وحفظ العقل بتحريم شرب الخمر ، وحفظ المال بتحريم السرقة وتشريع سبل الكسب الحلال بالبيع وغيره . فهذه امور ومقاصد ضرورية اقرها الشرع ولا يمكن بأي حال من الاحوال تغييرها فهي ثابتة يقوم عليه نظام الحياة وتستقيم بها مصالح الدين والدينا .

بالإضافة إلى المصالح الضرورية ، فان هنالك مصالح حاجية يحتاج إليها الناس لتسهيل سبل الحياة وضمان رفاهية العيش ورفع الحرج والضيق عن المكلف ، وقد شرع الله تعالى أحكام شرعية لضمان تحقيقها وفي ابواب معينة هي العبادات والمعاملات والعقوبات . ففي باب العبادات اباح الافطار عند السفر والمرض وغيرها من الأحكام ،

(23) سورة القيامة اية (36)
(24) سورة النجم آية (3-4) .
(25) فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص107 .
(26) سورة النحل جزء من الآية (89) .
(27) سورة الحشر جزء من الآية (7).
(28) محمد بن يعقوب الكليني ، أصول الكافي ، الاميرة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2008 باب الرد إلى الكتاب والسنة ، ص 38 .

وفي باب المعاملات اجاز العديد من البيوع منها بيع السلم و الاستصناع وغيرها ، أما في العقوبات فقد شرع أيضاً أحكام كثيرة منها جعل الدية على أسرة القاتل (العاقلة) في القتل الخطأ [29].

أما النوع الاخير من المقاصد التي شرعت أحكام من أجل تحقيقها ، فهي المقاصد أو الأمور التحسينية وهي كل ما تقتضيه مكارم الاخلاق ومحاسن العادات والسلوك لأجل مجتمع سليم فقد شرعت أحكام تكفل هذه الامور في باب العبادات والمعاملات والعقوبات .

حيث اوجبت الشـــريعة الطهارة والنظافة وغيرها وحرمت التدليس والغش والاحتكار وكذلك حرمت قتل الراهب والنســـاء والاطفال والتمثيل بالجثة في الجهاد، وسن أحكام لآداب الطعام ومعاملة الجار والتبرج وغيرها من الأحكام التي تعتبر ثابتة [30] .

ثالثاً : من حيث الزمان والمكان والاشخاص

لما كانت الأحكام الثابتة ذات مصدر رباني أي أن مصدرها هو الله تعالى خالق كل شيء ومدبر اموره ، وكذلك تعالج كل الموضوعات بحسب ما تؤكد عليه النصوص (ما من شيء الا فيه كتاب أو سنة حتى الارش في الخدش) [31] . وقوله تعالى (..... وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى .....) [32] . فأنه يترتب على ذلك صـــلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان لأنها تحقق مصـــالح العباد بالرغم من تغيير الظروف والاحوال [33] . فهي أحكام عالمية حســـبما يؤكد قوله تعالى (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) [34] . وقوله (هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَى وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ) [35] .

فهذه الاحكام لا تتقيد بوقت يحددها ، ولا استثناء في خطابها حيث انها تشمل كل المكلفين بأحكامها . بغض النظر عن اللون والجنس والوطن والطبقة .

المطلب الثاني

تمييز الأحكام الثابتة من الاحكام المتغيرة

لغرض الوقوف على نطاق الأحكام الثابتة ، لابد من تمييزها من الأحكام المتغيرة وتحديد المعيار المائز بين النوعين ، فكثيراً ما يقع الفقه في خلط واشتباه ازاء ما هو ثابت وما هو متغير من الأحكام . عليه فأنه سيتم تحديد معنى الأحكام المتغيرة وابراز خصـائصـها التي تميزها من الأحكام الثابتة ، فالحكم قد يكون ثابت ابتداءً إلا أنه يتغير تبعاً لعوامل معينة وهذا ما سنبحثه ضمن هذه الفقرة على النحو الاتي :

الفرع الأول

تعريف الأحكام المتغيرة

---

(29) جعفر السبحاني ، اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه ، مؤسسة الصادق ، 2000 ، ص347 .
(30) ابن عاشور محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الاسلامية ، مكتبة الاستقامة ، تونس ،1946، ص11 .
(31) محمد بن يعقوب الكليني ، مصدر سابق ، باب الرد إلى الكتاب والسنة ، ص38.
(32) سورة النحل جزء من الآية (89) .
(33) عبدالله ناصح علوان ، الإسلام شريعة الزمان والمكان ، دار السلام ، الطبعة الثانية ، 1984 ، ص 16-19.
(34) سورة الانبياء الآية (107) .
(35) سورة الفتح الآية (28) .

للأحكام المتغيرة تعريفات متعددة يمكن بحثها في فقرات ثلاثة على النحو الآتي :

أولاً : التعريف اللغوي

مُتَغَيِّر: (اسم) ، الجمع : متغيّرات ، اسم فاعل من تغيَّر المُتَغَيِّر: الذي يميل إلى التَّنويع والاختلاف مثل (مزاج مُتَغَيِّر) [36] ، غيرت الشيء تغييراً ازلته عما كان عليه فتغير ، وتغير الشيء عن حاله تحول وغيره : جعله غير ما كان ، وغيره حوله وبدله [37] .

ثانياً : التعريف الفقهي

يتناول الفقه تعريف الاحكام المتغيرة ضمن عدة اقوال : فمنهم من يعرفها بأنها : (الأحكام الشرعية التي ليس فيها دليل قاطع وتحتمل اختلاف المجتهدين) [38] .

وقيل في تعريفها أيضاً بأنها : كل ما لم يقم دليل قاطع من نص صحيح أو اجماع صحيح[39] . وهناك من يصطلح عليها (بالمباحات) ويعرفها بأنها : (الامور التي يحق فيها لولي الامر أن يشرع قوانين الزامية تبعاً لما يراه من مصلحة في ضوء المؤشرات العامة للشريعة الاسلامية ويصطلح عليها بمنطقة الفراغ) [40] .

وفي معنى آخر يراد بها (الأحكام القابلة للتبدل والتحول بسبب تبدل الزمان والمكان والاعراف والحال وتغير حاجات الناس وقدراتهم وإمكانياتهم وتغيير الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية) [41]

ويلاحظ من خلال التعريفات المتقدمة ان الأحكام الشرعية المتغيرة تكتسب صفة التحول أو التغيير تبعاً لعوامل تتعلق بالحكمة أو المصلحة من تشريعها أو عوامل اخرى . وان تغييرها لا يكون من قبل الشارع بنص أو وحي وإنما من قبل ولي الامر ، ولكن سلطة ولي الأمر في وضع الاحكام الشرعية تتقيد بضوابط وقواعد محددة وضعها المشرع يبنى على اساسها استنباط الاحكام وهذا ما يعرف بعملية الاجتهاد التي يقوم بها من اوتي العلم الغزير والقدرة على التحليل والتعليل واستنباط الأحكام الشرعية من ادلتها الاصلية وهي (القرآن الكريم والسنة) .

بمعنى آخر يتم الاجتهاد من قبل مختص عالم بقواعد الاجتهاد تلك القواعد هي قواعد علم اصول الفقه الاسلامي . وهي محل اختلاف بين المذاهب الاسلامية وتتمثل بالقياس والاجماع والاستحسان والعرف والمصالح المرسلة وسد الذرائع وشرع من قبلنا وقول الصحابي ، أما عند الإمامية فأن قواعد الاستنباط تتمثل بالاصول العملية وهي الاستصحاب والبراءة والاحتياط والتخيير [42] .

---

(36) معجم المعاني الجامع،معجم عربي عربي متاح على الانترنت على الموقع https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar تاريخ الزيارة 27-11-2020

(37) محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، تاج العروس في جواهر القاموس ، دار الهداية ، بدون سنة طبع ، ج 13 ص 286 .

(38) محمد بن علي محمد الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، دمشق ، دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1999 ، ج 2 ، ص 211 .

(39) د.صلاح الصاوي ، مصدر سابق ، ص37 .

(40) السيد محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، موسوعة مؤلفات السيد الشهيد ، إعداد وتحقيق: لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للإمام الشهيد قدس سره ، الناشر: مركز الأبحاث والدراسات التخصّصيّة للشهيد الصدر ، المطبعة: دار المعارف للمطبوعات ، ج 3، ص 443 ، متاح على الموقع http://ijtihadnet.net/ تاريخ الزيارة 27 - 11 – 2020 .

(41) د.محمد بن عمر , مصدر سابق , ص208 .

(42) فاضل الصفار ، المهذب في اصول الفقه ، الفكر الاسلامي ، بيروت ،لبنان ، ط1، 2010 ، ص44 .

وعليه ، فأن الأحكام المتغيرة هي الأحكام التي يضعها ولي الأمر في ظل الثوابت وهي أحكام ظرفية مؤقتة تابعة للمصالح الموضعية وقابلة للزوال ، ومع أنها واجبة الاحترام في المجتمع المسلم ، إلا أنها لا تعتبر جزءً من متن الدين [43] .

بعد هذا الاستعراض لآراء الفقه في تعريف الأحكام المتغيرة ، فأننا لا نرجح أياً منها ، ولا يمكننا صياغة تعريف جامع مانع للأحكام المتغيرة ولكن يمكن وضع معيار نميز من خلاله هذه الأحكام من الثابتة ، هذا المعيار يتمثل في النص . فكل ما هو منصوص في الكتاب والسنة في اطار الحلال والحرام فأنه شرع ملزم وحكمه ثابت . وما يؤكد هذا المعنى قول الرسول (ص) (حلال محمد حلال إلى يوم القيامة وحرامه حرام إلى يوم القيامة) ([44]). فهذه الأحكام حددتها الشريعة ببيان تفصيلي دقيق وهي تصلح لكل زمان ومكان . وبالتالي فلا يصح خضوعها لمبدأ التغيير ، أما الأحكام الأخرى فقد بينت الشريعة الاسلامية آليات التعامل معها ووفقاً لقواعد الاجتهاد المتفق عليها دون انكار لدور العقل في هذا الخصوص مع مراعاة المصلحة والعدالة وهذا كله مكفول لولي الأمر العالم بأحكام الشريعة . وما يؤكد هذا التوجه قول الأمام الصادق (عليه السلام) (أمام الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فأنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم) [45] .

وعموماً فان هذه الاسباب هي التي تجسد ما يصطلح عليه بالفقه الاسلامي ، والفقه بهذا المفهوم لا يختص الا بالأحكام الشرعية العملية التي لم يرد نص يحكمها في القرآن أو السنة أو التي وردت ببيان اجمالي ، فهذه الأحكام تتسم بالمرونة والقابلية على الاستجابة للتطورات في الواقع العملي ووفقاً للأصول والثوابت التي سبق بيانها [46] .

ثالثاً : التعريف التشريعي

من خلال تتبع التشريع المحلي والمقارن وكذلك تتبع اراء الفقه القانوني بهذا الخصوص لم نجد ما يشير الى مصطلح الاحكام المتغيرة ، بيد ان تغيير الاحكام في القانون يجري عبر ما يصطلح عليه بالنسخ ويعرف النسخ عند أهل القانون بتعريفات متعددة لا تخرج عن معنى واحد هو قيام المشرع بازالة حكم قانوني بأخر لاحق عليه حقيقة أو حكماً كلاً أو جزءاً لمصلحة اقتضاها المشرع في هذا الشأن [47] .

ولا يقع النسخ بحسب الفقه القانوني إلا إذا توافرت شروط معينة منها التساوي بين النصوص المتعارضة والتضاد في الأحكام ووحدة الموضوع وانعدام التكامل بين الاحكام وتراخي الناسخ عن المنسوخ .

(43) محمد حسين الطباطبائي ، مصدر سابق ، ص105 .
(44) الشيخ الكليني - الكافي - ج ١ - الصفحة 58 متاح على الموقع http://shiaonlinelibrary.com تاريخ الزيارة 27- 11 – 2020 .
(45) الوسائل : ج 27 ، الباب ، من ابواب صفات القاضي ، ص140 ، ج9 نقلاً عن فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص46 .
(46) فاضل الصفار ، مصدر سابق ، ص45 ، د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص206 ، د.محمد بن عمر ، مصدر سابق ، ص54 .
(47) يستعمل أهل القانون مصطلح الالغاء عوضاً عن النسخ , أنظر : د.سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ط1 ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , بغداد , 1982 , ص285 .

هذا ، وأن القانون مهما طال امد نفاذه وامتد زمان سريانه فلابد من ان يطاله النسخ لتغير الأزمان والاحوال ، والنسخ أما أن يتم صراحةً وهو ما يعرف بالنسخ الصريح ويقع حينما يعبر المشرع عن رغبته صراحةً في نسخ قانون قائم ، أو يكون النسخ ضمني والذي يقع حيث يسن المشرع القانون دون أن يصرح عن رغبته في النسخ ، أما عن سبب نسخ القانون فأنه يتمثل في حصول تناقض بين النصوص وتعذر الجميع بينها [48] .

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين الاحكام الشرعية الثابتة والمتغيرة

تختلف الاحكام المتغيرة عن الاحكام الثابتة من عدة أوجه يمكن ابرازها على النحو الاتي :

أولاً : من حيث المصدر

إذا كانت الاحكام الثابتة مصدرها القرآن والسنة الشريفة وتتجسد بالنصوص القطعية الثبوت والادلة والتي بينت بيان تفصيلي دقيق ، فأن الأحكام المتغيرة مصدرها الاجتهاد أذ من المعلوم أن الشريعة الاسلامية تناولت بالتفصيل أحكام العقائد والاحكام الاخلاقية وبعض الاحكام العملية التي تعتبر من الثوابت تاركة الكثير منها إلى علماء هذه الأمة والذين اوكلت لهم مهمة تشريع الأحكام الشرعية العملية وفق ما تمليه قواعد المصلحة والعرف والعدالة ، وغيرها من القواعد التي ابتدعها الفقهاء في سبيل استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها الاصلية (القرآن والسنة) ، بيد أن هذه القواعد (قواعد علم اصول الفقه الإسلامي) هي ليست محل اتفاق بين المذاهب الاسلامية . ولكن في جميع الاحوال هي محكومة بثوابت الاسلام ولا يجوز ان تخرج عنها .

أذن مصدر الاحكام الثابتة هو النص (القرآن والسنة) أما مصدر الاحكام المتغيرة فهو الاجتهاد [49] .

ثانياً : من حيث الموضوع

يلاحظ أن الشريعة الاسلامية وفي كثير من المواضع جاءت بأحكام كلية ومبادئ عامة ، تاركة تفصيل تلك الاحكام لأول الأمر وفق مقتضيات المصلحة والعدالة والعرف . ولعل هذا الاتجاه الذي نهجته الشريعة الاسلامية يعطيها السعة والمرونة من حيث استجابتها لما يستجد من وقائع . حيث أن تفصيل كل الاحكام أمر لا يمكن قبوله كما في العدل والشورى والامانة والحسبة والوفاء بالوعد وغيرها . فهذه الاحكام يترتب عليها أحكام فرعية تختلف بأختلاف الزمان والمكان ، ومن امثلتها الوسائل الخادمة للعبادات بحسب تعبير من يرى ذلك . فهي تساعد على اداء العبادات ومتروكه لولي الأمر له صلاحية وضعها وتغيرها بحسب الاحوال وحاجة الناس إليها كاستعمال مضخمات الصوت للأذان ، وترحيل الحجاج وتنظيمهم واتخاذ طوابق الطواف والسعي بين الصفا والمروة وغيرها فكل هذه الوسائل يمكن أن تتغير بحسب المصلحة [50] .

---

(48) د.وليد ميرزة المخزومي ، نسخ التشريعات بالثابت من أحكام الاسلام ، بحث منشور في مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (9) ،المجلد (1) ،2018 ، ص24 -25 .

(49) يعرف الاجتهاد بأنه : بذل المجهود فيما يقصده المجتهد ويتحراه الا أنه اختص بالعرف باحكام الحوادث التي ليس لله تعالى عليها دليل قائم يوصل إلى العلم المطلوب بها ، أنظر د.محمد بن عمر ، مصدر سابق ، ص55، د.مصطفى الزلمي ، مصدر سابق ، ص473 .

(50) ليلى مصطفى امواسي ، الثوابت والتغيرات في الاحكام الفقهية المتعلقة بالمرأة في مجال الاحوال الشخصية (دراسة فقهية قانونية) ، جامعة الخليل ، كلية الدراسات العليا ، 2011 ، ص53 .

بالإضافة إلى ذلك هنالك أحكام قابة للتغيير في اطار المعاملات وهو ما يصطلح عليه كيفيات المعاملات . كما في الامور الادارية فأنه يقع وفق مصالح الدولة ضبط إجراءات العمل والتقاعد والمعاش والتأديب والعزل وغيرها [51] ، كذلك التصرفات السياسية كاعداد خطط التنمية وسياسات التعليم والاعلام والجوانب الادارية والمالية والقضائية واعداد الجيوش وابرام المعاهدات وعقوبات الجرائم التعزيرية وغيرها [52] ، يضاف إلى ذلك النوازل الاضطرارية . كأحكام الرخص والضروريات وكل حكم ضمن منطقة العفو او الفراغ [53] ، حسبما يصطلح عليه الفقه ويكون للأجتهاد دور في استنباطه . وفي هذا الصدد قال الشهيد السيد محمّد باقر الصدر: (ولا تدل منطقة الفراغ على النقص في الصورة التشريعية، أو اهمال من الشريعة لبعض الوقائع والأحداث، بل تعبر عن استيعاب الصورة، وقدرة الشريعة على مواكبة العصور المختلفة، لان الشريعة لم تترك منطقة الفراغ بالشكل الذي يعني نقصاً أو اهمالاً، وانما حددت للمنطقة أحكامها بمنح كل حادثة صفتها التشريعية الأصيلة مع اعطاء ولي الأمر صلاحية منحها صفة تشريعية ثانوية حسب الظروف) ([54]).

ثالثاً : من حيث الزمان والمكان والاشخاص

من المعلوم أن لتغير الظروف والاحوال الزمنية والمكانية تأثيراً كبيراً على بعض الأحكام الشرعية التي بُنيت على اساس الاجتهاد أي على أساس قواعد علم اصول الفقه الإسلامي وهي القياس والاستحسان والمصالح ..... الخ . فهذه الاحكام إذا كانت تصلح في زمان ومكان معينين فأنها قد تفقد هذه الخاصية بتغير الاحوال ، وبالتالي فهي تتغير تبعاً لهذه العوامل . إذ لا يحدها زمان ولا مكان . وتبعاً لذلك فأن الحكم المبني على الاجتهاد يتغير بتغيير الزمان والمكان والعوائد (العادات) والاحوال وذلك كله دين الله . ومما قرره علماء الاصول (ان العادة شريعة محكمة وإذا تغيرت العادة تغير الحكم ، وأن الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها حيثما دارت) [55].

وعليه ، فأن تبعية الاحكام الشرعية الاجتهادية لعاملي الزمان والمكان لا يعد تغيراً في كليات ومقاصد الشريعة فكل تشريع أو تغيير يجب أن لا يخالف ثوابت الاسلام واصوله [56] .

كذلك هو الحال بالنسبة للأشخاص ، إذ يجب النظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من تكاليف والنظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه بحسب وقت دون وقت وحال دون حال وشخص دون شخص ، إذ النفوس ليست في قبول الاعمال الخاص على وزن واحد ، كما أنها في العلوم والصنائع ، كذلك فرُب عمل صالح يدخل بسببه على رجل ضرر أو فترة ، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى آخر [57] .

---

(51) المصدر السابق ، ص54 ، جعفر السبحاني ، اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه ، مؤسسة الإمام الصادق (ع) ، 2000 ، ص200 .

(52) د.مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار العلم ، دمشق ، ط 1 ، ج 1، 1998 ، ص 217 .

(53) والمقصود من منطقة الفراغ هو (تلك المساحة من الأمور والقضايا التي تركت الشريعة الإسلامية حق التشريع فيها لولي الأمر أو للسلطة التشريعية العامة بالتخويل أو بالاشراف من قبل ولي الأمر، لكي يحدد فيها الحكم المناسب للظروف المتطورة بالشكل الذي يضمن الأهداف العامة للشريعة الإسلامية، وهذا المعنى من لزوم وجوب طاعة ولي الأمر الشرعي في كل عصر وزمان) انظر: علي اكبر الحائري ، منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي ، مقالات المؤتمر الثامن للوحدة الإسلامية ، ص 302 منشورة على الرابط http://ijtihadnet.net/ تاريخ الزيارة 29-12-2020

([54]) محمّد باقر الصدر ، اقتصادنا ، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1979، ص725.

(55) د.مصطفى الزرقا ، مصدر سابق ، ج2، ص945، وفي نفس المعنى د.محمد بن عمر ، مصدر سابق ، ص57 .

(56) المصدر السابق , ص131 .

(57) ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ، الموافقات ، حققه ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان للنشر ، ط1 ، ج5، 1997 ، ص25 -26 .

وعليه ، فأن الأحكام الشرعية تتغير تبعاً للوقت والحال والشخص فهي تناسب كل الظروف وتراعي المصالح وتتسع لكل مستجد ومستحدث في الواقع المعاصر

.

المبحث الثاني

احكام المعاملات الثابتة في اطار فقه الاسرة

في أطار بحثنا حول احكام المعاملات الثابتة في الشريعة الاسلامية وتحديداً –أحكام الاسرة – فأنه لابد من الوقوف على ماهية أحكام المعاملات ، وتحديد نطاقها من حيث كونها احكام ثابتة أم متغيرة أم أنها تجمع بين الثبات والتغيير بحسب الأحوال ، ومن ثم بيان تطبيقات تلك الاحكام في اطار فقه الاسرة وذلك من خلال اجراء قراءة في النصوص التشريعية وبعض الوقائع في هذا النطاق والتي تعد مخالفة لمبدأ ثوابت الإسلام ، والوقوف على وجه المخالفة في الشريعة والقانون. هذه المحاور سيتم معالجتها ضمن مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول

ماهية أحكام المعاملات

لغرض الوقوف على ماهية أحكام المعاملات في الشريعة والقانون لابد من بيان ما قيل من آراء في تحديد معناها ونطاقها ضمن معيار ثوابت الاسلام .

إذ من الجدير بالذكر أن الفقهاء يتناولون بحث المعاملات ضمن مشتملات الاحكام الشرعية العملية وكما بينا مسبقاً أن الاحكام الشريعة تنقسم إلى ثلاثة اقسام أحكام عقائدية ووجدانية وعملية ، فأما القسمين الاوليين فأنهما يعدان من ثوابت الاسلام للأسباب التي سبق ذكرها ، بينما الاحكام الشرعية العملية ، فأنها تتعلق بما يصدر عن المكلف من اقوال وافعال وعقود وتصرفات [58]، وتشمل العبادات والمعاملات [59] .

وإذا ما استبعدنا العبادات من نطاق الدراسة فأن البحث سيتركز في أحكام المعاملات ، فما هو المقصود بها ، وما هو نطاقها ، هذا ما سنبحثه في فرعين ، الأول لتعريف المعاملات والثاني نتطرق فيه لنطاق احكام المعاملات :

الفرع الأول

تعريف المعاملات

(58) الصادق بلعيد ، القرآن والتشريع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3، 2004 ،ص56 .
(59) يلاحظ أن تقسيم الاحكام الشرعية العملية على النحو المتقدم لا يخلو من النقد على اعتبار ان القسمين ليس لهما نفس المحتوى ولا نفس الغاية ولا نفس الوضع التشريعي وعليه فلابد من التفريق بينهما وجر العبادات إلى الاحكام العقائدية على اعتبار أنها تنظم علاقة الفرد مع ربه ، المصدر سابق ، ص57 .

يمكن تعريف المعاملات من ثلاثة اتجاهات لغوية وفقهية وتشريعية :

أولاً : التعريف اللغوي

تعريف المعاملات : جمع معاملة ، وهي مأخوذة من عاملت الرجل معاملة إذا تعاملت معه وخالطتهُ وصـاحبته وعاشـرته والمعاملة تطلق على التصـرف بالبيع ونحوه، كما تطلق على المساقاة باعتبار أنها تقوم على العمل الصادر من الإنسان [60] .

ثانياً : التعريف الفقهي

يذهب الفقه في تعريف المعاملات إلى عدة اقوال ، فمنهم من يعرفها بأنها (الاحكام الشـرعية المتعلقة بامور الدنيا كالبيع والشـراء والاجارة والرهن وغير ذلك ، سواء كانت تلك الاحكام تتعلق بالاموال او المناكحات أم بالمخاصمات والاقضية والتركات وغير ذلك) [61] .

ومنهم من يعرفها بأنها (مجموعة من العلاقات التي تبناها العقلاء وامضاها الشارع)[62] .

يلاحظ على هذا الاتجاه أنه يميل إلى اطلاق المعاملات ، فهو يستند إلى التقسيم الثنائي للفقه الإسلامي إلى عبادات ومعاملات .

ومنهم من يعدها من مشتملات الفقه الإسلامي مثل البيع والنكاح والدين والاجارة وغيرها التي تستلزم وجود طرفين هما موجب وقابل وتسمى بالعقود أو التي تستلزم وجود طرف واحد كالطلاق والنذر والصدقة والوقف وغيرها والتي يصطلح عليها بـ (الايقاعات) فالمعاملات وفقاً لهذا المعنى تشمل العقود والايقاعات [63] .

ومنهم من يُعرف احكام المعاملات ويقيدها بالمالية فيعرفها بأنها (وجوب رعاية الاسباب الشـرعية لكسـب الملكية والأخذ بالأسـس والقواعد التي يترتب على توفرها شرعية انتقال الحقوق من شخص لاخر حتى لا يكتسب أحد حقاً أكثر من التزامه ولا يطغى حق فرد على حق آخر [64] .

وفي نفس المعنى يذهب جانب من الفقه الى تعريفها بأنها (الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الاموال)([65]).

من خلال المعطيات المتقدمة ، فأنه يمكننا تعريف المعاملات بأنها (كل فعل او قول يسـتلزم القيام بعمل ويترتب عليه أثر شـرعي أو قانوني وسـواء اكان هذا الفعل صـادر من جانب واحد أو من عدة اطراف) فصـدور هذه الافعال بمقتضـى الحياة الاجتماعية من شـأنه ان يشـنأ علاقات وتعاملات بين الافراد فيما بينهم لتبادل المنافع .

---

(60) محمد جمال الدين أبن منظور ، لسان العرب ، ج 22 ، ص 887.
(61) ابن عابدين ، ج1، ص79 ، نقلا عن محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، ط 6 ، 2007 ، ص12 .
(62) محمد اسحاق الفياض ، الحكومة الاسلامية ، 4 ، مجلة النور ،العدد (17) ، لندن ،2005، ص6 .
(63) فاضل الصفار , مصدر سابق , ص13 .
(64) د. مصطفى الزلمي , مصدر سابق ، ص27 .
([65]) د. محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة ، مصدر سابق ، ص12.

فهذه الوقائع تحكمها قواعد معينة تتماشى بطبيعة الحال مع تلك العلاقات ولما كانت هذه الافعال هي طرق ووسائل ابتدعها الناس لتسهيل سبل التعامل فيما بينهم فأنها تكون قابلة للتغيير بحسب متطلبات التعامل فمعظم احكامها متغيرة تتبع اسباب تشريعها , ما خلا امهات واصول المعاملات فأنها ثابتة لا تتغير .

ثالثاً : التعريف التشريعي

من الجدير بالذكر أن التشريع الوطني والمقارن لم يتصدى لتعريف المعاملات بشكل صريح، بيد أنه يتناول تنظيم علاقات الافراد المالية والشخصية ضمن قوانينه في اطار القانون الخاص.

فبالنسبة للقانون المدني فأنه يعالج هذه العلاقات ضمن قسمين : الأول قسم الاحوال الشخصية ، والذي يتضمن مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بأسرته ، فالقانون المدني يقتصر على معالجة العلاقات المالية تاركاً روابط الاسرة الاخرى إلى القوانين ذات العلاقة ، من حيث ما يتميز به الإنسان من غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية من حيث الجنس والحالة الاجتماعية والاهلية [66] .

بالإضافة إلى ذلك فأن القانون المدني يتناول الاحوال العينية او المعاملات ، ويشمل مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بغيره من حيث المال [67] .

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد ، وفي اطار مقارنة البحث بالشريعة الإسلامية فأن فقهاء الشريعة الاسلامية عالجوا قواعد وأحكام المعاملات بشكل عام دونما تفرقة بين المسائل التجارية والمدنية [68] , بخلاف القانون الوضعي الذي عالج العلاقات التجارية ضمن القانون التجاري الذي يتضمن مجموعة من القواعد التي تنطبق على فئة من الاشخاص يطلق عليهم بالتجار وعلى طائفة معينة من التصرفات تدعى (الاعمال التجارية) [69] .

هذا ، وقد تناول المشرع الوضعي الأحكام الاخرى ضمن قوانين متعددة منها ما ينتمي إلى فرع القانون العام . كالقانون الاداري والقانون الدستوري وقانون المالية العامة والقانون الدولي العام وقانون اصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات وغيرها . فهذه القوانين تنظم علاقة الفرد بالدولة من حيث التنظيم الاداري والمالي بالإضافة إلى علاقة الدولة مع غيرها من الدول في حالتي الحرب والسلم ، وتحديد الجرائم والعقوبات وإجراءات التقاضي كل قانون بحسب اختصاصه . ويقابل هذا التنظيم في الشريعة الإسلامية ما يعالجهُ الفقه ضمن ابواب متعددة منها باب الاحكام السلطانية وباب الجهاد والسير وباب القضاء والشهادات وباب بيت المال وغيرها .

وعليه ، فأن المشرع عموماً ينظم معاملات الافراد فيما بينهم وبين الغير وفق قوانين خاصة وبحسب طبيعة تلك المعاملات ، حيث يحدد حقوق الشخص والتزاماته تجاه عائلته والمجتمع والاشخاص الذين يتعامل معهم والجهة التي يعمل لصالحها وكذلك تجاه دولته [70] .

([66]) د.أحمد علي وآخرون , شرح قانون الاحوال الشخصية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بدون سنة طبع ، ص7 ، د.فاروق عبدالله كريم ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، جامعة السليمانية ، 2004 ، , ص8

([67]) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزل الأول ،مصادر الالتزام , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، 1980 ، ص3 .

([68]) د.اكرم ياملكي , القانون التجارية ، ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 ، ص31 .

([69]) المصدر السابق ، ص16 .

([70]) د.أحمد محمد حوامدة ، قضايا قانونية معاصرة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، 2011 ، ص21 .

فإذا كان مفهوم المعاملات يعني علاقة الاشـــخاص من بعضـــهم ببعض فأن هذه القوانين بمجملها تحكم وتنظم هذه العلاقات وفق اطر معينة ، وبالتالي فأن مفهوم المعاملات في القانون يتسع ليشمل كل هذه العلاقات بحسب تقديرنا .

الفرع الثاني

نطاق احكام المعاملات

لم تتفق كلمة الفقه على تحديد نطاق أحكام المعاملات ، حيث يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار جميع الأحكام غير العبادية هي احكام معاملات كالاحكام الجزائية والعقوبات والاحكام المدنية والدولية والسياسية [71] . فكل هذه الأحكام تصنف تحت عنوان المعاملات .

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى تقسيم الأحكام الشرعية العملية إلى عبادات ومعاملات وأحكام . أما المعاملات فتشمل العقود والايقاعات . في حين يعالج الأحكام بشكل مستقل مثل القضاء والشهادات القصاص والحدود والتعزيزات [72] .

ومنهم من يقصـر أحكام المعاملات على المالية [73] ، في حين يرى جانب آخر من الفقه إن أحكام المعاملات تشـمل جميع الأحكام الخاصـة بتنظيم علاقة المكلفين ببعضهم البعض [74] .

ومهما يكن من الامر فأنه وبالرجوع إلى الروايات الواردة عن اهل البيت (عليهم السلام) في هذا الخصوص ، فقد روي عن الحسن بن علي بن شعبه عن الامام الصـادق (عليه السـلام) حيث سُئل عن معايش العباد فقال (جميع المعايش كلّها من وجوه المعاملات فيما بينهم مما يكون لهم فيه المكاسـب اربع جهات ويكون لهم فيها حلال من جهة وحرام من جهة فأول هذه الجهات الاربع الولاية ثم التجارة ثم الصناعة ثم الاجارات)) [75] .

وفي تحليل لمفردات الحديث ، وفيما يتعلق بمصـــطلح الولاية فأن لها عدة معاني : ففي اللغة : كلمة الولي تعني فعيل بمعنى فاعل ، من وليه إذا قام به وتولى أمره واعانه ونصره واحبه ، والوِلاية بالكسر تعني السلطان والخطة والامارة والملك والبلاد التي يتسلط عليها الوالي . يقال هو وال على الناس : أي متمكن الولاية . فهذه المعاني

(71) د.محسن كديور ، فهم الاسلام بين القراءة التقليدية والقراءة المقاصدية ترجمة د.توفيق السيف ، بحث منشور في مجلة الكلمة ، العدد (100) سنة 25 ، 2018 ، ص141-165 .
(72) فاضل الصفار ،مصدر سابق ، ص13 .
(73) د.مصطفى الزلمي ، مصدر سابق ، ص27 .
(74) د.عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، دار القلم ، الكويت، 1991 ، ص329 . ومنهم من يقسم الفقه إلى اربعة اقسام : عبادات وعقود وايقاعات واحكام (سياسات) انظر محمد جواد مغنية ،فقه الإمام جعفر الصادق(ع) ، ج3-4 ، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر ، 1424 هـ ، ص9 .
(75) نقلاً عن الشيخ مرتضى الانصاري ، كتاب المكاسب ، ج1 ، ط12 ، مجمع الفكر الاسلامي ، 1429 هـ ، ص6 .

تشير إلى حالة السيادة والقدرة والتدبير [76] , وهي مصدر بمعنى القيام بأمر شيء والتسلط عليه ، من ولي الشيء يليه بالكسر والفتح إذا قام به وولي امره ، وولي البلد يتسلط عليه . وهي من اسماء الله تعالى (الولي) أي المتولي لأمور العالم والخلائق القائم بها [77] .

أما في الاصطلاح الفقهي : فقد وردت عدة تعريفات لم تسلم من النقد ، و منها تعريفها بانها سلطة شرعية تمكن صاحبها من ادارة شؤون المولى عليه وتنفيذها ، وهي بدورها تنقسم إلى عدة اقسام تكوينية وانشائية . والنوع الاول يشمل ولاية الله تعالى والملائكة والنبي الاكرم وولاية الانسان على نفسه , والثاني يشمل ولاية النبي على احكام الشريعة وولايته وكذلك المعصومين على نفوس الامة واموالهم وولاية من ينصبونهم . وهذه الولاية تتضمن جميع شؤون ادارة الامة الاسلامية أو أعم منها ، وكذلك ولاية القضاة وافراد الجيوش والاب والجد على الصغار وغيرهم وولاية الام على ابنائها وغيرها من الاصناف [78] .

من خلال المعطيات المتقدمة ، واستناداً إلى الحديث الشريف ، فأنه يمكننا الأخذ بالاتجاه الموسع للمعاملات ، وهذا يعني أن المعاملات تشمل احكام الاسرة والمعاملات المالية وكذلك الاحكام العامة . بيد اننا سنقتصر في هذا البحث على احكام الاسرة لاهميتها ، آملين ان نتمم الدراسة في الاحكام الثابتة في المعاملات الأخرى في دراسات لاحقة .

المطلب الثاني : احكام الاسرة

لغرض الوقوف على احكام الاسرة من حيث بيان ماهيتها في اطار الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، لا بد لنا من التعريف بها أولا ، ومن ثم بيان التوصيف الشرعي لها كونها احكام ثابتة ام متغيرة ، ام انها يمكن ان يمكن ان تكون ثابتة في بعض الأحوال ومتغيرة في أخرى ؟

بالاضافة الى ذلك فاننا سوف نقوم بتسليط الضوء على قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي تناول جميع مسائل الاسرة وبيان موقفه من ثوابت الإسلام ، مع العلم ان القانون المذكور جاء متأثرا في معظم نصوصه بالشريعة الإسلامية ، فهل خالف احكامها في بعض نصوصه ام ان جميع احكامه جاءت منسجمة مع الشرع الحنيف ؟ هذا ما سنبحثه ضمن فرعين على النحو التي :

الفرع الأول : ماهية احكام الاسرة

من المعلوم ان الاسرة هي سبب وجود الانسان واهم ما يحتاجه ، فلا غنى للإنسان عنها ، وتعرف من منظور إسلامي بانها (العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة وما ترتب عليها من اثار تكوينية وحقوق واحكام انسانية ومالية)[79]، وقد أحاط الإسلام هذه المؤسسة بنظام تشريعي متكامل يضمن صونها من المؤثرات الخارجية التي جاءت بها حضارة الغرب والتي تحاول بشكل او بآخر النيل من هذه المؤسسة فجعل الكثير من احكامها ثابتة لا تقبل التبديل والتعديل .

ومن الجدير بالذكر أن الفقه الاسلامي يتناول جملة من احكام الاسرة في ابواب مختلفة لاسيما كتاب النكاح والطلاق والرضاعة والحضانة وغيرها .

---

(76) أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل أي القرآن ترجمة محمود شاكر ، مكة المكرمة ، دار التربية والتراث ، بدون سنة طبع ، ج5 ، ص424 .

(77) علي المشكيني ، مصدر سابق ، ص572 .

(78) المصدر السابق ، ص574 .

[79] فاضل الصفار ، فقه الاسرة ، مركز الفقاهة للدراسات والبحوث الفقهية ، ط1 ، 2006 ، ص 58 .

وتجدر الإشارة الى ان جانب من الفقه يعرف احكام الاسرة بأنها (وجوب ما للفرد وما عليه من الحقوق والالتزامات باعتبار مركزه في اسرته منذ أن كان جنيناً إلى وفاته من رضاع وحضانه وولاية وتربية ونفقة وزواج ومعاشرة وطلاق وعدة ووصية وتركة وغيرها ، فقد تناول القرآن هذه الاحكام بشيء من التفصيل لأهميتها وخطورتها في حياة الفرد والمجتمع) [80]

إلا أن جانب من الفقهاء المعاصرين حاولوا لملمة شتات هذه الأحكام ضمن بحث مستقل . ولعل هذا الاتجاه له أثر كبير في بحث قضايا الاسرة بشكل أكثر شمولية [81] .

أما فيما يتعلق بموقف القانون ، إذ يلاحظ أن كل ما يتعلق بأحكام الاسرة من زواج وطلاق ورضاع وحضانة ونفقة وغيرها من الأحكام فأنه يتم معالجتها ضمن قانون الاحوال الشخصية [82] .

وقد استعملت هذه الصيغة(الأحوال الشخصية) في العراق بتشريع قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لسنة 1931ثم تلاها اصدار قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل [83] ، الذي ينظم أربعة مسائل رئيسية وهي الزواج والطلاق والوصية والميراث.

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد ، هل تعتبر مسائل الاسرة من الاحكام الثابتة أم المتغيرة ؟ .

للأجابة على هذا التساؤل يمكن القول ، أن الأحكام المتعلقة بالاسرة منها ما هو متعلق بمقاصد ثابتة ارتبطت بالاسرة منذ وجودها وهي لا تنفك عنها بتغير الزمان والمكان واحوال الناس وعاداتهم ، لذلك فقد وضع الشارع الحكيم احكاماً ثابتاً لضمان تحقيقها ، وهناك مسائل اخرى قد تكون في بعض الاحيان مصالح بالنسبة للأسرة وقد تتحول إلى مفاسد ، لذا فأن الشارع المقدس تكفل بوضع المبادئ العامة التي تضمن جلب المنافع ودرء المفاسد تبعاً لتبدل وتغير سلوكيات الناس وعاداتهم واعراقهم [84] .

ومن الجدير بالذكر ، أن الاحكام الثابتة في مسائل الاسرة أكثر بكثير من المسائل ذات الطبيعة المتغيرة ، فالشارع الحكيم قد احاط الاسرة بالكثير من الاحكام التفصيلية التي من شأنها أن تسد باب الاجتهاد باعتبار ان الاسرة هي اللبنة الاولى في المجتمع فأن صلحت صلح المجتمع بأكمله لذلك اقتضى ان يحيط الشارع هذا الكيان بالتشريعات التفصيلية التي لا تتغير بتغير الاحوال .

ويلاحظ بأن التشريعات الوضعية التي تعالج مسائل الاسرة في البلاد الاسلامية ومنها العراق جاءت منسجمة مع احكام الدين الحنيف . من خلال الموازنة بين متطلبات الحياة ومستجداتها ، وبين الثوابت التي لا يجوز المساس بها وفق احكام الشريعة الاسلامية .

(80) د. مصطفى الزلمي ، مصدر سابق ، ص27 .
(81) الشيخ فاضل الصفار ، فقه الاسرة ، مركز الفقاهة للدراسات ، والبحوث الفقهية ، ط1 ، 2006 ، ص14 .
(82) أنظر قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل .
(83) د.احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج1 ، المكتبة القانونية ، 1990 ، ص ، 8، د. حيدر حسين كاظم الشمري ،المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما ، مطابع دار الوارث ،ط1 ، 2020 ، ص6 .
(84) د.مسعود بن موسى فلوسي ،الثابت والمتغير من أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ، كتاب منشور على الانترنت academia.edu تاريخ الزيارة 29-12-2020 ، ص426 ، د. يمينة ساعد بو سعادي ، الثابت والمتغير من احكام الاسرة في ضوء مقاصد الشريعة الاسلامية ، مركز باحثات لدراسات المرأة ، المملكة العربية السعودية ، 2015 ، ص 120.

حيث أن مراعاة القواعد الشرعية الثابتة في ميدان الاسرة أمرٌ في غاية الاهمية فالاخلال بتلك القواعد من شأنه أن يحيل الحياة الزوجية وأثارها العظيمة ورسالتها المقدسة إلى علاقة محرمة شرعاً ، وغيرها من الآثار التي لا تتناسب مع احكام الشرع الثابتة .

الفرع الثاني : تطبيقات احكام الاسرة

يمكن استعراض جانب من الأحكام الثابتة في ميدان الاسرة ، ومن ثم الوقوف على ما يمكن عده من المتغيرات ضمنها وكذلك تحديد بعض الجوانب في قانون الأحوال الشخصية ، التي تعد بحسب تقديرنا وما يذكره الفقه في هذا الخصوص مخالفة لمبدأ الثوابت على النحو الاتي :

اولاً : الخطبة وهي من المسائل التي بينت الشريعة الاسلامية أحكامها بشيء من التفصيل ، وقد دل على مشروعيتها في الكتاب والسنة ، فقد جاء في قوله تعالى (وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء .....) [85] ، وفي الحديث الشريف عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سُأل عن الرجل ينظر إلى المرأة قبل ان يتزوجها قال نعم فلِمَ يعطي ماله [86] .

وقد تطرق المشرع العراقي لموضوع الخطبة في المادة (3) فقرة (3) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل ، الا انه لم ينظم احكامها بشكل تفصيلي ولم يبين مصير الهدايا والهبات رغم أهمية الموضوع واكتفى بالإشارة في المادة (19) منه الفقرة (2) والخاصة بالمهر الى انه (اذا سلم الخاطب الى مخطوبته قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلا).. وأشار في الفقرة (3) الى انه تسري على الهدايا أحكام الهبة. والواقع ان هنالك ضوابط واحكام شرعية كثيرة لا بد من مراعاتها في الخطبة [87] ، لم يتناولها المشرع بالتنظيم ولم يحل الى الفقه الإسلامي بصددها مما يترتب عليه فراغ تشريعي ونشوب حالات نزاع كثيرة وعدول عن الخطبة بلا ضوابط ، وان موقف المشرع هذا ليس فيه مخالفة لثوابت الإسلام بقدر ما هو اغفال لموقف الشرع من موضوع مهم وهو يعتبر مقدمة لعقد الزواج .

ثانياً : الزواج حيث نظمت الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي احكام الزواج من حيث شروطه واركانه واحكامه والاثار المترتبة عليه ولقد وردت نصوص كثيرة في القرآن الكريم والسنة تشير إلى هذا المعنى منها قوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا .....) [88] .

فمن ثوابت احكام الزواج التي بينتها الشريعة والقانون على حد سواء المحرمات اللواتي لا يحل للرجل الزواج بهن سواء كان التحريم بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاع [89] .

وهنالك بعض الاحكام التفصيلية التي هي محل اختلاف بين الفقهاء المسلمين، حيث تعتبر من المتغيرات كحق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها أو عن طريق وكيلها، وكذلك مجلس العقد الذي يتم فيه الايجاب والقبول . وكذلك الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وغيرها فقد اختلف الفقهاء المعاصرون [90] ، في حكم عقد الزواج

---

(85) سورة البقرة جزء من الآية (235) .

(86) الكافي الكيلني ، مصدر سابق ، باب النظر لمن اراد التزويج ، ص805 .

(87) عبدالله ناصح علوان ، اداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين ، دار السلام ، ط 3 ، 1983 ، ص48-54.

(88) سورة الروم جزء من الاية (21) .

(89) يختلف الفقه في مسائل الرضاعة من حيث عدد الرضعات والمدة الزمنية لكلن اصل المبدأ ثابت , أنظر الشيخ فاضل الصفار ، فقه الاسرة ، مصدر سابق ، ص429 .

(90) محمد نجيب عوضين المغربي ، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون

عبر وسائل الاتصالات بين مانع ومجيز ومحتاط للأمر، بناء على عدة اعتبارات مؤثرة في الحكم؛ أهمها: حكم عقد الزواج كتابةً، وتحقق اتحاد مجلس العقد بجلسة التواصل الاجتماعي، والتوثق من توافر الشروط والأركان، وعدم حصول الخديعة والخطأ في هذه العقود؛ لإمكان التلاعب صوتاً وصورةً وغير ذلك [91] .

ويمكن القول: إنّ عقد الزواج بالوسائل الحديثة؛ إما أن يقع بالكتابة والمراسلة كالرسائل النصية والبريد الإلكتروني، وإما أن يكون بالمراسلة الصوتية، وإما أن يكون بالاتصال الصوتي عبر الهاتف أو برامج المكالمات الصوتية، وإما أن يكون بالمكالمات المرئية التي تجمع الصوت والصورة (فيديو): [92] . وقد تناول المشرع العراقي في المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية النافذ شرط حضور القاضي في عملية تسجيل عقد الزواج بين العاقدين، وهو ما ينطبق على الوجود في المجلس الطبيعي الذي يضم المتعاقدين، لا على الحضور الافتراضي في مجلس العقد الافتراضي (الإلكتروني) [93] .

ثالثا : الميراث بين الازواج فهو من الاحكام الثابتة والمقدرات الشرعية التي تتبين بالدليل القطعي كما في قوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) [94] .

بيد انه في فرضية المرأة والوصية الواجبة فإن الزوجة التي يتوفى زوجها قبل والده ثم يتوفى ذلك الوالد، لا ترث شيء على اعتبار إنها ليست من ورثة والدا زوجها المتوفى قبل أبيه ، والقاعدة الفقهية والقانونية إن الحي يرث الميت فقط ، وهذه القاعدة لا تورث حتى الأحفاد، إذا كان أبيهم متوفى قبل جدهم ، وهو مذهب جميع أهل الفقه في المذاهب الإسلامية، ووجد المشرع العراقي مثل بعض القوانين العربية اخذ بمبدأ الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد وهو رأي المذهب الظاهري ، فأخذ به المشرع العرقي لصيانة حقوق الأحفاد ، استنادا لنص المادة (74) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل [95] .[96]. وبذلك حفظ حقوق هؤلاء الأحفاد سواء كانوا ذكور أم إناث وبمقدار حصة أبيهم المتوفى قبل والده لكن على أن لا يتجاوز حدود الثلث، أما والدة هؤلاء الأحفاد لا تستحق من هذه الوصية شيء ، وعند الوقوف على مسوغات تشريع هذه المادة هو لإنصاف الأحفاد ، والسند الشرعي لفقهاء المذهب الظاهري في التأسيس لها هو نص الآية الكريمة(كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)[97] ، والمقصود بالاقربين في هذه الاية بحسب تفسير الفقه هم الاحفاد ، والسؤال الذي يثار هنا لماذا تحرم أم الأحفاد من الشمول بهذا الحكم الوارد في المادة (74) من قانون الأحوال الشخصية ، وهي زوجة الابن المتوفى قبل أبيه، وهي ترث من زوجها ابن الجد المتوفى ، فهذا

المدني)، دار النهضة العربية، مصر، 2006 ،ص 189

(91) حمزة عبد الناصر ، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2014 ، ص 134.

(92) فتوى أعضاء مجلس رابطة علماء اهل السنة ، حكم عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة ، 12 فبراير 2019 ، متاح على الموقع https://www.rabtasunna.com تاريخ الزيارة 30- 12- 2020 .

(93) الفقرة 3 من المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1955 المعدل التي تنص على انه " يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإماضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج ".

(95) أنظر سورة النساء الآية 12 .

(96) المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص على انه : (1 – اذا مات الولد، ذكرا كان ام انثى، قبل وفاة ابيه اوامه، فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما، وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا، حسب الاحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على ان لا تتجاوز ثلث التركة.
2 – تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة 1 من هذه المادة، على غيرها من الوصايا الاخرى، في الاستيفاء من ثلث التركة).

(97) سورة البقرة الاية(180)

الحكم لا يعد مخالفة للأحكام الشرعية على وفق ما يرى البعض لان هذه الأحكام من المسكوت عنها في القران والسنة، واختلف فيها فقهاء المسلمين مما يتيح لولي الأمر المتمثل بالمشرع الذي يصدر القوانين المنظمة للحياة العامة في البلاد أن يختار ما يراه مناسب لمتطلبات الحياة وظروف تطورها [98].

رابعا : الطلاق وهو من الاحكام الثابتة حيث عالجت الشريعة الاسلامية احكامه من حيث عدد الطلقات وعدة الطلاق ، وانفراد الزوج بهذا الحق وغيرها من الاحكام ، حيث جاء في قوله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما)[99] ، فهذه الاحكام وغيرها تعد من الاحكام الثابتة ولكن وبسبب التطور التكنلوجي طرأت بعض المستجدات اثير بصددها جدل على صعيد الفقه من حيث مشروعيتها منها مسالة الطلاق الالكتروني ، فهل يصح هذا الطلاق وان صح فهل فيه مخالفة للاحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية .

الطلاق الالكتروني : هو أحد صور الطلاق التي ترسل أو تسلم أو تخزن، بوسائل الكترونية يتم عن بعد، بواسطة جهاز حاسوب أو هاتفاً نقالاً، وهو وسيلة جديدة لإثبات الطلاق وليس نوعاً جديداً من الطلاق، يقع بالنطق به، أو ما يدل عليه كتابة [100]

هذا ، ويعرف قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل في الفقرة اولاً من المادة الرابعة والثلاثين ، الطلاق بانه : (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي ، ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً) والصيغة المخصصة بالطلاق المنجز هو ما يقع فيه الطلاق في الحال دون توقف على شرط او مجيء زمن كأن يقول الرجل لزوجته انت طالق وقد يكون باللفظ او بالكتابة او بالإشارة، والحالتان الاوليتان كلاهما يمكن تحققها عن طريق جهاز الهاتف النقال (الموبايل) فاذا كان لفظاً يستطيع الزوج الاتصال بزوجته فيقول لها انت طالق ويأخذ الطلاق في هذه الحالة حكم الطلاق اللفظي اما الطلاق عن طريق الرسائل القصيرة او البريد الالكتروني فيأخذ حكم الطلاق بالكتابة .

ان المشكلة في هكذا حالات لا تكون باستخدام الوسائل والاجهزة الالكترونية وانما في مفهوم الطلاق وشرائطه الفقهية والقانونية مع اثبات الواقعة الكترونياً ، فالطلاق شرعاً عند المذاهب الاسلامية يقع دون الحاجة الى حضور شاهدين عدليين باستثناء المذهب الامامي الذي يوجب حضور الشاهدين ولا يقع الطلاق الا بحضورهما وبالتالي فان الطلاق عبر الهاتف النقال عن طريق الرسائل او بالاتصال لا يقع عند المذهب الامامي[101] ، في حين يقع عند جمهور الفقهاء وقد اصدرت الكثير من دور الافتاء فتاوى شرعية اعتبرت فيها الطلاق صحيحا فاذا كان لفظاً اخذ حكم الطلاق اللفظي ، وان كان عن طريق الرسائل اخذ حكم الطلاق الواقع كتابةً مع الاخذ بنظر الاعتبار كون ارادة الزوج متحققة ، وحسب ما صدر عن دار الافتاء العام الاردنية بالعدد 961 في 28 / 11 / 2010 [102]، فهذه المسائل المستجدة من شأنها ان تثير الجدل لكونها تخالف الثوابت ام لا ، الامر الذي يستلزم تشريع قانوني يستوعب هذه المستجدات بما لا يخالف ثوابت الإسلام ، علما ان القضاء يتعامل مع هذه الحالات كونها قرينة قضائية خاصة للجواز والصلاحيات الاختيارية للقاضي كما تنص المادة (104) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 والطلاق الالكتروني يمثل مصداق لهذه الحالات. ([103]).

([98]) سالم روضان الموسوي ، حق ميراث المرأة في قانون الأحوال الشخصية النافذ وتطبيقات القضاء العراقي ، بحث منشور على الانترنت على الموقع http://www.albadeeliraq.com تاريخ الزيارة 30-12-2020 .

([99]) سورة النساء اية 130

([100]) عمار محمد كمال ، الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة ، بحث منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا على الرابط http://www.iraqidevelopers.com تاريخ الزيارة 30-12-2020 . د. امنة شيت خطاب ، الطلاق الالكتروني بين الشرع والقانون ،مجلة العلوم الإسلامية ، العدد 12

([101]) فتاوى سماحة السيد صادق الحسيني الشيرازي، مؤسسة الرسول الاكرم الثقافية، مدينة قم ، أحكام الطلاق ، متاح على الموقع http://www.alshirazi.net/

([102]) منتدى دار العدالة والقانون العربية منشور عن شبكة الانترنت.http://website.informer.com/justice-lawhome.com

([103]) حسمت محكمة التمييز الاتحادية الجدل حول صحة وجود الشهود في الطلاق الإلكتروني، مؤكدة عدم صحته. وقال مصدر قضائي في حديث لـ "ناس" اليوم الأحد (4 آب 2019)، إن "هيئة الاحوال الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية اصدرت قرارا بشان صحة الطلاق

هذا من جانب ، ومن جانب اخر لم يوقع القانون طلاق المريض مرض الموت ، علماً ان الفقهاء المسلمين أوقعوا طلاقه وقضوا بميراث مطلقته منه وفق شروط وحالات حددوها في كتبهم ومؤلفاتهم[104]. المريض مرض الموت لا يقع طلاقه على زوجته خارج المحكمة شرعاً وقانوناً عملاً بحكم المادة الخامسة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1955 [105] .

وتجدر الإشارة بهذا الصدد ان المشرع العراقي يمنع وقوع الطلاق بالوكالة وان كان مستوفيا للشروط الشرعية [106] ، استنادا الى المادة (34- ثانيا)منه التي تنص على انه (لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق)[107]، وهذا الموقف يعد هو الاخر مخالفا للاحكام الثابتة في الشرع .

خامسا :حق القوامة القوامة الزوجية: هي ولايةٌ يُفوَّضُ بها الزوج للقيام على مصالح زوجته بالتدبير والصيانة ، والواضح من معنى القوامة أنّها تكليفٌ على الزوج، كما أنّها تشريفٌ للمرأة، فقد أوجب الله –تعالى– على الزوج بمقتضى القِوامة، رعاية زوجته التي ارتبط بها بعقد زواجٍ شرعيٍ، واستحل الزوج الاستمتاع بزوجته بذلك الميثاق الغليظ كما وصفه الله –تعالى– في القرآن الكريم حيث قال: (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً) [108]، وبذلك تكون المرأة مكرمةً بوضعها تحت قيّمٍ يقوم بأمورها، وينظر في مصالحها، ويذبّ عنها، ويبذل كلّ ما من شأنه أن يسعدها، ويحقق طمأنينتها، ويظهر من ذلك أنّ القوامة ليست تسلطاً على المرأة، ولا قهراً لشخصيتها كما يحاول أعداء الإسلام تصويرها.[109]

وقد ثبتت مشروعية قوامة الرجل على المرأة في القرآن الكريم في قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ على بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا) [110] .

وقد ورد في شأن نزول الاية : " أن امرأة من الأنصار نشزت على زوجها، فلطمها، فانطلق أبوها معها إلى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال: أفرشته كريمتي فلطمها، فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): " لتقتص من زوجها. فانصرفت مع أبيها لتقتص منه، فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) ارجعوا، فهذا جبرائيل أتاني وأنزل الله هذه الآية. فقال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): أردنا أمرا وأراد الله أمرا. والذي أراد الله خير. ورفع القصاص.. "[111]

كما ان الدستور العراقي ينص في المادة (2) منه على انه : أولا– الإسلام دين الدولة الرسمي. وهو مصدر أساس للتشريع لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام

الالكتروني". واضاف المصدر ان "المحكمة اكدت ان ايقاع الطلاق لكي يكون صحيحا يجب فيه تواجد الشهود الى جانب الزوج"، مشيراً إلى أن "القرار ذكر ان وجود الشهود عبر نافذة التواصل الاجتماعي عند ايقاع الطلاق لا يعتد به شرعا وقانونا". منشور على موقع https://www.nasnews.com تاريخ الزيارة 30-12- 2020

(104) محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط5 ، دار الكتاب الإسلامي ، 2008 ، ص199-200 .

(105) قرا مدني محكمة التمييز الاتحادية ، رقم 106تصرفات المريض مرض موت ، تاريخ اصدار الحكم ::2007/7/30

(106) وهو اتجاه الجمهور اذ لم يثبت لديهم دليل شرعي يمنع التوكيل في إيقاع ، انظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض ، ج2 ، مطبعة العاني ،1984 ، ص95 .

(107) قرار محكمة الأحوال الشخصية في الشعب المرقم 141-ش-2008في 19-3 2008 الذي يقضي بعدم وقوع طلاق الوكيل .

(108) سورة النساء اية (21)

(109) "تعريف و معنى القوامة في معجم المعاني الجامع"، www.almaany.com ، تاريخ الزيارة 30-9-2018 ، د. محمد بن سعد المقرن،"القوامة الزوجية.. أسبابها، ضوابطها، مقتضاها"، www.saaid.net ، تاريخ الزيارة 30-9-2018..

(110) سورة النساء اية (34)

(111) السيد البجنوردي القواعد الفقهية - مصطلحات ومفردات فقهية ، تحقيق: مهدي المهريزي - محمد حسين الدرايتي ، ج ١ ، الطبعة الأولى ، دار ردمك ، ١٤١٩ ص206 .

وتجدر الإشارة بهذا الصدد ان مشروع قانون العنف الاسري الذي يروم البرلمان تشريعية ، فيه انتهاك صريح لهذا الحق من خلال تعريفه للاسرة في المادة الأولى منه التي تنص على انه :

ثانياً–الاسرة: "كل من تربطهم رابطة الزوجية او القرابة الى الدرجة الرابعة والمشمول بالوصايا او القيمومة او الضم وأبناء احد الزوجين من زوج اخر"

اذ لم يحدد مشروع قانون العنف الاسري مسؤول الاسرة وهو رب الاسرة ، وفي الحقيقة لابد لكل تنظيم اجتماعي من مسؤول يتحمل مسؤولية إدارة الاسرة وتنشئتها والانفاق عليها، وما يحصل في مجتمعنا ان ذلك هو مسؤولية الزوج.

وعليه ، فأن عدم اسناد مسؤولية رب الاسرة للزوج، وخلط كل ذلك تحت مفهوم العنف الاسري سيخالف كتاب الله ويخالف ثوابت الإسلام والدستور، ولابد من إعادة صياغة التعريف للأسرة بشكل اخر، والاشارة لمسؤولية الزوج، إذ لا توجد اسرة بدون مسؤول يتولى إدارة هذه المؤسسة وان ترك هذه المؤسسة دون تحديد قائد من شانه اثارة التنازع في كثير من الأمور .

سادسا : تعدد الزوجات يثبت مشروعية تعدد الزوجات في القرآن الكريم ، ومن ذلك قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا)[112]. وكذلك قوله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة.....)[113].

([112]) سورة النساء اية (3)
([113]) سورة النساء اية (129)

المصادر

القرآن الكريم
أولا : الكتب
1- د. أحمد علي وآخرون ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بدون سنة طبع .
2- د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج1 ، المكتبة القانونية ، 1990 .
3- د. أحمد محمد حوامدة ، قضايا قانونية معاصرة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، 2011 .
4- ابراهيم بن موسى بن محمد اللحمي الشاطبي ، الموافقات ، حققه ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، دار ابن عفان للنشر ، ط1 ، ج5، 1997 .
5- ابن عاشور محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الاسلامية ، مكتبة الاستقامة ، تونس ،1946 .
6- ابو الحسن علي بن اسماعيل بن سيده المرسي ، المحكم والمحيط الأعظم ، حققه عبد الحميد الهنداوي ، دار الكتب العلمية، بيروت ،2000م.
7- ابو هلال العسكري – الفروق اللغوية – مؤسسة النشر الاسلامي – ط1 – 2000 .
8- جعفر السبحاني ، اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه ، مؤسسة الصادق ، 2000
9- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل أي القرآن ترجمة محمود شاكر ، مكة المكرمة ، دار التربية والتراث ، بدون سنة طبع ، ج5.
10- د. اكرم ياملكي ، القانون التجارية ، ط1 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 .
11- د. الصادق بلعيد ، القرآن والتشريع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3، 2004.
12- جعفر السبحاني ، اصول الفقه المقارن فيما لا نص فيه ، مؤسسة الإمام الصادق (ع) ، 2000.
13- د. حيدر حسين كاظم الشمري ،المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما ، مطابع دار الوارث ،ط1 ، 2020 .
14- حسن المصطفوي – التحقيق في كلمات القرآن الكريم – دار الكتب العلمية – ط3 – ج 2 - بيروت – 2009.

15- د. حمزة عبد الناصر ، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2014 .

16- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ط1 ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982.
17- د. صلاح الدين الناهي – نصوص قانونية وشرعية – ط2 – مطبعة الأيمان - بغداد – 1971 .

18- د. صلاح الصاوي – الثوابت والمتغيرات – المنتدى الاسلامي – ط1 – 1994.
19- د. عبدالله ناصح علوان ، الإسلام شريعة الزمان والمكان ، دار السلام ، الطبعة الثانية ، 1984 .
20- د. عبدالله ناصح علوان ، اداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين ، دار السلام ، ط 3 ، 1983 .
21- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ،مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، 1980.
22- د. عبد الوهاب خلاف ، علم اصول الفقه ، دار القلم ، الكويت ،1991 .
23- د. فاروق عبدالله كريم ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، جامعة السليمانية ، 2004 .

24- فاضل الصفار ، فقه الاسرة ، مركز الفقاهة للدراسات والبحوث الفقهية ، ط1 ، 2006
25- فاضل الصفار – المهذب في اصول الفقه – مؤسسة الفكر الاسلامي – ط1 2010
26- د. ليلى مصطفى امواسي ، الثوابت والتغيرات في الاحكام الفقهية المتعلقة بالمرأة في مجال الاحوال الشخصية (دراسة فقهية قانونية) ، جامعة الخليل ، كلية الدراسات العليا ، 2011 .
27- د.مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار العلم ، دمشق ، ط 1 ، ج 1، 1998 .

28- د. مصطفى ابراهيم الزلمي – اصول الفقه في نسيجه الجديد – جامعة النهرين – ط10 – شركة الخنساء – 2002.

29- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض ، ج2 ، مطبعة العاني ،1984.
30- محمد فتحي الدريني – المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي – بيروت – مؤسسة الرسالة – ط3 – 1997 .
31- محمد جمال الدين بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ،ج 12 ، دار صادر ، بيروت ، 2010 .

32- محمد تقي الحكيم – الاصول العامة للفقه المقارن– ط2 – قم – بدون سنة طبع.
33- محمد بن عمر – من الاجتهاد في النص الى الاجتهاد في الواقع – دار الكتب العلمية – بيروت – 2009 .
34- محمد حسين الطباطبائي – مقالات تأسيسية في الفكر الاسلامي – تعريب خالد توفيق - مؤسسة القرى للتحقيق والنشر – 1415هـ .
35- محمد حسين النائيني – تنبيه الأمة وتنزيه الملة – تحرير توفيق السيف (ن.أ) –بلا مكان نشر - 2014
36- محمد بن يعقوب الكليني ، أصول الكافي ، باب الرد إلى الكتاب والسنة ، الاميرة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2008.
37- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، تاج العروس في جواهر القاموس ، دار الهداية ، بدون سنة طبع ، ج 13 .
38- محمد بن علي محمد الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، دمشق ، دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1999 ، ج 2 ، ص 211 .
39- محمد باقر الصدر ، اقتصادنا ، موسوعة مؤلفات السيد الشهيد ، إعداد وتحقيق: لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للإمام الشهيد قدس سره ، الناشر: مركز الأبحاث والدراسات التخصّصيّة للشهيد الصدر ، المطبعة: دار المعارف للمطبوعات ، ج 3 ، بلا سنة نشر .

40- د. محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، ط 6 ، 2007.
41- محمد اسحاق الفياض ، الحكومة الاسلامية ، 4 ، مجلة النور ،العدد (17) ، لندن ،2005.
42- محمد جواد مغنية ،فقه الإمام جعفر الصادق(ع) ، ج3-4 ، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر ، 1424 هـ .
43- مرتضى الانصاري ، كتاب المكاسب ، ج1 ، ط12 ، مجمع الفكر الاسلامي ، 1429 هـ .

44- مسعود بن موسى فلوسي ،الثابت والمتغير من أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ، كتاب منشور على الانترنت academia.edu تاريخ الزيارة 29-12-2020 .
45- د. محمد نجيب عوضين المغربي ، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار النهضة العربية، مصر، 2006 .
46- محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط5 ، دار الكتاب الإسلامي ، 2008 ، ص199-200 .
47- محمد حسن البجنوردي - القواعد الفقهية - مصطلحات ومفردات فقهية ، تحقيق: مهدي المهريزي - محمد حسين الدرايتي ، ج ١ ، الطبعة الأولى ، دار ردمك ، ١٤١٩ .
48- يمينة ساعد بو سعادي ، الثابت والمتغير من احكام الاسرة في ضوء مقاصد الشريعة الاسلامية ، مركز باحثات لدراسات المرأة ، المملكة العربية السعودية ، 2015 .

البحوث

1- محسن كديور ، فهم الاسلام بين القراءة التقليدية والقراءة المقاصدية ترجمة د.توفيق السيف ، بحث منشور في مجلة الكلمة ، العدد (100) سنة 25 ، 2018.
2- محمد وهبة الزحيلي- الثوابت والمتغيرات في الشريعة الإسلامية - بحث مقدم لمؤتمر مكة المكرمة الثالث عشر- المجتمع المسلم بين الثوابت والمتغيرات- رابطة العالم الإسلامي-١٤٣٢-٢٠١٢.
3- وليد ميرزة المخزومي ، نسخ التشريعات بالثابت من أحكام الاسلام ، بحث منشور في مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد (9) ،المجلد (1) ،2018.
4- د. امنة شيت خطاب ، الطلاق الالكتروني بين الشرع والقانون ،مجلة العلوم الإسلامية ، العدد 12.

القوانين

1- الدستور العراقي لعام 2005 النافذ .
2- الدستور التونسي لعام 2012 النافذ.
3- الدستور المصري لعام 2012.
4- الدستور المصري لعام 2014 النافذ.
5- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل والنافذ.
6- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل و النافذ .

المواقع الالكترونية

1- معجم المعاني الجامع ،معجم عربي عربي ، منشور على الموقع https://www.almaany.com/ar/dict/ar- تاريخ الزيارة 11-6- 2020 .

2- مقال بعنوان – الانقياد المشروط – مجلة البيان – العدد271 . منشورة على النت https://www.muslim-library.com/arabic سنة النشر 2010 تاريخ الزيارة26- 11-2020
3- الموقع . http://constitutionnet.org/vl/item/twns-mswd-dybj-ldstwr-15-yrmys-2012 تاريخ الزيارة 26-11-2020
4- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر لمحكمة الدستورية العليا- 15 مايو1993 منشورة على الموقع. https://legal-agenda.com/ تاريخ الزيارة 25-11-2020
5- د. علي الدراجي - بيان راي بموجب تكليف نقابة المحامين / اللجنة القانونية / اللجنة الفرعية الخاصة بمشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا https://iraqfsc.iq/news.4389/ تاريخ الزيارة 25-11-2020 .
6- معجم المعاني الجامع،معجم عربي عربي متاح على الانترنت على الموقع https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar تاريخ الزيارة 27-11-2020
7- الموقع http://ijtihadnet.net/ تاريخ الزيارة 27 - 11 – 2020 .
8- علي اكبر الحائري ، منطقة الفراغ في التشريع الإسلامي ، مقالات المؤتمر الثامن للوحدة الإسلامية ، ص 302 منشورة على الرابط http://ijtihadnet.net/ تاريخ الزيارة 29-12-2020
9- فتاوى سماحة السيد صادق الحسيني الشيرازي، مؤسسة الرسول الاكرم الثقافية، مدينة قم ، أحكام الطلاق ، متاح على الموقع http://www.alshirazi.net/
10- منتدى دار العدالة والقانون العربية منشور عن شبكة الانترنت.http://website.informer.com/justice-lawhome.com
11- حكم محكمة التمييز الاتحادية متاح على الموقع https://www.nasnews.com تاريخ الزيارة 30-12- 2020
12- فتوى أعضاء مجلس رابطة علماء اهل السنة ، حكم عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة ، 12 فبراير 2019 ، متاح على الموقع https://www.rabtasunna.com تاريخ الزيارة 30- 12- 2020 .
13- سالم روضان الموسوي ، حق ميراث المرأة في قانون الأحوال الشخصية النافذ وتطبيقات القضاء العراقي ، بحث منشور على الانترنت على الموقع http://www.albadeeliraq.com تاريخ الزيارة 30-12-2020 .
16- عمار محمد كمال ، الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة ، بحث منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا على الرابط http://www.iraqidevelopers.com تاريخ الزيارة 30-12-2020 .

فالشريعة الإسلامية لم تمنع التعدد كليا ولم تتركه في إباحته المطلقة التي لم تكن محدودة بحد معين، فعلى عكس ما كان عليه الوضع قبل الإسلام في ممارسة التعدد من غير قيود، واستعمال لهذا الحق بدون ضوابط، فإن قضية تعدد الزوجات كانت ولا تزال إلى يومنا هذا من أهم القضايا التي يحتدم حولها الجدل والنزاع ، فقد قيدت الشريعة الإسلامية موضوع تعدد الزوجات بمجموعة من الشروط لابد من توافرها وعلى الزوج الراغب في إعادة الزواج أن يتقيد بها، وهي: عدم الزيادة عن أربع زوجات، العدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق.

وبالرجوع الى قانون الأحوال الشخصية فانه جعل تعدد الزواج منوط بالقاضي وله الرفض ، وذلك في الفقرة (4) من المادة(3) منه التي تنص على انه : (لا يجوز الزواج باكثر من واحدة الا بأذن القاضي ويشترط لاعطاء الاذن الشرطين الاتيين : ان تكون للزوج كفاية مالية لاعالة اكثر من زوجة واحدة . ان تكون هناك مصلحة مشروعة). كما نه يرتب على مخالفة قاعدة عدم جواز التعدد ألا بإذن القاضي جزاءا يتمثل بمساءلة الزوج جزائيا وذلك طبقا للفقرة (6) من المادة (3) التي جاء نصها على النحو الأتي (كل من أجرى عقد بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين (4 ، 5) يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة ... أوبهما).

كما عد القانون العراقي عقد الزواج خارج المحكمة مع قيام الزوجية ظرفا مشددا في عقابه الزوج إذ جاء في الفقرة (5) من المادة (10) من القانون انه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة آو بغرامة كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل على ثلاث سنوات ولا تزيد خمس سنوات أذا عقد خارج المحكمة زواجا آخر مع قيام الزوجية. كما أجاز القانون العراقي للزوجة السابقة التي تزوج عليها زوجها بدون اذن من المحكمة طلب التفريق القضائي.

وقد استثنى القانون العراقي من شرط الحصول على اذن القضائي المسبق ومن تطبيق احكام القيود السابقة حالة ما اذا كان المراد التزوج بها ارملة حيث ورد في الفقرة (7) من المادة (3) مايأتي:- (استثناءاً من احكام الفقرتين 4و5 من هذه المادة يجوز الزواج باكثر من واحدة اذا كان المراد الزواج بها ارملة) .

وان موقف المشرع بهذا الخصوص يعد مخالفة صريحة لاحكام ثوابت الإسلام التي لم تترك هذا الموضوع بيد القاضي وانما للشروط التي يحددها النص القطعي وهي عدم الزيادة عن أربع زوجات، والعدل والقدرة على الإنفاق.

الخاتمة

17- معجم المعاني الجامع"، www.almaany.com ، تاريخ الزيارة 30-9-2018 ،
18- د. محمد بن سعد المقرن،"القوامة الزوجية.. أسبابها، ضوابطها، مقتضاها"، www.saaid.net ، تاريخ الزيارة 30-9-2018.

القرارات القضائية

1- قرار محكمة الأحوال الشخصية في الشعب المرقم 141-ش-2008في 19-3 2008 الذي يقضي بعدم وقوع طلاق الوكيل .
2- قرا مدني محكمة التمييز الاتحادية ، رقم 106تصرفات المريض مرض موت ، تاريخ اصدار الحكم 2007/7/30

من خلال البحث خلصنا الى نتائج مهمة ، وبعض التوصيات التي يمكن ان تضفي شيء من الحلول لمشاكل تعد بحسب تقديرنا واقعية في ثنايا البحث نعرضهما ضمن فقرتين على النحو الاتي :

أولا : النتائج

ا- يتضح لنا من خلال البحث ان الأحكام الثابتة هي النصوص القطعية الدلالة في القرآن والسنة والتي لا تحتمل الا معنى واحد يراد فهمه من النص ، بمعنى أنها غير قابلة للتأويل والتفسير وبينت بيان تفصيلي دقيق ، ولكن القول بالأحكام المجمع عليها أذا أريد منه اجماع علماء الأمة فهذا قول مردود لأن الأجماع لا يعد دليلاً على الحكم الشرعي عند الأمامية الا أذا كان كاشفاً عن رأي المعصوم .

2- ان المشرع وهو واضع التشريعات لابد ان يكون عالما بالإحكام الثابتة حتى لا يشرع قوانين تخالف المبادئ الثابتة فيها وهو لا يكون كذلك الا أذا كان فقهياً أو مجتهداً .

3- تتسم الاحكام الثابتة بخصائص معينة من حيث مصدرها وموضوعها والزمان والمكان والأشخاص المكلفين بها .

4- يمكن وضع معيار نميز من خلاله الأحكام الثابتة من المتغيرة ، هذا المعيار يتمثل في النص فكل ما هو منصوص في الكتاب والسنة في اطار الحلال والحرام فأنه شرع ملزم وحكمه ثابت . فهذه الأحكام حددتها الشريعة ببيان تفصيلي دقيق وهي تصلح لكل زمان ومكان . وبالتالي فلا يصح خضوعها لمبدأ التغيير ، أما الأحكام الأخرى فقد بينت الشريعة الاسلامية آليات التعامل معها ووفقاً لقواعد الاجتهاد المتفق عليها دون انكار لدور العقل في هذا الخصوص مع مراعاة المصلحة والعدالة وهذا كله مكفول لولي الأمر العالم بأحكام الشريعة

5- يمكننا تعريف المعاملات بأنها (كل فعل او قول يستلزم القيام بعمل ويترتب عليه أثر شرعي أو قانوني وسواء كان هذا الفعل صادر من جانب واحد أو من عدة اطراف) فصدور هذه الافعال بمقتضى الحياة الاجتماعية من شأنه ان يشنأ علاقات وتعاملات بين الافراد فيما بينهم لتبادل المنافع .

6- المعاملات بحسب وجهة نظر المشرع تعني علاقة الاشخاص من بعضهم البعض وهذا يعني ان القوانين بمجملها تحكم وتنظم هذه العلاقات وفق اطر معينة ، وبالتالي فأن مفهوم المعاملات في القانون يتسع ليشمل كل هذه العلاقات بحسب تقديرنا . وعليه فأنه يمكننا الأخذ بالاتجاه الموسع للمعاملات ، وهذا يعني أن المعاملات تشمل احكام الاسرة والمعاملات المالية وكذلك الاحكام العامة .

7- يمكن تعريف الاسرة من منظور إسلامي بانها (العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة وما ترتب عليها من اثار تكوينية وحقوق واحكام انسانية ومالية) ، وقد أحاط الإسلام هذه المؤسسة بنظام تشريعي متكامل يضمن صونها من المؤثرات الخارجية التي جاءت بها حضارة الغرب والتي تحاول بشكل او بآخر النيل من هذه المؤسسة فجعل الكثير من احكامها ثابتة لا تقبل التبديل والتعديل .

8- أن الفقه الاسلامي يتناول جملة من احكام الاسرة في ابواب مختلفة لاسيما كتاب النكاح والطلاق والارث والوصية والرضاعة والحضانة وغيرها . في حين يتناول القانون كل ما يتعلق بأحكام الاسرة من زواج وطلاق ورضاع وحضانة ونفقة وغيرها من الأحكام ضمن قانون الاحوال الشخصية .

9- أن الأحكام المتعلقة بالاسرة منها ما هو متعلق بمقاصد ثابتة ارتبطت بالاسرة منذ وجودها وهي لا تنفك عنها بتغير الزمان والمكان واحوال الناس وعاداتهم ، لذلك فقد وضع الشارع الحكيم احكاماً ثابتاً لضمان تحقيقها ، وهناك مسائل اخرى قد تكون في بعض الاحيان مصالح بالنسبة للأسرة وقد تتحول إلى مفاسد ، لذا فأن الشارع المقدس تكفل بوضع المبادئ العامة التي تضمن جلب المنافع ودرء المفاسد تبعاً لتبدل وتغير سلوكيات الناس وعاداتهم.

10- يلاحظ بأن التشريعات الوضعية التي تعالج مسائل الاسرة في البلاد الاسلامية ومنها العراق جاءت منسجمة مع احكام الدين الحنيف . من خلال الموازنة بين متطلبات الحياة ومستجداتها ، وبين الثوابت التي لا يجوز المساس بها وفق احكام الشريعة الإسلامية في معظم احكامها ولكن هناك بعض الاحكام وجدناها لم تنهج هذا النهج

ثانياً : المقترحات

1- نقترح أن تشكل لجنة على مستوى علماء في الفقه والشريعة تتولى النظر في التشريعات من حيث موافقتها أو مخالفتها لأحكام الاسلام الثابتة وبالأخص قانون الأحوال الشخصية مع مراعاة الديانات الأخرى في العراق ، ولكن هذا المقترح يصعب تطبيقه من الناحية العملية لانه يستلزم تعديل دستوري .

2-هنالك ضوابط واحكام شرعية كثيرة لا بد من مراعاتها في الخطبة ، لم يتناولها المشرع بالتنظيم ولم يحل الى الفقه الإسلامي بصددها مما يترتب عليه فراغ تشريعي ونشوب حالات نزاع كثيرة وعدول عن الخطبة بلا ضوابط وبشكل يجسد مخالفة واضحة لثوابت الإسلام ، عليه نقترح ان يستلهم المشرع من احكام الشريعة الغراء لسد هذا النقص ، وذلك من خلال النص صراحة على ضرورة تطبيق الضوابط الشرعية خلال فترة الخطبة مما يمنع او يحد من الإشكالات التي يمكن ان تثار خلالها ويتولى الفقه تحديد تلك الضوابط من خلال الرجوع الى الكتب الفقهية في هذا الخصوص . ويكون النص المقترح إضافة الى ما ورد في الفقرة 3 من المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية هو (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقد ، ويجب مراعاة الضوابط الشرعية في الخطبة)

3 – ان بعض نصوص قانون الأحوال الشخصية ليست لها أصول في الشريعة الإسلامية ونعتقد إنها مستمدة من قوانين متاثرة بالغرب مثل تقييد تعدد الزوجات بإذن القاضي ومعاقبة المتزوج خارج المحكمة ومسائل أخرى في التفريق والوصية والميراث والحضانة ، وندعو المشرع الى الغائها بما ينسجم مع الشرع والدستور

4 – لابد من تشريع قانون ينظم حالات الزواج والطلاق بما ينسجم مع التطور التقني في وسائل التواصل الحديثة ، اوإدراج نصوص في القانون تسمح بإجراء هذا العقد بصورة استثنائية متى توافرت شروطها ، ويكون النص المقترح ضمن الفقرة ب من المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية هو (المادة السادسة: ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج أيا كانت الوسيلة التي يعبر بها المتعاقدان عن رغبتهما في إتمام عقد الزواج) .

5 – التأكيد على احترام خصوصية الاحكام الشرعية في الموروث الإسلامي والعربي، واحترام التحفظات التي تبديها الحكومات العربية والإسلامية اتجاه بعض البنود المتعارضة مع الشريعة الإسلامية في المواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأسرة ، فهناك الكثير من المنظمات تسعى بشكل او باخر تضليل المجتمعات بفكرة اضطهاد المرأة او سلب حقوقها عبر قوامة الرجل عليها علما ان القوامة في الشريعة هي تكريم للمرأة وليس اهدار لكرامتها حسب ما يدعيه انصار هذا الاتجاه .