



جامعة كربلاء

كلية القانون

الفرع الخاص

الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية

(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

أطروحة تقدم بها الطالب/ سعد ناظم حسون المسعودي

إلى مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء، وهي جزء من متطلبات

نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور/ عدنان هاشم جواد الشروفي

ربيع الآخر / ١٤٤٦ هـ

تشرين الأول ٢٠٢٤ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا
فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ وَكَانَ اللَّهُ
غَفُورًا رَحِيمًا).

صدق الله العلي العظيم

سورة الفرقان: ٧٠

إقرار المشرف

أشهد إن اطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية – دراسة مقارنة بالفق الاسلامي) المقدمة من قبل الطالب (سعد ناظم حسون) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة... مع التقدير ...

التوقيع :

الأسم : أ.م. د. عدنان هاشم جود

الاختصاص : القانون المدني

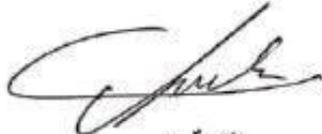
كلية القانون / جامعة كربلاء

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة...

أشهد إنني قرأت اطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) المقدمة من قبل الطالب (سعد ناظم حسون عبيد المسعودي) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الاطروحة.

مع التقدير....



التوقيع

الاسم: أ. د. هناد حسين لطيف
الاختصاص العام: اللغة العربية - كربلاء
الاختصاص الدقيق: الأدب العربي

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الأطروحة الموسومة بـ (الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي")، وناقشنا الطالب (سعد ناظم حسون) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (مستجيلاً).

التوقيع:

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(عضواً)

التاريخ: 2024 / ٨ / ٢٦

التوقيع:

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: 2024 / /

التوقيع:

الاسم: أ.د. اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: 2024 / /

التوقيع:

الاسم: أ.د. حيدر فليح حسن

(عضواً)

التاريخ: 2024 / /

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: 2024 / ٨ / ٢٥

التوقيع:

الاسم: أ.م.د. محمد عبد الرزاق محمد

(عضواً)

التاريخ: 2024 / ٨ / ٢٤

التوقيع:

أ.د. علاء إبراهيم محمود الحسيني

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2024 / ٨ / ٢٤

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء، على قرار لجنة المناقشة

إهداء

إلى أمي التي أفضلها عن نفسي، فهي التي ضحت من أجلي، وقد فارقتنا جسداً، وبقيت روحها تُرفرف في سماء حياتي، إليك وحدك أمي الحبيبة، رحمك الله سبحانه برحمته التي وسعت كل شيء.

إلى أبي الرجل المثالي - أطال الله في عمره - ليظل عوناً لي، فلم أره منه بخلا علي بأي شيء طيلة حياتي، أنه أنت والدي العزيز.

إلى أفراد أسرتي الأعزاء؛ زوجتي، وأبنائي؛ علي الرضا، وحمور الجنة، الذين اقتطعت من وقتهم الكثير، ولطالما قصرت تجاههم لأجل إتمام هذه الدراسة.

إلى أخوتي الكرام عباس، وأحمد، وعلي، ودكتور حسون.

إلى أخواتي زينب، والمرحومة جنان، ودعاء.

أهديكم هذا العمل المتواضع راجياً من الله سبحانه وتعالى أن يمن علينا بعونه وتوفيقه.

الباحث

سعد ناظم المسعودي

شكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين، حمداً كثيراً طيباً مباركاً ملئ السموات والأرض، على ما أكرمني به من إتمام هذه الدراسة؛ التي أرجو أن تنال رضاه، وأفضل الصلاة والتسليم على رسوله أبي القاسم محمد (صل الله عليه واله وسلم) وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين {عليهم السلام}.

لا يسعني وأنا أنتهي من أنجاز هذه الدراسة إلا أن أقول : (رأيتُ كل ناجح خلفه أستاذٌ ناصح) اعترافاً مني بالفضل السابغ، وتقديراً لجهوده مشكوراً؛ أقدم شكري وتقديري لأستاذي المشرف (أ. م. د عدنان هاشم جواد) الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على إعداد أطروحتي؛ ولما أبداه من توجيه وإرشاد ومتابعة علمية قيمه، فجزاه الله خير الجزاء ودفع عنه كل بلاء.

أتقدم بخالص شكري و عرفاني وأمتناني إلى كلية القانون جامعة كربلاء بدءاً من السيد العميد المحترم والمعاونين الفاضلين العلمي والإداري: (أ. د علاء الحسيني، و أ. د نوري رشيد الشافعي).

كما أتقدم بهذا الشكر والعرفان إلى أساتذة كلية القانون جامعة كربلاء : (أ. م. د. إشراق صباح الأعرجي، و أ. د. حيدر حسين الشمري، و أ. د. علي شاکر البديري، و أ. د. باسم العقابي، و أ. د. عادل شمran الشمري، و أ. د. غسان عبيد المعموري، و أ. د. عقيل مجيد السعدي، و أ. د. حسن علي كاظم، و أ. م. د. عبدالله عبد الامير طه العماري، و أ. د. علاء الجبوري، و أ. د. ثامر داود الشافعي، و أ. د. حكمت الدباغ، و أ. د. سهيلة الخطاف، و أ. م. د. رحيم الاسدي) لما أبدوه من تواضع وبذلوه من جهود علمية مخصصة كان لها أثرها الكبير فيما أنا عليه الآن ، فجزاهم الله سبحانه خير جزاء المحسنين.

كذلك الشكر موصول إلى السادة المقومين اللغوي أ. د مشكور حنون الطالقاني، والعلمي، وإلى السادة رئيس واعضاء لجنة المناقشة؛ لتفضلهم بقبول مناقشة أطروحتي هذه، وبذلهم جهوداً كبيرة من اجل تقويمهم ورفدهم لها بالملاحظات القيمة على المستوى الشكلي والموضوعي لترقى إلى مستوى الرصانة العلمية لها.

كما أشكر العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء، وجامعة بغداد، ومكتبة العتبة الحسينية والعباسية المقدسة، والعتبة العلوية المقدسة في النجف الأشرف، لمساعدتهم لي في الحصول على المصادر، وإلى كل من ساندني ووقف معي من اجل إكمال هذه الدراسة وكل من أغفلتُ ذكره هنا بهذه الكلمات.

الباحث

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع	ت
٧ - ١	المقدمة	-١
٩٠ - ٨	الباب الأول: مفهوم الحكم البديل	-٢
٥٧ - ١٠	الفصل الأول: ماهية الحكم البديل	-٣
٣٧ - ١١	المبحث الأول: مدلول الحكم البديل	-٤
١٧ - ١٢	المطلب الأول: التعريف بالحكم البديل	-٥
١٣ - ١٢	الفرع الأول: تعريف الحكم البديل اللغوي	-٦
١٧ - ١٣	الفرع الثاني: تعريف الحكم البديل الاصطلاحي	-٧
٢٦ - ١٧	المطلب الثاني: مشروعية الحكم البديل	-٨
٢٠ - ١٧	الفرع الأول: مشروعيته في الشريعة الإسلامية	-٩
٢٦ - ٢٠	الفرع الثاني: مشروعيته في القانون	-١٠
٣١ - ٢٦	المطلب الثالث: شروط الحكم البديل	-١١
٣٧ - ٣٢	المطلب الرابع: ضوابط الحكم البديل	-١٢
٣٤ - ٣٢	الفرع الأول: الضوابط الشخصية	-١٣
٣٧ - ٣٥	الفرع الثاني: الضوابط الموضوعية	-١٤
٥٧ - ٣٧	المبحث الثاني: تمييز الحكم البديل عما يشتبه به من اوضاع	-١٥
٤٠ - ٣٧	المطلب الأول: تمييز الحكم البديل عن الحكم الأصلي	-١٦
٤٥ - ٤١	المطلب الثاني: تمييز الحكم البديل عن الرخصة	-١٧
٥٢ - ٤٥	المطلب الثالث: تمييز الحكم البديل عن الاستثناء	-١٨

٥٧ - ٥٢	المطلب الرابع: تمييز الحكم البديل عن الحكم المعلق	-١٩
٩٠ - ٥٨	الفصل الثاني: مقومات الحكم البديل وبيان منزلته	-٢٠
٧٠ - ٥٩	المبحث الاول: وصف الحكم البديل	-٢١
٦٢ - ٦٠	المطلب الاول: منشأ الحكم البديل	-٢٢
٦٣ - ٦٢	المطلب الثاني: التكيف الفقهي للحكم البديل	-٢٣
٦٦ - ٦٤	المطلب الثالث: التكيف التشريعي للحكم البديل	-٢٤
٧٠ - ٦٧	المطلب الرابع: تمثيل الحكم البديل	-٢٥
٦٨ - ٦٧	الفرع الاول: الحكم البديل عند النص عليه	-٢٦
٧٠ - ٦٩	الفرع الثاني: الحكم البديل عند عدم النص عليه	-٢٧
٩٠ - ٧٠	المبحث الثاني: مظان الحكم البديل	-٢٨
٧٦ - ٧١	المطلب الاول: موضع الحكم البديل	-٢٩
٧٤ - ٧١	الفرع الاول: سياق الحكم البديل	-٣٠
٧٦ - ٧٤	الفرع الثاني: اساس الحكم البديل	-٣١
٨٠ - ٧٦	المطلب الثاني: مكانة الحكم البديل بين انواع الحكم الشرعي	-٣٢
٨٣ - ٨١	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للحكم البديل	-٣٣
٨٣ - ٨١	الفرع الاول: طبيعة الحكم البديل التشريعية	-٣٤
٨٣	الفرع الثاني: طبيعة الحكم البديل القضائية	-٣٥
٩٠ - ٨٤	المطلب الرابع: ضمانات الحكم البديل	-٣٦
١٧١ - ٩١	الباب الثاني: الأحكام التي تترتب على الحكم البديل	-٣٧
١٢٤ - ٩٣	الفصل الاول: آثار الحكم البديل	-٣٨

١١٠ - ٩٤	المبحث الاول: آثار الحكم البديل في حالة النص عليه	-٣٩
١٠٢ - ٩٥	المطلب الاول: أثر الحكم البديل الصريح	-٤٠
٩٨ - ٩٥	الفرع الاول: آثار تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر فيه	-٤١
١٠٢ - ٩٨	الفرع الثاني: آثار تستند إلى الحكم الأصلي وتؤثر فيه	-٤٢
١١٠ - ١٠٢	المطلب الثاني: أثر الحكم البديل الضمني	-٤٣
١٠٥ - ١٠٣	الفرع الأول: الآثار المتعلقة بالجهة المتسببة	-٤٤
١١٠ - ١٠٥	الفرع الثاني: آثار التزام المكلف بوقت اداء المطلوب(الحكم الأصلي)	-٤٥
١٢٤ - ١١٠	المبحث الثاني: آثار الحكم البديل في حالة عدم النص عليه	-٤٦
١١٨ - ١١١	المطلب الاول: آثاره عند عدم النص مطلقاً	-٤٧
١١٥ - ١١٢	الفرع الاول: آثار الاحالة المقيدة	-٤٨
١١٨ - ١١٥	الفرع الثاني: آثار الاحالة غير المقيدة	-٤٩
١٢٤ - ١١٩	المطلب الثاني: آثاره عند عدم النص غير المطلق(النسبي)	-٥٠
١٢١ - ١١٩	الفرع الاول: اثر عدم النص الالمررة واحدة بعد الحكم الأصلي	-٥١
١٢٤ - ١٢٢	الفرع الثاني: اثر عدم النص الالمررة واحدة بعد الحكم البديل الاول	-٥٢
١٧١ - ١٢٥	الفصل الثاني: تطبيقات الحكم البديل	-٥٣
١٣٤ - ١٢٦	المبحث الاول: تطبيقات الحكم البديل في الخطبة	-٥٤
١٢٩ - ١٢٦	المطلب الأول: تطبيق الحكم البديل بطلب الخطبة من المعتدة	-٥٥

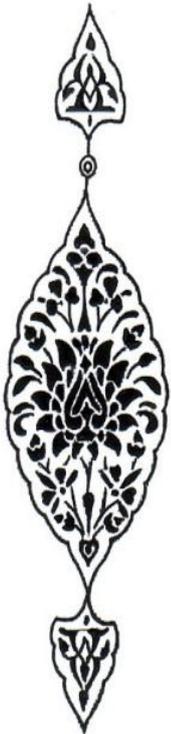
١٢٩ - ١٣٠	المطلب الثاني: تطبيقات الحكم البديل فيما دفع على حساب المهر اثناء الخطبة	-٥٦
١٣١ - ١٣٤	المطلب الثالث: تطبيقات الحكم في الهدايا المقدمة اثناء الخطبة	-٥٧
١٣٤ - ١٥٧	المبحث الثاني: تطبيقات الحكم البديل في الزواج	-٥٨
١٣٤ - ١٤٨	المطلب الاول: تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بمسائل انعقاده	-٥٩
١٤٨ - ١٥٧	المطلب الثاني: تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بالطلاق	-٦٠
١٥٧ - ١٧١	المبحث الثالث: تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بالحقوق الزوجية	-٦١
١٥٧ - ١٦٢	المطلب الاول: تطبيق الحكم البديل المتعلق بإعسار الزوج	-٦٢
١٦٢ - ١٧١	المطلب الثاني: تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بحقوق الأولاد	-٦٣
١٧٢ - ١٨٢	الخاتمة: النتائج والمقترحات	-٦٤
١٨٣ - ٢٠٣	قائمة المصادر	-٦٥
A - B	Abstract	-٦٦

المستخلص

إن مسائل الأحوال الشخصية تتضمن جملة من الأحكام، والتي لا تكون معروفة لدى أصحاب الاختصاص، بحيث يكون للأطراف التي تنظم أمورهم المسائل التي تتضمنها قوانين الأحوال الشخصية، بأن لهم الانتقال من حكم إلى آخر يكون في طول الحكم الأول لكي ينتج الأثر ذاته، ويكون بنفس قوته، وهذا نتيجة لعدم قدرة احد الاطراف على الحكم الأولي (الأصلي) مما ينتقل إلى الحكم البديل(الثانوي)، من اجل مواجهة الظرف غير الطبيعي الذي يعترض أحد الأطراف، وهذا هو الحكم البديل الذي يكون من هذه الأحكام التي تقل معرفتها وتمييزها من قبل ذوي الاختصاص عند تطبيقه على المعني به من الأطراف؛ لأن وجودها بشكل مبعوث في نصوص قوانين الاحوال الشخصية بصورة تجعلها غير معروفة بأن هذه الأحكام البديلة مستقلة عن الأحكام الأصلية التي تطبق على الطرف المعني بها في ثاني الحال لسبب ظرف غير طبيعي يكون عليه.

لذا يُعدّ الحكم البديل من الأحكام التي تطبق على مسائل الأحوال الشخصية، ولا سيما أن موضوعه من الموضوعات المهمة التي لها دورها الغائي التي تستهدف من تشريعه غرضاً مرسوماً، فلا يجوز تجريده منه أو اعتسافه في العمل والتطبيق، حتى لا تكون مناقضة بين قصد الشارع وقصد الأطراف، إذ إنّ كثيراً يجهل هذا الحكم من الناحية الشرعية والقانونية، وان عدم فهم هذا الحكم قد يؤدي إلى عدم فهم التخفيف والتيسير على الأطراف ونقلهم من أحكام لا يقدرّون عليها إلى أحكام يقدرّون عليها؛ لذا فإن موضوع هذا الحكم يعد من المواضيع التي ينبغي من اجل تناوله بجانبه الشرعي والقانوني نظراً للحاجة إلى مواجهة الظروف غير الطبيعية التي يكون عليها أطراف مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق، حتى لا يكون التطبيق له ألياً، وبعيداً عن فلسفة المشرع ومقاصده، ولتحقق مصالح من يطبق عليهم هذا الحكم، لذلك اخترناه موضوعاً لأطروحتنا، لتغطية جانب مهم من هذا الحكم المتعلق بالأسرة مما يسمى بالحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية التي تبتها قوانين الأحوال الشخصية في تنظيم علاقة الأشخاص مع بعضهم البعض، ومن هذه العلاقات العلاقة التي يتم حكمها بما يسمى بأحكام الأسرة وقد تم رعايتها مذ أنشئت.

المُقَدِّمَة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين أبي القاسم محمد وعلى آله
الطيبين الطاهرين ...

فإن مقدمة هذه الأطروحة خُصِّصَت لدراسة المحاور الآتية :

أولاً - التعريف بالموضوع

تتمثل مهمة المشرع في إيجاد الحلول القانونية، وهذا هو المنبت الأساس الذي يجعل لمسائل
الاحوال الشخصية احكاماً أصلية واحكاماً بديلة من خلال ما نصت عليه من نصوص تؤكد هذا
الحكم البديل، كما بيّنت هذه المهمة دورها في الجانب التشريعي؛ إذ يمكن من خلالها مواجهة
الظروف غير الطبيعية التي تعترض أحد الأطراف في مسائل الاحوال الشخصية عند العمل بها؛
لأنه عندما يمر أحدهم بتلك الظروف يكون بعيداً عن الاحكام الاصلية التي تكون في اول الحال،
مما ينتقل إلى الحكم البديل، وهذا هو الحكم الاضطراري؛ لذا فإن الحكم البديل يكون هو الحل
القانوني في حالة النص على حكم اصلي يمنع تطبيقه ظروف غير طبيعية، مما يعني ان الذي يأتي
بعد الحكم الاصل هو الحكم البديل، وكذلك يكون كل منهما متحد بنفس الواقعة، لأن اتحادهما بهذه
الواقعة يجعل الحكم الاول حكم اصلياً وما بعده حكم بديلاً يحكم الواقعة المراد تطبيقها، وهذا الاتحاد
يجب ان يكون لكل من الاصلي والبديل القوة ذاتها من حيث شمول الحكم البديل لكل الأطراف في
مسائل الأحوال الشخصية، وليس خاصاً بجماعة دون جماعة اخرى؛ لأن المطابقة بالقوة لا تجعل
منه حكماً قاصراً على جماعة دون جماعة اخرى. كما يجب أن يكون الحكم السابق على الحكم
البديل من الأحكام التي تقبل إيجاد بديل لها، لأن في حالة عدم إمكانية إيجاد بديل للحكم الاصل فلا
يكون الحكم بديلاً، ولا يعد الحكم الاصل سابقاً له؛ لأن لكل حكم أصلي حكم بديل، ولا معللاً له
لمواجهة الحالات المستجدة، وكل ذلك من اجل جعل الطرف المعني بالمسألة الشخصية يواجه
ظروف غير طبيعية تجعله غير قادر على الحكم الاصل، وأن تكون عدم قدرته ليس لذات الحكم
الاصلي وانما لسبب طارئ أو عارض يعترضه وبشكل مؤقت، وفق الترتيب عند تعدد النص على
أكثر من حكم بديل، وإذا استمر الطرف الطارئ الى حد لا يسمح للأخذ بالبديل الاول يتم الانتقال
الى البديل الثاني، هذا من حيث النص. إما عند حالة عدم النص على الحكم البديل اساساً أو حالة



النص لمرة واحدة فانه يتم اللجوء إلى الإحالة على الفقه الإسلامي، ويكون ذلك وفقاً لصياغة محدده من قبل المشرع منها ما يكون مقيد بمذهب معين، ومنها ما يكون غير مقيد بمذهب، ومن أجل ذلك فان المشرع عند التشريع لمسائل الأحوال الشخصية فهو يحاول ان يختصر الطريق من خلال احالة القاضي إلى الحكم فيما لم يرد بشأنه نص إلى الفقه الاسلامي للأخذ بالحكم البديل الذي تحدده الإحالة على الفقه الإسلامي.

ثانياً - أهمية البحث

ينماز هذا الموضوع بأهمية على مستوى الجانب النظري والعملي، فبخصوص الجانب النظري نجد أنه بالرغم من عدم وجود دراسة بالجانب القانوني تنطرق الى فكرة الأحكام البديلة الا أن اغلب قوانين الأحوال الشخصية قد أخذت بهذه الأحكام البديلة باعتبارها من أهم الحلول التي وضعها المشرع وفقاً لفلسفة خاصة، وهي محاولة لتغطية جانب مهم من هذه الأحكام التي تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية التي تسمى بالإحكام البديلة التي تكون مبنوثة في هذه المسائل، لمعرفة مدى الاخذ بهذه الأحكام، ودراستها لتحقيق هذه الفلسفة، وكذلك لمعرفة مدى مراعاة ذوي الاختصاص لها أثناء تطبيقهم لهذه الأحكام البديلة، هذا لمنع التطبيق الآلي، بشكل ليس بالقرب من روح التشريع ومقاصده، وكذلك من أجل تحقيق مصلحة من تطبق عليهم هذه الأحكام البديلة. مع ملاحظة ان تسميتنا للإحكام البديلة محل تسمية الاحكام البديلة هي بحسب ما يجري عليه التداول للمفاهيم لدى مجتمعنا العراقي، الا انه لا تختلف عن عبارة البديلة فقط من باب التأخير والتقديم بالحروف، كما ان وزن كل واحدة منهما هو الوزن ذاته.

أما بالنسبة للجانب العملي نجد أن الأحكام البديلة تعمل على تمكين الأطراف في مواجهة الظروف غير الطبيعية التي تتمثل بعبء عدم القدرة على الأحكام الاصلية، كما أن هذه الدراسة تبين بان هذه الأحكام البديلة هي الخلف الوحيد للأحكام الاصلية هذا عند النص على الحكم البديل، كما تبين هذه الدراسة دور القاضي عند استسقاء هذه الأحكام من المذهب المعين في المسألة التي تحكم الأطراف ولم يرد بشأنها نص على هذه الحكم البديل، الامر الذي يترتب عليه سرعة ونجاعة الحلول للعديد من المسائل المعروضة على القضاء؛ وذلك من خلال الإحالة على الفقه الإسلامي، ومن ثم التقليل من حالات رد الدعوى بسبب عدم وجود حلول قانونية لبعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ثالثاً - إشكالية البحث

يثير الموضوع مشكلة رئيسة تتجسد في مدى نجاعة أو مدى القيمة القانونية للحكم البديل في قوانين الأحوال الشخصية، وهذه المشكلة الرئيسية تتمثل بعدم معرفة الاختلاف بين الحكم الأصلي والحكم البديل؛ لسبب عدم أدراك علة الفصل بينهما التي تكون من خلال عروض الحكم الأصلي، وأنه لا ينبغي أن يصر إلى الحكم البديل إلا في حالة عدم القدرة على الحكم الأصلي، لمواجهة الظرف غير الطبيعي الذي يكون عليه الشخص في مسائل الزواج والطلاق وغيرها من المسائل التي نظمتها قوانين الأحوال الشخصية. وكذلك الوقت الذي يكون حداً فاصلاً لهذا الحكم البديل عن وقت الحكم الأصلي، لأنه تظهر آثار لهذا الحكم تختلف عن آثار الحكم الأصلي تبين مدى القدرة للشخص على مواجهة ظرفه غير الطبيعي.

رابعاً - تساؤلات البحث

كما يثير موضوع البحث تساؤلات عديدة ، وهذه التساؤلات كالاتي :

- ١- ما هو الحكم البديل من حيث التعريف به؟
- ٢- ما هي المشروعية على مستوى الشريعة الإسلامية والقانون للحكم البديل التي تعد الاساس لمسائل الاحوال الشخصية؟
- ٣- ما هي الشروط التي لابد من توافرها حتى يمكن من خلالها العمل بالحكم البديل في القوانين محل المقارنة؟
- ٤- ما هي الاقسام التي يكون عليها الحكم البديل؟ وضوابط العمل به؟
- ٥- ما هي الطبيعة الفقهية والقانونية التي يوصف بها الحكم البديل؟
- ٦- ما مضان الحكم البديل من حيث موضعه بين النصوص الشرعية والتشريعية ومكانته بين الأحكام الشرعية؟
- ٧- ما هي الطبيعة الخاصة التي تكون تعليلية لعروض الحكم الأصلي؟
- ٨- ما هو دوره في كل قسم من الاقسام التي تعد منافذاً لإحكامه في قوانين الأحوال الشخصية؟

٩- ماهي آثاره في حالة التطبيق او عدم التطبيق؟ وعند عدم النص مطلقاً وحالة عدم النص غير المطلق؟

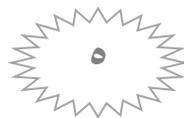
١٠- ماهي تطبيقات الحكم البديل في المسائل التي تتعلق بالأحوال الشخصية التي يكون الحكم البديل فيها بديلاً غير متقابل؟

خامساً - الدراسات السابقة

لم نعثر على حد بحثنا أو علمنا من فقهاء القانون السابقين والمعاصرين المتخصصين بدراسة الشريعة الإسلامية والقانون اي دور يعنى بالإحكام البديلة لا من بعيد ولا من قريب، على الرغم من أن كل الدراسات القانونية خالصة ونافعة .

لكن وجدت دراسة تناولت الاحكام البديلة في موضوعات اخرى بشكل جزئي وموجز وهي : اطروحة دكتوراه بعنوان : " قواعد الأصل والبديل وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي " . قدمت من الباحث (فادي عبد الفتاح الحن)، الى الجامعة الاردنية-كلية الشريعة عام ٢٠٠٩م، حيث عنيت هذه الدراسة بالقواعد الفقهية للإحكام البديلة وقد كانت دراسة عالجت من خلال موضوعها جانب من جوانب الحكم البديل، لذا لن نتناول في بحثنا القواعد الفقهية للأحكام البديلة، الا ما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية.

كما جاءت دراسة اخرى تحت عنوان: " أحكام البديل في الفقه الاسلامي " وهي ايضاً اطروحة دكتوراه، للباحث (عبدالله بن محمد الجمعة)، مقدمة الى كلية الشريعة بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، وقد تناولت الحكم البديلي في ابواب الفقه المختلفة، لكن الباحث لم يتناول ضوابط الاحكام البديلة المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية بمختلف انواعها؛ لذا فان دراستنا جاءت لبيان اثر هذه الاحكام البديلة في الدراسة السابقة واكمال النقص من خلال بيان الحكم البديل في مسائل الاحوال الشخصية، ومدى اهتمام قوانين الاحوال الشخصية بهذا الحكم، وفق خطة دراسية شاملة لأدق التفاصيل.



سادساً - منهجية البحث ونطاقه

تحتاج الدراسة إلى معطيات ومنهج علمي؛ لضبط بنيتها؛ لذلك سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي، والذي يكون من خلال التطرق لقوانين الأحوال الشخصية للنصوص التي نصت على هذه الأحكام البديلة لتحليلها بأسلوب يبين مدى مراعاة هذه القوانين لها عندما يواجه الزوجين والاطراف ذات الصلة بالعلاقة الزوجية لظروفهم غير الطبيعية وبشكل مختصر لبعض الجزئيات من اجل التأكيد على دور هذه الأحكام البديلة على مستوى الجانب التشريعي. ومن ثم نتبع المنهج نفسه لتحليل موقف الفقه الإسلامي؛ وذلك من اجل بيان مدى تأكيد موقف فقهاء المذاهب الإسلامية لهذه الأحكام البديلة من اجل سد الفراغ التشريعي عند عدم النص عليها، وكذلك سنتبع المنهج المقارن بين كل من موقف الفقه الأمامي، وموقف الفقه الحنفي، وموقف الفقه المالكي، وموقف الفقه الشافعي، وموقف الفقه الحنبلي، كما يتم التطرق وفق الحاجة إلى موقف الفقه الظاهري كاستكمال موقف معين للفقه الإسلامي، وهذه المواقف يتم بيانها في تطبيقات هذه الأحكام في مسائل الاحوال الشخصية المحددة وفقاً لنطاقه بالمسائل غير المالية. فضلاً اتباع المقارنة بين تشريع الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وبين تشريع الاحوال الشخصية الاردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ النافذ، وبين تشريع الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل، فضلاً عن بيان موقف القضاء من هذا الحكم وبقدر الامكان من اجل الملمة بكل جوانب الموضوع المتعلق به وفقاً لهذه المنهجية والنطاق المتبع. وكل ذلك يتبع في مسائل الأحوال الشخصية غير المالية مع التطرق لبعض المسائل المالية من اجل زيادة التوضيح هذه الأحكام البديلة المتعلقة بالمسائل غير المالية مع التطرق بعض الشيء للمسائل المالية من اجل زيادة بالتوضيح لها.

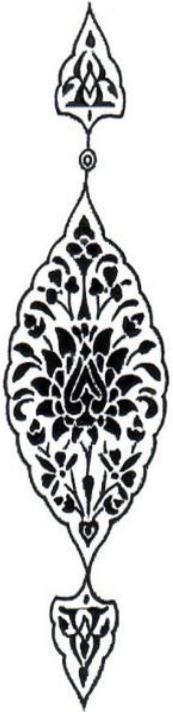
سابعاً - هيكلية البحث

سنقسم موضوع أطروحتنا هذه على مقدمة وبايين، سنتطرق في الباب الاول إلى مفهوم الحكم البديل، وذلك سنقسمه بدورنا على فصلين، سنخصص الفصل الاول لبيان ماهية الحكم البديل، والذي سنتناول فيه مبحثين، سنكرس المبحث الاول لبيان مدلول الحكم البديل، وسنخصص المبحث الثاني إلى تمييز الحكم البديل عما يشته به من أوضاع. وخصصنا الفصل الثاني لبيان مقومات الحكم البديل وبيان منزلته، وسنتناول فيه مبحثين، سنخصص المبحث الاول لبيان وصف الحكم البديل، ونخصص المبحث الثاني لبيان مظان الحكم البديل.

وسنخصص الباب الثاني إلى الأحكام التي تترتب على الحكم البديل، وقسم على فصلين، سنتناول في الفصل الأول آثار الحكم البديل، لذا سنقسمه على مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول لبيان آثار الحكم البديل في حالة النص عليه، ونخصص المبحث الثاني إلى بيان آثار الحكم البديل في حالة عدم النص عليه، أما الفصل الثاني سنتناول فيه تطبيقات الحكم البديل، وقسم على ثلاثة مباحث، سنتناول في المبحث الأول تطبيقات الحكم البديل في الخطبة، وسنخصص المبحث الثاني إلى تطبيقات الحكم البديل في الزواج، وسنكرس المبحث الثالث إلى تطبيقات الحكم البديل في الحقوق الزوجية.

الباب الأول

مفهوم الحكم البديل



الباب الأول

مفهوم الحكم البديل

تمهيد وتقسيم:

لبيان مفهوم الحكم البديل في مسائل الاحوال الشخصية التي لا يستطيع الزوج أو الزوجة القيام بالحكم الأصلي في أول الحال لعدم القدرة عليه، لسبب ظروف غير طبيعية تجعل من القاضي العمل على نقلهما إلى الأحكام البديلة، أن يكون للأحكام البديلة في منزلة وقوة الحكم الأصلي؛ وذلك من اجل التخفيف عليهما، كما يجب استمرارية عدم التمكن في مرحلتي الانتقال من الأصلي الى البديل الاول وحسب الترتيب؛ لأنه عند استمرار الظرف غير الطبيعي يتم الانتقال الى البديل الثاني الذي يلي الاول، كما توجد أوضاع تتداخل مع الحكم البديل أثناء الانتقال اليه، وهذه مما يجب تمييزها عنه، لتحديد استقلالية هذا الحكم ومنع اختلاط هذه الاوضاع معه، تجنباً لما هو متقابل الذي يؤدي الى الانحراف عن مسار القصد بما هو حكم بديل متعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ذلك من اجل بيان الدور المهم لهذا الحكم، لأن بمفهومه تبدأ ملامح هذا الحكم تتحدد من خلال ما يحتويه المفهوم من مركزين وفق منظورنا هما الماهية والتشابه والاختلاف الذين يعدان ركناً التمييز، لذلك سنقسم هذا الباب على فصلين، في الفصل الاول سنبين ماهية الحكم البديل، وسنفرده الفصل الثاني إلى مقومات الحكم البديل وبيان منزلته.

الفصل الأول

ماهية الحكم البديل



الفصل الأول

ماهية الحكم البديل

للعمل بالأحكام البديلة يكون بعد ان يتم تحديد الماهية لها، وهذا يكون عندما بيان مدلول هذه الأحكام من خلال تحديد التعريف بها، لكي يتم التوصل إلى تعريفها بشكل ينسجم مع تسميتها ودورها الوظيفي، وكذلك يقتضي الامر بيان مشروعيتها، وهذا لكي يتم بيان جوازها الشرعي لكي لا يكون موضوع التطرق له منطلق شرعي؛ لأن كل مسائل الأحوال الشخصية بوبة بأحكام من الشريعة الإسلامية. ومن ثم التطرق للشروط التي تعد بمثابة وصف لما يتم اتباعه عند العمل بهذه الأحكام البديلة وفق المشروط لها، ومن ثم بيان الضوابط التي يمكن اعتبارها قيوداً يجب اتباعها لمنع العمل الاعتباطي لها، لأن ذلك يؤدي إلى بيان ما يميز هذه الأحكام البديلة عما يشته به من أوضاع قد تتداخل معها بشكل يصعب تحديد معرفتها بأنها أحكام لها دور مهم بالجانب القانوني والقضائي، وذلك للوصول إلى ما تكون عليه طبيعتها القانونية على المستوى التشريعي والقضائي، وصولاً إلى ما يمكن عده بأنها أحكام لها ضمانات من خلال الاستعانة بها، لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين، سنخصص المبحث الأول الى مدلول الحكم البديل، وسنكرس المبحث الثاني الى تمييز الحكم البديل عما يشته به من أوضاع.

المبحث الأول

مدلول بالحكم البديل

إن التعريف لا يكتمل بالشيء إلا ببيان تعريفه من مختلف المستويات وبيان مشروعيته وكذلك تحديد الشروط الواجب توافرها للعمل به، لأنه لم يكن تشريع مثل هذه الاحكام جاء بدون مبرر مما يحتم الامر بيان المقصود بهذا الحكم، لأن بيان ذلك المقصود يؤدي الى معرفة جانب من الماهية التي يكون عليها هذا الحكم، كذلك يكون لبيان مشروعية هذا الحكم وعلى وجه التحديد ما يتعلق منها بمسائل الأحوال الشخصية دوراً مهماً في تأكيد العمل به، لأن مشروعية الشيء تعد بمثابة اجازة للعمل به، كما في الاحكام الشرعية الأخرى، ومن ثم يجب تحديد الشروط التي تُعد قيوداً تثبت دور هذا الحكم، لذا سنقسم هذا المبحث على أربعة مطالب، في المطلب الاول سنبين التعريف الحكم البديل، ونكرس المطلب الثاني الى مشروعية الحكم البديل، وسنخصص المطلب الثالث الى شروط الحكم البديل، وسيكون المطلب الرابع إلى ضوابط الحكم البديل.

المطلب الأول

التعريف الحكم البديل

يعد الحكم البديل في مسائل الاحوال الشخصية من أهم الأفكار التي وجدت تطبيقاً لها في نصوص أغلب تشريعات الاحوال الشخصية العربية، لمبررات عديدة سنبينها لاحقاً، هذا الامر يحتم علينا بيان المقصود بالحكم البديل، ومن أجل الالمام بشكل وافٍ بالحكم البديل، يقتضي منا بيان معناه اللغوي ومعناه الاصطلاحي بالفقه الإسلامي والقانوني والتشريعات والقضاء وراينا في ذلك، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الاول الى تعريف الحكم البديل باللغة، وسنكرس الفرع الثاني إلى تعريف الحكم البديل اصطلاحاً.

الفرع الاول

تعريف الحكم البديل اللغوي

بالرجوع إلى معنى الحكم البديل في اللغة، نجد ان كلمة الحكم مصدرها حكم يحكم، وهو العلم ، والفقه ، والقضاء بالعدل^(١). وهو الحكم القضاء والعدل، والفصل لمنع العدوان، ومنه قوله سبحانه وتعالى : { وأتيناها الحكم صيباً }^(٢)، وقوله سبحانه وتعالى : {إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله}^(٣).

أما كلمة البديل في اللغة، نجد البدل و(بدل) الشيء غيره يقال بدل و(بدل) كشيءٍ وشبهه ومثله و(أبدل) الشيء بغيره و(بدله) الله تعالى من الخوف أمنا و(تبدل) الشيء أيضاً تغييره وإن لم يأتِ (ببدله) و(استبدل) الشيء بغيره و(وتبدله) به إذا أخذه مكانه أي: نحيت أحدهما وجعلت الآخر مكانه (والمبادلة تعني التبادل). و(الابدال) قوم من الصالحين لا تخلو الدنيا منهم إذا ماتَ وأحدٌ منهم أبدل الله تعالى مكانه باخر. الواحد (بديل)^(٤). والأصل في الابدال جعل شيء مكان شيء

١- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، بلا طبعه، نشر أدب الحوزة، قم المقدسة، ايران، ١٤٠٥هـ، مادة(ح.ك.م) ص١٤٠-١٤١.

٢- سورة مريم : الآية (١٢).

٣- سورة النساء : الآية (١٠٥).

٤- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، مج١، بلا طبعه، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ١٩٨٦م، ص١٨.

آخر. والأصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله^(١). ومنه قوله سبحانه وتعالى {وأولئك يبذل الله سيئاتهم حسنات}^(٢).

يتبين مما تقدم أن البديل وفقاً للمعنى اللغوي، وهو وضع الشيء موضع الآخر، مما يعني أنه استبدال؛ لذا فإن الغاية من التطرق لهذا المعنى هو بغية الوصول إلى النتيجة التي تعد جزء من اكتمال التعريف بالشيء.

الفرع الثاني

تعريف الحكم البديل الاصطلاحي

لبيان معنى الحكم البديل اصطلاحاً، يكون من خلال الوقوف على تعريف الفقه الإسلامي له، ومن ثم الوقوف على تعريفه القانوني، لذا يقتضي الأمر تقسيم هذا الفرع على فقرتين وكالاتي:

أولاً- تعريف الحكم البديل في الفقه الإسلامي

فيما يتعلق بتعريف الحكم البديل بالنسبة للفقه الإسلامي، يلاحظ أن الفقهاء لم يضعوا تعريفاً جامعاً مانعاً للحكم البديل، حيث ذهب الامامية الى تعريفه تحت مسمى آخر وهو الحكم الثانوي الذي يعرف بانه: " ما يجعل للشيء من الأحكام بلحاظ ما يطراً عليه من عناوين خاصة، تقتضي تغيير الاولي، فشراب الماء، مثلاً، مباح بعنوانه الأولي، ولكنه بعنوان انقاذ الحياة يكون واجباً"^(٣).

أما بخصوص موقف مذهب جمهور الفقهاء، وهم كل من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، يلاحظ أنهم متفقون على تعريف الحكم كجزء من مصطلح الحكم البديل، حيث تم تعريف الحكم بانه " هو أثر خطاب الله (سبحانه وتعالى)، أي ما يتضمنه هذا الخطاب، كقوله تعالى: {ولا تقربوا الزنى} هو الحكم عند الاصوليين، أما عند الفقهاء: فهو الأثر المترتب على هذا الخطاب، أي ما تضمنه هذا النص الشرعي، وهو حرمة الزنى"^(٤). ومن ذلك يلاحظ موقف جمهور الفقهاء من

١- ابن منظور، لسان العرب، ج ١١، المصدر السابق، ص ٤٨.

٢- سورة: الآية (٧٠).

٣- هيثم هلال، معجم مصطلح الأصول، ط ١، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م-٢٠٠٤، ص ١٣١.

٤- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط ٦، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان الطبع، ١٩٨٧م، ص ٢٥.

تعريف الجزء الاخر من مصطلح الحكم البديل وهو (البديل)، يلاحظ ومن خلال البحث في اكثر المصادر الفقهية للفقهاء المتقدمين، عرف كل منهم البديل بحسب ما يروق له، حيث ذهب الحنفية الى تعريفه بأنه " ما لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل" (١)، كما ذهب المالكية إلى تعريفه بأنه "هو الذي يقوم مقام المبدل منه [الأصل] من كل الوجوه" (٢)، وذهب الشافعية إلى تعريفه بأنه " هو بدل أجزى عند عدم المبدل، فلا يجوز فعله إلا بعد ثبوت العدم" (٣)، كما ذهب الحنابلة إلى تعريفه بأنه "هو بدل مرتب عليه يجب فعله عند عدم المبدل، ولا يجوز الا لعذر، وهذا شأن البديل" (٤)، الا أن كل ما تم تعريفه يؤدي الى نتيجة مفادها، أن البديل متم للأصل، كما يلاحظ من خلال تعريفات الفقهاء المتقدمين تقررت القاعدة الفقهية التي تنص على أنه : ((إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل)) (٥)، لذلك لم نجد باب يختص به، بل وجد في الفقه الاسلامي مطبقاً وفقاً لتسميات عدة؛ وذلك لتلبية حاجة المكلف المتجددة والمتغيرة في حالة عدم قدرته على الحكم الأصلي، فإنه ينتقل إلى الحكم البديل (٦).

وبناءً على ما تقدم يمكن أن نضع تعريف لهذا الحكم بأنه (هو خطاب الله الذي يتعلق بأفعال المكلفين في حالة عدم القدرة على القيام بالأحكام الشرعية الأصلية حقيقة أو حكماً).

-
- ١- محمد أمين بن عمر عابدين الحنفي، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج٦، طبعة منقحة مصححة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ص٤٤.
 - ٢- أبو عبدالله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين فخر الدين الرازي المالكي، المحصول في علم أصول الفقه، ج٢، ط٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص١١٦.
 - ٣- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق الشافعي، المهذب في الفقه، ج١، ط١، دار القلم-دمشق، والدار الشامية- بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ص٣٤.
 - ٤- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج١، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص١٦٠.
 - ٥- عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، احكام البديل في الفقه الاسلامي، مج١، ط١، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص٢٤.
 - ٦- لنا القول هنا ان استخدام مصطلح البديل ما هو الا جمع المصطلحات ودرجها تحت هذا المصطلح، لتكون منطلقاً لتطبيق مفهومه على ما يصدق عليه من الوقائع الحديثة، لأن التطبيق الصحيح يرتكز على التنظير الصحيح. لذلك نجد أن البديل تم تعريفه بأنه " إقامة شيء مكان شيء واجزأه عنه في غير حالات الاضطرار. ومنه قولهم: يؤدي فلان العمل بدل فلان ... ". ينظر: محمد قلنجي، معجم لغة الفقهاء، ط٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ص١٠٥.

ثانياً - تعريف الحكم البديل في القانون

يلاحظ بهذا الخصوص ان الفقه القانوني أشار إلى الحكم البديل ضمن عدة مواضع عند تناولهم لمسائل الاحوال الشخصية، منها استرداد الخاطب ما دفعه عند العدول عن الخطبة، وكان قد استهلك فإن كان مثلياً رد بديله وهو مثله، وإن كان قيمياً رد بديله وهو القيمة^(١)، كما توجد غيرها من مسائل الاحوال الشخصية تم التطرق لها من قبل فقهاء قوانين الاحوال الشخصية كما في العدة وحق الحضانة وغيرها، لذا يقتضي الامر بيان تعريفه التشريعي والقضائي وكالاتي:

١- تعريفه لدى التشريع

أما بخصوص التعريف التشريعي للحكم البديل في قوانين الاحوال الشخصية، نجد ان جميع قوانين الأحوال الشخصية لم تبين ما هو تعريف الحكم البديل، إذ اقتصر منطوق النص وفحواه على جواز اللجوء الى الحكم البديل مراعاة لضوابط معينة، بدون التطرق الى تعريف هذا الحكم، فمثلاً نص المشرع العراقي على انه (٢- أذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالاً محسوباً على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عيناً وأن أستهلك فبدلاً)^(٢)، كذلك نص المشرع الاردني على انه (ب- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو انتهت بالوفاة فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقداً أو عين إن كان قائماً أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله)^(٣)، وكذلك نص المشرع الاماراتي على انه(٣- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو ببعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين اعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء)^(٤).

يبدو لنا أن اقتصار دور المشرع على تقرير الحكم البديل دون بيان تعريف له هو مسلك غير منتقد؛ ذلك لأن ليس من مهمة المشرع وضع تعاريف للمصطلحات القانونية أو المصطلحات التي تذكر في التشريع، خشية جمود النص وعدم مواكبته للحالات المستقبلية من جهة، فضلاً عن

١- محمد احمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م، بلا طبعه، المكتبة الوطنية، كلية الشريعة، الجامعة الاردنية، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص٣٢. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، بلا طبعه، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م، ص٢٧.

٢- (المادة ١٩/ف٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٣- (المادة ٤ / الفقرة ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ المعدل.

٤- (المادة ٣/١٨) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

ذكر تعاريف كثيرة في القانون هو أمر قد يشغل القاضي في البحث عن مضمون كل تعريف، وقد يسهو عن الدخول في المحور الأساس للنص وهو الحكم القانوني.

٢- تعريفه لدى القضاء

يلاحظ من خلال الاطلاع على موقف القضاء، لم نجد بأن القضاء قدم تعريفاً للحكم البديل وانما اورد تطبيقات إشارة الى الحكم البديل، يلاحظ بهذا الخصوص ما ذهبت اليه محكمة الاحوال الشخصية في الحسينية، والذي قضت به عيش الطفل مع والده بدلاً من جده وجدته للأم، حيث اصدرت حكمها الذي ينص على أنه (ضم حضانة الطفل إلى والده المدعي والزام المدعي عليها بتسليمه الى والده المدعي...) (١). يتبين من خلال ذلك أن الحكم الأصلي في الحضانة أن تكون للأم؛ لأنها تكون أحق بالحضانة، فإن لم تقدر على حضانة طفلها انتقلت إلى امها، ثم إلى أم الاب، ثم للاب، ولتحقق مصلحة المحضون انتقلت الحضانة الى الاب بدلاً عن الام (٢).

(كما ذهبت محكمة استئناف عمان الشرعية) فقد أصدرت القرار الاستئنافي على أنه (أن المحكمة الشرعية الابتدائية عندما اعتبرت كلمة " تحرمي علي مثل ما حرمت أمي " أنه إيلاء وردت الطلاق المدعي به هذا غير صحيح؛ لأن اللفظ المدعي به ليس إيلاء؛ لأن الإيلاء هو الحلف على ترك قربان الزوجة أو عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر فأكثر وألفاظه مثل (لا أقربك، لا أجامعك، وغيرها) (٣)، يتبين من خلال ذلك أن الألفاظ التي تفيد الإيلاء هي بدلاً عن الفيئة بالفعل (الجماع)، وذلك يكون عند عدم قدرة الزوج على الفعل لغيبته (٤).

١- ينظر: حكم محكمة الاحوال الشخصية في الحسينية، رئاسة محكمة استئناف كربلاء، بالعدد ٢٤٢/ش/٢٠٢٣، بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٧، غير منشور، تم تظهيره من اضبارة الدعوى.

٢- فاروق عبدالله كريم، الوسيط شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٢٦٧.

٣- ينظر: القرار الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية، رقم ٢٠/٣٤٩، بتاريخ ٢٠١٢/٥/٦، في القضية الشرعية ٢٩٥١/٢٠١٢، منشور نقلاً عن يوسف عبدالله محمد الشرفين وشبلي احمد عيسى عبيدات، التفريق بين الزوجين للإيلاء دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م، مج ٤٦، دراسات، علوم الشريعة والقانون، عدد ٣، ٢٠١٩م، ص ١٦٠.

٤- محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشريعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج ٢٢، ط ٢، مطبعة مهر، قم المقدسة، ايران، ١٤١٤هـ، ص ٣٤١. ينظر: أبو القاسم الخوئي (قدس سره الشريف)، منهاج الصالحين، ج ٢، بلا طبعه، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، مسالة (١٥١٠)، مسالة (١٥١١)، مسالة (١٥١٢)، ومسالة (١٥١٣)، ص ٣١١. وينظر: محمد بن احمد ابن جزوي، القوانين الفقهية، بلا طبعه، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ١٩٨٨م، ص ٢٤٦.

بناءً على كل ما تقدم يمكن لنا أن نضع تعريفاً جامعاً مانعاً للحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية بأنه (هو الحكم الثانوي الذي ينتقل اليه عند عدم تحقق إمكانية تطبيق الحكم الأصلي في مسائل الأحوال الشخصية).

المطلب الثاني

مشروعية الحكم البديل

إن مشروعية الحكم البديل في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والتشريعات المقارنة، تنبأت من أنه عدم القدرة على تطبيق الحكم الأصلي، وبالتالي أجازت في كل منها الذهاب إلى حكم بديل يؤدي ذات الأثر الشرعي والقانوني، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول لبيان مشروعيته في الشريعة الإسلامية، ونكرس الفرع الثاني إلى بيان مشروعيته في القانون.

الفرع الأول

مشروعيته في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية إشارة إلى مشروعية الحكم البديل من خلال مصادرها الرئيسية في بعض مواطنها، لذلك سوف نقسم هذا الفرع على جانبين وكما يأتي :

الجانب الأول – القرآن الكريم

انطلاقاً من قوله سبحانه وتعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ أَنْ لَطَفَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾^(١)، يتضح من خلال هذا النص الكريم أن الشرع المقدس جعل نوعين من الأحكام : أحكام واقعية، وهي جعلت لحالة الاختيار، وأحكام ظاهرية واضطرابية جعلت لحالة الاضطراب وهذا هو الحكم البديل؛ لأنه ناشئ من حالة الاضطراب التي تبيح للإنسان الانتقال إلى ما كان محظوراً، أو عدم قدرته على الأحكام الواقعية أو الأصلية.

١- سورة البقرة : الآية (١٧٣).

كما إن هناك من الآيات الكريمة دلت على الأحكام البديلة وبقدر تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية، وهي كما يأتي :

١-المشروعية في التعريض بالخطبة:

قال سبحانه وتعالى : { ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء^(١) }، يتبين من خلال الآية الكريمة أنها تدل على المخاطبة لجميع الناس، ويلاحظ أيضاً أن الآية الكريمة أشارت من خلال حكمها الى الرجل الذي يريد ان يتزوج من المعتدة عدة وفاة بالتعريض، مما يعني أنه لا وزر في التعريض بالخطبة في عدة الوفاة، لذا يتضح أن التعريض على عكس التصريح، مما يعني أن الكلام مع المعتدة بشكل صريح في تزوجها، لا يجوز، وفي التعريض ألفاظ كثيرة، وهذه ترجع إلى قسمين هما : الاول- أن يذكرها لوليها كما لو قال له: لا تسبقني بها. والثاني- أن يشير إليها بدون توسط، فيقول لها : إنني اريد التزويج، أو إنني فيك لراغب، وإن حاجتي في النساء، وإن الله لسائق إليك خيراً^(٢).

عند تحديد الواقعة وهو التعريض على المعتدة في عدة وفاة زوجها في الرغبة بالتزوج منها، يتبين أن الحكم الأصلي بالخطبة هو التصريح الذي يكون على عكس (التعريض)؛ لأنه لا يجوز التصريح بخطبة النساء أثناء فترة العدة من وفاة بما هو نص في تزوجها^(٣).

يتضح بأن الحكم الأصلي في خطبة المتوفي عنها زوجها هو التصريح، الا أنه لا يجوز خطبتها أثناء العدة ومن ثم يدل ذلك على عدم قدرة المكلف بالتصريح، لأنه بفعله هذا سوف يخالف النص الشرعي، لذا يكون من حقه أن يذهب الى الحكم البديل وهو التعريض بالخطبة، والتكليف للواقعة هو إعلام الزوجة المعتدة من وفاة زوجها المتوفي في الرغبة بالزواج منها؛ لأنه عدم قدرة المكلف(الراغب) على التصريح، وليس حرمة التصريح ذاته، وإنما هي حرمة عرضيه بسبب عدة الوفاة، وبانقضائها يجوز التصريح، مما يلاحظ أن الحكم البديل جاء لظرف غير طبيعي، ولا يؤثر

١- سورة البقرة : الآية (٢٣٥).

٢- لذلك يعرف التعريض هو الكلام الذي لا تصريح فيه كأنه يعرض لفكر المتكلم به، وهذا ما أجمعت عليه الأمة. ينظر: أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٤، ط١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢٧-٢٠٠٦م، ص١٤٥.

٣- القاضي أبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الاندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢-٢٠٠١م، ص٣١٥.

على الحكم الأصلي الذي يكون أول الحال في الظرف الطبيعي، كما أن الحكم الأصلي يذكر ابتداءً،
والحكم البديل يذكر بعده. كما أن التعريض بديل عن التصريح من المعتدة من وفاة.

٢- المشروعية في الخلع:

قال سبحانه وتعالى : {ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود
الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ...} (١)، يبين من خلال الآية الكريمة أنها إشارة الى واقعة أخذ
المطلق من طليقته شيئاً من المهر، ولا حرج عليهما اذا اعطت الزوجة زوجها من مال ، ولا على
زوجها من حرج فيما يأخذ منها أكثر مما أعطاهما (٢)، مما يبين لنا هذا التكليف الفقهي بأنه جعل
الخلع كحكم بديل عن الأخذ غير المشروع من المطلقة؛ لأنه هو الحكم الأصلي، وكذلك لأنه ذكر
ابتداءً، كما في قوله سبحانه وتعالى : {ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً}، والخلع هو الحكم
البديل، لأنه جاء في ثاني الحال أي ذكر بعد عدم جواز الأخذ من الطليقة، كما في قوله سبحانه
وتعالى : {فلا جناح عليهما فيما افتدت به}. كما أن الخلع يجيز لكل امرأة أن تبذل عن نفسها وتختلع
من زوجها على بدل من المال، كما أنه غير محدد بوقت ويتصف بالدوام، والحرمة المتعلقة بأخذ
المال من المطلقة بدون خلع هي حرمة أصلية، وذلك لأن أخذ المال يحل له إذا اختلعت الزوجة
نفسها؛ لأن الخلع بديلاً عن أخذ المال.

الجانب الثاني – السنة النبوية الشريفة

لا شك في أن الاضطرار ترتفع به فعلية التكليف، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكلف نفساً إلا
وسعها (٣)، وانطلاقاً من الحديث النبوي المشهور والصحيح " رفع عن أمتي تسعة: الخطأ، وما
أكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطرروا إليه،... " (٤)، يتضح من خلال الحديث
الشريف أيضاً الأحكام الثانوية أو البديلة باعتبار أنها بديلاً عن الحكم الأصلي.

١- سورة البقرة : الآية (٢٢٩).

٢- ابن القيم الجوزي محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي أبو عبد الله شمس الدين، زاد المعاد في
هدي خير العباد، ج ٥، ط ٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٨-١٩٩٨م، ص ١٧٦.

٣- الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ج ٢، مجموعة المحاضرات التي القيت في كلية منتدى النشر بالنجف
الاشرف ابتداء من سنة ١٣٦٠هـ، ص ٣٠٣.

٤- الشيخ الجليل الاقدم الصدوق، ابي جعفر محمد بن علي بن الحسين بأبويه القمي، الخصال الحميدة، ج ٢، مؤسسة
النشر الاسلامي التابعة لجامعة المدرسين، قم المقدسة، ايران، ١٣٠٣هـ، باب التسعة، ص ٤١٧.

كما توجد من المسائل التي بينها السنة النبوية الشريفة لمشروعية الحكم البديل هي مسألة زواج البكر من موافقتها على الزواج بسكوتها بديلاً تصريحها أي اقرارها، وهذا ما إشارة إليه السنة النبوية من خلال هذا القول: (عن ابن عباس يقول: قال رسول الله (صل الله عليه واله وسلم): "الأيم أحق بنفسها من وليها، واليتيمة تستأذن في نفسها، وإذنها السكوت")^(١).

يبدو أن السنة النبوية حددت الواقعة وهي الحصول على موافقة البكر بالزواج، كما يلاحظ أنها دلت على حكمين للحصول على موافقتها بالزواج، الأول هو الحكم الأصلي التصريح بالموافقة أو اقرارها، والثاني هو الحكم البديل السكوت عن موافقتها. لذا يكون تكيف الواقعة من خلال جعل السكوت حكم بديل عن موافقتها الصريحة المتمثلة بإقرارها وهو الكلام، كما أن الصمت يترتب عليه الأثر الشرعي وهو انعقاد الزواج، كما لو أقرت بالكلام.

من كل ما تقدم من أدلة على مشروعية الحكم البديل في الشريعة الإسلامية، تدل على مشروعية الانتقال من الحكم الأصلي الذي يكون في أول الحال إلى الحكم البديل الذي يكون في ثاني الحال، عند تعذر المكلف بسبب عدم قدرته على الحكم الأصلي^(٢).

الفرع الثاني

مشروعية الحكم البديل في القانون

تنطلق مشروعية الحكم البديل من دلالات النصوص القانونية من حيث سريانها على المسائل وتناولها للأحكام من حيثية الجلاء والخفاء التي تكون الدلالة على الأحكام منها ظنية؛ لأن الدلالة الظنية: تكون دلالة النصوص تحتمل لأكثر من حكم. ولذلك الكثير من النصوص دلالتها ظنية سواء كانت شرعية أم قانونية؛ لأنها تحتمل أكثر من حكم واحد أو تتسم بطابع المرونة والمطاطية أو تتأثر أحكامها بظروف القضية المعنية بالحكم لحسم الخصومة فيها^(٣).

١- الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، ج ٣، ط ١، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، كتاب النكاح، حديث رقم (٦٥/٣٥٢١)، ص ١٦٧.

٢- عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، أحكام البديل في الفقه الإسلامي، مج ١، ط ١، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص ٢٧.

٣- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ٢، جميع الحقوق محفوظة، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، بدون سنة طبع، ص ٤٤٥.

ويلاحظ بهذا الخصوص أن القانون المدني وبشكل عام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات المالية داخل المجتمع^(١)، إما قانون الأحوال الشخصية هو الذي ينظم العلاقات الأسرية، وتستهدف هذه القواعد وضع منهاجها العام من أجل تطبيق هذا القانون؛ لذلك تكون مشروعية الحكم البديل وفقاً للقوانين الوضعية مستمدة من خلال النصوص التي تتضمنها مسائل الأحوال الشخصية التي إشارة إلى الأحكام الأصلية التي تطبق في الظروف الطبيعية عند القدرة عليها، وأحكام بديلة تطبق بالظروف غير الطبيعية، يتم الانتقال إليها عند عدم القدرة على الأحكام الأصلية.

وتكون المشروعية بحسب ما نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية المقارنة التي وضعت قواعد عامة تعد مصدر مشروعية سواء للأحكام الأصلية أم للأحكام البديلة في مسائل الأحوال الشخصية، لهذا نص المشرع العراقي على أنه "١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها"، كما نص المشرع الاردني على أنه " تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها.."، كما نص المشرع الاماراتي على أنه "٢- تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها في لفظها أو فحواها.."^(٢)، تبين لنا من هذه النصوص بأنها وضعت الحلول للمسائل المعروضة

١- عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة والفقہ الإسلامي، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م، ص٥٥.
٢- ينظر: نص المادة (١/١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل. وينظر: نص المادة(٣٢٤) من قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ المعدل. وينظر: نص المادة(٢/٢) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

كما لنا في هذا البسط أن نبين ماذا يعني المشرع بهذه النصوص، وهو أن للقضاة كما يأخذون الأحكام من ألفاظ النصوص وعباراتها، فإن عليهم استنباط الاحكام عن طريق النظر في فحوى هذه النصوص ومفاهيمها، ولا يصح انتقالهم إلى مصدر آخر (غير النص) الا بعد التأكد من خلو النص لفظاً وفحوى من ايجاد حل للقضية المعروضة امامهم. ينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بلا طبعه، كلية القانون، جامعة السليمانية، إقليم كردستان العراق، ٢٠٠٤م، ص١٥.

الا أن ما يؤخذ على هذه النصوص، أنها حصرت استنباط الأحكام على اللفظ والفحوى مع أن هنالك قنوات أخرى لاستقاء الأحكام من ينابيعها غيرهما، لذلك يكون بإمكان القاضي استنباط الأحكام عن طريق هذه القنوات، لذا ما نقترحه من تعديل لنصوص هذه المواد وجعلها على النحو الآتي:(تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه بالمنطوق والمفهوم)؛ لأن المنطوق يكون: أما صريح(دلالة العبارة)، أو غير صريح(دلالة الإشارة)،أو(دلالة الاقتضاء)، أو(دلالة الإيماء). والمفهوم يكون: أما مفهوم الموافقة أو المخالفة. السبب في وضع هذا المقترح هو من أجل ان تكون النصوص أكثر شمولية واتساعاً، وذلك لكي تكون لها قابلية ايجاد حلول للمسائل المعروضة على القاضي. ينظر: مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج٢، المصدر السابق، ص٣٩٥-٣٩٧.

على القاضي لتطبيق الأحكام البديلة عند النص عليه؛ لأنه يوجب على القاضي أن يأخذ هذه الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية من مصدرها وهو التشريع؛ لأن الأحكام تم النص عليها على سبيل الحصر^(١)، كما أن التشريع المتعلق بجانب معين يكون شامل لجميع النصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية^(٢). كما بين كل من المشرع العراقي والاردني والاماراتي في نصوص قوانين الأحوال الشخصية مشروعية الحكم البديل في حالة عدم النص عليه في نصوص قوانين الأحوال الشخصية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية، وهذا وأضح عندما منح القاضي الإحالة إلى الفقه الإسلامي من أجل الأخذ بالرأي الفقهي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون^(٣)، وبناءً على ذلك يقتضي الأمر أن نبين مشروعية الحكم البديل في بعض المسائل من أجل تحديد هذه المشروعية، وكما يأتي:

١- لنا في هذا البسط أن بين بأن النص على الأحكام في نصوص القوانين يجعل منها تكون على سبيل الحصر، ومن ذلك لا يمكن التوسع باتباع غير النص وهذا ما هو التطبيق لتوجيه المشرع عند وضع معياراً يوجب الاتباع وفقاً لما هو بالنص التشريعي؛ لأنه عند النص على هذا الاتباع من قبل المشرع فإنه يعد بذلك وضع ضابطاً يضبط فيه كل مسائل الأحوال الشخصية، كما يعد ذلك تأكيد على عدم اتباع غير الحكم المنصوص عليه في المسائل التي نص عليها. ينظر: عبد المهدي محمد سعيد احمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الاردني- دراسة أصولية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٥م، ص ٦٤.

٢- أستاذنا د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، ط ١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م، ص ١٠.

٣- لنا في هذا البسط أن نبين هذه الملاءمة التي تعد مسألة خاضعة لاجتهاد القاضي، وذلك عند المتأمل في مجموع نصوص قانون الأحوال الشخصية الواردة بخصوص وقوع الطلاق وعدم وقوعه مثلاً نجد أن المشرع يتجه فيها نحو الإبقاء على الحياة الزوجية ما أمكن بعدم ايقاع الطلاق، وهذا إذا عرضت على القاضي ولم يجد لها حكماً في نصوص القانون، ووجد في القضية ذاتها آراء فقهية مختلفة بين قائل بالوقوع و قائل بعدم الوقوع، فإن الرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون هنا هو الرأي القائل بعدم الوقوع.

ومادام المشرع يطلب من القاضي الأخذ بالرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون فإن ذلك يعني عدم جواز تقيد القاضي بمذهب فقهي معين، ولعل المشرع اكتفى بهذه الإشارة عن التصريح بعدم جواز التقيد بمذهب معين كما فعل في القانون المدني، وهذا يعني أنه أخذاً بالإحالة غير المقيدة على الفقه الإسلامي وكما سنبينه لاحقاً. ينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ١٦.

وكذلك يرى الباحث هنا بأنه عند عدم النص على الحكم البديل من قبل المشرع في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، هو ترك الأمر للقاضي في مواجهة المستجدات من خلال الرجوع إلى المصادر الاحتياطية، ولهذا فإن النص على الحكم الأصلي ولم ينص على الحكم البديل، جاء من باب الذكر للحكم الأصلي على سبيل المثال وليس الحصر؛ لأنه منح القاضي الانتقال إلى الفقه الإسلامي كمصدر احتياطي وفقاً أيضاً لتوجيه نص عليه فقط لا غير.

١- اساسه في مسألة الخطبة

يلاحظ في حالة النص على الحكم البديل، نجد قوانين الأحوال الشخصية نصت عليه من خلال أحكام العدول عن الخطبة التي يوجب فيها استرداد ما سلم عيناً وهذا الحكم الأصلي، وأن استهلك فبدلاً وهذا الحكم البديل.

لذلك نجد نص المشرع العراقي على (٢- إذا سلم الخاطب الى مخطوبته قبل العقد مالم محسوباً على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلاً)، كما نص قانون الأحوال الشخصية الاردني على (ب-إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة.. فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقد أو عين إن كان قائماً أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله)، كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على (٢-إذا عدل أحد الطرفين.. يسترد المهر الذي أداه عيناً أو قيمته يوم إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء)^(١).

إما مشروعيته في حالة عدم النص عليه في مسألة الخطبة، نجد حالة خطبة المعتدة من وفاة بالتصريح تكون أم بالتعريض، وعند الرجوع إلى قانون الاحوال الشخصية نجد ان كل من المشرع العراقي والاردني لم يتطرق الى هذا الحكم البديل في التعريض بخطبة المعتدة من وفاة، فلم ينص على ان خطبة المعتدة من وفاة لا تكون بالتصريح ككل امرأة لم تكن مشغولة بواجب شرعي، هذا الامر يتطلب حل قانوني معين، وهذا الحل يكمن من خلال الرجوع إلى اراء الفقه الإسلامي تطبيقاً لمبدأ الإحالة الوارد في القانون، من اجل استخراج الحكم الأكثر ملاءمة لنصوص القانون.

كذلك نجد نص المشرع العراقي على أنه (٢-إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)، كما نص قانون الأحوال الشخصية الاردني على (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون)، وكذلك نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على (التي تنص على أنه " ٣-وإذا لم يوجد نص في

١- ينظر : نص المادة(٢/١٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. وينظر: نص المادة(٢/١٨) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي. وينظر: نص المادة(٤/ب) من قانون الأحوال الشخصية الاردني. وينظر: مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلام المقارن(دراسة مقارنة بالقانون)، ط١، طبعة على نفقة السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق، ٥١٤٣٥ - ٢٠١٤م، ص٣٦-٣٧.

هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب احمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة^(١).

٢- اساسه في مسألة الطلاق

نجد مشروعيته في حالة إيقاع الطلاق بالتعبير اللفظي وهو الأصل، أما إيقاعه بالتعبير بالكتابة أو الإشارة كبديل يقوم مقام التعبير اللفظي، لذلك نجد أن المشرع في قانون الأحوال الشخصية الاردني نص على أنه(يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة)، كما نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على أنه(٢-يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة)^(٢)، الا أنه نجد أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى إيقاع الطلاق بهذه الأحكام البديلة، لذلك احال القاضي إلى الفقه الإسلامي من خلال عمل مبدأ الإحالة لأخذ الراي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، لذا نجد نص المشرع العراقي على(٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)^(٣).

- ١- ينظر: نص المادة(٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي. وينظر: نص المادة(٣٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الاردني. وينظر: نص المادة(٣/٢) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي.
- ٢- ينظر: نص المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية الاردني.. وينظر: نص المادة(٢/٩٩) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي.
- ٣- ينظر: نص المادة(٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

كما لنا من خلال هذا البسط نبين هنا أن موقف الفقهاء المسلمين اتجاه ذلك وبشكل موجز؛ لأنه سوف يتم بيان ذلك لاحقاً من خلال موضع التطبيقات والتي سوف يتم ذكرها بشكل أكثر تفصيلاً. لذا بدورنا نقول أن الفقهاء المسلمين اختلفوا بإيقاع الطلاق بالكتابة على قولين:

فالذي قال بالأول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية، حيث ذهبوا إلى إيقاع الطلاق بالكتابة المستبينة المرسومة سواء كان الزوج حاضراً أم غائباً مع خلاف بينهما بشأن اشتراط النية عند الكتابة للرسالة أو عدم اشتراطها، وفيما كانت الكتابة بألفاظ صريحة أم بألفاظ كناية. ينظر: عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٢٦٠-٢٦١.

والذي قال بالثاني الامامية حيث ذهبوا إلى عدم إيقاع الطلاق بالكتابة ما دام الزوج حاضراً قادراً على التعبير اللفظي، فلا تصح الا للعاجز عن النطق، أما الغائب فمنهم من يعتد بالكتابة للحاجة إلى ذلك بشرط حضور شاهدين عند كتابة الرسالة وأن ينوي الطلاق والا لا يقع به. ينظر: جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلبي(قدس سره)، تذكرة الفقهاء، ج٢، ص ٥٨٢.

إما مشروعيته حالة عدم النص عليه، نجد أن قوانين الأحوال الشخصية لم تنص على إيقاع الطلاق بوسائل الاتصال الحديث (الطلاق الإلكتروني) كحكم بديل، وعند الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أنه لم يتطرق إلى هذا الطلاق من خلال هذه الوسائل الحديثة، إلا أن المشرع العراقي ألزم الزوج إذا أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية المختصة واستحصال حكم بذلك، أما إذا طلق خارج المحكمة وتعذر مراجعة المحكمة المختصة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة، وذلك عند إيقاع الطلاق بصورته العادية^(١).

٣- أساسه في مسألة العدة

نجد مشروعية الحكم البديل في العدة تكون بالإقراء وهذا الأصل، وتنتقل المعتدة إلى البديل من ذلك وهو العدة بالأشهر. لذلك نجد نص المشرع العراقي على (١- عدة الطلاق والفسخ للمدخل بها ثلاثة قروء. ٢- إذا بلغت المرأة ولم تحض اصلاً فعدة الطلاق أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر

= كذلك ذهب الظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة سواء كان الزوج حاضراً أم غائباً؛ لأن اسم الطلاق ورد في القرآن الكريم عن اللفظ لا على الكتابة. ينظر: فخر الأندلس أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج ١٠، طبعه مصححه، دار الفكر، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص ١٩٦-١٩٧.

ومن خلال ما تم طرحه في هذا البسط أيضاً أن نبين الطلاق بالإشارة حيث أنها تقوم مقام التعبير باللفظ والتعبير الكتابي، لذلك أن عدم إيقاع الطلاق بالإشارة إذا كان الزوج المطلق قادراً على النطق لا يقع طلاقه بالإشارة لأنها لا تكون بديلاً عن العبارة إلا عند العجز عنها، ينظر: أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون- الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة منقحة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م، ص ٢١٤. وينظر: أحمد عبد الوهاب غندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ج ٢، ط ١، مكتبة الفلاح، الإحساء، الكويت، ١٩٨١م، ص ٤١٠.

لذلك يلاحظ أيضاً أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في شأن إيقاع الطلاق بالإشارة على قولين: فالذي قال بالأول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، حيث ذهبوا إلى أنه إذا كان الأخرس يحسن الكتابة فالقول الراجح أن طلاقه يقع بها لا بالإشارة؛ لأن الكتابة أدل على المقصود من الإشارة. عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٤، المصدر السابق، ص ٢٦١.

والذي قال بالثاني من الإمامية، ذهبوا إلى عدم وقوع الطلاق بالإشارة إلا مع العجز عن النطق كأخرس؛ لأن التعبير اللفظي هو المعهود من الشارع لا الفعل ولا الإشارة مع القدرة على النطق، أما مع العجز فلا بأس بكفاية الإشارة المفهومة الدالة على الطلاق. ينظر: السيد يوسف المدني التبريزي، منهاج الأحكام في النكاح والطلاق، ط ٦، دانش، بدون مكان طبع، ١٤٢٩هـ، ص ٥٠٤-٥٠٥.

١- ينظر: نص المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل.

كاملة.)، كما نص قانون الأحوال الشخصية الاردني على (أ-ثلاث حيضات كوامل لذوات الحيض. ب- ثلاثة أشهر لمن لم تر الحيض أصلاً أو بلغت سن اليأس فإذا جاء أيا منهما الحيض قبل انقضائها استأنفتا العدة بثلاث حيضات كوامل)، كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على(٢-عدة المطلقة غير الحامل: أ-ثلاثة أطهار لذوات الحيض وتصديق بانقضائها في المدة الممكنة. ب-ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها فإن رأت الحيض قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار)^(١)، لأن الزوجة المطلقة إذا كانت ممن لا تحض أو كانت آيسة من الحيض تبدأ عدتها بالأشهر ثم حاضت أثناء العدة تبدأ عدتها بالإقراء ولا تحسب المدة الماضية؛ لأن الأصل هو الاعتداد بالقروء والعدة بالأشهر التي تعد خلف عنها^(٢).

بناءً على ما تقدم يتبين أن مشروعية الحكم البديل، كحكم من أحكام قوانين الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية، لأن قواعد الأحوال الشخصية ماهي إلا مجموعة من الأحكام الشرعية المتعلقة بالأحوال الشخصية، وعلى هذا لا بد من التأكيد على أن مخالفة مثل هكذا قوانين لا توجب جزاء دنيوياً فقط، وإنما ترتب على من يخالفها جزاءً دنيوياً واخروياً، كما أن تحول الأحكام الشرعية في قواعد قانونية لا يفقدها صفة الجزاء الأخروي، لأن هذه الأحكام بالمعنى الفقهي هي ما ثبت بخطاب الله سبحانه وتعالى منها ما هو غير اجتهادي ومنها ما هو اجتهادي. كما يلاحظ أن مشروعية الحكم البديل المستمدة من نصوص مسائل الأحوال الشخصية، ذلك من أجل تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

شروط الحكم البديل

بعد أن قدمنا تعريف الحكم البديل، لابد أن تكون له شروط يكون كل منها علامة يهتدى بها إليه، لذلك فإن الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية لا يتقرر بدون شروط يستند إليها، ومن خلال استقراء نصوص تشريعات قوانين الأحوال الشخصية التي تقرر الحكم البديل في مسائلها التي أشارت إليها، يتبين لنا وجود عدة شروط يجب ان تتوافر لكي يستطيع القاضي تطبيقها على الواقعة

١- ينظر: نص المادة (٤٨/ف٢١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. وينظر: نص المادة (١٤٧/أب) من قانون الأحوال الشخصية الاردني. وينظر: نص المادة (٢/١٣٩-أوب) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي.

٢- أبي الليث نصر بن محمد بن أحمد بن ابراهيم السمرقندي، خزنة الفقه، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص١٢٨.

المعروضة امامه لتعطل الحكم الأصلي، كما لا بد من بيان مسألة مهمة وهي أن هذه الشروط ليس على سبيل الحصر، وإنما تم التوصل لها من البحث في الموضوع، وهذه الشروط هي:

أولاً : أن يكون الحكم البديل مسبقاً بحكم أصلي

إن الحكم البديل لا يجوز اعطائه هذا الوصف، ألا اذا كان مسبقاً بحكم أصلي تم تشريعه ابتداءً، ومن أجل تطبيقه من قبل القاضي يجب أن يكون غير معطلٍ وغير ملغٍ للحكم الأصلي ، بسبب اللجوء اليه، كما لا يمكن ان يكون التخيير وسيلة للأخذ بهذا الحكم المسبوق بالحكم الأصلي والا أنتفى الغرض منه؛ لأنه يجب تعيين الحكم البديل عن الحكم الأصلي في حالة عدم استطاعة المكلف على الحكم الأصلي كما لو كان لا يستطيع النطق بالصيغة اللفظية بانعقاد عقد الزواج.

لذلك نجد نص المشرع العراقي على أنه(ينعقد الزواج بإيجاب – يفيد لغة او عرفاً – من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه)^(١)، كما نص قانون الأحوال الشخصية الاردني على أنه(يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة(كالنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابه أو بإشارته المعلومة)^(٢)، كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على أنه (يشترط في الايجاب والقبول : ١- أن يكونا بلفظ التزويج أو الا نكاح. وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة)^(٣).

بناءً على تلك النصوص يتبين لنا ان الحكم البديل في هذه المسألة وهي انعقاد الزواج بالإيجاب والقبول وبالصيغة اللفظية وهي الحكم الأصلي ، وفي حال العجز أي عدم قدرة المكلف يمكن له الانتقال الى الحكم البديل وهو الكتابة أو الإشارة المفهومة، وهذا يدل على ان الحكم البديل مسبقاً بحكم أصلي تم تشريعه قبل البديل.

ثانياً : اتحاد الحكم البديل مع الحكم الأصلي في نفس الواقعة

لكي يكون الحكم بديلاً عن حكم آخر، يجب أن يكون في نفس واقعة الحكم الأصلي الذي جاء بديلاً عنه، كما في حالة استرداد ما تم تسليمه أثناء الخطوبة عيناً وإن أستهلك فبديلاً عنه؛ لأنهما

١- ينظر: (المادة ٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل.

٢- (المادة ٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.

٣- (المادة ٤١) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

متحدين بنفس الواقعة، وهي الاسترداد ما سلم من الخاطب الى مخطوبته أثناء الخطوبة وقبل العقد من مال ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات.

نستنتج مما تقدم أن الحكم البديل يجب أن يتحد مع الحكم الأصلي بنفس الواقعة وهي استرداد ما تم تسليمه أثناء فترة الخطوبة عيناً أن كان عينياً ومثلياً أن كان مثلياً، وهذا الحكم الأصلي وبديلاً عنه إذا أستهلك.

ثالثاً : أن يكون الحكم البديل له قوة الحكم الأصلي

يتحقق هذا الشرط عندما يكون الحكم البديل له قوة شمول لجميع الاطراف الذي يشملهم الحكم الأصلي، وليس خاصاً بجماعة دون جماعة أخرى؛ لأنه في هذه الحالة يجب ان يكون مطابقاً لقوة الحكم الأصلي، لكي لا يكون قاصراً عنها بان يطبق على جماعة دون أخرى. كما يجب أن يكون الحكم البديل متصفاً بالاستمرارية وليس مؤقتاً بمدة معينة؛ لأنه يتم اللجوء اليه بسبب حاجة المكلف.

لذلك نجد المشرع العراقي نص على أنه (إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقه... ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة) ^(١)، كما نص المشرع الاردني على أنه (إذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها... أن تنفق من مالها أو أن تستدين على حساب الزوج) ^(٢)، كذلك نص المشرع الاماراتي على أنه (تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه ديناً على الزوج بلا توقف على القضاء أو التراضي، ولا تسقط بالأداء أو الإبراء....) ^(٣).

يتضح أن الحكم البديل له القوة نفسها التي تكون للحكم الأصلي، إذا كان البديل يحقق نفس الغاية التي يحققها الأصلي، وهي حصول الزوجة على نفقتها سواء كانت من خلال الزوج أو بالاستدانة على حسابه؛ لأن سبب ذلك هو تعطل الحكم الأصلي لعدم قدرة الزوج على الانفاق على زوجته، مما أدى بالزوجة الى الاستدانة على حسابه، وهذا هو الحكم البديل الحصول على النفقة من غير الزوج الذي يعد هو الحكم الأصلي، لأنه هو المسؤول عن نفقتها.

١- (المادة ٢٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل.

٢- (المادة ٦٦) من قانون الأحوال الشخصية الاردني المعدل.

٣- (المادة ٦٧) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

ومن الجدير بالإشارة أن الحكم البديل إذا كان مساوياً للحكم الأصلي بالقوة من حيث الشمول لجميع الأشخاص المعنيين، وليس خاصاً بجماعة دون أخرى، فإن هذا لا يعني أنه رخصة، لأن الرخصة تكون قاصرة على البعض دون البعض الآخر بما يعني جزئية وليست شاملة^(١).

رابعاً : أن يكون الحكم الأصلي قابلاً لإيجاد بديل له

الحكم البديل ليكون كذلك يجب أن يكون الحكم الأصلي من الأحكام التي تقبل البديل؛ لأنه في حالة عدم إمكانية إيجاد بديل للحكم الأصلي فلا يكون الحكم بديلاً، ولا يعد الحكم الأصلي سابقاً له، وكذلك يعد الحكم البديل ملغي للحكم الأصلي عند الاتيان به، وهذا لا يجوز لأن لكل حكم أصلي حكم بديل عنه، وبذلك يمكن القول أن الحكم الأصلي له حكم بديل؛ لأنه يمكن ان يكون استثناء في بعض الاحيان.

لذلك نجد المشرع الاردني نص على أنه (إذا ظاهر الزوج من زوجته ولم يكفر عن يمين الظهار وطلبت الزوجة التفريق لعدم تكفيره عن يمينه أنذره القاضي بالتكفير عنه خلال أربعة أشهر من تاريخ تبلغه الإنذار فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق عليه)^(٢)، كما نص المشرع الاماراتي على أنه(ينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار خلال أربعة أشهر من تاريخ اليمين، فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق طلاقاً بائنة)^(٣)، أما بخصوص موقف المشرع العراقي فإنه لم ينص على ذلك، وهذا يعد نقص تشريعي وكان على المشرع العراقي تلافى هذا النقص ويذهب الى ما ذهب اليه المشرع الاردني والاماراتي.

يلاحظ من خلال ما تقدم أن الظهار: هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه^(٤)، لذا يكون البديل في هذا الشأن هو عن التفريق بين الزوجين هو تكفير الزوج عن يمين الظهار من اجل منع التفريق، وأن عدم النص من قبل المشرع الاردني والاماراتي على الاحكام البديلة المتعلقة

١- أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، مج ١، بلا طبعه، دار ابن عفان، الجيزة، مصر، ٢٠٠٨م، ص ٥١٩-٥٢٠.

٢- (المادة ١٢٤) من قانون الأحوال الشخصية الاردني المعدل.

٣- (المادة ١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

٤- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج ١، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، بلا سنة طبع، ص ١٨١.

بكفارة الظهار فإن ذلك لا يعد نقص تشريعي من قبلهما، وإنما أحال كل منهما القاضي الى الفقه الاسلامي، وهذا ما سوف نبينه لاحقاً عند التطرق لتطبيقات الحكم البديل.

خامساً : أن يكون الحكم الأصلي معللاً للحكم البديل

ينبغي أن يكون الحكم الأصلي معللاً حتى يمكن أن يتم الاجتهاد بالحكم البديل، لذا يلاحظ بهذا الخصوص حالة أن يكون الايجاب والقبول في مجلس العقد بين الحاضرين، أما في حالة التعاقد بين غائبين لا يكون بالصورة المباشرة، الا أنه يمكن أن يكون ذلك من خلال وسائل الاتصال الحديثة كحكم بديل عن التعاقد المباشر، وهذا هو أساساً من اجتهاد الفقهاء.

هذا، ولم يتطرق أي من المشرع العراقي والاردني والاماراتي لهذه المسائل، وأرى تضمينها في التشريعات على أن يتم من خلال هذه الوسائل الحديثة التعاقد ومن ثم تعد حكم بديل عن التعاقد المباشر على أن يكون ذلك وفقاً لموقف الفقه الاسلامي المعاصر.

سادساً : أن تكون عدم القدرة لا لذات الحكم الأصلي

عدم قدرة احد الزوجين على الحكم الأصلي أن يكون لسبب عارض أو طارئ؛ لأنه لا يمكن أن يكون عدم قدرة احد الزوجين على الحكم الأصلي لذات الحكم، ومثال على ذلك كما في حالة من يريد الزواج بالخامسة، لا يجوز ذلك؛ لحرمة هذا الزواج، إلا أن هذه الحرمة هي عرضية، وهي استيفاء للعدد المشروع، وهذا ما أشار إليه قوله سبحانه وتعالى : { فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع} ^(١)، يتضح من الآية الكريمة أن استيفاء هذا العدد من قبل الزوج يكون مانع من الزواج بالخامسة، وعند زوال هذا المانع بوفاة أو طلاق، حيث تنص القاعدة الفقهية على أنه [إذا زال المانع عاد الممنوع]، يعني إذا كان شيء جائزاً ومشروعاً ثم امتنع حكم مشروعيته بمانع عارض فإذا زال ذلك المانع يعود حكم مشروعيته ^(٢)، لأن زواج الخامسة محرم حرمة

١- سورة النساء : الآية (٣).

٢- علي حيدر أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مج ١، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، المادة(٢٤)، ص٣٩.

طارئة(مؤقته)، فليس له إلا الزواج بملك اليمين وهو التزوج بالجارية؛ لأنه لا يجوز أن يتزوج من الجارية إلا في حالة عدم قدرته على التزوج من الحرة^(١).

يبدو من خلال ذلك أن الحكم البديل لا يرد على ما تتضمنه كل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية من أحكام، وإنما يكون بين مسألة ومسألة أخرى تكون بديلاً عن مسألة أخرى، وأن كانت هذه المسألة البديلة غير منصوص عليها، ولكن أصبحت بديلاً لسبب عارض، وكذلك في مسألة شهادة الفرع التي تكون بديلاً عن شهادة الأصل لسبب عارض أو طارئ.

سابعاً : مراعاة الترتيب عند تعدده

المقصود من هذا الشرط أنه يجب على القاضي عند عمله للحكم البديل أن ينقل الطرف المعني في حالة تعدد الحكم البديل حسب الترتيب المنصوص عليه وفق التشريع؛ لأن هذا الترتيب هو قصد المشرع، ولذا لا يجوز الانتقال من الحكم الأصلي الى الحكم البديل إلا بعد تحقق عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي كما لا يجوز العدول الى الحكم البديل الثاني إلا بعد عدم قدرة المكلف على الحكم البديل الاول.

لذلك نجد المشرع في قانون الأحوال الشخصية العراقي نص على أنه (٢) - ... فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلاً...^(٢)، نلاحظ أن المشرع العراقي وان كان قد أشار إلى البديل بشكل عام، إلا أنه منح تعدد البديل في حالة إذا كان الذي سلم عينا أن يرد بديله عينا وإذا لا يتمكن المكلف فيرد قيمته، وكذلك في حالة إذا كان مثلياً فإنه يرد مثله أو قيمته، ومنعاً للتكرار كذلك ذهب المشرع الاردني والاماراتي الى ذات الاتجاه.

نتوصل مما تقدم أن القاضي عندما يعمل الحكم البديل على المكلف أن يراعي الترتيب من حيث التقديم والتأخير وليس له وللمكلف التخيير بين الأحكام؛ لأنه لا يمكن العمل بالحكم البديل إلا في حالة عدم قدرة الطرف المعني على الحكم الأصلي، فإنه ينتقل إلى الحكم البديل الأول وعند عدم قدرته ينتقل إلى الحكم البديل الثاني، مما يعني يجب مراعاة الترتيب، ومن ثم الوصل إلى الهدف الا سما وهو تحقيق العدالة ومنعاً لأنكارها.

١- أبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ج٢، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص١٠٧.

٢- (المادة ٢/١٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

المطلب الرابع

ضوابط الحكم البديل

وبعد ثبوت الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية عندما توافرت شروطه وفق ما بيناه سلفاً، يلجأ القاضي الى وجوب إعمال الحكم البديل الذي نص المشرع عليه أو البحث عن الحل البديل المناسب وفق الطريق الذي يرسمه المشرع، إلا أنه تبين لنا بعد استقراء النصوص الفقهية المتعلقة بالأحكام البديلة أن هناك ضوابط يتعين على القاضي اتباعها عند العمل بالحكم البديل وهذه الضوابط على قسمين قسمياً يتعلق بالمكلف وقسماً آخر يتعلق بالحكم البديل ذاته، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنكرس الفرع الأول الى الضوابط الشخصية، وسنبين بالفرع الثاني الضوابط الموضوعية.

الفرع الأول

الضوابط الشخصية

يكون لكل حكم من الأحكام ضوابط يتم العمل بموجبها، ولا يمكن التعدي عليها من أجل بيان ما لهذا الحكم من مفهوم يتحدد بموجبه ولا تتعلق بالحكم ذاته، وإنما تكون من حيث تعلقها بالمكلف مما يؤدي ذلك الى خلق ضابط يجعل من الحكم واجب العمل به، لذا سوف نبين هذه الضوابط بالفقرات الآتية :

أولاً : عدم القدرة على الحكم الأصلي

لا يتمكن القاضي العمل بالحكم البديل الا إذا كان الطرف المعني ليس له القدرة على الحكم الأصلي؛ لأنه حال قدرته على الحكم الأصلي يكون واجب العمل وعلى الطرف القيام به وهذا أول الحال، وأن كان لا يقدر عليه ينتقل الى الحكم البديل، وهو في مقدوره في ثاني الحال، وعدم القدرة ليست لذات الحكم الأصلي وإنما لسبب عارض.

حقيقة؛ فمثلاً عدم القدرة على الحكم الأصلي حسيماً؛ كعدم القدرة على عقد الزواج بالنطق باللسان، إذ نجد أن المشرع في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نص على أنه (يشترط في الايجاب والقبول : "...وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة)^(١)،

١- (المادة ٤١) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

تطبيقاً للحكم البديل يجب على القاضي وفق النص المبين سلفاً أن ينتقل الى الحكم البديل عند عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي وهو النطق بلفظ التزويج أو النكاح.

أما **بدنياً**؛ كعدم قدرة الزوج الانفاق على الزوجة، إذ نجد أن المشرع في قانون الأحوال الشخصية الاردني نص على أنه(إذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته ... على أن تكون ديناً في ذمته، ويأذن للزوجة أن تنفق من مالها أو تستدين على حساب الزوج)^(١)، تطبيقاً للحكم البديل يجب على القاضي أن يحكم بها من يوم طلب الزوجة النفقة، وإذا عجز الزوج عن دفع نفقتها تنفق من مالها أو تستدين وهذا هو بديل نفقة الزوج.

أو **حكماً**؛ كعدم قدرة المكلف من الشرع، مثلاً عدم قدرة الأم على الرضاع كفقدانها شرطاً من شروط الحضانة كمرضها، لأن الشرع قد راعى في أحكامه أحوال المكلف ومدى استطاعته أو قدرته على القيام بالتصرفات الشرعية، كما أن الشرع ينظر في ما آل اليه حال المكلف، إذ نجد المشرع في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نص على " يشترط في الحاضن : ... ٥- السلامة من الامراض المعدية الخطيرة "^(٢)، نلاحظ أن المشرع الاماراتي نص بشكل صريح يجب ان يكون الحاضن خالي من الامراض؛ لأنه منع المشرع على الحاضن حضانة الصغير بسبب مرضه.

وفي المقابل نجد المشرع في قانون الأحوال الشخصية العراقي نص على " ٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة... تنتقل الحضانة الى الاب "^(٣)، نلاحظ ان المشرع العراقي جعل الحكم البديل وهو حضانة الاب محل الحكم الأصلي وهو حضانة الام؛ لأن مرض الام يمنعها من الاستمرار بالحضانة، وذلك لتضرر المحضون، لذا تنتقل الحضانة إلى الأب حسب النص المذكور، هذا على الرغم من عدم النص بشكل صريح عن أصابتها بالمرض، لأن المشرع لم يذكر من بين الشروط السلامة من الأمراض المعدية^(٤)، لذا يجب ان ينص المشرع العراقي على ذلك ويذهب إلى ما ذهب إليه المشرع الاماراتي.

١- (المادة ٦٦) من قانون الأحوال الشخصية الاردني المعدل.

٢- (المادة ٤٣ /٥) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي.

٣- (المادة ٧/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل.

٤- (المادة ٢/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

ثانياً : الالتزام بالحكم البديل

للمعمل بالحكم البديل من قبل القاضي لا بد من قدرة الطرف المعني على القيام بالحكم البديل؛ لأن من شروط الحكم البديل الاستمرارية والبقاء والشمول، لأن الحكم البديل الذي نحن بصدد دراسته ليس له وقت معين وهو مقصود بذاته، ففي هذه الحالة يثبت بذمة المكلف؛ كما في حالة استهلاك الهدية المقدمة أثناء فترة الخطوبة فإن على المكلف رد مثلها أن كانت مثلية فإن لم يستطيع رد مثلها فقيمتها. وكذلك الحال عند إبرام عقد الزواج يكون بالعبرة وهو الحكم الأصلي فإن لم يستطيع على العبرة، فإنه ينتقل الى الكتابة، فإن لم يستطيع بالإشارة المفهومة كحكم بديل آخر يمكن الانتقال اليه.

ثالثاً : استمرارية المانع على عدم القدرة

مما يعني أن احد الأطراف عندما يكون غير قادر على القيام بالحكم الأصلي سواء لسبب من جهته أو لسبب خارج عنه، فإنه ينتقل الى الحكم البديل في ثاني الحال ويستمر على العمل بهذا الحكم الاخير بعد إتمامه؛ لأنه لا يلزمه القيام بالحكم الأصلي وأن كان له القدرة على الحكم الأصلي هذا باتفاق الفقهاء، ويلاحظ أيضاً بأن استمرار المانع من العمل بالحكم الأصلي هو لسبب عارض أو ظرف طارئ (الحاجة)، مما يعني ان عدم القدرة على الحكم الأصلي ليس المنع لذات الحكم هذا الاخير، كما نلاحظ أن المانع يستمر حتى في حالة الشروع للقيام بالحكم البديل، لأن هذا الحكم الاخير مقصود لذاته وليس لغيره ومن ثم لا يبطل بالقدرة على المبدل منه وهو الحكم الأصلي بعد الشروع في الحكم البديل وهو البديل، ومثال على ذلك إذا أتلفت المخطوبة مثلياً، ولم تجد مثله، ومن ثم أعطت قيمته الى الخاطب، ثم وجد مثيله، فهل للخاطب رد القيمة وطلب المثل؟ للإجابة نقول يستمر المانع بسبب انفصال الامر بالبديل^(١).

بناءً على ما تقدم بيانه من ضوابط شخصية بأن الحكم البديل يتم العمل به وفقاً لضابط يتعلق بالمكلف وليس بالحكم البديل، لذا يلاحظ أن هذا الضابط الذي يتعلق بالمكلف أن كان القاضي أو المكلف المباشر به (كالزوج أو الزوجة) على مستوى مسائل الأحوال الشخصية، وكذلك يمكن أن يتعلق بغير المكلفين بمسائل الأحوال الشخصية، وانما يمكن أن يكون متعلق بالمكلفين وفقاً لمسائل العقوبات أو العبادات أو غيرها من المسائل التي يكون الحكم البديل حل ناجعاً لها.

١- ابي عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله المعروف بالزركشي، المنثور في القواعد، ج ١، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ص ١١٧.

الفرع الثاني

الضوابط الموضوعية

لابد أن تكون هناك ضوابط موضوعية للحكم البديل تضاهي ضوابطه الشخصية، لذا فإن هذه الضوابط تتعلق بالحكم ذاته لكي يكون حكماً بديلاً متبايناً، وكذلك تجعل منه هذه الضوابط الموضوعية سياق العمل بمثل هذه الأحكام البديلة لها استقلالية تميزها عن الأحكام الأخرى الأصلية، وأن كانت تؤدي نفس الدور الوظيفي والعلاجي؛ لذا سوف نبين هذه الضوابط بالفقرتين الآتيتين هما:

أولاً : أن ينوب الحكم البديل عن الحكم الأصلي

يعد ضابط النيابة هو أن ينوب الحكم البديل عن الحكم الأصلي؛ لأنه إذا لم يكن الحكم البديل نائباً عن الحكم الأصلي، ومعني عنه، ويقوم مقامه، فإنه يكون بديل بمقابل وهذا يخرج عن موضوع بحثنا، كما أنه لا يأخذ صفات الحكم الأصلي من حيث البقاء والشمول، ونلاحظ أنه إذا ثبت قدرة الطرف المعني على الحكم الأصلي سقط الحكم النيابي(البديل). وكما في المثال الذي سوف يمر ذكره في نهاية هذا الضابط.

لذا فإن بديل المقابلة كما في المهر هو بدل عن الاستمتاع بالمرأة، لذا لا يجوز أن يكون العقد خالياً منه، وهو بديل مقابلة؛ لأنه مقابلة مال بمال كما في المعاوضات المحضة، كالثمن مقابل المبيع في عقد البيع^(١)، أو مقابلة مال بشيء كالخلع، والمهر، أن ذكرنا لذلك هنا هو من أجل التفريق بينهما وبين الحكم البديل الذي يعد بديلاً خلفاً، كما يجب أن يأخذ الحكم البديل صفات الحكم الأصلي من حيث البقاء والشمول، ويعني عنه وهو يقوم مقامه، كما في الاعتداد بالأشهر الذي يعد بديلاً عن الاعتداد بالأقراء، إذ نجد المشرع في قانون الأحوال الشخصية الاردني نص على " عدة غير الحامل لأي سبب غير الوفاة : أ- ثلاث حيضات كوامل لذوات الحيض. ب- ثلاثة أشهر لمن لم ترَ الحيض أصلاً أو بلغت سن اليأس ..."^(٢)، نلاحظ أن المشرع الاردني أخذ برأي الحنفية الذي يعد القرء هو الحيض، مما يدل ذلك على أن عدة غير الحامل هي ثلاثة قرء، وهذا هو الأصل، أما إذا لم تحض أو آيسة تجاوزت سن الحيض، فإن عدتها بالأشهر وهو البديل عن الأصل وهو القرء.

١- أبو بكر بن مسعود علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج١١، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص٥٢.

٢- (المادة ١٤٧) من قانون الأحوال الشخصية الاردني.

وفي المقابل نجد المشرع في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نص على أنه (٢-٢) عدة المطلقة غير الحامل : أ- ثلاثة أطهار لذوات الحيض وتصدق بانقضائها في المدة الممكنة. ب- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها...^(١)، وكما نجد المشرع في قانون الأحوال الشخصية العراقي نص على أنه(- عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء. ٢- إذا بلغت المرأة ولم تحض أصلاً فعدة الطلاق أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر كاملة)^(٢)، نلاحظ من هذه النصوص أن الأصل هو حكم الاعتداد بالإقراء، لكن في حال عدم الحيض لصغر السن أو كبر السن عندها يكون الاعتداد بالأشهر بديلاً عنها^(٣). لذا توصلنا لنتيجة في هذا الشأن مفادها هو أن ضابط النيابة هو أن يقوم الحكم البديل كنائب مقام الحكم الأصلي عند عدم القدرة من قبل الطرف المعني على هذا الاخير، كما يلاحظ أن البديل بالمقابلة يخرج من موضوع بحثنا؛ لأنه يعد مقابلة مال بمال وهو معاوضات محضه وحسب ما تم ذكره من شواهد سابقاً.

ثانياً : عدم الجمع بين الحكم البديل والحكم الأصلي

إن عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي حقيقة أو حكماً^(٤)، هذا الذي يجعل القاضي العمل على الانتقال الى الحكم البديل، لأن هذا الحكم الاخير هو من مقدور المكلف، وأنه يجب للانتقال الى هذا الحكم الاخير مشروطاً بعدم القدرة على الحكم الأصلي بأكمله وليس على البعض منه؛ لأنه في هذه الحالة يجمع المكلف بين الحكم البديل والاصلي^(٥)، وكذلك أن القيام ببعض الحكم الأصلي مع

١- (المادة ٢/١٣٩) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي.

٢- (المادة ٤٨ / ١-٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

٣- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج٧، ص٤١٥.

٤- نبين هنا أن انتقال المكلف الى الحكم البديل هي في مقدور المكلف في ثاني الحال يكون بجانبين هما:

حقيقة : وهو عدم القدرة على الاحكام الاصلية حسيماً، كما في حالة عدم ايقاع الطلاق باللفظ بل قد يتم بالكتابة أو بالإشارة. كما يمكن ان تكون قدرة المكلف في ثاني الحال حقيقةً بدنياً، كما في حالة عدم القدرة على الانفاق على الابناء؛ لأن وجوب النفقة على الاب هو (الجزئية) أي كون الابناء جزءاً من الاب وليس على اساس (الارث).

أو حكماً : وهو عدم القدرة على ذلك من جهة الشرع، كعدم قدرة الاب الانفاق على ابنائه؛ لأنه عاجز بسبب فقر او مرض. ينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص١٦٥. ص٢٨٣-٢٨٤.

٥- نقصد هنا أن عدم الجمع هو تطبيق الحكم البديل والحكم الاصيلي في وقت واحد؛ لأن ذلك يؤدي إلى انتفاء دور الحكم البديل عند عدم القدرة على الحكم الأصلي، وهذه هي الغاية من عدم الجمع بينهما عند التطبيق، وكذلك من اجل منع التناقض عند ذكر حالة الجمع بينهما داخل نص واحد؛ لأنه يؤدي إلى جعل الحكم البديل رخصة وهذا لا يجوز.

الحكم البديل يؤدي الى عدم تحقق المصلحة الشرعية، وكذلك يعتبر أخلافاً بمبدأ التساوي بالقوة الذي يعد من شروط العمل بالحكم البديل وحسب ما ذكر آنفاً.

يبدو أن الضوابط الموضوعية يكون تعلقها بالحكم ذاته، لذا يلاحظ أن ضوابط موضوع الحكم البديل تكون سبباً يجعل من هذا الحكم حكماً بديلاً له دوره الوظيفي والعلاجي في مسائل الأحوال الشخصية، وأن كان أيضاً له دور كحكم بديل ليس حصراً على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإنما أيضاً بالمسائل المتعلقة بالعبادات والعقوبات وغيرها من المسائل الأخرى.

مما تقدم يتبين لنا وجوب إعمال القاضي للحكم البديل ووضعه كحل قانوني بديلاً مناسباً وفق الطريق الذي وضعه المشرع ورسم له طريقاً يتم أتباعه، لهذا بينا هذه الضوابط التي يتعين على القاضي اتباعها عند إعمال الحل من أجل تحقيق مقاصد الشريعة ومواكبة التطورات.

المبحث الثاني

تمييز الحكم البديل عما يشته به من اوضاع

بعد أن قمنا بتعريف الحكم البديل وبيننا مشروعيته وحددنا ضوابطه التي يتم وفقها العمل به، فإننا سنقوم بتمييزه عن غيره من الاوضاع؛ لأن بتمييزه سنقوم بتحديد الاوجه التي يكون لها دور لمنح هذا الحكم استقلالية يتميز بها عن الاوضاع التي يمكن ان تتداخل معه عند تطبيقه كحل قانوني بديل يوضع لمواجهة الظروف غير الطبيعية التي تواجه المكلف في مسائل الاحوال الشخصية، لذلك سنقسم هذا المطلب على أربعة مطالب، سنكرس المطلب الاول الى تمييز الحكم البديل عن الحكم الاصلي، وفي المطلب الثاني سنبين تمييز الحكم البديل عن الرخصة، وسنخصص بالمطلب الثالث تمييز الحكم البديل عن الاستثناء، بينما في المطلب الرابع تمييز الحكم البديل عن الحكم المعلق.

المطلب الأول

تمييز الحكم البديل عن الحكم الأصلي

تتكون قوانين الأحوال الشخصية من مجموعة من الاحكام التي حددها المشرع ونظمها على شكل مواد قانونية ليسهل العمل بها من اجل تنظيم العلاقة بين الانسان بغيره، وهذه الاحكام منها يكون تطبيقه في الظرف الطبيعي، ومنها يصار تطبيقه عند عدم القدرة في ظرف غير طبيعي؛ لأن الشريعة الإسلامية مراعية ظروف المكلفين المختلفة الطارئة منها والعادية، وكان ذلك سبباً لأن

شرعت لهذه الظروف أحكام خاصة بها، تكون في مقابل "الأحكام الأصلية" في الظروف العادية، لذلك فيها كل المكلفين الذين تجمعهم الظروف نفسها التي شرعت لأجلها^(١). ويعرف الحكم الأصلي بأنه: (هو الحكم العام المشروع بناءً على القواعد المستقرة)^(٢). وعرف كذلك بأنه: (هو ما ثبت ولا يسقط بالعوارض الجزئية)^(٣).

ويعرف أيضاً بأنه: (يراد به الحكم المجعول أولاً وبالذات، أي بلا لحاظ ما يطرأ عليه من العوارض الأخرى، كما يتبدل واقعها لطرؤ عناوين ثانوية عليها)^(٤).

ويلاحظ على التعاريف المتقدمة أنها تتفق على أن الحكم الأصلي هو حكم وضع للظرف العادي على عكس الحكم البديل. ويلاحظ أيضاً أنها تدل على أن الحكم الأصلي ثابت بالنص عليه، ويكون الأول بالترتيب؛ لأنه في حالة عدم وجود الحكم الأصلي لا وجود للحكم البديل الذي يكون تارة منصوصاً عليه وتارة أخرى يتم اتباع الإحالة على الفقه الإسلامي عند عدم النص. كما يلاحظ أن الحكم الأصلي يكون شاملاً لكل المكلفين في حال القدرة عليه.

وبعد هذا العرض نبين أوجه التشابه والبعض الآخر من الأوجه مختلف بينهما وكما يأتي:

أولاً - ففي أوجه التشابه بين الحكم الأصلي (المبدل منه) والبديل، هي على الوجه الآتي :

١- إن كل من الحكم الأصلي والبديل من العزائم^(٥)؛ لأن كل منهما جاء في ذات النص، فمن ناحية النص الشرعي مثلاً على ذلك قوله سبحانه وتعالى: {إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم

١- غزالة نوري بن عاشور وآخرون، التطور المصطلحي لمفهوم "الحكم الاستثنائي" بين القرنين الرابع والثامن الهجريين، بحث منشور في مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد السادس والعشرون، العدد الثاني والخمسون، ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م، ص ١٣٣.

٢- محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ج ٨، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ١٠٢٣.

٣- سليمان بن عبدالله القرقي أغا جي، شرح الخاتمة في القواعد الفقهية، بلا طبعه، استانبول، تركيا، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، القاعدة (٢٤/١٢٣/١٣٣)، ص ٢٤٠.

٤- السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط ٢، مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩م، ص ٧٣-٧٤.

٥- لنا في هذا المقام القول أن ما يترتب على الإخذ بالعزيمة أنها تسقط المسائلة، فمن يؤديها بأركانها وشروطها لم يطالب المكلف بشيء آخر، فمن صل صلاة الفرض، لا يطالب بإعادتها.

وبناءً على هذا البدء، نقول أن العلاقة بين العزيمة والبديل هي العموم والخصوص المطلق بين شيئين هو أن يصدق أحدهما على جميع أفراد الآخر دون العكس، فمثلاً: نقول ليس كل بارد ثلج، وإنما كل ثلج بارد. لذلك نقول أن

غير ملومين^(١)، يتبين من خلال هذا النص القرآني الشريف ان الزواج هو الحكم الاصيلي حيث جاء معه في نفس النص الحكم البديل وهو ملك اليمين. أما من ناحية النص التشريعي، يلاحظ مثلاً ان المشرع العراقي نص على أنه (٢- اذا سلم الخاطب الى مخطوبته قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عيناً وان استهلك فبدلاً^(٢))، كما نجد المشرع الاردني ذهب الى ما ذهب اليه المشرع العراقي من خلال نصه على الحكم الاصيلي والحكم البديل من خلال نص المادة (٤/ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني^(٣)؛ لذا يتضح من خلال هذه النصوص التشريعية الحكم الاصيلي والحكم البديل في ذات النص، وذلك من خلال الاشارة إلى استرداد ما سلم عيناً وهو الحكم الاصيلي وفي حال عدم استطاعة المكلف على ذلك ينتقل إلى البديل من خلال مثيله أو قيمته.

٢- يكون كل منهما متساوياً من حيث الشمول، الذي يتمثل بشمول كل منهما للمكلفين؛ لأنهما يتصفاً بالعموم، كما أن هذا الشمول يكون على الدوام، فهما غير مؤقتين ولم يتحددوا بفترة محددة، وذلك عند النظر لموقف الشريعة الاسلامية يلاحظ أنها من خلال النص القرآني المشار له بالشبه الاول، يتبين ان الزواج حكم اصلي لأنه ذكر اولاً، وملك اليمين حكم بديل عن الحكم الاصيلي وهو الزواج ذكر ثانياً، لذا يكون كل منهما شاملاً للمكلفين جميعاً من الذكور، وكذلك يكونان على وجه الدوام وليس مؤقتاً^(٤). أما بخصوص الموقف التشريعي، يلاحظ أن اغلب قوانين الاحوال الشخصية اشارت الى ذلك الأثر الذي يحصل من هذه العلاقة وبخصوص هذا الوجه، مثلاً ما نص عليه المشرع العراقي والمشرع الاردني والمشرع الاماراتي، وذلك ومن خلال ما يتعلق بانعقاد الزواج بحسب الحكم الاصيلي وهو من خلال التعبير اللفظي وفي حالة عدم القدرة يتم الانتقال الى الحكم

=كل بديل عزيمة وليس كل عزيمة بديل هذا من جانب، ولنا ان نقول من جانب اخر وبقدر تعلق الامر بالحكم البديل فان هذا الاخير يكون مع الحكم الاصيلي قسيماً له، والقسيم هو عدل الشيء في التقسيم، لأنه يساويه في ذلك التقسيم لهذا يكون الحكم البديل قسيم الحكم الاصيلي، وهذا يدل على تساويهما عند قدرة المكلف لاحدهما وحسب ظرفه فان كان طبيعياً يكون الاصيلي ابداء وان كان غير طبيعياً فيكون الانتقال الى البديل.

١- سورة البقرة : الآية (٦).

٢- ينظر : نص المادة(١٩) الفقرة الثانية تم الإشارة لها سابقاً.

٣- تم الاشارة الى ذلك فيما سبق، الا ان ذكر ذلك هو لبيان العلاقة التي يتم من خلالها توضيح الاثر الذي ينتج من خلال النص على الحكم البديل.

٤- توضيح : نبين هنا أن ما تم ذكره بخصوص ملك اليمين ليس هو المقصود مما تم الاشارة له اعلاه؛ لأن ملك اليمين ليس له وجود في الوقت الحاضر، وهذا لا يعني انه غير مباح في أصله، ويكون للمكلف جواز ذلك عند تحقق صورته وله ان يباشره، لذلك المقصود هنا؛ هو بيان مدى العلاقة بين الحكم الاصيلي والحكم البديل، لكي يتحدد الاثر المذكور اعلاه وهو الشمول والدوام الذي يتمتع بهما كل من الحكمين.

البديل وهو الكتابة، وهذا يكون لكل المكلفين عند عدم استطاعتهم على الحكم الاصيلي وليس لبعض دون البعض الاخر، منعاً للتكرار نكتفي بما تم الاشارة له سابقاً.

٣- يكون كل منهما مسقط للمسائلة محل الواقعة القانونية، وكذلك يكون كل منهما متساويين من حيث الجواز، لأنه تترتب نفس الحقوق والاثار الشرعية والقانونية على كل من الحكمين، فالنسبة لسقوط المسائلة يكون المكلف محكوماً بضابط القدرة على الحكم الاصيلي، كما في حالة انعقاد عقد الزواج الاصل يكون من خلال التعبير اللفظي من قبل المكلف وفي حالة عدم القدرة يكون من خلال الكتابة كبديل عن التعبير وكليهما يكون مسقط للمسائلة الشخصية. أما بخصوص أن كل منهما متساويين من حيث الجواز، هو ان كل منهما جائز شرعاً وقانوناً.

ثانياً – أوجه الاختلاف بينهما هي على الوجه الآتي :

١- الأحكام الاصلية يكون تطبيقها في الظروف الطبيعية ومع قدرة الزوجين عليها، أما الأحكام البديلة يكون تطبيقها في الظروف غير الطبيعية ومع قدرة الزوجين عليها وعدم القدرة على الأحكام الاصلية من اجل التخفيف عليهما.

٢- يكون الحكم الاصيلي في حالة النص عليه يذكر اولاً، وذلك على المستوى الشرعي والتشريعي. أما بخصوص الحكم البديل فإنه يتم النص عليه متأخراً وبعد الحكم الاصيلي؛ لأنه بديلاً عنه^(١).

وعليه يؤثر بيان هذا التمييز الى منع الاختلاط بين اوضاع ممكن ان تتداخل معه والجهل بهذه الاوضاع يؤدي إلى عدم معرفتها من قبل المتخصصين.

١- لذا يكون ما بعد البديل ايضاً بديلاً اخر الا انه يتم الاخذ به حسب الترتيب وعند حالة عدم استطاعة المكلف في مرحلة أولى على الحكم الاصيلي ومن بعد ذلك عندما يستمر ظرف المكلف غير الطبيعي مستمراً، لأنه لا يقدر على الحكم البديل الاول ينتقل الى الثاني وحسب الترتيب، وغيرها من الشروط التي يمكن ان تنطبق على كل الارتباطات، وهذا يكون وفقاً لبيان كل ارتباط للحكم البديل مع الاوضاع المتقاربة معه عند الانتقال من الحكم الاصيلي، وذلك يكون بسبب عدم استطاعة المكلف على الحكم الاصيلي. ينظر: شروط الحكم البديل من هذه الاطروحة، ص ١٣ وما بعدها.

المطلب الثاني

تمييز الحكم البديل عن الرخصة

الرخصة هي ما شرع من الاحكام؛ لعذر شاق بقصد رعاية حاجة الناس، أو للتخفيف على المكلف في حالات خاصة، مع بقاء السبب الموجب للحكم الاصيلي. كما تعرف هي : استباحة المحظور مع قيام الحاضر، وقيل ما ثبت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح، ولا يسمى ما لم يخالف الدليل رخصة، وان كان فيه سعه، كأكل الميتة رخصة مع وجوبه في حال الضرورة قلنا يسمى رخصة من حيث ان فيه سعة^(١)، وتحديدتها يكون من خلال بيان التمييز بينهما؛ لأنها وضع متداخل مع الحكم البديل، وهذا بيان لأوجه التشابه والاختلاف فيما بينهما وكالاتي:

١- عبدالله بن احمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي دمشقي الحنبلي ابو محمد موفق الدين، روضة الناظر وجنة المناظر، ج ١، ط ١، مؤسسة الريان- المكتبة التدمرية- المكتبة المكية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م، ص ٦٦.

كما لنا القول بخصوص الرخصة فيما يتعلق بموضوع الاطروحة هو ليس التعريف بها، وانما هي الصفات التي تتصف بها ويميزها عن غيرها من الاوضاع الاخرى، ولتعلق الموضوع بتمييزها عن الحكم البديل سوف نبين صفاتها التي نتمكن من خلالها تحديد اوجه الشبه والاختلاف فيما بينها وبين الحكم البديل، وهذه الصفات هي:

ليبانها ننطلق مما اشار اليه قوله سبحانه وتعالى: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾، سورة البقرة : الآية (١٧٣)، أي: ان الحكم الاصيلي هو حرمة أكل الميتة، والرخصة هي أكل الميتة للمضطر؛ لأنه ثبت بدليل على خلاف دليل آخر لعذر.

- ١- تكون عن أصل منهي عنه.
- ٢- تكون متلازمة مع سببها وهو العذر وجوداً وعدمياً.
- ٣- تكون مؤقتة، لأنها لا تجوز الا في وقت الضرورة وهو سببها الخاص.
- ٤- تكون بالقدر المحدود وهو الذي يسد حاجة المضطر.
- ٥- تكون بعد العزيمة. واذا ارتفعت الرخصة عاد حكم العزيمة.
- ٦- تكون لرفع المشقة عن المكلف، والتي قد تصل الى مرحلة الهلاك.
- ٧- لا يترتب في بعض صورها أثر شرعي، فمثلاً: وقوع الطلاق من الشخص الذي يطلق زوجته مكرهاً، وهذا حسب ما ذهب اليه راي جمهور الفقهاء. ينظر: علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤-٢٠٠٣، ص ٩٦. وكذلك ينظر: محمد بن إسماعيل الامير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ٣، ط ٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٣٧٩هـ، ص ١٥٩. كما ينظر: سميع عاطف الزين، موسوعة الاحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، مج ١، ط ١، دار الكتاب اللبناني- دار الكتاب المصري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٠-١٩٩٠م، ص ٣٩٩-٤٠٠.

اولاً - ففي أوجه التشابه فيما بينهما، هي على الوجه الاتي :

١- كلاهما يكون (بعد الحكم الأصلي)؛ لأن إيجاد الحكم الاصيل للواقعة من القران الكريم والسنة النبوية، فإذا لم يوجد هذا الحكم الاصيل، يتم الاجتهاد في ايجاد الحكم البديل، وعند عدم وجود الحكمين الاصيلي والبديل، والمكلف في وضع الاضطرار من هذه الواقعة فإنه ينتقل الى الرخصة التي هي من مقدوره بسبب الضرورة.

٢- كلاهما يتفقان بانهما (يكونان مع الفعل وليس مع ترك الفعل)، لأن ايجادهما يقوم مقام الحكم الاصيلي، وأما ترك الفعل فلا يكون مع الحكم البديل؛ لأنه يعد بمثابة النفي، والمنفي عنه لا يحتاج ايجاد حكماً بديلاً له.

٣- كلاهما يتفقان على (اسقاط المطالبة بالمسألة محل المطالبة)، لذا لا يطالب المكلف بعد الاقامة بقضاء ما طلب منه أصلاً^(١).

٤- كلاهما يعد دعواً للحرج والمشقة المنفيين من الشريعة الاسلامية^(٢)، لذلك وضع الحكم البديل لتلبية حاجة الطرف المعني بشكل مطلق.

من خلال هذه الواجه المتفقه بينهما هي أوجه عامة ومحددة ولا يثبت ان هناك تداخل فيما بينهما من حيث مفهومهما، وبذلك فلا تأثير لهذا التشابه بينهما على الحقيقة التي تكون لكل واحد منهما، الا اذا كانت الرخصة هي اسقاط مسألة فأنها تكون متداخلة مع الحكم البديل؛ لأنه ينتهي دور ما يسبقهما من حكم يجعل من المكلف في حرج ومشقة من أمره.

ثانياً - اوجه الاختلاف فيما بينهما، هي على الوجه الاتي :

١- يكون الحكم البديل دائماً عن أصل صحيح، الا استثناءً يكون فيها الاصل محرم وبشكل عرضي كما في العقد الفاسد، فالأصل انه محرم بشكل عرضي وليس ذاتي، والبديل للعقد الفاسد هو تصحيحه من خلال ازالة الشرط وحده^(٣).

١- أحمد بن محمد بن اسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الايضاح، ج ١، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص ٢٧٥.

٢- عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، ط ٦، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٨٧، ص ٥١.

٣- يلاحظ ان تخلف شرط من شروط الصحة فان العقد يكون فاسداً، والفساد اقل خطراً وحظراً من البطلان، وهذا ما ذهب اليه الحنفية ويقصدون بالعقد الفاسد هو العقد الذي سلمت أركانه وشروط انعقاده من الخلل وحصل الخلل في شروط الصحة، لذا فاذا لم يكن الشرط صحيحاً صح العقد ولغا الشرط، لذلك مما يعني ان اذا كان الشرط فاسداً فان

أما بالنسبة للرخصة، فإن الحرمة تكون في الحكم الاصيلي غير عرضية؛ لأنها لا تزول بأي شكل من الاشكال لكونها حرمة لذات المحرم، وليس لسبب وصف خارجي، فمثلاً على ذلك قوله سبحانه وتعالى: {إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير}(١).

٢- يتلزم الحكم البديل (مع سببه الذي يوجد من أجله)، من حيث الوجود، الا انه لا يكون متلازم معه عند انعدام سبب وجوده؛ لأن الحكم البديل وجد من اجل الحاجة والترفيه والتوسعة على المكلف، ولا ينعدم بانعدام هذا السبب، فمثلاً انعقاد عقد الزواج بالكتابة بدلاً من التعبير باللفظ وهو الاصل ولتعدر اللفظ تم الانتقال الى الكتابة بديلاً عن اللفظ، والكتابة وجدت لوجود سببها، وهو حاجة المتعاقدين الى ابرام عقد الزواج بينهما؛ لكونها بديلاً عن اللفظ وأيسر للمكلف من اجل ابرامه.

أما بالنسبة للرخصة فإنها تكون ملازمة لسببها وجوداً وهدماً، فمثلاً أن اكل الميتة يرخص للمكلف اذا وجد عذراً له، وهو الاضطرار، وعند انتفاء هذا الاضطرار تنتفي هذه الرخصة؛ لأنها تنعدم بانعدام العذر الذي يؤدي لها(٢).

٣- الحكم البديل (يكون غير محدد بمقدار معين)، ويتصف بالشمول؛ لأنه لا يختص بجماعة دون اخرى وانما شاملاً لجميع المكلفين. كما انه يكون على الدوام وغير مؤقت بفترة محددة، كما يوجد من اجل التوسعة واليسر للمكلف، وليس وجوده معلق على أن المكلف في حالة مشقة لرفعها عنه. أما الرخصة تكون محددة بمقدار، مما يعني لسد الحاجة فقط، فلا يجوز للمضطر ان يتجاوز الحد المقدر في ذلك، كما ان الرخصة لا تكون في كل وقت؛ لأنها تكون محصورة بجماعة دون جماعة اخرى، وكذلك تكون مؤقتة بوقت معين، لأن وجودها من اجل رفع المشقة عن المكلف.

٤- يكون الحكم البديل مع الحكم الاصيلي، لان برفع هذا الحكم لا يجعل من المحتم على المكلف الاخذ بالحكم الاصيلي، كما ان الحكم البديل يسقط الوجوب، ويترتب عليه جميع الاثار الشرعية والقانونية في جميع التصرفات الفعلية والقولية فمثلاً من يعقد زواجه بالكتابة بدلاً عن اللفظ لعدم القدرة عليه، مما يعني يسقط عنه الاصل وهو الانعقاد باللفظ، ومن ثم تترتب عليه حقوق والالتزامات. أما الرخصة على العكس من الحكم البديل فإنها عند رفعها تعود العزيمة، كما أنها تؤدي الى سقوط

=العقد صحيح والشرط يبطل وحده. ينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص٦٧. وينظر: احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ص٤٦.

١- سورة البقرة : الآية (١٧٣).

٢- عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، المصدر السابق، ص٥١-٥٢.

المأثم وليس الوجوب^(١)، مثلاً الذي يفطر في رمضان، يكون مطلوباً بالقضاء عند زوال العذر، ولا يترتب عليها اثاراً، مثلاً من يطلق زوجته مكرهاً لا يقع طلاقه، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء^(٢).

٥- الحكم البديل (يجوز الجمع بينه وبين الحكم الاصلي)، والاصلي يكون ابتداءً والبديل ثانياً، مثلاً على ذلك مبادلة الذهب بالفضة أو بمثله اي الذهب بالذهب. كما أن وجود الحكم الاصلي لا يؤدي الى ابطال الحكم البديل، وأن وجد الاصلي، كما في الكفارة بالإظهار عن اليمين. أما الرخصة فلا يجوز الجمع بينها وبين الحكم الاصلي؛ لحرمة هذا الاصل، مثلاً لا يجوز للمضطر أن يجمع بين أكل الميتة وبين تجويزها لغير المضطر. كما أن الرخصة تبطل بوجود الحكم الاصلي، وذلك ليس بشكل مطلق، وإنما يكون مشروط بالقدرة على مباشرة الحكم الاصلي، مثلاً من أكل الميتة واكتفى منها، لا يجوز أن يتعدى هذا الاكتفاء.

١- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج٢، ص ٩٦.

٢- الإكراه : هو حمل الغير على أن يعمل عملاً دون رضاه.

ولقد اختلف الفقهاء في طلاق المكره على قولين :

أ-ذهب جمهور الفقهاء الى عدم وقوع طلاقه. نقلاً. ينظر : أبي عبدالله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، رحمة الامة في اختلاف الأئمة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٧-١٩٨٧م، ص٢٣٢.

ب-وذهب ابي حنيفة الى أن طلاقه واقع. ينظر : كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج٢، ط١، المطابع الاميرية، ببولاق، مصر، ١٣١٥هـ، ص٣٩.

أما بالنسبة لموقف التشريعات محل المقارنة، يلاحظ ان المشرع العراقي أخذ برأي الجمهور، أما بالنسبة الى موقف المشرع الاماراتي فانه اتبع التدرج في ذلك وهو مع راي الجمهور ، موقف المشرع الاردني فانه يأخذ برأي الحنفية وحسب الراي الراجح وهو وقوع طلاق المكره.

ومن الجدير بالذكر أن الإكراه الذي يؤثر على صحة التصرفات من ضمنها الطلاق لا بد من أن تتوفر فيه

الشروط الآتية :

١- أن يكون المكره ذا قوة بحيث لا يستطيع المكره دفعه.

٢- أن يكون المههد به ضرراً بالغاً.

٣- أن يغلب على ظن المكره أن المكره سينفذ وعيده.

٤- ألا يكون الإكراه بغير حق كإكراه القاضي الزوج على ايقاع الطلاق لسبب يبرر ذلك فإنه يقع.

٥- أن يأتي المكره بنفس اللفظ الذي أكره عليه فلو أكره على طلاق زوجة معينة من زوجاته فطلق أخرى وقع طلاقه على الثانية.

٦- أن يهدد المكره بعقوبة عاجلة.

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي ما هو الوصف الذي يتلاءم مع الحكم البديل هل هو وصف الجواز أم هو وصف الترخيص؟ للإجابة عن ذلك لنا القول ومن خلال ما تم طرحه من تمييز بين الحكم البديل والرخصة، نخلص بان العلاقة بينهما هي التباين، مما يعني ان الحكم البديل يختلف عن الرخصة، لذا يلاحظ ومن خلال المقارنة، إن الوصف الذي يتناسب مع الحكم البديل هو الجواز وليس الرخصة؛ لأنه يمكن لنا ان نقول يجوز في هذه المسألة أن يكون لها حكم بديل، وليس لنا القول بانه رخص ان يكون لها بديل.

ومن الجدير بالذكر أن الحكم البديل يتفق مع الرخصة في احد أقسامها، وهي رخصة الاسقاط^(١)، الا انه لا يعني ذلك ان الحكم البديل هو احد انواع الرخصة؛ لأن رخصة الاسقاط ليست رخصة حقيقية، وانما هي رخصة مجازية؛ لأنه ما نراه هنا أن منح هذه الرخصة وصف الحكم البديل أفضل من منحها وصف الرخصة؛ لأنه لا يصر الى المجاز الا عند تعذر الحقيقة، ويلاحظ ان الحكم البديل يطلق عليه حقيقة والرخصة يطلق عليها مجازاً، وهذا طبقاً للقاعدة التي تنص على أنه " إذا تعذرت الحقيقة يصر الى المجاز "^(٢).

المطلب الثالث

تمييز الحكم البديل عن الاستثناء

للتداخل بين الاستثناء والحكم البديل الذي يظهر بشكل أكثر وضوحاً عن الأوضاع المتقدمة، لأن كل منهما شرع لمواجهة ظرف غير عادي أو غير طبيعي يطرأ على المكلف، وعندما يكون المكلف في عرض هذا الظرف، ولم يكن دائماً في الحال الطبيعي نفسه الذي يمكنه من الامتثال للأحكام الشرعية من دون الوقوع في العسر والحرج المنفيين بالشرعية الإسلامية التي تراعي ظروف المكلفين المختلفة الطارئة منها والعادية، يظهر دور كل منهما في أطر هذا الظرف إذ يبرز

١- رخصة الاسقاط : هي هذه الرخصة التي تم تسميتها من قبل الحنفية، وان الاخذ بها واجباً؛ لأن الحكم الاصلي سقط في هذه الحالة، ولم يبقا في المسألة إلا حكم واحد وهو الاخذ بالرخصة مما يعني الحكم البديل في هذه الحالة. ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، المصدر السابق، ص ٥٤.

٢- لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ، مج ١، ط خ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، المادة(٦١)، ص ٦٠.

المعيار الفاصل بينهما وهو (الديمومة)^(١)، التي تنبثق منها أوجه الغرض الرئيسي من التمييز وهو الاختلاف.

من الجدير بالإشارة هنا أن الاحكام الشرعية تشكل قانوناً عاماً يطبق على كل واقعة مندرجة تحتها؛ لأنها توصف بانها احكام أصلية. وبجانب هذه الاحكام أحكام أخرى تحمل نوعاً من الخصوصية، وهي ما تكون على خلاف الاحكام الاصلية وتأخذ عنوان الاحكام الاستثنائية^(٢). كما يلاحظ أن الاستثناء لا يكون الا بنص، لذلك نقول الاستثناء الوارد على القواعد القانونية ومنها القواعد المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية لابد من وجود نص يدل على اخراج بعض المسائل، وليس مشروطاً بعبارة معينة كما عند الاصوليين^(٣).

اختلفت عبارات الفقهاء، والاصوليين، في تعريف الاستثناء من ناحية الاصطلاح؛ وذلك بحثاً منهم على تعريف جامع مانع، ولاهتمامهم به، لذا يعرف الاستثناء بأنه: (هو إخراج ما لولاه لدخل في اللفظ)^(٤). وعرف كذلك بأنه: (هو إخراج الشيء من الشيء لولا الإخراج لوجب دخوله فيه)^(٥). ويعرف أيضاً بأنه: (هو إخراج ما لولاه لوجب دخوله لا ما جاز دخوله)^(٦). كما يعرف بأنه: (إخراج بلفظ موضوع لذلك)^(٧).

-
- ١- مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر السابق، ص ١٦٧.
 - ٢- مرتضى عبدالله خيرى، الاحكام الاستثنائية الجبرية في الشريعة الإسلامية وأثرها على احكام العقود المالية "دراسة مقارنة"، بحث منشور على مجلات جامعة أم درمان الاسلامية، مجلة كلية الشريعة والقانون، السودان، المجلد ٩ رقم ١ لسنة ٢٠١٦، ص ٢.
 - ٣- أكرم بن محمد بن حسين اوزيقان، الاستثناء عند الأصوليين، ط ٢، دار المعراج الدولية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ص ٥٢ وما بعدها.
 - ٤- لم يرى الباحث وجود حاجة لتعريف الاستثناء لغة؛ لأن الاستثناء لغة غير الاستثناء اصطلاحاً، لذلك نكتفي بالتعريف الاصطلاحي، وذلك من اجل الدخول بشكل مباشر فيما يعنى موضوع التمييز بين الوضعين الحكم البديل والاستثناء وفق معايير التشابه والاختلاف؛ وذلك من اجل منع التداخل بينهما. ينظر: الشيخ محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ٢، ط ١، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ايران، ١٤١٨هـ، ص ٢٤٨.
 - ٥- محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن، ج ٣، بلا طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص ٤٧٦.
 - ٦- محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي الحنبلي، أصول الفقه، ج ١، ط ١، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص ٨٩٩.
 - ٧- أكرم بن محمد بن حسين اوزيقان، الاستثناء عند الأصوليين، المصدر السابق، ص ٥٢.

وبتطبيق ذلك على القواعد القانونية التي تنظم مسائل الاحوال الشخصية فقد تم القول : (هو إخراج مسألة قانونية من القاعدة القانونية العامة بأي عبارة تدل على ذلك)^(١)، مما يلاحظ بأن الاستثناء من القواعد يؤثر بهذه المسألة القانونية المستثناة من القاعدة القانونية؛ لأن القاعدة القانونية تمثل العموم وتطبق على الجميع مما جعل هذه المسألة داخله فيها ولكن الاستثناء اخرجها، فالأصل عموم القاعدة لولا ورود هذا الاستثناء، كما أن حصول الاستثناء في هذه القواعد باي عبارة تدل على إخراج بعض المسائل، وليس مشروطاً بعبارة معينة كما عند الاصوليين^(٢).

ويلاحظ أيضاً بهذا الخصوص، إنه لا بد من افتراض انتفاء طبيعي الحكم في حالات وقوع المستثنى من اجل صيانة للكلام من اللغوية ويجعل للاستثناء مبرراً عرفياً؛ لأن الفقهاء يطلقون الاستثناء في المسائل الفقهية^(٣).

ومما تقدم من التعاريف أنها تتفق على أن الاستثناء في الاصطلاح غير الاستثناء في اللغة؛ لأنه في اللغة يثنى مرة في الجملة ومرة في التفصيل، يبين لنا ذلك أنه لا وجود لأحكام وانما المسألة هي لغوية، كما أنه لا يختص الا بما يزيد على عمومات العام الذي أقتطع منه^(٤)، وكذلك يكون من الشيء الواحد المستقل، لأن الاستثناء: إخراج، والاعراض يتطلب نزع شيء من شيء آخر، مما يعني لا بد من أن يكون هناك شيء يخرج منه، وشيء يبقى بعد النطق بالاستثناء، وليس شيء محل شيء آخر^(٥)، ومن هذا يتبين بأنه ليس على منوال الحكم البديل الذي يكون له القوة الموازية للحكم الاصيلي، كما أن الحكم البديل والحكم الاصيلي كليهما يعد أصلاً عاماً، مما يمكن للاستثناء يرد عليهما كما في حالة تحريم النظر للمرأة الاجنبية والاستثناء على ذلك هو جواز النظر للمخطوبين بالشكل الطبيعي أو في حالة الخطبة بالتعريض من المعتدة من طلاق بائن حسب رأي الجمهور من

١- عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان، الاستثناء من القواعد الفقهية وأثره في الاختلاف الفقهي، بحث منشور بمجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية والاداب، كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦هـ، ص ٤١.

٢- عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان، الاستثناء من القواعد الفقهية وأثره في الاختلاف الفقهي، المصدر نفسه، ص ١١٤-١٢٥. وينظر: أكرم بن محمد بن حسين أوزيقان، الاستثناء عند الاصوليين، المصدر السابق، ص ٥٢ وما بعدها. وينظر: مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، ج ٢، بلا طبعه، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٣٥٤.

٣- السيد الشهيد محمد باقر الصدر (قدس سره الشريف)، دروس في علم الأصول، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

٤- أحمد بن فارس بن زكريا أبي الحسين، معجم مقاييس اللغة، ج ١، بلا طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، مادة تئت- تهل (١٠٨)، ص ٣٩٢.

٥- أكرم بن محمد بن حسين أوزيقان، الاستثناء عند الاصوليين، المصدر السابق، ص ٧٤.

الفقهاء^(١)، مما يلاحظ من خلال ذلك أن الحكم بديل وهو التعريض عن الحكم الاصلي لخطبة المرأة التي ليس لها أي تعلق شرعي يمنعها من الخطوبة يبيح النظر للخاطب والمعرض على حد سواء.

لذلك يقتضي الأمر في هذا المجال هو أن نميز بين الحكم البديل والاستثناء لأن بينهما أوجه متشابهة وأوجه مختلفة، ونبينها كما يأتي :

اولاً - أوجه التشابه بينهما وهي على الوجه الآتي :

١- كلاهما تغيير للحكم، لأنه بحصول العوارض التي تعرض على موضوعات الأحكام فتتغير الأحكام تبعاً لهما، فمثلاً تعتد المرأة عند وفاة زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام، الا أنه استثناءً من ذلك عدة الامة فإنها تعتد نصف تلك العدة وهي شهران وخمسة أيام^(٢)، أما بالنسبة للحكم البديل مثلاً تحول العدة بالأقراء الى العدة بالأشهر لعدم الحيض لصغر أو كبير سنهما^(٣).

٢- كلاهما شرع بصورة عامة لمواجهة الظروف الطارئة التي تطرأ على المكلفين من اجل رفع العسر والحرج المنفيين بالشريعة الاسلامية، لأن الاستثناء هو رفع لهذه الحالات التي تعترض المكلفين^(٤). فمثلاً قوله سبحانه وتعالى {انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم}^(٥)، يتبين من الآية الكريمة انها تتضمن حكيمين احدهما اصلي والآخر استثنائي، وهذا الاخير يكون لمواجهة الظروف التي يتوقع فيها الحرج والمشقة اي عدم تيسر الطعام المباح فالحكم هو الاباحة التي تحل محل الوجوب إن توقف على انقاذ الحياة^(٦). أما بالنسبة للحكم البديل مثلاً قوله سبحانه وتعالى { فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من أيام اخر وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين فمن تطوع خيراً فهو خير

١- محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، مج ١، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م، ص ٣٣٨.

٢- سلاار بن عبد العزيز، المراسم العلوية، بلا طبعه، أمير، الناشر: المعاونة الثقافية للمجمع العالمي لأهل البيت عليهم السلام، قم، ايران، ١٤١٤ هـ، ص ١٦٦.

٣- فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٢٤٠.

٤- محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، ج ٣، بلا طبعة، الجامعة الإسلامية - كلية الشريعة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع، ص ٣٧٨.

٥- سورة البقرة : الآية (١٧٣).

٦- كما لا بد من الاشارة هنا يطلق على الاستثناء في عرف علماء الاصول (الاستحسان)، ومن اساس فكرة الاستحسان هو دفع الحرج قبل وقوعه ورفع بعد وقوعه، وفقاً لقوله سبحانه وتعالى { وما جعل عليكم في الدين من حرج }، سورة الحج : الآية (٧٨). وينظر: مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر السابق، ص ١٦٧، و ص ٣٥٤.

له...^(١)، يتبين من خلال الآية الكريمة أنه اذا لم يقدر المكلف على الصيام ينتقل الى البديل وهو الفدية.

٣- كلاهما يهدف الى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، أن هذه الشريعة ذكرت أحكاماً عامة، وبينت الاستثناء من هذه الاحكام، فالأحكام العامة منها أصلية وبديلة التي تتميز بالشمول، ولكن في حالة حصول ظرف خاص يستدعي ان يعطى الاستثناء حكماً يختلف عن الاحكام الاصلية، مثلاً على الاستثناء الطلاق الذي له أحكام خاصة لا يقع فيها وهي في حالة الحيض؛ لأنه لا يقع وإذا وقع يكون باطلاً^(٢). أما بالنسبة للحكم البديل مثلاً أن الوعظ يكون بديلاً عن الطلاق، وكذلك الهجر ايضاً يكون بديلاً عن الطلاق وهذا ما أكده قوله سبحانه وتعالى {واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع...^(٣)}.
مما يلاحظ من الامثلة المتقدمة تدل على ان غاية كل من الاستثناء والحكم البديل غرضه تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية فبخصوص الاستثناء جاء ليستثني وقوع الطلاق في حالة الحيض، لأن الشريعة تمنع ذلك، لأنه باطلاً. أما بالنسبة الى الحكم البديل يؤدي الى ان يحل محل الطلاق من خلال البديل وهو الوعظ والهجر من اجل تلافي المشكلات الزوجية التي تؤدي الى الطلاق مما يحل محله من اجل عدم وقوع الطلاق وهذا مقصود الشريعة الإسلامية.

٤- كلاهما له الاثر نفسه وهو مراعاة مصالح المكلفين، لأن كل حكم من احكام الشريعة الإسلامية فيه مقصد يعود على المكلفين بالنفع، مثلاً أن المقصد الاصيلي من حكم النكاح هو حفظ النسل وتحسين الرجل والمرأة من الحرام وغيرها من المقاصد. أما بالنسبة للحكم البديل الذي من شروطه هو الشمول مما يجعله موازياً للحكم الاصيلي، لذا يكون من الاحكام العامة مثلاً على ذلك من لا يقدر على النكاح الدائم ينتقل الى نكاح المتعة؛ لأن هذا الاخير من اقسام النكاح وفقاً للجانب الشرعي وبالتالي يتحقق الاثر نفسه الذي يحققه الاستثناء.

١- سورة البقرة : الآية (١٨٤).
٢- علي ابن الحسين الشريف المرتضى الموسوي، الانتصار، ج١، بلا طبعه، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدسة، ايران، ١٤١٥هـ، مسألة (١٧١) طلاق الحائض، ص٣٠٦.
٣- سورة النساء : الآية (٣٤).

ثانياً - اوجه الاختلاف بينهما وهي على الوجه الآتي :

١- إن الحكم البديل (يشمل الظروف الطارئة المستمرة التي تعرض للجميع)؛ لأنه له قوة تجعله موازياً للحكم الأصلي، فمثلاً انعقاد الزواج بصيغة التعبير اللفظي التي تعد حكماً أصلياً، وانعقاد الزواج بالتعبير الكتابي كبديل عنه عند عدم القدرة على التعبير اللفظي، فكلاهما شاملان لجميع المكلفين؛ لذلك يكون الحكم البديل أوسع شمولاً، هذا بخلاف الاستثناء فإنه يشمل حصص خاصة في ظروف خاصة، فمثلاً أكل لحم الميتة هو الحرمة لما في ذلك من مضرة صحية على المكلف وبسبب ظرف خاص وهو عدم تيسر الطعام المباح فالحكم هو الإباحة، من أجل انقاذ الحياة؛ لذلك يكون الاستثناء أخص؛ لأنه يعد تخصيصاً في حصصه من العام^(١).

٢- إن الحكم البديل (يكون مستمراً باستمرار الظرف الطارئ)؛ لأنه يتصف بالدوام مما يعني أنه غير مؤقت بمدة معينة، كما في الحكم الأصلي، فمثلاً الزواج حكم أصلي غير محدد بمدة معينة، فتكون للمكلف القدرة على أن يتزوج في أي وقت، وكذلك في ملك اليمين، هذا بخلاف الاستثناء الذي يكون مؤقتاً بمدة معينة، وهي المدة التي تسد حاجة المكلف فيها فقط دون غيره، وعند زوال العذر الذي أوجب الاستثناء يرجع الحكم الأصلي، لذلك لا يكون مستمراً؛ لأنه خاص، إما بالنسبة لحالة استمرار العذر ولم يزول فهنا يكون الحكم بديلاً وليس استثنائياً كما في الفدية عن الصيام^(٢).

٣- الحكم البديل يكون ملازماً المبدل منه (الحكم الأصلي) في جميع خصوصياته ومبادئه ونتائجه واثاره؛ لأنه لا حكم بديل إذا لم يكن مسبقاً بحكم أصلي حتى يكون بديلاً عنه؛ لأنه لا يمكن أن نعطي وصف البديل لتصرف إذا لم يكن هناك مبدلاً منه، كما في البر باليمين الذي لا يصح أن نعطيه وصف البديل؛ لأنه لم يسبق بحكم أصلي حتى يكون بديلاً عنه، لذلك فإن الحكم البديل البر باليمين هو الكفارة؛ لأنها مسبوقة بحكم أصلي مشروع، وهو البر باليمين. هذا بخلاف الاستثناء الذي يكون في اللغة شيء وفي الاصطلاح شيء آخر ولا يختص الاستثناء إلا بما يزيد على عموم العام الذي اقتطع منه، فمثلاً الكفارة رافعة لإثم الحنث لا لنفس الحنث عن اليمين^(٣).

١- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مج ٢، ط ١، دار الصميعي للنشر و التوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٣٥٠.

٢- مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، المصدر السابق، ص ١٦٧.

٣- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مج ٢، المصدر السابق، ص ٣٥٣.



٤- إن الحكم البديل سببه هو (الحاجة التي تعد دليلاً مستقلاً) له قوة تغيير وتبديل الأحكام، فمثلاً تبديل الحكم من شهادة الأصل الى شهادة الفرع، هذا بخلاف الاستثناء الذي يكون سببه هو الحاجة التي لا تغير حكماً سابقاً ثابتاً، وإنما تبطل أصلاً شرعياً^(١)، مثلاً أكل الميتة إنقاذاً للحياة .

٥- إن الحكم البديل يكون عاماً مطلقاً؛ لأنه كلي من حيث أنه لا يمنع تصور مفهومه من وقوع الشركة فيه، ولا يحكم على كل ما يندرج تحته إلا على سبيل البديل والمناوبة لا دفعة واحدة، كما ينظر الى ماهيته^(٢)، كما أن حكمة هذا الحكم يراعى في الجنس^(٣)، مثلاً (التعبير الكتابي) عام مطلق موضوع لكل من يريد أن يعقد زواجه ولم يقدر على اللفظ ولا يزول بزوال العذر. هذا بخلاف الاستثناء هو اخراج مسألة جزئية من الحكم الأصلي في واقعة معينة، والذي يطلق عليه من قبل علماء الاصول (الاستحسان)، مثلاً على ذلك الاكراه الملجئ الذي يسقط حرمة الخمر أي حالة المكروه عند الاكراه الملجئ (نوع من الاضطرار) فلا تثبت الحرمة؛ لأنه يراعى في كل فرد الاباحة إن توقف عليه إنقاذ الحياة.

٦- الحكم البديل (ليس فيه أي انهاء للحكم الأصلي عن كل افراده أو بعضهم)؛ لأنه ليس نسخاً ولا استثناءً، فمثلاً الزواج وملك اليمين بديلاً عنه فكلاهما ليس فيهما انهاء عن كل الافراد او بعضهم. هذا بخلاف الاستثناء الذي فيه انهاء للحكم الأصلي عن بعض افراده؛ لأنه تخصيصاً والتخصيص من اقسامه الاستثناء، كما أن رفع الاستثناء للحكم الأصلي عن بعض افراده يعد من أهم المعايير للفرقة بشكل دقيق، فمثلاً أن الاصل هو الاقتصار على زوجة واحدة، وجواز التعدد تشريع استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الحاجة الملحة^(٤)، كما يؤكد ذلك قوله سبحانه وتعالى {فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة}^(٥)، يتضح من ذلك أن الشارع الحكيم أجاز التعدد مع قيد العدل بين الزوجات.

١- عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ومحمد ابراهيم احمد علي، دراسات في الفقه الإسلامي، البحث الاول- الضرورة والحاجة وأثرها في التشريع الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع، الكتاب السادس والعشرون، ص ٢٤.

٢- مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر السابق، ص ٣٥٠.

٣- محمد أمين بأمير باد شاه، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير في أصول الفقه، ج ٢، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص ٣١٣.

٤- زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط٥، منشورات جامعة تار يونس، بنغازي، ليبيا، ١٩٨٩م، ص ١٩٣.

٥- سورة النساء : الآية(٣).

مما تقدم يتبين أن الحكم البديل شيء؛ لأنه هو حكم مستمر مع استمرار الظرف الطارئ على المكلف ، والاستثناء شيء آخر؛ لأنه استقطاع حصة من عموم الحكم الأصلي بسبب خصوصيات في هذه الحصص المقتطعة. وهذا ليس من باب ما تم التطرق له من أوجه تشابه بينهما، وإنما من باب أن الحكم البديل يكون أوسع شمولاً والمطلق يسري على إطلاقه مما يعني يمكن التوسع به ويمكن أن يكون اجتهادياً، كما يكون منصوصاً عليه أو غير منصوص عليه. أما بالنسبة إلى الاستثناء غرضه الأساسي التخصيص، كما لا يكون إلا بنص ولا يمكن التوسع به؛ لأنه استقطاع حصة من عموم الحكم الأصلي.

المطلب الرابع

تمييز الحكم البديل عن الحكم المعلق

تحكم مسائل الاحوال الشخصية مجموعة من الاحكام التي حددها المشرع ونظمها، وهي أحكام عديدة منها احكام تُبنى على عقد الزواج وهذا الاخير ينعقد بإيجاب وقبول الذي يشترط فيهما أن لا تكون صيغتهما معلقة على شرط مضاف الى المستقبل، ولا معلقة على شرط غير موجود وقت العقد، لذلك نجد نص المشرع العراقي على " أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة"^(١)، يتبين من خلال هذا النص أن تعليق أحكام العقد لا يجوز، وكذلك لا يجوز اضافة الى زمن المستقبل، ومن هذه الاحكام أحكام الصيغة التي يجب أن تأتي بصورة منجزة، وهذه الصيغة قد تأتي منجزة ولكن قد تقترن بشرط يشترطه أحد المتعاقدين لتحقيق مصلحة له، فالعقد هنا ينعقد أما الشرط المقترن يكون متوقفاً على كونه من الشروط التي يصح اقترانها بالعقد أو لا يصح اقترانها بالعقد، ففي الحالتين يكون العقد منعقداً، فإذا كان الشرط صحيحاً يكون العقد صحيح والشرط معه، و إذا كان الشرط غير صحيح صح العقد ويلغى الشرط^(٢).

١- ينظر : نص المادة(٦/هـ) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٢- أحمد الغندور، الاحوال الشخصية في التشريع الإسلامي (مع بيان قانون الاحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويتي)، طبعه جديدة، مكتبة الفلاح، الإحساء، الكويت، ٢٠١٠م، ص٥٥.

كما لا بد من بيان بأنه لم يتم ذكر الضوابط للتمييز بين الشرط المشروع والشرط غير المشروع من قبل المشرع العراقي والاماراتي والاردني، ومعنى ذلك أنه أحال القاضي بهذا الصدد الى الفقه الاسلامي ولذى الرجوع الى الفقه نجد ان الفقهاء ذهبوا الى ثلاثة اتجاهات وهي كالاتي:

*اتجاه مضيق/ يرى ان الاصل في استحداث الشروط هو الخطر وبناءً على ذلك لا يجوز إلا الشروط التي ورد بها دليل من نص أو إجماع، هذا ما ذهب اليه المذهب الظاهري.

يتبين مما تقدم وقبل البدء لإزالة اللبس بين حكمين يكون كل منهما لا يكون بدايةً أو أولاً وبالذات، لا بد من تعريف الحكم المعلق ومن خلال الاطلاع على المصادر والمراجع، يلاحظ بأنه لا يوجد تعريف للحكم المعلق كمصطلح متكامل، لكن من جانبنا نرى أن تعريف هذا الحكم المعلق يتطلب تحليل هذا التعريف الى جزئيتين، وهو الحكم اصطلاحاً أولاً، والمعلق اصطلاحاً ثانياً، من اجل التوصل الى تعريف جامع مانع للحكم المعلق^(١)، وكما يأتي :

* اتجاه موسع/ يرى أن الأصل في استحداث الشروط هو الاباحة وبناءً على ذلك لا يمنعون إلا الشروط التي تتعارض من نص صريح أو مع إجماع، وهذا ما ذهب اليه الحنابلة

* اتجاه معتدل/ وهذا الاتجاه أقره جمهور الفقهاء من الامامية والشافعية والمالكية وفي مقدمتهم الحنفية وهو ما أخذ به المشرع العراقي والاردني والاماراتي، ويعتبر هذا الاتجاه صحيحاً إذا دخل الشرط ضمن المعايير التالية:

١- إذا كان ملائماً لمقتضى العقد، مثل أن تشترط الزوجة على زوجها أن يحسن معاملتها، أو ينفق عليها، أو يهيئ لها مسكناً يليق بأمثالها في حدود إمكانيته المالية.

٢- إذا كان مؤكداً لمقتضى العقد، كأن تشترط الزوجة كفالة والد زوجها لمهرها أو نفقتها.

٣- إذا كان من الشروط التي جاء الدليل الشرعي على جوازها، كأن يشترط الزوج أن يطلق زوجته متى شاء، أو تشترط الزوجة أن يكون الطلاق بيدها.

٤- إذا كان من الشروط التي جاء بها عرف صحيح، كأن تشترط الزوجة تعجيل كل المهر أو نصفه تبعاً لعرف البلد الذي عقد عليها فيه.

فهذه الشروط صحيحة يجب الايفاء بها لأنها تدخل ضمن المعايير اعلاه، أما اذا كان مخالفاً للمعايير اعلاه كأن يشترط الزوج ألا ينفق على زوجته يبطل الشرط والعقد صحيح وذلك عند البعض عند البعض الاخر يبطل الشرط والعقد عند عدم دخول الشرط في المعايير اعلاه. ينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٦٧ وما بعدها.

١- يرى البحث انه لا توجد حاجة الى تعريف كل من الحكم كمصطلح مستقل والمعلق كمصطلح اخر مستقل أيضاً في اللغة، وانما نكتفي فقط بتعريف كل منهما اصطلاحاً، وذلك منعاً للتكرار .

كما يجدر بنا القول بأن المعلق هنا عند تعريفه ليس هو بحسب ما معروف من صدور حكم معلق على الاستكتاب والنكول عند اليمين عند الاعتراض، وفقاً لما ينص عليه قانون المرافعات، مما نعني هنا هو الجانب الموضوعي وليس الاجرائي؛ لأن الجانب الاجرائي نص عليه المشرع لاعتبارات تتعلق بحسن سير مرفق القضاء ومنع تراكم الدعاوي أمام المحاكم بما يؤدي الى عرقلة سير العدالة. ينظر: اجياد ثامر الدليمي، ابطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢م، ص ٢١٧. وينظر: نص المادة (٤١) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

تعريف الحكم اصطلاحاً هو : إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه . كما يعرف الحكم من الجانب الشرعي بأنه هو : خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث إنه مكلف به^(١).

تعريف المعلق اصطلاحاً هو : (ابطال عملها لفظاً لا محلاً)^(٢)، كما يعرف المعلق أو التعليق بأنه : (هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، فاحدهما تسمى (الشرط)، والثانية تسمى (الجزاء)^(٣)، كما يعرف بنفسه، الا انه يسمى (يميناً)، والتعليق بالطلاق : إذا علقه بشرط كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق^(٤). كما يعرف المعلق بأنه : (هو ما علق وربط بشيء، والمعلق من الطلاق : ما أضيف وقوعه إلى شرط^(٥) .

يلاحظ من خلال ما تقدم من تعريفات أن التعليق يتوقف على شروط؛ منها أن يكون على امر محقق انجازاً، كقوله (أنت طالق إذا كانت السماء فوقنا)، ولا يكون على مستحيل وباطل؛ لأنه لا يقع، كقوله (إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق)، كما يتطلب وجود رابط إذا كان الجزاء مؤخرأً، وإلا ينتجز الطلاق، كقوله (إن دخلت الدار أنت طالق)، كما لا بد من عدم وجود فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء، كقوله (يا زانية أنت طالق إن دخلت الدار)^(٦)، وكذلك أن يكون في الامور التي يجوز التعليق فيها شرعاً؛ لأنه لا يجوز التعليق على شرط غير مشروع، فالتعليق فاسد، كقوله : لو قال شخص لآخر إذا هبت الريح فأنت وكيلي ببيع سيارتي، فلا يصح التعليق في مثل هذه الحالة^(٧).

١- محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، مذكرة اصول الفقه على روضة الناظر، ط١، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦ هـ، ص٦.

٢- ابي محمد عبدالله جمال الدين بن هشام الانصاري، قطر الندى ويل الصدى، ط١١، المكتبة التجارية الكبرى بأول شارع محمد علي، مصر، ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م، ص١٧٦.

٣- زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بان نجيم، الاشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ص٣١٧-٣١٨. وينظر: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا أو المولى - خسرو (المتوفي: ٨٨٥ هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص٧٢.

٤- محمد عميم الاحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص٥٩.

٥- محمد عميم الاحسان، التعريفات الفقهية، المصدر نفسه، ص٢١١.

٦- ابن نجيم، الاشباه والنظائر، المصدر السابق، ص٣١٨.

٧- محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا، المصدر السابق، ص٧٣.

بناءً على ما تقدم يمكن لنا ان نضع تعريفاً للحكم المعلق بأنه (الحكم الذي علق تنجيذه أو فعليته على شرط تكويني شرعه أو اشترطه الشارع المقدس ولا يكون منجزاً وفاعل مالم يتحقق شرطه، كاشتراط الخروج من العدة عند رؤية الطهر الثالث).

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي، ماهي صفات الشرط الذي يتعلق عليه الحكم المعلق ويؤدي الى تحقق فاعليته أو نتيجته الحيثية؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأنه يمكن أن توجد له ثلاثة صفات تستشف من هذا التعريف الموضوع وهي كالآتي :

- ١- إن يكون هذا الشرط قيداً عقلياً أو عرفياً.
- ٢- إن لا يكون هذا الشرط مستنكراً من الشارع المقدس، مثلاً اشتراط الزواج في العدة من المطلقة طلاق رجعي؛ لهذا لا يكون الحكم المعلق معلقاً على شرط فاسد يستنكره الشارع.
- ٣- كما لا يتعلق الحكم في تنجيذه على شرط لا يكون قيداً في الحكم (جزء) عقلياً أو عرفياً، مثلاً الايجاب والقبول في عقد الزواج بان يكون الايجاب من المرأة والقبول من الرجل عرفاً وعقلاً.

مما تقدم يمكن لنا القول بأن الحكم البديل من الاحكام المعتبرة لدى الفقهاء المسلمين وعلى وجه الخصوص في مسائل الاحوال الشخصية، بينما الحكم المعلق لا يمكن الاعتداد به في مسائل الاحوال الشخصية؛ لأنه غير معتبر لدى اغلب الفقهاء المسلمين، كما أن التعليق يتنافى مع شروط انعقاد الزواج؛ لأن الاخير من التمليكات التي لا تقبل التعليق.

لذا فإن ما يقتضي الامر في هذا المجال هو أن نميز بين الحكم البديل والحكم المعلق، لأن بينهما أوجه متشابهة وأوجه مختلفة، ونبينها كما يأتي :

اولاً - أوجه التشابه بينهما وهي على الوجه الآتي :

- ١- كلاهما لا يكون بدايةً أو أولاً وبالذات، لأن الحكم البديل يأتي بالمرتبة الثانية في حال غياب الحكم الأصلي مع بقاء موضوعه، وبسبب الظرف الطارئ يأتي بجميع اثار الحكم المبدل منه تبعاً لهذه الظروف، أما الحكم المعلق هو الحكم الذي علق تنجيذه على تحقق شرطه.
- ٢- كلاهما يكون له دوره وفاعليته في مسائل الاحوال الشخصية، وهذه الفاعلية لا تتحقق إذا كان كل منهما مستنكراً شرعاً. فمثلاً على الحكم البديل لا يمكن ان يكون زواج التحليل بديلاً عن الزواج الشرعي، لأن مثل هكذا زواج تكون مخالفة لما تنص عليه الشريعة. أما بالنسبة الى الحكم



المعلق فمثلاً يقول رجل لامرأة : تزوجتك إذا حصلت على وظيفة، فقالت قبلت وهنا لا ينعقد العقد؛ لأنه معلق على شرط يكون مستنكراً شرعاً، لأن الإيجاب من المرأة والقبول من الرجل^(١).

ثانياً – أوجه الاختلاف بينهما وهي على الوجه الآتي :

١- الحكم البديل من الاحكام المعتمدة لدى الفقهاء؛ لأنه لا يؤدي الى تعليق احكام الزواج الذي يعد من التمليكات التي لا تقبل التعليق والاضافة الى المستقبل، فمثلاً الإيجاب بالتعبير اللفظي يمكن أن يكون نائباً عنه بالتعبير الكتابي. هذا بخلاف الحكم المعلق الذي ليس معتبراً عند اغلب الفقهاء، لأن تعليق الحكم بالشرط يدل بالمنطوق على ثبوت الحكم عند ثبوت الشرط، ويدل بالمفهوم على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وهذا مذهب جمهور الفقهاء^(٢).

٢- الحكم البديل يتوقف العمل به على عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي، مثلاً عدم وجود شهود الاصل فيكون بديلاً عن ذلك لقدرة المكلف على احضارهم شهود الفرع. هذا بخلاف الحكم المعلق الذي يكون تنجيزه معلق على شرط وليس حكم يسبقه؛ لأن هذا الحكم معلق على شرط مضاف الى المستقبل حسب رأي الجمهور من الفقهاء الذين ذهبوا الى وقوعه اذا وقع الشرط الذي اخذ به المطلق على نفسه، مثلاً الطلاق علق وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط مثل (إن) و(إذا) و(متى) كأن يقول الزوج لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق^(٣).

٣- الحكم البديل يكون عندما يكون مسبقاً بحكم أصلي، حتى يكون بديلاً عنه؛ لأنه لا يمكن أن يكون بديلاً مالم يكون مبدلاً عنه، فمثلاً على ذلك البر باليمين لا يمكن ان يكون بديلاً؛ لأنه لم يكن مسبقاً بحكم مشروع، لكي يكون البر باليمين بديلاً، لذا فإن البديل عن البر باليمين هو الكفارة؛ لأنها

١- فاروق عبدالله كريم، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٥٢. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص ٢٥.

٢- منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن احمد المروزي السمعاني أبو المظفر، قواطع الأدلة في الاصول، ج ١، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٩ م، ص ٢٥١.

٣- هذا موقف الجمهور من الفقهاء الذي ذهبوا الى وقوع الطلاق؛ لأنه حنث باليمين، ويلاحظ بخصوص موقف الامامية والظاهرية بان الطلاق المعلق لا يقع ولا تجب عنه الكفارة؛ لأنه ليس حنث باليمين وذلك لأن اليمين فقط بالله سبحانه وتعالى، بينما ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ذهبوا الى عدم وقوع الطلاق لكن تجب الكفارة عنه. ينظر : مصطفى ابراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق بين شريعة السماء وقانون الارض منذ أربعة آلاف سنة، ج ١، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤ م، ص ٣٠٣.

أما بالنسبة لموقف التشريعي يلاحظ أن المشرع العراقي أخذ برأي الامامية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم، حيث اشار الى ذلك من خلال نص المادة(٣٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نصت على انه (لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين).

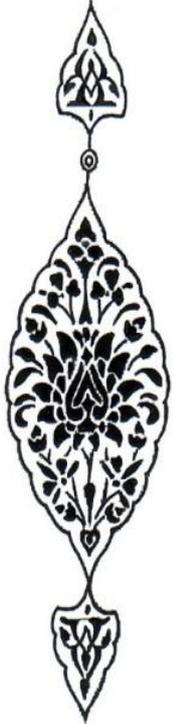
مسبوقة بحكم مشروع. وهذا بخلاف الحكم المعلق الذي يكون عندما يكون شرطه من الشروط المعلقة للحكم وليس المقترنة؛ لأن مسائل الاحوال الشخصية لا تقبل التعليق على شرط. مما تقدم يتبين أن تمييز الحكم البديل عن الأوضاع الآخر التي تتداخل معه، هي من اجل منح هذا الحكم استقلالية يتميز بها عن كل وضع يتداخل معه، لأن الحكم البديل وان كان له دور في مجالات عدة من غير مجال مسائل الاحوال الشخصية، والتي يكون فيها الحكم البديل نائباً للحكم الأصلي وليس متقابلاً له كما في المعاوزات وحسب ما تم بيانه مسبقاً، كذلك توجد أوضاع أخرى لم نتطرق لها كما في الحيلة؛ لأنها لا تفرق عن الضرورة ، والعلاقة متباينة بينها وبين الحكم البديل مما يعني عدم وجود اتفاق بينهما، وبما أنه لا اتفاق بينهما، إذن فهما يفترقان؛ لأن الحيلة وسيلة تؤدي الى الحكم غير معين، قد يكون حكماً أصلياً، وقد يكون الحكم بديلاً، وهذا الحكم البديل قد يكون نتيجة وحكماً لهذه الوسيلة، كما قد تكون وسيلة للرخصة، مما يعني أنها ليست وسيلة خاصة؛ لأنه عند استعمال البديل يكون أولى من استعمال الحيلة، لأن البديل لا خلاف عليه عند الاستعمال، وهذا بخلاف الحيلة التي يتحقق فيها الخلاف عند استعمالها. ويلاحظ أن وضعاً آخر قد يتداخل مع الحكم البديل وهو مراعاة الخلاف الذي يتشابه مع الحكم البديل في اوجهه ويختلف معه في اوجهه، فإن جوهر التمييز بينهما، وهذا ما نقول على اثره بأن الحكم البديل مستقلاً وله خصوصيته أن هذا الاخير يكون موازياً للحكم الاصلي ويؤدي الدور نفسه عند تطبيقه في ظرف غير عادي⁽¹⁾.

١- تم الاشارة إلى ذلك في هامش موضوع التمييز بين الحكم البديل والنسخ، للمزيد مراجعة موضوع التمييز بينهما.

الفصل الثاني

مقومات الحكم البديل

وبيان منزلته



الفصل الثاني

مقومات الحكم البديل وبيان منزلته

لتحديد مقومات الأحكام البديلة ومنزلتها يمكن أن يكون من خلال الوصف الفقهي و القانوني لما للأحكام البديلة من دور، ومن ذلك يتبين ظاهر التمثيل للحكم البديل في نصوص التشريعات التي تكون على قسمين رئيسيين، وهما النص وعدم النص، ومن الأسس التي تعد مقوماً لهذا الحكم هي رتبة هذا الحكم، والتي من خلالها ننتهي الى أنواع الحكم الشرعي، ذلك كله وفقاً لسياق يجعل المقصود منه تتبعاً الى تكامل ماهية هذا الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم التوصل الى ما يحدثه هذا الحكم من آثار، تبين أبعاده عند العمل به من قبل القاضي، ونقل المكلف اليه عند عدم القدرة على حكم أصلي يسبقه، أو يكون عمله وتطبيقه على الواقعة المنظورة من قبل القضاء في ظرف طارئ يتعلق بالمكلف، لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين، في المبحث الأول سنبين فيه وصف الحكم البديل، وسنكرس المبحث الثاني إلى مغان الحكم البديل وموضعه.

المبحث الأول

وصف الحكم البديل

نذهب في هذا المجال أن الحكم البديل هو غير الحكم الأصلي، وإذا كان الحكم الأصلي على الواقعة هو الحل الذي لا يتلاءم مع ظروف الزوجين، فإن الحكم البديل على الواقعة ذاتها هو الحل الذي يتلاءم، ويكون مغنياً عند التطبيق على الواقعة، ويؤدي العمل به الى ترك العمل بالحكم الأصلي دون الغائه سواء كان الغاء مؤقتاً كما في الرخصة، أو الغاء دائماً كما في النسخ، ليتحدد وصف الحكم البديل، إن يتم بيان المنشأ له وتكييفه سواء على المستوى الفقهي أم القانوني وكل حسب أطاره الخاص، وصولاً إلى أن هذا الحكم البديل لم يكن على قسم واحد حسب نصوص قوانين الأحوال الشخصية بل له تمثيل، لذا سنقسم هذا المبحث على أربعة مطالب، في المطلب الأول نبين منشأ الحكم البديل، ونضع المطلب الثاني الى التكييف الفقهي للحكم البديل، ونخصص المطلب الثالث الى التكييف القانوني للحكم البديل، ونكرس المطلب الرابع الى تمثيل الحكم البديل.

المطلب الأول

منشأ الحكم البديل

إن أصل الحكم البديل (الثانوي) هنا ليس منشأً تاريخي^(١)، وإنما أصله هو الوفاق الذي يحمله الحكم البديل الذي يكون فيه بديلاً عن الحكم الأصلي، ويجري على موضوع ما في ظرف غير طبيعي؛ لأن تكيف الحكم البديل لا يتم إلا إذا وجد هذا الحكم، ليحل محل الحكم الأصلي الذي ينفيه الضرر؛ وهو الحكم الثابت للفعل بعنوانه الأولي قبل حصول عنوان الضرر لا الحكم المترتب على نفس عنوان الضرر، فالضرر يرفع الحكم الثابت بعنوانه الأولي (الأصلي)؛ لأنه يتم نفيها بنفي الضرر الذي يتقدمها، ونفي الضرر من عناوين الأحكام الثانوية (البديلة)، لذا فإن النسبة بين هذه الأحكام (قوله) ومن هنا لا يلاحظ النسبة بين أدلة نفيه وأدلة الأحكام وتقدم أدلته على أدلتها مع أنها عموم من وجه حيث أنه يوفق بينهما عرفاً...^(٢).

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي ما هو دور القاعدة الأصولية (لا ضرر ولا ضرار) في منشأ الحكم البديل؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأن أصل هذه القاعدة هو حديث الرسول (صل الله عليه واله وسلم)، قاله عندما كان سمرة بن جندب يدخل على بيت الانصاري ليتفحص نخلته وهذا يتسبب في هتك بيت الانصاري حيث يدخل بلا إذن مما شكاه الى الرسول (صل الله عليه واله وسلم) فعرض عليه الرسول نخله في الجنة ثم بيتاً في الجنة ثم عرض عليه بستان في مكان آخر فأبى جندب إلا المرور في بيت الانصاري بدون أذنه ليتفحص نخلته، فأمر رسول الله بقلع النخلة ورميها بوجه جندب وقال (لا ضرر ولا ضرار)^(٣).

١- المقصود من منشأ الحكم البديل التاريخي؛ هو أول من تحدث عن الحكم البديل الثانوي الشيخ محمد تقي الإصفهاني، حيث قال إن كان المجتهد مخطئاً، يعتبر حكمه لنفسه ولمقلديه تكليفاً ثانوياً، لكن ما تقدم لا يكون عن الحكم البديل الثانوي بالمعنى الراجح بل عن الحكم الظاهري، والذي عبر عن الأحكام الأصلية والبديلة ب(التكاليف الأصلية والعرضية). ينظر: محمد تقي الرازي النجفي الإصفهاني، هداية المسترشدين في شرح أصول معالم الدين، ج ٣، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدسة، إيران، ١٤٢٠هـ، ص ٧٢٧. وينظر: علي أكبر الكلانتری، حكم ثانوي در تشريع إسلامي، ط ٢، مؤسسة بوستان كتاب، قم المقدسة، إيران، ١٣٨٨هـ، ص ٢٨-٢٩.

٢- السيد مرتضى الحسيني اليزدي الفيروز ابادي، عناية الاصول في شرح كفاية الاصول، ط ٢، فيروز ابادي، قم المشرفة، إيران، ١٣٩٥هـ، ص ٣١٦ وما بعدها.

٣- الشيخ مرتضى بن محمد أمين الأنصاري، فرائد الاصول، ج ٢، ط ١، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، إيران، ١٤١٩هـ، ص ٤٥٦ وما بعدها.



يلاحظ أن من مقاصد هذه القاعدة نفي تحقق الضرر في حق المكلف من ناحية التشريع والأحكام، فكل حكم يكون ثبوته مستلزماً للضرر يكون منفيًا، فقاعدة نفي الضرر توجب منع الضرر مطلقاً، فتشمل دفعه قبل وقوعه، ورفع بعد وقوعه؛ لأنه ليس في أحكام الشريعة الإسلامية ما يوجب الضرر سواء كان حكماً تكليفاً أو وضعياً^(١).

لذا يتبين بان رفع الحكم الذي ينشأ منه الضرر (لا ضرر)، سواء كان حكماً تكليفاً أو حكماً وضعياً، والحكم الوضعي أولى بشمول لا ضرر له؛ لأن الحكم التكليفي بمحض جعله وتشريعه لا يكون موجباً لوقوع الضرر في الخارج، بل الضرر يقع في مرحلة الامتثال للحكم، فيتوسط بينه وبين وقوع الضرر إرادة المكلف واختياره^(٢).

كما يلاحظ أن تفسير هذه القاعدة الشرعية يكون مما يمكن أن نمثله بأقوال الفقهاء على ثلاثة أقوال وكالاتي:

القول الاول - إنه ليس هناك حكم شرعي يرجع بالضرر على الشخص (لا ضرر)، وليس هناك حكم شرعي يرجع على النوع (لا ضرار).

القول الثاني - إنه ليس منشأ الأحكام الشرعية بمعنى لا يكون الحكم الشرعي سبباً أو مسبباً للضرر الشخصي أو الضرر النوعي.

القول الثالث - يناقش الفقهاء أن هذه القاعدة مرة تنفي الضرر ومرة تثبت عدم الضرر.

بناءً على ما تقدم يرى الباحث أن ترك الحكم البديل سوف يكون المكلف هو المختار الى الحاق الضرر بنفسه تكليفاً ووضعاً، وهذا يكون على النحو الاتي:

١- تكليفاً؛ لأنه أثم عند ترك ما أمر به الشارع المقدس.

٢- ووضعاً؛ لأنه أختار افساد عمله بنفسه.

مما تقدم يبرز التساؤل الاتي، هل المراد من نفي الضرر هو الضرر الشخصي أو النوعي وهل الحال نفسه في قاعدة نفي الحرج؟ للإجابة عن ذلك لنا القول أولاً؛ بأن المراد من الضرر هو الضرر الشخصي وليس النوعي؛ لأن الحكم يرفع في كل مورد نشأ منه الضرر، أما إذا لم ينشأ منه

١- عباس كاشف الغطاء، المنتخب من القواعد الفقهية، ط٢، منشورات مؤسسة كاشف الغطاء العامة، النجف الأشرف، العراق، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ٥١.

٢- السيد محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج ١، المصدر السابق، ص ٢١٤.

الضرر فلا معنى لرفعه، كما أن الامر في قاعدة لا حرج فالحكم مرفوع فيها بلحاظ الحرج الشخصي دون النوعي، ولكليهما نفس المساق من هذه الجهة^(١).

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للحكم البديل

التكييف الفقهي هو طريق الوصول الى حكم الواقعة، كما أنه المدخل الصحيح الذي يتم من خلاله استجلاء الحكم الشرعي فيها؛ لأنه كل واقعة لا تخلو من الحكم^(٢)، كما أن التكييف يعد ضرورياً لبيان الأحكام التي تكون للقضايا المستجدة، كما أنه يعتبر دليلاً على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، لذا يلاحظ إن طريقة الشرع جعلت للأحكام نوعين هما : الأحكام الواقعية، وهي الأحكام المجعولة لحالة القدرة عليها أي بمعنى الاختيار والسلامة، وكذلك تعد أحكاماً أصلية^(٣). مثل الزواج العادي الذي ينعقد بمجلس العقد. والأحكام الاضطرارية، وهي الأحكام المجعولة لحالة العذر والاضطرار^(٤). مثل الزواج الالكتروني كبديل عن الزواج العادي لسبب عدم قدرة الزوجين على عقد الزواج بمجلس العقد من حيث الزمان والمكان.

لذا يتبين أن الحكم البديل هو حكم اضطراري مجعول كبديل عن الحكم الأصلي، وهذا هو التكييف الفقهي للحكم البديل بانه (حكم ثانوي واضطراري مجعول لحالة عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي).

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الاتي ما مدى العودة عند زوال الظرف غير الطبيعي وهو عدم القدرة حقيقة أو حكماً على الحكم الأصلي أم يعد الحكم البديل مجزياً، أي هل يعد الحكم البديل ذو كفاية؟ للإجابة عن ذلك نقول من خلال تتبع موقف الفقه اختلفوا الفقهاء بهذا الشأن على قولين:

١- السيد محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج١، المصدر السابق، ص٢٤٢.

٢- السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، ج١، ط٢، دار الكتاب اللبناني-مكتبة المدرسة، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص١٤٨.

٣- الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه، ط١، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، شارع قلعة الإمام الحسين(عليه السلام)، كربلاء، العراق، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م، ص١٨١.

٤- الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ج٢، المصدر السابق، ص٣٠٢-٣٠٣.

فالذي قال بالأول من الفقهاء قال بعدم إجزاء الحكم البديل أو الثانوي عن الحكم الأصلي أو الأولي، والذي قال بالثاني قال بالأجزاء^(١)، السبب في ذلك هو الاختلاف فيما إذا كان الحكم البديل يحقق غرض الحكم الأصلي.

نتيجة لهذا الاختلاف يبرز تساؤل آخر مفاده، هل يمكن أن يقوم الحكم البديل مقام الحكم الأصلي أم لا يمكن؟ للإجابة نقول يبدو لنا أن الذي قال بالأول قال لا يمكن؛ لأن الحكم البديل حكم ناقص والناقص لا يجزي عن الكامل^(٢)، إلا أن عدم الأجزاء حسب هذا القول يتنافى مع سهولة الشريعة الإسلامية، وهذا لا يعد تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى { وما جعل عليكم في الدين من حرج }^(٣).

والقول بالثاني الذي ذهب إليه الأكثر هو الأجزاء^(٤)، والسبب في ذلك يعود إلى إن الحكم البديل جعله الشرع وقاية ومعالجة لحالة الاضطرار عند المكلفين التي قد تضطرهم إلى ترك الحكم الأصلي، وهذا تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى { يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر }^(٥).

يتضح مما تقدم يتبين أن الحكم البديل حسب هذا التكييف بأنه حكم اضطراري وثانوي يكون بعد الحكم الأصلي ومجزي عنه ، كما يتبين أن العسر والحرج منفياً من الشريعة الإسلامية، لأن القول بعدم الأجزاء بالحكم البديل يتنافى مع حكمة الشريعة وروحها المتسامحة، وذلك من أجل تغليب مصلحة التسهيل والتي تتمثل بالكفاية الناقصة؛ وهي كفاية ما يفعله العبد في حالة الاضطرار عن الكامل، ومن ثم تغليبها على مصلحة العمل الكامل^(٦).

١- يبدو أن الأجزاء في اللغة : هو الكفاية، كما أنه من المعاني التي يحكم بها العقل عند امتثال العبد للأمر الشرعي. ينظر: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منطور الأنصاري الإفريقي، مج ٤، بلا طبعة، دار صادر، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م، (جزءي)، ص ١٤٦.

٢- الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه، المصدر السابق، ص ١٨٢.

٣- سورة الحج : الآية (٧٨).

٤- الشيخ مرتضى الأنصاري، مطارح الأنظار، ج ١، ط ١، مجمع الفكر الاسلامي، قم المقدسة، ايران، ١٤٥٥هـ، ص ١١٩.

٥- سورة البقرة : الآية (١٨٥).

٦- الشيخ فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه، المصدر السابق، ص ١٨٢.

المطلب الثالث

التكييف التشريعي للحكم البديل

بما أن الحكم البديل هو الحل القانوني البديل الذي ينتقل اليه القاضي عند عدم قدرة الزوجين على الحكم القانوني الأصلي، لذا فإن التكييف القانوني لهذا الحكم، قبل التطرق لذلك التكييف نقول أن مسائل الأحوال الشخصية منها نص على هذا الحكم ومنها لم ينص عليه، لذلك فإن الوصف القانوني لهذا الحكم يختلف حسب هذا الشكل المرسوم، ويلاحظ بخصوص المسائل التي تنص عليه يمكن جعل هذا التكييف بحسب عناصر القاعدة القانونية التي تتضمن عنصرين أحدهما الفرض (الواقعة القانونية)، والآخر الحكم (الحل القانوني)^(١).

وما يقتضي الإشارة بهذا الخصوص أن الحل البديل القانوني هو الحل الذي يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية؛ لأنه أيضاً توجد حلولاً بديلة تتعلق بمسائل العقوبات والمسائل المدنية، لذا فإن المقصود من الحكم البديل كعنصر من عناصر القاعدة القانونية وهذا نص التشريع الذي يتضمنه سواء تشريعات متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، أو تشريعات أخرى تتعلق بمسائلها الخاصة بها، لذلك فإن الوصف القانوني للحكم البديل هو الحل البديل القانوني الذي ينص عليه المشرع لتنظيم سلوك الافراد داخل المجتمع، ويلاحظ بهذا الخصوص أنه يجب أن يكون حلاً بديلاً خلفاً للحل الأصلي وليس حلاً مقابل حل ؛ لأنه لا يمكن أن يكون هذا الحل كبديل مقابل وهو كما في المعاوزات وبالتالي يخالف شروط الحكم البديل وفي حالة المخالفة فإن هذا الحكم يخرج عن موضوع بحثنا.

لابد من التنويه بأن فقهاء القانون متفقون على أن عناصر القاعدة القانونية هما عنصر (الفرض) و(الحكم)، كما أنهم يعدوا العنصر الثاني الأخير هو جوهر القاعدة القانونية والأكثر من ذلك يعدونه هو القاعدة القانونية ذاتها؛ لأنه الحل أو الحكم كعنصر من عناصرها الجوهرية وليس الفرضية، فهو الذي يعطي القاعدة القانونية ميزتها الحقيقية. لذا فإن الفرضية لا تحدد وضعاً أو حالة أو قانع، لأن الفرضية ليست بقاعدة سلوك وإنما هي وصف لوقائع يشترط وجودها لتطبيق الحكم، كما يلاحظ بأن الحكم هو الأمر المشروط وليس معلقاً على شرط، فإن الأمر الذي يتضمنه حكم القاعدة القانونية سيكون مطلقاً أو قاطعاً، فالفرضية (الواقعة) وهي الشرط لتطبيق حكم القاعدة

١- منذر إبراهيم أحمد الشاوي، فلسفة القانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م،

القانونية لا تعني ان الأمر الذي يتضمنه الحكم سيكون (شرطياً) أي غير قاطع أو مطلق، فالأمر القانوني دائماً قاطع أو مطلق ولا يكون غير ذلك وكذلك^(١).

ومن هذا السياق المتقدم يبرز التساؤل الآتي هل يعد الحكم البديل قاعدة قانونية بديلة، لأن الحكم وبحسب المفهوم العام يعد جوهر القاعدة القانونية أو هو القاعدة القانونية ذاتها؟

للإجابة عن ذلك لنا القول بأن القاعدة القانونية البديلة^(٢)، وعلى الرغم من محاولات تفسيرها، إلا أن هذه القاعدة تتضمن حكماً وهو أمر للأفراد وامر للقضاء يوجه اليهما سوية، كما تتضمن أمراً فيه الخيار للأطراف بان لهم استعمال اجازة نص عليها القانون، فالمسألة، إذن، مسألة تنظيمية ارادها المشرع ولا تتعلق بطبيعة أو بنية القاعدة القانونية. ومن ذلك نرى جانب يتفق مع تكييف الحكم البديل وهذا فيما تضمنته القاعدة البديلة من أمر موجه للأفراد والقضاء، أما فيما تضمنته من وضع خيار للأطراف فإنه لا يتفق مع تكييف الحكم البديل، لأن الحكم البديل ليس فيه تخيير للأشخاص في شأنه.

يتبين مما تقدم ان تكييف الحكم البديل في حالة النص عليه هو الحل الاضطراري القانوني الذي ينطبق عليه شروط وضوابط الحكم البديل، لمواجهة ظرف غير طبيعي. أما بالنسبة إلى حالة عدم النص على الحكم البديل، فإن تكييفه يكون متفق تماماً مع التكييف الفقهي لهذا الحكم وحسب ما تقدم ذكره سابقاً، لذلك يكون وصفه هو الحل الاضطراري الذي يكون لمواجهة الظرف غير الطبيعي وهو عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي، وعليه يتم الانتقال إلى الحكم البديل، مما يلاحظ ان المراد من هذا المفاد وان كان على مستوى النص على الحكم او عدم النص عليه؛ إلا انه ليس خلطاً بين المصدر الذي يرجع اليه لأخذ الحكم، والآخر الذي يرجع اليه لتشخيص الموضوع؛

١- منذر إبراهيم أحمد الشاوي، فلسفة القانون، المصدر نفسه، ص ١٤٥-١٤٦.

٢- القاعدة القانونية البديلة : هي القاعد التي لا تطبق الا اذا لم يتفق اطراف العلاقة على استبعادها أو استبعاد حكمها. كما لا بد لنا أن نبين هنا أن الأصل كل اتفاق هو قانون الطرفين التعاقدين وان القواعد القانونية البديلة لا تطبق إلا اذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فاذا لم تظهر ارادة اطراف العلاقة في الاتفاق طبق النص القانوني، بمعنى لن هذا النص أو القاعدة سيحل محل ارادة الاطراف اي هي " بديلة " لها، ولذلك فان تسمية " القاعدة البديلة "، جاء لسبب أن الامر الذي تتضمنه القاعدة القانونية يتوقف على نوع القاعدة حيث يظهر لأول وهلة انها لا تتضمن امراً بذاتها، ومن ذلك فان القول بتسميتها القاعدة المكملة هو تسمية غير دقيقة، وإنما تسميتها بالبديلة هو الافضل. كما لا بد من الإشارة فإنها قاعدة تتضمن أمراً سواء كانت قاعدة أصلية أو قاعدة بديلة، لأن كلاهما يعد التعبير الأمر لإرادة المشرع، لأنه هو الذي يقرر ويأمر ولا يمكن ان تتضمن بنية القاعدة القانونية البديلة غير ذلك، فالقاعدة تبقى والقاعدة تأمر. ينظر: منذر ابراهيم احمد الشاوي، فلسفة القانون، المصدر السابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

لأنه يتوقف عليه وفقاً لطبيعة العلاقة بين الحكم وموضوعه، وعليه من المستحيل اخذ العلم بالحكم المجعول في موضوعه لا اخذ العلم بالجعل في موضوع الحكم المجعول فيه^(١). لذا يكون الحكم في الوصف يستند إلى نصوص الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء المعتمدة بشكل مباشر، أما الحكم البديل في الوصف القانوني فيستند إلى القواعد القانونية المدونة في القانون الذي يتم العمل به، والذي يكون أيضاً مصدره نصوص الشريعة الإسلامية، لهذا فإن وصفه الفقهي والقانوني على الحد سواء هو (حكم اضطراري واقعي)؛ لأن موضوع الحكم هو مطلق الاضطرار، كما انه يكون مجال للأجزاء ومحقق للغرض والمصلحة^(٢).

مما تقدم تظهر نتيجة يمكن من خلالها الربط بين الوصفين الفقهي والقانوني للحكم البديل، وهي اشتراك الوصفين بان الحكم البديل عندما يكون له دوراً وظيفي؛ فإنه يكون حكم الظروف التي تكون مختلفة عن ظروف الأحكام التي تكون بالظرف الطبيعي، لذا هو (حكم كفاية لا اضطرار المكلف)، وهذا فقط من الجمع بينهما لا غير.

١- السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، ج٢، ط٢، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ص ١٦.

كما لا بد من بيان إن تعذر الحكم الاصيلي على المكلف فأمر بالميسور الحكم الاضطراري؛ لأن الحكم الاضطراري يجزي عن الحكم الاصيلي، ويكون الحكم الاضطراري مصداقاً للحكم الاصيلي؛ لذا يكون تارة مقيداً باستمرار العذر. وتارة أخرى يكون ثابتاً بمجرد عدم التمكن.

ومما تقدم نبدأ بالحالة الثانية فنقول: اذا كان الاضطرار ثابتاً بمجرد عدم تمكن المكلف، هنا يتبادر التساؤل الاتي تعييناً أو تخييراً، فإن كان تخييراً يجزي، لوجود عدل وبديل يخير المكلف بهما، والتخيير هنا هو اذا لم يقدر على الاول يأتي بالبديل لعدم التمكن. أما ان كان تعييناً فإنه لا يجزي؛ لأنه يكون بإمكانه كما لا يوجد بديل وانما فقط عدل.

أما الحالة الاولى وهي إذا كان الحكم الاضطراري مقيداً باستمرار العذر، فإن الوفاء بالبديل يكون بتمام مصلحة المبدل منه أو أنه يكون في مقام بيان تمام ما يجب ابتداءً وانتهاءً. ينظر: السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، المصدر نفسه، ص ٢٣٣ وما بعدها.

٢- الشيخ آغا ضياء الدين العراقي، نهاية الأفكار " في مباحث الالفاظ"، ج ١-٢، بلا طبعه، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المشرفة، إيران، ص ٢٢٧-٢٢٨.

كما يبدو أن الحكم الاضطراري، هو حكم واقعي ولا يوجد في حالة الاضطرار حكم اخر غير الحكم الاضطراري، بل الثابت هو الحكم الاضطراري فقط، لأنه لا يحتاج دليل للأجزاء، وهذا بخلاف الحكم الظاهري الذي يحتاج إلى دليل للأجزاء، لأن اجزاء امثال حكم عن امثال حكم اخر يحتاج الى دليل، كما ان المكلف لم يكون مضطر من البداية. ينظر: الشيخ باقر محمد تقي الايرواني، بحث الأصول "دروس حوزوية"، الموضوع اجزاء الامر الاضطراري عن الامر الواقعي الاولي الاختياري - مبحث الأجزاء، ٣٧/٠١/١٩، للزيادة يرجى مراجعة الموقع الالكتروني الاتي: (eshia>ir) تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/١١.

المطلب الرابع

تمثيل الحكم البديل

يكون التمثيل بالحكم البديل هو من خلال النص عليه في نصوص قوانين الأحوال الشخصية، وأن سبب هذا التمثيل يرجع الى اعتبارات عدة ومختلفة، وعند متابعة هذه النصوص، نجد بعض مسائل الأحوال الشخصية نص فيها عليه، والبعض الآخر لم ينص عليه، وذلك لفلسفة المشرع بهذا الخصوص، والتي يمكن لنا القول فيها التقدير لموقف الفقه المتبع، لأن موقف الفقه بما أنه اجتهاد لذلك يكون متناغم مع الظروف للمكلفين انطلاقاً من نفي العسر والحرج من قبل الشريعة الإسلامية، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نكرس الفرع الاول إلى الحكم البديل عند النص عليه، ونكرس الفرع الثاني إلى الحكم البديل عند عدم النص عليه.

الفرع الأول

الحكم البديل عند النص عليه

المقصود من ذلك بأن الحكم البديل يكون منصوصاً عليه هنا؛ هو وجوده من حيث النص عليه بنصوص مسائل قوانين الأحوال الشخصية، والتي تدل على أن لا يكون مقترن بالحكم الأصلي؛ لأنه في حالة القدرة من قبل المكلف على الحكمين الأصلي والبديل، فيكون المكلف هنا مخيراً بينهما، ومن الأمثلة الكثير على ذلك منها من يستطيع أن يعقد زواجه باي من العبارات اللفظية أو بالكتابة أو بالإشارة، وهذا مما يتنافى مع شروط الحكم البديل التي تمنع التخيير بين المبدل والبديل^(١).

في حالة عدم الاقتران بين الحكم الأصلي والحكم البديل مما يتعين العمل بالحكم البديل؛ لأن من شروط الحكم البديل يكون المكلف ليس له القدرة على الحكم الأصلي في ظروف غير طبيعية، ومن الامثلة على ذلك عدم قدرة المكلف أن يعقد زواجه بالتعبير اللفظي عن ايجابه أو قبوله بالزواج، فإن له الانتقال الى الحكم البديل وهو الكتابة، وفي حال عدم القدرة على الحكم البديل الاول ينتقل الى الحكم البديل الثاني وحسب الترتيب المنصوص عليه، وهو الإشارة بالحكم البديل

١- ينظر: شروط الحكم البديل التي تم ذكرها سابقاً في المبحث الاول المار الذكر وذلك في الفرع الثالث من المبحث الاول من الفصل الاول من هذه الاطروحة.

الثاني، لذا تعد حالة عدم اقتران الحكم البديل مع الحكم الأصلي ما هو الا تطبيقاً لشروط وضوابط الحكم البديل الذي يجب العمل به حالة عدم الاستطاعة على الإتيان بالحكم الأصلي من قبل المكلف.

ومن الجدير بالذكر أن الحكم البديل في هذه الحالة قولياً أو فعلياً؛ لأن تصرفات المكلف قد تكون بهذه الأشكال، وتصرف المكلف القولي هو الذي يحصل بسبب التغيير بأقوال المكلف، مثلاً حالة خطبة الزوجة المعتدة من الوفاة يكون أصلاً القول بالتصريح بالخطبة، ولعدم قدرة المكلف على ذلك ينتقل الى البديل وهو القول بالتعريض^(١)، وذلك لأنها مازالت في عدتها، وهذا ما أشار اليه قوله سبحانه وتعالى : { ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم }^(٢)، يتبين من هذا القول اباحة التعريض بخطبة المتوفي عنها زوجها^(٣). أما التصرف الفعلي فإنه يكون بسبب التغيير الذي حصل بفعل المكلف، مثال على ذلك كفارة اليمين عن الظهار هي بديل للبر باليمين، والكفارة تصرف فعلي^(٤).

كما أن النص على الحكم البديل يمنع القاضي من الاجتهاد بخلاف إرادة المشرع وفلسفته من النص على حكم مسائل الاحوال الشخصية^(٥).

١- التعريض : هو أن يفهم الرجل المرأة المعتدة من وفاة بأنه يريد الزواج منها من غير التصريح أو التنصيص عليه، لذا اتفق الفقهاء على انه يجوز التعريض بخطبة المعتدة المتوفي عنها زوجها، ولكن ان يفهم مراد المعرض بالخطبة لا لايجاب. ينظر: ابي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن ابي زكريا يحيى الهذلي الحلبي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٢، ط١، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٩٦٩م، ص٢٤٤.

٢- سورة البقرة : الآية (٢٣٥).

٣- عماد الدين ابي حفص ابي الفداء اسماعيل بن الخطيب عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، ج١، ط٣، دار الاندلس، بيروت، لبنان، ١٩٨١م، ص٣٨٥.

٤- ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الاردني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٩م، ص٢٥.

٥- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الاردني، المصدر السابق، ص٢١-٢٢.

الفرع الثاني

الحكم البديل عند عدم النص عليه

إن الحكم البديل في حالة عدم النص عليه، فإن هذا القسم من الحكم البديل والذي يمكن لنا أن نعطيه تسمية (البديل الاجتهادي)^(١). كما لا بد من القول أن هذا البديل يكون منوطاً بما يستجد من الوقائع لمواكبتها، فهو يحتاج للإحالة على الفقه الإسلامي التي يتم من خلالها افراغه، مما يعني يحتاج الى الاجتهاد من خلال البحث من قبل القاضي؛ لأنه يجب أن يحكم بالقضية المعروضة عليه، والاختصاص بالحكم وفقاً للرأي الذي يكون أكثر ملاءمة لنصوص القانون، مثلاً على ذلك حالة هلاك مال له مثيل في السوق الذي يتم دفعه من قبل الخاطب إلى مخطوبته أثناء فترة الخطوبة فيجب أن يكون البديل مثلياً؛ ألا أنه في حالة عدم وجود البديل المثلي؛ لأنه لا يصلح أو يتلاءم مع حال المكلف، وظروفهم، فإنه ينتقل إلى البديل الآخر وهو دفع قيمته، وهذا يعتبر (بديلاً اجتهادياً أو فقهيّاً) للحكم الأصلي، فهو يحقق الغرض، وأن يكون مما يتلاءم مع نصوص القانون، لأن البديل هنا وبحسب اتفاق الفقهاء المسلمين يجب أن يقدم عند استهلاك المدفوع.

ومثال آخر على البديل الاجتهادي كما هو في الوقائع الحديثة للزواج من خلال التعاقد بالوسائل الحديثة، كالتعاقد عبر الانترنت وغيرها من الوسائل، كما لا بد من بيان مشروعية هذه الوسائل من خلال عرضها على قواعد الشريعة الإسلامية، وهذا من اجل تحديد مدى الملاءمة بين هذا البديل ونصوص القوانين للأحوال الشخصية.

ومن الجدير بالذكر أن البديل الاجتهادي يكون في جانب مقيد بمذهب معين، وهذا حسب الإحالة التي نص عليها المشرع في القانون، ومن جانب آخر تكون مطلقة غير مقيدة باتباع مذهب معين، وهذه الإحالة الأخيرة نص عليها المشرع العراقي وكما في ذلك (٢-١) اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون^(٢)، أما بالنسبة للإحالة المقيدة باتباع مذهب معين، نص عليها المشرع الاردني كما في ذلك (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت

١- المقصود من هذا الحكم البديل الذي لم ينص عليه وعلى الرغم من اختلاف التسميات، إلا انها تؤدي الى نتيجة واحدة وهي يتم تحديد الحكم البديل من خلال عملية الإحالة على الفقه الإسلامي، من اجل الوصول إلى هذا الحكم البديل لحاجة المكلف له بسبب عدم قدرته على الحكم الأصلي؛ لأنه لم يتم النص عليه وهذا ما سوف يتم بيانه عند البحث في آثار الموضوع.

كما يمكن تسميته (البديل المتفرع) وهو بديل يتفرع عن الشريعة او القانون الاصلي.

٢- ينظر: نص المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

المحكمة بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون^(١)، وكذلك المشرع الاماراتي نص على انه(٣-٣) إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة^(٢).

مما تقدم يتضح أن الحكم البديل في حالة عدم النص عليه من قبل المشرع وتركه للفقه الإسلامي، يجب أن يكون الأخذ به وفق الشروط والضوابط التي تعد الحكم مأخوذاً من الفقه الإسلامي بديلاً عن الحكم الأصلي الموجود بالنص اساساً؛ لأنه الحكم الأصلي ليس هو الحكم البديل الذي يكون غير موجود فنأتي بحكم محله وهو أصلي، وإنما المقصود باخذ الحكم البديل من الفقه الإسلامي هو وجود الحكم الأصلي ولعدم قدرة المكلف عليه ينتقل إلى حكم بديل غير منصوص عليه فإنه يؤخذ بديلاً من الفقه الإسلامي بشكل صريح.

المبحث الثاني

مضان الحكم البديل

نقصد بمضان الحكم البديل هنا هي المظان التي تبين موضعه في النصوص الشرعية والتشريعية حسب الشكل الذي تكون الأحكام التي تتضمنها هذه النصوص التخبير أو الاستقلال عند الأخذ بالحكم المطلوب منها، وكذلك تعني التعيد بين الأقسام التي يتكون منها الحكم الشرعي، وطبيعته التي تكون عند التشريع (الطبيعة التشريعية)، والتطبيق (الطبيعة القضائية)، وصولاً إلى الضمانات التي يحققها الحكم البديل عند الانتقال إليه؛ لأن كل ما يحققه هذا الحكم يكون له ضمانه تأخذ ابعادها على المستوى العام والخاص. لذا سنقسم هذا المبحث على أربعة مطالب، في المطلب الاول سنبين موضع الحكم البديل، وسنكرس المطلب الثاني إلى مكانة الحكم البديل بين أنواع الحكم الشرعي، وسنخصص المطلب الثالث إلى الطبيعة القانونية للحكم البديل، وسيكون المطلب الرابع إلى ضمانات الحكم البديل.

١- ينظر: نص المادة (٣٢٥) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

٢- ينظر: نص المادة (٣/٢) من قانون الاحوال الاماراتي المعدل.

المطلب الاول

موضع الحكم البديل

إن مضان الحكم البديل تتمثل بموضع الحكم البديل الذي يكون عليه في داخل النصوص الشرعية والتشريعية التي تتضمنه وكيفية ترتيبها من ناحية ترتيبه، وكذلك تتمثل مظانه بالسبب أو الأساس الذي يمكن أن نستقي منه الحكم البديل من حيث موضعه من النصوص الشرعية والتشريعية، وكذلك تمكننا مظانه من التوصل الى وضع قاعدة بناءً على القواعد ذات الصلة، لذا فإن الأمر يتطلب تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنكرس الفرع الاول إلى سياق الحكم البديل، وسنخصص الفرع الثاني إلى اساس الحكم البديل.

الفرع الأول

سياق الحكم البديل

يكون سياق الحكم البديل مختلف فيما اذا كان منصوص عليه بالنص الشرعي، وحالة النص عليه في نص تشريعي، لذا فان بيان موضع هذا الحكم يقتضي تقسيم هذا الفرع على فقرتين وكالاتي:

اولاً - موضعه في النص الشرعي : جاءت نصوص شرعية عديدة حددت موضع هذا الحكم وبقدر تعلق الأمر بالحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، لذا فمن النصوص الشرعية التي تشتمل على التخيير بين حكمين، من خلال تضمنها عبارة {أو}، فهو حرف موضوع للتخيير، حيث يكون الحكم الذي يذكر قبل حرف {أو} هو الحكم الأصلي، وما بعدها هو الحكم البديل لما قبلها، ومثالاً على ذلك قوله سبحانه وتعالى : { إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ... }^(١)، يتبين من خلال الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى ذكر حكمين الأول هو الزواج، والثاني ملك اليمين. وعند تكييفنا لجعل ملك اليمين حكم بديل عن الزواج؛ لأن الزواج ذكر ابتداءً، وملك اليمين ذكر بعده، لذا فإن المكلف مخير بين الزواج وملك اليمين، لأن الغرض هو إشباع الرغبة، وهذا يحقق المقصد الأساسي الذي يحققه الزواج، هذا لأن النص كان يدل على التخيير بين الحكمين.

أما بالنسبة للنصوص الشرعية التي تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، والتي لم تنص على التخيير، وإنما هنا ذكر عبارة (و) فيكون ذكر الحكم الأصلي ابتداءً، وما يذكر بعده، فهو الحكم

١- سورة المؤمنون : الآية (٦).

البديل الذي يعادل الحكم الأصلي بالقوة وينوب عنه خلال الظرف الطارئ، ومثالاً على ذلك قوله سبحانه وتعالى: {واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً^(١)، يتبين من خلال الآية الكريمة أن الحكم الأصلي هو الوعظ من أجل تذكيرهن بما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة وجميل العشرة لترجع للإصلاح، فإن لم يستطع الزوج تأديب زوجته بهذا الاسلوب انتقل الى الحكم البديل وهو الهجر، لعله يؤدي إلى إزالة نشوز الزوجة، والهجر ليس بالقول بل بالفعل المتمثل بالمضاجعة^(٢).

ثانياً - موضعه في النص القانوني : من خلال تتبع نصوص قوانين الاحوال الشخصية، يلاحظ أن هذه القوانين نصت على أن تكون بعض الأحكام البديلة تخييرية من خلال ورود عبارة (أو)، كما لا بد من التنويه بأن العبارة الاخيرة قد ترد بين حكم أصلي وآخر بديل عنه، والبعض الآخر من النصوص التشريعية ينص على حكم أصلي وحكم بديل يأتي في ثاني الحال بعد الحكم الأصلي من خلال النص على عبارة (و) بين الحكمين.

لذلك توجد من النصوص التشريعية التي نصت على ورود أحكام بشكل تخييري أي تتضمن عبارة (أو) بين الأحكام، فمثلاً نص المشرع العراقي على " الطلاق قسماً : ١ - رجعي : وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق ..."^(٣)، يتبين من خلال هذا النص أن المشرع العراقي جعل وقوع الرجعة بالقول أو الفعل كالتقيل أو الوطئ أو المداعبة أو اللبس بشهوة؛ لأن صدور مثل هذه الافعال من الزوج على زوجته اثناء عدتها من طلاقه لها دليل على أنه يقصد بذلك مراجعتها^(٤). لذا يلاحظ أن المشرع العراقي جعل للزوج حق اختيار القول أو الفعل لرجعة الزوجة المعتدة من طلاقه، هذا ولم يتطرق المشرع العراقي لهذه الاحكام بل أحالها بالقياس على حالة ثبوت الطلاق مما نرى تضمينها كحكم أصلي وحكم بديل. كما نص المشرع الاردني على انه (... وللزوج حق مراجعة زوجته اثناء العدة قولاً أو فعلاً)^(٥)، يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الاردني جعل المكلف بالخيار بين القول والفعل على حدٍ متساوياً، مما يعني أن

١- سورة النساء : الآية (٣٤).

٢- أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٦، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ص٢٨٣-٢٨٥.

٣- ينظر : نص المادة (٣٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

٤- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج١، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، شارع المتنبى، ٢٠١٢م، ص١٤٢.

٥- ينظر : نص المادة (٩٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

كل من القول والفعل هما حكمان أصليان، إلا أن هناك موقف للفقهاء المسلمين يميز بينهما ويجعل القول هو الحكم الأصلي والفعل حكماً بديلاً له، وهذا ما سنبينه لاحقاً.

كذلك نص المشرع الإماراتي على أنه (تقع الرجعة باللفظ أو بالكتابة ، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية...^(١)، مما يتبين أن المشرع الإماراتي لا يختلف عن المشرع الأردني من حيث نصه على منح حق الاختيار للزوج في ارجاع زوجته أثناء عدتها من طلاقه، لذلك يكون كل منهما حكماً أصلياً، لهذا فإن كل منهما يتمتع بالقوة نفسها ومن ثم يكون للمكلف حق التخيير بينهما، وكذلك لا بد من التنويه بأن التخيير ليس بالمعنى الواضح من خلال ذكر عبارة (أو) بين الحكمين، وإنما يمكن أن يكون ذلك من خلال النص على حكم بينما ينص الى الحكم الاخر الذي يمكن اختياره.

أما بخصوص حالة عدم النص على التخيير، وهي نصوص اشارت إلى أن الحكم الأصلي هو الذي يذكر ابتداءً، والحكم البديل هو الذي يكون بعده، فمثلاً نص المشرع العراقي على " اذا ترك الزوج زوجته بلا نفقه واختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضي لها بالنفقة ... ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة"^(٢)، يلاحظ من خلال ذلك أن عدم نفقة الزوج على زوجته وهو حكماً أصلياً، فإن المشرع منح الزوجة الاستدانة وهو الحكم البديل؛ لأنه لم يترك لها مالاً سواء في متناول يدها أو يد أجنبي. كما نص المشرع الأردني على " اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقه لها يحكم بها القاضي .. ويأذن للزوجة .. أن تستدين على حساب الزوج"^(٣)، يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الأردني لا يختلف عن المشرع العراقي بهذا الشأن.

يلاحظ من خلال النصوص التشريعية أن الحكم الأصلي وهو أن نفقة الزوجة على زوجها والحكم البديل هو الاستدانة، لا يكون النص على ذلك ضمن نص واحد لكي نقول بأن الحكم الاول حكم أصلي والثاني حكم بديل له، وإنما يمكن أن يكون النص على الحكم الأصلي بنص خاص وعلى الحكم البديل في نص اخر خاص به، إلا أنه يجب أن يكون كل منهما متعلق بنفس الواقعة وحسب ما تم ذكره سلفاً من شرط بخصوص هذا الجانب؛ لذلك يتضح أن النصوص الشرعية والقانونية التي تتضمن الحكم البديل بالشكل التخييري للمكلف أن يختار الحكم الذي يتناسب مع حاله، لذا يمكن القول بأن هذا يؤدي الى ضياع دور الضابط الأساسي هو(عدم القدرة) على الحكم الأصلي لأن المكلف يكون

١- ينظر : نص المادة (١٠٩) من قانون الاحوال الشخصية الإماراتي المعدل.

٢- ينظر : نص المادة (٢٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

٣- ينظر : نص المادة (٦٦) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

في هذه الحالة الانتقال الى الحكم البديل، وكذلك أيضاً لنا القول يكون الحكم الاول هو الحكم الأصلي والثاني البديل، كما أن حالة أسلوب التخيير يمكن أيضاً أن تنفي وجود حكماً بديلاً، وإنما الأحكام التي اشارت النصوص اليها هي أحكام أصلية، كذلك أن التخيير يؤدي الى جواز العدول الى الغير مع القدرة على الحكم الأصلي^(١).

أما بخصوص النصوص القانونية في حالة النص على التخيير يختلف شأنها في ذلك عن النص عليه داخل النصوص الشرعية؛ لأن النصوص القانونية تريد أن ترفع العسر والحرج الذين يتوافقاً مع الضابط الاساسي المار الذكر، كما أن ذلك على عكس النصوص الشرعية التي نصت عليهما الشريعة الإسلامية والتي يكون العسر والحرج منفيان عنها، هذا من جانب، أما من جانب عدم وجود التخيير فإن هذا يعد الأكثر مجالاً لبيان بأن الحكم الاول هو الحكم الأصلي والثاني هو الحكم البديل، لأن الحكم الأصلي ذكر ابتداءً والحكم البديل ذكر بعده أي جاء في الحال الثاني.

الفرع الثاني

أساس الحكم البديل

بعد أن تم تحديد البعض من معالم الحكم البديل، فإننا نتوصل إلى أن الأخذ بالحكم البديل يكون وفقاً لضابط جوهري يعد مرتكز الانتقال إلى هذا الحكم البديل هو (عدم القدرة) على الحكم الأصلي؛ لأنه ضابط الوهلة الاولى الذي يبتثقه سبب الانتقال من حكم غير مقدور عليه الى حكم يكون من مقدور المكلف ليواجه به ظرف مستمر الطروء.

وفي هذا السياق يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي ما هو سبب الانتقال لعدم القدرة على الحكم الأصلي الى الحكم البديل؟ للإجابة لنا القول بأن السبب للانتقال ليس سبب وجوده، وإنما هو سبب الانتقال الى الحكم البديل، لذا فإن سبب الانتقال من الحكم الأصلي الى الحكم البديل، أختلف الفقه في

١- أن من وطئ وطناً يوجب الكفارة ولم يقدر على الكفارة ففيه قولان (احدهما) لا تجب لقوله صل الله عليه واله وسلم " استغفر الله تعالى وخذ واطعم اهلك " ، مما يعني من ذلك أنه حق ما لا يجب لله سبحانه وتعالى، لا على وجه البذل فلم يجب مع العجز كزكاة الفطرة. (والثاني) انها تثبت في النمة فإذا قدر لزمه قضاؤها وهو الصحيح؛ لأنه حق لله سبحانه وتعالى يجب بسبب من جهته فلم يسقط بالعجز كجزاء الصيد. مما يبدو من خلال ما تقدم وحسب الفهم الواسع لهذا الموضوع واتجاهاً مع القول الصحيح فان المكلف بالتخيير، ومن خلال المفهوم المعاكس للقول الاول، فإنه يتناسب مع الحكم البديل مما يعني أن القول الاول ومن خلال مفهومه المعاكس أن يوجب الكفارة كبذل بسبب العجز. ينظر: أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي، المجموع شرح المذهب، مج ٦، ط ١، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٤٠٨-١٩٨٨م، ص ٣٤٣.

ذلك على قولين، قال الاول من الفقهاء السبب هو الضرورة، وأن العمل بالحكم الأصلي إذا كان غير ممكن، فتكون الضرورة سبب الانتقال الى البديل؛ لأن المكلف لا يمكنه غير ذلك. والذي قال بالثاني قال السبب هو الحاجة، وأن العمل بالحكم الأصلي إذا كان ممكناً لكنه مع مشقة وحرَج، وهما منفيان عن الشريعة الإسلامية، فتكون الحاجة سبب الانتقال لعدم القدرة على الحكم الأصلي؛ لأن العمل بالحكم الأصلي يلحق بالمكلف المشقة والحرَج المنفيين من الشريعة الإسلامية، وهذا هو السبب المراد في موضوعنا؛ لتعلقه بالقاعدة التي سوف يتم ذكرها^(١).

كما لا بد من التنويه أن أهل العلم ذهبوا إلى أن الانتقال الى البديل مشروطاً بتعذر الأصل أو العجز عنه، ومن قواعدهم بهذا الخصوص، هي: (لا يقوم البديل حتى يتعذر المبدل منه)^(٢)، و((إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل) و(إذا بطل الأصل يصار إلى البديل))^(٣)، يفهم من هذه القواعد أن الحاجة لا أثر لها عند ترك الحكم الأصلي والانتقال إلى الحكم البديل؛ لأنها تكون متوقفة على التعذر، والحاجة لا يمكن التعذر فيها؛ لأن التعذر وفق هذه القواعد المتقدمة لا يقتصر على التعذر الحقيقي المختص بالضرورة وحدها، وإنما المراد شيء والمقصود هو المعنى الواسع، مما يؤدي إلى دخول التعذر الخارجي بالتعذر الذاتي، ومن ثم يكون فهماً شاملاً للضرورة والحاجة على حد سواء. وهذه الأخيرة تكون دليلاً أصولياً مستقلاً له قوة تغيير الأحكام^(٤)، وهذا هو سبب الانتقال لعدم القدرة على الحكم الأصلي، وإسناد هذا السبب هو القاعدة التي تنص على أنه " الحاجة توجب الانتقال إلى البديل عند تعذر الأصل"^(٥)، يلاحظ من خلال هذه القاعدة أنها توجب نوعين من الأحكام، أحدهما يتوجب أولاً، وهو الحكم الأصلي، والمقصود به المبدل منه، وهو: الحكم الذي

١- الحاجة: الافتقار إلى الشيء، لأجل التوسعة ورفع الضيق والمشقة، مما يخالف الأدلة أو القواعد الشرعية. ينظر: أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام، ج١، ط١، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص٦١.

٢- محمد بن محمد بن أحمد المقرئ أبو عبدالله، القواعد، ج٢، بلا طبعه، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥م، القاعد السادسة والعشرون بعد المئتين، ص٤٦٩.

٣- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط٢، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص١٠٢٨. وينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ص١١٨.

٤- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، دراسات في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص٢٥.

٥- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجموع فتاوي ابن تيمية، مج٢٢، ج٢، بلا طبعه، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص٣٣٣.

يتعين عمله عند القدرة عليه، والآخر يتوجب ثانياً، وهو الحكم البديل، والمقصود به البديل، وهو :
الحكم الذي يتعين عمله عند عدم القدرة على الأحكام الأصلية عند تعذرها أو تعسرها^(١).

بناءً على ما تقدم يمكن من خلال هذه القواعد التي توسعنا في مفهومها، صياغتها بشكل جديد يتلاءم مع هذه التوسعة، ومع مرحلة الشروع بالحكم البديل. وذلك ليس من أجل إبطال العمل بهذه القواعد الكلية، وإنما هي قواعد باقية وسارية على الجزئيات التي وضعت من أجلها، ولكن لاستفادتنا منها لصياغة أساس أو قاعدة في موضوع الحكم البديل المتعلق بمسائل الاحوال الشخصية، والقاعدة التي توصلنا إليها في هذا الصدد أنه : **{يصار الى البديل لتعذر تطبيق الأصل}**، مما يعني أن المكلف يلجأ الى الحكم البديل إذا كانت ليس له القدرة على الحكم الأصلي، لسبب الحاجة له لعدم القدرة، وهذا السلوك يسري على جميع التطبيقات التي ذكرت انفاً والتي ستذكر لاحقاً من خلال تطبيقات هذا الحكم كموضوع مستقل.

المطلب الثاني

مكانة الحكم البديل بين أنواع الحكم الشرعي

يظهر للوهلة الأولى في هذا السياق تساؤل مهم مفاده الآتي، ما هو تععيد الحكم البديل بين أقسام الحكم الشرعي؟ للإجابة عن ذلك لنا القول أن الاصوليون قسموا الحكم الشرعي إلى قسمين : أحكام تكليفية وأحكام وضعية^(٢).

لذلك فإن **الحكم التكليفي** : هو ما اقتضى طلب الفعل من المكلف أو الامتناع عن الفعل أو تخييره بين الفعل والترك^(٣). لذا فإن الاصوليون وفقاً لهذا التعريف قسموا الحكم التكليفي؛ وهو خطاب الله سبحانه وتعالى إلى عدة أقسام هي : **الايجاب** : هو طلب الفعل على وجه الجزم، كقوله

١- أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الاحكام، المصدر السابق، ص ٥٢٥.

٢- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، ط ١، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سورية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٤٢.

٣- يلاحظ أنه عمل على التفريق بين الواجب والوجوب والايجاب؛ فالواجب : هو الفعل الذي يتعلق به الخطاب وكذلك لبقية الأحكام التكليفية. والوجوب: هو أثر الخطاب الخاص؛ أي الوصف الذي يكون للفعل بشكل ثابت ومطلوب على وجه الجزم. والايجاب : هو الخطاب الخاص نفسه. ينظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المصدر نفسه، ص ٤٥.

سبحانه وتعالى { وأقيموا الصلاة وأتوا الزكاة واركعوا مع الراكعين }^(١). **المندوب** : هو طلب الفعل ليس على وجه الجزم، كقوله سبحانه وتعالى { إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... }^(٢). **المحرم** : هو طلب الكف عن الفعل على وجه الجزم، كقوله سبحانه وتعالى { ولا تقربوا الزنا... }^(٣). **المستحب** : هو طلب الكف عن الفعل ليس على وجه الجزم، كقوله سبحانه وتعالى { إذا وضع الطعام وجاء سائل فلا تردنه }^(٤). **المباح** : هو طلب على تخيير المكلف بين الفعل والترك، كقوله سبحانه وتعالى { ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم }^(٥).

إما بخصوص **الحكم الوضعي** : هو خطاب الله سبحانه وتعالى المتعلق بجعل الشيء سبباً لشيء آخر، أو شرطاً له، أو مانعاً منه، أو صحيحاً، أو فاسداً، أو عزيمة، أو رخصة^(٦). لذا فإن الاصوليون قسموا الحكم الوضعي؛ وهو خطاب الله سبحانه وتعالى الى عدة أقسام هي :

١- **السبب** : هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، فمثلاً إن دخلت الدار فانت طالق يلزم من دخولها الدار الطلاق ومن عدم دخولها عدم الطلاق^(٧)، وقسمه الاصوليون من حيث القدرة على فعله إلى قسمين : ١- ما كان في مقدور المكلف ومن أفعاله؛ كالزواج سبب لأحكامه. ٢- ما كان خارجاً عن مقدور المكلف وليس من فعله؛ كالصغر سبب لثبوت الولاية عليه^(٨). ولثبوت هذه الاسباب يجب توفر شروطها وانتفاء موانعها.

٢- **الشرط** : هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(٩). وقسمه الاصوليون الى قسمين : الاول باعتبار تعلقه بالحكم والسبب هما : ١- ما يكون شرطاً للحكم، كما

١-سورة البقرة : الآية (٤٣).

٢-سورة البقرة : الآية (٢٨٢).

٣- سورة الاسراء : الآية (٣٢).

٤- محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة(ال البيت)، ج٢٤، ط٢، مؤسسة ال البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، قم المشرفة، ايران، ١٤١٤هـ، ٧٠-باب أن الطعام إذا حضر في أول وقت الصلاة استحبت تقديم الاكل والا استحبت تقديم الصلاة رقم (٣٠٨١٥)، ص٣٧٣.

٥- سورة النور : الآية (٢٩).

٦- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، مج١، بلا طبعه، دار ابن عفان، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨م، ص٤٥٥.

٧- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج١، طبعة خاصة، دار النوادر الكويتية، الكويت، ١٤٢١هـ-٢٠١٠م، ص٨٢.

٨- وهبة الزحيلي، أصول الفقح الإسلامي، ج١، المصدر السابق، ص٩٧.

٩- أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، مج١، المصدر السابق، ص٩٢-٩٣.

في شروط صحة الزواج. ٢- ما يكون شرطاً للسبب، كما في الإحصان شرط في سببية الرجم الموجب للزنا، فعدمه يستلزم عدمها^(١). والثاني باعتبار مصدر اشتراطه هما : ١- شرط شرعي: وهو ما جعله الشارع؛ كشرط وضعه الشارع في العقود كالشهود في عقد الزواج. ٢- شرط جعلي: وهو ما كان اشتراطه من المكلف؛ كاشتراط الزوجة التعليم على زوجها^(٢).

٣-المانع : هو وصف يستلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب^(٣). وقسمه الاصوليون إلى قسمين هما : الاول مانع للحكم: وهو الذي يترتب على وجوده عدم ترتب الحكم على سببه، كالحيض والنفاس مانع من وجوب الصلاة مع تحقق السبب وهو دخول الوقت. الثاني مانع للسبب: وهو الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب؛ كالدين مانع من وجوب الزكاة؛ لأن ملك النصاب دليل الغنى^(٤).

٤-الصحة والفساد والبطلان : فالصحيح: هو ما صدر من أفعال المكلفين مستوفي الشروط والاركان وفق الكيفية المطلوبة وتترتب عليه آثاره الشرعية^(٥). والفاقد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه^(٦). والباطل: هو ما لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه^(٧).

٥-الرخصة والعزيمة : الرخصة: هي ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه. العزيمة: هي ما شرع من الأحكام الكلية ابتداءً، ويلاحظ بهذا الخصوص أن الاصوليون اختلفوا في الرخص والعزيمة على قولين هما : **الذي قال بالأول قال أنهما من الحكم التكليفي؛ لانهما يرجعان الى الاقتضاء والتخيير؛ فالرخصة تخيير، والعزيمة اقتضاء. والذي قال بالثاني قال أنهما من الحكم الوضعي؛ لأن الرخصة عبارة عن وضع الشرع**

١- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج ١، ط ٢، دار الصفا للطباعة والنشر والتوزيع، الغردقة، مصر، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، ص ٣٠٩.

٢- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج ١، المصدر نفسه، ص ٣١٢.

٣- شهاب الدين أحمد بن اسماعيل بن عثمان الكوراني، الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، ج ١، بلا طبعه، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص ٢٦٩.

٤- شهاب الدين أحمد بن اسماعيل الكوراني، الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، ج ١، المصدر نفسه، ص ٢٧٠.

٥- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، المصدر السابق، ص ١٠٥.

٦- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج ١، ط ١، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص ١٧٢.

٧- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، المصدر السابق، ص ١٠٦.

وصفاً من الاوصاف يعد سبباً للتخفيف، والعزيمة عبارة عن مجرى العادات سبباً لتجري على الاحكام الكلية الأصلية^(١).

ومن الجدير بالذكر ذهب بعض أهل العلم أن القولين صحيحان؛ لأن الحكم متعلق بفعل المكلف وتقسيم أحدهما تقسيم للآخر^(٢). لذا يلاحظ أن العزيمة لا تتحقق الا إذا كانت تقابلها رخصة، لذا فإن العزيمة تختلف باختلاف الاحكام التكليفية، كما لا يطلق على العزيمة رخصة إذا لم يكن فيها رخصة.

مما تقدم يمكن تعريف الحكم الشرعي بعد تحديد أقسامه لبيان المقصود به عند الأصوليين؛ لأنه بتعريف الحكم الشرعي يتم تحديد المقصود الذي يوصلنا الى تعريف الحكم البديل وفقاً لهذا التكليف من بين أنواع الحكم الشرعي، لذا فإن الحكم الشرعي الأصلي؛ هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين حال القدرة على القيام به، أما في حالة عدم القدرة فإن الشارع ينقل المكلف الى الحكم البديل وهو الذي يكون من مقدوره.

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي ما هو الحكم الشرعي البديل؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأنه " خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين حال عدم القدرة على القيام بالحكم الشرعي الأصلي حقيقة أو حكماً. لذا ومن خلال هذه الإجابة يتبادر إلى الذهن التساؤل الآخر مفاده هل الحكم الشرعي البديل يتضمن الحكم التكليفي والوضعي؟ للإجابة عن هذا التساؤل لنا القول في المقام الاول من حيث تضمنه للحكم التكليفي؛ أنه من حيث الوجوب والندب قسم الاصوليين الحكم الشرعي البديل إلى واجب و مندوب^(٣). أما من حيث المكروه والمحرم لم يقسم الاصوليين الحكم البديل إلى مكروه ومحرم. أما بالنسبة إلى المباح أو التخيير: وهو استواء الطرفين فلم يطلب الشرع الفعل ولا الترك. والتخيير بمعنى آخر هو جواز العدول الى الغير مع القدرة عليه^(٤)، هذا من جانب. أما من جانب

١- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج١، المصدر السابق، ص١٧٥-١٧٦.

٢- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج١، المصدر السابق، ص١٠٨.

٣- فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج٢، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ص١٧٩.

٤- أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي، المجموع شرح المذهب، مج٦، المصدر السابق، ص٣٤٣.

هنا لا بد من التنويه في هذا المجال بخصوص التخيير : وهو تفويض الاختيار. والفرق بينه وبين والابديل أن الشيء وبديله ليس في مرتبة واحدة، إذ البديل متأخر عن المبدل عنه رتبة، وهذا بخلاف الاشياء المخير بينها فإنها في رتبة واحدة عند المخير.

تضمنه للحكم الوضعي؛ وهو أن يكون الشيء شرطاً أو سبباً له أو مانعاً منه، فإنها تترتب عليه أحكام بديلة.

بناءً على ما تقدم يتبين أن البديل مكانته في إطار الحكم الوضعي؛ لأنه رخصة حسب المسمى في أصول الفقه الإسلامي، لهذا إن الحكم البديل الناشئ بسبب الحاجة التي له قوة تغيير الأحكام أو الناشئ عن المشقة والاضطرار يعرف بالرخصة^(١)، وتعرف هذه الأخيرة بأنها : هي الحكم الشرعي الذي غير من صعوبة إلى سهولة لعذر؛ اقتضى ذلك، مع قيام سبب الحكم الأصلي^(٢)، كما تعرف بأنها : هي حكم شرع تخفيفاً لحكم آخر يكون قائماً بقاء العمل به^(٣). والعذر في هذا التعريف مقصود منه الحاجة الملجئة إلى تغيير الحكم السابق بحكم يتناسب والوضع الطارئ لرفع الحرج وإزالة الضيق والعنت الذي حل بالمكلف بما أصبح معه غير قادر على تنفيذ الحكم الأصلي^(٤).

= وما تقدم لنا القول وحسب ما تم ذكر في المتن مسبقاً أن التخيير لا يتوافق مع شروط وضوابط الحكم البديل موضوع البحث، وذلك أكثر وضوحاً من خلال شرط؛ أنه يجب أن يكون الحكم البديل خلف للحكم الأصلي؛ لأنه لا بديل بدون أن يكون مسبقاً بأصلي. هذا من جانب ومن جانب آخر، أن ضابط عدم الاستطاعة على الحكم الأصلي من قبل المكلف، هو ضابط لا يدع لنا القول بوجود التخيير بين حكمين أحدهما: يكون الأول وهو الحكم الأصلي، وثانيهما : يكون الثاني وهو الحكم البديل، إلا أنه في حالة وجود أو تكرار الحكم البديل هنا يجب مراعاة الترتيب عند عدم استطاعة أو عدم قدرة المكلف على الحكم البديل الأول بعد الأصلي ومن ثم يتم اللجوء إلى الحكم البديل الثاني الذي يأتي بعد الأول من الحكم البديل، وحقيقة البديل؛ هو أن التبديل تغيير الصورة إلى صورة أخرى، أي جعل محل المبدل غيره، والأصل في الإبدال جعل شيء مكان شيء آخر، كتبديل الحلقة بالخاتم إذا أذبتها وجعلتها خاتماً. ينظر : محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منطور الانصاري الرويفعي الإفريقي المصري، لسان العرب، ج ١١، بلا طبعه، نشر أدب الحوزة، قم المقدسة، إيران، ١٤٠٥هـ، ص ٤٨-٤٩.

١ - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، دراسات في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢٦.
٢ - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، دراسات في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، الإشارة نفسها.

٣ - محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، تيسير التحرير، ج ٢، المصدر السابق، ص ٢٢٨.

٤ - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، دراسات في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، الإشارة نفسها.



المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للحكم البديل

من خلال عمل هذا الحكم البديل عند تطبيقه يبدو بأن له طبيعة عند وضعه موضع التطبيق من قبل القاضي، لأن الاحكام أمرها بيد المشرع، ولا سلطنه للمكلف عليها رفعاً ووضعاً^(١)؛ لأنه يكون التشريع في عمله سابقاً على المنازعة ولا يفترضها، ويكون عمله مرتبطاً بمنازعة ويتدخل بناء على تظلم^(٢). لذا يمكن القول هنا بأن طبيعة الحكم البديل تختلف على جانبيين؛ من حيث الجانب التشريعي، ومن حيث الجانب القضائي، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول لبيان طبيعته التشريعية، وسنكرس الفرع الثاني إلى طبيعته القضائية.

الفرع الأول

طبيعة الحكم البديل التشريعية

بدءً يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي، بماذا تتمثل طبيعة الحكم البديل في مسائل الاحوال الشخصية؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأنه لتمييز هذا الحكم بهذه الطبيعة ان يثبت لموضوعه شرط اكتنافه ببعض القيود، وأن طبع هذه القيود تحدد طبيعته، بمعنى إن الموضوع بنفسه يقتضي حكماً خاصاً، لذا فان هذه الطبيعة هي (طبيعة تعليلية)؛ لأن الحكم البديل يكون (بمثابة العلية التامة المطلقة) لعروض الحكم الاصلي الذي يكون وفقاً للاقتضاء التام، وبسبب حدوث حالة الاضطرار يتبدل الحكم الثابت وهو الاصلي الى حكم آخر يتناسب مع الحالة الطارئة^(٣).

ومن المتقدم يتبادر الى الذهن التساؤل الآتي، ماهي فوائد هذه الطبيعة التعليلية للحكم البديل؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بان هناك فوائد جلية من هذه الطبيعة عندما يكون الحكم البديل منضبطاً وفقاً للأصول المعتمدة والقواعد المقررة، والفوائد هي :

١- هاشم معروف الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، بلا طبعة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص ٥٩.

٢- مراد كاملي، حجية الحكم القضائي دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ج ١، بلا طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ٢٠١٢م، ص ٣٥٢.

٣- محمد صنقور علي البحراني، المعجم الأصولي، ج ٢، ط ٣، منشورات الطيار، ستار، بلا مكان طبع، ٢٠٠٧م، ص ٤٦-٤٧. وينظر : السيد مرتضى الحسيني اليزدي الفيروز ابادي، عناية الاصول في شرح كفاية الاصول، المصدر السابق، ص ٣٢٠.

أولاً- بيان حكمة المشرع في حكمه وأمره.

ثانياً- الوقوف على اسرار تشريعات الاسرة ومقاصدها.

ثالثاً- تقوية الحكم من خلال اظهار حكمته؛ وذلك من اجل زيادة الطمأنينة للمكلف.

رابعاً- البقاء على موضوع الحكم الاصيلي، ويأتي بجميع اثاره تبعاً للظرف الطارئ.

وتطبيق هذه الطبيعة التعليلية هي وصف ظاهر منضبط ينبني عليها الحكم، من خلال الربط بها وجوداً وعدمياً؛ لأنه لو تم بناء الحكم على الحكمة، لم ينضبط هذا الحكم ولم يستقيم أمره، لأن الحكمة هي الباعث على تشريع الحكم والغاية البعيدة المقصودة منه، وهي المصلحة والحكمة من تشريعه، لذا فإن ربط الحكم بالعلل يؤدي إلى استقامة التكليف وضبط الحكم واطراده واستقرار أوامر التشريع العامة ووضوحها، وهذه فوائد عظام لا تؤثر فيها فوات الحكمة في بعض الجزئيات والوقائع في بعض الأحيان^(١).

لذلك أن الأحكام تابعة لمناطقها وتوجد بوجودها وترتفع بارتفاعها؛ لأنه ضرورة أن يدور الحكم مع علته وجوداً وعدمياً؛ فتغير مناطه يستوجب أن نضع حكماً بديلاً مغايراً للحكم الأصلي، وذلك ما سارت عليه الشريعة الإسلامية بمرونتها وابتنائها على التعليل بمصالح المكلفين^(٢). كما يلاحظ أن تغيير الحكم الاصيلي لتغير علته؛ لأنه لا وجود لسبيل سداد الحاجة؛ مما يتم اللجوء إلى الحكم البديل؛ لتغير الحكم الأصلي لتغير مناطه واختلاف ظروفه، والانتقال الى حكم بديل اخر يحل محله بنفس العلة نتيجة وسيلة العدول الى هذا الحكم الاخير؛ لأنه الحكم دائراً مع علته والغرض منه، فلما انتهى الغرض ترك الحكم، كما أن من الاحكام ما يدور مع المصلحة التي تراعيها الشريعة الإسلامية ويتبدل بتبدلها^(٣).

وفي سياق ما تقدم يتبادر الى الذهن التساؤل الاتي؛ هل الطبيعة التعليلية هي وصف منضبط حسب ما تقدم ذكره أم هي المصلحة؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بان هناك ردين؛ الاول: من اراد الثاني ويدلنا على ان المراد من العلة هو المصلحة وهو قول الكثير من الأصوليين؛ لأن المصلحة هي علة الحكم. وما قد يقال على ذلك كيف الحكم السابق معلولاً للمتأخر في الوجود؟ الجواب على

١- عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، ط٦، مؤسسة قرطبة، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص٢٠٣-٢٠٤.

٢- محمد مصطفى شلبي، تعليل الاحكام، ط١، مطبعة الأزهر، القاهرة، مصر، ١٤٦٦هـ - ١٩٤٧م، ص٣٤.

٣- محمد مصطفى شلبي، تعليل الاحكام، المصدر نفسه، ص٣٧-٣٨.

ذلك أن العلة هي قصد تحصيل المصلحة لا ذات المصلحة، وهذا سابق على الحكم، كما يقال خرج فلان للقاء فلان، فالعلة قصد اللقاء وهو سابق، والمتأخر هو نفس اللقاء. إما بالنسبة الى الرد الثاني : من اراد الاول بأن العلة هي الوصف بالذات في الحكم. وما قد يقال هنا هل أثر الوصف مجرداً عن اعتبار ما يترتب على الحكم أم أثر باعتباره ؟ الجواب إن اراد الثاني رجوع الى السابق وهو تأثير نفس المصالح، وإن ارادوا الاول منعناه لخلوه عن المعنى حينئذ بناء على رعاية المصالح. لذا نقول عند مزج المأخوذ بالرد الاول والرد الثاني ومن الثاني أن اراد الثاني منه^(١).

يتبين لنا مما تقدم صحة ما ذهبنا اليه لتحديد طبيعة هذا الحكم البديل وهي طبيعة تعليلية؛ لأنها وصف مجرد أو ظاهر منضبط يبني عليها الحكم، والشريعة الإسلامية تراعي المصلحة التي يتبدل بتبديلها الحكم الاصلي الى حكم آخر من اجل مراعاة مصلحة للمكلف، وهذه الطبيعة هي وفقاً للجانب القانوني وهي مقصد بحثنا.

الفرع الثاني

طبيعة الحكم البديل القضائية

نقصد من ذلك أن الطبيعة التي يكون بها الحكم البديل عند تطبيقه من قبل القضاء؛ لأن القضاء يطبق الاحكام التي ينص عليها القانون، ومن ذلك تصار إلى إحكام قضائية يضعها القاضي موضع التنفيذ لذا هي (طبيعة انشائية)؛ وهذه الاخيرة هي لكل من الحكمين وتكون لهذا الحكم ايضاً عند وجود ما يقوض الحكم الأصلي ووصول النوبة إليه^(٢). تبين هذه الطبيعة أن الحكم الذي يثبت للموضوع محل النظر من قبل القضاء بسبب ما طرأ عليه من عنوان هو الذي يعبر عنه بالحكم البديل، ذلك من اجل الوصول الى النتائج الشرعية لكي يتيسر للمكلفين حاجتهم من التشريع بنحو تام، كما أن هذه الطبيعة ايضاً هي من انتاج القيود التي تكون من سنخ الحيثيات التعليلية، وذلك ايضاً وفقاً لما يقتضي العنوان الطارئ، لذا فإن الحكم البديل يقع في طول الحكم الاصلي.

١- محمد مصطفى شلبي، تعليل الاحكام، المصدر السابق، ص ١٢٠

٢- مراد كاملي، حجية الحكم القضائي دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، المصدر السابق، ص ٤٧٧ وما بعدها.

المطلب الرابع

ضمانات الحكم البديل

إن الحكم البديل جاء لضمان الحفظ والرعاية^(١)، لأن أنشاء وجعل الحكم الاصيلي يتطلب هذا الضمان وغيره، كما أن ضمان الحكم البديل يكون لحمل هذه الحصيلة بدلالة بدليته التي تأتي بها الظروف الطارئة، وكذلك ما تستهدفه القواعد العامة التي جاء بها مشروع تشريعات الاسرة لوضع منهج عام لتطبيق هذه التشريعات من حيث منطوق نصوصها ومفهومها، وحالة مدى الملاءمة مع النصوص التي تحتويها هذه التشريعات، لتكون أكثر قدرة على ايجاد الحلول للمسائل المعروضة، لذا قُسم هذا الفرع على عدة فقرات وكما يأتي :

اولاً - عدم تفويت المصلحة الناشئة عن الحكم الاصيلي :

إن ضمان المصلحة التي اقتضت الحكم الاصيلي هي نفسها التي تقتضي الحكم البديل، مثلاً على ذلك اوجد الشارع المقدس العدة من اجل انتقاء رحم المرأة من ماء الرجل الاول وعدم اشتباهه بماء الرجل الثاني في حالة نشوء الحمل في رحمها^(٢).

إن الاصل في الاعتداد بالقروء وبالأشهر حكماً بديلاً (خلف عنها)^(٣)، مما يلاحظ ان المصلحة التي تقتضى من الحكم الاصيلي وهو العدة بالقروء، هي نفسها المصلحة التي يقتضيها الحكم البديل والتي تتمثل بانتقاء رحم المرأة ومنع اختلاط الأنساب.

لذلك نجد المشرع العراقي نص على أنه " تجب العدة على الزوجة... " ^(٤)، وكذلك نص

١- نقصد من الحفظ والرعاية هنا لا ضمان الغرامة، لأنه يحفظ كالمتكفل. ينظر: حمد بن محمد الجابر الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط١، دار الكنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه - بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، ٥١٤٢٩ - ٢٠٠٨م، ص٥٤. كما نقصد بهذا الحفظ والرعاية ايضاً المصلحة، ومن الاركان التي تقوم عليها المصلحة هو وجودها في الحكم. ينظر: فاضل الصفار، المهذب اصول الفقه، المصدر السابق، ص٣٣٨.

٢- عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ابو محمد، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج٩، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م، ص٢٧٦.

٣- فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص٢٤٠.

٤- ينظر: نص المادة (٤٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

المشرع الاماراتي على " العدة مدة تربص تقتضي للزوجة وجوباً دون زواج إثر الفرقة "(١)، كما نص المشرع الأردني على " العدة مدة تربص تلزم المرأة إثر الفرقة..."(٢). يتبين هذه النصوص أنها نصت على الضمانة التي تتحقق من خلال فرض العدة على الزوجة؛ وذلك من اجل انتقاء رحمها ومنعاً لاختلاط الانساب.

ثانياً - الحفاظ على مرونة حدود القوانين:

إن ضمان حفظ المرونة لحدود القوانين جاء من اجل شمول الفرد حتى مع الحالات الطارئة عليه، مثلاً على ذلك أن المرأة المضطربة العدة يتعسر معها ان ترى ثلاثة دماء الا مع الحرج والشدة المنفيين من الشريعة الاسلامية، لذلك استعاض الشارع المقدس بثلاثة اشهر مساواة مع القرء الذي لا يتعدى الشهر.

الحكم البديل جاء لمواجهة الظرف الطارئ الذي واجه المكلف وادى إلى عدم قدرته على الحكم الأصلي الذي له نفس القوة والموازن مع الحكم البديل، كما لو كانت المرأة مطلقة طلاقاً رجعيّاً ومات زوجها وهي في أثناء العدة فإن عدة الطلاق تتحول إلى عدة الوفاة فتعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ولا تحسب مدة ما قبل الوفاة(٣).

يتضح مما تقدم ان العدة كمثال على تأكيد حفاظ الحكم البديل على مرونة حدود القوانين أنها تكون بالقروء وقد تكون بالأشهر، ولكن لحدوث حالات طارئه ليس من قدرة الزوجة على مواجهتها مما يحول هذه العدة بحكمها الاصلي وهو بالأقراء الى العدة بحكمها البديل وهو بالأشهر لحصول أمر بتحولها؛ لذلك نجد نص المشرع العراقي على " ١- عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء. ٢- اذا بلغت المرأة ولم تحض اصلاً فعدة الطلاق او التفريق في حقها ثلاثة اشهر كاملة. ٣- عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة. ٤- اذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحسب المدة

١- ينظر: نص المادة (١٣٦) من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

٢- ينظر: نص المادة (١٤٥/أ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ النافذ.

٣- ابي الليث نصر بن محمد بن احمد بن ابراهيم السمرقندي، خزانة الفقه وعيون المسائل، مج ١، بلا طبعه، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ. م. م، بغداد، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م، ص ١٧٩.

الماضية.^(١) كذلك نص المشرع الاماراتي على " ١- إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى. ٢- إذا توفي الزوج والمرأة في عدة الطلاق البائن أو الفسخ فإنها تكملها ولا تلتزم بعدة الوفاة إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت فتعتد بأبعد الاجلين.^(٢)

يبدو مما تقدم من نصوص قوانين الاحوال الشخصية أن الحكم البديل لا يخرج عن الحدود المقررة والموضوعة من قبل المشرع، لذا فإن العدة بالقروء تكون متساوية مع العدة بالأشهر، هذا من اجل ضمان حماية الحدود التي رسمها المشرع، لذا فان هذه الضمانة تحقق المقصد الشرعي من خلال ما نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية.

ثالثاً – صيانة مقومات القوانين:

تتمحور مقومات قوانين الأحوال الشخصية من خلال تيسيرها في الحصول على نتائج واثار الحكم الأصلي بالحكم البديل متيسر وغير متعسر. مثلاً حالة عدم وجود الاب أو الجد من طرف الاب مما يؤدي إلى سقوط الولاية على البنت البالغة الرشيدة أو العاقلة، وذلك من اجل عدم تعسر زواجها، لذا تنتقل الولاية الى الولي الابعد^(٣). ويلاحظ أن سقوط ولاية البالغة الرشيدة، يعتريه مسألة فيما اذا كانت هذه البالغة بكرة أم ثيباً، لذا يلاحظ بهذا الخصوص اختلاف موقف الفقهاء بشأن ذلك على اتجاهين: ذهب الاتجاه الاول من الامامية والحنفية^(٤)، أن لها أن تزوج نفسها بدون حاجة

١- ينظر: نص المادة (٤٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٢- ينظر: نص المادة (١٤١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

٣- تنتقل الولاية من الولي الاقرب الى الولي الابعد وان حالة عدم وجود الولي الاقرب تنتقل الولاية الى الابعد وهي كالآتي:

إذا تم التأكد من فقدان الولي الاقرب، أو تعذر أخذ رأيه لبعده مكان إقامته أو لسبب آخر وكان مثلاً الخاطب كفواً ويخشى من فوات الفرصة المناسبة على الفتاة، حينئذ تنتقل الولاية إلى الولي الابعد ويكون العقد نافذاً، وإذا حضر الولي الاقرب بعد العقد واعترض على الزواج لا يؤخذ اعتراضه بنظر الاعتبار. ينظر: محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م، ص١٠١.

٤- إن جمهور الفقهاء الامامية استدلوا بقول ابي عبدالله (عليه السلام) حيث قال (تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بأمرها)، ينظر: محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة(البيت)، ج ٢٠ ط٢، مؤسسة ال البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، قم المقدسة، ايران، ١٤١٤هـ، ص٢٨٤.

ومن جانب اخر ذهب البعض من الامامية الى موافقة الولي والبنت أي يجب أن يتم أذنهما معاً واستدلوا على ذلك بقول محمد بن علي بن الحسين بأسناده عند العلاء، عن ابن ابي يعفور، عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: (لا

الى الولي بكرأ كانت أم ثيباً^(١)، إما بالنسبة الى الاتجاه الثاني وهو موقف جمهور من المالكية والشافعية والحنابلة حيث ذهبوا الى عدم جواز زواجها بدون إذن الولي، الا أن الحنابلة قالوا لا تزوج إلا بأذن ثيباً كانت أم بكرأ^(٢)، بينما ذهب المالكية والشافعية فقالوا تزوج بأذن ثيباً أما اذا كانت بكرأ فلا تستأذن^(٣).

إما بالنسبة لموقف التشريعات عن سقوط الولاية عن البالغة العاقلة، يلاحظ أن المشرع العراقي نص على " يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشر " ^(٤)، وكذلك نص المشرع الاردني على " أ- يشترط في أهلية الزواج ... أن يتم كل منهما ثمانية عشرة سنة شمسية من عمره " ^(٥)، كما نص على " لا تشترط موافقة الولي في زواج الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثماني عشرة سنة " ^(٦)، يتبين من خلال هذه النصوص التشريعية أن كل من المشرع العراقي والاردني أنهما اخذا برأي الامامية والحنفية. إما بخصوص موقف التشريع الاماراتي نص على " يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها... ويبطل العقد بغير ولي... " ^(٧)، يتبين من خلال موقف المشرع الاماراتي أنه أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي يشترط وجود الولي.

من ذلك يتبين أن الحكم البديل يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية، لأنه يوجه المكلف الى اليسر ورفع الحرج عند الحاجة التي تغير تمكن المكلف للحكم الذي يتلاءم مع ظرفه غير العادي، كما أن الحكم البديل جاء لرفع العسر والحرج الذي تنفيهما الشريعة الإسلامية؛ لأنها شريعة سمحاء جاءت أحكامها لتحقيق مصالح المكلفين ، وما من حكم شرعي الا وللشارع فيه مقصد يعود بالنفع على

=تتكح ذوات الایاء من الابكار الا بأذن ابائهن)، ينظر: محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشريعة(ال البيت)، المصدر نفسه، ج ٢٠، ص ٢٧٧. وينظر: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج ٢، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ٢٤١.

١- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني، مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام، ج ٧، ط ١، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المقدسة، ايران، ١٤١٦ هـ، ص ١٦٤ وما بعدها.

٢- أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة موفق الدين المقدسي الحنبلي، المغني، ج ٩، ط ١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ص ٣٤٤ وما بعدها.

٣- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م، ص ٣٤٤ وما بعدها.

٤- ينظر : نص المادة (١/٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

٥- ينظر : نص المادة (١٠/أ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

٦- ينظر : نص المادة (١٩) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

٧- ينظر : نص المادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي.

المكلف، لأن المقصد الاساس للموافقة على الرابطة الزوجية من قبل البالغة هو السعي للمحافظة على التحصين؛ لأن الاسلام يعترف بالغرائز التي وجدت في نفس الانسان، كما أن للتحصين دوراً في الحفاظ على حرمة الجسد من خلال ابعاده عن الاضرار الصحية^(١).

رابعاً - عدم تفويت الوظيفة الشرعية و القانونية للزوجين :

عندما يتم فوات الوظيفة الشرعية على المكلف بالحكم البديل، فإن ذلك يؤدي بفوات هذا الحكم البديل الى تسبب المشقة الشديدة في تحمل الحكم الأصلي، لذلك جاء الحكم البديل لمبى لهذه الوظيفة وحافظاً لأثارها من الضياع. مثلاً على ذلك صحة عقد الزواج بالتعبير الكتابي عند تعذر التعبير اللفظي أو التعبير بالإشارة؛ لأن هذه الصيغ هي احكام تمثل الايجاب والقبول على اتجاه الارادة الى إنشاء عقد الزواج؛ لأنه بالزواج تلبية لدواعي الطبع بإشباع الغريزة الجنسية، وتلبية لمقتضى العقل من اجل المحافظة على النسل ودوام الخلف^(٢)، كما أن الزواج من خلاله يتم منح السكنية والاطمئنان للزوجين وهذا ما يؤكد قوله سبحانه وتعالى : { ومن آياته خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة }^(٣)، وكذلك قوله سبحانه وتعالى : { والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة }^(٤).

فالوظيفة الشرعية^(٥)، لا تكمن بالزواج الذي يعد ضرورة إنسانية، وإنما تكمن من خلال تشريع أحكام جاءت بها الشريعة الإسلامية التي جعلت من عقد الزواج بين رجل وامرأة حصراً

١- الأحسان : هو توفير المناعة الكافية للمؤمن، والتي تصده عن الوقوع في الفاحشة أو تصرفه بالتفكير فيها عن الوظائف الموكلة اليه. ينظر : نور الدين أبو لحية، المقدمات الشرعية للزواج برؤية مقاصدي، ط٢، دار الانوار للنشر والتوزيع، بلا مكان الطبع، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، ص ٣٢ وما بعدها.

٢- فاروق عبدالله كريم، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٣٨.

٣- سورة الروم : الآية(٢١).

٤- سورة النحل : الآية(٧٢).

٥- من هنا يتضح بوجود فارق بين الحكم والوظيفة الشرعية، كما يتضح سر تقسمهم للحكم إلى أولي وثانوي مع اختلاف في بعض الخصوصيات. لذا فإن الفرق بين الحكم والوظيفة الشرعية: فالوظيفة ليس فيها نظر إلى الواقع أصلاً، وجعلها لا يستند إلى مصلحة أو مفسدة في المؤدى، وإنما يستند إلى مصلحة في نفس الجعل، وهي مصلحة التيسير أو المحافظة على الحكم الأصلي بخلاف الحكم فإنه تابع المؤدى، فإن كان فيه مصلحة ملزمة أو مفسدة كذلك، كان الحكم تبعاً لذلك إلزامياً،....، ومهما قيل فإن الوظيفة ليست من سنخ الأحكام التكليفية، وإنما هي من سنخ الأحكام الوضعية المجعولة بنفسها من قبل الشارع لغرض التيسير على العباد ورفع الحيرة عنهم. ينظر: السيد محمد تقي

ليؤتي ثماره في انجاب أولاد وتكوين أسرة راسخة البنيان تساهم على تطوير المجتمع، وكذلك تكمن بأن الشريعة الإسلامية حددت الحقوق والواجبات التي تكون لكل الزوجين ولم يتم تركها للأفراد يوزعوها كما يروق لهم. لذلك الشريعة الإسلامية امتازت بصلاحياتها للمكلفين، لما تحتويه من مبادئ وقواعد وتفصيلات تكون كفيلة بحل مشاكل العصر المختلفة، ومن هذه المقاصد وجود أحكام بديلة عن الأحكام الأصلية إذا تعذر أو شق فعله على المكلف ومن ثم يؤدي الحكم البديل الوظيفة الشرعية^(١).

مما يبدو أن الحكم البديل الذي يجعل المكلف يكون محدد الدور عند الانتقال اليه، وذلك وفق الحالات الطارئة، فما دامت تلك الحالات متحققة فتلك الاحكام ايضاً متحققة؛ لأنها ضرورات تنقدر بقدرها. ومثلاً على ذلك التعبير الكتابي وهو حكم بديل يقوم مقام التعبير اللفظي وهو الحكم الأصلي، هذا من اجل تحقيق الوظيفة الشرعية التي تتمثل بانعقاد الزواج وهو مسألة من مسائل الاحوال الشخصية التي تتقوم شرعيتها من خلال احكام تدار في نطاق حدود هذه المسألة دون غيرها من المسائل الأخرى.

خامساً – مراعاة استعداد المكلف النسبي :

يكون كل بحسبه وعلى مستوى الفرد الواحد حسب الظروف الطارئة عليه، وبذلك ترفع الشريعة الإسلامية المؤنة عن المكلف من خلال الاتيان بأبسط الافراد المحققة لطبيعي الحكم الأصلي.

يكون المكلف الشامل لمقومات العنوان الأولي محكوماً بالحكم الأصلي الذي يحكم المسألة، ولكن عند طروء ظرف يعمل على تغيير العنوان الاولي الى عنوان بديل يكون معالج للظرف الذي يكون عليه المكلف فانه ينتقل الى العنوان البديل عن الاول؛ لأنه عندما يكون المكلف محكوماً بظرف غير عادي يتم اخذ الحكم الذي ينوب عن الحكم المرعي في عنوانه الأولي^(٢). لذا فإن كان

الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ط٢، مؤسسة ال البيت(عليهم السلام) للطباعة والنشر، النجف الأشرف، ١٩٧٩م، ص٧٧-٧٨.

١- هنا لابد من بيان بأن الحكم البديل عندما يصر اليه عند تعذر الاصل، أن لا يكون محدد بوقت يفوت بفواته ولا يضر تأخيرها؛ لأنه لا يمكن الانتقال الى الحكم البديل إذا كان يمكن القدرة على الحكم الاصيلي. ينظر: عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، احكام البديل في الفقه الاسلامي، مج١، ط١، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص٧. وينظر: من المصدر نفسه، ص٢٨.

٢- محمد تقي الرازي النجفي الاصفهاني، هداية المسترشدين في شرح أصول معالم الدين، المصدر السابق، ص٧٢٧.

المكلف له القدرة أم عدم القدرة على الأولي، فإنه ينتقل إلى الثانوي الذي من مقدوره حقيقة أو حكماً.

من كل ما تقدم نتوصل لنتيجة مفادها أن الأحكام الشرعية التي تضمنتها نصوص قوانين الأحوال الشخصية، تكون هذه الأحكام لها تفريد يجعل لكل حكم من هذه الأحكام التي تطبق على واقعة معينة متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وهذا التفريد نابع من التفريد الالهي للأحكام الشرعية التي تتضمنها نصوص القرآن الكريم، كجعل العدة بالقروء حكم أصلي والعدة بالأشهر كحكم بديل، مما يعني أن تفريد الحكم الشرعي المنصوص عليه في قوانين الأحوال الشخصية، هو مراعاة لظروف المكلف وكذلك الحكمة من اعطاء هذا التفريد يجعل لكل حكم يقع في طول الحكم الأصلي الذي يتضمنه النص ذاته ومتعلق بنفس الواقعة.

الباب الثاني

الأحكام التي تترتب على

الحكم البديل



الباب الثاني

الأحكام التي تترتب على الحكم البديل

تمهيد وتقسيم :

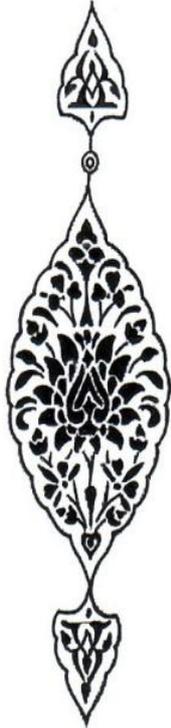
بعد ثبوت الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، هناك مجموعة من الأحكام التي تترتب على هذا الحكم المهم الغائي^(١)، على الرغم من اختلاف هذه الآثار حسب توجه المشرع في حالة النص عليه أو عدم النص عليه من المشرع. وفي كلتا الحالتين ينبغي مراعاة ظروف المكلف غير الطبيعية، وذلك لمنع الاخلال بمبدأ حسن سير العدالة، كما لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو فقدان النص أو نقصه والا يعد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق، كما يعد تأخير القاضي غير المشروع في اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق^(٢)، كما توجد تطبيقات عديدة لهذا الحكم البديل في مسائل الاحوال الشخصية، الا أنه تكون هذه التطبيقات في نطاق موضوعنا الذي يتعلق بالمسائل غير المالية؛ لذلك سنقُسم هذا الباب على فصلين، في **الفصل الاول** نبين آثار الحكم البديل، ونتناول في **الفصل الثاني** تطبيقات الحكم البديل.

١- بما أن الحكم البديل هو من الأحكام الشرعية، والحكم الشرعي (غائي) يستهدف تشريعه غرضاً مرسوماً، فلا يجوز تجريده منه أو اعتسافه في العمل والتطبيق، حتى لا تكون مناقضة بين قصد الشارع وقصد المكلف. ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م، ص٢٨.

٢- ينظر: نص المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

الفصل الاول

أثار الحكم البديل



الفصل الاول

أثار الحكم البديل

يعد الحكم البديل من أهم الأحكام القانونية المشتركة بين اغلب قوانين الأحوال الشخصية، لما يترتب على هذا الحكم من آثار متعددة، وتختلف بين ما اذا كان الحكم البديل منصوصاً عليه؛ وهو وجوده بالنص التشريعي. أو غير منصوص عليه؛ وهو عدم وجوده بالنص التشريعي ويسمى بـ (البديل الاجتهادي)؛ لأن البحث في هذين الجانبين جاء بناءً على ما لدى المشرع من فلسفة خاصة بجانب المسائل المدنية والأحوال الشخصية، وذلك أن حالة النص على الحكم البديل يكون على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، أما بالنسبة لحالة عدم النص عليه ومن جانب مسائل الأحوال الشخصية يتم أخذ الحكم من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا من اجل الملاءمة مع نصوص قوانين الأحوال الشخصية، وللجانبيين كليهما نابع من فلسفة المشرع التي تركز على تفريد الأحكام لتكون طوع ظروف المكلف؛ لذلك سنقُسم هذا الفصل على مبحثين، خصص المبحث الاول لبيان أثار الحكم البديل في حالة النص عليه، أما المبحث الثاني فكان لبيان أثار الحكم البديل في حالة عدم النص عليه.

المبحث الاول

أثار الحكم البديل في حالة النص عليه

تكون أثار الحكم البديل عندما ينص عليه المشرع، الذي يعني أن المشرع الوطني جعل له وجود في قانون الأحوال الشخصية النافذ، وكما فعل ذلك المشرع في تشريعات الأحوال الشخصية المقارنة، وهذا النص على الحكم البديل لا يحتاج الى اجتهاد، لكون النص على الحكم البديل ورد به نصاً شرعياً أو تشريعياً، ولما يترتب على هذا النص من آثار متعددة، تختلف بين ما اذا كانت أثار الحكم البديل مباشرة أو غير مباشرة؛ فالمباشرة هي التي تحدث من الحكم ذاته في مجال قصد الحكم وعدم القصد أو النص على التعبير اللفظي أو الفعلي من المكلف، كما تحدث من خلال أثر الحكم البديل على الحكم الأصلي التي تؤدي إلى بقاء أو عدم البقاء للحكم الأخير. أما أثار الحكم البديل غير المباشرة؛ فتكون أما من حيث الجهة المتسببة، هذا ما يكون بسبب المكلف أو بسبب ليس من

المكلف(خارج عن إرادته)، كما قد تكون من خلال المتعلق بالمطلوب من المكلف بوقت معين أو غير معين، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الاول نبين أثر الحكم البديل الصريح ، ونبين في المطلب الثاني أثر الحكم البديل الضمني.

المطلب الاول

أثر الحكم البديل الصريح

المقصود بالأثر الصريح؛ هو أن المشرع أمر بإتيان الحكم البديل الذي هو التكليف الاضطراري ، فلو كان حكمه الثاني البديل لا يكفي ولا يسد عن الحكم الأصلي لنبه لذلك^(١)، لذا تكون لحالة تطبيق الحكم البديل وفقاً للنص التشريعي آثار، وهي على نوعين، الأولى : وهي آثار ليس فيها أن تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه، أما الثانية : فهي التي تستند إلى الحكم الأصلي وتؤثر عليه، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الاول نبين آثار تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه، وسنكرس الفرع الثاني الى آثار تستند إلى الحكم الاصيل وتؤثر عليه.

الفرع الأول

آثار تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه

نصت القاعدة الفقهية (إذا تعذر الأصل يصار الى البديل) التي تعني إقامة حكماً مكان حكم آخر وقيامه مقامه على جهة التعاقب^(٢)، لذلك تختلف اثار الحكم البديل التي تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه، لكن قد يكون تطبيق الحكم البديل في هذه الحالة ثابتاً، وقد يكون غير ثابت عند تطبيقه، لذا فإن الحكم البديل يكون له اثر منذ لحظة تطبيقه على الحكم الأصلي، والآثر في هذه

١- ينظر: العلامة الشيخ عبدالكريم الحائري، محاضرات أصول الفقه، المادة (٢)، المحاضرة (٣٧)، الاجزاء، على الموقع الالكتروني الاتي: (abu.edu.iq) تاريخ الزيارة ١٩ / ١٠ / ٢٠٢٣. للمزيد مراجعة الموقع.

٢- محمد قلججي، معجم لغة الفقهاء، ط٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص١٠٥.

الحالة؛ هو أمر يرتبط كل الارتباط بالمقصود من الحكم البديل والمراد منه، وهو ثبوته أو عدم ثبوته بعد تطبيقه^(١)، لذلك تنقسم هذه الآثار إلى اقسام وكما يأتي:

١- تكون الآثار عندما يقصد الحكم البديل لذاته وغير مراد لغيره

في حقيقة الامر أن الاثر الذاتي للحكم البديل لا يتمكن القاضي من نقض الحكم الذي يحكم به حتى لو كان ذلك قبل استيفاء الحق من الحكم البديل؛ لأن الحكم البديل يكون قد استقر بعد الشروع فيه^(٢)، ولا يبطل حتى في حالة القدرة على الحكم الاصيلي^(٣)، ومن ثم لا يرجع المكلف الى الحكم الاصيلي.

على سبيل المثال إذا صدر حكم القاضي استناداً لشهادة شهود الفرع ومن ثم ظهر شهود الأصل قبل استيفاء الحق، لا يمكن للقاضي نقض هذا الحكم البديل؛ لأنه بديل لا يبطل حتى عند قدرة المكلف على الحكم الاصيلي وهي شهادة شهود الاصل التي تعد بمثابة المبدل منه بعد الشروع بالحكم البديل. وكذلك عند أتلاف احد الخاطبين ما تسلمه من الخاطب الاخر مثلياً، ولم يقدر على ايجاد مثله، فأعطى قيمته ثم وجد المثل؛ فإن المكلف في هذه الحالة لا يلزم من الرجوع الى بدله، وذلك لانفصال الامر بالبديل^(٤).

٢- تكون الآثار عندما لا يقصد الحكم البديل لذاته ويراد لغيره

يتحقق الاثر الذاتي في هذه الحالة، عندما يكون الحكم البديل مقصود لذاته وغير مراد لغيره؛ لأنه لا يستقر بعد تطبيقه، ويكون للمكلف حق الرجوع إلى الحكم الاصيلي^(٥).

١- أبي عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص١١٧.

٢- أبي عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص١١٧.

٣- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٢، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، باب الصيد في الحرم، ص٢٧. وينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص١١٧.

٤- نيين هنا أنه لو اتلف المتلف، ولم يجد مثله فأعطى القيمة ثم وجده، فهل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان :

احدهما : ما تم ذكره في المتن ولمنع التكرار نكتفي بما تم ذكره اعلاه؛ لأنه يبين الاثر الذاتي للحكم البديل من جانب أنه غير مراد لغيره. ينظر: يحيى بن شرف محي الدين أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مج٥، ط٣، المكتب الإسلامي، بلا مكان طبع، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ص٢١-٢٢. وينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص١١٨.

٥- بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص١١٧.

على سبيل المثال يكون للمعتدة من طلاق بالأشهر عندما تشاهد الحيض تثبت لها القدرة على الحكم الأصلي وهو الاعتداد بالقروء؛ لأن الحكم البديل الاعتداد بالأشهر لم يستقر بعد مما يبطل ذلك حكمه، ويكون للمكلف الرجوع الى الحكم الاصلي وهو الاعتداد بالأقروء هذا عندما يكون الامر قبل استيفاء الحق^(١). وكذلك وحسب ما تم ذكره من مثال سابق بخصوص شهود الاصل عند حضورهم للشهادة بعد شهادة شهود الفرع وقبل الحكم استناداً لشهادتهم، مما لا يمكن للقاضي هنا الاستناد الى الحكم البديل وهو شهادة شهود الفرع؛ لأنه حكم لم يستقر بعد فيبطل^(٢).

يبدو لنا أن تطبيق الحكم البديل من قبل القاضي، فإنه في هذه الحالة لا يمكن للمكلف الرجوع عنه إلى الحكم الاصلي؛ لأنه حكم غير مقصود لغيره وانما لذاته هذا من جانب، ومن جانب اخر أن الحكم البديل ينتج اثره الذاتي بعد تطبيقه وقبل استيفاء الحق من خلاله؛ لأنه يكون بنفس حكم الاثر الاول وهو ثبوته، إما اذا لم يتم استيفاء الحق به بعد، فإنه لا يعد ثابتاً ومن ثم يمكن للمكلف الرجوع عنه إلى الحكم الأصلي؛ لأنه يؤدي إلى ثبوت الحق به اكثر من الحكم البديل.

٣- تكون الآثار عندما يقوم المكلف بقول أو فعل

في حال إذا قام المكلف بعمل من قول أو فعل كحكم بديل عن الحكم الأصلي ، ويكون ذلك عندما يباشر المكلف بالحكم البديل من خلال ما يعمل من قول او فعل كحكم بديل يقوم مقام الحكم الاصلي؛ لأنه عند الشروع فيه هنا، لا يوجد مجال للحكم الاصلي لتحقيق عدم قدرة المكلف عليه اساساً ومنذ الابتداء، وكذلك لتهيئ وضع الاستقرار بشكل يمنع الرجوع عن البديل الى الحكم الاصلي.

على سبيل المثال حالة عدم قدرة المكلف ابتداءً ابرام عقد الزواج بالتعبير اللفظي، الا انه له القدرة على التعبير الكتابي، لسبب أنه لا يستطيع النطق ابتداءً مما يباشر بالحكم البديل الذي ينتج اثره الذاتي واستقراره عند الشروع فيه، حيث تحكم المحكمة بانعقاد الزواج من خلال التعبير الكتابي الذي يعد بديلاً منذ الابتداء بالشروع والاستقرار به، وبذلك ينتج الحكم البديل اثره الذاتي مباشرة وهو انعقاد عقد الزواج من خلاله.

١- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٥، بلا طبعه، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص٤١٩.

٢- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، المصدر السابق، ص٤١٥. وينظر: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٦، المصدر نفسه، ص٥٥٤-٥٥٥.

ومما تقدم يتبين بأن الحكم البديل يكون له اثر يستند إلى الحكم الأصلي ولا يؤثر عليه، لأن تحقق الضابط الرئيس وهو عدم القدرة لدى المكلف على الحكم الأصلي، مما يحقق أثراً تنتج منه مباشرة عند تطبيقه، لأنه بدون هذا الأثر يمكن للمكلف الرجوع عنه إلى الحكم الأصلي، لأنه لم يثبت بعد تطبيقه، وكذلك عدم استيفاء الحق الذي منح من خلال هذا الحكم البديل، وهذا يكون لكل اثر مباشر للحكم البديل اذا كان مقصود لذاته سواء يراد أم غير يراد لغيره، وكذلك الأمر بالنسبة إذا كان بقول أو فعل^(١)، مما يكون المكلف متلبس بمقصود الحكم البديل عند تحقق هذا الضابط الرئيسي، ومن ثم لا يمكن الرجوع إلى الحكم الأصلي، لتحقيق الأثر المباشر من الحكم البديل من خلال الرسم المتقدم.

الفرع الثاني

آثار تستند إلى الحكم الأصلي وتؤثر عليه

يكون للحكم البديل أثر على الحكم الأصلي، وهو عند تطبيق الحكم البديل يكون له أثراً يؤدي إلى ان يكون هو الحكم المقصود عند بقاء الحكم الاصيلي او عدم بقائه، كما يكون له أثراً يحدث من خلال جنسه الذي يكون من جنس الحكم الأصلي أو يكون من غير جنسه، لذا فإن الحكم البديل في هذه الحالة يختلف اثره على الحكم الاصيلي على جانبين هما: من حيث بقاء الحكم الاصيلي، ومن حيث الطبيعة التي عليها الحكم الاصيلي، لذلك تنقسم هذه الاثار الى قسمين وكما يأتي :

١- اثره على بقاء الحكم الأصلي

تختلف اثار الحكم البديل في هذه الحالة بحسب نوعه فيما اذا كان الحكم البديل مشروطاً ادائه بشرط عدم قيام الحكم الأصلي؛ لأنه لا يمكن ان يكون الحكم البديل الا بديلاً خلفاً عن الحكم الاصيلي^(٢)، وليس بديلاً بمقابلة؛ لأنه هنا يكون الحكم البديل مشروط أدائه بشرط قيام الحكم

١- كما لنا هنا التذكير بان للمكلف القيام بإداء الحكم البديل المالي عن الحكم الاصيلي بشكل مباشر، كما في حالة دفع قيمة المتلف عند عدم وجود مثيله؛ لأنه يكون المكلف في هذه الحالة باشر بالبديل ابتداءً ومنذ الشروع استقر على البديل، لعدم وجود الحكم الاصيلي، ومن ذلك يحدث اثره الحكم البديل وهو الاثر الذاتي الذي يتمثل بالتعويض عن المتلف بقيمته لعدو وجود مثله. لذلك لم نذكر هذا الاثر لكونه يتحدث عن مسائل مالية تتمثل بالتعويض المالي وهو اقرب الى البديل بمقابلة الذي تم استبعاده عن موضوع البحث، كما لم تظهر صورة الحكم البديل الخلف او نائب، لذلك لم نتطرق له كآثر ذاتي للحكم البديل للشبه في هذا الامر وحسب المذكور مما تقدم هنا.

٢- عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدي، بلا طبعه، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، بيروت، لبنان، ١٣٠٨هـ، ص ٢٨٦.

الأصلي^(١)، لذلك من هذه الاثار التي تؤثر على بقاء الحكم الاصلي كحكم أولي من غير أن يتم الغاءه بشكل نهائي، وتنقسم هذه الاثار على قسمين وكما يأتي :

أثره عندما يكون بديلاً خلفاً : لا يتحقق هذا الاثر الا اذا كان هناك شرط وهو عدم قيام الحكم الأصلي؛ لأنه يكون تطبيق الحكم البديل مشروط بعدم قيام الحكم الأصلي من اجل قيام الحكم البديل محله أو مقامه، كما أنه لا بد من وجود الحكم البديل عدم وجود الحكم الأصلي، وأن تطبيق الحكم البديل لا يؤدي إلى الغاء الحكم الأصلي بشكل نهائي.

على سبيل المثال البيئة تعد هي الحكم الاصلي عند التقاضي واليمين حكم بديل عن البيئة، لذلك عند اجتماعهما، يكون السمع للبيئة والحكم بها؛ لأنها حكم أصلي، ولا تسمع اليمين ولا يسأل المكلف عنها^(٢)، وكذلك عند النكول عن اليمين يعد بديلاً عن الاقرار^(٣)، مما يلاحظ أن ثبوت القدرة على الحكم الأصلي يؤدي الى سقوط العمل بالحكم البديل.

ب- اثره عندما يكون بديلاً متقابلاً : يتحقق اثر الحكم البديل عندما يكون الحكم الأصلي قائماً؛ لأن الحكم البديل المتقابل يكون مشروطاً اداؤه بشرط قيام الحكم الأصلي. كما يلاحظ بخصوص ذلك فإن هذا الحكم البديل المتقابل نستبعده من موضوع بحثنا؛ لأنه يعد بديلاً لمقابلة مال بمال كما في المعاوضات المحضة، كالثمن الذي يدفعه المشتري في البيع الذي يكون مقابل عن السلعة التي يدفعها البائع^(٤)؛ لذا فإن هذا الحكم البديل يستبعد مع اثره؛ لأنه لا يعد بديلاً خلفاً أو نائباً عن الحكم الاصلي، وإنما هو العوض المكافئ^(٥).

على سبيل المثال التعويض عن الضرر الذي يسببه احد الخاطبين عند عدولة عن الخطبة؛ لأنه يعد التعويض بديلاً عن الضرر الذي لحق بأحد الخاطبين بسبب العدول عن الخطبة. ويلاحظ بأن هناك

١- عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي، المصدر نفسه، ص٢٨٦.

٢- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ١١، بلا طبعه، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص ٤٣١.

٣- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ١٦، ط ١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ١١٧.

٤- بما أن الثمن في البيع هو بدل مقابل للبيع، لذا فإن ما نص عليه هو (يطلق البديل على ما يقابل الشيء في المبيع) وبهذا الخصوص ورد ما يرجع ذلك البديل او البديل الى قسمين : أحدهما - يرجع الى البديلين. والآخر - يرجع الى احدهما وهو الثمن . وهذا القسم الابدال غير مقصود؛ لأنه بدل مقابلة مال بمال، وإنما جاء ذكره هنا للتفريق بينه وبين الحكم البديل والذي تم تسميته هنا بديل الخلف او نائب عن الحكم الأصلي. ينظر : علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ١١، المصدر السابق، ص ٥٢.

٥- محمد قلجعي، معجم لغة الفقهاء، المصدر السابق، ص ١٠٥.

معاوضات غير محضة او مقابلة مال بشيء، كالخلع الذي يعد بديلاً تدفعه الزوجة وهو مال مقابل أن يفارقها الزوج، والمهر الذي يعد بديلاً عن الاستمتاع بالمرأة، وهو بديلاً متقابل لا يجوز أن يخلو منه العقد، بخلاف البديل المتقابل في النكاح، فإنه يقدم بديلاً من أجل اظهار خطر المحل لا مقصوداً^(١).

لذا يبدو أن اثر الحكم البديل على الحكم الأصلي من حيث البقاء على الحكم الأصلي أو عدم البقاء عليه، يكون من خلال ماذا كان الحكم البديل خلفاً عن الحكم الأصلي؛ لأنه في هذه الحالة يشترط عدم بقاء الحكم الأصلي لقيام البديل مقامه، وعند ذلك ينتج اثره الذي يتمثل من خلاله عدم القدرة للمكلف على الحكم الأصلي؛ لأنه بخلاف ذلك تثبت القدرة للمكلف على الحكم الاصلي سقط الأخذ بالحكم البديل، ويكون بديلاً بمقابلة الذي يستبعد من موضوع بحثنا.

٢- اثره بحسب طبيعة الحكم الأصلي

مثلاً يحدث الحكم البديل اثره على بقاء الحكم الاصلي عند النص عليه، يحدث أثر عندما يتعلق بطبيعة الحكم الأصلي؛ لأنه من خلال ذلك قد يكون الحكم البديل من طبيعة أو من غير طبيعة الحكم الأصلي، لذا نحدد هنا اثر الحكم البديل على الحكم الأصلي وفق هذا المتعلق وكما يأتي :

أ-اثره عندما يكون من طبيعته : إن المقصود من ذلك أن عدم قدرة المكلف على القيام بالحكم الأصلي ينتقل الى الحكم البديل الذي يكون من طبيعة الحكم الأصلي من حيث الجنس الذي عليه هذا الحكم الاخير؛ لأنه في هذه الحالة قد يشترط ان يكون الحكم البديل من جنس الحكم الأصلي لا من غيره من عين أو عرض، منعاً للتفاضل المعنوي^(٢).

١- سعد الدين مسعود بن عمر التفناني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص٣٩٩.

٢- التفاضل المعنوي : هو ان يكون البديل من جنس المبدل منه؛ لأنه اذا كان من غير جنسه عيناً منع من هذا التفاضل، وأن كان عرضاً يجوز في حالة اذا كانت القيمة يسيرة فان كانت غير يسيرة منع من هذا التفاضل. كما لا بد من الإشارة هنا ان الجنس المطلوب هنا هو جنس النوع وليس الجنس الحقيقي؛ لأنه مثال الذهب والفضة نوعان يندرجان تحت جنس واحد وهو النقد وحينئذ الفضة من افراد جنس الذهب فلو كان المراد بالجنسية حقيقتها لا تقتضي جواز دفع الذهب بدلاً عن الفضة والعكس ليس كذلك. ينظر : محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١م، باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا، ص٦٠. وينظر : أحمد بن علي ابن تغلب بن الساعاتي، نهاية الوصول الى علم الأصول، ج١، بلا طبعه، وزارة التعليم العالي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ، ص٥٥٠.

على سبيل المثال إجراء عقد الزواج من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة كبديل عن اجرائه من خلال التعاقد المباشر في مجلس العقد الذي يعد بمثابة الحكم الاصيلي، وفي هذه الحالة يكون الحكم البديل من جنس الحكم الاصيلي من حيث نوعه لا من جنسه حقيقة. وكذلك رد المثل بمثله؛ فهو بديل من جنس المبدل منه، أما القيمة فهي بدل من غير جنس المبدل منه^(١).

ب- اثره عندما يكون من غير طبيعته : المقصود من ذلك أن المكلف عند عدم قدرته على الحكم الاصيلي ينتقل الى حكم بديل يختلف في طبيعته عن الحكم الاصيلي؛ لأنه في هذه الحالة سيكون المكلف الاخذ بحكم بديل يختلف بجنسه عن جنس الحكم الاصيلي، مما يكون البديل من غير جنس المبدل منه.

= كما لنا في هذا المقام ومن وجهة نظرنا وتماشياً مع شروط العمل بالحكم البديل، لذلك نبين هنا ومن جانب منع التفاضل المعنوي في حالة اذا كان الجنس عرضاً وقيمه يسيرة؛ نقول هنا بانه من شروط انتقال المكلف الى الحكم البديل هو عدم القدرة على الحكم الاصيلي بشكل كلي؛ لأنه البديل لا يجب معه المقذور عليه من الحكم الاصيلي بل ينتقل الى البديل بالكلية؛ لأن ايضاً من الضوابط التي وضعها الفقهاء بين بديل لا يجب معه المقذور عليه من الاصيلي، وبديل يجب معه المقذور عليه من الاصيلي، وهذا الضابط هو (كل أصل ذي بدل فالقدرة على بعض الاصل، لا حكم لها وسبيل القادر على البعض كسبيل العاجز عن الكل)، لذلك نرى انتقال المكلف الى البديل بشكل كلي وان قدر على بعض الاصل الا اذا كان البديل مقصوداً لغيره في هذه الحالة لا بد من الاتيان بالمقذور عليه من الاصيلي، وذلك وفقاً لهذا الضابط الذي ينص على انه "لا يجمع بين البديل والمبدل في محل واحد"، ينظر: السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة المنهاج، ج ١، بلا طبعة، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ص ٣١٧.

ووفقاً لهذا الضابط فإن البديل من حيث وجوب بعض المقذور عليه من الاصل يكون على اربعة اقسام :

- الاول - ما يجب قطعاً مع البديل. كمن قدر على بعض الفاتحة لزمه قراءتها ثم يأتي بالبديل.
- الثاني - ما يجب على الاصح. كمن وجد بعض ما يتطهر به من ماء أو تراب لزم على الاصح. هذا اذا قدر على البديل وهو التراب فان فقده استعمل الميسور قطعاً؛ لعدم البديل.
- الثالث - ما لا يجب قطعاً. كمن وجد بعض الرقبة في الكفارة المرتبة لا يجب عليه قطعاً؛ لأن الشرع قصد تكميل الرقبة فينتقل الى البديل.
- الرابع - ما لا يجب على الاصح. كما لو وجد المحدث الفاقد للماء تلجأ او برداً ولم يقدر على اذابته فلا يجب عليه على الراجح وينتقل الى البديل. ينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج ١، المصدر السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

١- عثمان بن أحمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب شرح عمدة الطالب، مج ١، ط ١، دار محمد للنشر والتوزيع، الطائف، المملكة العربية السعودية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ٥١٥. وينظر: عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، احكام البديل في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص ٥٥٦.

على سبيل المثال، النكول عن الشهادة هي بديل عن الاقرار؛ لأن النكول بمنزلة البديل لا بمنزلة الاقرار^(١). وكذلك حالة الفيء باللسان هو حكم بديل عن الفيء بالجماع الذي يعد حكم أصلي؛ الا أن الفيء باللسان ليس من جنس الفيء بالجماع، وأن كان المكلف قادراً على الفيء بالجماع قبل حصول المقصود بالفيء باللسان؛ لذا فإن الفيء باللسان يبطل العمل به^(٢)، كما يلاحظ بأن الفيء باللسان بديل لا يستقر؛ لأن الفيء بديل غير مقصود لذاته بل مراد لغيره^(٣).

يتبين مما تقدم أن اثر الحكم البديل يختلف بحسب طبيعة الحكم الأصلي، لهذا يلاحظ أن الحكم البديل اذا كان من طبيعته ينقل القاضي المكلف اليه ويثبت حكمه؛ لأن في ذلك أثبات لعدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي. أما أن كان من غير طبيعته، فان القاضي ينقل المكلف إلى الحكم البديل، الا انه لا يثبت اذا لم يحصل المقصود من البديل؛ لأنه لا يمكن ان يجتمع الحكم الأصلي مع الحكم البديل، ومن ثم لا يحصل المقصود لقدرة المكلف على الحكم الأصلي.

المطلب الثاني

أثر الحكم البديل الضمني

يتكون الأثر ؛ عندما يتعلق بالجهة المتسببة؛ وذلك يكون بسبب من المكلف أو لسبب خارج عن ارادة المكلف. وكذلك عندما يتعلق الحكم البديل بالوقت الذي يتم اداء الحكم الأصلي فيه، وذلك أما يكون بإداء الحكم الأصلي المؤقت أم غير المؤقت، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في **الفرع الاول** إلى الاثار المتعلقة بالجهة المتسببة، ونكرس **الفرع الثاني** الى آثار التزام المكلف بوقت اداء المطلوب(الحكم الأصلي).

١- إن النكول بمنزلة البديل لا بمنزلة الاقرار؛ لأن لو جعلناه بدلاً يتوصل المدعي من خلاله الى حقه مع بقاء المدعي عليه محقاً في انكاره، وذلك لا يجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة اقرب منه الى الاقرار فإنما يثبت به ادنى ما يثبت بترك المنازعة اقرب منه الى الاقرار فإنما يثبت به ادنى ما يثبت بترك المنازعة وهو البديل. ينظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٥، ط ١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، ص ٦.

٢- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج ٣، ط ١، المكتبة الحبيبية، كاتسي رود حاجي غيبي جوك كونسه، باكستان، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، ص ١٧٤.

٣- سبق بيانه من خلال اثر الحكم البديل الذاتي ، وذلك على وجه التحديد عندما يكون غير مقصود لذاته ومراد لغيره، من خلال هذا الفرع الذي نحن فيه،(اولاً / ٢).

الفرع الأول

الأثار المتعلقة بالجهة المتسببة

تختلف اثار الحكم البديل المتعلقة بالجهة المتسببة، وذلك يكون أما من جهة احد الزوجين الذي يكون متسبب الى الحكم البديل، أو بسبب خارج ارادة المكلف المتسبب للحكم البديل، لذلك فان الاثار التي تترتب في هذه الحالة تقسم على قسمين وكما يأتي :

١- الأثار من جهة المكلف

هو الاثر الذي يحدثه المكلف بإرادته، ومن اجل منع الضرر الذي يحصل في حالة تسبب المكلف للحكم البديل، وفي حالة ترك المكلف الحكم البديل سوف يكون المكلف في هذه الحالة هو المختار الى الحاق الضرر بنفسه تكليفاً ووضعاً^(١)، لذلك تنقسم هذه الاثار الى قسمين وكما يأتي :

أ- اثره بسبب فعل المكلف الايجابي: إن الحكم البديل الذي يتكون بإرادة المكلف بسبب قيامه بفعل يؤدي به الانتقال إلى الحكم البديل الذي ينوب عن الحكم الأصلي؛ لأن المكلف في هذه الحالة يكون من الواجب عليه أن ينتقل الى الحكم البديل، كما لو اتلف الخاطب مثلياً ولم يجد مثله، وجب عليه دفع بديله وهو قيمة المتلف المثلي^(٢).

يبدو لنا أن اثر الحكم البديل حدث بسبب فعل المكلف وإرادته لهذا البديل نتيجة ما قام به من عمل، وحسب المثال المتقدم وهو تلف المثلي الذي لا يجد مثيله، مما وجب عليه دفع القيمة عن ذلك المثلي الذي أتلفه، لهذا يلاحظ أن اثر الحكم البديل هو تلبية الواجب الذي يقع على المكلف؛ لأنه في هذه الحالة تكون القيمة هي الواجبة عند التلف^(٣).

ب- اثره بسبب فعل المكلف السلبي : تتمثل هذه الحالة عند امتناع المكلف بإرادته على ترك الحكم البديل مما يلحق الضرر به من اختياره، ومن ثم يلحق الضرر بنفسه تكليفاً ووضعاً. على سبيل المثال الايلاء؛ وهو (اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة اشهر)، الذي يعد الزوج ولياً بمجرد

١- ينقسم الحكم الشرعي الى قسمين : الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي ولكل منهما أنواع. ينظر: مصطفى الزلمي وعبدالباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، طبعة جديدة منقحة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨م، ص١٧.

٢- عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، احكام البديل في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص٥٥٧. وينظر : بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص١٢٢.

٣- ابي بكر ابن السيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية اعانة الطالبين، ح٤، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م، ص٢٩٠.

انتهاء مدة الأربعة أشهر^(١). ويلاحظ من خلال قوله سبحانه وتعالى {للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم* وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم}^(٢)، يتبين من ذلك أن حكم الإيلاء إذا كان يقصد الإضرار بالزوجة من الزوج بعد مضي أربعة أشهر يكون محرماً؛ لأن في ذلك إضرار بالزوجة بمضي هذه المدة^(٣).

يبدو لنا أن ترك الزوج زوجته بإرادته وهو عدم الفيء لحق الزوجة بالجماع، مما يمنح الزوجة أن تمنع الإضرار بها؛ بسبب ترك الزوج لها مدة أربعة أشهر، ويلاحظ أن المشرع الأردني نص على ذلك من خلال المادة (١٢٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

٢- أثره لسبب خارج عن إرادة المكلف

هو الأثر الذي يحدث بسبب خارج عن إرادة المكلف؛ لأن ما يستغرقه المكلف في حاجته كالمعدوم فيه جوازاً إلى الانتقال إلى البديل^(٤).

وعلى سبيل المثال كفارة الظهار التي تكون بسبب المكلف لكن الحكم البديل ليس من إرادته وإنما لسبب خارج إرادته؛ لأن المكلف يستغرق البديل لحاجته إليه، كما لو كان له خادم يخدم امراته، ومثلها لا يقدر على خدمة نفسه، لم يلزمه العتق؛ لأن عليه ضرراً في ذلك، وكذلك لو احتاجه لخدمة نفسه، فإنه لا يلزمه صرفه في الكفارة، وكذلك غير فاضل عن حاجته^(٥).

يبدو لنا في هذا المجال ومنعاً للضرر الذي يلحق بالمكلف من الترك ما هو إلا تطبيق للقاعدة المنشئة للحكم البديل وهي (لا ضرر ولا ضرار)؛ لأن هذه القاعدة مرة تنفي الضرر ومرة تثبت عدم الضرر^(٦).

١- أستاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، ط١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م، ص ١٨٤.

٢- سورة البقرة: الآية (٢٢٦-٢٢٧).

٣- محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، ط٢، مكتبة الايمان، المنصورة - أمام جامع الازهر، مصر، ٢٠٠٥م، ص ٣١٥-٣١٦.

٤- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج١٧، بلا طبعه، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٧هـ، كتاب الظهار، باب كفارة الظهار، ص ٣٦٧.

٥- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن الاقناع، ج١٢، ط١، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، (١٤٢٩-١٤٢١هـ) - (٢٠٠٠-٢٠٠٨م)، ص ٤٨٩.

٦- سبق بيان ذلك بالفصل الثاني عند موضوع منشأ الحكم البديل من هذه الاطروحة، ومنعاً للتكرار بهذا الخصوص يراجع موضوع منشأ الحكم البديل.

مما تقدم يتبين أن آثار الحكم البديل الشخصية التي تتعلق بالجهة المتسببة تكون مختلفة بحسب السبب، فإن كانت بسبب ارادة المكلف الذي يجد الحكم البديل تظهر من خلال ما إذا كان سبباً ارادياً ايجابياً أو سبباً ارادياً سلبياً، وهذا من جانب المكلف شخصياً. كما تكون من جانب المكلف شخصياً إنما يكون لسبب خارج عن ارادته؛ لأن المكلف ما يستغرقه في حاجته كالمعدوم مما يجوز له الانتقال الى البديل أو البديل.

الفرع الثاني

آثار التزام المكلف بوقت اداء المطلوب (الحكم الأصلي)

يلتزم المكلف بالوقت الذي يتطلب منه اداء المطلوب منه وهو (الحكم الأصلي)؛ لأنه وقت تحقق المعيار الانتقال الى الحكم البديل، من حيث إذا كان قادراً على الحكم الأصلي أم لم يكن قادراً. لذلك تأخذ آثار الحكم البديل الذي يتعلق بإداء المطلوب وهو الحكم الأصلي ابتداءً ابعاد مختلفة، منها ما يكون متعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته. والآخر منها ما لا يتعلق اداء المطلوب بوقت يفوت بفواته، ولا يتصور تأخيره. وكذلك منها ما لا يتعلق اداء المطلوب بوقت يفوت بفواته، ويتصور فيه التأخير. لذلك فإن الآثار التي تترتب على ذلك تنقسم الى اقسام وكما يأتي :

١- عندما يتعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته :

يكون هذا الاثر للحكم البديل عندما يكون ادائه في وقت يجب به الحكم الأصلي وليس للمكلف قدرة عليه؛ لأن البديل يكون وقت وجوبه وقت وجوب المبدل منه كسائر الابدال^(١). كما أن البديل الذي يقوم مقام الأصل في هذا الوقت، لا في جميع الاوقات، بل في هذا الوقت المعين؛ لأنه إذا أتى المكلف بالبديل في هذا الوقت المعين، سقط عنه الامر بالأصل في هذا الوقت، ولكن لم يسقط عنه الامر بالأصل في كل الاوقات. لذلك أصبح قائماً مقامه في المرة الواحدة، ومن ثم أدى تمام المقصود بهذا الحكم البديل من قبل المكلف بالكلية^(٢).

١- ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج٣، ط٣، دار عالم الكتب، بلا مكان طبع، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص٥٠٨.

٢- لقد تم التكلم بهذا الخصوص بكلام دقيقاً يتعلق بهذا القسم وهو (ما يتعلق ادائه بوقت يفوت بفواته)، حيث قال : " الامر لا يفيد التكرار بل لا يقتضي الفعل الا مرة واحدة فاذا صار البديل قائماً مقام الاصل في هذا الوقت فقد صار قائماً مقامه في المرة الواحدة فإذا لم يكن مقتضى الامر الا مرة واحدة وقد قام هذا البديل مقام المرة الواحدة فقد تأدى تمام مقصود هذا الامر بهذا البديل فوجب سقوط التكليف به بالكلية ". ينظر: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين

على سبيل المثال كمن أتلف مثلي من قبل احد الخاطبين ولم يجد مثله، فإنه ينتقل إلى البديل القيمة، وان كان يرجو القدرة على الاصل في ثاني الحال^(١)؛ لأنه بمجرد الانتقال إلى الحكم البديل يؤدي إلى سقوط الحكم الأصلي ولا يمكن له الرجوع وأن وجد المثل، بسبب المنع لانفصال الأمر بالبديل^(٢).

يتضح من خلال ما تقدم أن وقت اداء للحكم الأصلي هو وقت انتقال احد الزوجين الى الحكم البديل الذي يعد بدلاً عن الاصل، كما يتحقق وقت الاداء هو عدم القدرة الذي يعد الضابط الاساسي للعمل بالحكم البديل، كما أن هذا الوقت يعد للحكم البديل مرة واحدة بينما للحكم الأصلي يكون في كل

=الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، ج٢، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص١٧٩-١٨٠.

ويلاحظ هنا أن ما يتبادر الى الذهن التساؤل الاتي؛ هل هو مقتضى الامر طلب الاداء من فعل أو امتناع، وان هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه، وأما الفورية في تنفيذه أو التراخي والتأجيل فيه، أو أن الاداء مطلوب لمرة واحدة فقط، أو هو للتكرار؟ للإجابة لنا القول بأن كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الامر.

وفي هذا الشأن ذهبت اقوال عدة منها هي :

أحدهما : قال (ذهب جماعة من المحققين الى أن صيغة الامر باعتبار الهيئة الخاصة موضوعة لمطلق الطلب من غير إشعار بالوحدة والكثرة)، ثم يقول (والحق أن الامر موضوع لطلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور وطلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً). ينظر: محمد صديق حسن خان بهادر، حصول المأمول في علم الاصول، بلا طبعه، مطبعة الجوائب، القسطنطينية، ١٢٩٦هـ، ص٨٥ وما بعدها.

ثانيها : قال (الامر اسم لمطلق اللفظ الدال على مطلق الطلب). ينظر: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، ج٢، المصدر السابق، ص٤٠.

ثالثهما : قال (ولنا لفظ الامر صيغة اقتضت لمعناها من طلب الفعل). ينظر: عبد العزيز احمد بن محمد البخاري علاء الدين البيزدوي، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البيزدوي، مج١، بلا طبعه، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، بلا مكان طبع، ١٣٠٨هـ، ص١٢٥.

رابعهما : قال (والمختار أن المرة الواحدة لايد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً، والتكرار محتمل فان اقترن به قرينة اشعرت بإعادة التكرار حمل عليه والا كان الاقتصار على المرة الواحدة كافياً). ينظر: علي بن محمد التغلبي الأمدي سيف الدين أبو الحسن، الاحكام في اصول الاحكام، ج٢، ط١، دار الصميعي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص١٩٢-١٩٣.

١- الزركشي، المنتور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص٨٨.

٢- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، ج١٣، ط١، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص١٣٨.

الاقوات؛ لأنه تعلق بوقت يفوت بفواته، فإنه يعد وقتاً للانتقال وفيه العدم مطلقاً^(١)، ولا يلزم الصبر للضرورة أو للحاجة^(٢).

٢- عندما لا يتعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته، ولا يتصور تأخيره :

يكون اداء الحكم الأصلي ابتداءً، فلا يجوز الانتقال منه إلى الحكم البديل إذا كان يرجو القدرة عليه؛ لأنه لا يمكن العمل بالحكم البديل مع القدرة الحكم الأصلي الذي يكون مطلوب ابتداءً؛ لأنه يتعين الابتداء بالمبدل منه أولاً، ومن ثم بالبديل المطلوب في ثاني الحال، عند عدم القدرة على المبدل منه، وهذا وفقاً للغالب^(٣).

على سبيل المثال كفارة اليمين في الايلاء^(٤)، والجماع في الصوم، فليس له الانتقال إلى البديل إذا كان المكلف لديه القدرة على عتق رقبة، فلا يجوز له الانتقال إلى البديل؛ لأن الكفارة على التراخي وإذا

١- قال الرافعي : أن كان له مال غائب في بلده أو غيره أم لم يكن بخلاف الكفارة، فإنه يعتبر في الانتقال الى الصوم فيها العدم مطلقاً. والفرق أن بدل الدم مؤقت بكونه في الحج ولا توقيت في الكفارة. ينظر: أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ج ٢، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١م، كتاب الحج/ باب بيان وجوه الاحرام وما يتعلق بها، ص ٣٢٨.

كما يلاحظ هنا، أن بدل الدم مؤقت بكونه في الحج ولا توقيت في الكفارة ولأن الهدى يختص ذبحه بالحرم، بخلاف الكفارة، ينظر: أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٧، بلا طبعه، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص ١٨٦.

٢- ابي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ج ٣، المصدر نفسه، ص ١٨٦.

٣- البديل مع مبدله أقسام :

أحدهما : يتعين الابتداء بالمبدل منه، وهو الغالب : كالتميم مع الوضوء ، والواجب في الزكاة مع الجبران.

ثانيهما : يتعين الابتداء بالبديل : كالجمعة إذا قلنا : هي بدل الظهر... . ينظر : جلال الدين عبدالرحمن السيوطي،

الاشباه والنظائر، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م، ص ٥٣٧.

٤- إن من الآثار التي تترتب على الايلاء الذي هو حلف يمين يترتب عليه حكم شرعي، والمراد بحكم الايلاء هنا وصفه الشرعي، فقد تبين الحكم الشرعي من خلال قوله سبحانه وتعالى : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم* وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم}. ينظر: سورة البقرة : الآية(٢٢٦)- (٢٢٧).

لذا فإن الذي يتبين من خلال ما تقدم أن من الآثار التي تترتب على هذا الايلاء، تختلف فيما اذا كانت اثار تترتب عليه في الفقه الاسلامي، ومن هذه الآثار المترتبة على حكم الايلاء في الفقه الاسلامي، هي الكفارة عن اليمين، وذلك إذا حلف الزوج على زوجته بعدم قربانها أربعة أشهر فاكتر، فإن عاشرها خلال هذه المدة فيلزمه في هذه الحالة كفارة اليمين، أما حال عدم اللمس فلا يلزمه شيء. ينظر : أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الامام الشافعي، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥م، كتاب الايلاء، ص ٥٣ وما بعدها.

مات يمكن أن تؤدي من تركته، بخلاف العاجز عن الماء يتيمم؛ لأنه لا يقدر على أن يقضي صلاته لو مات^(١).

يبدو مما تقدم أن عدم تعلق اداء الحكم الأصلي، بوقت يفوت بفواته، ولا يتصور تأخيرها؛ لأن الحكم البديل لا يمكن الابتداء به لكون المكلف له القدرة على الاتيان بالحكم الأصلي وهو أن يجد الرقبة .. ، لذلك لا يجوز للمكلف الانتقال إلى الحكم البديل الذي لا يمكن تأخيرها؛ لأنه لا يتعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته، كما لا يتعلق به الزام ومطالبة في الحال^(٢).

٣- عندما لا يتعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته، ويتصور فيه التأخير:

في حال إذا كان اداء الحكم الأصلي مطلوب اولاً، ولم يكن متعلق بوقت يفوت بفواته، مما يمكن التأخير في ذلك الاداء للحكم الأصلي المطلوب أول الحال، فإن الأمر في ذلك يكون له وجهان وهما : (أحدهما: يلزم المكلف التأخير؛ لأنه ليس في هذا التأخير بمضيقة للوقت. والثاني: يكون للمكلف الانتقال الى البديل ؛ لأنه يتضرر بالتأخير.)^(٣).

= كما يلاحظ ايضا أن الايلاء هو الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة قبلاً إما أبداً أو مدة على اربعة أشهر لغرض الاضرار بها. فلا يتحقق الايلاء بالحلف على ترك وطء المتمتع بها، ولا بالحلف على ترك وطء الدائمة مدة لا تزيد على اربعة اشهر، ولا فيما اذا كان لدفع ضرر الوطاء عن نفسه أو عنها أو لنحو ذلك، كما يعتبر فيه ايضاً ان تكون الزوجة مدخولاً بها ولو دبراً فلا يتحقق بالحلف على ترك وطء غير المدخول بها نعم تتعدد اليمين في جميع ذلك وتترتب عليها آثارها مع اجتماع شروطه. ينظر: سماحة اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني((دام ظلّه))، منهاج الصالحين، ج٣،، طبعة مصححة، دار المؤرخ العراقي، ١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م، كتاب الايلاء، مسالة (٦٥٠)، ص٢٠٣.

أما من جانب اثاره التي تترتب في القانون على الايلاء؛ يحث القاضي الزوج على الفيء فإن استعد للفيء أجله الى مدة قصيرة، فإن لم يفيء الزوج طلق القاضي بينهما طلاقاً رجعية مالم تكن مكتملة لثلاث، فإن طلق القاضي بينهما تعتد الزوجة عدتها الشرعية. ينظر: عمر سليمان عبدالله الأشقر، الواضح شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، المصدر السابق، ص٢٧٩.

مما تقدم يلاحظ أن الاثار المترتبة على الايلاء القانونية هي نفسها الاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي باستثناء الكفارة؛ لأن الزوج يلزم بها ديانة لا قضاءً.

١- ابي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ج٦، المصدر السابق، ص٢٧٢. وينظر: الزركشي، المنتور في القواعد، ج١، المصدر السابق، الاشارة نفسها.

٢- ابي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ج٨، المصدر السابق، كتاب الدعوى والبيانات/ باب في الدعوى، ص٢٩٧.

٣- ابو عبدالرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، ط١، دار ابن القيم - دار ابن عفان، بلا مكان طبع، ١٤٢١هـ، القاعدة الثانية والاربعين، ص٤٣٥. وينظر: الزركشي، المنتور في القواعد، ج١، المصدر السابق، ص٨٩.

وعلى سبيل المثال كفارة الظهار التي لا يتصور فيها التأخير، ويلاحظ بهذا الشأن ومن خلال تتبع موقف الفقه اختلفوا الفقهاء بهذا الشأن على قولين : فالذي قال بالأول من الفقهاء ذهب إلى ترجيح وجوب الصبر، أما الذي قال بالثاني من الفقه ذهب إلى أنه يلزمه^(١). كما يلاحظ من خلال تتبع موقف الجمهور من الفقه الذي قطع في ذلك بانه لا يلزمه^(٢).

يبدو مما تقدم أن الحكم البديل وهو كفارة الظهار كمثال عن ذلك، يختلف بها التأخير عنها فيما إذا كان التأخير إلى غاية معينة؛ إما تكون معلومة للمكلف؛ يجوز فيها التأخير أن كانت مذكورة أو موصوفة، أما إذا كانت غير معلومة للمكلف؛ فإنه لا يجوز له التأخير. ومن جانب إذا كان التأخير لا إلى غاية؛ فإنه يجوز ذلك ببدل أو لا ببدل، فإن كان ببدل؛ لأن البديل إما أن يكون واجباً أو غير واجب، فإن كان البديل غير واجب يجوز التأخير، وإن كان واجب لا يجوز^(٣). ويلاحظ بأنه لا يمكن

١- إن ما أشار إلى ذلك الغزالي والمتولي، وهم أصحاب القول الاول، أما بالنسبة لصاحب القول الثاني هو البيهقي وهذا اختيار لنفسه، فقال حكاية المذهب: لا يلزمه، ورأيت أن يلزمه. ينظر: محيي الدين النووي، روضة الطالبين، ج٦، المصدر السابق، ص٢٧٢.

٢- محيي الدين النووي، روضة الطالبين، ج٦، المصدر نفسه، ص٢٧٣.

٣- وفي هذا السياق يبرز التساؤل الاتي هل التأخير في كفارة الظهار يجوز إلى غاية أو لا إلى غاية؟ للإجابة عن ذلك لنا القول، بأنه يجب التفريق بين حالة إذا كان جاز تأخيره إلى غاية معينة. وحالة أن كان التأخير لا إلى غاية، وذلك له تفصيل على النحو الاتي :

أولاً - إن جاز التأخير إلى غاية معينة :

فإما أن تكون الغاية معلومة للمكلف أو لا تكون معلومة له، وذلك مأسوف نبينه هنا على وجهان وهما كالاتي: أحدهما : فإن كانت الغاية معلومة له؛ فإن هذه المعلومة تكون للمكلف أما مذكورة بأن يقال له (عشرة أيام) مثلاً. أو موصوفة؛ فيكون أما الاول خلاف الفرض إذ الفرض فيما إذ كان أمراً مطلقاً غير مقيد بوقت في الذكر، وإن كان الثاني فالوقت لموصوف لا يخرج بالأجماع عن الوقت الذي انتهى إليه غلب على ظنه أنه لو أخر المأمور به عنه لفات؛ وذلك لا يكون الا بإمارة تدل عليه؛ وهي بالأجماع غير خارجة عن الغرض المرجو وعلو السن، وكل واحد من الامرين مضطرب مختلف؛ فإنه قد يموت أو يعيش ولا يعتد بذلك فيما بعد. ثانيهما : فإن كانت الغاية غير معلومة له؛ وفي ذلك لا يجوز التأخير عنها، فإن ذلك يعد تكليفاً بما لا يطاق وهو ممتنع مما يلاحظ أنه إذا جاز التأخير إلى الغاية التي تكون معلومة أو غير معلومة للمكلف، فإن كانت معلومة له يجوز التأخير، إما إذا كانت غير معلومة فإنه في هذه الحالة لا يجوز له التأخير.

ثانياً - إن كان التأخير لا إلى غاية : في هذا المجال إما أن يجوز التأخير ببدل أو لا يجوز التأخير ببدل، فإن كان ببدل؛ فإن ذلك البديل إما أن يكون واجباً أو غير واجب، لا يجوز التأخير أن كان البديل ليس واجباً، أما أن كان البديل واجباً، فإنه يمتنع التأخير لوجوه أربعة :

الاول : إنه لو كان واجباً لوجب إنباه المأمور حالة ورود الامر نحوه على من حضر حذراً من فوات الواجب الذي هو

جعل الحكم البديل واجباً؛ لأنه لو كان واجباً لأدى ذلك إلى جعل الحكم البديل يقوم مقام الحكم الأصلي بشكل اساسي، ومن ثم عدم ضرورته.

المبحث الثاني

أثار الحكم البديل في حالة عدم النص عليه

تختلف اثار حالة عدم النص عن اثار النص عليه، لأن الآثار في هذه الحالة هي لمواجهة المستجدات من الوقائع المعروضة على القاضي، وفي هذه الحالة يتم العمل بموجب مبدأ الإحالة المقيدة أو غير المقيدة؛ لمواجهة هذه المستجدات المتعلقة بواقعة الحكم الأصلي نفسها. كما تكون حالة عدم النص على البديل بشكل غير مطلق وإنما نسبي، وذلك يكون من خلال عدم وجود البديل الذي يكون وفقاً للترتيب الذي يتفق مع مراعاة عدم قدرة المكلف على البديل الاول؛ لأنه عند عدم قدرة المكلف على الحكم البديل الاول ينتقل الى الحكم البديل الثاني الذي يليه، وذلك يؤدي الى معرفة مدى شرعية هذا الحكم ومدى اقتترانه بالحكم الأصلي. لذلك سننقش هذا المبحث على مطلبين، في **المطلب الاول** نبين آثاره عند عدم النص مطلقاً، ونكسر **المطلب الثاني** الى آثاره عند عدم النص غير المطلق.

= البديل، كما لو ضاق عليه الوقت وكان نائماً. **الثاني**: هو أن الامر لا تعرض فيه لوجوب البديل، والأصل عدم دليل آخر؛ ويمتنع القول بوجوب ما لا دليل عليه. **الثالث**: إن البديل لو كان واجباً، لكان قائماً مقام المبدل ومحصلاً لمقصودة؛ وإما لما كان بدلاً؛ لما فيه من فوات مقصود الأصل؛ ويلزم من ذلك سقوط المأمور به بالكلية بتقدير الإتيان بالبديل ضرورة حصول مقصودة؛ وهو محال. **الرابع**: إنه لو كان البديل واجباً لم يخل إما أن يجوز تأخيرها عن الوقت الثاني من ورود الأمر أو لا يجوز؛ فإن كان الاول فالكلام في أصل المأمور به وهو تسلسل ممتنع.

وإن كان الثاني فهو أيضاً ممتنع؛ لأن البديل لا يزيد على نفس المبدل، ووقت المبدل غير معين فذلك البديل؛ وإن جاز التأخير أبداً لا ببديل؛ ففيه إخراج الواجب عن حقيقته، وهو محال.

كل ما تقدم هو لبيان تفصيل التأخير في حالة عدم تعلق أداء الحكم الاصلي بوقت يفوت بفواته، ويتصور تأخيرها. ينظر: علي بن محمد الأودي، الاحكام في اصول الاحكام، ج ٢، المصدر السابق، ص ٢٠٦-٢٠٧. وينظر: ابي عبد الرحمن عبد المجيد جمعة، القواعد الفقهية، المصدر السابق، ص ٤٣٥.

المطلب الاول

اثاره عند عدم النص مطلقاً

نقصد بحالة عدم النص مطلقاً، هي أن يتم ايجاد الحكم البديل من خلال وسيلة مؤدية إلى نتائج تتعلق بواقعة الحكم الأصلي، وهذه الوسيلة تتمثل بالإحالة على الفقه الإسلامي^(١)، والتي تختلف بحسب توجه المشرع في نوع الإحالة التي نص عليها، كوسيلة من اهم الوسائل القانونية المشتركة بين اغلب تشريعات الأسرة العربية، لما يترتب على هذه الحالة من آثار متعددة، وهذه الآثار تختلف بين ما إذا كانت الإحالة مقيدة أو غير مقيدة، لذلك سنقسّم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول نبين آثار الإحالة المقيدة، ونكرس الفرع الثاني إلى آثار الإحالة غير المقيدة.

١- يعد مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي من اهم الافكار التي وجدت تطبيقاً لها في نصوص اغلب تشريعات الاسرة العربية، لمبررات عديدة؛ لذا فإن هذا الامر يحتم هنا بيان المقصود بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي. بخصوص التعريف التشريعي لمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريعات الاسرة العربية، نجد أن جميع هذه التشريعات لم تبين ما هو تعريف الإحالة على الفقه الإسلامي، إذا أقتصر منطوق النص وفحواه على جواز الإحالة على الفقه الإسلامي مراعات ضوابط معينة بدون التطرق الى تعريف هذا المبدأ، فمثلاً نص المشرع العراقي على "٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون". ينظر : نص المادة (الاولى/ ٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل. كما نص المشرع الاماراتي على " ٣- اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة". ينظر: المادة (٢/ ٣) من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل. كذلك نص المشرع الاردني في المادة (٣٢٥) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ المعدل، على أنه " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب ابي حنيفة ".

ومن الجدير بالذكر وعند استقراء نصوص تشريعات الاحوال الشخصية العربية التي قررت مبدأ إحالة القاضي على الفقه الإسلامي، يتبين لنا وجود عدة شروط يجب أن تتوافر لكي يستطيع القاضي ان يذهب ويستكشف الحلول البديلة في اراء الفقهاء المسلمين، وهذه الشروط هي :

اولاً : وجود نص قانوني يقرر مبدأ الإحالة؛ لأن تطبيق هذا المبدأ يعتمد وبشكل كبير على التصريح من قبل المشرع بجواز إعماله في المسائل التي لم يرد بشأنها حكم، وهذا التصريح ليس من باب التوثيق بل هو شرط لتطبيق النص. ثانياً : عدم وجود حكم قانوني بديل ينوب عن الحكم الأصلي؛ لأنه لا يكفي ان ينص المشرع على جواز تطبيق مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، بل يجب ان يتوافر شرط اخر للقول بصحة اعمال مبدأ الإحالة، وهو وجود نص قانوني لم ينص على الحكم البديل الذي ينوب عن الحكم الأصلي عند عدم قدرة المكلف على الحكم الاصيلي.



الفرع الأول

أثار الإحالة المقيدة

يراد بالإحالة المقيدة هي أن المشرع يحيل القاضي إلى مذهب معين من دون غيره، أو مذهب محدد دون غيره، واخذ بهذا النوع من الإحالة كل من المشرع الاردني والمشرع الاماراتي والمشرع السوري والمشرع البحريني والمشرع القطري^(١)، ويلاحظ عند استقراء تشريعات الاحوال الشخصية العربية التي اخذت بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، نجد انها قد رسمت طريقاً معيناً وفق ضوابط معينة يجب على القاضي التقيد به، فاذا نص المشرع على ضرورة اتباع مذهب معين بالتحديد، فيجب على القاضي التقيد برغبة المشرع وتطبيق الحكم الذي يقره المذهب المذكور بالنص القانوني، ولا يجوز للقاضي البحث عن الحكم في مذهب اخر، ويترتب على هذه الاحالة الاثار الاتية:

١- وجب التقيد بالمذهب المحدد قانوناً :

إن وجود القيد في نص معين يجب مراعاة القيد وتطبيق الحكم الوارد في القيد، هذا هو ما ينطبق على الإحالة المقيدة اذ يجب مراعاة القيد القانوني، المتمثل بالمذهب المحدد الذي نص عليه المشرع أو التسلسل بالمذاهب التي حددها القانون، لذلك نجد في هذا النوع من الإحالة ان المشرع قد رسم طريقاً للمحكمة يجب عليها اتباعه وتطبيق ما يراه المشرع من رؤيا خاصة لمذهب معين؛ لأن في حقيقة الامر أن القاعدة الاصولية تنص على انه (المطلق يجري على اطلاقه مالم يقيم دليل

١- ينظر : نص المادة(٣٢٥) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، والمادة (٢/٣ف) من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة، المارتين الذكر فيما تقدم من هامش، كما نص المشرع السوري في المادة (٣٠٥) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ على انه(كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الأرجح في المذهب الحنفي)، كذلك نصت المادة (٣) من قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ على انه (فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالنسبة لمن يطبق عليهم الفقه السني بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد اخذ بغيره من المذاهب الأربعة في الفقه السني، ويحكم بالمشهور في الفقه الجعفري بشأن من يطبق عليهم الفقه الجعفري، وإذا تعذر ذلك حكم القاضي بالنصوص والقواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية لأسباب يبينها في حكمه)، كما نصت المادة (٣) من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ على انه(فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح في المذهب الحنبلي، ما لم ترى المحكمة الاخذ بغيره لأسباب تبينها في حكمها، وإذا لم يوجد رأي راجح في المذهب الحنبلي لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون، طبق القاضي ما يراه ملائماً من اراء المذاهب الأربعة، وإذا تعذر ذلك طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية).

التقييد نصاً أو دلالة)، مما يعني إذا ورد النص مطلقاً لم يقيد بأي قيد فيجب الأخذ به على إطلاقه وعدم تقييده، إلا إذا وجد القيد نصاً أو دلالة^(١).

يبدو لنا من خلال تحديد المذهب المقيد بالإحالة هو امر يرتبط كل الارتباط بالمذهب الذي يتبعه غالبية سكان بلد معين، فكل تشريع حدد مذهب مقيد للإحالة قد راعى المذهب الأكثر اتباعاً في اوساط المجتمع.

٢- اتباع التسلسل القانون للمذاهب :

قد لا يتمكن القاضي في مجال الإحالة المقيدة من الوصول الى حل الواقعة المعروضة امامه بعد اتباع المذهب المعين في النص القانوني، وفي هذا السياق يبرز التساؤل الاتي، ما هو الحكم في هذه الحالة؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأن حقيقة الامر وبعد استقراء نصوص التشريعات التي اخذت بالإحالة المقيدة، فإنها على قسمين بشأن مدى الحلول القانونية في الفرض المتقدم وكما يأتي :

أ- تشريعات نصت بشكل صريح على الحلول القانونية

اغلب المشرعين في تشريعات الاحوال الشخصية العربية قد تنبهوا الى مسألة غياب الحلول الفقهية في المذهب المعين بالنص، تبعاً لذلك لم يتركوا المحكمة في وضع السكون والتأمل، بل رسموا لها طريقاً اخر في الفرض المذكور يجب عليها اتباعه، على سبيل المثال نجد المشرع البحريني اوجب على المحكمة عند وجود حكم في المذهب المالكي، تلجأ المحكمة الى المذاهب السنية الأخرى فيما يخص المذهب السني، أما فيما يخص الحكم في المذهب الجعفري، فيجب على المحكمة أن تطبق النصوص والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية مع ضرورة ان يبين القاضي أسباب اللجوء الى اتباع هذه القواعد^(٢).

ب- تشريعات لم تنص بشكل صريح على الحلول القانونية

بعض التشريعات لم تضع الحلول التي يجب على المحكمة اتباعها في حال انعدام الحل في المذهب الفقهي المحدد بالنص من قبل المشرع، إما بسبب أغفال المشرع لهذه المسألة، أو للثقة بوجود الحلول في المذهب المحدد من قبل المشرع أو لأسباب أخرى، ومن هذه التشريعات قانون الأحوال

١- عبدالكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، المصدر السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

٢- ينظر : نص المادة (٣) من قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧.

الشخصية الاماراتي الذي نص على اتباع المشهور^(١)، ولم يبين ما هو الذي يجب على المحكمة ان تقوم به في حالة انعدام الحكم في الفقه الحنفي، لكن يبدو لنا ان المحكمة ملزمة بالفصل في القضية والا فهي ناكرة للعدالة، لذلك يبدو لنا ان القاضي مكلف بالعمل بالرجوع إلى العرف او قواعد العدالة حسب الاحوال، اما اذا لم يتمكن من الوقوف على الحل المناسب من خلال كل ما سبق فيحكم برد الدعوى إذا توافرت شروط الرد.

٣- مصير الحكم المخالف للمذهب المقيد

في حال لم تتبع المحكمة المذهب المقيد بالنص، كأن تتبع مذهباً اخرأ غير المذهب المحدد، او ان النص قيد المحكمة الحكم بالبديل في مذهب معين، وقامت المحكمة باتباع غير الحكم البديل في المذهب المذكور واصدار الحكم وفق ما تقدم، لذا يبرز التساؤل الاتي ما هو مصير هذا الحكم الذي تصدره المحكمة ومدى صحته، للإجابة عن ذلك لنا القول أن تحديد المشرع في مبدأ الإحالة لمذهب معين يوجب على المحكمة اتباعه وليس لها سلطة تقديرية في ذلك، فإذا لم تنقيد المحكمة بالمذهب المذكور ، فإن حكمها يعد حكماً غير صحيح قانوناً، ومن ثم يعد الحكم مشوباً بخطأ قانوني وهو (مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه) لذلك يعد حكمها قابلاً للطعن تمييزاً أو ترد القضية الى المحكمة للنظر فيها وفق ما تبينه محكمة التمييز^(٢).

ومن الجدير بالذكر هنا أن القاضي يلجأ إلى أعمال مبدأ الإحالة والبحث عن الحل القانوني البديل المناسب الذي ينوب عن الحكم القانوني الأصلي الذي ثبت عدم قدرة المكلف عليه وفق الوسيلة أو الطريقة المؤدية التي رسمها المشرع، وذلك يجب أن يتم وفقاً لضوابط يتعين على القاضي اتباعها عند العمل بهذا المبدأ^(٣).

١- ينظر: نص المادة (٣/٢) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المعدل. كما نص المشرع السوري على اتباع المشهور في المذهب الحنفي، ينظر في ذلك نص المادة (٣٠٥) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل.

٢- ينظر : نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ التي نصت على انه " للخصوم بطريق التمييز ... في الأحوال الاتية : ١- إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله " .

٣- تكون عملية قيام القاضي عند أعمال مبدأ الإحالة على الفقه الاسلامي، ضوابط يجب اتباعها وهي :
اولاً : التقيد بالمذهب الفقهي الذي حدده المشرع؛ إن ذلك يوجب على القاضي التقيد بما رسمه المشرع من طريق معين وفق ضوابط معينة، لذلك إذا نص المشرع على ضرورة اتباع مذهب معين بالتحديد، فيجب على القاضي التقيد

نستنتج مما تقدم أن الإحالة المقيدة لها دوراً في حالة عدم النص على الحكم البديل بشكل مطلق؛ لأنه عندما يكون المكلف في ظرف طارئ مستمر يؤدي به إلى عدم قدرته على الحكم الأصلي المطلوب ادائه أول الحال، فينتقل المكلف من قبل القاضي إلى الحكم البديل الذي رسم المشرع له في تشريعات الاحوال الشخصية العربية التي تأخذ بالإحالة المقيدة بالمذهب المحدد، وذلك للأخذ بالحكم البديل في ثاني الحال، عند عدم النص عليه من هذا المذهب المحدد لمواجهة المستجدات التي عليها المكلف وتمنعه من الإتيان بالحكم الأصلي.

الفرع الثاني

أثار الإحالة غير المقيدة

يقصد بالإحالة غير المقيدة هي ان المشرع لا يقيد المحكمة بوجوب اتباع مذهب معين، بل يترك لها أن تختار ما تراه ملائم لنصوص القانون بمجملها، وهذا ما ذهب إليه كل من المشرع العراقي^(١)، ويترتب على هذا النوع من الإحالة الاثار الآتية :

=برغبة المشرع وتطبيق الحكم البديل الذي يقره المذهب المذكور بالنص القانوني، ولا يجوز للقاضي البحث عن الحكم في مذهب اخر.

إذ نجد أن المشرع في قانون الاحوال الشخصية الاردني نص على " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع الى الراجح من مذهب أبي حنيفة " ، تطبيقاً لمبدأ الإحالة يجب على القاضي وفق النص المبين سلفاً عند تطبيقه لمبدأ الإحالة ان يتقيد بالمذهب الحنفي ولا يسوغ للقاضي للبحث عن الحل سواء كان أصلي أو بديل وفق مذهب اخر. ينظر: نص المادة (٣٢٥) من هذا القانون.

ثانياً : وجوب اتباع الحكم المشهور في المذهب الواحد؛ في بعض الاحيان يجد القاضي عند تطبيق مذهب معين ان المذهب بحد ذاته متعدد الاء والاحكام، إذ ينقسم اتباع المذهب الواحد الى أفكار مختلفة لكل منهم رأيه بشأن مسألة معينة حسب وجهة نظره، فما هو الحكم في هذه الحالة للإجابة نقول ان بعض التشريعات قد بينت الحكم الواجب الاتباع وهو ضرورة اتباع الحكم المشهور في المذهب المذكور، وهو ما نص عليه المشرع الاماراتي إذ نص على " ٣- في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة ، لذلك نجد المشرع الاماراتي افترض مسألة تعدد الاء في المذهب الواحد، فقرر اتباع المشهور في مذهب الامام مالك كما مبين في النص المذكور سلفاً. ينظر: نص المادة (٣/٢) من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة المعدل.

١- نصت المادة(٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه (٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)، كما ذهبت تشريعات أخرى من قوانين الأحوال الشخصية للأخذ بهذه الاحالة منها ما نصت عليه المادة(٢٢٢) من قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤

١- وجوب اتباع المذهب الأكثر ملاءمة لنصوص القانون

في حقيقة الامر ان ترك المحكمة حرية اختيار المذهب الذي تراه مناسباً وان كان هذا الامر لا يقيد المحكمة بمذهب معين، إلا انه اطلاق يشمل على نوع من التحديد القانون للحكم الذي يجب ان توجده المحكمة، وهذا التحديد يتمثل بضرورة ان يكون رأي المذهب الذي يتم اختياره من المحكمة هو اكثر الآراء من بين المذاهب الاخرى ملاءمة وتجانس وتقارب مع نصوص القانون بمجملها، لذلك منهج الإحالة غير المقيدة يشير الى عدم الجمود على مذهب معين بالذات؛ لأن ما يضيق عند مذهب ونظرياته، ففي المذهب الاخر السعة والعلاج^(١).

على سبيل المثال إذا قامت المحكمة بتطبيق مبدأ الإحالة في مسألة غير منظمة تشريعاً، وكانت هذه المسألة متعلقة بمدى جواز التفريق بين الزوجين من عدمه، ففي هذا الفرض يجب النظر الى نصوص القانون بمجملها ومن ثم تحليلها واستنتاج هل ان نصوص القانون تتشدد في ايقاع التفريق القضائي بين الزوجين أم لا، فإذا تبين للمحكمة ان النصوص القانونية تتشدد في ايقاع التفريق بين الزوجين فيجب على المحكمة أن تطبق رأي المذهب الذي يقرر عدم ايقاع التفريق في المسألة المذكورة، اما اذا تبين للمحكمة ان نصوص القانون المذكور لا تتشدد في ايقاع التفريق بين الزوجين وان القانون يجوز ايقاع التفريق في مناسبات كثيرة، ففي هذا الفرض يجب على المحكمة ان تعمل على تطبيق رأي المذهب الذي يقرر ايقاع التفريق بين الزوجين في المسألة المذكورة.

٢- بيان سبب اختيار مذهب معين دون غيره

إن ما تقتضي الإحالة غير المقيدة اتاحت المجال للمحكمة في تحديد المذهب الذي يتلاءم مع نصوص القانون، وبالتأكيد ان المحكمة لا بد لها ان تبين في حكمها اسباب اختيار مذهب معين دون غيره، فهي ملزمة بان تبين أولاً رأي المذهب الفقهي الذي وقع عليه الاختيار، ثم تبين الحكم الذي سيصدر في القضية المعروضة عليها بناءً على رأي المذهب المشار اليه، ثم بعد ذلك يجب عليها ان

=لسنة ١٩٨٤ المعدل، على انه (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية)، وكذلك ما نصت المادة (٢٨١/د) من قانون الاحوال الشخصية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل، على انه (إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون).

١-القاضي ياسر محمد سعيد قدو، اثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨م، ص٣٣.

تبيين اسباب اختيار المذهب المذكور دون غيره، وان تبيين مدى الملاءمة بين رأي هذا المذهب وبين نصوص القانون الذي أشار إلى الإحالة لأهميتها^(١).
مما يتأكد لنا ان مسألة الملاءمة بين رأي مذهب معين وبين نصوص القانون هي مسألة غاية في الصعوبة، فهي تعتمد على تقدير القاضي ومدى ثقافته القانونية وقدرته على الاستنتاج من المصادر الفقهية الإسلامية، لذلك يتعين على القاضي ان يكون على اطلاع بإراء الفقهاء المسلمين من مختلف المذاهب وفي شتى المسائل.

١- في الحقيقة أن مبدأ الإحالة على الفقه الاسلامي لم يأتي عن فراغ، بل جاء بناءً على مشاكل عملية في مدى كفاية نصوص تشريعات الاحوال الشخصية العربية لحكم وتنظيم جميع مسائل الاحوال الشخصية، لذلك نجد ان مبدأ الإحالة على الفقه الاسلامي يحقق أهمية كبيرة في مجالات متعددة وهذه الأهمية هي :
اولاً - استكمال الحلول التشريعية في مسائل الاحوال الشخصية: بسبب القصور في النضج التشريعي، ومدى مقدرة المشرع على البصر بحقائق الواقع الحاضر ومدى ما يستجد من تطورات مستقبلية بشأن مسائل معينة. ينظر : عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص ٢٠٧ وما بعدها.

لذلك أضحت فكرة النقص التشريعي مسألة مسلم بها، على وجه الخصوص في مسائل الاحوال الشخصية، فالمشرع مهما كان حاذقاً فلا يستطيع الإحاطة بكافة الاحكام المرتبطة بمسائل الاحوال الشخصية، فلا يمكن له ان يتنبأ بأنواع التحولات المستقبلية، هذا الامر وفي مجال الاحوال الشخصية لا يمكن تفاديه الا من خلال إحالة القاضي الى احكام الفقه الإسلامي، وحسب ما يتضمنه القانون من قيود، من اجل استنباط الاحكام من هذا الفقه ودراستها وبيان الحكم المناسب للقضية المعروضة.

ثانياً - توفير الحلول وفق مذاهب الاشخاص: كما هو معلوم ان الدين الإسلامي لا يكون على مذهب واحد، بل تتعدد المذاهب في الدين الإسلامي الى مذاهب متعددة، سواء داخل البلد الواحد ام في بلدان متعددة، وهذا الاختلاف في المذاهب له تأثير كبير بشأن تطبيق مسائل الاحوال الشخصية، فقد يقرر مذهب معين حكم معين في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية، بينما يقرر مذهب اخر حكماً مختلف في ذات المسألة.

ثالثاً - يشكل حافزاً للفقهاء : في الحقيقة أن أهمية مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لا تقتصر فقط على التشريعات التي تنظم مسائل الأحوال الشخصية، إذ أن الأهمية تمتد وينال الفقهاء نصيب منها، إذ نجد أن معرفة الفقهاء بوجود مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي في تشريع ينظم مسائل الاحوال الشخصية، يعد امراً من الامور التي تعمل على تحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء المسلمين، وفتح باب الاجتهاد على مصراعيه، والغوص في ثنايا المسائل والتراث الفقهي والاستئثار به، من اجل وضع الحلول القانونية في اي مسألة من المسائل التي لم ينظمها التشريع واحالها على الفقه الإسلامي. ينظر: نبيل موفق، التلقيب التشريعي في قانون الاسرة الجزائري واثره في معالجة المستجدات الفقهية الاسرية، بحث منشور في مجلة معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد الخاص بمؤتمر الملتقى الدولي الثاني، ٢٠١٨، ص ١١١.

لذلك بما ان مسألة الملاءمة تتعلق بتقدير القاضي، فيجب عليه ان يبين اسباب اختيار مذهب معين، وهذا ما يسمى بتسبيب الحكم الذي يراد به بيان المحكمة الأسباب والحجج القانونية التي دعت المحكمة الى الأخذ برأي دون اخر وبيان اسباب الرفض والقبول للحجج القانونية التي ابدتها الخصوم^(١)؛ وتتمثل الغاية من التسبيب ان يتسنى لمحاكم الطعن الوقوف على حيثيات الحكم واسبابه عند الطعن فيه، لكي تقرر صحته ومن ثم تصديقه، أو تقرر عدم صحته ومن ثم إعادة الدعوى إلى المحكمة للنظر فيه من جديد.

تطبيقاً على ذلك ما نص عليه المشرع العراقي من خلال نص المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي^(٢)، ومما يلاحظ على النص أمرين هما :

١- إن النص اخذ بالإحالة غير المقيدة بمذهب معين، مما يعني انه يمنح المحكمة سلطة تقديرية في اختيار رأي المذهب الأكثر ملاءمة لنصوص القانون.

٢- إن النص أشار الى تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية، وهذه المبادئ لا تعني آراء الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، لذلك كان من الأفضل ان يشير النص إلى الرجوع إلى احكام الفقه الإسلامي بدلاً من تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامي.

نستنتج من كل ما تقدم بخصوص حالة عدم النص بشكل مطلق، ثبوت مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، والذي يلجأ القاضي إلى إعماله وفقاً للطريق الذي يرسمه المشرع، وذلك وفق ضوابط يتعين على القاضي اتباعها عند إعمال مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، من خلال التقيد بالمذهب الفقهي الذي يحدده المشرع، ومن جانب اخر عدم التقيد بمذهب معين بل يجيز للقاضي الرجوع إلى مذهب من المذاهب؛ لكن بشرط ان يكون هذا المذهب هو الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وكذلك وجوب اتباع الحكم المشهور في المذهب الواحد، كل ذلك من اجل التوصل الى الحكم البديل عند عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي، وذلك من اجل مواجهة المستجدات وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وتحقيق الدور الوظيفي الذي يقوم به الحكم البديل.

١- للمزيد ينظر: اجياد ثامر نايف الدليمي وياسر باسم ذنون يونس، الحكم المدني وحالات التناقض فيه دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، المجلد (١٧)، العدد (٩)، تشرين الأول (٢٠١٠)، ص ٤٥٧.

٢- تم الاشارة الى ذلك فيما تقدم بهذا الشأن بتوضيح نص المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

المطلب الثاني

اثاره عند عدم النص غير المطلق(النسبي)

نعني بحالة عدم النص غير المطلق، هو أن يكون للحكم البديل تمثيل نسبي وأكثر ما يكون ذلك عندما يتم النص على الحكم البديل لمرة واحدة؛ لأنه في حالة تمثيله لمرة واحدة يكون الامر مؤدي الى ما يلزم المكلف بالانتقال إلى الحكم البديل المنصوص عليه لمرة واحدة، وعند عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي، فإنه ينتقل بالانتقال الدفعي إلى الحكم البديل الاول ، وعند عدم قدرته على الحكم البديل الاول ينتقل بالانتقال التدريجي إلى الحكم البديل الثاني، لذلك سنقسّم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول نبين أثر عدم النص إلا لمرة واحدة بعد الحكم الأصلي، ونكرس الفرع الثاني إلى أثر عدم النص إلا لمرة واحدة بعد الحكم البديل الاول.

الفرع الأول

أثر عدم النص الالمره واحده بعد الحكم الأصلي

يحدث اثر عدم النص على الحكم البديل الالمره واحده بعد الحكم الأصلي، هو أن يلزم المكلف بالانتقال الدفعي الى الحكم البديل المنفرد بعد الحكم الأصلي الذي لم يكن من قدرته^(١)، ويلاحظ أن الانتقال الدفعي الى الحكم البديل، ولكي يكون الحكم البديل منتجاً غايته الرئيسة التي تتمثل بمواجهة الظرف الطارئ للمكلف، لهذا يكون له اثار تختلف على جانبيين، جانب في حالة عدم التعيين للحكم الأصلي، لذلك يمكن الانتقال عندما يكون الحكم الأصلي ليس هناك امر تعييني به^(٢)، ومن جانب حالة عدم الاعتماد بالحكم الأصلي، لذلك فإن الآثار التي تترتب على هذه الحالة تنقسم على قسمين وكما يأتي:

١- يلاحظ أن البديل كالمبديل في الركنية وغيرها، وله أن ينوي البديلية عن الاصل والبديل، والأولى التفصيل بالانتقال الدفعي والتدريجي، ففي الاول لا دخل للثاني قطعاً، وفي الثاني لا دخل للأول على الظاهر، ولو ينوي البديلية عن شيء جاز. ينظر: البهائي العاملي، الاثنا عشرية، ط١، مطبعة بهمن، قم المقدسة، ايران، ١٤٠٩هـ، ص٣٥.

مما تقدم يلاحظ أن الانتقال الدفعي هو عدم تدخل الحكم البديل بالحكم الأصلي، لأنه جاء دفعه واحده بعد الحكم الأصلي، لكونه لمرة واحدة، كما يلاحظ أن المكلف ينتقل الى الحكم البديل لعدم تعيين الحكم الأصلي؛ بسبب عدم أحرار العجز من قبل المكلف عن الحكم الأصلي. ينظر: السيد منير الخباز، تحرير دروس الحوزة، درس الفقه، الحلقة (١٠٦)، درس بحث الخارج، ١٥/٤/٢٠١٧م، ص٧. للمزيد ينظر: الموقع الالكتروني الاتي (almoneer.org).

٢- السيد منير الخباز، تحرير دروس الحوزة، المصدر السابق، الإشارة نفسها.

١- **عدم التعيين للحكم الأصلي^(١)** : إن الانتقال الدفعي هو الانتقال إلى المطلوب ويؤدي إلى عدم دخل الثاني (الحكم البديل)، بالأول (الحكم الأصلي)، لذلك فإن تعيين الحكم الأصلي يكون عندما يشترط القدرة عليه من قبل المكلف، وهو أهم بمقدار ملزم من الآخر المهم، مما يؤدي ذلك إلى تقدم الحكم المتعين (الحكم الأصلي)، مثلاً كما في تزام الإنفاق على الزوجة، وإطعام ستين مسكيناً في خصال الكفارة إذا لم يكن عنده من المال إلا بمقدار أحدهما، فيقدم الإنفاق، لأن إطعام المساكين له بدل شرعي، وهو الصوم، والعنق، في عرضه^(٢).

ومن خلال ذلك يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي؛ ماهي القدرة المأخوذة في الحكم الأصلي؟ للإجابة عن ذلك لنا القول أن الحكم الأصلي مشروط بالتمكن والقدرة عليه، بينما الحكم البديل مشروط بعدم التمكن من الحكم الأصلي، وهذا هو معنى اعتبار القدرة الشرعية^(٣)، وهذا في مقابل القدرة العقلية. نستنتج مما تقدم أن الحكم الأصلي عند التعيين يجعل من الحكم البديل بديلاً عرضياً، وهذا ما يؤدي إلى جعل الأمر تخييري بين الحكمين وهذا يتنافى مع شروط الحكم البديل؛ لأنه من شروطه عدم التخيير بينهما وذلك ينفي بديلية الحكم البديل، ومن ثم يؤدي إلى لزوم تقديم الحكم الأصلي على البديل لعدم حاجته، وجعله بديلاً عرضياً، كما المفروض أن الواجب في حق المكلف (معين)، والحكم البديل لا يقع إلاً بديلاً عنه بلا حاجة إلى التعيين^(٤)، كما يلاحظ أنه في حالة عدم التعيين للحكم الأصلي يتحقق العجز المشروط بالقدرة العقلية لدى المكلف، وهذا ما سنبينه تبعاً.

١- مما يعني عدم تعيين الحكم الأصلي هو أن يكون الحكم الأصلي أمر ليس أمراً الزامياً تعيناً في حق المكلف؛ لأنه يسقط الأمر إذا لم يكن الزامياً بمقتضى نفي الضرر والحرص المنفيين بالشريعة الإسلامية، كما لا تعين لما يأتي بعده بديلاً عنه، وهذا كافي للانتقال إلى الحكم البديل. ينظر: السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (قدس سره)، التنقيح في شرح العروة الوثقى، ج ١٠، ط ١، أمير، قم المقدسة، إيران، ١٤١٤هـ، ص ١٧٧-١٧٨.

ومن جانب آخر نبين أن ما يعنيه التعيين للحكم الأصلي هو عدم حتمية الحكم بالتمسك لما يعني لتطبيقه بجانب معين كما في حال موقف المذهب الامامي بانهم لم يجوزوا وقوع الطلاق عندهم بغير العربية، حيث لا يمكن اعتبار ما يكون بدل اللغة العربية هو حكم بديل؛ لأن ذلك يعد تعين للحكم الأصلي ومن ثم تفويض الحكم البديل من دوره الغائي. ينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وإثارهما، ط ١، دار الوارث، كربلاء المقدسة، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م، ص ١١٩-١٢٠. وينظر: رحيم حرجان عوده العنابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية- الأحوال الشخصية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٧م، ص ٢٠.

٢- السيد محمد مهدي الموسوي الخليلي، أصول فقه الشيعة، ج ٣، ط ١، الوفاء، قم المقدسة، إيران، ١٤٣٦هـ، ص ١٩-٢٠.

٣- السيد محمد مهدي الموسوي الخليلي، أصول فقه الشيعة، ج ٣، المصدر نفسه، ص ٢٣.

٤- السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (قدس سره)، التنقيح في شرح العروة الوثقى، ج ١٠، المصدر السابق، ص ١٧٨.

٢- عدم الاعتداد بالحكم الأصلي : إن عجز المكلف عن فعل المطلوب (الحكم الأصلي) وكان له بديلاً، فإنه ينتقل إلى البديل، مثلاً العاجز عن التعبير اللفظي فإنه ينتقل إلى التعبير الكتابي وهو الحكم البديل الذي يكون في طول الحكم الأصلي التعبير اللفظي المشروط بالقدرة الشرعية^(١).
ومن خلال ما تقدم يتبادر إلى الذهن التساؤل الاتي؛ هل يتقدم المشروط بالقدرة الشرعية على المشروط بالقدرة العقلية؟ للإجابة عن ذلك لنا القول أن المسألة تتعلق بترجيح ما ليس له بديل على ما له بديل، وبناءً على المثال المتقدم فإن التعبير اللفظي هو ما له بديل وهذا على عكس التعبير الكتابي الذي هو ما ليس له بديل، وإن البديلية غير محرزة في المقام، لأن البديلية فرع احراز العجز، ولم يحرز العجز؛ لأنه لا يشترط الانتقال إلى البديل إحراز العجز عن المبدل، بل يكفي عدم الامر التعيين بالمبدل (الأصلي)، وإن لم يحرز العجز عنه^(٢).

نستنتج من خلال ما تقدم أن البديل إذا كان في طول الحكم الأصلي، فإنه يتم الانتقال إلى البديل عند عدم التمكن من قبل المكلف على الحكم الأصلي لعجزه عنه؛ لأنه يعد البديل بديلاً طولي يقوم مقام الحكم الأصلي بكافة مراتبه، مما يتحقق عدم الاعتداد بالمطلوب (الحكم الأصلي)؛ لأنه له بديل يحل محله ويكون من مقدور المكلف وفقاً للقدرة العقلية التي تقدمه على المشروط بالقدرة الشرعية^(٣)، كما يلاحظ أنه ليس من الممكن الاعتداد بالبديل الذي يكون من الحكم الأصلي مثلاً حالة تغير التعبير اللفظي بتعبير لفظي اخر ضمن الحكم نفسه.

١- لعدم ورود مثال عن مسائل الاحوال الشخصية في المصدر، الا انه تم الاستعانة بهذا المثل من باب القياس عليه، لبيان فكرة عدم الاعتداد بالحكم الأصلي عند عدم التمكن منه من قبل المكلف، لسبب عجزه عن المشروط بالقدرة الشرعية، لذلك جعلنا التعبير اللفظي بمثابة الموضوع وجعلنا من التعبير الكتابي بمثابة التيمم الذي هو بديلاً عن الموضوع، ومن خلال هذه المعادلة توصلنا الى ان التعبير اللفظي هو الحكم الذي ما له بديل، وجعلنا التعبير الكتابي هو الحكم الذي ما ليس له بديل، ومن ذلك يتبين أن ما ليس له بديل ليس مشروط، وهو يتقدم على ما له بديل؛ لأنه هو المشروط. ينظر: السيد محمد مهدي الموسوي الخلخالي، أصول فقه الشيعة، ج٣، المصدر السابق، ص٢١. وينظر: السيد منير الخباز، تحرير دروس الحوزة، المصدر السابق، ص٧.

٢- السيد محمد مهدي الموسوي الخلخالي، أصول فقه الشيعة، ج٣، المصدر السابق، ص٢١.

٣- إن ترجيح ما تعتبر فيه القدرة عقلاً على ما تعتبر فيه شرعاً؛ وذلك لأن فعلية التكليف وان كانت مشروطة بالقدرة إلا أن القدرة ... تارة : تكون دخيلة في موضوعه شرعاً، بنحو لا يكون غرضه وملاكه فعلياً بدونها. واخرى : تكون خارجة عن موضوعه، فيتم ملاكه وغرضه بدونها، وإن تعذر استيفائه بنحو تمتع فعليته عقلاً. يرجح لزوم الامتثال الى الثاني دون الاول مع التزام بينهما.

مما تقدم هنا يتبين أن التزام القدرة الشرعية مع القدرة العقلية يتم ترجيح القدرة العقلية؛ لأنها رافعه لموضوع التكليف وممانعه من فعلية غرضه، لعدم القدرة شرعاً معه. ينظر: السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، المحكم في أصول الفقه، ج٦، ط١، مؤسسة المنار، بلا مكان طبع، ١٤١٤هـ، ص٢٧٩.

الفرع الثاني

آثر عدم النص الا لمرة واحدة بعد الحكم البديل الاول

إن الاثر الذي يحدث من هذه الحالة عندما يكون الانتقال الى الحكم البديل الثاني هو انتقال تدريجي^(١)، وهذا الانتقال يمكن لنا أن نقول بأنه يكون أما وفق الأولوية بالنص، أو وفق ما لا يخرج المكلف من دائرة أولوية المذهب، وهذا عند عدم النص على الحكم البديل الثاني، لذا فإن الاثر الذي يترتب على ما يلزم المكلف بالانتقال التدريجي الى الحكم البديل الثاني، تكون على قسمين وكما يأتي :

١- يلزم بالانتقال وفق الأولوية بالنص : يلزم المكلف عند انتقاله من الحكم البديل الاول الى البديل الثاني بحسب الترتيب الذي نص عليه^(٢)، حال تعدد الاحكام البديلة؛ لأنه حصول قدرته على الحكم البديل الاول وهو المقصود، يسقط عن المكلف البديل الثاني؛ لأنه بتحقيق المقصود الشرعي والقانوني وذلك هو غرض المشرع من اتباع الاولوية بالنص.

لذا نبين دور هذا الانتقال التدريجي على الجانب التشريعي^(٣)، ومثلاً على ذلك ما نصت عليه المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي التي نصت على أنه (...وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة)^(٤)، في حقيقة الامر ومن خلال ما ينص عليه هذا النص القانوني، يتبين لنا الامر بشأن حالة عدم قدرة المكلف على اي من الاحكام المنصوص عليها، فإن الامر يتطلب الانتقال الى حكم بديل من خلال الطريق الذي رسمه المشرع وهذا يكون وفق مبدأ الاحالة على الفقه الإسلامي^(٥).

١- إن الانتقال التدريجي؛ هو الانتقال الذي يكون على عكس الانتقال الدفعي، بحيث يكون لا دخل الأول بالظاهر، مما يعني عدم دخل الحكم البديل الاول بالحكم البديل الثاني. ينظر : البهائي العاملي، الاثنا عشرية، المصدر السابق، ص ٣٥.

٢- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

٣- التدرج في التشريع : هو أن التشريع الإسلامي راعى التدرج في أحكامه كي يكون ذلك أوقع في النفس وأقرب إلى الانقياد وحتى تتهيا النفوس بالحكم السابق لتلقى الحكم اللاحق فيسهل الأمر فيها. ينظر: نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، المصدر السابق، ص ٤٧.

٤- ينظر: نص المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

٥- سوف نبين ذلك لاحقاً من خلال ما يلزم المكلف بالانتقال بما لا يخرج من دائرة أولوية المذهب.

كما نبين ذلك وعلى سبيل المثال، كفارة الظهر بعد الشروع فإن كان المكلف المظاهر يقدر على العتق قبل الصوم، أو قدر على الصوم بعد أن أطعم بعض المساكين، وبناءً على ذلك يتبادر الى ذهن التساؤل الاتي؛ هل يلزم المكلف الانتقال أم لا ينتقل؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأن الفقه ذهب بهذا الشأن إلى قولين هما :

ما ذهب اليه القول الاول من الفقهاء بأنه يلزم بالانتقال التدريجي إلى الحكم الأصلي^(١)، أو إلى الحكم البديل الاول حال تعدد الاحكام البديلة بحسب الترتيب كما في الكفارة؛ لأنه يقدر على الأصلي قبل حصول المقصود بالبديل أو أنه يقدر على البديل الاول قبل حصول المقصود من البديل الثاني وحال قدرته يؤدي ذلك إلى اسقاط الكفارة. بينما ما ذهب اليه القول الثاني من الفقهاء بأنه لا يلزم بالانتقال الى الحكم الأصلي الاول أو الحكم البديل الاول^(٢)؛ لأنه لا يصار الى البديل إلا في حال عدم قدرة المكلف على الحكم الاول أصلي أو بديل، ومن ثم ينتقل الى البديل الثاني.

٢- يلزم بالانتقال بما لا يخرج من دائرة أولوية المذهب: إن يكون المكلف اخذاً بالحكم البديل الذي لا يخرج من دائرة البدائل المشروعة، عندما تتحقق عدم قدرته على الحكم البديل الاول، لذلك ينتقل الى البديل الثاني، وعند عدم النص على الحكم البديل الثاني، في هذه الحالة يلجأ القاضي الى وجوب إعمال مبدأ الإحالة والبحث عن الحل المناسب وفق الطريق الذي يرسمه المشرع للرأي الراجح أو المشهور^(٣)، وهذا الاتباع يكون مقيد بقيدين هما :

أ- اتباع المذهب المحدد بالنص؛ لأنه عند نص المشرع على ضرورة اتباع مذهب معين بالتحديد، فيجب على القاضي التقيد برغبة المشرع وتطبيق الحكم البديل الذي يقره المذهب المذكور بالنص القانوني، ولا يجوز للقاضي البحث عن الحكم في مذهب اخر.

١- الحسن بن يوسف بن المطهر، تذكرة الفقهاء، ج٨، ط١، مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، ايران، ١٤١٧هـ، ص٢٧٩. وينظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٧، المصدر السابق، ص١٢-١٣.
٢- يسري السيد محمد، جامع الفقه، ج١، ط١، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المصورة، مصر، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص١٧٢.

٣- عندما يرسم المشرع طريقاً يؤدي الى الانتقال بالمكلف بما لا يخرج من دائرة أولوية المذهب، فإن الطريق يؤدي الى ما هو وفق الرأي الراجح أو وفق الرأي المشهور بالمذهب، لذلك تم تعريف الراجح؛ بأنه هو القول الأقوى دليلاً. إما بالنسبة الى المشهور؛ هو ما كثر قائله. ينظر: خالد بن مساعد بن محمد الروينع، أصول الفقه والقواعد الفقهية/التمذهب (دراسة نظرية نقدية)، مج١، ط١، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص٥٥٠ وما بعدها.

إذ نجد أن المشرع في قانون الاحوال الشخصية الاردني نص على " ما لا ذكر له في القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب ابي حنيفة "(١)، يتبين من خلال النص أنه يجب على القاضي أن يتقيد بالمذهب الحنفي ولا يسوغ للقاضي البحث عن الحل وفق مذهب آخر.

ب- اتباع المشهور في المذهب المحدد؛ لأنه في بعض الأحيان يجد القاضي عند تطبيق مذهب معين أن المذهب يكون بحد ذاته متعدد الآراء والأحكام، إذ ينقسم اتباع المذهب الواحد إلى افكار وآراء مختلفة لكل منهم رايه بشأن مسألة معينة حسب وجهة نظره، ومن خلال ذلك يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي، ما هو حكم هذه الحالة المتقدمة الذكر؟ للإجابة عن ذلك نقول أن بعض التشريعات قد بينت الحكم الواجب الاتباع وهو ضرورة اتباع المشهور في المذهب المذكور، وهذا ما نص عليه المشرع الاماراتي إذ نص على " ٣- إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب احمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة "(٢)، لهذا نجد المشرع الاماراتي افترض مسألة تعدد الآراء في المذهب الواحد، فقرر اتباع الرأي المشهور في مذهب الامام مالك وكما مبين في النص المذكور سلفاً.

نستنتج مما تقدم أن المكلف عندما يقوم القاضي بنقله الى الحكم البديل، يجب أن يراعي الترتيب دون تخير؛ لأن الحكم البديل يقع في طول الحكم الأصلي وليس في عرضه لكي يتم التخيير بينهما، لأن التخيير يؤدي إلى المزاحمة بين الحكمين، كما أنه لا ينتقل إليه إلا مع عدم القدرة على الحكم الاصلي (المبطل منه)^(٣). وأن يكون هذا البديل معمولاً به، وأن يكون غير مغل بقاعدة شرعية وقانونية، أو يمس أصلاً مشروعاً؛ لأنه هناك الكثير من المكلفين الذين يستطيعون أن يجعلوا من الحق باطلاً، ومن الباطل حقاً، وذلك من خلال ايجاد بدائل تؤدي إلى ضياع الحقوق، ومثلاً على ذلك (زواج التحليل)، وهو أن يكون الزواج لمجرد التحليل للزوج الاول دون دخول بالزوجة من قبل الزوج الثاني، ومن ثم يطلقها بناء على اتفاق بينهم، فإن مثل هذا الحكم البديل لا يجوز؛ لأنه غير متصف بالشرعية^(٤).

١- تم الإشارة لذلك وفق ما بيناه آنفاً بالفرع الاول من هذا المطلب، وذلك منعاً للتكرار.

٢- ينظر : نص المادة (٢/٣ ف) من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة المعدل.

٣- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٦، المصدر السابق، ص٢٢٥.

٤- شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب، تخريج الفروع على الأصول، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت،

لبنان، ١٩٨٢م، ص٢٨٩.

الفصل الثاني

تطبيقات الحكم البديل



الفصل الثاني

تطبيقات الحكم البديل

في حقيقة الامر لا يمكن حصر تطبيقات الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية في قوانين الأحوال الشخصية، بل يمكن القول ان التطبيق يظهر في كل مسألة يكون فيها المكلف ليس له القدرة على الحكم الأصلي الذي يكون مطلوب اولاً، لذلك ينتقل إلى الحكم البديل، هذا في المسائل التي نظمها المشرع والمسائل التي لم ينظمها ولها من التطبيقات التي تكون في حدود نطاق الموضوع، وهي المسائل غير المالية التي لا يكون فيها الحكم البديل بديلاً متقابلاً قياساً على المقابل الذي يقدم كئمن مقابل المبيع في المعاوضات، لذلك سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث، سنبين في المبحث الأول إلى تطبيقات الحكم البديل في الخطبة، ونكرس المبحث الثاني إلى تطبيقات الحكم البديل في الزواج، ونخصص المبحث الثالث إلى تطبيقات الحكم البديل في الحقوق الشرعية.

المبحث الأول

تطبيقات الحكم البديل في الخطبة

تظهر تطبيقات الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية في الخطبة، ومن هذه التطبيقات التي يظهر الحكم البديل فيها يكون في طلب الخطبة وما يتم دفعه اثناء فترتها، لذلك سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول تطبيق الحكم البديل بطلب الخطبة من المعتدة، ونخصص المطلب الثاني إلى تطبيق الحكم البديل فيما دفع على حساب المهر اثناء الخطبة، ونكرس المطلب الثالث إلى تطبيق الحكم البديل في الهدايا المقدمة اثناء الخطبة.

المطلب الاول

تطبيق الحكم البديل بطلب الخطبة من المعتدة

يظهر تطبيق الحكم بالبديل عند طلب الرجل الخطبة من امرأة معتدة من طلاق بائن، ومن المعتدة من وفاة، لذا يقتضي الأمر في ذلك تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:

أولاً - تطبيق الحكم البديل في خطبة المعتدة من طلاق بائن :

يكون تطبيق الحكم البديل في خطبة المعتدة من طلاق بائن، من خلال التعريض بديلاً عن التصريح؛ لأنه لا يجوز التصريح للمعتدة، لأن في التصريح يمكن أن يستخدم الخاطب الألفاظ التي تقع بالرغبة في النكاح، سواء أكان ذلك للمخطوبة مباشرةً أو لوليها؛ كأن يقول لها: (أريد الزواج منك)، أو يقول لوليها: (إذا انقضت عدة موليتك نكحتها أو تزوجتها)^(١).

لذلك يتبادر الى الذهن التساؤل الآتي ما هو موقف الفقهاء من التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن صغرى أو كبرى؟ للإجابة لنا القول بعد تتبع موقف الفقه اختلفوا الفقهاء في ذلك على قولين :

فالذي قال بالأول من جمهور الفقهاء^(٢)، والامامية^(٣)، قال يجوز خطبتها تعريضاً أو تلميحاً؛ لأن الطلاق البائن يؤدي إلى قطع الزوجية، لهذا منع التصريح وحل بديلاً عنه التعريض مراعاة لجانب الزوج المطلق، والذي يكون أولى بزوجه المطلقة أن اراد العودة إليها برضاها وعقد جديد. إما الذي قال بالثاني من الحنفية^(٤)، قال لا يجوز خطبة المعتدة من طلاق بائن(صغرى أو كبرى) مطلقاً سواء بالتصريح أو التعريض؛ لأن العدة مادامت باقية فهي بقاء لبعض الآثار الزوجية.

بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية من مسألة الحكم البديل في خطبة المعتدة من طلاق بائن بنوعيه، وبما أن المشرع العراقي لم يبين خطبة المعتدة من طلاق نجد أن الامر يحتم على المحكمة

١- أحمد علي طه ريان، فقه الأسرة، ج ١، بلا طبعه، بلا مكان طبع، بدون تاريخ الطبع، ص ٥٩.

٢- احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، مج ٧، بلا طبعة، المكتبة التجارية الكبرى، شارع محمد علي، مصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، ص ٢١٠. وينظر: الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ١٥، ط ١، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ٣٥٦. وينظر: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الارادات، ج ٢، ط ١، عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص ٦٢٩. وينظر: محمد بن احمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، مج ١، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص ١٣٠.

٣- التعريض في الخطبة للباينة قولان أصحهما الجواز ؛ لانقطاع سلطنة الزوج عليها. ينظر: جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلبي(قده)، تذكرة الفقهاء، ج ٢، بلا طبعه، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، قم المقدسة، ايران، بدون سنة النشر، ص ٥٦٩.

٤- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الحنفي، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٢، بلا طبعه، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص ٢٧٨.

تطبيق مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لتحديد الحكم البديل لخطبة المعتدة من طلاق، من خلال الاخذ بالرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وعند التمعن في الآراء السابقة نجد أن بعضها يكون اقرب إلى تحقيق العدالة أكثر من الآخر، إذ نجد أن الرأي الاول (جمهور الفقهاء) يكون اقرب إلى تحقيق العدالة من حيث انه لا يحرم المرأة المعتدة من طلاق بائن سواء بينونة صغرى أو كبرى من الخطوبة؛ لأن فيه تحقيق لمقاصد الشريعة الإسلامية، تطبيقاً لذلك فإن الرأي الأول هو الأقرب لنصوص القانون العراقي، على الرغم من اننا نرى ضرورة إضافة نص يمنح فيه خطوبة المعتدة من طلاق بائن، والاعخذ بالرأي الذي رجحناه مسبقاً.

ثانيا - تطبيق الحكم البديل في خطبة المعتدة من وفاة :

يظهر تطبيق الحكم البديل في طلب الخطبة من المعتدة من وفاة، وهذا يكون من خلال التعريض بطلب الخطبة بديلاً عن التصريح؛ لأنه لا يجوز التصريح بخطبتها، وذلك لمراعاة حالة الحزن والحداد على وفاة الزوج، ومراعاة مشاعر أقارب الزوج الذي تؤذيهم خطبة زوجة قريبهم التي لا تزال في العدة، حيث يجتمع عليهم فقد الابن وزوجته، وكذلك يولد عداوة بين الخاطب وأهل الزوج المتوفي ويثير حقدهم^(١).

إما بخصوص موقف الفقه الإسلامي، يلاحظ أن الفقهاء اتفقوا على جواز خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً لقوله سبحانه وتعالى: {ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم}^(٢)، تدل الآية الكريمة على رفع الجناح والإثم في التعريض بخطبة المعتدة من وفاة، وعلى عدم جواز خطبتها بالتصريح؛ لأن فيه جناح. كما يلاحظ أن الأصل بخطبة المرأة هو التصريح، الا أن خطبة المرأة المعتدة من طلاق بائن أو من وفاة لا يكون بالتصريح؛ لأنه يولد عداوة بين الخاطب وطلق المخطوبة إذا كانت مطلقة طلاق بائن، وكذلك يولد عداوة بين الخاطب وأهل الزوج المتوفي إذا كانت معتدة من وفاة، لا سيما إذا هي أظهرت موافقتها ورضاها^(٣).

١- رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، بلا طبعه، مكتبة عين الجامعة، بلا مكان الطبع، بلا سنة طبع، ص ١٣٨-١٣٩.

٢- سورة البقرة : الآية (٢٣٥).

٣- بدران ابو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، مطبعة دار التأليف، ٨ شارع يعقوب بالمالية، مصر، ١٩٦١م، ص ٣٧-٣٨.

وعند الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد انه لم يتطرق الى هذا الحكم البديل في التعريض بخطبة المعتدة من وفاة، فلم ينص على ان خطبة المعتدة من وفاة لا تكون بالتصريح ككل امرأة لم تكن مشغولة بواجب شرعي، هذا الامر يتطلب حل قانوني معين، وهذا الحل يكمن من خلال الرجوع إلى اراء الفقه الإسلامي للإخذ بالرأي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون ليكون حكماً بديلاً عن التصريح الذي يمنع إجراء الخطوبة به. وكذلك ذهب المشرع الاردني بالاتجاه نفسه، لأنه لم ينص على ذلك، وترك الامر إلى الفقه لأخذ الرأي الراجح وعند عدم وجوده يتم الأخذ بالرأي الأكثر موافقة لنصوص القانون.

المطلب الثاني

تطبيقات الحكم البديل فيما دفع على حساب المهر اثناء الخطبة

بدءً لا بد من بيان العدول عن الخطبة؛ وهو رجوع عن الوعد لا العقد، لذلك لا يجب المهر وهو بديل مقابلة الذي يكون المبدل منه شرطاً لأداء البديل عنه، كما ان المهر هو معاوضة غير محضة او يعد بدل بمقابل، لذا يجب استرداد ما دفع بعينه أن كان باقياً، وأما اذا كان هالكاً او مستهلكاً فيجب رد مثله أن كان مثلياً، وقيمه أن كان قيمياً، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العدول قد حصل من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة؛ لأن المهر أثر من آثار عقد الزواج وحيث لا عقد فلا أثر^(١).

ويلاحظ بهذا الخصوص أن الفقهاء متفقون على وجوب رد جميع ما يقدم ويعتبر من المهر حال العدول عن الخطبة، ولم يفرقوا بين إذا كان العدول من جهة الخاطب، وبين ما إذا كان العدول من جهة المخطوبة^(٢)، لأن المهر حكم من احكام الزواج فإذا لم يتم الزواج فلا يستحق، ويرده بذاته إن كان قائماً وبمثله أو قيمته إن أهلك أو استهلك، لأن المرأة لا حق لها في المهر إلا بعقد، والعقد لم يتم وإنما الذي تم هو الخطبة، وهي ليست عقداً ولا تلزم بالعقد^(٣).

١- فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٢٧.

٢- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط ٤، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ص ٨٢. وينظر: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة الحاج لخضر- باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، ١٤٢٩-١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩ م، ص ٣٠٨.

٣- رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ١٤٦.

إما بالنسبة لموقف التشريعات، يلاحظ بهذا الخصوص ما ذهب اليه المشرع العراقي حيث نجد إنه قد نص على حالة عدول احد الخاطبين عن اجراء العقد أو مات احدهما فيجب رد ما سلم عيناً، وإن استهلك فبدلاً^(١). كما ذهب المشرع الاردني إلى ما ذهب اليه المشرع العراقي في جانب، الا أنه ذهب من جانب اخر إلى ابعده من ذلك وهو حالة ما إذا قبضت المخطوبة المهر واشترت جهازاً به او ببعضه، فيكون لها ان تختار بين إعادة ما قبضته أو تسليم ما اشترته من الجهاز كلاً أو بعضاً إذا كان الخاطب هو الذي عدل، إما اذا كان العدول منها فإنه يسقط حقها بهذا الخيار^(٢). كما ذهب المشرع الاماراتي بذات الاتجاه الذي ذهب به المشرع الاردني وعلى مستوى البعدين وهما؛ استرداد ما سلم عيناً أو قيمته، والاخر لها الخيار في حالة اذا اشترت جهازاً بمقدار المهر او ببعضه^(٣).

بناءً على ما تقدم يتبين أن ما يدفع ومحسوب على المهر اثناء فترة الخطبة، فإن الأصل الذي يجب هو رد ما دفع عيناً أن كان قائماً في حال العدول عن الخطبة، وإلا فيجب رد بديله؛ اي مثله أن كان مثلياً، او قيمته أن كان قيمياً، هذا في حال عدم قدرة المكلف على الأصل، كالهلاك والاستهلاك والخروج من يده لأي سبب، وهذا ما هو الا تطبيق من تطبيقات الاحكام البديلة.

١- نصت المادة (١٩/٢ف) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه " اذا سلم الخاطب الى المخطوبة قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدل احد الطرفين عن اجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عيناً، وان استهلك فبدلاً ".

٢- نصت المادة (٤/ب-ج) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على " إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو انتهت بالوفاة، فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقد أو عين إن كان قائماً، أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله " ، على " إذا اشترت المخطوبة بما قبضته على حساب المهر أو ببعضه جهازاً، فلها الخيار بين إعادة ما قبضته أو تسليم ما اشترته من الجهاز كلاً أو بعضاً إذا كان العدول من الخاطب ويسقط حقها في الخيار إذا كان العدول منها ".

٣- نصت المادة (١٨ / ٣و٢) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل على " ٢- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة او مات يسترد المهر الذي اداه عيناً او قيمته يوم القبض إن تعذر رده عيناً. ٣- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو ببعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء. " .

المطلب الثالث

تطبيقات الحكم البديل في الهدايا المقدمة اثناء الخطبة

لإيجاد جو من الألفة والمودة بين الخاطب والمخطوبة اثناء فترة الخطبة حيث يقوم الخاطب بتقديم بعض الهدايا في المناسبات المختلفة إلى مخطوبته، وذلك من باب التودد إليها، وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي هل يكون رد هذه الهدايا واجباً حال العدول من قبل احد الطرفين؟ للإجابة نقول لا بد من بيان مواقف كل من الفقه الإسلامي وموقف التشريعات وموقف القضاء، وكما يأتي :

من خلال الاطلاع على موقف الفقه الإسلامي، يلاحظ قد اختلف الفقهاء فيما بينهم بشأن استرداد الهدايا المقدمة من قبل الخاطب إلى مخطوبته أو الهدايا المتبادلة بينهما خلال فترة الخطبة، وذلك من خلال العدول عن الخطبة، كما لم يقتصر الخلاف ما بين المذاهب بل تعدى هذا الخلاف إلى المذهب الواحد، ويمكن اجمال هذا الخلاف بالاتجاهات التالية :

الاتجاه الاول - ذهب اصحاب هذا الاتجاه من فقهاء المذهب الشافعي، بانه اذا اهدى الخاطب اثناء الخطبة شيئاً لخطيبته كهدية ثم عدل عن خطوبته بمكانة استرداد هديته بعينها اذا كانت قائمة، وبدلها إذا كانت مستهلكة، مادامت الهدية قدمت من اجل التزوج بها، وكذلك الحكم فيما لو اهدت المخطوبة شيئاً للخاطب^(١).

الاتجاه الثاني - ذهب اصحاب هذا الاتجاه من فقهاء المذهب الحنبلي، إلى انه لا يجوز لأي من الخطيبين استرداد ما اعطاه كهدية سواء كانت قائمة او مستهلكة وسواء حصل العدول من الخاطب او من المخطوبة، فانهم لا يجيزون الرجوع في الهبة بعد قبضها^(٢).

الاتجاه الثالث - ذهب اصحاب هذا الاتجاه من فقهاء المذهب المالكي، إلى انه اذا كان العدول من الخاطب فليس له المطالبة باسترداد ما اهداه لمخطوبته ولو كانت باقية في يدها وذلك لكي لا يجتمع

١- سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسماة (التجريد لنفع

العبيد)، ج٣، بلا طبعه، المكتبة الإسلامية محمد ازدمير، ديار بكر، تركيا، ١٣٤٥هـ، ص٢١٥-٢١٦.

٢- منصور بن يوسف بن يونس البهوتي، بلا طبعه، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٩٨٥م، ص٣٠٧.

عليها ألّمان، الم الرجوع والم استرداد الهدايا، واما اذا كان العدول من المخطوبة فمن حق الخاطب استرداد ما اهداه بعينها او بديلها مالم يكن هناك شرط او عرف يقضي بغير ذلك^(١).

الاتجاه الرابع - ذهب اصحاب هذا الاتجاه من فقهاء المذهب الحنفي، إلى انه عندهم يجوز الرجوع؛ لأن الهدايا تأخذ حكم الهبة، كما يجوز للموهوب له تملك الموهوب ملكاً غير لازم^(٢)، ومن ذلك يحق للخاطب حق استرداده الهدايا أن كانت قائمة، أما أن هلكت أو استهلكت مما يمنع استردادها لحصول زيادة فيها، أو موت أحد الطرفين أم خروج الموهوب من يد الموهوب له بأي وجوه من الوجوه، أو هلاك الموهوب بيد الموهوب له، أو وجود محرمية بين الطرفين، أو قيام الزوجية بين الطرفين^(٣).

الاتجاه الخامس - ذهب أصحاب هذا الاتجاه من الامامية إلى أن الهدية إذا كانت مشروطة بالزواج، يرون أن للخاطب حق المطالبة بالهدية أن كانت مستهلكة، وفي حالة لم تكن مشروطة فإن رايهم يكون في هذه الحالة متفق مع ما ذهب إليه الحنفية^(٤).

بعد عرض الاتجاهات يتبين لنا إن الهدايا المقدمة اثناء فترة الخطبة هي هدايا مشروطة؛ لأن قصد الواهب هو التقرب من المخطوبة، وبسبب العدول عن الخطبة لم يتحقق هذا التقرب والتودد بينهما، لذا يكون له حق ردها ان كانت قائمة او موجودة عند المخطوبة وان تلفت رد بديلها؛ اي مثلها ان كانت مثلية، او قيمتها يوم القبض ان كانت قيمية، او لم يوجد فمثلها.

١- محمد بن احمد ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، بلا طبعه، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص٢١٩-٢٢٠.

٢- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، بلا طبعه، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص١٧٨.

٣- كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن الهمام، شرح فتح القدير، ج٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص٣٩.

٤- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص٨٤.

إما بالنسبة لموقف التشريعات، يلاحظ إن المشرع العراقي ومن خلال نص المادة (٣/١٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي حيث نصت على انه (تسري على الهدايا احكام الهبة)^(١)، ومن خلال ذلك يكون المشرع احال القاضي الى القواعد العامة المتمثلة بالقانون المدني ومن خلال نص المادة (٦١٢) حيث يمكن تحديد الحكم البديل الذي اشارة له حيث نصت على انه(الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للأخر او من اجنبي عنهما لاحدهما او لهما معاً، يجب ان يردها الموهوب له للواهب اذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الموهوب قائماً وممكناً رده بالذات)^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن الانسجام والتوافق بين الاحكام الاصلية والاحكام البديلة، لذلك نرى أن الاتجاه الاكثر تحققاً للانسجام بينهما، هو الاتجاه الرابع الذي ذهب اليه الفقه الحنفي، وبالتالي يكون اكثر ملائمة لنصوص القانون؛ لأن الإحالة على الفقه الإسلامي التي قررها المشرع العراقي بنص المادة(٢/١) من قانون الأحوال الشخصية، التي بينت الاخذ بالرأي الاكثر ملاءمة، لذلك نرى تعديل نص المادة (٦١٢) من القانون المدني العراقي، ولتحقق التوافق بين الحكمين، لذا نقترح اضافة العبارة الآتية في نهاية نص المادة وهي: "وإن أستهلك بغير طبيعتها فبدلها".

إما بخصوص موقف المشرع الأردني، يلاحظ بهذا الخصوص ما نصت عليه المادة (٤/د) على انه(يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة والا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة)^(٣).

إما بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي، يلاحظ بهذا الخصوص ما نصت عليه المادة(٧ /١٨) على انه (إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين استرد كل منهما ما أهدها للأخر إن كان قائماً)^(٤)، يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الاماراتي لا يختلف عن المشرع العراقي والأردني بخصوص بيان دور الحكم البديل، وهذا من خلال رد ما تم تقديمه من هدايا من احد الطرفين إلى الاخر أن كان قائماً، وفي حال عدم قدرة المكلف الذي يقع عليه واجب الرد لسبب هلاك أو أستهلك المقبوض، فإنه يتم رد البديل الذي يكون خلافاً لما تم تسليمه من هدايا أثناء فترة الخطبة.

١- ينظر: نص المادة (٣/١٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٢- ينظر: نص المادة(٦١٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٣- ينظر: نص المادة (٤/د) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ المعدل.

٤- ينظر: نص المادة(٧/١٨) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

كما يلاحظ بهذا الخصوص، بأن الهدايا التي يتم تسليمها وتكون من الهدايا التي بطبيعتها تستهلك، فإنه لا يمكن استردادها؛ وذلك عند انتهاء الخطبة بالوفاة، أو سبب لا يد لأحد الطرفين فيه، مما يؤدي بنا القول من خلال ذلك بأن الحكم البديل لا يجد دوره من خلال ذلك.

أما بالنسبة لموقف القضاء، فالقضاء المدني هو الذي يختص بالنظر بالقضايا المتعلقة بالهدايا المقدمة اثناء الخطبة، لأنها من الهبات وحسب القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني

تطبيقات الحكم البديل في الزواج

يختلف الأمر بشأن تطبيقات الحكم البديل في الزواج بحسب المرحلة التي يكون فيها الزواج^(١)، ومن هذه المراحل هي مرحلة انعقاده ومرحلة انتهائه، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول نبين تطبيق الحكم البديل المتعلقة بمسائل انعقاده، ونكرس المطلب الثاني إلى تطبيق الحكم البديل المتعلقة بالطلاق.

المطلب الاول

تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بمسائل انعقاده

تظهر تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بالزواج بالعديد من المسائل، ولتوضح ذلك سوف نبين البعض من هذه المسائل، ومن هذه الصيغ التي يتم من خلالها التعبير عن الايجاب والقبول والذي يكون أما من خلال التعبير اللفظي أو الكتابي أو بالإشارة المفهومة، لذلك سنقسم هذا المطلب على النحو الآتي :

١-حقيقة الزواج اللغوية والشرعية:

هو في اللغة اسم من زوج على وزن سلم بالتشديد وزوج يتعدى بنفسه إلى اثنين فيقال: زوجت فلانا امرأة فتزوجها. وفي اصطلاح الشرعيين: عقد وضعه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة قصداً- والعقد في اصطلاحهم: ارتباط أجراء التصرف الشرعي اللذان هما الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين. ينظر: بدران ابو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، مطبعة دار التأليف، الاسكندرية، مصر، ١٩٦١م، ص١٨.

أولاً - مسألة تطبيق الحكم البديل في صيغ الإيجاب والقبول :

إن التعبير اللفظي هو الأصل في التعبير عن الإرادة^(١)، أما إذا كان كل من المتعاقدين أو أحدهما ليس له القدرة على التعبير بالألفاظ يمكن اتخاذ الكتابة أو الإشارة للتعبير عن الإرادة بديلاً عن الصيغة اللفظية في انشاء عقد الزواج.

ومن ذلك يتبادر إلى الذهن التساؤل الاتي ماهي الأوضاع التي يمكن ان تستجد بين المتعاقدين ويظهر خلالها تطبيق الحكم البديل؟ للإجابة لنا القول بأن هناك أوضاع يمكن من خلالها أن نبين دور الحكم البديل عن صيغ الإيجاب والقبول وهي كالاتي:

١- أن يكون كلا العاقدين حاضرين في مجلس العقد وقادران على التعبير اللفظي. ولهذا نجد أن الفقهاء المسلمين اتفقوا على عدم انعقاد الزواج بالتعبير الكتابي، ولا التعبير بالإشارة^(٢)؛ لأن التعبير

١- رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ١٨٣. وينظر: زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط٥، منشورات جامعة تار يونس، بنغازي، ليبيا، ١٩٨٩م، ص ٨٧.

كما لنا أن نبين النكاح: ينعقد (بإيجاب وقبول) أي ذلك العقد الخاص ينعقد بالإيجاب والقبول حتى تتم حقيقة في الوجود، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعاً...، فالمعنى يثبت حكم النكاح بالإيجاب والقبول. لذلك أن الإيجاب مع القبول عين العقد لا غيره كما يفهم من ظاهر العبارة. والحق أن العقد مجموع ثلاثة : الإيجاب والقبول والارتباط الشرعي، وهذا قاله في (المحيط وكذا في الفتح القدير)، الا أنه لم يكن الإيجاب والقبول عين العقد لأن جزء الشيء ليس عينه. والإيجاب لغة الإثبات، واصطلاحاً هنا اللفظ الصادر أولاً من أحد المتخاطبين مع صلاحية اللفظ لذلك، رجلاً كان وامرأة. والقبول اللفظ الصادر ثانياً من أحدهما الصالح لذلك مطلقاً، فما وقع ... وغيره من أنه لو قدم القبول على الإيجاب بأن قال تزوجت ابنتك فقال زوجته فإنه ينعقد غير صحيح إذ لا يتصور تقديمه، بل قوله تزوجت ابنتك إيجاب والثاني قبول. ينظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٣، المصدر السابق، ص ١٤٤.

٢- بهاء الدين محمد بن الحسن الأصفهاني المعروف ب(الفاضل الهندي)، كشف اللثام عن قواعد الأحكام، ج ٧، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، ايران، ١٤٢٠هـ، ص ٧. وينظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص ١٤٨. وينظر : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٣، المصدر السابق، ص ٣٢٢. وينظر: لأبي العباس أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٢، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ص ٢٢٣. وينظر: شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزه ابن شهاب الدين الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٦، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٢١١-٢١٢. وينظر: علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٨، ط ١، مطبعة السنة المحمدية، بدون مكان طبع، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م، ص ٤٩.

اللفظي هو الأصل والسبيل الاول، والتعبير الكتابي، والإشارة هو البديل عنه، ولا يمكن الانتقال اليهما إلا في حالة عدم القدرة على الحكم الأصلي وهو التعبير اللفظي؛ لأن المكلف عاجزاً لخرس أصلي أو عارضي^(١).

٢- أن يكون كلا العاقدين حاضرين في مجلس العقد وكلاهما أو احدهما غير قادر على التعبير اللفظي لكنه يعرف الكتابة، فهل ينعقد الزواج بالتعبير بالإشارة بديلاً عن التعبير بالكتابة؟ بعد الاطلاع نجد أن الفقهاء المسلمين اختلفوا بهذا الشأن على قولين :

فالذي قال بالأول من الحنفية في الظاهر، والحنابلة^(٢)، والبعض من الامامية^(٣)، ذهبوا إلى أن عقد الزواج بالتعبير بالكتابة؛ لأنها أولى وأدل على المراد، وأبعد عن الاحتمال، وأقوى من التعبير بالإشارة فوجب المصير اليها^(٤).

= كما نبين هنا بأن صيغ الايجاب والقبول تعد فيها الصيغة اللفظية هي الأصل في التعبير عن الإرادة الا أنه عند تعذرهما يمكن اتخاذ الكتابة أو الاشارة للتعبير عن الارادة في إنشاء عقد الزواج. فالأولى (الصيغة اللفظية): وهي التي اشترط فيها الفقهاء تحقق أمرين: ١- إن يكون الايجاب والقبول في صيغة الماضي كقول الموجب (زوجتك موكلتي فيقول القابل: قبلت)، كما يجوز أن يكون الايجاب في صيغة المضارع إذا جاء القبول بصيغة الماضي كقول الموجب: (أزوجك موكلتي فيقول القابل: قبلت)، ويجوز أن يكون الايجاب في صيغة الامر والقبول في صيغة الماضي كقول الموجب زوجني أنتك، فقال القابل (الاب): زوجتكها، ٢- إن يكون اللفظ المعبر به عن الايجاب مشتقاً من الالفاظ الصريحة في معنى الزواج لغو أو عرفاً. والثانية(صيغة الكتابة): لا ينعقد عقد الزواج بالكتابة بين حاضرين و ينعقد بها بين غائبين كأن يكون أحدهما في بلد والثاني في بلد اخر ويكتب الرجل إلى للمرأة، تزوجتك، أو زوجيني نفسك، فإذا وصلها الكتاب وأحضرت شاهدين وقرأت عليهما الكتاب، أو أعلمتهما بما فيه ثم قبلت الزواج في المجلس انعقد عقد الزواج بينهما. والثالثة(صيغة الإشارة) : يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالإشارة المفهومة من الأخرس لعجزه عن النطق والفهم لهذه الإشارة. وينظر: بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦١م، ص٤٨.

١- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج٢٩، بدون طبعه، المكتبة الإسلامية، طهران، ايران، بلا سنة طبع، ص١٤١.

٢- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣، المصدر السابق، ص١٤٨. وينظر: علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٨، المصدر السابق، ص٥٠.

٣- السيد يوسف المدني التبريزي، منهاج الأحكام في النكاح والطلاق، المصدر السابق، ص١١١. وينظر: محمد تقي الخوئي، مباني العروة الوثقى، ج٢، بدون طبعه، مطبعة الاداب، النجف الأشرف، ١٤٠٤هـ، ص١٧٤.

٤- فاضل الصفار، فقه الأسرة، ط١، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، كربلاء المقدسة، العراق، بدون سنة طبع، ص١٦٨. وينظر: كاظم حسن جاسم، الصيغة اللفظية واثرها في صحة العقود والايقاعات، ط١، مركز عين للدراسات والبحوث المعاصرة، بلا مكان طبع، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ص٣٤. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص٥٠.

والذي قال بالثاني من الامامية^(١)، والشافعية^(٢)، والمالكية^(٣)، قال أن عقد الزواج ينعقد بالتعبير بالإشارة مع القدرة على التعبير بالكتابة؛ لأن التعبير بالإشارة أصرح في الإنشاء من التعبير بالكتابة، كما أن التعبير اللفظي هو الاصل في التعبير عن الارادة، وعند عدم القدرة عليه فإن المكلف ينتقل الى ما يقوم مقامه من التعبير الكتابي أو الإشارة على حد سواء.

٣- أن يكون كلا العاقدين حاضرين في مجلس واحد وكلاهما او احدهما غير قادر على التعبير اللفظي والكتابي، وما يتبادر إلى الذهن هل ينعقد بالتعبير بالإشارة المعهودة بديلاً عنهما؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بعد تتبع موقف الفقه الإسلامي اختلفوا الفقهاء بهذا الشأن على قولين:
فالذي قال بالأول جمهور الفقهاء^(٤)، ينعقد الزواج بالإشارة المفهومة، بديلاً عن التعبير اللفظي والكتابي، وذلك استناداً للقاعدة التي تنص على انه (الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان)^(٥)، يتبين لنا من ذلك أن حكم انعقاد الزواج بالإشارة يكون بديلاً عن التعبير اللفظي والكتابي.

١- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني (قدس سره)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائح الإسلام، ج٧، ط١، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المشرفة، ايران، ١٤١٣هـ، ص٩٧. وينظر: محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق (عليه السلام)، ج٥، ط١، منشورات الرضا طباعة نشر توزيع، بيروت، لبنان، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص١٧٢. وينظر: صادق الطهوري، محصل المطالب في تعليقات المكاسب، ج١، ط١، منشورات أنوار الهدى، قم المشرفة، ايران، ١٤١٩هـ، ص٣٤١.

٢- شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزه ابن شهاب الدين الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٦، المصدر السابق، ص٢١٢.

٣- محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي الحطاب الرعيني محمد بن يوسف المواق، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٥، طبعه خاصة، دار عالم الكتب، بدون مكان طبع، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص٤٦-٤٧.

٤- محمد بن جمال الدين مكي العاملي (قدس سره)، اللمعة دمشقية، ط١، دار الفكر، قم المشرفة، ايران، ١٤١١هـ، ص١٦١. ينظر: محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائح الإسلام، ج٢٢، المصدر السابق، ص٢٥١. وينظر: محمد تقي الخوئي، مباني العروة الوثقى، ج٢، المصدر السابق، ص١٧٣. وينظر: علي بن عبد السلام التسولي أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام وبحاشيته حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، ج١، بدون طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ص٤٥٤-٤٥٥. وينظر: محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص١٩٠.

٥- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ج١، ط٤، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص٣٠٢ وما بعدها.

والذي قال **بالثاني** من الشافعية^(١)، أن الزواج لا ينعقد بالإشارة المفهمة؛ لأنها كناية عندهم، وللأخرس في هذه الحالة كحكم بديل هو أن يوكل غيره، أو يقوم الولي مقامه^(٢).

أما بالنسبة لموقف التشريعات بخصوص ذلك، وعند الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية العراقي نجد انه لم يتطرق إلى هذا الحكم، هذا الامر يتطلب الى حل قانوني معين، وهذا الحل يكمن من خلال الرجوع إلى اراء الفقه الإسلامي تطبيقاً لمبدأ الاحالة الوارد في القانون المذكور، من اجل استخراج الحكم البديل الأكثر ملاءمة لنصوص القانون. أما بالنسبة إلى موقف المشرع الأردني يلاحظ أنه نص على " يكون كل من الايجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالنكاح والتزويج) والعاجز عنهما بكتابه أو بإشارته المعلومة"^(٣). وكذلك بالنسبة للمشرع الاماراتي نص على انه " وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة"^(٤).

يبدو لنا أن المشرع الاردني والاماراتي ومن خلال النصوص المتقدمة أنهم بينوا الأحكام البديلة عن التعبير اللفظي، وهم الكتابة، والإشارة، لذا نقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بما نص عليه المشرع الاردني والاماراتي.

٤- إذا كان العاقدان ليسا في مجلس عقد واحد أي غائبين وكل منهما في بلد، يلاحظ من خلال تتبع موقف الفقهاء نجدهم اتفقوا على أنه لا بد من وحدة مجلس التعاقد بين الطرفين؛ أي أن الايجاب والقبول يكونان في مجلس عقد واحد وبالشكل المباشر.

لكن قد يلجأ أحياناً طرفي عقد الزواج إلى التعاقد من خلال وسائل بديلة عن التعاقد في مجلس عقد واحد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهي البرامج الموجودة على الانترنت من (ماسنجر، واتساب، وتويتر، وغيرها من وسائل التواصل الاجتماعي)^(٥)، لذا يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي هل يمكن انعقاد الزواج من خلال هذه الوسائل كبديل عن التعاقد بمجلس عقد واحد؟ للإجابة عن ذلك وبعد تتبع موقف الفقهاء المعاصرون بشأن هذه المسألة نجدهم انقسموا على قولين:

فالذي قال بالأول ذهب إلى صحة التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة؛ لأن التعاقد من خلال هذه الوسائل لا تعارض فيه من حيث توفر شروط عقد الزواج المطلوبة شرعاً من ايجاب وقبول

١- مصطفى سعيد الخن ومصطفى البيغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج٤، ط٤، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ص٥٧.

٢- كاظم حسن جاسم، الصيغة اللفظية واثرها في صحة العقود والابقاعات، المصدر السابق، ص٥١.

٣- ينظر: نص المادة (٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.

٤- ينظر: نص المادة (٦/٤١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

٥- إن هذه هي عبارة عن برامج للمحادثات الفورية التي تكون عبرة الانترنت، والتي يمكن من خلالها التحدث والمشاهدة بين أطراف التعاقد عند ابرام عقدهم، كما أنها واسعت الانتشار في الوقت الحالي.

يكونان من خلال التعبير اللفظي، وسماع كل من المتعاقدين كلام الاخر، وسماع الشهود لهذا التعاقد كأنهم حاضرين في مجلس عقد واحد، وبذلك يكون العقد متكامل الشروط^(١).
والذي قال **بالثاني** ذهب الى عدم صحة التعاقد عن طريق هذه الوسائل الحديثة^(٢)؛ لأن ما يدخل هذه الوسائل نوع من الخداع لدى احد الطرفين؛ لأنها تتعلق بمقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية والمتمثل بحفظ الأعراض التي هي مقصد من هذه المقاصد. كما أن عدم مشاهدة الشهود إلا طرفاً واحد من اطراف العقد^(٣)، لذا فإنه لا يشبه التعاقد بين طرفين من كل وجه تطلبه الحضور في مجلس عقد واحد مباشرةً.

إما بخصوص موقف التشريعات من ذلك، يلاحظ أن المشرع العراقي لم يتطرق في قانون الاحوال الشخصية لهذه الوسيلة، وكذلك الامر بالنسبة للمشرع الاردني والامارات لم ينص اي منهما على الزواج بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، إلا أن المشرع الاماراتي ذهب حديثاً من خلال ما تستهدفه وزارة العدل الاماراتية عندما أصدرت قرار ٣٣ لسنة ٢٠٢٠، الذي من خلاله تحويل بنسبة ٨٠% من قضايا المحاكم الاتحادية لنموذج التقاضي عن بعد خلال عامي ٢٠٢٠ و ٢٠٢١، وذلك من اجل تمكين منظومة القضاء لضمان العدالة لأفراد المجتمع رغم الظروف والتحديات التي تفرضها جائحة كورونا(كوفيد-١٩)^(٤).

من خلال ما تقدم يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي؛ هل يمكن أن يكون الحكم البديل من خلال التعبير الكتابي بديلاً عن التعبير اللفظي بين العاقدين الغائبين؟ للإجابة عن ذلك وبعد تتبع موقف الفقه، يلاحظ أن الفقهاء اختلفوا في صحة انشاء عقد الزواج بالتعبير الكتابي بين غائبين على قولين:

١- بدران ابو العنين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، بلا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص ٣٧٢-٣٨٣. وينظر: محمد عقلة الإبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ط١، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م، ص ١١٣. وينظر: وهبة مصطفى الزحيلي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، ص ٨٨٠. وينظر: بدران ابو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، مطبعة دار التأليف، شارع يعقوب بالمالية، مصر، ١٩٦١م، ص ٥١.

٢- أحمد بن عبد الرزاق الدويش، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، ج ١٨، دار المؤيد، الفتوى رقم (١٢١٦)، ص ٩٠-٩١ وينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٢ (لقرارات الدورات ١-١٠)، دار القلم، دمشق، سوريا، القرارات ٩٧/١، تنسيق عبدالستار أبو غدة، ١٩٩٨م. وينظر: فتاوي اللجنة الدائمة للإفتاء، المملكة العربية السعودية، اعداد محمد عبد العزيز (١٢١/٢).

٣- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص ١٠٧.

٤- ينظر: الموقع الالكتروني الاتي : تاريخ الزيارة ١١/٩ / ٢٠٢٣ (ar-)<virtual-litigation> virtual-litigation<ar-)<https://u.ar>، للمزيد مراجعة الموقع.

فالذي قال بالأول وهو قول عند الحنفية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢)، وقول ينعقد الزواج بالتعبير الكتابي بين غائبين؛ لأن كتابته قامت مقام تلفظ العاقد الحاضر^(٣). وصورتها عندما يكتب الرجل إلى المرأة التي يريد الزواج منها، كما لو كتب لها زوجيني نفسك، فإذا وصلها الكتاب وأحضرت شاهدين وقرأت عليهما الكتاب، وأعلمتهما بما فيه ثم قبلت الزواج، تم عقد الزواج بينهما^(٤).
والذي قال بالثاني وهو اتجاه الامامية^(٥)، وراي للشافعية وجمهور الحنابلة والمالكية^(٦)، لا ينعقد

١- محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٣، المصدر السابق، ص ١٨٩.

٢- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٨، المصدر السابق، ص ٤٩.

٣- فالكتابة بحسب هذا القول لا تعد وسيلة للتعبير عن الإرادة إلا للعاجز عن النطق، أما القادر على الكلام فلا يصح منه التعبير بالكتابة، ومن الامور التي تعتبر فيها الكتابة وسيلة بديلة هي: الزواج: حيث اعتبر الكتابة وسيلة بديلة لا تقبل من القادر على الكلام، فهي وسيلة التعبير للعاجز عن النطق فقط، أما القادر عليه، فلا ينعقد زواجه إلا باللفظ الصريح. ينظر: نص المادة (٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل. وينظر: نص المادة (٦/٤٠) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل. وينظر: محمد أحمد حسن القضاة، الوافي، المصدر السابق، ص ٤٨. وينظر: رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ١٨٣. وينظر: نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط ٢، المكتبة التوفيقية، امام الباب الاخضر - سيدنا الحسين، بدون سنة طبع، ص ٢١٩.

٤- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي، المصدر السابق، ص ٤٨. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٥٠. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص ٢٨.

٥- السيد عبد الاعلى الموسوي السيزواري (قدس سره)، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج ٢٤، ط ١، دار التفسير، قم المشرفة، ايران، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ص ٢٢١. وينظر: السيد محسن الطباطبائي الحكيم (قدس سره)، مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، بلا طبعه، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، قم المشرفة، ايران، ١٤٠٤ هـ، ص ٣٧٩.

٦- محمد الشربيني الخطيب الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ط ١، دار المعرفة، بدون مكان طبع، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص ١٤١. وينظر: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٨، المصدر السابق، ص ٤٩. وينظر: محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، ج ٥، المصدر السابق، ص ٤٣.

الزواج بالتعبير الكتابي بين غائبين؛ لأن التعبير الكتابي من الكنايات وعقد الزواج لا ينعقد بالكنايات^(١).

أما بالنسبة لموقف التشريعات، وبخصوص المشرع العراقي نجد أنه قد نص على "ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه"^(٢)، تطبيقاً للحكم البديل يبدو لنا أن المشرع العراقي بخصوص انعقاد عقد الزواج بالكتابة كبديل عن التعبير اللفظي، أخذ بالرأي الأول الذي نص على انعقاد الزواج بالكتابة بين الغائبين، ونص على الشروط المطلوبة لذلك الانعقاد، وبخصوص المشرع الاردني من خلال نص المادة(٧)، والمشرع الاماراتي من خلال نص المادة(٤١)، يلاحظ انهم لم يبينوا التفصيل الذي عليه لدى الفقه الاسلامي، لذا ما نراه ان يتبع القاضي ما بيناه أنفاً لتحقيق الدور الوظيفي الذي يقوم به الحكم البديل؛ وذلك لتوافق القولين على الاعتراف بالتعبير الكتابي لمن يجيده عند عدم القدرة لعللة الخرس^(٣).

١- فاضل الصفار، فقه الاسرة، المصدر السابق، ص١٦٩. وينظر: محمد أحمد حسن القضاة، الوافي، المصدر السابق، الإشارة نفسها. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، الإشارة نفسها.

٢- ينظر: نص المادة (٢/٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

إلا أننا هنا في هذا المقام أن بين الشروط الواجب توفرها عند تطبيق هذا النص وهي كما يلي:

* إن يكون الرجل غائب عن المرأة التي يريد الزواج منها وليس موجوداً.

* يجب قراءة كتاب الرجل على المرأة المراد الزواج منها بشكل مفهوم وواضح وبحضور شاهدين يسمعان عبارة المرأة على قبول الزواج.

* يجب أن يشتمل الخطاب على تعيين المرأة المراد الزواج منها بالاسم والوصف وتحديد مهر المرأة.

* إن يتم كل ما تقدم امام القاضي في محكمة الاحوال الشخصية المختصة. ينظر: أحمد عبيد الكبيسي، شرح الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، المصدر السابق، ص٤٢. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص٢٨.

٣- الخرس: هو مصدر خرس؛ يقال خرس إذا منع الكلام خلقه، أي خلق ولا نطق له، أو ذهب كلامه عيا. ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن هذا المعنى. أو الاعتقال: الحبس، واعتقل لسانه: إذا حبس ومنع الكلام. والمعقل اللسان وسط بين الاخرس والناطق. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، المصدر السابق، ص٥٣. وينظر: أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مج١، ط٢، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون سنة طبع، باب الخاء، ص١٦٦ ينظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ج١٩، ط٢، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣، ص٩١.

ثانياً - مسألة تطبيق الحكم البديل المتعلقة بالولاية على الزواج :

ينصرف معنى الولاية في عقد الزواج الى ضرورة السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه ولغيره من غير توقف على إجازة أحد^(١)، وهذه الولاية على النفس في الزواج، وهي نوعان: ولاية الإيجاب (ولاية الحتم والايجاب)، وولاية الاختيار^(٢).

والمقصود أن الولي جاء في عقد الزواج ليقوم مقام من تحت ولايته؛ لأنه ليس له القدرة على عقد إبرام زواجه بنفسه بحكم الشرع، ولدور الأحكام البديلة في مسائل الولاية الذي يتمثل بتحقيق مصلحة المولى ومنع وقوع الضرر عليه، عند عدم وجود والولي الأقرب.

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي ما هو الحكم البديل في الولاية على الزواج عند عدم وجود الولي الأقرب لغيابه أو لعضله، للإجابة عن ذلك لنا القول بان هناك حالات عديدة تؤدي إلى انتقال الولاية إلى الولي الأبعد نبين منها كالاتي :

١- تطبيق الحكم البديل عند غياب الولي الأقرب؛ إن الولي كما بيناه أنفاً هو الذي يقوم بمباشرة عقد الزواج بديلاً عن من تحت ولايته، وذلك بحكم الشرع، لكن قد يكون يتعذر أخذ رايه لبعد أو لسبب آخر وكان الخاطب كفواً ويخشى من فوات الفرصة المناسبة على الفتاة، كما قد يكون في انتظار الولي الأقرب تفويت المصلحة عليها^(٣).

١- إن الولاية على النفس تختلف عن الولاية على المال من ناحية من تثبت له ومدة ثبوتها وليس بينهما تلازم، وكلامنا هنا ينحصر في الولاية على النفس؛ لأنها بدورها تكون إما قاصرة ولها سببها وهو الرشد ، فمتى كان الشخص بالغاً عاقلاً رشيداً ثبت له سلطة تزويج نفسه، أما المتعدية فلها أكثر من سبب، قد يكون سببها الملك، وقد يكون سببها القرابة النسبية، وقد تكون الامامة. ينظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص٢٧٢. كما تعرف الولاية على النفس: هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر والإشراف عليه وحفظه وتربيته وتعليمه وتوجيه حياته واعداده إعداداً صالحاً، ويدخل في ذلك الموافقة على تزويجه. ينظر: نص المادة (١/١٧٨-أ) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

٢- ولاية الإيجاب: وهي التي يكون للولي الحق في تزويج من تحت ولايته دون أن يكون له حق الرفض أو الاعتراض، كتزويج الأب ابنه أو ابنته الصغيرين أو المعتوهين. وولاية الاختيار: هي التي لا يملك الولي فيها الحق في تزويج الغير بدون رضاه، بل لابد من رضاه ورضا الولي واشتراكهما في الاختيار وبعد تحقق الرضا منهما يتولى عقد الزواج كأن يزوج الولي ابنته البالغة العاقلة. والكلام حول من تثبت عليه ولاية الاختيار والإيجاب قد أفاض الفقهاء الكلام حوله. ينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص٨٧.

٣- تتحقق مصلحة الصغير، من غير ضرر ولا ضرار ، لقول سبحانه وتعالى: " لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده"، سورة البقرة : الآية (٢٣٣).

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي هل تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد أم إلى القاضي صاحب الولاية العامة؟ للإجابة عن ذلك وبعد تتبع موقف الفقه الإسلامي نجد الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على قولين :

فالذي قال بالأول من جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة والشافعية في قول^(١)، ذهبوا إلى انتقال الولاية إلى الولي الأبعد؛ لأن الولاية ثابتة للولي البعيد، أنه قد يكون الولي الأقرب صغيراً أو مجنوناً ولو منقطعاً، أو يكون فاسقاً أو يكون محجوراً لفسق^(٢).

والذي قال بالثاني من الامامية^(٣)، وزفر من الحنفية^(٤)، والمعتمد عند الشافعية^(٥)، ورواية عند أحمد^(٦)، ذهبوا إلى انتقال الولاية إلى القاضي، لأن عدم وجود الولي الأقرب، لا ولاية للأبعد؛ لأن فيه المنع، لذا فالولاية إلى الحاكم الشرعي وهو القاضي؛ لقوله (صل الله عليه وآله وسلم) : "السلطان ولي من لا ولي له"^(٧)، كما أن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها تثبت حقاً له صيانةً للقرابة، فلا

١- أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص ١١٨٧. وينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٤، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٣٩-٤١. وينظر: محمد أحمد حسن القضاة، الوافي، المصدر السابق، ص ٧٣.

٢- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المصدر نفسه، ص ٤١.

٣- زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٧، المصدر السابق، ص ١٤٧. وينظر: منذر عبد العزيز الشمالي، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري، بلا طبعه، منشأة المعارف، الاسكندرية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٣٤.

٤- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناء شرح الهداية، ج ٥، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ص ١٠٢-١٠٣. وينظر: برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج ٣، ط ١، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كارزن ايست كراتشي، باكستان، ١٤١٧هـ، ص ٤٨.

٥- سليمان بن عمر بن منصور الأزهري الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٤، بدون طبعه، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ١٥٢ وما بعدها. ينظر: أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ص ١١٨٦.

٦- أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، ط ٤، دار القلم، دمشق، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ص ٦١.

٧- إن قول (الامام أو الحاكم)، المقصود منه الخليفة، ونائبه، وقيل : المراد من الحاكم القاضي، وأن ولاية القاضي إنما تكون إذا قال له الامام : انكح بلا ولي، وأما إذا لم يقل له الامام : فلا، فالقاضي من حيث هو قاضٍ لا يتولى أمر النكاح. أما بالنسبة لقوله (صل الله عليه وآله وسلم) : ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل))، ((لا نكاح الا بولي))، ينظر: أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، (سنن أبي داود)، مج ٩، ط ١،

تبطل بغيبته، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز، ولا ولاية للأبعد مع ولاية الأقرب^(١).

أما بالنسبة لموقف التشريعات، وعند الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ نجد أنه لم يتطرق الى معنى الولاية وترتيب الأولياء ومن له الأولوية في الولاية بالزواج، لذا نجد أن الامر يحتم على المحكمة تطبيق مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لمراعاة الترتيب الوارد للأولياء في موضوع الزواج. أما بخصوص موقف المشرع الاردني نجد أنه أخذ بحق انتقال الولاية إلى الولي الأبعد وفقاً للرأي الاول، وعند تعذر أخذ رأي من يليه في الحال، وعند عدم وجود من يليه، تنتقل الولاية إلى القاضي^(٢)؛ وذلك من اجل تحقيق مصلحة المولى عليها وعدم تفويتها، وسداً للذريعة في مثل هذه الحالة وفقاً لمعيار مصلحة المولى عليها. وبخصوص موقف المشرع الاماراتي نجد أنه أخذ بالرأي الاول وهو انتقال الولاية الى الولي الأبعد ووفقاً لمعيار الترتيب بالإرث^(٣)، كما يلاحظ أنه لم يجعل من الولاية أن تنتقل الى القاضي، ولكن منح القاضي حق تعيين ولي من اقارب المولى عليه، إن وجد فيهم صالح للولاية وإلا فمن غيرهم^(٤).

يبدو مما تقدم أن الولاية تكون للولي الاقرب فالأقرب ومن ثم الى الولي الابعد، ولكن عند تعذر أخذ رأي الولي الذي يلي الولي الاسبق منه، أو لم يوجد، انتقل حق الولاية إلى القاضي، مما يعني أن الاصل في الولاية تنتقل إلى الولي الأقرب ومن ثم إلى الولي الذي يليه عند غيابه وهكذا الى الابعد؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية المقررة التي

=دار الرسالة العالمية، بلا مكان طبع، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، حديث (٢٠٨٣ و ٢٠٨٥)، باب الولي، ص ٣٤٥. ينظر: برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج ٣، المصدر السابق، ص ٤٨ - ٤٩. وينظر: رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢١٤.

١- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج ٢، بلا طبعه، وبدون مطبعه، ومكان طبع، وسنة طبع، ص ٣١٨.

٢- ينظر: نص المادة (١٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل، والتي تنص على أنه (إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية الى من يليه فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي). كما ينظر: محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد (٣٦) لسنة ٢٠١٠ م، المصدر السابق، ص ٧٣.

٣- ينظر: الفصل الثالث الولاية على النفس المتمثل بنص المادة (١/١٨١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل، والتي تنص على أنه (١- الولاية على النفس للأب ثم للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث.)،

٤- ينظر: نص المادة (٣/١٨١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل. والتي تنص على أنه (٣- إن لم يوجد مستحق عينت المحكمة ولياً على النفس من اقارب القاصر إن وجد فيهم صالح للولاية وإلا فمن غيرهم).

تقول(الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد)^(١)، ومن ذلك يمكن لنا القول أن البديل في حالة غياب الولي الأقرب هو الولي الأبعد، مما يؤدي بنا الامر إلى ترجيح الراي الاول؛ لأن هذا هو ما يحققه الحكم البديل من خلال دوره الوقائي الذي ينهض به وفق منظور مقاصد الشريعة الاسلامية.

٢- **تطبيق الحكم البديل عند عضل الولي**؛ نقصد بهذا العضل هو الامتناع من قبل الولي القريب عن الموافقة بزواج من تحت ولايته من الكفو ومهر المثل إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في الاخر^(٢). وإن حرمة العضل يقره الشرع الحكيم، بقوله سبحانه وتعالى: {فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف}^(٣).

ومما تقدم يبرز التساؤل الآتي ماهي كيفية وقوع العضل؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأن من أهم حالات العضل هي: امتناع الولي تزويج موليته بمن ترغب به من الكفاء وبدون مهر المثل، أو يريد تزويجها بكفاء بدون رغبتها وهي ترغب كفاء آخر.

ومن خلال هذه الإجابة يبرز التساؤل الآتي هل يتم الانتقال الى الحكم البديل عند عدم قدرة الولي على تحقق مصلحة أو الإضرار بموليته بسبب عضله، إلى الولي الأبعد أم إلى القاضي لكونه صاحب ولاية عامة تتأخر على الولاية الخاصة؟ للإجابة عن ذلك وبعد تتبع موقف الفقه الإسلامي، يلاحظ أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في هذا الشأن على قولين وكالاتي:

فالذي قال بالأول جمهور الفقهاء من الامامية^(٤)، وهو قول عند بعض المالكية والشافعية، إن كان العضل متكرر أكثر من ثلاث مرات، وهو المعتمد لدى الحنابلة^(٥). ذهبوا أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد؛ لأن الولي الأبعد يكون أحق من الولي الأقرب العاضل مما يجعله كالمعدوم، فتنقل الولاية إلى من بعده الأقرب فالأقرب، وعند انعدام الأولياء وفقاً للترتيب المقرر، فإن الولاية تنتقل إلى

١- محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

٢- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد(٣٦) لسنة ٢٠١٠م، المصدر السابق، ص ٧٥.

٣- سورة البقرة : الآية (٢٣٢).

٤- أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، المصدر السابق، ص ٦٩. وينظر: لأبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤، ط ١، دار الشامية، بيروت، لبنان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ١٢٣.

٥- موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج ٩، المصدر السابق، مسألة؛ قال: (ثم السلطان)، ص ٣٦٠.

القاضي باعتباره ولي لمن لا ولي له^(١)، وذلك لأن الولي الذي يعضل عندهم بالتكرار يصبح فاسقاً، وبذلك لا ولاية لفاسق في الزواج، لذلك تنتقل الولاية إلى الولي الذي بعده وحسب ترتيب الأولياء. والذي قال **بالثاني** من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، وقول آخر عند الحنابلة^(٥)، وقول آخر عند الامامية، ذهبوا إلى أن الولاية تنتقل إلى القاضي عند عضل الولي ولا تنتقل إلى الولي الأبعد؛ لأن عضل الولي لموليته فيه ظلم لها، ولسد الذريعة ودرء المفساد هو القاضي، لذلك تنتقل الولاية له، مع بقاء الولاية للولي الأقرب بالأمر الأخرى^(٦).

أما بالنسبة لموقف التشريعات، عند الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ نجد أنه ذكر مسألة عضل الولي وذلك من خلال نص المادة (١/٨) حيث نصت على أنه (١- إذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج)^(٧)، من خلال هذا النص يمكن لنا القول بأن المشرع العراقي قد أشار إلى عضل الولي عند تزويج من تحت ولايته وفي حدود السن المذكور، وهذا من قبيل الإشارة البسيطة^(٨).

- ١- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، ج٢، المصدر السابق، ص ٣١٩.
- ٢- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي، المصدر السابق، ص ٧٦.
- ٣- أحمد الدرير و شمس الدين محمد عرفه الدسوقي ومحمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، المصدر السابق، ص ٢٣٢.
- ٤- أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ص ١١٨٦. وينظر: لأبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٤، المصدر السابق، ص ١٢٤.
- ٥- موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي دمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج٩، المصدر السابق، ص ٣٦٠.
- ٦- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني (قدس سره)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج٧، المصدر السابق، ص ١٤٤.

- ٧- ينظر: نص المادة (١/٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.
- ٨- يلاحظ بالنسبة لموقف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، فقد جاء خالياً من ذكر أحكام الولاية، ولم ترد فيه سوى إشارات بسيطة هنا وهناك حول دور الولي في تزويج من أكمل الخامسة عشرة من العمر وهذا ما نصت عليه المادة اعلاه، وفي الإشراف على شؤون الصغير أثناء فترة الحضانة، ينظر بخصوص ذلك المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي سوف يتم بيان دور الولي كحكم بديل بالتطبيقات التي سوف يتم ذكرها عند تطبيق هذا الحكم في الحضانة كتطبيق من احد التطبيقات فيما بعد. الا أنه وفيما عدا ذلك، فلم يتعرض قانون الاحوال الشخصية العراقي لبحث الولاية على النفس، لا من حيث بيان أشخاصها ولا من حيث موضوعها وأحكامها، على الرغم من أهمية وخطورة هذا الموضوع. فالولاية هي حجر الزاوية في الأسرة

أما بالنسبة لموقف المشرع الأردني نص على العضل من خلال المادة (١٨) على أنه (يأذن القاضي عند الطلب بتزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة سنة شمسية من عمرها من الكفو في حال عضل إذا كان عضله بلا سبب مشروع)^(١)، يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الأردني لا يختلف عن المشرع العراقي في هذه المسألة. أما بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي قد أشار إلى العضل من خلال نص المادة (٣/١٨١) حيث نصت على أنه (٣- إن لم يوجد مستحق عينت المحكمة ولياً على النفس من أقارب القاصر إن وجد فيهم صالح للولاية وإلا فمن غيرهم)^(٢)، يتبين من خلال النص المتقدم أن الولاية هي ولاية اجبار وليس اختيار؛ وذلك من خلال الوجوب المفروض من المحكمة اتجاه الولي. ويلاحظ بأن كل من التشريع الأردني والاماراتي أخذ بما ذهب إليه القول الاول الذي ذهب بأن الولاية تنتقل إلى الولي الاقرب فالأقرب من ثم إلى الولي الأبعد عند عضل الولي الاقرب، وهذا فيه معنى تقديم الولاية الخاصة على العامة.

= وسبب قوتها وتماسكها، وسر بقائها ومحافظة على حدودها. وإذا كان قانون الاحوال الشخصية لم يتعرض لذكر الولاية والأولياء فهذا لا يعني أن القضاء في العراق لا يشترط الولاية فيما تكون شرطاً فيه، بل العكس هو الصحيح، لأن القضاء ملزم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، وهذا إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي، والتي نصت على مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي وحسب ما تم الإشارة اليه مسبقاً، والتي جاء فيها على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون). وعلى هذا سار القضاء في العراق، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز، ومن هذه القرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز، بصدد حق الولي في تزويج من هو تحت ولايته، والتي كان المرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، هي الآتي: (حيث لا يوجد نص تشريعي في قانون الاحوال الشخصية لعقد نكاح الولي لمن تحت ولايته لذا يكون الحكم في ذلك بمقتضى الأحكام الشرعية)، (منقول). ينظر: قضاء محكمة تمييز العراق - المجلد الأول - ١٩٦٣ - رقم القرار : ٥٢٠ / شرعية ٦٣ - تاريخه ١٢ / ٢٦ / ١٩٦٣. وقضت بهذا الصدد أيضاً بأن : (الأب له الولاية على الصغيرة بحكم الشرع وإذا عقد زواج ابنته الصغيرة صح العقد ولزم)، (منقول). ينظر: قضاء محكمة تمييز العراق - المجلد السادس - ١٩٦٩ - رقم القرار : ٦٨١ / شرعية ٦٩ - تاريخه ١٠ / ٢٠ / ١٩٦٩، ص ١٩٩. كما قضت أيضاً بأن : (أن زواج البنت القاصرة يكون باطلاً وأن أجزاء أبوها إذا لم تكن فيه مصلحة لها عند العقد)، (منقول). ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم ٢٠٥١ في ٢٣ / ٢ / ١٩٧١، ص ٥٩. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٩٢. وينظر: ساهرة حسين كاظم آل ربيعة، التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، قسم القانون الخاص، بغداد، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م، ص ٢٨-٣٣.

١- ينظر: ص المادة (١٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.

٢- ينظر: نص المادة (٣/١٨١) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

مما تقدم يرى الباحث أن الرأي الأول وهو الرأي الراجح؛ لأنه الرأي الأكثر تحقيقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية، لأن انتقال الولاية إلى الولي الأقرب فالأقرب، وذلك حال عضل الولي؛ لأن القاعدة تنص على أنه (الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة)^(١).

المطلب الثاني

تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بالطلاق

الطلاق: هو حل رابطة الزوجية الصحيحة من الزوج بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه في الحال أو المال^(٢). حيث جاءت عبارة (بلفظ مخصوص)، وذلك لتمييز الطلاق عن الفسخ، لأن هذا الأخير لا يكون بلفظ مخصوص^(٣)؛ لذا فإن اللفظ المخصوص على الطلاق يكون أما صريحاً أو

١- يراد بالولاية هنا نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء أم أبى، والولاية الخاصة إما أن تكون في المال أو الزواج، وهي ما يهمننا في هذا المجال إذ الولي في الزواج جميع العصابات (وهذا عند جميع المذاهب الفقهية)، والأرحام وذوو الأرحام (عند الإمام أبي حنيفة)، وعليه تتقدم ولاية هؤلاء على ولاية القاضي الذي له الولاية العامة وتطبيقاً لهذه القاعدة وفي نطاق الزواج ليس للقاضي أن يزوج اليتيم أو اليتيمة عند وجود الولي، إذ لا يتصرف القاضي عند وجود الولي الخاص الأهل لذلك. ينظر: المادة (٥٩) من مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الادبية، طبعت في بيروت، ١٣٠٣هـ، ص ٣٠. وينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مج ١، المصدر السابق، ص ٥٩.

٢- محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص ٤٩١.

٣- الفرق: هو جمع فرقة وهي في اللغة الافتراق. وفي الفقه انتهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه، وهي تتنوع إلى فرقة فسخ وفرقة طلاق. لذا يلاحظ أن فرقة الفسخ تنقض العقد وتزيل الحل الذي كان يترتب عليه، وتكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره؛ مثالها: الفسخ بسبب ردة الزوج أو إبانها الإسلام فينقض الزواج بسبب عروض المنافي، أو بسبب حالات مقارنة للعقد مقتضيه عدم لزومه من الأصل؛ مثالها: الفسخ بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة. ولسبب خيار أولياء المرأة التي زوجت نفسها بغير كفاء فإن العقد فيها غير لازم، فإذا اعترض عليه صاحب الحق لم يرض باستمراره كان التفريق نقضاً له من أساسه. ومن آثارها الا ينقص بها عدد الطلقات التي يملكها الزوج إذا عاد الزواج من جديد كما أنه لا يقع في عدة الفسخ طلاق إلا ما يكون بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام. أما فرقة الطلاق فهي إنهاء للعقد الذي ثبت بلفظ خاص. ويترتب عليها زوال الملك كما في الطلاق البائن، أو نقصانه كما في الطلاق الرجعي، وتزيل الحل في البيونة الكبرى، ولا تثبت للزوج إلا بناء على عقد صحيح. ولهذا لم يكن التفريق في العقد الفاسد طلاقاً. ومن أحكامها أنها تنقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج؛ سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً. ينظر: بدران ابو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط ٢، مطبعة دار التأليف، شارع يعقوب المالية، مصر، ١٩٦١م، ص ٢١٠.

كنائياً^(١)، ولا يشترط أن يكون الطلاق بالتعبير اللفظي، و إنما يقوم مقامه التعبير الكتابي أو التعبير بالإشارة^(٢). لذلك فإن التعبير البديل الذي يتمثل بالكتابة والإشارة تكون في حال عدم قدرة المكلف على التعبير اللفظي في إيقاع الطلاق والرجعة، يقتضي منا لبيان هذا الامر تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:

أولاً - تطبيق الحكم البديل المتعلق بصيغ إيقاع الطلاق: يظهر تطبيق الحكم البديل في مسائل الطلاق عند عدم قدرة المكلف على إيقاعه بالتعبير اللفظي، ويتم إيقاعه بالتعبير الكتابي والإشارة، وهذه المسائل عديدة نذكر منها البعض لبيان دور الحكم البديل الغائي، لذا قُسمت هذه الفقرة على مسألتين وكالاتي :

المسألة الأولى- تطبيق الحكم البديل بالتعبير الكتابي بديلاً عن التعبير اللفظي^(٣):

بدءً نقول أن الطلاق يقع بالتعبير بالكتابة كحكم بديل عن التعبير اللفظي، وعند تتبع موقف الفقهاء المسلمين نجد أنهم اختلفوا في إيقاع الطلاق بالكتابة عند القدرة على اللفظ على أربعة أقوال: فالذي قال بالأول من جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٤)، ذهبوا إلى وقوع الطلاق بالكتابة من الحاضر والغائب وهو من قبيل الكناية، ويقع إذا كان المكلف قاصداً الطلاق أو

١- والأصل أن يقع الطلاق باللفظ، وهو قسمان : صريح؛ كقول الزوج لزوجته: أنت طالق . وهذا يقع في الحال. أو كنائي: وهو الذي يستعمل في الطلاق وغيره، كقول الزوج: الحقي بأهلك. وهذا لدى البعض من الفقهاء ويشترط فيه النية ليقع طلاقاً، ومحل خلاف بين الامامية والظاهرية ينظر: ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الخلاف في الفقه، ج٢، ط٢، مطبعة ثابان، طهران، ايران، ١٣٨٢هـ، ص٢٣١-٢٣٣. وينظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مج٢٩، المصدر السابق، ص٢٦_٢٧.

٢- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج٥، ط١، دار ابن حزم، عمان، الاردن، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ص٢٥٧-٢٥٩. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص١٦٥.

٣- صيغة الطلاق: هي اللفظ المعبر به عنه أو الصيغة المقررة له شرعاً، إلا أنه يستعاض عن اللفظ في أحوال بالكتابة أو الإشارة. ينظر: وزارة الأوقاف والشئون الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٢٩، ص٢٢. وينظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣، المصدر السابق، ص٤١٧. وينظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، المصدر السابق، ص٢٣٩-٢٤٠. وينظر: أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج٢، المصدر السابق، ص٥٦٨. وينظر: أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي الدمشقي الشافعي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ص١٣٥٨-١٣٥٩.

٤- أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان ابو الحسين القدوري، التجريد للقدوري، ج١٠، ط٢، دار السلام، القاهرة، مصر، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص٤٨٨٠-٤٨٨٢. وينظر: أبي بكر السيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي الشافعي، حاشية إعانة الطالبين، ج٤، ط١، بدون مطبعه، بدون مكان طبع، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م،

له نية بذلك، ولا يقع إذا لم يكن المكلف قاصداً للطلاق^(١). واستدلوا على ذلك من خلال ما يأتي :

أ-إن الكتابة أدل على المراد من الإشارة، لذلك فإن الكتابة بمنزلة البيان باللسان، ويقع الطلاق بها من الحاضر والغائب قياساً على اللفظ.

ب-إن الطلاق بالكتابة دليل يتسرب له الاحتمال، ولا يرفع عنه الاحتمال الا إذا كان المكلف قاصداً للطلاق أو له نيته^(٢).

والذي قال **بالثاني** من الامامية، ذهبوا إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة إلا من الاخرس العاجز عن التعبير اللفظي^(٣)، والشافعية والظاهرية، ذهبوا إلى عدم وقوع الطلاق بالكتابة، وإنما يقع باللفظ عند قدرة المكلف عليه؛ لأن الكتابة بالطلاق من القادر على النطق، هي ليست بمثابة الصريح، وإنما كناية على قول، ولغو على قول اخر، أي لا يعتد به^(٤). واستدلوا على ذلك من خلال ما يأتي:

أ-إن اليقين لا يزول بالشك شرعاً، وعقلاً، وواقعاً، لذلك تكون الكتابة كما بينا سلفاً دليل يتسرب له الاحتمال في الطلاق، كما يمكن أن يكون شائبة للتزوير.

ب-عدم وجود دليل على وقوع الطلاق بالكناية^(٥)؛ لأن الله سبحانه وتعالى جعل الكناية باللفظ لا بالكتابة.

ج-إن الطلاق بالفعل لا يقع عند ايقاعه من القادر على التعبير اللفظي قياساً على عدم وقوع الطلاق بالتعبير بالإشارة من القادر على التعبير اللفظي^(٦).

=ص٢٠-٢١. وينظر: محمد الخرخشي أبو عبدالله علي العدوي المالكي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج٤، ط٢، المطبعة الأميرية الكبرى، بدون مكان طبع، ١٣١٧هـ، ص٤٨-٤٩. وينظر: منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥، المصدر السابق، ص٢٤٩.

١- بدران ابو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المصدر السابق، ص٣٨٣-٣٨٤. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر، المصدر السابق، ص١٢٠.

٢- ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الخلاف في الفقه، ج٢، المصدر السابق، ص٢٣٦.

٣- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلبي(قدس سره)، تذكرة الفقهاء، ج٢، المصدر السابق، ص٥٨٢.

٤- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم فخر الاندلس، المحلى بالآثار، ج١٠، طبعة مصححة، دار الفكر، بدون مكان طبع، بلا سنة طبع، ص١٩٧.

٥- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص٤٩٩. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر، المصدر السابق، ص١٢٠.

٦- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، المصدر السابق، الإشارة نفسها. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط، المصدر السابق، ص١٧٨.

أما الذي قال **بالثالث** من الحنفية في رأي آخر، والشافعية، والمالكية، ورواية عن أحمد، ذهبوا إلى وقوع الطلاق بالكتابة من دون أن تكون للمكلف نية بذلك؛ لأن الكتابة كاللفظ^(١). واستدلوا على ذلك من خلال ما يأتي :

أ- إن عجز المكلف عن إيقاع الطلاق باللفظ تقوم الكتابة مقامه.

ب- إن الكتابة هي عبارة عن حروف يفهم منها الصريح في الطلاق، كما في اللفظ الذي يبني عليه الطلاق.

أما الذي قال **بالرابع** هو قول آخر للشافعية، ذهب إلى أن الطلاق يقع من الغائب ولا يقع من الحاضر على سبيل الكناية؛ لأنه (طلاق كتبة في الغيبة مع النية وقت الكتابة، طلاق في أصح القولين، وكذلك التي تنعقد بالكتابة، فإن كتب إلى الحاضرة بطلاقها، كان طلاقاً على أحد الوجهين)^(٢). واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أ- إن التعبير الكتابي يعد حكماً بديلاً عن التعبير اللفظي، ولا يصار إلى البديل مع وجود الأصل من حيث القول، والشرع، والعقل.

المسألة الثانية - تطبيقه بالتعبير بالإشارة بديلاً عن اللفظ :

تظهر تطبيقات الحكم البديل في هذه المسألة عندما يكون التعبير بالإشارة بديلاً عن التعبير اللفظي والكتابي، ولبيان ذلك يقتضي الأمر بيان جانبين مفترضين وكالاتي:

١- تطبيقه بالتعبير بالإشارة عند القدرة على اللفظ :

يقع الطلاق بالتعبير اللفظي كحكم أصلي، إلا أنه على الرغم من أن المكلف له القدرة على إيقاع الطلاق باللفظ؛ فإنه يوقعه بالإشارة بديلاً عنه، ومن ذلك يتبادر لنا التساؤل الآتي؛ هل يقع الطلاق بالتعبير بالإشارة بديلاً عن التعبير اللفظي عند القادر عليه؟ للإجابة عن ذلك وبعد تتبع موقف الفقه الإسلامي، يلاحظ أن الفقهاء اختلفوا بهذا الشأن على قولين وكالاتي :

فالذي قال **بالأول** جمهور الفقهاء، من الامامية^(٣)، الذي ذهبوا إلى أنه لا يصح إيقاع الطلاق بالإشارة إذا كان المطلق ممن يقدر على النطق أي (التعبير اللفظي)؛ لأنهم اشترطوا أن يكون الطلاق بلفظ طالق فقط وهو على وزن فاعل، أما بالنسبة لغيره من الفاظ فلا يقع بها الطلاق؛ لأن

١- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المصدر السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

٢- أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب وبهامشه التنقيح في شرح الوسيط، ج ٤، ط ١، دار السلام، شارع الأزهر-الغورية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ص ٣٧٧ وما بعدها.

٣- أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الحر العاملي، وسائل الشيعة(آل البيت)، ط ٢، مطبعة مهر، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، إيران، ١٤١٤هـ، (١٦) باب صيغة الطلاق، ص ٤١. وينظر: السيد يوسف المدني التبريزي، منهاج الأحكام في النكاح والطلاق، المصدر السابق، ص ٥٠٥.

الزواج هو ميثاق غليظ، وهذا ما أشار له قوله سبحانه وتعالى {وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً} (١).

أما بالنسبة لفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة (٢)، أيضاً ذهبوا إلى عدم وقوع الطلاق بالتعبير بالإشارة مع القدرة على التعبير اللفظي؛ لأن التعبير بالإشارة يقوم مقام التعبير اللفظي في حق المكلف العاجز عنه لسبب ضروري، ولا تكون ضرورة في حق المكلف الذي يستطيع التعبير اللفظي.

الذي قال بالثاني المالكية وهو القول المعتمد عندهم (٣)، ذهبوا إلى أن الطلاق يقع بالتعبير بالإشارة المفهومة. مع اشتراط بعضهم حصول النية باعتبارها كناية لا تصريحاً؛ لأن حجتهم أنه يقوم مقام التعبير اللفظي، ومن دون تمييز بين الأخرس أو المتكلم.

٢- تطبيقه بالتعبير بالإشارة من الأخرس عند القدرة على الكتابة:

إن طلاق الأخرس يكون بالإشارة المفهومة عند عدم قدرته على التعبير اللفظي أو الكتابي، إلا أنه يتبادر إلى ذهن التساؤل الآتي؛ هل يحق إيقاع الطلاق بالتعبير بالإشارة كبديل من الأخرس القادر على الكتابة؟ للإجابة عن ذلك وبعد تتبع موقف الفقه الإسلامي، نجد أن الفقهاء اختلفوا في هذا الشأن على قولين :

فالذي قال بالأول من جمهور الفقهاء من الإمامية (٤)، والحنفية، والمالكية، والراي الرجح عند الشافعية، والحنابلة، ذهبوا إلى وقوع الطلاق بالتعبير بالإشارة مع قدرة المكلف على التعبير بالكتابة (٥). واستدلوا على ذلك:

أ- إن التعبير بالإشارة هي بمنزلة البيان بالتعبير اللفظي.

١- سورة النساء : الآية (٢١).

٢- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٣، المصدر السابق، ص٤٣٣. وينظر: أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، المصدر السابق، ص١٣٥٨. وينظر : منصور بن يوسف البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج٥، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص٢٨٦. وينظر: موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج١٠، المصدر السابق، ص٥٠٢، للمزيد ينظر ما بعدها.

٣- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بلا طبعه، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون مكان طبع، بلا سنة طبع، ص٢٥٢.

٤- السيد يوسف المدني التبريزي، منهاج الأحكام في النكاح والطلاق، المصدر السابق، ص٥٠٥.

٥- لأبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٤، المصدر السابق، ص٣٠٢.

ب-إن التعبير بالإشارة يقوم مقام التعبير اللفظي، فهما يقومان احدهما مقام الآخر للضرورة والحاجة^(١).

الذي قال بالثاني البعض من الامامية^(٢)، وقول عند الحنفية وهو الراجح، وقول لبعض الشافعية وهو المرجوح عندهم^(٣)، ذهبوا إلى عدم وقوع الطلاق بالإشارة المفهومة من الاخرس..... إلا إذا كان لا يقدر على الكتابة^(٤). واستدلوا على ذلك:

أ-إن ايقاع الطلاق بالتعبير الكتابي أقوى في الدلالة من التعبير بالإشارة.

ب-إن التعبير بالإشارة والكتابة واعتبارهما ضرورة، فإن التعبير بالكتابة يكون أكثر دلالة على المراد من التعبير بالإشارة، والبيان بالكتابة يعد بمنزلة البيان بالتعبير اللفظي.

يبدو لنا أن ما تم استعراضه من أقوال الفقهاء في المسألتين، إن الطلاق كما يقع بالتعبير اللفظي أيضاً يقع بالكتابة والإشارة؛ لأنه ليس المراد إلا الإفهام الذي يقع بجميع ذلك، ما دام يبين ذلك الحكم البديل الذي يدل على الفرقة. أما بالنسبة للأدلة التي تم عرضها منها ادلة ظنية تتسع للرأي والرأي الآخر، كما أن الدليل الذي يتسرب إليه الاحتمال لا يرفع إلا بدليل أقوى منه.

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة، نجد قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يحدد صيغة الطلاق، وذلك واضح من خلال نصه على (...إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً)^(٥)، مما يحتم الأمر على المحكمة تطبيق مبدأ الاحالة على الفقه الإسلامي لتحديد الصيغة التي يقع فيها الطلاق وفقاً لمذهب المتداعين، من حيث انه لا يحرم العاجز عن التعبير اللفظي من ايقاع الطلاق بالتعبير بالكتابة أو بالإشارة؛ لأنهما يقومان مقام التعبير اللفظي، ومن ذلك نرى ضرورة تعديل نص

١- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ٢٥١.

٢- السيد يوسف المدني التبريزي، منهاج الأحكام في النكاح والطلاق، المصدر السابق، ص ٥٠٤. وينظر: السيد علي الحسيني السيستاني(دام ظله الوافر)، منهاج الصالحين، ج ٣، طبعة مصححة، ١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٣ م، مسألة(٥٠١)، ص ١٥١. وينظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ٢٥١-٢٥٢.

٣- كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج ٤، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ٦١. وينظر: أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، ج ٦، المصدر السابق، ص ٤٠. وينظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص ٢٥٢.

٤- أستاذنا حيدر حسين كاظم، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص ١٢٠.

٥- أستاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر، المصدر السابق، ص ١١٩. وينظر: نص المادة (١/٣٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

المادة (١/٣٤) وبيان الحكم البديل لإيقاع الطلاق عند عدم قدرة المكلف على التعبير اللفظي، وذلك من اجل بيان الدور الغائي الذي يقوم به الحكم البديل لمواجهة ظروف مستمرة الطروء. إما بالنسبة لموقف المشرع الأردني نجد أنه نص على (أ-يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة، وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة. ب- لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية)^(١)، يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الاردني توافق مع ما ذهب إليه الحنفية في حال جعل الكتابة مع النية حكماً بديلاً في إيقاع الطلاق، وكذلك الامر بالنسبة للإشارة كحكم بديلاً أيضاً لإيقاع الطلاق دون اشتراط النية. كما يلاحظ بخصوص موقف المشرع الاماراتي نص على (٢- يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة.)^(٢)، يتضح أن المشرع الاماراتي جعل من التعبير بالكتابة أو الإشارة حكماً بديلاً لإيقاع الطلاق من دون التقيد بمذهب معين، وهذا وفقاً لمراعاة الترتيب عند الانتقال من حكم بديل اول الى حكم بديل ثاني، مما يتوافق ذلك مع شروط الحكم البديل. إما بخصوص موقف القضاء، يلاحظ ما ذهبت اليه محكمة التمييز العراقية بقرارها الذي نص على (كتابة الطلاق تقوم مقام التلفظ به سواء قدر المطلق على النطق ام لا،...)^(٣)، يتبين لنا من هذا القرار أن الكتابة كحكم بديل يقوم مقام التعبير اللفظي في إيقاع الطلاق. وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار اخر على أنه (... عن كيفية ترديد المدعي عليه للصيغة المخصصة لإيقاع الطلاق وهل حصل ذلك بواسطة من يعرف اشارته المعهودة، كما أن المحكمة وبغية الوصول الى الحكم العادل المنسجم مع الاحكام الشرعية والقانونية احضار المدعي عليه مع من يعرف اشارته المعهودة واستجوابه عن واقعة الطلاق المدعي به)^(٤)، يؤكد هذا القرار أن التعبير بالإشارة حكماً بديلاً لإيقاع الطلاق، ولكنه أشرط أن تكون الإشارة مفهومة.

١- ينظر : نص المادة (٨٣) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.
٢- ينظر: نص المادة (٢/٩٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.
٣- ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية، القرار رقم ١٢٥ في ١٩٦٢/٣/٢٠. نقلاً: احمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون (الزواج والطلاق واثارهما)، ج١، ط٢، مطبعة الارشاد، بغداد، العراق، ١٩٧٢م، ص١٢٩. وينظر: عبد المنعم عبد الوهاب العامر، أحكام الخلع في القانون العراقي، مقال منشور على (مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة)، العدد ٣٢، البصرة، العراق، ص٥٩. للمزيد ينظر: الموقع الالكتروني الآتي: تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٣/١ (jilrc.com).

٤- ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية، قرارها المرقم ٢٩٧٥/ شخصية أولى / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧ / ١١ / ١٩) منشور، على الموقع الالكتروني الآتي: (<https://www.iraqidewelopers.com>). تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٢/٢٨. للمزيد مراجعة الموقع.

ثانياً- تطبيق الحكم البديل المتعلق بإرجاع الزوجة :

يظهر تطبيق الحكم البديل بالرجعة وهي(عبارة عن رد المطلقة الرجعية في زمان عدتها إلى نكاحها السابق)^(١)، مما يعني بقاء النكاح على ما كان عليه، وذلك يتحقق من خلال القول بالرجعة أو الفعل عندما يتم فعل فعلاً يقصد به إرجاع مطلقته من طلاق رجعي غير منقضي فيه عدة الطلاق، لذا يتبادر إلى الذهن التساؤل الاتي؛ هل إرجاع الزوج زوجته يكون بالقول أو بالفعل كحكم أصلي؟ للإجابة نقول بعد تتبع موقف الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في هذا الشأن على عدة أقوال وكالاتي :

فالذي قال بالأول هم الامامية، ذهبوا إلى أن الرجعة تتحقق بأحد أمرين : الاول: أن يتكلم بكلام دالٍ على إنشاء الرجوع كقوله:(راجعتك) ونحوه. الثاني: أن يفعل فعلاً يقصد به الرجوع إليها. والظاهر تحقق الرجوع بالوطء، وإن لم يقصد به الرجوع إليها^(٢).

يبدو واضحاً لنا من ذلك القول، أن المكلف عند عدم قدرته على الرجعة بالتعبير اللفظي(الكلام)، ينتقل إلى الفعل، وتتحقق الرجوع بالفعل من دون نية.

إما الذي قال بالثاني هم الحنفية، ذهبوا إلى حصول الرجعة بالقول الصريح وبالكناية مع النية كقول الزوج: لا أتركك، وقوله: أنت كما كنتي عندي. كما أن الرجعة تحصل بالفعل كالوطء ودواعيه^(٣). مما يبدو أن عدم قدرة المكلف على الرجعة بالقول، لا اعتبار لعباراته؛ كالمجنون، والسكران، والمكره، لأن صحة الرجعة منه بالفعل تحتاج إلى نية.

وأما الذي قال بالثالث هم المالكية، ذهبوا إلى صحة وقوع الرجعة بالقول الصريح والكناية، كما تصح الرجعة بالفعل مع النية إن كانت الرجعة من الزوج؛ لأن حق الرجعة فقط له^(٤). وأما المجنون والمعته والسكران، فلا تصح الرجعة منهم؛ لأن أقوالهم تعد غير معتبرة. كما لا تصح بالفعل؛ لأن الرجعة عندهم لا تصح إلا بالنية، وهؤلاء ليس لديهم قصد صحيح.

والذي قال بالرابع هم الشافعية، ذهبوا إلى أن الرجعة تتحقق بالقول الصريح وبالكناية مع النية، ولا تصح عندهم الرجعة بالفعل؛ لأنه يمنع الزوج من الاستمتاع بزوجه المطلقة طلاق رجعي أثناء

١- السيد محمد صادق الحسيني الروحاني، المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات، ج١، المصدر السابق، المسألة(١٠٩٥)، ص٢٧١.

٢- السيد محمد صادق الحسيني الروحاني، المسائل المنتخبة، ج١، المصدر السابق، ص٢٧١.

٣- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المصدر السابق، ص٣٧٩. وينظر: البكري الدميطي، إعادة الطالبين، ج٤، المصدر السابق، ص٣٤.

٤- البكري الدميطي، إعادة الطالبين، ج٤، المصدر السابق، ص٣٤. وينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المصدر السابق، ص٣٨٣.

فترة العدة^(١). أما بالنسبة للمجنون والسكران والمعتوه، لا تصح الرجعة منهم بالقول؛ لأن أقوالهم غير معتبرة، ومن ذلك فإن الحكم البديل في حق هؤلاء هو أن تتم الرجعة من خلال ولي أمرهم. والذي قال **بالخامس** هم الحنابلة، ذهبوا إلى أن الرجعة لا تصح عنده إلا بالقول الصريح، وفي الكناية اختلفوا في ذلك على روايتان: **أحدهما**: لا تصح من المكلف الذي يقدر على النطق وتصح من العاجز عن النطق. **والثانية**: أن الرجعة تصح بالوطنيء سواء نوى أو لم ينوي المكلف. وبالنسبة للمجنون والسكران والمعتوه، لا تصح الرجعة منهم إلا من وليهما^(٢).

أما بالنسبة لموقف التشريعات، نجد أن المشرع العراقي نص على (١-رجعي : وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد...) ^(٣)، يبين من خلال هذا النص أن المشرع العراقي أجاز إرجاع الزوج زوجته بالطلاق الرجعي فقط اثناء العدة، وتحقق الرجعة بالقول وعند عدم قدرة المكلف على القول ينتقل إلى الفعل^(٤). وكذلك نجد المشرع الأردني نص على (...، وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولاً أو فعلاً)، كما نص على (للزوج حق إرجاع مطلقة أثناء العدة قولاً أو فعلاً)^(٥)، يلاحظ أن المشرع الأردني لا يختلف في اتجاهه هذا عن المشرع العراقي. بينما نجد المشرع الاماراتي نص على (١- تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية...) ^(٦)، يلاحظ أن توجه المشرع الاماراتي أكثر اتفاقاً مع الأحكام الأصلية والبديلة، وعند عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي ينتقل إلى الحكم البديل من أجل تحقق الرجعة بالتعبير اللفظي والكتابي والإشارة المفهومة.

مما تقدم نرى أن القول الذي ذهب إليه الشافعية أن الأصل في إرجاع المطلقة طلاق رجعي قبل انتهاء عدتها هو (بالقول أو التعبير اللفظي) وليس (بالفعل الوطني)؛ لأنه يكون أكثر اتفاقاً مع الأحكام الأصلية والبديلة، لأن عند عدم قدرة المكلف (لجنون أو عته) على القول كان له الانتقال إلى وليه من أجل إيقاع الرجعة، وعند عدم وجود الولي، وكان عاجزاً عن إرجاع مطلقة بالقول ينتقل إلى الفعل؛ وهذا يكون من أما بالوطنيء ودواعيه. كما نقترح إضافة فقرة ثالثة لنص المادة (٣٨) من

١- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المصدر السابق، ص ٣٨٨.

٢- موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج ١٠، المصدر السابق، ص ٥٥٩.

٣- ينظر: نص المادة (٣٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

٤- أستاذنا حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص ١٢٦-١٢٧. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ١٧٣.

٥- ينظر: نص المادة (٩٢) ونص المادة (٩٨) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.

٦- ينظر: نص المادة (١٠٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

قانون الاحوال الشخصية العراقي، وفقاً لما ذهب اليه المشرع الاماراتي، والذي نقترح اضافته كالاتي(٣-تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند عدم القدرة بالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية).

المبحث الثالث

تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بالحقوق الزوجية

هناك الكثير من تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بإعسار الزوج، وبحقوق الأولاد في قانون الأحوال الشخصية، ولكل هذه التطبيقات مواضيع كثيرة، ولهذه المواضيع أحكام بديلة، لذلك سنبين البعض من هذه المواضيع المتعلقة بتطبيقات الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية غير المالية، إذ سنين في المطلب الأول تطبيق الحكم البديل المتعلق بإعسار الزوج، ونكرس المطلب الثاني إلى تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بحقوق الأولاد.

المطلب الأول

تطبيق الحكم البديل المتعلق بإعسار الزوج

توجد العديد من المسائل المتعلقة بالزوجين ولها أحكام بديلة، لذا نذكر منها، تطبيق الحكم البديل المتعلق بإعسار الزوج^(١).

ولذلك نجد بأنه لا خلاف بين الفقهاء في إن نفقة الزوجة على زوجها وهذا هو الأصل^(٢)، واستدلوا على ذلك في رأيهم هذا إلى عدة أدلة منها، قوله سبحانه وتعالى: {وعلى المولود له رزقهن

١- الإعسار: هو الضيق والشدة والصعوبة. قال سبحانه وتعالى: {سيجعل الله بعد عسر يسراً}. كأن الإعسار مصدر، والعسر أسم. ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج٤، بدون طبعه، أدب الحوزة، قم المقدسة، إيران، ١٤٠٥هـ، ص٥٦٣-٥٦٤. كما تم تعريفه بأنه (عدم قدرة الزوج على الانفاق)، ينظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص٤٦١.

٢- محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني، البناية شرح البداية، ج٥، المصدر السابق، ص٦٥٩.

وكسوتهن بالمعروف^(١)، الذي يشير له هذا النص الكريم أن المولود له هو الزوج، والواجب عليه رزقهن وكسوتهن هنا : الزوجات^(٢).

مما تقدم يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي فما الحكم البديل عند إعسار الزوج عن الإنفاق على زوجته، هل يفرق القاضي بينهما بسبب الإعسار أم تنفق الزوجة من مالها أم تستدين على حساب الزوج؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأن الفقهاء أاتفقوا بأنه على القاضي أن يتحرى عن حال الزوج من أجل أثبات يساره أو إعساره أو ممتنع عن النفقة مع يساره. فإن كان ممتنع ألزمه القاضي بالنفقة التي تستحقها الزوجة، وعند أثبات إعساره أي عدم قدرته على النفقة نجد أن الفقهاء اختلفوا في هذا الشأن على قولين وكالآتي :

فالذي قال بالأول هم جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٣)، ذهبوا أن إعسار الزوج يوجب على الزوجة الصبر والإنفاق من مالها، أو ينفق عليها من يتولى أمرها من أقاربها كما لو كانت ليس ذات زوج، فإن رفضت ولم يقدر الزوج الإنفاق عليها ترفع أمرها إلى القاضي

١- سورة البقرة : الآية (٢٣٣).

٢- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص٢٣٢.

٣- أبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص٤٩٦-٤٩٧. ينظر: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص١٥٤. وينظر: موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج١١، المصدر السابق، ص٣٦١-٣٦٢. وينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، المصدر السابق، ص٥٠٨ وما بعدها.

وكذلك أيضا نبين بأنه يوجد أن ما ذهب إليه الفقهاء الامامية المعاصرون إزاء اعسار الزوج، ذهب منهم ابن الجنيد إلى انه(يثبت لها خيار الفسخ لاشتماله على الضرر إذ لا يمكنه الانفاق لعسره، فلو لم يجعل لها الخيار للزم الحرج المنفي بالأجماع). ينظر: أبي منصور الحسن بن يوسف بن المظهر الاسدي (العلامة الحلبي)، مختلف الشيعة، ج٧، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، ايران، ١٤١٨هـ، ص٣٢٨. وقال الشهيد الثاني((إذا تجدد عجز الزوج عن النفقة ففي تسلط الزوجة على الفسخ قولان: أحدهما وبه قال ابن الجنيد أن لها الخيار لقول الامام الصادق (عليه السلام) إن أنفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة وإلا فرق بينهما لقوله سبحانه وتعالى (فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان)، والإمسك بلا نفقة خلاف المعروف، فتعين التسريح، فإذا تعذر صدوره من الزوج فسخ الحاكم لأنه (ولي)). ينظر: زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني(قدس سره)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج٧، المصدر السابق، ص٤٠٧.

من اجل الطلاق، فإذا لم يستطع الزوج الإنفاق عليها فرق القاضي بينهما لسبب (العجز) والإعسار ، كما له أن يفرق بينهما لامتناعه عن الانفاق مع قدرته عليه، ويكون طلاقاً بائناً^(١).
واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى: {الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}^(٢).

تدل الآية الكريمة أن الانفاق من دواعي القوامة التي تكون حق للرجل على المرأة، وإذا لم يقدر على النفقة أنتفت القوامة على الزوجة فيكون لها حق الفسخ^(٣).

وقوله سبحانه وتعالى: {... ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا..}^(٤)، تدل الآية الكريمة على أن عدم انفاق الزوج على الزوجة يسبب لها ضرراً لا بد من رفعه بالتفريق بعد هذا الامتناع، وهذا ظاهر أيضاً من قوله سبحانه وتعالى: {فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان..}^(٥)، تدل الآية الكريمة على مقدمة الإمساك هي المعاشرة ومن أولوياتها الانفاق، والا فعليه يرفع قيد الزوجية عنها بنفسه، وان امتنع فرق القاضي بينهما.

وبالسنة النبوية الشريفة، حيث قال ((صل الله عليه واله وسلم)): (خذني ما يكفيك وولدك بالمعروف)^(٦).

١- المراد بالعجز عن النفقة هنا العجز عن أقل الكفاية الذي تقوم به الحياة من طعام وكسوة ومسكن لا العجز عن النفقة المفروضة. وأن يكون العجز عن النفقة الحالة والمستقبلية، أما العجز عن النفقة المتجمدة فلا فسخ به بالانفاق، وبعض المذاهب يشترط في جواز الفسخ ألا يكون عالمة بعجزه حين العقد، وبعضها لا يشترط ذلك لاحتمال أنها رضيت له على أمل أن يتكسب وتتيسر حالته. ينظر: محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص ٤٦١.

٢- سورة النساء : الآية (٣٤).

٣- أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لإحكام القرآن، ج ٦، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٢٨٠.

٤- سورة البقرة : الآية (٢٣١).

٥- سورة البقرة : الآية (٢٢٩).

٦- محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج ٧، ط ١، دار الجبل، بيروت، لبنان، ١٢٥٥هـ - ١٩٧٣م، ص ١٣١.

الذي قال بالثاني من الحنفية^(١)، والامامية^(٢)، وقول آخر للشافعية^(٣)، وقول آخر للحنابلة^(٤)، وقول آخر للمالكية^(٥)، ذهبوا إلى إن أثبات إفسار الزوج، فإن للزوجة رفع أمرها إلى القاضي،.....

....فيأمرها بالاستدانة على حساب الزوج، على أن ترجع على الزوج عند إيساره ولا يفرق بينهما القاضي^(٦).

واستدلوا على ذلك، بقوله سبحانه وتعالى: {لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاه الله سيجعل الله بعد عسر يسراً^(٧)، تدل آية الكريمة بان

١- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج٤، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص١٣. وينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، المصدر السابق، ص٥٠٨.

٢- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني (قدس سره)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج٧، المصدر السابق، الإشارة نفسها. وينظر: أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الخلاف في الفقه، مج٢، ط٢، المصدر السابق، ص٣٣٤. وينظر: عبدالله نعمة، دليل القضاء الجعفري، ط٢، دار الجيل، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م، المادة (٢٧٦). وينظر: عبدالكريم رضا الحلبي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، ط٢، مكتبة المثنى، القاهرة، مصر، ١٩٤٧م، ص٦٧.

٣- محمد أحمد حسن القضاة، الوافي، المصدر السابق، ص٢٢٦.

٤- موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج١١، المصدر السابق، الإشارة نفسها.

٥- المشهور أن المرأة اذا علمت عند العقد عليها أن زوجها من السؤال الطائفين على الابواب أو أنه من الفقراء ودخلت على ذلك راضية فانه لا يثبت لها حق في الفسخ ولزمها المقام معه بلا نفقه وهي محمولة على العلم أن كان من السؤال لشهرة حاله وعلى عدمه ان كان فقيراً لا يسأل... ينظر: محمد الخرخشي أبو عبدالله علي العدوي المالكي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج٤، المصدر السابق، ص١٩٧.

٦- زوجة المعسر الذي لا يملك شيئاً، ولا يستطيع إنفاق شيء ولا كسب له - في حكمها ثلاثة أقوال في الفقه الإسلامي، بالإضافة للقول الاول، فإن القول الثاني الذي نحن بصده هو أوسط هذه الاقوال وعلى وجه التحديد قول الحنفية الذي رأى أنها لا تسقط، ولا يجوز لها طلب التفريق للإفسار بل تستدين ممن تجب عليه نفقتها، لو لم تكن متزوجة، ويكون الدين على الزوج يؤديه إذا أيسر. أما بالنسبة للقول الثالث الذي ذهب اليه الظاهرية وهو رأي عمر (رض الله تعالى عنه) أنها تسقط، وزاد الظاهرية أنها تلزمها نفقة إن كان عاجزاً أو كانت غنية. ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص٢٤٥. وينظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، الإشارة نفسها.

٧- سورة الطلاق : الآية (٧).

الانفاق يكون على قدر وسعة الزوج، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكلف نفساً فوق طاقتها، أما الفسخ بسبب الإعسار يعتبر تكليفاً للزوج المعسر وفوق طاقته^(١).

أما بخصوص موقف التشريعات، نجد أن المشرع العراقي نص على أنه...و يأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة^(٢)، كما نص على أنه (إذا كانت الزوجة معسرة ومأذونة بالاستدانة فان ... وجد من تلزمه نفقتها(لو كانت ليست بذات زوج) فيلزم بقراضها عند الطلب والمقدرة وله حق الرجوع على الزوج فقط، وإذا استدان من اجنبي فالدائن بالخيار في مطالبة الزوج أو الزوجة وان لم يوجد...وكانت غير قادرة على عمل التزمت الدولة بالانفاق عليها)^(٣). أما بالنسبة لموقف المشرع الأردني نجد انه نص على(إذا عجز الزوج، وتعذر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يحكم بها القاضي من يوم الطلب، على ان تكون ديناً في ذمته، ويأذن للزوجة أن تنفق من مالها أو تستدين على حساب الزوج)^(٤)، كما نص على انه(إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج، وتعذر تحصيلها منه، يلزم بالنفقة منتجبه عليه نفقتها لو فرضت غير ذات زوج، ويكون له حق الرجوع بها على الزوج)^(٥). أما بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي، نجد أنه نص على أنه (تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبه ديناً على الزوج بلا توقف على القضاء أو التراضي،...)^(٦)، كما نص على أنه (...٢-...وإن ثبت إعساره

١- أبي عبدالله محمد بن احمد بن ابي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٨، المصدر السابق، ص١٧١.

٢- ينظر: نص المادة(٢٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

٣- ينظر: نص المادة(٣٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل. كما لنا هنا أن نذكر بانه يوجد تعارض بين نص هذه المادة التي تنص في شقها الاخير بأن الدولة تتكفل الانفاق على الزوجة التي يكون زوجها وهي معسرين وبعد عدم وجود من يدين الزوج أو يقرضها، لذلك تكون الدولة هي المتكفلة بها، مما يخلق هذا تعارض وعلى وجه الخصوص نص المادة (٤٣ / اولاً / ٨) والتي تنص في شقها الاول على (إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه)، حيث أعطت إلى الزوجة طلب التفريق عند توفر سبب هذه الفقرة، مما تشير إلى أن نصها يتعارض مع إمكانية الدولة التي لا يمكن لها أن تنفذ، وخصوصاً أنها تتكفل الانفاق على الزوجة التي إذا تركها الزوج دون نفقة أو بلا نفقة بسبب اختفائه أو تغيبه أو فقده، ومن أجل من هذا التعارض الذي يتناقض مع الدور الغائي للحكم البديل بشقيه الوقائي والعلاجي وهو المحافظة على الأسرة من التفكك. لذا ما نقترحه هنا أن يتم تعديل هذه الفقرة بالحدف لشقها الاول وما نقترحه هو كالاتي(إذا حكم على الزوج بالحبس مدة تزيد على سنة)، وذلك من اجل منع التعارض الذي يخلق مبرراً لطلب الزوج التفريق لسبب تم معالجته من خلال دعم الدولة وتكفلها لأهم محور في الحياة الزوجية وهو الانفاق الذي لا يتوقف على حد.

٤- ينظر: نص المادة(٦٦) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

٥- ينظر: نص المادة(٦٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

٦- ينظر: نص المادة(٦٧) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي النافذ.

طلق عليه القاضي^(١)، يتبين من خلال هذه النصوص أن المشرع الاماراتي جعل للزوجة حق طلب الطلاق، إن كان الزوج معسراً، فيؤمر بإيقاعه، فإن لم يستجب إلى ذلك، طلقها القاضي بطلبها عندئذ، ويكون الطلاق هنا طلاقاً بائناً^(٢).

مما تقدم يتضح أن الموقف التشريعي العراقي والأردني جاء متفقين مع الاحكام البديلة الذي أشار لها القول الثاني، لأن هذا القول جاء لتحقيق الحفظ للأسرة ومنعها من التفكك، لذلك فإن الأصل تكون نفقة الزوجة على الزوج وهذا هو (الحكم الأصلي)، فإن لم يكن له القدرة على الانفاق، فإنه يتم الانتقال إلى الحكم البديل وهو الاستدانة؛ وبذلك تتحقق مقاصد الشريعة، ويتحقق الدور الغائي لهذه الاحكام البديلة المتمثل بالدور الوقائي والعلاجي.

المطلب الثاني

تطبيقات الحكم البديل المتعلقة بحقوق الأولاد

كذلك توجد مسائل تتعلق بالحكم البديل عند عدم القدرة على الحكم الأصلي المتعلق بحقوق الأولاد على أبويه فهي كثيرة ويجب الحفاظ عليها وتأديتها، ومنها حق الرضاع وحق الحضانه، لذا سنقسم هذا المطلب على النحو الآتي:

١- ينظر: نص المادة (٢/١٢٤) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل. كما لنا هنا أن نذكر بأن للزوجة حق طلب التفريق من القاضي عند عدم قيام الزوج بالانفاق عليها فيطلقها القاضي بناءً على طلبها، مما يخلق هذا النص تعارض مع نص المادة (٨٧) من القانون ذاته والذي تنص فيه المادة على انه (تتكفل الدولة بنفقة من لا منفق عليه)، لذلك يستحسن على المشرع الاماراتي أيضاً أن يعمل من خلال ذلك ازالة التعارض الذي يقوض الحياة الزوجية ويعمل على عدم تحقيق الحكم البديل دوره الوظيفي والذي يتمثل من خلال دوره الوقائي والعلاجي المحافظة على الأسرة من التفكك، لأن بطلب الزوجة الطلاق بسبب ثبوت إعسار الزوج عن الانفاق عليها يجعل منها أن تتقدم بطلبها إلى القاضي لطلب الطلاق، وهذا مما يتعارض مع دور الاحكام البديلة التي تسعى في كل دورها الغائي إلى المحافظة على الأسرة من التفكك والديمومة، وبالتالي عدم السعي إلى تحقيق المقاصد التي تصبوا اليها الشريعة الإسلامية والتي تتمثل بتقدير الاوضاع التي تعترض الحياة الزوجية، ومن بينها عدم قدرة الزوج على الانفاق، لأسباب عديدة والتي =يكون أغلبها تعد بمثابة عذراً مشروعاً، مما يجب إجراء التعديل الذي يوفق بين ما يجعل الأسرة قائمة ومستمرة ومنع وجود ما يعارضها من المعوقات التي يمكن معالجتها من خلال الدولة التي تعد ولي من لا ولي له.

٢- كما لنا بهذه المناسبة نذكر رأي للمالكية الذي استثنى المرأة التي تكون حين تتزوج من رجل عالمة بقره وعجزه عن النفقة فيلزمها البقاء معه بلا نفقة، من دون أن يكون لها حق طلب الطلاق منه. ينظر: محمد الخرخشي أبو عبدالله علي العدوي المالكي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج٤، المصدر السابق، ص١٩٧. كما ينظر: نص المادة (١٢٨) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

المسألة الأولى- تطبيق الحكم البديل المتعلق بحق الرضاعة :

يترتب على الولادة أثر عقد الزواج حقوق للصغير على أبيه، منها الرضاع : وهو امتصاص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة^(١)، كما يعرف بأنه هو مص الصبي ثدي الأدمية في سن الرضاع، وابتلاع لبنه^(٢).

لذا يتبادر إلى الذهن التساؤل الاتي هل تجبر الأم على ارضاع طفلها؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بعد تتبع موقف الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء اختلفوا في هذا الشأن على قولين :

فالذي قال بالأول هم جمهور الفقهاء من الامامية^(٣)،

والحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، ذهبوا إلى أن الرضاع واجب على الأم ديانة، غير أنها لا تجبر على ذلك قضاءً، سواء كانت متزوجة بأبي الرضيع أم كانت مطلقة، وإذا رفضت إرضاع طفلها فعلى الأب استئجار مرضعة أخرى ترضعه^(٧). إلا أنها في بعض الحالات تجبر الأم على الإرضاع وهي:

- ١- إذا لم يرض أو يقبل الرضاع من غيرها.
- ٢- إذا لم يكن للصغير وللأب مالا يستأجر به مرضع ولم يوجد من يتبرع بذلك.
- ٣- إذا لم يوجد من يرضع الصغير لا بأجر ولا بدون أجر.

١- رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ١٠٤.

٢- محمد رواس قلجعي، معجم لغة الفقهاء، ط٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٢٢٣.

٣- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الامامية، ط٢-٣، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران شارع سميه، ايران، ١٤٠٢ هـ، ص ١٩٤.

٤- كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية، ج ٤، المصدر السابق، ص ٣٣١.

٥- لأبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٤، المصدر السابق، ص ٦٣٤-٦٣٥.

٦- موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ج ١١، المصدر السابق، ص ٣٧٣.

٧- لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، أحكام القران، ج ١، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ٢٧٥.

والذي قال **بالثاني** من المالكية، والظاهرية، ذهبوا إلى أن الرضاع واجب على الأم ديانة وقضاءً، لذا تجبر على الرضاع مادامت في عصمة زوجها أو معتدة من طلاق رجعي^(١)، واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه وتعالى: {والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة}^(٢)، إن الآية جاءت خبر معناه الأمر على الوجوب لبعض الوالدات، وعلى جهة الندب لبعضهن^(٣)، كما هي خبر عن مشروعية الرضاع^(٤).

لذا فإن بعض الحالات لا تجبر الأم فيها على الإرضاع وهي:

١- إذا لم يقبل الطفل أن يرضع من أمه لأي سبب أو قليلة اللبن ولا تشيع الصغير.

٢- إذا كان للأب مال يستطيع به استئجار ممرض.

٣- إذا كان حليب الأم يضر بالطفل، كحليب الحامل، والمریضة^(٥).

يبدو مما تقدم من الآية الكريمة والحالات التي تجبر الأم عندما لا يكون الإرضاع واجباً قضاءً أو لا تجبر الأم عندما يجب الإرضاع التي تبين لنا الدور الغائي الذي تقوم به الأحكام البديلة في هذه المسألة، التي تمثل بأن حق الرضاع هو حق وواجب في أن واحد فهو حق للطفل وحق للأم في أن ترضع طفلها وحق للأب في متابعة رضاع ابنه وهو واجب في نفس الوقت على الأم والأب في الحالات التي تم ذكرها هي الدور الغائي الذي تقوم به الأحكام البديلة، وبذلك تعتبر هذه الآية الكريمة أصل من أصول الأحكام البديلة في الفقه الإسلامي^(٦).

أما بالنسبة لموقف التشريعات، نجد أن المشرع العراقي نص على الحالات التي تتعين الأم لإرضاع ولدها، حيث نص على انه(على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من

١- أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٤، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص١٠٨. وينظر: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج١٠، بلا طبعه، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص١٦٥. وينظر: أحمد فراح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، بدون طبعه، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م، ص٢٦٩-٢٧٠.

٢- سورة البقرة : الآية(٢٣٣).

٣- أبي محمد عبدالحق بن غالب بن عطية الاندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص٣١٠.

٤- أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٤، المصدر السابق، ص١٠٧.

٥- أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٤، المصدر السابق، ص١٠٨. وينظر: أستاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص٢١٧-٢١٨.

٦- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص٩٢ وما بعدها.

ذلك^(١)، كما نص على انه(اجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه)^(٢). كما نجد المشرع الاردني نص على انه(تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه أو إذا كان لا يقبل غيرها لإرضاعه)^(٣)، كما نص على انه (إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها)^(٤). كما نجد المشرع الاماراتي نص على انه(إرضاع أولاده منها إلا إذا كان هناك مانع)^(٥)، كما نص على انه(تجب على الاب تكاليف إرضاع ولده إذا تعذر على الام إرضاعه ويعد ذلك من قبيل النفقة)^(٦).

يتبين من النصوص التشريعية أنها لم تتوسع في ذكر أحكام بديلة أخرى متاحة لإرضاع الصغير، وذلك لسبب أن عدم ورود هذه البدائل في النص القانوني، مما يؤدي الاخذ بمبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي لكي يتمكن القاضي الوصل إلى الحكم المناسب الذي يبحث عنه في ثنايا آراء الفقهاء المسلمين، من اجل استخراج الحكم البديل الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وظرف المكلف. ويلاحظ عند عدم قدرة الأم على الرضاع، أو عدم قدرة الأب على استئجار مرضعة، لأنه في الوقت الحاضر نجد أن المرضعات قد خلت وأصبح البديل هو الحليب الصناعي، لذلك نحذر من هذا الامر خصوصاً في ضوء انتشار بدائل محرمة تتمثل ببنوك الحليب الطبيعي والذي صدرت بها فتاوي بحرمتها من فقهاء المعاصر^(٧).

- ١- ينظر: نص المادة (٥٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.
 - ٢- ينظر: نص المادة (٥٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.
 - ٣- ينظر: نص المادة (١٦٦) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.
 - ٤- ينظر: نص المادة (١٦٧) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.
 - ٥- ينظر: نص المادة (٣/٥٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.
 - ٦- ينظر: نص المادة (٧٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.
 - ٧- تتلخص فكرة بنوك الحليب في تجمع الحليب من عدد من النساء متبرعات أو (بائعات)، وحفظه بوسائل خاصة بحيث لا يجف حتى لا يفقد ما به من (مضادات الأجسام) التي توجد في الحليب الانساني، ولا يوجد مثلها في حليب الحيوانات، على أن يستفيد من مخزون هذه البنوك من الحليب.
 - * الاطفال الخدج: أي الذين ولدوا قبل مضي تسعة أشهر من فترة الحمل.
 - * الأطفال ناقصو الوزن عند الولادة.
 - * الأطفال المصابون بالالتهابات الحادة، والإنتانات التي تجعلهم في حاجة شديدة للحليب الإنساني، لما يحتويه من مضادات الأجسام.
- مما تقدم نجد أن الفقهاء المعاصرون اختلفوا في هذه المسألة على قولين وكالاتي:
- فالذي قال بالأول من مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم: ٦(٦/٢)، والشيخ محمد بن صالح العثيمين، إلى تحريم ومنع إنشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي، وتحريم الارتضاع

المسألة الثانية - تطبيق الحكم البديل المتعلق بحق الحضانة

تماشياً مع مصلحة المحضون التي تتمثل بالحضانة^(١)؛ لأن الطفل عاجز عن رعاية نفسه بنفسه، فقد جاءت الأحكام البديلة لتقوم بالدور الغائي، لذلك الحضانة هنا تتمثل ب(الولاية) على الطفل، وهدف

=منها. كما يؤدي إلى خلط الأمهات، ولا يدري من الأم، والشريعة الإسلامية يحرم فيها بالرضاع ما يحرم فيها بالنسب، أما إذا كان الحليب من غير الأدميات فلا بأس.

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها: *أن التجربة أظهرت بعض السلبيات الفنية والعلمية في بنوك الحليب، ما أدى إلى انكماشها وتناقص الاهتمام بها.** أن الإسلام يعتبر الرضاع لحمه كحمة النسب يحرم به ما يحرم من النسب بإجماع الفقهاء المسلمين. ومن مقاصد الشريعة الإسلامية الكلية هي المحافظة على النسب، وهذه البنوك تؤدي إلى اختلاط الأنساب.*** أن العلاقات الاجتماعية في العالم الإسلامي توفر للمولود الخدج أو ناقص الوزن، أو المحتاج إلى الحليب البشري في الحالات الخاصة ما يحتاج إليه من الاسترضاع الطبيعي، الأمر الذي يغني عن هذه البنوك.

والذي قال **بالثاني** البعض من الفقهاء المعاصرون ذهبوا إلى جواز الاخذ بحليب هذه البنوك؛ لأنها تحقق مصلحة شرعية معتبرة، وتدفع حاجة يجب دفعها، فلا مانع من الاخذ بها. واستدل أصحاب هذا القول بأدلة، أهمها: ١- عدم اثبات المحرمية بالرضاع المشكوك فيه. ٢- رجحان القول باشتراط تعدد الرضعات. ينظر: القرار رقم: ٦ (٦/٢) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦ هـ الموافق ٢٢ - ٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥ م. وينظر: موقع الإسلام سؤال وجواب/فقه الأسرة/الرضاعة/فتوى رقم: ٤٠٤٩ على الموقع الإلكتروني الاتي: تاريخ الزيارة ١٨ / ٢ / ٢٠٢٤ الساعة ٣٠:١٢ صباحاً (<http://www.islam-qa.com /ar/ref//ar/ref>). وينظر: وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، ط٤، دار الفكر، دمشق، سوريا، بدون سنة طبع، ص٥٠٨٥.

١- الحضانة لغة مشتقة من الحضن وهو الضم إلى الجنب واحتضان الشيء ووضعها في الحضن؛ وهو ما دون الإبط إلى الكشح. والكشح: هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف. ينظر: محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج١٣، المصدر السابق، ص١٢٢-١٢٣. وينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي، القاموس المحيط، ط٨، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، ص٢٣٨. وينظر: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلية، الاختيار لتعليل المختار، ج٤، المصدر السابق، ص١٤.

أما اصطلاحاً: عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة بتعريفات عديدة تصب جميعها في معنى واحد وان اختلفوا في بعض الالفاظ والاحكام حيث عرفها البعض بأنها: تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع اموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة. ينظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه السوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٧ هـ، ص٥٢٦. عرفها البعض الاخر بانها: تربية الأم أو غيرها ممن له الحق بالحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها. ينظر: زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص٢٨٠ وما بعدها.

هذه الولاية هي رعاية الطفل وتربيته والقيام بشؤونه المختلفة^(١). ومن ذلك تكون الولاية على الطفل لها وجهان: (الاول) ولاية الأب؛ وهي يستقل بها الأب ويقدم على الأم، وتكون ولاية على المال، والنكاح للصغير. و(الثاني) ولاية الأم؛ وهي تقدم فيها الأم على الأب في حضانه، وتربية الطفل، وهذا مما يحقق الدور الغائي للحكم البديل^(٢).

لا خلاف بين الفقهاء المسلمون إلى أن حق الحضانه الأول هو للأم^(٣)، لأنها تكون مسؤولة عن رعاية الطفل والقيام بشؤونه، مع توفر شروط الحضانه فيها، وهذا هو الأصل، واستدل الفقهاء بقوله سبحانه وتعالى: {لا تضار والدة بولدها}^(٤)، مما يدل الحديث الشريف بأن ابعاد الولد عن أمه إضرار بها^(٥).

أما عدم قدرة الأم على حضانه الطفل، لسبب عدم توفر شروط الحضانه فيها، كما لو كانت متزوجة من أجنبي عن الطفل، أو عدم قدرتها بسبب ضعفها، أو مرضها، أو كونها لديها عمل يجعلها غير متفرغه لشؤون الطفل، عند ذلك تنتقل الحضانه منها إلى غيرها ممن له حق الحضانه من بعدها،

١- يثبت على الطفل منذ ولادته ثلاث ولايات : الولاية الاولى ولاية التربية، والولاية الثانية هي الولاية على النفس، والولاية الثالثة، الولاية على ماله إن كان له مال.

أما الولاية الاولى، وهي ولاية التربية، فالدور الاول منها يكون للنساء، وهو ما يسمى بالحضانه، فالحضانه هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً، وهي حق الأم، ثم لمحارمه من النساء. وثبت وجوبها عليهن : أولاً - لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن. ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص ٤٠٥-٤٠٦. وينظر: نشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة تطبيقية مقارنة، ج١، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١م، ص ٨. وينظر: نص المادة (١٤٢) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

٢- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٥، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص ٢١١ وما بعدها. وينظر: عبدالله بن محمود بن مودود الموصلبي، الاختيار لتعليل المختار، ج٤، المصدر السابق، ص ١٤. وينظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص ٧٥٨.

٣- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلبي، الاختيار لتعليل المختار، ج٤، المصدر السابق، ص ١٤. وينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، المصدر السابق، ص ٥٢٢.

٤- سورة البقرة : الآية (٢٣٣).

٥- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج٣١، المصدر السابق، ص ٢٨٥.

لذلك يلاحظ أن الشارع الحكيم جعل الحضانة حقاً للنساء وقدمهن على الرجال؛ لمصلحة الطفل، وكمال تربيته، وشفقتها، ولحنانهن على الطفل من الرجال^(١).

مما تقدم يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي من يقوم بحق الحضانة عند عدم قدرة الأم عليها؟ للإجابة عن ذلك لنا القول بأن الفقهاء اختلفوا في ترتيب من لهم هذا الحق، لذا سوف يتم اتباع الترتيب الذي يراه تشريع الاحوال الشخصية؛ لأن الهدف من هذا الترتيب هو رعاية الصغير، وأن الترتيب لدى الفقهاء على الأغلب أمر اجتهادي هدفه تحقيق مصلحة الصغير.

أما بالنسبة لموقف التشريعات بخصوص حق الحضانة الأول للأم، نجد أن المشرع العراقي نص على أنه (١- الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك)^(٢). كما نجد المشرع الأردني نص على أنه (الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة...)^(٣). وكذلك نجد المشرع الاماراتي نص على أنه (١- يثبت حق حضانة الطفل للأم...)^(٤).

يتبين من خلال نصوص التشريعات، هو أن الأم أحق بحضانة الولد من غيرها^(٥)، كما يلاحظ أن هذه النصوص جاءت مصداقاً لموقف الفقهاء من حيث أن حق الحضانة الاول للأم^(٦)، هذا عند قدرة الأم على حضانة الصغير وهو الحكم الأصلي.

أما بالنسبة لموقف التشريعات من الحكم البديل إذا لم تقدر الأم على حضانة الصغير، يلاحظ أن الحضانة تنتقل إلى الحاضن الذي يليه، الا أن التشريعات اختلفت بهذا الشأن وفقاً للترتيب الذي ينص عليه المشرع ويحقق مصلحة الصغير، لذلك نجد المشرع العراقي نص على أنه (٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة

١- عبدالله بن محمود بن مودود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، ج٤، المصدر السابق، ص١٤. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص٢١٩-٢٢٠. وينظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، القسم الثاني، المصدر السابق، ص٣٩٣.

٢- ينظر : نص المادة(١/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

٣- ينظر : نص المادة(١٧٠) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المعدل.

٤- ينظر : نص المادة(١٤٦) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المعدل.

٥- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، القسم الثاني، المصدر السابق، ص٣٩٤، وينظر: صفحة (٣٩٦) منه. وينظر: فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص٢٦٤-٢٦٥.

٦- أستاذنا حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص٢١٩.

الصغير)^(١)، بينت هذه المادة أن الحضانة تنتقل إلى الأب في حال عدم قدرة الأم عليها، وهذا عند فقدانها شروط الحضانة أو توفيت، وذلك لأن الأب أقرب الناس للصغير، فإن لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين، فللمحكمة أن تسند الحضانة إلى حاضن امين سواء من اقارب الأب أو غيرهم، وكما لها أن تودعه في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها^(٢).

أما بخصوص موقف المشرع الأردني، نجد نص على أنه (...ثم بعد الأم ينتقل الحق لأمها ثم لأب الأب ثم للأب ثم للمحكمة أن تقرر بناءً على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية)^(٣)، بينت هذه المادة أن المشرع الاردني جعل الحضانة تنتقل إلى أم الأم عند عدم قدرة الأم على حضانة الصغير، ومن ثم إلى أم الأب، ثم للأب، فإن لم يوجد

١- ينظر: نص المادة(٧/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

كما يلاحظ بخصوص شروط الحضانة التي يشترطها القانون العراقي وفقاً للمادة ذاتها الفقرة الثانية هي :

١- العقل والبلوغ : يتفق جمهور فقهاء المسلمين على أن الحضانة للعاقلين من الرجال والنساء، ومن ثم لا حضانة للمجنون والمعتوه؛ لأنه لا يستطيع القيام بشؤون نفسه فليس له تولى شؤون غيره. والمشرع العراقي اشترط في الحاضنة البلوغ، أي اكمال الثامنة عشر من العمر، أو اكمال الخامسة عشر من العمر والزواج بأذن المحكمة برائنا، وكذلك العقل، فالمجنون والمعتوه ومن في حكمهم لا يحق لهم الحضانة.

٢- الامانة والقدرة على تربية المحضون : لذا لا تصح حضانة الحاضن الفاسق رجلا كان أو امرأة من سكير أو مشهور بالزنا أو للهو الحرام؛ وذلك فلا حضانة لفاسقة غير مأمونة على الصغير أو المحضون، فإن ثبت فجورها بفسق أو بسرقة أو كانت محترفة حرفة دنينة كالنائحة والراقصة فإن حقها بالحضانة يسقط. ويلزم الحاضن والحاضنة القادرين عليها بوقتها وجهدها. ينظر: نقلاً - قرار محكمة التمييز الذي ذهبت فيه إلى أنه) لا يجوز إسقاط حضانة الام اعتماداً على تقرير اللجنة الطبية الاستثنائية إذا أسس التقرير ومكلف بالأنفاق على الصغير من حالته المالية مع بقائه لدى أمه حتى بلوغه العاشرة من عمره)، القرار رقم =٦٦/اسقاط حضانة/ ١٩٨٠ في ١٨-٢-١٩٨٠. عن /حيدر حسين كاظم الشمري)، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص٢٢١-٢٢٢. وينظر: نص المادة(٢/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل.

كما توجد شروط للحاضن ذهب اليها المالكية والحنابلة وهي الا يكون الحاضن مصاب بالجذام والبرص وإذا كان مصاب أو أصيب فإن حضانته تسقط. ينظر: محمد بن أحمد ابن جزي، القواعد الفقهية، بلا طبعه، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ١٩٨٨م، ص١٤٩.

٢- ينظر: نص المادة (٨٧/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل. وينظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص٧٦٠. وينظر: حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، المصدر السابق، ص٢٢٠.

٣- ينظر: نص المادة (١٧٠) من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ.

أحد منهم، فللمحكمة أن تسند حضانة الصغير لأحد الأقارب الأكثر أهلية من أجل تحقق مصلحة الصغير المحضون^(١).

أما بخصوص موقف المشرع الإماراتي نجد نص على أنه... ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين وذلك باستثناء الأب على الترتيب التالي، على أن يراعي القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون...^(٢)، بينت هذه المادة أن الترتيب وفقاً لها جعل قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتحاد الدرجة؛ لأن حضانة الأم مقدمة على حضانة الأب فتكون قرابتها كذلك، ولأن قرابة الأم أعطف على الطفل من قرابة الأب هذا من جانب. ومن جانب آخر فإن عدم وجود من لم يكن أحد من هؤلاء انتقلت إلى المحكمة ولها أن تختار من تثق به من رجل أو امرأة له صلاح أو قدرة على تحقيق مصلحة الطفل. كما يلاحظ أن تعدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء، وكانوا على درجة واحدة، فإنه يقدم أصلهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته^(٣).

أما بالنسبة لموقف القضاء، يلاحظ بهذا الخصوص ما ذهبت إليه محكمة الأحوال الشخصية في الحسينية، والذي قضت به عيش الطفل مع والده بدلاً من جده وجدته للأم، حيث اصدرت حكمها الذي ينص على أنه (ضم حضانة الطفل إلى والده المدعي والزام المدعي عليها بتسليمه الى والده المدعي...^(٤)). يتبين من خلال ذلك أن الحكم الأصلي في الحضانة أن تكون للأم؛ لأنها تكون أحق بالحضانة، فإن لم تقدر على حضانة طفلها انتقلت إلى امها، ثم إلى أم الاب، ثم للأب، ولتحقق مصلحة المحضون انتقلت الحضانة إلى الاب بدلاً عن الام^(٥).

لذا يتبين أن الطفل بطبيعته يكون عاجزاً عن رعاية نفسه بنفسه، لذلك جاء الحكم البديل ليقوم بدوره الغائي، والذي يتمثل بالولاية على الصغير، ورعايته في دور الحضانة، وتربيتهم، والقيام بشؤونهم المختلفة لتحقيق مصلحته.

ومما تقدم يتبين أن هذه التطبيقات للحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، وهي المسائل غير المالية للأحوال الشخصية، إذ تعدد هذه التطبيقات بشكل كبير لتشمل مسائل ثابتة قديماً، والكثير من المسائل المستحدثة. وهذه التطبيقات بينت مدى تحقيق الحكم البديل لمقاصد الشريعة

١- محمد عبد القادر أبو فارس، قانون الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص ٤٠٦ وما بعدها.

٢- ينظر: نص المادة (١٤٦/١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي المعدل.

٣- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المصدر السابق، ص ٧٥٨-٧٦٠.

٤- ينظر: حكم محكمة الأحوال الشخصية في الحسينية، رئاسة محكمة استئناف كربلاء، بالعدد ٢٤٢/ش/٢٠٢٣، بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٧، غير منشور.

٥- فاروق عبدالله كريم، الوسيط شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص ٢٦٧.

الإسلامية التي تتميز بأنها شريعة سمحاء تأمر بالتسامح واليسر ورفع الحرج، كما أنها تنفي العسر والحرج. بالإضافة إلى أن هذه التطبيقات تبين مدى فاعلية الحكم البديل على المستوى الاجتماعي لبناء الأسرة العربية وعلى المستوى القضائي من أجل التفريق بين الأحكام الأصلية والبديلة.

الخاتمة



الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة، سنبين اهم ما توصلنا اليه وهو مجموعة من النتائج، كما أن هناك مقترحات يمكن ايرادها، وكما يأتي:

أولاً : النتائج.

١- يعد الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية من أهم الأحكام القانونية المشتركة بين قوانين الأحوال الشخصية المقارنة؛ لما يحققه هذا الحكم من حلول قانونية واسعة، وعلى الرغم من اختلاف معناه على عدة مستويات سواء كان متعلق بمسائل لها حكم بديل أم ليس لها حكم إلى أنه يؤدي لنتيجة واحدة يستطيع المشرع من خلالها أن يراعي حال عدم قدرة المكلف على الأحكام الأصلية بشكل حقيقي أو حكمي.

٢- إن الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية له مشروعيته التي تختلف بين ما إذا كانت وفقاً للشريعة الإسلامية التي بينت الحكم البديل من خلال النص على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية غير المالية تعد بمثابة الحكم البديل عن مسألة اخرى تعد بمثابة حكم أصلي لها الدور ذاته. أما بالنسبة لمشروعيته القانونية التي تنطلق من دلالات النصوص القانونية التي اشارة لمسائل الأحوال الشخصية غير المالية تكون من خلال النص الواحد لمسألة من المسائل بشكل مستقل عن المسائل الاخرى، لأن كل نص يتضمن أكثر من حكم، سواء كان حكماً أصلياً أو بديلاً تم النص عليه أم لم ينص عليه.

٣- يكون تطبيق الحكم البديل من قبل القاضي لا يتقرر الا بشروط قانونية يستند اليها، لأن الحكم البديل يتطلب أسبقيته بحكم أصلي يعد معللاً له وقابلاً لإيجاده، ويكون متعلقاً بنفس الواقعة المعروضة أمام القاضي، ويكون شاملاً لكل المكلفين وليس قاصراً على بعض دون البعض الاخر، وله استمرارية وليس مؤقت وغير ملغي بشكل نهائي للحكم الأصلي، لكي يمكن الاجتهاد به، وأن تكون للمكلف عدم قدرة لسبب عارض وليس لذات الحكم الأصلي، مع مراعاة الترتيب الذي يفرضه القانون من خلال نصوصه على الحكم البديل لأكثر من حكم واحد عند النص على ذلك، أما بالنسبة لحالة النص على حكم أصلي وترك الحكم البديل للفقه الإسلامي هنا يتم الرجوع لهذا الفقه لأخذ البديل منه ويكون حسب مبدأ الإحالة التي نص عليها المشرع، فإن كان بموجب القانون العراقي وكان البديل مثلاً التعبير الكتابي لعدم قدرة المكلف على التعبير اللفظي في هذه الحالة يكون حسب

مذهب المكلف غير القادر على النطق، أما إذا كان بموجب القانون الاردني فيكون التعبير البديل حسب الراي الراجح بالفقه الحنفي؛ لأنه اخذ بالإحالة المقيدة على هذا المذهب، وإن كان بموجب القانون الاماراتي فيكون التعبير البديل حسب الراي المشهور وفقاً للتدرج المذهبي الذي نص عليه المشرع الاماراتي، وهو الحكم بالمشهور في مذهب مالك ثم الحنبلي ثم الحنفي.

٤- إن ثبوت الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، يفرض على القاضي عند العمل بهذا الحكم اتباع ضوابط منها يتعلق بشخص المكلف من حيث عدم القدرة حقيقة أو حكماً واستمرارية هذا المانع على الحكم الأصلي، وامكانية الالتزام بشكل مستمر وشامل، وليس مؤقتاً بوقت معين؛ لأنه مقصود بذاته، وثبوتة بدمته. كما يجب أن ينوب البديل عن الحكم الأصلي ومغني عنه ويقوم مقامه، لكي لا يكون بديل بمقابل؛ لأنه يعد من قبيل المعاوضات الذي يخرج من موضوعنا، كما لا بد من تحقيق عدم الجمع بين الحكمين البديل والأصلي، إن يكون المكلف مثلاً ليس له القدرة على ارجاع زوجته المطلقة طلاق رجعي بالقول وهو الأصل، إلا إنه يقدر على الفعل فيتم الارجاع بموجبه، ومن ثم يتحقق عدم الجمع بين الحكمين لعدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي.

٥- إن تمييزه عن الأوضاع التي تتشابه معه يمنحه استقلالية تجعل منه حكماً قانونياً له دوره الوقائي والعلاجي وضع لمواجهة ظروف المكلف غير الطبيعية وحسب كل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ومنعاً للتداخل مع هذه الأوضاع التي يصعب على المتلقي التمييز بينه وبينها، وكذلك منعاً لخلط الادوار بين الأحكام وأحكام أخرى يمكن أن تقترب بعض الشيء من دور الحكم البديل لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

٦- إن لوصف الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية وفقاً للأسس التي تتبني على ملاءمته لظروف المكلف والواقعة المعروضة على القاضي، وهذا السبب المنشأ الذي يحمله كبديل عن الحكم الأصلي الذي ينفيه الضرر فيرفعه لعدم امتثال المكلف له، ولنفي هذا الضرر يكون من خلال الحكم البديل الذي يعد وفق قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) مقصداً لتحقيق نفي الضرر، والحال نفسه في نفي الحرج، والضرر المرفوع الضرر الشخصي لا النوعي؛ لأنه كل حكم عند وروده يرفع الضرر وينفي الحرج الشخصي وليس النوعي. كما يتقوم الحكم البديل وفق الاسس التي تكون له من خلال وصف فقهي وقانوني، يجعله حكماً مجزياً وله قوة كفاية عن الحكم الأصلي.

٧- إن الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية لم يرد بشكل واحد، إذ اختلف مسلك التشريعات بهذا الشأن، حيث جعلت التشريعات الحكم البديل منصوباً عليه واصطلحنا على هذا القسم الحكم البديل عند النص عليه، وهذا جاء بناءً على فلسفة المشرع بهذا الخصوص، حيث نجعل من حالة

النص عليه هي التقدير التشريعي لما يستجد في المستقبل وهذا وفق المنظور العام الشرعي، أما بالنسبة للقسم الآخر اصطلاحاً عليه البديل الاجتهادي ويكون عند عدم النص على الحكم البديل، وهذا جاء لتقدير موقف الفقه المتبع من قبل المكلفين، لأن موقف الفقهاء المسلمين يدور مع الاجتهاد، وذلك وفق المنظور الخاص الشرعي، لذلك يكون متناغماً مع الظروف للمكلفين انطلاقاً من قاعدة نفي العسر والحرج من قبل الشريعة الإسلامية، كل ذلك لمواجهة الظروف غير الطبيعية للمكلفين.

٨- تكون للحكم البديل في أطار مسائل الأحوال الشخصية، رتبة تؤخذ من مظان هذا الحكم التي تعني موضعه داخل النصوص الشرعية والتشريعية التي وضعت أحكامها بشكل تخييري، وبشكل آخر بأن لكل حكم من الأحكام التي تتضمنها النصوص سواء كانت شرعية أم قانونية، هي أحكام مستقل بعضها عن بعض من أجل بيان دور كل حكم بشكل مستقل يكون له ظرفه الخاص المتعلق بالمكلف، لذا فإن عدم قدرة المكلف على الحكم الذي تم النص عليه شرعاً أو قانوناً أولاً هو حكم أصلي يتطلب من المكلف التقيد به في ظرفه الطبيعي، أما عندما يكون بظرف غير طبيعي ينتقل إلى الحكم البديل عند عدم التخيير بين الأحكام المنصوص عليها سواء بالنص الشرعي الذي يتم اللجوء إليه عند عدم النص القانوني عليه أم بالنص القانوني الذي يتم اللجوء إليه عند النص عليه بشكل ليس للمكلف فيه تخيير.

٩- للحكم البديل قاعدة يرتكز عليها تكون سبباً لجعل المكلف ينتقل إليه، وعند النظر بهذا الأساس الذي أدى بالمكلف الانتقال إليه، هذا لا يكون وفق النظر لشروطه وضوابطه التي تعد مبررات لتطبيقه عند عدم القدرة على الحكم الأصلي، وإنما هو سبب عدم القدرة من قبل المكلف على الحكم الأصلي، ومن باب المشقة والحرج من الحكم الأصلي عند عدم القدرة عليه، فإن السبب هو الحاجة فقط هي سبب الانتقال حسب القاعدة التي تنص على أنه " الحاجة توجب الانتقال إلى البديل عند تعذر الأصل "، وما توجبه هذه القاعدة من أحكام هي حكم أصلي يكون عند القدرة من قبل المكلف، وحكماً بديلاً يكون عند عدم القدرة على الأصل، وذلك يؤدي إلى وضع قاعدة لا يكون لها مساس بأي قاعدة وضعت من قبل أهل العلم، ولكن من باب الاستفادة منها وهي " يصار إلى البديل لعدم القدرة على الأصل "، وذلك كقاعدة يتم اتباعها عند تطبيق الحكم البديل.

١٠- يتحدد من أقسام الحكم الشرعي إلى حكم تكليفي ووضعي تعيد الحكم البديل بين أي من هذه الأقسام، وبعد تعريف الحكم الشرعي الأصلي الذي هو خطاب الله سبحانه وتعالى المتعلق بأفعال المكلفين حال القدرة على القيام به، وعند عدم القدرة عليه ينتقل المكلف إلى الحكم البديل الذي يكون

من مقدوره. أما عند عدم القدرة على الحكم الشرعي الأصلي يتحدد الحكم الشرعي البديل وهذا هو تعريفه، ومن خلال ذلك يكون الحكم البديل بحسب ما للحكم الشرعي من أقسام تكون فيه، لكونه حكماً بديلاً شرعياً، ولقربه من الرخصة في تغيير الأحكام من صعوبة إلى سهولة لعذر يقصد به الحاجة الملحة مع بقاء سبب الحكم الأصلي، وهذا يجعلنا نبعده عن الرخصة ولكن التقريب هو من أجل تفعيده بين أقسام الحكم الشرعي، حيث يكون في إطار الحكم الوضعي؛ لأنه تترتب عليه ما لهذا الحكم من شرط وسبب ومانع، لذلك يكون في قسم الحكم الشرعي الوضعي.

١١-تتكمّل ملامح الحكم البديل عند البيان التوضيحي لموضوعه العام، من خلال طبيعته والتي تكون عند التشريع (طبيعة تعليلية)؛ لأن الحكم يثبت لموضوعه بشرط اكتنافه ببعض القيود، ومن طبع هذه القيود تحدد طبيعته، لأن الموضوع بنفسه يقتضي حكماً خاصاً، لذلك تكون له هذه الطبيعة، لأنه حكماً يعد بمثابة العلية التامة المطلقة لعروض الحكم الأصلي، بسبب الاضطرار يتبدل الحكم الأصلي إلى حكم آخر يتناسب مع الحالة الطارئة، وما لها من فوائد عندما يكون الحكم البديل منضبطاً. أما بالنسبة لطبيعته عند التطبيق هي (طبيعة انشائية)؛ لأن القاضي يطبق الأحكام التي ينص عليها القانون والحكم البديل منها، وعندما يصيره القاضي إلى حكم القضائي، ومن هذا الحكم القضائي الذي له طبيعة انشائية تكون له لوصول النوبة إليه، ولكن يكون بأثره كاشف؛ لأن القاضي قصد منه كشف حقيقة الواقعة المعروضة عليه للفصل فيها، وطبيعة كاشفة من خلال اثره؛ لأنه القاضي لا يملك فيها الانشاء.

١٢-يضمن الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، سواء كان أخذه مباشرة من النص القانوني أم من الفقه الإسلامي عند الإحالة إليه بموجب هذا المبدأ؛ لأنه يحمل الحصيلة التي كان من المفترض حملها من قبل الحكم الأصلي ابتداءً، ولتغيير الطرف الطبيعي إلى طرف غير طبيعي انتقل حملها إلى الحكم البديل، والذي جاء لضمان الحفظ والرعاية لهذه الحصيلة التي تتمثل بعدم تفويت المصلحة الناتجة من أنشاء الحكم الأصلي، والحفاظ على مرونة حدود التشريعات التي تساوي في الأحكام الشرعية، وصيانة مقومات الشريعة الإسلامية والتي تركز على السماحة، وتوجيه المكلف إلى اليسر عند الحاجة، ومن ثم تضمن عدم تفويت الوظيفة الشرعية للمكلف التي لا تكمن بمسائل الأحوال الشخصية التي تعد ضرورة انسانية، وإنما ما يأتي من هذه المسائل من ثمار، كل ذلك يكون وفق استعداد المكلف النسبي؛ لأنه لو كان شاملاً لكل المقومات التي للحكم الأصلي لكان محكوماً به ويحكم بالمسألة.

١٣- للحكم البديل دور وظيفي(غائي) في مسائل الأحوال الشخصية، تبرز من خلاله اثاره عند موضعه موضع التطبيق وهذا على مستوى القسمين سواء النص عليه أم عدم النص، وهذا ما اصطلحنا لهما، كل ذلك يكون أثراً من خلال تطبيق الحكم البديل والذي تكون له اثار مباشرة وغير مباشرة، حيث تصل إلى نتيجة مفادها بأن للمكلف عدم القدرة على الحكم الأصلي، وإن انتقله إلى الحكم البديل تبين بأن هذا الحكم الاخير غير واجب؛ لأنه لو كان واجباً، لأدى إلى جعل الحكم البديل يقوم مقام الحكم الأصلي بشكل اساسي، وتعدم ثم ضرورته كبديل، أما بالنسبة لآثره عند عدم النص توصل إلى نتيجة بأن الحكم البديل وهو بديلاً اجتهادياً، ومن ذلك تتكون من هذه الآثار بنتائجها ما هو يدل بأن نصوص البعض من قوانين الأحوال الشخصية، وضعت نصوصاً لا تبين دور الحكم البديل الواسع والشامل لكل الحالات التي يكون عليها المكلفين، وترك تقدير البعض وهو الأعم الأغلب من هذه الأحكام البديلة للسلطة التقديرية للقاضي تقديرها، على الرغم من مخالفة ذلك لموضوعية هذه الأحكام.

١٤- توصلنا من خلال هذه الدراسة بأن هناك اثاراً للحكم البديل التي يمكن لنا أن نسميها الآثار التي تسري على الغير؛ لأنها لا تتوقف على رضا الزوجة، وهذا خصوصاً عندما يكون الحكم البديل يتعلق بجانب الزوج، كما في حالة إرجاع الزوج زوجته المعتدة من طلاق رجعي حيث تكون الرجوع من قبل الزوج الذي ليس له القدرة على الحكم الأصلي المتمثل لا بالقول، فإنه ينتقل إلى الحكم البديل وهو الفعل كالوطء وغيره من الافعال التي تؤدي إلى إرجاع الزوجة، وغير ذلك من الامثلة التي منها يمكن أن تكون من الزوجة، والقصد من ذلك هو بيان الآثار التي تحدث من الحكم البديل وتسري على الغير.

١٥- تكمن تطبيقات الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية، في مسائل مالية وغير مالية للأحوال الشخصية، إذ تعدد هذه التطبيقات بشكل كبير لتشمل مسائل ثابتة قديماً، والكثير من المسائل المستحدثة. وهذه التطبيقات بينت مدى تحقيق الحكم البديل لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تتميز بأنها شريعة سمحاء تأمر باليسر ورفع الحرج، كما أنها تنفي العسر والحرج بالوقت ذاته. كما أن هذه التطبيقات بينت عدد النصوص التي نصت على الحكم البديل، وعدد النصوص التي لم تنص عليه ولكن بينت نوع الحكم البديل الذي لم ينص عليه وهو(الحكم البديل الاجتهادي)، وهو حكم يؤخذ من آراء الفقهاء المسلمين التي تكون أكثر ملاءمة لنصوص قوانين الأحوال الشخصية، وهذا يكون بموجب مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي، وهي تكون إما إحالة مقيدة أو غير مقيدة.

١٦- للحكم البديل دوراً مهماً في مسألة الولاية في الزواج، نجد المشرع العراقي ومن خلال نص المادة (١/٨) من قانون الأحوال الشخصية تعرضت لحق الولي الشرعي في تزويج موليه، إلا أنها لم تحدد لنا من هو الولي الشرعي، مما يعني أنه اكتفاء بما ورد بالقانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والذي نص من خلال المادة (١٠٢) والتي جعلت الحق بالولاية للاب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة، وهذه هي القاعدة العامة التي بينت تحديد الأولياء على النفس، إلا أنها تحدث التباساً من جانب آخر عند خلطها بين الأولياء والأوصياء؛ لأنه لا يمكن جعل الأوصياء من الأولياء حتى لو كانوا مختارين من غير توقف على رأي المولى عليه، مما يتعارض ذلك مع دور الحكم البديل الذي يبرز من خلال تقدم الولاية الخاصة على العامة عند غياب الولي وتعلقهما بشيء واحد، ومن خلال أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة عند عضل الولي مما تنتقل من الولي الأقرب فالأقرب ومن إلى الولي الأبعد.

١٧- توصلنا من خلال موضوع بحثنا، بأن هناك تفريداً للإحكام الشرعية الواردة بالنص التشريعي لقوانين الأحوال الشخصية؛ لأنه من خلال ذلك جعل الحكم البديل يكون في طول الحكم الأصلي، كما جاء ذلك من خلال التطبيق العملي لهذه الأحكام التي تصدر بناءً على ظرف غير طبيعي يجعل المكلف غير قادر على اداء مسائل الأحوال الشخصية التي وضع المشرع لها أكثر من حكم، لأن ذلك هو من غاية فلسفة المشرع لمراعاة المستجدات التي تواجه المكلفين على مستوى الاصعدة من حيث المواضيع التي ادخلها المشرع في نطاق الأحوال الشخصية، وعلى الرغم من المشرع العراقي لم يذكر ابرز تلك الأحكام البديل التي جعل من حالة النص عليها في بعض المسائل القليلة لم يتطرق اليها الا بشيء لا يضاهاه القوانين محل المقارنة، أما بالنسبة للمواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية ولم يتطرق فيها المشرع العراقي لهذه الأحكام، والتي ترك لها مساحة واسعة جداً للفقه الإسلامي السابق والمعاصر.

ثانياً- المقترحات.

١- نص المشرع العراقي في المادة (١/١) من قانون الأحوال الشخصية على منهج عام لتطبيق هذا القانون، ومن اجل عدم ترك القاضي استقاء الأحكام من النصوص من خلال قناة لفظها أو فحواها فقط على الرغم من وجود قنوات أخرى يتم من خلالها أستنباط الأحكام من مصادرها غير هذه التي تم ذكرها بالنص كالمنطوق الصريح(دلالة العبارة)، والمنطوق غير الصريح والذي يشمل(دلالة الإشارة) و(دلالة الاقتضاء) و(دلالة الإيماء)، والمفهوم الموافق والمفهوم المخالف، وذلك من اجل أن يتم توسيع شمول النص ودلالته بالنسبة لكل من يتعامل معه، ومن ثم يكون أكثر

قدرة على وضع الحلول للمسائل المعروضة، لذلك نقترح إلى تعديل نص هذه الفقرة لتكون بالشكل الآتي " تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في منطوقها ومفهومها "، ونقترح أن يتم تبني هذا المقترح والنص عليه حسب ما يراه المختصون في ذلك.

٢- نص المشرع العراقي في المادة (٢/١) من قانون الأحوال الشخصية على الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وخصوصاً عند الاطلاع على معنى مبادئ الشريعة الإسلامية نجد أنه لا يرادف الفقه الإسلامي؛ لأن الشريعة الإسلامية من أقسامها الأحكام العملية، وهذه الأحكام هي التي يتناولها مسمى الفقه الإسلامي، الذي يراد به العلم بالأحكام الشرعية العملية، ومن هذه الأحكام مسكوت عنها؛ لأنها جاءت بها النصوص ظنية الدلالة، لذلك تحتاج إلى الاجتهاد فيها من أجل الوصول إلى الحكم المراد من بين هذه الاحكام، مما يلاحظ أن استخدام مصطلح الفقه الإسلامي بدلاً عن مصطلح الشريعة الإسلامية في نص هذه الفقرة، لأن هذا هو استخدام سليم ومنطقي، لذلك نقترح إلى تعديل نص هذه الفقرة لتكون بالشكل الآتي " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة وفقاً لأحكام المذهب المتفق عليه، وفي حالة الاختلاف سيعتمد المذهب الذي تراه المحكمة وهو المذهب الشائع في مكان نشوء الالتزام ".

٣- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (٣/٣) من قانون الأحوال الشخصية، وذلك من أجل بيان الحكم البديل لخطبة بعض النساء التي يكون لها ظرف غير طبيعي يمنع التصريح بخطبتها كحكم أصلي يستخدم لخطبة كل النساء التي تكون محلاً للخطوبة، وهذا الذي ندعو المشرع إليه أن يكون حسب الراي الذي يكون ملاءمة لنصوص القانون، وهو رأي جمهور الفقهاء المسلمين الذي ذهب إلى جواز خطوبة المرأة المعتدة من طلاق بائن أو وفاة، لذلك نقترح إلى تعديل نص الفقرة لتكون بالشكل الآتي " ٣- الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعد عقداً، ولكنها وعداً بالتعاقد ويسري عليها الأحكام وفقاً للقواعد العامة ".

٤- نقترح تعديل نص المادة (١/٦-ب) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، لأنها حددت من خلال نص الفقرة الثانية انعقاد الزواج بالكتابة من الغائب، ومن أجل تحقيق التوازن في هذا المجال، وهو أمكانية عقد الزواج بالكتابة بين الحاضرين عند عدم قدرة أحدهما أو كليهما على التعبير اللفظي أسوةً بانعقاده بين غائبين، لذلك نقترح إلى تعديل نص الفقرة ليكون بالشكل الآتي " ب- سماع كل من العاقدين الحاضرين كلام الآخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج وإن لم يفهم معاني الألفاظ ".

٥-نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة جديدة لنص المادة(٦) من قانون الأحوال الشخصية، وذلك من أجل مراعاة الظروف التي يكون عليها المكلف من حيث عدم قدرته على الحكم الأصلي الذي ينعقد به الزواج، لأنه لا يكمن بالزواج الذي يعد ضرورة إنسانية، وإنما من خلال تشريع أحكام التي جعلت من عقد الزواج بين رجل وامرأة حصراً ليؤتي ثماره في انجاب أولاد وتكوين أسرة راسخة البنيان تساهم على تطوير المجتمع، لذلك نقترح إلى إضافة نص الفقرة بالشكل الآتي " ٣-في حال تعذر الصيغة اللفظية لانعقاد الزواج، يمكن اتخاذ التعبير الكتابي مقامه، فإن تعذر فبالإشارة المفهومة " .

٦-ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة(٣٤ / أولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي؛ وذلك من أجل أن تكون المادة أكثر شمولاً لما يستجد من حالات يكون عليها المكلف عند ايقاع الطلاق، لذلك نقترح إلى تعديل نص الفقرة لتكون بالشكل الآتي " اولاً: ١-الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً. ٢- يقع الطلاق بالتعبير اللفظي أو الكتابي، وعند العجز عنهما فبالإشارة المعهودة " .

٧-ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة(١/٣٨) من قانون الأحوال الشخصية، لأن طلاق الزوج زوجته طلاقاً رجعيّاً، فإن للزوج ارجاع زوجته بالقول وعند عدم قدرته على هذا الحكم الأصلي بدون عارض من عوارض الاهلية، ومن اجل تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية ومن بينها المحافظة على تماسك الأسرة وعدم تفككها وضياع ثمرتها وجعل ذلك حفاً للزوج وحده، هذا من اجل تأكيد مدى رغبة الزوج باستمرار الحياة الزوجية وبيان مدى مودته لزوجته، هذا وفقاً للراي الفقهي الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وهو راي الامامية، الذي ذهب إلى ارجاع الزوج مطلقته بالقول أو الفعل من دون نية، لذلك نقترح إلى تعديل نص الفقرة ليكون بالشكل الآتي " ١- الرجعي: وهو أ- ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد وتثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق. ب-للزوج حق ارجاع مطلقته رجعيّاً اثناء العدة قولاً أو فعلاً، وهو حق له لا يمكن اسقاطه، ولا يتوقف على رضا الزوجة " . وفي حالة وجود عارض من عوارض الاهلية(كالجنون أو العته..)، أن تكون الرجعة بالوطء ودواعيه التي تعد بمثابة الفعل كحكم بديل، فالذي نقترحه لذلك إضافة فقرة بالشكل الآتي "٣- تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند عدم القدرة بالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية " .

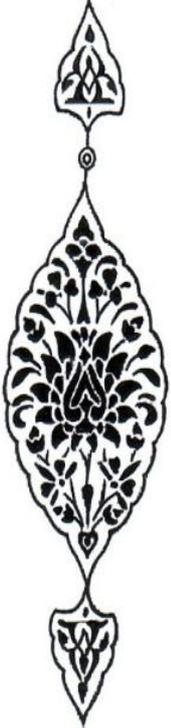
٨-ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (٦١٢) من القانون المدني العراقي، وذلك من اجل تحقق التوافق بين الحكم الأصلي المتمثل بالهدايا المدفوعة اصلاً وبسبب العدول اصبحت واجبة الرد أن كانت قائمة، وفي حال عدم القدرة لكل من الخطيبين على الرد بسبب استهلاكها، مما يمكن الأخذ بالحكم البديل وهو رد بديلها من قيمة أو عين، لذلك نقترح إلى تعديل نص المادة ليكون بالشكل الآتي " الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للأخر أو من اجنبي عنهما لاحدهما أو لهما معاً، يجب ان يردهما الموهوب له للواهب اذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ما دام الموهوب قائماً وممكناً رده بالذات وإن أستهلك بغير طبيعتها فبديلها ". وهذا التعديل الذي نقترحه هنا من اجل تحقيق الانسجام بما هو موجود بالقواعد العامة والحكم البديل قدر التعلق بمسألة الهدايا أثناء الخطبة في قانون الأحوال الشخصية.

٩-توصي الدراسة بأن يتم وضع ما يقوم بأجراء الزواج من خلال وسائل الاتصال الحديثة كحكم بديل عن اجراء الزواج في مجلس عقد واحد من حيث المكان والزمان الذي يعد حكماً أصلياً، وذلك لأن الحكم البديل غائي له دور وقائي وعلاجي لمواجهة الظروف غير الطبيعية التي يمر بها المكلف، خصوصاً أن الزواج امر ينفصل عن الحكم الوارد بالنص، وكذلك لانتشار هذه الوسائل الحديثة بشكل واسع بالاستخدام واليومي وعلى كافة التعاملات والتي منها المتعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وهذا ما أكده القضاء في أغلب الدول العربية على وجه الخصوص والإسلامية على وجه العموم، لذلك نقترح إضافة شق إلى نص المادة(٢/٦) والذي نقترحه بالشكل الآتي "٢- ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرا الكتاب او تقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عباراته وتشاهدهما على انها قبلت الزواج منه، سواء بشكل مباشر أو من خلال وسائل الاتصال الحديثة"، وهذا من اجل مواكبة المستجدات التي تطرأ بالمستقبل خصوصاً في ظل وجود قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

١٠- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص فقرة جديدة للمادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية، وذلك من اجل مواكبة المستجدات التي تحصل خصوصاً في ظل ما صدرت من قرارات بايقاع الطلاق من خلال هذه الوسائل الالكترونية الحديثة، وذلك لأن تصديق الطلاق يتطلب اقرار من الطرفين بالمصادقة عليه امام المحكمة، كما أن اغلب قضايا مسائل الأحوال الشخصية تتعلق بالحل والحرمة، لذلك نقترح إضافة الفقرة بالشكل الآتي " ثالثاً-لا يقع الطلاق من خلال وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة الا بعد مصادقة الطرفين عليها امام المحكمة"، لأن ذلك يمكن خصوصاً في ظل وجود قانون المعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

١١-نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة لنص المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي يتم من خلاله تحديد الأولياء في الزواج، لأنه نص على الولي الشرعي بالفقرة الاولى ولكن لم يبينه، كما لا بد أن يكون هذا التحديد للأولياء وفقاً للولاية على النفس التي تكون في نطاق دائرة الأحوال الشخصية، من اجل منع الاعتماد عما هو موجود في دائرة المعاملات المالية وفقاً لنص المادة(١٠٢) من القانون المدني العراقي، كما لا بد أن يكون التحديد مستند إلى القاعدة الشرعية التي تنص(الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة عند تعلقهما بشيء واحد)، وكذلك على القاعدة التي تنص(الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة)؛ لأنه من خلال هاتين القاعدتين يكون للحكم البديل دوراً مهماً عند غياب الولي وعضله. لذلك نقترح إضافة نص فقرة تحتوي على بندين والذي نقترحه يكون بالشكل الاتي:(٣- أ-إذا كان الولي الشرعي غائباً وكان انتظاره يؤدي فوات مصلحة مشروعة للمخطوبة ينتقل حق الولاية إلى الولي الأقرب الذي يليه فإذا تعذر أخذ رأيه في الحال أو لم يوجد تنتقل الولاية إلى القاضي. ب- يأذن القاضي بتزويج البكر التي أتمت الثامنة عشرة سنة شمسية من عمرها من الكفو في حال عضل الولي بدون مبرر مشروع).

المصادر



قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولاً- كتب التفسير:

- ١-أبي الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- ٢-أبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٣-أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- ٤-أبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الاندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- ٥-أبي محمد عبدالحق بن غالب بن عطية الاندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- ٦-عماد الدين ابي حفص ابي الفداء اسماعيل بن الخطيب عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، ط٣، دار الاندلس، بيروت، لبنان، ١٩٨١م.
- ٧-محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن، بلا طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

ثانياً - كتب الحديث:

- ١-ابن القيم الجوزي محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي أبو عبدالله شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
- ٢-أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، (سنن أبي داود)، ط١، دار الرسالة العالمية، بلا مكان طبع، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٣-أبي عبدالله محمد بن مكي العاملي الشهيد الاول، القواعد والفوائد في الفقه والاصول العربية، بلا طبعه، مكتبة المفيد، قم المشرفة، ايران، بدون سنة طبع.
- ٤-الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط١، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- ٥-الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، ط١، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، كتاب النكاح.

٦- محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ط٢، مطبعة مهر، قم المقدسة، ايران، ١٤١٤هـ.

٧- محمد بن علي ابن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ط١، دار الجبل، بيروت، لبنان، ١٢٥٥هـ - ١٩٧٣م.

ثالثاً- كتب الفقه الإسلامي:

١- كتب الفقهاء القدامى:

أ- فقهاء مذهب الامامية:

١- أبو القاسم الخوئي (قدس سره الشريف)، منهاج الصالحين، بلا طبعه، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

٢- أبو القاسم الموسوي الخوئي (قدس سره)، التنقيح في شرح العروة الوثقى، ط١، أمير، قم المقدسة، ايران، ١٤١٤هـ.

٣- أبو القاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة المنهاج، بلا طبعه، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، بلا سنة طبع.

٤- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الامامية، ط٢-٣، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران شارع سمييه، ايران، ١٤٠٢هـ.

٥- ابي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن ابي زكريا يحيى الهذلي الحلبي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط١، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٩٦٩م.

٦- ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، الخلاف في الفقه، ط٢، مطبعة ثابان، طهران، ايران، ١٣٨٢هـ.

٧- ابي جعفر محمد بن علي بن الحسين بأبويه القمي، الخصال، بلا طبعه، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدسة، ايران، ١٣٠٣هـ.

٨- أبي منصور الحسن بن يوسف بن المظهر الاسدي (العلامة الحلبي)، مختلف الشيعة، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، ايران، ١٤١٨هـ.

٩- بهاء الدين محمد بن الحسن الأصفهاني المعروف ب(الفاضل الهندي)، كشف اللثام عن قواعد الأحكام، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المشرفة، ايران، ١٤٢٠هـ.

١٠- البهائي العاملي، الاثنا عشرية، ط١، مطبعة بهمن، قم المقدسة، ايران، ١٤٠٩هـ.

١١- جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلبي (قدس سره)، تذكرة الفقهاء، بلا طبعه، المكتبة المرتضوية لإحياء الاثار الجعفرية، قم المقدسة، ايران، بلا سنة طبع.

- ١٢- الحسن بن يوسف بن المطهر، تذكرة الفقهاء، ط١، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم المقدسة، إيران، ١٤١٧هـ.
- ١٣- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني (قدس سره)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائح الإسلام، ط١، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم المشرفة، إيران، ١٤١٣هـ.
- ١٤- سلار بن عبد العزيز، المراسم العلوية، بلا طبعه، أمير، الناشر: المعاونة الثقافية للمجمع العالمي لأهل البيت عليهم السلام، قم، إيران، ١٤١٤هـ.
- ١٥- سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظلهم)، منهاج الصالحين، طبعة مصححة، دار المؤرخ العراقي، ١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م.
- ١٦- صادق الطهيري، محصل المطالب في تعليقات المكاسب، ط١، منشورات أنوار الهدى، قم المشرفة، إيران، ١٤١٩هـ.
- ١٧- عباس كاشف الغطاء، المنتخب من القواعد الفقهية، ط٢، منشورات مؤسسة كاشف الغطاء العامة، النجف الأشرف، العراق، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- ١٨- عبد الأعلى الموسوي السبزواري (قدس سره)، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ط١، دار التفسير، قم المشرفة، إيران، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ١٩- عبدالكريم رضا الحلبي، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، ط٢، مكتبة المثني، القاهرة، مصر، ١٩٤٧م.
- ٢٠- عبدالله نعمة، دليل القضاء الجعفري، ط٢، دار الجيل، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م.
- ٢١- علي ابن الحسين الشريف المرتضى الموسوي، الانتصار، بلا طبعه، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدسة، إيران، ١٤١٥هـ.
- ٢٢- محسن الطباطبائي الحكيم (قدس سره)، مستمسك العروة الوثقى، بلا طبعه، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، قم المشرفة، إيران، ١٤٠٤هـ.
- ٢٣- محمد باقر الصدر (قدس سره الشريف)، دروس في علم الأصول، ط٢، مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر (قدس سره)، قم، إيران، ١٤٣٦هـ.
- ٢٤- محمد بن جمال الدين مكي العاملي (قدس سره)، اللمعة دمشقية، ط١، دار الفكر، قم المشرفة، إيران، ١٤١١هـ.
- ٢٥- محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط٢، مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩م.
- ٢٦- محمد تقي الخوئي، مباني العروة الوثقى، بلا طبعه، مطبعة الاداب، النجف الأشرف، ١٤٠٤هـ.

- ٢٧- محمد تقي الرازي النجفي الأصفهاني، هداية المسترشدين في شرح أصول معالم الدين، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدسة، ايران، ١٤٢٠هـ.
- ٢٨- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بدون طبعه، المكتبة الإسلامية، طهران، ايران، بلا سنة طبع.
- ٢٩- محمد رضا المظفر، أصول الفقه، بلا طبعه، مجموعة المحاضرات التي القيت في كلية منتدى النشر بالنجف الاشرف ابتداء من سنة ١٣٦٠هـ.
- ٣٠- محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، المحكم في أصول الفقه، ط١، مؤسسة المنار، بلا مكان طبع، ١٤١٤هـ.
- ٣١- محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ايران، ١٤١٨هـ.
- ٣٢- محمد مهدي الموسوي الخليلي، أصول فقه الشيعة، ط١، الوفاء، قم المقدسة، ايران، ١٤٣٦هـ.
- ٣٣- مرتضى الأنصاري، مطارح الأنظار، ط١، مجمع الفكر الاسلامي، قم المقدسة، ايران، ١٤٥٥هـ.
- ٣٤- مرتضى الحسيني اليزدي الفيروز ابادي، عناية الاصول في شرح كفاية الاصول، ط٢، فيروز ابادي، قم المشرفة، ايران، ١٣٩٥هـ.
- ٣٥- مرتضى بن محمد أمين الأنصاري، فرائد الاصول، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، ايران، ١٤١٩هـ.
- ب- فقهاء مذهب الحنفية:**

- ١- أبو بكر بن مسعود علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ٢- ابي الليث نصر بن محمد بن احمد بن ابراهيم السمرقندي، خزانة الفقه وعيون المسائل، بلا طبعه، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ. م. م ، بغداد، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.
- ٣- برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ط١، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كارذن ايست كراتشي، باكستان، ١٤١٧هـ.
- ٤- زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

- ٥- زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بان نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٦- سعد الدين مسعود بن عمر التفننا زاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- ٧- سليمان قرن بن عبدالله القرقي أعاخي، شرح الخاتمة في القواعد الفقهية، بلا طبعه، استانبول، تركيا، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
- ٨- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- ٩- عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، بلا طبعه، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، بيروت، لبنان، ١٣٠٨هـ.
- ١٠- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- ١١- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الحنفي، الهداية شرح بداية المبتدي، بلا طبعه، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- ١٢- كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط١، المطابع الاميرية، ببلاق، مصر، ١٣١٥هـ.
- ١٣- محمد أمين بأمر باد شاه، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير في أصول الفقه، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ١٤- محمد أمين بن عمر عابدين الحنفي، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، طبعة منقحة مصححة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ١٥- محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفي: ٨٨٥هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- ١٦- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

ج- فقهاء مذهب الشافعية:

- ١- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق الشافعي، المهذب في الفقه، ط١، دار القلم- دمشق، والدار الشامية- بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ٢- أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي، المجموع شرح المهذب، ط١، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ٣- أبي بكر ابن السيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية اعانة الطالبين، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٤- أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي، الوسيط في المذهب الشافعي وبهامشه التنقيح في شرح الوسيط، ط١، دار السلام، شارع الأزهر-الغورية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- ٥- أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١م، كتاب الحج/ باب بيان وجوه الاحرام وما يتعلق بها.
- ٦- أبي عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله المعروف بالزرکشي الشافعي، المنثور في القواعد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- ٧- أبي عبدالله محمد بن عبد الرحمن دمشقي العثماني الشافعي، رحمة الامة في اختلاف الأئمة، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- ٨- احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، بلا طبعة، المكتبة التجارية الكبرى، شارع محمد علي، مصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.
- ٩- جمال الدين بن هشام الانصاري، قطر الندى ويل الصدى، ط١١، المكتبة التجارية الكبرى باول شارع محمد علي، مصر، ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.
- ١٠- سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب المسماة (التجريد لنفع العبيد)، بلا طبعه، المكتبة الإسلامية محمد ازدمير، ديار بكر، تركيا، ١٣٤٥هـ.
- ١١- سليمان بن عمر بن منصور الأزهري الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، بلا طبعه، دار الفكر، بلا سنة طبع.
- ١٢- شمس الدين محمد أبي العباس أحمد بن حمزه ابن شهاب الدين الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ١٣- شهاب الدين أحمد بن اسماعيل بن عثمان الكوراني، الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، بلا طبعه، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

- ١٤- علي بن محمد التغلبي الأمدي سيف الدين أبو الحسن، الاحكام في اصول الاحكام، ط١، دار الصميعي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ١٥- فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ١٦- محمد الشربيني الخطيب الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، دار المعرفة، بدون مكان طبع، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ١٧- محمد بن إسماعيل الامير الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ط٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٣٧٩هـ.
- ١٨- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، بلا طبعه، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٧هـ، كتاب الظهار، باب كفارة الظهار.
- ١٩- مصطفى سعيد الخن ومصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط٤، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- ٢٠- يحيى بن شرف محي الدين أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط٣، المكتب الإسلامي، بلا مكان طبع، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- د- فقهاء مذهب المالكية:**

- ١- إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق، الموافقات، بلا طبعه، دار ابن عفان، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨م.
- ٢- أبو عبدالله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين فخر الدين الرازي المالكي، المحصول في علم أصول الفقه، ط٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ٣- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، طبعة خاصة، دار النوادر الكويتية، الكويت، ١٤٢١هـ-٢٠١٠م.
- ٤- علي بن عبد السلام التسولي أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام وبحاشيته على المعاصم لفكر ابن عاصم، بلا طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- ٥- لأبي العباس أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ٦- محمد الخرشي أبو عبدالله علي العدوي المالكي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ط٢، المطبعة الأميرية الكبرى، بدون مكان طبع، ١٣١٧هـ.

٧- محمد بن احمد ابن جزى، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، بلا طبعه، دار العربية للكتاب، ليبيا، ١٩٨٨م.

٨- محمد بن احمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.

٩- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١م.

١٠- محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي الحطاب الرعيني محمد بن يوسف المواق، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، طبعه خاصة، دار عالم الكتب، بدون مكان طبع، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

ه- فقهاء مذهب الحنابلة:

١- أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة موفق الدين المقدسي الحنبلي، المغني، ط١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، بلا طبعه، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٣- عبدالله بن احمد بن قدامة الحنبلي ابو محمد موفق الدين، روضة الناظر وجنة المناظر، ط١، مؤسسة الريان- المكتبة التدمرية- المكتبة المكية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٤- عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ابو محمد، المغني ويلييه الشرح الكبير، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م.

٥- عثمان بن أحمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب شرح عمدة الطالب، ط١، دار محمد للنشر والتوزيع، الطائف، المملكة العربية السعودية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٦- علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط١، مطبعة السنة المحمدية، بدون مكان طبع، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م.

٧- محمد الأمين بن محمد المحতার الجكني الشنقيطي، مذكرة اصول الفقه على روضة الناظر، ط١، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦هـ.

٨- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الارادات، ط١، عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٩- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٢- كتب الفقهاء المعاصرين:

١- أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، بلا طبعه، دار ابن عفان، الجيزة، مصر، ٢٠٠٨م.

٢- أحمد بن علي ابن تغلب بن الساعاتي، نهاية الوصول الى علم الأصول، بلا طبعه، وزارة التعليم العالي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ.

٣- أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، الفصول في الاصول، ط٢، وزارة الأوقاف الكويتية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٤- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط٢، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الغردقة، مصر، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

٥- الحافظ جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٦- خالد بن مساعد بن محمد الرويتع، أصول الفقه والقواعد الفقهية/التمذهب (دراسة نظرية نقدية)، ط١، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.

٧- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بلا طبعه، دار عمر بن الخطاب، مصر، ١٩٦٩م.

٨- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة السادسة، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، بلا مكان الطبع، ١٩٨٧م.

٩- عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١٠- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ط١، دار الصمعي للنشر و التوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١١- فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

- ١٢-لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مطبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.
- ١٣-محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، بلا طبعة، الجامعة الإسلامية - كلية الشريعة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع.
- ١٤-محمد بن مفلح شمس الدين المقدسي الحنبلي، أصول الفقه، ط١، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ١٥-محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق (عليه السلام)، ط١، منشورات الرضا طباعة نشر توزيع، بيروت، لبنان، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
- ١٦-محمد صدقي بن احمد آلبورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ١٧-محمد صديق حسن خان بهادر، حصول المأمول في علم الاصول، بلا طبعه، مطبعة الجوائب، القسطنطينية، ١٢٩٦هـ.
- ١٨-محمد صنقور علي البحراني، المعجم الأصولي، ط٣، منشورات الطيار، ستار، بلا مكان طبع، ٢٠٠٧م.
- ١٩-محمد قلججي، معجم لغة الفقهاء، ط٢، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ٢٠-هيثم هلال، معجم مصطلح الأصول، ط١، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣م-١٤٢٤هـ.

رابعاً- الكتب القانونية:

- ١-اجياد ثامر الدليمي، ابطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢م.
- ٢-اجياد ثامر نايف الدليمي وياسر باسم ذنون يونس، الحكم المدني وحالات التناقض فيه دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، المجلد (١٧)، العدد (٩)، تشرين الأول (٢٠١٠).
- ٣-أحمد الغندور، الاحوال الشخصية في التشريع الإسلامي (مع بيان قانون الاحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويتي)، طبعه جديدة، مكتبة الفلاح، الإحساء، الكويت، ٢٠١٠م.

٤- احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون- الزواج والطلاق واثارهما، طبعة منقحة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م.

٥- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، شارع المتنبي، بغداد، بلا سنة طبع.

٦- د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما، ط١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م.

٧- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بلا طبعه، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

٨- عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

٩- عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠، ط٦، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٥م.

١٠- فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، بلا طبعه، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤م.

١١- محمد احمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م، بلا طبعه، المكتبة الوطنية، كلية الشريعة، الجامعة الاردنية، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

١٢- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلام المقارن(دراسة مقارنة بالقانون)، ط١، طبعة على نفقة السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.

خامساً- كتب اللغة:

١- إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ط٤، مجمع اللغة العربية - مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢- ابن منظور؛ محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، بلا طبعه، أدب الحوزة، قم، ايران، ١٤٠٥هـ.

- ٣- أبو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، مادة (شرط).
- ٤- أحمد بن فارس بن زكريا أبي الحسين، معجم مقاييس اللغة، بلا طبعه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، مادة ثنت- ثهل (١٠٨).
- ٥- أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط٢، دار المعارف، القاهرة، مصر، بدون سنة طبع، باب الخاء.
- ٦- الشيخ آغا ضياء الدين العراقي، نهاية الأفكار " في مباحث الالفاظ "، بلا طبعه، مؤسسة النشر الاسلامي، قم المشرفة، إيران، بلا سنة طبع.
- ٧- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، ط٨، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- ٨- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، بلا طبعه، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ١٩٨٦م.
- ٩- محمد عميم الاحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

سادساً - كتب متنوعة:

- ١- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الاردني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٩م.
- ٢- ابو عبدالرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، ط١، دار ابن القيم - دار ابن عفان، بلا مكان طبع، ١٤٢١هـ، القاعدة الثانية والاربعين.
- ٣- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم فخر الاندلس، طبعة مصححة، دار الفكر، بدون مكان طبع، بلا سنة طبع.
- ٤- أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الاحكام، ط١، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- ٥- أحمد بن عبد الرزاق الدويش، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، بلا طبعه، دار المؤيد، الفتوى رقم (١٢١٦).

٦- أحمد عبد الوهاب غندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط١، مكتبة الفلاح، الإحساء، الكويت، ١٩٨١م.

٨- أحمد علي طه ريان، فقه الأسرة، بلا طبعه، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

٩- أحمد فراح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، بدون طبعه، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.

١٠- أكرم بن محمد بن حسين اوزيقان، الاستثناء عند الأصوليين، ط٢، دار المعراج الدولية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

١١- أكرم بن محمد بن حسين اوزيقان، الاستثناء عند الأصوليين، ط٢، دار المعراج الدولية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

١٢- بدران ابو العنين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، بلا طبعه، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

١٣- بدران ابو العنين بدران، احكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، مطبعة دار التأليف، شارع يعقوب بالمالية، مصر، ١٩٦١م.

١٤- حسن سعد خضر، مراتب الحكم الشرعي دراسة أصولية مقارنة، بلا طبعه، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

١٥- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، ط١، دار ابن حزم، عمان، الاردن، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١٦- رحيم حرجان عوده العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية- الأحوال الشخصية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٧م.

١٧- رشدي شحاته أبو زيد، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، بلا طبعه، مكتبة عين الجامعة، بلا مكان الطبع، بلا سنة طبع.

١٨- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بلا طبعه، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون مكان طبع، بلا سنة طبع.

١٩- زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط٥، منشورات جامعة تار يونس، بنغازي، ليبيا، ١٩٨٩م.

٢٠- سميع عاطف الزين، موسوعة الاحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، ط١، دار الكتاب اللبناني- دار الكتاب المصري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٢١- يوسف المدني التبريزي، منهاج الأحكام في النكاح والطلاق، ط٦، دانش، بدون مكان طبع، ١٤٢٩هـ.

٢٢- شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب، تخريج الفروع على الأصول، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٨٢م.

٢٣- فاضل الصفار، المهذب في أصول الفقه، ط١، مكتبة العلامة ابن فهد الحلبي، شارع قلبة الإمام الحسين(عليه السلام)، كربلاء، العراق، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

٢٤- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجموع فتاوي ابن تيمية، بلا طبعه، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٥- عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ومحمد ابراهيم احمد علي، دراسات في الفقه الإسلامي، البحث الاول- الضرورة والحاجة وأثرها في التشريع الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع، الكتاب السادس والعشرون.

٢٦- عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٧- عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، أحكام البديل في الفقه الإسلامي، ط١، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٢٨- علي اكبر الكلا نثري، حكم ثانوي در تشريع إسلامي، ط٢، مؤسسة بوستان كتاب، قم المقدسة، ايران، ١٣٨٨هـ.

٢٩- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، بلا طبعه، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

٣٠- عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.

٣١- فتاوي اللجنة الدائمة للإفتاء، المملكة العربية السعودية، اعداد محمد عبد العزيز (١٢١/٢).

٣٢- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.

٣٣- فخر الأندلس أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالأثر، طبعه مصححه، دار الفكر، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

٣٤- ياسر محمد سعيد قدو، اثر الحالات النفسية في قضايا الأحوال الشخصية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨م.

٣٥- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، ط٢ (لقرارات الدورات ١-١٠)، دار القلم، دمشق، سوريا، القرارات ٩٧/١، تنسيق عبدالستار أبو غدة، ١٩٩٨م.

٣٦- كاظم حسن جاسم، الصيغة اللفظية واثرها في صحة العقود والايقاعات، ط١، مركز عين للدراسات والبحوث المعاصرة، بلا مكان طبع، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

٣٧- مجلة الاحكام العدلية، المطبعة الادبية، طبعت في بيروت، ١٣٠٣هـ.

٣٨- المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية (مجموعة مؤلفين)، موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة، بلا طبعه، المكتبة الشاملة، مصر، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٣٩- مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠-١٦ ربيع الاخر ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢ - ٢٨ كانون الاول (ديسمبر) ١٩٨٥م، القرار رقم ٦ (٦/٢) الصادر عنه.

٤٠- محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، ط٢، مكتبة الايمان، المنصورة - أمام جامع الازهر، مصر، ٢٠٠٥م.

٤١- محمد أمين بأمير باد شاه، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير في أصول الفقه، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٤٢- محمد بن أحمد ابن جزى، القواعد الفقهية، بلا طبعه، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ١٩٨٨م.

- ٤٣- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
- ٤٤- محمد بن محمد بن أحمد المقرئ أبو عبدالله، القواعد، بلا طبعه، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٥م، القاعد السادسة والعشرون بعد المئتين.
- ٤٥- محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م.
- ٤٦- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط٤، مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- ٤٧- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية، ط٢، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٩٤م.
- ٤٨- محمد عقلة الإبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ط١، دار الضياء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٤٩- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٥٠- محمد مصطفى شلبي، تحليل الاحكام، ط١، مطبعة الأزهر، القاهرة، مصر، ١٤٦٦هـ - ١٩٤٧م.
- ٥١- مراد كاملي، حجية الحكم القضائي دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، بلا طبعه، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ٢٠١٢م.
- ٥٢- مصطفى ابراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق بين شريعة السماء وقانون الارض منذ أربعة آلاف سنة، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤م.
- ٥٣- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط٢، دار القلم، دمشق، سوريا، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ٥٤- مصطفى الزلمي وعبدالباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، طبعة جديدة منقحة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨م.
- ٥٥- منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٥٦- منذر عبد العزيز الشمالي، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري، بلا طبعه، منشأة المعارف، الاسكندرية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

- ٥٧- منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن احمد المروزي السمعاني أبو المظفر، قواطع الأدلة في الاصول، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٩م.
- ٥٨- نشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة تطبيقية مقارنة، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١م.
- ٥٩- نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط٢، المكتبة التوفيقية، امام الباب الاخضر- سيدنا الحسين، بلا سنة طبع.
- ٦٠- نور الدين أبو لحية، المقدمات الشرعية للزواج بروية مقاصدي، ط٢، دار الانوار للنشر والتوزيع، بلا مكان الطبع، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.
- ٦١- هاشم معروف الحسيني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، بلا طبعة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- ٦٢- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ط٢، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣.
- ٦٣- وهبة الزحيلي، الوجيز في اصول الفقه، ط١، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٦٤- وهبة مصطفى الزحيلي، حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦.
- ٦٥- يسري السيد محمد، جامع الفقه، ط١، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المصورة، مصر، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٦٦- يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، القواعد الفقهية، ط١، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٦٧- يوسف عبدالله محمد الشريفين وشبلي احمد عيسى عبيدات، التفريق بين الزوجين للإيلاء دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م، دراسات علوم الشريعة والقانون، عدد ٣، ٢٠١٩م.
- ٦٨- مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، بلا طبعه، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

سابعاً- البحوث المنشورة:

١- السيد منير الخباز، تحرير دروس الحوزة، درس الفقه، الحلقة (١٠٦)، درس بحث الخارج، ٢٠١٧/٤/١٥ م.

٢- عبد الرحمن بن عبدالله الشعلان، الاستثناء من القواعد الفقهية وأثره في الاختلاف الفقهي، بحث منشور بمجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية والاداب، كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦ هـ.

٣- عبد المنعم عبد الوهاب العامر، أحكام الخلع في القانون العراقي، مقال منشور على (مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة)، العدد ٣٢، البصرة، العراق، بلا سنة طبع.

٤- غزالة نوري بن عاشور وآخرون، التطور المصطلحي لمفهوم "الحكم الاستثنائي" بين القرنين الرابع والثامن الهجريين، بحث منشور في مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد السادس والعشرون، العدد الثاني والخمسون، ١٤٤٣ هـ - ٢٠٢٢ م.

٥- مرتضى عبدالله خيرى، الاحكام الاستثنائية الجبرية في الشريعة الإسلامية وأثرها على احكام العقود المالية "دراسة مقارنة"، بحث منشور على مجلات جامعة أم درمان الاسلامية، مجلة كلية الشريعة والقانون، السودان، المجلد ٩ رقم ١ لسنة ٢٠١٦ .

٦- نبيل موفق، التلفيق التشريعي في قانون الاسرة الجزائري واثره في معالجة المستجدات الفقهية الاسرية، بحث منشور في مجلة معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد الخاص بمؤتمر الملتقى الدولي الثاني، ٢٠١٨.

ثامناً - الاطاريح والرسائل الجامعية:

١- حمد بن محمد الجابر الهاجري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، ط١، دار الكنوز اشبيلية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه - بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.

٢- حمد بو جمعة، اثر احكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الإسلامية جامعة لخضر - باتنة، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠١٧-٢٠١٨ م.

٣- ساهرة حسين كاظم آل ربيعة، التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى جامعة بغداد كلية القانون، قسم القانون الخاص، بغداد، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٤- عبد المهدي محمد سعيد احمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الاردني-دراسة أصولية مقارنة-، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠٠٥م.

٥- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في القانون الأسرة الجزائري، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة الحاج لخضر- باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، ١٤٢٩-١٤٣٠هـ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩م.

تاسعاً - القوانين:

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٢- قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل.
- ٣- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٥- قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل.
- ٦- قانون الاحوال الشخصية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل.
- ٧- قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.
- ٨- قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ المعدل.
- ٩- قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧ المعدل.
- ١٠- قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ النافذ.

عاشراً- الأحكام القضائية:

- ١- حكم محكمة الاحوال الشخصية في الحسينية، رئاسة محكمة استئناف كربلاء، بالعدد ٢٤٢/ش/٢٠٢٣، بتاريخ ٢٠٢٣/٦/٧، (قرار غير منشور).

٢-القرار الاستئنافي لمحكمة استئناف عمان الشرعية، رقم ٢٠/٢٠/٣٤٩، بتاريخ ٥/٦ /٢٠١٢، في القضية الشرعية ٢٠١٢ /٢٩٥١ (منقول).

٣- قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم: ٥٢٠ /شرعية /٦٣ – تاريخه ٢٦ /١٢ /١٩٦٣، (منقول).

٤- قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم: ٢٠٥١ في ٢٣ /٢ /١٩٧١، (منقول).

٥- قرار محكمة التمييز، المرقم ٦٦ /اسقاط حضانة /١٩٨٠ في ١٨-٢-١٩٨٠، (منقول).

٦-قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٢٩٧٥ /شخصية أولى / ٢٠٠٧ في ١٩ /١١ /٢٠٠٧، منشور على الموقع الالكتروني الآتي: (<https://www.iraqidevelopers.com>) تاريخ الزيارة ٢٠٢٤./٢/٢٨

٧- قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم ١٢٥ في ٢٠ /٣ /١٩٦٢، (منقول).

٨-قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم: ٦٨١ /شرعية/٦٩- تاريخه ٢٠ /١٠ /١٩٦٩، (منقول).

احد عشر- المواقع الالكترونية:

١-الموقع الالكتروني الآتي: ((eshia.ir)).

٢-الموقع الالكتروني الآتي: ((<https://www.almaany.com> ar-ar)).

٣- الموقع الالكتروني الآتي: ((abu.edu.iq)).

٤- الموقع الالكتروني الآتي: ((almoneer.org)).

٥- الموقع الالكتروني الآتي: ((<https://u.ar> virtual-litigation<ar-ae)).

٦- الموقع الالكتروني الآتي: ((<http://www.islam-qa.com> /ar/ref//ar/ref)).

٧- الموقع الالكتروني الآتي: ((jilrc.com)).

٨-الموقع الالكتروني الآتي: ((<https://www.iraqidevelopers.com>)).

Abstract

From the rulings in personal status matters that the parties in relationships that arise from marriage, divorce, etc. move from one ruling to another ruling that is as long as the first ruling in order to produce the same effect and be of the same strength, this is a result of the inability of one of the parties to the initial (original) ruling, which moves to the alternative (secondary) ruling, in order to confront the abnormal circumstance that one of the parties encounters, and this is the alternative ruling that is one of those rulings that are less known and distinguished by those with expertise when applying it to the party concerned with it; because its presence is disseminated in the texts of personal status laws in a way that makes it unknown that these alternative rulings are independent of the original rulings that are applied to the party concerned with them in the second case due to an abnormal circumstance that is upon him. Therefore, the alternative ruling is one of the rulings that are applied to personal status issues, especially since its subject is one of the important subjects that has a final role that aims to achieve a specific purpose through its legislation. It is not permissible to strip it of it or to abuse it in work and application, so that there is no contradiction between the intention of the legislator and the intention of the parties, since many people are ignorant of this ruling from the legal and Sharia perspective, and failure to understand this ruling may lead to failure to understand the mitigation and facilitation for the parties and transfer them from rulings that they cannot handle to rulings that they can handle. Therefore, the subject of this ruling is one of the subjects that should be addressed from its legal and religious aspects, due to the need to confront the abnormal circumstances that the parties to

personal status issues, such as marriage and divorce, are in, so that its application is not automatic, and far from the philosophy and objectives of the legislator, and to achieve the interests of those to whom this ruling is applied.

Therefore, we chose it as the subject of our thesis, to cover an important aspect of this ruling related to the family, which is called the alternative ruling in personal status issues, to achieve the objectives of Islamic law that personal status laws stipulate in organizing the relationship of people with each other, and among these relationships is the relationship that is governed by what is called family rulings, which have been taken care of since their inception.



University of Karbala

College of Law

Private Branch

Alternative ruling in personal status matters

(A comparative study of Islamic jurisprudence)

A thesis submitted by the student/ Saad Nazim Hassoun Al-Masoudi

to the Council of the College of Law/ University of Karbala, as part of the requirements for obtaining a doctorate degree in the philosophy of private law

.under the supervision of Assistant Professor Dr

Adnan Hashim Jawad Al-Sharoufi

A. H. 1446

A. D. 2024