

أثر القوانين الوضعية في تقييد أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها

دراسة أصولية فقهية قانونية

أ.م.د. عبدالرحمن صالح لطيف

كلية القانون - جامعة الفلوجة



ملخص البحث

إن فكرة البحث انبثقت من خلال الاطلاع على مجريات الأحداث والخط الزمني لنشوء التقنين الحديث بعد غزو الغرب للبلدان العربية الإسلامية، وانكفاء نفوذ السلطنة العثمانية واستبدال مجلة الاحكام العدلية بقوانين وضعية، حيث انقسمت تلك القوانين وفق مفهوم الحدود الجغرافية لكل بلد، ما جعل لموضوع البحث أهمية وأعطى له مزية، وبعد الرجوع الى كتاب الطرق الحُكْمِيَّة في السياسة الشرعية، وكتاب الخراج في نظم الدولة المالية، وكتاب الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام، وكتاب الأحكام السلطانية، وما حواه من نفاثس، وتسمية كتاب القوانين الفقهية لابن جزى، تلك وغيرها نفاثس تبين ان المقنن ساير الفكر الغربي الدخيل دون البحث في الموروث الفقهي الاسلامي في الأفضية والاحكام وتصرفات القاضي والإمام ونظم الدولة المالية والادارية والاجتماعية، فلو أن المقنن عاد إليها واستمد منها روح القانون لكان أثبت في النفوس وأقوى في الردع، لكنه تجرد وقيد احكام الشريعة ومبادئها بفكرة مادية غربية فردية، ونظرية شرقية اشتراكية، وتجاهل تقنين التركة الكبيرة من الأحكام والمبادئ والقيم الشرعية الإسلامية.

Abstract of the research

The idea of the research emerged from reviewing the course of events and the timeline of the emergence of modern codification after the invasion of the West to the Arab Islamic countries, the decline of the influence of the Ottoman Empire and the replacement of the Majalla al-Ahkam al-Adliya with positive laws, as these laws were divided according to the concept of the geographical borders of each country, which made the subject of the research important and gave it an advantage. After referring to the book of the ruling methods in Islamic politics, the book of the tax in the financial system of the state, and the book of the rulings in distinguishing between fatwas and The book of the Sultan Rulings, and ,rulings and the actions of the judge and the imam what it contains of gems, and the name of the book of the legal laws of Ibn Juzayy, these and other gems show that the legislator followed the foreign Western thought without researching the Islamic legal heritage in the judgments and rulings and the actions of the judge and imam and the financial, administrative and social systems of the state. If the legislator had returned to it and derived from it the spirit of the law, it would have been more firmly established in the souls and stronger in deterrence, but he stripped himself of and restricted the rulings of the Sharia and its principles with an individualistic Western materialist idea and an Eastern socialist theory, and ignored the codification of the great legacy of Islamic legal rulings, principles and values.

المقدمة

الحمد لله الذي انزل الكتاب تبياناً، وبين الاعتقاد بقواطع الأدلة جملة وإفهاماً، وجعل مقاصد الشرع تراعي التخفيف وتمنع الحيف اصلاً وميزاناً، ارسل الرسل وجاء بالمثل عبراً وإلزاماً، فدانت قلوب الراغبين وحفظوا من التشريع تقنيناً واحكاماً، والصلاة والسلام على من كملت ببعثته الاخلاق لأمة الإسلام تشریفاً وعنواناً. لعل المطلع على مجريات الأحداث والخط الزمني لنشوء القوانين الحديثة بعد الغزو الغربي لبلاد المسلمين، وانحسار نفوذ الدولة العثمانية واستبدال مجلة الاحكام العدلية بقوانين وضعية، وانقسام تلك القوانين وفق مفهوم الحدود الجغرافية لكل بلد، جعل لموضوع البحث أهمية وأعطى له مزية، وبالرجوع الى كتاب الطرق الحكومية في السياسة الشرعية، وكتاب الخراج في نظم الدولة المالية، وكتاب الاحكام في التمييز بين الفتاوى والاحكام وتصرفات القاضي والإمام، وكتاب الاحكام السلطانية، وما حواه من نفاثس، وتسمية كتاب القوانين الفقهية لابن جزى، تلك وغيرها نفاثس لو أن المقنن عاد إليها واستمد منها روح القانون لكان أثبت في النفوس وأقوى في الردع، لكنه تجرد وقيد احكام الشريعة ومبادئها بفكرة مادية غريبة فردية، ونظرية شرقية اشتراكية، وتجاهل تقنين التركة الكبيرة من احكام ومبادئ وقيم الشرعية الإسلامية.

إشكالية البحث تتضح الإشكالية من خلال ما يتم تشخيصه من قصور قانوني في معالجة مستجدات تتطور بتطور الحياة، فالإشكالية هنا تتمثل بتحديد احكام الشريعة الإسلامية ومبادئها عن التطبيق أحياناً والتقييد أحياناً أخرى، وهذا أدى إلى العجز عن إيجاد بدائل مواكبة تراعي تغير الظروف وطروء المستجدات.

منهجية البحث: اقتضى موضوع البحث اتباع المنهج الاستقرائي التحليلي لبيان حيز تطبيق النص وهيمنته مع ما شابه من قصور وتحييد لأحكام الشريعة ومبادئها.

أهداف البحث: أولاً: بيان الآثار المترتبة على نفاذ القوانين وهيمنتها على السلوك الاجتماعي على المستوى الرسمي المتمثل بالدولة ونظمها وبالمجتمع وافراده، التي قيدت بلا شك نفاذ احكام الشريعة الإسلامية في اغلب المجالات وأكثرها خطورة، لاسيما كتاب المعاملات وكتاب الجنایات في الفقه الإسلامي، الفعل الذي ترك أثراً واضحاً على السلوك الاجتماعي ككل، كالتعامل مع جريمة الزنا، وطرق ترتيب العقوبة عليها، وأحكام القصاص والأحوال الشخصية والمعاملات المالية كإغراق السوق بالعمل المصرفي وفق التعاملات الربوية وفق منطلق (الفوائد) التي تعود على كيان الدولة واصحاب الأموال بعوائد

رغبة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ما صنع طبقة بين الافراد يجعل الأموال دولة بين الاغنياء منهم، وهذا من اهم التحديات المعاصرة التي عصفت بالمجتمعات حيث الفوارق الطبقة التي من جملة تلك التحديات.

ثانياً: الوقوف عند التحديات المعاصرة كانهالات الجريمة ومرتكبيها بسبب ضعف القوانين الجنائية النافذة وهيمنتها، وتحييد كتاب الجنائيات في الفقه الاسلامي المتمثل بباب الحدود، فحين يدق ناقوس الخطر في مجتمعات محافظة كالمجتمع العراقي بأبشع صور الجرم المشهود من خطف واغتصاب وقتل وتعذيب وتشوية، لا بد من مراجعة لتلك القوانين هل هي رادعة ام لا؟ وما المانع من ان تكون العقوبة بمستوى بشاعة الجريمة، وفق الظرف المشدد والاختصاص المكاني، وهذه الاحكام قد حوتها كتب الفقه الاسلامي في الحدود والقصاص، الذي فيه استقامة الحياة كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَاۤأُولِي ٱلْأَبۡبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (1)، ففي ازمة التحديات المعاصرة لا بد من الرجوع إلى العدل الإلهي في بيان الاحكام التي تعبد الطريق من غير ظلم ولا استبداد، فمن تعود فن التجارة بالبيع والقروض الربوية بكفالة القوانين الوضعية لا تمسه معاناة المجاعة والفوارق الطبقة.

وقد قسمت البحث الى مبحثين تناولت في المبحث الأول: اثر القوانين في تقييد باب العبادات والمعاملات في الفقه الاسلامي، وتناولت في المبحث الثاني: أثر القوانين في تقييد أحكام الشريعة وتحييد باب الجنائيات في الفقه الاسلامي، ثم الخاتمة وفيها اهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: اثر القوانين الوضعية في تقييد باب العبادات والمعاملات في الفقه الاسلامي

المطلب الأول: أثر القوانين الوضعية في تقييد فريضة الزكاة وسائر الصدقات

إن في تحييد فريضة الزكاة منع لتكافل اجتماعي مبني على أمر تعبدي يعالج نسب الفقر ويقضي على الطبقة ويمنع دولة المال بين الاغنياء، حيث لم تهتم التقنيات الحديثة في فريضة الزكاة والتي هي حق الاصناف الثمانية في المال الذي بلغ النصاب وحال عليه الحول في النقدين وعروض التجارة والمواشي والزرع والثمار في موسم الحصاد، فهذه كلها أموال تجري عليها الزكاة وفيها تحصيل للمجتمع من أفة الفقر والثراء الفاحش على حساب الفقراء.

كما لم نجد رعاية ملزمة تذكر في وجوب إخراج الزكاة وغياب التقنينات الملزمة، بينما نجد تقنينات رعت الضرائب والمكوس والرسوم والأجور تستوفى بشكل اجباري على الأفراد والجهات وهي عائدات حكومية بامتياز ولا تعالج نسب الفقر العالية في المجتمع بل تزيد منها، ونحن بصدد ذكر تقييد التقنينات الوضعية لفريضة الزكاة، حيث لم تذكر بتقنين يلزم صاحب المال إخراج زكاة أمواله بل اكتفت بجعل صندوق للزكاة يرمي بعض المحتاجين بأموال من رغب في إخراج زكاة أمواله، كما ورد في المادة (1) ما نصه (يؤسس في بغداد صندوق باسم (صندوق الزكاة) تكون له شخصية معنوية وذمة مالية مستقلة تؤهله تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة ويرتبط بوزارة الاوقاف والشؤون الدينية)، وما ورد في المادة (2) ما نصه (يهدف الصندوق الى تسلم مبالغ الزكاة الشرعية التي يرغب الافراد بتأديتها للصندوق طوعا وقياما بصرف هذه المبالغ على الاوجه الشرعية المقررة لها وما يحقق النفع العام في الاعمال الخيرية)⁽²⁾.

وهذا بمثابة تقييد لفريضة الزكاة عن الواقع العملي الذي يمكن من خلاله حل جملة من العقبات المالية التي تعصف بفتنة كبيرة من أفراد المجتمع، فالزكاة وإن كانت فريضة تعبدية مفروضة شرعا على من ملك النصاب وحال عليه الحول فهي جزء لا يتجزأ من التبادل المنفعي بين الأفراد، وكلما زاد النصاب زادت نسبة الزكاة فيه، فهي عبادة تؤول إلى منفعة تحفظ لصاحب المال بركته وتعطي المحتاج حقه، فتحييدها وتقييدها أضع حق المحتاجين في ذلك المال.

وبما ان المقتن الزم نفسه بالمادة الثانية اولا من الدستور العراقي: (الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساس للتشريع) حيث اخذ المقتن منه ما ينسجم مع توجهاته وترك ما لا ينسجم معها، وقد الزم نفسه بالفقرة (أ) من المادة الثانية: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام)⁽³⁾.

فأي تعارض قصد المقتن واي ثوابت حافظ عليها، إذ لم يقن لكثير من ثوابت الدين، بل اكتفى عن ذلك كله بعدم التقنين وترك الامر لرغبة لمن شاء الأداء، وفي ذلك تقييد لفريضة من ثوابت الدين وحق من حقوق المحتاجين، وعلى المقتن أن يعيد النظر بتقنين قانون للزكاة يلزم فيه من ملك النصاب ان يدفع حق الفقراء والمحتاجين في ذلك المال، وهذا فيه تشجيع على النماء وفيه سد لحاجة الفقراء، فلا بد من تقنين ملزم يتبع حق المال، ويعالج جشع كثر الاموال، بفرض اخراج الزكاة وفق نسبها المفصلة في كتب الفقه على ما بلغ النصاب وحال عليه الحول، حيث يمكن معالجة البطالة وتقليل الفروق الطبقيه بين أفراد المجتمع، وهو توظيف لفريضة الزكاة، حيث تسهم في تقليل البطالة وتؤول الى الدعم السلعي والنقدي للمحتاجين⁽⁴⁾.

أثر القوانين الوضعية في تقييد أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها دراسة أصولية فقهية قانونية

إن المؤسسات القائمة على جمع الزكاة بقوة القانون إلزامية، حيث يحتوي كل من القانون السعودي، والليبي، والسوداني، والباكستاني، والمليزي، واليمن، على مواد تحول مؤسساتها صلاحية جمع أنواع معينة من الزكاة، وإلى المؤسسات القائمة جمع الزكاة طوعية، فتندرج تحتها مؤسسات الزكاة في الكويت، والبحرين، ومصر، وإيران، وبنغلاديش، والأردن، والبحرين⁽⁵⁾.

وقد يكون في اختلاف أحوال الناس وظروفهم ما يجوز تأخير أداء الزكاة، لتتوافق مع وقت خروج نواب ولي الأمر، وبيان ما يترتب على وقت الجباية، ليحدد ولي الأمر شهرا للأداء، يلزم فيه أرباب الأموال بدفع زكاتهم، مراعاة للمصلحة العامة المترتبة على وظيفة الدولة في جباية مخرجات الزكاة⁽⁶⁾.

وهذه اطر نظرية تبين جانبا من الأهمية المتعلقة بأموال الزكاة وكيف أن المقنن حيدها عن صفة الإلزام، وجعلها ضمن خيارات الإرادة المنفردة، ما جعل نسبة حق الفقراء في اموال الاغنياء نسبة غير ملزمة، حيث القصور التقني الذي تسود بسببه التطبيقية، وذلك لعدم ادراك المصلحة المعتبرة المتحققة في معالجة آفة الفقر في الأوساط الاجتماعية.

المطلب الثاني: أثر القوانين الوضعية في تقييد باب المعاملات في الفقه الاسلامي

إن الاسلام حد حدودا ووضع شروطا لسائر التعاملات وجعل لصحتها اركاناً، فما لم تتوفر اركانه وسم بالبطلان وانتفاء الاثر المترتب عليه، وقد قسم الفقهاء تلك التعاملات وفق شكلية كل عقد منها بتبويب وطريقة سدت منافذ الغبن في تلك التعاملات، حيث خضعت تلك العقود لاستقراء تام تناول ركنها وشرطها ووصفها، فلم يبق منها جزء إلا واخذ نصيبه في البحث والنظر، فحكم على بعضها بالفساد لتخلف ركن من اركانها وبالبطلان بسبب عدم مشروعيتها أصلها ووصفها، فلا يتصور ان التراضي وحده يمنح حق التعاقد المحض، ولا ما يترتب على ذلك من أثر، حيث ان السياسة التعاقدية في الشريعة تكفل حق الطرفين في المنافع المترتبة عليه والتي تمنع عنها الاذعان والاجحاف والغرر وهي متعلق الوصف فيها، أما متعلق الأصل فتوافر الاركان بعد دليل الاباحة شرعا مقياس للنفاذ من عدمه، وبهذا تكون تلك التعاملات قد أخذت سبل الصحة دون الفساد او البطلان.

إن المقنن اخذ حد الشكلية في العقود دون الوقوف عند المشروعية والماهية فجعل التراضي شرطا في الصحة حيث أن العقد شريعة المتعاقدين عنده⁽⁷⁾، وهو قول لا يمكن اطلاقه البتة؛ لأن فيه اباحة للمحظور، ولكن

يستدل به على قيد الوفاء عند التعاقد سواء كان العقد بيعاً أم اجارة أم غير ذلك، إذ أن تقسيم البيع باعتبار المبيع، بناء على موضوعه مختلف عن الوصف القانوني للعقد، حيث أن الحكم الشرعي تناول العقد من كل جوانبه من حيث الوصف والمشروعية ومن حيث الشروط والأركان، فتنوعت العقود بتنوع الجزئيات والموضوع والتعريف والماهية.

وقد تنوعت مسميات العقود في الفقه واستوعبت في جزئياتها كل صور المبادلة، حيث أن عقد المبادلة في البيوع فيه أربعة أنواع: البيع المطلق، السلم، الصرف، المقايضة، فالمطلق تبديل عين بدين وهو أكثر الأنواع استعمالاً، حيث مبادلة ما يحتاج من الأعيان بنقود، وينصرف إليه لفظ البيع عند إطلاقه، أما بيع السلم فيطلق عليه السلف استيفاء حق موصوف إلى أجل بثمن حال، وهو بيع ضرورة للمتعاقدين⁽⁸⁾، بدليل قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾⁽⁹⁾، وهو ما استدل به ابن عباس رضي الله عنهما حيث قال: (أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه)⁽¹⁰⁾.

وبيع آخر يسمى صرفاً كمبادلة الأثمان، مثل ذهب بذهب وفضة بفضة، وشرطه أن يتقابض المتبايعين في مجلس واحد وان يتساوى في الوزن، وخص بيع الصرف على أنه نقد بنقد مختلف، وضابطه العدر، فإن اتحد النوع سمي مراطلة وزناً، أما المقايضة فمبادلة المال بالمال عدا النقدين، ولا بد من التساوي عند القبض شرط الاتفاق في الجنس والقدر⁽¹¹⁾.

وهناك متعلق الثمن ويسمى منجز الثمن هو ما لا يشترط فيه تأجيل الثمن، ويسمى بيع النقد، أو البيع بالثمن الحال، وبيع مؤجل الثمن هو ما يشترط فيه تأجيل الثمن كالسلم والاستصناع، وبيع مؤجل العوضين هو بيع الدين بالدين وهو ممنوع في الجملة، حيث ملك العاقد للمبيع شرط، أو أذن المالك ببيعه⁽¹²⁾.

فمن شروط الانعقاد صحة ملك المبيع، ولا يصح بيع الكلاً؛ كونه مباح وغير مملوك، وإن ملك الأرض، فالملكية شرط، ويستثنى السلم، والمغصوب عند الضمان، وبيع الوكالة، تصرف الوصي والولي والقيم⁽¹³⁾، ومنع بيع غير المملوك ثابت، بقوله عليه الصلاة والسلام: (لا تبع ما ليس عندك)⁽¹⁴⁾.

وجه الدلالة: ثبوت الملكية أو اذن الجهة المالكة لحق التصرف، فإن صدر التصرف دون إذن عد تصرفاً فضولياً، كمن يعقد لغيره من غير تخويل، مثل تصرف الزوج بملكية الزوجة من غير تفويض، وعقد الفضولي

عقد صحيح موقوف على شرط الإجازة، ودليل ذلك ما ورد عن عروة البارقي أنه قال: (بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم بدينار لأشترى له به شاة، فاشترت له به شاتين، بعت إحداهما بدينار وجئته بدينار وشاة، فقال لي: بارك الله في صفقة يمينك)⁽¹⁵⁾.

وقد ورد فيه استثناء وجود المبيع في مجلس العقد، كون الإشارة أدل طرق تعيين المبيع، فإذا وجدت السلعة في مجلس العقد وأشار إليها ورآها المشتري، لزم العقد النفاذ، أما إذا لم توجد السلعة فبيع السلم بالوصف النافي للجهالة، فإذا كان المبيع غائباً، فيشترى بالوصف الكاشف له، على النحو المبين في عقد السلم، أو يشترى دون وصف، مكثفياً بالإشارة إلى المكان أو ما يميز عن غيره، فإن باع بوصف المبيع وتأكد بالمشاهدة لزم البيع، وإلا له الخيار الخلف لعدم الرؤية⁽¹⁶⁾.

وبيع الغائب مع الوصف صحيح في الجملة بشرط الرؤية سواء وصف أو لم يوصف طابق أم خالف، وهو خيار حكمي لا شرط فيه، وجائز مع الوصف لصحة السلم، وقيد المنع بعدم المطابقة بشروط الأول: أن يكون متعذر الرؤية بغير مشقة لبعدها؛ لأن البيع غائباً على هذا الحال يعد عدولاً عن يقين لضرر متوقع، الثاني: ألا يشمل تعذر تسلمه أو يتوقع تغييره، ثالثاً: أن يوصف من قبل البائع بصفات تتعلق بأغراضه وحاجته كوصف السلم بما ينفي الجهالة⁽¹⁷⁾.

إن ما سبق ذكره من أنواع البيوع وأوصافها ودقائق الفاظها وثمرة آثارها يقين في تدقيق وتنقيح ما ينفي الجهالة عن البيوع في الفقه الإسلامي، هذا لم تألفه في القانون حيث أخذ حد الشكلية وظاهر الموضوعية فيما لامسه النص القانوني، ما جعل اضطراباً ملحوظاً في التطبيق وضرباً لآثار العقد المتمثلة بالحقوق الموصوفة وصفاً دقيقاً في مسائل الفقه دون النص القانوني، إذ نشخص هيمنة النص على واقع التعاملات دون ضبط إيقاعها ضبطاً نافياً للجهالة، وهو تقييد لمسائل الفقه في التعاملات وسائر العقود.

وقد نظم الفقه الإسلامي التعاملات في البيوع تقييداً لا يترك مجالاً لضيق الحقوق، ومن تلك الإجراءات الاحترازية، أنه لا يصح بيع الغائب، إلا إذا وصف وصفاً نافياً للجهالة لمنع الغرر والضرر، أما الوصف على البرنامج محل ذكر أوصاف المبيع وبيان أنموذج السلعة ومشاهدة العينة والمطابقة فعلى الإباحة، حيث أن المقصود الأصلي من البيع هو المبيع؛ لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان، والأثمان وسيلة للمبادلة، ولذا عد التقوم في الثمن شرط صحة، وهو في المبيع شرط انعقاد⁽¹⁸⁾.

إن الثمن الغير متقوم فعقده فاسد، فإن دفع عنه فساده جاز البيع، وإن إن هلاك العوض قبل تسلمه لا يجعل البيع باطلا، وإنما يستحق البائع بدله، أما فساد السلعة فيبطل العقد، والأثمان تكون مما يصح ثباته في ذمة العاقد، كنفود ومثليات مكيلة وموزونة ومدروعة ومعدودة، أو أعيانا قيمية كبيع السلم إذا كان ماله أعيانا قيمية، كالبيع مقايضة⁽¹⁹⁾.

ويشترط في صحة عقد السلم وجود المبيعات عند حلول المدة، ويجوز الوعد من البائع لراغب في الشراء لسلعة لم تكن محازة لكن يعد بشرائها وتسليمها له؛ لأن وعد لا بيع، وليس من قبيل بيع ما يملك، فإذا ملك السلعة واصبحت في حيازته جاز البيع للأمر بالشراء وهذه من الصيغ المعمول في المصارف الإسلامية ويسمى بيع مراجعة⁽²⁰⁾.

إن حدود التعاقد مبنية على مصلحة دفع الضرر عن المتعاقدين وهي مقيدة بالمشروعية والوصفية، وقد (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة)⁽²¹⁾، وهو منع صريح لصفة لحقت عقدا من حيث الشكلية صحيح، لكنه تضمن وصفا منع من نفاذه، بدليل: (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما²² أو الربا)⁽²³⁾، فالحكمة من النهي عن بيعتين في بيعة على اختلاف تفسيرها منع جهالة؛ لأن التعامل غير مستقر على ثمن بين سلعتين، حيث أن أحدهما قد يقبل صفقة دون أخرى لازمة لها، فيتركانها جملة، وهو اشبه بالشغار، كأن يخطب احدهما اخت الآخر دون تسمية مهر، فلا يجوز للنهي الوارد بسبب عدم استقرار العقدين لتعلق احدهما بالآخر⁽²⁴⁾.

وقد ورد في حكم البيع بالشرط دليل من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا يجل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك)⁽²⁵⁾، وهو محمول على شرط الوصف في الذمة والضمان، وقد ورد أن النبي عليه السلام والسلام لأهل مكة بعدم جواز شرطين في نفس البيع، ولا في سلف وبيع، فلو باع شخص عينا على شرط القرض بطل البيع؛ لأن شرط القرض أدى الى انتفاع وهو جزء من الثمن وسبب في انخفاض القيمة، وقد جر منفعة للمقرض، إذ يعد وسيلة للربا المنهي عنه شرعاً، فهو في ظاهره بيع اقترن بشرط قرض، ويمنع سدا للذرائع المؤدية الى الفساد، ومنع الشرطين في العقد الواحد منع ضرر يلحق أحد طرفي العقد وهو احتياط لمنع وقد جاء في الحديث المذكور أنفا المنع من اشتراط شرطين في العقد الواحد؛ لأن في ذلك الاضطراب عند تعاقد لحماية العقد من تنازع الشروط بنفاذ دون الآخر، حيث أن الحاجة تكون بما لا يمنع نفاذ مقتضى العقد في تحقق مصلحة المتعاقدين⁽²⁶⁾، فهو جائز

حتى لو تعددت صورته كاشتراط رهن وكفيل وخيار رؤية، بدليل: (المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو احل حراما)⁽²⁷⁾.

إن الفقه تناول فروع المسألة وحدودها من كل جانب بل سبر غور جزئياتها وصفا وتخريجا وتحريراً كالتفصيل في أنواع البيوع حيث ورد فيه نوع بيع يسمى (الثنيا)، كأن يبيع عينا ويستثنى منها بلا تعيين، فلو باع أشجارا واستثنى البعض دون ان يعينها لم يصح⁽²⁸⁾، بدليل الأثر الوارد: (كَحَى عَنِ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ)⁽²⁹⁾، فإن علم المستثنى منه جاز⁽³⁰⁾.

وقد ورد تفصيل أيضاً فيما يخص الحوالة على دين السلم أنه لا يصح أن يحيل على دين السلم؛ لأن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه، فهو دين غير مستقر، لكونه معرض للفسخ لانقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به؛ لأنها لا تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه، للأثر الوارد: (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره)⁽³¹⁾، وقد ثبت عند الفقهاء اتفاق الدينين من حيث الجنس والقدر والحلول والأجل والصحة والضرر والجودة والرداءة، حيث أنها لا تثبت على حقيقة المعاوضات، وإنما معاوضة إرفاق جوزت لضرورة، فجاز الاتفاق فيها، كالقرض الحسن⁽³²⁾.

فلزومها وشرط صحتها الحوالة لحلول الأجل الذي أحال به، وهو دين المحتال الذي في ذمة المحيل؛ لأنه إذا لم يكن حالاً أدى إلى تعميم ذمة بذمة، فيدخله ما نهي عنه من بيع الدين بالدين، ومن بيع الذهب بالذهب أو بالورق لا يدا بيد إن كان الدينان ذهباً أو ورقاً، إلا أن يكون الدين الذي ينقل إليه حالاً، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف، فيجوز ذلك⁽³³⁾، ومن شروطها أيضاً عدم تعذر المقاصة باتفاق الحقان من حيث الجنس والوصف والحلول والأجل، فلا يجوز بدینار على درهم، ولا بصحيح على مكسور، ولا بحلول على أجل مختلف؛ لأنها من عقود الإرفاق كالقروض، فلو جاز مع وجود اختلاف لترتب عليها فضل فتخرج عن موضوع الحوالة إلى الربا المنهي عنه⁽³⁴⁾.

ولا تصح أيضاً إلا إذا كان الدين المحال مماثلاً للدين المحال عليه، كالذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، أو متشابه من حيث القدر والصفة⁽³⁵⁾، ولا يصح إلا على دين يمكن بيعه، كالعوض في القرض وضمان التلف، أما ما لا يمكن أن يبيعه كأموال الكتابة أو دين السلم فلا تصح الإحالة به؛ لأنها في الحقيقة بيع، إذ أن المحتال يبيع ما له في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ما له في ذمة المحال عليه، ولا تصح

إلا فيما جاز بيعه فهو حق تصرف متى ثبت جاز، ومن شروطها لا يكون أحد الدينين أو كلاهما طعام بدين سلم؛ للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه⁽³⁶⁾.

إن براءة الذمة متعلقة بصحة الحوالة، حيث تنتقل من المحيل إلى المحال عليه⁽³⁷⁾، وتصح بدين مؤجل على مؤجل يمثل الأجل المحدد سلفاً، وتصح بدين حال على حال، ولا بحال على مؤجل، ولا مؤجل على حال، ولا بمؤجل على مؤجل إلى غير أجله، لأن فيه وجوب تأجيل حال، أو وجوب حلول أجل فلا يصح لخصوصية السلم، ولعدم الدليل، بخلاف المؤجل بالمؤجل إلى حينه، لم يرد دليل على منعه⁽³⁸⁾، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: (إِذَا أَتَيْتُمْ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ)⁽³⁹⁾.

ويشترط اتفاق الدينين بالجنس والصفة والحلول والأجل، ويصح فيما يكون فيه السلم، كالمكيل والموزون دون الصنعة والمعدود والمذروع، ولا بد من معرفة المال واستقرار الدين بذمة المحال عليه، ولا تجوز على مال السلم ولا رأس مال السلم ولا تصح على صداق الزوجة قبل الدخول ولا الإحالة على أموال الكتابة ولا على الجعالة قبل استحقاقها⁽⁴⁰⁾.

ووفقاً لما تقدم من شروطها أن يحيل على دين ثابت، فالدين الغير ثابت عرضة للزوال، حيث إن الذمة انتقلت على مستقر بذمة اخرى⁽⁴¹⁾، ولا بد من التساوي صفة وقدرًا، فلو انتفى التساوي خرج عن كونه إحالة إلى بيع، فيدخل ضمن حيز الدين بالدين، ولا بد من معرفة المال فالجهل مانع⁽⁴²⁾.

إن ما أوردنا من تفصيل دقيق في جزئيات التعاقد ونظام المعاملات لم نجد في القانون كما هو مفصل في الفقه الاسلامي، ذلك لأن القانون أخذ حد الشكلية دون الوصف والمشروعية، وهو بمثابة تقييد وتحييد لأحكام الشريعة في العقود وسائر المعاملات، وإن كان قد أخذ التقسيم متأثراً في الفقه الاسلامي إلا أنه خالف في الكليات والجزئيات المتعلقة بنشوء التصرف وبناء الاثر عليه.

إن الشريعة الاسلامية اتسمت بشمولية الأحكام وتفصيل جزئيات العقد، ووصفاً لا يحتمل ضرراً ولا غرراً، إذ لم تكن الشكلية مدار البحث فقط بل الموضوعية والمشروعية وصفاً وأصلاً، وذلك لضبط التعاملات وحماية أثرها المترتب على صحتها ونفاذها، فكان الأجدد للمقنن المواكبة التي الزم نفسه فيها بنص المادة الثانية الفقرة (أ) من الدستور العراقي: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام)⁽⁴³⁾، وقد خالف هذا النص الدستوري الذي وضعه ابتداءً، وخالفه انتهاءً، ما يعطي إشارة على عدم سلامة المعيار

أثر القوانين الوضعية في تقييد أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها دراسة أصولية فقهية قانونية

القانوني في المواكبة ومراعاة البيئة الاجتماعية التي ينفذ فيها، وقد يكون متأثراً بفكرة غربية أو شرقية لا تخضع لجملة المعايير التي تفرضها البيئة والحاضنة الاجتماعية كما في بلداننا العربية.

فالمنطق السليم يحدد مبدأ التوارث والتأثر في الثقافات المحيطة وليس كل ما يفعله الآخر يمكن تقليده أو تطبيقه، فهناك شرائع وتقنيات مندثرة تقادم بها الزمن قد لا تصلح للتطبيق كونها منسوخة متقدمة، وهي خلاف الحكم الشرعي المواكب للمستجدات المراعي لسائر التصرفات، المبني على دليل ثابت لا يجري عليه نسخ ولا تقادم، فتحييد الفقه الإسلامي وتقييده في باب المعاملات أخذ شكله من الظروف الزمنية التي واكبت التحول السياسي بعد دخول الفكر الغربي للبلدان العربية، وتم تأسيس فكرته وفق النظرية الغربية، دون الاكتراث بالمدونة الفقهية وما حوت في طياتها من فوائد أحكام وجملة آثار.

المبحث الثاني

أثر القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية والجنائية

في تقييد نظام الأسرة وتحييد باب الجنائيات في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

أثر قيود قانون الأحوال الشخصية على أحكام الشريعة الإسلامية في نظام الأسرة

إن فلسفة التقنين تقوم على أساس المصلحة المعتبرة في إيجاد الحلول التنظيمية وفق رؤية يحددها النظام القائم مع مراعاة البعد الثقافي الاجتماعي والديني لكل مجتمع يراد له تقنين ينظم مختلف شؤونه، ومن تلك القوانين قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م حيث قنن في فترة تحول بين انكفاء الاحتلال الغربي للبلاد وظهور الحكم الجديد، ولكن مع كل التغيرات نازع القانون أحكام الشريعة وقيدتها تارة وحيداً تارة أخرى بل آخر رتبته بعد التقنين والعرف عند العجز عن إيجاد حكم مناسب للقضايا مدار البحث.

وقد اورد نصا يقضي بذلك في المادة (1) فقرة (2) ما نصه: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) وإذا أخذنا بمفهوم الفقرة الأولى من نفس المادة (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه

النصوص في لفظها أو في فحواها)، نجد أن اللفظ والفحوى الأكثر ملائمة لنصوص القانون قيد زائد ومعتل لمقتضى المبادئ والاحكام الشرعية، لأن معنى اللفظ متعدد والفحوى متضمن ولا مناص لذلك إلا بالترجيح، وقد قيد الترجيح بسريان النصوص على جميع المسائل التي تناولتها تلك النصوص، ما جعل القيد مانعا لدلولات اللفظ المتعدد عند الفراغ التشريعي الذي هو شرط في الإحالة، وكذلك تقييد فحوى النص المبينة من سياقه ومجموعة ألفاظه مزيد دلالة على حكم معين أفادته صيغة النص، حيث لا يمكن تقييد استعمال معنى اللفظ أو فحوى النص بمعنى سابق لاستقراء النص وبيان تفسير؛ لأنه يعد عيبا تشريعا كون الألفاظ محتملة المعنى كما فحوى النص.

ويتبين مما سبق أن القصور التقني وقع في إشكالية جانب فيها مقصد القانون الراعي للمصلحة، حيث أن كثرة القيود الواردة تحد من نفاذ مراعاة المصالح عند غياب التقنين الذي هو شرط في الإحالة، كما نصت المادة(1) فقرة (2) (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)، ونص المادة(1) فقرة(3) (تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تقارب قوانينها من القوانين العراقية)، وهذا غير متحصل إذا وجدت القيود؛ لأن الحكم الشرعي مبني وفق فلسفة معينة اختص الفقهاء في تحريرها وتخرجها فهي شاملة لكل معاني اللفظ وجملة فحوى النص.

وبما أن هذه المادة في فقرتها الأولى ألزمت جهة إنفاذ القانون المتمثلة بالقضاء، المكلف للنظر في الخصومة، التأمل في ألفاظ النصوص وفحواها، ولا يحيل إلا عند عدم وجود نص يكيف عليه النزاع على ما ظهر من معنى في صيغة النص، فيلجأ الى دلالات الألفاظ، كعبارة النص او دلالاته او بإشارته أو باقتضائه، ولا يقف على ظاهر الصيغة، ولا يحيل الى المصادر الأخرى إذا شمل لفظ النص القضية مدار البحث والنظر.

وقد أحالت الفقرة (2) من المادة (1) إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند خلو القانون من نص ينطبق على الواقعة المعروضة أمامه، ولا بد من بيان أن الإحالة إلى مبادئ الشريعة قيد بالأكثر ملائمة للنصوص القانونية، والملائمة تدخل في اجتهاد القاضي في بذل جهد لمعرفة أي الاحكام يمكن الاحالة عليها ويتطلب علم وفهم وفقه يؤهله للملائمة والاحالة، فوجب أن يكون عالما بالحكم الشرعي ومظانه وسبل تحصيله، مع مراعاة تعدد طرق الاستنباط بين المذاهب وأقرب الأحكام لقانون شؤون الأسرة.

فالمعيار هنا موضوعي خاضع للسلطة القضائية بناء على الظروف والفلسفة التشريعية ومذهب أطراف القضية، أما وقد حددت الفقرة الثالثة مسار القاضي وطريقه في الرجوع إلى المبادئ والأحكام المقررة فقها وقضاء، سواء في القانون العراقي أم قوانين البلدان الإسلامية القريبة منه، وهذا قيد آخر مقيد للسلطة القضائية بعدم الاحالة الى أحكام مقررة قضاء في البلدان الإسلامية التي تخالف من حيث الايدولوجية التقنيات العراقية.

أما الفقرة (2) فقد حددت القواعد المحكمة عند التنازع بين القوانين فأحالت إلى الأحكام العامة في الشريعة، حيث نظم التقنين المدني ما نصه: (تطبيق أحكام المواد 19 ، 20 ، 21 ، 22 ، 23 ، 24 في حالة تنازع القوانين من حيث المكان)⁽⁴⁴⁾، فإن نصوص المواد أنفة الذكر دلت بلفظها وفحواها بأن الأحكام العامة في الشريعة هي المرجع عند تنازع القوانين، فكيف يكون القانون منازعا لمرجع أحال عليه خروجاً من دائرة التنازع، وبحثاً عن حكم لواقعة لم يرد بشأنها نص لعجز اصابه ابتداء⁽⁴⁵⁾.

وقد تضمن قانون الاحوال الشخصية نصوصاً وتطبيقات عدة في تقييد أحكام الشريعة ومبادئها، كما ورد في المادة(3) فقره (4) ما نصه: (لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط كفاية مالية ومصالحة مشروعة) حيث اشترط فيهما المقتن موافقة القاضي للزواج بأكثر من زوجة، وكذلك فقره (5) ما نصه: (إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي)، وجه الدلالة: أن المقتن قد ناقض نفسه هنا في إيراد مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي عند تردد الوسائل بين المصلحة والمفسدة، وهو تكليف في غير محله بحفظ الحقوق عند التردد بين أمرين لعدم القرينة، وقد يكون هذا وسيلة لمصادرة حق مشروع؛ لأن ليس كل القضاة على مستوى مقبول من الخبرة والنزاهة فهو لا يعلم من تعليل الاحكام الكثير الذي يتطلب عناء بحث واجتهاد⁽⁴⁶⁾، فيصار إلى التوقف على ما جاء به الشرع حالاً ومالاً، ويسترشد بقوله تعالى: ﴿ قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ ۗ وَلَوْ كُنْتُ أَعْلَمُ الْغَيْبِ لَاسْتَكْتَرْتُ مِنَ الْخَيْرِ وَمَا مَسَّنِيَ السُّوءُ ۗ إِنْ أَنَا إِلَّا نَذِيرٌ وَبَشِيرٌ لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾⁽⁴⁷⁾.

وبهذه الجزئية من الاحوال الشخصية (شؤون الأسرة) جعل الخوف من عدم العدالة تشريعاً في ذلك، وسبق امتلاك الباءة تم ذكرها عند الزواج الأول، وهي من قبيل قياس الأولى وبديهيات الفهم عند التعدد، حيث

شرع التعدد لعلاج اخطر الفتن وهي ضياع اليتامى وبقاء الارملة او المطلقة بلا زوج، وهذا مدعاة للفساد الذي ورد الشرع بعلاجه، ولم يفلح المقنن الوضعي في الحد منه كما فعل الشرع، وإن أذن المقنن بالزواج من الأرملة علاجاً لما استجد من كثرة الأرامل بسبب الحروب، فهنا الأمر تشريع يعالج مستجدات تعصف بكيان المجتمع وتحافظ عليه من التفكك، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا وَثُلَاثًا وَرُبَاعًا ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ (48)

وجه الدلالة: أن الوصول الى اليتيم ورعاية شؤونه ترتب عليه جواز التعدد عند انتفاء الخوف من عدم العدالة والخوف أمر لم يتحقق بعد؛ لأنه سابق لأوانه، فيحمل الأمر على الإباحة، ولا يقيد بقرار القاضي، ومعنى: (أدنى ألا تعولوا)، أي أحوط في النفقة وسائر الحقوق.

إن قانون الأحوال الشخصية لم يكن بمنأى عن القصور التقني، فقد لامس في ثناياه قضايا جوهرية وأخرى شكلية وتنظيمية، فالجوهرية منها عقد الزواج وأثاره والطلاق وآثاره والميراث والوصية، أما الشكلية فهي ما لم يستوف صورته ووقف عند حد الشكلية دون الخوض في تفاصيله الجزئية، ما جعل انطباقه على الوقائع قصراً، أما الجانب التنظيمي فيتمثل بالإحالات عند عدم النص وهو نوع من القصور التقني وعدم المواكبة في معالجة المستجدات، وفيه تقييد وتحييد للأصول التي كانت سائدة قبل التقنين، وبما أن الفقه أوعب من التقنين شمولاً وانتشاراً وانطباقاً نقف عند مخالفات قانون الاحوال لأحكام الفقه الاسلامي ومبادئه.

فقد ذكرت المادة (36) من قانون الاحوال الشخصية عدم وقوع الطلاق المشروط حيث نصت (لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين).

إن هذا النص مخالف لأحكام الشريعة في عدم وقوع الطلاق المشروط بوقوع شرطه من حيث ظاهر النص، ولم يذكر المقنن ايضاح يبين حال وقوعه بوقوع شرطه من عدمه، حيث أن تعلق المشروط في تحقق شرطه وهو سبيل يضيف على النص امكانية التطبيق وحدوده وسلامته من مخالفة حكم الشريعة في ذلك، وقد يكون هذا بسبب خلل في الصيغة التي جاءت مختصرة لم توضح معاني الفاظ ما انتظم في جملتها.

ومما هو ثابت أن الإخبار ليس سبباً للمدلول ولا يقتضي الوقوع، أما الإنشاء في جميع صورته سبباً للمدلوله وأثر لوقوعه، كالطلاق لما كان إنشاءً ترتب عليه أثر زوال الحل وتحريم المرأة، فصور الإنشاء تعطي مدلولها وتتبعها آثارها، وهذا غير متصور في الخبر، فمن علق الطلاق على شرط وقع بوقوعه، إذ لم يكن مخبراً في جملة عبارته بل منشئاً لتصرف دل عليه مدلول لفظه، فصيح اسماء الفاعل تأتي للإنشاء كمن يقول لزوجته انتِ طالق⁽⁴⁹⁾.

فالقانون بحاجة الى تعديلات تشمل ضمانات لحماية حقوق المرأة، بما في ذلك حقوقها في الزواج والطلاق والحضانة والميراث، ويكون ذلك بتعديل نصوص بعض المواد التي لا تفي بحقوق الرجل والمرأة ولا تراعي العلاقة الوثيقة بينهما قبل الخلاف، حيث ترك الزواج أثراً بينهما لا يمكن إنكاره، كونهما يشتركان بالأبوة للمولود لهما، وعلى المقنن مراعاة الاثر بعناية حتى لا يكون الخلاف بينهما هدماً بعد أن كان الوفاق بينهما بناءً.

وهو من جملة يتعلق بحقوق الوالدين والأطفال، حيث أن ضرورة مراعاة حقوق كل من الأم والأب بشكل عادل، مصلحة من مصالح تنظيم شؤون الأسرة، فحق الأم في رعاية أطفالها محفوظ، كما يجب أن يتمكن الأب من رؤية ورعاية أبنائه، وهذا من بذل العناية وتحقيق الغاية في التوازن بين حقوق الوالدين وحقوق الأطفال بما يتماشى مع أحكام الشريعة.

إن التعديلات المرجوة في نصوص قانون الاحوال الشخصية، هي انصاف الفئات واذكاء مبدأ التوازن في الحقوق والواجبات، لا سيما عندما تتباين وجهات النظر بين الاطراف المتخاصمة بعد أن كانت متألفة على الود والرحمة فحال الخصومة عارض تمكن من أسر وجهات النظر التي قد تكون انتقامية في بعض احوالها، ما ادى الى ضياع فرص اصلاح الحال قبل الترافع وصدور الحكم البات قضاءً.

ولا بد من إدخال تغييرات إيجابية تجعل القانون متماسكاً مع المعايير الشرعية التي تكفل الحقوق لجميع الاطراف، بدءاً من حفظ مشروعية العقد ووصفه وشكله وآثاره، ففي ازمة التحديات المعاصرة لا بد من الرجوع إلى العدل الإلهي في بيان الاحكام التي تعبد الطريق من غير ظلم ولا استبداد، في معالجة دقائق الأمور وفق قواعد اصولية وضوابط مرعية تبعد عن الانسان استغلاق قضاياه الكلية منها والجزئية، وهذا امر لا يكون إلا بالتيسير ومراعاة المصلحة العامة ومقاصد التشريع واهداف التقنين.

المطلب الثاني

أثر القوانين الوضعية في تحييد نظام الحدود في الفقه الاسلامي

إن النظام العقابي مشروع للردع ومنع انتشار الجريمة والتعدي على حقوق الآخرين وممتلكاتهم، وهذا ثابت بنصوص الشريعة حفظاً للضرورات التي لا تستقيم من دونها حياة، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (50)، وكذلك عقوبة الحدود التي اقراها الشرع وسار العمل عليها إلى وقت قريب.

ثم تغير الأمر بعد الهيمنة الغربية على بلاد المسلمين ونشوء القوانين الحديثة حيث تحول مسار إنفاذ العقوبة الثابتة بالنص الشرعي إلى القانون الوضعي؛ لأنه يتماشى مع رؤية النظام العالمي الجديد الذي فرض هيمنته بعد الحرب العالمية الثانية لتقوم على أثر ذلك انظمة حكم تؤمن بايدلوجية غربية أو شرقية تغاير الوازع الديني والأعراف القائمة، إذ قننت قوانين لتحكم جوانب الحياة بدلا من أحكام الشريعة، وخصوصا في بابي المعاملات والعقوبات فكان من تقنين قانون العقوبات نقطة تحول في تقييد احكام الشريعة ومبادئها وشيوع استعمال القانون بدلا عنها كما في المادة (378) فقرة(1) من قانون العقوبات العراقي: (أنه لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر).

وجه الدلالة: دلت المادة بطريق إشارة النص بالدلالة الإلزامية على أن جريمة الزنا من قبل أحد الزوجين تعد جنائية على حق الزوج الآخر وليست جنائية على المجتمع؛ لأن هذا المعنى لازم لمعنى مفهوم من عبارة النص، وهو عدم تحريك الدعوى إلا من قبل الزوج الآخر، إذ لو كانت جريمة الزنا في نظر المقنن، جنائية على المجتمع يتعلق بها الحق العام كالسرقة مثلاً، لما توقف تحريك الدعوى على شكوى الزوج الآخر، ولما كان للمجني عليه حق في إسقاط الدعوى، كما هو الشأن في الجرائم العامة كالسرقة مثلاً ما ثبت لأحد حق إسقاط العقوبة التي تعد اعتداءً على كيان الأسرة والمجتمع (51).

وقد خالف القانون الوضعي الشريعة الإسلامية من وجهين، **الأول:** المخالفة في نوع العقوبة، حيث أبدل الحد (الجلد أو الرجم) بالحبس، **الثاني:** جعل الحق فيها شخصياً في حين أن جريمة الزنا من الجرائم ذات الضرر العام، وبالتالي فإن الحق فيها ليس حقاً شخصياً، ولا يقبل الإسقاط أبداً (52).

المادة (378) فقرة (1) من قانون العقوبات العراقي: (أنه لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي إجراء فيها إلا بناءً على شكوى الزوج الآخر)، قد تكون مقتصرة على الملاءنة فقط إذا علم الزوج بالخيانة من غير شهود حينها يترافع بالملاءنة أمام القضاء وهو أمر يعود على شرط عدم الشهود وأن وسائل الإثبات لم تكن متاحة سوى شهادة الزوج مما رأى أمامه من فعل قبيح.

وهذا مخرج شرعي لمنع القتل في جرائم الزنا وطريق لإيجاد تقنين يكفل الحقوق لأصحابها ويجد لهم السبيل والحلول العملية، فالزنا جريمة على المجتمع بأسره بما في ذلك القرابة والأولاد، وهذا هو المنطق السليم الذي يجب أن تصاغ عليه نصوص القوانين والتشريعات التي تتبنى تنظيم شؤون الأسرة والحياة.

وقد خالف القانون العراقي حكم الشريعة الإسلامية التي عدت الزنا اعتداءً على المجتمع والعقاب عليه حق لله تعالى، وحق للمجتمع، ولا يتوقف تحريك دعوى الزنا على شكوى احد الزوجين إذا كان الزنا وقع من احدهما، لأن هذا الفعل مخالف لهدف إبرام عقد الزواج بين الطرفين وهو اقتصار التمتع بين الطرفين فقط.

وقد يرد التساؤل كيف يكون ذلك جنائية على حق الزوج، دون المجتمع الذي يعيش فيه؟ وأين حق الأولاد من ذلك فهل أن الزانية والزاني لا يؤثر فعلهم للزنا على الوضع الاجتماعي بالنسبة للقرابة بما فيهم الأولاد؟ وهل يستطيع أن ينتسب احدهم إلى امرأة أو أب زانٍ؟ فكان من الواجب على المقتن أن يعيد النظر في هذه القضية التي تلامس البنية الأساسية للمجتمع وعدم التهاون فيها، وتقنين العقوبة التي حدها الشرع الإسلامي، بما في ذلك الشهود الأربع في إثبات جريمة الزنا، حفاظاً على المجتمع من الضياع، ولأن الحياة لا تقوم إلا على أساس النظام والعدل، وهذا لا يتحقق إلا بعلاج حالات الزنا والشذوذ المستشرية في المجتمع، فمن أمن العقوبة أساء الفعل، ونحن لسنا بصدد تشجيع القتل في جرائم الزنا وإنما إيجاد تقنين يكفل الحقوق لأصحابها، ويجد لهم السبيل للردع من عدم ارتكاب الجريمة حتى لا يتحول مسمى الشخص من كونه زوجة أو زوج إلى مسمى الزانية والزاني، فالزنا جريمة على المجتمع بأسره بما في ذلك القرابة والأولاد، وهذا هو المنطق السليم الذي يجب أن تصاغ عليه نصوص القوانين والتشريعات التي تتبنى تنظيم شؤون الحياة.

إن القانون العراقي مخالف لحكم الشريعة الإسلامية التي جعلت الزنا اعتداءً على المجتمع والعقاب عليه حق لله تعالى، أي: حق للمجتمع⁽⁵³⁾، ولا يتوقف تحريك دعوى الزنا على شكوى احد الزوجين إذا كان الزنا وقع من احدهما؛ لأن هذا الفعل مخالف لهدف إبرام عقد الزواج بين الطرفين⁽⁵⁴⁾، وقد نصت المادة (379)

فقرة (2) من قانون العقوبات العراقي: (وللزوج كذلك أن يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجته)،
وجه الدلالة: أن المفهوم بالإشارة من أن زنى أحد الزوجين جنائية على حق الزوج الآخر وليس جنائية على
المجتمع، وقد عد المقتن الوضعي زنا أحدهما ليس له طابع الجرائم العامة، وهو مخالف لحكم الشريعة
الإسلامية، حيث يرى المقتن أن هذا المعنى لازم لحق إيقاف سير تنفيذ الحكم؛ لأنه لو كانت هذه الجريمة
جنائية على المجتمع ما ثبت له حق إسقاط العقوبة⁽⁵⁵⁾.

إن الجريمة هنا اعتداء على مصلحة عامة وخاصة كجرائم الزنا والسرقه والقتل، فالنهي عن هذه الجرائم جاء
بصيغة واحدة، ومن مصدر واحد فكيف يشدد المقتن في عقوبة السرقه ويخفف في جريمة الزنا، وهل يحق
استبدال الحد بالتعزير؟ فمن يرتكب جريمة الزنا يعاقب بالجلد او الرجم في الشرع، ومن يرتكب جريمة القتل
العمد يعاقب بالقصاص في الشريعة، والإعدام في القانون، ومن يرتكب جريمة السرقه يعاقب بالقطع في
الشريعة، والسجن في القانون، ومن الناحية العملية كأن المقتن أخذ ما يراه وفق هواه وترك ظرف التشديد
في أغلب الحالات التي تلامس كيان المجتمع وبنيته، وبهذا قيد ما اطلقه الشرع⁽⁵⁶⁾.

ولا بد من الإشارة إلى أن اللفظ قد يكون له معنيان معنى لغوي ومعنى اصطلاحي، وفي هذه الحالة يجب
أن يراعى فيهما قصد المشرع من هذا اللفظ؛ وهو المعنى الاصطلاحي، إلا إذا نص صراحة أنه يريد المعنى
اللغوي، ومن ذلك لفظ (الزاني) فهو يفيد كل علاقة جنسية غير مشروعة سواء كان طرفها أو أحدهما
متزوجاً أو غير متزوج، لكن المعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ في لغة القانون يقتصر على الحالة التي يقع فيها
الزنا من شخص متزوج، وبهذا إذا ورد لفظ الزنا فإنه يحمل على المعنى الاصطلاحي دون المعنى اللغوي
المفهوم من الصيغة ذاتها⁽⁵⁷⁾.

وقد تتعدد معاني اللفظ بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى فيهما قصد
المشرع من هذا اللفظ وهو المعنى الاصطلاحي، إلا إذا نص صراحة أن اللفظ محمول على المعنى اللغوي،
ومن ذلك لفظ (الزاني) فهو يفيد كل علاقة جنسية غير مشروعة سواء كان طرفها أو أحدهما متزوجاً أو
غير متزوج، لكن المعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ في لغة القانون يقتصر على الحالة التي يقع فيها الزنا من
شخص متزوج، وبهذا إذا ورد لفظ الزنا فإنه يحمل على المعنى الاصطلاحي دون المعنى اللغوي المفهوم من
الصيغة ذاتها، وهو قصور في التقنين.

إن القوانين الوضعية اتسمت بالاستقلالية في كثير من الجوانب لاسيما الجانب الجنائي، حيث أن القانون الجنائي حاكم بنصوصه ولا تصح الإحالة فيه إلا لذاته، وهنا تكمن الخطورة، حيث امكانية وقوع الخطأ لقصور في الدليل، وبهذا حكم على نفسه بنصه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وهذا فيه مقال، حيث أن الجريمة سابقة لنشوء القانون وتم تقنينه لعلاج اثرها ومنع تكرارها، فهي من الجائز عقلا المنهي عنها شرعا، والمحاسب عليها قانونا، فكيف ينفي شيئا ممكن الحدوث؟ وقد يكون المقصود من النفي هو نفي وجود الفعل دون انطباقه على تسميته بكونه جريمة، وهو امر مستبعد لوضوح دلالة النفي في لفظ الجريمة، فالقانون خالف الشريعة في مسائل القصاص والكفارات والتعازير حيث حيدها ولم يبين عليها حكما، بل غير مسار تطبيقها بالجملة فابدل الحدود بعقوبة تعزيرية، إذ جعل من التعازير ميدان لتطبيق عقوباته.

كما غير من مفاهيم بعض العقوبات الشرعية التي فيها حق عام يجعلها حقا خاصا مثل الحدود ومنها حد الزنا، فالشروط وواجه المقارنة بين الحقوق العامة والخاصة توضح الحد بينهما وبين حيز تطبيقهما، ومن تلك الشروط: **أولاً:** أنه لا يجوز في الحق العام العفو والصلح بخلاف الحق الخاص، فيجوز لصاحبه أن يتصالح مع الطرف الخصم أو يتنازل عنه، **ثانياً:** لا يجري في الحق العام الإرث فلا ينتقل إلى الورثة بل إن كان عقابا يسقط بموت الجاني.

وإن كان حقا مالياً كالزكاة ينتقل إلى تركته فالورثة ليسوا مسؤولين وفق قوله تعالى ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزْرُ وَأَزْرَةٌ وَرَزْرٌ أُخْرَى﴾⁽⁵⁸⁾، بخلاف الحق الخاص فإنه ينتقل إلى الورثة، **ثالثاً:** يجري في الحق العام التداخل فمن شرب الخمر عشر مرات ثم قدم للقضاء فيعاقب على المرة الأخيرة فقط وكذلك جريمة الزنا وغيرها من جرائم الحدود؛ لأن عقوبات الجرائم السابقة تسقط في الدنيا بالشبهة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: (إدروا الحدود بالشبهات ما استطعتم)⁽⁵⁹⁾، بخلاف الحق الخاص فإنه لا يجري فيه التداخل، فمن أتلف مال الغير عدة مرات، فيجب عليه أن يدفع تعويضا عن كل مرة ويفوض أمر استيفاء وتنفيذ الحق العام إلى الدولة، والدعوى فيه يحركها كل إنسان بالغ عاقل؛ لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بخلاف الحق الخاص فإن الدعوى لا يحركها إلا صاحب الحق، ولا يستوفى إلا من قبله ولكن الاستيفاء يكون عن طريق السلطة القائمة، إن جزاء الاعتداء على الحق العام عقوبات الحدود والكفارات والتعازير والحرمان وجزاء الاعتداء على الحق الخاص القصاص والتعويض والتعزير.

الخاتمة

الحمد لله في البدء والختام والصلاة والسلام على سيد الأنام سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الكرام، وبعد إن مسير البحث قد بلغ منتهاه، واينعت ثماره وعادت بالبشارة رؤياه، كقميمص العير حين البشير القاه، حيث التطواف بين مسائل البحث وثناياه، رغبة في ايجاد حلول لما استغلق عن فهم عبارة النص ولفظه وفحواه، فجاءت نتائج تلك الجهود مكللة ببيان ما توصل إليه البحث ومقتضاه، فهذه جملة النتائج وما رافقها من توصيات تبين مبتغاه.

النتائج: أولاً: تبين من خلال مسيرة البحث أن المقنن لم يبين معاني النصوص وما مرادها بل غفل عن ارفاق مدلول كثير من الالفاظ ما سبب تردد عند تطبيق النص على الوقائع.

ثانياً: لم يوفق المقنن في مواكبة معالجة المستجدات حيث بقي النص القانوني على حاله منذ تقنينه ويعزى سبب ذلك إلى المتغيرات الجيوسياسية التي مر بها البلد، وغياب الجهة التشريعية عن المواكبة في قراءة مستجدات كل مرحلة زمنية واحتياجاتها.

ثالثاً: عدم بيان ضوابط الاحالة ما جعلها سلطة تقديرية بيد القاضي على تنوع مشاريعه ومذاهبه وخبرته في هذا الميدان ما جعل فروقا جملة تواكب تلك الإحالات وتفاوتا في احكامها وما يترتب عليها من حقوق.

التوصيات: أولاً: اتباع خطوات الفقهاء في عدم الجمود على مذهب الفقيه، بل أنهم نهلوا من النصوص وفق طرق الاستنباط ما نفع المجتمع في معالجة مستجداته، حيث لم تمنعهم مكانة فقيه المذهب من الخروج عن مسائله.

ثانياً: رفع القيد القانوني عن الحكم الشرعي في القضايا التي تلامس كيان الأسرة والمجتمع.

ثالثاً: إعادة النظر في القوانين النافذة بما يتلائم مع أحكام الشريعة ومبادئها، في التعاملات المالية وذلك بمنع التعاملات الربوية منها، بتوظيف الاستصناع، لأن من يدرك الفوارق التطبيقية لا تمسه معاناة الجماعة، مع إغفال وجوب الزكاة التي لم يقنن لها تقنيها ملزماً سوى تعليمات أبواب صرفها التي حدها القرآن الكريم، حيث امست فريضة الزكاة وفق إرادة كل شخص دون إلزام من السلطة.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

1. الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الفراء ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: 458هـ)، صححه وعلق عليه : محمد حامد الفقي، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت ، لبنان، الطبعة : الثانية، 1421هـ - 2000م.
2. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة.
3. الأحكام بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والامام، شهاب الدين احمد بن العباس المالكي القرافي(ت684هـ) تحقيق: عبدالفتاح أبو غده، الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب.
4. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي.
5. أصول الأحكام، حمد عبيد، صبحي محمد جميل 1987م.
6. أصول القانون عبدالمنعم فرج الصده، دار النهضة العربية- بيروت- 1971م.
7. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.
8. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
9. البعد القانوني لفريضة الزكاة دراسة تحليلية مقارنة بهاء الدين فقى أحمد عزيز كلية القانون والعلوم السياسية والإدارة بجامعة سوران العراق، بحث منشور 2022/2/13م.
10. البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000م.
11. البهجة في شرح التحفة شرح تحفة الحكام، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: 1258هـ) ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، 1418هـ - 1998م.
12. تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي ت(540هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994م.
13. جباية الزكاة في المملكة العربية السعودية، أعداد هيئة الزكاة والضريبة والجمارك.

14. دراسة مقارنة لنظم الزكاة الجوانب العامة الإدارة والتنظيمية، فؤاد، العمر، من وقائع المؤتمر الثالث للزكاة بعنوان الإطار المؤسسي للزكاة أبعاده ومضامينه، المنعقد في كوالالمبور بماليزيا في الفترة 12-15 شوال 1410هـ الموافق 7-10 مايو 1990م.
15. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.
16. دستور العراق لسنة 2005.
17. سنن أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ) المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
18. سنن الترمذي محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975م.
19. السنن الصغير للبيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان الطبعة: الأولى، 1410هـ - 1989م.
20. السنن الصغير للنسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة: الثانية، 1406 - 1986م.
21. شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ) عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.
22. صحيح مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
23. الضوابط الشرعية لتقنين التطبيق الالزامي للزكاة على مستوى الدولة، حسنين أنور شحاته.
24. عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون - 1427هـ - 2006م.
25. قانون الاحوال الشخصية 188 لسنة 1959م.
26. القانون الجنائي العراقي رقم (111) لسنة 1969م.
27. القانون المدني العراقي لسنة 1951م.
28. قانون صندوق الزكاة رقم (55) لسنة 1987م.

29. القوانين الفقهية القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ).
30. المبدع في شرح المنقح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1418 هـ - 1997م.
31. محاضرات في قانون الاحوال الشخصية كلية القانون جامعة البصرة 2018/5/14 منشورة عبر الرابط: <https://law.uobasrah.edu.iq/archive/9090>
32. الحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر بيروت.
33. المدخل للعلوم القانونية، عبدالمنعم البدرأوي، دار النهضة العربية - بيروت - 1966م.
34. المستدرك على الصحيحين لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (المتوفى: 405هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1411 - 1990م.
35. مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط، محمد أديب صالح، ط1، مكتبة العبيكان - الرياض - 1423هـ - 2002م.
36. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.
37. المنطق القانوني مصطفى الزلمي بحث مستل من مجموعة مقالات منشورة في مجلة الحكمة بغداد.
38. الْمُهَدَّبُ فِي عِلْمِ أُصُولِ الْفِقْهِ الْمُقَارَنِ، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى: 1420 هـ - 1999م.
39. النتف في الفتاوى، لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعْدِي، حنفي (المتوفى: 461هـ) تحقق: صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان الطبعة: الثانية، 1404هـ - 1984م.

(1) سورة البقرة الآية: ١٧٩.

(2) قانون صندوق الزكاة رقم (55) لسنة 1987.

(3) دستور العراق لسنة 2005.

- (4) ينظر: الضوابط الشرعية لتقنين التطبيق الالزامي للزكاة على مستوى الدولة، حسين أنور شحاته: 31.
- (5) فؤاد، العمر، دراسة مقارنة لنظم الزكاة الجوانب العامة الإدارة والتنظيمية، من وقائع المؤتمر الثالث للزكاة بعنوان الإطار المؤسسي للزكاة أبعاده ومضامينه، المنعقد في كوالالمبور بماليزيا في الفترة 12-15 شوال 1410هـ الموافق 7-10 مايو 1990م: 74، البعد القانوني لفريضة الزكاة دراسة تحليلية مقارنة بهاء الدين فقي أحمد عزيز كلية القانون والعلوم السياسية والإدارة بجامعة سوران العراق، بحث منشور 2022/2/13م: 113.
- (6) ينظر: جباية الزكاة في المملكة العربية السعودية، اعداد هيئة الزكاة والضريبة والجمارك: 41.
- (7) ينظر: الشكلية الاتفاقية في العقود، وسن قاسم غني: 14-15.
- (8) ينظر: فقه السنة، سيد سابق (المتوفى: 1420هـ) الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397هـ - 1977م: 121/3.
- (9) سورة البقرة من الآية: 282.
- (10) المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري (المتوفى: 405هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1411 - 1990م: 314/2 (3130).
- (11) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ) الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م: 215/5.
- (12) ينظر: مختصر اختلاف العلماء، أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري الطحاوي (المتوفى: 321هـ) المحقق: د. عبد الله نذير أحمد الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت، الطبعة: الثانية، 1417هـ: 103-29-7/3.
- (13) ينظر: تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1994م: 34/2.
- (14) سنن أبي داود السجستاني (المتوفى: 275هـ) تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، بيروت: 283/3 (3503).
- (15) سنن الترمذي محمد بن عيسى الترمذي (المتوفى: 279هـ) الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975م: 551/3 (1258).
- (16) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية: 80/6.
- (17) البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ) الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1420هـ - 2000م: 81/8-83.
- (18) ينظر: الفصول في الأصول، لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ) الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، 1414هـ - 1994م: 181/2.
- (19) ينظر: الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، 1404 - 1427هـ: 9/9.
- (20) ينظر: اختلاف الفقهاء، لأبي عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المزوري (المتوفى: 294هـ) المحقق: الدكتور محمد طاهر حكيم، الأستاذ المساعد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الناشر: أضواء السلف - الرياض الطبعة: الطبعة

الأولى الكاملة، 1420هـ = 2000م: 516، القوانين الفقهية، لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ): 177.

(21) سنن الترمذي: 525/3 (1231).

(22) ومعنى أو كسهما: أنقصهما من حيث الثمن، ولهذا المعاملة تسمية أخرى وهي صفقتان في صفقة والصفقة هي العقد، والصفقة تشمل البيع وغيره من العقود، كالإجارة والقرض وغيرهما. ينظر: المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت: 502/7.

(23) سنن أبي داود: 27/3 (361).

(24) ينظر: جماع العلم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ) الناشر: دار الآثار الطبعة: الأولى 1423هـ - 2002م: 59/1.

(25) سنن أبي داود: 283/3 (3504)، سنن الترمذي: 527/3.

(26) وقد فسر الإمام محمد بن الحسن السلف والبيع بقوله: أما السلف والبيع فالرجل يقول للرجل أبيعك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالا ومؤجلا بألفين، وأما ربح ما لم يضمن فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجازة في بيع، ولو كان لا يقابلهما شيئاً من الثمن يكون إعارة في بيع وكل ذلك فاسد. ينظر: البناية شرح الهداية، للعيني: 185/8.

(27) شرح معاني الآثار، للطحاوي: 90/4 (589)، السنن الصغرى للبيهقي: 81/3 (2562).

(28) النتف في الفتاوى، للسُّعدي: 471/1.

(29) مسند أبي يعلى، أحمد بن علي الموصلي (المتوفى: 307هـ) تحقيق: حسين سليم أسد الناشر: دار المأمون للتراث، دمشق الطبعة: الأولى، 1404هـ - 1984م: 427/3 (1918).

(30) وقد وضع الفقهاء قاعدة لما يصح استثنائه، وهي أن كل ما جاز أن يقع عليه التعاقد بانفراده يصح استثنائه من الصفقة مثل أن يبيع قطيعاً من الغنم ويستثنى شاة معينة، ولا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً مثل بيع قطيع إلا شاة غير معينة، كما يجوز بيع شاة واستثناء بعض أعضائها كالرأس والجلد والأكارع، والحكمة في ذلك أنه ليس كل الناس يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط فجاز شراء اللحم دونها. ينظر: البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة: الأولى، 1420هـ - 2000م: 382/10.

(31) سنن أبي داود: 26/3 (3468).

(32) ينظر: أسنى المطالب: 231 / 2.

(33) ينظر: شرح منتهى الإرادات: 138-134 / 2.

(34) ينظر: البهجة شرح التحفة: 95-91 / 2.

(35) ينظر: المهذب للشيرازي: 145-143 / 2.

(36) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي الغرناطي (المتوفى: 741هـ): 215.

(37) ينظر المحلى بالآثار لابن حزم: 6 / 393-395.

- (38) ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه: 45/2.
- (39) صحيح مسلم: 3/1197 (1564).
- (40) ينظر: المبدع شرح المقنع، ابن مفلح: 4/253، المغني لابن قدامة: 7/57.
- (41) ينظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي: 2/124-128.
- (42) ينظر: القوانين الفقهية: 215.
- (43) دستور العراق لسنة 2005.
- (44) نصوص المواد المذكورة أعلاه المادة (19) 1- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين. 2- يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال = 3- يسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى 4- المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد يسري عليها قانون الاب 5- في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده وفق المادة (20) المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلة وناقصيها والغائبين ويسري عليها وفق قانون الدولة التي ينتمون اليها وفق المادة (21) الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين وفق المادة (22) وقضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يلي: أ - اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات، غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه ب - الاجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك المادة (23) 1- قضايا الوصايا يسري عليها الموصي وقت موته 2- تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالاموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة الى متوفي اجنبي وفي كيفية انتقالها المادة (24) المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامور الذي ترتب عليه كسب الحق او فقده.
- (45) ينظر: محاضرات في قانون الاحوال الشخصية كلية القانون جامعة البصرة 2018/5/14 منشورة عبر الرابط: <https://law.uobasrah.edu.iq/archive/9090> تمت الزيارة بتاريخ 2024/3/28.
- (46) القوانين الفقهية، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ): 195.
- (47) سورة الأعراف الآية: 188.
- (48) سورة النساء الآية: 3.
- (49) ينظر: الاحكام بين الفتاوى والاحكام وتصرفات القاضي والامام، شهاب الدين احمد بن العباس المالكي القرائي (ت684هـ) تحقيق: عبدالفتاح أبو غده، الناشر مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب: 63-64-65.
- (50) سورة البقرة الآية: 179.
- (51) ينظر: الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، الناشر: دار الحديث - القاهرة: 65-327.

- (52) ينظر: المدخل للعلوم القانونية، عبد المنعم البدر اوي: 218-219، مصادر التشريع الإسلامي ومناهج الاستنباط، محمد أديب صالح،: 471، الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان: 285، أصول الأحكام، حمد عبيد، صبحي محمد جميل: 284، مجموعة الأبحاث العلمية الشرعية والقانونية، الزلي: 131.
- (53) ينظر: أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصطفى الزلي: 86، المنطق القانوني مجلة الحكمة - بغداد: 73.
- (54) الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان: 285.
- (55) ينظر: المدخل للعلوم القانونية، عبد المنعم البدر اوي: 218-219، مصادر التشريع الإسلامي، محمد أديب صالح: 471، الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان: 285.
- (56) ينظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الفراء، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: 458هـ)، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، 1421هـ - 2000م: 36.
- (57) أصول القانون عبد المنعم فرج الصده،: 296.
- (58) سورة الأنعام الآية: ١٦٤.
- (59) معرفة السنن والآثار، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، الطبعة: الأولى، 1412هـ - 1991م: 323/12 (16865).