التنظير الفقهي للأحوال الشخصية بين القانون الجعفري والقانون المدني العراقي (دراسة مقارنه)

هرمز اسدي كوه باد / جامعة رامهرمز
محمد هاشم كرم النوري / جامعة آزاد إسلامي واحد (خورسكان) أصفهان ، ايران

المستخلص :

ان من الضروري إيجاد نظرية متكاملة للتنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية خصوصا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية وبأسلوب عصري ، وطريقة منهجية صحيحة، كونها تعتبر من القضايا المهمة في هذا العصر وذلك لكثرة الدعوات الى العودة إلى الشريعة ، وصياغة القوانين بالاعتماد عليها، مع ضرورة تبيين قدرة الشريعة الإسلامية على الاستجابة لمتطلبات العصر وبناء قانون يستمد أحكامه من الشريعة الغراء وللإحاطة بالموضوع فقد تناولناه في ثلاث مباحث ومقدمة بينا في اولها لبحث المفاهيم الكلية وخصصنا الثاني لبيان تاريخ الموضوع ومصادره ومنهجيته وآثاره وأفردنا الثالث لبحث الموضوع في قانون الأحوال الشخصية الجعفرية واختتمنا بحثنا بمجوعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها

الكلمات المفتاحية : التنظير ، الفقه ، التشريع ، قانون

Abstract

It is Important to find an interested theory for jurisprudential theorizing of Islamic Sharia rulings, especially those related to personal status in a modern style, and a correct methodological method, as it is considered one of the important issues in this era, due to the many calls to return to Sharia, and to formulate laws based on it, with the need to clarify the ability of Sharia The Islamic law has to respond to the requirements of the times and to build a law that derives its provisions from the noble Sharia. we got it

key words: Endoscopy, jurisprudence, legislation, law

مشكلة البحث : تعاني إحكام قانون الأحوال الشخصية بعدم مواكبتها للمتغيرات الحاصلة داخل المجتمع الإسلامي من حيث الإحكام والإجراءات فكانت دراستنا هذه محاولة للتنظير الفقهي لإحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأحوال الشخصية الجعفري المقترح .

المقدمة

ان المتأمل لواقع المسلمين اليوم تأخذهم الحسرة والحزن على هذا الواقع المرير، حتى أصبحوا عالة على غيرهم من الأمم في كل شيء حتى في قوانينهم، بالرغم من أنهم يمتلكون شريعة سلمية تحتوي على نظريات ومبادئ قانونية سامية، شريعة تعتبرا نظاماً فريداً في

Topic title Jurisprudential theorizing of personal status between the Jaafari law and the Iraqi civil law

،Prof. Hormuz Asadi Kohbad
Ramhormoz University
Mr. Muhammad Hashem Karam Al-Nouri
Islamic Azad University Branch (khorasgan) Isfahan ; Iran
https://orcid.org/0000-0003-4677-205X
mohammed.89.karam@gmail.com
DOI /2022 10.54633/2333-021-042-031

تصوراتها وأهدافها وغاياتها، تنظم حياة الفرد والمجتمع، وتبين الحقوق والواجبات. والدعوة الى التنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية دعوة تتفق مع أهداف ومقاصد الشريعة الداعية الى نفي الحرج، ففيها استشراق لمستقبل القانون الإسلامي. لقد قررت بعد الاستعانة بالله سبحانه تناول موضوع التنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامي ؛ وذلك لأن الدعوة الى التنظير الفقهي جاءت مستجيبة للتجدد في حركة الفقه المعاصرة ، ومرتبطة بالحياة والعصر الذي نحياه .

أهمية الموضوع:

١. ضرورة إيجاد نظرية متكاملة شاملة للتنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية بأسلوب عصري، وطريقة منهجية صحيحة.

٢. تعتبر قضية التنظير الفقهي لأحكام الشرعية الإسلامية من القضايا المهمة في هذا العصر؛ للدعوات الرسمية والشعبية الى العودة إلى الشريعة، وصياغة القوانين بالاعتماد عليها.

٣. ضرورة بيان الرأي الفقهي في القضية المستجدة.

٤. بيان قدرة الشريعة الإسلامية على الاستجابة لمتطلبات العصر، وبناء قانون يستمد أحكامه من الشريعة الغراء.

وعليه سوف نقسم البحث الى مباحث ثلاث نخصص الاول لبيان المفاهيم الاساسية ونبحث في الثاني تاريخ التنظير الفقهي ومصادره ومنهجيته وآثاره اما الثالث فنفرده لبحث التنظير الفقهي في قانون الأحوال الشخصية الجعفرية وقد اختتمنا بحثنا بمجوعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها.

المفاهيم الأساسية

بالنظر لأهمية الموضوع لما له من تماس بالوقائع المستحدثة في الحياة البشرية المتطورة لذلك بحثنا معنى الشريعة الإسلامية مع الاشارة الى الخصائص التي تتمتع بها مع قابليتها لتنظير الفقهي اولا اما في الثاني فقد خصصناه لبحث معنى الفقه الإسلامي وبيان أقسامه وافردنا الثالث لعمل مقارنة بين التشريع الإسلامي والوضعي.

المطلب الأول

بيان معنى الشريعة وبيان خصائصها وقابليتها للتنظير الفقهي

أولا: تعريف الشريعة لغة: وردت كلمة الشريعة في اللغة بمعان مختلفة من أهمها:

١- المواضع: الشريعة في كلام العرب هي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها، ويستقون رضا(١٣٥٤هـ)

٢- الابتداء: كما في قولنا شرع في الحديث، أي ابتدء، قال ابن جرير: كل ما شرعت فيه من شيء فهو شريعة، ومن ذلك قيل لشريعة الماء شريعة؛ لأنه يشرع منها الى الماء، ومنه سميت شريعة الإسلام شريعة لشروع أهلها فيها[١] رشيد رضا(١٣٥٤هـ).

٣- الظهور والبيان والوضوح: شرع أي أظهر: قال تعالى:(أم شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله)، أي: أظهروا لهم... ومعنى شرع بين وأوضح)[٢] مكرم .

٤- السن: فالشريعة ما سن الله من الدين وأمر بها كالصوم والصلاة والزكاة والحج. ب- تعريف الشريعة اصطلاحاً: أما الشريعة في الاصطلاح فتطلق على ما شرعه الله عز وجل لعباده من أحكام على لسان رسول من رسله، وهي بهذا

[١] محمد رشيد رضا(١٣٥٤هـ)، تفسير المنار، ج٦، ص٤١٣، دار المنار، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٦٧هـ

[٢] محمد بن مكرم، لسان العرب، ج٨، ص١٧٦.

www.misan-jas.com

المعنى تشمل جميع الشرائع السماوية[٣] فيقال: الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية والشريعة الإسلامية. ولكن عند إطلاق كلمة الشريعة فإنها تطلق على الشريعة الإسلامية وذلك لما يلي:

ا - أنها خاتمة الشرائع السماوية كلها قال تعالى: {اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا[٤](سورة المائدة) .

ب - أنها احتوت على أفضل ما في الشرائع السابقة من أحكام وزادت عليها من الأحكام. ثانياً: في بيان خصائص الشريعة الإسلامية: تميزت الشريعة الإسلامية بخصائص برهنت على صلاحيتها لكل زمان ومكان، حيث قدمت الحلول المناسبة لمشكلات البشرية فلا نكاد نجد واقعة الا والشريعة الإسلامية فيها راي وحكم وفيما يلي بيان لأهم تلك الخصائص:

١. كون الشريعة الإسلامية ربانية: هذه الميزة دليل على نقاء الشريعة وصلاحيتها وديموميتها، فشارعها هو الله عز وجل، وهدفها هو ربط الناس بخالقهم من خلال الامتثال لأوامره واجتناب نواهيه، وربانية الشريعة دليل على صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان؛ ولذا فهي جديرة بالتقنين في أي عصر من العصور.

٢. الشمولية والكمال: الشريعة الإسلامية عقيدة وعبادة وسلوكاً واخلاقاً، وهي نظام اقتصادي سياسي اجتماعي، شاملة لجميع شئون الحياة ومتطلباتها، تعنى لا فقط بالفرد بل وبالجماعة أيضاً، وتضبط العلاقة بينهما داخل المجتمع وخارجه، والشريعة الإسلامية نظام شامل لجميع شئون الحياة فهي تبين له أصول العقيدة وتنظم صلته بربه وتبين حقوق نفسه، كما تهتم بالفرد والأسرة والمجتمع فقد وضعت لنا نظاماً سياسياً اجتماعياً اقتصادياً، فكأنها بذلك تعطينا صورة كاملة لنظام صالح للحياة.

٣. الثبات والمرونة: تمتاز الشريعة بثبات أصولها، وهذا الثبات عامل مهم من عوامل استقرارها واستمرارها، وهي في الوقت ذاته تتسع دائرة المرونة فيها فتظهر قدرتها على مواكبة تطورات أي عصر من العصور، ومن هذه المرونة ما يسميه السيد الشهيد بمنطقة الفراغ حيث أن الشارع سكت عن أشياء قاصداً بذلك السكوت ان يفسح المجال لمجتهدي هذه الامة أن يجتهدوا فيما يجد من مسائل مستحدثة معاصرة ويبينوا حكم الله فيها، وهذا هو السر في صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان.

٤. اليسر ونفي الحرج: اليسر ورفع الحرج صفة واضحة في جميع أحكام هذه الشريعة، وكونها ميسرة لا حرج فيها نتيجة منطقية لسعتها وكمالها، وهذا المبدأ لا يختص بنوع من أنواع الأحكام، إنما هو مبدأ عام قامت عليه أحكام الشريعة في العبادات والمعاملات، ففي المعاملات يكفي رغبة المتعاقدين ورضاهما في أن يكون العقد صحيحا، وفي العقوبات الحدود تدرأ بالشبهات. وهناك خصائص أخرى مهمة من قبيل حفظها لمصالح العباد فاذا قمنا باستقراء الشريعة في كلياتها وجزئياتها لتبين أن الشريعة وضعت لحفظ مصالح العباد وقطع دابر الفساد.

ثانياً : أقسام الشريعة: الشريعة الإسلامية باعتبار كونها أحكاماً تشمل الأقسام التالية:

١. الأحكام العقائدية، وهي المتعلقة بذات الله سبحانه وصفاته والإيمان به وبكتبه ورسله.

[٣] نفس المصدر
[٤] المائدة: ٣

www.misan-jas.com

٢. الأحكام الأخلاقية: وهي التي تتعلق بتهذيب النفوس وإصلاحها، كالأحكام المبينة للفضائل.

٣. الأحكام الفقهية(العملية) وهي ما تتعلق ببيان أعمال الناس وتنظيم علاقتهم بخالقهم كأحكام الصلاة والصوم والحج والزكاة وتنظيم علاقة بعضهم ببعض كأحكام الزواج والطلاق.

المطلب الثاني

في تعريف الفقه الإسلامي وبيان أقسامه

لقد تعرضت الشريعة الإسلامية الى هجمات شرسة، كان الهدف منها هو اقصاؤها عن الحياة بكافة أشكالها، والفقه الإسلامي هو تراث الأمة الحي، الذي ينظم شؤون حياتها في الساسة والإدارة والقضاء بن مكرم ، وفي هذا المقصد سابين الفقه الإسلامي وأقسامه التي تشمل جميع ما ورد في القوانين الوضعية، فالسبق ثابت للشريعة الإسلامية، نعم كل ما يحتاجه الفقه الإسلامي هو عملية صياغة وإعادة ترتيب بما يتلاءم مع متطلبات العصر.

أولاً: أ-تعريف الفقه: لغة تفيد كلمة الفقه الفهم والعلم في لغة العرب ، قال الراغب الأصفهاني: (الفقه العلم بأحكام الشريعة)(الأصفهاني٥٠٥ه)، وبهذا تدل كلمة الفقه لغة على الفهم الدقيق بالشيء.

ب-تعريف الفقه اصطلاحاً: علم الفقه هو العلم الذي نعرف من خلاله الحكم الشرعي في كل واقعة ويحدد الموقف العملي للمكلف، ليزيل الغموض من حوله، ويصبح واضحاً للمكلف كيف يتصرف فيه، ليكون بالتالي مطيعاً وتابعاً مخلصاً للشريعة. أو هو: (العلم بالأحكام الشرعية العملية عن أدلتها التفصيلية لتحصيل السعادة الأخروية). ولهذا يمكن القول: إن علم الفقه (هو علم استنباط الأحكام الشرعية، أو هو علم عملية الاستنباط) (الصدر ١٤٠٠ هـ). وعلى هذا يكون الفقه هو معرفة أحكام الله سبحانه وتعالى في أفعال المكلفين، بالوجوب أو الحرمة أو الاستحباب أو الكراهة أو الإباحة.

ثانياً: أقسام الفقه وقابليتها للتنظير الفقهي لا بد من بيان أقسام الأحكام الفقهية؛ لان بعض أقسام الأحكام الفقهية غير قابلة للتنظير الفقهي، وبعضها قابل للتنظير، وعلى ذلك فإن أهم أقسام الأحكام الفقهية:

١. الأحكام المتعلقة بعبادة الله من صلاة وصوم وحج وزكاة وغيرها، وتسمى العبادات، وهذا القسم غير قابل للتنظير الفقهي.

٢. الأحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونفقه وغيرها وتسمى بالأحوال الشخصية.

٣. الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين وتعاملهم مع بعضهم البعض في الأموال والحقوق، وتسمى المعاملات.

٤. الأحكام المتعلقة بالجرائم والمجرمين وتسمى العقوبات (الشهيد الأول ٧٨٦ هـ).

والاقسام الثلاثة قابلة للتنظير الفقهي خلاف القسم الأول .

المطلب الثالث

مقارنة بين التشريع الإسلامي والوضعي

تختلف الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية في نشأتها، مصدرها، طبيعتها وغايتها.

ثم انه من العبث أن نقارنها مع القوانين الوضعية الناشئة من تطور الأعراف والتقاليد والعادات الاجتماعية حتى تصبح لها قوة الإلزام. ولكن يمكن أن نقيم موازنه عامة بين التشريعين في النقاط التالية:

١. مصدر الشريعة الإسلامية إلهي عن طريق الوحي الذي نزل على الرسول صلى الله عليه واله، أما التشريع الوضعي فمصدره سلطان الدولة.

www.misan-jas.com

٢. التشريع الوضعي يقتصر على تنظيم علاقة الفرد بالآخرين أو علاقته بنفسه ضمن إطار اجتماعي، أما الشريعة الإسلامية فتهتم بعلاقة الفرد بربه، والفرد بالفرد، والفرد بالمجتمع ضمن إطار تكوين الإنسان وتزكية نفسه.

٣. تهتم القوانين الوضعية بالسلوك الخارجي للفرد، بينما الشريعة الإسلامية تحاسب على الأعمال الداخلية، ويعطى لكل تصرف إنساني حكمين (حكما في الدنيا، وحكما في الآخرة) وهذا ما نسميه (أفعال القلوب وأفعال الجوارح).

٤. الشريعة تراعي المصلحة العامة وتقدمها على مصلحة الفرد.

٥. يتفق التشريع الإسلامي في أحكامه الرادعة الأخلاق والضمير الإنساني كالنهي عن المنكر والأمر بالمعروف، أما القانون الوضعي فيغلب عليه الطابع السلبي في ردع المفاسد والنهي عن الأذى والسلوك الإجرامي، مثلا: تجريم بعض الأفعال لا يقوم على أساس الحفاظ على الأخلاق مثل الزنا، بحيث جرمها القانون لأنها تمس العلاقة الزوجية فقط بغض النظر عن جانبها الأخلاقي الذي تنافيه. مع وكنتيجة: الشريعة الإسلامية واقعية قادرة على تحقيق المصلحة في المعاملات شاملة، طبيعتها إنسانية، مصدرها الله، وضعت لكافة الناس، تتماشى مع القوانين الوضعية بل تتفوق عليها في كثير من المسائل دون تقصير.

الثاني

بيان تاريخ التنظير الفقهي ومصادره ومنهجيته وآثاره

المطلب الأول

بيان تاريخ التنظير الفقهي المنهجية العلمية في دراسة التنظير الفقهي لأحكام الفقه الإسلامي

تفرض علينا تتبع تاريخ التنظير الفقهي ومعرفة الأسباب والدوافع التي أدت الى تطور عملية التنظير، بالإضافة الى معرفة مواطن الضعف والخلل، وإيجاد وسائل العلاج والعمل على اصلاح القوانين وتقديمها بصورة تتناسب مع متطلبات العصر، ومما لا ينكر أن تاريخ التنظير الفقهي ارتبط في كثير من أوقاته بعوامل سياسية واقتصادية ودينية، فليس غريباً أن لا يكون التوجه نحو تقنين أحكام الشريعة توجهاً خالصاً يراد به رضى الله سبحانه وتعالى.

في هذا المبحث سأتحدث عن تاريخ التنظير الفقهي للأحكام الشرعية من خلال الوقوف على محطتين هامتين شهدت فيها حركة التنظير الفقهي نشاطا متميزاً، واقتصاري على هاتين المحطتين لتعسر الوقوف على التاريخ بأكمله وعدم سعة البحث من جهة أخرى.

الأولى: التنظير الفقهي في العهد العثماني :-

شهد العهد العثماني حركة واسعة ونشيطة في مجال التنظير الفقهي (محمصاني١٤٠٥هـ)، حين اصدر سلاطين الدولة العثمانية تشريعات وقوانين عرفت في ذلك العصر باسم "فرمانا" ومن المعروف أن الدولة العثمانية قد اتخذت من مذهب ابي حنيفة مذهباً رسمياً للسلطنة العثمانية، بعد أن كانت السلطنة خاضعة للشريعة الإسلامية من دون تقييد بمذهب معين، ثم رأى السلطان سليم الأول التقيد بالمذهب الحنفي فاصدر قراراً سلطانياً(فرمانا) يعلن فيه أن المذهب الحنفي هو مذهب السلطنة العثمانية في أمور القضاء والافتاء، فكانت أول

www.misan-jas.com

مرحلة في تاريخ تدوين الفقه في السلطنة العثمانية (شحاته ١٩٦٠) ، وكذلك صدر عن السلطان سليمان الأول حوالي سنة ١٥٥٠ قانون نامه يشتمل أيضاً على تنظيم للمسائل الإدارية والمالية العامة، كما يعرض لبعض الجرائم وعقوباتها، وقد أشاد المؤرخون بآثار أبي السعود واجتهاده ودوره الفعال في تألف القانون العثماني مع الشريعة الإسلامية وفي تنظيم الأمور الدينية وشؤون الدولة (ويتشارد رب ١٩٨٩) . ويلاحظ بعد ذلك أن التنظير الفقهي أصبح بعيداً عن الشريعة الإسلامية - وخصوصاً في عصر السلطان محمد الفاتح-بحجة المصلحة والضرورة الأمنية بسبب زيادة الجرائم في ذلك الوقت، فاتخذ السلطان جملة من القوانين يستوجب الخروج عليها جملة من العقوبات الرادعة، لكن الأهم هو التوتر الذي حدث بين أنصار الشريعة والقانون، حيث كان العلماء والقضاة يتصدون لمحاولات خروج القانون عن أحكام الشريعة، وخير مثال على ذلك هو موقف المفتي علي (جمال أفندي١٥٢٥م) من السلطان سليم الأول ومنعه إياه من ممارسة عرف سلطاني يتعلق بالعقوبات، عندما أراد ان ينزل عقاباً على مجموعة من المجرمين تتجاوز الحدود المعروفة في الشريعة (ويتشارد رب١٩٨٩).

الثانية: التنظير الفقهي عند السيد الشهيد محمد باقر الصدر

نلاحظ، ابتداء من السيد جمال الدين الأفغاني، بروز قابلية على استحضار الفكر الاسلامي للمفاهيم القرآنية المرتبطة بالمجتمع وبالتاريخ، وقدرة على ربط حالة الأمة الاجتماعية والسياسية والثقافية بلغة القرآن الكريم. ثم تطور الفكر الاسلامي إلى مستوى آخر، حيث بدأ يتعامل، بشكل مباشر ومن منظور قرآني، مع المذاهب الاجتماعية والسياسية وبدأ يرصد الآيات ويستخلص دلالاتها من أجل اكتشاف إطار للمذهب الاجتماعي والسياسي والاسلامي. وتعبر كتابات الشهيد السيد محمد باقر الصدر، في هذا السياق، عن مرحلة جديدة في تطور الفكر الاسلامي وانتقاله من المبادئ والأفكار العامة إلى مستوى التنظير وتحديد المفاهيم ونقد النظريات والمذاهب الاجتماعية والسياسية الغربية. وهنا يبرز فكر الشهيد كفكر اسلامي بالمعنى الشرعي للكلمة، فهو فكر يختلف عن التيارات التي حاولت أن تصوغ فكراً اسلامياً بالاعتماد على مناهج فكرية غير اسلامية. فهذه التيارات تبرر الواقع باسم التوفيق بين الإسلام والمعاصرة، أما فكر الشهيد فهو فكر يرفض كل تأويل أو تفسير يختلف : مقاصد الإسلام ومضامينه. مع لقد حرص الشهيد على ألا يسقط في فخ النزعة التوفيقية التي سقط فيها الفلاسفة المسلمون قديماً والمحدثون في العالم الاسلامي في عصرنا. انطلاقاً من هذا التحفظ المبني على التقوى ذات الأبعاد التعبدية والمنهجية، حاول الشهيد السيد محمد باقر الصدر استنباط المفاهيم القرآنية المؤطرة والموجهة لتنظير الفكر الاجتماعي السياسي الاسلامي. فتصنيف الشهيد لهذه المفاهيم هو تصنيف يؤكد على وحدتها وترابطها وتكاملها. (فتصنيف الشهيد لهذه المفاهيم هو تصنيف يؤكد على وحدتها وترابطها وتكاملها). فهو يتجنب النظرة التجزيئية كما يتجنب الاسراف في التأويل والتسرع في الاستنتاج. فالفكر الاجتماعي السياسي هو جزء من كل، فالشهيد السيد محمد باقر الصدر يرى أنه من الخطأ العلمي والمنهجي فصله عن النسق العام الذي يتمحور حول العقيدة الإسلامية، فالشهيد انطلق في تنظيره للمذهب الاقتصادي الاسلامي، ولسائر القضايا الاجتماعية والسياسية والفلسفية التي عالجها . من استيعاب هذه القضايا في كليتها أي في ترابطها مع كل جوانب النظرة الإسلامية إلى الكون والإنسان. فالشهيد يرى أن فهمنا وتنظيرنا للحياة الاجتماعية يتوقف على النظرة الكلية إلى القرآن الكريم والسنة الشريفة لا على

النظرة الانتقائية. لقد تحرر السيد الشهيد السعيد من العائق المتمثل في فقه الفروع والذي وقف أمام ظهور المذهب الاجتماعي الاسلامي، فبفضل منهجية أصول الفقه وصل الفكر الاسلامي في المجال الاقتصادي والاجتماعي والسياسي عند الشهيد محمد باقر الصدر إلى مستوى صياغة المفاهيم كاساس ضروري للمذهب الاجتماعي. ذلك أن مبحث أصول الفقه هو الذي يسمح للفكر الاسلامي بطرح القضايا الاجتماعية والسياسية طرحاً كلياً لا جزئياً، فعملية التنظير الاجتماعي كانت معطلة من طرف فقه الفروع أو النزعة الفقهية التي تتناقض مع الرؤية الكلية للقضايا في الشريعة الإسلامية. فالشهيد، باعتماده على أصول الفقه ومنهجيته، قد اتخذ الفكر المتريث والنظرة الشمولية لصياغة المذهب الاجتماعي الاسلامي على أساس أحكام الشريعة. فالفكر الاجتماعي - السياسي عند الشهيد تمت صياغته ضمن فقه مفلسف، أي ضمن أصول الفقه كإطار نظري. فمبحث أصول الفقه هو الذي جعل الفكر الاسلامي يستعد، منذ السيد جمال الدين الأفغاني، لاستيعاب مشكلات الحياة الإنسانية ومستجداتها والنهوض بالدور المطلوب ازاء معطيات الحضارة الحديثة. وقد وصل الفكر الاجتماعي - السياسي الاسلامي إلى أقوى درجة من العمق في كتابات الشهيد، وهذا العمق لم يكن أبداً على حساب الإسلام ومتطلباته، بل تمت صياغة الفكر الاجتماعي السياسي لدى الشهيد ضمن اشكالية العلاقة بين العقل والنص والواقع على العموم، وضمن أطر أصول الفقه على الخصوص. لأن الواقع بابتعاده عن هدى الله هو واقع فاسد بالنسبة للشهيد السيد محمد باقر الصدر، وكل لجوء إليه كقوة مرجعية أي كمصدر وحيد لتنظير هو خروج عن متطلبات الشرع واخضاع حكم الله لحكم الواقع. أي اخضاع المطلق للنسبي، وهذا لا يعني أن منهجية الشهيد هي منهجية أحادية الجانب تنطلق من النص دون أي اعتبار للواقع، بل على العكس فالفكر الاجتماعي - السياسي لديه، من حيث هو فكر اجتهادي، يعطي للواقع كل ثقله شريطة أن لا تخرج عملية التنظير عن الثوابت الإسلامية وهنا تتجلى ثورية الفكر الاجتماعي المعتمد على هذا المنهج حيث أن استجابة المفاهيم الاجتماعية والسياسية لحركة الواقع تكون دائماً من موقع تأثير الإسلام عقيدة وعبادة وشريعة في حركة الواقع لا اضفاء المشروعية عليها وتبريرها. وهكذا فالفكر الاجتماعي الاسلامي الذي صاغه الشهيد هو فكر تحويل لا فكر تبرير. فكل محاولة للتقدم والخروج من التخلف ليست في جوهرها ــ انطلاقاً ، المنهج - الا الرجوع إلى النص والى عصر الرسالة، أي اعادة الانتماء للحضارة الإسلامية في مسارها السابق على الانحراف. من هذا ان تطويق العلاقة بين الدين والواقع في الإطار الضيق لفقه الفروع أحدث فجوة بين الإسلام والحضارة، بين الأمة وحركة التاريخ. فالفكر الاجتماعي - السياسي الذي صاغه الشهيد جاء نتيجة لبعث الحياة في الفقه باستعمال وسائل الاجتهاد ومفاهيمه (عبد الحميد٢٠١٣) .

المطلب الثاني

بيان مصادر التنظير الفقهي

لا تستطيع أي أمة من الأمم ان تعيش بدون قانون يحكمها، ولا بد لهذا القانون من مصادر يعتمد عليها، والشريعة الإسلامية اعتمدت على مصادر اكسبتها الهيبة والاحترام فانقاد المسلمون لأحكامها والتزموا بها. وفي بحثنا عن التنظير الفقهي لا بد لنا من بيان المصادر التي اعتمد عليها القانون الإسلامي والأصول التي سار عليها، فنقول أن المصادر لدينا هي الكتاب والسنة والإجماع والعقل، في حين قصر الظاهرية المصادر على ثلاثة الكتاب والسنة والإجماع، وزاد الشافعية عليها مصدرين آخرين هما القياس والاستصحاب، وأضاف الحنفية الى

المصادر الخمسة: الاستحسان والعرف، وأضاف الحنابلة الى الخمسة السابقة المصالح وسد الذرائع، إما المالكية فقد تعددت لديهم الأدلة، فتصل عشراً هي: القرآن، والسنة، والإجماع، عمل أهل المدينة، القياس، الاستحسان، والمصالح المرسلة، والذرائع، والعرف، والاستصحاب. وفي هذا المطلب سنقتصر على بيان معنى القرآن الكريم والسنة الشريفة وصلاحيتهما كمصدر للتنظير الفقهي، فهذا اهم ما يعنينا

أولا: القرآن الحكيم: القرآن الكريم-كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي- اشتمل على احكام اعتقادية واخلاقية وعملية تتعلق بما يصدر عن المكلف من أفعال وأقوال وعقود وتصرفات، وشمل أيضاً العلاقات الأسرية والأحكام المدنية والجنائية على مختلف مستوياتها، وبهذا يكون القرآن الكريم قد اشتمل على بيان كلي للأحكام الشرعية، ولكن بيان القرآن متصل اتصالاً مباشراً ببيان السنة وشرحها للأحكام. إذا: فالقرآن وإن كان أصل التشريع الأول، لكنه لم يدل على الأحكام التشريعية الفقهية في غالب الأحيان، إلا على نحو كلي عام لا على نحو جزئي خاص، ولم يفصل إلا في بعض الأمور التي لا تتغير أحكامها بتغير الزمان مثل أحكام الأسرة، واحكام المواريث، وهذا من رحمة الله سبحانه وتعالى بعباده أن ترك هذه المسائل المتغيرة ليقوم علماء كل زمان ومكان بوضع ما يناسب عصرهم لكن في ضوء الحدود العامة التي رسمها لهم القرآن الكريم، فعلى سبيل المثال أوجب القرآن إقامة العدل بين الناس بنص عام، ولم يحدد طريقة القضاء بحيث يأخذ كل وقت ومكان بما يلائمها، فقد يكون المناسب أن يكون القاضي فرداً أ جماعة، وقد يكون الحكم نهائيا أو خاضع لرقابة جهة أعلى. وبهذا يعتبر القرآن الكريم بمبادئه العامة، المرجع الأساسي في التنظير الفقهي، فمنه تستقى الأحكام، واعتماداً على الأسس والمبادئ التي جاء بها القرآن يجب أن تصاغ القوانين في هذا العصر وفي كل عصر.

ثانياً السنة الشريفة: تعتبر السنة مصدراً ثانياً من مصادر التشريع الإسلامي، يجب طاعة أحكامها والعمل بمقتضاها متى ما ثبتت عن المعصوم عليه السلام. احتوت السنة الشريفة على أحاديث بينت الشؤون التشريعية وكان من أهمها:

١-العقائد، فيما يتعلق بالله وصفاته وما يتعلق بالرسل والوحي، وما يتعلق بالمعاد.

٢- الأخلاق: حيث جاءت الأحاديث بكثير من الأخلاق وامتدحتها.

٣-الأحكام العملية التي تتصل بضبط العبادات، وتنظيم المعاملات. وروي في القسم الأخير كم كبير من الأحاديث، اتخذها العلماء مصدراً راً ثانياً للتشريع بعد القرآن الكريم، والسنة بهذا الاعتبار جزء متمم لقانون الشرع الإسلامي الأصلي (القرآن الكريم)، فكلاهما يجب اتباعه والعمل به، وهذا يرشدنا الى أن السنة الشريفة قد اشتملت على الأحكام التي يحتاجها المسلمون في حياتهم لتنظيم أمورهم، فتكون صالحة للتنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يجادل في ذلك مسلم، وغالبية الأحكام التي يراد التنظير الفقهي لها تقع في القسم الثالث

المطلب الثالث

بيان منهجية التنظير ومزاياه

ينقسم البحث هنا الى مقصدين

المقصد الأول: بيان منهجية التنظير الفقهي

عملية التنظير الفقهي عمل منهجي لها قواعد تحكمها، وأصول ترسم ملامحها، فهو في بناء الصرح القانوني، وأهمها ما ستتناوله: عمل منظم، ومنهجية التنظير هي القواعد والأصول التي يسير عليها التنظير الفقهي

أولاً: مصدر التنظير الفقهي وهما القرآن الكريم والسنة الشريفة وشروحهما مما ذكره فقهاء المذاهب

www.misan-jas.com

الإسلامية، من هنا ظهرت مسألة المذهبية في التنظير الفقهي، وهي من المسائل التي وقف عندها العلماء في منهجية التنظير الفقهي، فظهرت رؤى متعددة في هذه المنهجية (أحمد الزرقا ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م)، ، منها ضرورة عدم الاقتصار على مذهب معين، فيما يرى آخرون إمكانية الاقتصار على مذهب معين في الدول التي تسير على مذهب واحد، واحتج أصحاب المنهجية الأولى أن الالتزام بمذهب معين فيه تقييد لدائرة الفقه الرحبة، وعدم الاستفادة من الثروة الفقهية الناتجة عن مختلف الآراء والاجتهادات . وقد دعا الشيخ أحمد شاكر إلى خطة منهجية لتنظير وتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قال:(الخطة العملية فيما أرى: أن تختار لجنة قوية من أساطين رجال القانون وعلماء الشريعة، لتضع قواعد التشريع الجديد غير مقيدة برأي، أو مقلدة لمذهب، إلا نصوص الكتاب والسنة، وأمامها أقوال الأئمة وقواعد الأصول وآراء الفقهاء، وتحت أنظارها آراء رجال القانون كلهم. ثم تستنبط من الفروع ما تراه صواباً، مناسباً لحال الناس وظروفهم، مما يدخل تحت قواعد الكتاب والسنة، ولا يصادم نصا، ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة. وستجدون من يسر الإسلام ودقائق الشريعة ما يملأ صدوركم إعجاباً، وقلوبكم إيماناً، وسترون أن ما تتوهمون من عقبات في سبيل التشريع الإسلامي قد ذلل ومهد)(شاكر١٩٩٢).

ثانياً: صياغة التنظير الفقهي :

الصياغة الفنية للمواد التي ينظر فقهيا لها بالغ الأثر من الناحية العلمية في بيان قوة المنهج أو ضعفه، ومن هنا نجد أن عند دراسة مشروعات التنظير الفقهي ان اللجان التي تقوم بذلك العمل قد حرصت على الأخذ بالمصطلحات القانونية المعروفة والمألوفة ولم تخرج عليها في الصياغة إلا إذا اقتضت الضرورة فتصاغ الاحكام في صياغة قانونية دقيقة مع ترتيبها وتصنيفها بصورة فنية حديثة، بحيث يعبر اللفظ عن معنى واحد، وهذا لا يعارضه الشرع ولا العرف، بل هو مما يرتضيه ظرف الزمان، وتقتضيه المصلحة، فالمسالة مرتبطة بالشكل لا المضمون (شاكر ١٩٩٢) .

ثالثا: تبويب الفقه

التبويب في التنظير الفقهي له دور هام في التعبير عن منهجية علمية صحيحة يسلكها المنظرون في توضيح المادة القانونية المراد عرضها، ليسهل على كل من يرجع اليها التعامل مع الأحكام المقننة، (والترتيب المنطقي المطلوب في التنظير الفقهي يجب أن يكون متماسكا، لان التبويب المنطقي يساعد كثيراً على فهم التنظير الفقهي والإحاطة به، والترتيب المنطقي المطلوب في التقنين غير الترتيب العلمي الذي نجده في كتب الفقه؛ لأن مقتضيات التقنين غير مقتضيات البحث الفقهي)(عبد البر ١٩٨٦). والتبويب الصحيح العلمي المنطقي عند السنهوري يجب أن يراعى تقسيم المادة المراد تنظيرها الفقهي إلى أبواب وفصول تبين الأحكام الشرعية العامة، مع تجنب إيراد التعريفات والتعميمات، وأن تكون هذه الأبواب والفصول مرتبطة بعضها ببعض على وجه منطقي محكم ويتقدم جميع الأبواب باب تمهيدي يشتمل على الأحكام العامة، مصاغة صياغة عملية قانونية[٥] السنهوري ١٩٥٢. ويقصد بأسلوب التنظير الفقهي كيفية صياغة الأحكام أو اختيارها، بطريقة أتفاقا من ها مع أحكام الشريعة، والأسلوب الأمثل في التنظير الفقهي هو الذي يبتعد عن التناقض والتكرار الا لضرورة، وعدم الإكثار من الإحالة من نص إلى آخر إلا في حالة الضرورة، فالإحالة تجعل التشريع غامضاً، عسر الفهم(عبد البر ١٩٨٦) .

المقصد الثاني: مزايا التنظير الفقهي وآثره على الفقه الإسلامي

www.misan-jas.com

أولا: مزايا التنظير الفقهي:

١. سهولة الرجوع إلى الأحكام المنظرة على شكل قوانين، فكتب الفقهاء تتعدد فيها الأقوال الفقهية للعالم الواحد من المذهب الواحد، فضلا عن تعدد تلك الأقوال لعلماء ذلك المذهب؛ فكيف بآراء علماء المذاهب الإسلامية الأخرى.

٢. ضبط الأحكام وبيان الراجح، فالمشرع أو المنظر الفقهي قد اختار من تلك الأقوال المتعددة ما غلب على ظنه أنه أنسب الأقوال.

٣. وحدة أحكام القضاة في الدولة الواحدة، فتعدد الأحكام من ولاية إلى أخرى، وتفاوتها بين شخص وآخر وفي نفس الوقت والقضية واحدة؛ يؤدي إلى البلبلة والطعن في الشريعة الإسلامية، كما أن كثيرا ممن لا علاقة لهم بالعلوم الشرعية، ولا يعرفون مستند القاضي قد يشككون في ذمم القضاة، لجهلهم بما استند إليه القاضي في حكمه.

٤. حماية القضاء من التأثيرات الخارجية؛ إذ لا مناص للقاضي من الحكم حسب المواد القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي.

٥. يعمل قانون الأحوال الشخصية على سد الثغرات التي تؤدي إلى التخلخل الاجتماعي.

٦. يعد التنظير الفقهي الوسيلة الأمثل لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لأن الناس تعودوا أسلوب الالزام من ولي الامر. بعد هذا العرض لمزايا التنظير الفقهي وفوائده، يتبين لنا بكل وضوح وجلاء ان عملية التنظير الفقهي هي استكمال للبناء الفقهي الإسلامي بما يتناسب مع أسلوب العصر، وبما يستوعب مشاكل العصر المتغيرة ربما يومياً خصوصاً ونحن في عصر التطور والسرعة، دون الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية. وعلى ما سبق يتضح ان المصلحة تقتضي التنظير الفقهي- خاصة في ظل القضايا الكثيرة المعروضة على القضاء-تيسراً على القضاة وعونا لهم في الوقوف على حكم الشريعة الإسلامية الواجب تطبيقه دون جهد الرجوع الى المراجع العديدة التي قد لا يتسع الوقت لقراءتها، أو يصعب فهمها.

١: إثر التنظير الفقهي:

كان للتنظير الفقهي آثار واكبت ظهورها، وكان لهذه الآثار دور بارز في تطور الفقه الإسلامي ونهوضه ولعل من أهم آثار حركة التنظير الفقهي هو تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف جوانب الحياة بصورة معاصرة والدعوة الى تجديد الفقه الإسلامي وظهور الموسوعات الفقهية والدراسات المقارنة، وقد جاءت الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون لتقيم الأدلة على صلاحية هذه الشريعة الغراء لتكون قانوناً يحكم، ولتبين القواعد والمبادئ القانونية التي اشتملت عليها الشريعة الغراء، والتي تفوق في نظرتها إلى الحياة والإنسان كل القوانين الوضعية، التي وضعها الانسان.

الثالث

التنظير الفقهي في قانون الأحوال الشخصية الجعفرية

خط سير إن كل أمة من الأمم تسعى جاهدة من اجل سن قوانين، واستحداث نظم مستمدة من بيئة المجتمعات، وتتناسب والثقافة السائدة في تلك المجتمعات. فإن كان الأمر كذلك فإنه لا تنافر بين القانون وبين ثقافة المجتمع؛ لأنه منها قد أخذ. وحيث إن هذه المجتمعات تتطور بتطور الزمن في جميع جوانب حياتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية؛ فإن المشرع أو المقنن يراجع تلك المواد القانونية بين فترات متباينة، فيقوم بتعديل ما يلزم منها، أو بالإضافة إليها وتجديدها إن القانون هو المجتمعات، ولا بد أن تكون مواده خالية من الغموض، ومن هنا جاز القول بأن القانون لا يحمي غير

www.misan-jas.com

المنتبهين لـه. إن مما يميز الشريعة الإسلامية ديمومتها وصلاحيتها، والله تعالى خاطب المنتسبين إليها بوجوب التحاكم إليها، فهي خلاصة النظم وقمة القوانين. ولم يخل عصر من العصور الإسلامية من فقهاء مجتهدين أو مقلدين، ولا أدل على ذلك من هذه الثروة الفقهية الهائلة، وتزاحم المجلدات الفقهية التي تعد بالآلاف أو أكثر تزاحمت هذه الثروة الفقهية على المكتبة الإسلامية، شروح وأراجيز واختصارات، تحوي الآلاف من أقوال المجتهدين والمقلدين، وهي أقوال وآراء فقهية بغض النظر عن قوة أدلة كثير منها. وحيث إن هذه الأقوال لا تخرج عن الحق إلا أنها مبثوثة في مختلف كتب الفقهاء، وكثير منها مما يصعب الوصول إليه للمختصين في العلوم الإسلامية، فضلا عن عامة الناس أولي الاختصاصات الأخرى. وهذه الأقوال عدد منها قد لا يتناسب والعصر، وإن كان رائقا في عصور غابرة. وقد يكون القول في عصر من العصور الغابرة مهجورا أو شاذا لكنه قد يغدو اليوم قولا راجحا. إن عدم تفعيل كثير من أبواب الفقه الإسلامي يؤدي إلى ركون وجمود تلك الأبواب، ولا يتأتى تفعيل عدد منها إلا بتخيرها حسب ما يناسب العصر، وذلك عن طريق صياغتها في قوالب قانونية ومواد يسهل الرجوع إليها. إن القانون في البلاد الإسلامية يستمد من الفقه الإسلامي؛ لأنه يخاطب أبناء الدين والثقافة الإسلامية، ويتناسب مع متطلباتهم، وهو الأقرب إلى حل مشكلاتهم. فالدعوة خدمته، وترغيب الناس فيه، وإخراجه من بطون الكتب إلى الفضاء الواسع. إلى تقنين الفقه هي إن تعدد الأقوال الفقهية في القضية الواحدة ظاهرة صحية، تتيح لولاة الأمر بعد تشاورهم مع المختصين تخير أنسب الأقوال مع العصر، وأقربها إلى روح الشريعة ليصير الناس إليها عند التخاصم بدلا من الصيرورة إلى مواد ونظم لا علاقة لها بواقع المجتمعات الإسلامية وثقافة البيئة. وعلى ما تقدم تعد مسألة التنظير الفقهي للفقه الإسلامي هي من المسائل الجديرة بالبحث، وهي من المسائل المستحدثة والمثيرة للجدل بين أهل الفقه الشرعي أنفسهم كشان كثير من القضايا المعاصرة التي تثير في بداية ظهورها أخذا وردا، ثم ما يلبث الناس أن يتقبلوها بقبول حسن.

المطلب الأول

معنى قانون الأحوال الشخصية

المقصود بقانون الأحوال الشخصية هو عبارة: (عن مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية)(كريم ٢٠٠٤) . ويذكر أن المادة (٤١) من الدستور العراقي تنص على أن العراقيين (أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون)(الدستور العراقي٢٠٠٥).

المطلب الثاني

الفرق بين قانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون الأحوال الشخصية الجعفري

١. تجنب المقنن الجعفري الإشارة أو تضمين القانون مواد لا علاقة لها بما هو متعارف عليه في المجتمع العراقي المسلم. ومثال ذلك أنه لم يتطرق عند حديثه عن عقد الزواج إلى عقوبة من لم يقم بتسجيل العقد أو اطلاع المحكمة بشيء من ذلك، بخلاف قوانين الأحوال الشخصية التي تتضمن موادها غرامات وعقوبات سجن من لم يسجل عقد الزواج؛ لأن السائد في المجتمع العراقي عقد الزواج بمجرد الاتفاق بين الأسرتين دون الحاجة إلى التسجيل أو إعلام جهة ما، ودون أن يكون هناك

أشخاص بعينهم يقومون بعقد القرآن. وإنما يختار أهل الزوج أو الزوجة من يرونه مناسبا لعقد القرآن ممن لديه إلمام بطريقة العقد، وهذه هي الطريقة المعروفة في العصور الإسلامية الأولى(إبراهيم الأنصاري ١٩٨٦).

٢. تعمد المقنن الجعفري إغفال بعض الأمور المتعلقة بالأسرة، والتي فيها خلاف مذهبي مثل: زواج المتعة؛ فبالرغم من أن الإمامية يفتون بجواز نكاح المتعة، إلا أن المقنن لم يشأ أن يشير إليه، وربما يعود هذا إلى محاولة المقنن عدم إعطاء الموضوع صبغة مذهبية؛ ذلك أن أغلبية مذاهب المسلمين لم يزل ترى عدم بقاء مشروعية زواج المتعة، وهذا القول مطبق عملياً عند أتباع هذه المذاهب في بعض دول العالم الإسلامي.

٣. تعريف الزواج: يعرف قانون الاحوال الشخصية النافذ الزواج في المادة (الثالثة / ١) منه بانه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل) ولا يسميه نكاحا. اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري فاسماه (نكاحا) وعرفه في المادة (٤٢) منه: (النكاح (الزواج) هو رابطة تنشأ بين رجل وامرأة تحل له شرعا.) فطبيعته هنا في مشروع القانون (رابطة) وليس (عقدا) كما في القانون النافذ، وهو منحصر في الشرعية الجنسية من قوله (تحل له شرعا) ومن تسميته (نكاحا)، اما في القانون النافذ فيحدد غاية للزواج هي (انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل).

٤. تجريم الزواج خارج المحكمة: يجرم قانون الاحوال الشخصية النافذ الزواج خارج المحكمة ويعاقب عليه طبقا للمادة (العاشرة / ٥) منه، ولا يجرم او يعاقب قانون الاحوال الشخصية الجعفري على ذلك.

٥. تعدد الزوجات: الاصل في قانون الاحوال الشخصية النافذ منع تعدد الزوجات (المادة الثالثة / ٤) منه، ويجوز استثناء الزواج بأكثر من واحدة بشروط هي:

أ- اذن القاضي. ب- كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة. ج- وجود مصلحة مشروعة. د- انتفاء احتمال عدم العدل بين الزوجات.

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري فيجيز التعدد لأربعة نساء بإرادة الرجل الحرة بدون قيد او شرط بموجب المادة (٦٢) من مشروع القانون.

٦. تجريم تعدد الزوجات: جرم قانون الاحوال الشخصية النافذ تعدد الزوجات بدون اذن المحكمة (المادة الثالثة / ٦) منه، كما جرم ابرام الزواج بأخرى خارج المحكمة طبقا للجملة الأخيرة من المادة (العاشرة / ٥) من قانون الاحوال الشخصية النافذ، وعاقب عليهما، ولم يفعل مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري مثل ذلك.

٧. الزواج من الديانات الأخرى: يمنع قانون الاحوال الشخصية ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري زواج المسلمة من غير المسلم، الا انهما يتخلفان في جواز زواج المسلم من الكتابيات اذ يجيز قانون الاحوال الشخصية النافذ زواج المسلم من كتابية، اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري فلا يجيز الزواج دائميا من غير المسلمات مطلقا.

٨. حسن الزواج: الاصل ان سن الزواج في قانون الاحوال الشخصية النافذ هو تمام الثامنة عشرة من العمر للجنسين وفقا للمادة (السابعة / ١) منه، ولم يحدد مشروع قانون الاحوال الشخصية

الجعفري سن للزواج، انما حدد مشروع القانون سن للبلوغ .

٩. زواج القصر: يجيز قانون الاحوال الشخصية النافذ زواج القاصرين في حالتين فقط هما: الحالة الأولى: زواج من أكمل الخامسة عشرة (اكمال الخامسة عشرة بيوم او أكثر) بثلاثة شروط:

أ- اذن القاضي. ب- موافقة الولي. ج- ثبوت اهلية القاصر أو القاصرة وقابليته البدنية بمعرفة خبرة طبية.

الحالة الثانية : زواج من بلغ الخامسة عشرة (أربعة عشرة سنة كاملة ويوم أو أكثر) بالشروط الآتية:

أ- اذن القاضي. ب- وجود ضرورة قصوى. ج- تحقق البلوغ الشرعي وهو الحيض للأنثى والاحتلام للذكر.

د- تحقق القابلية البدنية بمعرفة الخبرة الطبية.

اما قانون الاحوال الشخصية الجعفري فيجيز تزويج القاصرين والقاصرات باي عمر كان بشرط وحيد هو ارادة الولي الشرعي وهو الاب او الجد لاب.

١٠. الاكراه في الزواج : يعد مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري بموجب المادة (٤٧) منه عقد الزواج لاغيا إذا وقع الاكراه على طرفي العقد او على أحدهما، بغض النظر عن الدخول بالزوجة او عدم الدخول بها، وهو موقف ايجابي، بخلاف قانون الاحوال الشخصية النافذ فأنه يعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول بموجب المادة (التاسعة) منه وهو موقف منتقد جدا.

١١. تجريم الاكراه على الزواج والمنع من الزواج: يجرم قانون الأحوال الشخصية النافذ الاكراه على الزواج كما يجرم المنع من الزواج (العضل - النهوة) ويعاقب عليهما طبقا للمادة التاسعة من القانون، اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري فلم يعالج ذلك نهائيا.

١٢. المهر: وفقا للقانون النافذ تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد في القانونين، لكنها تستحق مهر المثل في حالة عدم تسمية المهر أو نفيه اصلا وفقا لقانون الاحوال الشخصية النافذ (المادة التاسعة عشرة / ١). اما في مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري فأنها في حالة عدم تسمية المهر فلا تستحق الا ما يمنحه اياها الزوج بما يناسب حاله في حالة طلقها قبل الدخول بها (المادة ٩٢) من مشروع القانون.

المطلب الثالث

جدلية قانون الأحوال الشخصية الجعفري

أثار قانون الأحوال الشخصية الجعفري جدلا واسعا في الشارع العراقي، ما بين مؤيد ورافض لهذا القانون فهناك من يرى ان القانون لا يتعامل مع الجميع بل هو لفئة معينة وهناك من يرى انه وليد مادة دستورية بل أكثر، أكدت على حرية الشعب في ترتيب أحواله الشخصية وفق متبنياته الدينية أو العقائدية. وحريته الكاملة في المحافظة على خصوصياته وهناك من يرى ان توقيت طرح القانون قد يستغل بالضد من التوجهات العامة لمؤدي هذا القانون وبالتالي يستغل كدعاية انتخابية. ويرى مختصون إننا لم نبلغ مرحلة متقدمة في التفكير لكي نستوعب صدور قانون للطوائف. ومع هذا الجدل الحاصل نحاول الوقوف على حيثيات الموضوع من أجل الوصول الى معرفة الحقائق.

نظرة تاريخية:

عام ١٩٢٣ تشكلت المحاكم الجعفرية، وأسس مجلس تمييز شرعي جعفري، وترأسه العلامة المتنور هبة الدين الشهرستاني (ت ١٩٦٧)، ثم الشيخ علي الشرقي (ت ١٩٦٤). وبأثره شرعت المادة (٧٧) من القانون الأساسي العراقي ١٩٢٥: (يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من

www.misan-jas.com

المذاهب الإسلامية، بموجب أحكام قانون خاص، ويكون قاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين مع بقاء القاضيين السنيين والجعفريين في مدينتي بغداد والبصرة))(القانون العراقي الاساسي ١٩٢٥).

أن قانون الاحوال الشخصية الجعفري تمليه مجموعة من الأسباب

اولها: انه وليد مادة دستورية بل أكثر، أكدت على رية الشعب في ترتيب أحواله الشخصية وفق متبنياته الدينية أو العقائدية وحريته الكاملة في المحافظة على خصوصياته

ثانيها: ان الاختلاف الديني والمذهبي والعرقي أثر موجود وتجذر منذ مئات السنين لكن الملاحظ انه من النادر ان يكون قد وجد قانون ينصف هذه المكونات ويعترف بالتعددية وعلى طول الخط، لذا جاء هذا القانون من باب إعطاء التعددية صبغة قانونية.

ثالثا: انه سعي لإنهاء حالة الانشطار والتناقض التي يعيشها كثير من الناس وهم يرون أنفسهم ملزمون من جهة بتطبيق أحوالهم الشخصية وفق متبنياتهم الدينية والمذهبية وبين ضرورة توافق ذلك مع القانون النافذ الذي قد يتقاطع مع المتبنيات. ان اول سمات الديمقراطية هي كون الناس أحرارا في اختياراتهم وما ينتخبون من أفكار ونظم ومن غير المنطقي ان لا يرى البعض قسر الآخرين على اتباع قانون محدد يحتفظون خلاف الديمقراطية بينما يعتبر مطالبتهم بالاحتكاك الى قانونهم الخاص ضد الديمقراطية يتحفظون عليه.

الخاتمة

نوجز أهم النتائج التي توصلنا اليها، وهي كما يلي:

اولا : النتائج

١- التنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية، فريضة شرعية، وضرورة اجتماعية، كما انها دليل وعي حضاري، ومطلب شعبي تفتضيه المصلحة للابتعاد عن تطبيق الاحكام الوضعية واجتناب مفاسدها.

٢- عملية التنظير الفقهي واجب الأمة بأكملها، بدءا من الحاكم، فهو من يملك إصدار الأوامر بذلك، ومن بعده الجماعات والأفراد، للعمل سوياً على إنجاح هذا المشروع.

٣- ارتبطت حركة التنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية، بعوامل سياسية واقتصادية، ودينية وفكرية، وأثر ذلك على عملية التنظير الفقهي بشكل واضح.

٤- من خلال دراسة خصائص الشريعة الإسلامية، ظهر لي قابلية الشريعة للنظير الفقهي على نحو يفوق القوانين الوضعية، فهي الأقدر والأصلح لحكم الحياة البشرية.

٥- تبين لي من خلال البحث أن هناك قصورا كبيرا في التنظير الفقهي لمسائل الأحوال الشخصية للمذهب الجعفري، من قبل الجهات المختصة، بل أنها وقفت ضد مقترح قانون الجعفري للأحوال الشخصية دون توفير البديل.

٦- لحركة التنظير الفقهي أثار واضحة وأصداء متفاعلة في تجديد الفقه وتطور حركته، وظهور الدراسات المقارنة والموسوعات الفقهية.

ثانيا : التوصيات

تدريس التنظير الفقهي لأحكام الشريعة الإسلامية، كمادة علمية في الجامعات والمعاهد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

فهرست المراجع والمصادر

- القران الكريم

١. أحمد محمد شاكر، حكم الجاهلية، نرجم للمؤلف وعرف به: محمود محمد شاكر، مكتبة السنة ١٩٩٢م.

٢. د. شفيق شحاته، الاتجاهات التشريعية في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٠، جامعة الدول العربية.

:

٣. د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السلمانية، ٢٠٠٤م.

٤. الدستور العراقي الدائم، دستور جمهورية العراق،٢٠٠٥.

٥. الراغب الأصفهاني(٥٠٢هـ)، المفردات في غريب القرآن، المحقق: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار مصطفى الباز، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز.

٦. الشهيد الأول (٧٨٦ هـ): ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم - إيران، ط.١٤١٩ هـ..

٧. صائب عبد الحميد، محمد باقر الصدر من فقه الأحكام إلى فقه النظرية، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٣م.

٨. صبحي محمصاني(١٤٠٥هـ)، الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، دار العلم بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٦٢م.

٩. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، بيروت-لبنان١٩٥٢.

١٠. قانون الأحوال الشخصية الجعفري المقترح.

١١. القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥.

١٢. محمد باقر الصدر (١٤٠٠ هـ)، المعالم الجديدة، مطبعة النعمان، النجف الأشرف - العراق، ط. الثانية ١٩٧٥ م.

١٣. محمد بن مكرم (٧١١ هـ)، ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٤١٤ هـ، الطبعة الثالثة.

١٤. محمد رشيد رضا(١٣٥٤هـ)، تفسير المنار، دار المنار، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٦٧هـ

١٥. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، المحقق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، إدارة إحياء التراث الإسلامي، ١٤٠٧ – ١٩٨٦، الطبعة الثانية.

١٦. مصطفى أحمد الزرقا (١٣٧٧هـ ١٩٥٨م)، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م.

١٧. ويتشارد رب، مقال: الشريعة والقانون في العصر العثماني، مجلة الاجتهاد، العدد الثاني، ١٩٨٩م، بيروت-لبنان .