آثار الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي".

The effects of alternative rule in personal status matters
"a comparative study of Islamic jurisprudence "

بحث مشترك مقدم من قبل
أ.م. د. عدنان هاشم جواد الشروفي آل طعمه
الباحث سعد ناظم حسون المسعودي
جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.
يعد الحكم البديل حكما ثانوياً يطبق على مسائل الأحوال الشخصية عند تعذر تطبيق الحكم الأصلي ، سواء كان ذلك بالشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي، ويرتب النص على الحكم البديل جملةً من الآثار يمكن إرجاعها إلى نوعين فهي إما أن تكون آثار مباشرة وهي التي تحدث من الحكم ذاته ،أو تحدث من خلال أثره على الحكم الأصلي الذي يؤدي إلى بقاء أو عدم البقاء عليه . أو غير مباشرة وهي تكون أما من الجهة المتسببة، وأما تتعلق بالمطلوب وهو وقت الأداء.

الكلمات المفتاحية :الحكم البديل، الأحوال الشخصية، المقصود، البقاء، الجهة المتسببة، وقت الأداء.

Abstract.
The alternative ruling is considered a secondary ruling that is applied to personal status issues when it is not possible to implement the original ruling, whether that is in Islamic law or in positive law. The text on the alternative ruling has a number of effects that can be traced back to two types. They are either direct effects or those that occur from the ruling itself**.** Or it occurs through its effect on the original ruling, which leads to its survival or non-stay. Or indirect, which is either from the party responsible, or related to what is required, which is the time of performance**.**
Keywords: alternative ruling, personal status, what is meant, survival, the responsible party, time of performance.

المقدمة.

اولاً/ التعريف بموضوع البحث - يعد الحكم البديل من الأحكام التي نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية، لمواجهة ظرف غير طبيعي للمكلف وهو عدم القدرة على الحكم الأصلي المطلوب منه أول الحال، لما يترتب على هذا الحكم من آثار متعددة، وهذه الآثار تختلف بين ما إذا كانت مباشرة وهي التي تحدث من الحكم ذاته في مجال قصد الحكم وعدم القصد أو النص على التعبير اللفظي أو الفعلي من قبل المكلف، كما تحدث من خلال اَثر الحكم البديل على الحكم الأصلي التي تؤدي إلى بقاء أو عدم البقاء للحكم الأخير. أما غير المباشرة وهي تكون أما من حيث الجهة المتسببة، وهي أما من أرادة المكلف أو خارج عن إرادته، وحسب المتعلق بالمطلوب من المكلف بوقت معين أو غير معين.

ثانياً/ أهمية الموضوع – يتميز الموضوع بأهمية على مستوى الجانب النظري والعملي، فبخصوص الجانب النظري نجد أنه بالرغم من قلة الدراسات التي تطرقت إلى فكرة الحكم البديل، الا أن اغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية قد اخذت بهذا الحكم باعتباره من اهم الحلول التي وضعها المشرع وفقاً لفلسفة خاصة، أما بخصوص الجانب العملي نجد أن هذا الحكم جاء عندما يطبق القاضي حكم مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يطلبها المكلف ولم يكن له القدرة على حكمها الأصلي الأولي فينتقل إلى الحكم البديل الثانوي الذي يكون للمكلف القدرة عليه، الامر الذي يترتب عليه جملة من الآثار عند التطبيق.

ثالثاً/ إشكالية الموضوع – يثير الموضوع مشكلة رئيسة تتجسد في مدى نجاعة أو مدى القيمة القانونية للحكم البديل وآثره في مسائل الأحول الشخصية، وهذه الإشكالية ينبع منها مشكلات متعددة أهمها، ما هي الآثار المباشرة التي تحدث من تطبيق الحكم البديل عند عدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي، وما هي الآثار غير المباشرة التي تحدث منه، وذلك لبيان الفلسفة الخاصة للمشرع من تقرير هذا الحكم في نصوص قوانين الأحوال الشخصية.

رابعاً/ منهجية البحث ونطاقه – سنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي والدراسة المقارنة، وذلك من خلال المقارنة بين قانون الأحوال الشخصية العراقي والاردني والاماراتي، كما سنبين موقف الفقه الإسلامي من خلال عرض ما تم كتابته في مصادر الفقهاء المسلمين.

خامساً/ خطة البحث – سنقسم البحث على مبحثين، في المبحث الاول نبين اَثار الحكم البديل المباشرة ، ونكرس المبحث الثاني إلى اَثار الحكم البديل غير المباشرة.

المبحث الاول / اَثار الحكم البديل المباشرة.

المقصود بالأثر المباشر؛ هو أن المشرع يأمر بإتيان الحكم البديل الذي هو التكليف الاضطراري ، فلو كان حكمه الثاني البديل لا يكفي ولا يسد عن الحكم الأصلي لنبه لذلك[1]، لذا تكون لحالة تطبيق الحكم البديل وفقاً للنص التشريعي اَثار، وهي على نوعين، الاولى: وهي اَثار تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه، أما الثانية: فهي التي تستند الى الحكم الأصلي وتؤثر عليه، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الاول نبين اَثاره التي تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه، ونكرس المطلب الثاني إلى اَثاره التي تستند إلى الحكم الأصلي وتؤثر عليه.

المطلب الاول / اَثار تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه.

نصت القاعدة الفقهية (إذا تعذر الأصل يصار الى البدل) التي تعني إقامة حكماً مكان حكمُ أخر وقيامه مقامه على جهة التعاقب[1]، لذلك تختلف اثار الحكم البديل التي تستند إلى الحكم الأصلي ولا تؤثر عليه، لكن قد يكون تطبيق الحكم البديل في هذه الحالة ثابتاً، وقد يكون غير ثابت عند تطبيقه، لذا فإن الحكم البديل يكون له اثر منذ لحظة تطبيقه على الحكم الأصلي. لذا يكون الآثر في هذه الحالة؛ هو أمر يرتبط كل الارتباط بالمقصود من الحكم البديل والمراد منه، وهو ثبوته أو عدم ثبوته بعد تطبيقه[2]، لذلك تنقسم هذه الآثار الى اقسام وكما يأتي:

1-تكون الآثار عندما يقصد الحكم البديل لذاته وغير مراد لغيره.

في حقيقة الامر أن الاثر الحكم البديل لا يتمكن القاضي من نقض الحكم الذي يحكم به حتى لو كان ذلك قبل استيفاء الحق من الحكم البديل؛ لأن الحكم البديل يكون قد ثبت بعد تطبيقه[3]، ولا يبطل حتى في حالة القدرة على الحكم الاصلي[4]، ومن ثم لا يرجع المكلف الى الحكم الاصلي.

على سبيل المثال إذا صدر حكم القاضي البديل استناداً لشهادة شهود الفرع ومن ثم ظهر شهود الأصل قبل استيفاء الحق، فلا يمكن للقاضي نقض هذا الحكم؛ لأنه بديل لا يبطل حتى عند قدرة المكلف على الحكم الاصلي وهي شهادة شهود الاصل التي تعد بمثابة الحكم الأصلي بعد تطبيق الحكم البديل. ومثال أخر عند أتلاف احد الخاطبين ما تسلمه من الخاطب الاخر مثلياً، ولم يقدر على ايجاد مثله، فأعطى قيمته ثم وجد المثيل؛ فإن المكلف في هذه الحالة لا يلزم من الرجوع إلى بديله، وذلك لانفصال الامر بالبدل[5].

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

يتحقق الاثر في هذه الحالة، عندما يكون الحكم البديل مقصود لذاته ويراد لغيره؛ لأنه لا يستقر بعد تطبيقه، ويكون للمكلف حق الرجوع الى الحكم الاصلي[6]. على سبيل المثال يكون للمعتدة من طلاق تكون عدتها بالأشهر عندما تشاهد الحيض تثبت لها القدرة على الحكم الأصلي وهو الاعتداد بالقروء؛ لأن الحكم البديل الاعتداد بالأشهر لم يثبت بعد مما يبطل ذلك حكمه، ويكون للمعتدة الرجوع الى الحكم الأصلي وهو الاعتداد بالقروء هذا عندما يكون الامر قبل استيفاء الحق[7]. وكذلك وحسب ما تم ذكره من مثال سابق بخصوص شهود الأصل عند حضورهم للشهادة بعد شهادة شهود الفرع وقبل الحكم استناداً لشهادتهم، مما لا يمكن للقاضي هنا الاستناد إلى الحكم البديل وهو شهادة شهود الفرع؛ لأنه حكم لم يثبت بعد فيبطل[8]. يبدو لنا أن تطبيق الحكم البديل من قبل القاضي، فإنه في هذه الحالة لا يمكن للمكلف الرجوع عنه إلى الحكم الاصلي؛ لأنه حكم غير مقصود لغيره وانما لذاته هذا من جانب، ومن جانب اخر أن الحكم البديل ينتج اثره الذاتي بعد تطبيقه وقبل استيفاء الحق من خلاله؛ لأنه يكون بنفس حكم الاثر الاول وهو ثبوته، إما اذا لم يتم استيفاء الحق به بعد، فإنه لا يعد ثابتاً ومن ثم يمكن للمكلف الرجوع عنه الى الحكم الاصلي؛ لأنه يؤدي الى ثبوت الحق به اكثر من الحكم البديل.

3-تكون الآثار عندما يقوم المكلف بقول أو فعل.

في حال إذا قام المكلف بقول أو فعل كحكم بديل ويقوم مقام الحكم الاصلي ينتج أثره؛ لأنه عند تطبيقه هنا، لا يوجد مجال للحكم الاصلي لتحقق عدم قدرة المكلف عليه اساساً ومنذ الابتداء، وكذلك لتهيئ وضع الثبوت بشكل يمنع الرجوع عن البديل الى الحكم الاصلي. مثلاً على ذلك تطبيق الحكم البديل بالرجعة وهي(عبارة عن رد المطلقة الرجعية في زمان عدتها إلى نكاحها السابق)[9]، مما يعني بقاء النكاح على ما كان عليه، وذلك يتحقق من خلال القول بالرجعة أو الفعل عند عدم القدرة على القول لإرجاع مطلقته من طلاق رجعي غير منقضي فيه عدة الطلاق. وهذا ما أشار اليه نص المادة(1/38) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكذلك نصوص المواد(92 و98) من قانون الأحوال الشخصية الاردني، وكذلك ما نصت عليه المادة(109) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي[10]. يبدو بأنه من دون هذا الأثر يمكن للمكلف الرجوع عنه الى الحكم الاصلي، لأنه لم يثبت بعد تطبيقه، وكذلك عدم استيفاء الحق الذي منح من خلال هذا الحكم البديل، وهذا يكون لكل اثر مباشر للحكم البديل اذا كان مقصود لذاته سواء يراد أم غير يراد لغيره، وكذلك الأمر بالنسبة إذا كان بقول او فعل، لذلك لا يمكن الرجوع إلى الحكم الأصلي، لتحقق الأثر المباشر من الحكم البديل.

المطلب الثاني/ اثار تستند إلى الحكم الأصلي وتؤثر عليه.

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

1-اثره على بقاء الحكم الأصلي.

تختلف اثار الحكم البديل في هذه الحالة بحسب نوعه فيما اذا كان الحكم البديل مشروط ادائه بشرط عدم قيام الحكم الأصلي؛ لأنه لا يمكن ان يكون الحكم البديل الا بديلاً خلفاً للحكم الاصلي[11]، وليس بديلاً بمقابلة؛ لأنه هنا يكون البديل مشروط أدائه بشرط قيام الحكم الأصلي[12]، لذلك من هذه الاثار التي تؤثر

على بقاء الحكم الاصلي كحكم أولي من غير أن يتم الغاءه بشكل نهائي، وهذه الأثار على قسمين وكما يأتي :

أ-اثره عندما يكون البديل خلفاً : لا يتحقق هذا الاثر الا اذا كان هناك شرط وهو عدم قيام الحكم الأصلي؛ لأنه يكون تطبيق الحكم البديل مشروط بعدم قيام الحكم الأصلي من اجل قيام الحكم البديل محله أو مقامه، كما أنه لا بد من وجود الحكم البديل عدم وجود الحكم الأصلي، وأن تطبيق الحكم البديل لا يؤدي إلى الغاء الحكم الأصلي بشكل نهائي. على سبيل المثال البينة تعد هي الحكم الاصلي عند التقاضي واليمين حكم بديل عن البينة، لذلك عند اجتماعهما، يكون السمع للبينة والحكم بها؛ لأنها حكم أصلي، ولا تسمع اليمين ولا يسأل المكلف عنها[13]، وكذلك عند النكول عن اليمين يعد بديلاً عن الاقرار[14]، مما يلاحظ أن ثبوت القدرة على الحكم الأصلي يؤدي الى سقوط العمل بالحكم البديل.

أما بالنسبة للموقف القانوني، يلاحظ بهذا الخصوص ما نصت عليه المادة (7) من قانون الأحوال الشخصية الاردني حيث نصت على أن الكتابة والإشارة المعلومة تقوم مقام التعبير اللفظي. وكذلك ما نصت عليه المادة(41) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي على أن المكلف عند عدم قدرته على النطق، فإن الكتابة والإشارة المفهومة تقوم مقامه كخلف عنه.

ب- اثره عندما يكون بديلاً متقابلاً : يتحقق اثر الحكم البديل عندما يكون الحكم الأصلي قائماً؛ لأن الحكم البديل المتقابل يكون مشروط ادائه بشرط قيام الحكم الأصلي. وما يلاحظ بخصوص ذلك فإن هذا الحكم البديل المتقابل نستبعده من موضوع بحثنا؛ لأنه يعد بديلاً لمقابلة مال بمال كما في المعاوضات المحضة، كالثمن الذي يدفعه المشتري في البيع الذي يكون مقابل عن السلعة التي يدفعها البائع[15]، لذا فإن هذا الحكم البديل يستبعد مع اثره؛ لأنه لا يعد بديلاً خلفاً أو نائباً عن الحكم الاصلي، وانما هو العوض المكافئ[16].

على سبيل المثال التعويض عن الضرر الذي يسببه احد الخاطبين عند عدولة عن الخطبة؛ لأنه يعد التعويض جبراً للضرر الذي لحق بأحد الخاطبين بسبب العدول عن الخطبة.

كما لابد من الذكر هنا بان هناك معاوضات غير محضة او مقابلة مال بشيء، كالخلع الذي يعد بديلاً تدفعه الزوجة وهو مال مقابل أن يفارقها الزوج، والمهر الذي يعد بديلاً عن الاستمتاع بالمرأة، وهو بديلاً متقابل لا يجوز أن يخلو منه العقد، بخلاف البديل المتقابل في النكاح، فإنه يقدم بديلاً من اجل اظهار خطر المحل لا مقصوداً[17]. يبدو لنا مما تقدم أن اثر الحكم البديل على الحكم الأصلي من حيث البقاء على الحكم الأصلي أو عدم البقاء عليه، يكون من خلال ماذا كان الحكم البديل خلفاً عن الحكم الأصلي؛ لأنه في هذه الحالة يشترط عدم بقاء الحكم الأصلي لقيام البديل مقامه، وعند ذلك ينتج اثره الذي يتمثل من خلاله عدم القدرة للمكلف على الحكم الأصلي؛ لأنه وبخلاف ذلك تثبت القدرة للمكلف على الحكم الاصلي سقط الاخذ بالحكم البديل، ويكون بديلاً بمقابلة الذي يستبعد من البحث هنا.

2-اثره بحسب طبيعة الحكم الأصلي.

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

أ-اثره عندما يكون من طبيعته : إن المقصود من ذلك عند عدم قدرة المكلف على القيام بالحكم الأصلي ينتقل الى الحكم البديل الذي يكون من طبيعة الحكم الأصلي من حيث الجنس الذي عليه هذا الحكم الاخير؛ لأنه في هذه الحالة قد يشترط ان يكون الحكم البديل من جنس الحكم الأصلي لا من غيره من عين أو عرض، منعاً للتفاضل المعنوي[18]. على سبيل المثال إجراء عقد الزواج من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة كبديل عن اجرائه من خلال التعاقد المباشر في مجلس العقد الذي يعد بمثابة الحكم الاصلي، وفي هذه الحالة يكون الحكم البديل من جنس الحكم الاصلي من حيث نوعه لا من جنسه حقيقة. وكذلك رد المثل بمثله؛ فهو بديل من جنس المبدل منه، أما القيمة فهي بدل من غير جنس المبدل منه، وهذا ما إشارة له المادة (4/د) من قانون الأحوال الشخصية الاردني[19].

ب-اثره عندما يكون من غير طبيعته: المقصود من ذلك أن المكلف عند عدم قدرته على الحكم الأصلي ينتقل الى حكم بديل يختلف في طبيعته عن الحكم الأصلي؛ لأنه في هذه الحالة سيكون على المكلف الاخذ

بحكم بديل يختلف بجنسه عن جنس الحكم الأصلي، مما يكون البديل من غير جنس المبدل منه، مما يؤدي إلى حدوث اثر التماثل بالدور الغائي الذي يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية. على سبيل المثال، النكول عن الشهادة هي بديل عن الاقرار؛ لأن النكول بمنزلة البدل لا بمنزلة الاقرار[20]. وكذلك حالة الفيء باللسان هو حكم بديل عن الفيء بالجماع الذي يعد حكم أصلي؛ الا أن الفيء باللسان ليس من جنس الفيء بالجماع، وأن كان المكلف قادراً على الفيء بالجماع قبل حصول المقصود بالفيء باللسان، لذا فإن الفيء باللسان يبطل العمل به[21]، كما يلاحظ بأن الفيء باللسان بديل لا يستقر؛ لأنه الفيء بديل غير مقصود لذاته بل مراد لغيره[22]. يتبين لنا مما تقدم أن اثر الحكم البديل يختلف بحسب طبيعة الحكم الأصلي، لهذا يلاحظ أن الحكم البديل اذا كان من طبيعته ينقل القاضي المكلف اليه ويثبت حكمه؛ لأن في ذلك أثبات لعدم قدرة المكلف على الحكم الأصلي. أما أن كان من غير طبيعته، فان القاضي ينقل المكلف إلى الحكم البديل، الا انه لا يثبت اذا لم يحصل المقصود من البديل؛ لأنه لا يمكن ان يجتمع الحكم الأصلي مع الحكم البديل، ومن ثم لا يحصل المقصود لقدرة المكلف على الحكم الأصلي.

المبحث الثاني/ آثار الحكم البديل غير المباشرة.

يتكون الأثر غير المباشر؛ عندما يتعلق بالجهة المتسببة؛ وذلك بسبب من قبل المكلف أو لسبب خارج عن ارادة المكلف، وكذلك عندما يتعلق الحكم البديل بالوقت الذي يتم اداء الحكم الأصلي فيه، وذلك أما يكون بإداء الحكم الأصلي المؤقت أو غير المؤقت، لذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب **الاول** نبين الآثار المتعلقة بالجهة المتسببة، ونكرس المطلب الثاني إلى الآثار المتعلقة بوقت اداء الحكم الأصلي.

المطلب الاول / الآثار المتعلقة بالجهة المتسببة.

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

1-الآثار من جهة المكلف .

يعد الحكم البديل الذي يكون بسبب من جهة المكلف، الذي يعد بديلاً عما يحدثه المكلف بإرادته، ومن اجل منع الضرر الذي يحصل في حالة تسبب المكلف للحكم البديل، وفي حالة ترك المكلف الحكم البديل سوف يكون المكلف في هذه الحالة هو المختار الى الحاق الضرر بنفسه تكليفاً ووضعاً[23]، لذلك تنقسم هذه الاثار الى قسمين وكما يأتي :

أ-اثره بسبب فعل المكلف الايجابي: إن الحكم البديل الذي يتكون بإرادة المكلف بسبب قيامه بفعل يؤدي به الانتقال الى الحكم البديل الذي ينوب عن الحكم الأصلي؛ لأن المكلف في هذه الحالة يكون من الواجب عليه أن ينتقل الى الحكم البديل، كما لو اتلف الخاطب مالاً مثلياً ولم يجد مثله، وجب عليه دفع بديله وهو قيمة المتلف المثلي[24]. يبدو لنا أن اثر الحكم البديل حدث بسبب فعل المكلف وبإرادته لهذا البديل نتيجة ما قام به من عمل، وحسب المثال المتقدم وهو تلف المثلي الذي لا يجد مثيله، مما وجب عليه دفع القيمة عن ذلك المثلي الذي أتلفه، لهذا يلاحظ أن اثر الحكم البديل هو تلبية الواجب الذي يقع على المكلف؛ لأنه في هذه الحالة تكون القيمة هي الواجبة عند التلف[25].

ب-اثره بسبب فعل المكلف السلبي : تتمثل هذه الحالة عند امتناع المكلف بإرادته على ترك الحكم البديل مما يلحق الضرر به من اختياره، ومن ثم يلحق الضرر بنفسه تكليفاً ووضعاً. على سبيل المثال الايلاء؛ وهو (اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة اشهر)، الذي يعد الزوج ولياً بمجرد انتهاء مدة الأربعة اشهر[26]. ويلاحظ من خلال قوله سبحانه وتعالى {للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم* وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم}[27]، يتبين من ذلك أن حكم الايلاء إذا كان بقصد الاضرار بالزوجة من قبل الزوج بعد مضي أربعة أشهر يكون محرماً؛ لأن في ذلك إضرار بالزوجة بمضي هذه الفترة[28]. يبدو لنا ان ترك الزوج زوجته بإرادته وهو عدم الفيء لحق الزوجة بالجماع، مما يمنح الزوجة أن تمنع الاضرار بها؛ بسبب ترك الزوج لها مدة أربعة أشهر، ويلاحظ أن المشرع الاردني نص على ذلك من خلال المادة (123) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

2-الآثار بسبب خارج عن ارادة المكلف .

إن الحكم البديل يكون بسبب خارج عن ارادة المكلف؛ لأن ما يستغرقه المكلف في حاجته كالمعدوم فيه جواز الى الانتقال الى البدل[29]. وعلى سبيل المثال كفارة الظهار التي تكون بسبب المكلف لكن الحكم البديل ليس من ارادته وانما لسبب خارج ارادته؛ لأن المكلف يستغرق البديل لحاجته اليه، كما لو كان له خادم يخدم امراته، ومثلها لا يقدر على خدمة نفسه، لم يلزمه العتق؛ لأن عليه ضرراً في ذلك، وكذلك لو احتاجه لخدمة نفسه، فانه لا يلزمه صرفه في الكفارة، وكذلك غير فاضل عن حاجته[30] يتضح في هذا الجانب ومنعاً للضرر الذي يلحق بالمكلف من الترك ما هوالا تطبيق للقاعدة المنشئة للحكم البديل وهي(لا ضرر ولا ضرار)، لأن هذه القاعدة مرة تنفي الضرر ومرة تثبت عدم الضرر[31]. يبدو لنا أن هذا الأثر الذي يتعلق بالجهة المتسببة يختلف بحسب السبب، فإن كان بسبب ارادة المكلف نجد الحكم البديل يظهر من خلال ما إذا كان سبب ارادي ايجابي أو سبب ارادي سلبي يكون بسبب خارج عن ارادته؛ لأن المكلف ما يستغرقه في حاجته كالمعدوم مما يجوز له الانتقال الى البديل لمنع ضرر الترك.

المطلب الثاني/ الآثار المتعلقة بوقت اداء الحكم الأصلي.

يلتزم المكلف بالوقت الذي يتطلب منه اداء الحكم الأصلي؛ لأن من ضمن وقت الاداء الانتقال الى الحكم البديل، ويظهر فيما إذا كان المكلف قادراً على الحكم الأصلي أم غير قادراً. من خلال ذلك يكون أثر الحكم البديل الذي يتعلق بإداء المطلوب وهو الحكم الأصلي له ابعاد مختلفة، منها ما يكون متعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته. ومنها ما لا يتعلق اداء المطلوب بوقت يفوت بفواته، ولا يتصور تأخيره. وكذلك منها ما لا يتعلق اداء المطلوب بوقت يفوت بفواته، ويتصور فيه التأخير. لذلك فإن الآثار التي تترتب على ذلك تنقسم إلى اقسام وكما يأتي :

1-عندما يتعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته :

يكون هذا الاثر للحكم البديل عندما يكون ادائه في وقت يجب به الحكم الأصلي وليس للمكلف قدرة عليه؛ لأن البدل يكون وقت وجوبه وقت وجوب المبدل منه كسائر الابدال[32]. ونوضح ذلك بأن البديل الذي يقوم مقام الأصل في هذا الوقت، لا في جميع الاوقات، بل في هذا الوقت المعين؛ لأنه إذا أتى المكلف بالبدل في هذا الوقت المعين، سقط عنه الامر بالأصل في هذا الوقت ، ولكن لم يسقط عنه الامر بالأصل في كل الاوقات. لذلك أصبح قائماً مقامه في المرة الواحدة، ومن ثم أدى تمام المقصود بهذا الحكم البديل من قبل المكلف بالكلية[33]. على سبيل المثال انعقاد الزواج بالتعبير بالإشارة لعدم قدرة المكلف على التعبير اللفظي بمجلس العقد، وهذا ما إشارة له المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي[34]؛ لأنه بمجرد الانتقال الى الحكم البديل يؤدي الى سقوط الحكم الأصلي ولا يمكن له الرجوع لانعقاد الزواج، وبسبب المنع لانفصال الأمر بالبدل[35]. يتبين أن وقت اداء الحكم الأصلي هو وقت انتقال المكلف الى الحكم البديل الذي يعد بدلاً عن الاصل، كما يتحقق وقت الاداء من خلال عدم القدرة الذي يعد الضابط الأساسي للعمل بالحكم البديل، كما أن هذا الوقت يعد للحكم البديل مرة واحدة بينما للحكم الأصلي يكون في كل الاوقات؛ لأنه تعلق بوقت يفوت بفواته، فإنه يعتبر وقت الانتقال وفيه العدم مطلقاً[36]. ولا يلزم الصبر للضرورة أو للحاجة[37].

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

يكون اداء الحكم الأصلي ابتداءً، فلا يجوز الانتقال منه الى الحكم البديل إذا كان يرجو القدرة عليه؛ لأنه لا يمكن العمل بالحكم البديل مع القدرة الحكم الأصلي الذي يكون مطلوب ابتداءً؛ لأنه يتعين الابتداء بالمبدل منه أولاً، ومن ثم بالبدل المطلوب في ثاني الحال، عند عدم القدرة على المبدل منه، وهذا وفقاً للغالب[38].

على سبيل المثال كفارة اليمين في الايلاء[39]،والجماع في الصوم، فليس له الانتقال الى البدل إذا كان المكلف لديه القدرة على عتق رقبة، فلا يجوز له الانتقال الى البدل؛ لأن الكفارة على التراخي وإذا مات يمكن أن تؤدى من تركته، بخلاف العاجز عن الماء يتيمم، لأنه لا يقدر على أن يقضي صلاته لو مات[40].

أن عدم تعلق اداء الحكم الأصلي، بوقت يفوت بفواته، ولا يتصور تأخيره؛ لأن الحكم البديل لا يمكن الابتداء به لكون المكلف له القدرة على الاتيان بالحكم الأصلي وهو أن يجد الرقبة .. ، لذلك لا يجوز

للمكلف الانتقال الى الحكم البديل الذي لا يمكن تأخيره؛ لأنه لا يتعلق اداء الحكم الأصلي بوقت يفوت بفواته، كما لا يتعلق به الزام ومطالبة في الحال[41].

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

في حال إذا كان اداء الحكم الأصلي مطلوب اولاً، ولم يكن متعلق بوقت يفوت بفواته، مما يمكن التأخير في ذلك الاداء للحكم الأصلي المطلوب اول الحال، فإن الامر في ذلك يكون له وجهان وهما :

(أحدهما: يلزم المكلف التأخير؛ لأنه ليس في هذا التأخير بمضيقة للوقت. الثاني: يكون للمكلف الانتقال الى البدل ؛ لأنه يتضرر بالتأخير.)[42]. وعلى سبيل المثال كفارة الظهار التي لا يتصور فيها التأخير، ويلاحظ بهذا الشأن ومن خلال تتبع موقف الفقه اختلفوا الفقهاء بهذا الشأن على **قولين** : فالذي قال **بالأول** من الفقهاء ذهب الى ترجيح وجوب الصبر، أما الذي **قال بالثاني** من الفقه ذهب الى أنه يلزمه[43]. كما يلاحظ من خلال تتبع موقف الجمهور من الفقه الذي قطع في ذلك بانه لا يلزمه[44]. إن كفارة الظهار كمثال عما تقدم، يختلف بها التأخير عنها فيما إذا كان التأخير إلى غاية معينة؛ إما تكون معلومة للمكلف؛ يجوز فيها التأخير أن كانت مذكورة أو موصوفه، أما إذا كانت غير معلومة للمكلف؛ فإنه لا يجوز له التأخير. وعندما يكون التأخير لا إلى غاية؛ فإنه يجوز ذلك ببدل أو لا ببدل، فإن كان ببدل؛ لأن البدل إما أن يكون واجباً أو غير واجب، فإن كان البدل غير واجب يجوز التأخير، وإن كان واجب لا يجوز[45]. نخلص مما سبق، بأنه لا يمكن جعل الحكم البديل واجباً؛ لأنه لو كان البديل واجب، لكان ذلك سبب الى جعل الحكم البديل يقوم مقام الحكم الأصلي بشكل اساسي، مما ينعدم دور الحكم الاخير الذي يكون في اول الحال.

الخاتمة.

بعد الانتهاء من هذه الدراسة، سنبين اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

اولاً/ النتائج.

1-يعد الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية من أهم الأحكام التي نصت عليها قوانين الأحوال الشخصية، لأن له دور وظيفي(غائي) ينطلق من مفهوم نص القاعدة(لا ضرر ولا ضرار)، لأن هذه القاعدة مرة تنفي الضرر ومرة تثبت عدم الضرر.

2-كما لا يمكن جعل الحكم البديل واجباً؛ لأنه لو كان واجب، لجعلته يقوم مقام الحكم الأصلي بشكل اساسي، ومن ثم لا توجد ظروف غير طبيعية مفترضة يكون عليها المكلف، كما لا يكون هناك حكماً أصلياً وحكماً بديلاً له، وفق التفريد للأحكام الشرعية التي يتم من خلالها مراعاة ظروف المكلف.

3-إن ما ينتج عن الحكم البديل من اثار سواء كانت مباشرة أم غير مباشرة، جاءت بناءً على ما وضعه المشرع من توجه يكون وفقاً لما تتناوله نصوص قوانين الأحوال الشخصية في الفاظها وفحواها؛ لأنه من دلالات النصوص القانونية على الأحكام منها ظنية، مما يجعل النصوص المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تحتمل أكثر من حكم يؤثر بظروف القضية المعنية لحسم الخصومة فيها.

4-إن النص على الحكم البديل في مسائل الأحوال الشخصية بينت مدى انقسام المشرعين بالنص عليه لدرجة ذهب البعض منهم إلى النص عليه بشكل يبين مدى فعالية مثل هكذا أحكام وما لها من دور وظيفي بشكل واسع وشامل لجميع الحالات التي يكون عليها المكلف بظرف غير طبيعي يجعله غير قادر على الحكم الأصلي، أما بالنسبة للبعض الاخر أوكل اغلب دور مثل هكذا أحكام بشكل واسع إلى مبدأ الإحالة غير المقيدة على الفقه الإسلامي.

5-إن الحكم البديل تم تفريده عن الحكم الأصلي من اجل مراعاة ظروف المكلف بما ينسجم مع ذات المسألة التي يتعلق بها الحكم الأصلي، وهذا يؤكد أن القوة متعادلة بالدور الوظيفي للحكمين وهو تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

6-يكون للحكم البديل وقت أداء يتعلق به مما يجب أن يتم خلاله؛ لأنه لا يمكن تأخيره، كما أنه على العكس من ذلك قد لا يكون له وقت معين يتم خلاله مما يمكن تأخيره؛ لأنه ليس في تأخيره مضيعة للوقت، وكان لغاية معلومة، أما إذا كان لغاية غير معلومة فأنه لا يجوز التأخير.

ثانياً / المقترحات.

1-نقترح تعديلاً لنص المادة (1/ف1) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وهذا من اجل عدم حصر الاستنباط للأحكام على الفظ والفحوى على الرغم من وجود قنوات أخرى يتم من خلالها أستباط الأحكام من مصادرها غير هذه التي تم ذكرها بالنص لتكون أكثر شمولاً، لذلك نقترح إلى تعديل نص الفقرة ليكون بالشكل الآتي(تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها في لفظها وفحواها ومنطوقها ومفهومها).

2-نقترح تعديل نص المادة(1/6-ب) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، لكونه حدد من خلال نص الفقرة الثانية انعقاد الزواج بالكتابة من الغائب، ومن أجل تحقيق التوازن في هذا المجال، لذلك نقترح إلى تعديل نص البند (ب) من الفقرة ليكون بالشكل الآتي " ب- سماع كل من العاقدين الحاضرين كلام الآخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج وإن لم يفهم معاني الألفاظ ".

3-ندعو المشرع العراقي إلى أضافة فقرة جديدة لنص المادة(6) من قانون الأحوال الشخصية، وذلك من أجل مراعاة الظروف التي يكون عليها المكلف من حيث عدم قدرته على الحكم الأصلي، لأن الحكم بانعقاد الزواج ينفصل عن الزواج كوسيلة لتكوين أسرة، لذلك نقترح إلى تعديل نص المادة من خلال أضافة فقرة لتكون بالشكل الآتي " 3-في حال تعذر الصيغة اللفظية لانعقاد الزواج، يمكن اتخاذ التعبير الكتابي مقامه، فإن تعذر فبالإشارة المعهودة ".

4-ندعو المشرع العراقي إلى أضافة فقرة جديدة لنص المادة(19) من قانون الأحوال الشخصية؛ وذلك من أجل بيان معنى لفظ فبدلاً، لأن نصوص هذا القانون تسري على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها، وكذلك لتحديد ما هو واجب على الخاطب عند العدول ما يرده بشكل أكثر شمولاً من قيمة والمثيل، لذلك ما نقترحه من أضافة تكون محل الفقرة الثالثة وهذه تصبح فقرة رابعة بالشكل الآتي(3-يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة وإلا فمثلها ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها).

5-ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة(38) من قانون الأحوال الشخصية العراقي؛ وذلك من أجل أن تكون المادة أكثر شمولاً لما يستجد من حالات يكون عليها المكلف عند ارجاع الزوج مطلقته من طلاق رجعي واثناء العدة لذلك نقترح أضافة فقرة ثالثة لنص المادة ويكون بالشكل الآتي "3-تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند عدم القدرة بالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية ".

6-توصي الدراسة بأن يتم وضع ما يقوم أجراء الزواج من خلال وسائل الاتصال الحديثة كحكم بديل عن اجراء الزواج في مجلس عقد واحد من حيث المكان والزمان الذي يعد حكم أصلي، وذلك لأن الحكم البديل غائي له دور وقائي وعلاجي لمواجهة الظروف غير الطبيعية التي يمر بها المكلف، خصوصاً أن الزواج امر ينفصل عن الحكم الوارد بالنص، وكذلك لانتشار هذه الوسائل الحديثة بشكل واسع بالاستخدام خصوصاً في كافة التعاملات.

الهوامش.

[1]- محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1408هـ - 1988م، ص105.

[2]- أبي عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ - 2000م، ص117.

[3]- أبي عبدالله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص117.

[4]- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج12، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م، باب الصيد في الحرم، ص27. وينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص117.

[5]- نبين هنا أنه لو اتلف المتلف، ولم يجد مثله فأعطى القيمة ثم وجده، فهل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان : احدهما : ما تم ذكره في المتن ولمنع التكرار نكتفي بما تم ذكره اعلاه؛ لأنه يبين الاثر الذاتي للحكم البديل من جانب أنه غير مراد لغيره. ينظر: يحيى بن شرف محي الدين أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مج5، ط3، المكتب الإسلامي، بلا مكان طبع، 1412هـ - 1991م، ص21-22. وينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص118.

[6]- بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص117.

[7]- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج5، بلا طبعه، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ - 1983م، ص419.
[8]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، المصدر السابق، ص415. وينظر: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج6، المصدر نفسه، ص554-555.
[9]- السيد محمد صادق الحسيني الروحاني، المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات، ج1، المصدر السابق، المسألة(1095)، ص271.
[10] - ينظر: نص المادة (1/38) من قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث نصت على انه(1-رجعي : وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد..). وينظر: نص المادة (92) من قانون الأحوال الشخصية الاردني حيث نصت على أنه(...وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولاً أو فعلاً)، ونص المادة(98) حيث نصت على أنه(للزوج حق إرجاع مطلقته أثناء العدة قولاً أو فعلاً). وينظر: نص المادة (1/109) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي حيث نصت على انه1(- تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية..).
[11]- عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، بلا طبعه، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، بيروت، لبنان، 1308هـ، ص 286. وينظر: نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع،ط2،المكتبة التوفيقية،امام البابا لاخضر- سيدنا الحسين، بدون سنة طبع،ص176-177.
[12]- عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري علاء الدين، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البز دوي، المصدر نفسه، ص286.
[13]- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج11، بلا طبعه، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1403هـ -1983م، ص431.
[14]- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج16، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م، ص117.
[15]- بما أن الثمن في البيع هو بدل مقابل للبيع، لذا فإن ما نص عليه هو (يطلق البدل على ما يقابل الشيء في المبيع) وبهذا الخصوص ورد ما يرجع ذلك البدل او البديل الى قسمين : أحدهما – يرجع الى البدلين. والاخر – يرجع الى احدهما وهو الثمن . وهذا القسم الابدال غير مقصود؛ لأنه بدل مقابلة مال بمال، وإنما جاء ذكره هنا للتفريق بينه وبين الحكم البديل والذي تم تسميته هنا بديل الخلف او نائب عن الحكم الأصلي. ينظر : علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكأ ساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج11، المصدر السابق، ص52.
[16]- محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، المصدر السابق، ص105.
[17]- سعد الدين مسعود بن عمر التفتا زاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ -1996م، ص399.
[18]- التفاضل المعنوي : هو ان يكون البديل من جنس المبدل منه؛ لأنه اذا كان من غير جنسه عيناً منع من هذا التفاضل، وأن كان عرضاً يجوز في حالة اذا كانت القيمة يسيرة فان كانت غير يسيرة منع من هذا التفاضل. كما لا بد من الاشارة هنا ان الجنس المطلوب هنا هو جنس النوع وليس الجنس الحقيقي؛ لأنه مثال الذهب والفضة نوعان يندرجان تحت جنس واحد وهو النقد وحينئذ الفضة من افراد جنس الذهب فلو كان المراد بالجنسية حقيقتها لا تقتضي جواز دفع الذهب بدلاً عن الفضة والعكس ليس كذلك. ينظر : محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م، باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا، ص60. وينظر: أحمد بن علي ابن تغلب بن الساعاتي، نهاية الوصول الى علم الأصول، ج1، بلا طبعه، وزارة التعليم العالي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1418هـ، ص550.

كما لنا في هذا المقام أن نبين هنا ومن جانب منع التفاضل المعنوي في حالة اذا كان الجنس عرضاً وقيمته يسيرة؛ لأنه من شروط انتقال المكلف الى الحكم البديل هو عدم القدرة على الحكم الأصلي بشكل كلي، كما أن البديل لا يجب معه المقدور عليه من الحكم الاصلي بل ينتقل الى البديل بالكلية، لأن من الضوابط التي وضعها الفقهاء بين بديل لا يجب معه المقدور عليه من الأصلي، وبديل يجب معه المقدور عليه من الأصلي، وهذا الضابط هو (كل أصل ذي بدل فالقدرة على بعض الاصل، لا حكم لها وسبيل القادر على البعض كسبيل العاجز عن الكل)، لذلك نرى انتقال المكلف الى البديل بشكل كلي وان قدر على بعض الاصل الا اذا كان البديل مقصوداً لغيره في هذه الحالة لا بد من الاتيان بالمقدور عليه من الاصلي، وذلك وفقاً لهذا الضابط الذي ينص على انه "لا يجمع بين البدل والمبدل في محل واحد "، ينظر : السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة المنهاج، ج1، بلا طبعة، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ص317.

ووفقاً لهذا الضابط فإن البدل من حيث وجوب بعض المقدور عليه من الاصل يكون على اربعة اقسام :

الاول – ما يجب قطعاً مع البدل. كمن قدر على بعض الفاتحة لزمه قراءتها ثم يأتي بالبدل.

الثاني – ما يجب على الاصح. كمن وجد بعض ما يتطهر به من ماء أو تراب لزم على الاصح. هذا اذا قدر على البدل وهو التراب فان فقده استعمل الميسور قطعاً؛ لعدم البدل.

الثالث – ما لا يجب قطعا. كمن وجد بعض الرقبة في الكفارة المرتبة لا يجب عليه قطعاً؛ لأن الشرع قصد تكميل الرقبة فينتقل الى البدل.
الرابع – ما لا يجب على الاصح. كما لو وجد المحدث الفاقد للماء ثلجاً او برداً ولم يقدر على اذابته فلا يجب عليه على الراجح وينتقل الى البدل. ينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص122 وما بعدها.

[19]- عثمان أحمد النجدي، هداية الراغب، مج1، ط1، دار محمد للنشر والتوزيع، الطائف، المملكة العربية السعودية، 1417هـ - 1996م، ص515. وينظر: عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، احكام البدل في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص556. وينظر: نص المادة(4/د) من قانون الأحوال الشخصية الاردني حيث نصت على أنه(يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة والا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة).

[20]- إن النكول بمنزلة البدل لا بمنزلة الافرار؛ لأن لو جعلناه بدلاً يتوصل المدعي من خلاله الى حقه مع بقاء المدعي عليه محقاً في انكاره، وذلك لا يجوز الا بحجة ولان النكول سكوت فهو الى ترك المنازعة اقرب منه الى الاقرار فإنما يثبت به ادنى ما يثبت بترك المنازعة اقرب منه الى الاقرار فإنما يثبت به ادنى ما يثبت بترك المنازعة وهو البدل. ينظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج5، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م، ص6.

[21]- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ط1، المكتبة الحبيبية، كانسي رود حاجي غيبي جوك كونسه، باكستان، 1409هـ - 1989م، ص174.

[22]- سبق بيانه من خلال اثر الحكم البديل الذاتي ، وذلك على وجه التحديد عندما يكون غير مقصود لذاته ومراد لغيره، من خلال هذا الفرع الذي نحن فيه،(اولاً/ 2).

[23]- ينقسم الحكم الشرعي الى قسمان : الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي ولكل منهما أنواع. ينظر: مصطفى الزلمي وعبدالباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، طبعة جديدة منقحة، المكتبة القانونية، بغداد، 2008م، ص17.

[24]- عبدالله بن محمد بن عبد الرحمن الجمعة، احكام البدل في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص557.
وينظر : بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص122.

[25]- ابي بكر ابن السيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية اعانة الطالبين، ج4، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م، ص290.

[26]- حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، ط1، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، 1442هـ -2020م، ص184.

[27]- سورة البقرة : الآية (226-227).

[28]- محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، ط2، مكتبة الايمان، المنصورة – أمام جامع الازهر، مصر، 2005م، ص315-316.

[29]- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج17، بلا طبعه، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1407هـ، كتاب الظهار، باب كفارة الظهار، ص367.

[30]- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن الاقناع، ج12، ط1، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، (1421-1429هـ) – (2000- 2008م)، ص489.

[31]- عباس كاشف الغطاء، المنتخب من القواعد الفقهية، ط2، منشورات مؤسسة كاشف الغطاء العامة، النجف الأشرف، العراق، 1434هـ - 2013م، ص51.

[32]- ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج3، ط3، دار عالم الكتب، بلا مكان طبع، 1417هـ - 1997م، ص508.

[33]- لقد تم التكلم بهذا الخصوص بكلام دقيقاً يتعلق بهذا القسم وهو (ما يتعلق ادائه بوقت يفوت بفواته)، حيث قال : " الامر لا يفيد التكرار بل لا يقتضي الفعل الا مرة واحدة فاذا صار البدل قائماً مقام الاصل في هذا الوقت فقد صار قائماً مقامه في المرة الواحدة فإذا لم يكن مقتضى الامر الا مرة واحدة وقد قام هذا البدل مقام المرة الواحدة فقد تأدي تمام مقصود هذا الامر بهذا البدل فوجب سقوط التكليف به بالكلية ". ينظر: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، ج2، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م، ص179-180.

ويلاحظ هنا أن ما يتبادر الى الذهن التساؤل الاتي؛ هل هو مقتضى الامر طلب الاداء من فعل أو امتناع، وان هذا المعنى هو حقيقته ومقتضاه، وأما الفورية في تنفيذه أو التراخي والتأجيل فيه، أو أن الاداء مطلوب لمرة واحدة فقط، أو هو للتكرار؟ للإجابة لنا القول بأن كل ذلك يؤخذ من دليل خارج عن صيغة الامر. وفي هذا الشأن ذهبت اقوال عدة منها هي :
أحدهما : قال (ذهب جماعة من المحققين الى أن صيغة الامر باعتبار الهيئة الخاصة موضوعة لمطلق الطلب من غير إشعار بالوحدة والكثرة)، ثم يقول(والحق أن الامر موضوع لطلب الفعل، وهو القدر المشترك بين طلب الفعل على الفور

وطلبه على التراخي من غير أن يكون في اللفظ إشعار بخصوص كونه فوراً أو تراخياً).ينظر: محمد صديق حسن خان بهادر، حصول المأمول في علم الاصول، بلا طبعه، مطبعة الجوائب، القسطنطينية، 1296هـ، ص85 وما بعدها.

ثانيها : قال (الامر اسم لمطلق اللفظ الدال على مطلق الطلب). ينظر: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، ج2، المصدر السابق، ص40.

ثالثهما : قال (ولنا لفظ الامر صيغة اقتصرت لمعناها من طلب الفعل). ينظر: عبد العزيز احمد بن محمد البخاري علاء الدين البزدوي، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي، مج1، بلا طبعه، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، بلا مكان طبع، 1308هـ، ص125.

رابعهما : قال (والمختار أن المرة الواحدة لابد منها في الامتثال وهو معلوم قطعاً، والتكرار محتمل فان اقترن به قرينة اشعرت بإرادة التكرار حمل عليه والا كان الاقتصار على المرة الواحدة كافياً). ينظر: علي بن محمد الآمدي، الاحكام في اصول الاحكام، ج2، ط1، دار الصميعي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1424هـ - 2003م،ص192-193.

[34]- الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص88. وينظر: نص المادة(41) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي حيث نصت على أنه(...وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة).

[35]- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج13، ط1، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ - 1983م، ص138.

[36]- قال الرافعي : أن كان له مال غائب في بلده أو غيره أم لم يكن بخلاف الكفارة، فإنه يعتبر في الانتقال الى الصوم فيها العدم مطلقاً. والفرق أن بدل الدم مؤقت بكونه في الحج ولا توقيت في الكفارة. ينظر: أبي زكريا محيي الدين يحيي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م، كتاب الحج/ باب بيان وجوه الاحرام وما يتعلق بها،ص328.

كما يلاحظ هنا، أن بدل الدم مؤقت بكونه في الحج ولا توقيت في الكفارة ولان الهدى يختص ذبحه بالحرم، بخلاف الكفارة، ينظر: أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج7، بلا طبعه، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع،ص186.

[37]- ابي زكريا محيي الدين يحيي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج3، المصدر نفسه، ص186.

[38]- البدل مع مبدله أقسام :

أحدهما : يتعين الابتداء بالمبدل منه، وهو الغالب : كالتيمم مع الوضوء ، والواجب في الزكاة مع الجيران.

ثانيهما : يتعين الابتداء بالبدل : كالجمعة إذا قلنا : هي بدل الظهر... . ينظر : جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1403هـ - 1983م، ص537.

[39]- إن من الاثار التي تترتب على الايلاء الذي هو حلف يمين يترتب عليه حكم شرعي، والمراد بحكم الايلاء هنا وصفه الشرعي، فقد تبين الحكم الشرعي من خلال قوله سبحانه وتعالى :{ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم* وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم}. ينظر: سورة البقرة : الآية(226-227).

لذا فإن الذي يتبين من خلال ما تقدم أن من الاثار التي تترتب على هذا الايلاء، تختلف فيما اذا كانت اثار تترتب عليه في الفقه الاسلامي، ومن هذه الاثار المترتبة على حكم الايلاء في الفقه الاسلامي، هي الكفارة عن اليمين، وذلك إذا حلف الزوج على زوجته بعدم قربانها أربعة أشهر فاكثر، فإن عاشرها خلال هذه المدة فيلزمه في هذه الحالة كفارة اليمين، أما حال عدم اللمس فلا يلزمه شيء. ينظر : أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ - 1995م، كتاب الايلاء، ص53 وما بعدها.

كما يلاحظ ايضا أن الايلاء هو الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة قبلاً إما أبداً أو مدة على اربعة أشهر لغرض الاضرار بها. فلا يتحقق الايلاء بالحلف على ترك وطء المتمتع بها، ولا بالحلف على ترك وطء الدائمة مدة لا تزيد على اربعة اشهر، ولا فيما اذا كان لدفع ضرر الوطء عن نفسه أو عنها أو لنحو ذلك، كما يعتبر فيه ايضاً ان تكون الزوجة مدخولاً بها ولو دبراً فلا يتحقق بالحلف على ترك وطء غير المدخول بها نعم تنعقد اليمين في جميع ذلك وتترتب عليها آثارها مع اجتماع شروطه. ينظر: سماحة اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني((دام ظله))، منهاج الصالحين، ج3،، طبعة مصححة، دار المؤرخ العراقي، 1445هـ - 2023م، كتاب الايلاء، مسالة (650)،ص203.

أما من جانب اثاره التي تترتب في القانون على الايلاء؛ يحث القاضي الزوج على الفيء فإن استعد للفيء أجله الى مدة قصيرة، فإن لم يفيء الزوج طلق القاضي بينهما طلقة رجعية مالم تكن مكملة لثلاث، فإن طلق القاضي بينهما تعتد الزوجة عدتها الشرعية. ينظر: عمر سليمان عبدالله الأشقر، الواضح شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، المصدر السابق،ص279. مما تقدم يلاحظ أن الاثار المترتبة على الايلاء القانونية هي نفسها الاثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي باستثناء الكفارة؛ لأن الزوج يلزم بها ديانة لا قضاءً.

[40]- ابي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج6، المصدر السابق، ص272. وينظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، الاشارة نفسها.

[41]- ابي زكريا محيي الدين يحيي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج8، المصدر السابق، كتاب الدعوى والبينات/ باب في الدعوى، ص297.
[42]- ابي عبدالرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، ط1، دار ابن القيم – دار ابن عفان، بلا مكان طبع، 1421هـ، القاعدة الثانية والاربعين، ص435. وينظر: الزركشي، المنثور في القواعد، ج1، المصدر السابق، ص89.
[43]- إن ما أشار الى ذلك الغزالي والمتولي، وهم أصحاب القول الاول، أما بالنسبة لصاحب القول الثاني هو البغوي وهذا اختيار لنفسه، فقال حكاية المذهب: لا يلزمه، ورأيت أن يلزمه. ينظر: محيي الدين النووي، روضة الطالبين، ج6، المصدر السابق، ص272.
[44]- محيي الدين النووي، روضة الطالبين، ج6، المصدر نفسه، ص273.
[45]- وفي هذا السياق يبرز التساؤل الاتي هل التأخير في كفارة الظهار يجوز إلى غاية أو لا إلى غاية؟ للإجابة عن ذلك لنا القول، بأنه يجب التفريق بين حالة إذا كان جاز تأخيره الى غاية معينة. وحالة أن كان التأخير لا الى غاية، وذلك له تفصيل على النحو الاتي :

أولاً – إن جاز التأخير الى غاية معينة :

فإما أن تكون الغاية معلومة للمكلف أو لا تكون معلومة له، وذلك مأسوف نبينه هنا على وجهان وهما كالاتي:

أحدهما : فإن كانت الغاية معلومة له؛ فإن هذه المعلومة تكون للمكلف أما مذكورة بأن يقال له (عشرة أيام)مثلاً. أو موصوفة؛ فيكون أما الاول خلاف الفرض إذ الفرض فيما إذ كان أمراً مطلقاً غير مقيد بوقت في الذكر، وإن كان الثاني فالوقت لموصوف لا يخرج بالأجماع عن الوقت الذي انتهى اليه غلب على ظنه أنه لو أخر المأمور به عنه لفات؛ وذلك لا يكون الا بإمارة تدل عليه؛ وهي بالأجماع غير خارجة عن الغرض المرجو وعلو السن، وكل واحد من الامرين مضطرب مختلف؛ فإنه قد يموت أو يعيش ولا يعتد بذلك فيما بعد.

ثانيهما : فإن كانت الغاية غير معلومة له؛ وفي ذلك لا يجوز التأخير عنها، فإن ذلك يعد تكليفاً بما لا يطاق وهو ممتنع.

يبدو لنا أن كل ما تقدم هو فيما إذا جاز التأخير إلى الغاية التي تكون معلومة أو غير معلومة للمكلف، فإن كانت معلومة له يجوز التأخير، إما إذا كانت غير معلومة فإنه في هذه الحالة لا يجوز له التأخير.

ثانياً – إن كان التأخير لا إلى غاية :

في هذا المجال إما أن يجوز التأخير ببدل أو لا يجوز التأخير ببدل، فإن كان ببدل؛ فإن ذلك البدل إما أن يكون واجباً أو غير واجب، لا يجوز التأخير أن كان البدل ليس واجباً، أما أن كان البدل واجباً، فإنه يمتنع التأخير لوجوه أربعة :

الاول : إنه لو كان واجباً لوجب إنباه المأمور حالة ورود الامر نحوه على من حضر حذراً من فوات الواجب الذي هو البدل، كما لو ضاق عليه الوقت وكان نائماً.

الثاني : هو أن الامر لا تعرض فيه لوجوب البدل، والأصل عدم دليل أخر؛ ويمتنع القول بوجوب ما لا دليل عليه.

الثالث : إن البدل لو كان واجباً، لكان قائماً مقام المبدل ومحصلاً لمقصودة؛ وإما لما كان بدلاً؛ لما فيه من فوات مقصود الأصل؛ ويلزم من ذلك سقوط المأمور به بالكلية بتقدير الإتيان بالبدل ضرورة حصول مقصودة؛ وهو محال.

الرابع : إنه لو كان البدل واجباً لم يخل إما أن يجوز تأخيره عن الوقت الثاني من ورود الأمر أو لا يجوز؛ فإن كان الاول فالكلام في أصل المأمور به وهو تسلسل ممتنع.

وإن كان الثاني فهو أيضا ممتنع؛ لأن البدل لا يزيد على نفس المبدل، ووقت المبدل غير معين فكذلك البدل؛ وإن جاز التأخير أبداً لا ببدل؛ ففيه إخراج الواجب عن حقيقته، وهو محال.

كل ما تقدم هو لبيان تفصيل التأخير في حالة عدم تعلق اداء الحكم الاصلي بوقت يفوت بفواته، ويتصور تأخيره.

ينظر : علي بن محمد الآمدي، الاحكام في اصول الاحكام، ج2، المصدر السابق، ص 206-207. وينظر: ابي عبد الرحمن عبد المجيد جمعة، القواعد الفقهية، المصدر السابق، ص435.

المصادر.

القرآن الكريم.

أولاً / كتب الحديث.

1-علي بن محمد الآمدي، الاحكام في اصول الاحكام، ج2، ط1، دار الصميعي، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1424هـ - 2003م.

2-فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم اصول الفقه، ج2، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1412هـ - 1992م.

3-محمد صديق حسن خان بهادر، حصول المأمول في علم الاصول، بلا طبعه، مطبعة الجوائب، القسطنطينية، 1296هـ.

ثانياً/ كتب اللغة.

1-محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1408هـ - 1988م.

2- جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1403هـ - 1983م.

ثالثاً/ كتب الفقه الإسلامي.

1- أبي زكريا محيي الدين يحيي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م.

2-ابي عبدالرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين، ط1، دار ابن القيم – دار ابن عفان، بلا مكان طبع، 1421هـ، القاعدة الثانية والاربعين.

3-سماحة اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني((دام ظله))، منهاج الصالحين، ج3،، طبعة مصححة، دار المؤرخ العراقي، 1445هـ - 2023م، كتاب الايلاء، مسالة (650).

4-أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف،المهذب،ج3،ط1،دارالكتب العلمية،بيروت،لبنان،1416هـ -1995م،كتاب الايلاء.

5-منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج13، ط1، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ - 1983م.

6-عبد العزيز احمد بن محمد البخاري علاء الدين البزدوي، كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي، مج1، بلا طبعه، مطبعة الشركة الصحافية العثمانية، بلا مكان طبع، 1308هـ.

7-ابي بكر ابن السيد البكري ابن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية اعانة الطالبين، ح4، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1418هـ - 1997م.

8-محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج17، بلا طبعه، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1407هـ، كتاب الظهار، باب كفارة الظهار.

9-منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن الاقناع، ج12، ط1، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، (1421-1429هـ) – (2000- 2008م).

10-عباس كاشف الغطاء، المنتخب من القواعد الفقهية، ط2، منشورات مؤسسة كاشف الغطاء العامة، النجف الأشرف، العراق، 1434هـ - 2013م.

11-ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج3، ط3، دار عالم الكتب، بلا مكان طبع، 1417هـ - 1997م.

12-سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ -1996م.

13-السيد محمد صادق الحسيني الروحاني، المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات، ج1، المصدر السابق، المسألة(1095).

14-علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ط1، المكتبة الحبيبية، كانسي رود حاجي غيبي جوك كونسه، باكستان، 1409هـ - 1989م.

15-أحمد بن علي ابن تغلب بن الساعاتي، نهاية الوصول الى علم الأصول، ج1، بلا طبعه، وزارة التعليم العالي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1418هـ.

16-السيد أبوالقاسم الموسوي الخوئي، مباني تكملة المنهاج، ج1، بلا طبعة، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، بلا سنة طبع.

17-شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج11، بلا طبعه، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1403هـ -1983م.

18-عثمان أحمد النجدي، هداية الراغب، مج1، ط1، دار محمد للنشر والتوزيع، الطائف، المملكة العربية السعودية، 1417هـ - 1996م.

19-محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، بلا طبعه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971م، باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا.

20-شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج16، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م.

رابعاً / كتب عامة.

1-حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، ط1، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، 1442هـ -2020م.

2-محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، ط2، مكتبة الايمان، المنصورة – أمام جامع الازهر، مصر، 2005م.

3-مصطفى الزلمي وعبدالباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، طبعة جديدة منقحة، المكتبة القانونية، بغداد، 2008م.

خامساً / القوانين

1-قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

2-قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 لسنة 2005 المعدل.

3-قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم 36 لسنة 2010 المعدل.