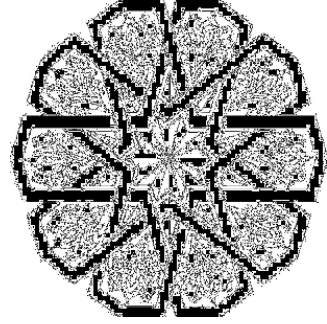


قراءة نقدية في تقنين أحكام الفقه

وصياغتها



تطبيقاً على مسودة " مشروع قانون الأسرة
البحريني - الشق السنّي "

إعداد

د . أحمد محمد أحمد بخيت

أستاذ مشارك الفقه المقارن
بقسم اللغة العربية والدراسات الإسلامية
كلية الآداب (جامعة البحرين)

موجز عن البحث

عنوان البحث : تقنين أحكام الفقه الإسلامي وصياغتها تطبيقاً على مسودة القسم
الأول من مشروع قانون الأسرة البحريني . دراسة نقدية .

لم تبرز شمس القرن الثالث الميلادي إلا وأكثر القضايا تتحول من ولاية الدولة القطرية إلى ولاية النظام العالمي الجديد ، الذي استخدم آليات القانون الدولي لفرض رؤيته في الحياة والسلوك ، وتكاثرت دواعي التغيير في مناح شتى يلفتنا منها بوجه خاص التغيير القانوني في مجال الأحوال الشخصية، في دول مجلس التعاون الخليجي، التي شهدت ثورة حقيقية في مصدرية الأحكام والحقوق وتنظيمها ، فلم ينتصف العقد الأول من القرن الجديد إلا ودول المجلس ، عدا

المملكتين ، قد تحولت عن مصدرية الفقه والعرف إلى التشريع المكتوب ، ولا شك أنه أحفظ للاستقرار ، وأبعد عن الاضطراب ، وأدعى إلى اعتبار الأمثل من الأحكام شريطة أن تغلب اعتبارات التشريع الحقيقية على كافة الاعتبارات الأخرى ، ولا يتأتى ذلك في الواقع إلا بمراعاة أصول وضع وصياغة التشريعات ، في إطار الحفاظ على ثوابت المجتمع دون إغفال للمتغيرات والمستجدات.

ومملكة البحرين وإن لم تسن بعد تشريعا للأحوال الشخصية إلا أنها تبغي ذلك في القريب ، وقد تصدت غير جهة من جهات المجتمع المدني إلى تقديم أفكار قانونية ، وتأمل كل جهة منها أن تجد من أهل الاختصاص من يتبنى فكرتها كإقتراح أو مشروع قانون ، إلا أن المسودتين اللتين أفصح عنهما في نوفمبر ٢٠٠٥ مثلتا أبرز ما وضع من أفكار في هذا الخصوص ، لذا فقد اخترت المسودة السنية ، وهي إحدى المسودتين ، لتكون مثالا تطبيقيا أبرز من خلاله الآثار العملية لأصول تقنين وصياغة الأحكام الأسرية ذات الأصل الإسلامي ، وأقيم ما وضع في صورة مواد ، فاقترح تبني ما ترجحت صحته ، وأرجو إعادة النظر فيما تبدى وجه ضعفه ، بعد أن أبرهن عليه ، وقد قسمت الدراسة إلى ثلاثة فصول أولها أخصصه للمسودة محل التطبيق وظروف وضعها ، والثاني أعالج فيه أصول وضع وصياغة القوانين ، مع ذكر أمثلة لبيان أوجه الخلل التي تعترى القوانين التي لم ترع أصول الوضع والصياغة ، وفي الفصل الثالث أتناول مواد المسودة بالتقييم مقتصرًا على إبراز مغان التميز الواضح ، أو أوجه الخلل الظاهر .

الباحث

د. أحمد محمد أحمد بخيت

أستاذ مشارك الفقه المقارن
قسم اللغة العربية والدراسات الإسلامية
كلية الآداب . جامعة البحرين

Summary of search

Search Title: Rationing provisions of Islamic jurisprudence and formulating then applying on a draft of the first section of the Bahraini family bill critical study

The sun of the third century AD, had not emerged till the most cases turned from the state of Qatar to the mandate of the new world discipline, which used the mechanism of international law to impose his vision of life and behavior.

The need of change has increased in various aspects mentioned in particular way the legal change in personal circumstances, in Gulf cooperation Council countries, which has seen a real revolution in of source in Rights and Judgments and its organizing.

The first decade of the new century has not middel till the states of GCC have been transformed from a source of custom and Fiqh to the written legislate except for the two Kingdoms.

There is no doubt that will be memorized stability and further from the turmoil, and arrogated to optimal consideration of provisions provided the overcome of real legislation on all other considerations.

This will not be taken in fact without taking into account the basics of the formulating and applying legislations in the Franc of maintaining the principles of the society without omission the developments and changes.

Although the Kingdom of Bahrain has not adopted legislation concerning personal status yet, It wishes so in the near.

Many of civil society actors have provided legal ideas, and every one hopes to find specialists who adopted its idea as a suggestion or as a bill, but the drafts which have been disclosed in November 2005 represented the highlight of the ideas set in this regard. So, I choosed the Sunni draft.

It's one of the two drafts, to be applied as a practical example which represents practical figures of the basics of rationing and the formulation of family provisions of Islamic origin and I evaluate what is held in the form of articles.

I suggest adopting what is supposed to be right and I hope to reconsider showing the face of weakness after proving that.

This study is divided in to three chapters :

The first chapter for the draft application and its setting conditions.

The second chapter within it I treat the basics and formulation of the law by stating setting examples to show the faces of deficit which permate the law that didn't consider the setting and the formulating basics.

The third chapter I treat the draft articles by evaluation limited to show clear excellence doubts or aspects of the apparent deficit

Researcher

Dr.. Ahmed Mohammed Ahmed Bekheet

Associate Professor of Comparative Jurisprudence.

Department of Arabic and Islamic Studies

Faculty of Arts .University of Bahrain



مقدمة^(١)

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله ، وعلى آله الأخيار ، وزوجه الأطهار ، وصحبه الأبرار ، ومن عمل عملهم وسار على هديهم إلى يوم الدين .
وبعد ...

فقد شاء الله تعالى أن أكون بالجانب الشرقي من جزيرة العرب في وقت يشهد تغيرات جمة في كل أقطارها ، بل في كل الأقطار العربية ، فهناك نهضة عمرانية تشهد تطاولا في البنيان ، واتساعا في الأسواق ، ولا بد أن يصحب ذلك تغير في نظم الأموال والأملك والاتجار والاستهلاك ، ويفسح الباب للأجانب - من المسلمين وغيرهم - للقرار على هذه الأرض الطيبة ، مع تسامح في ممارسة الشعائر العقديّة ، والعادات الحياتية ، والسلوكيات الثقافية ، وما يستتبع ذلك من إقامة بيوت - للعبادة - غير المساجد ، وإشاعة ملابس غير المعهود ، وسلوكيات غريبة أو مستغرّبة .
ومن البديهي أيضا أن تستحدث لمواجهة ذلك القوانين ، وأن يعدل القائم منها أو يلغى ، وأن

(١) أنه هنا بأن الدراسة الماثلة كانت قد أعدت قبل صدور القسم الأول من قانون الأسرة البحريني الصادر بالقانون ١٩ / ٢٠٠٩ وقد اجتازت كل شرائط النشر بمجلة الحقوق بجامعة البحرين ، بل منح الباحث من إدارة المجلة شهادة بقبول البحث للنشر بموجبه اعتبرت الدراسة كأحد البحوث المدعومة من عمادة البحوث والنشر العلمي بجامعة البحرين ، غير أن إدارة المجلة اعتذرت عن النشر الفعلي لأسباب ترجع إليها ، وكان من صدق الدراسة أن اختيار معدها عضوا في لجنة مراجعة وضبط القسم الأول من مشروع القانون واستمر حتى صدر بالقانون ١٩ لسنة ٢٠٠٩ ، ويشرفه أن لجنة الإعداد قد أخذت بالكثير من مقترحاته في هذه الدراسة ، ثم كان له شرف التعليق على القانون ، ثم شرحه ، في مؤلفين كبيرين ، فصدر التعليق بالاشتراك مع الدكتور الشيخ ياسر المحميد رئيس محكمة الاستئناف الشرعية بالبحرين عن وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف ٢٠١١ ، ثم صدر الشرح ككتاب جامعي محكم بمعرفة عمادة البحث العلمي بجامعة البحرين وبمشاركة الدكتور أحمد العطاوي الأستاذ المساعد بجامعة البحرين ونشر ٢٠١٢ كأحد مطبوعات جامعة البحرين ، وقد أثرت الإبقاء على القراءة كما وضعت لتظل وثيقة تكشف عن شيء من تاريخ قانون الأسرة البحريني .

تشأ المفارخ التعليمية والتثقيفية الملائمة ، وتعديل مناهج القائم منها ، بل إنه مع طول إقامة الوافدين فتح باب التجنيس ، فإن لم يكن فالتوطين ، وكما شهدت الأرض مدنا جديدة ، وبنيات مختلفة شهدت الخريطة البشرية عرقيات أخرى ، ودماء مختلطة ، وبشائر أسر جديدة .

وعلى إثر ما هو معروف من استغلال بعض قوى الاستكبار العالمي لحدث الحادي عشر من سبتمبر ، وتوظيفه لصبغ العالم عموما ، والمسلمين خصوصا ، بالقيم الغربية في الحياة والسلوك ، تكاثرت دواعي التغيير في مناح شتى ، يسترعينا منها بوجه أخص التغيير القانوني .

فبعد أن كان الغالب على الإلزام القانوني هو الموروث من فقه الشرع ، والمعهود من أعراف الآباء والأجداد ، فضلا عما يقره ولى الأمر منحة ومكرمة ، غدت الغلبة للتشريعات المكتوبة ، والحقوق المقننة ، وكان على رأس النظم التي لحقها التعديل ، شكلا وموضوعا ، نظام الأسرة .

وقد قدر الله أن أشهد بوجه أخص صدور أول قانون للأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، واعتماد مشروع قانون يعمل به إلى حين في دولة قطر^(١) ، وصدور بعض النظم الجزئية - ويتنظر التعميم - في هذا الشأن في المملكة العربية السعودية ، وقد سبق كل ذلك التأكيد على مراعاة الأحكام التي أقرتها وثيقة مسقط للأحوال الشخصية ، ومبادرة سلطنة عمان إلى وضع قانون للأسرة يرفع هذه الأحكام في الغالب ، وأخيرا برزت إلى العلن الرغبة البحرينية في وضع تشريع في أحكام الأسرة يرفع الخصوصيات ويستجيب للمتغيرات ، فكان مشروع القانون محل البحث .

وقد أدت الوضعية المذهبية في المملكة إلى أن يتمثل مشروع القانون في مسودتين ، مسودة الأحكام السنية ، ومسودة الأحكام الجعفرية .

وقد كان غرضنا أن ننظر في المسودتين لولا ما علمنا أن شرعية التقنين الجعفري لا تعتبر - في عرف دعاة المذهب وعلمائه - ما لم تقره المرجعية الشيعية في النجف ، وعلى ذلك فإن التأييد

(١) صدر هذا المشروع برقم ٢٢/٢٠٠٦ قانونا للأسرة ، ولكن لم يتيسر لي حتى الساعة الاطلاع عليه ومن ثم كان تعاملنا مع المشروع .

أو النقد على أساس المدون من الفقه الجعفري المتاح لنا لن يجدي شيئاً، فالمرجعية - في رأيهم - للمجتهد الحيّ دون غيره، لذا آثرنا أن ندع تلك المهمة لأهلها، فهم الأجدر بها والأقدر عليها، وركزنا جهدنا على المسودة السنوية لمشروع القانون.

ونؤكد هنا حرصنا على أن يكون نظرنا عادلاً، شاملاً، وأن يكون نقدنا نصحاً، وتأييدنا شهادة حق، واختيارنا نزولاً على المشروع، وردنا دفعا لما نظنه إهدارا لمصلحة، أو مدخلا لمفسدة، والله من وراء القصد، هو حسبي ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

تمهيد وتقسيم :

كما نوهنا في المقدمة فإن مشروع قانون الأسرة قد وضع في ظرف محلي وعالمي بالغ الدقة، فثمة دواع تتعجل الإصدار، وصرخات تتدثر بالخارج والقانون الدولي، تتغيا إقرار أحكام تصدم الواقع وتؤذي المشاعر، وتخرج على المشروع، يواجهها دفع بالموروث شرعا وفقها وعرفا. وخوفا من استجابة الهيئات المختصة بالتشريع لمن يظن أنهم مستغربون فإن من المجاهبين من يرفض اتخاذ التشريع وسيلة لضبط الأحكام الأسرية، ويصر على مداومة الاقتداء بنهج الآباء في القضاء والحكم.

ومن جانب آخر فإن العقد الأخير من الألفية الثانية وما مضى من سني الألفية الثالثة قد شهد طفرات تشريعية في قوانين الأحوال الشخصية^(١) العربية، فعدّلت كثير من الدول العربية - ذات

(١) يصطلح بهذا العنوان على النظام - القانون - الشامل لمشكلات الأسرة والوقف والإرث والتركات ونحوها في كل من: مصر القوانين ١٩٢٠/٢٥، ١٩٢٩/٢٥، المعدلان بالقانون ١٩٨٥/١٠٠، والقانون ٢٠٠٠/١، وقوانين الوصية والإرث، والأوقاف وبعض الأحكام المتعلقة بهذا الشأن في القوانين الأخرى، فضلا عما يعرف بلائحة المأذونين، ولائحة الموثقين المنتدبين، وفي سوريا وبخاصة القانون ١٩٥٣/٥٩، وفي الأردن وقد صدر قانونها الموسوم بهذا الاسم في ١٩٧٦، وفي الكويت القانون ١٩٨٤/٥١، والقوانين: السوداني، والعراقي واليمني، والعماني، والإماراتي، فضلا عن مشروع القانون القطري، والخليجية من هذه القوانين تعكس في التسمية المختارة، وفي كثير من أحكامها رؤية وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ونستطيع أن ندرج المرسوم بقانون ١٩٧١/١٣ بشأن تنظيم القضاء في البحرين ضمن منظومة هذه القوانين، فقد استعمل مصطلح "الأحوال الشخصية" بالمعنى الذي قصدت إليه القوانين العربية الأخرى التي أشرنا إليها.

السبق في تقنين أحكام الأسرة - من قوانينها القائمة بالفعل، واستحدثت أحكاما جديدة تستجيب - ولو بقدر - لحكم الغالب، رغبا ورهبا، وانضمت دول جديدة إلى ساحة التقنين التشريعي^١ ناسجة - في الغالب - على منوال الدول الأقدم في هذا الميدان.

ولا يخفي على المدقق أن بعض المقاربات بين الشريعة الإسلامية والشريعة الدولية تميل إلى شيء من التلفيق، وأحيانا التدليس^(١) لاسيما عندما ترغب في إنفاذ بعض مقررات ما يسمى الشريعة الدولية، وقد تتخذ - في منهجية التقنين - من بعض القوانين القائمة بالفعل نموذجا تحرص على محاكاته، بيد أن بعض نصوص هذه القوانين مشوبة بمخالفة الشريعة، وقد يصح أن يقال إنها مقطوعة النسب، مضيعة للسكن والولد، معاندة للفطرة، بعيدة عن الفكرة.

وعلى كل حال وفي ضوء تطورات كثيرة لحقت بصياغة وتحديد مصطلح "الأحوال الشخصية" في اللوائح والقوانين المتتالية، وفي ضوء أحكام النقص المصرية فإن مصطلح الأحوال الشخصية يراد به في العمل:

- ١- المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم
 - ٢- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وواجباتهم المتبادلة، والمهر ونظام الأموال بين الزوجين.
 - ٣- المسائل المتعلقة بالطلاق والتطويق والتفريق.
 - ٤- المسائل المتعلقة بالبنوة، والأبوة، والعلاقة بين الأصول والفروع، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار
 - ٥- المسائل المتعلقة بتصحيح النسب والتبني.
 - ٦- المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيام والحجر والإذن بالإدارة، والغيبة، واعتبار المفقود ميتا.
 - ٧- المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.
 - ٨- وتعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك. يراجع في هذا: المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة - في مصر - والصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧، والمادتان ١٣، ١٤ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء المصري، نقض مصري في ٢/١/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٣٢، المستشار معوض عبد التواب. الدعوى الشرعية ط دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. ص ١٣-١٩، المستشار. حسن حسن منصور. المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية ط ٢٠٠١. مقدمة الجزء الأول. د. أحمد الغندور. الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي. ط ٤. نشر مكتبة الفلاح ٢٠٠١ ص ٢١ وما بعدها.
- (١) انظر في ذلك. د. محمد محمد حسين. أزمة العصر. نشر دار عكاظ. ١٣٩٩ هـ ١٩٧٨. ص ٦٣ وما بعدها، ١٠٥-١٠٩، ١٢٢-١٢٤، م علي جريشة. وشريف محمد الزبيق أساليب الغزو الفكري. ط ثالثة دار الاعتصام ١٣٩٩/١٩٧٩. ص ٢٠١، الشيخ محمود محمد شاكر. رسالة في الطريق إلى ثقافتنا. ط مكتبة الأسرة ١٩٩٧ ص ١٣١، ١٤٦-١٤٩.

لهذا ثارت بعض الدوائر البحرينية ذات المرجعية الدينية في وجه الدعوة إلى تقنين أحكام الفقه الأسري الإسلامية ، ثم خفت ثورة معارضة التقنين باعتباره عملا وظهرت الدعوة إلى ترشيد التقنين، بالتأني في دراسة موضوعاته ، وإيكال مهمة وضع مسوداته إلى المختصين من رجال الشريعة والقانون .

ومن هنا فإننا في بحثنا لا بد أن نتوقف عند تلك الضغوط التي صاحبت نشأة المشروع لنرصد تداعياتها عليه ، وقد نتلمس له بعض العذر إن لم يرع - مع العجلة - الشكل ، أو لم يحفظ - للدواعي غير التشريعية - المصالح المبتغاة من التشريع ، أو فاته بعض ما كان يجب ضمه ، أو قنن بعض ما يحسن تركه ، لسبب ما ، ولكن الهدف الأعظم من دراستنا هذه أن نشارك بفاعلية في دعم دعوة الترشيد ، ببيان ما نحسبه مجديا في وضع التقنينات وصياغتها بوجه عام ، ثم بالنظر في مسودة مشروع قانون الأسرة البحريني السنية في ضوء تلك الضوابط ، وفي إطار من الأدلة الشرعية ، والاجتهادات الفقهية ، وما هو قائم أو مقترح من النصوص القانونية الأسرية .

وفي ضوء ذلك أرى أن أقسم البحث فصولا ثلاثة :

أتناول في الأول منها : وصف مسودة مشروع قانون الأسرة (السنية) وألقى بعض الضوء على ما أظنه ضغوطا ألفت بظلالها على مشروع القانون لنرى مقدار حرص اللجنة التي وضعت المشروع على مراعاة مجموع المصالح والمطامح .

وأتناول في الفصل الثاني : ضوابط العمل التشريعي من حيث الموضوع والشكل .

وفي الفصل الثالث : أستقرىء الأحكام التي ينظمها المشروع ، لنرى مدى تحليلها بالضوابط التشريعية ، ونردها - ما استطعنا - إلى أصولها ، التشريعية والفقهية ، والتقنية ، بقصد التنبيه على ما نحسبه - من موضوعها وشكلها - أبرزها نفعاً ، أو أبعدها عن الصلاح .

الفصل الأول مسودة المشروع والضغوط التي رافقت وضعها

المبحث الأول مشمتملات المسودة

في خضم المساجلات الكلامية التي تابعتها من خلال البرامج الحوارية واللقاءات الصحافية نرصد أولا الأطوار التي عايشها المجتمع البحريني حتى ظهر مشروع قانون الأسرة بمسودتيه اللتين كانت تدور حولهما المناقشات ، ثم نقدم وصفا موجزا لما عليه المسودة السنوية للمشروع حسب آخر تعديلاتها .

المطلب الأول أبرز الأطوار التي رافقت صياغة مسودات التقنين

أولا : حسبما ما ذكرت الدكتورة سبيكة النجار ، وهي من الناشطات في قضايا المرأة ، فإن مطالبة الجمعيات النسوية بقانون ينظم أحكام الأسرة مطالبة قديمة ، تعود - حسبما ذكرت الدكتورة سبيكة النجار- إلى فترة السبعينيات (١) والدافع إلى ذلك كون هذا القانون يمس الأسرة البحرينية ويحمي حقوقها ويصونها من الضياع ويعمل على جمع شمل الأسرة البحرينية، وتقول : إن وضع مثل هذا القانون يأتي تفعيلا للمادة الخامسة من دستور مملكة البحرين ، وهي المادة المتعلقة بالأسرة التي تعتبر الدعامة الأساسية للمجتمع، وتوفير الأمن الاجتماعي والرعاية لأفرادها، وسن القوانين المحققة لذلك (٢).

(١) تأسست جمعية نهضة فتاة البحرين عام ١٩٥٥ على حين تأسست جمعية النهضة النسائية برأس الخيمة في دولة الإمارات في عام ١٩٦٧ ، وفي حين تأخر كثيرا قيام المجلس الأعلى للمرأة في البحرين حتى ٢٢/٨/٢٠٠١ ، فإن الاتحاد النسائي بالإمارات قد تأسس عام ١٩٧٥ .

(٢) وقفنا على كلام الدكتورة سبيكة من خلال ما نشر على الصفحة الإلكترونية : شباب لك شباب لكل العمر / حوارات . / تحقيق : هنا محروس بتاريخ ١٧/١٢/٢٠٠٤ . على الرابط:

ثانيا : وفي ضوء ما نشر - أيضا - على لسان السيدة سكرتيرة لجنة الأحوال الشخصية يتبين أن مشروع قانون الأسرة قد تم إعداده على مراحل :

ففي أول الأمر تولت لجنة وزارية برئاسة وزير العدل والشؤون الإسلامية السابق - الشيخ عبد الله بن خالد آل خليفة - وقضاة من الدوائر الشرعية السنية والجعفرية ، وبمشاركة ثلاث محاميات عينن بأمر ملكي، تولت إعداد مشروع قانون موحد (للطائفتين السنية والجعفرية) بغرض تعزيز الوحدة بين فئات شعب المملكة ، من سنة وشيعة^(١)، وعلى هذا ضم المشروع جملة من النصوص القانونية المستمدة من المذهبين فيما يتعلق بالخطبة والزواج والنفقة والحضانة وغيرها من المسائل الشرعية، وقد نبه على نقاط الالتقاء والاختلاف بين المذهبين في النصوص الموضوعية، فجاء - في رأى بعض قرائه - محايدا لا يغلب مذهباً على مذهب آخر أو يلزم مذهباً بتطبيق نصوص فقهية لا تتلاءم مع تعاليمه، وإنما يتوخى الوصول إلى قانون موحد يجمع نقاط الاتفاق ، ويتم تخصيص باب خاص للمسائل الفقهية المختلف عليها بين المذهبين ، وتركت عن عمد الأمور الخلافية في مسائل الإرث والهبة فلم تظم إلى المشروع ، الذي اقتصر على الزواج والطلاق

<http://www.shabablek.com/vb/forumdisplay.php?f=34>

أما المادة الخامسة من دستور مملكة البحرين فنصها " أ- الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوي أواصرها وقيمتها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النساء، ويحميه من الاستغلال، وبقية الإهمال الأدبي والجسماني والروحي. كما تُعنى الدولة خاصة بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي.

ب- تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجال في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.

ج- تكفل الدولة تحقيق الضمان الاجتماعي اللازم للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو اليتيم أو الترميل أو البطالة، كما تؤمّن لهم خدمات التأمين الاجتماعي والرعاية الصحية، وتعمل على وقايتهم من براثن الجهل والخوف والفاقة.

د- الميراث حق مكفول تحكمه الشريعة الإسلامية

(١) على ما نشر على الصفحة الإلكترونية لقناة العربية - العربية نت - فإن السيدة ريم خليفة - الإعلامية البحرينية - لم تخف أهمية وجود قانون موحد على غرار القانون العماني - وعمان تضم أكثرية الإباضية ، وجماعة من السنة ، وقلة شيعية - بل تراه متمشياً مع حالات التداخل الأسرى في مملكة البحرين ، ولم تر سيادتها غضاضة أن تمثل بحالتها الخاصة ، وكما ذكرت فهي ابنة طبيبة شيعية ، وأبؤها سني ، وزوجها شيعي متدين ، وهي سنية من بيت علمي ، وتجرى في عروقها دماء عربية ، وفارسية ، وتركية .

والحضانة والنفقة .

وعلى ما تذكر السيدة سكرتيرة لجنة الأحوال الشخصية فإن المشروع قد أحيل إلى كافة الجمعيات الأهلية ، ولجنة الأحوال الشخصية، لإبداء رأيها وملاحظاتها عليه، ومناقشته بصورة عميقة ومستفيضة من قبل أعضاء الجمعيات ، وكما تقول فالعديد من هؤلاء الأعضاء من الحقوقيين المختصين في القانون.

وفي رأيها أن كافة النصوص القانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية وليس فيها تجاوز ما ، ويوافقها على هذا الادعاء كل المشاركات في الحديث ، وكلهن من الناشطات في قضايا المرأة^(١) .
وسنبدى قولنا في المشروع في موضعه ، أما هنا فننوه إلى أن هذا المشروع قد لاقى معارضة شديدة من كبار علماء الجعفرية في البحرين ، أمثال الشيخ عيسى قاسم، والشيخ عبد الله الغريفي اللذين رأيا أن إصدار مثل هذا القانون يتعارض مع الفوارق الجوهرية بين المذهبين، وقد يؤدي إلى مصادرة أحد المذهبين؛ الأمر الذي يرفضه أتباع كلتا الطائفتين. وفي رأيهما أن دعوى وجود قواسم مشتركة جمعت بين المسودتين السنية والجعفرية، مردودة -كذلك- بكون المسودة الجعفرية تمثل رأي معدها فقط وهو الشيخ حميد المبارك فهو - في رأيهم - مجرد قاض شرعي ، ولم يبلغ أن يكون عالما من علماء الشيعة المعترين في البحرين^(٢) .

وقد تفضل الصديق الدكتور أحمد العطاوي - أستاذ مساعد الدراسات الإسلامية بجامعة البحرين - فأمدنا بصورة من هذا المشروع ، ولكننا نأنس بدراسته التي أجراها عليه ، وقد ضمنها

(١) من تحقيق هناء المحروس السابق . وفي كلمتها إلى مؤتمر المرأة الخليجية والألفية الثالثة ، والمنعقد بالمنامة في ٧-٨ مارس ٢٠٠٠ ، ونقلا عن إصدار جمعية نهضة فتاة البحرين والمعنون باسم المؤتمر ذكرت الدكتورة منيرة فخرو أن الجمعيات في البحرين حتى هذا التاريخ كانت خمس جمعيات ، يبلغ مجموع العضوات المنتسبات إليها حوالي ١٣٢٤ عضوا ، فضلا عن عدد كبير من النساء المنضمت إلى جمعيات مهنية واجتماعية مختلفة تضم الجنسين .

(٢) راجع مذكرات الدكتور أحمد العطاوي لدارسي أحكام الأسرة في الإسلام من طلاب جامعة البحرين تحت عنوان " مدى الحاجة إلى تقنين أحكام الأسرة في محاكم البحرين الشرعية " ٢٠٠٥/٢٠٠٦ ص ٥ وما بعدها .

القسم الثالث من أطروحته^(١) ومن قوله فيها: إن المسودة صدرت بعنوان "مشروع قانون أحكام الأسرة في تنظيم الزواج والطلاق وآثارهما"، واحتوت على ١٣٩ مادة، وقسمت على غرار تقسيم مسودة قضاة المحاكم السنية. وكانت موادها على النحو الآتي:

النسبة المئوية	العدد		نوعية المواد
	الفقرات	المواد	
٦٤٪	٢	٧٨	المشتركة
٩٪	٢	١٣	السنية فقط
١٤٪	٣	١٩	الجعفرية فقط
١.٥٪	٥	-	مراعاة الخصوصية
١٢.٥٪	٧	١٥	المضافة

وقد سجل الدكتور العطاوي على هذا المشروع جملة من الملاحظات أوردتها في بحثه على النحو الآتي:

أ-: تميّز هذا المشروع عن وثيقة مسقط والقانون الكويتي بإضافته بعض المواد المهمة وهي:

١- البند "هـ" في المادة (٥): "للزوجة أن تشتترط على زوجها ألا يخرجها من بلدها، أو ألا يتزوَّج عليها"^(٢).

(١) أكثر ما ضمنه هذا القسم ضمنه الأخ الفاضل مذكراته المشار إليها آنفاً، وقد تفضل علينا الأخ الدكتور العطاوي فأهدانا نسخة إلكترونية من رسالته للدكتوراة، والمعنونة "تطبيق أحكام الأسرة في المحاكم الشرعية في البحرين ومدى الحاجة إلى التقنين". والمقدمة إلى جامعة ويلز / لامبيتر بريطانيا ٢٠٠٤. فالرسالة لم تنشر بعد، ونتمنى لو ترى النور في القريب ففيتها بفضل الله خير، ولكاتبها رؤية نحسب أن النظامين: التشريعي والقضائي في مملكة البحرين بحاجة إليها.

(٢) لم يفرد القانون الكويتي ولا وثيقة مسقط لبعض صور اشتراط المرأة لنفسها نصاً، ولكن وردت المادة ٤٠ كويتي، والمادة الخامسة من وثيقة مسقط بالقواعد العامة في الاشتراط في عقد الزواج - وهو ما حرصت عليه المادة ٥ فقرات أ- د، مصدرّة الحكم بقاعدة "الأزواج عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" والتعميم في رأبي أبلغ في تحقيق مرونة النص

ويقول : فيما يتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج. فقد وردت المادة (٧) والجديد الذي

تضمنته:

"أ) على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإن كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحل إقامتهن، وعليه إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تحرير الوثيقة. (ب) لا يوثق عقد زواج المتزوج إلا بإذن القاضي"^(١).

٢- والمادة (٤٥): "يراعى في تقدير نفقة الأولاد ألا تتضمن مساساً بوضعهم الاجتماعي، التعليمي الذي كانوا عليه قبل الطلاق، أو عند الفرقة".

٣- والمادة (٤٦): "أ) يجوز زيادة النفقة المحكوم بها وإنقاصها تبعاً لتغير الأحوال.

ب) تحتسب زيادة النفقة أو نقصانها من تاريخ المطالبة القضائية".

٤- والمادة (٤٧): "للفقة المستمرة امتياز على سائر الديون".

٥- والمادة (٤٩): "لا يقبل طلب المقاصة بين نفقة الزوجة وأولادها وبين دين عليها".

وتحريره من قيد الوقت والنوع، وقد جاء القانونان العماني ثم الإماراتي بنحو ما انتهجه القانون الكويتي ووثيقة مسقط، ولنا عود إلى ذلك لاحقاً

(١) بعض النظم ترك كثيراً من المسائل الإجرائية للوائح التنظيمية، ولم يتيسر لنا الإطلاع على اللوائح المنظمة لتوثيق عقود الزواج في الكويت وسلطنة عمان لنجزم برأي في هذه المسألة، وغاية علمنا أن أساس نص الفقرة (أ) هو الفقرة الأولى من المادة ١١ مكرراً أولاً من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في مصر، وإن كانت الفقرة المصرية قد عممت في الإخطار وجعلته على عاتق الموثق "وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول" وإلزام الموثق بالإبلاغ أحوط في تطبيق الحكم من إكمال ذلك إلى الزوج، فإن قصّر الموثق كان عرضة للمساءلة، وإن قصر الزوج فلا أثر لتقصيره إلا قبول عذر الزوجة الأخرى إن ادعت عدم العلم.

أما نص الفقرة (ب) فقد حاكى فيه المشروع القانون العراقي الصادر ١٩٥٩ المادة الثالثة، الفقرات ٤-٧، والمادة ١٢ من القانون اليمني ٢٠/١٩٩٢ معدلة بالقانون المنشور بالجريدة الرسمية العدد الثاني والعشرين الصادر بتاريخ ١١ شعبان ١٤١٩ هـ - ٣٠ نوفمبر ١٩٩٨ م، والمادة ١٧ من القانون ٥٩ لسنة ١٩٥٣ السوري، والمادة ٨ معدلة من القانون الجزائري، المادة ٤١ من المدونة المغربية.

٦- والمادة (٥١): "مع مراعاة الفقرة (د) من المادة (٤١) من هذا القانون تجب نفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ، أو من دخول في زواج فاسد أو بشبهة، وإذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة على الأقل".

٧- والبند أ من المادة (٩٠): "لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد، ولا عن أي حق من حقوقهم، فإن وقع صح الخلع وبطل الشرط، وكان لحاضته أخذه بالقوة، ويلزم أبوه بنفقته".

٨- والمادة (١٠٦): "للزوجة طلب التطليق بسبب إدمان الزوج الخمر أو المخدرات".

٩- والبند ٢ من المادة (١٣٤): "تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له متى كان أهلاً للشهادة".

ب- وللدكتور العطاوي انتقاد موضوعي على بعض مواد المشروع، ومن هذا القبيل:

١- بخصوص المادة (١٠)، ونصها: "لا يجوز لمن تجاوز الستين من عمره الزواج بأجنبية إلا بإذن من القاضي ولمصلحة محققة".

واستدراكا عليها يبدى سيادته امتعاضا من مصطلح (لا يجوز) فهو غامض مبهم، وليس في النص ما يزيل غموضه، وما من إشارة إلى المقصود من نفي الجواز، هل هو عدم السماح، أو أن المغزى هو عدم إقرار هذا الزواج من قبل الجهات الرسمية؟ ومن ثم عدم تثبيته في السجلات الرسمية؟.

فإن فرضنا قصد المعنى الأخير - وهو الأكثر معقولة بمثل هذا الخطاب - فكيف ستكون آلية هذا المنع، خصوصا أن مثل هذا الزواج ينعقد غالباً خارج المملكة، فإذا كان المعنى هو عدم السماح فكيف ستكون آلية المنع وكل ما يحتاج إليه من أراد مثل هذا الزواج هو الذهاب بمن أراد الزواج منها إلى المأذون الشرعي في البلد المقصود أو من يقوم مقامه من الجهات؟ أمّا إذا كان المعنى هو عدم الإقرار فالآلية واضحة ولا تحتاج إلى مزيد توضيح.

وحاصل نقده أن هذه المادة تحتاج إلى توضيح لعلة هذا الحكم^(١).

٢- وله كذلك انتقادات على المواد: ١٢، ١٦، ١٧، ٢٥ / ٨ {وهي في المحرمات من النساء} والمواد: ٢٨، ٦٨، ١٠٦، ١٣٤، ونص الفقرة الثامنة من المادة ٢٥ - محل الانتقاد - " لا يعتبر من المحرمات بصورة مؤقتة الجمع بين عممة الزوجة أو خالتها، وفقاً للمذهب الجعفري". وفي التعقيب عليها يذكر الدكتور العطاوي ما نصه " يجب إلغاء هذه المادة حتى لو كانت ستطبق على أتباع المذهب الجعفري لما فيها من مخالفة لمقاصد الشريعة، فضلاً عن مخالفتها لحديث أبي هريرة أن رسول الله نهي عن أربع نسوة أن يجمع بينهن: ((المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها))^(٢)، ففي إقراره تسبب في قطع الأرحام، لما يحدث من خلاف بين الضرات.

ثالثاً: وعلى كل حال فإنه بعد أن وقع اليأس من قبول قانون موحد لأحكام الأسرة يسرى على كل البحرينيين لم يكن هناك مهرب من إعادة النظر في الأمر، لاسيما أن تغيراً طرأ على موجهي الرأي الجعفري، فبعد أن كان اعتراضهم يتدثر بعباءة الخوف من إضعاف أحد المذهبين أو إلغائه لمصلحة المذهب الآخر تحول موقفهم فاعترضوا على وضع التقنين بيد البرلمان بوصفه سلطة غير مختصة شرعاً، وطلبوا أن توضع لائحة داخلية تسيّر عمل المحاكم الشرعية، وأن يشاركوا في وضعها، أي أن الاعتراض آل إلى التحفظ على الآلية والجهة المسؤولة عن صياغة القواعد المنظمة، ولم يعد متوجهاً إلى رفض التقنين - بوصفه عملاً - في ذاته^(٣).

(١) لعلى أختلف مع الزميل العزيز في انتقاده خلو المشروع من التنبيه على علة تقييد الزواج من أجنبي / أجنبية، فليست هذه مسئولية التقنين، وإنما هي جهود الشراح التي تكشف عن غايات النصوص وأهدافها، مستهدين في ذلك بالمناقشات التي دارت حول النص، والمصادر التي استقى منها، وإن كانت هناك مذكرة إيضاحية فإنها عادة ما تهتم بالتنبيه على ذلك.

(٢) أخرجه البخاري: برقم ٥١٠٩ ومسلم: رقم ١٤٠٨.

(٣) في هذا المعنى: د. العطاوي. مذكرات. ص ٨. وانظر جملة من اللقاءات والحوارات الصادر بها نشرة المجلس الإسلامي العلمائي المعنونة " معالم الهدى"، عدد خاص حول قانون أحكام الأسرة، محرم ١٤٢٧ / يناير ٢٠٠٦، وحاصل إجابات علماء الشيعة حول تلك الأسئلة التي تعلق بقضية قانون الأسرة تمحورت حول الآتي نوردها حسب أولوية ترتيبها في النشرة:

١- رفض الآلية المطروحة لإقرار الأحوال الشخصية.

٢- إحالة الأحكام الأسرية إلى النيابة أثبت عدم جدية التعاطي الديمقراطي.

ومن هنا رثي العود إلى طرح فكرة ازدواج التقنين التي بديء بها أصلاً، فشكلت في مستهل العام الميلادي ٢٠٠٥ لجنة جديدة من قبل الديوان الملكي لصياغة مسودتين إحداهما للسنة والأخرى للجعفرية.

وقد انتهت اللجنة من الصياغة وقدمت عملها إلى بعض الجهات المختصة في شهر نوفمبر ٢٠٠٥ ، على أن تتولى الحكومة بعدئذ المسودة كمشروع قانون ، غير أن معارضة المجلس العلمائي^(١) الشيعي ، وتسييره مظاهرة ضخمة اعتراضاً على المشروع، فضلاً عن أن اقتراب موعد الانتخابات البرلمانية والبلدية قد حال دون أن يكمل عمل اللجنة مسيرته إلى أروقة البرلمان. والنتيجة التي تهمنا أن آخر ما تمخضت عنه الجهود كان مسودتي القانون، الجعفرية في ١٠٩ مادة، والسنية في ١٥٢ مادة، وهذه الأخيرة هي ما نعني بالنظر فيها^(٢).

المطلب الثاني وصف المسودة السنوية لأحكام الأسرة

قلنا إن آخر ما تمخضت عنه الجهود أن وضعت مسودتان ، السنية منهما تقع في ثنتين وخمسين ومائة مادة قانونية ، صنفت على قسمين ، وبعض الأحكام الختامية التي وزعت على أربع مواد ، في حين ضم القسم الأول المواد ١- ٨٦ ، والقسم الثاني المواد ٨٧- ١٤٨ .
أما موضوعاتها فجاء بيانها كالآتي :

القسم الأول عنوانه : الزواج وآثاره الشرعية ، ويضم خمسة أبواب ، يضم كل منها جملة

٣- غياب التوافق العلمائي على الأحكام الأسرية يفقدها الشرعية .

٤- لا لأحكام الأسرة إلا بقانون تقره المرجعية الفقهية وبمادة دستورية غير قابلة للتغيير .

٥- مرجعيتنا النجف

(١) هكذا ينسب الجعفرية مجلسهم ، فهم ينسبون إلى الرجال - العلماء - لا إلى العلم ذاته ، والتعليق مراعى فيه القارئ غير البحريني ، فليعلم .

(٢) وقد انتهى أمر هذه المسودة أن صدرت بالمرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ بإصدار القسم الأول من قانون أحكام الأسرة في

٢٨/٥/٢٠٠٩ ، وعدد مواد هذا القسم ١٤٥ مادة .

من الفصول والأفرع ، مفصلة كما يأتي :

الباب الأول : الخطبة { المواد ١-٣ }

الباب الثاني : إنشاء الزواج ، ويضم ثلاثة فصول واثنتي عشرة مادة وبيانه كما يأتي:

الفصل الأول في : تعريف الزواج، وشروط الزوجين { المواد ٤-٥ } .

الفصل الثاني في : التوثيق والإذن بالزواج { ٦- ١١ } .

الفصل الثالث في : الولاية { المواد ١٢-١٥ } .

الباب الثالث ويتناول :الأركان والشروط والحقوق ، ويقع في ٢٤ مادة موزعة على : مادة -

واحدة- عامة ، وخمسة فصول ، بيانا كالاتي :

- مادة وحيدة { تحت الرقم ١٦ } في عدّ أركان النكاح.
 - الفصل الأول : الزوجان (مادة واحدة) .
 - الفصل الثاني : الإيجاب والقبول ، ويتكون من مادتين .
 - الفصل الثالث : الموانع ، ويتكون من ست مواد موزعة على فرعين :
 - الفرع الأول : المحرمات تحريما مؤبدا { المواد ٢٠ - ٢٤ } .
 - الفرع الثاني : المحرمات تحريما مؤقتا { المادة ٢٥ } .
 - الفصل الرابع : شروط العقد ويقع في إحدى عشرة مادة ، هي المواد ٢٦-٣٦ .
 - * الفصل الخامس : حقوق الزوجين ، وتنظمها المواد ٣٧-٣٩ .
- الباب الرابع في : أنواع الزواج { من حيث الصحة وعدمها } ويقع في خمس مواد هي ٤٠-٤٤ .
- الباب الخامس في : آثار الزواج ويشمل ثنتين وأربعين مادة موزعة على فصلين ، كل منهما فرعان:

* الفصل الأول : النفقة ، وقد عولجت أحكامها في سبع وعشرين مادة، منها الأحكام العامة

في ثلاث مواد { المواد ٤٥-٤٧ }

والفرع الأول في نفقة الزوجة في خمس عشرة مادة { المواد ٤٨-٦٢ }

والفرع الثاني في نفقة القرابة في (تسع) مواد { المواد ٦٣-٧١ } .

- الفصل الثاني في : البنوة والنسب ووسائل إثباته ويقع في خمس عشرة مادة ، موزعة على

فرعين :

الفرع الأول: البنية ، ويضم خمس مواد { المواد ٧٢-٧٦ } .

الفرع الثاني : النسب ووسائل إثباته في عشر مواد { المواد ٧٣-٨٦ }

القسم الثاني: الفرقة بين الزوجين .

وجملة مواده ثتان وستون مادة هي المواد ٨٧-١٤٨ ، تناولت الأحكام العامة مادة وحيدة

هي المادة ٨٧ ، ووزعت بقية المواد على خمسة أبواب ، بيانها كما يأتي :

الباب الأول : الطلاق ومواده تبلغ ثلاث عشرة مادة { المواد ٨٨-١٠٠ } .

الباب الثاني : المخالعة ، في ثلاث مواد { المواد ١٠١-١٠٣ }

الباب الثالث : التطليق ويقع في ثماني عشرة مادة موزعة على خمسة فصول:

* الفصل الأول : التطليق للعلل { المادة ١٠٤ } .

• الفصل الثاني : التطليق للضرر والشقاق { المواد ١٠٥-١١٢ } .

• الفصل الثالث : التطليق لعدم الإنفاق { المادة ١١٣ } .

• الفصل الرابع : التطليق للغيب والفقدان { ١١٤-١١٧ } .

• الفصل الخامس : التطليق للحبس والإدمان { ١١٨-١١٩ }

• الفصل السادس : أحكام مشتركة { ١٢٠-١٢١ } .

الباب الرابع : الفسخ ، ويقع هذا الباب في ثلاث مواد { ١٢٢ - ١٢٤ }

الباب الخامس : آثار الفرقة بين الزوجين ويضم أربعاً وعشرين مادة موزعة على فصلين ، على

النحو التالي :

* الفصل الأول : العدة ، ويقع في ست مواد منها:

* مادة في الأحكام العامة .

* والفرع الأول في : عدة الوفاة { مادة ١٢٦ }

* والفرع الثاني في : عدة غير المتوفى عنها زوجها . { المواد ١٢٧-١٣٠ } .

* الفصل الثاني في : الحضانة ، وتنظمها المواد { ١٣١-١٤٨ } .

* وأخيراً : أحكام ختامية ، وتقع في أربع مواد { ١٤٩-١٥٢ } .

المبحث الثاني أبرز الضغوط التي رافقت وضع مسودة المشروع

تمهيد :

نوهنا فيما سبق إلى أن التحرك الفاعل لتقنين أحكام الأسيرة قد استهل في العام ٢٠٠٢، ولما تعسر قبول تقنين عام شكلت في مستهل ٢٠٠٥ لجنة أخرى لوضع مسودتي مشروع، وفي أخريات هذا العام ظهرت إلى العلن مسودتا المشروع، ومن قبل هذا الوقت، وفي أثناءه، كان المجتمع البحريني مهتما، مناهضة للمشروع، أو حماسة له، مع تنوع أسباب الرفض، وأماي التشريع. وفيما يأتي نوه بإيجاز إلى هذه الصور المتناقضة، والتي كان لها - دون شك - أثر على أطر عمل اللجنة، واختياراتها، وصياغة عملها الذي مثل في النهاية مسودة المشروع الذي نتناوله بالبحث.

المطلب الأول الإلحاح الدولي لتغيير الواقع العربي

استغلت قوى الهيمنة أحداث الحادي عشر من سبتمبر ٢٠٠١ م لتلقى بكل ثقلها في سبيل تغيير الواقع العربي، وأعانها على ذلك حالة التواطؤ الدولي التي يسرت لقوى الهيمنة أن تسخر الأمم المتحدة لخدمة أغراضها، فأقر مجلس الأمن العدوان على أفغانستان، ثم على العراق، وكان ما كان من سقوط الحكم في الدولتين، وتمركز القوات الغازية في أكثر ربوع العالم العربي والإسلامي، وتهديد دوله بأن من لم يدعم الديمقراطية - بالمفهوم المراد فرضه - فإنه يضع نفسه في مواجهة مع قوى مناهضة الإرهاب.

وعلى رأس القيم الممثلة للديمقراطية المستهدفة إزاحة القيم الفاعلة في العلاقات الأسرية، والتعليم، والثقيف، لحساب قيم العولمة، التي ترسخ لعلاقات أسرية تقرها المدنية الغربية الحديثة، والاتفاقات والإعلانات وتوصيات المؤتمرات الدولية، وعلى رأس ذلك الاتفاقية

الدولية لمناهضة كافة صور التمييز ضد المرأة ١٩٧٩ (سيداو)^(١) وكما قيل فإن هذه الاتفاقية لا تقرّ

(١) اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية الموضوعة عام ١٩٧٢ بقرارها رقم ٣٤/ ٨٠ في ١٨ ديسمبر/ كانون الأول ١٩٧٩. وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في ٣ سبتمبر/ أيلول ١٩٨١. وتمثل هذه الاتفاقية خاتمة جملة من الجهود الدولية، منها:

* المادة ١٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي تنص على أنه:

- ١- للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين وأهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله
- ٢- لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاه كاملا لا إكراه فيه".

* قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٨٤٣ (د-٩) المؤرخ في ١٧ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٥٤، الداعي إلى إلغاء الأعراف، والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزواج والأسرة التي تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وبصورة خاصة، تأمين الحرية التامة في اختيار الزوج والإلغاء التام لزيجات الأطفال ولخطبة الصغيرات قبل سن البلوغ، وتقرير العقوبات الملائمة عند اللزوم، وإنشاء سجل مدني أو غير مدني تسجل فيه جميع عقود الزواج.

- اتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٥٧ { عرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة ١٠٤٠ (د-١١) المؤرخ في ٢٩ كانون الثاني/ يناير ١٩٥٧، تاريخ بدء النفاذ: ١١ آب/ أغسطس ١٩٥٨، طبقا للمادة (٦).

- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٦٣ { عرضتها الجمعية العامة للتوقيع والتصديق بقرارها ١٧٦٣ ألف (د-١٧) المؤرخ في ٧ تشرين الثاني/ نوفمبر ١٩٦٣ تاريخ بدء النفاذ: ٩ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٤ وفقا للمادة السادسة.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية { اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٣ كانون الثاني/ يناير ١٩٧٦، طبقا للمادة ٢٧، وقد نص في المادة الثالثة منه على أن " تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد "

- وهو عين المعنى - في إطار الحقوق المدنية والسياسية - المنصوص عليه في المادة الثالثة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بتاريخ ١ ديسمبر ١٩٦٦ { اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ ألف (ألف) المؤرخ في كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٦ تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/ مارس ١٩٧٦، طبقا للمادة ٤٩.

وفي المادتين ٢٣، ٢٤ من هذا العهد نص على مادة ٢٣ " ١- الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

٢. يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة.

٣. لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاه كاملا لا إكراه فيه.

٤. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم.

وثيقة دولية لحقوق المرأة فحسب، بل تضع كذلك برنامجاً للتدابير التي ينبغي على الدول الأطراف القيام بها لضمان تمتع المرأة بهذه الحقوق.

وحرصاً على تفعيل أحكام الاتفاقية عقد مؤتمر بكين ١٩٩٥، وتوالت المؤتمرات الهادفة إلى متابعة توصياته مثل : بكين+٥ ، وبكين+١٠ ، والمؤتمرات الدولية والإقليمية الأخرى الهادفة إلى إقرار وتفعيل التوصيات وأحكام المواثيق .

التدثر بعباءة القانون الدولي وبخاصة اتفاقية (سيداو).

انضمت البحرين إلى هذه الاتفاقية خلال العام ٢٠٠٢، وقد تحفظت في قرار انضمامها على

المواد الآتية :

١ - المادة الثانية^(١) .

٢- والمادة السادسة عشرة^(٢) بتمامها ، على أساس تضمنهما أحكاماً لا تقرها الشريعة

الإسلامية .

المادة ٢٤

- ١ . يكون لكل ولد، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصراً.
- ٢ . يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويعطى اسماً يعرف به.
- ٣ . لكل طفل حق في اكتساب جنسية .

(١) تنص المادة الثانية من الاتفاقية على أن : تتخذ جميع التدابير المناسبة لإلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، ولتقرير الحماية القانونية الكافية لتساوي الرجل والمرأة في الحقوق وخصوصاً :
(أ) ينص على مبدأ تساوي الحقوق في الدستور أو يكفل قانوناً على أية صورة أخرى،
(ب) يصار، في أسرع وقت ممكن، إلى تصديق الصكوك الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والمتعلقة بالقضاء على التمييز ضد المرأة، أو الانضمام إليها، وإلي تنفيذها على وجه التمام .

(٢) وتنص هذه المادة على ضرورة مساواة المرأة بالرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والطلاق والعلاقات العائلية فيكون للمرأة نفس الحقوق في اختيار الزوج وفسخ الزواج ورعاية الأطفال وفي الإنجاب والولاية والقوامة والوصاية والتبني واختيار اسم الأسرة والعمل وفي الملكية والحيازة والإدارة وتحديد الحد الأدنى لسن الزواج ويعتبر تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً

٣- كما تحفظت على المادة ٩/ ٢^(١) .

٤- وكذلك المادة ١٥/ ٤^(٢) .

٥- فضلا عن المادة ٢٩/ ١ من الاتفاقية^(٣) .

وفي خصوص التحفظ الوارد على المادتين : ٢ ، ١٦ فإن هيئات مراقبة إنفاذ أحكام الاتفاقية (لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة) ترى أن أي تحفظ على هاتين المادتين الأساسيتين إنما ينافي موضوع الاتفاقية، وغرضها، وينبغي سحبه، كما أنها تتعلل بدعوى أن بعض الدول العربية لم تحفظ على هذين النصين (تعني اليمن) ، أو تحفظت ولكن ليس على أساس من القيود الدينية- ننبه هنا أنه يفهم أو يزعم خطأ موقف الجزائر ، والأردن ، ولبنان ، وتونس، بيد أنها تحفظت في الغالب على أساس النصوص الراحية لأحكام ومقاصد الشريعة - الأمر الذي يبرر لهيئات الرقابة الاعتراض على التحفظات (الشرعية) بمقولة إن هناك تفسيرات أخرى للإسلام لا ترى في هذه النصوص خروجاً على أحكامه^(٤).

(١) وتقضى الفقرة الثانية محل التحفظ بأن "تمنح المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها، دون إخلال باكتساب الطفل المولود من زواج لجنسية أبيه، وذلك تفادياً لاكتسابه جنسيتين في حالة اختلاف جنسية الأبوين اتقاء الإضرار بمستقبله" (٢) ونص هذه الفقرة محل التحفظ " تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص ، وحرية اختيار محل سكنهم ، وإقامتهم" (٣) ونصها " يعرض للتحكيم أى خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوى عن طريق المفاوضات ، وذلك بناء على طلب واحد من هذه الدول . فإذا لم يتمكن الأطراف خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم ، من الوصول إلى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم ، جاز لأي من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة .

(٤) انظر : الوثيقة رقم : IOR / ٥١ / ٢٠٠٩ / ٢٠٠٤ - ٣ نوفمبر/ تشرين الثاني ٢٠٠٤ من وثائق الأمم المتحدة ، وهي تتضمن تقريراً عن تحفظات دول الشرق الأوسط وشمال أفريقيا على اتفاقية (سيداو)

ومما جاء في التقرير نصاً " فإن أغلبية هذه التحفظات استندت إلى الشريعة الإسلامية، أو إلى عدم تساقق أحكام في الاتفاقية مع التشريع الوطني الناقد. وبغض النظر، فإن التحفظات التي تناقض مع روح أو "موضوع وغرض" الاتفاقية غير مسموح بها بمقتضى المادة ٢٨ (٢) من اتفاقية المرأة.

إن منظمة العفو الدولية تشعر ببواعث قلق من أن العديد من التحفظات التي أدخلتها الدول تناقض روح وغرض الاتفاقية. وبعض

وكما تفصح التقارير والدراسات فإن الاتفاقية تستهدف الثقافة والتقاليد باعتبارها قوى مؤثرة في تشكيل الأدوار النمطية للرجل والمرأة، والعلاقات الأسرية. وبصريح نص الفقرتين ٤٥'٤٦ من تقرير لجنة اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة في ١٩٩٤، استناداً إلى تفحصها للتقارير الدورية الأولية، أن " في بعض الدول الأطراف التي صدقت على الاتفاقية أو انضمت إليها دون ما تحفظ، قوانين معينة، وخاصة ما يتعلق منها بالأسرة، ما لا يتماشى من الناحية الفعلية مع أحكام الاتفاقية، وما زالت هذه القوانين تتضمن العديد من التدابير التي تميّز ضد المرأة، بالاستناد إلى معايير وأعراف وتحاملات- هكذا- اجتماعية / ثقافية. وتجعل هذه الدول، بسبب من وضعها المحدد حيال هذه المواد، من الصعب على اللجنة تقويم وضع المرأة فيها، وفهمه".

وتطبيقاً لذلك تبتدى اللجنة في توصياتها الختامية قلقاً شديداً إزاء القانون الذي لا يزال يتضمن العديد من الأحكام المميّزة التي تحرم المرأة من حقها على قدم المساواة مع الرجل في: الطلاق،

هذه التحفظات واسع النطاق بحيث تصعب مراجعته أو الاعتراض عليه. في حين تستند أخرى إلى تعارضات بين قوانين الشريعة وأحكام اتفاقية المرأة، مع أن دولاً أخرى في الإقليم لم تبد التحفظات نفسها، بما يدل على أن ثمة تأويلات مختلفة للشريعة. وكذلك استخدم التشريع الوطني أيضاً أساساً للتحفظات، مع أن مثل هذا الاستخدام للتشريع الوطني محرّم بموجب القانون الدولي.

إن معظم هذه التحفظات يتعلق حصراً بالعرض نفسه الذي عقدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من أجله، ألا وهو القضاء على التمييز ضد المرأة وحمايتها منه "

وكما نوهت فإن الحرص على إيجاد نموذج متفلسف - يسمونه إصلاحاً - والإشادة به أمر شائع في تلك الكتابات التي تروج لخلع ربة الإسلام في أحكام الأسرة، وفي ذلك يقول السوري د. هيثم مناع، وهو من أشد دعاة المروق من الدين بدعوى احترام الشريعة الدولية - في دراسة له على الموقع النسوي أمان بعنوان (الزواج بين الفقه التقليدي واتفاقية إلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة / يناير ٢٠٠٤) ما نصه " إن الاستشراس - من الشراسة - بحق الاتجاهات الإصلاحية في الإسلام يترك دون شك آثاره على التحديث الديمقراطي للتشريعات في البلدان العربية، ولعل هذا الأمر هو الذي يعطي للأمثلة الإسلامية في مجتمعات علمانية (المسلمون في بعض البلدان الأوربية) أو المجتمعات متعددة الأديان والطوائف (النموذج اللبناني مثلا) أهمية خاصة باعتبار أن هذه المجتمعات أكثر مجابهة لنقاط الضعف والخلل في الزواج التقليدي وبالتالي، فهي تشكل بشكل أو بآخر، مخبر إبداع الأشكال المحتملة لأسرة تحترم في قواعدها حقوق المرأة والطفل وفقا لما توصل إليه البشر اليوم، ومن هنا أهمية النضال من أجل زواج مدني اختياري في لبنان مثلا".

وتقاسم المسؤوليات العائلية ، ومسؤولية تنشئة الأطفال، والوصاية المشتركة على الأطفال مع الأب، والحق في الكرامة والاحترام الذاتي، وفوق هذا وذاك إلغاء تعدد الزوجات".

وترى اللجنة أن مثل هذا التشريع الوطني يتخلف عن مسايرة المعايير الدولية، وأحد دواعي التصديق على الاتفاقيات الدولية غالباً ما يكون تعديل هذه القوانين لتتماشى مع المعايير الدولية.

وعلى أساس ذلك تحث اللجنة - في التوصية ٢- الدول الأطراف أن تنبذ بحزم أية أفكار تدعو إلى عدم مساواة المرأة بالرجل، وتقرها القوانين أو الشرائع الدينية أو القوانين الخاصة أو الأعراف، وأن تسعى إلى الوصول إلى مرحلة تسحب فيها التحفظات وبخاصة على المادتين ٢، ١٦.

وتبدى الهيئات الأخرى لحقوق الإنسان قلقاً مماثلاً لقلق لجنة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ، كما يعرب العديد من المقرررين الخاصين، وهيئات المعاهدات في الأمم المتحدة عن بواعث القلق حيال استخدام القانون الديني ذريعة من جانب الدول - تعنى الإسلامية^(١) - كيلا تنفذ الالتزامات التي تترتب عليها بمقتضى المعايير الدولية^(٢).

والاتفاقية وإن كانت لا تشير صراحة إلى العنف ضد المرأة إلا أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، المسؤولة عن مراقبة تنفيذ الاتفاقية من جانب الدول الأطراف، قد أوضحت أن: "العنف القائم على أساس نوع الجنس هو شكل من أشكال التمييز يكبح قدرة المرأة على التمتع بحقوقها وحرياتها على أساس المساواة مع الرجل"^(٣).

وفي ضوء هذا التفسير الغريب تحرص اللجنة على أن تؤكد أن كل تحفظ مما أبدته الدول الإسلامية على بعض نصوص الاتفاقية إنما يحمي العنف ضد المرأة ، معتبرة أن من قبيل الإفرازات التي تحميها هذه التحفظات :

(١) نستطيع أن نقول إن وثيقة دراسة التحفظات قد حشرت - واللفظ مقصود - إسرائيل في تقريرها كمحاولة مكشوفة للتملص من

الانحياز التام ضد الدول الإسلامية .

(٢) انظر الوثيقة .

(٣) انظر : التوصية رقم ١٩ من توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة (الدورة الحادية عشرة، ١٩٩٢)، مجموعة التعليقات

العامة والتوصيات العامة التي تبنتها هيئات اتفاقيات حقوق الإنسان، ف ٨٤ . نقلاً عن وثيقة التحفظات . سابق .

- القوانين التي تضيفي الصفة الجنائية على العلاقات الجنسية خارج نطاق الزوجية (الزنا).
 - أو القوانين التي تفرض قيوداً على لباس المرأة (الحشمة).
 - أو تلك التي تقيّد حرية الحركة، والسفر، والإقامة. (الإذن والنشوز).
 - كما تشمل القوانين التي لا تنص على عقوبات كافية على العنف ضد المرأة، أو تعفيه كلياً من العقوبة، بما في ذلك الاغتصاب وما يطلق عليه "جرائم الشرف".
- وتخلص اللجنة إلى أن العنف القائم على أساس نوع جنس المرأة يقع بمقتضى هذا التفسير ضمن حدود اتفاقية المرأة، وتلزم الدول - الموقعة - بمنعه .
- وأبرز النتائج المترتبة على موقف اللجنة هذا أنه يجوز للنساء فرادى أو مجموعات التقدم - بمقتضى البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية المرأة- بتظلم إلى اللجنة بخصوص ما يرتكب من عنف ضدهن قائم على أساس نوع الجنس"^(١) .
- والهدف من دراسة التحفظات وإبداء الرأي فيها هو حث الحكومات على سحب تحفظاتها، طبقاً لما أوصت به لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، وإعلان عمل مؤتمر بكين {المؤتمر العالمي الرابع للمرأة} وبرنامجه ، ١٥ سبتمبر/ أيلول ١٩٩٥^(٢) وحث نشطاء قضايا المرأة وحقوق الإنسان في الإقليم على طلب ذلك من الحكومات.
- بل إن لجنة القضاء على التمييز لا تخفي أنها تثمّن ما تبذله مجالس المرأة - في الدول العربية - من جهود لتشجيع الحكومة على سحب تحفظاتها .

موقف نشطاء وناشطات البحرين من انتقادات وتوصيات الهيئات واللجان الدولية:

كما نوهت فإن الهيئات واللجان الدولية تقدر كل ما يبذل من جهود لتصبح قوانين الأسرة في الدول الإسلامية مسايرة للمعايير الدولية ، وبعبارة أدق مسايرة المعايير الغربية ، وإلغاء كل مفهوم

(١) المصدر السابق . ، وقد صدر البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ١٩٩٩ . ودخل حيز

النفاذ في ٢٢ ديسمبر/ كانون الأول ٢٠٠٠ .

(٢) انظر مثلاً : الفقرات : ٢١٨ ، ٢٣٠ / ج ، د . نقلاً عن وثيقة التحفظات . سابق .

للخصوصية العقدية ، أو الفكرية أو الثقافية ، أو الوطنية .

ودعماً لهذه الجهود تكثر الهيئات الدولية بإيعاز من القوى المهيمنة من عقد المؤتمرات المتتالية ، وإقامة الندوات ، وتنظيم ورش العمل التي تمرن على الثورة على الخصوصيات المحلية بوسائل شتى ، كالزخم الإعلامي ، وتبسيط الضوء على المبادئ التي يراد فرضها ، حتى تثير الانتباه لها وتصل إلى مستوى الاحتياجات الاجتماعية الدولية ، ومن ثم يبدأ النقاش حولها في مختلف البلدان ، وبذلك تبدأ المرحلة الأولى من مراحل تشكيل الرأي العام الدولي .

وتدعم القوى الدولية بقوة قيام ما يسمى بهيئات المجتمع المدني ، وبخاصة تلك التي تعنى بإنفاذ الاتفاقات والتوصيات ذات الصلة بأهداف اتفاقية "سيداو" ، وموضوعها ، بتكريس مبدأ المساواة الإيجابية بين الجنسين ، وتعميم مفهوم الجندر^(١) في ضوء مبادئ حقوق الإنسان والمواثيق الدولية التي تمنع التمييز ضد الجنس عموماً ، وضد المرأة خصوصاً .

(١) الجندر/ النوع الاجتماعي Gender ، كلمة إنجليزية تنحدر من أصل لاتيني ، وعلى رغم استخدامه بكثرة في السنوات الأخيرة ظل (بصفته مفهوماً) غامضاً إذ يتم تعريبه وترجمته (إلى اللغة العربية) إلى مصطلحات عدة منها (الجنس البيولوجي ، الجنس الاجتماعي ، الدور الاجتماعي ، النوع الاجتماعي) وحالياً يستخدم مفهوم النوع الاجتماعي (الجندر) للتعبير عن عملية دراسة العلاقة المتداخلة بين المرأة والرجل في المجتمع . ، ودعاة مصطلح الجندر يطرحونه على أنه يحمل معنى (تحرير المرأة وتحسين دورها في التنمية) ووفقاً لمن يرى أن (الجندر) ما هو إلا (أداة تحليلية تفسر العلاقات بين النساء والرجال وتداعيات هذه العلاقات وتأثيرها على دور المرأة ومكانتها في المجتمع ..فإنهم يحددون أن مفهوم النوع الاجتماعي Social Gender هو عملية دراسة العلاقة المتداخلة بين المرأة والرجل في المجتمع وتسمى هذه العلاقة (Gender Relation Ship) تحكمها عوامل مختلفة اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية ودينية عن طريق تأثيرها على قيمة العمل في الأدوار الإنجابية والتنظيمية التي تقوم بها المرأة والرجل!!

وباختصار يعد مفهوم الجندر على رغم ما يحاولون أن يجعلوه غامضاً حول ترجمته وسيلة لإلغاء الفروق البيولوجية ورفض الاختلاف بين الذكر والأنثى . يراجع في ذلك : د. نورة خالد السعد . الجندر ودوره في قضايا المرأة . مقالة على صفحة الموقع النسوي (لها أون لاين) عبر الرابط :

<http://www.lahaonline.com/index.php?option=content§ionid=1&id=10074&task=view>

الأستاذة كوثر الخولي . مقالة بتاريخ ١٩/٥/٢٠٠٥ بعنوان أسلمة الجندر مطلب للحركة النسائية العربية ، على الموقع

الإسلامي (الإسلام على الخط) ومقالة للأستاذ بسام جزار ، بعنوان "النوع الاجتماعي" متاحة عبر الرابط :

<http://www.islamnoon.com/Motafkrkat/gender.htm>

ويؤسفني أن أرى بعض منسوبي - وكذا بعض المنتسبات إلى - هذه الهيئات من بني جلدتنا يوالون القائمين عليها ، وربما يسارعون في هواهم^(١) .

ويبرز من نتائج اصطفاء فريق في كل قُطرٍ ليدعو إلى مسايرة المعايير الدولية تشابُه، بل تطابق، الخطاب الداعي إلى نبذ ما يسمى بالعنف والتمييز ضد المرأة في كافة المجتمعات الإسلامية والعربية ، تطابقا يثير العجب ، ويؤكد على وحدة مصدر الخطاب ، وموجهه، بل راسم مفردات ألفاظه .

ونظرة سريعة في أكثر الأوراق ، وورش العمل ، التي طرحها مؤتمر المرأة الخليجية والألفية الثالثة ، والمنعقد بالمنامة خلال الفترة من ٧-٨ مارس ٢٠٠٠ ، تحت شعار الفرص والمعوقات والأدوار المطلوبة ، تكشف عن تساوق - ونعني به التطابق في أوضح صورته - النشاط الداعم لمسايرة المعايير الدولية في البحرين مع مثيله الداعم للتوجه نفسه في مصر ، والمغرب ، والسودان، وتونس ، ولبنان، والعراق ، وسوريا ، وغيرها من الدول العربية .

ففي كلمة افتتاح المؤتمر تقول السيدة المتحدثة " على الرغم من التزايد المتسارع في مستوى تعليم النساء ، ومعدل مساهمتهم في سوق العمل لا يزال أغلبهن ضحايا تمييز وعنف معنوي ، ومادي ، يمارس عليهن داخل البيت وخارجه ، وفي سياق الأسرة والجماعة، من تحرش وابتزاز وعنف جسدي ، واستغلال مادي"^(٢) وهي جملة حوارية أزعج أنها قاسم لا يتخلف في افتتاحيات النوع من المؤتمرات فيما تابعت من نشرات شملت الساحة العربية بأسرها .

وكما نشر على لسان السيدة عضو المحكمة الدستورية العليا المصرية حاليا نجدها تتهم مناهضي المعايير الغربية وخصوصا من أسمتهم (تيارات الإسلام السياسي) بالجمود والتراجع ، وتقول " معظم ما تتبناه هذه التيارات لا يرى في المرأة إلا مصدرا للغواية ، ويحاصرها بحجاب

(١) انظر مثلا : د. محمد محمد حسين . ، أزمة العصر ص ١٠٥ .

(٢) انظر : كتاب مؤتمر المرأة والألفية الثالثة من إصدار جمعية نهضة فتاة البحرين ص ٩-١٠

الملبس وحجاب العقل"^(١) وتنتقد- السيدة عضو الدستورية العليا- بشدة انحياز الصورة الإعلامية العربية إلى المرأة الأم، والزوجة، وإجمالا الطرف الاجتماعي^(٢) وهو خطاب أكثر شيوعا في أدبيات مناهضة التمييز من كلمة الافتتاحية.

وفي كلمتها المعنونة "قوانين الأحوال الشخصية وانعكاساتها على التنمية في منطقة الخليج" تنكر السيدة الدكتورة منيرة فخرو- عضو هيئة التدريس بجامعة البحرين- أن تكون أحكام الأسرة شرعا، وتراها جملة من "التأويلات المختلفة لقوانين وضعها وفسرها رجال يريدون تثبيت سيطرتهم على المرأة، وبالتالي على الأسرة في مجتمع أبوي صرف"^(٣)، كما تنكر على الذين يعارضون المعايير الغربية رفضهم تقليد القوانين الأسرية المعمول بها في الغرب، وتتهمهم بتناسي أن القوانين المدنية المطبقة في معظم الدول العربية مشتقة من القوانين الغربية، وخصوصا القانون المدني الفرنسي^(٤).

(١) كتاب المؤتمر ص ١٨-١٩ وهذه في الحقيقة سبة توراثية بوليسية والإسلام منها براء.

(٢) انظر ص ١٨، وقد كان أستاذها المستشار محمد فتحي نجيب- رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق- على رأس الناقدين لصورة المرأة الأم في مصر. راجع كتابنا: الوسيط في أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية المعاصرة. نشر دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ٣١٢ وما بعدها، وعلى أساس من رؤية السيدة تهاني أتساءل كيف ستقوم سيادتها على التفسير الموضوعي للمادة الثانية من الدستور المصري بعد مكافأها بالتعيين عضوا بالمحكمة الدستورية العليا في مصر ؟؟؟!!!!

(٣) كتاب المؤتمر ص ٩٥.

(٤) السابق ص ٣٧، ويمثل هذا الادعاء شعيرة عامة، وكنت أظن أن قاسم أمين هو أول من تولى كبره، ويمضى عليه اليوم مجموعة من الأدبائية، وثلة من الحقوقيين أمثال: حسين أحمد أمين في مصر، وحمزة الحداد في الأردن، وهيثم مناع في سورية، وكثيرون غيرهم، لولا أن وقفت على كلام لهيثم مناع نقلا عن نصر أبو زيد يبرهن به على أن ما نشر منسوباً إلى قاسم أمين يجد جذوره في كلام الشيخ محمد عبده، يقول هيثم مناع- الزواج... بين الفقه التقليدي واتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة، دراسة منشورة في يناير ٢٠٠٤ من خلال الموقع النسوي أمان- ما نصه "لم يكن نقد التصور الفقهي الكلاسيكي للزواج ابن الاتجاهات العلمانية وحسب، ويذكر نصر حامد أبو زيد بمقطع مهم للإمام محمد عبده يقول فيه: " رأيت في كتاب الفقهاء أنهم يعرفون الزواج بأنه (عقد يملك به الرجل بضع المرأة)، وما وجدت فيها كلمة واحدة تشير إلى أن بين الزوج والزوجة شيئاً آخر غير التمتع بقضاء الشهوة الجسدانية- حسب تعبيره- وكلها خالية من الإشارة إلى الواجبات الأدبية التي هي أعظم ما يطلبه شخصان مهذبان كل منهما من الآخر.

وقد رأيت في القرآن الشريف كلاماً ينطبق على الزواج ويصح أن يكون تعريفاً له، ولا أعلم أن شريعة من شرائع الأمم التي وصلت إلى

ويحرص الأستاذ الدكتور باقر النجار - الأستاذ بجامعة البحرين - على بيان أن المرأة الخليجية في وداع قرن وإطالة آخر قد عادت إلى البرقع - البدوي كما يسميه - فمثلت حالة جديدة من حالات عسر الحدائث وتحولاتها^(١) نتيجة سيادة الأطروحات الإسلاموية - حسب تعبيره - التي عطلت كثيرا من الأدوار ، وفرضت حالة من حالات الحصار الثقافي^(٢) .

وهو عين الخطاب الذي يتردد مع كل رغبة نسوية في الاحتشام وإعلاء المصلحة الأسرية على مصلحة العمل خارج المنزل ، بل هي أبرز ملاحظات الدكتور محمد الرميحي عن حالة المرأة

أقصى درجات التمدن جاءت بأحسن منه، قال الله تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ (الروم ٢١) والذي يقارن بين التعريف الأول الذي فاض عن علم الفقهاء علينا وبين التعريف الثاني الذي نزل من عند الله يرى بنفسه إلى أي درجة وصل انحطاط المرأة في رأي فقهائنا وسرى منهم إلى عامة المسلمين، ولا يستغرب بعد ذلك أن يرى المنزلة الوضيعة التي سقط إليها الزواج حيث صار عقدا غايته أن يتمتع الرجل بجسم المرأة ليتلذذ به، وتبع ذلك ما تبعه من الأحكام الفرعية التي رتبوها على هذا الأصل الشنيع " ، وفي نطاق الزواج أكد الإمام محمد عبده أن تعدد الزوجات يشكل احتقارا شديدا للمرأة وقال بجواز إبطال هذه العادة مبررا ذلك بأسباب ثلاثة:

- لأن شرط التعدد هو التحقق من العدل وهذا الشرط مفقود حتما، فإن وجد واحد في المليون فلا يصح أن يتخذ قاعدة.
- لغلبة سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدد وحرمانهن من حقوقهن.
- لما ظهر من أن منشأ الفساد والعداوة بين الأولاد هو اختلاف أمهاتهم ، وقد أضاف الإمام لنهجه المساواة بين الجنسين في الحق بالطلاق " ١ هـ كلام الدكتور مناع .

ولا يجد باحث ما مشقة في أن يقف على هذا الخطاب بمفردات ألفاظه متى طالع أية ورقة من تلك التي تعج بها المواقع الإلكترونية التي تتبنى أفكار الدعوة إلى المعايير الغربية في الحياة وشئون الحكم . وفي نقدها يمكن مطالعة : كتاب السيدة كارين أرمسترونج . النبي محمد . ولها أيضا " إنجيل المرأة " ، اللواء أحمد عبد الوهاب - رحمه الله - مكانة المرأة في اليهودية والمسيحية والإسلام . ضمن سلسلة دراسات إسلامية إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية . مصر ع ٣٧ ، د . محمد عبد السلام أبو الليل . حقوق المرأة في الإسلام . من مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٤ ، أستاذنا الدكتور محمد البلتاجي - يرحمه الله - دراسات في أحكام الأسرة ، وقد صدرت منه طبعات ، د . مصطفى السباعي . المرأة بين الفقه والقانون . وقد صدرت منه طبعات ، د . الحسيني سليمان جاد . وثيقة مؤتمر السكان والتنمية . رؤية شرعية ، كتاب الأمة القطري . س ١٦ العدد ٥٣ ، الأستاذ عباس محمود العقاد . حقائق الإسلام وأباطيل خصومه ، ط نهضة مصر ، القاضي الخواص الشيخ العقاد - سوداني - المرأة والقوامة . ط التمدن المحدودة . السودان ١٩٨٦ ، د . السيد الجميلي . المرأة في ميزان الطب والدين . ط دار التراث العربي . مصر ١٩٨٣ .

(١) كتاب المؤتمر ص ٩٥ .

(٢) السابق ص ٩٦ .

الخليجية في ظل صراع " العولمة والأبعاد العلمية والثقافية لدور المرأة في الخليج العربي " لأسباب تراثية - على حد قوله- وتعليمية واجتماعية ، وإنه ليسوؤه جدا أن قطاعا من النساء يحبذن هذا الواقع ويقاوم التغيير المنشود!!!^(١).

وتدعو السيدة الدكتورة فادية كيوان إلى " اعتبار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ومجمل الاتفاقيات الدولية ، سندا معياريا لتحليل الواقع والممارسات ، ولتحديد المعوقات ولوضع الخطط المستقبلية الهادفة إلى تطوير مجتمعاتنا وأنسنتها "^(٢) ومن ضرورات ذلك المصادقة على اتفاقيتي " الطفل " و" سيداو " مع التقيد بمضمونيهما ، ومراجعة التشريعات والقوانين الخاصة بالمرأة وتعديلها وتطويرها لتواكب التغيرات الحاصلة"^(٣).

ويلحظ في أكثر الكلمات الحرص على تثبيت دعوى أن القوانين الأسرية القائمة تمثل أعرافا مقننة ، وهذه الأعراف المقننة هي التي تتحكم في مفاصل المجتمع وفي موقفه من المرأة .

ومن كثرة ما لاحظت من شيوع هذا الخطاب في أدبيات تسويق المعايير العالمية ، والنقل المبتور عن أطروحة الزميلة الفاضلة الدكتورة رقية جابر العلواني للدكتورة، والمعنونة " أثر العرف في فهم النصوص. قضايا المرأة أنموذجا "^(٤) فإنني سألتها إن كانت قد نشرت تلك المقالات التي تنسب إليها من خلال بعض الصفحات الورقية والإلكترونية^(٥) فأجابت سيادتها بالنفي.

(١) السابق ص ٢٥٥-٢٥٧ .

(٢) السابق ص ١٧١ .

(٣) السابق ١٧٦ .

(٤) الرسالة مجازة من قبل قسم الفقه وأصوله بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا عام ٢٠٠١ ، وقد نشرتها دار الفكر . دمشق . عام ٢٠٠٣ .

(٥) اطلعت على عدة أوراق ، وعلى أكثر من صفحة إلكترونية تبحث أثر العرف في قضايا المرأة لتخلص إلى أن القانون الشرعي - كما يقولون - عرفي في أعماقه ، ويلبسون على القاريء أن هذا قول الأخت الدكتورة رقية ، وليس كذلك ، كما يبين من خاتمة بحثها ، وقد انتهت فيها إلى جملة أمور حاصلها : ضرورة التمييز بين النصوص الشرعية المطلقة ذات الوحي الإلهي المعصوم ، والتي لا تخضع لتقلبات الزمان وتغيرات الأحوال ، وبين اجتهادات العلماء ومحاولاتهم في فهمهم تلك النصوص ، مع أهمية التقيد ببعض الضوابط والمعالم أثناء إجراء عملية فهم النصوص وتأويلها ، ثم محاولة استنباط الأحكام وتقريرها من خلال ذلك ، ومع أهمية

ومجمل القول : إن الخطاب البحريني الشائع على لسان الناشطين والناشطات في قضايا المرأة لا يختلف بحال عن نظيره المطروح في بقية البلدان العربية ، والنداء الغالب هو المطالبة بأن توضع القوانين المسائرة للمعايير الغربية، والمصادقة على المواثيق ، وإنفاذ التوصيات والإعلانات التي تؤكد ذلك ، مع نبذ كل تحفظ على أي حكم من أحكامها ، دون نظر إلى ما يعارض ذلك من خصوصيات دينية أو وطنية ، ولن يعد المطالبون والمطالبات أن يجدوا في أقوال بعض الكاتبين ما يسند قولهم : إنه يمثل التفسير المستنير - حسب قولهم - للشريعة الإسلامية^(١) .

تداعيات هذه الرؤية على الدعوة إلى التقنين :

يؤسفنا أن نقول إن هذه الرؤية تغريبية ، وأنها تعتدي على المجتمع في أبرز خصوصياته، ومن ثم فإنه لمن البديهي أن تجد - من المجتمع البحريني المحافظ - مقاومة شديدة وصلت إلى حد رفض كل تقنين لأحكام الأسرة ، خشية أن يفرض فريق التغريبين رؤيته على واضع التقنين ، ولم يجد بعض المعارضين حرجا في أن يصرح بقوله " قد أوضح هؤلاء طموحهم للوصول إلى قانون علماني ، أو مزيج بين مشتهيات العلمانية وبعض الأحكام الشرعية، وهذا ما صرّحوا به بداية تحركهم"^(٢) .

ونظرا للأثر الضار لمثل هذه المقولات على تحفيز الجهات المعنية بتقنين أحكام الأسرة

احترام الموروث الفقهي والوقوف منه موقف التقدير ، ومحاولة تجاوز تحديات الفكر الغربي في قضايا المرأة على وجه الخصوص ، وضرورة وقف الاسترسال في الخوض في القضايا المطروحة من قبّله، التي باتت أقلام كثير من المفكرين المسلمين وقفا عليها في العصور الراهنة ، خاصة تلك القضايا التي أنجبتها فلسفة عصر الحداثة .

(١) ومن هذا القبيل مثلا قول جمال البنا : المرأة المسلمة بين تحرير القرآن وتقييد الفقهاء، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٨ ، ص ١٨٥ . " إن الفقه الجديد يجعل قضية المرأة من الشريعة ويجعل المصدر الأول للشريعة هو العقل، لأن الشريعة ليس فيها ما يتعلق بذات الله تعالى، ولا عالم السمعيات التي تختص بها العقيدة، من هنا فإن الفقه يحدد موقفه من المرأة في ضوء ما يحكم به العقل، فهو يتدبر كل السياسات والاتجاهات والتصرفات سواء بالنسبة لتاريخ تطور حركة المرأة في العالم أجمع، أو بالنسبة للتاريخ الإسلامي " .

(٢) هذا قول غير واحد من أعضاء المجلس العلماني الشيعي في مجابهة حملة الدعوة إلى التقنين ، بل هو ما نشر بياننا عن المجلس العلماني ، ولا يُظنُّ أن أحدا من علماء السنة يوافق على التوجه التغريبي متى ثبت .

حرص المجلس الأعلى للمرأة في منشوره المعنون { استطلاع للرأي حول تقنين أحكام الأسرة في مملكة البحرين } على أن يبرز في خاتمة دراسته أن " الغالبية العظمى من مجتمع الدراسة يؤكدون على ضرورة أن يكون القانون مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية ، أي بعد أن يشبعه المختصون من علماء الدين ورجال القانون دراسة وتمحيصا ، ولن تخرج بنوده عن الشريعة الإسلامية الصحيحة - هكذا- وينفذ ما ينادى به القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على ألا يبنى هذا القانون على المواثيق والمعاهدات الدولية ، أو إضعاف صلته بالشريعة الإسلامية عن طريق مواد تتحكم فيه" (١) .

وعلى ذلك كانت التوصية الأولى التي توصى بها لجنة الدراسة هي " ضرورة إصدار قانون لأحكام الأسرة ينظم العلاقات بين أفراد الأسرة على أن يكون مستمدا من الشريعة الإسلامية ، ومنفذا لأهدافها النبيلة " (٢) .

وهي فطنة من المجلس الأعلى للمرأة تستحق الإشادة بها ، لما يرجى من أثرها في رد المخاوف التي يثيرها تصدى المسوقين للمعايير الغربية للمطالبة بتقنين أحكام الأسرة .

(١) أعد الاستطلاع بمعرفة مركز البحرين للدراسات والبحوث ، ونشره المجلس الأعلى للمرأة عام ٢٠٠٥ ، ومن نتائج هذا الاستطلاع - وقد أجرى على عينة من المواطنين والمواطنات ، الأزواج منها حوالي ٧٠.٣٪ وغيرهم ٢٩.٧٪ ، وقد تبين أن ٥٨.٨٪ من أفراد العينة ليست لديهم دراية أو إلمام بأحكام الأسرة المطبقة ، في حين أشار ٤١.٢٪ إلى درايتهم بها ، ويوافق - أو يوافق بشدة - ٧٣.٧٪ على ضرورة إصدار القانون ، في حين يرفض ١١.٥٪ وضع قانون ، ويقف ١٤.٨٪ من العينة موقفا سلبيا من الإصدار وعدمه ، وقد لوحظ أن النساء أكثر حرصا على صدور القانون من رجال نفس العينة ، ويرى ٧٢.٤٪ أن للقانون المنتظر دورا في الحد من التفكك الأسري وآثاره داخل المجتمع البحريني ، على حين يرفض أقل من ٨٪ هذه النتيجة المحتملة ، ويقف ٢٠.٢٪ من الاحتمالين موقفا سلبيا ، وتشير الدراسة إلى الميل الواضح لاحترام الخصوصية المذهبية ، سواء في ذلك أن يصدر قانون واحد ، أو قانونان ، لكل طائفة قانون ، وأخيرا تشير النتائج إلى أن ٩٧٪ من أفراد العينة يصرون على أن يستمد القانون من أحكام الشريعة الإسلامية ، في حين يرفض ذلك ١٪ فقط ، واكتفي ٢.٤٪ بالجواب بلا أعلم .

(٢) انظر ص ٦٣ من منشور الدراسة .

المطلب الثاني الاعتراض على تقييد أحكام الأسرة بقانون

من الناس من يقف من عملية التقنين ذاتها موقف الرفض ، متابعة على المشهور من قول الأقدمين بعدم تقييد القاضي برأي بعينه ، ومنهم من يرد التقنين بدعوى عدم اختصاص الهيئات المختصة بالتشريع - في الفكر القانوني السائد - وكثيرون يقفون من التقنين موقف الرفض مخافة أن تخضع الهيئات المختصة للرؤى التغريبية ، أو تستجيب لقوى الضغط الدولية ، وفيما يلي نعرض لهذه الدعاوى ومناقشتها في حدود غرض الدراسة .

أولا : التقنين والقانون :

التقنين : مصدر من الفعل الرباعي قَنَّ ، والقانون لغة : مقياس كل شيء وطريقه، ولفظته : رومية وقيل فارسية .

ويصطلح استخدامها على : الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته التي تتعرف أحكامها منه، كما يطلق بمعنى الأصل ، ومن آلات الموسيقى " القانون"^(١).

وتعنى اللفظة في الاصطلاح الفرنسي : القاعدة المتعلقة بالعقيدة الدينية، أو مجموعة الكتب المنزلة من عند الله ، كما كانت تطلق في العصور الوسطى على القرارات التي تصدرها المجالس الكنسية في أوربا^(٢) .

وفي شئون القضاء والحكم تطلق لفظة القانون بمعنيين : إطلاق عام ، وآخر خاص^(٣) .

فبالإطلاق العام يصطلح به على : مجموع القواعد العامة المجردة الملزمة المصحوبة بجزاء

(١) انظر : المعجم الوسيط . إصدار مجمع اللغة العربية . مصر ط رابعة . مادة (قنن) .

(٢) د . محمد حسين عبد العال . المدخل لدراسة القانون وفقا للقانون البحريني . مذكرات ٢٠٠٤ ص ١١ هامش ٣ .، ويذكر سيادته في الحاشية رقم ٤ من الصحيفة ذاتها أنه برغم الأصل الغربي للفظ إلا أن شيوعها في معنى النظام والاستقرار والتكرار على وتيرة منتظمة في كافة المجالات وجد في العربية قبل أن يغلب على لغة العلوم في الغرب ، فإلى زمن ليس بالبعيد لم يستخدم الغرب اللفظة إلا في معنى القرارات الدينية .

(٣) د . عبد العال . ص ١٢ وما بعدها

توقعه السلطة العليا في المجتمع ، دون اعتبار لأساس الإلزام ، أو للجهة التي قررت القاعدة الملزمة .
وبالإطلاق الخاص يراد بالقانون : القواعد العامة المجردة المكتوبة الصادرة عن سلطة مخولة
بوضع التشريع ^(١) .

وعلى أساس من الإطلاق العام تعتبر الأحكام الشرعية في مسائل الأسرة هي القانون الواجب
التطبيق في البحرين ، وذلك بموجب المادة الخامسة / فقرة (ب) من الدستور البحريني ، والتي تحدد
الحماية القانونية للأسرة بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، والفقرة (د) التي تنص صراحة
على أن الشريعة هي القانون في مادتي الإرث والوصية ، هذا بالإضافة إلى المادة الأولى من القانون
المدني البحريني والتي حددت المصادر الرسمية للقانون البحريني بالنص الآتي :
" أ- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص ، بلفظها
أو بمفهومها .

ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي حكم بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد حكم
بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها ، فإذا لم يوجد
حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" .
وقد فهم الفقه القانوني من جملة هذه النصوص أن الدين يعتبر مصدرا رسميا خاصا ، يأتي تالياً
للتشريع مباشرة ، وسابقا على العرف في مسائل الأحوال الشخصية ، فما لم ينظم من هذه المسائل
بتشريع مكتوب يخضع للحكم الديني المعترف به في مملكة البحرين ^(٢) .

(١) وبالمعنى الأول تستخدم اللفظة في الدراسات الحقوقية ، فيقال : نظرية القانون ، أي المسائل الجامعة للقواعد العامة المجردة
الملزمة ، عرفية كانت أم مكتوبة ، شرعية كانت أم وضعية ، وبالمعنى الثاني تستخدم اللفظة في لغة العامة من الناس دون نظر إلى
التسميات الفنية التي تبنى على أساس قاعدة تدرج القواعد القانونية ، فالدستور ، والتشريع العادي ، والتشريع اللائحي ، بل
القرارات التنظيمية كل ذلك عند الناس قانون ، أما الاصطلاح الفني الدقيق فإنه لا يرد إلا على التشريع دون الدستوري ، وفوق
اللائحي . راجع في هذا المعنى . د. عبد العال ص ١٢ ، د. حمدي عبد الرحمن . المدخل إلى القانون . نظرية القانون . القاهرة ١٩٥١ . ص ٧
١٩٨٢ ص ١٠ ، د. محمد على عرفة . مبادئ العلوم القانونية ، القاهرة ١٩٥١ . ص ٧

(٢) أي مرده الدين إسلاما كان أم يهودية ، أم مسيحية . انظر : د. محمد حسين عبد العال . سابق ص ١١٩ ، وسيادته يشير في ذلك إلى

وفي المملكة العربية السعودية ووفقا لقرار الهيئة القضائية في ٧٨ / ١ / ١٣٤٧ هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤ / ٣ / ١٣٤٧ هـ. يجرى العمل على أن :

أ- يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقا على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، نظرا لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله.

ب- إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجرى النظر والبحث فيها من باقي المذاهب، بما تقتضيه المصلحة، ويقرر السير على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر^(١).

ومع مراعاة أن نظام المرافعات الصادر ١٤٠٩ هـ قد قرر أن القضاء يحكم بالشريعة الإسلامية دون نص على مرجعية المذهب تؤكد التجربة العملية على أن التعليمات تقيد أحكام القضاة بأن تكون على المفتى به من مذهب الإمام أحمد^(٢).

وقد آثرت الاستطراد في الإطلاق القانوني تنبيها على غرابة الموقف المعارض للتقنين في كلتا المملكتين ، وهو ما نبسطه فيما يلي.

ثانيا : الاعتراض على تقنين الأحكام الشرعية .

لم يكن ليداخلني تصور أن في الناس بقية لم تزل تعارض صياغة الأحكام الفقهية في نصوص قانونية ملزمة بعد هذا التاريخ من وضع مجلة الأحكام العدلية ، وغلبة النظم أو القوانين المكتوبة على الجغرافيا العربية بأسرها ، وفي كل - أو أكثر - أفرع الإلزام القانوني المختلفة ، بل كان مبلغ ظني أن الغالب على الدفع الفقهي هو حث الحكومات على تنقية التشريعات مما يخالف الشريعة الإسلامية ، والأولى الاستعاضة عنها بقوانين مستقاة من الشريعة الإسلامية ، أي أن تقنين الأحكام

جماعة من الشراح المصريين .

(١) انظر : أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية للدكتور محمد شتا أبو سعد ص ٤٢ .

(٢) انظر مثلا : قرار هيئة التمييز بالمنطقة الوسطى الصادر برقم ٢ / ٨٨ بتاريخ ٢٠ / ٣ / ٩١ هـ ، وقرار هيئة التمييز بالمنطقة الغربية

الصادر برقم ٥٢٥ وتاريخ ١٥ / ٤ / ٩٠ هـ . نقلا عن د. محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي . سلطة ولى الأمر في تقييد سلطة

القاضي . رسالة . نشر مكتبة العبيكان ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م ص ٣٧٢ وما بعدها .

غدا مسألة مما يتواضع أهل العلم على قبوله ، فلا تناقشها بحوثهم ، ولا تتعلق بها فتاواهم^(١) حتى

(١) فمثلا : كان من بين توصيات مجمع الفقه الإسلامي في خاتمة دورة مؤتمره الخامس والمنعقد بالكويت في الفترة من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ (١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨) التوصية بتجميع مشروعات القوانين الإسلامية التي تم إعدادها في مختلف البلاد الإسلامية ودراستها للاستفادة منها ، على ما نص عليه في التوصية الثانية من توصيات المؤتمر (انظر كتاب فقه النوازل ، من وضع جماعة من أساتذة الجامعة الأمريكية المفتوحة ، كلية الدراسات الإسلامية والعربية ، ن. ت ، ص ٣٢٥ . وراجع من بين أعمال ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر . الواقع والمأمول ، والتي نظمتها جامعة الشارقة في الفترة من ١١-١٣ أبريل ٢٠٠٦ ، وهي ميسرة ككتاب الكتروني متاح من خلال ملتقى أهل الحديث ، منتدى خزائن الكتب) : د. عمر بن صالح بن عمر . المقاصد المرعية من تقنين الأحكام القضائية . في القضاء الشرعي ، د. محمد عبد اللطيف رجب عبد العاطي . تقنين الأحكام الشرعية ضرورة عصرية ، د. عبد الله الجبوري . تقنين الشريعة وصلته بتطبيقها في القضاء الشرعي ، وبحث الدكتور الجرعري الآتي . تقنين الأحكام الشرعية بين المحيزين والمانعين ، وقد أفدنا من هذه البحوث كأسس في بناء هذه الجزئية من البحث ، فليعرف .

وفي رأى عدد غير قليل من علماء عصرنا أن التقنين اعتبر من بوادر النشاط التشريعي (الشيخ عبد الوهاب خلاف ، خلاصة تاريخ التشريع ، ط دار القلم ص ١٠٣-١٠٥ ، وهو في رأى الأستاذ الشيخ وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٦٤٧-الأفضل بسبب تعدد آراء الفقهاء ، أما الأستاذ الشيخ يوسف القرضاوي فإنه ينتصر له بقوة شديدة ، بل يفسح له أكثر صفحات كتابه المعنون : الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد ، نشر مكتبة وهبة ١٩٩٩ ، ومن كلامه تحت عنوان " تحديد مفهومي الأصالة والتجديد ص ٢٦-٢٧ ما نصه : ليست الأصالة إذن هي التوقوع على القديم ، ورفض كل جديد ، مهما يكن في القديم من ضرر ، ومهما صاحب الجديد من نفع ، إن بقاء كل قديم على قدمه ، وإغلاق باب الإبداع والاجتهاد هو سبيل العاجزين الذين لا يريدون أن يعملوا ما وهبهم الله من عقول ، ولا أن يبذلوا جهدا يثبتون به وجودهم ، وصلاحتهم للخلافة في الأرض ، والسيادة في الكون ، مرددين قول من قال : ما ترك الأول للأخر شيئا .

وليس الأصالة في رفض كل شيء جاء عن الغير أيا كان ذلك الشيء ، وذلك الغير ، فقد نستطيع أن نأخذ بعض الأطر أو الأشكال المناسبة لنا ، لنضع داخلها مضاميننا ومفاهيمنا الخاصة ، بشرط ألا يكون مبعث ذلك مجرد الرغبة في التقليد ، بل الحاجة إلى التحسين ، وقد نقتبس بعض الجزئيات والصور من هنا أو هنالك إذا كنا في حاجة حقيقية إليها ، ولم يكن عندنا ما يغني عنها ، ولم تكن منافية لأصولنا وجوهر حضارتنا ، وخصوصا ما كان يتعلق بما يطلق عليه اسم أحكام المراسم أو الإجراءات ، أو غير ذلك من النواحي الشكلية "

وفي حديثه عن معالم التجديد المنشود للفقه الإسلامي يذكر فضيلته ص (٤٩) التقنين على غرار القوانين الحديثة ، لتكون مواد الفقه مرجعا سهلا محددًا يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة ، ويرجع إليه المحامون ، ويتعامل على أساسه المواطنون . ثم ينقل (ص ٥٠) عن الأستاذ صبحي المحمصاني ثناءه على مجلة الأحكام العدلية التي سدت فراغا كبيرا في عالم القضاء والمعاملات الشرعية ، وعن الأستاذ مصطفى الزرقا (ص ٥٢) قوله " لقد اشتبك التشريع القانوني بجسم الفقه في المملكة العثمانية ، وفي البلاد المنفصلة عنها " وبنه (ص ٥٤) إلى تجربة مجمع البحوث الإسلامية في مصر . ، وأخيرا ينبه على مخاوف بعض أهل العلم من التقنين ويناقشها ، منتهيا إلى أن هذه اعتبارات وجيهة عارضتها اعتبارات أوجه وأقوى .

عايشت الواقع الخليجي فأدركت أن في المسألة بقية حياة .

والنصفة تقتضى أن ننبه إلى أن رفض التقنين مما يقول به في الحاضر ثلثة من العلماء، السنة والشيعه على السواء ، بل إن جل علماء الشيعة قد انتهوا، على ما أعلن، إلى أن الرفض لا يتوجه إلى التقنين من حيث هو^(١)، ومن عبارة الشيخ السيد عبد الله العريفي قوله " من قال إننا نرفض التقنين ، بمعنى صياغة الأحكام بشكل منظم ، إذا فرضت ذلك ضرورات المرحلة وحاجاتها ؟ لم يكن في خطابنا منذ صدور العريضة العلمائية وحتى الآن أي حديث عن إشكالية التقنين ، .. قلنا في الكثير من الخطابات : إننا نرفض أي تقنين للأحوال الشخصية من خلال المجلس النيابي ، فموقفنا صريح في رفض التقنين الصادر عن أي مؤسسة وضعية، ولم نتحدث عن أصل التقنين ، فالكثير من الضجيج في الصحف وفي المنتديات وقع في خلط متعمد ، وحتى بعض الإسلاميين في التيار السني حدث عندهم ارتباك في فهم موقفنا ، فتراهم يحشدون أدلة على مشروعية أصل التقنين ، وكأننا نتحدث عن إشكالية التقنين نحن مع تقنين يخضع تماما لإشراف فقهي نزيه ، ولا يمر عبر المؤسسة الوضعية إطلاقا ، ونحن مع تقنين لا يعطل صلاحية الاجتهاد في التعاطي مع الأحكام الخاضعة للتقنين، وهذا يعطى المسائل التي تحكم القاضي حركة متجددة"^(٢).

(١) في دراسة للأستاذ مرتضى معاش بمجلة النبأ ع ٢١-٢٢ .س ١٤١٩ تحت عنوان الحاجة إلى القانون عرض فيها لما اعتبره من إبداعات إمامهم الشيرازي والتي سماها " الفقه والقانون " خلص فيها الأستاذ مرتضى إلى أن السيد الشيرازي " لا يرى صلاحية تقنين القانون الإسلامي لأن ذلك يعني تقييدها عن المرونة والاجتهاد والتطور لذلك (فليس من الحق وضع القانون الأساسي الذي معناه تجميد الاستنباط وحصره على جماعة خاصة من الفقهاء إلا إذا كان من نصوص الشريعة غير القابلة لمختلف الاستنباطات المستقبلية. . ولكن إمامهم الشيرازي لا يرفض عملية التقنين رفضا مطلقا وإنما يرفضها على مستوى التقنين التشريعي الذي يندرج ضمن إطار القانون الأساسي. أما التقنين الذي يكون في إطار عملية الاجتهاد وتطبيق الكليات على الجزئيات فإنه يراه مناسبا ومفيدا ولكن بشروط منها أن يكون التقنين من قبل شورى الفقهاء المنتخب من الأمة أو المجالس الاستشارية والحكومية المنتخبة انتخابا حرا ، وأن لا يكون للتقنين صفة الدوام والثبات بل يحق لمجلس الفقهاء الحالي الاجتهاد فيه وتغييره، وأن يحق لأي مجلس لشورى الفقهاء الذي ينتخب في المستقبل بعد هذا المجلس تغيير هذه التقنينات حسب اجتهاداتهم .

(٢) من حديث سماحته في نشرة معالم الهدى . الصادرة عن المجلس الإسلامي العلمائي - شيعي - العدد الخاص بقانون الأسرة .

ولم أر في الخطاب الشيعي البحراني المتمحور حول التقنين - فيما طالعت - من رافض سوى الشيخ محمد صنقور ، فقد انتهى من مناقشة دعاوى المطالبين بتقنين أحكام الأسرة إلى أن الأحكام الشرعية الكلية - في مسائل الأسرة - غالبا ما تكون واضحة وليست محل منازعة ، أما المنازعة فتكون في المشكلة محل التطبيق، ولكل أن يقدم دفاعه ، فيقدره القاضي ، ولمن لا يرضى بالقضاء حق الاستئناف ، فإن كان الحكم الكلي الشرعي هو موضع النزاع ، فإنه إما أن يكون هذا الحكم واضحا وإما أن يكون غير واضح ، فإن كان واضحا فليس لأحد النزاع في حكم الله عز وجل ، وإن لم يكن واضحا فالذي يحق له البت في ذلك هو المرجع الشرعي الجامع للشرائط ، والقانون لن يعالج هذه الإشكالية لأنه من غير الممكن أن يقنن ذلك بعد افتراض اعتماد القانون الشرعية الإسلامية مصدرا وحيدا للقانون^(١).

وفي المقابل فإن بعض طلاب العلم السنة في البحرين^(٢) يوافق قول بعض علماء المملكة العربية

ص ٥ ، وإن كان ما انتهى إليه سماحته هو إبطال تقنين أحكام الأسرة في الواقع ، ففي جوابه عن الإشكال القاضي بأنه : إذا كنتم - والسؤال موجه إليه - ترفضون أن يصدر البرلمان قانونا للأحوال الشخصية حتى لو كان موافقا لأحكام الشريعة فكيف تدعون إذا إلى أسلمة القوانين ؟؟؟!!! وإذا لم يبادر الإسلاميون بإصدار قانون موافق للشريعة فسوف يأتي من يصدر قانونا مخالفا للشريعة !!!!! أجاب قائلا : ونلاحظ على الإشكال : ١- أن إعطاء البرلمان صلاحية التشريع في مساحة محسومة أساسا لصالح الإسلام كما هي الأحوال الشخصية يعرض هذه المساحة للابتعاد عن دائرة الأسلمة . ٢- المساحات الأخرى التي خرجت عن دائرة الشريعة منذ تاريخ طويل هي التي يجب أن يتحرك الإسلاميون لإعادتها إلى الدائرة الإسلامية ، ولو عن طريق البرلمان " وحاصل الجواب : أنه ما دام البرلمان هو المختص قانونا بالتشريع ، وهم ينكرون عليه هذا الاختصاص في خصوص دائرة الأحوال الشخصية فالنتيجة ألا يوضع قانون للأسرة وفق الآلية المعتمدة في الدولة . وهذا هو محور بيان المجلس العلمائي المؤرخ ٢٠٠٥ / ١١ / ٤ حول قانون أحكام الأسرة . معالم الهدى : ص ٢ . وبيان الجمعيات . ص ٤ .

(١) معالم الهدى . ص ٦٧ .

(٢) وصل إلينا من بعض الإخوان البحرينيين السنة منشور بتوقيع الأستاذ . عبد الرؤوف مبارك جمعة ، عنه وعن جمع من إخوانه من خريجي الأزهر الشريف ، وأبرز ما ورد فيه :

١- أن المقصود بالتقنين التغيير ، وهو عبارة عن تشكيل لجان لنقل النصوص الفقهية إلى مواد في كتيب يتم فيها تبسيط العبارة وتسطيحها ، وتسميتها بقانون الأحوال الشخصية والتعديل والتغيير فيما بعد عن طريق الاقتراح والتصويت حينما يفقد النواب الإسلاميون - والكلام له - مقاعدهم قريبا .

٢- أن التقنين مهم عند من ينادون به للوصول إلى التغيير بإخراج الأحكام من قدسية الفقه الإسلامي إلى هلالة المواد والقوانين ،

السعودية في الاعتراض على تقنين أحكام الشريعة - في مسائل الأسرة وغيرها - وأبرز علماء السعودية المعارضين على ما طالعت : الشيخ صالح بن محمد اللحيان ، و الشيخ صالح بن فوزان الفوزان أو الشيخ عبد الرحمن بن عبد الله العجلان أو الشيخ عبد الله بن محمد الغنيمان، والشيخ عبد الرحمن بن صالح المحمود، والشيخ عبد الله بن عبد الرحمن آل سعد ، والشيخ عبد الرحمن بن سعد الشثري الذي جمع رسالة تحت عنوان (تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم) وقرظها الأفاضل الذين ذكرت أسماءهم، فضلا عن العلامة الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد الذي عرض للمسألة تحت عنوان " التقنين والإلزام " ضمن بحوثه في كتابه " فقه النوازل " (١).

ويغلب على بحث الشيخ الشثري متابعة الشيخ بكر حتى في كثير من التفاصيل.

وكما ذكر الأستاذ الشثري في خاتمة رسالته نجد ممن ناهض التقنين السادة العلماء: محمد الأمين الشنقيطي ، وعبد الله بن حميد ، وعبد العزيز بن باز ، وعبد الرازق عفيفي ، وإبراهيم بن محمد آل الشيخ ، وعبد العزيز بن صالح ، ومحمد الحركان ، وسليمان العبيد - رحمهم الله تعالى - فضلا عن الشيخ عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، وقد عبروا فضليتهم عن قولهم هذا في قرار هيئة

وجعله من اختصاص رجال القانون لا رجال الدين - حسب قوله - وتسهيل الخوض فيه من غير أهل الاختصاص ، والهجوم عليه تحت دعوى أنه مجرد قانون دون خوف من اتهام .

٣- أما دعاة التقنين من الشيوخ فهم في رأيهم من طراز معين ، لهم شهرة ، وفيهم ليونة ومطاطية تقبل الأقوال الشاذة والخروج عن رأى الجمهور ، ولأنهم يتصورون الأقوال الشاذة من الإسلام فهم يقولون " القانون ليس فيه ما يخالف الشريعة الإسلامية ، مع أنه مشتمل على الشاذ ، فهو لاء سيستفاد منهم في المرحلة الأولى فقط ، ثم يتم استبعادهم .

٤- كما يرون أن المرأة والنواب أيضا مجرد أدوار في تمرير القانون .

٥- وبعد أن يناقشوا شبهات مجوزي التقنين ينتهون إلى وصية كل مسلم غيور أن يقول : لا لقانون البشر ، نعم لقانون الله ، محذرين الجميع بأن التاريخ سيكتب كل شيء ، فلا تجعلوه يسجل أنه بأيديكم غربت شمس الشريعة الإسلامية عن سماء البحرين . أ. توقيع .

(١) اطلعت على مؤلف الشيخ بكر مطبوعا من جزأين نشر مؤسسة الرسالة ط أولى ٢٠٠٢ ، أما بحث الشيخ الشثري فقد صدر عن دار الفضيلة بالمملكة ، وهو ذائع الصيت ، ربما أكثر من بحث الشيخ بكر ، لكون الأخير جزءاً من مؤلف في النوازل ولكن لم يتسن لي الإطلاع على النسخة المطبوعة فاطلعت عليه في نسخة إلكترونية بنظام الورد متاحة عبر أكثر من موقع ومنتدى ، كمكتبة مشكاة الإسلام ، ومكتبة موقع صيد الفوائد وغيرهما .

كبار العلماء رقم (٨) والمتعلق بتدوين الراجح من أقوال الفقهاء لإلزام القضاة العمل به " (١) ولا يخرج هذا القرار في جوهره عما بني عليه الشيخ بكر أبو زيد رأيه .

ويعتبر من أبرز علماء المملكة القائلين بمشروعية التقنين ، بل الدعوة إليه : الشيخ محسن العبيكان (٢)، والدكتور / عبد الرحمن بن أحمد الجرجي ، أستاذ الفقه بكلية الشريعة - جامعة الملك خالد - الذي استقرأ أقوال العلماء في بحثه " تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين " (٣) حيث ذكر أن جمهور الفقهاء المعاصرين يجيزون التقنين ، ومنهم بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، كما تبين ذلك في وجهة نظر المتحفظين على قرار الهيئة بمنع التقنين من أقوال الفقهاء وهم: الشيخ صالح بن غصون، والشيخ عبد المجيد بن حسن، والشيخ عبد الله خياط، والشيخ عبد الله بن منيع ، والشيخ محمد بن جبير، والشيخ راشد بن خنين ، وممن يرى الجواز كذلك من أعضاء هيئة كبار العلماء: الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد، ومن المجيزين للتقنين كذلك: الشيخ عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ والدكتور عبد الرحمن القاسم الذي كتب فيه بحثا واسعا خلص فيه إلى جواز التقنين وضرورته .

ومن مشاهير المعاصرين الذين رأوا جواز التقنين: الشيخ محمد عبده، والشيخ محمد رشيد رضا، والشيخ أحمد شاكر، والشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ مصطفى الزرقا، والشيخ علي الطنطاوي، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور يوسف القرضاوي ، والشيخ محمد بن الحسن الحجوي صاحب كتاب الفكر السامي .

قلت ومن علماء المملكة القائلين بالجواز الدكتور محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي في

(١) انظر القرار في : مجلة البحوث الإسلامية . إصدار الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالرياض ، العدد : ٣١ لسنة ١٤١١ هـ ، الصفحات : ٥٨ - ٦٥ .

(٢) انظر دفاعه عن ذلك في مقاله بجريدة الشرق الأوسط عدد ١٠٠٢٦ .

(٣) هذا البحث متاح من خلال الموقع الإسلامي السعودي " الإسلام اليوم " ضمن مجموعة النوازل التي يعرض الموقع سلسلة من البحوث التي تناولتها ، وهي مجموعة طيبة ننصح بالإطلاع عليها . وهو متاح أيضا ضمن أعمال ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر . الواقع والآمال .

رسالته المعنونة " سلطة ولى الأمر في تقييد سلطة القاضي " فقد خلص بعد استعراض واف إلى القول " ومن هذا الاستعراض التاريخي القريب لهذه الفكرة وما ذكر من الوقائع يتضح أنها - أي فكرة التقييد برأي بعينه - من حيث العموم موضع التنفيذ ، وأن العمل جار على اعتبارها في مجالات القضاء والإفتاء والتدريس ، وأن ما يرغب ولى الأمر حفظه الله إعطاء الرأي نحوه لا يخرج عن كونه تنظيماً لهذا الوضع القائم مع الخروج عن التقييد المذهبي ، وذلك بتعيين الآراء الراجعة من قبل هيئة علمية على مستوى يسمح لها بذلك ، وتدوينها في كتاب يجرى تعميمه على المحاكم للعمل به بدلا من أن يكون الراجع من المذهب موضع ادعاء يجد كل مدع في كتب المذهب ما يؤيده، ويسند دعواه ، مما كان له أثره الواضح في اختلاف الأحكام في القضايا المتشابهة " (١)

كما ورد في خبر عن الحوار الوطني الثالث الذي عقد في المدينة المنورة أن الدكتور يوسف الجبر رئيس قسم الدراسات الإسلامية بكلية المعلمين بالإحساء قد عرض بحثاً عنونه " تقنين الأحكام الشرعية " لاقى قبولا حسنا ، وأثيرت حوله مناقشة كثيرة ، بل قالت الدكتورة هيفاء فدا " وكيلة عميدة الدراسات الجامعية للطالبات بجامعة أم القرى " " تتسم ورقة د. يوسف بالشفافية الشديدة وهذا هو ما نحتاجه في طرحنا ورؤانا حيال رغبتنا الجادة في الإصلاح والتطوير " (٢)

بل الذي لا يخفى أن المجلس الأعلى للشئون الإسلامية في مصر قد اضطلع بوضع جملة من مشروعات القوانين وفق المذاهب الأربعة ، وعادة ما تعرض مشروعات القوانين عليه قبل إحالتها إلى البرلمان في مصر .

أبرز حجج رافضي التقنين :

وعلى كل حال فإن رافضي القول بالتقنين يتمسكون بأدلة أبرزها:

١ - أن في التقنين خروجاً على ما عليه هدي القرون المفضلة ، فلا يُعلم من هدي الصحابة رضي الله عنهم مع مشاركتهم في العلم ، ومشاورة بعضهم بعضاً : إلزام واحد منهم للآخر بقوله ، بل

(١) انظر ص ٣٧٣ من الرسالة المذكورة ، وقد صدرت في طبعها الأولى عن مكتبة العبيكان ١٤٢٥ / ٢٠٠٤ .

(٢) نقلا عن الموقع النسوي الإسلامي " لها أون لاين " .

المعروفُ المَعهودُ بالنقلِ خلافُه ، وقد صرَّح بحكاية الإجماعِ على ذلك غيرُ واحدٍ : مثل شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى ، والإمام ابن القيم في إعلام الموقعين ^(١) .
والحق أن دعوى الإجماع مما يحتمل المنازعة بل قال الدكتور الجرعي " هذا الإجماع غير مسلم ، لأنه قد وجد من العلماء من قال بخلافه " ^(٢) .

٢- أنه لا خلاف في أنه لا يجوز أن يقلد القضاء واحدٌ على أن يحكم بمذهب بعينه ، قال ابن قدامة : وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال { فاحكم بين الناس بالحق } والحق لا يتعين في مذهب ، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان ^(٣) .

وهذه كسابقتها محل مراجعة ، فالإلزام بالحكم بمذهب معين مما يقبل اشتراط الحاكم على القاضي أن يقضي به ، في قول الحنفية ، وهو قول عند المالكية ، وبه قال السبكي وغيره من الشافعية ^(٤) . وَقَالَ الْمَاوَرَدِيُّ : إِذَا حَكَمَ بِمَذْهَبٍ لَا يَتَعَدَّاهُ كَانَ أَنْفِي لِلتُّهْمَةِ وَأَرْضِي لِلْخَصْمِ أَهَذَا وَإِنْ كَانَتْ السِّيَاسَةُ تَقْتَضِيهِ فَأَحْكَامُ الشَّرْعِ لَا تَوْجِبُهُ ^(٥)

٣- " أن التقنين أو المذهب الملزم به سواء كان بعمل واحد أم باختيار جماعة لا بد أن يقع فيه خطأ ، إذ العصمة لا تتحقق إلا للأنبياء ، فالإلزام بها إلزام بما يعتقد أنه بمجموعه ليس صواباً ، بل لا بد فيه من وقوع خطأ " ^(٦) .

(١) فقه النوازل ١ / ٢٣ ، ٦٩ - ٧٢ ، ومما ذكر الشيخ بكر في ذلك أن العلامة ابن القيم أفاض في الرد على المقلدة من واحد وثمانين وجهاً ، في نحو تسعين صفحة من كتاب أعلام الموقعين ، وهي بجملتها تنسحب على مطلب إقامة الأدلة على المنع من إلزام القاضي بمذهب معين أو قول مقنن " ، تقنين الشريعة بين التحليل والتحريم للشتري

(٢) تقنين الشريعة بين المانع والمجيزين . البحث السابق

(٣) فقه النوازل ١ / ٧٥ ، وما بعدها ، وفضيلته يشير في ذلك إلى المغنى ٩ / ١٠٦ .

(٤) د. الجرعي . والمصادر المشار إليها عنده ،

(٥) انظر : الماوردي " على بن محمد بن حبيب " الحاوي الكبير . بتحقيق على معوض ، وآخرين . ط دار الكتب العلمية الأولى . الأولى ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ . ص ٢٥ / ١٦ .

(٦) فقه النوازل ص ٧٩ . وانظر أيضاً التقنين بين التحليل والتحريم للشتري .

ويجاب عليه : أنه يصعب القول بأن ما يختاره العلماء من الأقوال الراجحة هو خلاف الحق ، على أن التسليم بهذه الدعوى يبطل اعتبار آراء العلماء في المسائل الخلافية ، فالحق فيها غير متعين ، والحق واحد لا يتعدد ، مما يعنى أن مجموعها ليس صوابا ، ومع ذلك رفض الشذوذ بالخروج على جملة هذه الآراء التي لا يتعين الحق في أحدها .

٤- إن في التقنين حجرا على الأحكام الاجتهادية^(١) وتقييدا لروح القاضي المجتهد، وإذابة لعلومه ، وقطعا لطريق العلم ، وهجرا للمكتبة الإسلامية وتضييعا لجهود علمائها^(٢).

وأجيب عليه بأن التدوين أيضا هو وليد عملية اجتهاد ، وغالبا ما يحدث بتضافر جهود مجموعة من العلماء^(٣) ثم إن " تدوين الفقه لا يمنع الاجتهاد، والحياة تولد من المستجدات مما يعطي القاضي المجتهد مجالاً واسعاً في تبني أحكام جديدة لها، ويكفيه أن يجتهد في ملاسات القضية المعروضة عليه، ويعينه على الاجتهاد في القضايا الأخرى اللجان المختصة لوضع القوانين، كما أن للأحكام المقننة مذكرات إيضاحية وشروحا ولا يستغني واضعو هذه المذكرات والشروح عن كتب الفقه"^(٤).

٥- أنَّ التَّقْنِينَ مَدْخُلٌ لِتَغْيِيرِ الشَّرِيعَةِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ ، وَتَبْدِيلٍ ، وَتَعْدِيلٍ^(٥) فَهَوَ طَرِيقٌ إِلَى الْحَكْمِ بِغَيْرِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ .

ويجاب عليه بأن النصوص الدستورية الملزمة ببطلان التقنين المخالف للشرع في مقاصده وأصوله كفيلة بإغلاق هذا الباب من الشر ، وقد أثبتت تجربة المحكمة الدستورية العليا في مصر صحة ذلك ، كما يظهر من بعض أحكامها^(٦).

(١) فقه النوازل ١/٨٦ .

(٢) السابق ١/٨٩ .

(٣) د. المرزوقي ص ٣٥٧ .

(٤) د. الجرعى . البحث السابق .

(٥) انظر : ج ٣/٢٠٧ من أبحاث هيئة كبار العلماء . نقلا عن الشترى . فقه النوازل ١/٨٣ ، ٩٠-٩٧

(٦) وتدلل على قولنا بمثالين :

أولهما : قضت فيه المحكمة بدستورية النص إلا أنها أرست تفسيرا عدَّ مبطلا للهدف من وضعه ، فقد وضعت المادة إحدى عشرة

مكرراً من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها " ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها ، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طليقة بائنة . . . إلخ " وقصد بوضعها اعتبار الضرر الحاصل بالتعدد ذا ذاتية خاصة ، مستقلاً عن المبدأ العام في التطبيق للضرر ، والذي تقرر بالمادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وبما يخرج عن مفهوم الضرر في المذهب المالكي ، الذي استند إليه الاقتراح في تقرير هذا الحكم . وبالطعن عليه فإن المحكمة وإن حكمت بدستوريته إلا أنها فسرتة التفسير العادل فأعادت الأمر إلى نصابه الصحيح ، ومما جاء في حكمها في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ دستورية بجلسته ١٤/٨/١٩٩٤م - المحاماة س ٧٣ عدد ديسمبر ١٩٩٤ ص ١٥٤-١٦٠ - أنها ألزمت بالألا يطبق إلا في إطار من التفسير ، ودائرة هي دائرة المضار الفعلية إذا كان مرجعها فعلاً أو امتناعاً آتاه الزوج قبل زواجه ، مرتبطاً بالزيجة التالية ومتصلاً بما يكون عليه حال العشرة بينهما ، بعد تزوجه عليها ، مما لا يأذن به الشرع أو يخصص فيه ، ومن ثم - كما تقول المحكمة - يكون هذا النص منطويماً على تطبيق خاص للتطبيق للضرر ، لإفراجه صوراً بعينها يكون ذلك النص منصرفاً إليها ودائراً حولها ، وهو باعتباره كذلك يعد فرعاً لأصل يرد إليه ، وليس للفرع امتياز على الأصل الذي يلحق به ، ويقتضى ذلك أن يفسر - النص المطعون فيه - على نحو يوفق بين أحكامه وقوله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) وكذلك على ضوء القاعدة الكلية " لا ضرر ولا ضرار " .

وبعد أن أصلت المحكمة القاعدة ، واستعرضت القواعد الجزئية المتفرعة عنها ، ومنها " أن الضرر لا يزال بمثله كى لا يتفاقم مداه " و " أن نزاحم ضررين يقتضى اختيار أهونهما دفعاً لأعظمهما " بعدها عرضت لحدود قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " في المذهب المالكي الذي استقى منه المقتن حكم التطبيق للضرر ، فتنقل عن المالكية " توكيدهم أن الأضرار التي تخول الزوجة حل عقدة النكاح بينها وبين زوجها هي التي تكون كذلك بالمقاييس الشرعية ، ولا اعتداد في توافرها وقيام سببها بما تراه هي - أي الزوجة - صواباً أو انحرافاً عن الحق ، أو بما يكون كامناً في نفسها قبل زواجها ، بغضاً ، أو ازدراء ، أو نفوراً ، وإنما مرده دوماً إلى ما تقرر الشريعة الغراء باعتباره ضرراً " ثم قالت " هذه القاعدة التي فصلها المالكية هي الأصل العام في التطبيق للضرر ، والنص المطعون فيه يعتبر من تطبيقاتها ، ويتقيد بإطارها العام الذي يخول كل زوجة حق التفريق بينهما وبين زوجها ، إذا لم يعد مستطاعاً - على ضوء الأضرار التي ألحقها بها - دوام العشرة بين أمثالهما .

ولأنه متى حددت المحكمة الدستورية العليا معنى معيناً لمضمون نص تشريعي فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التي قام عليها الحكم ، ولا يجوز لجهة ما - ولو كانت قضائية - أن تعطى هذا النص معنى مغايراً يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها ، محدداً إطارها على ضوء قضاء الدستورية العليا ، لهذا التزمت محكمة النقض المصرية - إذ اتصلت بمنازعة من هذا القبيل - بالتفسير الذي أرسته المحكمة الدستورية العليا ، وقضت - في الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ قضائية أحوال شخصية . بجلسته ٨/١/١٩٩٦ . المجلة القانونية عدد ١ إبريل ١٩٩٦ ص ١٢٧/١٢٩ - بأن " حق الزوجة التي تعارض الزواج الجديد لا يقوم على مجرد كراهيتها لزوجها بآخرى ، وإنما يجب عليها أن تقيم الدليل على أن ضرراً منهياً عنه شرعاً قد أصابها بفعل أو امتناع من قبل زوجها ، على أن يكون هذا الضرر حقيقياً لا متوهماً ، مستقلاً بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها ، وليس مترتباً عليها ، وأن يكون هذا الضرر مما لا يغتفر لتجاوزه الحدود التي يمكن التسامح فيها شرعاً ، متافياً لحسن العشرة بين أمثالهما بما يخل بمقوماتها ، ويعد إساءة دون حق اتصلت أسبابها بالزيجة التالية ، وكانت هي باعثها ولا يعد ضرراً هذا الذي يعود

إلى مجرد المشاعر الإنسانية التي تعمل في صدر المرأة تجاه ضرتها".

والثاني: النص في المادة الأولى من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - والمضافة برقم ١٨ مكرراً ثالثاً للمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - والمتعلق بسكنى المحضون، وقد صدر مقنعا بحماية المحضون على حين كان يتغيا في الحقيقة - وكما جاء على لسان رئيس مجلس الشعب - البرلمان - المصري - وضع قيود واقعية على الطلاق - ولفظ النص "على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

ويخير القاضي الحضانة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به .

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها .

وواضح من النص أنه يقيم تفرقات على غير أساس سليم، فهو يفرق بين صغار المطلقة وبين صغار غيرها، وبين الملاك وبين المستأجرين، فضلا عن استهدافه المطلق بحصاره بمدة أقصاها انتهاء العدة.

وبملاحظة هذه التحكيمات الفاسدة، وبالرجوع إلى مداولات أعضاء المجلس حول الاقتراح يتبين أن المقنن لم يستهدف بالمادة ١٨ مكرراً ثالثاً غير وضع قيود واقعية على الطلاق، حتى لا يسرف الرجال فيه، وقد أنساه ذلك وضع حماية شاملة وكاملة للصغار المحضونين، أو لبعض من يحسبهم أكثر تعرضاً للخطر - كأبناء المطلقات - ولكن في إطار النهي الشرعي { لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده } ومن هنا كان وقع المادة ١٨ مكرراً ثالثاً شديداً على البيوتات، وعلى أكثر رجال الشرع والقانون، وقبل أن تضى ستة أشهر كاملة على اعتبارها في التطبيق طعن عليها بعدم الدستورية، فقضت المحكمة الدستورية - في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية، بجلسة ٦ / ١ / ١٩٩٦ (الجريدة الرسمية العدد ٣ في ١٨ / ١ / ١٩٩٦) بعدم دستورتها فيما نصت عليه وتضمنته من:

أولاً: إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقاته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه مؤجراً كان أو غير مؤجر .

ثانياً: تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقاته وحاضنتهم واقعاً خلال فترة زمنية لا يتعداها، نهايتها عدة مطلقاته .

وقد أسست المحكمة قضاءها بعدم دستورية تقييد حق المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقاته وحاضنتهم واقعاً في خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها مدة العدة على التمييز التحكيمي بين فئة المطلقين المستأجرين، والتزامهم كما رأينا، وفئة المطلقين الآخرين، وقد منحهم المشرع الفرصة في إعداد المسكن المناسب دون تحديد زمن، بيد أن الموضوع واحد، ولأن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيمًا مجرداً أو نظرياً، بل يتغني بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التي أقرها مدخلاً لها، فإذا

انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها تحكماً، ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور (المصري).

وفي استعراضها لمظهر التمييز بين الآباء المطلقين في علاقاتهم بأبنائهم تلمح المحكمة إلى أن الغرض الذي تغياه المقنن بالنص من وضع قيود واقعية على الطلاق كيلا يكون إسرافاً ينفي كل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التي ارتبط بها المطلق في شأن مسكن الزوجية، وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكناً مناسباً يؤويهم بديلاً عن مسكن الزوجية.

أما أساس عدم دستورية الإطلاق في إلزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره وحاضنتهم فنصه كما جاء في الحكم:

وحيث إن النص المطعون فيه - فوق هذا - يتمخض إعنائاً بالمطلق، وتكليفاً بما لا يطاق من جهتين.

أولاهما: أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد، وكذلك الأعمال التحضيرية التي تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة في أول يوليو ١٩٨٥ - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقته، ولحاضنتهم، مسكناً ملائماً، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم.

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحاً مقدماً من أحد أعضائه مؤداه أن تهيئ مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم، ينبغي أن يكون مقيداً بالألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصها، ولا لصغاره مال ينفقون منه على سكانهم.

وقيل تبريراً لهذا الرفض، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم، أو تلقوا عن أمهم مالا.

وإذا كان الأصل المقرر شرعاً أن مؤنة الحضانة تكون في مال المحضون فإن لم يكن للمحضون مال، فعلى من تلزمه نفقته، وكان الأصل مردداً بنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليه - التي تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته، على أبيه، وكان حق الصغار في الإنفاق عليهم، يتوخى إحياءهم، وليس حقاً لحاضنتهم عوضاً عن احتباسها لشؤونهم، وكان الأصل في نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفاً، وأن تأسيسها على حاجتهم، يثبتها على أبيهم، حتى مع اختلافهم دينا، وكان تساوي آباء الصغار مع أمهاتهم في الولادة لا يسقط نفقتهم عن آبائهم، بل ينفردون بها، إلا أن الحق في طلبها مقيد دوماً بأن يكون تحصيلها حائلاً دون هلاكهم، أو ضياعهم. ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال، ذلك أن الإنفاق عليه من غيره لا يكون إلا تفضلاً، فلا تكون واجباً على أحد، ولا يجوز طلبها بالتالي شرعاً من أبيه طلباً لازماً يحتم أداءها، فقد انتفي موجبها، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة.

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهما، صوتاً لأموالهم التي بين أيديهم مما قد يبددها أو ينتقص منها، إلا أن حدهما على أبنائهما بما فطرا عليه، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيتها ويبدلها بغيرها، بل تظل نفقتهم في أموالهم بقدر كفايتهم.

ثانيتها: أنه وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عيناً - حق، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفاً، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون إليه تبعاً لها - فإنه يكون بذلك مرهقاً - ودون مقتض - من يطلعون زواجهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعاً -، مفضياً إلى وقوعهم كارهين في الحرج، ليكون إعنائهم منافياً للحق والعدل، ومشقتهم بديلاً عن التيسير عليهم، ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التي لا مخرج منها.

وما لذلك تشريع الأحكام العملية التي ينبغي أن تستقيم بها شؤون العباد ومصالحهم ، إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحاً من خلال تكليفاتها ، ولا مضمونها عتواً مجافياً لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين ، بل هوناً وقواماً ، وهو ما عبر عنه ابن عابدين في حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التي أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عما إذا كان لها إمساك الولد وليس لها مسكن ، أفاد بأن على أبيهم سكنهما جميعاً ، وهو ما يعنى عند ابن عابدين – أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم ، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويها مع المحضونين ، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين ، وأوفق لمصالحهم ، ومن ثم ينبغي أن يكون عليه العمل .

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان ما قرره أبو حفص مما تقدم – وكذلك من خرج عليه – لا يعدو أن يكون اجتهاداً ، وكان الاجتهاد في المسائل الخلافية ممكناً عقلاً ، ولازمًا ديانة ، ومفتوحاً بالتالي ، فلا يصد اجتهاد اجتهاداً ، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره ، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها ، وبما لا يناقض كمال الشريعة ، أو يخل بروح منهاجها ، وكان ما ذهب إليه البعض من أنه إذا اختار ولي الأمر رأياً في المسائل الخلافية ، فإنه يترجح ، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين لا يكون إلا باتباع أسيرهما ما لم يكن إثماً ، فلا يشرع ولي الأمر حكماً يضيق على الناس ، أو يرهقهم من أمرهم عسراً ، لتكون معيشتهم ضنكاً وعوجاً ، بل يتعين أن يكون بصيراً بشؤونهم بما يصلحها ، فلا يظلمون شيئاً ، وكان من المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها ، وكان ثابتاً كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم ، وأن صلاحهم في تحصيل مقاصدهم ، فلا يكون بعضهم على بعض عتياً ، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم ، وكان حقاً قوله عليه السلام (ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم) وكانت الحنيفية السمحة هي مدار الدعوة التي قام بتبليغها إلى الناس جميعهم (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وكان اقتضاء الصغار مسكناً من أبيهم – مع إمكان إيوائهم في مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلاً – مؤجراً كان أم غير مؤجر – ليكون لهم مهاداً ، ليس تعلقاً بما يكون واجباً على أبيهم ، ولا اجتناباً من جهتهم لشر يتناهون عنه ، بل إعراضاً عما ينبغي أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين ، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاباً لعلاقتهم ببعض ، ولا مقيماً عواقب تتعقد دروبها وتنغلق مسالكهم إليها ، ليكون لهم مخرجاً من حرجهم ، فلا يقترن – ظلماً أو هضمًا – بما يأتون أو يدعون مصداقاً لقوله تعالى (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج) وقوله (وما جعل الله عليكم في الدين من حرج) وقوله (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً) .

متى كان ذلك وكان القرآن فصلاً لا هزلاً ، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقته – مع حاضنتهم – بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه ، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها ، بل أمها أو أختها أو خالتها ... ، ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثاً توخى – دون مقتض – وعلى ما جاء بمضبطة مجلس الشعب – فرض قيود واقعية على الطلاق لا يجوز شرعاً .

ولما تقدم تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيداً ، فلا يكون مسكن الزوجية مقراً للمحضونين ، إذا كان لحاضنتهم مسكن يؤويهم ، تقيم هي فيه . وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها ، ذلك أن حق الصغار في السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم ، أيًا كان شكل العلاقة القانونية التي ترتبط بها في شأن هذه العين ، ودون إخلال بحقوقها في أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب ، باعتباره من مؤونتهم .

وعلى أساس ما تقدم يبدو لنا ضعف القول بمنع التدوين أو التقنين ، وإن نبه إلى ضرورة الاحتياط في تأليف اللجان المعنية بالتدوين ، وأن تعطى مشروعات التقنين حظها الكافي من الدراسة والفحص وإبداء كافة وجهات النظر ليصل المقننون إلى اختيار أرجح الآراء وأقربها إلى أسس الشرع ومقاصده ، كما سنرى فيما هو آت .

الفصل الثاني في ضوابط وضع التقنيات وصياغتها

تمهيد :

لا نزعم - وليس في خاطرنا - أننا سنبحث هنا فلسفة وأصول العمل التقني كما ينبغي أن تبحث، فهذا عمل يحتاج إلى مصادر ، لا تتوافر لنا الآن ، فأكثر الميسور - لنا - بالعربية مما يخص مسألة وضع القوانين وصياغتها هو - في الغالب - بضع فقرات في مقدمة القانون، وبضعة بحوث معنية بمشكلة القصور التشريعي ودور القاضي إزاءها^(١) - وقلماً يتاح لي منها الآن - ، وكلها غالباً ما تعتمد على مؤلف العلامة الفرنسي " جيني " والمعنون " العلم والصياغة " .

وأتيح لنا مؤلف الأستاذ محمود محمد على صبرة^(٢) أصول الصياغة القانونية وأحسب أنه - وفي حدود الميسور - هو المرجع في هذا الباب ، وثمة بحث للدكتور عبد القادر الشخلي - أردني - بعنوان " فن الصياغة القانونية تشريعاً ، وفقهاً ، وقضاءً ، - بعضه فقط مما يخص التشريع - ، وللدكتور أكرم الوتري مقالة بمجلة القضاء العراقية (ع ٣) تحت عنوان " فن إعداد وصياغة القوانين " اطلعت على ملخصها، وبحث للدكتور محمد يحيى المحاسنة ، منشور بمجلة جامعة مؤتة ١٩٩٢ تحت عنوان " أصل القانون وطبيعته"^(٣) وكتاب اللورد الإنجليزي د. دينيس لويد . المعنون: فكرة القانون^(٤) ومجموعة من أوراق العمل ، وملخصات الورش البحثية المتاحة من خلال

(١) أبرزها في الميسور الآن . رسالة د. كمال عبد الواحد الجوهري . القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي . رسالة دكتوراه كلية حقوق بنى سويف ١٩٩٢ ،

(٢) الأستاذ صبرة ، حسب بطاقة التعريف المدونة على غلاف كتابه هو : استشاري الصياغة التشريعية ببرنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP ، ومشرف علمي على دبلومة الصياغة التشريعية بالاتحاد الدولي للقانون والتنمية التابع لجامعة بوسطن الأمريكية ، ومحاضر مشارك لمادة الصياغة القانونية بكلية الحقوق . جامعة القاهرة . ، والذي بين أيدينا من مؤلف سيادته " أصول الصياغة القانونية بالعربية والانجليزية " هو الطبعة الثانية . يوليو ٢٠٠٧ . { يتم التوزيع بمعرفة مكتب صبرة للتأليف والترجمة . الهرم . الجيزة . مصر .

(٣) اطلعت على صورة مستلة هذا البحث بنظام Pdf من خلال الموقع الإلكتروني " الدليل الإلكتروني للقانون العربي على الرابط : www.ArablawInfo.com.

(٤) الكتاب بترجمة : سليم الصويص ومراجعة : سليم بسيسو . سلسلة عالم المعرفة الكويتية . رقم ٤٧ . عدد نوفمبر ١٩٨١ .

بعض الصفحات الإلكترونية^(١)، فضلا عن جملة من النصوص القانونية التي تنظم عمل الهيئات المضطلة بصياغة مشروعات القوانين أو مراجعتها .
ولهذا أقتصر على ما أحسبه الأبرز من أفكار وضع التقنيات، وضوابطها، صياغتها، فأتناول في مبحث أول أبرز العناصر اللازمة لوضع تقنين ما، وأتناول في مبحث ثان أبرز ضوابط الصياغة القانونية السليمة .

ولكن لا يثني هذا القصور غير المتعمد عن تنبيه الباحثين الشرعيين والقانونيين على السواء أن يصرفوا من جهدهم ما يناسب أهمية صياغة النصوص القانونية وخطورتها في الواقع، لاسيما في ظلال العولمة التي تسعى إلى توحيد القوانين في العالم، وبنائها على أسس من المرجعية الدولية ممثلة في الاتفاقات، والعهود، والتوصيات، والوثائق النموذجية وغيرها، وهذه غالبا ما توضع بلغات أجنبية، وكثيرا ما قرأنا عن مشكلات وأزمات أوقع فيها عدم اتخاذ الحيطة الكافية عند نقل نصوص هذه المصادر إلى العربية، أو بسبب صياغة النصوص المستنسخة صياغة معيبة توجد ثغرات تضعف معها الحماية القانونية أو تنزوي .

وهذه المناسبة أقتراح لو يعاد النظر في تصميم مقرر أصول الفقه الإسلامي بحيث يؤدي دوره في بناء القاعدة القانونية المستحدثة وصياغته، بالإضافة إلى قيمته الحالية في تفسير القواعد القائمة بالفعل وفهمها.

(١) وأبرز هذه الأوراق: مؤلف آن سيدمان، وروبرت سيدمان، ونالين أيسيكيري . تقييم التشريعات : دليل إرشادي للمشرعين . بترجمة مكتب صبرة للترجمة القانونية . مصر ٢٠٠٣ ، وهو متاح بنظام Pdf على الموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي POGAR / التشريع على الرابط :

<http://www.pogar.org/arabic/publications/index.asp?tid=>

والكتاب صورة طبق الأصل من النسخة المطبوعة، فنكتفي بالإشارة إلى المطبوع، ومن الموقع ذاته انتفعنا بنشرات

عن بعض ورش العمل التي عقدها البرنامج ببلبنان في فبراير / شباط ٢٠٠٣ حول تحضير التشريعات، وصياغتها.

المبحث الأول أبرز العناصر اللازمة لوضع التقنيات المطلب الأول خصائص العمل التقني وتاريخه

أولاً : خصائص التقنين الجيد :

يذكر المختصون في وضع التشريعات وصياغتها أن التشريع الجيد^(١) هو ما تتوافر فيه الخصائص

الآتية :

- ١- أن يحقق أهدافه .
 - ٢- أن يكون قابلاً للتطبيق من الناحية المالية ، ومجدياً من حيث التكلفة ، وأن فوائده تبرر تكلفته .
 - ٣- أن يكون عملياً من الناحية التطبيقية ، ويتسم بالفعالية اللازمة لإدارته وتنفيذه بنجاح .
 - ٤- أن يكون من المتوقع له أن يحظى بقبول العامة ، وامتثالهم لأحكامه .
 - ٥- أن يتسم بإمكان التنبؤ به ، والاستقرار عند تطبيقه ، وأن ينتفي الاحتمال بوقوع عواقب غير متوقعة أو غير مرغوبة على إثر تطبيقه .
 - ٦- أن تتم صياغته بدقة ووضوح ، وأن يكون مفهوماً إلى حد معقول لاسيما من قبل المعنيين بأحكامه .
 - ٧- أن يتيسر العلم به فور صدوره .
- فإذا انعدم عنصر واحد من هذه العناصر لم يكن التشريع ناجحاً ولا فعالاً فيما وضع من أجله .

(١) انظر كيث باتشت - أستاذ القانون بجامعة ويلز - تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات . ضمن أوراق ورشة العمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية . بيروت ٣-٦ فبراير ٢٠٠٣ ، بترجمة عزيز الناصر إسماعيل . ص ٣ ، متاحة بنظام Pdf على الموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي POGAR . سابق . د . صبرة . أصول الصياغة القانونية ص ٤٢-٤٧ .

ثانياً: شهرة العلامة جيني في وضع القاعدة القانونية وصياغتها

وقد اشتهر دور الأستاذ "جيني"^(١) العلامة الفرنسي حول القاعدة القانونية ، وأنها كما قال في موسوعته " العلم والصياغة " تتحلل إلى علم وصياغة ، أما العلم فهو المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، وعناصر هذه المادة عبارة عن أربع حقائق هي :

- ١ - حقائق واقعية أو طبيعية
- ٢ - حقائق تاريخية
- ٣ - حقائق عقلية
- ٤ - حقائق مثالية

١ - أما الحقائق الواقعية :

فتمثل في الظروف التي يعيش المجتمع في كنفها ، ولواقعتها فإنها يقينية ، ولا يمكن إغفالها عند إنشاء القاعدة القانونية .

٢ - الحقائق التاريخية:

وتتمثل فيما تكون من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك في المجتمع ، رسخت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها تراثا لا يمكن إغفاله ، أو التحلل منه كلية في تكوين القانون .

٣ - الحقائق العقلية :

ويظهر دورها في غرلة المعطيات الطبيعية والتاريخية لاختيار ما يصلح منها للوفاء بالغرض الذي تستهدفه القاعدة القانونية المعتمزم وضعها .

وجملة المعطيات العقلية في رأى الأستاذ جيني هي " حاصل مبادئ القانون الطبيعي في صورته الأولى " . ولها كما يقول " صفة علمية بالمعنى الواسع لأنها لا تقف عند الملاحظة والتجربة ، بل تتعدى ذلك إلى جوهر الأشياء بما لدى العقل من وسائل خاصة للمعرفة " .

(١) راجع في بناء هذه النظرية . د. حسن كيرة . المدخل ص ١٣٨ - ١٥٠ ، د. سليمان مرقس . الوافي . المدخل ٥٥٢ - ٥٥٩ ، د. كمال

الجوهري الرسالة السابقة ص ٢٩ - ٣٤ .

٤ - الحقائق المثالية :

وتعنى جملة من الرغبات والأمانى التي يوحى بها الشعور العام ، أو حالة المدنية الراهنة، وعلى الرغم من أن حجيتها - كما يقول - غير حاسمة ، نجدها تتدخل عند عدم وجود الحقائق العقلية أو قصورها ، لتسد مسدها أو لتهدب نتائجها ، فتقرب الحياة الاجتماعية من العدل الأسمى الذي تتجه إليه مطامح الإنسانية العليا والمتطورة دائما .

ويخلص الفقيه جيني من تحليله إلى أن الحقائق العقلية هي أهم الحقائق في صناعة التقنين .
ويقر القانونيون للأستاذ جيني بالفضل على الفكر القانوني ، فمذهبه يشكل تجميعا لما اتجهت إليه المذاهب الأخرى ، بل يفضلها في إضافة عناصر أخرى ، لذا كان المذهب السائد عملا ، والأكثر قبولا لدى الفكر القانوني بوجه عام^(١) .

ثالثا: الأصل الإسلامي لفكرة الأستاذ جيني

مع قناعتنا بفضل العلامة الأستاذ جيني على الفكر القانوني نؤكد أنه مسبق^(٢) في علمه يقينا ، بفكر جملة من علماء الإسلام أمثال العز بن عبد السلام ، وابن القيم ، وابن خلدون .

فقبل جيني بقرابة ثمانية قرون كان الإمام عز الدين بن عبد السلام { ٥٥٧ - ٦٣٢ هـ - ١١٦٢ - ١٢٣٤ م } يقول في درته المسمى " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " :

" وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة :

١- بالضرورات والتجارب - الحقائق التاريخية - .

٢- والعادات - الحقائق الواقعية - .

٣- والظنون والمعتبرات - العقل - .

٤- فإن خفي شيء من ذلك طلب من أدلته - المثالية - .

(١) انظر : د. محمد حسين عبد العال . المدخل لدراسة القانون البحريني . سابق ص ٣٥ .

(٢) وضع الفقيه جيني موسوعته " العلم والصياغة " بين عامي ١٩١٤ - ١٩٢٤ .

ومن أراد أن يعرف المتناسبات والمصالح والمفاسد راجحها ومرجوحها فليعرض ذلك على عقله ، بتقدير أن الشرع لم يرد به ، ثم يبنى عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده ، ولم يقفهم على مصلحته أو مفسدته"^(١) .

ومن بعد العز وُجِدَ الإمام ابن قيم الجوزية (٦٩١هـ - ٧٥١هـ ، ١٢٩٢ - ١٣٥٠م) ومن مؤلفاته ذات القيمة الخاصة في صناعة التقنيات (إعلام الموقعين عن رب العالمين) شرح فيه شرحا وافيا رسالة الفاروق عمر بن الخطاب في القضاء ، وفي بعض تعليقاته عليها يقول تحت عنوان " تمكن الحاكم -أي القاضي - والمفتي - وهو بمنزلة المقنن بلغة عصرنا- بنوعين من الفهم ، يقول:

" ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم :

أحدهما : فهم الواقع ، والفقه فيه ، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والإمارات حتى يحيط بها علما"^(٢) .

وفي أعماله هذا الفقه يجمع الإمام ابن القيم المأثور عن سابقه في مبحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، ثم يقرر في خاتمته "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالعقود في المعاملات، والعيوب في الأعواض في المبيعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في المبيع عند الإطلاق على السكة والنقد المتجدد دون ما قبله، وكذلك إذا كان الشيء عيبا في العادة رد به المبيع، فإن تغيرت العادة بحيث لم يعد عيبا لم يرد به المبيع، قالوا : وبهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، وإن وقع الخلاف

(١) انظر : قواعد الأحكام في مصالح الأنام . ط الريان الثانية ١٩٩٨ / ١ / ١٠ ، وينبغي أن ننبه إلى أن نجم العز في زمن الحروب الصليبية أسطع من أن يغم على أحد .

(٢) لاحظ أن الفقه يعنى الفهم الدقيق النافذ الذي يتعرف غايات الأقوال والأفعال ، أما الاستنباط فيعنى بذل الجهد الفكري لاستخراج حكم مسألة فرعية ، أو الوقوف عليه ، وقد حد ابن القيم وظيفة الاستنباط بقوله -أعلام الموقعين ١/ ٢٢٥- " تنال به العلل والمعاني والأشباه والنظائر ومقاصد المتكلم " .

في تحقيقه هل وجد أو لا؟ ثم سيقول "فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغِه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، فإن جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تُجره على عُرف بلدك وَسَلُهُ عن عُرف بلده، فأجره عليه، وأفتِهِ به دون عرف بلدك، والمذكور في كتبك قالوا فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"^(١).

ولا شك أن هذه هي المعطيات التاريخية والواقعية .

والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع ، وهو فهم حكم الله الذي حكم في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع "^(٢) وهذا هو العدل الأسمى الذي تتجه إليه مطامح الإنسانية والمتطورة دائما .

وفَضَّلُ ابن خلدون على فقه العمران (علم الاجتماع) قَلَّ أن يجادل فيه أحد ، وفي تنبيهه إلى أصل القاعدة القانونية السليمة، ودورها في البرء من التوحش ، والتحلي بالتمدن والتحضر، يقول في مقدمته " " لما شيد لهم الدين أمر السياسة بالشريعة وأحكامها المراعية لمصالح العمران ظاهراً وباطناً و تتابع فيها الخلفاء عظم حينئذ ملكهم وقوي سلطانهم حتى كان رستم - حاجب كسرى الفرس - إذا رأى المسلمين يجتمعون للصلاة يقول أكل عمر كبدي ، يعلم الكلاب الآداب " "^(٣) .

(١) أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٣-٧٨ ويراجع بخاصة ٧٧ وما بعدها، وتكاد عبارته تلتقي بعبارة الإمام القرافي في الفروق ج ١ ص ١٧٦.

(٢) انظر: ١/ ٨٧-٨٨ ط دار الجيل . ويقول ابن القيم في ٧/٢ " المعقول الصحيح دائر مع أخبار الشريعة وجودا وعدما ، فلم يخبر الله رسوله بما يناقض صريح العقل ، ولم يشرع ما يناقض الميزان والعدل " . وفي أول الجزء الثالث يقول " الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل "

(٣) المقدمة ، بتحقيق درويش الجويدي . ط المكتبة العصرية ٢٠٠٢ ص ١٤٠ . وقد لفتنا الدكتور سامي النشار في مقدمة تحقيقه لكتاب الشهب اللامعة في السياسة النافعة لابن رضوان المالقي . عبد الله بن يوسف ٧١٨-٧٨٣ هـ نشر دار الثقافة . المغرب ١٩٨٤ بقوله ص ٣١-٣٢ أن ابن خلدون كتّم أمر هذا الكتاب ، ولاشك أنه كان من مصادره في بناء مقدمته ، وأحسبه محققا على ما تنبئ به بحوث ابن رضوان ، مثلا ص ٣١٢-٣١٧ ، ٣٣٣ وما بعدها ، ٣٥٢ ، وقد أتى في رسم سياسة الحبس والسجون ص ٣٥٩-

بل إننا نستطيع أن نتلمس أساس فكرة الأستاذ جيني في منهاج أبي حنيفة رضي الله عنه في استنباط الأحكام ، وكما نقل العلامة الشيخ أبو زهرة عن " سهل بن مزاحم قال : كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح، والنظر في معاملات الناس وما استقاموا عليه، وصلحت عليه أمورهم ، يمضى الأمور على القياس، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان، مادام يمضى له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون"^(١) .

ولا غرابة أن نقول إن الأستاذ جيني وغيره قد بنوا أفكارهم ومناهجهم على أسس من علوم المسلمين ، وحضارتهم، ولدينا من الاعترافات ما يبرهن على ذلك ، كقول المستشرق الإيطالي سانتلانا "إننا إذا توغلنا في حقائق الأشياء فوجئنا بما نرى من تشابه شديد بين آراء الفقهاء المسلمين في المدينة والكوفة وقرطبة ، وبين آراء رجالنا في الحقوق"^(٢) وقد أثر عن بعض كبار مفكري الغرب قولهم " كلما نقصكم من أمور تشريعية ، ولم تجدوها في قوانين وأنظمة الأمم السابقة ، أو احتجتم إلى تحليل أكثر فارجعوا إلى تعاليم الإسلام وفقهه ، واستمدوا منه حاجتكم ، وخذوا ما ينقصكم ، فإن للعرب حضارة متكاملة ، ومصدراً تشريعياً وافياً ، لم يحفل التاريخ بمثلها"^(٣) .

رابعا : عناصر الصياغة التشريعية

يعد الباحثون الفقيه الفرنسي " جورج كود" من رواد - إن لم يكن هو رائد - الصياغة التشريعية ، ويعد بحثه " التعبير التشريعي أو لغة القانون المكتوب " الذي نشر لأول مرة عام ١٨٤٣ من العلامات المميزة في دراسة بناء الجملة التشريعية، فعلى الرغم مما استحدث في هذا الفن فإن

٣٦٤ ، وفي ذكر بيت المال والعتاء والمنع وسياسة الجنود ٣٦٥-٣٨١ ببدايع وعجائب ، ولم يخف - رحمه الله - مصدرا من

مصادره التي استمد منها هذه الكنوز النافعة .

(١) الشيخ محمد أبو زهرة "أبو حنيفة" ص ٣٥٦ ط. دار الفكر العربي.

(٢) د. محمد سند منصور ص ١٢٩ .

(٣) أ عبد المتعال محمد الجبري . نظام الحكم في الإسلام بأفلام فلاسفة النصارى . نشر مكتبة وهبة ١٩٨٤ . ص ٢٨ . وراجع لنا "

أثر الوعي الإسلامي في النهضة القانونية الأوروبية في العصور الوسطى . دراسة تحليلية . نشر دار النهضة العربية ٢٠٠١ . وبخاصة

الفصل الرابع من هذا البحث .

العناصر التي اقترحها كود في بناء الجملة التشريعية " ما زالت هي الأساس في دراسة الصياغة القانونية بوجه عام ، والصياغة التشريعية بوجه خاص " (١).

وفي رأي "كود" فإن عناصر القاعدة التشريعية أربعة هي (٢):

١- تحديد المخاطب بالحكم القانوني .

٢- تحديد الفعل القانوني.

٣- وصف الفرض أو الحالة التي ينطبق عليها الفعل القانوني .

٤- تحديد الشروط التي يتوقف على توافرها نفاذ الفعل القانوني .

ويؤخذ على رأي الأستاذ كود أنه ينصرف إلى القاعدة التكليفية - افعل ولا تفعل - دون سواها من القواعد الأخرى ، كالقواعد التوضيحية ، وما يمكن اعتباره من قبيل خطاب الوضع (٣) المتعلق بالقاعدة التكليفية من جوانبها المتعددة .

وقد رأي الأستاذ صبرة ، ونؤيد رأيه، أن القاعدة التشريعية تتكون من عنصرين أساسيين ، فرض أو حالة ، وحكم (٤) وهو ما يعيدنا إلى عبارة العلامة ابن القيم ، وحاصلها - كما أسلفنا - أن الواجب في التشريع والقضاء : فهم الواقع ، وفهم الواجب فيه .

المطلب الثاني

القاعدة القانونية الجيدة في مسائل الأسرة المسلمة

التقنين - كما أسلفنا - هو : عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في الواقع ، حاصلها الأعلى قيمة هو أن توضع القوانين في إطار حدّه الأيّضيق قميص القانون على حجم المجتمع فيخنتقه ، وألا يكون في إسباغه ثوبا فضفاضاً لا يليق به، وعلى أساس ما قدمنا من

(١) أ. صبرة . أصول الصياغة القانونية . ص ١٣، ١٢ .

(٢) السابق ص ٢١٣ .

(٣) يقصد بـ خطاب الوضع : ما يقتضي جعل الشيء سبباً لشيء آخر ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه . أو ركناً فيه ، أو علامة عليه . راجع لنا .

دروس في أصول الفقه للمبتدئين . دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ٣٠ وما بعدها .

(٤) أصول الصياغة القانونية ص ٢١٤ ، وانظر أعلام الموقعين ٣/٧٧ وما بعدها .

فكر في وضع القاعدة القانونية لا يصلح المجتمع إلزامه بقوالب جاهزة مستعارة، بل ينبغي أن ترعى أصول التقنين، وإننا لنشدد على إبراز أهمية المعالجة المبدعة للتقنين " إذا أريد للقانون أن يؤدي الوظيفة الاجتماعية التي ينبغي له أن يتصدى لها^(١).

ومن هنا يتبين الآتي :

أولاً : المواد المقترحة لتكون قانوناً أسرياً : على أساس من تلك المرجعية الدولية المزعومة لا بد أن تفتقد - بمنافاتها للضرورات والعادات - أسباب الصلاحية لحكم مجتمع تشير استطلاعات الرأي فيه إلى أن " ٩٦.٦ ٪ من أفراد- العينة محل الاستطلاع - يصرون على أن يستمد القانون من أحكام الشريعة الإسلامية ، في حين يرفض ذلك ١٪ فقط، واكتفي ٢.٤٪ بالجواب بلا أعلم "^(٢).

وتبرهن التجربة على صدق ما نقول ، ونستدل عليها بمثالين :

١- مثال مصري :

إجازة التطلق للضرر من مجرد تعدد الزوجات :

علم من قواعد الفقه الإسلامي أن "الضرر يزال" على أن تنقيد تلك القاعدة بقاعدة أخرى هي

(١) انظر : دينيس لويد .فكرة القانون . سابق ص ١١ .

(٢) انظر ما سبق ص () من هذه القراءة . وانظر بحثا للدكتور عصام أحمد البشير عنوانه " حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي " مقدا إلى الندوة التي أقامتها أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض . تحت هذا العنوان . متاح من خلال الموقع النسوي أمان ، ومن خلال الموقع العلمي شبكة المشكاة الإسلامية / بحوث ودراسات . على الرابط :

<http://www.meshkat.net/new/contents.php?catid=٥&artid=5015>

و بحثا للدكتور نزار محمد عثمان بعنوان " سيداو في الميزان . بحث فيه فضيلته اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة منتهيا إلى أن الاتفاقية مبدؤها ومنتهها، ولحمتها وسداها ، هو المساواة المطلقة، والتماثل التام بين الرجل والمرأة في جميع المجالات : السياسية ، والاقتصادية ، والاجتماعية ، والرياضية ، والقانونية ونحوها.. وهذا مبدأ خاطئ وأن الاتفاقية مشحونة بجو العداة بين الرجل والمرأة، فهي تصور العلاقة بين الذكر والأنثى كعلاقة ظلم تاريخي تريد أن تضع حداً له وترى أن الحياة يجب أن تنقسم بالتساوي بين الرجل والمرأة، وأن الرجل إذا أخذ نصيباً أكبر فإن ذلك على حساب المرأة، والصواب أن الحياة ليست بهذا الضيق، بل هي رجة فسيحة تسعها معاً، ولكل دوره ووظيفته في تناغم وتكامل لإثراء الحياة وتحقيق التعارف والمودة والرحمة وحفظ النوع وأن الاتفاقية تريد القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وذلك أمر لا يقبل عقلاً ولا منطقاً ولا وجداناً؛ لأن التمييز بكل المعايير فيه الحسن وفيه القبيح .

"الضرر لا يزال بالضرر"^(١).

وقد ارتأت - ولم تزل ترى - جماعات الضغط أن تعدد الزوجات في ذاته ضرر ، ينبغي قطعه ، فألحت على ضرورة النص على منعه أو وضع العراقيل في طريقه ، وظهر ذلك في مشروع قانون الأسرة الذي أعد سنة ١٩٦٧ ، ولكن النص على حق الزوجة في طلب التفريق إذا عدد زوجها زوجاته ، أو تزوجها حال إخفائه عنها أنه متزوج من غيرها لم ير النور إلا بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م ، ثم أعيد النص عليه في القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، مادة ١١ مكررا .

وفضلا عما أخذ على القرار بقانون ١٩٧٩/٤٤ من أنه لم يراع تجربة المجتمع المصري - وهو ميال إلى عدم التعدد أصلا - وعاداته ، فإنه قد اتسم بالعجلة غير المبررة في صدوره ، وقيل إن السر في ذلك هو تحاشي سهام النقد التي ووجه بها ، وهو لم يزل مشروعاً لما تضمنه من أحكام بعضها لا يرضى الاستقرار الأسرى ويزيد من أعباء الرجال .

وقد بلغت العجلة أوجها بإغفال الشكلية الواجبة في إصدار القرارات بقوانين ، فخولفت أحكام المادتين ١٠٨ ، ١٤٧ من الدستور بحجة أن القانونين : ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يحتاجان إلى تعديل ، وقد طال الأمد على استصدارهما ، وطول الأمد واستطالة المدة هي حالة الضرورة ، التي تستدعي - كما يقول وزير الدولة لشئون مجلس الشعب - أن يصدر ولى الأمر قرارا ثوريا بإصلاح الأسرة ، ولوترك الأمر لاقتراح بقانون ، أو لمشروع بقانون وثارته حوله المناقشات ، وظل شهوراً وسنين فأين هي الحاجة التي تدعو إلى تحقيق إصلاح الأسرة بقرار ثوري مثل القرار بقانون المعروف للنظر في إقراره؟^(٢) .

ولما كانت هذه الحجة لا ترقى بالحاجة إلى "اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير" إلى حين انعقاد

(١) انظر : السيوطي جلال الدين "عبد الرحمن بن أبي بكر" الأشباه والنظائر في الفروع ط دار الفكر ص ٩٥-٦١ ، قال هما - أي القاعدتان - سواء ، لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صدق الضرر يزال " وفي المعنى ذاته انظر : ابن نجيم "زين العابدين بن إبراهيم الأشباه والنظائر . بتحقيق عبد الكريم الفضلي ط المكتبة العصرية الأولى بيروت ١٩٩٨ ص ١٠٥-١٠٨ ، ١٠٦ وما بعدها .

(٢) انظر . حيثيات حكم الدستورية العليا في القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية الصادر بجلسة ٤/٥/١٩٨٥ . الجريدة الرسمية في

مجلس الشعب (البرلمان) ، فإن المحكمة الدستورية العليا إذ اتصلت بالنزاع في مدى دستورية القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فإنها حكمت بعدم دستوريته لتخلف سند إصداره بغياب " الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية ، وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه " (١) .

ويهمنا هنا أن نذكر أن هذا النص قوبل بثورة رجالية عارمة ، وثارت في وجهه دوائر أخرى كثيرة، حتى قيل إن المقنن قد نقل بهذا النص الحق في التعدد من يد الرجل إلى المرأة، إن شاءت أبحاث له الجمع بينها وبين أخريات معها ، وإن شاءت حرمته من التعدد بأن تطلق عليه لهذا السبب (٢) .

بل بلغت النفرة من النص حدًا بامتناع بعض الأحكام عن الأخذ بفكرة الضرر المفترض التي تضمنها هذا النص بغية تضييق تطبيقه (٣) وجاوزت محكمة شمال القاهرة الابتدائية الرغبة في التضييق إلى رفض التطبيق كلية (٤) إيمانًا منها - وكما جاء في حكمها الصادر بجلسته ١٩٨٣/٤/٢١ قضية رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٢ - بأن النص حرم ما أحله الله ، وخالف الكتاب والسنة والإجماع ، وأن القول به ليشين النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة، وحاشاهم أن يكونوا كذلك ، وأن المقنن اجتهد فيما لا مساغ للاجتهاد فيه ، وانتهى إلى ما ليس في صالح الأسرة وحماية استقرارها ، وكان يكفي لعلاج الإضرار التي يمكن أن تنجم عن التعدد أعمال نص المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

ولما كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع حسب ما جاء بدستور ١٩٧١ ،

(١) انظر حكم الدستورية العليا السابق .

(٢) م/ أشرف كمال . قوانين الأحوال الشخصية معلقا على نصوصها نشر دار الكتب القانونية . ص ١٤٦ .

(٣) من هذا القبيل : الحكم الصادر من الدائرة السادسة عشرة بمحكمة شمال القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية في القضية رقم ٢٢٣٧ لسنة ١٩٨٣ : بجلسته ١٩٨٤/١٢/٩ . انظر الحكم وحيثياته لدى . م أشرف كمال . المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية . الطبعة الثانية . الجزء الأول ص ١٨٤ وما بعدها .

(٤) عرض لهذا الحكم تفصيلا م أشرف كمال . المشكلات العملية ص ١٨١ - ١٨٤ .

ويجب إعمالها في حالة تعارضها مع أحد النصوص ، ولما كانت المدعية - طالبة الطلاق للتعدد - تؤسس دعواها على ما يعارض ما أنزل الله ، فمن ثم تضحى دعوى المدعية على غير سند من القانون ، ومتعارضة مع الشريعة الإسلامية ، الأمر الذي تقضى معه المحكمة برفضها ، لهذه الأسباب حكمت المحكمة غيابيا برفض الدعوى وألزمت المدعية المصروفات " أ.هـ .

وفضلا عما يؤخذ على هذا النص مما جاء بحكم محكمة شمال القاهرة السالف الذكر فإنه أزال الضرر المحتمل مع التعدد بضرر أكيد الحصول ، إذ فتح بابا آخر لزيادة عدد المطلقات ، غافلا عن حقيقة زيادة عدد غير المتزوجات ممن تجاوزن سن الزواج ، فضلا عن المطلقات والأرامل^(١) .
وزيادة على توسعة مناذ الطلاق بهذا النص ، فإن القرار المذكور ، والقانون ١٠٠ / ١٩٨٥ من بعده ، قد أضافا إليه عنتا آخر هو ذلك الحكم الذي مكن - بالمادة ٤ من القرار ، ثم المادة ١٨ مكررا ثالثا بالقانون ١٠٠ - المطلقة الحاضنة من مسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ المطلق مسكنا آخر مناسباً ، وهذا الأخير قد قصد به زيادة أعباء الطلاق^(٢) .

وبهذين النصين اعتبر أن المقنن قد مكن الزوجة أن تعاقب زوجها العائل إن تزوج عليها

بعقابين :

أولهما : أن تطلق عليه وإن لم يلحقها من الزيجة الثانية ضرر مادي .

والثاني : أن تجبره على ترك مسكنه لحضانه ولده فيه قسرا عنه في ظل أزمة إسكان خانقة ، مما

(١) أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ نشر المؤسسة العربية الحديثة .

(١٩٨٥) ص ٢٥ هامش (٣) ، والإحصاء من كتاب الإحصاء السنوي للجيب بمصر ص ١٣ جدول رقم (٥) جريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٣/٦/١٩٩٧ ص ١٣ . وحسب إحصاء ١٩٦٠ فإنهم بلغن أكثر من مليونين وربع ، المطلقات منهن ١٤٧ ألف مطلقة . وتشير الإحصاءات التالية إلى أن العدد في ارتفاع مستمر ، فقد بلغ عدد المطلقات والأرامل فقط في إحصاء ١٩٩٦ وحسب إعلان الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء عدد ٢٠٤٥٨٥٤٦ بنسبة ٧.١٪ من جملة السكان في سن الزواج .

(٢) انظر أستاذنا الدكتور العطار ص ١٦٢ وما بعدها ، ويكشف أستاذنا الدكتور يوسف قاسم - حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي . نشر دار النهضة العربية ١٩٨٧ . ص ٤١٣ هامش "٤" عن أن هذا النص وضع خصيصاً لحالة إحدى الحاضنات التي تملك من الشقق والعمارات مالا يصح أن يشار إليه في هذا المقام .

يضر به ضرراً لا يعادله ضرر .

وكلا العقابين يفتقران إلى السند الشرعي ، بل يتعارضان مع النصوص الصريحة من الكتاب والسنة^(١) ويشغلنا من أمر تطبيق هذين النصين أن مشكلة إسكان المحضون برزت في ظليهما بوضوح ، وبدلاً من أن يسعى الوالدان في تراض منهما وتشاور^(٢) إلى حماية الصغار والعناية بهم ، إذا بكل منهما يعمد إلى أن يضار الآخر بولده على خلاف الأمر الشرعي القرآني (لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده)^(٣).

وقد حكم بعدم دستورية طلاقه نص المسكن ، كما حكم بضبط تفسير نص الطلاق عند التعدد بما يتسق وقاعدة التطبيق للضرر^(٤) ، غير أن ذلك لا ينفي أن من آثار سنوات التطبيق السابقة على أحكام الدستورية ما تعاني منه مصر الآن مما يعرف بمشكلة أولاد الشوارع ، فضلاً عن مشكلات مدنية جملة بين المفارقين من جهة ، أو بينهم بصفتهم مستأجرين وبين ملاك العقارات من جهة أخرى .

٢- مثال مغربي :

أجرت المملكة المغربية بناء على أمر الملك محمد السادس مراجعة جوهرية لمدونة الأحوال

(١) م . أشرف كمال ص ٤٠٣

(٢) إعمالاً لقول الله تعالى (فإن أرادا فصلاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف) البقرة من الآية ٢٣٣ ، وفي سورة الطلاق (وأتمروا بينكم بمعروف) من الآية ٦٠٠ والآية الثانية في المطلقات قولاً واحداً ، أما أية البقرة فهي نص في كل والده وتحتمل بحسب سياق الآيات التي قبلها - وكلها في الطلاق - أن تكون فيهن كذلك ، باعتبار أن المشاحنة في أمر الصغير غالباً ما تقع بعد الفرقة ، وهذا يعني أن أكثر الوصايا بالصغير في القرآن الكريم تتعلق بحالة الفرقة .

(٣) من الآية (٢٣٣) من سورة البقرة .

(٤) صدر الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ مكرراً ثالثاً في خصوص استقلال الحاضنة والمحضون بمسكن الزوجية المؤجر في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية بجلسة ٦ يناير ١٩٩٦ ، وقد فسرت المحكمة المادة ١١ مكرراً والخاصة بالتطبيق للتضرر من تعدد الزوجات في حكمها في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ دستورية بجلسة ١٤/٨/١٩٩٤ م المحاماة س ٧٣ عدد ديسمبر ١٩٩٤ ص ١٥٤-١٦٠ .

الشخصية، وكما جاء في ديباجة المدونة الجديدة فإن الملك - أعزه الله - قد حرص على تزويد لجنة المراجعة باستمرار، بإرشاداته النيرة، وتوجيهاته السامية، بغية إعداد مشروع مدونة جديدة للأسرة، مشدداً على الالتزام بأحكام الشرع، ومقاصد الإسلام السمحة، وداعياً إلى إعمال الاجتهاد في استنباط الأحكام، مع الاستهداء بما تقتضيه روح العصر والتطور، والتزام المملكة بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالمياً.

وقد كان من نتائج هذا الحرص الملكي السامي، - والعبارة للديباجة - الإنجاز التاريخي لهذه المدونة الرائدة، في مقتضياتها وصياغتها بأسلوب قانوني فقهي حديث، متطابقة مع أحكام الإسلام السمحة ومقاصده المثلى، واضعة حلولاً متوازنة ومنصفة وعملية، تتم عن الاجتهاد المستنير المتفتح، وتنص على تكريس حقوق الإنسان والمواطنة للمغاربة نساء ورجالاً على حد سواء، في احترام للمرجعيات الدينية السماوية.

والنتيجة أن صدرت في فبراير من العام ٢٠٠٤ مدونة جديدة للأسرة بالقانون رقم ٧٠.٠٣، وقد تضمنت أموراً لم ترع - حسب مقاييس العز بن عبد السلام - في إقرارها ضرورات - تجارب - أهل المغرب ولا أعرافهم فانقلبت على المأثور المالكي - وهو قول جمهور الفقهاء^(١) - أن تكون ولاية الزواج إلى الأولياء بعد استثمار الثيب، أو استئذان البكر - فجعلت المدونة { المادة ٢٤ } " الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصحتها"^(٢)، كما قيدت المدونة التعدد بضوابط صارمة، ولا يأذن به القضاء - حسب المواد ٤١-٤٦ - إلا لضرورات قاهرة، كما رفعت

(١) بل قال ابن المنذر - الحاوي للموردي ١١/٦٢ - " لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف في اعتبار الولي " وقال الشوكاني - السيل الجرارط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ٢/٦٤ - : أحاديث لزوم الولي " قد سردها الحاكم من طريق ثلاثين صحابياً ، وفيها التصريح بالنفي (لا نكاح).

(٢) ومعلوم أن القانون المصري، وغيره من القوانين التي أخذت برأي الحنفية في المسألة قد سبقت إلى اعتناق هذا الرأي، والنتيجة التي تفصح عنها وقائع التطبيق في مصر: زيادة رهبة فيما يعرف بالزواج العرفي دون معرفة الأهل، ومن ثم زيادة كبيرة في منازعات النسب أثر العجز عن إثبات الزواج، والمتتالية التي تصيب المجتمع جراء الريبة في سلوك البنات، وضياح نسب الأطفال وما يعلن على الملأ يكفي للتنبيه إلى الخطر، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

سن أهلية الزواج إلى ثماني عشرة سنة شمسية للجنسين - م ١٩ .
ونظرا لتصادم هذه الأحكام مع الضرورات والتجارب فإن المطالب التقنية الثلاثة قد خولفت،
على ما يظهر من نعي جماعة الإصلاحيين - كما يصفون أو يصفن أنفسهم - على المدونة ، ونقل
عن تقرير أذيع في احتفالية رسمية بمناسبة مرور سنة على تطبيق المدونة ، جاء فيه ما نصه "
وإذا كانت المدونة قد أبحاث للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها فإن نسبة ١٤.٥٪ من الزوجات هي
التي عقدت بنفسها، مما يؤكد أن المرأة المغربية رغم ما حول لها من حق فهي لازالت متمسكة
بالتقاليد المتجذرة التي تحكم الأسرة المغربية ومن حقها ذلك" (١) .

وفي خصوص أمرَي التعدد والسن تقول السيدة نجية أسيف " قد ظهرت بعض الممارسات
التي يتم بواسطتها التحايل على القضاء لإبرام عقود زواج مع قاصرات أو لتحقيق التعدد، وذلك عن
طريق ما يسمى بإثبات الزوجية أي اللجوء إلي علاقة غير شرعية والوصول إلى ظهور علامات
الحمل لدى القاصرة أو لدى البالغة من أجل الحكم بالإذن بزواج القاصرة أو الإذن بالتعدد" (٢) .
كما جاءت المدونة بحكم يتردد الناس في تأصيله ، هل هو مما جرت به فتوى الأكابر من علماء
المالكية ، أو هو من قبيل الأعراف المحلية لبعض القبائل الأمازيغية ، أو أنه تقليد غربي ، حاكت فيه
المدونة القوانين الغربية ، وهذا ما تضمنته المادة ٤٩ من أن " لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن
ذمة الآخر ، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على
استثمارها وتوزيعها . ويضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج .

..... إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات ، مع مراعاة عمل كل واحد من

(١) ولكن السيدة نجية أسيف في مقالها حول تطبيق مدونة الأسرة في المغرب خلال سنة من تنفيذها . منشور ضمن دراسات الموقع الإلكتروني النسوي أمان - مايو ٢٠٠٥ - لها رأي آخر ، فتقول نصا " خطب الأئمة في المساجد تكرر التمييز ضد المرأة، فلم يزل الخطباء في المساجد يعتبرون أن زواج الفتاة بدون ولي باطل . لذلك يمكننا القول بأن مدونة الأسرة لم تزل تكرر دونية المرأة من خلال الإشارة إلى اختيارية الولاية في الزواج، لذلك يبقى من الضروري على المشرع المغربي أن يعمل على إلغاء هذه الإشارة لتأكيد حرية المرأة في اختيار شريك حياتها " .

(٢) عن التقرير المشار إليه في الحاشية السابقة .

الزوجين وما قدمه من مجهودات ، وما تحمله من أعباء لتنمية الأسرة"^(١).
ونعود إلى تقرير الاحتفالية بمرور سنة على صدور المدونة حيث يعلق على هذا النص بقوله " أما بالنسبة للتوافق على استثمار الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج فلم يسجل بالمحاكم بواسطة العدول سوى ٣١٢ رسماً، وهو رقم بسيط إذا ما قورن بعدد عقود الزواج المبرمة كل سنة والمتراوحة ما بين ٢٥٠ و ٣٠٠ ألف عقد زواج. ويتعذر في الوقت الراهن التعليق على هذا الرقم. " .
والمعنى الذي نود التنبيه إليه هنا أن التقنين إذ خالف الأعراف – بل خالف المعتمد شرعاً وقد اطرده عليه عمل المجتمع – فإنه قد فقد جزءاً جوهرياً من مقومات الاعتبار ، ولم يحم الناس من الخروج عليه ، بل لم يحمهم من الوقوع في المعصية توسلاً بها إلى المشروع الذي حال دونه القانون ، ولن يغير من ذلك أن يحفل القانون بجزءات ، مدنية أو جنائية ، فإنه لا بد مخالف ، وكما

(١) السائد بين الباحثين المشاركة أن هذا الخيار غربي الأصل والفلسفة ، والحق ليس كذلك ، كما سنرى لاحقاً ، ولكن لا يلام الناس على سوء الظن عندما يرون من بعض دعاة المرجعية الدولية هذا الرفض لكل ما هو إسلامي من الأحكام بحجة أنه وضع لزمان غير زماننا في الوقت الذي يهيم الناقمون بما هو أقدم وجوداً ، وأخلص بشرية ، أي أكثر عرضة للخطأ من الفقه الإسلامي ذي الأساس الشرعي المنزلة ، ومن ذلك مثلاً هذا اللغظ الذي يقوله الأستاذ . أدهم الصالح تحت عنوان : العائلة أكثر أهمية في عصر حمورابي ، على الرابط:

<http://arabic.tharwaproject.com/node/5917>

بعد لغظ كثير في حق الأحكام الأسرية الإسلامية ، يقول ما نصه " على أن شرعة حمورابي توضح لنا أن الحق المدني عند قدماء الكلدانيين لم يكن أدنى كثيراً عن الحق المدني عندنا في هذه الأيام بحيث يُسوِّغ لنا أن نباهي ونفاخر بما تم لنا من رقي بعد كل ما مضى من القرون.

في الأصح أن البحث الدقيق في الحضارات السالفة يجعلنا نشعر بخيبة كبرى حين نجد أن الإنسانية بعد زوال الحضارات القديمة ، عادت بشكل نسبي إلى الهمجية ومحاولة التعلم بمشقة وعناء من جديد لأمر كانت قد عرفتتها من قبل ، واجتياز مراحل كان قد سبق لها أن اجتازتها قبل خمسين أو ستين قرناً... وأنها تركت آثاراً إنسانية هامة أكثر بكثير مما نتركه للتقنيات المستقبلية .. وكانت أكثر ثورية مما نحمل في دساتيرنا وقوانيننا الفقيرة التي تعتمد على موروث غير قابل للتطور.. "

بل إن السيدة نجية أسيف في مقالها السابق لتؤكد على أن نزوع المدونة نحو بعض القيم الإسلامية أزهق الإصلاح المرتجى ، ليس هذا قولها وحدها " فإن أصواتاً كثيرة لهيئات ديموقراطية فاعلة ترى أن الإصلاح الجديد الذي أوردته مدونة الأسرة لم يكن في مستوى المطالب الحقيقية للحركة الحقوقية والنسائية والديموقراطية والتي تسعى في المقام الأول إلى مطابقة التشريعات المغربية مع ما تنص عليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان " .

يقال بحق فإن القانون الذي لا يعتمد إلا على القوة والتهديد في تطبيقه لا يملك مقومات الاستمرار لتحقيق الاستقرار والأمن ، لأنه لا يمتلك جذورا راسخة في وعى المخاطبين به .

ثانيا :التقنين والحقائق العقلية :

كما ذكر الإمام العز بن عبد السلام فإن مصالح الدنيا ومفاسدها تعرف - فضلا عما سبق - بالظنون المعتربات ، أو كما سماها الفقيه جيني " الحقائق العقلية " ومعلوم أن موضوع الظنون المعتربات عندنا هو تلك الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية ، وهي ما يطلق عليها مصطلح " الفقه " (١) ، وهذه يجب أن ننظر إليها من زاويا عدة :

أولها : في الفقه شرع .

إن الموروث من الفقه يعتمد على المصادر التي شهدت لها الشريعة بالصحة والاعتبار، فلولا أن النصوص شهدت لحجية الإجماع والقياس والمصالح المرسله ونحوها لما جاز للفقيه أن يتوسل بها للكشف عن الأحكام الشرعية " فالفقه علم شرعي بلا ريب، لأنه من العلوم المبنية على الوحي الإلهي، وعمل الفقيه في استنباط الأحكام ليس مطلقا من كل قيد، بل هو مقيد بالأصول الشرعية في الاستدلال. والشريعة لا توجد منفصلة، أو معلقة في الهواء، إنما توجد داخل الفقه الإسلامي، إلا فيما جد من أحداث ووقائع، فإن حكم الشريعة فيه ما تستنبطه عقول الفقهاء المعاصرين في ضوء أصول الشريعة ومقاصدها، ثم يضاف بعد ذلك إلى الرصيد الفقهي.

ومن هنا لا يقبل بحال رفض الفقه الإسلامي باعتباره عملا من أعمال العقل البشري غير المعصوم، لأن هذا ينتهي إلى رفض الشريعة ذاتها. إنما الذي يقبل هنا هو تجديد الفقه وتطويره بعدة أشياء ، بعضها يتعلق بالشكل مثل الفهرسة، والتنظير، والتقنين، وبعضها يتعلق بالمضمون، وأهمها

(١) هذا هو التعريف المختار في تعريف الفقه ، وإن كان بعض السلف يعمم في الإطلاق حتى يشمل عموم العلم بالأحكام الشرعية العملية ولو لم يكن بطريق الاستدلال من الأدلة ، وإنما بطريق التخرير على أصول الأئمة . راجع : الغزالي : أبو حامد (محمد بن محمد) المستصفي من علم الأصول . ط الحلبي ٤ / ١ وما بعدها ، د. عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة . نشر دار عمر بن الخطاب . الإسكندرية ص ٦٣ ، أستاذنا الدكتور يوسف قاسم مبادئ الفقه الإسلامي ط ثانية دار النهضة العربية ص ٢٨ (حاشية).

إحياء الاجتهاد، سواء أكان اجتهادا انتقائيا بترجيح أحد الآراء في فقها الموروث، بناء على الأدلة والاعتبارات الشرعية، أم إنشائيا بإبداع الرأي في المسائل الجديدة، في ضوء النصوص المحكمة، والمقاصد الشرعية المعتمدة، دون تعصب لرأى قديم، ولا تحيز لفكر جديد"^(١).

والثانية : التمييز بين الأحكام بالنظر إلى أصولها .

ثم إننا ، وإن كنا ندفع في وجه أولئك الراغبين والراغبات في قطيعة الفقه الإسلامي بحجج شتى، لا نغفل عن أن من الأحكام التي يضمها الفقه الإسلامي ما يستند إلى نصوص شرعية قاطعة، لا مجال للرأى والاجتهاد فيها ، ومنها ما يستند إلى أدلة ظنية محتملة ، للرأى فيها مجال، وباعتبار هذه الحيثية تُعدُّ " الأحكام- المبنية على مصادر قطعية - هي وحدها التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة مبادئها وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا، ومن غير المتصور بالآتي أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها"^(٢).

أما الأحكام التي يغلب عليها الرأى والاجتهاد فنظرا للصبغة الدينية التي تغلب عليها مصدراً ومظهراً، فإن لها نوع قدسية وهيبة في النفوس، ولكنها لا ترقى مع ذلك لتكون تشريعاً إسلامياً بالمعنى الدقيق، ولهذا تلزم في الجملة ولا تلزم على التفصيل، إذ يجوز مخالفتها والخروج عليها استنادا إلى دليل شرعي أقوى ، أو بناء على اجتهاد جديد شريطة " أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية ، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفوس والعقل والعرض والمال".

وعلى هذا الأساس درجت المحكمة الدستورية العليا المصرية على التأكيد بأن " كل قاعدة

(١) د. يوسف القرضاوي .مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . ط ثالثة . نشر مكتبة وهبة . القاهرة ١٩٩٧ ص ٢٢ وما بعدها .

(٢) من عبارة المحكمة الدستورية العليا المصرية ، وقد درجت عليها في أحكامها الكثيرة المتعلقة بعدم دستورية نص ما في أحد القوانين لمخالفتها المادة الثانية من الدستور.

قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا ورودا ودلالة، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد ، وأحفل بشؤونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها ، وبما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل ، وهو خير من فساد عريض ، ومن ثم ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها ... ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره ، وربما كان أضعف الآراء سندا أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ، ولو كان مخالفا لأوضاع استقر عليها العمل زمنا ... وتقول: إن مرونة الشريعة ينافيها أن يتقيد ولى الأمر بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتمدة شرعا قد جاوزتها.. وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة ، نابذة الجمود ، لا يتقيد الاجتهاد، فيما لا نص عليه فيها ، بغير ضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها ^(١) .

وفيما خلا قول المحكمة " وربما كان أضعف الآراء سندا أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة " لأنه على طلاقته .. أي باعتبار العصر والأوان أو الحجة والبرهان .. يناقض القاعدة المرعية في الترجيح ^(٢) ، ولا شك أن قاعدة الترجيح أضبط من مجرد ملاءمة الأوضاع المتغيرة الذي قد يؤدي

(١) عادة ما تورد المحكمة في حيثيات أحكامها المتعلقة بإعمال المادة الثانية من الدستور المصري عبارة المتن . انظر مثلا : حكمها في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية بجلسة ١٥ / ٣ / ١٩٩٣ . المحاماة س ٧٣ عدد أغسطس ١٩٩٤ ص ٧٣ ، ٨٠ - ٨٢ ، ق رقم ٩ لسنة ١١ ق بجلسة ١٩ / ٦ / ١٩٩٣ . المصدر السابق ص ١٠٢ وما بعدها ، ق رقم ٢٩ لسنة ١١ ق بجلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٩٤ . المحاماة عدد ديسمبر ١٩٩٤ ص ١٢٢ وما بعدها ، ق رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية بجلسة ٦ يناير ١٩٩٦ ص ٨ ، ٧ من الحكم .

(٢) باب هذه المسألة واسع ولا يمكن تفصيلها في عجالة تناسب عرضيتها في البحث فأحيل إلى بابها في مؤلفات أصول الفقه وإلى البحث الجامع للدكتور محمد إبراهيم محمد الحفناوي . التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي - وقد طبع غير مرة ونشرته دار الوفاء . بالمنصورة - خصوصا الفصل الثالث من الباب الثاني ، وكقاعدة عامة فإن العلماء على العمل بالأقوى " وهذا - كما يقول أستاذنا الدكتور يوسف قاسم أصول الأحكام الشرعية ط ١٩٩١ ص ٣٨٤ - لا خلاف فيه ، ذلك أن من نظر في أحوال الصحابة والتابعين وتابعيهم ومن بعدهم وجددهم متفقين على العمل بالراجح .

إلى توهم المصلحة ، أو مراعاة القلة على حساب الكثرة^(١) وهما آفتان ملحوظتان في الحلول القانونية التي تعرضنا لها - على الأقل - أقول فيما خلا ذلك لا أظن أحدا من علماء الشريعة المدققين يخالف المحكمة فيما تذهب إليه .

والثالثة : أن الشارع الحكيم قد أحال إلى العرف أمورا من مسائل الأسرة :

مثال ذلك الواجب في النفقة ، وبعض أحكام المهر ، وبعض أحكام الطلاق ، ونحو ذلك ، ومن ثم بنيت فتاوى السابقين في هذه القضايا وأمثالها على أعراف أهلها وظروف بيئتها وزمانها ، ومن ثم لم يكن من الفقه في شيء اعتمادهما ، ما لم تكن مناسبة لأعراف الزمان والمكان ، غير مجافية للمصالح المعبرة ، والله در السلف إذ قالوا "فمهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، فإن جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وسله عن عرف بلده، فأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك، والمذكور في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"^(٢).

ورابعها : أن التقنين علم كسبي ، لا يحصله الناس بالفطرة، بل بالتعليم والخبرة، وإليه مداخل من أبرزها :

* مَنْ هُوَ لاء الذين يتولون أمر الانتقاء من الفكر السابق ، ويستنبطون من نصوص الشرع الحنيف ، أو على ضوء مقاصده وأغراضه أحكاما في المستجدات ؟ .

(١) ولعل هذا ما حدا ببعض السلف الصالح أن ينكر العمل بالمصلحة المرسله تحرزا من الوقوع في الضلال فيقول على الشرع ما ليس فيه ، أو يدخل فيه ما ليس منه .

(٢) أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٣-٧٨ ويراجع بخاصة ٧٧ وما بعدها.، وتكاد عبارته تلتقى بعبارة الإمام القرافي في الفروق ج ١ ص ١٧٦ ، وللميلة الفاضلة الأستاذة الدكتورة رقية العلوانى رسالتها الطيبة في هذا الشأن ، وقد أشرنا إليها قبلا ، ومجاهة لتلك الحملة الضارية التي تستهدف الفقه الإسلامي بوجه خاص عنى كثير من الإخوان والأخوات بإبراز الفرق بين الثابت والمتغير من أحكام الأسرة ليعرف ويمكن الاستعانة به في تلبية متطلبات الحداثة وإقرار حقوق الإنسان التي تدفع لإقرارها المواثيق والمنظمات المختلفة في إطار من احترام مقاصد الشريعة وأصولها .

• ثم لماذا التقنين؟ أو ما هي المصالح المتغياة من تقنين هذا الحكم أو ذاك؟
• على أن كل تقنين هو جزء من منظومة القانون التي يجب أن تأتي جميعها متسقة مع أحكام القانون الأعلى (الدستور) حتى لا يقضى علي العمل بعدم الدستورية فنعود إلى نقطة البدء من جديد .

وبعبارة أكثر اختصاراً : كيف يتم التحقق من أن مشروع القانون مطابق للدستور عند وضعه ، لاسيما أن الاعتبار الفاعل للعدالة يكون عند تقرير الحقوق والواجبات بالتقنين وليس بعد إنفاذ هذا التقرير .

* مَن المخاطبون بالتقنين ؟ فالغرض من التقنيات أنها توضع لتطبق لا أن تستعصي على التطبيق ، وقد قيل بحق إن على رأس مسؤولية المقننين استهداف حماية القانون، وحماية الناس من الخروج عليه في آن واحد .

• ما التجارب السابقة للمجتمعات المناظرة ؟ وما نتائج تطبيقها ؟ وما الذي يطبق منها في ضوء المثال (الأدلة الشرعية) وما الذي لا يقبل؟^(١) .

المشكل الذي تعاني منه أكثر مجتمعاتنا العربية المسلمة الآن أن بعض القوانين توضع في كثير من الأحيان بيد من ليس لهم علم - أو لهم علم ولكنه منقوص مشوه- بالمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، بل إنها تظهر فجأة وتظهر على عجل ولا تعرض أو تمر على جهات الاختصاص ، ومن هنا تجيء مشروعات القوانين مفتقرة إلى عمق الدراسة وحسن الصياغة ، فاقدة

(١) هذا المعني هو لب مؤلف الأستاذ محمود محمد صبرة . أصول الصياغة القانونية ، وقد أفرغه في جملة فصول كتابه ومباحثه ، في زهاء ٤٥٠ صفحة ، وسنعاود الحديث والنقل عنه كلما لزم الأمر، ويهمننا أن ننوه بشكل خاص إلى قوله ص ٢٦ ممتدحا طريقة وضع القانون المدني المصري ، فإنه قد وضع كما تقول مذكرته الإيضاحية في ضوء القانون المقارن "وقد استمد ما اشتمل عليه من نصوص من حركة التقنيات العالمية التي أعقبت التقنين الفرنسي ، ويبلغ عددها نحو ٢٠ تقنيا ، ولم يوضع نص إلا بعد أن فحصت النصوص المرادفة - عبّر الأستاذ بالمقابلة وهو من الخطأ الشائع- في كل هذه التقنيات المختلفة ، ودقق فيها النظر، واختير منها أكثرها صلاحية ، حتى ليجوز القول بأن التقنين المدني المصري الجديد - في حينه- يمثل من ناحية حركة التقنين العالمية نموذجا دوليا" .

الشرعية الدستورية ، وفي الأقل مفتقرة الانسجام مع منظومة القيم المقننة، بعيدة عن الحس الاجتماعي العام ، غافلة عن التدقيق في تجارب الآخرين ، ولا يرجع ذلك إلى تصدى غير الأكفاء - فحسب - لعملية التقنين ، وإنما إلى الإسراف في الاعتبارات السياسية والاجتماعية على حساب مقتضيات التشريع^(١) .

فمثلا تطلب فئة المتحيزين والمتحيزات إلى ما يسمى تحرير المرأة من ربة القوانين الإسلامية أن توضع القوانين على وفق ما تقضى به المواثيق الدولية ، وإن كانت الوثيقة الدولية تنبذ الصواب جملة ، وهؤلاء يحرصون ويحرصن على أن توضع القوانين بأيديهم، بيد أن من فكرهم مثلا " أن الاحتفاظ بحالة الطلاق الثلاث في مدونة الأسرة - المغربية الجديدة - بما تستوجه من شروط - كشرط الزواج من آخر، بعد انقضاء العدة ، فيدخل بها، ثم يطلقها أو يموت عنها فتربص حتى تنقضي عدتها ثم يعقد عليها الأول - في حالة رغبة الزوجين عقد زواجهما من جديد ، يعتبر إهانة صارخة للمرأة وتعود بالمجتمع المغربي إلى عهد الانحطاط ، كما تثبت بالأجدد يميز مدونة الأسرة الجديدة عن مدونة الأحوال الشخصية السابقة"^(٢) .

وإن تحلوا بدلو ماسية القول فغاية قولهم : " إن الفقه الجديد يجعل قضية المرأة من الشريعة، ويجعل المصدر الأول للشريعة هو العقل، لأن الشريعة ليس فيها ما يتعلق بذات الله تعالى، ولا عالم السمعيات التي تختص بها العقيدة، من هنا فإن الفقه يحدد موقفه من المرأة في ضوء ما يحكم به العقل، فهو يتدبر كل السياسات والاتجاهات والتصرفات سواء بالنسبة لتاريخ تطور حركة المرأة في

(١) انظر في هذا المعنى : د. حسام لطفي . المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء . الكتاب الأول . نظرية القانون .

ط الثالثة دار النهضة العربية ١٩٩٦ . ص ١٥٦ . وفي حوار مع الدكتور عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق - رحمه

الله - سئل سيادته عن منابع المخالفات التشريعية التي يقضى بعدم دستورتها ، فأجاب محدداً أمرين :

أولهما : كثرة صدور القوانين دون أن تتاح لها الفرصة الكافية لتقليب وجهات النظر بشأنها . الأهرام المصرية عدد الجمعة ١٤

مارس ١٩٩٧ وكان - رحمه الله - يومئذ رئيسا لمحكمةنا الموقرة .

(٢) نص عبارة السيدة نجية أسيف في تقريرها السابق ، وقد عرضنا لنماذج عدة تنحو هذا المنحى في الفصل السابق .

العالم أجمع، أو بالنسبة للتاريخ الإسلامي"^(١).

لقد أفصح المجتمع البحريني بما يشبه الإجماع عن تمسكه بأن يستمد قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وأن ينفذ أهدافها النبيلة، وللشريعة الإسلامية رجالها كما أن لكل علم رجاله، ولا يليق بحال في قضايا تمس مجموع الأمة أن يداهن بعضهم بالقول "لا كهنوت في الإسلام" وأن باب الاجتهاد مفتوح... إلخ، فإنه زخرف من القول وزور، فالباب مفتوح لأهله، ولا يعقل أن ينازعهم من لا يحسن تلاوة آية، ولم يقرأ كتاباً واحداً في الحديث، ولا علم له بتفسير، ولا تخريج ولا رواية، بل لا يحسن نطق جملة ولا إعراب كلمة^(٢) ناهيك عن أن يكون مشركاً بالله، أو مبتدعاً في الدين، كيف بمن يرد الإسلام ديناً أو شرعاً أن يضع لأتباعه قانوناً؟

نعم من حقه أن يبدى تطلعه إلى الأحسن، وأن يجهر بشكواه من السوء، على أن يضطلع أهل الاختصاص باختصاصهم، ولكن أن يكون هو واضعه فهذا ما تأباه الأصول القويمة^(٣).

ثم إنه لمما يلزم ولاية الأمر أن ينبهوا المقننين إلى أن يكون رائدهم الحق وحده، فلا محاباة لفريق، ولا خضوع لضغوط، ولا عجلة في التقدير^(٤)، والحذر الحذر من توهم مصالح غير حقيقية بنفس قدر الحذر من الجمود على المنقول دون مراعاة للتغير.

ولكي ينضبط - الأمر - ينبغي أن يعرض مشروع القانون على المجامع العلمية، على أن تكفل لها حرية إبداء الرأي كاملة، وأن يكون رائدها في النظر احترام الشرعية وإنفاذ الشرع^(٥).

(١) جما البنا. المرأة المسلمة بين تحرير القرآن وتقييد الفقهاء، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٨٥.

(٢) انظر في هذا المعنى . د. يوسف القرضاوي . الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط . ط دار التوزيع والنشر الإسلامية القاهرة ١٩٩٤ . ص ٤ ،

(٣) راجع أ. صبرة ص ٣٩ وما بعدها.

(٤) مما رصده الأستاذ صبرة ص ٣٤ أنه قد تنشأ "الصعوبات في القوانين بسبب المداولات البرلمانية، فعند إقرار مشروع قانون مثير للجدل، مهما كان إعدادة دقيقاً قبل تقديمه إلى البرلمان، فإنه معرض لإدخال تغييرات عليه بالإضافة أو الحذف خلال مناقشته في الهيئة التشريعية، وقد يكون إدخال تعديلات متسارعة عليه تحت وطأة المداولات مصدراً لعيوب في التعبير - وفي غيره - من الصعب تفاديها".

(٥) راجع الاجتهاد للدكتور القرضاوي ص ٤٤، وفضيلته يعرض - ص ٤٧ - ٤٩ - لواقعة تدل على مدى الخطر المحتمل من تفرد

وهذا ما يصل بنا إلى ضرورة أن يكون معيار العمل كله هو الوحي أو المثال ، فما وافق الشرع فأهلا به ، وما خالف فالحذر منه محتم .

ثالثا: وحاصل ما نود قوله في هذا المبحث:

إن البحوث الموضوعية لتشهد بأن كل مصدر إنساني خالص قد فشل في إيجاد قاعدة قانونية تحقق المصالح المشروعة، وتدفع المضار الحقيقية^(١) ، كما ثبت بيقين أن القواعد المبنية على

جماعة دون غيرهم بالتقنين ، فيقول " أفنت به المحكمة الشرعية العليا هنا في البحرين جوابا على كتاب وزير العدل البحريني رقم ١٠ / ١٦٩ / ٨٣ المؤرخ في ٢٣ رمضان ١٤٠٣ هـ الموافق ٣ يوليو ١٩٨٣ بشأن اقتراح قدمته إحدى الصحفيات بعمل شهادة ميلاد للطفل اللقيط - عدا الشهادات الأصلية المتعددة لدى الجهات الرسمية - يتعامل بها في المجتمع على أنه ابن المحتضن فأجاب الفتوى : نفيد سعادتكم أننا درسنا الاقتراح المذكور ، ومع تقديرنا وشكرنا لصاحبة الاقتراح على غيرتها وحرصها على حفظ كرامة الطفل اللقيط ، نود أن نطمئننا إلى أن الشرع الإسلامي الحنيف لم يترك أي أمر من الأمور إلا وأوجد له حكما عادلا ، ومن ذلك الطفل اللقيط أو ولد السفاح ، أو مجهول النسب ، فقد حرص الشرع حفظ كرامته ومصالحته ، وعمل على دمجها في المجتمع الإسلامي ، وذهب في هذا المضمار إلى أبعد مما تتصوره صاحبة الاقتراح ، حيث لم يكتف بالضم ، وإنما الاستلحاق ، وأعطى لكل أحد الحق في أن يستلحق الطفل اللقيط ، أو ولد السفاح ، أو مجهول النسب ، ويعتبره ولدا يحمل اسمه ولقبه ونسبه بالاستلحاق ، ويكون لكل منهما على الآخر جميع ما يترتب على ذلك من ولاية وحضانة ووراثة ، وهذا هو ما عليه العمل فعلا ، كما هو وارد بالتقارير المرفقة للأطفال (يرفق قضاة الاستئناف ما يؤكد أنهم أجازوا لبعض الأشخاص استلحاق بعض مجهولي النسب بأنسابهم) . ومخالفة أحكام التبني المنهي عنه شرعا واضحة لا تحتاج إلى تنبيه .

(١) من طيب كلام العلامة الدهلوي . شاه أحمد عبد الرحيم . في حجة الله البالغة . ط الحلبي ص ٨٢ وما بعدها " قال الله تعالى ﴿إنما أتت منذر ولكل قوم هاد﴾ واعلم أن السنن الكاسبة لانقياد البهيمة للملكية والآثام المباينة لها، وإن كان العقل السليم يدل عليها، ويدرك فوائد هذه ومضار تلك، لكن الناس في غفلة منها، لأنه تغلب عليهم الحجب فيفسد وجدانهم، فيحتاجون إلى عالم بالسنة الراشدة، يسوسهم، ويأمر بها، ويحض عليها، وينكر على مخالفتها، ومنهم ذو رأي فاسد لا يقصد بالذات إلا لأضداد الطريقة المطلوبة، فيضل ويضل فلا يستقيم أمر القوم إلا بكبته وإخماله. ومنهم ذو رأي راشد في الجملة لا يدرك إلا حصة ناقصة من الاهتمام فيحفظ شيئا، ويغيب عنه أشياء، أو يظن في نفسه أنه الكامل الذي لا يحتاج إلى مكمل، فيحتاج إلى من ينبهه على جهله، وبالجملة فالناس يحتاجون لا محالة إلى عالم حق العلم تؤمن فلتأته.

ولما كانت المدينة - مع استقلال العقل المعاشي الذي يوجد عند كثير من الناس بإدراك النظام المصلح لها - تضطر إلى رجل عارف بالمصلحة على وجهها يقوم بسياستها، فما بالك بأمة عظيمة من الأمم تجمع استعدادات مختلفة جدا في طريقة لا يقبلها بشهادة القلوب إلا الأذكياء أهل الفطرة الصافية، أو التجريد البالغ، ولا يهدى إليها إلا الذين هم في أعلى درجة من أصناف النفوس، وقليل ما هم." ويتتهي ولي الله من تحليله إلى أن العالم حق العلم، الذي تحتاج المجتمعات إليه، هو " رجل معصوم،

أساس الشرائع المحرفة قد آلت إلى ما آل إليه المصدر الإنساني الخالص، بل إن فشلها هو الذي أسقط قدسيته الزائفة بسبب التحريف، وأوجب الاحتكام إلى المصدر البشري .

وفي إطار الخصوصية الإسلامية فإن التوقع في إطار مذهب بعينه دائما قد أزهد حقوقا، وحال دون منافع ومكاسب جمّة ، ومن هنا كانت ولم تزال المطالبات بأن تتخير اللجان المعنية بوضع التشريعات من عموم المذاهب الفقهية السنية ما يكون أصح لروح العصر ، بل تجاوزت المطالبة ذلك إلى المطالبة بتخير الأصح لروح العصر وإن كان من غير المذاهب المعروفة ، كما لو كان رأيا لصحابي ، أو لتابعي أو لغيرهما ، ولم يقدر له الشيوع والاشتهار ، بشرط واحد هو ما تحرص المحكمة الدستورية العليا المصرية على تدعيمه في أحكامها التي تتعلق بالمادة الثانية من الدستور^(١) بقولها " ألا يصادم حكما شرعيا قطعيا ورودا ودلالة، و-أن - تكون- القاعدة المختارة- في مضمونها أرفق بالعباد ، وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها ، وبما يلائمها ، فذلك وحده طريق الحق والعدل ، وهو خير من فساد عريض ، ومن ثم ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره .

وتقول: إن مرونة الشريعة ينافيها أن يتقيد ولي الأمر بأراء بذاتها لا يريم عنها ، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعا قد تجاوزتها.. وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومنابتها ، متطورة بالضرورة ، نابذة الجمود ، لا يتقيد الاجتهاد - فيما لا نص عليه فيها - بغير ضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها" .

إننا على أساس ما تقدم نأمل من هيئاتنا التشريعية ألا تجعل سياستها التشريعية وليدة (ردة فعل)

يقع عليه الإجماع، يكون فيهم" ولا شك أن هذا هو النبي الرسول الذي لا ينطق عن الهوى.

(١) انظر على سبيل المثال : حكمها في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية بجلسة ١٥/٣/١٩٩٣ . المحاماة س ٧٣ عدد أغسطس ١٩٩٤ ص ٧٣ ، ٨٠-٨٢ ، ق رقم ٩ لسنة ١١ ق بجلسة ١٩/٦/١٩٩٣ . المصدر السابق ص ١٠٢ وما بعدها ، ق رقم ٢٩ لسنة ١١ ق بجلسة ٢٦/٣/١٩٩٤ . المحاماة عدد ديسمبر ١٩٩٤ ص ١٢٢ وما بعدها ، ق رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية بجلسة ٦ يناير ١٩٩٦ ص ٨٠٧ من الحكم .

المشكلة، إذ القوانين الناجحة هي القوانين (الاستباقية) التي تستشرف المستقبل وتسبق وقوع مالا يتناهى، فتمارس دورها في التقويم والتنظيم قبل فوات الأوان، ولها في منهج الفقه الفرضي الذي حملت لواءه مدرسة الحنفية قدوة ومعينا.

وإننا لنزعم أن كل محاولة لوضع قانون يبقى حاكما أمدا طويلا على أساس من حجم معارفنا الخاصة والآنية لهي محاولة مهترئة مسبقا، ومن ثم لا مفر من الاعتبار بنصح ناصح غربي " ارجعوا إلى تعاليم الإسلام وفقهه، واستمدوا منه حاجتكم، وخذوا ما ينقصكم، فإن للعرب حضارة متكاملة ومصدراً تشريعياً وافياً، لم يحفل التاريخ بمثليهما"^(١).

(١) أ. عبد المتعال الجبري ص ٢٨ .

المبحث الثاني أبرز ضوابط الصياغة التشريعية المطلب الأول أهمية ضبط الصياغة

جاء في تاج العروس للزبيدي " صاغَ اللهُ تعالى فلاناً صِيعَةً حَسَنَةً، أي: خَلَقَهُ خَلْقَةً حَسَنَةً، وَهُوَ حَسَنُ الصِّيغَةِ، أي: حَسَنُ الْعَمَلِ، وَقِيلَ: حَسَنُ الْخَلْقَةِ وَالْقَدِّ، وَصِيغَ عَلَى صِيعَتِهِ، أي: خُلِقَ خَلْقَتَهُ. وَصاغَ الشَّيْءَ: يَصُوغُهُ صَوْغًا: هَيَأَهُ عَلَى مِثَالِ مُسْتَقِيمٍ وَسَبَكَهُ عَلَيْهِ... الصِّيَاغَةُ وَالصِّيغَةُ: بكَسْرِهِمَا،: التَّسْيِيقُ. وَالصُّوَاغُ: الَّذِينَ يَصُوغُونَ الْكَلَامَ، أي: يُعَيِّرُونَهُ وَيَخْرُصُونَهُ. وَالصَّوَاغُ، كَشَدَّادٍ: مَنْ يَصُوغُ الْكَلَامَ وَيُزَوِّرُهُ، أي يحسنه"^(١).

ويشدد الخبراء على التدقيق في صياغة القوانين والتعبير عنها، ذلك لأن كثيرا من الأخطاء كانت ناشئة من التعبير^(٢).

وحاصل التقنين - كما قلنا - هو إفراغ مجموعة من القواعد القانونية والمواد المقننة التي تستهدف تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع وفق منظومة معينة، حاصلها الأعلى قيمة هو أن توضع القوانين في إطار حدّه ألاّ يضيق قميص القانون عن حجم المجتمع فيكون له خانقا، ولا يكون في إسباغه ثوبا فضفاضاً لا يليق به ولا يزينه، وكلما جاءت الصياغة موفقة لملاءمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق.

وكما أن علم التشريع لا يكتسب بالفطرة، بل بالتعليم والخبرة، كذلك صياغة وتحرير القوانين

(١) انظر . مادة صوغ، وفي المعني نفسه، وقريبا من لفظ الزبيدي . البستاني . بطرس . محيط المحيط . ط مكتبة لبنان ١٩٧٧ . مادة الصَّوْغ . ويعبر عنه في الإنجليزية بالفعل draft ويقال للصائغ القانوني Draftsman . ويصطلح في الإنجليزية على صياغة التشريعات بمصطلح Legislative drafting .

(٢) ويؤكدون، والحق معهم، أن " صياغة التشريعات من أصعب أنواع الصياغة القانونية، وذلك بسبب تعقد المشكلات التي تتناولها، والنزاعات التي تصاحب عملية تبني التشريعات، وعدم المعرفة الكافية بالجمهور التي تسري عليه تلك التشريعات وصفة الدوام التي تميزها " أ. صبرة ص ٢٣ .

علم دقيق يتم تعلمه مثل الرياضيات البحتة ، وإليه أيضا مداخل ، على قمتها :

- كيف يتم التحقق من أن مشروع القانون مطابق للدستور؟
 - كيف يتم تقييم شكل القانون ومحتواه؟
 - كيف ينظم نص القانون وكيف يكون تصوره؟
 - ما هي تقنيات تحرير مختلف الأجزاء؟
 - كيف تسجل محاضر المناقشات؟
 - كيف يتم التحقق، بصفة عامة، من وضوح القانون واجتناب الغموض الذي يعتبر أحيانا مصدر صعوبة التفسير؟
- هذه أسئلة أساسية يطرحها^(١) الخبراء على المعنيين بوضع التشريعات وصياغتها، وغرضها الأساسي هو تحقيق الغاية من وضع القوانين ، وهي أنها وضعت لتطبق، لا لتستعصي على التطبيق ، وقد قيل بحق إن على رأس مسؤولية المقننين استهداف حماية القانون ، وحماية الناس من الخروج عليه في آن واحد .

ولكن آفة كثير من التشريعات العربية المعاصرة الآن أنها تظهر فجأة وتنظر على عجل، ولا تعرض أو تمر على جهات الاختصاص ، ومن ثم يصوغها غير المتخصصين ، بل غير المتمكنين من اللغة العربية والمتمرسين في وضع التشريعات، ومن هنا تجيء مشروعات القوانين فضفاضة الصياغة سيئة اختيار الألفاظ والتعبيرات المناسبة، فيها إسهاب في غير مقتضى ، إن التشريعات الحديثة لتفتقر إلى عمق الدراسة وحسن الصياغة ، ولا يرجع ذلك إلى تصدى غير الأكفاء - فحسب - لعملية التقنين ، وإنما إلى الإسراف في الاعتبار السياسية والاجتماعية على حساب مقتضيات التشريع^(٢) .

أي إنها لا ترعى قواعد الفن الواجب اعتباره في صياغة التشريعات ، كما تغلب اعتبارات أخرى على مقتضيات التشريع .

(١) طرحت هذه الاستفسارات وغيرها على لسان أحد كبار المسؤولين الجزائريين على ورشة عمل عقدت لتقديم الدعم والتدريب

على وضع التقنيات وصياغتها في الدول العربية .

(٢) انظر : د. حسام لطفي ص ١٥٦ . وراجع ما سبق ص ()

المطلب الثاني أبرز الأفكار الراجحة في فن الصياغة

الفرع الأول

في أشكال الصياغة^(١)

يقول الخبراء: إن الخيارات في ذلك ثلاثة .

أ - الطريقة الأولى: قد تختار الصياغة الجامدة، وبها اشتهر ما يسمى نظام التقنين المدني: وتوجد متى استخدم أسلوب التحديد الكامل للحكم القانوني، فيحدد بدقة من يخضع للقانون من أشخاص، وما تشمله نصوصه من وقائع على نحو لا يترك للقضاة ولا للمخاطبين بالقانون مجالاً في التطبيق، فقد تحدد المخاطب، وتحدد الواقعة محل الخطاب (المحكوم له أو المحكوم فيه) والحكم أو أثر الخطاب، دون ترك مجال ما لاختلاف وجهات النظر بشأن كل من ذلك .

والمثال الأبرز لهذه الصيغة المواد القانونية التي تحدد سن الزواج، سن الرشد، سن مباشرة الحق السياسي في اختيار أعضاء المجالس النيابية والبلدية، وهكذا .

ومعلوم أن المثال الأعلى لهذه الطريقة هو الخطاب قطعي الدلالة في القرآن أو السنة^(٢)، وما

(١) أفدنا بوجه خاص في تحرير هذه المسألة بمؤلف الأستاذ صبرة، وبحث الأستاذ الدكتور عبد القادر الشخلي . فن الصياغة تشريعاً وفقها وقضاء . فهما العمدة - لدينا - في هذه المسألة، كما أفدنا كثيراً من كتاب روبرت سيدمان - ومن معه - دليل إرشادي للمشرعين، وكذلك أفدنا من جملة الأوراق الإلكترونية الصادرة عن البرنامج الإقليمي لإدارة الحكم في الدول العربية التابع للبرنامج الإنمائي للأمم المتحدة وقد عقد البرنامج غير دورة بالتعاون من أكثر من برلمان عربي، غير أن الورقات التي نكثرت العود إليها هي تلك التي كانت عن دورته المعقودة في لبنان بمعاونة مجلس النواب اللبناني، فليعلم .

(٢) راجع لنا دروس في أصول الفقه للمبتدئين . ص ١٤٨ وما بعدها، ويصطلح على دليل الحكم قطعي الدلالة بالمفسر، وهو ما دل بنفسه على معناه، أو فصله الشارع تفصيلاً لا يبقى معه احتمال للتفسير أو التأويل . وأبرز أمثله المقدرات . دروسنا ص ٢٥٥ وما بعدها، كما يصطلح على دليله الثاني بالمحكم: وهو ما وضحت دلالاته على معناه ولم يحتمل تأويلاً ولا تخصيصاً ولا تقييداً ولا نسخاً في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ولا بعد وفاته، ومن المحكمات المسائل الاعتقادية والتهديبية وأسس المعاملات . دروسنا ص ٢٥٧ وما بعدها .

أجمع عليه المسلمون من الدلالات الظنية^(١).

والخطابات قطعية الدلالة ، والمسائل محل الإجماع تعد بالنظر إلى عموم الأحكام (مواد التشريع) قلة من كثرة .

ولاشك أن الصياغة الجامدة - باللغة القانونية - أو الأحكام الثابتة - بالاصطلاح الفقهي الإسلامي - تحقق استقرارا في المعاملات ، وتسهل الفصل في المنازعات ، إذ تجعل دور القاضي آليا إلى حد كبير ، فتوحد الأحكام في المنازعات المتماثلة ، وتؤمن سلامة الأحكام القضائية من التحكم أو الانحراف في تطبيق القانون^(٢).

ولكنها مع ذلك تصمم التقنين بعيب ليس هينا ، هو أنها لشدة تجريدها عن الحالة أو الموقف أو الواقع لكي تعامل الوقائع التي تنطبق عليها معاملة واحدة لتؤدي إلى ابتعاد التطبيق في بعض الأحيان عن المقصد الأصلي من وضع القاعدة ، وإن شئت فقل يبتعد التطبيق في بعض الأحيان عن القيم الأصلية التي يُبتَغى تحقيقها في الواقع الاجتماعي .

ومن ذلك على سبيل المثال النص - في مصر - على عدم سماع دعوى الزوجية متى كان الزوجان أو أحدهما دون السن المعتبرة قانونا ، دون وضع استثناء ما على هذا القيد^(٣) فقد كان من

(١) وهذا هو أهم أسرار النزاع في الإجماع ، هل يقع عملا أو لا يقع ، إذ بتقدير وقوعه مع قطعية ما أجمع عليه الناس من حكم يغلق باب الكلام في المسألة مهما استجد من وقائع ، فهو عندئذ حجة ملزمة لا تجوز معها المخالفة أو النقض . د. عبد الكريم زيدان . الوجيز في أصول الفقه . ط مؤسسة الرسالة . الخامسة . ص ١٨٢ . الشيخ أبو زهرة . أصول الفقه . ط دار الفكر العربي . ص ٢٠٤ . ونبه إلى أن ذلك محدود بما كان أساس الإجماع عليه نصا ، أما ما بني على عرف تغير ، أو على مصلحة تبدل وجه اعتبارها فالخروج عليه جائز ، بل واجب إن كان في الجمود على القديم مفسدة معتبرة شرعا . انظر دروسنا ص ١٥٩ .

(٢) راجع . د. عبد القادر الشخلي . ص ٢٤ ، د. كمال عبد الواحد الجوهري . القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي . رسالة للدكتوراه مقدمة إلى كلية حقوق بني سويف . ١٩٩٢ ص ٧٥ .

(٣) ومثال ذلك المادة ٩٩/٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون ٧٨/١٩٣١ - في مصر - وقد أبقى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي الصادر بالقانون ١/٢٠٠٠ على هذا الحكم فنص في المادة ١٧/١ على أنه " لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى " وقد قضى في مصر بأن النهي عن سماع دعوى الزوجية في قانون تحديد سن الزواج هو نهي مطلق

جراء ذلك أن من الناس من يلجأ إلى إنكار قيد ميلاد البنات وطلب تقدير السن عن طريق الطب ، مع حث الخبير الطبي على تقدير السن القانونية بوسائل قد لا تكون مشروعة أحيانا .

وقد تفادى المقتن الإماراتي هذا العيب باستثنائه التبكير بالتزويج للمصلحة من قيد السن فنص في المادة ٣٠/٢ على أنه " لا يتزوج من بلغ ولم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي ، وبعد التحقق من المصلحة "

وفي رأى المستشار أحمد نصر الجندي^(١) أن المقتن الإماراتي نزل بسن المصلحة إلى مادون سن التمييز وذلك بإلحاقه من دون سن التمييز بالمجنون والمعتوه، متى كان في زواج أيهم مصلحة ، على ما تصرح المادة الثامنة والعشرون ، ويقول السيد المستشار " ويلاحظ أن المادة ٢٨ ذكرت المجنون أو المعتوه ، ثم أضافت { أو من في حكمهما } وليس في حكمهما إلا الصبي غير المميز ، أي الذي لم يبلغ من العمر سبع سنين " .

ولا يخفي أن الفقه الإسلامي يقبل بمثل تلك المعالجة ، والحل الإسلامي المشتهر في ذلك سمي بطريق الاستحسان ، فيُعدّل عن الحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها للدليل أو لسبب يقتضى هذا العدول^(٢).

غير مقيد بحالة إنكار المدعى عليه ، وأن دعوى الزوجية في هذا القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج ، وأي دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو دعوى الصداق ، أو الميراث " انظر الأستاذ أحمد نصر الجندي . التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية . ط ٢٠٠٣ ص ٢٨٥ .

(١) الأستاذ أحمد نصر الجندي . الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة . نشر دار الكتب القانونية ص ١٣٨ .
(٢) راجع . أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص ٢٦٢ ، حيث يقول - رحمه الله - " وهذا التعريف يصور لنا أن الاستحسان كيفما كانت صورته وأقسامه يكون في مسألة جزئية ولو نسبيا في مقابل قاعدة كلية ، فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية كيلا يؤدي الإغراق في الأخذ بالقاعدة التي هي القياس إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه " وفي تحليله مذهب المالكية في القياس ينقل (ص ٢٦٣) عن العلامة ابن رشد قوله " الاستحسان الذي يكثر استعماله هو طرح - أي ترك متعمد - لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه فعدّل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع " . كما خلص فضيلته إلى موافقة الإمام السرخسي الحنفي (ص ٢٧٠) إلى أن قاعدة الأحناف أن القياس يترك في معارضة الاستحسان .

ب - الطريقة الثانية : الصياغة المرنة :

وحقيقتها تحاشى التحديد الكمي والأحكام الثابتة ، وتزيين التعبير بمضامين مرنة تستجيب لمتغيرات الظروف ، وتترك لسلطة التطبيق حرية التقدير وفقا لواقع كل حالة وملايساتها^(١) .

ومثال ذلك من فقه أحكام الأسرة مفهوم الرضا بالزواج ، فقد صاغه الشارع بجملة " لا تنكح البكر حتى تستأذن ، ولا الثيب حتى تستأمر ، قالت عائشة رضي الله عنها : البكر تستحي ! فقال صلى الله عليه وسلم : إذنها صماتها"^(٢) فلم يضع الشارع شكلا معيناً للتعبير عن الرضا .

ومثالها أيضا تلك الجملة من الأحكام التي أناطها الشارع بالعرف ، كقاعدة (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف)^(٣) وقاعدة " من استطاع منكم الباءة فليتزوج"^(٤) ونحو ذلك ، وإجمالاً تتميز أكثر آيات الأحكام وأحاديثها بهذا المظهر .

ومن ميزاتها التي لا تخفي أنها وسيلة رائعة لتحقيق العدالة^(٥) ، فلا يتصور مع الصياغة المرنة أن يجد القاضي نفسه بلا نص قانوني يطبقه ، بل تحقق ما يقال عنه : سد ثغرة الفراغ التشريعي مهما استجد في الواقع من فرضيات لم تكن تتوقع عند وضع النصوص .

أما عيوبها فإنها تلحقها من خارج ، لأنها تنشأ بأسباب ترجع إلى الانحراف بالتطبيق عن العموم والتجرد ، كأن يتحكم بعض القضاة ، في تقدير الواقع ، أو في تقدير خضوعه للحكم الواجب تطبيقه على هذا الواقع .

(١) د. عبد القادر الشبخلي ص ٢٥ .

(٢) روى هذا الحديث من طرق ، وبألفاظ عن عائشة رضي الله عنها ، وما معنا من رواية الجماعة إلا البخاري . انظر منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار - ط دار التراث - ١٢٠ / ٦ .

(٣) البقرة : من الآية ٢٣٣ .

(٤) وأساسها حديث متفق عليه . أخرجه البخاري في النكاح ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم " من استطاع الباءة فليتزوج ، فإنه أغص للبصر وأحصن للفرج " وهو عند مسلم في النكاح ، باب استحباب النكاح ، كما أخرجه الأربعة والدارمي وأحمد .

(٥) ومن هنا قيل إن التقنينات الحديثة تميل الآن إلى هذه الطريقة بعد أن هجرت طريقة الحلول التفصيلية " وإن كان المقنن في تنفيذ هذه الوسيلة يحاول أن يحقق حلاً وسطاً بين الليونة والصلابة " د. كمال الجوهري . الرسالة السابقة . ص ٧١ .

ويقال بحق : إنه عيب يمكن التغلب عليه بتولية الأكفاء علما وأمانة ، والأخذ بنظام تدرج القضاء ، ورقابته .

ج- وإن الأسلوب الأمثل - مع ذلك - هو أن يجمع بين الصياغتين : الجامدة ، والمرنة ، فيضم التشريع جملة من القواعد المتسمة بالثبات ، والتحديد الكمي^(١) ، وجملة أوفر من القواعد والمواد المقننة ذات صياغات مرنة تتيح الفرصة لملاحظة الاختلافات ، وملاحقة المستجدات .

يقول الأستاذ كيت باتشت : " على الرغم من أن كل القوانين يجب أن تكتب بالطريقة التي تكون أكثر فاعلية في توصيل محتواها إلا أن التوحيد ، أو على الأقل التوحيد في القياس شيء مطلوب كلما أمكن - فيتبع المقنونون - أشكالا تقليدية ومتعارفا عليها ، ويستعمل لغة واصطلاحات مفهومة وملائمة ، وفي أثناء إنشاء النصوص التشريعية يكون على صائغي التشريعات أن يطبقوا سلسلة من إجراءات التثبيت للتأكد من أن هذه المتطلبات قد استوفيت تماما " ^(٢) .

ويعترف العلماء - وأقول العلماء - وكثير منهم لا يدينون بالإسلام ، يعترفون بصدق قول الشافعي رضي الله عنه في خصوص القرآن الكريم "فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها"^(٣) وإنه على رغم البحوث الطويلة التي أجريت في سبيل الجمع بين الصياغتين لم يصلوا إلى ما ييغون ، من إيجاد عنصر أو أكثر في التشريع يتمتع بالدوام والأبدية ، مع عناصر أخرى تتصف بالمرونة.....ويرون أيضا أن افتقار التشريع ، والتشريع الدستوري بوجه أخص إلى أحد العنصرين ، الأبدى والإضافي سوف يكون مصدر شقاء دائم للبشرية .

(١) وقد يسمى ذلك بأسلوب فقرة المبدأ ، وهي طريقة ممتدحة بشرط أن تكون واضحة في معناها ودلالاتها. أ. صبرة ص ٤٧ .

(٢) تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات . سابق ص ١٥ (بتصرف يسير جدا) انظر أ. صبرة ص ٢٧-٣٤ ..

(٣) انظر : الرسالة ص ٢٠ ، وقد كرره رضي الله عنه ص ٤٧٧ بلفظ "كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالة

موجودة" وراجع د. يوسف القرضاوي ص ٢٤٣-٢٤٨ .

الفرع الثاني في عيوب الصياغة

إن العيوب الشكلية - على ما يذكر الشراح^(١) - لا تقل أثرا في تشويه التشريع عن العيوب الموضوعية ، وهذه العيوب كثيرة متنوعة.

فمنها ما يرجع إلى تبويب التقنين وترتيبه، ومنها ما يرجع إلى تنافر معاني مصطلحاته ، فضلا عن عدم الدقة في التعبير القانوني، والبعد عن البساطة والوضوح ، والتخلف عن مسايرة النظريات الحديثة^(٢) ، وضعف الأسلوب، والغفلة عن مراعاة المنطق القانوني السليم ، والسطحية في النظر إلى الموضوعات ، وإن كان مترجما فمن عيوبه - فضلا عما يصيبه من عيوب أخرى - ركافة الترجمة عن الأصل غير العربي .

وبالجملة فالقانون شديد الصلة بحياة الإنسان الاجتماعية ومتداخل في حياته كواقع حقيقي، وليس كمعنى خيالي تصوري ، ومن ثم ينبغي أن يكون المرجح من شكله ضمان فعالية تنفيذه ، وذلك لا يكون إلا بسهولة فهمه ، وسهولة استخدامه ، فضلا عن شموليته ليكون فاعلا في ضبط المعاملات بطريقة منظمة ومنهجية^(٣).

ونعطي فكرة موجزة عن كل عيب من هذه العيوب .

١ - عيوب التبويب والترتيب :

تتصل عيوب التبويب والترتيب بجانب تنظيم مشروع القانون ، وحول هذه المسألة يقول مؤلفو

(١) راجع . د. عبد القادر الشخلي . الفرع الثالث من الفصل الأول ص ٣٦ والصفحات التي بعدها ، د . كمال الجوهري ص ١٠٠ -

١٠٣ ، الفصل الرابع والمعنون " قراءة مشروع القانون من تقييم التشريعات . الدليل الإرشادي للمشرعين . سابق .

(٢) ومن أمثلة ذلك تحديد مفهوم الملكية بما يحول دون حماية حق الإنسان في صوته أو مظهره الخارجي ، بحيث لا تترتب أية مسئولية اعتداء على الحق " عندما يزيغ معلن صوت أو مظهر ممثل مشهور بدون إذن ، وذلك بقصد الترويج لبيع بضاعته أو إنتاجه " . نظرية القانون . ص ٢٧٣ .

(٣) راجع في هذا المعنى : الفصل الثامن من تقييم التشريعات ، والمعنون تقييم شكل مشروع القانون . ص ١٦٨ والصفحات التي

تليها، فكرة القانون - كتاب عالم المعرفة . سابق - ص ٢٦٣ ..

الدليل الإرشادي^(١) :

" إن مشروع القانون سيء التنظيم يمكن أن يعرقل فعالية التنفيذ من نواح ثلاث:

أولاً : يمكن أن يحول دون فهم القراء للعلاقات المنطقية التي تربط النصوص الجوهرية لمشروع القانون بعضها البعض مما يخل بمعيار سهولة الفهم .

ثانياً : صعوبة الاستخدام الناجم عن غياب القواعد المحددة الخاصة بسلوكيات المستخدمين بحيث يستطيعون أن يجدوا تلك القواعد بأقل قدر ممكن من تقلب الصفحات ، ويزداد الأمر صعوبة مع الإحالات لقوانين أخرى .

ثالثاً : القصور في التنظيم الموضوعي ، إذ ينبغي أن يثبت مشروع القانون المنظم تنظيمًا صحيحًا أنه شامل من الناحية الموضوعية " .

ووصولاً إلى التنظيم المنشود يقترح مؤلفو الدليل أن يأتي المشروع محدد القواعد ، مترابطها ، في كل مادة أو فصل أو باب ، " ويتضمن الترتيب تنظيم القواعد المحددة في كل مجموعة ، فالمبادئ المستخدمة في التصنيف والترتيب هي التي تحدد الإطار العام لمشروع القانون " (٢) .

ولعله من قبيل التبويب والترتيب الصحيحين الاستهلال بتعريف المصطلحات الواردة في التقنين ، وإيراد القواعد والمبادئ التي يجب اعتبارها في فهم نصوصه وتطبيقها، على غرار المنهج المرعى في وضع مجلة الأحكام العدلية .

وقد جاء في مقدمتها ما نصه " وَهَذَا هُوَ ذَا قَدْ بُوْشِرَ تَأْلِيفُ هَذِهِ الْمَجَلَّةِ مِنْ الْمَسَائِلِ الْكَثِيرَةِ الْوُقُوعِ فِي الْمَعَامَلَاتِ عَقَبَ اسْتِخْرَاجِهَا ، وَجَمْعِهَا مِنْ الْكُتُبِ الْمُعْتَبَرَةِ وَتَقْسِيمِهَا إِلَى كُتُبٍ ، وَتَقْسِيمِ الْكُتُبِ إِلَى أَبْوَابٍ ، وَالْأَبْوَابِ إِلَى فُصُولٍ أَلَمْسَائِلِ الْفُرْعِيَّةِ الَّتِي يُعْمَلُ بِهَا فِي الْمَحَاكِمِ هِيَ الْمَسَائِلُ الَّتِي سَتُدْرِكُ فِي الْأَبْوَابِ وَالْفُصُولِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَقِّقِينَ مِنَ الْفُقَهَاءِ قَدْ أَرْجَعُوا الْمَسَائِلَ الْفِقْهِيَّةَ إِلَى قَوَاعِدَ كُلِّئِهَا مِنْهَا ضَابِطٌ وَجَامِعٌ لِمَسَائِلَ كَثِيرَةٍ أَوْتَلَقَ الْقَوَاعِدُ مُسَلِّمَةً مُعْتَبَرَةً فِي الْكُتُبِ الْفِقْهِيَّةِ تَتَّخِذُ أُدْلَةً

(١) الدليل الإرشادي للتشريعات ص ١٦٩ وما بعدها بشيء من التصرف .

(٢) الدليل الإرشادي ص ١٧١ ، وانظر : تحضير وصياغة وإدارة مشاريع المشروعات ص ١٢ . أ. صبرة ص ٥٦ - ٥٨ .

لِإثْبَاتِ الْمَسَائِلِ وَتَفْهَمُهَا فِي بَادِي الْأَمْرِ فَذَكَرَهَا يُوجِبُ الْإِسْتِنَاسَ بِالْمَسَائِلِ وَيَكُونُ وَسِيلَةً لِتَقَرُّرِهَا فِي الْأَذْهَانِ أفلَذَا جُمِعَ تَسْعُ وَتَسْعُونَ قَاعِدَةً فِقْهِيَّةً وَحُرِّرَتْ مَقَالَةٌ ثَانِيَةٌ فِي الْمُقَدِّمَةِ عَلَى مَا سَيَأْتِي^(١).
وقد استن بالمجلة فيما طالعت قانون الأحوال الشخصية السوداني رقم ٤٣ لسنة ١٩٩١،
ومشروع قانون الأحوال الشخصية القطري، فكل منهما قد خص الأحكام العامة بباب تمهيدي
حدد فيه على وجه الدقة معاني بعض المصطلحات ذات الأهمية الخاصة، ونبه على نطاق سريان
القانون، والمصدر الواجب تطبيقه عند عدم وجود نص، وضوابط تفسير الألفاظ والنصوص،
وأهم القواعد والمبادئ التي يلزم القاضي مراعاتها في تطبيق أحكام القانون، وفي رأينا أنها سنة
حسنة نود لو أن كل التقنينات تحرص عليها، وبوجه أخص التقنين البحريني المنتظر.

وفي ترتيب موضوعات التقنين يقترح الخبراء مراعاة ما يأتي^(٢).

- ١- تجميع الأحكام المتصلة أو المترابطة بعضها مع بعض في موضوع واحد، وإنشاء فصول أو أجزاء منفصلة للمجموعات المتباينة من الأحكام.
- ٢- ترتيب مجموعات الأحكام والأجزاء طبقاً للمبادئ الحاكمة لكل حكم من الأحكام على حدة.
- ٣- وضع الأحكام الرئيسة أو الأساسية قبل الأحكام الفرعية التابعة التي تقوم بتطوير أو توسيع الأحكام الرئيسة أو تعتمد عليها.
- ٤- وضع الأحكام العامة قبل أي مستثنيات منها.
- ٥- وضع الأحكام ذات التطبيق الشامل أو العام قبل التي تتناول حالات خاصة أو معينة.
- ٦- وضع الأحكام الموضوعية قبل التي تنص على كيفية ممارستها أو تطبيقها. (الأحكام

(١) عمدت إلى التمثيل بالمجلة وإن كانت على خطتها ملاحظات لما يتغافل عنه الكتاب من ذكر وبيان أثر مجلة الأحكام العدلية على كافة التقنينات العربية اللاحقة لوضعها، راجع د. فاطمة محمد سليم العوا. تأثير مجلة الأحكام العدلية على التقنينات العربية. دراسة تطبيقية على عقد التحكيم. رسالة للدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية ١٩٩٠ خصوصاً الباب الثاني منها.

(٢) تحضير وصياغة وإدارة مشاريع التشريعات ص ١٧.

- الإدارية أو الإجرائية) وفي رأينا أن الأصوب عكس ذلك ، فالقاعدة الإجرائية أسبق في الاستعمال من القاعدة الموضوعية ، وهو ما سار عليه التقنين الإماراتي .
- ٧- تقديم ما يكثر الرجوع إليه على ما دونه من الأحكام .
- ٨- تقديم الأحكام الدائمة على الأحكام الانتقالية ، ويحتمل العكس على أساس أن مرحلية الحكم تشير إلى اعتباره في الحال أو المستقبل القريب فيقدم لهذا السبب .
- ٩- مراعاة تناسق الأحكام التي من شأنها تنظيم سلسلة من الأحداث والأفعال المتصل بعضها ببعض مع الترتيب الزمني الذي تقع فيه تلك الأحداث أو الأفعال .
- ١٠- ذكر أهداف القانون في مستهله .
- ١١- شرح المفاهيم والاصطلاحات الأساسية المستعملة في القانون قبل استعمالها بالفعل .
- ١٢- تقديم حالات تطبيق أو عدم تطبيق القانون في الذكر على استعراض القواعد الموضوعية المطبقة .
- وهنا تجدر الإشارة بالقانون الإماراتي { ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ } فقد راعى هذه المبادئ التصميمية باقتدار ، فجمع أكثر القواعد ذات الصلة في صعيد واحد ، وقدم الأحكام العامة على الأحكام الخاصة ، وفي ترتيب الأحكام العامة نستطيع أن نقول إنه التزم الترتيب النموذجي المذكور هنا^(١) .
- وإجمالاً فإنه ينصح في التبويب بمراعاة العرف المرعى في تبويب عموم التقنيات^(٢) فمثلاً لو جرى العمل على التقسيم إلى أقسام ، وأبواب ، وفصول إلخ فالأفضل مجارة ذلك في التقنيات عامة، وإن كان يفضل أن يعامل التقنين معاملة البحوث فترتب أقسامه وفقراته ترتيباً منطقياً متسلسلاً فيمهد السابق للاحق ، ويبني اللاحق على السابق ، وهذا يعنى بدهاة مراعاة الصلة بين كل سابق ولاحقه لما لذلك من أهمية في تيسير الفهم ، وسهولة الاستخدام^(٣) .

(١) انظر المواد ١-١٦ .

(٢) الدليل الإرشادي ص ٦٢ ، أ. صبرة ص ٥١-٥٣ .

(٣) انظر في هذا المعنى . د. أحمد شلبي . كيف تكتب بحثاً أو رسالة . ط السادسة ١٩٦٨ ص ٨٨

٢- العيوب المتعلقة بالاصطلاح :

للعمل التقني طابعه الخاص ، والأصل فيه أنه يوضع ليحيا ما بقيت المصالح المحمية، والمفاسد المحظورة على حالتها ، كما أنه يوضع ليطبق بغية تحقيق الاستقرار وحفظ الأمن ، ولا يتأتى ذلك إلا بتضييق أسباب اللبس إلى أقل حد ممكن ، ومن الأصول الحافظة لذلك أن تكون للتقنين مصطلحاته الخاصة به ، كجزء من آليات العمل الفني التي تؤدي بها الوظائف، ويتوصل بها إلى الأهداف^(١) ، ونظرا لأن المفترض في التقنين أن يعكس الواقع الموضوعي شكلا ومضمونا فإن حسن الصياغة يقتضى استخدام أكثر المصطلحات حداثة^(٢) .

ولا شك أن الوعي الإسلامي أحرص على أدب الاصطلاح من كل ثقافات الدنيا، بل هو الذي علم الناس أن في الاصطلاح خطرا قد ينال من الاعتقاد ، أو يشوه السلوك^(٣) فقد تعبدنا المولى بقوله سبحانه ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا ﴾^(٤) وبقوله سبحانه تعالى ﴿ قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ ﴾^(٥) فقوم اللسان المسلم في النطق والكلام ، بانتقاء أحسن الألفاظ وأبلغها في أداء المعنى^(٦).

(١) د. عبد القادر الشخيلي ص ٦٠ .

(٢) المصدر السابق ص ٦١ .

(٣) راجع في الأهمية الشرعية والحضارية للمصطلح . مؤلف د. سعيد شبار " المصطلح . خيار لغوي وسمة حضارية " من سلسلة كتاب الأمة القطرية . ص ٢٠ ع ٧٨ ص ١٢ . مؤلف د. محسن عبد الحميد . المذهبية الإسلامية والتغيير الحضاري كتاب الأمة القطري العدد (٦) . وانظر أيضا : د . عبد الله البشير . المصطلحات الأصولية في مباحث الأحكام وعلاقتها بالفكر الأصولي .

بحث منشور بنظام ال Pdf على الموقع الإلكتروني ArabLawInfo الدليل الإلكتروني للقانون العربي ٢٠٠٠ .

(٤) البقرة من الآية ١٠٤ .

(٥) الحجرات من الآية ١٤ .

(٦) د. سعيد شبار ص ٣٣ . وقد عقدت في مناسبات متعددة مقارنات بين المصطلحات المتشابهة في الفقه الإسلامي والتقنيات الوضعية ، وثبت لنا بفضل الله تعالى دقة الاصطلاح الإسلامي وضعف - وأحيانا تهافت - الاصطلاح القانوني، ومثال ذلك مصطلحا { الضمان الإسلامي والمسئولية المدنية القانونية } ومصطلحا { الرعية / الرعية الإسلامية ، والوطني / المواطن الوضعي } انظر لنا . ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية . نشر مكتبة النهضة المصرية ٢٠٠٢ ، الجنسية ودور الأم في جنسية أولادها في الفقه الإسلامي والتقنيات العربية المعاصرة . دار النهضة العربية ٢٠٠١ ص ١١-٢١ .

وقد اعتنى علماء المسلمين بضبط المصطلحات وتجليتها عناية يعز وصفها ، ومن أبسط ما يشير إليها أن أكثر المعاجم اللغوية ، وما يلحق بها وضعت في الأصل لخدمة الاصطلاح الفقهي ، أمثال المصباح المنير ، والمزهر ، والتعريفات (وهو أكثر من مؤلف واحد) ، وأنيس الفقهاء ، ولغة الفقهاء للنووي ، والحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة للأنصاري ، وغيرها من المصنفات ، وقد بلغ الأمر ببعض أهل العلم أن قالوا : الوقوف على معاني مصطلحات فن ما يغنى عن معلم في ذلك الفن ؛ ففهم الفنون ودقائقها - من الفقه أو الكلام أو المنطق ، أو العلوم - يبنى على فهم اصطلاحات أهلها ، فإذا فهمت اصطلاحات أهل ذلك الفن أمكنك أن تدرك الباقي ؛ فالعقدة في الاصطلاح ، فإذا علمت الدلالات تيسر بعد ذلك فهم ذلك العلم^(١) .

وينبه العلماء إلى خطورة المصطلحات في سياسة الناس وتوجيه أفكارهم ، فكم تأثرت عقول ، وبنت أجيال مفاهيمها على مصطلحات نُشئت عليها فغذيت بها العقول والقلوب فصارت المفاهيم منطلقة من تلك المصطلحات ، التي قد تكون صحيحة أو تكون خاطئة^(٢) .

وقد أدرك المستعمرون أن من ضرورات فن سياسة الأمم معرفة طائفة من الألفاظ المؤثرة ؛ لأن فعلها أشد من فعل الأدلة العقلية غالبا ، فالناس أكثرهم عاطفيون ، ونخبة من الناس برهانيون يعتمدون على التحليل والبرهان والدليل^(٣) .

ومن هنا تتخذ بعض السياسات القانونية الحديثة المصطلحات أسلوبا لهدم المعارف الأصيلة ، وتميرير الثقافات والقيم البديلة حتى صح أن يقال : إن ثمة معركة بالمصطلحات بين الغرب والإسلام^(٤) هدف الغرب - الذي لا يخفي - منها هو " هدم الإسلام بالمصطلحات المستوردة

(١) من محاضرة مفرغة للشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ بعنوان المصطلحات وأثر هذه المصطلحات في العلم والفكر والثقافة في تاريخ الأمة الماضي ولمحة أيضا عن أثرها في الواقع المعاصر . وقد اطلعنا عليها منشورة بنظام الورد على الموقع الإلكتروني صيد الفوائد .

(٢) المحاضرة السابقة .

(٣) المحاضرة السابقة .

(٤) انظر المؤلف القيم للدكتور محمد عمارة ، والمعنون " معركة المصطلحات بين الغرب والإسلام . نشر نهضة مصر . الثانية ٢٠٠٤

{ك} "الحدائث والأصولية" (١١) ، وأهم ميادين هذه المعركة في الحاضر هو قوانين الأسرة ، بما تمثله من ضابط اجتماعي يشكل وجه الحياة ، ويوجد من الأنماط والأشكال الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية ما يميز مجتمعا عن آخر .

فقد تيقنت قوى الهيمنة والاستكبار أن الأسرة المسلمة لم تزل هي الحصن الأخير " والأمل الباقي لغرس القيم والنقل الثقافي والتوارث الاجتماعي... بل بالإمكان القول إنها المؤسسة التربوية الباقية التي لا بد من الرجوع إليها واسترداد دورها ، خصوصا عند افتقاد المؤسسات التربوية والإعلامية الأخرى جميعا ، حيث لا بد ، في مرحلة العلو والاستكبار ، التي نعيشها ، من التنبه لدور الأسرة في التحصين والبناء" (١٢) لهذا فهي على قمة المستهدف في الهجمة على الإسلام والمسلمين . وأبرز أسلحة الغزو - غير التدثر بالقانون الدولي ، وإيجاد طابور خامس في ديار المسلمين - هو عقد المؤتمرات - والندوات - الرامية إلى نسخ قيم الإسلام في عواصم بلاد المسلمين ، وطرح الكثير من المفاهيم التي كانت تبدو مستغربة ومنكرة ، بغرض التطبيع والقبول لمفاهيمها وطروحاتها... فيتقدم الشر تدريجا ، ويحتل كل يوم موقعا في الذهنية الإسلامية المستهدفة ، ويروج له من قبل

وهو بحث رائع في بابه ، ومن أقوال سيادته في تقديمه لكتابه ص ٤ " عند الفحص والتدقيق ، وفي كثير جدا من الحالات ، وبإزاء العديد من المصطلحات ، نجد أنفسنا أمام أوعية عامة ، وأدوات مشتركة بين الحضارات والأنساق الفكرية والعقدية والمذهبية ، وفي ذات الوقت أمام مضامين خاصة ورسائل مميزة تختلف فيها وتتميز بها هذه الأوعية العامة والأدوات المشتركة لدى أهل كل حضارة من الحضارات المتميزة ، وعند كل نسق أو مذهب أو عقيدة من الأنساق الفكرية والمذاهب الاجتماعية ، والعقائد الدينية ، وخاصة منها تلك التي امتلكت وتمتلك من السمات الخاصة والقسمات المميزة ما جعلها ويجعلها ذات مذهبية خاصة وطابع خاص " ويضرب سيادته ص ٤ وما بعدها مثالا لذلك بمصطلح " الشارع " و " المشرع " فهو عند الغرب على خلاف ما هو معتمد عند المسلمين ، ومن ثم " فإنه ليس من المشترك الإنساني العام حتى يصبح مصطلحها فيه ومضمون هذا المصطلح مما لا مشاحة فيه ، في أية حضارة من الحضارات " .

- (١) هكذا عنونت الدكتورة زينب عبد العزيز لمؤلفها الصادر بهذا الاسم عن دار الكتاب العربي - ٢٠٠٤ ، وفي مقدمته تقول ص ٨ عن مصطلحي الحدائث والأصولية بوجه أخص " نود التأكيد على أن استخدام نفس هذه الكلمات (الحدائث والأصولية) وفرضها على القرآن والسنة ، وإقحامها في الخطاب العام للعالم الإسلامي يعد تخريبا مرفوضا لا بد من التصدي له "
- (٢) انظر : مقدمة الأستاذ عمر عبيد حسنة لمؤلف الدكتور الحسيني سليمان جاد . وثيقة مؤتمر السكان والتنمية . رؤية شرعية . كتاب الأمة القطري . س ١٦ العدد ٥٣ . ص ١٥ (باختصار) .

المسكونين بالحضارة والثقافة الغربية في العالم الإسلامي^(١).

والتفافا على جهود المقاومة تصاغ تلك المفاهيم صياغات ماكرة ، فيها غموض وتنكير، وتَخَفُّ خلف الشعارات البراقة ، والاستعاضة عن المصطلحات المنبوذة بأخرى خفيفة الجرس، خفية المعنى ، كالجندر ، والعنف ، والتمييز، والوقاية من حالات الحمل غير المرغوب فيها (عوضاً عن مصطلح الإجهاض) وتعددية أشكال الأسرة ، والصحة الجنسية ، وصحة التكاثر، وحقوق التكاثر ، وعموماً فالوثائق الدولية التي يراد فرضها - وتحقق من ذلك الكثير في غير قطر من أقطار المسلمين - " تزخر بتعبيرات فضفاضة ، ومصطلحات مبتدعة توحى تارة ، وتؤكد صراحة تارة أخرى ، على ضرورة تبنى نقيض ما وضعه الإسلام من مقومات أساسية للأسرة"^(٢).

وعلى ضوء ذلك تبدو أهمية ضبط اصطلاحات التقنيات الأسرية وفحصها، لما تمثله من أهمية على الصُّعد المختلفة كما بينا .

٣- العيوب المتعلقة بالألفاظ والتراكيب والجمل :

تعتمد الصياغة التقنية - كمثال بقية المعارف - على مفردات متخصصة ، وككل نص ولأن التفسير يحتاج للتطبيق في الواقع فإنه يعتمد على جمل مفيدة ، وتراكيب متجانسة ، غير غامضة ولا متناقضة ، وكما يقول الخبراء : يجب أن تُعَيَّن الجمل التقنية على ضمان سهولة الفهم ، وسهولة التطبيق ، وإذا لم يستطع المختصون فهم الجملة التقنية فلن يفهمها غير المختصين من باب أولى^(٣) لذا كانت نصائحهم كالآتي :

(١) السابق ص ١٧ .

(٢) د. الحسيني سليمان جاد . وثيقة مؤتمر السكان والتنمية . كتاب الأمة السابق . ص ١٢٠ .

(٣) د. عبد القادر الشخيلي ص ٥٦ - ٥٩ ، وبلغتنا الأستاذ صبرة ص ٤٦ وما بعدها إلى أن القول بالتعبير بلغة سهلة تقترب من لغة الرجل العادي تعوزه الدقة ، فالمشكلات " التي تنجم عن التبسيط المبالغ فيه للغة القانون قد تفوق تلك التي تنجم عن الوضع الحالي ، وإذا أردنا المفاضلة بين استخدام لغة الخبير المتخصص في القانون ، ولغة الرجل العادي ، فإن الخيار الأمثل لن يكون هذا ولا ذلك ، وفي رأينا أن الحل الأفضل هو أن يكتب القانون بلغة يفهمها الرجل الرشيد ، الذي يمتلك من الفطرة والفتنة والحكمة ما يجعله يفهم لغة القانون بسهولة".

أ- استخدام كلمات لها معانٍ فنية^(١).

ب- الحرص على المؤلف من المفردات^(٢) لاسيما إن كانت مستعملة من قبل ، فمستخدمو التقنين قد اعتادوا على هذه المفردات مهما كانت عتيقة ، وهذا الحرص إن كان مطلوباً في عموم المعاملات فهو في قضايا الأضرار، والأصل فيها المنع^(٣) أو جب ، ومما يدرج في نطاق المأثور القول بأن " اللغة القانونية هي في المقام الأول لغة مرئية ، كتبت لا لكي يتم التحدث بها على نطاق واسع ، وإنما لكي يتم التمعن فيها في صمت"^(٤).

وبضم هذا إلى ما سبق في الكلام عن الغزو بالمصطلحات فإنه يتحتم على لجان التقنين الحرص على المفردات المرعية في الفقه الحنيف^(٥).

ج- الابتعاد عن الغموض والمبهمات ، وعلى سبيل المثال النص على أن لشخص ما حقاً دون

(١) الدليل الإرشادي ص ٦٣ وما بعدها .

(٢) الدليل الإرشادي ص ١٧٤ . وقد وقع واضح القانون ١٠٠ / ١٩٨٥ في هذا الخطأ " فقد حرص في صياغة المادة الحادية عشرة مكرر ثانياً على ألا يصف الزوجة الخارجة عن طاعة زوجها بالنشوز، ولم يبرر حتى في المذكرة الإيضاحية سر ابتعاده عن هذا المصطلح الشرعي ، ويبدو أن المقنن حرص على أن يأتي بصيغة تفرح النساء كحرصه - كما يقول أستاذنا الدكتور العطار - على أن يأتي بدعوى الاعتراض على طلب الطاعة ليفرحن بأنهن المدعيات لا المدعى عليهن . راجع لنا " أجوبة السائلين والسائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين " . نشر مكتبة النهضة ، ص المصرية ٢٠٠٥ ص ٢٠٧ ، ولأستاذنا الدكتور العميد عبد الناصر العطار . " الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ " ص ٧٥ .

(٣) د. على أحمد الندوي . القواعد الفقهية . ط . الخامسة دار القلم ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ ص ١٤٣ .

(٤) أ. صبرة ص ٣٣ .

(٥) وفي مثل هذا المعنى يقول الأستاذ عمر عبيد حسنة . في تقديمه لمؤلف سعيد شبار . " المصطلح خيار لغوي وسمة حضارية " . يقول : لابد من حراسة النص ، شكلاً ومعنى ، ولا بد من مرجعية لغوية تعابير بها المعاني ، وتشكل أدوات توصيل لها ، فقضية اللغة ودلالاتها والعبث بأدوات التوصيل تعتبر من أخطر الأشياء التي تهدد دلالات النص الديني ، وبالإمكان القول : بأنه عند العجز عن العبث المباشر بالنص الديني ، وتحقيق الإصابة له ، لما يمكن أن يحيط بذلك من الاستفزاز والتحدي والمواجهة يكون التحول من العبث بالنص إلى العبث بأداة توصيله ، ومن ثم توجهت كل السهام إلى وسيلة الاتصال والمواصلة ، اللغة العربية ومعهود العرب في الخطاب ولعل المعركة الأخطر اليوم التي قد يصعب تجنيد الأمة بجميع شرائحها هي معركة المصطلحات ، التي تشكل أدق مواقع الغزو الثقافي ، ولا يمكن أن ينهض بها إلا العلماء العدول فالمصطلح هو مفتاح العلم والثقافة ، وبدون القدرة على استيعاب المصطلحات وتوليدها وفهمها لا يمكن استقرار علم ولا فهم . أ. هـ بتصرف يسير .

تحديد الملتزم به ، فإنه عيب ينبغي تلافيه ، وأسوأ منه أن تبني الجمل على جهالة الفاعل تماما ، والصواب استخدام صيغة المبني للمعلوم التي يمثل فيها فاعل الجملة المخاطب بحكم القاعدة القانونية .

د- اعتماد الجمل القصيرة بقدر الإمكان ، فالمفترض أن تكون لغة التقنين خالية من التكرار والتزيد لأن النص الذي يحوى تزييدا أو عبارات لا لزوم لها يثير إشكالات يحسن البعد عنها ، وبافتراض الدقة وحسن السبك فإن الجمل الطويلة مما يصعب فهمه، وتفاديا لذلك ينصح باستخدام الفقرات والبند في المعالجات التي تقتضى نصوصا طويلة البناء .

هـ - وبوجود أخطاء مادية في بعض النصوص القانونية لا مفر من التنبيه على ضرورة عرض الصياغة على مدققين إملائيين ، ولغويين محترفين لتفادى أخطاء الرسم والإعراب^(١) .

وفي خاتمة هذا الفصل:

أننا إذ ارتضينا القول بمشروعية التقنين فلا بد أن يكون التقنين محققا للأهداف التي أجاز من أجلها ، وإلا فسيكون كما يقول المعارضون مجرد خروج على عمل السابقين دون نتيجة تذكر، من هنا نؤكد على ضرورة التأهيل الجيد للهيئات المنوط بها صياغة التقنينات ، تأهيلا تتفادى به العيوب التي نبهنا عليها ، ويحقق الميزات المستهدفة والغايات المنشودة .

والطريق إلى ذلك في رأيي - وهو قول جميع المسوغين للتقنين - يستلزم الانفتاح على المذاهب الفقهية المعتمدة، وآراء المفتين من الصحابة والتابعين، وأخذ أفضل ما في كل منها في كل مسألة، بعد النظر والتمحيص في ضوء الأدلة وقواعد الاستنباط، إذ لا يوجد مذهب واحد يحتوي على الراجح في كل مسألة، ويستتبع ذلك بالضرورة زيادة العناية بدراسة الفقه المقارن في كليات الشريعة ، وكليات القانون ، وخدمة المصنفات الفقهية بمؤلفات جديدة تعنى ببيان الراجح في

(١) ينقل الأستاذ صبرة ص ٣٩ عن ميكائيل زاندر قوله " من واقع خبرتي لا تكفي الكفاءة القانونية العامة وحدها لأن تؤهل المرء لأن يكون صائغا جيدا ، وإن رجل القانون الكفاء الذي يفتقد إلى الخبرة العملية في فن الصياغة لا يستطيع أن يؤدي هذه المهنة بشكل مقبول" .

المذاهب ، وأساسه الشرعي ، ووضع القواميس الجامعة لاصطلاحات الفقه وشروحها ، ودراساتها ، وضبط ترادفاتها ، ومن جانب آخر رصد الاصطلاحات الغازية والمستجدة وبيان ما فيها من ميزات وسلبات بموضوعية وتجرد .

وإننا لنؤكد من جانب آخر على ضرورة التأييد في وضع مشروعات التقنيات المستقاة من الفقه الإسلامي ، وعلى طرح هذه المشروعات على المحافل العلمية المحترمة ، واستشارة جموع الباحثين لدراساتها وإبداء الرأي فيها ، موضوعا وشكلا ، وأخذ كل ذلك في الاعتبار .

ومما نحفز إليه أن تحرص الجهات الواضعة والناقذة جميعا على أن يكون على رأس عملها الاستفادة من جهود المجامع الفقهية ، وأن تولى قراراتها خصوصا تلك التي أجمع عليها أهمية خاصة في الاختيار التقني ، فلا شك أن آراء بحثت وتجادل الناس حولها ، ومالوا جميعهم ، أو أكثرهم ، إلى قبولها لأقرب إلى الصواب مما لم يحظ بهذه الدراسة .

ثم إنه لمن التفريط ألا يستفاد من الجهود السابقة خصوصا تلك التقنيات التي مضى على تطبيقها في الواقع زمن طويل ، وحظيت بالتطبيق القضائي المنتظم دون شكاية أو اعتراض ، وأثمرت في الواقع نتائج إيجابية ، وليس من ذلك بداهة تلك النصوص التي خرقت الإجماع ، وجافت الأعراف ، وبنيت على الآراء الشاذة والمصالح المتوهمة .

وإنه لمن المهم لتقييم مشروعات التقنيات أن ترفق المشروعات بمحاضر الجلسات المتضمنة إجابات على أسئلة من نوع :

لماذا هذا الحكم ؟ ... ومن أين استقى ؟ ... وما هي الرؤى البديلة ؟ وما السوابق التقنية والقضائية التي سارت عليه ؟ ... وما سر العدول عن الحكم المعتمد قبلا ؟ ... إلخ مثل هذه الاستفسارات ، ليكون الناظرون على بينة بكل جوانب المشروع فيأتي رأيهم جامعا ، ونقدتهم أقرب إلى الصواب .

الفصل الثالث

قراءة تقويمية في نصوص مسودة مشروع القانون

تمهيد وتقسيم :

بعد ما استعرضناه من ضغوط رافقت وضع المسودة محل النظر ، وما استطعنا ضبطه من قواعد موضوعية وشكلية لوضع القوانين بعامة وصياغتها، وقوانين الأسرة على وجه الخصوص ، نصل إلى الفصل التطبيقي المستهدف أصلا بهذه الدراسة ، فغرضنا الأصيل أن نتحسس أثر الضغوط المختلفة فيما اشتملت عليه المسودة من أحكام ، ونقيس مدى حرص واضعيها على مراعاة أصول التقنين الأسري من جانب آخر .

وقد سبق أن وصفنا مسودة المشروع في الفصل الأول فنحيل إليه ، ونركز هنا على تقسيم نضجه لقراءتنا نطبق من خلاله ما رصدناه من ضغوط وما رسمناه من أصول ، وقد رأيت أن أحصر عملي هنا في طريقتين :

أولهما : في استعراض ما أراه حسنا أتت به مسودة المشروع ، وهو بفضل الله تعالى كثير .
والثاني : في رصد ما أحسبه استجابة غير موفقة للضغوط المختلفة ، أو رعاية أغراض أخرى على حساب العمل التشريعي ، أو سهوا عن الأصول المرعية فيه .
أما المشتهر والمعتاد من الأحكام التي تضمنتها المسودة فلن أقف عنده، على أن سكوتي عليه يعني قبولي به على حالته .

وسنحاول في المباحث الآتية أن ننبه على مظان التميز ، واحتمالات القصور تباعا ، إلا في المواضيع التي سبق أن أنجزنا حولها دراسات سابقة فسنحيل إلى هذه الدراسات، في غير المواضيع ذات التميز الظاهر ، أو المشبوهة بقصور لا يحسن - في رأينا - عدم التنبيه إليه .

وكما تقدم تضم المسودة اثنتين وخمسين ومائة مادة موزعة على قسمين ، وخصت الأحكام الختامية بأربع مواد ، أما القسم الأول فيعالج الزواج وآثاره ، ويعالج القسم الثاني الفرقة بين الزوجين وآثارها ، وتتناول المواد الباقيات - كما قلنا - أحكاما ختامية .

ونظرا لاعتبار عمومية المواد الختامية رأيت أن أستهل الفصل بالتنبيه على ما تضمنته هذه المواد من مميزات ، وما أراه قد شابهها من عيوب، ثم اتبعه بالدلالة على مظان التميز ، واحتمالات القصور في القسم الأول ، ثم القسم الثاني على الترتيب .

المبحث الأول مضان التميز والقصور في المواد الختامية المطلب الأول ضمان دستوري ضد العجلة في التعديل

يحسب للمجلس العلمائي الجعفري إعلانه إلى أولي الأمر أن يرعوا ما تم الاتفاق عليه بين علماء الطائفة الجعفرية في مجلس السيد جواد الوداعي بتاريخ ١٦/شوال/ ١٤٢٦هـ / ١٩/ ١١/ ٢٠٠٥م وذلك إما بصدر قانون لأحكام الأحوال الشخصية الجعفرية بضمنان دستوري، وإما أن يعتمد رأي المرجع الأعلى للشريعة في النجف الأشرف بعد صدور قرار إلزامي غير قابل للتغيير من قبل المجلس الأعلى للقضاء .

ولا شك أن إجابة الرغبة الأولى أيسر باعتبار السيادة ، بل هي محل رعاية جلالة ملك البلاد في ديباجة تعديل الوثيقة الدستورية ، وأساس توجه إرادته السامية التي تقرر في ديباجة الدستور بصريح القول " ولقد انبثقت تعديلات الدستور من أن شعب البحرين العريق مؤمن بأن الإسلام فيه صلاح الدنيا والآخرة، وأنه لا يعني الجمود ولا التعصب، وإنما يقرر في صراحة تامة أن الحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها أخذها ، وأن القرآن الكريم لم يفرط في شيء، وتحقيقاً لذلك كان من الضروري أن نمد السمع والبصر إلى كل تراث الإنسانية شرقاً وغرباً ، لنقتطف منه ما نراه نافعا وصالحا ومتفقاً مع ديننا وقيمنا وتقاليدنا وملائمًا لظروفنا " .

وتقول المذكرة التفسيرية للوثيقة الدستورية " وفي إطار ما اتجهت إليه الإرادة الشعبية من مبادئ ضمنيتها الوثيقة ، جاءت التعديلات الدستورية ، وكان رائدها في ذلك :

١- إعطاء الشريعة الإسلامية الغراء نصيباً من التطبيق أكبر مما كانت عليه في الدستور قبل تعديله ، وأكدت التعديلات بذلك أن الشريعة الإسلامية باقية في ضمير الشعب، وأنها تحتل مكانها اللائق بها.

فقد نص الدستور قبل تعديله في المادة (٢) على أن دين الدولة الإسلام، وأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، وفي المادة (٦) على أن تصون الدولة التراث الإسلامي ، وفي

البند (ب) من المادة (٧) على رعاية التربية الدينية في مختلف مراحل التعليم وأنواعه .
وجاءت التعديلات الدستورية لتوسع من هذا الاتجاه ، فلم تقف عند هذه النصوص وحدها، بل امتدت إلى إظهار انعكاسات أحكام الشريعة الإسلامية وآثارها على نصوص أخرى من نصوص الدستور .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٣٣) من أن الملك هو الحامي الأمين للدين ، حتى تكون مسئولية حماية هذا الدين موكولة إلى رأس الدولة وأعلى سلطة فيها، مما يحقق حماية أكبر له .

ومن ذلك أيضا الأخذ بنظام مجلس الشورى إلى جوار مجلس النواب (المادة ٥٢ وما بعدها) تنفيذاً لقوله تعالى ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ ، ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ ، وتأسياً بسنة رسول الله في المشورة والعدل ، وتأكيده التوسع في هذه المشورة بالنص على الاستفتاء الشعبي في المادة (٤٣) .

ولقد استحدث أيضاً في مجال تأكيد دور الشريعة الإسلامية كأساس لنظام الحكم في المملكة ، نص المادة (٥) على ضرورة كفالة الدولة للمساواة بين المرأة والرجل دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وما نصت عليه المواد (٢٣، ٢٤، ٢٧) من أن حرية الرأي والبحث العلمي والصحافة والطباعة والنشر وتكوين الجمعيات والنقابات لا يجوز أن تتضمن مساساً بأسس العقيدة الإسلامية ، فالالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية والأسس التي يقوم عليها الدين الإسلامي الحنيف هو القيد الأساسي على ممارسة هذه الحريات والحقوق جميعها .

فكل هذه النصوص قد جاءت لتؤكد ضرورة أن تكون الشريعة الإسلامية -بمعنى الفقه الإسلامي - مصدراً رئيساً للتشريع ، وهي التي توجه المشرع وجهة إسلامية أساسية ، دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها بما لا يخالفها، مسايرة لضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن " أ.هـ

وفي هذا السياق نص بالمادة ١٢٠ / ج على أنه " لا يجوز اقتراح تعديل المادة الثانية من هذا الدستور "

ورغبة في استقرار وضع الرقابة على دستورية القانون، أثر التعديل الدستوري أن يتضمن نص الدستور ذاته تحديد جهة الرقابة وإيضاح المبادئ التي تحكم تنظيمها فنصت المادة (١٠٦) على أن " تنشأ محكمة دستورية ، من رئيس وستة أعضاء يعينون بأمر ملكي لمدة يحددها القانون ، وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح " .

ومع النص الصريح في المادة ٧٠ من الدستور على أنه " لا يصدر قانون إلا إذا أقره كل من مجلسي الشورى والنواب ، أو المجلس الوطني ، بحسب الأحوال ، وصدق عليه الملك " فإن تشدد الوثيقة الدستورية - حسب المادة ١٢٠/أ - في تعديل حكم ما من أحكام الدستور قد أغرى اللجنة المشكلة لوضع المسودة أن تنزل نصوص المشروع المقترح منزلة الدستور ، فنص في المادة الأخيرة من المسودة على أن " لهذا القانون صفة قوة القانون الدستوري ، فلا يعدل إلا بالكيفية التي تعدل بها نصوص الدستور ، بعد الرجوع لذوي الاختصاص الشرعي ممن يعينهم جلاله الملك " .

وهو نص متفرد ، لم نقف على نظير له في كافة قوانين الأسرة العربية المسلمة .

ولسنا نوافق القول بتزيد المسودة في هذا النص ، بمقولة الاستغناء عنه بالنصوص الدستورية المؤكدة على مصدرية الشريعة وحماية أحكامها ، سواء من قبل رأس السلطة في البلاد ، أم بتولي المحكمة الدستورية رقابة دستورية القوانين ، نظرا لما يمكن أن يقع من تأخر في البت في أمر الدستورية على ما هو معهود من عمل المحكمة الدستورية العليا في مصر ، بل هو ضمان إضافي ضد أي ضعف قد ينال من الثقة في العدالة بسبب أو بآخر ، لاسيما أن آلت منصة الدستورية إلى قيادات يخشى ألا تنزل أحكام الشريعة ، مكانة أو تحديدا، منزلتها اللائقة في نظر المؤمنين بها طريقا إلى فلاحى الدنيا والآخرة^(١) .

(١) ومع موفور احترامنا للمحكمة الدستورية العليا المصرية وقضاتها فإنها في نطاق التطبيق الزماني لنص المادة الثانية من الدستور المصري تقع في تناقض عجيب ، ففي حين تقضي بعدم دستورية نص ما في أي قانون كلما كان مناقضا لحكم أية مادة من مواد

المطلب الثاني التوسع في طرق الإثبات وضوابطه

بمطالعة بعض الأحكام البحرينية الصادرة في قضايا أسرية ، خصوصا دعاوى التطبيق للضرر ، وعلى أساس ما يذكره بعض المطلعين على التطبيق القضائي لأحكام الأسرة في محاكم البحرين^(١) فإن الدائرة الشرعية السنية - وهي ذات مرجعية فقهية مالكية غالبا- تتشدد في قبول بعض الأدلة ، كما تتشدد في ضوابط المقبول منها إلى الحد الذي أضرب بعض المتقاضيات ، ودفعهن إلى النزول على مقترح الطلاق الخُلعي ، مع ما يترتب عليه من خسارة مالية تلحق بالمرأة ، وقد تلحقها وصغارها أضرار أخرى إذ تصالح على التنازل عن حضانتهم مقابل الخلع ، بيد أنها لم تهرع إلى القضاء إلا مستنجلة أن يرفع عنها ما ينزله بها الزوج من ضرر ، فتبلى بضر أكبر .

وقد جاءت المسودة بسلسلة من الأحكام المصححة لهذا الوضع ، منها:

إبطال أن يكون بدل الخلع هو التخلي عن حضانة الأولاد ، ولا عن أي حق من حقوقهم، دون

اعتبار لرضا المختلعة أو طلبها (م ١٠٢ من المسودة) وسيأتي.

ومنها إعادة النظر في اعتبار الأدلة الثبوتية وضوابط أعمالها ، وهو ما نعى ببحثه هنا .

أولا : الإثبات في اللغة : إقامة الحجة .

ويطلق عند الفقهاء بمعنيين ، أحدهما - وهو المراد هنا - إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق

التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية^(٢).

الدستور عدا المادة الثانية فإنها تخص المادة الثانية بقيد مفاده عدم سريان أحكامها إلا بالنسبة للتشريعات التالية لتعديلها في ١٩٨٠/٥/٢٢ ، وكانت النتيجة أن المحكمة قضت بدستورية مجموعة مواد تخالف الشريعة تماما بدعوى أنها صدرت قبل صدور الدستور المصري ، وهذا من أسباب امتداحنا الضمان البحريني .

(١) راجع الفصل السادس من فصول أطروحة الدكتور أحمد العطاوي .

(٢) راجع : المصباح المنير ، مادة ثبت ، د . محمد الزحيلي . وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية - رسالة للدكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر - ط ثانية - نشر مكتبة المؤيد ودار البيان . ١٤١٤

ثانياً : وقد اختلف أهل العلم^(١) في البينة التي يستند إليها القاضي في حكمه، هل هي محصورة بأدلة بعينها، أو هي طليقة عن الحصر، ومثل هذا الاختلاف نظيراً لما هو مقرر بالفقه القانوني^(٢) تحت اسم الأدلة الثبوتية أو الإثبات المقيد، والأدلة الإقناعية، أو الإثبات الحر، وبينهما ما يسمى بالمنهج المختلط.

وقد اختار العلامة ابن القيم، المنهج الموسع، وشرحه بإسهاب في كتابه " الطرق الحكمية"، وطبقه في مواضع عدة من " إعلام الموقعين"، وفي ذلك يقول - رحمه الله -: "البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين أو الشاهد لم يوف مسماتها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان، كذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "البينة على المدعي"^(٣) - رواه الترمذي وغيره - والمراد به أن عليه ما يصح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة: متقاربة في المعنى، وقد روى ابن ماجه وغيره عن جابر بن عبد الله قال: "أردت السفر إلى خيبر، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإذا طلب منك آية، فضع يدك على ترقوته"^(٤) فهذا اعتماد في الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة، وإقامة لها مقام الشاهد،

(١) يراجع في التفصيلات . د . محمد الزحيلي . وسائل الإثبات ٢ / ٦٠٤ - ٦٢٠ ، أستاذنا الدكتور نصر فريد واصل . نظرية الدعوى والإثبات . ط أولى . دار الشروق ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ ص ٢٣ وما بعدها ، د . أحمد فتحي بهنسي . نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي . ط خامسة . دار الشروق ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٥ ص ١١ - ١٣ .

(٢) انظر : مؤلف الزميلين . د . محمد سعد & د . عبد الحميد عثمان . أحكام قانون الإثبات . من مطبوعات جامعة البحرين . ص ١٤ - ١٩ .

(٣) الحديث ورد بروايات منها ما هو متفق عليه، وعبارة المتن من رواية الترمذي في سننه برقم (١٣٤١)، انظر . نصب الراية للزيلعي . ٤ / ٣٩١ ، سبل السلام للصنعاني ٤ / ١٣٤ .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه برقم ٣٦٣٢، وسكت عنه، وقد قال في رسالته لأهل مكة: كل ما سكت عنه فهو صالح، والحديث احتج به ابن حزم في المحلى ٨ / ٢٤٤، وقال في المقدمة: "لم نحتج إلا بخبر صحيح من رواية الثقات مسند". راجع برنامج تيسير الوصول إلى أحاديث الرسول . على موقع الدرر السنية . رقم 157285 ، ورقم 50391 ، ومواضع أخرى عدة .