فلسفة التشريع في أحكام الأسرة والمقاصد الشرعية
دراسة في فلسفة القانون

دكتور / فايز محمد حسين محمد
أستاذ ورئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

لا ينكر أحد ما لفلسفة القانون من مكانة متميزة وهامة في ميدان الفكر القانوني، وقد كانت وما زالت محلا لدراسات عديدة، من حيث النشأة والتطور والوظائف والاتجاهات. واعتاد الشراح على تطعيم دراساتهم القانونية الوضعية بتحليلات فلسفية قانونية، حتى يضفوا عليها التأصيل العلمي والتمحيص الفلسفي الدقيق. وتحتل دراسة فلسفة القانون في الوقت الحاضر، مكانة مرموقة في الجامعات الأوربية والأمريكية. ولقد شهدت أوربا، بوجه خاص، ميلاد الرواد الأوائل لفلسفة القانون. وبدأ الاهتمام بها مؤخرا في بعض الجامعات العربية. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخري، فلقد جرى العرف على استخدام مصطلح أحكام الأسرة ومصطلح الأحوال الشخصية كمترادفين، مع إن الجميع يعرف إن بينهما اختلاف كبير، وأن المصطلح الصحيح في الفقه الإسلامي هو مصطلح (أحكام الأسرة) أما مصطلح الأحوال الشخصية فهو مصطلح غربي النشأة. ويشير مصطلح أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) إلي مجموعة الأحكام المتعلقة بالزواج والفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد والميراث والوصية وما تضمنته قوانين الأحوال الشخصية التي وضعت في الدول الإسلامية[1].

(١) إن مصطلح مسائل الأحوال الشخصية من الاتساع بحيث يشتمل على مواد تنتمي إلى ما يسمى بالولاية على النفس وأخرى تحكم ما يسمى الولاية على المال، ونظراً للارتباط الوثيق بين الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية في مجال الأحوال الشخصية، فإنه يوجد تنظيم إجرائي خاص لمسائل الولاية على النفس يختلف كثيراً في كثير من جوانبه للتنظيم المقابل لمسائل الولاية على المال). انظر: د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، ط ٢٠٠٠، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٨ وما بعدها.

وتنصب فلسفة القانون على دراسة ماهية القانون ومقاصده (غاية القانون – أهداف القانون) ومنهجه والقيم القانونية. وتعتبر دراسة غاية القانون أو أهداف القانون من أهم دراسات فلسفة القانون. ولما كانت المقاصد الشرعية تشير إلى أهداف وغاية التشريع. فمن هنا مظهر الالتقاء بين فلسفة القانون وفلسفة المقاصد الشرعية.

ونركز في هذه المقالة على معالجة الخطوط العامة لفلسفة التشريع في أحكام الأسرة (الأحوال الشخصية) والمقاصد الشرعية - دراسة في فلسفة القانون في ضوء التنظيم التشريعي لمسائل الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري.

وترتيبا على ما سبق، ستكون خطة الدراسة على النحو الآتي :

المبحث الأول: أساسيات فلسفة القانون والمقاصد الشرعية ومقاصد الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: التحليل الفلسفي القانوني المقاصدى لفلسفة التشريع في الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري.

المبحث الأول

أساسيات فلسفة القانون والمقاصد الشرعية ومقاصد الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

ماهية فلسفة القانون

يعتبر الفيلسوف الألماني هيجل Hegel هو أول من استعمل اصطلاح فلسفة القانون philosophy of Legal philosophy law ولقد ازدهرت الدراسات الفلسفية في القانون، تحت تأثير ردود الفعل العكسية للاتجاهات الشكلية التي سادت في القرن التاسع عشر. وتنوعت اتجاهات فلسفة القانون، وصارت محل اهتمام دولي، وتم تدريسها في الكثير من الجامعات الأوربية والأمريكية وفى الدارسات العليا وفي مرحلة الليسانس في بعض الجامعات العربية.

ولقد اختلف الشراح حول وضع تعريف محدد لمصطلح فلسفة القانون. فمن ناحية نجد الأستاذ J. Darbellay يري أن فلسفة القانون

هي: "جزء من الفلسفة المطبقة على المعرفة العميقة للقانون والعدالة والقيم الأخلاقية التي يتضمنها النظام القانوني والتي يحركها المجتمع السياسي".[1]. ويرى الأستاذ برت لاجراساي J.B.Dela Gressaye أن فلسفة القانون هي: "دراسة للمشاكل الأساسية للقانون وهى أساس وغاية ومحتوى القانون"[2]. ويرى الأستاذ البلجيكي جان دابان Dabin أن فلسفة القانون هي: "انعكاسات فلسفية على القانون وعلى العلوم القانونية" وترتيباً على ذلك، فينادي الأستاذ دابان بضرورة أن يكون فيلسوف القانون فقيها وفيلسوفاً في آن واحد [3]. ويرى الأستاذ هارت H. L. A.Hart من أنصار الاتجاه الحديث في الوضعية القانونية التحليلية الجديدة[4]، أن فلسفة القانون هي "فرع من العلوم القانونية تتناول معالجة أمور ثلاث هي: مشاكل تعريف القانون وتحليله، مشكلة الاستدلال القانوني Legal reasoning ومشاكل التقسيمات القانونية".[5] ويعرف الأستاذ كريستيان أتياس Ch. Atias فلسفة القانون تعريفاً دقيقاً إلى حد كبير، فيقول "فلسفة القانون تنصب على التساؤل عن: ماهية القانون، وأهدافه، ووسائله، وأساسه"[6].

---

(1) A.P.D, P. 113.
(2) IBID., P. 96.

(٣) راجع:
J. DABIN, Qu'est la philosophie du droit, in A. Phi., D., 1962. P. 112.

(٤) راجع: د. محمد نور فرحات: الفكر القانوني والواقع الاجتماعي، القاهرة، دار الثقافة للطبع والنشر، ١٩٨١؛ د. السيد العربي حسن، القانون والأخلاق والقيم في المجتمعات العلمانية، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٠، ص ١٠٤ وما بعدها؛ د. فايز محمد حسين: الوضعية القانونية، القاهرة، ١٩٩٦.

(٥) راجع:
H.L.A.HART: Problems of the philosophy of law, in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford, clarendon press, 1983, P. 89.

(٦) راجع:
CH.ATIAS Sciences des légalistes savoir des juristes, Aix – Marsielle P.u. d Aix, 1991, P. 42 – 43; J.M.TRIGEAUD, Humanisme de la liberté et philosophie de la justice, T.I., op. , cit., P. 22

وفى اعتقادنا يمكن تعريف فلسفة القانون على النحو الآتي (أحد العلوم القانونية المساعدة التي موضوعها هو دراسة جوهر القانون والقيم القانونية والمنهج القانوني). ويتضح من هذا التعريف إن محاور دراسة فلسفة القانون هي: دراسة أهداف القانون؛ دراسة طبيعة القانون، دراسة القيم القانونية، وأخيراً دراسة المنهج القانوني. والمحاور السابقة ترتبط بأوجه كثيرة بالمقاصد الشرعية.

المطلب الثاني

ماهية المقاصد الشرعية وصورها وأهميتها

أولاً: ماهية المقاصد الشرعية:

الأمر الثابت هو أن: (الشرائع كلها وبخاصة شريعة الإسلام جاءت لما فيه صلاح البشر في العاجل والآجل.. واستقراء أدلة كثيرة من القرآن والسنة الصحيحة يوجب لنا اليقين بأن أحكام الشريعة الإسلامية منوطة بحكم وعلل راجعة للصلاح العام للمجتمع والأفراد)[1]. وبناء على ما سبق، فتحقيق صالح الدنيا والآخرة هو المقصد العام للشريعة الإسلامية، وتقترن المقاصد بجوهر الشريعة، فالأحكام تدور حول المصالح[2].

ووردت عدة تعريفات للمقاصد الشريعة منها نذكر: "مقاصد الشريعة هي المعاني والأهداف الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها أو الغاية من الشريعة، والأسرار التي وضعها عند كل حكم من أحكامها"[3]. وقيل أن مقاصد الشريعة هي: (المعاني والحكم العامة

---

(١) الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، طبعة دار سحنون للنشر والتوزيع – دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط ٤، ٢٠٠٩، ص ١٤.

(٢) يقول الشيخ محمد مصطفى شلبي في رسالته القيمة تعليل الأحكام (.... رأيت الأحكام تدور حول المصالح، ومناط الحكم أو الإفتاء هو ما يترتب على الأمر من صلاح أو فساد، وأن المصلحة نالت القسط الوفير، وتربعت في مكانها اللائق بها عند هؤلاء .....) انظر: تعليل الأحكام - عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد، مطبعة الأزهر، ١٩٤٧، ص ٦.

(٣) د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٢٦.

والغايات التي قصد الشارع تحقيقها من تشريع الأحكام جلبا لمصالح العباد في الدنيا والآخرة) [١]. (الغايات والأسرار التي وضعها الشارع في كل حكم من أحكامها لأجل تحقيقها لمصلحة العباد) [٢]. (المقاصد الشرعية هي الأمور المقصودة بالتكاليف الشرعية أي التي ترجع إليها التكاليف الشرعية) [٣]. (المقاصد الشرعية هي الغايات التي أرادها الشارع في تشريعه لتحقيق مصالح الخلق في الدنيا والآخرة) [٤].

وبناء على ما سبق، يتضح أن المقاصد الشرعية هي الغايات؛ ويمكن فهمها من خلال التساؤل عن: ما الهدف الذي من أجله شرعت الأحكام؟ البيع، ما الغاية من إنه أبيح، الإجارة؛ ما الغاية في إنه أذن بها. القتل العمل: ما الغاية انه يقتص من القاتل ؟ من قتل خطأ؛ ما الغاية التي من أجلها شرع أن تؤخذ منه الدية ؟ [٥]. والمقاصد الشرعية يكمن أساسها في مجموعة الأوامر والنواهي التي مصدرها القرآن والسنة والاجتهاد.

ويشترط لاعتبار المقاصد أن يكون المقصد ثابتا ظاهرا منضبطا مطردا[٦]. وقد ثبت بالاستقراء وتتبع الأحكام المختلفة في الشريعة أن المقصد الأصلي لها هو تحقيق مصالح العباد وحفظ هذه المصالح ودفع

---

(١) انظر:
www.islamtoday.net /bohooth/services/printart-32-10754.htm

(٢) أحمد إدريس عبده: مقاصد الشريعة الإسلامية، رسالة المسجد، العدد الخامس، ديسمبر، ٢٠٠٣، ص ٧.

(٣) بلوغ السول وحصول المأمول في شرح منظومة مرتقى الوصول إلى الضروري من علم الأصول، في:
www.ahlahdeed.com/vb/showthread.php?t=76247

(٤) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، شريط مفرغ إعداد سالم الجزائري، ص ٢- ٣.

(٥) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ : المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٢- ٣.

(٦) المراد بالثبوت: أن تكون تلك المعاني مجزوما بتحقيقها أو مظنوناً قريبا من الجزم. والمراد بالظهور: الاتضاح بحيث لا يختلف الفقهاء في تشخيص المعنى، مثل حفظ النسب الذي هو المقصد من تشريع الزواج، فهو معنى ظاهر. والمراد بالانضباط: أن يكون المعنى قدر أو حد غير مشكوك فيه بحيث لا يتجاوزه ولا يقصر عنه. ويقصد بالطراد: ألا يكون المعنى مختلفا باختلاف الأزمان والأماكن ... .. . د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

الضرر عنهم ؛ إلا أن هذه المصالح ليست هي ما يراه الإنسان مصلحة له ونفعا حسب هواه، وإنما المصلحة ما كانت مصلحة في ميزان الشرع لا في ميزان الأهواء والشهوات [١].

والمقاصد الشرعية علم أصيل من علوم الشريعة ولد في رحم علم أصول الفقه وتطور ليصبح علما مستقلا [٢]. ويعتبر الشيخ ابن عاشور أول من نادي بكون مقاصد الشريعة يجب أن تكون علما مستقلا بذاته له أركانه وأسسه وقواعده [٣] وبعد هذه الدعوة بدأ فكر الباحثين يتجه نحوها بجدية تامة وبدأت الكتابات الحديثة بالمقاصد تنطلق من هذا الأساس الذي أصبح اليوم أمراً متفقا عليه [٤].

فالمقصد العام للشارع من تشريعه الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بكفالة ضرورياتهم وتوفير حاجياتهم وتحسيناتهم. فكل حكم شرعي ما قصد به إلا واحد من هذه الثلاثة التي تتكون منها مصالح الناس. ولا تراعى التحسينات إذا كان مراعاتها في مراعاتها أخلال بالمصالح الحاجية ولا تراع الحاجيات ولا التحسينات، إذا كان في مراعاة احدهما إخلال بما هو ضروري. فالأحكام التي شرعت لحفظ الضرورات تم تكميلها بتشريع أحكام تحقق هذا المقصد على أكمل وجوهه وما سبق يوضح المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام الشرعية، سواء أكانت

---

(١) د. احمد إدريس عبده : مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧ .

(٢) انظر :

www.almothqaf.com/index.php? Option= com

(٣) حيث ألف الشيخ الطاهر ابن عاشور مؤلف عن المقاصد الشرعية بعنوان (مقاصد الشريعة الإسلامية). ولقد أشار المؤلف إلى أن الهدف من كتابه هو (... وإني قصدت في هذا الكتاب خصوص البحث عن مقاصد الإسلام من التشريع في قوانين المعاملات والآداب التي أرى أنها الجديرة بأن تخص باسم الشريعة، والتي هي مظهر ما رعاه الإسلام من تعاريف المصالح والمفاسد وتراجيحها، مما هو مظهر عظمة الشريعة الإسلامية بين بقية الشرائع والقوانين والسياسيات الاجتماعية لحفظ نظام العالم وإصلاح المجتمع). الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، طبعة دار سحنون للنشر والتوزيع – دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط ٤، ٢٠٠٩، ص ٨.

(٤) بن زغيبة .. مرجع سابق، ص ٦٦.

تكليفيه أم وضعية [1]. مع ملاحظة أن من شرع من أحكام للمقاصد الضرورية أهم مما شرع من أحكام لمراعاة المقاصد الحاجية. وكذلك أهم مما شرع من أحكام لمراعاة المقاصد الكمالية.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن المقاصد الشرعية في الأحوال الشخصية متعلقة أساساً بالمقاصد الضرورية.

ثانياً: صور المقاصد الشرعية:

من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن الله عز وجل لم يشرع أحكامه إلا لمقاصد عامة وان هذه ترجع إلى جلب المنافع للناس ودفع المفاسد عنهم وأخلاء العالم من الشرور والآثام [2]. فالشرائع كلها وبخاصة شريعة الإسلام جاءت لصلاح البشر في العاجل والآجل. واستقراء أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة الشريفة يؤكد أن أحكام الشريعة منوطة بحكم وعلل راجعة للصلاح العام للمجتمع والأفراد [3]. ومقصد الشريعة تحقيق مصالح العباد بالإيجاد إليها أولاً ثم بحفظها ثانيا.

وتنقسم المقاصد إلى ثلاثة أقسام[4] هي على النحو الأتي: المقاصد العامة: وهي التي تراعيها الشريعة وتعمل على تحقيقها في كل أبوابها التشريعية أو في كثير منها، والمقاصد الخاصة: وهي المقاصد التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها في باب معين أو في أبواب قليلة متجانسة من أبواب التشريع. والمقاصد الجزئية: وهي ما يقصده الشارع من كل حكم شرعي من إيجاب أو تحريم، أو ندب أو كراهة أو إباحة.

ولقد اتفق الفقهاء على أن المقاصد الشرعية هي مجموعة المصالح التي تهدف الأحكام الشرعية إلى تحقيقها. وهذه المصالح هي على ثلاثة أنواع :

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه ... مرجع سابق، ص١٩٧ ؛ د. عبد الكريم زيدان : ص ٢٨٢- ٢٨٣.

(٢) الشيخ زكي الدين شعبان: أصول الفقه، ١٩٨١، ص ٣٧٥.

(٣) الشيخ زكي الدين شعبان: أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٤) انظر: د. رمضان الشرنباصي: المقاصد الشرعية في أحكام الأسرة، دورة المقاصد الشرعية، مركز الخدمات القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، ٢٠١٠ ص ٣ وما بعدها.

١- **مقاصد ضرورية**: ويقصد بها مجموعة المصالح التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية، بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا، وشاع الفساد وضاع النعيم الأبدي وحل العقاب "[١]. فالمقاصد الضرورية، هي التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا لم تنفذ لم تجر مصالح الدنيا على استقامة [٢]. والمصالح الضرورية خمسة هي: حفظ الدين، والنفس، والمال، والنسل، والعقل.

ويلاحظ أن المصالح الضرورية مرعية بصورة نسبية في التشريعات الوضعية، ولكنها تراعي بصفة مطلقة فى التشريع الإلهي، لاختلاف علم الله عن علم البشر واختلاف عدالة الحالق عن عدالة المخلوق [٣].

٢- **مقاصد حاجية**: وهى الأمور التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج والمشقة عنهم وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة ولكن يلحق الناس المشقة والعنت والضيق. وبقول أخر فالمقاصد الحاجية هي التي يفتقر الناس إليها من حيث التوسعة ورفع الضرر كالرخص المخففة لبعض العبادات وفى بعض والمناسبات [٤]. وترجع المقاصد الحاجية كلها إلى رفع الحرج عن الناس.

٣- **مقاصد كمالية**: المقاصد الكمالية هي التي تجعل أحوال الناس تجرى على مقتضى الآداب العالية والخلق القويم وإذا فاتت لا يختل نظام الحياة ولا يلحق الناس المشقة والحرج ولكن تصير حياتهم على خلاف ما تقتضيه المروءة ومكارم الأخلاق والفطر السليمة.

ثالثاً: أهمية معرفة المقاصد الشرعية

تتمثل أهمية معرفة المقاصد الشرعية في النقاط التالية :

---

(١) د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه .... مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) د. محمد سلام مدكور: الفقه الإسلامي، ص ٢١٣؛ عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، ص ٣٧٨.

(٣) د. محمد كمال إمام: المصلحة في المصطلح المقاصدي رؤية وظيفية، منشورات مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠١١، ص ١٩- ٢٠ .

(٤) د. محمد سلام مدكور : الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢١٣ ؛ عبد الكريم زيدان : الوجيز فى اصول الفقه، ص ٣٧٨ .

١- تؤدى معرفة مقاصد الشريعة إلى التحقيق الفعلي للخاصية الأساسية، للشريعة الإسلامية وهى (صلاحيتها لكل زمان ومكان) [١].

٢- لاستنباط الأحكام وفهم النصوص، ولفهم أسرار التشريع: فالمقاصد الشرعية تساعد المجتهد في معرفة حكم واقعة من الوقائع من الوقائع عن طريق فهم النصوص. وللتوفيق بين الأدلة المتعارضة[٢]، وللوصول إلى بيان حكم الله في مسألة جديدة لا يوجد لها حكم، وذلك عن طريق القياس أو الاستصلاح أو الاستحسان، فيجب أن يراع مقصد التشريع [٣]. فإذا عرض على الفقيه أو القاضي مسألة ليس فيها حكم شرعي فانه يمكنه الاجتهاد المقاصدى ويستدل على حكمها من خلال إعمال مقاصد الشارع. فتظهر أهمية المقاصد الشرعية وفائدتها بوضوح في الاجتهاد والنظر وباء الأحكام الشرعية وبيانها؛ فالمقاصد موازين معتبرة في الشريعة الإسلامية يناط بها النظر والاجتهاد الشرعي ويستعان بها في عملية استنباط الإحكام وضبطها [٤]. فتساعد المقاصد الشرعية على فهم النصوص الشرعية وتطبيقاتها على الوقائع والاستدلال على الحكم فيما لا نص فيه، كان من الواجب على كل من يريد استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها الجزئية أن يحيط قبل كل شيء بأسرار الشريعة والمقاصد العامة التي راعاها الشارع في التشريع[٥].

٣- المقاصد الشرعية – كما قيل – تعزز من مفاهيم العقل والعدل

---

(١) ولقد أشار الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٥ بالعبارات الآتية: (.... وهو الكفيل بدوام أحكام الشريعة الإسلامية للعصور والأجيال التي آتت بعد عصر الشارع، والتي تأتي إلى انقضاء الدنيا ..).

(٢) د. جاسر عودة: مدخل مقاصدى للاجتهاد، مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠٠٧، ص ٦٦ وما بعدها؛ د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٣) د. أحسن لحساسنة: الفقه المقاصدى عند الإمام الشاطبي وأثره في أصول التشريع الإسلامي، مكتبة دار السلام، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٢٦ وما بعدها.

(٤) د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

(٥) زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، د. ت، ص ٣٧٨.

والحرية، ولكنها لا تضعها في وضع متناقض أو في حالة تحدى لمفاهيم الإيمان الثابتة وغيرها من لوازم الإسلام. فالمقاصد لا تجادل في سلطة النصوص ولكنها تحقق مناطها في موضعها الصحيح تبعا لمقصود الشرع[1].

وكما قيل (فالعلماء منذ القدم إلى يومنا هذا لم يزالوا يعتبرون المقاصد في أحكامهم وفى فتاويهم، وتارة ينصون على ذلك وتارة يعتبرونه فيما ينظرون به إلى الأحكام الشرعية عامة. ففهم كلام السلف وحمل متشابه على محكمه ودراية مقاصد الأئمة في أحكامهم، وعدم الاستدلال بالمتشابه أو الاستشهاد بالمتشابه من ذلك على المحكمات، هذا إنما يدرك بمعرفة مقاصد الأحكام الشرعية التي راعاها الأئمة)[2]. ففي واقع الأمر أن المقاصد الشرعية يحتاجها العلماء؛ لأجل أن تستوعب الشريعة كل ما يحدثه الناس من أقضية مهما بلغت[3].

٤- تقدم المقاصد الشرعية وسيلة منهجية منطقية في فهم بعض دلالات النصوص، عن طريق التوازن بين مدلولات الألفاظ وبين سياقها التاريخي[4]. وهى بذلك تساعدنا في الأخذ بالفهم السياقي للنصوص، الأمر الذي يؤدى إلى إعمالها وليس إهدارها، إذ تقدم لنا فهما مبنيا على المقصد الشرعي، لبعض الحوادث الجزئية، والتي يتناسب معها ويؤدى إلى جعلها جلية واضحة لنا، لا تبدو متعارضة مع الثوابت الأخرى. وفى نفس الوقت تجعلنا لا نقع في مغبة الأخذ بالتفسير التاريخي لبعض النصوص، والذي قد يؤدى إلى نتائج متعارضة ومتضاربة.

٥- تؤكد المقاصد الشرعية أهمية العقل الإنساني وبمعنى أدق أهمية

---

(١) د. جاسر عودة : مدخل مقاصدى للاجتهاد، ضمن مجموعة بحوث، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٤.

(٣) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٩.

(٤) د. جاسر عودة : مدخل مقاصدى للاجتهاد، مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠٠٧، ص ٦٦ وما بعدها ؛ د. رمضان الشرنباصي، د. محمد كمال إمام: أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

الاجتهاد، حيث إنه من الثابت أن "للعقل مدخل في معرفة المقاصد، لأن من مسالك معرفتها الاستقراء "[1]. فمعرفة المقصد العام للشارع من التشريع من أهم ما يستعان به على فهم نصوصه حق فهمها، وتطبيقها على الوقائع واستنباط الحكم فيما لا نص فيه [2] وتفسير النص الشرعي وتحديد نطاق تطبيقه بما يتفق مع مقاصد الشارع ويحقق المصلحة التي قصد بالنص تحقيقها.

وتطبيقا للاستعانة بالمقاصد في تفسير النصوص الشرعية وتحديد نطاقها، فقد ورد النص بمنع الخطبة على الخطبة مطلقا. ولكن قان الفقهاء بتفسيره وحدوا نطاق تطبيقه في ضوء المصلحة التي قصد بها تحقيقها، وهى المحافظة على الأخوة والمودة بين الناس، فقصروا المنع على حالة ارتكان المخطوبة على الخاطب وأجازوا الخطبة إذا لم تكن المخطوبة قد ركنت إلى الخاطب أو كان الخاطب قد اعرض عن الخطبة ؛ لان المنع في هذه الحالة لا يحقق المصلحة لأحد [3].

٦- الفهم الصحيح لنصوص الأحكام الشرعية: حيث إن نصوص الأحكام الشرعية لا يمكن فهمها فهما صحيحا إلا إذا عرف المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام. وعرفت الوقائع الجزئية التي من أجلها نزلت الأحكام القرآنية أو وردت السنة القولية أو العملية. وبالإضافة إلى ما سبق فإنه يمكن اللجوء إلى المقاصد الشرعية لفهم دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني لأن الألفاظ والعبارات قد تحمل عدة وجوه ونلجأ إلى المقاصد لترجيح احدهما على الأخر ولأن بعض النصوص قد تتعارض ظواهرها، والذي يرفع هذا التعارض ويوفق بينها أو يرجح احدها هو الوقوف على مقصد الشارع ولأن كثيرا من الوقائع التي تحدث ربما لا تتناولها عبارات النصوص وتمس الحاجة إلى معرفة أحكامها بأي دليل من الأدلة الشرعية،

---

(١) د. محمد كمال إمام : مدخل أصولي للمقاصد الشرعية، ضمن مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ٢٠٠٧، ص٣٨.

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٣) خالد ميلود عبد القادر سماحي: فقه المقاصد في نوازل وقضايا المعيار للونشري، ٢٠٠٦ - ص ٢٠ .

وفى هذه الحالة نلجأ إلى معرفة مقصد الشارع، للاستدلال على الحكم[1].
ولذا تؤدى إلى التقليل من الزلل في الفتوى والخطأ في الاجتهاد[2].

٧. ولقد لخص مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي الذي انعقد في ماليزيا في الفترة من ٩- ١٤ يوليو ٢٠٠٧ أهمية المقاصد الشرعية في بضعة نقاط أساسية [3] هي:

أ- يؤدى اعتبار المقاصد إلى: النظر الشمولي لنصوص الشريعة وأحكامها. وإن الأعمال الصحيح للمقاصد لا يعطل دلالة النصوص الشرعية والإجماعات الصحيحة.

ب - اعتبار مقاصد الشرعية من المرجحات التي ينبغي مراعاتها في اختلاف الفقهاء.

ج - التبصر بآملات أفعال المكلفين وتطبيق الأحكام الشرعية عليها.

د - اعتبار المقاصد الشرعية بمراتبها المختلفة الإطار الأساسي والمناسب لحقوق الإنسان.

هـ - أهمية استحضار المقاصد الشرعية في الاجتهاد.

و- أهمية دراسة الأبعاد المختلفة لمقاصد الشريعة في النواحي الاجتماعية والاقتصادية والتربوية والسياسية وغيرها.

٨. أن موضوع المقاصد الشرعية مرتبط بالمصالح والمصلحة التي اعتبرها الشرع مطلوب تحقيقها؛ لأن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها [4].

وبناء عليه، فإنه يمكن القول إنه بمراعاة المقاصد الشرعية يتحقق ما

---

(١) الشيخ عبد الوهاب خلا: أصول الفقه ... مرجع سابق، ١٩٨، زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، ص ٣٧٨؛ د. أحسن لحساسنة: المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) د.أحسن لحساسنة: الفقه المقاصدى عند الإمام الشاطبي وأثره في أصول التشريع الإسلامي، مرجع السابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٣) انظر:
www.islamtoday.net /bohooth/services/printart-32-10754. htm

(٤) الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ: المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية، مرجع سابق، ص ٢- ٣.

أشارت إليه المذكرة الإيضاحية – مذكرة إيضاحية لمجلس الوزراء - للمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث جاء بها ما يلي: (... ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة وحماية الناس من الخروج عليها وقد تكلفت بسعادة الناس دنيا وأخرى وأنها بأصولها تسع الأمم في جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى. ومن السياسية الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن في الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة)[١].

وجدير بالذكر الإشارة إلى نقطة هامة في فقه المقاصد الشرعية، وهى أنها بالرغم من أهميتها وضرورة البحث فيها ومعرفتها، إلا انه يجب الاحتراز في هذا الشأن لان العمل بها يستوجب توافر أهلية علمية معينة فيمن يسلك طريقها. ولقد أشار إلى ما سبق الشيخ العلامة ابن عاشور بالعبارات الآتية: (.. وليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة؛ لأن معرفة مقاصد الشريعة نوع دقيق من أنواع العلم؛ فحق العامي أن يتلقى الشريعة بدون معرفة المقصد؛ لأنه لا يحسن ضبطه ولا تنزيله، ثم يتوسع للناس في تعريفهم المقاصد بمقدار ازدياد حظهم من العلوم الشرعية؛ لئلا يضعوا ما يلقنون من المقاصد في غير مواضعه فيعود بعكس المراد. وحق العالم فهم المقاصد، والعلماء – كما قلنا في ذلك – متفاوتون على قدر القرائح والفهوم)[٢].

المطلب الثالث

المقاصد العامة لأحكام الأحوال الشخصية

أولاً: البعد المقاصدي لأحكام الأحوال الشخصية:

إذا كنا قد خلصنا إلى أن المقاصد الشرعية هي الأهداف والغايات من التشريع. فنحاول في السطور القادمة – وبإيجاز - معرفة المقاصد العامة

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨.

لأحكام الأحوال الشخصية، من خلال فلسفة المقاصد الشرعية. والتي يمكن تلخيصها في النقاط التالية :

١- يهدف الإسلام من نظام الأسرة المحافظة على الحقوق الزوجية وحقوق الأولاد وواجباتهم [١]. فالمقاصد الشرعية العامة، لنظام الأسرة هما: كيفية إنشاء رابطة زوجية صحيحة تراعي فيها مقاصد الشرع، عن طريق الإيفاء بالحقوق والواجبات الناشئة عن قيام الأسرة. من حقوق وواجبات بين الزوجين والأولاد.

٢- تأسست أحكام الأسرة في الإسلام على مقصد المحافظة على صحة أفراد الأسرة، ولذا نجد: الترغيب والحث على الزواج، نهى الإسلام للزنا، تقدير الدافع الجنسي. ولذا أبيح التعدد؛ تحريم قتل البناء، تنظيم النفقة.

٣- الإكثار من النوع الإنساني: ولذا أباحت الشريعة التعدد، والحفظ على النسل وهو من المقاصد الشرعية الضرورية.

ومن جهة أخرى، لو نظرنا للتنظيم الإسلامي لأحكام الأسرة، نجده له بعد سياسي اجتماعي، وهو تشيد مجتمع صالح قوى متماسك وكثير العدد، حيث تأكيد الكثرة العددية للمسلمين مع تماسكهم، يمثل مقصداً هاماً، وهو يرتبط بأول مراتب المقاصد الضرورية وهو مقصد المحافظة على الدين.

٤- الزواج خير وسيلة لتحقيق التماسك الاجتماعي والتضامن فيما بين أفراد المجتمع؛ لما يترتب عليه من ترابط بين الأسر والعائلات؛ وبلا شك مراعاة مقاصد الشرع في تشريعه لأحكام الأسرة لهو الوسيلة الوحيدة والمثلي لجعل كيان المجتمع سليما ومترابطا.

٥- تحقيق التكافل الاجتماعي – وهذا الهدف يعتبر من الغايات الأساسية للقانون الوضعي وبوجه خاص التشريعات الاجتماعية أو التشريعات إلى لها جوانب اجتماعية بارزة. فالتنظيم الإسلامي لأحكام

---

(١) د. محمد حسن أبو يحي: أهداف التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٠٧ وما بعدها.

الأسرة، يؤدى إلى تحقيق التكافل الاجتماعي، والذي يقصد به أيمان الأفراد بمسئوليته بعضهم عن بعض. وإن كل واحد منهم حامل تبعات أخيه، فإذا أساء على نفسه وعلى أخيه وإذا ما أحسن كان إحسانه لنفسه ولأخيه " والتكافل الاجتماعي هو أول عناصر الحياة الطيبة للمجتمعات، عليه تتوقف حياتها، وبه تكون عزيزة كريمة متمتعة بهيبتها قائمة بواجباتها[1].

وإعمالا لما سبق، نجد أن أساس صحة وفعالية تشريع النفقة مبنى على مقاصد الشريعة ومرتبط بالتكافل الاجتماعي. حيث نجد أن الرجل مكلف شرعا بالإنفاق على من تجب عليه نفقته، كالزوجة والأبناء والبنات والوالدين، وبقية الأقارب الذين تجب لهم عليه النفقة [2].

٦- المقاصد الشريعة هي أساس أحكام المواريث والوصية. فمن ناحية نجد أن آيات المواريث هدفها العام التنظيم التفصيلي للميراث وهدفها الخاص إبراز مكانة المرأة وحمايتها في هذا النظام [3].

٧- إن أساس صحة أحكام الأحوال الشخصية هو مرجعية إسلامية عليا تتمثل في تحقيق مقاصد الشرع في الخلق. وان فعالية الزواج وباقي أحكام الأسرة تأتي من مراعاة الضوابط التي جاء بها الإسلام في مسائل الزواج والطلاق والمواريث والوصية أي مجموعة أحكام الأسرة، لأنها مرتبطة بمقاصد شرعية محددة ومرتبة ترتيبا إلهيا[4].

٨- تحقيق الأهداف الاجتماعية للشريعة الإسلامية: إن تشريع أحكام الأحوال الشخصية يعد نوعا من جوانب الأهداف الاجتماعية

---

(١) د. محمد حسن أبو يحي: أهداف الأسرة، مرجع سابق، ص ٥٠٧ - ٥٠٨.

(٢) د. محمد حسن أبو يحي: أهداف الأسرة، مرجع سابق، ص ٥٠٧ - ٥٠٨.

(٣) د. محمد نجيب عوضين: مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) وقد قال الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: في مقاصد أحكام العائلة ما يلي: (انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتها، فلذلك كان الاعتقاد بضوابط نظام العائلة من مقاصد الشرائع البشرية كلها، وكان ذلك أول ما غنى به الإنسان المدني في إقامة أصول مدينته بإلهام روعي فيه حفظ الانتساب من الشك في انتسابها، ... لم تزل الشرائع تعنى بضوابط أصل تكوين العائلة ...)، انظر: الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٧٣.

للشريعة الإسلامية. وهى التي أشار إليها العلامة الشيخ محمد أبو زهرة بالعبارات الآتية: (للشريعة الإسلامية أهداف اجتماعية لا بد أن تتحقق في كل مجتمع. ... وإن الشريعة الإسلامية تتجه في كل أحكامها إلى تحقيق هذه الأهداف الاجتماعية، وهى المقاصد العليا للشريعة الإسلامية. ....)[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الشيخ الطاهر ابن عاشور – قد أشار إلى أن: (انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتها ؛ فلذلك كان الاعتناء بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع البشرية كلها، وكان ذلك من أول ما عنى به الإنسان المدني في إقامة أصول مدنيته بإلهام إلهي روعي فيه حفظ الانتساب من الشك في انتسابها. ..)[2]. وبناء على ما سبق، فتنظيم أحكام الأسرة تنظيما دقيقا صحيحا من مقاصد التشريع الإسلامي.

ثانياً: المقاصد الخاصة لنظم الأحوال الشخصية ـ نظرة جزئية:

(أ) مقاصد الزواج:

الزواج هو الطريق لبناء الأسرة، وهو العمود الفقري لنظام الأحوال الشخصية، فالحديث عن أحكام الأسرة، يفترض بداية وجود أسرة، والأخيرة لا تتحقق إلا بالزواج، وهذا يفسر مدى اهتمام الشارع عز وجل بأحكام الزواج.

وترتبط مقاصد الزواج، بمقصد حفظ النفس ومقصد حفظ النسل وهما من المقاصد الضرورية.

فلقد حرم الإسلام الزنا تحريما قطعيا، وجعل عقوبة الزنا من

---

(١) الشيخ العلامة/ محمد أبو زهرة دراسات إسلامية في الأسرة والمجتمع، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص ١٥- ١٦.

(٢) الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٧٢- ١٧٣ . وجدير بالذكر الإشارة إلى أن الشيخ ابن عاشور استعمل مصطلح (مقاصد أحكام العائلة) بدلا من مصطلح (مقاصد أحكام الأسرة) ومن المعروف أن مفهوم العائلة أوسع من مفهوم الأسرة ؛ ولهذا قال الشيخ ما يلي (.. ولا جرم أن الأصل الأصيل في تشريع أمر العائلة هو أحكام آصرة النكاح، ثم إحكام آصرة القرابة، ثم إحكام آصرة الصهر، ثم إحكام كيفية انحلال ما يقبل الانحلال من هذه الأواصر الثلاث) .. مقاصد الشريعة الإسلامية .. ص ١٧٣.

العقوبات الحدية. وحذر من عواقب الزنا كثيرا. فقد قال تعالى (الزَّانِيَةُ والزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ واحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ولا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ والْيَوْمِ الآخِرِ ولْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ (٢) الزَّانِي لا يَنكِحُ إلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً والزَّانِيَةُ لا يَنكِحُهَا إلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ). بالإضافة إلى ضرورة تهذيب الغريزة الجنسية، وهى التي تؤدى إلى انتشار تجارة الجنس، إذ قال تعالي (والَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٢٩) إلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٣٠) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمُ العَادُونَ) سورة المؤمنون الآية ٥-٦. (ولا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وسَاءَ سَبِيلاً).

وتعتبر الشريعة الإسلامية كل وطأ محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو من غير متزوج[١]. وتعتبر الشريعة الإسلامية كل وطأ محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو من غير متزوج[٢].

وشرع حد الزنا للحفاظ على النسل، والمقصد من العقوبات إصلاح حال الناس، فمقصد الشريعة من تشريع الحدود والقصاص والتعزير وأرش الجنايات ثلاثة أمور : تأديب الجاني، وإرضاء المجني عليه، وزجر المقتدى بالجناة[٣].

فالزنا فاحشة كبرى تمثل اعتداء على الأمانة الإنسانية التي أودعها الله تعالى جسم الرجل والمرأة، ليكون منها النسل والتوالد الذي يمنح الجنس البشري، ويجعله يعيش عيشة هنيئة سهلة فيكثر النسل ويقوى، والنسل في ذاته ثروة وقوة. ولا يكون النسل قويا إذا كان أساس العلاقة بين الرجل والمرأة غير الزواج الذي يباركه الدين ويستظل بظله[٤].

والزنا من الجرائم الماسة بالجماعة ولذا فهو من حقوق الله الخالصة ؛ ويقوم أساس العقاب على الزنا على أساس انه مساس بكيان

---

(١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ط ٣، ١٩٧٧، ج ٢، ص ٣٤٦.
(٢) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٤٦.
(٣) الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة ... مرجع سابق، ص ٢٣٢.
(٤) الشيخ محمد أبو زهرة: دراسات إسلامية في الأسرة والمجتمع، القاهرة، دار الفكر العربي، د. ت، ص ٤٦.

الجماعة وسلامتها، إذا أنه يشكل اعتداء على نظام الأسرة. ويؤدى إلى فساد المجتمع وانحلاله، ويؤثر على نظامه وتماسكه وقوته [1].

ومن ناحية ثانية، فقد وضع الإسلام تنظيما امثل لنظام الزواج، حيث الغي زواج الأخدان وزواج الاستبضاع وزواج المتعة والزواج المؤقت، وكل صور الزواج التي تخرج عن المقصود الأصلي للزواج. واشتراط التراضي في الزواج ومنع الإكراه ومنع العنف الأسري Donestic violence والتي تعاني منه المجتمعات الحديثة كثيراً ولم تفلح التعديلات الشرعية ولا الانضمام للمواثيق العالمية لحقوق الإنسان في مواجهته.

فمن ناحية حث الإسلام على الزواج، وكره العزوبية، على أساس أن الزواج (نظام إلهي شرع لمصلحة المجتمع، وحفظ كيان الأسرة، وتنظيم الضرورة الدافعة، وهو وحده مناط التمييز بين الشرعي وغير الشرعي في العلاقات الجنسية) [2]. فمن ناحية ثانية، اشترط الإشهاد في الزواج، وهو يعتبر من شروط صحة الزواج. وبلا شك – كما قيل – (أن اشتراط الشهادة على هذا العقد في الشريعة الإسلامية، لا يرمي إلى ضمان جدية العقد وإثباته، بل يهدف أيضا إلى تنزيه العلاقة الزوجية عن كل ما يشوبها أو يريبها) [3]. وبلا شك من أهم هذا التنزيه هو تنزيه الرابطة الزوجية من شبهة الاستغلال الجنسي. ومن ناحية ثالثة، لا يجوز تأقيت الزواج. إذ أن الزواج لا يكون إلا مؤبدا فالتأقيت ينافي ديمومية الزواج [4]. بل أنه أكثر من هذا، فطبقا لابن عاشور نجد أن عدم التأقيت يعتبر احد أصلين من الأصول المكونة لمقصد أحكام الزواج الأساسية والفرعية، حيث قال في هذا الصدد ما يلي: (.. وقد استقريت ما يستخلص منه مقصد الشريعة في أحكام النكاح الأساسية والتفريعية فوجدته يرجع إلى

---

(١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٠٥.

(٢) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١، ص ٩١.

(٣) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٤) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين ... مرجع سابق، ص ١٢٩.

أصلين: الأصل الأول: اتضاح مخالفة صورة عقد لبقية ما يتفق في اقتران الرجل بالمرأة. الأصل الثاني: أن لا يكون مدخولا فيه على التوقيت والتأجيل)[1].

وتتضح أهمية منع تأقيت الزواج في الشريعة الإسلامية في مكافحة صور الاتجار بالبشر المتعلقة بالزواج، مثل الزواج المؤقت والزواج الموسمي وهما من أهم صور الاتجار بالبشر المتعلقة بالزواج والاستغلال الجنسي انتشارا – طبقا للتقارير الدولية المتعلقة، بالاتجار بالبشر في البلاد العربية والإسلامية[2].

ومن ناحية رابعة، أباح الإسلام تعدد الزوجات بضوابط، واستحب العدم الغلاء في المهور وفى هذا وقاية للمجتمع من خطر الوقوع في العلاقات الجنسية غير المشروعة، والتي تسهل انتشار تجارة الجنس وهى صورة من صور الاتجار بالبشر.

ومن ناحية خامسة، حرم الإسلام الإكراه على البغاء بمقتضى الآية الكريمة (ولا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (٣٣) وَلَقَدْ أَنزَلْنَا إِلَيْكُمْ آيَاتٍ مُّبَيِّنَاتٍ وَمَثَلاً مِّنَ الَّذِينَ خَلَوْا مِن قَبْلِكُمْ وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ) سورة النور الآية ٣٣. إذ فرقت الآية السابقة بين الإكراه على البغاء والكسب من البغاء، مما يعنى تحريم دفع المرأة إلى ارتكاب أفعال البغاء، بقصد الحصول على رح من هذا البغاء، ولقد جاء في الحديث الشريف: (أن كسب الزانية سحت، وحق على الله أن لا يدخل الجنة لحما نبت من سحت) كما اجمع الفقهاء على تحريم وطء المرأة المستأجرة[3].

---

(١) ابن عاشور: مقاصد الشريعة .. مرجع سابق، ص ١٧٦- ١٧٧.

(٢) طبقا للتقرير الأمريكي عن حالة الاتجار بالبشر في العالم – تقرير عام ٢٠١١ والصادر في يونيه ٢٠١١.

Trafficking in person reports 2010.

(٣) فايزة فوزي محمد: المسئولية الجنائية في جرائم الدعارة – دارسة مقارنة – رسالة ماجستير – كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٢- ١٣ (والمراجع التي تشير إليها).

ومن ناحية سادسة ولقد ألغى الإسلام نظام التبني، حيث قال تعالى : (ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ ومَوَالِيكُمْ ولَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ ولَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً). وفى هذا الإلغاء سد باب كبير من أبواب الاتجار بالبشر، حيث إنه من اكبر صور الاستغلال الجنسي، صورة التبنى بغرض الاستغلال الجنسي، وهو موجود في الكثير من الدول غير الإسلامية.

وتأكيدا لما سبق قال الشراح (.. غير أن عدم ممارسة التبني حسب مفهومه السائد في الغرب يخفض مستوى الطلب على أطفال التبني في جميع أنحاء العالم الإسلامي. ومن ثم ف'ن مدى مشكلة الاتجار بالأشخاص لغرض التبني في العالم الإسلامي أقل دلالة من حيث خطورة شأنه منه في أنحاء أخرى من العالم، حيث يعد التبني هنالك ممارسة أكثر شيوعا وعرفا مقبولا. ...) ([1]).

ولقد اتفق الشراح على أن مقاصد الزواج كثيرة ولكن أهمها ما يلي[2].

ـ الزواج رابطة ونظام اجتماعي يرقي بالإنسان إلى العلاقة الروحية، إذ فيه ترويح للنفس، لما يتضمنه من السكن والمودة والرحمة. فالزواج الراحة الحقيقية للرجل والمرأة. فالزواج هو الطريق الصحيح لإشباع الغريزة. فالهدف من الأسرة هو إشباع الجانب الاجتماعي الغريزي في النفس البشرية، والعفاف، وكذلك دوام العشرة بين الزوجين واشتراكهما في تربية الأولاد ولذا كان الزواج غير مقيد بزمان.

---

(١) د. محمد يحي مطر: مكافحة الاتجار بالأشخاص ... مرجع سابق، ص ٨٤- ٨٥.

(٢) الشيخ عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط ٣، ١٩٦٨، ص ٢٦ وما بعدها، د. محمد حسن أبو يحي: أهداف الأسرة، عمان، دار الفرقان، ١٩٨٥، ص ٥٠٧ وما بعدها؛ الشيخ عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مرجع سابق، ص ٢٠٥؛ د. احمد محمود الشافعي: الزواج في الشريعة الإسلامية، ط ١٩٩٧، ص ٩- ١٠؛ د. جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٣٤.

- حفظ النسل وبقاء النوع الإنساني، وبذلك تتحقق رسالة الإنسان في الأرض. فالزواج هو الطريق لتكوين الأسرة والتي تعد الخلية الأولي في بناء المجتمع. فقد شرع الزواج للتوالد والتناسل. وحرم الزنا لحفظ الأعراض وحرم الخلوة بالأجنبية سدا للذريعة. فالمقصود الأصلي للزواج هو تكوين الأسرة والتوالد والتناسل [١].

- تحقيق الأهداف الاجتماعية للشريعة الإسلامية في المجتمع، وبناء المجتمع الصالح لعمار الأرض [٢]. ولذا حذر الشرع من الزواج بالمرأة غير الصالحة، وحث المرأة كذلك على اختيار الزوج الصالح؛ وكذلك تحريم زواج المسلمة بغير المسلم؛ لتتحقق مقاصد الزواج. و اشترطت الكفاءة بين الزوجين تكميلا للوفاق وحسن المعاشرة.

وبوجه عام، فقد حثت الشريعة على الزواج ورغبت فيه. قال تعالي :(فأنكحو ما طاب لكم من النساء. ...). وقال الرسول (ص): (إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين، فليتق الله في النصف الباقي). ((ما معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء) [٣].

- يؤدى الزواج إلى زيادة النشاط الاقتصادي والحضاري في المجتمع، حيث إنه الطريق لتكوين الأسرة التي هي اللبنة الأولي في المجتمع وكلما وجد الإنسان نفسه مسئولا عن الأبناء والبنات يجد في العمل، ولذا كان الزواج سببا في النشاط الاقتصادي [٤].

وبوجه عام - فكما يقول البعض: (إن مقاصد الزواج هي مقاصد

---

(١) الشيخ عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط ٣، ١٩٦٨، ص ٢٤.

(٢) الشيخ العلامة محمد أبو زهرة: دراسات إسلامية في الأسرة والمجتمع، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص ١٥- ١٦ .

(٣) د. محمد حسن أبو يحي: أهداف الأسرة، مرجع سابق، ص ٤٩٠ وما بعدها؛ د. محمد يوسف موسي: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، ط ١٩٥٨، ص ٣٨- ٣٩؛ د. عبد الرحمن تاج: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط ١٩٥٥، ص ٢٤٦.

(٤) د. جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، ط١، ٢٠٠٧، ص ٣٥ .

تابعة للمقصد الأول حفظ النسل وكل المقاصد الجزئية من أحكام الزواج هي مقاصد حاجية أو تحسينية لهذه المقاصد التابعة)[1].

(ب) مقاصد الطلاق:

قال الكاساني (إن الزواج قد يخرج عن أن يكون مصلحة بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع أو غير ذلك من المعاني، ويقع البأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من الزواج بالتزوج من زوجة أخري، فتكون المصلحة في الطلاق، ليصل كل واحد منهما إلى زواج يوافقه فيستوفي ؛ فيستوفي مصالح الزواج منه)[2].

وانطلاقا من المقولة السابقة ولتحقيق مقاصد أخري من تشريع الطلاق، اتفق الفقهاء على أن مقاصد الطلاق هي:

١- شرع الطلاق ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية، إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور. فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلا بإيقاعه إذا علم ذلك[3]. فشرع الطلاق كنعمة للتخلص الزوجية التي لا تحقق مقاصدها، لا خير في بقائها، وحيث يتحقق إن الطلاق هو المصلحة الحقيقية والمؤكدة للزوجين.

٢- لقد بني تشريع الطلاق على مصلحة حاجية، حيث الطلاق شرع للتخلص من الحياة الزوجية، عند الحاجة ؛ ولذا فمجموعة الأحكام التي وردت في شأن الطلاق مبنية على مقصد حاجي.

٣- لتأكيد تفاعل أحكام الشريعة مع الواقع الاجتماعي، حيث إنه في بعض الحالات، يكون انقضاء رابطة الزوجية، هو القرار الوحيد الذي أمام الزوجين، تبعا لظروف الواقع[4].

٤- شرع الطلاق لتحقيق الهدف الأساسي من الزواج. فالأخير شرع

---

(١) د. رمضان الشرنباصي: مقاصد الشريعة في الزواج والطلاق، دورة المقاصد، ٢٠١٠، ص ٩ ؛ د. محمد يوسف موسي: المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٢) الكاساني: البدائع، ج٣ ، ط بيروت، د. ت، ص ١١٢- ١١٣، مشار إليه عند: د. محمد يوسف موسي: المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٤) د. محمد كمال إمام: الأحوال الشخصية للمسلمين، ط ٢٠١٠- ٢١١، ص ٢٧٥.

لتأسيسي مجتمع إنساني سليم قائم على المودة والرحمة والمشاركة الفعالة، فإذا لم يتحقق فيه مقاصده، فمن الأفضل إنهاء هذه الرابطة، لأنه قد تتحقق مفاسد منها، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح. فالمقصود من الطلاق في هذه الحالات هو تحقيق أهداف الزواج.

ولقد أشار البعض إلى هذا بالقول الأتي: (أن كل زواج لا تتحقق مقاصده حتى لا يبقي عبثا على الزوجين ويصبح ضررا عليهما أو على احدهما. فكلما تعطلت مقاصد الزواج أو أصبح سببا للضرر والفساد جاز أو وجب انتهاؤه حسب ظروف المكلف. ومن ثم فإن القصد من الطلاق هو من المقاصد التابعة، لمقاصد النكاح لان الشارع لم يقصد تشريع لذاته. بل لاستدراك ما يمكن أن ينتج عنه من اتفاق الرابطة الزوجية)[١].

٥- لقد شرع الطلاق بيد الرجل؛ لأنه يحتاج إلى التريث والأناة والتفكير، حتى لا ينفتح به باب شر على الأسرة، لأن الرجل أبعد عن التأثير بالغضب، والاستجابة السريعة للانفعال عن المرأة[٢].

(ج) مقاصد النفقة والحضانة :

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت الزوجة غنية أم فقيرة، مريضة أو صحيحة، حضور الزوج أو غيابه. وقد دل على وجوب النفقة الكتاب والسنة والإجماع[٣]. ونفقة الزوجة تشتمل على كل ما تحتاج إليه، لإقامة حياتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، وكل ما يلزمها في معيشتها بحسب الشرع والعرف[٤]. وتتمثل المقاصد الشرعية للنفقة في تحقيق : مقصد تحقيق العدل، حيث إنه المقابل الذي، يستحق للزوجة – في مجال نفقة الزوجية - نظير احتباس الزوجة للرجل، فتأخذ الزوجة النفقة فى مقابل احتباسها. وبالإضافة إلى

---

(١) د. رمضان الشرنباصي: مقاصد الشريعة في الزواج والطلاق، دورة المقاصد، ٢٠١٠، ص ٦.

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط ١، ١٩٣٦، ص ١٢٥؛ د.محمد يوسف موسي : المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٣) انظر : د. جابر عبد الهادي: ..... مرجع سابق، ص ٣٠١- ٣٠٢.

(٤) انظر : د. جابر عبد الهادي: ..... مرجع سابق، ص ٣١٦.

أنها تتفق مع مقصد حفظ النسل.

أما فيما يتعلق بالحضانة فيقصد بها: (حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره)[1]. والحضانة حق للصغير والحاضنة معا فإذا أسقطت الأم حقها بقه حق الصغير[2]. فالحضانة شرعت لتربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة ؛ نظرا لأن الولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويدبر له أموره، فبلا شك يكون في حياته الأولى عاجزا عجزا تاما عن القيام بأمور نفسه[3].

وأساس تشريع الحضانة هو مقصد ضرورى وهو مقصد حماية النسل، بدليل أنها قائمة على تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، **The best interest of the child**. فالإنسان بعد ولادته بحاجة إلى الحفظ والرعاية والتربية ؛ لكونه عاجزا وغير مدرك لمصلحته ؛ ولذا فقد شرعت الحضانة لإسناد أمر التربية والحفظ والرعاية للغير.

فالمقصود الأصلي للحضانة، تبعا لما سبق، هو حفظ الصغير ورعايته وحمايته ؛ وترتيبا على هذا ولتحقيق هذا المقصد الأصلي، ثبتت الحضانة أولاً للوالدين ؛ نظرا لأنهم أقرب الناس أليه ,اكثرهم شفقة عليه، ولذا فهم أجدر الناس على رعايته. ليس هذا فحسب بل أن الحضانة ثبت للام في الشهور الأولى لأنها أدرى الناس وأجدرهم على القيام بحاجة الصغير في مراحله الأولى بعد الولادة، في حين أن ولاية التصرف في أموال الصغير ثبتت للأب، لأنه أصلح لها من الأم[4]. ونظرا لان القصد من الحضانة مصلحة الصغير فلا يتولاها من النساء أو الرجال

---

(١) حاشية ابن عابدين: ج ٢، ص ٥٦ ؛ نهاية المحتاج، ج ٧، ص ٢١٤ ؛ مشار إليه عند: د. محمد يوسف موسي: أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، ط ١٩٥٨، ص ٢٣١.

(٢) د.أحسن لحساسنة: الفقه المقاصدى عند الإمام الشاطبي وأثره في أصول التشريع الإسلامي، مكتبة دار السلام، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٢٦ وما بعدها.

(٣) د. عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط٢، ١٩٧٦، ص ١٩١.

(٤) الشيخ عمر عبد الله: أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٥٩٩- ٦٠٠.

إلا من توافرت فيه شروط تؤهله للقيام بها

وخلاصة القول، إن أساس مقاصد الحضانة هو الحفاظ على حياة الصغير وهو مقصد ضروري، من تطبيقات مقصد الحفاظ على النفس، ليس هذا فحسب بل أيضا تتأس على مقصد ضروري أخر وهو مقصد الحفاظ على النسل. بل أكثر من هذا فمن مكملات المقاصد الشرعية المتعلقة بالحضانة، ثبتت الحضانة للام – كما سبق أن عرفنا – أولاً، وكلك اشترط شرط الدين في الحاضن للحفاظ على الشخص المحضون.

(د) مقاصد المواريث:

المواريث من الأحكام الشرعية التي اهتم بها الشارع عز وجل اهتماما كبيرا، وتمثل المقاصد الشرعية للمواريث فيما يلي:

١ــ الميراث يعتبر من أحد تطبيقات حفظ المال في الشريعة الإسلامية، ومقصد حفظ المال مقصد ضروري، ويتحقق هذا المقصد في نظام الميراث من خلال حفظ المال وتداوله ووضوح وعدالة وثبات تشريع المواريث. فقد جاءت الشريعة الإسلامية بأفضل وأحسن وأعدل نظام للميراث، فنظام الميراث يحقق العدالة والرحمة في شتى نواحيها[١].

٢ـ تحقيق الاستقرار وتحقيق اليقين: هو انه لما كان الإنسان يعلم مقدما إن ما يكسبه سوف يؤول إلى اقرب الناس إليه فان هذا يحقق أهم مقصدين من مقاصد النظم القانونية وهما الاستقرار واليقين. حيث يتوقع الإنسان نتائج فعله مقدما[٢].

٣ـ تحقيق العمار في الأرض: أن تشريع الميراث يدفع الإنسان إلى تنمية المال باستثماره والعمل على الحفاظ عليه، حتى لا يترك أولاده كلا على المجتمع. ولذا فالإنسان يسعى ويكد وهذا يؤدى إلى استمرارية الحياة وتحقيق المال لوظيفته في المجتمع. وخصوصا أن المحافظة على المال من

---

(١) د. جابر عبد الهادي، مقاصد الشريعة الإسلامية في نظام الميراث، دراسة مقاصدية فقهية قانونية، محاضرة مركز المقاصد بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٦ وما بعدها.

(٢) د. محمد نجيب عوضين: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، القاهرة، دار الثقافة العربية، د. ت، ص ١٦.

المقاصد الضرورية.

٤- تحقيق العدالة : إن تشريع الميراث يحقق العدالة حيث إنه يؤدى إلى انتقال المال إلى أقارب الإنسان وهذا أمر عادل وفى نفس الوقت يعتبر دافعا للإنسان نحو الكد والعمل ويحقق له الطمأنينة على نتائج عمله [١].

وخلاصة ما سبق، هو أن تشريع الميراث يتوافق مع غاية الاستقرار واليقين في المراكز القانونية ومع غاية الخير العام، حيث إنه يدفع الإنسان نحو العمل الجاد ليكسب المال ويحافظ عليه وينميه – وهذا مقصد ضروري [٢].

(هـ) مقاصد الوصية :

اتفق الشراح على أن أهم مقاصد الوصية هي [٣] :

- شرعت الوصية لاستدراك أخطاء وتقصير الإنسان الناشئ عن حبه للمال والاعتزاز به والتقصير في أعمال البر والخير.

- وسيلة لتحقيق رغبة الإنسان في مساعدة شخص يحتاج المساعدة أو كرد لمعروف أو خدمة قدمها له الغير. وكذلك مساعدة غير الورثة من الأقارب أو الغير.

ومجمل القول أن الله عز وجل شرع الوصية لمصلحتين عامة وخاصة. أما المصلحة الخاصة فهي لتمكين الإنسان من العمل الصالح ؛ لأنها تحقق مصلحة الموصى في الدنيا حيث إن المال يظل على ملكه. أما المصلحة العامة فهي تتمثل في مصلحة المجتمع فهي من أبواب الإنفاق في

---

(١) د. محمد نجيب عوضين: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، القاهرة، دار الثقافة العربية، د.ت، ص ١٦.

(٢) وجدير بالذكر الإشارة إلى أن نظام الوقف، والذي هو يدرس بجانب الميراث والوصية هو من من تطبيقات فكرة الإحسان العام في النظام الإسلامي. ولقد اتفق الشراح على أن مقاصد الوقف هي تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة د. محمد كمال الدين إمام: جابر عبد الهادي : ..... مرجع سابق، ص ٣١٦.

(٣) د. أحمد فراج حسين : أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة، ط ١، ٢٠٠٣، ص ١٣- ١٥ ؛ د. محمد كمال إمام: الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط ٢٠٠٧، ص ٣٤.

وجوه الخير العامة[1].

المبحث الثاني

التحليل الفلسفي القانوني لفلسفة التشريع في أحكام الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري

المطلب الأول

فلسفة المنهج القانوني في تنظيم الأحوال الشخصية

أولاً: تكوين النظام القانوني المصري :

ارتبط النظام القانوني في مصر، بالنظام القانوني الأوربي، على أثر حركة التغريب التي واكبت نشأة الدولة المصرية الحديثة في عصر محمد على، وإن كانت إرهاصات التغريب ترجع إلى ما قبل ذلك.

قبل حركة التقنين الحديثة في مصر والتي كانت من نتاج حركة التغريب القانوني والسياسي في مصر، كان الدين هو المصدر الأول للقانون، حيث كان النظام القانوني في مصر منذ الفتح الإسلامي قائماً جملة وتفصيلاً على الشريعة الإسلامية. بالإضافة إلى الشرائع الدينية في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وذلك إعمالاً للامتيازات الطائفية.

وجدير بالذكر يتنبأ البعض بزوال أثر الدين في القانون المصري في مسائل الأحوال الشخصية ويرجع ذلك إلى التقلص المستمر في مفهوم الأحوال الشخصية، ويعبر عن رأيه بالعبارات التالية ". ..... وإذا كان الدين يعتبر مصدراً أصلياً للقانون في نطاق الأحوال الشخصية. فإننا نستطيع القول بأن هذا الدور منظوراً غليه من زاوية التطور التاريخي للقانون المصري، إنما هو في تقص مستمر نظراً للتقلص الذي يلحق بمفهوم الأحوال الشخصية وهو دور، على جميع الأحوال، مصيره إلى الزوال[2]. ولكن لا يمكننا أن نؤيد الرأي السابق، حيث إنه بالرغم من التحولات الكبرى في النظام القانوني المصري ، فيظل الدين، قيمة من القيم

---

(١) الإشارة السابقة.

(٢) د. جلال محمد إبراهيم: مبادئ القانون، ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

الأساسية في النظام القانوني المصري، وخير دليل على هذا، إن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرئيسي للتشريع من الناحية الدستورية.

فيعتبر الدين الآن مصدراً رسمياً للتشريع في مسائل الأحوال الشخصية[1]، ويقصد بالدين هنا مجموعات القواعد القانونية التي تشتمل عليها تعاليم الأديان التي ينتمي إليها المصريون وهي الشريعة الإسلامية والشريعة المسيحية والشريعة اليهودية بحيث تعتبر هذه المجموعات من القواعد القانونية جزءاً من القانون الوضعي المصري.

وبقول أخر، فنشاط حركة التشريع الحديثة في مصر قد أثر في مركز الدين كمصدر رسمي أصلي للقانون في مصر، حيث إن حركة التشريع قد نشطت نشاطاً كبيراً حتماً في تلك المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين، الأمر الذي كان له أثره في تضييق مدى هذه الولاية إلى حد كبير، حيث صدر قانون المجالس الحسبية ١٣/١٠/١٩٢٥[2] فوحد قواعد الأهلية والولاية على المال بين المصريين جميعاً دون نظر إلى دياناتهم وصدر القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ؛ ٥ لسنة ١٩٢٩ ؛ وقانون المواريث ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ؛ وقانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ الوقف ؛ قانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ الوصية.

فبصدور هذه القوانين أصبح المصدر الرسمي الأصلي اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين ولكن تبقى الشريعة الإسلامية التي استقيت منها تلك القوانين مصدراً تاريخيا أو مادياً لأحكامها. وبناء عليه فقد قلصت هذه التشريعات من مدى ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك أصلاً للدين[3].

ثانياً: اصطلاح الأحوال الشخصية والتشريع في مسائل الأحوال الشخصية:

فمن أهم ملامح وآثار التغريب وانعكاساته على النظام القانوني

---

(١) د. محمود جمال زكي: المدخل للدراسات القانونية، ١٩٦٧، ص ٧٦؛ د. حمدي عبد الرحمن: فكرة القانون، ١٩٧٩، ص ٥٦ وما بعدها.

(٢) د. حسن كيرة: المدخل لدراسة القانون، ١٩٥٨، ص ٣٢٧ – ٣٢٨.

(٣) د. حسن كيرة: المرجع السابق، ص ٣٢٨ – ٣٢٩.

المصري الأخذ بمصطلح الأحوال الشخصية" وهو الاصطلاح الذي حير الفقه والقضاء في تحديد مضمونه وإطاره[1].

وبوجه عام دخل فمصطلح الأحوال الشخصية - وهو كما يقول الأستاذ الدكتور/ سمير تناغو - من مخلفات الامتيازات الأجنبية، وترتب على ذلك خضوع جانب من العلاقات الاجتماعية تحكمه قواعد يطلق عليها قواعد الأحوال العينية وجانب أخر تحكمه قواعد الأحوال الشخصية، ولكل قواعد أحكام إجرائية خاصة بها. ومن هنا بدأت مشكلة الأحوال الشخصية، وفرضت نفسها على النظام القانوني المصري فبدأ التشريع في مسائل الأحوال الشخصية من الناحيتين الموضوعية والإجراءات منذ عهد بعيد ولكن حركة التنظيم القانوني لمسائل الأحوال الشخصية من الناحيتين الإجرائية والموضوعية، لم تكن على نفس مستوى حركة التشريع في الأحوال العينية. الأمر الذي أفرز فوضى في الكثير من جوانب الأحوال الشخصية على مستوى التنظيم الموضوعي والتنظيم الإجرائي.

ولقد اجتهد المشرع كثيراً وبخطوات جريئة في التصدي لمشكلة التنظيم القانوني للأحوال الشخصية، ولكن كل محاولاته كانت تصادفها صعوبات، وما زالت.

وبوجه عام، فحركة التشريع في نطاق الأحوال الشخصية بدأت منذ القرن التاسع عشر، إذ صدرت عدة لوائح وقوانين كثيرة، إلى أن صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠١، ثم قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ وما تلاه من تشريعات. وبناء عليه، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى العلاقة بين التنظيم القانوني للأحوال الشخصية والعدالة الموضوعية والعدالة الإجرائية. من وجهة نظر التحليل

---

(١) د. رمضان أبو السعود: شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الإسكندرية، دار الجماعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ١٠ وما بعدها. د. جابر عبد الهادي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٠٠٧، ص ١٤ - ١٨.

الفلسفي للقانون.

- من الثابت أن القضاء هو الذي يحقق هدف القانون وهو أقامة النظام في المجتمع. ويعتبر قانون المرافعات أو كما يقال القانون القضائي الخاص هو قانون النشاط القضائي وهو مرتبط ارتباطاً وثيقاً بدور القاضي في المجتمع. فالقاضي عندما يفسر الحقوق للأفراد أو يوقع الجزاء على من يعتدي على حقوق غيره إنما يقوم بتطبيق القواعد القانونية فالقاضي يتدخل لتطبيق القانون الذي قد يكون غامضاً أو الذي خولف رغم وضوحه، ويتدخل ليكفل حماية المصلحة التي تهدف القاعدة القانونية إلى إشباعها وهذه هي الحماية القضائية. فقانون المرافقات يعتبر عاملاً من عوامل النظام في الحياة الاجتماعية، لأنه يؤكد للأفراد أن هناك طرق ووسائل سريعة واقتصادية تكفل حماية حقوقهم وتغنيهم عن اقتضائها بأنفسهم، فإن صلح هذا القانون صلحت الحياة الاجتماعية وإذا فسد فسدت وعاق تقدمها[1]. وبوجه عام فيوجد ارتباط وثيق بين القانون الموضوعي والقواعد الإجرائية، فالقضاء يتولى إجبار الأفراد على احترام القانون إذا لم يتمثلوا طواعية به، بهدف تحقيق النظام وحماية حقوق الأفراد في المجتمع. فقانون المرافعات هو أداة لتطبيق القواعد القانونية[2].

فمن الثابت أنه – كما قيل بحق – (إن كانت التشريعات الموضوعية، هي موطن العدل بمضمونه وفحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي آلية الطريق والأداة، وذلك أن الرسالة الأولي والأخيرة للتشريعات الإجرائية، أن تكون أداة طبيعة ومطية ذلولاً لعدل سهل المنال، مأمون الطريق[3].

ولما كان الأمر كذلك، فقد أثبتت التجارب أن مجموعة الأحكام الإجرائية الخاصة بالتقاضي في الأحوال الشخصية، أصبحت عقيمة

---

(١) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، ١٩٦٧، ص ١٧.

(٢) د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣) د.م/ محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط ٢٠٠١، ص ٩.

وعقمها أدي إلى ظهور مشاكل كبرى في الحياة الأسرية في المجتمع المصري، ومرجع ذلك تبعثر القواعد الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية بين لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ١٩٣١، والكتاب الرابع من قانون المرافعات ٧٧ لسنة ١٩٤٩، وقانون المرافعات الحالي ١٣ لسنة ١٩٦٨، وبعض القوانين واللوائح الأخرى، وفضلاً عن هذا التبعثر الشاذ فقد ثبت من جهة أخرى أن هذه الأحكام أصبحت غير ملائمة لمتغيرات العصر، الأمر الذي استوجب تحديثها وتم ذلك في القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠[١] وكان مبعث هذا التحديث تحقيق العدالة الإجرائية لما لها من اثر على العدالة الموضوعية.

وانطلاقاً مما سبق، فقد صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ من أجل تحقيق عدة أهداف مبناها توحيد الأحكام الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية وابتغاء تحقيق التنسيق بين قواعد الإجراءات في مسائل الأحوال الشخصية والقواعد الواردة في قانون المرافعات، وذلك لكفالة تسيير التقاضي وتحقيق العدالة الإجرائية وبالتالي العدالة الموضوعية. الأمر الذي يؤدي إلى مواجهة سريعة وحاسمة لمشاكل الأسرة المصرية[٢]. ولقد اتجه هذا القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على وضع أحكام جديدة في نطاق الفرقة كان أهمها ما يتعلق بفرقة الطلاق، سماع دعاوى التطليق من الزواج العرفي (م ١٧)، وتنظيم الخلع (المادة ٢٠).

ولكن بالرغم من المحاولات التي تبذل في تحقيق العدالة الإجرائية والعدالة الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية، فإن الأمر سيبقي - كما هو - نظراً لأن الأمر بحاجة إلى تعديل شامل ومدروس للتنظيم القانوني للأحوال الشخصية في مصر يتم الاسترشاد فيه بالواقع والمعطيات الدينية والاقتصادية والاجتماعية، في ضوء مستجدات العصر وما طرا على الأسر المصرية من متغيرات. وترتيبا على ما سبق فنحن نؤيد وجهة النظر القائلة بضرورة توحيد القوانين الموضوعية وصهرها جميعها في بوتقة

---

(١) د. محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) د.م / محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، المرجع السابق، ص ١٢.

واحدة تحت مسمى قانون الأسرة تجمع كافة القوانين، وتعديلها وتحديثها بما يعكس الخبرات التي اكتسبت، ويتصدى للمشاكل التي تواجه الأسرة بحلول عصرية تضمن للأسرة استقرارها ولكل أعضائها حقوقهم الأساسية[1].

ثالثاً: منهج التلفيق الفقهي في التنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية:

لقد نهج المشرع المصري منهجا قانونيا في تنظيمه لأحكام الأحوال الشخصية على تبنى منهجية التقنين عن طريق التلفيق الفقهي، وهو على نوعين هما: التلفيق الفقهي في الجزئيات وفي الكليات.

ويقصد بالتلفيق الفقهي في الجزئيات بأنه[2]: (الإتيان في المسألة الواحدة المركبة تركيبا ارتباطيا من عدة أجزاء بكيفية لا يقول بها المجتهدون في هذه المسالة ولا تخرج عن مجموع أقوالهم المتباينة فيها). أما التلفيق في الأحكام الكلية ما يلي (الإتيان في عدة مسائل بكيفية لا يقول بها المجتهد الواحد في هذه المسائل مجتمعة ولا تخرج عن مجموع أقوال المجتهدين المتباينة فيها، أي التخير من أحكام المذاهب عدة مسائل بشأن موضوع معين للعمل بها، أي تخير الأحكام الكلية من غير نظر إلى جزئياتها من المذاهب المختلفة ليعمل بها)[3].

ومنهجية التقنين – طبقا للتلفيق في الأحكام الكلية – تقوم على الأخذ بعدد من المسائل كل مسألة مأخوذة برمتها من مذهب غير المذهب المأخوذ منه المسائل الأخرى بحيث لا تخرج مسألة من هذه المسائل عن أحد الآراء في المذاهب المختلفة وفى نفس الوقت لا تمثل كل آراء المذهب الواحد[4]. بمعنى انه يجوز للشخص أن يأخذ بمذهب ما في مسالة معينة، ثم يأخذ بمذهب ثان في مسالة ثانية، ثم يأخذ بمذهب أخر في مسالة أخرى

---

(١) د. جابر عبد الهادي الشافعي: أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٧، ص ٢٢.

(٢) د. جابر عبد الهادي: التلفيق الفقهي، ط ٢٠٠٩.

(٣) انظر بوجه خاص: د. جابر عبد الهادي: التلفيق الفقهي.

(٤) د. جابر عبد الهادي: المرجع السابق.

وهكذا، حتى ولو كانت هذه المسائل تتعلق بموضوع واحد)[1].

ونعتقد إن النوع الأخير من التلفيق هو الذي أخذ به في مجالات كثيرة في مسائل التشريع في الأحوال الشخصية وبوجه خاص في تشريع الميراث والوصية.

وجدير بالذكر الإشارة إلى ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إلى تبنى منهجية التقنين من خلال التلفيق الفقهي صراحة في مسائل الطلاق، وبالذات في تضييق دائرة الطلاق.

ولقد جاء بها صراحة ما يلي : (. .... لهذا فكرت الوزارة في تضييق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ويوافق أقوال الأئمة وأهل الفقه فيه ولو من غير أهل المذاهب الأربعة فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك. وليس هناك مانع شرعي من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه)[2].

فالمقولة السابقة تؤكد الأخذ بالتلفيق الفقهي في استنباط الأحكام. وتؤكد أيضا ضرورة مراعاة مقاصد الشريعة في ضوء علم أصول الفقه عن التشريع بالمقاصد.

رابعاً: التكامل التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية :

ومن أهم ملامح فلسفة القانون في مسائل الأحوال الشخصية في التنظيم التشريعي لها وخصوصا فى الفترة الأخيرة. جانب هام من جوانب المنهج القانوني وهو (التكامل التشريعي). وهذا ما نجده ماثلا فيما يلي :

(١) صدور قانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة، إعمالا لما قضت به المواد ٧١ – ٧٥) من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.فقد نصت المادة

---

(١) د. جابر عبد الهادي: المرجع السابق.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٧١ من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي ١ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: " ينشأ نظام لتأمين الأسرة، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب، يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي. ....."

(٢) استخدام الصياغة التشريعية التي ترتكز على منهجية الإحالة والاستثناء من بعض القواعد. فعلى سبيل المثال، نجد التشريعات المنظمة لأحكام الأحوال الشخصية بداية من القانون ١لسنة ٢٠٠٠ يرد بها إحالات كثيرة واستثناءات كثيرة من الأحكام المماثلة الواردة في قواعد أخرى وخصوصا قانون المرافعات، وقانون العقوبات، وبعض أحكام القانون المدني. وتطبيقات ما سبق هي على النحو التالي:

- الإحالة إلى القانون المدني في تحديد مفهوم الموطن، حيث نصت المادة ١٥ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على (يتحدد الموطن في مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠، ٤٢، ٤٣ من القانون المدني).

- الإحالة إلى قانون المرافعات في مواطن كثيرة. نذكر منها على سبيل المثال المادة ١٦ من القانون ١لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على: (ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية). والمادة ٥٢ والتي تنص على (تسري على القرارات التي تصدر في مسائل الولاية على المال القواعد الخاصة بالإحكام). وكذلك المادة ٥٦ والتي تنص على (طرق الطعن في الأحكام والقرارات المبينة في هذا القانون هي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر).

خلاصة القول: فنظراً لخصوصية العلاقات الأسرية، فقد لجأ المشرع إلى تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بحيث توافق مع هذه الخصوصية وذلك للخروج على التنظيم العام الإجرائي الذي يوجد في قانون المرافعات. ولكن لا يعني هذا إن التنظيم الإجرائي لمنازعات الأحوال الشخصية بمثابة تقنين مستقل عن قانون المرافعات، حيث إن القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ وكذلك القوانين اللاحقة لم تضع تنظيماً كاملاً

لإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وإنما اقتصرت على وضع بعض القواعد الإجرائية الخاصة وفيما عدا ذلك تكون قواعد المرافعات هي الواجبة التطبيق[1].

خامساً: تحليل فلسفي لمنهجية قانون المواريث وقانون الوصية :

باستقراء نصوص قانون المواريث ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٧، نخلص إلى إبراز الجوانب الفلسفية التشريعية الآتية :

١- الدقة في الصياغة الرقمية ولذا فهي صياغة جامدة في غالب الأحوال.

٢- اللجوء إلى التعريفات لإزالة غموض المعنى. كما هو الحال في تعريف أسباب الإرث (مادة ٧). تعريف الفرض (مادة ٨) تعريف الحجب (مادة ٢٣) تعريف التخارج (مادة ٤٨).

٣- استخدام أسلوب الفرض والحكم في الصياغة. لمساعدة القاضي على الاستدلال القانوني على الأحكام. (مادة ١ – مادة ٢، ٣، ١٦).

٤- التركيب والترابط التشريعي الواضح في الربط بين المواد بصورة دقيقة. اعتماد الإحالة وتقسيم النصوص إلى فقرات وضبط مواد عن طريق مواد أخرى مثل المادة ١٢ مع مراعاة المادة ١٩. والمادة ١٣ مع مراعاة المادتين ١٩ و٢٠.

٥- الإشارة الواضحة إلى المقاصد الشرعية في المادة الثالثة من قانون الوصية، حيث جاء النص على النحو التالي (يشترط في صحة الوصية أل تكون بمعصية وآلا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع).

٦- استعمال أسلوب الصياغة الشرطية وخصوصا في قانون الوصية. ومن المعروف أن هذه الصياغة تمنع استعمال القياس، لأننا نكون بصدد حالات فردية افتراضية أو حقيقية لا يمكن القياس عليها. ولا يجوز الاجتهاد معها.

---

(١) د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ط ٢٠٠٠، ص ٢٢١.

المطلب الثاني
مقصد الصالح العام وفلسفة التشريع في مجال الأحوال الشخصية

يقصد بالصالح العام تحقيق الخير والصالح للجماعة ككل في المجتمع، أي تحقيق الخير العام للمجتمع ككل وليس لطائفة معينة أو فرد معين، فالخير العام يتسم بالعمومية والتجريد شأنه شأن القاعدة القانونية، بل أنه يمكن القول إن القاعدة القانونية توصف بأنها قاعدة عامة ومجردة انطلاقا من كونها تهدف إلى تحقيق الصالح العام في المجتمع بغض النظر عن ذواتهم. فيهدف القانون إلى كفالة الأمن في المجتمع ويحقق العدل بين أفراده[1].

ولكن تتردد دائما النظم القانونية فيما يتعلق بكيفية التوفيق بين المصلحتين الفردية والجماعية. وبوجه عام ففي ظل المجتمع الحديث، يتأثر دور الدولة فيما يتعلق بآليات تحقيق الخير العام بطبيعة النظام السياسي والاقتصادي والفلسفة السائدة في الدولة.

فقواعد القانون كلها مزيج من الرغبة في التوفيق بين الصالح العام والصالح الخاص، ولئن كانت المصلحة الظاهرة في نطاق القانون العام هي المصلحة العامة فإن وراء تحقيقها خدمة للصالح الخاص في نفس الوقت وكذلك أيضاً يبدو أن المصلحة الغالبة في نطاق القانون الخاص هي المصلحة الخاصة ولكن تحقيق المصلحة الخاصة أيضاً مراعاة للصالح العام[2].

ويعتبر الصالح العام غاية أساسية للنظم القانونية – شأنه شأن العدالة والاستقرار القانوني والأمن القانوني - ويقاس مدى تقدم وعدالة النظم القانونية بقدر تحقيقها للخير العام. وتحكم غاية الصالح العام كافة فروع القانون، لأنها وثيقة الصلة بصور القواعد القانونية المختلفة.

---

(١) د. رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ط ٢٠٠٣، ص ٢٦؛ وراجع في تحديد معنى القيم بوجه عام: د. السيد العربي حسن: القانون والأخلاق والقيم .. مرجع سابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٢) د. شمس الدين الوكيل: مبادئ القانون الخاص، ط أولى، ١٩٦٥، ص ٤٩.

فتحقيق الخير العام من جوهر فكرة القانون، ولذا لا نجد غرابة في أن يعرف البعض القانون بأنه "مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام، ففكرة القانون في ذاته هي عبارة عن تنظيم عادل للمجتمع يكفل حريات الأفراد"[1]. وقد تشكلت فكرة الصالح العام في مصر بحسب الفلسفة القانونية التي تبناها النظام السياسي.

ويعتبر نظام الأسرة هو أساس المجتمع، ولا يمكن تصور تنظيم قانوني لأساس المجتمع دون أن تراع به قواعد الصالح العام. بل انه يمكن القول إن مرجعية التنظيم القانوني لأحكام الأسرة في مجملها هي غاية تحقيق الصالح العام (مقصد الصالح العام). فكيف يقوم مجتمع بالمعنى الدقيق دون أن تنتظم فيه أحكام الأسرة على أسس سليمة ودقيقة. ولذا ففي اعتقادنا أن التشريع في مسائل الأسرة هو من أدق الأمور والتي يجب أن تلقى عناية فائقة وتتم من قبل متخصصين في كافة المجالات القانونية والاجتماعية (علماء قانون – فقهاء دين – علماء اجتماع – قضاة – محامين. ...علماء نفس). لأن التشريع فيها يتعلق ببنيان المجتمع ذاته. فكل خطأ فيه حتى ولو كان يسيرا جدا تترتب عليه أضرار عظمى لا تؤثر على المجتمع الحاضر فقط بل تؤثر على أجيال قد تؤدى بهذا المجتمع إلى مشارف الهلاك. فالتشريع في مسائل الأسرة – إذا جاز لنا التشبيه – يماثل التدخل الجراحي في خلايا المخ والأعصاب. كل خطأ من جراح المخ والأعصاب، لا يؤدى فقط إلى فشل ما تدخل لأجله بل تتداعى أثاره إلى أجزاء كثيرة مرتبطة بالمخ.

وبناء عليه، فاعتبارات الصالح العام تقتضى التحرز جيدا، وبذل أقصى درجات العناية، ليس بمعيار الرجل المعتاد، بل بمعيار الرجل الحريص عند التعرض في مسائل الأسرة من الناحية القانونية.

بلا شك أن غاية الصالح العام (أو بالمعنى الدقيق مقصد الصالح

---

(١) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المدخل، جـ ١ ص ٨.

العام) تعتبر من أهم الغايات (المقاصد) التي يستهدف المشرع في كل نظام قانوني إلى تحقيقها، وذلك عن طريق عدة قواعد موضوعية وقواعد إجرائية.

وبالإطلاع على القواعد القانونية المنظمة لأحكام الأسرة في النظام القانوني المصري – وهى قواعد متعددة - نجد أنها تتضمن ما يؤكد ضرورة مراعاة وتحقيق مقصد الصالح العام. ونسرد فيما يلي لبعض هذه القواعد على النحو التالي :

(١) الاتجاه نحو إنشاء قضاء متخصص للأسرة: وهذا يحقق مقصد الصالح العام في أوسع معانيه. وقد تم هذا بمقتضى قانون إنشاء محاكم الأسرة ٢٠٠٤.

(٢) إنشاء صندوق (تأمين الأسرة) : خطى المشرع المصري خطورة كبيرة نحو مراعاة مقصد الصالح العام، حيث تدخل مباشرة في الشئون المالية للأسرة، حيث صدر القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بإنشاء صندوق تأمين الأسرة. والذي تضمن هذا القانون القواعد المنظمة للصندوق من ناحية الإنشاء والموارد وقواعد الصرف.

وحسبما جاء في المادة الأولى منه : " ينشأ صندوق يسمى صندوق نظام تأمين الأسرة لا يستهدف الربح أساساً تكون له الشخصية الاعتبارية العامة وموازنته الخاصة ويكون مقره مدينة القاهرة ويتبع بنك ناصر الاجتماعي... ". وجاء في المادة الثالثة : " يكون أداء بك ناصر الاجتماعي للنفقات والأجور وما في حكمها تطبيقا لأحكام المادة ٧٢ من قانون تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي...).

ويختص هذا الصندوق والذي لا يستهدف تحقيق الربح بأداء النفقات والأجور وما في حكمها تطبيقا لأحكام المادة ٧٢ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ويلاحظ أن مقصد الصالح العام وهو يقابل مرتبة الضروريات في ترتيب المقاصد الشرعية هو الذي جعل المشرع في المادة ٧٥ من قانون تنظيم بعض إجراءات التقاضي ١ لسنة ٢٠٠٠ ينص على (لنبك ناصر

الاجتماعي استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما في حكمها وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها).

(٣) النفاذ الوجوبى للأحكام والقرارات المتعلقة بالصغير والنفقة والأجور وما في حكمها: في واقع الأمر أن هذا النفاذ هو تطبيق لمقصد تحقيق الصالح العام وهو كما قلنا من المقاصد الضرورية. ولقد جسدت هذا المقصد المادة ٦٥ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على: " الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة ".

(٤) عدم اشتراط توقيع محام على صحف دعاوي الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية.

(٥) إعفاء دعاوى النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي، ويمثل هذا صورة من صور المساعدة القانونية **Legal Aid** في مجال التقاضي في الأحوال الشخصية.

المطلب الثالث

مقصد العدالة وفلسفة التشريع في مجال الأحوال الشخصية

أولاً: مفهوم العدالة:

أن النظام القانوني وأن كان الهدف منه حماية المصلحة الاجتماعية، إلا أن هذا لا يتم بصورة مجردة، بل أنه يؤخذ في الاعتبار اعتبارات الاستقرار القانوني والصالح العام والعدالة. فالعدالة هي لب النظام القانوني، فلا يمكن أن يوجد نظام قانوني لا يحقق العدالة وإلا كف أن يكون نظاماً قانونياً.ولكن تحقيق العدالة تحكمه اعتبارات عدة بعضها يتناقض مع بعض، ولذا فالقدر الثابت هو أن العدالة التي يجب أن يحققها النظام القانوني هي العدالة التي تتفق مع الضمير الإنساني في المجتمع الذي يطبق فيه القانون بطريقة تتناسب وتتوافق مع اتجاهات هذا المجتمع الفكرية والواقعية ومن هنا فالعدالة نسبية.

وتقوم فكرة العدالة عند أرسطو على المساواة L'Egalité. فالعدل –عند أرسطو- يتطابق مع المساواة، وتنقسم العدالة الخاصة إلى نوعين هما: العدالة التوزيعية، والعدالة المصححة (العدالة التبادلية)[1].

وجدير بالذكر الإشارة إلى أنه تعتبر العدالة مصدرا من مصادر القانون طبقا للنظام القانوني المصري الحديث، إذ ورد النص عليها في المادة ١/ ٢ من التقنين المدني، ورد النص عليها قبل ذلك أثناء عصر الامتيازات الأجنبية في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية حيث ورد النص عليها على النحو التالي: (.. يحكم القاضي بمقتضي قواعد العدل وذكرت أيضاً في لائحة التنظيم القضائي المختلطة على النحو التالي: (..... يتبع القاضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف". ثم حديثا جاءت المادة ١٨٧ من قانون العمل الجديد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والتي نصت على " تطبق هيئة التحكيم القوانين المعمول بها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ القانون وقواعد العدالة وفقاً للحالة الاقتصادية والاجتماعية السائدة في منطقة المنشأة".

---

(١) ومما تجدر الإشارة إليه – وحسب قدر إطلاعنا- فإنه في نظرنا يعد الأستاذ ميشيل فيليه M. Villey هو بحق أول من عالج نظرية أرسطو في العدالة معالجة شاملة وواضحة، بل وقربها إلى الأذهان بأمثلته الواقعية وذلك في مؤلفه الآتي :
M. VILLEY: Leçons d'histoire de la philosophie du droit, CH: abrège du droit naturel classique" Paris, Dalloz, 1962, pp. 109-165. ARISTOTE, The nicomachean Ethics, op. cit., B.V. chip. V., p. 141; J.DARBELLAY, La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et la politique, Fribourg, 1987, p. 2 et SS.
د. محمد الشقنقيري، محاضرات القانون، ص ٩٩ومابعدها؛ د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، مرجع سابق ص: ٤٦- ٤٧، د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق ص ١٤٢، د. مصطفى سيد صقر، فلسفة العدالة عند الإغريق، مرجع سابق، ص ٨٤، د. محمد على الصافوري، فكر أرسطو القانوني، مرجع سابق ص: ٩٦٦، د. مصطفى صقر، فلسفة العادلة عند الإغريق، مرجع سابق ص: ٨٣- ٨٤.

ثانياً: تطبيقات مقصد العدالة في تشريعات الأحوال الشخصية:

مقصد العدالة من المقاصد (الأهداف) الأساسية للقانون في النظام القانوني المصري الحديث. ولقد تضمن التنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية في مصر على ما يؤدى إلى تحقيق مقصد العدالة في مجال الأحوال الشخصية، في مجالات كثيرة على النحو التالي:

(١) التوفيق بين المرونة والثبات في مسألة تقدير النفقة: فقد نصت المادة ١٦ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على: (تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية). وطبقا للمادة ١٨ مكرر ثانيا: (يلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم).

(٢) خصوصية دين النفقة وقواعد سقوط الديون: أن ديون النفقات تخرج على القواعد العامة لسقوط الديون، حيث لا يسرى عليها أحكام التقادم المسقط للحق الشخصي، حيث إن نفقة الزوجة تعتبر دينا لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، وهذا ما نصت عليه المادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: (تجب نفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذ سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين..... وتعتبر دعوى النفقة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء... ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية... ويكون لنفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج، ويتقدم مرتبته على دين النفقة الأخرى.....).

(٣) ما جاء بخصوص منزل الزوجية والحضانة (على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة

الحضانة. وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة. ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها....).

ونصت المادة ١٨ مكرر من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ما يلي: (الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأكثر وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص في سداد هذه المتعة على أقساط). ويلاحظ أن هذا النص تضمن صياغة مرنة وصياغة جامدة، بالإضافة إلى أنه تكون من عدة فروض وواجهها المشرع بالحكم المناسب لها.

وبالإضافة إلى ما سبق فقد بني هذا الحكم على مراعاة مصلحة كانت موجودة أساسا ومعترف بها ثم هجرها الناس لعدم المرؤة، حيث إنه حكم مستحدث لم يرد في التشريع المصري للأحوال الشخصية إلا بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي ألغى بحكم المحكمة الدستورية. وخير ما يؤكد ما سبق ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ حيث ورد فيها ما يلي : (لما كان من المستقر عليه شرعا إن الطلاق حق للزوج، وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها. وقد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج إذا انقطع حبل بينهما، وأصبحت المطلقة في حالة إلى معونة أكثر من نفقة العدة، تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفى المتعة ما يحقق المعونة وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق) وكما قال أستاذنا الدكتور/ محمد كمال إمام: (أن المشرع كان يهدف من النص إلى الوصول إلى هدفين هما: الهدف الأول: مواجهة المشكلة الاجتماعية التي تعاني منها المطلقة فور الزواج خاصة من الناحية المادية. والهدف الثاني: تقييد حركة المطلق حتى يتريث كثيرا، قبل إيقاع

الطلاق، وهذا هو الهدف الرئيسي للمشرع وكان صريحا في الإفصاح عنه)[1].

(٤) محاكم الأسرة وتحقيق العدالة الإجرائية: تتمثل أهم ملامح العدالة الإجرائية في استحداث محكمة الأسرة لنظر منازعات الأحوال الشخصية المتعددة بين الزوجين، وذلك يساعد على تحقيق وفعالية العدالة الإجرائية. حيث تكون المحكمة الواحد أجدر علي الفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل الأسرة. وبوجه عام في مسألة قبول دعوى التطليق أو الفسخ.

(٥) عدم اشتراط أن تكون الزوجية ثابتة عند الإنكار بوثيقة رسمية لقبول دعوى التطليق أو الفسخ. حيث نصت المادة ١٧ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: ". ..... مع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأيه كتابة". ويلاحظ أن هذا النص له مقصد شرعي له علاقة وثيقة بالعدالة وهو مقصد الرحمة. ولقد بينت المذكرة الإيضاحية المقصد من هذا النص على النحو التالي: ". .. فتح باب للرحمة بالزوجات اللائن وقعن في مشكلة الزواج العرفي ولا تجد مخرجا منه بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه فأتاح لهن المشروع سماع دعاواهن بطلب التطليق وواجه بذلك أمرا واقعا فيه إعنات للمرأة يتمثل في تعليقها على ذمة عقد زواج عليها بزواج عرفي تم هجرها وأهملها أو غاب عنها حيث لا تعلم ولا تجد فكاكا من وصمة مثل هذا الزواج، فأجاز المشرع رفع دعوى طلب التطليق عليه، وتسمع دعواها هذه إذا كان زواجهما ثابتا بأي كتابة، وفى هذا الأمر عدل وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة"[2].

(٦) التنظيم القانوني للخلع وحقوق الأولاد: لمراعاة العدالة ولاعتبارات المنطق القانوني نجد إن التنظيم القانوني للخلع لم يترتب عليه ضرر بالأولاد، إذ لم يؤثر على: الحق في النفقة والحق في الحضانة؛ لأنها

---

(١) د. محمد كمال إمام: أحكام الأسرة ... مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢) د. رمضان على الشرنباصي: أحكام الأسرة في الإسلام، ط ٢٠٠٦، ص ١٩٣.

ليست حقوقا خاصة بالزوجة تملك التنازل عنها. وهنا نجد مقصد شرعي في الحفاظ على حقوق الأولاد، حيث إن الزوجة تتنازل فقط عن حقوقها المالية هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، نجد أن العدالة روعيت في جانب الزوج حيث يسترد ما دفعه بالإضافة إلى عدم تحمله بأعباء تجاه زوجته التي خالعته، ولكن تبقى التزاماته المالية نحو الأولاد؛ حيث إنه ملتزم شرعا وقانونا برعايتهم.

(٧) الخروج على القواعد العامة المنظمة للمقاصة في القانون المدني ومقصد العدالة : نصت المادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على: "وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفي بحاجاتهم الضرورية".

يلاحظ أن هذا النص فيه خروج صريح على القواعد المنظمة للمقاصة في القانون المدني وهذا يتمثل في بضعة أمور منها : الأمر الأول: إن نطاق المقاصة يكون فقط بين ما أداه من نفقة مؤقتة والنفقة المحكوم بها. والأمر الثاني: إنه في كافة الأحوال فلا يجوز أن يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفي بحاجاتهم الضرورية. والأمر الثالث: الخروج الصريح على وجود حق المقاصة المقرر للمدين (وهو الزوج في دين النفقة) طبقا لما تقرره المادة ١/٣٦٢ مدني، وهو حق مقرر له بمقتضى القانون ولو اختلف سبب الدينين. وبلا شك إن ما سبق فيه خروج على القاعدة العامة للمقاصة والتي تقرر انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما. وهذا يعنى استثناء دين النفقة من التنظيم القانوني للمقاصة في القانون المدني، حيث تنص المادة ١/٣٦٢ مدني على (للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين.....). وكما تنص المادة ٣٦٥ /١ مدني على (ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة) وكذلك المادة ٣٦٧ /١ والتي تنص على (لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير) وبلا شك إن مبنى

هذا الاستثناء الواضح هو اعتبارات العدالة وهى من المقاصد الشرعية.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن مشروع القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان يتضمن نصا يشير إلى إنه طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها ولو لم يرض وإذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بما له عليها لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت موسرة قادرة على أداء الدين من مالها فإن لم تكن كذلك فلا يحتسب عليها بدينه شيئا من نفقتها.

ولكن يجرى العمل على المقاصة إن طلبها احدهما، ولو كانت في أشد الحاجة إلى النفقة وإن ذلك - كما قيل - لا يتفق مع العدل ولا مع ما جعلت القوانين لدين النفقة من امتياز يجوز الحبس في سبيله ولا يجوز في غيره من الديون [١].

المطلب الرابع

تطبيقات مقصد الاستقرار القانوني والأمان القانوني في فلسفة التنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية في مصر

أولاً: مفهوم الاستقرار القانوني والأمان القانوني : كمقصد من مقاصد القانون :

يعتبر الاستقرار القانوني Legal stability من الأهداف الرئيسية للنظام القانوني، إذ أن الأمن والعدل والاستقرار هي قيم لا يجوز، بل لا يتيسر فصل بعضها عن البعض الآخر، وترتيباً على ذلك، فإن حاجة المجتمع إلى الاستقرار هي تتماثل مع حاجته إلى العدل والأمن القانوني، Legal security[٢]. ويقصد بالأمان القانوني: "أن يكون في إمكانية الشخص أن يتوقع النتائج التي تترب على ما يقوم به من أفعال" [٣].

فالمجتمع في حاجة دائمة للاستقرار، لأنه هو الذي يسمح بقيام الثقة في العلاقات القانونية ؛ ولهذا فإن القانون يجب أن يسعى نحو تحقيق الاستقرار في المجتمع عن طريق المحافظة على استقرار المراكز القانونية[٤].

---

(١) د. رمضان على الشرنباصى: أحكام الأسرة في الإسلام، ط ٢٠٠٦، ص ٦٠.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٤ ؛ د. أحمد إبراهيم حسن: مرجع سابق، ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٣) د. حسام الأهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٤) د. حسام الأهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٣٤ – ٣٥.

ويتعلق الاستقرار القانوني بالمنهج الذي يختاره المشرع في تنظيم الحماية التي يضفيها على المصلحة الاجتماعية. ويتوافر هذا المنهج كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن المواطنين ضد المفاجآت التي تعرض مراكزهم القانونية للخطر[1] ولذا فقد قيل أن القانون الجنائي يعتبر من أهم فروع القانون التي تحتاج إلى الاستقرار القانوني نظراً لجسامة النتائج التي تترتب على إنكار هذا الاستقرار. ومن أهم أدوات تحقيق الاستقرار القانوني هي: - مبدأ الشرعية الجنائية: فهذا المبدأ يجب أن يراعيه المشرع لأنه صمام الأمان لحماية الحرية الشخصية للفرد وحظر القياس في مجال التجريم والعقاب[2].

فيعد الاستقرار القانوني عنصراً من العناصر الأساسية في مفهوم القانون ذاته، ذلك أن القانون قاعدة اجتماعية للعمل على حماية قيم مجتمع منظم، وأن الحاجة إلى الأمن والنظام والاستقرار من أهم أهداف وكذلك من أهم الخصائص التي يجب توافرها في فكرة القانون، بل أن الاستقرار لصيق بجوهر القانون ذاته، باعتبار أن الوظيفة الأولى للقانون — الهدف العام — هي تحقيق النظام ومن متطلبات النظام order الثبات والاستقرار. فالاستقرار القانوني يلبي الحاجة إلى أن يعرف كل فرد ما له وما عليه في الحياة الاجتماعية[3].

ويستلزم تحقيق الأمان القانوني - كما يقول البعض - أن تكون القاعدة القانونية واضحة ودقيقه، والابتعاد بقدر الإمكان عن منح الإدارة أو القضاء سلطة تقديرية، وعدم رجعية القواعد القانونية الجديدة على الوقائع السابقة. حيث إن تطبيق القانون الجديد على وقائع سابقة يتعارض مع اعتبارات الاستقرار القانون والأمان القانوني[4].

ولقد احتوى النظام القانوني المصري — بوجه عام — على عدة

---

(١) د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ١٠.

(٢) د. أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ١١.

(٣) د. نعيم عطية: القانون والقيم الاجتماعية، ط ١٩٧١، ص ٨٤؛ د. أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون، ص ٢٠٤.

(٤) د. حسام الأهواني: أصول القانون، ط ١٩٨٦، ص ٣٤ — ٣٥.

آليات الهدف منها تحقيق الاستقرار القانوني والأمان القانوني بوصفهما من غايات القانون أو بالمعنى الدقيق مقاصده الأخرى كالعدالة وتحقيق الخير العام. ومن آليات تحقيق غاية الاستقرار القانوني والأمان القانوني في النظام القانوني المصري الحديث نذكر: الأخذ بالصياغة الجامدة في الكثير من النصوص التشريعية، واتساع نطاق القواعد الآمرة، وعدم الاعتداد بالجهل بالقانون، وتقرير مبدأ عدم رجعية القانون، والأخذ بالعديد من النظم القانونية التي تكرس قيمة الاستقرار كغاية للقانون كنظام للتقادم، واشتراط الشكلية في بعض التصرفات، والأخذ بنظرية الوضع الظاهر[1].

وبالإضافة إلى ما سبق، فهناك أفكار رئيسية في النظام القانوني المصري - الهدف المباشر منها تحقيق متطلبات تحقيق الاستقرار القانوني باعتباره غاية من غايات القانون. ومن هذه الأفكار نذكر ما يلي :

- العمومية والتجريد في القاعدة القانونية: فكما يقول أستاذنا الدكتور/ حمدي عبد الرحمن "تقتضي فكرة الاستقرار أن يتوافر في القواعد القانونية وصف العمومية والتجريد، بحيث يتجه بخطابها إلى أشخاص غير معينين بذواتهم، بل بصفاتهم، أو لتوافر شروط موضوعية مجردة فيهم فمع توافر هذه الخاصية يصبح القانون أكثر قدرة على الإقناع، وأكثر قدرة على استقطاب الانضباط الاجتماعي"[2].

- الجزاء كركن أساسي للقاعدة القانونية ووجود جهاز يتكفل بتطبيقه: ومن أهم الأفكار لصيقة الصلة بالاستقرار القانوني، اشتراط توافر ركن الجزاء في القاعدة القانونية، بالإضافة على وجود جهاز يكفل تطبيق الجزاء وتنفيذه؛ وتأكيداً لما سبق، فالقواعد الحالية تحتوي على عنصر الجزاء بالإضافة إلى احتواءه على مؤسسات تتكفل بتطبيق القانون وتنفيذه[3]. إذ يجب لتحقيق الاستقرار الالتزام بتطبيق القانون وتنفيذه،

---

(١) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون ... مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها؛ د. أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون .. مرجع سابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) د. حمدي عبد الرحمن: أصول القانون، مرجع سابق، ص ٢٥.

لأنه لو كان الأمر خلاف ما سبق فإن هذا معناه عدم تنظيم السلوك وفقاً للقانون، الأمر الذي يؤثر في فعالية القانون في تحقيق الاستقرار[١].

ويضاف إلى ما سبق، أن متطلبات الاستقرار القانوني تتطلب بالإضافة إلى ما سبق قوله "ضرورة التمهل في وضع التشريع وألا يشرع في ذلك إلا بعد دراسات متأنية بحيث يصدر التشريع موافقاً لظروف الواقع بكل معانية ويتضمن تنظيماً دقيقاً للمشكلة التي وضع بناء عليها هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية – يجب عدم المبالغة في التدخل التشريعي " يمكن أن يطلق عليه "الإفراط التشريعي" أو الاتجاه نحو الإكثار من التعديلات التشريعية أو التعديلات العشوائية للتشريعات القائمة[٢] وبناء عليه ينبغي أن يكون العمل بالتشريع بعد فترة من صدوره حتى يتسنى للناس معرفته وتعديل سلوكهم وفقاً له.

وترتبط غاية تحقيق الاستقرار القانوني بوجود القانون ذاته، فهي من جوهر القانون. فالنظام القانوني الذي لا يقدر على تحقيق الاستقرار كف أن يكون نظاماً قانونياً، بل أنه قد يتعرض للانهيار[٣]، ويعرض المجتمع لمخاطر عدة.

ثانياً: مقصد الاستقرار القانوني كمقصد تشريعي في التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية:

بتحليل التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية نجد أن مقصد تحقيق الاستقرار القانوني من المقاصد الأساسية. حيث إن المحافظة على الأسرة من المقاصد الأساسية. ويعتبر مقصد تحقيق الاستقرار القانوني من مكملات المقاصد الضرورية والحاجية والتحسينية. ويلاحظ أن غلبة مقصد تحقيق الاستقرار القانوني واليقين في المركز القانونية، هو الذي دفع المشرع في قوانين الإحكام الشخصية إلى اللجوء إلى الصياغة الجامدة كأصل عام وإلى أسلوب الإحالة التشريعية وإلى منهج الترابط التشريعي بين النصوص

---

(١) د. حسام الأهواني: مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) د. حسام الأهواني: أصول القانون .....، مرجع سابق، ص ٣٤ – ٣٥.

(٣) RIPERT (G.): le déclin du droit, 1949. p. 156.

المنظمة للأحوال الشخصية وغيرها.

ونوضح فيما يلي لمظاهر مقصد تحقيق الاستقرار في التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية: فعن طريق استقراء التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية في مصر نجد أن مقصد تحقيق الاستقرار القانوني واليقين في المراكز القانونية يعتبر من المقاصد الأساسية والتي حرص المشرع على تحقيقه.

ولما كانت من الثابت أن الاستقراء من الطرق التي بمقتضاها يمكن التعرف على المقاصد الشرعية. فمن خلال المنهج الاستقرائي للنصوص المنظمة لبعض أحكام الأحول الشخصية يمكننا الوصول إلى آليات تحقيق مقصد الاستقرار القانوني ومقصد الأمان أو اليقين في المراكز القانونية.

ونوضح فيما يلي لمظاهر مقصد تحقيق الاستقرار القانوني ومقصد تحقيق اليقين القانوني في التنظيم القانوني لأحكام الأحوال الشخصية :

(١) اعتماد التقويم الميلادي في تشريعات الأحوال الشخصية وتحديد عدد أيام السنة الميلادية: فالأخذ بالتقويم الميلادي يعتبر من أهم تطبيقات مقصد الاستقرار القانوني، حيث إنه من ناحية يحقق توافق بين منهج حساب المواعيد في القوانين المصرية الأخرى، حيث يتحقق توحيد في كيفية حساب المواعيد في مسائل الأحوال الشخصية والأحوال العينية. فقد نصت المادة الأولى من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى ١لسنة ٢٠٠٠ على : " تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي ". ومن ناحية ثانية، نجد أن المشرع في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فقد نص صراحة على أن المراد بالسنة هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما (المادة ٢٣).

(٢) الأخذ بالصياغة الجامدة كأصل عام بالإضافة إلى الصياغة المرنة (تطبيقات فكرة المعيار والقاعدة): فعن طريق استقراء القوانين المنظمة للأحوال الشخصية في مصر نجد أنها تبنت الصياغة الجامدة (القاعدة) كأصل عام. بجانب الصياغة المرنة (فكرة المعيار) وذلك بهدف

تحقيق مقصد الاستقرار القانون والأمان القانوني.

ومن أمثلة ذلك الأخذ بالصياغة الكمية الرقمية، بدلا من الصياغة الكيفية هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، نجد الوضوح واليقين في صياغة الكثير من النصوص مثل : النصوص المنظمة للمواريث في قانون المواريث. والنصوص المنظمة للوصية في قانون الوصية. والنصوص المنظمة للمفقود والنفقات. فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أن المواد المنظمة للطلاق في المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ جاءت في صياغة واضحة ومحددة. فالمادة الأولى تنص على: " لا يقع طلاق السكران والمكره ". والمادة الثالثة تنص على: " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة ". وبهذه الصياغة الجامدة سد المشرع باب التأويل الذي ينشأ عنه عدم استقرار ويقين في المراكز القانونية.

ومن أمثلة ذلك أيضا النص صراحة على أن الفرقة للعيب تعتبر طلاقا بائنا، لأن الضرر الذي يقوم الطلاق برفعه ضرر دائم أو مستمر فترة طويلة، وبالتالي فالأنسب أن يكون بائنا حتى لا يعود الزوج إلى المراجعة ويعبث بمصير المرأة [1]. أما الصياغة المرنة مثل تحديد النفقة بحسب حال الزوج (المادة ١٦). والاستعانة بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من اجلها. وفى تحديد المسائل التي تدخل في اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية. على النحو الوارد في المادة ٩ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ م.

وهناك نصوص في قوانين الأحوال الشخصية تجمع بين المعيار والقاعدة معا أي بين التعبير بالأرقام والصياغة المرنة. مثال ذلك المادة ٢٠ من المرسوم بقانون ٢٥لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. والتي جاء نصه على النحو التالي: (ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتا عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر. والصغيرة حتى تتزوج

---

(١) د. محمد كمال إمام: أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص ٩٢.

فى يد الحاضنة دون اجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك). فالنص السابق في شطره الأول يتضمن قاعدة جامدة (قاعدة انتهاء الحضانة بالوصول إلى سن معين). ويتضمن في الشطر الثاني معيارا مرنا (معيار مبنى على المصلحة – مصلحة المحضون).

وكذلك ما جاء في حق الرؤية، إذ لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وإذا تعذر تنظيم الرؤيا اتفاقا نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا.

(٣) عدم سماع دعوى الزوجية عند الإنكار لعدم التوثيق (المادة ٩٩ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١. فقد نصت المادة ٩٩ على: " لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ ". وكما قيل / فإنه يتضح من هذا النص فقد سحب القانون اعترافه بعقود الزواج غير الموثقة بعد ١/٨/ ١٩٣١. وقد استهدف المشرع تحقيق الاستقرار فيما يتعلق بوقت قيام الرابطة الزوجية.

(٤) عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة : فمقصد الاستقرار هو الذي دفع المشرع إلى النص على: " ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى" المادة الأولى – القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

بالرغم من أن العدالة تقتضى بعدم سقوطها. ولكن يلاحظ هنا أننا بصدد حالة من حالات الواجب ديانة فى الفقه الإسلامي بالمقارنة للالتزام الواجب قضاء. فنفقة الزوجة لأكثر من سنة لا تكون واجبة على الزوج قضاء ولكنها تكون واجبة ديانة عليه. إذ أن الزوجة فقدت الحق في المطالبة بالنفقة عن طريق القضاء. ولكن ما زال دين النفقة شاغلا لذمة الزوج من الناحية الدينية [١].

---

(١) راجع: في الواجب قضاء والواجب ديانة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني: كتابنا: الالتزام الطبيعي، دراسة مقارنة بين القانون الروماني والفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

(٥) توحيد جهة التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث تم إنشاء قضاء متخصص بأحكام الأسرة وهو محاكم الأسرة بمقتضى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤. والذي جاء في مادته الأولى ما يلي (تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل.....) ونصت المادة الثالثة من القانون على: (تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١لسنة ٢٠٠٠. .....) وجاء في المادة الرابعة ما يفيد قيام نيابة متخصصة للأسرة أيضا، حيث نصت المادة الرابعة على ما يلي: " تنشأ نيابة متخصصة لشئون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية. ... ".

(٦) مواجهة النقص في القانون : لقد اعتمد المشرع عدة آليات لمواجهة النقص في القانون Gaps in law عن طريق منهج الإحالة إلى قانون المرافعات (فيما يتعلق بالإجراءات) والقانون المدني (في تحديد الموطن). بالإضافة إلى النص صراحة على الرجوع إلى أرجح الأقوال في مذهب أبو حنيفة. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: " تسرى أحكام القانون الموافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات ". ونصت المادة الثالثة من القانون ١لسنة ٢٠٠٠ على: " تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الأمام أبي حنيفة ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ /١٢/ ١٩٥٦ طبقا لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام).

ولقد تم الأخذ بما سبق أيضا في قانون الوصية، فبهدف تحقيق مقصد الاستقرار ومقصد اليقين القانوني، نجد أن نطاق تطبيق قانون الوصية، يمتد ليشمل جميع المصريين آيا كانت ديانتهم. وفى نفس الوقت فإنه في حالة عدم وجود نص يرجع إلى أرجح الأقوال في مذهب أبى حنيفة.

(٧) تقرير جزاء جنائي في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة ببعض أحكام الأحوال الشخصية (المادة ٧٩ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠[١].

(٨) التنظيم التشريعي الجامد في تنظيم التزاحم بين الديون بهدف تحقيق اليقين والاستقرار في المراكز القانونية. فقد نصت المادة ٧٧ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على ما يلي: " في حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى". فالمقصد من تدخل المشرع لتنظيم مراتب المستحقين للنفقة في حالة تزاحمهم هو تحقيق مصلحة هامة وهى إمكانية كل شخص أن يتوقع مقدما لحقوقه.

(٩) عدم قابلية أحكام تنفيذ النفقة للوقف للاستشكال. فبهدف تحقيق الاستقرار وكذلك مصلحة المستحق للنفقة، نجد أن المشرع خرج صراحة على القواعد المتعلقة بآثار الإشكالات كما نظمها قانون المرافعات - ونص صراحة على: " لا يترتب على الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها في المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ ".

(١٠) النفاذ الوجوب للأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها تكون واجبة

---

(١) نصت المادة ٧٩ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ : "مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب بالحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على أيه مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي نفاذا لحكم أو لأمر صدر استنادا إلى أحكام هذا القانون بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعه مع علمه بذلك. وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعي على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع إلزامه بردها.

النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة ".

(١١) التشديد في قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على القرار به عند الإنكار بعد وفاة المورث. حيث اشترط القانون أما توافر ورقة رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء (المادة ٧ من قانون ١لسنة ٢٠٠٠).

(١٢) توحيد قواعد الإجراءات في مسائل الأحوال الشخصية الأمر الذي يكفل تسيير أعمالها. حيث تضمن القانون جمع الأحكام الإجرائية التي تنظم إجراءات التقاضي للأحوال الشخصية بعد تنقيحها وتوحيدها. مع إعطاء دور ايجابي للقاضي وإلغاء الأحكام الغيابية والمعارضة والاستعانة بأخصائي اجتماعي والتزام المحكمة بسلطة عرض الصلح على الخصوم، وان الاستشكالات لا توقف تنفيذ أحكام النفقة، استثناء من قواعد الاستشكالات في قانون المرافعات [1].

(١٣) جعل التقاضي في الخلع على درجة واحدة : فقد قررت المادة ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠ على أن الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن وان الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، جعل الخلع قضاء، حيث اسند الأمر إلى القاضي لإجراء الحكم كما أشارت المادة ٢٠ من قانون ١لسنة ٢٠٠٠ إذا لم يتراضيا الطرفين. حيث إن الأصل عند الفقهاء أن الخلع يجوز أن يكون عند السلطان وغيره وهذا هو رأى جمهور الفقه الإسلامي، وروى عن الحسن وابن سرين أن الخلع لا يجوز إلا عند السلطان. وهذا هو رأى بعض الشيعة الأمامية باعتباره من باب وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أما جمهور الأمامية فلم يقولوا بوجوب إذن القاضي وإنما قالوا يستحب ذلك وقد ترك المشرع رأى الجمهور ورأى أن فساد الزمان والظلم الواقع على المرأة يجعل الأصلح فقها وسياسية رفع الأمر

---

(١) د.م / محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها، د. أحمد خليل: خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

إلى القاضي ليأمر بالخلع عند التعسف وهى وجهة نظر لها وجاهتها وقال بها فقهاء كبار من المعاصرين [1].

وبوجه عام، فيجب أن نشير إلى أن منع الطعن على الحكم الصادر بالتطليق للخلع بأي طريق من طرق الطعن يتفق وأحكام الدستور، إذ أنه للمشرع أن يستقل بتقدير قصر التقاضي على درجة واحدة في بعض الخصومات [2].

(١٤) إلغاء نظام الأحكام الغيابية والمعارضة في دعاوى الأحوال الشخصية، ولذا فتكون جميع الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية حضورية.

(١٥) استمرارية فعالية ذات السند التنفيذي لأكثر من مرة، خروجا على القواعد العامة المنظمة للسند التنفيذي. وهذا ما نصت عليه عجز المادة ٦٦ حيث جاء فيها: " ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذي كلما اقتضى الحال ذلك ".

(١٦) تقصير مدة الحكم بموت المفقود: فقد كان يحكم بموت المفقود طبقا للمادة ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هي أربع سنوات من تاريخ الفقد، ومرجع هذا التعديل هو في اعتقادنا اعتبار مرجعة الاستقرار القانوني والعدالة.

ثالثاً: فلسفة حقوق الإنسان في مجال الأسرة والمقاصد الشرعية

(١) مفهوم حقوق الإنسان وعلاقته بالمقاصد الشرعية:

إن اصطلاح "حقوق الإنسان" من المصطلحات الحديثة، ولكن فكرة وجود حقوق الإنسان، هي فكرة لصيقة بالوجود الإنساني ذاته. ومن الناحية المنطقية يلاحظ أن مصطلح حقوق الإنسان من المصطلحات المركبة (حق وإنسان). ويعتبر مصطلح الحق من أكثر المصطلحات تداولاً في مجال

---

(١) د. رمضان الشرنباصي: مرجع سابق، ص ١١٩.

(٢) د. محمد نجيب عوضين: أحكام التركات وفلسفتها في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص ٢٤٧؛ ويشير سيادته إلى الدعوى ١٨ لسنة ١٢ ق دستورية جلسة ١١/٧/ ١٩٩٢.

الدراسات القانونية والفلسفية ؛ إذ انه من المصطلحات التي أثارت وما زالت تثير الكثير من الخلافات بين الشراح.

وإذا كانت فكرة حقوق الإنسان قد لقيت اهتمام الفكر والفقهاء في كافة المجالات والتخصصات [1] فإنه يلاحظ أن مفهوم حقوق الإنسان يعتبر - كما قيل - من أهم مخترعات حضارتنا في مجال العلوم الاجتماعية ؛ على النحو الذي يمكن مقارنته بالتطور الحديث في مجال التكنولوجيا وتطبيقاتها في الطب والاتصالات والنقل وكما قيل صراحة ما يلي [2] :

(The concept of Human rights has been described as one of the greatest inventions of our civilization ...).

ولقد أخذت حقوق الإنسان حيزا كبيرا من الاهتمام من الفقهاء، نظرا للارتباط الوثيق بين حقوق الإنسان والقانون بوجه عام. حتى أن البعض قال صراحة ما يلي [3] :

(Les droits de l'homme pourront jouer dans la théorie du droit comme dans les autre disciplines juridiques le rôle de catalyseur de conceptions diverses et complémentaire et mettre en marche la théorie du droit vers des horizons nouveaux).

وإذ يتمثل جوهر النظام الاجتماعي القانوني في المصلحة

---

(١) ولقد قيل عن مدى ذيوع المناقشات المتعلقة بحقوق الإنسان ما يلي :
(The concept of Human rights constitutes the very core of the public debate on .... Organization of the society) ... Eid (A.): Human rights in the world societies, Oslo, 1977, P. 7.

(٢) انظر :
Wacks(R.): understanding jurisprudence...op.cit., p.276; Nino(C.): The Ethics of Human rights, oxford, 1991, p. 1 .

(٣) انظر :
Toth(J.) : les droits de l'homme et la théorie du droit , op. cit., p. 31.

الاجتماعية التي يحميها هذا النظام ويرجحها على غيرها من المصالح المتعارضة في المجتمع [١]. ولا شك أن صيغة التوازن القانوني بين المصالح الخاصة، إنما تأتى انعكاسا لمحصلة التفاعل بين العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية والدينية السائدة في المجتمع في وقت معين [٢].

وحقوق الإنسان هي مصطلح مقصور على الحقوق التي تثبت للإنسان بوصفه إنسانا حتى ولم يكن يعترف له بالشخصية القانونية. ولكن يلاحظ إنه في الوقت المعاصر، يعترف لجميع بني الإنسان بالشخصية القانونية [٣][٤].

ويقصد بمصطلح حقوق الإنسان : " مجموعة القواعد والمبادئ المنصوص عليها في عدد من الإعلانات والمعاهدات الدولية والتي تؤمن حقوق وحريات الأفراد والشعوب في مواجهة الدولة أساسا وهى حقوق لصيقة بالإنسان وغير قابلة للتنازل عنها وتلتزم الدولة بحمايتها من الاعتداء أو الانتهاك "[٥]. وقيل أنها[٦] :

---

(١) د. محمد نور فرحات، د. محمد جمال عيسي : تاريخ النظم، ط ٢٠٠١، ص ٢٧.
Cornu (G.) : Linguistique juridique ,paris , 1998 , p. P.29.

(٢) د. همام محمد محمود زهران : المدخل إلى القانون ... مرجع سابق، ص ٨.

(٣) فعلى سبيل المثال تنص المادة ١٩ مدني مصري على (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ...).

(٤) فحقوق الإنسان تثبت للشخص بوصفه إنسانا فهي لصيقة بالوجود الإنساني ، كالحق في الحياة والحرية والمساواة، فحقوق الإنسان ليس مصدرها القانون، لأن حقوق الإنسان هي الحقوق التي تمنح للإنسان بوصفه إنسانا :
Human rights are rights which belong to man as such regard less of what his position in society happens to be).
Mathieu(V.): Prolegomena to a study of Human rights from the standpoint of the international community, In: Philosophical foundations of human rights, Unesco, 1989; P. 34 .

(٥) د. محمد نور فرحات: تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان: مقالة منشورة في: دراسات في القانون الدولي الإنساني، القاهرة، دار المستقبل العربي، ص ٨٣.

(٦) جاك دونللى: حقوق الإنسان العالمية ... مرجع سابق، ٧٥.

" Droits de l'homme ensemble des droits fondamentaux inhérents a la nature humaine "

- " أن حقوق الإنسان هي الحد الأدنى الضروري من الحقوق التي يجب أن يكفلها اى نظام قانوني للفرد"[1].

وبالنظر إلى مجموعة التعريفات السابق الإشارة إليها نجد أنها تركز على جملة نقاط أساسية مثل : أن حقوق الإنسان مرتبطة بالطبيعة الإنسانية، تتمتع (بل يجب) أن بحماية الدولة، ومقبولة عالميا، ويتمتع بها كل فرد بغض النظر عن عقيدته أو موطنه أو مكانته أو جنسه أو ديانته

ولا يمكن إنكار مدى مساهمة الشريعة الإسلامية في إرساء مبادئ وأسس حقوق الإنسان بكافة صورها. والمبدأ العام هو أن حفظ حقوق الإنسان منوط بالتمسك بمقاصد الشريعة. فالمقاصد الشرعية مناسبة لكل عصر وهى تتعلق بالفرد والمجتمع، ولذا فإنها تحفظ حقوق الإنسان الضرورية، والتي تتمثل في حفظ النفس وحفظ الدين وحفظ العرض وحفظ العقل وحفظ المال وتحفظ حقوق الإنسان الجماعية ومنها حقوق الأسرة بداية من الحفاظ على العلاقات الأسرية وتنظيمها. ويلاحظ أن حقوق الإنسان لا تقتصر على الضرورات فقط بل أيضا الحاجيات والتحسينات والكماليات [2].

فباستقراء ما تضمنته الشريعة الإسلامية من مقاصد الشريعة (ضرورات – حاجيات – تحسينات) يتضح أن الشريعة الإسلامية قد كفلت حقوق الإنسان في أوسع معانيها. فلا شك أن الشرعية قد جاء بها ما يحقق الحفاظ لحقوق الإنسان في كافة المجالات.

في مجال الأسرة. فمن الملاحظ بادئ ذي بدء إن أحكام الأسرة تتعلق بالمقاصد الضرورية وبوجه خاص مقصد الحفاظ على النفس ومقصد

---

(١) د.حسام الاهواني: أصول القانون، مرجع سابق، ص٥٧٢.

(٢) د. محمود السيد الدغيم: الجامع المشترك بين مقاصد الشريعة الإسلامية وحق الإنسان، في :
Http://www.amanjordan.org/aman_studies/wmview.php?ArtD= 914

الحفاظ على النسل. فكلاهما تقوم عليه أحكام الأسرة. فقد شرع الزواج للحفاظ على النسل، حرم الزنا للحفاظ على الأنساب. وشرعت النفقة والحضانة والميراث للحفاظ على النفس وعلى النسل. ويؤكد هذا الارتباط أيضا أن أحكام الأسرة (أو الأحوال الشخصية) مرتبطة بحقوق الإنسان في الإسلام برباط وثيق، نظرا لأنها متعلقة بالمقاصد الشرعية الضرورية. وبناء عليه فالتنظيم التشريعي لأحكام الأحوال الشخصية، يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة حقوق الإنسان. فالحق في النفقة والحق في الزواج والحق في تكوين أسرة والحق في التعليم والحق في الملكية والحق في المحاكمة العادلة، وغيرها كلها حقوق إنسان متعلقة بأحكام الأسرة، ومرتبطة بالمقاصد الشرعية.

وجدير بالذكر الإشارة إلى أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنة عشرة في ماليزيا عام ٢٠٠٧ قد أشار في التوصيات إلى (اعتبار المقاصد الشرعية بمراتبها المختلفة الإطار المؤسسي والمناسب لحقوق الإنسان) [١].

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإعلانات الحقوق الإسلامية وفلسفة المقاصد الشرعية في مجال الأسرة:

جاءت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٤٨ لتتضمن أهم أسس حقوق الإنسان، حيث جاء بها ما يلي (لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات. .....).

وباستقراء هذه المادة والمواد التي تليها نجد أنها تضمنت أهم حقوق الإنسان، والتي أن قارناها بالتقسيم الثلاثي للمصالح في الفقه الإسلامي، لنجد أن هذا الإعلان أشار إلى ضرورة الحفاظ على المقاصد الشرعية الضرورية والكمالية والحاجية.

وإذا اتجهنا إلى دراسة اثر فكرة المقاصد الشرعية في صياغة إعلانات

---

(١) انظر :
Http://www.islamtoday,net/bohooth/services/printart – 32

حقوق الإنسان في العالم الإسلامي لنجد خير الأدلة على هذا ما جاء في إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام وهو الإعلان الذي تم إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة العالم الإسلامي في القاهرة في أغسطس ١٩٩٠. حيث نجد إن إعلان القاهرة تضمن النصوص الآتية التي تؤكد ضرورة الحفاظ على مجموعة حقوق للإنسان تمثل مستويات المقاصد الشرعية في مجال أحكام الأسرة على النحو التالي :

- جاءت المادة السادسة تؤكد المركز القانوني والاجتماعي للمرأة في المجتمع، حيث قالت (المرأة مساوية للرجل في الكرامة الإنسانية، ولها من الحق مثل ما عليها من الواجبات ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها).

- جاءت المادة السادسة، لتؤكد الحق في النفقة، وهو ينتمي إلى مقصد هام من المقاصد الشرعية، حيث جاء في الفقرة ب ما يلي : (على الرجل عبء الإنفاق على الأسرة ومسئولية رعايتها). وكذلك الحق في الحضانة على النحو الوارد في المادة السابعة منه.

ومن ناحية أخرى، فقد اهتم الشراح الذين اهتموا بفقه المقاصد الشرعية، بموضوع حقوق الإنسان وعلاقته بالمقاصد الشرعية.

ولكن يجب إلا ننظر لأحكام الفقه الإسلامي والأحكام الشرعية من وجهة نظر حقوق الإنسان. وهى الرؤية التي حظر البعض من اللجوء إليها، حيث يرى أن فكرة حقوق الإنسان ، تؤدى إلى قراءة الفقه الإسلامي مغلوطة أو في القليل ناقصة [١].

فالمستقر عليه فى مجال حقوق الإنسان فى الإسلام هو كما أشارت ديباجة إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان فى الإسلام والتى جاء فيها يلي (... أن الحقوق الأساسية والحريات العامة فى الإسلام جزء من دين المسلمين لا يملك أحد بشكل مبدئي تعطيلها كليا أو جزئيا ، أو خرقها أو تجاهلها فى أحكام إلهية تكليفية أنزل الله بها كتبه ، وبعث بها خاتم رسله

---

(١) د. محمد كمال إمام: أحكام الفرقة بين الزوجين، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٤.

وتم بها ما جاءت به الرسالات السماوية وأصبحت رعايتها عبادة ، وإهمالها أو العدوان عليها منكرا فى الدين وكل إنسان مسئول عنها بمفردة، والأمة مسئولة عنها بالتضامن)[1].

(١) اعلان القاهرة حول حقوق الانسان فى الإسلام ، منظمة المؤتمر الإسلامي ، القاهرة اغسطس ، ٥، ١٩٩٠ .