الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث والعلمي.

Ministère de l'enseignement supérieur, et de la recherche Scientifique

جامعة وهران.

Université d oran

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية.

Faculté des Science humaine et de la civilisation islamique

الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية

بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله.

إعداد الطالب: **عمري رشيد** **إشراف الدكتور**: **داودي عبد القادر**

رئيس	لخضري لخضر	أستاذ	جامعة وهران
مقرر	داودي عبد القادر	أستاذ محاضر– أ –	جامعة وهران
مناقش	لشهب أبو بكر	أستاذ	المركز الجامعي بالوادي
مناقش	جدي عبد القادر	أستاذ محاضر – أ –	جامعة قسنطينة
مناقش	سليماني عبد القادر	أستاذ محاضر – أ –	جامعة وهران
مناقش	صغيري نور الدين	أستاذ محاضر – أ –	جامعة قسنطينة

السنة الجامعية: **2010 – 2011**


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء .

إلى سيّد البريّة، ومنقذ البشريّة، إلى من أرسله الله تعالى للعالمين هديّة، إلى سيّدنا محمد الحبيب، صاحبِ النّفس الزكيّة، إلى أصحابه الذي مشووا على الطريق السويّة.

إلى نور بصري وبهجة فؤادي في هذه الحياة، والدي الكريمين اعترافا بجميلهما وإقرارا بحقهما .

إلى من جمعنا سقف واحد واحتضننا صدر واحد، إخوتي الأعزاء، إلى من قاسموني حقوق القرابة أخوالي وخالاتي.

إلى من تحملوا مني كثيرا خلال البحث، وكانوا أحسن مؤنس وأكرم رفيق، زوجتي وأولادي الأعزاء، رُميسة الزّهراء، وأيّوب إسلام، وفاطمة رَيحانة

إلى كل من عرفتني بهم الشدائد، ونافسوني في الموارد، رفقاء الدرب.

كلمة شكر.

إلى أستاذي الفاضل: الدكتور عبد القادر داودي، أتقدم بالشكر الجزيل على ما أولاني به من الاهتمام البالغ والعناية الفائقة، والنّصح والتوجيه الدائم، حتى إتمام هذه الرسالة.

إلى شيوخنا الأماجد، وأساتذتنا الأفاضل، إلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث، ولو بكلمة طيبة أو دعاء بظهر الغيب.

إلى الأستاذة المحترمين، الذين تفضلوا عليّ بمناقشة هذه الرسالة، فلهم مني بالغ الشكر والامتنان.

مقدمة:

بسم الله الرّحمن الرّحيم، وصلّى الله وسلّم وبارك على نبيّه الكريم، وعلى آله وصحابته أجمعين، نصرٌ من الله وفتح قريبٌ وبشر المومنينَ.

الحمدُ لله حمدَ عبدٍ مُقِرٍّ بنِعَمِ خالقِه ومَوْلاَه، شاكرٍ لأَفضَالِه وعَطايَاه، والصّلاةُ والسّلامُ الأَتَمَّانِ الأكملان على من أكرمه الله تعالى بخَتْمِ رِسالاتِه وخَصَّهُ بعظيمِ مَزاياهُ، وأشهدُ أنْ لا إله إلا الله وحدَهُ لا شريكَ لهُ، وأنَّ محمدًا عبدُه ورسولُه الأوَّاه، شهادةً نذَّخرها ليومِ لقَاهُ، أمّا بعد:

إنَّ الله تعالى خلقَ الخلقَ بقُدرته من نفسٍ واحدةٍ، وربَّاهم بنِعَمِه المَمَدودَةِ البِدَد، التي لا تُدرك أمدًا ولا تحصى عددًا، وهو أعلمُ بظواهِرهم وجواهِرهم، ومطلعٌ على كوامنهم وسرائرهم، ويعلم ما ينفعُ الإنسانَ ويُغنيه، وما يَضرُّه ويُردِيه، ويعلمُ ما تُوسوس به نفسُه، وهو أقربُ إليه من حبلِ الوَريد، ومن هنا كان خلقُه للبشرِ في أَتمِّ استواءٍ وأحسنِ تقويمٍ، بَلْ وأَقدَرَ الإنسانَ وأهَّلَه على أن يكونَ في أزكى نفسٍ، وأسلمَ قلبٍ، وأصفىَ سريرة، ووَكَلَه في ذلك إلى تضحيته واجتهاده " **والذين جاهدوا فينا لنهدينّهم سبلنا** "العنكبوت69 وأفضل الناس وأكرمهم من جمع بين سلامة الظاهر وصفاء الباطن، وكان أتقى وأنقى، " **إنّ أكرمكم عند الله أتقاكم** "الحجرات13.

وحتى يحافظ الإنسان على التوازنِ الفطريِّ بين المادةِ والرُّوحِ، والاعتقادِ والسّلوكِ، والقول والعمل، أكرمه الله بشريعةٍ تامّةٍ كاملةٍ خالدةٍ، أنزلَها الذي خلقَ الإنسانَ وأتقنَه، وهو أعلمُ بمصالح خلقه من أنفسهم، " **والله يعلم وأنتم لا تعلمون** "البقرة216.

فكانت تشريعاتُه وأحكامُه لعبادِه مصالحَ كلَّها ورحمةً كلَّها وعدلا كلَّها، تفضلاً منه وإحسانا، فهو لم يشرعْ حكمًا من أحكامه إلا لمصلحةٍ عاجلةٍ أو آجلة، أو عاجلةٍ وآجلةٍ، تكرمًا منه على عباده، إذ لا حقَّ لأحدٍ منهم عليه، فلو شرَّع الأحكامَ كلَّها، خاليةً عن المصالحِ لكان قسطاً وعدلاً، كما كان شرعها إحساناً منه وفضلاً.

هذا، ولّما كانت أفعال النّاس وتصرفاتهم كأفرادٍ وجماعاتٍ، مستمرةً وغير متناهيةٍ ولامعدودةٍ، وكانت نصوصُ الشّارعِ محصورةً ومحدودةً، كان لزامًا على العلماء والذين هم ورثةُ الأنبياء أن يَنبَرُوا

لِمَا جدَّ من القَضايا والنَّوازِل التي تُلِمُّ بالأمّة، فيجدوا لها أحكامًا شرعيةً مناسبةً، مستفرغين في ذلك جهدَهم ووُسعَهم من أجل الوصولِ إلى الحقِّ.

ولما كان ما يصدرُ من العلماء من فتاوى وأحكام مع أهميته وقيمته، يحتاج إلى تجسيد عمليٍّ وتطبيقٍ ميدانيٍ، ولأن وظيفتَهم تختصُّ فقط بالإخبارِ عن حكم الله في تلك المسائل والمُلمَّاتِ، دون إلزامِ أحدٍ، فقد ظهرتْ بذلك أهميةُ وضرورةُ وجودِ وليِّ أمرٍ مجتهدٍ للمسلمين، يحفظُ عليهم دينهم ودنياهم، ويذود عن حمى الإسلام وحياضه، ويستقيمُ معه سلوك الرعية وتنضبط به تصرفاتها، وذلك لأن ما يُصدره من أوامر ونواهي، لها صفة التحتيم والإلزام، وكل مخالفة لأمره تعرّض صاحبها للمساءلة أو العقاب، فأكسب ذلك اجتهاده الامتثال والقبول والإذعان طوعا أو كرها.

ووليُّ أَمرِ المسلمين يتَسعُ نظرُه الاجتهادي في قضايا الرّعية، وشؤونِ الأمّة أكثر من غيره من أهل الاجتهاد من العلماء وأهل الفتوى، فمقامُه كوليٍّ للمسلمين وراعٍ لشؤونهم، يخوِّلُ له التَّصرفَ بمقتضى الإمامة أو الرئاسة بما يحققُ المصلحة العامة للأمة، إمّا بمنافع يجلبها أو مفاسد يدفعها، وله أن يشدّدَ في بعض الأفعال الفردية أو الجماعية، إمّا أمرا بها أو نهياً عنها، لتقويم الرّعيةِ وإصلاحِها، أو خشيةً من فسادٍ واقعٍ أو متوقعٍ يهدد الأفراد والجماعات، ويخلخل استقرار الأمة ويهزُّ أمنَها واستقرارَها، خاصةً في المسائل التي لا نص فيها، وهذا الذي يعرف بتصرف الإمام بمقتضى السّياسة الشرعية.

واجتهاد وليّ الأمر في مثل هذه القضايا، يُسمّى بالاجتهاد السّياسي، وفيه تعطى لوليِّ الأمر سلطةٌ تقديريةٌ يعمل بمقتضاها على تَسْيِيرِ شؤون الأمّة.

وإذا كانت كلمة السّياسة الشّرعية، قد استُعمِلَت لدى الفقهاء في مصنفاتهم، وعلّلوا بها أحكامهم، فقالوا مثلا يجوز قتل الجاسوس سياسةً، وأنّ للحاكم أن يغرِّبَ الزاني غير المُحصن سياسةً، فإنّه بالإمكان أن نَسْتَشفَّ لها معانيَ أُخَر متنوعةً ومتعددة، فحتّ وإن كان المعنى الأساس عند بعض الفقهاء الأقدمين، أنها تستعمل بمعنى الشّرع المغلّظ، أو التَّشديد في العقوبة حسمًا لباب الفساد، فإنّها تتوسع لتشمل كلَّ تدبير يراه الحاكم مناسبا للحفاظ على مصالح الأمة، فيدخل في ذلك الأوامر التشريعية والتنظيمية التي يصدرها ولي الأمر، لتدبير شؤون الرعية بما يحقق مصلحتها.

والسِّياسَة الشّرعية قد قَصُرَتْ تطبيقاتُها في غالب الأحيان على مجال العقوبات والجنايات، لذا اعتبروا السِّياسَة الشّرعية، التّشديد والتغليظ في العقوبة ردعا للمجرمين وسدّا لباب الفساد من أن يقتحمه كل من سوَّلت له نفسه ذلك.

ويلاحظ أن مجال الأَحوَال الشّخصيّة قد قَلَّ الالتفات إليه، بَلْ والاهتمام به في مجال الفعل أو الاجتهاد السِّيَاسِي الشّرعي، وهذا مع اتساع مجال السِّياسَة فيه، وكثرة الأمثلة والمواضيع التي تصلح أن تكون مجالا مفتوحا أمام نظر وَلِيّ الأمر واجتهاده، وهو مكلّف شرعا بأن يجد لكل النَّوازِل، التي تعترض النّاس حلولا مناسبة، تتوافق مع تطلّعات الأمّة ومصالحها، وتنضبط بضوابط الشّرع وقواعدِه.

وعلى الرغم من أن مجال الأسرة يتّسمُ بالحساسية والخطورة، ويتّصف بالحركية والتّجديد في كثير من جوانبه، – لأنَّ مسائله واقعية تلامس حياة الرَّعية مباشرة، ولا تختصُّ بفئة دون أخرى، بل تَسَعُ كثيرا من أبناء الأمة، – إلاّ أنّ الدّراسات قد شحّت فيه مع أهميتها.

ولعلّ من أهم الأسباب التي تحفز البحث في مجال الاجتهاد السِّيَاسِي في الأحوال الشّخصية ما يلي:

1 – تفعيل دور وَلِيّ الأَمْر الشّرعي المجتهد في إيجاد الحلول المناسبة للأمّة في مجال الأحوال الشّخصية عن طريق الاجتهاد السِّيَاسِي.

2 – الوقوف على حقيقة السِّيَاسِية الشّرعية، وتجاوز بعض التعاريف والحدود التقليدية، التي حصرتها في مجال العقوبات فقط.

3 – بيان وجه السِّياسَة عند من رأى أن العمل بالسِّياسَة الشّرعية من المُتمَسكات الفاسدة، وتحرير محل الخلاف في ذلك.

4 – تحديد مجالات اجتهاد وَلِيّ الأَمْر، وبيان المواضع التي ليست محلاً للاجتهاد السِّيَاسِي.

5 – بيان أنواع النُّصوص التي يدخلها الاجتهاد السِّيَاسِي، وربطها بأنواع الفقه السِّيَاسِي وشفعها بأمثلة تطبيقية.

6 – سلطة وَلِيّ الأَمْر في تقييد المباح، وتغيير الأحكام من حالة إلى أخرى إذا رأى المصلحة داعية إلى ذلك.

7 – مجال طاعة الرعية لوَلِيّ الأَمْر وامتثال أوامره وقيود ذلك.

8 – دراسة قواعد السِّياسَة الشّرعية فيما لا نص فيه، وبيان مستنداتها الشّرعية، كعلاقة السِّياسَة الشّرعية بالقياس والمصلحة المرسلة والعرف والاستحسان وسد الذرائع واعتبار مآلات الأفعال، وكيفية بناء الاجتهاد السِّيَاسِي عليها، وربطها بأمثلة توضيحية.

9 – بيان أهمية السِّياسَة الشّرعية في مجال الأحوال الشخصية، وكيف لوَلِيّ الأَمْر أن يجد حلولا للمسائل والنَّوازِل التي تحدث في الأمة.

10 – المقارنة بين بعض مسائل الأَحوَال الشّخْصيَة والتي أقرت بناء على النظر السِّيَاسِي الشرعي، وما ذهبت إليه قوانين الأَحوَال الشّخْصيَة وخاصة قانون الأسرة الجزائري.

11 – إثارة بعض المسائل المعاصرة، التي لازالت في حاجة إلى بحث ومناقشة، كتحديد أعلى الصداق وتعدّد الزّوجات، والبصمة الوراثية والنّسب، ونسب ابن الزنا وإعطاء الطفل المكفول لقب كافله، وكيف يمكن لوَلِيّ الأَمْر أن يتدخل فيها مرجحا أحد الأقوال على الأخرى وفق معايير وخطط اجتهادية يبني عليها حكمه.

12 – الانتقال من الدّرس السِّيَاسِي الشّرعي في جزئياته النّظرية إلى جوانبه العملية التّطبيقية ، والتي من خلالها نبين أهمية السِّيَاسِية الشّرعية في شقها الاستدلالي والمبني على قواعد التشريع فيما لا نص فيه.

13 – التأكيد على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، وأحقيتها في قيادة الفكر البشري إلى يوم الدين، وذلك بإعطاء ولاة الأمور منهجا متكاملا للفصل في كل المستجدات مهما، كانت بطريق شرعي أصيل.

14 – التفريق بين المسائل الفقهية الاجتهادية الظنية القابلة للأخذ والرد بين أهل الاجتهاد، والقابلة للخطأ والصّواب، وبين قطعيات الشريعة التي ليس للمسلم فيها إلا التسليم والامتثال.

وإذا كان الاجْتِهَاد بوجه عام، ليس بالأمر السّهل ولا المركب الطيِّع، فإن الاجْتِهَاد في مجال السِّيَاسِية الشّرعية، أكثر خطورة من الأول، لتعلقه بعموم الأمة، ولأن الرعية ملزمة بآثاره ونتائجه فهو مَزلّة أقدام، ومَضلّة أفهام، ومُعتركٌ صعب، ومقام ضَنْك لا يَقتَحِم حِماه إلاّ من جمع شرائط الاجْتِهَاد، وكانت له مَلَكَة ودِراية ودُرْبة فِقهية طويلة، وله إلمامٌ بواقع الأمّة وشؤونها، خاصة وأن

الإمامة والسّلطة أو ولاية الأمر، غالبا ما تُكسبُ صاحبَها الجرأة والاقتحام وعدم التهب للحدود الشّرعية :" **ومن يتعدَّ حدودَ اللهِ فقد ظلمَ نفسَه** " الطلاق01 وظَلمَ غيره ممن هو تحت حُكمِه وسُلطانِه.

وإذا كان ذلك كذلك، فإن الاجْتِهَاد السِّيَاسِي في مجال الأَحوَال الشّخْصيَة، خطره عظيم وثقله جسيم، وهو جهاد ومجاهدة وعناء، وهو عقبة كَأْداء تَكلُّ دونها همم الرّجال، وذلك لأنّ موضوعَات الأَحوَالِ الشّخْصيَةِ لها وقعٌ خاص في قلوب النّاس، وحساسية مُفرِطة، وقد تحاط بسياج من الاحترام والتقديس، ومع ذلك كله، فلابد من اقتحام غمارها والخوض في مسائلها، ومعالجتها، بعيدا عن الهوى، والتعصب للوصول إلى الحقّ.

وهذه الدراسة تتّضح أهميتها في الكشف والإجابة عن الأسباب التي ذكرتها آنفا، وأزيد عليها.

– إن موضوع الأَحوَال الشّخْصيَة لصيقٌ بالواقع، ويعيشه أغلب النّاس، ومسائله معرضة للتغير والتبدّل، متأثرة بالتّطور الرهيب في كافة الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية والسِّيَاسِية، والتي تتغير معه مصالح النّاس ومنافعهم، لذا من الواجب على ولاة الأمر مسايرة هذا الواقع، وتجديد النظر والاجْتِهَاد في المسائل التي يظهر لهم أنها أصبحت لا تحقق المصالح المُغيَّاة من وراء تشريعها، أو أنها أضحت جالبة للشرور والمفاسد عوض المصالح والفوائد.

– كما يسهم هذا البحث في محاولة سدّ الباب أمام أصحاب الدعوة إلى الاجْتِهَاد المتسيب والمنحرف، والذي يقصد به غالبا العبث بالنُّصوص الشّرعية، وتجاوز كلّ ما هو مقدس عند المسلمين، ومقابل ذلك يقدم للنّاس والحكام بالخصوص البديل الصالح والأصيل.

ومن هنا، كان من أولويات هذه الدراسة توضيح الأصول والأسس، التي ينبني عليها الاجْتِهَاد السِّيَاسِي الشّرعي، والتفريع عليها في مجال الأَحوَال الشّخْصيَة.

– تفعيل دور السِّياسَة الشّرعية في التشريع الإسلامي، وتحفيز ولاة الأمور لاعتماد هذا الأصل، لقيادة الرعية قيادة راشدة.

وأما الأهداف التي توخيتها من هذه الدراسة فهي:

1 – استجلاء المعنى الحقيقي للسياسة الشّرعية، بعيدا عن مجال التعزير والتغليظ في العقوبة.

2 – توضيح أهمية الاجْتِهَاد السِّيَاسِي، خاصة بالنسبة للحكام وولاة الأمور لقيادة الأمة قيادة حكيمة.

3 – ربط السِّياسَة الشّرعية بمجالات أخرى غير مجال العقوبات والجنايات، كمجال الأَحوَال الشّخْصيَة مثلا.

4 – بيان حاجة الدارس لفقه الأسرة إلى ربطه بالسِّياسَة الشّرعية، للفصل في كثير من القضايا التي تهم الأمة.

5 – بيان مجالات الاجْتِهَاد السِّيَاسِي، والإطار الذي يمكن لوَلِيّ الأَمْر أن يوجه نظره فيه.

6 – حدود سلطة وَلِيّ الأَمْر في حظر أو تقييد المباح لمصلحة التي يراها.

7 – بيان القواعد التي يَسْتنِد عليها وَلِيّ الأَمْر في اجتهاده السِّيَاسِي.

8 – بيان علاقة السِّياسَة الشّرعية بمصادر التشريع فيما لا نص فيه، كالمصلحة المرسلة والاستحسان ومراعاة مآلات الأفعال.

9 – بيان منهج المقارنة بين الآراء الفقهية والموازنة بينها، لاختيار الأقوى والأصلح للأمة.

10 – مناقشة بعض القضايا والمسائل التي تظهر أنها من المُسَلَّمات أو من قبيل القطعيات التي لا يستسيغ فيها الخلاف أو حتى المناقشة.

11 – بيان أن ما وصلت إليه بعض قوانين الأسرة والأَحوَال الشّخْصيَة ليس غريبا ولا بعيدا عن مجال مجتهدي الشريعة، وقد نجد في تلك القوانين نقائص، بل وانحرفات، إذا ما وزنت بميزان الشرع.

12 – توظيف الأصول الكليّة والقواعد الفقهية في معالجة بعض مسائل الأَحوَال الشّخْصيَة.

13 – بيان قيمة الفقه المقاصدي والاجْتِهَاد المصلحي في الاجْتِهَاد عموما والاجْتِهَاد السِّيَاسِي خصوصا، وأهميته في الترجيح بين كثير من مسائل الأَحوَال الشّخْصيَة.

14 – ضبط الأصول والقواعد العامة التي يمكن الرجوع إليها في سياسة المجتمع وتنظيم أحواله، خاصة في باب الأَحوَال الشّخْصيَة.

ولأن موضوع الأَحوَال الشّخْصيَة طويل وعريض، ويتعدى البحثُ فيه الكلام عن الزَّواج والطلاق، وصولاً إلى الميراث والوصية والهبة، فمن الصّعب أن تستقصى جميع جوانبه، وتبحث كلّ جزئياته، لذا انتخبت جملة من المسائل والقضايا التي رأيتها مهمة وضرورية، وأن مجال البحث فيها لا يزال محتشما، وأن بعضها لم ينفضَّ وِكَاؤُها و لم يُفكّ عِفاصُها، وقد حاولت دراستها ومناقشتها متبعا طريقة الفقه المقارن في عرض الآراء، وذكر أدلتها ومناقشتها والموازنة بينها دون إغفال للنظر المقاصدي للنصوص ولا البناء المصلحي للأحكام، لأن ذلك هو أساس السِّياسَة الشّرعية بالنسبة لوَلِيّ الأَمْر، وكان العنوان المقترح لمعالجة هذا القضايا هو:" **الاجتهاد المبني على السّياسة الشّرعية وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية** ".

وأما المنهج المتبع في هذه الدّراسة عموما، فهو المنهج الاستقرائي المقارن، حيث تتبعت أقوال العلماء في جزئيات المسائل، وقمت بتحليلها ومناقشة أدلتها، والمقارنة بينها لاختيار الأقوى والأرجح حسب جهدي المقلّ، وكنت أقدِّم كتب القدماء من أئمة المذاهب على غيرهم من المعاصرين. وبما أن بعض النَّوازِل وليدة العصر، فلم أجد مناصا من الاعتماد على الكاتبين المعاصرين، وما تطارحوه من أراء فقهية في تلك القضايا0

ولما كانت قوانين الأَحوَال الشّخْصيَة في البلاد الإسلامية تمثل الجانب التّطبيقي الحقيقي لمثل قضايانا المدروسة، كنت اتباعا أذكر موقف التشريعات من هذه القضايا، محللا ومعلقا عليها حسب الحاجة، مركزا على ما سطره المقنن الجزائري في قانون الأسرة بالخصوص.

كما أني اعتمدت ذكر الآراء الفقهية الاجْتِهَادية دون النّظر إلى قوة القائلين بها من رجالات الاجْتِهَاد، و لم ألتفت إلى الترجيحات الداخلية عند أصحاب كل مذهب على أنها من المُسلَّمَات، وكان جلّ اهتمامي منصبّا على مناقشة الأدلة وتتبع التوجه والنّظر المصلحي فيها، وكان للمقاصد دورا مهما في بيان رجاحة الأقوال وسدادها.

وقد قمت بتوثيق الآيات القرآنية معتمدا على رواية حفص، وذلك بذكر السورة والآية، وربما ذكرت جزءا من آية إذا استقام معناه، وهذا من باب الاستشهاد.

كما نهضت بتخريج الأحاديث من كتب السنّة والآثار، فإذا رُوي الحديث في الصّحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليه، مكتفيا به عن غيره، وربما كان أصل الحديث في الصّحيحين ومع ذلك أحيل إلى غيرهما، وذلك مراعاة للألفاظ، أو استشهادا بزيادة لم تكن فيهما، أما ما كان في غير

الصحيحين من الكتب السنة، فغالبا ما أتبعه ببيان درجته من صحة أو ضعف عند أهل التخريج، كابن حجر والزيلعي والهيثمي، كما اعتمدت على تخريجات الألباني رحمه الله في كتبه، دون تطويل ولا إسهاب، وإذا لم أجد لأهل التّخصص حكما على الحديث، توقفت وأحلت على أصله فقط.

وقمت بترجمة الأعلام وخاصة المغمورين منهم، وركزت على أهل الاجْتِهَاد وأتباع الأئمة الأربعة، وتجاوزت ترجمة الصحابة والتابعين لشهرتهم.

ولا شكّ أن أيّ بحث مهما كان، تعترضه عقبات وصعوبات، فما بالك بموضوع يتعلق بالسِّياسَة الشّرعية التي لا يَسلَمُ الباحث فيها من كبوات وعثرات لخطورة التنظير فيها، وتشتدُّ الخطورة وتتعاظم إذا تعلقت بمجال حساس كالأَحوَال الشّخْصيَة.

ومع صعوبة الجانب التّطبيقي وخطورته، كنت أمني نفسي بوجود مادة علمية كافية في الجانب النّظري، ومع الشّروع في البحث والتعمق فيه، تأكدت أن هذا الجانب المهمّ والحساس، يحتاج إلى دراسات جادة ومركزة لبحث كثير من القضايا، هي في حاجة إلى تمحيص وتدقيق، كسلطة وَلِيّ الأَمْر في تغيير الأحكام وعلاقة قواعد الاجْتِهَاد فيما لا نص فيه بالسِّياسَة الشّرعية، وربطها بأمثلة ونماذج تطبيقية توضيحية.

وأما الجانب التطبيقي، فلا أنكر أن فيه كثيرا من المسائل المشكلة والمعقدة، والخطيرة في نفس الوقت، والتي اكتسبتْ صفة القداسة مع مرور الأزمان وتعاقب الأجيال، وأن إثارة مباحثها ومناقشتها تمثل حرجا بل إزعاجا للباحث، لذا كُثر ترددي في كثير من المباحث والمسائل.

وبرجوع إلى الله بالدّعاء والاستخارة، ومشاورة الأساتذة والباحثين، بدأت الأمور تتّضح والمعالم تتبين إلى أن تمّ هذا البحث بتوفيق الله وحسن عونه، مع ما فيه نقائص وثغرات، وهذا العمل مهما كان لا يعدو أن يكون جهدا مُقلاً. ولا أدّعي أني حققت مسائل هذه الدّراسة ولا سبرت أغوارها، ولا جئت فيها بكل طريف وفريد، بل هو إسهام متواضع في إظهار عظمة هذا الشريعة العظيمة، وصلاحها الأبدي لقيادة الإنسانية نحو الأكمل.

ولعل الدّراسة الوحيدة التي وقفت عليها، ولها اتصال وثيق ببحثي، هو دراسة الأستاذ عبد الفتاح عمرو رحمه الله في رسالته السِّياسَة الشّرعية في الأحوال الشخصية، وهو بحث جاد وجيّد، وقد أفدت منه كثيرا، غير أنه لم يتوسع في الجانب النظري، وإنما اكتفى بذكر ماهية السِّياسَة الشّرعية وحجيتها، ولم يذكر قواعد الاجْتِهَاد في السِّياسَة الشّرعية، ولا مجالات اجتهاد وَلِيّ الأَمْر، ولا سلطته في تغيير

الأحكام، و لم يتكلم عن مسألة مهمة في الاجْتِهَاد السِّيَاسِي وهي إشكالية النّص والمصلحة، و لم يتوسع في دراسة المسائل التطبيقية بما فيها عرض الأدلة ومناقشتها، ومع ذلك فقد ظهرت لمسته العلمية بوضوح.

وأما الخطة التي انتهجتها في هذه الدّراسة فهي أني قسمت الموضوع إلى مقدمة وبابين:

الباب الأول: السِّياسَة الشّرعية والاجْتِهَاد. وقسمته إلى خمسة فصول: الفصل الأول: مدخل إلى السِّياسَة الشّرعية. وفيه مبحثان: المبحث الأول: ماهية السِّياسَة الشّرعية. والمبحث الثاني: السِّياسَة الوضعية ومقارنتها بالسِّياسَة الشّرعية.

وأما الفصل الثاني فكان: السِّياسَة الشّرعية بين الاعتبار والإلغاء. وضمنته ثلاثة مباحث، المبحث الأول: السِّياسَة الشّرعية في فروع الفقهاء. والمبحث الثاني: المحتجون بالسِّياسَة الشّرعية وأدلتهم. والمبحث الثالث: المنكرون للسياسة الشّرعية.

وتطرقت في الفصل الثالث إلى: الاجْتِهَاد ومجالات السِّياسَة الشّرعية، وجعلته مبحثين: المبحث الأول: مدخل إلى الاجْتِهَاد. والمبحث الثاني: مجالات السِّياسَة الشّرعية.

وفي الفصل الرابع تطرقت إلى: وَلِيّ الأَمْر وسلطته في تغيير الحكم. وقسمته إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول: وَلِيّ الأَمْر ووجوب إقامته. والمبحث الثاني: سلطة وَلِيّ الأَمْر على تغيير الأحكام. والمبحث الثالث: سلطة وَلِيّ الأَمْر في تقييد المباح.

وكان الكلام في الفصل الخامس على: قواعدُ السِّياسَة الشّرعية فيما لا نَصَّ فيه. وبدأته بمدخل في: قواعد السِّياسَة الشّرعية، أهميتها وصلتها بالمقاصد. وأتبعته بسبعة مباحث: المبحث الأول: القياس. والمبحث الثاني: المصلحة المرسلة. والمبحث الثالث: قاعدة الاستحسان. والمبحث الرابع: قاعدة الذرائع. والمبحث الخامس: قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف. والمبحث السادس: قاعدة العرف. والمبحث السّابع: اعتبار مآلات الأفعال .

وبعد انتهائي من الباب النظري انتقلت إلى **الباب الثاني** وكان البحث فيه حول: تطبيقات السِّياسَة الشّرعية في الأحول الشخصية، ووزعته على خمسة فصول:

الفصل الأول: السِّياسَة الشّرعية المتعلقة بما قبل عقد الزواج. وكان في مبحثين: المبحث الأول: آثارُ العُدولِ عن الخِطْبَة. والمبحث الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج.

وأما الفصل الثاني فكان في: السِّياسَة الشّرعية المتعلقة بإنشاء عقد الزواج ومقوماته. وكانت معالجته في خمسة مباحث، المبحث الأول: الزواج العرفي. والمبحث الثاني: زواج المِسيَار. والمبحث الثالث: تَحديدُ أَعلَى الصَّداق. والمبحث الرابع: الزَّواج بالكتابية. والمبحث الخامس: تَعدُدُ الزَّوجَات.

وكان الفصل الثالث في: السِّياسَة الشّرعية المتعلقة بآثار الزواج. وقسمته إلى أربعة مباحث: المبحث الأول: البَصْمَةُ الوراثِيَةُ. والمبحث الثاني: نسب ولد الزنا. والمبحث الثالث: إعطاء لقب الكافل للمكفول. والمبحث الرابع: نفقةُ الزَّوجة العاملة.

وتطرقت في الفصل الرابع إلى: السِّياسَة الشّرعية المتعلقة بالطلاق. وكان الكلام عليها في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: الطلاق التعسفي. والمبحث الثاني: التطليق للضرر. والمبحث الثالث: الطلاق الثلاث بلفظ واحد.

وأما الفصل الخامس فكان: السِّياسَة الشّرعية المتعلقة بآثار الطلاق، وكان في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: المتعة والتعويض، والمبحث الثاني: الدعاوى الكيدية في تعديل النفقة. والمبحث الثالث: الحَضَانة.

وأنهيت الدراسة بخاتمة لخصت فيها شتات الموضوع، بذكر أهم النتائج المتوصل إليها.

الباب الأول

السّياسة الشّرعية والاجتهاد

الفصل الأول: مدخل إلى السِّياسة الشَّرعيَة.

الفصل الثاني: السِّيَاسَة الشَّرعِيَة بين الاعتبار والإلغاء.

الفصل الثالث: الاجتهاد ومجالات السِّياسة الشّرعية.

الفصل الرابع: وليّ الأمر وسلطته في تغيير الحُكم.

الفصل الخامس: قواعدُ السِّيَاسَةِ الشَّرعِيةِ فيما لا نَصَّ فيه.

الباب الأول: السّياسة الشّرعية والاجتهاد.

حركيّةُ المجتمع وتغيُّره، وظهور سلوكات وتصرفات جديدة، سواء في حقيقتها وجوهرها أم في صفتها وشكلها، تملي على وليّ الأمر حسن النّظر والتحلّي باليقظة الاجتهادية في إصدار قرارات وأوامر تشريعية أو تنظيمية، لضبط سلوك الرعية بما يحقق لها أكبر قدر من المصالح، ويدفع عنها ما يعتريها من المضار والمفاسد لا يألو في ذلك جهدا، وخاصة في جوانب مهمة وحساسة في حياة الأفراد والجماعات، مثل جوانب الأسرة والأحوال الشخصية. وهو يصدر في ذلك كله لا على أساس كونه مجتهدا تجمعت في شروط الاستنباط والنّظر الشرعي، بل لكونه ممثلا للأمة في الداخل والخارج، وراعيا لشؤونها ومصالحها، فهو إمام للأمة، له على رعيته حقّ الطّاعة والائتمار، وهو بدوره في ولايته لأمور المسلمين مقيّد بضوابط السياسة الشرعية الإسلامية لا يخالفها ولا يتجاوزها.

فما حقيقة السِّياسة الشَّرعية التي يستند إليها وليّ الأمر باعتبارها غاية أو أداة ووسيلة استدلالية لمعالجة ما يستجد في الأمة من قضايا ونوازل، وما المقصود بهذا المصطلح وما صلته باللسان العربي، وما هي السِّياسة الوضعية وما الفرق بينها وبين السِّياسة الشَّرعية.

ثم هل علماء الأمة متفقون على حجية السِّياسة الشَّرعية ومن ثَمَّ العمل بها، أم هي من المتمسكات الفاسدة وهي مطية لظلم واستبداد الحكام وولاة الأمور، وهل يمكن تحرير مكمن الخلاف بين المؤالفين والمخالفين في حجية السِّياسة الشَّرعية، وما هو النطاق الذي يحق لوليّ الأمر الاجتهاد فيه بمقتضى السِّياسة الشَّرعية، بل وما هي الشروط الواجب توافرها في الحاكم أو المجتهد حتى يحق له الاجتهاد، وما علاقة السِّياسة الشَّرعية بالاجتهاد.

وإذا كان وليّ الأمر أهلا للنظر والاجتهاد، فهل يجب على الرعية أن تطيعه في كل ما يصدره من أوامر وقرارات، أم أن طاعته محدودة ومقيدة بشروط، وهل الأعمال المباحة على الرعية هي مما تدخلها تصرفات وليّ الأمر بالتغيير والتبديل، كأن تصبح محظورة على الرعية وأن فعلها مقيد بقيود لا يجوز الإقدام عليها إلا مع تلك القيود والشروط، أو أن الفعل المباح على الرعية يمكن أن يصبح واجبا، إذا أمر وليّ الأمر به، وألزم به النَّاس لمصلحة يراها.

وحتى لا يكون الاجتهاد السياسي مركبا سهلا ذلولا لكل النَّاس، ولا يكون مجالا مفتوحا أمام القاصي والداني، فيقتحمه البَّر والفاجر، والعدل والظالم، والعالم والجاهل، وحتّى نسدّ الباب أمام كلّ من يريد أن تدين له رقاب النَّاس وتصبح الرعية طيّعَةً تابعة منقادة، وهو يبرر مواقفه وتصرفاته على أساس أنها أفعال سياسية أو تمليها ظروف السِّياسة ولو كانت مخالفة للشريعة ونصوصها، ومن هنا تعين معرفة قواعد السِّياسة الشَّرعية التي تضبط اجتهاد الحاكم، وخاصة فيما لا نص فيه، كالمصلحة المرسلة والعرف وسد الذرائع ومراعاة الخلاف، واعتبار مآلات الأفعال ونتائج التصرفات وغيرها وما علاقة السِّياسة الشَّرعية بتلك القواعد، حتى يكون الاجتهاد السياسي قائما على أصول وأسس شرعية متينة على لا جرف هار، يوشك أن ينهار بصاحبه في نار جهنم وبيس القرار.

الفصل الأول

مدخل إلى السِّياسة الشَّرعيَة.

المبحث الأول: ماهية السِّياسة الشّرعية.

المبحث الثاني: السِّياسَة الوضعية ومقارنتها بالسِّياسَة الشّرعية.

الفصل الأول: مدخل إلى السِّياسَة الشَّرعيَة.

لفظ السياسة الشرعية من المصطلحات التي لم تسفر عن معناها الحقيقي إلا بعد مسيرة طويلة تحت ظل عموم مصطلح الشريعة الإسلامية، لأنها في الأصل جزء من أجزائه، وفرع من فروعه، ويبدو أن لفظ السياسة في مرحلة من مراحل التطور التاريخي لم يكن باللفظ المستصاغ عند بعض أهل العلم، إذ إنه كان قرينا للظلم والجور والخروج عن ربقة الإسلام.

غير البعض الآخر من العلماء لم يتهب هذا المصطلح، لأنه نظر إلى مضمونه ومعناه بمعزل عن سوء استعماله من طرف بعض ولاة الأمور، الذين تجاوزا حدود الشرع وانتهكوا حرماته باسم الفعل السياسي، لذا وجب البحث عن أصل هذا المركب، وما مدلوله عند العلماء، والتنقيب عن مختلف استعمالاته عند الفقهاء من صميم كتاباتهم الفروعية، وحتى بعض الكتب التي وضعت ابتداء في هذا الفن.

وما المعنى الذي اتفق عليه المعاصرون بعد استقرار الاصطلاح وثبوت معناه عندهم، ثم البحث عن حقيقة السياسة البشرية، وهل هي علم أم فنّ، وما أوجه الاختلاف بين السياسة الشرعية والسياسة الوضعية، وهل هناك نقاط تقاطع بينهما أم لا ؟

المبحث الأول: ماهية السِّيَاسة الشّرْعية.

للوقوف على حقيقة السِّيَاسة الشّرْعية وماهيتها، لا بد من الرجوع إلى مدلول ألفاظها عند أهل اللسان العربي، ثم إجلاء معناها في اصطلاح الفقهاء المتقدمين منهم والمعاصرين، ومن خلال كتاباتهم في السِّيَاسة الشّرْعية على الخصوص، لمعرفة المعاني المُتَحمَّلة لهذه العبارة المركبة.

أولا: تعريف السِّيَاسة الشّرْعية لغة.

1 – تعريف السِّياسَة لغة:

لفظ السِّياسَة في لغة العرب، يُستعمل مَصْدَرًا لسَاسَ يَسُوسُ، جاء في اللِّسان، السوسَة الرئاسة، يقال: ساسهم سوسا إذا رأَسُّوه، وقيل سَوَّسُوه، وأساسوه.

وأسَاسَ الأمرَ سياسةً قامَ به، وسَوَّسَهُ القومُ، جعلوه يَسُوسُهم، ويقال: سَوَس القومَ فلانٌ أمرَ بني فلان، أي كَلفَ سياستَهم[1].

وسَوَّسَ الرجلُ أمور النَّاس، إذا مَلك أمرَهم[2].ويقال ساس فلان الدابَّة، إذا راضها وتعهدها بما يصلحها، وساس الأمر سياسةً، إذا عالجه وبذل جهده في إصلاحه، وساس الرعية، إذا ولِيَّ حكمها، وقام فيها بالأمر والنهي، وتصرف في شؤونها بما يصلحها.

وتطلق السِّياسَة على الأمر والنهي قال في الصحاح: سُسْتُ الرعيةَ سياسةً، إذا أمرتها ونهيتها[3].

كما أن من معاني السِّياسَة الأدب، يقال فلان قد ساس وسيس عليه، أيّ أَدَبَ وأُدّب[4].

---

1 – ابن منظور محمد بن مكرم الإفريقي المصري / لسان العرب، طبعة دار صادر، بيروت، ط01، مادة سوس، ج06، ص107، والرازي، محمد بن أبي بكر / مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان، ناشرون، ط/1995، ص135.

2 – الجوهري، إسماعيل بن حماد / الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، طبعة: دار العلم للملايين، بيروت ج03، ص 938.

3 – الجوهري / المرجع السابق، ج03، ص 938. ابن منظور / لسان العرب، ج06، ص107.

4 – فيروز أبادي، محمد بن يعقوب / القاموس المحيط، ص 710.

ويعرف الخليل في كتابه العين معنى السِّياسَة واشتقاقها، فيقول:" السِّياسَة إصلاح حال المسوس وتقويمه، تقول العرب: ساس فلان إبله، إذا قام بصلاحها وراحتها.[1]"

والسِّياسَةُ بوجه عام، يدور معناها حول القيام على الشيء وتدبيره، والتصرف فيه بما يصلحه، من أمر ونهي وتدبير وإصلاح وتربية[2].

فالسِّياسَة في أخص مدلولاتها اللغوية ليست إلاّ إصلاح واستصلاح وصلاح. والصَّلاح يكون بدءا من سياسة الدواب ومرورا بسياسة النفس وتعديا إلى سياسة الغير، فهي القيام على الشيء بما يجعله صالحا، فالدلالة المركزية لكلمة السِّياسَة تدور حول المصلحة وما قاربها[3].

وكلمة السِّياسَة عربية أصيلة، خلافا لما قاله المقريزي[4] في الخطط، من أن كلمة السِّياسَة ليست عربية، وإنما هي معرب الكلمة **"ياسة"** المغولية، بحيث حرفت وزيد في أولها حرف السين[5]. ومنهم من قال: إنها معرب " **سه ياسه"** الكلمة الأولى فارسية بمعنى الثلاثة، والثانية

---

1 – الخليل بن أحمد الفراهدي / كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي، وإبراهيم السمرائي ، دار الهجرة، إيران، قم، 01 / 1405هـ، ج07، ص 336.

2 – فؤاد عبد المنعم / السِّياسَة الشَّرعيَة، وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامي للتنمية، معهد الإسلامي للبحوث والتدريب جدة،، ط01 /2001 ص 20.

3 – فوزي خليل / المصلحة العامة من منظور إسلامي، ويليه تطبيقات المصلحة العامة في عصر الخلفاء الراشدين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط01/ 2003، ص 110.

4 – أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقريزي: مؤرخ الديار المصرية، أصله من بعلبك، ونسبته إلى حارة المقارزة (من حارات بعلبك في أيامه) وولي فيها الحسبة والخطابة والإمامة مرات، واتصل بالملك الظاهر برقوق، فدخل دمشق مع ولده الناصر سنة 810 هـ وعرض عليه قضاؤها فأبى، من تآليفه كتاب: المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار، توفي سنة 845هـ. الزركلي / الأعلام، ج01، ص 177.

5 – المقريزي، تقي الدين أبو العباس، أحمد / كتاب المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار، المعروف بالخطط المقريزية، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط02/1987، ج02، ص 220.

مغولية بمعنى التراتيب، فمعناها التراتيب الثلاثة، وهي وصايا جنكيز خان[1] لأولاده الثلاثة، جعلوها قانونا خاصا في ملكهم[2].

في حين يرى الكندي أن أصل كلمة سياسة رومية، وهي من **سه يسق** [3].

وهذا خطأ لا أساس له من الصحة، لأن الكلمة عربية صميمة، وقد وردت في الحديث الشريف والشعر العربي القديم.

فقد جاء في الحديث:" **كان بنو إسرائيل تسوسهم أنبياؤهم**"[4] أي يتولون أمورهم بالرعاية والتدبير، كفعل الملوك والولاة، قال ابن الأثير: والسِّياسَة هي القيام على الشيء بما يصلحه[5].

ومما تناقلته دواوين الشعر القديمة قول هند[6] بنت النُّعْمان بن المنذر[7]، وهي تتحسر على أيام أيام العزّ التي كانت تتمتع به في ظل أبيها الملك النُّعْمان، بعد أن زال عنها عزّ الملك وأبهته، فقالت[8]:

---

1 – ابن تغري بردي، جمال الدين الأتباكي / النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، المؤسسة المصرية العامة، للتأليف وطباعة والترجمة والنشر، ج06، ص 268.

2 – وعبد القادر بن عمر البغدادي / خزانة الأدب ولبّ لباب لسان العرب، تحقيق وشرح: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي بالقاهرة، ط03/1996، ج07، 64 – 65. وعبد العال عطوة /المدخل إلى السِّياسَة الشَّرعيَة، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1993، ص 13 – 15.

3 – فارس اشتي / مدخل إلى العلم بالسِّياسَة، دار بيسان، لبنان بيروت، ط01/ 2000، ص 8.

4 – رواه البخاري، كتاب: أحاديث الأنبياء، باب: ما ذكر عن بني إسرائيل، ج03، ص1273، رقم 3268، ومسلم: كتاب الإمارة، باب: وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء الأول فالأول، ج06، ص 17، رقم 4879.

5 – ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد / النهاية غريب الحديث، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية بيروت، طبعة 1979، ج02، ص421.

6 – واسمها أيضا حرقة.

7 – الزركلي، خير الدين / الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت ج02، ص 173.

8 – أبو تمام / ديوان الحماسة، ج02، ص 52.

فبينَا نَسُوسَ النَّاسَ والأمرُ أمرُنا * إذ نحنُ فيهم سُــوقةٌ[1] نَتَنَصَّفُ**

فــأُفٍّ لِدُنيَا لا يَدُومُ نَعيمُــها * تَقَلَّبُ تــَارَاتٍ بِنَــا وتَصَرَّفُ[2].**

كما أن كتب اللُّغة التي تعنى ببيان الكلمات المعربة، لم تذكر شيئا عن تعريبها، واكتفت ببيان معانيها في اللُّغة العربية فقط، وهذا ما يؤكد أن كلمة السِّياسَة عربية وليست دخيلة ومعربة،كما أن كلمة السِّياسَة استعملت قبل التتار بثلاثة قرون.

2 – معنى كلمة شرعية.

وصف الشَّرعيَة الذي توصف به السِّياسَة ، يعني أنّ الشرع الإسلامي مصدرها وإطارها: المرجعي، لذا يقابل الفقهاء بينها وبين السِّياسَة الوَضْعِية، أي التي لا يكون مرجعها الشرع الإسلامي، وإنما عرف وعادات وتجارب النَّاس، فإذا كانت السِّياسَة ترتبط بالمصلحة والصَّلاح عرفا ودلالة، فإن الشرع الإسلامي هو مصدر هذه المصلحة وهذا الصَّلاح[3].

ولا تكون السِّياسَة منسوبة إلى الشرع إلا إذا كانت وفق أحكامه وقواعده، مقيّدة بشروطه محققة لمقاصده، فإذا كان مصدره الهوى والتشهي والعرف السائد، فليست من السِّياسَة الشَّرعيَة في شيء[4].

والشريعة هنا، ليست مجموع أقوال المتأخرين من الفقهاء من مقلدة المذاهب المتبوعة، والذي يمثل عصرهم، عصر تراجع الحضارة الإسلامية، تحجر العقل المسلم.

---

1 – قال في اللسان في مادة سوق: قال أبو المنصور: السوقة بمنزلة الرعية، التي تسوقها الملوك، سمو سوقة، لأن الملوك يسوقونهم، فينساقون لهم. يراجع مقدمة المحقق عبد الله محمد على كتاب المقدمة السُّلْطانِية في السِّياسَة الشَّرعيَة لطوعان الشيخ محمدي ، ص4.

2 – المسعودي / مروج الذهب، طبعة الأندلس، بيروت، ج06، ص 79، وابن سعد / الطبقات، دار صادر، ج06، ص 88. ابن عساكر، أبي القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبد الله الشافعي / تاريخ مدينة دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل أو اجتاز بنواحيها من وارديها وأهلها، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، ط01/ 1998، ج12، ص 375 – 376.

3 – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص 110. وعبد السلام محمد الشريف العالم / نظرية السِّياسَة الشَّرعيَة، الضوابط والتطبيقات، جامعة قاريونس، بنغازي ليبيا، ط1996/01، ص 12 – 13.

4 – عبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، بيروت، ط01/ 1998 ، ص 16.

كما لا يقصد بها الجمود على ظواهر النُّصوص، وفهمها فهما حرفياّ، لا يبذل فيه أيّ جهد للوقوف على أسرارها ومقاصدها، ولا يربط جزئياتها بكلياتها. فالشريعة هنا تؤخذ بمعناها الواسع المبني على اليسر لا العسر، والتخفيف لا التشديد، ورفع الحرج لا الإلزام به[1].

ثانيا: تعريف السِّياسَة الشَّرعيَة اصطلاحا.

الكلام في السِّياسَة الشَّرعيَة عند المفسرين والمحدثين بدا ضمنا، عند تطرقهم لتفسير بعض الآيات القرآنية وشرح بعض الأحاديث النبوية، التي تتعلق في الغالب بأولي الأمر، ووجوب لزوم الجماعة، وجاء ذكرها في الكتب الفقهية دون تخصيصها بكتاب أو باب معين.

لكن التراث الفقهي الإسلامي لم يخلُ ممن طرق باب السِّياسَة الشّرْعية، سابرا أغوارها، منقبا عن مباحثها، ولكل وجهة هو موليها، وذلك على الحسب الظروف التي أحيطت به، ومن الزاوية التي أراد معالجة الموضوع منها، وسنقف على بعض النماذج، محاولين الكشف عن أهم النقاط التي طرقوها في بحثهم للسياسة الشرعية والتعريف بها.

- جاء الماوردي[2] المتوفى في سنة 450هـ ليفرد الأحكام الفقهية المتعلقة بالسِّياسَة والسلطان بناء على طلب ولاة الأمور، في كتابه الشهير "**الأحكام السُّلْطانية و والوِلايَاتِ الدِّينيَة**". وقال في مقدمته... ولما كانت الأحكام السُّلْطانية بولاة الأمور أحقّ، وكان امتزاجها بجميع الأحكام يمنعهم عن تصفحها مع تشاغلهم بالسِّياسَة والتدبير أفردت لها كتابا، امتثلت فيه أمر من التزمت طاعته، ليعلم مذاهب الفقهاء فيما له منها فيستوفيه، وما عليه منها فيوفيه، توخيا للعدل في تنفيذه وقضائه وتحريا للنّصفة في أخذه وعطائه... وأن الله جلَّتْ قدرتُه ندب للأمة زعيما خلف به النبوة، وحاط به الملة، وفوض إليه السِّياسَة ، ليصدر التدبير عن دين

---

1 - القرضاوي، يوسف / السِّياسَة الشَّرعيَة في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2000/01، ، ص28 و ص 30.

2 - الماوردي (**364هـ - 450 هـ**) علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد.وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل " أقضى القضاة " في أيام القائم بأمر الله العباسي، وكان يميل إلى مذهب الاعتزال، وله المكانة الرفيعة عند الخلفاء، وربما توسط بينهم وبين الملوك وكبار الأمراء في ما يصلح به خللا أو يزيل خلافا، من كتبه " أدب الدنيا والدين " و " الأحكام السلطانية. يراجع: ابن قاضى شهبة أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر/ طبقات الشافعية، عالم الكتب، بيروت ط01/ 1407 هـ، الزركلي / الأعلام، ج04، ص 327.

مشروع، وتجتمع الكلمة عن رأي متبوع، فكانت الإمامة أصلا، استقرت عليه قواعد الملة وانتظمت به مصالح الأمة، حتى استتبت به أمور العامة وصدرت عنها الولاية الخاصة[1].

فالأحكام السُّلْطانِية عنده، هي الأحكام المتعلقة بولاة الأمور، مما يحسن فيه التقدير، ويحكم به التدبير، وهي الأحكام المتعلقة بالإمامة والولايات التي تصدر عنها[2].

وهو ما أكده القاضي أبو يعلى المتوفى **454**هـــ بقوله في الأحكام السُّلْطانِية:" هي ما يجوز للإمام فعله من الولايات(السُّلطات) وغيرها "[3].

- ثم جاء إمام الحرمين الجويني[4] المتوفى سنة **478**هـــ في كتابه الغياثي، الذي وضعه في السياسة الشرعية، فيقول: هو مجموع يجمع أحكام الله تعالى في الزعامة بين الخاصة والعامة، ثم يقسم ذلك إلى نوعين:

أحدهما: ما يكون ارتباطه بالولاة والأئمة وذوي الأمر من قادة الأمة.

والثاني: ما يستقل به المكلفون أي الرعية[5].

---

1 - الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البصري / الأحكام السُّلْطانِية والولايات الدينية، تحقيق: محمد فهمي السرجاني، المكتبة التوفيقية، مصر، ط01، ص03.

2 - فؤاد عبد المنعم أحمد / السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية، ص21.

3 - أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسين / الأحكام السُّلْطانِية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت، ط/ 2000، ص19.

4 - إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، أعلم المتأخرين، من أصحاب الشافعي. ولد في جوين (من نواحي نيسابور) ورحل إلى بغداد، فمكة حيث جاور أربع سنين وكان يحضر دروسه أكابر العلماء. له مصنفات كثيرة، منها " غياث الأمم والتياث الظلم " و " العقيدة النظامية في الأركان الإسلامية - " و " البرهان في أصول الفقه " والمطلب في دراية المذهب في فقه الشافعية، و " الشامل " في أصول الدين، على مذهب الأشاعرة، و " الإرشاد في أصول الدين، وغيرها كثير ولد سنة 419هـــ وتوفي 478 هـــ ، يراجع: تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي / طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق :محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع ط02/ 1413هـــ، ج05، ص 165. الزركلي / الأعلام، ج04، ص 160.

5 - الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي / غياث الأمم والتياث الظلم، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم ، د. مصطفى حلمي، دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، طبعة 1979، ص10.

– وأما الإمام الغزالي[1] المتوفى **505**هـــ فقال: السِّياسَة إصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة، وجعلها أربع مراتب: **الأولى**: سياسة الأنبياء، وهي العليا، وحكمهم فيها على الخاصة والعامة، وعلى ظواهرهم وبواطنهم. **والثانية**: سياسة الخلفاء والملوك والسلاطين، وحكمهم على الخاصة والعامة جميعا، لكن على ظاهرهم لا على باطنهم. **والثالثة**: سياسة العلماء بالله ودينه، وحكمهم على باطن الخاصة فقط، ولا يرتفع فهم العامة إلى الاستفادة منهم، ولا تنتهي قوتهم إلى التصرف في ظاهرهم بالالتزام والمنع. **والرابعة**: الوعاظ، وحكمهم على بواطن العامة[2].

فالغزالي له فهم فريد للسياسة التي ترشد الأمة إلى ما فيه صلاحها في أمور دنياها، وفي شؤون أفرادها معا. ولن يتحقق للأمة هذا إلا بتطبيق أحكام الإسلام، وقد وصف ابن عابدين هذا التعريف بأنه تعريف للسياسة العامة الصادق على جميع ما شرعه الله لعباده من الأحكام الشَّرعيَة [3].

وعليه فكل ما يؤدي إلى رفاهية الأمة وزيادة خيرها، وظهورها بين الأمم، لا قيمة له في نظر الإسلام، إذا كان مخالفا للأحكام الشرعية ومبادئها.

ثالثا: تعريف السِّياسَة الشَّرعيَة عند الفقهاء.

اختلف الفقهاء في تعريف السِّياسَة الشَّرعيَة، نظرا لاختلاف مجالاتها وموراد تطبيقها، فمنهم من حصرها في الحدود والتعازير، ومنهم من جعلها شاملة لكل مناحي الحياة، ومنهم من قصرها على فعل ولي الأمر ومن في حكمه، فيما يتعلق بتدبير شؤون الرعية، ومنهم من ركز على الجانب التطبيقي للفعل الذي يقوم به ولي الأمر، وآخر اهتم بالجانب النظري بمعزل عن الفعل، ويظهر ذلك بتتبع التعاريف التي سوف نسوقها لاحقا.

---

1 – محمد بن محمد الطوسي الغزالي، فقيه أصولي شافعي توفي سنة 505هـــ، من كتبه المستصفى والمنخول والوجيز في الفقه. يراجع: ابن السبكي / طبقات الشافعية، ج06، ص 191.

2 – عبد المنعم فؤاد / السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية، ص 22.

3 – ابن عابدين / حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1421هـــ – 2000، ج04، ص 15.

أولا: تعريفها عند الفقهاء المتقدمين.

لقد ظهرت للفقهاء معاني متنوعة للسياسة الشرعية، يمكن لنا أن نتلمسها من خلال تتبعنا لما كتبوها عنها في كتبهم الفقهية.

1 – تعريف السِّياسَة الشَّرعيَة عند الحنفية.

يذكر ابن نجيم[1] أنه لم يجد للحنفية قبله تعريفا للسياسة الشَّرعيَة، ثم نقل عن المقريزي التعريف اللغوي لها وما حدّها به قائلا :" فهذا أصل وضع السِّياسَة في اللُّغة، ثم رُسِمت بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأحوال"[2].

وينقل ابن عابدين عن ابن نجيم، أنه ذكر في حدّ الزنا ما نصه:" وظاهر كلامهم هنا أنّ السِّياسَة الشَّرعيَة فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي.[3]".

ونقل بعض الحنفية منهم القهستاني[4]، أنها لا تختص بحد الزنا، بل تجوز في كل جناية.

وقد تستعمل السِّياسَة الشَّرعيَة عندهم بمعناها العام، الذي هو استصلاح الخلق وإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة، وهو تعريف للسياسة العامة. وتستعمل أيضا بمعنى أخص من ذلك، مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل، كما في اللوطي والسارق والخنّاق، إذا تكرر منهم ذلك جاز قتلهم سياسة.

---

1 – ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي مصري.له تصانيف، منها الأشباه والنظائر، و البحر الرائق في شرح كتر الدقائق، توفي سنة 970هـ. الزركلي / الأعلام، ج03، ص 64، وكحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص740.

2 – ابن نجيم زين الدين الحنفي / البحر الرائق شرح كتر الدقائق، طبعة دار المعرفة، بيروت، ج05، ص 76. والمقريزي / المواعظ والاعتبار في الذكر الخطط والآثار، ج02، ص 220.

3 – ابن عابدين، محمد أمين بن عمر / منحة الخالق على البحر الرائق، مطبوع على هامش البحر الرائق، طبعة دار المعرفة، ج05، ص 76.

4 – محمد القهستاني، شمس الدين فقيه حنفي، كان مفتيا ببخارى له، كتب منها في الفقه جامع الرموز في شرح النقاية مختصرالوقاية، توفي سنة 953هـ، الزركلي / الأعلام، ج07، ص 11.

ومن هنا فقد عرفها بعضهم:" بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعي، حسما لمادة الفَسَاد"[1]، وهو تعريف البابرتي[2].

ومن الحنفية من جعل السِّياسَة مرادفةً للتعزير، فقد قال الكمال ابن الهمام: فيمن تزوج بامرأة أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتله سياسة وتعزيرا[3].

وظاهر كلام ابن عابدين أن السِّياسَة تكاد تحصر في التعزير فقط، فقال: فقد ظهر لك بهذا أنَّ باب التعزير هو المتكفل لأحكام السِّياسَة الشَّرعيَة، وقال بعد ذلك: والظاهر أن السِّياسَة والتعزير مترادفان[4].

أما الطرابلسي[5]الحنفي فقد عرفها:" بأنها شرع مغلظ"[6]، وجعل مجالها العقوبات، الحدود والتعازير، أي أن أصل العقوبات ثابت من منظور الشرع، غير أن للولي أن يشدد فيه ويبالغ، حسما لمادة الفَسَاد، وسدا لأبواب الفتنة والشرور.

ملاحظات حول تعاريف الحنفية:

السِّياسَة الشّرْعية عندهم محصورة في باب الجنايات، مع أنها قد تسع لجميع حياة الأمة، الدستورية والاقتصادية والأمنية، كما أنها تمس الحياة الداخلية والخارجية للأمة.

---

1 – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، طبعة دار الفكر، ج04، ص 15.

2 – محمد بن محمد بن محمود البابرتي / العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ج09، ص 332، إبراهيم بن يحي، دده أفندي / السِّياسَة الشَّرعيَة، تحقيق ودراسة: فؤاد عبد المنعم، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، د، ت، ط، ص 73 – 74. والبابرتي، هو محمد أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين الرومي البابرتي، علامة بفقه الحنفية، توفي سنة 786هـ، عارف بالأدب. الزركلي/الأعلام، ج07، ص 42.

3 – ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي / شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط02، ج05، ص 261. وأصل الحديث رواه أبو داود، باب: الرجل يزني بحريمه، ج04، ص267، رقم 4459، والدارمي، ج02، ص205، والحاكم، ج03، ص 732.

4 – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج04، ص15.

5 – علي بن خليل الطرابلسي، أبو الحسن، علاء الدين: فقيه حنفي،كان قاضيا بالقدس. توفي سنة 844 هـ يراجع: الزركلي / الأعلام، ج04، ص 286.

6 – الطرابلسي، علاء الدين بن علي الحنفي / معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة الميمنية بمصر، سنة 1306هـ، ص 207. وفوزي خليل / المصلحة العامة، ص 110 – 111.

والجانب التطبيقي، والحركي للسياسة الشرعية واضح في تعاريفهم، فقد اهتموا بالمجال العملي لأولياء الأمور، أي حركتهم في رعاية شؤون الأمة وتسير مصالحهم.

فهو ليس تعريفا نظريا، باعتبار السِّياسَة الشَّرعيَة، أحكاما، ونظما وقوانين، وإنما هي تطبيقات وإجراءات ميدانية، والحقيقة أنّ السِّياسَة الشَّرعيَة لها شقان، شق نظري، وآخر تطبيقي.

كما أن السِّياسَة عندهم، ما صدر عن ولي الأمر أو الحاكم، ومَنْ في حكمه كالقاضي أي من له سلطة عامة، وما يصدر عن الفقيه فهو غير ملزم، إذ الفتوى إخبار عن حكم الله في المسألة من غير إلزام بالعمل.

ويلاحظ أن تعريف ابن نجيم، هو الأقرب إلى الصَّواب، فقد قال في تعريفها:" **هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي.**"

2- تعريف السِّياسَة الشَّرعيَة عند المالكية .

يعتبر ابن فرحون[1] رأس المالكية الذين تكلموا في السِّياسَة الشّرْعية بنوع من التوسع، فقد قال في تعريفها: بأنها الطريقة التي يتوصل بها إلى الحقّ، وخصَّ ذلك بما يفعله الحاكم بقصد الزجر والردع[2].

والناظر في كلام ابن فرحون، يرى أنه يقصد الحكم بالقرائن التي يتوصل بها إلى الحقّ، لا مجرد البيّنات أو وسائل الإثبات المعروفة، ويظهر ذلك من خلال تقسيمه الأحكام الشَّرعيَة إلى خمسة أقسام: منها ما شرع لكسر النفس، كالعبادات، وقد جعل القسم الخامس خاصا بما قصد من تشريعه الزجر والردع.

---

1 – إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان.رحل إلى مصر والقدس والشام وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته سنة 799 هـــ عن نحو 70 عاما من أهم كتبه الديباج المذهب، وتبصرة الحكام. الزركلي / الأعلام، ج01، ص 52.

2 – ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي / تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عليش، فتح العلي المالك، دار الفكر، بيروت، ج02، ص133.

وقال أيضا: ولاية السياسية هي الكشف عن المظالم. و من غير شك، فإن كشفها يكون بقطع دابر الفَسَاد وسد بابه[1].

وقريب منه تعريف ابن فودي، فقد قال في تعريفها:" هي رعي مصالح العباد ودرء المفاسد، بالكشف عن المظالم، بآداب تبيِّن الحقّ". وضرب لذلك أمثلة منها، الحكم بالقرائن من غير إقرار ولا بيّنة، وأخذ أهل الشرِّ بالتهم، وبتهديد الخصم وضربه إذا ظهر أنه مبطل.

ولكنه قيّدَ ذلك بالضرورة، وأن يكون ذلك في بيئة كثر فيها الفَسَاد[2].

3–السِّياسَة الشَّرعيَةعند الشافعية .

من التعاريف القليلة للسياسة الشَّرعيَة عند الشافعية تعريف البجريمي[3] فقد قال فيها :" **هي إصلاح أمور الرعية، وتدبير شؤونهم**"[4].

كما يعبر فقهاء الشافعية عن السِّياسَة الشّرْعية، بالمصلحة ويجعلونها مرادفة لها، وإن لم يسموها سياسة، إلا أنهم يخصون ذلك بما ترك الشارع تقديره للإمام أومن في حكمه. قال الشربيني:" يتعين التغريب إلى حيث يراه الإمام، وما تقتضيه **المصلحة**". وقال : والمحتسب يمنع من التكسب باللهو، ويؤدب عليه الآخذ والمعطي، وظاهره تناول المباح... نصَّ عليه الشافعي مع أنه ليس بمعصية.[5]"

وقال في الأحكام السُّلْطانِية: أما الأسارى فهم المقاتلون من الكفار، إذا ظفر المسلمون بأسرهم، فقد اختلف المسلمون في حكمهم، فمذهب الشافعي رحمه الله إلى أن الإمام أو من

---

1 – عبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة في الأحوال الشخصية، ص 20.

2 – ابن فودي، عبد الله بن محمد / ضياء السياسات وفتاوى النوازل مما هو من فروع الدين من المسائل، تحقيق: أحمد محمد كافي، الزهراء للإعلام العربي القاهرة، مصر، ط01/ 1988، ص75.

3 – سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي فقيه مصري، ولد في بجيرمة وتعلم في الأزهر ودرس وكف بصره، له التجريد حاشية على شرح المنهاج، وله حاشية على شرح الخطيب المسمى بالإقناع، توفي سنة 1221هـ، عمر رضا كحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص 797.

4 – البجيرمي سليمان بن عمر بن محمد / حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، طبعة المكتبة الإسلامية، ج02، ص178.

5 – الشربيني محمد الخطيب / مغني المحتاج، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ج04، ص183 – 184. والعز بن عبد السلام / قواعد الأحكام، ج01، ص 93.

استنابه في أمر الجهاد مخير فيهم إذا أقاموا على كفرهم في **الأصلح** من أحد أربعة أشياء، إما القتل، أو الاسترقاق، أوالفداء بالمال، وإما المَنّ عليهم من غير فداء[1].

وقال في إعانة الطالبين: وهل للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في حدود الله تعالى – أي عدم الإدلاء بالشهادة – وجهان: أصحهما نعم إن رأى **المصلحة** في الستر وإلا فلا، ومعنى **المصلحة** في الستر، أي على من اتصف بشيء من هذه القاذورات، وإن لم ير **المصلحة** في الستر، فلا يجوز التعريض لهم بالتوقف[2].

وهذه أحكام سياسية واضحة من تعليلاتهم، وإن لم يصرحوا بأنها سياسة شرعية، ولكنهم عللوها بالمصلحة والأخذ بالأصلح ، فيتضح أن السِّياسَة عندهم، ما يجتهد فيه الإمام في سلوك الأصلح.

4 – السِّياسَة الشَّرعيَة عند الحنابلة.

من أشهر من عرف السِّياسَة الشَّرعيَة عند الحنابلة، ابن عقيل[3] حيث قال:" **هي ما كان فعلا يكون معه النَّاس، أقرب إلى الصَّلاح وأبعد عن الفَسَاد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به الوحي.**[4]"

ويلاحظ على تعريفه أنه اقتصر على الجانب التطبيقي، وأغفل الجانب النظري، كما أنه لم يقيده بفعل الحاكم أو الولي، بل جعلها فعلا عاما يدخل فيه ما ليس فيه.

كما أن الفعل السياسي، صالح في كل مسائل الفقه، و لم يقيّد بباب الجنايات كما فعل الحنفية.

---

1 – الماوردي / الأحكام السُّلْطانِية، ص149.

2 – السيد البكري، أبي بكر محمد شطا الدمياطي / حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، ج04، 165.

3 – علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الحنبلي وكنيته أبو الوفا أصولي حنبلي واعظ متكلم سمع الحديث الكثير من علمائه، له كتاب الفنون وعمدة في أصول الفقه، توفي سنة 513هـ، يراجع كحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 477.

4 – ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق : نايف أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة ، ط01/ 1428هـ، ص 29.

وأما ابن تيمية[1]، فهو وإن أطال الكلام في السِّياسَة الشَّرعيَة وخصها بمؤلفات، إلا أنه لم يعرفها قصدا ولا تصريحا، وإنما ذكرها عرضا فقال:" **قيام ولي الأمر على ما يصلح الأمة**[2] ." أو هي:" **جماع الولاية الصالحة والسِّياسَة العادلة مما يصلح الراعي والرعية**"[3] ومقصود السِّياسَة الشَّرعيَة عنده، حفظ الدين الذي هو حق الله، وحفظ حقوق العباد المتمثلة في حفظ دمائهم وعقولهم وأعراضهم وأموالهم.

وجاء بأمثلة وتفريعات تدل على أنه يقصرها على أفعال الحاكم، في تعيين الولاة والأموال السُّلْطانِية من غنائم وفيء، وفي العقوبات من حدود وتعازير ومحاربة المرتدين والجهاد بشكل عام. وقال بعدها:" إن جماع السِّياسَة العادلة، هو أداء الأمانات والحكم بالعدل[4]".

ونقل عنه ابن القيم أمثلة أخرى في السِّياسَة الشَّرعيَة، منها إلزام المطلقة ثلاثا بكلمة واحدة بالطلاق، ومنع بيع أمهات الأولاد، وبذل المنافع إلى النَّاس مجانا في القول الأصح عنده[5].

وأما ابن القيم[6] فقد جعل السِّياسَة الشَّرعيَة " بأنها الأمارات والعلامات التي يظهر بها عدل الله ورسوله " ولفظ السِّياسَة عنده أمر اصطلاحي، وقد ركز كثيرا على وسائل الإثبات من أجل إظهار الحق والعدل[7].

ثانيا: تعريف السِّياسَة الشَّرعية عند المعاصرين.

---

1 – أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله النميري الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس تقي الدين تيمية الإمام شيخ الاسلام، ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر وطلب إلى مصر فقصدها، ثم عاد إلى دمشق ومات معتقلا في قلعتها وله مؤلفات كثيرة جدا منها الفتاوى وكتاب الإيمان ومنهاج السنة النبوية وكتب أخرى كثيرة، توفي سنة 728هـ. رضا كحالة /معجم المؤلفين، ج01، ص 63.

2 – ابن تيمية / السِّياسَة الشَّرعيَة في إصلاح الراعي والرعية، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ص09.

3 – يوسف أحمد البدوي / مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس الأردن، ط2000/01، ص 427 – 428.

4 – ابن تيمية / السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 09.

5 – ابن القيم / إعلام الموقعين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، طبعة 1973، ج04، ص 374.

6 – محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، أحد كبار العلماء مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية، وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه ألف تصانيف كثيرة منها: إعلام الموقعين، الطرق الحكمية، توفي سنة 751هـ. معجم المؤلفين، ج03، ص164.

7 – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج04، ص 379، وعبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 22 – 23.

ممن تصدى لتعريف السِّياسَة الشَّرعيَة من المعاصرين الشيخ الزلباني حيث قال:" إنها علم يبحث فيه عن التصرفات في الشؤون المشتركة، بمقتضى الحكمة على وجه لا يخالف ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم، وإن لم يدل على كل تصرف دليل جزئي"[1].

فهو يجعل من السِّياسَة الشَّرعيَة علما مستقلا قائما بذاته، كعلم النحو والفقه وغيره، وكونها قائمة على الحكمة أي المصلحة، وأن لا تخالف الشرع، وخاصة الدليل الجزئي لا الدليل الكلي، فعدم وجود الدليل الخاص لا يدل على عدم الجواز الشرعي[2].

وعرفها الشيخ عبد الرحمن تاج بقوله: " هي اسم للأحكام والتصرفات التي تدبر بها شؤون الأمة في حكومتها وتشريعها وقضائها، وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارة، وفي علاقتها الخارجية التي تربطها بغيرها من الأمم.[3]"

وقريب منه تعريف عبد الوهاب خلاف أنها:" تدبير الشؤون العامة، للدولة الإسلامية، بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار، مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية، وإن لم يتفق وأقوال الأئمة المجتهدين.[4]"

فهي الاقتداء بمن سبق من سلف الأمة في تسير أمر الدولة، ومراعاة مصالحها، تدبيرا يراعي أصول الشريعة، ومقاصدها، وبعبارة أخرى:" هي متابعة السلف في مراعاة المصالح ومسايرة الحوادث".

وعرف أيضا علم السِّياسَة الشّرْعية بأنه:" علم يبحث فيه، عما تدبر به شؤون الدولة الإسلامية، من القوانين والنظم التي تتفق وأصول الإسلام، وإن لم يقم على كل تدبير دليل خاص"[5].

وعرفها عبد السلام العالم:" بأنها كل تصرف شرعي موافق لمقاصد الشارع العامة، ومحقق لغاياته وأهدافه، بحيث يكون معه النَّاس أقرب إلى الصَّلاح وأبعد عن الفَسَاد." وفسر التصرف

---

1 – مذكرة في مادة السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 19، نقلا عن عبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 23.

2 – عبد الفاتح عمرو / المرجع السابق، ص 23.

3 – عبد الرحمن تاج / السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، مصر، ط1953/01، ص07 – 08.

4 – عبد الوهاب خلاف / السِّياسَة الشَّرعيَة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6/ 1997، ص 17.

5 – عبد الوهاب خلاف / المرجع السابق، ص 07

الشرعي، بالتصرف القانوني، واشترط أن يكون موافقا لمقاصد الشارع الكلية، والمبني على جلب المصالح ودفع المفاسد، والمحقق لمصلحة الفرد والمجتمع[1].

وعرفها الدريني:" بأنها القيام على الأمر بما يصلحه". أو هي تدبير الأمر في الأمة داخلا وخارجا، تدبيرا منوطا بالمصلحة." ثم ذكر دور الصفوة من أهل الشورى في اختيار الرجل القوي الأمين الصالح، الذي ينهض بمهام الدولة وشؤونها، تحقيقا لمصلحتها العليا[2].

واختار القرضاوي تعريفها بما يلي: إن السِّياسَة فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد، بذلك الفعل دليل جزئي، ومفهوم ذلك أن يكون الفعل داخلا تحت الأدلة الكلية والقواعد العامة، لا مصادما لها، وإلا فهو مردود[3].

وهو تعريف ابن نجيم كما سبق، مع الزيادة والقيد في الشطر الأخير. وهو تعريف عام وشامل للسياسة بمعناها العام والخاص، على أنه اهتم بالجانب التطبيقي فقط.

أما عبد الفتاح عمرو فقد عرفها بقوله:" هي مجموعة الأوامر والإجراءات الصادرة عن مختص شرعا، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الإسلامية، فيما لا نصّ فيه على المحكومين بشروطها المعتبرة".

فالأوامر هي القوانين والأنظمة – وتدخل فيها النواهي – وهذا خاص بالجانب النظري منها.

والإجراءات التي تتعلق بالحركة، والتي تصدر عن ولي الأمر أو من ينوب عنه في الناحية التطبيقية.

وتحديده مجال السِّياسَة الشَّرعيَة، بما لا نص فيه، يخرج الأحكام الصادرة، عن ولي الأمر التي لا يستند على الشريعة في أساسها[1].

---

1 – عبد السلام محمد شريف العالم / نظرية السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 14.

2 – الدريني، فتحي / خصائص التشريع الإسلامي في السِّياسَة والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط01/ 1982، ص 412.

3 – القرضاوي / شريعة الإسلام، ص 31. ونور الدين الخادمي / المصلحة المرسلة، حقيقتها وضوابطها، دار ابن حزم، بيروت، ط2000/01، ص 34

مناقشة واختيار:

مصطلح السِّياسَة الشّرْعية استعمل بمعنى ضيق في البداية، وحصر في مجال العقوبات، وفسرت بأنها شرع مغلظ، وهو ما يلجأ إليه ولاة الأمور، من عقوبات شديدة وقاسية، حسما لأبواب الفَسَاد، ومواطن الفتن والشرور، فكانت السِّياسَة الشَّرعيَة أحكاما صادرة من القاضي أو ولي الأمر، فهي وسيلة قضائية لحماية مصالح الأمة[2].

ومجال التغليظ في العقوبة في باب السِّياسَة، يكون بزيادة العقوبة على القدر المناسب للجريمة، والتي لم يرد فيه تقدير من الشارع، فإذا كانت هناك جريمة لا عقوبة لها، وكان المناسب لها عشر جلدات، فإن لولي الأمر، – ولمصلحة المجتمع، وغلقا لباب الفساد،– أن يضاعف هذه العقوبة، إذا رأى استقامة الناس في ذلك، كما فعل عمر بن الخطاب، عندما زُوِّر خاتمُه، وأخذ به شيء من بيت مال المسلمين، فضرب السارق في اليوم الأول مائة جلدة، وفي الثاني مائة جلدة وفي اليوم الثالث مائة جلدة[3].

وقد يكون التغليظ، في إضافة عقوبة إلى عقوبة مقدرة شرعا، سواء ورد في أصل هذه الزيادة نص من الشارع، أم لم يرد[4].

ومجال السِّياسَة، بذلك يشمل الجرائم التي وردت فيها عقوبة مقدرة، وهي الحدود والقصاص، كما يشمل أيضا الجرائم التي لم يقدر لها الشارع عقوبة، بل وكل أمر تقديرها إلى ولي الأمر، وإلى ذلك مال ابن الهمام وابن نجيم[5].

وقصر السِّياسَة على التغليظ في العقوبة، حصر لها في مجال ضيق، لأن السِّياسَة قد تكون بتخفيف العقوبة أو تأجيلها أو إسقاطها، إذا وجد موجب الإسقاط أو التخفيف.

---

1 – عبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 24 – 25.

2 – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص 110 – 111.

3 – ابن حجر، أبو الفضل، أحمد بن علي العسقلاني/ الإصابة في التمييز بين الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط01/ 1992، ج06، ص369.

4 – فؤاد عبد المنعم / السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية، ص 29 – 30.

5 – عبد العال عطوة / المدخل إلى السياسة الشرعية، ص 28 – 29.

فالرسول عليه السلام لم يترل القتل بالمنافقين على الرغم من إذايتهم له وللمسلمين، وقد عللوا ذلك بما جاء في الصحيحين، أنه صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن الخطاب رضي الله :" **أكره أن يتحدث العرب أنَّ محمدا يقتل أصحابه**[1]" فخشي الرسول عليه السلام أن يقع بسبب ذلك، تغيير لكثير من الأعراب عن الدخول في الإسلام، حيث لا يعلمون حكمة ولا سبب قتل الرسول للمنافقين، ويأخذون بالظاهر، ويقولون: إن محمدا يقتل أصحابه.

قال ابن عاشور: إنما كان النبي ممسكا عن قتلهم، سدّا لذريعة دخول الشك في الأمان على الداخلين في الإسلام...لأنّ العامّة والغائبين عن المدينة لا يَبْلغون بعلمهم إلى معرفة حقائق الأمور الجارية بالمدينة، فيستطيع دعاة الفتنة أن يشوّهوا الأعمال النافعة، بما فيها من صورة بشيعة عند من لا يعلم الحقيقة[2].

ومن ذلك أيضا ما فعله الخليفة الثالث، عثمان بن عفان رضي الله عنه، حين ألحَّ عليه جماعة من الصحابة، من أن يقتصَّ من عبيد الله بن عمر الذي دفعه الغضب لقتل جفينة والهرمزان وابنة أبي لؤلؤة من غير بيّنة، اتهاما لهم بأنهم اشتركوا في قتل أبيه، فلم يستجب عثمان لإلحاحهم، لا إقرارا لعبيد الله على فعله، ولا إنكارا في وجوب القصاص، ولكن تقديرا للظروف المحيطة بالأمة عقيب مقتل عمر، واتقاء للتفريق الأمة وتشتيتها، لو قتل عبيد الله، لذا قال عثمان مبررا لاجتهاده المصلحي :" أخشى إن قتلت عبيد الله، أن يقول الناس، قتل عمر أمس، ويقتل ابنه اليوم"[3].

ثم توسع مدلولها عند الفقهاء، و لم يقف عند الحدود والتعازير، إنما تعداه إلى ما هو أعمّ، فأصبحت شاملة للسلطات العامة الثلاث، وقصد بها الأحكام والتصرفات التي تدار بها شؤون

---

1 – رواه البخاري، كتاب: المناقب، باب: ما ينهى من دعوة الجاهلية، ج03، ص 1296، رقم 3330 ومسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: نصر الأخ ظالما أو مظلوما، ج08، ص 19، رقم 6748. واللفظ للطبراني في المعجم الأوسط، ج07، ص 210، رقم 7295.

2 – محمد الطاهر بن عاشور / التحرير والتنوير، طبعة دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، سنة 1997، ج 10، ص 266.

3 – أبو جعفر محمد بن جرير الطبري / تاريخ الطبري (تاريخ الأمم والملوك)، دار الكتب العلمية بيروت، ط01 / 1407هـ، ج02، ص 586. وفي رواية الطبري:" فقال بعض المهاجرين: قتل عمر أمس ويقتل ابنه اليوم."

الأمة، من حيث التشريع والقضاء والإدارة، والنظم المالية والأحوال الشخصية، والتنفيذ، في الداخل والخارج، شريطة أن تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها[1].

فهذا الرأي مبني على أن السِّياسَة الشّرْعية، هي المصلحة فيما لم يرد فيه دليل خاص، ومن ذلك ما ذهب إليه ابن نجيم أنها:" فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بهذا الفعل دليل جزئي" وهو قريب من تعريف ابن عقيل قبله، فالسِّياسَة في نظر أصحاب هذا الرأي تشمل جميع الأحكام التي تحقق مصالح الأمة، فيما لم يرد فيه دليل خاص، وكانت متفقة مع مقاصد الشرع وقواعده، كالمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان والعرف، ومراعاة الخلاف، واعتبار المآل.

فولاة الأمور يسعون إلى تحقيق صالح الأمة العام، في ظل الزمان والمكان، حين تعترضهم حوادث ووقائع، لا يجدون لها نصا ولا دليلا جزيئا، وذلك باستنباط الأحكام، بواسطة أدلة الاجتهاد الأخرى[2].

فالسِّياسَة الشّرْعية، فعل الحاكم سواء فيما ورد به نص من كتاب أو سنة أو إجماع أم لم يرد، وقد ذهب بعض الباحثين[3] إلى أن الحاكم عند ورود النص، ليس له إلا أن يطبقه، وفعله حينئذ ليس على مصلحة يراها، وإنما مبني على النص لا غير.

فالسِّياسَة الشّرْعية على رأيهم، خاصة بما ليس فيه نص صريح .

أقول: السِّياسَة الشّرْعية تكون في الحوادث والمسائل التي لم يرد فيها دليل خاص، وهذا مُسَلَّمٌ به، كما ترد على المسائل التي ورد بها نص أو دليل خاص، وذلك من باب تحقيق المصالح المقصودة للناس عند تنزيلها على الواقع، ويتأكد ذلك مع الاجتهاد المآلي في تلك الوقائع.

كما أن من السِّياسَة الشّرْعية، توقيف النص أو تأجيل تطبيقه، إذا دعت لذلك الضرورة، وكان في تأجيله دفع مفسدة متوقعة، مثل تأخير تطبيق حدّ السرقة في السفر أو عند الغزو، والتقاط ضالة الإبل، وتوقيف تنفيذ القطع عام الرمادة، وغيرها من الأمثلة الكثيرة، فهو اجتهاد في النص، وليس مع النص.

---

1 – عبد الوهاب خلاف / السِّياسَة الشَّرعيَة، ص 6 – 7. وعبد العال عطوة / المدخل إلى السياسة الشرعية، ص 32 – 33.

2 – عبد الرحمن تاج / السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ص 25 – 27 ، وص29.

3 – عبد العال عطوة / المدخل، ص 44، وفؤاد عبد المنعم / السياسة الشرعية والتنمية، ص 34 – 35.

قال الدريني:" واجتهاد وليّ الأمر في تطبيق النّص لا يقل أهمية ولا أثرا عن الاجتهاد في الاستنباط... وما اجتهادات عمر بن الخطاب، فيما فيه نصّ، وفيما ليس فيه نص، إلا صورا من الاجتهاد بالرأي، القائم على تفهم النص ومراميه، وتفهم الوقائع نفسها، بظروفها وأحوالها، وتكييف تطبيق النص على نحو لا يناقض هدفه أو روح التشريع العامة، أو مصلحة الأمة.[1]"

وعليه فإن تعريف ابن عقيل وابن نجيم للسياسة الشرعية، معيبٌ من جهة أنه خصَّ السِّياسَة، بما ليس فيه نص جزئي، وأخرجا السِّياسَة مع وجود النّص، والتحقيق أنها شاملة لهما.

و يمكن لنا أن ننظر أيضا إلى السِّياسَة الشَّرعيَة من جانبين:

الأول: السِّياسَة الشّرْعية، أداة استدلالية أو وسيلة منهجية في التوصل إلى الحكم الشرعي، وبناؤه وفق مقتضاها، وهي تسهم في بناء الأحكام المحققة لمصالح الأمة[2]، فهي أداة استدلالية، وظيفتها استنباط الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين وشؤونهم.

الثاني: السِّياسَة الشَّرعيَة، سلوك أو نشاط أو حركة صادرة من ولي الأمر، موجه نحو غاية مرسومة.

وإذا كان البعض عبر عن ولي الأمر بالحاكم، فيمكن لمؤسسات النظام السياسي للدولة الإسلامية أن تقوم بذلك. والفعل السياسي أو الحركة والنشاط لا يقتصر في مرجعيته الشَّرعيَة على منطوق الشرع فقط، بل يتجاوزه إلى معقول النُّصوص ومفهومها ومقاصدها[3].

و مجال السِّياسَة الشَّرعيَة، يكون في المسائل والوقائع التي لا نص فيها، ويقصد به غياب النُّصوص الخاصة أو الجزئية الدالة على الحكم، كما يشمل بعض النُّصوص المعللة بعلل متبدلة أو مبنية على أعراف وعادات خاصة، أو أن أساسها مصالح متغيرة ومتبدلة، فهنا تكون السِّياسَة مع وجود النُّصوص، وذلك بتفسيرها تفسيرا مَصْلَحِيًّا، يحقق أهداف الأمة ومصالحها العليا.

---

1 – الدريني، محمد فتحي / المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط3 / 1997 ص30، وص32.

2 – فوزي خليل، المصلحة العامة، ص111 – 112.

3 – المرجع السابق، ص 115 – 116

التعريف المختار

السِّياسَة الشّرْعية: " هي مجموعة الإجراءات المنتظمة في القوانين والأنظمة – وما يتبعها من النواهي – الصادرة عن ولي الأمر أو من له حق السلطة العامة، تطبق من خلالها الأحكام الشَّرعيَة على الرعية، بما يحقق مصالح الأمة العليا، مراعياً مقاصد الشريعة العامة والخاصة، وإن لم يرد بذلك دليل خاص".

فهي قيام ولاة الأمور على شؤون الرعية بما يصلحها، من الأمر والنهي والإرشاد والتدبير والتهذيب، وما تحتاج إليه من وضع تنظيمات أو ترتيبات إدارية تؤدي إلى تحقيق مصالح الرعية، بجلب المنافع لها، ودفع المضار والشرور عنها، وإن غاب الدليل الجزئي في ذلك.

وهذا التعريف يبرز أهمية الجانب العملي للسياسة الشَّرعيَة، فهي إجراءات وأعمال وتصرفات لإصلاح الأمة، وعلى ذلك فإن السِّياسَة تتطلب القدرة على القيادة الحكيمة التي تتمكن من تحقيق الصَّلاح عن طريق إتقان التدبير، وحسن التأني لما يراد فعله أو تركه. وهو يحتاج إلى معرفة تامة بما تتطلبه القيادة والرئاسة من خبرة وحنكة، وقدرة على استعمال واستغلال الإمكانات المتاحة على الوجه الأمثل الذي يحقق المراد المطلوب.

المبحث الثاني: السِّياسَة الوضعية ومقارنتها بالسِّياسَة الشّرْعية

بعد وقوفنا على ماهية السياسة الشرعية وحقيقتها في اللغة وعند أهل الاصطلاح، وبعد التأمل في معناها من خلال ماكتب الفقهاء، وتتبع القصود المختلفة لهذا اللفظ عندهم، ننقل الكلام إلى مدلول السياسة الوضعية، وهل هي علم أم فن، وما هي أوجه الاختلاف بينها وبين السياسة الشرعية.

أولا: تعريف السِّياسَة الوَضْعِية.

السِّياسَة مشتقة من الكلمة الإغريقية **polis** وتعني مجتمعا سياسيا لمواطنين مرتبطين بدولة.

وأصبحت كلمة **politics** هي الاستعمال الحديث، وتعنى النظام الاجتماعي للدولة أو المجتمعات أو مؤسسات أخرى، الذي تنتخب به أهداف النظام، وترتب على وفق الأولوية وتنفد. وهكذا يشمل طرائق انتخاب السلطات السياسية وتغيرها ونظام القيم للمجموعات المشاركة في السِّياسَة مثل الأحزاب ومجموعات المصالح والحركات وسلوك الأفراد،مثل مشاركتهم في السِّياسَة والانتخابات[1].

واختلف العلماء في حقيقة السِّياسَة، فمنهم من قال هي عمل ومنهج، وليست علما، ومنهم من قال هي فنّ، ومنهم من قال هي علم، واختلفوا بعد ذلك في تعريف علم السِّياسَة .

تعريف علم السِّياسَة:

1 – التعريف الذي جاء في قاموس ليتريه الفرنسي سنة **1870**:" السِّياسَة هي علم حكم الدول".

2 – التعريف الذي ذهب إليه ذوفرجيه وكثيرون غيره أنها:" علم السلطة المنظَّمة في الجماعات الإنسانية كافة.

---

1 – وجورج روبرت وألستفي إدوارد / المعجم الحديث للتحليل السياسي، ترجمة سمير عبد الرحيم الجبلي، الدار العربية للموسوعات، ط01، 1999، ص 343.

3 – تعريف معجم وبير **1962**:" هي فن حكم المجتمعات الإنسانية".

4 – جاء في القاموس الأمريكي، أن علم السِّياسَة، هو أحد العلوم الاجتماعية، الذي يبحث في النظرية والتعليق السياسي، وفي نظم الحكومة والإدارة، وهو علم أكاديمي، يشمل النظرية السياسية ونظم الحكومات والقانون العام، والاتجاهات السياسية وخططها والسِّياسَة العامة، والعلاقات الدولية والسِّياسَة الخارجية[1].

ملاحظات حول هذه التعاريف.

هذه التعاريف لم تكشف عن حقيقة السِّياسَة ، وهي لم تعدو أن تكون شروح وتوضيحات فقط،وتسجل عليها الملاحظات التالية:

1 – هذه التعاريف اختارت الدولة والسلطة وجعلتها محورا وموضوعا لعلم السِّياسَة دون غيرها،والحقيقة أن هناك ظواهر أخرى في علم السِّياسَة مثل الأمة ، الوطن، القومية، عوامل الصراع السياسي، وهي الأساس في عملية التكامل السياسي.

فالدولة ليست كل شيء في علم السِّياسَة ، بل هي ظاهرة حديثة عي المجتمع الإنساني، وكذا الحديث عن السلطة، فهي ليست كل شيء في أبحاث علم السِّياسَة .

والتعريف الثالث اعتبر السِّياسَة فناًّ، وهو ما أثار عليه سخط علماء السِّياسَة الذين جهدوا في تقنين قوانينها وتناول أبحاثها بشكل مفصل خاضع للبرهنة والاستدلال.

2 – هذه التعاريف لا تفرق بين المسائل العلمية والمسائل المذهبية، بينما اتفق علماء السِّياسَة، أن هناك فرقا بين العلم والمذهب، فعلم السِّياسَة مخالف للمذهب السياسي، الذي يمثل في الغالب مذهبا فرديا أو اجتهادا خاصا أو تطبيق مبادئ ما هو علم[2].

من خلال ما أوردناه يمكن أن نصل إلى أن علم السِّياسَة هو:" **العلم بظواهر المجتمع السياسي**" أو" **العلم بظواهر المجتمع ذي الإرادة المنظمة** ".

---

1 – صدر الدين القبانجي/ علم السِّياسَة، تجديد من وجهة نظر إسلامية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، ط1997/01، ص 10 – 11.
ونظام بركات و عثمان رؤوف و محمد خلوة / مبادئ علم السِّياسَة، دار الكرمل، بيروت، ط02/ 1987، ص 16 - 17.

2 – صدر الدين القبانجي/ علم السِّياسَة ، ص11

فهذا التعريف يجعل مهمة العلم السياسي، التعرف على الظواهر السياسية ودراستها لا أكثر، من غير أن يضع مذهبا سياسيا في كيفية الحكم والإدارة.

وهذا التعريف يجعل موضوع علم السِّياسَة ، الظواهر السياسية بما في ذلك السلطة، وتدخل فيه جميع المفردات الذي يعنى بدراسة علم السِّياسَة ، وهي ظواهر المجتمع السياسي.

ونشير هنا إلى بعض الباحثين لا زال يرى أن السِّياسَة فنًّا، وليست علما، وقادة السِّياسَة في العالم يميلون إلى ذلك أكثر من غيرهم، فهي تعتمد على المهارة والخبرة أكثر من قواعد ثابتة مستقرة.

أما الفرق بين السِّياسَة وأصول السِّياسَة، فالسِّياسَة تعني الممارسة السياسية، فهي من مقولة الفعل (أن يفعل). وأما أصول السِّياسَة، فهي القواعد العامة التي تحكم ميدان العمل السياسي، فهي ليست ممارسة ، إنما هي حقائق خارجية تعمل.

فمن نظر إلى الشق الأول: قال السِّياسَة فنّ وممارسة وتجارب، ومن نظر إلى الشق الثاني: قال هي قواعد وأصول يجب أن تعرف وتعلم، لذا قالوا: السِّياسَة علم[1].

ومن خلال ما سبق يمكن أن نخلص إلى أن علم السِّياسَة يرتبط بأربع نظرات:

1 – علم السِّياسَة يرتبط بالدولة والحكومة.

2 – يرتبط علم السِّياسَة بالدولة والحكومة والمؤسسات التجارية الاجتماعية والتجارية لذا عرفوه:" بأنه علم ممارسة القوة أو علم صناعة القرارات أو علم السلطة."

3 – يركز على ممارسة السِّياسَة في الحكومة، ويستبعد نشاطات وعلاقة الأسرة والمدرسة والنادي، إلا إذا كانت تتعلق بالمجال العام، أو بسير العملية السياسية فيه.

4 – يربط أصحاب هذه النظرة، السياسية بوجود الاختلافات الإنسانية، فحيثما توجد الاختلافات العرقية والطبقية توجد السِّياسَة ، وأهم الاختلافات، هي الاختلافات العرقية والطبقية والعقدية، واختلاف المصالح. والسِّياسَة في أسمى معانيها تلعب دورا أساسيا في تسوية هذه الاختلافات[2].

---

1 – صدر الدين القبانجي المرجع السابق، ص 13– 15 .

2 – نظام بركات / مبادئ علم السِّياسَة ، ص 16 – 17.

ثانيا: الموازنة بين السِّياسَة الشَّرعيَة والسِّياسَة الوَضْعِية.

1 – السِّياسَة الوَضْعِية ترى أن الإنسان هو المسؤول عن وضع المنهج الصحيح في مختلف المجالات، بما فيه المجال السياسي، وهذا يعتمد على تفهم الواقع الموضوعي للأمور. فبمقدار ما يكون الفهم للواقع الموضوعي صحيحا، أمكن الحصول على رؤية أفضل فيما ينبغي صنعه.

والسِّياسَة الشَّرعيَة ترى أن الله هو الذي تكفل برحمته بوضع المذهب الصحيح للإنسان و لم يتركه لنفسه، وإنما أرسل إليه الرسل وأنزل إليه الشرائع ليخرج النَّاس من الظلمات إلى النور[1].

2 – السِّياسَة الشَّرعيَة تقوم على مقصد العبودية لله تعالى المتمثل في الدعوة إليه وحكم الحياة بشريعته، بينما السياسات الوَضْعِية تقوم على فصل الدين على الدولة أو الفكر العلماني، الذي يمثل مفترق الطرق بين السياستين.

3 – السِّياسَة الشرعية جزء من الشريعة الربانية، فهي متصفة بما يليق بمشرعها الكامل، أما السِّياسَة الوَضْعِية فهي من الخطط البشرية، فهي مهما بهرت قاصرة، وهي زائلة لا قرار لها، لأنها تستقي من غير الوحي.

والسِّياسَة الشَّرعيَة فيها الكمال والسمو والعدل وتلك صفات ما يشرعه الخالق، لا ما يشرعه المخلوق[2].

4 – السِّياسَة الوَضْعِية، أحكام وقوانين وضعها البشر لتدبير شؤون الأمم، واعتمادهم قائم على العرف والعادة السائدة والتجارب الموروثة، من غير ارتباط بوحي سماوي، وهي لا تسمى شرعية ولو كانت عادلة أو موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية[3].

5 – قال ابن الأزرق:" هذه القوانين العقلية – أي الوَضْعِية – إن كانت من العقلاء وذوي البصيرة بتدبير الدولة، كانت سياسة عقلية نافعة في الدنيا فقط.

---

1 – صدر الدين القبانجي / علم السِّياسَة ، ص 21 – 22.

2 – عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العلمي، بيروت، ج01، ص25.

3 – عبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة، ص28.

فالسّياسية الشرعية لما كانت عن الله تعالى، بواسطة شارع يشرعها، كانت سياسة دينية نافعة في الدنيا والآخرة، لما فيه من تقرير حمل الخلق على حكم الدين، الذي خلقوا له في العاجل والآجل[1].

1 – ابن الأزرق، أبو عبد الله / بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق: علي سامي النّشار، وزارة الإعلام، العراق، ط01، د،ت.، ص291.

الفصل الثاني

السِيَاسَة الشَّرعِيَة بين الاعتبار والإلغاء .

المبحث الأول: السِّيَاسَة الشَّرعِيَة في فروع الفقهاء .

المبحث الثاني: المحتجون بالسِّيَاسَة الشَّرعِيَة .

المبحث الثالث: المُنكرون للسّياسة الشرعية .

المبحث الرابع: مجالات السِّيَاسة الشرعية .

الفصل الثاني : السِيَاسَة الشَرعِيَة بين الاعتبار والإلغاء.

المتصفح لتراث القدماء من الفقهاء، لا يقف لهم على نصوص في اعتبار السِّيَاسَة الشَّرعِيَة حجة، ومن ثمّ العمل بها أو عدم اعتبار كذلك.

غير أنه يمكن أن نتلمس بعض الخيوط التي كانت بدايتها مع ابن القيم الذي نقل إلينا حوارا مهما دار بين ابن عقيل الحنبلي وأحد فقهاء الشافعية [1]، حول جواز الاجتهاد فيما لا نصَّ فيه سياسة، ثم جاء بعده ابن فرحون الذي أفاد مما كتبه ابن القيم، وزاد عليه وفصَّل في تبصرته الكلام على السياسة الشريعة ومشروعية العمل بها من الكتاب والسنة رادا على من منع العمل بها، وأما الطرابلسي في معينه، فلم يَكَدْ يخرج عمّا كتبه ابن فرحون وقرره، مع تكييف يتماشى مع مذهبه الحنفي.

والسِّياسة الشَّرعية كانت محل نظر بين الفقهاء من حيث الحجية، فمن محتجٍ بها ومستند إليها في بناء كثير من الأحكام، ومن رافضٍ لها ومعتبر لها أنها من الأدلة والمتمسكات الفاسدة، التي لا ينبغي الالتفات إليها ولا الالتفاف حولها، وأنها من ابتداع ولاة الجور والظلمة، لتبرير تصرفاتهم الخارجة عن أحكام الشرع.

وعلى القول بأن السِّياسّة الشَّرعية حجة معتبرة، فما هو المجال والإطار الشرعي، الذي يجوز لولي الأمر أن يجيل فيه نظره، ويُعِمل فيه اجتهاده السياسي الشرعي ؟

---

١ – ابن القيم / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 21

المبحث الأول: السِّيَاسَة الشَّرعِيَة في فروع الفقهاء .

المتتبع لكتب الأئمة الفُقهاء يجد أنهم كثيرا ما يبنون أحكامهم على السِّيَاسَة الشَّرعِيَة أو التدبير الشرعي أو الإيالة[1] أو الإمامة[2] أو حتى على المصلحة التي هي عماد السِّيَاسَة الشَّرعِيَة.

ويحسن بنا هنا، أن ننقل مقتطفات من كلام هؤلاء الأئمة في فروعهم الفقهية، حتى يتبين لنا اعتبارهم للسِّياسة الشَّرعية من عدم اعتبارها.

أولا – المذهب الحنفي:

من الفروع الفقهية التي بناها السّادة الحنفية على السِّياسة الشَّرعية ما يلي:

– من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها، بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كأمه أو ابنته فوطئها، لم يجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة وسفيان الثوري و زفر، وإن قال علمت أنها عَلَيَّ حرام، ولكن يجب عليه الحدّ ويعاقب عقوبةً هي أشدّ ما يكون من التعزير **سياسة** لا حدّا مقدرا، إن كان عالما بذلك[3].

– من عمل عمل قوم لوط، فلا حدّ عليه عند أبي حنيفة، ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب، ولو اعتاد اللِّواطة، قتله الإمام، محصنا أو غير محصن **سياسة**، أما الحدّ المقدّر شرعا فليس حكمًا له[4].

– إذا اعتاد لصٌّ السرقة من التوابيت، أو أكفان الموتى، فللإمام أن يقطعه **سياسة** لا حدّا[5].

---

١ – قال ابن منظور: آل مالَه يَؤوله إِيالة إِذا أَصلحه وساسه والائتِيال الإِصلاح والسياسة. وفي حديث الأَحنف قد بَلَوْنا فلاناً فلم نجده عنده إِيالة للمُلْك، والإِيالة السِّياسة فلان حَسَن الإِيالة وسيِّءُ الإِيالة. لسان العرب، ج 11، ص 32.

٢ – الإمامة: هي اسْتِحْقَاقُ تَصَرُّفٍ عَامٍّ عَلَى الْأَنَامِ. يراجع: ابن عابدين / رد المحتار، ج 04، ص 204.

٣ – الكمال ابن الهمام / فتح القدير، ج 05، ص 259، والزيلعي / تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، ج 08، ص 460. وحاشية ابن عابدين، ج04، ص23 – 24 .

٤ – ابن الهمام / فتح القدير، ج 05، ص 262، وابن نجيم زين بن محمد بن بكر / البحر الرائق، ج 05، ص 18. والكليبولي / مجمع الأنهر، ج02، ص 35.

٥ – ابن الهمام / فتح القدير، ج05، ص 373.

– قال الزيلعي [1]: ومن **السّياسة** ما حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش، أن المدعى عليه السّرقة، إذا أنكر، فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه، فإن غلب على ظنه أنه سارق، وأن المال المسروق عنده عاقبه، ويجوز ذلك كما لو رآه جالسا مع الفُسَّاقِ في مجلس شراب، وكما لو رآه يمشي مع السُّراق[2].

ويقول ابن عابدين[3] في "رد المحتار" نقلًا عن أئمة المذهب: إن الإمام – بشروطه طبعًا – له صلاحية فرض الخراج، بعد الرجوع لأهل الحل والعقد – وهي الشورى الخاصة – أن يفرض في أموال الأغنياء ما يكفي الفقراء وما يكفي حاجة الدولة .

و هذا حكم سياسي، وليس سياسيا بمعنى السياسة المعاصرة التي نفهمها، بل هو حكم سياسي شرعي، وللإمام حق الإلزام، وعلى الناس أن يطيعوا ذلك، وهم يثابون ما أطاعوا ويعاقبون من عند الله ما خالفوا، ويكون ذلك في الأمور التي فيها منفعة عامة للكافة وبشروطها المعتبرة.

فهذه أمثلة من فروع الحنفية، تدل على أخذهم بالسِّياسة الشَّرعية، والتي يقصد بها الردع والزجر وسدّ باب الشرور أمام أهل الفجور والعصيان حماية للمجتمع، وهي السياسة بمعناها الخاص لا العام.

---

١ – عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعي: فقيه حنفي. قدم القاهرة سنة 705 هـ، فأفتى ودرس، وتوفي فيها، له " تبيين الحقائق في شرح كتر الدقائق " و " تركة الكلام على أحاديث الأحكام " و " شرح الجامع الكبير " توفي سنة 743 هـ . يراجع عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي / طبقات الحنفية، طبعة مير محمد كتب خانة، كراتشي، ص 345، وعمر رضا كحالة / معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط1993/01، ج02، ص 365.

٢ – الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي الحنفي / تبين الحقائق، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، طبعة دار الكتب الإسلامي، القاهرة، سنة 1313هـ، ج03، ص 240.

٣ – ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق. (1198هـ – 1252 هـ – 1784 – 1836 م) من كتبه رد المحتار على الدر المختار ، يعرف بحاشية ابن عابدين، ورفع الانظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، و نسمات الأسحار على شرح المنار، وحاشية على المطول في البلاغة، والرحيق المختوم في الفرائض، وحواش على تفسير البيضاوي. الزركلي / الأعلام، ج06، ص42، وكحالة / معجم المؤلفين،ج03، ص 145.

ثانيا – المذهب المالكي:

من الفروع الفقهية السِّياسية في الاجتهاد المالكي ما يأتي:

– قال القرافي: قال في البيان، ومن يشهد على من لا يعرفه بالعين والاسم فلا يشهد عليه بتلك الشهادة بعد موته، ولا يؤديها إلا في حياته على عينه، وكذلك لا يشهد على شهادته إلا على عينه، وهذا كله متفق عليه وإن علم أنه لا يقف على عين المشهود له إذا غاب عنه، وهي شهادة لا منفعة. وإنما تسامح العلماء في وضع الشهادة على من لا يعرف بعينه واسمه، **سياسة منّهم** في دفع العامة لئلا يعتقدوا أنَّ الشهادة لا تنفع، فيقدموا على الإنكار، ففي جهلهم يذلك صلاح عظيم[1].

– إن كان القاضي على مذهب المشهور، وعليه عمل أهل بلده، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا وأداه اجتهاده إلى الخروج عنه، لتهمته أن يكون خروجه حيفًا أو هوى. قال الحطاب[2]: وهذا القول عمل بمقتضى السياسة، ومقتضى الأصول خلافه، والمشروع إتباع المجتهد مقتضى اجتهاده[3].

– قال القرافي[4]: ونصَّ ابن أبي زيدٍ في النَّوادر على أنّا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول، أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم، ليلا تضيع المصالح.

---

١ – القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط 1994/01، ج10، ص 154–155. وابن رشد الجد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي / البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حاجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط1988/02، ج09، ص 466.

٢ – أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني الفقيه المالكي أصله من المغرب ولد واشتهر بمكة ومات في طرابلس المغرب، ومن كتبه قرة العين شرح ورقات إمام الحرمين، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل، توفي سنة 954 هـ. يراجع: الزركلي / الأعلام، ج07، ص 58.

٣ – الحطاب، محمد بن محمد الرعيني / مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، مصر، د، ت، ط، ج06، ص 99.

٤ – شهاب الدين، أحمد بن إدريس الصنهاجي فقه مالكي أصولي، توفي بمصر سنة 684هـ، من أثاره الذخيرة ونفائس الأصول، شرح تنقيح الفصول. يراجع: ابن فرحون / الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية، ص 63. عمر كحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص 100.

وما أظن يخالفه أحد في هذا، فإن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشّهود فسقة لأجل عموم الفساد، جاز التوسع في أحكام المظالم والجرائم لأجل كثرة فساد الزمان[1].

قال ابن فرحون:" وهذا كله للضرورة، لئلا تَنْهَدِرَ الدماء وتضيع الحقوق وتتعطل الحدود"[2].

– قال في المدونة : وإن قال له : يا ابن الفاسقة أو يا ابن الفاجرة، أو يا فاجر، أو يا حمار ابن الحمار، أو يا كلب، أو يا ثور، أو يا خترير ونحو ذلك، فلا حدَّ عليه، ولكنه يعزر تعزيراً رادعاً، حسبما يراه الإمام[3].

– وكان الإمام مالك يرى إذا أُخِذَ السكران في الأسواق والجماعات، وقد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحدا، أن تعظم عقوبته بضرب حدّ السكر ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه[4].

فالمالكية استعلموا السِّياسة الشَّرعية في معناها الخاص، الذي يقصد به الشرع المغلظ، كما استعملوها بمعناها العام، الذي هو تصرف ولي الأمر في أمر رعيته بما فيه مصلحتها.

ثالثا – المذهب الشافعي:

ومن الفروع الفقهية التي أشار الشافعية فيها للسّياسة الشّرعية ما يلي:

– يحرم على الإمام ونحوه نصب غير العارف مؤذنا راتبا ليس معه عارف، فإنه ليس من التصرف بالمصلحة، لأنه ربما غلط في الوقت، ولأنه يفوت على الناس فضيلة أول الوقت[5].

---

١ – القرافي / الذخيرة، ج10، ص47. و التسولي / البهجة، ج01، 145. لم أقف على قول ابن أبي زيد في النسخة المطبوعة من النوادر

٢ – ابن فرحون / تبصرة الحكام، ج01، ص 415 – 416.

٣ – البراذعي أبو سعيد / التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق محمد الأمين بن شيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط 01 /2002، ج04، ص486. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني / أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 1995، ج05، ص 454.

٤ – الحطاب / مواهب الجليل، ج06، ص 317.

٥ – زكريا الأنصاري / أسنى المطالب شرح روضة الطالب، تحقيق : محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01 / 2000، ج01، ص129.

– ويجوز لأمير الجيش في حصار العدو أن ينصب عليهم الْعَرَّادَاتِ [1] وَالْمَنْجَنِيقَات، وقَد نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف منجنيقا [2]، ويجوز أن يهدم عليهم منازلهم ويضع عليهم البَيَات والتحريق، وإذا رأى في قطع نخيلهم وشجرهم صلاحا يستضعفهم به ليظفر بهم عَنْوَةً أو يدخلوا في السِّلْمِ صلحا فعل، ولا يفعل إن لم ير فيه صلاحاً [3].

– قال الماوردي: لا يجوز لأحد من أولياء الأمور أن ينصب إماما فاسقا للصلوات، وإن صححنا الصلاة خلف الفاسق، لأن إمامة الفاسق مكروهة، وولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة، وليس من المصلحة أن يوقع الناس في صلاة مكروهة، وعبارة الشافعي" ومنزلة الولي من الرعية، بمنزلة الولي من مال اليتيم "[4].

– وللإمام قتل الأسير والمَنُّ عليه، بتخلية سبيله، والفداء له بالأموال والناس الأسرى مَنًّا، و الإرقاق له على وفق الحال أي **المصلحة**، لا بالتشهي فيلزم الإمام أن يجتهد ويفعل منها ما هو الأحظ لنا، فإن لم تتبيّن له المصلحة، حبسه حتى تتبين له[5].

– وقال الخطابي[6] معلقا على حديث العباس رضي اله عنه في جواز تقديم الزكاة على وقت وجوبها:" وليس وجه ذلك، إلاّ أن يكون من حاجة بالعباس إليها، فإنّه يجوز **للإمام** أن يؤخرها إذا كان ذلك على وجه النظر ثم يأخذها منه بعدُ."[7]

---

١ – العرادة شبه منجنيق صغيرة والجمع العرادات، ابن منظور/ لسان العرب، ج03، ص 287.

٢ – رواه البيهقي في السنن الكبرى، باب: قطع الشجر وحرق المنازل، ج09، ص 84، رقم 18585.

٣ – الماوردي / الأحكام السلطانية ، ص55.

٤ – زكريا الأنصاري / أسنى المطالب، ج01، ص 220.

٥ – زكريا الأنصاري، المرجع السابق، ج03، ص 95.

٦ – أبو سليمان الخطّابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطّاب البستي الفقيه الأديب، صاحب " معالم السنن " و " غريب الحديث " و " الغنية عن الكلام " و " شرح الأسماء الحسنى " وغير ذلك. رحل وسمع أبا سعيد بن الأعرابي، وإسماعيل الصفّار والأصم، وطبقتهم، وسكن بنيسابور مدّة، توفي ببست في ربيع الآخر، وكان علامة محققاً. الذهبي، محمد بن أحمد بن قايماز / العبر في أخبار من خبر، تحقيق: صلاح الدين المنجد، مطبعة حكومة الكويت، سنة 1984، ج03، ص 41.

٧ – الخطابي / معالم السنن للخطابي، طبعة المطبعة العلمية، حلب، ج02، ص 55.

– وسئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام[1]، ما تقول في رجل قال في ملأ من الناس، وقد تكلم في حقيقة الفقير، فقال: الفقير الذي لا حاجة له إلى الله، فهل في إطلاق هذا القول شيء أم لا، وهل إذا ذكر لذلك تأويلا محتملا ولو على بعد، أيقبل ذلك منه أو لا ؟ **فأجاب:** يعزر على ذلك تعزيرا بليغا رادعا، ويجدد إسلامه، ولا يقبل تأويله في هذا القول لما فيه من سوء الأدب، والرد على قوله تعالى ﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ أَنتُمُ ٱلۡفُقَرَآءُ إِلَى ٱللَّهِۖ ﴿١٥﴾ ﴾ فاطر: ١٥ وهذا القول إن لم يكن كفرا فهو قريب من الكفر، فلا أكثر الله من هذه الشياطين المضلين، ويجب على ولي الأمر أن يبالغ في ردع هذا الخبيث المجترئ على رب العالمين " [2].

فالتعزير، وإن لم يكن فيه حدٌّ مقدر شرعا، إلا أنه موكول للحاكم، يترل العقوبة ويرفعها على قدر الجرم المرتكب لحماية الأمة، وحمايتها تكون أيضا بحماية دينها من أن يتلاعب به الزنادقة والجهال، وهذا من السِّياسة الشَّرعية التي تقوم على الردع وسدّ باب الفساد.

قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: " تحدث للناس أقضية، بقدر ما أحدثوا من الفجور" وزاد ابن عبد السلام : وأحكام، بقدر ما يحدثون من السيئات، والمعاملات، والاحتياطات[3].

أي لا نقف عند المنصوص والموروث، ولو فَوَّت على الناس مصلحة، بل إذا فسد الزمان وكثرت الشرور، وعمَّ الفجور، أحدثنا ما يناسبها من أقضية، وأحكام، ومعاملات واحتياطات

والشافعية وإن كانوا أقل الناس كلاما في السِّياسة الشَّرعية، إلا أنهم عملوا بها كثيرا في فروعهم، سواء ما كان منها في تشديد في العقوبات أو الزجر على الموبقات، أو ما كان من قبيل تصرف الإمام بالمصالح الراجحات .

رابعا – المذهب الحنبلي:

ومن فروع الحنابلة في السِّياسة الشَّرعية ما يأتي:

---

١ – عز الدين بن عبد السلام بن أبي القاسم، الشافعي، شيخ الإسلام ولد سنه 577 هـــ، أخذ الأصول عن الآمدي والفقه عن ابن عساكر. بلغ مرتبة الاجتهاد، ولقب بسلطان العلماء توفى بمصر سنة 660هـــ له كتاب قواعد الأحكام. الزركلي / الأعلام، ج04، ص21.

٢ – الحطاب / مواهب الجليل، ج 6، ص 289.

٣ – ابن الأزرق / بدائع السلك في أخبار الملك، ص61.

– نقل ابن مفلح عن القاضي [1]قوله:" إنما العقوبة على ذنب ثابت، أما المنع والاحتراز، فيكون للتهمة، لمنع عمر بن الخطاب اجتماع الصبيان بمتهم بالفاحشة. وفي الفنون: للسلطان سلوك السياسة، وهو الحزم عندنا، ولا تقف السياسة على ما نطق به الشرع، إذ الخلفاء الراشدون قد قتلوا ومثلوا وحرقوا المصاحف ونفى عمر بن الخطاب، نصر بن الحجاج خوف فتنة النساء.

قال شيخنا[2]: مضمونه جواز العقوبة، ودفع المفسدة، وهذا من باب المصلحة المرسلة، وقد سلك القاضي في الأحكام السلطانية أوسع من هذا "[3].

– قال ابن مفلح: واختار شيخنا- ابن تيمية – وبعض المتأخرين، أن تحريق رحل الغَالِّ من التعزير لا الحد الواجب، فيجتهد الإمام فيه بحسب المصلحة، وهذا أظهر[4].

– وإن رأى الإمام المصلحة في إسقاط الخراج عن إنسان جاز، أنه إذا كانت في يده أرض خراجية، فهو أحق بها بالخراج[5].

– نصّ الإمام أحمد على أن من طعن في الصحابة، فقد وجب على السلطان عقوبته، وليس عليه أن يعفو عنه، بل يعاقبه ويستتيبه، فإن تاب وإلا أعاد عقوبته[6].

---

١ – هو القاضي أبو يعلى، الإمام العلامة ، شيخ الحنابلة، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي، الحنبلي ، ابن الفراء، صاحب التعليقة الكبرى، والتصانيف المفيدة في المذهب. ولد في أول سنة ثمانين وثلاثمائة، ألف كتاب " أحكام القرآن "، و " مسائل الإيمان "، و " المعتمد " ومختصره، و " المقتبس "، و " عيون المسائل"، و " الرد على الكرامية "، و " الرد على السالمية والمجسمة "، و " الرد على الجهمية "، و " الكلام في الاستواء "، و " العدة "في أصول الفقه ومختصرها، و " فضائل أحمد "، وكتاب " الطب "، وتواليف كثيرة سقتها في " تاريخ الإسلام " وكان متعففا، نزه النفس، كبير القدر، ثخين الورع، توفي سنة ثمان وخمسين وأربعمائة. الزركلي / الأعلام، ج06، ص100.

٢ – لعله شيخ الإسلام ابن تيمية، فقد كان أبرز من تتلمذ عليهم، وقد أثنى على ابن مفلح كثيرا، وقد صرح ابن مفلح أحيانا، أنه صاحب شرح العمدة، وهو بلا شك لابن تيمية، وقد ولد ابن مفلح سنة 708 هـ وتوفي سنة 763هـ، ، وأما ابن تيمية، فقد ولد سنة 661هـ وتوفي 728هـ.

٣ – ابن مفلح / الفروع، ج06ص 116.

٤ – ابن مفلح، المرجع السابق، ج06، ص219.

٥ – ابن مفلح، محمد بن إبراهيم / المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، ط/ 1400هـ، ج03، ص 383.

٦ – ابن القيم / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة مدني القاهرة، ص21.

– أورد ابن القيم عن الإمام أحمد أمثلة كثيرة في القول بالسِّياسة الشَّرعية منها، قوله بجواز نفي المخنث وتغليظ العقوبة على شارب الخمر، وقول الأصحاب:إذا رأى الإمام تحريق اللوطي بالنار فله ذلك[1].

فهذه نماذج مجتزأة من فروع الفقه الحنبلي، تحمل القول بالسِّياسة الشَّرعية، وخاصة جانب التعزير والتشديد لردع الجناة وتقويم اعوجاجهم.

١ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج04، ص 377.

المبحث الثاني: المحتجون بالسِّياسة الشَّرعية وأدلتهم.

ممن فصَّل في السِّياسة الشَّرعية وحجيتها الإمام ابن فرحون، وقال: النّاس في الأخذ بالسِّياسة الشَّرعية ثلاثة أقسام:

أولا: المنكرون، و لم يأخذوا بها لأن العمل بها في نظرهم مناف للقواعد الشرعية، وهم المفرطون.

ثانياّ: الآخذون بها بتوسع وإفراط، فخرجوا بذلك عن قانون الشرع إلى البدع والظلم، وتوهموا أن السِّياسة الشَّرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة، وهو جهل وغلط فاحش.

ثالثا: المتوسطون، وقد سلكوا في ذلك مسلك الحقّ، وجمعوا بين السياسة والشريعة[1].

أولا: المحتجون بالسِّياسة الشَّرعية

المتأمل في حقيقة السِّياسة الشَّرعية يرى أن أحكامها تقوم على الأدلة الشرعية، النصيّة منها والاجتهادية، والأصول الاستنباطية، ولذلك كان من أهم أدلتها أدلة أصولها، إذ هي في حقيقة الأمر تنظير من تلك الأدلة تراعى فيه مقاصد الشريعة، وتطبيق الظروف والأحوال والأعراف، ويتأكد ذلك بالنظر فيما ساقه العلماء من أدلة السِّياسة الشَّرعية.

وأما من حيث القواعد الشرعية والأصول الكلية التي تدل على الاجتهاد السياسي، فقد أكدها غير واحد من العلماء.

قال القرافي:" التوسعة في أحكام ولاة المظالم وأمراء الجرائم، ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له القواعد من وجوه:

أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر، بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام

---

١ - ابن فرحون / تبصرة الحكام، ج02، ص104.

بحيث لا يخرج عن الشرع بالكلية، لقوله" **لا ضرر ولا ضرار**[1]" وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج.

وثانيهما: إن المصلحة المرسلة قال بها مالك وجمع من العلماء، وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، وهذه القوانين مصالح مرسلة في أقل مراتبها.

وثالثها: إن الشرع شدد في الشهادة أكثر من الرواية، لتوهم العداوة، فاشترط العدد والحرية، ووسع في السَّلم والقراض والمساقاة وسائر العقود المستثناة لمزيد الضرورة، و لم يقبل في الزنا إلا أربعة، وقَبلَ في القتل اثنين، والدماء أعظم لكن المقصود الستر.

و لم يحرج الزوج الملاعن في البينة، وخير في أيمانه و لم يجب عليه حدّ بذلك، بخلاف سائر القذفة لشدة الحاجة في الذب عن الأنساب وصون العيال والفرش عن أسباب الارتياب.

وهذه المباينات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال، فلذلك ينبغي أن يراعي اختلاف الأحوال في الأزمان، فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين، مما شهدت القواعد لها بالاعتبار فلا تكون مرسلة بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصلية.

ورابعها: إن كل حكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه، كما ورد في الصحيح: **أن رسول الله في غزوته وجد رجلا اتهمه بأنه جاسوس للعدو، فعاقبوه حتى أقرَّ**[2].

وخامسها: وواصل القرافي قائلا: إنا لا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمنائهم لو كانوا في العصر الأول ما ولوا ولا حرج، وولايتهم حينئذ فسوق، فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق. فهذا الزمان قد حسن ما كان قبيحا، واتسع ما كان ضيقا، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، وما ضاق شيء إلا اتسع، فكذلك إذا ضاق علينا الحال في درء المفاسد اتسع كما اتسع في تلك المواطن.

وسادسها: من لطف الله في معاملة خلقه أن عاملهم في تشريع الأحكام بالتدرج والانتقال، بل بالتغيير في الأحكام أحيانا، فأبيحت الأخت لأخيها ثم حرمت، وحرم السبت

---

١ – مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، ج 04، ص1078، رقم 1785 ، وأحمد في المسند، ج05، ص 55، رقم 2865.

٢ – الطبري / تاريخ الرسل والملوك، ج02، ص 141 – 142. وابن كثير / البداية والنهاية، ج03، ص 323 – 324.

ولحوم الإبل ثم أحلت. فقد تختلف الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الأزمان والأحوال، وظهر أنها سنة في سائر الأمم[1].

فالإمام القرافي يرى أن السِّياسة الشَّرعية، والتوسعة في الأحكام لابد منها للمجتهد، وخاصة ولاة الأمور، وبنى رأيه هذا على أدلة رصينة وقواعد متينة، منها قاعدة رفع الحرج وإزالة الضرر، ولأن الولاة والحكام قد يقعون في مشقة وضيق شديدين، إذا حجرنا الأحكام ووقفنا عند الظواهر، و لم نفتح أماهم باب الاجتهاد والتوسع، وخاصة عند تغير الزمان واختلاف المكان، وكثرة المفاسد والشرور و لم يوجد لها من الأدلة مثالا سابقا يقاس عليه.

وقد جعل المصلحة المرسلة بابا واسعا، لحماية حقوق الرعية ومصالح الأمة، وذلك في المستجدات التي لم يرد فيها دليل يؤكد عليها أو يلغيها من الاعتبار، وهي أصل عام عمل به كل الأئمة، وإن كان مالك ممن توسع فيهم أكثر من غيره.

بل السِّياسة الشَّرعية في أحكامها قد تتعدى المصلحة المرسلة إلى المصلحة المطلقة أو العامة، وذلك بتضافر أدلة كثيرة على مسألة أو واقعة واحدة، مطلقة النفع، فتلحق بالقواعد الأصلية والأدلة الكلية التي قد ترفع إلى مرتبة الضروريات والقطعيات.

كما أن استقراء الفروع الجزئية، يوضح أن كثيرا من الأحكام تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان والأحوال، والاجتهاد السياسي المصلحي في كل ذلك كاشف عن المصلحة في ذلك حتى لا يقع الناس في مشقة، لأن الحاجة والضرورة تدعوان إلى ذلك.

كما أن المشقة جالبة للتيسير، فيصار إلى المفضول عند عدم وجود الفاضل، ويستجلب الأدنى عند تعسر الأعلى، والأمر إذا ضاق اتسع، وهذا فيه تخفيف وتوسعة على أولي الأمر.

قال ابن فرحون:" واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية، ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة، وتشهد له أيضا القواعد من وجوه..."[2]

ولابد من التفريق بين أنواع السياسات للوصول إلى حكم دقيق يتناسب مع نوع السياسة المعمول بها، قال الطرابلسي: السياسة نوعان: سياسة ظالمة، فالشريعة تحرمها، وسياسة عادلة،

---

١ - القرافي / الذخيرة، ج10، ص 45 – 47.

٢ - ابن فرحون / تبصرة الحكام، ج02، ص 150.

تخرج الحقّ من الظالم، وتدفع كثيرا من المظالم، وتردع أهل الفساد، ويتوصل بها إلى مقاصد الشريعة للعباد، فالشريعة يجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحقّ عليها[1].

والسِّياسة العادلة جزء من الشريعة، و بها تخرج الحق من الظالم الفاجر، فهي من الشريعة وأحكامها ، علمها من علمها وجهلها من جهلها، قال ابن القيم: ومن له ذوق في الشريعة واطلاعٌ على كمالها، وتضمُنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل الذي يسع الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح، تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها وفرع من فروعها، وأن من له معرفة بمقاصدها ووضعها، وحسن فهمه فيها، لم يخرج معها إلى سياسة غيرها البتَّة[2].

وتسمية السياسة أمر اصطلاحي، وإلا إذا كانت عدلا ومصلحة فهي من الشرع.

وتقسيم بعضهم طرقَ الحكمِ إلى شريعة وسياسة، كتقسيم الدين إلى شريعة وحقيقة، وتقسيم الدين إلى عقل ونقل، وكل ذلك تقسيم فيه نظر.

بل السياسة والحقيقة والطريقة والعقل، كل ذلك ينقسم إلى قسمين: صحيح وفاسد، فالصحيح قسم من أقسام الشريعة، لا قسيم لها، والفاسد ضدها ومنافيها وهذا الأصل مبني على عموم الرسالة بالنسبة إلى كل ما يحتاج إليه العباد[3].

ثانيا: أدلة اعتبار السِّياسة الشَّرعية.

لقد جاء في اعتبار السِّياسة الشَّرعية نماذج وأمثلة كثيرة يمكن أن يستنبط منها العمل بالسياسة واعتبارها حجة، وذلك في القرآن الكريم والسنة النبوية وعمل الصحابة واجتهاداتهم، وهذه الأمثلة والنصوص صالحة لنهوض السِّياسة الشَّرعية كحجة ودليل معتبر في الاستنباط.

1 – السِّياسةُ الشَّرعيةُ في القرآن:

من أدلة مشروعية السِّياسة الشَّرعية، آيات القصاص التي جاءت لحفظ النفوس، والأطراف،

---

١ – الطرابلسي/ معين الحكام، ص 167 – 169.

٢ – ابن القيم / الطرق الحكمية، ص03.

٣ – البلتاجي محمد / منـــهج عمر بن الخطاب في التشريع، دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته، دار الـــسلام، مصر، ط 2003/02، ص 110

وآيات الكفار والمحاربين والبغاة، ومنها آيات القذف لحفظ الأعراض. وألحق بذلك التعزير على السبّ والإيذاء بالقول على حسب اجتهاد الإمام، ومنها آيات حدّ السرقة، والحرابة لحفظ الأموال، وألحق بذلك تعزير النصَّاب، وأحاديث شرب الخمر لحفظ العقل[1].

ومن شواهد الأخذ بالسِّياسة الشَّرعية في القرآن الكريم ما ذكره الله تعالى من قصة الخضر مع موسى عليهما السلام، وكثرة اعتراض سيدنا موسى عليه، أخذا بظاهر الشريعة وأحكامها، فلما فسر له حقيقة تلك الوقائع ونبأه بتأويلها، وبيَّن له ما قصده فيها من السياسة، سلَّم له سيدنا موسى بذلك.

قال ابن تيمية: قصة الخضر مع موسى لم تكن مخالفة لشرع الله وأمره ... بل ما فعله الخضر مأمور به شرعا على شرط أن يعلم من مصلحته ما علمه الخضر، فإنه لم يقع في مخالفة و لم يرتكب محرما، وأما ما كان من قتل الغلام وإقامة الجدار، فإن إتلاف بعض المال من أجل المحافظة على أكثره أمر مشروع، وكذا قتل المعتدي أو الصائل لحفظ دين غيره أمر مشروع[2].

فهذه القصة تدل على أنه يكون من الأمور ما ظاهره الفساد، فيحرمه من لم يعرف الحكمة التي من أجلها فعل، وهو مباح في الشرع ظاهرا وباطنا لمن علم ما فيه من الحكمة التي توجب حسنه وإباحته.

فقصة الخضر مع موسى من قبيل السِّياسة الشَّرعية، التي تدل على إباحة بعض الأفعال التي يعلم باطنها، ولا يوقف فيها الظواهر والصور الشاخصة، بل يتعدى النظر فيها النهايات والخواتيم، وهو من قَبِيل الاجتهاد المآلي للأفعال التي هو من قواعد السِّياسة الشَّرعية.

ومن الشواهد التي يستدل بها على مشروعية السياسة وحجيتها، بعض الآيات القرآنية، التي توجه توجيها سياسيا يتماشى مع الهدف المُغَيَّا:

1- قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِى ٱلْأَرْضِ كَمَا ٱسْتَخْلَفَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ ٱلَّذِى ٱرْتَضَىٰ لَهُمْ ﴿٥٥﴾ ﴾ النور: ٥٥ .

---

١ - ابن فودي / ضياء السياسات، ص 77.

٢ - ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني، أبو العباس / مجموع الفتاوى ، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط2005/03، ج02، ص234، وج14، ص475.

فهذا وعد من الله لرسوله بأنه سيجعل أمته خلفاء ، أي أئمة للناس، والولاة عليهم، وبهم تصلح البلاد ويخضع العباد، فيتصرفون فيها تصرف الملوك في مملوكاتهم[1]. وفي هذا بيان وجوب إقامة الأئمة، الذين يقومون بشؤون العامة، والولاة وفقا لنص الآية، إنما يحكمون بما شرع الله، فكان العمل بالسياسة شرعا واجبا.

قال ابن عاشور:" ... ولكن الله قدم على وَعْدهم بالأمن أن وَعَدهم بالاستخلاف في الأرض، وتمكين الدين والشريعة فيهم، تنبيهاً لهم بأن سنة الله أنه لا تأمن أمة بأس غيرها، حتى تكون قوية مكينة مهيمنة على أصقاعها .

ففي الوعد بالاستخلاف والتمكين وتبديل الخوف أمناً، إيماء إلى التهيُّؤ لتحصيل أسبابه مع ضمان التوفيق لهم والنجاح إن هم أخذوا في ذلك، وأنّ ملاك ذلك هو طاعة الله والرسول "[2].

أقول: ووجود الإمام المهيمن على أمرِ أمَّتِه، والمدير لشؤونها، والذي يحرص على الأخذ بأسباب التفوق والنجاح، هو أساس الاستخلاف والتمكن في الأرض.

2 – قال تعالى: ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴿٢٦﴾ ﴾ ص: ٢٦ .

ففي الآية يأمر الله نبيَّه الكريم داوود عليه السلام، أن يحكم بالعدل، وهذا يدل على وجوب إقامة الإمام وتنصيبه، والحكم بالسياسة الربانية، فأمر الله نبيه الكريم بالعدل، يدل على وجوب العمل بالسِّياسة الشَّرعية المستبصرة، والمؤدية لمصالح الأمة في العاجل والآجل.

قال الطبري: وقلنا لداود: يا داود إنا استخلفناك في الأرض، من بعد من كان قبلك من رسلنا حكما بين أهلها، فاحكم بين الناس بالحق، يعني: بالعدل والإنصاف، ولا تؤثر هواك في قضائك بينهم على الحق والعدل فيه، فتجور عن الحقّ فيضلك عن سبيل الله، أي فيميل بك

---

١ – ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي / تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط02 / 1999، ج03، ص 365. والشوكاني، محمد بن علي بن محمد / فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، طبعة دار الفكر ، بيروت، ج04، ص 47 – 48.

٢ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 18 ، ص 282

إتباعك هواك في قضائك، على العدل والعمل بالحقّ عن طريق الله، الذي جعله لأهل الإيمان فيه، فتكون من الهالكين بضلالك عن سبيل الله[1].

فالآية تشير إلى أن داود عليه السلام خليفة الله في إنفاذ شرائعه في الأمة، وأمره بأن يحكم بين الناس بالحقّ، للدلالة على أن ذلك واجبه، وأنه أحق الناس بالعدل حتى يكون هو المرجع للمظلومين والمقهورين.

3 – قال تعالى:" ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ ﴿٥٨﴾ ﴾ **الأنفال:** ٥٨ ، ففي الآية حكم عام لمعاملة جميع الأقوام الخائنين، ... بحيث يبدو من أعمالهم ما فيه مخيلة بعدم وفائهم، فأمَر الله رسوله أن يردّ إليهم عهدهم، إذ لا فائدة فيه، وإذ هم ينتفعون من مسالمة المؤمنين لهم، ولا ينتفع المؤمنون من مسالمتهم عند الحاجة. والخوف توقع ضر من شيء، وهو الخوف الحقّ المحمود، وأما النبذ فهو الطرح وإلقاء الشيء .

وإنّما رتّب نبذ العهد على خوف الخيانة، دون وقوعها، لأن شؤون المعاملات السياسية والحربية تجري على حسب الظنون ومخائل الأحوال، ولا ينتظر تحقّق وقوع الأمر المظنون، لأنّه إذا تريَّث وُلاة الأمور في ذلك، يكونون قد عرضوا الأمة للخطر ، أو للتورّط في غفلة وضياع مصلحة، ولا تُدار سياسة الأمّة بما يدار به القضاء في الحقوق، لأنّ الحقوق إذا فاتت كانت بليّتها على واحد، وأمكن تدارك فائتها، ومصالح الأمّة إذا فاتت تمكّن منها عدوّها، فلذلك علّق نبذ العهد بتوقّع خيانة المعاهدين من الأعداء[2].

وهو فقه عميق يقعد للولاة كيفية التعامل مع العدو عند الإحساس بقرب نقض العهود، فهو نظر سياسي استباقي يقدر الأمور قبل وقوعها.

فباب الذرائع، فتحا وسدا أوسع في السياسة منه في الأحكام العامة والتي منها القضاء، لعموم المنفعة والمفسدة فيه، فالاحتياط فيه أوجب، والحذر فيه أوكد.

---

١ – الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي / جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط01 / 2000، ج21، ص189.

٢ – ابن عاشور/ التحرير والتنوير، ج10، ص 52 –53.

قال ابن عاشور عند قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّا لَجَمِيعٌ حَٰذِرُونَ ﴿٥٦﴾ ﴾ الشعراء: ٥٦. : وهذا أصل عظيم من أصول السياسة، وهو سدّ ذرائع الفساد، ولو كان احتمالُ إفضائها إلى الفساد ضعيفاً، فالذرائع الملغاة في التشريع في حقوق الخصوص، غير ملغاة في سياسة العموم، ولذلك يقول علماء الشريعة: **إن نظر ولاة الأمور في مصالح الأمة أوسع من نظر القضاة**، فالحذر أوسع من حفظ الحقوق وهو الخوف من وقوع شيء ضار يمكن وقوعه ، والترصدُ لِمنع وقوعه[1].

4 – قال تعالى: ﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿١٠٤﴾ وَلَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّذِينَ تَفَرَّقُوا۟ وَٱخْتَلَفُوا۟ مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَهُمُ ٱلْبَيِّنَٰتُ ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٥﴾ ﴾ آل عمران: ١٠٤ ـ ١٠٥ .

ولتكونوا أمة يدعون إلى الخير، فأصحاب هذه الأمة قد أمروا بأن يُكَوِّنُوا من مجموعهم، الأمة الموصوفة بأنهم يدعون إلى الخير.

فعلى أولياء الأمر أن يرتبوا أمر الدعوة الإسلامية، وبيان الحقائق، ووضع النظم الزاجرة من الشرِّ، حتى لا يتفاقم أمره ويشتد سيله، ويكون على العلماء واجب بيان الشرع[2].

والإمام النائب عن رعيته أدرى من غيره وأعلم بالأصلح لمن يتحمل مسؤولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما أن الدعوة إلى الخير تتفاوت، فمنها ما يقوم به كل مسلم، ومنها ما يحتاج إلى علم فيقوم به أهله، وهناك تغيير لابد على الطائفة التي تنهض به من جملة شروط للقيام بهذا الفعل، كالقوة على السلاح في الحرب، والسباحة في إنقاذ الغريق، والعلم وبأمور الدين في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

والآية أوجبت أن تقوم طائفة من المسلمين بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولاشك أن الأمر والنهي من أقسام القول والكلام، فالمكلف به، مكلف بيان المعروف والأمر به، وبيان المنكر والنهي عنه.

وأما امتثال المأمورين والمنهين بذلك، فموكول إليهم أو إلى ولاة الأمور الذين يحملونهم على فعل ما أمروا به[1].

---

١ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 19، ص 131 -132.

٢ – أبو زهرة، محمد / زهرة التفاسير، طبعة دار الفكر العربي، مصر، ج03، ص1344.

وما باب الحسبة في السِّياسة الشَّرعية، إلا تطبيق عمليّ لهذه الآية، وذلك بأمر الرعية بالمعروف والحرص عليه، والنهي عن المنكر والزجر عنه.

2 – السِّياسةُ الشَّرعيةُ في السنّة النّبوية.

دلّت السنة النبوية على وجوب العمل بالسِّياسة الشَّرعية، سواء بنصوصها العامة الآمرة بالقيام بأمور الأمة، أو حتى الصادرة من الرسول صلى الله عليه وسلم، الدّالة على تولّيه مهمة السِّياسة الشَّرعية. ومن أدلة السنة النبوية الدالة على السِّياسة الشَّرعية:

1 – عن سَالِمٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ:" كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، **الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ**، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ. قَالَ: وَحَسِبْتُ أَنْ قَدْ قَالَ: وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي مَالِ أَبِيهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ.[٢]"

فالشاهد فيه قوله: والإمام راع ومسؤول عن رعيته. وفي رواية: فَالْإِمَامُ رَاعٍ وَهُوَ مَسْؤولٌ، وهو يدل على أن الناس لابد أن يقيموا إماما يُحَكِّمُ شرع الله فيهم، وهذا من السِّياسة الشَّرعية، وهي متفرعة من وجوب إقامة الإمام، فكان العمل السِّياسة الشَّرعية واجبا.

قال العزّ بن عبد السلام:" ولولا نَصْبُ الإمامِ الأعظم، لفاتت المصالح الشاملة، وتحققت المفاسد العامة، ولاستولى القويّ على الضعيف، والدنيء على الشريف، وكذلك ولاة الإمام، فإنه لا يتم إلا بالاستعانة بهم، للقيام بمصالح المسلمين، وكذلك الحكام لو لم ينصبوا لفاتت حقوق المسلمين أموال الْغُيَّبِ والصبيان والمجانين، وكذلك لو لم تفوض التربية إلى الآباء والأمهات، لضاع البنون والبنات[٣].

---

١ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج04، ص36 – 41.

٢ – رواه البخاري،كتاب: الجمعة ، باب: الجمعة في القرى والمدن، ج 01، ص 304، رقم 853، ومسلم، كتاب: الإمارة، باب: فضيلة الإمام العادل، وعقوبة الجائر والحث على الرفق، ج06، ص 08، رقم4828.

٣ – العز بن عبد السلام السلمي / قواعد الأحكام في مصالح الأنام، طبعة دار الكتب العلمية، ج02، 58.

لذلك أجمعت الأمة قاطبة إلا من لا يعتد بخلافه على وجوب نصب الإمام على الإطلاق، وإن اختلفوا في أوصافه وشرائطه[1].

2 – عن أبي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ:" مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَمَنْ أَطَاعَ أَمِيرِي فَقَدْ أَطَاعَنِي وَمَنْ عَصَى أَمِيرِي فَقَدْ عَصَانِي "[2].

وفي رواية :" من أطاعني فقد أطاع الله، ومن أطاع **الإمام** فقد أطاعني، ومن عصاني فقد عصى الله ومن عصى **الإمام** فقد عصاني "[3].

فقد أناط النّبي صلى الله عليه وسلم، طاعة الله ورسوله، بطاعة الأمير أو الإمام، فكانت طاعتهما واجبة، فكان طريق السِّياسة الشَّرعية يقتضي تحقيق تلك الطاعة لولي الأمر.

قال القاضي عياض [4]: المراد بأولي الأمر من أوجب الله عليك طاعته، أي أولي الطاعة والائتمار... والله أمر بطاعة رسوله، فمن عصاه، فقد عصى أمر الله، وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بطاعة أميره، فمن عصاه فقد عصى أمر رسوله.

كما لا خلاف في وجوب طاعة الأمراء فيما لا يخالف أمر الله وما لم يأمر بمعصية[5].

---

١ – أبو عبد الله القلعي / تهذيب الرئاسة وترتيب السياسة، تحقيق، إبراهيم يوسف، ومصفى عجو، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، ط 01، د، ت، ط، ص06.

٢ – رواه البخاري، كتاب: الأحكام، باب: قوله تعالى:" **وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم** "، ج06، ص 2611، رقم 6718، ومسلم، كتاب: الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، ج06، ص 13، رقم 4852.

٣ – مصنف ابن أبي شيبة، ج 6 ، ص 418، رقم 32529. وأحمد في المسند، ج 16، ص106، رقم 10089، وابن ماجه، كتاب: الجهاد، باب: طاعة الإمام، ج02، ص 954، رقم 2859.

٤ – عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي أبو الفضل عالم الغرب وإمام أهل الحديث في وقته كان من أعلم الناس بأنساب العرب وكلامهم، ولي قضاء سبتة ومولده فيها ثم قضاء غرناطة، وتوفى بمراكش. له تصانيف كثيرة منها: الشفا بتعريف حقوق المصطفى، وشرح صحيح مسلم، وهو إكمال المعلم بوائد مسلم، توفي سنة 544هـ. الزركلي / الأعلام، ج05، ص 99، وعمر كحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 588.

٥ – القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي / إكمال المعلم بوائد مسلم، تحقيق: يحي إسماعيل، دار الوفاء، مصر، ط 01/ 1998، ج06، ص 124.

3 – عَنْ الْحَسَنِ قَالَ: أَتَيْنَا مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ نَعُودُهُ فَدَخَلَ عَلَيْنَا عُبَيْدُ اللَّهِ فَقَالَ لَهُ مَعْقِلٌ أُحَدِّثُكَ حَدِيثًا سَمِعْتُهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ:" **مَا مِنْ وَالٍ يَلِي رَعِيَّةً مِنْ الْمُسْلِمِينَ فَيَمُوتُ وَهُوَ غَاشٌّ لَهُمْ إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ** "[1].

ففي هذا الحديث دليل صريح في بيان مسؤولية الراعي نحو رعيته، في إقامة العدل، وجلب المنافع والمصالح لهم، ودفع المضار والفاسد عنهم.

وقد قال الطيبي [2] في الحديث: إن الراعي ليس مطلوبا لذاته، وإنما أقيم لحفظ ما استرعاه المالك، فلا ينبغي أن يتصرف إلا بما أذن الشارع فيه[3].

و أخرج أحمد والحاكم وصححه عن يزيد بن أبي سفيان رضي الله عنه :" أن أبا بكر رضي الله عنه قال له : يا يزيد إن لك قرابة، فهل عسيت أن تؤثرهم بالإمارة، وذلك أكثر ما أخاف عليك بعد ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **من ولي من أمر المسلمين شيئا فأمر أحدا محاباة، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا حتى يدخله جهنم** "[4].

---

١ – رواه البخاري،كتاب: الأحكام، باب: من استرعى رعية، فلم ينصح لها، ج06، ص2614، رقم6732.

٢ – الحسين بن محمد بن عبد الله، شرف الدين الطيبي، من علماء الحديث والتفسير والبيان، من أهل توريز، من عراق العجم، كانت له ثروة طائلة من الإرث والتجارة، فأنفقها في وجوه الخير، حتى افتقر في آخر عمره. من كتبه شرح المشكاة، توفي سنة 743هـ. يراجع: ابن حجر/ الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد خان، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الهند، ط1972/02، ج02، ص 185 الزركلي / الأعلام ، ج02، ص 256.

٣ – ابن حجر، العسقلاني / فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي/ ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة بيروت، طبعة 1379هـ، ج13، ص121. وعبد المجيد جمعة الجزائري / القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للعلامة ابن قيم الجوزية، تقديم الشيخ بكر أبو زيد، دار ابن القيم، ودار ابن عفان، الرياض رحمه الله، 442.

٤ – رواه أحمد في المسند، ج 01، ص 202، رقم 21، والحاكم في المستدرك، ج04، ص 104، رقم 7024. قال الهيثمي في مجمع الزوائد، ج05، ص232: وفيه رجل لم يسم . وقال الألباني: إسناد الحاكم ليس فيه إبهام ، وقال عنه الحاكم: صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي بقوله: بكر بن خنيس، قال عنه الدارقطني متروك. وقال فيه الألباني: ضعيف جدا، يراجع: ناصر الدين الألباني / سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ على الأمة، دار المعارف الرياض، ط1992/01، ج14، ص 365.

وللحاكم وصححه عن ابن عباس مرفوعا :" **من استعمل رجلا على عصابة، وفيهم من هو أرضى لله منه، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين** "[1].

استدل بهذه الأحاديث على أنه يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من دونه، فالإمام أو ولي الأمر إذا وجد الأفضل للقضاء ممن هو متولي الآن، عزل الأول، وولى الثاني، وكان واجبا عليه، حتى لا يفوت على المسلمين مصلحة الأفضل منهما، ويحرم عليه أن يعزل الأعلى بالأدنى، لئلا يفوت على المسلمين مصلحة الأعلى، ولا ينفذ عزل الأعلى، لأن الإمام الذي عزله معزول عن عزله، وإنما ولاه الله خلاف ذلك، لقوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴿٣٤﴾** ﴾ الإسراء: ٣٤ ، وإذا كان الوصي معزولا عن غير الأحسن في مال اليتيم، فمصلحة جميع المسلمين أولى من ذلك[2].

فالسياسة العدل تقضي أنه لا ينصب إلا الأكفأ والأقدر على حماية حقوق المسلمين ومصالحهم، وإلا فهي خيانة للأمانة، لأن في اختيار المفضول مع وجود الفاضل الأرعى لحقوق الناس تصرف بغير المصلحة، وفيه تفويت للخير الأكمل على الرعية، وهو غشٌّ عمّ ضرره فاستوجب حرمانه من نعيم الآخرة ، كما كان سببا في حرمان رعيته من نعيم الدنيا.

قال العزّ :" والضابط في الولايات كلها، أنّا لا تقدم إلا أقوم النّاس، بجلب مصالحها ودرء مفاسدها..."[3]

---

١ – رواه الحاكم في المستدرك، ج04، ص 104، رقم 7023 ، وقال صحيح الإسناد. و قال الزيلعي: في إسناده حسين بن قيس الرحبي وهو متروك، وللحديث طرق أخرى كلها ضعيفة . يراجع: الزيلعي جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف/ نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، لبنان و دار القبلة للثقافة الإسلامية– جدة – السعودية، ط1997/01، ج04، ص 62.

٢ – القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، عالم الكتاب، بيروت، ج 02، ص 171 – 173. الفرق السادس والتسعون

٣ – العز بن عبد السلام / قواعد الأحكام، ج01، ص65.

3 – السِّياسةُ الشَّرعيةُ من فعل الصِّحابة رضي الله عنهم:

أورد الإمامان ابن القيم في الطرق الحكمية وإعلام الموقعين، وابن فرحون في تبصرته، جملة من أفعال الصَّحابة السياسية التي تدل على أنهم عملوا بها اعتبارا لحجيتها عندهم، ومما أورداه ما يلي:

1 – إن عمر بن الخطاب رضي الله، أمر تحريق قصر سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لما بلغه احتجابه عن الخروج للحكم بين الناس [1]، وصار يحكم في داره، وأمر بتحرق حانوت رويشد الثقفي، الذي كان يبيع الخمر وقال له:" أنت فُوَيْسِق "[2].

ومن أفعال الصحابة المبنية على السِّياسة الشَّرعية أيضا:

2 – عن عبد الله بن أبي بكر، قال: " جاء بلال بن الحارث المزني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاستقطعه أرضا، فأقطعها له طويلة عريضة، فلمَّا وَلِيَ عمر قال له: يا بلال إنّك استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا طويلة عريضة، فقطعها لك، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يمنع شيئا يسأله، وأنت لا تطيق ما في يديك، فقال: أجل، فقال: فانظر ما قويت عليه منها، فأمسكه، وما لم تطق وما لم تقو عليه، فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين، فقال: لا أفعل والله شيئا أقطعنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عمر: والله لتفعلن، فأخذ منه ما عجز عن عمارته، فقسمه بين المسلمين."[3]

وفي رواية عن الحارث بن بلال بن الحارث، عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ في المعادن القبلية الصدقة، وأنه قطع لبلال بن الحارث العقيق أجمع، فلمّا كان عمر رضي

---

١ – الطبري / تاريخ الطبري، ج03، ص 151. ابن عساكر / تاريخ دمشق، ج55، ص281.

٢ – عبد الرزاق في المصنف، باب: بيع الخمر، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1403/02هـ، ج06، ص 77، رقم10051.

٣ – يحي بن آدم القرشي / كتاب الخراج، تحقيق: حسين مؤنس، دار الشروق، القاهرة، ط1987/01، رقم294، ص124.

الله عنه قال لبلال: إنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحتجزه عن الناس، لم يقطعك إلا ليعمل، قال: فأقطع عمر بن الخطاب للنّاس العقيق[1].

فعمر في خلافته وهو الخليفة رأى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، بطبيعته الخاصة، وبحكم ظروف المسلمين عندئذ، لم يكن يمنع شيئا يسأله أحد من الناس، وأن الأرض التي أقطعت لبلال كانت أوسع مما يقدر عليه زراعة، فترك له ما يكفيه ويقدر عليه، وأما الباقي مما عجز عن خدمته فقسمه بين المسلمين.

وبلال أقرّ أن الأرض أوسع مما يستطيع زراعته، ولكنه تمسك، بإقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم إيَّاها.

فعمر فَهِمَ أن الأرض تعطى لتخدم وتزرع لا لتحبس وتحول إلى ضياع، مع حاجة الناس لها، والعدل يؤيد ما ذهب إليه عمر، وهذا من باب السِّياسة الشَّرعية، وهو يتماشى مع أهداف التشريع الإسلامي. كما أن هدف الرسول عليه السلام من إقطاع الأراضي هو أن يستكفي بها الضعفاء خاصة، وأن أراضي بلال كانت شاسعة جدًّا، فقد جاء في رواية أبي يوسف أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقطعه ما بين البحر والصخر[2].

3 – أمر عثمان بن عفان بالتقاط ضالة الإبل، وبيعها وحفظ ثمنها لصاحبها، مع أن النبي صلى الله عليه وسلم: سئل عن ضالة الإبل، هل يلتقطها من وجدها لتعريفها وردها إلى صاحبها حين يظهر، فنهى عن التقاطها، وقال لمن سأل عنها:" **مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد المال وتأكل الشجر حتى يجدها ربها** "، وسأله عن الشاة، فقال: **خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب** "[3].

---

١ – رواه الحاكم محمد بن عبدالله أبو عبد الله النيسابوري / المستدرك على الصحيحين، كتاب: الزكاة، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1990/01، ج01، ص561، رقم 1467. والبيهقي / السنن الكبرى، باب: من أقطع أو تحجر، ج06، ص 148، رقم 12161.

٢ – أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم / الخراج، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط03/ 1382هـ، رقم 146، ص 62.

٣ – أصل الحديث بطوله رواه البخاري،كتاب: اللقطة، باب: ضالة الغنم، ج02، ص 856، رقم 2296، ومسلم، كتاب: اللقطة، ج05، ص 134، رقم 4599.

وقد رجح الحنابلة أن كلّ حيوان يقوى على الامتناع من صغار السِّباع وورود الماء، لا يجوز التقاطه ولا التعرض له، سواء كان لكبر حجمه، كالإبل والخيل والبقر أو لطيرانه، كالطيور كلها أو لسرعته كالظباء والصيود أو بغابة كالكلاب والفهود، وجاء عن عمر رضي الله عنه:" **من أخذ ضالة فهو ضال** "[1] أي مخطئ، وبهذا قال الشافعي والأوزاعي وأبو عبيد[2].

وقال مالك والليث في ضالة الإبل: من وجدها في القرى عرفها، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها، وكان الزهري يقول: من وجد بدنة فليعرفها، فإن لم يجد صاحبها فلينجزها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة. وقال أبو حنيفة: يباح التقاطها لأنها لقطة أشبهت الغنم. والبقر كالشاة عند مالك، وهو ملحق بالإبل عند جماعة[3].

وقد ظل حكم ضالة الإبل وتركها وعدم التقاطها إلى آخر عهد عمر بن الخطاب، فلما جاء عهد عثمان بن عفان، أمر رضي الله عنه بالتقاطها وبيعها على خلاف ما أفتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم، حين سئل عن ضالة الإبل، وقال عثمان: فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها. قال الباجي: فلما كان في زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما و لم يؤمن عليهما لما كثر في المسلمين من لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم وكثر تعديهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها إليهم و لم يروا ردها إلى موضعها[4].

---

١ – مالك في الموطأ،باب: القضاء في الضوال، تحقيق: الأعظمي، مؤسسة آل نهيان، ط2004/01، ج04، ص1099، رقم2809.

٢ – ابن قدامة / المغني، دار الفكر – بيروت، ط1405/01هـ، ج06، ص396. والرحيباني / مطالب أولي النهى، ج04، 219.

٣ – البراذعي / تهذيب المدونة، ج 03، ص 437، المواق /التاج والإكليل، ج 06، ص 78، وابن قدامة / المغني، ج 06، ص 396، والكاساني / بدائع الصنائع، ج06، ص200، وابن نجيم / البحر الرائق، ج05، ص 167.

٤ – الباجي / المنتقى، ج04، ص 66، رقم1248.

المبحث الثالث: المنكرون للسّياسة الشّرعية.

إذا كانت السِّياسة الشَّرعية عند البعض وهم الأغلب، حجة شرعية تبنى عليها الأحكام الشرعية متى انضبطت بضوابط الشرع وقيدت بشروط الاجتهاد المعروفة، فإن البعض قد نازع في حجيتها واعتبرها من المستندات الباطلة، وأنها تفتح المجال الظلمة من الحكام ليسوغ لأنفسهم فعل ما أردوا على أنه من صميم الشريعة الإسلامية، انطلاقا من الفعل السياسي.

غير أن تحرير محل الخلاف في السِّياسة الشَّرعية مهم في الحكم على اعتبارها حجة من عدمه.

أولا: الرافضون للسّياسة الشّرعية.

يرى بعض الفُقهاء من الشافعية والحنابلة، أنه لا حجة في السِّياسة الشَّرعية، وأن الشريعة هي السياسة العادلة والكاملة، وأنه نقل عن الشافعي أنه قال: لا سياسة إلا ما وافق الشرع. وأنه أنكر الاستحسان، وقال فيه من:" **من استحسن فقد شرع** "[1].

وزعموا أن الأخذ بالسِّياسة الشَّرعية معناه وجود الخلل في السّياسة الإلهية، وهذا يزاحم الكفر، قال عبد الرحمن بن الجوزي [2] المتوفى 597هـــ: إن الشريعة سياسة إلهية، ومحال أن يقع في سياسة الإله خلل يحتاج معه إلى سياسة الخلق، قال تعالى:" ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي ٱلْكِتَٰبِ مِن شَىْءٍ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ ﴿٣٨﴾﴾ الأنعام: ٣٨ وقال ﴿لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِۦ ﴿٤١﴾﴾ الرعد: ٤١.

ثم ذكر أن عضد الدولة كان يميل إلى جارية، فكان تشغل قلبه، فأمر بتغريقها، لئلا ينشغل قلبه بها عن تدبير الملك[3].

---

١ – الغزالي، أبو حامد، محمد / المنخول من تعليقات الأصول، تحقيق، حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط /1400هـــ، ص 274.

٢ – عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي، أبو الفرج: علامة عصره في التاريخ والحديث، كثير التصانيف(508 هـــ – 597 هـــ = 1114 – 1201 م). الزركلي / الأعلام، ج03، ص 316.

٣ – الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين / سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ط 1993/09، ج16، ص 251، وابن كثير، أبو الفداء إسماعيل / البداية والنهاية، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج11، ص341.

وعلَّق على ذلك قائلا: وهذا الجنون المطبق، لأن قتل المسلم بلا جرم لا يجوز، واعتقاده أن هذا جائز كفر، وفعله غير جائز، ولكنه رآه مصلحة، فلا مصلحة فيما يخالف الشرع. وإن خلقا من الأمراء يقطعون من لا يجوز قطعه، ويقتلون من لا يجوز قتله، ويسمون ذلك سياسة[1].

وقال أيضا: ما تفعله الأمراء الجهلة من قتل من لا يجوز قتله ويسمونه سياسة ومضمون ذلك الشريعة، وفيها ما يفي بالسّياسة.[2]

وممن أنكر القول بها أيضا سبط بن الجوزي [3]، فقد ذكر أنه وقع في حلب الشهباء سنة 613هـ، أن الظاهر غازي بن صلاح الدين، دخل دار العدل، فجيء بامرأة قد كذبت على شخص، واعترفت بالكذب، فقال الظاهر غازي للقاضي ابن شداد، وكان حاضرا معه، ما يجب عليها ؟ قال: التأديب، تضرب بالدرة شريعة ويقطع لسانها سياسة.

قال ابن الجوزي: فقلت له: الشريعة هي السياسة الكاملة، وما عداها يكون تغاصبا عليها، فأطرق، فأدبت المرأة وسلمت من قطع لسانها[4].

فسبط بن الجوزي يرى أن الشريعة، هي السياسة الكاملة لتدبير الحق، وإقامة العدل، فممارسة السياسة إقرار بأن الشريعة لا تفي بالمطلوب.

كما أنهم نقلوا عن ابن السبكي ما ظاهره ردّ اعتبار السِّياسة الشَّرعية، حيث قال في مناقشته لمنصب الحاجب عند المماليك:" إن هذا المنصب كان عسكريًّا في طبيعته، ولكنه بات الآن ينطوي على مسؤوليات قضائية، ثم نبه الحاجب إلى إحالته كل القضايا إلى أحكام الشريعة، لأن السياسة لا تنفع بل تضر البلد وتوجب الهرج والمرج[5]".

---

١ – ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد / تلبيس إبليس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط2001/01، ص119.

٢ – ابن الجوزي، المرجع السابق، ص 313.

٣ – أبو المظفر، شمس الدين، سبط أبي الفرج ابن الجوزي: مؤرخ. من الكتاب الوعاظ. ولد ونشأ ببغداد، ورباه جده. وانتقل إلى دمشق، فاستوطنها وتوفي فيها. من كتبه " مرآة الزمان في تاريخ الأعيان، ولد سنة581هـ وتوفي سنة 654 هـ. الزركلي/ الأعلام، ج08، ص 246. وعمر كحالة / معجم المؤلفين، ج04، ص 176.

٤ – سبط ابن الجوزي، يوسف بن عبد الرحمن / مرآة الزمان، طبعة جامعة شكاغو، سنة 1907، ج08، ص 580.

٥ – ابن السبكي، أبو نصر تقي الدين عبد الوهاب / معيد النِّعم ومبيد النّقم، تحقيق: محمد علي النجار وأبي زيد شلبي، دار الكتاب القاهرة، طبعة 1948، ص 40 –42.

والظاهر أن ابن السبكي لم ينكر السِّياسة الشَّرعية، بل أنكر التوسع فيها ولو على حساب النصوص وقواعد العدل والمساواة، فهو لم ينكر احتياج العسكر إلى حُجَّاب، وإنما أنكر، احتواء المنصب القضائي للحاجب لأنه في رأيه، يفضي إلى منع الناس من الإدلاء بمظالمهم إلى الحاكم، كما أنه يجب على الحاجب أن يحيل كل القضايا إلى القاضي الذي يحكم فيها وفق الشريعة الإسلامية، وليس إلى العساكر الذين هم في حاجة إلى علم شرعي، ويقع في ذلك التعدي على الاختصاصات، وهو مؤذن بالهرج والمرج والفوضى.

ولا أدل على ذلك من قول ابن السبكي في كتابه غياث الأمم، والذي خصه للكلام في السِّياسة الشَّرعية:" ومن ظنّ أنّ الشريعة تتلقى من إصلاح العقلاء، ومقتضى رأي الحكماء، فقد ردّ الشريعة، واتخذ كلامه إلى ردّ الشرائع ذريعة.[1]"

وممن رد القول بالسِّياسة الشَّرعية، الملك العادل نور الدين زنكي، فقد نقل عنه أنه قال:" إن الله خلق الخلق، وهو أعلم بمصالحهم، وشرع لهم شريعة، وهو أعلم بما يصلحهم، وأن مصلحتهم تحصل بما شرعه على وجه الكمال فيها، ولو علم أنّ على الشرعية زيادة في مصلحة لشرعه، فما لنا حاجة إلى زيادة على ما شرعه الله[2].

وكان يسأل العلماء والفُقهاء عمَّا يشكل عليه من الأمور الغامضة، فلا يجرى في مجلسه إلا محض الشريعة.

ثانيا: نظرة وتأمل.

عند التأمل نرى أن السياسة المطروحة، هي السياسة الخارجة عن حدود الشرع، والمصادمة لنصوصه، والمخالفة لقواعده وأصوله، والمجافية لمقاصده وأهدافه، أي المنطلقة أساسا من الجهل بالشريعة وأحكامها، أو الصادرة عن أهواء ونزوات، ومنافع مزعومة ومصالح موهومة، فهي ليست من السِّياسة الشَّرعية، التي من شرطها مراعاة النصوص والقواعد الكلية، وأن لا تخالف مقصود الله في أحكامه.

---

١ – الجويني / غياث الأمم من تيات الظلم، ص 104.

٢ – أبو شامة المقدسي، شهاب الدين بن إسماعيل / الروضتين في أخبار الدولتين، النورية والصلاحية، تحقيق: إبراهيم الزيبق، مؤسسة الرسالة بيروت، ط01/ 1997، ج01، ص 60.

فإنكار السِّياسة الشَّرعية، راجع في أساسه إلى أن بعض الملوك، ترك شريعة الله ونبذ أحكامها، واقتحم أبواب المهالك والمفاسد، ولما خاف من مواجهة أهل العلم لهم، وانقلاب العامة عليهم، والخروج عن سلطتهم، زعم أنه يصدر في تصرفاته من الشريعة، وأن هذه التصرفات يقتضيها الحكم والسلطنة والإمارة، وأنها تسمى سياسة، في مقابل ما ينشره أهل العلم من أحكام الشريعة، فجعلوا الأحكام، إما شرعية أو سياسية.

والتّحقيق أن السياسة جزء من الشريعة، فإن خالفتها فهي جور وظلم، وليست سياسة الشرعية، على أنّ إطلاق لفظ السِّياسة الشَّرعية على بعض تصرفات الحاكم هي مجرد اصطلاح لا مشاحة فيه.

وقد قال الإمام أَحْمَدُ: لما بعث الله تعالى محمدا صلى الله عليه وسلم، بعثه على أقوم منهاج، وأحسن الآداب، فكان أصحابه على طريقه وجمهور التابعين، ثم دخلت آفات وبدع، فأكثر السلاطين يعملون بأهوائهم وآرائهم لا بعلم، ويسمون ذلك سياسة، والسياسة هي الشريعة[1].

فهذا نص من الإمام أحمد، على أن ما خالف الشريعة من البدع وتجاوزات الولاة، ليس بسياسة، ولا هو من الشريعة، لأن السياسة جزء من الشريعة، وفرع من فروعها.

و لا أظن أحدا يخالف في أن السياسة الجائرة والظالمة، ليست حجة يعمل بها، فهي ليست من التدبير الذي يخدم مصالح الأمة ويوافق مقاصد الشرع وأهدافه، وعلى هذا تحمل آراء الذين نقل عنهم أنهم أنكروا السِّياسة الشَّرعية، وإلا فإنهم ينكرون الشريعة نفسها، وهذا مستبعد في حقهم.

وإذا جئنا إلى مقولة:" لا سياسة إلا ما وافق الشرع." فهي صائبة، متى أريد بها أن الأحكام الجزئية، متفقة مع مقاصد الشريعة وروحها ومبادئها الكلية، وليست مناقضة لنص تشريعي خاص.

---

١ - ابن مفلح / الفروع، ج 12 ، ص 215.

وأما إذا أريد بها أنه لا يعتبر من الشريعة شيء من الأحكام الجزئية التي تتحقق بها المصلحة أو تدفع بها المفسدة إلا ما نطق بها الشرع، بنص كتاب أو سنة أو هما معا، كان القول بهذا المعنى غير سديد، لمنافاته لقواعد الشريعة وعمل السلف الصالح[1].

وينبغي الإشارة أيضا إلى أن سبب الخلاف في حجية السِّياسة الشَّرعية، راجع أيضا إلى عدم تحرير محل النزاع، فينبغي أن يحصر الخلاف في اعتماد أصولها الاجتهادية أو عدم اعتمادها، فالمذاهب التي تعتمد في اجتهادها على مقاصد الشريعة، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان، اعتبار المآلات، وغير من قواعد الاستدلال فيما لا نصّ فيه، فإنها تأخذ بالسِّياسة الشَّرعية، دون تردد، لأن الآخذ بها آخذ بصميم الشريعة الكاملة، ومن تحفظ في تلك الأصول، ألغى اعتبار السِّياسة الشَّرعية، لأنها جزء متفرع عنها[2].

---

١ – ابن القيم / إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، طبعة 1973، ج04، ص 372.

٢ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 38.

الفصل الثالث

الاجتهاد ومجال السّياسة الشّرعية.

المبحث الأول: مدخل إلى الاجتهاد .

المبحث الثاني: مجالات السِّيَاسة الشرعية.

الفصل الثالث: الاجتهاد ومجالات السّياسة الشّرعية.

لّما كانت أحوال الأمة وشؤونها ليست على وضع واحد، وعلى أمر متّحد، ولا على صفة مفردة، بل هي متغيرة ومتبدلة على مرّ الأزمان والعصور، فإن هذا يعني أن مصالح الأمة هي الأخرى متغيرة وليست على استقرار، ولما كان ولي الأمر هو الكفيل الشرعي للمصالح العليا للأمة، تعين عليه أن يجد حلولا لكلّ ما يلمّ بها من نوازل ومستجدات، وليس من مأمل أن يجد لكل المستجدات حلولا مسطورة عند من تقدم من أئمة الاجتهاد، لذا كان عليه أن ينبري لهذه القضايا، ويطرق باب الاجتهاد مستفرغا جهده وباذلا وسعه، مستعينا بملكة الاجتهاد التي روضها حينا من الدّهر، أو مستشيرا لأهل العلم والحلّ والعقد من أفراد الأمة، إذا كان قاصرا عن الاجتهاد أو مقصرا فيه.

وليس لوليّ الأمر أن يجتهد في كل القضايا وفي كافة المجالات، بل اجتهاده السّياسي محدود بمجال خاص، فمجال الاجتهاد في الضروريات والقطعيات مسدود، وفي الظنيات مجال النظر فسيح، والاجتهاد فيه متجر ربيح، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه.

وللوقوف على حقيقة ذلك تعين علينا الكلام عن الاجتهاد وأنواعه وشروطه وعلاقته بالسّياسة الشرعية، وما هي مجالات الاجتهاد في السّياسة الشّرعية.

المبحث الأول: مدخل إلى الاجتهاد .

لما كانت تصرفات وليّ الأمر في شؤون رعيته منوطة بجلب المصالح لهم ودرء الفاسد عنهم، وأن ذلك لا يتحقق إلا باستفراغ وسعه وتصويب نظره في النّصوص الشّرعية، واستجلاء معانيها والوقوف عند أسرارها، كان من الضروري الوقوف على حقيقة الاجتهاد، وأنواعه وشروطه، و معرفة حدود الاجتهاد التي لا يستطيع وليّ الأمر أن يتخطاها أو يحدّاها.

أولا: تعريف الاجتهاد لغة وشرعا .

1 – **الاجتهاد لغة:** بذل الوسع والمجهود، مأخوذ من الجُهْد (بضم الجيم) وهو الطاقة كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ فَيَسْخَرُونَ مِنْهُمْ سَخِرَ اللَّهُ مِنْهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٩﴾﴾ التوبة: ٧٩.

قال في اللسان: الاجتهاد بذل الوسع في طلب الأَمر، وهو افتعال من الجهد، أي الطاقة[1]، والجهد: ما جهد الإنسان من مرض، أو أمر شاق، فهو مجهود، والجهد: شيء قليل يعيش به المقلّ على جهد العيش. والجهد: بلوغك غاية الأمر الذي لا تألو عن الجهد فيه، تقول: جهدت جهدي، واجتهدت رأيي ونفسي حتى بلغت مجهودي.

وجهدت فلانا: بلغت مشقته، وأجهدته على أن يفعل كذا. ومعنى الاجتهاد في اللغة يدور حول استفراغ الوسع والطاقة في أي فعل كان[2]. قال الآمدي: " فهو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في تحقيق أمر من الأمور مستلزم للكلفة والمشقة.[3]"

2 – **الاجتهاد في الاصطلاح:** الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين هو :" بذل المجهود في العلم بأحكام الشرع ".

١ – ابن منظور / لسان العرب، ج03، ص 133. والجوهري / الصحاح، ج02، ص 460.

٢ – الخليل الفراهدي / العين، ج03، ص 386.

٣ – الآمدي / الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، طبعة 1404هـ، ج04، ص 169.

أو هو استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه[1].

ويلاحظ أن بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي، عموم وخصوص، فالتعريف الاصطلاحي أخص من التعريف اللغوي، إذ التعريف اللغوي يهتمّ ببذل الوسع في تحصيل أيِّ شيء يحتاج تحصيله إلى بذل وسع، أما التعريف الاصطلاحي فإنما يعني بذل الوسع في معرفة الحكم الشرعي خاصة.

والمتتبع لتعاريف علماء الأصول للاجتهاد، يرى أن هناك اتجاهان في بيان حدّه، اتجاه اعتمد البعد الاستنباطي، واتجاه آخر أضاف إلى ما سبق الاجتهاد في كيفية تنزيل الحكم على الواقع وتكييفه بما يحقق مقاصد الشرع.

ومن التعاريف التي تصب في الاتجاه الأول، تعريف الطوفي للاجتهاد بأنه:" بذل الجهد في تعرُّف الحكم الشرعي"[2]. وقيد الشوكاني الحكم المستنبط بكونه عملياّ، فقال:" بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط."[3] فهم يركزون على أن الاجتهاد عمل يتوصل به إلى معرفة حكم الشارع في النازلة من النَّص ظني الدلالة، أو مما لا نص فيه عبر قواعد معتبرة[4].

أما أصحاب الاجتهاد الاستنباطي التطبيقي، فقد أضافوا إلى ماسبق قيدا مهما، وهو تنزيل وتطبيق الحكم على الواقع، لذا عرفوا الاجتهاد بكونه:" استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في درك الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها."[5].

وقد عدّ الشاطبي هذا النوع، من الاجتهاد الذي لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة وعبر عنه بتحقيق المناط[6].

---

١ - الآمدي / الإحكام للآمدي، ج04، ص 169.

٢ - الطوفي / شرح مختصر الروضة، ج03، ص576.

٣ - الشوكاني / إرشاد الفحول، تحقيق: محمد سعيد البدري، ص418.

٤ - بشير بن مولود جحيش / في الاجتهاد التنزيلي، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد 93، شهر محرم1424هـ، السنة الثالثة والعشرون، ص32 - 33.

٥ - تعليق عبد دراز على الموافقات، طبعة دار المعرفة، باعتناء الشيخ إبراهيم رمضان، ج 04، ص 463. و محمد أبو زهرة / أصول الفقه، دار الفكر العربي، مصر، ص 353.

٦ - الشاطبي / الموافقات، ج04، ص 463 - 464.

ثانيا: أقسام المجتهدين.

لقد تنوعت تقسيمات العلماء للمجتهدين، إذ جعلوهم مراتب ودرجات متفاوتة على حسب ما اجتمع فيهم من أوصاف وشروط.

فقد ذهب المرداوي إلى أن المجتهد ينقسم إلى أربعة أقسام[1]:

مجتهد مطلق، ومجتهد في مذهب إمامه أو في مذهب إمام غيره، ومجتهد في نوع من العلم، ومجتهد في مسألة أو مسائل.

القسم الأول: المجتهد المطلق، وهو الذي اجتمعت فيه شروط الاجتهاد، إذا استقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية العامة والخاصة، وأحكام الحوادث منها ولا يتقيد بمذهب أحد، وقيل: يشترط أن يعرف أكثر الفقه، وكذا ما يتعلق بالاجتهاد من الآيات والآثار وأصول الفقه والعربية وغير ذلك.

القسم الثاني : مجتهد في مذهب إمامه أو إمام غيره وأحواله أربعة :

الحالة الأولى: أن يكون غير مقلد لإمامه في الحكم والدليل، لكن سلك طريقه في الاجتهاد والفتوى، ودعا إلى مذهبه وقرأ كثيرا منه على أهله فوجده صوابا وأولى من غيره وأشد موافقة فيه وفي طريقه. وفتوى المجتهد المذكور كفتوى المجتهد المطلق في العمل بها والاعتداد بها في الإجماع والخلاف.

الحالة الثانية: أن يكون مجتهدا في مذهب إمامه مستقلا بتقريره بالدليل، بأن يتمكن من التفريع على أقواله، كما يتمكن المجتهد المطلق من التفريع على كل ما انعقد عليه الإجماع ودلّ عليه الكتاب والسنة والاستنباط، فهذه صفة المجتهدين أرباب الأوجه والتخاريج والطرق.

الحالة الثالثة: ألا يبلغ به رتبة أئمة المذهب أصحاب الوجوه والطرق، غير أنه فقيه النفس حافظ لمذهب إمامه، عارف بأدلته قائم بتقريره ونصرته يصور ويحرر ويمهد ويقوي ويرجح، لكنه قصر عن درجة أولئك، إما لكونه لم يبلغ في حفظ المذهب مبلغهم، وإما لكونه غير متبحر

---

١ - المرداوي / الإنصاف، ج12، ص258 فما بعد.

في أصول الفقه ونحوه. وهذه مرتبة كثير من المتأخرين الذين رتبوا المذاهب وحرروها وصنفوا فيها تصانيف.

وهم في فتاويهم يستنبطون، ويقيسون غير المنقول على المنقول والمسطور ولا تبلغ فتاويهم فتاوى أصحاب الوجوه، وربما تطرق بعضهم إلى تخريج قول، واستنباط وجه، أو احتمال، وفتاويهم مقبولة.

الحالة الرابعة : أن يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه ، فهذا يعتمد نقله وفتواه به فيما يحكيه مسطورات مذهبه ، من منصوصات إمامه ، وتفريعات أصحابه المجتهدين في مذهبه وتخريجاتهم.

القسم الثالث: المجتهد في نوع العلم ، فمن عرف القياس وشروطه فله أن يفتي في مسائل منه قياسية لا تتعلق بالحديث ، ومن عرف الفرائض فله أن يفتي فيها وإن جهل أحاديث النكاح وغيره وعليه الأصحاب.

القسم الرابع: المجتهد في مسائل أو مسألة وليس له الفتوى في غيرها.

ولقد ذهب ابن القيم إلى أن المفتون الذين نصبوا أنفسهم للفتوى، أربعة أنواع[1]:

النوع الأول: العالم بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وأقوال الصحابة فهو المجتهد في أحكام النوازل يقصد فيها موافقة الأدلة الشرعية حيث كانت.

النوع الثاني: مجتهد مقيد في مذهب من ائتم به، فهو مجتهد في معرفة فتاويه وأقواله ومآخذه وأصوله، عارف بها متمكن من التخريج عليها، وقياس ما لم ينص من ائتم به عليه على منصوصه، من غير أن يكون مقلدا لإمامه في الحكم ولا في الدليل، لكن سلك طريقه في الاجتهاد والفتيا ودعا إلى مذهبه ورتبه وقرره ، فهو موافق له في مقصده وطريقه معا.

النوع الثالث: من هو مجتهد في مذهب من انتسب إليه مقرر له بالدليل، متقن لفتاويه عالم بها لكنه لا يتعدى أقواله وفتاويه ولا يخالفها ، وإذا وجد نص إمامه لم يعدل عنه إلى غيره البتة.

النوع الرابع: طائفة تفقهت في مذاهب من انتسبت إليه وحفظت فتاويه وفروعه ، فأقرت على نفسها بالتقليد المحض من جميع الوجوه.

---

١ - ابن قيم الجوزية / إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ج04، ص232.

ففتاوى النوع الأول من جنس توقيعات الملوك وعلمائهم، وفتاوى النوع الثاني من جنس توقيعات نوابهم وخلفائهم، وفتاوى النوع الثالث، والرابع من جنس توقيعات خلفاء نوابهم، ومن عداهم فمتشبع بما لم يعطه، متشبه بالعلماء محاك للفضلاء .

ثالثا: أنواع الاجتهاد .

يمكن تقسيم الاجتهاد بحسب الدليل وكيفية التعامل معه، أو الوسيلة المعتمد عليها في استنباط الحكم، أو طريقة التعامل مع الواقعة الجديدة إلى ثلاثة أقسام[1]:

أولا: الاجتهاد البياني.

وهو اجتهاد مقيد بالنَّص، ويكون باستفراغ الوسع في فهم النَّص وتحديد معناه وترجيح بعض المفاهيم، وسمي بالاجتهاد البياني لتعلقه ببيان النَّصوص، وأكثر تعلقه بدلالة الألفاظ وطرق تفسير النَّصوص من عام وخاص ومطلق ومقيد، وظاهر وخفي، ومشكل ومجمل ومتشابه، وحقيقة ومجاز، وغيرها مما يدرس في باب الدلالات عند الأصوليين.

ثانيا: الاجتهاد القياسي.

هذا النوع من الاجتهاد يكون عند فَقْدِ الحكم في نصوص الكتاب أو السنة أو الإجماع، فليجأ المجتهد إلى الاجتهاد القياسي، لأن نصوص الشريعة متناهية لا تفي بحكم كل واقعة بحكم منصوص عليها، والقياس مناط الاجتهاد وأصل الرأي وأساليب الشريعة وهو المفضي إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع ومع انتفاء الغاية والنهاية فإن النَّصوص محصورة ومقصورة وهي الجملة منتهية والوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها[2].

ثالثا: الاجتهاد الاستصلاحي.

إذا كان الاجتهاد البياني والاجتهاد القياسي لايخرجان عن دائرة النَّص، إما تفهما له، أو قياسا عليه، فإن الاجتهاد الاستصلاحي لا يتقيد بهما، فهو يتعلق بتحديد مقاصد الشريعة

---

١ – نور الدين عباسي / الاجتهاد الاستصلاحي، ص67.

٢ – الإمام الجويني / البرهان، بتحقيق: عبد العظيم ذيب، ج02، ص 743.

بصورة عامة، وذلك ليتخذ منها أصلا من الأصول التشريع يعتمد عليه للحكم في كل حادثة بطريق الاستصلاح مما لم يمكن الحكم فيه عن طريق الاجتهاد البياني أو القياسي[1].

ولقد اختار بعض العلماء تقسيما آخر للاجتهاد، فجعلوه قسمين[2]:

1- الاجتهاد الانتقائي أو الترجيحي: التراث الفقهي يزخر بثروة هائلة من الآراء المختلفة والتي من شأنها أن تفتح المجال واسعا للمجتهدين والمفتين لانتقاء الرأي الفقهي، الذي يستند إلى الدليل الصّحيح والحجة القوية.

فمثلا الطلاق المجموع، فقد قال بشأنه معظم العلماء أنه يقع بينونة كبرى، أما ابن تيمية وابن القيم وغيرهما فقالوا: إنّه لا يقع لأنه طلاق بدعي، وللأدلة أخرى ساقوها، وأمام هذا الاختلاف فللمفتي أن يختار أحد الرأيين على حسب ما يترجح عند من أدلة كل فريق.

2 – الاجتهاد الإبداعي أو الإنشائي : مع ظهور مستجدات كان لزاما على الاجتهاد أن يواكبها ويدلي برأي الشرع فيها إباحة أو ندبا أو حظرا، ومن أهم قضايا العصر: زرع الأعضاء واستئجار الأرحام والمعاملات الاقتصادية.

فالاجتهاد الإنشائي ينصرف إلى المسائل الجديدة، أو إلى المسائل القديمة مع إضافة الجديد. ومن أمثلة هذا الأخير قضية المعني بالزكاة في حال استئجار الأرض للزراعة، فمن العلماء من قال أن صاحب الأرض هو الذي يزكي، وذهب آخرون إلى أن المستأجر هو المزكي[3]، لكن ابن رشد في كتابه " بداية المجتهد " يرى أن العلماء اختلفوا في هذه المسألة تبعا لاختلافهم في حق الزكاة هل هو خاص بالأرض أو بالثمر، وقال إن الزكاة تشملهما[4].

---

١ – نور الدين عباسي / الاجتهاد الاستصلاحي، ص 73.

٢ – القرضاوي، يوسف / الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 1998، ص 24 – 38.

٣ – ولقد اختار الشيخ يوسف القرضاوي في هذه المسألة، أن يزكي المستأجر الزرع والثمر الذي يحصل من الأرض، محسوبا منه مقدار الأجرة التي يدفعها لمالك الأرض ومؤجرها له، باعتبارها دينا عليه، وبذلك يزكي ما خلص له من زرع الأرض. الاجتهاد المعاصر، ص 38.

٤ – ابن رشد / بداية المجتهد، تحقيق: خالد العطار، طبعة دار الفكر، طبعة 1998، ج01، ص 198.

وزيادة إلى الأقسام السابقة للاجتهاد، يمكن أيضا أن نقسمها باعتبار الجهة المتعلق بها النظر إلى قسمين متكاملين، منهما يتألف الاجتهاد التام، وذلك أن الحكم الشرعي قد تقرر أنه غاية المجتهد وقبلته، ذلك أن العملية الاجتهادية قائمة عن حكم الوقائع المستجدة، والبحث عن حكم النازلة يتم من جهتين جهة الدليل وجهة المحلّ قال الشاطبي:" كل مسألة تفتقر إلى نظرين، نظر في دليل الحكم ونظر في مناطه.[١]"

ومن هنا أمكن تقسيم الاجتهاد إلى قسمين هما، الاجتهاد الاستنباطي، والاجتهاد التنزيلي[٢].

1 – **الاجتهاد الاستنباطي**: وهو البياني الذي سبق بيانه، والاجتهاد في دليل الحكم لا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة أو ما يرجع إليهما عن إجماع أو قياس أو غيرهما[٣]. وهو في غالب مسائله يعتمد استثمار دلالات ألفاظ الخطاب الشرعي.

2 – **الاجتهاد التنزيلي**: وعند البعض الاجتهاد في التطبيق أو الاجتهاد في الصّياغة، وقد سمّاه الشاطبي النَّظر في المناط[٤]، وقد عرف هذا النوع من الاجتهاد بأنه:" إعمال العقل من ذي ملكة راسخة متخصصة في إجراء حكم الشرع، الثابت بمدركه الشرعي، على الوقائع الفردية والجماعية، تحقيقا لمقاصد الشارع، وتبصرا بمآلات التنزيل.[٥]".

فهو بذل الجهد واستفراغ الوسع للتوصل إلى تنزيل أحكام الشريعة على الوقائع الجزئية[٦].

رابعا: شروط الاجتهاد.

لقد حرص علماء الأصول على وضع قيود وشروط، لا يصح الاجتهاد إلا بها، وهذا حتى يسلم الاجتهاد لأهله، فلا تقع انحرافات ولا انزلاقات ولا افتئات في الدين ولا تَقوُّل على الله

١ – الشاطبي / الاعتصام، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، ج02، ص 161.

٢ – وورقية عبد الرزاق / ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، دار لبنان، ط01/ 2003، ص23.

٣ – الشاطبي / المرجع السابق.

٤ – الشاطبي / الاعتصام، ج 02، ص 161. والدريني محمد فتحي / المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ص 5، وورقية / ضوابط الاجتهاد التنزيلي، ص29، وبشير جيش / في الاجتهاد التنزيلي، ص36.

٥ – بشير بن ميلود جحيش / في الاجتهاد التنزيلي، ص36.

٦ – وورقية / ضوابط الاجتهاد التنزيلي، ص 30.

بغير علم، فالمجتهد قائم في الأمة مقام النبي صلى الله عليه وسلم بجملة أمور منها: الوراثة في الشريعة بوجه عام، ومنها إبلاغها للناس وتعليمها للجاهل بها، والإنذار بها كذلك، ومنها بذل الوسع في استنباط الأحكام في مواطن الاستنباط المعروفة[1].

فنظرا لهذه المكانة الكريمة للمجتهد كان لابد من معرفة صفاته وشروطه التي تؤهله لهذا المنصب العظيم الذي يصير به مستنبطا للأحكام الشرعية وموقعا عن رب العالمين، وجملة الشروط التي اشترطها العلماء هي[2]:

1 – أن يعرف آيات الأحكام المذكورة في كتاب الله لغة وشرعا، بأن يكون عالما بمضمونها حتى يرجع إليه عند الحاجة.

2 – أن يعرف أحاديث الأحكام، بأن يكون متمكنا من الرجوع إليها عند الاستنباط، بأن يعرف مواقعها وأماكن وجودها.

3 – معرفة الناسخ والمنسوخ حتى لا يعتمد على نص متروك، فيؤديه اجتهاده إلى ما هو باطل.

4 – أن يكون متمكنا من معرفة مواطن الإجماع ومواقعه حتى لا يفتي بخلافه.

5 – أن يكون عالما بأصول الفقه وطرائق التعامل مع النَّصوص، وكيفية استنباط الأحكام، فالعلم بأصول الفقه يمثل أساس الاجتهاد وعماده الذي تقوم عليه أركان بنائه.

6 – أن يكون متمكنا من علوم اللغة العربية، من نحو وصرف ومعان وبيان، فلا يمكن استنباط الأحكام إلا بفهم كلام العرب إفرادا وتركيبا.

7 – أن يدرك مقاصد الشريعة العامة في استنباط الأحكام، لأن فهم النَّصوص وتطبيقها على الوقائع والنوازل متوقف على معرفة هذه المقاصد، فمريد الحكم من النَّص يتعين عليها

---

١ – تعليق الشيخ عبد الله دراز على الموافقات، ج04، ص595.

٢ – محمد بن محمد ابن أمير الحاج الحنبلي / التقرير والتحبير، دار الفكر، بيروت، ط1996/01، ج.3، ص389. الزركشي / البحر في أصول الفقه، تحقيق: محمد تامر، طبعة دار الكتب العلمية، ط 2000/01، ج04، ص 489 فما فوق. الشوكاني / إرشاد الفحول، ص 419.

معرفة أسرار الشريعة ومقاصدها العامة من التشريع، لهذا ذكر ابن السبكي أن المجتهد:" من أصبحت العلوم ملكة له، وأحاط بمعظم قواعد الشرع ومارسها بحيث اكتسب قوة يفهم بها مقصود الشارع[1] ".

ولقد أجمل الشاطبي شروط الاجتهاد في شرطين هما:

1 – فهم مقاصد الشريعة على كاملها. وهو شرط لم يذكره أغلب علماء الأصول، مع أنه يتفق مع ما قاله الشافعي[2] من وجوب ملاحظة المجتهد القواعد الكلية أولا، وتقديمها على الجزئيات[3].

2 – التمكن من الاستنباط على فهمه فيها[4].

ولا يستقيم للمجتهد أن يدرك المعنى الشرعي للنص حتى يلاحظ مجموع الأمرين معا، فلا هو يقف عند مجرد التعبد بالألفاظ فيفوته مقصد الشارع – الذي يعرف بمجموع نصوصه – ولا هو يتبع المقاصد في ظنه وإن خالفت النَّصوص، فيهدر الألفاظ ولا يهتم بجريان المعنى على استقامة، بل ينبغي على المجتهد ملاحظة الأمرين معا[5].

خامسا: الاجتهاد والسّياسة الشّرعية

معلوم أن الحياة غير مستقرة ولا ثابتة، بل هي متغيرة متجددة، وخاصة في هذا العصر الذي أضحى يسير بوتيرة حادة متسارعة، وبحركية اندفاعية نفاثة، وقد ظهر جراء ذلك تصرفات ومعاملات وأفعال لا تكن معهودة من ذي قبل كلا أو بعضا، ولا مطمع لنا أن نجد في نصوص الشريعة على كل واقعة أو نازلة من تلك النوازل نصا جزئيا خاصا نستنبط منه الحكم الشرعي،

---

١ – حاشية البناني على جمع الجوامع، ج02، ص 383.

٢ – الشوكاني / إرشاد الفحول، تحقيق: محمد سعيد البدري، طبعة دار الفكر، ص432.

٣ – تعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان على الموافقات، دار ابن عفان، الرياض، الطبعة الأولى سنة 1997، ج01، ص 53. و تعليق عبد الله دراز على الموافقات، ج04، ص 477.

٤ – الشاطبي / الموافقات، طبعة دار المعرفة، ج04، ص477.

٥ – عابد بن محمد السفياني / معالم طريقة السلف في أصـــول الفقه، الثبات والشمول، مكتبة المـــنارة، مكـــة المكرمة، ط 1988/01، ص 255.

وذلك لأن نصوص الشارع مقصورة محصورة متناهية، وأفعال الناس وتصرفات غير محدودة، ومن هنا كان للاجتهاد القياسي والاجتهاد المصلحي أو المقاصدي دور مهم في الكشف عن الأحكام الشرعية النوازل التي لم تكن معروفة عند من سبق.

قال ابن القيم:" والحاجة داعية إلى ذلك – أي الاجتهاد – لكثرة الوقائع واختلاف الحوادث، ومن له مباشرة لفتاوي النّاس يعلم أن المنقول وإن اتسع غاية الاتساع، فإنه لا يفي بوقائع العالم جميعا. وأنت إذا تأملت الوقائع رأيت مسائل كثيرة واقعة وهي غير منقولة ولا يعرف فيها كلام لأئمة المذاهب ولا لأتباعهم "[1].

فالاجتهاد منحة إلهية مستمرة وهو أقوى دليل على أن ديننا الحنيف هو الدين الشامل الخالد الوحيد الذي يساير ركب الحضارة الإنسانية عبر العصور والأجيال، ويرحب بكل التغيرات الطارئة والمشاكل الناجمة من تجدد الظروف والمصالح على اختلاف المجتمعات الإنسانية في مشارق الأرض ومغاربها، ويعرض لها حلولا مناسبة في ضوء الأحكام الكلية والأصول الثابتة من الكتاب والسنة[2].

وإذا كانت نصوص الكتاب والسنة هي أساس وركيزة الاجتهاد، فإنه لا غنى للمجتهد عن الرأي مهما حفظ من الأحاديث والآثار، ولا غنى له عن فهم النَّصوص وفقهها في ضوء مقاصد الشريعة لاستنباط الحكم المناسب لما لا نص فيه من قرآن أو سنة أو إجماع، عن طريق القياس، والاستحسان، والاستصلاح ومراعاة العرف وغيرها من أدلة ما لا نص فيه، مع مراعاة مقتضى الزمان والمكان والحال، فإن أحوج المجتهدين لاستخدام الرأي هو الحاكم أو وليّ الأمر الذي استرعاه الله على رعيته، فلا بد أن يتحمل مسؤولياته المناطة به، فلا يألوا جهدا في إعمال رأيه بما يعود على البلاد والعباد بالمصلحة لأن" **التّصرفُ على الرَّعية منوطٌ بالمصلحة** "، ومن هنا

١ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج04، ص265 – 266.

٢ – صلاح الدين مقبول أحمد / مقدمة تحقيق كتاب: إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، طبعة الدار السلفية، سنة 1405هـ، ص11.

يأتي دور فقه الموازنة بين المصالح بعضها على بعض، وبين المفاسد بعضها على بعض، وبين المصالح والمفاسد إذا تعارضت[1].

فالسياسة الشرعية تتطلب من وليّ الأمر حذقا ومهارة اجتهادية عالية، لأنه مكلف شرعا أن يجد الحلول الشرعية لكافة النوازل والمستجدات التي قد تطرأ على الأمة، ويجب عليه أن يسعى في تحصيل كل ما فيه منفعة ومصلحة للأفراد والجماعات، وأن يدفع عنهم كل ما فيه مضرة ومفسدة، بكافة الطرق والوسائل الشرعية المتاحة، لذا كان اجتهاد وليّ الأمر في النّوازل الفقهية أكثر أهمية وضرورة من غيره، لأن اجتهاده يصحبه إلزام وتكليف للرعيته بالعمل والتطبيق، وأما اجتهاد غيره، فلا يعتبر إلا إخبارا عن حكم الله تعالى في النازلة بعد استفراغ الوسع فيها من غير تكليف ولا إلزام، لأن تلك السلطة لا يملكها إلا وليّ الأمر.

والمتأمل في أنواع الاجتهاد يجد أن الاجتهاد التنزيلي حاضر بقوة في جوانب السياسة الشرعية نظرا لأن ظروف الأمة ومصالحها لست مستقرة على حال، فلا بد للاجتهاد السياسي أن يساير هذا التطور والتغير وإلا ضاعت مصالح الأمة.

يقول عبد الرحمن زايدي: السياسة الشرعية فيها من الأحكام ما يحتاج إلى الاجتهاد بحسب تغيرات أحوال الناس، فلا يعول المجتهد على مجرد معرفة حكم الواقعة بل لابد من دراسة دقيقة للواقع، حتى يتمكن من إعطاء الحكم الشرعي الصحيح، فكل حكم لا يصدر عن دراية بالواقع يكون مطية لضياع الحقوق المصالح ووقوع الفساد[2].

سادسا: الأمور التي لا يصح لوليّ الأمر الاجتهاد فيها.

إذا كان الوليّ الأمر في اجتهاد السياسي يجد أمامه مجالا واسعا في الأمور والقضايا التي لم يرد فيها نص شرعي، فإن هذا لا يعني أنه لا يجوز له أن يجتهد عند وجود النَّص الشرعي، لأن النَّصوص في ثبوتها ودلالاتها مراتب ودرجات، وقد يتجه اجتهاد وليّ الأمر فيها إلى ناحيتين،

١ - سعيدة بومعراف / التعليل المصلحي لتصرفات الحاكم، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، تحت إشراف: الدكتور سعيد فكرة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والسياسة، قسم الشريعة، سنة 2008، ص 68.

٢ – عبد الرحمن زايدي / الاجتهاد بتحقيق المناط في الفقه الإسلامي، دار الحديث القاهرة، طبعة 2005، ص 479.

أولاهما: تفسير النَّص والكشف عن معناه المقصود، وثانيتهما: تنزيل تلك النَّصوص وتكيفها مع الواقع.

والاجتهاد السياسي ليس مطلقا ولا مفتوحا على كافة المجالات والقضايا، بل هناك وقائع ومجالات لا مطمع فيها للاجتهاد، سواء لوليّ الأمر، أم لغير من المجتهدين، وأهم تلك الأمور التي لا يصح لوليّ الأمر الاجتهاد فيها هي:

1 – إذا وجد الحاكم المجتهد في هذه الواقعة نصا قطعيا الثبوت قطعي الدلالة من الكتاب أو السنة فلا مجال للقول بالرأي فيها، والواجب إتباع حكم النَّص فيها بعينه، كافتراض الصلاة والزكاة والحج.

2 – أن لا يتجه اجتهاده إلى التعبدات التي لا يُدرك سرها ولا علتها، وباب الاجتهاد والرأي يعتمد في الأساس على أن الشريعة معقولة المعنى، لذا كان مجاله الأمور العادية التي يقصد منها تحقيق مصلحة دنيوية أو تنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات، أما الأمور التي لا يدرك لها معنى خاص كأصول العبادات فلا مجال للرأي فيها، بل يكون الشأن فيها الإتباع، كما جاءت بها النَّصوص آمرة بها أو ناهية عنها.

3 – لا اجتهاد مع المعلوم من الدين بالضرورة، فإن مثل هذه الأمور لا مجال للنظر فيها، ولابد أن يكون مصدر تحديدها وبيانها من الشارع.

4 – ومما لا مجال للاجتهاد فيه أيضا، سواء من الحاكم المجتهد أو من غيره، ما كان فيه إجماع سابق حتى مع عدم ورود نص قطعي كتوريث الجدات السدس ومنع توريث ابن الابن مع وجود الابن وبطلان زواج المسلمة بغير المسلم، فهذا لا مجال للاجتهاد فيه، ويجب على المسلم أن يعمل به، لأن المجتهدين إذا أجمعوا على حكم فهو حكم الأمة، والأمة لا تجتمع على ضلالة، ولأنهم أولوا الأمر التشريعي والله أمرنا بطاعة أوليّ الأمر من المسلمين.

ويستثنى هنا حالة إذا ما كان سند الإجماع مصلحة متغيرة أو عرف متبدل، فهنا يسوغ الاجتهاد عند تغير المستند[1].

١ – سعيدة بو معراف / التعليل المصلحي لتصرفات الحاكم، ص 74 – 78.

ويمكن أن نخلص في الأخير إلى أن مجال الاجتهاد هو الظنيات، وأما القطعيات فلا مجال للاجتهاد فيها، قال الشاطبي:" فأما القطعي فلا مجال للنّظر فيه بعد وضوح الحقّ في النفي أو في الإثبات، وليس محلا للاجتهاد، وهو قسم الواضحات، لأنه واضح الحكم حقيقة والخارج عنه مخطئ قطعا.[1]"

١ - الشاطبي / الموافقات، ج04، ص520.

المبحث الثاني: مجالات السِّيَاسة الشّرعية.

الفقه السِّيَاسي الإسلامي نوعان: فقه عام ثابت، وفقه متغير يرجع إلى تفسير النُّصوص تفسيرا مصلحيا، وينطوي على مصلحة متغيرة أو يرجع إلى قواعد سياسة التشريع فيما لا نَصّ فيه.

أولا: أنواع النُّصوص الشّرعية.

المسائل التي حدثت ويمكن أن تحدث في المجتمع البشري، قد تشملها نُصوص دينية على نحو ما، ذلك أن بعض النُّصوص قد نزلت بأسس وأصول عامة، تغطي مجالات الفكر والحياة البشرية بإطلاق، فهي أشبه بمقولات عامة، يشمل كل منها قطاعا كبيرا من قطاعات الحياة، بحيث يمكن أن تشرع ولو بطريق غير مباشر لكل الصور التي يمكن أن تحدث في هذا القطاع على تغير الظروف والعصور، فهناك نوعان من النُّصوص:

النَّوع الأول: نُصوص خاصة، نزلت صراحة في مسائل معينة لا تتعداها، مثل النُّصوص التي فصلت أحكام المواريث أو حدّ الزنا أو السرقة، ومدة العدة ونَصّاب الزكاة، وغيرها.

النَّوع الثاني: نُصوص عامة، وهي أشبه بالمقولات العامة التي تشمل جزئيات أخرى متعددة يمكن أن تحدث في قطاع كبير من الحياة البشرية، مثل النُّصوص التي ألغت الشرك بكل صوره، والنُّصوص التي أوجبت العدل، أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو منع الفساد، أو إلغاء الضرر، ورفع الحرج أو التيسير على الناس، فكل نَصّ من هذه النُّصوص، أشبه بمقولة عامة، تحوي بطريق غير مباشر كل الصور التي يمكن أن تندرج تحتها من الواقع البشري، على مر العصور واختلاف الأحوال[1].

وفي مسائل النَّوع الأول، تجد نُصوصا خاصة بها ملزمة لمن يقوم بتطبيقها، فلا يكون أمامه عند التطبيق إلا أن يبذل جهده في استخلاص كل النُّصوص التي تشرع لقضية ما، ثم محاولة تفهمها، واستنباط مقاصدها، ثم تطبيقها بمراعاة هذه المقاصد، بما يكفل تحقيق هذه المصلحة،

١ - البلتاجي / منهج عمر في التشريع، ص 105.

وهذا يحتاج بداهة إلى جهود متتالية، لكنها جهود في دائرة النَّص الخاص، والموجود فعلا، ولا يستطيع أحد أن ينكره أو يتجاوزه.

أما مسائل النَّوع الثاني، فإن مجرد تحديد النَّص الذي يشمل المسألة، يحتاج إلى جهد، فقد لا يتفق بعض المجتهدين على نتائجه لبعض الاعتبارات التقديرية، لعدم ورود نُصوص خاصة، فما يراه أحدهم مما ييسر على الناس حياتهم، قد لا يراه آخر في عصره، وما يراه أحدهم محققا للعدالة، يخالفه فيه الآخر من زاوية أخرى، وهكذا يقال في كل النُّصوص العامة.

ونستطيع أن نقول أنّ كل ما لم ينَصّ على حكمه تصريحا، فهو من النَّوع الذي يحتاج إلى إدراجه تحت عمومات أخرى أو يرجع فيه إلى القياس الخاص ويدخل فيه ما أحيل فيه الأمر إلى أولِيّ الأمر ليحققوا ما فيه مصلحة في عصرهم، ملتزمين بالنُّصوص العامة والكلية[1].

فمثلا، قتل الجماعة بالواحد، إما أن يدخل ضمن النُّصوص العامة، كحديث:" **من قُتل له قَتِيلٌ فهو بخير النَّظرين، إمَّا يُودى وإما أن يُقاد** [2]" وهذا عام في القاتل الواحد والجماعة، أو من باب قياس الجماعة على الواحد.

وفي الحكم الشرعي للعلاج، وهل يصح للطبيب أن يرفض إجراء عملية جراحية لسبب شخصي؟

فهنا يمكن أن يجاب على ذلك، بأن العلاج مشروع، ويجب على الطبيب الموظف من أجل علاج المرضى والذي عنده القدرة على معالجة الناس أن يبذل ما في وسعه لعلاجهم، ويدل لذلك **النُّصوص العامة** في الشريعة التي تفيد التعاون وإعانة المحتاج وإغاثة الملهوف، إضافة إلى أن الطبيب في عمله الوظيفي يجب عليه أداء وظيفته على الوجه الأكمل، فلا يجوز له رد المرضى أو التساهل في علاجهم .

وإذا نظرنا إلى الأمور الدنيوية من حيث الحلال والحرام ومن حيث القضاء والسِّيَاسة والآداب أمكننا تقسيمها بحسب الأدلة إلى أقسام:

---

١ – البلتاجي / منهج عمر في التشريع، ص 108.

٢ – البخاري، كتاب: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، باب: قول الله تعالى" **أن النفس بالنفس...**" ج06، ص 2522، رقم 6486، ومسلم، كتاب: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها، ج04، ص 110، رقم 3371.

1 – ما فيه نَصّ محكم قطعي الدلالة قطعي الثبوت، وهذا واجب العمل به، ولا مجال للاجتهاد فيه، ما لم يعارضه ما هو أرجح منه من النُّصوص الخاصة لموضعه أو العامة، كنفي الحرج ونفي الضرر والضرار، وكون الضرورات تبيح المحظورات[١].

قال البغدادي:" باب في سقوط الاجتهاد مع وجود النَّص." [٢] وقال الشافعي:" كل ما أقام الله به الحجة في كتابه أو على لسان نبيه منصوصا بيّنا، لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه."[٣]

2 – ما دل عليه نَصّ صحيح بعمومه أو تعليله أو مفهومه، دلالة واضحة أجمع عليها أهل الصدر الأول، أو عمل بها جمهورهم، وعرف شذوذ من خالفهم، فالواجب في هذا عين الواجب في الأول[٤].

3 – ما ورد فيه نَصّ تكليفي ظني الدلالة، أو حديث لا هو واهٍ ولا هو صحيح، وقد اختلف فيه الصحابة أو من بعدهم من علماء السلف والأئمة المجتهدون للاختلاف في صحة روايته، أو للاختلاف في صراحة دلالته، فمثل هذا يعمل فيه كل مكلف حسب اجتهاده[٥] ، ويعذر فيه كل من خالفه فيها ظهر له أنه الحق، وليس أن يعيب على أحد، ولا له أن ينتقده، كاختلاف السلف في بعض أحكام الطهارة والنجاسة، وما يستنبطه بعض العلماء من الكتاب والسنة في كل زمان، فمن ظهر له أن ذلك من الدين، وأنّ كلام الله، أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم دالة عليه عمل به، ومن لم يظهر له ذلك فلا يكلف تقليد من استنبطه، إلا إذا عرف مأخذه وظهر له صحته وترجح له دليله، وعند ذلك يكون متبعًا لما أنزل الله لا لما رآه غيره.

وأما ما يتعلق بالأمور العامة من هذا القسم كالأحكام القضائية والسِّيَاسية، فينبغي أن ينظر أولو الأمر فيه وأن يتشاوروا، سواء من حيث تصحيح النقل ، أو من حيث طريق الدلالة على

---

١ – محمد معاذ مصطفى الخن / القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين، دار الكلم الطيب دمشق، ط 2007/01، ص 543 – 545. ووهبة الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط02/ 1986، ج02، ص1053.

٢ – البغدادي / الفقيه والمتفقه، ج01، ص 504

٣ – الشافعي / الرسالة، ص 560.

٤ – ابن عبد الشكور / فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج04، ص 395..

٥ – يقصد به من كانت له أهلية الاجتهاد، أو لم يبلغها، ولكن كانت له القدرة على فهم النَّصوص الشرعية ومعرفة دلالتها على المعنى المراد، وهو الذي أطلق عليه البعض اسم المتبع، ولا يقصد به المقلد المحض، فهذا الأخير يجب في حقه التقليد.

الحكم، فإذا ظهر لهم ما يقتضي، إلحاقه بأحد الأقسام السابقة ألحقوه به فكان له حكمه وإلا كان كالمسكوت عنه.

4 – ما ورد فيه نَصّ غير وارد مورد التكليف، كالأحاديث المتعلقة بالعادات من الأكل والشرب والطب ونحوها مما يسميه العلماء إرشادًا لا تشريعًا[1].

وكذا ما كان من قبيل الفتاوى الشخصية، فلم يعمل به الجمهور لعدم الأمر بتبليغه، فالأولى والأفضل للمسلم أن يعمل بها ما لم يمنعه من ذلك مانع من الشرع، والمصلحة أو المنفعة العامة أو الخاصة، ذلك أن المبالغة في الإتباع حتى في العادات والتقاليد مما يقوي وحدة الأمة ويثبت الرابطة بين المسلمين ويقوي شوكتهم في أعين أعدائهم.

ولا ينبغي لحكام المسلمين في مثل هذا أن يجبروا أحدًا على الفعل أو الترك وإنما يحسن أن يكونوا قدوة صالحة في مثله.

5 – ما سكت عنه الشرع، فلم يرد عنه فيه ما يقتضي فعلًا، ولا ما يقتضي تركًا، وهذا هو الذي عفا الله عنه، رحمة منه وتخفيفًا على عباده[2].

وليس لأحد أن يكلف أحدًا من عبيد الله، بفعل شيئًا لم يأذن الله فيه، وإن ما أمرنا الله به من طاعة الأمراء وأولِيّ الأمر منا، خاص بأمور الدنيا ومصالحها، ومشروط بأن لا يكون في معصية الله، فليس لأولي الأمر من المسلمين سلطان على أحد في أمر الدين المحض، لا بزيادة على مدلول النَّص ولا بنقصان منه.

ولما كانت طاعة أولي الأمر خاصة بأمور الدنيا ومصالحها، كان حتمًا تحكيم العرف والمعروف فيما لا نَصّ فيه، إذ لا يستقيم نظام الأمة إلا على أساس ثابت، وإلا كانت فوضى غير مقيدة بأصول وأحكام وفضائل ثابتة، ولا بد من شيء ثابت لا تختلف فيه المصالح والمنافع، ولهذا جاء الشرع العزيز بالعرف والمعروف.

---

١ – القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء / العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه: أحمد بن علي بن سير المباركي، جامعة الملك أحمد بن سعود الإسلامية، ط1990/02، ج03، ص 751. الشوكاني / إرشاد الفحول، ص72.

٢ – قال الشيخ محمد عبد الوهاب: القاعدة الثانية: أن كل شيء سكت عنه الشارع فهو عفو لا يحل لأحد أن يحرمه أو يوجبه أو يستحبه أو يكرهه. يراجع: محمد عبد الوهاب / أربع قواعد تدور الأحكام عليها، تحقيق: عبد العزيز بن زيد الرومي، محمد بلتاجي، سيد حجاب، دار النشر، مطابع الرياض، ص 4.

ثانيا: أنواع الفقه السّياسي ونصوصه.

الفقه المتعلق بالسِّيَاسة الشرعية نوعان:

الأول: الفقه السِّيَاسي العام الثابت، ويشتمل على أصول السِّيَاسة الشرعية، وقواعدها القارة، كقواعد الإمامة، وتولية الأصلح، وقواعد العدالة وتحقيق المصلحة العامة، وتقديمها على المصلحة الخاصة وغيرها.

الثاني: الفقه السِّيَاسي المرن والمتغير، وسماه البعض الفقه السِّيَاسي المتطور، وهو الذي يرجع إلى تفسير النُّصوص تفسيرا مصلحيًّا، لكونها تنطوي على مصلحة متغيرة، أو ترجع إلى قواعد السِّيَاسة فيما لا نَصّ فيه قاطعا، أو ما لا نَصّ فيه خاصا أصلا.

وهذا النَّوع من الفقه السِّيَاسي يضع في يد الإمام سلطة تقديرية واسعة، يملك بمقتضاها التصرف والتدبير، واتخاذ ما يلائم العصر والظروف من الإجراءات والنظم التي تقتضيها المصلحة العامة، ولو لم يرد فيه نَصّ خاص ولا انعقد عليه الإجماع، ولا دلّ عليه قياس خاص، اعتمادا على الأدلة الإجمالية[1].

ومن هنا كان مجال مصادر السِّيَاسة الشرعية للفقه السِّيَاسي المتغير تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول، هو نُصوص شرعية خاصة، جاءت في مسائل خاصة، والقسم الثاني، هو قواعد السِّيَاسة الشرعية فيما لا نَصّ فيه.

فالنُّصوص الشرعية الخاصة، الواردة في المسألة الخاصة وهي النُّصوص الجزئية، ويكون الاجتهاد السِّيَاسي فيها، أن نفسرها تفسيرا مصلحيا يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية العامة، وكذا مقصد الشارع من الأحكام الجزئية، مع ملاحظة الظروف المُلابِسَة للوقائع، وصولا إلى مراد الشارع، و كذا المآل السِّيَاسي المقبول من التصرفات والأفعال.

ومن أمثلة هذا النَّوع من أنواع نُصوص السِّيَاسة الشرعية أو مصادرها ما يلي:

١ - فتحي الدريني / خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، ص 188.

1– ما فعله أمير المؤمنين عثمان بن عفان، حيث ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية، من عبد الرحمن بن عوف، وكان قد طلقها في مرض موته، فبتَّها [1]، واشتهر فعل عثمان بن الصَّحابة من غير نكير منهم، فكان إجماعا.

وعُلِّلَ فعل عبد الرحمن بن عوف، أنه قصد قصدا فاسدا في منع زوجته من الميراث، فعومل بنقيض قصده،كالقاتل الذي يقتل مورثه، قصد استعجال الميراث، فيعاقبه بحرمانه، وهذا مع أن الأصل عدم توريثها لأنها مبتوتة، قد خرجت من العصمة الزوجية.

قال الباجي [2]: وقد جعل أهل العلم فعل عثمان أصلا، لأنه إمام حكم في قضية رجل مشهور، وهو أحد المبشرين بالجنة، ومثل هذا ينشر قضاؤه في الأمصار، وينقل في الآفاق، فلم يتحصل عن أحد من الصحابة خلاف، فثبت أنه إجماع مهم على تصويبه [3].

فعثمان رضي الله عنه فسر النُّصوص الجزئية المتعلقة بالميراث، تفسيرا مصلحيًّا، يكشف عن مقصود عبد الرحمن بن عوف، وهو قصده إلى أن يمنعها من الميراث، فتغير الحكم وفق ذلك سياسة، فحكم عثمان بتوريثها.

2 – أمر عثمان عفان رضي الله عنه، بالتقاط ضالة الإبل، وبيعها وحفظ ثمنها لصاحبها، كما رواه مالك عن ابن شهاب، وهذا مع نهيه صلى الله عليه وسلم عن التقاط ضالة الإبل، حين قال للسائل:" **ما لك ولها، معها حذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر، حتى يجدها صاحبها** " [4] ، وهذا الحكم كان بداية الإسلام، وامتد حتى خلافة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان زمن عثمان وعلي رضي الله عنهما،كثر فساد الناس واستحلالهم لها، فرأى عثمان التقاطها، وضمها والتعريف بها، فإن لم يأت صاحبها بيعت، وأوقف ثمنها إلى أن يأتي صاحبها، وبهذا قال مالك في رواية عنه.

---

١ – البيهقي / السنن الكبرى، ج07، ص362، وعبد الرزاق / المصنف، ج07، ص 62، رقم12193.

٢ – سليمان بن خلف التَّجيبي القرطبي، فقيه مالكي كبير من رجال الحديث أصله من بطليوس، ومولده في باجة بالأندلس ترحل في بعض البلاد، وعاد إلى الأندلس تولى القضاء في بعض أنحائها، وتوفي سنة بالمرية، ومن كتبه، المنتقى في شرح الموطا، والإحكام في أصول لأحكام. القاضي عياض / ترتيب المدارك، ج.2، ص 347، وابن فرحون / الديباج، ص40.

٣ – الباجي / المنتقى، ج03، ص 286.

٤ – سبق تخريجه، ص54.

ولا شك أن هذا الفعل من باب السِّيَاسة الشرعية، حفاظا على أموال الرعية من الضياع.

وقد قال ابن شهاب: كانت ضوال الإبل في زمن عمر إبلا مؤبلة.

قال محمد بن رشد[1]: إنما رأي عمر رضي الله عنه أن لا تؤخذ الضالة، وقال: من أخذها فهو ضال أي مخطئ لنهي الرسول عليه السلام عن أخذها بقوله: " **مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها** "، فإن قيل إن ذلك عام في جميع الأزمان، قيل: بل هو خاص في زمن العدل وصلاح النَّاس[2].

وهناك رواية أخرى لمالك، وهو عدم جواز التقاط الإبل الضالة، قال القاضي عياض: وذلك لما رآه من زيادة الفساد وعدم عدل الأئمة، وأَخذِها إذا أُخِذَت وأُكِلَ ثمنها إن بِيعَت، فرأى أن تركها بموضعها أقرب لصاحبها في أن يجدها، وهو قول الأوزاعي والشافعي[3].

ورواية مالك الثانية أيضا، مبنية على نظر مصلحي أصيل، وهو سدّ الفساد المتوقع من الوليّ الظالم، باستحلاله أموال رعيته من غير حقّ.

ففي مثل هذه الأحكام، شأنها أنها لا تبقى على وجه واحد، بل تختلف باختلاف العصور، وتتغير وتتبدل بتبدل المصالح والأعراف، وهذه الأحكام نوعان:

النَّوع الأول: أحكام ثابتة ابتداء بعرف أو مصلحة مرسلة أو غيرها، مما هو ليس نَصّا علي الحكم، ثم يتغير ما بني عليه الحكم، بأن يتغير الحكم أو تتبدل المصلحة، تبعا لتغير الأزمنة والأمكنة والمجتمعات، فيتغير الحكم تبعا لذلك، فيقال للحكم الثاني، إنه سياسة شرعية.

– **ومثال** ذلك: تعدد المصاحف في الصدر الأول، فقد كان جائزا لكل من يريد من الصحابة، أن يكتب مصحفا خاصا، وبالحرف الذي سمعه من رسول الله عليه السلام، فلما

---

١ – محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة من أعيان المالكية له " المقدمات الممهدات " "البيان والتحصيل " توفي سنة 520هـ. ابن فرحون / الديباج، ص 279.

٢ – ابن رشد الجد / البيان والتحصيل، ج15، ص 363.

٣ – القاضي عياض / إكمال المعلم، ج06، ص 08 وابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي / ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي و محمد عبد الكبير البكري، طبعة مؤسسة القرطبة، ج03، ص 115.

انتفت المصلحة بسبب اختلاف القراءات أمر عثمان بحرقها أو غسلها، وجمع النَّاس على مصحف واحد[1]، ووافقه على ذلك الصحابة ورأوا في ذلك مصلحة الأمة[2].

قال ابن العربي[3]:" ثم إن عثمان كان على حقّ في غسل المصاحف الأخرى كلها، ومنها مصحف ابن مسعود، لأن توحيد كتابة المصحف على أكمل ما كان في استطاعة البشر، هو من أعظم أعمال عثمان بإجماع الصحابة[4].

ومن ذلك نهي عمر بن الخطاب، النَّاس أن يأكلوا اللحم كل يوم، وقد اعتادوا على ذلك، وهو مباح، وحملهم على أن يأكلوه مرة كل يومين، وهذا لما أصابت المسلمين حاجة ومجاعة وقلة الطعام، وهذا حفاظا على الطبقة الفقيرة، وهذا من تدبير عمر لمصالح رعيته، وهو سياسة شرعية[5].

النَّوع الثاني: أحكام تكون ثابتة في أول تشريعها، بنَصّ جاء موافقا لعرف موجود وقت نزول التشريع، أو معللة بعلة غائية [6] أو مؤقتا بوقت، أو مقيدا بحال من الأحوال أو مرتبطا بمصلحة معينة ثم يتغير العرف أو تزول العلة، أو ينتهي الوقت الذي وُقِّتَ به الحكم، أو تتغير الحال التي قيد بها، وعندئذ يتغير الحكم تبعا لذلك كله[7].

---

١ – ابن العربي، القاضي أبو بكر / العواصم من القواصم في تحقيق موافق الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، طبعة 1419هـ، ص 80.

٢ – ابن عساكر / تاريخ دمشق، ج 12، ص 375 – 376، والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر / تاريخ الخلفاء، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، ط1952/01، ص 165.

٣ – محمد بن عبدالله بن محمد، الإمام الحافظ القاضي أبو بكر المعروف بابن العربي، ختام علماء الأندلس وآخر أئمتها له، أحكام القرآن، والقبس، والعواصم من القواصم، وغيرها توفي سنة453هـ، ابن فرحون /الديباج، ص 271. والزركلي/ الأعلام، ج06، ص230

٤ – ابن العربي / المرجع السابق.

٥ – أبو الفرج بن الجوزي / عمر بن الخطاب، ص 68.

٦ – العلة الغائية، هي ما بني الحكم عليها إلى وقت معين، وتقابلها العلة الباعثة، وهي التي يبنى عليها الحكم، ويدور معها الحكم وجودا وعدما، بخلاف العلة الغائية، حيث ينتهي الحكم عند زوالها ولا يعود بعد ذلك. البركي / قواعد الفقه، ص 387، محمَّد بنْ حسَيْن الجيزاني / معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ص189.

٧ – عبد العال عطوة / المدخل إلى السياسة الشرعية، ص46.

1 – فمثال الحكم الذي موافقا لعرف موجود، وقت نزول التشريع، ثم تغير العرف، بيع الحنطة بمثلها كيلا، وبيع الذهب والفضة بمثله وزنا، وهذا ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم:" ...**البر بالبر، كيلا بكيل**... [1]"، فالمقصود من اشتراط الكيل في البر والوزن في الذهب، هو تحقيق المساواة بين البدلين، وكان طريقها زمن نزول التشريع هو الكيل في البر، والوزن في الذهب والفضة.

وقد تطاول الزمن وتغيرت الحياة وتبدلت المعاملات بين النَّاس، فأصبح البر يوزن بدل أن يكال، والذهب والذي تمثله اليوم النقود يباع بالعدد، لا بالوزن.

فذهب الجمهور من المجهدين إلى أنه يعتبر في نُصوص السّابقة القياس الذي ورد به النَّص زمن التشريع، ولا عبرة لتبدل العرف فيه، ففي مبادلة القمح، مثلا يجب التساوي، كيلا لا وزنا، ولو تعارف النَّاس على بيعه بالوزن،كما في زماننا الآن، لأن هذا نَصّ خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصناف، فلا يعتبر العرف على خلافه[2].

ولكن ذهب بعض الفقهاء منهم القاضي أبي يوسف، إلى أن المقياس المعتبر في تلك الأشياء، هو المقياس العرفي، وأنه يتبدل بتبدل العرف، كما في سائر الأموال الربوية الأخرى، التي لم يرد نَصّ خاص، بشأن مقياسها، ويقول: النَّص الوارد في تلك الأصناف معلل بالعرف، فالنَّص ألزم التساوي في تلك الأشياء كيلا أو وزنا، لأن هذا هو المتعارف عليه في عهد النبوة، فلو كان عرفهم مقياس آخر لورد به النَّص[3].

قال الأستاذ الزرقا: ورأي أبي يوسف هذا كما ترى، أقوى حجة، وأقوم مَحَجَّة[4].

2 – ومثال الحكم المعلل بعلة ثم زالت تلك العلة، قوله تعالى:" ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ۖ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٦٠﴾﴾ التوبة: ٦٠ فمن الأصناف الثمانية التي أوجبت لهم

---

١ – هذا اللفظ أخرجه البيهقي / السنن الكبرى، ج05، ص 291، رقم10847، وسنده صحيح. يراجع: ابن حجر / تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1989/01، ج03، ص 21.

٢ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج03،ص 53، وابن عبد البر / التمهيد،ج20، ص 57، ابن نجيم / البحر الرائق،ج06، 140.

٣ – يوسف القرضاوي/ كيف نتعامل مع السنة، معالم وضوابط، دار المعرفة الجزائر، ط/2001، ص232 – 233.

٤ – الزرقا، مصطفى أحمد / المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط1998/01، ج02، ص 908 – 910.

الآية الزكاة المؤلفة قلوبهم. والمؤلفة قلوبهم هم الذين يراد تأليف قلوبهم بالاستمالة إلى الإسلام أو التثبيت عليه، أوكفّ شرهم عن المسلمين، أو رجاء نفعهم في الدفاع عنهم أو نَصّرهم على أعدائهم[1].

و لم يكن الرسول صلى الله عليه وسلم يدخر جهدا أو مالا في سبيل الإسلام ونشره، بل والحفاظ عليه، وعلى أهله، لذا كما يقول أنس بن مالك:" **لم يكن الرّسول يسأل شيئا إلا أعطاه، فأتاه رجل فسأله مالا، فأعطاه غنما كثيرا بين جبلين من غنم الصدقة، فرجع إلى قومه فقال لهم يا قوم أسلموا ، فإن محمدا يعطي عطاء من لا يخشى الفقر.**[2]" وأعطى الرسول صلى الله عليه وسلم هؤلاء الرجال وغيرهم وترك من هو من المسلمين مع احتياجهم، لذا لما سئل عن إعطائه لبعض الكفار، ومنعه بعض المسلمين، قال: تألفتهما ليسلما، ووكل المسلمين إلى إيمانهم بالله[3].

و بالتتبع نرى أن جميع من أعطاهم الرسول عليه السلام الصدقة، كانوا سادةً مرموقين في أقوامهم، وهذا رغبة في إسلامهم وإسلام قومهم.

وأما عمر بن الخطاب، فقد كان له موقف مخالف من المؤلفة قلوبهم، فقد قال لرجلين جاءا يطلبان الصدقة:" إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكما والإسلام يومئذ قليل، وإن الله قد أغنى الإسلام وأعزه اليوم، فاذهبا فاجتهدا جهدا كسائر المسلمين، **فالحقُّ من ربكم فمن شاء فيؤمن وشاء فليكفر** ." وفي رواية " اذهبا فاجتهدا جهدكما، لا يرعى الله عليكما إن رعيتما "[4].

---

١ – غالب عبد الكافي القرشي / أوليات عمر السياسية، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1990/01، ص 111.

٢ – مسلم، كتاب: الفضائل، باب: ما سئل رسول الله شيئا قط، فقال:لا، ج 07، ص 74، رقم 6160، وأحمد في المسند، ج19، ص 107، رقم12051، والبيهقي في السنن الكبرى، ج07، ص 19، ص13565.

٣ – البلتاجي / منهج عمر، ص 150 – 151.

٤ – الجصاص، أحمد بن علي الرازي / أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/ 1405هـ ، ج04، ص325.

فعمر بن الخطاب لم يؤلف أحدا من المشركين أو من المسلمين ، لأنه رأى أن الإسلام قد ظهر على غيره، وأن المسلمين قادرون على الدفاع عنه، وأن العلة التي تألف من أجلها في بداية الإسلام، قد زالت في عهده[1].

ولا شك أن الحكم بوجود المؤلفة قلوبهم أو عدم وجودهم، مرهون بوضع الجماعة الإسلامية، فإن احتاجوا إلى تأليف القلوب، فحينئذ يوجد المؤلفة قلوبهم، ويستحقون نَصيبا مفروضا في القرآن، وإن لم يحتاجوا للتأليف فلا نَصيب لهذه الطائفة.

ففعل عمر لم يكن إلغاء ولا تعطيلا ولا نسخا للآية، وإنما منعا لسهم لم يوجد في عهده[2].

قال ابن الهمام[3]: فلولا اتفاق عقائدهم – أي الصحابة – على حقيقته، وأن مفسدة مخالفته أكثر من المفسدة المتوقعة، لبادروا إلى إنكاره، أي أن إعطاء المؤلفة قلوبهم في عهد الرسول، كان وسيلة إلى إعزاز المسلمين، وبعد وفاة الرسول وكثرة المسلمين، أصبح عدم الإعطاء هو الوسيلة إلى إعزاز المسلمين، لأن إعطاءهم في حالة الكثرة إذلال للمسلمين[4].

فآية الصدقة محكمة، فإن كان قوم لا رغبة لهم في الإسلام إلا النيل منه، وكان في ردهم ومحاربتهم ضرر على الإسلام، لما عندهم من العزّ والمنعة، فرأى الإمام أن يرضخ لهم من أموال الصدقة فعل ذلك[5].

فتقدير وجود المؤلفة قلوبهم أو عدهم، خاضع لحال المسلمين من قوة وعزّة، وذلك راجع إلى التقدير الحكيم للإمام، وهو من السِّيَاسة الشرعية، فإن رأى الإمام وجود علة وسبب سهم المؤلفة قلوبهم، ضرب لهم سهما في الزكاة، وإن لم تكن لهم قوة ومنعة، وإن رأى غياب تلك العلة، وعدم احتياجهم إلى غيرهم، فلا وجود لسهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة.

---

١ – غالب القرشي / أوليات عمر، ص113.

٢ – البلتاجي / منهج عمر، ص 153.

٣ – محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام: إمام، من علماء الحنفية.عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق، وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة، توفي بالقاهرة سنة 861هـ، من كتبه فتح القديرفي شرح الهداية، والتحرير في أصول الفقه. الزركلي/ الأعلام، ج06، ص 255،وكحالة /معجم المؤلفين،ج03، ص 469.

٤ – ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج 02، ص 260 -261 .

٥ – أبو عبيد، القاسم بن سلام / كتاب الأموال، تقديم ودراسة وتحقيق: محمد عمارة، دار الشروق، القاهرة، ط1989/01، ص 719.

قال ابن عبد البر [1]:" ولو اضطر الإمام في وقت من الأوقات أن يتألف كافرا يرجى نفعه وتخشى شوكته جاز أن يعطى من أموال الصدقات[2]."

وهو قول كثير من العلماء فقد قالوا: هم باقون إذا وُجدوا، فإنّ الإمام ربما احتاج إلى أن يستألف على الإسلام، وبه قال الزهري، وعمر بن عبد العزيز، والشافعي وأحمد بن حنبل، واختاره القاضي عبد الوهاب، وابن العربي من المالكية، قال ابن العربي:" **والذي عندي أنّه إن قوي الإسلام زالوا، وإن احتيج إليهم أعطوا** ..."[3].

فالسِّيَاسة في تقدير وجودهم من عدمه مع مرور الزمان، راجعة إلى السلطة التقديرية للإمام، وليس هناك توقيف نهائي لسهمهم مع عدم تجديده.

3 – ومثال الحكم المرتبط بمصلحة معينة، ثم انتفت هذه المصلحة أو تغيرت، جعل بعض الأراضي محمية،وهذا على خلاف الأصل.

فقد كان من عادة الرؤساء والملوك في الجاهلية، أن يحموا بعض الأراضي يمنعون النَّاس من الرعي والصيد فيها، ليختصوا هم بها، وأبطل الإسلام ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم:" **لا حمى إلا لله ورسوله**"[4]، وقد حمى الرّسول عليه السّلام أرض النقيع[5]، كما حمى عمر أرضا لم يحميها يحميها رسول الله، لترعى فيها ماشية الصدقة، وخيل الجهاد.

---

١ – يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر وهو من كبار حفاظ الحديث، ومؤرخ أديب بحاثة ولد بقرطبة ورحل رحلات طويلة، وولي قضاء لشبونة وغيرها توفى بشاطبة. من كتبه الدرر والاستيعاب، والتمهيد والاستذكار وغيرها، توفي سنة 463هـ. القاضي عياض / ترتيب المدارك، ج02، ص 352.

٢ – ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي / الكافي في فقه أهل المدينة، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1407 هـ، ص 114.

٣ – ابن العربي /أحكام القرآن، طبعة دار المعرفة، ج02، ص 966، وابن عاشور / التحرير والتنوير، ج10، ص 239.

٤ – رواه البخاري، كتاب: المساقاة، باب: لا حمى إلا لله ورسوله، ج02، ص 835، رقم 2241.

٥ – رواه البخاري بلاغا، كتاب: المساقاة، باب: لا حمى إلا لله ورسوله، ج 02، ص 835، رقم 2370، وأبو داود في السنن، كتاب: الخراج، باب: في الأرض يحميها الإمام أو الرجل، ج 03، ص 146، رقم 3085، وأحمد في المسند، ج 09، ص 470، رقم 5655، ج27، ص220، رقم 16659.

وقد استنتج بعض الفقهاء منهم الشافعي [1]، أنّ ما حماه رسول الله من الأرض لم يكن على سبيل التشريع الدائم، بل كان تصرفا منه بالإمامة، فيجوز للخليفة بعده، أن يحمي أراضي أخرى للحاجة، ومصلحة الأمة.

وهذه الحمى تكون للمصلحة العامة، وهو من قبيل منع النَّاس لأن ينتفعوا من أراضي هي مباحة في الشريعة الإسلامية، فهنا الحاجة والمصلحة تجيز الحمى، فإذا انتفت رجعنا إلى الحكم الأصلي [2].

فمقصود الحديث السابق، أنه لا حمى لأحد يخص نفسه، ترعى فيه ماشيته دون سائر النَّاس، وإنما هو لله ورسوله، ولمن ورث ذلك عنه عليه السلام من الخلفاء بعده، إذا احتاج إلى ذلك لمصلحة تشمل المسلمين ومنفعة تعمهم،كما فعل أبو بكر وعمر وعثمان، لما احتاجوا إلى ذلك.

وقد عاتب رجل من العرب عمر بن الخطاب في ذلك فقال له عمر:" **بلاد الله، حميت لمال الله**". [3] وقد أنكر أيضا على عثمان أنه زاد في الحمى.

والحقيقة أنه ليس لأحد أن ينكر ذلك، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد تقدم إليه، ولخلفائه الاقتداء به والاهتداء بهديه، وإنما يحمي الإمام ما ليس لأحد، مثل بطون الأودية والجبال والموات، وإن كان قد ينتفع المسلمون بتلك المواضع، فمنافعهم في حماية الإمام لها أكثر [4].

4 – ومثال المقيد بحال من الأحوال، ثم تغيرت تلك الأحوال، فتغير الحكم تبعا لذلك، النهي عن ادخار لحوم الأضاحي، لأمر عارض، فيجوز للمسلم أن يأكل من لحم أضحيته ويدخر منها ويهدي ويتصدق، ولكن ثبت في السنة الصحيحة [5] أن النَّبي صلى الله عليه وسلم، وسلم، أمر في إحدى السنين، أن لا يأكل أحد من أضحيته بعد ثلاثة أيام، ولما سئل في العام

١ – حاشية البجريمي، ج03، ص194، وابن حجر / فتح الباري، طبعة دار المعرفة، ج05، ص 44.

٢ – الزرقا / المدخل الفقهي العام، ج01، ص 217 – 218.

٣ – الحطاب / مواهب الجليل، ج06، ص10.

٤ – ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك البكري القرطبي / شرح صحيح البخاري، تحقيق : أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط02 / 2003، ج06، ص506.

٥ – البخاري، كتاب: الأطعمة، باب: ما كان السلف يدخرون في بيوتهم، ج 05، ص 2115، رقم 2549، ومسلم، كتاب: الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي من أكل لحوم الأضاحي، ج06، ص 81، رقم5218.

التالي عمَّا إذا كان عليهم أن يمتنعوا كالعام السابق، فأخبرهم أنّ النهي كان بسبب قدوم أعراب وفقراء محتاجين في العام الفائت، فأراد لهم أن لا يدخروا اللحوم فوق ثلاثة أيام، بل أن يبدلوا ويكرموا الفقراء والوافدين باللحوم المتبقية من أضاحيهم، وليس عليهم هذه السنة أن يأكلوا ويتصدقوا ويدخروا، كما شاؤوا لزوال سبب النّهي.

فالادخار في أصله مباح، وحرم عليهم للحاجة ورفع الحرج عن الفقراء، وهو من المصلحة العامة، وهو من السِّيَاسة الشرعية التي تتغير بتغير الظروف[1].

ولقد روي عن علي بن أبي طالب أنه نهى في خلافته عن ادخار لحوم الأضاحي يوم أصابت المسلمين مجاعة، وهو من المصلحة العامة التي هي أساس التصرف بوصف الإمامة.

فالنهي عن الادخار ثم الإذن فيه، هو من باب السِّيَاسة الشرعية، وليس من قبيل النَّاسخ والمنسوخ.

قال المهلب[2]: والذي يصح عندي، أنه ليس فيها ناسخ ولا منسوخ، وقد فسر ذلك في الحديث بقوله:" **إنما كان ذلك من أجل الجهد، ومن أجل الدَّافة**[3]"، فكان نظرًا منه عليه السلام لمعنى، فإذا زال المعنى سقط الحكم، وإذا ثبت المعنى، ورأى ذلك الإمام عهد بمثل ما عهد به عليه السلام، توسعة على المحتاجين[4].

فالمتأمل في النَّوع الثاني، يرى فيه أن اجتهاد الإمام كان مع توافر النَّص في المسألة، وهذا لا يخرجه عن نطاق الاجتهاد السِّيَاسي، والنُّصوص هنا وإن كانت قطعية أحيانا في ثبوتها، إلا أنها ظنية في دلالتها، وأحيانا الظنية تدخلها أثناء التنزيل على الواقع أو تنقيح المناط في الواقعة الخاصة، أو الحادثة المعينة، فتطبيق النَّص على الواقع يأخذ نظرات أخرى.

---

١ – الزرقا / المدخل، ج01، ص 218.

٢ – أبو القاسم المهلب بن أحمد بن أسيد بن أبي صفرة التميمي، من أهل العلم الراسخين فيه، المتفنن في الفقه والحديث والعبارة، والنظر، له اختصار للبخاري ، سماه كتاب النَّصيح في اختصار الصحيح، وعلق عليه تعليقاً في شرحه مفيد. وتوفي سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة. ابن فرحون / الديباج، ص 348. والقاضي عياض / المدارك، ج03، ص 313.

٣ – أصله عند مسلم، بلفظ :" إنما نهيتكم من أجل الدّافة التي دفت فكلوا وادخروا وتصدقوا " كتاب: الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي من أكل لحوم الأضاحي، ج 06، ص 80، رقم 5215. وعند البخاري **كان بالنّاس جهد فأردت أن تعينوا فيها**كتاب: الأضاحي، باب: ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها، ج05، 2107، رقم 5249.

٤ – ابن بطال / المرجع السابق، ج06، ص 31.

وهذا النَّوع يقوم على رعاية المصلحة، وهي معتبرة عند تغير المصالح والأعراف والأحوال، الأزمان والمجتمعات، وهذه النُّصوص تدعو إلى تحكيم المصلحة إذا احتاجت الأمة إليها، ودعت الظروف إلى ذلك، مع العلم أن بعض النُّصوص قد روعي زمن تشريعها، أعراف، وعلل ومصالح كانت ملحوظة ابتداء[1].

قال البلتاجي:" ولما كانت مصالح النَّاس، تختلف باختلاف الزمان و المكان والظروف، فإن مهمة أولي الأمر في كل مجتمع هي: أن يصلوا إلى أسلم طريق، لالتقاء التشريع بالمصالح العامة، بحيث يصبح كل منهما، وجها لشيء واحد، وعلى قدر الالتحام بين التشريع والمصلحة، يكون توفيق وليّ الأمر في طاعة الله وإسعاد النَّاس.[2]"

١ - عبد العال عطوة / المدخل إلى السياسة الشرعية، ص 49 -50.

٢ - البلتاجي / منهج عمر في التشريع، ص 110.

الفصل الرابع

ولي الأمر وسلطته في تغيير الأحكام.

البحث الأول: ولي الأمر ووجوب إقامته.

المبحث الثاني: سلطة ولي الأمر على تغيير الأحكام.

المبحث الثالث: سطلة ولي الأمر في تقييد المباح.

الفصل الرابع: ولي الأمر وسلطته في تغيير الحكم.

من واجبات المؤمن تعمير الأرض، لأن الله منها خلقنا وفيها استعمرنا، ولما كانت مصالح البشر متزاحمة متضاربة، كان للتراع بينهم منفذ، وللأنانية صولة لابد أن تحدّ، وللشهوة ضراوة لابد أن تردّ.

ولا يتم ذلك إلا بنصب ولي أمر، له على الرعية حقّ الطاعة و الإتباع، و هو في منصبه محكوم بالمصالح التي يحققها لأمته، والمفاسد التي يدفعها عنهم، ومن هنا أعطاه الشرع من الصلاحيات والسلطات، ما لم يعط غيره من القضاة والمفتيين، فله السلطة التقديرية في تحديد المصالح والمفاسد، وإصدار الأوامر والقرارات، وحتى تقييد المباحات إذا كان في التقييد مصلحة عامة.

المبحث الأول: ولي الأمر ووجوب إقامته.

إقامة وليّ الأمر يحكم الأمة ويقيم العدل بين أفرادها ويحافظ عن مصالحها، من أولى الضروريات التي على الأمة في مجموعها النهوض بها والحرص عليها، فمن هو ولي الأمر، وهل تلزم طاعته في كل ما يصدره من أوامر، وهي سلطاته، وهي مراتب تصرفاته ؟

أولا – تعريف ولي الأمر.

لغة: يطلق الولي في اللّغة بعدّة إطلاقات، فالوليّ هو المحب و الصديق والنّصير والمعين. ووليّ الشيء، أي له عليه ولاية، وهي الإمارة والسلطان.

والوِلاية بالكسر السلطان و الوَلاية و الولاية النُّصرة، يقال : هم عليَّ وَلاية أَي مجتمعون في النُّصرة[1].

اصطلاحا: يطلق " أولوا الأمر" إطلاقاً عاماً، ويراد به كل من ولي أمر شيءٍ ولاية صحيحة، مثل: الوالد صاحب أمر ولده، والسيد صاحب أمر عبده، وولي اليتيم صاحب أمره ، وغيره.

ومصطلح الوليّ أو ولي الأمر عند علماء الشريعة، قد اختلفت فيه عباراتهم إلى حدّ قريب، فقد قيل: إنهم الولاة أو العلماء الذين ينفذ أمرهم على الأمراء، وقيل هم العلماء والفقهاء خاصة، وهذه أهم الأقوال في المسألة:

1 – ذهب كثير من المفسرين، وغيرهم من فقهاء الإسلام ، إلى أن المراد بأولي الأمر ، الذين أمر الله تعالى بطاعتهم هم الأمراء.

قال الطبري:"واختلف أهل التأويل في " **أولي الأمر**" الذين أمر الله بطاعتهم ، فقال بعضهم: هم الأمراء" ، منهم أبو هريرة، وابن عباس، وميمون بن مهران، وزيد بن ثابت والسدّي، رحمهم الله. وقال آخرون: هم أهل العلم والفقه ".

---

١ – ابن المنظور / لسان العرب، ج 15 ص 405. الجوهري / الصحاح، ج06، ص2528 – 2529.

ثم ذكر ابن جرير الراجح عنده، فقال:" وأولى الأقوال في ذلك بالصواب، قول من قال: هم الأمراء والولاة، لصحة الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأمر بطاعة الأئمة والولاة، فيما كان طاعة، وللمسلمين فيه مصلحة"[1]، وذكر بعضاً من تلك الأخبار.

وقال الكيا الطبري[2]: يحتمل أن يراد به الفقهاء والعلماء، ويحتمل أن يراد به الأمراء وهو الأظهر، لما تقدم من ذكر العدل في قوله:" ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ ﴾ النساء: ٥٨ "[3].

وقال أبو السعود الحنفي[4]: ﴿ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ﴿٥٩﴾ ﴾ النساء: ٥٩ " وهم أمراء الحق، وولاة العدل، كالخلفاء الراشدين، ومن يقتدي بهم من المهتدين، وأما أمراء الجور فبمعزل عن استحقاق العطف على الله تعالى، والرسول عليه الصلاة والسلام في وجوب الطاعة لهم.

ويتأيد ذلك بما رواه علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم:" **على الإمام أن يحكم بما أنزل الله، ويؤدي الأمانة، فإن فعل فحق على الرعية، أن يسمعوا ويطيعوا**[5]". وقوله صلى الله عليه وسلم:" **من أطاعني فقد أطاع الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني.**[6]".

---

١ – الطبري / جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج8، ص496 – 497.

٢ – الكيا الهراسي (450هـ– 504 هـ = 1058 – 1110 م) علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، عماد الدين، المعروف بالكيا الهراسي فقيه شافعي، مفسر، تاج الدين السبكي / طبقات الشافعية الكبرى، ج07، ص 231. الزركلي/ الأعلام، ج04، ص 329.

٣ – الكيا الطبري / أحكام القرآن، دار الكتب العلمية ـــ بيروت، ج02،ص72.

٤ – أبو السعود العمادي (898هـ– 982هـ).محمد ابن محمد بن مصطفى العمادي، المُفْتي والمُفسِّر. ولد في إحدى ضواحي القسطنطينية في بيت علم وفضل، تلقى العلوم على يد نخبة من علماء عصره، ومنهم والده، حتى اشتهر أمره وذاع صيته لعلمه وفضله. الزركلي / الأعلام، ج07، ص 59. وعمر كحالة / معجم المؤلفين، ج03، ص 693.

٥ – لم أقف عليه في كتب الحديث، و قد ذكره البغوي في تفسيره، راجع معالم التنزيل، حققه وخرج أحاديثه محمد عبد الله النمر، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلم الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط1998/04، ج02، ص 240.

٦ – رواه البخاري ومسلم، وقد سبق تخريجه في ص50.

وهو رأي الشافعي في الرسالة، فقد استدل على أنهم الأمراء، بأنّ قريشا ومن يليها، لا يعرفون الإمارة، ولا ينقدون إلى أمير، فأمروا بالطاعة لمن ولي الأمر، والإنقياذ له إذا وَلِيَ البلاد[1].

وذكر الرازي أن المراد بهم السلاطين والأمراء، وعلل ذلك، بأن أوامرهم نافذة على الخلق، فهم أولو الأمر على الحقيقة.

ووَلِيُّ الأمر من يقوم بشأن المسلمين في أمر دينهم، وجميع ما أدى إلي صلاحهم، لأن طاعة الإمام على الرعية، فيما وافق الحقّ[2].

2 – هناك مجموعة من أهل العلم، ذهبوا إلى أن أولي الأمر، هم العلماء والفقهاء، وهذا رأي ابن عباس ومجاهد وعطاء والحسن البصري، ولكن العلماء يختلفون فيمن يطاع في المسائل الخلافية ومن يعصى[3].

3 – أولو الأمر، هم العلماء والأمراء معا، وممن جمع بينهما ابن تيمية فقد قال:" أولو الأمر أصحاب الرأي وذووه، وهم الذين يأمرون الناس وينهونهم، وذلك يشترك فيه أهل اليد والقدرة – السلطة – وأهل العلم والكلام، ولأن أوامرهم نافذة على الناس، فلهذا كان أولو الأمر صنفين، العلماء والأمراء[4]. وهو اختيار، أبو بكر الجصاص[5]، وأبو بكر بابن العربي، وابن تيمية، تيمية، و أبو حيان[6]، وابن قيم الجوزية.

قال ابن العربي:" والصَّحيح عندي أنهم الأمراء والعلماء جميعاً، أما الأمراء ، فلأن أصل الأمر منهم، والحكم إليهم، وأما العلماء ، فلأن سؤالهم واجب متعين على الخلق وجوابهم لازم، وامتثال فتواهم واجب، يدخل فيه الزوج للزوجة، ولا سيما وقد قدمنا أن كل هؤلاء حاكم،

---

١ – الشافعي، محمد بن إدريس المطلبي / الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، المكتبة العلمية، بيروت، ص 79 – 80.

٢ – الرازي، الإمام فخر الدين محمد بن عمر التميمي الشافعي/ مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2000/01، ج10،ص116

٣ – البغدادي، أبو بكر أحمد الخطيب / الفقيه والمتفقه، تحقيق، أبو عبد الرحمن عادل الغرازي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط/1421هـ، ج01، ص126 – 128. وابن العربي / أحكام القرآن، تحقيق: محمد علي البجاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج01، ص472 .

٤ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج28، ص170 – 171.

٥ – أحمد بن على الرازي أبو بكر الجصاص الحنفي، سكن ببغداد ومات فيها، انتهت إليه رئاسة الحنفية وامتنع عن تولى القضاء، ألف كتاب أحكام القرآن، وكتابا في أصول الفقه، توفي سنة 370هـ، الزركلي / الأعلام، ج01، ص 171.

٦ – أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن حيّان، له تفسير البحر المحيط توفي سنة 745هـ، الزركلي / الأعلام، ج07، ص152.

وقد سماهم الله بذلك، فقال: " ﴿ يَحۡكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسۡلَمُواْ لِلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلرَّبَّٰنِيُّونَ وَٱلۡأَحۡبَارُ ﴿٤٤﴾ ﴾ المائدة: ٤٤ ، فأخبر تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم حاكم ، والرباني حاكم والحبر حاكم، والأمر كله يرجع إلى العلماء، لأن الأمر قد أفضي إلى الجهال وتعين عليهم ، سؤال العلماء[1]".

فالأشبه أن آية في قوله تعالى: ﴿ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ﴿٥٩﴾ ﴾ النساء: ٥٩ ، تتناول الطائفتين، وطاعتهم من طاعة الرسول، فالعلماء يبلغون أمر الرسول، والأمراء ينفذون، فتجب طاعتهم[2].

قال ابن القيم:" والتحقيق أن الأمراء يطاعون إذا أمروا بمقتضى العلم، فطاعتهم تبع لطاعة العلماء، فإن الطاعة إنما تكون في المعروف وما أوجبه العلم، فكما أن طاعة العلماء تبع لطاعة الرسول، فطاعة الأمراء تبع لطاعة العلماء"[3].

كما لنا أن نتوسع في مدلول كلمة أولي الأمر، لشمل الأمير والإمام والخليفة أو رئيس الدولة، ومن ينوب عنهم، ويمثلهم في جميع المجالات[4].

وزاد الإمام محمد عبده في مدلول كلمة أولي الأمر، وقال المراد بهم:" أهل الحل والعقد من المسلمين، وهم الأمراء والحكام والعلماء، ورؤساء الجند، وسائر الرؤساء والزعماء، الذين يرجع إليهم الناس في حياتهم ومصالحهم العامة، فهؤلاء إذا اتفقوا على أمر وحكم، وسنوا لهم قانونا أو تشريعا، وجب أن يطيعوا، بشرط المواطنة، وعدم مخالفة الكتاب والسنة."[5]

ثانيا: الإمامة والرسالة.

---

١ – ابن العربي / أحكام القرآن، طبعة دار إحياء التراث العربي، ج01، ص472.

٢ – محمد سلام مدكور / نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، بحث مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02 / 1984 ، ص 322.

٣ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج01، ص10.

٤ – القرضاوي / السياسة الشرعية، ص43.

٥ – محمد رشيد رضا / تفسير المنار، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر: 1990، ج05، ص 147، وتفسير المنار، ج05، ص 147.

من الأشياء الضرورية واللازمة على المجتهد، التمييز بين مقامات الأقوال والأفعال، الصادرة عن صاحب الشريعة عليه السلام، إذ به تنظر كثير من أوجه المقاصد الشرعية، كما هو مقرر عند علماء المقاصد، يقول الطاهر بن عاشور: وللرسول صلى الله عليه وسلم، صفات كثيرة، صالحة لأن تكون مصدر أقوال وأفعال منه، فالناظر في مقاصد الشريعة – والتي هي لبّ السياسة الشرعية — بحاجة إلى تطلع تعيين الصفة التي فيها صدر منه القول أو الفعل[1].

ومما يجب تمييزه من أفعاله صلى الله عليه وسلم، تصرفه بالإمامة وتصرفه بالرسالة، وذلك لما لهذا التفريق من علاقة مهمة بالسياسة الشرعية.

وقد ذكر القرافي أن لولي الأمر مراتب كثيرة، أورد منها خمس عشرة مرتبة، ومن هذه مراتب الإمامة الكبرى، وهي تدخل في جميع أبواب القضاء في الأموال والدماء، وهذه الأبواب جزء منها، لأنها تتناول أهلية القضاء وأهلية السياسة العامة[2].

ثم يقول:" إن للإمام الأعظم، أن يقضي ويفتي، ويزيد على ذلك أنه يفعل، ما ليس بفتيا ولا قضاء، كجمع الجيوش، وإنشاء الحروب، وحوز الأموال وصرفها، وتولية الولاة، وقتل الطغاة، إلى أمور كثير، فكل إمام قاضٍ ومفتٍ ولا عكس[3].

ثم فرق بين منصب الإمامة والرسالة، فقال: الإمام هو الذي فوضت إليه السياسة العامة في الخلائق وضبط معاقد المصالح، ودرء المفاسد وقمع الجناة وقتل الطغاة، فصارت السلطة العامة التي هي حقيقة الإمامة مباينة لحكم القاضي، من حيث هو حكم، إلا على سبيل المجاز. وقد تحقق وصف الإمامة للرسول صلى الله عليه وسلم، بما كان يفعله مما هو من خصائصها، كقسمة الغنائم وتفريق أموال بيت المال و ترتيب الجيوش.

---

١ – ابن عاشور / مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ص 28، وورقة عبد الرزاق / ضوابط اجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، دار لبنان، ط2003/01 ، ص42.

٢ – القرافي، شهاب الدين، أبو العباس أحمد بن إدريس / الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحيق: محمود دعرنوس، مطبعة الأنوار، ط1938/01، ص44.

٣ – فؤاد حسني قلع / مقاصد التصرفات النبوية، جامعة الزيتونة، المعهد الأعلى لأصول الدين، رسالة ماجستير، نوقشت سنة 2001، ص 186.

وأما الرسالة، فهي التبليغ عن الله، وهو معنى منفصل عن السياسة العامة، فالإمامة وصف زائد على النبوة والرسالة والفتيا والقضاء، فوصف الإمامة، هو تنفيذ لا على وجه القضاء والإبرام والإمضاء[1].

وقد لخص ابن الشاط الكلام عن هذه المناصب فقال:" المتصرف في الحكم الشرعي، إما أن يكون تصرفه، بتعريفه، وإما بتنفيذه، فإن كان تصرفه بتعريفه، فذلك هو الرسول إن كان هو المبلغ عن الله، وتصرفه هو الرسالة، وإلا فهو المفتي، وتصرفه هو الفتوى.

وإن كان تصرفه فيه بتنفيذه، فإما يكون تنفيذه بفصل وقضاء وإبرام وإمضاء، وإما أن لا يكون كذلك، فإن لم يكن كذلك، فهو الإمام وتصرفه هو الإمامة، وإن لم يكن كذلك فهو القاضي، وتصرفه هو القضاء[2].

والتصرف بالإمامة يختص بمصالح المسلمين العامة، وما يلحق بها من السياسات الشرعية، وأحكام الولايات، وغالب التدابير العامة المتعلقة بالشأن العام، فتصرفه عليه السلام بوصفه إمام للمسلمين، مرتبط بالمصالحة العامة غالبا.

لذا فالإمامة تتميز عن القضاء بأنها أعمّ منه، والقضاء جزء منها، وتتميز عن الفتوى، بأن أحكامها نافذة، وفي الغالب لا تختص بالقضايا الجزئية،كما أنها متوسعة في المصالح المرتبطة بالسياسة الشرعية[3].

فوصف الإمامة صلاحية خاصة، يعطيها الشارع للإمام، أو من ينوب عنه من المجتهدين في الحكم، في أمر ما تضمَّنَ عدّة وجوه، حسبما تستدعيه مصلحة المسلمين، في كل زمان، وحسبما يتعلق به المصالح أو العلل المعتبرة[4].

ووصف الإمامة يعتمد عليه، في حسن السياسة وتدبير الأمور،ومعالجة المشاكل الأمة، بما يتفق وظروفها، ويختار له الحلّ الأمثل،معتمدا على المصلحة الراجحة، ويخضع ذلك لاجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم، واجتهاد من بعده من حكام المسلمين.

---

١ – القرافي / الإحكام، ص24 – 25. وص 105. والفروق، ج01، ص 206-207.

٢ – ابن الشاط / تهذيب الفروق، ج01، ص 206 – 207.

٣ – وورقية عبد الرزاق / ضوابط اجتهاد التنزيلي، ص 65.

٤ – فؤاد حسني قلع / مقاصد التصرفات النبوية، ص 186.

غير أن اجتهاد صلى الله عليه وسلم، وحيٌّ بالمآل، لأنه لا يقر على الخطأ[1].

ثالثا: وجوب إقامة ولي الأمر.

الأمة في حاجة ماسة إلى ضرورة إقامة وتنصيب ولي الأمر ينوب عنها، وترجع إليها في تنظيم شؤونها.

والصَّحَابَة الكرام قد بايعوا أبا بكر الصِّديق خليفة لرسول الله صلى الله عليه وسلم، لتكون له الإمامة والرئاسة عليهم، وهذا قبل دفنه عليه السلام، و لم يرضوا أن تبقى الأمة دون إمام، مع عظم المصيبة التي وقعت عليهم، وفجعت قلوبهم، وما ذلك إلا حفاظا على وحدة الأمة، وحماية لشوكتها.

والإمامة رئاسة عامة في أمور الدين والدنيا، نيابة عن النبي صلى الله عليه وسلم، ويسمى الخليفة إماما، تشبيها له بإمامة الصلاة.

وجمهور الفقهاء على أن ذلك فرض من فروض الدين، يقول الماوردي: الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا، وعقدها لمن يقوم بها واجب بالإجماع، وشذ الأَصمّ المعتزلي، وقالت طائفة: هي واجبة بالعقل لما في الطباع السليمة من التسليم لزعامة من يمنع التظلم بينهم، وقالت أخرى هي واجبة بالشرع، لأن الإمام يقوم بأمور شرعية[2].

وولاية أمر الناس من أعظم واجبات الدين، بل لا قيام للدين ولا للدنيا إلا بها، فإن بني آدم لا تتم مصالحهم إلا بالاجتماع لحاجة بعضهم لبعض، ولابد لهم عند الاجتماع من رأس، حتى قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" **إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم**"[3].

ولأن الله تعالى أوجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، و لا يتم ذلك إلا بالقوة والإمارة لما ثبت من[4]:" **أن السلطان ظل الله في الأرض**"[1].

---

١ – فؤاد حسني قلع / المرجع السابق، ص187.

٢ – الماوردي / الأحكام السلطانية، ص05.

٣ – رواه أبو داود في سننه، كتاب:الجهاد، باب: في القوم يسافرون يأمرون أحدهم، ج 02، ص 340، رقم 2610، والبيهقي في السنن الكبرى، ج05، ص 257، رقم10649. وقد حسن الألباني إسناده، يراجع: السلسلة الصحيحة، ج03، ص314.

٤ – ابن تيمية / السياسة الشرعية، ص168.

ويرى ابن خلدون أن نصب للإمام واجب، قد عرف وجوبه في الشرع بإجماع الصَّحَابَة، لأنهم بادروا إلى مبايعة أبي بكر، وتسليم النظر إليه في أمورهم، وكذالك الأمر في كل عصر بعد ذلك. ولزوم ذلك يمليه العقل لضرورة الاجتماع للبشر واستحالة حياتهم منفردين، ومن ضرورة الاجتماع التنازع، لازدحام الأغراض، فما لم يكن هناك حاكم، أفضى ذلك إلى التهارج المؤذن بهلاك البشر وانقطاعهم، مع أن حفظ النّوع من مقاصد الشرع الضرورية[٢].

إذًا الإمامةُ ونصبُ وليِّ الأمرِ، مقصد ضروري وكلي من مقاصد الشريعة، فتعين الاهتمام به.

---

١ – البيهقي / السنن الكبرى، ج 08، ص 162. وشعب الإيمان، ج15، ص 423. قال الهيثمي: رواه البزار، وفيه سعيد بن سنان أبو مهدي وهو متروك. مجمع الزوائد، ج05، ص 355. وأما الألباني، فقد حكم على الحديث بأنه موضوع، يراجع: السلسلة الضعيفة، ج02، ص151.

٢ – ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد الحضرمي / المقدمة، دار القلم، بيروت، ط05/ 1984، ص 191.

المبحث الثاني: سلطة ولي الأمر على تغيير الأحكام.

استقرار أوضاع الأمة وحفظ مصالحها، لا يكون إلا بنَصبِ حاكم مسلم يلي أمر جماعة المسلمين، ويرعى شؤونها ويحمي بيضة الدين ويصون أحكام الله في أرضه، وإلا عاشت الأمة في هرج ومرج، وكان مآلها إلى الزوال، لأن غياب الحاكم عن الأمة يعني بالضرورة تضارب المصالح وتزاحم المنافع وهو مفتاح لأبواب الفساد الشرور.

وأوامر الحاكم وقراراته لا يكون لها اعتبار ولا تُجنى منها فوائد ولا ثمار، إلا إذا صاحبها تحتيم وإلزام للرعية بوجوب القيام بها.

ولتقرير هذا المبدأ أوجبت الشريعة طاعة ولي الأمر في أمر ونهي في غير معصية، وأعطته السلطة في تغيير بعض الأحكام غير القطعية إذا رأى في تغيرها مصلحة للأمة، وكان بذلك أن يقيد بعض المباحات في زمان ومكان معين، إذا رأى المصلحة في ذلك التقييد.

أولا: طاعة ولي فيما يصدره من أحكام.

طاعة ولي الأمر واجبة شرعا فيما لا معصية فيه امتثالا لأمر الله وتحقيقا لمعنى الولاية الذي يستلزم الطاعة والامتثال، حتى لا تتفرق كلمة المسلمين، و يتعرض منصب الإمامة للاستهانة والطعن، فيضرب الأمن ويختل النظام في الدولة، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم:" **السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة.**"[1].

وما يؤكد وجوب طاعة ولاة الأمور – ما لم يخالفوا شرع الله – ما يشير إليه عطف أولي الأمر في الآية على الرسول، إدخالا لطاعتهم ضمن طاعة الرسول، فإن الآية الكريمة كررت فعل الطاعة عند الأمر بطاعة الرسول، إيذانا باستقلال أوامره بوجوب الطاعة، وإن لم تكن من أوامر القرآن الكريم، إذ يقول:"﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ النساء: ٥٩ وأما الأمر بطاعة أولي الأمر، فإنه لم يكرر فيه لفظ أطيعوا، إشارة إلى طاعتهم بالتبع لطاعة الرسول، ولا تلزم طاعتهم

---

١ – البخاري، كتاب: الأحكام، باب: السمع والطاعة للإمام ما تكن معصية، ج 06، ص 2612، رقم 6725، ومسلم، باب: وُجُوبِ طَاعَةِ الأُمَرَاءِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ وَتَحْرِيمِهَا فِي الْمَعْصِيَةِ، ج06، ص15، رقم 4869.

استقلالا، إذا خرجوا على أحكامه وأمروا بما فيه معصية، ومن الأدلة المشيرة لذلك قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق**[1]" وقوله:" **إنما الطاعة في المعروف**[2]".

ويشترط في طاعة أولي الأمر أن لا تكون في معصية متيقنة، ويدخل فيه المباح على التحقيق، إذ الامتثال في المباح أمرا ونهيا، لا يترتب عليه معصية، فتجب طاعة الإمام في الأمر بفعل المباح أو تركه، ويدخل في الطاعة الأمور الاجتهادية أيضا[3].

قال ابن عاشور:" لّما أمر الله الأمّة بالحكم بالعدل، عقّب ذلك بخطابهم بالأمر بطاعة الحكّام ولاة أمورهم، لأنّ الطاعة لهم هي مظهر نفوذ العدل الذي يحكم به حكّامهم، فطاعة الرسول تشتمل على احترام العدل المشرّع لهم وعلى تنفيذه، وطاعة ولاة الأمور تنفيذ للعدل، وأشار بهذا التعقيب إلى أنّ الطاعة المأمور بها هي الطاعة في المعروف، ولهذا قال عليّ:" حقّ على الإمام أن يحكم بالعدل ويودّي الأمانة ، فإذا فعل ذلك فحقّ على الرعية أن يسمعوا ويطيعوا "[4].

وعن ابن عمر قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم:" **السمع والطاعة حقٌّ ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة**[5]". وقال صلى الله عليه وسلم:" **وإنما الإمام جُنَّةٌ، يقاتل من ورائه** [6]". فالإمام جُنُّةٌ بين الناس بعضهم من بعض، لأن بالسلطان نزع الله عن المستضعفين من الناس فهو ستر لهم، وحرز أموالهم، وسائر حرمات المؤمنين أن تنتهك.

---

١ – رواه ابن أبي شيبة في المصنف، في إمام السرية يأمرهم بالمعصية من قال لا طاعة له، ج06، ص 545، رقم 33717، ورواه أحمد بلفظ لا طاعة لمخلوق في معصية الله عزّ وجلّ، يراجع المسند، ج 02، ص 333، رقم 1095، قال الهيثمي: ورجال أحمد رجال الصحيح. مجمع الزوائد، ج05، ص 407.

٢ – البخاري / كتاب: الأحكام، باب: السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، ج 06، ص2612، رقم 6726، ومسلم،كتاب: الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، ج06، ص15، رقم 4871.

٣ – محمد سلام مدكور / نظرية الإباحة، ص 328 –329

٤ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 5 ، ص 96.

٥ – البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: السمع والطاعة للإمام، ج03، ص 1080، رقم 2796.

٦ – البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: يقاتل من وراء الإمام ويتقى به، ج 03، ص 1080، رقم 2797، ومسلم، كتاب: الإمارة، باب: الإمام جنة يقاتل من ورائه، ج02، ص 20، رقم 961.

والإمام يتقى به، أي يرجع إليه في الرأي والفعل،وغير ذلك مما لا يجب أن يقضى فيه إلا برأي الإمام وحكمه، ويتقى به الخطأ في الدين والعمل من الشبهات وغيرها[1].

والحاكم المطاع سواء أكان مختارا أم متغلبا، فطاعة المتغلب واجبة ما أقام على الجُمعَات والأعياد والجهاد وأنصف المظلوم في الأغلب، فإن طاعته خير من الخروج عليه، لما في ذلك من تسكين الدهماء وحقن الدماء، وكذلك المذموم ببدعة أو فسق[2].

قال ابن عابدين: الظاهر أن المراد بطاعة الإمام ما يعمّ المتغلب، لأنه بعد استقرار سلطنته ونفوذ قهره لا يجوز الخروج عليه كما صرحوا به، ثم رأيت في الدر المنتقى قال: إن هذا في زمانهم وأما في زماننا فالحكم للغلبة، لأن الكل يطلبون الدنيا فلا يدرى العادل من الباغي[3].

و اختلف العلماء في وجوب طاعة الأمراء في المباح، فقيل لا يجب عليهم طاعته فيه، لأنه لا يجوز لأحد أن يحرم ما أحله الله، ولا أن يحلل ما حرمه الله.

ذهب الجمهور إلى أنه يجب طاعة الإمام في أمره ونهيه، ما لم يأمر بحرام، ومنهم من قيّده بما فيه مصلحة عامة [4]، فحينئذ تجب طاعته ظاهرا وباطنا، وأما الأمر الذي ليس فيه مصلحة، فيجب امتثال أمره ظاهرا فقط، وكذلك يقال في المباح الذي فيه ضرر للمأمور به.

وذهب المالكية إلى وجوب طاعة الإمام في غير معصية ظاهرة، قال ابن عبد البر:" طاعة الإمام واجبة في كل ما يأمر به، إلا أن تكون معصية بينة لا شك فيها."[5]

---

١ – ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج05، ص128.

٢ – ابن بطال / المرجع السابق، ج02، ص 327 – 328. وقال الماوردي: طاعة الإمام واجبة إلا فيما يعلم أنه ظلم، وطاعة المتغلب غير واجبة إلا فيما يعلم أنه حقّ." الماوردي / الحاوي الكبير، تحقيق:أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، ط02/ 2003، ج12، ص 156.

٣ – حاشية ابن عابدين، ج04، ص 2640

٤ – النووي / روضة الطالبين، ج 10، ص 47. والشربيني / مغني المحتاج، ج 01، ص 322. وعبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر باعلوي / بغية المسترشدين، دار الفكر، بيروت، ج01، ص 91.

٥ – ابن عبد البر / الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، طبعة 2000، ج05، ص 134.

فواجب على الرجل طاعة الإمام فيما أحب أو كره، وإن كان غير عدل ما لم يأمره بمعصية، وقال صلى الله عليه وسلم : "**السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة** "[1].

وقال في تكملة حاشية رد المحتار: تجب إطاعته فيما أباحه الشرع، وهو ما يعود نفعه على العامة، وقد نصوا في الجهاد على امتثال أمره في غير معصية[2].

وواضح ضعف القول الذي يذهب إلى عدم وجوب طاعة الإمام في المباح بعد مراعاة الشروط.

ويرد عليه بأن طاعته في المباح لا تستلزم تحليل ما حرم الله، ولا تحريم ما أحلّ الله، كل ما في الأمر أنّ هناك أشياء ومسائل لا تأمر الشريعة فيها بشيء، ولكن الحاكم رأى فيها مصلحة، فأمر به، أو رأى مفسدة عامة فنهى عنها، لا على أنه تشريع بل توجيه للأمة لأمر صالح حتى لا تفوت عليها مصلحة عامة، وحتى لا تقع في مفسدة عامة، وظاهر أنّ الأمر لا يوصف لا بالتحليل ولا بالتحريم[3].

والأشبه وجوب طاعة الحاكم في الأمر بالمباح، الذي أمر به أو نهى عنه، إذا كان في ذلك مصلحة عامة للأمة، لأن وجود المصلحة فيه، بجلب منفعة للأمة أو درء مفسدة عنها، يخرجه من قيد المباح إلى غيره من أمر أو حظر، وهنا تجب طاعة الإمام أمرا و نهياً.

قال ابن نجيم: طاعةُ الإمام في غير معصية، واجبةٌ، فلو أمرَ الإمامُ بصيام يومٍ وجبَ.

---

١ – ابن رشد الجد / البيان والتحصيل، ج03، ص 63. والحديث سبق تخريجه.

٢ – ابن عابدين، علاء الدين محمد بن محمد أمين / تكملة حاشية رد المحتار (قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، طبعة دار الفكر بيروت، ج01 ، ص 16. ويراجع الأصل أيضا ابن عابدين الأب / حاشية رد المحتار، ج06، ص 460.

٣ – محمد سلام مدكور / نظرية الإباحة، ص 330.

بل نصوص الفقهاء جميعا تفيد أنّ السلطانَ إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي، كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ، فلو أمر بفسخ العقود لمصلحة طارئة، وكانت جائزة نافذة، فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلة، أو موقوفة على حسب الأمر[1].

وطاعته حتى وإن قيّدت، بأن لا تكون في معصية، لإمكان وقوعه في الخطأ والانحراف لعدم عصمته، وإنما العصمة ثابتة لمجموع الأمة، فإن العلماء قد استثنوا من عدم الطاعة في المعصية، أن يترتب على مخالفته في المعصية، مفسدة أكثر مما يترتب على الطاعة، وحينئذ تسع الطاعة ويجوز امتثال لأمره ظاهرا لا باطنا، لأنه معصية بل تجب طاعته أحيانا تقية، لخوف تلف نفس أو عضو أو ضياع مال وما إليه[2].

قال ابن عجيبة:" تجب طاعة الأمراء فيما أمروا به من طاعة دون المعصية، إلا لخوف هرج، فإن لم يعدل مثلا، وجبت طاعته خوفا من الفتنة، وهو الأصحّ[3].

وطاعة ولي الأمر في الأمر بالمباح، قيدت أيضا أن تكون متصلة بشيء من جهة كونه واليا، أي أن يأمر بشيء يتعلق بشؤون الولاية، وأما إذا أمر بشيء يرجع إلى شخصه أو إلى غيره من الأفراد، من غير أن يرجع إلى المصلحة عامة من خصائص الولاية، فلا تجب طاعته حينئذ[4].

ثانيا: سلطة ولي الأمر في تغيير الأحكام.

تغيير الأحكام من حكم إلى آخر، أمر ثابت في الأحكام الشرعية، وهذا خاص بالأحكام الشرعية الاجتهادية الظنية، تبعا لتغير العلل أو الأزمنة أو الأمكنة، ومسايرة لأعراف الناس ومصالحهم، وهذا النقل يكون ممن القدرة على التصرف والاجتهاد في الأحكام الظنية، وربطها

---

١ – الحموي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحنفي/ غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر(لزين العابدين ابن نجيم المصري)، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1985، وابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج 05، ص 422. وابن نجيم / البحر الرائق، ج05، ص152.

٢ – محمد سلام مدكور / المرجع السابق، ص 332.

٣ – ابن عجيبة، أحمد الحسني الإدريسي الشاذلي الفاسي أبو العباس ت1222هـ / البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، تحقيق : أحمد عبد الله قرشي رسلان، نشر حسن عباس زكي، القاهرة، طبعة 1419 هـ، ج01، ص 519. تراجع ترجمته، الأعلام للزركلي،254/1.

٤ – محمد سلام مدكور المرجع السابق، ص332.

بمصالح الأمة، وهو ينبني على أدلة وأمارات نصبها الشارع، كالمصلحة المرسلة أو الضرورة أو الحاجة والمشقة والرخصة و رفع الحرج.

بل المكلفون كأفراد لهم الحقّ في تغيير الحكم، فالمندوب يتحول إلى واجب بالنذر، والشروع في النافلة يقلبها إلى فرض عند بعض الفقهاء[1].

وأما الحاكم فقد مُيِّزَ بأن له سلطة الإشراف على شؤون الناس وتدبير مصالحهم، وذلك بما ولِّيَ عليه ويوجب تبديل أو تغيير بعض الأحكام، بحسب ما يرتبط بالأفعال من المصالح الطارئة، أو المضار العارضة أو المفاسد المتجددة، فكما قال عمر بن عبد العزيز:" **تحدث للناس أقضية، بحسب ما أحدثوا من الفجور**".

فتغير الحكم من قِبَلِ الحاكم أمر تقتضيه الشريعة وفقا لمقاصدها، إذ الحكم قد يختلف باختلاف الزمان وتحقق المصلحة أو حدوث ضرورة لذلك، أو لمعالجة فساد قد يطرأ، بحيث لو لم يتغير الحكم لنجم عنه مشقة وضرر.

ويبدو أن أصل تغير الحكم مرده إلى قاعدة شرعية ثابتة وهي أنه:" لا ينكر تغير الأحكام بتبدل الأزمان[2]"

ويوضح الإمام القرافي هذا المعنى فيقول:" إن للمكلف نفسه أن ينشئ الوجوب، فيما ليس بواجب،كما في النذور الذي تنقل به الطاعة غير الواجبة إلى الوجوب...وقد جعل الشارع الأسباب نوعين: منها ما قدره في أصل الشريعة، ومنها ما وكل إنشاء سببه إلى المكلف بالنسبة لجميع الأحكام بما فيها المباح ، فليكن الحاكم أولى بأن يعطيه الشارع سلطة الإنشاء، للضرورة درء الفناء ودفع الفساد...والدليل على ذلك إجماع الأمة قاطبة، أن حكم الله تعالى، ما حكم

---

١ – قال الحطاب:

قف واستمع مسائلا قد حكموا * بكونها بالابتداء تلزم.**

صلاتنا وصومنا وحجنا * وعمرة لنا كذا اعتكافنا.**

طوافنا مع ائتمام المقتدي * فيلزم القضا بقطع عامد.**

يراجع: الحطاب / مواهب الجليل، طبعة دار الفكر، ج 02، ص 90، محمد الأمين زيادان جنكي / مراقي السعود إلى مراقي السعود، طبعة خاصة بمحقق الكتاب، الرياض، ط2002/02، ص73.

٢ – عبد السلام التونجي / مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية، بنغازي، ليبيا، د، ت، ط، ص122 – 123.

به الحاكم في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب إتباعه على جميع الأئمة، ويحرم على كل واحد نقضه[1]".

إذا فالأحكام قد تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف، ورفع الضرر والفساد لبقاء النظام على أتمّ نظام وأحسن إحكام[2].

وأما الدائرة أو المجال الذي يتصرف فيها الحاكم في الأحكام، فيشمل ثلاثة أنواع، وهي الواجب والحرام والمباح، ليس من المعقول أن ينظر الحاكم في التغيير إلى المندوب أو المكروه[3].

قال القرافي:" إن حكم الحاكم وإن كان حكما لله تعلى لا يتصور فيه الأحكام الخمسة، فإن مقصوده إنما هو سدّ باب الخصومات ودرء الظلومات، بل يتصور فيه ما يكون سببا، وهو الوجوب والتحريم والإباحة".

فوظيفة الإمام أو الحاكم أن يكلف بفعل شيء، أو تركه أو يرفع التكليف به، مسايرة لحاجة الناس، ومصالحهم من غير مصادمة لقاعدة من قواعد الشرع، وهذا من باب السياسة الشرعية.

وأما المندوب والمكروه، فإنهما يتعلقان بما بين العبد وربه، من طلب القربة[4].

وفقهاء المذاهب قرروا أن لولي الأمر أن ينهي إباحة الملكية، بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه، فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً، فإذا منع من فعل مباح صار حراماً، وإذا أمر به صار واجباً. والدليل على إعطاء ولي الأمر مثل هذه الصلاحيات في غير المنصوص على حكمه صراحة هو قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ﴿٥٩﴾ ﴾ النساء: ٥٩ وأولو الأمر في السياسة والحكم، هم الأمراء والحكام والعلماء[5].

---

١ – القرافي / الإحكام، ص 04.

٢ – ابن عابدين، محمد بن عمر / رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 02، ص 125. وعبد المجيد جمعة / القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين، ص373 – 374.

٣ – عبد السلام التونجي / مؤسسة الإباحة، ص124.

٤ – محمد سلام مدكور / نظرية الإباحة، ص 337.

٥ – الزحيلي وهبة / الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط1988/04، ج 7 ، ص 23.

وقد نقل الفقهاء أنّ الحاكم إذا أمر رعيته بفعل مندوب، صار في حقهم في مرتبة الواجب، ومن ذلك ما نقله السادة المالكية من أن الإمام إذا أراد الاستسقاء ، وأمر الناس بالصيام، وجبت طاعته، قال الدسوقي:" لأنه إذا أمر بمندوب أو مباح، وجبت طاعته، وإن أمر بمكروه، ففي وجوب طاعته قولان، وإن أمر بمحرم، فلا يطاع قولا واحدا، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.[1]"

وإذا وسعنا النظر في المسألة، أمكننا القول بأن ولي الأمر له إمكانية نقل كل حكم إلى ما يقابله، فينقل الوجوب إلى الإباحة أو التحريم[2]، كما ينقل التحريم إلى الإباحة والوجوب، وينقل الإباحة إلى الوجوب أو التحريم، كل هذا فيما لم يرد فيه نصٌّ قطعيّ أو إجماع، وإنما كان الحكم فيه مبني على الظن والاجتهاد على أساس القرائن والأمارات.

وولي الأمر له تغيير الأحكام وفق ما يراه أصلح للأمة، وهو في ذلك لا يعتبر مشرعا، لحكم جديد، بل هو متبع لشرع الله، لأن اجتهاده وتغييره لابد أن يبنى على المصالح والأسباب الشرعية المختلفة، العرف والمصلحة المرسلة،وسد الذرائع وغيرها، فهو في حكمه مقيد بما يدل عليه الدليل الشرعي، مثله مثل المجتهد الذي يوسعه في الوقائع، وولي الأمر منفذ حكم شرعي وصل إليه باجتهاده وفق شروطه الشرعية.

ويجلي الإمام القرافي هذه الحقيقة فيقول: الحاكم منشئ إلزاما أو إطلاقا للمحكوم عليه، بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح، فهو إذا أخبر الناس، أخبرهم بما حكم به هو، لأن الله فرض عليه ذلك بما ورثه عن رسول الله كما في قوله: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴿٤٩﴾ ﴾ **المائدة: ٤٩.**

---

١ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 01، ص406 – 407. وهو قول الشافعية، قال في تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 10 ، ص252. :"الْأَوْجَهَ أَنَّ الصَّوْمَ بِأَمْرِ الْإِمَامِ يَجِبُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا" .وهو قول الحنبلة أيضا . يراجع البهوتي / الإقناع، ج01، ص 177..

٢ – قد يقال: كيف ينقل الفعل من وجوب إلى التحريم ؟ ويجاب على ذلك: بأن النقل هنا ليس في الفعل الواحد ولا في أصل حكمه، بحيث ينظر إليه بعيدا عن الأوصاف والظروف والملابسات التي قد تحتف به، فإن ذلك غير متصور شرعا، بل الفعل قد ينقل من الوجوب إلى الحرمة، بتغير بعض أوصافه، فعند ذلك يكون الحكم الجديد، لتلبس الفعل بوصف جديد، فيوجد حكمان متغيران لواقعة أو فعل بوصفين مختلفين، فمثلا طلب الماء من أجل الوضوء واجب شرعا، فإذا تيقن المكلف أن في طلبه ضياع لماله أو تلف لنفسه، كان طلب الماء في حقه حرام، فالحكم تغير لتغير الوصف، فكأنه عندنا حكمان لواقعتين.

فالقرافي يريد بقوله منشئ، أن الله أعطاه سلطة الحكم، على مقتضى ما أنزل في كتابه وسنة نبيّه، وهذا لا ينافي أن الله هو الحاكم في جميع الأحكام، ثابتها ومتغيرها، وإلا لم تكن أحكاما شرعية، ولمتكن مصادر السياسة الشرعية، هي الأدلة الشرعية.

إذا فالله تعالى جعل للحاكم المسلم المجتهد، أن ينشئ الحكم في مواضع الاجتهاد، بحسب ما يقتضيه الدليل الشرعي، الذي يتعامل معه اجتهادا واستنباطا، وذلك إذا بلغ مرتبة الاجتهاد، أو عند من قلده من أئمة الاجتهاد والنظر، وأن الحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم مع الحاكم.

فهو منشئ لحكم الالتزام فيما يلزم، والإباحة فيما يباح، كالقضاء بأن الموات الذي ذهب إحياؤه صار مباحا مطلقا، كما كان قبل الإحياء والإنشاء[1].

قال الزحيلي: لولي الأمر أن يأمر بالمباح، لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته، وفي رأي بعض الفقهاء، أمر الحاكم ينشئ حكماً شرعياً، فعقد الوصية، وهو من عقود التبرعات، يجوز أن يكون بإشهاد كتابي، ويجوز أن يكون بإشهاد شفوي، وإذا رأى ولي الأمر أن يكون بإشهاد كتابي، وجب على الكافة أن يعملوا به[2].

وله أن يحدَّ من شمول بعض الأحكام الشرعية أو تطبيقها، وله أن يأمر بالعمل بالقول الضعيف أو المرجوح إذا اقتضت مصلحة طارئة ذلك[3].

والواقع أن امتثال أمر الإمام يحدث حكما شرعيا أخرويا، وحكما دنيويا، فأمر الإمام يحدث وجوبا شرعيا، ونهيه يحدث حرمة شرعية، فإن الحكم الذي يحدث عند أمر الإمام المجتهد ونهيه، فو في الحقيقة، لم يحدث عن أمره ونهيه هو، وإنما حدث بأمر الله، لأن الحاكم كالنائب عن الله[4].

---

١ – القرافي / الفروق، ج02، ص 103 – 106.

٢ – الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 10 ، ص 270.

٣ – الزرقا / المدخل، ج01، ص217.

٤ – محمد سلام مدكور / نظرية الإباحة، ص 339.

المبحث الثالث: سطلة ولي الأمر في تقييد المباح.

لما كانت بعض الأحكام غير ثابتة، بل متغيرة بتغير الزمان و المكان والأحوال والأشخاص، كان لازما على ولي الأمر مراعاة ذلك حفاظا على مصلحة الرعية، ولأن في إهدار ذلك تفويتا لمنافع الناس، وهو نوع من المفاسد التي دفعها الشرع ورفعها، وأن عدم مراعاة الظروف فيه ضيق وحرج و مشقة بالناس.

ولما كانت بعد الأفعال المباحة، قد يفضي تنزيلها على الواقع إلى مفاسد ومضار، كان لولي السلطة في إلغائها أو منعها أو تقيدها بالزمان أو المكان وحتى بالأشخاص أحيانا إذا رأى في ذلك مصلحة للأمة، وهذا ما يطلق عليه سلطة ولي الأمر في تقييد المباح.

أولا: اجتهاد ولي الأمر و تقييد المباح.

المسلم مهما كان ليس له أن يغير شرع الله، بأن يأتي بتشريع ليس من تشريع الله ورسوله. غير أن هناك نصوصا ظنية لم تصل إلى درجة القطع في الدلالة على الحكم، يعمل المجتهد فيها وقف أمارات وقرائن عينها الشارع، فهذه الأحكام قابلة للتغيير والتبديل، وهي خاضعة لظروف البيئات والأزمنة والأمكنة والأعراف.

والإمام أو ولي الأمر لا يختلف عن المجتهد في مثل هذا لأنه يزيد على المجتهد المفتي، بالإلزام والتنفيذ.

واجتهاد ولي الأمر يكون ضمن قيد ما لا يأباه الشرع أو يخالفه بنص قاطع، أي إن التغيير يكون في نطاق ما هو حكمه ظني مبني على الاجتهاد بمقتضى القرائن والأمارات، وهي بلا شك قابلة للتغيير والتبديل تبعا للظروف والبيئات والأزمنة والأمكنة والأعراف، بمعنى أن يعتبر العلماء أو الحكام النص إذا كان ذلك يتم بالسياسة الشرعية، فإنه لا سياسة إلا وافق الشرع ومقاصده[1].

لذا فالإمام له أن ينظر في تغيير الأحكام، وقف المصالح والمفاسد من غير أن يصطدم بقاعدة عامة، ولا دليل قطعي ولا إجماع، وهذا يتطلب أهلية خاصة من العلم والاجتهاد، فيرى أن ما

---

١ - عبد السلام التونجي / مؤسسة الإباحة، ص 125.

كان واجبا مثلا أصبح مباحا أو ممنوعا، لأن ما كان يقتضي وجوبه قد تغير، وعند ذلك يصير ما رآه ولي الأمر حكما شرعيّا ظنياّ، يوصف بالإباحة والحرمة، بعد أن كان حكمه الأصلي الوجوب الظني، لأن التغيير في الحكم الظني، لا يكون إلا إذا كان الحكم الطارئ مخالفا لأول في وجهة نظره، كما حدث في اختلاف توزيع الغنائم بين المهاجرين والأنصار في زمن أبي بكر وزمن عمر.

والحقيقة أن الفعل يوصف بأنه واجب أو حرام أو مباح، لصفة اعترته جعلت منه كذلك، فإن تغيرت تلك الصفة واقترنت بغيرها تحول الحكم، فالفعل حين يكون واجبا، يكون مقرونا بصفة جعلت منه واجبا، فعندما يوصف بالإباحة، فمعنى ذلك أنه اتصف بصفة أخرى جعلت منه مباحا بعد أن كان واجبا في الأصل.

قال أبو زهرة: إن ولي الأمر عندما توجب المصلحة عليه أن يقيد أمرا كان في أصله مباحا، فهو في الحقيقة لا يعد مباحا، لأن وصف الإباحة قد زال عنه[1].

وهذا التغيير مشترك بين المجتهد والحاكم، لأن الأول من باب الإخبار، والثاني من باب الإلزام والإجبار.

وحكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية، كما أن الحكم المجمع عليه لا ينقض، لما في ذلك من مصلحة، ويلزم من نقض الحكم، اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحاكم هو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها[2].

والحاكم إذا كان من أهل الاجتهاد أو آخذا عن بعض المجتهدين، يعتبر حكمه اجتهادا غير ملزم، ولا واجب الإتباع في ذاته، إذا كان على سبيل إبداء الرأي أو الإفتاء، وعلى من يعتقد خطأ الحكم في ذلك، أن يفتي بخلافه، ولكن الحاكم إذا أمر وألزم باتباع رأيه، صار واجب الطاعة، امتثالا لرأي الشارع ما دام والياً[3].

---

١ - أبو زهرة، محمد / الجريمة، دار الفكر العربي، مصر، د، ت، ط، ص 282.

٢ - الآمدي علي بن محمد أبو الحسن / الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1404هـ، ج04، ص 209. و الخطيب البغدادي / الفقيه والمتفقه، ج02، ص 344.

٣ - القرافي / الإحكام، ص 55

وإذا لم يكن الحاكم مجتهدا ولا متبعا لمجتهد، فلا يجوز له تغيير الحكم و لا تبديله، فليس من حقه ذلك، وهو مقتحم لحمى الشريعة من غير حقّ، بل لا يجب الأخذ برأيه، لأنه معصية لا يطاع فيها، إلا لخوف الفتنة[1].

ومن المعلوم أن الأحكام التكليفية خمس مراتب عند الجمهور وهي: والواجب والمندوب والحرام والمكروه والمباح.

والواجب هو ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه، أو هو ما يمدح فاعله ويذم تاركه على بعض الوجوه. والمندوب أو المستحب، هو ما يثاب على فعله، ولا يعاقب على تركه، أو هو ما يمدح فاعله ولا يذم تاركه وقيل هو الذي يكون فعله راجحا في نظر الشرع. والمكروه هو ما يثاب على تركه امتثالا، ولا يعاقب على فعله. والحرام هو ما يعاقب على فعله، ويثاب على تركه امتثالا. وأما المباح، فهو ما يستوي فعله وتركه [2]. أو ما دل الشرع على التسوية بين فعله وتركه، وذلك إما أن يرد الخطاب بالتخيير فيهما، أو برفع الحرج عنهما أو يدل دليل العقل أنه على البراءة الأصلية بعدم الدليل الشرعي على تعلق حكم به[3].

فعلى هذا فالواجب والمندوب يدخلان في باب المأمورات، والحرام والمكروه يدخلان في باب المنهيات، والمباح وسط، واقع بين المأمورات والمنهيات.

وإذا كان للمكلف الحرية في الفعل أو الترك في المباح، فهل يستطيع ولّي الأمر، أن يتدخل ويقيد هذا المباح، بأن يحدد من حرية المكلف في الفعل أو الترك، ويرجح أحد الطرفين، إما الفعل فيصبح الترك منهيا عنه، أو الترك فيصبح الفعل واجبا.

يرى البعض أنه ليس لولي الأمر سلطة تقييد المباح، باعتبار ذلك صورة من صور تحريم ما أحل الله، ويشمله قوله تعالى:" ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴿٣٢﴾ ﴾ **الأعراف: ٣٢** . وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ ﴿٨٧﴾ ﴾ المائدة: ٨٧ .

ولأن المباح ليس منطقة فراغ تشريعي، ولكنه حكم من أحكام الشرع الحنيف، مبني على مصالح ظاهرة، ففي تغيير حكمه إلى محرم مناقضة لمصلحة أصلية، نصت عليها أحكام الشارع.

---

١ – محمد سلام مدكور / المرجع السابق، ص 341 – 342.

٢ – الشوكاني / إرشاد الفحول، ص 24. والسمعاني / قواطع الأدلة، ج01، ص 62.

٣ – ابن رشد الحفيد / الضروري في أصول الفقه، ص8.

واستشهد أصحاب الرأي بالطلاق الذي هو مباح، فهل يكون لولي الأمر الحقّ في منعه، وهم يعتبرون المباح بابا واسعا، هو أوسع مما قيدت به الأحكام الأخرى، لذلك فإن منع الناس عنه، تغيير لأحكام ثابتة، وتحريم أمور مباحة في أصل الشرع، لم تشهد على حرمتها نصوص[1].

ويمكن أن يقال إن الآيات السابقة خاصة بالمكلفين، كأفراد لا كجماعات، فهي متجهة إلى الخطاب الفردي والمصلحة الشخصية، ولا تتعلق بسياسات الدولة ولا مصلحة الأمة في عمومها. كما أن هناك الكثير من القواعد المتفق عليها، والتي تقيد المباحات في قضايا السياسة الشرعية، كسد الذرائع، ودرء المفاسد، والضرر يزال، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة وغيرها.

أما قولهم إن في تقييد المباح، منعا من المباحات والطيّبات، التي أجازتها الآيات السابقة، فيرد عليه: بأن في تقييد المباح ضمان لبقاء التمتع ودوامه، لأن في إقرار المباح على إطلاقه أحيانا، وسوء استغلاله أو التعسف في استعمله، مفاسد وأضرار، تربو على المنافع المباحة، وهو مناقض لقصد الشارع في تشريع الأحكام.

فإذا قلنا إن قطع الأشجار فعل مباح، قد يجلب مصلحة، و يكون فيه تمتع للبعض، فإن التوسع في هذا الفعل المباح يجر مفاسد أكيدة على المجتمع وعلى البيئة، ففي تقييد هذا المباح، ضمان لبقاء المنفعة الدائمة من وراء الإبقاء على الأشجار وعدم قطعها، فنوازن بين المنفعة الدائمة، والمنفعة المؤقتة.

قال الزحيلي:" للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار، رعاية للمصلحة العامة، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة"[2].

والمباح من حيث هو مباح، مأذون فيه بأصله وذاته، لا باعتبار العوارض التي تحيط به، لذا قالوا: المباح بالجزء قد يكون واجبا بكل، كما أن المباح بالجزء قد يكون ممنوعا بالكل[3]

والمباح إذا اتصف بصفة، اقتضت تغيره مثلا إلى الوجوب، لم يصبح مباحا، وإنما هو في حكم الملغى، لزوال تلك الصفة التي من أجلها استحق حكم الإباحة.

---

١ – محمد القري / مقدمة أصول الاقتصاد الإسلامي، دار الحافظ، ص 64 – 65.

٢ – الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 ، ص 427.

٣ – الشاطبي / الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، ج01، ص 206.

على أن بعضا ممن قال لا يجوز تقييد المباح، قد أخرج السياسة الشرعية وفعل ولي الأمر من الخلاف، وقالوا: يجب التنبيه إلى أن كلامنا لا يشمل الأمور التي هي من خصائص ولي الأمر، أنها من اختصاصه قطعا،كما لا يشمل المباحات التي أصبحت لازمة الترك لاقترانها بتحريم جاز للحاكم أن ينهى عنه، إذ من وظائف ولي الأمر سد الذرائع[1].

فالفريق الذي أجاز تقييد المباح، لم يقيده في ذاته، وإنما رعاية لمصلحة عامة مستجلبة، أو مفسدة عظيمة مستدفعة، كما أن من أَجَلِّ القواعد المستند إليه في تقييد المباح، مبدأ سدّ الذرائع، واعتبار مآلات الأفعال ونتائج التصرفات.

ويوضح الشيخ عبد الرحمن تاج هذا المعنى، فيقول:" إنّ لولي الأمر إذا رأى شيئا من المباح، اتخذه الناس عن قصد، وسيلة إلى المفسدة، أو أنه بسبب الزمان، أصبح يفضي إلى مفسدة، أرجح مما يفضي إلى المصلحة، كان له أن يحظره، ويسد بابه، ويكون ذلك من الشريعة، وعملا بالسياسة التي تعتمد على قاعدة سد الذرائع.[2]"

وتدخل ولي الأمر في تقييد المباح، لا يعدو أن يكون ترجيحا بين جانبين، جانب الفعل وجانب الترك، وذلك بناء على ما يراه من مصلحة، باستشارة أهل الخبرة، وهذه الحرية أو الخيار بين الأخذ والترك، محصور في المباح[3].

أي أن الترجيح في المباحات يتولاه ولي الأمر، نيابة عن جماعة المسلمين، وبناء على تقدير المصلحة العامة، لأن تصرف الولي منوط بالمصلحة[4].

فالمصلحة العامة هي أساس وجوهر أحكام السياسة الشرعية، فقد توجب على الحاكم التدخل في شؤون الأفراد، في كل ظرف يغلب على الظن فواتها بعدم التدخل، كتدخل الدولة في منع الاحتكار والتسعير الجبري، أو منع المباح إذا أفضى استعماله إلى ضرر عام[5].

---

١ – محمد القري / مقدمة أصول الاقتصاد الإسلامي، ص65.

٢ – عبد الرحمن تاج / السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ص 76.

٣ – رفيق يونس المصري / أصول الاقتصاد الإسلامي، دار القلم دمشق، دار الشامية بيروت، ط1993/02، ص 81.

٤ – الدريني / خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص311.

٥ – الدريني / الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر، بيروت، ص 110 – 111.

وحتى لا يتعسف ولي الأمر في استعمال سلطته، ولا يعبث بمصالح الأمة، فلابد أن يعتمد في قراراته على أمرين:

الأول: طهارة الباعث وشرف النية، حتى لا يناقض قصد ذي السلطة في استعمالها قصد الشارع في منحه إياها، وذلك بأن يعبث الهوى أو المصلحة الخاصة، في تصرفه على الرعية.

الثاني: النظر إلى مآل التصرف الصادر من ولاة الأمور في استعمال سلطتهم، فيما يستعملونه من حقوق أو إباحات بغض النظر عن الباعث أو القصد[1].

ثانيا: مجالات العمل باجتهاد وليّ الأمر.

إذا كان المجتهد لا يستغني عن الرأي في فقهه واستنباطه، فإن أحوج المجتهدين إلى الرأي هو وليّ الأمر، الذي حمَّلَهُ الله مسؤولية رعاية النّاس والحفاظ على مصالحهم، لقوله صلى الله عليه وسلم:" **كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام راع ومسؤول عن رعيته** "[2]. فعلى الإمام أن يجتهد في إدارة شؤون البلاد وإقامة العدل بين الناس ورفع الظلم عنهم وأداء الأمانات، وإعطاء الحقوق لأهلها والسعي في جلب المصالح والخيرات لهم، ودرء المفاسد والشرور عنهم، وإقامة النظام العام وحماية بيضة الدين[3].

وحتى يحقق الإمام للأمة ما تصبو إليه، لابد أن يكون ممن تتوافر فيه، أهلية الاجتهاد، والفطنة والنباهة،وأن يكون له حسّ مصلحي كبير، ووجهة مقاصدية صائبة، حتى يتبين المصادر والنصوص التي يرتكز عليها في إصدار قرارات وتدبير نافعة للأمة، فبدون ركائز شرعية متينة، يقع في حمأة السياسة الجائرة، عوض السياسة الشرعية العادلة.

وولي الأمر أمامه إطار شرعي محدد يجتهد فيه، وله مجال معين يعمل فيه رأيه ونظره، لا يتعداه، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، ومجال العمل برأي ولي الأمر هو:

---

١ - الدريني / الحق ومدى سلطانه، ص 110 - 111.

٢ - متفق عليه عن ابن عمر، وقد سبق تخريجه.

٣ - القرضاوي / السياسة الشرعية، ص 64.

أولا: ما لا نص فيه عام أو خاص

أول هذه المجالات، هو ما لا نص فيه مطلقا، سواء أكان نصّا خاصا معينا، أونصا عاما شاملا وكليّا يمكن أن تدرج فيه الوقائع والمستجدات.

وما ليس فيه دليل شرعي خاص من كتاب أو سنة أو إجماع، يدخل في منطقة حرّة، أو ما يسمى بمنطقة الفراغ التشريعي أو المسكوت عنه، وعند بعضهم المعفو عنه، أخذا من الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم:" **فَمَا أَحَلَّ فَهُوَ حَلاَلٌ وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ**[1]". وفي رواية أخرى " **فهو عافية، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئا، ثم تلا " وما كان ربك نسياً**"[2].

قال الشيخ القرضاوي:" وبالاستقراء عرفنا أنّ ما تغير بتغير الزمان والمكان والإنسان، تغيرا كلياً وجذرياً، ترك الشارع النصّ عليه، وهو منطقة العفو، وهي متروكة لاجتهاد العقل الإنساني، يشرع لها ما يناسب زمانه ومكانه في ضوء النصوص ومقاصد الشريعة العامة.

وما حدث عليه بعض التغير، نص عليه بإجمال دون تفصيل، بما يضع المبادئ العامة ويؤسس القواعد، ويدع التفصيلات لاجتهاد المسلمين.[3]"

ثانيا: ما فيه نص عام.

لما كانت الوقائع والأحداث كثيرة ومتجددة، وغير متناهية، جاءت بعض النصوص عامة وشاملة وكلية، وقابلة لأن تدرج فيها الكثير من القضايا والمستجدات، بل قد يأتي النص بأصل الحكم ويترك التفاصيل المتغيرة لاجتهاد المجتهدين، مثل النص على الشورى في قوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴿٣٨﴾﴾ الشورى: ٣٨ . وقوله:"﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴿١٥٩﴾﴾ آل عمران: ١٥٩ . فإن

---

١ – أبو داود في سننه، كتاب: الأطعمة، باب: ما لم يذكر تحريمه، ج 03، ص417، رقم 3802، والبيهقي السنن الكبرى، ج09، ص 330، رقم19939. وصححه الألباني في غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، ص286، رقم 34.

٢ – البيهقي في السنن الكبرى،ج 10، ص12، رقم 20216 والدار قطني في السنن، باب: الحث على إخراج الصدقة وبيان قسمتها، ج02، ص 137، رقم15. والحاكم في المستدرك، ج 02، ص406، رقم 3419، وقال: هذا الحديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه. وصححه الذهبي.

٣ – القرضاوي / السياسة الشرعية، ص 66.

هذين النصين كرسا أصلا مهمًّا من أصول الحكم الإسلامي، و لم يبيّن التفاصيل، من هم المستشارون، وكيف يختارون، وفيما تكون الشورى، وما المصير إذا اختلفوا مع ولي الأمر.

ثالثا: ما فيه نص خاص

قد يظن كثير من الناس أن وجود النصّ القاطع أمام المجتهد أو ولي الأمر، يمنعه من أن يُعْمِلَ رأيه في النص. فالنّص الشرعي حتى وإن كان خاصا أي دالة على مسألة مخصوصة، إلا أنه أحيانا يأتي مفتوحا أمام الاجتهاد والنظر المصلحي والاستدلال المقاصدي سواء في تفسير النص أم في تنزيله وتطبيقه في الواقع على أن يحقق المصلحة المرجوة منه.

فالإمام له اعتبارات كثيرة، وملابسات يعيشها، يأخذها بعين الاعتبار وهو يتعامل مع النص، فأيّ فهم خاطئ للنص أو تطبيق فاسد، أو قاصر، يؤدي إلى مفاسد كثيرة عوض المصالح المنتظرة من النص الشرعي.

فمثلا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ۖ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٦٠﴾﴾ التوبة: ٦٠ ، فهذا نص خاص في أصناف الذين تجب لهم الزكاة، ولفظ المؤلفة قلوبهم واضح، ومعناه معروف، ولكن تكييف النص وتطبيقه في الواقع، يتطلب اجتهادا دقيقا وبعد نظر حتى يؤتي النص ثمرته المرجوة.

لذا أوقف عمر بن الخطاب في خلافته سهم المؤلفة قلوبهم، لأنه رأى أن الإسلام قد أصبح في عزّة ومنعة، تجعله لا يحتاج إلى غيره، أو أن يؤلف القلوب عليه، فأوقف سهمهم، وهو اجتهاد في النص، لا مع النصّ.

رابعا: ما تعددت فيه الآراء والاجتهادات[1].

أي اختلفت فيه المذاهب والأقوال، بحيث لم يوجد نص قاطع يحسم النزاع ويرفع الخلاف. ومعظم التراث الفقهي من هذا القبيل، فالأدلة القطعية من حيث الدلالة محدودة، وهي تمثل الثوابت التي لا تقبل الخلاف.

---

١ - القرضاوي / السياسة الشرعية، ص 81.

وأما الأدلة الظنية من حيث الدلالة، والتي تحتمل آراء واجتهادات متعددة ومختلفة، فهذه تمثل مجالا أوسع في النصوص الشرعية.

ويضاف إلى ذلك الآراء والاجتهادات المبنية على القياسات والتخريجات والأدلة التبعية الأخرى، وخاصة هذا الثراء المذهبي الهائل في الفروع الفقهية، من تعليلات وتوجيهات وتخريجات على آراء أئمة مذاهب الاجتهاد.

فكل هذا تراث يصلح أن يكون سندا لولي الأمر، يصدر منه في سياسته الشرعية لتوجيه رعيته.

خامسا: ما خير فيه الإمام.

مما جاءت به الشريعة الإسلامية في أحكامها، أحكام خير الإمام فيها بين أمرين أو عدّة أمور، يختار واحدا منها وفق المصلحة العامة.

وذلك مثل ما جاء في معاملة الأسرى في الحروب الشرعية، فالإمام له الاختيار بين أمور خمسة في شأن أسرى الحرب، من المَنِّ أو الفداء أو الاسترقاق أو القتل أو الجزية.

واختياره هنا ليس حسب هواه، حيث يفضل واحدا منها دون حجة، كشأن المخير في كفارة اليمين، يخير فيها بين ثلاثة أشياء، إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم أو تحرير رقبة، ويقبل منها أي واحد منها حسب اختياره، بل ولي الأمر في الأمور السياسية يختار ما فيه مصلحة الأمة وخيرها، ودفع الضرر والشرّ عنها، حسب ما يهدي إليه التحري والاجتهاد بالبحث والشورى، فتصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، وأصل هذه القاعدة قول الشافعي:" **منزلة الإمام من الرعية، منزلة الولي من اليتيم**"[1].

ففي مسألة الأسرى يكون المنّ أفضل وأنفع للأمة، حين يكون المسلمون أقوياء مهابين، فيكون المنّ مكرمة، ودليلا على سماحة الإسلام وعفوه.

ويقبل الفداء بالمال أو الأسرى من المسلمين الموقوفين لدى الكفار، إذا احتاج المسلمون إلى المال، وكان لهم أسرى لدى عدوهم فمن المصلحة فكهم وإطلاق سراحهم.

---

١ – الزركشي، بدر الدين بهادر / المنثور في القواعد الفقهية، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية، ج 01، 309. والسيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر / الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1403هـ، ص 121.

وللإمام قتل العتاة من الأسرى، الذين لهم مكر وشوكة ضد المسلمين، وسبق كيدهم ونيلهم من أفراد المسلمين وجماعتهم.

وقد يفرض عليهم الرقّ، إذا كان العدو يسترق أسارى المسلمين من باب المعاملة بالمثل، ويقبل الجزية ممن يبدلها، وقبل العيش في أحكام الإسلام، و لم يخش منه شرّ ولا كيد.

وهكذا نرى أن اختيار الإمام يخضع للمصلحة والمنفعة العامة للأمة، لا للهوى والتشهي[1].

قال ابن عاشور: واختلف العلماء في حكم القتل والمنّ والفداء والذي ذهب إليه مالك والشافعي والثوري والأوزاعي، وهو أحدُ قولين عن أبي حنيفة رواه الطحاوي، ومِن السلف عبدُ الله بن عمر، وعطاءُ، وسعيدُ بن جبير: أن هذه الآية غير منسوخة، وأنها تقتضي التخيير في أسرى المشركين بين القتل أو المن أو الفداء ، وأمير الجيش مخيّر في ذلك[2].

---

١ - القرافي / الفروق، ج03، 16 – 18. والقرضاوي / السياسة الشرعية، ص 68 -69.

٢ - ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 26 ، ص 80 – 81. والشرح الكبير للدردير، ج02، ص184.

الفصل الخامس

قواعدُ السِيَاسَةِ الشَرعِيةِ فيما لا نَصَّ فيه.

مدخل: قواعد السّياسة الشّرعية، أهميتها وصلتها بالمقاصد

المبحث الأول: القياس.

المبحث الثاني : المصلحة المرسلة.

المبحث الثالث: قاعدة الاستحسان.

المبحث الرابع: قاعدة الذرائع.

المبحث الخامس: قاعدة مُرَاعاة الخِلَاف.

المبحث السادس: قاعدة العرف.

المبحث السابع: قاعدة اعتبار مآلات الأفعال.

الفصل الخامس: قواعدُ السِيَاسَةِ الشَرعِيةِ فيما لا نَصَ فيه.

مدخل: قواعدُ السّياسة الشّرعية أهميتُها وصلتُها بالمقاصد

قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه، تمثل المناهج الأصولية والخطط التشريعية التي يسلكها المجتهد بغية الوصول إلى الحكم الشرعي السياسي، وهي بلا ريب تقوم على مباني العدل والقواعد الشَّرعِية العامة، وسأحاول التعريف بها وذكر أنواعها وعلاقتها وصلتها بالسِّيَاسَة الشَّرعِية وكيف يمكن بناء الأحكام الشرعية من خلالها.

أولا: أهمية العمل بقواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه.

الأخذ بقواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية أمر لازم على المجتهد عموما، وولي الأمر خصوصا، وإهماله لتلك القواعد في اجتهاده السياسي، استنباطا وتطبيقا، مؤذن بفساد عظيم، واتهام للشريعة بعدم وفائها بمتطلبات العصر ومواكبة التقدم الحديث.

وهذا موضع مَزلّةُ أقدام، ومَضلّةُ أفهام، وهو مقام ضنك، ومعترك صعب، فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود وضيعوا الحقوق، وجرؤوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها، وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعا، أنها حق مطابق للواقع، ظنا منهم منافاتها لقواعد الشرع.

وهذه القواعد لم تناف ما جاء به الشرع، بل ناقضت ما فهموه هم من الشريعة، وسبب ذلك راجع إلى قصر في معرفة الشريعة، وتقصير في معرفة الواقع معا، وتنزيل أحدهما على الآخر.

وأفرطت طائفة أخرى فأجازت ما ينافي حكم الله ورسوله، والحق هو الوسط ومعرفة ما أنزله الله في كتابه على رسوله من الحكم بين الناس بالعدل والقسطاس، والعدل هو الذي قامت

به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، فالله لا ينصب أمارات العدل ثم ينفي ما ظهر منها، ولا يحكم عند وجودها بموجبها.

لذا لا يقال: إن سياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، وهي جزء من أجزائه، وهي سياسة جزئية بحسب المصلحة، تختلف باختلاف الأزمان، وليست عامة لازمة إلى يوم الدين[1].

فكلام ابن القيم هذا بأهمية بمكان في بيان ضرورة الأخذ بقواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية، فيما لا نص فيه، فالعدل أساس السِّيَاسَة الشَّرعِية، فحيثما كان، كانت السِّيَاسَة معانقة له.

والطريق في ذلك كله، هو التوسط والاعتدال في الأخذ بقواعد سياسة التشريع فيما لا نص فيه، عند الحاجة وعدم تحميلها ما لا تتحمل، فالأمر وسط بين الإفراط والتفريط.

فالتشريع السياسي الإسلامي، يضع بين يدي ولي الأمر سلطة تقديرية للتصريف في شؤون الدولة حسبما يقتضيه العدل والمصلحة، شريطة ألا يخالف روح التشريع العام، ومقاصده الأساسية، ولو لم يرد بهذا نص خاص ولا انعقد عليه الإجماع، ولا شهد له قياس[2].

لذا وجب علينا البحث والعناية عن بالقواعد الكاملة لتحقيق العدل بين الأمة، لكي تُعينَ المجتهد على مسايرة العصر، وقد أشار ابن القيم نفسه إلى وجوب نظر المجتهد في السِّيَاسَة الشَّرعِية، وهي إقامة أمر الأمة وفق قانون المصالح، وإقامته على سنن الشارع ومبادئ العدل ومراعاة الواقع ودراسته دراسة دقيقة وتنزيل أحدهما على الآخر، لينتج لنا الحكم الشرعي السياسي المحقق للعدل، وهو مقصود الشارع في الواقعة.

وهذا فقه دقيق وعميق لا يحسنه إلا ذو النُّهى من العلماء والحكّام الذين أطالوا التعامل مع النّصوص الشَّرعِية ومقاصدها، فهما وتنزيلا.

---

١ - ابن القيم / الطرق الحكمية، ص 47.

٢ - الدريني / خصائص التشريع الإسلامي، ص 189.

ثانيا: صلة قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه بالمقاصد .

قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه، تقصد إلى رعاية وقيام مصالح الأمة داخليا وخارجيا، وذلك في الحوادث والوقائع التي لم يرد فيها نص معين، فتقوم هذا القواعد بتوجيه وتسديد عمل المجتهد، ومدّه بالحلول الشَّرعِية، وفق التغيرات والملابسات الجديدة المحتفة بالواقعة.

فهذه القواعد تهدف إلى تحقيق المقاصد والغايات الكلية والجزئية التي جاءت بها الشريعة الإسلامي، والتي تقوم بدور الراعي بل الحارس لها، والحفاظ عليها من أن يختل نظامها ويهتز بنيانها.

ويمكن لنا أن نجلي صلة المقاصد بقواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية بإيجاز في النقاط التالية:

1 – هذه القواعد هدفها رعاية مقصود الشارع من تشريع الأحكام، إيجادا ورعاية ومحافظة وتنمية، فغاية قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية هي ضمان الوصول إلى مقصود الشارع وعدم مناقضته، وتحقيق المصلحة ودفع المفسدة، وهو واضح في إعمال قاعدة الاستحسان، وسد الذرائع والمصلحة المرسلة وغيرها، فإن هذه القواعد بضوابطها صمام أمان من أن يقع المجتهد في انحراف، فيخالف إرادة الشارع ومقصوده في الأحكام.

2 – الشارع قصد إلى أن يكون فعل المكلف موافقا لمقصوده، وإلا لم تحقق الغاية من التشريع قال الشاطبي[1]: قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل، موافقا لقصده في التشريع"[2]. فترك إعمال قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية من شأنه أن يجعل فعل المكلف مخالفا لمقصود الشارع، وهو ممنوع.

---

١ – إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أبو إسحاق، الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ من أهل غرناطة كان من أئمة المالكية من أهم كتبه الموافقات في أصول الشريعة والاعتصام، توفي سنة 790هـ. الزركلي/ الأعلام، ج 01، ص 75، وكحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص77.

٢ – الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي / الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان الرياض، ط1997/01، ج3، ص 23.

3 – قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه ، ينتظمها أصل عظيم من الأصول التي تحفظ جانب التشريع من الزلل والخلل، وهذا الأصل هو النظر في مآلات الأفعال ونتائج التصرفات قال الشاطبي:" أصل النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا،كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام والإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل[1]."

فوظيفة هذا الأصل هو المنع من الوصول إلى نتائج مخالفة لمقصود الشارع، سواء أدى ذلك الفعل إلى مفسدة أو إلى نتيجة لا يرضاها الشارع، و لم تكن مقصودة بالتشريع.

ومن القواعد التي يتحقق فيها مناط أصل النظر في مآلات الأفعال والمتفرعة عنه، قواعد الاستحسان وسد الذرائع ومراعاة الخلاف، وهي محققة للغاية التي وجد الأصل لتحقيقها، وهي منع الحصول لغايات تناقض مقصود الشارع من شرع الأحكام.

4 – قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية تحوي مادة صميمة معتبرة في المقاصد، منها المصالح والمفاسد جلبا ودفعا، ورفع الحرج ونفي الضرر وإقرار التخفيف والتيسير، وإبعاد الشقة والضيق وغيرها من المباحث الهامة التي لها ارتباط بالمقاصد، وبالتالي لها ارتباط بقواعد الاجتهاد السياسي.

5 – قواعد التشريع التبعية، تشتمل على مباحث لها صلة وعلاقة بالمقاصد، منها: الوسائل والذرائع ومآلات الأفعال والتعليل .

وقصارى القول أن قواعد السِّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه، تمثل مجالا مهما برز فيه المنهج العقلي الاجتهادي المبني على مراعاة المصالح ودرء المفاسد وتقرير التخفيف والسهولة والرحمة بالناس.[2]

---

١ – الشاطبي / الموافقات، ج05، ص 177.

٢ – الخادمي، نور الدين مختار / المقاصد في المذهب المالكي، خلال القرنين الخامس والسادس الهجريين، مكتبة الرشد، ط 01/ 2002، ص 263 – 264.

قال شلبي: وعلى ضوء المصالح يستطيع أولياء الأمور، الذين وقفوا بأنفسهم على أسرار التشريع أو بمعونة العلماء، إصدار التشريعات في كل جديد لا نص فيه، مما سكت عنه الشارع، ولا قياس فيه[1].

فمعيار المصالح وسد الذرائع هو أساس معظم التشريعات والنظم التي تقوم عليها الدولة.

١ - شلبي، محمد مصطفى / أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط1983/04، ص 297.

المبحث الأول: القياس.

القياس أداة من أدوات السِّيَاسَة الشَّرعِية، فبه تجلَّى الأحكام عند غياب النصوص، الدالة على الحكم، وهو مظهر للحكم، لا مثبت له، وقد استعمله الفقهاء في الكشف عن بعض الأحكام، منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وإلى يومنا هذا، والمتتبع لمراحل القياس، يرى أنه لا يمكن أن يحقق إلا في الأحكام المعقولة المعنى، وأما المسائل التعبدية، والتي لا يظهر لها معنى واضح فلا يقاس عليها، لأنها مما استأثر الله بحكمته[1].

و القياس هو أول طريق يلجأ إليه المجتهد لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه، وهو أوضح طرق الاستنباط وأقواها.

أولا: تعريف القياس.

لغة: هو التقدير والتسوية، يقال فلان لا يقاس بفلان أي لا يساويه[2].

اصطلاحا: عرفه القاضي أبو بكر الباقلاني[3] بأنه :" حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بأمر جامع بينهما من حكم أو صفة، أو نفيهما عنه". وهو اختيار جمهور المحققين[4].

فالقياس تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها، بواقعة ورد نص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الواقعتين في علة الحكم[5].

---

١ – عبد السلام العالم / نظرية السياسة الشرعية، ص55.

٢ – ابن منظور / لسان العرب، ج06، ص 185.الجوهري / الصحاح، ج03، ص 968.

٣ – محمد بن الطيب إنتهت إليه الرئاسة في مذهب الأشاهرة، توفي ببغداد سنة403هـ، له كتاب الإعجاز. الأعلام، ج06، ص 176.

٤ – الغزالي / المنخول، ص 224، الرازي / المحصول تحقيق: طه جابر العلواني، ج 05، ص09. الآمدي علي بن محمد، أبو الحسن / الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ، ج02، ص 205.

٥ – عبد الوهاب خلاف / مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص19 .

وتوضيح هذا، أن الجمهور متفقون على أن أحكام الشرع التي وردت بها النصوص، لم تشرع عبثا، وإنما شرعت لتحقيق مصالح العباد .

فإذا كانت هذه الأحكام مما لا سبيل للعقل إلى إدراك المصالح التفصيلية التي شرعت لتحقيقها، كأحكام العبادات، فهذه أحكام تعبدية، وعلى المكلف أن يطبقها كما جاءت.

وأما إذا كان للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التي شرعت لتحقيقها والعلل التي بنيت عليها، فعلى المكلفين أن ينفذوها في مواقع نصوصها، وعلى المجتهدين أن يتعرفوا على المقاصد والمصالح التي ربط بها الحكم، حتى إذا جاءهم واقعة لا نص فيها، وتبيّن لهم أن تلك العلل والمصالح نفسها متحققة في الواقعة الجديدة، حكموا فيها حينئذ بنفس حكم الواقعة المنصوص عليها.

ولقد لخص الشافعي حقيقة القياس، وكيفيته في قوله:" كل حكم لله أو لرسوله وجدت عليه دلالة فيه أو غيره من أحكام الله أو رسوله، فإذا حكم به لمعنى من المعاني، فنزلت نازلة ليس فيها نص حكم، حكم فيها حكم النازلة المحكوم فيها، إذا كانت في معناها[1]".

مثاله:

قد جاء في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا يرث القاتل شيئا**[2]"، فدلَّ الحديث على حكم، وهو المنع من الميراث في واقعة قتل الوارث لمورثه، فإذا وصل المجتهد باجتهاده إلى أن المصلحة التي قصدها الشارع، هي منع الإنسان من أن يتعجل الشيء قبل أوانه، وحرمان المجرم من أن يستفيد من إجرامه، ووصل إلى أن العلة الظاهرة التي ربط الشارع الحكم بها، هي القتل، لأن في ربط المنع بالقتل تحقيقا لتلك المصلحة، ثم عرضت واقعة الموصى له يقتل الموصي، والموقوف عليه يقتل الواقف، ورأى أن الحكم فيهما بما حكم به في الوارث القاتل، يحقق مصلحة الشارع، عند ذلك سوّى الموصى له القاتل للموصي، والموقوف عليه القاتل للواقف، بالوارث في الحكم لتساويهم في علته، ويكون منع الوارث القاتل من الميراث بالنص، ومنع

---

١ – الشافعي / الرسالة، ص 512.

٢ – أبو داود في سننه، كتاب: الديات، باب: دية الأعضاء، ج 04، ص 313، رقم 4566، والبيهقي في السنن الكبرى، ج 06، ص220، رقم12202، وحسنه الألباني، يراجع : إرواء الغليل، ج06، ص117 – 118.

الموصى له القاتل للموصي من الوصية، وكذا منع الموقوف عليه القاتل للواقف، من استحقاق الوقف بالقياس.

ونلاحظ أن القياس هنا أساسه العلة والمعنى، والتي هي مفتاح مقاصد الشريعة، والتي يبني عليه ولي الأمر اجتهاده السياسي فيما لا نص فيه، فعملية القياس تبدأ باستخراج العلة من الحكم الوارد في النص، وهذا يسمى تخريج المناط، ثم يليه البحث في تحقيق هذه العلة في الواقعة الجديدة التي لم يرد فيها نص، ويسمى تحقيق المناط، ثم يلي هذا، الحكم بأن الواقعتين متساويتان في العلة وتبنى على هذا، تسوية الواقعتين في الحكم، وهذا هو المقصود بالقياس[1].

ثانيا: حجيّة القياس.

القياس الصحيح حجة معتبرة في تقرير الأحكام، وهذا الذي عليه جماهير علماء المسلمين، من الأئمة الأربعة وغيرهم، وهو في المرتبة الرابعة في ترتيب الأدلة الشَّرعِية.

وقد دلّ على حجيته الكتاب والسنة وأقوال الصحابة وعمل أهل الاجتهاد، و لم يخالف فيه إلا الظاهرية والنظامية وبعض فرق الشيعة.

والقول بحجية القياس من ضروريات خلود الشريعة، وصلاحيتها لكل زمان ومكان، لأن النصوص محدودة ومتناهية، ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية، فكان في معرفة الأمثال ورد النظير إلى النظير، ما يكفل شمول ما يتناهى من النصوص، لما لا يتناهى من الحوادث، فيكشف عن حكم الشريعة فيما يتجدد من الحوادث والأقضية[2].

قال الجويني:" نحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها"[3].

---

١ – عبد الوهاب خلاف / مصادر التشريع فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، ص 20.

٢ – صلاح الصاوي / الثوابت والمتغيرات، ص 57.

٣ – الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف / البرهان في أصول الفقه، دراسة وتحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط01/ 1997، ج02، ص 03، وابن رشد الحفيد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، طبعة 1995، ج01، ص05، وورقية عبد الرزاق / ضوابط الاجتهاد التنزيلي، ص 31 –32.

والفقهاء من عصر الرسالة إلى اليوم، استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام في أمر دينهم، وأجمعوا بأنّ نظير الحقِّ حقٌّ، ونظير الباطلِ باطلٌ، ولأنه التشبيه بالأمور والتمثيل عليها، فلا يجوز إنكار القياس[1].

ثالثا: أمثلة على انبناء السِّيَاسَة الشَّرعِية على القياس.

من خلال تعريف القياس، ظهر أنه لابد للقياس من علَّة جامعة بين الفرع والأصل، وأن هذه العلَّة، ركن من أركان القياس، وقد اشترط فيها الأصوليون أن تكون مشتملة على المناسبة[2]. أي أن يحصل من ترتيب الحكم عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وعرفوا المناسب بأنه " عبارة عن وصف ظاهر منضبط، يحصل عقلا من ترتب الحكم علي وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا للشارع من جلب مصلحة أو دفع مفسدة " [3]. وقال الرازي:" هو الذي يفضى إلى ما يوافق الإنسان تحصيلا وإبقاء، وقد يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة، وعن الإبقاء بدفع المضرة، لأن ما قصد إبقاؤه فإزالته مضرة وإبقاؤه دفع المضرة.[4]"

ومن خلال ما سبق يتضح أن المناسبة هي: أن يترتب على الحكم المشروع فائدة ما، من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وهذا هو الغرض من الاجتهاد السّياسي، الذي يقصد منه تدبير شؤون الأمة بما فيه مصلحة ومنفعة لها.

---

١ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج01، ص 205

٢ – الشافعي / الرسالة، ص 599.

٣ – الرهوني، أبو زكريا يحي بن موسى / تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول، دراسة وتحقيق: يوسف الأخضر القيم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط2002/01، ج04، ص96.

٤ – الرازي، محمد بن عمر بن الحسين / المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود، الإسلامية، الرياض، سنة 1400هـ، ج 5، ص 218.

ومن أمثلة السِّيَاسَة الشَّرعِية التي قامت على القياس كأساس، حدّ شرب الخمر، فالعلماء اختلفوا فيه، بناء على اختلاف الأدلة، فقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم:" **جلد شارب الخمر، أربعين جلدة** [1]".ومنهم قال ثمانين جلدة، و قيل إنه إجماع الصحابة[2].

وقال ابن تيمية:" ما بين الأربعين إلى الثمانين، ليس حدا مقدرا في أصح قولي العلماء، كما هو مذهب الشافعي، ورواية عن أحمد، والزيادة على الأربعين ترجع إلى اجتهاد الإمام، فيفعلها عند المصلحة، كغيرها من أنواع التعازير[3].

وأخرج الطحاوي عن علي بن أبي طالب قال:" جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر أربعين جلدة، وأبو بكر أربعين، وكملها عمر ثمانين، وكل ذلك سنة"[4].

وعن حصين بن المنذر القرشي قال: شهدت عثمان بن عفان، وقد أوتي بالوليد بن عقبة، وقد صلى بأهل الكوفة الصبح أربعا، وقال: هل أزيدكم ؟ قال: فشهد عليه عمران، ورجل آخر، فشهد أحدهما أنه رآه يشربها، وشهد عليه الآخر أنه رآه يتقيأ، فقال عثمان: إنه لم يتقيئها حتى شربها، فقال عثمان لعلي: أقم عليه الحدّ، فقال علي لابنه الحسن، أقم عليه الحدّ، فقال الحسن:" وَلِّ حارَّها، من تولَّ قارَّها" ، فقال علي لعبد الله بن جعفر:" أقم عليه الحدّ "، فأخذ السّوط، فجعل يجلده، وعليّ يعدّ حتى بلغ أربعين، ثم قال له: أمسك[5].

---

١ – رواه مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد الخمر، ج 05، ص 126، رقم 4554، أبو داود في سننه، كتاب: الحدود، باب: الجلد في الخمر، ج04، ص 278، رقم 4482، وابن ماجه في سننه، كتاب: الحدود، باب: حد السكران، ج02، ص 858، رقم 2571، وأحمد في المسند، ج02، ص 373، رقم 1184.

٢ – أبو الحسن المالكي/ كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، طبعة 1412هـ، ج02، ص 429.

٣ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج07، ص 483.

٤ – الطحاوي، أبو جعفر / معاني الآثار، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه : يوسف عبد الرحمن المرعشلي دار عالم الكتب، ط01/ 1994 ، رقم 4891، ج03، ص 152، وشرح مشكل الآثار، تحقيق : شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط01/ 1415 هـ، رقم 2447، ج06، ص235.

٥ – رواه مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد الخمر، ج05، ص 126، رقم 4554.

ثم قال:" إن النبي صلى الله عليه وسلم جلد أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وجلد عثمان ثمانين، وكلٌّ سنةٌ، وهذا أحبُّ إليَّ[1]."

وعن عليّ قال:" ما حددت أحدا فمات فوجدت في نفسي شيئا، إلا الخمر فإن رسول الله لم يسنّ فيه شيئا"[2].

فالظاهر أن علي بن أبي طالب كان يرى أن ما جاء فوق الأربعين، كان تعزيرا لا حدا.

وأما ما جاء في حديث ثور بن زيد الديلمي، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي بن أبي طالب:"نرى أن تجلده ثمانين جلدة، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، أو كما قال، فجلد في الخمر ثمانين"[3].

فالذي أراه توفيقا بين النصوص، أن عليّ بن أبي طالب، كان يرى وجوب التعزير في الخمر، وروايته أيضا تحمل على أنه رأى أنه من باب المصلحة، أن يرفع التعزير إلى ثمانين، خاصة وأنه وجد في القياس على القذف مستندا له، في تحديده بثمانين جلدة.

فقول علي كان تعزيرا من باب السِّيَاسَة الشَّرعِية، والتي استند فيها على القياس، حيث قاس شرب الخمر على القذف.

وما كان من عمر بن الخطاب في شأن شارب الخمر، كان سياسة وهذا لسدّ باب الفساد، أمام شاربي الخمر، فعمر كان يجلد أربعين جلدة، فلما رأى أن الناس قد أسرعوا فيه واستهانوا في أمره، شاور الصحابة، فكان اتفاقهم على ثمانين. قال الماوردي:" فإن عمر رضي الله حدّ شارب الخمر أربعين، إلى أن رأى تهاون الناس، فشاور الصحابة فيه، وقال: أرى الناس تهاونوا في شرب الخمر، فماذا ترون..."[4].

---

١ – أبو داود في سننه، كتاب: الحدود، باب: الجلد في الخمر، ج04، ص278، رقم4482 .

٢ – الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري / شرح مشكل الآثار.تحقيق : شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1994/01، رقم2449، ج06، ص237.

٣ – مالك في الموطأ،كتاب: الأشربة، باب: حد الخمر، ج05، ص1234، رقم3117.

٤ – الماوردي / الأحكام السلطانية، ص258.

وهذا يؤكد أن الجلد ثمانين جلدة كان سياسة و تعزيرا، وليس حدا شرعيا[1].

قال الشاطبي:" اتفق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على حدّ شارب الخمر ثمانين، وإنما مستندهم فيه الرجوع إلى المصالح والتمسك بالاستدلال المرسل، قال العلماء: لم يكن فيه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حدٌّ مقدر، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزيز، ولما انتهى الأمر إلى أبي بكر رضي الله عنه قرره على طريق **النظر** بأربعين ثم انتهى الأمر إلى عثمان رضي الله عنه، فتتابع الناس فجمع الصحابة رضي الله عنهم، فاستشارهم فقال على رضي الله عنه: من سكر هذى ومن هذى افترى فأرى عليه حد المفترى[2].

فشرب الخمر عند التحقيق موجب للتعزير، ما بين الأربعين إلى الثمانين، بل ذهب بعض العلماء إلى أن الإمام إذا رأى قتله، جاز له أن يقتله.

قال ابن تيمية:" فيجوز أن يقال: يجوز قتله، إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة "[3].

---

١ - البلتاجي / منهج عمر، ص 240.

٢ - الشاطبي، أبو إسحاق /الاعتصام، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ج02، ص 118.

٣ - ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج02، ص 149.

المبحث الثاني: المصلحة المرسلة.

المصلحة المرسلة هي أخصب الطرق التشريعية فيما لا نصّ فيه، إذ فيها متسع لمسايرة التشريع لتطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم.

والتشريع بها يحتاج إلى مزيد من الاحتياط في توخي المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء، لأن الأهواء كثيرا ما تزيّن المفسدة فتُرَى مصلحةً، وكثيرا ما يغتر بما ضرره أكبر من نفعه.

أولا: تعريف المَصْلَحة.

لغة: المَصْلَحة تطلق عند أهل اللغة على معنيين[1]:

الأول: المَصْلَحة كالمنفعة، وزنا ومعنى، وهي إما مصدر، بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع، أي ضد الفساد، واسم للواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم لواحدة من المنافع.

الثاني: تطلق المَصْلَحة على الفعل الذي فيه صلاح، بمعنى النفع، وهو مجاز مرسل من باب إطلاق اسم المسبب على السبب، فيقال التجارة مصلحة، وطلب العلم مصلحة، وذلك لأن طلب العلم والتجارة سبب للمنافع المادية والمعنوية.

وبهذا تكون المَصْلَحة ضد المفسدة، فهما نقيضان لا يجتمعان،كما أن النفع ضد الضرر.

وأما المنفعة، فهي اللذة وما يكون طريقا إليها[2].

كما تطلق المَصْلَحة على الخير، فيقال في الأمر مصلحة أي خير، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه[3].

---

١ – الرازي، محمد بن أبي بكر / مختار الصحاح، مادة صلح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، ط/ 1995، ص 154. وابن منظور / لسان العرب، ج02، ص 516. والجوهري / الصحاح، ج01، ص 383، والزبيدي / تاج العروس، ج06، ص 547.

٢ – الرازي، / المحصول، ج02، ص218. ونور الدين عباسي / الاجتهاد الاستصلاحي، مفهومه، حجيته، مجاله، ضوابطه، دار ابن حزم، ط2007/01، ص103 –104. و عبد العزيز بن سطام آل سعود / اتخاذ القرار بالمصلحة، منشورات جامعة محمد بن سعود الإسلامية، ط2005/01، ج01، ص29 – 30.

٣ – الفيومي / المصباح المنير، مكتبة لبنان، طبعة 1990، ص 132. والرازي / مختار الصحاح، ص 154.

ولقد اشتق لها – على وجه المجاز لا الحقيقة – صيغة المفعلَّة التي تدل على اسم المكان الذي يكثر فيه ما اشتق منه، بدليل وجود تاء التأنيث فيها، فالمَصْلَحة على هذا شيء فيه صلاح قويّ[1].

اصطلاحا: المَصْلَحة عند الأصوليين تطلق على عدة معاني:

المعنى الأول: وبه قال الغزالي حيث عرف المَصْلَحة، بأنها المحافظة على مقصود الشرع ثم فسر ذلك المقصود، بحفظ الدين، والنفس والعقل والنسل والمال. والمحافظة على الشيء تعني رعايته وصونه من الضياع والتلف، فالمحافظة على مقصود الشارع، هي القيام والنهوض بما يمنع زواله وفواته.

قال الغزالي:" كل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[2].

فالمَصْلَحة هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، ليحصل بالقيام بها حسن الحال، في الحال أو المآل، مثل قتال الكفار، يحصل به حفظ الدين، والقصاص شرع لحفظ النفس[3].

وقريب من تعريف الغزالي تعريف الخوارزمي الذي قال:" هي المحافظة على مقصود الشارع، بدفع المفاسد عن الخلق " [4]. وأما الطوفي فقال:" هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة وعادة "[5].

---

١ – ابن عاشور محمد الطاهر / مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة: محمد الحبيب بن خوجة، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بقطر، طبعة 2004، ج03، ص 200، و السنوسي، عبد الرحمن بن معمر / اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1424/01هـ، ص192.

٢ – الغزالي، أبوحامد محمد الطوسي / المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1997/01، ج01، ص417.

٣ – زين العابدين العبد محمد النور / رأي الأصوليين في المصلحة المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط2004/01 ، ج01، ص 42.

٤ – الشوكاني، محمد بن علي بن محمد / إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق: محمد سعيد البدري أبو مصعب، الناشر دار الفكر بيروت، طبعة1992، ص403.

٥ – رسالة الطوفي في المصلحة، أوردها عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ص 112.

فكل هذه التعاريف متفقة على مفهوم واحد، وهي أنّ للمصلحة سببا مؤديا إلى مقصود الشارع.

المعنى الثاني: المَصْلَحة، هي مقصود الشارع المترتب على الحكم. قال الآمدي:" المقصود من شرع الحكم، إما جلب مصلحة أو دفع مضرة أو مجموع الأمرين... وقال: وقد عرف أن المقصود من شرع الحكم، إنما هو تحصيل المَصْلَحة أو دفع المضرة[1].

فالمَصْلَحة عندهم هي: الحكمة والمقصود من شرع الحكم، وقد فسر الآمدي المقصود من شرع الحكم، بجلب المَصْلَحة ودفع المضرة أو مجموعهما، فالتحصيل أو جلب، فعل فاعل أثره المَصْلَحة، مثل إيجاب القصاص أو القصاص نفسه، فعل ينتج مصلحة، وذلك لأن المَصْلَحة تارة تحصل بفرض الحكم فقط من غير أن ينفذ، وتارة لا تحصل إلا بالتطبيق، وذلك حسب الأحوال، فمثلا بعض النّاس يتزجر عن السرقة، إذا علم أن هناك حكم القطع، وبعضهم لا يردع إلا تيقن أنه إذا سرق ينفذ فيه القطع[2]، بأن رأى الحكم يطبق فعلا.

يقول الدكتور زين العابدين النور:" إن للمصلحة عند الأصوليين أو جمهورهم معنى آخر، غير ما ذهب إليه الغزالي ومن معه، فهي عند الجمهور، النتيجة المترتبة على الحكم من مقاصد الشرع، وهي ليست الوسيلة المؤدية إلى مقصود الشارع[3].

المعنى الثالث: قسم العزّ ابن عبد السلام المَصْلَحة إلى قسمين: حقيقية ومجازية، فالحقيقية، هي اللذات والأفراح، والمجازية هي الأسباب المؤدية إلى اللذات والأفراح[4].

وقد اختلف العلماء في تحديد معنى اللذة، فمنهم من يرى أنها في غاية الوضوح والظهور، وأن كشفها أمر عسير، وإليه مال الرازي وصوبه، حيث قال:" والصواب عندي، أنه لا يجوز تحديدهما – اللذة والألم – لأنهما من أظهر ما يجده الحي من نفسه، ويدرك بالضرورة التفرقة بين كل واحد منهما، وبينهما وبين غيرهما، وما كان كذلك يتعذر تعريفه بما هو أظهر منه."[5]

---

١ – الآمدي / الإحكام، ج03، ص271.

٢ – زين العابدين النور / رأي الأصوليين، ج01، ص45.

٣ – زين العابدين النور / المرجع السابق، ج01، ص 49

٤ – العز بن عبد السلام / قواعد الأحكام، ج01، ص 10 – 12

٥ – الرازي / المحصول، ج 5 ، ص 218.

ومنهم من قال :" هي التبدل والخروج عن حالة غير طبيعية إلى حالة طبيعية"[١]، وهو تعريف بعض الحكماء.

وهي عند الفارابي[٢]:" إدراك ما هو كمال وخير عند المُدرِك، من حيث هو كذلك "[٣] وأما ابن سينا[٤]:" هي إدراك ونيل لوصول ما عند المُدرِك، من كمال وخير من حيث هو كذلك. والألم هو إدراك ونيل ما هو عند المدرك أنه شرّ من حيث هو كذلك[٥]".

واستُدْرِكَ عليه، أن اللذة هي ليست فقط إدراك اللذيذ، بل إدراك حصول اللذيذ للمتلذذ، ووصوله إليه فعلا.

وقيل هي: إدراك الملائم، فمثلا الفرح والسرور، يلائم الإنسان، فإدراك الإنسان لذلك هو اللذة. واعترضه القرافي بأنه تعريف الشيء بما يلازمه[٦].

وقالوا: هي عدم المنافي، أي أن اللذة عدمية، فلذة الأكل زوال الجوع، ولذة الشراب زوال الظمأ، وقالوا: النَّفس الفاضلة مائلة إلى ما يدفع عنها أَلَمَ الشوقِ إلى اللذة، فإذا حصل ذلك، زال عنها أَلَمُ الشوق الغريزي.

فاللذة تحصل، بوجود المنافي وهو انتفاء الألم[٧].

وأما العز بن عبد السلام فقال: إن الآلام السابقة للذة مختصة بهذا الدار، أما الآخرة فإن أمرها مغاير للدنيا، فكل أنواع اللذات تحصل من غير سبق ألم يفقدها، لأن اللذة والألم من

---

١ – حسن العطار / حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلمية بيروت، د، ت، ط، ج02، ص510 – 511.

٢ – محمد بن محمد بن طرخان، أبو نصر الفارابي، ويعرف بالمعلم الثاني، أكبر فلاسفة المسلمين. تركي الأصل، توفي سنة 339هـ .يراجع: الزركلي / الأعلام، ج07، ص 20.

٣ – حاشية العطار المرجع السابق، ج02، ص511

٤ – الرئيس ابن سينا، الحسين بن عبد الله بن سينا، أبو علي، شرف الملك: الفيلسوف الرئيس، صاحب التصانيف في الطب والمنطق والطبيعيات والإلهيات (370 – 428 هـ = 980 – 1037) يراجع: الأعلام للزركلي، ج02، ص 241.

٥ – حاشية العطار المرجع السابق، ج02، ص512 – 513.

٦ – زين العابدين النور / المرجع السابق، ج01، ص 50 –51.

٧ – زين العابدين النور، المرجع السابق، ج01، ص 52.

صفات هذه الدنيا فقط، فالآخرة تخرق فيها جميع العوائد، ففيها لذة الشراب من غير عطش، وشبع من غير جوه وهكذا.

والعز يطلق اللذة على النعيم الأخروي، كالنظر إلى وجه الله مثلا، ويمثل للذة الدنيوية بلذة المعارف والعافية والطمأنينة، وهي المَصْلَحة الحقيقية عند العزّ.

أما المَصْلَحة المجازية، فهي ما عدا اللّذة مما هو سابق عليها ومُؤدٍ إليها، ومثل لها بما يصدر من الإنسان من أعمال صالحة، كالصلاة والصيام و التجارة والزراعة، كما مثل لها بالزواجر من قصاص وتعزير، وكذا ما يترتب على الأفعال من فوائد، كحفظ النفس والعقل والمال.

إذا فالمَصْلَحة عند العزّ تطلق على ثلاثة معان:

1 – الفعل الصادر من الإنسان المتوصل به إلى مطلوبه عادة أو عبادة، كالصلاة والتجارة.

2 – ما يؤدي إليه هذا الفعل من منافع، كحفظ النفس والمال والعرض.

3 – ما يؤدي إليه هذا الفعل من اللذات والأفراح.

فهو أطلق لفظ المَصْلَحة على أسباب المصالح، وتعددت أسبابها، وتطلق عنده على الحكمة المترتبة على تشريع الحكم، كحفظ النفس والدين [1]. والمصالح عنده تدخل فيها المنافع المادية – الحسية – والمعنوية.

ومفهوم المَصْلَحة عند الأصوليين عند الإطلاق يشمل جانبين:

أحدهما: يتضمن جلب النفع، الذي يتعلق بقيام حياة الإنسان، ونيله ما تقتضيه أوصافه أو طبيعته الشهوانية، والعقلية، وهي الفطرة التي فطر عليها الله الناس، وذلك النفع هو اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها.

ثانيهما: يتضمن الضرر المستدفع، وهو المفسدة، وبتعبير العزّ الهموم والآلام وأسبابها، والغموم وأسبابها[2].

---

١ – العز بن عبد السلام / قواعد الأحكام، ج01، ص 47، و زين العابدين النور / رأي الأصوليين، ج01، ص 54 – 56 .

٢ – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص79.

كما أن المصالح تتسع زمانا ومجالا، فالاتساع الزماني شمولها لمصالح الدنيا والآخرة، أي أن المنافع المأمور بها والمضار المنهي عنها، هي في ذاتها وسيلة لتحصيل مصالح الآخرة.

وأما اتساع مجالها، فهي تشمل جوانب الدنيا كلها، وهي تستوعب الأبعاد المعنوية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

ثانيا: المَصْلَحةُ المُرسَلة.

المَصْلَحة المرسلة هي عماد السياسة الشرعية، وهي أهم أساس فيها، وقد أعطت دفعا قويا في إثراء السياسة الشرعية وتوسعها، وتأصيلها، وذلك لما لها من مرونة كبيرة تسعف ولاة الأمور في معالجة قضايا الرعية، ومن هنا وجب علينا معالجة هذا الأصل في النقاط التالية:

I - تعريف المَصْلَحة المرسلة :

يؤخذ مفهوم المَصْلَحة المرسلة من تعريفات الأصوليين للوصف المرسل، لأنه لازم للمصلحة المرسلة، وذلك لأن الحكم المبني على هذا الوصف المرسل، تكون مصلحته المترتبة عليه مرسلة أيضا، فلما كان الوصف أو العلَّة مرسلة،كانت المَصْلَحة المترتبة على الحكم المبني على العلَّة، مرسلة، فبناء على هذا، يمكننا أن نأخذ رأيهم في المَصْلَحة المرسلة من خلال رأيهم في مفهوم المناسب المرسل عند من يحتج به.

فقد عرف الغزالي المناسب المرسل بقوله:" هو التعلق بمجرد المَصْلَحة من غير استشهاد بأصل معين "[1]. وقال في المنخول:" وأما المرسل، فهو الذي لا يشهد له في الشريعة حكم ينطبق عليه."[2]

وأما الآمدي[3] فقال:" هو المناسب الذي لا يعلم اعتباره، ولا إلغاؤه "[4].

---

١ - الغزالي / شفاء الغليل، ص270.

٢ - الغزالي، أبو حامد محمد الطوسي / المنخول من تعليقات الأصول، تحقيق: حسن هيتو، دار الفكر، ط1400/02هـ، ص 355.

٣ - أبو الحسن، سيف الدين، علي بن أبي علي، فقيه شافعي أصولي توفي بدمشق سنة 631هـ، من أثاره، الإحكام، ومنتهى السول. يراجع: كحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص 497

٤ - جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي / نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1999/01، ج02، ص 170 - 171 .

وقد قال الجويني عند تعريف الاستدلال: " إنه معنى مشعر بالحكم، مناسب فيما يقتضيه الفكر العقلي، من غير وجدان أصل متفق عليه.[1]"

وأما ابن الحاجب[2]، فالمناسب المرسل عنده" هو الذي لم يعتبره الشارع، سواء علم أنه ألغاه أم لم يعلم الاعتبار ولا الإلغاء "[3].

والذي يفهم من هذه التعاريف، أن المناسب المرسل عندهم، هو الذي لم تشهد له النصوص بالاعتبار أو الإلغاء، سواء كانت هذه النصوص عامة أو خاصة، وهذا هو المناسب الغريب، وهو مردود اتفاقا[4].

2 – تعريف المناسب المرسل عند من يحتج به.

الذين احتجوا بالمَصْلَحة المرسلة،كان لهم تعريف مغاير للمناسب المرسل، ومن أهم هذه التعاريف تعريف الشاطبي، حيث قال: ما سكتت عنه الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه، فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يرد نص على وفق ذلك المعنى، كتعليل منع القتل للميراث، فالمعاملة بنقيض المقصود تقدير إن لم يرد نص على وفقه، فإن هذه العلَّة لا عهد بها في تصرفات الشرع، بالفرض ولا بملائمها، بحيث يوجد لها جنس معتبر فلا يصح التعليل بها ولا بناء الحكم عليها باتفاق، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله.

---

١ – الجويني / البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم محمود ذيب، المنصورة، مصر، ج 02، ص721. والبرهان، بتحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، طبعة دار الكتب العلمية، ج02، ص 262.

٢ – عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب: فقيه مالكي، من كبار العلماء بالعربية.كردي الأصل.ولد في أسنا (من صعيد مصر) ونشأ في القاهرة، وسكن دمشق، ولد سنة 570هـ، وتوفي سنة 646 هـ، له المختصر الفروعي، وله المنتهى، والشافية والكافية. الزركلي / الأعلام، ج04، ص 211. وعمر كحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 366

٣ – الرهوني / تحفة المسؤول، ج 04، ص 106 – 108. الإسنوي جمال الدين عبد الرحيم / نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1999/01، ج02، ص 171.

٤ – قال ابن السبكي:" وإن لم يثبت بنص أو إجماع واحد منها، بل اعتبر الشارع عين الوصف في عين الحكم بترتيب الحكم عليه فقط، فهو الغريب، وغير المعتبر هو المرسل، فإن كان غريبا أو ثبت إلغاؤه، فمردود اتفاقا. يراجع: رفع الحاجب عن ابن الحاجب، ج 04، ص 341 – 342.

ثانيهما: أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة، بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمّى بالمصالح المرسلة[1].

فالمناسب المرسل أو المَصْلَحة المرسلة عند الشاطبي، هي ذلك الوصف الذي سكتت عنه النصوص الخاصة، فلا هي اعتبرتها، ولا هي ألغتها، إلا أنها تلائم تصرفات الشارع، بحيث يوجد لذلك المعنى أو الوصف، جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين.

وقال الشاطبي:" إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره في اقتضاء الأحكام فحينئذ نقبله، فإن المراد بالمَصْلَحة عندنا، ما فهم رعايته في حق الخلق، من جلب المصالح ودرء المفاسد، على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل يرده، كان مردودا باتفاق المسلمين"[2].

أما الغزالي فقال هي: كل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي، علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجا من هذه الأصول لكنه، لا يسمى قياسا بل مصلحة مرسلة، إذ القياس أصل معين.

وكون هذه المعاني مقصودة عرفت لا بدليل واحد، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات، تسمى لذلك مصلحة مرسلة. وإذا فسرنا المَصْلَحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة[3].

ومن خلال التعريفين السابقين – الشاطبي والغزالي – يتبين لنا أن رجوع المَصْلَحة إلى المقاصد الشَّرعِية شرط أساسي في الجملة لاعتبارها مصلحة، ثم يبقى النظر في اعتبار الشارع لها أو عدم اعتبارها، ونوع هذا الاعتبار للمصلحة.

إذ يفهم من تعريف الشاطبي، أن مجرد حكم العقل برجوع المَصْلَحة إلى مقاصد الشرع في الجملة دون شهادة الشارع لها، ليس ضابطا كافيا في التعرف على المَصْلَحة الشَّرعِية.

---

١ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص114 – 115.

٢ – الشاطبي المرجع السابق، ج02، ص 113.

٣ – الغزالي / المستصفى، ج01، ص189.

فقد تكون المَصْلَحة مناسبة في نظر المجتهدين، ويكون الشارع قد ألغى اعتبارها، بنص خاص كمسألة[1] مظاهرة الملك أو الغني[2].

وقد جعل الطاهر بن عاشور المَصْلَحة المرسلة نوعا من أنواع القياس، إذ القياس الأصولي قياس علَّة، والمَصْلَحة المرسلة قياس ثان، قياس الجنس[3].

والمتأمل في نقول الفريق المنكر للمناسب المرسل أو المَصْلَحة المرسلة، يرى أنه وقع في اضطراب، فأحيانا نجد بعضهم، يقبله وأحيانا ينكره، مثلما وقع للإمام الحرمين، والغزالي في مجموع كتبهم ونصوصهم، قال ابن عاشور:" وإني لأعجب من إمام الحرمين على جلالة علمه، ونفاذ فهمه، كيف تردد في هذا المقام، وأما الغزالي فأقبل وأدبر، فلحق مرة بطرف الوفاق، لاعتباره المصالح المرسلة، ومرة بطرف رأي الجويني، إذ تردد في مقدار المَصْلَحة.[4]"

وقد حاول البعض حصر أسباب الاضطراب في المَصْلَحة المرسلة، فأرجعها إلى ما يأتي:

السبب الأول: أنهم لم يحددوا مقصودهم بالأخذ بالمصالح المرسلة، من عدم الأخذ به، عند نقلهم الخلاف فيه، ومن المعلوم أن مالكا أخذ بالاستصلاح، أي عدّه أصلا مستقلا في أصول الاجتهاد، وأما الأئمة الآخرون، فألحقوه بأصول الاجتهاد الأخرى.

ومن نتائج هذا السبب، توسع بعض الكاتبين في أمرها في صورة مظهر خفي، لم يقل به أحد من العلماء، مع أن جميع العلماء أخذوا بها وعولوا عليها.

إذ سبب الخلاف هو هل المَصْلَحة المرسلة أصل مستقل بذاته، أم هي مردودة إلى أصول الاجتهاد الأخرى المتفق عليها.

---

١ – حكي عن بعض أكابر العلماء أنه دخل على بعض السلاطين فسأله عن الوقاع في نهار رمضان فقال عليك صيام شهرين متتابعين فلما خرج راجعه بعض الفقهاء وقالوا له القادر على إعتاق الرقبة كيف يعدل به إلى الصوم والصوم وظيفة المعسرين وهذا الملك يملك عبيدا غير محصورين فقال لهم لو قلت له عليك إعتاق رقبة لاستحقر ذلك واعتق عبيدا مرارا فلا يزجره إعتاق الرقبة ويزجره صوم شهرين متتابعين فهذا المعنى مناسب لان الكفارة مقصود الشرع منها الزجر والملك لا يزجره الإعتاق ويزجره الصيام. وهذه الفتيا باطلة لأن العلماء بين قائلين قائل بالتخيير وقائل بالترتيب فيقدم العتق على الصيام فتقديم الصيام بالنسبة إلى الغنى لا قائل به.الشاطبي/الاعتصام، ج02، ص 113.

٢ – فاديغا موسى / أصول فقه الإمام مالك، أدلته العقلية، دار التدمرية، ودار ابن حزم، ط2007/01، ج02، ص 408.

٣ – ابن عاشور / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 297.

٤ – ابن عاشور المرجع السابق، ص 245 – 246. والحبيب ابن خوجة / بين علمي المقاصد وأصول الفقه، ج02، ص 298.

فمثلا ابن الحاجب وصاحب مسلم الثبوت [1] وشارحه ومعظم الحنفية، قصدوا بإنكارهم بالمَصْلَحة المرسلة، اعتبارها أصل مستقلا على الأصول الأربعة.

فما وقع للإمام الحرمين والغزالي في شفاء الغليل والمنخول، ونقلهم اعتداد الأئمة بها، هو أنها داخلة ضمن الأصول الأربعة[2].

السبب الثاني: عدم التأكد والتثبت من نسبة بعض الآراء إلى الإمام مالك، والتي قيل بسببها، إنه أفرط واسترسل في الأخذ بالمصالح المرسلة، حتى قيل إنه لم يلتفت فيه إلى ضرورة ملاءمتها لأصول الشرع ومقاصده.

وقد أدى بالبعض إلى القول: إن المصالح المرسلة مزلق إلى مخالفة النّصوص والقواعد الشَّرعِية.

السبب الثالث: ما نقل عن الإمام الشافعي واشتهر عنه، من إنكاره الشديد للاستحسان، وأنه أخذ بالتشهي وتشريع بمحض الرأي، دون أن يستثني ما استند فيه المجتهد إلى مصلحة داخلة في مقاصد الشرع، وملائمة لأحكامه وتصرفاته[3].

هذا الموقف جعل البعض يظن أن الشافعي ينكر الأخذ بالمصالح المرسلة، من حيث ينكر الاستحسان، لتقارب أمرهما ودقة الفرق بينهما.

ومن هنا نقل بعض الأصوليين أن الشافعي ينكر الأخذ بالمصالح المرسلة، منهم الآمدي، والبيضاوي والأبهري[4].

غير أن الملاحظ أن الإمام الشافعي يتوسع في القياس حتى يدخل فيه الاستصلاح، حيث قال في الرسالة:" وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمى هذا قياسا، ويقول هذا ما أحل الله وحرم وحمد وذم لأنه داخل في جملته، فهو بعينه ولا قياس على غيره. ويقول مثل هذا القول في غير

---

١ – محب الله بن عبد الشكور البهاري الهندي، توفي سنة 1119هـ. الزركلي / الأعلام، ج05، 283. وأما شارح مسلم الثبوت، فهو صاحب فواتح الرحموت، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد اللكنوي الأنصاري توفي سنة 1180 هـ.

٢ – محمد سعيد رمضان البوطي / هل المصالح المرسلة من خصائص المذهب المالكي ؟ بحث نشر ضمن الملتقى الأولى الأول حول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، دار البحوث للدراسات، دبي، ط01، 2004، ج06، ص 324 -325.

٣ – الشافعي / الأم، ج07، ص 313.

٤ – للتفصيل يراجع: البوطي / هل المصالح المرسلة من خصائص المذهب المالكي، ج06، ص 326.

هذا مما كان في معنى، الحلال فأحل والحرام فحرم. ويمتنع أن يسمى" القياس " إلا ما كان يحتمل أن يشبه بما احتمل أن يكون فيه شبها من معنيين مختلفين فصرفه على أن يقيسه على أحدهما دون الآخر. ويقول غيرهم من أهل العلم، ما عدا النص من الكتاب أو السنة فكان في معناه فهو قياس[1].

السبب الرابع: اختلافهم في حقيقة الإرسال على قولين:

الرأي الأول: هو أن لا يعتمد المجتهد على أي نص في التعرف على المَصْلَحة، وإنما يترك للعقل أمر تقديرها، دون تقيدها باعتبار الشارع لها أو عدم اعتباره.

الرأي الثاني: أن لا يعتمد المجتهد في معرفتها على نص خاص، ولكن لابد من ملائمتها لتصرفات الشارع، بأن تدخل ضمن ما ورد في الشريعة من نصوص عامة، تكون شاهدة لها، ومزكية لاعتبارها.

ولو اتفقوا على أحد المعنيين للمناسب المرسل، ما وقع اختلاف في اعتبار المَصْلَحة المرسلة.

السبب الخامس: عدم فهم بعض النصوص الواردة عن أئمة المذهب المالكي، وتوجيهها توجيها غير صحيح، وخاصة الذين نقلوا استرسال مالك في القول بها على وجه الإطلاق، فمثلا الشاطبي يقول:" ومذهب مالك إلى اعتبار ذلك، وبنى عليه الأحكام على الإطلاق"[2].

فمن حمل لفظ الإطلاق على شموله، أدخل فيه المناسب الغريب أيضا، ومعلوم أنه متفق على ترك العمل به.

ولكن الأصح أن لفظ الإطلاق عند الشاطبي، محمول على أنّ المَصْلَحة المرسلة عند مالك يعمل بها، سواء أكان ذلك من باب الضروري أو الحاجي أو التحسيني، لا كما حصرها البعض في باب الضروري فقط.

---

١ – الشافعي / الرسالة، ص 515 –516. وقد ذهب الشافعي إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح، لكن بشرط قربه من معاني الأصول الصحيحة قال الزنجاني:" ذهب الشافعي إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي شرعي، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة جائز" . تخريج الفروع على الأصول، ص 196، ومحمد معاذ الخن / القطعي والظني، ص 248.

٢ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص 111.

وقد أشار الأبياري[1] إلى معنى الإطلاق عند مالك، حيث قال:" والصحيح عندنا من مذهبه، اتباع مطلق المصالح، إذا رجعت إلى حفظ مقاصد الشريعة، في الأديان والنفوس والنسل والمال والعرض، بشرط أن لا تناقض شيئا من قواعد الشريعة"[2].

3 – المَصْلَحة المرسلة والاستصلاح.

من خلال ما سبق مناقشته يمكن أن نحدّ المَصْلَحة المرسلة بأنها:" كل ثمرة أو فائدة (منفعة) تدخل في مقصود الشارع، وتترتب على حكم، لم يدل دليل من الشارع على اعتباره".

فتدخل في الثمرة أو الفائدة، جميع المصالح،كما تخرج المصالح المعتبرة، التي جاء على حكمها نص شرعي، كبناء المساجد وتعميرها، وصناعة الأسلحة الداخلة في قوله تعالى:" ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ ﴿٦٠﴾ ﴾ الأنفال: ٦٠

كما تخرج المصالح غير المعتبرة، فهي الحقيقة مفاسد وليست مصالح، كإباحة الربا والرشوة للضرورة والحاجة الاجتماعية، فهي مصالح موهومة وملغاة لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ ﴾ البقرة: ٢٧٨ .وأما قيد، تدخل في مقصود الشارع، أي أن تكون داخلة في المقصد العام، وهو جلب المصالح، ودفع المفاسد، ومصالح الناس محصورة في كليات الشريعة الخمس، وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

وأما الاستصلاح، فهو اتباع المَصْلَحة [3] أي بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلة واعتمادا على حجيتها، إذ المصالحة المرسلة، اسم لما قد يكون حجة شرعية في بناء الأحكام، بقطع النظر عن عمل المجتهد.

---

١ – علي بن إسماعيل بن حسين بن عطية الملقب شمس الدين وشهرته بأبي الحسن الأبياري، كان الأبياري من العلماء الأعلام وأئمة الإسلام بارعاً في علوم شتى: الفقه وأصوله وعلم الكلام، وله تصانيف منها: شرح البرهان لأبي المعالي الجويني، توفي سنة 616هـ، يراجع: ابن فرحون / الديباج المذهب، ص 213. وعمر كحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 406.

٢ – فاديغا / أصول فقه الإمام مالك، ج02، ص 417 – 418.

٣ – الطوفي، سليمان بن عبد القوي، أبو الربيع، نجم الدين / شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط02/ 1998، ج03، ص 204.

والاستصلاح يعبر عن معنى مصدري، دال على جهد المجتهد وعمله، إذ يبنى على تلك الحجة الشَّرعِية حكما ما.

فالاستصلاح، هو طلب الصلاح، ونفي الفساد، وهو استدلال الفقيه على الأحكام بالمَصْلَحة المرسلة[1].

وواضح أن الاستصلاح فرع عن الأخذ بالمصالح المرسلة واعتبارها حجة ومصدر من مصادر التشريع[2].

4 – شروط العمل بالمَصْلَحة المرسلة عند الإمام مالك.

المتتبع لنصوص أئمة المذهب المالكي، يجد في كلامهم ما يشير إلى الشروط والضوابط الضرورية للعمل بالمَصْلَحة المرسلة، فالإمام الأبياري في شرحه للبرهان، ذكر ما يشترط في المصالح كي تعتبر دليلا شرعيا، فبعد أن ذكر مسألة التترس التي ساقها الغزالي، واشترط في المَصْلَحة أن تكون ضرورية، كلّية قطعية، قال: إن الصحابة لم يشترطوا شيئا من هذه الشروط، و لم يعولوا عليها بحال، إذ الصحيح اعتبار المصالح على حسب ما قررناه، إذا لم تناقض الأصول، و لم يوجد في الشرع ما يصد عنها، وخلت عن المعارض".

وقال:" والصحيح عندنا من مذهب مالك، اتباع مطلق المصالح، إذا رجعت إلى حفظ مقاصد الشريعة في الأديان والنفوس والمال والعرض، بشرط ألا يناقض شيئا من قواعد الشريعة"[3].

فشروط العمل بالمَصْلَحة عند الإمام مالك هي:

1 – أن لا تناقض أصلا من أصول الشريعة.

2 – أن تكون خالية من معارض راجح أو مساو.

---

١ – محمد أحمد بوركاب / المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط 01 /2002، ص 91. وزين العابدين النور / رأي الأصوليين، ج01، ص 232.

٢ – البوطي / ضوابط المصلحة، ص307، وهل هل المصلحة المرسلة من خصائص المذهب المالكي، ج06، ص 313.

٣ – فاديغا / أصول فقه الإمام مالك، ج02، ص 452.

3 – أن تكون فيما هو راجع، إلى حفظ مقاصد الشريعة في الدين و النفس والعقل والنسل والمال.

وقد أضاف الشاطبي شرطا آخر، هو محل بحث ونظر، أن هو تكون المَصْلَحة من باب الضروري أو الحاجي، دون التحسيني. وأما الضوابط المتفق عليها عنده فهي:

الضابط الأول : هي أن تكون المَصْلَحة معقولة المعنى في ذاتها، جارية على الأوصاف المناسبة، بحيث إذا عرضت على أهل العقول السليمة تلقتها بالقبول، فلا دخل للمصالح في الأمور التقديرية، وما جرى مجراها من كفارات ومقدرات، وما إلى ذلك، لأن الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد[١].

قال محمد ولد أباه:" مجال المَصْلَحة يقتصر على المعاملات، لأن العبادات كلها أمر توقيفي، ولا تعتبر فيها المصالح إلا ببيان الشارع"[٢].

ومجالها التشريعي القضايا والمسائل الاجتماعية والسياسية والثقافية، والإعلامية، والمالية والتنظيمية، والبيئة وكلّ نواحي الحياة، التي لم يتطرق إليها الشرع الإسلامي في نصوصه النقلية[٣].

الضابط الثاني: الملاءمة بين المَصْلَحة المرسلة ومقاصد الشارع، بحيث لا تنافي أصلا من أصوله، ولا تعارض دليلا من أدلته القطعية، بل ينبغي أن تتفق مع المصالح التي يقصد الشارع إلى تحصيلها، بأن تكون من جنسها وإن لم يكن لها دليل خاص[٤].

وقد فهم البعض من كلام الشاطبي، أنه يشترط في المَصْلَحة المرسلة، أن تكون في رتبة الضروري أو الحاجي.

قال الشاطبي:" والثالث أن حاصل المصالح المرسلة، يرجع إلى حفظ أمر ضروري ورفع حرج لازم في الدين، وأيضا مرجعها إلى حفظ الضروري، من باب ما لم يتم الواجب إلا به،

---

١ – الشاطبي / الموافقات، ج01، ص 39 –40. والاعتصام، ج02، ص 129.

٢ – محمد مختار ولد أباه / مدخل إلى أصول الفقه المالكي، دار الأمان، الرباط، ط02/ 2003، ص 94.

٣ – عبد الوهاب أبو سليمان / فقه الضرورة، ص 43.

٤ – الشاطبي / الموافقات ، ج02، 51 –52، الاعتصام، ج02، ص115.

فهي إذا من الوسائل لا من المقاصد، ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى التشديد.

أما رجوعها إلى ضروري فقد ظهر من الأمثلة المذكورة[1]، وكذلك رجوعها إلى رفع حرج لازم، وهو إما لا حق بالضروري وإما من الحاجي، وعلى كل تقدير فليس فيها ما يرجع إلى التقبيح والتزيين البتة، فإن جاء من ذلك شيء، فإما من باب آخر منها، كقيام رمضان في المساجد جماعة[2].

فعبارة الشاطبي، "وعلى كل تقدير، فليس فيها ما يرجع إلى التقبيح والتزيين البتة " يستخلص منها شرط جديد، وهو أن تكون المَصْلَحة في رتبة الضروري أو الحاجي، لا يدخل فيها ما كان تحسيني أو تكميلي.

وقد نوقش كلام الشاطبي هذا، بأنه في الموافقات لم يشر إلى هذا الشرط البتة، وإنما اكتفى بكون المَصْلَحة مبنية على ما يعقل معناه، أي من باب العادات لا العبادات، وكذا الملاءمة لمقصود الشارع، دون الالتفات إلى مراتبها، فيدخل بذلك الضروري والحاجي وكذا التحسيني.

وكذا في الاعتصام تكلم عن الإمام مالك، وأنه يأخذ بالمعنى على سبيل الإطلاق، وإن لم يستند على دليل معين، قال :" وذهب مالك إلى اعتبار ذلك، وبنى الأحكام عليه بإطلاق ".

ثم ذكر بعده كلام الغزالي، وأنه لا يعتبر المناسب إذا وقع في رتبة التحسين والتزيين، فقال:" وذهب الغزالي إلى أن المناسب، إن وقع في رتبة التحسين والتزين لم يعتبر، حتى يشهد أصل معين "[3].

فهذا النقل ظاهره يدل على أن الإمام مالك يأخذ بالمصالح المرسلة، وإن كانت في مرتبة التحسين والتكميل، بشرط أن تتوفر فيها المناسبة والملاءمة لمقصود الشارع.

---

١ – كالمثال: التاسع، بيعة من قصر عن رتبة الاجتهاد، إذا خلا الزمان من المجتهدين، والمثال العاشر، بيعة المفضول مع وجود الفاضل يراجع: الاعتصام، ج02، ص 126 – 127.

٢ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص 133 – 134. و بوركاب / المصالح المرسلة، ص122 – 123.

٣ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص 111 – 112. و بوركاب / المصالح المرسلة، ص 126 – 127.

ولو سلمنا أن ما قاله الشّاطبي منقول عن مالك، فإن جمهور المالكية وأساطينهم، كابن العربي والقرافي والأبياري، قالوا بها عن مالك مطلقة، من غير تقييد بكونها ليست تحسينية، وبل نصر القرافي القول بتعميمها وشمولها لجميع الأقسام.

وَوَفّقَ البعض ظاهر الخلاف، وحمل المذهب القائل بالمَصْلَحة، بشرط كونها ليست تحسينية، على العمل بالمَصْلَحة في حالة تخصيصها للنصوص، فلا تخصص غيرها من الأدلة إلا إذا كانت في رتبة الضروري أو الحاجي، فإذا كانت من باب التكميلي والتزييني، فلا تخصص النصوص.

قال الخراشي [1]:"وقصد المعروف(التحسين) بانفراده لا يخصص العمومات الدالة على المنع"[2].

وذهب البعض إلى أن المالكية قالوا بجواز العمل بالمَصْلَحة المرسلة مطلقا، أي سواء أكانت في رتبة الضروري أو الحاجي أو التكميلي، كما هو ظاهر مذهب الشاطبي في الموافقات، وهذا من الناحية النظرية الصرفة، دون النظر إلى الجانب التطبيقي العملي.

وأما ما ذهب إليه الشاطبي في الاعتصام، فهو رأي جديد، ناتج عن استعماله طريقته الفذة في التعامل مع النصوص، وهي التتبع والاستقراء، فبعد أمثلة كثيرة- ذكر منها في الاعتصام عشرة أمثلة – رأى أن المَصْلَحة المرسلة لا تكون إلا في باب الضروري أو الحاجي فقط.

فالخلاف ناتج عن اختلاف النظر، فالمالكية بنووا رأيهم على الجانب النظري، وأما الشاطبي فقد بناه على الواقع التشريعي، و قد أسعفه هذا في الرد على المبتدعة.

ثالثا: النّصُ والمَصْلَحة.

أهم نقطة تواجه الباحث عند كلامه على المَصْلَحة، هي مدى إمكانية تعارض المَصْلَحة مع النص، وهذا يفرض علينا الكلام على التعارض شرعا، وخاصة إذا كانت النصوص قطعة، وما

---

١ - محمد بن عبد الله الخراشي المالكي، أبو عبدالله، أول من تولى مشيخة الأزهر، كان فقيها فاضلا ورعا. من كتبه الشرح الكبير على متن خليل، والشرح الصغير على نفس المتن، توفى بالقاهرة سنة 1101هـ. عمر كحالة / معجم المؤلفين، ج03، ص 437.

٢ – شرح الخرشي على مختصر خليل، طبعة دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 05، ص 50، وزين العابدين النّور / رأي الأصوليين، ج 01، ص 269.

هو النظر الأصولي عند وجود تعارض بين النصوص عموما ولو من حيث الظاهر فقط مع المَصْلَحة.

أ – تعارض المَصْلَحة والنَّص.

التعارض عند الأصوليين، تقابل الدليلين على سبيل الممانعة[1] أو هو أن يقتضي أحد الدليلين حكما في واقعة خلاف ما يقتضيه الدليل الآخر[2].

والبحث عن التعارض بين النص والمَصْلَحة، يكاد يحصر في صورة ما إذا كان النَّص ظني الدلالة كأن يكون عاما، أو يكون النَّص خبر آحاد، وذلك أن التعارض لا يتصور بين نص قطعي السند والدلالة، وبين المَصْلَحة مطلقا، إلا ما فهمه البعض من كلام الطوفي، لأن النَّص إذا كان قطعيا في سنده و دلالته، لا يمكن أن تعارضه المَصْلَحة أبدا، ولأن المَصْلَحة إذا كانت قطعية، فالتعارض غير متصور في نفس الأمر، وإن وجد في الظاهر فهو غير متجه، لأنه لا تعارض بين قطعيين.

وأما إذا كانت المَصْلَحة ظنية، وجب العمل بالقطعي دون الظني، فيقدم النَّص على المَصْلَحة.

وإذا رجعنا إلى شروط الأخذ بالمَصْلَحة، وجدنا أهمها: اشتراط ملاءمتها لجنس تصرفات الشارع، وأن تتوافق مع أصوله العامة وقواعده الكلية، لذا كان الاستدلال بالمَصْلَحة في الحقيقة استدلالا بالنَّصوص، ومن هنا كان معيار تحديد المَصْلَحة في ذاته، راجعا إلى الشرع لا إلى المجتهد، فليس له الحق في تشريع ما لم يترله الله.

وإذا كان الاستدلال بالمَصْلَحة استدلالا بالنَّصوص الكلية والقواعد العامة، وهي مستنبطة وناطقة باسم النَّصوص الخاصة، فلا غرابة من تصور وقوع التعارض بينهما ظاهرا، ومن هنا يتعين على المجتهد ضرورة، الجمع بينهما قدر الإمكان، دون إلغاء للنص، ولا تفويت للمصلحة، فيكون ذلك بتخصيص الخاص منهما للعام، وقد يترك النَّص إذا كان خبرا آحادا، للاختلاف في قوة الدلالة.

---

١ – الشوكاني / إرشاد الفحول، ص455

٢ – وهبة الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص1173.

قال الشاطبي: فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين، فقد شهد له أصل كليّ، والأصل الكلي إذا كان قطعيًّا، قد يساوي الأصل المعين، وقد يربي عليه بحسب قوة الأصل وضعفه"[1].

وهو يقسم الظني المعارض للقطعي، والذي لا يشهد له أصل قطعي إلى نوعين:

الأول: أن تكون مخالفته للأصل قطعية، فهو مردود قطعا إن خالف ظاهر القرآن، وأما إن خالف قاعدة قياسية، ففيه تفصيل عند الإمام مالك[2].

الثاني: أن تكون مخالفته ظنية، وهذا إما أن يتطرق إليه الظن من جهة الدليل الظني، أو من جهة كون الدليل، لم يتحقق كونه قطعيا – من حيث الثبوت — و في هذا نظر واسع للمجتهدين[3].

وقد رد الإمام مالك حديث إكفاء القدور التي طبخ فيها من لحم الإبل والغنم قبل القسم [4]، تعويلا على أصل رفع الحرج، الذي يعبر عنه بالمَصْلَحة المرسلة، فأجاز أكل الطعام لمن احتاج إليه[5].

فالمَصْلَحة إذا كانت ثابتة ثبوتا قطعيا، وكانت من جنس المصالح التي أقرها الشريعة وملائمة لها، فإنها تخصص النَّص عند مالك، بشرط أن يكون عاما وغير قطعي. وترد حديث الآحاد – على قول – إن عارضها، لأنه حينئذ يكون عندنا دليلان أحدهما ظني، والآخر قطعي، ومن المقرر عند أهل الأصول، أنه إذا تعارض القطعي والظني، فإن الظني يخصص بالقطعي، أو يرد الظني إن كان الظني لا يقبل التخصيص[6].

---

١ – الشاطبي / الموافقات، ج01، ص 271.

٢ – مولاي الحسين الحيان / منهج الاستدلال بالسنة في المذهب المالكي، تأسيس وتأصيل، دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط2003/01، ج02، ص 965 فما فوق.

٣ – الشاطبي / الموافقات، ج03، ص 12 – 13 .

٤ – البخاري،كتاب: الشركة، باب: قسمة الغنائم، ج02، ص 881، رقم 2365. مسلم، كتاب: الأضاحي، باب: جواز الذبح بما أنهر الدم إلا السنّ، ج06، ص 78، رقم 2505.

٥ – الشاطبي / الموافقات، ج03، ص16

٦ – فاديغا / أصول فقه الإمام مالك، ج02، ص 459.

قال ابن رشد الجدّ:" إنّ الحديث إن كان مخالفا للأصول، فإنكاره واجب، إلا أن يرد من وجه صحيح لا مطعن فيه، فيرد إليها بالتأويل الصحيح [1]."

ومما تقدم يتبين إمكانية التعارض، بين النّص العام والمَصْلَحة، وحينئذ لا يرى مالك مانعا، من تخصيص العام بالمَصْلَحة المندرجة تحت مقاصد الشرع، وهو ما صرح به ثلة من أساطين أصول الفقه المالكي، ابن العربي في أحكام القرآن ، والقبس، والشاطبي في الموافقات، وابن رشد في بداية المجتهد[2].

قال ابن العربي:" ويستحسن مالك أن يخص بالمَصْلَحة . [3]" كما ذكر أن الإمام مالك أنكر حديث إكفاء القدور التي طبخ فيها لحم الإبل والغنم التي أخذت من الغنيمة قبل تقسيمها، تعويلا على أصل رفع الحرج الذي يعبر عنه بالمَصْلَحة المرسلة.

وقد ذكر في كتابه القبس، أن بعض علماء المالكية احتجوا على جواز أكل الطعام قبل التقسيم، بحديث عبد الله بن مغفل في أخذ الجراب من الشحم[4].

وقاسوا أكل البهيمة على أكل الشحم والعسل في الجواز قبل القسم، قال ابن العربي:" وإنما المعول في ذلك على المَصْلَحة، فإن المسلمين يدخلون بلاد العدو، فتطرأ الحاجة وتعرض الفاقة، فلو قسمت الغنيمة قبل التحصيل، لكان ذلك فسادا في القضية وخرما في الحال، ولو منع الناس

---

١ – ابن رشد / البيان والتحصيل، ج01، ص 62، وج18، ص 154.

٢ – فاديغا / المرجع السابق، ج02، ص 459 –460.

٣ – ابن العربي / أحكام القرآن، طبعة دار إحياء التراث العربي، ج02، ص 237، ، والشاطبي / الموافقات، ج04، ص 151.

٤ – عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُغَفَّلٍ قَالَ: دُلِّيَ جِرَابٌ مِنْ شَحْمٍ يَوْمَ خَيْبَرَ قَالَ فَأَتَيْتُهُ فَالْتَزَمْتُهُ قَالَ ثُمَّ قُلْتُ لَا أُعْطِي مِنْ هَذَا أَحَدًا الْيَوْمَ شَيْئًا قَالَ فَالْتَفَتُّ فَإِذَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَتَبَسَّمُ إِلَيَّ" سنن أبي داود، ج03، ص 18، رقم 2704، والحديث رواه أيضا مسلم في صحيحه، باب: أخذ الطعام من أرض العدو، ج 05، ص 163، رقم4705، طبعة دار الجيل. وذهب الجمهور إلى أنه يجوز للغانمين أخذ القوت وما يصلح به وكل طعام اعتيد أكله عموما وكذلك علف الدواب قبل القسمة سواء كان بإذن الإمام أو بغير إذنه ودليلهم هذا الحديث حديث عبد الله بن مغفل، وهو مخصص لأحاديث النهي عن الغلول. الصنعاني / سبل السلام، ج04، ص 60.

الأكل حتى تقع المقاسم، لأضر ذلك بهم، فجوز الأكل بالمعروف، وهذا من دلائل المَصْلَحة وأحكامها التي انفرد بها مالك رضي الله عنه.[1]"

ومن أمثلة تخصيص النَّص بالمَصْلَحة عند ابن رشد، قوله في عدم تغريب الزانية البكر، إن مالكا، خصص عموم قوله صلى الله عليه وسلم:" **البكر بالبكر جلد مائة جلدة وتغريب عام**[2]." بالمَصْلَحة، حيث قال:" ومن خصص المرأة من هذا العموم، فإنما خصصه بالقياس، لأنه رأى المرأة تعرض لأكثر من الزنا، وهذا من القياس المرسل المصلحي، الذي كثيرا ما يقول به مالك.[3]"

قال القرطبي[4]:" فحصل من هذا تخصيص عموم حديث التغريب، بالمَصْلَحة المشهود لها بالاعتبار، وهو مختلف فيه عند الأصوليين والنّظار.[5]"

والأصل عند المالكية، تقديم خبر الآحاد على المَصْلَحة المرسلة، إلا إذا كانت راجحة عليه، باستنادها إلى أصل كلي قطعي أو قاعدة كلية، وتجرد الخبر من الاستناد إلى أي قاعدة من القواعد الكلية ظنية كانت أو قطعية[6].

ومن حيث الجملة، فإن مخالفة الظني للأصل الكلي القطعي، تسقط اعتباره إذا لم يستند إلى أصل كلي آخر، ودليله:

1 – الدليل العقلي: إن ذلك مخالف لأصول الشريعة، والمخالف لأصولها لا يصح، لأنه ليس منها، وما ليس من الشريعة ليس منها.

---

١ – ابن العربي / القبس، طبعة دار الغرب الإسلامي بيروت، ج02، ص 605 – 606، وقد ذكر الشاطبي، أن مالكا أنكر حديث إكفاء القدور، وهذا لم يصرح به أحد قبله، ويبدو أنه استنتاج منه من كلام ابن العربي السابق، فالذي أنكر ذلك في الحقيقة هو ابن العربي وليس مالك.

٢ – مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد الزنا، ج05، ص 115، رقم 4509.

٣ – ابن رشد /بداية المجتهد، ج02، ص 436

٤ – القرطبي، شمس الدين (600 – 671هـ، 1204 – 1273) أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي. فقيه مفسر عالم باللغة، وُلد في مدينة قرطبة، وقد رحل بعد سقوطها إلى الإسكندرية، ثم إلى صعيد مصر حيث استقر فيه. ابن فرحون / الديباج المذهب، ص 317.

٥ – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج05، 89.

٦ – بوركاب / المصالح المرسلة، ص 421.

2 – الدليل النقلي: الأمثلة الكثيرة الواردة عن الصحابة والسلف في رد أخبار آحاد خالفت قاعدة كلية. منها ردّ عائشة وابن عباس، لحديث غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، استناد إلى قاعدة رفع الحرج لذا قالا: " **كيف نصنع في المهراس** "[1].

ب – المنكرون لتخصيص النَّصِ بالمَصْلَحة.

إذا كان المالكية يذهبون إلى تخصيص المَصْلَحة بالنَّص، وقد نقل ذلك عنهم تلميحا وتصريحا، تنظيرا وتطبيقا، فإن هناك رأيا آخر معارض، قد تبناه الدكتور البوطي ودافع عنها، وتمسك به وثبت عليه طوال حياته العلمية، وهو أن المَصْلَحة لا يمكن أن تعارض النَّص، لا معارضة جزئية ولا كلية، وبالتالي، فلا تخصيص للنص بالمَصْلَحة، وكل مصلحة ظهر أنها تخصص النَّص، فقد رفعت عنه صفة الإرسال، ودفعت به إلى باب الإلغاء، فهي مصلحة مطروحة في مقابل النَّص.

فالمَصْلَحة المرسلة لا وجود لها أمام نص معارض، والدكتور البوطي لم يناقش إمكانية التخصيص، بل ذهب إلى عدم وجود أصلا، وأوضح ذلك قائلا:" نقول: لا وجود لها و لم نقل لا يجوز، لكي يتضح أن معنى الإرسال في المصالح، يناقض وجود نص، من قرآن أو سنة ويتنافى تنافيا كليا أو جزئيا مع تلك المَصْلَحة، إذ كيف تكون مرسلة، ووجود النَّص المعارض، قد سلب عنها صفة الإرسال، وأدخلها في صنف الملغى".

وقال: إن التعارض الكلي أو الجزئي للنص، مع ما قد يظهر للناظر أنه مصلحة، دليل قاطع على أنها ليست في حقيقة أمر مصلحة، بل هي مصلحة ملغاة في تعبير علماء الأصول أو المَصْلَحة الموهومة. وأدخلها ضمن الرأي الباطل، و لم يفرق بين التّعارض الكلي بين المَصْلَحة والنَّص، وأن المَصْلَحة تطرح عنده، ولا بين المعارضة الجزئية، التي يمكن الجمع بينها وبين النَّص، عن طريق التخصيص أو التقييد.

وقال: إن في القول بوجود معارضة جزئية بين النَّص والمَصْلَحة، مخالفة لإجماع علماء الأصول، لأن مخصصات النَّص معدودة و معروفة عندهم، وليست ضمنها المَصْلَحة.

---

١ – المهراس: حجر ضخم مستطيل منقور يجمع فيه الماء ويتوضأ منه. مصنف ابن أبي شيبة، ج01، ص122، والبيهقي في السنن الكبرى، ج01، ص 48.

كما أنه أنكر، أن يكون هذا الرأي للإمام مالك، وأن سند الذين نسبوا هذا الرأي إليه، قد اعتمدوا على جملة فروع فقهية، فهموا منها ذلك، وهي بعيدة عما فهموه. وقال:" ليث شعري في أي مصدر من المصادر، وقفوا على نص ينسب إلى مالك هذا اللغو، الذي نشهد أن إمام دار الهجرة بريئ إلى الله منه[١]."

وقال:" والواقع أن أحدا من الأئمة الأربعة، لم يقل لا في أصوله وقواعده، ولا في جزئيات فتواه واجتهاداته، بأن المَصْلَحة المرسلة تخصص عاما وتقيد مطلقا [٢]."

مناقشة هذا الرأي:

1 – الذين ذهبوا إلى أن المَصْلَحة المرسلة تدخل في باب القياس بصفة عامة، وهم الجمهور، قالوا بجواز تخصيص النَّص بالقياس[٣].

وأما الذين اعتبروا المَصْلَحة المرسلة دليلا مستقيلا، فقد صرحوا بجواز التخصيص بها، قال الشاطبي:" ومنها قاعدة الاستحسان، وهو في مذهب مالك، الأخذ بمصلحة جزئية، في مقابل دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس.[٤]"

كما أن الاستحسان عند ابن العربي ترك الدليل للمصلحة [٥]. وقال: قول مالك وأصحابه استحسن كذا، إنما معناه أوثر ترك ما يقتضيه الدليل، على طريق الاستثناء والترخص[٦].

والتخصيص من الدليل نوع من الاستثناء، بل أوضح ذلك في أحكام القرآن فقال:" ويستحسن مالك أن يخصص بالمَصْلَحة .[٧]"

---

١ – البوطي / هل المصالح المرسلة من خصائص المذهب المالكي، بحوث ملتقى القاضي عبد الوهاب، ج06، ص 338 – 340.

٢ – البوطي / من الفكر إلى القلب، دار الفكر، سوريا، ط1995/02، ص 85.

٣ – البوطي، محمد سعيد / ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الدار المتحدة سوريا، دار رحاب، الجزائر، ص 319، ص 354 – 355.

٤ – الشاطبي / الموافقات، ج04، ص 198.

٥ – ابن العربي / المحصول في أصول الفقه، تحقيق حسين اليدري، وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط1999، ص 131.

٦ – ابن العربي / المرجع السابق، ص132.

٧ – ابن العربي / أحكام القرآن، ج02، ص 237.

2 – قيل: إن من شروط المَصْلَحة أن لا تصادم نصا خاصا، وأن تكون ملاءمة لمقصود الشارع، والتخصيص مصادمة للنص الخاص، والمصادمة تخرجها عن الإرسال[1].

وأجيبَ على هذا الإشكال، بأن المقصود بالمصادمة والمعارضة الصريحة، وأما الظنية والمحتملة فيمكن للمجتهد أن يجمع بين الدليلين، وخاصة إذا لم تكن المعارضة من كل وجه، بل كانت جزئية كتعارض الخاص مع العام، وهي عند التأمل ليست معارضة، لأن العام ظني والخاص قطعي، ولذا يجوز التخصيص مطلقا.

والتخصيص بالمَصْلَحة، ليس مصادمة للنص، لأن القياس أيضا يجوز التخصيص به، ومن شروطه المتفق عليها، عدم المصادمة للنص.

كما أن المَصْلَحة المرسلة، وإن كانت مجردة عن الدليل الخاص، إلا أنها ليست مجردة عن الدليل العام، فهي تسند إلى كليٍّ الشّرع، وما تفرع عنه من قواعد كلية، وهذا المستند بعض الأحيان، أقوى من النَّص الخاص[2].

وحتى بعض الشافعة كالإمام الغزالي، ذهب إلى جواز تخصيص النَّص بالمَصْلَحة، فعند كلامه على قتل الزنديق، والذي قال به المالكية، واعتبروه تخصيصا للنص بالمَصْلَحة المرسلة فقال :" ...فهذا لو قضينا به، فحاصله استعمال المَصْلَحة في تخصيص العموم، وذلك لا ينكره أحد ."[3]

3 – التعارض بين النَّص العام والمَصْلَحة المرسلة الملاءمة لمقصود الشارع، هو في حقيقة الأمر تعارض بين دليلين عامين، دليل عام مستفاد من الصيغ، كنصوص القرآن والسنة العامة، ودليل عام، عمومه مستفاد من استقراء مجموع النَّصوص، وهو القاعدة الكلية التي تعتبر المَصْلَحة المرسلة جزئية من جزئياتها.

---

١ – البوطي / من الفكر إلى القلب، ص 85، وحسين حامد حسان / نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، طبعة 1981، ص 107.

٢ – بوركاب / المصالح المرسلة، ص 460. وص 487.

٣ – الغزالي / المستصفى، ج01، ص 384. والعبارة كاملة كما في المستصفى من علم الأصول، ج 01، ص 384 " فإن قيل: فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة في قتله وأن لا تقبل توبته وقد قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فماذا ترون ؟ قلنا :هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله إذ وجب بالزندقة قتله وإنما كلمة الشهادة تسقط القتل في اليهود والنصارى لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة والزنديق يرى التقية عين الزندقة فهذا لو قضينا به، فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد".

4 – قولهم: الفروع الفقهية التي استدلوا بها على جواز التخصيص بالمَصْلَحة ظاهرا، سندها في حقيقة الأمر، النَّص أو الإجماع أو العرف أو استنباط المناط بطريق الاجتهاد[1].

وهذا قد يسلم لهم به في بعض الفروع دون الكل، مع القول أن المَصْلَحة المرسلة تدخل تحت باب القياس، كما تدخل تحت استنباط المناط بطريق الاجتهاد كما قال القرافي :" وأما المَصْلَحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المَصْلَحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفوارق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المَصْلَحة المرسلة[2]".

5 – أما قوله أن أحدا من الأئمة الأربعة، لم يقل لا في أصوله وقواعده ولا في جزئيات فتواه واجتهاداته، بأن المَصْلَحة المرسلة تخصص عاما وتقيد مطلقا.

فهذا صحيح، وذلك لأنهم طرقوا ذلك في باب القياس، عند كلامهم على تخصيص النَّص بالقياس، والمَصْلَحة المرسلة، ليست دليلا مستقلا عندهم، بل هي من أبواب القياس، فلا داعي لإعادة الكلام عليها استقلالا.

والمعلوم أن المنكرين لتخصيص النَّص بالمَصْلَحة، قد دفعهم إلى ذلك غيرتهم على الدين من أن تنتهك حرماته وتميع أحكامه، وتعطل نصوصه باسم المَصْلَحة، وخافوا من أن يقال ينبغي للمصلحة أن تقود العقل المسلم المتحرر دون الاستناد على المرجعية الدينية التقليدية، ويفتحوا الاجتهاد على مصارعه، على أساس النهوض بمصالح الأمة وأنه:" حيثما كانت المَصْلَحة فثم شرع الله" وينسوا أو يتناسوا قاعدة :" فحيثما كان شرع الله فثمَّ المَصْلَحة".

ونشير هنا إلى أن المَصْلَحة المرجوة عند الأصوليين لن تكون مقبولة إلا بشروط وهي: أن تكون مستندة على قاعدة كلية، وأن تكون عامة، لا خاصة، وأن تكون ملائمة لمقصود الشارع، جالبة للمنفعة، دافعة للمضرة، وأن القائل بها لابد أن يكون ممن اجتمعت فيه مميزات وشروط خاصة، ترفعه إلى رتبة الاجتهاد والنظر في أحكام الدين ومقاصده.

---

١ – البوطي / ضوابط المصلحة، ص 114.

٢ – القرافي / تنقيح الفصول، ص 70. والذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1994/01، ج01، ص 152.

وفي الواقع إن إدراك جهة المَصْلَحة، لا يكون إلا لمزاول للشرع، واقف على مراميه من شرعه الأحكام، حتى يستطيع أن يتبين اعتبار الشارع لها، وصلاحيتها لترتب الحكم على وفقها، وأن المَصْلَحة لا مجال فيها لغير المجتهدين[1].

قال القرافي: فإن مالكا يشترط في المَصْلَحة أهلية الاجتهاد، ليكون الناظر متكيفا بأخلاق الشريعة، فينبو عقله وطبعه عما يخالفها، بخلاف عالم السياسات إذا كان جاهلا بالأصول، فيكون بعيد الطبع عن أخلاق الشريعة، فيهجم على مخالفة أخلاق الشريعة من غير شعور .

١ – محمد سلام مدكور / مناهج الاجتهاد في الإسلام في الأحكام الفقهية والعقائدية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1974، ص 281. وص290.

رابعا: المصلحَةُ والسِياسةُ الشَرعيةُ.

تصريف شؤون الحكم في الدولة ووجوه التدبير السياسي فيها، عملٌ يقوم معظمه على المصالح، فعلى ضوئها يستطيع ولاة الأمور، الذين وقفوا على أسرار التشريع ومقاصده، هم أو من ورائهم من أولي النّهى من العلماء، أن يصدروا أحكاما وتشريعات في كل جديد لا نص فيه، أخذا بالمصلحة بعد وزنها بالموازين الشرعية.

أولا: حقيقةُ المَصْلَحَة.

المَصْلَحَة: قد عرفت المَصْلَحَة بوجه عام على أنها:" كلّ معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة.[1]"

وقال سلام مدكور: والذي نرتضيه في تصويرها، أنها الأخذ بما يجلب المنفعة، ويدفع المضرة، في نطاق القواعد العامة للشريعة[2].

و يمكن أن ننظر إلى المَصْلَحَة نظرة مبسطة جامعة فتقول: هي كل ما فيه خير ومنفعة لمجموع الناس ولأفرادهم[3].

ومفهوم المَصْلَحَة العامة بأصوله وفروعه، يعدّ الأساس الذي يقوم عليه بناء السِّياسة الشَّرعية، فهي المجال الذي يوظف فيه المفهوم الأصولي للمصلحة، ليرتقي إلى الصعيد العام في الأمة، وواقعها الاجتماعي والسياسي، فتوصف بكونها مصلحة عامة.

فالسِّياسة الشَّرعية، هي المجال الذي يضفي الطابع العملي أو التطبيقي على المفهوم الأصولي للمصلحة، فبلوغ الغاية من السِّياسة الشَّرعية، وتحقيق مقصدها الأسمى يكون عن طريق تجسيد المَصْلَحَة في الواقع[4].

---

١ – ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري / المسالك شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد بن الحسين السليماني، وأخته عائشة السليماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2007/0، ج06، ص 18 – 19.

٢ – محمد سلام مدكور / مناهج الاجتهاد في الأحكام الفقهية والعقدية، جامعة الكويت، ط01 /1973، ص 281.

٣ – الريسوني أحمد / الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، دار الفكر، ط2000/01، ص33.

٤ – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص109 –110 .

والسِّياسة الشَّرعية في علاقتها بالمَصْلَحَة تكون من جانبين، من جانب الأحكام المحققة لمقصد الشارع في رعاية مصالح الأمة، أي باعتبارها أداة ووسيلة للمصلحة، أي من جانب اعتبار المَصْلَحَة كأساس للسياسة الشرعية، فهي تعطي حلولا وتدابير شرعية لكثير من المستجدات والقضايا، فبها تعرف الأحكام الشرعية، فهي أداة استدلالية على أحكام السِّياسة الشَّرعية.

وذلك لأن المَصْلَحَة التي هي عماد السِّياسة الشَّرعية، قد عالجها الأصوليون من وجهين مختلفين:

1 – المَصْلَحَة عند الجمهور، هي الحكمة والمقصود من شرع الحكم، أي الثمرة والمنفعة المترتبة على الحكم، وقد فسر الآمدي المقصود من شرع الحكم، بجلب المَصْلَحَة ودفع المضرة أو مجموعهما، فالتحصيل أو جلب، فعل فاعل أثره المَصْلَحَة، مثل إيجاب القصاص أو القصاص نفسه، فعل ينتج مصلحة، وذلك لأن المَصْلَحَة تارة تحصل بفرض الحكم فقط من غير أن ينفذ، وتارة لا تحصل إلا بالتطبيق، وذلك حسب الأحوال.

فهي النتائج والآثار المترتبة على السِّياسة الشَّرعية، فهي أداة منهجية في التوصل لنوع معين من الأحكام الشرعية، وهذا الأحكام المصلحية التي تحققها السِّياسة الشَّرعية هي:

أ – أحكام لوقائع مصلحية تستنبط مباشرة من النصوص، وفق دلالة الألفاظ على المعاني، واستخدام النَّظر المقاصدي والاجتهاد المصلحي في أدلة الأحكام الخاصة.

ب – أحكام لوقائع لا نص فيها خاص، فيعمد إلى إلحاق هذه الواقعة بما يشابهها في المعنى أو المَصْلَحَة المشتركة، وهو القياس.

ج – أحكام لا نص فيها، ولا نظير يقاس عليها، فيصار إلى قواعد الاجتهاد فيما لا نص فيه، بناء على القواعد العامة والأصول الكلية، كالمَصْلَحَة المرسلة، والاستحسان وسد الذرائع واعتبار المآل، ورفع الحرج وغيره...

وظاهر أن النوع الأخير، مما تختلف فيه مصالح الناس حسب اختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة، فلابد من مراعاة تلك المصالح والأعراف، وهذا النوع هو المجال الاستدلالي المهمّ للسياسة الشرعية[1].

فالسِّياسة الشَّرعية من هذه الوجهة، هي استنباط الحكم الشرعي للوقائع والأحداث التي تنزل بالأمة، بناء على الأدلة العامة والقواعد الكلية، بما يحقق المَصْلَحَة العامة[2].

فالسياسة الاستدلالية أو المنهجية أو الاستنباطية يتعامل بها مع نوع خاص من الأحكام، وهي الأحكام التي لا نص فيها، أو أن العلة أوالمَصْلَحَة تتغير، فيتغير الحكم تبعا لها، فيقال للحكم الثاني، ثابت عن طريق السياسة.

فمجال السياسة كأداة استدلالية، هو الأحكام التي لا تبقى على وجه واحد[3].

ومن خلال الوظيفة الاستدلالية للسياسة الشرعية، يمكن لولاة الأمور أن يسايروا تطورات المجتمع، ويفروا له الحلول الكفيلة لكل المشاكل، وأن يحققوا المصالح العامة في زمان ومكان.

2 – أما المَصْلَحَة عند الغزالي ومن معه فهي:" الأحكام التي شرعها الله لعباده، ليحصل بالقيام بها حسن الحال، في الحال أو المآل." أي هي التدابير والإجراءات والأوامر التي تمليها السِّياسة الشَّرعية أو المَصْلَحَة، والتي بها نحقق العدل والنفع العام للأمة، فهي وسيلة لتحقيق المقصد الشارع في الأمة.

و بتعبير الطوفي هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع.

ولا شك أن السبب أو السلوك المفضي إلى المَصْلَحَة في السِّياسة الشَّرعية، يمثله سلوك الحاكم أي نشاطه وفعله الذي يحقق مصلحة للأمة.

ومن هنا تظهر علاقة السِّياسة الشَّرعية بالمَصْلَحَة، على أنها تعبير وسلوك باتجاه تحقيق المَصْلَحَة العامة في الواقع الاجتماعي والسياسي.

---

١ – عبد الرحمن تاج / السِّياسة الشَّرعية والفقه الإسلامي، ص 26 – 27.

٢ – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص 112.

٣ – عبد عال عطوة / المدخل إلى السِّياسة الشَّرعية، ص 44 – 50.

فهي على هذا الأساس نشاط أو سلوك صادر من أولي الأمر نحو غاية مرسومة، وهذا ما أراده ابن نجيم في تعريفه للسياسة الشرعية حيث قال:" هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بهذا الفعل دليل جزئي [1]."

فالفعل السياسي الصادر من ولي الأمر، لا يقتصر في مرجعيته الشرعية على النصوص الشرعية الصريحة، وإنما يمتد إلى معقول النصوص ومفهومها ومقاصدها، فالنشاط السياسي للحكام أو الأمر يهدف إلى تحقيق المصالح المرجوة للشارع من خلال تنزيل تلك الأحكام على واقع الناس[2].

ثانيا: أهميةُ المَصْلَحَة في السّياسةِ الشَّرعيةِ.

وإذا كانت النصوص الشرعية محدودة متناهية، فإن لجوء ولي الأمر إلى الأصول التبعية أو قواعد الاجتهاد السياسي، فيما لا نص فيه أمر ضروري، فينعم النَّظر في الأدلة العامة والقواعد الكلية، ويفسر النصوص تفسيرا مصلحيا يلبي حاجات المجتمع.

والعمل بالمَصْلَحَة من أهم طرق إظهار مرونة الفقه السياسي، ووفائه بضرورات الناس، في كل زمان ومكان.

وقد أشار الشافعي إلى هذه الحاجة فقال:" إن الوقائع الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة ومتناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلابد إذا من طريق آخر، يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي، وإن لم يستند إلى أصل جزئي ."[3]"

وهناك أحكام فقهية بنيت أساسا على المَصْلَحَة في السِّياسة الشَّرعية، فقد تطرأ في حياة الأمة، مصالح لم تكن تعرف من قبل تتطلب تشريعا جديدا، يصدره الحكام الذين يتولون مقاليد السلطة والتشريع في البلاد، وبداية هذا المصالح تبدو متعارضة مع النصوص، التي يرى البعض

---

١ – ابن نجيم / البحر الرائق، ج05، ص11.

٢ – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص 116.

٣ – الزنجاني، أبو المناقب شهاب الدين محمود / تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، الطبعة الثالثة، بلا دار نشر، ص 322.

أنها معللة بعلل مرتبطة بالحكم، وأن الحكم يمكن إيقافه عند انتفاء تلك العلة، وأن هذه الأحكام الصادرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، كونه إماما للمسلمين، وأن هذه الأحكام ترجع إلى نظر الإمام واجتهاده، وفق الظروف والبيئات المختلفة المرافقة للحكم، وهذا ما يجعل من الممكن إعادة النَّظر في بعض الأحكام، وفق المستجدات التي تطرأ في حياة المسلمين، والتي ترى أنه من الواجب تحقيق مصلحة معينة، أتت الشريعة في مجملها لتحقيقها[1].

قال الريسوني:" وهذا الضرب من المصالح، ليس بالقليل ولا بالهين، بل يكفي أن ما يعرف بالسِّياسة الشَّرعية، يقوم أساسا على حفظ المصالح المرسلة، وبهذا وحده يتجلى أن المصالح المرسلة تتسع دائرتها يوما بعد يوم، فهي تزداد بتزايد حجم الأمة، وبتزايد حاجاتها وبتزايد وظائف الدولة وتضخمها "[2].

والعمل بالمصالح المرسلة فيما لا نص فيه، أمر عظيم القدر والفائدة، حيث إن الأعمال السياسية، هدفها العام ومقصودها الأعظم، هو تحقيق المَصْلَحَة المقصودة شرعا، لذا فإن إعمال هذه القاعدة، سيوسع نطاق الأحكام فيما لا نص فيه بعينه.

ويتضح ذلك جليا بضرب الأمثلة التالية:

1 – استخلاف أبي بكر الصديق قبيل وفاته، عمر بن الخطاب، ليتولى شؤون المسلمين بعده، واستخلافه له مبني على المَصْلَحَة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستخلف أحدا بعده، و لم يحفظ عنه في ذلك نص، وكانت المَصْلَحَة في فعل أبي بكر الصديق حفظَ كلمة المسلمين من أن تتفرق، ويجنبهم الاختلاف والتنازع مع مراعاة الظروف المحيطة بالمسلمين.

2 – يجوز قتل الجماعة بالواحد والمستند فيه المَصْلَحَة المرسلة، إذ لا نص على عين المسألة ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي لله عنه، وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما[3].

---

١ – عبدو محمد بسو / أثر الاجتهاد بالرأي في الاستحسان والمصلحة، رسالة دكتوراه، نوقشت سنة 2004، جامعة دمشق، تحت إشراف الدكتور وهبة الزحيلي، ص 158.

٢ – الريسوني، أحمد / نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط04/ 1995 ص 291.

٣ – قال جماعة فقهاء الأمصار منهم الثوري والأوزاعي والليث ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم وأحمد وإسحاق وأبو ثور تقتل الجماعة بالواحد إذا قتلوه، كَثُرت الجماعة أو قلّت إذا اشتركت في قتل الواحد. يراجع : ابن عبد البر / الاستذكار، ج08، ص 157.

ووجه المَصْلَحَة فيه، أن القتيل معصوم وقد قتل عمدا، فإهداره داع إلى خرم أصل القصاص، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل، إذا علم أنه لا قصاص فيه، وليس أصله قتل المنفرد، فإنه قاتل تحقيقا والمشترك ليس بقاتل تحقيقا[1].

قال الشاطبي: فإن قيل هذا أمر بديع في الشرع، وهو قتل غير القاتل، قلنا: ليس كذلك، بل لم يقتل إلا القاتل، وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعي فهو مضاف إليهم تحقيقا إضافته إلى الشخص الواحد، وإنما التعيين في تنزل الأشخاص منزلة الشخص الواحد، وقد دعت إليه المَصْلَحَة، فلم يكن مبتدعا مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء[2].

على أن الاستدلال بالمَصْلَحَة في الاجتهاد عموما وفي الاجتهاد شرعي، ليس بالأمر الهين وهو بالمركب السهل، وهو ليس حق لكل أحد، بل هو من أضنك مواقع الاجتهاد، فللمصلحة جانب نظري عقلي، فهي من طرق الاستدلال عند غياب النص، ومن ثم فإن دور العقل لا يصح أن يكون مناقضة النصوص الشرعية ولا مجاوزتها، وتنحصر وظيفته في الاجتهاد السياسي فيما يلي:

1 – فهم النص الشرعي، والبحث في مقاصد المصالح التي روعيت فيه أو به.

2 – استنباط الأحكام من النصوص، بناء على ما تم العلل المعتبرة والمقاصد المشروعة.

3 – تنزيل الأحكام على الوقائع، بتحقيق مناطاتها فيه.

4 – الاجتهاد المستند على ضوابط الشّرع، فيما ليس فيه نص معين.

5 – النَّظر في المآلات المستقبلية الأفعال والتصرفات ونتائجها، وبناء الأحكام عليها.

---

١ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص125.

٢ – المرجع السابق، ج02، ص 126.

خامسا: أقسام المصالح.

قسّم علماء الأصول المَصْلَحَة إلى عدّة تقسيمات، ولا شكّ أن لهذه التقسيمات آثرا فقهية مهمة، وخاصة عند التزاحم والتعارض.

التقسيم الأول: أقسام المَصْلَحَة من حيث اعتبار الشارع

وهو من أهم التقسيمات، لأن من خلاله، نعرف المعتبر المقبول، وغير المعتبر المطروح، فالمصالح من حيث اعتبار الشارع لها باعتبار ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مصلحة شهد لها الشّرع بالاعتبار، ويقصد بالشهادة وجود الأصل الذي يشهد لنوع المَصْلَحَة أو لجنسها، فتضمين السارق قيمة المسروق عند إقامة الحدّ عليه، فيه زجر له ولغيره عن العدوان، وهو مصلحة معتبرة، لأن الشارع شهد لنوعها، وذلك عندما حكم على الغاصب بالضمان بسبب التعدي الصادر منه[1].

أي أن الاعتبار يكون عن طريق الاستنباط من النص، وحصروه في القياس، فالمَصْلَحَة المعتبرة على هذا :" هي ما شهد الشّرع باعتبارها، كاستفادة الحكم وتحصيله من معقول دليل شرعي كالنص والإجماع، ويسمى قياسا، كاستفادة تحريم شحم الخنزير من تحريم لحمه المنصوص عليه بالكتاب، واستفادتنا تحريم النبيذ المسكر من تحريم المنصوص عليه بالكتاب والسنة، مع أن النبيذ منصوص على تحريمه مع غيره بقوله عليه الصلاة والسلام:" **كل مسكر خمر**[2]" وأشباه ذلك[3].

أو أن يدل دليل خاص من الشّرع على اعتبار تلك المَصْلَحَة، وعدم إهدارها، فهذه لا شك في صحتها ولا خلاف في إعمالها، ولهذا تسمى المَصْلَحَة المعتبرة.

ومثالها: كل منفعة مادية أو معنوية يجنيها المكلف من عمل ما هو واجب أو مندوب أو مباح، أو كل مفسدة يدفعها بالامتناع عما هو حرام أو مكروه، كمصلحة حفظ مال الصغير بمشروعية الولاية على ماله، ومصلحة حفظ العقل، بتحريم كل مسكر.

---

١ – حسين حامد / نظرية المصلحة، ص 15.

٢ – رواه مسلم، كتاب: الأشربة، باب: بيان أن كل مسكر خمر، وأنكل خمر حرام، ج06، ص 100، رقم 5336.

٣ – ابن بدران، عبد القادر الدمشقي / المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، ص 393. والرازي / المحصول، ج06، ص 219.

وطريق الاعتبار في هذه المَصْلَحَة يكون بشيئين:

- طريق الاعتبار، بالنص والإجماع.

- طريق الاعتبار، بترتب الحكم على وفق الوصف أو المناسب المعتبر، وهذا لا خلاف في قبوله[1].

القسم الثاني: مصلحة شهد الشارع لها بالبطلان، وشهادة الشارع ببطلانها، يكون بوجود نص في واقعة يدل على حكم يخالف الحكم الذي جاءت به المَصْلَحَة، ويمثل له بالقول: إن البنت تساوي الابن في الميراث، بدعوى أن المَصْلَحَة تقتضي ذلك، لكونها تساويان في درجة القرابة من الميت، لأن الواقع يشهد للبنت أنها أصبحت تشارك زوجها، وحتى أباها في أعباء الحياة، فساوت الابن من هذه الجهة، ولا شك أن المَصْلَحَة شهد الشارع لبطلانها لوجود نص يدل على أن للذكر مثل حظ الأنثيين[2].

وعرفت المَصْلَحَة الملغاة بأنها:" المَصْلَحَة التي دلّ الدليل الشّرعي الجزئي أو الكلي على إبطالها وردها، وعدم التعليل بها والقياس عليها، وكانت في الظاهر مناسبة أو معقولة." أو هي المَصْلَحَة التي رفضها الشارع و لم يقصدها[3].

ويطلقون عليها لفظ، الملغى أو المناسب الملغى أو المرسل الملغى أو المرسل معلوم الإلغاء[4].

واعترض الدكتور شلبي على من وصف هذه المَصْلَحَة بالملغاة، واعتبرها من قبيل ترجيح المصالح فقط، ومجرد المعارضة لا يسوغ تسمية الدليل أي دليل المَصْلَحَة بالملغى، وإلا لاقتضى وصف كلا الدليلين المتعارضين بالإلغاء، والمعارضة شيء والإلغاء شيء آخر، لأن الإلغاء لا يكون إلا بعد الموازنة ثم الترجيح والطرح، والمصالح الملغاة مصالح مهدورة، وهي عند التأمل مصالح مرجوحة عارضتها مصالح أقوى وأولى منها، فعمل بالراجح عند تعذر الجمع بينهما، وليس في إلغاء أو إهدار لحقيقة المَصْلَحَة.

قال الريسوني: ولعل في آية الخمر والميسر أوضح مثال على ذلك.

---

١ - نور الدين الخادمي / المصلحة المرسلة، حقيقتها وضوابطها، ص24.

٢ - حسن حامد / نظرية المصالحة، ص 16. والشوكاني / إرشاد الفحول، ص 190. ومحمد معاذ الخن / الظني والقطعي في الثبوت والدلالة عن الأصوليين، ص240

٣ - نور الدين مختار الخادمي / المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي، وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2005/01، ص 24.

٤ - الخادمي المرجع السابق، ص 25 – 26.

ويمكن أن يجاب على ذلك، أن الشارع لا يعتبر إلا المصالح الراجحة والغالبة، فهو لا يلتفت إلى المصالح إذا غلبت عليها المفاسد، وكذلك ألغى المفاسد وأهدرها إذا غلبت عليها المصالح.

قال الشاطبي:" فالحاصل من ذلك أن المصالح المعتبرة شرعًا أو المفاسد المعتبرة شرعًا هي خالصة غير مشوبة بشيء من المفاسد، لا قليلا ولا كثيرا، وإن توهم أنها مشوبة فليست في الحقيقة الشّرعية كذلك، لأن المَصْلَحَة المغلوبة أو المفسدة المغلوبة، إنما المراد بها ما يجري في الاعتياد الكسبي، من غير خروج إلى زيادة تقتضي التفات الشارع إليها على الجملة، وهذا المقدار هو الذي قيل إنه غير مقصود للشارع في شرعية الأحكام[1].

فالشارع في باب المصالح، طرح النادر أو القليل، فأصبح الغالب في حكم الخالص، وهو ما أراده الشاطبي[2].

القسم الثالث: تكاد تعاريف الأصوليين الذين عرفوا المَصْلَحَة المرسلة – على اعتبار أنها حجة – تتطابق، وقد قالوا في تعريفها:" هي ما لم يشهد له من الشّرع بالبطلان، لا بالاعتبار نصٌّ معين[3]"

ومعنى مرسلة أي مطلقة عن القيود والاعتبارات، و لم يشهد لها الشارع بالاعتبار حتى تلحق بالمصالح المعتبرة، و لم يشهد لها بالإلغاء حتى تلحق بالمصالح الملغاة، وإنما هي المصالح المطلقة عن هذا وذاك، وسماها بعضهم بالمناسب المرسل[4].

فانعدام الشهادة الشّرعية باعتبار أو الإلغاء، فقط على مستوى عين المسائل، وليس على مستوى كلياتها وأجناسها وقواعدها، لأنها لو انعدمت الشهادة في عين الحكم وفي ما يدرج فيه من أجناس وكليات وقواعد، لكان ذلك تركا لتحكيم شرع الله في المشكلات والنوازل وهذا محالْ[5].

---

١ – الشاطبي / الموافقات، ج04، ص49 – 50.

٢ – زياد محمد احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون،ط 2004/01، ص263 – 264. شلبي محمد مصطفى / تعليل الأحكام، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة سنة 1981، ص282. والريسوني / نظرية المقاصد، ص260 - 261.

٣ – الغزالي / المستصفى، ج 01، ص 378، الرازي / المحصول، ج 06، ص 220. محمد الأمين الشنقيطي / المصالح المرسلة، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة، ط/1410هـ، ص15.

٤ – الخادمي / المصلحة المرسلة، ص 32.

٥ – الخادمي / الاجتهاد المقاصدي، حجيته، ضوابطه ومجالاته، سلسلة كتاب الأمة، العدد 65، قطر، ط1998/1، ج01، ص149.

فالشريعة أرسلتها فلم تنط بها حكما معينا، و لم يُلفَى لها في الشريعة نظير، فتقاس عليه [1]. وهي مرسلة ومطلقة فقط، من حيث التنصيص الجزئي الخاص بها [2]، لا من حيث جنسها، أو من غير اعتبارها مصلحة وخير، فهو منصوص عليه من حيث الجملة، لا من حيث التفصيل.

والمَصْلَحَة المرسلة مقيدة بتحقيق النفع العام والصلاح المؤكد- وهو أساس الاجتهاد السياسي لولاة الأمور في تدبر شؤون الأمة – وهذا ضمن الأدلة الكلية والقواعد العامة، فهي مطلقة من كل قيد، إلا النّفع العام للأمة.

هذا وقد ذهب بعض العلماء، وعلى رأسهم الغزالي والشاطبي إلى تقسيم آخر، حيث تركوا التقسيم الثالث، والذي هو المَصْلَحَة المرسلة أو المناسب المرسل، وقالوا مكانه بالمَصْلَحَة التي لم يشهد الشارع لا بالبطلان ولا بالاعتبار، لا من حيث نوعها ولا من حيث جنسها.

قال الغزالي: ومناسب لا يلائم ولا يشهد له أصل معين، فلا يقبل قطعا عند القائسين، فإنه استحسان، ووضع للشرع بالرأي، ومثاله: حرمان القاتل، لو لم يرد فيه نص لمعارضته بنقيض قصده، فهذا وضع للشرع بالرأي[3].

وهذا قسم لم يقل به أحد من العلماء، وهو الغريب الذي لم يرد نص على وفق معناه، لعدم ملائمته، بحيث لا يوجد له جنس، فلا يعلل به ولا يبنى عليه الحكم[4].

التقسيم الثاني: المَصْلَحَة باعتبار الثبات والتّغير.

المَصْلَحَة قد تكون متغيرة حسب تغير الأزمان والبيئات والأشخاص، كالتعازير والنهي عن المنكر وما شابهها، وإلى مصلحة لا تتغير على مر الأيام بمثل تلك الاعتبارات، مثل تحريم القتل والزنا والظلم والسرقة والرشوة[5].

---

١ – ابن عاشور / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 216.

٢ – الريسوني / نظرية المقاصد، ص 263.

٣ – الغزالي / المستصفى، ج02، ص 321. والشاطبي / الاعتصام، ج02، ص135.

٤ – عبد السلام الرفعي / فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، دار إفريقيا الشرق، المغرب، طبعة 2004، ص115.

٥ – يوسف حامد العام / المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث القاهرة، الدار السودانية، الخرطوم، د، ت،ط، ص 154. شلبي / تعليل الأحكام، ص 282.

وذهب البعض إلى عدم الاعتداد بها التقسيم، وقالوا بأن المَصْلَحَة لا تتغير، وإنما تتغير شروط تطبيقها، فعدم قطع عمر يد الراعي السارق لم يغير مصلحة الشارع من القطع، وإنما لعدم توفر السرقة مجتمعة[1].

فالمَصْلَحَة من القطع لا تقع هنا، حتى لو طبق القطع، فكيف نقول أن المَصْلَحَة تغيرت، والشروط والضوابط لم تحقق.

وقالوا: الحكم الشّرعي في ذاته لا يتغير، ولكن تطبيق الحكم قد يتغير، ضمن حالات، منها تصرف الإمام من قبيل سياسة الحكم، فمثلا حكم أسارى الحرب، فيمكن للحاكم أن يسترقهم في وقت، وله أن يعتقهم إن ظهر له ذلك. وهذا ليس تبدل للحكم وأن ظهر أنه تبدل وتغير[2].

والواقع أن المَصْلَحَة المجردة من ذات الحكم لا تتغير، ولكن تطبيقها يفضي إلى تغير المَصْلَحَة المرجوة، فينبغي أن نفرق بين نوعين من المَصْلَحَة، الأول هو الأحكام الشّرعية ذاتها، وهي لا تتغير، ومصلحة ناتجة عن تطبق الأحكام، وهي الآثار والمنافع المقصودة من تشريع الأحكام، فهي لا شك تتغير، لتغير الوقائع، وضوابط والشروط والأسباب.

التقسيم الثالث: من حيث قوة المَصْلَحَة في ذاتها.

قسم الأصوليون المَصْلَحَة باعتبار قوتها ومقدارها وحاجة بقاء العالم وصلاحه بها إلى ثلاثة أقسام، ضرورية وحاجية وتحسينية، لأن المقصود من شرع الحكم واختلاف مراميه في نفسه وذاته وحاجة العالم إليه، إما أن يكون ضروري من قبيل المقاصد الضرورية، أو ليس من قبيل المقاصد الضرورية، فإن كان من المقاصد الضرورية، فإما أن يكون أصلا أو يكون أصلا.

فإن كان أصلا فهو راجع إلى المقاصد الخمسة، التي لم تخل من رعايتها ملة من الملل، ولا شريعة من الشرائع، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال، وحفظها في أعلى مراتب المناسبات.

---

١ - عبد السلام الرفعي / فقه المقاصد، ص 117.

٢ - البوطي / ضوابط المصلحة، ص 244 – 245.

وإن لم يكن له أصلا، فهو التابع المكمل للمقصود الضروري، وإما تدعو إليه حاجة الناس أو لا تدعو، فإن كان مما تدعو إليه حاجة الناس، فإما أن يكون أصلا، فهو في المرتبة الثانية الراجعة، على حفظ حاجات الناس الزائدة على الضروريات، وإن لم يكن من الأصل، فهو من قبيل الحاجيات، وهو ما يقع موقع التحسين والتزيين، وهو في المرتبة الثالثة[1].

وبذلك تنحصر المصالح في مراتب ثلاثة، فهي إما ضرورية، وإما حاجية، وإما تحسينية.

1 – المصالح الضرورية: فهي المصالح التي لابد منها في قيام الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت، لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوات الحياة، وفي الآخرة فوات النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[2].

فهذه الضروريات لا يستقيم نظام بدونها، ويصير حالها شبيها بحال الأنعام، ولا تعيش على الحالة التي أرادها الله منها[3].

ومجموع المقاصد الضرورية أو المصالح الضرورية، التي دل الاستقراء علي رعايتها في الأحكام هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال.

2 – المصالح الحاجية: وهي ما افتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين– على الجملة– الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة[4].

ومعنى هذا أن الشارع إذا لم يشرع من الأحكام ما يحفظ المصالح الحاجية، فإنه لن يفوت دين ولا نفس، ولا عقل ولانسل ولا مال، بل تبقى أصول هذه المصالح محفوظة، ولكن هذا الحفظ لا يكون أكمل لا أتمَّ، إلا روعيت تلك المصالح، وهذه الأحكام الحاجية تكمل حفظ الضروريات وترفع عن تحصيل أصل تلك المصالح الحرج الشديد والمشقة الزائدة[5].

---

١ – يوسف العالم / المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ص 155.

٢ – الشاطبي / الموافقات، ج02، ص 08.

٣ – ابن عاشور / مقاصد الشريعة ج03، ص 232.

٤ – الشاطبي / الموافقات، ج04، ص 18.

٥ – حسن حامد / نظرية المصلحة، ص 29.

3 – المصالح التحسينية: وهي ما لا يرجع إلى ضرورة ولا حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والعوائد، ورعاية أحسن المنهاج في العادات والمعاملات.

أو هي الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق[1].

فالمصالح التحسينية دائرة حول الكماليات والرفاهية في الأمور المعاشية، وإضفاء الصفة الجمالية على المجتمع، ممثلة بنظافة الأفراد، ليظهروا على أكمل صورة، وفي مجال الأخلاق شرع ما يناسب الذوق الرفيع و يلائم الفطرة السليمة[2].

التقسيم الرابع: أقسام المَصْلَحَة من حيث الشمول.

لعل الغزالي هو أول من طرق تقسيم المَصْلَحَة من حيث الشمول، حيث قال: ومنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين في واقعة نادرة[3].

فالمَصْلَحَة العامة، هي ما شملت الكافة من حيث الاستفادة منها، ولحق الضرر بالكل عند الإخلال بها،كالارتداد عن الدين، و ممارسة الزنا والسرقة والربا وغيرها.

والمَصْلَحَة الخاصة، وهي ما عاد نفعها على شخص معين أو شيء معين، فنزع الملكية من شخص للمصلحة العامة من هذا القبيل.

والمَصْلَحَة الأغلب، وتكون الاستفادة منها من أكثر الأفراد دون تبلغ الكل.

ومنهم من فضل المَصْلَحَة الوسطى لأنها نفعها يعود على أقل من الكافة وأكثر من الواحد بعينه، فكلما اتسعت قاعدة الاستفادة لحقت بالعامة، وكلما ضاقت اتجهت نحو المَصْلَحَة المخصوصة[4].

---

١ – الغزالي / المستصفى، ج01، ص 290. والشاطبي / الموافقات، ج02، ص10.

٢ – زياد احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 238 – 239.

٣ – الغزالي / شفاء الغليل، ص 184.

٤ – الطاهر بن عاشور / مقاصد الشريعة الإسلامية، ج 03، ص253. وعبد السلام رفعي / فقه المقاصد، ص 116. ويوسف العالم / المقاصد العامة، ص172 – 173. وزياد احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 272.

وينبغي التفريق هنا بين عموم المكلفين وكليات الشريعة،، فكليات الشريعة يقابلها المصالح الجزئية، وأما مصالح عامة المكلفين، فيقابلها المصالح الخاصة بأفراد محدودين أو فرد في مقابل مصلحة جماعة أكبر.

التقسيم الخامس: المصالح من حيث الجزم بها وعدم الجزم.

وهي أربع مراتب:

أ – حصول المَصْلَحَة قطعا: وهي التي دلت عليها أدلة قطعية، مثل النص الذي لا يقبل التأويل، أو ما تضافرت عليها الأدلة الكثيرة، مثل ضروريات الشريعة، أو ما دلّ العقل أن في تحصيلها صلاحا عظيما، أو في تركها توقع ضررا عظيما بالأمة، مثال قتال مانعي الزكاة زمان أبي بكر، وقد مثلوا للمصلحة اليقينية بالبيع، لأن علته معاوضة سلعة بنقد، والحكمة من الملك، فإذا انعقد بشروطه، انتقل الملكة من البائع إلى المشتري يقينا من غير شك[1].

ب – حصول المَصْلَحَة ظنا: وهي التي يغلب على الظن حصولها، مثل القصاص، إذ يغلب الإنزجار به عن القتل المؤدي إلى حفظ النفوس، وهو مظنون الحصول راجح الوقوع، فالغالب على العاقل، أنه إذا علم أنه إذا قتل نفسا قتل، فإنه لا يقدم على ذلك، وهذا ليس مقطوعا به، لأن القتل يقع كثيرا مع أن القصاص مشرع[2].

ج – مصلحة مشكوك في حصولها. والتمثيل لها عسير غير أن الآمدي مثلها بحدّ شارب الخمر لحفظ العقل، فإن إفضاءه إلى ذلك متردد، حيث نجد كثرة الممتنعين عليه، مقاومة بكثرة المقدمين عليه، لا على وجه الترجيح، والغلبة لأحد الفرقين على الآخر في العادة[3].

وهذا المثال فيه نظر، لأنه يلغي ضمنا فائدة الحدود وبالتالي قصور الشريعة في إيجاد الحلول المناسبة.

---

١ – ابن عاشور/ مقاصد الشريعة، ج03، ص 255. وزياد احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص280.

٢ – الآمدي / الإحكام، ج03، ص 250. وزياد احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 281.

٣ – الآمدي / الإحكام، ج03، ص 250

د – مصلحة عدم حصولها أرجح. ومثل له الأصوليون، بنكاح اليائسة ، وقالوا إن مقصود التوالد ممكن عقلا غير أنه بعيد عادة، فإنه قلما تلد امرأة بعد سن اليأس، ولذا كان حصول الولد من الآيسة، مرجوحا على وجوده، وهذا لا ينافي بعض الصور تلك يشد فيها الواقع[1].

١ – زياد احميدان المرجع السابق.

المبحث الثالث: قاعدة الاستحسان.

اشتهر الخلاف بين الفقهاء في الاستحسان كدليل كاشف عن الأحكام الشرعية، كغيره من الأدلة التبعية، واشتد فيه النزاع أولا، ثم خفّت حدَّتُه إلى أن انتهى إلى ما يشبه الوفاق بين أتباع المختلفين فيه، وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى بعض مسائله وندع أخرى للمطولات.

أولا: تعريف الاستحسان.

1 – الاستحسان لغة:

الاستحسان استفعال من الحسن، وهو عَدُّ الشيء حسن واعتقاده كذلك، سواء كان في الأمور الحسية أو المعنوية، تقول: استحسنت المتاع، واستحسنت الرأي، أي اعتقدته حسنا[1].

2 – الاستحسان اصطلاحا :

العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص أقوى من الأول[2] .

فالقياس يقتضي حكماً عاماً في جميع المسائل ، لكن خصصت مسألة وعُدل بها عن نظائرها، وصار حكم خاص بها نظراً لثبوت دليل قد خصصها وأخرجها عمَّا يماثلها ، وهذا لدليل هو أقوى من المقتضي العموم في نظر المجتهد .

ثانيا: أنواع الاستحسان.

ينقسم الاستحسان بحسب الدليل الذي يثبت به، إلى الأنواع التالية:

---

١ – ابن منظور / لسان العرب، ج02، ص552. والفيرزو آبادي / قاموس المحيط، مادة حسن، ص 1535.

٢ – الشيرازي، إبراهيم بن علي الفيروزابادي / التبصرة في أصول الفقه، تحقيق وشرح: محمد حسن هيتو، دار الفكر، طبعة 1980، ص493، والمرداوي / التحبير شرح التحرير، ج8، ص3824. وابن بدران / المدخل، ص 291.

1 – الاستحسان بالنّص: وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة .

مثال : إن القياس لا يجوز في العرايا، لأنه بيع تمر برطب وهو داخل تحت النهي عن بيع المزابنة ، ولكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر، وهو الجواز لدليل ثبت بالسنة وهو قول الراوي : " **إن رسول الله صلى الله عليه و سلم رخص في العرايا** [1]"، فترك القياس لهذا الخبر استحساناً [2].

2 – الاستحسان بالإجماع : وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالإجماع.

مثال : القياس لا يجوِّز عقد الاستصناع ، وهو أن يتعاقد شخص مع صانع على أن يصنع له كرسياً – مثلاً – بمبلغ وقدره عشرة آلاف دينار – ، فهذا لا يجوز، لأنه بيع معدوم، لكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر، وهو جواز هذا العقد، نظراً لتعامل الأمة به من غير نكير، فصار إجماعاً[3] .

3 – الاستحسان بالعرف والعادة: وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر يخالفه، نظراً لجريان العرف بذلك، وعملاً بما اعتاده الناس .

مثال : لو حلف شخص وقال : " **والله لا أدخل بيتاً** "، فالقياس يقتضي أنه يحنث إذا دخل المسجد، لأنه يسمى بيتاً لغة ، ولكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر ، وهو عدم حنثه إذا

---

١ – البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الزبيب بالزبيب، والطعام بالطعام، ج 02، ص 760، رقم 2064، 7، ومسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرطب بالتمر، ج05، ص 14، ص 3965.

٢ – الآمدي / الإحكام، ج 03، ص 48. وشلبي / تعليل الأحكام، ص 248، والزحيلي وهبة / أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1986/01، ج02، ص743.

٣ – الأمير بادشاه محمد أمين / تيسير التحرير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ج 04، ص78. والسمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار / قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1997/01، ج02، ص269.

دخل المسجد ؛ لتعارف الناس على عدم إطلاق هذا اللفظ على المسجد[1].

وقال في الهداية:" إن حلف أن لا يأكل الطبيخ، فهو على ما يطبخ من اللحم، وهذا استحسانا اعتبارا بالعرف"[2].

4 – الاستحسان بالضرورة : وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم آخر مخالف له ضرورة، أو هو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد، على ترك القياس والأخذ بمقتضى الضرورة أو الحاجة.[3]

أي أنه يتحقق في كل جزئية يكون الأخذ بها، وفق الأصل العام أو القواعد المقررة أو القياس، أمرا متعذرا، أو ممكنا ولكنه يلحق بالمكلف مشقة وعسرا شديدين، فيعدل بها عن مثل ما يحكم به في نظائرها استحسانا، رفعا لهذا الحرج ودفعا لهذه الضرورة **مثال:** جواز الشهادة في النكاح والدخول، فالقياس يقتضي عدم جواز الشهادة في النكاح والدخول، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم، و لم يحصل في هذه الأمور، لكن عُدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر ، وهو جواز الشهادة في النكاح والدخول ضرورة، لأنه لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامح لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام [4].

5 – الاستحسان بالقياس الخفي[5]: وهو العدول عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم آخر بقياس آخر، وهو أدق وأخفى من الأول، لكنه أقوى حجة، وأسدّ نظراً وأصح استنتاجاً منه .

---

١ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص 372.

٢ – المرغناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني / الهداية شرح بداية المبتدي، طبعة المكتبة الإسلامية، ج04، ص185.

٣ – الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص 745. عبد الرحمن السنوسي / اعتبار المآلات، ص 301.

٤ – شلبي / تعليل الأحكام، ص 352 – 354 و أصول الفقه الإسلامي، ص، 287 – 288.

٥ – السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد / أصول السرخسي، تحقيق: أبو الفداء الأفغاني، دار الكتب العلمية بيروت، ج 02، ص 203 – 204. والبخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد / كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1997، ج04، ص 3 – 4.

مثال: أن من له على آخر دين حال من دراهم، فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها فلا تقطع يده، لكن إذا كان الدَّين مؤجلاً، فالقياس يقتضي قطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل، لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل ، لكن عدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر وهو أن يده لا تقطع، لأن ثبوت الحق- وإن تأخرت المطالبة- يصير شبهة دارئة، وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن ، فعدم قطع اليد هنا ثبت استحساناً.

6 – الاستحسان بالمصلحة: وهو ترك القاعدة العامة للمصلحة [1]، أو هو كل مسألة عُدِل فيها عن الحكم الذي يقضي به القياس إلى حكم آخر، يثبت لها بناء على المصلحة الراجحة، كالحكم بتضمين الأجير المشترك، كالصباغ والخياط، فالقياس يقضي بعدم تضمينهم، لأن الأجراء مؤتمنون بالدليل، لا يضمنون إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ، ولكن الاستحسان يقتضي تضمينهم رعاية لمصالح الناس، وهي المحافظة على أموالهم من الضياع، وعلى هذا صار تضمينهم مستثنى من دليل الائتمان، ودخل في معنى الاستحسان[2].

والمتأمل في أنواع الاستحسان جملة يرى أنها رجعة إلى الاستحسان بالمصلحة، فالاستحسان بالضرورة من أجل المصلحة، والمصلحة المعتبرة إمّا ضرورية أو حاجية عامة. والاستحسان بالعرف يرجع في الواقع إلى مصلحة حاجية عامة، والاستحسان بالإجما ع مستند إلى رعاية المصالح، ضرورية أو حاجية، والاستحسان بالقياس الخفي هو استثناء من قاعدة أو نص أو أصل كلي لموجب قوي التأثير محقق لمصلحة في الواقع[3].

وبعض العلماء يرى أن الاستحسان باعتبار ما يثبت به يرجع إلى نوعين:

الأول: المصلحة، لأن أكثر ما يدفع المجتهد إلى قطع المسألة عن نظائرها، وإعطائها حكما جديدا هو رعاية المصلحة، التي سيتخلف وجودها، لو أجريت على مقتضى حكم أمثالها، ويدخل تحت القسم، استحسان الضرورة، واستحسان العرف، استحسان المصلحة، لأن الجميع

---

١ – خليفة بابكر الحسن / فلسفة مقاصد التشريع، ص51. يراجع: احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص367.

٢ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، 372، وابن خوجة / بين علمي أصول الفقه والمقاصد ص 304.

٣ – الزحيلي / أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص780.

راجع إلى رعاية مصالح الخلق، بدفع المفاسد عنهم وجلب المصالح.

الثاني: قوة أثر المعنى، كما هو ظاهر في أمثلة الاستحسان بالقياس الخفي[1].

كما أنه عند التحقيق نرى أن استحسان النص والإجماع يرجعان إلى استحسان الشارع نفسه، لا إلى استحسان المجتهد لذا فلا ينبغي توجه الخلاف إليهما، لأنه عمل بمقتضى النص أو الإجماع دون الحاجة إلى طريق الاستدلال ، كما أن الاستحسان بالنص هو عينه تخصيص العام[2].

ثالثا: فرق بين المصلحة المرسلة والاستحسان[3].

إذا كان الأخذ بالمصلحة في مقابل قاعدة عامة اعتبر ذلك استحسانا، وإن لم يكن فيه مخالفة للقياس لم يكن استحسانا[4].

أولا: الاستحسان يقضي أن يكون للمسألة التي يحكم به فيها نظائر، قد حكم فيها على خلاف ذلك، أما المصلحة المرسلة فليس لمحلها نظائر ثبت لها حكم على خلاف ما تقتضيه المصلحة في ذلك المحل، بل الحكم ثابت بها ابتداء.

ثانيا: الاستحسان يقضي أن تكون المسألة استثنيت من حكم نظائرها، واختصت بحكمها لدليل أقوى يوجب ذلك، أما المصلحة فلا يشترط أن تكون مستثنيات من حكم نظائرها ، ولا اختصت بحكم دونها.

ثالثا: الاستحسان أخص، لأنه يشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح، بخلاف المصالح المرسلة فلا يشترط فيه معارض[5].

---

١ – السنوسي / اعتبار المآلات ص 304.

٢ – السنوسي / المرجع السابق، ص303.

٣ – عبد العزيز بن سطام آل سعود / اتخاذ القرار بالمصلحة، طبعة جامعة محمد بن سعود الإسلامية، سنة 2005، ص 82 – 84.

٤ – ابن خوجة / بين علمي أصول الفقه والمقاصد، ص 304.

٥ – القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، المكتبة العصرية، بيروت، ط1999/03، ج03، ص203.

رابعا: المصالح المرسلة والاستحسان كل منهما استدلال بأصل كلي على فرع خاص، غير أن الاستحسان تخصيص لدليل بالمصلحة، والمصلحة المرسلة إنشاء دليل بالمصلحة ما لم يرد منه دليل خاص[1].

رابعا: حُجيّة الاستحسان.

الاستحسان المتقدم حجة باتفاق العلماء، حيث لم ينكره أحد، وإن اختلف في تسميته استحساناً ، فبعضهم سمَّاه بهذا الاسم، وبعضهم لم يسمه بذلك، وهو في الجملة راجع إلى العمل بالدليل القويّ الذي ترجح بذلك على ما هو أضعف منه، وهذا لا نزاع فيه.

والاستحسان في الأصل ميل النفس إلى ما تهواه دون رعاية دليل من الأدلة الشرعية. وهذا ما واجهه أهل الأثر بالتصدي والإبطال حتى بلغ الأمر بالإمام الشافعي أن قال:" **من استحسن فقد شرع.**[2]" معناه أنه ينصب من جهة نفسه شرعا غير الشرع، وقال:" **الاستحسان تلذذ**[3] " و هذا النوع من الاستحسان هو الذي دفع الشيرازي بأن يعرفه:" ترك القياس لما يستحسن الإنسان من غير دليل[4]".وهذا في واقع الأمر لم يقل به أحد من الأئمة، ولدفع ألوان المعارضة إلى الاختفاء، ضبط الفقهاء الاستحسان فعرفوه اصطلاحا بأنه كما قال الكرخي: هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضيه هذا العدول[5].

و التحقيق أنّ الذين ردوا على أبي حنيفة لم يتبيّنُوا مقصوده من الاستحسان، وهذا تسرع في الطعن وقدح في مقام الإمام[6].

---

١ – تعليق عبد الله دراز على الموافقات عند شرحه المقدمة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، باعتناء الشيخ إبراهيم رمضان، ط 1994/01، ج01، ص38، الهامش رقم 04.

٢ – الغزالي / المستصفى، ج01، ص 371، ص374.

٣ – الشافعي / الرسالة، ص 507، والزركشي / البحر المحيط، ج04، ص386.

٤ – الشيرازي / التبصرة في أصول الفقه، ص492.

٥ – الرازي / المحصول، ج06، ص 169. وعبد العزيز البخاري /كشف الأسرار، ج04، ص04.

٦ – محمد الحبيب بن خوجة / بين علمي أصول الفقه والمقاصد ، ص 302 – 303.

خامسا: علاقة الاستحسان بالمقاصد[1]:

أولا: الاستحسان بأنواعه السابقة، له صلة قوية بالمقاصد والمصالح، فبما أنه ترك القياس لدليل أقوى، فلا شك أن الدافع هو مراعاة المصلحة من وراء التصرف، وهذا من صميم المقاصد.

ثانيا: الاستحسان استثناء من القياس الكلي الذي يرمي إلى رفع الحرج والمشقة، وهذا الاعتبار يرجع إلى رعاية مقاصد الشريعة، لأن من أهدافه رفع الحرج والضيق عن المكلف. فالله شرع لعباده تحصيل المصالح، ثم استثنى ما في ملابستها مشقة شديدة، أو مفسدة زائدة، والمستحسن يتلافى ذلك[2].

ثالثا: أساس الاستحسان النظر في المآلات، إذ فيه يعمد المجتهد إلى مخالفة الأصل الكلي أو القياس العام، حفاظا على الفرع المراد لدليل أقوى، واعتبار مآل الأفعال من قاصد الشريعة قال الشاطبي:" **ومما ينبني على هذا، قاعدة الاستحسان** "[3].

والمجتهد يتدخل في الاستحسان ليحد من غلواء القياس، فيوجه الدليل إلى خدمة المقاصد الشرعية عامة، ومصالح المكلفين خاصة، بعد أن يتحقق من المآل الفاسد لتطبيق القياس، وفي هذا أيضا رجوع إلى التوفيق بين الكلي والجزئي[4].

---

١ – اليوبي، محمد سعد بن أحمد بن مسعود / مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، ط1998/01، ص567.

٢ – العز بن عبد السلام / قواعد الأحكام، ج02، ص139.

٣ – الشاطبي / الموافقات، ج05، ص 193.

٤ – وورقية عبد الرزاق / ضوابط الاجتهاد التنزيلي، ص 297.

سادسا: الاستحسانُ والسِّياسة الشَّرعية.

عرف الشاطبي الاستحسان بقوله:" هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي" [1]. فمقتضى الاستحسان عند المالكية الرجوع عن الأصل، وذلك بتقديم الاستدلال المرسل على القياس، ومن استحسن لم يرجع إلى مجرد الهوى والتشهي، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة من الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة، وكثيرا ما يتفق هذا الأصل في الضروري والحاجي والتكميلي، فيؤدي إجراء القياس مطلقا، في الضروري إلى حرج ومشقة، فيستثنى موضع الحرج..." [2].

فالاستحسان والعدول عن القياس يحقق مقاصد التيسير والتخفيف والتوسعة، فلو لم يفعل الاستحسان في مقابل القياس لكان في الأمر مشقة وضيق وحرج، وهو يقوم على مراعاة مصالح الناس، ويستند إلى إرادة الرفق واليسر، فهو بمثابة الآلة لتنزيل المقاصد وتطبيقها، وعليه الاعتماد في معرفة الأحكام الفقهية[3].

والملاحظ أن مجمل حدود الاستحسان المختارة، تتفق على ضرورة استناد العدول والاستثناء إلى دليل شرعي، وإنما الخلاف في اعتبار العادة أو المصلحة الصالحة لتخصيص العام. ومن هنا يمكن تحديد نطاق الاستحسان، في استثناء المصلحة الجزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة، بناء على دليل خاص يقتضي ذلك، وهو من صميم العمل السياسي الشرعي، فكثيرا ما يبني المجتهد أحكامه في السِّياسة الشَّرعية استنادا على هذه القاعدة التي تؤول إلى رعاية المصالح.

ومن الأمثلة الواردة في الاستحسان سياسة ما رواه أبو يوسف عن الإمام أبي حنيفة أنه قال: إذا أصاب المسلمون غنائم من متاع أو غنم فعجزوا عن حمله، ذبحوا الغنم وحرقوا المتاع،

---

١ - الشاطبي / الموافقات، ج10، ص287.

٢ - الشاطبي / الموافقات، ج04، ص 210.

٣ - نور الدين الخادمي / المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة الشرعية و المصطلحات الأصولية، دار كنوز إشبيليا السعودية، ط 2003/01، ص 32 - 33.

وحرقوا لحوم الغنم، كراهية أن ينتفع بذلك أهل الشرك. [1] فقد أفتى بذلك وفيه إضاعة المال مع عموم النهي عنه، ولكنه رعى في ذلك مصلحة المسلمين، ودفع المفسدة التي تترتب على تركه، وهي تقوية العدو بهذا المال المتروك. ففي المسألة عدول عن الأدلة العامة المحرمة لأتلاف المال، وللمصلحة، وهذا استحسان[2].

وقد جوَّز المالكية تحليف المسلم على المصحف وعلى سورة براءة، وفي ضريح الولي الصالح، وبالطلاق إذا كان لا ينكَفُّ إلا بذلك وقالوا: تحدث للناس أقضية، بقدر ما أحدثوا من الفجور[3]. وعللوا هذا بأن المقصود من التحليف والتغليظ صرف الحالف عن الإقدام عن الباطل، وهو عمل بالمصلحة في مقابلة الحديث العام :" **من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت**[4]". وهذا التخصيص نوع من الاستحسان كما ذكر ابن العربي.

فالاستحسان أساسه المصلحة، لأن المجتهد خشية وقوعه في مفسدة أو ضرر يمليه عليه الدليل الأصلي، عدل عنه إلى غيره، واستثنى هذا الحكم من القاعدة الأصلية لكي لا يقع في ضيق أو حرج، وهو ما يتطلبه الاجتهاد في السِّياسة الشَّرعية تحقيقا للمصالح العليا للأمة.

---

١ - ويحرق السلاح إذا شق نقله، وما لا يحرق منها، كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار، إبطالا للمنفعة عليهم. الكليبولي / مجمع الأنهر، ج02، ص424.

٢ - شلبي / تعليل الأحكام، ص361.

٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص 228. والتسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام / البهجة في شرح التحفة، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01/ 1998، ج02، ص240.

٤ - البخاري، كتاب: الشهادات، باب: كيف يستحلف، ج 02، ص80، رقم 4346، ومسلم،كتاب: الأيمان، باب: النهي عن الحلف بغير الله، ج05، ص 80، رقم4346.

المبحث الرابع: قاعدة الذرائع.

لا ينبغي للنّظر الفقهي أن ينصبَّ على الواقعة أو الفعل ذاته، دون النَّظر إلى ما يفضي إليه من مصالح أو مفاسد، كما لا ينبغي الجمود على النتيجة دون النَّظر إلى الوسيلة، فالفعل قد يكون مباحا في نفسه، ولكنه قد يؤدي مفسدة متيقنة أو غالبة، فيجب هنا الموازنة بين المصالح المقصودة من الشارع، والمفاسد التي تترتب عنه عند الإقدام عليه، وهنا تظهر أهمية سدّ الذرائع.

أولا: تعريف سَدّ الذرائع.

1 – الذّريعة في اللغة : الذّريعة هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء المقصود، يقال تذرع بذريعة أي توسل بها[1].

2 – الذّرائع في الاصطلاح: الذّرائِع هي ما يتوصل بها إلى الشيء المحرم والممنوع المشتمل على ضرر ومفسدة، أو الشيء المباح والمشروع المشتمل على نفع ومصلحة[2].

قال القرافي: وسَدّ الذّرائِع معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة، منع مالك من ذلك الفعل في كثير من صوره[3].

أوهي المسائل التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل محظور [4]. وعرفها الشاطبي بقوله:" هي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة." أو هي " منع الجائز لئلا يتوسل به إلى الممنوع[5] ".

---

١ – ابن المنظور / لسان العرب، مادة ذرع، ج 08، ص93. الجوهري، إسماعيل بن حماد / الصحاح في اللغة، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت،ط04/ 1987، ج03، ص 1211. والزبيدي / تاج العروس، ص21، ص12.

٢ – الخادمي / المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة الشرعية، ص43.

٣ – القرافي / الفروق، ج02، ص32، الفرق الثامن والخمسون.

٤ – الشوكاني / إرشاد الفحول، طبعة دار الكتاب العربي، ط1999/01، ج03، ص 323.

٥ – الشاطبي / الموافقات ج04، ص199 و ج03، ص 257.

وقد عرفها المازري[1] في شرح التلقين بأنها:" منع ما يجوز لئلا يُتَطرق به إلى ما لايجوز"[2].

والذّرائِع قد تطلق بوجه عام، فتعرف بأنها ما تكون وسيلة وطريقا إلى شيء آخر، حلالا كان أو حراما، وهي بذلك قد تسَدّ، إذا كانت طريقا إلى المفسدة، وقد تفتح إذا كانت طريقا إلى المصلحة، ولكنها أكثر ما تستعمل في المعنى الأول.

وبالتالي فالتعريف يشمل أيضا فتح الذّرائِع، وهي تجويز فعل ما يؤدي إلى الشيء المباح والمشروع[3].

والذّرائِع تختلف عن الحيل التي هي تقديم عمل ظاهر، لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع. كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا. فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية[4].

والذريعة بما أنها وسيلة إلى مفسدة، فقد تكون قولا، وبتالي تشمل التصرفات القولية، وقد تكون فعلا، تشمل التصرفات الفعلية، وقد أشار ابن القيم إلى هذا في صدد تقسيمه للذرائع، فقال:" الفعل والقول المفضي إلى المفسدة قسمان..."[5]

ثانيا: أقسام الذّرائِع.

تنقسم الذرائع إلى عدّة أنواع بحسب الأثر المترتب عليها، وقد اختلفت عبارة الفقهاء في ذلك مع اتفاقهم في المضمون.

---

١ – محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبد الله: محدث، من فقهاء المالكية ، نسبته إلى (مازر) بجزيرة صقلية، ووفاته بالمهدية. (453 هـ – 536 هـ = 1061 – 1141) له المعلم بفوائد مسلم، وشرح التلقين وغيرهما. ابن فرحون / الديباج المذهب، ص279.

٢ – الطاهر بن عاشور / مقاصد الشريعة الإسلامية، ص350.

٣ – شلبي / أصول الفقه الإسلامي، ص312. والخادمي / المرجع السابق، ص43.

٤ – الشاطبي / الموافقات، ج04، ص200.

٥ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج3،ص 343.

فيرى ابن الرفعة[1] أن الذّرائِع ثلاثة أنواع:

1 – ما يقطع بتوصله إلى الحرام.

2 – ما يقطع بأنه لا يتوصل، ولكن اختلط بما يتوصل.

3 – ما يحتمل ويحتمل، وفيه مراتب[2].

ويرى ابن القيم أن الذّرائِع نوعان هما:

أ – ذرائع موضوعة للإفضاء إلى مفسدة ، مثل شرب النبيذ المفضي السكر.

ب – ذرائع موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب، فيتخذ وسيلة إلى المحرم بقصد أو بغير قصد منه، وهذا النوع مراتب، إذ قد يقع المحرم قطعا، كعقد البيع المتخذ وسيلة للربا، وقد يقع غالبا، مثل سب آلهة المشركين في مواجهتهم المفضي إلى سب الله عدوا، وقد يقع ناذرا أو قليلا، مثل النَّظر إلى المخطوبة والمشهود عليها[3].

أما الشاطبي فيرى أن الذّرائِع ثلاثة أنواع:

أحدها: ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعيا، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث يقع الداخل فيه بلا بد وشبه ذلك.

الثاني: ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه وأكل الأغذية التي غالبها أن لا تضر أحدا وما أشبه ذلك.

الثالث: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا نادرا، وهو على وجهين:

أحدهما: أن يكون غالبا كبيع السلاح من أهل الحرب والعنب من الخمار وما يغش به ممن شأنه الغش ونحو ذلك.

---

١ – ابن الرفعة (645 – 710 هـ = 1247 – 1310 م) أحمد بن محمد بن علي الانصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة: فقيه شافعي، من فضلاء مصر. الزركلي/ الأعلام، ج01، ص222.

٢ – الشوكاني / إرشاد الفحول، ج03، ص329 .

٣ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج03 ص 343، 344.

والثاني: أن يكون كثيرا لا غالبا كمسائل بيوع الآجال[1].

وكما تكلم العلماء على سَدّ الذّرائِع حتى لا تفضي إلى مفسدة، تكلموا أيضا على فتح الذّرائِع إذا كانت وسيلة إلى تحقيق مصلحة، قال القرافي :" اعلم أن الذريعة كما يجب سَدّها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسَدّ في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة"[2].

وقال ابن الشاط[3]:" فليس كل ذريعة يجب سَدّها، بل الذريعة كما يجب سَدّها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح، بل قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة كالتوسل إلى فداء الأسارى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الانتفاع به[4]"

ويمكن إجمال قيود أو شروط العمل بقاعدة الذّرائِع فيما يأتي:

1 – أن يؤدي الفعل المأذون إلى مفسدة.

2 – أن تكون تلك المفسدة راجحة على مصلحة الفعل المأذون فيه.

3 – أن يكون أداء الفعل المأذون فيه إلى المفسدة كثيرا[5].

ثالثا: موقف العلماء من سَدّ الذّرائِع.

ما به نص أو ما ثبت فيه إجماع من هذا الأصل فلا كلام فيه، لأنه ثابت بدليل مقبول وصحيح، ويبقى على المجتهد أن يعمل نظره فيه استنباطا للحكم المناسب، ولكن هل يكتفي

---

١ – الموافقات، ج2، ص 344، وص348.

٢ – القرافي / الفروق، ج2، ص 33.

٣ – ابن الشاط (632 – 723 هـ = 1245 – 1323 م) قاسم بن عبد الله بن محمد الانصاري السبتي، أبو القاسم سراج الدين، ابن الشاط: فرضي فقيه مالكي، من الكتاب، له إدرار الشروق على أنواء البروق. عمر كحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 644.

٤ – ابن الشاط / تهذيب الفروق، ج2، ص41.

٥ – حسين حامد / نظرية المصلحة، ص202.

بالوقوف عند حدود هذا النص ويغلق بابه، أو يبقى الباب مفتوحا لأهل الاجتهاد ليعملوا به في كل جديد.

وسَدّ الذّرائِع حجة معتبرة عند الإمام مالك والإمام أحمد، وهو أصل مراعى في الاستنباط عندهما. قال الشاطبي:" وسَدّ الذّرائِع مطلوب مشروع وهو أصل من الأصول القطعية في الشرع"[١]. وقال ابن القيم:" سَدّ الذّرائِع أحد أرباع التكليف"[٢].

وأخذ به الشافعي وأبو حنيفة في بعض الحالات، وأنكرا العمل به في بعض حالات الأخرى، كما أخذت به الشيعة، وأما ابن حزم فقد أنكره مطلقا[٣].

فأبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى ، لم تذكر كتب أصول مذهبهما شيئًا عن رأيهما في هذا، وذلك أن الباحث في هذا الموضوع يجد أن كتب أصول الحنفية والشافعية ، لا تتعرض للبحث في هذا الأصل، إلا أن المتتبع لأقوالهما يجد أنهما يقولان بسَدّ الذّرائِع في كثير من المسائل.

ويبدو أن أبا حنيفة والشافعي لا يعتبران سَدّ الذّرائِع أصلًا قائمًا بذاته، بل هو داخل في الأصول المقررة كالقياس والاستحسان، يدل على ذلك ما قاله القرافي رحمه الله تعالى : " وأما الذّرائِع فقد أجمع العلماء على أنها ثلاثة أقسام:

أحدها: معتبر إجماعًا ، كحفر الآبار في طرق المسلمين ، وإلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى.

وثانيها: ملغي إجماعًا، كزراعة العنب فإنه لا يمنع خشية الخمر.

وثالثها: مختلف فيه، كبيوع الآجال ، اعتبرنا نحن الذريعة فيها ، وخالفنا غيرنا ، فحاصل القضية أننا قلنا بسَدّ الذّرائِع أكثر من غيرنا لا أنها خاصة بنا [٤]

---

١ - الشاطبي / الموافقات، ج3 ص 63.

٢ - ابن القيم / إعلام الموقعين، ج3 ص372.

٣ - تقي الحكيم / الأصول العامة للفقه المقارن، ص 414. وابن حزم، أبو محمد علي / الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، مصر، ط1404هـ، ج06، ص 179.

٤ - القرافي / تنقيح الفصول، ص200.

فللعلماء جميعًا يأخذون بأصل الذّرائِع وإن لم يُسمُّوه بذلك الاسم[1].

وقد فصل القرطبي في حقيقة الخلاف في الأخذ بالذّرائِع بين الأئمة فقال:" سَدّ الذّرائِع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلا، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلا ".

ثم قرر موضع الخلاف فقال: اعلم أن ما يفضي إلى الوقوع في المحظور، إما أن يفضي إلى الوقوع قطعا أو لا، والأول ليس من هذا الباب، بل من باب ما لا خلاص من الحرام إلا باجتنابه، ففعله حرام، من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. والذي لا يلزم، إما أن يفضي إلى المحظور غالبا أو ينفك عنه غالبا أو يتساوى الأمران، وهو المسمى بالذّرائِع عندنا.

فالأول لا بد من مراعاته، والثاني والثالث اختلف الأصحاب فيه فمنهم من يراعيه وربما يسميه التهمة البعيدة والذّرائِع الضعيفة[2].

وقد رد الدريني الذّرائِع إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما وضع للإفضاء إلى المباح، ولكن قصد به التوصل إلى مفسدة، كمن يعقد النكاح يقصد به التحليل.

الثاني : ماوضع لمباح لم يقصد التوصل به إلى مفسدة، ولكنه يفضي إليها غالبا، وهي أرجح مما يترتب عليه من مصلحة، كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم.

الثالث: ما وضع لمباح ، ولكنه يفضي إلى مفسدة، ومصلحته أرجح من مفسَدّته، كالنَّظر إلى المخطوبة.

وهذه الأقسام شاملة للذرائع المفضية إلى المفسدة بذاتها غالبا، أي دون قصد، وكذا تشمل ما قصد به التذرع إليها، وإن كان في ذاته جائز ومباح.

فالقسم الثاني لا خلاف فيه، وقد جاء فيه المنع صريحا كما في قوله تعالى:" ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴿١٠٨﴾ ﴾ الأنعام: ١٠٨ . و هذا القسم جوزته الشريعة، وهو ليس محل خلاف أو نظر.

---

١ - أبو زهرة، محمد / الإمام مالك، دار الكتاب العربي، ص 416.

٢ - الزركشي / البحر المحيط ج4، ص382. والشوكاني / إرشاد الفحول، طبعة دار الكتاب العربي، ج03، ص325.

أما القسم الأول، وهو ما وضع لمباح واتخذ وسيلة لمفسدة، فهو محل الخلاف بين الأئمة.[1]

ومبدأ سَدّ الذّرائِع جاء توثيقا وتأكيدا للأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، من جلب المصالح ودرء المفاسد، ولا ريب أن المباح الذي قصد به التوصل إلى الحرام، وهو أمر لا يجيزه أحد من العلماء، لأنه يناقض أصل الشريعة، فالشافعي مثلا لا يجيز البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا، وهذا إذا ظهر القصد إلى هذا المآل المحرم.

فالخلاف إذا في المنهج الذي يكشف عن القصد والبحث المحرم، فمالك يحتاط في درء المفاسد، فيمنع مثلا ما أدى إلى الممنوع، بكثرة قصده من المتبايعين، وهذا حتى و لم يقصد الفعل في صورة من صور التعامل، فيأخذ بكثرة الوقوع، ولو لم تصل إلى غلبة الظن أو غلبة كثرة الوقوع، فالكثرة هي الضابط عنده.

أما الشافعي فلا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى المآل الممنوع، ويعمل العبارة الظاهرة، وعليها يقيم الحكم، ولايبحث على عن القصد أو الباعث[2].

رابعا: العلاقة بين المقاصد سَدّ الذّرائع.

1 – سَدّ الذّرائِع في نفسه مقصد من مقاصد الشريعة، وقد دلّت النّصوص الكثيرة على اعتباره ومراعاته، بل هو من الأصول القطعية الثابتة بالاستقراء، قال الشاطبي:" سَدّ الذّرائِع، مطلوب مشروع، وهو أصل من الأصول القطعية..."[3].

2 – في سَدّ الذّرائِع حماية لمقاصد الشريعة، وتوثيقا للأصل العام الذي قامت عليه من جلب المصالح ودرء المفاسد، فالمباح قد يفوت مقصدا شرعيا، فالمحافظة على مقصود الشارع أمر مطلوب، لأنه يمثل أعظم مصلحة.

3 – مبدأ سَدّ الذّرائِع يرجع إلى إعتبار المآل، واعتبار مآل الأفعال يعتبر من المقاصد الأساسية والمهمة في الشريعة.

---

١ – الدريني / الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، ص 410-411 .والقرافي / الفروق ج02 ص 32.

٢ – الدريني / الحق ومدى سطان الدولة، ص414.

٣ – الشاطبي / الموافقات، طبعة دار المعرفة، بتحقيق عبد الله دراز، ج03، ص 61.

والمجتهد في الأحكام لا يستطيع أن يسَدّ الذريعة إلى بعض الأفعال حتى يعلم مآلها وثمرتها، وبتالي يحكم عليها بما يناسبها[1].

خامسا: سَدّ الذّرائع والسّياسة الشّرعية.

لاشك أن ولي الأمر إذا رأى شيئًا من المباح، قد اتخذه الناس عن قصد وسيلة إلى مفسدة، أو أنه بسبب فساد الزمان أصبح يفضي إلى مفسدة أرجح مما قد يفضي إليه من المصلحة، كان له أن يحظره ويسَدّ بابه، ويكون ذلك من الشريعة وعملاً بالسّياسة الشّرعية التي تعتمد على قاعدة سَدّ الذّرائِع.[2]

والأساس المنظور إليه في سَدّ الذّرائِع هو كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة الضارة ، التي يأباها الشارع ولو كان الفاعل حسن النّية، ولذلك فإن الوسيلة لا ينظر إليها في ذاتها، بل تأخذ حكم ما أفضت إليه.

وسَدّ الذّرائِع مما يدخل في باب السياسة الشرعية ، ويمد ولي الأمر في محيطه الواسع بسلطة يتدارك بها كل ما يمكن أن يجد من مضار اجتماعية ومشاكل عامة وخاصة بهدف تحقيق العدالة. فالأصل في سَدّ الذّرائِع ألا يؤدي تطبيقه إلى مفاسَدّ أخرى أربى من المفاسَدّ المتوقعة من إهماله، وسَدّ الذّرائِع منهج في الاستنباط الفقهي للوقوف على أحكام الوقائع والنوازل، فلا ينبغي إغلاقه ولا سَدّه، كما أن إباحته بلا قيود ولا حدود مفسدة عظيمة... لذلك لا بد من تقييده وعدم اعتباره إلا إذا توفر للمجتهد نصيب معين من العلم والتقي[3].

ومن السِّياسة الشَّرعية التي سندها سد الذرائع ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه من منعه غير المسلمين من أن يكونوا صيارفة في الأسواق، فكتب إلى أمراء الأقاليم يأمرهم بتنفيذ ذلك، وعلل ذلك بأن الله أغنى المسلمين عنهم مع أن أصل الحكم الجواز لما فيه من مصالح ناتجة عن إجراء المعاملات المالية والتجارية، وترك الحرية الكاملة لصاحبها في ذلك، إلا أنه منع ذلك رغم جوازه في الأصل، وذلك لما رأى في هؤلاء من أنهم يتعاملون بالربا، فإذا تركوا على فعل

---

١ - اليوبي / مقاصد الشريعة الإسلامية ص 582 – 584. والخادمي / المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة الشرعية، ص 44 – 47.

٢ - عبد الرحمن تاج / السياسة الشرعية، ص76.

٣ - البرهاني، هشام / سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، نسخة 1995، مصورة عن ط1985/01، ص772.

ذلك فيظن بعض المسلمين أن التعامل بالربا جائز، فمنعهم عمر رضي الله عنه من دخول الأسواق لإجراء معاملاتهم التجارية المشوبة بالربا سدا للذريعة إلى تلك المفسدة[1].

– ومن أمثلة السِّياسة الشَّرعية المبنية على الذرائع، أن الدولة لها أن تمنع الناس من ذبح إناث الأنعام، إذا كان ذبحها يؤدي إلى التأثير على الثروة الحيوانية بتقليل الإنتاج، وأن ذلك يفضي إلى الإضرار بالرعية، مع أن الأصل شرعا هو جواز ذبح الأنعام مطلقا[2].

أثر القول بسَدّ الذّرائع.

إن هذه القاعدة التي ظهرت أهميتها الكبرى في عصرنا الحاضر، هي من العوامل الداعية إلى إصلاح شؤون الأمة، والأخذ بها إلى الفضيلة والاستقامة، والنّهوض بها على أسس قوية قويمة، من قواعد الشريعة وأحكامها.

وهي توجب على الفقيه أو الحاكم، أن يلجأ إليها في استحداث أحكام جديدة، وتدابير يتوقف عليها تنظيم شؤون المجتمع، فإن ولي الأمر إذا رأى شيئًا من الأمور المباحة، قد اتخذه الناس، ذريعة أو وسيلة إلى مفسدة، أو أنه بسبب فساد الزمان أصبح يفضي إلى مفسَدة، أرجح مما قد يفضي إليه من المصلحة، كان له أن يمنعه ويسَدّ بابه، و يكون ذلك من الشريعة، وعملًا بالسِّياسة الشَّرعية، التي تعتمد ـــ فيما تعتمد ـــ على قاعدة سَدّ الذّرائع.

وبذلك يحول بهذه السياسة بين الناس وبين كثير من دوافع الفساد، فقاعدة الذّرائع فيها أكبر شهادة على أن الشّرع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان ، وعلى أن فيه لكل قوم منهاجًا، ولكل داء علاجًا، ولكل مشكلة حلًّا.

ومبدأ سَدّ الذّرائع في التشريع الإسلامي، توثيق لأصل المصلحة، حيث يمنع اتخاذ الذريعة المشروعة في ظاهرها، لإسقاط واجب أو هضم حق، أو تحليل محرم، أو بالأحرى للاحتيال على مقاصد الشريعة وهدمها بالوسائل المشروعة في ظاهرها، أو تحت ستارها. فمبدأ الذّرائع أو قاعدة الذّرائع، توثيق لمبدأ العدل ذاته، مادام يوثق مبدأ المصلحة المعتبرة شرعا[3].

---

١ – سعيدة بو معراف / التعليل المصلحي للتصرفات الحاكم، ص113.

٢ – جابر عبد الهادي الشافعي / ترسيخ العمل بالسياسة الشرعية في ظل اتجاهات العولمة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2006، ص170.

٣ – الدريني / مناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ص44.

المبحث الخامس: قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف.

من القواعد المهمة والتي كان أثر في الفروع الفقهية، وهي وإن وقع فيها أخذ ورد بين العلماء، إلا أنها أسهمت في ترسيخ الملكة الفقهية عند أهل الاجتهاد، قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف، لأنها تدفع إلى ترجيح القدر المشترك بين المجتهدين، واختيار الوجه المشتمل على التحرز والاحتياط للدين، تحقيقا للاطمئنان بصحة الامتثال.

أولا: تعريف مُرَاعاة الخِلاَف .

لتَبَيُّن حقيقة مراعاة هذه القاعدة ومدى حجيتها على الأحكام، لابد من تعريفها لغة واصطلاحا.

أ – مفهوم قاعدة مراعاة الخلاف لغة:

1 – تعريف المراعاة: هي المحافظة والإبقاء على الشيء واعتباره والقيام بما يناسبه. والمراعاة في الجملة تطلق على: الحفظ والرفق والإبقاء على الشّيء، يقال: راعى أمره حفظه، وأبقى عليه ورفق به. كما تطلق على النّظر إلى الشيء وملاحظته ومراقبته واعتباره، يقال: راعيت أمره، نظرت إلى ما يصير إليه، وماذا يكون منه، ولاحظته ومنه مراعاة الحقوق أي ملاحظتها واعتبارها. والمناسبة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي، أن المجتهد يلاحظ ويحفظ رأي واجتهاد مجتهد آخر ولا يهمله، بل يبني عليه الأحكام[1].

2 – تعريف الخلاف: الخلاف ضد الوفاق، كما أن الاختلاف ضد الاتفاق، والخلاف والمخالفة، أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر. والخلاف والاختلاف، نقيض الاتفاق،

---

١ – ابن المنظور / لسان العرب، ج14، ص325. الجوهري / الصحاح، ج06، ص2358، الرازي / مختار الصحاح، ص 104. ومحمد أحمد شقرون / مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي،ط 2002/01، ص 39 – 44.

اختلف الأمر، إذا لم يتفقا، قال الراغب:" الاختلاف والمخالفة، أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر في حاله وأقواله..."[1]

ب – تعريف مُرَاعاة الخِلاَف اصطلاحا:

عرف هذه المصطلح بعدة تعريفات، لكنها لا تكاد تسلم من مأخذ، ولعل من أشهرها وأحسنها، تعريف ابن عرفة[2]، فقد عرفها في حدوده بأنها:" إعمالُ دليل – أي دليل المخالف – في لازم مدلوله الذي أُعْملَ في نقيضه دليلٌ آخرٌ "[3].

مثال ذلك: إعمال الإمام مالك دليل مخالفه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار، في لازم مدلول ذلك المخالف – ومدلوله عدم الفسخ – الذي هو ثبوت الإرث بين المتزوجين بالشغار عند موت أحدهما، وهذا المدلول وهو عدم الفسخ أعمل مالك في نقيضه الذي هو الفسخ دليلا آخر يقتضي الفسخ عنده[4].

---

١ – الأصفهاني، أبو القاسم الحسن الراغب / المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة بيروت، د، ت، ط، ص155 – 157. وابن المنظور / اللسان، ج 09، ص 82، والرازي / مختار الصحاح ص 78. والفيومي / المصباح المنير، ص 179، الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني / الكليات، تحقيق : عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة سنة 1998، ص 425 – 426.

٢ – ابن عرفة (716هـ – 803 هـ / 1316 – 1400 م) محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره. مولده ووفاته فيها، ومن كتبه المختصر الكبير فى كتب المالكية ومختصر الفرائض والحدود فى التعاريف الفقيهية. ابن فرحون / الديباج، ص 10 الزركلي/ الأعلام، ج07، ص 43. وكحالة / معجم المؤلفين، ج03، ص 683.

٣ – الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري / شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحيق: محمد أبو أجفان، الطاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1993/01، ج01، ص 263.

٤ – الولاتي، محمد يحى بن محمد المختار / إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، قدم له وعلق عليه: مراد بوضية، دار ابن حزم، بيروت، ط2006/01، ص189. واللقاني، إبراهيم المالكي / منار أهل الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق: زياد محمود حميدان، دار الأحباب، بيروت، ط 1992/01، ص303. ومحمد رياض / أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النّجاح الجديدة، ط1996/01، ص 402.

لكن تعريف ابن عرفة، لا يحوي جميع صور مُرَاعاة الخِلاَف التي ذكرها المالكية، بل يقتصر على صورة واحدة فقط، هي التي يكون الاعتبار فيها خاصا، بلازم مدلول دليل المخالف، وهو جزء من كل، لأن المالكية أخذوا برعي الخلاف مطلقا دون تفريق. والتحقيق أن مُرَاعاة الخِلاَف عند استقراء فروع المالكية قسمان:

القسم الأول: مُرَاعاة الخِلاَف بعد وقوع الفعل.

فالمجتهد يراعي الخلاف بعد وقوع الفعل من المكلف، فيكون للفعل بعد الوقوع حكم مخالف ومغاير تماما لحكمه قبل الوقوع.

ومُرَاعاة الخِلاَف بعد الوقوع هي المراد عند الإطلاق عند المالكية، قال القباب:" فاعلم أن مُرَاعاة الخِلاَف من محاسن هذا المذهب، فيقول ابتداء بالدليل يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر، راعى ما لهذا الدليل من قوة"[1].

ومن أهم التعاريف التي تبنت هذا القسم، تعريف ابن عرفة السّابق، وإن كانت عليه جملة ردود ومناقشات وأجوبة.

وعرف القباب[2] مُرَاعاة الخِلاَف بقوله:" إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه "[3]. وقريبا منه تعريف الهسكوري[4]:" هو الأخذ بأقوى الدليلين معا، من بعض الوجوه "[5].

القسم الثاني: مُرَاعاة الخِلاَف قبل وقوع الفعل.

---

١ – الونشريسي، أحمد بن يحى / المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقا والأندلس والمغرب، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، طبعة 1981، ج06، ص 388.

٢ – القبَّاب (724هـ – 778 هـ = 1324 – 1377 م) أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن الجذامي الفاسي، أبو العباس الشهير بالقباب: فقيه مالكي، قاض.مولده ووفاته بفاس. ولي الفتوى بها، والقضاء بجبل الفتح ثم اعتزل وعكف على التدريس في (المدينة البيضاء) فالجامع الأعظم بفاس، وعرض عليه قضاء الجماعة فامتنع واختفى مدة. ابن فرحون / الديباج، ص 41. الأعلام للزركلي، ج01، ص197.

٣ – المعيار، المرجع السابق، ج06، ص 388.

٤ – أبو محمد صالح الهسكوري من أهل فاس، كان شيخ المغرب علما وعملا، له تقييد على الرسالة، توفي سنة 653هـ، يراجع،محمد بن الحسن الحجوي / الفكر السامي، تحقيق: عبد العزيز القارئ، المكتبة العلمية المدينة المنورة، طبعة 1988، ج02، ص 271.

٥ – الحجوي، محمد بن الحسن / الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ج01، ص 455.

وسع المالكية من مدلول مُرَاعاة الخِلاَف، حتى شمل الرعي قبل وقوع الفعل، والذي يطلق الخروج من الخلاف ابتداء. وقد عرف هذا القسم من مُرَاعاة الخِلاَف بأنه:" الجمع بين دليلين أو أكثر، بوجه من وجوه الجمع، والعمل بمقتضى كل واحد منها، فعلا أو تركا، احتياطا ورعا"[1].

فمن يعتقد جواز الشيء، يترك فعله إن كان غيره يعتقده حراما، وكذلك في جانب الوجوب، يستحب لمن رأى إباحة الشيء أن يفعله، إن كان هناك من العلماء من يوجبه، فمن كان يعتقد عدم وجوب الوتر، يستحب له المحافظة عليه، خروجا من الخلاف، رعيا لقول من أوجبه.

وقد استشكل الشيخ المغربي الزرويلي [2]، كيف يراعى الخلاف قبل وقوع الفعل، ولكن الراجح التعميم على المشهور، وذلك للأدلة التالية:

1 – فتاوى الإمام مالك المبنية على رعي الخلاف قبل وقوع الفعل، فتعليقا على قوله صلى الله عليه وسلم:" **الولد للفراش وللعاهر الحجر** ". وقوله لسودة بنت زمعة:" **احتجبي منه** " لما رأى شبهه بعتبة بن أبي وقاص[3]. قال ابن العربي:" هذا مستند مالك، فيما كره أكله، فإنه حكم بالحل عند ظهور الدليل، أعطى المعارض شيئا من أثره فحكم بالكراهة"[4].

2 – ما كان يفعله الإمام في خاصة نفسه، دون أن يفتي به، لأنه يخالف اجتهاده، إنما فعله

---

١ – شقرون / مراعاة الخلاف، ص 74.

٢ – الرصاع / شرح حدود بن عرفة، ج 01، ص264. والزرويلي هو علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي، أبو الحسن، المعروف بالصغير: قاض معمر، توفي سنة 719هـ، ابن فرحون/ الديباج، ص 212. الأعلام للزركلي، ج04، ص 334.

٣ – مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء بإلحاق الولد بأبيه، رقم 1224. البخاري، كتاب: الوصايا، باب: قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي، رقم2540، ومسلم، كتاب: الرضاع، باب: الولد للفراش، رقم 2645.

٤ – الونشريسي / المعيار، ج 12، ص 37. وإلياس بلكا / الاحتياط، حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط2003/01، ص 333. شقرون / مراعاة الخلاف، ص176.

مراعاة للخلاف، فقد كان يدعو بدعاء الاستفتاح بعد تكبيرة الإحرام وقبل قراءة الفاتحة، مع أنه كان يفتي بكراهته في الصلاة لمخالفته للعمل[1].

3 – فتاوى واجتهادات علماء المالكية الذين راعوا الخلاف قبل وقوع الفعل، ومن ذلك قولهم، كره للخلاف وجاز للخلاف.

ج – تعريف مُرَاعاة الخِلاَف بوجه عام:

بما أما أن رعي الخلاف عند أكثر نظار المالكية ومحققيهم، يشمل مُرَاعاة الخِلاَف قبل وقوع الفعل، هو الذي يسمى الخروج من الخلاف، أو مُرَاعاة الخِلاَف بوجه خاص، كما يشمل مُرَاعاة الخِلاَف بعد وقوع الفعل، وهو المتبادر عند الإطلاق، فقد حدى بالبعض أن يعرفه بما يلي: " اعتبار خلاف من يُعْتَدُّ بخلافه، عند قوة مأخذه، بامتثال مقتضى ما اختلف فيه." وامتثال مقتضى ما اختلف فيه، يشمل فعل ما اختلف في وجوبه، كما يشمل ترك ما اختلف في تحريمه، ويشمل كذلك آثار التصرف عنه مع الحكم عليه في ذاته، بعدم المشروعية[2].

ثانيا: مذاهب العلماء في مُرَاعاة الخِلاَف.

النّاظر في اجتهادات الأئمة الفقهاء، يرى أن أكثر المذاهب أخذا بهذه القاعدة، وتعويلا عليها: المالكية، والشافعية، ثم الحنفية والحنابلة.

أما في المذهب المالكي، فهو عندهم أصل صحيح ينبغي العمل به في الفقه، قد حكى كثير من العلماء نسبته إلى مالك، وأنه عنده دليل معتبر، وقد وافقه على ذلك تلميذه ابن القاسم، لأن مذهبه مُرَاعاة الخِلاَف القوي، وأنه متى غلب على ظن المجتهد دليل التحريم، لم يراع دليل التحليل، ومتى غلب على ظنه دليل التحليل، راعى دليل من قال بالتحريم[3].

---

١ – ابن رشد / البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1988/02، ج01، ص 413 – 414. والباجي / المنتقى، ج01، ص170، الحديث رقم149.

٢ – السنوسي / اعتبار المآلات ، ص322.

٣ – إلياس بلكا / الاحتياط، ص319.

بل هو قول عامة المالكية [1]، قال الشاطبي: إن مالكا وأصحابه، يجري كثيرا في فتاويهم على مُرَاعاة الخِلاَف، وهي أصل يبنون عليه فروعهم، وبه يعللون أقوال من تقدم من علمائهم... حتى صارت عندهم قاعدة مبنيا وعمدة مرجوعا إليها[2].

وأما المذاهب الأخرى فقد أخذ بمُرَاعاة الخِلاَف على تفوات بينها، و خاصة في الوجه الخاص منها، والتي يراد به عندهم الخروج من الخلاف.

أما الشافعية فقد نصَّ غير واحد من أئمة المذهب على مشروعية، بناء الأحكام على مُرَاعاة الخِلاَف.

قال: السيوطي:" القاعدة الثانية عشرة: الخروج من الخلاف مستحب" وأوضح الزركشي، بأن الاستحباب يكون باجتناب ما اختلف في تحريمه، وفعل ما اختلف في وجوبه[3].

أما في المذهب الحنفي فقد صرح ابن عابدين باستحباب مُرَاعاة الخِلاَف، فقال: "مطلب في ندب مُرَاعاة الخِلاَف.[4]" وقد صلى القاضي أبو يوسف الجمعة وقد اغتسل من ماء، فلما فرغ أخبر بوجود فأرة ميتة في بئر الحمام، فقال: إذا نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة، " **إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا.**"[5].

أما الحنابلة، فالخروج من الخلاف جائز وسائغ عندهم، لأنه أخذ بالأحوط، وهو مطلوب في الشرع. قال في المسودة :" كل من هذه المذاهب إذا أخذ به آخذٌ ساغ له ذلك، فإن خرج من

---

١ – نشير هنا إلى أن بعض المالكية قد خالفوا في هذا الأصل منهم: ابن عبد البر، والقاضي عياض، وأبو عمران الفاسي.

٢ – الونشريسي / المعيار، ج06، ص، 366- 367.

٣ – السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر / الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1403هـ، ص 136. والزركشي، محمد بن بهادر / المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1405/02هـ، ج02، ص 127 - 128.

٤ – حاشية رد المحتار، ج01، ص 147.

٥ – الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله / الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، بيروت، ط1404/02هـ، ص110. و الحديث رواه ابن ماجه في سننه، كتاب: الطهارة، باب: مقدار الماء الذي لا ينجس، ج 01، ص 172، رقم 517، والدارمي في سننه،كتاب: الطهارة، باب: قدر الماء الذي لا ينجس، ج 01، ص 202، رقم 731، وغيرهما واللفظ للدارقطني باب: حكم الماء إذا لاقته النجاسة، ج01، ص 21، وقد صححه الألباني في إرواء الغليل، رقم 172، ج01، ص 191.

الخلاف فأخذ بالأحوط، كتحريه مسح جميع رأسه، وأخذ فيما لا يمكنه الخروج من الخلاف فيه، كمسألة البسملة بقول الأكثر، كان هو الأولى."[1].

كما صدحت الكثير من فروعهم بقاعدة الخرج من الخلاف، منها قول ابن مفلح:" هل يستحب الوضوء للقهقهة أم لا ؟ قولان: أحدهما، لا يُسْتَحَبُّ، وهو الصحيح، والوجه الثاني، يُسْتَحَبُّ، وهو ظاهر كلام ما جزم به في الحاوي الكبير. قلت: وهو قويّ للخروج من الخلاف[2].

قال المرداوي[3]:" لا يستحب تأخير المغرب مع الغيم، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب وصاحب الوجيز وجماعة، قلت: وهو الأولى ليخرج من الخلاف"[4]

وقال ابن قدامة[5]: المستحب للإمام إذا مرض، وعجز عن القيام أن يستخلف، لأن الناس اختلفوا في صحة إمامته، فيخرج من الخلاف، ولأنه أكمل، فيستحب أن يكون الإمام كامل الصّلاة."[6]

---

١ – آل تيمية (بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت : 652هـ)، وأضاف إليها الأب: عبد الحليم بن تيمية(ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ) / المسودة، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، ص 482.

٢ – ابن مفلح / الفروع، ج01، ص 178.

٣ – المرداوي (817 – 885 هـ = 1414 – 1480 م) علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد في مردا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها. من كتبه " الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف. الأعلام للزركلي، ج04، ص 292. وكحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 447

٤ – المرداوي، علي بن سليمان أبو الحسن / الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج01، ص 432.

٥ – أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، فقيه محدّث، فهو فارس ميدانه، أعرف الناس بالفتيا وله المصنفات الغزيرة من كتبه، المغني في شرح الخرقي في الفقه، والكافي في الفقه، و روضة الناظر وجنة المناظر، في أصول الفقه، توفي سنة 620هـ. الزركلي / الأعلام، ج04، ص 67 – 68.

٦ – ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد / المغني، دار الفكر، بيروت، ط1405/01هـ، ج02، ص 27.

ثالثا: شروط مُرَاعاة الخِلاَف.

القول بمُرَاعاة الخِلاَف ليس على إطلاقه، بل لابد فيه من شروط تقيده وتحدده، لأن من شروط القواعد الانضباط والتحديد، وجملة هذه الشروط هي[1]:

1 – أن يكون الخلاف قوي المدرك: فلا اعتبار للأقوال الضعيفة والشاذة المخالفة لأدلة الثابتة القوية، مثل عدم مراعاة قول أبي حنيفة في القول ببطلان الصلاة برفع اليدين، في رواية مكحول النَّسفي عنه، وهي رواية ضعيفة عن الإمام[2].

2 – أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع، مثل ما نقل عن ابن السُرَيج أنه كان يغسل أذنين مع وجهه، ويمسحهما مع أذنيه، ثم يفردهما بالمسح، مراعاة من قال: إنهما من الوجه، أو الرأس أو عضوان مستقلان، فوقع في خلاف الإجماع.

3 – أن لا يترك المراعي للخلاف مذهبه بالكلية، فإذا ترك مذهبه أو قوله أو اجتهاده بالكلية و لم يعمل به بوجه من الوجوه، فإنه يكون قلد غيره وترك مذهبه، وهذا ليس مراعاة للخلاف. قال المقري[3]:" إذا وجب مخالفةُ الأصل أو قاعدة، وجب تقليل المخالفة ما أمكن[4]"

4 – أن لا توقع مراعاته في خلاف آخر، ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله، و لم يراع خلاف أبي حنيفة، لأن من العلماء من لا يجيز الوصل[5].

---

١ – الزركشي، أبو عبد الله، محمد بن بهادر / المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق، أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ط02 / 1405هـ، ج02، ص 128

٢ – ابن نجيم / البحر الرائق، ج02، ص 49، وابن الهمام / شرح فتح القدير، ج01، ص 436.

٣ – محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني، الشهير بالمقري: باحث، من الفقهاء الأدباء المتصوفين. من علماء المالكية. من أهم كتبه القواعد، توفي سنة 758هـ. ابن فرحون / الديباج، ص288، وكحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص300.

٤ – المقري، أبو عبد الله محمد بن أحمد/ القواعد، تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد، طبعة جامعة أم القرى، مكة، ج 02، ص502.

٥ – السيوطي / الأشباه والنظائر، ص 137.

5 – قيام الشبهة، فإذا انقدح في ذهنه، وتوافر العلم لديه بصحة مذهبه واجتهاده، فإن عدوله عنه ومراعاته لقول المخالف غير سديد، لعدم المسوغ الشرعي لطرح وإهمال الدليل الصحيح.

كما أن عبادة الله بالاجتهاد التام، أولى من عبادته بالاحتياط العام، لليقين في الأول، ومطلق التفويض في الثاني[1].

رابعا: قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف واعتبار مآلات الأفعال.

قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف، هي تلك القاعدة التطبيقية الواقعية، التي استمدت أصولها من سنن ومبادئ التشريع الإسلامي، في معالجة الوقائع الراجحة عند المجتهد، والتي فيها رأي مرجوح عند غيره، وهي ولا ريب محل نظر واجتهاد، فيأخذ بالرأي المرجوح في مقابلة الراجح عنده، بعد الوقوع عموما، أو قبله، مراعاة لتجب المآل الممنوع.

فحينها يستجد نظر جديد، واجتهاد آخر بعد وقوع الحادثة، مراعاة لعدم وقوع المفاسد، والمصير إلى مآل ممنوع، فعند الموازنة بين الضرر الواقع من جراء تلك المخالفة، والضرر الذي سيقع، ولو بقي الإصرار على الحكم الأصلي، ففي هذه الحالة وجب المصير إلى الرأي المرجوح، مراعاة ومحافظة على مقصود الشارع، وهو خشية الوقوع في مآل ممنوع، الذي سيجر إلى مفاسد لم يقصدها الشارع من وراء تشريع الحكم أصالة.

فمُرَاعاة الخِلاَف خاصة بعد الوقوع، قاعدة تطبيقية عملية، لأن تصرف المجتهد بباعث الخروج من الخلاف، لا ينشئه المكلف للوصول إلى الحكم، وإنما ينشئه للقيام بالتكليف والخروج من عهدته، وبه يتوسل على إيقاع التصرف على وجه متقين، لا مجال للشكوك والظنون فيه، فهو وسيلة إلى الامتثال المحقق، لا طريقا لمعرفة الحكم[2].

---

١ – السنوسي / مراعاة المآلات، ص، 333 – 336.

٢ – السنوسي / المرجع السابق، ص337.

كما أن الغاية التي تستهدفها قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف، بعد الوقع هي تلافي آثار المفسدة، والعمل على تحقيق المصلحة النوعية، التي تختص بذلك الحكم، حتى وإن شيب تحصيلها بشيء من المفاسد التي لا تنفك عن بعض أحوال هذا الجلب، لَمَ عُلمَ من تصرفات الشريعة تقديم الجهة الغالبة أو الراجحة على ما يقابلها، بناء على أن المصالح الخالصة والمفاسد الخالصة نادرة التحقق في الوجود.

فعلى المجتهد أن يعتني بواقع الناس واختلاف البيئات، وذلك لأن لاختلاف الأفعال والتصرفات ونتائجها، علاقة وطيدة بالظروف المحتفة بها والملابسات المحيطة بتلك التصرفات والأفعال.

وفي ذلك يقول الشاطبي:" النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا.... وهذا الأصل ينبي عليه قواعد منها سدّ الذرائع...ومنها مُرَاعاة الخِلاَف"[1] .

فقاعدة مُرَاعاة الخِلاَف عند الإمام مالك، مبنية على قاعدة النّظر في المآلات، وما تفضي إليه من نتائج.

فالإمام مالك يراعي الخلاف عندما ينظر فيما ترتب بعد الوقوع، فيقول: إن المكلف واقع دليلًا على الجملة وإن كان مرجوحًا، إلا أن التفريع على البطلان الراجح في نظره يؤدي إلى ضرر ومفسدة أقوى من مقتضى النهي على ذلك القول، وهذا منه مبني على مراعاة المآل في نظر الشارع، فالمراد مراعاة الخلاف الواقع بين المجتهدين، والتعويل بعد وقوع الفعل من المكلف على قول وإن كان مرجوحًا عند المجتهد، ليقر فعلًا حصل منهيًا عنه على القول الراجح عنده، وأن له بعد الوقوع حكمًا لم يكن له قبله، وذلك نظر إلى المآل، وأنه لو فرع على القول الراجح بعد الوقوع، لكان فيه مفسدة تساوي أو تزيد على مفسدة النهي، فينظر المجتهد في هذا المآل، ويفرع على القول الآخر المرجوح باجتهاد ونظر جديد، لولا المآل الطارئ بعد الوقوع بالفعل ما كان له أن يفرع عليه وهو يعتقد ضعفه...[2]

---

١ – الشاطبي / الموافقات، ج02، ص193، ص198، ص202، طبعة دار المعرفة.

٢ – تعليق عبد الله دراز على الموافقات، الهامش رقم 02 الموافقات، باعتناء: إبراهيم رمضان دار المعرفة، ط1994/01، ج04، ص559.

ومُرَاعاة الخِلاَف كما يراها الشاطبي تتلخص في أنه :" فمن واقع منهيا عنه، فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرًا إلى أن ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلًا على الجملة، وإن كان مرجوحًا، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النّهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجحة... وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مقتضى النهي أو تزيد "[1].

وهذا الذي أشار إليه الشاطبي في كلامه الأخير، هو منشأ هذه القاعدة، فهي كما يرى الشاطبي ناشئة من جراء الموازنة بين جهتين، لم يتبين للمجتهد فيهما مقصود الشارع إلا بعد النظر فيما يحتف بالواقعة من ظروف، أعني قبل الوقوع وبعده.

قال الشاطبي:" وأما إن ترجحت إحدى الجهتين على الأخرى، فيمكن أن يقال إن قصد الشارع متعلق بالجهة الأخرى، إذ لو كان متعلقا بالجهة الأخرى لما صح الترجيح، ولكان الحكم كما إذا تساوت الجهتان، فيجب التوقف، وذلك غير صحيح مع وجود الترجيح، ويمكن أن يقال إن الجهتين معا عند المجتهد معتبرتان، إذ كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المقصودة للشارع. ونحن إنما كلفنا بما ينقدح عندنا أنه مقصود للشارع، لا بما هو مقصوده في نفس الأمر فالراجحة وإن ترجحت لا تقطع إمكان كون الجهة الأخرى هي المقصودة للشارع، إلا أن هذا الإمكان مطَّرِح في التكليف إلا عند تساوي الجهتين، وغير مطَّرِح في النظر، ومن هنا نشأت قاعدة مراعاة الخلاف.[2]"

وهكذا نرى أن مُرَاعاة الخِلاَف مبدأ قائم على النظر إلى المآل، سواء كان حكما شرعيا أو فعلا إنسانيا، فإذا كان يلحق بسببه ضرر ومفسدة، فإن المجتهد لا يقر ذلك الحكم أو ذلك

---

١ - الشاطبي / الموافقات، ج04، ص205 – 206.

٢ - الشاطبي / الموافقات، ج02، ص 31 - 32.

الفعل، ولكن يترتب عليه ما يخفف وطأته، فيعترف بالآثار الناجمة عليه مراعاة لخلاف غيره في هذا المآل بالذات.

وهو أصل يدل عن الموازنة بين الأدلة للخروج منها بما ينفع الناس ويرفع عنهم الإصر[1].

فالمجتهد المقاصدي قبل الوقوع متمسك بموقف المنع، لأن دليله أقوى، فلابد من تفادي وقوع الممنوع لما يترتب عليه من آثار سلبية على الكليات المقاصدية.

ولكن إذا وقعت واقعة مخالفة للقصد الشرعي، لم يعد في التمسك بالمنع ذا فائدة، فيتدخل المجتهد لتوجيه الحكم بشكل يحفظ مصلحة المكلف.

فمرد قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف عند التأمل هو النظر إلى الحادثة الممنوعة، قبل الوقوع وتجديد النظر إليها بعد الوقوع لتغير المآل[2].

خامسا: مُرَاعاة الخِلاَف وتطبيقاته في السياسة الشرعية.

رعي الخلاف إنما يصار إليه من أجل مصلحة تترتب على مراعاة قول المخالف، أو دفع مفسدة تترتب على عدم اعتباره، وإن كان القول مرجوحا في أصل النظر عند المجتهد، لكنه ما صار يترتب على اعتباره درأ ضرر أو تقليله، وجلب مصلحة أو تكميلها صار لابد من اعتباره، والاعتراف بالآثار الناتجة عن الفعل الواقع على مقتضاه، فمُرَاعاة الخِلاَف من باب الاستحسان والاستصلاح.

فالنكاح من غير ولي باطل عند مالك، إلا أنه لما يقع ويحصل الدخول، ويطول الأمر ويحصل الولد، ويمضيه ويصححه على مقتضى مذهب الحنفية القائلين بصحته مطلقا، هذا مع أن قول الحنفية مرجوح في نظره قبل الدخول، إلا أنه لما وقع، راعى ما يترتب على التفريق بين الزوجين

---

١ - محمد رياض / أصول الفتوى، ص404.

٢ - وورقية عبد الرزاق / ضوابط الاجتهاد التنزيلي ، ص297.

من ضرر ومفاسد، على الزوجين أو على الأولاد، الذي هو أقوى وأعظم من مقتضى النهي، فترجح عند مذهب الأحناف بعد الدخول، درء للمفسدة وجلبا للمصلحة[1].

فقاعدة مراعاة الخلاف تعتمد في مجال عملها على تصحيح بعض الأوضاع التي تكون مناقضة لمقصود الشارع في الظاهر، أو أدت إلى مآل ممنوع، وذلك بعد الوقوع.

وهي قاعدة تدل على مرونة التشريع الإسلامي، وواقعيته في التطبيق العملي، وهذا هو معنى السياسة الشرعية، لأنها تدبير شؤون الأمة بما يحقق المصلحة ويقيم العدل في المجتمع.

ومن أمثلة السياسة الشرعية المبنية على مُرَاعاة الخِلاَف.

1 – إجبار الجار على إرسال فضل مائه على جاره الذي انهدمت بئره [2]، وله زرع يخاف عليه، فإن المالكية اختلفوا في ذلك، هل يكون بالثمن أو بدونه، والثمن عندهم أقرب لمُرَاعاة الخِلاَف، إذ أن الأصل المثل، ولكنه متعذر على الجار، فأجازوا الثمن.

وهو عمل يتعلق بالإمام حيث يجبر أصحاب الأراضي أن يسمحوا لجيرانهم الارتفاق بالماء، إذا لم يكن ثمة ضرر فاحش يلحقهم من جراء الارتفاق.

2 – اشترط المالكية في إحياء أراضي الموات، إذا كانت قريبة من العمران– ولا ضرر في إحيائها على أحد – إذن الإمام، على المشهور[3].

وقد راعى بعض المالكية الخلاف في عدم استئذان الإمام لإحياء الموات، وقالوا: إذا وقع بغير إذنه، فله أن يمضيه ويقطعه له، مراعاة لمن أجاز ذلك، وهو قول أشهب وأصبغ[4]. فإحياء الموات

---

١ – محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ / مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط2002/01، ص 108، وص 213 – 214.

٢ – الباجي / المنتقى ، ج04، ص40 رقم1233.

٣ – القاضي عبد الوهاب، أبو محمد علي بن نصر البغدادي / المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1998/01، ج02، ص1194. والقرافي / الذخيرة، ج06، ص 147.

٤ – ابن رشد / البيان والتحصيل، ج09، ص 151. والحطاب / مواهب الجليل، ج 06، ص 11.

وإصلاح الأراضي وتعميرها من صلاحيات الإمام، وهو من تدبير أمور الأمة التي ينبغي أن تبنى على المصلحة، وهو من السياسة الشرعية.

3 – إذا أقر رجل عند القاضي في غير مجلس القضاء، فلا اختلاف في المذهب المالكي أنه لا يجوز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار، دون بينة تشهد به عليه، فإذا قضي عليه بذلك الإقرار، نقض حكمه بذلك، ما لم يعزل على المشهور في المذهب، ولا يرده من جاء بعده من القضاة والحكام، مراعاة لمن أجاز للقاضي القضاء بعلمه[1].

فتنصيب القضاة، وعزلهم، والحكم بين المتخاصمين، وإجراء الأحكام ونقضها، من السياسة الشرعية، وقد يراعى في أحكامها الخلاف، حفاظا على حقوق الرعية ومصالحها.

١ – ابن رشد / البيان والتحصيل، ج09، ص 230.

المبحث السادس: قاعدة العُرف.

من الخطط الاجتهادية التي تسعف أهل النّظر في الوصول إلى الحقيقة، وتكشف حقيقة الواقع الذي يراد تطبيق النَّص عليه العُرف، فالعُرف يساعد المجتهد في فهم النَّص من جهة، ومن جهة أخرى يساعد على فهم البيئات، التي ينبغي إعمال النَّص فيها، وهذا حتى لا يقع المستنبط في نقيض مقصود الشارع، فيهدم الشريعة من حيث أراد البناء، فما هو العُرف؟ وما أنواعه ؟ وما حجيته ؟ وما حاجة المجتهد إليه ؟ وكيف يستفيد منه ولي الأمر في السّياسة الشّرعية ؟

أولا: تعريف العُرف.

1 – لغة : يطلق العُرف ويراد به ما تعرفه النُّفوس وتطمئن إليه، كما يأتي بمعنى الأمر المتتابع عليه، جاء في القاموس: طار القطا عرفا، أي بعضها خلف بعض[1].

والعُرف اسم مرادف للمعروف من الأعمال، وهو الفعل الذي تعرفه النفوس، أي لا تنكره إذا خليت وشأنها بدون غرض لها في ضده. وقد دلَّ على مرادفته للمعروف، قول النابغة :

...فلا النُّكْر معروفٌ ولا العُرف ضايعُ[2]

فقابل النَّكْرَ بالعُرف.

2 – اصطلاحا: عرفه ابن عابدين بأنه "**ما يَستقّرُ في النُّفوس من جهة الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة.**"[3].

أو هو ما يتعارفه أكثر النّاس، ويجري بينهم من وسائل التعبير، وأساليب الخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه من الأعمال، ويعتادونه من شؤون المعاملات مما لم يوجد في نفيه ولا إثباته دليل شرعي. فهو" إذًا عادةُ جمهور قوم، من قول أو فعل "[4].

---

١ – ابن المنظور / لسان العرب، ج09، ص 239، و الفيروز آبادي / القاموس المحيط، ج03، ص179.

٢ – وأما البيت كاملا فهو: أبى الله إلا عدله ووفاءه ... فلا النُّكْر معروفٌ ولا العُرف ضايعُ، يراجع ديوان النابغة الذبياني، من سلسلة ذخائر العرب، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، ص 39.

٣ – رسائل ابن عابدين، ج02، ص 112.

٤ – الزرقا / المدخل الفقهي العام، ج02، ص 840.

وقد اتفق الفقهاء على حجية العُرف في الجملة، وإن اختلفوا في تقييد العمل به، ومن أكثر المذاهب توسعا في الأخذ به المالكية والحنفية [1].

ثانيا: شروط العمل بالعُرف.

العُرف حجة ودليل شرعي تثبت به الأحكام الشرعية، بشروط هي[2] :

1 – أن يكون العُرف عاماً أو غالباً .

2 – أن يكون العُرف مطرداً أو أكثريّاً ، أي مستمرا في جميع حوادثه أو أغلبها.

3 – أن يكون العُرف موجوداً عند إنشاء التصرف .

4 – أن يكون العُرف ملزماً، أي يتحتم العمل بمقتضاه في نظر النّاس.

5 – أن يكون العُرف غير مخالف لدليل معتمد شرعا.

6 – أن يكون العُرف غير معارض بعُرف آخر في نفس البلد .

7 – أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه، إذا كان تَمَّ عقد.

فإذا توفرت هذه الشروط فإن العُرف حجة، دلّ على ذلك: الاستقراء، حيث إنه بعد استقراء وتتبع أحكام الله تعالى وجدنا أنه سبحانه قد اعتبر العادات – وقوع المسببات عن أسبابها العادية – ورتب عليها أحكاماً شرعية، فشرع القصاص، لأنه سببٌ للانكفافِ عن القتل عادة، وشرع النكاح لأنه عادة وعرفاً سبب لبقاء النسل عادة وعرفاً، وشرع التجارة، لأنها سبب لنماء المال عادة.

ثالثا: أقسام العُرف.

1 – العُرف من حيث شموله قسمان هما:

القسم الأول : العُرف العام، وهو ما تعارف عليه أكثر النّاس في جميع البلدان، مثل: إطلاق لفظ الطلاق في إزالة الزوجية، وأن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها [3]، وكدخول الحمام دون تقدير لكمية الماء المستعمل، ولا تقدير وقت المكوث فيه.

---

١ – سعد الدين مسعد هلالي / المهارة الأصولية وأثرها في النضج والتجديد الفقهي، طبعة جامعة الكويت، سنة 2004، ص190.

٢ – أحمد فهمي أبو سنة / العُـــرف والعـــادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، ط 1992/02، دون دار النشر، ص 73 – 87.

٣ – أبو سنة / العُرف والعادة، ص 24.

القسم الثاني: العُرف الخاص، هو ما اعتاده جماعة معينة من النّاس في بعض البلاد،كتعارف أهل العراق على إطلاق لفظ الدابة على الفرس، يدخل فيه اصطلاحات أهل العلوم وأرباب الحرف، فهي معاني اصطلاحية تفهم من الألفاظ عند الإطلاق دون المعاني اللغوية، مثل الفعل عند النّحاة يقصد به اللفظ الدّال على معنى في نفسه مرتبط بزمان[1].

2 – العُرف من حيث سببه ومتعلَّقه قسمان هما :

القسم الأول : العُرف القولي واللفظي، وهو أن يتعارف أكثر النّاس على إطلاق لفظ على معنى ليس موضوعاً له، بحيث يتبادر إلى الذهن عند سماعه بدون قرينة ولا علاقة عقلية، ويصير المعنى الأصلي كالمهجور[2]. كلفظ "الدابة" ، فإنه لغة يطلق على كل ما يدبُّ على الأرض، وقد خصَّصه بعضهم بالفرس، وآخرون خصَّصوه بالحمار.

القسم الثاني : العُرف الفعلي، وهو ما كان موضوعه بعض الأعمال التي اعتادها النّاس في أفعالهم العادية، أو معاملاتهم، كبيع المعاطاة وهي أن يقول: أعطني بهذا الدنانير خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو أن يدفع الثمن ويأخذ السلعة بدون لفظ عن تراض بينهما، فهذا بيع صحيح ثبت عن طريق العُرف[3].

رابعا: مجالات إعمال العُرف[4].

1 – الحالات التي أحال الشارع فيها على العمل بالعُرف، مثل إحالته إلى العُرف في تقدير النفقة[5].

2 – تفسير النَّصوص التي وردت في الشريعة مطلقة، مما لا ضابط له فيها ولا في اللغة، كتحديد ما يكن به حرزا في السرقة. قال أبو العباس ابن تيمية:" **كل اسم ليس له حدّ في اللغة ولا في الشرع، فالمرجع فيه إلى العُرف**[6]"

---

١ – محمد زكريا البرديسي/أصول الفقه، دار الثقافة لنشر والتوزيع، القاهرة، ص 334 – 335. فاديغا/أصول الإمام مالك ص 517.

٢ – الولاتي / إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص 200.

٣ – فاديغا موسى / أصول الإمام مالك، ج02، ص507.

٤ – اليوبي / مقاصد الشريعة، ص 611. وسعد بن مطر العتيبي / مقالات في السياسة الشرعية، موقع المسلم موضوع المقال: قاعدة مراعاة العُرف، بتاريخ 19 /1427/11هـ.

٥ – ابن العربي / أحكام القرآن، طبعة دار المعرفة، ج04، ص1841 وطبعة دار إحياء التراث العربي، ج04، ص263،.

٦ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج24، ص40.

3 – الأعراف التي تكون أسبابا أو مناطا لأحكام شرعية تترتب عليها، مما لم تأمر به الشريعة على نحو معين، و لم تنه عنه، و لم تلحظ فيه المصلحة تبعا لذلك، لها صور:

أ – الأعراف التي تكشف عن مراد المكلفين في أقوالهم وتصرفاتهم، من عقود وإقرارات، وشروط ووصايا وغيرها.

ب – الأعراف التي تكشف عن العلل والحكم التي تترتب عليها الأحكام.

ج – الأعراف التي تكشف عن الصفات الشرعية أو صفات المحال التي تتعلق بها الأحكام، كالكشف عن مالية المعقود عليه، والكشف عن ما تتحقق به صفة الضرورة أو الحاجة، والكشف عما أجمله الشارع من الجرائم الموجبة للتعزير، كألفاظ الشتم، ما يقع به التعزي الرادع .

خامسا: علاقة العُرف بمقاصد الشريعة.

الشريعة التي جاءت محققة لمصالح النّاس، جالبة للمنافع، دارئة للمفاسد، مراعية لعوائد النّاس، متماشية مع أعرافهم، وإلاّ كانت حائدة عن مهيج الصواب، مخاطبة للناس، بما لا يفهمون، ومكلفة لهم ما لا يطيقون، فهي لم تهمل أعرافهم وما تعودوه، بل أقرت منها ما كان صالحا محققا للمصلحة متماشيا مع أهدافها ومقاصدها. قال الشاطبي:" لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح، لزم القطع بأنه لابد من اعتبار العوائد، لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد، دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع سبب المصالح، وتشريع دائم كما تقدم، فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع.[1]

وقال التسولي:" حمل النّاس على أعرافهم وعادتهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليها بخلاف ذلك، من الزيغ والجور.[2]"

ومراعاة العُرف واعتباره يحقق الكثير من المقاصد الشرعية المعروفة، كما أن ثبات الأحكام على بيئة واحدة وجموده عليها، يلحق الحرج والضيق بالمكلفين عبر العصور، قال أبو زهرة:" لو

---

١ – الشاطبي / الموافقات، ج02، ص 287.

٢ – أبو الحسن بن عبد السلام التسولي / البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد شاهين، ط1998/01، ج02، ص 101.

بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالنّاس، ومخالفة قواعد الشريعة المبنية على التخفف واليسر ودفع الضرر والفساد"[1].

ففي نزع النّاس عن عاداتهم حرج عظيم، وذلك لما لها من القوة والتغلغل في الرؤوس[2].

كما أن العُرف في الغالب راجع إلى المصلحة المرسلة، وإلى رفع الحرج [3]، وتحقيق اليسر والسهولة، ونفي الضيق والشدة والعنت، فمثلا بيع المعطاة خير دليل على ذلك، فهو يدل على سماحة الشريعة وواقعيتها ويسرها، وهو موصل إلى جلب ما ينفع الشاري، بتسهيل تسليمه للسلعة، من غير عناء بالتمسك بالصيغ اللفظية، التي قد تأخذ وقتا للمجادلة، وقد تتعذر عند اختلاف اللغات أو اللهجات.

ومن مراعاة الشريعة للأعراف، أنها أحالت في بعض أحكامها على العُرف، كـــقوله تعالى:﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴿٢٣٣﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٣ . قال ابن عاشور:" وأما إرضاع الأمهات فموكول إلى ما تعارفه النّاس، فالمرأة التي في العصمة، إذا كان مثلها يُرضع، يعتبر إرضاعها أولادها من حقوق الزوج عليها في العصمة، إذ العُرف كالشرط... وقد كان ذلك عرفاً من قبل الإسلام وتقرر في الإسلام"[4].

ومن مراعاة الشريعة للعرف، أنها ذكرت فيها أحكما مطلقة و لم تحددها، قال السيوطي:" قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العُرف ومثلوه بالحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض ووقت الحيض وقدره والإحياء والاستيلاء في الغصب والاكتفاء في نية الصلاة بالمقارنة العُرفية بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووي وغيره وقالوا في الأيمان إنها تبنى أولا على اللغة ثم على العُرف"[5].

كما أنّ العلماء قرروا أن الأحكام الاجتهادية المبنية على العُرف تتغير بتغير الأزمان والأمكنة والأحوال. قال القرافي:" فهذه قاعدة – تغير الأحكام بتغير الأعراف – لا بد من ملاحظتها

---

١ – أبو زهرة محمد / أصول الفقه، دار الكتاب العربي، مصر، ص 218.

٢ – أبو سنة / العُرف والعادة ص20.

٣ – الخادمي / المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة، ص 50 – 51.

٤ – ابن عاشور / التحرير والتنوير ،ج02، ص 439 – 440.

٥ – السيوطي / الأشباه و النظائر، ص99.

وبالإحاطة بها يظهر لك غلط كثير من الفقهاء المفتين، فإنهم يجرون المسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأمصار في سائر الأعصار، وذلك خلاف الإجماع، وهم عصاة آثمون عند الله تعالى غير معذورين بالجهل، لدخولهم في الفتوى، وليسوا أهلا لها ولا عالمين بمدارك الفتاوى وشروطها واختلاف أحوالها "[1].

سادسا: سلطان العُرف في السّياسة الشّرعية.

مجموعة المصطلحات والتقاليد التي يعتادها النّاس ويألفونها ويتخذونها منهاجا في حياتهم، يصبح لها في نفوسهم احترام عظيم، وسلطان قوي، فترقى إلى ضروريات الحياة التي لا غنى لهم عنها، بل قد تصبح دينا يقدس و يتبع، ويعدون الطعن فيها والخروج عنها جرم عظيم يستوجب العقاب، وتعلن الحروب من أجلها، لأن الأعراف إذا تمكنت من النفوس عسر تغيرها وزحزحتها.

لذا كان للشارع اهتمام عظيم بمراعاة العُرف الصالح، فيما يشرع من أحكام حتى يسهل عليهم قبولها، ولا يضيقوا ذرعا بتطبيقها، وكان للعرف أثر بالغ في التشريع الإسلامي.

فعلى المجتهد السّياسي، وليّ الأمر أو غيره أن يراعي في ما يصدره من أوامر وتنظيمات أعراف النّاس وعادتهم، وإلا وقع في مخالفة مقصود الشارع في تشريعه للأحكام المبنية على مراعاة مصالح النّاس العامة والخاصة، لأن هدم الأعراف يؤدي إلى الحرج والضيق على النّاس في حياتهم.

ومن اعتماد الصحابة على العُرف، ما فعله معاوية من توسع في الملبس والمسكن والخدم والجنود، مسايرة لحياة الملوك والأمراء الذين عاصرهم أو سمع عنهم، ورأى أن ذلك من باب السياسة، وحفظ حرمة الخلافة وهيبتها، ورعاية لمكانة المسلمين عند الأمم. وفي ذلك أيضا تهويل لأمر السلطان عند الرعية.

قال ابن عاشور: وقد يكون ذلك من مقتضى السياسة في بعض الأحوال، كما أجاب معاوية عُمر رضي الله عنهما حين لقيَّه في جند (وأبهة) ببلاد الشام فقال: عمر لمعاوية:" أَكِسْرَوِيَّةً يا معاوية ؟ فقال معاوية: إنّا في بلاد من ثغور العدوّ، فلا يرهبون إلا بمثل هذا، فقال عمر: " **خَدعة أريب أو اجتهادُ مصيب، لا آمرك ولا أنهاك** " فترك الأمرَ لعهدة معاوية وما

---

١ - القرافي / الفروق، ج 01، ص45 - 46.

يتوسمه من أساليب سياسة الأقوام[1]، فما فعله معاوية يعدّ من الأعراف العسكرية التي تفرض الاحترام بين الأمم.

وقد وجه بعض العلماء مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، توجيها عماده السّياسة الشّرعية المبنية على العُرف.

فعن عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ:كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ:" إِنَّ النّاس قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ"[2].

الفريق الأول: الموَّقعون للطلاق الثلاث، أولوا الحديث بما قاله ابن جريج: أنه يمكن أن يكون ذلك جاء في نوع خاص من الطلاق الثلاث، وهو أن يفرق بين الألفاظ، كأن يقول أنت طالق ويكررها ثلاثا، وكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر النّاس على صدقهم وسلامتهم لم يكن فيهم الخبث والخداع، فكانوا يصدقون أنهم أرادوا به التأكيد ولا يريدون به الثلاث، فلما رأى عمر بن الخطاب في زمانه أمورا ظهرت وأحوالا تغيرت، منع حمل اللفظ على التكرار و ألزمهم الثلاث[3].

وأما الفريق الثاني: فقالوا إن النّاس قد استعجلوا ما جعلهم الله في فسحة منه، وشرعه متراخياّ بعضه عن بعض، رحمة بهم ورفقا وأناة، لئلا يندم المطلق على ما فرط، وفيها يراجع كل منهما الذي عليه بالمعروف، فاستعجلوا فيما جعل لهم أناة ومهلة وأوقعوه بفم واحد. فرأى عمر أن يلزمهم ما التزموه عقوبة لهم، لأن المطلق إذا علم أن زوجته حرمت عليه من أول طلاق أوقعه ثلاثا، فإنه يكتفي فقط بالطلاق المشروع.

وهذا من تأديب عمر لرعيته لمّا أكثروا الطلاق الثلاث عقوبة لهم، والعقوبة تختلف باختلاف الأزمنة والأشخاص.

---

١ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج19، ص238.

٢ – رواه مسلم، كتاب: الطلاق، باب: طلاق الثلاث، ج04، ص183، رقم3746.

٣ – ابن القيم / زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرناؤوط/ مؤسسة الرسالة، بيروت ومكتب المنار الإسلامية، الكويت، ط14 /1407هـ، ج05، ص257.

فكلا القولين متفقان على أنّ أثر ابن عباس كان سياسة من عمر، وفيه تغير الحكم تبعا، لتبدل العادات، سواء ذهبنا إلى أن الحكم بإيقاع الطلاق الثلاث مطابقة لعادة النّاس في قصودهم وطواياهم، أو من باب من باب السّياسة الشّرعية عقوبة لهم على تعاطي المحرم[1].

ومن أمثلة السّياسة الشّرعية القائمة على تغير العُرف الاستصناع، فهو عقد جائز عرفا رغم أن الأصل فيه المنع قياسا على تحريم بيع المعدوم، ولكن أجيز مراعاة لأعراف النّاس المبنية على تحقيق مصالحهم، ورفع الحرج والمشقة عنهم والذي هو مقصود الشارع في تشريعاته.

وقد ثبت أن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، قال علي رضي الله عنه: لا يصلح النّاس إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه أن النّاس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط[2]. فتغير العُرف أدى إلى تغير مصلحة النّاس، فأمضاه الخلفاء.

ومن الأمثلة التي يراعى فيها العُرف، الشتم بما يتعير به الإنسان، فمن ألفاظ السباب، ما يعتبره العُرف إيذاء، كشتم الإنسان بشيء يظهر كذبه فيه، نحو: ياكلب، وياثور وياختزير، أو شتم الإنسان بشيء مباح نحو: يازبال، فهذه الألفاظ يعتبرها العُرف شتيمة وسبّا، وهي توجب التعزير في الفقه الإسلامي، وهو أمر يقدره الحاكم أو القاضي بحسب دلالة العُرف على معاني الشتم والإهانة، ومثل الألفاظ في ذلك كل إشارة يعتبرها العُرف سبا أو قذفا[3].

فمراعاة العُرف وتحكيم ما يقضي به، جائز في سياسة الأمة وتدبير شؤونها، على وفق مبادئ الشريعة الإسلامية التي لم تقصد إلا إلى النظام وتحقيق مصالح العباد[4].

---

١ – شلبي / تعليل الأحكام، ص 316، وأبو سنة / العُرف والعادة، ص 111 – 112.

٢ – الشاطبي / الاعتصام، ج02، ص119.

٣ – جابر عبد الهادي / ترسيخ العمل بالسّياسة الشّرعية، ص198 – 199.

٤ – عبد الرحمن تاج / السّياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ص 83.

المبحث السّابع: قاعدة اعتبار مآلات الأفعال.

ليس للمجتهد أيًّا كان مفتيا أو قاضيا أو أولي أمر، إذا توجه نظره للأحكام، أن ينصب جهده في المحل أو الواقعة دون النّظر إلى ما يصير إليه الحكم أو الفعل عند التطبيق أو التنزيل من مآل و آثار قد تخالف مقصد الشرع رأسا، بل قد تحيل المصلحة إلى مفسدة، وهذا النّظر قد يكون قبلي استباقي، وقد يكون بعدي استدراكي.

أولا: تعريف اعتبار المآل.

عرف البعض اعتبار المآل بأنه:" **الحكمُ على مُقدِّماتِ التَّصرفاتِ باعتبار نَتائِجها**[1]." وهذا التعريف، لم يدخل الفعل في اعتبار المآل، وإنما اكتفى بالحكم فقط، كما أنه لم يعتبر المآل قبل وقوعه.

كما عرف أيضا بأنه:" **منع الفعل المشروع في الحال لما يترتب عليه في المستقبل**[2]". وهو أيضا عليه مآخذ منها، أن اعتبار المآل كما يكون بالمنع، يكون بالإباحة أو الفتح، كما في الذرائع.

وعرفه الأستاذ السنوسي بقوله:" **هو تحقيقُ مناط الحُكمِ بالنّظر في الاقتضاء التَبعيّ الذي يكون عليه عند تنزيله، من حيث حصولُ مقصودِه، والبناءُ على ما يَستدعيه ذلك الاقتضاء**[3]."

وقد شرح تعريفه بما يلي:

المقصود بالمناط هنا المناط العام، هو إجراء الحكم المتيقن أو الحكم الأصلي في آحاد صوره،

---

١ – هذا تعريف محمد هرموش كما ننقله عنه السنوسي. يراجع: هامش اعتبار المآلات، ص19.

٢ – عبد الرحمن زايدي / الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، دراسة تبحث في كيفية تنزيل الأحكام الشرعية على الواقع، دار الحديث/ القاهرة، طبعة 2005، ص376.

٣ – السنوسي / اعتبار المآلات، ص19.

من خلال معرفة الغاية النوعية التي استهدفها الشارع من شرع الحكم، والكشف عن وجودها في الحادثة المعروضة على النّظر.

أما الاقتضاء التَّبَعِي، وهو المقابل للاقتضاء الأصلي، فالاقتضاء الأصلي يكون قبل طروء التوابع، وهو الواقع على المحل مجردا عن التوابع والإضافات كإباحة الصيد والبيع والزواج.

وأما الاقتضاء التَّبَعِي فهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات، كإباحة النكاح على من لا إرب له في النساء، ووجوبه على من خشي على نفسه العنت[1].

والمراد بعبارة **عند تنزيله** ... الجزئيات الوُقوعِية التي تَشخَّصَت في وجود الملابسات والعوارض الفعلية في الواقع، تراعي في تطبيق الأحكام سلامة النتائج من خلال التكييف الغائي، مع مراعاة المآلات التي تترتب عند تطبيق الأحكام، بملاحظة المقصد الذي لم يشرع الحكم الأصلي إلا وسيلة لتحقيقه.

والمقصود **بالبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء**: عدم الاكتفاء بمعرفة أرجح الاجتهادات من تلك التطبيقات، بل لابد من النّظر إلى ترتب الآثار والنتائج، لتلافي حصول المآلات الممنوعة[2].

إذا فقاعدة مآلات الأفعال، هي تلك الذي يقدر الحكم الشرعي فيها، على أي فعل من أفعال النَّاس، باعتبار ما يؤول إليه عند التطبيق، من تحقيق المصلحة التي وضع من أجلها الحكم العام المتعلق بجنسه أو عدم تحقيقها، فإذا تبيَّن عدم تحقق المصلحة لخصوصية من الخصوصيات، استثني ذلك الفعل من الحكم الشرعي الموضوع له في الأصل، وعدل به إلى حكم آخر، يتحقق به المقصد الشرعي[3].

---

١ - وورقية عبد الرزاق / ضوابط الاجتهاد التنزيلي، ص303 - 305.

٢ - السنوسي / مراعاة المآلات، ص 19 – 21.

٣ – عبد المجيد النجار / مآلات الأفعال وآثارها في فقه الأقليات، ص 175، المجلة العلمية، للمجلس الأوروبي، للإفتاء والبحوث ،دبلن، إيرلندا، العدد الرابع والخامس، جوان 2004.

ثانيا: أصل النّظر في المآلات و دليلها .

اعتبار المآل يعني أن الفعل يشرع، لما يترتب عليه من المصالح ويمنع لما يؤدي من المفاسد، وأن المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى التوصل إلى معرفة المصلحة التي من أجلها شرع الفعل، أو المفسدة التي من أجلها منع، فإنه يحكم بمشروعية هذا الفعل، طالما كان محققا للمصلحة التي قصد به تحقيقها، فإذا كان غير محصل لهذه المصلحة المقصودة، أو محصلا لها مع تفويت مصلحة أعظم، أو مرتبة لمفسدة أو ضرر عظيم، فإن المجتهد يحكم بمنعه.

فلا نقف مع ظاهر الفعل أو التصرف، فنحكم بمشروعيته في جميع الحالات، وتحت كل الظروف، فالفعل قد يرتب تطبيقه مفسدة مساوية أو أعظم، أو يفوت مصلحة أكبر، فالواجب دفع المفاسد أولا، أو تقدم أرجح المصلحتين أو دفع أشد المفسدتين.

قال الشاطبي:" النّظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصَّادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية. وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية. وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلاّ أنه عذب المذاق محمود الغبّ[1]، جارٍ على مقاصد الشريعة"[2].

وأما الأدلة على صحة اعتبار المآلات، فيمكن إجمالها فيما يأتي[3]:

---

١ – الغبّ، هو العاقبة .

٢ – الشاطبي / الموافقات، ج05، ص177 – 178.

٣ – الشاطبي / المرجع السابق، ج05، ص 178 فما بعد.

أولا: التكاليف مشروعة لمصالح العباد، ومصالح العباد، إما دنيوية وإما أخروية، فالأخروية أن تكون الأعمال وسيلة لنجاته من النيران، ليكون من أهل الجنان.

والمصالح الدنيوية تكون فيها الأعمال عبارة عن وسائل ومقدمات لنتائج معينة معتبرة شرعا، فالنّظر بالمنظور الشّرعي لهذه الوسائل لابد منه، لأن الغاية هي النتائج المشروعة.

ثانيا: نتائج الأعمال وآثارها، إما أن يكون مما قصد الشارع تحقيقها أو لم يكن له قصد في ذلك، فإن كان له قصد في تحقيق تلك النتائج، فقد تحققت غاياتنا من مشروعيتها في الابتداء والقصد إليها في الانتهاء، وإن لم يكن للشارع قصد في وقوع نتائجها، فقد وقع العمل مناقضا لمقصد الشارع، وهو خلاف ما وضعت له الشريعة من كونها مبنية على مصالح العباد.

ثالثا: الأدلة والاستقراء التام يفيد أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية، ومن هذه الأدلة قوله تعالى:" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعْبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُمْ وَٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ البقرة: ٢١ **وقوله** ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾ ﴾ البقرة: ١٧٩ ، فهذا كله يدل على أن الشارع يمنع من الفعل أو يجيزه نظرا لما يترتب عليه ويؤول إليه[1].

ومنها أيضا ما روي عن ابن الزبير أنه قال: إن عائشة أخبرتني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **لولا حداثة قومك بالكفر لهدمت الكعبة فإنهم تركوها سبعة أذرع في الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب**[2]".

وعن معمر عن الزهري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعائشة: " **ألم تري أن قومك استقصروا عن قواعد إبراهيم** ؟ " قالت: أفلا ترده يا رسول الله على قواعد إبراهيم؟ قال: " **إن قومك حديثو عهد بكفر، أو أنهم حديثون بكفر** "[3].

---

١ – حسين حامد / نظرية المصلحة، ص 197 – 198. وزايدي / الاجتهاد بتحقيق المناط، ص 377 – 378.

٢ – عبد الرزاق في المصنف، ج 05، ص 104، رقم 9106، وابن خزيمة في صحيحه، باب: ذكر البيان أن بعض الحجر من البيت لا جميعه، ج04، ص 337، رقم 3022.وأصل الحديث في صحيح البخاري، كتاب: الحج، باب: فضل مكة وبنائها، رقم 1508، ج02، ص 574.

٣ – عبد الرزاق في مصنفه، ج05، ص 128، رقم 9151.

وبمقتضى هذا أفتى الإمام مالك الأمير حين أراد أن يرد البيت على قواعد إبراهيم فقال له: لا تفعل لئلا يتلاعب النَّاس ببيت الله، قال القاضي عياض[1]:" قال بعضهم: لما قدم الرشيد المدينة وقال آخر: بعض الخلفاء أراد أن ينقض منبر النبي صلى الله عليه وسلم ويزيد فيه فقال لمالك: ما ترى؟ قال: ما أرى، فغضب وقال: قد زاد فيه معاوية. فقال مالك: إنّ المنبر إذ ذاك كان صلبًا فلست آمن إن نقضته أن تذهب البركة منه.

وفي رواية أن يتهافت، فيتشاءم النَّاس منك ويقولون: زال على يده أثر من آثار رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال: أحسن الله جزاءك، فترك ما كان نواه.

قال: وشاور المهدي مالكًا في ثلاثة أشياء في الكعبة في أن ينقضها ويردها على ما كانت عليه، فأشار عليه أن لا يفعل، وفي المنبر أن ينقضه ويرده على ما كان عليه؛ وذلك حين أراد أن يرد المنابر كلها صغارًا على منبر النبي صلى الله عليه وسلم، فقال له مالك: إنما هو من طرفاء وقد سمر إلى هذه العيدان يعني التي زادها معاوية وأخشى إن نقضته أن يخرب وينكسر، ولولا ذلك لرأيت أن ترده إلى حالته الأولى. وشاوره في نافع بن أبي نعيم القارئ أن يقدمه للصلاة، فأشار عليه ألا يفعل، وقال: هو إمام أخاف أن يكون منه شيء في الغفلة فيحكى عنه.

ومن الأحاديث الدالة على اعتبار المآل حديث الأعرابي الذي بال في المسجد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتركه حتى يتم بوله وقال:" **لا تزرموه** [2]".

وحديثُ النّهي عن التشديد على النفس في العبادة خوفًا من الانقطاع.

وفي جميع ما مر يكون العمل في الأصل مشروعًا، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة أو ممنوعًا، لكن يترك النهى عنه لما في ذلك من المصلحة.

وكذلك الأدلة الدالة على سدّ الذرائع كلها فإن غالبها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع. ولا

---

١ - القاضي عياض /ترتيب المدارك، ج02، ص 105 - 106.

٢ - البخاري،كتاب: الأدب، باب: الرفق في الأمر كله، ج05، ص2242، رقم5679.

معنى للإطناب بذكرها وكثرتها واشتهارها، قال ابن العربي – حين أخذ في تقرير هذه المسألة – :" **اختلف النَّاس بزعمهم فيها، وهي متفق عليها بين العلماء فافهموها وادخروها**"[1].

ثالثا: اجتهاد ولي الأمر في تقدير المآل.

تقدير المآل لكل تصرف في مجال المصلحة العامة و السياسة الشرعية، يعتمد على كفاية ولي الأمر وأهليته للاجتهاد، فليست الأحوال والأوضاع سواء، وهذا النظر يشمل تغاير الأزمنة والبيئات، وتغاير تأثيرها في الأحوال والأحداث، وتكييفها لها تبعًا لتغايرها.

وجانب كبير من تقدير هذا الأمر يعتمد على كفاية ولي الأمر وأهليته للاجتهاد، ولا سبيل إلى اعتبار قول من رأى أن ولي الأمر الذي يكون إليه الحكم في تحديد أو تحويل ممارسة التصرف والتصريف في المال في المال وغيره يجب أن يكون ضليعًا في العلوم الشرعية واللغوية مستوفيًا شروط الأهلية للاجتهاد، لأن هذا النّمط من الاجتهاد – الذي نكله إلى ولي الأمر، ولا مناص من أن يوكل إليه، لأنه من صميم مهامه وتبعاته – ليس هو استنباط الحكم الشرعي، وإنما هو إدراك مناط الحكم الشرعي وتقدير الموجبات لتطبيقه، اعتبارًا لمناطه من الأحوال والأحداث والظروف.

وفي هذا المجال يقول الشاطبي[2]: " قد يتعلق الاجتهاد بتحقيق المناط، فلا يفتقر في ذلك إلى العلم بمقاصد الشارع، كما أنه لا يفتقر فيه إلى معرفة علم العربية، لأن المقصود من هذا الاجتهاد إنما هو العلم بالموضوع على ما هو عليه. وإنما يفتقر فيه إلى العلم بما لا يعرف ذلك الموضوع إلا به من حيث قصدت المعرفة به، فلا بد أن يكون المجتهد عارفًا ومجتهدًا من تلك الجهة التي ينظر فيها يتنزل الحكم الشرعي على وفق ذلك المقتضى، كالمحدث العارف بأصول الأسانيد وطرقها وصحيحها من سقيمها وما يحتج به من متونها مما لا يحتج، فهذا يعتبر اجتهاده فيما هو عارف به كان عالمًا بالعربية أم لا.

---

١ – الشاطبي / الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، ج05، ص182.

٢ – الشاطبي / الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، ج04، ص527 – 529، والموافقات تحقيق: أبو عبيدة مشهور، ج05، ص128.

والدليل على ذلك ما تقدم، من أنه لو كان لازمًا – أي أن يكون مجتهدًا في كل علم يتعلق به الاجتهاد، أيَّ تعلق كان[1] – لم يوجد مجتهد إلا في الندرة، بل هو محال عادة وإن وجد فعلى جهة خرق العادة ".

وليس المعنى أن نبيح لولي الأمر أن يتصرف دون الاعتماد على حكم الشريعة الإسلامية، بل بمجرد رأيه الشخصي، فذلك يعني أننا نبيح له أن يحكم بهواه ونعوذ بالله من أن نبيح الحكم بالهوى.

وإنما نعتمد هذه القاعدة – المآلات – على اعتبار أنه " **المختص** " ، بتقدير الأوضاع والأحوال التي يواجهها، بحكم ما عليه من مهام وتبعات، واختصاصه هذا لا يعطيه حرية التصرف المطلقة، كما أن عدم اختصاصه لا يجرده من حرية التصرف، وإنما يؤهله اختصاصه لأن يكون تقديره محل اعتبار، واستنادًا لمن يجب أن يكون بجانبه ومستشارًا له من المختصين في الشريعة الإسلامية وعدم اختصاصه في الشريعة أو عدم أهليته للاجتهاد فيها – وإن كان بصيرًا بها بصرًا لا يؤهله للاجتهاد – يوجب عليه قبل أن يقدم على تنفيذ ما يرى بتقديره أنه عادل أو ضروري، أن يعود إلى مشورة ذوي الاختصاص في الشريعة الإسلامية، كما أن ذوي الاختصاص هؤلاء يجب عليهم أن يعتمدوا فيها يشيرون به عليه إلى جانب الحكم الشرعي المجرد نصا واستنباطًا ما يبسطه لهم من تقديره والعوامل التي صدر عنها فيه.

وولي الأمر إذا اجتهد – بعد أن أحسن التقدير واستشار المؤهلين للمشورة من ذوي الاختصاص في الأمر المجتهد فيه شرعًا أو موضوعًا – مأجور أجرًا مضاعفًا إن أصاب وأجرًا واحدًا إن أخطأ، ما لم يكن للهوى أو لأي مؤثر غير الاعتبارات الشرعية ومقتضيات المصلحة العامة تأثير في اجتهاده.

وذلك لأن نتائج أي اجتهاد لا يمكن أن تكون قطعية وغاية أمرها – مهما وضحت أدلتها وتضافرت على تركيزها القرائن والشواهد والقواعد – أن تكون راجحة رجحنا قد يتراءى شبيهًا بالتأكد، فاجتهاده لا يتعدى درجة الرجحان، وهو حصيلة جهد البشر غير المعصوم، ومصدرها خبرة المجتهد بالأمر الذي يجتهد فيه طبيعة وظروفًا ومآلًا ، وبصره بصرًا عميقًا شاملًا

---

١ – تعليق الشيخ عبد الله دراز، الهامش رقم 04 الموافقات، ج04، ص528.

بمصادر الاعتبار الشرعي في الحكم في ذلك الأمر نصوصًا محكمة أو مفاهيم أو آثارًا أو أقيسة أو ما إليها كالاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة .

رابعا: النّظر في المآلات عند تنزيل الأحكام على الوقائع.

النّظر في مآلات الأفعال (الوقائع) مأمورا بها أو منهيا عنها، أمر لا بد منه عند تنزيل الحكم عليها والفصل فيها، فهو مقصود شرعا .

وهذا فرع عن كون " **الأحكام بمقاصدها** "، فعلى المجتهد الذي أقيم متكلما باسم الشرع أن يكون حريصا أمينا على بلوغ الأحكام بمقاصدها،وعلى إفضاء التكاليف الشرعية إلى أحسن مآلاتها[1].

فإذا كان الفعل يؤدي إلى أمر غير محمود شرعا منع على المكلف، وإن كان في أصله جائزا أو واجبا .

فقد ترك النبي – صلى الله عليه وسلم – قتل المنافقين مع علمه بهم، وذلك حتى كما قال النبي – صلى الله عليه وسلم فيما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه : " **لا يتحدث النَّاس أن محمدا يقتل أصحابه** [2]" .

ومراعاة هذا الأصل – أعني النّظر في المآلات – عند تنزيل الأحكام الكلية على الوقائع معدود من صفات أهل الرسوخ في العلم، يقول الشاطبي في بيان صفة العالم الراسخ : " **إنه ناظر في المآلات قبل الجواب على السؤالات** "[3] .

فالحاكم أو القاضي – بل والمفتي – وهو يقوم بتنزيل الحكم على الواقعة، لا بد له من التبصر في ذلك بأن يقدر عواقب ما يقرره، ناظرا إلى أثره أو آثاره، فإن لم يفعل كان عمله خطأ مضيعا للحقوق، فإن لم يلتفت فيه إلى عواقبه ومآلاته .فهو بذلك إما قاصر عن رتبة الاجتهاد أو مقصّر فيها[4].

---

١ – الريسوني / نظرية المقاصد عند الشاطبي ، ص 381.

٢ – البخاري ومسلم، سبق تخريجه، ص21.

٣ – الشاطبي / الموافقات، ج10، ص347.

٤ – الريسوني / المرجع السابق، ص 381.

يقول ابن القيم: " فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهه في كليات الأحكام، أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم النَّاس بطلانه، لا يشكون فيه اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله "[1] .

فعلى الحاكم أو القاضي – وكذا المفتي – وهو يقوم بتنزيل الأوصاف الكائنة في الحكم الكلي عليها، أن ينظر نظرا خاصا في الحكم الذي حدده لتطبيقه على الواقعة، ولا يقطع نظره عن النّظر في مآل الواقعة لو طبق عليها ذلك الحكم الكلي، بل عليه مراعاة مآل الواقعة، فإن ظهر له عدم المواءمة بين الحكم الكلي ومآله على الواقعة، أعاد النّظر مرة أخرى في ملاقاة الحكم للواقعة، وطلب غيره مما يكون أقعد بمراعاة مآلها، أو أضاف على الحكم، أو حذف منه من القيود ما يحقق النّظر في ذلك المآل طلبا أو منعا .

وإن رأى المواءمة بينهما طبقه على الواقعة وحكم وألزم ، يقول الشاطبي: " النّظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ "[2].

إن على الحاكم أو القاضي – وكذا المفتي – وهو يقوم بتنزيل الأحكام الكلية المجردة على الوقائع أن يلحظ ظروف وأحوال وملابسات ومآلات الواقعة وآثارها، فيعمل على المواءمة بين مقتضيات الحكم الكلي مجردا وبين الواقعة لاحظا ما ذكرنا.

ومن صور ذلك أن الحكم إذا كان يؤدي في مآله إلى الفتنة والفساد على الدين أو الأمة فإن القاضي يتوقى ذلك المآل بالقيود الدافعة له زيادة أو نقصا، أو يعدل عنه إلى حكم آخر .

يقول ابن تيمية في الردّ على الذين أنكروا عليه الفتيا بعض المسائل وقرروا حبسه إذا لم يمتنع عن ذلك: " إن هذه الأحكام مع أنها باطلة بالإجماع، فإنها مثيرة للفتن، مفرقة بين قلوب الأمة ، متضمنة للعدوان على المسلمين، والحكم بما أنزل الله فيه صلاح الدنيا الآخرة، والحكم بغير ما أنزل الله فيه فساد الدنيا والآخرة، فيجب نقضه بالإجماع "[3] .

---

١ – ابن القيم / الطرق الحكمية، تحقيق: نايف أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، ط1424/01هـ، ص6

٢ – الشاطبي / الموافقات، تحقيق: دراز، ج01، ص260. و الموافقات، تحقيق: مشهور، ج05، ص 177.

٣ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج27، ص302.

ولا يعني النّظر في المآلات عند الحكم والفتيا أن القاضي أو المفتي يعمل استحسانه العقلي مجردا من النصوص الشرعية وأصول الشريعة ، فمن فعل ذلك فهو متشه قد رد النَّاس إلى هواه، وجعل طلب غير الشريعة مبتغاه، وكان آثما مأزورا غير مأجور، يقول ابن تيمية: " فمن استحل أن يحكم بين النَّاس بما يراه هو عدلا من غير اتباع لما أنزل الله فهو كافر، فإنه ما من أمة إلا وهي تأمر بالحكم بالعدل، وقد يكون العدل في دينها ما رآه أكابرها [1]" .

ويقول الجويني:" من ظنّ أن الشريعة تتلقى من استصلاح العقلاء ومقتضى رأي الحكماء، فقد رد الشريعة، واتخذ كلامه هذا إلى ردِّ الشرائع ذريعة "[2] .

والمعتد به في المآلات ما شهد له الشرع طلبا أو منعا، بنصوص الشريعة وأصولها حسب المسالك الشرعية.

خامسا: ضوابط الاجتهاد في اعتبار المآلات.

اعتبار المآلات مسلك وعر قد تزل فيه الأقدام وتتيه فيه الأفهام، إذا لم يقيد بضوابط تميزه عن غيره، وتحجز المجتهد عن مقارفة الأوهام، سنجملها فيما يأتي:

أولا: أرجحية احتمال الوقوع.

أي أن تكون المفسدة المنتظر وقوعها، إما حتمية في ثاني الحال، وأن يغلب على الظن حصولها، حيث يبعد أن يكون ذلك عن مجرد التوهم و الإخالة الضعيفة.

ومن تطبيقات هذه القاعدة ما حكاه ابن القاسم في المدونة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كتب إليه في رجل أحدث غرفة على جاره، وفتح عليه كوًّى، فكتب إليه عمر في ذلك أن يوضع سريرا وراء تلك الكوّى، ويقوم عليه رجل، فإن تأتى له النّظر إلى ما في دار الرجل، منع من ذلك، وإن لم يتأت له لم يمنع[3].

فهذا الاجتهاد مبني على درجة الوثوق بتحقق الضرر، وهو المآل الممنوع إن أدى الفعل إلى المفسدة، وإلا فلا يمنع[4].

---

١ – ابن تيمية / منهاج السنة النبوية، تحقيق محمد رشاد سالم، مؤسسة قرطبة، ط/ 1406هـ، ج05، ص 82.

٢ – الجويني / غياث الأمم في تياث الظلم، ص 89.

٣ – ابن القاسم / المدونة، ج04، ص 474 – 475.

٤ – السنوسي / اعتبار المآلات، ص 353.

ثانيا: أن يكون على وفق مقاصد الشريعة.

فالواجب عند توقع المآلات أو وقوعها، مراعاة قواعد التنسيق والموازنة بين المصالح والمفاسد عند التزاحم والتعارض، فإذا كانت مفسدة المآل أدنى من مفسدة الأصل، فلا عبرة بالمآل العارض، ولا ينظر إلى ضآلة المفسدة بجانب عظم المصلحة الأصلية.

ثالثا: أن يكون الأمر المتوقَّع منضبط المناط والحكم.

أي أن يكون كل من الوصف – الذي هو متعلق الاعتبار والإلغاء – وحكمه منضبطين غير مضطربين، ولا مختلفا فيهما اختلافا يترل بهما عن رتبة ما يستوجب الاعتبار.

وحقيقة الانضباط في الأمرين، فبالنسبة للمناط، محلّيته لتعلق الحكم به، تستدعي تميز معناه من حيث خواصه وآثاره، كما ينظر فيه من حيث تحقق الإطلاق الإسمي الذي اعتبره الشارع موضعا لمدلول المعنى العلي في ذلك الوصف.

وأما انضباط الحكم، فمقصوده أن تكون مفسدة المآل مسلمة الحكم، بحيث لا يخالف من يعتدّ بقوله في مقتضاها[1].

رابعا: أن لا يوقع في مآل أعظم منه.

وهو عائد إلى قاعدة الترجيح بين المآلات المتعارضة[2]،لأن تزاحم المآلات لا يتعلق بالنصوص والأحكام في ذاتها بمقدار ما يتعلق بالتطبيق الفعلي لها، ومن هنا يتجلى تعارض المصالح والمفاسد في أدق صورها، فينهض الاجتهاد المآلي على أساس قواعد الترجيح والموازنة بين المصالح والمفاسد، ولتعيين المآل الأقرب إلى الشرع، فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار قوة التأثير وكذا شمول النفع بين المآلات المتعارضة.

سادسا: صلة مآلات الأفعال ببعض القواعد الأصولية.

تعتبر قاعدة النّظر فيما يؤول من أفعال المكلفين، قاعدة عريقة يدور في فلكها مجموعة من القواعد الأصولية،وهي قاعدة الذرائع، وقاعدة تحريم الحيل، وقاعدة الاستحسان، وقاعدة مراعاة الخلاف، وقد أشار الإمام الشاطبي إلى ذلك فقال:" وهذا الأصل ينبني قواعد منها، قاعدة

---

١ – السنوسي، المرجع السابق، ص 356 – 358.

٢ – السنوسي المرجع السابق، ص 359.

الذرائع...ومنها قاعدة الحيل... ومنها قاعدة مراعاة الخلاف...ومما ينبني على هذا الأصل قاعدة الاستحسان"[1].

فهذه القواعد دور نسبيا حول ما يدور على الفعل المشروع من مآلات، وعلى هذا فأركان الفعل المنظور إليه في المآل ثلاثة و هي: الوسيلة، والمتوسل إليه الممنوع، والواسطة بينهما وهو الإفضاء.

وأهم عنصر في هذه الأركان هو الإفضاء، وهو أشبه شيء بالعلة في القياس، فكما لا يمكن تعدية حكم الأصل إلى الفرع في القياس إلا بالعلة، كذلك هنا لا يمكن الحكم على مآل الفعل إلا بمعرفة درجة الإفضاء.

والإفضاء والظن بمعنى واحد، وقد عبر عنه القرآن بالخوف أو الخشية، قال تعالى:" ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ ﴿٣﴾ ﴾ النساء: ٣. وقال:" ﴿إِنِّى خَشِيتُ أَن تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِى ﴿٩٤﴾ ﴾ طه: ٩٤. فهذه الآيات تصب في منع الذرائع و التزام الحذر والحيطة ترقبا لما يؤول إليه الأمر[2].

سابعا: تطبيقات المآلات في السّياسة الشّرعية.

لا شك أنّ قاعدة المآلات لها ارتباط وثيق، بجلب المصالح ودفع المفاسد، وبما أن تصرف الحاكم أو ولي الأمر منوط بالمصلحة التي تستلب للرعية، فإن النّظر المآلي يمثل جوهر النّظر في السِّياسة الشّرعية، حتى لا يقع ولي الأمر في الفساد من حيث أراد الصلاح، والتأمل المتأني في عواقب الأمور، ونتائج التصرفات يحجزه عن الوقع في مثل ذلك.

فإذا اجتمع في الفعل مآلان متعارضان، فمرد النّظر السياسي فيه إلى اعتبار حجم المصلحة والمفسدة فيه، فإذا غلبت مصلحته على مفسدته بحيث غمرتها ورجحت عليها، تعيّن حينئذ العودة على الفعل بالتصحيح والإنفاذ، وأما إن رجحت مفسدته على مصلحته أو ساوتها، فيلزم المنع من ذلك الفعل ولا يصح إنفاذه والترتب عليه.

---

١ - الشاطبي / الموافقات، ج04، ص201 – 205.

٢ - زايدي / الاجتهاد بتحقيق المناط، ص 378 – 379.

ومن أمثلة ذلك، قوله تعالى:" ﴿ وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسۡجِدٗا ضِرَارٗا وَكُفۡرٗا وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَإِرۡصَادٗا لِّمَنۡ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبۡلُۚ وَلَيَحۡلِفُنَّ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّا ٱلۡحُسۡنَىٰۖ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ١٠٧ ﴾ التوبة: ١٠٧

ففي الآية تنزيل للسَبب منزلة المُسبَّب في الاعتبار، فرغم أن المنافقين لم يقع بمجرد بنائهم للمسجد تفريق للمسلمين، ولكن لما كانت نيّة إنشائه هي هذه النتائج والمسببات، فقد نزل السبب المفضي إليها منزلة إيقاعها.

فلو بنى المنافقون أو غيرهم مسجدا لغير هذا الاعتبار، لما صحّ هدمه، فالنّظر المآلي، والسّياسي واضح في مثل هذه الاعتبارات.

ولقد أفتى بعض المالكية بهدم المسجد أو المنع من بنائه، إذا بُنِيَّ إلى جنب مسجد، لئلا ينصرف أهل المسجد الأول فيبقى شاغرا، ومن صلى فيه الجمعة بطلت صلاته[1].

ومنه أيضا قتل الجماعة بالواحد، فقد ثبت عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، أنه قتل نفرا – سبعة – برجل واحد، قتلوه غيلة، وقال:" **لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا** "[2]. فالحكم المقرر في أمر القصاص هو أن النفس بالنفس ، لأن التماثل يحقق مقاصد القصاص، ولما أصبح القتل يأخذ شكل جرائم العصابات المنظمة، وصار تنفيذ الاغتيالات عملا جماعيا، فليس من العدل تعطيل القصاص، تمسكا بعدم التماثل، وعدم تعيّن القاتل، وهذا لاشك فيه يفتح باب الشر على مصرعيه للتعاون على الإثم والعدوان، وظهور العصابات المنظمة التي تتشارك في عملية القتل والاغتيال، فرارا من القصاص، وهذا فيه إهدار لدماء المعتدى عليهم، وإضرار بالمصالح العامة.

فاجتنابا لهذا المآل الممنوع، قرر عمر بن الخطاب وهو الأمير، القصاص من الجماعة إذا اشتركت في قتل الواحد، سدا لذريعة العدوان على النَّاس بالقتل، وتحقيقا لمصلحة الجماعة[3].

ومنها أيضا المنع من تزوج الكتابيات فعن سعيد بن جبير، قال: بعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بعدما ولاه المدائن وكثرت المسلمات" **إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها**". فكتب إليه: لا أفعل حتى تخبرني: أحلال أم حرام، وما أردت

---

١ – القرطبي، أبو عبد الله محمد الأنصاري / الأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة 1985، ج08، ص 254.

٢ – مالك في الموطأ، كتاب: الغلول، باب: ما جاء في الغيلة والسحر، ج05، ص 1281، رقم 3246.

٣ – السنوسي / مراعاة مآلات الأفعال، ص 162 – 162. والبلتاجي / منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 244- 245.

بذلك! فكتب إليه:" **لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة، فإن أقبلتم عليهنَّ غلبنكم على نسائكم**". فقال: الآن، فطلقها[1].

فرأى عمر أن كثيرا من الجند قد أقبل على التزوج من الكتابيات، وأنه زادت نسبة العنوسة والعاطلات عن الزواج، كما أن الكتابيات غير مأمونات، فقد يقع المسلمون في زواج المومسات دون علم، مع احتمال كونهن أعين للأعداء.

فرأى عمر منع الزواج بالكتابيات، دفعا لهذه المفاسد والأضرار العظيمة التي ستلحق بالأمة إن عمل بالحكم الأصلي وهو الإباحة [2]، فالمصلحة العامة، وسد الذريعة واعتبار الآثار التي سوف تترتب على الزواج من الكتابيات كانت وراء أمر عمر.

ومن ذلك أيضا قول ابن فرحون: ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب – للحربيين – ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يصنعها صليبا، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة، والعنب لمن يعصرها خمرا... ويؤدب من يبيع آلات اللهو، ويفسخ البيع و يُكَسَّر و يؤدب أهل ذلك[3].

---

١ – الطبري / تاريخ الرسل والملوك، ج03، ص 588.

٢ – السنوسي / المرجع السابق ، ص 166.

٣ – ابن فرحون / تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك، ج02، ص199.

الباب الثاني

تطبيقات السِّياسَة الشَّرعيّة في الأحوال الشخصية.

الفصل الأول: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بما قبل عقد الزّواج.

الفصل الثاني: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بإنشاء عقد الزّواج ومقوماته

الفصل الثالث: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الزّواج.

الفصل الرابع: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بالطّلاق.

الفصل الخامس: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الطّلاق.

الأحوال الشخصية من الأمور اللصيقة بحياة الزّوج والزّوجة وأولادهما، ولما كانت الحياة كثيرة التبدل والتغير، ولا تستقر على حال واحدة، فقد أثرت على ظروف معيشة الإنسان، تلك التي أصبحت لها وتيرة مرتفعة وصيرورة دائمة، وحركية دؤوبة، فبعد أن كانت معاملات ومصالح الأفراد واضحة لبساطتها وظهورها وقلّة التنازع وقوة الوازع الديني بين أفراد المجتمع، فرضت عليها الحياة العصرية شكلا من التداخل والانبهام، وخلعت عليها الظروف المتجددة نوعا من التزاحم بل التلاحم، فأضحى الفصل في النزاعات القائمة بين أفراد الأسرة، وبخاصة الزّوج والزّوجة يحتاج إلى إعادة النظر في الضوابط والقيود التي كانت تحكمها، وأن توجه النصوص توجيها يتماشى مع جوهر الأشياء وحقائقها دون الوقوف على ظواهر وسطحيات المستجدات الأسرية ونوازلها، وأن الأحكام ينبغي أن تبنى على الجواهر والمعاني، لا على الظواهر والمباني، وأن تفهم الأمور بمقاصدها ونياتها، بل ببواعثها ومآلاتها، وبحقائقها لا بأوهامها.

ومن الضروري أيضا أن لا نعمم اجتهادات الفقهاء الأقدمين ونصوصهم على الوقائع المعاصرة دون النظر إلى الأعراف والعادات والظروف والملابسات التي كانت سائدة في عهدهم مسيطرة على تصرفاتهم، فلا شك أن للعرف سلطانه على التصرفات والأفعال، ومن ثمَّ على الفتاوى والأحكام، وأن التعميم موقعٌ في الزلل والتَّعتيم، موجب للتناقض في فهم مراد الله في أحكامه.

ولما كانت الأحكام وبخاصة تلك الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية لا تظهر قيمتها الحقيقية إلا بالتفعيل والتطبيق، كان ينبغي أن لا يخلو أي قرار أوحكم فيها، من عنصر التحتيم والإلزام، فيكون حارسا صارما، ودافعا قويا للقيام بتلك الأحكام والنهوض بها بلا تأخر وتقاعس من أحد.

وإصدار الأحكام الملزمة من مهام ولي الأمر أو من ينوب منابه، فهو في أحكامه يقلب القضايا من كل جانب ويصوِّب نظره من كل ناحية، ويوازن بين المصالح المفاسد، وبين الواقع والمتوقع، وبين مقاصد الشارع وبواعث المكلف، و لا يكتفي في التعامل مع نصوص الشارع دون النظر إلى الجانب التطبيقي والتنزيلي للقرارات والأحكام.

وحتى يظهر لنا هذا الاجتهاد السياسي في قضايا الأحوال الشخصية، كان لابد من الوقوف الفعلي على هذا البناء أو الاجتهاد، وكيف يمكن لولي الأمر أن يوجه حكما من الأحكام بناء

على السياسة الشرعية، وكيف يبني حكمه أو قناعته السّياسية الشّرعية، وما مستنداته ومدركاته في كل ذلك، وكيف يستطيع أن يحافظ على مصالح الأفراد والأمة دون المساس بالمقدسات والقطعيات.

وقد حاولت في الجانب التّطبيقي أن أدرس العديد من المسائل، وتناولتها بالطرح والمقارنة مع عرض الأدلة ومناقشتها ثم الموازنة بينها، وبيان جانب السّياسة الشّرعية فيها، وما المسلك الأصلح لوليّ الأمر فيها، وكيف يبني اجتهاده فيها.

فقسمت هذا الباب، إلى خمسة فصول.

الفصل الأول: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بما قبل عقد الزواج، وتكلمت فيه في **المبحث الأول**: عن آثار العدول عن الخطبة، وخاصة حكم الهدايا بين الزّوجين، وكذا الأضرار المادية والمعنوية المترتبة عن العدول. والمبحث الثاني: **الفحص الطبي قبل الزواج**، وفصلت فيه أحوال الفحص والكشف الطبي قبل الزواج، وهل يمكن لولي الأمر أن يلزم الأزواج المقبلين على عقود الزّواج بضرورة إجراء تلك الفحوصات أم لا.

وأما **الفصل الثاني**: فتناولت فيه السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بإنشاء عقد الزّواج ومقوماته، وطرقت فيه النقاط التالية. **المبحث الأول**: الزّواج العرفي، وهو الزّواج المستوفي للأركان والشّروط، ولكنه غير موثق ولا مرسم أمام هيئة رسمية، وبما أنه أصبح لا يضمن حقوق الزّوجين ولا يحميها، فهل يجوز لولي الأمر منعه فلا يبيح الإقدام عليه ومن ثم لا يعترف بصحته. وفي **المبحث الثاني**: زواج المسيار، فما هو الموقف التي تمليه السياسة الشرعية على ولي الأمر في عقد الزّواج التي تتازل فيه المرأة عن معظم حقوقها مقابل أن تظفر بزوج. وفي **المبحث الثالث**: تكلمت عن تحديد أعلى قيمة للصداق، أمام تغالي الناس في المهور والتباهي برفعها، وهل يجوز لوليّ الأمر أن يتدخل ويُسقِّف قيمة الصّداق، فلا يجوز تجاوزها أم لا ؟ وأما **المبحث الرابع**: فكان الكلام فيه عن الزّواج بالكتابيات، مع أن الأصل صحة الزّواج بهنّ، فإذا ترتب عن الزّواج بهن مفاسد على الأفراد والجماعات فهل يحق لولي الأمر منع الزّواج والارتباط بالكتابيات. وختمت في **المبحث الخامس**: بتعدد الزّوجات، فإذا رأى ولي الأمر أن التعدد أصبح يفضي إلى مفاسد ومضار تمس بالزّوجات وقد تمس المجتمع، فهل له أن يمنع التعدد أو يقيده بشروط.

وفي **الفصل الثالث**: بحثت السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الزّواج. وتطرقت في **المبحث الأول**: إلى البصمة الوراثية والنّسب، وهل للتحاليل العلمية القطعية أن تكون حاكمة على طرق إثبات النسب التقليدية، وما تأثيرها على اللّعان. وكان الكلام في **المبحث الثاني**: عن نسب ابن الزنا إلى أبيه، فهل يحق لوليّ الأمر أن يجيز نسبة ابن الزنا إلى أبيه البيولوجي إذا رأى في ذلك مصلحة. وفي **المبحث الثالث**: درست إعطاء لقب الكافل للطفل المكفول، فإذا كانت التبني محرما شرعا، فما حكم إعطاء الولد المكفول اللقب العائلي دون البنوة، فلا ينسب إلى أحد بعينه، بل إلى عموم العائلة مع التصريح بأنه مكفول. وأما **المبحث الرابع**: فضمنته الكلام عن نفقة الزّوجة العاملة، وهل للزوج أن يوقف زوجته عن ممارسة العمل إذا رضي بذلك ضمنا أو صراحة، ثم رأى أن مصلحة البيت تتطلب توقيف الزّوجة عن العمل، وما العمل إذا كان في توقيف الزّوجة ضرر ومفسدة تتحمل هي تبعاتها.

وأما **الفصل الرابع**: فكان للسِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بالطلاق. وقد تضمن **المبحث الأول**: الطلاق التعسفي، وهل يوجب التعويض للمطلقة للمتضررة من جرائه. **وفي المبحث الثاني**: التطليق للضرر، وكيف يمكن للقاضي أن يكيّف الضرر الذي تستحق معه الزّوجة طلب التفريق القضائي. وتمام **المبحث الرابع**: الطلاق الثلاث بلفظ واحد، وما وجه السياسة في الاعتداد والإلزام به، وتوجيه فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسألة وإمضاؤه للطلاق الثلاث بلفظ واحد.

وأما **الفصل الخامس**: فخصصته للسِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الطلاق، ودرست فيه: في **المبحث الأول**: المتعة والتعويض، وهل المتعة واجبة أم مستحبة، وهل تختص ببعض المطلقات أم تعمّ، وأما **المبحث الثاني**: فكان للدعاوى الكيدية للزوجة، وكذلك بأن ترفع الزّوجة ضد زوجها دعاوى متلاحقة ومتتابعة للتعديل من قيمة النفقة، أو تطالبه بنفقتها ونفقة أولادها مدة زمنية طويلة ثم تفاجئه بها مرة واحدة، وليس لها من غرض وراء ذلك سوى الانتقام منه والكيد له. وتطرقت في **المبحث الثالث**: إلى الحضانة وأهم مسائلها، وهل الحضانة حقّ للطفل على الحاضنة، أو حقّ للحاضنة على الطفل، وهل ترتيب مستحقي الحضانة ملزم، ومناقشة إمكانية تقديم الأب على غيره من النساء سوى الأم، ومتى يحكم للحاضنة بحق الحضانة مع زواجها ومكانة السياسة الشرعية في كل ذلك.

الفصل الأول

السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بما قبل عقد الزّواج.

المبحث الأول: آثار العدول عن الخطبة.

المبحث الثاني: الفحص الطّبي قبل الزّواج.

المبحث الأول: آثارُ العُدولِ عن الخِطبَة

مقدمة:

لما كان عقدُ الزّواج عظيم القدر خطير الأثر، لكونه مرتبطا بذات الإنسان ومستقبل حياته الاجتماعية، ولأنه عقد العمر ومتعلق بالأعراض ومرتبط بالشرف، كان لابد أن تسبقه مقدمات ومفاوضات، تتمثل في الخِطْبَة والتعارف بين المتخاطبين وعائلتيهما، فقد يقع بين الخاطبين ركون وإنعام وتوافق وتفاهم، وقد تطول مدّة الخطوبة أو تقصر، ويقع الفراق ويحدث العدول، فتترتب عليه آثار، متمثلة في أضرار حسية أومعنوية يعاني منها أحد الطرفين أو كلاهما، وقد يسبب له العدول آلاما وخسارة مادية أو أدبية، وقد يكون أحدهما أو كلاهما قدّم للآخر هدايا ثمينة، توثيقا للترابط وزيادة في التحابب بينهما، وإظهارا لحسن النية في بناء صرح عائلي مستقبلا.

فما مصير تلك الهدايا بعد العدول، وهل يحقّ للطرف المتضرر استعادتها أو طلب التعويض عنها وعن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به جراء العدول الذي لم يكن هو سببا فيه، كما أنه لم يكن من جانبه بل كان هو الضحية، وكيف يمكن للمصلحة والسياسة الشرعية أن توجه الاجتهاد في مثل هذه المسائل حفاظا على حقوق الغير، ودفعا للمفاسد عنهم.

أولا: تعريف الخِطْبَة.

لغة: الخِطْبَة بكسر الخاء، من الخِطَاب أو من الخَطْب بفتح الخاء، بمعنى الشأن والحال والأمر المُهِمّ أو سبب الأمر[1]. وهي طلب يد امرأة للزواج بها، يقال خطب المرأة إلى القوم، إذا طلب أن يتزوج منهم، واختطبها، وهو خاطب وخطّاب مبالغة منه[2].

١ – ابن منظور / لسان العرب، ج 01، ص 360. والجوهري / الصحاح، ج 01، ص121. نصر فريد محمد واصل / فقه الأسرة في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، ط01/ 1999، ج01، ص44.

٢ – الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري / المصباح المنير في شرح الغريب الكبير، طبعة المكتبة الإسلامية، بيروت، ص66 .

اصطلاحا: عرفت الخِطبَة شرعا بتعريف قريب من المعنى اللّغوي، قال خليل في التوضيح:" هي استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة "[1].

وقيل: هي طلب يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها أو إلى ذويها، ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه[2]، فإن أجيب إلى طلبه فقد تمت الخِطبَة.

والخِطبَة قد تكون صراحة كأن يقول: إني أريد أن أتزوجك، أو أنا راغب في الزّواج منك، مما يدل بوضوح وصراحة على إرادة الزّواج.

كما تكون الخِطبَة بالتعريض، وهو التلميح واستعمال القرائن التي يُفهم منها الرغبة في الزّواج، كأن يقول لها أنت جميلة، أو أريد بناء أسرة.

والخِطبَة في قانون الأسرة الجزائري، كما جاء في المادة **05** :" **وعدٌ بالزّواج** "، فذكر أن الخِطبَة وعد، و لم يذكر ممن تكون ولا ماذا يجري فيها، على أننا نقول: جميع من عرف الخِطبَة، ذكر أنها طلب الرجل يد امرأة، ولكن العكس أيضا واقع، ويسمى خطبة، كأن تتقدم المرأة أو وليها إلى من تراه أهلا لذلك، فتخطبه لنفسها، وقد فعله شعيب عليه السلام عندما قال لسيدنا موسى:" ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ ﴿٢٧﴾﴾ القصص: ٢٧ وهذا الخطاب جاء من الولي[3]، فهو خطبة . فالمشرع عندما عمّم وقال وعد بالزّواج، احتمل أن يكون من المرأة، كما احتمل أنه من الرجل، فجمع بين خطبة الرجل وخطبة المرأة.

والخِطبَة ليست ملزمة، فهي مجرد التماس ووعد بالزّواج، لذا يحقّ لكل من الطرفين العدول عنها. جاء في الفقرة الثانية من المادة **05** من ق أ ج :" **يجوز للطرفين العدول عن الخِطبَة**"[4]

---

١ – الحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي / مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة دار الفكر، بيروت سنة 1398هـ، ج3، ص407.

٢ – أبو زهرة، محمد / الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ص28.

٣ – محمد محدّة / الخطبة والزواج، طبعة دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ص 7 – 8.

٤ – في القانون المعدّل **84 – 11**جاءت الفقرتان مدمجتين، وهذا نصها: " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.وجاء في عرض الأسباب المادة **05** بأنه أعيد ترتيب أحكام الخطبة وحق العدول عنها وتم توضيح آثار العدول عن الخطبة و أحكامها بدقة سواء كان العدول من المخطوبة أو من الخاطب.

فليس التفاهم على الزّواج عقدا للزواج، فلا يصح الاختلاط بعدها ولا الخلوة، ولو ألبس المخطوبة خاتم الخِطبَة وقدَّم لها الهدايا أو جزءا من المهر، فكلٌّ ذلك لا يعتبر عقدا، ولهما العدول عن الوعد والخِطبَة، وهذا أمر متفق عليه بين المذاهب كلها، وحتَّى بين النظر القانوني الغربي الحديث، الذي يعتبر الوعد بالزّواج ليس زواجا[1].

ثانيا: ضرورةُ الخِطبَة وأهميتُها.

للخطبة أهمية كبرى في التمهيد للزواج، وترسيخ استمراره في الحياة المستقبلية، ويتبع ذلك مواصفات يفضل توافرها في المخطوبة على الخصوص.

فالخِطبَة وسيلة للتعرف والتعارف، لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما، وهذا بهدف إقامة الحياة الزّوجية على أُسُس سليمة ودعائم قوية، بعيدا عن المفاجئة، التي كثيرا ما تعرض الزّواج للهدم والانحلال، وتؤدي إلى تنافر القلوب، وتملؤها حقدا وضغينة.

وطريق التعرف سهل ويسير ويكون بالتحري والبحث، فالرجل يُسْألُ عنه المخالطونَ له، والمرأة يبحث عنها من قرابتها أو ممن له دراية بها، حتَّى يعرف سيرتها وخلقها[2].

ثالثا: آثار العدول عن الخِطبَة.

الخِطبَة وعد بالزّواج، وليست زواجا شرعيا، فلا يرتبط الخاطب بالمخطوبة بمجرد الوعد بالزّواج، وعلى هذا، يصحُّ لكلٍّ منهما نقضه والعدول عنه، لخلوه من فكرة العقد والالتزام.

فأقصى ما تؤديه الخِطبَة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد، وليس للوعد بعقد قوّة إلزام عند الجمهور.[3]

---

١ - السباعي، مصطفى / شرح قانون أحوال الشخصية السّوري، طبعة دار الوراق، والنيرين، ط09/ 2001، ج01، ص55.

٢ - بلحاج العربي/ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994، ج01، ص 45.

٣ - أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 36.

لذا جاء نص المادة **05** من ق أ ج[1] " **الخِطبَة وعد بالزّواج** " أي أنها ليست عقدا، " **ويجوز للطرفين العدول عن الخِطبَة** " ، فحقيقة العدول مقررة لكل من الخاطب والمخطوبة، دون الرجوع إلى الطرف الثاني، وطلب رضائه في ذلك العدول، لكونه مباحا شرعا وجائزا قانونا[2].

غير أن الشريعة أمرت بالوفاء بالعهود، قال تعالى:" ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾ الإسراء: ٣٤، ومخالفة الوعد من علامة النفاق، لذا كان العدول عن الخِطبَة من غير سبب إثما ومخالفة لأمر الله، وأما إذا كان العدول مسببا بسبب مقبول، فهذا أمر مشروع يقبله العقلاء.

فيطالب أدبياً ألا ينقض أحدهما وعده إلاّ لضرورة أو حاجة شديدة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة المرأة.

وينبغي الحكم على المخطوبة بالموضوعية المجردة، لا بالهوى والعاطفة أو بدون مسوغ معقول، ويستحسن شرعاً وعرفاً التعجيل في العدول، إذا بدا سبب واضح يقتضي ذلك[3].

والعدول عن الخِطبَة تترتب عليه آثار تتعلق بالصداق وأخرى تتعلق بالهدايا، وهذا ما سأحاول بحثه في ما يأتي:

أولا: الصّداق.

الصّداق من مستلزمات عقد الزّواج ومقوماته، وما دام أن العقد لم يتم، فعلى المخطوبة أن تردّ ما قبضته، دون البحث عن العادل، وما أحدثه عدوله من ضرر، لانعدام مسوغ الأخذ، فليس لها الحق في الصداق، بل ولو تمّ العقد لم تستحق إلا النصف[4].

والإشكال الذي يُطرح هو، تفويت الصداق بالاستعمال، فالمخطوبة قد تشتري بصداقها أثاثا أو ألبسة أو حُلَيّاً للزينة، ويحدث أن يقع العدول، ويكون ما اشتري بالصداق عند الخياط أو الصانع.

---

١ – رمزت لقانون الأسرة الجزائري بما يلي: ق أ ج

٢ – محمد محدة / الخطبة والزواج، ص57.

٣ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط1988/04، ج 09، ص 19.

٤ – عبد الوهاب خلاف / أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص21.

والمتأمل في المسألة يجد أن أقرب الحلول إلى العدل والإنصاف، أن الذي يتحمل تبعات ذلك هو العادل عن الخِطبَة، فإذا كان الخاطب هو الذي عدل، لزمه تَسَلُّمُ الأشياءِ التي حُوِّل إليها مبلغ الصداق، وإن بقي دين تابع لتلك الأشياء كأجرة الخياط أو النجار ألزم بدفع الديون، لأن إلزام المخطوبة في هذه الحالة لا مبرر له، فلا ذنب لها في المسألة.

وذهب بعض أهل الفقه إلى أن المخطوبة لها أحد الأمرين، إما أن تأخذ الأشياء المحولة إن رغبت فيها وتضمن له القيمة، أو ترجع له الأشياء كما هي، ولا تجبر على أخذ تلك الأشياء وتضمن له القيمة.

وأما إن كان العدول منها، فعليها أن ترجع له الصداق كما دفعه، أو مثله إن كان مثليا، وليس له تَقَـــبُّل الأشياء المحولة، لأنَّ ذلك قد ينقص من قيمتها، وقد لا يجد من يرغب فيها، فيجمع له بين ضررين، ضرر العدول، وضرر الإنقاص من المهر[1].

والمشرع المغربي كان أكثر دقّة من نظيره الجزائري، لّما نصّ صراحة على هذه المسألة، فقد جاء في المادة **09** من المدونة المغربية الجديدة أنه:" إذا قدَّم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخِطبَة، أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو ورثته، استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه ".

فإرجاع الصّداق ضروري سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة.

وفقهاء الشريعة متفقون على استرداد الخاطب ما دفعه من مهر إلى مخطوبته، إن كان موجودا بعينه، أو قيمته إن كان قيميًّا، أو مثله إن كان مثليا أو بدله إذا ما اشترت به مصوغات أو مجوهرات، و لم يعتبر في ذلك من كان سببا في العدول، لأن المهر من متطلبات العقد وليس من متطلبات الخِطبَة[2].

١ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 39. وبشير الشقفة / الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج03، ص 63.

٢ – شلبي، محمد مصطفى / أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة دار الجامعة، مصر، ط/ 1973، ص82. والسباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص57.

ثانيا: الهَدَايا .

اختلف الفقهاء في مسألة الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر، وخاصة تلك التي يقدمها الخاطب إلى المخطوبة، ثم يقع العدول والنّكول، على أقوال[1]:

1- الشافعية: للخاطب الرجوع في كل ما قدمه إلى المخطوبة، فإن كان قائما أخذه، وإن كان هالكا استرد قيمته، ولا فرق بين أن يكون العدول من الخاطب أو المخطوبة.

ومحل رجوعه حيث أطلق أو قصد الهدية لأجل النِّكاح، فإن قصد الهدية لا لأجل ذلك، فلا رجوع[2].

2- الحنابلة: وغيرهم من فقهاء التابعين، ذهبوا إلى أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء أكانت قائمة أم هالكة، لأنها هبة ولا يجوز الرجوع في الهبة بعد قبضها، قال الخرقي:" ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمُهْدٍ أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها"[3].

والظاهر أن هذا في الهدية المطلقة، أما الهدية التي أريد بها الزّواج ففيها تفصيل، ولذا ذهب بعض الحنابلة إلى أن ما أهداه الزّوج من هدية قبل العقد، إن وعدوه بالعقد و لم يوفوا رجع بها، لأنه بذلها في نظير النكاح و لم يَسْلَم له، وعُلم منه أن امتناع هؤلاء رجوع له ، كالجاعل إذ لم يَفِ.

وإن اتفق الخاطب مع المرأة أو وليها على عقد النِّكاح، فأعطى الخاطب إياها لأجل ذلك شيئا من الصّداق فماتت قبل العقد ، فليس له استرجاع ما أعطاهم ، لأن عدم التمام ليس من جهتهم، وعلى ذلك يقاس ما لو مات الخاطب، فإنه لا رجوع لورثته[4].

---

١ - السباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص59، ومحمد محدة / الخطبة والزواج، ص61.

٢ - السيد البكري، أبو بكر محمد شطا الدمياطي / إعانة الطالبين على حلّ ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، طبعة دار الفكر، بيروت ج03، ص268.

٣ - ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد / المغني، طبعة دار الفكر، بيروت، ط01 / 14.5هـ، ج05، ص 397.

٤ - البهوتي / كشاف القناع، طبعة دار الفكر سنة 1402هـ، ج05، ص 153.

3 – الحنفية: الهدايا تسترد ما لم تستهلك أو تتصل بزيادة لا يمكن فصلها عنها، وهذا قياسا على الهبة، حيث يجوز للواهب الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع بالعين الموهوبة يحول دون ذلك[1]، فإذا كان ما أهداه الخاطب موجوداً فله استرداده، وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، أو أكل الطعام، أوصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب استرداد بدله.

4– المالكية: المتقدمون منهم يقولون بعدم رجوع الخاطب على مخطوبته في الهدايا، ولو كان العدول من جهتها، وهو أصل المذهب[2].

وأما المتأخرون منهم فقد أعطوا للخاطب أن يرجع على مخطوبته بما أهداه، إن كان العدول منها، وهو الذي اختاره صاحب المعيار وصححه ابن غازي[3]، وقال ابن رشد الجدّ:... وأما ما كان من ذلك عند الخِطبَة قبل العقد، فإن تم العقد كانت المرأة أحق به، وإن لم يتم العقد كان للزوج الرجوع به على الولي، لأن الذي أعطي بسببه لم يتم له[4].

ولقد نصّ الفقيه المالكي الحَطّاب على ضمان تلك المصاريف واسترجاعها، إن كان العدول من طرف المرأة أو وليها[5]، ولقد نقل البرزلي عن أحكام الشعبي[6] قوله: من تزوج امرأة فأخرج دينارا، فقال: اشتروا به طعاما واصنعوه، فوقع الشراء وانفسخ النِّكاح بعد الشراء، فإن

---

١ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار على الدر المختار، طبعة دار الفكر، بيروت، ط1386/02هـ، ج03، ص 153 . والحصكفي / الدر المختار، ج03، ص153.

٢ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، ص 219. ومحمد محدة / الخطبة والزواج، ص62.

٣ – محمد عليش / منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، طبعة 1989، ج03، ص 365. والتسولي / البهجة في شرح التحفة، ج01، ص 448. صاحب المعيار المعرب هو أبو العباس الونشريسي، وأما ابن غازي، فهو محمد بن أحمد بن محمد بن غازي العثماني المكناسي، أبو عبد الله، مؤرخ حاسب فقيه، من محققي المالكية، من بني عثمان (قبيلة من كتامة بمكناسة الزيتون) ولد بها وتفقه بها وبفاس، وأقام زمنا في كتامة، واستقر بفاس سنة 891هـ، وتوفي بها سنة 919هـ، الزركلي/ الأعلام، ج05، ص336.

٤ – ابن رشد / البيان والتحصيل، ج05، ص 16، والقرافي / الذخيرة، ج04، ص 365.

٥ – الحطاب/ مواهب الجليل، ج03، ص 418.

٦ – عبد الرحمن بن قاسم الشعبي، أبو المطرف: قاضي مالقة (بالأندلس) كانت تدور عليه الفتيا بقطره أيام حياته ، وكان يذهب إلى الاجتهاد، توفي سنة 499هـ. الزركلي / الأعلام، ج03، ص 323.

جاء من قِبَلهم، ضمنوا له الدينار وكان الطعام لهم، وإن كان من قِبَله، فليس له إلا الطعام إن أدركه[1].

فالاجتهاد المالكي يفرق بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة، فإذا كان العدول من الخاطب، فلا حق له في استرداد ما أهداه إلى المخطوبة، ولو لم يستهلك.

وأما إن كان العدول من المخطوبة أو وليها، فله أن يسترد ما أهداه إلى المخطوبة إن كانت قائمة بعينها، وإن هلكت، فله القيمة إن كانت من القيميات، أو مثلها إن كانت من المثليات. وهذا حتَّى لا يجمع له بين ألَمْيْنِ، ألم العدول وألم أخذ ماله من غير حقّ[2].

ويمكن إرجاع الأقوال السابقة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: الهدية تأخذ صورة الهبة في جميع أحكامها، فلا يجوز الرجوع فيها مطلقا، وهو قول عند الحنابلة، فلا يجوز لأي من الخاطبين أن يرجع في هديته، قائمة كانت أو مستهلكة، وهذا خاص بالهدية المطلقة، أي التي لا يراد بها الزّواج قصدا.

وقال الحنفية، الهدية تأخذ حكم الهبة، فيجوز الرجوع فيها، إذا كانت قائمة، أما إن استهلكت، أو زيد فيها وتغيرت أو تحولت، فلا رجوع فيها.

وقد حكمت محكمة طنطا الابتدائية الشّرعية حكما نهائيا ، بتاريخ **13** يوليو سنة **1933**، وقررت فيه القواعد الآتية:

1 – ما يقدم من الخاطب لمخطوبته، مما لا يكون محلا لورود العقد عليه، يعتبر هدية.

2 – الهدية كالهبة، حكما ومعنى.

3 – الهبة عقد تمليك يتم بالقبض ، وللموهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بالبيع والشراء وغيره، ويكون تصرفه نافذا.

4 – هلاك العين أو استهلاكها مانع من الرجوع في الهبة.

---

١ – البرزلي، أبو القاسم أحمد البلوي التونسي / فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، ط01/ 2002، ج02، ص214.

٢ – الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج 02 ص321. والغرياني الصادق عبد الرحمن / مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، ط2002/01، ج02، ص504. والسِّباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص59. ومحمد محدة / الخطبة والزواج، ص62.

5 – ليس للواهب إلا طلب رد العين إن كانت قائمة[1].

الاتجاه الثاني: وهو يراعي الطرف المتسبب في العدول، فلا حق له في طلب التعويض، لأنه هو المتسبب في الضرر، بل عليه أن يعوض الطرف الثاني الذي تسبب له في الأذى والآلام، فإذا كانت المخطوبة هي العادلة، فلا حق لها في طلب تعويض الهدايا، ولو كانت قائمة، بل هو يطالبها بالتعويض إذا قدم لها هدايا. وإذا كان الخاطب هو العادل، يعيد لها الهدايا التي أهدتها له، إن كانت قائمة أو قيمتها إن استهلكت، ولا يطالبها بالهدايا التي قدمها لها، ولو لم تستهلك.

فلا تعويض للطرف المتسبب في العدول، لأنه هو الذي أثار الضرر، وللطرف المتضرر المطالبة بحقوقه، لما لحقه من ضرر جراء فسخ الخطوبة.

الاجتهاد السّياسي في المسألة:

سند الاتجاه الثاني، ليس دليلا خاصا في الموضوع أو حتَّى دليلا عاما، بل قواعد الشريعة العامة، والممثلة في العدل ودفع الضرر عن الطرف الضعيف، ولاشك أن المعدول عنه من غير سبب، عرضة للآلام والأزمات النفسية، التي قد تلازمه طويلا، فمن غير العدل أن نجمع عليه ألمين، ألم العدول، وألم الغرم المالي، والمصلحة تقتضي ارتكاب أخف الضررين وأهون الشرَّين، وتخفيف الضرر وتحقيق العدل من مقاصد الشريعة وأهدافها[2].

فولي الأمر الذي يتصرف وفق الأصلح للناس، ومن مهامه دفع الضرر عن رعيته، يراعي العدل بين الخاطبين، ويوازن بين مصالح الأفراد، وكذا الأضرار التي سوف تقع بين الخاطبين، فيغرم الطرف العادل المتسبب في الفسخ، ويعفي الطرف المعدول عنه، ولا يجمع له مع أَلَمِ العدول أَلَمٌ آخر، هو ألم الردّ أو التعويض.

وهذا الرأي هو عين المصلحة التي على الحاكم مراعاتها في تشريعه، وهو الذي ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري حيث جاء نص المادة **05** من ق أ ج، كالتّالي:

---

١ – سيد سابق / فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، ج02، ص 33.

٢ – أستاذنا الدكتور عبد القادر داودي / مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله نوقشت سنة 2005 في كلية العلوم الإنسانية الحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، بوهران تحت إشراف: أستاذنا الدكتور أبو بكر لشهب. ج01، ص 50.

ف **04** :" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته."

ف**05**:" إذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

ثالثا: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخِطبَة.

لاشك أن المخطوبة قد تتضرر أدبيا (معنويا) أو ماديا ضررا بالغا بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت عليه الخاطب الأول، خطّابا آخرين كانوا مستعدين أن يدفعوا لها أكثر أو تعيش معهم في أرقى معيشة، كما أن الخاطب قد يكون أمضى وقتا معتبرا في إعداد السكن أو لوازم الزفاف. أوكأن تتوقف المخطوبة عن دراستها أو عن العمل طمعا في الزّواج. ومن الأضرار المعنوية، ما تلوكه الألسنة عن سبب العدول ونشر الشائعات عن البنت وربما عمَّت كل العائلة، فما هو موقف النظر الفقهي والقانوني في هذه الأضرار[1].

فالمقصود بالضرر، هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، وهو نوعان:

ضرر مادي: يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو في حقّ من الحقوق التي تدخل في تقويم ثروته.

وضرر معنوي: أو أدبي، وهو الذي يصيب الإنسان في شرفه أو عواطفه أو في اعتباره أو في حق من الحقوق الأدبية التي لا تُقَوَّم بمال[2].

لم يتطرق القدماء من علماء الشريعة، لمبدأ الضرر المترتب عن العدول، ولا يوجد فقيه واحد قال بجواز التعويض عن الضرر، ولذلك أسباب أهمها:

1 – التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد أو فعل ضار، والخِطبَة ليست عقدا بل هي مجرد وعد، والنُّكول عنه منهي عنه شرعا، ولكن ليس فيه أي جزاء.

---

١ – السباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص60 . بلحاج / الوجيز، ص55

٢ – محمد أمين عابدين / التعويض بين الضرر المادي والأدبي، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 1997، ص 54 – 55. وسعيد مقدم / التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1992، ص62.

2 – أساس الزّواج الرضا، ولو حكمنا بالتعويض نتيجة العدول عن الخِطبَة، لكان في ذلك إلزام وإكراه ضمني على الزّواج مع عدم الرغبة التامة فيه.

3 – الحياة الاجتماعية المحافظة وتمسك الناس بدينهم لم يترك مجالا للإضرار بالمخطوبة، فالإسلام لم يبح الاختلاط ولا الخلوة، إلا بضوابط شديدة تمنع وقوع انزلاقات أو انحرافا ت خطيرة على الخاطب أو المخطوبة، فهذه الأسباب وغيرها دفعت إلى عدم تطرق الأقدمين إلى مثل هذا الموضوع[1].

الاجتهادات الحديثة: وفيها قسموا الأضرار التي قد تترتب جراء النّكول والتراجع عن الخِطبَة إلى نوعين:

أولا: الأضرار المادية.

انقسم العلماء سواء علماء الشريعة أو علماء القانون في بيانهم للتعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخِطبَة، تبعا لاختلافهم في الطبيعة القانونية والشرعية للخطبة.

الاتجاه الأول: الخِطبَة عقد ملزم، وهي وإن لم تكن عقد زواج، إلا أنها عقد من نوع آخر، لأنَّ فيه مقومات العقد من إيجاب وقبول، ومادام كذلك فإن الإخلال به موجب للتعويض عن الضرر، ومن أصحاب هذا الاتجاه : حسني نصّار وكذا سمير أورفلي وغيرهما [2]، وهذا الرأي مخالف تماما لما عليه فقهاء الإسلام.

الاتجاه الثاني: الخِطبَة مجرد وعد وليست عقدا، وفيه ثلاث نظرات.

النّظرة الأولى[3]: الخِطبَة وعد بالزّواج وهذا غير ملزم أصلا، لا من حيث الوفاء به، ولا من حيث التعويض. واستدل هؤلاء بما يلي:

---

١ - السباعي / شرح الأحوال الشخصية، ج01، ص60- 61.

٢- محمد محدة، ص 67. وهذا اتجاه مسيحي، وهو أن الخطبة لدى الكنسيين، كانت عقدا صحيحا، تترتب آثاره، ويستلزم إبرام عقد الزواج، وهي التزام صحيح تؤيده دعوى قضائية.سعيد مقدم / التعويض عن الضرر المعنوي، ص 244.

٣ - فتحي الدريني / الفقه المقارن مع المذاهب، منشورات جامعة دمشق.طبعة 1995. ص694.

أ – العدول عن الخِطبَة أمر مباح وجائز، فلماذا التعويض عن الضرر الناتج عنه والقاعدة تقول: **الجواز الشرعي ينافي الضمان**[1]، وهو مجاز قانونا في هذا الفعل، والإجازة القانونية ترفع عنه كل تبعة تجاه الغير، وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد في رواية عنه وداود الظاهري.

فمن يمارس حقًّا مشروعا أو مباحا، لا يكون مسؤولا عمَّا يترتب على ذلك من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب أو المخطوبة لا يعتبر متعديًّا إذا استعمل حقه في العدول.

ب – مادام العدول حقا شرعيا وقانونيا، فكيف يضمن أو يطلب منه التعويض، وهو لم يستعمل إلا حقه، لأن التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا عن فعل خاطئ.

ج – القول بالتعويض فيه إكراه ضمني بمواصلة العقد وإكمال مراسيم الزّواج، وهو ينافي مبدأ الرضا في الزّواج.

د – الخِطبَة وعد بالزّواج، وعلى مقتضى أحكام الفقه، لا عبرة بالوعد مطلقا، لاشتراط الفقهاء خلو الرضا من كل شائبة وقت إبرامه، ومن ذلك تقييده بوعد سابق، لما يجره ذلك من منازعات عند تغير الظروف، وهذه الاعتبارات في عقد الزّواج أولى من غيرها[2].

النّظرة الثانية: الخِطبَة وعد غير ملزم من حيث الوفاء به، ولكن إذا صاحبت العدول أفعال أخرى مستقلة، ألحقت أضرارا بالمعدول عنه، وجب التّعويض.

---

١ – هذه قاعدة فقهية، أوردتها مجلة الأحكام العدلية المادة 91، وأوردها الزرقا في القاعدة التسعين، وقال الجواز الشرعي، وهو كون الأمر مباحاً، فعلاً كان أو تركاً ، ينافي الضمان ، لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف ، ولكن بشرط: أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافيا. يراجع: أحمد الزرقا / شرح القواعد الفقهية ، تصحيح وتعليق مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط 05/ 1998، ص 449.

٢ – السعيد مصطفى السعيد / في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به، تقديم: أحمد إبراهيم بك، مطبعة الاعتماد القاهرة، د، ت، ط، ص85 – 86. الكدّي، محمد العمراني / فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، دار الكتب العلمية، ط 2001/01، ج01، ص308 – 309.

وقالوا: أدلة الفريق الأول صحيحة ووجيهة، ولكن إذا نظرنا إلى الخِطبَة وما تلحقه أفعال العادل وتصرفاته بالمعدول عنه من أضرار، وجدناها حاصلة وحقيقية، لذا قالوا: العدول حقّ ولكن إذا لازمت العدول أفعال أخرى مستقلة عنه استقلالا تاما، وألحقت هذه الأفعال ضررا ماديا أو معنويا بالمعدول عنه، فإنها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه، وقالوا: هي أفعال ضارة تستلزم التَّعويض، طبقا لقواعد المسؤولية المدنية في الأفعال الخاطئة.

النظرة الثالثة[1]: الخِطبَة وعد غير ملزم، يجوز لأيٍّ من الخاطبين العدول عنه، ولكن إذا صاحبت العدول أضرار، سواء نتجت عن العدول في حدّ ذاته، بسبب خطإ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول، أم بسبب تصرفات أخرى أجنبية عنه، فهي واجبة التَّعويض، لا عن مجرد العدول ذاته لأنه حق، وإنما نتيجة تعسف صاحبه في استعمال حقه، فلا توجد حقوق مطلقة يتصرف فيها صاحبها كما يشاء، دون مراعاة لحق الغير، أو دون استهداف للغاية النوعية التي شرع من أجلها

ذلك الحقّ، وبالتالي لابد أن يكون قصد ذي الفعل، موافقا لقصد الشارع في التشريع [2]. وهذا الرأي أولى وأجدر بالاتباع.

وإليه مال السنهوري حيث قال: فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخِطبَة عن السُّلوك المألوف للشخص العادي، في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخِطبَة خطأ يوجب المسئولية التقصيرية، ولا تعويض عند عدم الضرر المادي والمعنوي الذي يجب إثباته[3].

١ – الدربني / الفقه المقارن، ص695.

٢ – الدربني، محمد فتحي / بحوث مقارنة في القفه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ج02، ص522.

٣– السنهوري، عبد الرزاق / الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة أنجلو، مصر، د، ت، ط، ج01، ص827.

فالحقّ الذي أعطاه الشارع ليس مطلقا، بل نسبيٌّ لا تجوز إساءة استعماله. واعتمد هذه النظرية أحمد في أشهر الروايات ومالك وبعض الشافعية [1].وهذا الرأي مال إليه أغلب الفقهاء والكتاب المعاصرين، كسعيد مصطفى وحسين عامر ووهبة الزحيلي وأنور العمروسي وغيرهم.

ولقد ربط الدريني الضرر المترتب عن العدول، بنظرية التعسف في استعمال الحق، وقال: الحكم بالتَّعويض جزاء التعسف في حق العدول، وجبرا للضرر الذي نجم عنه، لا يقيد حرية الزّواج مطلقا. وقال: إن المسؤولية التعسفية التي أوجبت التَّعويض عن ضرر العدول لم تمس أصلا أيا من مبدأ الحرية في العدول، ولا مبدأ حرية الزّواج[2].

والفقهاء أطبقوا على أن الخِطبَة لا تخرج على مجرد كونها وعدا بالزّواج. والعدة أو الوعد وإن كان غير ملزم قضاءً في أغلب الآراء الاجتهادية، إلا أن لها أحكاما خاصة في المذهب المالكي، فعندهم الوفاء بالعهد مطلوب بلا خلاف، وأما وجوب العِدَة قضاءا فاختلفوا فيه على أقوال:

الأول: لا يقضى بها مطلقا.

الثاني: يقضى بها مطلقا.

الثالث: يقضى بها إن كان على سبب، ولو لم يدخل الموعود بها في شيء، كقوله: أريد أن أتزوج أو أشتري أو أقضي غرمائي، فأسلفني مالا، فقال نعم، ثم خالف، فإن ذلك يلزمه ويقضى عليه به، أو قال له من تلقاء نفسه أنا أسلفك كذا أو أهبك كذا لتقضي دينك أو للتزوج، ثم خالف، فإنه يلزمه ويقضى عليه بها، ولا يقضى بها إن كانت على غير سبب، كأن يقول له: سلفني، فيقبل المُسَلِّف ثم يخالف، فلا يقضى له بها، وهو قول أصبغ.

الرابع: يقضى بها إن كانت على سبب، ودخل الموعود بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور من الأقوال، مثل أن يقول له: تزوج امرأة وأنا أسلفك ما تتزوج به من المال، فيقضى

١- يراجع: محدة / الخطبة والزواج ، ص74 – 75 .

٢ – الدريني/ الفقه المقارن مع المذاهب، ص 700- 702.

له به، لأن الواعد أدخل الموعود بوعده في ذلك، لأنه غرّه ومنعه من أن يحتال لنفسه بما يبرؤه من سلف وغيره، وهو قول سحنون[1].

فبناء على هذا التفصيل، إذا قلنا إن الخِطبَة وعد، وهو أضعف من التعهد، وتكبد أحد الطرفين نفقات بسبب هذه الخِطبَة، فيمكن قياسا على ما سبق، إلزام من نكل عن الخِطبَة، بتعويضه عن تلك النفقات، إذ الموعود بالزّواج، قد دخل بسبب الوعد في الاستلاف وتحمل الديون، وما دام الأمر كذلك فهو مسؤول عن تعويض الطرف المتضرر، وهو عين المصلحة[2].

و لقد أقر الأستاذ السباعي التَّعويض عن الضرر وقيده بشروط، هي:

1– أن يثبت أن العدول ليس بسبب المخطوبة.

2 – أن يكون العدول الذي أضر بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي.

3 – أن يكون الخاطب قد أكد رغبته في الزّواج من المخطوبة، وصَمَّم على إجراء عقد الزّواج[3].

ثانيا: الأضرار المعنوية.

وهي تلك التي لا تصيب الشخص في ماله بل تصيبه في شرفه أو عرضه، كالقذف والسب وما يمس اعتبار الإنسان وكرامته.

وأنكر السنهوري الضرر المعنوي كسبب للتعويض، إلا إذا اقترن بالإغواء، وأقر بالضرر المادي.

والأضرار المعنوية لم يتطرق إليها القدماء، لأنها وليدة العلاقات الاجتماعية الحديثة والمعقدة، والتي لا تخلو من انحرافات، كاصصحاب المخطوبة والتجول معها، وأدخلوا فيه النَّيلَ من الفتاة في أعز ما تملك، وهذا بيِّن أنه مخالف للشرع، ولعل هذا ما دفع بالشيخ بخيت المطيعي

---

١ – الحطاب / الالتزامات، دار الفكر، بيروت، مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عليش، ج01، ص177 – 179،. القرافي، شهاب الدين أبو العباس / الفروق، طبعة عالم الكتاب، بيروت، د، ت، ط، ج03، ص25.

٢ – مصطفى السعيد / في مدى استعمال الحقوق الزوجية، ص100- 102.

٣ – السباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص65- 66.

إلى القول: إنه لا وجه للتعويض عن الأضرار مادية أو معنوية، في حالة الاستسلام للضعف الجنسي[1].

وأما المشرع الجزائري فقد أخذ بقول من اعتبر التَّعويض عن الضرر مطلقا، سواء أكان ماديا أو معنويا، كالسباعي وغيره فقد نص في المادة **05**، الفقرة **03** على أنه:" **إذا ترتب عن العدول عن الخِطبَة ضرر مادي أو معنوي، لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتَّعويض**".

ولقد حكمت المحكمة العليا في قرارها الصادر بـــ**25 – 12 – 89** وقالت بالتَّعويض عن الأضرار المادية والمعنوية اعتمادا على المادة **05** من ق أ، موضحة أن الاعتراف بالخِطبَة أمام المحكمة يعد إقرارا قضائيا، وأن العدول عن الزّواج كان من فعل المخطوبة، ومن المقرر أنه إذا ترتب عن العدول عن الخِطبَة ضررٌ ماديٌّ أو معنويٌّ لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتَّعويض، وأن القضاء بما يخالف هذا يعدّ خرقا للقانون [2]. ويلاحظ هنا أن التَّعويض كان للزوج، لأن الضرر كان عليه.

ومن بين التشريعات التي أخذت بهذه الوجهة المشرع المغربي، حيث جاء في المدونة المغربية الجديدة في المادة **07** ما نصه:" مجرد العدول عن الخِطبَة لا يترتب عليه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتَّعويض".

والظاهر أنه لا فرق بين نوعي الضرر، (مادي والمعنويّ) فكل واحد له أثر سلبي على الطرف غير المشارك في العدول عن الخِطبَة، ويلحقه آلاما وأذى قد يلازمه سنين طويلة.

قال محمد الكدّي العمراني، مؤصلا لمذهب القائلين بالتَّعويض بناء على الأضرار المترتبة عن العدول عن الخِطبَة لا عن العدول في حدّ ذاته :" وبناء على الأضرار وتلاعب الناس بعضهم ببعض، وشيوع مخالفة العهود بينهم، يحسن ربط قضية العدول عن الخِطبَة، مما ينتج عنها من أضرار، بنظرية التعسف في استعمال الحق، ترسيخا لمقصد من المقاصد الأساسية، للتشريع الإسلامي، وهو العدل وتطبيقا لقاعدة درء الضرر[3]".

---

١ – سعيد مقدم / التعويض عن الضرر المعنوي، ص249.

٢ – المجلة القضائية، العدد الرابع، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، سنة 1991، ص102.

٣ – محمد الكدّي العمراني / فقه الأسرة المسلمة، ج02، ص 310.

فالخِطبَة أو الوعد بالزّواج لا يعتبر عقدا، ولا يرتب التزاما ت قانونية، بناء على المسؤولية العقدية. ومجرد العدول عن الخِطبَة أو الوعد بالزّواج، لا يكون سببا موجبا للتعويض، إلا إذا اقترن بالعدول ضرر لحق بأحد الخطيبين، فعند ذلك يجوز المطالبة بالتَّعويض.

كما أنه لا تعارض بين حق العدول وتقرير المسؤولية عن إساءة استعمال حقّ العدول، لأن الشرائع لم تقرر الحقوق متعا للأفراد يلهون بها ويعبثون، وإنما أوجبت حمايتها تحقيقا لمصلحة الجماعة[1].

فالحقوق الذي كفلتها الشريعة لكل خاطب في فسخ الخطوبة نسبية وليست مطلقة، تطبيقا للقاعدة العامة في الحقوق الفردية، من أن كل حقّ مقيّد في استعماله، بالحكمة الغائية التي من أجلها شرع ذلك الحقّ، وأن استعمال هذا الحقّ لغرض يتنافى مع هذه الحكمة، يعدُّ إساءة توجب مسؤولية المسيء[2].

البناءُ السِّياسي في الضرر المترتب عن العدول عن الخِطبَة :

الذين قالوا بضرورة التَّعويض عن الضرر المادي أو الأدبي المترتب عن العدول عن الخِطبَة، بيّنَ لهم الواقع أن كثيرا ما يخطب رجل امرأة، ويفوت عليها مصلحة كثيرة، ولا يمكن أن تستدرك مرة أخرى، كأن يوقفها عن الدراسة أو الشغل، ويبقيها بالبيت، ويفوت عليها خطابا آخرين، زيادة إلى ما يصيب المرأة وحتَّى الرجل من قالة السوء، والتي تحدث جراحا داخلية لا تندمل، وقد يتعدى الضرر إلى كل الأسرة، وخاصة إذا طالت مدة الخطوبة.

فالخِطبَة حتَّى وإن لم ترق إلى درجة العقود الملزمة، فإنها وعد يجب الوفاء به ديانة، وبناء على ما يصحب العدول من أضرار، نتيجة إساءة هذا الحق الذي منحته الشريعة للخاطبين، يلزم جبر خاطر الطرف المتضرر، جراء التعسف في استعمال الحق، وتأسيسا على الفعل الضار الذي لحق المعدول عنه بعد الفسخ، بناء على المسؤولية التقصيرية، وعدم التحفظ، وترك واجب الحيطة والحذر أثناء استعمال حق العدول.

---

١ – سعيد مقدم / التعويض عن الضرر المعنوي، ص252 – 253.

٢ – مصطفى السعيد / في مدى استعمال حقوق الزوجية، ص 96.

وأما على ما قعده السّادة المالكية، فإن التزام الشخص نحو الآخر في فعل أو تصرف معين، قد ينقله إلى وجوب الوفاء ديانة وقضاء، ويتأكد ذلك عندما يفوت هذا الوعد مصالح مرجوة، ويوقعه في متاعب ومفاسد كان من الممكن تحاشيها أو الابتعاد عنها لولا تلك العدة الكاذبة، ولاشك أن مخالفة ذلك الالتزام يسبب ضررا ومفسدة وحرجا للطرف الثاني، لذا وجب على وليّ الأمر إصدار قرار يغرم فيه الطرف المُضَّار، ويجبر به خاطر المتضرر عن طريق تعويضه عما أصابه جراء العدول.

فالعدول وإن كان مبدئيا حقّا كفله الشرع للعادل، إلا أنه مقيد بعدم الإساءة إلى الغير، وهو نظر مصلحي مهم في المسألة.

وفي فرض التَّعويض على الطرف العادل عن الخِطبَة، تقليل من تلاعب الناس بالوعود، ودفعهم إلى الجدّية في التعامل مع الناس، وخاصة في العقود المهمة كعقد الزّواج، وهو نوع من سد الذرائع وحسم مادة الفساد قبل استشرائها، وهي مهمة ولي الأمر.

المبحث الثاني: الفَحْص الطّبي قَبل الزّواج.

مقدمة:

لا أحد يماري أن هذا العصر قد عرف تطورا رهيبا في المجال الطبي، سواء من حيث الكشف عن الأمراض ومعرفة سبب نشأتها وطرق تنقلها، أو من حيث الوقوف على طرق العلاج الناجع واكتشاف أدوية قوية وفعالة.

فرغم ظهور بعض الأمراض الجديدة التي لم تكن معروفة عند الأسلاف، والتي أصبحت تهدد صحة وسلامة الأفراد، إلا أنها أُتبعت ببحوث جادة ودراسات دقيقة للكشف عن وسائل العلاج وطرق الوقاية منها.

فالصحة العامة أصبحت شغل الجميع، وهدفا يسعى الكل لتحقيقه، وخاصة ولاة الأمور، حيث أضحى الحفاظ على سلامة المواطن وصحته، يكلفهم وقتا ثمينا وأموالا طائلة وجهودا جبارة.

وسلامة المجتمع تكون بسلامة أفراده، وسلامة الأفراد تكون من بداية ولادة الإنسان، بل قبل ولادته، ومن هنا جاء الاهتمام والاعتناء بصحة الأزواج وخاصة الراغبين في إنشاء أُسرٍ جديدة، فضمان سلامة الأزواج يعني التقليل من انتقال الأمراض إلى الأجيال القادمة، وبالأخص الأمراض الخطيرة والمزمنة، والتي تنتقل عبر الوراثة من جيل إلى آخر.

ولما كان عقد الزّواج، هو الرابطة الشرعية التي يلتقي تحت ظلها الزوجان، كان لابد من الحرص على سلامة الزوجين قبل التقائهما وإبرام العقد بينهما.

ومن هنا، فقد اقترح البعض إجراء فحصوات طبية على كلّ من الزوج والزوجة، لمعرفة سلامتهما وخلوهما من الأمراض الخطيرة والوراثية التي يحملانهما، والتي تهدد سلامتهما وسلامة أطفالهما مستقبلا.

وقد وقع خلاف بين فقهاء الشريعة من جهة، كما وقع بين علماء القانون من جهة أخرى، حول مدى إلزامية الفحوصات الطبية على الخاطبين قبل الزّواج، وهل تُفرضُ عليهما من طرف ولي الأمر، فلا يصح التخلف عن إجرائها أو التهاون في أمرها، أو أنها تترك لإرادة الزوجين

وحريتهما، وما حكم عقد الزّواج إذا تم من غير شهادة تثبت مثولهما للفحص الطبي، وما هو الأساس أوالسند السياسي الشرعي في هذا الإلزام من ولي الأمر إن وجد.

أولا: تعريف الفَحْص الطّبي والجِيني.

أ – تعريف الفَحْص الطِّبي:

الفَحْص لغة : الكشف، وهو شدّة طلب الشيء والبحث عنه، يقال: فحص عن الأمر فحصا إذا استقصى في البحث عنه، ويقال: فحص عن فلان وفحص عن أمره، ليعلم كنه حاله، وفحص الكتاب، أي دقق النظر فيه، وفحص الطِّبيبُ المريضَ، جسَّه ليعلم ما به من علة[1].

الطِّبي: نسبة إلى الطب، وهو من طبّ فلان طبّا، أي مهر وحذق، وطبَّ المريض أي داواه وعالجه، والطب علاج الجسم.

الفَحْص الطِّبي اصطلاحا: هو الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة، والوصول إلى تشخيص المرض.[2]

وعرف بأنه :" القيام بالكشف على الجسم بالوسائل المتاحة من الأشعة والكشف المخبري والفَحْص الجيني[3] لمعرفة ما به من مرض"[4].

وهذا التعريف للفَحْص يتضمن معاينة علامات المرض وأعراضه، وسؤال المريض عن تاريخ بدايته، والسؤال عن الأمراض التي سبق أن أصيب بها، وهذا العلامات قد تكون ظاهرة على جسم المريض، بحيث يسهل ملاحظتها، وقد تحتاج إلى فحص خاص، بأن يتحسس الطبيب موضع الداء بيده أو ببعض الآلات البسيطة، وقد يحتاج الكشف عنها إجراء فحوص طبية دقيقة، كالتحاليل والتصوير بالأشعة، وغيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في تشخيص الحالة، وإعطاء نتائج دقيقة عن حالة المرض.

---

١ – الخليل / العين، ج02، ص123. وابن المنظور / لسان العرب، ج07، ص 63. والجوهري / الصحاح، ج03، ص1048.

٢ – سعد بن عبد العزيز الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا، الرياض ط2007/01، ص84.

٣ – الجينات أو المورثات عبارة عن قطع صغيرة داخل نواة الخلية، والجين عبارة عن سلسلة حلزونية طويلة من الحمض النووي.

٤ – علي محي الدين القرة داغي وعلي يوسف المحمدي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، ط 2006/02 ، ص255 – 256.

وبما أن الفَحْص الطِّبي قد يتعدى إلى إجراء فحوص خاصة بالجينات والمورثات لمعرفة بعض الأمراض الجينية والوراثية المتنقلة عبر الأجيال، كان لابد من بيان المقصود بالفَحْص الجيني.

ب – تعريف الفَحْص الجِينِي:

وقد عرفه الأستاذ الشويرخ بأنه: قراءة تركيب المادة الوراثية، لبعض الجينات (المُوَرِثات) لمعرفة اعتلالها وسلامتها[1].

شرح التعريف:

قوله: " قراءة تركيب المادة الوراثية " هذا هو حقيقة الفَحْص الجِينِي، إنه مجرد قراءة لتركيب المادة الوراثية، لاستخلاص معلومات عن طبيعتها، ويكون ذلك بدراسة الحمض النووي لمعرفة ما تحمله هذه التغيرات.

وقوله: " لبعض الجينات " الفَحْص إنما يكون لبعض الأمراض الوراثية المعينة التي تنتشر في المجتمع، فقد ثبت طبياً أن هناك أمراضا وراثية خاصة تظهر في مناطق معينة.

والفَحْص يكون خاصا ببعض الأمراض الوراثية، فلا يكون شاملا لكل الأمراض فالأمراض الوراثية تزيد على ثمانية آلاف مرض وراثي[2].

ويتمّ الفَحْص الطِّبي عند الرغبة في الزّواج، وخاصة عند الأقارب، قبل عقد القران، وذلك لمعرفة ما لدى الزوجين من أمراض خطيرة، مؤثرة على صحتهما وعلى سلامة الأجيال اللاحقة.

فالفَحْص يكون قبل الزّواج، أو بعده مباشرة إذا ظهرت مشكلة تتعلق بالإنجاب أو قبل الحمل أو بعده، إذا كان للزوجين تاريخ وراثي عائلي إيجابي، لبعض الأمراض في الشجرة الوراثية العائلية، أو في حالة الإجهاض المتكرر، وبعد الولادة إذا كان المولود يعاني تشوهات وراثية ظاهرة معيبة، مثل صغر حجم الرأس أو متلازمة دوان (الطفل المنغولي) أو الشفة الأرنبية أو الأذن الخفاشية، وغيرها من التشوهات غير المألوفة والنادرة.

---

١ – الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 89

٢ – المرجع السابق، ص 89 –90.

فهذه الفحوصات قبل الزّواج تجنب الكثير من المشاكل المتعلقة بالأمراض الوراثية خاصة كثيرة الانتشار كالتخلف العقلي، ومرض فقر الدم[١].

ثانيا: أنواع الأمراض بالنسبة للفَحْص الطِّبي قبل الزّواج وعلاجها .

هناك أمراض معدية وأمراض غير معدية، فالأمراض المعدية، مثل السل والجدري والتهاب الكبد الوبائي ومرض نقص المناعة المكتسبة ونحوها.

والأمراض غير المعدية، مثل أمراض السكري والقلب ونحوها، ومن جانب آخر فهناك أمراض وراثية تنتقل من خلال الجينات وهي ثلاثة أنواع:

1 – أمراض الدم الوراثية، ومن أهمها مرض فقر الدم المنجلي (الأنيما المنجلية) [٢] وفقر دم البحر المتوسط[٣].

2 – الأمراض الاستقلابية[٤]، وهي أمراض متعددة تتجاوز الأربعمائة مرض.

---

١ – القرة داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 256.

٢ – ينجم فقر الدم المنجلي عن وجود خضاب شاذ غير طبيعي ، وهو الخضاب المنجلي S ضمن الكرية الحمراء ، وهذا يؤدي إلى تشوه شكل الكريات الحمراء فتصبح هلالية الشكل أو بشكل المنجل بدلاً من شكلها المدور المقعر الطبيعي ، كما تتغير صفات هذه الكريات الحمراء، فتصبح هشة وعرضه للتكسر والتخريب بسرعة ، كما يصبح غشاؤها قاسياً ويفقد مرونته، ويؤدي تخرب هذه الكريات الحمراء لحدوث فقر الدم. موقع على النت**www.ward61.61.com.**

٣ – وهو مرض الثلاسيميا، وينتشر في جميع أنحاء العالم ، ولكن بنسبة أكبر في بعض البلدان، مثل بلدان حوض البحر الأبيض المتوسط. ولهذا يطلق عليه أيضا (فقر دم البحر الأبيض المتوسط) ، وهو من الأمراض المعروفة منذ القدم في هذه المنطقة، وقد تم تحديد هذه الآفة على يد الطبيب "كولي" عام 1925، عندما تم تشخيص حالات لمرضى يعانون من فقر دم شديد، ومجموعة أعراض لتشوهات العظام وموت المصاب في نهاية المطاف الثلاسيميا مرض وراثي يؤثر في صنع الدم ، فتكون مادة الهيموغلوبين في كريات الدم الحمراء غير قادرة على القيام بوظيفتها، ما يسبب فقر دم وراثي ومزمن يصيب الأطفال في مراحل عمرهم المبكر، نتيجة لتلقيهم مورثين معتلين، أحدهما من الأب والآخر من الأم. موقع على **النت http://forum.amrkhaled.net/showthread.php?t=93779**

٤ – الأمراض الاستقلابية أو أمراض التمثيل الغذائي جزء من الأمراض الوراثية التي تنتقل عن ما يعرف بالجين المتنحي أي أن الأب و الأم يحملان الصفات الوراثية للمرض وينقلانها إلى أطفالهما بنسبة 25% في كل حمل (نسبة مولود مصاب مقابل ثلاثة غير مصابين). وتقدر الأمراض الاستقلابية المعروفة بأكثر من 400 مرض استقلابي. وطبيعة الأمراض الاستقلابية هو نقص إنزيمات معينة منذ الولادة، وهذه الإنزيمات مهمة لتحويل مادة إلى مادة أخرى في أجزاء الجسم المختلفة. فمثلا لو أن المادة (أ) تتحول إلى مادة (ب) بوجود الإنزيم (هـــ)،

3 – أمراض متفرقة على حسب العوامل وأمراضها، حيث تختلف من شعب إلى آخر ومن عائلة لأخرى.

والعلاج كذلك أنواع، فمنه العلاج العادي المتمثل في الأدوية، والعمليات الجراحية ونحوها ومنها العلاج الجِيني.

ثالثا: الأمراض التي تؤثر في الزّواج.

الأمراض التي ينبغي الابتعاد عن صاحبها هي[1]:

1 – الأمراض التي تنتقل إلى الآخر، مثل الأيدز والسلّ، والتهاب الكبد الوبائي [2]، فهذه الأمراض يجب فيه شرعا الحجز الصحيّ.

فإن نقص أو قصور الإنزيم (هـــ) يؤدي إلى تراكم المادة (أ) في الجسم ونقص في المادة (ب).وبحسب طبيعة المادة (أ) قد تكون سامة أو معقدة مما يؤدي إلى أعراض مختلفة عند الإنسان حسب موقع الإنزيم وأهميته. والأمراض الاستقلابية قد تصيب أي عضو أو جهاز في الإنسان مما يجعل الأعراض مختلفة مثل التخلف العقلي والنفسي عند الأطفال أو تضخم الكبد والطحال أو التأثير على العظام أو القلب، لذلك كان برنامج الكشف عن هذه الأمراض مهما قبل إصابة الطفل وبالتالي صعوبة العلاج في المراحل المتأخرة. **موقع الوراثة**

http://www.werathah.com/Meta.htm

١ – القرة داغي / فقه القضايا الطبية العاصرة، ص 258- 259.

٢ – تنتقل العدوى بهذا المرض **HEPATITIS** من الأم لطفلها، وفي حال دخول دم ملوث بفيروس المرض إلى الطفل، أو قد تحدث عن طريق إفرازات ومفراغات الجسم الملوثة، والتعرَض للإصابة بهذا المرض يؤدي إلى الإصابة باليرقان والتهاب كبدي مزمن، وازدياد في حالات سرطان الكبدين المصابين.

و المصاب يعاني من أعراض هي أقرب ما تكون إلى أعراض الزكام، من ارتفاع في درجة الحرارة و ألم عام في الجسم ، وضعف عام ، وقد يصاب المريض بحالة غثيان وفقدان الشهية و ألم في الجانب العلوي من البطن ويصبح لون البراز أكثر شحوبا. والعنصر الأهم والأكثر إشارة إلى المرض هو ظهور (اليرقان) أي الاصفرار في الجلد والعينين مما يعطي مؤشر ا قويعلى وجود المرض ، والعنصر الأهم في الموضوع هو اختبرات المختبر والذي يبين وجود المرض و إلا فإن الخطورة أن يتحول المرض إلى حالة مزمنة ينشط فيه ا الفيروس بمهاجمة خلايا الكبد ، مما قد يؤدي إلى تليف الكبد ومن ثم إلى عملية تشمع الكبد أو إمكانية إصابة المريض بأورام الكبد وخاصة سرطان الكبد . وفي حال كان هناك إشارة إلى وجود المرض، فإنه من الضروري عمل فحوصات مخبرية تبين نشاط الفيروس في الدم عبر فحص (**HBE – AJ**) وفحص يبين كمية الفيروس في الدم (**BCRHBV-DNA**) ومن المخاطر التي يعاني منها المصابون بفيروس (**HBV**) هي إمكانية إصابتهم بفيروس (**D**) والذي لا يوجد في العادة إلا عند المصابين بالالتهاب الكبدي (**B**) حيث أنه يتطفل هذا الفيروس تحديدا دون سواه مما يضاعف خطورة الإصابة المزمنة لالتهاب الكبد (**B**) والذي يعتبر أكثر انتشارا بين الناس ومن مخاطر هذا المرض والتي تؤدي إلى زيادة

2 – الأمراض الوراثية التي أصابت الخاطب والمخطوبة، أما إذا كانت الإصابة الوراثية موجودة في أحدهما دون الآخر، فإن نسبة انتقال المرض إلى الأولاد قليلة، أو نادرة بإذن الله. وأما وجود الإصابة بالمرض الوراثي في كلا الطرفين، فإن الحكم الفقهي هو كراهة الإقدام على هذا الزّواج، ولا يصل إلى الحرمة إلا في مرض الإيدز، لأن انتقال المرض وإن كان على حسب الظن الغالب، ولكنه لا يبلغ درجة القطع كما يقول الأطباء، لكن لابد من إعلامها بذلك، للاستعداد لذلك، وللبحث عن علاج للأطفال في الوقت المناسب ولا يفاجئنا.

فالفَحْص الطِّبي يكشف ما إذا كانت المرأة والرجل خاليين من تلك الاعتلالات، وهذا ما يسمى بالتوافق، وأما إذا كانت هذه الاعتلالات موجودة، فإنها تسبب بعض الأمراض للأولاد في المستقبل وهذه تسمى حالة عدم التوافق[1].

والكشف عن ذلك يكون بفحص البويضة الملقحة لمعرفة ما إذا كانت مصابة أو سليمة، والأجدر هو إتمام ذلك عن طريق زراعة الأنابيب التي تكون خارج الرحم في البداية، فإذا ظهر أنها مصابة لا تغرس في الرحم، وإذا كانت سليمة تغرس[2].

وأما إذا تركت البويضة الملقحة في الرحم، ثم اكتشفت إصابتها فإن حكم الشرعي يختلف من قبل **42** أربعين يوما إلى ما بعد ذلك على تفصيل .

3 – الأمراض التي تؤثر على أحد الزوجين في القيام بدوره بالشكل المطلوب، وهذه الأمراض تشمل الأمراض النفسية والأمراض العضوية.

انتشاره خاصة بين الأطفال هو أن إحدى طرق انتقال العدوى به ، هي انتقال المرض من الأم إلى جنينها عند الولادة ، بينما لم يثبت لغاية هذه اللحظة إمكانية انتقال فيروس (**C**) من الأم إلى جنينها.

وأهم وسائل انتشار الالتهاب الكبدي الفيروسي هي التعرض المباشر لإفرازات الجسم المختلفة بشكل مباشر خاصة عند نقل الدم وأثناء العملية الجنسية وسواها من الوسائل كالوشم وتعاطي المخدرات والاشتراك مع الآخرين بالأدوات الطبية الخاصة غير المعقمة حيث يكون استخدام الأدوات الطبية الغير معقمة خاصة عند أطباء الأسنان احد الأسباب الرئيسية لانتشار المرض مع الأسف الشديد لذلك ننصح المرضى الذين يراجعون عيادات طب الأسنان أن يتأكدوا من تعقيم الأدوات حيث أن هذا الموضوع حقّ شخصي للمريض . موقع مركز الخبراء على النت **http://experts-center.com/2.htm**

١ – مجلة الشباب، السنة السادسة، العدد التاسع والستون، شعبان 1425هـ، ص 22. المطلق / الزواج العرفي، ص 138.

٢ – الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 91.

فمن الأمراض النفسية الخطيرة مرض انفصام الشخصية، وإن لم يصل إلى حدّ الجنون، ومرض الاكتئاب المزمن.

ومن الأمراض العضوية ما يتعلق بالأعضاء التناسلية للطرفين، وقد تنبه إلى ذلك الفقهاء منذ القديم[1].

وهناك أمراض تتعلق ببعض الإصابات، كالإصابة في العمود الفقري، حيث يعيقه ذلك عن أداء الحقوق الزوجية على الوجه المطلوب.

والأمراض بصفة عامة منها ما هو قابل للعلاج، وأخرى غير قابلة من حيث الواقع الحالي اليوم، وحتى الأمراض الوراثية منها ما هو قابل للعلاج الجِينِي اليوم ومنها ما ليس قابلا، وما يزال الطب في بحث وتقدم.

رابعا: إيجابيات الفَحْص الطِّبي.

1 – تعتبر الفحوصات الطِّبية قبل الزّواج، من الوسائل الوقائية الفعالة جدا في الحد من الأمراض الوراثية، والمعدية والخطيرة[2].

فمثلا عدم الزّواج بين حاملي الجينات المعتلة نفسها، يؤدي إلى انخفاض في نسبة الأمراض الوراثية[3].

2 – الفحوصات تشكل حماية للمجتمع من انتشار الأمراض والحدّ منها، والتقليل من أيّ كوارث تحدث هزات مالية وإنسانية للأفراد والأسرة والمجتمعات، خاصة لدى ارتفاع نسب المعاقين في المجتمع، وتأثيره المالي والإنساني من كون متطلباتهم أكثر من حاجات الأفراد الآخرين، وذلك لا شك مرهق لمزانية الدول على حساب ضروريات أخرى.

---

١ – سحنون / المدونة، ج04، ص 211– 212، والبراذعي / تهذيب المدونة، ج01، ص315، ابن قدامة / المغني، ج07، ص 5432، والمرداوي / الإنصاف، ج08، ص 186. النووي/ روضة الطالبين، ج07، ص177، ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج04، ص 304.

٢ – مجلة الشباب، العدد 69، ص 24.

٣ – الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 92.

فقد ذكرت مجلة الصحة السعودية أن حوالي اثنين وستين وثلاثة مائة **362** مليون ريال تنفق على علاج الأمراض الوراثية في السنة[1].

3 – تحاول هذه الفحوصات أن تضمن إنجاب أطفال أصحاء سالمين عقليا وجسديا من تزاوج الخاطبين المعنيين، وعدم انتقال الأمراض الوراثية التي يحملها أو يظهرها أحد الخاطبين أو كلاهما.

4 – تبين مدى إمكانية الإنجاب عند المقبلين على الزّواج من عدمه، ومعرفة الأسباب المحتملة للعقم، حسما للخلاف بين الزوجين قبل وقوعه، لأنه قد يفضي إلى الطلاق.

5 – التأكد من عدم وجود عيوب عضوية جنسية، تحيل من القدرة على إشباع رغبات الزوجين جنسياّ، لأن هذا من مقاصد الزّواج أيضا.

6 – يهدف إلى التحقق من عدم وجود أمراض مزمنة مؤثرة على الحياة الزوجية، ومربكة لاستقرار الأسرة، مثل مرض السرطان[2].

7 – ضمان عدم تضرر أحد الزوجين، من معاشرة الطرف الثاني جنسياّ، والتأكد من خلوهما من الأمراض الجنسية والمعدية.

8 – مدى إمكانية حمل المرأة، وعدم تضررها هي أو جنينها، وما هي الاحتياطات الواجب اتخاذها عند الضرورة.

9 – الكشف عن أمراض لا تمنع الزّواج، ولكن تؤثر في الحمل والوراثة والذرية، مثل عامل الريسوس **Rh** ومرض القطط والكلاب[3].

---

١ – مجلة الصحة، الرياض، العدد الخامس، يناير – فبراير سنة 2002 ، ص 212.

٢ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية، ص 84 -85.

٣ – القرة داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 260. مرض القطط والكلاب (**Toxoplasma**) ويسمى داء المقوسات وهو مرض مشترك بين الإنسان والحيوان، تنتقل فيه العدوى عن طريق تناول أطعمه ملوثة بإفرازات القطط أو أكل اللحم النيئ المصاب، وقد ينتج عن هذه العدوى ولادة أطفال مصابون بالتخلف العقلي أو العمى أو إستسقاء الرأس. أما في البالغون فقد لا تظهر أي أعراض عليهم رغم أنهم مصابون وقد تكون الأعراض الوحيدة هي ارتفاع في درجة الحرارة أو زيادة حجم الغدد الليمفاوية خاصة في منطقة الرقبة وينتج عن هذه الإصابة الإجهاض أو ولادة أطفال غير أحياء. موقع على الإنترنت **www.alborglab.com/HealthTip08.aspx**.

خامسا: سلبيات الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج

هناك سلبيات ومحاذير للفَحْص الطِّبي قبل الزّواج يمكن أن نلخصها فيما يلي[1]:

1 – وقوع الزوجين أو أحدهما في حالة من القلق واليأس والاكتئاب، يقول الدكتور حسان حتحوت: هل في صالح الإنسان أن يعلم عن نفسه أمورا نعتبرها الآن في حوزة المستقبل، وما شعوره إن علم أنه سيموت في حوالي سن الأربعين، أو أنه سيصاب بمرض شلل العضلات في سن الخمسين، وهذا ليس رجما بالغيب، ولا ادعاءا بمعرفة المستقبل، ولكنه كما ترى الهلال في أول الشهر، فتقول سيكون بدرا بعد أسبوعين، فقراءة الجين حاضر معلوم ينبئ بمستقبل محتوم، وبالتالي يظل المريض حائرا، هل يقدم على الزّواج أو يحجم عنه، وهل يقلق أم يطمئن[2].

2 – الفَحْص قد يؤدي إلى إحباط نفسي واجتماعي، فمثلا لو أثبتت الفحوصات أنّ هناك احتمالا لإصابة المرأة بالعقم أو بسرطان الثدي، واطلع الآخرون على ذلك، فإن هذا يسبب لها ضررا، ويمكن أن يقضي على مستقبلها.

3 – تبقى بعض الأمراض احتمالية، وليس فيها نتائج حتمية قطعية.

4 – قد يحرم الخاطبان من الزّواج نتيجة نتائج احتمالية غير أكيدة.

5 – قلما يخلو الإنسان من الأمراض الوراثية، وخاصة إذا علمنا أن عددها يفوق ثمانية آلاف مرض وراثي.

6 – إن التسرع في إعطاء المشورة الصحية، قد يسبب مشاكل أكثر مما يحلها، وخاصة عند إفشاء السر[3].

---

١ – حسن صلاح الصغير عبد الله / مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007، ص22- 25 .

٢ – القرة داغي / المرجع السابق، ص 261.

٣ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية، ص 86 – 87.

7 – إيهام الناس أن إجراء الفَحْص الطِّبي سيقيهم من الأمراض الوراثية، وإيهام الناس أن زواج الأقارب هو السبب المباشر لهذه الأمراض الوراثية المنتشرة في المجتمع، وهو أمر غير صحيح على إطلاقه[1].

8 – الفَحْص الطِّبي وخاصة المتعلق بالجينات، مكلف من الناحية المادية، وهذا ما يؤدي إلى تحميل الراغب في الزّواج أعباء مالية زيادة على أعباء الزّواج، وربما أدى ذلك إلى عدولهم عن الزّواج[2].

أهمية السرية التامة، وعدم كشف هذه الفحوصات إلا لصاحبها، وهذا الأمر قد لا يمكن التحكم فيه تحكمًا تامًّا.

سادسا: كيفية الفَحْص وأنواعه.

هناك أنواع كثيرة للفحص الطِّبي وكشف الأمراض، ومن أهمها بالنسبة للراغبين في الزّواج من الجنسين:

1 – الفَحْص الكشفي عن مرض فقر الدم المنجلي.

2 – الفَحْص للكشف عن اعتلالات الهيموغلوبين، مثل التلاسيميا وأمراض الدم الأخرى.

3 – اختبار أنزيم **G6BD** لكشف أمراض الدم الأنزيمية، عند وجود تاريخ عائلي للمرض، أو مؤشرات طبية دالة عليه.

4 – الفَحْص الكشفي لاختلال سلاسل صبغة الهيموغلوبين التلاسيميا عن طريق التحليل لعناصر الكبد، وتقدير صبغة الهيموغلوبين **FA2**.

5– اختبار نشاط عامل التخثر الثامن والتاسع للكشف عن الهيموفلايا (**أ ب**) عند وجود تاريخ عائلي للمرض أو المؤشرات الطِّبية الدالة عليه.

6 – اختبار**RPR** للكشف عن مرض الزهري وفحص **TPHA** لتأكيد النتائج الإيجابية.

7 – الفَحْص الكشفي (والتأكيدي إذا لزم الأمر) عن فيروس نقص المناعة المكتسب**SIDA**.

---

١ – الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 92 –93.

٢ – الشويرخ / الرجع السابق، ص 94.

8 – اختبارات فحص التهابات الكبد الفيروسية بنوعيها **B.C** [1].

سابعا: تقسيم الفحوصات من حيث الرجل والمرأة الراغبين في الزّواج.

هناك فحوصات تجرى للرجل وأخرى للمرأة، وهي كالتالي:

أولا: التحاليل المخبرية للرجل.

1 – فحص البول والبراز وصورة الدم الكاملة وسرعة الترسب، وهذه التحاليل تظهر نصف أمراض الإنسان تقريبا.

2 – تحليل المني عند الرجل، ويكون بحساب عدد الخلايا المنوية التي يجب أن لا تقل عن مائة مليون في السنتمتر مكعب(**100** مليون/ سم ^{3})، وإذا قلت عن ذلك دل على وجود عيوب في الهرمونات التي يجب علاجها قبل إتمام الزّواج.

وتتأثر خلايا المني عددا وشكلا ونوعا، بثلاثة هرمونات تأتي من الغدة النخامية **Petuitary**، وهرمون رابع من الخصية، ولذلك تحدد نسبة الهرمونات.

3 – فحص البروستاتا، بتحليل السائل المعصور من البروستاتا، لعلاج ما فيه من أمراض قبل الزّواج، وإذا تم الزّواج قبل علاج البروستاتا، فإن الرجل ينقل إلى امرأته ما فيه من أمراض.

4 – مرض السكري وهو أخطر الأمراض الوراثية، ولا يصح أن يتزوج مريض بالسكري امرأة فيها مرض السكري، لأن الأطفال سيكونون أكثر عرضة للإصابة بهذا المرض الوراثي.

ومن الخطأ أن تقاس نسبة السكر عندما يكون الإنسان صائما، بل يجب تحديد نسبة السكر بعد الأكل بساعتين، وهذا الاختبار هو الأهم في كشف مرض السكري وتحديد نسبته.

5 – فحص القلب والكبد والكلى قبل الزّواج، لعلاج أمراضها.

6 – اختبار الزهري (فاسرمان) لعلاجه إن كان المرض موجودا.

7 – تحديد نوع عامل الريسوس **Rh** لتجب عواقبه في الأطفال المولودين بعد أول طفل.

---

١ – القرة داغي / فقه قضايا الطبية المعاصرة، ص269 – 270.

ثانيا: التحاليل المخبرية للمرأة.

1 – تختبر المرأة في معمل الاختبارات العامة (الزهري والبول والبراز، وصورة الدم الكاملة وسرعة الترسب) وتحديد نسبة الهرمونات.

2 – اختبار عامل ريسوس**Rh** في الدم هو أهم اختبار للمرأة، لأنه يؤثر في الحمل وفي حياة أولادها.

وإذا كانت المرأة سلبية (**Rh**–) كان حملها الأول طبيعيا عاديا سويّا، ولكن يجب عليها في هذه الحال أن تحقن بالدواء المضاد **Anti-D** في أول وضع، حتى لا تحدث عندها مضاعفات **Rh-Ve**، وإذا لم تحقن المرأة السلبية هذه الحقنة **Anti-D** في الوقت المحدد 72 ساعة، فسوف يحدث عندها إجهاض متكرر بعد أول حمل، ولن ينفعها علاج.

وعندما تحقن في وقتها المناسب، يحمى الأطفال القادمون من تكسر كريات الدم الحمراء، مما يتلف خلايا مخ الطفل.

3 – ومن الاختبارات الخاصة بالمرأة توكسوبالزموزس الخاص بمرض القطط والكلاب، وتصاب المرأة بإجهاض إذا أصابها هذا المرض.

4 – وقد يعمل اختبار بالموجات الصوتية للرحم والمبيض وقناتي البيض[1].

ثامنا: حكم إجراء الفَحْص الطِّبِي.

في القديم لم تكن هناك حاجة للبحث في هذا الموضوع، وذلك لما اتصف به الأوائل من الصدق والأمانة في الإخبار عن العيوب والإفصاح عنها،كما أن المستوى العلمي كان بسيطا وتقليديا، و لم تكن وسائل العلاج متطورة بحيث يكشف من خلالها عن بعض الأمراض الظاهرة والتي تشكل خطرا على حياة الزوجين والأولاد، وعن الأمراض الجِينِية والوراثية التي تستطيع أن تنتقل عبر عدة أجيال، والتي يكن أن تؤدي مشاكل خطيرة للنسل.

١– القرة داغي/ فقه قضايا الطبية المعاصرة، ص271 – 273. وحوارات مباشرة موقع **/www.islamonline.net/LiveDialogue**

ولقد اختلف علماء العصر في حكم الفَحْص الطِّبي ومدى مشروعية الإلزام به، على حسب الأدلة والقواعد الشرعية المتاحة لهم في مثل هذه النوازل.

القول الأول: إن إجراء الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج جائز شرعا، وبذلك صدرت توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطِّبية، وبه قال جمع من أهل العلم.

واستدل القائلون بجواز الفَحْص الطِّبي بالأدلة التالية:

1 – الشريعة تدعو إلى الحفاظ على النسل باعتباره من الكليات الخمس، التي تضافرت الآيات والأحاديث على الاهتمام بها والدعوة إلى رعايتها، وقد دعا الأنبياء ربهم بأن يرزقهم ذرية طيبة قال زكريا عليه السلام ﴿قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴿٣٨﴾﴾ **آل عمران:** ٣٨، وعلى هذا فلا مانع من الحرص على أن يكون نسل الإنسان صالحا غير معيب، ودعا المؤمنون ربهم قائلين:" ﴿رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴿٧٤﴾﴾ **الفرقان:** ٧٤، و لا تكون الذرية قرة أعين، إذا كانت مشوهة الخلقة، متخلفة عقليا، ناقصة جسديا، وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم:" **تخيروا لنطفكم**"[1]، وفيه حثٌّ على حسن اختيار المرأة، من حيث الصفات الأخلاقية والخلقة، وكل هذه الأغراض تهدف إلى تحقيقها عملية الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج[2].

2 – الفَحْص الطِّبي يعمل على المحافظة على كيان الزوجية نفسه، فالمرأة أو الرجل، إذا كان به عيب من العيوب، فإنه يوجب الفسخ عند البعض، ولا شك أن المفاجأة بالمرض قد تزيد المرأة أَلَمًا على أَلَمِ الفراق والفسخ، وعلمها بذلك قبل الزّواج، قد يساعدهما على تهيئة نفس كل واحد منهما قبل وقوع الزّواج.

---

١ – ابن ماجه في السنن، باب: الأكفاء، ج 01،ص633، رقم 1968، والدارقطني في سننه، ج03، ص ص299، رقم 198، والحاكم في المستدرك، ج02، ص176، رقم 2687، قال الذهبي، فيه سنده الحارث وهو متهم، وعكرمة ضعفوه، وقال ابن حجر: ومداره على أناس ضعفاء، تلخيص الحبير، ج04، ص255، وقال الزيلعي: الحديث مروي من طرق كلها ضعيفة، يراجع: نصب الراية، ج06، ص86.

٢ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية، ص 94. والشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 132.

3 – ومن الأدلة العامة الدالة على ضرورة اجتناب المصابين بأمراض معدية أو وراثية، قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا توردوا المُمْرِضَ على المُصِحّ** "[1] والنص فيه أمر باجتناب المصابين بالأمراض المعدية والوراثية، وقوله عليه السلام:" **لَا عَدْوَى وَلَا طِيَرَةَ وَلَا هَامَةَ وَلَا صَفَرَ، وَفِرَّ مِنْ الْمَجْذُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنْ الْأَسَدِ** "[2]. و هذا لا يعلم إلا عن طريق الفَحْص.

4 – عن أسامة بن زيد رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :" **إِنَّ هَذَا الْوَجَعَ أَوِ السَّقَمَ رِجْزٌ عُذِّبَ بِهِ بَعْضُ الأُمَمِ قَبْلَكُمْ ثُمَّ بَقِيَ بَعْدُ بِالأَرْضِ فَيَذْهَبُ الْمَرَّةَ وَيَأْتِي الأُخْرَى فَمَنْ سَمِعَ بِهِ بِأَرْضٍ فَلاَ يَقْدَمَنَّ عَلَيْهِ وَمَنْ وَقَعَ بِأَرْضٍ وَهُوَ بِهَا فَلاَ يُخْرِجَنَّهُ الْفِرَارُ مِنْهُ** "[3]

وعن الشريد بن سويد الثقفي رضي الله عنه قال: كان في وفد ثقيف رجل مجذوم، فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم:" **إنا قد بايعناك فارجع** "[4].

فالنبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتوقي من الأمراض، والابتعاد عن مواطن المرض، وعدم مخالطة أصحابها، لما يترتب عن هذه مخالطة من انتقال العدوى إلى الأصحاء[5].

5 – الدعوة إلى اختيار المرأة الولود المكثرة من النسل، ولا شك أن السّلامة من الأمراض الموجبة للعقم، لا تعرف إلا عن طريق الفَحْص الطِّبي لذا جاء في قوله صلى الله عليه وسلم:" **تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثرٌ بكم** "[6].

---

١ – البخاري في الصحيح، باب لا عدوى، ج05، ص2177، رقم5439. طبعة مصطفى البغا.

٢ – البخاري في الصحيح، باب: الجذام، ج 05، ص2158، رقم5380، ومسلم في الصحيح، باب: لا دعوى ولا طيرة ولا هامة، ج07، ص31، رقم5920، طبعة دار الجيل. ولفظ الحديث للبخاري.

٣ – أخرجه البخاري في كتب أحاديث الأنبياء، باب: ما يكره من الاحتيال في الفرار من الطاعون، ج06، ص2557، رقم 6573، ومسلم في كتاب: السلام، باب: الطاعون والطيرة والكهانة،ج07، ص28، رقم5908.

٤ – مسلم، كتاب: السلام، باب: اجتناب المجذوم ونحوه، ج07، ص 37 رقم5958.

٥ – الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 130 – 131.

٦ – رواه الحاكم في المستدرك، ج02، ص176، رقم2685، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه بهذه السياقة، وقال الذهبي: في التلخيص: صحيح، ورواه ابن حبان في صحيحه، ج09، ص338، رقم4028، وأبو داود في السنن، باب: النهي عن تزويج لم يلد من النساء، ج03، ص 175، رقم 2052، وأحمد في المسند، ج 02، ص63، رقم 12613، قال الهيثمي: إسناده حسن، وقال شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح لغيره.

6 – ضرورة الاطلاع على العيوب الموجودة في المرأة حتى لا تظلم بالفراق، وعلى الولي أن يطلع الزوج بذلك قبل العقد، فإن رضي بها لم يظلمها، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا خطب امرأة من المهاجرين، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم:" **انظر إليها فإنّ في أعين الأنصار شيئا** .[1]"

7 – الفَحْص الطِّبي لا يعتبر افتئاتا على الحرية الشخصية، لأن فيه مصلحة تعود على الفرد أولا، وعلى المجتمع ثانيا، وإن نتج عن هذا التنظيم ضرر خاص لفرد أو لأفراد معينين، فإن القواعد الفقهية، تقرر أن" **يرتكب أخف الضررين وأهون الشرّين** "[2] وأنه " **يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام** "،كما أن دفع الضرر العام واجب[3].

قال الشاطبي:" وإذا تعارض الضرران فالمرتكب أخفهما وأسهلهما وبعض الشر أهون من جميعه.[4]"

8 – قاعدة " **الدفع أولى من الرفع** ."[5]، حيث إنه إذا أمكن دفع الضرر قبل وقوعه، فهذا أولى وأسهل من رفعه بعد وقوعه.

9 – الوسائل لها حكم الغايات، أو **الوسائل لها أحكام المقاصد**، فوسائل المأمورات مأمور بها، ووسائل المنهيات منهي عنها[6]، فإذا كانت الغاية هي سلامة الإنسان العقلية الجسدية، فإن الوسيلة المحققة لذلك مشروعة أيضا، ولا شك أن الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج يحقق مصالح مشروعة للفرد والأسرة والمجتمع، ويدرأ مفاسد اجتماعية ومالية على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، وهذه من الأسباب المأمور بها شرعا.

---

١ – رواه مسلم في صحيحه، باب: ندب النظر إلى وجه المرأة وَكَفَّيْهَا لِمَنْ يُرِيدُ تَزَوُّجَهَ، ج04، ص142، رقم3550.

٢ – الشنقيطي / المصالح المرسلة، ص 18.

٣ – ابن باد شاه / تيسير التحرير، طبعة دار الفكر، ج 02، ص 301. والزرقا / شرح القواعد الفقهية، القاعدة الخامسة والعشرون، ص197.

٤ – الشاطبي / الاعتصام، طبعة المكتبة التجارية الكبرى مصر، ج02، ص 229.

٥ – أورد السيوطي القاعدة بلفظ" **الدفع أقوى من الرفع**" الأشباه والنظائر، ص138، وعند ابن الأمير الحاج، "**الدفع أسهل من الرفع**"، التقرير والتحبير، ج01، ص365، وج02، ص 271. والزرقا / شرح القواعد الفقهية، ص 81 .

٦ – ابن العثيمين / الأصول من علم الأصول، دار ابن الجوزي، الرياض، ط/1426هـ، ص 28.

قال ابن القيم: "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها، إلا بأسباب وطرق تُفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها، بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل"[1].

القول الثاني: لا حاجة لإجراء الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج، والأولى تركه واستدل هذا الفريق بجملة من الأدلة أهمها:

1 – عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن الله عزّ وجلّ يقول: " **أنا عند ظن عبدي** [2]."

وجه الدلالة: إن الواجب على العبد إحسان الظن بالله، وإذا فعل ذلك، لا يحتاج إلى إجراء الفحص قبل الزّواج

المناقشة: الأخذ بالأسباب لا ينافي حسن الظنّ في الله، فالمؤمن مأمور شرعا أن يتخذ الأسباب مع حسن التوكل على الله، وهذا هدي النبي صلى الله عليه وسلم، فقد لبس درعين في غزوة أحد[3] مع تمام التوكل، ومن الأخذ بالأسباب إجراء الفحص قبل الزّواج للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الخطيرة0

2 – أما من المعقول، فقالوا: إن الفحص قبل الزّواج قد يعطي نتائج غير صحيحة، وعند ذلك تكون القرارات المبنية عليها غير صحيحة.

---

١ – ابن قيم الجوزية / إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة الكليات الأزهرية، ط/ 1963، ج03، ص164.

٢ – رواه البخاري، كتاب : التوحيد، باب: قول الله:" ويحذركم الله نفسه."، ج 06، ص2694، رقم6970، ومسلم، باب: الحث على ذكر الله تعالى، ج08، ص62، رقم 6981.

٣ – أبو داود في كتاب: الجهاد، باب: في لبس الدروع، ج 02، ص336، رقم 2592، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: السير، باب: التحصين من البأس، رقم 8529، وابن ماجه، كتب: الجهاد، باب: السلاح، ج 02، ص938، رقم 2806. وقال الألباني: صحيح. يراجع: صحيح أبي داود، طبعة: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت، ط01/ 2002، ج07، ص 339، رقم2332.

المناقشة: عدم التسليم بكون نتائج الفحص غير صحيحة، لكونه يجري وفق خطوات علمية، تضمن دقة النتائج بإذن الله، وما يقع من خطأ على سبيل الفرض فهو في الجهد البشري، وليس في الفحص نفسه.

3 – إن الأصل سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية وغيرها، فنتمسك بالأصل، وتنتفي الحاجة إلى إجراء الفحص.

المناقشة: الحاجة قائمة حتى يكون كل واحد من الزوجين على بينة فيما يقدم عليه، ولا سيما الأمراض الوراثية المتنحية التي تتصف بكون الشخص حاملا للجين المعتل، ولا تظهر عليه أعراض المرض، ولا طريق إلى معرفة ذلك إلا بالفحص[1].

القول الثالث: يجوز لولي الأمر أن يجبر الراغبين في الزّواج على الكشف أو الفَحْص الطِّبي، بحيث لا يتم الزّواج إلا بإعطاء شهادة طبية، تثبت خلوهما من أي مرض يشكل خطرا على حياة الزوجين أو يهدد سلامة النسل مستقبلا. وممن قال بذلك: نصر فريد واصل، ومحمد الزحيلي، وناصر الميمان، وحمداني ماء العينين، وعبد الله بن إبراهيم موسى، ومحمد شبير، وعارف علي عارف، وأسامة الأشقر، ومحمد عبد الستار الجبالي، وغيرهم، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1 – الأدلة العامة من الكتاب والسنة على وجوب طاعة أولي الأمر، فيما ليس بحرام.

2 – الأدلة العامة على حماية الإنسان لنفسه، وعدم الوقوع في التهلكة.

3 – الأدلة العامة على وجوب الحفاظ على النسل، الذي هو من الضروريات.

زيادة على الأدلة الواردة في القول الأول[2].

وسنعود إلى هذا القول بمزيد من التفصيل.

---

١ – الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، ص 127 – 129.

٢ – القرة داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 282 – 283. وحسن صلاح الصغير / مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي، ص111.

القول الرابع[1]: لا يجوز إجبار أي شخص لإجراء الاختبار الوراثي على الخصوص، ويجوز تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة، بأهمية الاختبار أو الفحص الوراثي، وممن قال بذلك، عبد العزيز بن باز، وعبد الكريم زيدان، ومحمد رأفت عثمان، ومحمد عبد الستار شريف.

واستدل هذا الفريق بما يلي:

1 – أركان الزّواج وشروطه التي جاءت بها الأدلة الشرعية محددة، وإيجاب الفحص على الناس وجعله شرطا للنكاح تَزَيُّدٌ على الشرع، وهو شرط باطل، وقد صحَّ عن النبي صلى الله عليه وسلم:" **كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.**[2]"

المناقشة: يمكن أن يناقش، بأن من أركان الزّواج، المحل، ومن شروطه السلامة ، حتى يتأتىَّ منه القيام بالهدف المتوخى من الزّواج، فإن إصابة الزوجين أو أحدهما بمرض وراثي خطير، يعيق بل يزلزل استقرار الحياة الزوجية العادية، ويهدد مستقبل الأسرة، ويجعلها تعيش في جحيم بسبب الأولاد المصابين أو المعاقين أو المشوهين، فاشتراط السلامة من الأمراض خادم للمقصود من الزّواج، فكيف يكون شرطا باطلا، والوسيلة لذلك هي وجوب الفَحْص الطِّبِي.

2 – النكاح لا يلزم منه الذرية، فقد يتزوج الرجل من باب المتعة فقط، فلا وجه لإلزامه بالفحص الوراثي كما هو الحال في كبار السنّ.

المناقشة: ويمكن أن يناقش ، بأن الزّواج من غير رغبة في الأولاد في حكم القليل النادر، والنادر لا حكم له هنا بل يلحق بالغالب الأعم.

وما الحكم إذا منعنا المرأة من الحمل بكل الوسائل المتاحة ووقع الحمل وكان مصابا بمرض وراثي ؟ فالاحتياط هو إجراء الفحص لسلامة الزوجين والأولاد، على فرض وجودهم في المستقبل.

---

١ – القرة داغي المرجع السابق، ص 273 – 284.

٢ – ابن ماجه في سننه، باب: المكاتب، ج02، ص 842، رقم 2521، وقال الألباني: صحيح، وأما لفظ البخاري ومسلم " ما كان من شرط... " البخاري، ج02، ص759 رقم2060، ومسلم، ج04، ص214، رقم3852.

3 – الفحص غالبا يكون على مرضين أو ثلاثة على أن يصل إلى درجة الكثرة، والأمراض الوراثية أكثر من ثمانية آلاف مرض وراثي، وهي في كل يوم في ازدياد، فإذا ألزمنا الشباب بالفحص، وقع العزوف عن الزّواج وانتشر الفساد.

المناقشة: يمكن أن يناقش، بأن الفَحْص الطِّبي الوراثي على الخصوص، لا يكون إلا على الأمراض الخطيرة على أن تكون واسعة الانتشار، وهي معروفة ومعلومة عند أهل الاختصاص، والأمراض الوراثية تختلف من منطقة إلى أخرى، ومن بيئة إلى ثانية، وأما عن تكاليف العلاج، فالأصل أن تتحملها الدولة، أو أن العلاج يكون في المصحات العمومية.

4 – قوله صلى الله عليه وسلم:" **إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه**[1] ". و لم يقل عليه السلام **وصحته**، والأصل أن الإنسان سليم، ولقد اهتم الحديث فقط بالأصول، الدين والخلق.

المناقشة: الحديث ذكر بعض الأصول دون بعض لمعرفتها، أو لأنها مما يتساهل فيه الناس غالبا، كما أظن أن الحديث جاء على سبيل التوجيه والإرشاد لا على سبيل الوجوب الإلزام، وإلا فكل متفق على أن زواج قليل الدين أو قليل الخلق صحيح.

وكما سكت الحديث عن اشتراط السلامة من الأمراض، سكت عن الصداق وسكت عن الشهود، وعن رضا البنت، و لم يقل أحد أن وجود الدين والخلق يلغي بقية المقومات والشروط.

وقد رد النبي صلى الله عليه وسلم رجلا مجذوما من ثقيف، وذلك قبل أن يدخل إلى المدينة للمبايعة، فهل المبايعة أكبر شأنا في نقل العدوى من الزّواج، لا شك أن الزّواج أخطر لما فيه من المخالطة والمعاشرة.

كما أن النبي صلى الله عليه وسلم نبه إلى أن العيب الخَلقي قد يكون سببا في عدم رغبة الخاطب في الارتباط بالمخطوبة، حيث قال لرجل خطب أنصارية " **فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئا.**[2]"، وهذا مع وجود صفة الدين والخلق في المخطوبة.

---

١ – الترمذي في السنن، باب: إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، ج 03، ص394، رقم 1084، وابن ماجه، باب: الأكفاء، ج01، ص632، رقم1967، والحديث حسنه الألباني، يراجع: إرواء الغليل، ج06، ص266.

٢ – رواه مسلم، باب: باب نَدْبِ النَّظَرِ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ وَكَفَّيْهَا لِمَنْ يُرِيدُ تَزَوُّجَهَا، ج04، ص142، رقم3550.

موازنة وترجيح، ووجه السّياسة في الفَحْص الطِّبي.

من خلال عرض الأقوال السابقة، أرى أن أولى الأقوال بالصواب، هو القول القائل بجواز الفحص قبل الزّواج، وكذا القول الثالث، الذي يرى أن ولي الأمر له الحق في إجبار الراغبين في الزّواج على إجراء الفَحْص الطِّبي.

فالأصل في إجراء الفحص أوالكشف الطِّبي للخاطبين قبل الزّواج هو الجواز، فإذا رأى ولي الأمر أن مصلحة الأمة تتحقق بوجوبه وإلزامه، بأن كانت هناك أمراض تهدد سلامة المجتمع، وأصدر قانونا يوجب فيه الكشف الطِّبي على المقدمين على الزّواج، أصبح الفَحْص الطِّبي عند ذلك إجباريا وواجبا.

وهذا أرجح الأقوال حسب رأيي، وذلك للأدلة التالية:

أولا: أدلة المعترضين على الفحص أو المانعين للإجبار، ليست قوية، وقد نوقشت بأجوبة وجيهة.

ثانيا: قوة ما استدل به المجيزون.

ثالثا: القول بمشروعية إجراء الفحص، يتحقق به حفظ النسل، الذي يعد من المقاصد الشرع الضرورية التي جاء بحفظها، وتحريم كل ما يخل بها ، قال الغزالي:" مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[1] .

كما أن الضروريات محفوظة من جانبين:

أولا: من جانب الوجود، بالحث على ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها.

ثانيا: من جانب العدم، بمنع ما تختل به، أو تنعدم، والاختلال المراعى سواء أكان واقعا أو متوقعا[2].

ويفهم من هذا أن كلّ ما يؤدي إلى درء الاختلال بحفظ النسل، موجودا أو سيوجد مستقبلا، يكون مشروعا، ويدخل في هذا الكشف الطِّبي، لأن وجود الأمراض الظاهرة أو الخفية وحتى الجِينية يؤدي إلى إضعاف النسل.

---

١ – الغزالي / المستصفى، تحقيق محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ط01/ 1997، ج01، ص417.

٢ – الشاطبي / الموافقات، ج02، ص8 – 9.

رابعا: من القواعد المقررة عند العلماء، قاعدة: " **إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما.** [1]"، فعند تزاحم مفسدتين، فإننا نراعي أعظمهما ضررا على أخفهما، وإذا نظرنا إلى الكشف الصحي وما يترتب عليه من مفاسد، كإفشاء سرّ المريض، وإحجام الراغبين في الزّواج عن إتمام ذلك، وتخوف الأزواج من المستقبل، والكآبة والإضطراب الذي يعاني منه المرضى، والتكاليف الباهضة للعلاج، ونظرنا من جهة أخرى إلى أن مفاسد عدم إجراء الفحوصات الطِّبية رأيناها أعظم وأكبر، وذلك لما يترتب عليها من إصابة النسل ببعض الأمراض الوراثية والصحية، التي تحيل الحياة إلى جحيم، ولا تمس الأفراد فقط بل تتعدى ذلك إلى الأسرة والمجتمع، وهي مفسدة أعظم وأرجح من الأولى.

فهذه المفسدة راجعة إلى إصابة النسل، الذي يعدّ حفظه من مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية، ويتحمل مع ذلك الضرر الأخف، لأن الضرر واقع لا محالة مع الاحتمالين.

وإذا رأى ولي الأمر مصلحة المجتمع في القضاء أو الحدّ من بعض الأمراض الخطيرة و المعدية، وحتى الوراثية والتي تشكل خطرا على الصحة العامة، فعند ما تلوح مؤشرات ظهورها أو وجودها وانتشارها في منطقة معينة، فله أن يصدر قرارا يلزم فيه المتزوجين من الإقبال على الفحص قبل الزّواج، حسما للشر قبل وقوعه، ولأن القاعدة تقول:" **الرفع أولى من الدفع** ".

فالفحص الإجباري من ولي الأمر يكون لفحوصات معينة من أمراض خاصة، ربما يكون في منطقة دون غيرها، وقد يسري القرار لمدة زمانية ثم يلغى أو يوقف، إذا رأى ولي الأمر أن المجتمع قد صحّ، وقد يطول أو يؤبد، وذلك حسب المصلحة، **فتصرفات ولي الأمر منوطة بالمصلحة.**

ويتأكد الفَحْص الطِّبي عند انتشار أمراض خاصة في المجتمع، كمرض فقر الدم الأنيما، أو بعض الأمراض المعدية كمرض إفلونزا الطيور، إفلونزا الخنازير**H1N1** وقد يترتب على نوع من الأمراض الحجز الصحي إذا اقتضى الأمر خوفا من انتقال العدى بين الأصحاء.

ويمكن أن تقيّد الأمراض التي يتم الكشف من أجلها بما يأتي:

أ – أن يكون ذلك المرض واضح الانتشار ومعروفا لدى أهل الاختصاص، وأن تكون نسبة انتشاره مقبولة علميا.

---

١ – السيوطي / الأشباه والنظائر، ص 87. والزرقا / شرح القواعد الفقهية ، ص 201.

ب – أن تكون نسبة الحاملين للمرض عالية، وفي زيادة متتالية بسبب تزاوج الحاملين له.

ج – أن تكون الوقاية ممكنة، إذا عرفنا الحاملين له قبل الزّواج.

د – أن تكون تكلفة العلاج معقولة، وعند ارتفاعها تتدخل الدولة في ذلك، أو أن يكون العلاج في المصحات العمومية.

وأفضل مثال على بعض الأمراض هو مرض التلاسيميا، وهو فقر الدم الوراثي لحوض البحر الأبيض المتوسط، أو أنيميا حوض البحر الأبيض المتوسط، يرثه الطفل من كلا الأبوين، فيصاب بفقر دم مزمن، وتصبح حياته رهن كيس الدم الذي يعطى له كل فترة عن طريق الوريد مرة في كل ثلاثة أو أربعة أسابيع.

وتشير الدراسات إلى أن نسبة المصابين بهذا المرض تتراوح بين **4**% إلى **10** % ، وأن نسبة المصابين من الأزواج الأقارب هي: **4**% ومن الأغراب**2**%.

كما ينصح بعدم الزّواج من الأقارب عند ظهور بعض الأمراض في الشجرة الوراثية للعائلة، فزواج الأقارب غير مرغوب فيه، إذا كان الزوجان يحملان نفس المرض، حتى ولو لم يكن ظاهرا فيهما، فإن ظهوره في الأولاد سيكون حتما- رغم أنه مباح شرعًا - فهو مصحوب بمعدل أعلى من العيوب الخَلْقية.

فالذي أراه أن ولي الأمر له إجبار الناس على الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج بقوة الشرع والقانون، في حال انتشار أمراض معينة وكان الزّواج أحد أسباب انتشاره، وهذا من باب السياسة الشرعية، وقد يرتب عقوبة مالية أو بدنية على عدم الالتزام بذلك، ومع ذلك يبقى العقد صحيحا من الناحية الشرعية لما فيه من استفاء للأركان والشروط، فلا يحكم بفساده أو بطلانه.

يقول الدكتور عارف علي عارف:" الفَحْص الطِّبي قد يحقق مصالح شرعية راجحة، ويدرأ مفاسد متوقعة، وليس في هذا مضادة لقضاء الله وقدره، بل هو من قضاء الله وقدره، وينفع التحليل الجِينِي خاصة في العائلات التي لها تاريخ وراثي لبعض الأمراض ويتوقع الإصابة بها يقينا أو غالبا، والمتوقع كالواقع، و الشرع يحتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه"[1].

وقد قيّد الفَحْص الطِّبي بضابطين:

---

١ - الأشقر / مستجدات فقهية، ص 92.

1 – الالتزام بالسرية في جميع مراحله، للزوجين والأطباء والعاملين بالمركز أو المختبر وجوبا حتمياّ، حيث لا يجوز أن يباح بهذه الأسرار، لما يترتب عليها من مفاسد وأضرار.

2 – إذا ثبت أن أحد الراغبين في الزّواج أو كلاهما مصاب بالمرض، أو أن أحدهما أو كلاهما يحمل الجين المصاب بمرض وراثي، فإن من الأخلاق الطِّبية توضيح أثر ذلك المرض في الآخر أو في الأطفال، وليس من أخلاق الأطباء المنع، ولاسيما في الأمراض الوراثية التي يمكن أن يأخذ فيها بالحذر، إما بالمنع من الإنجاب أو بالعلاج إن أمكن[1].

تاسعا: الفَحْص الطِّبي قبل الزّواج في قانون الأسرة الجزائري.

ما دمنا قد تكلمنا على إمكانية إجبار ولي الأمر للمقبلين على الزّواج، وإلزامهم بإجراء الفَحْص الطِّبي، فما موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة الفَحْص الطِّبي، وهل يلزم الزوجان أثناء إجراء عقد الزّواج الرسمي على تقديم شهادة طبية تبين خلوهما من الأمراض الخطيرة، أو العوامل الوراثية التي تسبب خطرا على حياة الزوجين، وكذا على حياة الأولاد مستقبلا.

لم يتطرق المقنن الجزائري إلى موضوع الفَحْص الطِّبي في قانون الأسرة القديم (قانون 1984)، أما في التعديل الجديد فمن خلال قراءة المادة السابعة مكرر التي أضيفت إلى قانون الأسرة بموجب الأمر رقم **5 – 2** لسنة **2005**، نجد أنها تَنصُّ في الفقرة الأولى على:" أنه يجب على طالبي الزّواج أن يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة شهور، تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل، قد يشكل خطرا يتعارض مع الزّواج[2]."

كما نجد أنها في الفقرة الثانية تنص على أنه "يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزّواج، من خضوع الطرفين للفحوصات الطِّبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل، قد تشكل خطرا يتعارض مع الزّواج ويؤشر بذلك في عقد الزّواج ".

---

١ – قرة داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 289.

٢ – هذا النص غير دقيق، لأنه يوجب على راغبي الزواج ضرورة السلامة من أي أمرض قد يشكل خطرا على الحياة الزوجية، والمرسوم التنفيذي كان أدق حين نص في المادة 02 منه على الشهادة الطبية تثبت خضوع الزوجين للفحوصات الطبية، بدل النص على الخلو من الأمراض، لأن الزوجين قد يتراضيا على الزواج رغم وجود المرض، ومطلوب من الموثق إعلامهما بالمرض ومع عدم اعتراضه على زواجهما أو رفضه إجراء العقد كما في المادة 07 من المرسوم التنفيذي.

فالمشرع الجزائري اشترط في عقد الزّواج تقديم شهادة طبية، تبين أن المقبلَيْنِ على الزّواج خاليان من الأمراض المعدية، ومن العوامل التي يمكن أن تشكل خطرا يتعارض مع الأغراض الأساسية من الزّواج مثل مرض السيدا (الإيدز) ومثل العقم وغيره من الأمراض المانعة للإنجاب.

وعلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يمتنع عن تحرير عقد الزّواج، إذا لم يقدم العاقدان تلك الشهادة الطِّبية التي لا يتجاوز تاريخ صدورها ثلاثة أشهر.

وإذا تهاون الموثق أو ضابط الحالة المدنية في أمر الشهادة، فإن ذلك سيعرضهما للعقاب الإداري والعقاب الجزائي.

والظاهر أن عقد الزّواج إذا ما تمّ من دون تقديم الشهادة الطِّبية القانونية، فإن العقد يبقى صحيحا، ولا يمكن اعتباره فاسدا أو باطلا، لأن القانون لم ينص على ذلك[1].

ويلاحظ أن الغرض من الشهادة الطِّبية هو مجرد الإعلام، وليس الإلزام، حيث يمنع ضابط الحالة والموثق، من رفض أي عقد زواج مهما كانت الأمراض، ومهمته تتوقف على إعلام الطرفين، بوجود الأمراض التي يحملها كل زوج منهما، وليس له أن يقف في وجه رغبتهما، ويؤشر بذلك على العقد.

فقد جاء في المرسوم التنفيذي رقم **06- 154** في المادة **07** منه:" يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد، من علمهما بنتائج الفحوصات التي يخضع لها كل منهما، وبالعوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزّواج، ويؤشر بذلك في عقد الزّواج.

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية، رفض إبرام عقد الزّواج، لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين[2].

أما نوع الفحوصات التي حددها المقنن فهي:

---

١ – عبد العزيز سعد / قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط/2007، دار هومة، الجزائر، ص52 – 53.

٢ – الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 16 ربيع الثاني 1427هـ، الموافق ل 14 مايو 2006، والمتضمن للمرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من الأمر المعدل للقانون رقم 84 – 11 الصادر في رمضان 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

– فحص عيادي شامل، وهو لا شك يكشف عن الأمراض الظاهرة كالسّل، والجدري.

– تحليل فصيلة الدم (**ABO + rhèsus**)، ومن خلالها تعرف بعض الأمراض مثل السّيدا **HIV**.

ويمكن أن يتوسع الفحص ليشمل بعض الأمراض الوراثية، خاصة في وجود أمراض وراثية متنقلة في سلسلة العائلة.

جاء في المادة **04** من المرسوم التنفيذي:" يمكن أن ينصب الفَحْص الطِّبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب، أو قابلية الإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها".

وهذا على سبيل الاختيار والرغبة لا على سبيل الإلزام، ويمكن التوجه إلى ذلك عند الضرورة، كانتشار بعض الأمراض في ظرف معين أو في مكان خاص.

الفصل الثاني

السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بإنشاء عقد الزّواج ومقوماته.

المبحث الأول: الزّواج العرفي.

المبحث الثاني: زواج المسيار.

المبحث الثالث: تحديد أعلى قيمة الصداق.

المبحث الرابع: الزّواج بالكتابيات.

المبحث الخامس: تعدّد الزّوجات.

المبحث الأول: الزّواج العرفي.

مقدمة:

التَّطور المتسارع للحياة وتعقد العلاقات الاجتماعية واقع لا ينكره أحد، فقد كانت الحياة مبنية على السذاجة والبساطة في المعاملات، وكانت النيات والقصود الحسنة هي الحاكمة بين الناس، فيكفي لتكوين الأسرة، أن يرتبط الرجل بالمرأة التي يريدها شريكة له في الحياة، فيتقدم إلى وليّ أمرها أوالمسؤول عنها، فيطلبها منه فيقع التراضي بينهما، وينتشر الخبر بين الناس، فيكون ذلك كفيلا حقيقيا يحمي حقوق الزوجين من أن تسلب، ويقي الأعراض من أن تنتهك أو تهان، وهذا النوع من الزّواج كان يقع من دون توثيق أو كتابة رسمية، بل يقوم أساسا على الأعراف السائدة والعادات الجارية تحكمه في ذلك الشريعة الإسلامية، ولذا سمي بالزّواج العرفي، غير أن هذا النوع من الزيجات لم يصبح له دور حقيقي في حماية الحقوق الزوجية، وخاصة حقوق المرأة والأولاد، وقام مقامه العقد الرسمي، فما هي حقيقة الزّواج العرفي، وهل يمكن الحدّ منه أو إنهاؤه، و هو ما هو دور ولي الأمر في ذلك وما أساس اجتهاده السياسي فيه، وما حكم هذا العقد إذا وقع من غير توثيق ؟

أولا: تعريف الزّواج العُرفي.

حتى تتضح حقيقة الزّواج العُرفي، يلزمنا تعريفه لغة واصطلاحا، باعتباره مركبا تركيبا إضافي، ثم باعتباره علما يطلق على مراد خاص.

أ – الزّواج: هو عبارة عن عقد يبيح حِلّ العشرة بين الرجل والمرأة، ويوجب لكل منهما حقوقا، ويلزمه بواجبات.

فهو رباط مقدس، بين الزوجين يملي عليهما التعاون على مشاق الحياة، ويفرض على كل من الزوج والزوجة، حقوقا والتزامات تتناسب مع الخلقة التي فطر كل منهما عليها. وهو في اللغة الارتباط والاقتران والاختلاط، أي أن الزّواج اختلاط بين الزوجين، واقتران لتحقيق غرض شرعي.

ب – العُرفي: نسبة إلى العرف من المعروف وهو ضد المنكر، ويقال: أعرفه الأمر أعلمه إياه.

وهو في اصطلاح أهل الأصول: ما اعتاده الناس وعاشوا عليه في جميع شؤون حياتهم الخاصة.

وعرفه عبد الوهاب خلاف بقوله:" هو ما تعارفه الناس، وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك.[1]" وهذا تعريف للعرف باعتباره من مبادئ الاجتهاد والاستنباط في التشريع الإسلامي.

وقد عرفه البعض بتعريف عام ومطلق، حتى يدخل فيه جميع ما اعتاده الناس، ولو كان مخالفا للشرع، كأنواع الأنكحة المنتشرة، والتي تدخل في إطار الزّواج العُرفي، لذا عرفه الأستاذ عبد الملك المطلق:" بأنه ما اعتاده أغلب الناس، وساروا عليه، سواء كان في عصر معين أو غير معين ".

فالعرف قد يكون مشروعا، وقد يكون غير مشروع، ولكن اعتاده أكثر الناس، وجعلوه في جملة المشروعات.

وعلى هذا فليس كل ما تعارف عليه الناس يكون حلالا، ولكن ما وافق الشرع هو المعتبر عند المنازعات. وقيّد العرف بفعل أكثر الناس، حتى يخرج القلّة، والعادة الفردية، وقوله: وساروا عليه، حتى يتم التعارف بينهم على هذا الفعل والأخذ به دون نبذه[2].

ج – تعريف الزّواج العُرفي اصطلاحا .

اختلف الكاتبون في موضوع الزّواج العُرفي، في إعطاء تعريف موحدّ لهذا الزّواج، نظرا لاختلاف وجهات نظر كل فريق، فكل واحد عرفه من الوجهة التي أرادها، وحدده وفق الزاوية التي عالجه من خلالها، ويتضح لنا من خلال التعاريف المتنوعة أنّ هناك اتجاهان:

---

١ – عبد الوهاب خلاف / علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت ط08، ص 89.

٢ – عبد الملك بن يوسف المطلق / الزواج العرفي، داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، تقديم وتقريظ الدكتور: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، دار العاصمة، ط2006/01، ص177 – 178.

الاتجاه الأول:

قد عرفت مجلة البحوث الفقهية الزّواج العُرفي:" بأنه اصطلاح حديث، يطلق على عقد الزّواج، غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوبا أو غير مكتوب.[١]"

فالزّواج العُرفي:" هو زواج استوفى شروطه الشرعية، دون أن يوثق رسميّا.[٢]"

وقد عرفه وهبة الزحيلي:" بأنه زواج متكامل، ومحقق لكل أركانه وشروطه ومقاصده الشرعية، إلا أنه يفتقر إلى التوثيق أو التسجيل في سجلات الحكومات الرسمية، وتكون مصالح المرأة بسبب ذلك مهددة بالضياع.[٣]"

وعرفه عبد الفتاح عمرو:" بأنه عقد مستكمل لشروطه الشرعية، إلا أنه لم يوثق، أي بدون وثيقة رسمية كانت أو عرفية"[٤].

كما عرفه البعض بأنه:" بأنه كل علاقة بين رجل وامرأة ارتبطا معا، و لم يتم توثيق هذا الارتباط لدى الموثق" المأذون"[٥].

ويلاحظ على تعريف المجلة أنه غير دقيق، فقد أطلق لفظ الزّواج، والمفروض أن يريد العقد الشرعي الجامع لأركانه وشروطه.

كما أن التعريف الثاني، اقتصر من المقومات على الشروط فقط، وكان الأحرى أن يضيف إليها الأركان.

---

١ – مجلة البحوث الفقهية، العدد 36، السنة التاسعة، رجب، شعبان، رمضان، سنة 1998، ص194، وهو جواب عن سؤال عن الزواج العرفي.

٢ – كمال صالح البنا / الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، ط1998، ص06

٣ – وهبة الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط2006/01، ص90.

٤ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص43.

٥ – أسامة جادو / الزواج العرفي، دراسة شرعية، قانونية، اجتماعية، تقديم: محمد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، ط 2004/01، ص63.

وأما تعريف عبد الفتاح عمرو فهو غير دقيق، لأنّ المتبادر منه، أن الزّواج إذا كتب في وثيقة عرفية، لا يسمى زواجا عرفيا، وليس الأمر كذلك، فالكتابة الذي ترفع عنه صفة العُرفية، هي الكتابة الرسمية فقط.

أما التعريف الأخير، فهو تعريف ناقص، لأنه لم يقيد هذه العلاقة، بأن تكون عقدا كامل الأركان والشروط، وهذا ما يلحق هذا التعريف بأصحاب الاتجاه الثاني.

ويعرف علماء القانون الزّواج العُرفي، بأنه الزّواج غير الموثق، الذي تمّ بإيجاب وقبول بين الزوجين، من خلال ورقة عرفية، ولكن يعاب عليه عدم توثيقه وتسجيله عند الهيئة المختصة[1].

فهذا الفريق يرى أن الزّواج المقبول، هو عقد يتمّ على الوجه الشرعي مستكملا أركانه وشروطه، ويسجل في وثيقة رسمية، أمام الهيئة المختصة.

الاتجاه الثاني:

الزّواج العُرفي عندهم يطلق على نوع خاص من العلاقات، فهو الذي يفتقر إلى بعض الشروط المهمة، زيادة على عدم توثيقه.

– فقد عرف، بأنه الزّواج غير الموثق رسميًّا، والذي يكون عبارة عن اتفاق خاص بين الرجل والمرأة أو الشاب والفتاة أو طالب الجامعة وزميلته، والذي يتم في سرية تامة، بعيدا عن أعين الأسرة والمجتمع، قد يكتبان ورقة زواج عرفية بذلك، فيما بينهما وقد لا يكتبان، ولكن في الغالب يكتبان، وقد يستأجران شاهدين، وقد لا يفعلان، ثمَّ تمضي حياتهما في هذا الإطار السري الهشّ البغيض، والذي سرعان ما يتعرض للانهيار أمام أول مشكلة بينهما[2].

وأرجع البعض هذا الزّواج العُرفي إلى صورتين:

الصورة الأولى: وهي أن يتم بإيجاب والقبول، من خلال ورقة عرفية، يوقعان عليها باسميهما، مع حضور شاهدين مستأجرين، أو من الأصدقاء، يوقعان على العقد العُرفي، مع عدم

---

١ – فارس محمد عمران / الزواج العرفي، وصور أخرى من الزواج غير الرسمي، المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2005، ص24. وأسامة عبد العليم الشيخ / الاحتياط في الأبضاع، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008، ص70.

٢ – الشرفاوي، أحمد إبراهيم / الزواج العرفي في ميزان الشرع، مكتبة الصفا، القاهرة، ط01/ 2000، ص 26.

إعلان وإشهار هذا الزّواج، وإخفائه عن الأهل والأصدقاء، إذ غالبا ما يكون في سرية تامة، كما أنه غالبا ما يؤمر الشاهدان بكتمانه.

الصورة الثانية: أن يتم عقد الزّواج العُرفي، بإيجاب وقبول من الطرفين، من خلال ورقة عرفية فقط، دون حضور شهود للتوقيع عليه، ودون إعلانه وإشهاره بين الناس، ويتم في سرية تامة، حيث لا يعلم به إلا الزوجان[1].

فمن خلال ما أوردناه من تعاريف للزواج العُرفي، يستقر عندنا أن الزّواج العُرفي يراد به صورتان:

الصورة الأولى: هو عقد شرعي مستوفي الأركان والشروط، غير أنه لم يسجل في وثيقة رسمية.

فهو عقد يتم بإيجاب وقبول من الطرفين، الزوج و الزوجة أو من ينوب عنهما من وكيل ووليّ، مع حضور الشهود، وذكر الصداق، وإعلان الزّواج وإشهاره بين الناس، غير أنه لم يسجل بصفة رسمية أما الموثق أو ضابط الحالة المدنية، فهو عقد شرعي يفتقر إلى التوثيق، وهذا هو محل دراستنا.

وهذا النوع يمكن أن نطلق عليه مصطلح الزّواج العُرفي الشرعي، وقد ذكر الكثير من الكاتبين، أنه هو الزّواج الشرعي، ومنهم من قيده في تعريفه للزواج العُرفي بالشرعي، تمييزا له عن غيره، ومن ذلك تعريف حسن حسانين قال:" الزّواج العُرفي بمعناه الشرعي، هو الزّواج الذي استوفى جميع أركانه وشروطه، ولكنه لم يدون في محرر رسمي بمعرفة الموظف المختص بإبرام وتوثيق عقود الزّواج"[2].

---

١ - فارس محمد عمران / الزواج العرفي، ص24 – 25.

٢ – حسن حسانين / أحكام الأسرة، فقها وقضاء، طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 01سنة2000، دار الآفاق العربية، مصر، ط2001/01، ص102.

الصورة الثانية: وهو الزّواج الباطل، غير الموافق للشرع، بتخلف بعض أركانه وشروطه المعتبرة شرعا، كانعدام الولي والشهود، وأن يتم في سرية تامة دون علم أحد، فهو للزنا أقرب[1]، ونطلق عليه الزّواج العُرفي غير الشرعي.

فإلى جانب افتقاره للتوثيق، يفتقد أمورا أخرى يجب توافرها في عقد الزّواج الشرعي، فلا يتصور أن يكون عقد الزّواج خالياً من الأركان والشروط، كلا أو بعضا، ثم يسجل في وثيقة رسمية.

لذا عرفه البعض بأنه: " عقد يفيد وجود استمتاع لكل من العاقدين بالآخر، ولكنه على وجه غير شرعي، أي محرم، لفقده لكثير من الشروط الذي يتم بها عقد الزّواج الصحيح، كما يفتقد كثيرا من أوجه الحكم التشريعية، والفوائد الاجتماعية والأخلاقية الموجودة في العقد الشرعي الصحيح[2]".

ويمكن أن نطلق عليه مصطلح الزّواج العُرفي غير الشرعي، أو الباطل والحرام، والذي هو عبارة عن علاقة غير شرعية، أراد أصحابها إظهارها بشكل شرعي أو إلباسها لبوسا دينيا، هروبا من رقابة المجتمع، وسترا للفضيحة عند انكشاف أمرهما، وخاصة عند ظهور الحمل، وإلا فالغرض الأساسي منه هو قضاء الشهوة وإشباع النزوات الشيطانية، لأنه علاقة خالية من أهم مقومات عقد الزّواج الشرعي.

قال الأستاذ حسن حسانين: إن إطلاق لفظ الزّواج العُرفي على مثل هذا الزّواج هو قول باطل ألبسوه ثوب الحق، كما أنها مغالطة اصطلاحية لكلمة الزّواج العُرفي بمعناه الشرعي، أو هو جهل بأحكام الدين، وفي كل الأحوال فإن مرتكبه آثم عند الله ومعاقب على فعله شرعا[3].

وغالبا ما يكون السبب الأساس في عدم تسجيله رسميا، وجود خلل في أركانه وشروطه، فيعمد إلى الزّواج العُرفي هروبا من الرقابة الشرعية والقانونية على الأنكحة وحتى توقيا

---

١ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 186. وفارس عمران / الزواج العرفي وصور أخرى ، ص 27. وأسامة الشيخ / الاحتياط في الأبضاع، ص 70.

٢ – جمال بن محمد بن محمود / الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، ط 2004/01، ص 87. وعبد رب النبي / الزواج العرفي، المشكلة والحلّ، دار الروضة، القاهرة، د،ت،ط، ص38.

٣ – حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص105.

للأعراف السائدة إذا كانت صارمة ومبنية على الشرع، وهذا النوع خارج محل الدراسة، لأنه يكاد يكون متفق على تحريمه، فهو خارج محل الخلاف.

ثانيا: الفرق بين الزّواج العُرفي والشَّرعي والرَّسمي.

الزّواج العُرفي معناه عند أصحاب الاتجاه الأول – وهو محل الدراسة – ، هو عقد بين امرأة ورجل، مع توافر جميع الأركان والشروط، غير أنه يحتاج إلى توثيق رسمي، وهو نفسه عقد الزّواج الشرعي.

يقول الشيخ حسنين مخلوف:" عقد الزّواج إذا استوفى أركانه وشروطه الشرعية، تحلّ به المعاشرة بين الزوجين، وليس من شرائطه الشرعية إثباته كتابة في وثيقة رسمية ولا غير رسمية.[1]"

وأما الفرق بين الزّواج العُرفي والزّواج الرسمي، فكل منهما يعتبر عقدا شرعيا، مستوفي الأركان والشروط، ويفرق الرسمي عن العُرفي، بأن الزّواج الرسمي، تصدر به وثيقة رسمية من الدولة، بخلاف الزّواج العُرفي الذي يكون مشافهة، أو يكتب في وثيقة عرفية فقط.

فالعقد العُرفي يعتبر كالورقة العُرفية، التي تقبل الطعن والتزوير والإنكار، وأما العقد الرسمي، فهو كالوثيقة الرسمية، لا تقبل الطعن بالانكار[2].

ثالثا: سبب تسمية هذا الزّواج بالعُرفي.

الزّواج العُرفي عقد اكتسب مسماه من كونه عرفا اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم، منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام، ومن جاء بعدهم من أجيال متلاحقة.

فلم يكن المسلمون يهتمون بتوثيق الزّواج، و لم يكن ذلك يعنى لهم أي حرج، بل اطمأنت نفوسهم إليه، فصار عرفا بالشرع، وأقرهم عليه، و لم يرده في أي وقت من الأوقات.

---

١ – حسنين محمد مخلوف / فتاوى شرعية، دار الاعتصام، القاهرة، د، ت،ط، ص 387.

٢ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 43، وأسامة عمر سليمان الأشقر / مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط2005/02، ص 130- 132.

قال ابن تيمية: من كان لها ولي من النَّسب، فله أن يزوجها بإذنها ولا يفتقر إلى حاكم باتفاق العلماء[1].

فغياب التوثيق لا يحدث خللا في العقد، لأن العلماء عند ما ذكروا مقومات العقد لم يذكروا فيها، توثيقا ولا كتابة.

قال الأستاذ هلال يوسف إبراهيم:" الزّواج عقد رضائي، وليس من العقود الشكلية التي تستلزم التوثيق لشرعيتها، أو لصحتها أو لنفاذها، وإن القانون لم يشترط لصحة الزّواج سوى الإشهار، و لم يستلزم التوثيق، بل اشترط التوثيق لحالة واحدة، وهي عدم سماع الدعوى عند الإنكار عدا دعوى النسب، وأما في حالة الإقرار تسمع الدعوى ولا يشترط التوثيق[2].

وهذا مع كون التوثيق مهما، وضروريا في هذا العصر، لخراب الذمم وفساد الأخلاق، وضياع الحقوق[3]، فيلزم المحافظة عليها بتسجيل العقود في وثيقة رسمية.

رابعا: الزّواج العُرفي في ميزان الشّرع.

قبل أن نفصل القول في مدى شرعية الزّواج العُرفي، نحرر موطن النزاع أولا، ونقول: إن العلماء متفقون على أن الزّواج العُرفي، الذي يقع بين الرجل والمرأة دون اكتمال الأركان والشروط المعتبرة شرعا ليس زواجا شرعيا، وإن سمي بذلك غشا وخداعا، فهو زنا محض.

وقد سئل ابن تيمية عن رجل تزوج امرأة مصافحة [4] على صداق خمسة دنانير، كل سنة نصف دينار، وقد دخل بها، وأصاب منها، فهل يصح النكاح أم لا ؟، وإذا رزق بولد هل يرث أم لا؟ وهل عليهما الحدّ أم لا ؟

فأجاب: أنه إذا تزوجها، بلا ولي ولا شهود، وكتما النكاح، فهذا نكاح باطل باتفاق الأئمة[5].

---

١ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص34.

٢ – هلال يوسف إبراهيم / أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصرين، دار المطبوعات الجامعية، ط/1999، ص11.

٣ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 187.

٤ – المقصود بالمصافحة، تقطيع وتجزئة الصداق على أقسام.

٥ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص 102.

وأما العقد المستكمل للأركان والشروط، فهو عقد صحيح اتفاقا، وأن شرط الكتابة ليس لصحة العقد الشرعي، وإنما لصيانته من ضياع الحقوق وإهدارها، فالخلاف في صحته هو من حيث مخالفته لمقاصد الزّواج، وما يسببه من آثار وخيمة على المجتمع.

موقفُ علماء العصر من الزّواج العُرفي:

اختلف علماء العصر في حكم الزّواج العُرفي على قولين:

القول الأول: قالوا بالإباحة، إذا كان مكتمل الأركان والشروط، مع الإشارة إلى أن التوثيق والكتابة له أهميتها في العصر الحاضر.

القول الثاني: قالوا بعدم الإباحة، وذلك لخطورة عقد الزّواج بدون توثيق، وخاصة في هذا الزمان الذي كثرت فيه الفتن، وأنكرت فيه الشهادات، وترتب على ذلك ضياع حقوق الزوجين، وحتى الأطفال وأهمها إثبات النسب.

I – آراء القائلين بإباحة الزّواج العُرفي.

لمعرفة وجهة بعض علماء العصر الذين أباحوا الزّواج العُرفي الشرعي أنقل جملة من آرائهم حتى نتبيَّن من خلالها الأسس التي بنيت عليها:

– من الذين قالوا بإباحته الشيخ عبد الله بن جبرين، حيث قال:" شروط عقد النكاح، الوليّ والشاهدان، والإيجاب والقبول وانتفاء الموانع، فإن تمت الشروط وزالت الموانع، صح عقد النكاح، وليس من شروطه إثبات ذلك في وثيقة عند أحد المأذونين، وإنما جعل هذا الشرط أخيرا لما احتيج إلى إثبات الزوجية في دفتر العائلة خوفا من التزوير والكذب، وحيث أنه قد يضطر إلى السفر بها إلى الخارج، فاشترط إثباتها وتوقف الإثبات على هذه الوثيقة، ولكن الأصل عندم وجوب هذه الوثيقة..."[1]

---

١ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 500.

– أما فضيلة الشيخ يوسف القرضاوي، فيرى أن الزّواج العُرفي زواج شرعي، غير مسجل ولا موثق، ولكنه زواج عادي، يتكلف فيه الزوج بالنفقة للمرأة، وفي الغالب يكون الزوج متزوجا بأخرى، يكتم عنها هذا الزّواج لسبب أو لآخر[1].

– وسئل شيخ الأزهر السابق، الشيخ جاد الحقّ رحمه الله، عن الزّواج العُرفي، فقال:" إن الزّواج العُرفي في الشريعة الإسلامية عقد قولي، يتم بالنطق بالإيجاب والقبول من العاقدين في مجلس واحد، بالألفاظ الدالة عليهما، الصادرة ممن هو أهل للتعاقد شرعا، وبحضور شاهدين بالغين مسلمين إذا كان الزوجان مسلمين، وأن يكون الشاهدان سامعين للإيجاب والقبول فاهمين أن الألفاظ التي قيلت من الطرفين أمامهما ألفاظ عقد زواج، وإذا جرى العقد بأركانه وشروطه المقررة في الشريعة كان صحيحا مرتبا لكل آثاره[2].

والظاهر أنّ الأكثر متفق على أن الزّواج العُرفي، المستوفي للأركان والشروط والخالي من الموانع، زواج شرعي صحيح، ومرتب لآثاره الشرعية، حتى وإن افتقر إلى التسجيل والتوثيق لدى الهيئات المختصة.

أدلة المبيحين للزواج العُرفي:

أ – إنه عقد مكتمل الأركان والشروط التي يجب توافرها في عقد الزّواج الشرعي الصحيح.

ونوقش: بأنه ليس كل عقد اكتملت فيه الأركان والشروط يكون مباحا، فمثال ذلك، نكاح التحليل، فبرغم من اكتمال عقده إلا أن النصوص الشرعية جاءت بتحريمه.

ورد عليه: بأن نكاح التحليل ورد في تحريمه نص شرعيّ، وأما العقد العُرفي، فلم يرد فيه شيء، فيبقى على أصله، لأن التوثيق عارض.

وأجيب عنه: أن النص الذي جاء بتحريم التحليل مُقصَّد، لأن التحليل مخالف لمراد الله من الزّواج وهو الديمومة، فهو لا يراد منه إلا تحليل المرأة لزوجها الأول، فهو رغم استيفائه لأركانه وشروطه، إلا أنه باطل، فينبغي أن يكون العقد العُرفي مثله.

---

١ – موقع الشيخ القرضاوي /www.qaradawi.net/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no

٢ – عبد الملك المطلق / المرجع السابق، ص502 – 503.

ب – توثيق الزّواج بالكتابة، ليس شرطا ولا سنة، وأمره يختلف من بلد لآخر، وأن هذا التوثيق، قد يعيق الزّواج، مما يعني فتح باب الانحراف أمام الشباب.

ونوقش: بأن التوثيق في العصر الحالي، يعدّ من الضروريات، لأنه يحفظ العقد من التلاعب والتحايل والتزوير، ويحفظ حقوق المرأة من الضياع والإتلاف، ولذلك نجد بعض من قال بإباحة الزّواج العُرفي قيّده بما إذا لم يكن فيه ضرر، يقول الشيخ صالح بن فوزان:" الإجراءات النظامية لابد منها، إذا ترتب على تركها الضرر بالزوجين أو أحدهما، فلابد من التزامها دفعا للضرر"[1].

ونوقش: بأن التحايل والتلاعب يدخل حتى العقد الرسمي الموثق، فقد يعمد المتحايل لقلب الوثيقة الرسمية وتزويرها.

ويرد عليه: أننا إذا سلما بوجود التزوير في الوثائق الرسمية، فما بالك في الوثائق العُرفية، أو الزّواج العُرفي الذي يتم من غير وثائق أصلا، فيكون عرضة للتهالك والاستغلال، فهذا ممن يزيد تأكيدنا على الإلزام بالوثائق الرسمية[2].

ج – لم يكن من هدي السلف الصالح من الصحابة ومن بعدهم، أن يسجلوا عقود زواجهم، ولا أن يوثقوها، بل يترك ذلك لأمانة الناس ودينهم، فكتابة عقود الزّواج وتوثيقها من البدع المحدثة.

ونوقش: بأن تسجيل العقود ليس من باب العبادات التي يقصد بها التعبد أصلا، بل هو من قبيل المعاملات الخاضعة لمصالح الناس ومنافعهم، كما أن ذمم الناس قد خربت، والعهود قد أبيحت، فليست كعهود الصحابة والتابعين الذين تربوا في كنف الدين، ونشأوا على الإخلاص ووفاء بالعهود ورد الحقوق لأصحابها، فلا بد لنا أن نحدث أقضية وأحكاما على حسب ديانة الناس وأمانتهم، دفعا للضرر المتوقع.

---

١ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 511 – 512.

٢ – المرجع السابق.

2 – آراء القائلين بحظر الزّواج العُرفي.

من العلماء المعاصرين من ذهب إلى منع الزّواج العُرفي، ولو كان كامل الأركان والشروط، إذا لم يكن موثقا، ومن بين هؤلاء:

– نصر فريد واصل مفتي مصر السابق حيث يقول: إن الزّواج العُرفي لا يكون صحيحا شرعا في هذا الزمان الذي قلّ فيه الوازع الديني، وكثرت فيه الفتن، وإنكار الشهادات التي يشهد بها الشهود، وشهادة الزور، وضياع الحقوق الزوجية والنسب[1].

ويقول: إن الأمر قد تغير الآن بعد أن ضعفت النفوس، وقلّ الوازع الديني لدى غالبية الناس، وظهرت كثير من المفاسد... بسبب عدم توثيق عقد الزّواج، وقد أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى بحرمة الزّواج العُرفي، والذي يفتقد لعنصر التوثيق، لما يترتب عليه من ضياع حقوق الزوجة والأولاد[2].

– ويقول شيخ الأزهر، محمد سيد طنطاوي: إن الزّواج العُرفي...إن كان غير موثق...لا نؤيده ليس لأنه زنا، ولكنه سيؤدي إلى التحايل و ضياع حقوق الزوجية ومشاكل هي في غنى عنها[3].

– وقال الشيخ عطية صقر:" إن الزّواج العُرفي حرام شرعا، ومثله في الحكم، مثل الذي يسرق ثوبا، ثم يصلي فيه، مع أن صلاته صحيحة، إلا أنه ارتكب إثم السرقة..."[4]

أدلة المانعين للزواج العُرفي:

1 – غياب الرقابة في الزّواج العُرفي على الأركان والشروط، يجعل الناس يتساهلون في مقومات الزّواج، فيقدمون على الزّواج مع ما فيه من نقص أو خلل، لعدم وجود من يُقوِّمُ العقد، فيتزوجون بلا ولي أو بلا شهود لسهولة ذلك وعدم وجود الرقيب، أما وجود الزّواج

---

١ – إبراهيم الشرقاوي / الزواج العرفي في ميزان الشرع، ص38، نقلا عن عبد المالك المطلق المرجع السابق، ص504.

٢ – نصر فريد واصل/ مجلة منبر الإسلام، صفر سنة 1418هـ، ص 92، نقلا عن فارس عمران / الزواج العرفي وصور أخرى، ص 38.

٣ – فارس عمران، المرجع السابق، ص38.

٤ – عطية صقر / أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، ج01، ص49. وأسامة جادو / الزواج العرفي، ص71

الرسمي الموثق، فلا يكون إلا بوجود الأركان والشروط كاملة أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وإن تهاون أو تساهل تعرض للمساءلة القانونية والعقاب.

2 – إن الزّواج العُرفي حتى وإن انعقد بوجود الأركان والشروط، إلا أن القصد منه عند البعض، هو التمتع الجنسي وسهولة التنقل من امرأة إلى أخرى.

نوقش: وجود من يسيء استعمال الزّواج العُرفي في أغراض فاسدة، لا يمنع أن هناك من يعمد إلى الزّواج العُرفي، وغرضه شريف، ولا يقصد إلا العفاف والطهارة، فلماذا نحرمه مما أباحه الله له.

الرد: لا أحد ينكر أن الزّواج العُرفي، قد تكون فيه منافع كبيرة، ويسر على النّاس، حيث يجدون فيه سهولة في ربط علاقاتهم ببعضهم، بعيدا عن القيود الإدارية الصارمة، فالزّواج العُرفي فيه مصالح ومنافع للناس، ولكن لا أحد ينكر أن الزّواج العُرفي قد انجرت عنه آثار وخيمة على الأسرة والمجتمع، فضيعت حقوق المرأة والرجل، وأهمل الأولاد، وترك بعضهم بسببه بلا نسب، وضيعت كافة حقوقهم المدنية، ومن ثمَّ وجود تفسخ أخلاقي رهيب مس الأسرة المسلمة، وهز أركانها.

ومن المهم أيضا أن نوازن بين المصالح المجتلبة بالزّواج العُرفي، والمفاسد المترتبة عليه، ومعلوم أصوليا، أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فتعين منع الزّواج العُرفي.

على أننا نقول: بإمكاننا تحصيل تلك المصالح، عن طريق الزّواج الرسمي، مستوفي الأركان والشروط.

3 – الزّواج العُرفي، قد يكون طريقا للتسلط على حقوق الناس، وأخذ الأموال بغير حقّ، فقد تتزوج المرأة زواجا عرفيا، وتمنع زوجها الثاني من أن يوثقه أو يسجله أمام الهيئات المختصة حتى تحافظ على معاش زوجها أو المنح التي كانت تستفيد منها بعد موته، وهذا لاشك أكل لمال الأمة من غير سبيل حقّ.

4 – الزّواج العُرفي وإن كان شرعياّ، فإنه يسبب الكثير من المشكلات الاجتماعية، والتي تعصف بالأسرة وتقوض بنيانها، كعقوق الوالدين والخيانة والكذب، والتحايل والتدليس، فقد يجد الشاب أو الشابة الطريق سهلا في الزّواج العُرفي، وهذا أمام أول مشكلة تعترض رغيتهما في الزّواج، كالسؤال عن أصل البنت أو نسبها، أو دعوة البنت أو الولد إلى التريث وعدم

الاستعجال في اتخاذ القرار في هذا الأمر المصيري، فنجد عند ذلك الشباب يسارع إلى الزّواج العُرفي، استباقا للأحداث، ووضع غيرهم أمام الأمر الواقع، وبالتالي نجد أحدهم يربح زوجا، ويضيع أسرة كاملة، ويا لها من مقايضة خاسرة.

5 – ينتج عنه ضياع حقوق المرأة، وعدم ضمانها لحقوقها، فليس في استطاعتها مطالبة زوجها بحقوقها خشية طلاقها، والفرار عنها وإهمالها وتركها معلقة، فلا هي زوجة تتمتع بحقوقها ولا هي مطلقة، تستطيع أن ترتبط برجل آخر، ولا ريب أن مصالح المرأة لها اعتبار في نظر الشارع.

ونوقش: بأن ما ذكر قد يثار أيضا في الزّواج الرسمي، فقد تحرم المرأة من حقوقها، وقد تظلم وتهمل.

ويرد عليه: بأن حقوق المرأة إذا ضيعت أو أخل بها، فلها أن تطالب بها أمام المحكمة المختصة، وحتى لو أهملها الزوج وأطال الغياب عنها، فإمكان المحكمة البحث عنه والتواصل معه ومطالبته بحقوقها أو إصدار حكم في حقه، ولو كان في أقاصي الدنيا، ولا سبيل لإنكاره مادام عقد الزّواج موثقا ومسجلا رسمياّ، فليس للمرأة أن تبحث عن شهود يشهدون بصحة علاقتها مع زوجها، وأنها فعلا زوجته، بل يكفي أن تستعرض أمام المحكمة وثيقة الزّواج، وللقاضي عند استحكام الضرر أن يحررها من عصمة زوجها، بناء على التطليق للضرر.

وكل هذه الأمور مفقودة في الزّواج العُرفي، لأنه غير مسجل ولا موثق، فهو عرضة للإنكار، بل للتزوير إذا اقتضى الأمر.

6 – الزّواج العُرفي وعدم تسجيله يحرم المرأة من حقوقها كزوجة، فعدم حيازتها لدفتر عائلي، يوقع الزوجة في مشكل أثناء الطلاق، فقد تطلق، ولكن لا تستطيع إثبات الطلاق لأن الزّواج غير مسجل، فإذا تزوجت بعد ذلك، رفع زوجها ضدها نكاية دعوى على أنها ما زالت في عصمته وارتبطت برجل آخر، وخاصة إذا أثبت ذلك الزّواج عن طريق الشهود، فهذه جريمة يعاقب عليها القانون.

7 – هو معصية لأولي الأمر، وخروج عن طاعتهم، فطاعتهم واجبة في قوله تعالى:" ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ ﴿٥٩﴾﴾ النساء: ٥٩ وما دام ولي الأمر، قد أمر بوثيقة

الزّواج حرصا على الحقوق وحماية للأطراف، وصيانة للذمم التي دبّ الخراب إلى كثير منها، فكيف يصح عقد لا يضمن حقوق أصحابه[1].

خامسا: السّياسة الشّرعية في الزّواج العُرفي.

قبل أن نتكلم على وجه السياسة الشرعية في الزّواج العُرفي، يحسن بنا التنبيه على أهمية توثيق العقد، لتحقيق المصلحة الشرعية للزوجين، فالمصلحة المحققة وخير العباد ونفعهم، هو الأصل الذي تركتز عليه جميع أحكام الشرعية الإسلامية، وخاصة بالنسبة للأحوال الشخصية.

وقد نبهت معظم قوانين الأسرة والأحوال الشخصية في الدول الإسلامية، إلى أهمية التوثيق بالنسبة لعقود الزّواج، وذلك مراعاة للمصلحة الشرعية المرجوة من وراء ذلك.

فالإلزام بتوثيق العقود، إنما هو لحفظ حقوق الزوجين الناشئة عن عقد الزّواج، بصيانة هذا العقد من العبث والضياع وإنكاره إذا ما تمّ بدون وثيقة رسمية ثم أنكره أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى، ولو كانت عنده وثيقة رسمية لما استطاع أحد إنكار الزّواج.

قال الشيخ جاد الحقّ: أما التوثيق بمعنى كتابة العقد وإثباته رسميا عند الموظف العمومي المختص، فهو أمر أوجبه القانون، صونا لهذا العقد الخطير بآثاره عن الإنكار والجحود بعد انعقاده من أحد الزوجين أو غيرهما... وهذا التوثيق أمر لازم لإثبات الزّواج عند الالتجاء إلى القضاء رسميا إذا أنكره أحدهما[2].

و لم يكن نظام التوثيق معروفا من قبل، إذ كان الزّواج ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول ولكن ظهرت الحاجة إليه عندما خربت ذمم بعض الأفراد من الرجال والنساء على السواء، فأنكروا هذا الزّواج الشفوي كلية أو أتلفوا المحرر العُرفي أو زوروه أو سرقوه حتى يضيع دليل إثبات الزّواج، وذلك كله بغرض التحلل من آثار الزّواج وتبعاته، وفي هذه الحالة لا يجد أحدهم ما يحفظ به حقوقه وحقوق أبنائه[3].

---

١ - جمال الضمراني / الولاية والشهادة في النكاح، وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2007/01، ص306.

٢ - فتوى رقم105/288،ربيع الأول الموافق ل19 /1981/01. نقلا عن جمال بن محمود / الزواج العرفي في ميزان الإسلام، ص82.

٣ - حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص 102.

يقول ابن تيمية:" و لم يكن الصَّحابة يكتبون الصّداق، لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف، فلمّا صار الناس يتزوجون على المؤخر، والمدة تطول ويُنسى، صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له، لكن هذا الإشهاد يحصل به المقصود، سواء حضر الشهود العقد أو جاؤوا بعد العقد، فشهدوا على إقرار الزوج والزوجة والولي ".[1]

فكتابة العقود، وتوثيق الصداق، وكتابة المؤجل منه، لم يكن من إفرازات هذا العصر، بل يظهر أنه قديم أي في القرن الثامن أو قبله، ما دام أنه كان معروفا في عصر ابن تيمية، فالظاهر أن الكتابة كانت حجة في إثبات الحقوق، بدءا بالزّواج وانتهاء بالصداق، وأن هذه الكتابة إذا كانت بحضور الزوج والزوجة والولي، فإنها تقوم مقام الشهود، في إثبات الحقوق الزوجية مطلقا عند وقوع التنازع والإنكار، بل المتأمل في أركان الزّواج وشروطه وخاصة الإشهاد، يرى أن المقصد من وجوده هو الحفاظ على حقوق الزوجين من الضياع، فحضورهم مجلس العقد وتحمل الشهادة، هو من أجل الإدلاء بها عند الضرورة.

فبالشهادة تحمى حقوق الزوجة والزوج أو أحدهما، وكذا حقوق الأطفال، فإذا كان حضور الشهود وحدهم في مجلس العقد غير كاف في حماية الحقوق الزوجية، فإن البحث عن أي وسيلة شرعية لصيانة الحقوق الزوجية أمر يدخل في الضروريات، فبقدر ما تكون المقاصد مهمة تكون الوسائل أيضا، فالوسائل لها حكم المقاصد.

فتوثيق عقد الزّواج أصبح أكثر من ضرورة، حيث به تحفظ الحقوق وتحمى الأسرة المسلمة، ولاسيما في هذا العصر الذي انتشرت فيه قلة الوفاء وسوء الخلق وضياع الحقوق[2].

والتوثيق يمثل أهم وسيلة لإثبات الحقوق، ورفع الخلاف بين الناس، وحجة قوية رادعة لمن تسول له نفسه التلاعب بالتزاماته ونقض تعهداته، وهو ما نصَّ عليه ابن شاس المالكي حيث قال:" وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين، وإثبات حقوقهما..."[3]

---

١ - ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، 131.

٢ - جمال بن محمود / الزواج العرفي في ميزان الإسلام، ص82.

٣ - ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم / عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق ودراسة: حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2003/01، ج02، ص414.

وأكد المالكية بل شددوا في توثيق الإشهاد في عقود الزّواج حتى كادوا يلحقون بمذهب المخالف، في عدّه ركنا من أركان عقد الزّواج[1].

فإذا كان الأمر كما ذكرنا من أهمية توثيق عقد الزّواج وترسيمه، وعدم الاعتداد بالزّواج العُرفي وحظره، وذلك لعدم قدرته على صيانة حقوق الزوجين من الضياع، وحماية نسب الأطفال من أن يداس أو يهان، وهذا لاشك فيه تهديد لصرح الأمة المسلمة من أن يتصدع، فهذه مفاسد تنخر أصلا من أصول الدين وضروريا من الضروريات الخمس، وهو حفظ النسل.

فتوثيق العقود أمام الهيئة المختصة، فيه حماية لمقصد من مقاصد الشريعة ومصلحة من مصالحها الكبرى، ألا هي النسل.

و من هنا يمكننا أن نقول: إن توثيق عقود الزّواج في أصلها من المباحات، لأن الزّواج من العقود الرضائية التي لا تشترط فيها الشكلية، بل يخضع لحرية المتعاقدين وأمانتهم ودينهم، خاصة في مجتمع كان يرى أن الوفاء بالعقود وفاءا بعهد الله، فكان الزّواج العُرفي محققا لمقاصده الشرعية، أصلية كانت كإكثار النسل وتعمير الأرض، أم تبعية كالعفاف وراحة النفس، وقضاء الحاجات الفطرية وفق المنهج الإلهي.

أما وقد رأينا أن الزمان قد انقلب، وأن العصر قد تبدل، فلا دين ولا أمانة، ولا إخاء ولا وفاء، فإن الزّواج بمقوماته، بما فيها الشهادة أصبح لا ينهض بالحِكم والأهداف التي شرع من أجلها، فحقوق الأطفال ضيعت، وحقوق الزوجة والزوج أهدرت ودخلت سوق المساومة، فأصبح الأخذ بالزّواج العُرفي مناقضا لمقصود الشارع، لذا وجب على ولاة الأمور التدخل بإصدار قرارات ملزمة لكل مقدم على الزّواج بأن يوثق زواجه ويسجله عند الهيئات المختصة، موافقة لمقصود الشارع من تشريع الزّواج، وأن ولي الأمر عنده السلطة التقديرية في تقييد المباح، متى رأى المصلحة العامة تتطلب ذلك، وأن الحفاظ على حقوق الأمة يحتمه، وأن ترك التوثيق جالب لمفاسد عظيمة قد تعصف بوحدة الأسرة وتماسكها.

---

١ - الكدّي / فقه الأسرة المسلمة، ج01، ص 385.

يقول جمال بن محمود:" إن توثيق عقد الزّواج من الضروريات الشرعية، التي تنتقل من الأمور المباحة إلى الأمور الواجبة، لعلة هامة وهي حفظ حقوق الأزواج والأسرة من الهدم وحفظ الأولاد من الضياع والتشتيت..."[1]

والانتقال في الأحكام لا يكون إلا بأمر سياسي من ولي الأمر بناء على أدلة صحيحة تقوم بها الحجة، وعلى رأسها المصلحة المرسلة.

وتوثيق الزّواج، من الأمور التي لم يأت فيها من الشارع دليل خاص بتحريمه، و حتى الأدلة العامة لا نجد فيها ما يصح حجة لمنعه، بل الأدلة العامة والقواعد الكلية تدعو إلى التمسك به، فهو محقق للمقصود من الزّواج، وجالب للمصلحة ودافع للمفسدة، وهو ما يسمى بالمصلحة المرسلة، فإقرار ولي الأمر لتسجيل العقود والإلزام بها على أساس السياسة الشرعية، مستنده المصلحة المرسلة.

قال الأستاذ محمد بكر إسماعيل: والمعروف أن المصالح المرسلة تقضي بوجوب التوثيق، ضمانا لحقوق الزوجية بوجه خاص والأسرية بوجه عام[2].

والحرمة في الزّواج العُرفي كامل الأركان والشروط، يأتي سببها في أنها مخالفة لما حدّه ولي الأمر وقيّده، فالسلطان له أن يحدّ بعض المباحات، كالسير في الطريق العام، فعندما يُقال إن هذا الطريق يمنع الدخول فيه والسير فيه في اتجاه واحد، إنما فعل ذلك لمقصد شرعي، وهو حماية الدماء وحماية الناس، فلا يجوز مخالفته ويأثم مُخالِفِه.

فإشارات المرور هذه وجودُها شرعيٌّ، وتسجيلُ البيوت والعقارات والمنازل في الشهر العقاري أمر مُباح، ولما حدّه ولي الأمر أصبح مُخالفة التسجيل فيه مخالفة شرعية، لأن فيه ضياعاً للأموال وكذلك حماية للأعراض، وعندما يُلزم ولي الأمر بتسجيل عقود الزّواج في المحاكم الشرعية، يأثم من تزوج بغير التسجيل مع صحة العقد.

فكل عقدٍ عرفي فيه إثم، ولكن ليس معنى ذلك بطلان العقد، إذ العقد يكون صحيحاً إذا توافرت فيه أركانه:" الإيجاب والقبول والإشهاد والإشهار ووجود الولي".

---

١ - جمال بن محمود / الزواج العرفي، ص83.

٢ - عبد رب النبي الجارحي / الزواج العرفي المشكلة والحل، ص 90 -91.

فالزّواج العُرفي إذا توافرت فيه الأركان يصبح عقدا صحيحاً مع وجود الإثم، وإذا لم تتوافر فيه الأركان والشروط صار باطلاً ويجب التفريق بين الزوجين.

وقد أرجع الشيخ عطية صقر المنع من الزّواج العُرفي إلى أن فيه مخالفة لأمر ولي الأمر، وطاعته واجبة، فيما ليس فيه معصية ويحقق مصلحة والله تعالى يقول:" ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ النساء: ٥٩ وذكر أسبابا أخرى للمنع، ثم قال: ومن أجل هذا وغيره، كان الزّواج العُرفي الذي لم يوثق ممنوعا شرعا، مع صحة التعاقد وحل التمتع به، فقد يكون الشيء صحيحا، ومع ذلك يكون حراما، كالذي يصلي في ثوب مسروق، فصلاته صحيحة، ولكنها حرام من أجل سرقة ما يستر عورته في الصلاة[1].

هذا وقد ذهب قانون الأسرة الجزائري إلى ضرورة تسجيل عقود الزّواج وذلك أمام الضابط المختص، فقال في المادة **18**من ق أ ج:" **يتم عقد الزّواج أمام الموثق أو أمام الموظف المؤهل قانونا...**".

فترسيم الزّواج وتوثيقه واجب شرعا وقانونا، متى توافرت فيه الأركان والشروط وانتفت الموانع، ولكن ما مصير عقد الزّواج إذا وقع على الطريقة العُرفية و لم يوثق، وخالف الأوامر الصادرة من ولي الأمر بكتابة العقود وتسجيلها.

فالعقد المستوفي للأركان وشروط الزّواج، عقد شرعي صحيح حتى ولو افتقر للتوثيق، ولكن صاحبة يقع في الحرمة، لأنه خالف أوامر ولي الأمر، الذي ألزمنا بطاعته شرعا، كما أن الحرمة واقعة لأنه غامر بمصير أولاده وحقوقهم وكذا حقوق زوجته، وحتى حقوقه هو لم تأمن من الضياع إذا لم يوثق عقد الزّواج.

فالتوثيق لا تتوقف عليه صحة العقد، فمن تزوج من غير أن يوثق زواجه في الدفتر العائلي فقد قصر في حق نفسه وحق زوجته.

وحتى يحقق التوثيق غرضه الشرعي والقانوني، وجب إمضاء الرقابة على العقود العُرفية، وخاصة عند انعقادها، بحيث نمنع من إنشائها وتأسيسها، وذلك بإعلام المأذونين وأئمة المساجد

---

١ – عطية صقر / أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، دار الغد العربي، القاهرة، ط/1994، ج01، ص166.

من خطورة إبرام عقود الزّواج العُرفي دون تسجيل وتوثيق، وأن العقد الشرعي لا ينفع ما لم يوثق، ولا بأس بإجراء عقود الزّواج في المساجد، تحت إشراف أئمة المساجد، بعد تسجيلها وتوثيقها حفاظا على هذه العادة الحسنة، طلبا للبركة ودعوات الخير.

فكل عقد عرفي وقع، وجب فسخه عند إنشائه أو بعد انعقاده، وهذا ما لم يتم الدخول، فإن تمّ الدخول تعين تصحيحه وإقراره، لما في فسخه بعد الدخول من مفاسد قد تربو على مفاسد الزّواج العُرفي نفسه، فضرر الإلغاء أعظم من ضرر الإبقاء، ومن هنا وجب تصحيحه، فالاجتهاد السياسي هنا قائم على أساس الموازنة بين المصالح والمفاسد من جهة، وبين أنواع المفاسد المتزاحمة من جهة أخرى.

فمن القواعد المقررة في اعتبار المآلات إذا كان في الفعل مفسدة هي: زوال عين المفسدة دون لزوم مفسدة أخرى مثلها أو أكبر منها[1].

كما أنه في بعض الأحكام الشرعية يتساهل في النهاية ما لا يتساهل في البداية، قال الزركشي:" يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"[2]، والاستدامة أقوى من الابتداء[3].

ومن هنا، نجد قانون الأسرة الجزائري، قد أقر الزّواج العُرفي بعد الدخول، وأن تصحيحه، يتم بحكم، جاء في المادة **22** من ق أ ج:" **يثبت الزّواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله، يثبت بحكم قضائي**".

ويبدو أن المشرع المصري كان أكثر صرامة وتشددا من غيره [4]، فقد رتب على الزّواج العُرفي، عدم سماع دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما عند إنكار هذا الزّواج العُرفي، وهو المقرر في المادة **99** من لائحة المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون **78** لسنة **1931**.

---

١ – السنوسي / اعتبار المآلات، ص374.

٢ – الزركشي / المنثور في القواعد، ج03، ص374.

٣ – عبد المجيد جمعة / القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين، ص468.

٤ – جاء في القرار رقم 221329 الصادر بتاريخ1999/04/20 عن المحكمة العليا الجزائرية، أن الزواج العرفي يثبت متى تبين أن أركانه متوفرة فيه طبقا للمادة 09 من ق أ ج . يراجع: مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص60.

ولكن يثبت النسب استثناء عند قيام البينة الشرعية، حتى ولو كانت الزوجية غير موثقة رسمياً[1].

ويرى مجمع البحوث الإسلامية المصري، إيقاع العقوبة على من تزوج دون توثيق أمام الجهات الرسمية.

وقال: على الجهات التشريعية في الدولة أن تصدر قانوناً يشتمل على عقوبة، مناسبة تقع على كل من يثبت عليه أن تزوج زواجاً لم يُوثق أمام المأذون أو أمام الجهات الرسمية التي خصصتها الدولة لهذا الغرض، وعلى كل من قام بالشهادة على هذا العقد، أو اشترك فيه بأية صورة من الصور المخالفة للنظام الصحيح، الذي وضعته الدولة لعقد الزّواج، والذي تقرره وتؤيده شريعة الإسلام.

١ - كمال صالح البنا / الزواج العرفي، ص6 – 7.

المبحث الثاني: زواج المِسيار.

مقدمة:

رغبة الإنسان في ارتباطه بامرأة غير زوجته الأولى، يجعله يسلك كل السّبل للوصول إلى غرضه، ويتخذ كل المخارج مهما كانت، لقضاء مآربه دون اللجوء إلى أهل العلم يستوضح منهم ما هو مقدم عليه، وهو ما يجعل الإنسان يطلق العنان لفكره ليدبر له، سبيل الوصول إلى زوجة ثانية، بأقل نصيب من الخسائر، وبأدنى قدر من المشاكل، خاصة تلك التي تأتي من زوجته الأولى، والتي يربطه بها غالبا عقد شرعي رسمي، وبلا تكاليف ولا التزامات من المرأة الثانية.

وفي ظل كثرة العنوسة وانتشارها، وارتفاع نسبة الطلاق في بعض البلاد العربية إلى مستوى مرعب، وقد دفعت الظروف بعض النساء إلى قبول الزواج برجال متزوجين مع رضاهنّ بإسقاط حقوق مهمة قد كفلتها لهم الشريعة الإسلامية، ولا يمكن للزوجة العادية التنازل عنها، وهذا الذي يطلق عليه زواج المسيار أو التَّطواف، فما حقيقة هذا الزواج وما حكمه، ومدى الأضرار أو المصالح التي تحصل من جرّائه ؟ وهل لولي أن يتدخل وفق السياسة الشرعية، فيمنعه أو يبحه إذا اقتضى الأمر ذلك ؟ هذا ما سنحاول توضيحه فيما يأتي:

أولا: تعريف زواج المِسْيَار.

أ – لغة: السَّير في لغة العرب، هو المُضيّ في الأرض، ورجل سائرٌ وسَيَّار، والسيَّارة الجماعة.[1]

---

١ – الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد/ المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط:محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، لبنان، د،ت،ط، ص247.

تقول العرب: سار الرجل يَسير سَيرًا ومَسيرًا، وتَسْيَارًا ومَسِيرة، وسَيْرُورة إذا ذهب والتَسْيَار، تَفْعال من السير، والسير، الذهاب[1].

والظاهر أن لفظ مِسْيَار صيغة مبالغة من السَّير على وزن مِفْعَال [2]، كمِهداء، أي كثير الإهداء، ومِهذار كثير الهذر، وهو كلام قليل الفائدة، ورجل مِسيار كثير السَّير، وسمي به هذا النوع من الزواج، لأن الزوج يسير إلى زوجته في أي وقت شاء، ولا يطيل البقاء عندها ولا يبيت ولا يقر[3].

أقول: وهذه المناسبة فيها كثير من التوسع، وإلا فقد ذهب بعض الباحثين إلى أن كلمة مسيار، عامية وليست معجمية، فهي لفظ دارج بين العَوام يقصدون به في اللهجة النجدية، المرور وعدم المكث الطويل[4].

ب – اصطلاحا:

– عرفه أحمد التميمي من مكتب الخليج، في بحث أجراه حول زواج المِسْيَار، ونشر في مجلة الأسرة بأنه: " أن يعقد الرجل وفق هذا الزواج على امرأة عقدا شرعيّا مستوفي الأركان، لكن المرأة تتنازل عن السكن والنفقة."[5]

– وعرف وهبة الزحيلي زواج المِسْيَار بأنه:" الزواج الذي يتم بين رجل وامرأة، بإيجاب وقبول وشهادة شهود، وحضور وليّ، على أن تتنازل المرأة عن حقوقها المادية من مسكن ونفقة

---

١ – ابن منظور / لسان العرب، ج04، ص389، والجوهري / الصحاح، ج02، ص691.

٢ – رضي الدين محمد بن الحسن الاستراباذي/ شرح الشافية ابن الحاجب، تحقيق وتعليق الأساتذة: محمد نور الحسن، محمد الزفزاف، محمد يحيى عبد الحميد، طبعة دار الكتب العلمية، لبنان. ج02، ص179.

٣ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص316.

٤ – يوسف القرضاوي / زواج المسيار، حقيقته وحكمه، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1999/01، ص 11، وملكة يوسف زرار / موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، تقديم: صوفي أبو طالب، دار الفتح للإعلام العربي القاهرة، ط 2000/01، ج01، ص 215- 216.

٥ – مجلة الأسرة العدد 46، محرم 1418هـ، تصدر في هولندا، نقلا عن أسامة عمر سليمان الأشقر / مستجدات فقهية، في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط2005/02، ص162.

لها وأولادها إن ولدت، وعن بعض حقوقها الأدبية، مثل القسم في المبيت بينها وبين ضرتها، وتكتفي بأن يتردد عليها الرجل أحيانا.

وقد يتم توثيق هذا العقد لدى الحكومة، وقد لا يتم التوثيق، وقد يكون هذا الزواج معلنا، وقد يتفق على عدم إفشائه، وإبقائه سرّا[1].

ويقول بعض القضاة الشرعيين بالمملكة العربية السعودية، إن تنازل المرأة عن حقها في القسم والنفقة غالبا لا يثبت بالعقد، وإنما يكتب العقد ويوثق على أنه زواج عادي من دون ذكر الشروط فيه، وما كان بينهما من شروط تكون على التراضي فقط[2].

ثانيا: نشأة زواج المِسْيَار وانتشاره المعاصر.

لم يمض وقت طويل على نشأة وظهور هذا النمط الجديد من العلاقات الزوجية، فقد عرف هذا الزواج بهذا الاسم أي المِسْيَار، منذ سنوات فقط، وقد ظهر أول مرة في منطقة القصيم بالمملكة العربية السعودية، ثم انتشر في المنطقة الوسطى، وتقول الدراسات إن الذي ابتدع هذه الفكرة وساهم في نشرها هو وسيط زواج، يدعى فهد الغنيم، ولقد لجئ إليه لتزويج النساء التي تجاوزن سنّ الزواج العادي، ودخلن سوق العنوسة، أو المطلقات من زواج أول[3].

ويبدو أن هذا الزواج كانت له صور مشابهة منذ عشرات السنين، فقد كانوا يسمونه الزواج السري أو الخفي، ويسمونه زواج الخميس، حيث يذهب إلي هذه الزوجة كل يوم خميس، وباقي الأيام عند زوجته الأولى.

كما عرف باسم الضحوية، أي أن الرجل يتزوج امرأة ولا يأتي إليها إلا ضحى، وهذا من قديم.

---

١ – وهبة الزحيلي / قضايا الفقه و الفكر المعاصر، ص89.

٢ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص318.

٣ – وقد نشر هذا الوسيط دعوته إلى الرجال في منشورات تداولتها الأيدي، وفيها عزيزي الأخ إذا كنت ترغب في الزواج" زواج المسيار" وكنت متعبا في حياتك العائلية، فيمكنك الاتصال بالخطيب التالي... هاتف....فلعل الله قد يوفقك ويرزقك بزوجة تعوضك عن حياتك السابقة الشاقة، والوسيط يتلقى مبالغ حسب نوع المرأة، البكر خمسة آلاف ريال، والثيب ثلاثة آلاف ريال. مجلة الأسرة العدد 46، محرم 1418هـ/1997.

ولقد أسهمت الإشاعة التي صاحبت هذا الزواج في هذا العصر، في ظهوره وانتشاره، وقد خلطوه ببعض الأنكحة الأخرى، كنكاح السرّ، والمتعة، والعرفي، والزواج بنية الطلاق، وجعلوا له تعاريف وشعارات لاستقطاب الزبائن الراغبين في الزواج منها، تمتع فترة واتركها، واشترط عدم الإنجاب، عدد قدر ما تريد، وتنقل من امرأة لأخرى بالمجان ومن دون خسارة، احصل على زوجة ومسكن بأقل الأسعار.

فهذا الزّواج وما يقاربه من علاقات كان معروفا من زمان سابق، وإن اختلفت أسماؤه، وبمراجعة كتب التراث نجد بعض العلماء أشاروا إلى صور مقاربة لزواج مسيار، فابن قدامة، عرض حالة رجل تزوج وشرط على امرأته، أن يبيت عندها كل جمعة ليلة، وآخر تزوج وشرط عليها أن تنفق عليه كل شهر خمسة أو عشرة دراهم، وآخر يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة[1].

فلا شك أن هذا الزّواج له صور مقاربة من التراث، فإن كان هذا الاسم حديثا، إلا أن المسمى قديم[2].

ثالثا: الفرق بين زواج المِسْيَار والأنكحة الأخرى[3].

الفرق بين زواج المِسْيَار والزّواج الشرعي المعتاد والمكتمل، أن الأول زواج ناقص أو مشوه أو مبتور الجذور أو عديم المقاصد، فلا حق فيه للمرأة إلا المتعة المؤقتة والمشروطة بالزمان والمكان، فهي تتنازل عن أهم شروطها الزوجية كالنفقة والسكن.

والفرق بينه وبين الزّواج العرفي، أن المِسْيَار فيه شلل اجتماعي واقتصادي، أما العرفي فهو زواج كامل الأركان والشروط ومحقق لمقاصده الشرعية مع افتقاره للتوثيق، وقد يوثق إذا كانت هناك جرأة من الزوج، وحرصت الزوجة على ذلك.

---

١ – ابن قدامة / المغني، طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج 07، ص 450. وَكَانَ الْحَسَنُ لَا يَرَى بَأْسًا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، عَلَى أَنْ يَجْعَلَ لَهَا مِنْ الشَّهْرِ أَيَّامًا مَعْلُومَةً، المغني ج 15، ص 66.

٢ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص320 – 324.

٣ – الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص89 –90 .

ويفترق المِسْيَار عن العرفي، أن المِسْيَار قد يكون موثقا أحيانا، وأما العرفي، فلم يسجل أمام الهيئات المختصة.

وأما الفرق بينه وبين زواج السّر، فإن المِسْيَار قد يكون في العلن، وقد يتفقان على كتمه وعدم إعلانه أحيانا.

وأما نكاح السر، فهو الذي يوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجة أخرى أو عن جماعة ولو أهل مترل، وحكمه عند المالكية الفسخ إن لم يدخل، أو دخل و لم يطل، وصحح إن دخل وطال[1].

رابعا: حكم زواج المِسْيَار.

اختلف علماء العصر في حكم هذا النوع الجديد من الأنكحة، ويمكن حصر أقوالهم في ثلاثة أقوال:

I – القائلون بالإباحة مطلقا، أو الإباحة مع الكراهة.

– من الذين قالوا بإباحة زواج المِسْيَار، الشيخ عبد العزيز بن باز، فقد سئل عن رجل يتزوج بالثانية أو الثالثة، وتبقى المرأة عند والديها، ويذهب إليها زوجها في أوقات مختلفة تخضع لظروف كل منهما.

فأجاب رحمه الله: لا حرج في ذلك إذا استوفى العقد الشروط المعتبرة شرعا...لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: " **أحقّ ما أوفيتم من الشُّروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج** "[2]فإن اتفق الزوجان على أن المرأة تبقى عند أهلها، أو على أن القسم يكون نهارا لا ليلا أو في أيام معينة أو ليالي معينة، فلا بأس بذلك بشرط إعلان النكاح وعدم إخفائه[3].

---

١ – وهذا تفصيل خاص بالمالكية فقط.القرافي / الذخيرة، ج04، ص400– 401، والدردير / الشرح الكبير، ج02، ص236 – 237.

٢ – البخاري، باب: الشروط في النكاح، ج 05، ص1978، رقم 7856، ومسلم، باب: الوفاء بالشروط في النكاح، ج 04، ص140، رقم 3537.

٣ – المجلة العربية، الرياض، العدد 232، السنة 1417هـ، يراجع عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 325 – 326. ويبدو أن آخر ما استقر عليه رأي الشيخ رحمه الله في المسألة هو التوقف، فقد سئل عن الفرق بين الزواج المسيار والزواج الشرعي، فأجاب: أن الواجب

– ومن الذين قالوا بإباحته الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، مفتي المملكة العربية السعودية، حيث قال: إن هذا الزّواج جائز، إذا توافرت فيه الأركان والشروط والإعلان الواضح، حتى لا يقعان في التهمة وما شابه ذلك، وما اتفقا عليه فهم على شروطهم...[١]".

– ومن الذين أباحوه، و لم يحبذوه الشيخ سعود الشريم وقال:" قد يحصل من زواج المِسْيَار ضرر من وجه دون آخر." وقال:" هذا الزّواج قد يحقق الإحصان، لكنه لا يحقق السكن[٢]"

– ومن الذين أباحوه أيضا، فضيلة شيخ الأزهر محمد سيد طنطاوي، حين سئل عن زواج المِسْيَار، وأنه زواج يتم بعقد وشهود ووليّ، ولكن بشرط ألا يلتزم الزوج بالوفاء بالحقوق الواجبة عليه نحو زوجته.

فقال:" ما دام الأمر كذلك، والعقد صحيح شرعا، وقد تمّ الاتفاق على عدم الوفاء بالحقوق الزوجية، وهي رضيت بذلك فلا بأس، لأن الزّواج الشرعي قائم على المودة والرحمة وعلى ما يتراضيان عليه، ما دام حلالا طيبا بعيدا عن الحرام.[٣]" .

– ويقول مفتي جمهورية مصر السابق، الدكتور نصر فريد واصل:" وأما أنه زواج صحيح، فهذا حقّ، لأنه فعلا زواج صحيح مائة بالمائة، وأركانه مكتملة شرعا.[٤]"

– ومن الذين قالوا بإباحته مع الكراهة، الدكتور يوسف القرضاوي، حيث قال:" أنا لست من دعاة زواج المِسْيَار، ولا من المرغبين فيه، فلم أكتب مقالة في تحبيذه أو الدفاع عنه، و لم

على كل مسلم أن يتزوج الزواج الشرعي، وأن يحذر مما يخالفه سواء سمي زوج مسيار أو غير ذلك. وقال: من شروط الزواج الشرعي الإعلان فإذا كتمه الزوجان لم يصح، لأن والحال هذه أشبه بالزنا. يراجع: عبد العزيز بن عبد الله بن باز / مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جمع وترتيب، محمد بن سعيد الشويعر، إعداد وتوثيق: موقع ابن باز، ج20، ص 430 – 431.

١ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 326.

٢ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية ،ص 175 – 176.

٣ – المطلق المرجع السابق، ص 326 – 327.

٤ – بركات / عاصفة المسيار، مجلة الوطن العربي، العدد 1111، الصادرة بتاريخ 1998/06/19، ص 53، نقلا عن محمد طعمة القضاة / زواج المسيار وحكمه الشرعي، ص10 كتاب إلكتروني على الإنترنت:**www.arablawinfio.com**

أخطب خطبة تدعو إليه، كل ما في الأمر أني سئلت سؤالا عنه، فلم يسعني أن أخالف ضميري، أو أتاجر بديني، أو أشتري رضا الناس بسخط ربي، فأحرم ما أعتقد أنه حلال.[1]"

– ومن الذين كرهوه الشيخ عبد الله المنيع حيث يقول:" هذا الزّواج بهذا التصور، لا يظهر لي القول بمنعه، وإن كنت أكرهه وأعتبره مهينا للمرأة وكرامتها، ولكن الحقّ لها، وقد رضيت بذلك وتنازلت عن حقها فيه"[2].

2 – أدلة القائلين بإباحة زواج المِسْيَار ومناقشتها .

من خلال تتبع آراء العلماء المبيحين لزواج المِسْيَار، يلاحظ أنهم بنوا موقفهم على الأدلة التالية:

أولا: هذا الزّواج مكتمل الأركان والشروط، ففيه الإيجاب والقبول، والتراضي بين الطرفين والولي والمهر والشهود، هذا هو أقوى أدلة المبيحين، وهو صحيح شكلا.

المناقشة: هذا العقد وإن كان مقبولا من حيث الشكل، فإن فيه شروطا تنافي مقتضى العقد، مثل إسقاط النفقة والقسم، فكيف ينعقد ؟

وهذه الشروط المدرجة في العقد، تقضي على الحِكَم الأساسية من تشريع الزّواج، من المودة والرحمة والسكن وقوامة الرجل وتربية الأولاد وغيرها.

ويجاب عنه: إن ما تنازلت عنه الزوجة، ليس من قبيل الشروط المدرجة في العقد، وإنما هو تنازل عن حقوقها، فهو تنازل بإرادتها، وهبة منها لزوجها، وأن المرأة هي مالكة الحقّ، تتنازل عنه لمن شاءت ومتى شاءت، وفي أسوأ الأحوال أن الشروط تلغى على اعتبار أنها فاسدة، ويبقى العقد صحيحا.

ويرد عليه: أن تنازل المرأة عن حقوقها مقبول، هذا إذا سلمنا أنها تملكها، فكيف وهي لا تملكها أبدا، لأن الزوج قد اشترط عليها ضمنا أو صراحة أنه لا يرتبط بها، إلا إذا تنازلت عن حقها في النفقة وفي المبيت وما إليه، والتنازل يكون عن حقّ مكتسب وهي لا حق لها.

---

١ – يوسف القرضاوي / زواج المسيار، ص08.

٢ – مجلة الأسرة العدد 46 سنة 1418هـ، ص 15.

وإذا قلنا بأنه في الإمكان وإلغاء الشروط، مع الإبقاء على أصل العقد صحيحا، فهل نتصور أن عقد الزّواج سيبقى دون تنازل المرأة على حقوقها، والتي لولا التضحية بها لما قبلها الرجل زوجة له، إذ أن أصل زواج المِسْيَار مبني على إهدار حقوق المرأة، فكيف نقول بصحته شرعا0

ومطالبة المرأة بحقوقها فيه، يعني نهاية حياتها الزوجية، فلها إما السكوت مع الظلم الفادح أو الطلاق المرّ.

ثانيا: نحن نسلم أن الشروط المدرجة في زواج المِسْيَار، تقضي على مقاصد الزّواج وحكمه، لأن العقد حتى وإن اكتمل شكلا، إلا أنه يبقى ناقصا معنى، والعبرة للحقائق لا للأشكال، ولكن ما لا يدرك كله، لا يترك كله، وحصول بعض الحكم أفضل من تركها كلها وكما قال الشيخ يوسف القرضاوي:" إن هذا الزّواج لا يحقق كل الأهداف المنشودة، وهو ليس الزّواج الإسلامي المنشود، ولكنه الزّواج الممكن الذي أوجبته ضرورة الحياة، وتطور المجتمع، وظروف العيش، وعدم تحقيق كل الأهداف المرجوة، لا يلغي العقد ولا يبطل الزّواج، إنما يخدشه وينال منه"[1].

ويرد عليه: بأن القبول بزواج ناقص وحكم وأهداف جزئية دون المقاصد الكلية، يكون في الزّواج الصحيح العادي، الذي يحافظ فيه على حقوق المرأة وكرامتها، أما زواج المِسْيَار، فإن الفوائد القليلة المرجوة منه، تقابلها حتما مفاسد أعظم، و هذه المصالح الهشة تنسف بعواصف الأضرار التي تلازم الحياة الزوجية العادية، فلا وجه للمقارنة ولا المقاربة بين مصالح الزّواج الشرعي والمصالح الموهومة التي ترجى من زواج المِسْيَار.

ثالثا: قد ثبت في السنة أن أم المؤمنين سودة بنت زمعة رضي الله عنها قد وهبت يومها من رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، فعن عائشة رضي الله عنها قالت:" ما رأيت امرأة أحب إليّ أن أكون في مسلاخها [2] من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدّة، قالت: فلما كبرت جعلت يومها من رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة: قالت

---

١ – القرضاوي / زواج المسيار، ص17.

٢ – أي جلدها، تقصد أن تكون مكانها.والحدّة: قوة النفس وجودة القريحة.

يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة، **فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين، يومها ويوم سودة.**[1]

فالحديث فيه دلالة، أن من حق الزوجة، أن تسقط حقها الذي جعله الشارع لها، كالمبيت والنفقة، ولو لم يكن ذلك جائزا لما قبل الرسول صلى الله عليه وسلم، إسقاط سودة لحقها، وتنازلها عن يومها.

المناقشة: الاستدلال بهبة سودة حقها لعائشة، وتنازلها عن يومها، وقبول رسول الله دليل قوي في جواز هبة المرأة حقها لزوجة ثانية، فهذا يدل على أنه يجوز للمرأة أن تتنازل عن حقها في النفقة والقسم لصالح امرأة أخرى وهو مبنى زواج المِسْيَار[2].

يرد عليه: إن سودة تنازلت لعائشة عن حقّ كانت تملكه، وذلك بعد أن قسم لها رسول الله صلى الله عليه وسلم يومها.

وسودة تنازلت عن حقها بعد العقد، وفي المِسْيَار يكون تنازل المرأة عن حقها في المبيت قبل العقد أو عنده.

إن سودة تنازلت عن حقها بعد ما استعملته سنين طويلة، فلما كبرت تنازلت عنه، وتنازل سودة عن حقها لعائشة دون غيرها من نسائه صلى الله عليه وسلم، كان طواعية، بل إرضاء منها لرسول الله عليه السلام لحبه الكبير لعائشة، وأما في زواج المِسْيَار فالتنازل يكون عن طريق الإكراه الضمني، فالمرأة إما أن تتنازل عن حقوقها أو تبقى بلا زواج، وسودة تمتعت بحقها ثم تنازلت، وفي المِسْيَار الزوجة محرومة منذ البداية من حقها.

رابعا: عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت في قوله تعالى ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا ١٢٨﴾ النساء: ١٢٨ ، هي المرأة تكون عند الرجل، لا يستكثر منها، فيريد طلاقها، ويتزوج

---

١ – البخاري في صحيحه، باب: المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك، ج05، ص 199، رقم 4914، ومسلم، باب: جَوَازِ هِبَتِهَا نَوْبَتَهَا لِضَرَّتِهَا، ج04، ص 174، رقم 3702.

٢ – المطلق / الزواج العرفي، ص 333 – 335.

غيرها، تقول له: أمسكني ولا تطلقني، ثم تزوج غيري، فأنت في حلّ من النفقة وعلى القسمة لي، فذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ النساء: ١٢٨ [١].

وفي رواية أنّ رافع بن خديج كانت تحته بنت محمد بن مسلمة، فكره من أمرها، إما كبرا أو غيرة، فأراد أن يطلقها، فقالت: لا تطلقني واقسم لي ما شئت، فجرت السنة بذلك، فنزلت:" ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ النساء: ١٢٨ [٢]

فالشاهد في الحديث أن المرأة قد تتنازل عن حقها في النفقة والمبيت، مقابل أن تبقى في عصمته ولا يطلقها.

الرد عليه: الحديث فيه تنازل عن الحق قبل الطلاق، والمِسْيَار فيه تنازل قبل الزّواج، والحديث يذكر أن الرجل في رواية، هو رافع بن خديج كان عازما على الطلاق لعيب في زوجته، وهي الغيرة الشديدة أو كبر السنّ ، فالتنازل في الحديث كان من الزوجة، وزوجها كاره لها، لذا أراد أن يطلقها، أما في زواج المِسْيَار، فتتنازل عن حقها وزوجها راغب فيها، وهو عين الظلم.

والظاهر أن هذا التنازل في الحديث في نهاية الحياة الزوجية إذ جاء في رواية " **وطال بقاؤها معه** "[٣] وأما في زواج المِسْيَار فهو في بداية الزّواج، والمرأة تتشوف إلى الحياة المستقبلية[٤].

والذي يظهر لي والله أعلم أن استدلالهم بالآية يثبت عكس ما أرادوا إثباته، ففي الآية منع لإقساط حق النفقة والقسم وغيره، وذلك أن بعض الرجال كرهوا نساءهن لكبر سنهن أو غيرتهن، فظهر منهم نشوز وإعراض عن زوجاتهم، فلما خشيت الزوجات أن يصل الأمر إلى الفراق أو الطلاق، أسقطن حقوقهنّ إغراء منهن لأزواجهن بعدم طلاقهنّ.

فنزلت الآية ترجع الأزواج إلى الصلح والتفاهم، وإرجاع الحياة إلى مجراها الطبيعي، حتى لا

---

١ – البخاري، باب: " **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا**" ج05، ص1998، رقم 4910، ومسلم، ج08، ص241، رقم 7722، واللفظ للبخاري.

٢ - ابن أبي شيبة في المصنف، ج03، ص 328.

٣ – هذه الرواية لم أقف عليها في كتب الحديث.

٤ – محمد القضاة / زواج المسيار، ص 16.

تظلم المرأة بإسقاط حقها، فالصلح في الآية لنفي إسقاط حقّ المرأة، وفيها دعوة إلى الصلح عند وقوع الخلاف بين الزوجين، وليس إلى إسقاط الحقوق.

خامسا: وقوله صلى الله عليه وسلم :" **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة، فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.**[1]"

يقول صالح السدلان:" وعلى من يتهمون زواج المِسْيَار، بأنه مجرد قضاء وطر، يخلو من بقية مقاصد الزّواج، فنقول: مشروعية الزّواج ثلاثة أمور، بقاء الجنس، وطلب النسل، وقضاء الوطر، وللإنسان أن يقصد منها واحدا أو أكثر".

ويقول القرضاوي:" إن هدف الإمتاع والإحصان أول أهداف الزّواج..." لذا قالوا يجوز أن يكون الهدف من الزّواج هو الرغبة الجنسية، وهذا لا يتعارض مع الإسلام، فالإسلام ركز على الحلال حتى لا يقع في الحرام[2].

المناقشة: الزّواج الشرعي في الإسلام جاء ليحقق أغراضا ومقاصد، والمِسْيَار قد يحقق بعض ما جاء في النكاح الصحيح من حكم وأهداف، وكما سبق أن مصالح المحققة في المِسْيَار، مغمورة في المفاسد الكبيرة التي تترتب عليه، فلا تبقى لها فائدة، والإسلام جعل حلولا اجتماعية ونفسية وجنسية بالزّواج الشرعي، فلا نعدل عنه إلى زواج مشوه مخدوش.

كما أن تعدد الزوجات بضوابطه الشرعية، فيه حلول للقضاء على الانحراف و العنوسة ومشاكل الشباب، فهو البديل الحقيقي عن المِسْيَار.

3 – القائلون بعدم الإباحة.

– من الذين قالوا بعدم إباحة زواج المِسْيَار، الشيخ ناصر الدين الألباني رحمه الله، وقال:" فيه مضار كثيرة على رأسها تأثيره السلبي على تربية الأولاد وأخلاقهم."[3]

---

١ – البخاري، باب: من لم يستطيع الباءة فليتزوج، ج05، ص1950، رقم4879 ومسلم، باب: اسْتِحْبَابِ النِّكَاحِ لِمَنْ تَاقَتْ نَفْسُهُ إِلَيْهِ وَوَجَدَ مُؤْنَةً، ج04، ص128، رقم3466.

٢ – القرضاوي / المسيار وتحقيق أهداف الزواج الشرعي، مجلة المجتمع العدد 1302، بتاريخ 1998/06/02، ص 46. نقلا عن محمد قضاة / زواج المسيار وحكمه الشرعي، ص17.

٣ – المطلق / المرجع السابق، ص 338.

– ومن الذين قالوا بعدم إباحته أيضا الشيخ عبد العزيز المسند، وقال:" زواج المِسْيَار ضحكة ولعبة...فزواج المِسْيَار لا حقيقة له، وهو إهانة للمرأة ولعب بها، فلو أبيح لكان للفاسق أن يلعب على اثنين وثلاثة وأربعة وخمسة... وقال: إن الرجال الجبناء هم الذين يتنطعون بزواج المِسْيَار[1].

– ويقول محمد عبد الغفار الشريف:" إن زواج المِسْيَار، بدعة جديدة ابتدعها بعض ضعاف النفوس، الذين يريدون أن يتحللوا من كل مسؤوليات الأسرة، ومقتضيات الحياة الزوجية، فالزّواج عندهم لا يعدو أن يكون قضاء حاجة جنسية تحت مظلة شرعية في الظاهر...وهذا لا يجوز عند الله ...[2] "

– ويقول الدكتور علي محي الدين القرة داغي :" إن زواج المِسْيَار، ليس من زواج الإسلام، وهذا ما قاله جماعة من الفقهاء السابقين في زواج النهاريات أو الليليات، أي اشترط أن يأتيها في النهار أو في الليل فقط"[3].

– وأما الدكتور وهبة الزحيلي، فكان في رأيه الأول يقول بإباحة زواج المِسْيَار مع الكراهة، فكان يقول:" إن هذا الزّواج غير مرغوب فيه، لأنه يفتقر إلى تحقيق مقاصد الشريعة في الزّواج... وقال: الأصل في العقود الشرعية ومنها الزّواج الإباحة، فكل عقد استوفى أركانه وشرائطه الشرعية كان صحيحا ومباحا...وليس في المِسْيَار قصد الحرام.[4]"

ثم غير رأيه في هذا الزّواج وذلك في بحث أنواع الزّواج المستحدثة وحكمها في الشريعة، والذي قدمه إلى المجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة عشرة بمكة المكرمة وقال:" هذا الزّواج وإن بدا أنه صحيح في الظاهر، إلا أنه تنعدم فيه مسؤولية الرجل في التربية والرعاية والإشراف...وأرى أن هذا الزّواج يصادم مقاصد الشريعة ...[5]"

---

١ – المرجع نفسه.

٢ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية، ص18.

٣ – محمد طعمة / زواج المسيار، ص 13.

٤ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية، ص175، وص177.

٥ – الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 92.

4 – أدلة القائلين بعدم إباحته ومناقشتها .

استدل الفقهاء الذين منعوا زواج المِسْيَار بالأدلة التالية:

أولا:قوله تعالى ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾ الروم: ٢١

ووجه الدلالة في الآية، أن الأمور التي تعتري زواج المِسْيَار، فتجعله غير جائز، هي أنه يتنافى ومقاصد الزّواج طبقا للآية، فأين السكن والطمأنينة بالنسبة للمرأة القلقة، والتي لا تعلم متى سيطلقها هذا الزوج بعد قضاء شهوته ونزواته منها ؟[1].

ثانيا: قوله صلى الله عليه وسلم:" **ألا وحقهنّ عليكم، أن تحسنوا إليهنّ في كسوتهن وطعامهنّ**.[2]" فنكاح المِسْيَار قائم على إسقاط أحكام الله وشريعته في شأن حقوق المرأة، تحت مسمى الرضا، وأسسه الاتفاق على شروط تعارض وتنقض أحكام الشرع الإسلامي والقطعية الثبوت والقطعية الدلالة في مجملها، وقائم على إسقاط حق المرأة ابتداء في النفقة والسكن والبيتوتة، فهو اتفاق على إسقاط الحقوق التي أوجبها الله ورسوله للمرأة بمجرد تلبسها بوصف الزوجة الشرعية بكلمة الله، فهذا اتفاق على إحلال ما حرم الله، واتفاق على مخالفة أوامر الله وأحكامه في ميثاق النكاح، وهذا كله مفسوخ مردود باطل[3].

الرد عليه:

ويمكن أن يرد عليهم، بأن ما تتنازل عنه المرأة من حقوق وإن كانت من أحكام الله، لكن الله تعالى قد جعل هذه الحقوق بيدها، تتصرف فيها وفق مصلحتها، فإذا رأت أن من مصلحتها حتى تظفر بزوج أن تتنازل عن حقوقها الخاصة فلها ذلك.

---

١ – محمد طعمة / زواج المسيار، ص21.

٢ – الترمذي في السنن، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، ج03، ص467، رقم1167، وقال: حسن صحيح، ورواه ابن ماجه في السنن، باب: حق المرأة على زوجها، ج 01، ص 594، رقم 1851، وقد حسنه الألباني، يراجع: صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الخامسة، ج02، ص 195، رقم1930.

٣ – محمد طعمة / المرجع السابق.

ثالثا: قوله صلى الله عليه وسلم:" **أعلنوا هذا النكاح، واضربوا عليه بالغربال** "[1] وفي رواية:" **فصل بين الحلال والحرام، الدف والصوت في النكاح** "[2]. وفي رواية كان النبي صلى الله عليه وسلم: **يكره نكاح السرّ حتى يضرب بالدف، ويقال:" أتيناكم أتيناكم، فحيونا نحييكم**"[3]. وهذه الأدلة أقوى ما استدل به المانعون لزواج المِسْيَار، فقالوا: يستحب إقامة النكاح في المساجد، ونكاح المِسْيَار ليس في المساجد، فلا يتحقق الإعلان عنه، وقوله في الحديث:" **أعلنوا هذا النكاح**" فيه دليل على وجوب إظهار النكاح، لذا قالوا ببطلان زواج السر[4].

الرد عليه: ويمكن أن يرد عليهم، بأن زواج المِسْيَار، ليس كزواج السر، فهو بشهود يحضرون العقد، ثم العقد مسجل وموثق، فأين الضرر ؟

المناقشة: يقال ليس الغرض من الشهود مجرد الحضور للتبرك، فإن حضروا و لم يعلنوا أمر الزّواج بين الناس حتى يشتهر، فقد ضاع المقصد من الإشهاد والذي هو زيادة على ضمان الحقوق، التفريق بين السّفاح والنّكاح، لأن الزّواج من غير إشهاد أقرب من الزنا منه إلى الزّواج الشرعي، وهو نكاح السر، وقد سبق القول بأن المالكية قالوا بفسخه قبل الدخول وبعده ما لم يطل ويشتهر.

وزواج المِسْيَار الأصل فيه أنه لا يذاع بين الناس، وخاصة الأهل، وبالأخص الزوجة الأولى، وقد قال المالكية: إذا تواصوا على كتم عقد الزّواج على أهل مترل معين أو زوجة، فهو نكاح السر.

---

١ – ابن ماجه في السنن، باب: إعلان النكاح، ج 01، ص611، رقم 1895، واللفظ له، والترمذي في السنن، باب: إعلان النكاح، ج03، ص398، رقم 1089، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: ما يستحب إظهاره من النكاح، ج 07، ص290، رقم 15094، قال ابن حجر: رواه الترمذي وابن ماجة والبيهقي عن عائشة، وفي إسناده خالد بن إلياس، وهو منكر الحديث، قاله أحمد، وفي رواية الترمذي، عيسى بن ميمون، وهو ضعيف، قاله الترمذي، وضعفه ابن الجوزي من الوجهين. يراجع: تلخيص الحبير، ج04، ص 486.

٢ – البيهقي في السنن الكبرى، ج07، ص 289، رقم15090، وأحمد في المسند، ج24، ص189، رقم 15451.

٣ – رواه أحمد في المسند، ج 28، ص267، رقم 16712، وقد ضعفه الألباني في الإرواء، ج 07، ص52، رقم 1996، وقال الهيثمي: وفيه حسين بن عبد الله بن ضميرة، وهو متروك. يراجع: مجمع الزوائد، ج04، ص 530.

٤ – محمد مطعة / زواج المسيار، ص 21.

رابعا: العقد في هذا الزّواج مقترن ببعض الشروط التي تخالف مقتضى العقد،كشرط تنازل المرأة عن حقها في القسم والنفقة ونحو ذلك، وكل هذه الشروط فاسدة، وقد تفسد العقد.

المناقشة:

قد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج إن أعسر، و لم ينفق على زوجته فلا يفسخ العقد، ولا يبطل النكاح، بل للزوجة إذا رضيت أن تنفق على نفسها، وتبقى مع زوجها فلها ذلك، وإن شاءت طلبت الطلاق.

ويرد عليه : بأن الإعسار ظرف طارئ، وأن الزوجة قد أسقطت نفقتها احتراما للعلاقة الزوجية، كما أن إسقاطها جاء بعد العقد وليس قبله.

فإعسار الزوج سبب قهري، قد لا يكون للزوج فيه أي دخل، لذا يجوز للمرأة أن تصبر مع زوجها وتتنازل عن حقها في النفقة، كما أن الإعسار غالبا ما يكون مؤقتا ظرفيا، ثم تعود فيه الأمور إلى الحياة العادية، أما زواج المِسْيَار، ففيه إسقاط لحق المرأة مع يسر الزوج، فأين القوامة إذن ؟ كما أن إسقاط حق النفقة يكون على سبيل الديمومة، وليس مؤقتا كما في الإعسار.

وقد ذهب الحنفية إلى عدم جواز إسقاط النفقة قبل وجوبها قال الكاساني:" ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الإبراء، لأنها تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان، فكان الإبراء منها إسقاط الواجب قبل الوجوب، وقبل وجود سبب الوجود.[1]"

وقد ذهب بعض المحققين إلى أن حق النفقة والمبيت لا يقبل الإسقاط، قال الزحيلي:" لأنهما من الحقوق التي لم تثبت في الذمة، ثم إن هذا الحق نفسه لم يوجد بعد...[2]"

---

١ – الكاساني / بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ط1982/02، ج04، ص 29

٢ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج04، 372. وقال الزحيلي: وهناك حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط :

أ – الحق القابل للإسقاط: الأصل أن جميع الحقوق الشخصية تقبل الإسقاط بخلاف الأعيان، كحق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار. وإسقاط الحق إما أن يكون بعوض أو بغير عوض.

ب – الحق الذي لا يقبل الإسقاط: هناك حقوق لا تقبل الإسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام المتقدم منها: الحقوق التي لم تثبت بعد: كإسقاط الزوجة حقها في المبيت والنفقة المستقبلة، وإسقاط المشتري حقه في خيار الرؤية قبل الرؤية، وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي، وإسقاط الشفيع (الشريك أو الجار) حقه في الشفعة قبل البيع. كل هذا لا يسقط؛ لأن الحق نفسه لم يوجد بعد. الفقه الإسلامي وأدلته، ج 04، ص 372.

وأما عن إسقاط حق المرأة في المبيت، فقالوا: يوجد ما هو أعظم منه في الشريعة، وهو إسقاط حق الوطء جملة، بأن كانت المرأة تعلم بأن في زوجها عيبا موجبا للخيار، ويستحيل معه الوطء، قال الدسوقي:" فإن علم السليم، بعيب المعيب قبل العقد، فلا خيار بعد ذلك، لأن عقده مع العلم دليل رضاه [1]." وذكروا من العيوب، الجبّ والعنة، والخصاء والاعتراض.

الرد عليه:

ويمكن أن يرد عليهم بأن هناك فرقا كبيرا بين الرضا بعدم الوطء لوجود عيب بالزوج، وبين إسقاط الوطء مع قدرة الزوج عليه ورغبة المرأة فيه، وكذلك يقال بالنسبة إلى إسقاط المبيت وعدم العدل في القسمة، فأين العدل بين النساء، وواحدة تتمتع بكامل حقوقها، والأخرى مجحوف في حقها، فالحل في التعدد الشرعي بضوابطه وليس في المِسْيَار المبني على الظلم والإجحاف.

ورضا المرأة في زواج المِسْيَار بإسقاط حق النفقة والمبيت، نوع من الإكراه المعنوي لذا، فإن موافقتها غبن فاحش واقع بها، حيث أن الزوج اشترط عليها ابتداء ليقيم معها أن تسقط عن كاهله ما أوجبه الله لها، ولولا هذا الإسقاط ما أقدم على نكاحها[2].

خامسا: زواج المِسْيَار يتنافى مع مقاصد الشريعة من الزّواج، كتحقيق السكن والمودة، ورعاية الأبناء.

و هذا الدليل في موضعه وله اعتباره، فإن السكن الكامل لا يتحقق فعلا في زواج المِسْيَار، وإن الزوجة تعيش في قلق واضطراب وترقب للحظة التي يمر فيها الزوج، ومع الغياب المتكرر للزوج، لا يحدث إعفاف المرأة وقد تقع المرأة في انزلاقا ت خطيرة، وقد لا يأتي الزوج إلى زوجته مدّة شهور، وأين حفظ النسل في هذا الزّواج ؟ وهل حفظه يكون بإنجاب الأولاد دون تربيتهم ورعايتهم ؟

ويرد عليه: بأن المنشود من الزّواج هو السكن الكامل، والمودة والرعاية الكاملة، ولكن هل تبقى المرأة بلا زواج أم تتزوج وتقبل بسكن ومودة ناقصين، فهذا هو الموجود، فإما أن نقبله مع وجود عيب فيه أو نتركه بالكلية وفي ذلك ضرر على المرأة.

---

١ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، ص 277.

٢ – ملكة يوسف / موسوعة الزواج، ج01، ص 222- 223.

ويجاب عليه: إن الله تعالى قد أعطى لهذه المشكلة وهذا المرض دواء يتناسب مع آثاره، وهو التعدد بضوابطه الشرعية، فكيف نقبل بهذا الزّواج المشوه، وبهذا التعدد المخدوش، ونترك الحل الشرعي الناجع، وهل من المروءة أن يتزوج الرجل خلسة عن زوجته الأولى، بل على أبنائه، ويعيش كاللص يتسلل بين البيوت، فإذا علمت به زوجته الأولى صدمتها المفاجأة فلا شك أنها سوف تطالبه بالطلاق، أو أنها تستعمل حقها في التطليق للضرر، وفق ما هو معمول بها في بعض القوانين التي تحكم نظام الأسرة، فيهدم بيته الأول وتتحول متعته الجزئية إلى غمٍّ كلي ودائم.

سادسا: الزّواج الشرعي يعني تحكم وقوامة الرجل في أهله لقوله تعالى: "

﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ ﴿٣٤﴾﴾

النساء: ٣٤

فهو الراعي الأول لشؤون أبنائه يربيهم ويرشدهم ويوجههم، ويأمرهم وينهاهم، ويصوبهم ويسددهم في كل أمور حياتهم، فأين كل هذا في زواج المِسْيَار.

وحتى المرأة تحتاج إلى من يحميها وتعيش تحت عطفه ودفئه. والمرأة التي تعيش في مسكن توفره بنفسها، وتنفق على نفسها وأولادها وتكابد لوحدها مشاق الحياة، هل تشعر بأنها في ذمة رجل قيّم ومسؤول عنها ؟

فهل الزّواج قضاء متعة في دقائق معدودات ثم الانصراف، إنها الوقاحة والدناءة بعينها وليس القوامة والرجولة.

وهل الرجل الذي يغيب عن زوجته باستمرار ولا يزورها إلا قليلا، يبني حياته الزوجية على ثقة أم على شك وريب وسوء الظن، كيف لا، وهي تعيش بعيدة عن عينيه، وخارجة عن مراقبته، فلا شك أن هذه الحياة بينهما مآلها الشقاق ثم الفراق.

سابعا: إن الله قد شرع لنا وسيلة أخرى غير هذا الزّواج، وهو التعدد وفق الحكمة والقيود التي جاءت بها الشريعة.

يرد عليه: بأن المِسْيَار هو شكل من أشكال التعدد، ولا يتصور أن شابا تزوج أول مرة في حياته يتزوج مسيارا.

والواقع أن الذي يلجأ إلى المِسْيَار، هو من كانت له زوجة سابقة، وربما له أولاد وبيت مستقر، فيتزوج مسيارا لحاجته إلى زوجة أخرى[1].

ويجاب عليه: بأن زواج المِسْيَار، شكل ممسوخ ومشوه من التعدد ، فقد يغيب لمدة شهور عن زوجته ولا ينفق عليها ولا يتابع سلوكها ولا يتابع أولاده منها.

قال الدكتور عبد الملك المطلق: إن زواج المِسْيَار، وإن كان لونا من ألوان التعدد...إلا أنه لا يرقى بأي حال من الأحوال إلى التعدد الشرعي الذي بينته لنا السنة المحمدي ة، بل المِسْيَار لا يعدو أن يكون بديلا مريحا عن التعدد الشرعي، ويساعد على الانصراف عن التعدد الشرعي العادي[2].

5- القول بالتوقف في حكم زواج المِسْيَار.

توقف بعض علماء العصر في حكم زواج المِسْيَار، لعدم اتضاح أمره عندهم، وذلك لأنه من جهة مستوفى الأركان والشروط، ومن جهة أخرى ليس هو الزّواج الذي كان عليه السلف، أضف إلى ذلك المفاسد الكثيرة والملموسة في الواقع، ومن هنا جاء التوقف، ومن هؤلاء:

- فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله، ويبدو أن الشيخ كان يرى جوازه في بداية الأمر، فقد نقلت مجلة المجتمع عنه فتوى بإباحته، ولما رأى المفاسد المترتبة عليه راجع فتواه في ذلك فقال:" كنا في أول الأمر، نتهاون في أمره، ونقول: إن شاء الله ليس فيه بأس، ثم تبين أمره، فأمسكنا عن الإفتاء به، لأننا نخشى من عواقب وخيمة في هذا الزّواج، لذا أمسكنا عن الإفتاء به"[3].

وكذلك عمر بن سعود العيد، فقد ذكر أدلة المجيزين، ثم ذكر بعض مساوئه، وذكر أن عددا من العلماء توقف فيه، وذكر أن الأمر يتحاج إلى زيادة الدقة في بحث هذا الموضوع، لأن فيه محاذير كثيرة، وقد يكون ظاهرة مرضية، وتوقف في حكمه.

---

١ - القرضاوي / زواج المسيار، ص 24.

٢ - عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 360.

٣ - المطلق / الزواج العرفي، ص 364.

وكذلك فعل محمد فالح المطلق أستاذ بجامعة اليرموك، حيث قال: أميل إلى التوقف في المسألة، فهو لا يعد زنا حتى نجزم بحرمته، ولا نقول بإباحته لما فيه من المضار الخطيرة، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح[1].

خامسا: الموازنة والنّظر السّياسي في زواج المِسْيَار.

من المبادئ المقررة شرعا، مبدأ التبعية الفردية في مقابل الحرية الفردية، والتي تلازمها التبعية الجماعية التي تشمل الفرد والجماعة بتكاليفها، فإسقاط النفقة والمبيت وإن كان يحل بعض المشاكل إلا أنه يتعارض مع أهداف المجتمع العليا أي المصلحة العامة، فتبقى حرية الفرد متوقفة على حرية الآخرين وتأثيرها عليها، وزواج المِسْيَار فيه القضاء على معاني الزوجية، بل أساسيات هذا الزّواج تقضي على أهدافه، فالزّواج الذي يتخلى فيه الرجل عن مسؤوليته وواجباته الأسرية، منبوذ من الأسرة والمجتمع، لأنه ببساطة يسعى إلى هدم وتفكيك الأسرة وتخريب المجتمع، فمصلحته موقوفة على المصلحة العامة، مصلحة الأسرة والمجتمع.

فالزّواج بهذه الصورة المتحررة، سيقضي على دور المرأة في البيت والأسرة، بل سيجهز على أنوثتها، والتي لا تظهر إلا بجانب فجولة الرجل الكاملة، وكيف يكون ذلك في المِسْيَار والزوج يعيش غيابا تاما عن أسرته، مع تنازله عن حق القوامة، فاشتراطه عدم النفقة وعدم القسمة، هو إسقاط للقوامة، وتَسيِّيدٌ للمرأة مكان الرجل، فقوامة الرجل ليست مطلقة ولا دائمة، وفي هذا إلحاق للأسرة المسلمة بالأسرة الغربية.

قال القرطبي:" فهم العلماء من قوله تعالى: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ ٣٤﴾ النساء: ٣٤

أنه متى عجز عن نفقتها، لم يكن قواما عليها، وإذا لم يكن قواما عليها، كان لها فسخ العقد، لزوال المقصود الذي شرع لأجله النكاح"[2]. فماذا يبقى للزواج الشريف، إذا سقطت قوامة الرجل.

ومن خلال تتبع أدلة القوم في المسألة، يمكن أن نصل إلى ما يأتي:

---

١ - المرجع السابق .

٢ - تفسير القرطبي، ج05،ص 169.

– زواج المِسْيَار وإن كان كاملا من حيث الشكل والمظهر، إلا أنه ناقص من حيث المعنى والجوهر، لأنه لا يتوافق مع بعض الحكم الشرعية والمقاصد السامية من الزّواج. ولا مع مفهوم قاعدة **الأمور بمقاصدها**، وأن جميع تصرفات المكلف وأعماله القولية والفعلية تابعة لنيته، فلا تكون صحيحة إلا بنية وقصد صحيح.

وزواج المِسْيَار قصده الأول إشباع الميل الجنسي، وهو مقصد معتبر إلا أنه لا يساعد على تحقيق الهدف الأسمى من الزّواج، وهو تكوين بيت متماسك قائم على الرحمة والمودة والسكن وتربية الأولاد على القيم والأخلاق الإسلامية.

– الصحيح الثابت أن كل نكاح عُقِد على ما لا يحل، فإنه لا يحل، وهو باطل ولو ولدت الأولاد، لأنه عقد بصحة ما لا صحة له، ونكاح المِسْيَار الاتفاق عليه عند عاقديه لا يصح عندهم إلا بصحة ما لا يصح، فهو لا يصح شرعا، لإسقاط ما أوجبه الله من أحكام شرعية، وبالمِسْيَار استحلوا حرمات الله بصورة زعموا أنها زواج[1].

– العقد في الزّواج ليس كغيره من العقود، فهو يتعلق بالأبضاع ومعلوم أن الأصل في الأبضاع التحريم، وإذا تقابل في المرأة حلّ وحرمة غلبت الحرمة، لذا يجب التحفظ والاحتياط في أمر الزّواج أكثر مما يحتاط في غيره، ولا شك أن الشبهة في زواج المِسْيَار قائمة.

– من القواعد المقررة في علم الأصول، أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وفي المِسْيَار مفاسده أكثر وأعظم من مصالحه، وربما قضت المفاسد على المصالح فألغت فأصبحت في حكم العدم وذلك لأمور:

أ – هذا الزّواج يكثر فيه الطلاق، فإذا كان الزّواج سهلا، كان الطلاق أسهل، وتبقى المرأة بلا قرين، فإذا كانت نسبة الطلاق في البلدان التي ظهر فيها المِسْيَار مرتفعة جدا، قد تصل إلى ثمانين بالمائة من النساء المتزوجات زوجا عاديا، فما بالك بزواج المِسْيَار، ولعل المِسْيَار هو أحد أسباب الطلاق، فيتهرب الزوج من المسؤولية الزّواج الشرعية، ليتحرر في زواج المِسْيَار، وفي هذا فتح لباب الفساد على مصارعيه.

ب – إذا وقع الطلاق، استبدلت المرأة لفظ المطلقة، بلفظ عانس، فتعاد المشكلة نفسها وبحدة أكبر.

---

١ – ملكة يوسف / موسوعة الزواج، ج01، ص218.

ج – هو زواج لا يحدث الإعفاف للمرأة، فقد تقع في الخيانة والانحراف لإشباع رغبتها، وتتستر تحت مظلة الزوجية، لكونها بعيدة عن المراقبة والمتابعة من طرف الزوج الغائب.

د – هو زواج تذوب فيه معاني الرجولة، وتسقط معه قوامة الرجل في بيته على زوجته بالتوجيه وعلى أولاده بالرعاية والتربية.

هـ – هذا الزّواج يمثل صورة من صور التعدد الممسوخ والمخدوش، ويقضي على التعدد الشرعي، لأنه سهل الحصول، وبعيد عن كل مسؤولية وواجب تجاه أسرته.

ومن هنا يترجح منع زواج المِسْيَار على إباحته، فلا ينبغي للشكل أن يقضي على المضمون، وللظاهر أن يعود على الجوهر بالنقض والبطلان.

فحتى وإن كان عقد الزّواج في المِسْيَار مستوفي الأركان والشروط، فلابد أن لا نُغَيِّب مقاصد الشريعة في معالجة مثل هذه العقود، فعقد الزّواج له أهداف ومقاصد شُرِّعَ من أجل تحصيلها، وزواج المِسْيَار يعود على تلك المقاصد الشرعية بالبطلان والإلغاء، وذلك لما فيه من مفاسد كثيرة والتي تنغمر فيها المصالح الموهومة التي يزعم دعاة المِسْيَار تحقيقها، والنظر في مآلات العقود وما يترتب عليها من مفاسد من أسس الاجتهاد السياسي.

فبناء على نتائج وآثار تلك العقود، يصدر ولاة الأمور أحكاما ملزمة، إما بالإباحة والجواز أو الحظر والمنع، فإذا كانت نتائج العقود مصالح ومنافع للناس، أباح ولاة الأمور تلك العقود، وأما إن صحت في الظاهر وكانت النتائج المترتبة عليها مفاسد ومضار، وجب الحكم بالبطلان، فدرء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

كما أنه يجب على ولاة الأمور أن يسدوا أبواب الفساد، ويقطعوا الطريق على سماسرة الأعراض، وذلك بأن يمنعوا بقوة الشرع والقانون وسطاء الزّواج من أن يروجوا لمثل هذا الزّواج المشبوه، بكافة وسائل الاتصال، فما معنى أن يكون شعار بعض الوسطاء : تمتع واترك وتنقل من امرأة إلى أخرى بالمجان ومن دون خسارة. إنّه إباحة للزنا وإشاعته بين الناس في أبشع صورة.

وبما أن الزّواج المِسْيَار يتم في الظاهر مستكمل الأركان والشروط، وربما وثق رسميا، فإنه يصعب مراقبة عقود زواج المِسْيَار عند إنشائه لعدم ظهور الغرض منه.

لذا فإن رقابة ولي الأمر ينبغي أن تتجه إلى الشروط الملحقة بالعقد، فلا ينبغي التساهل في إسقاط النفقة والمبيت، فكل شرط كان من هذا القبيل ألغي، بل يجب علي ولي الأمر إذا رأى الأمر قد استفحل وظهر ضرره وهدد المجتمع، أن يلزم الزوج بالتصريح في عقد الزّواج بعدم إسقاط النفقة والمبيت والقسمة عند التعدد، ويرتب العقوبة عند الإخلال بذلك أو التقصير فيه.

يقول الأستاذ محمد الزحيلي:" أرى تحريم نكاح المِسْيَار سدّا للذريعة، لأن كل ما أدى إلى الحرام فهو حرام، وللسياسة الشرعية، وهذه النتائج المتوقعة تقع عادة، وليست مجرد أوهام أو خيالات أو أمور طارئة ونادرة.[1]"

فليس الزّواج مسألة مادية فقط، أو لقضاء الشهوة وتحقيق المتعة أو الاستمتاع الجنسي المشروع، وإنما هو رابطة شريفة، سماها القرآن الكريم ميثاقا غليظا.

وهذا النوع من الزّواج يصادم مقاصد الشريعة، فيمنع بابه سدا للذريعة، وتوافر التهمة أحيانا في نقاء النسب وشرف النسل[2].

وحتى على القول بأن زواج المِسْيَار ليس حراما، فالمؤكد أنه ليس سنة ولا واجبا، بل هو من باب الجائز أو المباح، فإذا رأى ولي الأمر أن فيه مجلبة لكثير من المفاسد، فله منعه وحظره، فولي الأمر له السلطة في تقييد المباح ونقله إلى مرتبة المنع، إذا رآه مفضيا إلى مفسدة وذلك من باب سد للذرائع.

---

١ – أسامة الأشقر / مستجدات فقهية، ص 180.

٢ – وهبة الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 92.

المبحث الثالث: تَحديدُ أَعلَى الصَّداق.

مقدمة:

أعطى الإسلام للصداق أهمية كبيرة، فجعله من مقومات الزواج، وذلك حتى يضفي صفة القداسة والاعتناء والاهتمام، على العقد المبرم بين الرجل و المرأة، فتبرز بذلك جديّة الرجل ورغبته السوية في الارتباط بالمخطوبة ارتباطا دائما مستمرا، كما تشعر المرأة بالرفعة والاعتزاز، وأنها لن تُنالَ إلا بما يرضي الله ويوافق شريعته.

والأصل في الصداق أنه متروك في تحديده لحرية وتفاهم المتعاقدين، يقدم الرجل لمن أرادها زوجة له، ما طابت به نفسه، فعلى الموسر قدره وعلى المقتر قدره، ولكن الذي يحدث أن يتحول الصداق من رمز للاحترام والكرامة إلى وسيلة للتفاخر والتباهي، فترفع المهور إلى مستوى لا يقدر الشاب العادي أن يتحمله، فيقع التقاسع والتراجع عن الزواج أمام هذه المشكلة التي قصمت ظهر الفقراء من الشباب، فيصبح الصداق والذي يعتبر في الأساس وسيلة خادمة للزواج، طريقا لهدم الزواج نفسه، ومعلوم أنه من شروط اعتبار الخادم أن لا يعود على الأصل بالبطلان.

فإذا أطلق الناس لأنفسهم العنان للتفاخر ورفع أصدقة بناتهم لمستوى يعجز معه الشباب عن الإقدام على الزواج، وعمّ ذلك بين الناس حتى أصبح موضة يتنافسون فيها، وقلّ طالبوا الزواج بسبب ذلك، فهل يصح لولي الأمر في مثل هذه الحالة أن يتدخل ويحدد السقف الأعلى للصداق تشجيعا على الزواج، على أساس أنه من باب تقييد المباح أم لا ؟

أولا: تعريف الصَّداق.

لغة: الصَّدَاقُ اسم مصدر، مأخوذ من الصِّدق ضد الكذب، لأن دخوله بين الزوجين دليل على صدقهما في موافقة الشرع.[1]

---

١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج02 ص 294.

والصَّدَاق بفتح الصَّاد في لغة الأكثر، والثانية كسرها، ويجمع على صُدُق بضمتين، والثالثة لغة الحجاز، صَدَقة بفتح الدَّال وتجمع على صَدَقات على لفظها، والرابعة لغة تميم صُدْقَة والجمع صُدْقات، مثل غرفة وغرفات، والخامسة صَدْقة وجمعها صُدَق مثل قرية وقرى، ويقال: أصدقها بالألف، أعطاها صداقها[1].

اصطلاحا:

عرَّف الفقهاء الصَّدَاق: بأنّه:" **المالُ الذي تستحقه الزوجةُ على زوجِها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة** ".

وعرفه البعض بأنه" **حقٌ ماليٌّ أوجَبَه الشَّارعُ للمرأة على الرَّجل في عقدِ زواجٍ صحيحٍ، أو دخولٍ بشبهةٍ أو بعد عقدٍ فاسدِ**"[2].

والمرأة تملك نصف الصَّدَاق بالعقد عليها، ويتقرر جميعه بالوطء أو ما يقوم مقامه أو بموت أحد الزوجين.

ثانيا: حكم الصَّدَاق وطبيعته.

الصَّدَاق واجب في النِكَاح، فلا يجوز زواج من غير صداق، كما لا يجوز التراضي على إسقاطه، نعم لا يلزم التنصيص عليه في العقد ، بل يستوي فيه كونه مذكورا فيه أو مسكوتا عنه، لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ﴿٢٣٦﴾﴾ البقرة: ٢٣٦ والفريضة المهر، فالآية اعتبرت المرأة زوجةً قَبْلَ المَسِيس، ومن دون تسمية المهر، فدلّ ذلك على صحة المهر من دونه، فالصَّدَاق ليس ركنا من أركانه، ولا شرطا من شروط صحته على

---

١ - الزرقاني، محمد بن عبد الباقي / شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1411/01هـ، ج03 ص133، وابن منظور / لسان العرب، ج 10، ص 193، والزبيدي / تاج العروس، ج 26، ص14. ويقال له: الصداق، والنِّحلة، والمهر، والأجر، والصدقة والفريضة، والعلائق، والعُقر، والحباء. وقد جمعها بعضهم في قوله:

مهر صداق نحلة وفريضة * طَول حباء عقر أجر علائق.**

٢ - شلبي / أحكام الأسرة، ص 359 0

التحقيق، وإن كان واجبا فإن وجوبه ليس لصحة العقد، وإنما لإبانة شرف المحل، وإظهارا لكرامة المرأة، فهو أثر من آثار الزواج[1].

والاتفاق على إسقاط الصَّدَاق أو اشتراط سقوطه مفسد للزواج، فيفسخ قبل الدخول، وإن دخل بها صحح العقد بمهر المثل.

وبعض المالكية كابن أبي زَيْدٍ القَيْرَواني [2] وابن جُزَيّ [3] وخليل في مختصره، يذهبون إلى أن الصَّدَاق ركن من الأركان، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة **09**[4] من القانون **84-11**، وأما القانون المعدَّل فقد ذهب إلى أنه شرط من الشروط وذلك في المادة **09** مكرر.

ثم إن المشرع الجزائري عند كلامه على النِكَاح الفاسد والباطل قال في المادة **33** من ق أ ج :" **إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.**" فالمشرع قد مال إلى تأكيد القول بأن الصَّدَاق شرط أو هو من آثار الزواج.[5]

وإذا كان المهر واجبا على الزوج، فهل هو عوض عن الشيء ملكه في مقابله، أو هو عطاء لازم، وهديةٌ قررها الشارع للمرأة.

وذهب البعض من المالكية و بعض الحنفية، إلى أن المهر عوض عن ملك البضع [6]، ومن هنا حكموا بفساد العقد إذا تزوجها على أن لا مهر لها وقبلت ذلك، قياسا على البيع إذا نُفي

---

١ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 168. وعبد العزيز سعد / الزواج والطلاق، دار البعث، قسنطينة، ص 110. وشلبي / أحكام الأسرة ، ص361.

٢ – عبد الله بن عبد الرحمن النفراوي القيرواني، فقيه من أعيان القيروان مولده ومنشأه ووفاته بها كان إمام المالكية في عصره، يلقب بقطب المذهب وبمالك الصغير، له عدة كتب منها: النوادر والزيادات ومختصر المدونة وأشهر كتبه الرسالة، توفي سنة 386هـ، القاضي عياض / المدارك، ج02، 141 -142.

٣ – محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي، أبو القاسم: فقيه من العلماء بالأصول واللغة، من أهل غرناطة، من كتبه " القوانين الفقهية " و" تقريب الوصول إلى علم الأصول " " التسهيل لعلوم التنزيل" توفي سنة 741هـ. الزركلي / الأعلام، ج05، 325.

٤ – بلحاج / الوجيز، ص101.

٥ – محمد محدة / الخطبة والزواج ، ص253 – 254.

٦ – ميارة أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي / شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، طبعة2000، ج01، ص282. وابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، ص583.

فيه الثمن. وقالوا: إن القرآن سماه أجرا في مقابلة الاستمتاع في قوله تعالى:" ﴿فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ ٢٤﴾ النساء: ٢٤ وذهب البعض إلى أنه واجب، على أنه هدية لازمة وعطية قررها الشارع، لأن القرآن سماه نحلة في قوله تعالى :"﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ٤﴾ النساء: ٤ والنّحلة في اللغة العطاء الذي لا يقابله عوض. قال محمد عبده:" إن الصلة بين الزوجين أعلى وأشرف من الصلة بين الرجل وفرسه أو جاريته، لذا قال" **نحلة** " فالذي ينبغي أن يلاحظ أن هذا العطاء آية من آيات المحبة وصلة القربى وتوثيق عرى المودة والرحمة وأنه واجب حتم لا تخيير فيه، فهو تطييب للمرأة وتكريم لها[1].

وقد سمي صدقة، لأن تقديمه يدل على صدق النية والإخلاص في طلب الزوجة، فمن أخلص في طلب يد امرأة، قدم لها ما يليق بمثلها، تكريما لمعنى الزوجية، وتشريفا لتلك العلاقة، وهو نحلة، أي عطاء عن طيب نفس[2].

ثالثا: تحديد الصّداق.

أما مقدار الصّداق، فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حدّ، واختلفوا في أقله، فذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور إلى أنه ليس لأقلّه حدّ معلوم، وروي هذا عن سعيد بن المسيّب، وسالم بن عبد الله، وعبد الله بن يسار، والقاسم بن محمد، وربيعة، وأبي الزناد، ويحيى بن سعيد، وابن أبي ذئب، وسائر فقهاء التابعين بالمدينة، ومن العراق ابن أبي ليلى، والحسن البصري، وهو قول الثوري، والليث.

وقال الشافعي: ليس لأقله حدّ، وكلُّ ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء، جاز أن يكون صداقا، و به قال ابن وهب من أصحاب مالك، وصححه القرطبي، وقال الأوزاعي: كل نكاح وقع بدرهم فما فوقه لا ينقضه قاض[3].

---

١ – محمد رشيد رضا / حقوق النساء في الإسلام، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ص 17. وتفسير المنار، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، ج04، ص 307.

٢ – أبو زهرة ، محمد / زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، مصر، ج03، ص1587.

٣ – تفسير القرطبي، ج 05، ص128، وابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج 13، ص263. وابن عبد البر / الاستذكار، ج 05، ص410. ومختصر المزني، ص179. والماوردي / الحاوي الكبير، ج09، ص983.

وقالت طائفة بوجوب تحديد أقله، وهؤلاء اختلفوا، فالمشهور في ذلك مذهبان:

أحدهما: مذهب مالك وأصحابه، وأقله عندهم ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة[1]، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة، أعني دراهم الكيل فقط في المشهور.

والثاني: مذهب أبي حنيفة وأصحابه، حيث قالوا: أقله عشرة دراهم، وقيل خمسة دراهم، وقيل أربعون درهما[2].

واستدل الفريق الأول: بعموم لفظ **أموالكم** في قوله تعالى:﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ۚ ﴿٢٤﴾﴾ النساء: ٢٤ في جواز الصّداق بقليل وكثير، ويعضده قوله عليه السلام في حديث الموهوبة " **التمس ولو خاتما من حديد**"[3].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق** " قيل: ما العلائق بينهم يا رسول الله ؟ قال: " **ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيبا من أراك**"[4].

وقال: أبو سعيد الخدري: سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صداق النِّساء فقال: " **هو ما اصطلح عليه أهلوهم**"[5].

وروى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " **لو أن رجلا أعطى امرأة ملئ يديه طعاما كانت به حلالا** "[6].

---

١ – درهم الكيل تقدر به المكاييل الشرعية من أوقية ورطل ومد وصاع، وزنه خمس وخمسون حبة شعير متوسط. الفاكهاني / الفواكه الدواني، ج01، ص329.

٢ – الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص302. والكليبولي / مجمع الأنهر، ج01، ص509. وابن نجيم / البحر الرائق، ج07، ص135.

٣ – البخاري، باب: السلطان ولي، ج 05، ص1973، رقم 4842، ومسلم، باب: الصداق وجواز كونه تعليم القرآن ... ج 04، ص 143، رقم3553.

٤ – رواه الدار قطني في سننه، باب: المهر، ج03، ص244، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: ما يجوز أن يكون مهرا، ج07، ص239، رقم14765، قال ابن حجر: والحديث إسناده ضعيف جدا. يراجع: تلخيص الحبير، ج03، ص403.

٥ – رواه الدار قطني في سننه، باب: المهر، ج03، ص242، والبيهقي في السنن الكبرى،باب: ما يجوز أن يكون مهرا، ج07، ص239، رقم14770، وضعفه ابن التركماني في الجوهر النقي، ج07، ص239 فما فوق.

٦ – رواه الدار قطني في سننه، باب: المهر، ج03، ص243.

لذا كان مذهب الشافعي: أن كل ما جاز أن يكون ثمنا لشيء، أو جاز أن يكون أجرة، جاز أن يكون صداقا، وهذا قول جمهور أهل العلم[1].

استدلال الفريق الثاني:

قال القرطبي: قال بعض أصحابنا في تعليل له: وكان أشبه الأشياء بذلك قطع اليد، لأن البضع عضو، واليد عضو يستباح بمقدار من المال، وذلك ربع دينار أو ثلاثة دراهم كيلا، فرد مالك البضع إليه، قياسا على اليد.

واحتجوا أيضا بأن الله عزّ وجلّ، لَمَّا شرط عدم الطول في نكاح الإماء، وأباحه لمن لم يجد طولا، دلَّ على أن الطول لا يجده كلُّ الناس، ولو كان الفلس والدانق والقبضة من الشعير ونحو ذلك طولا، لما عدمه أحد. ومعلوم أن الطول في معنى هذه الآية المال، ولا يقع اسم مال عندهم على أقل من ثلاثة دراهم، فوجب أن يمنع من استباحة الفروج باليسير الذي لا يكون طولا[2]. والصحيح هو مذهب الذين قالوا بعدم التحديد، وأجازوا الزواج بالمال القليل والكثير، لضعف الأدلة المحددة، والاعتماد على القياس في بعضها، قال ابن عبد البر: ولا أعلم أحدا من أهل المدينة قبل مالك قال بذلك.

ولما كان أقل المال غير منضبط أيضا، وجب مراعاة أن يكون الصّداق، ما يصح مالا عرفا، فلا يطلق على الشيء التافه، ككأس من الماء، أو حفنة تراب، والغريب أن الإمامية أجازوه بكفٍّ من قمح، وأغرب منه، قول ابن حزم، أنه يصح بحبة من قمح أو شعير[3].

---

١ – الماوردي / الحاوي الكبير، ج09، ص987.

٢ – القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، مصر، ط02/ 1372 هـ، ج05، ص128، ابن عبد البر / الاستذكار، ج05، ص360 – 361.

٣ – ابن حزم، أبو محمد / المحلىّ، تحقيق: أحمد شاكر، دار الآفاق، ج09، ص 494.

رابعا: أكثرُ الصّداق.

قد اتفق أكثر الفقهاء على أن لا حدّ لأكثر الصّداق، وللمتعاقدين أن يزيدا فيه حسب تراضيهما، لعدم ورود دليل يدل على ذلك، والتحديد إنما يحتاج لنصّ، وليس في الكتاب أو السنة نصٌّ يوجب أن لا يزيد الصّداق على مبلغ معين.

غير أن السّادة الشافعية ذهبوا إلى أنه يسنّ على أن لا يزيد الصّداق على خمسمائة درهم، كأصدقة بناته صلى الله عليه وسلم وزوجاته، وهو من باب التبرك والاستحباب، وليس على سبيل الوجوب.

فعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشا، قالت: أتدري ما النش ؟ قلت لا، قالت: نصف أوقية فتلك خمسمائة درهم."

قال النووي: واستدل أصحابنا بهذا الحديث، على أنه يستحب كون الصّداق خمسمائة درهم، والمراد في حقّ من يحتمل ذلك[1].

فالشافعية استحبوا المهر الذي تزوج به عليه السلام، بل زوج به بناته، وكأنه كان يريد أن يبين للناس حدّا معقولا للمهر يناسب حال الناس الوسطاء، من غير غلو ولا مبالغة في الصّداق، ولا تقدير ولا إجحاف، فكأن الزيادة على هذا الحدّ غير مرغوب فيها.

لذا قال النووي: فإن قيل: فصداق أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم،كان أربعة آلاف درهم وأربعمائة دينار، فالجواب: أن هذا القدر تبرع به النجاشي من ماله إكراما للنبي صلى الله عليه وسلم، لا أن النبي صلى الله عليه وسلم أداه أو عقد به[3].

فمحال أن يرغب النبي عليه السلام في التغالي في المهور والزيادة فيها، وقد قال صلى الله عليه وسلم:" **خير الصّداق أيسره**"[2].

---

١ – رواه مسلم، باب: الصَّدَاقِ وَجَوَازِ كَوْنِهِ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ، ج04، ص144، رقم3555، والنووي، أبو زكريا يحي بن شرف / شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1392/02هـ، ج09، ص215 – 216.

٢ – الحاكم في المستدرك، كتاب: النكاح، ج02، ص198، رقم2742، وصححه، والبيقهي في السنن الكبرى، باب: النكاح ينعقد بغير مهر، ج07، ص232، رقم14721، وصححه الألباني في الجامع الصغير، رقم3279.

خامسا: سلطة وليّ الأمر في تحديد أكثر الصّداق.

قبل أن نتطرق إلى هل جواز تحديد الصّداق من قِبَل وليّ الأمر، بأن يجعل له حدّا لا يجوز تجاوزه، يحسن بنا أن نقدم الكلام على فوائد التحديد، والمضار المترتبة على عدمه.

أ- مبررات التحديد: لتحديد الصّداق مبررات كثيرة منها:

1 – تيسير الزواج على الراغبين فيه.

2 – بقاء النّسل وتكثيره بطريق شرعي .

3 – القضاء على الفساد وعناصره من المجتمع .

4 – حفظ كيان الأسرة والعمران بنسل شرعي .

5 – إعفاف النفس، بتحصين الفروج وغض البصر .

6 – استفراغ الشهوة واستتراف المواد المضرة وإصلاح الجسد بالطريق الشرعي .

ب- مضار عدمه : ولعدم التحديد مضار كثيرة منها :

1 – العزوف عن الزواج، لأن الغلو في المهور يكلف الرجال ما لا طاقة لهم به .

2 – انتشار الفساد بين الرجال والنساء نتيجة قلة الزواج، فتكثر الفواحش بسبب ذلك.

3 – وجود شيء من هذه المفاسد في الفرد المسلم، تجعله عضوا أشلّ، لا ينتفع به في مجال البناء السليم، دينيا واجتماعيا وثقافيا وسياسيا واقتصاديا وغير ذلك من الأمور التي تنفع في الدنيا والآخرة .

4 – المجتمع الذي تنتشر فيه هذه الفتن والمفاسد يكون مجتمعا مفككا غير مترابط .

5 – الشخص إذا تعذر عليه الزواج من بلده نتيجة غلاء المهر، يضطر إلى أن يتزوج من الخارج، والزواج بالأجنبية له آثاره السيئة على الفرد والأسرة والمجتمع والدولة.

6 – عدم القدرة على الزواج من بنت ذات مواصفات دينية من عفاف وشرف، يجعله يقبل بالارتباط بأي فتاة، ومنها تفتقد الكفاءة بين الزوجين، ويكثر بذلك الطلاق، وهو سبب إضافي للفساد.

7 – قد يؤدي عدم التحديد إلى أن المرأة هي التي تخطب الرجل مستقبلا وتدفع له المهر كما هي عادة غير المسلمين .

8 – من النتائج السيئة لعدم التحديد أن الآباء قد يمنعون الأكفاء، لأنهم لا يستطيعون دفع مهر كثير، ويزوجون بناتهم غير الأكفاء، لأنهم يدفعون ما يرضي الآباء من المهر .

فإذا علم مما سبق، من المصالح المترتبة على التحديد، ومن المضار والمفاسد الناتجة عن عدم التحديد، فإن من القواعد المقررة في الشريعة أن المصالح إذا تعارضت قدم أرجحها، وأن المفاسد إذا لم يمكن تركها كلها، وجب ترك أعظمها ضررا ولو بارتكاب أقلها، وإذا تعارضت المصالح والمفاسد قدم الراجح منها، وإذا تساوت في نظر المجتهد، فإن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[1].

فالأصل أن رفع الصّداق وتحديد مقداره، أمر موكول إلى حرية المتعاقدين، فهو يدخل في إطار المباح بصفة عامة، فللخاطبين الزيادة أو النقصان حسب رضاهما واتفاقهما، غير أن المبالغة في رفع قيمة الصّداق مكروهة، والسنة التقليل في قيمة الصّداق، كما نقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا.

فإذا كان تحديد قيمة الصّداق فعل قد أباحته الشريعة الإسلامية، وأعطت للمتعاقدين الحرية في تعينه، فهل يجوز لولي الأمر أن يتدخل في هذا المباح، فيحدد من إطلاقه، بأن يجعل للصداق سقفا لا يتعداه، إذا رأى في ذلك مصلحة للأمة، ووجد أن في إطلاق الحرية للناس في رفع المهور والتغالي فيها، مفسدة عظيمة للمجتمع.

والظاهر أن سيدنا عمر بن الخطاب، كان سبَّاقا إلى هذه المحاولة، فقد روي عنه أن حاول تسقيف الصّداق وتحديد مقداره الأعلى، فلعمر بن الخطاب اجتهادات كثيرة كانت تصدر عن رغبة في الإصلاح، فكثيرا ما منع الناس من مباحات، خشية ما يترتب على اندفاعهم فيها من ضرر ومشقة[2].

---

١ – تحديد المهور/ هيئة كبار العلماء، بحث في مجلة البحوث الإسلامية، ج05، ص105.

٢ – شلبي / أحكام الأسرة، ص 369.

ولكن المعلوم أيضا أن عمر عدل عما عزم عليه، لأن امرأة من قريش قامت إليه وخاصمته، فخصمته، واستدلت بقوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴿٢٠﴾﴾ النساء: ٢٠ وأن الآية أباحت للمرأة القنطار من الذهب، فكيف يصح تحديد الصّداق.

فما حقيقة قصة عمر رضي الله عنه مع المرأة ؟ وما مدى صحتها رواية ودراية أي سندا ومتنا ؟

والقصة جاءت من طرق كثيرة، ولكنها لا تسلم من ضعف، ودونك الطرق التي وردت بها القصة:

– روى سعيد بن منصور قال : نا هشيم ، قال: نا **مجالد ، عن الشعبي** قال: خطب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الناس فحمد الله وأثنى عليه، وقال: ألا لا تغالوا في صُدُقِ النساء، فإنه لا يبلغني عن أحد ساق أكثر من شيء ساقه رسول الله صلى الله عليه وسلم أو سيق إليه، إلا جعلت فضل ذلك في بيت المال، ثم نزل فعرضت له امرأة من قريش فقالت: يا أمير المؤمنين كتاب الله عزَّ وجل أحقُّ أن يتبع أو قولك؟ قال: بل كتاب الله عز وجل فما ذلك ؟ قالت: نهيت الناس آنفا أن يغالوا في صُدُق النِّساء، والله عز وجل يقول في كتابه " **وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا** " فقال عمر: **كل أحد أفقه من عمر**، مرتين أو ثلاثا، ثم رجع إلى المنبر فقال للنّاس:" إني نهيتكم أن تغالوا في صدق النساء ألا فليفعل رجل في ماله ما بدا له "[1].

هذه رواية سعيد بن منصور في سننه، وقد رواه بهذا السند أيضا البيهقي في السنن الكبرى، ووسمه بالانقطاع[2].

– وقد رواها أبو يعلى في الكبير والبغدادي بسنده في الفقيه والمتفقه بتفصيل أكثر، عن **المجالد بن سعيد** ، عن الشعبي ، عن **مسروق بن الأجدع** قال : ركب عمر بن الخطاب منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فخطب الناس فقال :" أيها النّاس ما إكثاركم في صدقات النساء، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وإنما الصدقات فيما بين أربعمائة درهم فما دون ذلك، ولو كان الإكثار في ذلك تقوى أو مكرمة لم تسبقوهم إليها، فلا أعرفن

---

١ – الإمام الحافظ سعيد بن منصور الخرساني المكي / سنن سعيد بن منصور، القسم الأول من المجلد الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، ج01، ص 166– 167، رقم 598.

٢ – البيهقي في السنن الكبرى، باب: لاَ وَقْتَ فِي الصَّدَاقِ كَثُرَ أَوْ قَلَّ، ج07، ص 233، رقم 14725.

ما زاد رجل في صداق امرأة على أربعمائة درهم " قال: ثم نزل فاعترضته امرأة من قريش، فقالت: يا أمير المؤمنين، أنهيت الناس أن يزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم ؟ قال:"وما ذاك ؟ " قالت: أو ما سمعت ما أنزل الله تعالى في القرآن ؟ قال : " وأى ذلك ؟ " قال: فقالت: أو ما سمعت الله تعالى يقول: "**وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا** " النساء20 قال: فقال: "**اللهم غفرا، كل إنسان أفقه من عمر** "، ثم رجع فركب المنبر، ثم قال: " أيها الناس ، إني كنت قد نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب وطابت به نفسه فليفعل[1]" .

– ورواه عبد الرزاق عن قيس بن الربيع عن أبي حصين **عن أبي عبد الرحمن السلمي** قال: قال عمر بن الخطاب: لا تغالوا في مهور النساء، فقالت امرأة: ليس ذلك لك يا عمر، إن الله يقول:"**وإن آتيتم إحداهن قنطارا من ذهب**" قال: وكذلك هي في قراءة عبد الله:" **فلا يحل لكم أن تأخذوا منه شيئا.**" فقال عمر: إن امرأة خاصمت عمر فخصمته[2].

فأما رواية سعيد بن منصور والبيهقي، فهي عن مجالد عن الشعبي عن عمر، فقد حكم عليها البيهقي نفسه بالانقطاع، لأن الشعبي لم يسمع من عمر، بل رواها عن مسروق عن عمر، كما جاء في الطريق الآخر.

وأما مجالد، فهو مجالد بن سعيد بن عمير الهمداني المتوفى سنة **144**هـ، وقال فيه ابن حجر: ليس بالقوي، وقد تغير في آخر حياته، وقد ضعفه يحي بن معين، وقال فيه النسائي: ليس بالقوي، وقال الدار قطني: ضعيف. وقال البخاري: كان يحى بن سعيد يضعفه، وكان ابن مهدي لا يروي عنه[3].

ورواية أبي يعلى والبغدادي، وإن كانت موصولة عن الشعبي عن مسروق عن عمر، إلا أنها ضعيفة أيضا، لأجل مجالد بن سعيد.

وأما رواية عبد الرزاق فضعيفة أيضا، ففي سندها علتان :

---

١ – البغدادي أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب / الفقيه والمتفقه، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، طبعة دار ابن الجوزي، السعودية، سنة 1421هـ، ج 01، ص 371.

٢ – عبد الرزاق / المصنف، باب: غلاء الصداق، ج06، ص180، رقم10420.

٣ – الذهبي / ميزان اعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، ج03، ص432.

الأولى : الانقطاع، فإن أبا عبد الرحمن السلمي، واسمه عبد الله بن حبيب بن ربيعة لم يسمع من عمر، كما قال ابن معين .

الثانية : سوء حفظ قيس بن الربيع، وقال فيه ابن حجر: صدوق، تغير لما كبر، و أدخل عليه ابنه ما ليس من حديثه فحدّث به.

وقال ابن معين: ليس بشيء، و قال أبو حاتم: ليس بقويّ، و محله الصدق. وقال عبد الله بن علي بن المديني: سألت أبي عنه فضعفه جدّا.

ونقل عثمان الدارمي وغيره عن ابن معين قوله فيه: ليس حديثه بشيء، وقال ابن أبي خيثمة عن ابن معين: ضعيف الحديث لا يساوي شيئا. وقال الجوزجاني ساقط[1] .

وقال يعقوب بن أبي شيبة: هو عند جميع أصحابنا صدوق، وكتابه صالح وهو رديء الحفظ جدا مضطربه، كثير الخطأ، ضعيف في روايته[2] .

وقيل لأحمد: لم تركوا حديثه ؟ قال: كان يتشيع، وكان كثير الخطأ، وله أحاديث منكرة، وكان وكيع وعلي بن المديني يضعفانه. وقال النسائي: متروك. وقال الدارقطني: ضعيف[3] .

فالحديث كما نرى، مردود من جهة السند، أما حيث المتن، فلا نسلم أيضا بما جاء به، إذ ظاهره مع رفع المهور مهما بلغت.

وقد استدل بالآية الكريمة :" **وآتيتم إحداهن قنطارا.**" كثير من العلماء في الذهاب إلى أن الصّداق لا حدَّ لأكثره، وعند إنعام النظر في الآية، نجد أنّ هذا المعنى بعيدٌ، لأن الآية لم تسق لذلك لا بالأصالة و لا بالتبع، بل المعنى المراد أنه لا يجوز للأزواج إذا طلقوا زوجاتهم أن يأخذوا من الصّداق الذي نحلوه لهنّ أي شيء مهما كان قليلا أو كثيرا، وحتى لا يفهم أن المهر إذا كان ذا قيمة معتبرة، جاز للزوج أن ينقص منه، ويأخذ بعضه، فجاءت الآية بصيغة المبالغة، وعبرت **بالقنطار**، حتى يُسدَّ البابُ على كل طمع مهما كان.

---

١ – ابن حجر / تهذيب التهذيب، دار الفكر، بيروت، ط1984/01. ج08، ص351.

٢ – الحافظ المزي، أبو الحجاج جمال الدين / تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد، طبعة مؤسسة الرسالة، ط 04/ 1406هـ، ج24، ص35 . وتهذيب التهذيب / المرجع السابق، ج08، ص358.

٣ – الذهبي / ميزان الاعتدال، ج 03، ص 393.

فدلالة الآية لا يراد بها الإشارة إلى حدّ المهر، بل حتى لفظ القنطار تنازع العلماء في مدلوله[1]، لأن معناه لم يكن منتشرا ولا مضبوطا عندهم.

وقد نقل عن مجاهد في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ﴿٢٠﴾﴾ النساء: ٢٠ أن المعنى: إن أردتم طلاق امرأة ونكاح أخرى، فلا يحل لكم من مال المطلقة شيء وإن كثر[2].

فمعنى الآية أن الزوج إذا استرسل في كراهية زوجته، واختار أبغض الحلال، فإنه لا يصح أن يسترد من المرأة أيَّ مقدار أعطاها إياه، ولو كان قنطارا من ذهب أو فضة... **وآتيتم إحداهن قنطارا**، لبيان أن لا يُسترد شيءٌ، مهما يكن كبيرا، إذا القنطار أقصى ما يتصور من المهور[3].

وقد تفطن إلى هذا العلامة الألباني رحمه الله، فحكم على سند الحديث بالضعف، وعلى المتن بالنَّكارة، وقال: ثم هو منكر المتن، فإن الآية لا تنافي توجيه عمر إلى ترك المغالاة في مهور النّساء[4].

إذًا فقصة المرأة التي اعترضت على عمر في تحديد الصّداق، لا أساس لها من الصحة، فهي باطلة رواية ودراية، على أني أقول: لو فرضنا جدلا صحة الرواية، فإن قيام المرأة في المسجد أمام الملأ واعتراضها على عمر في تحديد الصّداق، مع شهادة بقية الصحابة من الرجال والنساء على ذلك، وعدم تدخلهم واعتراضهم على المرأة، دليل موافقتهم لها، فعمر بن الخطاب فَهِمَ من ذلك أن قضية تحديد المهر، حتى ولو خالفت المهر الذي عمل به النبي صلى الله عليه وسلم، فإنها لم تصل إلى درجة توقع الناس في الحرج والمشقة، و لم يدخل على الشباب العنت في

---

١ – يراجع تفسير الطبري، ج06، ص 244 فما فوق. وتفسير القرطبي، ج04، ص 30.

٢ – مجاهد بن جبر المخزومي أبو الحجاج / تفسير مجاهد، تحقيق: عبدالرحمن الطاهر محمد السورتي، طبعة المنشورات العلمية، بيروت، ج 01، ص 150.

٣ – أبو زهرة / زهرة التفاسير، ج03، ص1623.

٤ – محمد ناصر الدين الألباني / إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 02 / 1985، ج 06، ص 348.

الزواج، فلا يقدموا عليه إلا بكدّ وعناء، فلذا عدل عمر عما عزم عليه، من أمر تحديد المهر، لأنه تنبه إلى أن مفسدة التغالي لم تصل إلى درجة تهدد المجتمع، وإلى أن المصلحة من وراء التحديد لا تزال ضئيلة، كما أن الضرر المخشى منه لم يستفحل، بل لم يظهر أصلا لقلته، أي أن المصلحة العامة التي يبنى عليها الاجتهاد السياسي لم تتحقق، فالمرأة نبهته إلى تخلف تحقيق المناط في المسألة، لذا عدل عما عزم عليه، فترك الناس أحرارا في تحديد المهور، أي أنه أرجع الأمر إلى أصله وهو الإباحة، فلو عبث الناس بالمهور ووصلوا إلى التباهي بل إلى درجة التغالي، وانتشر ذلك بين الناس، وأصبحت عادة مستحكمة بل عرفا فاسدا، وأثّر ذلك على الزواج، بحيث عزف الشباب عن الزواج نتيجة لارتفاع المهور وعدم قدرتهم على توفيرها، وشاعت مقابل ذلك العلاقات غير الشرعية، من زنا وفسوق وزواج مؤقت و نكاح مخادنة، هروبا من تبعات المهور التي قصمت ظهر الشباب، فلا أرى حرجا على ولي الأمر المسلم، بل يجب عليه سياسة، أن يتدخل ويحدّ من شره النساء و أوليائهنّ، ويقيد هذا الفعل الذي هو في أصله مباح، أي أن الزيادة والنقصان خاضعة لحرية ورغبة المتعاقدين، فهي مباحة، ولا أقصد به أصل الصّداق، الذي هو من مقومات الزواج، فولي الأمر له أن يصدر قرارا ملزما يحدد فيه سقف المهور، الذي لا يصح الزيادة عليها.

فتقييده للمباح، يكون بعد ما أفضى الأمر إلى نقيض قصد الشارع من تشريع المهر، فبعد كان المهر تكريما للزوجة بعد العقد، أصبح سلاحا فتاكا يطارد به الشباب، لإبعادهم عن حمى العفاف والطهارة المرجوة من وراء الزواج الشرعي، المبني على التخفيف والتيسير والمكارمة.

فالزواج هو المقصود أصالة بالتشريع، لأنه وسيلة لحفظ أحد الضروريات الخمس، وهي النسل، وأما الصّداق فهو مقصود بالتبع، فهو مكمل ومتمم لمقصد الزواج، ومن شرط المتمم ألا يعود على أصله بالبطلان، فإن عاد على أصله بالبطلان، أهدر من أجل المحافظة على الأصل.

فلا يمكن التمسك بالإباحة المطلقة في التغالي في الصّداق، ولو أثرت في أصل الزواج، فهنا يكون واجبا على ولي الأمر ومن باب السياسة الشرعية، أن يتدخل ويقيد المهر بأن يحدد له قيمة معينة لا يصح تعديها.

وتحديد المهر لا يقف أمام رغبة الناس، ويحدّ من حريتهم، لأن الحاكم حتى ولو تدخل وقيد المهور، فإن باب التهادي مفتوح، ويمكن للزوج أن يقدم ما شاء لزوجته بعد الزواج بها، فلم

يبق لرفع المهور من غرض سوى التباهي والمراءاة والتغالي بل التعالي أمام الناس، وقد رأينا ما في ذلك من ضرر على مقصود الزواج.

فمن هنا، أرى أنه يجوز لولي الأمر التدخل في تحديد الصّداق، إذا دعت الحاجة المجتمع الإسلامي إلى ذلك، سدّا لذريعة الفساد المتوقعة، وحفاظا على المصلحة العامة المرجوة من وراء تيسير الزواج على الشباب والقضاء على العنوسة، بما فيها من مخاطر تهدد سلامة الأمة وتماسكها.

قال الشاطبي:" والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز، مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتفصيل، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها.[1]"

١ – الشاطبي / الموافقات، طبعة دار المعرفة، ج 02، ص 231.

المبحث الرابع: الزّواج بالكتابية.

مقدمة:

ميل الإنسان إلى الطرف الثاني، أمر تُمليه الضّرورة الفطرية، وتوجبه الغريزة المَركوزة في ذواتنا، لذا لم يمانع الإسلام من ربط علاقة التزاوج مع الطرف الآخر من جنسنا، ليشاركنا الحياة ويقاسمنا العشرة الإنسانية.

و لم يكن في ارتباط الرجل المسلم بالمرأة المسلمة، أيّ مشكلة تعيق الرّابطة الزّوجية السّوية والمثالية، لما بينهما من اشتراك في الأصول التي تبنى عليها الحياة، من إسلام وأخلاق وحتّى العادات والتقاليد، فكان بين المسلم والمسلمة، تناغم وانسجام عقدي وروحي رائع.

والزّواج اختلاط روحي وشركة أدبية، وتعاون دائم على قطع لأواء هذه الحياة وشدتها، والبيت الزوجي في هذه الحياة اللاغبة، كالواحة في وسط الصحراء، يأوي إليه الرجل بعد التعب واللغوب، لذا كان أساس الاختيار، الإيمان والخلق واطمئنان نفس، وعلوّ الإدراك والأمانة وحسن العشرة واللّطف والمودة.

لكن يحدث أن يميل المسلم إلى من تشاركه في الإنسانية أو اللّسان أو المواطنة، لكن تخالفه في عامل وأصل مهمّ هو أصل الدين، فهل يكون بينهما من الرّوح والتعاون والانسجام والمحبة، ما يمكن معه أن تتواصل العشرة وتستمر الحياة بشكل رتيب ؟

هذا هو جوهر تشريع زواج المسلم بالمسلمة، وبغير المسلمة بضوابطه، على أن يحقق الزّواج غرضه ومقصده الشّرعي الذي يحقق مع المسلمة، فما حكم زواج المسلم بغير المسلمة، كتابية كانت أو غير كتابية ؟ وهل لولي الأمر الحقّ في التدخل لتقييد أو منع الزّواج بالكتابيات إذا رأى أن ربط العلاقات بالكتابيات عن طريق الزّواج، تترتب عليه مفاسد ومخاطر تهدد سلامة وأمن الأمة، ووحدة أبنائها.

وزواج المسلم بغير المسلمة مهما اختلف حالها، له صور خاصة وأحكام تحتاج إلى تخصيص كل صنف بكلام مستقل.

أولا: الزّواج بالمشركة والمرتدة.

من الزوجات غير المسلمات، الزوجات المشركات أو المُلحدات، وكذا الزّوجات المرتدات عن الإسلام إلى دين آخر أو إلى لا دين، فما حكم زواج المسلم بهنّ.

I – تحريم الزّواج من المشركة :

حرم الله تعالى تحريما باتا وقاطعا، نكاح المشركة بالنص الصريح الذي لا يحتمل الأمر فيه مجادلة أو تأويلا.

والمراد بالمشركة الوثنية، وأصلها من الإشراك، وأصل الكلمة أشركته، بمعنى جعلت الشيء بينه وبين غيره شركة، والشركة كما تكون في الحسيات تكون في المعنويات، وأطلقت كلمة الإشراك على عبادة غير الله معه، لأن من فعل ذلك فقد أشرك مع الله غيره في العبادة في التقديس والألوهية، ولكلمة مشرك إطلاق خاص، وهو إطلاقه على من يعبد الأوثان[1]، قال ابن عاشور: والمشرك في لسان الشرع من يدين بتعدد آلهة مع الله سبحانه[2]، فالزّواج من المشركة حرام بنص القرآن الكريم ، قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ ﴿٢٢١﴾﴾ البقرة: ٢٢١ وقال تعالى:"﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴿١٠﴾﴾الممتحنة: ١٠ وسياق الآية، وسبب نزولها، يدل على أن المراد بالكوافر، المشركات، أعني الوثنيات[3].

قال القرطبي: فمن كانت له امرأة كافرة بمكة فلا يعتد بها، فليست له امرأة، فقد انقطعت عصمتها لاختلاف الدارين. والمراد بالكوافر هنا عبدة الأوثان، من لا يجوز ابتداء نكاحها، فهي خاصة بالكوافر من غير أهل الكتاب[4].

---

١ – أبو زهرة / زهرة التفاسير، ج02، ص 715 – 716.

٢ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج02، ص 360.

٣ – البيهقي / السنن الكبرى، ج07، ص170. وملكة يوسف / موسوعة الزّواج، ج01، ص175.

٤ – تفسير القرطبي، ج18، ص 65 – 66.

والحكمة في هذا التحريم ظاهرة، وهي عدم إمكان التلاقي بين الإسلام والوثنية، فعقيدة التوحيد الخالص، تناقض عقيدة الشرك المحض، ثم إن الوثنية ليس لها كتاب سماوي معتبر، ولا نبي معترف به، فهي والمسلم على طرفي نقيض، ولهذا علّل القرآن النّهي عن نكاح المشركات وإنكاح المشركين، بقوله: ﴿أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۖ وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۖ ﴿٢٢١﴾﴾ **البقرة: ٢٢١** ولا تلاقي بين من يدعو إلى النّار ومن يدعو إلى الجنّة.

ولما كانت رابطة النكاح، رابطة اتصال ومعاشرة، نهى عن وقوعها مع من يدعون إلى النار، خشية أن تؤثر تلك الدعوة في النفس، فإن بين الزوجين مودة وإلفاً يبعثان على إرضاء أحدهما الآخر، ولما كانت هذه الدعوة من المشركين شديدة لأنهم لا يوحدون الله ولا يؤمنون بالرسل، كان البون بينهم وبين المسلمين في الدين بعيداً جداً لا يجمعهم شيء يتفقون عليه، فلم يبح الله مخالطتهم بالتزوج من كلا الجانبين[1].

وهذا الحكم ثابت بالنص، وبالإجماع أيضًا، فقد اتفق علماء الأمة على هذا التحريم[2].

و يدخل مع المشركة الملحدة، و المقصود بها التي لا تؤمن بدين، ولا تقر بألوهية ولا نبوة ولا كتاب ولا آخرة ولا قبر، فهي أولى من المشركة بالتحريم، لأن المشركة تؤمن بوجود الله، وإن أشركت معه أندادًا أو آلهة أخرى اتخذهم شفعاء يقربونها إلى الله زلفى .

ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنُّجوم والصُّور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية[3].

---

١ - ابن عاشور / التحرير والتنوير،ج02، ص363.

٢ - القرافي / الذخيرة، ج 04، ص322، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج 02، ص 379، والشيرازي / المهذب، ج 02، ص 44، والكاساني / بدائع الصنائع، ج02، ص270.

٣ - ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، ص 49.

قال تعالى في المشركين: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ لقمان: ٢٥ وقال﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُوا۟ مِن دُونِهِۦٓ أَوْلِيَآءَ مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلْفَىٰٓ﴾ الزمر: ٣،فإذا كان الزّواج بالمشركة لا يجوز، فمن باب أولى المرأة التي لا تؤمن بشيء من الغيب.

وأبرز مثل لها، الشّيوعية التي تؤمن بالفلسفة المادية، وتزعم أن الدّين أفيون الشّعوب، وتفسر ظهور الأديان تفسيرًا ماديًا، على أنها إفـــراز المجتمع، ومن آثار ما يسوده من أحوال الاقتصاد وعلاقات الإنتاج[1].

2 – بطلان الزّواج بالمرتدّة.

والمقصود بالمرتدة والمرتد، كل من كفر بعد إيمانه كفرًا مُخرجًا من الملة، سواء دخل في دين آخر أم لم يدخل في دين قط، وسواء كان الدين الذي انتقل إليه كتابيًا أم غير كتابي، فيدخل في مـــعنى المرتدين، ترك الإسلام إلى الشيوعية، أو الوجودية، أو المسيحية، أو اليهودية، أو البوذية، أو البهائية، أو غيرها من الأديان والفلسفات، أو خرج من الإسلام و لم يدخل في شيء، بل ظل تائها سائبًا بلا دين ولا ملة.

وللردة أحكام بعضها يتعلق بالآخرة وبعضها بالدنيا.

أ – يتعلق بالآخرة: إن من مات على الردة، فقد حبط كل ما قدمه من عمل صالح، واستحق الخلود في النار، قال تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُو۟لَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ البقرة: ٢١٧.

ب – ما يتعلق بالدنيا: أن المرتد لا يستحق معونة المجتمع الإسلامي ونصرته بوجه من الوجوه، ولا يجوز أن تقوم حياة زوجية بين مسلم ومرتدة، أو بين مرتد ومسلمة، لا ابتداء ولا بقاء، فمن تزوج مرتدة فنكاحه باطل، وإذا ارتدت بعد الزّواج فرق بينهما حتما، وهذا حكم

---

١ – ملكة يوسف / موسوعة الزّواج، ص186.

متفق عليه بين الفقهاء، سواء من قال منهم بقتل المرتد رجلاً كان أو امرأة وهم الجمهور، أم من جعل عقوبة المرأة المرتدة الحبس لا القتل، وهم الحنفية[1].

ومما ينبغي الإشارة إليه هنا أن الحكم بالردة والكفر على مسلم هو في نفسه يمثل عقوبة للمرتد، لهذا وجب التحري والاحتياط فيه، ما وجد إليه سبيل، حملاً لحال المسلم على الصلاح، وتحسينًا للظن به، والأصل هو الإسلام، فلا يخرج منه إلا بأمر قطعي، واليقين لا يزال بالشك.

ثانيا – زواج المسلم بالكتابية:

تعريفُ أهلِ الكتابِ: اتفق العلماء أن المقصود بأهل الكتاب، الطائفتان اللتان أنزل عليهما القرآن قبلنا، وهم اليهود وكتابهم التوراة، والنصارى وكتابهم الإنجيل، و وسع الحنفية من هذا المفهوم، فقالوا: كل من يعتقد دينا سماويا، وله كتاب مترل، كصحف إبراهيم وشيث، وزبور داود.."[2] وقد ألحق ابن حزم وأبو ثور المجوس بأهل الكتاب[3].

ووضع ابن قدامة معيارا لمن يطـــلق عليهم أهل الكتاب، فقال: فأهل الكتاب اليهود والنّصارى ومن دان بدينهم كالسَّامِرَة [4]، يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى، وإن خالفوهم في الفروع، وفرق النّصارى من اليَعْقُوبِية والنَسْطورية، والملكية والفرنجية، والروم والأرمن[5]، ممن دان بالإنجيل، وانتسب إلى عيسى عليه السلام وعمل بشريعته، فكلُّهم من أهل

---

١ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، ص213.

٢ – ابن نجيم / البحر الرائق ج03 ص110. وابن عابدين /حاشية رد المحتار، ج03، ص50.

٣ – ابن حزم / المحلى، ج09، ص 445.طبعة دار الفكر، وابن قدامة / المغني، طبعة دار الكتاب العربي، ج07، ص510.

٤ – فرقة من اليهود وتخالف اليهود في أكثر الأحكام، ومنهم السامري الذي وضع العجل.

٥ – نسبة على خلاف القياس إلى أرمينية بكسر الهمزة والميم بينهما راء ساكنة وبفتح الياء الثانية بعد النون وهي ناحية بالروم.

الإنجيل، ومن عدا هؤلاء من الكفار فليس من أهل الكتاب بدليل قوله تعالى:" ﴿ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلۡكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيۡنِ مِن قَبۡلِنَا وَإِن كُنَّا عَن دِرَاسَتِهِمۡ لَغَٰفِلِينَ ﴿١٥٦﴾ ﴾ الأنعام: ١٥٦ [1]

على أن نذكر أن قول الجمهور في أهل الكتاب، أنهم اليَّهود والنصارى.

وتنزيلا لأهل الكتاب على الطوائف والنِّحَل المعاصرة، نجد الإمام محمد رشيد رضا، وسعَّ من مدلول هذه الطوائف حتى أدخل فيه كثيرا من الملحدين، فقد شمـــل عنده هذا المصـــطلح، المجوس، والصابئة[2]، والبوذيين، والبراهمة، والكنفوشيوسيين الصِّينين، ووثنيِّ اليابان، والهندوك وهو يرى أنهم يؤمنون ببعض النّبيئين والرّسل، ويعتقدون بنزول الوحي و الحساب والعقاب والجزاء، وهو أمر لا يسلم له[3].

حُكْمُ زَوَاجُ المسلمِ بالكِتَابيَّةِ :

للعلماء في حكم زواج المسلم بالكتابية أربعة أقوال:

1 – الجواز:

ولا خلاف بين جمهور من علماء الإسلام في جواز نكاح المسلم المرأة الحرة العفيفة من أهل الكتاب، إستنادا إلى صريح النّص القرآني الذي أباح أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم عند ما قال: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ ﴿٥﴾ ﴾ المائدة: ٥. حتى ولو كانت تؤمن بربوبية عيسى، أو الأقانيم الثلاثة، لأن القرآن الذي أحل الزّواج بهنّ، هو الذي أخبر بأنهن يحرفن دينهنّ، وأنهنّ

---

١ – ابن قدامة / المغني ، ج07، ص 509.

٢ – قال في الهداية: ويجوز تزوج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لأنهم من أهل الكتاب، وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لأنهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب على ما وقع عنده، وعلى هذا حال ذبيحتهم إهـــ، أي الخلاف بين الإمام القائل بالحل، بناء على تفسيره بأن لهم كتابا، ولكنهم يعظمون الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة، وبين صاحبيه القائلين بعدم الحل بناء على أنهم يعبدون الكواكب. حاشية رد المحتار، ج03، ص 51.

٣ – رشيد رضا / تفسير المنار، ج05، ص156 فما بعد، و أنظر في الرد عليه ومناقشته، الكدي/ فقه الأسرة، ج02 ص 12.

ينسبن البنوة إلى الله، وقولهن إن الله ثالث ثلاثة، وحتى اللواتي يعتقدن ألوهية الميسح [1]، قال ابن المنذر:" ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرام"[2].

2 – الجواز مع الكراهة:

الذي نقل عن الذين أجازوا الزّواج بالكتابيات، ليس على إطلاقه، فقد تحرج من فعله كثير من الصحابة الكرام، منهم عمر بن الخطاب لما أمر حذيفة بن اليمان بتطليق زوجته الكتابية، خوفا من نكاح المومسات منهنّ، وهو مذهب عطاء، فقد روى ابن أبي شيبة أنه سئل عن نكاح اليهوديات والنصرانيات، فكرهه، فقال: كان ذلك والمسلمات قليل[3]، وهو قول مالك في المدونة حيث قال:" أكره نكاح نساء أهل الذمة، اليهودية والنصرانية، قال: وما أحرمه" [4]، كما أن الشافعية والحنابلة كرهوه عند وجود المسلمات، أما عند الفقد فلا كراهة، قال الشافعي:" وأَحَبّ إليّ لو ترك نكاح الكتابية، وإن نكحها فلا بأس"[5].

3 – الإباحة عند الضرورة :

أي هو رخصة عند الضرورة، فقد ذهب البعض إلى أنّ جواز الزّواج بالكتابيات، رخصة فقد لا يسوغ الإقدام عليها إلا عند ضرورة، قال ابن المنذر: رخص في نكاحهنّ أكثر أهل العلم، وهو قول عمر، وعثمان، وجابر بن عبد الله وطلحة.

وبه قال عطاء بن أبي رباح، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري وطاووس، وسعيد بن جبير، والزهري، والثوري، والشافعي، و عامة أهل المدينة، وأهل الكوفة [6].

---

١ – ابن نجيم / البحر الرائق، ج03 ص 110.

٢ – ابن المنذر النيسابوري / الإشراف على مذاهب العلماء .تحقيق أبو حماد حنيف، دار طيبة، ط01، ج04 ص 91.

٣ – مصنف ابن أبي شيبة، ج03 ص475رقم16164.

٤ – سحنون / المدونة، ج04 ، ص 306.

٥ – الشافعي / الأم، طبعة دار الفكر، ج05، ص 168..

٦ – ابن المنذر / الإشراف، ج04 ص 91.

ولقد عنون ابن أبي شيبة في المصنف بقوله:" من رخص في نكاح نساء أهل الكتاب[1] ".

4 – تحريمُ الزّواج بنِساءِ أهلِ الكتابِ.

رأس القائلين به ابن عمر [2]، فقد روى نافع أن عبد الله بن عمر كان إذا سئل عن نكاح الرجل النصرانية أو اليهودية قال: إن حرم الله المشركات على المؤمنين، ولا أعرف شيئا من الإشراك أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى أو عبد من عباد الله[3].

كما نسب التحريم إلى الإمام البخاري حيث بوَّب في صحيحه بقوله تعالى:" **و لا تُنكِحُوا المُشركاتِ حتَّى يُؤمنَّ ...** " البقرة 221

قال ابن حجر: أورد المصنف- البخاري – فيه قول ابن عمر في نكاح النصرانية وقوله: " **لا أعلم من الإشراك شيئا أكثر من أن تقول المرأة ربها عيسى**"، وهذا مصير منه إلى استمرار حكم عموم آية البقرة ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ ﴿٢٢١﴾﴾ البقرة: ٢٢١ فكأنه يرى أن آية المائدة ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ ﴿٥﴾﴾ المائدة: ٥، منسوخة وبه جزم إبراهيم الحربي، وردّه النّحاس، فحمله على التّورع[4].

---

١ – ابن أبي شيبة في مصنف، ج 03، ص 297.

٢ – وقد روى نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا بطعام أهل الكتاب، وكره نكاح نسائهم قال أبو عبيد: وحدثنا عبد الله بن صالح عن الليث قال حدثني نافع عن ابن عمر أنه كان إذا سئل عن نكاح اليهودية والنصرانية قال:" إن الله حرم المشركات على المسلمين قال فلا أعلم من الشرك شيئا أكبر أو قال أعظم من أن تقول ربها عيسى أو عبد من عبيد الله." فكرهه في الحديث الأول و لم يذكر التحريم وتلا في الحديث الثاني الآية و لم يقطع فيها بشيء وأخبر أن مذهب النصارى شرك. يراجع: الجصاص / أحكام القرآن ج02 ص 15.

٣ – البخاري، باب: قول الله تعالى:" ولا تنكحوا المشركات..." ج05، ص 2024، رقم 4980، النحاس أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي أبو جعفر / الناسخ والمنسوخ، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1408/01هـ،ص 196.

٤ – ابن حجر / فتح الباري، ج09، ص 417.

وهو قول عند الحنفية، حيث نقلوا أنه: يجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب، إن اعتقدوا أن المسيح إلهٌ وأن عزيرا إله، ولا يتزوجوا بنسائهم[1]، وقد رجحه ابن الهمام[2].

وقد ذهب الزَيْدِية والجعفرية إلى منعه على صفة الدوام، وأجازوه إن كان لوقت محدد، أي زواج المتعة، قال ابن المرتضي:" ويحرم على المسلم كل كافرة ولو كتابية، لقوله تعالى:" **ولا تُنكحوا المُشركات** " البقرة221 واليهودي مشرك لقوله تعالى: ﴿ **ٱتَّخَذُوٓاْ أَحۡبَارَهُمۡ وَرُهۡبَٰنَهُمۡ أَرۡبَابٗا مِّن دُونِ ٱللَّهِ وَٱلۡمَسِيحَ ٱبۡنَ مَرۡيَمَ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُوٓاْ إِلَٰهٗا وَٰحِدٗاۖ لَّآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَۚ سُبۡحَٰنَهُۥ عَمَّا يُشۡرِكُونَ ٣١** ﴾ التوبة: ٣١[3].

واختيار التحريم هو قول مجموعة من المعاصرين، منهم سيد قطب [4]، ومحمد بن علي الصابوني، ومحمد يوسف موسى، وبدران أبو العينين بدران، واعتبره البعض جريمة، منهم عبد المتعال الجبري، وأشد الناس تمسكا بالتحريم هو الحافظ عبد الله بن الصديق الغماري، ألف كتابا سماه" **رفع الشك والارتياب عن تحريم نساء أهل الكتاب**"[5].

ضوابط وقيود جواز الزّواج بالكتابية:

إن كثيرا ممن رجح مذهب الجمهور في جواز الزّواج بالكتابية وضعوا له قيودا:

---

١ – حاشية رد المحتار، ج 06، ص608. والكليبولي / مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج01، ص 483.

٢ – ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج03، ص 229. وابن نجيم / البحر الرائق، ج03، ص 110.

٣ – ابن المرتضي، أحمد بن يحي / البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي، ج 04، 41-42. والحلي، جعفر بن الحسن / شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، طبعة مؤسسة مطبوعاتي إسماعلين، ج02، ص 365.

٤ – سيد قطب / في ظلال القرآن، ج02، ص 351.

٥ – لمزيد من التفصيل راجع الكدّي / فقه الأسرة، ج02 ص 21 فما فوق.

٦ – القرضاوي / الحلال والحرام، ص 75 . وفتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، ص 87 – 100.والكدّي / فقه الأسرة، ج02 ص24 – 27 .

القيد الأول:

الاستيثاق من كونها " **كتابية** " بمعنى أنها تؤمن بدين سماوي الأصل، كاليهودية والنصرانية، فهي مؤمنة – عموما – بالله ورسالاته والدار الآخرة، وليست ملحدة أو مرتدة عن دينها، ولا مؤمنة بدين ليس له نسب معروف إلى السماء.

ومن المعلوم في الغرب الآن، أنه ليست كل فتاة تولد من أبوين مسيحيين مثلاً مسيحية، ولا كل من نشأت في بيئة مسيحية تكون مسيحية بالضرورة، فقد تكون شيوعية مادية، وقد تكون على نحلة مرفوضة أساسًا في نظر الإسلام كالبهائية والقديانية ونحوهما.

القيد الثاني:

أن تكون عفيفة محصنة، فإن الله لم يبح كل كتابية، بل قيد في آياته الإباحة نفسها بالإحصان، حيث قال:" ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ۝٥﴾ المائدة: ٥ والمرأة المحصنة، هي التي صانت نفسها، وتحصنت بحصن الفضيلة والبعد عن الفحشاء، وإحصانها بزواجها أو بعفافها المجرد، أو بحريتها وشرفها[1].

قال ابن كثير: والظاهر أن المراد بالمحصنات العفيفات عن الزنا، كما في الآية الأخرى: " ﴿مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ ۝٢٥﴾ النساء: ٢٥. فلا يجوز للمسلم بحال أن يتزوج من فتاة تسلم زمامها لأي رجل، بل يجب أن تكون مستقيمة نظيفة بعيدة عن الشبهات.

وهو رأي الجمهور، وهو الأشبه لئلا يجتمع فيها أن تكون ذمية، وهي مع ذلك غير عفيفة، فيفسد حالها بالكلية، ويتحصل زوجها على ما قيل في المثل: **أحشفًا وسوء كيله** "[2].

---

١ – أبو زهرة / زهرة التفاسير، ج03، ص1637.

٢ – ابن كثير / تفسير القرآن العظيم، ج02 ص 21.

وقد جاء عن الإمام الحسن البصري أن رجلاً سأله: أيتزوج الرجل المرأة من أهل الكتاب؟ فقال: ما له ولأهل الكتاب، وقد أكثر الله المسلمات، فإن كان ولابد فاعلاً، فليعمد إليها حصانًا (أي محصنة) غير مسافحة. قال الرجل: وما المسافحة ؟ قال: هي التي إذا لمح الرجل إليها بعينه اتبعته. وقال:" لا تحل مسافحة، ولا ذات خدن لمسلم "[1].

ولا ريب أن هذا الصنف من النساء في المجتمعات الغربية في عصرنا يعتبر شيئًا نادرًا بل شاذًا، كما تدل عليه كتابات الغربيين وتقاريرهم وإحصاءاتهم أنفسهم، وما نسميه نحن البكارة والعفة، والإحصان والشرف ونحو ذلك، فليس له أية قيمة اجتماعية عندهم، والفتاة التي لا صديق لها تُعيَّر من أترابها، بل من أهلها وأقرب الناس إليها.

القيد الثالث:

ألا تكون من قوم يعادون المسلمين ويحاربونهم فالحربية يحرم تزوجها عند الحنفية إذا كانت في دار الحرب، لأن تزوجها فتح لباب الفتنة، وتكره عند الشافعية، وعند المالكية، والزّواج بها خلاف الأولى عند الحنابلة[2].

ولهذا فرق جماعة من الفقهاء بين الذمية والحربية، فأباحوا الزّواج من الأولى، ومنعوا الثانية، وقد جاء هذا عن ابن عباس فقال: من نساء أهل الكتاب من يحل لنا، ومنهم من لا يحل لنا، ثم قرأ:" ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ٢٩ ﴾ **التوبة:** ٢٩." فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه[3].

وقد ذكر هذا القول لإبراهيم النخعي – من مدرسة الكوفة – فأعجبه[4].

---

١ – سعيد بن منصور / سنن ، ج 02 ، ص 355. رقم 784.

٢ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج 09، ص 146.

٣ – إسماعيل سالم / رخص ابن عباس ومفرداته، دراسة فقهية مقارنة، دار النصر القاهرة، ط1993/01، ص235.

٤ – تفسير الطبري، ج09، ص 788 . وابن أبي شيبة / المصنف، ج03،ص 296.

عن قتادة قال: لا تنكح امرأة من أهل الكتاب إلا في عهد [1]، وعن علي رضي الله عنه بنحوه[2]، وعن ابن جريج قال: بلغني ألا تنكح امرأة من أهل الكتاب إلا في عهد[3].

ورأي ابن عباس المذكورمتجه وقويّ ، فقد جعل الله المصاهرة من أقوى الروابط بين البشر، وهي تلي رابطة النسب والدم، ولهذا قال سبحانه: " ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿٥٤﴾ ﴾ الفرقان: ٥٤. فكيف تتحقق هذه الرابطة بين المسلمين وبين قوم يحادّونهم ويحاربونهم، وكيف يسوغ للمسلم أن يصهر إليهم، فيصبح منهم أجداد أولاده وجداتهم وأخوالهم وخالاتهم ؟ فضلاً عن أن تكون زوجه وربة داره وأم أولاد منهم ؟ وكيف يؤمن أن تطلع على عورات المسلمين وتكشفها لقومها ؟.

وقد أيّد الجصاص رأي ابن عباس، واحتج له بقوله تعالى: " ﴿ لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴿٢٢﴾ ﴾ المجادلة: ٢٢ والزّواج يوجب المودة، يقول تعالى:"﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴿٢١﴾ ﴾ الروم: ٢١.

قال: فينبغي أن يكون نكاح الحربيات محظورًا، لأن قوله تعالى: ﴿ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴿٢٢﴾ ﴾ المجادلة: ٢٢ إنما يقع على أهل الحرب، لأنهم في حدّ ونحن في حدّ غير حدّهم[4].

---

١ – رواه عبد الرزاق في المصنف، وفي رواية عن معمر عن قتادة " كره أن يتزوج نساء أهل الكتاب إلا في عهد ". المصنف، ج05، 294، ج06، ص84.

٢ – السّرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل / المبسوط، طبعة دار المعرفة، بيروت، ط/ 1406هـ، ج05،ص50.

٣ – رواه عبد الرزاق في المصنف، ج06، ص 85.

٤ – الجصاص، أحمد بن علي الرازي / أحكام القرآن، تحقيق: محمد صالح قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/ 1405هـ، ج 02 ، ص 18 – 19.

يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُوا۟ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ ۚ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٩﴾﴾ الممتحنة: 09

وهل هناك تولّ لهؤلاء أكثر من أن يزوج إليهم، وتصبح الواحدة من نسائهم جزءا من أسرته بل العمود الفقري في الأسرة ؟

وبناء على هذا لا يجوز لمسلم في عصرنا أن يتزوج يهودية، ما دامت الحرب قائمة بيننا وبين إسرائيل، ولا قيمة لما يقال من التفرقة بين اليهودية والصهيونية، فالواقع أن كل يهودي صهيوني، لأن المكونات العقلية والنفسية للصهيونية إنما مصدرها التوراة وملحقاتها وشروحها والتّلمود . . . وكل امرأة يهودية إنما هي جندية احتياطية في جيش إسرائيل.

والسائد المشاهد في حاضرنا التزام اليهود والنصارى وبعض الطوائف أخرى من النصارى وغيرهم محاربة الإسلام والمسلمين، وترصدوا بهم كل مرصد، مستهزئين بالله ورسوله، واتخذوا من إعلامهم وسيلة في حرب إعلامية ضارية يشهدها العالم المعاصر، فكيف يكون الولاء لمن سخر من الإسلام وحاربه[1].

القيد الرَّابع:

ألا يكون من وراء الزّواج من الكتابية فتنة ولا ضرر محقق أو مرجح، فإن استعمال المباحات كلها مقيد بعدم الضرر، فإذا تبين أن في إطلاق استعمالها ضررًا عامًا، منعت منعًا عامًا، أو ضررًا خاصًا منعت منعًا خاصًا، وكلما عظم الضرر تأكد المنع والتحريم، وقد قال صلى الله عليه وسلم: " **لا ضرر ولا ضرار** "[2].

وهذا الحديث يمثل قاعدة شرعية قطعية من قواعد الشرع، ومن هنا كانت سلطة ولي الأمر الشرعي في تقييد بعض المباحات إذا خشي من إطلاق استخدامها أو تناولها ضررًا معينًا.

---

١ - ملكة يوسف / موسوعة الزّواج، ج01، ص 194 – 195.

٢ - سبق تخريجه في ص42.

والضرر المخوف بزواج غير المسلمة يتحقق في صور كثيرة منها:

1 – أن يؤثر الزّواج بالكتابيات على المسلمات، فإذا أصبح التزوج بغير المسلمات ظاهرة اجتماعية مألوفة، فإن مثل عددهن من بنات المسلمين سيحرمن من الزّواج، ولا سيما أن تعدد الزوجات في عصرنا أصبح أمرًا نادرًا، ومن المعلوم أن المسلمة لا يحل لها أن تتزوج إلا مسلمًا، فلا حلّ لهذه المشكلة إلا سدّ باب الزّواج من غير المسلمات.

وإذا كانت جالية المسلمين أقليّة مثل بعض الجاليات في أوروبا وأمريكا، وبعض الأقليات في آسيا وأفريقية، فمن مقاصد الشريعة أن يحرم تزوج رجال المسلمين من غير المسلمات، وإلا كانت النتيجة ألا يجد بنات المسلمين رجلاً مسلما يتقدم للزواج منهن، وحينئذ تتعرض المرأة المسلمة لأحد أمور ثلاثة:

أ – إما الزّواج من غير مسلم، وهذا باطل في الإسلام.

ب – وإما الانحراف، والسير في طريق الرذيلة ، وهذا من كبائر الإثم.

ج – وإما عيشة الحرمان الدائم من حياة الزوجية والأمومة.

وكل هذا مما لا يرضاه الإسلام، وهو نتيجة حتمية لزواج الرجال المسلمين من غير المسلمات، مع منع المسلمة من التزوج بغير المسلم.

هذا الضرر، هو الذي خافه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب – فيما رواه الإمام محمد بن الحسن – في كتابه " **الآثار** "، حين بلغه أن الصّحابي الجليل حذيفة بن اليمان تزوج – وهو بالمدائن – امرأة يهودية، فكتب إليه عمر مرة أخرى: أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون، فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين "[1].

---

١ – محمد بن الحسن الشيباني / كتاب الآثار، تحقيق: أحمد عيسى المعصراوي، ط2007/02، ج01، ص 436 – 437، رقم 419.

وقد ذكر الإمام ابن أبي شيبة في مصنفه قصة زواج حذيفة هذه، ولكنه ذكر تعليلاً آخر لمنع عمر لحذيفة، فبعد أن نفى حرمة هذا الزّواج قال: " ولكني خشيت أن تعاطوا المومسات منهنّ"[1].

فهو يخشى كساد سوق الفتيات المسلمات وبوارهن، وفي ذلك فتنة أي فتنة، ومن ناحية أخرى يخشى أن يتساهل بعض الناس في شرط الإحصان والعفاف، الذي قيد به القرآن حل الزّواج منهن، حتى يتعاطوا زواج الفاجرات والمومسات، وكلتاهما مفسدة ينبغي أن تمنع قبل وقوعها، عملاً بسد الذرائع .

ولعل هذا نفسه ما جعل عمر يعزم على طلحة بن عبيد الله إلا طلق امرأة كتابية تزوجها، وكانت بنت عظيم يهود، كما ذكر ذلك عبد الرزاق في مصنفه [2].

2 – إن الزّواج من غير المسلمة إذا كانت أجنبية، غريبة عن الوطن واللغة والثقافة والتقاليد مثل زواج العربي والشرقي من الأوروبيات والأمريكيات النصرانيات، يمثل خطرًا آخر يحس به كل من يدرس هذه الظاهرة بعمق وإنصاف، بل يراه مجسدًا ماثلاً للعيان .

وتشتد المصيبة حين يولد لهما أطفال، فهم يشبون في الغالب على ما تريد الأم، لا على ما يريد الأب إن كانت له إرادة، فهم إليها أدنى وبها ألصق، وهم أعمق تأثرًا بها، وخصوصًا إذا ولدوا في أرضها وبين قومها، وهنا ينشأ هؤلاء الأولاد على دين الأم وعلى احترام قيمها ومفاهيمها وتقاليدها . وحتى لو بقوا على دين الأب، فإنما يبقون عليه اسمًا وصورة، لا حقيقة وفعلاً . ومعنى هذا أننا نخسر هؤلاء الناشئة دينيًا وقوميًا إن لم نخسر آباءهم أيضًا.

ومن أجل هذه المفسدة، نرى كثيرًا من الدول تحرم على سفرائها، وكذلك ضباط جيشها، أن يتزوجوا أجنبيات، بناء على مصالح واعتبارات وطنية وقومية.

---

١ – ابن أبي شيبة / المصنف، ج03، ص475، رقم16163.

٢ – عبد الرزاق المصنف، باب: نكاح نساء أهل الكتاب، ج 07 ص 178، رقم16163.

وقصارى ما يمكن قوله هنا أن الإسلام حين رخص في الزّواج من الكتابيات راعى أمرين:

1 – أن الكتابية ذات دين سماوي في الأصل، فهي تشترك مع المسلم في الإيمان بالله وبرسالاته وبالدار الآخرة وبالقيم الأخلاقية، والمثل الروحية التي توارثتها الإنسانية عن النبوات، وذلك في الجملة لا في التفصيل طبعًا. وهذا يجعل المسافة بينها وبين الإسلام قريبة، لأنه يعترف بأصل دينها ويقر بأصوله في الجملة، ويزيد عليها ويتممها بكل نافع وجديد.

2 – إن المرأة الكتابية إذا عاشت في ظل زوج مسلم ملتزم بالإسلام، وتحت سلطان مجتمع مسلم مستمسك بشرائع الإسلام – تصبح في دور المتأثر لا المؤثر، والقابل لا الفاعل – فالمتوقع منها والمرجو لها أن تدخل في الإسلام اعتقادًا وعملاً، فإذا لم تدخل في عقيدة الإسلام – وهذا حقها إذ لا إكراه في الدين – اعتقادًا وعملاً . فإنها تدخل في الإسلام من حيث هو تقاليد وآداب اجتماعية، ومعنى هذا أنها تذوب داخل المجتمع الإسلامي سلوكيًا إن لم تذب فيه عقائديًا.

ثالثا: الاجتهاد السّياسي في الزّواج بالمرأة الكتابية.

الأصل في التزوج بالكتابيات هو الإباحة أو الجواز، وهذا مذهب جماهير العلماء من السلف والخلف، وهو ما نص عليه القرآن الكريم صراحة، وفهمه الصّحابة رضوان الله عليهم، كعثمان وطلحة وابن عباس وجابر وحذيفة وغيرهم، بل لقد تزوج عثمان بن عفان، نائلة بنت الفرافصة الكلبية وكانت نصرانية وأسلمت عنده، وتزوج طلحة بن عبيد الله يهودية من أهل الشام[1]، وتزوج الجارود بن المعلىّ وأذينة العبدي من نساء أهل الكتاب [2] وعن جابر قال:

---

١ – الجصاص الرازي / أحكام القرآن، ج02،ص 16.

٢ – ابن قدامة / المغني ،طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج 07، ص507. وحسن أيّوب / فقه الأسرة المسلمة، دار السلام، القاهرة، ط2003/02، ص105.

شهدت القادسية مع سعد، فتزوجنا نساء أهل الكتاب، ونحن لا نجد كبير مسلمات، فلما قفلنا، فمنا من طلق ومنّا من أمسك[1].

قال الجصاص:" ولا نعلم عن أحد من الصّحابة والتابعين تحريم نكاحهنّ "[2].

وأما ابن عمر فكان رجلا متوقفا، لأنه لما سمع آيتين، واحدة في التحليل، والأخرى في التحريم، و لم يبلغه النسخ توقف، و لم ينقل عنه ذكر النسخ، وإنما تؤول عليه، وليس الناسخ والمنسوخ بالتأويل[3].

وأما أمير المؤمنين عمر فقد نقل عنه، أنه كان يرى تحريم الزّواج بالكتابيات، لما روي عنه أنه فرق بين طلحة ابن عبيد الله وحذيفة بن اليمان وبين كتابيتين، وقالا: نطلق يا أمير المؤمنين ولا تغضب، فقال: لو جاز طلاقكما لجاز نكاحكما، ولكن أفرق بينكما صُغْرَةً قَمَأَةً (أي صاغرين).

قال ابن عطية: وهذا لا يستند جيدا، أي أن هذه الرواية سندها ضعيف، وقال الطبري: وهو مخالف لما أجمعت عليه الأمة[4].

وأما الرواية الصحيحة عن عمر والموافقة لمذهب الجمهور، فهي أنه بعث إلى حذيفة بن اليمان بعد أن ولاه المدائن:" إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن، من أهل الكتاب فطلقها، فكتب إليه حذيفة، لا أفعل حتى تخبرني أحلال أم حرام، وما أردت بذلك؟

فكتب إليه عمر بن الخطاب، لا بل هي حلال، ولكن في نساء الأعاجم **خلابة**، فإذا أقبلتم عليهن **غلبتكم** على نسائكم، فقال حذيفة الآن (اقتنعت) فطلقها ".

---

١ – الطبري / تاريخ الأمم والملوك، ج03، ص 33. والنووي / المجموع، طبعة دار الفكر، ج16، ص 232.

٢ – الجصاص المرجع السابق.

٣ – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج03، ص68.

٤ – ابن عطية أبو محمد عبد الحق بن غالب / المحرر الوجيز في شرح الكتاب العزيز، تحقيق : عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان ط01/ 1993، ج01، ص 297. والقرطبي المرجع السّابق. وابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 03، ص 361. وغالب القرشي / أوليات الفاروق السياسية، ص152، ص154.

وفي رواية كان ذلك لما كثرت المسلمات في المدائن، فعن سعيد بن جبير قال: بعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بعد ما ولاه المدائن وكثر المسلمات...[1] وفي رواية: إني أخشى أن تدعوا المسلمات، وتنكحوا المومسات[2].

وفي رواية: أن التي تزوجها حذيفة كانت يهودية، فكتب إليه عمر، أن خلّ سبيلها، فكتب إليه حذيفة، أحرام هي؟ فكتب عمر: لا، ولكني أخاف أن **تواقعوا المومسات** منهنّ[3].

وعند عبد الرزاق، فقال عمر:" **طلقها فإنها جمرة** ".[4]

وروى الإمام محمد هذا الأثر في كتابه "**الآثار**" على النّحو الآتي: إن حذيفة تزوج بيهودية بالمدائن، فكتب إليه عمر: أن خلِّ سبيلها، فكتب إليه: أحرام يا أمير المؤمنين؟ فكتب إليه عمر: أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا، حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن **يقتدي بك المسلمون**، فيختارون نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين[5].

فالصحيح عن عمر أن الزّواج بالكتابيات جائز ومباح، ولكنه رأى أن العرب المقيمين في البلاد المفتوحة، سيقبلون على الزّواج من غير العربيات، لجمالهن وفتنتهن وليدة الحضارة العريقة، وفي زواج الأجنبيات نوع من الإغراء و السحر، يجعل العرب يقبلون عليه، ولو كان بينهم عربيات مسلمات، لذا قال عمر: إنّ في نساء الأعاجم خلابة.

ولا شك أن الزّواج بالكتابيات مجازفة وفتنة، وقد قال عمر لحذيفة: طلقها فإنها جمرة، والجمرة تؤذي وتحرق، فالزّواج بالكتابيات قد يؤدي إلى نتائج نفسية وخلقية وخيمة، مع عدم

---

١ - تاريخ الطبراني، ج03،ص 88.

٢ - البيهقي / السنن الكبرى، باب مَا جَاءَ فِي تَحْرِيمِ حَرَائِرِ أَهْلِ الشِّرْكِ دُونَ أَهْلِ الْكِتَابِ، طبعة دار الفكر ، ج 07، ص 172رقم 14361.

٣ - مصنف ابن أبي شيبة،ج 03، ص 475، رقم16163.

٤ - مصنف عبد الرزاق، باب: نكاح أهل الكتاب، ج 06، ص 78، رقم10057.

٥ - محمد بن الحسن الشيباني / كتاب الآثار، تحقيق: أحمد عيسى المعصراوي، ط2007/02، ج01، ص 436 - 437، رقم 419.

الاطمئنان إلى أخلاق الكتابيات وخاصة عند تربية الأولاد مع اختلاف الأعراف والعادات والتقاليد.

وكذا عدم ضمان طهارة الكتابيات وعفتهن، فالمسلمون دخلاء على أهل المدائن، لا يعرفون دخائلهم وأسرارهم، ومن طبع اليهودي أن لا يكشف أمر يهودي مثله، فقد يقع أن يتزوج المسلم ممن عادتها العهر والسفاح، وتظهر على أنها من العفائف لذا قال عمر:" **فإني أخاف أن تواقعوا المومسات منهنّ** ".

كما يظهر من بعض الروايات، أن عدد المسلمات من أهل المدائن كان في ازدياد،كما في رواية الطبري عن سعيد بن جبير، فالبديل كان متوفرا و لم تبق أي حجة للراغب في الزّواج من الكتابيات، فالمسلمات من غير العربيات كنّ موجودات، فاجتمع عندهن الجمال والخلابة مع الإسلام، فرواية جابر، أن زواج المسلمين بالكتابيات في فتح الكوفة أي القادسية، كان لقلة المسلمات بل لندرتهن، وقد سارع أكثرهم إلى فراق الكتابيات لما قفل راجعا إلى بلده، يشير إلى أن زواج الصحابة بالكتابيات كان للحاجة أو الضرورة.

وفي عزوف المسلمين عن الزّواج بالمسلمات الجديدات، فتنة كبرى لهنّ لا محالة، لأن في ذلك دفعهن للزواج مع الكفار من بني جنسهنّ، وهذا لا يجوز شرعا، أو الوقوع في الرذيلة والانحراف، وهذا لا يحل أيضا، وهذا كله مع عدم ضمان عفة الكتابيات، لذا جاء في رواية البيهقي "إني أخشى أن تدعوا المسلمات، وتنكحوا المومسات".

لقد خشي عمر من العواقب الوخيمة من ترك الزّواج بالمسلمات، وهن لا شك أولى وأفضل وأضمن عاقبة في العشرة والذرية، فقد يقع المسلم في الزّواج بالعواهر بحجة أنهن أهل كتاب، فمنع عمر ذلك سدّا للذريعة[1].

كما نعلم أن عمر توجه إلى واليه على المدائن حذيفة في طلبه تطليق زوجته اليهودية، و لم يتوجه إلى عامة المسلمين، وذلك لأن تقليد الولاة والأمراء سنة شائعة بين الناس وخاصة في أمر

---

١ - غالب القرشي / أوليات الفاروق السياسية، ص 155 – 156.

تهواه النفوس وتميل إليه الطباع، وقد جاء في رواية محمد بن الحسن" فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون، فيختاروا أهل الذمة لجمالهن..." ففي إقدام الوجهاء والأمراء على الزّواج بالكتابيات نشر وترويج لهذا الفعل مع ما فيه من ضرر سيصيب المسلمات، لذا جاء في آخر رواية محمد بن الحسن:" وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين".

كما لا يخفى ما في تزوج الكتابيات وخاصة اليهوديات فيه الخطر على الإسلام والمسلمين، لما يفشين من أسرار المسلمين، وينقلن كل صغيرة وكبيرة إلى الكفار، وذلك لما في رابطة الدين من بقائها وفية لأصولها اليهودية أو النّصرانية، وهذه مفسدة عامة تشمل جميع المسلمين، فكأن عمر عندما أمر حذيفة بطلاق زوجته، كان يريد هذا الأمر لذا قال له:" **طلقها فإنها جمرة** ".

قال أبو زهرة:" لقد كان عمر ينهى كبار الصحابة عن الزّواج بالكتابيات، خشية أن يكنّ عيونا على المسلمين... وذلك من قبيل السياسة الشرعية، و لم يقل إنه حرام، وأنى لعمر أن يحرم أمرا جاء القرآن بحلّه.[1]"

لقد كان عمر بن الخطاب في هذا المنع يتحرى مصلحة المجتمع الإسلامي، ولا شك أن لولي الأمر أن يمنع الرعية من بعض المباحات، إذا رأى أن الإقدام عليها، يؤدي إلى مفاسد كبيرة، ويجب عليه سدّ الطريق أمامها، وقد رأى عمر أن الفساد سيشمل قطاعات عريضة من المجتمع المسلم، إذا أقدم المسلمون على الزّواج من الكتابيات، ففيه فتنة على المسلمات، وسكن المسلمين إلى من لا تطمئن النفوس إلى أخلاقهنّ، وخاصة من بقين يحافظن على تعاليم دينهن وطقوسه، ولهن احتكاك برجال الدين في البِيَعِ والأدْيِرَة، فكم من امرأة كتابية كانت عينا لقومها وسط المسلمين، تنقل أخبارهم إلى أعدائهم وتكشف عيوبهم لغيرهم.

فعمر بن الخطاب رأى أن التضحية ببعض الأهواء والرغبات الفردية، خير من أن نعرض الأمة كلها إلى أخطار هدامة، ونخرب بيوتنا بأيدينا وأيدي غيرنا، فهو لم يعطل النص ويلغه، و لم ينسخه، وإنما أوقفه لفترة من الزمن، وفي حالات خاصة، والظاهر أن المنع كان على أناس

---

١ – فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة، جمع ودراسة وتحقيق، محمد عثمان شبير، دار القلم، ط01/ 2006، ص512.

خاصين، من الأمراء والولاة، كحذيفة بن اليمان، وطلحة بن عبيد الله، لأن ضررهم وأعظم وأخطر من غيرهم، وهذا تحقيقا للمصلحة العامة، وقد يزول هذا الحظر، بزوال ظروف وأسباب المنع، وتبقى للنصوص قدسيتها على مر العصور.

فبالجمع بين الروايات يظهر أن مصلحة المجتمع هي المعتبرة في هذا الاجتهاد السياسي العمري، فلقد كانت المصلحة العامة وسد الذرائع وراء أمر عمر في منع حذيفة من الزّواج باليهودية، وهو أمر تعمل به بعض الأنظمة والقوانين، حيث تعمل على منع رجال الأمن من ذوي المراكز الحساسة، وأصحاب السلك الدبلوماسي من التزوج من الأجنبيات، لأسباب تمس أمن الدولة ومصالحها العليا[1].

فالزّواج بالكتابيات، شكل ظاهرة اجتماعية تحرك لها اهتمام القيادة السياسة في المدينة المنورة، فتناولها عمر بالاجتهاد السياسي المصلحي، فقد أقلقه وهو الخليفة للمؤمنين، انتشار هذه الظاهرة على نحو لا يسير في مصلحة المسلمين بل يضر بمصالحهم العليا.

فزواج المسلم بالكتابية في البلاد المفتوحة، وإن كان مباحا وجائزا، فإنه يجر إلى مفاسد، تمس بالنساء المسلمات وبنسل الأمة، ودين أبنائها، وتهديد أمن الكيان السياسي وزعزعة الجيش.

ومن هنا وبناء على غلبة المفسدة على المصلحة، وغلبة الضرر على النفع في الفعل المباح، فإن لولي الأمر المنع من وقوعه، وكذلك قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وقاعدة اعتبار المآل، هذه القواعد جميعا اقتضت أن يصدر عمر قراره السياسي بناء على اجتهاده المصلحي، يمنع من تزوج الصحابة في الأمصار بنساء أهل الكتاب، درءا للضرر العام وتحقيقا للمصلحة العامة، والتي تتعلق بحفظ أعراض المسلمات وعدم تعريضهن للفتنة، ثم حفظ الدين والأمن العام[2].

---

١ – البلتاجي / منهج عمر في التشريع، ص 261 – 263.

٢ – فوزي خليل / المصلحة العامة، ص 582 – 583.

ففعل عمر كان فعلا سياسيا، وليس من باب الأحكام الثابتة والدائمة، والتي لا تتغير عبر الزمان والمكان، فيجوز لولي الأمر أن يرفع الحظر عن الزّواج بالكتابيات ويعيده إلى أصله وهو الإباحة، إذا لم ير فيه ضررا لأفراد المسلمين وعمومهم.

على أن تكون هذه الإباحة مقيدة بانتفاء المفسدة والضرر، وفق القيود التي ذكرناها سابقا، وأكد البعض على شرط إقامة الكتابية بين ظهران المسلمين، إذ الضرر لا ينتفي قطعا في إقامتها في مجتمعها الكافر المتحرر من كل القيود والأخلاق الإسلامية، فضرره متحتم سواء على الزّواج نفسه أو على أولاده، بل قد يكون على مجموع الأمة.

أما إذا رأى ولي الأمر، أن الزّواج بالكتابيات مجلبة لمفاسد كثيرة للأمة، فالمصلحة العامة تقتضي منعه، فلولي الأمر في هذه الحالة أن يقيد هذا المباح ويمنعه، وخاصة وأن الزّواج بالكتابيات في بعض المناطق أضحى مسألة سياسة أكثر منها دينية.

وقد بلغ ببعض الكتابيات اليهوديات[1] واللواتي فضلن الزّواج المختلط مع المسلمين، واللواتي لهن غرض ديني، أن يجعلن مهورهن من المسلمين قطعة أرض، مع حق التنازل والتملك بمرور بعض السنوات فقط [2]، وهي خطة خبيثة يراد منها السيطرة على قلوب المسلمين وعقولهم وأراضيهم.

---

١ – قضت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري، بإسقاط الجنسية المصرية عن 30 ألف مصري متزوج من إسرائيليات. وألزمت المحكمة وزارة الداخلية بعرض طلب إسقاط الجنسية على مجلس الوزراء ، لإسقاطها والموافقة عليها. وقالت المحكمة في حيثيات القضية، إن الجنسية المصرية صفة غالية وشرف لا يدانيه شرف، يترتب عليه تمتع الشخص بحقوق المواطنة والمشاركة في إدارة الشئون العامة للوطن ، وهي تستلزم الولاء العميق والتام لهذا الوطن، ولاتحتمل شركة على غيرها ولا تقبل معها في القلب والنفس ، مزاحماً ولا منافساً أو شريكاً ، وأوضحت المحكمة أن الدستور عنى بالأسرة المصرية التي يتمتع أفرادها بالجنسية المصرية ، ويكون ولاؤهم للوطن دون سواه . يراجع: جريدة القدس العربي الصادر يوم الأربعاء 20 ماي 2009، العدد 6207، ص 01.

٢ – ملكة يوسف / موسوعة الزّواج، 196 – 197.

فلوليّ الأمر أن يقرر منع المباح، إذا توقع أن يفضي إلى مفسدة عامة في بعض الظروف رعاية للمصلحة العامة وتكون قراراته واجبة الطاعة والنفاذ، فالعبرة بما يراه ولي الأمر من مصلحة بناء على اجتهاده وفق مقتضى النّظر الشّرعي[1].

١ – فتحي الدريني / الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 111– 112.

المبحث الخامس: تَعدُدُ الزَّوجَات.

مقدمة:

الزواج أمر تفرضه الغريزة، وتمليه الفطرة السليمة، فلا تجد إنسانا سويّا يعزف عنه أو يتأخر عن فعله متى سمحت له الظروف بذلك أو أتيحت له الفرصة في انتقاء زوجة صالحة مناسبة، و لم يكن أمام تحصيله عوائق جدية تحول بينه وبين الزواج.

وإذا كان الإنسان عادة ما يرتبط بامرأة واحدة ويكتفي بها، فقد يملك أحيانا من القدرة والطاقة، ما لا يستطيع معه الاكتفاء بزوجة واحدة، فيبحث عن كمال الإعفاف في زوجة ثانية أو ثالثة، وربما ترغمه الظروف على التعدد ضرورة، كأن تكون له زوجة مريضة غير قادرة على خدمته، فيطلب امرأة تسعفه على متطلبات الحياة وصوارفها، وقد يرغب في الإنجاب فيطمع في زوجة أخرى، لعلها تكون سببا في أن يكرمه الله منها بأولاد، يسعدونه وتقرُّ بهم عينه.

وإذا كان الزواج بواحدة مرتبطا بجملة من الأركان والشروط ينتزع الرجل من خلالها حلية الزواج، فإن التعدد أو الزواج بأكثر من واحدة، يتطلب شروطا ومقومات إضافية، حتى يستطيع الرجل الإقدام عليه، كالقدرة على النفقة، والمساواة والعدل بين الزوجات، فإذا لم يأنس من نفسه القدرة على توفير ذلك، فلا يصح إقدامه على الزواج، وإلا وقع في المحظور.

وإذا كان الأصل في التعدد الجواز والإباحة، فهل يحق لولي الأمر أن يتدخل فيمنع أو يقيد هذه الإباحة إذا رأى أن الإقدام عليها سوف يفضي حتما إلى مضار ومفاسد عوض المصالح والمنافع المرجوة من وراء تشريعه وإباحته، وما دور السياسة الشرعية في تعامل ولي الأمر مع مسألة التعدد منعا وتقييدا أو إجازة وإباحة، ما هو مستنده في ذلك.

أولا: الحكمة من تعدّد الزّوجات.

تعدّد الزّوجات يقصد إلى تحقيق مصالح كثيرة تظهر لنا أحيانا، وتخفى علينا أحيانا أخرى، وهذا الشأن في تشريعات الله وأحكامه، فالله تعالى لم يسنَّ أي أمر عبثا، وإنّما سنّه لحكمة يعلمها، ومصالح كثيرة تعود على الإنسان بالنفع العميم والخير الكثير.

إن تعدّد الزّوجات ضرورة اجتماعية، ورحمة بالمرأة ورعاية لها، قبل أن يكون مغنما للرجل، وهذه حقيقة مشاهدة مدركة بالعيان، وليس مشكلة وأعباء ومتاعب وقسوة وحيوانية وظلما للمرأة، والحياة كلها مشكلات، وأن الإنسان يعيش في داخل المشكلات والمتاعب، وكما قال الله ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِى كَبَدٍ ﴿٤﴾﴾ البلد: ٤

وهل صاحب الزوجة الواحدة يخلو من المشكلات والمنغصات، وهل الأولاد إذا كانوا من زوجة واحدة وأب واحد لا يوجد بينهم منافسات ومشكلات، وهل من عنده أولاد سعيد كل السعادة، وهل من حرم الأولاد سعيد كذلك، فالحياة الدنيا حياة ملؤها المشكلات والمنغصات والهموم والكبد، ولكن على الإنسان أن يصبر ويرضى بحكمة ربنا وقدره، ويستشعر أن هذه الحياة ما هي إلا وسيلة إلى الحياة الحقيقية.

مع ما في التعدّد من أعباء وتكاليف كثيرة، وما فيه من إثارة لغيرة المرأة من ضرتها فهو يعالج شرا بأخف ضرر ممكن، فعلى المرأة أن تضحي من أجل بنات جنسها، وعلى الرجل أن يتحمل المسؤولية كاملة ليشارك في بناء المجتمع، ونحن ندرك مبررات كثيرة للتعدّد، ومع ذلك نسلم لله في حكمه ، سواء أظهرت لنا الحكمة والمصلحة من الحكم، أم لم يظهر لنا شيء.

وأهم هذه الفوائد والمبررات هي:

أولا : إن نسبة النساء في أي مجتمع من المجتمعات البشرية، تفوق نسبة الرجال وتزيد عليها[1]، وذلك لعدة أسباب:

1 – كثرة ولادة البنات مقارنة بالذكور، فنجد عدد النساء في البيت الواحد، أكثر من عدد الرجال، وليتحقق كل واحد من هذه الحقيقة بالنظر إلى بيته وأقاربه وجيرانه، وليعمل إحصائية يعدد فيها الرجال، وإحصائية أخرى يعدد فيها النساء في معارفه، فإنه ولا شك سيخرج بنتيجة زيادة عدد النساء على الرجال.

١ – القرضاوي / ملامح المجتمع المسلم، ص388. وعبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص108.

2 – الرجال يتعرضون للموت والفناء أكثر من النساء، إذ لديهم قابلية للمرض أكثر من النساء، كما أن الرجال يتعرضون للحوادث من جراء تعرضهم للمخاطر أكثر من النساء، فالرجال في الغالب تقع عليهم حوادث الطائرات والسيارات والقطارات والسفن، وحوادث الشغل، لأنهم يخرجون للكسب والمعاش، بينما النساء يقبعن في بيوتهن، فنسبة وفيات الرجال[1] تزيد على نسبة وفيات النساء بنسبة **3** إلى **1** .

كما أن الحروب تلتهم الرجال، وهم وقود المعارك، وبنظرة سريعة إلى البلاد التي تستعر فيها الحروب، فستجد آلاف النساء بلا عائل، تخطفت الحروب والاغتيالات آباءهن وأزواجهن ومن يعولهنّ .

ثانيا: إن الرجل يتأخر نضجه الجنسي والاجتماعي واستعداده للزواج، فلا يتهيأ قبل الخامسة والعشرين من عمره، بينما المرأة يبدأ نضجها واستعدادها للزواج في سن مبكرة قبل الرجل بما لا يقل عن خمس سنوات، فكمال نضارة المرأة وبهجتها في سن العشرين من عمرها، وهذا يجعل الجاهزات للزواج أكثر من نسبة الرجال الجاهزين للزواج، فلو تأخرت المرأة في الزواج كما يتأخر الرجل لذهبت نضارتها وزهرة حياتها وأنوثتها، وهذا ما نشاهده في واقع الحياة، وبخاصة مع البنات اللاتي شغلت الدراسة أفكارهن، فيردن التخرج من الجامعات وإكمال الدراسات العليا، وفي النهاية يفاجأن بفوات قطار الزواج، ورغبة الرجال عنهن، فيجلسن عانسات في بيوتهن .

ثالثا : إن رغبة المرأة في الجماع أقل من رغبة الرجل، وهي أكثر حياء منه، فقلما تجد رجلا يستغني بامرأة واحدة، بينما كثير من النساء لا تتحمل كثرة الجماع وتتأفف منه، فلا تستطيع امتصاص طاقة الرجل، وبخاصة عند بلوغها الخمسين من عمرها.

والذين ينتقدون الإسلام في إباحته للتعدّد هم يعددون النساء ولكن بطرق غير مشروعة. ويتركوا المرأة للخزي والعار.

---

١ – أثبتت الإحصائيات أن عدد المواليد الذكور أكثر موتا من عدد المواليد النساء، فعدد الإناث في تزايد مستمر، فوصلت نسبة الذكور إلى الإناث في السويد 1 مقابل 4 في السويد، والولايات المتحدة، و1 مقابل 6 في اليابان، وبلغت في بعض مناطق الصين واحد مقابل 10، وفي معظم الدولة العربية بلغ الضعف تقريبا. خالد الجريسي / فضل تعدد الزوجات، مكتبة فهد الوطنية، ط04/ 1999، ص 56 – 57.

و الذين ينتقدون الإسلام في عدم إعطائه الحرية الشخصية للناس يعملون كما يشاؤون، يريدون العبث بالمرأة وإرواء رغباتهم ونزواتهم، بينما الإسلام يريد مجتمعا نظيفا تقوم العلاقة فيه بين الرجل والمرأة عن طريق واحد هو الزواج، وهذا يكفل للمرأة سعادتها وكرامتها وعفتها ، وللأولاد الحنان والنفقة والتربية، ويكفل للرجل قضاء الوطر والعيش الهنيء ، الذي تسوده المحبة والراحة والاطمئنان والأنس والرحمة .

يقول سيد قطب: إن من الأمور الواقعية التي لا نستطيع أن ننكرها أن الزوج يرغب في أداء الوظيفة الفطرية "الجنس" ولا تكون لدى المرأة رغبة في معاشرة الرجل لمرضها أو كبر سنها مع وجود رغبة مشتركة لدى الزوجين في دوام العشرة الزوجية وكراهية الانفصال وهنا نجد أنفسنا في مواجهة هذه المشكلة أمام ثلاثة احتمالات هي:

أ – أن نكبت الرجل ، ونمنعه بالقوة من مزاولة نشاطه الفطري .

ب – إعطاء الرجل الحرية في معاشرة من يشاء من النساء الساقطات .

ج – أن نبيح لهذا الرجل أن يتزوج بامرأة ثانية مع الاحتفاظ بزوجته .

ويظهر هنا أن الاحتمال الأول ضد الفطرة، وفوق طاقة الإنسان، وإذا أكرهناه على ذلك فإن النتيجة ستكون حتما كراهية الحياة الزوجية والنفور منها .

أما الاحتمال الثاني، فهو ضد الأخلاق الإسلامية، ويخالف المنهج الإسلامي الرامي إلي تطهير الحياة البشرية وتزكيتها. ويكون الاحتمال الثالث هو وحده الذي يلبي ضرورات الحياة الفطرية الواقعية ويحقق المنهج الإسلامي، ويحتفظ للزوجة الأولى بالرعاية ودوام العشرة [1].

رابعا : المرأة معرضة للعقم والإياس، والمرض الذي يفوت على الرجل الاستمتاع بها، كما أن المرأة بعد كبرها وإياسها لا تثير الرجل لذهاب بهجتها.

فالمرأة لا تحمل ولا تحيض بعد سن اليأس (بعد الخمسين غالبا)، أما الرجل فتبقى لديه القوة والحيوية والرغبة إلى النساء ولو بعد كبر السن.

فإذا كانت المرأة عقيما، فهل من العدل أن يصبح الرجل معها عقيما ونفسه تشرئب للأطفال والأنس بهم، ولا شك أن بقاءه بدون ذرية يتنافى مع فطرة الإنسان وغريزته التي تحب

---

١ – سيد قطب/ في ضلال القرآن، ج01، ص580- 581.

الأولاد ، وأن طلاقه للزوجة العقيم يشردها، إذ المرأة إذا طلقت لا يتزوجها في الغالب، إلا من هو أقل من زوجها السابق شأنا، أو تبقى بدون زوج طيلة بقية حياتها، فلأن ترضى بنصف رجل أو ثلثه أو ربعه هو خير لها من عدمه.

ثم إن قدرة الرجل على الإنجاب أوسع بكثير من قدرة المرأة، فالرجل يستطيع الإنجاب إلى ما بعد الستين من العمر، أما المرأة فيقف الإنجاب عندها في حدود الخمسين سنة، فلو حرم على الرجل الزيادة على الواحدة لتعطلت وظيفة النسل أكثر من نصف العمر[1].

خامسا: الزواج المتعدّد، فيه نبل وتضحية من الرجل وتحمل للمشقات والتبعات، فأحيانا يتزوج يتيمة أو أرملة، أو امرأة فاتها قطار الزواج وفرصه، ولو تركت لجلست بدون زوج العمر كله، وقد يفكرن في الاتصال المحرم، كما أن الزوج بتعداده لزوجاته، إنما يخفف من أعباء المجتمع وأولياء النساء، حيث يتحمل رعاية وتبعات أناس آخرين، ويساهم في رفع المشقة والعنت عن أولياء أمور النساء، فيحفظ زوجته ويصونها، ويكون سببا في حصول الأولاد لها، وينفق عليها وعلى أولادها منه، ويشرف على تربيتهم.

وليس معنى هذا أن التعدّد نعمة على الجميع ومنفعة خالصة للرجل وزوجاته، ولكن عدم التعدّد أشد ضررا، فيدفع التعدّد – الذي فيه بعض الضرر – ما هو أعظم منه، إذ لوجدت المرأة رجلا ليس عنده زوجات أخريات لم تفضل عليه غيره .

وإذا كانت الزوجة الأولى ينالها ضرر من الزواج بالثانية، فإن الثانية ينالها ضرر أشد وأعظم بالحرمان، إذ تموت أنوثتها أو تنجرف فتكون ضياعا بين الرجال، والضرر الكبير يدفع بالضرر اليسير، ثم إن الحياة الزوجية المتعدّدة، فيها ما فيها من المنغصات والكبد والمشقة، شأنها شأن الحياة كلها، إذ الحياة كلها عنت ومشقة، حتى الرجل مع زوجته الواحدة عنده من المشكلات الشيء الكثير .

هذه بعض فوائد التعدّد ، وقد يكشف الزمن مستقبلا غير هذه الفوائد .

ثانيا: شروط تعدّد الزّوجات.

---

١ – خالد الجريسي / فضل تعدد الزوجات، ص57 – 58.

لما شرع الله تعدّد الزّوجات، لم يتركه بدون قيد ولا شرط، وإنما سنّ له حدودا واشترط له شروطا، استنبطها العلماء من آية التعدّد وسنته صلى الله عليه وسلم، وهذه الشروط هي:

1 – أن لا يزيد عدد الزّوجات عن أربع نساء .

أي أن لا يزيد عدد النساء اللاتي يتزوج بهنَّ عن أربع زوجات، فقد ذكره الله تعالى في كتابه الكريم حيث قال: ﴿فَانكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ ﴿٣﴾﴾ النساء: ٣

وقد روي أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم:" **اختر منهم أربعا، وفارق سائرهن.** [1]" وهذا الشرط مجمع عليه بين المسلمين، قال ابن قدامة :" أجمع أهل العلم على هذا، ولا نعلم أحدا خالفه إلا شيئا يحكى عن القاسم بن إبراهيم[2] أنه أباح تسعا... وهذا ليس بشيء، لأنّه خرق للإجماع وترك للسنة .[3] "

وأمّا أصل التحديد فحكمته ظاهرة، من حيث إنّ العدل لا يستطيعه كلّ أحد، وإذا لم يقم تعدّد الزّوجات على قاعدة العدل بينهنّ، اختلّ نظام العائلة، وحدثت الفتن فيها، ونشأ عقوق الزّوجات أزواجهنّ، وعقوق الأبناء آباءهم بأذاهم في زوجاتهم وفي أبنائهم، فلا جرم أن كان الأذى في التعدّد لمصلحة يجب أن تكون مضبوطة غير عائدة على الأصل بالإبطال[4].

2 – أن يستطيع الإنفاق على الزّوجات جميعا .

فللشرط الثاني لتعدّد الزّوجات، أن يستطيع الإنفاق على جميع زوجاته اللاتي في عصمته، قال الله تعالى:﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ ﴿٣٤﴾﴾ النساء: ٣٤ فالنفقة على الزوجة واجبة بالإجماع، وكذلك الزّوجات. وقال صلى

---

١ – أحمد في المسند، ج 08، ص220، رقم 4609، والحاكم في المستدرك، كتاب: النكاح، ج 02، ص210، رقم 2780، وابن ماجه في السنن، باب: الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، ج01، ص628، رقم 1952، الدار قطني في السنن، باب: المهر، ج 03، ص270، رقم 100، وأبو داود في السنن، باب: في مَنْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ نِسَاءٌ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ أَوْ أُخْتَانِ، ج02، ص239، رقم 2249، قال الألباني: حديث صحيح، وصححه ابن حبان والحاكم والبيهقي وابن القطان، يراجع صحيح أبي داود، ج07، ص11.

٢ – الإمام القاسم بن إبراهيم الرسي الحسني، إمام من أئمة الزيدية ولد سنة 170 هجرية وتوفى بالرسى سنة 246هـ. الزركلي / الأعلام، ج05، ص 171.

٣ – ابن قدامة / المغني، ج07، ص 497. وابن مفلح / الفروع، ج07، ص67.

٤ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 04، ص 227.

الله عليه وسلم: " اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف[1]"

وفي رواية: [2]" اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف." [3]

قال ابن قدامة: "وأما الإجماع، فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزّوجات على أزواجهن، إذا كانوا بالغين إلاّ الناشز منهن "[4].

3 – أن يستطيع العدل بين زوجاته .

فلستطاعة العدل بين زوجاته في المبيت والسكن والنفقة، ضروري وواجب، وإلا اكتفى بواحدة،قال الله تعالى:﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾ ﴾ النساء فاشترطت الآية العدل بين الزّوجات وعدم الجور في المعاملة، أما محبة القلب وميله فلا يستطيع الإنسان أن يعدل فيه، قال الله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴿١٢٩﴾ ﴾ النساء: ١٢٩ فهذه الآية، يخبر الله فيها عن فطرة الإنسان التي فطره عليها، وهو سبحانه أعلم بما ركب في النفس البشرية من فطرة، فيعلم سبحانه أن نفس الإنسان ذات ميول واتجاهات لا يملكها الإنسان، ومن ثم أعطى لهذه الميول خطاما لينظم حركتها، لا ليعدمها ويقتلها[5].

---

١ – النسائي في السنن الكبرى، إيجاب نفقة المرأة وكسوتها، ج05، ص375، رقم 9179، وأبو داود في السنن، باب: صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ج02، ص122، رقم 1907، وقال الألبـــاني، إسناده صحيح على شرط مسلم، يراجع: صحيح أبي داود، ج 06، ص 156.

٢ – أحمد في المسند، ج34، ص300، رقم 20695، قال الهيثمي: رواه أحمد وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين . وفيه علي بن زيد وفيه كلام، يراجع: مجمع الزوائد، ج03، ص585.

٣ – محمد بن مسفر / تعدد الزوجات في الإسلام، ص 31 – 32.

٤ – ابن قدامة / المغني، ج03، ص230.

٥ – محمد بن مسفر / تعدد الزوجات في الإسلام، ص 33 – 35.

ومن هذه الميول أن يميل القلب إلى إحدى الزّوجات، دون سواها أو أكثر من غيرها لسبب من الأسباب، وهذا الميل لا حيلة له فيه، ولا قدرة له عليه، ولا يملك محوه ولا قتله وإزالته، فالقلوب ليست ملكا لأصحابها، إنما هي بين أصبعين من أصابع الرحمٰن يقلبها كيف يشاء.

فبين الله سبحانه في هذه الآية، أنه لا يحاسب الزوج على هذا الميل، ما دام في قلبه لم يتعد إلى معاملته وأفعاله وسلوكه، بل يصارح الناس بأنهم لن يستطيعوا أن يعدلوا بين النساء في محبة القلب ليرفع عنهم الحرج، إذ الأمر خارج عن إرادتهم .

ولكن عليهم أن لا يميلوا كل الميل، فيؤثر على المعاملة الظاهرة ويحرم الأخرى حقوقها، فلا تكون زوجة ولا تكون مطلقة.

فالعدل بين النساء في الحب والميل القلبي غير مستطاع، ولكن يجب على الزوج ألا ينصرف كلية عن زوجته فيذرها كالمعلقة، فلا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، بل عليه أن يعاملها بالحسنى حتى يكسب مودتها، وإن الله لا يؤاخذه إلا إذا أفرط في الجفاء، ومال كل الميل عن الزوجة الأولى[1].

وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم في فعله يحقق الواقع البشري، فيقسم بين نسائه فيما يملك ويعدل في هذه القسمة، حتى إنه إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ليأخذ من تقع عليها القرعة معه لتصحبه في السفر[2]، ولكن محبة القلب لا يملكها، ولا يستطيع أن يعدل فيها، فيقول: " **اللّهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تَملك ولا أَملك** "[3].

---

١ – مصطفى السباعي / المرأة بين الفقه والقانون، بيروت، ط/1982، ص97-98.

٢ – رواه البخاري، كتاب: النكاح، باب: القرعة بين النساء، إذا أراد سفراً، ج05، ص1999، رقم الحديث 4913.

٣ – أبو داود في السنن، باب: في القسم بين النساء، ج 02، ص208، رقم 2136، والدارمي في السنن، باب: في قسمة النساء، ج 02، ص193، رقم 2207، والحاكم في المستدرك، كتاب: النكاح، ج 02، ص 102، رقم 2761، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه، وقد أعله النسائي والترمذي والدارقطني بالإرسال. تلخيص الحبير، ج03، ص295. وضعفه الألباني، يراجع: إرواء الغليل، ج07، ص82.

وقد أخرج البيهقي بسنده عن ابن عباس في قوله: "**وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ**"، قال:" في الحب والجماع "[1].

والخوف من عدم العدل في الآية، معناه خوف عدم العدل بين الزّوجات، أي عدم التسوية، وذلك في النفقة والكسوة والبشاشة والمعاشرة وترك الضرّ في كلّ ما يدخل تحت قدرة المكلّف وطوقه دون ميل القلب[2].

وقال ابن حجر:" المراد بالعدل، التسوية بينهن بما يليق بكل منهن، فإذا وفى لكل واحدة منهن كسوتها ونفقتها والإيواء إليها، لم يضره ما زاد على ذلك من ميل قلب، أو تبرع بتحفة[3]"

ثالثا: شبه المنكرين للتعدّد والرد عليها .

1 – إن بعض المنكرين للتعدّد يحاول أن يجعل من النصوص الشرعية ما يؤيد رأيه ووجهته في منع التعدّد ، فيجعل قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴿٣﴾ ﴾ النساء: ٣. وقوله: ﴿ **وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ ۚ ﴿١٢٩﴾** ﴾ النساء: ١٢٩ دليلا له على منع التعدّد في الظروف العادية، إذ شرط التعدّد هو العدل، وهو متعذر وغير مستطاع، لذا يمنع التعدّد، لأنه إذا امتنع الشرط الذي هو العدل امتنع المشروط الذي هو التعدّد، وليس الأمر كذلك لأن العدل المنفي في قوله ﴿ **وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ** ﴾ النساء: ١٢٩ هو المحبة القلبية، لأن القلوب ليست ملكا لأصحابها ، فلا يملك المرء التحكم في قلبه ، فهو بين أصبعين من أصابع الرحمن يقلبه كيف يشاء، وقد كان النبي صلى الله

---

١ – البيهقي / السنن الكبرى، كتاب: القسم والنشور، باب: ما جاء في قول الله عز وجل" ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم". ج07، ص298، رقم15137.

٢ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج04، ص226.

٣ – ابن حجر/ فتح الباري، تحقيق فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة، ط / 1379هـ، ج09، ص313.

٤ – خالد الجريسي / فضل تعدد الزوجات، مكتبة الملك فهد، الرياض، ط1999/04، ص15 – 16.

عليه وسلم يعدل بين زوجاته في القسم والنفقة والمبيت والسكنى ويقول: " **اللّهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك** [1] "

وقد زعم بعض من ليس له علم بالشريعة الإسلامية أن القرآن الكريم منع تعدّد الزّوجات في الآيتين السابقتين، بحجة أن الآية الأولى تبيح التعدّد شريطة العدل بين الزّوجات، وتقرر الآية الثانية- كما يزعمون- أن العدل بين الزّوجات مستحيل، وعلى هذا الاعتبار فإن التعدّد مشروط بأمر يستحيل القيام به، وبالتالي فهو ممنوع .

ونرى هنا، أن هذه الدعوى باطلة كل البطلان للأسباب التالية[2] :

أ – أن العدل المشروط في الآية الأولى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴿٣﴾﴾ النساء: ٣

هو غير العدل الذي حكم باستحالته في الآية الثانية: وهي قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾ النساء: ١٢٩ فالعدل في الآية الأولى هو العدل في الأمور المادية المحسوسة، والذي يستطيع الإنسان أن يقوم به، وهو العدل في المسكن والملبس والطعام والشراب والمبيت والمعاملة، أما العدل المستحيل الذي لا يستطيعه الرجل فهو العدل المعنوي في المحبة والميل القلبي .

ب – ليس معقولا أن يبيح الله تعدّد الزّوجات ثم يعلقه بشرط مستحيل لا يقدر الإنسان على فعله، ولو أراد الله سبحانه وتعالى أن يمنع التعدّد لمنعه مباشرة وبلفظ واحد، وفي آية واحدة، لأن الله قادر على ذلك وعالم بأحوال عباده .

ج – نص الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم على تحريم الجمع بين الأختين فقال عز وجل : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴿٢٣﴾﴾ النساء: ٢٣ .

---

١ – سبق تخريجه في ص 361.

٢ – محمد بن مسفر الطويل الزهراني / تعدد الزوجات في الإسلام، دار أم القرى للطباعة، ص 9 – 12.

كما نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن تنكح المرأة على عمتها أو العمة على ابنة أخيها، أو المرأة على خالتها أو الخالة على بنت أختها[1]، فما هو معنى تحريم الجمع بين الأختين والجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها إذا كان التعدّد (أصلا) محرما ؟

د – ثبت من الحديث النبوي الشريف أن العرب الذين دخلوا في الإسلام كان لدى بعضهم أكثر من أربع زوجات، وكان لدى قيس بن الحرث عندما أسلم ثمان زوجات، وكان لدى غيلان بن سلمة الثقفي عشر زوجات، وكان عند نوفل بن معاوية خمس زوجات، فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بأن يقتصر كل واحد منهم على أربع زوجات فقط ويفارق الأخريات[2] . وهذا دليل قويّ على إباحة الإسلام للتعدّد .

هـ – عدد الرسول صلى الله عليه وسلم زوجاته ، وكان في عصمته عندما توفي تسع زوجات، كما أقر تعديد أصحابه للزوجات. وظل المسلمون يقومون بالتعدّد خلال 1400 سنة لفهمهم التام واعتقادهم الراسخ بإباحة الإسلام للتعدّد.

2 – إباحة الدين الإسلامي للرجل أن يعدد زوجاته وتحريم ذلك على المرأة، والجواب عليها، هو أن المساواة بين الرجل والمرأة في نظام الزواج، لا ينبغي أن تكون مساواة مطلقة لاختلاف طبيعة كل من الرجل والمرأة، والمساواة بين مختلفين تعني ظلم أحدهما، فالمرأة خلق الله تعالى لها رحماً واحدة، وهي تحمل في وقت واحد ومرة واحدة في السنة ويكون لها تبعاً لذلك مولود واحد من رجل واحد.

أما الرجل فغير ذلك، من الممكن أن يكون له عدة أولاد من عدة زوجات، ينتسبون إليه ويتحمل مسئولية تربيتهم والإنفاق عليهم، وتعليمهم وعلاجهم وكل ما يتعلق بهم وبأمهاتهم من أمور. أما المرأة فعندما تتزوج بثلاثة أو أربعة رجال، فمن من هؤلاء الرجال يتحمل مسئولية الحياة الزوجية ؟ أيتحملها الزوج الأول ؟ أو الزوج الثاني؟ أم يتحملها الأزواج الثلاثة أو الأربعة ؟ ثم لمن ينتسب أولاد هذه المرأة متعدّدة الأزواج ؟ أينتسبون لواحد من الأزواج ؟ أم

---

١ – البخاري، باب: لا تنكح المرأة على عمتها، ج 05، ص1965، رقم 4819، ومسلم، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، ج 04، ص135، رقم 3506، وأبو داود في السنن، باب: ما يكره أن يجمع بينهن، ج 02، ص183، رقم 2067، والترمذي، في السنن، باب: لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها، ج03، ص 433، رقم 1126.

٢ – الصنعاني / سبل السلام، ج03، ص132.

ينتسبون لهم جميعاً ؟ أم تختار الزوجة أحد أزواجها فتلحق أولادها به ؟[1].

3 – يكون الزواج بأكثر من امرأة سبباً في إثارة الخصام والنزاع بين أفراد الأسرة الواحدة الأمر الذي يؤدي إلى تفكك الأسرة، وتشرد الأطفال. وبمعنى آخر يكون التعدّد سبباً للعداوة بين زوجات الرجل الواحد وتنتقل العداوة بالتالي إلى أولادهن[2].

والجواب: إن هذا النزاع يرجع إلى الغيرة الطبيعية التي لا يمكن أن تتخلص منها النفوس البشرية، فالغيرة موجودة في كل مكان تتساوى فيه الفرص للأفراد، وهو أمر عاطفي، والعاطفة لا يصح أن تقدم في أي أمر من الأمور على الشرع [3]. والضرر الذي يلحق بالمرأة نتيجة للتعدّد أخف بكثير من الأضرار التي تلحق بها في حال بقائها بدون زوج.

4 – إن في تعدّد الزّوجات ظلماً للمرأة وهضماً لحقوقها وإهداراً لكرامتها ووسيلة لتسلط الرجل عليها من أجل إشباع شهواته[4].

والجواب عليه: إن في نظام الزّوجات رحمة للنساء، وذلك لأن عدد الرجال الصالحين للزواج أقل بكثير من عدد النساء الصالحات للزواج، إذ غالبا ما يقابل أربع نسوة رجلا واحدا، ووجود المرأة كزوجة ثانية أو ثالثة أو حتى رابعة في أسرة، خير لها من أن تكون بدون زواج.

ويقول أحد المفكرين الغربيين المنصفين عن هذا الموضوع : إن نظام الزواج بامرأة واحدة فقط وتطبيقه تطبيقاً صارماً قائم على أساس افتراض أن عدد أعضاء الجنسين متساوياً، وما دامت الحالة ليست كذلك، فإن في بقائه قسوة بالغة لأولئك اللاتي تضطرهن الظروف إلى البقاء عانسات[5].

5 – يؤدي تعدّد الزّوجات إلى إهمال تربية النشء وتشردهم.

والجواب عليه: إن الإهمال لا ينجم عن التعدّد وحده، بل إن له أسباباً كثيرة منها عدم

---

١ – الجندول سعيد عبد العزيز / الجنس الناعم في ظل الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة 1979، ص73–74. ومحمد سعيد رمضان البوطي / المرأة ، ص 132 – 133.

٢ – خالد الجريسي / فضل تعدد الزوجات ، ص 19 – 20.

٣ – زكي شعبان / الزواج والطلاق في الإسلام، ص43.

٤ – محمد مسفر / تعدد الزوجات في الإسلام، ص70 – 71.

٥ – محمد فتحي عثمان / الفكر الإسلامي والتطور، دار الكويتية للطباعة والنشر، ط1969/02، ص232.

مبالاة الأب بتربية أولاده أو انحرافه عن جادة الصواب، بشرب الخمر، أو تعاطي المخدرات، أو لعب القمار، أو مصاحبة رفقاء السوء وغير ذلك[1].

وقد يكون الإهمال نتيجة لاختلاف وقع بين الزوجين حول أمر من الأمور المتعلقة بشؤون الأسرة، كما تدل الإحصاءات أن التعدّد ليس السبب الوحيد لتشرد الأطفال، بل إن نسبه ضئيلة جدا مقارنة مع الأسباب الأخرى، فهي لا تتعدى **3%** من مجموع الحالات، فلا يحمل التعدّد مشكلة التشرد، ويقضى عليه بذلك.

6 – يكون تعدّد الزّوجات سبباً رئيساً في كثرة النسل، وكثرة النسل يؤدي إلى انتشار الفقر والبطالة في البلاد[2].

الجواب عليه: انتشار الفقر والفاقة، ليس من جراء التعدّد، ومن كثرة النسل، وإنما من كثرة الكسل والخمول والاتكال على الغير، فهل الشعب الصيني مع كثرته الكاثرة يعيش في فقر، ما دام قد أخذ بأسباب العيش وملك زمان التقدم والرقي الحضاري، بل التعدّد هو العامل الوحيد الذي يؤدي إلى تشبيب المجتمع على الدوام، وبالتالي ضمان حركة اقتصادية واجتماعية رتيبة، ويمنع المجتمع من ظاهرة تعاني منها بعض المجتمعات الغربية، وهي شيخوخة المجتمع.

7 – الظروف الاقتصادية في العصر الحديث لا تسمح للرجل بأن يعدد زوجاته، لأنه هذا التعدّد يفرض عليه أعباء مالية، فهو سيطالب بالإنفاق على عدد من الزّوجات والأولاد، في الوقت الذي ازدادت فيه مطالب كل فرد مع قلة الموارد المالية[3].

الجواب عليه: هو بقاء المرأة غير متزوجة يكلفها ويكلف المجتمع أكثر من المرأة المتزوجة، فغير المتزوجة تعتني بمظهرها، وتنفق عليه بسخاء، للظفر بزوج يسعدها وتبني معه عش الزوجية، أما المتزوجة، فليس لها غالبا إلا الاعتناء بأولادها وأسرتها مع رضاها بالقليل فهي لها ما يعوضها عن الجانب المادي، بخلاف غير المتزوجة.

---

١ – نصر فريد واصل / فقه الأسرة في الإسلام ،ج01، ص 255.

٢ – نصر فريد / المرجع السابق، ص255– 256.

٣ – محمد بن مسفر / تعدد الزوجات في الإسلام، ص 74 – 75.

رابعا: التعدّد ورقابة القضاء.

ذهب البعض إلى أن التعدّد غير مقيد بأي شرط، حيث إن للشخص أن يتزوج بما شاء، وهذا له وحده، وإن العجز عن النفقة والعدل لا يؤثر بحال على مبدأ جواز التعدّد، ولا يحرمه، وذلك قضاء لا ديانة.

وذهب بعض الفقهاء، منهم الظاهرية إلى أن التعدّد مقيد بشرطين، قضاء وديانة، وهما: العدل والقدرة على الإنفاق. واستدلوا بقوله"**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** " وقوله:" **ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا** " أي يكثر عيالكم فتعجزوا عن الإنفاق عليهم، وهذا منهي عنه، فكان الواجب الاقتصار على واحدة[1].

ومع ذلك فإن العقد بالزيادة صحيح عند من قال بأن الزيادة عن الواحدة مقيد بالشروط السابقة، فالحرمة لأمر خارجي عن محل العقد لا تؤثر فيه، وهو أن التعدّد قد يؤدي إلى إخلال بحق شرعي يجب الوفاء به، وهذا الإخلال كما يحدث مع التعدّد، يحدث مع عدم التعدّد، أي مع المرأة الواحدة نفسها، ولما كان السبب ليس بلازم مع التعدّد، كان العقد على الأخرى صحيحا عند الجمهور، وإن أثم الشخص بينه وبين نفسه، لإقدامه على أمر يظن أنه قد يوقعه في المحرم.

والعدالة شرط في كل زواج، ولو كان ذا زوجة واحدة، فمن كان غير قادر على العدالة أو على الإنفاق لا يحل له أن يتزوج، والزواج مطلوب من القادر على العدالة والإنفاق لقوله صلى الله عليه وسلم:" **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج** [2] ." والباءة هي القدرة على تكاليف الزواج من نفقة وغيرها.

وإذا كانت العدالة مطلوبة في الزواج الواحد، فهي ألزم في تعدّد الزّوجات، ومعناها يتسع، وإن لم يستطيع العدل الظاهري وجب الاقتصار على واحدة[3].

---

١ - نصر فريد واصل / فقه الأسرة المسلمة، ج01، ص252 – 253.

٢ - سبق تخريجه في ص 304.

٣ - أبو زهرة / زهرة التفاسير، ج03، ص1584 – 1585. والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة،د،ت،ط، ص91.

ومع أن التعدّد مقيد بالعدالة والقدرة على الإنفاق، وهي داخلة في العدالة، فلا يعتبر العقد فاسدا إذا لم يتوافر فيه الشرطان، و لم يحدث أن قاضيا أو حاكما اشترط لصحة عقد العقد أو نفاذه ذلك الشرط، والإجماع أنه لا أثر لفقد الشرطين في العقد، وكل كلام غير ذلك فهو بدعة، لم يكن عند السلف، وإنما لم يفسد العقد، لأن الفساد يكون بأسباب واقعية، لا بأسباب متوقعة، والعدالة والإنفاق أمران مقدران في المستقبل، فقد يتوب من الظلم، وربما جعل الله من عسره يسرا[1].

ولقد اقترح القانونيون وبعض الشرعيين، ضرورة خضوع التعدّد إلى رقابة القاضي، بحيث إن الشخص الراغب في التعدّد، عليه أن يثبت أمام القضاء قدرته على العدل والإنفاق، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول طلبه في التعدّد أو رفضه، كما قيدوه بضرورة وجود السبب الدافع إلى ذلك التعدّد، و لم يجعلوا رغبة الزوج المطلقة سببا مقبولا في التعدّد، وحتى ولو كان له ميل فطري لا تشعبه زوجة واحدة، وإنما جعلوا المبرر الشرعي للتعدّد محصورا في مرض الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب.

وهذه الدعوة ليست جديدة، وإنما هي دعوة قديمة نادى بها الكثيرون من المتأثرين بالأفكار الأوروبية، وكان من أول من نادى بهذه الفكرة من الشرعيين، الشيخ محمد عبده فقد حمل على التعدّد حملة شعواء، وقدم إلى الحكومة اقتراحا تضع بموجبه نظاما تشرف به على تعدّد الزّوجات، حتى لا يقدم عليه من ليس أهلا له، لكن الحكومة المصرية لم تأخذ به، وقام تلاميذه من بعده بالدعوة إلى ما كان يدعو إليه أستاذهم، ولما ألفت في عام **1928** لجنة تعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، وكان أكثر أعضائها من تلاميذ الشيخ محمد عبده وضعوا مقترحات تتضمن تقييدا لتعدّد الزّوجات قضائيا، ولكن قامت معارضة شديدة لهذا المشروع وتناوله رجال الفقه بالنقد مما أدى إلى العدول عنه.

وفى عام **1945** وضعت وزارة الشؤون الاجتماعية مشروعا، يقضي بتقييد تعدّد الزّوجات، بحيث لا يباح إلا بإذن القاضي الشرعي، حيث جعل الشرطين اللذين قيدت الشريعة إباحة التعدّد بهما، يخرجان عن نطاق التكاليف الدينية التي تكون بين العبد وربه إلى التكليف

---

١ - أبو زهرة / زهرة التفاسير المرجع السابق. والأحوال الشخصية، ص 92.

القضائي، فيمنع ولي الأمر من توثيق عقد زواج من له زوجة حتى يتأكد القاضي من عدالته وقدرته على الإنفاق على أكثر ممن في عصمته ومن تجب عليه نفقته[1].

والحقيقة أن هذه الرقابة القضائية الصارمة المضروبة على الشخص المعدد، لم يقل بها أحد من السلف، بل الإجماع قد انعقد على خلافه، وما علم أن أحدا منع من الزواج، لعدم قدرته على الإنفاق، أو لعدم إثباته العدالة، و لم يعرف عن الصحابة أو التابعين أنهم تحروا هذا التحري الدقيق عند التعدّد، على الرغم من أن في كل عصر برّا وفاجرا، غنياّ وفقيرا.

ثم إذا كانت الرقابة من أجل العقد، أفليس العدل من الأمور الخفيّة التي يصعب ضبطها، هذا إذا استطعنا أن نوفر العدل الظاهري، فإن نية العدلة لا تعرف حتى لأشد الناس صلة بالزوج، فضلا عن القضاء، وحتى الشهود يمكن أن يتصنعوا الكذب.

وما مناط القدرة على الإنفاق ؟ وما حقيقتها ؟ هل هو حال الزوجة الجديدة أم حاله هو؟ وإذا كان يعيش في توسع، وتحول إلى التوسط، فهل للقاضي أن يمنعه من هذا، بحجة أنه يجب أن يعيش في بحبوحة ويحرم من الحلال ؟.

إن الرقابة القضائية على التعدّد ومدى توافر شروطه، يعتبر نوعا من التدخل في حرية التعاقد[2].

يقول الزحيلي: إن إشراف القاضي على الأمور الشخصية أمر عبث، إذ قد لا يطلع على السبب الحقيقي، ويخفي الناس عادة عنه ذلك السبب، فإن اطلع على الحقائق، كان اطلاعه فضحاً لأسرار الحياة الزوجية، وتدخلاً في حريات الناس، وإهداراً لإرادة الإنسان، وخوضاً في قضايا ينبغي توفير وقت القضاة لغيرها، ومنعاً وأمراً في غير محله، فالزواج أمر شخصي بحت، يتفق فيه الزوجان مع أولياء المرأة، لا يستطيع أحد تغيير وجهته، وتبديل قيمه. وإن أسرار البيت المغلقة لا يعلم بها أحد غير الزوجين[3].

---

١ – عبد الوهاب خلاف / الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص 194. ومحمد المسفر / تعدد الزوجات في الإسلام، ص 15 – 16. ونصر فريد واصل / فقه الأسرة المسلمة، ج01، ص254.

٢ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص94 – 95.

٣ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته،ج 09، ص 165.

فلا يجوز للقاضي ولا غيره أن يلاحق الرجل بالتحقيق معه في أمر هذه الضرورة ونوعها، لأن هذه الملاحقة ستفضي إلى كشف مستور الزوج والزوجة،... ولا شك من أن من أبرز أنواع الضرورات وأكثرها، أن يجد الرجل نفسه غير مكفي بزوجة واحدة، ولو بقي على حاله لانحرف إلى موبقات الزنا[1].

إن نظام وحدة الزوجة هو الأفضل وهو الغالب وهو الأصل شرعاً، وأما تعدّد الزّوجات فهو أمر نادر استثنائي وخلاف الأصل، لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة، و لم توجبه الشريعة على أحد، بل و لم ترغب فيه، وإنما أباحته الشريعة لأسباب عامة وخاصة[2].

والله تعالى عندما شرع التعدّد و أباحه، قيده بطائفة ثقيلة من الشروط، فشرط لذلك أن يفرد الزوج الزوجة الثانية بسكن لائق مستقل [3]، وأن يساوي بين الزوجتين في الإنفاق، وأن يساوي بينهما في المبيت، وأن يساوي بينهما في المعاملة والتي تدخل فيها المحادثة والمباسطة وأساليبها.

والحكمة من ذلك أن تتغلب العدالة في العلاقة الزوجية على مشاعر الغيرة المركوزة في نفوس الزوجتين، تُوجَهُ توجيها إيجابيا لكسب مودة الزوج، و من ثَمَّ إشاعة السعادة في البيتين.

والحكمة الثانية، أن لا يقدم على التعدّد، إلا من دفعته الضرورة إلى ذلك، ويخشى على نفسه الانحراف والوقوع في الزنا أو أن يطلق زوجته الأولى ويشتت أسرته، فيعمد إلى هذا البديل الشرعي.

فهذه الشروط مانعة ودافعة لمن كانت رغبته من وراء التعدّد البحث عن المتعة والترف فقط، وأما من سلم قصده وألجأته إ لى ذلك الحاجة والظروف، فإنه يستهل الصعب ويتحمل المشاق وينهض بمسؤوليته كاملة أمام زوجته الثانية خشية أن يقع في المحظور[4].

---

١ – محمد سعيد رمضان البوطي / مع الناس، مشورات وفتاوى، دار الفكر ، سوريا، ط 1999/03، ص 95. وفريد واصل / فقه الأسرة المسلمة، ج01، ص 254.

٢ – الفقه الإسلامي وأدلته، ج 09، ص 161.

٣ – أو على الأقل غرفة مستقلة.

٤ – محمد سعيد رمضان البوطي / المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، سوريا، ط 1996/01، ص131 – 132.

ومن هنا فإن نسبة تعدّد الزّوجات في سائر البلاد العربية في السنوات العشر الأخيرة لا تزيد على **7** إلى **10** في الألف، حسب إحصاء الجامعة العربية.

خامسا: سلطة وليّ الأمر في تقييد التعدّد .

التعدّد من الأحكام التي أقرتها الشريعة الإسلامية بالإجماع، وصدعت بها نصوص القرآن الكريم وجسدتها أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته من بعده، بلا نزاع ولا ارتياب، وعرفتها الأديان قبلنا اليهودية والنصرانية وحتى الحضارات المختلفة عرفت سنة التعدّد، فالإسلام بنظامه الإلهي، لم يمنع التعدّد وبالتالي لم يضيق على الناس ويوقعهم في الحرج والعنت، ولم يطلق التعدّد بلا قيود ولا شروط، فيتزوج الرجل من شاء والعدد الذي شاء، ويطلق العنان لتزواته يجري وراء إشباعها.

ولكن الإسلام وقف موقفا وسطا، فأباح التعدّد وقيده بقيود وحده بحدود، حتى لا يستعمل التعدّد في غير ما شرع له، فلا يحقق الغرض الذي من أجله قصد، فتنجر عنه من المفاسد أكثر من المصالح، فنقع في نقيض مقصود الشارع من تشريعه، فالعدل والقدرة على الإنفاق أساس التعدّد، حتى لا يقع الزوج في تعدي وظلم للزوجة الأولى والثانية، بل ربما تعدى ذلك إلى الأولاد، فأثر ذلك سلبا عليهم ودفع بهم إلى التشرد والانحراف.

والأصل هو أن يحبس كل من الزوجين نفسه لرعاية الآخر وإسعاده، ولكن الظروف والأسباب قد تدفعه إلى اختيار ضميمة أخرى لزوجته الأولى، يعطيها حقوقها كاملة، ويوفر لها ما يحفظ عليها أنوثتها، ويسعدها في هذه الحياة.

ربما كان خيار الانحراف والانجراف وراء الشهوات يقضيها بطرق خسيسة يغضب بها الله، ويخسر فيها أسرته، ويضيع فيها حياته، فأيهما يختار تزوج الحلائل أم اتخاذ الخلائل.

فالتعدّد لا بد منه عند استحكام الشهوة، لأنه إن لم يعدد اتجه إلى الحرام، والحلال على أي صورة خير من الحرام.

والتعدّد وإن كان الأصل فيه الإباحة على قول الأكثر والندب على قول البعض [1]، إلا أنه تعتريه الأحكام الخمسة، وذلك حسب الظروف والعوارض التي تتلبس به، فقد يكون حراما، إذا اختلت شروطه، وعلم يقينا أو ظنا راجحا أنه لن يعدل، أو ليس في استطاعته الإنفاق، فالتعدّد عند ذلك لا شك حرام ، وإن خشي على نفسه العنت، وعلم أنه إن لم يعدد وقع في الزنا، كان التعدّد في حقه واجبا، لأن الوسيلة إلى الواجب، واجبة، واتقاء الوقوع في الزنا واجب شرعا، فتعين التعدّد.

ولكن على اعتبار أن الأصل في تعدّد الزّوجات هو الجواز والإباحة، فهل لولي الأمر السلطة في تقييد هذا المباح، وذلك إما بمنعه مطلقا، أي الانتقال بحكم التعدّد من الإباحة إلى الحظر، أو تقييده بشروط، فبعد أن كان مباحا يستوي فيه الإقدام والإحجام، يصبح فعله ممنوعا إلا بتوفر شروط وقيود خاصة، فإذا توفرت أصبح جائزا، وإن انعدمت كلها أو بعضها سقط الجواز وحل محله الحظر والمنع.

وولي الأمر إذا لاحظ سوء استعمال لرخصة التعدّد، ورأى أن مفاسد جمة تترتب على إباحته، إما بالتعسف في استعمال هذا الحق، أو بالإخلال ببعض قيوده وشروطه، كأن يرى أن عدد المطلقات قد ارتفع، وأن نسبة الأطفال المتشردين قد تزايدت، وأن روابط الأسرة قد دخلها التفكك والتآكل بسببه، فلا شك أن الواجب على ولي الأمر، أن يلغي هذا المباح ويمنعه، أو على الأقل يقيده بشروط تمنع من ترتب المفاسد والمضار على إباحته و العمل به.

لأن الأصل في الأحكام الشرعية أنها مقصدة، وأن الغاية من ورائها هي جلب المصالح، فإذا أفضت إلى مفسدة يقينا أو ظنا غالبا، وجب منعها سدا للذريعة.

فاعتبارا لمآل التعدّد ونتائجه، وأنه يوقع في مفاسد يمكن لولي الأمر أن يقيده بشروط، أو أن يلغيه أصلا، إذا أدى إلى مفاسد بدل المصالح المرجوة من العمل به وتطبيقه.

على أن يكون هذا التقييد ظرفياّ، أي لمدة زمانية محددة أو في بيئة معينة أو مكان خاص، أو أن يوجه التقييد إلى أناس معينين لا إلى عموم الرعية، أي أن لا يكون التقييد عاما من حيث الزمان والمكان والأشخاص، وذلك حسب المصلحة التي يراها ولي الأمر.

---

١ – عبد الملك المطلق / الزواج العرفي، ص 122 فما فوق. ومحمد رشيد رضا / تفسير المنار، ج 04، ص 294، والقرضاوي / ملامح المجتمع المسلم الذي ننشده، ص385.

وقد تكلم محمد رشيد رضا عن مسألة التعدّد وسلطة ولي الأمر في تقيده عند غلبة الفساد، فقال[1]:

أولاً: فلأن شرط التعدّد هو التحقق من العدل، وهذا الشرط مفقود حتمًا، فإن وجد في واحد من المليون، فلا يصح أن يتخذ قاعدة، ومتى غلب الفساد على النفوس، وصار من المرجح أن لا يعدل الرجال في زوجاتهم، جاز للحاكم، أو للعالم أن يمنع التعدّد مطلقًا مراعاةً للأغلب.

وثانيًا : قد غلب سوء معاملة الرجال لزوجاتهم عند التعدّد، وحرمانهن من حقوقهن في النفقة، والراحة، ولهذا يجوز للحاكم، وللقائم على الشرع أن يمنع التعدّد دفعًا للفساد الغالب.

وثالثًا: قد ظهر أن منشأ الفساد، والعداوة بين الأولاد هو اختلاف أمهاتهم، فإن كل واحد منهم يتربى على بغض الآخر، وكراهته، فلا يبلغ الأولاد أشدهم إلا وقد صار كل منهم من أشد الأعداء للآخر، ويستمر التراع بينهم إلى أن يخربوا بيوتهم بأيديهم، وأيدي الظالمين، ولهذا يجوز للحاكم أو لصاحب الدين أن يمنع تعدّد الزّوجات والجواري معًا، صيانةً للبيوت عن الفساد .

نعم، ليس من العدل أن يمنع رجل لم تأت زوجته منه بأولاد أن يتزوج أخرى، ليأتي منها بذرية، فإن الغرض من الزواج التناسل، فإذا كانت الزوجة عاقرًا، فليس من الحق أن يمنع زوجها من أن يضم إليها أخرى.

وبالجملة فيجوز الحجر على الأزواج عمومًا أن يتزوجوا غير واحدة إلا لضرورة تثبت لدى القاضي، ولا مانع من ذلك في الدين ألبتة، وإنما الذي يمنع ذلك هو العادة فقط. إهـــ

هذا نص الفتوى ، وهي مبنية على قاعدة جواز منع كل مباح ثبت ضرر استعماله لدى أولي الأمر، ومنه منع حكومة مصر لصيد بعض الطيور التي تأكل حشرات الزرع، فيسلم من الهلاك، ومنع ذبح عجول البقر أحيانًا للحاجة إليها في الزراعة، مع قاعدة إعطاء الفساد الغالب حكم العام، ثم استثنى من منع تعدّد الزّوجات ما كان لغرض شرعي صحيح، وهو طلب النسل.

---

١ - مجلة المنار، ج28، ص 29.

ومثله ما كان لضرورة أخرى تثبت لدى الحاكم الشرعي، وهذه الضرورات لا يسهل حصرها في عدد معين .

ومن أظهرها: أن تصاب الزوجة الأولى بمرض يحول دون الاستمتاع الذي يحصل به الإحصان، ومنها وصولها إلى سن اليأس مع إمكان النسل منه، فالإحصان المانع من العنت – اندفاع الطبع إلى الزنا – من أغراض الزواج الشرعية. ومفاسد الزنا ومضاره أكبر من مفاسد تعدّد الزّوجات ومضاره، فإنه يولد الأمراض، ويقلل النسل، ويوقع العداوة بين الزّوجات، ويفسد نظام البيوت، ويضيع الثروات.

وإنما أباح الإسلام التعدّد المعين بشرط إرادة العدل، والقدرة على النفقة لدفع مفاسد، وتقرير مصالح متعدّدة، جعلته من الضرورات الاجتماعية في أمة ذات دولة وسلطان فرض عليها تنفيذ شريعتها، وحماية بيضتها، وتدين بالفضيلة، فهي تحرم الزنا، وهي عرضة لأن يقل فيها الرجال، ويكثر النساء بالحروب وغيرها حتى يكون من مصلحتهن أن يكفل الرجل اثنتين، أو أكثر منهن.

ويتضح من كلام رشيد رضا أن التعدّد رخصة [1]، وليس أصلا، وأنه لا يجوز منعه إلا في حالتين: الأولى، إذا فشى ضرره. والثانية، قيام الدولة بذلك باعتبار أن الإمام هو وحده الذي يمكنه منع المباح درءا للمفسدة وجلبا للمصلحة[2].

وهذا وحتى نزيد المسألة جلاء ووضوحا أقول: إن مدار الأحكام الشرعية في الإسلام على ما تقتضيه مصالح الناس، والمصالح والمفاسد متداخلة ومتلازمة، وهي متفاوتة في الخطورة والأهمية.

ومصلحة الحياة أكبر أهمية من مصلحة النسل والمال، وإن الضروريات التي تتوقف عليها مصلحة الحياة أو العقل أو المال أجدى من الحاجيات أو التحسينيات التي تتطلبها تلك المصالح.

وكل ما يجنى من هذه الحياة من متع ولذائذ، مشوب بقدر من المنغصات والمكدرات، فالسبيل الشرعي المتمثل في جلب المصالح ودفع المفاسد، هو تصنيفها حسب الأهمية والحاجة ودرجة الخلوص من الشوائب اللاحقة لها، وفق سُلَّم الأولويات.

---

١ – رشيد رضا / تفسير المنار، ج04، ص 349- 351. وص 363.

٢ – عبد الكريم العلوي المدغري / المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة المغرب، ط /1999، ص182 – 183.

فإذا تعارضت مصلحة من رتبة الحاجيات، مع أخري من مستوى الضروريات، ضحينا بالحاجي حفاظا على الضروري، وإذا كان المسلم بين خيارين لا ثالث لهما، إما أن ينجرف إلى مفسدة ذات آثار ونتائج تضر بالتحسينيات، وإما أن ينجرف إلى مفسدة ذات نتائج تضر بالمصالح الحاجية أو المصالح الضرورية، فعليه أن يبتعد عن المفسدة الكبرى التي تضر بالمصالح الضرورية ولو بارتكاب المفسدة التي دونها.

وبوسعنا أن نقول: إن الرجل قد يكون في حاجة إلى ارتباط بامرأة ثانية، وذلك لقوة رغبته الجنسية، أو أن الأولى أصابها عطب ما وقل استهواؤها له، لكبرها أو لمرضها أو غيره من الأسباب، فالزوج يجد نفسه أمام خيارين لا ثالث لهما، أحدهما: أن يصبر ويبقى حبيسا على زوجته الواحدة مع قيام السبب الدافع إلى العنت، ثانيهما: أن يتزلق إلى ارتكاب الفاحشة والزنا، والأرجحية من حيث الواقع تكون حتما للسبب الثاني، فهو بشر بعيد عن العصمة، معرض للارتكاب الموبقات في أي وقت.

وهنا يأتي سلم الأولويات في رعاية المصالح والابتعاد عن المفاسد، فتعدّد الزّوجات أولى من الوقع في الزنا، فحتى ولو تصورنا أن في التعدّد بعض مفاسد، فإنها لا ترقى غالبا إلى المصالح التي يجنى من وراء تعدّد الزّوجات[1].

فهل المفاسد التي أثارها منكروا التعدّد، تساوي أو تربو عن المنافع والمصالح المرجوة من تطبيق تعدّد الزّوجات، حتى يصح لنا عند ذلك القول: إن دفع المفاسد أولى من جلب المصالح، فنمنع التعدّد لما فيها من مفاسد تفوق مصالحه.

و الأكيد أن الله تعالى لم يشرع التعدّد عبثا، وإنما شرعه لأنه هو المصلحة بعينها، فحيثما كان شرع الله فثَمَّ المصلحة.

على أن المصالح المرجوة من منع التعدّد، كانت شبه منعدمة، وإن وجدت فقد انغمرت في المفاسد الكبيرة التي أفضى إليها منع التعدّد.

ومنع التعدّد بقوة القانون لا يحل المشكلة الاجتماعية والسكانية، بدليل أنه بعد أن صدر سنة **1926** في تركيا قانون مدني يقضي بمنع تعدّد الزّوجات والاقتصار على واحدة، جاءت الإحصاءات الرسمية بعد سنوات ثمان من تنفيذه، تقول: إن القانون أفسد الناس بدل أن

---

١ - البوطي / المرأة، ص120 – 122.

يصلحهم، وأنه أفسد المجتمع من حيث لا يدري، لأنه نتج عن تطبيق هذا القانون خلال هذه المدة بالنسبة للأطفال والزواج والوفاة ما يأتي:

أ - **3.229.318** ولادة سرية.

ب - **933.325** زواج سري.

ج - **1.849.511** وفاة مكتومة.

ومعنى هذا أنه خلال مدة محدودة من جريان القانون على الناس، أفرز أكثر من ثلاثة ملايين ولادة سرية، وحوالي مليون زواج سري، وحوالي مليوني وفاة بسبب ولادة الزواج السري، فهل بعد هذا الفساد من صلاح، ألا يدل هذا على أهمية التعدّد الذي جاء به التشريع الإسلامي ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴿١٤﴾﴾ الملك ١٤.[1]

وبعد هذا نرى أن المصالح المرجوة من منع تعدّد الزّوجات في واقعنا مهما كانت، فلن تكون في قوة المصلحة العامة، التي تخول لولي الأمر إصدار قرار يمنع فيه التعدّد، ويقيد من إباحته، كما أن المفاسد المنجرة عن التعدّد لن تكون من القوة بمكان حيث تستطيع أن تزحزح مصلحة التعدّد من مكانها بله إلغائها، فمصالح التعدّد راجحة على مفاسد، فلا أرى أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع التعدّد مع ما فيه من مصالح راجحة تقضي على المفاسد التي تحتها، خاصة وأن تصرفات ولي الأمر على الرعية منوطة بالمصلحة، فأين المصلحة من منع التعدّد أو تقييده ؟.

ثم رأيت الدكتور البلتاجي يؤكد هذا المعنى حيث قال: ولو سلمنا للذين ذهبوا إلى أن من حقّ الحاكم أن ينهى عن بعض المباحات لمصلحة عامة، كما فعل عمر في النهي عن نكاح الكتابيات، فإننا مع ذلك، عندما ننعم النظر في هذا الاقتراح، نرى أن هناك أضرارا ستترتب على العمل به لا تقلّ- إن لم تزد - عن الأضرار التي دعت إلى اتخاذ هذا القانون لتحقيق المصلحة ودرء المفسدة[2].

وقال: إن تحريم التعدّد مطلقا بقانون، يؤدي إلى أضرار تلحق ببعض الرجال والنساء وبعض الأولاد، ومن ثم يؤدي إلى فساد في المجتمع لا يقلّ عن المفاسد التي من أجلها فكر المصلحون في

---

١ - نصر فريد واصل / فقه الأسرة في الإسلام، ج01، ص 256 - 257.

٢ - البلتاجي محمد / مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، دار السلام، القاهرة، ط2005/03، ص 218 - 219.

هذا القانون، ومنطق المصلحة العامة والموازنة بين مقتضياتها يرفض تحريم تعدّد الزّوجات، ولو كان من الناحية النظرية الخالصة أمر ممكن[1].

سادسا: تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائري.

المقنن الجزائري لم يلغ التعدّد بالكلية، و لم يجزه على إطلاقه بل و لم يحل في أحكامه على الشريعة الإسلامية، ولكنه أجازه من جهة، وقيده بشروط لا يصح بغيرها من جهة أخرى، فالأصل عنده عدم التعدّد، والتعدّد استثناء، وهذا الاستثناء لا يكون إلا عند الضرورة.

نصت المادة **08** من ق أ ج على ما يأتي: يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوافرت شروط ونية العدل.

أي أن التعدّد مباح في حدود أربع زوجات، وهو ما نص عليه القرآن الكريم، ولكن هذا التعدّد ليس على إطلاقه بل لابد من وجود المبرر الشرعي، وهو مرض الزوجة أو عدم قدرتها على القيام بواجباتها الزوجية أو عدم الإنجاب، كأن تصاب بالعقم، وليس مجرد الرغبة في الزواج و إشباع الحاجة الفطرية سببا مبيحا للزواج.

كما أن القدرة على العدل، والقدرة على الإنفاق وتوفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، قيدان لجواز التعدّد.

والعدل المادي يمكن مراقبته والحرص عليه عند التعدّد، ولكن يكيف يكون الحال مع العدل المعنوي، وكيف لنا أن نطلع على نية الزوج وما في باطنه في أمر زواجه.

كما نصت المادة **08** في الفقرة اللاحقة على أنه" يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

---

١ - المرجع نفسه، ص 220، وص 220

فمن شروط التعدّد أيضا إثبات موافقة ورضا الزوجتين السابقة واللاحقة، وليس مجرد إخبارهما وإعلامهما بأمر الزواج، فإن رفضت إحداهما ألغي التعدّد.

وبعد اطلاع رئيس المحكمة على هذا، والتأكد من قدرة الزوج على العدل والإنفاق ووجود المبرر الشرعي، ورضا الزوجين، يرخص للزوج بالتعدّد.

ونلاحظ على هذا أن الزوجتين قد ترضيان بالتعدّد، مع قدرة الزوج على العدل والنفقة، ولكن ليس له مبرر شرعي كافي لإقدامه على هذا التعدّد، سوى رغبته في إلحاق ضميمة إلى زوجته الأولى، لقوة رغبته في النساء، فهل يرخص له بالتعدّد أو لا ؟ مع أن ظاهر نص المادة يمنعه.

وما الحل إذا وجد المبرر الشرعي، والقدرة على العدل والإنفاق، واعترضت الزوجة الأولى على هذا التعدّد، هل يجبرها رئيس المحكمة على ذلك، أو أن الحل يكون في طلاق الأولى وارتباطه بالثانية، وخاصة عند رغبة الزوج في احتفاظه بزوجته الأولى، وهل يتنازل عن حقه في التعدّد، ويقع في الزنا والحرام ؟.

إن هذه الصرامة في مراقبة التعدّد واستصدار رخصة الزواج، لا ننتظر منها أن تعود على المجتمع بالمصالح الكثيرة، بل ستقع من المحظورات فوق ما نتصور.

ومن أهم إفرازات تقييد التعدّد، الانتشار الرهيب للزواج العرفي، هروبا من قيود الزواج الرسمي.

ومن جهة أخرى، فإن قانون الأسرة لا ينص على أي جزاء أو عقوبة لمن يخالف القانون، ويعقد زواجه بطريقة عرفية، فللرجل أن يكون يعقد زواجا مستوفي الأركان والشروط حسب المادة **09** و **09** مكرر، ويبرم زواجه خارج مكتب الموثق وضابط الحالة المدنية، وبعد مدة يذهب إلى المحكمة، ويسجل عقد زواجه بموجب حكم قضائي، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة **21** و **22** من ق أ ج وتطبيقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في المادة **39** من قانون الحالة المدنية[1].

---

١ – عبد العزيز سعد / قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص61.

كما أن التشديد في تعدّد الزّوجات يرفع من عدد الطلاق، والحال أن نسبة تعدّد الزّوجات ليست بهذه الكثرة المخيفة، وإنما هو على العكس محدود ونادر، لا يتجاوز نسبة **4%** في مصر وليبيا في الخمسينات، وفي سورية بنسبة **1%**، وفي الجزائر **0.1%** ومثل هذه النسب لا تستوجب إصدار قوانين خاصة بها، بل إنه إذا صدرت القوانين فلن يتغير من الأمر شيء، لأن هذه القضايا تحتاج لضوابط وكوابح داخلية، هي الدين والوجدان والأخلاق[1].

١ - وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج09، ص 165.

الفصل الثالث

السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الزواج.

المبحث الأول: النّسب والبصمة الوراثية.

المبحث الثاني: نسب ابن الزنا إلى أبيه.

المبحث الثالث: إعطاء لقب الكافل للطفل المكفول.

المبحث الرابع: نفقة الزّوجة العاملة.

المبحث الأول: البَصْمَةُ الوِرَاثِيَةُ.

مقدمة:

مما جاءت الشريعة الإسلامية محافظة عليه، ومتشوفة إلى تحصيله الأنساب، فتمتيع الولد بنسب ينتمي إليه، وبأصل يحتمي به، يعتبر من مقاصد الشريعة وأهدافها السامية، ومن أجله شُرِّع النكاح وحُرِّم الزنا والسفاح، ومن أجل تثبيته وَسّعَت الشريعة في وسائل الإثبات، بل فسرت الشبهات في باب النسب لمصلحة الولد، جريا وراء تصحيح نسبه، وجعلت الشريعة الناس مصدقين في أنسابهم، وأن الإقرار في باب النسب يتعدّى، مع أنّ الأصل في الإقرار أنّه حجة قاصرة على صاحبها.

ومن توسيع الشريعة في إثبات النسب، أن جعلته يثبت بالفراش الصحيح، وبالنكاح بالشبهة، وبالإقرار، والبينة، وربما كان بالقيافة والقرعة عند البعض، وإذا كانت بعض وسائل إثبات النسب ظنية، لا ترقى إلى درجة القطع واليقين، فإن العلم الحديث قد عجل بظهور وسيلة جديدة، ألحقها البعض بالوسائل القطعية الذي لا يدخلها شك في إمكانية إلحاق نسب شخص بأبيه أو نفيه عنه، وهي البصمة الوراثية.

وقد وقع خلاف بين علماء العصر، في موقع البصمة الوراثية بين طرق الإثبات التقليدية، هل تقدم عليها البصمة أو تتأخر عنها ؟ وهل تصبح البصمة الوراثية حاكمة على صحة بعض تلك الطرق، كالفراش والإقرار مثلا، وإذا تعارضت نتائج البصمة الوراثية مع طرق إثبات النسب العادية، أيها نقدم ؟.

وعند التأكد من صحة نسب الطفل من أبيه، مع تمسك الأب بنفيه عن طريق اللعان، فهل نتمسك باللعان ونلغي نتائج البصمة، أو نوقف اللعان ونأخذ بنتائج البصمة القطعية ؟ وما موقع السياسة الشرعية في كل ذلك ؟ وكيف يتوجه اجتهاد ولي الأمر في اختيار الرأي المناسب مع مناقشة الأدلة الواردة في الموضوع ؟

النَسب والبَصْمَة الوِراثيَة.

لما كان مقصودنا هو الكلام عن البَصْمَة الوِراثيَة، وحجيتها في إثبات النَّسَب، وما موقعها من طرق إثبات النَّسَب العادية، وأثرها في اللعان عند نفي الولد من الزوج، كان من الضروري التعرف على حقيقة النَّسَب ووسائل إثابته لمقارنتها بالبَصْمَة الوِراثيَة.

أولا : النَّسَبُ وطرقُ إثباتِه.

أ – تعريف النَّسَب.

لغة: النَّسَب والنَّسَبة بمعنى القرابة، وهو اشتراك من جهة أحد الأبوين، وذلك ضربان: نسب بالطول كالاشتراك بين الآباء والأبناء، ونسب بالعرض كالنَّسَب بين بني الإخوة وبني الأعمام.

ويقال فلان نسيب فلان أي قريبه [1]، والنَّسَب واحد الأنساب ، و النُّسْبَةُ بكسر النون وضمها مثله، ورجل نَسَّابَةٌ أي عالم بالأنساب ، والهاء للمبالغة في المدح ، وفلان يناسِب فلانا فهو نَسِيبُهُ أي قريبه، وبينهما مُنَاسَبَةٌ أي مُشاركة، و نَسَبْتُ الرجل ذكرت نَسَبه[2]، ونسبه ينسبه إذا عزاه وألحقه، ويقال انتسب إلى أبيه أي التحق.

اصطلاحا:

النَّسَب الحقيقي أو القَرَابة، وتُسمى بالرَّحِم، ويراد به القرابة الحقيقيَّة، وهي كلُّ علاقةٍ وصلةٍ سببُها الولادةُ[3].

وجاء في الموسوعة الفقهية الميسرة أن النَّسَب، هو القرابة التي سببها الولادة[4].

---

١ – وابن المنظور / لسان العرب، ج01، ص 755. عبد الرؤوف المناوي / التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، ط1410/01هـ، ص 696.

٢ – الرازي / مختار الصحاح، ص 273.

٣ – عبد الفتاح عمرو / السّياسة الشرعية، ص121.

٤ – محمد رواس قلعة جي / الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس الأردن، ط02/ 2005، ج02، ص 1877.

وقيل: النَّسَب حالة حكمية إضافية بين شخص وآخر، من حيث إنّ الشخص انفصل عن رحم امرأة، وهي في عصمة زواج شرعي أو ملك صحيح ثابتين، أو مشبهين بالثابت للذي يكون الحبل من مائه[1].

وعرفه سفيان بورقعة بأنه:" القرابة التي أساسها الاشتراك في الولادة القريبة والبعيدة"[2].

ب – طرقُ إثبات النَّسَب.

النَّسَب الشرعي يثبت بأحد أمور حددها الفقهاء وهي:

أولا: الزّواج الصّحيح.

متى كان الزّواج شرعيا، وأمكن الاتصال بين الزّوجين، ومتى حصلت ولادته بين أقل مدّة للحمل، – وهي ستة أشهر –، وأكثرها مع وقوع اختلاف الفقهاء في أكثر الحمل– وقد حددها القانون الجزائري بعشرة أشهر–، فإن النَّسَب صحيح ولا يجوز أن ينفيه أو أن يتبرأ منه، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم :" **الولدُ للفراشِ، و للعاهرِ الحَجَر** "[3]والفراش ه و الزوجة، وهي كون أمُّ الطفل حين حملت به زوجة حقيقة أو حكما [4]، وقيل الفراش، الزّواج الصّحيح.

ويشترط فيه ثلاثة شروط:[5]

---

١ – الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع صفوة، ط 1993/04، باب الانتساب، ج06، ص 2650، ويراجع عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي / إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية،كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، تحت إشراف محمد البلتاجي رحمه الله، ونوقشت سنة 2000، ص 20.

٢ – سفيان بن عمر بورقعة / النّسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية، كنوز إشبيليا، الرياض، ط2007/01، ص34.

٣ – البخاري، باب: تفسير المشبهات، ج02، ص 724، رقم 1948، ومسلم، باب:الولد للفراش وتوقي الشبهات، ج04، ص 171، رقم 3286.

٤ – عبد الوهاب خلاّف / أحكام الأحوال الشخصية، ص177

٥ – السباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01 ، ص 262.

1 - إمكانية الاتصال بين الزوجين[1].

2 - عدم نفي النَّسَب.

3 - أن تكون الولادة بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

وإذا توفرت الشروط السابقة ثبت النَّسَب، إلا أن ينفيه، ولا يقبل نفيه إلا بشرطين:

1 – الإسراع إلى نفيه بأن ينفيه ساعة الولادة أو وعند شراء أدواتها، أو في أيام التهاني المعتادة، فإن سكت عن نفيه في هذه الأوقات اعتبر سكوته إقرارا، وتسقط الدعوى.

2 – أن يلاعن زوجته، لأن بنفيه الولد، يكون قد اتهمها بالزنا، وهي ترميه بأنه قد قذفها[2].

ثانيا: النّكاح الفاسد.

النّكاح الفاسد هو ما قابل الصّحيح، والفاسد والباطل اسمان لشيء واحد عند الجمهور، خلافا للحنفية، والجمهور قالوا في تعريف النّكاح الفاسد أو الباطل، هو الذي فقد شرطا أو أكثر من شروط الصحة، كأن ينعقد النّكاح من غير ولي أو بغير شهود، أو أن يتزوج امرأة في عدتها أو يتزوج أختا في عدة أختها، أو يتزوج الخامسة في عدة الرابعة أو نحو ذلك[3].

والزّواج الفاسد تثبت له بعض الآثار، منها ثبوت النَّسَب، مع جوب التفرقة ، وذلك بشرطين هما:

---

١ - قال ابن عابدين :"ويلزم على هذا ، ثبوت التحليل بتزوج مشرقي بمغربية جاءت بولد لستة أشهر ، لثبوت نسبه مع العلم بعدم الوطء ، وما ذاك إلا لكون النَّسب مما يحتال لإثباته بما أمكن ولو توهما عملا بنص" **الولد للفراش** " وإقامة للعقد مقام الوطء كالخلوة الموجبة للعدة. الحاشية، ج 02، ص 413.

قال ابن رشد:"وشذ أبو حنيفة فقال : من وقت العقد وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى أنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى، فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان . وهو في هذه المسألة ظاهري محض، لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام " **الولد للفراش** " وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة وهذا شيء ضعيف. بداية المجتهد، ج02، ص 88.

٢ - عبد الوهاب خلاّف / أحكام الأحوال الشخصية، ص178.

٣ - موسى محمد يوسف / النسب وآثاره، ، دار المعرفة، القاهرة، ط 02/ 1965، ص 12، وعبد الكريم زيدان / المفصل في أحكام الأسرة، ج07، ص 323.

1 - الدخول الحقيقي.

2 - أن يمضي على الزّواج أقل مدّة الحمل، وهي ستة أشهر.

وأقصى مدّة الحمل في الزّواج الفاسد، تبدأ من تاريخ التفريق بين الزوجين، فإذا جاءت بالولد، قبل مضي مدة أكثر الحمل - عشرة أشهر في قانون الأسرة الجزائري - اعتبارا من يوم التفريق ثبت نسبه بأبيه[1].

ثالثا: نِكاحُ الشُّبْهَةِ.

يثبت نسب الولد من الوطء بشبهة، إذا جاءت به أمه ما بين أقل مدّة الحمل وأكثرها.

والشبهة في اللغة: هي الالتباس، وفي اصطلاح الفقهاء، هي ما يشبه الشيء الثابت، وليس بثابت في نفس الوقت[2].

ونكاح الشبهة، هو خطأ يقع فيه الشخص، والشبهة تكون فيه:

1 - **شُبْهَة في الحكم**: كما لو جهل حكما من أحكام الزّواج، كالزّواج في العدة، أو الزّواج بالخامسة.

2 - **شُبْهَة في العقد**: كأن تتبين أن المرأة من المحرمات.

3 - **شُبْهَة في الفعل**: كما لو دخل بامرأة أجنبية، يظنها زوجته[3].

ونكاح الشُبْهَة منصوص عليه في المادة **40** من **ق أ ج**

ملاحظة:

الاجتهاد المالكي، أدرج النّكاح بشُبْهَة في العقد أو في الحكم، ضمن الزّواج الفاسد.
والنّكاح بشُبْهَة عنده قاصر على الشُبْهَة من غير عقد، ويقصد بها الشُبْهَة في الفعل.

فالنّكاح الفاسد الذي يثبت به النَّسَب، هو الذي يكون متصفا بإحدى صفتين:

---

١ - بلحاج العربي / الوجيز ص 195.و عبد العزيز سعد / الزواج، ص 187.

٢ - حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص 371. وعبد العزيز عامر / الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الكتاب العربي، مصر، ط1961/01، ص 81.

٣ - هلالي / البصمة الوراثية، ص283 - 286. وعبد العزيز عامر/ الأحوال الشخصية، ص 81 - 84.

1 - إذا كان مختلفا في فساده بين العلماء، مثل نكاح المحرم بحج أو عمرة، والنّكاح في العدة، أو من غير ولي ونكاح السر، والشغار، هذا إذا كان الخلاف بين العلماء قويا، ولو كان ضعيفا، مثل زواج المتعة، لأن الشُبْهَة في باب النَّسَب تفسرّ لصالح الوالد، صيانة له عن الضياع.

2 - إذا كان النّكاح فيه شُبْهَة تدرأ الحدّ، كما لو تزوج إحدى محارمه، مثل أمه أو أخته، يفسخ متى علم به، ولا حدّ فيه، والنَّسَب لاحق بأبيه[1].

رابعا: الإقرارُ.

الأصل في الإقرار أنه حجة قاصرة على المقر، ولا تتعداه إلى غيره، ولا تثبت به الأحكام على الآخرين، ولا تكون متعديّ بمجرد الإقرار، لأن الإقرار هو الإخبار عن فعل الإنسان نفسه، وأما الإخبار عن فعل الغير فهو شهادة.

ولما كان باب النَّسَب حساسا، قبل العلماء هذا التعدي، مع أنّه على خلاف الأصل، فأصبح الإقرار حجة تثبت على الغير، ويثبت بها النَّسَب[2]، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: إذا قال شخص هذا ابني، أو هذا أبي أو هذه أمي، فنسبه يثبت بشرطين:

1 - أن يكون الإقرار لشخص مجهول النَّسَب.

2 - أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل والعادة.

ولا بد أن يوافق المقر له على هذا الإقرار، وإلا سقط.

ثانيا: الإقرار المتعلق بغير المقر، أو المحمول على الغير، فالشروط السابقة معتبرة هنا، ويضاف إليها شرط آخر، وهو أن يوافق المحمول له، المحمول عليه بالنَّسَب، على هذا الإقرار.

فإذا كان الإقرار بالأخوة، فلا بد أن يصدقه الأب في ذلك[3].

وهذا معنى المادة **45** من ق أ ج، من أن المقر بالنَّسَب في غير البنوة، والأبوة والأمومة، لا يسري على غير المقر، إلا بموافقة وتصديق المحمول عليه للأمر.

---

١ - الغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج03، ص62، والشقفة / الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج03، ص 463 فما بعد.

٢ - عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص133.

٣ - بلحاج العربي / الوجيز، ص 198.

ويضيف الفقهاء شرطين آخرين:

1 – هو أن لا يدعي المقرُّ، أنه ابنه من الزنا[1].

2 - أن يصدقه المقر له، فإن كذبه كان الإقرار باطلا، ولا يشترط التصديق في المجنون والصغير.

خامسا: البيّنة.

ثبوت النَّسَب بالبينة، والتي يقصد بها كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر، أوغيره من وسائل الإثبات الشرعية.

فإن ادعت المرأة أنها حملت من زوجها، وولدت في غيابه مثلا، فأنكر الزوج واقعة الولادة في ذاتها، أو اعترف بالولادة وأنكر الولد نفسه، فإنه من الممكن إثبات الولادة عن طريق شهادة القابلة، أو الطبيب، أو الممرضات[2].

سادسا: القِيافَة.

القيافة تطلق على إلحاق نسب الولد بما يشبهه عند الاشتباه، بناء على الفراسة والنّظر إلى أعضاء المولود[3].

وقد ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه يجوز الاعتماد على القيافة في إثبات النَّسَب[4]، وهو قول المالكية في أولاد الإماء في المشهور من المذهب، وقيل في أولاد الحرائر أيضا، وقد روى الأبهري عن الرازي عن ابن وهب عن مالك، أنه أثبته في الحرائر والإماء جميعا[5]. وهو قول عمر وعلي وأبي موسى الأشعري وابن عباس، وأنس بن مالك.

---

١ – عبد العزيز سعد / الزواج، ص189. والسّباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص266.

٢ – عبد العزيز سعد / المرجع السابق، ص190.

٣ – سفيان بورقعة / النّسب، ص291.

٤ – الرحيباني / مطالب أولي النهى، ج04، ص265.والشربيني / مغني المحتاج، ج04، ص489. وابن حزم / المحلى، ج10، ص149.

٥ – القاضي عياض / إكمال المعلم، ج04، ص657.

وذهب البعض إلى أنه لا يصح الاعتماد على القيافة في إثبات النَّسَب، ويقضى بالولد للمتنازعين فيه، وبه قال الحنفية، وقال أبو حنيفة لو تنازع فيه امرأتان لحق بهما.

وقال أبو يوسف ومحمد، يلحق بالرجلين ولا يلحق إلا بامرأة واحدة[1] .

سابعا: القُرعة

وهي أضعف طرق إثبات النَّسَب الشرعي، ولذا لم يقل بها جمهور العلماء، وإنما ذهب إلى القول بها، واعتبار ها طريقة من طرق إثبات النَّسَب الظاهرية والمالكية في أولاد الإماء، وهو نص الشافعي في القديم، وبها قال بعض الشافعية عند تعارض البينتين، وقال بها الإمام أحمد في رواية عنه[2].

واحتج القائلون بها بما روي عن زيد بن أرقم رضي الله عنه قال:" كنت جالساً عند النبي ﷺ فجاء رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا علياً يختصمون إليه في ولد، وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال لاثنين منهما: طيبا بالولد لهذا، فغليا، فقال: أنتم شركاء متشاكسون، إني مقرع بينكم فمن قرع فله الولد وعليه لصاحبه ثلثا الدية، فأقرع بينهم، فجعله لمن قرع، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أضراسه أو نواجذه.[3]"

قال الإمام الخطابي : " وفيه إثبات القرعة في أمر الولد، وإحقاق القارع[4] ".

والقرعة عند القائلين بها لا يصار إلى الحكم بها إلا عند تعذر غيرها من طرق إثبات النَّسَب، من فراش أو بينة أو قيافة، أو في حالة تساوي البينتين، أو تعارض قول القافة، فيصار حينئذ إلى القرعة

---

١ – ابن نجيم / البحر الرائق شرح كنز الدقائق، طبعة دار المعرفة، بيروت، ج 04، ص 298. وابن عابدين / حاشية رد المحتار، دار الفكر بيروت، ط/2000، ج03، ص 698

٢ – ابن حزم / المحلى، ج10، ص 51، والزرقاني علي خليل، ج05، ص109، والخرشي علي خليل، ج06، ص 105، والسنن الكبرى للبيهقي، ج10، ص267 ، والخطابي/ معالم السنن ، ج03، ص 177.والشيرازي / المهذب ج01، ص 445، والنووي / روضة الطالبين ج05، ص 440، . وابن قدامة / المغني، ج06، ص344.

٣ – أبو داود في سننه، باب: من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد، ج02، ص 248، رقم 2271، والحاكم في المستدرك، كتاب الطلاق، ج02، ص225، رقم 2829، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: من قال يقرع بينهما إذا لم يكن قافة، ج 10، ص 267، رقم 21818. وصححه الألباني، يراجع: صحيح أبي داود، ج07، ص36، رقم 1963.

٤ – الخطابي / معالم السنن، ج03، ص 276.

حفظاً للنسب عن الضياع، وقطعاً للتراع والخصومة، فالحكم بها غاية ما يقدر عليه، وهي أولى من ضياع نسب المولود لما يترتب علي ذلك من مفاسد كثيرة.

ثانيا: البَصْمَة الوِراثيَة.

تعددت تعاريف الباحثين المعاصرين للبصمة الوراثية، وخلافاتهم لفظية والمعنى الذي قصدوه واحد، إذ المعنى متحد والتعابير متنوعة.

أولا: تعريف البَصْمَة الوِراثيَة.

للوقوف على حقيقة البصمة الوراثية، يتعين علينا أولا معرفة مدلول كلمة البصمة حتى نعلم المعنى المركب منها ومن الوراثة.

I – تعريف البَصْمَة.

البَصْمَة مشتقة من البُصْم، وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، يقال ما فارقتك شبرا، ولا فتراً، ولا عتباً، ولا رتبا ، ولا بصماً. ورجلٌ ذو بَصم أي غليظ البصم[1].

وبصم بصماً، إذا ختم بطرف إصبعه. والبَصْمَة أثر الختم بالإصبع [2]. وأقر مجمع اللغة العربية لفظ البَصْمَة بمعنى أثر الختم بالأصبع، تقول بصم بصما أي ختم بطرف إصبعه

فالبَصْمَة عند الإطلاق، ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع، وهي الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملامستها سطحا مصقولاً، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الجلدية التي تكسو جلد الأصابع وهي لا تتشابه إطلاقاً حتى في أصابع الشخص الواحد.

---

١ – ابن المنظور / لسان العرب، ج12 ، ص 50.

٢ – إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار / المعجم الوسيط دار النشر : تحقيق: مجمع اللغة العربية، طبعة دار الدعوة ، ج01، ص 60.

ولقد ذهب أشرف ويح إلى أن البَصْمَة الوِراثيَة كلمة عامية تعني العلامة، تقول بصم القماش بصما أي رسم عليه. وبصمه أي طبعه[1].

2 – تعريف البَصْمَة الوِراثيَة.

البَصْمَة الوِراثيَة هي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، كما أنها وسيلة من وسائل التعرف على شخص ما، ويطلق عليها اختصارا **DNA** " الدنا".

وقد عرفها البعض بأنها:" تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي **DNA** المتمركز في نواة أيّ خلية من جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدرج على شكل خيوط عرضية متسلسلة وفقا للقواعد الأمينية المثبتة على الحمض النووي الدنا، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخرين في الترتيب، وفي المسافة بين الخيوط العريضة[2].

وعرفتها عائشة سلطان بأنها:" عبارة عن النمط الوراثي المكون من التتابعات المتكررة خلال الحامض النووي، وهذه التتبعات تعتبر فريدة ومميزة لكل شخص."[3]

وقد عرفت ندوة الوراثة والهندسة الوراثية البَصْمَة الوِراثيَة بأنها:" البنية الجينية التي تدل على هوية كل فرد بعينه."[4]

والبَصْمَة الوِراثيَة تم اكتشافها على يد البروفيسور البريطاني أليك جيفري سنة **1953**، حيث بين أن كل إنسان ينفرد بسمات أو مميزات جينية خاصة به لا تتكرر إلا عند التوائم السيامية المتطابقة، والتي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد.

ولقد أو ضح جيفري أن الحمض النووي في الخلية الواحدة يتكون من سلسلة من القواعد النتروجينية، ويبلغ عددها حوالي **3.3** بليون زوج أو **6.6** بليون نيكليوتيد، وقد تبين أن حوالي

---

١ – أشرف عبد الرزاق ويح / موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة،ط/2006، ص 18 – 19.

٢ – أشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص 23.

٣ – عائشة سلطان / إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، ص 305.

٤ – الندوة انعقدت في الكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة من 23 – 25 جمادى الآخرة 1419هـ الموافق لـ1998/10/15. يراجع علي القره داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 339.

99.50% من الأحماض الوراثية تكون متشابهة في جميع الأشخاص، وهذا ما يجعل الناس متشابهين في عدد اليدين والأرجل والعيون والأحشاء الداخلية وما إلى ذلك، وأما **0.5%** الباقية فمختلفة من شخص لآخر وتمثل الاختلافات الطفيفة بين الأشخاص، كاختلاف شكل العين والأنف، ولون الشعر واللون وفصائل الدم، وهذا الاختلاف والتباين في أجزاء الأحماض النووية هو الذي يستخدم في تحليل البَصْمَة الوِراثيَة للتفريق بين الأشخاص.

ولقد استفاد العلماء كثيرا من تغيير القواعد النتروجينية على طول الحمض النووي **DNA** في إثبات أن لكل شخص حمض نووي**DNA** يختلف عن غيره من الناس، وقد يتشابه شخصان في الأنماط الجينات لجميع الجينات.

ولقد أطلق " **أليك جفري** " على تسلسل القواعد النتوجينية في جزء الحامض النووي **DNA** اسم البَصْمَة الوِراثيَة، تشبيها لها ببصمة الأصبع التي تميز بها كل شخص عن الآخر [1]، وسماها البعض الطبعة الجينية أو البَصْمَة الجينية، وأطلق عليها " **إريك لاندر**" اسم محقق الهوية الأخير، بينما فضل البعض بدلا عن البَصْمَة الوِراثيَة عبارة " الأدلة البيولوجية أو التحقق البيولوجي أو الجيني من الهوية "

وقد وجد العلماء أن فرصة وجود نفس التسلسل في شخصين لا تربطهما صلة قرابة هي واحد مليون بليون شخص، وتقل هذا النَّسَبة بكثير بين الأشقاء[2].

ثانيا: كيفية التعرف على صاحب الخلّية البيولوجية.

يكفي لعملية الاختبار المعملية المصاحبة أن نأخذ كميات ضئيلة من الدم بحجم قطرة دم، ومن المنى يكفي حجم قطرة مني، ويمكن أن تكون العينة من نسيج الجسم أوسوائله مثل الشعر أو اللعاب.

- تخليص ال**DNA** من العينة المجهولة.

---

١ - كما أطلق عليها أيضا، اسم الأقمار الصناعية الصغيرة، أو الأقمار الصغيرة الطائرة، ميني ساتالايد، **minisatellites**، ينظر مقال كتبه في مجلة الطبيعة الأسبوعية، العدد 2006 مارس 1985. يراجع: سعد الدين الهلالي /البصمة الوراثية، ص52.

٢ - سفيان بورقعة / النسب، ص322 - 324.

– تقطع العينة بإنزيم معين يسمى الآلة الجينية أو المقص الجيني، طوليا بحيث تكون القواعد الأدنين **A** والجوانين **G** في ناحية وقواعد الثايمين **T** والسيتوزين **C** في ناحية.

– ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة التفريغ الكهربائي.

– تعرض المقاطع إلى الأشعة السينية **X-RAY** فتصبح على شكل خيوط داكنة اللون ومتوازية، وتصور، وتسمى هذه العملية **AUTO-RADIOGRAM** فنحصل على صورة، وهذه الصورة هي التي يمكن بواسطتها التعرف على صاحبها من المجموعة المحفوظة أو يمكن مقارنتها بصورة مماثلة من خلايا المشتبه فيه (عينة معلومة)[1].

ثالثا: ضوابط إجراء تحليل البَصْمَة الوِراثيَة.

لضمان صحة نتائج البَصْمَة الوِراثيَة، ذكر بعض الفقهاء والأطباء المختصين بالبَصْمَة الوِراثيَة ضوابط لابد من تحققها، لكي يمكن الأخذ بنتائج البَصْمَة الوِراثيَة.

وهذه الضوابط تتعلق بخبراء البَصْمَة الوِراثيَة وبطريقة إجراء التحاليل، والمختبرات والمعامل الخاصة بالبَصْمَة الوِراثيَة وأهم هذه الضوابط ما يأتي :

1 – أن تكون المختبرات الخاصة بفحص البَصْمَة الوِراثيَة تابعة للدولة أو تشرف عليها إشرافاً مباشراً، مع توفر جميع الضوابط العلمية والمعملية المعتبرة محلياً وعالمياً في هذا المجال، وأن لا تكون هذه المخابر للربح.

2 – أن يكون جميع القائمين على العمل في المختبرات الخاصة بتحليل البَصْمَة الوِراثيَة، سواء كانوا من خبراء البَصْمَة الوِراثيَة، أو من المساعدين لهم في أعمالهم المخبرية، ممن تتوفر فيهم أهلية قبول الشهادة، كما في القائف، إضافة إلى معرفتهم وخبرتهم في مجال تخصصهم الدقيق في المختبر.

---

١ – حسن محمدي بوادي / الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط/ 2005، ص 60، وسفيان بورقعة / النسب، ص 325.

3 – توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البَصْمَة الوِراثيَة بدءاً من نقل العينات إلى ظهور النتائج حرصاً على سلامة تلك العينات وضماناً لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

4 – عمل التحاليل الخاصة بالبَصْمَة بطرق متعددة، وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية، ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان.

إذا توفرت هذه الشروط والضوابط في خبراء البَصْمَة الوِراثيَة وفي المعامل ومختبرات تحليل البَصْمَة، فإنه لا مجال للتردد فيما يظهر في مشروعية العمل بالبَصْمَة الوِراثيَة واعتبارها طريقاً من الطرق المعتبرة لإثبات النَّسَب كالقيافة، إن لم تكن أولى منها[1].

رابعا: الحكم الشّرعي للبَصْمَة الوِراثيَة ومجالات الاستفادة منها .

البَصْمَة الوِراثيَة كشف علمي جديد وخطير، وهي من إفرازات التقدم التكنولوجي الهائل، الذي عرفته الإنسانية في السنوات الأخيرة، وبالتالي فلا مطمع لنا في أن نجد نصوصا للفقهاء في حكمها وما هي المجالات التي يجوز فيها استعمالها.

ومعلوم أن البَصْمَة الوِراثيَة ينبني حكمها على ما يترتب عليها من آثار محمودة أو مذمومة، إذ هي وسيلة من وسائل الإثبات، والحكم الشرعي في مثل ذلك يتوقف على النظر في ما يحققه من مقاصد وغايات، لأن الوسائل لها حكم المقاصد، والوسيلة إلى أفضل المقاصد، هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أقبح المقاصد هي أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة[2].

فبقدر ما تعظم المصلحة ويعظم حكمها، تعظم وسيلتها، وبقدر ما تعظم المفسدة ويعظم حكمها، تقبح وسيلتها، ويشدد الشرع في منعها، بنفس التشديد في تحريم مقصودها[3].

والشريعة في قواعدها لا ترفض العمل بالوسائل والكشوفات العلمية التي تخدم البشرية، إذا لم تتناقض مع مقاصد الشارع، والبَصْمَة الوِراثيَة من جملة المكتشفات التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، وفي الاستعانة بالبَصْمَة خدمة لكثير من مقاصد الشرع،

---

١ – علي قره داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 363.

٢ – الفروق / القرافي، ج02، ص 33.

٣ – أحمد الريسوني / نظرية التقريب والتغليب، ص 409.

لذا أجاز علماء العصر الاعتماد عليها في المجال الجنائي وفي مجال إثبات النَّسَب مع شروطها وضوابطها.

ولقد صرح الفقهاء المعاصرون بجواز الأخذ بالبَصْمَة الوِراثيَة في مجال إثبات النَّسَب، وهذه بعض النقول عنهم:

يقول محمد سليمان الأشقر:" الذي يظهر لي، بل أكاد أجزم به، أنه طريق صحيحة شرعا لإثبات النَّسَب.[1]"

وقال عمر السبيل :" نظراً لتشوف الشارع إلى ثبوت النَّسَب وإلحاقه بأدنى سبب، فإن الأخذ بالبَصْمَة الوِراثيَة في مجال إثبات النَّسَب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النَّسَب بناء على قول القافة، أمر ظاهر الصحة والجواز.[2]"

وقد أجاز المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الاستفادة منها في إثبات النَّسَب، وأطلق عليها اسم البينة الجينية نسبة إلى الجينات، وكان مما جاء في بيان ختام أعمال المجلس:" لو تنازع رجلان على أبوة طفل، فإنه يجوز الاستفادة من استخدام البَصْمَة الوِراثيَة"[3].

الأدلةُ الشّرعيةُ على حُجيّة العمل بالبَصْمَة الوِراثيَة عموما .

من الأدلة التي يستدل بها على جواز العمل بالبَصْمَة الوِراثيَة بوجه عام وخاص:

الدليل الأول: استدلوا من الكتاب بقوله تعالى:" ﴿ **ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ** ﴾ الأحزاب: ٥.

ووجه الدلالة أن قوله " **ادعوهم لآبائهم** " هو أمر من الله بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي، فإذا نسب إليه فهو الصواب والحقيقة، " **فإن لم تعلموا آباءهم** "، فمعناه أن الله تعالى يحث على البحث والتحري عن الأب الحقيقي، والبحث يكون بمختلف الوسائل والقرائن، وقد كشف

---

١ – عمر سليمان الأشقر / إثبات النسب بالبصمة، ص15، نقلا عن سعد الدين هلالي / البصمة الوراثية، ص97.

٢ – عمر السبيل / البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ص40 وص 60.

٣ – علي القره داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 367 –369.

الله من خلال البَصْمَة الوِراثيَة، والتي تمكننا من معرفة الأب الحقيقي، أن ندعوا مجهولي النَّسَب بآبائهم بعد التحقق من ذلك عن طريق البَصْمَة[1].

الدليل الثاني: قاعدة " **الأصل في الأشياء النافعة الإباحة** "[2]. وبناء عليه فلا مانع شرعا من إجراء البحوث والعمل على توسيع البَصْمَة الوِراثيَة في المجالات الطبية والاجتماعية المختلفة، وذلك لأن هذه المكتشفات المستحدثة مباحة شرعا، مادام فيها نفع للبشر، لأن الأصل في الأشياء الإباحة، وكذا استصحابا للبراءة الأصلية، وعملا بمبدأ سلطان الإرادة، إذ يجوز لكل شخص أن يعقد ما يراه من عقود ويشترط ما يراه من شروط، وينشئ ما يشاء من تصرفات، وأن يخترع ما يريد وأن يكتشف ما يشاء، في حدود أن لا ضرر ولا ضرار، وأنه لا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الدليل الشرعي على تحريمه وإبطاله[3].

الدليل الثالث: الإجماع العملي للأمة[4].

فإن الأمة بعلمائها قد درجت على العمل ببعض الأمور المستحدثة، كبصمة الأصابع، والتوقيع الخطي، والصورة الشمسية في جواز السفر، أو بطاقة إثبات الهوية، وجعلوا هذه الأشياء من وسائل إثبات هوية الشخص، و لم يعلم أن في الناس من أنكر هذه الوسائل.

فإذا كان ذلك كذلك، فإن البَصْمَة الوِراثيَة أولى أن تقبل في مجال إثبات الهوية ومجال النَّسَب والجناية وغيرها مما تدعو الحاجة إلى استخدامها[5].

الدليل الرابع: العمل بالمصلحة المرسلة.

---

١ – خليفة علي الكعبي / البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، قسم الشريعة، إشراف حسن فراج، ورمضان الشرنباصي، ص201.

٢ – السيوطي / الأشباه والنظائر، ص60 ونص القاعدة " **الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم** " وقال الإسناوي :" الأصل في الأشياء النافعة هو الإباحة، وفي الأشياء الضارة، أي مؤلمات القلوب هو الحرمة." نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، ط1999/01، ج02، ص 235.

٣ – سفيان بورقعة / النسب، ص 336 – 337.

٤ – كما استدل سعد الدين هلالي بالإجماع السكوتي، على مشروعية العمل بالبصمة لعدم وجود المخالف بضرورة العمل بها. هلالي / البصمة الوراثية، ص 97.

٥ – أشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص 102، وسفيان بورقعة / النسب، ص 337. وعمر سليمان الأشقر / إثبات النسب بالبصمة الوراثية، نقلا عن وهبة الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص433.

فالعمل بالبَصْمَة الوِراثيَة لا يوجد دليل شرعي خاص ولا عام يمنعه، بل الأدلة العامة تشهد له، لكون الأخذ بالبَصْمَة متفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ولأن الأخذ بالبَصْمَة من الأحكام التي يمتد إليها الاجتهاد الاستصلاحي، لأنه من الأحكام التي تتعلق بالنظام التضامني والحقوق الخاصة، ومن الأحكام المنظمة لمصالح المجتمع[1].

الدليل الخامس: قياس الأولى.

الجمهور من الفقهاء قالوا بالقيافة كطريق لإثبات النَّسَب شرعا، ومعلوم من أن القائف إنما يتكلم عن فراسة وحدس وتخمين، ويستند إلى المعرفة والخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء، ولا ينعدم احتمال الخطأ في حكمه، وقد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه، فلأن تعدّ البَصْمَة الوِراثيَة التي لا تخطئ نتائجها، والتي تعتمد على الأساليب العلمية الدقيقة في إظهار النتائج طريقا لإثبات النَّسَب من باب أولى، وهذا ما يسمى بالقياس الأولى[2].

كما أنه معلوم في الفقه أن الأوصاف الخفية تقدم على الأوصاف الظاهرة. قال في مغني المحتاج:" ولو ألحقه قائف بالأشباه الظاهرة وآخر بالأشباه الخفية، كالخلق وتشاكل الأعضاء، فالثاني أولى من الأول، لأن فيها زيادة حذق وبصيرة."[3]

الدليل السادس: مقاصد الشريعة الإسلامية.

أحكام الشريعة ترجع إلى مقاصدها في الخلق، ومن هذه المقاصد حفظ الضروريات الخمس: الدين والنفس والعقل والنَّسَب والمال.

فحفظ النَّسَب بالبَصْمَة الوِراثيَة، فيه حفظ لأركان النَّسَب وتثبيت لقواعده، كما أن فيه أيضا المحافظة عليه من اختلال الواقع بإدخال ما ليس فيه.

ومعلوم أن الحكم الفقهي الموافق لمقاصد الشرع هو الأقرب إلى الصواب من غيره، ولا شك أن الأحكام المبنية على البَصْمَة الوِراثيَة موافقة لأصول الشرع وأهدافه[4].

---

١ – سفيان بورقعة / النسب، ص 338.

٢ – عائشة سلطان / إثبات النسب، ص 309.وبورقعة / النسب، ص 338 – 339. والزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص433.

٣ – الشربيني / مغني المحتاج، ج04، ص 491.

٤ – بورقعة / النسب، ص 341.

والشارع متشوف إلى إثبات الأنساب، وهو حريص على وصلها بأصولها، ويكتفي في إثباتها بأدنى الأدلة، ولا يحكم بانقطاعها إلا حيث تعذر إثباتها بأن كانت أنسابا غير صحيحة، أو كانت ثابتة من وجه غير معتد به شرعا، ويقصد من وراء ذلك إلى استقرار الأسر وصيانة الأعراض وحماية المجتمع، والبَصْمَة الوِراثيَة وسيلة قطعية تحقق ما تشوف الشارع إليه[1].

خامسا: مجالات الاستفادة من البَصْمَة الوِراثيَة في إثبات النَّسَب[2].

البَصْمَة الوِراثيَة يمكن الاستفادة منها في إثبات النَّسَب في المجالات التالية:

1 – أن يدعي أكثر من شخص نسب ولد مجهول النَّسَب أواللقيط، حيث يمكن الاستفادة من البَصْمَة الوِراثيَة لإثبات نسبه لأحدهم، بل إن ما تثبته حجة مقبولة ملزمة، إذا توفرت الشروط المطلوبة لذلك[3].

2 – عند اختلاط الأطفال حديثي الولادة في المصحات والمستشفيات، ويشتبه الأمر، فيمكن أن تستخدم البَصْمَة الوِراثيَة لمعرفة نسب كل طفل لوالده الحقيقي.

3 – أن يلحق شخص طفلا لقيطا، أو ضائعا بنفسه، ثم يظهر أهله، ومعهم من الأدلة ما يثبت أنه من نسبهم، فهنا يلجأ إلى البَصْمَة الوِراثيَة لإثبات نسبه إلى والده الحقيقي.

4 – في حالات نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة، أو من نكاح فاسد أوالمتعة أو أن تتزوج المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها ثم تلد، فهل ينسب الولد للزوج الأول، أم إلى زوجها الثاني، فهنا تتدخل البَصْمَة لحسم الخلاف.

5 – أن يختلط الأطفال في حالة الحروب والكوارث، و لم يعرف من هم آباؤهم، فالبَصْمَة يحدد نسب كل واحد منهم.

6 – الاشتباه في حالة أطفال الأنابيب.

---

١ – أشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص121.

٢ – قره داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة ، ص 354 – 357. وبورقعة / النسب، ص 342 – 343. وأشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص103 فما فوق. ووهبة الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص430 ما فوق.

٣ – الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص434.

7 – لمنع اللعان، وذلك إذا عزم الزوج أن يلاعن زوجته، لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه، فإنه يمكن اللجوء إلى البَصْمَة الوِراثيَة لرفع الشك، فإذا أكدت تحاليل ال **ADN** أنه ولده، فلا داعي للعان[1].

8 – في حالة تعارض البينتين أو القائفين أو المستلحقين، حيث يصار في هذه الحالة إلى البَصْمَة الوِراثيَة لفك النزاع قال البهوتي: وإن كان اللقيط في يد امرأة وادعت نسبه، وأقامت به بينة، قُدِّمَت على امرأة ادعته بلا بينة، لأن البيّنة موضحة[2].

9 – الشك في أن أقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر من وقت الدخول، فهنا للبصمة أن تقيّم هذه الحالة، فإذا ما شك الزوج منذ متى دخل بها، هل أقلّ من ستة أشهر أو أكثر، و لم يستطع الجزم، فإن البَصْمَة تستطيع كشف هذا الغموض[3].

وإن تساووا في البينة، بأن أقام كل منهم بينة والطفل بأيديهم، أو ليس بيد واحد منهم، أو تساووا في عدمها عرض اللقيط معهم على القافة.[4]

فإذا حسم النزاع عن طريق القافة وهي تفيد التخمين، فالأولى العمل بالبَصْمَة وهي قطعية.

10 – في حالة الإقرار بالنَّسَب على الغير، كما لو أقر شخص بأن فلانا أخوه، من جهة الأب أو الأم أو منهما معا، وحدث خلاف بين المقر وغيره في ثبوت هذه النِّسَبة، فيمكن اللجوء إلى البَصْمَة لفض النزاع[5].

سادسا: موقع البَصْمَة الوِراثيَة من أدلة النَّسَب.

البَصْمَة الوِراثيَة تمثل تحديا علميا حقيقيا قد مسّ حياة الفرد والجماعة على السواء، والشريعة الإسلامية من حيث المبدأ لا تمانع بالأخذ بهذه المكتشفات العلمية الحديثة، مادام أنها لا تخالف مقاصد الشرع وأحكامه، وكان فيها نفع للأمة.

---

١ – أشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص 114 – 115.

٢ – البهوتي / كشاف القناع، ج04، ص 236.

٣ – خليفة الكعبي / البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام، ص145.

٤ – البهوتي / كشاف القناع، ج04، ص 236.

٥ – بورقعة / النسب، ص 343.

وقد سبق وأن ذكرنا وسائل الإثبات عند الفقهاء، وهي الفراش، والبينة والإقرار والقيافة والقرعة، فإذا كانت هذه الأدلة لا تفيد في الدلالة على النَّسَب إلا الظن، وكانت البَصْمَة الوِراثيَة تفيد القطع واليقين في الدلالة على نسب شخص إلى أبيه أو نفيه عنه، فما موقع البَصْمَة الوِراثيَة من هذه الأدلة التقليدية، هل تبقى هي الرائدة والأصل في هذا الباب، أما أن البَصْمَة الوِراثيَة تصبح حاكمة عليها، فتقبل إن وافقتها وتلغى إن خالفتها.

ولقد اختلف فقهاء العصر في مسألة منزلة البَصْمَة الوِراثيَة من بين أدلة الإثبات العادية على النحو التالي:

الرأي الأول: وهو قول الجمهور من فقهاء العصر ، وهو أن البَصْمَة الوِراثيَة ترقى إلى مستوى القيافة، وتقدم عليها أدلة إثبات النَّسَب المعروفة في الفقه الإسلامي، فتثبت الأمومة بالولادة المشهودة أو المقر بها، كما تثبت الأبوة بالفراش الذي هو العلاقة الزوجية كما تثبت بالإقرار والبينة، وهذه هي أقوى الأدلة ولها السيادة والريادة على بقية الأدلة، فإذا وجدت كلها أو بعضها كانت مقدمة على البَصْمَة الوِراثيَة، ولا يصار إلى البَصْمَة إلا عند التنازع، لأن لها حكم القيافة[1].

ومستند هذا الرأي[2]:

1 – الطرق الشرعية، الفراش والبينة والإقرار، هي وسائل للإثبات قام على اعتبارها والاعتداد بها، نصوص الكتاب والسنة الإجماع، فلا يسوغ أن نقدم عليها البَصْمَة، لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل العمل بالنصوص الشرعية، وهدم أمر مجمع عليه بين كل الأمة.

ويرد عليه: بأنه في العمل بالكتاب والسنة والإجماع والتي تلقتها الأمة بالقبول، مصالح ومنافع جاءت لتحافظ عليها وترعاها، والعمل بالبَصْمَة الوِراثيَة، جاء ليؤكد تلك المصالح لا لينفيها ويهدمها، فإذا ألغي العمل بها في موطن أو واقعة خاصة، فهو عمل بجوهر ما جاءت به تلك الأدلة في هذا الباب، والبَصْمَة تراعي كل انزلاق قد يقع أثناء تطبيق تلك النصوص.

---

١ – الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص430.

٢ – أشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص 96 – 97. وبورقعة / النسب، ص347 – 348. وسعد الدين هلالي / البصمة الوراثية، ص 77 – 78.

2 – العمدة في جواز العمل بالبَصْمَة الوِراثيَة هو قياسها على القيافة، فغاية الأمر أن تأخذ حكمها وتنزل منزلتها.

ويرد عليه : بأنه لا يسلم أن البَصْمَة تقاس على القيافة، إذا الأخيرة لا تفيد إلا الظن، بخلاف البَصْمَة التي ترتقي إلى درجة اليقين والقطع.

3 – من المقرر شرعا، أن الشارع يتشوف إلى إثبات النَّسَب بأدنى الأسباب، ولا ينفى إلا بأقوى الأدلة، وفي العمل بالبَصْمَة مقابل وسائل الإثبات التقليدية تفويت للعمل بهذه القاعدة.

ويرد عليه : بأن الأنساب يتشوف إليها عند وقوع شبهة أو التباس في النسب، وأما عند القطع بنفي النسب فلا إلحاق، فابن الزنا لا ينسب إلى أبيه عند الإقرار به، ولا يقال يلحق به تشوفا إلى تمتيع الطفل بنسب يحتمي به.

4 – اعتماد العمل بالبَصْمَة الوِراثيَة، كأساس لإثبات النَّسَب، فيه كشف للمستور وفيه تنقيب عن دخائل الناس، وفيه من المخاطر والمفاسد ما لا تحمد عقباه، وخاصة عند وقوع الزوجة في خطأ.

ويرد عليه: بأن القول بالبَصْمَة محاط بجملة شروط منها، السرية التامة عند إجراء الاختبارات، كما أنها لا تستعمل إلا عند الضرورة.

الرأي الثاني: البَصْمَة الوِراثيَة تصلح أن تكون مانعا من قبول طرق إثبات النَّسَب الشرعية العادية، فإذا ما تعارض دليل من أدلة الإثبات التقليدية مع نتائج البَصْمَة الوِراثيَة، كان هذا دليلا على عدم صحة التمسك بوسيلة الإثبات تلك، فيكون مانعا من الأخذ بها.

وهو رأي قلة من فقهاء العصر الذين حضروا ندوة :" مدى حجية استخدام البَصْمَة الوِراثيَة لإثبات البنوة "، والتي انعقدت بالكويت في **28 – 29 – 1421هـ** ، ومن أهم من أخذ به ودافع عنه سعد الدين مسعد هلالي.

حيث يقول:" والبَصْمَة الوِراثيَة تعد في نظري حكما حسيا، لكونها مشاهدة حقيقية، يجب ألا تعارضها سائر الأدلة، فهي في حكم الشرط للأخذ بالأدلة المعروفة – الفراش والبينة والإقرار– إذا كان الأمر يتعلق بتحديد الهوية.[1]"

والبَصْمَة الوِراثيَة عنده تتردد بين أن تكون سببا وشرطا ومانعا، وأن أدلة إثبات النَّسَب ظنية، وقد اشترطت الشريعة لقبولها ألا يعارضها الحس والعقل، وذكر أمثلة من نصوص الفقهاء في الدلالة على ذلك منها:

– ادعاء النَّسَب بالفراش الشرعي مردود إذا لم يصدقه الحس، كما لو أن المرأة أتت بالولد في مدة أقل من ستة أشهر من يوم زواجها، أو أتت به والزوج صغير غير بالغ، فإن الولد لا ينسب إلى الزوج اتفاقا ولا عبرة بدليل الفراش[2].

– الفقهاء قالوا بقبول الإقرار بنسب مجهول النَّسَب بشرط أن يوافقه العقل، فلا يقبل إقرار بنسب ولد مثله في السنّ.

ومن هنا قال: إن البَصْمَة تمثل شرطا لقبول الفراش والبينة والإقرار، كالدليل الحسي العقلي، وتكون مانعا شرعيا من قبول كل ما وضع له شرط موافقة الحس في تحديد الهوية الشخصية، إذا تعارضت البَصْمَة معه[3].

ولقد ذهب الدكتور سفيان بورقعة إلى ترجيح القول الثاني مدعما رأيه بعدة أدلة منها:

1 – الأدلة التقليدية دالة على النَّسَب بناء على الظن الغالب، وهو الأصل وهو المقدور لجميع الناس، ولأنه لم يكن في مقدور الفقهاء تعليق النَّسَب بأمر آخر يقيني يقطع بالعلاقة النَّسَبية الثابتة من التقاء زوجين معينين جنسيا، ولما لم يكن بالإمكان الاطلاع على هذه العلاقة الجنسية الفعلية، أقيم الفراش كعلامة على وجود الاتصال الجنسي الفعلي، فكان الولد ثمرة لعلاقة الفراش الدالة على وجود اتصال جنسي، والبَصْمَة الوِراثيَة تقطع بيقين يفوق كل الأدلة

---

١ – سعد الدين مسعد هلالي / البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، طبعة 2001، ص 77 – 78، وص239. وبورقعة / النسب، ص 349.

٢ – هلالي / البصمة الوراثية، ص 229 وص234.

٣ – هلالي / البصمة الوراثية، ص 229، وبورقعة / النسب، ص 350.

الأخرى على أن الولد كان ثمرة للفراش أم لا، لأنها تكشف إذا ما كان الولد مخلقا بناء على علاقة جنسية من الزوجين المعلومين أم من غيرهما.

قال السرخسي: إن المعنى الذي هو مؤثر في النَّسَب، كون الولد مخلوقا من مائه، ولكنه خفي لا طريق إلى معرفته، فقام النّكاح الذي هو ظاهر مقامه تيسيرا[1].

2 – العمل باليقين لازم عند توفره والقدرة عليه، لذا رتب الفقهاء أدلة إثبات النَّسَب على أساس قوة الدلالة على صحة النَّسَب، وجعلوا بعضها أرفع من بعض، وحتى من جهة الفطرة، فإن الإنسان يريد اليقين في صحة نسبه، ولا يقبل الشك، وإلا وقع في حيرة واضطراب، فتعين أن نلتمس اليقين مع إمكانه، وأن نسعى إلى التمام والكمال في أحكام النَّسَب.

ومن هنا، تعين التمسك بالبَصْمَة الوِراثيَة اليقينية في مقابل الفراش الظني، والمبني على المَظِنَّة فقط. والقاعدة تقول:" العلم – اليقين – ينقض الظن، لأنه أصل، وإنما جاز الظن عند تعذره، فإذا وجد على خلافه بطل.[2]"

3 – اتفق الفقهاء على أن الولد ينسب إلى الزوج ما لم يكن هناك مانع حسي أو عقلي، وإلا كان دليل النَّسَب غير معتبر ولا معقول المعنى، وإن خالفنا هذا، وقلنا بثبوت النَّسَب ولو خالف الحس والعقل، لزم منه ثبوت النَّسَب ولو مع اليقين بانتفاء الولد، وأنه تَخَلَّقَ من غير مائه، ولا قائل بهذا من الفقهاء، فلزم العمل بما تقرره البَصْمَة من نفي النَّسَب مع وجود ظاهر الفراش الذي لا تعرف حقيقته.

4 – البَصْمَة وسيلة للتحقق من صحة دليل النَّسَب، وليس فيها معارضة لأدلة إثبات النَّسَب الأخرى، لأن دليل الإثبات إذا كان صحيحا وجب أن لا تعارضه البَصْمَة، لأن اليقين لا يعارض اليقين، فليس فيه هدم للأدلة الأخرى، بل لتأكيدها إن وافقت الصواب.

5 – أما قاعدة أن الشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب واتصالها، فيخرج النَّسَب المتفق على فساده، كالذي تقطع البَصْمَة بعدم وجود علاقة نسبية بين الطرفين، ولا تقبل القاعدة على عمومها، فلم يقل أحد أن المرأة إذا جاءت بالمولود في مدة أقل من ستة أشهر ينسب إلى أبيه، تطبيقا لقاعدة إحياء الولد، أي أن الأمور تفسر لصالح الطفل في باب النَّسَب، لأن الشارع

---

١ – السرخسي / المبسوط، ج17، ص156.

٢ – الريسوني / نظرية التقريب والتغليب، ص 291.

يتشوف إلى إثبات الأنساب. فالصّحيح أن النَّسَب يثبت اعتبارا بإمكان الوجود، أو عند الشبهة الحاصلة بأن الولد قد تخلق من ماء الرجل[1].

وفي الأخير نرى أن الجمهور يقدمون وسائل إثبات النَّسَب الشرعية والمستندة في أصلها إلى الكتاب والسنة والإجماع.

والمتتبع لكلامهم عن أدلة الإثبات، يرى أنها جعلوها من باب التعبد، لذا أغلقوا الباب أمام تقديم البَصْمَة ولو كانت أقوى من غيرها، كما أنهم جعلوا البَصْمَة من قبيل القيافة، ومعلوم أن القيافة متأخرة عن الفراش والبينة والإقرار، وأنه معمول بها عند قيام النزاع في نسب الطفل.

كما لا يخفى وجاهة القول الثاني، وأن نتيجة البَصْمَة الوِراثيَة لا تعلو عليها أي نتيجة مهما كانت، فهي مفيدة للقطع واليقين، عكس بقية وسائل الإثبات الأخرى المبنية على غلبة الظن فقط.

والذي أراه في هذا الباب أن نتمسك بالأصل، ونعمل بوسائل الإثبات الشرعية المعروفة كأصل، فكل نسب ثبت بدليل منها كان نسبا صحيحا، فإذا ثبت بالفراش الصّحيح، كان نسبا صحيحا وهكذا.

غير أنه عند وجود إنكار للنّسب الثابت من الفراش أو البينة أو الإقرار، ووقوع الجحود والتنازع في نسب الطفل، سواء بين الزوجين أو غيرهما من الأقارب، فحينئذ لولي الأمر أن يأذن في استخدام البَصْمَة كعنصر قطعي في المسألة للتثبت من نسب الولد.

فقد يكون نسب الطفل ثابتا بالفراش، والذي يكفي فيه مجرد العقد عند البعض، أو العقد مع إمكانية الاتصال ولو لم يتم اتصال فعلي بينهما، فإذا وقع نزاع بين الزوجين في ذلك، فعلى الحاكم، ومن باب حسن التدبير الذي تمليه عليه السياسة الشرعية، أن يأمر بإجراء تحاليل البَصْمَة للتأكد من نسبة الولد إلى أبيه، وتكون البَصْمَة قاضية على الفراش وغيره، وهذا من باب المصلحة، وحتى تستقر الأنساب، فمن غير المعقول أن يعيش رجل مع طفل رغما عنه، وهو يعلم أنه ليس ابنه، أو على الأقل يشك في أنه ابنه، فحتى نحسم الأمر فلابد من المصير إلى البَصْمَة، والتي لن تأتي بجديد بل ستقر ما هو واقع، فإن كان الفراش صحيحا، أقرت البَصْمَة ذلك ورفعت الشك، وإن كانت النتيجة عكسية، صُدِّقَ الزوج في دعواه، فكيف ينسب إلى

---

١ - بورقعة / النسب، ص 351 – 365.

صلبه ولدا ليس منه، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم:" **أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته.**[1]"

قال الشيرازي:" فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم، دلّ على أن الرجل مثلها، ولأنه إذا لم ينفه جعل الأجنبي مناسبا له، ومحرما له ولأولاده، مزاحما لهم في حقوقهم، وهذا لا يجوز.[2]"

على أنه من الواجب على ولي الأمر، أن لا يجعل من تحاليل البَصْمَة أمرا عبثيا، بحيث يحق لكل شخص لأدنى شك أو ريب، أو حتى من قبيل الفضول، أن يجري تحليلا للبصمة للتأكد من صحة نسبه، بل ربما أصبحت البَصْمَة من الأمور التي يكيد بها الأزواج لزوجاتهم، فيزرع الاضطراب والفوضى في الأسرة، وهو في تهوره يصدر من الظنون والشكوك.

لذا فمن اللازم على ولاة الأمور أن يأخذوا أمر البَصْمَة بجدية، وأن يمنعوا إجراء التحليل الخاصة بذلك في المستشفيات الخاصة، وأن يكون المكلفون بالتحاليل من القطاع العمومي، ومن ذوي الثقة والأمانة، وأن التحاليل لا تتم إلا بإذن مسبق من المحكمة، وإلا تعرض الطبيب للمساءلة القانونية.

وهذا حتى لا نوسع في أمر البَصْمَة ولا نستعملها إلا عند الضرورة، ونعود إلى طرق إثبات النَّسَب الشرعية العادية.

سابعا: دلالة البَصْمَة الوِراثيَة على نفي النَّسَب.

من أجل إثبات النَّسَب شخص ما، أقرت الشريعة الإسلامية طرقا متعددة لذلك، وهي طرق إثبات النَّسَب، من فراش، وإقرار، وبينة وقيافة، وقرعة، وأما بالنَّسَبة إلى نفي نسب شخص ما، فإن الشريعة قد أقرّت لذلك طريقا واحدا فقط، وهو اللعان.

---

١ - أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق: باب التغليظ في الانتفاء، ج02، ص246، رقن 2265، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب: الطلاق باب: التغليظ في الانتفاء من الولد، ج03، ص378، رقم 5675، والدارمي،كتاب: النكاح باب: من جحد ولده، وهو يعرفه، ج02، ص204، رقم2238 ، والحاكم، كتاب: الطلاق، ج02،ص220، رقم2814، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة، ج03، ص 426، وضعيف أبي داود، ج02، ص247.

٢ - الشيرازي / المهذب، ج02، ص121.

وإذا كان اللعان هو الوسيلة الوحيدة في نفي الزوج ولده عن نفسه، فالداعي إلى ذلك أمور متعددة، وهذا لا يعني أن سبب اللعان حقّ وصواب، فقد ينفي الزوج ولده للفارق الكبير في الشبه بينهما، وقد يكون لمجرد اتهام لزوجته وهي بريئة.

وقد يكون شك الزوج في محله، إذا نفى نسب الولد عن نفسه، وادعت الزوجة أن الولد منه، والبَصْمَة الوِراثيَة كانت في صالح الزوج، وأكدت بأن الولد ليس منه بما لا يدع مجالا للشك.

فإذا كان بالإمكان الآن عن طريق البَصْمَة الوِراثيَة أن نصل إلى نتائج دقيقة جدّا وقطعية، فهل يمكن أن نستعين بالبَصْمَة الوِراثيَة في توقيف اللعان، في حالة التأكد من كذب أحد الزوجين، والاكتفاء بالبَصْمَة عن اللعان.

لعلماء العصر في ذلك رأيان:

الرأي الأول: لا يجوز الاكتفاء بنتيجة البَصْمَة الوِراثيَة عن اللعان في نفي النَّسَب، فضلا أن تتقدم عليه، وهو رأي أغلب الفقهاء المعاصرين.

يقول الزحيلي:" وأما نفي النَّسَب، كنفي نسب ولد من زوجته، بأيمان اللعان الخمسة المعروفة، فيقدم في شرعنا على غيره كالقيافة والبَصْمَة الوِراثيَة، لأن هذين الطريقين لا يلجأ إليهما إلا عند الحيرة أو جهالة النَّسَب، فإن حسم الأمر بطريق شرعي، فلا حاجة لغيره.[1]"

ويقول محمد سليمان الأشقر:" إنه لن يكون مقبولا شرعا استخدام الهندسة الوراثية والبَصْمَة الوِراثيَة، لإبطال الأبوة التي ثبتت بطريق شرعي صحيح..."

ويقول القره داغي:" لو فتح هذا الباب – نفي النَّسَب بالبَصْمَة – لأدى ذلك إلى حالات خطيرة من حيث استسهال هذا اللجوء، والتساهل في نفي النَّسَب الذي يعتبر الحفاظ عليه من الضروريات..."[2]

أدلة هذا الرأي:

من الأدلة التي استدل بها هذا الفريق ما يأتي:

---

١ – بورقعة / النسب، ص372. وقره داغي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، ص 356.

٢ – أشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص 151.

1 – اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال البَصْمَة محله، كما لا يجوز أن نعادله بأي وسيلة أخرى مهما كانت دقيقة.

2 – اللعان تترتب عليه آثار، غير انتفاء الولد ودرء الحدّ، بخلاف البَصْمَة الوِراثيَة التي تنفي أو تثبت الولد فقط.

3 – البَصْمَة الوِراثيَة مقيسة على القيافة، فتأخذ حكمها، والقيافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان. وقال:" **لولا الأيمان لكان لي معها شأن** ."[1] فاللعان سبب أقوى من الشبه، قاطع للنَّسَب[2].

4 – الشارع قد شدد في اللعان ووضع له شروطا صارمة، لا يقدم عليها بشكل عبثي، كالرغبة في قذف الزوجة، أو نفي الولد، بل لا يلجأ إليه إلا عند الاضطرار، وبذلك يقع الستر في الأعراض.

ويرى البعض أنه يجوز الاعتماد على تحليل البَصْمَة في تقليل نسبة اللعان، واعتمادها كقرينة، فإنه يحسن الاستعانة بها كقرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان فيما إذا أثبتت التحليل أن الولد من صلبه، وهذه مصلحة شرعية يتشوف إليها الشارع، لما فيها من درء مفاسد اللعان[3].

الرأي الثاني: يجوز الاكتفاء بنتيجة البَصْمَة عن إجراء اللعان، ولا حاجة للجوء إ لى اللعان بعد التيقن من نسب الولد بواسطة البَصْمَة، وهذا ما ذهب إليه محمد المختار السلامي والأستاذ يوسف القرضاوي والشيخ عبد الله محمد عبد الله وسعد الدين هلالي[4].

---

١ – أبو داود، باب/ في اللعان، ج 02، ص 244، رقم 2258، وأبو يعلى في المسند، ج 05، ص124، رقم 2740، ونقل أنه ضعيف الإسناد، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: الزوج يقذف امرأته...، ج 07، ص394، رقم 15686، وقد ضعف الألباني إسناده، في كتابه ضعيف أبي داود، ج02، ص246، وأصل الحديث في صحيح البخاري، بلفظ:" لولا ما مضى من كتاب الله..." البخاري، باب: ويدرأ عنها ... ج04، ص1773، رقم 447.

٢ – ابن القيم / الطرق الحكمية، ص 217.

٣ – عمر السبيل / البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ص 44. وأشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص155 -156.

٤ – هلالي / البصمة الوراثية، ص 351 – 352، وبورقعة / النسب، ص 375. وأشرف ويح / موقع البصمة الوراثية، ص 150.

غير أن سعد الدين هلالي يرى أن من حقّ الزوجة المطالبة باللّعان لنفي الحدّ عنها، لاحتمال أن يكون حملها بسب وطء بشبهة.

أدلة هذا الرأي:

مما استدل به أصحاب هذا الرأي ما يأتي:

1 – قوله تعالى﴿ ﴾ النور٦، فالآية اشترطت عدم وجود الدليل الشرعي لدى الزوج حتى يمكن من اللعان، مما يدل على أن الزوج إذا كان له دليل قاطع يشهد على أن الولد ليس منه فلا يلاعن.

واعترض بأن في لفظ الآية ما يضعف هذا الاستدلال " **ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم.** " ولا يمكن اعتبار البَصْمَة الوِراثيَة من الشهداء.

وقد رد بأن القرينة القاطعة تقوم مقام الشهادة في ثبوت الحد، كما هو رأي طائفة من الفقهاء[1].

وبالتالي، لو اعتبرنا البَصْمَة قرينة فإنها تكون مؤيدة لدعوى الزوج[2].

2 – إن ما يبلغه الاختبار الجيني من وجود علاقة نسبة بين الابن وأبيه، كما يقرره أهل الاختصاص يقيني وقطعي، وهو أقوى من الشهادة التي لا تبلغ أن تتجاوز الظن بالصدق.

المُوازنة والتوجيه السّياسي في المسألة :

لا شك أن البَصْمَة الوِراثيَة وما انجر عنها من مسائل – سواء ما تعلق منها بالنَّسَب أم بغيره من المسائل الجنائية – ، أمر مستحدث أفرزه التطور البيولوجي الهائل في عالم الخلية والنواة، فلا مطمع لنا أن نجد نصوصا عن الفقهاء الأوائل في توضيح حكمها، وبيان سبل الاستفادة منها، ومن هنا، جاء دور الفقهاء المعاصرين في تجلية حقيقة البَصْمَة الوِراثيَة، فذهب البعض إلى التمسك بأدلة الإثبات التقليدية، من فراش وإقرار وبينة، وأن هذه الأدلة مسلمة لا نقاش فيها، وبالتالي فلا مجال لإعمال البَصْمَة الوِراثيَة وترك الأدلة الشرعية الأخرى، وأن البَصْمَة الوِراثيَة

---

١ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص 105، وص371. وحاشية الدسوقي، ج04، ص 319.

٢ – بورقعة / النّسب، ص377.

دليل ظني، ولا ترقى إلى القطع أبدا، فالخطأ البشري وارد، وأدنى تساهل في الاختبارات يؤدي إلى قلب الحقائق، لذا حدا بالبعض إلى أن جعلها من القرائن التي يمكن أن تساعد في بناء الحكم القضائي.

ومن جهة أخرى، نرى البعض ذهب إلى اعتبار البَصْمَة الوِراثيَة دليلا قطعيا، وأنها ترجح على غيرها من الأدلة الأخرى، لأن الأدلة التقليدية عندهم مهما كانت، فإنها لا تتجاوز الظنون، فوجب تقديم القطعي على الظني[1].

والملاحظ أن دور البَصْمَة الوِراثيَة في النَّسَب يتمثل في أمرين، في إثبات النَّسَب من جهة أو في نفيه من جهة أخرى، ولما كان من مقاصد الشرع المحافظة على الأنساب، والتشوف إلى حماية الأعراض من أن تستباح، والأنساب من أن تتخلخل، كان للبصمة الوراثية دور مهم في إثبات النَّسَب، ورفع المنازعات التي تقع بين المتداعيين، وغيرها من الصور التي ذكرناها.

وبما أن مهمة ولي الأمر هي المحافظة على الضروريات الخمس بما فيها النَّسَب، وأن الشريعة تتشوف إلى إثبات النَّسَب بكل ما يفيد الظن، كانت وسائل إثباته متعددة، كالفراش، والشهادة، والإقرار، والقيافة.

قال ابن القيم:" والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب، من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافيا في ثبوته.[2]"

فإذا كان الشبه وحده كافيا في إثبات النَّسَب عند عدم وجود المنازع، فكيف يكون الحال مع البَصْمَة الوِراثيَة، التي يمكن من خلالها نسب الولد إلى أبيه بما لا يدع مجالا للشك والتخمين.

ومن الواجب على ولي الأمر أن يوفر لأمته كل ما يحقق لهم مصالح دينهم ودنياهم، وأن يحفظها لهم نسبهم سواء من جانب الوجود أو من جانب العدم.

وإن في ترك العمل بالبَصْمَة الوِراثيَة خسارة كبيرة، تترتب عليها مفاسد عظيمة، فاشتباه المواليد أو اختلاط الأطفال في الكوارث والحروب، هل يعمل فيه بالقيافة، وهي وسيلة تقليدية

---

١ – خليفة الكعبي / البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام، ص 198.

٢ – ابن القيم / الطرق الحكمية، ص 222.

لا تفيد إلا الظن، واحتمال الإنكار فيها وارد، أم يجب أن يعمل بالبَصْمَة التي تفيد القطع وتحسم الخلاف بلا رجعة ؟

لذا كان من واجب ولي الأمر، أن يلزم الرعية بالعمل بالبَصْمَة في المجالات التي سبق ذكرها، وأن يوفر لهم الأسباب المادية لذلك، من بناء مخابر مختصة وشراء أجهزة كشف وتحليل متطورة، وأن يسهم في تكوين رجال مختصين في مجال البَصْمَة الوِراثيَة وما قاربها، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ويمكن للسياسة الشرعية أن يكون لها دور مهم في مسائل النَّسَب، فمن ذلك كلام الفقهاء في اشتراط العدد في القيافة، بمعني أنه لابد أن يتفق قائفان فأكثر على إلحاق المدعي نسبه بأحد المتداعيين، بينما ذهب آخرون إلى جواز الاكتفاء بقول قائف واحد.

والخلاف ينسحب إلى البَصْمَة الوِراثيَة، ولذا ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلي اشتراط التعدد في خبراء البَصْمَة الوِراثيَة احتياطا للنسب، بينما ذهب آخرون إلى جواز الاكتفاء بقول خبير واحد.

والصواب أن ذلك راجع إلى حكم الحاكم الشرعي، فعليه أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحاً – كسائر المسائل الخلافية – ومحققاً للمصلحة، لأنه قد يرى من قرائن الأحوال في قضية من القضايا من صدق وأمانة وكفاءة عالية وخبرة ودقة متناهية في خبير البَصْمَة الوِراثيَة ما يحمله على الاكتفاء بقوله، بينما قد يظهر له في قضية أخرى من الشكوك ما يدعوه إلى التثبت والاحتياط، فيحتاج إلى قول خبير آخر[1].

ومن مسائل النَّسَب التي تلعب السياسة الشرعية فيها دورا مهما، الاختيار بين القيافة والبَصْمَة في بعض الحالات، لأن الأخذ بالبَصْمَة الوِراثيَة في مجال إثبات النَّسَب، لا يوجب بطلان العمل بالقيافة مطلقا، لأنها طريق شرعي لإثبات النَّسَب عند التنازع، فلا يجوز إلغاؤه، ولكن يظل الطريقان – القيافة والبَصْمَة – محلاً للعمل بهما في مجال إثبات النَّسَب في الأحوال المنصوص عليها.

وأرى أن الحاكم الشرعي يحكم بأي الطريقين ترجح عنده أنه أولى وأن المصلحة تتحقق بالأخذ به، حسب ما يظهر له من قرائن وأحوال، فقد يترجح لديه في بعض القضايا والحالات

---

١ – عمر السبيل / البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، ص31.

الأخذ بأحد الطريقين دون الآخر، إما لتيسيره وإمكانيته، وإما لمزيد حذق وإتقان فيه دون الآخر.

وإذا اختلفت أقوال خبراء البَصْمَة الوِراثيَة في إلحاق مجهول النَّسَب بالمتنازعين عليه، في حالة عرض التحاليل على أكثر من خبير، فالحكم في هذه الحالة، إما أن يعين خبيرا محكما بينهما أو أن الأمر يرجع إلى اجتهاد الحاكم، فيأخذ بما يرى أنه أولى بالأخذ به، والحكم بمقتضاه حسب ما يظهر له من قرائن وأحوال تستدعي ترجيح أحد القولين على الآخر.

وإذا ألحق مجهول النَّسَب بأحد المتنازعين بناء على قول خبير البَصْمَة الوِراثيَة، وحكم بثبوت ذلك حاكم، ثم ألحقه خبير بصمة بآخر، فإنه لا يلتفت إلى قول المتأخر منهما، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف.

هذا عن استعمال البَصْمَة الوِراثيَة ودورها في إثبات النَّسَب، فهل للبصمة الوراثية أيضا الدور نفسه في نفي الولد، وحتى في توقيف اللعان عند ثبوت كذب أحد الزوجين.

وقد ذكرنا فيما سبق أراء فقهاء العصر في نفي اللعان عن الزوج، إذا أكدت تحاليل البَصْمَة أن الابن ليس منه قطعا.

وعند إمعان النظر في أدلة كل فريق، نجد أن الفريق المتمسك باللعان مع وجود البَصْمَة، قد تمسك بالأصل، و لم يرد أن يهدر نصوصا قرآنية صريحة مقابل وسيلة إثبات جديدة، قد يدخلها الخلل من جراء خطإ بشري بسيط.

وأما الذين تمسكوا بالبَصْمَة الوِراثيَة مقابل اللعان، فبنوا رأيهم على جملة أدلة – زيادة على ما سبق – منها :

1 – ما جاء في قصة قذف هلال بن أمية امرأته بشريك بن سمحاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإلتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سمحاء** ".

فجاءت به كذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" **لولا ما مضى من كتاب الله، لكان لي ولها شأن** [1]".

---

١ – البخاري في الصحيح، باب: ويدرأ عنها ... ج04، ص1773، رقم 447.

وفي رواية " **لولا الأيمان** "[1].

قال ابن القيم:" ... يريد بالشأن والله أعلم، أنه كان يحدها لمشابهة ولدها للرجل الذي رميت به، ولكن كتاب الله فصل الحكومة وأسقط كل قول وراءه، ولم يبق للاجتهاد بعده موقع "[2].

والشاهد: أن إقامة اللعان دفع الحدّ عن المرأة، فلو لم يفصل النبي صلى الله عليه وسلم في الحكومة باللعان، لكان أقام الحدّ على المرأة بمقتضى ذلك الشبه البيّن، ولما احتاج إلى اللعان، فكذلك البَصْمَة الوِراثيَة إذا أظهرت أن الولد ليس من أبيه، فإنها أكثر دقة من مجرد الشبه[3].

2 – من شروط اللعان المتفق عليها، إمكانية كون الولد من الوالد النافي، فإذا استحال كونه منه، انتفى من غير لعان، للقطع باستحالة أن يكون الولد ابنا للزوج النافي، فإذن فالقطع بكون الولد ليس من الزوج مانع من اللعان.

وهناك كثير من الصور التي ينتفي فيها الولد من غير لعان، ذكرها الفقهاء في فروعهم منها:

قول النووي: " وإن كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه، لأنه لا يمكن أن يكون منه، وينتفي عنه من غير لعان، لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فيتحقق باليمين أحد الجائزين، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان[4].

وقال أيضا:" وإن لم يمكن اجتماعهما على الوطء، بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع، انتفى الولد من غير لعان، لأنه لا يمكن أن يكون

---

١ – أبو داود، باب: في اللعان،ج 02، ص 244، رقم 2258، وأبو يعلى في المسند، ج 05، ص124، رقم 2740، قال: حسين سليم أسد: إنه ضعيف الإسناد، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: الزوج يقذف امرأته...، ج 07، ص394، رقم 15686، وقد ضعف الألباني إسناده، ضعيف أبي داود، ج02، ص246

٢ – ابن القيم / إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج02، ص 324.

٣ – بورقعة /النسب، ص 378.

٤ – النووي / المجموع، ج17، ص 399.

منه. وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان، لأنا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش[1].

وقال الدردير من المالكية: إلا أن تأتي به، أي بالولد، لأقل من ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كستة أيام، فينتفي حينئذ بغير لعان، لقيام المانع الشرعي على نفيه.

أو تأتي به وهو – أي الزوج – صبي حين الحمل أو مجبوب، فينتفي عنه الولد بغير لعان، لاستحالة حملها منه حينئذ[2].

فعليه يتضح أن الزوجة إذا أتت بولد تخالف بصمته الوراثية بصمة أبيه، كان ذلك قرينة قطعية على أن الولد ليس من الزوج، فلا حاجة إلى نفيه باللعان، كما لا حاجة إلى نفي الولد باللعان إذا كان الزوج صبيا أو مجبوبا أو جاءت به لأقل من ستة أشهر.

وبإمكان القول: إن من شروط اللعان عدم معارضة الدليل القطعي المحسوس أو المعقول،كما يشترط لإثبات النَّسَب عدم معارضته للحس والعقل.

3 – اللعان في هذه الحالة كذب بالباطل، ولأننا نعلم قطعا من هو الكاذب منهما، فكيف ندفع بالزوجة إلى الكذب إذا أصرت على أن الابن ولده وهو مستحيل. قال الشيرازي:" وإن كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه، لأنه لا يمكن أن يكون منه وينتفي عنه من غير لعان، لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ويجوز ألا يكون، فيتحقق باليمين أحد الجائزين، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان"[3].

ولما كان الفريق الأول، قد تمسك باللعان على أنه أصل قرآني مجمع عليه بين الأمة عبر القرون، فلا يمكن التساهل في أمره وتوقيفه، لظهور البَصْمَة الوِراثيَة، والتي لم تنته فيها البحوث، ولازال العلم يفاجئنا كل يوم بجديد، فلا يسعني هنا إلى أن أقول: إن القرار في مثل هذه المسألة راجع إلى الحاكم، لأن حكمه رافع الخلاف، خاصة في مثل هذه النوازل الاجتهادية المستعصية، فإذا رأى الجمع بين قرار البَصْمَة الوِراثيَة بانتفاء الولد وبين اللعان كان له ذلك، وهو الأفضل، لأن فيه إبقاء على هذا التشريع الإلهي العظيم.

---

١ – النووي المرجع السابق، ج17، ص 403.

٢ – الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 460.

٣ – الشيرازي / المهذب، طبعة دار الفكر، ج02، ص120.

وإذا رأى أن قرار البَصْمَة قطعي، وأن إلزام الزوج باللعان، يترتب عليه مفاسد ويضر به أو بأسرته، فله أن ينفي عنه الولد من غير لعان من جهته، مقدرا في ذلك كله مصلحة جميع الأطراف، متحريا التماس الأصلح للناس، خاصة في مثل هذه المسائل الاجتهادية.

وأما الزوجة، فلها أن تلاعن من جهتها، وهذا لكي يدفع عنها الحد الشرعي، لأنه من المؤكد أن الولد منها قطعا بحكم الولادة، فيلزمها الحلف، لأنها قد تكون حاملا من وطء بشبهة، أو خطأ، أو إكراه، فتحلف لرفع الحد عنها.

وأما إذا أصرت على أن الولد من الزوج، وتمسكت بنسبته إلى أبيه، مع أن البَصْمَة تؤكد غير ذلك، فالذي أراه أن الحاكم مخير، بأن يلزمها باللعان من جهتها، وينتفي عنها الحد، أو يقيم عليها الحد من غير لعان، إذا أثبتت البَصْمَة أن الولد ليس من الزوج، وإنما من شخص معين قد رماها به الزوج، وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة هلال بن أمية:" **لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي معها شأن**[1] " والشأن هو الرجم.

وأما إذا لم يُتعرف على أبيه، بأن نفى الزوج الولد عموما، ولم يرمها بشخص معين، وقطعت البَصْمَة بعدم نسبته إلى الزوج، وأصرت الزوجة على نسبته إليه، فللحاكم أن ينفي عنها اللعان لتأكد كذبها، ويعزرها للشبهة، فلعلها حملت من غيره من غير شعور، كان ينتقل إليها المني في حمام من لباس رجل وهي لا تدري.

وأما إذا ادعى الزوج أن الولد ليس منه، وطالب باللعان، وبينت تحاليل ال **ADN** أنه من صلبه، فإن تراجع عن طلبه كان له ذلك، وإن أصر على اللعان وعلى التمسك بنفي الولد، فقد ذهب البعض إلى أن الزوج يجاب إلى طلبه ويلاعن.

والذي أراه، أن الحاكم هنا يتدخل لمصلحة الطفل، ويلزم الزوج بنسب الولد، ولا يلتفت إلى إنكاره، لأن دعوى الزوج مخالفة للحس والحقيقة، مادامت نتائج البَصْمَة أثبتت أنه من صلبه على سبيل القطع واليقين، ولأن التهمة تفسر في باب النَّسَب لصالح الطفل، ولأن الشرع يتشوف إلى إثبات الأنساب لا إلى قطعها.

---

١ - سبق تخريجه، ص 410

وذهب عمر السبيل إلى أن الحاكم له أن يستفيد من البَصْمَة في باب اللعان فقال:" للحاكم الشرعي أن يستفيد من هذه التقنية الحديثة المتطورة، وإجراء الفحوصات المخبرية للبصمة الوراثية للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها، بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر المستطاع لحض الشارع علي درء ذلك ومنعه، وتشوفه لاتصال الأنساب، وبقاء الحياة الزوجية [1].

وأشير في الأخير إلى أن قانون الأسرة الجزائري، قد أخذ في تعديله الجديد بالمستجدات العلمية، كوسيلة قانونية لإثبات النَّسَب.

فقد جاء في المادة **40** من ق أ ج الفقرة **02** أنه :" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية، لإثبات النَّسَب."

فيمكن للقاضي أن يستعين بالوسائل العلمية الحديثة، التي تدل قطعا على ثبوت النَّسَب، كبصمة الأصابع وتحاليل الدم، وتحاليل **A D N** .

غير أنّ الملاحظ أن التشريع الجزائري أراد العمل بالطرق العلمية القاطعة، تمييزا لها عن الطرق الظنية، وهذا عن طريق الخبرة العلمية المتكررة عند الاقتضاء، والمقصود تحديدا هو فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية، وهذا لأنّ دقّة ثبوت النَّسَب بهذه الطريقة يصل حسب الخبراء إلى **99.07** بمائة ونسبة الخطأ **2/1** مليون في المرة الواحدة[2].

---

١ – السبيل / البصمة الوراثية، ص 25 – 26.

٢ – نسبة تطابق بصمتين عند البعض هي 1 من 64 مليار إنسان، الزحيلي / قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص437.

المبحث الثاني: نسب ولد الزنا .

مقدمة:

إذا كان الطريق الشرعي لإثبات النسب محصورا عند الفقهاء في الفراش الصحيح والاستلحاق والبينة والقيافة أوالقرعة، فهل الابن المتولد من علاقة عابرة خارج نطاق الزواج الشرعي الصحيح، يلحق بأبيه الذي اعترف أنه منه، وأنه تخلَّق من مائه، أوأنه لا ينسب إليه، بل ينسب إلى أمه، باعتبار أن الولادة كانت خارج الزواج الشرعي، وهذا حتى لو كان الأبوة البيولوجية ثابتة يقينيا، وهل لولي الأمر أن يأذن في تنسيب الولد إلى أبيه إذا كانت العلاقة التي نتج عنها الولد علاقة غير شرعية، إذا رأى أن مصلحة الطفل تقتضي ذلك، وما مدى قوة الأدلة في هذا الباب، وهل يمكن لولي الأمر توجيهها بما يخدم مصلحة الطفل أم لا ؟

أولا: مذاهب العلماء في نسب ابن الزنا .

في مسألة تنسيب ابن الزنا إلى أبيه، إذا أقر أنه منه، قولان:

القول الأول: لا يثبت النسب بالزنا في الإسلام، فمن زنا بامرأة، وأتت بولد لم يلحق بالزاني بحال من الأحوال، ولو عرف أنه منه وأشبهه الشبه التام من كل وجه، وسواء أقر به أو أنكره، وسواء أكانت المرأة ذات زوج أو عزباء.

وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية وبعض الحنابلة، وهذه بعض أقوالهم في ذلك:

قال السرخسي:" باب دعوة الولد من الزنا والنكاح الصحيح: رجل أقر أنه زنا بامرأة حرة، وأنه هذا الولد ابنه من الزنا، وصدقته المرأة، فإن النّسب لا يثبت من واحد منهما، لقوله عليه

الصلاة والسلام:" **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[1]، ولا فراش للزاني"[2].

وقال الكاساني:" إذا زنى رجل بامرأة، فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه، لانعدام الفراش"[3].

وقال الدردير من المالكية:" ماء الزاني فاسد، لذا لا يلحق به الولد "[4]. قال ابن عبد البر:" وأما اليوم في الإسلام بعد أن أحكم الله شريعته وأكمل دينه، فلا يلحق ولد من زنا بمدعيه أبدا عند أحد من العلماء، كان هناك فراش أو لم يكن."

وقال:" أجمع العلماء – لا خلاف بينهم فيما علمته – أنه لا يلحق بأحد ولد يستلحقه إلا من نكاح أو ملك يمين فإذا كان نكاح أو ملك فالولد لاحق بصاحب الفراش على كل حال"[5].

وجاء عند الشافعية:" لا يجوز استلحاق ولد الزنا مطلقا، سواء أمكن نسبته إليه من حيث السن أو لا، وسواء أكان المستلحق هو الواطئ أم لا."[6]

وقال ابن قدامة:" ولد الملاعنة يلحق الملاعن إذا استلحقه، وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور."[7]

وقد نفى ابن حزم أولاد الزنا جملة، واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام: " **وللعاهر الحجر**"، فالعاهر عليه الحد فلا يلحق به الولد، والولد يلحق بالمرأة إذا زنت وحملت به ولا يلحق بالرجل[8].

---

١ – البخاري، باب: تفسير المشبهات، ج 03، ص728، رقم1984، ومسلم، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، ج 04، ص171، رقم3686.

٢ – السرخسي / المبسوط، ج17، ص154.

٣ – الكاساني / بدائع الصنائع، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ط / 1982، ج06، ص242.

٤ – الدردير / الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، دار الكتب العلمية بيروت، ط/1995، ج02، ص219.

٥ – ابن عبد البر / الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج07، ص163.

٦ – حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، ج05، ص402. والدمياطي / إعانة الطالبين، ج02، ص146.

٧ – ابن قدامة / المغني، ج07، ص36.

٨ – ابن حزم / المحلى، ج10، ص322 – 323.

أدلة هذا القول: استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة هي:

1 – ما جاء في الصّحيحين وغيرهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" **الولد للفراش وللعاهر الحجر** [1]"

وهذا الحديث عمدة في باب ثبوت النسب، وهو الأصل المكين الذين عول عليه الجمهور في انتفاء نسب ولد الزنا، وجعلوه مستندهم في هذا الباب، فما من متقدم أو متأخر منع نسب ولد الزنا، إلا وبنى رأيه عليه.

قال ابن عبد البر:" وهو أثبت ما يروى عن النّبي من أخبار الآحاد العدول وأصّحها "[2].

والغالب أن العلماء عند الاستدلال بهذا الحديث في باب النسب يوردونه مختصرا، مقتصرين على الشاهد فيه، ولكن حتى يتبين لنا وجه الدلالة في الحديث يحسن بنا أن ننقل أصل الحديث كاملا.

فقد أخرج الشيخان واللفظ للبخاري[3]، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي فَاقْبِضْهُ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَقَالَ : ابْنُ أَخِي قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، **فَتَسَاوَقَا** إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: سَعْدٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ ابْنُ أَخِي كَانَ قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ ، فَقَالَ: عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ.

فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ** " ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**" ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **احْتَجِبِي مِنْهُ** " لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّه.

---

١ – البخاري، باب: تفسير المشبهات، ج 03، ص724، رقم1984، ومسلم، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، ج 04، ص171، رقم3686

٢ – ابن عبد البر / الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج07، ص162

٣ – سبق تخريجه آنفا.

وفي رواية[1] قال سعد بن أبي وقاص:" انْظُرْ إِلَى شَبَهِهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ، فَنَظَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى شَبَهِهِ فَرَأَى شَبَهًا بَيِّنًا بِعُتْبَةَ، فَقَالَ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وَاحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْتَ زَمْعَةَ، فَلَمْ تَرَهُ سَوْدَةُ قَطُّ ".

وأصل هذه القصة، أنه كانت لهم في الجاهلية إماء يزنين لصالح أسيادهن، ومع ذلك كان أسيادهن يعاشرونهن خلال ذلك، فإذا أتت بولد فربما يدعيه السيد، وربما يدعيه الزاني، فإذا مات السيد و لم يكن ادعاه ولا أنكره، وادعاه ورثته لحق بهم، وإن أنكره السيد لم يلحق به، وكان زمعة بن قيس يملك أَمَةً، وكانت تسافح كبقية الإماء، ومع ذلك كان زمعة يعاشرها، فظهر بها حمل، وكان يظن أنه من عتبة أخي سعد، فأوصى عتبة أخاه سعدا أن يستلحق به المولود من أمة زمعة، فلما كان يوم فتح مكة، رأى سعد الغلام فعرفه عن طريق الشبه البين، فضمه إليه وقال: ابن أخي ورب الكعبة، كان عهد إلي به، فقام إليه عبد بن زمعة، وقال: هو أخي وابن جارية أبي، وقد ولد على فراشه منها، فاختصما وتنازعا في الولد أيهما يلحقه به، فقال سعد هو ابن أخي عهد به إليّ، وقال عبد: هو أخي ولد على فراش أبي، فنظر النبي صلى الله عليه وسلم إلى المولود، فإذا هو أشبه الناس بعتبة بن أبي وقاص، مع ذلك قال لعبد بن زمعة: هو أخوك وألحقه به.

واستنادا إلى هذا قال الجمهور: الحديث أصل في قصر النسب على الفراش، فلا ولد لمن لا فراش له، والزاني لا فراش له.

2 – عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ فُلَانًا ابْنِي عَاهَرْتُ بِأُمِّهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **لَا دَعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ** "[2].

فالنّبي عليه السّلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني.

---

١ – البخاري في صحيحه، باب: شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه، ج02، ص773، رقم2105.

٢ – أحمد في المسند، ج 11، ص264، رقم 6681، وأبو داود في سننه، باب: الولد للفراش، ج 02، ص250، رقم2276، وقال الألباني: صحيح الإسناد. يراجع: صحيح أبي داود، ج07، ص 45.

3 – ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **مَنْ عَاهَرَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً فَوَلَدُهُ وَلَدُ زِنًا لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ.**[1]"

فالحديث نص على أن ولد الزنا لا يرث ولا يورث، والميراث فرع عن النسب، فدّل على أنّ ولد الزنا لا ينسب إلى أبيه.

4 – أما من المعقول، فقالوا: ماء الزنا هدر، فلا حرمة له، فلا يترتب عليه أثر.

وقال السرخسي:" ولأن قطع النسب شرعا لمعنى الزجر عن الزنا، فإنه إذا علم أن الماء يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا.[2]"

وقالوا : إن إثبات النسب من الزاني موجب لظهور الفاحشة فهو حرام لقوله تعالى:"﴿ **إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿١٩﴾** ﴾ النور: ١٩.

كما ذهبوا إلى أن ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النقمة[3].

5 – إن إلحاق ابن الزنا بالزاني يجعل للحرام أثرا ، مما يشجع على الاغتصاب، وانتهاك الأعراض.

القول الثاني: وقد ذهب أصحابه إلى أن ابن الزنا ينسب إلى الزاني إذا استلحقه، و لم يشترطوا في النسب كونه قائما على علاقة شرعية ، بل الولد لاحق بأبيه إذا استلحقه، أو ادعى أنه زنا بأمه وأن الولد منه، ما لم ينازعه فيه صاحب الفراش الصحيح.

وهذا القول لإبراهيم النخعي وابن سيرين وإسحاق بن راهويه، وقول الحسن البصري، وهو مذهب عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، واختاره ابن تيمية وابن القيم، وإليه مال القرطبي

---

١ – ابن ماجه في سننه، باب: في ادعاء الولد، ج 02، ص917، رقم 2745، والترمذي،، باب: ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا، ج04، ص428، رقم2113، وصححه الألباني. يراجع: صحيح الترمذي، ج05، ص113، رقم2113.

٢ – السرخسي / المبسوط، ج04، ص 207.

٣ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 387 – 388.

وهو رأي بعض المعاصرين منهم: ياسين الخطيب، ومحمد رأفت عثمان وسعد الدين هلالي، ومال إليه القرضاوي و الريسوني[1].

أقول: وهذا القول هو أحد أقوال مالك في المسألة، قال ابن رشد:" واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت، واعترف بالحمل، فعنه في ذلك ثلاث روايات:

إحداها: أنه يحدُّ ويلحق به الولد ولا يلاعن.

والثانية: أنه يلاعن وينفي الولد.

والثالثة: أنه يلحق به الولد، ويلاعن ليدرأ الحدَّ عن نفسه.

ثم قال :" وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا "[2].

وعند الإمام أحمد رواية، أنه يَصوغُ فيه الاجتهاد[3].

وقد روى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال :" لا أرى بأسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له.[4]"

أدلة هذا الفريق: استدل هذا الفريق على قولهم بأن ابن زنا ينسب إلى أبيه إذا ادعاه، بأدلة هي:

1- ما جاء في الصّحيحين عن جريج[5] أنه نسب ابن الزنا للزاني وصدق الله نسبته بما خرق له من العادة في نطق الصّبي بالشهادة بذلك، وأخبرنا بها النبي صلى الله عليه وسلم عن جريج في

---

١ - ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج31، ص374، وابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص 426، والقرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج05، ص 115. والريسوني / نظرية التقريب، طبعة مصعب مكناس، ص 327، والقرضاوي / الاستلحاق والتبني في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، ص47. وهلالي / البصمة الوراثية، ص 375 - 387.

٢ - ابن رشد / بداية المجتهد، ج02، ص 95.

٣ - ابن مفلح / الفروع، ج 05، ص 403.

٤ - ابن قدامة / المغني، طبعة دار الفكر ، ط1405/01هـ، ج06، ص 228.

٥ - صحيح البخاري، باب:" **واذكر في الكتاب مريم إذ انتبذت من أهلها** "، ج03، ص 1268، رقم 3253، عن أبي هريرة : عن النبي صلى الله عليه و سلم قال :" لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة عيسى وكان في بني إسرائيل رجل يقال له جريج كان يصلي جاءته أمه فدعته فقال أجيبها أو أصلي فقالت : اللهم لا تُمته حتى تريه وجوه المومسات ، وكان جريج في صومعته فتعرضت له امرأة وكلمته فأبى فأتت راعيا فأمكنته من نفسها فولدت غلاما فقالت من جريج فأتوه فكسروا صومعته وأنزلوه وسبوه فتوضأ وصلى ثم أتى الغلام فقال من أبوك يا

معرض المدح وإظهار الكرامة، فكانت تلك النسبة صحيحة بتصديق الله تعالى وبإخبار النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فثبتت البنوة وأحكامها[1].

ويبقى أن نقول: إن الاستدلال بهذا الحديث يستقيم على مذهب من يقول شرع من قبلنا شرع لنا[2].

2 – حديث أنس بن مالك في المتلاعنين أن **رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قال:" أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَبْيَضَ سَبِطًا قَضِيءَ الْعَيْنَيْنِ، فَهُوَ لِهِلاَلِ بْنِ أُمَيَّةَ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ جَعْدًا حَمْشَ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ ". قَالَ فَأُنْبِئْتُ أَنَّهَا جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ جَعْدًا حَمْشَ السَّاقَيْنِ**[3].

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم احتكم إلى صاحب الشبه، وهو صاحب الماء ونسب الولد إليه.

3 – ما روي أن عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام[4].

وقد يقال: إن الخلاف في نسب أولاد الزنا في الإسلام وليس في الجاهلية، لأن نسب الجاهلية انفق العلماء على حكمه، لفعل عمر.

غلام؟ قال الراعي قالوا نبني صومعتك من ذهب ؟ قال لا إلا من طين ، وكانت امرأة ترضع ابنا لها من بني إسرائيل، فمر بها رجل راكب ذو شارة، فقالت: اللهم اجعل ابني مثله ، فترك ثديها وأقبل على الراكب ، فقال: اللهم لا تجعلني مثله ثم أقبل على ثديها يمصه – قال أبو هريرة كأني أنظر إلى النبي صلى الله عليه و سلم يمص إصبعه ، ثم مر بأمة فقالت : اللهم لا تجعل ابني مثل هذه ، فترك ثديها فقال : اللهم اجعلني مثلها، فقالت لم ذاك ؟ فقال : الراكب جبار من الجبابرة ، وهذه الأمة يقولون سرقت زنيت و لم تفعل .". البخاري في الصحيح، باب: قوله تعالى:" واذكر في الكتاب مريم إذ انتبذت من أهلها" ج03، ص1268، رقم3253، ومسلم، باب: تَقْدِيمِ بِرِّ الْوَالِدَيْنِ عَلَى التَّطَوُّعِ بِالصَّلاَةِ وَغَيْرِهَا، ج08، ص03، رقم6672.

١ – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج05، ص 115.

٢ – شرع من قبلنا شرع لنا حجة عند المالكية والحنفية، إذا ثبت نقله في شرعنا و لم يثبت في شرعنا ما ينافيه وينسخه. يراجع آل تيمية / المسودة في أصول الفقه، تحقيق محي الدين عبد الحميد، درا الكتاب العربي، ص 193.

٣ – البخاري، باب:" ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين" ج04، ص 1772، رقم 4470، مسلم، كتاب: اللعان، ج04، ص 209، رقم 3830، واللفظ لمسلم.

٤ – مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، بَاب: الْقَضَاءِ بِإِلْحَاقِ الْوَلَدِ بِأَبِيهِ، ج04، ص1072، رقم 2745، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: القافة ودعوى الولد، ج10، ص263، رقم21799.

ويناقش: أن العبرة بكون النسب يتبع الطبيعة، لذا ألحق عمر ابن الزنا بأبيه لكونه من صلبه على حسب ادعائه.

ومع دخولهم في الإسلام كان من المفروض أن يحكم لهم بحكم الإسلام لا بحكم الجاهلية، ولو كان حكم ابن الزنا في الإسلام، هو ألا يلحق نسبه بأبيه إذا ادعاه، لما كان أهل الجاهلية، يُقرُّون على أنساب أولادهم إذا كانوا من الزنا بعد الإسلام[1].

4 – ومن استدلالهم بالقياس قول ابن القيم:" فإن الأب أحد الزانيين وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها ويثبت النَّسَب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به وقد وجد الولد من ماء الزانيين، وقد اشتركا فيه واتفقا على أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره، فهذا محض القياس[2]".

مناقشة وموازنة

بداية يجب أن نعترف، أن مسألة نسب ولد الزنا، ونسبته إلى مدعيه مسألة مهمة وخطيرة، ومشكلة في نفس الوقت، وأشكل ما فيها أن أدلة الفرقين محتملة وظنية، وقابلة للأخذ والرد، ولا يوجد فيها نصوص قطعية ترفع الخلاف، كما أنه لا إجماع فيها، فمذهب الجمهور وإن كان هو الأشهر إلا أن الأدلة التي بنوا عليها مسألتهم ليست ناهضة في محل الخلاف، وأقوى ما استدلوا به، هو حديث:" **الولد للفراش وللعاهر الحجر**[3]." وهذا الحديث على الرغم من صحته واستفاضته، إلا أن وجه الدلالة فيه محتمل، ومن هنا نرى أن الحديث قد نوقش بما يلي:

– الحديث جاء للفصل في قضية متنازع فيها، ولم يأت لتقرير حكم تنسيب ولد الزنا في ظرف مجرد عن الخصومة والتراع، أي في ظرف لا تكون فيه المرأة فراشا، بأن لا تكون متزوجة ولا أمة، فالحديث وراد في نزاع بين سعد بن أبي وقاص من جهة وعبد بن زمعة من جهة أخرى، وكل واحد يدعي أنه أولى به.

---

١ – بورقعة / النّسب، ص 236 -237.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05 ص 426.

٣ – سبق تخريجه، ص 382.

قال ابن بطال معلقا على قوله: " **الولد للفراش** ":"وهذا خطاب خرج على هذا السبب[1]"، فالحديث وراد في قضية امرأة كانت فراشا، مع وجود النزاع في نسب الولد، لذا ألحقه النبي عليه السلام بصاحب الفراش لاختصاصه بالمرأة، وهذه خارجة عن محل النزاع، بل النزاع في ولد الزنا من امرأة ليست فراشا.

قال ابن تيمية:" ففي استلحاق الزاني ولده من الزنا إذا لم تكن المرأة فراشا قولان لأهل العلم، والنبي صلى الله عليه وسلم قال:" **الولد للفراش، وللعاهر الحجر**[2]" فجعل الولد للفراش، دون العاهر، فإذا لم تكن المرأة فراشا لم يتناوله الحديث.[3]".

كما أن الاختلاف أيضا وقع في معنى الفراش الوارد في الحديث، فقيل هو الزوجة، وقيل هو الزوج، والحقيقة أن الفراش يتكون منهما جميعا، والمراد به الفراش الشرعي.

قال ابن بطال: والحجة للجمهور أن الفراش وإن كان يقع على الزوج ، فإنه يقع على الزوجة أيضًا، لأن كل واحد منهما فراش صاحبه . وقد حكى ابن الأعرابي أن الفراش عند العرب يعبر به عن الزوج وعن المرأة، وهى الفراش المعروف، فمن ادعى أن المراد به الرجل دون المرأة فعليه الدليل. والفراش في هذا الحديث إنما هو كناية عن حالة الافتراش والمرأة مشبهة بالفراش، لأنها تفترش[4].

فقصر الفراش على المرأة فقط ضعيف، لأن إثبات الفراش للأم لا يعطي فائدة، لأن النسبة إليها تحصيل حاصل، وهو أمر ليس محل نزاع.

وفي الحديث ما يدل على أن المراد بالفراش الزوجان معا، فقول عتبة بن زمعة:" **هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي**"، فلو أراد بالفراش المرأة لقال:" ولد من فراش أبي" ولو أراد بالفراش قول الزوج وحده، لقال :"ولد من أبي".

---

١ - ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج08، ص 369.

٢ - سبق تخريجه ص 382.

٣ - ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص 113.

٤ - ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج08، ص 368.

والفراش كناية عن العلاقة الزوجية إذا وجد الفراش وولد في ظله، فالمولد عند ذلك لصاحب الفراش، لا لمن من يدعيه من الزنا، وأما ولد الزنا الذي لم تكن أمه فراشا فهو محل الخلاف[1].

– وأما حديث:" **لَا دَعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ.**" فمحمول على أن الولد كان من فراش، لذا لم تسمع دعوى الزاني، فصاحب الفراش أولى، فقد تكون المرأة حرة ذات زوج أو أمة مستفرشة من سيدها.

وشاهد هذا أن عمر كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام وهم من أولاد البغايا.

– وأما حديث :" **مَنْ عَاهَرَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً فَوَلَدُهُ وَلَدُ زِنًا لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ** ". فالحديث فيه دلالة خاصة على أن ولد الزنا لا ميراث له، ولا يدل على أنه لا يلحق بأبيه، بل يلحق بأبيه من جهة، ولا ميراث له.

قال القرطبي:" وما انعقد عليه الإجماع من الأحكام استثنيناه، وبقي الباقي على أصل ذلك الدليل[2]".

– وقولهم إن إلحاق ابن الزنا بالزاني يجعل للحرام أثرا، مما يشجع على الاغتصاب، فأجيب عليه، بأن الإغتصاب قائم وزواج السر منتشر، وق زاد في ارتفاع ذلك، نسبة السّكان الهائلة، ونقص الوازع الديني والأخلاقي.

– وأما قولهم بأن الحرام سينتج أثرا لو ألحقنا ولد الزنا بالزاني، فيرد عليه: أن هذا أخف الضررين، أحدهما: ضياع الولد وإلقاؤه على أعتاب المساجد وعلى حافة الطرقات، ثانيهما: تنسيب الولد للفاعل، والذي سيأخذ جزاءه بالعقاب اللازم، فإن مات تولى الطفل عصبة الفاعل الآثم[3].

فأدلة الجمهور رغم شهرتها، إلا أنها ليست قوية، بل محتملة وقد ونوقشت من قبل الفريق المخالف.

---

١ – الريسوني / نظرية التقريب والتغليب، طبعة دار الكلمة، مصر، ص 348.

٢ – تفسير القرطبي، ج05، ص 116.

٣ – هلالي / البصمة الوراثية، ص 382 – 383.

وأما الفريق الثاني، الذين أباحوا نسبة ولد الزنا إلى الزاني إذا ادعاه، و لم تكن المرأة فراشا، فأمثل ما استدلوا به هو أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن يدعيهم في الإسلام [1]، أي كان يلحقهم بهم وينسبهم إليهم، وإن كانوا أولادا من الزنا.

ونقل الحطَّاب قال:" قال عيسى قال ابن القاسم في القوم من أهل الحرب يُسلمون جماعةً ويستلحقون أولادا من زنا، قال: إذا كانوا أحرارا و لم يدعهم أحدٌ لفراشه، فإنهم يلحقون به.

وقد لاط عمر بن الخطاب رضي الله عنه من وُلِدَ في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، إلاّ أن يدعيه زوج الحرة، أو سيّد الأمة، لأنه قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**الولد للفراش، وللعاهر الحَجَر**"، فإذا ادعاه مع سيد الأمة أو زوج الحرة، فهو أحق. قلت: والنّصارى يسلمون فيدعون أولادا من زنا كانوا في نصرانيتهم قال : يلحقون بهم، لأنهم يستحلون في دينهم الزنا وغيره[2]".

قال ابن عبد البر :" هذا إذا لم يكن هناك فراش ، لأنهم كانوا في جاهل يتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة ، وقد أمضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم الزنا لتحريم الله إياه، وقال "**للعاهر الحجر**" فنفى أن يلحق في الإسلام ولد الزنا. وأجمعت الأمة على ذلك نقلا عن نبيها صلى الله عليه وسلم، وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقا به على كل حال إلا أن ينفيه بلعان[3]."

فأولاد الزنا الذين كان يلحقهم عمر بمن يدعيهم كان في حالة عدم وجود الفراش، وأما عند وجود الفراش، فالولد ينسب إلى الفراش، ولا ينسب إلى مدعيه من الزنا.

---

١ – مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، بَاب: الْقَضَاءِ بِإِلْحَاقِ الْوَلَدِ بِأَبِيهِ، ج04، ص1072، رقم 2745، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: القافة ودعوى الولد، ج10، ص263، رقم21799.

٢ – الحطاب / مواهب الجليل، ج05، ص 240.

٣ – ابن عبد البر / التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، ج08، ص 183. وقال أيضا:" وقد ظن أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم كان هناك فراش أم لا وذلك جهل وغباوة وغفلة مفرطة ، وإنما الذي كان عمر يقضي به أن يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم إذا لم يكن هناك فراش. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج08، ص 193.

أقول: وهذا خارج محل النزاع، لأن الفريق الثاني، يتكلم عن ولد الزنا، عند عدم وجود الفراش فقط.

وليس المقصود بالنسب الشرعي على قول الجمهور مجرد التأكد من تخلُّق الطفل من ماء الرجل فقط، بل لا بد أن تكون هذه النطفة نتاج علاقة شرعية وهي الزواج الصحيح.

قال ابن العربي:" النّسب، وهو عبارة عن مرج – خلط – الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خلقا مطلقا، و لم يكن نسبا "[1].

وفي حين ذهب البعض إلى أن الاعتبار في النّسب إلى الماء الذي يخلق الله منه الولد، وهو وحده السبب في التنسيب، لأنه الأمر الطبيعي[2].

ومن هنا قالوا لا بأس بنسبة ابن الزنا إلى الزاني إذا استلحقه، لأنه أمر طبيعي، وهو ابنه في نفس الأمر.

وقد قاسوا ماء الزنى على ماء النكاح لعموم الحديث:" **الولد للفراش** "وقد اعتبر الحنفية والحنابلة هذا القياس في مسألة تحريم بنت الزنى، وأم الزانية وبنتها على الزاني قياسا على الوطء الحلال[3].

قال البهوتي:" وإنما كان وطء الشبهة والزنا محرما كالحلال لعموم قوله تعالى:﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴿٢٢﴾ ﴾ النساء: ٢٢ ونظائره ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض[4].

ثانيا: النّظر السّياسي في مسألة نسب ولد الزنا .

سبق بيان أدلة الجمهور المانعين لنسب ابن الزنا إلى أبيه، ومناقشتها، وكذا أدلة الفريق المجيز لنّسب ولد الزنا إلى أبيه، إذا لم تكن المرأة فراشا، وما قيل في هذه الأدلة.

---

١ – ابن العربي / أحكام القرآن، ج03، ص1426.

٢ – الهلالي / البصمة الوراثية، ص 353.

٣ – ابن قدامة / الشرح الكبير، ج07، ص478. وابن مفلح / المبدع، ج07، ص 60. والكليبولي / مجمع الأنهر، ج01، ص 481.

٤ – البهوتي / شرح منتهى الإرادات، ج02، ص 654.

والسؤال الذي نطرحه الآن، هل لوليّ الأمر دور في ترجيح أحد الأقوال على الآخر، وذلك إذا دعت الضرورة إلى ترجيح أحد الأقوال لمصلحة ما.

بداية أقول: إنه يجوز لولي الأمر أو الحاكم أن ينسب ولد الزنا إلى من يدعيه إذا كان منه، وأقر بذلك و لم ينازعه فيه أحد، وذلك إذا رأى في نسبته إلى أبيه الزاني مصلحة للطفل، فيجوز أن يصدر قرارا بصحة ذلك، مراعاة لمصلحة الطفل في أن تضمن حقوقه المدنية، وأن يوفر له بهذا النّسب الناقص نوعا من الكرامة أمام الناس، وينال نصيبا من اهتمام المجتمع به، خاصة إذا علم أن إهمال الطفل سوف يعرضه للضياع والتشرد، والانغماس في أنواع الفواحش والموبقات، والتي ستقوده إلى عالم الإجرام، انتقاما من المجتمع الذي لم يرحمه من جهة، وتشفيا في أبويه اللذَيْنِ أهملاه، فقد تحمل جريرة أبوين، هو منها بريء.

فإذا رأى الحاكم أن تمتيع هذا الطفل بنسب مع لوثة الزنا، سوف ينقذه من الضياع، وأنه سيندمج بسبب ذلك في المجتمع، وربما يكون فردا صالحا، فله أن يجيز هذا النّسب بقرار.

وتقدير المصلحة هنا يتوسع، فيشمل حالة ما إذا رأى الحاكم أن نسب ولد الزنا إلى أبيه الطبيعي أو البيولوجي، ينقص من إقبال الناس على العلاقات الآثمة، فيجيز ذلك زجرا لهم عن اقتراف فاحشة الزنا.

وربما يكون ذلك سترا للمرأة من كلام الناس ونظرتهم الشزراء التي ستلاحقها طول الحياة، فيكون ذلك سببا في انحرافها بالكلية وانجرافها وراء الرذيلة، فإذا رأى أن المرأة ليست ممن يمتهنّ الفاحشة، ولا من اللواتي يتكسبن منها ولا ممن يشعنها بين الناس، فله أن ينسب الابن إلى أبيه، إذا رأى في ذلك مصلحة للطفل وأبويه أو أحدهما.

ونشير هنا إلى العلاقة بين هذه المسألة وبين المسألة التي سبقت، وأقصد البصمة الوراثية، وهو أننا بالإمكان أن نتأكد من صلة الطفل بأبيه، ونجزم بأن الولد قد تخلق من نطفته دون غيره، عن طريق تحليل البصمة الوراثية للطفل، ومقارنتها ببصمة الأب، فإذا تطابقتا فإنه أبوه أكيد من الناحية البيولوجيا، ونسب الطفل بأبيه هنا يسمى النّسب البيولوجي أو الطبيعي، فهو نسب غير أنه يفتقر إلى الغطاء الشرعي، لكونه خارج الزواج الشرعي الصحيح.

قال الرَّيسوني:" ويتأيّدُ هذا ... بأن الضروريات تتقدم على الحاجيات، والحاجيات يتقدم بعضها على بعض، فيقدم ما كانت الحاجة إليه أشدّ.

فالمحافظة على الأنساب أمر مهمّ في الشرع، ولكن تمتيع الولد بنسب ولو فيه شُبْهَة – بأن يكون له والد، يعيش في رعايته وتربيته وكفالته – أهمّ، وهذه مقاصد تدور بين الضروريات والحاجات الملحة، في حفظ النسل.

ويضاف إلى ذلك الآثار المعنوية والنّفسية، ولا تخفي أهمتها للطفل[1].

قال أستاذنا عبد القدر داودي:" ويمكن إدراج المسألة ودراستها ضمن ترتيب المصالح والمفاسد المتعارضة، وذلك أنه عند التعارض لابد من اللجوء إلى ترجيح الأقوى فالأقوى، وهي عملية نسبية يراعى فيها الدرجات المتفاوتة من جهة (الضرورية ثم الحاجية ثم التحسينية) وتفاوت المصالح والمفاسد ضمن الدرجة الواحدة..."[2]

ولا شك أن ولي الأمر، يملك كامل القدرة على الموازنة بين المصالح المستجلبة من نسبة ولد الزنا إلى أبيه، – سواء أكانت مصالح خاصة أو عامة – والمفاسد التي تترتب على التساهل في أمر النّسب، خاصة وأن الحدود مغيبة في واقع الناس، فعليه استفراغ كامل جهده للخروج بما فيه مصلحة للفرد والجماعة وإلا فاجتهاده لاغ، لأن تصرفات الحاكم منوطة بالمصلحة.

والقول بصحة نسب ابن الزنا من باب السياسة الشرعية، هو رأي لبعض أهل الاجتهاد، فقد نص الإمام أحمد في رواية عنه في نكاح الزانية أنه يسوغ الاجتهاد فيه. وأن نسب الطفل يلحق الزاني بحكم حاكم. وقد ذكر ذلك عنه أبو يعلى الصغير[3] وغيره[4].

قال القرضاوي: وقال بعضهم يلحق به – أي بالزاني – إذا حكم به الحاكم، أي إذا قضى به القاضي، وذلك لأنه أمر اختلف فيه الفقهاء، فقضاء القاضي يرفع الخلاف، ومثل هذا قرار الإمام أو قرار الدولة، فإذا صدر قانون من الدولة في مثل هذا فإن الخلاف يرفع[5].

---

١ – الريسوني / نظرية التقريب والتغليب ص 245 – 349.

٢ – عبد القادر داودي / مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، ج02، ص 380.

٣ – محمد بن محمد بن محمد بن الحسين، أبو يعلى الصغير، عماد الدين ابن القاضي أبي خازم ابن أبي يعلى الكبير: قاض، من كبراء الحنابلة ببغداد، توفي سنة 560هـ. الزركلي / الأعلام، ج07، ص24.

٤ – ابن مفلح / الفروع، ج05، ص 403. والمرداوي / الإنصاف، ج09، ص 269.

٥ – يوسف القرضاوي / الاستلحاق والتبني، ص 33.

ويتقوى هذا بالقول أن النّسب ليس أمرا تعبديا، بل إلحاقه يتماشى مع مقاصده، والتي منها الحفاظ على وحدة المجتمع والأسرة وتماسكهما، ودفع التفكك والتشتت عن السلالة الواحدة، كما أن باب النّسب يدخل في باب الحاجيات ولا يرقى إلى الضروريات أو الكليات الشرعية مثل النّسب.

فهو ليس حق خالص لله بل النّسب تتعلق به حقوق أخرى وهي حق الوالدين وحق الطفل، فلا بد من مراعاة الكل، ومن هنا جاء توسيع الشرع في طرق إثبات النّسب[1].

ولقد قوّى سعد الدين هلالي هذا الاتجاه بعدة أمور:

1 – إنقاذ المتشردين من الأطفال، والتقليل من ظاهرة التخلي بل إلقاء المواليد على حافة الطرقات والأماكن المهجورة.

2 – تحميل المتسبب مسؤولية التربية والإنفاق من باب:" **الغنم بالغرم** " فكما غنم اللذة غرم التربية والنفقة.

3 – التقليل من ظاهرة تزوير الأنساب، فقد تستغل المرأة غفلة زوجها فتلحق بزوجها من ليس منه، وهذا مع تبرم الزاني من نسبه.

4 – التقليل من ظاهرة التبني الشائعة في بلاد المسلمين، مع ثبوت حرمتها على سبيل القطع.

5 – إمكانية القطع بنسبة الولد إلى أبيه الآثم، بيولوجيا عن طريق البصمة الوراثية التي أصبحت تمثل في هذا العصر حجة الله في أرضه[2].

---

١ – هلالي / البصمة الوراثية، ص207.

٢ – المرجع السابق، 387 – 388.

المبحث الثالث: إعطاء لقب الكافل للمكفول.

مقدمة:

إذا كانت كفالة اليتيم ومن لا عائل له من الأمور التي ندب إليها الشارع الحكيم، وجعلها فاعلها يستحق المرتبة العليا، ويكون قرينا للنّبي صلى الله عليه وسلم في الجنة، حيث قال النبي عليه السلام:" **أنا وكافل اليتيم كهاتين** "[1]، فإن البعض قد يقع في خلط بين الكفالة الشرعية، والتبني الذي نهى الشارع عنه، وحرمه بصورة قطعية، ومن الصور التي يقع فيه اللّبس والإشكال، هو حالة ما إذا كفل شخص طفلا، وألزم نفسه شرعا وقانونا برعايته وحمايته، فهل يجوز للكافل أن يخلع على الطفل المكفول لقبه العائلي، مع بقائه تحت الكفالة، ضمانا لحقوقه المدنية، أو أن هذا صورة مطورة أو مشوهة للتبني الذي حرمه القرآن ؟ وقبل أن نناقش هذه المسألة، لابد من بيان حقيقة التبني، وحكمه الشرعي، وما هي الكفالة التي استحبها الشارع ودعا إليها.

أولا: تعريف التَّبنّي.

التَّبنّي، هو اتخاذ من ليس بابن شرعي للرجل أو المرأة ابنا[2]. وجاء في الموسوعة الفقهية أن التَّبنّي: هو اتخاذ ولد غيره ابنا له، وكان الرجل في الجاهلية يتبنى الرجل، فيجعله كالابن المولود له، ويدعوه الناس إليه، ويرث ميراث الأولاد.

وقد غلب في استعمال العرب لفظ **ادّعاء** على التَّبنّي، ومنه الدَّعِي وهو المُتبنَّى، قال تعالى:" ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾﴾ الأحزاب: ٤ ، ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التَّبنّي عن المعنى اللغوي[3].

---

١ – البخاري في الصحيح، باب: اللعان، ج05، ص2032، رقم4998.

٢ – الغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج03، ص 67.

٣ – الموسوعة الفقهية الكويتية، ج10، ص 120.

وقد حرمت الشريعة نظام التَّبنّي، وأبطلته بعد أن كان في الجاهلية وصدر الإسلام جائزا، وقد تبنى النبي صلّى الله عليه وسلم زيد بن حارثة قبل النبوة، وكان يدعى زيد بن محمد، إلى أن نزل قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ ﴿٥﴾﴾ الأحزاب: ٤ - ٥

وقد أجمع أهل التفسير على أن هذه الآية نزلت في زيد بن حارثة، فقد روي عن ابن عمر أنه قال[1]:"ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد، حتى نزلت:﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ ﴿٥﴾﴾ الأحزاب: ٥، أي أعدل وأحق عند الله .

فالعدل يقضي، والحقّ يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي، لا لأبيه المزور، والإسلام دين الحق والعدل، والعنصر الغريب عن الأسرة ذكراً أو أنثى لا ينسجم معها قطعاً في خلق ولا دين، وقد تقع مفاسد ومنكرات عليه أو منه، لإحساسه بأنه أجنبي.

ثانيا: الحكمة من تحريم التَّبنّي.

الإسلام حرم التَّبنّي لما يجلبه من مفاسد جمة هذه أهمها:

1 – نسبة الولد إلى غير أبيه كذب على الله، وكذب على الناس، وهو لا يحقق للطفل ما تحققه الأبوة الحقة من شفقة وحنان وغيرها.

2 – اختلاط الأنساب وتزيفها بإدخال عنصر غريب على الأسرة، وادعاء على أنه أحد أفرادها.

3 – قلب الحقائق وتزييفها بتحليل الحرام وتحريم الحلال، إذ تصبح بنات المتبني أخواته، ويمنع من الزواج بهنّ، والحقيقة غير ذلك.

4 – قد يمنع الأقارب من بعض حقوقهم كالميراث، حيث يعبر المتبنى وارثا شرعيا، وهو ليس كذلك.

---

١ – البخاري،: باب:" **ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله**"، ج04، ص1795، رقم 4504، مسلم، باب: فضائل زيد بن حارثة...، ج07، ص130، رقم 6415.

5 – تشكيك الناس في أنسابهم، حيث يكون قاطعا لتسلسل الأنساب، وقد يكون جالبا للعار مع مرور الزمن[1].

ثالثا: إبطال آثار التَّبنّي.

نظام التَّبنّي كان معروفا في الجاهلية، وكان يترتب عليه ما يترتب على البنوة الحقيقية من توارث ونسب وخلوة بالمحارم، فلما حرمه الإسلام أبطل معه كل الآثار التي كانت تترتب عليه، ومنها:

1 – حلُّ الزواج بالمتبنَّى ذكرا كان أو أنثى.

2 – حلّ زوجة المتبنّى.

3 – عدم ثبوت النَّسب بالتَّبنّي.

4 – بطلان التوارث بين المتبنِّي والمتبنّى.

5 – اعتبار المتبنَّ غير محرم[2].

وإذا كان التشريع الإسلامي قد حرم نظام التَّبنّي، فإنه قد شرع بدله مجموعة من التشريعات التي تتولى الإشراف على مصلحة الطفل، وأهمها نظام كفالة الطفل وخاصة اليتيم، ونظام ولاية اللقيط.

رابعا: تعريف الكفالة.

الكفالة هي القيام بأمور اليتيم، من نفقة وكسوة وتأديب وتربية وغير ذلك. وعرف الكدي الكفالة بقوله:" كفالة اليتيم هي القيام بأموره، والسعي في مصالحه، من طعامه وكسوته، وتنمية ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال أنفق عليه وكساه، ابتغاء وجه الله.[3]"

---

١ – عبد القادر داودي / مقاصد نظام الأسرة، ج02، ص 385.

٢ – الكدي العمراني / فقه الأسرة المسلمة، ج02، ص 246 – 247.

٣ – الكدي العمراني / المرجع السابق، ج02، ص 255.

قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" **كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة "، وَأَشَارَ مَالِكٌ بِالسَّبَّابَةِ وَالْوُسْطَى**[1].

و فضيلة المقارنة والملازمة للرسول عليه السلام في الجنة، تحصل لمن كفله من مال نفسه، أو من مال اليتيم بولاية شرعية. وأما قوله: له أو لغيره، فالذي له أن يكون قريبا له، كجده وأمه وجدته وأخيه وأخته وأمه وخاله وعمته وخالته وغيرهم من أقاربه، والذي لغيره أن يكون أجنبيا[2].

والكافل: القائم بأمر اليتيم المربى له، وهو من الكفيل الضمين، والضمير في" **له ولغيره** " راجع إلى الكافل، أي أن اليتيم سواء كان الكافل من ذوي رحمه وأنسابه أو كان أجنبيا لغيره تكفل به.

ولقد منع قانون الأسرة الجزائري نظام التَّبنّي فجاء في المادة **46** من ق أ ج :" **يمنع التَّبنّي شرعا وقانونا.**"

وعليه فلا يثبت النَّسب بالتَّبنّي ولو كان المتبنى مجهول النَّسب، وهذا بخلاف اللقيط الذي يثبت نسبه بمن ادعاه، فيكون ابنا شرعيا لمن ادعاه، ويكون لكل منهما على الآخر ما للأب على ابنه، وما للابن على أبيه.

وإذا كان المشرع الجزائري يمنع نظام التَّبنّي فإنه يقر نظام الكفالة وقد نص عليها في المادة **116** من ق أ ج حيث قال:" الكفالة هي التزام على وجه التبرع بالعناية بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي أمام المحكمة أو أمام الموثق" .

والولد المكفول يكون معلوم النَّسب أو مجهوله، و في حالة إذا ما كان نسبه الأصلي معلوما فإن المكفول يحتفظ به.

وتخول الكفالة للطفل الولاية القانونية، وجميع المنح العائلية والدراسية التي تمنح للولد الأصلي[3].

---

١ – مسلم في صحيحه، باب: الإحسان إلى الأرملة والمسكين، ج08، ص221، رقم7660، وابن عبد البر / التمهيد، ج16، ص246.

٢ – ابن عبد البر / التمهيد، ج16، ص246.

٣ – بلحاج العربي / الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 201.

خامسا: إعطاء الابن المكفول لقب العائلي للكافل.

من المعلوم أن التَّبنّي عبارة عن عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنية محضة لأبوة وبنوة مفترضة، وقد تكون بين رجل وآخر معلوم الأبوين، وباتفاقهما يتم هذا التَّبنّي[1].

فالتَّبنّي هو إلحاق شخص بالعائلة كأنه ولد حقيقي، وقد يبذل وسعه ليكون أمام الناس كذلك، فينسبه إليه ومن ثم إلى أبيه ومن ثم إلى جده.

فيصبح للابن المُتبنَى أصل مزور وموهوم وليس حقيقيا، ومن ثَمَّ تثبت له جميع الحقوق التي تكون بين الابن وأبيه، من نسب وميراث ومحرمية وغيرها.

ولا فرق بين أن يكون للطفل المتبنى أبوين حقيقِيَيْ نِ، أهملاه أو تنازلا عليه لصالح المُتبنِي الجديد، وفي هذه الحالة التَّبنّي يجعل من أبويه الأصلِيَيْنِ في حكم العدم، لأنه سوف يسقط لقب واسم أبيه نهائيا، ويعطى اسم ولقب الشخص الكافل، وينسبه إليه فيكون ابنا له، أو يكون الطفل مجهول الأبوين، وهو الذي يسمى باللقيط أو المنبوذ، أي أن الطفل ليس له نسب ولا أصل معلوم، فينسب ويلحق بالشخص المُتَبَنِي وعائلته، ويعامل كأنه ابنا صلبيا في الآثار والأحكام.

وأما الكفالة، فهي التزام شخص أمام المحكمة، بتربية طفل ما،- معلوم الأبوين أو مجهولهما من الأقارب أو من غيرهما - ورعايته والقيام بمصالحه وتنشئته والنفقة عليه، مع الاحتفاظ بنسبه الأصلي إن كان له نسب معلوم، وبالتالي يبقى له اسم ولقب الأب ويلحق به.

وأما في حالة إذا ما كان الطفل بلا أصل ولا نسب، فيعطى له اسم، ويبقى بدون لقب، وعلاقة الطفل في حالة كونه معلوم النَّسب أو مجهوله، مع الشخص المربي أو الكافل، هي علاقة تربية وكفالة لا علاقة أبوة وبنوة. لذا يظاف في شهادة الميلاد لفظ **مكفول**، للدلالة على أن الطفل مربى وليس متبنى.

والواقع أن الطفل المكفول إذا كان مجهول النَّسب، فزيادة على النقص الذي يشعر به أمام الآخرين والآلام النفسية التي تكدر عليه صفو حياته، وتنغص عليه أحلام الطفولة البريئة، فإنه

---

١ - عبد الرحمن الصابوني / شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج02، ص194.

يلقى عقبات ومشاكل إدارية ومدنية، كتلك التي يواجهها عند مزاولة دراسته بشكل عادي، أو عند تكوين ملف إداري للعمل أو لتحصيل سكن وغير ذلك.

فهل يصح في مثل هذه الحالة، أن يعطي الكافلُ الطفل الذي ليس له نسبٌ لقبه العائلي فقط، دون أن ينسبه إلى نفسه، فلا يقال فلان ابن فلان، فلا بنوة فيه لأنه ليس تبنيًّا، وإنما كفالة، بل يقال للطفل المكفول، فلان الفلاني، نسبة إلى لقب عائلة الكافل، دون الاعتراف له بالبنوة.

هذه المسألة لم أجد من تكلم فيها أو فصل في أحكامها، ولكن بالتتبع يمكن أن أقول: هناك فريق مانع لإعطاء الطفل المكفول لقب الشخص الكافل، وعدوا هذا الأمر نوعا من التَّبنّي، وبالتالي قالوا بتحريمه، بناء على أنه من التَّبنّي الممنوع.

ولقد ذهب شارحو مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، إلى أن التَّبنّي يتناول استلحاق مجهول النَّسب، مع التصريح بأن النَّسب غير حقيقي، كما يتناول اتخاذ معروف النَّسب بمثابة الولد[1].

وفُهِمَ منه أنهم عدّوا إعطاء اللقب العائلي للمكفول، نوعا من النَّسب، المفضي إلى التَّبنّي، وهذا حرام لا يصحّ.

ويمكن أن يناقش هذا الرأي، بأن كلامهم صحيح، في حالة استلحاق مجهول النَّسب بالعائلة، وإعطائه لقبها مع التصريح بأنّ لقبه غير حقيقي، وهذا إذا أضيف إلى ذلك، البنوة التي قد تتفرع من النِّسبة إلى العائلة، لأن في إعطاء اللقب العائلي مع خلع البنوة عليه، ما يقوي الشبهة بأنه نوع من التَّبنّي.

ومن الذين أنكروا إعطاء المكفول لقب الكافل، واعتبروه من التَّبنّي الجاهلي، مولود قاسم نايت بلقاسم، وعده مخالفا للإجماع وأن تحريمه مما علم من الدين بالضرورة، وأن القائل به محل لما حرمه الله[2].

الخلاصة، أن الذين منعوا إعطاء لقب الكافل للمكفول، فهموا أن هذا نوع من التَّبنّي غير المشروع، لذا قالوا بمنعه وتحريمه.

---

١ - مشروع الأحوال الشخصية الموحد، ص 281.

٢ - فتاوى أحمد حماني، ج01، ص513 - 519.

وأما الذين قالوا بجواز ذلك وإباحته، فهم رئيس المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري المرحوم الشيخ أحمد حماني، وهو أول من قال بهذه المسألة فيما أرى، وتبعه في ذلك الشيخ أبو عبد السلام، فيما أصدره من فتوى في هذا الموضوع[1].

ولقد أكد الشيخ حماني مرارا على أن التَّبنّي محرم بالشرع، وأنه من الأحكام الجاهلية التي كانت شائعة عند العرب والتي أبطلها الإسلام قولا وفعلا.

وقال: ومن زعم أن من لم يلده من صلبه هو ابنه ونسبه إليه فهو كاذب وقوله مردود وهو محاد لله ورسوله وعدو لكتابه، ومن زعم من المتَبَنِين أنه ولد للمتبنَى، وقبل انتسابه إليه، واعترض عن انتسابه إلى من ولده من صلبه حقا، فإنه ملعون حرام عليه رائحة الجنة[2].

وقال: إن التَّبنّي الباطل والمبطل، هو أن يعلن الشخص علانية وأمام الملأ أن فلانا الفلاني ابنه، ويلحقه بنسبه، وتصبح له جميع أحكام البنوة المعروفة، فيصبح وارثا له، وإن كان لا حق له في الميراث، كما تحرم عليه زوجة المتبنِي لأنها صارت أمه، وهي في الحقيقة ليست بأمه، وتحرم عليه ابنته، لأنها صارت أخته، وهي ليس أخته، وهكذا سائر أحكام القرابة[3].

وأما إعطاء الطفل المكفول اللقب العائلي فقد دون البنوة، فقد أجازه ودافع عنه.

ومما استدل به الشيخ على صحة قوله، هو أن الإسلام لم يمنع الناس من أخذ المنبوذ وتربيته في العائلة كأحد أبنائها دون أن تكون له البنوة، بل يدخل ضمن له ما قاله عمر لجندي وجد منبوذا، ما هذا ؟ فقال:" **صبي وجدته في الطريق** " فقال عريفه، وهو حاضر بمجلس عمر:" إنه رجل صالح يا أمير المؤمنين" فقال أمير المؤمنين:" أهو كذلك ؟ " ثم وجه إليه الكلام وقال له عن الصبي:" **خذه إليك، وعلينا نفقته ولك ولاؤه** "[4].

---

١ – يراجع فتاوى أحمد حماني، ج01، ص506 فما فوق. و من فتاوى الشيخ أبي عبد السلام، إعداد الشيخ أبو عبد السلام جعفر بن عبد السلام أولفقي، دار الإمام مالك ، ط2006/01، ص 441 – 442 .

٢ – فتاوى حماني، المرجع السابق، ج01، ص512.

٣ – فتاوى حماني، ج01، ص515.

٤ – قَالَ مَالِك عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ فَقَالَ وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ أَكَذَلِكَ قَالَ نَعَمْ فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ وَلَكَ وَلَاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ. يراجع الموطأ، ج04، ص1069، رقم2734.

فالمربي للمنبوذ معفى من النفقة، إذ يتكفل بها بيت المال، لكن له ولاء اللقيط أي انتسابه. على أن الولاء إما أن يكون له أو لجماعة المسلمين.

وتعتبر نسبة المكفول إلى العائلة من المعاملة السامية، وهي أفضل ممن يعيش على نسب مغشوش مزور، أي نسب التَّبنّي، فإذا اكتشفه من بعد كان وقعه عليه أعظم، مع ما يسببه للآخرين من حرمان، ومع ما يحرمه عليه من حلال.

ويستدل بقول عمر:" **ولك ولاؤه** " بأنه يفتح باب صحة الانتساب بالولاء [١]، ففي قوله "**ولك ولاؤه** " أي ينتسب إليك، كما ينتسب الولي، فيلزم عقله وإرثه إن مات، والولاء كان قبل الإسلام وبعده وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" **مولى القوم منهم** [٢]".

وأصل المولى في اللغة النصير وابن العم والعتيق، ثم تُوسِع فيه فشمل أنواعا أخرى منها، فصار يطلق على الحليف، وكذا الذي أسلم على يده، ومن أعتق عبدا مملوكا، نسب إليه بالولاء، يقال فلان مولى فلان، فبلال بن رباح رضي الله عنه من الحبشة فلما أعتقه أبو بكر الصديق، صار يعد من رجالات قريش من بني تميم قبيلة أبي بكر، فيقال بلال تميمي، قرشي بالولاء.

وقال أيضا: وأبلغ من هذا أن موالي الرسول صلى الله عليه وسلم معدودون من آل البيت، وتحرم عليهم الصدقة. وقد أراد قوم من عائشة رضي الله عنها أن يكون لهم ولاء بريرة فأبى رسول الله ورفض شرطهم وقال:" **إن الولاء لمن أعتق** [٣]".

وقد كان عمار بن ياسر من موالي بني مخزوم، فهو قرشي مخزومي بالولاء[٤].

ثم عمد الشيخ حماني رحمه الله إلى التصريح بقياس إلحاق الطفل المكفول بالعائلة على الإلحاق بالولاء، فالملحق بالولاء ينسب إلى القبيلة التي ينتمي إليه سيدها الذي أعتقه، فيقال فلان مولى فلان، ويبقى نسبه الحقيقي على أصله، ولا منكر لذلك، فكذلك إلحاق المكفول

---

١ – أحمد حماني / المرجع نفسه، ج01، 517.

٢ – البخاري، باب: مولى القوم من أنفسهم وابن الأخت منهم، ج06، ص2484، رقم6380.

٣ – البخاري، باب: ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ج01، ص 174، رقم 444، ومسلم، باب: إِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، ج04، ص214، رقم3852.

٤ – أحمد حماني / المرجع السابق، ج01، ص 519 – 520.

بالعائلة مع التصريح القطعي بعدم البنوة، يجعله فردا من العائلة الكبرى – التي تحمل نفس اللقب – بالانتماء مادامت البنوة رفعت عنه، وهكذا نضمن له حقوقه الإدارية والمدنية.

وقال رحمه الله:" وفي رأيي، أنه يمكن اليوم جعل العائلة ذات اللقب الكبير الشامل لمئات الأسماء بل للآلف مثل قبيلة بني مخزوم وبني أمية، فإذا قيل عمار بن ياسر مخزومي، فليس معنى أن المخزوميين ولدوه، وهكذا شأن هذه الألقاب الحديثة، فقد يكون ابنهم صليبة وقد يكون بمجرد الولاء[1].

وأكد أن التَّبنّي الممنوع شرعا، هو أن نجعل للطفل أبا غير أبيه، وأما غير أمه، وأن يترتب على هذه البنوة أحكام، كالميراث والزواج والمحرمية.

فإذا انتفت كل هذه الآثار، وكان لا يحمل في أوراقه اسم الأب ولا اسم الأم، ولا حق له في الميراث، ولا يحرم عليه الزواج بينه وبين كافليه، فلا مانع من أن يحمل لقبا شائعا في أفراد كثيرين[2].

سادسا: النّظر السّياسي في مسألة إعطاء المكفول لقب الكافل.

لا شك أن مسألة خلع اللقب العائلي للكافل على الطفل المكفول، وخاصة إذا لم يكن للطفل لقب، بأن كان مجهول الأبوين، من المسائل المستحدثة، لأن أصل التَّبنّي وإن تكلم فيه الفقهاء وجزموا في أمره، وهو حكم قرآني ليس فيه خلاف، فإن المسألة التي بين أيدنا ليست تشبه التَّبنّي من كل الوجوه، بل تخالفه في أكثرها، فهل نلحقها بالتَّبنّي، ونعطيها حكمه ونجزم بحرمتها ؟ ، أو أنها تخالف صورة التَّبنّي الممنوع، فيكون حكمها مخالفا لحكم التَّبنّي ؟

وحتى نصل إلى حكم صائب في المسألة، وجب علينا تبين حقيقة التَّبنّي ومقصد الشارع من منع التَّبنّي.

كلمة التَّبنّي لصيقة بالبنوة، فهي تعني أن تجعل طفلا مجهول الأبوين في الغالب أو معلومهما، بمثابة الابن الصلبي الحقيقي وتنسبه إليك، وتعطيه جميع حقوق الابن النَّسبي، وترتب عليه جميع

---

١ – المرجع السابق، ج01، ص518.

٢ – المرجع السابق، ج01، ص508. ومن فتاوى الشيخ عبد السلام، ص 441 – 442.

أحكام البنوة الحقيقية، فيحرم الزواج به، ويحرم عليه هو أن يتزوج بأقارب المتبني، ويصبح أحد المحارم، ويكون له الحق في الميراث.

ومن هنا جاء تحريم التَّبنّي لإبطال الآثار المترتبة عليه، ولكن هل التَّبنّي يكون بالنَّسبة الخاصة للشخص المتبني، فيقال فلان (المكفول) ابن فلان (الكافل) أو يكفي في التَّبنّي إعطاء لقب العائلة أو العشيرة، فيقال فلان الفلاني نسبة إلى العائلة، دون أن ينسب إلى شخص معين، أو أن التَّبنّي يشترط فيه الأمران معا، النَّسبة الفردية إلى الشخص المتبني بذاته وكذا لقبه العائلي.

والواقع أن إعطاء اللقب العائلي فقط، يجعل الشخص مجهول النَّسب، فاللقب يعطي نسبة عامة وليست خاصة، فيتمتع الطفل المكفول بلقب العائلة، ولكنه يبقى بلا أب ولا أم، لأن أحدا من أفردا تلك العائلة لم ينسبه إلى شخصه، و لم يلحق به صفة البنوة، كأن يقول هذا ابني، بل يبقى المكفول ينتمي إلى عموم العائلة دون أحد بذاته.

وأما النَّسبة الشخصية، كأن يُنسب إلى شخص بعينه، فيقال فلان ابن فلان، فإذا كان الشخص الكافل معلوم النَّسب، فإن نسب المكفول سيصبح نسبا عاما، لأنه إذا نسبه إلى شخصه نسبه بالضرورة إلى العائلة.

والملاحظ أن رفع البنوة عن الطفل المكفول تجعل من إعطائه لقب العائلة، أمرا صوريا لا حقيقيا، ما دام عدم إلحاقه بشخص معين من العائلة، يجعله ملحقا بالعائلة وتابعا لها في الظاهر، وليس عنصرا أصيلا فيها.

والذي يظهر، أن إعطاء اللقب العائلي للطفل المكفول ليس تبنياّ، فالتَّبنّي أن تتخذ الطفل ابنا، والكافل لم ينسب المكفول إلى نفسه بل العكس هو الذي حدث، بحيث صرح ضمنا أنه ليس من صلبه حيث نسبه إلى الكفالة، ومعلوم أن الابن الصلبي لا يكون مكفولا.

وإلحاق الشخص بالعائلة أو العشيرة أو القبيلة أمر جائز، فقد كان معمولا به الجاهلية، وأقره الإسلام عند ما أقر الولاء، فعلاقة الولاء قد تكون لمن تحت الرق وأعتقه سيده، فتنشأ بذلك بينهما علاقة ورابطة الولاء، ويكون الولاء أيضا بالحلف والنصرة وحتى بالانتساب.

وقد نسب النبي صلى الله عليه وسلما أشخاصا إلى غير نسبتهم الأصلية مادام أصلهم معلوما، وأن عدم البنوة ثابتة في حقهم.

فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من بني مخزوم على الصدقة، فأراد أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم، واسمه أسلم وقيل إبراهيم وقيل غير ذلك، أن يتبعه فقال النبي صلى الله عليه وسلم "**إن الصدقة لا تحل لنا، وإنّ مولى القوم منهم**"[1].

فالنبي عليه السلام ألحق رافعا بآل البيت عن طريق الولاء، لأنه كان عبدا وأعتقه، ومعلوم أن هذه النَّسبة ليست حقيقية مادام أنها تفتقر إلى البنوة.

بل نسب سلمان الفارسي إلى أهل البيت عندما تنازع فيه الأنصار والمهاجرون عند حفر الخندق، وكان رجلا قويا، فنسبه النبي صلى الله عليه وسلم إلى آل البيت وقال:" **سلمان منّا آل البيت** "[2].

قال الراغب[3]: نبه به على أن مولى القوم، يصح نسبته إليهم، كما قال:" **مولى القوم منهم.**"[4].

وقد نسب الرسول عليه السلام زيد بن حارثة إليه، من باب الأخوة والموالاة، وقال له:" **أَنْتَ أَخُونَا وَمَوْلانَا** "[5] .

قال ابن بطال :" وقوله: " **أنت مولانا** " الولاء في هذا الموضع لا يصلح أن يكون إلا **الانتساب** فقط، لا المواريث، لأنه قد كان نزل في القرآن ترك التَّبنّي وترك التوارث به وبالحلف،

---

١ – ابن عبد البر / التمهيد، ج03، ص 92. وأحمد في المسند ج 31، ص406، رقم 19060، والحاكم في المستدرك، كتاب الزكاة، ج01، ص561، رقم 1468، والترمذي، باب: كراهة الصدقة للنبي صلى الله عليه وسلم،ج 03، ص46، رقم 657، والنسائي في السنن الكبرى، باب: مولى القوم منهم ، ج 02، ص 58، رقم 2394، وقال الهيثمي:" رواه أحمد والطبراني في الكبير ورجاله ثقات" مجمع الزوائد، ج01، ص 631. وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، ج04، ص187، رقم 1613.

٢ – الحاكم في المستدرك، باب: ذكر سلمان الفارسي رضي الله عنه، ج03، ص 691 رقم 6539. قال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه كثير بن عبد الله المزني وقد ضعفه الجمهور، وحسن الترمذي حديثه وبقية رجاله ثقات. مجمع الزوائد، ج06، ص ،189، وقال فيه الألباني: ضعيف جدا. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ج08، ص176، رقم 3704.

٣ – الحسين بن محمد بن المفضل، أبو القاسم الأصفهاني (أو الأصبهاني) المعروف بالراغب: أديب، من الحكماء العلماء، من أهل (أصبهان) سكن بغداد، واشتهر، حتى كان يقرن بالإمام الغزالي.توفي سنة 502هـ، الأعلام للزركلي، ج02، ص255.

٤ – المنوي، محمد عبد الرؤوف / فيض القدير شرح الجامع الصغير، تصحيح: أحمد عبد السلام، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1994/01 ، ج 4، ص 140.

٥ – البخاري في صحيحه، باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان...، ج02، ص960، رقم 2552.

و لم يبق من ذلك إلا الانتساب أن ينتسب الرجل إلى حلفائه ومعاقديه خاصة، وإلى من أسلم على يديه، فيكتب كما يكتب النَّسب والقبيلة، غير أنه لا يرثه بذلك[1].

ففي الحديث دليل واضح على صحة الانتساب إلى قوم ولو من غير دمك.

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم رجلا من الصحابة يقال له أبو عقبة رشيد، وكان مولى من أهل فارس، وقد شهد بدرا، فرمى أحد المشركين وهو يقول:" **خذها وأنا الغلام الفارسي**". فَالْتَفَتَ إِلَيِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ:" **فَهَلَّا قُلْتَ خُذْهَا مِنِّي وَأَنَا الْغُلَامُ الْأَنْصَارِيُّ** "[2].

فقد أمره عليه الصلاة والسلام أن ينتسب إلى الأنصار، لأنهم أهل إسلام، وقد نصروا دين الله، وأن لا ينتسب إلى فارس، لأنهم أهل كفر.

قال القاري:" إذا افتخرت عند الضرب فانتسب إلى الأنصار، الذين هاجرتُ إليهم ونَصروني، وكان أهل فارس في ذلك الزمان كفارا، فكره صلى الله عليه وسلم الانتساب إليهم، وأمره بالانتساب إلى الأنصار، ليكون منتسبا إلى أهل الإسلام، ولأن مولى القوم منهم[3].

فالانتساب إلى عائلة معينة أو قبيلة أو عشيرة جائز، مادام الأمر لم يصل إلى درجة التَّبنّي، أو إنشاء البنوة بمجرد الادعاء والإلحاق.

ويمكن أن يكون الولاء أيضا بالكفالة، ولأن الكفالة نوع من التعاون والنصرة والتحالف بين الكافل والمكفول، فيجوز للكافل نسبته إلى عائلته بالولاء، وإذا كان الولاء في القديم بالتصريح العلني أمام الناس في الأسواق والنوادي، فيمكن أن يكون اليوم بالكتابة وأمام هيئات الرسمية، كالمحكمة أو الموثق المحلف.

---

١ – ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج08، ص 91.

٢ – أحمد في المسند، ج 37، ص193، رقم 22515. وأبو داود في السنن، باب: العصبية، ج 04، ص494، رقم 5125، وابن ماجه، باب: العصبية في القتال، ج02، ص931، رقم 2784، وفي رواية عن ا بن الحصين عن فارسي مولى بني معاوية أنه ضرب رجلا يوم أحد فقتله وقال خذها وأنا الغلام الفارسي فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم:" ما منعك أن تقول الأنصاري وأنت منهم إن مولى القوم منهم." وقد ضعفه الألباني، ضعيف أبي داود، رقم 5123.

٣ – القاري، الملا علي / مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج04، ص 241، ومحمد شمس الحق العظيم آبادي / عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1415/02هـ، ج14، ص20.

ومن هنا، نستطيع أن نقول: إن إعطاء المكفول لقب الكافل لا تترتب عليه الآثار التي تترتب على التَّبنّي الممنوع، وذلك لأن المكفول لا يعتبر ابنا للكافل، فلا يسري تحريم الزواج بينه وأقارب الكافل، وأن أفراد عائلته لا يعتبرون من المحارم، كما لا يترتب عليه ميراث، وهذه الآثار التي جاء التشريع الإسلام لمحوها.

وقد قال الطاهر بن عاشور معلقا على آية تحريم التَّبنّي:" نزلت هذه الآية في إبطال التَّبنّي، أي إبطال ترتيب آثار البنوة الحقيقية من الإرث، وتحريم القرابة، وتحريم الصهر، وكانوا في الجاهلية يجعلون للمتبنَّى أحكام البنوة كلها"[1].

فما دامت آثار التَّبنّي غير موجودة أساسا في إعطاء اللقب العائلي، فكيف نشبه الإلحاق بالنَّسب، ونحرمه كما نحرم النَّسب ؟ والصورتان مختلفتان في الحقيقة والآثار، فينبغي أن تختلفا في الحكم أيضا.

فمقصود الشارع من تحريم التَّبنّي، تحريم آثار التَّبنّي، وأن التَّبنّي قصد به اتخاذ ابن غير حقيقي، وجعله في مرتبة الابن الصلبي أو النَّسبي.

ففي قوله تعالى:" **ادعوهم لآبائهم** " الأحزاب:**05**، دُعاء النَّسب، والمراد من دعوتهم لآبائهم تربيب آثار ذلك، وهي أنهم أبناء آبائهم لا أبناء من تبناهم[2].

فإذا كانت آثار النَّسب مفقودة في صورة إلحاق الطفل المكفول، فهي إذا ليست من التَّبنّي الجاهلي الذي حرمه الشرع.

وهل في ظن الناس واعتبارهم الطفل المكفول ابنا حقيقيا للكافل حرج في الشرع ؟ وهل يمكن أن يؤثر هذا على حلية الإلحاق ؟.

أقول: ما دام الطفل المكفول يعلم أن الكافل ليس أبا حقيقيا له، وأن العلاقة بينهما علاقة كفالة فقط، فلا حرج، وعلى الطفل أن لا يتبرأ من نسب أبويه الحقيقيين، إذا كان على علم بذلك.

---

١ - ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج 21، ص 258.

٢ - المرجع السابق، ج 21، ص 261.

ونسبته إلى عائلة الكافل لا تضر، مادام هو يعلم الحقيقة، وتَوسُعُ الناس في ذلك غير معتبر شرعا.

فلو نسبوه إلى الكافل على أنه أبوه، وهو يعلم نسبه الحقيقي لم يكن في ذلك معصية. قال القرطبي:" لما نزلت آية إبطال التَّبنّي، قال المقدادُ: أنا المقداد بن عمرو، ومع ذلك بقي الإطلاق عليه، أي بقي يطلق عليه اسم المقداد بن الأسود، والأسود بن عبد يغوث هو المتبنى له في الجاهلية، و لم يسمع فيمن مضى من عصَّى مُطْلِقَ ذلك عليه، ولو كان متعمداً.

كذلك سالم مولى أبي حذيفة كان يدعى لأبي حذيفة، وهو في حقيقة مولى امرأة من بني زهرة. وغير هؤلاء ممن تبنى وانتسب لغير أبيه وشهر بذلك وغلب عليه[1].

فمن خلال ما سبق بيانه ومناقشته، فإننا لا نرى بأسا من أن يرجح ولي الأمر الرأي الثاني، الذي يجيز إعطاء الطفل المكفول اللقب العائلي للكافل، وأن هذا ليس من قبيل التَّبنّي الجاهلي الممنوع، بل هو من نظام الكفالة المشروع، وكيف نعده من التَّبنّي، وهو لا يرتب الآثار الممنوعة التي تترتب على التَّبنّي ؟.

وهذا الإجراء يساعد في توفير الكرامة للكثير من المنبوذين، ويسهل لهم سبل الدراسة والتعليم، والعمل، بل حتى الزواج، مما يؤهلهم إلى الانضمام العادي للمجتمع، يعيشون فيه كأفراد لهم حقوق وعليهم واجبات، وإذا كان من الواجب على ولي الأمر أن يوفر للمنبوذين العيش الكريم، وكرامة العيش، فإن أول شيء يجب عليه هو أن يدرجهم في أحضان أسرة سوية كافلة، وأن يعترف بوجودهم، وهذا الوجود يبدأ بإعطائهم أسماءً وألقابا تحفظ لهم ماء الوجه وسط مجتمع لا يرحم.

وهذا يدخل في الضروريات الخمس، والتي منها الحفاظ على النّفس، فاللقيط يعيش حياة مستعارة وليست حقيقية، كما أنه من باب الحفاظ على النّسل، حتى لا يعيش هؤلاء في أوكار الجريمة والفساد، انتقاما من المجتمع الذي تنكر لهم، وهذا أمر متوقع، والمتوقع كالواقع.

وهذا النظر في هذا يعدّ من المصلحة التي يجب على ولي الأمر مراعاتها في قراراته وتصرفاته. وتعيين القَوَّام أو الكفيل على الطفل الصغير من باب الضرورة، فإذا كانت الحضانة والصيانة وتوفير الأكل والشرب تقع في محل الضرورة، فإن إعطاء اسم ولقب ولو مستعارا للطفل

---

١ - القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج14، ص 120.

ضرورة أيضا، حتى يحتمي من نظرات المجتمع التي لا ترحم، ويوفر حقوقه الإدارية والمدنية، قال الغزالي:" ... فإن نصب القوام على الطفل لحضانته وصيانته، وإنفاق ماله عليه، وشراء الطعام له، واستئجار من يقوم بمصلحته، واقع في محل الضرورة...لأن في الإعراض عما سبق هلاك للصبيان، وفيه انقطاع للجنس، فهذا يقع موقع الضرورة.[1]"

ولا أظن أن تمتيع الطفل المكفول بلقب عائلي، يحتمي به ويعيش تحت ظله، أقل شأنا وأهمية من الطعام والشراب. وأن افتقاره إلى ذلك قد تترب عليه مفاسد كثيرة، تؤثر بلا شك على حياة الطفل العادية، إضافة إلى الآثار المعنوية والنفسية التي تتخلف عن ذلك.

وعلى ولي الأمر أن يلاحظ، أن المحافظة على شرعية الأنساب وسلامتها أمر له أهميته، وله اعتباره في الشرع، ولكن حماية الطفل وتمتيعه بانتماء إلى عائلة يعيش في دفئها ولو مع لوثة من التَّبنّي على رأي القول الأول، وتمتيع الولد بعائلة يرتبط بها ويستفيد من كفالتها من المصالح الدائرة بين الضروري والحاجي في حفظ النسل.

ومعلوم أن عيش الولد بلا أب ولا أم، ولا لقب ينتمي إليه، فيه من المعرة والمهانة النفسية ما لا يستطيع الكثير تحمله، وخاصة عند نسبة الولد إلى مجهول، فيقال: فلان ابن **X** ، زيادة على المضايقات التي يتلقاها من الناس، والإقصاء والتهميش الذي يواجهه من المجتمع.

ولقد اقترح الشيخ حماني أن ينسب الطفل المنبوذ إلى أبوة مفترضة أو موهومة، فيقال مثلا فلان ابن عبد الله، أو ابن عبيد الله، أوفلان ابن المخطئ، وينسب إلى أمه، فيقال: ابن أمة الله ، أو ابن العاصية مثلا، فهذا أفضل من نسبته إلى مجهول **X** ، فعلى ولي الأمر أن يأخذ به مادام فيه مصلحة للطفل، وأرى أنه لا يعارض حكما شرعيا صريحا.

ومن المهم جدا أن يعلم الولد بحقيقة أمره، وأنه مكفول من طرف العائلة ليس إلا، وأن يكون ذلك في سن مبكرة، حتى لا نترك أمر معرفته بالحقيقة للصدفة أو إلى الشارع، فتكون الصدمة قوية، والمفاجئة مفجعة، وخاصة إذا علم بذلك في سن المراهقة، وهي مرحلة خطيرة قد تدفع به تلك الحالة إلى الانحراف وربما إلى الانتحار.

---

١ - الغزالي / شفاء الغليل، ص165- 166.

وأقترح أن يتابع ولي الأمر ذلك، وأن ينشأ هيئة عمومية مختصة تتابع مثل هذه الحالات، تتكون من مربيات ومن مختصين نفسانيين، وأن تكون هناك مراسلات إلى الكافلين لتذكريهم بوجوب إعلام المكفولين بحقيقة أمرهم في العائلة في سنّ مناسبة يعينها ولي الأمر.

ولقد أخذ التشريع الجزائري بنظام الكفالة، مع إمكانية إلحاق المكفول بالعائلة، وذلك في مرسوم حكومي صدر في عهد حكومة أحمد غزالي، وقد أساء الكثير فهم المرسوم وأنكر من طرف العلماء وأئمة المساجد، وذلك لأن المسألة جديدة بالنسبة إليهم، و لم يجدوا عليها نصا عند الفقهاء الأقدمين، لذا قوبل المرسوم بالفرض.

ولقد ربط الكثير بين مرسوم غزالي، وبين الفتاوى التي أصدرها الشيخ أحمد حماني رحمه الله، وكما لم يفهم المرسوم لم تفهم فتاوى شيخ حماني، فقد عدوا ذلك من باب التَّبنّي الجاهلي الممنوع، وقد سبق أن أوضحت حقيقة الأمر.

ولقد رأيت أن أسوق بعضا من فتاوى الشيخ حماني مع المرسوم التنفيذي، في جواز تمتيع الطفل المكفول باللقب العائلي للكافل، حتى يتوضح لنا هل هي من التَّبنّي الممنوع أو نظام الكفالة المشروع.

السؤال:

هل يجوز إطلاق لقب الأسرة الكافلة على الطفل المكفول، دون إعطاء البنوة له ؟

الجواب:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.

إذا لم يكن هذا الانتساب، سببا لاستحقاق ميراث لا يستحقه، ولحرمة ما هو ليس بحرام، كالزواج بابنة الكافل، أو إحدى محارمه. فلا بأس أن ينتسب الطفل حينئذ إلى العائلة.

والذي يحذر منه أن يقال (فلان ابن فلان) فإن هذه البنوة تعطيه حق الميراث، وتحرم غيره من العصبة، وتمنعه من الزواج بمحارم الكافل، فهذا الذي لا يجوز فعله.

فأما إذا كان النَّسب إلى(آل) بني فلان، أو إلى لقب العائلة، فإن هذا لا ضير فيه. وأما الشعور النفسي بالمهانة، فإنه شيء واقع، وقد لا يمكن التوصل لمحو كل آثاره، فنربي هذا الصغير على الرضا بالانتساب إلى هذه العائلة، والاكتفاء بذلك، وهو مكسب عظيم.

ودليل جواز انتساب المرء إلى غير أهله، أن العرب كانوا يتسمون به، حيث ينتسب إلى القبيلة من ليس من أهلها،وإنما انتسب إليهم بالحلف والولاء، أو الإسلام على يد أحد أبنائها، فهذا يدل على أن المحرم إنما هو الإعلان بالبنوة، وترتيب آثار البنوة عليها من ميراث وتحريم الزواج، الخ...[1]

السؤال:

منذ عام 1965م أخذنا طفلا مجهول الأب والأم، من دار الحضانة العامة وكفلناه وقمنا بتربيته لله، واسمه في دار الحضانة مم يوسف، ولم يكتب في أوراقه، اسم الأب، ولا اسم الأم.

ثم أدخلناه المدرسة الابتدائية بهذا الاسم، ولكن باتفاق مع مدير المدرسة كان يكتب في شهادته المدرسية: م. ز. ي. وقد بلغ اليوم وعمره 16 عاما، وصار من الضروري إخراج أوراق رسمية له، ولكن ما زال إلى اليوم يجهل أهله، ويظن نفسه أنه ابن العائلة، ونخشى أن تكون صدمته شديدة إذا علم الحقيقة.

إنّ والدي قد مات منذ عام 1956 م، وكذلك مات ثلاث إخوتي شهداء في حرب التحرير، وهو إنما ولد عام 1965 م، فلا يخطرنا ببالنا إعطاؤه اسم والدنا، ولا اسم أحد إخوتي، إذ لا يعقل ذلك، ولا يمكن لو أردناه.

ولكن هل يمكن أن يعطى اللقب العائلي – ومثله كثير في الجزائر – ويبقى اسم الأب، والاسم فارغا، ما حكم الشريعة الإسلامية ؟

– ن.م – قسنطينة – .

الجواب:

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله.

أولا: إن الإسلام قد أبطل التَّبنّي بنص من القرآن الكريم،وكان التَّبنّي الذي أبطله الإسلام، هو أن ينتسب الولد لغير أبيه، بحيث يقال فيه (فلان ابن فلان)، كما يقال لزيد بن حارثة رضي

---

١ – فتاوى الشيخ أحمد حماني، منشورات وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، ط 1993 ، ج 01 ص 506-507 .

الله عنه، زيد بن محمد، وكان يقال لسالم (سالم بن أبي حذيفة)، فهذا حرام لا يصح، ونزل فيه قوله تعالى﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ ٥ ﴾ الأحزاب: ٥ .

ثانيا: كان التَّبنّي في الجاهلية يترتب عليه النَّسب إلى الأب المتبني، أو للأم، وكان يترتب عليه أيضا حق الإرث، والحرمة في النكاح، فأبطل الإسلام كل ذلك.

ثالثا: إذا انتفى كل ذلك في هذه الحالة المسؤول عنها، بحيث لا يحمل في أوراقه اسم الأب، ولا اسم الأم، ولا حق له في الإرث كابن من الأبناء، ولا يحرم عليه التزوج بينه وبين كافليه، فلا مانع من أن يحمل لقبا شائعا في أفراد كثيرين، فإن الولاء في الإسلام كان يبيح للمولى أن ينتسب إلى مواليه، فيقال فلان هاشمي بالولاء، وفلان أموي بالولاء، ومن المعلوم أن ولاء اللقيط لمن قام بكفالته، كما جاء في الموطأ، عن عمر بن الخطاب إذ قال لمن التقط منبوذا:" **خذه فعلينا نفقته، ولك ولاؤه**".مالك في الموطأ

لذلك نقول: إذا كان هذا الولد لا ينتسب إلى أب في هذه العائلة، وإلى أم، وإنما ينتسب إلى لقب عائلي، ولا يترتب على ذلك إرث ، ولا حرمة نكاح، فليس في ذلك بأس[1].

12/ 04 / 1981.

هذا هو نص الفتوى كما أوردها المرحوم الشيخ أحمد حماني في فتاواه، وقد صدر في أعقابها المرسوم التنفيذي السابق.

فخلاصة الفتاوى، أن الشيخ لا يرى مانعا من إعطاء الولد المكفول لقب الشخص الكافل، مع التأشير في شهادة الميلاد، على أن الولد مكفول.

وقد أجاز هذا بشروط، وهي أن لا يترتب على الكفالة ما يترتب على التَّبنّي، أي تسري المحرمية بين الكافل والمكفول، ولا يحرم الزواج بينهما، فيجوز للمكفول أن يتزوج المرأة الكافلة أو إحدى بناتها، ويجوز للكافل أو أحد أبنائه، أن يتزوج بالبنت المكفولة، وأن لا يترتب على هذه العلاقة مشروعية الميراث بينهما.

وجاء بعد فتاوى الشيخ أحمد حماني المرسوم التنفيذي، وهذا نصه:

---

١ - فتاوى الشيخ أحمد حماني المرجع السابق، ج01 ، ص 507 – 508.

مرسوم تنفيذي 92- 24 مؤرخ في 08 رجب عام 1412 هـــ الموافق ل 13 يناير سنة 1992، يتمم المرسوم 71 – 157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971 والمتعلق بتغيير الألقاب.

المادة الأولى: يضاف المقطع **2** أدناه:

كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا، في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النَّسب من الأب، أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا المولود ولفائدته، وكذا قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصيّ، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة، وعلى قيد الحياة فينبغي أن تقدم موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب.

المادة 5 : مكرر 1 : يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون.

المادة 05 : مكرر 2 : لا يكون الطلب محل النشر المذكور في المادة **3** أعلاه، عندما يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى المقطع الثاني أعلاه.

يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية، الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى، المقطع **2** أعلاه.

يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين **30** يوما لتاريخ الإخطار من وزير العدل، ويكون محل تسجيل وإشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة **5** مكرر **1** أعلاه.

فالمرسوم أجاز للشخص الكافل، أن يعطي الولد القاصر لقبه العائلي، إذا كان مجهول الأب. وعندما تكون الأم معلومة، فلا بد من أخذ الإذن منها وموافقتها في شكل طلب شرعي.

ويؤشر في شهادة الولد القاصر على أنه مكفول، وبالتالي تسقط البنوة، لتنافي البنوة والكفالة، فيكتب اسم الولد وأما اسم الأب فيضع أمامه **X** أو مجهول.

وبالتالي لا يظهر أن هذا الإجراء من باب التبني، وحتى المرسوم جاء تحت باب الكفالة المشروعة.

وفي حالة إذا ما كان المكفول معلوم الأبوين، فلا يصح تغيير لقبه لصالح الكافل، تقول المادة 120 من ق أ ج: " يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي، إذا كان معلوم النسب...".

المبحث الرابع: نفقة الزّوجة العَامِلة.

مقدمة:

من قوامة الرّجل على أسرته وأهل بيته، الإنفاق عليهم، ورعاية شؤونهم، والاهتمام بمصالحهم، وهو وحده المطالب شرعا بأن يوفر لأبنائه وزوجته نفقة تسد حاجاتهم، ولا يحتاجون بعدها لأحد.

وحتى تكون نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فقد قيّدت بمجموعة من الشروط كوجود عقد زواج صحيح مستوفي الأركان والشروط، مع عدم نشورها وتمردها عن طاعة زوجها، وخروجها من البيت بلا إذن ولا رغبة منه.

وقد ألزم الزوج شرعا بالإنفاق على زوجته، لأجل احتباسها، لأنها بزواجها به، قد أوقفت نفسها عليه، لخدمته وقضاء شؤونه دون غيره، لا يشاركه في ذلك غريب، ولا يزاحمه فيها قريب.

وإذا كان بقاء الزوجة في بيت الزوج حقاّ له عليها، فله أن يمنعها من الخروج منه، إلا لضرورة أو ما قضى العرف به، وإلا اعتبرت ناشزا خارجة عن طاعته وعدّ ذلك من مسقطات النفقة الزوجية.

ولكن إذا رضي الزوج بخروج زوجته للعمل، أوممارسة وظيفة معينة، وأذن لها بذلك صراحة أو ضمنا، أو اشترطت ذلك في عقد الزواج، هل يعتبر ذلك مسقطا لنفقته عليها، لأنها قد أخلت ببعض واجباتها الزوجية ؟ أو أن إذن الزوج يعتبر رضا منه بحق الاحتباس الناقص، وبالتالي يلزمه النفقة عليها ؟ وهل يجوز للزوج أن يوقف زوجته عن العمل خارج البيت إذا رأي في ذلك مصلحة وكان قد أذن بذلك ؟ وكيف يمكن للسياسة الشرعية أن تتدخل في الموازنة بين مصالح الزوج من يوقف الزوجة عن العمل، وبين المضار والخسائر التي قد تقع وتتحملها الزوجة إن هي توقفت عن العمل، وخاصة إذا كانت قد التزمت بذلك أمام هيئة أو مؤسسة خاصة أو عامة ؟ وكيف لولي الأمر أن يوفق بين مصالح الزوج من جهة ومصالح الزوجة من جهة، ويحافظ بذلك على استقرار العائلة، هذا ما سناول بحثه في ما يأتي:

أولا: تعريف النَّفَقة

1 – لغة: تأتي بمعنى الموت، يقال نفق الفرس والدابة وسائر البهائم، أي مات[1]. وتأتي نفق بمعنى راج، يقال نفقت السلعة إذا غلت ورغب فيها .

وتأتي بمعنى نقص يقال نفق ماله ودرهمه وطعامه إذا قَلَّ ونقُص أو فَنِي وذهب، وإنفاق المال صرفه، يقال رجل مِنْفَاق أي كثير النَّفَقة.

قال الخليل: والنَّفَقة، ما أنفقت واستنفقت على العيال ونفسك[2]، والنَّفَقة مأخوذة من النَّافقاء وهو موضع يرققه اليربوع من جحره، فإذا أوتي من قبل القَاصِعاء، ضرب النّافقاء برأسه فخرج. ومنه سمي المنافق حيث يشبه اليربوع بدخوله بالجحر وخروجه منه، فالمنافق يدخل في الإسلام ثم يخرج منه[3].

2– اصطلاحًا: هو تأمين الحاجات الضرورية، التي لابد منها للإنسان ، حتى لا يحتاج إلى الغير. والحاجات الأساسية التي لا يستغني عنها الإنسان في حياته هي: الغذاء والكساء والمسكن وغيره من الضروريات.

فأما الغداء، ففيه قوَامُ حياةُ الإنسانِ، وبقاءُ بُنْيَتِه الأساسيةِ، فالغِذاءُ يُقيم بناء الإنسان، ويديم وجوده من الداخل.

وأما اللِّباس أو الكِساء ففيه وِقايةٌ من الخارج، وأما المَسكن فيأو ي إليه ويرتاح فيه، ويحتمي به من عوادي الدهر[4].

والنَّفَقة عند الجمهور، هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن، وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس[5].

---

١ – الخليل / العين، ج05، ص 177.

٢ – الخليل/ المرجع نفسه.

٣ – ابن المنظور / لسان العرب، ج10، ص357. والجوهري / الصحاح، ج04، ص1560.

٤ – الشقفة/ الفقه المالكي، ج03 ص 648 – 649.

٥ – شلبي / أحكام الأسرة، ص 437.

والمالكية مع الجمهور، على حسب تعريف ابن عرفة عندما قال النَّفقة هي :" **ما به قَوَامُ معتاد حَالِ الآدَمِيّ دُونَ سَرَفٍ** "[1].

غير أنّ للمالكية اصطلاحا خاصا ، فقد يطلقون النَّفَقة على الطعام خاصة دون الكسوة والمسكن. قال الكشنويُّ: النَّفَقة هي ما يقتات به الإنسان ويتخذه للمعيشة، ويعيش به غالبا، من الحنطة والشعير والأرز والذرة وغير ذلك من الحبوب وكذا التمر والزبيب ونحوها[2].

ثانيا: حُكمُ النَّفَقة الزّوجية.

النَّفَقة على الغير واجبة إذا توفرت الشروط ، فالنَّفَقة الزوج تِجُّواجبةٌ بالكتاب والسُّنة والإجماع.

الكِتابُ : قال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿٢٣٣﴾﴾ البقرة:٢٣٣ والمراد بالمولود له الزوج والضمير في قوله **رزقهنّ** عائد على الزوجات.

السنَّةُ: ما رواه أبو داود في سننه عن حكيم بن معاوية عن أبيه رضي الله عنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقلت: يا رسول الله ما تقول في نسائنا ؟ قال:" **أَطعِموهُنَّ مِمَّا تَأْكُلُونَ، واكْسُوهُنَّ مما تَكْتَسُونَ، ولا تَضْرَبُوهُنَّ ولا تقَبِّحُوهُنَّ** [3]".

وقوله صلى الله عليه وسلم لِهِنْد بِرت عُتْبَة :" **خُذي من مالِه ما يَكفيك وولدَك بالمعروف**[4]"

---

١ – الرّصاع / شرح حدود ابن عرفة، ج01، ص321.

٢ – الكشناوي، أبو بكر بن حسن / بدر الزوجين ونفحة الحرمين، طبعة دار الفكر، بيروت، ص126.

٣ – أبو داود في السنن، كتاب: النكاح، باب: حق المرأة على زوجها، ج 02، ص210، رقم 2146، وصححه الألباني في صحيح أبي داود، ج06، ص 361، رقم 1861.

٤ – البخاري، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها من معروف، ج05، ص5052، رقم5049، ومسلم، باب: قضية هند، ج05، ص129، رقم4575. واللفظ لمسلم

وأما الإجماع، فمنعقد منذ عصر النُّبوة إلى عصرنا هذا على أن نَّفقةَ الزوجِ على زوجته واجبةٌ، لم يخالف في ذلك أحدٌ[1].

قال ابن قدامة:" وأما الإجماع، فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن، إذا كانوا بالغين إلا الناشز"[2].

والرجل في الإسلام هو المكلف بالإنفاق على نفسه، وعلى الزوجة والأولاد، والخدم، والبهائم التي تحت يده. وهذه النَّفَقة جعلها الله واجبة على الرجل، والزوج، والأب، والمالك. وإلا فمن ينفق على الضعفة من النساء والأولاد والمماليك وغير ذلك ؟.

وهذا من رحمة الله ولطفه بعباده، أن سخر بعضهم لبعض، وكلف بعضهم بالإنفاق على بعض.

ثالثا: شُروطُ وجوبِ النَّفَقة الزَّوجيةِ.

شروط وجوب النَّفَقة للزوجة تختلف بحسب حالها إذا كان مدخولا بها أم لا ؟

أولا: الزَّوجةُ المدخول بها.

يجب على الزوج البالغ الموسر أن ينفق على زوجته التي دخل بها، ومكنته من نفسها، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، صحيحة أم مريضة، ولو كانت غير مطيقة للوطء لصغرها، أو لمرضها كالرَّتْقَاء والقَرْناء[3] ولو كان مرضها مشرفا على الموت.

ولا يسقط النَّفَقة حيض ولا نفاس، ولا صوم و لا حج، ولا مغيب إن غابت عنه بإذنه، ولا اختلاف الدين، كأن يتزوج كتابية، فلا يسقطها شيء غير النشوز.

---

١ – الشقفة / الفقه المالكي، ج03 ص 647 – 648.

٢ – ابن قدامة / المغني، ج09، ص 230.

٣ – الرتق أن يكون الفرج مسدودا يعني أن يكون ملتصقا لا يدخل الذكر فيه، والقرن لحم ينبت في الفرج فيسده.

ثانيا: الزَّوجةُ غيرُ المدخولِ بها.

فلا تجب لها النَّفَقة إلا بخمسة شروط هي:

1 – إذا دعت الزوج للدخول بها.

2 – إذا كانت الزوجة تطيق الوطء.

3 – إذا كان الزوج بالغا.

4 – إذا كان الزوج موسرا بالنَّفَقة على قدر حاله.

5 – أَلَّا يكون أحدُهما مشرفا على الموت عند الدعوةِ إلى الدخول، وإلا فلا نفقة[1].

رابعا: الأَصلُ في الإنفاقِ على الزَّوجات

المرأة لاعتبارات شرعية اقتضتها متطلبات حالها، الملزمة للستر والعفاف منعت من مخالطة الرجال لأجل كسب القوت، وجعل الإنفاق عليها حقا على الغير من زوج أو قريب لكونها زوجة أو أما أو بنتا أو قريبة ذات رحم محرم فلها حق الرعاية والإنفاق متى ما كانت مستحقة لذلك على ما سنوضحه فيما يلي :

أ – نفقة المرأة غير المتزوجة :

سبب وجوب هذه النَّفَقة القرابة المحرمة للقطع، لأنه إذا حرم قطعها حرم كل سبب مفض إليه، مما يدل على وجوب الإنفاق على المرأة القريبة.

ب– نفقة الزوجات :

سبب وجوب هذه النَّفَقة للعلماء فيه قولان:

الأول: يرى الحنفية والحنابلة، أن النَّفَقة تجب للزَّوجة لاستحقاق الزوج الحبس الثابت

---

١ – الشقفة / الفقه المالكي، ج03 ص 656. والحبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته، ج04 ص 256.

بالنّكاح عليها، فلا تتمكن بسببه من نكاح غيره، حيث فرغت نفسها له، كما منعت من الخروج والكسب لأجله، فتستوجب المجازاة بما يكفيها من ماله، وهو قول لبعض المالكية[1].

الثاني: ويرى الشافعية في قول لهم[2]، أنها تجب بالعقد وتستقر بالتمكين، وهو شرط لأنها معاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، فاستحقت به الأجر، وإلى هذا ذهب المالكية في قول لهم[3].

وفي قول آخر للشافعية أنها تجب بالتمكين لا بالعقد، لأن العقد يوجب المهر، وهو لا يوجب عوضين مختلفين، ولأنها مجهولة بالنسبة للاستقبال إذ لا يعلم قدر الأيام التي تمكثها الزوجة معه، والعقد لا يوجب مالا مجهولا. والقول بوجوب التمكين قال به المالكية في قول لهم، لأنه صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين ودخل بها بعد سنتين[4]، و لم ينقل أنه أنفق عليها قبل الدخول ولو كان حقا لها لساقه إليها[5].

وهم يرون أنها ليست معاوضة في مقابلة التمكين والاستمتاع، لأن هذا يثبت بالعقد الموجب للمهر لقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ ﴾ النساء: ٢١

وفسر الإفضاء بالجماع، خاصة وأن الوطء حق مشترك بين الزوجين لاشتراكهما في لذته، ولهما منافعه المترتبة عليه.

---

١ – المرغناني / الهداية شرح بداية المبتدي، ج 8، ص 501 ، طبع دار إحياء التراث العربي. والكاساني / بدائع الصنائع، ج 4، ص 16، ص23. والبهوتي / كشاف القناع، ج 5، ص 460 . والغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج02، 639.

٢ – الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 435.

٣ – القاضي عبد الوهاب / الإشراف، ج02، ص 807. والحبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته، ج04، ص 256.

٤ – البخاري، باب تزويج النبي صلى الله عليه و سلم عائشة وقدومها المدينة وبنائه بها، ج03، ص1214، رقم 3681، ومسلم، باب: تَزْوِيجِ الأَبِ الْبِكْرَ الصَّغِيرَةَ، ج04، ص142، رقم 3545.

٥ – النووي / إعانة الطالبين، ج04، ص 71. والمجموع، ج18، ص 238. وابن شاس / عقد الجواهر الثمينة، ج02، 595. والقرافي / الذخيرة، ج04، ص 465.

ولقد اختار الكثير من المتأخرين أن نفقة الزوجة على زوجها ثابتة مقابل احتباسها [1]. قال الصابوني:" إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها لقاء احتباسه لها عن الزواج بغيره، فما دامت الزوجة محتبسة لحق الزوجية ،كالإشراف على تربية الأولاد والقيام بواجباتهم وغير ذلك، فوجب نفقتها على الزوج".

وقد فهم البعض خطأً، أن المراد من الاحتباس السجن المترلي، بحيث لو خرجت إلى مترل أبيها، أو إلى المستشفى للعلاج، سقط حقها في النَّفَقة لأنها ناشز، وهو فهم غير دقيق[2].

ومقصود الاحتباس هو أن يكون الزوج قادرا على استيفاء حقوق الزوجية كاملة متى شاء، فالاحتباس يفضي إلى مقصود الزواج.

خامسا: نَفَقَةُ الزَّوجةِ العَامِلة.

نفقة الزَّوجَة واجبة على زوجها، غنية كانت أم فقيرة، مسلمة كانت أو من أهل الكتاب، فهي مكفية في جميع شؤونها، والأصل أن المرأة ما دامت مكفية في مؤونتها، فلا يلزمها العمل للتكسب في المؤسسات العامة أو الخاصة، لأن التكسب في العادة هو لتحصيل المؤونة، وسد متطلبات المعيشة، والزَّوجَة مكفولة في ذلك.

ومع هذا فإذا قُدِّر ودعت الحاجةُ والعوزُ الزَّوجَة إلى العمل، أو كان في عملها مصلحة للأمة، فإن الإسلام لا يمانع من عملها إذا كان بضوابطه الشرعية.

والزَّوجَة العَامِلة إما أن تكون عاملة قبل زواجها أو بعده، وفيه اعتبار حال الزوج هل يرضى بعملها أم لها لا يرضى، ومن جهتها هي أيضا، هل تشترط ممارستَها للعمل بعد الزواج أم لا تشترط ؟

---

١ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 88.

٢ – عبد الرحمن الصابوني / شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج01، ص 300.

I – المرأةُ العَامِلة قبل الزَّوَاج.

قد تكون المرأة عاملة قبل العقد عليها أو طلبها للزواج، وعند ذلك فالزوج إذا علم بذلك، فهو أمام خيارين، إما يقبل بها زوجة مع موافقته على بقائها في العمل أو الوظيفة، وإما أن يبدي رأيه صراحة بعدم قبوله لاستمرارها في العمل، ويطلب منها التوقف عن ذلك.

ومن المتفق عليه فقها أن عمل المرأة في البيت مثل الخياطة والقراءة والكتابة، لا يسقط نفقتها، لأن حقّ الاحتباس قائم مع هذه الأعمال[1].

وإذا تم عقد الزَّوَاج، و لم يطلب منها التوقف عن العمل، ففيه ذلك دليل على رضاه بالعمل وقبوله باستمرارها فيه، وعند ذلك فإنّ خروجها للممارسة عملها لا يعدّ نشوزا، ولا يكون مشكلة بين الزّوجين[2].

وإذا كانت المرأة تعمل أو تحترف حرفة قبل الزَّوَاج أو بعده، وطلب الزوج منها صراحة الامتناع عن العمل فلم تجبه إلى ذلك، فلا نَفَقَة لها وتعدّ ناشز ا، لأن النَّفَقة في مقابل الاحتباس، وهي لم ترض بذلك، ولا خلاف فيه بين الفقهاء[3].

أما لو اشترطت الزَّوجَة حين العقد البقاء في عملها، فهذا الشرط فاسد ملغي عند الحنفية، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل، فإن استمرت فيه، سقط حقها في النَّفَقة[4].

---

١ – المستشار حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص429.

٢ – عيسى صالح العمري / أعمال المرأة الكسبية وأحكامها في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ص 21. كتاب إلكتروني على موقع **arablawinfo.com.**

٣ – وإذا أذن لها في العمل خارج البيت ورضي به، فيلزمه نفقتها، لكن إذا تضرر من هذا العمل في المستقبل فله منعها، وإلا فهي ناشر لا نَفَقَة لها.

٤ – محمد بن الحسن الشيباني / الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري ، عالم الكتاب، بيروت، ط/ 1403هـ، ج03، ص2 212 – 214.

وصحح المالكية هذا الشرط، ولكنه مكروه لا يلزم الوفاء به، و لا يجب الأخذ به، بل يستحب فقط، فله أن يمنع الزَّوجَة من العمل، فإن رفضت الاستجابة لمطلبه كانت ناشزة، يسقط حقها في النَّفَقة[1].

وقواعد الشافعية تأبى مثل هذا الشرط[2]، لأن المذهب الجديد أن النَّفَقة الزوجية تجب بالتمكين التام، لا بالعقد، وأن الخروج من بيت الزوج بلا إذن منه، نشوز منها، سواء أكان الخروج لعبادة كحج أم لا، ويسقط النشوز نفقتها لمخالفتها الواجب عليها، وأنها لو مكنت من الوطء ومنعت بقية الاستمتاعات، كان ذلك نشوزاً[3].

وقد صحح الحنابلة هذا الشرط وأوجبوا الوفاء به، فلا يكون للزوج أن يمنع المرأة من العمل، ولو منعها لا تكون ناشزة[4].

قال ابن قدامة: و جملة ذلك، أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة، أحدها: ما يلزم الوفاء به، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته. مثل أن يشترط أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح.

يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق[5].

---

١ – ابن رشد الجد / البيان والتحصيل، ج04، ص443.

٢ – النووي / المجموع، ج16، ص250.

٣ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج10 ، ص109.

٤ – هشام أسامة منور / النفقة الزوجية، ص53 – 54.

٥ – ابن قدامة / المغني، ج07، ص 71، والكافي في فقه الإمام أحمد، ج03، ص69.

وقال ابن القيم: يجب الوفاء بالشروط التي اشترطت في العقد، إذا لم تتضمن تغييرا لحكم الله ورسوله[1].

وعلى رأي الحنابلة مشى معظم المحققين من المتأخرين، ولما كان عمل الزَّوجَة مشروعا من حيث المبدأ، و لم يوجد في شرع الله ما يخالفه أو يمنعه، فلا مانع من إدراج شرط عمل الزَّوجَة في عقد الزَّوَاج، وذلك إذا تهيأ لها عمل يناسب فطرتها.

وللزّوج أن يشترط عليها أن تترك العمل إذا كانت عاملة، لأن حقَّ الاحتباس ملك للزّوج، وهذا قياسا على جواز الشُّروط التي لا تتنافى مع مقصود النِّكاح، كأن يشترط أن لا يخرجها من بلدها ونحو ذلك.

وأدلة وجوب الوفاء بالشُّروط كثيرة أهمها:

ما روي عنْ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **أَحَقُّ الشُّروط أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ** [2]" وهذا يؤكد وجوب الوفاء بالشُّروط دون أن يفرق بين شرط وآخر.

فجعل النبي صلى الله عليه وسلم، ما يستحل به الفروج من الشُّروط، أحقّ بالوفاء من غيره[3].

وعن عبد الرحمن بن غنم قال : شهدت عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي في امرأة جعل لهـا زوجـها دارها، فقـال عمر: لهـا شرطها، فقـال رجل: إذًا يُطلقُنَا، فقـال عمر:

---

١ - ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص 97.

٢ - رواه البخاري، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ج02، ص970، رقم970.

٣ - ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص 165.

" **إنّما مقاطع الحقوق عند الشُّروط** [1]"

وشرطها فيه منفعة لا تنافي المقصود من النِّكاح فوجب الأخذ به. وقد قال ابن تيمية:" إن العقود والشُّروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها، حتى يدل دليل على التّحريم.[2]"

و الشُّروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها، وكان رضاه بالعقد على أساسها، وهي لا تمنع من تحقق مقاصد النِّكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها، فكان لا بد من الوفاء بها، إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه، وهو وجوب الوفاء بالعقود، وإن حصل خلل في الوفاء، فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد.

فإن رضي الزوج بالعمل أثناء عقد الزَّوَاج وكانت قد اشترطت عليه ذلك صراحة ، فهو رضا بقيد الاحتباس الناقص، وتجب لها النَّفَقة عليه[3].

2 – سلطة الزَّوج على زوجته العَامِلة بعد الزَّوَاج.

للزوج أن يعترض على عمل امرأته عند عقد الزَّوَاج أو قبله، وله أن يشترط عليها التخلي عنه في عقد الزَّوَاج، ويكون الشرط ملزما لها بعدم العمل، ولكن هل للزوج أن يعترض على عملها ويأمرها بالتخلي عنه، وقد تزوجها وهي عاملة و لم يعترض عليها و لم يطالبها بالتوقف، أي أنه في البداية قد رضي بحق الاحتباس الناقص، فخروج الزَّوجة للعمل خارج البيت يستلزم منها بعض التقصير أو الإنقاص من حق الزَّوج في الاحتباس، كأن تكون طبيبة أو ممرضة تعمل في بعض الأحيان ليلا اضطرارا.

---

١ – رواه البخاري معلقا، باب: الشروط، ج 02، ص 969. وابن أبي شيبة في المصنف، ج 03، ص 499، رقم 16449، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: ما جاء في الشروط في النكاح، ج 07، ص249، رقم 14826، وصححه الألباني في إرواء الغليل رقم 1891، ج06، ص302.

٢ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج29، ص 150.

٣ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 278. ونصر فريد / فقه الأسرة في الإسلام، ج01، ص 265.

فهل للزوج الرجوع عن إذنه وموافقته الضمنية أو الصريحة، ومطالبة الزَّوجة بترك العمل بعد أن استمرت فيه بعد زواجها مدة من الزمن.

بداية نقول: ليس للزوج أن يأذن لزوجته في العمل مدة، ثم يعدل عن قراره من غير موجب ولا سبب مقبول، فيطلب منها فجأة التوقف عن العمل، فهذا التصرف من الزَّوج يعتبر عملا تعسفيا تجاه زوجته، وهو إضرار بها، وهو ظلم محقق، مادام أن العمل مشروع، ولا يضر بحق الزَّوجية في شيء، وخاصة إذا قضت الزَّوجة مدة طويلة في العمل و لم يبق لها الكثير على التقاعد.

وقد ذهب الفقهاء إلى أن للزوج الحق في منع زوجته من العمل في بعض الظروف، إذا ثبت أن في عملها تأثيرا سلبيا على حقوق الزَّوجية، وأن ذلك مما يرجع على الأسرة بالضرر.

فقد يكون رضي بعملها قبل الزَّوَاج، ثم ظهر له أن يمنعها لسبب أو لآخر، فله ذلك ؟ قال ابن عابدين: " المتبادر من كلامهم الإطلاق، ولا مانع من أن يكون تزوج بها مع علمه بحالها، رضا بإسقاط حقّه أيّ في الحبس."[1]

ومع ذلك، فقد أجاز الفقهاء للزوجة الخروج من البيت للضرورة في بعض الصور، من غير أن يأذن لها زوجها.

ففي مجموع النوازل من كتب الحنفية، أن الزَّوجة إن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر، أو لآخر عليها حق، فإنها تخرج بالإذن من زوجها وبغير إذن منه[2].

فهذا النص من الحنفية يجيز للزوجة العَامِلة عند الحاجة أو الضرورة الخروج لأجل عملها، ولو من غير إذن الزَّوج، بأن كانت قابلة مهمتها توليد الحوامل، أو كانت غسالة تقوم بغسل

---

١ - حاشية ابن عابدين، ج03، ص 146. وهشام أسامة منور / النفقة الزوجية، وأثر عمل المرأة وغناها عليها، دارسة مقارنة، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ط2005/01، ص53.

٢ - ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج04، ص 398. وابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص 212.

الموتى، فليس للزوج أن يمنعها من ذلك، نظرا لأهمية عملها وما تؤدي من خدمة تستوجبها المصلحة العامة.

وعند التأمل في هذه الفتوى نجد أن عمل القابلة أو الغسالة، لا تترتب عليه مفاسد كثيرة، وذلك لأنه عمل مؤقت وظرفي، وليس دائما ولا مستمرا، كما أنه عمل قد يدخل أحيانا في باب الضروريات، وأن التأخير في عملية التوليد، قد يؤدي إلى نتائج وخيمة، فقد يموت الجنين وتموت الحامل إذا تأخرت القابلة، وانتظرت طلب الإذن من زوجها بالخروج، وكذلك الغسالة، فعملها يتعلق به الحفاظ على كرامة الإنسان الميت، وأن الصلاة على الجنازة ودفنها مرتبط بتغسيلها، وخاصة إذا خشي تغير الميت وتفسخ جثته موسم الحرّ.

لذا نجد ابن نجيم جزم أنه إذا كان فعل القابلة أو الغسالة من باب الفروض الكفائية، بحيث لم يتعين عليهما دون سواهما، بأن كانت هناك من النِّساء غيرهن من يستطيع القيام بهذه الأعمال، فللزوج أن يمنعها من الخروج من غير إذنه، لأن في الخروج للعمل تفويتا لحقه، قال ابن نجيم:" وينبغي للزوج أن يمنع القابلة والغاسلة من الخروج، لأن في الخروج إضرارا به، وهي محبوسة لحقه، وحقه مقدم على فرض الكفاية.[1]"

وقال ابن عابدين: " والذي ينبغي تحريره، أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته.[2]"

فمدار المنع في ذلك هو وجود الضرر، أو الإنقاص من الحقّ، على ما اختاره ابن عابدين.

وقد يفهم بالمخالفة من تعليل ابن نجيم لمنع الزَّوج خروج زوجته للعمل، أنه يجوز للزوجة العَامِلة أن تخرج دون إذن زوجها، في حالة تعينها للعمل، كأن تكون مؤهلة للعمل في بلدها كقابلة أو غسالة، ويقاس عليها سائر الأعمال الطبية والتدريسية في مجال النِّساء.

---

١ - ابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص212.

٢ - حاشية ابن عابدين، ج 03، ص 603.

كما أن الزَّوج إذا لم يكن يمانع من عمل زوجته، جاز لها الخروج بلا إذن في وقت الحاجة، وإن منعها، فلا تخرج إلا الضرورة أو الحاجة، كالقابلة أو الغسالة[1].

ولقد أجاز الشافعية خروج الزَّوجة نهارا لتحصيل نفقتها ولو كانت غنية، إذا أعسر الزَّوج عن توفير النَّفَقة لها، ولو أمكنها ذلك ببيتها، بشرط الحشمة ومراعاة الآداب العامة.

قال النووي: " يجوز لها الخروج في مدة الإمهال - نهارا - لتحصيل النَّفَقة، بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس له منعها من الخروج. وقيل: له منعها، وقيل إن قدرت على الإنفاق بمالها أو كسب في بيتها كالخياطة والغزل فله منعها، وإلا فلا. والصحيح المنصوص، أنه ليس له منعها مطلقاً، لأنه إذا لم يوف ما عليه لا يملك الحجر[2]".

كما يفهم من كلام السادة الشافعية أيضا، أن الزَّوجة إذا التزمت بشيء من الأعمال قبل الزَّوَاج، فليس للزوج أن يمنعها من أن توفي بما عليها، كأن تكون أجرت نفسها للرضاعة قبل الزَّوَاج، فليس له منعها منه ولا تعتبر ناشزا.

قال النووي:" ولو أجرت نفسها ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة، فالإجارة بحالها، وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته، كما لو أجرت نفسها بإذنه"[3].

ولنا أن نقول: إن الزَّوجة إذا كانت قبل زواجها ملزمة بعمل ما، كان لها مواصلة العمل بعد زواجها، ولو من غير إذن الزَّوج، كأن تكون درست في مؤسسة، ضمنت لها تكوينا خاصا لتوظيفها بعد التخرج، وصرفت عليها مبالغ مالية معتبرة من أجل تكوينها، بل ربما تقاضت في فترة تربصها مبالغ مالية كرواتب قبلية، فهذه الزَّوجة ملزمة بالعمل خارج البيت، ولو من غير رضا الزَّوج، لأن توقفها عن العمل يعني إخلالها بالتزام واجب عليها، ويترتب عن ذلك أضرار وخسائر تتحمل الزَّوجة تبعاتها، ومعلوم أن الضرر مدفوع في الشرع.

---

١ - صالح العمري / أعمال المرأة الكسبية، ص28.

٢ - النووي / روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج09، ص 78. والشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص445.

٣ - النووي / روضة الطالبين، ج05، ص 186. والشيرازي / المهذب، ج02، ص 160.

وله أن يوقفها عن العمل، إذا تحمل عنها جميع التكاليف والتعويضات، لأنه بذلك يكون قد رفع عنها الضرر الحاصل وأزاله.

فالعذر إذا وجد عمل به، وحتى إذا وجد العذر قبل عقد الزَّوَاج، وبقي إلى ما بعد الدخول، فإنه يعمل به، ويصح أن تخرج الزَّوجة للعمل وليس للزوج منعها، وهي ليست ناشزا في نظر الشّرع.

فلو منعت نفسها عن زوجها بسبب صيام النذر المعين، وقد أذن فيه الزَّوج، فلا تعتبر ناشزا، ولو كان هذا النذر قبل الزَّوَاج، فليس له منعها، لأن العذر قبله كالعذر بعده، فقد جاء في المجموع: وإن منعت نفسها عن نذر معين أذن فيه الزَّوج لم تسقط نفقتها، لأن الزَّوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها، وإن كان عن نذر لم يأذن فيه، فإن كان بعد عقد النِّكاح، سقطت نفقتها، لأنها منعت حق الزَّوج بعد وجوبه، وإن كان بعذر قبل النِّكاح لم تسقط نفقتها، لأن ما استحق قبل النِّكاح لاحق للزوج في زمانه، كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت[1].

وأما إذا لم تكن عاملة قبل الزَّوَاج، وأذن لها بعده صراحة أو ضمنا بالخروج في العمل، ودخلت في التزامات مع الغير، كأن تكون وقعت على عقد ملزم، وقطعت شوطا في عملها، فليس للزوج أن يمنعها.

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الزَّوجة لو أجرت نفسها للإرضاع، وانشغلت بعملها، فليس للزوج منعها، لما يترتب على ذلك من الضرر.

قال الشرواني:" لو آجرت نفسها للإرضاع بإذنه وخرجت، فإنه لا يتمكن من عودها، لاستحقاق منفعتها للمستأجر"[2].

---

١ – النووي / المجموع، ج18، ص 241.

٢ – حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، ج08، ص 350.

سادسا: نفقة الزَّوجة العَامِلة ووجه السياسة فيه.

الظاهر من أقوال الفقهاء أن الزَّوجة العَامِلة أو المحترفة، لا نفقة لها إذا نهاها زوجها عن العمل ورفضت ذلك، بل له الحق في منعها من العمل ولو تزوجها وهي تعمل، لأن الاحتباس حق للزوج، فإذا لم تترك العمل اعتبرت ناشزا لا نفقة لها[1].

فقد قال الحنفية: إن المرأة التي تحترف وتكتسب لم تفرغ نفسها لزوجها، ولم تسلمها التسليم الكامل، فلو منعها من ذلك وعصته وخرجت بلا إذنه، كانت ناشزة ما دامت خارجة من بيته، وبالتالي لا تستحق النَّفَقة منه[2].

وعند المالكية، للزوج الاعتراض على تأجير زوجته نفسها للإرضاع، وله منعها من ذلك، وفسخ الإجارة لما يلحقه من الضرر بتشاغلها عنه[3].

أيّ، للزوج الحق أن يمنع زوجته من العمل خارج البيت، إذا كان يوفر لها نفقة كافية، لأن في ذلك إنقاصا من حق الاحتباس الواجب له عليها، وقد يسبب ذلك ضررا له.

ويبقى أن نقول: هل يجوز للزوج – إذا تزوج بامرأة عاملة، وهي ملتزمة به، وهو يعلم ذلك مسبقا، ولم يصدر عنه ما يدل على اعتراضه على هذا العمل، ورضي باستمرارها في عملها خارج البيت مدة من الزمن – أن يوقفها عن العمل ويطلب منها الامتناع عنه، وملازمة بيتها، وهل تعتبرا ناشزا ولا نفقة لها ؟

إن في إقدام الزَّوج على الزَّوَاج بها، وهو يعلم أن لها عملاً خارجياً، ولم يشترط عليها ترك العمل، يعد رضىً منه بسقوط حقه في الاحتباس الكامل في مترل الزَّوجية.

---

١ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 90. يراجع مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج1 ص 489 طبع إحياء التراث العربي . وحاشية ابن عابدين ج 03، ص 577 الطبعة الثانية سنة 1386هـ .

٢ – الكاساني/ بدائع الصنائع، ج04، ص 17.و مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج1،ص 487، وحاشية ابن عابدين ج 3 ص 578.

٣ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص 13.

والواقع أن نصوص الفقهاء في جواز المنع، جاءت مبنية على أعراف منتشرة بينهم وعادات قائمة عندهم، والحرف التي كانت تمارسها النِّساء بسيطة وحرة في عمومها، و لم تكن دائمة ومستمرة، بل ظرفية ومؤقتة، فلا تأخذ من الوقت الكثير، كعمل القابلة والغسالة أو الغزالة، أو المرضع، وهي ليست دائمة ولا تستمر سنوات، ولا أشهر عديدة، بل أحيانا لا يدوم العمل إلا دقائق معدودات، ومن ثمَّ كان عدم الإلزام بها أو الإخلال بها، لا تترتب عليه مفاسد عظيمة، ولا أضرارا خطيرة تمس الفرد والمجتمع، وإن وجد ذلك، كانت أضراره نسبية.

وأما اليوم في الحياة المعاصرة، فقد تغيرت الأمور كثيرا عما كانت عليه، سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو المهني، وأصبح عمل المرأة ضرورياً لسد الحاجات الشخصية والجماعية، فقد تعمل الزَّوجة لتلبي بعض الحاجات الخاصة، التي لا يجب على زوج توفيرها، في ظل تعدد أنماط العيش المختلفة، كما أن الزَّوجة قد تعمل لتسهم هي أيضا في تأثيث البيت وشراء بعض اللوازم التي يتقاعس الزَّوج عن شرائها وتوفيرها، وقد تساعد عائلتها الأصلية، وتعينهم من الناحية المادية، على أعقاب الارتفاع الفاحش للمستوى المعيشة.

وقد اتسع ميدان الشغل والعمل، وانفتحت أبوابه أمام المرأة على أكثر من صعيد، وأصبحت الدراسة ومزاولة تخصص معين تكلف أموالا طائلة، وقد يتم التعاقد بين الطلاب والهيئة أو المؤسسة المختصة على أن تتكفل هي بمصاريف الدراسة أو التكوين، شريطة أن يزاول الطالب وظيفته بعد التخرج مباشرة، وأن الإخلال بهذا العقد يترتب عليه رد جميع التكاليف والنفقات التي صرفت على الطالب.

كما أن الأمة قد تكون في حاجة ماسة إلى اشتغال النِّساء في بعض المِهن المهمة والضرورية، كحاجتها إلى طبيبات، أو ممرضات، أو معلمات، وقد تصل إلى درجة فروض الأعيان عند الحاجة.

كما أن الزَّوجة قد تكون قد عملت سنين طويلة، و لم يبق لها وقتا طويلا على المعاش أو التقاعد، وانقطاعها عن العمل يسبب لها أضرارا جسيمة، ويؤدي إلى فقدها لجميع حقوقها.

كما أن الحصول على عمل أو وظيفة كريمة اليوم ليس بالأمر السهل، بل لابد من توفر شروط خاصة زيادة إلى التعب والوسائط المبذولة أحيانا حتى تحظى بهذا المنصب، وبالتالي الانقطاع عن العمل يعني التخلي عن المنصب، ومعناه استحالة العودة إليه مرة أخرى، ويترتب على ذلك تفويت مصالح مهمة على الزَّوجة.

وهذا على فرض استقامة الحياة الزَّوجية، وهل في استطاعة الزَّوج تعويض الزَّوجة عن خسائرها، إذا لم يتم التوافق بينهما واستحالت العشرة ووقع الطلاق، وخاصة إذا كانت الزَّوجة قد تخلت عن منصبها امتثالا لأوامر زوجها، فهل في مقدوره أن يعوضها عن الأضرار التي لحقت بها، مادام أن الزَّوج هو السبب المباشر لهذا التوقف.

والذي أراه هنا أن دور ولي الأمر هنا مهم في الحسم في مثل هذه المسائل المعاصرة المتغيرة، فمن باب السياسة الشرعية، عليه أن يراعي في ما يصدره من أوامر- خاصة تلك التي لها علاقة مباشرة بالجانب القضائي- الأعراف والعادات والظروف التي بنى عليها الفقهاء أحكامهم.

فقد كان العرف قديما، لا يرى بأسا بالزَّوج إذا منع زوجته من العمل خارج البيت، وذلك لبساطة الحياة، وأن الزَّوج كان بمقدوره أن يكفي الزَّوجة والأسرة من كل الجوانب ومن جميع النواحي المادية خاصة، بل ذهب بعض الحنفية إلى أن للزّوج الحقّ في أن يمنع زوجته حتى من العمل داخل البيت كالغزل مثلا، إذا كان ذلك يؤثر في جمالها، لأن جمالها حق للزوج.[1]

كما أنّ أن توقيف الزَّوجة عن ممارسة عمل أو حرفة كانت تزاولها، لا تترتب عليه مفاسد دائمة، لعدم وجود عقود ملزمة بين الأشخاص والإدارات، ولم تكن فيها الحياة معقدة، فلم تكن الدراسة في تخصص معين يكلف أموالا باهظة، ولا أن الإخلال بالالتزامات يترتب عليه تعويضات واجبة الدفع للطرف المتضرر.

وأن الزَّوجة كان لها أن تمارس عملا ما، وتتركه ثم تعود إليه عند الحاجة، وهذا الأمر يستحيل في هذا العصر، لصعوبة الحصول على وظيفة قارة ، ففي توقيف الزَّوجة عن العمل بعد

---

١ - حاشية ابن عابدين، ج03، ص 577. وابن نجيم / البحر الرائق، ج08، ص 25.

الزَّوَاج وقد رضي الزَّوج به، و لم يشترط عليها التخلي عن عملها عند عقد الزَّوَاج، ضرر كبير بالمرأة، فعلى ولي الأمر أن يراعي تغير العرف في هذه المسألة، ومعلوم أن العرف من مصادر السياسة الشرعية، التي يبني عليها ولي الأمر اجتهاده، فالجمود على العرف القديم الذي يجيز توقيف الزَّوجة عن العمل في أي لحظة، فيه ضرر بالزَّوجة، وإضاعة لحقوقها، بل يعد طعنا في كرامتها أحيانا، فقد تكون سيدة محترمة وهي تمارس عملها، وتتحول إلى وضيعة لا يلتفت إليها أحد إذا طلقت، وقد تخلّت عن منصبها وأصبحت مضاعة بلا دخل ولا راتب.

والمعلوم شرعا أن العرف ملزم، وأن الحاكم إذا بنى اجتهاده على العرف الجديد عند تغير الظروف ألغي العرف القديم، وقام العرف الجديد مقام الشرط، فالمعروف عرفا، كالمشروط شرطا[1]، بل كالمشروع شرعا، وفي ذلك رفع للظلم والضرر المتوقع من ترك العمل [2]، وأنها لا تعتبر ناشزا إذا خرجت لذلك، وتستحق النَّفَقة الشرعية.

فالعدل يقتضي أن الزَّوجة العَامِلة لا تعتبر ناشزا إذا استمرت في عملها السابق بعد الزَّوَاج، إذا كان عملها وفق ضوابط الحشمة والعفة، وكانت معذورة في ذلك، كأن يكون لعملها ضرورة خاصة أو عامة أو حاجة ملحة.

وعلى القاضي أن يبذل وسعه في تقدير كل حالة على حدة، ويدرس ظروف كل زوجة، والأسباب الدافعة إلى العمل، دراسة متأنية ويصدر حكمه في حاجة الزَّوجة إلى العمل أم لا، وهل تعتبر ناشزا أولا، وضابط السياسة الشرعية في هذا الباب الضرورة وتغير العرف[3].

فتغير العرف، تتغير معه موازين الضرر، فرب فعل لم يكن يترتب عليه ضرر، أصبح ينتج عنه أضرارا كثيرة، ومن هنا تعين على القاضي الموازنة من جديد، بين ضرر انقطاعها عن العمل

---

١ – الزرقا / شرح القواعد الفقهية، القاعدة الثانية والأربعون، ص 237.

٢ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 94.

٣ – عبد الفتاح عمرو المرجع السابق.

والضرر المترتب على بقائها في العمل، وبعد أن استمرت فيه ردحا من الزمن، و ليس له أن يُغفل الضرر الذي يلحق بها وبالأسرة وإلا عدّ مفرطا.

فللزوج أن يعترض على زوجته العَامِلة ويمنعها من الاستمرار في العمل، إذا ثبت أن عملها قد أضر بحقوقه الزَّوجية أو بمصالح الأسرة ضررا يتجاوز الضرر الواقع عليها بترك الوظيفة، وقد كان هيأ لها مسكنا شرعيا فيها جميع متطلبات الحياة.

وبالمقابل، لابد من مراعاة حق الزَّوجة في العمل، إذا كان الضرر الواقع عليها أكبر من الضرر الذي يلحق بالزَّوج، وكان عملها مشروعا، فالزَّوج في هذه الحالة يعدّ متعسفا في استعمال حقه، ولا تعتبر ناشزا بخروجها إلى العمل.

وقد تكون الزَّوجة أيضا متعسفة، إذا أصرت على العمل، وكان في استمرارها في الوظيفة ضرر أكبر من النفع الذي يعود على عملها، وإذا خرجت فهي ناشز لا نفقة لها.

وإذا تساوت المصلحة العائدة على الزَّوج بالضرر الحاصل لها، فالأصل تقديم حق الزَّوج، لأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح، والأصل طاعة الزَّوج وعدم الخروج إلا بإذنه[1].

١ - عيسى صالح العمري / أعمال المرأة الكسبية، ص 30.

الفصل الرابع

السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بالطَّلَاق.

المبحث الأول: الطَّلَاق التعسفي

المبحث الثاني: التطليق للضرر.

المبحث الثالث: الطَّلَاق الثلاث بلفظ واحد .

المبحث الأول: الطَّلَاق التَّعَسفِي.

مقدمة:

الزَّواج مصلحة لكل من الزّوجين، وهو داعية التّوادّ والتّراحم، ومجلبة الألفة والوفاق بينهما، وقد شرع الشارع الحكيم لهذا النظام أحكاما لضمان هذه المصلحة، على أن المصلحة من الزواج لا تقوم إلا إذا ساد الوفاق بين الزوج والزوجة، وتبادلا المودة والإخلاص، وإلا انعكست القضية وصار ارتباط كل من الزوجين بالآخر مثارا للفتن ومجلبة للفساد والشرور.

وحتى لا تستحيل الحياة الزوجية إلى مفاسد متوقعة أو واقعة ودائمة، أعظم من المفاسد الحاضرة وأخطر منها، سواء رجعت آثارها على الزوجين أوعلى الأولاد، فقد شرع الله الطَّلاَق كحلٍّ أخير ليستأنف الزوجان حياتهما من جديد ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ ﴾ النساء: ١٣٠.

وإذا كان للطلاق في أصل تشريعه حِكمٌ قصَد الشارع إلى تحقيقها، فما حكم من أوقع الطَّلاَق مخالفا فيه قصد الشارع بحيث أوقعه من غير سبب أو موجب، أو طلق قاصدا الإضرار بالزوجة المطلقة، متعسفا في استعمال حقه الذي منحه له الشارع، وهل يحق لولي الأمر ومن باب السياسة الشرعية، وحسما لمادة الفساد، وزجرا للزّوج المطلق، أن يفرض عليه تعويضا لزوجته المتضررة من الطَّلاَق التَّعَسُفِي جبرا للضرر الواقع عليها من غير حقّ ؟ وما مبنى الاجتهاد السياسي في هذه المسألة ؟.

أولا: الطَّلاَق ومشروعيته.

الكلام على مشروعية الطَّلاَق، والأحوال التي تعتريه وهل الأصل فيه الإباحة أو الحظر، يقتضي منا أن نقدم له بتعريف الطَّلاَق وذكر ماهيته.

1 – تعريف الطَّلاَق.

لغة : الطَّلاَق، مصدر طلق، يقال: طُلُقَت المرأة وطُلِّقت تطلَّق طلاقا فهي طالق. وهو يدل على الترك والتخلية، يقال: طلق البلاد أي تركها، وأطلق الأسير أي خلاه.

ويستعمل في معان أخر، فيطلق على الصفو الطيب الحلال، فيقال: هو لك طلق أي حلال، ويطلق على البعد، يقال: طلق فلان إذا تباعد، ويطلق على الخروج، يقال : أنت طلق من هذا الأمر أي خارج منه.

وهذه المعاني المذكورة إذا أنعمنا النظر فيها، وجدنا بينها وبين مقصود الطَّلاَق الشرعي ترابطا واضحا، فالمطلق تارك لزوجته وهو أيضا قد أحلها لغيره، وقد باعدها بفراقه لها، وقد خرج أيضا عن العقد الذي كان يربطهما، فالطَّلاَق قد اجتمعت فيه هذه المعاني جميعا[1].

اصطلاحا: تنوعت عبارات الفقهاء، وتعددت تعريفاتهم للطلاق في العرف الشرعي، وقد حرست على اختيار التعريف الجامع المانع منها، وهو:" حَلُّ قيد النِّكاح أو بعضه، في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"[2].

وقد عرفه أبو زهرة بأنّه:" رفع قيد النِّكاح في الحال أو المآل، بلفظ مشتق من مادة الطَّلاَق أو ما في معناها."[3]

وهذا المعنى متفق عليه بين أهل العلم، وقد أضيف لتعريفه قيدٌ، وهو (أو بعضه) وفائدته إدخال الطَّلاَق الرجعي.

2 – أدلة مشروعية الطَّلاَق .

دلّ على مشروعية الطَّلاَق الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة 229وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ﴿١﴾﴾ الطَّلاَق: ١

---

١ – الخليل / العين، ج05، ص101. وابن المنظور / لسان العرب، ج 10، ص 225، والجوهري / الصحاح، ج04، ص 1519.وابن حجر / فتح الباري، ج09، ص 346. والشوكاني / نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، ط/1973، ج07، ص03.

٢ – ابن عابدين / حاشية رد المختار، ج03، ص249.

٣ – محمد أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص143.

وأما السنّة: فقوله صلى الله عليه وسلم :" **إنما الطَّلاَق لمن أخذ بالساق** "[1] ، وما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه:" **طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها** [2]"، والأحاديث والآثار في هذا كثيرة جدا[3].

أما الإجماع: فقد أجمع العلماء على جوازه وهو واقع منذ الصدر الأول في الإسلام إلى هذا الزمان لا ينكره أحد[4].

والمعقول يؤيد جوازه، كما سيأتي في الحكمة من مشروعيته.

3 - الحكمة من مشروعية الطَّلاَق[5].

شرع الله الزواج ليكون دائما مؤبدا، إذ به تتحقق المنافع والمصالح المقصودة منه، ولا بد لتحقيق أهداف النِّكاح العظيمة من وجود المودة والتفاهم بين الزوجين، ولكن قد يحصل ما يقطع هذه المودة ويفسد هذا التفاهم مما هو واقع وكثير لأسباب مشاهدة، كأن تفسد أخلاق أحد الزوجين فيندفع في تيار الفسق والفجور، ويعجز المصلحون عن رده إلى سواء الصراط، أو يحدث بين الزوجين تنافر في الطباع وتخالف في العادات، أو يلقى أحدهما في نفسه كراهية الآخر والسأم منه، والتبرم من أفعاله.

وقد يكون الزوج عقيما أو قد يصيبه مرض معد خطير، أو قد يغيب غيبة لا يعلم فيها حاله، ولا حياته من موته، وقد يصاب بضيق ذات اليد، فلا يستطيع الإنفاق على زوجته ولا يطلقها فتنكح غيره.

---

١ - ابن ماجه / السنن، باب: طلاق العبد، ج 01، ص 672، رقم 2081. والدار قطني في السنن، كتاب: الطَّلاَق والخلع، ج 04، ص 37، رقم 102، قال ابن حجر: رواه ابن ماجه وفي إسناده بن لهيعة وهو ضعيف، وله طريق أخرى عند الطبراني في الكبير، وفيه يحيى الحماني، ورواه بن عدي والدارقطني من حديث عصمة بن مالك، وإسناده ضعيف. تلخيص الحبير، ج03، ص 474.

٢ - أحمد في المسند، ج 25، ص271، رقم15924، وأبو داود في السنن، باب: الرجعة، ج 02، ص253، رقم2285، والنسائي في السنن الكبرى، باب: الرجعة، ج 06، ص 213، رقم3560، والحاكم في المستدرك، كتاب: الطَّلاَق، ج 02، ص 215، رقم 2797، وابن ماجه في السنن، ج01، ص650، رقم2016. وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، ج05، ص 06، رقم2007.

٣ - الشوكاني / نيل الأوطار، ج07، ص02.

٤ - ابن قدامة / المغني، ج08، ص233.

٥ - أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص280، وعبد الوهاب خلاف / أحكام الأحوال الشخصية، ص128 - 130.

فهذه الأسباب تفسد على البيت نظامه، وتعكر عليه صفوه، فينحرف الزوجان في البحث عن لذة بديلة أو سكن غير ما يجدانه في نكاحهما، وينحرف الأولاد حيث لا كافل لهم ولا راع لشئونهم ، ولا قائم بحقوقهم، وينشأ الأطفال نشأة يملؤها التشاؤم، ويغلب عليها الحزن والانطواء في مجتمع أسري كهذا .

لهذا أباح الله الطَّلاَق ليكون علاجا لهذا الوضع الرديء، والحال المفجع، والخطب الأليم الذي أصاب الأسرة، التي هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع.

ولأن الإسلام دين رب العالمين، الذي هو أعلم بمصالح العباد من أنفسهم، ولأنه الدين الصالح لكل زمان ومكان، فقد حرص على وقاية المجتمعات من كل داهية تفتك به، وكل فجيعة تلم به، وكل نكبة تصيبه، فقد شرع الطَّلاَق ليتخلص به الزوجان من حياة مقلقة، وصلة موجعة، وارتباط مؤلم، ومن ثم يبحث كل منهما عمن هو خير من سابقه، وأجدر بالارتباط به، قال تعالى:﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ ﴾ **النساء: ١٣٠.**

ثانيا: مذاهب العلماء في أصل الحكم فيه.

ذهب الجمهور من العلماء، المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن الطَّلاَق من حيث هو جائز، ولكن الأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الأُلفة إلا لعارض، وتعتريه الأحكام الأربعة من حرمة، وكراهة، ووجوب، وندب، والأصل أنه خلاف الأولى.

فيكون حراماً: كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها، كما يكون حراما في الطَّلاَق البدعي، وهو الواقع في الحيض ونحوه كالنفاس[1].

ويكون مكروهاً: كما لو كان له رغبة في الزواج، أو يرجو به نسلاً و لم يقطعه بقاء الزوجة عن عبادة واجبة، و لم يخش زناً إذا فارقها.

---

١ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، ص361. والمرداوي / الإنصاف في الراجح من مسائل الخلاف، ج 08، ص430، وابن مفلح / المبدع، ج07، ص 250.

ويكره الطَّلاَق من غير حاجة إليه، للحديث السابق عن ابن عمر[1]: " **أبغض الحلال إلى الله تعالى الطَّلاَق**"[2].

ويكون واجباً: كما لو علم أن بقاء الزوجة يوقعه في محرم من نفقة أو غيرها، كما يجب طلاق المولي بعد انتظار أربعة أشهر من حلفه إذا لم يفئ.

ويكون مندوباً أو مستحباً: إذا كانت المرأة بذيئة اللسان، يخاف منها الوقوع في الحرام لو استمرت عنده. ويستحب الطَّلاَق في الجملة لتفريط الزوجة في حقوق الله الواجبة، مثل الصلاة ونحوها، ولا يمكنه إجبارها على تلك الحقوق، ويستحب الطَّلاَق أيضاً في حال مخالفة المرأة من شقاق وغيره ليزيل الضرر، أو إذا كانت غير عفيفة، فلا ينبغي له إمساكها، لأن فيه نقصاً لدينه، ولا يأمن إفسادها فراشه، وإلحاقها به ولداً من غيره.

ويستحب الطَّلاَق أيضاً لتضرر الزوجة ببقاء النِّكاح لبغض أو غيره، ويستحب كون الطَّلاَق طلقة واحدة، لأنه يمكنه تلافيها[3].

الطَّلاَق بين الإباحة والحظر.

مع انحصار الطَّلاَق في الأحكام الخمسة، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في جهة أصله في التشريع الإسلامي، هل هو الحظر أصلا، فلا يجوز الإقبال عليه إلا لظروف خاصة، أو أن أصله الإباحة، بحيث يجوز الإقدام عليه من غير حرج.

أولا: مذهب القائلين بالإباحة وأدلتهم.

القول بإباحة الطَّلاَق هو مذهب الجمهور، قال القرطبي:" فدلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطَّلاَق مباح غير محظور، قال ابن المنذر: وليس في المنع منه خبر يثبت.[4]"

---

١ – أبو داود، باب: في كراهية الطَّلاَق، ج 02، ص220 رقم 2180، وابن ماجه، ج 01، ص650، رقم 2018، البيهقي في السنن الكبرى، باب: ما جاء في كراهية الطَّلاَق، ج07، ص 328، رقم 1529، وضعفه الألباني في إرواء الغليل، ج07، ص106، رقم 2040. وقد رجح أبو حاتم إرساله وكذا الدارقطني والبيهقي رجحا الإرسال. يراجع: سبل السلام، ج03، ص168.

٢ – ابن قدامة / المغني، طبعة دار الفكر، ج07، ص 277، والمرداوي / الإنصاف، ج08، ص 429.

٣ – ابن عابدين / الدر المختار،ج03، ص 229. والشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص307، وحاشية الدسوقي، ج02، ص361.

٤ – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج03، ص126.

وهو عند الحنابلة جائز بالإجماع، قال ابن قدامة:" وأجمع الناس على جواز الطَّلاَق". وقال النووي:" وأجمعت الأمة على جواز الطَّلاَق."[1]

وهو عند الحنفية مباح، وإن كان مبغضا في الأصل، وهذا القول خلاف الأشهر عندهم.[2]

واحتج هذا الفريق بقوله تعالى :" ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦ وقوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ﴿١﴾ ﴾ الطّلاق: ١

قال ابن عطية[3]: إنه لكثرة ما حض الرسول عليه الصلاة والسلام المؤمنين على أن يقصدوا من التزوج دوام المعاشرة، وكان ينهى عن فعل الذواقين الذين يكثرون تزوج النساء وتبديلهن، ويكثر النهي عن الطَّلاَق حتى قد يظن أنه محرم، فأبانت الآية إباحته بنفي الجناح بمعنى الوزر[4].

وقد أجيب عليهم: بأن نفي الجناح في الآية، إنما هو منصب على الطَّلاَق قبل التسمية والدخول، فالقيد هو الملاحظ، لأن نفي الشيء مقيد بقيد، يكون القيد ملاحظا في النفي، فهو منصب عليه[5].

واستدلوا بفعله صلى الله عليه وسلم، حيث ثبت أنه طلق عمرة بنت الجون، وحفصة بنت عمر ثم راجعها، فعن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس رضي الله عنهما، عن عمر رضي الله عنه: " **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها** " قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، و لم يخرجاه[6].

---

١ – ابن قدامة / المغني، ، ج07، ص 277. والنووي/ المجموع، ج 17، ص 61.

٢ – السرخسي / المبسوط، ج06، ص 02.

٣ – عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية المحاربي، من محارب قيس، الغرناطي، أبو محمد: مفسر فقيه، أندلسي، من أهل غرناطة، عارف بالأحكام والحديث، له شعر، ولي قضاء المرية، وكان يكثر الغزوات في جيوش الملثمين، وتوفي بلورقة سنة 542هـ. ابن فرحون / الديباج، ص 46، الأعلام للزركلي، ج03، ص 282.

٤ – ابن عاشور / التحرير والتنوير،ج02، ص 457. وهذه العبارة لم أقف عليها في المحررالوجيز لابن عطية.

٥ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص285.

٦ – سبق تخريجه، راجع: ص 473.

وفي رواية عن أنس، رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة، فأتاه جبريل عليه الصلاة والسلام ، فقال:" **يا محمد، طلقت حفصة وهي صوامة قوامة، وهي زوجتك في الجنة**"، فراجعها[1] .

ولا يمكن للنبي صلى الله عليه وسلم أن يفعل شيئا محظورا، كما أن الصحابة قد مارسوا هذا الفعل، و لم ينهوا عن ذلك، فقد طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه أم عاصم، وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر، وطلق المغيرة بن شعبة أربع نسوة دفعة واحدة.

قال أبو زهرة:" وإن طلاق أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، لا يمكن أن يكون لغير حاجة، والحاجة التي يباح لها الطَّلاَق هي الحاجة النفسية ونحوها مما لا يقع تحت سلطان القضاء.[2]"

ويمكن أن يقال إن طلاَق النبي صلى الله عليه وسلم كان لسبب من الأسباب، وكان لحاجة دفعته إلى ذلك، و لم يكن مطلقا لغير مصلحة، ونحن نتكلم عن أصل الطَّلاَق، فالقائلون بأن الأصل فيه الحظر، ذهبوا إلى أن الطَّلاَق يخرج عن أصله الذي هو المنع، إلى غيره لظروف وعوارض تعتريه، فقد يكون واجبا أو مندوبا على حسب الدوافع.

قال السندي في تعليقه على طلاق حفصة:" فِيهِ جَوَاز التطليق، وأنه لا ينافي الكمال إذا كان لمصلحة.[3]"

ثانيا: مذهب القائلين بالحظر وأدلتهم.

ذهب جماعة من الفقهاء إلى الأصل في الطَّلاَق الحظر والمنع، وأنه لا يجوز إلا لأسباب قاهرة بناء على أن الطَّلاَق هادم للنكاح، قال الكاساني:" إن النِّكاح عقد مسنون، بل هو واجب ...

---

١ – رواه الحاكم في المستدرك. باب: ذكر أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، ج04، ص 17، رقم 6754. سكت عنه الذهبي، وقال ابن حجر: قيس بن زيد مختلف في صحبته، فتح الباري، ج09، ص 286.

٢ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، 285.

٣ – حاشية السندي على ابن ماجه، رقم 2006.

فكان الطَّلاَق قطعا للسنّة وتفويتا للواجب، فكان الأصل هو الحظر والكراهة، إلا أنّه رخص للتأديب أو للتخليص"[1].

وقال ابن عابدين:" وأما الطَّلاَق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر، والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها، ولهذا قالوا إن سببه الحاجة إلى الخلاص، ثم تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى[2]".

ونسب عبد السلام ابن تيمية [3] القول بالحرمة إلى الإمام أحمد قال: ويكره الطَّلاَق لغير حاجة، وعنه يحرم، ويباح عند الحاجة إليه[4].

وذهب شيخ الإسلام أحمد بن تيمية إلى أن الأصل في الطَّلاَق الحظر، وإنما أبيح منه قدر الحاجة[5].

وظاهر كلامه، أن إباحة الطَّلاَق في بعض الحالات استثناءا، هو رحمة من الله بعباده، وإلا فهو محظور حيث قال:" ولولا أن الحاجة داعية إلى الطَّلاَق، لكان الدليل يقتضي تحريمه كما دلت عليه الآثار والأصول، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده، لحاجتهم إليه أحيانا... "[6].

فالأصل فيه أنه ممنوع وإنما أبيح للحاجة، فعند انتفاء الحاجة يعود إلى أصله وهو الحظر.

وقد استدل القائلون بأنّ الأصل في الطَّلاَق هو المنع أو الحظر بأدلة هي:

---

١ – الكاساني / بدائع الصنائع، ج03، ص95.

٢ – حاشية ابن عابدين، ج03، ص 238.

٣ – عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين: فقيه حنبلي، محدث مفسر.ولد بحران وحدث بالحجاز والعراق والشام، ثم ببلده حران وتوفي بها سنة 652هـ، الأعلام للزركلي، ج04، ص 06.

٤ – عبد السلام بن عبد الله بن تيمية / المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، مكتبة المعارف، الرياض، ط/1404هـ ج02، ص 50.

٥ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج33، ص81.

٦ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص 89.

1 – الكتاب : ومنها ما استدل به السرخسي قائلا: ولأن في الطَّلاَق بلا سبب مشروع كفران النعمة، فإن النِّكاح نعمة من الله تعالى على عباده، قال تعالى ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا ﴿٢١﴾ ﴾ الروم: ٢١، وكفران النعمة حرام، وهو رفع النِّكاح المسنون، فلا يحل إلا عند الضرورة[1].

وقالوا: الطَّلاَق إيذاء للمرأة، وقد نهى الله تعالى عن إيذاء النساء في قوله تعالى:" ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴿٣٤﴾ ﴾ النساء: ٣٤، ولا شك أن الطَّلاَق مع عدم الحاجة إليه بغي عليها، واتخاذه سبيلا للفراق الظالم حمق[2].

والطَّلاَق ليس من الله، بل هو من أمر الشياطين والسحرة، حسب ما ورد في القرآن الكريم:"﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ﴿١٠٢﴾ ﴾ البقرة: ١٠٢[3]، كما ثبت في الصحيح عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم : " إن إبليس ينصب عرشه على البحر، ويبعث سراياه فأقربهم إليه مترلة أعظمهم فتنة فيأتيه الشيطان فيقول: ما زلت به حتى فعل كذا، حتى يأتيه الشيطان فيقول: ما زلت به حتى فرقت بينه وبين امرأته، فيدنيه منه، ويقول: أنت أنت ويلتزمه"[4].

2 – السنة: ومنها ما أخرجه أبو داود وابن ماجه وغيرهما عن عبد الله بن عمر رضي الله عنها قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أبغض الحلال إلى الله الطَّلاَق** "[5]. وحمل هذا الحديث على إذا ما وقع الطَّلاَق من غير سبب [6]. قال ابن تيمية: وهو أبغض الحلال إلى الله، وإنما أباح منه ما يحتاج إليه الناس، كما تباح المحرمات للحاجة فلهذا حرمها بعد الطلقة الثالثة حتى تنكح زوجا غيره، عقوبة له لينتهي الإنسان عن إكثار الطَّلاَق[7].

---

١ – السرخسي / المبسوط، ج06، ص2.

٢ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 284

٣ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص88.

٤ – أصله في صحيح مسلم، باب: تَحْرِيشِ الشَّيْطَانِ وَبَعْثِهِ سَرَايَاهُ لِفِتْنَةِ النَّاسِ وَأَنَّ مَعَ كُلِّ إِنْسَانٍ قَرِينًا، ج08، ص 138، رقم 7284،

٥ – سبق تخريجه، راجع ص 475.

٦ – ابن حجر / فتح الباري، ج09، ص356.

٧ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج33، ص21.

وقالوا أيضا: إن الحديث يدل على أن الحلال ينقسم إلى ما هو محبوب ومبغوض، بحسب ما يعرض له، فليس كل حلال محبوبًا. وقال الخطابي: معنى الكراهية فيه ينصرف إلى السبب الجالب للطلاق، وهو سوء العشرة، وقلة الموافقة الداعية إلى الطَّلاَق، لا إلى نفس الطَّلاَق. وقد يقال: الطَّلاَق حلال لذاته، والأبغضية لما يترتب عليه من انجرار إلى المعصية[1].

وعليه قالوا: يحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات، أي عند تحقق الحاجة المبيحة[2].

وفي السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " **إنّ المُختلِعات والمُنتزعَات هنّ المنافقات**[3]" **المنافقات**[3]" وفي السنن أيضا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " **أيما امرأة سألت زوجها زوجها الطَّلاَق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنّة** [4]"

ولهذا لم يبح إلا ثلاث مرات، وحرمت عليه المرأة بعد الثالثة حتى تنكح زوجا غيرها، وإذا كان إنما أبيح للحاجة ، فالحاجة تندفع بواحدة ، فما زاد فهو باق على الحظر.

3 – من المعقول: واستدلوا على أن الأصل في الطَّلاَق المنع بأدلة من المعقول ومن قواعد الشريعة ومقاصدها، منها:

أولا: إن النِّكاح عقد مصلحة، والطَّلاَق إبطال له، فكان مفسدة، والله لا يحب الفساد.

---

١ – الخطابي / معالم السنن، ج03، ص 231.

٢ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، 228.

٣ – أحمد في المسند، ج15، ص 209، رقم 9358، الترمذي، باب: ما جاء في المختلعات، ج03، ص 492، رقم 1192، والنسائي في السنن الكبرى، باب: ما جاء في الخلع، ج 03، ص 368، رقم 5655، وقد صححه الألباني، يراجع: السلسلة الصحيحة، ج 02، ص131، رقم 632.

٤ – ابن ماجه، باب: كراهية الخلع للمرأة، ج 01، ص662، رقم 2055، والدارمي في سننه، باب: النهي عن أن تسأل المرأة زوجها، ج02، ص216، رقم 2270، وابن حبان في صحيح، باب: معاشرة الزوجين، ج 02، ص 490،رقم4184، وأبو داود في سننه، باب: الخلع، ج02، ص235، رقم 2228، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: ما يكره للمرأة مَسْأَلَتِهَا طَلاَقَ زَوْجِهَا، ج07، ص316، رقم 15258. وصححه الألباني، يراجع: صحيح أبي داود،ج06، ص425.

ثانيا: إن النِّكاح عقد مسنون بل واجب، وفي الطَّلاَق قطع للسنة أو تفويت للواجب، فكان الأصل فيه الحظر أو الكراهة، إلا أنه رخص فيه للدواعي الطارئة كتوقع مفسدة من استمرار النِّكاح أشد من مفسدة الطَّلاَق، فيرتكب أخف المفسدتين تفاديا لأشدهما، لكن يقتصر من ذلك على طلقة واحدة، إذ بها تندفع المفسدة، وما زاد عليها فيبقى على الأصل وهو المنع، ويشهد لكون الأصل في الطَّلاَق الحظر حديث: " **أيما امرأة سألت زوجها الطَّلاَق من غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة** "[1].

ثالثا: الطَّلاَق، قاطع للنكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية.

رابعا: الطَّلاَق ضرر بالزوج وبالزوجة، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما، من غير حاجة إليه، فكان حرامًا كإتلاف المال، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : " **لا ضرر ولا ضرار** "[2].

خامسا: إنه إذا كان بلا سبب أصلاً، لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقًا وسفاهة رأي، ومجرد كفران بالنعمة، وإخلاص الإيذاء بها (بالمرأة) وبأهلها وأولادها ... فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعًا، يبقى على أصله من الحظر، ولهذا قال تعالى﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴿٣٤﴾** ﴾ النساء: ٣٤ أي لا تطلبوا الفراق[3].

ولبغض الطَّلاَق في الإسلام نهى الرسول صلى الله عليه وسلم النساء عن طلب الطَّلاَق من أزواجهن، دون سبب ملجإ إلى ذلك، فعن ثوبان رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة** ." قال الشوكاني: والحديث فيه دليل على أن طلب المرأة الطَّلاَق من زوجها حرام عليها تحريما شديدا[4].

---

١ – رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه. وقد سبق تخريجه.

٢ – سبق تخريجه في ص480.

٣ – ابن عابدين / حاشية رد المختار، ج03، ص 228. وابن قدامة / المغني، ج08، ص 234.

٤ – الشوكاني / نيل الأوطار، ج07، ص03.

كما أن الرجل كثير التنقل بين النساء طلبا للذة والشهوة فقط، مبغوض عند الله، قال صلى الله عليه وسلم:" **لا تطلق النساء إلا من ريبة، إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات**[1]."

القول المختار:

الذي يظهر أن الأصل في الطَّلاَق من غير حاجة ولا سبب دافع له، المنع والحظر، وهو الذي ذهب إليه كثير من المحققين [2]، لأنه بغيض إلى الله تعالى، وفيه تشتيت لشمل الأسرة، وتشريد للأولاد، زيادة على إيذاء المرأة وأهلها وأقاربها، والطَّلاَق وسيلة تستعمل كحلّ أخير، مع ما فيها من أضرار، فإن استعملت في غير محلها ومن غرض شريف، فقد خالفت مقصود الشارع من وراء تشريع الطَّلاَق وناقضت حكمته في تشريعه.

فالأصل في الطَّلاَق المنع، والإباحة إنما تكون للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أو دافع، لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون من الحماقة والسّفاهة وكفران النّعمة، وإذاية للزوجة وأهلها ولادها[3].

---

١ – الطبراني في معجمه الأوسط، ج 08، ص24، رقم 7848. والبزار في مسنده، ج 01، ص 463، رقم 3064. قال الهيثمي: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وأحد أسانيد البزار فيه عمران القطان وثقه أحمد وابن حبان وضعفه يحيى بن سعيد وغيره. يراجع: مجمع الزوائد، ج04، ص617.

٢ – أبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص284.

٣ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج 3.، ص 251.

ثالثا: الطَّلاَق التَّعَسُفِي والتعويض عنه.

التعويض المالي عن الطَّلاَق عموما، والطَّلاَق التَّعَسُفِي خصوصا من المسائل التي لم يتكلم فيها المتقدمون، و لم نجد لهم فيها نصوصا، إلا ما كان من القواعد العامة في نفي الضرر، وكذا التعويض والضمان، ولقد وسع البعض في التعويض عن الضرر حتى أدخل الضرر المعنوي أو الضرر غير المادي.

غير أن الملاحظ أن الفقهاء تكلموا في المتعة والتي تعطى للمرأة جبرا لخاطرها المنكسر من الفراق، إنْ على سبيل الوجوب أو على وجه النّدب والتطوع، وقد وقع اختلاف بالنسبة للمطلقة التي سمي لها صداق أو التي لم يسم، دخل بها أو لم يدخل، هل تمتع أم لا.

و محلّ الدّراسة ليس المقصود به مطلق التعويض عن الطَّلاَق، والذي يمكن أن تدخل فيه المتعة، ولكن قصدنا مُنصَبٌّ على الضمان أو التعويض المترتب على مجاوزة الحق في استعمال الطَّلاَق، والإضرار بالمطلقة من غير سبب دافع لذلك، وهل للحاكم أو ولي الأمر أن يلزم المطلق بالتعويض إذا رأى أنه قد تعسف في استعمال حقه في الطَّلاَق أم لا ؟.

أولا : تعريف التَّعسُف في استعمال الحقّ

التَّعسُف أو الإساءة في استعمال الحق من التعابير والمصطلحات المحدثة، والتي لم يعرفها القدماء من الفقهاء والأصوليين، وإن كان البعض عبر عنها **بالمضارة بالحقوق**.

والمقصود بالتَّعسُف، هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حقّ شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية[1].

وعرفه الدريني كذلك، بأنه مناقضة قصد الشّارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.

ومناقضة قصد الشارع، أي مضادة قصد الشارع، وهذه المناقضة لا تخلو إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في الفعل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق

---

١ - فتحي الدريني / النّظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2004/02، ص129.

لمجرد الإضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار، أو أن يتذرع بما هو ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه[1].

والتَّعسُف في استعمال الحقّ، هو غير مجاوزة الحقّ، فالتَّعسُف يفترض وجود الحقّ، فالتصرف يكون داخلا حدود الحقّ الموضوعية لا يتعداها، وعلى هذا ففعل الإنسان في التَّعسُف مشروع لذاته، ولكنه معيب في باعثه أو مآله، أما الفعل في المجاوزة فغير مشروع لذاته، بقطع النظر على باعثه أو نتيجته حتى ولو كانت نتيجته نفعا، أنه لا يستند إلى الحقّ أصلا، فهو محض تعدّ[2].

ثانيا: التَّعسُف في استعمال حقّ الطَّلاَق.

الأصل في الطَّلاَق عند الجمهور أنه جائز ومشروع، وأنه تصرف انفرادي وهو حق للرجل، والإنسان إذا تصرف بحقه فلا ضمان عليه ولا مسؤولية، ولكن إذا أساء الشخص في استعمال حقه، وتعسف فيه وتجاوز الحدود المرسومة له، واستغل هذا الحقّ في إيذاء غيره، وإلحاق الضرر به، فإن الشرع لا يقره على ذلك بل يؤاخذه عليه، ويفرض عليه الضمان أو التعويض بناء على نظرية التَّعسُف في استعمال الحقّ، وهي نظرية إسلامية أصيلة قال بها القانون المدني[3].

وحق الزوج في إيقاع الطَّلاَق، يتقيد بما تتقيد به الحقّوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع، وأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها متسببة في ضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من حلّ الرابطة الزوجية.

ومن أجل ذلك، تكلم الفقهاء عن الطَّلاَق السني والطَّلاَق البدعي، وهم يقصدون بالأول الطَّلاَق المشروع، وبالثاني الطَّلاَق المكروه أو المحرم، ومخالفة شروط الطَّلاَق السّني المشروع، غالبا ما يكون مشوبا بضرر للمرأة، ومن ذلك أن إيقاع الطَّلاَق بغير حاجة تدعو إليه، يعارض الحكمة من الطَّلاَق، والتي هي الخلاص من الزوجية عند تباين الأخلاق واستحكام الخلاف

---

١ – فتحي الدريني / الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، ص 313.

٢ – الدريني / نظرية التعسف، ص 27 – 28.

٣ – محمد الزحيلي / التعويض المالي عن الطَّلاَق، دار المكتبي، دمشق، ط1998/01، ص31 – 32.

وانتشار البغضاء بين الزوجين، والطَّلاَق من غير حاجة غائب عن كل المقاصد والحِكَم الشرعية.

كما حرموا طلاق الزوجة وهي حائض، لأن الطَّلاَق في هذه الحالة، لا تتضح معه أيضا الحكمة من تشريع الطَّلاَق، فقد يكون الخلاف بين الزوجين بسبب طارئ الحيض على المرأة[1].

وإذا جئنا لنسقط نظرية التَّعسُف في استعمال الحقّ على الطَّلاَق من غير حاجة [2]، رأينا أن من معاير نظرية التَّعسُف في استعمال الحقّ:

أولا: محض قصد الضرر، وقصد الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه، لأنه يتنافى مع مقاصد الشارع في تشريع الحقّوق.

واستعمال الحقّ بقصد الإضرار بالغير دون وجه حقّ ، ومن ذلك أن لا يكون في ذلك الفعل غرض سوى الضرر بذلك الغير، وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه. ولعسر تبين نية وقصد قصد الإضرار، يستعان بالقرائن، من ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره فيمنع، ومن هنا قالوا: **انتفاء المصلحة المشروعة، قرينة على قصد الإضرار.**

ثانيا: الباعث غير المشروع، ويدخل فيه استعمال الحقّ في غير المصلحة التي شرع من أجلها، لأن قصد صاحب الحقّ هنا، مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومعاندة قصد الشارع باطلة، فكل ما أدى إلى ذلك يكون باطلا بالضرورة، وهذا كله يعتبر من المعيار الذاتي أو الشخصي، وهناك معيار موضوعي، ويتمثل في الضرر الفاحش، وهدفه التنسيق بين المصالح الفردية المتعارضة، لاسيما في العلاقات الجوارية.

أما الضرر المألوف، فلابد من تحمله والتسامح فيه لئلا تتعطل الحقّوق، وكل ما سبق يدخل تحت قولنا في التَّعسُف: هو استعمال الحقّ في ما غير شرع له[3].

---

١ – السعيد مصطفى / في مدى استعمال الحقوق الزوجية، ص231 – 233.

٢ – هناك صورة أخرى للطلاق التعسفي، وهي طلاق الرجل زوجته في مرض الموت.

٣ – الدريني / الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص468 – 491. والنظريات الفقهية، ص131 – 138.

وقد نص مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد على أساس الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز استعمال الحقّ أو إساءة استعماله في الحالات التالية:

أ – إذا تمحض استعماله لمضارة الغير أو الإضرار به.

ب – إذا كانت المنفعة من استعماله لا تتناسب البتة مع ما يسببه للغير من ضرر.

ج – إذا كان استعماله في غير ما شرع له أو لغاية غير مشروعة[1].

وإذا جئنا إلى طلاق الرجل زوجته من غير حاجة، ولا سبب معقول، وهو الطَّلاَق التَّعسُفي، وجدناه لا يستند إلى أيّ حكمة من الحكم الطَّلاَق، ولا يتوخى أيّ مقصد من المقاصد التي أرادها الله من تشريعه للطلاق.

والحكم أو المقاصد من الطَّلاَق، والتي من خلالها نتبين الطَّلاَق التَّعسُف، يمكن إرجاعها إلى معيارين: معيار موضوعي، وذلك بأن يتم الطَّلاَق لأحد الأسباب العامة التي يشترك فيها معظم الناس، كعدم الإنجاب مثلا. ومعيار شخصي وذاتي، ينبع من نظرة شخصية يبينها المُطلِق للقاضي أو للنّاس، كعدم التفاهم والانسجام والبغض والكراهية وغيرها مما يراه الشخص جوهريا وخطيرا، ولا تستقيم الحياة الزوجية إلا بعكسه.

فالطَّلاَق لابد له من سبب معقول ومسوغ مقبول، وكل طلاق كان من غير سبب فهو حمق وجنون.

فنستطيع القول أنّ كلّ طلاق له سبب شخصي أو موضوعي، هو طلاق مقبول، وكل ما عداه طلاق تعسفي[2].

كما أن الطَّلاَق إذا كان من غير سبب مقبول، لم تكن من ورائه فائدة وانتفت مصلحته، وكل حقّ انتفت مصلحته، قصد به الضرر حتما وكان ضربا من العبث، وخاصة في مثل هذا العقد العظيم والميثاق الغليظ الذي هو الزواج.

---

١ – المادة **144** من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، يراجع مصطفى الزرقا / المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط01 /1999، ص 311.

٢ – محمد الزحيلي / التعويض المالي عن الطَّلاَق، ص41 – 42.

فكل فعل لا يترتب على استعماله منفعة، ورتب ضررا للغير، كان من قبيل التَّعسُف في استعمال الحقّ، ولذا بوسعنا أن نقول: إن الطَّلاَق من غير حاجة ولا منفعة للمطلق، وليس من ورائه أي فائدة سوى إيذاء الزوجة والإضرار بها، فهو طلاق تعسفي.

وقد ذهب عبد الفتاح عمرو إلى أن الطَّلاَق التَّعسُفي، هو أن يطلق الزوج زوجته – وهو حقّ مشروع – بدون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع، ويقع في الإثم عند من يقول إن الأصل في الطَّلاَق الحظر شرعا، ولا يباح إلا لحاجة[1].

وإساءة استعمال حقّ الطَّلاَق والتَّعسُف فيه نوع من الضرر، الذي أوجبت الشريعة دفعه وإزالته، فالضرر يزال، ولأن الشريعة مبنية على قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

ثالثا: التعويض عن الطَّلاَق التَّعسُفي.

يقصد بالتعويض عند بعض العلماء تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، أو هو إزالة الضرر عينًا، كإصلاح الحائط أو جبر المتلف وإعادته صحيحًا كما كان عند الإمكان، كإعادة المكسور صحيحًا، فإن تعذر ذلك وجب التعويض المثلي أو النقدي.

والأصل في التعويض، جبران النّقص أو التّلف الذي أصاب صاحب الحقّ، أو إزالة الضرر الواقع عليه.

فإذا كان جبر الضرر بمقابل مالي، سمي التعويض المالي، وقد عرف هذا النوع من التعويض بأنه:" المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره." والضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحقّ بالشخص، سواء كان في ماله، أم جسمه، أم عرضه أم في عاطفته، وقد يسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف[2].

وإذا تعسف شخص في استعمال حقّه، ورتب ضررا للغير، وجب عليه أن يعوض للطرف المتضرر جبرا للضرر الواقع عليه.

---

١ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص179.

٢ – محمد الزحيلي / التعويض المالي عن الطَّلاَق، ص48.

ففي الحالات التي يمنع فيها المُتعسِف من استعمال حقّه لمصلحة غيره، يجب التعويض العادل للغير إذا لحقّ به ضرر أو فاته نفع مشروع[1].

ولا يقال: إنّ استعمال الشخص لحقّه المشروع، ينافي الضمان أو إلزامه بالتعويض، لأنه استعمل حقّه بإذن من الشارع وبإجازة منه، والإذن ينافي الجزاء والعقوبة، وهذا تناقض بين إعطاء الشخص الحقّ، ثم محاسبته عليه.

وإن قيل ذلك، فجوابه أن مشروعية الحقّ شيء واستعماله لغاية غير مشروعة شيء آخر، فالجهة منفكة فلا تناقض، أي أن استعمال الحقّ المنافي الضمان هو الحقّ المقيد بمقصده الشرعي لا مطلق الحقّ، فالحقّ إذا أفضى إلى الإضرار بالغير، لم يكن مقصودا للشارع، إذ الضرر مزال شرعا.

فالمحاسبة لا تكون على استعمال حقّه المشروع، وإنما للضرر الواقع من استعمال هذا الحقّ لغاية مناقضة لقصد الشارع، ويكون بذلك متعسفا في استعمال حقّه، والتَّعسُف يلحقّ الضرر بالغير، والضرر لا بد أن يرفع، فإن امتنع رفع عينه، أزلنا آثار الضرر بشيء آخر وهو التعويض للمتضرر عما لحقّه من جراء استعمال الحقّ لغاية غير مشروعة.

فإذا طلق الرجل زوجته من غير سبب ولا حاجة، فإنه بلا شك سيحرمها من نعمة الزواج، ويكسر قلبها بالفراق مع زهد الخطاب فيها، وربما أتبع ذلك اتهامها بالرِّيبة والتهمة والشك في استقامتها وخدش سمعتها عند الناس، فعند ذلك يتحقّق الضرر من الطَّلاَق التَّعسُفي، وهو متعذر الإزالة، فينتقل إلى إزالة آثاره بالتعويض المالي[2].

وقد أجازت النصوص الشرعية، وكذا الاجتهاد الفقهي، مبدأ التغريم بالمال عقوبة، والتعويض عن الضرر صورة من صور التغريم، من ذلك إلزام القاتل خطأ بدفع الكفارة، وكفارة الظهار وكفارة اليمين، وهي نوع من التغريم بالمال من جراء معصية ما[3].

قال ابن تيمية:" وأما التغريم، فمثل ما روى أبو داود وغيره من أهل السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم، فيمن سرق من الثمر المعلق، قبل أن يؤويه إلى الجَرِينِ أن عليه جلداتُ نكالٍ

---

١ – الزرقا / المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص311، ومشروع قانون المعاملات المالية المادة **145**.

٢ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 180 – 181.

٣ – فتحي الدريني / الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، ص 372 – 377.

وغرمه مرتين، وفيمن سرق من الماشية قبل أن تؤوى إلى المراح، أن عليه جلدات نكال وغرمه مرتين[1]. وكذلك قضى عمر بن الخطاب في الضالة المكتومة أنه يضعف غرمها[2]، وبذلك كله قال طائفة من العلماء مثل أحمد وغيره، وأضعف عمر وغيره الغرم في ناقة أعرابي أخذها مماليك جياع، فأضعف الغرم على سيّدِهم، ودرأ عنهم القطع، وأضعف عثمان بن عفان في المسلم إذا قتل الذمي عمدا أنه يضعف عليه الدية، لأن دية الذمي نصف دية المسلم، وأخذ بذلك أحمد بن حنبل."[3]

وواضح أن الشريعة لا ترفض مبدأ التغريم بأخذ المال، غير أن تلك الأموال منها ما يرجع إلى بيت مال المسلمين، كمصادرة الأموال، ومنها من يرجع إلى غير معين كالكفارات، والحقّيقة أن الخلاف في هذه المسألة يسير، لأنه بإمكان المنازع أن يدخل التغريم في باب السّياسة الشّرعية المبنية على مصلحة يراها الحاكم.

فالطَّلاَق حقّ مشروع، واستعماله لغير ضرورة مذموم شرعا مع إثم فاعله، وهو مستحقّ للعقوبة ليس فقط في الآخرة بل أيضا في الدنيا بأمر من الحاكم وتقديره، فله أن يلزم المطلِق تعسفا من غير حاجة إلى بتعويض الطّرف المتضرر.

وأشير هنا إلى أن التعويض المالي الواجب على الزوج المتعسف في الطَّلاَق، هو مقابل الضرر الناتج عن إساءة استعمال حقّه في الطَّلاَق، وليس عن مطلق الطَّلاَق.

فيدخل في التعويض المالي عن الطَّلاَق التَّعسُفي، كل طلاق وقع على هذه الشاكلة، سواء أكان من المرأة أو من الرجل، فلو فوض الزوج إلى زوجته أمر الطَّلاَق، وأوقعته من غير حاجة ولا سبب شرعي كانت متعسفة، وألزمت بالتعويض لزوجها، بسبب التَّعسُف في استعمال الحقّ.

---

١ – أبو داود في السنن، باب: ما لا قطع فيه، ج04، ص238، رقم4392، والنسائي في السنن الكبرى، باب: الثمر يسرق بعد أن يؤديه إلى الجرين، ج04، ص344، رقم 7446، والحاكم في المستدرك، كتاب: الحدود، ج 04، ص423، رقم 8151. وصححه الألباني، يراجع: صحيح أبي داود، ج05، ص394.

٢ – عبد الرزاق في المصنف، باب: ما أصيب من المال في الشهر الحرام، ج09، ص302، رقم17300،

٣ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج28، ص 118 – 119.

رابعا: وجه السّياسة الشّرعية في التعويض عن الطَّلاَق التَّعسُفي.

الحاكم المسلم ملزم شرعا، بأن يراعي مصالح آحاد المسلمين ومجموعهم، ويحميها من كل ما يهددها، كما يرعى شؤون الأسرة المسلمة من أن يتخللها خلل أو ضرر يمنعها من أداء دورها الذي كلفت به، أو تقصير في واجباتها نحو الأمة.

فدور الحاكم في الحفاظ على تماسك النظم الأسري، – والذي لا يكون إلا باستقرار الحياة الزوجية، – مهم وضروري.

والأصل بقاء واستمرار الحياة الزوجية، وقد أجيز الطَّلاَق إذا استحالت العشرة بين الزوجين، وتعطلت مقاصد الزواج، وأصبح ضرر الطَّلاَق أهون من ضرر البقاء، ولكن إذا أصبح الطَّلاَق مجرد عبث واستخفاف، وسيف صلت مسلط على رقبة المرأة لا يقصد به إلا الإضرار بها، فحينئذ يتعين على الحاكم أن يتدخل ليحسم مادة هذا الفساد قبل أن تستشري وتهدد المجتمع بأكمله، بعد أن كان الضرر لا يمس إلا آحاد الناس، وهو الزوجة على الخصوص.

وتدخل الحاكم في العلاقة بين الزوجين لا يكون في أصل استعمال حقّ الطَّلاَق مثلا، لأنه حقّ مشروع ومكفول لهما، ومن باب الجائز – على قول الجمهور – الذي لا يحتاج في ممارسته إلى إذن أحد.

ولكن رقابته تتوجه إلى الطَّلاَق الذي يقع من غير حاجة ودافع شرعي، ويناقض الحكم التي من أجلها شرع الطَّلاَق، وهو الذي يسمى الطَّلاَق التَّعسُفي، والذي تنتج عنه أضرار تمس الزّوجة.

والسّند الذي يعتمده الحاكم في التعويض عن الضرر الناتج عن إساءة استعمال حقّ الطَّلاَق، هو نظرية التَّعسُف في استعمال الحقّ.

وبتطبيق معايير نظرية التَّعسُف على الطَّلاَق من غير حاجة، نرى أن الذي يطلق زوجته من غير سبب شرعي ومن دون أن يصدر من الزوجة ما يستوجب طلاقها، فإنه يريد الإضرار بها أو بأهلها، فعدم وجود سبب مقبول للطلاق، قرينة قوية على إرادته الإضرار بالزوجة، وعلى تمحض قصد الإضرار منه، فيكون متعسفا في استعمال حقّه، فوجب عليه التعويض للزوجة.

وإذا كان طلاقه هذا لا يحقّق أي مصلحة أو يحقّق مصلحة ضئيلة مقارنة بالضرر الذي يقع على الزوجة عند تطليقها، فإنه يكون متعسفا كذلك، فمن طلق زوجته لأنها طالبته بزيادة النفقة أو بزيارة أهلها مثلا وكان أمرا خفيفا، فهو مستعمل لحقّه في الطَّلاَق لحاجة غير شرعية، فهو متعسف[1].

وإذا قلنا: إن الأصل في الطَّلاَق الحظر أو المنع إذا كان لغير حاجة أو سبب شرعي- كما قال بعض المحقّقين- فاستعماله على هذا الوجه يعد تعسفا موجبا للتعويض، تطبيقا لمعيار التَّعسُف القائل: بعدم مشروعية المصلحة التي يقصد تحقّيقها من استعمال الحقّ.

فإذا طلق زوجته لأنه يريد الذهاب إلى الحج مثلا، فإنه يعتبر متعسفا في استعماله حقّه، لأن المصلحة التي أرادها من الطَّلاَق غير مشروعة، لأنه يستطيع الحج مع إبقاء الزوجة في عصمته، فالطَّلاَق يفتقد هنا المصلحة المشروعة، فكان طلاقا تعسفيا مستوجبا للتعويض المالي للزوجة.

وإذا كانت المصلحة غير مشروعة، كان ذلك نوعا من التَّعسُف، فما بالك إذا كان الطَّلاَق من غير مصلحة، فإنه عند ذلك نوع من الاستخفاف والعبث.

فالاجتهاد السِّياسي في مسألة التعويض عن الطَّلاَق التَّعسُفي قائمٌ على أساس جبر الضرر المترتب على التَّعسُف في استعمال الحقّ، ولا شك أن هذا التعويض فيه معنى العقوبة على أمر محظور شرعا.

وإذا قلنا: إن الأصل في الطَّلاَق المنع إلا لحاجة، كان التعويض على أساس المعصية والمخالفة، والتعويض فيه معنى العقوبة على المخالفة الشرعية، وهي إيقاع الطَّلاَق من غير حاجة مع أنه محظور.

زيادة على أن الطَّلاَق التَّعسُفي من غير سبب مشروعٍ فعلٌ ضار، يستوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

ونظير التعويض المالي في الطَّلاَق التَّعسُفي، هو المتعة الواجبة على الزوج تجاه زوجته في الطَّلاَق، على قول من أوجبه في كل طلاق، سمى لها صداقا أو لا، وذلك جبرا لخاطر المرأة المنكسر، ورفعا للوحشة عنها.

---

١ - عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص183 – 185.

فالتعويض في الطَّلاَق التَّعسُفي، الذي قصد به الإضرار بالمرأة، آكد منه في متعة الزواج، لأن في الطَّلاَق التَّعسُفي استعمال الحقّ لمجرد قصد الإضرار، وأنه يقع من غير تحقّيق لمصلحة مشروعة، وذلك ليس بلازم في المتعة.

والضرر الناتج من جراء الطَّلاَق التَّعسُفي، قد يكون معنويا وهو الغالب، وقد يكون حسياّ، كأن تترك عملها طاعة لزوجها من أجل بناء عش زوجي سعيد، ثم بعد الزواج تفاجأ بطلاق زوجها لها من غير سبب ولا حاجة غير الإضرار بها، وقد يجمع الضرر المادي والمعنوي في حالة واحدة، فيقدر التعويض على أساس الضرر المزدوج.

قال الزحيلي:" ومستند هذا الحكم الجديد: هو العمل بمبدأ السّياسة الشّرعية العادلة، التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج.

وربما يستند هذا الحكم إلى المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها بعضهم، ورغّب فيها القرآن وجعلها بالمعروف، فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف[1]".

وفي فرض التعويض على الطَّلاَق التَّعسُفي، دفع للرجال إلى تقليل استعمال الطَّلاَق والاحتياط في أمره، وأن لا يوقعوه إلا عند الضرورة ووجود الأسباب الحقّيقية الداعية إليه، لا مجرد الشكوك والأوهام، التي قد تخرب البيت الزوجي، إذ المحافظة على استقرار الزواج واجتماع شمل الأسرة والأولاد من مقاصد الشرع، ومن المصالح التي يبغي تحقّيقها، ويكون ذلك ببقاء الأسرة متماسكة تعيش في المودة والرحمة، بعيدة عن التنافر والعداوة والبغضاء.

والسّياسة الشّرعية تملي على الحاكم السّعي في جلب المصالح الخاصة والعامة للفرد والجماعة، وفي دفع الطَّلاَق التَّعسُفي عن الأسرة نوع من المصلحة التي يراعيها الاجتهاد السِّياسي في الإسلام.

ولما كان الغرض الأساس من التعويض المالي عن الطَّلاَق التَّعسُفي، هو دفع الأزواج إلى تروي والحذر في استعمال حقّ الطَّلاَق، حتى لا يخالف مقصود الشارع من جهة، وحتى لا يقصد الإضرار المحض بالغير من جهة أخرى، وجب على الحاكم تحديد النظر في تحقّيق المناط الذي بنى عليه اجتهاده السياسي، بإلزام المتعسف في الطَّلاَق التعويض أم لا ؟.

---

١ - وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9.، ص 499.

فإذا كانت مصلحة التعويض لا تزال قائمة، بحيث كانت تفضي إلى تضييق باب الطَّلاَق الظالم وتمنع من التسرع في إمضائه، بل تحقّق قصد الشارع من تشريع الطَّلاَق، أبقى أمر التعويض وزكاه، وأما إذا رأى أن هذا القرار السياسي لا يحقّق المقاصد المتوخاة منه، حيث أثر على الفقراء دون الأغنياء، أو أن الزوجات تعسفن من جهتهن في استخدام هذا المكسب في الإضرار بالأزواج، في ظل صعوبة إظهار النية الحقّيقية للزوج من الطَّلاَق، فأحيانا يفضل الزوج عدم البوح بالدوافع الحقّيقة سترا للأسرة ورغبة منه في عدم إظهار خفاياها للناس، فيتحمل التعويض مكرها، فإذا تيقن أن التعويض المالي عن الطَّلاَق التَّعسُفي أفضى إلى مفاسد لم تكن متوقعة، فله أن يترك الأمر على أصله ويمنع التعويض.

وعلى كل ففي الحالتين اجتهاد الحاكم مبني على المصلحة، وإذا تغيرت تغير الحكم تبعا لها.

خامسا: الطَّلاَق التَّعسُفي في قانون الأسرة الجزائري.

لقد تكلم المشرع الجزائري عن التعويض عن الطَّلاَق التَّعسُفي في المادة **52** من **ق أ ج** حيث نص على أنه:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطَّلاَق، حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحقّ بها.".

ففي الحالات التي يلجأ فيها الزوج إلى المحكمة، ويطلب منها الحكم له بالطَّلاَق بينه وبين زوجته، فإنه وعلى الرغم من عدم وجود نص في قانون الأسرة يجعل طلب الزوج موقوفا على أسباب معينة، فإن القضاء قد دأب على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطَّلاَق، وذلك حتى يتبين للقاضي أساس الطَّلاَق، هل كان مبنيا على أسباب جدّية ومقبولة، أو مجرد عبث وطيش، فإذا تبين للقاضي أن الطَّلاَق كان تعسفيا حكم للمرأة بالتعويض[1].

والحكم على الزوج المطلق بالتعويض مقيد بشرطين:

الأول: أن يثبت القاضي أن الطَّلاَق لم يكن لسبب جاد، كأن لم يكن لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطَّلاَق من أجلها، وعند ذلك يكون الطَّلاَق تعسفيّاً.

---

١ – عبد العزيز سعد / قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 123.

ثانيا: أن يلحقّ الزوجة ضرر حقّيقي من جراء الطَّلاَق، فإنّ كان الضرر الأدبي أو المعنوي غالبا ما يصاحب الطَّلاَق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها عن وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سبب.

ومبلغ التعويض غير محدد سواء في الضرر المادي أو المعنوي ، وهو متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وليس بالاستناد إلى مرتب الزوج ودخله، وإنما مقدار التعويض يكون على حساب الضرر اللاحقّ بالزوجة، ولا يمكن تحديد مبلغا معينا يمنحه لكل مطلقة تعسفا، لأن الضرر يختلف من زوجة إلى أخرى.

ونشير هنا إلى أن الفقه القانوني بنى مسألة التعويض في الطَّلاَق من غير حاجة، على أساس نظرية التَّعسُف في استعمال الحقّ[1].

١ – عبد العزيز سعد / الزواج والطَّلاَق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، ط01/ 1986، ص266– 267.

المبحث الثاني: التّطليق للضرر.

مقدمة:

الأصل أن الطّلاق جعل شرعا بيد الرّجل، لأنه هو المالك للعصمة، فله أن يوقع الطّلاق بإرادته المنفردة إذا رأى في ذلك مصلحة، كأن تستحيل العشرة بينه وبين زوجته، ويكون ضرر استمرار الحياة الزوجية أعظم من ضرر الفراق، وبالتالي يصبح الطّلاق هو الوسيلة الشرعية الوحيدة التي يملكها الزوج لرفع الضرر والغبن عنه وعن أسرته، وبالمقابل نجد أن الزوجة هي الأخرى قد تقع عليها أضرار جسمية من الزوج تمتنع معه العشرة، ولا تجد للخلع سبيلا، فهل لها من وسيلة أخرى للخلاص من هذا الضرر الواقع عليها ؟ وهل تستطيع أن تطالب القاضي بالتفريق بينهما، تأسيسا على الضرر اللاحق بها من زوجها أم لا ؟

على أننا لا نقصد بالضرر ضررا خاصا، مثل التفريق للعيوب، أو لعدم النفقة، أو للغيبة الطويلة وغيرها، بل نقصد كل ما يصيب المرأة في خاصة نفسها من أَلَمٍ، وأذى يلحقه الزوج بها. ومن هنا، يتعين على القاضي التعرف على حقيقة الضرر، وهل للمرأة أن تطالب بالتطليق على أساس الضرر اللاحق بها ؟ وما هو أساس الاجتهاد السياسي في تحديد الضرر الذي يصح للمطلقة الاستناد عليه في طلب التفريق ؟

أولا: تعريف الضرر وما إليه.

I – الضّرر في اللّغة

الضّرر مصدر ضَرِرَ بكسر الرّاء مثل مَرِض، وهذا الوزن يجيء في العاهات ونحوها، مثل عَمي وعَرج وحَصر، ومصدرها مفتوح العين مثل العَرج، ولأجل خفّته بفتح العين امتنع إدغام المثلين فيه، فقيل : ضَرَر بالفكّ، وبخلاف الضُرّ الذي هو مصدر ضَرّه فهو واجب الإدغام إذ لا موجب للفكّ.

قال ابن عاشور: ولا نعرف في كلام العرب إطلاق الضّرر على غير العَاهات الضارّة، وأمّا ما روي من حديث:" **لا ضَرر ولا ضِرار** [1]" فهو نادرٌ، أو جَرَى على الإتْباع والمزاوجة، لاقترانه بلفظ ضِرَار وهو مفكّك. وزعم الجوهري أنّ ضرر اسم مصدر الضرّ، وفيه نظر، و لم يحفظ عن غيره ولا شاهد عليه[2].

وأما الفرق بين الضّرر والضرار، فـالضّرر، هو الذي لك به منفعة وعلى غيرك فيه مضرة. وأما الضرار فهو الذي ليس لك فيه منفعة وعلى غيرك فيه المضرة[3].

2 – الضّرر في الاصطلاح.

الضّرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربى عليه، وهو نقيض النّفع، وهو الذي لا ضرر فيه[4].

والضّرر في باب الطّلاق عند المالكية، هو الضرب والتسخيم والتجويع والعري والشّتم والهجران والتّعيير، ونحو ذلك من كل ضرر، وليس منه منعها من الخروج للحمام أو الفرجة في الحفلات والتنزه في الأماكن[5].

والضّرر عند الدردير، ما لا يجوز شرعا، كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، ويا بنت الكافر، ويا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعاع الناس.

وقال ابن فرحون: ومن الضّرر قطع الكلام عنها، وتحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثار ضرتها عليها، وضربها ضربا مؤلما[6].

---

١ – الحديث سبق تخريجه، ص42.

٢ – الطاهر بن عاشور / التحرير والتنوير، ج05، ص 171.

٣ – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج08، ص 254.

٤ – ابن العربي / أحكام القرآن، ج01، ص54 – 55.

٥ – محمد العلوي العابدي / الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، الفقرة 454، ص 95. والحطاب / مواهب الجليل، دار الفكر، ج04، ص 17.

٦ – الشرح الكبير للدردير، ج02، ص 345. والحطاب / مواهب الجليل، ج04، ص 17.

وعرف الزحيلي الضّرر بأنه: إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص، سواء كان في ماله، أم جسمه، أم عرضه، أم عاطفته، وقد يسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف[1]"

3 – تعريف الشّقاق.

الشِّقَاق مصدرٌ كَالْمُشَاقّة، وهو مشتقّ من الشِّق بكسر الشّين أي النّاحية أو الجانب، لأنّ كلّ واحد يصير في ناحية، على طريقة التخييل، كما قالوا في اشتقاق العدوّ، إنّه مشتقّ من عدوة الوادي. وقيل إنه مشتق من الشَّقّ بفتح الشين وهو الصدع والتفرّع، ومنه قولهم: شقّ عصا الطاعة، والخلاف شقاق.

وأصل الشقاق أن كل واحد منهما يأخذ غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحيته[2]. والشقاق شدة المخالفة، مشتق من الشَّق بفتح الشين وهو الفلق وتفريق الجسم[3].

وقال بعض أهل العلم : أصل الشقاق من المشقة لأن المخالف المعاند يجتهد في إيصال المشقة إلى من هو مخالف معاند. وقال بعضهم: أصل الشقاق من شق العصا وهو الخلاف والتفرق[4].

وقد جمع الزحيلي بين التطليق للضرر والشقاق، فقال في تعريفهما:" الم قصود بالشِّقاق والضّرر: الشِّقاق هو النزاع الشّديد بسبب الطعن في الكرامة. والضّرر: هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع، والتقبيح المخلّ بالكرامة، والضرب المبرِّح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه "[5].

لذا، لا يقصد في هذه المسألة من أنواع الضّرر إلا ما كان قولا أوفعلا من أحد الزّوجين للآخر، وهو الضّرر الناتج عن نشوز أحد الزوجين، وخروجه عن الجادة بالاعتداء أو الأذى، وقد يكون فاحشا ومتكررا، وإذا كان للزوج وسيلة للتخلص من هذا الضّرر بالطّلاق، فإن

---

١ – هذا التعريف لوهبة الزحيلي، يراجع: محمد الزحيلي / التعويض المالي عن الطلاق، ص 48.

٢ – النووي / المجموع، ج 16، ص 452. والشنقيطي / أضواء البيان، ج06، ص330.

٣ – ابن عاشور / التحرير والتنوير ج01، ص 741 و ج 05، ص 46.

٤ – الشنقيطي / أضواء البيان، ج06، ص 330.

٥ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج09، ص 495.

المرأة لا تملك أن تدفع هذا الظلم عن نفسه، لأنها لا تملك حق الطّلاق، ولا تقدر على الخلع أحيانا، فهل ترفع أمرها للقاضي ليخلصها من هذا الغبن، أو نجاري الزوج في تماديه في غيه وتعنته، فنرغمها على التحمل وارتكاب المعاصي، مع بقاء الشقاق والخلاف ؟ وهل للقاضي أن يتدخل عن طريق إجراء الصلح بينهما بالوسائل الممكنة ؟

ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق للضرر.

نشوز الزوجة وخروجها عن طاعة زوجها أمر محتمل، لذا أعطى الشارع للزوج حق تأديب زوجته النّاشز فقال تعالى:"﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤﴾النساء: ٣٤.

وحتى يصلح الزوج أمر زوجته ويعيدها إلى جادة الطاعة، لابد أن يعمد إلى تأديبها، بالموعظة الحسنة أولا، فإن لم ينفع الوعظ، هجرها في الفراش، وإن لم ينفع ذلك، فله أن يضربها ضربا غير مبرح.

فإن جاوز الزوج حدَّ التأديب، و لم يحترم القيود الشرعية في ذلك، وآذاها بلا سبب، أو بأكثر مما تستحق، بأن ضربها ضربا مبرّحا، أو بأكثر مما تستحق، أو سبّها بما لا يليق بها، أو سبّ أباها أو أمها، ووصل الأمر بينهما إلى حدّ العصيان والشقاق، فالشريعة هنا وضعت حلا آخر لهذه المشكلة، وهو التّحكيم قال تعالى:" ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ٣٥﴾ النساء: ٣٥.

والآية دالّة على وجوب بعث الحكمين عند نزاع الزوجين التزاعَ المستمرّ، المعبّر عنه بالشقاق، وظاهرها أنّ الباعث هو الحاكم أووليّ الأمر، لا الزوجان لأنّ فعل "**ابعثوا**" مؤذن بتوجيههما إلى الزوجين[1].

ولقد أجمع العلماء على أن المقصود في قوله:" **إن يريدا إصلاحا** " هما الحكمان كما نقل ذلك ابن بطال[2].

---

١ - الطاهر بن عاشور / التحرير والتنوير، ج05، ص46.

٢ - ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج07، ص 425.

فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين، و لم يوفقا إلى جمع شمل الأسرة من جديد، وبقي الزّوج متماديا في إساءته، والزّوجة مُصرَّة على طلب التّفريق، فهل يجوز للقاضي أو الحكمين نيابة عن القاضي إيقاع الطّلاق ويفرقان بينهما أم لا ؟

ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، بناء على اختلافهم في جواز التفريق للتراع والشقاق على النحو التالي:

أولا: الفريق المانع للطلاق للشّقاق والضّرر.

ومهمّة الحكمين عند هذا الفريق، هي الإصلاح والتوفيق بين الزّوجين، وليس لهما التّفريق، فالتفريق للتراع والشقاق غير جائز، وهو قول أبي حنيفة والشافعي في القول الثاني، وأحمد في رواية، وأبي ثور والشّيعة الإمامية، وبه قال الحسن البصري وعطاء وقتادة، فهم لا يجيزون التَّفريق للضرر.

قال ابن الهمام [1]: قول الحكمين نافذ في الجمع والتَّفريق بتوكيلهما عندنا... وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزّوج، فإن انتهت وإلاّ هجرها، فإن انتهت وإلا ضربها، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السّلطان، فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها، وأيهما كان أظلم رده إلى السلطان فأخذ فوق يده[2].

أي إذا وقف الحكمان على حقيقة أمر الزّوجين، رُدَّ الظالم منهما إلى الحقّ الواجب عليه، فإن رجع إليه، وإلا كانا شاهدين عليه، فيؤديان ذلك إلى الإمام على سبيل الشهادة، فيأخذ الإمام المشهود عليه من الزّوجين بما ثبت عنده عليه، ويقضي بذلك، ويرده إلى الواجب[3].

---

١ - ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج04، ص 244.

٢ - عن سعيد بن جبير أنه قال في المختلعة: "يعظها فإن انتهت وإلا هجرها وإلا ضربها، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان، فيبعث حكما من أهلها وحكما من أهله، فيقول الحكم الذي من أهلها يفعل كذا ويفعل كذا، ويقول الحكم الذي من أهله تفعل به كذا وتفعل به كذا، فأيهما كان أظلم رده إلى السلطان وأخذ فوق يده، وإن كانت ناشزا أمروه أن يخلع". الجصاص الرازي / أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام شاهين، طبعة دار الكتب العلمية، ج02، ص 238.

٣ - الطحاوي / أحكام القرآن، ج02، ص 442.

فالحكمان هما اللذان يتوليان النّظر في ذلك والفصل بينهما، ولو ادعى النشوز وادعت ظلمه وتقصيره في حقها، يفعل الحاكمان ما يتفق عليه الزّوجان من الجمع والتّفريق، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما، فإذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب، إذ هما موكلان للجمع والتّفريق، فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما، وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكمين نافذ عليهما، فهو محمول على رضاهما، إذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزّوجين، وغير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه، ولا أن يدفعا مالا بغير إذن صاحبه.

ولا خلاف عندهم أن الزّوج لو أقر بالإساءة إليها، لم يفرق بينهما، ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز، لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها، فإذا كان كذلك حكمها قبل بعث الحكمين، فكذلك بعد بعثهما، لا يجوز إيقاع الطّلاق من جهتهما من غير رضا الزّوج وتوكيله، ولا إخراج المهر عن ملكها دون رضاها[1].

فالحكمان عند الحنفية مجرد وسيلة من وسائل التأديب أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وليس لهما أكثر من محاولة الإصلاح بين الزّوجين.

وأما مذهب الشافعية، فالتعدي أو الشقاق أو النشوز، إما أن يكون من الزّوج أو من الزّوجة، أو منهما جميعها.

فإذا كان النشوز والشقاق من الزّوجة، بأن ظهرت أمارات نشوزها فعلا، كأن يجد منها إعراضا وعبوسا بعد لطف وطلاقة وجه، أو قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، وعظها ندبا لقوله تعالى:"﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤﴾ النساء: ٣٤

كأن يقول لها: اتقي الله في الحقّ الواجب لي عليك، بلا هجر ولا ضرب، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم فلعلها تبدي عذرا أو تتوب عما وقع منها بغير عذر. فإن أصرت هجرها في المضجع، فإن أصرت على النشوز ضربها، إذا كان الضرب مفيدا، وإلا لا يضربها

١ - الجصاص / أحكام القرآن ، ج02، ص239.

كما صرح بذلك الإمام الشافعي، و لا يكون الضرب مبرحا، ولا يضرب إلى المهالك، والأولى العفو، وأن لا يرفع الأمر إلى القاضي، لما فيه من العار والمشقة وتوحيش القلوب[1].

وأما الشّقاق والضّرر من الزّوج بالضرب وإشاحة الوجه والقسوة في الكلام بعد أن لم يكن كذلك، فإن القاضي ينهاه عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إلى فعله وكرره، فله تعزيره إذا طلبت الزّوجة ذلك، وإنما لم يعزره في الأولى، لأن إساءة الخلق تكثر بين الزّوجين، والتعزير عليها يورث وحشة بينهما، فيقتصر أولا على النهي لعل الحال يلتئم بينهما، فإن عاد إليه عزره بما يراه لتعديه عليه[2]. ويسكنهما بجنب ثقة يمنع الزّوج من التّعدي عليها ويحال بين الزّوجين[3].

أما إذا كان الشّقاق و الضّرر منهما جميعا، بأن نسب كل واحد الآخر إلى التعدي وسوء الخلق وقبح السيرة، و لم يعرف الحاكم المتعدي منهما، فإنه يقوم بإسكانهما بجوار رجل ثقة خبير بهما، يطلع على حالهما، حتى يتحقق القاضي من حقيقة الأمر بين الزّوجين، فإن علم الظالم من الزّوجين منعه[4].

وإذا اشتد شقاقهما وداما على السباب الفاحش والتضارب، بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها، لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما، أو يفرقا إن عسر الإصلاح. ثم هل المبعوثان وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم، فيه قولان: أظهرهما أنهما وكيلان، فعلى هذا يوكل الزّوج حكمه في التطليق عليه، وقبول الخلع، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطّلاق، ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما، فإن لم يرضيا و لم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم واستوفى حق المظلوم[5].

فأظهر الرّوايات عند الشافعية أن الحكمين وكيلان، وليس لهما التَّفريق بين الزّوجين إلا برضاهما، وتتوقف مهمة القاضي عند التأديب فقط، وإرجاع الحقوق للطرف المظلوم.

---

١ – الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 259 – 260.وزكريا الأنصاري/ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج02، ص110 – 111

٢ – الأنصاري / فتح الوهاب، ج02، ص111.

٣ – الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 260.

٤ – النووي / روضة الطالبين، ج07، ص370. والمجموع، ج16، ص 453.

٥ – النووي / روضة الطالبين، ج 07، ص 370 – 371. والشربيني، محمد الخطيب / الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر بيروت، ج02، ص 434. والرملي، محمد بن أحمد الأنصاري / شرح زبد ابن رسلان، دار المعرفة بيروت، ص 259.

وعند الحنابلة إذا ادعى كلٌّ من الزّوجين ظلم صاحبه له، قام الحاكم بإسكانهما قرب رجل ثقة يطلع على أحوالهما، يشرف عليهما ويكشف حالهما، ليعلم الظالم منهما، ويلزمهما الحق على طريق الإنصاف، فإن لم يرضيا بالإسكان ولا بإلزامها الحق، وتحول الخلاف إلى شقاق وعداوة وبلغا إلى المشاتمة، بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها ليفعلا ما رأيا المصلحة فيه من التّفريق بعوض أو غيره أو الإصلاح بترك بعض الحقوق أو غيره.﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ ﴾ النساء:35 ويجوز أن يكون الحكمان أجنبيين[1].

وقد نقل عن الإمام أحمد روايتان، الأولى أنهما وكيلان للزوجين، لا يملكان التّفريق إلا بإذنهما، وفي رواية أخرى أنهما حاكمان، وقد صرح المرداوي، أن الصحيح في المذهب أنهما وكيلان عن الزّوجين، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا عليه. قال الزركشي: هذا هو المشهور عند الأصحاب، وعللوا ذلك بأن البضع حق للزوج، والمال حق للمرأة، وهما رشيدان، فلم يجز لغيرهما التصرف عليهما إلا بوكالة منهما[2].

أدلّة هذا القول:

استدل هذا الفريق فيما ذهبوا إليه بما يلي:

1 – قوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ﴾ النساء:35، إنّ الآية ليس فيها سوى الإصلاح بين الزّوجين، فدلّ ذلك على مهمة الحكمين لا تتعداه لغيره.

قال الجصاص: في فحوى الآية ما يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا، وهو قوله تعالى: **إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**، و لم يقل إن يريدا فرقة، وإنما يوجه الحكمان ليعظا الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه، وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده[3].

---

١ – ابن قدامة / الكافي، ج 03، ص 139. والرحيباني / مطالب أولي النهى، ج 05، ص 288. والبهوتي / كشاف القناع، ج 05، ص 211. والبعلي / كشف المخدرات، ج02، ص629.

٢ – شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج02، ص449. والمرداوي / الإنصاف، ج08، ص 380.

٣ – الجصاص / أحكام القرآن، ج03، ص154.

2 – ما روي عن الحسن أنه قال في هذه الآية: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴿٣٥﴾﴾ النساء:35 " إنّما عليهما أن يصلحا وأن ينظرا في ذلك، وليس الفرقة بأيدهما "

قال البيهقي: وهو أصح قولي الشافعي، وعليه يدل ما روينا عن عليّ رضي الله عنه، إلا أن يجعلاها إليهما[1].

3 – استدلوا برواية علي التي ذكرها البيهقي عن ابن سيرين عن عبيدة قال: أتى عليا رجلٌ وامرأته، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي: ما شأن هذين، قالوا بينهما شقاق، قال: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴿٣٥﴾﴾ النساء:35 فقال علي: هل تدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله، فقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال علي: كذبتَ، والله لا تنفلتُ مني حتّى تُقرَّ كما أقرَّت[2].

وفي رواية أخرى:" ليس ذلك لك، لست ببارح حتى ترضى بمثل ما رَضِيتْ."[3]

ووجه الدلالة في الحديث أن إنكار علي رضي الله عنه على الرجل، ومطالبته بأن يرضى بما يقرره الحكمان دليل على أنهما وكيلان عليهما لا حكمين، إذ لو كانا حكمين لما احتاج إلى إذن الزّوج في ذلك، لأن من وظيفة الحكم أن يحكم دون العودة إلى المتخاصمين عند إصدار الحكم الذي يراه مناسبا[4].

ورد عليه: بأنه استدلال غير وجيه، لأن معناه إلزام الزّوج بالإقرار، وكونه لا يصدق في الإتباع حتى يخضع له، لأنه أمر شرعي وجب الإذعان له بالقبول حتى يؤجر عليه، وهذا لا ينافي إلزامه به كرهًا، إن لم يرض طوعًا.

---

١ – البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: القسم والنشوز، باب: الحكمين في الشقاق بين الزوجين، ج07، ص 307، رقم15190.

٢ – البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: القسم والنشوز، باب: الحكمين في الشقاق بين الزوجين، ج 07،ص 307، رقم15179، الدارقطني في سننه، باب: المهر، ج03، ص295، رقم 188.

٣ – البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: القسم والنشوز، باب: الحكمين في الشقاق بين الزوجين، ج07،ص 306رقم15181.

٤ – نصر سليمان وسعاد سطحي / أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الفجر، ط2006/01، ص131.

وقالوا: ليس المراد من قول علي رضي الله عنه للرجل" **حتى تُقِرّ** " أن رضاه شرط، بل معناه، أن المرأة رضيتْ بما في كتاب الله، فقال الرجل" **أما الفُرقة فلا** " يعني، الفُرقة ليست في كتاب الله، فقال علي: كذبْتَ، حيث أنكرتَ أن الفرقة في كتاب الله، بل هي في كتاب الله[1].

وقال الألوسي: وأجيب عن فعل علي رضي الله عنه، بأنه إمام، وللإمام أن يفعل ما رأى فيه المصلحة، فلعله رأى المصلحة فيما ذكر، فوكل الحكمين على ما رأى[2].

4 – الحكمان هم في حال شاهدان وفي حال مصلحان وفي حال آمران بمعروف وناهيان عن منكر، فهم وكيلان في حال إذا فوض إليهما الجمع والتَّفريق، وأما قول من قال: إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل الزّوجين فهو تعسف خارج عن الكتاب والسنة[3].

وأجيب عليه: أنه لا يلزم من كون الحكمان شاهدين أو آمرين بالمعروف، ألا يكون وكيلين، فهما وكيلان بلا تفويض لأن الله سماهما حكمين، والشهادة والأمر بالمعروف صفة زائدة على التوكيل.

5 – البضع حق للزوج، والمال حق للزوجة، وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية منهما.

وأجيب عنه: بأن الأمر كما قالوا ما لم يستحكم النزاع، فإن استحكم كانت حياتهما مستعارة لا حقيقية، إذ يوشك أن يقع بينهما الفراق.

6 – سلطة الحكمين بالتَّفريق لا أصل لها، لأن ذلك إما أن يكون مستمدا من الحاكم، أو من الزّوجين، فإن كانت مستمدة من الحاكم، فالحاكم نفسه لا يملك حق التَّفريق، وإن كان من الزّوجين فلا تصح من غير توكيل[4].

---

١ – البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود / معالم التنزيل، تحقيق: محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط04/ 1417 هـ، ج02، ص 209.

٢ – الألوسي، محمود أبو الفضل / روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج05، ص26.

٣ – الجصاص / أحكام القرآن، ج02، ص242. وابن الهمام / شرح فتح القدير، ج09، ص 99.

٤ – زكريا الأنصاري / فتح الوهاب، ج 02، ص111، ومطالب أولي النهى، ج05، ص 289.و عبد الفتاح عمرو / السّياسة الشرعية، ص 230.

ورد عليه: بأن هذا صحيح إذا سلمنا أن الحاكم لا يملك حق التَّفريق، ولكن الحاكم يملكه بإجازة الشرع له، فهو مسؤول عن جلب كل ما ينفع للرعية و دفع عنها كل ما يؤدي.

ثانيا: الفريق القائل بوقوع الطّلاق للضرر والشّقاق.

وهم القائلون بأنه للحكمين الجمع والتَّفريق بين الزّوجين إن رأيا ذلك وتعذر الإصلاح بينهما، وهو قول مالك، وبه قال الشافعي في القديم[1]، وهو رواية عن أحمد، وهذا رأي عثمان، وعلي، وابن عباس، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، والشعبي، والنَّخْعي، وسعيد بن جبير، والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر، وذكر ابن كثير أنه قول الجمهور، وصححه ابن تيمية وابن القيم[2].

أدلة هذا القول:

ومما استدل به هذا الفريق فيما ذهب إليه ما يأتي:

1 – قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴿٣٥﴾﴾ النساء:35. قال ابن العربي: هذا نص من الله سبحانه وتعالى في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه وتعالى كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس وإفساد للأحكام، وإنما يسيران بإذن الله ويخلصان النية لوجه الله تعالى وينظران فيما عند الزّوجين بالتثبت ، فإن رأيا للجمع وجها جمعا وإن وجداهما قد أنابا تركاهما، فإن وجداهما قد اختلفا سعيا في الألفة، وذكرا بالله تعالى وبالصحبة، فإن أنابا وخافا أن يتمادى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي، فإن يكن ما اطلعا عليه في الماضي يخاف منه التمادي في المستقبل، فرقا بينهما[3].

---

١ – النووي / المجموع، ج16، ص 451.

٢ – ابن عبد البر/ الاستذكار، طبعة دار الكتب العلمية، ج 06، ص 184. وابن العربي / أحكام القرآن، تحقيق علي البجاوي ج 01، ص 425. وابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص190،. وابن كثير / تفسير القرآن العظيم، ج02، ص297.

٣ – ابن العربي / أحكام القرآن، ج01، ص 424.

وقال القاضي عبد الوهاب[1]: الخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الأئمة والحكام دون أهل الخصومات، ولأن تسميتهما بأنهما حكمين ينفي كونهما وكيلين[2].

2 – الحياة الزّوجية مبنية على المعاشرة الطيبة أو التّفريق بالحسنى و استدلوا بقوله تعالى:" ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴿٢٢٩﴾﴾ البقرة: ٢٢٩، فإذا حصل الشّقاق والخلاف بين الزّوجين، تعين التسريح ، لأنه وقع النشوز والنفور بين الزّوجين، وقد حاول الحكمان الإصلاح فلم يفلحا، لذا تعين التّفريق بين الزّوجين، حسما لدابر الشر الواقع والمتوقع بينهما، عند استمرار العشرة[3].

3 – واستدلوا من الآثار بما روي أن عقيل بن أبي طالب، تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة فقالت: اصبر لي وأنفق عليك، وكان إذا دخل عليها قالت: يا بني هاشم لا يحبكم قلبي أبدا، أين الذين أعناقهم كأباريق الفضة ترد أنوفهم قبل شفاههم، أين عتبة بن ربيعة ؟ أين شيبة بن ربيعة ؟ فيسكت، حتى دخل عليها يوما وهو برم فقالت له: أين عتبة بن ربيعة فقال: على يسارك في النار إذا دخلت. فنشرت عليها ثيابها، فجاءت عثمان فذكرت له ذلك، فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرقنَّ بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فأتياهما فوجداهما قد سدّا عليهما أبوابهما وأصلحا أمرهما[4].

وفي رواية أنهما لما أتيا اشتما رائحة طيبة، وهدوءا من الصوت، فقال له معاوية: ارجع فإني أرجو أن يكونا قد اصطلحا، وقال ابن عباس: أفلا نمضي فننظر أمرهما، فقال معاوية : فتفعل

---

١ – عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، أبو محمد: قاض، من فقهاء المالكية، له نظم ومعرفة بالأدب، توجه إلى مصر، فعلت شهرته، وتوفي فيها سنة 422هـ، من كتبه: الإشراف والتلقين، والمعونة. ابن فرحون / الديباج، ص07.

٢ – القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن نصر / الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1999/01، ج02، ص 724. والمعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، ط 01 /1998، ج01، ص 593.

٣ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص231.

٤ – البيهقي في السنن الكبرى، باب: الحكمين في الشقاق، ج07، ص306، رقم15183، وعبد الرزاق في المصنف، ج016، ص513، رقم11887.

ماذا ؟ فقال ابن عباس: أقسم بالله لئن دخلت عليهما، فرأيت الذي أخاف عليهما منه، لأحكمن عليهما ثم لأفرقنَّ بينهما[1].

ففي قول بن عباس دلالة واضحة على أنهما حكمين، لهما الجمع والتَّفريق بين الزّوجين، حسبما يريانه من المصلحة.

ومما استدلوا به أيضا من الآثار حديث علي بن أبي طالب السابق [2]، قال القاضي أبو إسحاق[3]: فبين علي رضي الله عنه أن الأمر إلى الحكمين الذين بعثا من غير أن يكون للزوج أمر في ذلك ولا نهي. فقالت المرأة بعد ما مضيا من عند علي:" **رضيت بما في كتاب الله تعالى لي وعلي**". وقال الزّوج :" **لا أرضى**" فردّ عليه عليٌّ تركه الرضا بما في كتاب الله تعالى، وأمره أن يرجع عليه كما يجب على كل مسلم، أو يُنَفِّذَ ما فيه بما يجب من الأدب. فلو كانا وكيلين لم يقل لهما أتدريان ما عليكما ؟ إنما كان يقول: أتدريان بمَ وُكِلْتُما ؟ ويسأل الزّوجين: ما قالا لهما[4].

4 – قالوا: ولأنه وقع الشِّقاق بين الزّوجين، واشتبه الظالم منهما، فجاز التَّفريق بينهما من غير رضاهما، كما لو قذفها وتلاعنا[5].

5 – إن القاضي عندما يرسل الحكمين، فإنهما يستمدان سطلتهما منه، وذلك لكونه يملك التَّفريق، فإذا فرقا كان ذلك نيابة عنه، وعليه فللحكمين أن يجمعا ويفرقا بين الزّوجين حسب المصلحة[6].

---

١ – هذه الرواية لم أقف عليها في كتب الحديث.

٢ – يراجع الحديث، ص505.

٣ – إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد الجهضمي الأزدي: فقيه على مذهب مالك، جليل التصانيف، من بيت علم وفضل. وولي قضاء بغداد والمدائن والنهروانات، ثم ولي قضاء القضاة إلى أن توفي فجأة، ببغداد سنة 282هـ، من كتبه أحكام القرآن، يراجع: الشيرازي / طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ط1970/01، ص164، والقاضي عياض / ترتيب المدارك، ج01، ص463 فما فوق .

٤ – ابن العربي / أحكام القرآن، ج01، ص423 – 424.

٥ – النووي / المجموع، ج16، ص 451.

٦ – نصر سليمان وسعاد سطحي / أحكام الطلاق، ص 133.

قال ابن القيم: والعجب كل العجب ممن يقول: هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزّوجين. وبنى كلامه على عدة أدلة منها:

1 – لو كانا وكيلين لقال فليبعث وكيلا من أهله ولتبعث وكيلا من أهلها.

2 – لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل.

3 – إنه جعل الحكم إليهما، فقال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ النساء:35 والوكيلان لا إرادة لهما، إنما يتصرفان بإرادة موكليهما.

4 – إن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص.

5 – الحكم من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك.

6 – إن لفظ حَكَم أبلغ من حَاكم، لأنه صفة مشبهة باسم الفاعل دالة على الثبوت، ولا خلاف بين أهل العربية في ذلك، فإذا كان الحاكم لا يصدق على الوكيل المحض فكيف بما هو أبلغ منه ؟

7 – إن الله سبحانه وتعالى خاطب بذلك غير الزّوجين، وكيف يصح أن يوكل على الرجل والمرأة غيرهما ؟ وهذا يحتاج إلى تقدير الآية هكذا: وإن خفتم شقاق بينهما: فمروهما أن يوكلا وكيلين: وكيلا من أهله ووكيلا من أهلها، ومعلوم بعد لفظ الآية ومعناها عن هذا التقدير ، وأنها لا تدل عليه بوجه، بل هي دالة على خلافه.

كما استدل بالآثار السّابقة المروية عن عثمان، وابن عباس، ومعاوية، وعلي، وقال: لا يعلم خلاف عن الصحابة في أن الحكمين حاكمين وليسا وكيلين، وإنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم[1].

وبما أن المالكية هم أكثر الناس قولا بالتطليق بسبب الضّرر أو الشّقاق، تعين طرق المسألة عندهم بمزيد من التفصيل.

---

١ – ابن القيم / زاد المعاد، ج04، ص63.

ثالثا: التطليق للضَّرر في المذهب المالكي.

الضّرر هو كل ما يسبب ألما وأذى للزوجة، وتتنوع أسباب الضّرر الموجب لحق طلب التطليق، فقد يكون لفظيا،كالسب والشتم وكل كلام جارح وقبيح، كما يكون بالأفعال والتصرفات، كالإعراض، والضرب، وتحويل الوجه عنها، وتجويعها، وأخذ مالها وغيرها.[1]

والضّرر يثبت عند المالكية بأحد أمرين:

1 – شاهدا عدل يشهدان أن الزّوج يضر بزوجته بوجه من وجوه الضّرر المعروفة، وأنه مستمر وباق على ذلك و لم يقلع عن فعله، وأنه لا يعلم لضرره سبب مشروع.

2 – شهادة سماع شائعة، بأن يشهد اثنان أو أكثر، أنهم لا يزالون يسمعون من الداخل والخارج، ومن الأصدقاء والأقارب، والخدم وغيرهم أن الزّوج يضر زوجته ويؤذيها من دون سبب مشروع.

وهذه الشهادة وحدها لا تكفي، فلا بد أن تحلف الزّوجة على وقوع الضّرر، لضعف شهادة السماع عن شهادة العدول بمعاينة الضّرر.

كما أن تمكين الزّوجة زوجها من نفسها، بعد قيام الضّرر مسقط لحقها سواء أكانت عالمة بذلك أو جاهلة[2].

وإذا رفعت الزّوجة إلى القاضي أمر إضرار زوجها بها، وثبت عنده ذلك بما سبق من وسائل الإثبات، ينظر إلى نوع الضّرر، فإن كان الضّرر ظاهرا بيّنًا، كالضرب الذي يترك أثرا في الجسم، فلها أن تطلق نفسها في هذه الحالة، وذلك بأن يحكم القاضي بالتطليق للضَّرر، ولو لم يتكرر الضّرر، لأن الضّرر الظاهر على بدن المرأة لا يعطي مبررا للانتظار.

---

١ – عبد القادر داودي / الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ص 331. والغرياني / مدونة الفقه المالكي، ج03، ص 13.

٢ – التسولي، علي بن عبد السلام / البهجة في شرح التحفة، طبعة دار الفكر، ط/1991، ج01، ص 563 – 564.

ولقد ذكر الوزاني في نوازله، أنّ للزوجة التطليق بطلقة واحدة بالضّرر – الفاحش – إذا شهدت البينة بأصله، ولو لم تشهد بتكرره على المشهور. وأنهم اعتبروا حلق شعر الزّوجة الحرة ضررا كبيرا، وأن فيه تشويها لها[1].

أما إذا كان الضّرر خفيفا وغير بيِّن، كالهجر والضرب غير المبرح إذا لم يكن عادة، فإن القاضي يخبر الزّوج أنه إذا تكرر منه الضّرر فسيطلق عليه زوجته.

والضّرر الخفيف لا يطلق به إلا إذا تكرر، لأن الطّلاق ليس بالأمر الهين... [2] قال التسولي:" لابد من تكرر الضّرر، حيث كان أمرا خفيفا، فإن كان ضربا فاحشا، كان لها التطليق به ولو لم يتكرر.[3]"

ولقد ذكر الوزاني أن الأئمة المالكيين، اشترطوا في الضرب الموجب للتطليق الاشتهار، والتفاحش، وقبح الآثار، وإلا لا تطلق، وأنهم عدوا اللطمة من الضرب الخفيف[4].

ويكون الضّرر الخفيف سببا للتطليق، ولو لم يتكرر، إذا اشترطت الزّوجة على زوجها في العقد أنه إذا أضر بها فلها أن تطالب بالتطليق تمسكا بشرطها.

وإذا تكرر الضّرر و لم يستطيع الزّوج تفنيد دعوى الزّوجة، حكم عليه بالطّلاق[5].

وإذا تعدى الزّوج على زوجته بضرب أو غيره، وثبت ذلك عليه، و لم ترد زوجته أن تفارقه، فعلى الحاكم أن يزجره على حسب اجتهاده بوعظ فضرب، فإن لم يثبت زجره بوعظ فقط.

ولا يأمر الزّوجة في هذه الحالة بهجر زوجها، ويزجرها أيضا إن ثبت ضررها بالزّوج، بوعظ فضرب[6].

---

١ – أبو عيسى سيدي شريف الوزاني / النوازل الجديدة الكبري أو المعيار الجديد المعرب، مقابلة وتصحيح، عمر بن عباد، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، ط/ 1997، ج03، ص 470.

٢ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، ص 345.

٣ – التسولي / البهجة، ج01، ص 572.

٤ – أبو عيسى سيدي شريف الوزاني / النوازل الجديدة الكبرى ،ج03، ص 460 – 461.

٥ – الغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج03، ص 14.

٦ – الحطاب / مواهب الجليل، ج03، ص 546. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، ص 343.

وإذا ثبت تعدي كل منهما على صاحبه وعظهما، فإن لم ينفع ضربهما باجتهاده، فإن لم يثبت فله وعظهما فقط[1].

وأما إذا تكررت دعوى المرأة بالضّرر، مع تفنيد الزّوج لها في كل مرة، أو وقع التعدي منهما جميعا، وأشكل الأمر و لم تتضح الإساءة ممن، و لم يثبت ذلك بوسيلة صحيحة، فإن الحاكم يسكنهما وسط أناس صالحين يراقبون حالهما، ليشهدوا له بما يرون وما يسمعون، فإن لم يتضح الأمر مع ذلك، عين حكمين للإصلاح والتوفيق، أو للحكم بالفراق إذا تعذر الإصلاح[2]. قال ابن عاصم:

وإنْ ثبوت ضرر تعذرا * لزوجةٍ ورفعُها تكررَا**

فالحكمان بعد يُبعثانِ * بينَهُما بمقتضى القرآنِ.**

ومن شرط الحكمين أن يكونا عدلين فقيهين من أقاربهما، واحد من أهل الزّوج والآخر من أهل الزّوجة، فإن عدم وجودهما من أهلهما، أو وجدا وكانا غير فقيهين أو غير عدلين، أو كانا عدلين فقيهين وتعذر بعثهما، فإن القاضي يبعث حكمين فقيهين عدلين من غير أهلهما، فيدخلان عليهما مرة بعد مرة ويجتهدان في الإصلاح بينهما، فإن تعذر الإصلاح، وكانت الإساءة من الزّوج تحقيقا، طلقا عليه المرأة بدون أن تخالع نفسها منه بمال، وهذا لأن الظلم كان منه.

وعند ما تكون الإساءة من الزّوجة، فلهما أن يحكما بالطّلاق، كما يجوز لهما أن يحكما على الزّوجة بمال تدفعه للزوج نظير الطّلاق، وللحكمين أن يجتهدا في تقدير المقابل المفروض على المرأة، ولو فاق الصداق إذا ثبت لهما تضرر الزّوج، وإن أوقع الحكمان الطّلاق ثلاثا، فإنه لا ينفذ إلا واحدة[3].

---

١ – الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 343.

٢ – المواق / التاج والإكليل، ج04، ص 108

٣ – حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للدردير، ج02، ص345. والغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج02، ص 659.

وقد صرح المالكية أن الضّرر إذا كان من الزّوج وطلقا عليه، فإنه لا يفرض عليه لزوجته، قال البراذعي[1]: وإذا حكما بالفراق كانت طلقة بائنة، حكما بأخذ مال أو بغير أخذ مال، ولا يفرقا بأكثر من واحدة.

وإن حكما بالفراق بغرم على المرأة لنفي الضّرر عنها جاز، وإن حكما بغرم على الزّوج لم يجز.

وقال ربيعة[2]: إن كان الظلم منه فرقا بغير شيء، وإن كان منهما معاً أعطيا الزّوج على الفراق بعض الصداق، وإن كان الظلم منها خاصة جاز ما أُخذ له منها[3].

ولا خلاف في المذهب المالكي أنه يجوز للزوجين إقامة حكمٍ واحدٍ يحكم بينهما، إذا كان متصفا بصفة الحكمين من العدالة والفقه[4].

قال القرطبي: ويجزئ إرسال الحكم الواحد، لأن الله سبحانه حكم في الزنا بأربعة شهود، ثم قد أرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى المرأة الزانية أنيسا وحده، وقال له: " **إن اعترفت فارجمها** "[5].

وإذا جاز إرسال الواحد فلو حكم الزّوجان واحدا لأجزأ، وهو بالجواز أولى إذا رضيا بذلك، وإنما خاطب الله بالإرسال الحكام دون الزّوجين.

---

١ – خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي، أبو سعيد ابن البراذعي: فقيه من كبار المالكية، ولد وتعلم في القيروان، وتجنبه فقهاؤها، لاتصاله بسلاطينها، وانتقل إلى صقلية فاتصل بأميرها وصنف عنده كتبا، من أشهر كتبه تهذيب المدونة، توفي سنة 372هـ، ابن فرحون الديباج ص112.

٢ – ربيعة بن أبي عبد الرحمن التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ ثقة فقيه مشهور، قال بن سعد: كانوا يتقونه لموضع الرأي، من الخامسة مات سنة ست وثلاثين على الصحيح وقيل سنة ثلاث وقال الباجي سنة اثنتين وأربعين. ابن حجر / تقريب التهذيب، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار المكتبة العلمية بيروت، ج01، ص 297.

٣ – البراذعي / تهذيب المدونة، ج 02، ص 406 – 407.

٤ – الحطاب / مواهب الجليل، ج03، ص 554. والدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 346.

٥ – البخاري، باب: الوكالة في الحدود، ج 02، ص813، رقم 2190، ومسلم، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، ج 05، ص121، رقم 4531.

فإن أرسل الزّوجان حكمين وحكما نفذ حكمهما، لأن التحكيم عندنا جائز، وينفذ فعل الحكم في كل مسألة[1].

رابعا: السّياسة الشّرعية في مسألة التّطليق للضَّرر.

الضّرر أو الإساءة التي تلحق الزّوجة من زوجها قد تكون حسية ملموسة يمكن للزوجة إثباتها أمام القضاء كالضرب أو اللطم، الذي يخلف آثارا على الجسم، فللزوجة أن تطالب بالتطليق للضَّرر الجسيم المتفاحش الذي لحق بها، و هذا حتى ولو لم يتكرر الضّرر كما قرره المالكية.

وأما الضّرر الخفيف غير المتكرر، فإنه يستوجب الوعظ ثم التأديب، ومنع الزّوج من ظلمه وتعسفه تجاه زوجته، وهذا عند ثبوت الضّرر، ولا يكون مع هذا النوع طلاق أو تفريق.

فإذا تكرر الضّرر، كان للزوجة طلب التطليق، وهذا النوع من التّفريق هو الذي يسمى بالتطليق للضَّرر.

وأما عند وقوع تعدّ الزّوج على زوجته من جهة أو إساءة الزّوجة لزوجها، أو وقوع التعدي والشّقاق منهما جميعا، و لم تتبين جهة الإساءة و لم يثبت الضّرر بالوسائل الصحيحة. فهنا يكون لزاما بعث الحكمين للإصلاح بين الزّوجين، فإذا تعذر الجمع بينهما، كان التطليق من أجل الضّرر، وهذا النّوع من التّفريق يتعين تسميته التطليق للشقاق أو النّشوز، لأن الضّرر لم يتعين فيه، بل و لم يثبت بدليل صالح. وهذا مع التسليم أن في الشّقاق والنشوز نوعا من الضّرر العام.

ويدخل في التطليق للشقاق والنّشوز حالة تضرر المرأة ضررا غير جسم، مع تكرر رفع الدعوى منها أمام القاضي مع عدم إثبات الضّرر، فهذا ضرر محتمل أو مقدر، وليس بضرر بيِّن، لذا أرى إدراجه ضمن التطليق للشقاق أو النشوز.

والتطليق للضَّرر عند ثبوته وتأكده، يكون من غير بعث الحكمين، وأما التطليق للشقاق أو النّشوز، فيكون بعد بعث الحكمين ومحاولة الصّلح بين الزّوجين.

---

١ - تفسير القرطبي، ج05، ص 177.

والتطليق للضَّرر بالتفصيل السّابق قلّ من تكلم فيه من غير المالكية، و لم يصرحوا به بالتطليق مهما بلغ الضّرر، وإنما رأوا أن للحاكم عندما يثبت ذلك عنده أن يتدخل وينصف الطرف المظلوم، وله أن يؤدب الزّوج إذا ثبت إضراره بالزّوجة.

وأما التطليق للشقاق أو للنشوز، فقد ذكره الفقهاء عندما تكلموا على التحكيم بين الزّوجين، وهل هما وكيلان للزوجين أو حاكمان، وبنوا على هذا الخلاف إمكانية إيقاع الحكمين الطّلاق والتَّفريق بين الزّوجين المتنازعين.

ولقد رأينا أدلة الفريقين في هذه المسألة، ويلاحظ على استدلال المانعين على مذهبهم ما يأتي:

1 – إن اعتبار الحكمين وكيلين، يخالف ظاهر القرآن، وهو ضرب من التأويل الذي لا يصار إليه إلا عند الضرورة ولا ضرورة هنا.

قال ابن تيمية: والحكمان كما سماهما الله عز وجل، هما حكمان وهذا هو الأصح، لأن الوكيل ليس بحكم، ولا يحتاج فيه إلى أمر الأئمة، ولا يشترط أن يكون من الأهل، ولا يختص بحال الشِّقاق، ولا يحتاج في ذلك إلى نص خاص، ولكن إذا وقع الشِّقاق فلا بد من وليّ لهما يتولى أمرهما، لتعذر اختصاص أحدهما بالحكم على الآخر، فأمر الله أن يجعل أمرهما إلى اثنين من أهلهما، فيفعلان ما هو الأصلح من جمع بينهما وتفريق بعوض أو بغيره[1].

إن عجز الحكمين عن الإصلاح بعد اطلاعهما على المشكلة، وعدم وصولهما إلى حلّ مناسب بين الزّوجين رغم اجتهادهم في ذلك، دليل واضح على استحالة الحياة الزّوجية على الوجه المشروع، والمبني على المودة والرحمة والسكن، وأن الحياة استحالت إلى شقاء لا يطاق، وهو مخالف لمقصود الشارع من تشريعه للزواج، ومناقض لأحكامه الموضوعة، وكل ما خالف وضع الشارع فهو باطل، فلزم ضرورة حسم هذا الشقاء ولو بالتَّفريق بين المتنازعين، تحقيقا لمقصد الشارع في بناء الأسرة[2].

2 – قول الفريق الأول، إنّ الحاكم أو القاضي لا يملك حق التَّفريق بين الزّوجين، فلا يمكن للحكمين أن يملكانه، وهذا مخالف لقولهم: للحاكم أن يفرق بين الزّوجين للعنّة، فلقد قال

---

١ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج32، ص 25 – 26.

٢ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص233.

الحنفية والشافعية والحنابلة، بأن العنّة من العيوب المجيزة للفرقة، ولابد فيها من حكم الحاكم، لأنها أمر مجتهد فيه، وبهذا فإن الحاكم يملك التَّفريق وإن رفض الزّوج العنين ذلك، لأنه ممسك من غير حق، ولأن في ذلك رفعا للضَّرر عن المرأة، فإذا صح التَّفريق في العنة صحّ في الضّرر والشِّقاق[1].

قال القاضي عبد الوهاب:" ولأن للحاكم مدخلا في إيقاع الفرقة بين الزّوجين، لإزالة الضّرر كالطّلاق على المولي والمعسر بالنفقة والمهر وغيره، فإذا كان له ذلك في إزالة الضّرر عن أحدهما، كان بأن يكون في حقها أولى"[2].

ولقد اعتبر الحنفية أنفسهم الجامع بين التطليق للغيبة، والتطليق للإيلاء، والتطليق للعنة، هو منع الزّوج حقّ المرأة ورفع الضّرر عنها[3].

وقد علل الزيلعي وجوب التَّفريق بين الزّوجين للعنّة، بأن الواجب على الزّوج هو الإمساك بالمعروف، وذلك بحسن الموافقة والمعاشرة، وأنها لا تتحقق مع العنين، فكان إمساكها مع هذا العيب ظلما، فوجب التسريح بإحسان دفعا للظلم عنها[4].

فإذا كان ذلك كذلك، فهل يكون في إبقاء المرأة مع زوجها – رغم الضّرر المسلط عليها وبوجود الشِّقاق الدائم والمستمر، والذي يحيل الحياة الزّوجية إلى جحيم – إمساك بالمعروف ؟ أليس في هذا ظلم يفوق أحيانا ظلم وضرر بقاء المرأة مع زوجها العنين، فقد يكون سبب التطليق للعنة هو عدم قضاء الشهوة فقط، وهذا مع وجود الصلاح في كليهما، وتوافق الأمزجة في كثير من الأحيان.

فكان الأولى بالمخالف اعتبار الضّرر والشِّقاق والنشوز سببا موجبا للتفريق أكثر من اعتبار العنة.

---

١ – الزيلعي / تبين الحقائق، ج 03، ص 21، والشربيني / مغني المحتاج، ج 03، ص 204، وابن قدامة / المغني، ج 07، ص158. والبهوتي / كشاف القناع، ج05، ص 112.

٢ – القاضي عبد الوهاب / الإشراف، ج02، ص724.

٣ – ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج06، ص 146.

٤ – الزيلعي / تبيين الحقائق، طبعة دار الكتاب الإسلامي، ج03، ص 22.

وإذا عدنا إلى القواعد الفقهية القطعية، وجدنا قاعدة **الضّرر يزال** والمستمدة من قول النبي صلى الله عليه وسلم: " **لا ضرر ولا ضرار** [1]"، فهي تمنع الضّرر مهما كان نوعه، ولأن النهي في الحديث جاء عاما، فهو نكرة جاءت في سياق النفي، و لم يرد دليل التخصيص، فيبقى على عمومه، وتخريجا عليه، فلا يجوز منع نوع خاص من الضّرر، وإباحة نوع آخر ولو كان أشد منه، فضرر الزّوجة لعِنَّة زوجها معتبر، ولكن ضرر الضرب والشتم والإهانة والهجر وترك الفراش، أكبر وأعظم وأفحش من الأول، فوجب المصير إلى إزالته، وذلك عن طريق التطليق للضَّرر أو الشِّقاق.

وإذا كان هذا الضّرر مع المفاسد التي فيه، لا يزول إلا بالتَّفريق بين الزّوجين، لزم اختيار أخف الضّررين، فيكون التَّفريق للنشوز والشِّقاق مشروعا دفعا لضرر الأعظم، بل إن بعث الحكمين للإصلاح بين الزّوجين هو من باب سد الذرائع، وهو إجراء استباقي لوقوع الشِّقاق والخلاف الذي لا تحمد عقباه، قال ابن بطال:" وفيه – أي بعث الحَكَمين – الحُكْمُ بقطع الذرائع، لأنه تعالى أمر ببعث الحكمين عند خوف الشِّقاق قبل وقوعه.[2]" وقد يتجاوز الخلاف والشِّقاق حدود بيت الزّوجية لينتقل إلى الأسرة والعائلة، فيكون سد الذريعة آكد وأشد وجوبا[3].

فالأخذ بالمذهب المالكي أصوب وأسد وأحفظ لحقوق الزّوجة عند العجز عن الإصلاح بين الزّوجين.

فوقوع الضّرر من الزّوج على زوجته، وتمرد الزّوجة على أوامر زوجها، وخروجها عن طاعته ونشوزها، أو تعدي الزّوجين على بعضهما البعض، وإثارة أسباب الشِّقاق والخلاف وتحول البيت الزّوجي إلى بؤرة للفتن والمساكشة بين الزّوجين، وعدم اتضاح الأمر، بحيث لم يتبين المسيء منهما، أو أن الضّرر متأكد الوجود، ولكن افتقر إلى وسيلة لإثباته، كلُّ ذلك دافع إلى الفراق.

---

١ – سبق تخريجه ص 42.

٢ – ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج07، ص 425.

٣ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 235.

فإذا تعين إرسال حكمين بغية إصلاح ذات البين و لم يفلحا في الجمع والتوفيق، تعين المصير إلى التَّفريق بين الزّوجين، وكان حكمهما لازم، ولو خالف حكم القاضي، لأنهما مجتهدان[1].

فإذا حصل الضّرر، وكان الزّوج سببا فيه، كان للقاضي أن يفرق بينه وبين زوجته المتضررة على وجه يحقق العدل للطرفين، لأن الزّوجة ليس لها حلول كثيرة لرفع الضّرر والغبن عنها، وحتى الخلع قد لا ينفع أحيانا إذا رفضه الزّوج و لم يرض به، وتمسك بالزّوجة، أو أنه يشترط نظير فراقها مقابلا ماليا قد تعجز عن دفعه، فإذا وقع الضّرر و لم يكن من سبيل إلى إرضاء الزّوج، فلا بد من إزالة هذا الضّرر عن طريق الحاكم، لأن الضّرر يزال شرعا.

والنّاظر في التطليق للضَّرر، يرى أنه يحقق نوعا من المصالح للزوجة، حيث يخلصها من حياة زوجها القاسية، والمملوءة بأنواع الضّرر المختلفة، والتي تستحيل معها الحياة الشريفة، وفي تشريع التطليق للضَّرر والشِّقاق منافع للمجتمع أيضا ، حيث يوقف أسباب النزاع بين الأسرة، وقد يمتد إلى الأهل والأولاد.

فالتطليق للضَّرر والشِّقاق، فيه مصالح جمة للأسرة والمجتمع، وعدم وجود نصوص قاطعة في هذه المسألة لا يعني أنه لا يجوز شرعا، بل السياسة الشرعية توجب على الحاكم أن يراعي مصالح الرعية، وأن يدفع عنها الضّرر أينما كان وكيفما كان، لأن أساس السياسة الشرعية تحقيق العدل ورفع الضّرر والحرج عن الناس.

قال القاضي عبد الوهاب:" ولأن للحاكم مدخلا في إيقاع الفرقة بين الزّوجين، لإزالة الضّرر..."[2]

وقد علل ابن رشد مسألة التطليق لضرر الإيلاء، وهي نظير مسألة التطليق للشقاق والنشوز قائلا: وسبب الخلاف: معارضة الأصل المعروف في الطّلاق للمصلحة، فمن راعى الأصل المعروف في الطّلاق – وهو أن الطّلاق بيد الزّوج فقط – قال: لا يقع طلاق إلا من الزّوج، ومن راعى الضّرر الداخل من ذلك على النساء، قال: يطلق السلطان، وهو نظر إلى المصلحة

---

١ – القاضي عبد الوهاب / المعونة، ص 594. والقرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج05، ص 176.

٢ – القاضي عبد الوهاب / الإشراف، ج02، ص 724.

العامة، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل، والمنقول عن مالك العمل به، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك[1].

فالإصلاح بين الزّوجين واجب، لكن إذا تعذر استمرار الحياة بين الزّوجين إلا بضرر دائم، وشقاق متكرر، وظلم لا يطاق، وجب على الحاكم عندئذ التدخل لرفع هذا الواقع، فالزّوج مصر على الظلم والشّقاق، والزّوجة لا تملك الطّلاق، ومن الممكن أن يدفعها هذا الكبت والضغط إلى الخيانة و الانحراف أو الهروب من البيت أو البحث عن سبيل للطلاق بطريق غير مشروع، ويمكن أن يكون الانتحار هو حلها الأخير، وهذا أمر متوقع، **والمتوقع كالواقع**. فهنا لابد على الحاكم أن يتدخل من باب السياسة الشرعية على أساس مراعاة لمآلات الأفعال، وسدا لذريعة الفساد المتوقع، ويضع حدّا لهذا الظلم عن الطريق التّفريق للضَّرر أو الشّقاق، كحلّ وقائي أو إجراء استباقي، وهو من النظر السياسي لولي الأمر.

فالأساس الشرعي في التطليق للشقاق والنشوز هو رفع الضّرر، وسواء أكان رفعه عن الزّوجة وهو الأصل، أم رفعه عن الزّوج، فمع أن الزّوج هو المالك للعصمة الزّوجية، إلا أن إيقاعه للطلاق ابتداء و بإرادته المنفردة، يكلفه مبالغ مالية قد يعجز عن توفيرها والتي تتمثل في مبالغ المتعة والتعويض عن الطّلاق التعسفي وتكاليف القضاء، زيادة على النفقة، والمهر وتكاليف الزواج إذا أراد الارتباط بزوجة أخرى.

فإذا سبب دعواه على أساس التطليق للضَّرر أو الشّقاق، فإن بإمكانه أن يرتاح من تلك التبعات الثقيلة، بل يستطيع هو أن يطالب زوجته بالتعويض على أساس الضّرر الذي لحقه، وللحكمين أن يحكما له بذلك، بل للزوج أن يخالع له الحكمان على حسب اجتهادهما، ولو زاد على الصداق[2].

قال الخرشي:" وإن رأيا أن يأخذا له منها شيئا، ويوقعا الفراق بينهما، فعلا إن كان ذلك نظرا وسدادا.[3]"

---

١ - ابن رشد / بداية المجتهد، ج02، ص 82.

٢ - الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 345.

٣ - الخرشي / شرح مختصر خليل، ج04، ص 10.

خامسا: موقفُ القانون من التّطليق للضَّرر.

بما أن التطليق للضَّرر والشِّقاق فيه حلٌّ لكثير من المشاكل المستعصية بين الزّوجين، فقد يكون الوسيلة الأخيرة للهروب من جحيم الحياة الزّوجية القاسية، لذا اتجهت الكثير من التشريعات العربية والإسلامية إلى إقراره كسبب من أسباب الفراق بين الزّوجين.

فقانون الأسرة الجزائري عندما تكلم على الأسباب التي يجوز فيها أن تطالب الزّوجة بالتطليق وذلك في المادة **53** من **ق أ ج**، ذكر في السبب الثامن: الشِّقاق المستمر بين الزّوجين.

ولما كانت صور الضّرر كثيرة وغير محصورة، ذكر في السبب العشر التطليق للضَّرر مطلقا فقال: كل ضرر معتبر شرعا.

وحتى لا يفهم منه أن الزّوجة هي الوحيدة التي تملك حق التَّفريق عند وقوع الضّرر عليها، ولكي لا يفتح الطريق أمام مشاكسة بعض الزّوجات، أعطى القانون الجزائري للزوج هو الآخر حق الطّلاق على أساس الضّرر الواقع عليه من الزّوجة، وذلك عند كلامه على نشوز الزّوجين فقال في المادة **55** من **ق أ ج** :" عند نشوز أحد الزّوجين يحكم القاضي بالطّلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

فأعطى الحق للطرف المتضرر في الطّلاق أو طلب التطليق، وألزم الطرف الناشز بالتعويض سواء أكان زوجا أو زوجة.

والنشوز من الوقائع الموضوعية التي يتمتع قاضي الموضوع بتقييمها، وله سلطة مطلقة في تقدير عناصر ومكونات النشوز على أن يعتمد على أمور مستساغة اجتماعيا، ومقبولة أخلاقيا وقانونيا[1].

كما نصت المادة **56** من **ق أ ج** على أنه :" إذا اشتد الخصام بين الزّوجين و لم يثبت الضّرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

ويعين القاضي حكمًا من أهل الزّوج وحكمًا من أهل الزّوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرًا عن مهمتهما في أجل شهرين."

---

١ – عبد العزيز سعد / قانون الأسرة الجزائري ي ثوبه الجديد، ص 126.

وجاء في المادة **99** من المدونة المغربية الفقرة **02** تعريف الضّرر الذي يكون أساسا لطلب التطليق بأنه:" كل تصرف من الزّوج، أو سلوك مشين، أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزّوجة إساءة مادية أو معنوية، تجعلها غير قادرة على الاستمرار في الحياة الزّوجية ."[1]

كما نصت المادة **100** منها:" على أنه إذا لم تثبت الزّوجة الضّرر، وأصرت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشّقاق ."

وأما التطليق بسبب الشّقاق فقد نصت عليه المادة **94** :" إذا طلب الزّوجان أو أحدهما من المحكمة حل النزاع بينهما يخاف منه الشّقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين..."

وفي المادة **97** :" في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشّقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات ..."

وجاء الفصل السادس والخمسون من مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية قائلًا: " إذا ادعت الزّوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضّرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، وثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه.

وإذا رفض طلب التطليق، وتكررت الشكوى و لم يثبت الضّرر بعث القاضي حكمين للسداد بينهما، وعلى الحكمين أن يتفهما أسباب الشّقاق بين الزّوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها، وإذا عجزا عن الإصلاح رفعا الأمر إلى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرهما."

وجاءت المادة **15** من القانون السوداني الصادر سنة **1915** قائلة:" إذا تشاق الزّوجان وتعددت شكوى الزّوجة من ضرر الزّوج إياها بدون حق شرعي، و لم تستطع إثبات ذلك، بعث القاضي حكمين واحدًا من أهله وواحدًا من أهلها إن أمكن، والأفضل أن يكونا جارين، فإن لم يكن ذلك، بعث أجنبيين، ويشترط أن يكون الحكمان عدلين عالمين بأحكام النشوز، فإن لم يكونا عالمين علمهما القاضي ذلك".

---

١ – قانون رقم 03.70 صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم1.04.22 في 03 فبراير 2004 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد جاء الفصل الخامس والعشرون منها قائلًا:" إذا اشتكى أحد الزّوجين من الإضرار به ولا بينة له، وأشكل على الحاكم تعيين الضّرر بصاحبه، يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا، فإن قدرا على الإصلاح أصلحا، ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال ".

وجاءت لائحة القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الصادرة عن وزراء العدل العرب ناصة على أنه :" لكل من الزّوجين طلب التطليق للضَّرر الذي يتعذر معهد دوام العشرة بينهما".

أما قانون الأحوال الشخصية السّوري، فقد نص على التطليق للضَّرر وكذا بعث الحكمين والإجراءات الثابتة في ذلك.

فقد جاء الفصل الرابع تحت عنوان: التَّفريق للشقاق بين الزّوجين.

المادة **112** الفقرة **01** إذا ادعى أحد الزّوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطالب من القاضي التَّفريق.

الفقرة **02** إذا ثبت الإضرار، وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التَّفريق طلقة بائنة.

الفقرة **03** إذا لم يثبت الضّرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن الشهر أملا بالمصالحة، إن أصر المدعي على الشكوى و لم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزّوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه القدرة على الإصلاح بينهما، وحلفهما يمينا على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة.

المادة **113** الفقرة **01** على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشِّقاق بين الزّوجين، وأن يجتمعا في مجلس تحت إشراف القاضي، لا يحضره إلا الزّوجين ومن يقرر الحكمان دعوته.

الفقرة **02** امتناع أحد الزّوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

المادة **114** الفقرة **01** يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزّوجين، فإن عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزّوج قررا التَّفريق بطلقة بائنة.

الفقرة **02** وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزّوجة أو مشتركة بينهما قررا التّفريق بين الزّوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة.

الفقرة **03** للحكمين أن يقررا التّفريق بين الزّوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزّوج من قسم من حقوق الزّوجة إذا رضيت بذلك، وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشّقاق بينهما على وجه تعذر إزالته.

الفقرة **04** إذا اختلف الحكمان، حكّم القاضي غيرهما، أو ضمّ إليهما ثالثا مرجحا، وحلّفه اليمين.

المادة **115** على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، ولا يجب أن يكونا معللا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين[1].

ولقد صرح فقهاء القانون أن التّفريق القضائي للمضارة والشّقاق لم يكن ممكنا في ظل المذهب الحنفي الذي كان معمولا به في كثير من دول المشرق، وأن العلاج الشّرعي موجود في المذهب المالكي عملا بالتّفريق القضائي عن طريق التحكيم الجبري[2].

---

١ – قانون الأحوال الشخصية السوري/ الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

٢ – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 197 – 198.

المبحث الثالث: الطلاق الثلاث بلفظ واحد

مقدمة:

اتفق العلماء أن الطّلاق الذي يقع وفق المنهج الشرعي، هو أن تطلق المرأة طلقة واحدة، في طهر لم يمسها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها، وهو الطّلاق السني، لأن وقوعه على هذه الكيفية يلحق أقل الأضرار بالمطلقة، حيث لا يتسبب في إطالة عدتها، ولا يطلقها في مزاج متغير قد يكون هو سبب الفراق.

وهذا هو الطّلاق الذي أذن الله تعالى به في قوله ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩.وهذا يعني أنه يقع مرة بعد مرة، والثالثة يكون بعدها التسريح بإحسان، غير أن النزاع وقع في حالة إذا ما طلق الرجل زوجته، وكرر الطّلاق أكثر من مرة بلفظ واحد أو بفم واحد، كأن يقول لها، أنت طالق ثلاثا، أو طلقتك ثلاثا فأكثر.

أو يطلقها ثلاثا بألفاظ مكررة، كأنتِ طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو غيرها من ألفاظ التي تحمل معنى الطّلاق، فما حكم هذا الطّلاق، وما دور السِّياسة الشرعية في توجيه الخلاف فيه ؟

أولا: مذاهب العلماء في الطّلاق الثلاث.

لقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد، هل يقع به طلقة واحدة أو يقع ثلاثا، وانقسموا في ذلك إلى عدة مذاهب:

المذهب الأول قال: إن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثا بلفظ واحد وقعت ثلاثا دخل بها أو لا.

وأما المذهب الثاني فقال: يقع الطّلاق واحدة دخل بها أو لا. والمذهب الثالث: يقع في المدخول بها ثلاثا وبغير المدخول بها واحدة، وذكر ابن القيم أن إسحاق بن راهوية وخلق من السَّلف أخذوا به. والمذهب الرابع: أنه لا يعتد به مطلقا، لأن إيقاعه ثلاثا بلفظ واحد بدعة محرمة،

فكان غير معتبر شرعا، لحديث: " **من عمل عملا ليس عليه أمرنا، فهو رد** [1]"، وهو مذهب الشيعة.

وقد حكي هذا القول للإمام أحمد فأنكره وقال: هو قول الرافضة ، كما نص عليه ابن القيم في زاد المعاد[2]، وذكر بأن القول بعدم الوقوع جملة هو مذهب الإمامية، قال: وحكوه عن جماعة من أهل البيت، وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن القول بعدم الوقوع محدث مبتدع، قاله بعض المعتزلة والشيعة، ولا يعرف عن أحد من السلف[3].

وسنكتفي بدراسة المذهبين الأوَلَيْنِ لقوتهما واشتهارهما، والردود على الأقوال الأخرى تدخل ضمن مناقشة المذهبين الأولين:

المذهب الأول : يقع الطّلاق الثلاث بلفظ ثلاثا دخل بها أو لا.

وأصحابه قالوا: إن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثا بلفظ واحد، وقعت ثلاثا دخل بها أو لا.

قال الكاساني[4]: وأما حكم طلاق البدعة: فهو أنه واقع عند عامة العلماء، وقد ذكر هذا بعد سياقه للألفاظ التي يقع بها طلاق البدعة وذكر منها الثلاث بلفظ واحد[5].

وقال الطحاوي[6] بعد سياقه لأدلة وقوع الطّلاق ثلاثا: فهذا كلّه قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد – رحمة الله عليهم أجمعين[7].

---

١ – مسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ومحدثات الأمور، رقم 3243.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص227.

٣ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج33، ص 82.

٤ – أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني علاء الدين فقيه حنفي من أهل حلب له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع والسلطان المبين في أصول الدين توفي في حلب سنة 587 هجرية. الزركلي / الأعلام، ج02، ص70. وكحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص 446.

٥ – الكاساني / بدائع الصنائع، ج03، ص 96.

٦ – أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر، فقيه انتهت إليه رياسة الحنفية بمصر. ولد ونشأ في (طحا) من صعيد مصر، وتفقه على مذهب الشافعي، ثم تحول حنفيا، ورحل إلى الشام سنة 268هـ فاتصل بأحمد بن طولون، فكان من خاصته، وتوفي بالقاهرة سنة 321هـ، من كتبه أحكام القرآن ومشكل الآثار ومعاني الآثار. رضا كحالة / معجم المؤلفين، ج01، ص270.

٧ – الطحاوي / شرح معاني الآثار، ج03، ص 59.

وقال سحنون قلت: أرأيت إن طلقها ثلاثا وهي حامل في مجلس واحد أو مجالس شتى، أيلزمه ذلك أم لا ؟ قال : قال مالك يلزمه ذلك[1].

وصورته: أن يقول لها أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق في مجلس واحد، فإن كان على غير هذه الصفة كما إذا قال: أنت طالق ثلاثا في كلمة واحدة، فقال عبد الحميد الصائغ[2]: ثلاث تطليقات في كلمة أشد منه في ثلاثة مجالس، وفي ثلاثة مجالس أشد منه في ثلاثة أطهار، وكلما طلق يلزمه . . .[3]

وقال الشيرازي[4]: " وإن قال لغير المدخول بها، أنت طالق ثلاثا، وقع الثلاث، لأن الجميع صادف الزوجية، فوقع الجميع كما لو قال ذلك للمدخول بها ...[5] "

وقال ابن قدامة: وإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده، روي ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو، وابن مسعود، وأنس، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين، والأئمة بعدهم[6].

وقال الأثرم[7]: سألت أبا عبد الله – أحمد بن حنبل – عن حديث ابن عباس: " كان الطّلاق الطّلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر واحدة بأي شيء

---

١ – سحنون التنوخي / المدونة، ج05، ص 420 – 421.

٢ – أبو محمد عبد الحميد بن محمد المغربي المعروف بابن الصائغ، القيرواني، وكان فقيهاً نبيلاً فهماً فاضلاً، أصولياً زاهداً نظاراً، جيد الفقه، قوي العارضة محققاً، وله تعليق على المدونة، توفي سنة 480هـ . القاضي عياض / ترتيب المدارك، ج02، ص342.

٣ – الحطاب / مواهب الجليل، ج04، ص 59.

٤ – إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، أبو إسحاق: العلامة المناظر، ولد في فيروزاباد (بفارس) وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها، واشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة.وبنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية على شاطئ دجلة، فكان يدرس فيها ويديرها، توفي سنة 476هـ، من كتبه: المهذب والتبصرة واللمع وطبقات الفقهاء. ابن السبكي / طبقات الشافعية، ج04، ص215.

٥ – الشيرازي / المهذب، طبعة دار الفكر بيروت، ج02، ص 84.

٦ – ابن قدامة / المغني، ج08، ص 243.

٧ – أحمد بن محمد بن هانئ الطائي أو الكلبي، الإسكافي، أبو بكر الأثرم، من حفاظ الحديث، أخذ عن الإمام أحمد وآخرين. له كتاب في علل الحديث وآخر في السنن و ناسخ الحديث ومنسوخه، توفي سنة 261هـ. يراجع: أبو الحسين ابن أبي يعلى / طبقات الحنابلة، ج01، ص166.

تدفعه ؟ فقال: برواية الناس عن ابن عباس أنها ثلاث " وقدّمه في الفروع وجزم به في المغني، وأكثرهم لم يحك غيره[1].

وبه قال ابن عباس غير مرة، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو، وعثمان، وعلي ، وابن مسعود وهو قول أكثر أهل العلم، وبه قال أحمد، والشافعي، وأبو حنيفة، ومالك، وأنس، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، وقال به الخرقي، والقاضي أبو يعلى، وابن حامد، وابن عقيل، وأبو الخطاب، والشيرازي، والشيخ موفق الدين، حتى أكثر أصحاب الإمام أحمد على هذا القول.

وفي إجماع ابن المنذر ما يدل على أنه إجماع ليس بصريح فيه، وهذا القول اختاره ابن رجب.

قال ابن رجب[2]: اعلم أنه لم يثبت عن أحد من الصّحابة ولا من التابعين ولا من الأئمة السلف المعتد بقولهم في الفتاوى في الحلال والحرام، شيء صريح في أن الطّلاق الثلاث بعد الدخول يحسب واحدة إذا سبق بلفظ واحد[3].

وقال الشيخ محمد الأمين الشنقيطي: وعلى هذا القول – أي اعتبارها ثلاثا – جلّ الصحابة وأكثر العلماء، منهم الأئمة الأربعة[4].

وقد استدل القائلون بهذا المذهب بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

---

١ – البهوتي / كشف القناع، ج 05، ص 241. وابن القيم / إغاثة اللهفان، تحقيق حامد الفقي، دار المعرفة، ط 02/ 1975، ج01، ص293، ص 323. وابن مفلح / الفروع، ج05، ص 305. وابن قدامة / المغني، ج08، ص 241.

٢ – زين الدين عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، الواعظ، الإمام الحافظ، المحدّث، الفقيه، ولد في بغداد وسمع من أبي الفتح الميدومي. له مصنفات عديدة، منها: شرح الترمذي؛ شرح علل الترمذي؛ طبقات الحنابلة، فتح الباري شرح صحيح البخاري لم يتمه، وجامع العلوم والحكم شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم، نشأ وتوفي بدمشق سنة 795هـ، رضا كحالة / معجم المؤلفين، ج02، ص 74.

٣ – ابن عبد الهادي، يوسف بن حسن بن عبد الرحمن / سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث، طبعة محمد نصيف، ص 77 .

٤ – الشنقيطي / أضواء البيان ، طبعة دار الفكر، بيروت، طبعة 1995، ج01، ص 117

I - الكتاب:

أولا: مما استدل به الجمهور من القرآن قوله تعالى﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩.

قال الجصاص[1]: الآية تدل على وقوع الثلاث معا مع كونه منهيا عنه، وذلك لأن قوله تعالى: ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ، قد أبان عن حكمة إذا أوقع اثنتين بأن يقول: أنت طالق، أنت طالق في طهر واحد، وقد بينا أن ذلك خلاف السنة، فإذا كان في مضمون الآية الحكم بجواز وقوع الاثنتين على هذا الوجه، دل ذلك على صحة وقوعهما لو أوقعهما معا، لأن أحدا لم يفرق بينهما.

وفيها الدلالة عليه من وجه آخر وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴿٢٣٠﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٠ فحكم بتحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنتين، و لم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحد أو في أطهار، فوجب الحكم بإيقاع الجميع على أي وجه أوقعه من مسنون أو غير مسنون ومباح أو محظور.

ثم قال: فإن قيل: قد دللت في معنى الآية، أن المراد بها بيان المندوب إليه والمأمور به من الطّلاق، وإيقاع الطّلاق الثلاث معا خلاف المسنون عندك، فكيف تحتج بها في إيقاعها على غير الوجه المباح، والآية لم تتضمنها على هذا الوجه.

قيل له: قد دلت الآية على هذه المعاني كلها، من إيقاع الاثنتين والثلاث لغير السنة، وأن المندوب إليه والمسنون تفريقها في الأطهار، وليس يمتنع أن يكون مراد الآية جميع ذلك، ألا ترى أنه لو قال: طلقوا ثلاثا في الأطهار وإن طلقتم جميعا معا وقعن، كان جائزا، وإذا لم يتناف المعنيان واحتملتهما الآية، وجب حملها عليهما.

فإن قيل: معنى هذه الآية محمول على ما بينه بقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴿١﴾ ﴾ الطلاق: ١، وقد بين الشارع الطّلاق للعدة، وهو أن يطلقها في ثلاثة أطهار إن أراد إيقاع الثلاث، ومتى خالف ذلك لم يقع طلاقه.

١ - الجصاص، أبو بكر الرازي / أحكام القرآن، ج02، ص 83 وما بعدها.

قيل له: نستعمل الآيتين على ما تقتضيانه من أحكامهما فنقول: إن المندوب إليه والمأمور به هو الطّلاق للعدة على ما بينته في هذه الآية، وإن طلق لغير العدة وجمع الثلاث وقعن لما اقتضته الآية الأخرى وهي قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ البقرة: ٢٢٩. وقوله ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴿٢٣٠﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٠ إذ ليس في قوله : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ ﴿١﴾ ﴾ الطلاق:1 " نفي لما اقتضه هذه الآية الأخرى، على أن في فحوى الآية التي فيها ذكر الطّلاق للعدة دلالة على وقوعها إذا طلق لغير العدة، وهو قوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴿١﴾ ﴾ الطلاق: 1 إلى قوله تعالى: ﴿ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ ﴿١﴾ ﴾ الطلاق: ١ فلولا أنه إذا طلق لغير العدة وقع ما كان ظالما لنفسه بإيقاعه ، ولا كان ظالما لنفسه بطلاقه .

وفي هذه الآية دلالة على وقوعها إذا طلق لغير العدة، ويدل عليه قوله تعالى في نسق الخطاب : ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا ﴿٢﴾ ﴾ الطلاق: ٢ يعني – والله أعلم – أنه إذا وقع الطّلاق على ما أمره الله كان له مخرجا مما أوقع إن لحقه ندم وهو الرجعة، وعلى هذا المعنى تأوله ابن عباس حين قال للسائل الذي سأله وقد طلق ثلاثا: إن الله تعالى يقول: ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا ﴿٢﴾ ﴾ الطلاق: ٢ "، وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا، عصيت ربك وبانت منك امرأتك، ولذلك قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لو أن الناس أصابوا حدّ الطّلاق، ما ندم رجل طلق امرأته[1].

فإن قيل: لما كان عاصيا في إيقاع الثلاث معا لم يقع، إذ ليس هو الطّلاق المأمور به، كما لو وكل رجل رجلا بأن يطلق امرأته ثلاثا في ثلاثة أطهار لم يقع إذا جمعهن في طهر واحد.

قيل له : أما كونه عاصيا في الطّلاق فغير مانع صحة وقوعه لما دللنا عليه فيما سلف، ومع ذلك فإن الله جعل الظهار منكرا من القول وزورا، وحكم مع ذلك بصحة وقوعه، فكونه عاصيا لا يمنع لزوم حكمه والإنسان عاص لله في ردته عن الإسلام، ولم يمنع عصيانه من لزوم

---

١ – فعن ابن سيرين قال: قال رجل – يعني عليا – لو أن الناس أصابوا حد الطلاق ما ندم رجل على امرأة يطلقها وهي حامل قد تبين حملها أو طاهر لم يجامعها ينتظر حتى إذا كان في قبل عدتها، فإن بدا له أن يراجعها وإن بدا له أن يخلي سبيلها. وفي رواية: " لو أن الناس أصابوا حد الطلاق، ما ندم رجل على امرأة يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض". ابن أبي شيبة في مصنف، ج04، ص 03. وص5.

حكمه وفراق امرأته، وقد نهاه الله من مراجعتها ضرارا بقوله تعالى:﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴿٢٣١﴾ ﴾ البقرة: ٢٣١ فلو راجعها وهو يريد ضرارها لثبت حكمها وصحت رجعته .

وقال العيني[١]: وجه الاستدلال به أن قوله تعالى ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩ معناه مرة بعد مرة، فإذا جاز الجمع بين اثنتين، جاز بين الثلاث وأحسن منه أن يقال، إن قوله تعالى:﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩ عام تناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة، وقال ابن أبي حاتم : أنا يونس بن عبد الأعلى قراءة عليه، أنا ابن وهب، أخبرني سفيان الثوري، حدثني إسماعيل بن سميع، سمعت أبا رزين يقول: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " يا رسول الله أرأيت قول الله عز وجل﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩، أين الثالثة ؟ قال: " **التسريح بالإحسان**" هذا إسناده صحيح ولكنه مرسل ورواه ابن مردويه عن أبي رزين مرسلا[٢].

ثانيا : احتج الجمهور بقوله تعالى ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾ ﴾ الطلاق: ١

قالوا: معناه أن المطلق قد يحدث له ندم فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة، فلو كانت الثلاث لا تقع لم يقع طلاقه إلا رجعيا فلا يندم[٣].

ومما يؤيد هذا الاستدلال القرآني ما روي عن مجاهد أنه قال: كنت عند ابن عباس، فجاءه رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثا، فسكت، حتى ظننت أنه رادُّها إليه، فقال: ينطلق أحدكم فيركب الحَمُوقَة ثم يقول: يا ابن عباس يا ابن عباس، وإن تعالى الله قال: ﴿ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾ ﴾ الطلاق: ٢ وإنك لم تتق الله، فلا أجد لك مخرجا، عصيت ربك، وبانت امرأتك[٤].

---

١ - العيني / عمدة القاري، ج09، ص538.

٢ - تفسير الطبري، ج04، ص 586. والعيني / عمدة القاري، ج09، ص538. وتفسير ابن كثير، ج01، ص612.

٣ - شرح النّووي لصحيح مسلم، ج10 ، ص 70 - 71 .

٤ - رواه أبو داود في السنن،كتاب: الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ج 02، ص 226، رقم 2199، والنسائي في السنن الكبرى، باب: الإِخْتِيَارُ لِلزَّوْجِ أَنْ لاَ يُطَلِّقَ إِلاَّ وَاحِدَةً، ج07، ص 331، رقم 15338، وصحح ابن حجر إسناده في فتح الباري،

فهذا تفسير من ابن عباس للآية بأنها يدخل في معناها، ومن يتق الله و لم يجعل الطّلاق في لفظة واحدة، يجعل له مخرجا بالرجعة، ومن لم يتقه في ذلك بأن جمع الطلقات في لفظ واحد، لم يجعل له مخرجا لوقوع البينونة بينها مجتمعة، هذا هو معنى كلامه الذي لا يحتمل غيره، وهو قوي جدا في محل النزاع.

2 – السّنة: وأما من السّنة فقد استدلوا بالأدلة الآتية:

الدليل الأول :

ما ثبت في الصحيحين في قصة لعان عويمر وزوجته وفيه: فلما فرغا:" قال عويمر: كذبت عليها يا رســـول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رســـول الله صلى الله عليه وسلم " قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين "[1].

واستدل به على أن جمع الطلقات الثلاث بلفظ واحد ليس حراما، وموضع الدلالة أنه لم ينكر عليه إطلاق لفظ الثلاث[2].

وقد يعترض على هذا فيقال: إنما لم ينكره عليه، لأنه لم يصادف الطّلاق محلا مملوكا له ولا نفوذا [3].

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأنه لو كان الثلاث محرما لأنكر عليه، وقال له: كيف ترسل لفظ الطّلاق الثلاث مع أنه حرام.

ج09، 362. و رواه الدارقطني في سننه،كتاب: الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، تحقيق عبد الله هاشم اليمني المدني، دار المعرفة بيروت، ط/1966 ، ج04، ص 13 عَنْ مُجَاهِدٍ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ مِنْ قُرَيْشٍ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ فَقَالَ يَا أَبَا عَبَّاسٍ: " إِنِّي طَلَّقْتُ امْرَأَتِي ثَلاَثًا وَأَنَا غَضْبَانُ فَقَالَ إِنَّ أَبَا عَبَّاسٍ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُحِلَّ لَكَ مَا حَرُمَ عَلَيْكَ عَصَيْتَ رَبَّكَ وَحَرَّمْتَ عَلَيْكَ امْرَأَتَكَ إِنَّكَ لَمْ تَتَّقِ اللَّهَ فَيَجْعَلَ لَكَ مَخْرَجًا ".

١ – رواه البخاري في الصحيح، كتاب: الطلاق، باب: من أجاز الطلاق الثلاث، ج 02، ص 2014، رقم 4959، ومسلم / كتاب: اللعان، ج04، ص205، رقم3816.

٢ – النّووي على صحيح مسلم، المطبعة الأزهرية، القاهرة، ط 1 / 1347هـــ، ج10، ص122، ويرجع أيضا إلى الفتح، ج10، ص367.

٣ – الشوكاني / نيل الأوطار، ج07، ص 13.

وقال ابن تيمية: وأما الملاعن فإن طلاقه وقع بعد البينونة أو بعد وجوب الإبانة، التي تحرم بها المرأة أعظم مما يحرم بالطلقة الثالثة، فكان مؤكدا لموجب اللعان، والتراع إنما هو طلاق من يمكنه إمساكها، لاسيما والنبي صلى الله عليه وسلم قد فرق بينهما، فإن كان ذلك قبل الثلاث، لم يقع بها ثلاث ولا غيرها، وإن كان بعدها دل على بقاء النكاح، والمعروف أنه فرق بينهما بعد أن طلقها ثلاثا، فدل ذلك على أن الثلاث لم يقع بها، إذ لو وقعت لكانت قد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره، وامتنع حينئذ أن يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما لأنهما صارا أجنبيين.

ولكن غاية ما يمكن أن يقال: حرمها عليه تحريما مؤبدا. فيقال: فكان ينبغي أن يحرمها عليه لا أن يفرق بينهما، فلما فرق بينهما دل على بقاء النكاح، وأن الثلاث لم تقع جميعا، بخلاف ما إذا قيل: إنه يقع بها واحدة رجعية فإنه يمكن فيه حينئذ أن يفرق بينهما .

وقول سهل بن سعد: فأنفذه عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] دليل على أنه محتاج إلى إنفاذ النبي صلى الله عليه وسلم، واختصاص الملاعن بذلك، ولو كان من شرعه أنها تحرم بالثلاث لم يكن للملاعن اختصاص ولا يحتاج إلى إنفاذ، فدلّ على أنه لما قصد الملاعن بالطّلاق الثلاث أن تحرم عليه أنفذ النبي صلى الله عليه وسلم مقصوده بل زاده، فإن تحريم اللعان أبلغ من تحريم الطّلاق ، إذ تحريم اللعان لا يزول وإن نكحت زوجا غيره ، وهو مؤبد في أحد قولي العلماء لا يزول بالتوبة[2].

الدليل الثاني :

ثبت في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها :" أن رجلا طلق امرأته ثلاثا فتزوجت فطلقت فسئل النبي صلى الله عليه وسلم أتحل للأول ؟ قال: " **حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول**"[3].

١ – أبو داود في السنن،كتاب: الطلاق، باب: في اللعان، ج 02، ص242، رقم 2252، والدار قطني في السنن، باب: المهر، ج 03، ص275، رقم 114، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: سنة اللعان ونفي الولد، ج07، ص 401، رقم 15715.

٢ – مجموع الفتاوى، ج23، ص77 – 78 ويرجع أيضا ابن القيم / زاد المعاد، ج04، ص 115، وإغاثة اللهفان، ج01، ص 314.

٣ – البخاري في الصحيح، كتاب: الطلاق، باب: من أجاز الطلاق الثلاث، ج05، ص2014، رقم 4961.

وجه الدلالة: ذكر البخاري هذا الحديث تحت ترجمة " باب: من أجاز الطّلاق ثلاثا ".وقال ابن حجر والعيني: هو ظاهر في كونه مجموعة[1].

ووجه استدلالهم بالحديث: أنه لم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك، وهذا يدل على إباحة جمع الثلاث وعلى وقوعها، إذ لو لم يقع لم يتوقف رجوعها إلى الأول، على ذوق الثاني عسيلتها.

وقد أجاب ابن القيم عن الاستدلال بهذا الدليل فقال: وأما استدلالكم بحديث عائشة – وذكر الحديث – فهذا مما لا ننازعكم فيه، نعم هو حجة على من اكتفى بمجرد عقد الثاني، ولكن أين في الحديث أنه طلق الثلاث بفم واحد ؟ بل الحديث حجة لنا، فإنه لا يقال: فعل ذلك ثلاثا، وقال ثلاثا، إلا لمن فعل وقال مرة بعد مرة، وهذا هو المعقول في لغات الأمم عربهم وعجمهم، كما يقال : قذفه ثلاثا، وشتمه ثلاثا، وسلم عليه ثلاثا[2].

وقال الشنقيطي : واعترض الاستدلال بهذا الحديث، بأنه مختصر من قصة رفاعة، ومعلوم أن بعض الروايات الصحيحة دلت على أنها ثلاث مفرقة لا مجموعة[3].

فرواية مسلم :" أنها طلقها زوجها **آخر ثلاث تطليقات**[4]" وفي بعضها " فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ".

الدليل الثالث :

ثبت في الصحيح في قصة رفاعة القرظي وامرأته، أنها قالت:" **يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي**... "[5]، وقد أخرجه البخاري تحت ترجمة " باب من أجاز الطّلاق الثلاث "[6].

---

١ – ابن حجر / فتح الباري، ج09، ص 301، والعيني / عمدة القاري، ج09، ص541.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد ، ج04، ص 108.

٣ – الشنقيطي / أضواء البيان، ج 01، ص110. في رواية البخاري :" إِنَّهَا كَانَتْ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَهَا آخِرَ ثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ." الصحيح،كتاب: الآداب، باب: التبسم والضحك، ج05، ص2258، رقم5734.

٤ – مسلم في صحيحه،كتاب: النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثا لزوجها حتى تنكح زوجا غيره، ج04، ص154، رقم3600.

٥ – البخاري، كتاب: الطلاق/ باب: من أجاز الطلاق الثلاث، ج05، ص2014، رقم4960.

٦ – البخاري، كتاب: الطلاق، باب: من أجاز الطلاق الثلاث، ج05، ص2013.

" فبتّ طلاقي " ظاهر في أنّه قال لها: أنت طالق البتّة. وأجاب عن ذلك الشنقيطي، فقال: الاستدلال بهذا الحديث غير ناهض فيما يظهر، لأن المراد بقولها فبتّ طلاقي أيّ بحصول الطلقة الثالثة[1].

ويبينه أن البخاري ذكر في كتاب الأدب، فقالت يا رسول الله: إنها كانت عند رفاعة فطلقها **آخر ثلاث تطليقات**، وهذه الرواية تبين المراد من قولها، فبت طلاقي، وأنه لم يكن دفعة واحدة[2].

الدليل الرابع:

ثبت في الصّحيح من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن " أن فاطمة بنت قيس أخبرته : أن زوجها أبا حفص بن المغيرة المخزومي **طلقها ثلاثا**، ثم انطلق إلى اليمن، فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة أم المؤمنين فقالوا: إن أبا حفص طلق امرأته ثلاثا فهل لها نفقة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **ليس لها نفقة وعليها العدة** [3]"

وفي مسلم، فقال: " كم طلقك ؟ "، قلت ثلاثا[4]. وفي لفظ له " زوجي **طلقني ثلاثا** [5]" وفي وفي المسند أن هذه الثلاث كانت جميعا:" إن أخي طلقها **ثلاثا جميعا**"[6].

وجه الدلالة: أن لفظ البتة جاء مفسرا، بأنه طلقها ثلاثا وأنها مجموعة، فدل على اعتبار وقوع الثلاث مجموعة إذ لو لم يكن ذلك واقعا لبين صلى الله عليه وسلم بقاءها في عصمة زوجها، فتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز في حقه صلى الله عليه وسلم.

قال ابن القيم: الاحتجاج بهذا الحديث فيه نوعُ سَهوٍ من المجتمع به، ولو تأمل طرق الحديث، وكيف وقعت القصة لم يحتج به، فإن الثلاث المذكورة فيه لم تكن مجموعة، وإنما كان

١ – الشنقيطي / المرجع السابق، ج01، ص110.

٢ – البخاري في الصحيح، كتاب: الأدب، باب: التبسم والضحك، ج05، ص2258، 5734.

٣ – مسلم في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ولها العدة، ج04، ص196، رقم3773.

٤ – مسلم في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ولها العدة، ج04، ص199، رقم3786.

٥ – مسلم في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ولها العدة، ج04، ص200، رقم3791.

٦ – أحمد في المسند، ج45، ص53، رقم27100، وج45، ص335، رقم2734.

قد طلقها تطليقتين من قبل ذلك، ثم طلقها آخر ثلاث، هكذا جاء مصرحا به في الصحيح، فروى مسلم في صحيحه عن عبيد الله بن عتبة أن أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى اليمن، فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس، بتطليقة كانت بقيت من طلاقها[1] ... فهذا المفسر يبين ذلك المجمل وهو قوله " **طلقها ثلاثا** " .

وقد جاء هذا الحديث بخمسة ألفاظ " طلقها ثلاثا " و " طلقها البتّة "، و " طلقها آخر تطليقات "، و" أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها " و " طلقها ثلاثا جميعا ".

الدليل الخامس:

عن ركانة بن عبد يزيد، أنه طلق امرأته سهيمة **البتة**، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم وقال:" **والله ما أردت إلا واحدة** " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **والله ما أردت إلا واحدة** ؟ " قال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث يتضح في أن النبي صلى الله عليه وسلم حَلَّف ركانة أنه ما أراد بالبتة إلا واحدة، فدل على أنه لو أراد بها أكثر لوقع ما أراده ولو لم يفترق في الحال لم يحلفه.

وفي رواية عن نافع بن عجير بن عبد يزيد، " أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة، ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني طلقت امرأتي سهيمة البتة، والله ما أردت إلا واحدة، فردّها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فطلقها الثانية في زمن عمر، والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنهما.

---

١ – مسلم في صحيحه، كتاب: الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ولها العدة، ج04، ص197، رقم3777.

٢ – روا أبو داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: في البتة، ج 02، ص 231، رقم 2208. ورواه الشافعي والترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم، وضعفه الألباني في إرواء الغليل، ج07، ص 142.

قال الحاكم: فقد صح الحديث بهذه الرواية، فإن الإمام الشافعي قد أتقنه وحفظه عن أهل بيته والسائب ابن عبد يزيد أبو الشافع بن السائب، وهو أخو ركانة بن عبد يزيد ، ومحمد بن علي بن شافع عمّ الشافعي شيخ قريش في عصره[1].

الجواب عن حديث ركانة :

أما حديث ركانة، فقد ضعف الإمام أحمد بن حنبل[2] جميع طرقه، وكذلك ضعفه البخاري. قال الترمذي في " باب ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة " : وسألت محمدا – يعني البخاري – عن هذا الحديث فقال: فيه اضطراب ويروى عن عكرمة عن ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثا "[3].

وذكر الترمذي في موضع آخر أن حديث ركانة مضطرب فيه، تارة قيل فيه " ثلاثا " وتارة قيل فيه " واحدة ".

وما حصل في الحديث من قبيل الرواية بالمعنى، وذلك أن الناس قد اختلفوا في البتة فقال: بعضهم : هي ثلاثة، وقال بعضهم: هي واحدة، وكان الراوي ممن يذهب مذهب الثلاث، فحكى أنه قال: " طلقتها ثلاثا " يريد " البتة " التي حكمها عنده حكم الثلاث، ذكر ذلك الخطابي[4]. وقال النووي في شرح صحيح مسلم : " ولعل صاحب هذه الرواية الضعيفة اعتقد أن لفظ " البتة " يقتضي الثلاث، فرواه بالمعنى الذي فهمه وغلط في ذلك "[5].

الدليل السادس:

روى الدارقطني من حديث إبراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده، قال: طلَّق بعض آبائي امرأته ألفا فانطلق بنوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا

١ – الحكم / المستدرك على الصحيحين، كتاب: الطلاق، تحقيق مصطفى عبد القدر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01/ 1990، ج02، 218، رقم 2807.

٢ – ابن مفلح / الفروع، طبعة دار الكتب العلمية، ج05، ص 288.

٣ – رواه الترمذي في سننه،كتاب: الطلاق واللعان، باب: ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة، ج03، ص 480، رقم 1177.

٤ – الخطابي / معالم السنن، ج03، ص 236.

٥ – شرح النووي على صحيح مسلم، طبعة دار إحياء التراث العربي، ج10، ص71.

رسول الله إن أبانا طلق امرأته ألفا، فهل له من مخرج، فقال: " إن أباكم لم يتق الله فيجعل له مخرجا، بانت منه بثلاث على غير السنة، وتسعمائة وسبعة وتسعون إثم في عنقه [1]" .

قال ابن القيم: وأما حديث عبادة بن الصامت الذي رواه الدارقطني، فقد قال عقيب إخراجه: رواته مجهولون وضعفاء إلا شيخنا – محمد بن صاعد – وابن عبد الباقي[2].

3 – الإجماع:

وأما الإجماع فقد نقله كثير من العلماء في مسألة التراع، وقالوا إنه مقدم على خبر الواحد، وممن حكى الإجماع على لزوم الثلاث في الطّلاق بكلمة واحدة، أبو بكر الرازي، والباجي، وابن العربي وابن رجب[3].

وقد أجاب ابن القيم عن الاستدلال بالإجماع، مبينا وجوه نقضه، وساق جمعا ممن خالف في مسألة الطّلاق الثلاث فمن ذلك :

ما رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما " إذ قال: **أنت طالق ثلاثا بفم واحد، فهي واحدة** "[4] وهذا الإسناد على شرط البخاري. وعن طاوس قال:" والله ما كان ابن عباس يجعلها إلا واحدة "[5].

وهو مذهب طاوس، وعطاء، وجابر بن زيد، فقد قالوا: " إذا طلقها ثلاثا قبل أن يدخل بها فهي واحدة ". وعن إسحاق بن راهويه " أن ركانة طلق امرأته ثلاثا، فجعلها النبي صلى الله عليه وسلم واحدة ." وهذا مـــذهب ابن إسحاق، وكان يقول : " خالـــف السنة، فيرد إلى السنة "[6].

١ – سنن الدار قطني، باب: الطلاق والخلع والإيلاء، ج04، ص20، رقم 53.

٢ – ابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص 318.

٣ – ابن العربي / أحكام القرآن، ج01، ص 459، والباجي / المنتقى، ج04، ص03.

٤ – رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ج02، ص 226، رقم 2199.

٥ – رواه عبد الرزاق في المصنف، باب: طلاق البكر، ج06، ص335، رقم 11078.

٦ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص 227.

4 – القياس:

وأما القياس فهو أن النِّكاح ملك للزوج، فتصح إزالته مجتمعا كما صحت إزالته متفرقا، وأن الله جعله بيده يزيل منه ما شاء ويبقي ما شاء، كالعتق وعقد النِّكاح[1].

وأجيب: بأنه قياس مع الفارق، فإن الطّلاق جعل إليه ليوقعه متفرقا على كيفية معينة، ومنعه من جمعه لما تقدم في المسألة الأولى، فلا يصح قياس جمعه على تفريقه ولا على العتق، ولا عقد النِّكاح على أكثر من واحدة وما أشبهها، مما شرع له إيقاعه مجتمعا ومتفرقا[2].

المذهب الثاني: الطّلاق الثلاث بلفظ واحد، دخل بها أم لا، لا يقع ثلاثا.

قال ابن الهمام: وقال قوم يقع به واحدة، وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، وبه قال إسحاق، ونقل عن طاوس وعكرمة أنهم كانوا يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة[3].

وقال ابن تيمية: وهذا القول منقول عن طائفة من السلف والخلف من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل: الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، ويروى عن علي وابن مسعود وابن عباس القولان، وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم مثل: طاوس، وخلاس بن عمرو، ومحمد بن إسحاق، وهو قول داود وأكثر أصحابه، ويروى ذلك عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين وابنه جعفر بن محمد، ولهذا ذهب إلى ذلك من ذهب من الشيعة، وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل[4].

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية. قال المرداوي: وحكى – ابن تيمية – عدم وقوع الطّلاق الثلاث جملة بل واحدة، في المجموعة أو المتفرقة عن جده المجد وأنه كان يفتي به سرا أحيانا[5].

---

١ – ابن قدامة / المغني، ج08، ص 283.

٢ – ابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص 630.

٣ – ابن الهمام / فتح القدير ج03، ص65.

٤ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج33، ص 08.

٥ – المرداوي / الإنصاف ، ج08، ص453 .

وهو الذي إليه جنح الشيخ شمس الدين ابن القيم في كتبه " زاد المعاد وأعلام الموقعين، وإغاثة اللهفان ".

أدلة هذا المذهب:

وقد استدل لهذا المذهب بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

1 – من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴿٢٢٨﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٨ إلى قوله ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴿٢٣٠﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٠

وجه الاستدلال: أن الطّلاق الثلاث واحدة شرعا لا يحتمل خلافا صحيحا، وهذا هو النّص شرعا، فإن كل كلام له معنى لا يحتمل غيره فهو نص فيه، فإن كان لا يحتمل غيره لغة فهو نص لغة ، وإن كان لا يحتمل غيره شرعا، فهو نص شرعا، وكتاب الله في هذه الآيات لا يحتمل شرعا غير أن الطّلاق الثلاث واحدة ... والألف واللام في قوله: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩ للعهد، والمعهود هنا هو الطّلاق المفهوم من قوله تعالى﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴿٢٢٨﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٨ ، وهو الرجعي بقوله : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ﴿٢٢٨﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٨ ، فصار المعنى الطّلاق الذي للزوج الحق فيه بالرد مرتان فقط، وقد تقيد الرد الذي كان مطلقا في كل مرة من الطّلاق بمرتين منه فقط، ولا فرق في الآية بين قوله في كل مرة: طلقتك واحدة، أو ثلاثا، أو ثلاثين ألفا[1].

قال الجصاص: أمر الله بأنه إذا أراد أن يطلقها ثلاثا، فعليه تفريق الطّلاق، فيتضمن الأمر بالطّلاق مرتين، ثم ذكر بعدهما الثالثة.

وقوله في الآية ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ يقتضي التفريق لا محالة، لأنه لو طلق اثنتين معا، لما جاز أن يقال طلقها مرتين، وكذلك لو دفع رجل إلى آخر درهمين لم يجز أن يقال أعطاه مرتين حتى يفرق الدفع فحينئذ يطلق عليه[2].

---

١ – المعلمي عبد الرحمن بن يحي/ الحكم المشروع في الطلاق المجموع، تحقيق حاكم بن عبيسان المطيري، دار أطلس للنشر والتوزيع، ط1997/01، ص33.

٢ – الجصاص الرازي / أحكام القرآن، ج02، ص73.

ومن استدلالهم بالقرآن أيضا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرٗا ۝١﴾ الطلاق: ١.

والاستدلال بها من وجوه:

الوجه الأول: أنه سبحانه وتعالى إنما شرع أن تطلق لعدتها، أي لاستقبال عدتها، فتطلق طلاقا يعقبه شروعها في العدة، ولهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته في حيضها أن يراجعها، وتلا هذه الآية تفسيرا للمراد بها، وأن المراد بها الطّلاق في قبل العدة، وكذلك كان يقرأها عبد الله بن عمر، ولهذا قال كل من قال بتحريم جمع الثلاث، أنه لا يجوز له أن يردف الطلقة بأخرى في ذلك الطهر، لأنه غير مطلق للعدة فإن العدة قد استقبلت من حين الطلقة الأولى، فلا تكون الثانية للعدة.

وأنه ليس له أن يردف الطّلاق قبل الرجعة أو العقد، لأن الطّلاق الثاني لم يكن لاستقبال العدة، بل هو طلاق لغير العدة فلا يكون مأذونا فيه، فإن العدة إنما تجب من الطلقة الأولى لأنها طلاق العدة ، بخلاف الثانية والثالثة.

الوجه الثاني: من الاستدلال بالآية، قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ ۝١﴾ الطلاق: ١.، وهذا إ نما في الطّلاق الرجعي، فأما البائن فلا سكنى لها ولا نفقة، فدل على أن هذا حكم كل طلاق شرعه الله تعالى ما لم يسبقه طلقتان قبله، ولهذا قال الجمهور: إنه لا يشرع له ولا يملك إبانتها بطلقة واحدة بدون العوض.

الوجه الثالث: أنه قال:﴿وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ ۝١﴾ الطلاق: ١.، فإذا طلقها ثلاثا جملة واحدة ،فقد تعدّى حدود الله فيكون ظالما.

الوجه الرابع: أنه سبحانه قال: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرٗا ۝١﴾ الطلاق1، وقد فهم أعلم الأمة بالقرآن وهم الصحابة، أن الأمر هاهنا هو الرجعة، قالوا: وأي أمر يحدث بعد الثلاث.

الوجه الخامس: قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴿٢﴾ ﴾ **الطلاق: ٢**.، فهذا حكم كل طلاق شرعه الله، إلا أن يسبق بطلقتين قبله، وقد احتج ابن عباس على تحريم جمع الثلاث بقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴿١﴾ ﴾ **الطلاق:1** وهذا حق، فإن الآية إذا دلت على منع إرداف الطّلاق في طهر أو أطهار قبل رجعة أو عقد، لأنه يكون مطلقا في غير قبل العدة، فلأن تدل على تحريم الجمع أولى وأحرى[1].

2 – من السنة: وقد استدلوا بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: ما رواه مسلم من طريق ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " **كان الطّلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر رضي الله عنه: إنّ النّاس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم** "[2].

وفي رواية عن طاوس أن أبا الصهباء قال لابن عباس " **هات من هناتك، ألم يكن الطّلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر واحدة**[3]. **فقال: قد كان ذلك، فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطّلاق، فأجازه عليهم** " .

وفي لفظ لأبي داود، أن رجلا يقال له أبو الصهباء، كان كثير السؤال لابن عباس قال: أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من إمارة عمر رضي الله عنهما، فقال ابن عباس: بلى، كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا **قبل أن يدخل بها** جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من إمارة عمر رضي الله عنهما، فلما رأى الناس قد تتابعوه فيها، **قال: " أجيزوهن عليهم** [4]"، هكذا في هذه الرواية " قبل أن يدخل بها ".

---

١ – ابن القيم / إغاثة اللهفان، تحقيق حامد الفقي، طبعة دار المعرفة، بيروت، ط02 /1975، ج01، ص 303.

٢ – مسلم، باب: طلاق الثلاث، ج04، ص 183، رقم 3746.

٣ – مسلم، باب: طلاق الثلاث، ج04، ص 185، رقم 3748.

٤ – أبو داود، باب: نَسْخِ الْمُرَاجَعَةِ بَعْدَ التَّطْلِيقَاتِ الثَّلاَثِ، ج02، ص 228، رقم 2202.وضعف الألباني إسناده، وذكر له ثلاث علل، يراجع: ضعيف أبي داود، ج02، ص233.

وعند الحاكم من حديث عبد الله بن المؤمل، عن ابن أبي مليكة، أن أبا الجوزاء أتى ابن عباس فقال: أتعلم أن الثلاث كنّ يرددن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى واحدة. قال: نعم. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد[1]، وهذه غير طريق طاوس عن أبي الصهباء.

وقد أجاب القائلون بأن الثلاث بلفظ واحد تقع ثلاثا عن حديث ابن عباس بأجوبة :

الجواب الأول : أنه منسوخ، وهو قول الشافعي وأبي داود والطحاوي. فقد قال الشافعي بعد سياقه لحديث أبي الصّهباء وأثر ابن عباس في الذي طلق امرأته ألفا وأفتاه بوقوع الثلاث، قال بعد ذلك: فإن كان معنى قول ابن عباس أن الثلاث كانت تحسب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة، يعني أنه بأمر النبي صلى الله عليه وسلم، فالذي يشبه – والله أعلم – أن يكون ابن عباس قد علم أن كان شيئا فنسخ[2].

وقال أبو داود في سننه " باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث " عن عكرمة عن ابن عباس قال: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴿٢٢٨﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٨ ، وذلك أن الرجل كان إذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها، وإن طلقها ثلاثا، فنسخ ذلك، فقال: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴿٢٢٩﴾ ﴾ البقرة: ٢٢٩[3] ثم أورد أبو داود في نفس الباب حديث ابن طاوس عن أبيه:" أن أبا الصهباء قال لابن عباس: أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأبي بكر، وثلاثا من إمارة عمر قال ابن عباس : نعم.[4]"

وممن ارتضى هذا المسلك الذي هو مسلك النسخ، الحافظ ابن حجر العسقلاني[5].

وقد اعترض المازري على القول بالنسخ، فقال : زعم بعضهم أن هذا الحكم منسوخ وهو غلط، فإن عمر لا ينسخ، ولو نسخ وحاشاه، لبادر الصحابة إلى إنكاره، وإن أراد القائل أنه نسخ في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فلا يمتنع لكن يخرج عن ظاهر الحديث، لأنه لو كان

١ – الحاكم في المستدرك، كتاب: الطلاق، ج02، ص214، رقم2792.

٢ – الشافعي / اختلاف الحديث ، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتاب الثقافية، ط01 / 1985، ص257 فما بعدها.

٣ – أبو داود في السنن، كتاب: الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ج02، ص225، رقم2197.

٤ – أبو داود في السنن، كتاب: الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ج02، ص228، رقم2202.

٥ – ابن حجر / فتح الباري، ج09، ص365.

كذلك لم يجز للراوي أن يخبر ببقاء الحكم في خلافه أبي بكر وبعض خلافة عمر. قال: فإن قيل فقد يجمع الصحابة ويقبل منهم ذلك، قلنا: إنما يقبل ذلك لأنه يستدل بإجماعهم على ناسخ، وأما أنهم ينسخون من تلقاء أنفسهم فمعاذ الله، لأنه إجماع على الخطأ، وهم معصومون عن ذلك، قال: فإن قيل: فلعل النسخ إنما ظهر في زمن عمر، قلنا: هذا أيضا غلط لأنه يكون قد حصل الإجماع على الخطأ في زمن أبي بكر، وليس انقراض العصر شرطا في صحة الإجماع على الراجح[1].

وقد أجاب ابن القيم عن دعوى النسخ فقال: وأما دعواكم النسخ الحديث فموقوف على ثبوت معارض مقاوم متراخ فأين هذا ؟

وأما حديث عكرمة عن ابن عباس، والذي رواه أبو داود في نسخ المراجعة بعد الطّلاق الثلاث، فلو صح لم يكن فيه حجة فإنما فيه " أن الرجل كان يطلق امرأته ويراجعها بغير عدد " فنسخ ذلك، وقُصِر على ثلاث، فيها تنقطع الرجعة، فأين في ذلك الإلزام بالثلاث بفم واحد ؟ ثم كيف يستمر المنسوخ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر، ولا تعلم به الأمة، وهو من أهم الأمور المتعلقة بحلّ الفروج ؟ ثم كيف يقول عمر: " إن الناس قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة " وهل للأمة أناة في المنسوخ بوجه ما ؟ ثم كيف يعارض الحديث الصحيح بهذا الذي فيه علي بن الحسين بن واقد، وضعفه معلوم[2].

والذين قالوا بالنسخ قالوا: معنى قول عمر: إنّ الناس استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، أن المراد بالأناة أنهم كانوا يتأنون في الطّلاق فلا يوقعون الثلاث في وقت واحد، ومعنى استعجالهم أنهم صاروا يوقعونها بلفظ واحد، على القول بأن ذلك هو معنى الحديث، وقد قدمنا أنه لا يتعين كونه هو معناه، وإمضاؤه عليهم إذن هو اللازم، ولا ينافيه قوله فلو أمضيناه عليهم، يعني ألزمناهم بمقتضى ما قالوا، وليست الأناة في المنسوخ، وإنما هي في عدم الاستعجال بإيقاع الثلاثة دفعة أما كون عمر كان يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجعل

---

١ – القاضي عياض / إكمال المعلم بفوائد مسلم، ج 05، ص21. وقد ناقش ابن حجر هذا الاعتراض في الفتح، يراجع: فتح الباري، ج09، ص365.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد، ج 04، ص 117 – 118. و علي بن الحسين بن واقد، قال فيه أبو حاتم: ضعيف الحديث، وقال النسائي: ليس به بأس، وذكره ابن حبان في الثقات، قال البخاري: مات سنة إحدى عشرة ومائتين، ابن حجر: تهذيب التهذيب، ج07، ص271.

الثلاث بلفظ واحد واحدة فتعمد مخالفة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وجعلها ثلاثا، و لم ينكر عليه أحد من الصحابة فلا يخفى بعده.

وقالوا: الحديث على أن الناس اعتادوا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر، إيقاع المطلق الطلقة الواحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها، ثم اعتادوا الطّلاق الثلاث جملة وتتابعوا فيه، فمعنى الحديث على هذا، كان الطّلاق الذي يوقعه المطلق الآن ثلاثا يوقعه المطلق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر واحدة ، فالحديث على هذا إخبار عن الواقع لا عن المشروع.

وهذا جواب أبي زرعة، والباجي، والقاضي أبي محمد عبد الوهاب، ونقل القرطبي عن الكيا الطبري أنه قول علماء الحديث، ورجحه ابن العربي، وذكره ابن قدامة[1].

وأجاب ابن القيم على هذا فقال[2]: وأما قول من قال: إن معناه كان وقوع الطّلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة، فإن حقيقة هذا التأويل كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يطلقون واحدة، وعلى عهد عمر صاروا يطلقون ثلاثا، والتأويل إذا وصل إلى هذا الحد كان من باب الألغاز والتحريف، لا من باب بيان المراد.

ولا يصح ذلك بوجه ما، فإن النَّاس ما زالوا يطلقون واحدة وثلاثا، وقد طلّق رجال نساءهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا، فمنهم من رده إلى واحدة، كما في حديث عكرمة عن ابن عباس، ومنهم من أنكر عليه وغضب، وجعله متلاعبا بكتاب الله، و لم يعرف ما حكم به عليهم ، وفيهم من أقره لتأكيد التحريم الذي أوجبه اللعان، ومنهم من ألزمه بالثلاث لكون ما أتى به من الطّلاق آخر الثلاث، فلم يصح أن يقال: إن النَّاس ما زالوا يطلقون واحدة إلى أثناء خلافة عمر، فطلقوا ثلاثا[3].

ولا يصح أن يقال: إنهم قد استعجلوا في شيء كانت لهم فيه أناة فنمضيه عليهم، ولا يلائم هذا الكلام الفرق بين عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين عهد غيره بوجه ما، فإنه ماض

---

١ – تفسير القرطبي، ج03، ص 130، والباجي / المنتقى، ج 04، ص04، وابن حجر / فتح الباري، ج 09، ص 299. وابن قدامة / المغني، ج07، ص304. والكيا الطبري / أحكام القرآن، ج01، ص 131.

٢ – ابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص 298.

٣ – ابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص298، وص268.

منكم على عهده وبعد عهد غيره، ثم إن في بعض ألفاظ الحديث الصحيحة منها:" أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر، فقال ابن عباس: بلى، كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها، جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من إمارة عمر فلما رأى النَّاس، قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم "[1].

هذا لفظ الحديث، وهو بأصح إسناد، وهو لا يحتمل ما ذكرتم من التأويل بوجه ما، ولكن هذا كله عمل من جعل الأدلة تبعا للمذهب، فاعتقد ثم استدل، وأما من جعل المذهب تبعا للدليل، واستدل ثم اعتقد لم يمكنه هذا العمل[2].

3 – الإجماع:

وأما الإجماع فممن ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وغيرهما من العلماء ، فقد بينوا أن الأمر لم يزل على اعتبار الثلاث بلفظ واحد واحدة في عهد أبي بكر، وثلاث سنين من خلافة عمر.

ويمكن أن يجاب عنه بما ورد من الآثار عن بعض الصّحابة في أن الثلاث بلفظ واحد تكون ثلاثا، وقد سبقت[3].

4 – القياس:

وأما القياس، فقد قال ابن القيم[4]: وأما القياس فإن الله تعالى قال ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴿٦﴾ ﴾ النور: ٦ ، ثم قال ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن

---

١ – سبق تخريجه ص542، وقد صحح ابن القيم إسناده، يراجع: زاد المعاد، ج05، ص251.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص 268.

٣ – منها ما روي عن محمد بن إياس بن البكير أنه قال : " طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها، ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه أسأل له فسأل أبا هريرة وعبد الله بن عباس عن ذلك فقالا له: لا نرى أن تنكحها حتى تزوج زوجا غيرك، قال : فإنما كان طلاقه إياها واحدة، فقال ابن عباس: إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل ". مالك في الموطأ، باب: طلاق البكر، ج04، ص 820، رقم2108.

٤ – ابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص 289.

﴿تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨﴾ النور: ٨ فلو قال: أشهد بالله أربع شهادات أني صادق، وقالت: أشهد بالله أربع شهادات أنه كاذب، كانت شهادة واحدة و لم تكن أربعا، فكيف يكون قوله: أنت طالق ثلاثا ثلاث تطليقات، وأي قياس أصح من هذا ؟ وهكذا كل ما يعتبر فيه العدد من الإقرار ونحوه، ولهذا لو قال المقر بالزنا: إني أقر بالزنا أربع مرات كان ذلك مرة واحدة، وقد قال الصحابة لماعز : " إن أقررت أربعا رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم[1]"، فلو قال : أقر به أربع مرات، كان مرة واحدة فهكذا الطّلاق سواء.

وقد أجاب الشنقيطي عن هذا القياس فقال: وقياس أنت طالق ثلاثا على أيمان اللعان في أنه لو حلفها بلفظ واحد لم تجز، قياس مع وجود الفارق، لأن من اقتصر على واحدة من الشهادات الأربع المذكورة في آية اللعان أجمع العلماء على أن ذلك كما لو لم يأت بشيء منها أصلا، بخلاف الطلقات الثلاث، فمن اقتصر على واحدة منها اعتبرت إجماعا، وحصلت به البينونة بانقضاء العدة إجماعا[2].

ثانيا: موازنة وترجيح.

المسألة التي بين أيدينا من مسائل الخلاف، ومن ادعى فيها الإجماع فقد أخطأ، اللهم إلا أن يقصد بالإجماع اتفاق الأئمة الأربعة، وهو ليس إجماعا عند أهل الأصول[3].

ومن خلال عرضنا لأدلة الفريقين ومناقشتها، تبين لنا أن أدلة كلا الفريقين محتملة، ولا ترقى إلى الفصل في محل النزاع، فالأدلة المساقة من القرآن الكريم على الاستدلال بأن الطّلاق الثلاث بفم واحد، يقع ثلاثا أو طلقة واحدة، أدلة عامة تحتمل هذا وتحتمل ذاك، وليست بأدلة ناهضة في محل الخلاف.

---

١ – عن أبي بكر الصديق قال : كنت عند النبي صلى الله عليه و سلم فأتاه ماعز بن مالك فاعترف بالزنا فرده ثم عاد الثانية فرده ثم عاد الثالثة فرده فقلت : إن عدت الرابعة رجمك فعاد الرابعة فأمر النبي صلى الله عليه و سلم بحبسه ثم أرسل فسأل عنه قالوا : لا نعلم إلا خيرا فأمر برجمه، يراجع: مسند أبي يعلى، ج01، ص 42، رقم 40. قال محقق الكتاب، حسين سليم أسد، إنه ضعيف الإسناد.

٢ – الشنقيطي / أضواء البيان، ج01، ص 195 – 196.

٣ – الحكم المشروع في الطلاق المجموع للمعلمي، المقدمة الأولى لمحقق الكتاب: حاكم بن عبسان المطيري، ص09.

وقد استدل الجمهور على مذهبهم بقصة لعان عويمر العجلاني وزوجه، فإن فيه: فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعنين.

فقد أوقع الثلاث في كلمة واحدة، و لم ينكره رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومعلوم أن فرقتهما تقع مؤبدة.

وقد رد هذا، بأن الفرقة وقعت باللعان، فلم يصادف طلاق الثلاث محلا [1]، فلم يكن له أثر، لذا لم يقع الإنكار. كما اختلفوا في الفرقة هل تكون بنفس اللعان، أو بتفريق من الحاكم أو من الزوج.

قال ابن عبد البر:" أما حديث العجلاني فلا حجة فيه، لأنه طلق في غير موضع طلاق، فاستغني عن الإنكار عليه "[2].

واستدلوا بحديث العسيلة، وهو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا، فتزوجت فطلقت، فسئل النبي صلى الله عليه وسلم أتحل للأول ؟ قال: " حتى يذوق عسيلتها، كما ذاق الأول "[3].

وقد أجيب عليه: بأن الثلاث يراد بها، ثلاث طلقات مجتمعات، كما يحتمل أن المقصود، طلقة ثالثة، بعد أن سبقتها طلقتان، والدليل إذا دخله الاحتمال توقف به الاستدلال.

وردوا أيضا: بأن هذا الحديث مختصر من قصة رفاعة، و بعض الروايات الصّحيحة تدلّ على أنها ثلاث مفرقة لا مجموعة[4].

و ذكر البخاري في الصّحيح في كتاب الأدب، أن امرأة رفاعة قالت:" طلقني آخر ثلاث تطليقات ".

---

١ – مصطفى بن العدوي / أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص43.

٢ – ابن عبد البر / التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي و محمد عبد الكبير البكري، دار النشر، مؤسسة القرطبة، ج 15، ص 77.

٣ – ينظر تخريجه، ص533.

٤ – الشنقيطي / أضواء البيان، ج01، ص110.

وأقوى ما استدل به الجمهور، هو حديث ركانة بن عبد يزيد، أنه طلق امرأته سهيمة **البتة**، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم وقال:" والله ما أردت إلا واحدة " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " والله ما أردت إلا واحدة ؟ "[1].

والبتة المقصود بها الثلاث كما جاء مفسرا في روايات أخرى، ولو لم يكن الطّلاق الثلاث مجتمعا يقع ثلاثا، لما استحلف رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة ثم أمضاها عليه واحدة فقط.

ولهذا الحديث طرق في سنن أبي داود ومسند الإمام أحمد، وغيرها من كتب السنن، وكل طرقه فيها مقال، وإن كان البعض قد صححه، فإن البخاري قد أعله بالاضطراب.

قال ابن حجر: وقد صححه أبو داود وابن حبان والحاكم، وأعله البخاري بالاضطراب، وقال ابن عبد البر: ضعفوه، وفي الباب عن ابن عباس رواه أحمد والحاكم، وهو معلول أيضا [2].

وأمثل ما ورد من طرق هذا الحديث رغم ضعفه ما رواه أحمد في المسند، من طريق داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس قال: طلق ركانة...امرأته ثلاثا في مجلس واحد..." وقد صححه أحمد شاكر [3]، وفي تصحيحه له نظر، لأن رواية داود بن حصين عن عكرمة خاصة ضعيفة، كما صرح بذلك غير واحد من أهل العلم[4].

وأما حديث ابن عباس فقد استدل به الفريقان، ولكل وجهته، فاستدل به الجمهور على وقوع الطّلاق الثلاث في فم واحد ثلاثا، كما استدل به الفريق الثاني على أن الثلاث لا تقع إلا طلقة واحدة.

---

١ – سبق تخريجه ص536.

٢ – ابن حجر / تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق عبد الله هاشم اليمني المدني، طبعة المدينة المنورة، ط/ 1964، ج03، ص 213.

٣ – أحمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، ص26.

٤ – مصطفى بن العدوي / أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، ط 01/ 1988، ص 39 – 40. أبو داود : " أحاديثه عن عكرمة مناكير وأحاديثه عن شيوخه مستقيمة " الألباني / إرواء الغليل، ج06، ص 339. وقال علي ابن المديني:" ما روى عن عكرمة، فمنكر الحديث. الحافظ المزي / تهذيب الكمال، ج08، ص 380.

قال أحمد شاكر: وهذا الحديث، أصل جليل من أصول التشريع في الطّلاق، البحث فيه من مزالق الأقدام، فإنه يصادم كثيرا مما يذهب إليه جمهور العلماء وعامة الدهماء في الطّلاق[1].

وقبل أن أذكر طرق العلماء في الاستدلال به، لابد من الإشارة إلى روايات الحديث المختلفة، لأن في بعضها شرحا وتفصيلا، يسعف الباحث في الوصول إلى الحقيقة.

1 – عَنْ ابْنِ طَاوُسٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: كَانَ الطَّلاق عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ، طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّاب:" إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ "[2].

2 – عَنْ طَاوُسٍ أَنَّ أَبَا الصَّهْبَاءِ قَالَ لِابْنِ عَبَّاسٍ:" هَاتِ مِنْ هَنَاتِكَ أَلَمْ يَكُنْ الطَّلاق الثَّلَاثُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ وَاحِدَةً فَقَالَ:" قَدْ كَانَ ذَلِكَ فَلَمَّا كَانَ فِي عَهْدِ عُمَرَ تَتَايَعَ النَّاسُ فِي الطَّلاق، فَأَجَازَهُ عَلَيْهِمْ "[3].

3 – عن ابْنُ طَاوُسٍ عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ أَبَا الصَّهْبَاءِ قَالَ لِابْنِ عَبَّاسٍ:" أَتَعْلَمُ أَنَّمَا كَانَتْ الثَّلَاثُ **تُجْعَلُ وَاحِدَةً** عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ وَثَلَاثًا مِنْ إِمَارَةِ عُمَرَ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: نَعَمْ[4].

4 – عن ابن أبي مليكة ، أن أبا الجوزاء ، أتى ابن عباس فقال :" أتعلم أن ثلاثا كنّ **يرددن** على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى واحدة" ، قال : " نعم " قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، و لم يخرجاه[5].

١ – أحمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، ص 29 – 30.

٢ – رواه مسلم، باب: الطلاق الثلاث، ج04، ص 183، رقم 3746.

٣ – رواه مسلم، باب: الطلاق الثلاث، ج04، ص 184، رقم 3748.

٤ – رواه مسلم، باب: الطلاق الثلاث، ج04، ص 184، رقم 3747.

٥ – رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ، كتاب: الطلاق، ج02، ص 214، رقم 2792.

قال أحمد شاكر: وفيه سنده عبد الله بن المؤمل، تكلم فيه بعضهم، والحقّ أنه ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات[1].

5 – وفي رواية عند الطحاوي فَلَمَّا كَانَ زَمَانُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ:" أَيُّهَا النَّاسُ، قَدْ كَانَتْ لَكُمْ فِي الطّلاق أَنَاةٌ وَإِنَّهُ مَنْ تَعَجَّلَ أَنَاةَ اللَّهِ فِي الطّلاق **أَلْزَمْنَاه** إِيَّاهُ[2] ".

هذه طرق حديث ابن عباس مع اختلاف ألفاظها، وقد عدّه العلماء من الأحاديث المشكلة[3].

وقد نقل القاضي عياض عن بعض العلماء البغداديين: أن المراد به أنه كان المعتاد في زمن النبي صلى الله عليه وسلم تطليقة واحدة، وقد اعتاد الناس الآن التطليق بالثلاث، فالمعنى: كان الطّلاق الموقع الآن ثلاثا، يوقع واحدة فيما قيل، إنكارا لخروجهم عن السنة[4].

أي أن المعتاد في الزمن الأول كان طلقة واحدة، وصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة، فأنفذه عمر، فعلى هذا يكون إخبارا عن اختلاف عادة الناس لا عن تغير حكم في مسألة واحدة[5].

ورواية أبي الصهباء في أحد الطريقين :" تعلم أنها كانت الثلاث تجعل واحدة " يحتمل – أيضا – هذا المعنى الذي قاله هؤلاَء، وإن كان هذا اللفظ الثاني أبعد من الأول قليلا لقوله: " كانت الثلاث تجعل واحدة " ، ولكن يصح أن يريد: كانت الثلاث الموقعة الآن تجعل واحدة، بمعنى: يوقع واحدة .

---

١ – أحمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، ص 39. قال الألباني: " و قال الحاكم : " عبد الله بن المؤمل غير معتمد " . و قال الذهبي في التلخيص: " ضعيف " . و قال الحافظ: " ضعيف الحديث " . و أقول : وثقه غير واحد، و يبدو أن تضعيف من ضعفه إنما هو من قبل حفظه، لا تهمة له في نفسه، و قد ختم الحافظ ترجمته بقوله : " و قال أبو عبد الله (أظنه يعني الذهبي): هو سيء الحفظ، ما علمنا له جرحة تسقط عدالته ". قلت: فإذا عرفت ذلك، فمثله يستشهد به و يرتقي الحديث إلى مرتبة الصحيح لغيره. السلسلة الصحيحة، ج05، ص 25.

٢ – الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري / شرح معاني الآثار، تحقيق: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، طبعة عالم الكتب، ط1994/01، ج03، ص 55 رقم4473.

٣ – شرح النووي على صحيح مسلم، ج10، ص70.

٤ – القاضي عياض / إكمال المعلم، ج05، ص20 – 21.

٥ – النووي على صحيح مسلم، ج10، ص71.

وقال آخرون : يمكن أن يكون المراد به فيمن كرر لفظ الطّلاق، فقال: أنت طالق، أنت طالق، فإنها كانت عندهم محمولة في القديم على التأكيد، فصار الناس الآن يحملونها على التحديد، فألزموا ذلك لقصدهم له.

لذا قال النووي: " فالأصح أن معناه أنه كان في أول الأمر، إذا قال لها أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، ولم ينو تأكيدا ولا استئنافا، يحكم بوقوع طلقة، لقلة إرادتهم الاستئناف بذلك، فحمل على الغالب الذي هو إرادة التأكيد.

فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه، وكثر استعمال الناس بهذه الصيغة، وغلب منهم إرادة الاستئناف بها، حملت عند الإطلاق على الثلاث، عملا بالغالب السابق إلى الفهم منها في ذلك العصر"[1].

والظاهر أن نص حديث ابن عباس لا يسعفهم في ذلك، لأن الصيغة جاءت مطلقة، فهي ثلاث بكلمة واحدة، فتشمل اللفظ المفرق والمجتمع، وتقييد المطلق يحتاج إلى دليل، وحمله على بعض الوجوه دون الأخرى نوع من التحكم، والتحكم في الاستدلال باطل[2].

ومنهم من حمل الحديث على غير المدخول بها، فقد سلك أبو عبد الرحمن النسائي في سننه في الحديث مسلكا آخر وقوى جانبه عنده، فقال: باب: الطّلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة، ثم ساقه فقال : حدثنا أبو داود حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه أن أبا الصهباء جاء إلى ابن عباس رضي الله عنهما فقال:" يا ابن عباس، ألم تعلم أن الثلاث كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، وصدر من خلافة عمر تُردُّ إلى الواحدة، قال: نعم "[3].

وقد أجاب ابن القيم عن ذلك فقال: وأنت إذا طابقت بين هذه الترجمة وبين لفظ الحديث، وجدتها لا يدل عليها ولا يشعر بها بوجه من الوجوه، بل الترجمة لون والحديث لون آخر، وكأنه لما أشكل عليه لفظ الحديث جملة على ما إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق، أنت طلق، أنت طالق، طلقت واحدة ومعلوم أن هذا الحكم لم يزل ولا يزال كذلك، ولا يتقيد ذلك

---

١ – النووي / المرجع نفسه.

٢ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 155.

٣ – النسائي في السنن الكبرى، باب: طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة، ج03، ص351، رقم5599.

بزمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنه وبمضي الثلاث بعد ذلك على المطلق فالحديث لا يندفع بمثل هذا البتة[1].

كما يمكن أن يحمل لفظ أبي داود [2]الذي قيد الحديث بالطّلاق قبل الدخول، أنه من باب زيادة الثقة المقبولة، فيعمل بهذا وبذاك، وأن الطّلاق الثلاث في عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر، كان يعد واحدة وهذا سواء قبل الدخول أو بعده، فلا تعارض.

ومنهم من تجاوز هذا، إلى الكلام في أصل الحديث، ونعته بأنه مضطرب سندا ومتنا، أما اضطراب سنده، فلروايته تارة عن طاوس عن ابن عباس، وتارة عن طاوس عن أبي الصهباء عن ابن عباس، وتارة عن أبي الجوزاء عن ابن عباس[3].

وأما اضطراب متنه، فإن أبا الصهباء تارة يقول: ألم تعلم أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوه واحدة، وتارة يقول: ألم تعلم أن الطّلاق الثلاث كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر واحدة[4].

والواقع أنه لا مطعن في صحة حديث ابن عباس، وقد تابع مسلما في ذلك جهابذة الحفاظ، و لم يشككوا في صحته.

وأما الفريق الذين قالوا بأن الطّلاق الثلاث بفم واحدٍ يقع واحدا، فاستدلوا بحديث ابن عباس من وجهة مختلفة وحملوه محامل تسعف مذهبهم.

فمنهم من قال: الثلاث بلفظ واحد تعد واحدة، وما كان في عهد عمر فإنه تعزير، وعمر لو شاهد ما أحدث الناس بعده، لما قال هذا. يقول شيخ الإسلام : لو رأى عمر رضي الله عنه ما أقدم عليه كثير من الجهلة، من وضع المحلل الذي يستحلون به فرج المرأة لما قال كذا، فعمر في زمنه كان الناس ورعين عن التحليل.

---

١ - ابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص298.

٢ - حديث أبي داود الذي قيد الطلاق الثلاث بكونه قبل الدخول، ضعفه العلامة المعلمي، وذكر له ثلاث علل، يراجع الحكم المشروع في الطلاق المجموع، الهامش، ص60.

٣ - وقد ذكر ابن عبد البر، أنّ رواية طاووس وهم وغلط. ابن عبد البر / الاستذكار، ج 06، ص 06.وابن عاشور/ التحرير والتنوير، ج02، ص419.

٤ - ابن حجر / فتح الباري، ج09، ص364. وابن القيم / إغاثة اللهفان، ج01، ص293 - 295 .

ولما وقع الناس في التحليل رأى شيخ الإسلام وغيره، القول بإعادة الحكم على ما كان عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر لأنه القول الأولى والأرفق بالناس والأيسر لهم، وهو الموافق للسنة[1].

أي أنّ أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه[2] لما رأى أن الناس قد استهانوا بأمر الطّلاق، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة، رأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم، ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره، نكاح رغبة يراد للدوام لا نكاح تحليل، فإنه كان من أشد الناس فيه، فإذا علموا ذلك كفوا عن الطّلاق، فرأى عمر أن هذه مصلحة لهم في زمانه، ورأى أن ما كان عليه في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وعهد الصديق وصدر من خلافته كان الأليق بهم، لأنهم لم يتتابعوا فيه، وكانوا يتقون الله في الطّلاق، وقد جعل الله لكل من اتقاه مخرجا، فلما تركوا تقوى الله، وتلاعبوا بكتاب الله، وطلقوا على غير ما شرعه الله، ألزمهم بما التزموه عقوبة لهم، فإن الله تعالى إنما شرع الطّلاق مرة بعد مرة، و لم يشرعه كله مرة واحدة، فمن جمع الثلاث في مرة واحدة فقد تعدى حدود الله وظلم نفسه ولعب بكتاب الله، فهو حقيق أن يعاقب، ويلزم بما التزمه ولا يقر على رخصة الله وسعته، وقد صعبها على نفسه و لم يتق الله ويطلق كما أمره الله وشرعه له، بل استعجل فيما جعل الله له الأناة فيه رحمة منه وإحسانا ولبّس على نفسه واختار الأغلظ والأشد، فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان[3].

قال ابن تيمية: وعمر جعل هذا عقوبة تفعل عند الحاجة، و يدخلها الاجتهاد من وجهين:

من جهة أنها هل تشرع أم لا، فقد يرى الإمام أن يعاقب بنوع معين من العقوبات لا يقل به غيره، كتحريق علي بن أبي طالب الزنادقة بالنار.

ومن جهة إنما تكون لمن يستحقها، فمن كان من المتقين استحق أن يجعل الله له فرجا ومخرجا، لم يستحق العقوبة، ومن لم يعلم أن جمع الثلاث محرم، فلما علم أن ذلك محرم تاب

١ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج07، ص 80. و ج08، ص 423. وج33، ص 93.

٢ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج03، ص35 – 36.

٣ – البلتاجي / منهج عمر في التشريع، ص 265.

من ذلك اليوم، أن لا يطلق إلا طلاقا سنيا، فإنه من المتقين في باب الطّلاق، فمثل هذا لا يتوجه إلزامه بالثلاث مجموعة، بل يلزم بواحدة منها[1].

ولما علم الصحابة رضي الله عنهم حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته في ذلك، وافقوه على ما ألزم به وصرحوا لمن استفتاهم بذلك.

ولهذا كان ابن عباس إذا سئل عمن طلق امرأته ثلاثا، يقول له: لو اتقيت الله لجعل لك مخرجا، وكان تارة يوافق عمر في الإلزام بذلك للمكثرين من فعل البدعة المحرمة عليهم مع علمهم، وروي عنه أنه كان تارة لا يلزم إلا واحدة.

وكان ابن مسعود يغضب على أهل هذه البدعة ويقول: أيها الناس من أتى الأمر على وجهه فقد تبين له، فو الله مالنا طاقة بكل ما تحدثون[2].

وفي رواية :" من أتى الأمر على وجهه فقد بتين له، ومن لبّس على نفسه جعلنا عليه لبسه، والله لا تلبسون على أنفسكم ونتحمله منكم، هو كما تقولون"[3].

فلما رأى عمر الناس قد أكثروا من الطّلاق والثلاث، ورأى أنهم لا ينتهون عنه إلا بعقوبة، ألزامهم بها عقوبة لهم ليكفوا عنها، وذلك إما من التعزير العارض الذي يفعل عند الحاجة، كما كان يضرب في الخمر ثمانين، ويحلق فيها الرأس وينفي عن الوطن، وكما منع النبي صلى الله عليه وسلم الثلاثة الذين خلفوا عنه عن الاجتماع بنسائهم، فهذا له وجه[4].

وإما أن يكون فعل عمر ظنا أن جَعْلَ الثلاث واحدة كان مشروعا بشرط وقد زال، كما ذهب إلى ذلك في متعة الحج[5] إما مطلقا وإما متعة الفسخ فهذا وجه آخر. وإما لقيام مانع قام في زمنه، منع من جعل الثلاثة واحدة، كما قام عنده مانع من بيع أمهات الأولاد، ومانع من أخذ الجزية من نصارى بني تغلب وغير ذلك، فهذا وجه ثالث .

---

١ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج08، ص 423.

٢ – ابن تيمية / المرجع السابق، ج33، ص 35.

٣ – ابن القيم / إعلام الموقعين، ج03، ص 36.

٤ – ابن تيمية / المرجع السابق، ج08، ص423.

٥ – قال ابن تيمية :" فلما كان زمن عمر حدث من بعضهم ذنوب أوجبت اجتهاد الإمام في نوع من التشديد عليهم؛ كمنعهم من متعة الحج ، وكإيقاع الثلاث إذا قالوها بكلمة ، وكتغليظ العقوبة في الخمر." مجموع الفتاوى، ج14، ص 158.

فلما رأى أمير المؤمنين أن الله سبحانه عاقب المطلق ثلاثا، بأن حال بينه وبين زوجته وحرمها عليه حتى تنكح زوجا غيره، علم أن ذلك لكراهته الطّلاق المحرم وبغضه له، فأراد أمير المؤمنين عمر موافقته في عقوبته لمن طلق ثلاثا جميعا بأن ألزمه بها وأمضاها عليه.

والذي أراه أن مسألة الطّلاق الثلاث بفم واحد تندرج فيما تتغير به الفتوى لتغير الزمان، فالصحابة قد وافقوا عمر على إمضائه الطّلاق المجموع، لأنهم علموا حسن سياسة عمر وتأديبه للرعية.

كما أن إقصاء أن أحد القولين في هذه المسألة فيه نوع من الإجحاف، فرغم قوة المذهب الثاني ودقة تعليلاته، إلا أن هذا لا يعني نسف أدلة الجمهور وإلغائها، فلا يخفى وجاهة كثير من استدلالاتهم، فالأولى أن نصير إلى الجمع بين المذهبين، فإعمال المذهبين معا، أفضل من إهمال أحدهما، فالصحيح أن أقوى ما استدل به الجمهور فعل عمر، وموافقة الصحابة له في إجازة الطّلاق الثلاث، كما أن أقوى ما استدل به الفريق الثاني حديث ابن عباس وتعليله لفعل عمر، وأن الثلاث كان ترد إلى واحدة في العهد النبوي و إلى عهد عمر.

فيمكن القول بهما في حال دون حال، مع مراعاة ظروف الناس وما يؤدي إليه تطبيق الحكم في هذه المسألة.

فقد قال العلامة المعلمي جامعا بين اختلاف الروايات عن ابن عباس في فتواه، لا في أصل روايته، لأنه أفـــتى بوقوع الطّلاق الثلاث واحدة، كما أفـــتى بلزوم الثلاث في فتـــاوى أخرى:" والأولى أنه كان يفتي بهذا تارة، وبهذا تارة أخرى، يتوخى في كل قضية ما هو أولى.[1]"

وهذا مذهب بعض المحققين، فقد قال ابن تيمية:" كان طائفة من العلماء مثل أبي البركات[2]، يفتون بلزوم الطّلاق في حال دون حال، كما نقل عن الصحابة.[3]"

١ – الحكم المشروع في الطلاق المجموع، ص 14.

٢ – جدّ ابن تيمية، وهو عبد السلام بن عبد الله، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين، فقيه حنبلي، محدث مفسر، توفي سنة 652هـــ. يراجع: الذهبي / سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وجماعة معه، مؤسسة الرسالة، ط1985/03، ج23، ص212.

٣ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج33، ص 93.

وهذا القول جامع لأدلة الفريقين، فلا تهدر السنة النبوية الصحيحة، ولا القضاء العمري المجمع على جوازه إذا تحقق مناطه.

فالقاضي أو الحاكم بخير النظرين، يحكم في كل قضية بما يناسبها، فهناك فرق بين من يطلق ثلاثا متعمدا عالما بالحكم، وبين من يطلق جاهلا، أو أن يجري الطّلاق على لسانه من غير قصد، وفرق بين من طلق زوجته وهي راغبة فيه، راضية بالرجوع إليه، مع التيقن أن التفرق يفضي إلى الإضرار بهما، وبين من طلق زوجته وهي راغبة عنه كارهة له، يخشى عليهما من الفتنة ببقائهما معا.

وهناك فرق بين الشيخ الكبير، أو الفقير الذي لا يجد إلا هذه المرأة تقوم بشؤونه، ومن كان شابا غنيا، قادرا على الزواج من غيرها. وفرق بين من كان له أولاد يخشى عليهم الضياع من جراء الطّلاق، ومن ليس له ولد.

فالحكم النّبوي مناسب في الصور الأولى رحمة وتيسيرا، والقضاء العمري مناسب في الصّور المقابلة عقوبة وزجرا وتعزيرا، فتراعى المصالح والمفاسد، فنجمع بين مقاصد السنة النبوية في أمر الطّلاق، ومقاصد القضاء العمري إذا تحقق مناطه، فهو حكم معلل، مقصوده دفع مفسدة تتابع الناس في إيقاع الطّلاق، وزجرهم عن فعل المحظور، والحكم مع مقاصده يدور حيث دارت، وأحكام الأسرة ظاهرة المقاصد، ولا يناسبها إمضاء الطّلاق الثلاث إذا كان فيه ضرر بالأسرة والأطفال مراعاة لتيسير الله تعالى في قوله: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ١﴾ الطلاق: ١.وإذا كان للحاكم ابتداء الحق في رفع الضرر عن المرأة، بفسخ أو إلزام بطلاق، فمن باب أولى دفع الضرر عنها، بإمضاء الطّلاق الثلاث، وإلزام الزوج به، والعمل بالدليلين ومراعاة المقصدين معا، أولى من إهمال أحدهما[1].

ثالثا: الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ووجه السّياسة فيه.

المذهب القائل بأن الطّلاق الثلاث بفم واحد، يقع طلقة واحدة فقط، أقوى سند عندهم في الباب، هو حديث ابن عباس السابق، وقد فسر عمل عمر بن الخطاب فيه أنه من قبيل العقوبة والزجر الذي تمليه السياسة الشرعية، والتي صدرت من عمر باعتباره حاكما وأميرا للمؤمنين.

١ - حاكم بن عبيسان المطيري مقدمة تحقيق الحكم المشروع في الطلاق المجموع للمعلمي، ص 14 - 15.

فالأصل في الطّلاق المشروع والذي عليه عمل الصحابة في العهد النبوي، أنهم كانوا يطلقون طلقة واحدة في طهر لم يمسوا فيه، ويتبعونه بطلقة أخرى في العدة، وكانوا حريصين على قيود الطّلاق السني.

وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدي تمعره وغضبه من الرجل إذا أوقع الطّلاق على غير وجهه الشرعي، بل اعتبر الطّلاق بعد الرجعة لعبا بحدود الله، وأن ليس بالطّلاق الذي عليه جمهور المسلمين، فإذا كان ذلك كذلك، فهل يكون الطّلاق بعد الطّلاق، أو الطّلاق المجموع من طلاق المسلمين.

فعن أَبِي مُوسَى قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:" **مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَلْعَبُونَ بِحُدُودِ اللَّهِ ؟ يَقُولُ أَحَدُهُمْ: قَدْ طَلَّقْتُكِ قَدْ رَاجَعْتُكِ قَدْ طَلَّقْتُكِ.**[1]" وفي رواية :" **يقول أحدكم لامرأته: قد طلقتك، قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين، طلقوا المرأة في قبل طهرها** "[2].

وقد تتايع الناس في أمر الطّلاق وتعجلوا فيه من غير أناة، وتجاوز البعض حدود الشرع فيه، وطلق مرتين أو ثلاثة في فم واحد.

وقد وجه أحمد شاكر هذا الفعل من بعض الصحابة، أنه ليس تعمدا منهم في مجاوزة حدود الله، بل ظنا منهم، أن يملكون هذا الحق، ولهم استعماله في غير موضعه لغرض ما، أو أنهم قصدوا به تخويف النساء بذلك فقط0[3]

ولما زاد الأمر انتشارا في زمان عمر بن الخطاب، أراد عمر أن يوقع على المطلقين عقابا من جنس عملهم، وتعزيرهم على تعديهم حدود الله، فاستشار أولي الرأي والأمر منهم، وقال :" **إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، لو أمضيناه عليهم.**" فلما وقفوا على حقيقة الأمر وأسبابه، وعلى مقصود عمر من ذلك، وعلموا أنه يتوخى المصلحة وافقوه على ذلك فقال:" **أيها الناس، قد كانت لكم في الطّلاق أناة، وإنه من تعجل أناة اله في الطّلاق، ألزمناه إياه** ".

١ – رواه ابن ماجه في السنن، كتاب: الطلاق، باب: حدثنا سويد بن سعيد ، ج01، ص650، رقم2017.

٢ – رواه الطبراني في المعجم الأوسط، ج 4.، ص 195، رقم3953.

٣ – أحمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، ص53.

وليس في هذا الإلزام مخالفة ولا تغيير لظاهر القرآن ولا السنة، إذ الثابت شرعا أن هذا الطّلاق لا يلحق، وأن الطلقة الأولى ليس للمطلق بعدها إلا الرجعة أو الفراق، وكذلك الثانية بعد الرجعة أو الفراق.

وإلزام عمر للرعية بذلك كان بحكم السياسة الشرعية في النظر إلى المصالح، وذلك مما مكن الله به الحاكم المسلم، بعد استشارة أهل الحل والعقد.

وعمر لما أراد أن يمنع الناس من الاسترسال في الطّلاق، والتعجل إلى بتّ الفراق، ألزم المطلقين ثلاثا جملة واحدة، بما ظنوا أو رغبوا فيه، من أنها تبين منهم نهائيا بطلقة واحدة مجموعة، فمنعهم من رجعتها بإرادتهم ومن تزوجها بعقد جديد، حتى تنكح زوجا غيره، لذا قال عمر:" **إنه من تعجل أناة الله في الطّلاق ألزمناه إياه**".

فإيقاع الطّلاق ثلاثا كان إلزاما من الإمام ومن أولي الأمر، ولم يكن حكما بوقوع الطّلاق الذي لم يقع، فأحكام الله الصريحة لا يملك أحد تغييرها أو تبديلها[1].

قال البلتاجي:" فعمر أوقع الثلاث بلفظ واحد ثلاثا نوعا من التعزير والعقوبة لمن يخالف أمر الله في صورة الطّلاق، حيث شرع في القرآن متفرقا.[2]"

لذا، صرح بعض الحنابلة بحمل الرواية على العقوبة والزجر، وجعل إمضاء الطّلاق الثلاث عليهم، لإكثارهم منها على خلاف السنة، فعاقبهم على الإكثار، وأوقعها عليهم تعزيرا، وهذا يرجع إلى اجتهاد الحاكم[3].

فعمر بهذا التعزير الجماعي، أراد أن يرجعهم إلى الطّلاق الشرعي، ليسدّ الباب أمام المستعرضين لمظاهر سلطتهم في مواقف النزاع مع نسائهم، وليحد من اندفاع المتسرعين في أمر الطّلاق الثلاث.

وكأن عمر رضي الله عنه رأى أن التساهل في إيقاع من ألزم نفسه بالثلاث بأن تمضى عليه واحدة فقط، لا يحقق مصلحة ردع الناس عن التلاعب بالطّلاق والتعجل في أمره، فأمضاه

١ – أحمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، ص53 – 54.

٢ – البلتاجي / منهج عمر في التشريع، ص 264.

٣ – ابن مفلح / الفروع، ج05، ص 288، والمبدع، ج07، ص 262 – 263، والمرداوي / الإنصاف، ج08، ص 454.

عليهم ثلاثا لمصلحتهم في الزجر وترك مخالفة الشرع، وهذه هي السياسة الشرعية في فعل عمر، وهي جلب المصلحة المتمثلة في انضباط الناس، وتوقيعهم الطّلاق وفق المنهج السني[1].

غير أن الحاكم أو ولي الأمر في أي وقت من الأوقات، إذا رأى أن حزم عمر لم يصبح يؤدي الغرض الذي قصده من وراء إمضاء الطّلاق المجموع ثلاثا، بل انجرت عليه مفاسد عوض المصالح المرجوة، بأن لجأ الناس إلى الحيلة، لإرجاع زوجاتهم إلى عصمتهم، كأن عمدوا إلى التحليل، الذي كان عمر يتشدد فيه أكثر من تشدده في طلاق الثلاث، وقد رأى أن في هذا مخالفة لمقاصد الشرع، واستهانة بأحكامه، فلا ينبغي أن يبقى هذا الحكم السياسي مطبقا مع ما فيه من تحقق للمفاسد، حيث سيصبح ذريعة للمحرم، وهنا لابد أن يسد باب التحليل، بجعل الطّلاق الثلاث طلقة واحدة، كما في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم.

على أن تصرف الإمام منوط بالمصلحة، فإذا كان إمضاء الطّلاق الثلاث بفم واحد يفضي إلى مفاسد جديدة وجب الإبقاء على حكم الأصل.

قال ابن القيم[2]: وعلى هذا فيمتنع في هذه الأزمنة معاقبة الناس، بما عاقبهم به عمر من وجهين:

أحدهما: أن أكثرهم لا يعلم أن جمع الثلاث حرام، لا سيما وكثير من الفقهاء لا يرى تحريمه، فكيف يعاقب من لم يرتكب محرما عند نفسه.

الثاني: أن عقوبتهم بذلك، تفتح عليهم باب التحليل الذي كان مسدودا على عهد الصحابة والعقوبة إذا تضمنت مفسدة أكثر من الفعل المعاقب عليه كان تركها أحب إلى الله ورسوله، ولو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة ومعاذ الله لكان المنع منه إذا وصل إلى هذا الحد الذي قد تفاحش قبحه من باب سد الذرائع، وتعين على المفتين والقضاة المنع منه جملة.

بل السياسة الشرعية وحسن التدبير اليوم، توجب على ولي الأمر أن يعود بالطّلاق إلى أصله، وأن لا يوقع الطّلاق الثلاث إلا طلقة واحدة، وما عداها يعتبر لغوا ما دام أصل انفساخ عقد الزواج يتم بطلقة واحدة، وخاصة في الجهل بأحكام الشرع، وقلة التدين بين الناس، قال

١ – عبد الفتاح عمرو / السياسة الشرعية، ص 157.

٢ – ابن القيم / إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج03، ص 49.

ابن تيمية:" وأما من لا يستحق عقوبة إمضاء الطّلاق الثلاث، بجهل أو تأويل فلا وجه لإلزامه بالثلاث.[1]"

بل قد أصبح في الناس اليوم من إذا تعجل في الطّلاق الثلاث، وأفتيته بعزيمة عمر ركب الأحموقة وأبى إلا البقاء مع زوجته وأولاده مع علمه بتحريم ذلك، فهل مثل هؤلاء يؤخذون بعزيمة إمضاء الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ؟ بل الواجب على ولاة الأمور وأهل الإفتاء مراعاة حالة الناس الدينية، والاجتماعية في التيسير عليهم، وعدم أخذهم بالشدة، التي أضحت مخالفة لمقصود عمر من وراء إمضاء الطّلاق الثلاث.

فإذا كان ما فعله عمر زجرا أصبح غير زاجر، فهل يصح أن يبقى الإفتاء به مع غلبة الظن بعدم تحصيله للمصلحة التي من أجلها شرع الطّلاق ؟

وقد ذهب شلبي إلى أن عمر لم يغير أمرا لازما، غير أنه منع المطلقين ثلاثا من الرجعة التي أباحها الله في الطلقتين الأوليين، و لم تكن الرجعة لازمة لكل مطلق، ولا تجديد العقد واجبا في كل عقد، وذلك لأن ولي الأمر له أن يمنع بعض المباحات زجرا لهم وعقابا على ارتكابهم المحظور[2].

قال الطاهر بن عاشور:" وما المتلفظ بالثلاث في طلاقه الأول، إلاّ كغير المتلفظ بها في كون طلقته الأولى لا تصير ثانية، وغاية ما اكتسبه مقاله أنه عُدَّ في الحمقى أو الكذّابين، فلا يعاقب على ذلك بالتفريق بينه وبين زوجه، وعلى هذا الحكم استمر العمل في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، وصدر من خلافة عمر، كما ورد في كتب الصحيح[3].

وهو الفهم الصّحيح، الذي يحمل عليه اختلاف الصحابة في الفتوى بالنسبة إلى الطّلاق الثلاث.

قال ابن تيمية:" فلما لم يكن على عهد عمر رضي الله عنه تحليل ظاهر، ورأى في إنفاذ الثلاث زجرا لهم عن المحرم فعل ذلك باجتهاده، أما إذا كان الفاعل لا يستحق العقوبة وإنفاذ الثلاث يفضى إلى وقوع التحليل المحرم بالنص وإجماع الصحابة والاعتقاد، وغير ذلك من

١ – ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج08، ص 401.

٢ – شلبي / تعليل الأحكام، ص 59.

٣ – ابن عاشور / التحرير والتنوير، ج02، ص 417.

المفاسد، لم يجز أن تزال مفسدة حقيقية بمفاسد أغلظ منها، بل جعل الثلاث واحدة في مثل هذا الحال، كما كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر، أولى.

ولهذا كان طائفة من العلماء مثل أبي البركات، يفتون بلزوم الثلاث في حال دون حال، كما نقل عن الصحابة، وهذا إما لكونهم رأوه من باب التعزير الذي يجوز فعله بحسب الحاجة، كالزيادة على أربعين في الخمر، والنفي فيه وحلق الرأس، وإما لاختلاف اجتهادهم فرأوه تارة لازما، وتارة غير لازم[1].

ولقد أخذت الكثير من الدولة العربية والإسلامية في قوانينها الخاصة بالأحوال الشخصية، بالرأي الثاني، وهو رأي ابن تيمية وابن القيم وهو اختاره الكثير من المعاصرين، كأحمد شاكر، والمعلمي، والألباني وابن باز، وأحمد بن صديق الغماري ومصطفى بن عدوي وغيرهم كثير[2].

وبه أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية، كالقانون السوري في المادة **92**، وكذا القانون الإماراتي، ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد بين مصر وسوريا المادة **83**. والقانون المصري في المادة **03** من القانون رقم **25** لسنة **1925**، والقانون الليبي، وقد ذهب المشرع السوداني إلى عدها واحدة رجعية.

وأما قانون الأسرة الجزائري، فلم يتناول مسألة الطّلاق الثلاث بلفظ واحد، ولكن المادة **51** من ق أ ج تكلمت على الطّلاق الثلاث مفرقات فقالت:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء."

والمفهوم من المادة **51** أن الطّلاق الثلاث بفم واحد لا تبين به الزوجة بينونة كبرى، وذلك لأن المادة **51** حصرتها في حالة واحدة، وهي الطّلاقات الثلاث إذا وقعن مفرقات. فعلم أن الطّلاق الثلاث المجموع يقع واحدة وتبين به بينونة صغرى[3].

---

١ – مجموع الفتاوى، ج08، ص 423.

٢ – أحمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، ص 30. ومقدمة الحكم المشروع في الطلاق المجموع، ص13، ومصطفى بن عدوي / أحكام الطلاق في الإسلام، ص 44.

٣ – عبد القدر داودي / الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط01 / 2007، ص 296 – 297 وعبد القدر حرز الله / الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 233 – 234.

الفصل الخامس

السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الطلاق.

المبحث الأول: المتّعة والتّعويض.

المبحث الثاني: الدّعاوى الكيدية للزّوجة.

المبحث الثالث: الحضانة.

المبحث الأول: المتعة والتعويض.

مقدمة:

وقوع الفِراق بين الزّوجين قد يسبب أضرارا للمرأة المطلقة، والطلاق مهما كانت أسبابه، ولو كانت المرأة هي المتسببة فيه، غالبا ما تُصاحبه آلام نفسية تعاني منها الزّوجة المفارقة لعش الزوجية.

وجبرا لخاطر المطلقة، وتخفيفا لوحشتها، فُرض لها مبلغٌ من المال إن على سبيل التطوع والاستحباب، أو على وجه التحتيم والإلزام، يدفعه الزوج لها بعد طلاقها، والذي يسمى بالمتّعة وعند البعض التّعويض، فما حقيقة المتّعة ؟ وهل تكون واجبة على الزوج تجاه مطلقته أو مستحبة فقط ؟ وما وصف المطلقة التي تستحقها، وما هو المقدار التي تستحقه ؟ وكيف يقدر ؟

وهل لولِيّ الأمر ومن باب السياسة الشرعية أن يجعل المتّعة واجبة لكل مطلقة على زوجها إذا رأى المصلحة في ذلك، وكأن يكون في إلزام الأزواج بذلك زجرا لهم من التسرع في الإقدام على الطلاق بدون حاجة ؟

أولا: تعريف المتّعة.

لغة: المُتّعة بضمّ الميم وكسرها من التَّمتع، وهي مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمَتَاع السّلْعة، وهي أيضاً المنْفَعَة وما تَمَتَّعْتَ به، ويقال: قد مَتَع به أي انْتَفَع، قال الله تعالى: ﴿ٱبْتِغَآءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَٰعٍ زَبَدٌ مِّثْلُهُۥ ۚ ﴿١٧﴾﴾ الرعد: ١٧ وتَمَتَعَ بكذا واسْتَمْتَعَ به بمعنى، والاسمُ المتّعة، ومنّه مُتْعَة الحَجِّ، لأنها انتِفاع[1]، وأمْتَعَه اللهُ بكذا ومَتَّعه تمتِيعاً بمعنى. وتطلق على أربعة معان:

أحدها: متعة الحج، وهي الإحرام بالعمرة في أشهر الحج، ثم الإحرام بالحج بعد تمامها[2].

الثاني: النّكاح إلى أجل.

---

١ – الرازي / مختار الصحاح، ص 291. والجوهري / الصحاح، طبعة دار الملايين، بيروت، ج03، ص1282.

٢ – سعدي أبو حبيب / القاموس الفقهي، دار الفكر، سوريا، ط02/ 1988، ص335.

الثالث: متعة المطلقات، وهي محل البحث هنا.

الرابع: إمتاع المرأة زوجها في مالها على ما جرت به العادة في بعض البلاد.

اصطلاحا: المتّعة هي الكسوة أو المال الذي يعطيه الزّوج للمطلقة زيادة على الصّداق أو بدلاً عنه كما في المفوضة، لتطيب نفسها، وتعويضها عن ألم الفراق.

وعرفها المالكية: بأنها الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة.

أو هي ما يعطيه الزّوج – ولو عبدا – لزوجته المطلقة زيادة على الصّداق لجبر خاطرها[1].

وقد عرفها الشافعية: بأنها مال يجب على الزّوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه[2].

وأما عند معاصرين فقد عرفها البعض بأنها:" التّعويض الذي يلزم به الزّوج لزوجته بعد طلاقه لها جبرا لوحشة الفراق "[3].وقيل هي:" ما يدفعه الرجل لمطلقته، بعد الفرقة بينهما."[4]

ثانيا: حُكمُ مُتعةِ المُطلقاتِ.

حكم المتّعة في الاجتهاد الفقهي يختلف حسب اختلاف المطلقات، وعليه فالمطلقات المستحقات للمتعة هن:

1 – مطلقة قبل الدّخول، و لم يسم لها صداق.

2 – مطلقة قبل الدّخول، وقد سمي لها صداق.

3 – مطلقة بعد الدّخول، سواء سمي لها صداق أم لم يسم.

فكل مطلقة لها في المتّعة حكم يخصها.

---

١ – الدّردير / الشرح الكبير، ج02، ص425.

٢ – السيد البكري الدمياطي / إعانة الطالبين، طبعة دار الفكر، ج03، ص356. والنووي / روضة الطالبين، ج07، ص321.

٣ – حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص 339. ومصطفى شلبي / أحكام الأسرة في الإسلام، ص 408 – 409.

٤ – السعيد مصطفى / في مدى استعمال الحقوق الزوجية، ص 240.

1 – حكم مُتْعَة المُطلقَة قبل الدّخول ولم يسمَّ لها صداقٌ.

ذهب الحنفية، والشافعية في مذهب الشافعي الجديد، والحنابلة إلى أن المُتْعَة في هذه الحالة واجبة[1].

وأما مذهب السّادة المالكية في المسألة، فهو استحباب المُتْعَة دون وجوبها[2].

2 – حكم المُتْعَة قبل الدّخول وقد سُمّي لها صداقٌ.

في قول عند الحنفية، المُتْعَة مستحبة في هذه الحالة، وبه قال الكاساني وغيره [3]. وفي رواية أخرى أن هذه المُطلقَة لا مُتْعَة لها، سواء على وجه الاستحباب أم على وجه اللزوم[4].

وقال المالكية: ليس لها مُتْعَة، ولها نصف الصّداق فقط، وأما الشافعية، قد قالوا: إن كان الطلاق قبل الدّخول، نظر إن لم يشطر المهر فلها المُتْعَة، وإلا فلا مُتْعَة على المشهور[5].

وعند الحنابلة متعتها مستحبة كما نقل ذلك عنهم[6]، قال البهوتي: وإن فرض للمفوضة ما

---

١ – السرخسي / المبسوط، ج06، ص 61، وابن الهمام / شرح فتح القدير، 03، ص110، السيد البكري الدمياطي / إعانة الطالبين، ج03، ص356، والشربيني / مغني المحتاج، ج 03، ص241. والبهوتي / كشاف القناع، ج 05، ص 148، وشرح منتهى الإرادات، ص ج03، ص81.

٢ – القرافي / الذخيرة، ج04، ص 448 – 449، والحبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته، ج04، ص 104.

٣ – الكاساني / بدائع الصنائع، ج02، ص 103، وابن عابدين / رد المحتار، ج03، ص122.

٤ – الحصكفي / الدر المختار، ج03، ص122.

٥ – النووي / روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج07، ص 321.

٦ – ابن قدامة / الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، طبعة المكتب الإسلامي، ج 03، ص 107. وقال ابن قدامة:" ولا متعة لغير المفوضة في ظاهر المذهب، لأنه لما خص بالآية من لم يفرض لها و لم يمسها دل على أنها لا تجب لمدخول بها ولا مفروض لها ولأنه حصل في مقابلة ابتذال المهر أو نصفه، بخلاف مسألتنا وعنه لكل مطلقة متاع لقوله تعالى: " **وللمطلقات متاع بالمعروف حقًّا على المتقين** " وقال سبحانه: " **إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا**" :سورة الأحزاب **49**، قال أبو بكر: العمل عندي على هذه الرواية لولا تواتر الروايات بخلافها، فإنه لم يرو هذه إلا حنبل وخالفه سائر من روى عن أبي عبد الله، فيتعين حمل هذه الرواية على الاستحباب، جمعا بين دلالة الآيات المختلفات.

يصح فرضه، فكالمسمى ينتصف بنحو طلاق قبل دخول، ولا مُتْعَة معه، وكذا لا مُتْعَة لمطلقة بعد دخول مطلقا، وحيث لا تجب المُتْعَة للمطلقة فهي مستحبة[1].

3 – حكم المُتْعَة في المُطلقَة بعد الدّخول، سواء سمي لها صداق أم لا ؟

إذا طلقت المرأة بعد الدّخول، فإنها تستحق المهر المسمى لها عند العقد، أو مهر المثل إذا لم يكن في النكاح تسمية، وأما المُتْعَة فقد اختلف فيها على النحو التالي:

ذهب المالكية والحنفية والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن المُتْعَة في هذه الحالة مستحبة، وليست واجبة[2].

وأما عند الشافعية، فالأظهر في المذهب الجديد أنها واجبة[3].

وتقرير المُتْعَة ليس من أجل إساءة الزّوج استعمال حقه في التطليق، بل إنّ الأساس في تقريرها، هو أن المُطلقَة في حاجة إلى معونة أكثر من معونة نفقة العدة، وفي المُتْعَة ما يحقق هذه المعونة، ولأن الأصل في تشريعها جبر خاطر المُطلقَة و مواساتها[4].

ثالثا: المُتْعَةُ بينَ الاسْتحباب والوُجوبِ.

من خلال عرض الآراء السّابقة، نجد أن المُتْعَة قد تكون واجبة وقد تكون مستحبة، على حسب الاجتهادات الفقهية المذكورة آنفا:

---

١ – البهوتي / شرح منتهى الإرادات، ج03، ص 28. وكشاف القناع عن متن الإقناع، طبعة دار الفكر، ج 05، ص 158. والبهوتي هو منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى: شيخ الحنابلة بمصر في عصره.نسبته إلى (بهوت).له كتب، منها: الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع، وكشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي، توفي سنة 1051هـ. يراجع: الزركلي / الأعلام، ج07، ص 307.

٢ – البهوتي / شرح منتهى الإرادات، ج03، ص 28. والرحيباني، مصطفى السيوطي / مطالب أو لي النهي شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط/1961، ج05، ص 261.وابن عابدين / حاشية رد المحتار، طبعة دار الفكر، ج 01، ص 279. والمرغناني / الهداية شرح البداية، طبعة المكتبة الإسلامية بيروت، ج01، ص206.والدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 425. والقرافي /الذخيرة، ج04،ص 448.

٣ – النووي / روضة الطالبين، ج07، ص 321. والمجموع، ج16، ص 387.

٤ – حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص 340.

أولا: المُتْعَة المستحبة.

تُستحب المُتْعَة عند الحنفية: في حالة الطّلاق بعد الدّخول، والطّلاق قبل الدّخول في نكاح فيه تسمية، لأن المُتْعَة إنما وجبت بدلاً عن نصف المهر، فإذا استحقت المسمى أو مهر المثل بعد الدّخول، فلا داعي للمُتْعَة.

وأما المالكية: فالمُتْعَة مستحبة لكل مطلقة، لقوله تعالى: ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦، وقوله: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾ البقرة: ٢٤١، فإنه سبحانه قيد الأمر بها بالتقوى والإحسان، والواجبات لا تتقيد بهما، وهو قول الليث ابن سعد[1].

والمطلقات عندهم ثلاثة أقسام:

1 – مطلَّقة قبل الدّخول وقبل التّسمية (المُفَوَّضة) فلها المُتْعَة استحبابا، وليس لها شيء من الصّداق.

2 – ومطلَّقة قبل الدّخول وبعد التّسمية، فلا مُتْعَة لها.

3 – ومطلَّقة بعد الدّخول، سواء أكانت قبل التّسمية أم بعدها، فلها المُتْعَة استحبابا. ولا مُتْعَة في كل فراق تختاره المرأة، كامرأة المجنون والمجذوم والعنين. ولا في الفراق بالفسخ، ولا المختلعة، ولا الملاعنة[2].

وقد روى مالك عن ابن عمر أنه قال : لكلِّ مطلقة المُتْعَة، التي تُطلّق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا، إلا المُطلقَة قبل البناء أو قد سمى لها، فحسبها نصفه ولا مُتْعَة لها.[3]

---

١ – الصنعاني / سبل السلام، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي، طبعة دار إحياء التراث، ط1379/04هـ، ج03، ص 153.

٢ – ابن شاس / عقد الجواهر الثمينة، ج 02، ص 485.والقرافي / الذخيرة، ج04، ص 449، والحبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته، ج04، ص104.

٣ – ابن عبد البر / الاستذكار، ج06، ص 130. وسحنون / المدونة، ج05، ص 334، والبراذعي / تهذيب المدونة، تحقيق محمد الأمين بن الشيخ، ج02، ص 380. والحطاب / مواهب الجليل ،ج04، ص 105.

ومن أدلتهم في ذلك قول مالك:" إنما خُفِّفَ عندي في المُتْعَة، و لم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأيي، لأني أسمع الله يقول: ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦و ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾ البقرة: ٢٤١ فلذلك خففت و لم يقض بها.

قال سحنون: وقال غيره، لأن الزّوج إذا كان غير متق ولا محسن، فليس عليه شيء. فلما قيل: على المتقين وعلى المحسنين متاع بالمعروف، و لم يكن عاما على غير المحسن ولا على غير المتقي، علم أنه مخفف. قال بن وهب: وقد قال ابن أبي سلمة[1]: المتاع أمر رغب الله فيه وأمر به و لم يترله بمترلة الفرض من النفقة والكسوة، وليس يعدي عليه الأئمة، كما يعدي على الحقوق، وهو على الموسع قدره وعلى المقتر قدره[2].

ففرضه المُتْعَة على المحسن، ومن ثَمَّ على المتقي، دلالة على عدم وجوبها، فقوله: "حقا على المحسنين"، "حقا على المتقين"، يدل على هذا المعنى، ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين، فتعليقها بالإحسان، وهو ليس بواجب، وبالتقوى وهو معنى خفي، دليل على أنها مستحب، كما في العفو عن الصّداق في قوله تعالى: ﴿ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴿٢٣٧﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٧، وهو ليس بواجب.

كما أنهم قالوا: إن الله لم يقدر المُتْعَة، ووكل أمر تقديرها إلى الزّوج، فدل ذلك على استحبابها، ونقل ابن بطال عن بعضهم أنه قال:" إن المُتْعَة لو كانت فرضًا كانت مقدرة معلومة، كسائر الفرائض في الأموال، و لم نر فرضًا واجبًا في المال غير معلوم، فلما لم تكن كذلك خرجت من حدّ الفرائض إلى حدّ النّدب، وصارت كالصلة والهدية [3]" وقد ضعف ابن العربي هذا الاستدلال[4].

---

١ – هو أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، كان فقيهاً، دارت عليه الفتوى أجازه المهدي بعشرة آلاف دينار، له كتب وكلام مصنف، في الأحكام، توفي ببغداد سنة 160هـ، في خلافة المهدي، ودُفن في مقابر قريش، وقيل 164هـ، وانظر: تاريخ بغداد، ج10، ص436، والقاضي عياض / ترتيب المدارك، ج01، ص 207.

٢ – المدونة الكبرى، ج 05، ص 333.

٣ – ابن بطال / شرح صحيح البخاري، ج07، ص 527.

٤ – ابن العربي / أحكام القرآن، تحقيق علي بجاوي، طبعة دار المعرفة، ج01، ص 217.

قال الطاهر بن عاشور:" على أن لمذهب مالك أن المُتْعَة عطية ومؤاساة، والمؤاساة في مرتبة التحسيني، فلا تبلغ مبلغ الوجوب، ولأنها مال بذل في غير عوض، فيرجع إلى التبرعات، والتبرعات مندوبة لا واجبة، وقرينة ذلك قوله تعالى : ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦، فإن فيه إيماء إلى أن ذلك من الإحسان لا من الحقوق، على أنه قد نفى الله الجناح عن المطلق ثم أثبت المُتْعَة، فلو كانت المُتْعَة واجبة لانتقض نفي الجناح[1]".

وأما الحنابلة: فتستحب المُتْعَة عندهم، لكل مطلقة، غير المفوضة التي لم يفرض لها مهر، لقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴿٢٤١﴾ ﴾ البقرة: ٢٤١ و لم تجب، لأنه تعالى قسم المطلقات قسمين، وأوجب المُتْعَة لغير المفروض لهن، ونصف المسمى للمفروض لهن، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه[2].

ثانيا: المُتْعَةُ الواجبةُ.

والمُتْعَة في هذه الحالة إما أن تكون واجبة في نساء مخصوصات وبشروط، أو تكون واجبة بإطلاق في كل امرأة مطلقة.

الحالة الأولى: المُتْعَة واجبة في حالات خاصة.

فعند الحنفية تكون المُتْعَة واجبة، في نوعين من الطّلاق.

أ- طلاق المفوضة قبل الدّخول، أو المسمى لها مهر تسمية فاسدة، أي في الطّلاق الذي يكون قبل الدّخول والخلوة في نكاح لا تسمية فيه، ولا فرض بعده، أو كانت التّسمية فيه فاسدة، وهذا متفق عليه عند الجمهور غير المالكية، لقوله تعالى:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦ فقوله " **ومتعوهنّ** " أمر بالمُتْعَة، والأمر يقتضي الوجوب، وتأكد في آخر الآية بقوله:" **حقاً على المحسنين** " ولأن المُتْعَة في هذه الحالة بدلاً عن نصف المهر، ونصف المهر واجب، وبدل الواجب واجب، لأنه يقوم مقامه، كالتيمم بدلاً عن الوضوء.

---

١ - الطاهر بن عاشور / التحرير والتنوير، ج02، ص 462.

٢ - البهوتي / كشاف القناع عن متن الإقناع، ج05، ص 158. والرحيباني /مطالب أولي النهى، ج05، ص 221.

ب – الطّلاق الذي يكون قبل الدّخول في نكاح لم يسم فيه المهر، وإنما فرض بعده، وهذا في رأي أبي حنيفة ومحمد، لقوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾﴾ الأحزاب: ٤٩ والآية السّابقة "**ومتعوهنّ**" فالآية الأولى أوجبت المُتْعَة في كل المطلقات قبل الدّخول، ثم خص منها من سمي لها مهر، فبقيت المُطلقَة التي لم يسم لها مهر، والآية الثانية أوجبت المُتْعَة لمن لم يفرض لها فريضة، وهو منصرف إلى الفرض في العقد[1].

وتكون المُتْعَة عند الشافعية واجبة: لكل مطلقة، سواء أكان الطّلاق قبل الدّخول أم بعده، إلا لمطلقة قبل الدّخول وسمي لها مهر، فإنه يكتفى لها بنصف المهر وليس لها مُتْعَة.

فتجب للمطلقة قبل الدّخول إن لم يجب لها شطر المهر، وتجب أيضاً في الأظهر للمدخول بها، ولكل فُرْقة لا بسبب الزّوجة كطلاق، بأن كانت الفرقة بسبب الزّوج كردته ولعانه، أما من وجب لها شطر المهر فلها ذلك، وأما المفوضة والتي لم يفرض لها شيء فلها المُتْعَة[2].

وعبارتهم بإيجاز: لكل مفارقة مُتْعَة إلا التي فرض لها مهر، وفورقت قبل الدّخول، أو كانت الفرقة بسببها، أو بملكه لها، أو بموت، وفرقة اللعان بسببه، والعنة بسببها[3].

ودليلهم في ذلك هو قوله تعالى :"**ومتعوهنّ**" البقرة:236،وقوله ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ البقرة: ٢٤١، فإنّه تعالى أوجب المُتْعَة لكلّ مطلقة، سواء أكانت مدخولاً بها أم لا، سمي لها مهر أم لا، ويؤكد ذلك تمتيع النّبي صلّى الله عليه وسلّم لزوجاته، وقد كنّ مدخولاً بهنّ، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾﴾ الأحزاب: ٢٨ أمّا إذا فرض للمرأة في

---

١ – الجصاص / أحكام القرآن، ج02، ص137. والسرخسي / المبسوط، ج06، ص 261 والمرغناني / الهداية شرح البداية، ج01، ص 250، وابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، ص120.

٢ – الشافعي / الأم، طبعة دار الفكر، بيروت، ج 07، ص 32. وص 270. والنووي / المجموع، ج 16، ص 389. والسيد بكري الدمياطي / إعانة الطالبين، ج03، ص406.

٣ – زكريا الأنصاري / الغرر البهية شرح البهجة، المطبعة الميمنية، ج04، ص197. ووهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج09، ص 301.

التفويض شيء فلا مُتْعَة لها، لأن الزّوج لم يستوف منفعة بُضعها، فيكفي شطر مهرها لما لحقها بالطّلاق من الاستيحاش والابتذال[1].

وتجب المُتْعَة عند الحنابلة على كلّ زوج حرّ وعبد، مسلم وذمي، لكلّ زوجة مفوضة، طلقت قبل الدّخول، وقبل أن يفرض لها مهر، للآية المتقدمة " **ومتعوهنَّ** " البقرة:**236** ولا يعارضه قوله ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ **البقرة: ٢٣٦** لأن أداء الواجب من الإحسان، فليس للمفوضة إلا المُتْعَة[2].

وقد نقل حنبل[3] عن الإمام أحمد أن المُتْعَة واجبة لكل مطلقة[4].

والخلاصة: هي أن الشافعية أوجبوا المُتْعَة لكل مطلقة إلا للمطلقة قبل الدّخول، وقد سُمي لها المهر، والجمهور استحبوا المُتْعَة، لكن المالكية استحبوها لكل مطلقة، والحنفية والحنابلة استحبوها لكل مطلقة إلا المفوضة التي زوجت بلا مهر فتجب لها المُتْعَة.

الحالة الثانية: المُتْعَة واجبة مطلقًا.

وقد ذهب بعض العلماء إلى أن المُتْعَة تكون واجبة على الزّوج في كل زوجة مطلقة، قال الطبري:" وهو على الوجوب، يقضى بالمُتْعَة في مال المطلق، كما يقضى عليه بسائر الديون الواجبة عليه لغيره. وقالوا: ذلك واجب عليه لكل مطلقة، كائنة من كانت من نسائه[5] ". وبه

---

١ – السيد البكري الدمياطي / إعانة الطالبين، ج03، ص 406. والنووي / المجموع، ج16، ص 386.

٢ – ابن مفلح / الفروع، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، طبعة دار الكتب العلمية، سنة 1418هـ، ، ج05، ص 220. والمبدع، ج07، ص170.

٣ – حنبل بن إسحاق بن حنبل بن هلال الشيباني، أبو علي، من حفاظ الحديث، كان ثقة، له كتاب (التاريخ) وكتاب (الفتن) وكتاب محنة الإمام أحمد بن حنبل، وهو ابن عم الإمام أحمد، وتلميذه. توفي سنة 273هـ. يراجع: أبو الحسين ابن أبي يعلى / طبقات الحنابلة، ج01، ص 140.

٤ – المرداوي / الإنصاف، ج08، ص 302.

٥ – تفسير الطبري، ج05، ص 125.

قال علي بن أبي الطالب، والحسن البصري، وأبو العالية، وسعيد بن جبير، والضحاك بن مزاحم، وهو أحد أقوال الشافعي، وهو رواية عن أحمد نقلها عنه حنبل[1].

قال الطبري:" والذي هو أولى بالصواب من القول في ذلك عندي، قول من قال: لكل مطلقة مُتْعَة ، لأن الله تعالى ذكره قال:﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾ البقرة: ٢٤١ ، فجعل الله تعالى ذكره ذلك لكل مطلقة، و لم يخصص منهن بعضا دون بعض، فليس لأحد إحالة ظاهر تتزيل عام إلى باطن خاص، إلا بحجة يجب التسليم لها"[2].

وقال ابن حزم:" المُتْعَة فرض على كل مطلق، واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو آخر ثلاث، وطئها أو لم يطأها، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا أن يمنعها، وكذلك المفتدية أيضا ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره."[3]

واستدل الذين قالوا بوجوب المُتْعَة لكل مطلقة بعموم قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾ البقرة: ٢٤١ وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾ ﴾ الأحزاب: ٢٨ وقد كنَّ مفروضا لهن ومدخولا بهنَّ[4].

وممن مال إلى هذا القول القرطبي في تفسيره، حيث قال:" والقول الأول أولى – أي القائل بالوجوب –، لأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله: " **متعوهن** " وإضافة الإمتاع إليهن بلام التمليك في قوله: " **وللمطلقات متاع** " أظهر في الوجوب منه في الندب.وقوله: "**على المتقين** " تأكيد لإيجابها، لأن كل واحد يجب عليه أن يتقى الله في الإشراك به ومعاصيه، وقد قال تعالى في القرآن:﴿ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ ﴿٢﴾ ﴾ البقرة: ١ – ٢ .[5]

---

١ – الطحاوي، أبو جعفر، أحمد بن محمد / أحكام القرآن، تحقيق سعد الدين أونال، مركز البحوث الإسلامية تركيا، ط 01/ 1998، ج01، ص366. وابن عبد البر / الاستذكار، ج 06، ص 120. وتفسير ابن كثير، ج01، ص642.

٢ – تفسير الطبري، ج05، ص 130.

٣ – ابن حزم / المحلى، ج 10 ، ص245.

٤ – ابن كثير / تفسير القرآن العظيم، ج01، ص 641.

٥ – القرطبي / الجامع لأحكام القرآن، ج03، ص 200.

وقال الشنقيطي:" ظاهر هذه الآية الكريمة ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾ البقرة: ٢٤١ ، أن المُتْعَة حق لكل مطلقة على مطلقها المتقي سواء أطلقت قبل الدّخول أم لا ؟ فرض لها صداق أم لا ؟ ويدل لهذا العموم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٢٨﴾ ﴾ الأحزاب: ٢٨ " مع قوله :﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴿٢١﴾ ﴾ الأحزاب: ٢١ ، وقد تقرر في الأصول أن الخطاب الخاص به صلى الله عليه وسلم يعمُّ حكمه جميع الأمة إلا بدليل على الخصوص.

وقال: والأحوط الأخذ بالعموم، وقد تقرر في الأصول أن النّص الدال على الأمر مقدم على الدال على الإباحة. [1]".

وقالوا: وأما استدلال الآخرين بقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴿٢٣٧﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٧، فهو وإن كان يدل على أن للمطلقة قبل الدّخول وقد سمى لها صداقا، أن لها نصف هذا الصّداق، فإنه لا يدل على أنه ليس لها مُتْعَة، لأن المُتْعَة واجبة بالآية المتقدمة ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ ﴾ البقرة: ٢٤١ ، والجمع بين حكم الآيتين ليس محالا، فلا يصح القول بأن الآية الأخيرة خصصت حكم الآية الأولى، وعلى هذا تكون المُتْعَة حقا واجبا للمرأة في جميع الحالات، يستوفى من الزّوج صداقها وجميع ديونها[2].

ومما استدل به القائلون بوجوب المُتْعَة على العموم، ما روي عنه صلى الله عليه وسلم، مما يؤكد أمر المُتْعَة على المطلقين، فقد قال لفاطمة بنت قيس عند طلاقها:" **ليس لك نفقة ولا سكنى، ولكن متاع بالمعروف** .[3]" فهذا دليل على وجوب المُتْعَة لها، وأنه بضد السكنى والنفقة الساقطين عنها.

---

١ - الشنقيطي / أضواء البيان، ج01، ص 151.

٢ - السعيد مصطفى / في مدى استعمال الحقوق الزوجية، ص343.

٣ - الطحاوي / أحكام القرآن، ج 02، ص 370. وشرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، ط 01/ 1399هـ، ج03، ص65. وهذا الأثر بهذا اللفظ، لم أقف عليه عند غير الطحاوي.

رابعا: التّرجيح والتّوجيه السّياسي في مسألة المُتْعَة.

قبل أن نتعرض إلى الموازنة بين الأقوال السابقة في مُتْعَة الطّلاق، وهل هي واجبة أم مستحبة، وهل يعم ذلك كل النساء، أم يخص بعضهن دون البعض، من المهم أن نتطرق إلى الحكمة أو المقصد الذي من أجله شرعت المُتْعَة.

فالمُتْعَة عند من أوجبها مطلقا، شرع غير معلل، فهي واجبة في كل الأحوال، حتى أوجبها البعض للمطلقة ولو كانت مختلعة، فتأخذ المُتْعَة وتعطيه بدل الخلع[١].

وذهب المالكية إلى أن المُتْعَة قصد بها تطييب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطّلاق وتسلية لها عن الفراق، قال ابن شاس:" ومشروعيتها لجبر قلب المرأة من فجيعة الطّلاق "[٢].

ومن أجل ذلك قرروا أن المُتْعَة تكون للمطلقة بائنا بعد الطّلاق، لحصول الوَحشة بأَلَمَ الفراق، ولا تكون للمطلقة رجعيا إلا بعد مضي العدة، فوجودها في العدة يمكن معه المراجعة، فلا وحشة مع ذلك. كما لا مُتْعَة مع من اختارت نفسها أو كان الطّلاق من قبلها أو كانت مختلعة، وسبب عدم وجود المُتْعَة هنا عدم الإيحاش، لأن الفرقة جاءت من قبلها[٣].

أقول: بل وحتى المُطلقَة طلاقا بائنا، إن أرجعها بعقد جديد بعد الطّلاق و لم يُمتعها، فإنها تسقط[٤].

ويكاد الشافعية يتوافقون مع المالكية في حكمة المُتْعَة، فهم يوجبونها على الزّوج، لأنه أوحشها بالطّلاق قال الدمياطي:" والحكمة فيها جبر الإيحاش الحاصل بالفراق[٥]".

ومن هنا قالوا: لا تجب المُتْعَة كلما انتفى هذا المعنى، كما لو كان سبب الفرقة هو موت الزّوج أو كان الطّلاق بسبب الزّوج.

---

١ – ابن حزم / المحلى، ج10، ص 245. وابن رشد / بداية المجتهد، ج02، ص 79.

٢ – ابن شاس / عقد الجواهر الثمينة، ج02، ص485، والمواق / التاج والإكليل، ج 04، ص 105.

٣ – الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 425 – 426.

٤ – علي الصعيدي العدوي / حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج02، ص 115.

٥ – السيد البكري الدمياطي / إعانة الطالبين، طبعة دار الفكر، ج03، ص 356. وزكريا الأنصاري / فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، طبعة دار الفكر، ج02، ص 102.

وأما الحنفية فيقولون: المُتْعَة واجبة بدلا عن مهر المثل، وعلة الإيحاش منتفية، لأن الطّلاق حصل بإذن من الشارع، ولا جناية فيه بل قد يكون مستحبا.

وخالف أبو يوسف في اعتبار المُتْعَة بدلا عن المهر، بل هي عنه مما شرع ابتداءً وبنفسه.

قال الكاساني:" والمُتْعَة بدلٌ عن نصف المهر، لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل، وهو النكاح عند عدمه، وهذا حد البدل في أصل الشيوع.

ولأبي يوسف أن المُتْعَة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل، والسبب انعقد لوجوبها ابتداء، كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطّلاق زال في حق أحد الحكمين، وبقي في حق الحكم الآخر، إلا أنه لا يعمل فيه إلا بعد الطّلاق، فكان الطّلاق شرط عمل السبب، وهذا لا يدل على كونها بدلا، كما في سائر الأسباب المعلقة بالشروط"[1].

فالمُتْعَة عند الحنفية خلف عن مهر المثل في المفوضة، لأنه سقط مهر المثل ووجبت المُتْعَة، والعقد يوجب العوض فكان خلفا، والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئا منه، فلا تجب مع وجوب شيء من المهر، وهو غير جان في الإيحاش، فلا تلحقه الغرامة به، فكان من باب الفضل.[2]"

وأما الحنابلة فهم كالحنفية في تعليل سبب مُتْعَة المُطلقَة[3].

ولقد وسع المعاصرون من مقصد مُتْعَة الطّلاق وحكمتها، فقالوا: لما كان الطّلاق مضرا بالزّوجة، مسيئا لسمعتها، وليس من السهل أن تعيش مرة أخرى في عش زوجي جديد بخلاف الرجل، فكان في تشريع المُتْعَة نوع من المواساة وتخفيف عن الضرر الذي لحق بالمُطلقَة، وتطييب لنفسها من ألم وحسرة ولوعة الفراق.

وفي تشريع المُتْعَة حماية للمرأة من نظرة المجتمع لها، فقد تلاحقها نظرات الريب والتهم، والخدش في العرض والسمعة، وطعنا في السلوك والأخلاق.

---

١ – الكاساني / بدائع الصنائع، طبعة دار الكتاب العربي، ج06، ص 155.

٢ – المرغناني / الهداية شرح البداية، ج01، ص 206، وابن الهمام / شرح فتح القدير، ج03، ص 337.

٣ – ابن قدامة / الكافي في فقه ابن حنبل، ج03، ص 108. وابن مفلح / المبدع، ج07، ص 161.

فإذا متعت المُطلقَة متاعا حسنا، فإن ذلك يكون حجابا لها عن هذه الشكوك والاتهامات المحيطة بها، فكأن المُتْعَة شهادة من الزّوج على عدم انحراف الزّوجة، وأن الطّلاق قد وقع لسبب خارجي لا يمس بالشرف والسمعة[1].

قال محمد عبده: وحكمة المُتْعَة تطييب قلب المرأة، وإزالة توهم احتقار الرجل لها أو ارتيابه فيها، وقد كان كرام السلف يبالغون في هذا التكريم ، روي عن سيدنا الحسن بن علي عليه السلام أنه متَّع مطلقة له بعشرين ألف درهم وزقاق من عسل، ومتَّع أخرى بعشرة آلاف واعتذر بقوله: متاع قليل من حبيب مفارق "[2].

فأغلب الفقهاء الذين ذهبوا إلى مشروعية المُتْعَة، عللوها بجبر خاطر المرأة المُطلقَة، وحتّى الأوامر الثابتة والدالة في إطلاقها على الوجوب، صرفت إلى الاستحباب بهذا التعليل، لأنه دال على الاستحباب عندهم، قال ابن عاشور: فالذين حملوا الطلب في الآيات على الاستحباب، معولهم في محمل الطلب ليس إلا على استنباط علة مشروعية المُتْعَة، وهي جبر خاطر المُطلقَة استبقاء للمودة، ولذلك لم يستثن مالك من مشمولات هذه الآية إلا المختلعة، لأنها هي التي دعت إلى الفرقة دون المطلق[3].

والذي ينبغي المصير إليه هو قول من أوجب المُتْعَة في كل مطلقة، وأن الآيات الواردة في المُتْعَة جاءت على وجه الإيجاب، فهي توجب المُتْعَة لكل مطلقة، لعموم نص هذه الآيات مع تقييد هذا الإطلاق بالحكمة التي من أجلها شرعت المُتْعَة، وهي جبر الإيحاش الذي يصيب المرأة المُطلقَة بسبب الطّلاق.

وعلى ذلك تكون المُتْعَة واجبة للمطلق تجاه مطلقته، سواء أكان الطّلاق قبل الدّخول أم بعده، سمى لها صداقا أم لا، لأن معنى الإيحاش متحقق في الكل،كما لا تجب المُتْعَة إذا كان سبب الطّلاق من جهتها، كالمختلعة والمخيرة، لأن الفراق وقع برضاها، أوكان وقوع الطّلاق من الزّوج بسببها،كأن تكون سيئة الخلق صعبة المزاج، فلجأ الزّوج إلى الفراق ضرورة.

---

١ – وفاء معتوق حمزة فراس / الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامية، دار القاهرة، مصر، ط01 /2000، ص274 – 275.

٢ – محمد رشيد رضا / تفسير المنار، ج02، ص 341.و الصواب أن الذي قال ذلك هو زوجته المطلقة عائشة الخثعمية، يراجع البيهقي / السنن الكبرى، ج07، ص 336. وعبد الرزاق المصنف، ج07، ص 74.

٣ – الطاهر بن عاشور / التحرير والتنوير، ج02، ص474 – 475.

والملاحظ أن المُتْعَة تتأكد في الطّلاق التعسفي، أو الطّلاق من غير حاجة، لوجود معنى الإيحاش فيه حتما[1].

فعلى المجتهد أو ولي الأمر في بنائه السياسي في مسألة المُتْعَة، أن يلاحظ أشياء هي:

1 – وجوب العمل بعموم الآيات القرآنية الواردة في مُتْعَة الطّلاق، وأن الأمر فيها على سبيل اللزوم، وأن القرائن والأدلة الصارفة عن الوجوب إلى الاستحباب ليست قوية، فصار التمسك بالعموم والوجوب أصلا.

2 – أن المُتْعَة ليست تعبدية كما قال البعض [2]، وإنما معللة بدفع الإيحاش وألم الفراق عن الزّوجة، وفيها سبيل إلى استبقاء المودة بين الزّوجين وحتّى بين الأسر، وذلك برفع التهمة عن الزّوجة، وتطييب خاطرها.

3 – إمتاع الزّوج لمطلقته يدخل في باب التسريح بإحسان الذي أمر به القرآن الكريم، قال رشيد رضا:" المُتْعَة واجبة حاقّة، على أنها إحسان في التعامل لا عقوبة، فإن الحكمة فيها كما قالوا: جبر إيحاش الطّلاق."[3]

4 – في إيجاب المُتْعَة على الزّوج، سبب يدعو الزّوج إلى التريث في إمضاء الطّلاق وعدم التلاعب فيها، وأن لا يوقعه إلا بحقه وعند الضرورة وإلا تحمل تبعات ذلك.

قال البلتاجي: في وجوب المُتْعَة ما يجعل الرجل يعيد النظر عند إرادته إيقاع الطّلاق فلا يتسرع فيه، وا **لإقلال من الطّلاق مقصد إسلامي مقرر،** وحينئذ لا يطلق إلا إذا كان له مبررات قوية[4].

فوجوب المُتْعَة يحقق مصالح مهمة للأمة، منها الحفاظ على سمعة الزّوجة المُطلقَة ورفع التهمة، وخاصة إذا كانت المُتْعَة حسنة، وترك حبل المودة موصولا بينهما، وهو سبيل إلى تفكير الزّوج في إرجاع زوجته إلى عصمته من جديد.

---

١ – مصطفى السعيد / في مدى استعمال حقوق الزوجية، ص 245.

٢ – محمد عليش / منح الجليل شرح مختصر خليل ، طبعة دار الفكر، ج 04، ص 194. والحبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته، ج04، ص 102.

٣ – رشيد رضا / تفسير المنار، ج02، ص 340.

٤ – محمد البلتاجي / دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، دار السلام، القاهرة، مصر، ط2006/01، ص114.

كما أنه لا شك أنّ من مقاصد الإسلام، بناء الأسرة والحفاظ على استقرارها، ودفع وقوع الطّلاق من غير حاجة قدر الإمكان، ومن الأسباب التي تحقق ذلك وتساهم فيه، إلزام الزّوج بدفع المُتْعَة إلى الزّوجة المُطلقَة.

كما أنه قلّ أنّ يكون الطّلاق في هذا العصر، تسريحا بإحسان، بل نزاعا وخصاما، ونتيجة ذلك أن المطلق لا يؤدي المُتْعَة طواعية واختيارا، فوجب إلزامه، وخاصة إذا لحقها ضرر، وهو مدفوع في الشرع، لقوله صلى اله عليه وسلم[1]:" **لا ضرر ولا ضرار** "[2].

قال رشيد رضا:" والتحقيق أنها واجبة غير محددة، وأنها من تمام ما وصف الله به الطّلاق المشروع أنه تسريح بإحسان، ولذلك جعلها على قدر الثروة، فالغني لا يكون محسنًا ما لم يوسع في هذه المُتْعَة باللائق بثروته[3].

ولما كانت تصرفات ولي الأمر، وخاصة في مجال التشريع، ملازمة لمصلحة الأمة، كان في إلزام الزّوج بالمُتْعَة مصلحة أكيدة، وهذا ما صارت إليه بعض التشريعات العربية والإسلامية.

فقد جاء في المادة **18** مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم **100** لسنة **1985** على أنه:" الزّوجة المدخول بها من زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها أو بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها مُتْعَة... ".

وجاء في المذكرة الإيضاحية أن أساس تقريرها أن المُطلقَة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة، وفي المُتْعَة ما يحقق هذه المعونة، ولأن الأصل في تشريعها جبر خاطر المرأة ومواساتها[4].

فالمُتْعَة الواجبة عندهم هي التي تكون فيها طالبتها زوجة مدخولا بها حقيقة أو حكما في زواج صحيح شرعي، فلا مُتْعَة في عقد قران فقط دون دخول، ولا مُتْعَة في زواج فاسد، ولا في حالة فسخ أو تفريق بغير طلاق، كالفرقة بسبب ردة الزّوجة.

---

١ – الحديث سبق تخريجه ص 42.

٢ – عبد السلام الشريف /نظرية السياسة الشرعية، ص164.

٣ – رشيد رضا / مجلة المنار، ج 32، ص 607. وتفسير المنار، ج02، ص 340.

٤ – حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص340. ونصر فريد واصل / فقه الأسرة في الإسلام، ج01، ص240.

وقد نصت المادة **51** من قانون الأسرة الليبي، على أنه إذا كان الطّلاق بسبب من الزّوج حكمت المحكمة بالمُتْعَة حسب يسر المطلق أو عسره..."[1]

وأما القانون السوري، فهو وإن اعتمد المُتْعَة، إلا أنه ضيق من مجالها، واعتبرها بدلا عن مهر المثل، ففي جميع الأحوال التي يجب فيها مهر المثل، إذا تم الطّلاق قبل الدّخول، وجب للزوجة المُتْعَة عوضا عن نصف المهر.

والمُطلقَة قبل الدّخول، وقد سمي لها مهر، فله نصف المسمى و لا مُتْعَة لها. جاء في المادة **61** الفقرة **01** " يجب مهر المثل في العقد الصحيح، عند عدم تسمية المهر أو فساد التّسمية ".

الفقرة **02** " إذا وقع الطّلاق قبل الدّخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المُتْعَة ."

المادة **62** " المُتْعَة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزّوج، على أن لا تزيد على نصف مهر المثل."[2]

ولقد انتقد الزحيلي منحى المشرع السوري في المُتْعَة، فقال: والحقيقة أن القانون السوري قد جانب الصواب، ومسخ الحق مسخا وضيق رحمة الله بالنساء، وحجر واسعا[3].

وربط مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد بين وجوب المُتْعَة وحاجة الزّوجة المُطلقَة فجاء في المادة **127** منه :" الزّوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا انحل زواجها بأي سبب أو طريق كان، وثبت احتياجها تستحق سوى نفقة عدتها مُتْعَة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة..."[4]

وأما المدونة المغربية فقد نصت على أنه:" يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته، إذا كان لطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا إذا سمى لها الصّداق وطلقت قبل الدخل"[5]

---

١ – عبد السلام الشريف العالم / نظرية السياسة الشرعية، ص 163 – 164.

٢ – عبد الرحمن الصابوني / شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، طبعة جامعة دمشق، ط11 / 2006، ج01، ص282 – 283.

٣ – محمد الزحيلي / التّعويض المالي عن الطلاق، ص 89.

٤ – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 243 – 344.

٥ – المدغري / المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير ، ص 192.

خامسا: الفرق بين المُتْعَة والتّعويض.

مُتْعَة الطّلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطّلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وهي شاملة لكل مطلقة، وهي واجبة قضاءً على كل مطلق، ويلزمه القاضي بها[1].

والتّعويض في الشريعة، هو المال الذي يفرض على من أوقع ضررا على غيره، سواء في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، وقد يسبب له خسارة مالية[2].

وإذا كان الزّوج مجبرا على أن يدفع مالا عند انفصاله عن زوجته بطلاق أو تفريق، سواء أكان المال نقدا أو ثيابا [3]، فهل هذا المال يعتبر مُتْعَة أو تعويضا، أو أن المُتْعَة هي نفسها التّعويض.

فالصحيح أن المُتْعَة أعم من التّعويض، لأن من شرط التّعويض أن يكون على ضرر مترتب على الفراق أو الطّلاق يلحق المرأة في مالها، وهو الذي يسمى الضرر المادي، أو يمسها في عرضها وسمعتها، ويسمى الضرر الأدبي أو المعنوي أو هما معا، فلا تعويض ما لم يكن هناك ضرر محقق.

وأما المُتْعَة فقد تكون لمجرد الفراق بين الزّوجين، والذي يفترض فيه أن يسبب وحشة للزوجة ويحدث كسرا لخاطرها وتعكيرا لصفوها، وهذا من الضرر الأدبي.

ولا يمكن أن نتصور مُتْعَة مقابل ضرر مادي، لأن الضرر في هذه الحالة موجب للتعويض، الناتج عن الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية لا على مجرد وقوع الطّلاق.

ولقد ذهب الشافعية إلى أن للزوجة مُتْعَة حتّى في الطّلاق الرجعي، وأنها تجب لها ولو راجعها الزّوج قبل انقضاء عدتها، ومعلوم أن الوحشة الواقعة على الزّوجة تزول بعودتها إلى

---

١ - محمد الزحيلي / التّعويض المالي عن الطلاق، ص 87.

٢ - محمد الزحيلي / المرجع السابق، ص48.

٣ - مصطفى السباعي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ج01، ص 197.

العصمة[1]، وأن نفقة العدة واجبة على الزّوج، وهذا يدل على أن الزّوجة تستحق المُتْعَة بمجرد وقوع الطّلاق، بخلاف التّعويض.

يقول عبد الكرم المدغري: ويظهر الفرق بين نظام المُتْعَة الذي جاء به الإسلام، وبين نظام التّعويض، أن المُتْعَة تستحقها المُطلقَة في جميع الأحوال تقريبا، بينما التّعويض لا تستحقه إلا عند حصول الضرر وتحققه[2].

وحتّى رأي على الذين قالوا بأن المُتْعَة غير معللة، فهي واجبة على الزّوج مطلقا، سواء وقفنا لها على سبب أم لا، أما التّعويض فلا بد أن يكون له مقابل من ضرر أو ألم واقع على المرأة.

وأما قانون الأسرة الجزائري فإنه غيب كليا كلمة المُتْعَة، و لم نر لها أي أثر بين مواده، بخلاف التّعويض الذي تكرر عنده مرات، فقد ذكره في المادة **05** الفقرة الثانية عند الكلام على الضرر المترتب على العدول عن الخطبة، وفي المادة **52** عند كلامه على الطّلاق التعسفي، والمادة **53** مكرر التي نصت على التّعويض عن الضرر اللاحق للمرأة عند الحكم القاضي بتطليقها، والمادة **55** عند الكلام على تضرر أحد الزّوجين عند الطّلاق للنشوز.

وأما موقف القضاء من مسألة المُتْعَة، فنجد أنه وقع اضطراب في اعتباره المُتْعَة تعويضا أم عدم اعتبارها كذلك.

ففي القرار رقم **35912** والصادر بتاريخ **1985/04/08** ما نصه: الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها مُتْعَة، تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض[3]. فإمتاع المُطلقَة يعتبر تعويضا عن ضرر الفراق، وهو ضرر أدبي هنا.

وفي قرار آخر رقم **41560** والصادر بتاريخ **08/04/ 1986**، نزع عن المُتْعَة صفة التّعويض، وخلع عليها وصفا جديدا وهو النفقة، فسماها نفقة المُتْعَة فقال:" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المُطلقَة طلاقا تعسفيا، نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة مُتْعَة، وكذلك التّعويض الذي يحكم به من جراء الطّلاق التعسفي[4]."

---

١ – حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، طبعة دار الفكر، ج07، ص415.

٢ – عبد الكريم العلوي المدغري / المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغير، ص 191.

٣ – المجلة القضائية، السنة 1989 العدد 01، ص 89.

٤ – المجلة القضائية، السنة 1989 العدد02، ص 69.

والواقع أن أمر المُتْعَة محسوم قضاء، وبه جرى العمل، سواء أطلقنا عليها لفظ تعويض أو لفظ مُتْعَة، والظاهر أن سند القضاة في فرض المُتْعَة هو أحكام الشريعة الإسلامية، لغياب النص القانوني على ذلك، وأما التّعويض فله نصوصه الخاصة، ولكن تبقى الصعوبة في التكييف والتطبيق.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المُتْعَة نوع من التّعويض الخاص عن مجرد إيقاع الطّلاق وإيحاش المُطلقَة، سواء ترتب على الطّلاق ضرر أم لا، أما التّعويض القانوني، فهو مقابل الضرر اللاحق بأحد طرفي العقد الزّوج أو الزّوجة.

على أننا نأبى أن نساير البعض، والذين تأثروا ببعض الأحكام القضائية، فسموا المقابل المالي الذي يفرض على الزّوج من جراء الطّلاق تطييبا لنفس الزّوجة وجبرا لخاطرها، باسم نفقة المُتْعَة، ومعلوم أن النفقة واجبة شرعا وقانونا ومفصلة ومبينة بدقة، و لم يقل أحد أن من أنواع النفقة، نفقة المُتْعَة، وحتّى ما كان من نفقة العدة فهي نفقة واجبة أثناء اعتداد المرأة من طلاقها من زوجها.

قال حسن حسانين:" وإذا كانت المُتْعَة مالا يعطيه الزّوج لزوجته بعد طلاقها تعويضا لها بسبب الفراق بينهما، ولجبر خاطرها، فهي تخرج من عداد النفقات التي تمنح للزوجة خلال فترة الزّوجية أو العدة فقط مقابل احتباسها لحق الزّوج، ومن ثم يتعين إصلاح الخطأ الشائع بين الناس بشان تسمية المُتْعَة بنفقة المُتْعَة"[1].

وقال الشيخ جاد الحق: المُتْعَة في معيار نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة وأقوال الفقهاء، نوع من مستحقات المُطلقَة على المطلق، لا يدخل تحت عنوان النفقة ولا يحمل اسمها ولا طبيعتها. وهي نوع من حقوقها وليس من أنواع النفقات، ومن ثم فلا يأخذ حكم النفقة ومميزاتها وإنما شأنه شأن الصّداق وغيره من الديون العادية[2].

والذي ينبغي لولاة الأمور ومن باب السياسة الشرعية، هو أن يوضحوا حقيقة المُتْعَة، ومتى تكون واجبة على الزّوج، ومتى تسقط، وكيفية تحديد مقدارها ويدرجوا ذلك بوضوح في

---

١ - حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص 340.

٢ - فتاوى الأزهر، ج02، ص312.

قوانين الأحوال الشخصية، حتّى يسهلوا على الأمر القضاة، ويقللوا من اختلاف الأحكام القضائية.

سادسا: السّياسة الشّرعية في تحديد مقدار المُتعَة.

اختلف الفقهاء في تحديد قدر المُتْعَة،كما اختلفوا في أصل وجوبها:

فيرى الحنفية أن مقدارها ثلاثة أثواب، درع وخمار وملحفة [1]، وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس، والحسن، وابن المسيب، وعطاء والشعبي، وقالوا: أصل الكسوة متاع، وهي اسم للعروض في العرف لقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ ﴾ البقرة: ٢٤١ ، وأدنى ما تكتسي به المرأة عند الخروج وتستتر، ثلاثة أثواب[2].

ومع ذلك فهم يرون أن للمُتْعَة حدا أعلى وحدا أدنى، فأعلاها ألا تزيد على نصف مهر المثل، والأدنى على ألا تنقص عن خمسة دراهم[3].

وأما المالكية، فالمُتْعَة غير مقدرة عندهم، وليس لها حد معروف في أكثرها وأدناها، قال مالك:" ليس لها حدّ لا في قليل ولا في كثير، ولا أرى أن يقضى بها، وهي من الحقّ عليه، ولا يعدى فيها السّلطان، وإنما هو شيء إن أطاع به أداه، وإن أبى لم يجبر على ذلك"[4].

وقال ابن شاس[5]:" مقدارها موكول إلى اختياره لعدم الوجوب، ويستحب تقديرها بعسره ويسره، لقوله تعالى:﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴿٢٣٦﴾﴾ البقرة: ٢٣٦[6]

---

١ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار،ج03، ص110.والدرع هو ما تلبسه المرأة فوق القميص،والملحفة ما تلتحف به من رأسها إلى قدمها.

٢ – الكاساني / بدائع الصنائع،02، ص 304 والمرغناني / الهداية، ج01، ص205. والسرخسي / المبسوط، ج05، ص 82. وابن الهمام / فتح القدير، ج03، ص 326 – 327.

٣ – المرغناني / الهداية، ج01، ص502.

٤ – سحنون / المدونة الكبرى، ج05، ص 335.

٥ – عبد الله بن محمد بن نجم بن شاس ابن نزار، الجذامي السعدي المصري، جلال الدين، أبو محمد: شيخ المالكية في عصره بمصر، من أهل دمياط. له الجواهر الثمينة في الفقه، توفي سنة 616هـ، الزركلي الأعلام، ج04، ص1240، ابن فرحون / الديباج، ص06.

٦ – ابن شاس / عقد الجواهر الثمينة، ج02، ص485.

وقال ابن عبد البر: لم يختلف العلماء أن المُتْعَة التي ذكر الله بقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ البقرة: ٢٤١ وقوله ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦ أنها غير مقدرة ولا محدودة ولا معلوم مبلغها ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزه، بل هي على الموسع بقدره وعلى المقتر أيضا بقدره متاعا بالمعروف، كما قال الله عزّ وجل[1].

ومقدارها عند الشافعية، ما يتراضى عليه الزّوجان، واستحبوا أن لا تنقص على ثلاثين درهما أو ما في قيمته، وأن لا تبلغ نصف مهر المثل.[2]

ونقل النووي أن أدنى المُتْعَة المستحبة ثلاثون درهما، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب[3].

وأما القدر الواجب في المُتْعَة، ففيه وجهان: منهم من قال: هو ما يقع عليه اسم مال، كما يجرى ذلك في الصّداق، ومنهم من قال، وهو المذهب أنه لا يجرى ما يقع عليه اسم المُتْعَة، بل ذلك إلى الحاكم وتقديره باجتهاده، لقوله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦ فلو كان الواجب ما يقع عليه الاسم لما خالف بينهما، ويخالف الصّداق فإن ذلك يثبت بتراضيهما.

وهل الاعتبار بحال الزّوج أو حال الزّوجة ؟ فيه وجهان، **أحدهما**: الاعتبار بحال الزّوجة، لأن المُتْعَة بدل عن المهر بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لها مُتْعَة، والمهر معتبر بحالها فكذلك المُتْعَة. **والثاني**: الاعتبار بحال الزّوج لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴿٢٣٦﴾ ﴾ البقرة: ٢٣٦ [4].

واختار المتأخرون اعتبار حالهما، قال في الفتح المعين:" فإن تنازعا، قدَّرَها القاضي بقدر حالهما من يساره وإعساره ونسبها وصفتها "[5].

---

١ – ابن عبد البر / الاستذكار، ج06، ص 118.

٢ – المزني إسماعيل / المختصر، طبعة دار المعرفة، ص181.

٣ – النووي / إعانة الطالبين، ج03، ص 406.

٤ – النووي / المجموع، ج 16، ص 391.

٥ – المليباري الهندي / فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، طبعة دار الفكر، ج 03، ص 406.وحاشيتا القليوبي وعميرة، ج12، ص129. والشربيني / مغني المحتاج، دار الفكر، ج03، ص242.

وأما الحنابلة فقد اختلفت الروايات عن أحمد، فقد روي عنه أن أعلاها خادما، وأدناها كسوة تصح الصلاة بها، قال الزركشي: وهو المشهور والمختار [1]، وقيل: هي مقدرة بما يصادق نصف مهر المثل، لأنها بدل عنه فتقدرت به [2]. وقد ضعفت هذه الرواية، وقالوا: ولا تليق هذه الرواية بمذهب أحمد، لأنه تنتفي فائدة اعتبار الموسع والمقتر [3].

وقيل: يرجع في تقديرها إلى الحاكم، وذلك لأنه لم يرد الشرع بتقديرها، وهي مما يحتاج إلى الاجتهاد، فوجب الرجوع فيها إلى الحاكم كسائر المجتهدات [4].

ومتى تراضيا في المُتْعَة على شيء، اتبع ما تراضيا عليه إذا كانا من أهل التراضي، إذ الحق لهما لا يعدوهما، وإن تنازعا رجع الأمر إلى الحاكم، فيعتبر حال الزّوج، فيجعل على الموسع قدر سعته، وعلى المقتر قدره [5].

والتحقيق أن قدر المُتْعَة لا تحديد فيه شرعا، لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ البقرة: ٢٣٦

فإن توافقا على قدر معين فالأمر واضح، وإن اختلفا، فالحاكم يجتهد في تحقيق المناط فيعين القدر على ضوء قوله تعالى :" **على الموسع قدره** " هذا هو الظاهر [6].

فالمصلحة التي تقتضيها السّياسة الشّرعية، في مسألة تقدير المُتْعَة، هو أن يوكل أمر تقديرها إلى الحاكم، والأصح هو عدم تحديد نصيب أعلى ولا أدنى، وإنما يترك أمر ذلك إلى اجتهاد الحاكم، مراعيا حالة الزّوج من يسار وإعسار، وحالة الزّوجة، فعلى الموسع قدره وعلى المقتر والمعوز قدره، فكما أن أمر تحديد النفقة يحسم فيه الحاكم، فأمر المُتْعَة أولى، وخاصة إذا

---

١ – شمس الدين الزركشي / شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق، عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/2002، ج02، ص 432.

٢ – ابن قدامة / الكافي، ج03، ص 108.

٣ – الزركشي / شرح مختصر الخرقي، ج02، ص 432.

٤ – ابن قدامة / الشرح الكبير، ج08، ص 91، وابن مفلح / المبدع، ج07، ص 169.

٥ – شرح الزركشي، ج02، ص 432.

٦ – الشنقيطي / أضواء البيان، ج01، ص 152.

صاحب تطليق الزّوجة ضررٌ لحق بها أو ألم خلخل حياتها وهز استقرارها، فكل هذا يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد مُتْعَة الطّلاق، كما أن الزّوج قد يكون مرغما على فراق زوجته كأن تستحيل العشرة بينهما، وتسوء أخلاقها، وينحرف سلوكها، فيوقع الزّوج الطّلاق مضطرا، وطامعا في قوله تعالى: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ ﴾ النساء: ١٣٠ ، فينبغي عد هذا في الحسبان عند التقدير المُتْعَة.

والقرآن الكريم قد قيد أمر المُتْعَة بشرطين: **أحدهما**: اعتبار حال الزّوج، و **الثاني**: أن تكون بالمعروف، والمعروف موقوف على عادات الناس، والعادات تختلف وتتغير باختلاف الأزمنة والأمكنة[1].

١ - وفاء معتوق / الطلاق وآثاره المالية والمعنوية، ص318.

المبحث الثاني: الدّعاوَى الكَيديّة في تعديل النَّفقة.

مقدمة:

إذا كانت نفقة الزّوجة واجبة على زوجها، فالأصل أن يشبع حاجتها في وقتها، ويقدم لها النَّفقة التي تلزمها أعيانا، ومن الأشياء التي تطلبها، وله أن يقدمها لها نقودا على حسب الحاجة والوسع، فإن كان مليا وجبت عليه نفقة اليسار، وإن كان فقيرا وجبت عليه نفقة الإعسار، والنَّفقة غير قارة وثابتة، بل قد تتغير ظروف المعيشة، فترتفع قيمة الأشياء أو ترخص، فيحق لكل من الزّوجين أن يطالب بتعديل قيمة النَّفقة إما رفعا عند الغلاء، أو إنقاصا عند الرخص.

والواقع أن الزوجات قد يستغلن حقهنّ في طلب تعديل النَّفقة الزوجية، فتلاحق أزواجهن أمام القضاء، في فترات متلاحقة ومتقاربة يطالبن بتعديل النَّفقة، فيشغلنّ أزواجن بأشياء هم في غنى عنها على حساب أعمالهنّ ومصالحهنّ.

وأحيانا أخرى، قد يسعين إلى تجميد حقهنّ في النَّفقة، فلا يطالبن بها أزواجهن لسنوات عديدة حتى تتراكم، ثم يطالبن بها دفعة واحدة، فيعجز الأزواج عن دفعها، وهذا كلها من باب الكيد والتشفي والانتقام.

فهل يحق لوليّ الأمر أن يقدر وقتا معينا لجواز طلب الزوجة تعديل النَّفقة الواجبة لها على زوجها، حتى يسد بذلك باب الدعوى الكَيديّة والانتقامية للزوجات ضد أزواجهن ؟ وما هو مستنده السياسي في مثل هذه المسألة.

وهل له أن يحدد المدة التي يحق للزوجة أن تطالب فيها زوجها بالنَّفقة المجمدة، حفاظا على الزوج ودفعا للنيات السيئة من الزوجات أم لا، وما دور السّياسة الشّرعية في ذلك ؟

أولا: طلب تعديل النَّفقة.

نفقة الزوجة واجبة على زوجها بلا خلاف، ولقد ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن نفقة الزوجة غير مقدرة شرعا، وخالف الشافعية في ذلك وقالوا تقدر بالأمداد.

فالجمهور قالوا: تقدر بالكفاية، أي بما يكفي الزوجة من الطعام كنفقة الأقارب، لقول النبي صلّى الله عليه وسلم لهند:" **خذي ما يكفيك وولدَك بالمعروف** [1]" فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، وإنما باجتهادها في التقدير، ولأنّ الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴿٢٣٣﴾﴾ البقرة: ٢٣٣

وقال النّبي صلّى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: " **ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف** [2]". وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وكل هذه الأدلة صريحة في إيجاب قدر الكفاية [3].

وقال الشافعية: تقدر نفقة الطعام من الحب بمقادير معينة، بحسب حال الزوج يساراً أو إعساراً، لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الشخص الواحد مدّ من الحبوب، والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنَّفقة على الأهل، فقال تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴿٨٩﴾﴾ المائدة: ٨٩ فقاسوا النَّفقة على الكفارة، بجامع أن كلاً منهما مال يجب بالشرع، ويستقر في الذمة.

فعلى الزّوج الموسر لزوجته كلّ يوم مدان من الطعام، وعلى المعسر مُدّ، وعلى المتوسط مدّ ونصف، واحتجوا لهذا التفاوت بقوله تعالى:﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴿٧﴾﴾ الطلاق: ٧ [4].

---

١ – البخاري في الصحيح، باب إذا لم ينفق الرجل فللمراة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها من معروف ج05، ص205، رقم 5049، ومسلم، باب: قضية هند، ج03، ص 129، رقم 4574.

٢ – مسلم، باب: حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ج04، ص 39، رقم 3009.

٣ – ابن قدامة / الكافي، ج 03، ص 361. وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج 02، ص 559. والكاساني / بدائع الصنائع، ج 04، ص 23. والقاضي عبد الوهاب / الإشراف، ج02، ث 806.

٤ – النّووي / المجموع، ج 18، ص 249.

والصّحيح ما ذهب إليه الجمهور من عدم التقدير، لاختلاف الأزمة والأمكنة والأحوال والأشخاص، فمِن النّاس مَنْ عادتهم الأكل مرتين في اليوم، ومنهم من عادته الأكل ثلاث مرات، وبعضهم أربع مرات، ومنهم المكثر والمقلّ، وفي حديث هند السابق، إحالة على الكفاية، مع التّقييد بالمعروف.

قال القاضي عبد الوهاب:" فردها إلى ما تعلمه كافيا لها من غير تحديد، ولأن النَّفقة في مقابل الاستمتاع، وما تبذله من ذلك غير محدود فكذلك العوض عنه.[1]"

وما دامت النَّفقة مقدرة بالكفاية، ومقيدة بالعرف، فإن الظروف الاجتماعية قد تتغير، وتستدعي عدم كفاية النَّفقة، فقد ترتفع الأسعار وتزداد قيمتها، وتصبح النَّفقة المفروضة بالنقود دون الأعيان غير كافية لما فرضت من أجله.

وعند ذلك تطالب الزوجة المنفق عليها، زيادة في النَّفقة، لأنها أصبحت غير كافية، ولا تسد الحاجات، أو يطالب الزوج المنفق بالإنقاص من قيمة النَّفقة، لأن سعر الأعيان قد نقص في السوق، وهذا هو المقصود بزيادة النَّفقة وإنقاصها تبعا للكفاية والتقدير بالمعروف.

وجه السّياسة الشّرعية في تعديل قيمة النَّفقة.

لقد أقرت الشريعة أمر مراجعة الزوجة لزوجها في قيمة النَّفقة، فأجاز لها أن تطلب من القاضي رفع قيمتها إذا أصبحت غير كافية، ولا تلبي المطلوب.

ومراجعة النَّفقة أمر مقرر عند الفقهاء، فقد جاء في البحر الرائق: إن القاضي إذا فرض النَّفقة للمرأة، فغلا الطعام أو رخص، فإن القاضي يغير ذلك الحكم.

وقال: وإذا فرض القاضي لها مالا يكفيها، فلها أن ترجع عن ذلك، لأنّه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها، فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها، وكذلك إذا فرض على الزوج زيادة على ما يكفيها، فله أن يمتنع عن الزيادة [2].

---

١ - القاضي عبد الوهاب / الإشراف، ج02، ص806.

٢ - ابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص202.

وقال المالكية:" ويَلزَمُ الزَّوْج أَن يزيدَها إن غلا سِعْر الْأَعيان بَعد أَن قَبَضَت ثَمنها، ويَرجعُ عليها إنْ نَقصَ سِعْرُها ما لم يَسكُت مُدّةً، وَإِلَّا حمِل على أَنَّه أَراد التَّوسِعة عليها.

وَهَذَا كلُّه ما لم تَكُن اشْتَرت الْأَعيَان قبل غلائها أو قبل الرُّخْص، وَإِلَّا فَلا يزيدهَا شيئا في الأوَّل وَلَا يَرجع عليها بِشيء في الثَّانِي[1].

وإذا كانت الشريعة أعطت للزوجة حق مراجعة القاضي في النَّفقة الواجبة لها من زوجها، فلها أن ترفع دعوى أمام القضاء تطالب الزوج بالزيادة في النَّفقة، لأنها أصبحت غير كافية، فهل هذا يعنى فتح باب رفع دعوى الزيادة في النفقات أمام الزوجات، بحيث تستطيع الزوجة أن تراجع زوجها في النَّفقة أمام القضاء متى شاءت دون تقييد أو تحديد بزمن معين، ولو تعددت الدعوى مرات في الأسبوع أو الشهر ؟.

إن فتح باب دعوى تعديل النَّفقة أمام الزوجات وخاصة المطلقات منهنّ، هو تسهيل لهن في استعمال هذا الحق، لجرّ الأزواج إلى المحاكم كما شئن ومتى أردن على أساس طلب تعديل النَّفقة، وفيه تفويت لمصالح الأزواج، وإخلال بنظامها العادي، فقد يضطر الزوج للتغيب عن وظيفته، أو التأخر عن عمله للدفاع عن نفسه في أمر تعديل النَّفقة أمام القضاء، وليس من قصد أمام الزوجات من هذه الدعوى، سوى الكيد لأزوجهن، والانتقام منهن، ولهذا أطلق عليها الدعوى الكَيديّة أو الانتقامية.

وفي إطلاق دعوى تعديل النَّفقة دون تحديد زماني، إشغال للقضاء بأمور ثانوية غير جدية، وفيه تأخير لمصالح المتقاضين، الراغبين في تسوية وضعيتهم أمام القضاء، والفصل في نزاعاتهم وخصوماتهم.

ومن هنا، يجوز لولي الأمر ومن باب السياسة الشرعية، أن ينظم أمر رفع الدعوى لتعديل النَّفقة، ويحدد مدة زمنية معقولة لها لسماع الدعوى والجواب عليها، وهذا من باب تنظيم القضاء، ولدفع الفوضى والاضطراب، وسدّا لذريعة الفساد المتوقع من تكرار دعوى تعديل

---

١ - حاشية الدسوقي، ج02، ص514.

النَّفقة، من باب كيد الزوجات للأزواج وإشغالهم بأمور هم في غنى عنها وإحراجهم المتكرر بوقوفهم أمام القضاء.

قال ابن تيمية: إن قبول قول النساء في عدم النَّفقة في الماضي، فيه من الضرر والفساد مالا يحصيه إلا رب العباد، وهو يؤول إلى أن المرأة تقيم مع الزوج خمسين سنة، ثم تدعى نفقة خمسين سنة وكسوتها، وتدعى أن زوجها مع يساره وفقرها لم يطعمها في هذه المدة شيئا، وهذا مما يتبين الناس كذبها فيه قطعا وشريعة الإسلام مترهة، عن أن يحكم فيها بالكذب والبهتان والظلم والعدوان.

وهذه المرأة المدعية، لابد أن تكون أكلت، واكتست في الزمن الماضي، وذلك إما يكون من الزوج أو من غيره، والأصل أن يكون الإنفاق من الزوج مادامت في عصمته[1].

ولقد حددت بعض القوانين مدة ستة أشهر كأقل مدة تستطيع المرأة عندها مراجعة القضاء في شأن النَّفقة، وتطالب بزيادتها، وهي مدة كافية يمكن أن تتغير فيها الظروف والأحوال، ويتضح فيها، إذا كان النَّفقة المقدرة سابقا كافية وغير كافية، فيستوجب تغييرها وتعديلها زيادة أو نقصانا.

ولقد لوحظ أن هذا الضبط الزماني يحقق مصالح من الناحية العملية، كما أنه يوقف الزوجات من التلاعب بالحقوق التي كفلها لهن القانون، ويمنعهنّ من التعسف في استعمالها.

ويمكن أن يُخرَّج تنظيم أمر تعديل النَّفقة على أساس المعاملة بنقيض القصد، لأن ليس من وراء تكرار الزوجات دعوى الزيادة في النَّفقة إلا الكيد للنساء، فتسقط دعواهم عند عدم احترام الآجال المحددة قانونا.

وتحديد المدة القانونية المقبولة لسماع دعوى تعديل النَّفقة موكولة إلى اجتهاد الحاكم، بما يحقق المصلحة، ويدفع مفسدة الكيد والانتقام.

---

١ - ابن تيمية / مجموع الفتاوى، ج34، ص 81.

ويمكن للحاكم أن يغير المدة على حسب الظروف والأحوال، بما يحقق مصلحة الزوج والزوجة معا.

فمهمة ولي الأمر في ذلك ضبط مدة مراجعة النَّفقة الزوجية، وهي من السّياسة الشّرعية، المرتبطة إما بهمته في التّنظيم القضائي عموما، أو من باب دفع الدعوى الكَيديّة[1]، وهو أمر يدور بين طرفين، إما مصلحة مجلوبة أو مفسدة مدفوعة.

وأما عن التوجه القانوني في المسألة، فقد نص المقنن السوري في المادة **77** من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي: **ف1** " تجوز زيادة النَّفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد ".

في حين حددت المدونة المغربية المدة بسنة كاملة فقد جاء في المادة **192** ما يالي:" لا يقبل طلب الزيادة في النَّفقة المتفق عليها أو المقررة قضائيا، أو التخفيض منها، قبل مضي سنة إلا في الظروف الاستثنائية."

ف2 " لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النَّفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية ".

وهو نفس ما قرره قانون الأسرة الجزائري حيث حدد مدة مراجعة النَّفقة بسنة، فجاء في المادة **79** :" يراعي القاضي في تقدير النَّفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

ثانيا: دين النَفقةِ الزَوجيةِ.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، بمجرد العقد الصحيح عليها، ومن وقت إبرامه، أو مع التمكين عند بعضهم، ولكن وقع الخلاف بينهم في وقت اعتبارها دينا على قولين:

---

١ - مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 96.

القول الأول: وإليه ذهب الجمهور من المالكية [1] والشافعية [2] والراجح عند الحنابلة [3]، وقد قالوا: إن النَّفقة تصبح دينا في ذمة الزوج من وقت الامتناع عن الإنفاق، وإذا أصبحت دينا في الذمة، فلا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

واستدلوا بما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى [4]، ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار، فلم يسقط بمضي الزمان [5]، كأجرة العقار والديون. قال ابن المنذر: هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها [6].

فالنَّفقة الزوجية عندهم، لا تسقط بمضي الزمان، بل تعد دينا على الزوج، لأنه مال يجب على سبيل البدل في عقدها معاوضة مقابل الاحتباس، فلا تسقط بمضي الزمان.

وإيجابها يجعل الأزواج يدركون ملازمتها لهم، فلا يتهاونوا في ترك الإنفاق على زوجاتهم.

القول الثاني: وهو للحنفية، ورواية عند الحنابلة [7]، حيث قالوا: لا تصير النَّفقة ديناً في ذمة الزوج إلا بالقضاء أو التراضي، فما لم يحكم بها القاضي، أو لم يتراض الزوجان عليها، لا تكون ديناً، فلو أنفقت المرأة على نفسها من مالها بعد العقد، أو بطريق الاستدانة، لا تكون ديناً على الزوج، بل تسقط بمضي المدة، إلا لأقل من شهر فلا تسقط.

---

١ – عند المالكية، تكون النفقة السابقة دينا في ذمة الزوج إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته وكان موسرا، وأما ما كان في حالة الإعسار فإنه يسقط، ولا يطالب به الزوج مرة أخرى، قال الدردير:" (وسقطت) النفقة عن الزوج (بالعسر) ولا ترجع عليه الزوجة بها بعد يسره، ومعنى سقطت أنها لا تلزمه ولا مطالبة لها بها ما دام معسرا . الشرح الكبير، ج02، ص517.

٢ – الشربيني / مغني المحتاج ج ،3 ص 426 ، 435 ، 442 ، وحاشية قليوبي وعميرة، ج04، 81.

٣ – الرحيباني / مطالب أولي النهى، ج05، ص 625. والبهوتي / كشف القناع، ج05، ص 480،

٤ – مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح، طبعة الدار العلمية، سنة 1988، ج03، ص 117. والبيهقي السنن الكبرى، ج07، ص 469.

٥ – ابن قدامة / المغني، ج09، ص 251، وابن مفلح / المبدع، ج08، ص 199.

٦ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص508.

٧ – ابن قدامة / المرجع السابق، ج09، ص 251، وقال ابن قدامة: والرواية الأخرى تسقط ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها.

وإذا تم القضاء بها، أو تراضى الزوجان على تقديرها، فإن المتجمد منها لا يصبح ديناً قوياً، بحيث لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، وإنما يكون ديناً ضعيفاً يسقط بما يسقط به الدين القوي بالأداء أو الإبراء، ويسقط أيضاً بنشوز الزوجة، وبموت أحد الزوجين. ولا تصير ديناً قوياً إلا إذا أذن الزوج أو القاضي للزوجة بالاستدانة واستدانتها بالفعل.

واحتجوا لذلك بأن النَّفقة الزّوجية، هي صلة من وجه، وعوض من وجه آخر، فهي صلة لأن منافع الاحتباس تعود على الزوجين جميعاً لا على الزوج وحده، وأما كونها عوضاً، فلأنها جزاء احتباس الزوجة لحق زوجها، فنظراً لشبهها بالصلة تسقط بمضي المدة من غير قضاء ولا تراض من الزوجين، كنفقة الأقارب، ولشبهها بالعوض تصير ديناً بالقضاء بها أو التراضي عليها[1].

كما احتجوا بأنها نفقة تجب يوما بعد يوم، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم، كنفقة الأقارب، لأن نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها، فتسقط كنفقة الأقارب[2].

وجهُ السّياسةِ في دين النَّفقة المُتجمدَة.

لما كانت النَّفقة الزّوجية عند الجمهور دينا لا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بالأداء أو الإبراء، فليس من المصلحة أن تتهاون الزوجة في المطالبة بها مدة طويلة قد تصل أحيانا إلى سنوات عديدة، حتى تتكاثر وتتراكم على الزوج، وتثقل كاهله ثم تفاجئه الزوجة بطلبها دفعة واحدة، وقد لا يكون مهيئا لهذا الدفع أو التعويض.

---

١ - ابن الهمام / شرح فتح القدير، ج 04، ص 393. وابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج 08، ص 800. والصابوني / شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج01، ص 315 - 316.

٢ - ابن قدامة / المغني، ج09، ص 251، وابن مفلح / المبدع، ج08، ص 199.

وقد يكون الهدف الحقيقي من وراء هذا التماطل في مطالبة الزوج بالنَّفقة، هو الكيد أو التشفي منه، وذلك بمفاجأته بما لم يكن يتوقعه، ولهذا يمكن أن ندرج هذه المسألة ضمن الدّعاوَى الكَيديّة أو الانتقامية.

ومن هنا يمكن لوليّ الأمر ومن باب السّياسة الشّرعية، أن يحدد مدة معينة بالنسبة إلى النَّفقة المجمدة، وتمنع الزوجة بالمطالبة بأكثر منها.

فيمكن أن تكون المدة سنة أو ستة أشهر على حسب اجتهاد الحاكم، وهذا المدة المعقولة فيها ضمان لحق الزوجة من جهة حتى لا يتهاون الزوج في تقديمها في وقتها المحدد، وفيها حماية للأزواج من تعسف الزوجات، فقد يعمدن إلى تجميد النفقات لسنوات، لإرهاق الأزواج، والغالب المشاهد أن الزوجة لا تسكت عن المطالبة بحقها في النَّفقة، إلا إذا كان لها ما يكيفها من المال، أو أنها كانت تستجر من الزوج نفقة خلال تلك المدة، فتكون دعوى عدم أخذ شيء طوال هذه المدة الطويلة من الدّعاوَى الكاذبة غالبا.

فتحديد ولي الأمر لمدة معينة للمطالبة بالنَّفقة المتجمدة، هو زجر للزوجات عن الإهمال في المطالبة بحقوقهن، بعدم سماع دعواهن المطلقة والطويلة[1].

وتحديد المدة للمطالبة بالنَّفقة المجمدة هو من باب الأخذ بمبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان منعا للتزوير والاحتيال من الزوجات[2].

ولقد أخذت معظم تشريعات الأحوال الشخصية بهذا المبدأ، بحث لا يصح للزوجة أن تطالب بدين النَّفقة لمدة طويلة. وقد ذهب القانون المصري القديم إلى تحديد المدة بثلاث سنوات، ثم بَيَّن الجانب العملي والتطبيقي، أن هذه المدة مرهقة للأزواج، ويمكن أن تكيد بها الزوجات، فعدل المدة مرة أخرى إلى سنة واحدة. فقد نص قانون رقم **100** لسنة **1985** على أنه:" لا تسمع دعوى النَّفقة عن مدة ماضية، لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى."

---

١ – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 97.

٢ – حسن حسانين / أحكام الأسرة الإسلامية، ص 437.

وأما قانون الأحوال الشخصية السوري فقال في المادة **78** ف**1** :" يحكم للزوجة بالنَّفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ".

ف**2**: " لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر، سابقة للادّعاء ".

وأما قانون الأسرة الجزائري فقد نصت **80** منه على أنه:" تستحق النَّفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

يقول الأستاذ عبد العزيز سعدّ: هذا النص وضع حدا للمشاكسات والتعجيزات التي تنشأ بشأن تاريخ بداية استحقاق النَّفقة المطلوبة، فقد كانت الزوجة تغضب أحيانا لسبب شرعي أو غير شرعي، وتنتقل هي وأولادها إلى بيت أهلها مغضبة، وتنتظر أن يسترضيها الزوج، وعندما يطالبها بالرجوع إلى محل الزّوجية أمام القاضي، ترفع في وجهه طلبا لها ولأولادها بالنَّفقة المتراكمة والتي تبلغ مبالغ خيالية، لا يقوي عليها الزوج، ويخشى أن يتابع بجريمة الامتناع عن النَّفقة المقررة قضاء، فيلجأ إلى الطّلاق وهو مرغم عنه[1].

ولا شك أن سد مثل هذه المفاسد واجب في هذه القضايا التي يجب على ولي أمر أن يحمى فيها الأزواج من الأضرار الواقعة عليهم، ويدرأ عنهم تعسف الزّوجات، وهو واجب تمليه السّياسة الشّرعية التي أساسها إقامة العدل بين النّاس.

---

١ - عبد العزيز سعد / الزّواج والطلاق، ص 200.

المبحث الثالث: الحَضَانة.

مقدمة:

لما كان الطفل بأصل خلقته ضعيفا، يحتاج إلى من يحميه، وينهض بشؤونه وحاجاته، المادية والمعنوية، ألزم الشارع الحكيم الأبوين بحضانة الطفل وتربيته، حتى لا يكون عرضة للضياع والهلاك والحَضَانة والرعاية ليست لازمة على الأبوين حصرا، بل قد تصير واجبة على الجكتمع، عند فقد الأبوين والأقربين، أو عند الاختلال بشروط الحضانة، وحَضَانة الولد واجبة على الأم باعتبارها الأقدر والأكفأ على رعايته، والأرعى لمصالحه، بل هي حقّ واجب لها لا ينازعها فيه أحد.

وإذا كانت الحَضَانة تنتقل من الأم إلى غيرها، كأمها، وخالة الطفل وجدته وغيرهنّ، فهل هذا الترتيب ملزم لا يجوز تعديه إلى غيره، أو أننا في كل ذلك نراعي مصلحة الطفل، فنختار له الأصلح، دون تقيد بترتيب خاص، وهل لنا أن نقدم الأب على غيره لقوة الصلة بابنه، ولأنه الأصدق في التربية والأخلص في الرعاية من غيره، فنجعله بعد الأم مباشرة ؟ وهل زواج أم الطفل مسقط لحقّ الحَضَانة، ولو عند عدم وجود المنازع والمطالب بالحَضَانة ؟ وما دخل المقاصد والمصالح في الموازنة بين ما هو أنفع وأولى للطفل من غيره، كإلحاق الطفل بالحاضن أو نزعه عنه، وكذا في إلزام حاضن ما بحضانته إذا تعينت رعاية لمصالح الطفل ؟ وما دور السّياسة الشَّرعية في كل ذلك ؟

أولا: الحَضَانةُ وأحقيتُها.

قبل التعرف على الحَضَانة هل هي حق للطفل على غيره، أو حقّ للغير على الطفل، أوهي حقّ لهما جميعا، يحسن بنا التعرف على الحَضَانة وحقيقتها اللغوية والاصطلاحية.

I – **تعريف الحَضَانة.** للحضانة تعريف لغويّ وآخر اصطلاحي، والنّاظر فيهما يلاحظ مناسبة وعلاقة وثيقة بين التعريفين.

أ – الحَضَانة لغة : هي الحِفظُ والصِّيانة، مأخوذة من الحُضْن، يُقال حَضن الصَّبيَ حُضْنًا وحِضَانةً بالكسر، جعله في حُضنه، أو رباه.

والحاضِنَة هي التي تُربي الطفل ، سُمِّيت بذلك لأنها تَضُمَّ الطفل إلى حضنها ، قال في اللسان: الحِضْنُ بالكسر ما دون الإِبْط إلى الكَشح، وقيل هو الصدر والعَضُدان وما بينهما، والجمع أَحْضانٌ[1].

ب – الحَضَانة اصطلاحا: هي حفظُ الولدِ في مَبيته، ومُؤْنَةِ طعامه، ولباسه، ومَضْجَعِه، وتنظيف جسمه[2].

كما عرفت بأنها:" ضَمُّ الطفل والقيام على تنشئته وتربيته، وقضاء حاجاته الحيوية. "[3] فالحَضَانة، هي التعهد بتربية الصغير حتى التمييز، أما بعد البلوغ فتسمى كفالة. فالحَضَانة حفظ من لا يستقل بأمور نفسه وتربيته، بتعهده في طعامه وشرابه وشؤون حياته.

والحَضَانة عند الفقهاء قد عرفت بتعاريف متقاربة:

– فقد عرفها الحنفية:" بأنها تربية الولد ممن له حقّ الحَضَانة. "[4] ، أي في طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه."

– وقد عرفها الشافعية بقولهم:" هي عبارة عن القيام بحفظ من لا يميز، ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عمّا يؤذيه[5]" وقيل " هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا

---

١ – ابن راشد، أبو عبد الله البكري القفصي / لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، ط2003، ص 158. وابن منظور/ لسان العرب، ج 13، ص 122.والبعلي، أبو عبد الله محمد الحنبلي / المطلع ، تحقيق: محمد بشير الإدلبي، طبعة المكتب الإسلامي، سنة 1401هـ، ص355. وفيروزآبادي / القاموس المحيط، ج04 ص 215. والزبيدي / تاج العروس، ج34، ص 441.

٢ – وهو تعريف الباجي، يراجع: المواق / التاج والإكليل، ج04 ص 214.

٣ – مشروع الأحوال الشخصية الموحد، ص291.

٤ – ابن عابدين / حاشية الدر المختار، ج03، ص 610.

٥ – تقي الدين الحصيني الدمشقي / كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقّيق :علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان، طبعة دار الخير، دمشق، سنة1994، ج01، ص 446.

يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك[1]."

– وعرفها المالكية بقولهم:" الحَضَانة هي حفظ الولد في بيته، وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه، أي طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه.[2]" وقيل هي: صِيانةُ العاجزِ والقيامُ بمصالحه[3].

– وهي عند الحنابلة:" حفظ صغير ومجنون ومعتوه – وهو المختل العقل – عمّا يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم[4]".

فمجموع التعاريف يدور حول معنى صيانة الطفل وحمايته ورعايته بما يحتاجه من منافع، وما يدفع عنه من مضار، ويلحقّ بالطفل المجنون ولو كان كبير السنّ، وكذا العاجز لمرض ونحوه.

2 – استحقّاق الحَضَانة.

تعتبر الحَضَانة شرعا من فروض الكفايات، فلا يجوز أن يترك الطفل مهملا، من غير صيانة ولا رعاية، فيصبح عرضة للهلاك والضياع، فيصيبه الضرر والنقص المادي والمعنوي في جسمه ونفسه، ولا تكون الحَضَانة فرض عين إلا على الوالد وحده، أو الأم في سنين الرضاع إذا تعينت، فتجبر على ذلك[5].

قال ابن رشد:" لا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار لحاجتهم إلى ذلك، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته.[6]"

---

١ – الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 452 محمد الزهري الغمراوي / السراج الوهاج على متن المنهاج، طبعة دار المعرفة ، بيروت ، ص473.

٢ – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، ص526. والحطاب / مواهب الجليل، ج04، ص214.

٣ – ابن راشد / لباب اللباب المرجع السابق. وابن طاهر / الفقه المالكي وأدلته ج04 ص288.

٤ – مرعي بن يوسف الحنبلي / دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1389هـ، ص2870. والرحيباني /مطالب أولي النهى، ج05، ص665.

٥ – عبد القادر داودي / مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، ج02، ص398.

٦ – ابن رشد الجد، أبو الوليد / المقدمات الممهدات، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1408/01هـ، ج01، ص 562 – 564.

ولا شك أن وجود الطفل في جوّ أسري مترابط، وبين أبوين يُمدَّانه بالعطف والحنان، ويكفلان له التنشئة القويمة والكريمة يتعاونان في تربيته وتهذيبه، كلما قصر أحدهما، أكمل ثانيهما النقص، وجبر الصدع، ولكن قد يحدث أن ينفرد أحد الأبوين بالتربية والحَضَانة عند وقوع الفراق أو الوفاة، وقد يحدث التراع في الأحقّ والأولى بالحَضَانة.

ولقد ذهب الفقهاء إلى أن الإناث أليق بالحَضَانة من الذكور، سواء أكان المحضون ذكرا أم أنثى، وكان الأصل فيها النساء، لأهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار.[1]

قال ابن نجيم:" وحقّ الحَضَانة جُعل إلى النّساء، لأهنّ أبصر وأقوم على حفظ الصّبيان من الرجال، لزيادة شفقتهنّ وملازمتهن للبيوت."[2]

وهو نفس تعليل فقهاء الشافعية، حيث قال الشربيني:" الحَضَانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها، لأهنّ أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال."[3]

وإذا عدم النّساء، انتقلت الحَضَانة إلى الرجال- بشروط محددة في كتب الفروع - حتى لا يترك الطفل عرضة للضياع والهلاك، وهم أيضا يرتبون على حسب الأولوية والأصلحية للطفل المحضون.

والشريعة تتشوف في أحكامها إلى ضمان الرعاية السّوية والقويمة لحياة الطفل من كل الجوانب المادية والنّفسية، لحاجته الملحة لذلك، إذ ليس في مقدوره أن يوفر ذلك لنفسه، لعجزه وضعفه الفطري، ومن هنا جعل الشارع الحَضَانة حقّا للطفل الحوضون، لا يجوز أن يترك بدوهنا.

ولما كان بعض الحاضنين أقوم وأقدر من البعض الآخر، وهم أصلح لتربية الطفل من غيرهم، أصبحت الحَضَانة حقّهم، ولا يجوز نزعها منهم أو التنازل عنها إلا استثناء أو لظروف خاصة، وهذا ما تطرق إليه بعض الفقهاء عند كلامهم على الحَضَانة، هل هي حقّ للطفل المحضون على الحاضن، أو حقّ للحاضن على الطفل.

---

١ - الكاساني / بدائع الصنائع، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ط02/ 1982، ج04، ص41.

٢ - ابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص 18.

٣ - الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 452. والدمياطي / إعانة الطالبين، ج04، ص 101.

والظاهر أنه وقع اختلاف في تحديد حقّ الحَضَانة، هل هي للطفل المحضون أو للشخص حاضن .

فعند السادة الحنفية رأيان، قال ابن عابدين: و اختلف في الحَضَانة هل هي حقّ الحاضنة أو حقّ الولد، فقيل بالأول، فلا تجبر إذا امتنعت ورجحه غير واحد، وقيل بالثاني فتجبر، وهو الأولى في الإفتاء.[1]وقول من قال إنها حقّ الحاضنة فلا تجبر، محمول على ما إذا لم تتعين لها، لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقّه لوجود من يحضنه غيرها، ومن قال إنها حقّ المحضون فتجبر، محمول على ما إذا تعينت، لعدم من يحضنه غيرها[2].

قال ابن نجيم:" و ظاهر كلامهم أن الأم إذا امتنعت، وعرض على من دونها من الحاضنات فامتنعت، أجبرت الأم لا من دونها.[3]"

وهذا الخلاف أيضا قائم في المذهب المالكي، قال الدردير:" و إذا أسقطت الحاضنة حقّها منها، لغير عذر بعد وجوبها لها، ثم أرادت العود لها، فلا تعود بناء على أنها حقّ للحاضن، وهو المشهور، وقيل تعود بناء على أنها حقّ للمحضون[4]."

قال ابن عاصم:

الحقُّ للحاضِنَ في الحَضانَهْ * وحــالُ هذا القول مُسْتَبانَهْ**

لـكونِه يُسْقطُها فتَسقُطُ * وقيلَ بالعَكسِ فمَا إنْ تَسْقطُ[5].**

وعند الشافعية لا تثبت الحَضَانة لفاسق، لأنه لا يوفي الحَضَانة حقّها، ولأن الحَضَانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق، لأنه ينشأ على طريقته ولا تثبت لكافر

---

١ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، ص 558 – 559.

٢ – ابن عابدين / المرجع السابق، ج03، ص 560.

٣ – ابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص 180.

٤ – الدردير / الشرح الكبير، ج02، ص 552.

٥ – التسولي / البهجة في شرح التحفة، ج01، ص 645.

على مسلم.[1] قال الشربيني:" وظاهر كلامهم عدم إجبار الأمّ – على الحَضَانة – عند الامّتناع.[2]"

وكلامهم في عدم إجبار الأمّ عند الامتناع عن حضانة طفلها، مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت النفقة عليها، كأن لم يكن له أب ولا مال أجبرت، فكلّ من وجبت عليه النفقة وامتنع من الحَضَانة أجبر عليها.[3]

فالحَضَانة حقّ للولد المحضون من جهة، وحقّ للأم الحاضنة من جهة أخرى، لذا لا تجبر عليها إلا إذا تعينت، ففي هذه الحالة تصبح الحَضَانة حقّا للولد، ومن هنا قالوا: لا حضانة لفاسق باعتبار الحَضَانة لحظ الولد.

وقد ذهب الحنابلة إلى أن الأمّ لا تجبر على الحَضَانة إذا متنعت، وعللوا ذلك بعدم وجوبها عليها.قال البهوتي:" ولو امتنعت الأمّ من حضانته لم تجبر عليها، لأنها غير واجبة عليها[4] ".

والظاهر أن الحَضَانة غير واجبة على الأمّ، أي أنها حقّ لها وليست حقّا عليها إذا لم تتعين، فإذا لم يوجد من يحضنه، تجبر على ذلك، يفهم من كلامهم أن الأمّ إذا امتنعت عنها، تنتقل إلى حاضنة أخرى كالجدة والخالة.

قال المرداوي:" فعلى المذهب لو امتنعت الأمّ لم تجبر، وأمّها أحقّ على الصحيح من المذهب.[5]"

وقد حكى ابن قيم في مسألة الحَضَانة، وكونها حقّا للحاضن أو حقّا عليه، قولين في مذهب الإمام أحمد.[6]

---

١ – الشيرازي / المهذب، ج02، ص 169.

٢ – الشربيني محمد الخطيب / الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، طبعة دار الفكر، بيروت، سنة 1415هـ، ج02، ص 492. وحاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ج04، ص 92.

٣ – الشربيني محمد الخطيب / مغني المحتاج، ج03، ص 456 والبجيرمي سليمان بن محمد بن عمر الشافعي / تحفة الحبيب على شرح الخطيب (البجيرمي على الخطيب) طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1417هـ ، ج04، ص 490.

٤ – البهوتي / كشاف القناع، ج05، ص 496.

٥ – المرداوي أبو الحسن / الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج09، ص 419.

٦ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص451.

3 - الترجيح و النّظر السّياسي في مسألة أحقّية الحَضَانة.

الأصل أن الحَضَانة شرعت لمصلحة الولد، وذلك للعناية به ورعايته، فمن كان قادرا على أدائها فهو أحقّ بها، ولا شك أن الأمّ هي المرشحة فطريا، والأقدر جبلة على ذلك، وخاصة إذا كانت متفرغة لذلك، بأن لا تكون متزوجة برجل غير أب الطفل، فحينئذ يكون اهتمامها منصبا على ولدها، ومن رحمة الله بالولد أن جعل من عامل الأمومة، سببا قويا في ميل الأمّ إلى ولدها وشعورها بأنه قطعة منها، بل جعل كمال المرأة في حسن تربيتها ورعايتها لأولادها، فهي تفيض حنانا وعاطفة على صغيرها، فينشأ في دفئها، ويترعرع في كنفها، وحتى لا يحرم الطفل من هذا الخير كله، و لا يحجب عن هذه السعادة، جعل الشارع الحَضَانة حقّا للحاضنة على محضونها، وخاصة إذا كانت أمًّا له، فلا ينازعها في حضانة طفلها أحد، مالم تتزوج أو تتخلف عنها شروط الحَضَانة الأساسية.

وليس معنى جعل الحَضَانة حقّا للحاضن على الطفل، أن تهدر حقوقه وتهمل مصالحه حفاظا على حقوق الحاضن، بل حقّ الحاضن في رعاية الطفل موقوفة على حقّ الطفل أصالة، فحقوق ومصالح الطفل محفوظة بالقصد الأول، ثم تأتي مصالح الحاضن بالتبع، ومن هنا جاء وجوب إلزام الأمّ بالحاضنة إذا تعينت و لم يوجد غيرها، فحقّ الحاضن مراعى مالم يتناف مع حقّ المحضون.

ومن هنا، نرى المحقّقين من العلماء ذهبوا، إلى أن الحَضَانة حقّ للطفل على الحاضن، كما هي حقّ للحاضن على الطفل.

قال ابن القيم:" والصحيحُ أن الحَضَانة حقّ لها، وعليها إذا احتاج الطفل إليها، و لم يُوجد غيرُها، وإن اتفقت هي وولي الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصودُ أن في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " **أنت أحقّ به ما لم تنكحي**[1]"، دليلاً على أن الحَضَانة حقّ لها.[2]"

---

١ - أحمد في المسند، ج11، ص310، رقم 6707، وأبو داود في سننه، باب: من أحق بالولد، ج02، ص251، رقم 2278، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، وينتقل إلى جدته، ج 08، ص04، رقم 16181، والحاكم في المستدرك، كتاب: الطلاق، ج02، ص225، رقم 2830، وصححه، و قد حسنه الألباني. يراجع: السلسلة الصحيحة، ج 01، ص367، رقم 368.

٢ - زاد المعاد في هدي خير العباد، ج05، ص 452.

وعند التأمل نرى أن الحَضَانة تتعلق بها ثلاثة حقّوق: حقّ الحاضنة، وحقّ المحضون، وحقّ الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقّوق، وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حقّ المحضون على غيره، لأنه هو من المقصود بتشريع حقّ الحَضَانة.

وتتفرع عن ذلك الأحكام الآتية:

1 – تجبر الحاضنة على الحَضَانة إذا تعينت لها، بأن لم يوجد غيرها[1].

2 – لا تجبر عليها إذا لم تتعين، لأن الحَضَانة حقّها، ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم، الجدة والخالة.

3 – إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل، لأن من حقّ الولد، أن يكون عند أمه ما دام محتاجاً إليها.

لذا قالوا في رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه، وأسقطت حقّها من الحَضَانة وحكم بذلك حاكم، بأنه يجوزلها الرجوع بأخذ الولد، لأن أقوى الحقّين في الحَضَانة للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقّها، فلا تقدر على إسقاط حقّ صغيرها[2].

4 – لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحقّ في الحَضَانة، ويعطيه لغيرها، إلا لمسوغ شرعي.

5– إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها، حتى لا يفوت حقّها في الحَضَانة[3].

وأما مجال السّياسة الشَّرعية فيكون هنا، بالموازنة بين حقّ الطفل المحضون من جهة، وحقّ الشخص الحاضن من جهة أخرى، ومعلوم أن من واجبات ولي الأمّر الذي يمثل المصلحة العامة، أن يراعي حقّ الطفل المحضون، ولأنه من باب حفظ النفوس التي جاء الشرع برعايتها

---

١ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار، ج03، ص560.

٢ – ابن عابدين / المرجع السابق، ج03، ص559.

٣ – وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، ص 44. وأبو زهرة / الأحوال الشخصية، ص 411 – 412. ومصطفى شلبي / أحكام الأسرة في الإسلام، ص754 – 755.

وحمايتها، فحتى يتربى الطفل الصغير تربية حسنة وينمو نموا طبيعيا سويا، لابد لولي أن يوفر له جميع الضمانات التي تكفل له رعاية قويمة وقوية.

وهذه الرعاية لا تكون إلا عند وجود حاضن تتوفر فيه الشروط الشرعية، وخاصة الأمّ، التي تنفرد فطريا بخصائص في باب الحَضَانة لا تكاد توجد في غيرها كلا أو بعضا، فإذا تعين حاضن ما، و لم يوجد من ينوب عنه في أمر حضانة الطفل، وجبت عليه الحَضَانة، وعلى القاضي أن يلزمه بها حتى لا يصبح الطفل عرضة للضياع والهلاك.

فإذا وُجِد من يحضن الطفل بدلا عن الحاضن الأصلي، جاز للقاضي أن يقرّ هذه الحَضَانة، إذا علم أن الطفل لا يتضرر بذلك، فإذا طلبت الجدة أوالخالة حضانة الطفل مثلا، كان للقاضي أن يجيز للأم التنازل عن الحَضَانة، مادام أن مصلحة الطفل لم تهدر، بل تبقى قائمة ومحفوظة.

ويتفرع عن قولنا إن الحَضَانة حقّ للطفل على الحاضن، أن يتحرى القاضي في أمر الحاضن، ومدى توفر شروط الحَضَانة فيها، كسلامة البدن، وأمانة الدين، وحسن الخلق، والقدرة على التربية، فإن تلمس في الحاضن العجز في البدن، أوسفاهة في الرأي، أو طيشا في التصرف، أو انحرافا في السلوك، ورأى أن المصلحة في عدم الإذن بالحَضَانة، بحث له عن حاضن آخر، وأساسه في ذلك البحث عن مصلحة الطفل، وأن الحَضَانة بالأساس حقّ للطفل على الحاضن، فليس له أن يستبد بها ولو خالفت مصالح الطفل.

قال ابن عبد البر:" وإنما ينظر في ذلك لمن يحوط الصّبي، ومن يحسن إليه في حفظه وتعليمه الخير، وهذا على قول من قال إن الحَضَانة من حقّ الولد، وقد روي ذلك عن مالك، وقال به طائفة من أصحابه، ولذلك لا يرون حضانة لفاجرة ولا لضعيفة عاجزة عن القيام بحقّ الصبي لمرض أو زمانة"[1].

بل ومن مقاصد الشرع إحالة أمر الحَضَانة إلى أحد الأبوين – وخاصة الأمّ –، لأنهما الأقدر و الأنهض بمصالحه والأعرف بحاجاته. قال ابن القيم:" وقُدِّمَ كُلٌّ من الأبوين فيما جعل له من ذلك، لتمام مصلحة الولد، وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه، وتحصل به كفايته"[2].

---

١ – ابن عبد البر / الكافي في فقه أهل المدينة، ص 296.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد في هدي خير العباد، ج05، ص 438.

ثانيا: مرتبةُ الأب في سلَّم مستحقّي الحَضَانة.

اتفق العلماء على الأمّ أن أحقّ وأولى بحضانة طفلها من غيرها، عند توفرها على شروط الحَضَانة، ولا ينازعها في ذلك أحد مهما كان، فقد روي أن امرأة قالت: يارسول الله إن ابني هذا، كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" **أنت أحقّ به ما لم تتزوجي**[1]."

وبما أن المقصود من الحَضَانة رعاية الطفل والشفقة عليه ومراعاة مصلحته، والأمّ أقدر الناس على ذلك وأكفؤهم، فصار حقّها في الحَضَانة أكثر من غيرها، وهو ما علل به سيدنا أبو بكر الصديق إسناد الحَضَانة إلى الأمّ دون الأب، فحين وقعت الفرقة بين عمر بن الخطاب وزوجته أم عاصم – جميلة بنت عاصم بن ثابت –، والصحابة حاضرون متوافرون، حيث قال:" **الأمّ أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأخير وأرأف، وهي أحقّ بولدها ما لم تتزوج** ."[2] وقال لعمر:" **ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر** [3]".

وفي رواية أخرى: فقضى أبو بكر به لأمه، ثم قال:" **لا توله والدة عن ولدها** [4]" أي لا تفرق، والوله ذهاب العقل والتحير من شدّة الوجد.

وهذا أمر مجمع عليه عند فقهاء سلفا وخلفا، فقد قال ابن المنذر:" وأجمعوا أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد، أنّ الأمّ أحقّ به ما لم تنكح.[5]"

---

١ – أحمد في المسند، ج11، ص 310، رقم 6707، والدار قطني، باب: المهر، ج03، ص 304، رقم 218. وقال الهيثمي: رواه أحمد ورجاله ثقاة. مجمع الزوائد، ج04، ص 593.

٢ – عبد الرزاق في المصنف، ج07، ص 154، رقم 12600، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، ج07، ص367، رقم368.

٣ – لم أقف عليه في كتب الحديث، وذكرته بعض كتب الفقه، ينظر، ابن نجيم / البحر الرائق، ج 04، ص 181، والمرغناني / الهداية، ج02، ص37. وهذا الأثر غريب بهذا اللفظ، كما قال الزيلعي. يراجع: نصب الراية، ج03، ص 266.

٤ – البيهقي في السنن الكبرى، باب: البيوع المنهي عنها، ج 08، ص 05، رقم 16185، وضعف ابن حجر سنده، يراجع: تلخيص الحبير، ج03، ص 373.

٥ – ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري / الإجماع، تحقّيق فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة الإسكندرية، ط1402/03هـ، ص79.

قال ابن عبد البر:" لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء والخلف في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج، أنها أحقّ بولدها من أبيه، ما دام طفلا صغيرا لا يميز شيئا إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت منها فسق، ولم تتزوج[1]".

فلما كانت النساءُ أعرفَ بالتربية، وأقدرَ عليها، وأصبَر وأرأفَ وأفرغ لها، لذلك قُدِّمَتِ الأمّ فيها على الأب[2]. فتقديم الأمّ في الحَضَانة من محاسن الشريعة الإسلامية، والاحتياط للأطفال، وحسن النظر لهم.

فتقديم الأمّ في الحَضَانة أمر متفق عليه، ولكن قد يحدث خلل في الشروط الواجب توفرها في الأمّ الحاضنة، أو تتنازل هي عنها طواعية، وبمحض إرادتها أو تتوفى عن مولودها، فمن هو الأحقّ بالحَضَانة بعد الأمّ ؟.

والحاصل أن ترتيب الحواضن من النساء وقع فيه اختلاف بين فقهاء المذاهب على النحو التالي:

1 ــ الحنفية: الأمّ، ثم أم الأمّ ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات بترتيب الإرث.

2 ــ المالكية: الأمّ، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدّة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي، ثم للأفضل من العصبة[3].

---

١ – ابن عبد البر / الاستذكار، ج07، ص290.

٢ – ابن القيم / زاد المعاد في هدي خير العباد، ج05، ص 438.

٣ – مقتضى ما في المقدمات على مذهب ابن القاسم في المدونة أن أحقّ الناس بالحَضَانة بعد الأم الجدة للأم ثم أم الجدة ثم أم أبيها ثم أم أم أمها ثم أم أم أبيها ثم أخت الأم وهي الخالة والشقيقة أولى ثم التي للأم ثم التي للأب لأن الأم أمس رحما ثم أخت الجدة وهي خالة الأم وخالة الخالة والشقيقة أولى ثم التي للأم ثم التي للأب ثم أخت الجد للأم وهي عمة الأم وعمة الخالة والشقيقة أولى ثم التي للأم ثم التي للأب فإن انقطع قرابات الأم فالجدة للأب ثم أم جدة الأب ثم أم أب الأب ثم أم أم أمه ثم أم أم أبيه ثم الأب ثم أخت المحضون الشقيقة ثم التي للأم ثم التي للأب ثم أخت الأب وهي العمة والشقيقة أولى كما تقدم ثم أخت الجد وهي عمة الأب على الترتيب المذكور ثم بنات الإخوة ثم بنات الأخوات. المواق / التاج والإكليل، ج04، ص 210.

3 ــ الشافعية: الأمّ، ثم أم الأمّ، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم كلُّ ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث، فهم كالحنفية[1].

4 ــ الحنابلة: الأمّ، ثم أم الأمّ، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم العمة، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب[2].

فإن لم يكن للمحضون أحد من النساء الحاضنات، انتقلت الحَضَانة إلى الرجال على ترتيب العصبات الوارثين المحارم: الآباء والأجداد وإن علوا، ثم الإخوة وأبناؤهم وإن نزلوا، فالأعمام ثم بنوهم وهكذا، مع اختلاف بين الفقهاء في بعض الفروع.

ويلاحظ أن رتبة الأب بين مستحقّي الحَضَانة، جاءت متأخرة عن النساء، فمثلا عند المالكية، الجدّة أم الأمّ أولى إن لم يكن زوجها أجنبيا، والخالة أخت الأمّ أحقّ برضاع الولد من أبيه إذا لم يكن له جدة، والجدّة أم الأب أولى بالولد من الأب[3].

وقد ذهب الشافعية، إلى أن مرتبة الأب تأتي بعد مرتبة الأمّ، ثم أم الأمّ، قال الشيرازي:" وإن اجتمع مع النساء رجال، قدمت الأمّ ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد.[4]"

كما ذهب السادة الحنابلة إلى أن الأمّ أحقّ بحضانة طفلها، ثم يأتي بعدها أمها، ثم بعدها مباشرة يأتي الأب، لأنه أحد الأبوين وأصل النسب [5].

وأما الحنفية فالحَضَانة عندهم للنساء، فإن لم توجد امرأة مستحقّة للحضانة، فالحقّ للعصبات على ترتيبهم في الإرث فيقدم الأب، ثم الجدّ، ثم الأخ لأب وأم، ثم لأب، ثم بنوه وهكذا[6].

---

١ – الشيرازي / المهذب، ج02، ص 169.

٢ – الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص 46.

٣ – ابن عبد البر / الكافي، ص 296.

٤ – الشيرازي / التنبيه في فقه الشافعي، تحقّيق: عماد الدين أحمد حيدر، طبعة عالم الكتب، بيروت، سنة 1403هـ، ص 211.

٥ – البهوتي / الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج03، ص247. ابن قدامة / الكافي في فقه أحمد بن حنبل، ج03، ص381.

٦ – الكليبولي / مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج02، ص 170.

فمن خلال النّقول السابقة، نرى أن الأمّ أولى بحضانة طفلها من غيرها. وأما الأب فرغم أنه أحد الأبوين إلا أن مرتبته متأخرة، فالبعض جعله بعد أم الأمّ كالشافعية والحنابلة، وجعله المالكية بعد خالة المحضون ثم جدته[1]، أما عند الحنفية فمرتبته متأخرة بعد النساء.

فما هو معيار تقديم النساء على الرجال وخاصة منهم أب المحضون، لأنه أحد الأبوين وهو بابنه ألصق ؟

ظاهر كلام الجمهور أن تقديم النساء كان من أجل الأنوثة، ومن هنا، قدمت الأمّ وجهة الأمّ على الأب وجهة الأب، قال الشربيني:" الحَضَانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها، لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال."[2] فعلى الرغم من أنها تثبت لكل من له أهلية من الرجال والنساء إلا أن النساء مقدمات فيها، لما ذكر من الحكم والتعليلات السابقة.

وقال الكاساني:" الحَضَانة تكون للنساء في وقت، وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها النساء، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار[3]."

وعلى هذا، فمن قدم الأمّ على الأب، فإنما قدمها لأنوثتها، وعليه تُقدَّمُ نساء الحَضَانة على كل رجل.

وذهب البعض إلى تعليل تقديم الأمّ على الأب، باعتبارها أمّا للطفل المحضون، لا باعتبار أنها أنثى، فتقديم الأمّ في الحَضَانة سببه الأمّومة لا الأنوثة، ومن هنا لا تتقدم بقية النساء على الأب في الحَضَانة، لأن صفة الأمّومة مترعة منهنّ، وإن كنّ إناثا.

---

١ – ترتيب مستحقّي الحضانة عند المالكية على النحو التالي: 1 – أم المحضون، لأنها أشفق عليه من غيرها، ولقوله صلى الله عليه وسلم:" **أنتِ أحقّ به ما لم تُنكِحي**" رواه الحاكم وقال صحيح . 2 – أم الأم، أي الجدة من جهة الأم، ثم جدّة الأم وإن علت. 3 – خالة الولد، سواء كانت شقيقة أمه، أو أختها لأمها أو أبيها. 4 – خالة الأم، لأنها تقوم مقام خالة الطفل عند فقدها. 5 – عمة الأم، وتقدم الشقيقة، التي لأم ثم التي لأب. 6 – جدّة المحضون من جهة أبيه، وتشمل أم الأب، وأم أم الأب. 7 – أب المحضون، وهو أحقّ من جميع قرابات الأب، لأنهن ينتسبن للمحضون عن طريقه. 8 – أخت المحضون. 9 – عمته، ثم عمة أبيه. 10 – خالة أبيه. 11 – بنت أخ المحضون. 12 – بنت أخته، وليس لبنات العمات ولا لبنات الخالات حقّ فيها، لأنهن غير محارم. 13 – الوصي على الطفل من قبل أبيه أو من جهة القاضي. يراجع الغرياني / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج03، ص162 - 164.

٢ – الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص452. والنووي / إعانة الطالبين، ج04، ص 101.

٣ – الكاساني / بدائع الصنائع، ج04، ص 41.

وذكر بعض الحنابلة، أربعة أسباب للحضانة مرتبة على النحو التالي : الأمّومة، ثم بعدها الأبوة، ثم بعدها الميراث، ثم الإِدلاء[1].

وحتى على القول بأن العلة في تقديم النساء في الحَضَانة، هي كونهن إناثا، فإن الأمّ ما قدمت على الأب إلا لأنها أنثى، وقد ساوت الأب في درجة القرب إلى الطفل المحضون، فالأمّ قدمت لكونها أنثى في درجة ذكر، ومن هنا قالوا: كل أنثى كانت في درجة ذكر، قُدِّمَتْ عليه، مع تقديم قرابة الأب على قرابة الأمّ، وهذا الرأي قد صوّبه ابن القيم[2].

وقد انتقد رحمه الله من قدّم قريبات الأمّ على أب المحضون وقرابته، وأخرهم في المرتبة، وعاب تعليلاتهم، فقال: فكيف تُقدم قرابةُ الأمّ وإن بعدت على الأب نفسه، وعلى قرابته مع أن الأبَ وأقاربه أشفقُ على الطفل، وأرعى لمصلحته من قرابة الأمّ، فإنه ليس إليهم بحال، ولا يُنسب إليهم، بل هو أجنبيٌّ منهم، وإنما نسبه وولاؤه إلى أقاربِ أبيه، وهم أولى به، يعقِلُون عنه، وينفقون عليه عند الجمهور، ويتوارثون بالتعصيب وإن بعدتِ القرابةَ بينهم، بخلاف قرابةِ الأمّ، فإنه لا يثبتُ فيها ذلك، ولا توارُثَ فيها إلا في أمهاتها، وأول درجة مِن فروعها، وهم ولدُها، فكيف تقدم هذه القرابة على الأب، ومن في جهته، ولا سيما إذا قيل بتقديم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه، فهذا القولُ مما تأباه أصولُ الشريعة وقواعِدُها[3].

وأرجع تقديم الأمّ في الحَضَانة لا إلى كونها أنثى، وإنما لأنها فاقت الأب في صفات توجب لها الأولوية في الحَضَانة زيادة على مساواتها له في درجة القرب من الطفل المحضون.

وعليه، ردّ القول بتقديم الخالة على الأب، باعتبار أنها تدلي بالأمّ وهي أقرب من الأب، وأرجعهم إلى الأصل القائل، بأن الأمّ لما ساوت الأب في الدرجة، وامتازت عليه بكونها أقومَ بالحَضَانة، وأقدرَ عليها وأصبرَ، قُدِّمَتْ عليه، وليس كذلك الخالةُ مع الأب، فإنها لا تساويه، وليست أقربَ إلى ولده منه، فكيف تُقَدَّمُ عليه أخت امرأته، وهل جعل الله الشفقة في غيره أكمل منه ؟[4].

---

١ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص456.

٢ – ابن القيم / المرجع السابق، ج05، ص448.

٣ – ابن القيم / المرجع السابق ، ج05، ص442.

٤ – ابن القيم / المرجع السابق.

ومن هنا، يتعين تقديم أب المحضون على غيره من النساء كالجدّة والخالة، لأنه أقرب وأحقّ وله فضل شفقة ورحمة على ولده من غيره.

والقول بتقديم الأب في الحَضَانة على الخالة هو رواية عن مالك، قال ابن رشد:" ظاهر قول ابن القاسم أن الأب أحقّ بالحَضَانة من الخالة، وإن كانت مسلمة، وقد وري ذلك عن مالك، ذكره ابن المواز عنه، وهو خلاف المشهور في المذهب"[1].

وذكر عن الأوزاعي أيضا، أنّ الأمّ أحقّ بالولد، وعلى الأب النفقة، فإن تزوجت فهو أحقّ به، فإن سلمته إلى جدته فمتى ارتجعته منه، ردّ عليها نفقتها[2].

ولقد ضبط شيخ الإسلام ابن تيمية مستحقّي الحَضَانة على نحو أقرب إلى العدل ومصلحة الطفل، فقال: أقربُ ما يُضبط به بابُ الحَضَانة أن يقال: لما كانت الحَضَانة ولايةً تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحقّ الناس بها أقومَهم بهذه الصفات وهم أقاربُه، يقدَّم منهم أقربهم إليه وأقومُهم بصفات الحَضَانة، فإن اجتمع منهم اثنان فصاعداً، فإن استوت درجتهم، قُدِّم الأنثى على الذكر، فتُقدَّم الأمّ على الأب، والجدّة على الجد، والخالة على الخال، فإن كانا ذكرين أو أُنْثَيَيْن، قُدِّمَ أحدهما بالقرعة، يعني مع استواء درجتهما، وإن اختلفت درجتُهُما من الطفل، فإن كانوا من جهة واحدة، قُدمَ الأقرب إليه، فتقدَّمُ الأخت على ابنتها، والخالةُ على خالة الأبوين، وخالةُ الأبوين على خالة الجد والجدّة، والجد أبو الأمّ على الأخ للأم، هذا هو الصحيحُ، لأن جهة الأبوة والأمومة في الحَضَانة أقوى مِن جهة الأخوة فيها[3].

وأما وجه السياسة في ترتيب مستحقّي الحَضَانة، فتكون بحسن تدبير ولي الأمّر أو القاضي، في اختيار من يوكل إليه أمر حضانة الطفل الصغير عند فقد الأمّ أو تنازلها عنها أو تخلف بعض الشروط المهمة فيها.

فالذي أراه، أنه مادامت المسألة ليست محل إجماع أو اتفاق على الأقل، فإنه يسوغ فيها الاجتهاد، ولابد أن يكون هذا النظر والاجتهاد في مصلحة الطفل، فإذا رأى ولي الأمّر أن الحياة الاجتماعية تغيرت والظروف تحولت، بحيث أصبح الأقارب من النّساء لا يحقّقون للطفل

---

١ – ابن رشد الجد / البيان والتحصيل، ج05، ص 413.

٢ – ابن عبد البر / الاستذكار، ج07، ص292.

٣ – ابن القيم / زاد المعاد في هدي خير العباد، ج05، ص450.

المحضون أكثر ولا أفضل مما يحقّقه له والده، فإنه بإمكانه تحويل الحَضَانة إلى الأب، لأنه أحد الأبوين، وهو أصل النسب، وولده به ألحق، وله عليه زيادة رعاية وحنان، فيصح له أن يعدّل من مرتبته في سلم الحَضَانة ويجعله بعد الأمّ مباشرة رعاية لمصلحة الطفل.

فمراعاة مصالح الطفل المادية والمعنوية، في إسناد الحَضَانة إلى من يريد تربيته وحضانته ضرورية، بل قد تكون سببا في ترجيح وتفضيل بعض الحاضنين على بعض، فقد روي عن سعيد بن الحارث قال: اختصم عمٌّ وخالٌ إلى شُريح في طفل، فقضى به للعم، فقال الخال: أنا أُنفق عليه من مالي، فدفعه إليه شريح[1].

فالقاضي شريح قد رجع عن اجتهاده الأول، وأحال أمر الحَضَانة إلى الخال، لّما علم أن مصلحة الطفل معه دون العمّ، فرأى أن الخال أقدر على حماية الطفل وهو أعطف وأحنّ عليه من العم، بدليل أنه كان ينفق عليه من قبل، فأسند إليه أمر حضانته.

وعليه، يصح للحاكم أو القاضي أن يجعل أمر حضانة الطفل، إلى الأب مباشرة بعد الأمّ، إذا رآه الأصلح لذلك والأقدر عليه، أو أنه لم يعد الوقت والظروف تسمح للنساء الحضانات كالخالة والجدّة، والأخت، ليعطين للطفل ما هو مطلوب منهن عادة من عطف وحنان ورعاية، وتنشئة حسنة، وناقضن بذلك مقصود الشارع من إجراء أمر الحَضَانة للنساء، فهنا الأولى بل الواجب على ولي الأمر أو القاضي أن يسند حضانة الطفل إلى أبيه، لأنه أحد الأبوين، وهو به أرأف وأرحم .

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من مستحقّي الحَضَانة.

أصحاب الحقّ في الحَضَانة، وفقا لقواعد الشرع والقانون، عديدون ، ولهم مراتب ودرجات. والمُشرع الجزائريُّ ذكر بعضهم فقط ، ورتبهم درجة درجةً، وأغفل ذكر البعض الآخر.

فقد نصت المادة **64** من ق أ المعدَّل **84-11** على أنَّ :" **الأمّ أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.**"

---

١ - ابن حزم / المحلى، طبعة دار الفكر، ج10، ص 324.

ويقابلها المادة **154** و**157** من قانون الأحوال الشخصيّ الأردني، والمادة **55** و**57** من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة **99** من المدونة المغربية القديمة ويقابلها المادة **171** من المدونة الجديدة.

وبهذا الاعتبار، كان قانون الأسرة يجعل الأولوية للأم، ثمّ لجهة الأمّ، وجعل الأب في مرتبة متأخرة.

وإعطاء الأمّ الأولوية في هذه المسألة، ليس ترجيح تفضيل بل ترجيح رعاية، فالأب عند من يرى تأخيره رجل، وهو مطالب بالإنفاق، والإنفاق يقتضي السعي والخروج من المترل لتوفير حاجات المحضون، وفي ذا حرج وتعارض، إذ لا يستوي التفرغ لرعاية الطفل والإنفاق عليه مع مقابلته، ورعايته، فضلا عن أن الطفل قبل سنّ العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة، وحنان لا يتوفر إلا عند النِّسَاء، وبعد السنّ العاشرة يحتاج إلى الأب أكثر، لأجل المصاحبة والتوجيه.

ترتيبُ أصحابِ الحقّ في الحَضَانة في التعديلِ الجديدِ:

المادة **64**/ **84** قد عُدِّلَتْ، وعَدَّلَتْ معها مراتب أصحاب الحقّوق في الحَضَانة، فإنّ الأب الذي كانت مرتبته متأخرة عن غيره من النِّسَاء، أُعطي مرتبة أولى وأعلى من غيره، فنص المادة **64** من الأمر **05-02**جاء كالتالي:" **الأمّ أولى بحضانة ولدها، ثمّ الأب** ، ثم الجدّة لأم، ثم الجدّة لأب، ثم الخالة، ثم العمَّة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كلِّ ذلك..."

فالأب قُدِّم في سلّم مستحقّي الحَضَانة، فقد كان في الترتيب الرابع فأصبح الثاني بعد الأمّ مباشرة، ثم الجدّات لأم، ولأب قدمن على الخالة، والتي تدحرجت مرتبتها من المرتبة الثانية إلى الخامسة.

وليس الترتيب السّابق إلزاميًّا للمحكمة، ولا هو من النظام العام الذي لا يجب مخالفته، فللقاضي أن يعطي الحَضَانة إلى حاضنة متأخرة في الترتيب المذكور مراعيا مصلحة الطفل المحضون.

فعليه أن يقوم بتحقّيقٍ جادٍّ، وحيثما يرى مصلحةَ الطفلِ، يحكم بإسناد حقّ الحَضَانة له، ولو أدَّى إلى القفزِ فوق المراتب درجة أو درجتين.

وعليه نقول: إنّ الانتقال والقفز في التّرتيب، يكون إذا لم يكن السّابق أهلا للحضانة، أو أنه أخلّ ببعض واجباته. عند ذلك، ننتقل إلى من دونه مرتبة، ولو كان دونه ماديّا.

ورغم التعديل في الترتيب، إلا المشرع احتفظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال، وهذا يعني أن مصلحة الطفل فوق كل اعتبار، ومن شأنها تغيير ترتيب حقوق الحاضنين، بحيث يمكن أم يمنح حقّ الحَضَانة إلى الخالة، التي مرتبتها الخامسة إذا طلبتها، وإذا كان من شأنها ضمان مصلحة المحضون صحياّ وأخلاقيا وتربويا ودينيا وعاطفيا[1].

ولقد جاء في القرار رقم **89672** الصادر في **23 / 02/ 1993**، إنه من المقرر قانونا أنه لا يمكن مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة **64** من **ق أ ج** بالنسبة للحاضنين، إلا إذا ثبت بالدليل من هو أجدر للقيام بدور الحماية والرعاية للمحضون.

رابعا: زواج الأمّ وأثره في إسقاط الحَضَانة.

الأم جبلة أحنّ وأعطف على ولدها من غيرها، كيف لا وهو مضغة وبضعة منها، لذا كانت الأولى في سلّم المستحقّين للحضانة لا ينازعها فيها أحد، غير أن الأم قد تتلبس بأوصاف، يمكن أن تصبح خلالها أقل عناية ورعاية للولد، وتفتح مجال المنافسة لغيرها في حضانة الطفل، ومن هذه الأوصاف الزواج، فهل زواج الأم مسقط لحقّها في حضانة ابنها مطلقا، هذا محل مناقشة ومباحثة بين أهل العلم.

I – القائلون بسقوط حقّ الحَضَانة عن الأم المتزوجة.

إذا كان إسناد حضانة الطفل إلى أمه أمرا متفقا عليه، فإن الفقهاء قد ذهبوا إلى أن حضانة الأمّ للطفل يمكن أن تسقط في بعض الحالات، كأن تتصف بوصف يتنافى مع شروط الحَضَانة الواجبة، ومن ذلك زواجها، فإذا تزوجت الأمّ، ودخل بها سقطت حضانتها لطفلها، وأصبح غيرها أفضل منها.

---

١ – عبد العزيز سعد / قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 140.

فالحَضَانة عند الحنفية للأم، وهي أحقّ بها ما لم تتزوج، قال الزيلعي: وإنما كانت الأمّ أحقّ، لأن الأمّة أجمعت على أنّ الأمّ أحقّ بالولد، ما لم تتزوج بزوج آخر[1].

قال ابن عبد البر: الأمّ أولى بحضانة ولدها وبرضاعه من غيرها إذا طلقها زوجها أبدا، ما لم تتزوج، فإن تزوجت فالجدّة أم الأمّ أولى...[2]

وذكر ابن وهب عن مالك قال: الأمّ أحقّ بالولد ما لم تتزوج، ثم لا حضانة لها، بذلك قضى أبو بكر على عمر، فإذا أثغروا فوق ذلك، فلا حضانة لها[3].

وهو مذهب الشافعي حيث قال: الأمّ أحقّ بالولد ما لم تتزوج، وعلى أبيه نفقته ولا يمنع من تأديبه.[4]

وقال ابن مفلح موضحا رأي الحنابلة: ومن شروط الحاضنة أن لا تكون متزوجة لأجنبي من الطفل، لأنها تشتغل عن الحَضَانة بحقوق الزوج، وظاهره ولو رضي الزوج[5]، وهذه هي الرواية المشهورة عن الإمام أحمد.

فمذهب الجمهور، أن الأمّ أحقّ بالحَضَانة فإذا تزوجت، سقطت عنها سواء أكان المحضون طفلا أو بنتا.

قال الخطابي:" ولم يختلفوا أن الأمّ أحقّ بالولد الطفل من الأب ما لم تتزوج، فإذا فإذا تزوجت فلا حقّ لها في حضانة[6]".

وهل تسقط حضانة الأم إذا تزوجت، وكان زوج نسيبا أو قريبا للطفل المحضون، أم تبقى قائمة، هذه المسألة كانت محل تفصيل عند الفقهاء.

---

١ – الزيلعي فخر الدين عثمان الحنفي / تبيين الحقّائق شرح كنز الدقائق، طبعة دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، سنة 1313هـ، ج03، ص46.

٢ – ابن عبد البر / الكافي، ص296.

٣ – ابن عبد البر / الاستذكار، ج07، ص 291.

٤ – مختصر المزني، ج01، ص234.

٥ – ابن مفلح / المبدع ، ج08، ص234. والبهوتي / شرح منتهى الإرادات، ج03، ص250.

٦ – الخطابي / معالم السنن، ج03، ص282.

فعند الحنفية تسقط الحَضَانة بتزوج الحاضنة من غير محرم للصبي، دخل بها أم لا، أو بسكناها عند مبغض له، وعللوا ذلك بكون زوج الأم، إذا كان أجنبيا، يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا[1].

وشرط الحَضَانة عند المالكية، بالنسبة للمرأة الحاضنة، خلوها عن زوج دخل بها، فإن دخل بها سقطت لاشتغالها بأمر الزوج، فالحَضَانة تسقط بالدخول بالمرأة الحاضنة لا مجرد العقد عليها[2].

والزوج الثاني عندهم إما أن يكون محرماً أو لا؟ وفي كلّ منهما إمّا أن تكون له الحَضَانة أو لا ؟ فالأقسام أربعة تسقط حضانة المتزوجة بواحد منها، وهو ما إذا كان غير محرم ولا حضانة له، كابن الخال والأجنبي، ولا تسقط في الباقي، وهو المحرم الذي له الحَضَانة كالعمّ، والذي لا حضانة له كالخالّ، وغير المحرم الذي له الحَضَانة كابن العمّ[3].

وأما الحنابلة، فقد صرحوا بأنّه لا حضانة لامرأة متزوجة بأجنبي من محضون زمن العقد، لأن الزوج يملك منافعها بمجرد العقد، ويستحقّ منعها من الحَضَانة، فهو أشبه ما لو دخل بها، فإن تزوجت بقريب محضونها ولو غير محرم له، لم تسقط حضانتها.

وقالوا: لو رضي الزوج الثاني بحضانة الأم لطفلها من غيره، فإنها لا حضانة لها أيضا[4].

وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد، أن الأمّ أحقّ بالبنت حتّى تبلغ، ولفظها من رواية مهنا[5]: مهنا[5]: الأمّ أحقّ بالجارية حتّى تستغني، قيل له: وما غنى الجارية ؟ قال : حتّى تتزوج. ويستدل ويستدل لذلك بقول النبي:" **أنت أحقّ به ما لم تنكحي**"، وبقصة ابنة حمزة[6].

---

١ – ابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص183. والكليبولي /مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج02، ص 168.

٢ – الدردير/ الشرح الكبير، ج02، ص 529.

٣ – التسولي / البهجة في شرح التحفة، ج01، ص 653.

٤ – البهوتي / شرح منتهى الإرادات، ج03، ص 250. الروض المربع ، ج03، ص 249.

٥ – مهنا بن يحيى الشامي السلمي، أبو عبيد الله من كبار أصحاب الإمام، روى عنه مسائل كثيرة وكتب عنه عبد الله بن أحمد عدة مسائل. قال مهنا لزمت أبا عبد الله ثلاثا وأربعين سنة . يراجع: أبو يعلى / طبقات الحنابلة، ج01، ص 345.

٦ – بهذا اللفظ أخرجه الدار قطني في السنن، ج 03، ص 305، رقم 220. وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج 02، ص 572. وقصة ابنة حمزة سيأتي ذكرها.

وأما الشافعية، فالحَضَانة تسقط عن المرأة بمجرد زواجها، إذا كان الزوج الثاني أجنبيًّا عن الطفل، قال النووي:" ولا حضانة لرقيق ومجنون وفاسق وكافر على مسلم ،وناكحة غير أبي الطفل، إلا عمه وابن عمه، وابن أخيه في الأصح"[1].

وهذا حتى ولو عقد عليها فقط و لم يدخل بها، أو رضي الزوج أن يدخل الطفل داره، فلا اعتبار لإذنه، وعللوا ذلك بأن الزوج ربما تراجع عن قراره، فتضرر الطفل من جراء ذلك[2].

2 – القائلون بعدم سقوط الحَضَانة عن الأم المتزوجة.

هناك قول ثان مخالف للمشهور، وهو أن الحَضَانة لا تسقطُ بالتزويج بحال، سواء تزوجت بقريب أو غير قريب للولد، ولا فرق في الحَضَانة بين الأيِّم وذوات البعل، وحُكي هذا المذهبُ عن الحسن البصري، وهو قول أبي محمد بن حزم حيث قال:" لا يسقط حقّ الأم في الحَضَانة بزواجها إذا كانت مأمونة، وكان الذي تزوجها مأمونا."[3] وبه قضى يحي بن حمزة، وقال صاحب نيل الأوطار، إنه مروي عن عثمان[4].

وقال البعض: إن النكاح إنما يسقط حضانة الأم وحدها، حيث كان المنازع لها الأب، ولا يَسْقُط حقّ غيرها، ولا حقّ الأم، إذا كان المنازع لها غير الأب، وإليه ذهب ابن جريج[5].

---

١ – النووي / منهاج الطالبين، ج01، ص 121. ولقد حكى البعض كالشوكاني وسمش الحقّ العظيم آبادي، أن مذهب الشافعي هو أن الحَضَانة تسقط بزواج الحاضنة مطلقا، كان الزوج أجنبيا أم غير أجنبي. نيل الأوطار، ج 07، ص 139، وعون المعبود، ج06، ص 265. وهو مخالف لنقول فقهاء الشافعية، فمثلا قال النووي:" فلو نكحت أجنبيا سقطت حضانتها لاشتغالها بحقّوق الزوج فلو رضي الزوج لم يؤثر". روضة الطالبين، ج09، ص100. والشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 455.

٢ – الشربيني / مغني المحتاج، ج03، ص 455.

٣ – ابن حزم / المحلى، ج10، ص 325.

٤ – ابن القيم / زاد المعاد، ج 05، ص 454. والشوكاني، محمد بن علي / نيل الأوطار، طبعة دار الجيل، بيروت، سنة 1973، ج07، ص139. ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحدّ، ص 296.

٥ – الشوكاني / نيل الأوطار، ج 07، ص 138. وشريك ابن جريج هو زياد بن سعد بن عبدالرحمن الخراساني أبو عبد الرحمن، سكن مكة ثم تحول إلى اليمن، ابن حجر /تهذيب التهذيب، ج03، ص 318.

التّرجيحُ والسّياسة الشّرَعية في المسألة :

حتى يتبين لنا أصل وقوة كل رأي من الآراء السابقة، لابد من الوقوف على أدلتهم والعلل التي بنوا عليها أحكامهم.

1 – مما استند عليه عليه الجمهور في قولهم، إن الحَضَانة تسقط عن المرأة بمجرد زواجها جملة أدلة منها:

عن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : " **أنت أحقّ به ما لم تنكحي** "[1].

فالحديث دلّ على أنّ الأم، إذا نكحت سقط حقّها في الحَضَانة، وإليه ذهب الجمهور[2].

وأما من المعقول: فإن زواج الأم بأجنبي فيه إضاعة لحقّ الصغير، لما فيه من اشتغالها بحقّوق الزوج عن مصالح صغيرها، وفي هذا الزواج تغذية للطفل الحبضون وتربيته في نعمة غير نعمة أقاربه، وإن ذلك يكون فيه نوع من المنّة والغضاضة عليهم، قال الماوردي:" ولأن على الولد وعَصابته عارا في مقامه مع زوج أمه..."[3]

كما أن في إسقاط الحَضَانة عن المرأة المتزوجة، فيه مراعاة لحقّ الزوج، حتى لا يتنغص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة، بأن تكون منشغلة بحضانة طفل ليس منه، فتتنكد معيشة المرأة، وتتكدر بخلافها المستمر مع زوجها لأجل تلك الحَضَانة والرعاية، بل قد يلقى الصغير معاملة قاسية وسيئة من زوج أمه، ويكون ذلك سببا لظهور الكراهية والبغضاء بين المرأة و زوجها وحتى بين الزوج والطفل الصغير، مما ينتج عنه من آثار وخيمة على نفسية الطفل وسلوكه.

---

١ – رواه البيهقي في السنن الصغرى (نسخة الأعظمي)، مكتبة الرشد، الرياض، طبعة 2001، ج06، ص557.

٢ – الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير / سبل السلام، تحقّيق: عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، ط 04/ 1379هـ، ج03، ص227.

٣ – زكريا الأنصاري / أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج03، ص448.

قال الكاساني معللا سقوط حضانة المرأة بزواجها:" ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب، لأنه يبغضه لغيرته، وينظر إليه نظر المغشي عليه من الموت، ويقتر عليه النفقة، فيتضرر به.[1]"

وقد علل الجمهور، استثناءهم لسقوط الحَضَانة عن المرأة الحاضنة إذا تزوجت، بمن كان قريبا أو نسيبا للطفل المحضون، بأن الضرر منتفٍ عن الطفل الصغير، لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة[2].

واستدلوا بما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقُتل عنها يوم أحد، وله منها ولد، فخطبها عمٌّ ولدها ورجل إلى أبيها، فأنكح الرجل، وترك عمّ ولدِها، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عمَّ ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم أباها فقال: أنكحت فلانا فلانة ؟ قال: نعم، قال: أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عمّ ولدك[3].

فالزوج القريب غالبا ما يكون له عطف خاص على الطفل، فجاءت الشريعة متماشية مع ذلك.

2 – واستدل الفريق القائل بعدم سقوط الحَضَانة عن المرأة الحاضنة إذا تزوجت، بأدلة منها:

– ما جاء في الصحيح[4] عَنْ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ : " أَنَّ ابْنَةَ حَمْزَةَ اخْتَصَمَ فِيهَا عَلِيٌّ وَجَعْفَرٌ وَزَيْدٌ، فَقَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَحقّ بِهَا هِيَ ابْنَةُ عَمِّي، وَقَالَ جَعْفَرٌ: بِنْتُ عَمِّي وَخَالَتُهَا تَحْتِي، وَقَالَ زَيْدٌ: ابْنَةُ أَخِي، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِخَالَتِهَا وَقَالَ:" **الْخَـــالَةُ بِمَنْزِلَةِ**

---

١ – الكاساني / بدائع الصنائع، ج04، ص 42.

٢ – ابن نجيم / البحر الرائق، ج04، ص 183. والمرغناني / الهداية شرح البداية، ج02، ص 37.

٣ – عبد الرزاق في المصنف، ، ج 06، ص 147، رقم 10304. قال ابن حزم: هذا الحديث مرسل وفيه مجهول ومثل هذا لا يحتج به، المحلى، ج10، ص 325.

٤ – البخاري، باب: كم اعتمر النبي صلى الله عليه و سلم، ج02، ص 630، رقم 1685.

الْأُمِّ "، وَرَوَاهُ أَحْمَدُ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ ، وَفِيهِ: "**وَالْجَارِيَةُ عِنْدَ خَالَتِهَا، فَإِنَّ الْخَالَةَ وَالِدَةٌ** [1]"

وقالوا: ظاهر الحديث أن حضانة المرأة المتزوجة أولى من الرجال، فإنّ عصبة المذكورة – بنت حمزة – من الرجال موجودون طالبون للحضانة، كما دلّت القصّة على اختصام عليّ رضي الله عنه وجعفر وزيد بن حارثة، وأنه قضى بها للخالة وقال:" **الخالة بمنزلة الأم** "، وقد وردت رواية في القصة أنه صلى الله عليه وسلم قضى بها لجعفر.

واستشكل البعض قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بها لجعفر، فإنه ليس مَحْرَمًا، وهو وعليّ رضي الله عنهما سواء في القرابة لها.

وقد أجيب عنه، أنه صلى الله عليه وآله وسلم قضى بها لزوجة جعفر وهي خالتها، فإنها كانت تحت جعفر، لكن لما كان المنازع جعفرا، وقال في محلّ الخصومة، بنت عمي وخالتها تحتي، أيّ زوجتي، قضى بها لجعفر لما كان هو المطالب ظاهرا. وقال: **الخالة بمنزلة الأم** إبانة بأن القضاء للخالة[2].

فالشاهد في القصة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بحضانة ابنة حمزة لخالتها، رغم أنها كانت متزوجة، وهو دليل على أن الزواج غير مسقط للحضانة.

واستنبط من القصة أن الحقّ في المتزوجة لزوجها، وإنما تسقط حضانتها، لأنها تشتغل بالقيام بحقّه وخدمته، فإذا رضي الزوج بأنها تحضن من لها حقّ في حضانته، وأحب بقاء الغيب في حجره لم يسقط حقّ المرأة من الحَضَانة، وهذه القصة دليل الحكم[3].

ومما استدل به ابن حزم على عدم سقوط الحَضَانة عن المرأة بالزواج، ما روي عن أنس بن مالك قال: " قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يارسول الله إنّ أنسا غلام كَيِّس فليخدمك، قال: " فخدمته في السفر والحضر ".

---

١ – أحمد في المسند، ج02، ص 161، رقم 770.

٢ – الصنعاني / سبل السلام، ج03، ص 226 – 227.

٣ – الشوكاني / نيل الأوطار، ج07، ص 138. والصنعاني / سبل السلام ج03، ص 227.

قال ابن حزم: فهذا أنس في حضانة أمه ولها زوج، وهو أبو طلحة بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا فرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم والربيبة زوجة الأب، بل في الأغلب، الربيب أشفق وأقل ضررا من الربيبة، وإنما يراعى في كل ذلك الدين، ثم صلاح الدنيا فقط[1].

وكذا أم سلمة تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها[2].

والظاهر أن سقوط حضانة المرأة بزواجها ليس حقّا لله، أي ليس من الحقّ العام، ولا من المصلحة العامة التي لا تقبل السقوط، وليست أمرا تعبديا، غير قابل للتعليل ولا التقصيد، بل الحَضَانة في أصلها ما شرعت إلا لمصلحة الطفل، فلا يترك بلا حفظ ولا رعاية، فيكون عرضة للهلاك أو الضياع، وسقوط الحَضَانة عن المتزوجة، إنما شرع من أجل الحفاظ على حقوق الزوج، لأن التقصير في حقّوقه من طرف الزوجة، يعني أنه سوف يؤدي إلى منه الإنتقام من الطفل، فينظر إليه شزرا، ويعطية نزرا، ويحمله وزرا.

وقد يرى أب الصغير وعَصابته نوعا من العار والمهانة، أن يُربَى ابنهم في حضن غيرهم، وينشأ في نعمته، فيكون ذلك سببا في رزع الفتنة والشقاق بينهم، ولا شك أن الضرر سوف يتسرب إلى الطفل، فيترعرع في جو مشحون بالخلاف، فيؤثر ذلك في نفسيته وسلوكه.

ففي أخذ الإذن من أب الصغير في إبقائه مع أمه عند زواجها، وكذا قبول الزوج الثاني ورضاه بأن يتربى الطفل الصغير في بيته، بلا حرج ومشقة، ضمان للحياة العادية والتربية السليمة للطفل، فلا يتخلف المقصود الشرعي من تشريع الحَضَانة، فتكون بذلك الحَضَانة حصانة له من الضياع والانحراف.

والمتتبع لكلام الفقهاء يجد أن البعض منهم قد صرح، بأنه إذا وقع الرضا والقبول من الزوج بتربية الصغير، فلا يسقط حقّ الأم في حضانة ابنها بالزواج.

---

١ - ابن حزم / المحلى، ج10، ص325.

٢ - الصنعاني / سبل السلام، ج03، ص227.

قال الماوردي: لا يختلف المذهب أن أزواجهنّ – أي أزواج الحاضنات – إذا لم يمنعهن يكن باقيات على حقّهنّ، فإذا أذن زوج لواحدة منهنّ فقط، فهي الأحقّ به، وإن بعُدت، أو زوج ثنتين قدمت قرباهما[1].

وقال الرحيباني من الحنابلة: ولو اتفق أب المحضون وأمه، على أن يكون المحضون في حضانتها وهي مُزوَّجة، ورضي زوجها جاز."[2]

وإليه مال الصنعاني، حيث قال:" فإذا رضي الزوج بأنها تحضن من لها حقّ في حضانتها، وأحب بقاء الطفل في حجره، لم يسقط حقّ المرأة في الحَضَانة."[3]

فسقوط حضانة المتزوجة إنما هو لحقّ الزوج، وحفاظا على مصالحه، فإذا رضي بتنشئة ورعاية الصغير في داره، كان هذا ضمنا لرضاه وتنازله عن بعض حقوقه لصالح الطفل الصغير، وذلك بأن تتكفل به أمه وترعاه مع حرصها على خدمة زوجها وتوفير مصالحه.

ويرى ابن القيم أن سقوط حقّ الحَضَانة بالزواج هو حقّ للزوج الجديد، فإذا رضي الزوج بذلك، فليس هناك أي سبب لسقوط حقّها في الحَضَانة، وسقوط الحَضَانة بالزواج ليس حقّا لله، وإنما هو حقّ للزوج، وللطفل وأقاربه، فإذا رضي من له الحقّ جاز، حيث قال: إن الزوج إذا رضي بالحَضَانة، وآثر كونَ الطفل عنده في حجره، لم تسقط الحَضَانة، وهو مبني على أصل، وهو أن سقوطَ الحَضَانة بالنّكاح هو مراعاةٌ لحقّ الزوج، فإنّه يتنغص عليه الاستمتاعُ المطلوبُ من المرأة، لحضانتها لولد غيره، لهذا كان للزوج أَن يمنعها مِن هذا مع اشتغالها بحقوقِه، فتضيع مصلحة الطفل، فإذا آثر الزوجُ ذلك وطلبه، زالت المفسدةُ التي لأجلها سقطت الحَضَانة، والمقتضي قائم، فيترتب عليه أثُره.

---

١ – حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، ج04، ص124. والرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس / نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. طبعة دار الفكر للطباعة، بيروت، سنة 1404هـ، ج07، ص 231.

٢ – الرحيباني / مطالب أولي النهى، ج05، ص 668

٣ – الصنعاني / سبل السلام، ج03، ص 230.

و سقوط الحَضَانة بالنكاح ليس حقّاً للّه، وإنما هو حقّ للزوج وللطفل وأقاربه، فإذا رضيَ من له الحقّ جاز، وظهر أن هذا الحكمَ – في قصة بنت حمزة – مِن رسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من أحسن الأحكام وأوضحِها وأشدِّها موافقة للمصلحة، والحكمة، والرحمة، والعدل[1].

وباب السّياسة الشَّرعية في المسألة، يتمثل في استفراغ ولي الأمر أو القاضي وسعه في مراعاة الأصلح للطفل، فلا ينبغي الحكم بسقوط الحَضَانة عن المرأة بزواجها ولا عده أصلا ولا تعميمه، فإذا رأى مصلحة الطفل في إبقائه مع أمه حكم لها بالحَضَانة ولو تزوجت، فلو تضرر الصّبي بإبعاده عن أمه، و لم يرض بغيرها فلا تسقط حضانتها. لذا قال المالكية: إذا تزوجت الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون، و لم يقبل الولد غيرها، فإنها تبقى على حضانتها، كان المحضون رضيعا أو غيره[2].

قال التسولي: ومحل سقوط الحَضَانة بالتزوج، إذا لم يتعلق الولد بأمه، ويكون عليه ضرر في نزعه منها، وإلا لم تسقط حضانتها و لم يترع منها للضرر اللاحقّ بالولد[3].

بل إذا رأى بعد البحث والتحري، أن إبقاء الطفل مع أمه ليس في مصلحته، كأن يكون الوسط التي اختارت الأم العيش فيه مع زوجها الجديد، لا يساعد في تربية الطفل تربية سوية ولا قويمة، وأن تنشأته لا تتناسب مع الرعاية السليمة الصالحة، إذ أصبح الطفل عرضة للانحراف وسوء الأخلاق، أو لم يأمن عليه حتى من الناحية الجسدية، كأن يخشى من الاعتداء عليه أو على ماله وممتلكاته، أو أنه سوف يتعرض للمعاملة القاسية من طرف زوج أمه، أو أحد أقاربه، أوأن الأم لا تستطيع الجمع ولا التوفيق بين مصالح زوجها وتربية ولدها، فحينئذ يجب على ولّي الأمر أو القاضي، إلزام الحاضنة بالتنازل عن الحَضَانة، ويترجح هنا القول بأن الحَضَانة حقّ للطفل على الحاضنة، لا حقّ للحاضنة على الطفل، وأن مصلحة الطفل أعلى وأولى، وأن مصلحة الحاضنة تهدر أمام مصلحته.

والذي أراه، أنه يتعين على ولي الأمر إبقاء الحَضَانة للأم خاصة، إذا كان الطفل يعاني من عاهة أو مرض مزمن يستوجب حرصا ورعاية، وأن حالته الصحية تتطلب متابعة دقيقة، وهذا

---

١ – ابن القيم / زاد المعاد، ج05، ص 484.

٢ – الصاوي / بلغة السالك، ج02، ص 498. والدردير/ الشرح الكبير، ج02، ص 530.

٣ – البهجة في شرح التحفة، ج01، ص 654. والحطاب / منح الجليل، ج04، ص 427.

ضمان للتربية العادية للطفل، ورعاية لشؤونه وحاجاته التي جاءت الشريعة من أجل الحفاظ عليها.

وقد مال ابن عابدين إلى عدم سقوط الحَضَانة بزواج المرأة الحاضنة، إذا كان فيه مصلحة للصبي، ورضي الزوج أن يتربى الصغير في حجره، وأنه يتعين على المفتي ألا يصدر حكما ولا فتوى تعمم على جميع الحالات، بل يراعي الظروف والملابسات المحيطة بالحياة الجديدة للحاضنة المتزوجة، فإذا رآها تسارع في المحافظة على مصالح الطفل، حكم بإسناد الحَضَانة إليها، حيث قال: الأصوب التفصيل، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حقّ، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها، بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له – أي زوجة ثانية – وأنت عليم أن سقوط الحَضَانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعزّ عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها، ليؤذيه ويؤذيها، أو ليأكل من نفقته، أو نحو ذلك. وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك، لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار أمر الحَضَانة على نفع الولد[1].

ولقد أفتى ابن زرب[2] من المالكية فيمن تزوج امرأة وله ولد صغير من غيرها، فأراد إمساكه بعد البناء وأبت ذلك، أن إذا كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله، أجبر على إخراجه، وإلا أجبرت على بقائه. ولو بنى بها والصّبي معه، ثم أرادت إخراجه لم يكن لها ذلك[3].

فالمعتبر في كل حال هو مصلحة الصبي، وأن يحمى من جميع ما يؤذيه، فلا يترك غرضا للهلاك والضياع.

---

١ – ابن عابدين / حاشية رد المحتار ، ج03، ص 565.

٢ – محمد بن يبقى بن زرب، أبو بكر: من كبار القضاة وخطباء المنابر بالأندلس. ولي القضاء بقرطبة (سنة 367) في أيام المؤيد الأموي (هشام) له كتاب الخصال، توفي سنة 317هـ، القاضي عياض / المدارك، ج02، ص233.

٣ – عليش / منح الجليل، ج04، ص 396.

وينبغي التنبيه على أن الحَضَانة إنما أسندت إلى المرأة المتزوجة، على أساس أنها الأصلح والأوفق للطفل، فإذا تغيرت الظروف وتبدلت الأحوال، وأصبح الطفل عرضة للإهمال والضياع وسوء التربية، وجب الحكم بترع الحَضَانة منها وإحالتها إلى غيرها، ممن هو قادر على توفير الأفضل للصبي، فالحكم بإسناد الحَضَانة إلى الحاضنة المتزوجة، يدور مع مصلحة الطفل وجودا وعدما.

خامسا: موقفُ القانون من إسقاط الحَضَانة عن المُتزوجَة.

من الشروط التي فرضها قانون الأسرة على الحاضنة ألا تكون متزوجة، فلها الحقّ في رعاية الطفل وصيانته ما لم تكن متزوجة، فإذا تزوجت سقط عنها حقّ الحَضَانة، فقد جاء في المادة **66** من ق أ ج أنه يسقط حقّ الحاضنة بالتزوج، بغير قريب محرم...

أي في حالة زواجها بأجنبي عن الصّبي، فإن الحَضَانة تحال إلى من طلبها من مستحقّي الحَضَانة، الذين تتوفر فيهم الشروط.

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى أن حقّ الحاضنة لايسقط بزواجها، وبهذا أخذ واضعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في المادة **166** حيث نصت على أنه:" **إذا تزوجت الحاضنةُ ومَانع وليُّ الطفلِ أو الحاضنةُ التاليةُ في بقائِه تحت حضانتِها، فللقاضي منعُ الحَضَانة عن المتزوجةِ، إذا رأى استمرارَها منافياً لمصلحةِ الطفلِ**".

فالمادة قد صيغت على أساس أن زواج الحاضنة لا يتحتمّ معه سقوط حضانتها، بل يترك التقدير للقاضي في كل حادثة بخصوصها[1].

وذهب المشرع المغربي في المدونة الجديدة في المادة **174** إلى أن الحاضنة إذا لم تكن أمّا وتزوجت، فإن حقّها في الحَضَانة يسقط إلا في حالتين:

1 – إذا كان زوجها قريبا مَحْرَمًا .

2 – إذا كان زوجها نائبا شرعياً للمحضون.

وأما الأم، فإنّ زواجها لا يسقط حقّها في الحَضَانة في الأحوال التالية:

---

١ – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 297.

1 – إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقها ضرر بفراقها.

2 – إذا كان بالمحضون علّة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.

3 – إذا كان زوجها قريبا مَحْرَمًا.

4 – إذا كان نائبا شرعيّا للمحضون.

وزواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحاضنة، وتبقى نفقة المحضون على الأب[1].

١ – المدونة المغربية المادة 175، ص 49.

خاتمة:

من خلال هذه الدّراسات، يمكن أن نصلَ إلى أنّ السِّيَاسَة الشَّرْعية، هي الأحكام التي تنظم بها مرافق الدولة، وتدبر بها شؤون الأمة، مع مراعاة أن تكون متفقةً مع روح الشّريعة، نازلةً على أصولها وقواعدها الكلية، محققة لأغراضها الاجتماعية، ولو لم يدلَّ عليها شيء من النّصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب أو السنة، فهي ستند على أصول متينةٍ، من قياس واستحسان ومصالح مرسلة واعتبار المآلات، فهي سياسة مبنية على الإيمان بأن أصولها من الله تعالى.

وهي مُستقاة من منابع الشّريعة الأصلية، وقائمة على مبادئها الأساسية، فهي وإن كانت في الظاهر شيئا غير الفقه الاصطلاحي المدوّن الذي استنبطه الفقهاء، فإنها من الفقه الحقيقي، الذي يحقق مقاصد الشّريعة في رعاية مصالح العباد، والذي تستقيم به الشؤون العامة.

وهي ليست من الفقه الثابت، الذي لا يتحول ولا يختلف باختلاف الأزمنة والأحوال، ولكنها من الفقه المرن أو المتحرك، الذي يراعى فيه مسايرة الزمن، ويحقق المطالب التي تتجدد وتتنوع حسب تطورات الأمم وأحوال الأفراد.

والسِّيَاسَة الشَّرْعية، ترجع في جملتها إلى التيسير، ورفع الحرج، ومبدأ الحكم بالعدل، وأنّ أمر المسلمين يدار بما يحقق مصالحهم ويكفل سعادتهم.

وأهم النتائج التي يمكن أن تستوقفنا في هذه الدراسة هي:

1 – السِّيَاسَة الشَّرْعية، سلطة تقديرية تمنح للحاكم باعتباره نائبا على الأمة كلِّها، يدبر من خلالها شؤون الرعية، مستفرغا جهده مصوبا نظره بما يحقق مصلحتها، والسِّيَاسَة الشَّرْعية تتسعُ لتشمل الجوانب السياسية والاجتماعية وغيرها، والمجالات القضائية والتشريعية والتنظيمية، ولا تحصر في مجال الحدود والتعازير فقط.

2 – السِّياسَة الشّرْعية قد تكون أداة استدلالية أو وسيلة منهجية في التوصل إلى الحكم الشّرعي، وبناؤه وفق مقتضاها، وهي تسهم في بناء الأحكام المحققة لمصالح الأمة، فهي أداة استدلالية، وظيفتها استنباط الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين وشؤونهم.

كما يمكن اعتبار السِّياسَة الشَّرعيَة، سلوكا أو نشاطا أو حركة صادرة من وليّ الأَمْر، موجها نحو غاية مرسومة تحقيقا لمصالح الأمة.

3 – الاجتهاد السّياسي هو أن يستفرغ وليّ الأَمْر جهده ويبدل طاقته في الوصول إلى حكم شرعي، يدبِّر من خلاله شؤون الأمة، بجلب المصالح لها ودفع المفاسد عنها.

4 – الاجتهاد السِّياسي مما ينفرد به وليّ الأَمْر، دون غيره من الفقهاء وأهل الفتوى، لتوافره على عنصر أساس وهو الإلزام، بخلاف العالم أو المفتي، الذي يتوقف دوره فقط على الإخبار والإعلام.

5 – السِّيَاسَة الشَّرْعية ليست مصدرا جديدا، ولا دليلا مستقلا عن مصادر التشريع المعروفة، كالكتاب والسنّة والقياس وغيره، بل هي منهج أوخطة اجتهادية، يصدر من خلالها وليّ الأَمْر، للنّهوض بمصالح الأمة مستندا على أدلة الشّرع وقواعده المعروفة، كالمصالح المرسلة وسد الذرائع، واعتبار المآلات، والعدل، والتيسير، ورفع الحرج.

6 – كل سياسة لا تعمد على الشّريعة كأساس، ولا تعتبر قواعد التشريع مستندا، فهي سياسة جائرة أو سياسة وضعية هشّة وليست من السِّيَاسَة الشَّرْعية في شيء، وإن أُلبست لبوسها أو سميت بمسماها.

7 – السِّيَاسَة الشَّرْعية هي البديل الوحيد عن القوانين والتّشريعات الوضعية القاصرة والمقصرة، ويجب على ولاة الأمور التمسك بها، لقيادة الأمة قيادة راشدة جادة في كافة مجالات الحياة.

8 – السِّيَاسَة الشَّرْعية، تدبير وسلطة يختص بها وليّ الأَمْر الذي اجتمعت فيه شروط الاجتهاد، أو شاور أهل العلم والاجتهاد، فلا يمكن لمن نزل عن هذه المرتبة، أو تجرد عن هذا الوصف، أن يكون تصرفه من قبيل السِّيَاسَة الشَّرْعية .

9 – لا مجال للاجتهاد السِّياسي في ثوابت الدين وقطعيات الشّريعة، ولا فيما ثبت فيه دليل خاص، سواء أكان نصا غير معلل أو نصا معللا، ولكنه بني على مصلحة ثابتة غير متغيرة.

10 – السِّيَاسَة الشَّرْعية لا تختص بالبحث في المواضيع التي لا نص فيها، بل قد تكون فيما فيه نص، كأن يكون النّص مبنيا على عادة أو عرف أو مصلحة متغيرة.

11 – الاجتهاد السِّياسي الشّرعي اجتهاد حركي مرن وغير ثابت، فإذا تغيرت المصلحة التي بني عليها، تغير الاجتهاد، فلا يصح أن يستقر على مرور الأزمان، فهو يدور مع مصلحة الأمة، فحيث لا مصلحة فلا حكم سياسي.

12 – أحكام السِّيَاسَة الشّرعية لا ترتقي إلى درجة القطع، بل هي ظنية مبنية على الاجتهاد وتحريّ العدل والمصلحة.

13 – الحكم السِّياسي الشّرعي الصادر عن وليّ الأَمْر المجتهد، يرفع الخلاف بين الفقهاء في المسائل الخلافية، لأن اجتهاده واخياره لقول معين يجعله لازما واجب التطبيق على الكلّ، بما فيهم الفقهاء.

14 – وجوب طاعة وليّ الأَمْر فيما أمر به أو نهى عنه، ما لم يكن فيه معصية لله تعالى، ولأن في طاعته رصا لصف الأمة ودعما لوحدتها.

15 – لوليّ الأَمْر أن يقيد المباح، بأن يضبطه بضوابط، أو يقيده بشروط، أو ينهى عنه جملة، أو يأمر به إذا رأى في ذلك مصلحة للأمة.

16 – تقييد المباح ليس أمرا أبديا مستمرا، بل يدور مع المصلحة وجودا وعدما، فقد يأمر الحاكم بفعل المباح وقتا، وينهى عنه في وقت آخر، إذا تغيرت المصلحة.

17 – الأمر بفعل المباح أو النهي عنه، ليس منصبا عند التحقيق على نفس الفعل المباح، وإنما هو موجه إلى صفات وعوارض تلبست بأصل المباح.

18 – إن مسائل الأحوال الشخصية القائمة على مصالح ثابتة، ليست مجالا للسياسة الشّرعية، بخلاف المبنية على المصالح المتغيرة والأعراف المتبدلة.

19 – السِّيَاسَة الشّرعية، تكسب وليّ الأَمْر مرونة وسهولة في التعامل مع القضايا التي تعتري الأمة، من أجل أن يجد لها حلاًّ مناسبا.

20 – إن كثيرا من القضايا، التي يظهر أنها من المسلمات بل من المقدسات، فيها مجال للبحث والنقاش، ويمكن أن يعاد فيها النظر وفق الأصلح للأمة.

21 – وجود علاقة قوية ومتينة بين الترجيح في الاجتهاد السِّياسي ومقاصد الشّريعة والنظر المصلحي.

22 – مسائل الأحوال الشّخصية، مجالٌ واسع لاستثمار القواعد الفقهية والأصولية، وتدريب الطالب على كيفية الاستدلال، واستنباط الأحكام للقضايا والنوازل التي تلمُّ بالأمة.

23 – ضرورة تفعيل وترسيخ الاعتماد على السِّيَاسَة الشّرعية، كوسيلة أصيلة، وعدم قصرها على العقوبات، فيمكن العمل بها في المعاملات المالية والتنمية الاقتصادية والاستثمار المالي وغيره.

24 – إن العمل بالسِّيَاسَة الشّرعية يعني بالضرورة، فتح المجال للاجتهاد والنّظر الفقهي والسِّياسي، وأن في إغلاق باب الاجتهاد إلغاء للسياسة الشّرعية.

25 – السِّيَاسَة الشّرعية، تقتضي معرفة الواقع معرفة دقيقة، والاطلاع على أحوال المكلفين، وتتبع كلّ التغيرات التي تحدث، أو يمكن أن تحدث في الأمة، وذلك لمعرفة الأمور قبل وقوعها، ودرء المفاسد قبل نزولها، وهذا كإجراء استباقي للنوازل.

26 – لابد من الاهتمام بمجالات السِّيَاسَة الشّرعية، والتكثيف من الدراسات فيها، سواء في جوانبها النظرية أوالتطبيقية.

27 – محاولة التنظير بل التقعيد للسّياسة الشّرعية، وخاصة ضوابط الاجتهاد السِّياسي، إن من حيث الفهم أو التنزيل.

28 – على المهتمين بالدّراسات القانونية أن لا يحرموا أنفسهم، من الخيرات والكنوز الموجودة في الشّريعة الإسلامية، وأن يستفيدوا من السِّيَاسَة الشّرعية، كمنهج قويم وأصيل في الوصول إلى الحقّ.

وأشير في الأخير إلى أنّ هذه الدّراسة ما هي إلا محاولة بسيطة ومتواضعة، حاولت من خلالها تلمس منهج الاجتهاد السِّياسي الشّرعي، والتّعرف على معالمه وضوابطه ومجالاته، ومن ثم تطبيقه على بعض مسائل الأحوال الشّخصية، والتي فيها مجال رحب، لتجديد النّظر والاجتهاد السِّياسي، ولا أدّعي أني طرقت الموضوع في كلّ جزئياته، ولا عالجته من جميع الجوانب، بل تبقى كثير من المسائل قابلة للدّرس والبحث، منها رقابة وليّ الأَمْر على الشّروط الاتفاقية أو الجعلية بين الزّوجين، وخاصة عند تغير الظروف وطروء الضرر، ومسائل التنزيل أو الوصية الواجبة وميراث المسلم من قريبه الكافر، وغيرها.

الفهارس

فهرس الآيات

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس الأعلام

فهرس المراجع والمصادر

فهرس المواضيع

الآيات	الصفحة
﴿ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ ۝٢ ﴾ البقرة: ١ – ٢	573
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعْبُدُوا۟ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُمْ وَٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ۝٢١ ﴾ البقرة: ٢١	214
﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ۚ ۝١٠٢ ﴾ البقرة: ١٠٢.	479
﴿ وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ ۝٢١٧ ﴾ البقرة: ٢١٧.	334
﴿ أُو۟لَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ۖ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ ۖ ۝٢٢١ ﴾ البقرة: ٢٢١	333
﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ ۖ ۝٢٢١ ﴾ البقرة: ٢٢١	214، 332، 338
﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۝٢٢٨ ﴾ البقرة: ٢٢٨	540، 543
﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ ۝٢٢٨ ﴾ البقرة: ٢٢٨	540
﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ۝٢٢٩ ﴾ البقرة: ٢٢٩.	472، 525، 529، 543
﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ ۝٢٢٩ ﴾ البقرة: ٢٢٩	531
﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ۝٢٢٩ ﴾ البقرة: ٢٢٩.	508، 531، 540
﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ ۝٢٣٠ ﴾ البقرة: ٢٣٠	529
﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ ۝٢٣٠ ﴾ البقرة: ٢٣٠	530، 540
﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ ۝٢٣١ ﴾ البقرة: ٢٣١	531
﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ ۝٢٣٣ ﴾ البقرة: ٢٣٣	207، 452، 589
﴿ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ۖ ۝٢٣٦ ﴾ البقرة: ٢٣٦.	584، 585، 586
﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ۝٢٣٦ ﴾ البقرة: ٢٣٦	568، 569، 570
﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ۚ ۝٢٣٦ ﴾ البقرة: ٢٣٦	584
﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ ۝٢٣٦ ﴾ البقرة: ٢٣٦	317، 476
﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ... مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ۝٢٣٦ ﴾ البقرة: ٢٣٦	570
﴿ وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ ۝٢٣٧ ﴾ البقرة: ٢٣٧	569
﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۝٢٣٧ ﴾ البقرة: ٢٣٧.	574
﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ ۝٢٤١ ﴾ البقرة: ٢٤١	568، 584
﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ۝٢٤١ ﴾ البقرة: ٢٤١	569، 584
﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ۝٢٤١ ﴾ البقرة: ٢٤١	570، 573، 574
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝٢٧٨ ﴾ البقرة: ٢٧٨	144
﴿ قَالَ رَبِّ هَبْ لِى مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ۖ إِنَّكَ سَمِيعُ ٱلدُّعَآءِ ۝٣٨ ﴾ آل عمران: ٣٨.	259
﴿ وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى ٱلْخَيْرِ.... ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ۝١٠٥ ﴾ آل عمران: ١٠٤ – ١٠٥.	48
﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ ۖ ۝١٥٩ ﴾ آل عمران: ١٥٩ .	116
﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ ۝٣ ﴾ النساء: ٣	359، 363
﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ ۝٣ ﴾ النساء: ٣.	222
﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً ۝٣ ﴾ النساء: ٣.	362
﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟ ۝٣ ﴾ النساء: ٣	360
﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ ۝٤ ﴾ النساء: ٤	319
﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا ۝٢٠ ﴾ النساء: ٢٠	324، 328
﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ۝٢١ ﴾ النساء: ٢١.	455
﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ ۝٢٢ ﴾ النساء: ٢٢	426

﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ النساء: ٢٣	363
﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ النساء: ٢٤	320
﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ النساء: ٢٤	319
﴿مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ﴾ النساء: ٢٥.	340
﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ النساء: ١٢٩	360
﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ النساء: ٣٤	360 ،310
﴿وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ النساء: ٣٤	312
﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ... إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ النساء: ٣٤.	505 ،502 ،500
﴿فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ﴾ النساء:35	510 ،504
﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ النساء: ٣٤.	479
﴿فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ النساء:35	504
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ... إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ النساء: ٣٥.	504 ،500
﴿إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا﴾ النساء: ٥٨	94
﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ﴾ النساء: ٥٩	101 ،96 ،94
﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ النساء: ٥٩	291 ،286
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ النساء: ٥٩	107
﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ النساء: ١٢٨	303 ،302
﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ النساء: ١٢٩	362
﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ النساء: ١٢٨	302
﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ النساء: ١٢٩.	363
﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا﴾ النساء: ١٣٠.	474،587 ،471
﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ المائدة: 05	342 ،338
﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ المائدة: 05	340
﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ... وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ﴾ المائدة: ٥	336
﴿يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُوا۟ لِلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلرَّبَّٰنِيُّونَ وَٱلْأَحْبَارُ﴾ المائدة: ٤٤	96
﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ المائدة: ٤٩.	108
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟... لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ المائدة: ٨٧	112
﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ المائدة: ٨٩	589
﴿مَّا فَرَّطْنَا فِى ٱلْكِتَٰبِ مِن شَىْءٍ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾ الأنعام: ٣٨	56
﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ الأنعام: ١٠٨ .	186
﴿أَن تَقُولُوٓا۟ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ الأنعام: ١٥٦	336
﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾ الأعراف: ٣٢ .	112
﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ﴾ الأنفال: ٥٨	47
﴿وَأَعِدُّوا۟ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ الأنفال: ٦٠	144
﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ التوبة: ٢٩.	341
﴿ٱتَّخَذُوٓا۟ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ...﴾ التوبة: ٣١	339
﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ...﴾ التوبة: ٦٠	117 ،85
﴿لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ فَيَسْخَرُونَ مِنْهُمْ سَخِرَ ٱللَّهُ مِنْهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ التوبة: ٧٩	63

﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسۡجِدٗا ضِرَارٗا وَكُفۡرٗا ... وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ١٠٧﴾ التوبة: ١٠٧	223
﴿لَا مُعَقِّبَ لِحُكۡمِهِۦۚ ٤١﴾ الرعد: ٤١	56
﴿ٱبۡتِغَآءَ حِلۡيَةٍ أَوۡ مَتَٰعٖ زَبَدٞ مِّثۡلُهُۥۚ ١٧﴾ الرعد: ١٧	564
﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ ٣٤﴾ الإسراء: ٣٤	52
﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا ٣٤﴾ الإسراء: ٣٤	233
﴿إِنِّي خَشِيتُ أَن تَقُولَ فَرَّقۡتَ بَيۡنَ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ وَلَمۡ تَرۡقُبۡ قَوۡلِي ٩٤﴾ طه: ٩٤.	222
﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ٦﴾ النور: ٦ .	407، 546
﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ٨﴾ النور: ٨	546
﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلۡفَٰحِشَةُ فِي ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ١٩﴾ النور: ١٩.	419
﴿وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمۡ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ لَيَسۡتَخۡلِفَنَّهُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ ٥٥﴾ النور: ٥٥ .	46
﴿وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا ٥٤﴾ الفرقان: ٥٤.	342
﴿رَبَّنَا هَبۡ لَنَا مِنۡ أَزۡوَٰجِنَا وَذُرِّيَّٰتِنَا قُرَّةَ أَعۡيُنٖ وَٱجۡعَلۡنَا لِلۡمُتَّقِينَ إِمَامًا ٧٤﴾ الفرقان: ٧٤.	259
﴿وَإِنَّا لَجَمِيعٌ حَٰذِرُونَ ٥٦﴾ الشعراء: ٥٦	48
﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ ٢٧﴾ القصص: ٢٧	231
﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ ٢١﴾ الروم: ٢١	306، 343، 479
﴿وَلَئِن سَأَلۡتَهُم مَّنۡ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُۚ ٢٥﴾ لقمان: ٢٥	334
﴿وَمَا جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡۚ ذَٰلِكُمۡ قَوۡلُكُم بِأَفۡوَٰهِكُمۡۖ ... ٥﴾ الأحزاب: ٤ – ٥	430، 431
﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ..... ٥﴾ الأحزاب: ٥.	394، 447
﴿لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٞ ٢١﴾ الأحزاب: ٢١	575
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ... أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ٢٨﴾ الأحزاب:28	371، 573، 374
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ أَنتُمُ ٱلۡفُقَرَآءُ إِلَى ٱللَّهِۖ ١٥﴾ فاطر: ١٥	38
﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ ٢٦﴾ ص: ٢٦ .	46
﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مِن دُونِهِۦٓ أَوۡلِيَآءَ مَا نَعۡبُدُهُمۡ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَآ إِلَى ٱللَّهِ زُلۡفَىٰٓ ٣﴾ الزمر:03	334
﴿وَأَمۡرُهُمۡ شُورَىٰ بَيۡنَهُمۡ ٣٨﴾ الشورى: ٣٨ .	116
﴿أَمۡ لَهُمۡ شُرَكَٰٓؤُاْ شَرَعُواْ لَهُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا لَمۡ يَأۡذَنۢ بِهِ ٱللَّهُۚ الشورى: ٢١ .	79
﴿يُوَآدُّونَ مَنۡ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ٢٢﴾ المجادلة: ٢٢	343
﴿لَّا تَجِدُ قَوۡمٗا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ يُوَآدُّونَ مَنۡ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ٢٢﴾ المجادلة: ٢٢ .	342
﴿إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَأَخۡرَجُوكُم..... ٩﴾ الممتحنة: ٩	343
﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ ١٠﴾ الممتحنة: ١٠	332
﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ١﴾ الطلاق: ١	530
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ١﴾ الطلاق: ١	472، 540، 541
﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ ١﴾ الطلاق: ١	476، 529
﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ١﴾ الطلاق: ١	531
﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا ٢﴾ الطلاق: ٢	530، 531
﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ ١﴾ الطلاق: ١.	540
﴿وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ ١﴾ الطلاق: ١..	530، 540
﴿لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ١﴾ الطلاق1.	540، 557

﴿ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ ﴿٢﴾ ﴾ الطلاق02	541
﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ ﴿٧﴾ ﴾ الطلاق: ٠٧	589
﴿ أَلَا يَعۡلَمُ مَنۡ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلۡخَبِيرُ ﴿١٤﴾ ﴾ الملك: ١٤	376
﴿ لَقَدۡ خَلَقۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ فِي كَبَدٍ ﴿٤﴾ ﴾ البلد: ٤	355

فهرس الأحاديث والآثار

أ

أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَبْيَضَ سَبِطًا قَضِيءَ الْعَيْنَيْنِ..... 421
أبصروها، فإن جاءت به أكحل العينين، 410
أبغض الحلال إلى الله الطَّلاَق "..... 475، 479
أتعلم أن الثلاث كنّ يرددن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى واحدة. 550
أَتَعْلَمُ أَنَّمَا كَانَتْ الثَّلَاثُ تُجْعَلُ وَاحِدَةً عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ..... 550
اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ...ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف." 360
أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ "..... 459
أحقّ ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج "..... 298
اختر منهم أربعا، وفارق سائرهن"..... 359
إذ قال: أنت طالق ثلاثا بفم واحد، فهي واحدة "..... 538
إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه"..... 265
إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا." 195
إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم"..... 99
أطعِموهُنَّ مِمَّا تَأْكُلُونَ، واكْسُوهُنَّ مما تَكْتَسُونَ، ولا تَضْرِبُوهُنَّ ولا تُقَبِّحُهُنَّ..... 452
أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون 345
أعلنوا هذا النكاح، واضربوا عليه بالغربال..... 307
أقسم بالله لئن دخلت عليهما، فرأيت الذي أخاف عليهما منه، لأحكمن عليهما ثم لأفرقنَّ بينهما..... 508
أكره أن يتحدث العرب أنَّ محمدا يقتل أصحابه..... 21
ألاَّ لا تغالوا في صُدُق النساء..... 325
ألا وحقهنّ عليكم، أن تحسنوا إليهنّ في كسوتهن وطعامهنّ..... 306
إلتمس ولو خاتما من حديد"..... 320
ألم تري أن قومك استقصروا عن قواعد إبراهيم؟ 214
ألم تعلم أن الثلاث كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر..... تُردُّ إلى الواحدة 552
الأمّ أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأخير وأرأف، وهي أحقّ بولدها ما لم تتزوج..... 607
أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة 542
أمر بتحرق حانوت رويشد الثقفي..... 53
أمر تحريق قصر سعد بن أبي وقاص..... 53
إن أباكم لم يتق الله فيجعل له مخرجا، بانت منه بثلاث على غير السنة، 538
أَنَّ ابْنَةَ حَمْزَةَ اخْتَصَمَ فِيهَا عَلِيٌّ وَجَعْفَرٌ وَزَيْدٌ..... 620
إن أخي طلقها ثلاثا جميعا 535
إن اعترفت فارجمها"..... 514
أن السلطان ظل الله في الأرض"..... 100

إن الصدقة لا تحل لنا وإن مولى القوم منهم"..... 440
إن المختلعات والمنتزعات هنّ المنافقات " 480
إنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ." 550
أَن النبي صلى الله عليه وسلم:" جلد شارب الخمر، أربعين جلدة، ..... 129، 130
إن الولاء لمن أعتق." 437
إن امرأة خاصمت عمر فخصمته 326
إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا علياً يختصمون إليه في ولد..." 387
إن حرم الله المشركات على المؤمنين، ولا أعرف شيئا من الإشراك أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى... 338
إن رسول الله صلى الله عليه و سلم رخص في العرايا 173
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها." 476
إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكما ... فالحقُّ من ربكم فمن شاء فيؤمن. 85
إنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحتجزه عن الناس، لم يقطعك إلا ليعمل..... 53
أنّ رسول الله في غزوته وجد رجلا اتهمه بأنه جاسوس للعدو، فعاقبوه حتى أقر..... 42
أن عقيل بن أبي طالب، تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة 508
إن قومك حديثو عهد بكفر، أو أنهم حديثون بكفر "..... 214
إنَّ هَذَا الْوَجَعَ أَوِ السَّقَمَ رِجْزٌ عُذِّبَ بِهِ بَعْضُ الأُمَمِ ... "..... 260
أَنا عند ظن عبدي." 262
إنا قد بايعناك فارجع "..... 260
أنا وكافل اليتيم كهاتين"..... 430
أنت أحقّ به ما لم تتزوجي" ..... 604، 617، 619
أَنْتَ أَخُونَا وَمَوْلانَا "..... 440
انْظُرْ إِلَى شَبَهِهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ اللَّهِ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي مِنْ وَلِيدَتِهِ..... 418
انظر إليها فإنّ في أعين الأنصار شيئا . "..... 261، 265
أنكحت فلانا فلانة ؟ قال: نعم، قال: أنت الذي لا نكاح لك 620
أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق... "..... 320
إنما الطاعة في المعروف"..... 102
إنما الطَّلاَق لمن أخذ بالساق "،..... 473
إنما كان ذلك من أجل الجهد، ومن أجل الدَّافة 89
إنما مقاطع الحقوق عند الشروط "..... 459
إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها"..... 224
إني مقرع بينكم فمن قرع فله الولد وعليه لصاحبه ثلثا الدية، فأقرع بينهم 387
إني نهيتكم أن تغالوا في صدق النساء 325
أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته." 404
لولا الأيمان لكان لي معها شأن "..... 406
أيما امرأة سألت زوجها الطَّلاَق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة " ..... 480، 481
أيها النّاس ما إكثاركم في صدقات النساء، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه..... 325
أيها الناس من أتى الأمر على وجهه فقد تبين له، فو الله مالنا طاقة بكل ما تحدثون. " 555
أَيُّهَا النَّاسُ، قَدْ كَانَتْ لَكُمْ فِي الطَّلَاقِ أَنَاةٌ وَإِنَّهُ مَنْ تَعَجَّلَ أَنَاةَ اللَّهِ فِي الطَّلَاقِ أَلْزَمْنَاهُ إِيَّاهُ." 551

ب

البر بالبر، كيلا بكيل" 84

البكر بالبكر جلد مائة جلدة وتغريب عام. 152
بلاد الله، حميت لمال الله"..... 88
تخيروا لنطفكم"..... 259

ت

تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم"..... 260

ج

جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر أربعين جلدة، وأبو بكر أربعين، ..... 129، 130

ح

حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول..... 533، 548

خ

الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ "..... 620، 621
خذه إليك، وعلينا نفقته ولك ولاؤه "..... 436
خذه فعلينا نفقته، ولك ولاؤه" 447
خذها وأنا الغلام الفارسي"..... 441
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"..... 453، 589
خير الصداق أيسره"..... 322

ر

ريقها خير له من شهد وعسل عندك، ياعمر "..... 607

ز

زوجي طلقني ثلاثا 535

س

سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صداق النِّساء فقال:..... 320
سلمان منا آل البيت "..... 440
السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية، ..... 101، 104
السمع والطاعة، حقٌّ ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة"..... 102

ط

طلَّق بعض آبائي امرأته ألفا فانطلق 537
طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها "..... 473
طلقها زوجها آخر ثلاث تطليقات... 534
طلقها فإنها جمرة..... 348

ع

على الإمام أن يحكم بما أنزل الله، ويؤدي الأمانة، فإن فعل فحق على الرعية، أن يسمعوا ويطيعوا"..... 94

عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا..... 505
فإن في أعين الأنصار شيئا " ..... 261، 265

ف

فصل بين الحلال والحرام، الدف والصوت في النكاح"..... 307
فلما رأى الناس قد تتابعوه فيها، قال: " أجيزوهن عليهم 542
فَمَا أَحَلَّ فَهُوَ حَلاَلٌ وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ "..... 116
فَهَلَّا قُلْتَ خُذْهَا مِنِّي وَأَنَا الْغُلَامُ الْأَنْصَارِيُّ "..... 441
فهو عافية، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئا، ثم تلا " وما كان ربك نسياً"..... 116

ق

قال ابن عباس: لأفرقنَّ بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين 508

ك

كافل اليتيم له أو لغيره، أنا وهو كهاتين في الجنة..... 433
كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد 542
كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر..... 109، 541، 550
كان النبي صلى الله عليه وسلم يكره نكاح السرّ حتى يضرب بالدف..." 307
كان بنو إسرائيل تسوسهم أنبياؤهم"..... 08
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين، يومها ويوم سودة..... 301
كتب إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا..... 594
كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا 532
كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. " 264
كل مسكر خمر..... 164
كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ ..." ..... 49، 115
كيف نصنع في المهراس 152

ل

لا تزرموه "..... 215
لا تطلق النساء إلا من ريبة، إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات." 482
لا تغالوا في مهور النساء، فقالت امرأة: ليس ذلك لك يا عمر..." 326
لا توردوا المُمْرِضَ على المُصِحّ " 260
لا توله والدة عن ولدها."..... 607
لا حمى إلا لله ورسوله"..... 87
لَا دَعْوَةَ فِي الْإِسْلَامِ ذَهَبَ أَمْرُ الْجَاهِلِيَّةِ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"..... 418
لا ضَرر ولا ضِرار " ..... 42، 344، 498، 518، 579
لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق "..... 102
لَا عَدْوَى وَلَا طِيَرَةَ وَلَا هَامَةَ وَلَا صَفَرَ وَفِرَّ مِنْ الْمَجْذُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنْ الْأَسَدِ "..... 260
لا يتحدث النَّاس أن محمدا يقتل أصحابه " 218
لا يرث القاتل شيئا"..... 127

لم يكن الرسول يسأل شيئا إلا أعطاه، فأتاه رجل فسأله مالا، فأعطاه غنما كثيرا بين جبلين..... ..85
اللهم غفرا، كل إنسان أفقه من عمر "..... 325
اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك".....361، 363
لو أن رجلا أعطى امرأة ملئ يديه طعاما كانت به حلالا." 320
لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا "..... 223
لولا حداثة قومك بالكفر لهدمت الكعبة فإنهم تركوها سبعة أذرع في الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب .214
لولا ما مضى من الأيمان 411
لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي معها شأن.....410 ، 413
ليس لك نفقة ولا سكنى، ولكن متاع بالمعروف".....574
ليس لها نفقة وعليها العدة.....535

م

مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَلْعَبُونَ بِحُدُودِ اللَّهِ يَقُولُ أَحَدُهُمْ قَدْ طَلَّقْتُكِ قَدْ رَاجَعْتُكِ قَدْ طَلَّقْتُكِ. " 558
ما حددت أحدا فمات فوجدت في نفسي شيئا، إلا الخمر فإن رسول الله لم يسنّ فيه شيئا 130
ما رأيت امرأة أحب إليّ أن أكون في مسلاخها من سودة. 301
ما لك ولها، معها حذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها صاحبها." 81
مَا مِنْ وَالٍ يَلِي رَعِيَّةً مِنْ الْمُسْلِمِينَ فَيَمُوتُ وَهُوَ غَاشٌّ لَهُمْ إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ".....51
مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها .....82،54
من أتى الأمر على وجهه فقد بين له، ومن لبس على نفسه ..." 555
من أخذ ضالة فهو ضال."..... 55
من استعمل رجلا على عصابة، وفيهم من هو أرضى لله منه، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين. 52
من أطاعني فقد أطاع الله ومن أطاع الإمام فقد أطاعني ، ومن عصاني فقد عصى الله .....50، 94
مَنْ أَطَاعَنِي فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ عَصَانِي فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَمَنْ أَطَاعَ أَمِيرِي ..." 50
من أطاعني فقد أطاع الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني".....50
مَنْ عَاهَرَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً فَوَلَدُهُ وَلَدُ زِنًا لَا يَرِثُ وَلَا يُورَثُ." 419
من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " 526
من قُتل له قَتِيلٌ فهو بخير النَّظرين، إمَّا يُودى وإما أن يُقاد." 77
من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت..... 180
من ولي من أمر المسلمين شيئا فأمر أحدا محاباة...:" 51
مولى القوم منهم ".....437

ن

نرى أن تجلده ثمانين جلدة..... 131
نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف منجنيقا.....37

هـــ

هات من هناتك ألم يكن الطلاق الثلاث ....542، 550
هو ما اصطلح عليه أهلوهم.....320

و

وَاحْتَجِبِي مِنْهُ..... 193
وَالْجَارِيَةُ عِنْدَ خَالَتِهَا، فَإِنَّ الْخَالَةَ وَالِدَةٌ." 620
والله ما أردت إلا واحدة " فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ... . 536، 549
وإنما الإمام جُنَّةٌ، يقاتل من ورائه"..... 102
الولد للفراش وللعاهر الحجر"..... 193،382، 416، 417، 422، 423
ولكني خشيت أن تعاطوا المومسات منهنّ"..... 345،348
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف." 589
يا بلال إنّك استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا طويلة عريضة..... 53

ي

يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي..." 534
يا رسول الله: إنما كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات..."..... 535
يا محمد، طلقت حفصة وهي صوامة قوامة، وهي زوجتك في الجنة"، فراجعها 477
يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج..." 304 367
يارسول الله إنّ أنسا غلام كَيِّس فليخدمك 621
يقول أحدكم لامرأته: قد طلقتك، قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين..... 558

فهرس الأعلام

المترجم له	الصحفة
ابن أبي زيد القيرواني	318
ابن الجوزي عبد الرحمن	56
ابن الحاجب	55
ابن الرفعة	139
ابن الشاط	192
ابن العربي المالكي	193
ابن القيم	82
ابن الهمام	18
ابن تيمية عبد السلام	85
ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم	480
ابن جريج شريك	618
ابن جزي	318
ابن رجب	17
ابن رشد الجد	527
ابن زرب	81
ابن سينا	625
ابن شاس	136
ابن عابدين	34
ابن عبد البر	584
ابن عبد الشكور	86
ابن عرفة	142
ابن عطية	200
ابن عقيل	478
ابن غازي	17
ابن فرحون	239
ابن قدامة	15
ابن مفلح	205
ابن نجيم	38
أبو السعود العمادي	13

أبو حيان	93
الأبياري	95
الأثرم	144
الأصفهاني	440
إلكيا الهراسي	527
الآمدي	93
البابرتي	138
الباجي	13
البجريمي	80
البراذعي	16
بن الجوزي سبط	513
البهوتي	567
الجصاص الرازي	95
الجويني، إمام الحرمين.	11
الحطاب	34
حنبل بن إسحاق	572
الخراشي	148
الخطابي	37
ربيعة	514
الزرويلي	202
الزيلعي	33
الشاطبي	123
الشعبي المالقي	239
الشيرازي	526
الطحاوي	525
الطرابلسي	14
الطيبي	50
عبد الحميد الصائغ	526
العز بن عبد السلام	37
الغزالي، أبو حامد	11
الفارابي	136
القاسم بن إبراهيم	361
القاضي أبو يعلى	49

القاضي إسماعيل	38
القاضي عبد الوهاب	509
القاضي عياض	508
القباب	201
القرافي	35
القرطبي	152
القهفساني	13
الكاساني	525
الماجشون	569
المازري	191
الماوردي	10
المرداوي	205
المقري	206
المقريزي	07
المهلب	88
مهنا بن يحي	617
الهسكوري	201

قائمة المراجع والمصادر

القرآن الكريم: برواية حفص (مصحف المدينة المنورة). طبع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف سنة 1426هـ.

أ

إبراهيم مصطفى: أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار/ المعجم الوسيط دار النشر : تحقيق: مجمع اللغة العربية، طبعة دار الدعوة .

ابن أبي الفضل: صالح / مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح ، طبعة الدار العلمية، سنة 1988.

ابن أبي شيبة: أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي / المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق : كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى 1409هـ، وطبعة بتحقيق: الأستاذ سعيد اللحام الإشراف الفني والمراجعة والتصحيح: مكتب الدراسات والبحوث في دار الفكر دار الفكر.

ابن الأثير : أبو السعادات المبارك بن محمد/ النهاية غريب الحديث، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية بيروت، طبعة 1979.

ابن الأزرق: أبو عبد الله / بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق: علي سامي النّشار، وزارة الإعلام، العراق، ط01، د، ت.

ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد / تلبيس إبليس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط2001/01.

ابن السبكي: أبو نصر تقي الدين عبد الوهاب/ معيد النعم ومبيد النقم، تحقيق: محمد علي النجار وأبي زيد شلبي، دار الكتاب القاهرة، طبعة 1948.

ابن الشاط: أبو القاسم القاسم بن عبد الله / تهذيب الفروق، مطبوع بهامش الفروق للفرافي، طبعة عالم الكتاب، بيروت.

ابن العثيمين: محمد بن صالح / الأصول من علم الأصول، دار ابن الجوزي، الرياض، ط/1426هـ.

ابن العربي: أبو بكر أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري / القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، طبعة دار الغرب الإسلامي، ط1992/01.

ابن العربي: أبو بكر أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري / المحصول في أصول الفقه، تحقيق حسين اليدري، وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط1999.

ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري / أحكام القرآن، تحقيق: محمد علي البجاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.وتحقيق علي بجاوي، طبعة دار المعرفة.

ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري / المسالك شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد بن الحسين السليماني، وأخته عائشة السليماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2007/0

ابن العربي: القاضي أبو بكر / العواصم من القواصم في تحقيق موافق الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، طبعة 1419هـ.

ابن المرتضي: أحمد بن يحي / البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، دار الكتاب الإسلامي.

ابن المنذر: النيسابوري / الإشراف على مذاهب العلماء .تحقيق أبو حماد حنيف، دار طيبة، ط01، ج04 ص 91.

ابن المنذر: محمد بن إبراهيم النيسابوري / الإجماع، تحقّيق فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة الإسكندرية، ط1402/03هـ.

ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي / شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط02.

ابن أمير الحاج: محمد بن محمد الحنبلي / التقرير والتحبير، دار الفكر، بيروت، ط1996/01.

ابن بدران: عبد القادر الدمشقي / المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة.

ابن بطال : أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك البكري القرطبي / شرح صحيح البخاري، تحقيق : أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط02 / 2003.

ابن تغري بردي: جمال الدين الأتباكي / النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، المؤسسة المصرية العامة، للتأليف وطباعة والترجمة والنشر.

ابن تيمية : تقي الدين أحمد الحراني، أبو العباس / منهاج السنة النبوية، تحقيق محمد رشاد سالم، مؤسسة قرطبة، ط/ 1406هـ

ابن تيمية تقي الدين أحمد الحراني، أبو العباس / السِّياسَة الشَّرعيَة في إصلاح الراعي و الرعية، دار الكتاب العربي.

ابن تيمية عبد السلام بن عبد الله الحراني / المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، مكتبة المعارف، الرياض، ط/1404هـ .

ابن تيمية: أحمد عبد الحليم الحراني أبو العباس / الاختيارات الفقهية، تحقيق: علي بن محمد بن عباس البعلى الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة 1978.

ابن تيمية: تقي الدين أحمد بن عبد الحليم الحراني، أبو العباس/ مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط2005/03.

ابن حبان محمد بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي / صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ، 1414 هـ- 1993.

ابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني / تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: عبد الله هاشم اليمني المدني، طبعة المدينة المنورة، ط/ 1964.

ابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني / تهذيب التهذيب، دار الفكر، بيروت، ط1984/01.

ابن حجر: العسقلاني/ الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد خان، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، يدر آباد الهند، ط1972/02.

ابن حجر: أبو الفضل، أحمد بن علي العسقلاني/ الإصابة في التمييز بين الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، ط 01/ 1992.

ابن حجر: العسقلاني / فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي/ ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة بيروت، طبعة 1379هـ.

ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد/ المحلى طبعة دار الفكر، بيروت مقابلة بنسخة أحمد شاكر، وكذا نسخة ، بتحقيق أحمد شاكر، دار الآفاق بيروت.

ابن خزيمة: محمد بن إسحاق أبو بكر السلمي النيسابوري / صحيح ابن خزيمة تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1390 هـ- 1970.

ابن خلدون: عبد الرمن بن محمد الحضرمي / المقدمة، دار القلم ، بيروت، ط05/ 1984.

ابن راشد : أبو عبد الله البكري القفصي / لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، ط2003.

ابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي / البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حاجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط02/ 1988.

ابن رشد الجد: أبو الوليد / المقدمات الممهدات، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1408/01هـ.

ابن رشد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد / الضروري في أصول الفقه، تقديم وتحقيق: جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي بيروت الطبعة الأولى 1994.

ابن رشد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد / بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: خالد العطار، دار الفكر، بيروت، طبعة 1995.

ابن سعد: أبو عبد الله محمدبن منيع / الطبقات الكبرى، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1968/01.

ابن شاس: جلال الدين عبد الله بن نجم / عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق ودراسة: حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، ط2003/01.

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر / حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1421هـ - 2000.

ابن عابدين: علاء الدين محمد بن محمد أمين / تكملة حاشية رد المحتار (قرة عيون الاخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، طبعة دار الفكر بيروت.

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر / منحة الخالق على البحر الرائق، مطبوع على هامش البحر الرائق، طبعة دار المعرفة.

ابن عابدين: محمد بن عمر / رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ابن عاشور: محمد الطاهر / التحرير والتنوير، طبعة دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، سنة 1997.

ابن عاشور: محمد الطاهر / مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ومقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة: محمد الحبيب بن خوجة، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بقطر، طبعة 2004.

ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي / الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق سالم محمد عطاومحمد علي معوض،دار الكتب العلمية، طبعة 2000.

ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي / الكافي في فقه أهل المدينة، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1407 هـ،

ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي / ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوى و محمد عبد الكبير البكرى، طبعة مؤسسة القرطبة.

ابن عجيبة: أحمد الحسني الإدريسي الشاذلي الفاسي أبو العباس ت1222هـ / البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، تحقيق : أحمد عبد الله قرشي رسلان، نشرحسن عباس زكى، القاهرة، طبعة 1419 هـ.

ابن عساكر: أبي القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبد الله الشافعي / تاريخ مدينة دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل أو اجتاز بنواحيها من وارديها وأهلها، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، ط01/ 1998.

ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم بن علي / الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية.

ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم بن علي / تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عليش، فتح العلي المالك، دار الفكر، بيروت.

ابن فودي: عبد الله بن محمد / ضياء السياسات وفتاوى النوازل مما هو من فروع الدين من المسائل، تحقيق: أحمد محمد كافي، الزهراء للإعلام العربي القاهرة، مصر، ط01/ 1988.

ابن قاضي شهبة: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر/ طبقات الشافعية، عالم الكتب، بيروت ط01/ 1407 هـ.

ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد / الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت.

ابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن أحمد / المغني، طبعة دار الفكر، بيروت، ط 01 / 14.5هـ.وطبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت.

ابن قيم الجوزية: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر / إغاثة اللهفان، تحقيق حامد الفقي، دار المعرفة، ط02/ 1975.

ابن قيم الجوزية : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر / زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرناؤوط/ مؤسسة الرسالة بيروت ومكتب المنار الإسلامية الكويت، ط14 / 1407هـ.

ابن قيم الجوزية : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب / إعلام الموقعين عن رب العاللمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، طبعة 1973.وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة الكليات الأزهرية، ط/ 1963.

ابن قيم الجوزية: عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة مدني القاهرة. والطرق الحكمية، تحقيق: نايف أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، ط1424/01هـ.

ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل / البداية والنهاية، تحقيق: علي شيري، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط8/01 198.

ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي / تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط02 / 1999.

ابن ماجه محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني / سنن ابن ماجه، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر، بيروت.

ابن مفلح: محمد المقدسي أبو عبد الله / الفروع وتصحيح الفروع، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1418هـ. وطبعة المكتب الإسلامي، بيروت، ط/ 1400هـ.

ابن مفلح: إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي أبو إسحاق / المبدع في شرح المقنع، الناشر المكتب الإسلامي، طبعة سنة1400هـ.

ابن منظور: محمد بن مكرم الإفريقي المصري / لسان العرب، طبعة دار صادر، بيروت، ط01، دون تاريخ طبع.

ابن نجيم: زين الدين الحنفي / البحر الرائق شرح كتر الدقائق، طبعة دار المعرفة، بيروت.

أبو الحسن المالكي/ كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، طبعة1412هـ.

أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني / سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت.

أبو زهرة محمد / أصول الفقه، دار الكتاب العربي، مصر.

أبو زهرة ، محمد / زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، مصر.

أبو زهرة، فتاوى الشيخ محمد زهرة ، جمع ودراسة وتحقيق، محمد عثمان شبير، دار القلم، ط01/ 2006، ص512.

أبو زهرة، محمد / الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر.

أبو زهرة، محمد / الإمام مالك، دار الكتاب العربي.

أبو زهرة، محمد / الجريمة، دار الفكر العربي، مصر، د، ت، ط.

أبو زهرة، محمد / زهرة التفاسير، طبعة دار الفكر العربي، مصر.

أبو سنة أحمد فهمي / العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، ط1992/02، دون دار النشر.

أبو شامة المقدسي ، شهاب الدين بن إسماعيل / الروضتين في أخبار الدولتين، النورية والصلاحية، تحقيق: إبراهيم الزيبق، مؤسسة الرسالة بيروت، ط01/ 1997..

أبو عبد السلام / فتاوى الشيخ أبي عبد السلام، إعداد الشيخ أبو عبد السلام جعفر بن عبد السلام أولفقي، دار الإمام مالك ، ط2006/01.

أبو عبيد: القاسم بن سلام / كتاب الأموال، تقديم ودراسة وتحقيق: محمد عمارة، دار الشروق، القاهرة، ط1989/01.

أبو يعلى الفراء: محمد بن الحسين/ الأحكام السُّلْطانِية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت، ط/ 2000.

أبو يعلى القاضي ، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء / العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه: أحمد بن علي بن سير المباركي، جامعة الملك أحمد بن سعود الإسلامية، ط1990/02.

أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم / الخراج، المطبعةالسلفية ومكتبتها، القاهرة، ط03/ 1382هـ.

أحمد بن حنبل الشيباني / مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، سوريا، لثانية 1420هـ ، 1999.

أحمد محمد شاكر / نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، مصر، ط02/ 1992.

أسامة جادو / الزواج العرفي، دراسة شرعية، قانونية، اجتماعية، تقديم: محمد عبد المنعم، دار الدعة، الإسكندرية، ط2004/01.

أسامة عمر سليمان الأشقر / مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط2005/02.

إسماعيل سالم / رخص ابن عباس ومفرداته، دراسة فقهية مقارنة، دار النصر القاهرة، ط1993/01، ص235.

الإسنوي جمال الدين عبد الرحيم / نهاية السول شرح منهاج الوصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1999/01.

أشرف عبد الرزاق ويح / موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة،ط/2006.

الأصفهاني، أبو القاسم الحسن الراغب / المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة بيروت، د، ت، ط.

آل تيمية (بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت : 652هـ)، وأضاف إليها الأب: عبد الحليم بن تيمية(ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ) / المسودة، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي.

الألباني محمد ناصر الدين / ضعيف أبي داود – الأم، ؤسسة غراس للنشر و التوزيع، الكويت، الطبعة الأولى 1423 هـ.

الألباني محمد ناصر الدين / إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط02 / 1985.

الألباني محمد ناصر الدين / صحيح أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى 1423 هـ - 2002 .

الألباني محمد ناصر الدين / ضعيف الجامع الصغير وزيادته لمكتب الإسلامي، بيوت، الطبعة الثالثة، سنة 1408هـ ، 1988.

الألباني ناصر الدين / سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ على الأمة، دار المعارف الرياض، ط1992/01.

الألوسي، محمود أبو الفضل / روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج05، ص26.

إلياس بلكا / الاحتياط، حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط2003/01.

الآمدي علي بن محمد أبو الحسن / الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 1404هـ،

الأمير بادشاه محمد أمين / تيسير التحرير، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.

الأنصاري زكريا / أسنى المطالب شرح روضة الطالب، تحقيق : محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01 / 2000.

ب

البابرتي: محمد بن محمد بن محمود / العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت.

البجيرمي سليمان بن محمد بن عمر الشافعي / تحفة الحبيب على شرح الخطيب (البجيرمي على الخطيب) طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1417هـ

البجيرمي: سليمان بن عمر بن محمد / حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، طبعة المكتبة الإسلامية.

البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي / صحيح البخاري (الجامع الصحيح المختصر)، تحقيق: مصطفى ديب البغا، جامعة دمشق، دار ابن كثير، اليمامة، سوريا، الطبعة الثالثة ، 1407 هـ- 1987.

البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد / كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

البراذعي أبو سعيد / التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق محمد الأمين بن شيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط01 /2002.

البرزلي، أبو القاسم أحمد البلوي التونسي / فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، ط01/ 2002.

البرهاني، هشام / سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، نسخة 1995، مصورة عم ط1985/01.

بشير بن مولود جحيش / في الاجتهاد التنزيلي، كتاب الأمة، وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد 93، شهر محرم1424هـ، السنة الثالثة والعشرون.

البعلي عبد الرحمن بن عبد الله الحنبلي / كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، طبعة دار البشائر الإسلامية، سنة 2002.

البعلي، أبو عبد الله محمد الحنبلي / المطلع، تحقيق: محمد بشير الإدلبي، طبعة المكتب الإسلامي، سنة 1401هـ.

البغدادي أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب / الفقيه والمتفقه، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، طبعة دار ابن الجوزي، السعودية، سنة 1421هـ، ج 01، ص 371.

البغدادي: عبد القادر بن عمر / خزانة الأدب ولبّ لباب لسان العرب، تحقيق وشرح: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي بالقاهرة، ط1996/03.

البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود / معالم التنزيل، تحقيق : محمد عبد الله النمر و عثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع

البلتاجي محمد / دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، دار السلام، القاهرة، مصر، ط2006/01.

البلتاجي محمد / منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته،دار السلام، مصر، ط2003/02.

بلحاج العربي / الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994..

البهوتي / كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، طبعة دار الفكر، سنة النشر 1402هـ.

البهوتي منصور بن يونس بن إدريس / الروض المربع شرح زاد المستقنع، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، سنة 1390هـ.

البهوتي منصور بن يونس بن إدريس / شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، طبعة عالم الكتب، سنة 1996.

البهوتي منصور بن يونس بن إدريس / كشاف القناع، طبعة دار الفكر سنة 1402هـ، ج05، ص 153.

بورقعة سفيان بن عمر / النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دراسة فقهية تحليلية، كنوز إشبيليا، الرياض، ط2007/01.

بوركاب محمد أحمد / المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط 01 /2002.

البوطي محمد سعيد رمضان / المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، دار الفكر، سوريا، ط1996/01، ص131 -132.

البوطي محمد سعيد رمضان / مع الناس، مشورات وفتاوى، دار الفكر ، سوريا، ط1999/03، ص 95.

البوطي محمد سعيد رمضان / هل المصالح المرسلة من خصائص المذهب المالكي ؟ بحث نشر ضمن الملتقى الأولى الأول حول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، دار البحوث للدراسات، دبي، ط01، 2004.

البوطي، محمد سعيد / ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الدار المتحدة سوريا، دار رحاب، الجزائر،

بومعراف سعيدة / التعليل المصلحي لتصرفات الحاكم، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، تحت إشراف: الدكتور سعيد فكرة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والسياسة، قسم الشريعة، سنة 2008.

البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي / السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، ومعه لجوهر النقي: علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة الأولى، 1344 هـــ.

ت

الترمذي محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي / الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام / البهجة في شرح التحفة، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01/ 1998.

تعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان على الموافقات، دار ابن عفان، الرياض، الطبعة الأولى سنة 1997.

تعليقات عبد دراز على الموافقات، طبعة دار المعرفة، باعتناء الشيخ إبراهيم رمضان.

ج

الجصاص، أحمد بن علي الرازي / أحكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/ 1405هـــ،وتحقيق: عبد السلام شاهين، طبعة دار الكتب العلمية.

جمال الضمراني / الولاية والشهادة في النكاح، وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2007/01، ص306.

جمال بن محمد بن محمود / الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، ط2004/01، ص 87.

الجندول، سعيد عبد العزيز / الجنس الناعم في ظل الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت 1979، ص73-74.

جورج روبرت وألستفي إدورد / المعجم الحديث للتحليل السياسي، ترجمة سمير عبد الرجيم الجبلي، الدار العربية للموسوعات، ط 01، 1999.

الجوهري: إسماعيل بن حماد / الصحاح في اللغة، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط04/ 1987..

الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي / غياث الأمم والتياث الظلم، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم ، د. مصطفى حلمي، دار الدعوة، الاسكندرية، مصر، طبعة 1979.

الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي / البرهان في أصول الفقه، تحقيق: عبد العظيم محمود ذيب، المنصورة، مصر. و تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01/ 1997.

ح

الحاكم محمد بن عبدالله أبو عبدالله النيسابوري / المستدرك المستدرك على الصحيحين، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1990/01.

الحبيب ابن خوجة / بين علمي المقاصد وأصول الفقه، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بقطر، طبعة 2004.

الحبيب بن طاهر / الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم، بيروت، ط1998/01.

الحجوي، محمد بن الحسن / الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تحقيق: عبد العزيز القارئ، المكتبة العلمية المدينة المنورة، طبعة 1988.

حسن أيّوب / فقه الأسرة المسلمة، دار السلام، القاهرة، ط 2003/02، ص105. ابن قدامة / المغني ،طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

حسن حسانين / أحكام الأسرة، فقها وقضاء، طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 01سنة2000، دار الآفاق العربية، مصر، ط2001/01.

حسن محمدي بوادي / الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشاة المعارف، الإسكندرية، ط/2005

حسنين محمد مخلوف / فتاوى شرعية، دار الاعتصام، القاهرة، د، ت،ط، ص 387.

حسين حامد حسان / نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، طبعة 1981.

الحصكفي محمد، علاء الدين بن علي / الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة طبعة دار الفكر، بيروت، ط1386/02هـ

الحصيني تقي الدين الدمشقي / كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، تحقّيق :علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان، طبعة دار الخير، دمشق، سنة 1994.

الحطاب محمد بن محمد الرعيني / الالتزامات، دار الفكر، بيروت، مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عليش، ج01، ص177 – 179،.

الحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي / مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة دار الفكر،بيروت . ص407.

الحلي، جعفر بن الحسن / شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، طبعة، مؤسسة مطبوعاتي إسماعلين.

حماني أحمد / فتاوى الشيخ أحمد حماني، منشورات وزارة الشؤون الدينية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، ط 1993 .

الحموي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحسيني الحنفي/ غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر(لزين العابدين ابن نجيم المصري)، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1985.

خ

الخادمي نور الدين / المصلحة المرسلة، حقيقتها وضوابطها، دار ابن حزم، بيروت، ط2000/01

الخادمي نور الدين / المقاصد الشرعية وصلتها بالأدلة الشرعية و المصطلحات الأصولية، دار كنوز إشبيليا السعودية، ط 2003/01.

الخادمي نور الدين مختار / المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي، وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2005/01.

الخادمي، نور الدين / الاجتهاد المقاصدي، حجيته، ضوابطه ومجالاته، سلسلة كتاب الأمة، العدد 65، قطر، ط1998/1،

الخادمي، نور الدين مختار / المقاصد في المذهب المالكي خلال القرنين الخامس والسادس الهجريين، مكتبة الرشد، ط2002/01.

خالد الجريسي / فضل تعدد الزوجات، مكتبة الملك فهد، الرياض، ط1999/04.

الخرشي: محمد المالكي / شرح الخرشي على مختصر خليل، طبعة دار الفكر، بيروت لبنان.

الخطابي أبو سليمان أحمد بن محمد البستي / معالم السنن في شرح سنن أبي داود، مطبعة العلمية، حلب، ط1932/01.

الخن محمد معاذ مصطفى / القطعي والظني في اثبوت والدلالة عند الأصوليين، دار الكلم الطيب دمشق، ط2007/01.

د

الدارقطني علي بن عمر أبو الحسن البغدادي / سنن الدارقطني، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1386 هـ - 1966.

الدارمي عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد / سنن الدارمي، تحقيق: فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى 1407هـ.

داودي عبد القادر / الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط01 / 2007.

داودي عبد القادر / مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلام، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله نوقشت في كلية العلوم الإنسانية الحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، بوهران تحت إشراف أستاذنا الدكتور أبو بكر لشهب.

دده أفندي: إبراهيم بن يحي، / السِّياسَة الشَّرعيَة، تحقيق ودراسة: فؤاد عبد المنعم، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، د، ت، ط.

الدردير سيدي أحمد أبو البركات / الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، دار الكتب العلمية بيروت، ط/1995

الدردير: سيدي أحمد أبو البركات / الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

الدريني فتحي / الفقه المقارن مع المذاهب، منشورات جامعة دمشق، طبعة 1995.

الدريني فتحي / النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2004/02، ص129.

الدريني: محمد فتحي / المناهج الأصولية في الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط3 / 1997 .

الدريني، فتحي / خصائص التشريع الإسلامي في السِّياسَة الحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1982/01.

الدريني، محمد فتحي / الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر، بيروت.

الدريني، محمد فتحي / بحوث مقارنة في القفه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ج02، ص 522.

الدسوقي محمد عرفه / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت.

الدهلوي، أحمد بن عبد الرحيم ولي الله / الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار النفائس، بيروت، ط1404/02هـ.

ذ

الذبياني / ديوان النابغة الذبياني ، من سلسلة ذخائر العرب، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية.

الذهبي أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان / سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط1993/09.

الذهبي أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عثمان / ميزان اعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت.

ر

الرازي، الإمام فخر الدين محمد بن عمر التميمي الشافعي/ مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2000/01، ج10،ص116

الرازي، محمد بن أبي بكر / مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان، ناشرون، ط/1995.

الرازي، محمد بن عمر بن الحسين / المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود، الإسلامية، الرياض، سنة 1400هـ.

الرحباني، مصطفى السيوطي / مطالب أو لي النهي شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط/1961.

الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري / شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحيق: محمد أبو أجفان، الطاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1993/01.

رضي الدين محمد بن الحسن الاستراباذي/ شرح الشافية ابن الحاجب، تحقيق وتعليق الأساتذة: محمد نور الحسن، محمد الزفزاف، محمد يحيى عبد الحميد، طبعة دار الكتب العلمية، لبنان

رفيق يونس المصري / أصول الاقتصاد الإسلامي، دار القلم دمشق، دار الشامية بيروت، ط1993/02.

الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس / نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. طبعة دار الفكر للطباعة، بيروت، سنة 1404هـ.

الرملي، محمد بن أحمد الأنصاري /غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، دار المعرفة بيروت.

الرهوني، أبو زكريا يحى بن موسى / تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السول، دراسة وتحقيق: يوسف الأخضر القيم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث،ط2002/01.

رواس قلعة جي محمد / الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس الأردن، ط02/ 2005، ج02، ص 1877.

الريسوني أحمد / نظرية التقريب والتغليب، طبعة دار الكلمة، مصر، وطبعة مصعب مكناس المغرب.

الريسوني، أحمد / الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، دار الفكر، ط2000/01،.

الريسوني، أحمد / نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط04/ 1995 ص 291.

زايدي عبد الرحمن / الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، دراسة تبحث في كيفية تنزيل الأحكام الشرعية على الواقع، دار الحديث/ القاهرة، طبعة 2005.

ز

الزحيلي محمد / التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، ط1998/01.

الزحيلي وهبة / الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط1988/04.

الزحيلي وهبة / أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط02/ 1986.

الزحيلي وهبة / قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط2006/01.

الزرقا أحمد / شرح القواعد الفقهية، تصحيح وتعليق مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط05، 1998.

الزرقا مصطفى / المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، في الفقه الإسلامي، دار القلم،1999/01.

الزرقا مصطفى وآخرون / مشروع الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، سوريا

الزرقا، مصطفى أحمد / المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط1998/01.

الزرقاني، محمد بن عبد الباقي / شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1411/01هـ.

الزركشي / البحر في أصول الفقه، تحقيق: محمد تامر، طبعة دار الكتب العلمية، ط2000/01.

الزركشي شمس الدين / شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق، عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/2002.

الزركشي، أبو عبد الله، محمد بن بهادر / المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق، أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ط02 / 1405هـ.

الزركشي، محمد بن بهادر / المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1405/02هـ.

الزركلي: خير الدين / الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، بيروت.

زكريا الأنصاري / الغرر البهية شرح منظومة البهجة الوردية، طبعة المطبعة الميمنية سنة 1319هـ.

زكريا الأنصاري / فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، طبعة دار الفكر، ج02، ص 102.

الزنجاني، أبو المناقب شهاب الدين محمود / تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، الطبعة الثالثة، بلا دار نشر.

زياد محمد احميدان / مقاصد الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط2004/01.

الزيلعي جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف/ نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، لبنان و دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة – السعودية، ط1997/01.

الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي الحنفي / تبين الحقائق، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، طبعة دار الكتب الإسلامي، القاهرة، سنة 1313هـ.

زين العابدين العبد محمد النور / رأي الأصوليين في المصلحة المرسلة والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط2004/01 .

س

السباعي مصطفى / المرأة بين الفقه والقانون، بيروت، ط/1982.

السباعي، مصطفى / شرح قانون أحوال الشخصية السوري، طبعة دار االوراق، والنيرين، ط09/ 2001.

سبط ابن الجوزي، يوسف بن عبد الرحمن / مرأة الزمان، طبعة جامعة شكاغو، سنة 1907.

السبكي: تاج الدين بن علي بن عبد الكافي / طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق :محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع ط02/ 1413هـ.

سحنون: عبد السلام بن سعيد التنوخي / المدونة، طبعة دار صادر، بيروت.

السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل / المبسوط، طبعة دار المعرفة، بيروت، ط/ 1406هـ.

السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد / أصول السرخسي، تحقيق: أبو الفداء الأفغاني، دار الكتب العلمية بيروت.

سعد الدين مسعد هلالي / البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، طبعة 2001.

سعد بن عبد العزيز الشويرخ / أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا، الرياض ط2007/01.

سعدي أبو حبيب / القاموس الفقهي، دار الفكر، سوريا، ط02/ 1988.

سعيد بن منصور الخرساني المكي / سنن سعيد بن منصور، القسم الأول من المجلد الثالث، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت.

السعيد مصطفى السعيد / في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به، تقديم أحمد إبراهيم بك، مطبعة الاعتماد القاهرة، د، ت، ط،

سعيد مقدم / التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1992.

السمعاني، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار / قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1997/01.

السنوسي، عبد الرحمن بن معمر / اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1424/01هـ.

السيد البكري، أبو بكر محمد شطا الدمياطي / إعانة الطالبين على حلّ ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، طبعة دار الفكر، بيروت ج03، ص268.

السيد البكري، أبي بكر محمد شطا الدمياطي / حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

سيد سابق / فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

سيد قطب/ في ظلال القرآن، طبعة دار الشروق.

السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر / الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1403هـ.

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر / تاريخ الخلفاء، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، ط1952/01.

ش

الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي / الموافقات في أصول الشريعة، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط01/ 1997. والموافقات بتحقيق عبد الله دراز، طبعة دار المعرفة، بيروت.

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي / الإعتصام، طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس / اختلاف الحديث ، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتاب الثقافية، ط 01 / 1985، ص257 فما فوق.

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس / الأم، طبعة دار الفكر، بيروت.

الشافعي، محمد بن إدريس المطلبي / الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، المكتبة العلمية، بيروت.

الشربيني محمد الخطيب / مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر دار الفكر، بيروت.

الشربيني محمد الخطيب/ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، طبعة دار الفكر، بيروت، سنة 1415هـ.

الشرقاوي، أحمد إبراهيم / الزواج العرفي في ميزان الشرع، مكتبة الصفا، القاهرة، ط01/ 2000.

الشرواني حاشية الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، طبعة دار الفكر.

الشرواني: عبد الحميد / حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، طبعة دار الفكر، بيروت.

شقرون محمد أحمد / مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط2002/01.

الشقفة محمد بشير / الفقه المالكي في ثوبه الجديد – فقه الأحوال الشخصية، كتاب النكاح – دار القلم، سوريا، ط200/01.

شلبي محمد مصطفى / تعليل الأحكام، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة سنة 1981.

شلبي، محمد مصطفى / أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة دار الجامعة، مصر، ط/1973

شلبي، محمد مصطفى / أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط1983/04، ص 297.

الشنقيطي محمد الأمين / المصالح المرسلة، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة، ط/1410هـ.

الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني/أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 1995.

الشوكاني محمد بن علي بن محمد / إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق: محمد سعيد البدري أبو مصعب، دار الفكر، بيروت، طبعة 1992.

الشوكاني محمد بن علي بن محمد / نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، ط/1973..

الشوكاني: محمد بن علي بن محمد / فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، طبعة دار الفكر ، بيروت.

الشوكاني، محمد بن علي / نيل الأوطار، طبعة دار الجيل، بيروت، سنة 1973.

الشيباني محمد بن الحسن / كتاب الآثار، تحقيق: أحمد عيسى المعصراوي، ط2007/02.

الشيرازي / التنبيه في فقه الشافعي، تحقّيق: عماد الدين أحمد حيدر، طبعة عالم الكتب، بيروت، سنة 1403هـ، ص 211.

الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق / المهذب في فقه الإمام الشافعي، طبعة دار الفكر بيروت.

الشيرازي، إبراهيم بن علي الفيروزابادي / التبصرة في أصول الفقه، تحقيق وشرح: محمد حسن هيتو، دار الفكر، طبعة 1980.

ص

الصابوني عبد الرحمن / شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، طبعة، جامعة دمشق، ط11 / 2006.

صلاح الدين مقبول أحمد / مقدمة تحقيق كتاب: إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، طبعة الدار السلفية، سنة 1405هـ.

الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير / سبل السلام، تحقّيق: عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، ط 04/ 1379هـ، وطبعة كتبة مصطفى البابي الحلبي، ط1960/04.

ط

الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير / تاريخ الطبري (تاريخ الأمم والملوك)،دار الكتب العلمية بيروت، ط01 / 1407هـ.

الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي / جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط01 / 2000.

الطحاوي، أبو جعفر / معاني الآثار، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه : يوسف عبد الرحمن المرعشلي دار عالم الكتب، ط01/ 1994 ،

الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الحجري المصري / شرح مشكل الآثار.تحقيق : شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1994/01.

الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري / شرح معاني الآثار، تحقيق: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، طبعة عالم الكتب، ط1994/01.

الطحاوي، أبو جعفر، أحمد بن محمد / أحكام القرآن، تحقيق سعد الدين أونال، مركز البحوث الإسلامية تركيا، ط01/ 1998.

الطرابلسي، علاء الدين بن علي الحنفي / معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، المطبعة الميمنية بمصر، سنة 1306هـ.

الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن الكريم ا الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين / شرح مختصر الروضة، المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط01/ 1987.

الطبراني أبو القاسم سليمان بن أحمد / المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة ، طبعة 1415هـ.

الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم / المعجم الكبير تحقيق : حمدي بن عبدالمجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، الطبعة الثانية، 1404هـ- 1983.

ع

عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي / إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية،كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، تحت إشراف محمد البلتاجي رحمه الله، ونوقشت سنة 2000.

عابد بن محمد السفياني / معالم طريقة السلف في أصول الفقه، الثبات والشمول، مكتبة المنارة، مكة المكرمة،ط1988/01، ص 255.

عبد الرحمن بن محمد بن حسين باعلوي / بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، دار الفكر، بيروت.

عبد الرحمن تاج / السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، مصر، ط1953/01.

عبد الرزاق أبو بكر بن همام الصنعاني / مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي المكتب الإسلامي، بيروت، 1403/02هـ.

عبد الرزاق في المصنف، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي،المكتب الإسلامي، بيروت، ط1403/02هـ.

عبد السلام التونجي / مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية، بنغازي، ليبيا، د، ت، ط.

عبد السلام الرفعي / فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، دار إفريقيا الشرق، المغرب، طبعة 2004.

عبد السلام محمد الشريف العالم / نظرية السِّياسَة الشَّرعيَة، الضوابط والتطبيقات، جامعة قاريونس، بنغازي ليبيا، ط1996/01.

عبد العال عطوة /المدخل إلى السِّياسَة الشَّرعيَة، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1993.

عبد العزيز بن سطام آل سعود / اتخاذ القرار بالمصلحة، منشورات جامعة محمد بن سعود الإسلامية، ط2005/01.

عبد العزيز سعد / الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، ط1986/01.

عبد العزيز سعد / قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط2007/، دار هومة، الجزائر.

عبد العزيز عامر / الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الكتاب العربي، مصر، ط1961/01

عبد الفتاح عمرو / السِّياسَة الشَّرعيَة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، بيروت، ط1998/01 .

عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي / طبقات الحنفية، طبعة مير محمد كتب خانة، كراتشي.

عبد القادر عودة / التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العلمي، بيروت.

عبد القدر بن حرز الله / الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط2007/01.

عبد الله محمد مقدمة تحقيق كتاب المقدمة السُّلْطانِية في السِّياسَة الشَّرعيَة لطوعان الشيخ محمدي .

عبد المجيد النجار / مآلات الأفعال وآثارها في فقه الأقليات، المجلة العلمية، للمجلس الأوروبي، للإفتاء والبحوث ،دبلن، إيرلندا، العدد الرابع والخامس، جوان 2004.

عبد المجيد جمعة الجزائري / القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين للعلامة ابن قيم الجوزية، تقديم الشيخ بكر أبو زيد، دار ابن القيم، ودار ابن عفان، الرياض .

عبد الوهاب خلاف / أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم الكويت، ط1990/02.

عبد الوهاب خلاف / السِّياسَة الشَّرعيَة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1997.

عبد الوهاب خلاف / علم أصول الفقه، دار القلم، الكويت ط08.

عبد الوهاب خلاف / مصادر التشريع فيما لا نص فيه، دار القلم الكويت، الطبعة الثانية.

عبد رب النبي / الزواج العرفي، المشكلة والحلّ، دار الروضة، القاهرة، د،ت، ط.

عبدو محمد بسو / أثر الاجتهاد بالرأي في الاستحسان والمصلحة، رسالة دكتوراه، نوقشت سنة 2004، جامعة دمشق، تحت إشراف الدكتور وهبة الزحيلي.

العدوي الصعيدي علي / حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، سنة 1412هـ.

العز بن عبد السلام، أبو محمد السلمي / قواعد الأحكام في مصالح الأنام، طبعة دار الكتب العلمية.

العطار حسن / حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلمية بيروت، د، ت، ط.

عطية صقر / أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، دار الغد العربي، القاهرة، ط/1994.

العلوي محمد العابدي / الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، مطبعة إفريقيا، المغرب، ط1996/01.

عليش محمد / منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، طبعة 1989.

عمر السبيل / البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب و الجناية. **www.arablawinfio.com** .

عميرة شهاب الدين أحمد لرلسي/ حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين،حاشية عميرة، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت.

العيني بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد / عمدة القاري شرح صحيح البخاري، الطبعة المنيرية، بيروت.

غ

غالب عبد الكافي القرشي / أوليات عمر السياسة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1990/01.

الغرياني الصادق عبد الرحمن / مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، ط2002/01.

الغزالي، أبو حامد محمد الطوسي / المنخول من تعليقات الأصول، تحقيق: حسن هيتو، دار الفكر، ط1400/02هـ.

الغزالي، أبوحامد محمد الطوسي / المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1997/01.

الغمراوي محمد الزهري / السراج الوهاج على متن المنهاج، طبعة دار المعرفة ، بيروت.

فؤاد حسني قلع / مقاصد التصرفات النبوية، جامعة الزيتونة، المعهد الأعلى لأصول الدين، رسالة ماجستير، نوقشت سنة 2001 .

فؤاد عبد المنعم / السِّياسَة الشَّرعيَة، وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية وتطبيقاتها المعاصرة، البنك الإسلامي للتنمية، معهد الإسلامي للبحوث والتدريب جدة،، ط01 /2001 .

ف

فاديغا موسى / أصول فقه الإمام مالك، أدلته العقلية، دار التدمرية، ودار ابن حزم، ط2007/01.

فارس اشتي / مدخل إلى العلم بالسِّياسَة، دار بيسان، لبنان بيروت، ط01/ 2000.

فارس محمد عمران / الزواج العرفي، وصور أخرى من الزواج غير الرسمي، المكتب الجامعي الحديث، ط/2005.

الفراهدي: الخليل بن أحمد الفراهدي/ كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي، وإبراهيم السمرائي ، دار الهجرة، إيران، قم،01/ 1405هـ.

فوزي خليل / المصلحة العامة من منظور إسلامي، ويليه تطبيقات المصلحة العامة في عصر الخلفاء الراشدين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط01/ 2003..

فيروز أبادي: محمد بن يعقوب / القاموس المحيط.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري / المصباح المنير في شرح الغريب الكبير، طبعة المكتبة الإسلامية ، بيروت، ص66 .

ق

القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن نصر / الإشراف على نكت مسائل الخلاف،تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1999/01.

القاضي عبد الوهاب، أبو محمد علي بن نصر البغدادي / المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1998/01.

القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي / إكمال المعلم بوائد مسلم، تحقيق: يحى إسماعيل، درالوفاء، مصر، ط01/ 1998.

القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي / ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق : محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية – بيروت / لبنان ط01/ 1998 .

القبانجي: صدر الدين / علم السِّياسَة، تجديد من وجهة نظر إسلامية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، ط1997/01

القرافي، شهاب الدين أبو العباس / الفروق، طبعة عالم الكتاب، بيروت، د، ت، ط.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، المكتبة العصرية، بيروت، ط1999/03..

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي،ط1994/01.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس / الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، عالم الكتاب، بيروت

القرافي، شهاب الدين، أبو العباس أحمد بن إدريس / الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحيق: محمود دعرنوس، مطبعة الأنوار، ط1938/01.

القرة داعي علي محي الدين و علي يوسف المحمدي / فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، ط2006/02 .

القرضاوي يوسف / زواج المسيار، حقيقته وحكمه، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1999/01.

القرضاوي يوسف / كيف نتعامل مع السنة، معالم وضوابط، دار المعرفة الجزائر، ط/2001.

القرضاوي، يوسف / الاجتهاد المعاصر بين الإنضباط والإنفراط، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 1998.

القرضاوي، يوسف / الاستلحاق والتبني في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، مصر.

القرضاوي، يوسف / السِّياسَة الشَّرعيَة في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2000/01.

القرضاوي، يوسف / ملامح المجتمع المسلم الذي ننشده، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط1996/01..

القرطبي، أبو عبد الله محمد الأنصاري / الأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة 1985، وطبعة تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب، مصر، ط02/ 1372 هـ.

القلعي أبو عبد الله / تهذيب الرئاسة وترتيب السياسة، تحقيق، إبراهيم يوسف، ومصفى عجو، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، ط 01، د، ت، ط.

القليوبي وعميرة حاشيتا القليوبي وعميرة، على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، حقيق مكتب البحوث والدراسات، الناشر دار الفكر، بيروت.

ك

الكاساني / بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ط1982/02.

كحالة عمر رضا / معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط1993/01.

الكدّي، محمد العمراني / فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، هولندا نموذجا، دار الكتب العلمية، ط2001/01.

الكعبي خليفة علي / البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، قسم الشريعة، إشراف حسن فراج، ورمضان الشرنباصي.

الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني / الكليات، تحقيق : عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة سنة 1998.

الكليبولي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده / مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 1998.

كمال صالح البنا / الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، ط1998.

الكيا الهراسي الطبري / أحكام القرآن، دار الكتب العلمية ، بيروت.

اللقاني، إبراهيم المالكي / منار أهل الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق: زياد محمود حميدان، دار الأحباب، بيروت، ط1992/01،

م

مالك بن أنس / الموطأ، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الطبعة: الأولى 1425هـ - 2004.

الماوردي أبو الحسن / الحاوي الكبير، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، ط02/ 2003.

الماوردي: علي بن محمد بن حبيب البصري / الأحكام السُّلْطانِية والولايات الدينية، تحقيق: محمد فهمي السرجاني، المكتبة التوفيقية، مصر، ط01دون تاريخ طبع.

مجاهد بن جبر المخزومي أبو الحجاج / تفسير مجاهد، تحقيق : عبدالرحمن الطاهر محمد السورتي، طبعة المنشورات العلمية، بيروت،ج 01،

محمد الأمين زيادان جنكي / مراقي السعود إلى مراقي السعود، طبعة خاصة بمحقق الكتاب، الرياض، ط2002/02.

محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ / مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط2002/01. 214.

محمد القري / مقدمة أصول الاقتصاد الإسلامي، دار الحافظ.

محمد أمين عابدين / التعويض بين الضرر المادي والأدبي، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 1997.

محمد بن الحسن: بن فرقد الشيباني أبو عبد الله / المبسوط، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، الناشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.

محمد بن مسفر الطويل الزهراني / تعدد الزوجات في الإسلام، دار أم القرى للطباعة.

محمد رشيد رضا / تفسير المنار، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر: 1990.

محمد رشيد رضا / حقوق النساء في الإسلام، دار الشهاب، باتنة، الجزائر.

محمد رياض / أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة، ط1996/01.

محمد سلام مدكور / مناهج الاجتهاد في الإسلام في الأحكام الفقهية والعقائدية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1974.

محمد سلام مدكور / نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، بحث مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02 / 1984 .

محمد شمس الحق العظيم آبادي / عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1415/02هـ، ج14، ص20.

محمد طعمة القضاة / زواج المسيار وحكمه الشرعي، ص10 كتاب إلكتروني على الإنترنت:**www.arablawinfio.com**

محمد عبد الوهاب/أربع قواعد تدور الأحكام عليها، تحقيق:عبد العزيز بن زيد الرومي،محمد بلتاجي،سيد حجاب،دارالنشر،مطابع الرياض.

محمد فتحي عثمان / الفكر الإسلامي والتطور، دار الكويتية للطباعة والنشر، ط1969/02، ص232.

محمد محدّة / الخطبة والزواج، طبعة دار الشهاب، باتنة، الجزائر.

محمد مختار ولد أباه / مدخل إلى أصول الفقه المالكي، دار الأمان، الرباط، ط2003/02.

المدغري عبد الكريم العلوي / المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة المغرب، ط /1999.

المرداوي، علي بن سليمان أبو الحسن / الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت. 432.

مرعي بن يوسف الحنبلي / دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل / ، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، سنة1389هـ،

المرغناني أبوالحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني / الهداية شرح البداية، طبعة المكتبة الإسلامية بيروت.

المزني إسماعيل / المختصر، طبعة دار المعرفة، بيروت.

المزي، أبو الحجاج جمال الدين / تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق بشار عواد، طبعة مؤسسة الرسالة، ط1406/04هـ.

المسعودي: / مروج الذهب ومعادن الجوهر، طبعة الأندلس، بيروت.

مسلم أبو الحسين بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري / الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، دار الجيل بيروت، دار الأفاق جديدة بيروت.

مصطفى بن العدوي / أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، ط01/ 1988

المطلق: عبد الملك بن يوسف / الزواج العرفي، داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، تقديم وتقريظ الدكتور:عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، دار العاصمة، ط2006/01. 178.

المعلمي عبد الرحمن بن يحي/ الحكم المشروع في الطلاق المجموع، تحقيق حاكم بن عبيسان المطيري، دار أطلس للنشر والتوزيع، ط 01/ 1997.

المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد / القواعد، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبد الله بن حميد، منشورات جامعة أم القرى، مكة المكرمة. ص502.

المقريزي، تقي الدين أبو العباس، أحمد / كتاب المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار، المعروف بالخطط المقريزية، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة،ط1987/02.

ملكة يوسف زرار / موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، تقديم: صوفي أبو طالب، دار الفتح للإعلام العربي القاهرة، ط2000/01.

المليباري الهندزين الدين بن عبد العزيز / فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، طبعة دار الفكر.

المناوي عبد الرؤوف / التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر.

المناوي، محمد عبد الرؤوف / فيض القدير شرح الجامع الصغير، تصحيح: أحمد عبد السلام، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1994/01.

المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله / التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

موسى محمد يوسف / النسب وآثاره، ، دار المعرفة، القاهرة، ط02/ 1965.

مولاي الحسين الحيان / منهج الاستدلال بالسنة في المذهب المالكي، تأسيس وتأصيل، دار البحوث الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط2003/01.

ميارة أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي / شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، طبعة2000.

ن

النحاس أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي أبو جعفر / الناسخ والمنسوخ، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1408/01هـ..

النسائي أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن / سنن النسائي الكبرى، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1411 هـ- 1991.

نصر سليمان وسعاد سطحي / أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الفجر، ط2006/01.

نصر فريد محمد واصل / فقه الأسرة في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، ط1999/01.

نظام بركات و عثمان رؤوف و محمد خلوة / مبادئ علم السِّياسَة ، دار الكرمل ، بيروت، ط02، 1987.

نور الدين عباسي / الاجتهاد الاستصلاحي، مفهومه، حجيته، مجاله، ضوابطه، دار ابن حزم، ط2007/01.

النووي أبو زكريا يحي بن شرف / المجموع، طبعة دار الفكر، بيروت، طبعة 1997..

النووي أبو زكريا يحي بن شرف / روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، طبعة 1405هـ.

النووي، أبو زكريا يحي بن شرف / شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1392/02هـ.

هـ

هلال يوسف إبراهيم / أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصرين، دار المطبوعات الجامعية، ط1999/

هلالي سعد الدين مسعد / البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، طبعة 2001.

هلالي سعد الدين مسعد / المهارة الأصولية وأثرها في النضج والتجديد الفقهي، طبعة جامعة الكويت، سنة 2004.

الهيثمي نور الدين علي بن أبي بكر/ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بيروت، طبعة 1412 هـ.

و

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية / الموسوعة الفقهية الكويتية، ، مطابع صفوة، ط1993/04، باب الانتساب، ج06، ص2650،

الوزاني أبو عيسى سيدي شريف / النوازل الجديدة الكبري أو المعيار الجديد المعرب، مقابلة وتصحيح، عمر بن عباد، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، ط/1997.

وفاء معتوق حمزة فراس / الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامية، دار القاهرة، مصر، ط01 /2000.

الولاتي، محمد يحى بن محمد المختار / إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، قدم له وعلق عليه: مراد بوضية، دار ابن حزم، بيروت، ط2006/01..

الونشريسي، أحمد بن يحى / المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقا والأندلس والمغرب، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، طبعة 1981.

وورقية عبد الرزاق / ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، دار لبنان، ط2003/01.

ي

يحي بن آدم القرشي / كتاب الخراج، تحقيق: حسين مؤنس، دار الشروق، القاهرة، ط1987/01.

اليوبي، محمد سعد بن أحمد بن مسعود / مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، ط1998/01.

يوسف أحمد البدوي / مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس الأردن، ط2000/01.

يوسف حامد العام / المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، دار الحديث القاهرة، ةالدار السودانية، الخرطوم، د، ت، ط.

قوانين ومجلات.

الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر ب18 محرم 1426هـ الموافق ل27 فبراير 2005، والمتضمن للأمر رقم 05 - 02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 والمتضمن لقانون الأسرة.

الجريدة الرسمية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 16 ربيع الثاني 1427هـ، الموافق ل 14 مايو 2006، والمتضمن للمرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 – 11 في رمضان 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

قانون الأحوال الشخصية السوري/ الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

قانون رقم 03.70 صادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 في 03 فبراير 2004 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

المجلة القضائية، السنة 1989 العدد 01.

المجلة القضائية، السنة1989 العدد02.

المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1991.

مجلة البحوث الفقهية، العدد 36، السنة التاسعة، رجب، شعبان، رمضان، سنة 1998.

مجلة الصحة، الرياض، العدد الخامس، يناير – فبراير سنة 2002 .

المجلة العلمية، للمجلس الأوروبي، للإفتاء والبحوث ،دبلن، إيرلندا، العدد الرابع والخامس، جوان 2004. عبد المجيد النجار / مآلات الأفعال وآثارها في فقه الأقليات،

1 – موقع الشيخ القرضاوي /www.qaradawi.net/site/topics/article.asp?cu_no=2&item_no

2 – موقع الوراثة http://www.werathah.com/Meta.htm

3 – موقع على النت http://forum.amrkhaled.net/showthread.php?t=93779

4 – موقع على النت.www.ward61.61.com

5 – موقع /www.islamonline.net/LiveDialogue/

6 – موقع على النت http://experts-center.com/2.htm

فهرس الموضوعات

الباب الأول: السياسة الشرعية والاجتهاد..... 02

الفصل الأول: مدخل إلى السياسة الشرعية..... 05

المبحث الأول: ماهية السياسة الشرعية..... 06

أولا: تعريف السّياسة الشّرْعية لغة:..... 06

ثانيا: تعريف السّياسَة الشّرعيَة اصطلاحا:..... 10

ثالثا: تعريف السّياسَة الشّرعيَة عند الفقهاء..... 10

أولا: تعريفها عند الفقهاء المتقدمين..... 12

ثانيا: تعريف السّياسَة الشّرعية عند المعاصرين..... 18

مناقشة واختيار:..... 20

المبحث الثاني: السياسة الوضعية ومقارنتها بالسياسة الشرعية..... 26

أولا: تعريف السّياسَة الوَضعية..... 26

ثانيا: الموازنة بين السّياسَة الشّرعيَة والسّياسَة الوَضعية..... 29

الفصل الثاني: السياسة الشرعية بين الاعتبار والإلغاء..... 32

المبحث الأول: السّيَاسَة الشّرعِيَة في فروع الفقهاء..... 33

أولا – المذهب الحنفي:..... 33

ثانيا – المذهب المالكي:..... 35

ثالثا – المذهب الشافعي:..... 36

رابعا – المذهب الحنبلي:..... 38

المبحث الثاني: المحتجون بالسّيَاسَة الشّرعِيَة وأدلتهم..... 41

أولا: المحتجون بالسّيَاسَة الشّرعِيَة..... 41

ثانيا: أدلة اعتبار السّيَاسَة الشّرعِيَة:..... 44

1 – السّيَاسَة الشّرعِيَة في القرآن:..... 44

2 – السّيَاسَة الشّرعِيَة في السنة النبوية..... 49

3 – السّيَاسَة الشّرعِيَة من فعل الصّحابة رضي الله عنهم..... 53

المبحث الثالث: المنكرون للسياسة الشرعية..... 56

أولا: الرافضون للسياسة الشرعية..... 56

ثانيا: نظرة وتأمل..... 58

الفصل الثالث: الاجتهاد ومجالات السياسة الشرعية 62
المبحث الأول: مدخل إلى الاجتهاد 63
أولا: تعريف الاجتهاد لغة وشرعا 63
ثانيا: أقسام المجتهدين. 65
ثالثا: أنواع الاجتهاد 67
رابعا: شروط الاجتهاد..... 69
خامسا: الاجتهاد والسّياسة الشرعية. 71
سادسا: الأمور التي لا يصح لولي الأمر الاجتهاد فيها 73
المبحث الثاني: مجالات السّيَاسة الشرعية. 76
أولا: أنواع النّصوص الشرعية. 76
ثانيا: أنواع الفقه السياسي ونصوصه. 80
الفصل الرابع: ولي الأمر وسلطته في تغيير الحكم. 92
المبحث الأول: ولي الأمر ووجوب إقامته. 93
أولا : تعريف ولي الأمر. 93
ثانيا: الإمامة والرسالة. 97
ثالثا: وجوب إقامة ولي الأمر. 99
المبحث الثاني: سلطة ولي الأمر على تغيير الأحكام. 101
أولا: طاعة ولي فيما يصدر من أحكام. 101
ثانيا: سلطة ولي الأمر في تغيير الأحكام. 105
المبحث الثالث: سطلة ولي الأمر في تقييد المباح. 110
أولا: اجتهاد ولي الأمر و تقييد المباح. 110
ثانيا: مجالات العمل باجتهاد ولي الأمر. 115
الفصل الخامس: قواعد السِّيَاسَةِ الشَّرعِيةِ فيما لا نَصَّ فيه. 121
مدخل: قواعد السّياسة الشّرعية أهميتها وصلتها بالمقاصد 121
أولا: أهمية العمل بقواعد السّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه. 121
ثانيا: صلة قواعد السّيَاسَة الشَّرعِية فيما لا نص فيه بالمقاصد 123
المبحث الأول: القياس. 126
أولا: تعريف القياس. 126

ثانيا: حجية القياس. 128
ثالثا: أمثلة على انبناء السّيَاسَة الشَّرعِية على القياس. 129
المبحث الثاني: المصلحة المرسلة. 133
أولا: تعريف المصلحة. 133
ثانيا: المصلحة المرسلة. 138
1 – تعريف المصلحة المرسلة: 138
2 – تعريف المناسب المرسل عند من يحتج به. 139
3 – المصلحة المرسلة والاستصلاح. 144
4 – شروط العمل بالمصلحة المرسلة عند الإمام مالك 145
ثالثا: النص والمصلحة. 148
أ – تعارض المصلحة والنص. 149
ب – المنكرون لتخصيص النص بالمصلحة. 153
مناقشة هذا الرأي: 154
رابعا: المصلحة والسياسة الشرعية: 158
أولا: حقيقة المصلحة. 158
ثانيا: أهمية المصلحة في السيسة الشرعية 161
خامسا: أقسام المصالح. 164
التقسيم الأول: أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع. 164
التقسيم الثاني: المصلحة باعتبار الثبات والتغير. 167
التقسيم الثالث: من قوة المصلحة في ذاتها 168
التقسيم الرابع: أقسام المصلحة من حيث الشمول. 170
التقسيم الخامس: المصالح من حيث الجزم بها وعدم الجزم. 171
المبحث الثالث: قاعدة الاستحسان 172
أولا: تعريف الاستحسان. 172
ثانيا: أنواع الاستحسان. 172
ثالثا: فرق بين المصلحة المرسلة والاستحسان. 176
رابعا: حجية الاستحسان. 177
خامسا: علاقة الاستحسان بالمقاصد. 178

سادسا: الاستحسان والسياسة الشرعية. 179
المبحث الرابع: قاعدة الذرائع. 181
أولا: تعريف سَدّ الذرائع: 181
ثانيا: أقسام الذّرائع. 182
ثالثا: موقف العلماء من سَدّ الذّرائع. 184
رابعا: العلاقة بين المقاصد وسَدّ الذرائع. 187
خامسا: سَدّ الذّرائع والسياسة الشرعية: 188
أثر القول بسَدّ الذّرائع: 189
المبحث الخامس: قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف. 190
أولا: تعريف مُرَاعاة الخِلاَف. 190
ثانيا: مذاهب العلماء في مُرَاعاة الخِلاَف. 194
ثالثا: شروط مُرَاعاة الخِلاَف. 197
رابعا: قاعدة مُرَاعاة الخِلاَف واعتبار مآلات الأفعال. 198
خامسا: مُرَاعاة الخِلاَف والمصلحة وتطبيقاتها في السياسة الشرعية. 201
المبحث السادس: قاعدة العرف. 203
أولا: تعريف العرف. 203
ثانيا: شروط العمل بالعرف. 204
ثالثا: أقسام العرف. 204
رابعا: مجالات إعمال العرف. 205
خامسا: علاقة العرف بمقاصد الشريعة. 206
سادسا: سلطان العرف في السياسة الشرعية. 211
المبحث السابع: اعتبار مآلات الأفعال 211
أولا: تعريف اعتبار المآل. 213
ثانيا: أصل النظر في المآلات و دليلها. 213
ثالثا: اجتهاد ولي الأمر في تقدير المآل. 216
رابعا: النظر في المآلات عند تنزيل الأحكام على الوقائع 218
خامسا: ضوابط الاجتهاد في اعتبار المآلات. 220
سادسا: صلة مآلات الأفعال ببعض القواعد الأصولية. 222

سابعا: تطبيقات المآلات في السياسة الشرعية. 222
الباب الثاني: تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية 225
الفصل الأول: السياسة الشرعية المتعلقة بما قبل عقد الزواج. 229
المبحث الأول: آثار العدول عن الخطبة 230
أولا: تعريف الخِطْبَة. 230
ثانيا: ضرورة الخِطْبَة وأهميتها 332

ثالثا: آثار العدول عن الخِطْبَة.

.....

232.....

أولا: الصداق 233
ثانيا: الهدايا 234
الاجتهاد السّياسي في المسألة. 238
ثالثا: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخِطْبَة. 240
أولا: الأضرار المادية. 243
ثانيا: الأضرار المعنوية. 245
البناء السياسي في الضرر المترتب عن العدول عن الخِطْبَة. 247
المبحث الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج. 247
أولا: تعريف الفحص الطّبي والجيني. 248
ثانيا: أنواع الأمراض بالنسبة للفَحْص الطّبي قبل الزواج وعلاجها 250
ثالثا: الأمراض التي توثر في الزواج. 251
رابعا: إيجابيات الفَحْص الطّبي. 253
خامسا: سلبيات الفَحْص الطّبي قبل الزواج. 255
سادسا: كيفية الفَحْص وأنواعه. 256
سابعا: تقسيم الفحوصات من حيث الرجل والمرأة الراغبين في الزواج. 257
ثامنا: حكم إجراء الفَحْص الطّبي. 258
موازنة وترجيح ووجه السياسة في الفحص الطّبي. 266
تاسعا: الفحص الطّبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري. 269

الفصل الثاني: السِياسَة الشَرعية المتعلقة بإنشاء عقد الزواج مقوماته..... 272
المبحث الأول: الزواج العرفي 273
أولا: تعريف الزواج العرفي. 273
ثانيا: الفرق بين الزواج العرفي والشرعي والرسمي..... 279
ثالثا :سبب تسمية هذا الزواج بالعرفي. 279
رابعا: الزواج العرفي في ميزان الشرع. 280
موقف علماء العصر من الزواج العرفي: 281
1– آراء القائلين بإباحة الزواج العرفي: 281
2 – آراء القائلين بحظر الزواج العرفي: 282
خامسا: السياسة الشرعية في الزواج العرفي. 287
المبحث الثاني: زواج المِسيَار..... 294
أولا: تعريف زواج المسيار. 294
ثانيا: نشأة زواج المسيار وانتشاره المعاصر. 296
ثالثا: الفرق بين زواج المسيار و الأنكحة الأخرى. 297
رابعا: حكم زواج المسيار. 298
1 – القائلون بالإباحة مطلقا، أو الإباحة مع الكراهة. 298
2 – أدلة القائلين بإباحة زواج المسيار ومناقشتها 300
ثالثا: القائلون بعدم الإباحة. 304
رابعا: أدلة القائلين بعدم إباحته ومناقشتها 306
خامسا: القول بالتوقف في حكم زواج المسيار. 312
سادسا: الموازنة والنظر السياسي في زواج المسيار. 312
المبحث الثالث : تَحديدُ أَعلَى الصَداق..... 316
أولا: تعريف الصداق. 316
ثانيا: حكم الصَدَاق وطبيعته. 317
ثالثا: تحديد أقل الصداق. 319
رابعا: أكثر الصداق. 321
خامسا: سلطة ولي الأمر في تحديد أكثر الصداق. 322
المبحث الرابع: الزَواج بالكتابة 331

أولا: الزواج بالمشركة والمرتدة. 332
1 – تحريم الزّوَاج من المشركة: 332
2 – بطلان الزّوَاج بالمرتدّة. 334
ثانيا: زواج المسلم بالكتابية: 335
حُكْمُ زَواجُ المسلمِ بالكِتابيَّةِ: 336
ضوابط وقيود جواز الزّوَاج بالكتابية: 339
ثالثا: الاجتهاد السّياسي في الزواج بالمرأة الكتابية. 346
المبحث الخامس: تَعدُدُ الزّوجات. 354
أولا: الحكمة من تعدد الزوجات. 355
ثانيا: شروط تعدد الزوجات. 359
ثالثا: شبه المنكرين للتعدد والرد عليها: 362
رابعا: التعدد ورقابة القضاء. 366
خامسا: سلطة ولي الأمر في تقييد التعدد. 370
سادسا: تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري 377
الفصل الثالث: السّياسَة الشّرعيّة المتعلقة بآثار الزواج 379
المبحث الأول: البَصمَة الوراثيّة. 380
النّسب والبَصمَة الوراثية. 381
أولا : النّسَب وطرق إثباته. 381
أ – تعريف النّسَب. 381
ب – طرق إثبات النّسَب. 382
ثانيا: البَصمَة الوراثية. 389
أولا: تعريف البَصمَة الوراثية. 389
ثانيا: كيفية التعرف على صاحب الخلية البيولوجية. 391
ثالثا: ضوابط إجراء تحليل البَصمَة الوراثية. 392
رابعا: الحكم الشرعي للبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. 393
الأدلة الشرعية على حجية العمل بالبَصمَة الوراثية عموما. 394
خامسا: مجالات الاستفادة من البَصمَة الوراثية في إثبات النّسَب. 397
سادسا: موقع البَصمَة الوراثية من أدلة النّسَب. 398

سابعا: دلالة البَصمَة الوراثية على نفي النَّسَب. 404
الموازنة والتوجيه السياسي في المسألة: 407
المبحث الثاني: نسب ولد الزنا 415
أولا: مذاهب العلماء في نسب ابن الزنا 415
مناقشة وموازنة 422
ثانيا: النظر السياسي في مسألة نسب ولد الزنا 426
المبحث الثالث : إعطاء لقب الكافل للمكفول 430
أولا: تعريف التبني. 430
ثانيا: الحكمة من تحريم التبني. 431
ثالثا: إبطال آثار التبني. 432
رابعا: تعريف الكفالة. 432
خامسا: إعطاء الابن المكفول لقب العائلي للكافل. 434
سادسا: النظر السياسي في مسألة إعطاء المكفول لقب الكافل. 438
المبحث الرابع: نفقة الزَّوجة العاملة. 450
أولا: تعريف النفقة. 451
ثانيا: حُكمُ النَّفقةِ على الغير. 452
ثالثا: شُروطُ وجوبِ النَّفقةِ الزَّوجيةِ. 453
أولا: **الزَّوجةُ المدخول بها.** 453
ثانيا: **الزَّوجةُ غيرُ المدخولِ بها.** 454
رابعا: الأصل في الإنفاق على الزوجات. 454
أ – **نفقة المرأة غير المتزوجة :** 454
ب– **نفقة الزوجات :** 454
خامسا: نَفَقَةُ الزَّوجةِ العاملةِ. 456
1 – المرأة العاملة قبل الزواج. 457
2 – سلطة الزوج على زوجته العاملة بعد الزواج. 460
سادسا: نفقة الزوجة العاملة ووجه السياسة فيه. 465
الفصل الرابع: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بالطلاق. 470
المبحث الأول: الطلاق التعسفي 471
أولا: الطلاق ومشروعيته. 471

ثانيا: مذاهب العلماء في أصل الحكم فيه. 474
أولا: مذهب القائلين بالإباحة وأدلتهم. 475
ثانيا: مذهب القائلين بالحظر وأدلتهم. 477
القول المختار: 482
ثالثا: الطَّلاَق التعسفي والتعويض عنه. 483
أولا : تعريف التعسف في استعمال الحق. 483
ثانيا: التعسف في استعمال حق الطَّلاَق. 484
ثالثا: التعويض عن الطَّلاَق التعسفي. 487
رابعا: وجه السياسة الشرعية في التعويض عن الطَّلاَق التعسفي. 490
خامسا: الطَّلاَق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري. 493
المبحث الثاني: التطليق للضرر 497
أولا: تعريف الضرر وما إليه. 497
ثانيا: موقف الفقهاء من التطليق للضرر. 500
أولا: الفريق المانع للطلاق للشقاق والضرر. 501
ثانيا: الفريق القائل بوقوع الطلاق للضرر والشقاق. 507
ثالثا: التطليق للضرر في المذهب المالكي. 511
رابعا: السياسة الشرعية في مسألة التطليق للضرر. 514
خامسا: موقف القانون من التطليق للضرر. 520
المبحث الثالث: الطلاق الثلاث بلفظ واحد. 525
أولا: مذاهب العلماء في الطلاق الثلاث: 525
المذهب الأول: يقع الطلاق الثلاث بلفظ ثلاثا دخل بها أو لا. 526
المذهب الثاني: الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع ثلاثا. 539
ثانيا: موازنة وترجيح. 547
ثالثا: الطلاق الثلاث بلفظ واحد ووجه السياسة فيه. 557
الفصل الخامس: السِّياسَة الشَّرعيّة المتعلقة بآثار الطلاق 563
المبحث الأول: المتعة والتعويض. 564
أولا: تعريف المتعة. 564
ثانيا: حكم متعة المطلقات. 565
1 – **حكم متعة المطلقة قبل الدخول ولم يسم لها صداق** 566

2 – حكم المتعة قبل الدخول وقد سمي لها صداق. 566
3 – حكم المتعة في المطلقة بعد الدخول، سواء سمي لها صداق أم لا ؟ 567
ثالثا: المتعة بين الاستحباب والوجوب. 567
أولا: المتعة المستحبة. 568
ثانيا: المتعة الواجبة: 570
رابعا: الترجيح والتوجيه السياسي في مسألة المتعة. 570
خامسا: الفرق بين المتعة والتعويض. 581
سادسا: السياسة الشرعية في تحديد مقدار المتعة. 584
المبحث الثاني: الدعوى الكيدية في تعديل النفقة. 588
أولا: طلب تعديل النفقة: 589
وجه السياسة الشرعية في تعديل قيمة النفقة. 590
ثانيا: دين النّفقة الزوجية. 593
وجه السياسة في دين النفقة المتجمدة. 595
المبحث الثالث: الحَضَانة. 598
أولا: الحضانة وأحقيتها. 598
1 – تعريف الحَضَانة. 598
2 – استحقّاق الحَضَانة. 600
3 – الترجيح و النظر السّياسي في مسألة أحقّية الحَضَانة. 604
ثانيا: مرتبة الأب في سلم مستحقّي الحَضَانة. 607
ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من مستحقّي الحَضَانة. 613
ترتيبُ أصحاب الحقّ في الحَضَانة في التعديلِ الجديدِ: 614
رابعا: زواج الأمّ وأثره في إسقاط الحَضَانة. 615
1 – القائلون بسقوط حقّ الحَضَانة عن الأم المتزوجة. 615
2 – القائلون بعدم سقوط الحَضَانة عن الأم المتزوجة. 618
الترجيح والسّياسة الشرعية في المسألة: 619
خامسا: موقف القانون من إسقاط الحَضَانة عن المتزوجة. 625
خاتمة. 628
فهرس الآيات. 632
فهرس الأحاديث والآثار. 636

فهرس المراجع والمصادر..... 645
فهرس المواضيع..... 672