



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

الاستصلاح وأثره في الأحوال الشخصية

– دراسة تأصيلية تطبيقية –

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب: هيثم رضوان ضاهر

المشرف: الدكتور محمد حسان عوض

(١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى سيد الوجودات، حبيب رب العالمين، سيدنا محمد رسول الله ﷺ، المعلم الأول، ومن عليه بعد الله المعول، الذي كان ﷺ يقبل الهدية .

إلى الأئمة الربانيين الأعلام، الذين نشروا الإرث النبوي، حتى ملأت أنوار أعمالهم وآثارهم الآفاق .

إلى والديّ الذين ربّاني صغيراً ودفعاني إلى طريق العلم، وصبرا من أجل ذلك وصابرا .

إلى زوجتي أم محمد التي كان لها نصيبٌ كبيرٌ من النَّصَب في عوني على إتمام هذا العمل .

إلى إخوتي وأختي .

إلى كلّ من علّمني أو أرشدني أو نصّحني، وإلى كلّ طالبٍ للعلم والحقّ .

شكر وثناء

أحمد الله تعالى على كلِّ نعمه، ومنها أن وقّني وأمدّني لإتمام هذا العمل، وأرجو أن يتقبّله ويجعله خالصاً، وينفع به .

وجزى الله عنا سيدنا محمداً ﷺ ما هو أهله، المعلم الأول، والنبّي المرسل، من عليه بعد الله في معرفة الأحكام المعوّل، فكل علمٍ إنما هو من بحر علمه ﷺ .

أتوجّه بالشكر إلى فضيلة المشرف الدكتور محمد حسان عوض حفظه الله تعالى، على ما أتخفني به من كريم الملاحظة، وجميل التصحيح، لما وقعت فيه من أخطاء.

وأتوجّه بجزيل الشكر إلى كلية الشريعة بجامعة دمشق ممثلةً بكادرها العلمي والإداري، وأسأل الله دوامَ نفعها، وأن يجعلها شامةً لأهل الشام، وأخصّ بالشكر قسم الدراسات العليا، وأختتم بمسك الشكر للسيد العميد الدكتور بديع السيّد اللحام .

وأشكر كل من له عليّ فضلٌ، أيّاً كان، وأنّي كان .

وصلّى الله على سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلم .

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأكمل التسليم على سيدنا محمد المبعوث رحمةً للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن الله تعالى أكرم البشرية وأسعدها ببعثة سيدنا محمد ﷺ بدين الإسلام والإيمان والإحسان، وأساس مقاصد هذا الدين تحقيق مصالح العباد، وتأمين سعادتهم، بنفي الضرر عنهم، والتيسير عليهم، ورفع الحرج والمشقة عنهم .

ومن نعمة الله تعالى ومنه أن هياً لهذا الدين علماء ربانيين، بذلوا نفائس أعمارهم وصرموا غوالي أنفاسهم سواد ليلهم وبياض نهارهم في خدمة الشريعة وتبيين أحكامها على مرّ العصور، واستنبطوا الأحكام من الأدلة المتفق عليها: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، ومن خلال الأدلة التي لم يُتَّفَقْ عليها؛ كالاستصحاب، والاستحسان، والاستصلاح، والعرف، وسد الذرائع، وشرع من قبلنا، وقول الصحابي .

وفي هذا البحث استعنت بالله وبذلت جهدي في بيان أحد هذه الأدلة، وهو الاستصلاح؛ من حيث التعريف به، وحجيته، والقواعد الفقهية التي تضبطه وتوجهه وتطبيقاتها المعاصرة، ثم بيان أثر الاستصلاح في الأحوال الشخصية، وجاء هذا البحث بعنوان: (الاستصلاح وأثره في الأحوال الشخصية، دراسة تأصيلية تطبيقية) .

أولاً _ أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في نقاط عدّة، أهمها:

١ _ أهمية موضوع المصلحة ومعرفة ضوابطها وحدودها، فالمصلحة أساس تدور أحكام الشريعة عليها .

٢ _ الاستصلاح يُبرز مرونة الفقه الإسلامي بوضوح .

٣ _ معالجة البحث للموضوعات المتّصلة بالمقاصد التي تحقّقها الشريعة الإسلامية في شؤون الأسرة .

ثانياً _ أسباب اختيار البحث:

اخترتُ البحث في هذا الموضوع لأسبابٍ، أُجملها في النقاط الآتية:

- ١ _ الردّ على ما وُجّه من الشُّبه والانتقادات لأحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، والتي تتهم الشريعة بقصورها عن تحقيق مصالح الناس مع تقدّم العلم وتقنياته .
- ٢ _ تبين وجه المصلحة في انتقاء نصوص قانون الأحوال الشخصية السوري .
- ٣ _ كثرة الحوادث المستجدة التي تحتاج لتبيين حكمها، وتحقيق مصالح الناس حيالها، وأخصب موضوع للبحث في هذا هو الاستصلاح، والله أعلم .

ثالثاً _ حدود البحث:

موضوع الاستصلاح أصوليّ وله تطبيقات في فروع علم الفقه، فيتّصل بالجنايات، والاقتصاد، والأحوال الشخصية، وغير ذلك، وله نوازل كثيرة في الفروع الفقهية كلّها، فلا بدّ من تأطير البحث وبيان حدوده، كالآتي:

- ١ _ الدراسة الأصولية: تتضمن البحث في الاستصلاح كموضوع أصولي، وبيان حجته، وضوابطه، وذكر القواعد الفقهية التي تحقّق المصلحة وتضبط الاستصلاح .
- ٢ _ الدراسة التطبيقية: تتضمن ذكر بعض التطبيقات المعاصرة في مسائل الأحوال الشخصية للقواعد الفقهية الضابطة للاستصلاح انتقيتها بما يناسب موضوع وحجم البحث، وكان القسم الأكبر من الدراسة التطبيقية في بيان أثر الاستصلاح في الأحوال الشخصية؛ من خلال بحث تطبيقات لبعض لعددٍ من المسائل المعاصرة في مجال الأحوال الشخصية من الجانب الشرعي والقانوني .

رابعاً _ مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الإجابة عن الأسئلة التالية:

السؤال الأول _ هل الاستصلاح دليلٌ معتبرٌ في الاستنباط؟ وما الدليل على ذلك؟ وما ضوابط الاعتماد عليه؟

السؤال الثاني _ ما القواعد الفقهية التي تضبط الاستصلاح، وتحدّد المصلحة، وما أثرها وتطبيقاتها في الوقت المعاصر؟

السؤال الثالث _ ما أثر الاستصلاح في أحكام الأحوال الشخصية؟
والإجابة عن هذه التساؤلات من أهم أهداف البحث .

خامساً _ صعوبات البحث:

لا يخلو البحث في هذا الموضوع من الصعوبات، وأهم ما يُذكر هنا:

١ _ دخول القضاء والأمور القانونية في القسم التطبيقي من البحث، مما يحتم الرجوع إلى القضاة وأصحاب الخبرة القانونية من خلال المحاكم الشرعية .

٢ _ كثرة النوازل في الأحوال الشخصية الناتجة عن تعقّد الحياة وبخاصّة بعد الحروب والأزمات، مما أوجد صعوبة كبيرة في دراسة النوازل، وكان لزاماً عليّ الاختصار على بعض النوازل المهمة لتبيين العلاقة بين الدراسة التأصيلية والتطبيقية، فذكرت أمثلةً انتقيتها على سبيل التمثيل لا الإحاطة .

سادساً _ الدراسات السابقة، والجديد في البحث:

الدراسات السابقة التي اطلّعتُ عليها _ بعد بذل وسعي _ قسمان:

القسم الأول: دراسات للمصلحة المرسلة والاستصلاح من الناحية الأصولية، فمنها:

١ _ **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية:** رسالة الدكتوراه التي قدّمها العلامة الشهيد محمد سعيد رمضان البوطي رحمه الله تعالى لكلية القانون والشريعة بجامعة الأزهر، عام (١٣٨٥هـ)، وقد أفدتُ منها في الباب الأول .

٢ _ المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير للباحث محمد أحمد بو ركاب، قدمها لكلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية في لبنان، سنة (١٤١٤هـ / ١٩٩٤م) .

٣ _ الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها: كتاب من تأليف الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى، طبعته دار القلم في دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م) .

٤ _ المصالح المرسلة، دراسة تحليلية ومناقشة فقهية وأصولية، مع أمثلة تطبيقية، للباحث محمود عبد الكريم حسن، وهو كتيب مؤلف من (٨٦) صحيفة طبعته دار النهضة الإسلامية، الطبعة الأولى سنة (١٤١٥هـ / ١٩٩٥م) .

القسم الثاني: الدراسات التي تناولت المصلحة المرسلة والاستصلاح من الناحية التطبيقية، وأكثرها في غير مجال الأحوال الشخصية، مثل:

١ _ المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية: بحث قدمه الباحث عبد الحميد علي حمد محمود، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا، بجامعة النجاح الوطنية في نابلس، بفلسطين (٢٠٠٩م) .

٢ _ الاستدلال بالمصالح المرسلة في القضايا المالية المعاصرة، وهو أطروحة دكتوراه للباحث محمد بن إسماعيل بن عثمان زين، في قسم أصول الفقه بالدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى، في المملكة العربية السعودية، عام (١٤٢٨هـ / ١٤٢٩هـ) .

أما بالنسبة لدراسة الاستصلاح مع تطبيقاته في الأحوال الشخصية محل البحث فلم أجد إلا بحثين بعد بذل وسعي في البحث، هما:

١ _ تطبيقات معاصرة على المصلحة المرسلة في الجانب الأسري، وهو بحث محكم مؤلف من (٣٦) صحيفة، من إعداد الدكتور عبد الرحمن الكيلاني، منشور في مجلة الشريعة والقانون، في الإمارات، في العدد السابع والعشرين، عام (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م) .

وقد عرض لأربع مسائل من التطبيقات المعاصرة في عشرين صحيفة .

٢ _ المصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الأحوال الشخصية، للباحث خافان عبد الله خافان السياري، وجدته كغلاف كتاب ولم أستطع العثور عليه، والذي فهمته من خلال البحث في الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت) أنه منشور في ماليزيا عام (٢٠٠٦م)، وعلمتُ به بعد الانتهاء من البحث.

هذه أهم الدراسات السابقة التي تتصل بموضوع البحث .

أما الجديد في البحث:

ينبغي لكل بحث من أن يأتي بجديد، وبالنسبة لبحثي فقد أخذ بحثي منحى مختلفاً عما بحثه الباحثون الآخرون، والجديد في بحثي _ عدا نقاط التقاطع _:

١ _ الترتيب والتآلف بين عناصر الموضوع وطريقة تناوله، وربط الدراسة الأصولية بالتطبيقية، ثم ربط ذلك بدراسة كثيرٍ من مواد قانون الأحوال الشخصية السوري، مما يساعد في توضيح أمر الاستصلاح وأهميته في الوقت المعاصر .

٢ _ عرض القواعد الفقهية المتعلقة بالاستصلاح والتي هي كالأدوات للاستصلاح، وأثرها في المسائل المعاصرة في الأحوال الشخصية .

٣ _ بيان أثر الاستصلاح في قانون الأحوال الشخصية السوري .

٤ _ ترجيحات ووجهات نظر في القضايا المعاصرة المطروحة، ونقد بعض اجتهادات أهل العلم المعاصرين في بعض المسائل، جاءت بعد دراسة وتمحيص ومدارسة مع بعض العلماء، إضافةً إلى اقتراحات لقانون الأحوال الشخصية السوري بتعديل وإضافة بعض المواد القانونية .

سابعاً _ منهج البحث، وطريقة الكتابة فيه:

تعدّد منهجي في هذا البحث بين المنهج التأصيلي والتحليلي والمقارن والتطبيقي .

المنهج التأصيلي: حيث انطلقت من الجزئيات إلى التأصيل لها، كما في وضع ضوابط الاستصلاح مثلاً .

المنهج التحليلي المقارن: حيث شرحت المسائل الأصولية والفقهية المطروحة، مقارناً بين الأقوال المختلفة في بعض المواضيع التي وجدت فيها تعداداً للآراء، مع مناقشة أدلتهم، ثم ذكر وجهة نظري في الترجيح بما رأيته مرجحاً من الأدلة النقلية والعقلية، حسب قوة الدليل والاستدلال به .

المنهج التطبيقي: يتمثل في ذكر التطبيقات المعاصرة للقواعد الفقهية التي تحقق المصلحة، وفي دراسة أثر الاستصلاح في أحكام الأحوال الشخصية وفي قانون الأحوال الشخصية السوري، ودرست مدى انطباق ضوابط الاستصلاح على تلك الوقائع وصولاً إلى الحكم المتفق مع الدراسة الأصولية .

هذا ما يتعلّق بمنهج البحث، أما بالنسبة لطريقي في الكتابة فأبَيّن أهم نقاطها فيما يلي:

١ _ عزوتُ الآيات القرآنية في المتن، وكتبتها بالرسم العثماني .

٢ _ خرّجت الأحاديث الشريفة، ذاكراً الكتاب، والباب، مع ذكر الجزء، والصحيفة، ورقم الحديث، وحيث وجدت الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بذلك، وإن لم يكن في الصحيحين خرّجته من السنن الأربعة (أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه)، والمسانيد والمعاجم الحديثية والمستدركات حسب الحال بما أراه كافياً، ثم أذكر الحكم على الحديث من صحة وضعف من كتب التخريج إذا كان الحديث في غير الصحيحين .

وجعلت اللفظ النبوي على قائله الصلاة والسلام، بين أقواس على هذا الشكل ((..)) .

وخرّجت الآثار الواردة في البحث، وذكرته درجة صحّتها من كتب التخريج .

وشرحت غريب الأحاديث بالرجوع إلى المعاجم، أو كتب شروح الحديث .

٣ _ وضعتُ النقول الحرفية من كلام العلماء بين قوسين هكذا " "، وأحلتُ في الهامش إلى رقم الجزء والصفحة مباشرة، أما الأفكار التي كتبتها بصياغتي وثقتها في الهامش بعد كلمة (انظر)، واستعملتُ هذه الكلمة للاستزادة من المصادر بعد العزو إلى المصدر الرئيسي .

٤ _ جعلتُ القواعد الفقهية بين قوسين هكذا ()، كما استخدمتُ هذين القوسين لذكر التعاريف، والمواد القانونية، ولما أريد بيانه كشرح كلمةٍ أو توضيح جملة .

٥ _ في حال ذكر المصادر الفقهية فقد رتبته بالبدء بذكر مصادر الفقه الحنفي، ثم المالكي، ثم الشافعي، ثم الحنبلي، ثم الظاهري .

وعند ذكر المصادر الأصولية راعيت ترتيبها حسب الزمن، مبتدئاً بذكر الأقدم، حسب تاريخ وفاة المصنّف .

أما المسائل المعاصرة فأذكر الخلاف فيها مقدّماً قول الأكثرين على غيرهم إلا إن وجدتُ فائدةً في تقديم قول غير الأكثرين .

وذكرت في الدراسة التطبيقية الموادّ القانونية لقانون الأحوال الشخصية السوري في المسائل القانونية التي بحثتها، وأحياناً أذكر بعض قوانين الدول العربية .

٦ _ ذكرت بيانات الكتاب كاملةً عند ذكره أول مرة، فأذكر اسم الكتاب كاملاً، ثم المؤلف مع تاريخ وفاته، ثم المحقق، ثم دار النشر، ثم بلد الطبع، ثم رقم الطبعة، ثم سنة الطبع، وعند فقد رقم الطبعة وسنة الطبع، أو أحدها، أشرت إلى ذلك بالرمز ب (د/ت.ط)، أي دون تاريخ الطبعة ورقم الطبعة، ثم أذكر الكتاب باسمه المشهور المختصر بعد ذلك .

٧ _ وبالنسبة لتراجم الأعلام فقد ترجمتُ الأعلام الواردة في هامش الصحيفة نفسها .
واتبعت منهجاً في ترجمة كل الأعلام على نسقٍ واحد ما استطعتُ إلى ذلك سبيلاً _ ولا سيما المتقدمين منهم _ بذكر اسم العلم، وتاريخ ولادته إن وُجد، ثم أشهر صفاته ومصنّفاته، ثم تاريخ وفاته .

وبالنسبة لتراجم المعاصرين فقد وثّقتها من السيرة الذاتية في بداية أو نهاية الكتاب، أو من بعض المواقع الإلكترونية، أو من غلاف كتاب المؤلف وهذا نادر، حسب ما يتوقّر .

٨ _ اعتمدت في هذا البحث على كتب أمهات أصول الفقه في بحث المسائل الأصولية، وعلى كتب أمهات الفقه في بحث المسائل الفقهية، وعلى بعض الكتب المعاصرة

التي تكلمت عن المصلحة المرسلّة، وعلى بعض الأبحاث المنشورة على الشبكة العنكبوتية للمعلومات (الإنترنت) .

٩ _ بدأت البحث بفصلٍ تمهيديٍّ بين يدي البحث، ثم قسّمتُ البحث إلى بابين، وقسّمتُ كل باب إلى فصول، وكلّ فصل إلى مباحث، وكلّ مبحثٍ إلى مطالب، وختمت البحث بخاتمةٍ تتضمن أهم النتائج والتوصيات .

١٠ _ وضعت في نهاية البحث فهرس علميةً اشتملت على:

أ _ فهرس الآيات القرآنية الكريمة بالترتيب القرآني .

ب _ فهرس الأحاديث النبوية، ربّتها حسب الترتيب الألفبائي لطرف الحديث الشريف.

ج _ فهرس الأعلام، ربّتها وفق الترتيب الألفبائي .

د _ فهرس القواعد الفقهية .

هـ _ فهرس المصادر والمراجع، ربّتها في مجموعات وفق الترتيب الألفبائي لأسماء المصادر، مع إهمال (ال) التعريف، ولفظ أب، وابن .

و _ فهرس المحتويات حسب ورودها في البحث .

ثامنا _ خطة البحث:

جاءت خطة هذا البحث _ إجمالاً _ مكونةً من:

(مقدمة، وفصلٍ تمهيدي، وبابين، وخاتمة، وفهارس) .

أما المقدمة: فقد تضمّنت: أهمية موضوع البحث، وأسباب اختيار البحث، وحدود هذا البحث، ومشكلة البحث، وصعوباته، وما كُتب حول هذا الموضوع من الدراسات السابقة، وإيضاح الجديد في البحث، والمنهج المتّبع في هذا البحث، وطريقة الكتابة فيه، وخطة البحث .

والفصل التمهيدي: جعلته بعنوان: حقيقة الاستصلاح، ومفردات عنوان البحث .

ومهدت له، وقسمته إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: ذكرت فيه تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسله .

المبحث الثاني: تحدثت فيه عن تقسيمات المصلحة، وخصائصها .

المبحث الثالث: تحدثت فيه عن مراتب المصلحة .

المبحث الرابع: أوردت فيه التعريف بالأثر، والأحوال الشخصية .

الباب الأول: جعلته بعنوان: حجية الاستصلاح، وضوابطه، وقواعده الفقهية .

بحثت فيه موضوع حجية الاستصلاح وضوابطه ومدى اعتباره دليلاً شرعياً، كما بحثت فيه القواعد الفقهية التي تضبطه وتتعلق به .

وجعلت هذا الباب ثلاثة فصول:

الفصل الأول: بعنوان: حجية الاستصلاح، بدءاً من عصر الصحابة الكرام وانتهاءً بالعصر الحاضر، وجعلته في أربعة مباحث:

المبحث الأول: ذكرت حجية الاستصلاح عند الصحابة الكرام والتابعين .

المبحث الثاني: بينت فيه الاختلاف في كلام الأصوليين حول حجية الاستصلاح .

المبحث الثالث: بينت فيه خلاصة موضوع الاستصلاح في المذاهب الفقهية الأربعة .

المبحث الرابع: وضحت فيه حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول، وبينت وجهة نظر الباحث في الاستصلاح من خلال ما تبين لي بعد دراسة هذا الموضوع.

الفصل الثاني: جعلته بعنوان: ضوابط الاستصلاح، وقسمته إلى مبحثين ذكرت فيهما ضوابط الاستصلاح، كما يأتي:

المبحث الأول: عدمُ معارضة المصلحة المرسلة للقرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع، والقياس.

المبحث الثاني: اندراج المصلحة المرسلة في مقاصد الشارع، وعدم تفويتها مصلحة أهم منها.

الفصل الثالث: بحثُ فيه: القواعد الفقهية التي تضبط الاستصلاح وتتعلق

به، مع التطبيقات المعاصرة لهذه القواعد في الأحوال الشخصية، وذلك من خلال تمهيد، وأربعة مباحث:

فالتمهيد جعلته للتعريف الموجز بالقواعد الفقهية .

والمبحث الأول: تحدّثُ فيه عن قاعدة: المشقة تجلب التيسير، وما يتفرّع عنها .

والمبحث الثاني: تحدّثُ فيه عن قاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وما يتفرّع عنها .

والمبحث الثالث: جعلته لقاعدة: العادة محكمة، وما يتفرّع عنها .

وأما المبحث الرابع: فقد سمّيته: تطبيقات معاصرة لهذه القواعد في الأحوال الشخصية، بدأته بمدخلٍ لبيان حجية القواعد الفقهية، ثم درستُ فيه ثلاثة تطبيقاتٍ معاصرة على القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، وأسهبْتُ في بحثها والحديث عنها .

الباب الثاني: سمّيته: أثر الاستصلاح في الأحوال الشخصية .

تحدّثُ فيه عن الأثر المترتب عن الأخذ بالاستصلاح في مجال الأحوال الشخصية، وضمّنتُ الحديث ضمن هذا المبحث عن أثر الاستصلاح في قانون الأحوال الشخصية السوري، من خلال مدخل، وأربعة فصول:

تحدّثُ في المدخل عن تقنين الفقه الإسلامي عموماً، والأحوال الشخصية خصوصاً .

وأما **الفصل الأول: سمّيته: تقييد المباح**، خصّصته للحديث عن هذه المسألة التي تندرج تحت الاستصلاح، وبحثُ بالتفصيل تطبيقاتها المعاصرة في الأحوال الشخصية، وفي القانون السوري، من خلال أربعة مباحث:

المبحث الأول: جعلته للحديث عن معنى تقييد المباح، وتأصيله، وضوابطه .

المبحث الثاني: بحثُ فيه مسألة تحديد أهلية الزواج بالسن فقهاً وقانوناً .

المبحث الثالث: جعلته لبحث مسألة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .

المبحث الرابع: عرضتُ فيه مسألة الإلزام بتوثيق عقد الزواج .

الفصل الثاني: جاء بعنوان: التقديرات في الأحوال الشخصية .

بحثُ فيه موضوع التقدير القضائي لبعض الأمور في الأحوال الشخصية، والتي مستندها الاستصلاح، وقسمتُ هذا الفصل إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول: خصّصته للتعريف بالتقديرات، وذكرِ ضوابطها .

المبحث الثاني: بحثُ فيه تقدير حقوق الزوجة المالية؛ كالمهر، والمتعة، والنفقة الزوجية.

المبحث الثالث: جعلته للحديث عن تقدير مدة اعتبار المفقود ميتاً .

المبحث الرابع: درستُ فيه عدة مسائل متفرقة وهي عبارة عن تقديرات زمنية في الأحوال الشخصية .

الفصل الثالث: سمّيته: التعويض في الأحوال الشخصية .

تناولتُ فيه الحديث عن المسائل التي تتعلّق بفرض التعويض المالي عن مسائل لم يرد فيها النصّ الشرعي بالقبول أو المنع، بحثُها من الناحية الشرعية، والقانونية، من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: جعلته للتعريف بالتعويض .

المبحث الثاني: بحثُ فيه مسألة التعويض بسبب العدول عن الخطبة .

وفي المبحث الثالث: بحثُ مسألة التعويض بسبب الطلاق التعسفي .

الفصل الرابع: جاء بعنوان: الدعاوى في الأحوال الشخصية .

تحدّثُ فيه عن الدعاوى التي يتم رفعها إلى القضاء لعدة أسباب بغرض تحقيق مصلحة المدّعي بجلب منفعةٍ له أو درء مفسدة عنه، وجعلتُ في هذا البحث تمهيداً، وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

التمهيد: جعلته للتعريف بالدعاوى .

المبحث الأول: بحثُ فيه في دعاوى التفريق القضائي بين الزوجين، كالتفريق للشقاق، والتفريق للعيوب، .. إلخ .

المبحث الثاني: خصّصته للحديث عن دعاوى العضل .

المبحث الثالث: تناولتُ فيه دعاوى النفقة الزوجية .

الخاتمة: ذكرت فيها أبرز النتائج التي توصّلتُ إليها من خلال البحث، وبعض التوصيات التي أظنها تفيّدُ الباحثين وطلبة العلم الشرعي .

الفهارس: ختمت هذا البحث بستة فهارس، هي (فهرس الآيات القرآنية الكريمة، وفهرس الأحاديث النبوية الشريفة، وفهرس الأعلام، وفهرس القواعد الفقهية، وفهرس المصادر والمراجع، وفهرس المحتويات) .

وقد بذلتُ وسعي في هذا البحث، فما كان من خير فمن الله تعالى، فأحمدُ الله عليه، وما كان من خطأً فمن نفسي ومن الشيطان، فأستغفر الله منه .

وفي البدء والختام أضرع إلى الله تعالى أن يغفر لي، ويحفظني من الزلل، ويرزقني إتقان هذا العمل، فإنه لا يرتفع اليراع عن الطّرس ولا يكتب إلا بتيسير الله وإكرامه، فلم يبقَ للعبد شيءٌ إلا التجرد عن وهم الحول والقوة، ولا يليق بالعبد إلا محض رؤية المنّة، وبعد هذا أسأله تعالى أن يقبلني وهذا البحث بمحض كرمه، فإنه أهلُّ الكرم، والحمد لله أولاً وآخراً .



الفصل التمهيدي: حقيقة الاستصلاح، والأثر، والأحوال الشخصية .

وفيه تمهيد، وأربعة مباحث:

المبحث الأول _ تعريف الاستصلاح، والمصلحة المرسلة .

المبحث الثاني _ تقسيمات المصلحة، وخصائصها .

المبحث الثالث _ مراتب المصلحة .

المبحث الرابع _ التعرف بالأثر، وبالأحوال الشخصية .



التمهيد

لقد منَّ الله على العالمين إذ بعث فيهم سيدنا محمداً ﷺ رحمةً لهم، قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾، [الأنبياء: ١٠٧]، وهذا نفى لأن يكون إرسال الرسول ﷺ لغرض آخر غير الرحمة للعالمين، فرسالته التي جاء بها رحمة، ومن خلال استقراء نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة، تتضح معاني الرحمة ومظاهرها، فقد جاء خاتم الأنبياء ﷺ بجماع الخير كله للبشرية كلها، وجاء الإسلام خاتمة الشرائع يحقق مصالح العباد، الدنيوية والأخروية، للفرد والمجتمع، لكل زمانٍ ومكانٍ، بوحى من عند الله خالق العباد، العليم بمصالحهم، وبسبل تحقيقها.

فالشارع راعى مصالح العباد وحققها، ولكنَّ تقدير وتقرير المصلحة يعود إلى الشريعة نفسها، فلا يقفزون إلى ذهن أحدٍ تصوراتٍ وأباطيلٍ تقضي بأنَّ مصلحة كل إنسانٍ ما يهديه إليه عقله ومزاجه، فليست المصلحة ما يتوهمه الإنسان من جلب النفع ودفع المفسدة بواهمة عقله وداعية هواه وطبعه، فما يجهله الإنسان أكثر مما يعلمه، كما أنه لا يحيط إحاطةً تامةً بمعرفة غرائزه وميوله، ولا يحيط بمعرفة المجتمعات وتقلباتها وما يجري فيها، وقد يضع الإنسان نظاماً أو قانوناً لتحقيق مصالحه وسعادته فتأتي النتيجة عكسية، قال تعالى: ﴿وَمَا أُوْتِيتُمْ مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾، [الإسراء: ٨٥]، ولذلك فمن الرحمة بالإنسان أيضاً أن كان تحديد المصلحة راجعاً إلى الشارع، وإلا لفسدت الحياة واختل توازن المجتمعات وانحدر الإنسان إلى شقاء ما بعده شقاء .

وقد وضعت الشريعة الأسس العامة لهذه المصالح وأجملته في خمسة مقاصد هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، طبق هذا الترتيب فيما بينها، وهذا مقطوعٌ به من خلال استقراء النصوص الشرعية^(١) .

١ . انظر: المحصول لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن الرازي، الملقب بفخر الدين الرازي، المتوفى سنة (٦٠٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (١٦٠/٥)، والإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الآمدي أبو الحسن، المتوفى سنة (٦٣١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، د.ت.ط، (٢٧٧/٤)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لمحمود بن عبد الرحمن (أي القاسم)، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني المتوفى (٧٤٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦)، (١١٩/٣)، والإيجاز في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لعلي بن عبد الكافي السبكي، المتوفى سنة (٧٥٦هـ) رحمه الله تعالى، وابنه عبد الوهاب المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (٥٥/٣)، والموافقات في أصول الفقه، لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، المتوفى سنة (٧٩٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الله درّاز، دار المعرفة، بيروت (١٧٧/٣)،

فالمصالح في الشريعة منضبطة من جميع وجوهها، بما لا يدع مجالاً لأدنى شكٍ يساورها، ولا أقلَّ إيهامٍ أو إيهامٍ يرد عليها، كما أنها مرتبة لا تداخل يتسلل إليها ولا غموض يتخللها .

وهنا أنقل كلاماً لعالمين يوضحان ما سبق:

١ _ قال الشاطبي رحمه الله تعالى^(١): " إن المصالح التي تقوم بها أحوال العبد لا يعرفها حق معرفتها إلا خالقها وواضعها، وليس للعبد بها علمٌ إلا من بعض الوجوه، والذي يخفى عليه منها أكثر من الذي يبدو له، فقد يكون ساعياً في مصلحة نفسه من وجه لا يوصله إليها، أو يوصله إليها عاجلاً لا آجلاً، أو يوصله إليها ناقصةً لا كاملةً، أو يكون فيها مفسدة تُربي في الموازنة على المصلحة، فلا يقوم خيرها بشرها، وكم من مدبرٍ أمراً لا يتم له على كماله أصلاً، ولا يجني منه ثمرة أصلاً، وهو معلوم مشاهدٌ بين العقلاء، فلهذا بعث الله النبيين مبشرين ومنذرين "^(٢).

٢ _ قال العز بن عبد السلام رحمه الله تعالى^(٣): " والشريعة كلها مصالح تدرأ مفسد، أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: "يا أيها الذين آمنوا"^(٤) فتأمل وصيته بعد ندائه، فلا تجد إلا

= وتيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري، المعروف بأمرير بادشاه الحنفي، المتوفى سنة (٩٧٢هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ت، ط، (٨٩/٤) .

١ . هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ، من أئمة المالكية، له تصانيف مهمة، منها: (الموافقات في أصول الفقه)، و(المجالس) شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري، و(الاتفاق في علم الاشتقاق)، و(أصول النحو)، و(الاعتصام) في أصول الفقه، توفي سنة (٧٩٠ هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي المتوفى سنة (١٣٩٦ هـ) رحمه الله تعالى، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، (٢٠٠٢ م)، (٧٥/١)، ومعجم المؤلفين، لعمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة، الدمشقي، المتوفى سنة (١٤٠٨ هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة المثنى، بيروت، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، د/ت، ط، (١١٨/١) .

٢ . الموافقات للشاطبي (٥٣٧/١) .

٣ . هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق سنة (٥٧٨ هـ)، من كتبه: (التفسير الكبير)، و(قواعد الأحكام في إصلاح الأنعام)، و(بداية السؤل في تفضيل الرسول ﷺ)، وتوفي في القاهرة سنة (٦٦٠ هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، المتوفى سنة (٧٧١ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. محمود محمد الطناحي، ود. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، (١٤١٣ هـ)، (٢٠٩/٨-٢٥٤)، والأعلام للزركلي (٢١/٤) .

٤ . ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم، (٨٩) مرة، في سورة البقرة (١١) مرة، وفي سورة آل عمران (٧) مرات، وفي سورة النساء (٩) مرات، وفي سورة المائدة (١٦) مرة، وفي سورة الأنفال (٦) مرات، وفي سورة التوبة (٦) مرات، وفي سورة الحج مرة واحدة الآية (٧٧)، وفي سورة النور (٣) مرات، وفي سورة الأحزاب (٧) مرات، وفي سورة محمد ﷺ مرتان: في الآية (٧) والآية (٣٣)، وفي سورة الحجرات (٥) مرات، وفي سورة الحديد مرة الآية (٢٨)، وفي سورة المجادلة (٣) مرات، وفي سورة الحشر مرة الآية

خيراً يحثك عليه، أو شراً يزعجك عنه، أو جمعاً بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفسد حثاً على اجتناب المفسد، وما في بعض الأحكام من المصالح حثاً على إتيان المصالح " (١) .

وقال أيضاً: " وربما كانت أسباب المصالح مفسدة، فيؤمر بها أو تُباح لا لكونها مفسدة بل لكونها مؤدية إلى مصالح، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظاً للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبةً لكونها مفسدة بل لكونها المقصودة من شرعها، كقطع السارق وقطع الطريق وقتل الجناة ورجم الزناة وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات، كل هذه مفسدة أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب " (٢) .

وبيان الله تعالى يقول: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩] .

= (١٨)، وفي سورة الممتحنة (٣) مرات، وفي سورة الصف (٣) مرات، وفي سورة الجمعة مرة الآية (٩)، وفي سورة المنافقون مرة الآية (٩)، وفي سورة التغابن مرة الآية (١٤)، وفي التحريم مرتان: الآية (٦) والآية (٨) .

١ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، المتوفى (٦٦٠هـ) رحمه الله تعالى، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (١٤١٤ هـ / ١٩٩١م)، (١/١١) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١٤/١) .

وأرجو الله التوفيق والسداد، وأضرع إليه في قبول هذا العمل وإخراجه في حُلَّةٍ نافعة مائعة، ولا يخلو كتاب - عدا كتاب الله - من الأخطاء ورحم الله امرأً أهدى إلي عيوي، وفي هذا المقام أحب أن أذكر نظماً للإمام الشاطبي المقرئ^(١) رحمه الله تعالى: (من البحر الطويل)^(٢)

أخي أئُّها المجتازُ نظمِي ببابه	ينادي عليه كاسدَ السوقِ أجِلا
وظُنَّ به خيراً وسامحٌ نسيجه	بالإغضاءِ والحُسنِ وإن كان هَلْهَلا
وسلَّم لإحدى الحُسَيْنَيْنِ إصَابَةً	والأُخرى اجتِهَادُ رامِ صَوْباً فَأُخْلا
وإن كانَ خَرَقٌ فَادْرَكه بفضلةٍ	مِنَ الحِلْمِ وَلْيُصْلِحْهُ مَن جادِ مِقْولا

١ . هو أبو القاسم، القاسم بن فَيْرُ بن خلف بن أحمد الرعيني، الأندلسي، الشاطبي، وُلد سنة (٥٣٨ هـ)، انتهت إليه رئاسة علم القراءات، وكان عالماً بالنحو والفقه والحديث، وكان ضريراً شديد الذكاء، له نظم (حز الأمانى ووجه التهاني المشهور بالشاطبية)، وقصيدة تُسمَّى الدالية في الفقه، توفِّي (٥٩٢ هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه .

غاية النهاية في طبقات القراء، لشمس الدين، أبو الخير ابن الجزري، محمد بن محمد بن يوسف، المتوفى سنة (٨٣٣ هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة ابن تيمية، د/ط، (١٣٥١ هـ)، (٢٠/٢-٢٣)، والأعلام للزركلي (١٨٠/٥) .

٢ . متن الشاطبية المسمَّى (حَز الأمانى ووجه التهاني في القراءات السبع) للشيخ القاسم بن فَيْرُ بن خلف بن أحمد الشاطبي، المتوفى سنة (٥٩٠ هـ) رحمه الله تعالى، ضبط وتصحيح محمد تميم المراغي، دار الغوثاني، دمشق، حلبوني، الطبعة الخامسة (١٤٣١ هـ / ٢٠١٠ م)، ص (٧) .



المبحث الأول: تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسلّة .

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول _ الاستصلاح والمصلحة المرسلّة في اللغة .

المطلب الثاني _ الاستصلاح والمصلحة في القرآن الكريم والسنة المطهّرة .

المطلب الثالث _ الاستصلاح والمصلحة المرسلّة في اصطلاح الأصوليين .

المطلب الرابع _ تعريف الباحثين المعاصرين للاستصلاح والمصلحة المرسلّة .

المطلب الخامس _ التعريف المقترح للاستصلاح والمصلحة المرسلّة .

المطلب السادس _ الألفاظ ذات الصلة بالاستصلاح .



المطلب الأول _ الاستصلاح والمصلحة المرسلة في اللغة:

أولاً _ تعريف الاستصلاح والمصلحة^(١):

الأصل اللغوي ل (الاستصلاح) هو مادة صَلَحَ، والصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد، يُقال: صَلَحَ الشيءُ يَصْلُحُ صلاحاً، ويُقال: صَلَحَ صُلُوحاً، والإصلاحُ ضدُّ الإفساد، والمصلحة واحدة المصالح، والاستصلاح ضدُّ الاستفساد .

والمصلحة بمعنى المنفعة، والمنفعة هي اللذة تحصيلاً أو إبقاءً، أي جلبها، والمحافظة عليها^(٢).

والصِّلاح مصدر المصالحة والاسم هو الصُّلح، أي السِّلم، تقول تصالح القوم بينهم، وقد اصطلحوا وصالحوا واصِّلحوا وتصالحو واصِّلحوا، ورجلٌ صالح في نفسه من قوم صُلحاء، ومُصلِحٌ في أعماله وأموره، وقد أصلحه الله، وأصلح الشيء بعد فسادِه: أقامه، وأصلح الدابة: أحسن إليها فصلحت، وربما كنَّوا بالصالح عن الشيء الذي هو إلى الكثرة، كما يُقال: هي مَطْرَةٌ صالحة .

وصلاح وصلاخ: من أسماء مكة، شرفها الله تعالى، يجوز أن يكون من الصُّلح؛ لقوله عز وجل عنها: ﴿حَرَمَاءَ مَنَا﴾، [القصص: ٥٧]، ويجوز أن يكون من الصِّلاح .

وقد سَمَت العربُ صالحاً ومُصلِحاً وصُلِحاً كَزُبَيْرٍ، وصالحان: محلَّةٌ بأصْبَهان، والصَّالِحِيَّةُ: قُرْبُ الرُّهَى، ومحلَّةٌ ببغدادَ، وبظاهر دمشق، وبمصر .

من خلال ما سبق يظهر أن مادة (صلح) تُستعمل للدلالة على معانٍ عدَّة، أهمها:

١ _ المصلحة خلاف المفسدة أي المنفعة، والاستصلاح خلاف الاستفساد .

١ . معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس، المتوفى سنة (٣٩٥ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد السلام محمد هارون رحمه الله، دار الفكر، طبعة (١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م)، مادة صَلَحَ، (٣/٣٠٣)، ومختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المتوفى سنة (٦٦٦ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، (١٤١٥ هـ/١٩٩٥ م)، مادة صَلَحَ (ص١٧٨)، ولسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المتوفى سنة (٧١١ هـ) رحمه الله تعالى، دار المعارف، حرف الحاء، فصل الصاد، (٢/٥١٦-٥١٧)، والقاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المتوفى سنة (٨١٧ هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت، باب الحاء، فصل الصاد، (ص٢٢٩) .

٢ . انظر: المحصول للرازي (١٥٧/٥) .

٢ _ الصُّلْح: السِّلْم، ورفع الخصومة، مما يدلُّ على لزوم دلالة مادة الصُّلْح على الأمان والاطمئنان، كما يدلُّ على هذا تسمية مكة بالصَّلَاح؛ لقوله تعالى عنها: ﴿حَرَمًا ءَامِنًا﴾، [القصص: ٥٧] .

٣ _ الإصلاح: رفع الضرر والمفسدة .

٤ _ الإصلاح: الإحسان والرفقة .

٥ _ الصَّلَاح: الكثرة .

والخلاصة في الدراسة اللغوية للاستصلاح أنه ضد الاستفساد، وهو مأخوذٌ من المصلحة التي تتضمن دفع الضرر والمفسدة والخصومة، وجلب المنفعة والسلم والإحسان، فهي تجمع معاني الخير.

ثانياً _ تعريف المصلحة المرسلّة:

الأصل اللغوي لـ (المرسلّة) هو رَسَلَ، والراء والسين واللام أصلٌ واحدٌ يدل على الانبعاث والامتداد، والرَّسَل: ما أُرسِل من الغنم إلى الرّعي، والرَّسَلُ هو اللبن؛ لأنه يترسّل من الضَّرْع، وأرسله في رسالةٍ فهو مُرْسَلٌ ورسولٌ، والمرسلات: الرياح، وقيل: الملائكة، وأرسلَ الشيء: أطلقه وأهمله، كما تقول: كان لي طائر فأرسلته أي خلّيته وأطلقته ^(١) .

من خلال ما سبق: يمكن القول بأن المصلحة المرسلّة لغةً هي جلب المنفعة ودرء المفسدة المطلقة المهمة .

١ . معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة رَسَلَ، (٣٩٢/٢)، ومختار الصحاح للرازي، مادة رَسَلَ (ص١٢٢)، ولسان العرب لابن منظور، حرف اللام، فصل الراء، (٢٨٥/١١)، والقاموس المحيط للفيروز آبادي، باب الحاء، فصل الفاء، (ص٢٢٩) .

المطلب الثاني _ الاستصلاح والمصلحة في القرآن الكريم والسنة المطهرة:

أولاً _ الاستصلاح والمصلحة في القرآن الكريم:

وردت مادة (صلح) _ التي هي أصل الاستصلاح في القرآن الكريم _ في أكثر من مائة وسبعين موضعاً^(١) .

وجاءت للدلالة على معانٍ متعددة، منها:

١ _ الإيمان بالله تعالى والعمل الصالح، فذلك من أعظم المصالح: قال تعالى: ﴿وَمَا تُرْسِلُ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ ۖ فَمَنْ ءَامَنَ وَأَصْلَحَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾، [الأنعام: ٤٨]، دلّ على أن العمل الصالح والإيمان مصلحة^(٢) .

٢ _ استعمال لفظ (صلح)، ونقيضها (فسد)، للدلالة على الاهتمام بالمصالح الاقتصادية كالزروع والثمار ونتاج الحيوانات، واستخدام الموازين بشكل صحيح دون تطفيف.

قال تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ ۗ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾، [البقرة: ٢٠٥] .

دلت الآية على أن الإفساد في الأرض، وإهلاك الحرث، _ وهو: محل نماء الزروع والثمار، وإهلاك النسل _ وهو: نتاج الحيوانات الذين لا قوام للناس إلا بهما _ مفسدة عظيمة فنهت عنه^(٣) .

وقال تعالى على لسان سيدنا شعيب على نبينا وعليه الصلاة والسلام: ﴿فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَمْشِيَهُمْ وَلَا تَفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾، [الأعراف: ٨٥] .

١ . المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠)، (ص ٥٢٠).

٢ . تفسير القرآن العظيم، المعروف بتفسير ابن كثير، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي المتوفى سنة (٧٧٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، الطبعة الثانية، (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩ م)، (٣/ ٢٥٨).

٣ . تفسير ابن كثير (١/ ٥٦٤) .

دلّت الآية على أن التطفيف في الموازين، وإبخاس الناس أشياءهم، مفسدةٌ كبيرة، ولفظ (لا تبخسوا) يعم الفساد كله دقيقه وجليله ^(١).

فنهت الآيتان عن الفساد وأمرت بضده وهو الصلاح لتحقيق مصالح الناس .

٣ _ للدلالة على تحقيق المصالح في نطاق الأسرة، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، [النساء: ٣٥] .

دلّت الآية على وجوب التآلف والتصالح، وأنّ الحكمين أو الزوجين إن أرادا الإصلاح وزوال الشقاق أوقع الله الألفة والوفاق بين الزوجين وصلّح ما فسد ^(٢).

٤ _ استعمال لفظ الصلح في البعد السياسي للأمة: قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفَنِّلُوا الَّتِي بَغَتْ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾، [الحجرات: ٩] .

دلت الآية على وجوب إزالة الفتنة وأسبابها بالإصلاح والسلم والنصح وإزالة الشبهة إن وُجدت، وردّ الباغي بالقوة العسكرية إن لم يرتدّ بغيرها، وذلك لتحقيق مصالح المسلمين من وحدة الصفّ وعدم شقّ العصا الذي يؤدّي إلى مفاسد كبيرة، ولا بدّ أيضاً من سلّ الأحقاد وإماتة الضغائن بما يُستطاع، إمعاناً في تحقيق الصلح وضماناً لعدم تكرّر الاقتتال، وفي كلّ ذلك مصلحة الأمة الداخلية التي قد تكون أعظم من مصلحتها الخارجية المتحققة بالجهاد ^(٣).

وهذه المعاني كلها لا تخرج عن المعنى اللغوي للمصلحة .

١ . تفسير الجامع لأحكام القرآن، المشهور بتفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، المتوفى سنة (٦٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م)، (٢٤٨/٧) .

٢ . تفسير أنوار التنزيل وأسرار التأويل، لناصر الدين أبي سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، المتوفى سنة (٦٨٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ)، (٧٣/٢) .

٣ . انظر: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي المتوفى سنة (١٢٧٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ)، (٣٠٣-٣٠١/١٣) .

ثانياً _ الاستصلاح والمصلحة في السنة المطهرة على صاحبها الصلاة والسلام:

جاء لفظ (صلح) ومشتقاته في مواضع عديدة في السنة المطهرة على صاحبها الصلاة والسلام؛ للدلالة على معانٍ قريبةٍ من المعاني التي دلَّ عليها هذا اللفظ في القرآن الكريم ومثال ذلك: قول النبي ﷺ : ((نِعْمًا بِالْمَالِ الصَّالِحِ لِلرَّجُلِ الصَّالِحِ))^(١) .

الحديث يمدح المال الصالح إذا كان بيد الرجل الصالح؛ لأنه يستعمله في محابِّ الله، ككفاية نفسه وعياله وقضاء حوائج المسلمين وما فيه مصلحتهم^(٢) .

ما تقدّم من الآيات والحديث الشريف يبيّن أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد بدفع المفاسد عنهم وجلب المصالح لهم، باستعمال لفظ الصلاح أو الفساد، ويوجد نصوص قرآنية ونبوية كثيرة تبين أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد ولو لم تستعمل نصّ الصلاح والفساد، ولا مجال لذكر هذه النصوص هنا، ولكن على سبيل المثال:

قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾، [البقرة: ١٨٥]، وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾، [المائدة: ٦] .

ورفع الحرج والعسر عن الناس فيما ألزمهم به من أحكام يقتضي أن تكون تلك الأحكام دائرة مع مصالحهم ومقتضيات سعادتهم^(٣) .

١ . هذا موضع الشاهد، والحديث كاملاً: قال سيدنا عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه: بعثَ إليَّ رسول الله ﷺ فقال: ((خذ عليك ثيابك وسلاحك، ثم انتني))، فأتيته وهو يتوضأ، فصعد فيَّ النظر ثم طأطأ، فقال: ((إني أريد أن أبعثك على جيش فيسلمك الله ويغنمك، وأرغب لك من المال رغبة صالحة))، قال: فقلت: يا رسول الله، ما أسلمت من أجل المال، ولكني أسلمت رغبة في الإسلام، وأن أكون مع رسول الله ﷺ ، فقال: ((يا عمرو، نِعْمًا بِالْمَالِ الصَّالِحِ لِلرَّجُلِ الصَّالِحِ))، رواه أحمد بن محمد بن حنبل، المتوفى سنة (٢٤١هـ) رحمه الله تعالى، في مسند أحمد بن حنبل، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، بإشراف: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (٢٩/٢٩٩)، رقم الحديث (١٧٧٦٣)، واللفظ له، وابن حبان في صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي، أبو حاتم، المتوفى سنة (٣٥٤هـ)، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، (٦/٨)، رقم الحديث (٣٢١٠)، وقال الحافظ ابن حجر: "صححه أبو عوانة وابن حبان والحاكم"، فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، رَقَمَ كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (١٣٧٩هـ)، د/ت، ط، (٧٥/٨) .

٢ . انظر: فتح الباري لابن حجر (٢٧٤/١١) .

٣ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي المتوفى سنة (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، د/ت، ط، (ص ٧٧) .

قال سيدنا رسول الله ﷺ: ((الإيمان بضغ وسبعون _ أو بضغ وستون _ شعبة، فأفضلها قول لا إله إلا الله وأدناها إمطة الأذى عن الطريق)) ^(١) .

فقد جمع النبي ﷺ حقيقة الإيمان بين طرفين اثنين، يبدأ أولهما بعقيدة التوحيد ويمتد إلى آخر الطرف الثاني، وهو أبسط نموذج لخدمة المصلحة العامة كإمطة الأذى عن الطريق ^(٢) .

أقول: جعل الله تعالى مدى تقديم المسلم النفع للمخلوقات دليلاً على إيمانه، فحقيقة لا إله إلا الله يجب أن تظهر في السلوك نفعاً للخلق، فإن لم يكن صاحبها مقدماً النفع للخلق كان عنده نقص في الإيمان، فإنه إن لم يتحقق بأدنى شعبة من شعب الإيمان _ إمطة الأذى عن الطريق _ فكيف يتحقق بأعلاها وهي لا إله إلا الله؟

١ . أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الإيمان، باب شعب الإيمان، (٦٣/١)، رقم الحديث (٣٥) .

٢ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٧٨) .

المطلب الثالث _ تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسلّة في اصطلاح الأصوليين:

عرّف علماء الأصول القدامى المصلحة والمصلحة المرسلّة في موضعين من مواضع البحث:

الموضع الأول: عند الحديث عن المصلحة بالمعنى العام، المصلحة التي جاء الشرع لتحقيقها، وذكر علماء الأصول هذا التعريف عند الحديث عن المناسب بأنه الوصف الذي يترتب على شرع الحكم عنده مصلحة، وعرفوا المصلحة باللذة أو ما كان وسيلةً إليها، وأدخلوا دفع المفسدة في المصلحة، وعرفوا المفسدة بأنها الألم أو ما كان وسيلةً إليه، وقسموا المصلحة والمفسدة إلى دنيوية وأخرية^(١).

ومن أمثلة ذلك: تعريف العزّ بن عبد السلام رحمه الله تعالى:

ذكر المصالح تحت عنوان: فصل في بيان حقيقة المصالح والمفاسد، فقال: (المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها، والأفراح وأسبابها)^(٢)، وقسم اللذات والأفراح (أي المصالح) إلى دنيوية وأخرية، ولذات الدنيا معلومةٌ بالعادات، وأفضلها لذات المعارف وبعض الأحوال وبعض الأفعال في حق الأنبياء والأبدال، وأما لذات الآخرة فتُعرف بنصوص الكتاب والسنة، كالنعيم المقيم في الجنة^(٣).

أقول: أعظم اللذات والمصالح في الآخرة أن العبد يرى الله تعالى، وأعظم اللذات والمصالح في الدنيا أن يكون العبد كأنه يرى الله، وهو مقام الإحسان أحد أركان الدين^(٤).

١ . المحصول للرازي (١٥٧، ١٥٨/٥)، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الريان، الطبعة الثانية، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، (٢٠٨/٢)، وشرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي، نجم الدين، المتوفى سنة (٧١٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م)، (٣٨٢/٣)، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، المتوفى سنة (٧٣٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتاب الإسلامي، د/ت.ط، (٣٥٣/٣)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، المتوفى سنة (١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، د/ت.ط، (٣١٩/٢).

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١١/١).

٣ . انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١٢/١).

٤ . مقام الإحسان هو المقام الذي يذوق العبد فيه لذة المعارف والأحوال كما قال العز بن عبد السلام، وهذا المقام ذكره النبي ﷺ واعتبره ركناً من الدين في حديث جبريل المشهور، حيث سأل النبي ﷺ عن الإسلام ثم عن الإيمان ثم عن الإحسان، فقال

وعند الحديث عن الوصف المناسب قسّموه إلى أقسام^(١):

القسم الأول: ما شهد له الشرع باعتباره، وظهر تأثير عينه في عين الحكم، ويُسمّى بالمؤثّر، ومثاله: التعليل للولاية بالصغر^(٢)، ومعنى كونه مؤثراً: أنه ظهر تأثيره في الحكم بالإجماع أو النص .

القسم الثاني: ما ظهر تأثير جنسه في جنس ذلك الحكم، ويُسمّى بالملائيم، ومثاله: أن قليل النبيذ وإن لم يسكر حراماً؛ قياساً على قليل الخمر، فقليل الخمر يدعو إلى كثيره، فهذا مناسب لم يظهر تأثير عينه لكن ظهر تأثير جنسه، والخلوة لما كانت داعية إلى الزنا حرّمها الشرع كتحرّم الزنا، فكان هذا ملائماً لجنس تصرف الشرع، وإن لم يظهر تأثير عينه في الحكم .

=عَنْ الإحسان: ((الإحسان أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك))، متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه المسمّى بالجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري، المتوفى سنة (٢٥٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ)، في كتاب الإيمان، باب سؤال جبريل عليه السلام عن الإيمان والإسلام والإحسان وعلم الساعة، (١/١٩)، رقم الحديث (٥٠)، ومسلم في صحيحه المسمى بالمسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المشهور بصحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المتوفى سنة (٢٦١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط، في كتاب الإيمان، باب معرفة الإيمان والإسلام والقدر وعلامة الساعة، (١/٣٦)، رقم الحديث (٨) .

١ . وقد وقع الخلاف في تعريف أنواعه كما وقع في تقسيماته، وبالجملة فهو أربعة أقسام، انظر: المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المتوفى سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، (ص٣١٢، ٣١١)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٨٢/٣-٢٨٤)، وروضة الناظر لابن قدامة (٢١٠/٢-٢١٣)، وشرح التلويح على التوضيح للفتناني (١٤٨-١٤٤/٢) .

٢ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشَّيْخ، لعثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المتوفى سنة (٧٤٣هـ) رحمه الله تعالى، والحاشية لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشَّيْخ، المتوفى سنة (١٠٢١هـ) رحمه الله تعالى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٣١٣هـ)، (١٢٢/٢)، وقال ابن رشد: " واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها"، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المتوفى سنة (٥٩٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الحديث، القاهرة، د.ط، (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م)، (٣٤/٣)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المتوفى سنة (٩٧٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (٢٤٦/٤)، والمبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المتوفى سنة (٨٨٤هـ)، رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م)، (٩٩، ٩٨/٦) .

القسم الثالث: ما عُلم من الشرع إلغائه، وهو ما لم يظهر تأثيره ولا ملاءمته لجنس تصرفات الشرع، ويسمى **بالغريب**، ومثاله: أن المطلقة ثلاثاً في مرض الموت تراث^(١)؛ لأن الزوج قصد الفرار من ميراثها فيعارض بنقيض قصده قياساً على القاتل، فإنه لا يراث؛ لأنه يستعجل الميراث فعورض بنقيض قصده، فإن تعليل حرمان القاتل بهذا تعليلٍ بمناسبٍ لا يلائم جنس تصرفات الشرع؛ لأن الشرع لم يلتفت إلى جنسه في موضع آخر .

القسم الرابع: المناسب الذي لم يشهد له أصل من أصول الشريعة بالاعتبار أو الإلغاء، ويُسمى **بالمناسب المرسل**، وهو نفسه المصلحة المرسل^(٢) .

وهذا المناسب المرسل عبّر عنه الأصوليون بعبارات متعدّدة، تفيد في مجموعها أنه: (الوصف الذي لا يشهد له أصل معيّن من أصول الشرع لا بالاعتبار ولا بالإلغاء)^(٣) .

والبعض اعتبر المناسب المرسل أو المصلحة المرسل^(٤) مطلقاً عن الدليل كلياً أو جزئياً^(٥) .
والبعض اعتبرها داخلة تحت الأدلة الشرعية الإجمالية كالنصوص العامة ومقاصد الشريعة وعموم المصلحة التي جاءت الشريعة لتحقيقها^(٥) .

١ . هذا عند الجمهور دون الشافعية، انظر: الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، المتوفى سنة (٦٨٣هـ) رحمه الله تعالى، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دققة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (١٣٥٦ هـ/١٩٣٧ م)، (١٤٤/٣)، وبلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوي، الشهير بالصاوي المالكي، المتوفى سنة (١٢٤١هـ) رحمه الله تعالى، دار المعارف، د.ت.ط، (٥٢٨/٢)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، (١٤١٢هـ/١٩٩١م)، (٧٢/٨)، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح (٤٢٠/٥) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ٣١٥) .

٣ . انظر: البرهان في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين، المتوفى سنة (٤٧٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (١٦١/٢)، والمحصل للرازي (١٦٦/٥)، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي وولده (٦٢/٣)، والتقريب والتحبير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير الحاج، ويقال له ابن الموقت الحنفي المتوفى سنة (٨٧٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، (١٥٢/٣) .

٤ . مثل ابن برهان الشافعي، انظر: البحر المحيط في أصول الفقه لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بشار الزركشي، المتوفى سنة (٧٩٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتبي، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ- /١٩٩٤م)، (٨٣/٨)، وإمام الحرمين الجويني في البرهان في أصول الفقه (١٦١/٢)، وانظر المراجع السابقة .

٥ . مثل الشاطبي في الاعتصام (ص ٦١٢) .

الموضع الثاني: وهو المقصود الأساس في البحث، عند الكلام عن المصلحة بالمعنى الخاص كدليل شرعي، وهي المصلحة المرسلّة التي وقع الاختلاف بين العلماء في حجيتها وبناء الأحكام الشرعية على أساسها^(١).

وقد عبّر بعض الأصوليين عن المصلحة المرسلّة بأسماء أخرى للدلالة عليها، أهمها:

١ _ الاستصلاح^(٢).

أقول: والصحيح ما ذكره بعض الأصوليين أن الاستصلاح هو اتّباع المصلحة المرسلّة^(٣).

فالمصلحة المرسلّة هي المصلحة ذاتها، أما الاستصلاح فهو اعتماد هذه المصلحة دليلاً في الاستنباط، وإطلاق الاستصلاح على المصلحة المرسلّة من باب المجاز.

٢ _ الاستدلال^(٤)، أو الاستدلال المرسل^(٥).

١ . انظر على سبيل المثال: روضة الناظر لابن قدامة (٤٧٨/١)، وشرح تنقيح الفصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، المالكي الشهير بالقرافي، المتوفى سنة (٦٨٤هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، (١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م)، (ص٤٤٦)، والتقرير والتجوير لابن أمير الحاج (٢٨٦/٣)، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة (١٢٥٠هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ / ١٩٩٩م)، (١٨٤/٢)، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد، لعبد القادر بن بدران الدمشقي، المتوفى سنة (١٣٤٦هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠١هـ)، (ص٢٩٣).

٢ . ومن أطلق هذا الاسم على المصلحة المرسلّة: الغزالي في المستصفى (ص١٧٣)، وابن قدامة في روضة الناظر (٤٧٨/١)، والزركشي في البحر المحيط في أصول الفقه (٨٣/٨)، والسبكي في الإجماع في شرح المنهاج، (١٨٥/٣).

٣ . روضة الناظر لابن قدامة (٤٧٨/١).

٤ . ومن أطلق هذا الاسم على المصلحة المرسلّة: السمعاني في قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار، المروزي، السمعاني، التميمي، المتوفى سنة (٤٨٩هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ / ١٩٩٩م)، (٢٥٩/٢)، وإمام الحرمين في البرهان في أصول الفقه للجويني (١٦١/٢).

٥ . ومن أطلق هذا الاسم على المصلحة المرسلّة: الغزالي في المستصفى (ص٣١٥)، وفي المنحول من تعليقات الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المتوفى سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، حققه وخرّج نصّه وعلّق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، دار الفكر دمشق، سورية، الطبعة الثالثة، (١٤١٩هـ / ١٩٩٨م)، (ص٤٥٣)، والشاطبي في الموافقات (١٩٤/٥)، والتفتازاني في شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، المتوفى سنة (٧٩٣هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة صبيح، مصر، د.ت.ط، (١٤٣/٢)، والزركشي في البحر المحيط في أصول الفقه (٨٣/٨).

وذكرت هنا ثلاثة تعاريف، وهذا يفي بالغرض:

أولاً _ تعريف الغزالي رحمه الله تعالى^(١):

تحت عنوان: الاستصلاح، تحدّث الغزالي رحمه الله عن المصلحة المرسلّة، فذكر أن أقسام المصلحة ثلاثة^(٢):

١ _ قسم شهد الشرع لاعتبارها، فهي حجة، ويرجع حاصلها إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع، ومثالها: الحكم بحرمة كلّ ما أسكر من مشروب أو مأكول قياساً على الخمر؛ لأنها حُرِّمت لحفظ العقل الذي هو مناط التكليف، فتحرّيم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة .

٢ _ قسم شهد الشرع لبطلانها، ومثالها: قولُ بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع في نهار رمضان: إن عليك صوم شهرين متتابعين، فلما أنكر عليه حيث لم يأمر بإعتاق رقبة مع اتساع ماله قال: لو أمرته بذلك لسهّل عليه واستحقرّ إعتاق رقبةٍ في جنب قضاء شهوته، فكانت المصلحة في إيجاب الصوم لينزجر به .

فهذا قولٌ باطل ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة، وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال، ثم إذا عرف ذلك من صنيع العلماء لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم، وظنوا أن كل ما يفتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأي .

٣ _ وقسمٌ لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نصٌّ معيّنٌ، وهذا هو الاستصلاح أو المصلحة المرسلّة، وهو محل النظر، ومثالها: اتّفاق الصحابة على جمع القرآن الكريم^(٣) .

١ . هو محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، زين الدين، حجة الإسلام، فيلسوف، متصوف، وُلد في خراسان سنة (٤٥٠هـ)، له نحو مئتي مصنف، منها (إحياء علوم الدين)، و(تحفّات الفلاسفة)، و(المنقذ من الضلال)، و(المنحول من علم الأصول)، و (الوجيز) في فروع الشافعية، توفّي سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعيين لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، القرشي، البصري، ثم الدمشقي، المتوفى سنة (٧٧٤هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: الدكتور أحمد عمر هاشم، مكتبة الثقافة الدينية، د/ط، (١٤١٣ هـ/١٩٩٣ م)، (ص٥٣٣-٥٣٩)، والأعلام للزركلي (٢٣/٧، ٢٣) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٣-١٧٤) .

٣ . الاعتصام، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي المتوفى سنة (٧٩٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٢ هـ/١٩٩٢ م)، (ص ٦١٢) .

ثم عرّف الغزالي رحمه الله تعالى المصلحة، فقال: (أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصالح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود 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)^(١).

فالمصلحة المرسلّة عند الغزالي حسب ما تقدّم، هي: (المحافظة على مقصود الشرع من الخلق بحفظ دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، مما لم يشهد له من الشرع نصّ معيّن لا بالبطلان ولا بالاعتبار)^(٢).

وقد غلط بعض الباحثين^(٣) عندما ذكروا أن من المآخذ على تعريف الغزالي للمصلحة أنه اقتصر على اعتبار المصلحة في الضروريات الخمس فقط دون الحاجيات والتحسينيات، فهذا غلطٌ محض، فقد قال الغزالي: " والمصلحة باعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى ما هي في رتبة الضرورات، وإلى ما هي في رتبة الحاجات، وإلى ما يتعلق بالتحسينات والتزيينات وتتقاعده أيضاً عن رتبة الحاجات، ويتعلق بأذيال كل قسم من الأقسام ما يجري منها مجرى التكملة والتممة لها"^(٤).

فذكر أن المصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق، واعتبر المصلحة شاملةً للضروريات والحاجيات والتحسينيات، فلا يتوجّه على تعريفه مثل هذا النقد، والله أعلم .
ولكن تعريف الغزالي لم يكن مقتضياً صريحاً واضحاً، ويعتري تعريفه الطول .

١ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٤) .

٢ . هذا التعريف هو فهمي لكلام الغزالي رحمه الله تعالى .

٣ . مثل الباحث عبد الحميد علي حمد حمود، في كتابه: المصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية، أطروحة تقدّم بها الباحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، (٢٠٠٩)، (ص ٣٠-٣١) .

٤ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٤) .

ثانياً _ تعريف الخوارزمي رحمه الله تعالى^(١):

عرّف المصلحة المرسلّة فقال: (والمراد بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق)^(٢) .

يؤخّذ على هذا التعريف أنه تعريفٌ للمصلحة، وليس تعريفاً للمصلحة المرسلّة، وأنه قصر تعريف المصلحة على دفع المفسد عن الخلق، ولم يذكر جلب المصالح، فهو تعريف غير جامع .

ثالثاً _ تعريف الشاطبي رحمه الله تعالى:

قال عن المصلحة: (المراد بالمصلحة عندنا ما فُهِم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودفع المفسد على وجه لا يستقلُّ العقل بدركه على حال)^(٣) .

وقسم المصلحة إلى ثلاثة أقسام كالغزالي رحمه الله تعالى، الأول: أن يشهد الشرع بقبولها فهي مقبولة ولا خلاف في إعمالها، والثاني: أن يشهد الشرع بردها فترد ولا خلاف في ردّها..^(٤)، والثالث: قال فيه: (ما سكنت 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 على تقدير أن لم يرد نص على وفقه؛ فإن هذه العلة 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 .

والثاني: أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلّة)^(٥) .

١ . هو محمود بن محمد بن العباس بن أرسلان، أبو محمد، مظهر الدين العباسي (نسبة إلى جده)، الخوارزمي، وُلِدَ في خوارزم، سنة (٤٩٢هـ)، كان إماماً في الفقه الشافعي والتصوف والحديث والتاريخ، له مصنفات مثل: (الكافي في النظم الشافي)، وله وكتابٌ في (تاريخ خوارزم)، توفّي في خوارزم سنة (٥٦٨هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢٨٩/٧-٢٩١) .

٢ . نقله عنه الزركشي في البحر المحيط في أصول الفقه (٨٣/٨)، والشوكاني في إرشاد الفحول (١٨٤/٢) .

٣ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٠٩، ٦١٠) .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٠٩-٦١١) .

٥ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٠٩-٦١٢) .

وهذا التعريف جيّدٌ عرّج فيه على تعريف المصلحة كدليلٍ شرعيّ، ولكنه كتعريف الغزالي يكتنفه غموضٌ ويعتريه الطول .

وخلاصة تعريف المصلحة المرسلّة في اصطلاح الأصوليين أنّها: (ما يحقق مقصود الشارع من الخلق بجلب المصلحة لهم ودرء المفسدة عنهم، مما لم يشهد له من الشارع دليلٌ معيّنٌ بالاعتبار ولا بالإلغاء) .

والاستصلاح: (هو الأخذ بالمصلحة المرسلّة، واعتمادها دليلاً في الاستنباط) .

وهذا المعنى الاصطلاحي يلتقي مع المعنى اللغوي ويترابط معه، فكلاهما يدل على أن المصلحة تتضمن دفع المفسدة ودرء المفسدة، وأن المرسلّة هي المطلقة غير المقيدة والشرعية قد أطلقت المصلحة المرسلّة فلم تقيدها باعتبار ولا بإلغاء، والاستصلاح ضد الاستفساد، وهو طلب المصلحة فالسّين للطلب، وهذا يلتقي مع المعنى الاصطلاحي في أن كلاهما يتضمن طلب المصلحة واعتمادها .

المطلب الرابع _ تعريف الباحثين المعاصرين للاستصلاح والمصلحة المرسلة:

ذكر الكُتّاب والباحثون المعاصرون في أصول الفقه تعريفاتٍ عديدة للمصلحة، وللمصلحة المرسلة، واكتفيْتُ بذكر ثلاثةٍ منها:

أولاً _ تعريف الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي^(١) رحمه الله تعالى:

عرّف المصلحة فقال: (هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيبٍ معيّن فيما بينها)^(٢) .

والمنفعة هي اللذة أو ما كان وسيلةً إليها، ودفع الألم وما كان وسيلةً إليه^(٣) .

وأرى أن هذا التعريف جيد، جامعٌ لأنواع المصالح التي قصدها الشارع، فالمنفعة هي جلب المصلحة ودفع المفسدة، وما يؤدي إليها، فشمّل هذا اللفظُ المصالحَ .

وتقييد المصلحة بأنها ما قصده الشارع الحكيم لعباده: يُخرج ما يتوهمه الناس مصلحةً وليس في الحقيقة كذلك، ولا تعدو هذه المصالح الموهومة كونها رعونات نفسية مضرّة بالفرد والمجتمع.

وذكر أن مقصود الشارع حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، فهذا محل اتفاق، وعليه دلّت نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة على صاحبها الصلاة والسلام^(٤) .

وجاء قيد: طبق ترتيبٍ معيّن فيما بينها: ليبين أن حفظ هذه الأمور له مراتب، فهناك ضروريات، وحاجيات، وتحسينيات، وسيأتي الحديث عنها إن شاء الله في المبحث الثالث، كما أنها قد تتعارض فيما بينها، فلا بدّ من الترجيح طبق ترتيبٍ معيّن .

١ . هو الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان بن ملا البوطي، ينحدر من أصل كردي، نشأ في دمشق، وهو عالمٌ بالعقائد والفلسفات المادّية، والفقه، والأصول، والعربية، تقلّد عمادة كلية الشريعة بدمشق، وله حالٌ ربانيّ، وله ولمؤلّفاته شهرةٌ واسعة، من مؤلّفاته: (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية)، و(شرح وتحليل الحكم العطائية)، و(فقه السيرة)، توفي سنة (١٤٣٤هـ) رحمه الله تعالى، انظر: موسوعة الويكيبيديا، صفحة علماء دين سنة، سوريون .

٢ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٢٣) .

٣ . المرجع السابق .

٤ . انظر: حاشية رقم (١)، في (ص ١٥) من هذا البحث .

وعرّف الدكتور البوطي رحمه الله المصلحة المرسلّة بعد ذلك فقال: (هي كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء)^(١) .

داخلية في مقاصد الشارع: هذا قيد يخرج به ما يُظنّ أنه منفعة مما لا يدخل في المقاصد الكلية للشارع، وهذا ما يسمّى بالمرسل الغريب، وهو محل اتفاق على إهماله .

ويخرج بهذا القيد ما يتوهمه الناس من المصالح مما لم يعتبره الشارع مصلحةً .

دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء: قيدٌ أخرج عدة مسائل، هي:

١ _ أخرج كل ما كان للإمام أن يتصرّف فيه بموجب حق الإمامة، كتصرّفه في العطاء، وتقديره للتعزيرات وأنواعها، وغير ذلك؛ لأن ما يملكه الإمام من خيرة في ذلك واقع ضمن دائرة ما نصّ عليه الشرع بواسطة الكتاب والسنة .

٢ _ وخرج بهذا القيد أيضاً كل مصلحة كانت منوطاً لمصلحتين متعارضتين، لكل منهما شاهد من الاعتبار أو الإلغاء؛ لأن مثل ذلك لا يقال أنه لا يشهد له الشارع بالاعتبار أو الإلغاء، فهو داخل ضمن باب التعارض والترجيح، ومثال ذلك ما ذكره الغزالي رحمه الله تعالى في مسألة تتّرس الكفار بجماعة من أسارى المسلمين بحيث لو كفّ المسلمون عنهم لاقتحموا ديار الإسلام، ولو اقتحم المسلمون الترس لقتلوا مسلمين معصومين^(٢) .

ففي هذه المسألة أنيطت مصلحتان، لكلٍ منهما شاهد بالاعتبار، أحدهما مصلحة جهاد الكفار والتضحية بالنفس والمال في سبيل الله، والأخرى مصلحة حفظ حياة المسلمين وتجنّب أذاهم، فاجتمعت المصلحتان في مناطٍ واحدٍ، فينبغي الترجيح بالدليل^(٣) .

ومثّل الغزالي التّرس عند ذكره المصالح المرسلّة لأنه ذكر مسائل التعارض والترجيح في بحثه تجوّزاً، كما نصّ هو على ذلك^(٤) .

١ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص ٣٣٠) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٦) .

٣ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص ٣٣٤، ٣٣٠) .

٤ . قال في المستصفى: (وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة، وحيث ذكرنا خلافاً فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين، وعند ذلك ترجيح الأقوى؛ ... فإذا منشأ الخلاف في مسألة الترس الترجيح)، (ص ١٧٩) .

٣ _ وخرج بهذا القيد أيضاً كل مصلحة عارضها نصٌ أو قياسٌ صحيح، سواءً عارضت من النص عمومته أو إطلاقه أو مدلوله، فهذا شاهدٌ على إلغائها، فبطل أن تكون مرسله، فيتوقف اعتبار المصلحة المرسله على عدم تعارضها مع أي دليل شرعي صحيح^(١).

ولكن: يُؤخَذُ على هذا التعريف أنه يحتاج إلى قيدٍ واحد وهو: أن المصلحة المرسله داخله في مقاصد الشارع حسب رأي المجتهد، فهي مرسله أي مطلقة عن النص الشرعي الشاهد لها بالاعتبار أو الإلغاء، فكونها منفعةً للخلق قد يكون واضحاً، ولكن تحديدها كمصلحة داخله في مقصود الشارع يحتاج إلى اجتهاد، فما يراه مجتهدٌ مصلحةً داخله في مقاصد الشارع قد يخالفه في ذلك مجتهد غيره، فالأمر يحتاج إلى اجتهاد ونظر، وإلا لما اختلف العلماء في حكمٍ يستند إلى المصلحة المرسله، ويشهد لهذا الأمر، قصّة جمع القرآن الكريم^(٢)، حيث تردّد الصحابة قليلاً في جمع القرآن ثم شرح الله صدورهم لذلك بعد النقاش والاجتهاد والنظر، والله تعالى أعلم^(٣).

ثم عرّف الدكتور البوطي الاستصلاح فقال: (هو ترتيب الحكم الشرعي على المصلحة المرسله بحيث يحققها على الوجه المطلوب)^(٤).

هذا التعريف يتفق مع ما ذكره بعض الأصوليين في تعريف الاستصلاح بأنه: اتّباع المصلحة المرسله^(٥).

فالاستصلاح هو عمل المجتهد وهو ما أدّاه إليه اجتهاده من ترتيب الحكم الشرعي وفق

١ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص ٣٣٤) .

٢ . قال زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه: (أرسل إلي أبو بكر مقتل أهل اليمامة وعنده عمر، فقال أبو بكر: إن عمر أتاني، فقال: إن القتل قد استحرّ يوم اليمامة بالناس، وإني أخشى أن يستحرّ القتل بالقراء في المواطن، فيذهب كثير من القرآن إلا أن تجمعه، وإني لأرى أن تجمع القرآن)، قال أبو بكر: (قلت لعمر: كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ ؟)، فقال عمر: (هو والله خير، فلم يزل عمر يراجعني فيه حتى شرح الله لذلك صدري، ورأيت الذي رأى عمر)، قال زيد بن ثابت: (وعمر عنده جالس لا يتكلم)، فقال أبو بكر: (إنك رجل شاب عاقل، ولا تهملك، كنت تكتب الوحي لرسول الله ﷺ فتتبع القرآن فاجمعه)، (فوالله لو كلفني نقل جبل من الجبال ما كان أثقل علي مما أمرني به من جمع القرآن)، قلت: (كيف تفعلان شيئاً لم يفعله النبي ﷺ ؟)، فقال أبو بكر: (هو والله خير، فلم أزل أراجع حتى شرح الله صدري للذي شرح الله له صدر أبي بكر وعمر، فقمت فتتبع القرآن أجمعه ... إلخ)، أخرجه البخاري في كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن، (١٨٣/٦)، رقم الحديث (٤٩٨٦) .

٣ . المصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي حمد محمود (ص ٣٨) .

٤ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص ٣٥٢) .

٥ . روضة الناظر لابن قدامة (٤٧٨/١) .

المصلحة المرسلّة، أما المصلحة المرسلّة نفسها فهي الحقيقة الموجودة في الخارج بقطع النظر عن عمل المجتهد^(١) .

ولكن يُؤخَذُ على التعريف أنه فيه زيادة وتكرار، فكان يُغني أن يقول: هو ترتيب الحكم الشرعي على المصلحة المرسلّة، فكلمة المصلحة المرسلّة بضوابطها التي وضعها في كتابه تغني عن زيادة قوله: (بحيث يحققها على الوجه المطلوب)، والله اعلم .

كما يُؤخَذُ عليه أن التعريف يحتاج إلى قيد ليكون التعريف أدقّ، وهو تقييد الواقعة محلّ الاستصلاح بأنّها النازلة المستجدة حصراً .

ثانياً _ تعريف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا^(٢) رحمه الله تعالى:

عرّف الشيخ مصطفى الزرقا المصلحة المرسلّة تعريفاً قريباً من تعريف الدكتور البوطي فقال: (المصلحة المرسلّة هي كل مصلحة داخلية في مقاصد الشارع ولم يرد في الشرع نصّ على اعتبارها بعينها، ولا على استبعادها)^(٣) .

وهذا التعريف قريبٌ من تعريف الدكتور البوطي، ولكن يُؤخَذُ عليه ما يُؤخَذُ على الدكتور البوطي، كما أنه يُؤخَذُ عليه أنه عرّف الشيء بنفسه، فقال: المصلحة المرسلّة هي كل مصلحة .

١ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص ٣٥٢) .

٢ . هو مصطفى أحمد الزرقاء، ولد في حلب بسورية، عام (١٣٢٥هـ)، تفقّه على والده، عُيّن أستاذاً للقانون المدني، ورئيساً لقسمه، في كلية الحقوق، وأستاذاً للشريعة الإسلامية، وتولى وزارة العدل والأوقاف مرتين، ثم أصبح خبيراً للموسوعة الفقهية التي قامت وزارة الأوقاف الكويتية بمشروعها، ونال عضوية المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، في عام (١٣٩٨هـ)، وله إنتاج علمي غزير، من مؤلفاته: (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، و(عقد التأمين وموقف الشريعة منه)، و(فقه المعاضات)، انظر: المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف الميم، جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، (ص ٣٤١)، وعنوان الموقع: (www.ahlalhdeth.com)، وكذلك موسوعة الويكيبيديا في صفحة علماء دين سنة .

٣ . الاستصلاح والمصالح المرسلّة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهاها، لمصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨)، دار القلم، دمشق، (ص ٣٧) .

ثالثاً _ تعريف عبد الحميد علي حمد محمود^(١):

عرّف المصلحة المرسلّة فقال: (هي المصلحة التي لم يعتبرها الشارع ولم يلغها بدليل خاص، ودلّت عليها أدلة الشريعة العامة، يستنبطها مجتهدٌ عدل)^(٢) .

ويؤخّذ على هذا التعريف أنه عرّف الشيء بنفسه، فعرّف المصلحة المرسلّة بأنها المصلحة .

ولما وضع الباحث قيد: دلّت عليها أدلة الشريعة العامة، فإن قصد الملاءمة لتصرفات الشارع فهذا صحيح، ولكن اللفظ يحتمل دخول القياس والمصلحة المعتبرة في هذا التعريف، فإذا دلّ الدليل العام على المصلحة قد تكون مصلحة معتبرة يُقاس عليها، فاللفظ يحتمل هذا والباحث لم يبيّن المقصود ولم يشرحه .

وأحسنَ الباحث إذ وضع قيد: يستنبطها مجتهد عدل، فتحديد المصلحة هو موضع اجتهاد .

١ . هو باحث في علوم الشريعة الإسلامية، نال درجة الماجستير بتاريخ (٢٠٠٩)، من جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، في فلسطين، وعنوان رسالته: (المصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية)، وترجمته هذه من صفحة عنوان هذه الرسالة، ومن الصفحة التي تليها .

٢ . المصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي حمد محمود (ص ٧١) .

المطلب الخامس _ التعريف المقترح للاستصلاح والمصلحة المرسلّة:

لتعريف الاستصلاح لا بدّ من تعريف المصلحة المرسلّة، ولتعريف المصلحة المرسلّة لا بدّ من تعريف المصلحة .

أولاً _ تعريف المصلحة:

بالنسبة لتعريف المصلحة أتبنّى تعريف الدكتور البوطي، فقد رأيته تعريفاً جامعاً عرّف المصلحة بـجوهريها، ولا أرى _ من وجهة نظري _ عليه استدراكاً .

وقد عرّف الدكتور البوطي المصلحة فقال: (هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيبٍ معيّن فيما بينها)^(١).

وفي المطلب السابق مرّ شرح هذا التعريف .

ومعلوم أن المصلحة إما أن يكون لها شاهد من الشرع بالاعتبار، فتكون مُعتبرة، أو يكون لها شاهد من الشرع بالإلغاء فتكون مُلغاة، أو لا يكون لها شاهد من الشرع لا بالاعتبار ولا بالإلغاء، وهذه هي المصلحة المرسلّة، أي المطلقة عن الدليل .

ثانياً _ تعريف المصلحة المرسلّة:

فلم أجد فيما اطّلت عليه تعريفاً سليماً من الاستدراك من وجهة نظري، وأفضل تعريف هو تعريف الدكتور البوطي، لذلك أتبنّى تعريفه مع بعض التعديل عليه، فأقترح التعريف الآتي:

المصلحة المرسلّة هي: (كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع في نظر المجتهد، دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء) .

شرح التعريف وبيان محترزاته:

المنفعة: هي جلب المصلحة ودرء المفسدة، وما يؤدّي إليها .

داخلية في مقاصد الشارع: هذا القيد يُخرج ما يتوهمه الناس مصلحةً وليس في الحقيقة كذلك، فتحديد المصلحة يعود للشارع، ومقصود الشارع من الخلق حفظ الضروريات الخمس، وهذا محل

١ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص ٢٣) .

اتفاق، كما سبق ^(١) .

كما يخرج بهذا القيد كل ما لا يدخل في مقاصد الشارع، وهو ما يُسمَّى بالمناسب الغريب. وهذا القيد يغني عن ذكر قيد آخر يشبهه وهو (ملاءمة المصلحة لتصرفات الشارع)، فهذا أمرٌ آخر غير دخولها في مقاصد الشارع، لكنّه مشمول بقيد: **داخله في مقاصد الشارع**، وهذه ميزةٌ لهذا القيد، فالمصلحة المرسلّة صحيحٌ أنّها لا دليلٌ شرعياً على اعتبارها أو إلغائها، ولكن لا بدّ أن تكون ملائمةً لاعتبارات الشارع وجملته مقاصده، ولأجل هذا الفرق نبّه بعض العلماء إلى هذا الأمر، كالذكّور البوطي الذي سجّل في هذا الصدد ملاحظةً قيمةً فقال: " واسم (المرسلّة) ليس معناه الإرسال الحقيقي والخلو عن أيّ دليلٍ شرعي، وإنما هو اصطلاح أُريدَ به التفريق بينه وبين القياس، فالقياس لا بدّ أن يكون للفرع فيه شاهدٌ من أصلٍ وجدت فيه علة الفرع وقام الدليل من نصٍّ أو إجماع على عليتها، أو على جريان الحكم على وفقها، أما المصالح المرسلّة فهي ما كانت مرسلّةً عن مثل هذا الشاهد، ولكنها في الوقت نفسه ملائمة لاعتبارات الشارع وجملته مقاصده وأحكامه " ^(٢) .

في نظر المجتهد: دخول المصلحة المرسلّة في مقاصد الشارع يعود لنظر المجتهد، وليس لنصّ الشارع، إذا لا نصّ فهي مرسلّة أي مطلّقة عن الدليل الشاهد لها بالاعتبار أو الإلغاء، فتحديد دخولها في مقصود الشارع وملاءمتها لمقصود الشارع يحتاج إلى اجتهاد، وإلا لما اختلف العلماء في حكمٍ يستند إلى المصلحة المرسلّة، والله تعالى أعلم .

والمجتهد هو من ملك القدرة على الاجتهاد، وهذا الاجتهاد له شروطٌ، ودرجاتٌ، وأنواع، ليس هذا مجال سردها، وقد ذكرها علماء الأصول في مظانها ^(٣) .

١ . انظر: حاشية رقم (١)، في (ص١٧ و١٨) من هذا البحث .

٢ . ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي (ص٣٧٦)، وانظر: الاعتصام للشاطبي (ص٦١٢)، وأصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت.ط، (ص٢٧٩)، والمصالح المرسلّة لمحمد الأمين الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى، (٢٠٠٣م)، (ص ١٩، ٢٠) .

٣ . انظر مثلاً: المستصفى للغزالي (ص٣٤٢-٣٤٥)، والمحصول للرازي (٢١/٦-٢٦)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٤٢/٤)، وأدب المفتي والمستفتي لعثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو تقي الدين المعروف بابن الصلاح، المتوفى سنة (٦٤٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الثانية، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، (ص٩٥، ٩٤)، والتقدير والتحبير لابن أمير الحاج (٣/٣٤٦) .

وعلى فرض عدم وجود المجتهد المطلق في هذا العصر يكون الاستصلاح في العصر الحاضر من قبيل تجزؤ الاجتهاد، وهذا جائز، وتجزؤ الاجتهاد هو التمكن من استنباط بعض الأحكام دون بعض، وله صور عديدة، منها:

١ _ الإلمام بشروط الاجتهاد في طريق من طرق استنباط الحكم الشرعي، كالقياس، أو الاستصلاح مثلاً دون علم الحديث .

٢ _ القدرة على الاجتهاد في بابٍ من الأبواب الفقهية، كالنكاح، أو الفرائض مثلاً .

٣ _ القدرة على الاجتهاد في بعض المسائل الفقهية، ضمن بابٍ من الأبواب الفقهية، كالاجتهاد في مسائل المهر^(١) .

قال الغزالي رحمه الله تعالى: (وليس الاجتهاد عندي منصباً لا يتجزأ، بل يجوز أن يُقال للعالم بمنصب الاجتهاد في بعض الأحكام دون بعض، فمن عرف طريق النظر القياسي فله أن يفتي في مسألة قياسية، وإن لم يكن ماهراً في علم الحديث، ...)^(٢).

ولا يجوز أن يتفحّم طرق الاستنباط والاجتهاد من ليس أهلاً لها، وقد يحصل هذا من بعض المنتسبين إلى العلم، فيدّعي أحدهم الاجتهاد والترجيح والإفتاء وهو لم يشم رائحة العلم فضلاً عن الاستنباط والترجيح .

قال الدهلوي^(٣) رحمه الله تعالى : (من لم يكن من أهل الاجتهاد لا يحلّ له أن يُفتيَ إلا بطريق الحكاية، فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء)^(٤).

١ . المستصفى للغزالي (ص ٣٤٥)، وروضة الناظر لابن قدامة (ص ٣٥٣)، وكشف الأسرار للبخاري (١٧/٤)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لأبي الثناء الأصفهاني (٢٩٠/٣)، والمختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٨٠٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. محمد مظهر بقا، نشر جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، د/ت.ط، (١٦٤).

٢ . المستصفى للغزالي (ص ٣٤٥) .

٣ . هو أحمد بن عبد الرحيم الفاروقي الدهلوي الهندي، الملقب شاه وليّ الله، فقيه حنفي من المحدثين، وُلد سنة (١١١٠هـ)، من أهل دهلي بالهند، وعلى كتبه وأسانيده المدار في تلك الديار، له مصنفات كثيرة، منها : (الفوز الكبير في أصول التفسير)، و(حجة الله البالغة)، و(الإنصاف في أسباب الخلاف)، و(عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد)، توفي سنة (١١٧٦هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام للزركلي (١/١٤٩) .

٤ . عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد للدهلوي (ص ١٩) .

وما يذكره الباحثون في رسائل الدكتوراه والماجستير من ترجيح وآراء إنما هو وجهة نظر غالباً، وقد يكون من باب تجزؤ الاجتهاد إن ألمّ وأحاط بموضوع بحثه وأدواته، والله تعالى أعلم.

دون أن يكون لها شاهدٌ بالاعتبار أو الإلغاء: قيدٌ أخرج عدة مسائل، ذكرتها في المطلب السابق فلا أكررها هنا ^(١) .

ثالثاً _ تعريف الاستصلاح:

أقترح للاستصلاح هذا التعريف: (الاستصلاح هو استنباط الحكم الشرعي للنوازل بالاعتماد على المصلحة المرسلّة) .

استنباط الحكم الشرعي: هو استخراج الحكم إذا لم يكن منصوباً ولا مجمعاً عليه ^(٢) .

والاستنباط هو عمل المجتهد، وعلى هذا فالمصلحة المرسلّة هي المصلحة ذاتها أما الاستصلاح فهو الجانب العملي منها، أي العمل بها .

للنوازل: جمع نازلة، وهي الحادثة الجديدة التي تحتاج إلى حكم شرعي ^(٣)، فإما تستجدُّ حادثة، أو يستجدُّ ما يستدعي إعادة الاجتهاد فيها، أما ما فيه نصٌّ أو إجماع قطعي الدلالة فلا مجال للمصلحة المرسلّة فيه، فهذا القيد يخرج ما هو منصوبٌ أو مُجمَعٌ عليه .

بالاعتماد على المصلحة المرسلّة: هذا القيد يُخرج المسائل التي تُستنبط أحكامها بغير المصلحة المرسلّة، فالنوازل التي تحدث قد لا يكون فيها مجالٌ للمصلحة المرسلّة، فقد تُستنبط أحكامها بالقياس، أو بالاستحسان أو الاستصحاب، أو غير ذلك من الأدلة .

١ . انظر: (ص٣٨، ٣٩) من هذا البحث .

٢ . وهذا المعنى الذي يُؤخذ من كلام الأصوليين، انظر مثلاً : قواطع الأدلة للسمعاني (٩٢/٢)، إرشاد الفحول للشوكاني، (٢/٩٨ و٢٠٥) .

٣ . نوازل الزكاة، دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، للدكتور عبد الله بن منصور الغفيلي، دار الميمان، الرياض، والقاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، (ص٢٨) .

المطلب السادس _ الألفاظ ذات الصلة بالاستصلاح:

أهم الألفاظ ذات الصلة بالاستصلاح:

أولاً _ الاستحسان:

عرّف علماء الأصول الاستحسان تعريفات عديدة، منها:

١ _ (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها لدليل هو أقوى) ^(١) .

٢ _ (العدول عن قياس إلى قياس أقوى) ^(٢) .

مثاله: دخول الحمام من غير تقديرٍ لأجرة الحمام، ولمدة اللبث فيه، وللماء المصبوب فيه ^(٣) .

وهو دليلٌ من الأدلة التبعية للأحكام، حصل الخلاف فيه، فاعتبره الحنفية والحنابلة، وأنكره غيرهم ^(٤) .

والفرق بين الاستحسان والاستصلاح: أن الاستحسان في غالب صوره استثناء من القواعد والنصوص العامة، فهو لا يكون إلا في الوقائع التي يثبت فيها حكم فيعدل المجتهد عنه إلى حكم آخر لدليل أقوى من الدليل الأول، ولا يتحقق ذلك إلا عند تعارض دليلين في جزئية من جزئيات القاعدة أو الدليل العام، أما الاستصلاح فلا استثناء فيه، بل يُعمَل به فيما ليس فيه دليل، وما لا يكون له حكم سابق ^(٥) .

ثانياً _ الاستصحاب:

عرّفه علماء الأصول تعريفات عديدة، مؤداها واحد، فالاستصحاب هو: (الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول) ^(٦) .

١ . بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب للأصفهاني (٢٨٤/٣)، وشرح التلويح على التوضيح للفتازاني (١٦٣/٢).

٢ . شرح التلويح على التوضيح للفتازاني (١٦٣/٢) .

٣ . بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب للأصفهاني (٢٨٤/٣)، وروضة الناظر لابن قدامة (٤٧٥/١، ٤٧٦) .

٤ . المستصفى للغزالي (ص ١٧١)، وروضة الناظر لابن قدامة (٤٧٣/١)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب للأصفهاني (٢٨١/٣)، وشرح التلويح على التوضيح للفتازاني (١٦٢/٢) .

٥ . أصول الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شليبي، الدار الجامعية، د.ت.ط، (٣١١/١) .

٦ . كشف الأسرار للبخاري (٣٧٧/٣) .

فما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل، فيبقى ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيره^(١).

ومثاله: عدم فرض صلاة سادسة لا لتصريح الشارع بل لانتفاء ذلك لانتفاء الدليل الموجب فيبقى الأصل وهو عدم التكليف^(٢).

وهو حجة عند المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية، وليس بحجة عند أكثر الحنفية^(٣).

ثالثاً _ القياس:

وهو: (حمل معلوم على معلوم في إثبات حكمٍ لهما أو نفيه عنهما، بأمرٍ جامعٍ بينهما من إثبات حكمٍ أو صفةٍ أو نفيهما عنهما)^(٤).

ففي القياس أربعة أركان، هي: الأصل المقيس عليه، والفرع المقاس الذي يُراد معرفة حكمه، والعلة الجامعة بين الفرع والأصل، وحكم الأصل وهو الحكم الشرعي الذي ثبت بالنص ويُراد تعديته إلى الفرع^(٥).

ومثال القياس: تحريم شرب النبيذ قياساً على الخمر بجامع الإسكار الذي هو علة تحريم الخمر^(٦).

فالأصل هو الخمر، والفرع هو النبيذ، والعلة الجامعة هي الإسكار، وحكم الأصل هو الحرمة .

والقياس حجة في استنباط الأحكام الشرعية عند جمهور العلماء من الصحابة والتابعين

١ . إرشاد الفحول للشوكاني (١٧٤/٢) .

٢ . الإجماع في شرح المنهاج للسبكي وابنه (١٧٠/٣) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ١٦٠ - ١٦٤)، و المحصول في أصول الفقه، للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي، المتوفى سنة (٥٤٣هـ)، بتحقيق: حسين علي اليدري، وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م)، (ص ١٣٠)، والمسودة في أصول الفقه لآل تيمية (ص ٤٨٨)، وشرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ١٥٠)، وكشف الأسرار للبخاري (٣٧٧/٣-١٧٩)، وإرشاد الفحول للشوكاني (١٧٤/٢) .

٤ . المستصفى للغزالي (ص ٢٨٠)، والمحصول للرازي (٥/٥)، وروضة الناظر لابن قدامة (١٤١/٢) .

٥ . المحصول لابن العربي (ص ١٢٤)، وروضة الناظر لابن قدامة (١٤٣/٢)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣/ ١٩٣)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م)، (٢/ ٦٠٥) .

٦ . المستصفى للغزالي (ص ٢٨٢)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٢/ ٦٠٥، ٦٠٦) .

والفقهاء والمتكلمين، وخالف الظاهرية وبعض الشيعة والمعتزلة فقالوا: ليس بحجة^(١).

وقد يقع الخلط بين القياس والاستصلاح، فلا بدّ من بيان الفرق بينهما، وهذا الفرق يتجلى في أمرين؛ الأول: أن الوقائع التي يُحكّم فيها بالقياس لها نظير في الكتاب أو السنة أو الإجماع يمكن قياسها عليه بواسطة المصلحة التي لأجلها شرّع حكم المنصوص أو المجمع عليه، أما الوقائع التي يُحكّم فيها بالاستصلاح فليس لها نظير تُقاس عليه، فالنظر فيها يكون بناءً على المعنى المناسب الذي يترتب على تشريع الحكم وبنائه عليه تحقيق مصلحة للناس أو دفع مفسدة عنهم، والثاني: أن المصلحة التي بُني عليها الحكم في القياس قام الدليل المعين على اعتبارها، أما المصلحة التي بُني الحكم عليها في المصالح المرسله فلم يقدّم الدليل على اعتبارها أو إلغائها بل سكت الشارع عنها^(٢).

رابعاً _ سدّ الذرائع:

الذرائع هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويُتوصّل بها إلى فعلٍ محظورٍ، وسدّ الذرائع هو (حسْمُ مادّة وسائل الفساد دفعاً لها إذا كان الفعل السالم من المفسدة وسيلةً إلى مفسدة) ^(٣).

ومثالها: منع بيع السلاح في وقت الفتنة، سدّاً لمفسدة القتل ^(٤).

وقد أخذ بها جمهور الأصوليين واعتبروها من أدلة الفقه ^(٥)، وخالفهم الشافعية ^(٦).

١ . البرهان في أصول الفقه للجويني (٧/٢، ٨)، والمحصل لابن العربي (ص١٢٤، ١٢٥)، والمحصل للرازي (٢٤/٥-٢٦)، وروضة الناظر لابن قدامة (١٥٠/٢، ١٥١)، والإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المتوفى سنة (٤٥٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، وقدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ت.ط، (٦٠-٥٣/٧).

٢ . المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران (ص٢٩٦)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور أحمد فراج حسين، والدكتور عبد الودود محمد السريتي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (ص١٨٤).

٣ . الفروق للقراقي (٣٢/٢)، وتبصرة الحكماء في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي، ابن فرحون، المتوفى سنة (٧٩٩هـ) رحمه الله تعالى، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (٣٦٤/٢)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (٣٩٩/٢).

٤ . إعلام الموقعين لابن القيم (٦٣/٥).

٥ . الفروق للقراقي (٣٢/٢)، وإعلام الموقعين لابن القيم (٦٣/٥، ٦٤).

٦ . تكملة السبكي لكتاب المجموع شرح المذهب لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د.ت.ط، (١٠/١٦٠).



المبحث الثاني _ تقسيمات المصلحة، وخصائصها .

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول _ أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشرع لها .

المطلب الثاني _ أقسام المصلحة من حيث ثبوتها .

المطلب الثالث _ أقسام المصلحة من حيث شمولها .

المطلب الرابع _ خصائص المصلحة في الشريعة .



المطلب الأول _ أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشرع لها:

تُقسّم المصالح من هذه الحيشة إلى ثلاثة أقسام:

أولاً _ المصلحة المُعتَبَرة: وهي المصلحة التي اعتبرها الشارع وقام منه الدليل على رعايتها^(١)؛ بإيراد الأحكام على وفقها^(٢) .

قال الغزالي رحمه الله: " ويرجع حاصلها إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع " ^(٣) .

وهذا النوع حجة عند القائلين بالقياس ولا خلاف في اعتباره^(٤) .

ومن أمثلتها: الحكم بجرمة كلِّ ما أسكر من مشروب أو مأكول قياساً على الخمر؛ لأنها حُرِّمت لحفظ العقل الذي هو مناط التكليف، فتحريم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة " ^(٥) .

ومن أمثلتها: وجوب الحد بوطء ذات المحرم بعقد النكاح قياساً على وطئها بالزنى^(٦) .

ثانياً _ المصلحة المُلغاة: هي المصلحة التي شهد الشرع بطلانها وإلغائها، أي أورد الأحكام على عكسها، فهي مُلغاة اتفاقاً^(٧) .

١ . أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء لمصطفى الخن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، (١٤١٨هـ/١٩٩٩م)، (ص٥٥٢)، والمصلحة المرسله وأثرها في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ لعبد الإله أحمد أبو رحمة، (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، د.ط، (ص١٧) .

٢ . البحر المحيط للزركشي (٢٧٣/٧) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص١٧٤)، وانظر: المحصول للرازي (١٦٢/٦) .

٤ . انظر المراجع السابقة .

٥ . المستصفى للغزالي (ص١٧٤)، وانظر: المحصول للرازي (١٦٢/٦) .

٦ . شرح مختصر الروضة للطوفي (٢٠٥/٣) وادعى الإجماع على هذا الحكم، ولكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لم يوجب الحد في هذه الحالة، انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٧٩/٣) .

٧ . المستصفى للغزالي (ص١٧٤)، والمحصول للرازي (١٦٢/٦)، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، المتوفى سنة (٧٧٢هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، (ص٣٢٧) .

ومن أمثلتها: فتوى يحيى بن يحيى الليثي^(١) لأحد ملوك الأندلس عندما جامع جاريته في شهر رمضان، فقد أفتاه بوجوب صوم شهرين متتابعين بدلاً عن عتق الرقبة؛ ليزجره ويردعه، وهذا يخالف النص^(٢) الذي نصَّ على العتق أولاً، ثم الصوم عند العجز، ولم يفرّق النص بين ملكٍ وغيره، وعُلِّل الليثي فتواه بأنه لو أفتاه بعتق الرقبة لسهل الأمر عليه ولما حصل الزجر فهو مَلِكٌ ويقدر على العتق بسهولة، فلا يحصل الزجر إلا بإيجاب الصَّوم، فهذه الفتوى راعت مصلحةً مُلغاةً، فالشَّرع أوجب العتق ابتداءً، وللعتق مقاصد، وللصوم مقاصد، فيُعمَلُ بترتيب الشارع الذي لم يراعِ المصلحة التي راعاها الليثي، وهذه الفتوى باطلة، أنكرها عليه العلماء^(٣).

ومثل هذه الفتوى يفتح باباً واسعاً للتلاعب بأحكام الدين باسم المصلحة .

ومن أمثلتها^(٤): التسوية بين الذكور والإناث في الميراث في الحالات التي يكون للذكر فيها مثل حظّ الأنثيين؛ للتساوي في درجة القرابة من المورث، ولمواكبة والتطور والمطالبة بالتساوي بين الرجل والمرأة، فهذه المصلحة مُلغاةٌ من قِبَل الشارع، بل إن الشارع قد اعتبر ما يخالفها، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، [النساء: ١١]،

١ . هو يحيى بن يحيى بن أبي عيسى كثير بن وسّلاس الليثي بالولاء، أبو محمد: عالم الأندلس في عصره، وُلِدَ عام (١٥٢هـ)، في طنجة، نشر مذهب مالك في الأندلس، وعلا شأنه عند السلطان، وترفع هو عن ولاية القضاء، واشتهر بالعقل قال الإمام مالك: هذا عاقل أهل الاندلس، وتوفي بقرطبة سنة (٢٣٤هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: الديباج المذهب لابن فرحون (ص ٣٥٠، ٣٥١)، والأعلام للزركلي (١٧٦/٨) .

٢ . وهو حديث صحيح متفق عليه، رواه البخاري في مواضع عديدة، منها: كتاب الصوم، باب المجامع في رمضان، هل يطعم أهله من الكفارة إذا كانوا محاييج؟ (٣٢/٣)، رقم الحديث (١٩٣٧)، ومسلم في صحيحه، في كتاب الصيام، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم، ووجوب الكفارة الكبرى فيه وبياعها، وأنها تجب على الموسر والمعسر وتثبت في ذمة المعسر حتى يستطيع، (٧٨١/٢)، رقم الحديث (١١١١)، ولفظ مسلم: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: هلكت، يا رسول الله، قال: ((وما أهلكك؟))، قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: ((هل تجد ما تعتق رقبة؟)) قال: لا، قال: ((فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟)) قال: لا، قال: ((فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً؟)) قال: لا، قال: ثم جلس، فأُتي النبي ﷺ بعرق فيه تمر، فقال: ((تصدق بهذا؟))، قال: أفقر منا؟ فما بين لابتئها أهل بيتٍ أحوَجُ إليه منا، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنباهه، ثم قال: ((اذهب فأطعمه أهلك)) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٤)، وروضة الناظر لابن قدامة (٤٧٩/١)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص ٣٢٧)، والاعتصام للشاطبي (ص ٦١٠) .

٤ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، لحسين حامد حسان، المطبعة العالمية، القاهرة، د/ت، ط، (ص ١٦)، والمصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور نور الدين مختار الخادمي، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، (ص ٤٠ - ٤٣) .

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ۚ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا﴾، [النساء: ١٧٦]، فطالما أن المصلحة قد خالفت النصوص الشرعية فهي مصلحة مُلغاة .

فإن قيل: إن هذا ظلمٌ للمرأة، وإنقاص لقدرها، ومناداة بعدم مساواتها مع الرجل، أقول: إما أن يكون هذا القائل مسلماً أو غير مسلم، فإن كان غير مسلم فسبيل إفهامه أن يُناقش ويُجَاجح حول الإسلام ليؤمن، فيتم إثبات وجود الله تعالى له، ثم إثبات صفاته، ومنها العدل، والحكمة، ويُناقش حول نبوة سيدنا محمد ﷺ، ثم يُناقش في الجزئيات، فلا يُناقش في جزئية وهو منكر للكل والأساس، فإن آمن يُكشف له بعد ذلك عن ستار الجهل الذي توهّمه .

وإن كان مسلماً فيقال له: أنت آمنت بالله، وبكلامه، وأنه حكيم، عادل، فلا يجوز لك أن تخالف اعتقادك هذا بهذا الكلام وإلا فأنت تناقض نفسك باتهامك لإهلك الذي آمنت به، فقل إنك لست مسلماً ليتّم مناقشتك حول الإله والقرآن والنبي ﷺ، أما أن تقول إنك مسلم وتتهم التشريع الإلهي بالظلم والجور، فهذا تناقض في العقل .

ويقال لمن استشكل هذا من المسلمين أو طلب فهم وجه الحكمة: لا ينبغي النظر إلى هذا الحكم نظرة جزئية منعزلة عن عموم الأدلة والمقاصد الشرعية، فمن خلال الأدلة يظهر أن هذا الحكم هو عين العدالة، فقد أثبت الشرع للمرأة حقوقاً مالية لم يثبتها للرجل، كالمهر الذي لا حدّ لأكثره، وكالنفقة التي تجب لها من أبيها، ثم من زوجها بعد زواجها، ... إلخ، وأعطى في مقابل ذلك كلّهُ للذكر ضعفي ما أعطى للأنثى، وهذا الذي سيأخذه الرجل سيعود به بالنفقة _ غالباً _ على المرأة؛ أي سينفقه على أمه أو أخته أو ابنته أو زوجته، فظهر أن مبدأ أخذ الأنثى نصف ما يأخذه الرجل من مبادئ العدل .

هذا أحد وجوه الحكمة في التشريع، وأحد الردود على من نسب الظلم إلى الله تعالى في تشريعه هذا، ولا أطيل في سرد الردود والإيضاح حول هذه الشبهة، وإنما أشرتُ إلى هذا إشارة؛ حرصاً على عدم الخروج عن حدود البحث .

المثال الثالث: قتل المريض الميؤوس من شفائه: فقد ظهرت الدعوة إلى قتله في بلاد الغرب؛ لإراحته من الآلام والأوجاع، وإراحة أهله من التعب وإنفاق الأموال عليه؛ وهذا غير جائز والشفاء بيد الله، وللإنسان كرامته العظيمة فلا يجوز الاعتداء على حياته، وهذا الكلام فيه فتحٌ

لذرائع قتل المرضى بدعوى اليأس من شفائه^(١).

ثالثاً _ المصلحة المُرسلة: هي المصلحة التي لم يشهد لاعتبارها ولا لبطلانها نصٌّ معيّن من الشرع، وهي محل النظر وموضع الخلاف^(٢).

ومن أمثلتها: اتفاق الصحابة على جمع القرآن الكريم، استناداً إلى المصالح المرسلة، فإنه أمرٌ ما فعله النبي ﷺ، لكن فيه مصلحةٌ ظاهرة^(٣).

ومن أمثلتها: لو ارتدت المرأة في مرضها ثم ماتت أو لحقت بدار الكفر، فإن زوجها يرثها؛ لأن حقه قد تعلق بما لها بمرضها، فكانت بالردة قاصدة إبطال حقه فارة عن ميراثه، فيُردُّ عليها قصدها كما في جانب الزوج، بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت^(٤).

١ . المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور نور الدين مختار الخادمي (ص ٣٦، ٣٧) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٤)، والمحصول للرازي (١٦٣/٦)، والبحر المحيط للزركشي (٢٧٤/٧)، والاعتصام للشاطبي (ص ٦١٢).

٣ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٢) .

٤ . المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المتوفى سنة (٤٨٣هـ) رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت، د/ت، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، (١٦٣/٦، ١٦٤)، وهذا مترتبٌ على مسألة طلاق الفأز، وهو المريض مرضاً مخوفاً أو الذي غالب حاله الهلاك، يطلق زوجته طلاقاً بائناً فراراً من إرث زوجته، ثم يموت، فيرد عليه قصده، وترث منه زوجته إلى تمام عدتها عند الحنفية، ولو بعد انقضاء العدة عند المالكية، وما لم تتزوج في المشهور عند الحنابلة، ولا ترث عند الشافعية في الجديد، فإن تأكد عدم قصد الفرار فلا ترث، انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المتوفى سنة (٥٩٣هـ)، بتحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د/ط.ت، (٢٥١/٢)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن معروف بالخطاب، المتوفى سنة (٩٥٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، الطبعة الثالثة، (١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م)، (٢٧/٤)، وروضة الطالبين للنووي (٧٢/٨)، والشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، المتوفى سنة (٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، د/ت.ط، (١٨١/٧) .

المطلب الثاني _ أقسام المصلحة من حيث ثبوتها:

تُقسّم المصالح من هذه الحيشة إلى ثلاثة أقسام:

أولاً _ المصلحة القطعية^(١):

وهي المصلحة التي دلّت عليها أدلة من قبيل النصّ الذي لا يحتمل التأويل، نحو قوله تعالى: ﴿وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾، [آل عمران: ٩٧]، فالمصلحة هنا ثبتت بالنص وهي تعليق إيجاب الحج على الاستطاعة .

وهذه المصلحة القطعية تثبت بعدّة طرق، أهمها:

١ _ النصّ، كما في المثال السابق .

٢ _ استقراء النصوص الشرعية، كما في الكليات الخمس الضرورية فقد ثبتت بالاستقراء^(٢).

ثانياً _ المصلحة الظنية^(٣):

وهي ما اقتضى العقل ظنّه، مثل اتخاذ كلاب الحراسة في الحضر في زمن الخوف، ومن ذلك أن الشيخ أبا محمد بن أبي زيد^(٤) رحمه الله تعالى اتخذ كلباً بداره، فقليل له: إن مالكاّ كره اتخاذ الكلاب

١ . مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور المتوفى سنة (١٣٩٣هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (ص٣٤)، وعلم المقاصد الشرعية، لنور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (ص٧٣)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص٤٦) .

٢ . الموافقات للشاطبي (٦/٢)، وانظر: المحصول للرازي (١٦٠/٥)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٧٧/٤)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لأبي القاسم الأصفهاني (١١٩/٣)، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي (٥٥/٣)، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإسنوي (ص٣٢٦)، وتيسير التحرير للبخاري أمير بادشاه الحنفي، (٨٩/٤) .

٣ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص٣١٤، ٣١٥)، وعلم المقاصد الشرعية للخادمي (ص٧٣)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص٤٧) .

٤ . هو عبد الله أبو محمد بن أبي زيد عبد الرحمن نفزي النسب، وُلد بالقيروان سنة (٣١٠هـ)، كان إمام المالكية في وقته، وجامع مذهب مالك وشارح أقواله، وكان واسع العلم كثير الحفظ والرواية، ويجمع إلى ذلك صلاحاً تاماً وورعاً وعفة، وكان يعرف بمالك الصغير، من مؤلفاته: (النوادر والزيادات على المدونة)، و(مختصر المدونة)، و(تهذيب العتبية)، و(الثقة بالله والتوكل على الله)، و(البيان من إعجاز القرآن)، توفي سنة (٣٨٦هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الديباج المذهب لابن فرحون (ص١٣٦ - ١٣٨) .

في الحضر، فقال: لو أدرك مالكٌ مثل هذا الزمن لاتخذ أسداً على باب داره^(١) .

ثالثاً _ المصلحة الوهمية^(٢):

هي التي يُتَوَهَّم ويُتَخَيَّل فيها صلاحٌ وخيرٌ، وعند التأمل تظهر أنها ضرر .

وهذا الوهم سببه أحد أمرين:

١ _ خفاء الضرر كما في تناول المخدرات فالحاصل بها لمتناولها ملائمٌ لنفوسهم وليس بصلاحٍ لهم .

٢ _ كونُ الصلاح مغموراً بفسادٍ، كقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكَبْرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾، [البقرة: ٢١٩] .

وهذه تدخل ضمن المصالح الملغاة .

١ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣١٤، ٣١٥)، وعلم المقاصد الشرعية للخادمي (ص ٧٣)، والمصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٧) .

٢ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣١٥) .

المطلب الثالث _ أقسام المصلحة من حيث شمولها:

قال الغزالي رحمه الله تعالى: " وتنقسم _ المصلحة _ قسمَةً أخرى ... فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين في واقعة نادرة " (١).

فالمصالح من حيث شمولها تنقسم إلى ثلاثة أقسام، هي:

أولاً _ المصلحة العامة (الكلية): وهي ما فيه صلاح عموم الأمة .

ومثالها: حفظ الدين من الزوال كحفظ كتاب الله تعالى والسنة المطهرة من الضياع والتحريف، وكحماية مكة والمدينة أن تقع في يد غير المسلمين (٢) .

ثانياً _ المصلحة الخاصة بأغلب الناس (٣): هي المصلحة التي تعود على الجماعات العظيمة الكبيرة، وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات المتعلقة بالأمصار والقبائل على حسب حاجاتها .

ومثالها: التشريعات القضائية لفصل النوازل، والاتفاقيات التجارية بين قطرٍ وآخر .

وكذلك المصلحة القاضية بتضمين الصناع، فالتضمين مصلحة لعامة أرباب السلع، وليسوا هم كل الأمة، ولا كافة الخلق .

وقد تختلف هذه المصالح من بلدٍ لآخر، ومن زمنٍ لآخر، فهي متعلقةٌ بالزمان والمكان، وهي أكثر عدداً من المصالح العامة .

١ . شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، لمحمد بن محمد أبي حامد الغزالي، المتوفى سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٩م)، (ص ١٠١، ١٠٢) .

٢ . انظر: الموافقات لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، المتوفى سنة (٧٩٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م)، (٣/٩٥)، ومقاصد الشريعة الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣١٣)، وعلم المقاصد الشرعية للخدامي (ص ٧٤)، والمصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٨) .

٣ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣١٤)، والمصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٩) .

ثالثاً _ المصلحة الخاصة (الجزئية): هي ما يعود على فردٍ أو أفرادٍ قليلين، وهي تختلف باختلاف الأشخاص، واختلاف الزمان والمكان، وهي أكثر عدداً من غيرها، وقد تكثفت أحكام الشريعة بحفظها في المعاملات (١) .

ومثالها: المصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود (٢)، فهذه مصلحة نادرة تتعلق بأفرادٍ قلةٍ . ومنها أيضاً: حفظ المال من السَّرَف بالحجر على السفیه مدة سفهه، فهذه مصلحة ومنفعة لصاحب المال ليجده عند رشده، أو ليجده وارثه من بعده، وليس هذا نفعاً للجمهور (٣) .

وأحب هنا أن أذكر مسألة نافعة لطالب العلم:

ذكر الشاطبي مسألة في تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة فقال: " العالم يعتزل الناس خوفاً من الرياء والعجب وحب الرياسة، وكذلك السلطان أو الولي العدل، والمجاهد إذا قعد عن الجهاد خوفاً من قصده طلب الدنيا به أو المحمدة، وكان ذلك الترك مؤدياً إلى الإخلال بهذه المصلحة العامة؛ فالقول هنا بتقديم العموم أولى لأنه لا سبيل لتعطيل مصالح الخلق ألبتة؛ فإن إقامة الدين والدنيا لا تحصل إلا بذلك " (٤) .

فهذا من تقديم المصلحة العامة للأمة على المصلحة الخاصة بالعالم أو السلطان أو المجاهد .

١ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣١٤)، والمصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٩) .

٢ . وخصوصاً في مثل هذه الأيام التي تعيشها سورية، والتي كثر فيها المفقودون، وقد تخشى المرأة على نفسها الزنا، خصوصاً إذا كانت صغيرة السنّ في ظل الفساد الأخلاقي السائد، كما أن الحاجة ماسة إلى وجود زوج ينفق عليها ويرعاها حتى لا يضيع دينها، وذلك لا يتم إلا بفسخ نكاحها من زوجها المفقود، وتفصيل كلام الفقهاء في هذه المسألة أوردته في هذا البحث (ص ٣٤٤-٣٥٧) .

٣ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٢٨٠) .

٤ . الموافقات للشاطبي (٩٥/٣) .

المطلب الرابع _ خصائص المصلحة في الشريعة:

المصلحة في الشريعة لها خصائص تميّزها عن غيرها من المصالح التي يراها البشر كالفلاسفة، وواضعي القوانين الوضعية، وغيرهم، ولا أقصد أن هذه المصالح _ التي يراها البشر مصالح _ موازية للمصالح الشرعية، ولا أنها نُدُّ للمصالح الشرعية، وإنما اقتضى المقام هذا التقسيم لتمييز الحق عن الباطل، وأهم هذه الخصائص:

١ _ مصدر هذه المصلحة هو الوحي الإلهي، المتمثل بالقرآن والسنة، وليس الأمر متروكاً لأهواء الناس وآرائهم، فتتوقف معرفة المصلحة على ورود الشرع، ولا يستقل العقل بمعرفتها، إذ لو صحَّ أن يستقل العقل والخبرة بمعرفتها لكانت الشريعة محكمةً بخبرات الناس وأفكارهم وتجاربهم الشخصية^(١).

وهذا لا يعني إلغاء دور العقل نهائياً، فالعقل له دورٌ في معرفة وجوه المصلحة استنباطاً من النصوص الشرعية، وفق منهج علميٍّ منضبط بيّنه علماء الأصول في باب الاجتهاد^(٢).

قال العز بن عبد السلام: " مصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها فلا تُعرف إلا بالشرع، فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعبر والاستدلال الصحيح " ^(٣).

وفي نصٍّ آخر فرّق بين مصالح الدنيا ومصالح الآخرة، فقال: " ومعظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل، وكذلك معظم الشرائع؛ إذ لا يخفى على عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة، ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن " ^(٤).
ثم قال: " وأما مصالح الآخرة ومفاسدها فلا تعرف إلا بالنقل " ^(٥).

١ . انظر: ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٦٧)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤١) .

٢ . انظر مثلاً: قواطع الأدلة للسمعاني (٣٠٢/٢ وما بعدها)، والحصول للرازي (٥/٦ وما بعدها)، وروضة الناظر لابن قدامة (٣٣٣/٢ وما بعدها) .

٣ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١٠/١) .

٤ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٥/١) .

٥ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٨/١) .

ولا تناقض بين ما قاله العزُّ أولاً من توقف معرفة مصلحة الدارين على الشرع ثم ما قاله ثانياً من التفريق بين مصالح الدنيا والآخرة؛ لأن هذا التفريق هو في حال عدم ورود الشرع أو قبل وروده، وأما بعد ورود الشرع فإن دور العقل محصور في اكتشاف المصلحة مع انضباطه بضوابط الشرع، ولا يصح أن يُقال: العقل يعرف المصالح والمفاسد هكذا مُطلقاً .

وبَيَّن الدكتور البوطي هذا الأمر بوضوح فقال: " وما تُرك المجال فيه للناس لا يعدو أحد قسمين؛ أولهما: أمور متعلقةً بالدين من عبادات ومعاملات لم ينص الكتاب أو السنة عليها؛ لارتباطها بمصالح غير ثابتة مع الزمن، فمثل ذلك تُرك المجال فيه على أساس الاجتهاد بما له من شروط وضوابط معروفة ..، وثانيهما: أمور دنيوية مُحضة لا تَعْلُق لها بشيء من الأحكام الشرعية، كشؤون الصناعة والفلاحة والزراعة من حيث كونها قائمةً على التجارب والخبرات الطبيعية " (١) .

٢ _ المصلحة في الشريعة تشتمل على مصالح الدنيا والآخرة، ولا تقتصر على مصالح الدنيا فقط (٢) .

فلا يجوز للباحث أن يحكم على فعلٍ بأنه مصلحة بناءً على ما له من الظاهر والآثار والمنافع الدنيوية حتى يكون على بينةٍ من آثاره الأخروية أيضاً وذلك عن طريق النظر في نصوص الشريعة، ولا خلاف بين المسلمين في هذا (٣) .

وقد نظَّم الشارع الحكيم أحكام الإسلام على أساس أن يكون اكتساب مصالح الدنيا سبيلاً لنيل السعادة في الآخرة، فسعى الإنسان في تحصيل المصالح الدنيوية هو بحدِّ ذاته يوصله إلى مصالح الآخرة، كما قال ﷺ: ((من أمسى كالألأ من عمل يده أمسى مغفوراً له)) (٤) .

١ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٦٩) .

٢ . الموافقات للشاطبي (٧٧/٢)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٤٥)، والمصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٣) .

٣ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٤٨) .

٤ . رواه الطبراني واللفظ له في المعجم الأوسط لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المتوفى سنة (٣٦٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، د/ط، (١٤١٥هـ)، (٢٨٩/٧)، رقم الحديث (٧٥٢٠)، وقوام السنة في الترغيب والترهيب لإسماعيل بن محمد بن الفضل بن علي القرشي الطليحي التيمي الأصبهاني، أبو القاسم، الملقب بقوام السنة، المتوفى سنة (٥٣٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أيمن بن صالح بن شعبان، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤١٤ هـ/١٩٩٣ م)، وقال المناوي: " رواه الطبراني في الأوسط، وكذا ابن عساكر عن ابن عباس، قال الحافظ الزين العراقي: سنده ضعيف، وقال تلميذه الهيثمي: فيه جماعة لم أعرفهم " فيض القدير للمناوي (٨٨/٦)، رقم الحديث (٨٥٣٢)، وانظر مجمع الزوائد للهيثمي (٦٣/٤) .

٣ _ المصلحة في الشريعة تشمل المصالح والمنافع المادية والمعنوية^(١)، فتلبي حاجة الجسد والروح، ولا تقتصر على المصالح المادية، بل إن المصالح المعنوية أعلى وأعظم لذّة، لذلك ترى المؤمنون يزهّدون في مصالح الجسد، ويقبلون على مصالح الروح، ويعبّر عن هذا المعنى إبراهيم بن الأدهم^(٢) رحمه الله تعالى حيث يقول: " لو علم الملوك وأبناء الملوك ما نحن فيه من السرور والنعيم إذا جالدونا على ما نحن فيه بأسيا فهم " ^(٣) .

والسبيل إلى هذه المصالح الروحية هو التزام العبد بما أمره الله به من التزكية لنفسه وإزالة العلل والأمراض الباطنية من قلبه التي تحجبه عن ربّه، كالكبر والعجب والحسد وغيرها، عن طريق صحبة الصالحين ومجاهدة النفس ومخالفتها والإكثار من تلاوة القرآن والذكر والدعاء والصلاة على النبي ﷺ وقيام الليل^(٤) .

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا ۖ وَسَخِّوْهُ بُكْرَةً وَأَصِيلًا ۚ﴾ ^(٥) هُوَ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْكُمْ وَمَلَائِكَتُهُ لِيُخْرِجَكُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَكَانَ بِالْمُؤْمِنِينَ رَحِيمًا ۝

ومن الأحكام التي تحقق أعظم قسطٍ من حاجة الروح: ضرورة الإيمان نفسه، ففيه إيصال الروح إلى بغيتها المنشودة وهي التعرف على القوة الكبرى المسخرة لهذا الكون لتدين لها بالعبادة

١ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٥٤)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٣) .

٢ . هو أبو إسحاق إبراهيم بن منصور بن زيد بن جابر العجلي ويقال التميمي، الإمام، العارف، سيد الزهاد، نزيل الشام، وُلِدَ في حدود المائة للهجرة، روى عن جماعة من التابعين كمالك بن دينار وقتادة، واشتغل بالزهد عن الرواية وكان يكون بالكوفة ثم بالشام؛ وأخباره وقصصه وكراماته مشهورة، توفي سنة (١٦٢هـ)، انظر: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان، المتوفى سنة (٦٨١هـ)، بتحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٤م)، (٣١/١، ٣٢)، وسير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قاتماز الذهبي، المتوفى سنة (٧٤٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، (٣٨٧/٧-٣٩٦) .

٣ . حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، المتوفى سنة (٤٣٠هـ) رحمه الله تعالى، السعادة، بجوار محافظة مصر، (١٣٩٤هـ/١٩٧٤م)، (٣٧٠/٧)، والمنتخب من كتاب الزهد والرفائق، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ)، بتحقيق: الدكتور عامر حسن صبري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م)، (ص ١٣٣) .

٤ . ضوابط المصلحة في الشريعة للدكتور البوطي (ص ٥٨) .

والخضوع، ولتلجأ إليها على الدوام، وبذلك تطمئن الروح وتأخذ القسط الأكبر من حاجتها، وهذه المصلحة مصلحة كبرى لا توازيها مصالح توفير الطعام والأموال^(١).

وهذه المصالح الروحية غير المصلحة الأخروية من الثواب والأجر، فتلك مرّت في الفقرة السابقة، وإنما المقصود هنا المصالح الروحية التي يصل إليها الإنسان في الدنيا .

٤ _ مصلحة الدين هي أساس للمصالح الأخرى، ومقدمة عليها، ولذلك يجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى؛ إبقاء لها وحفاظاً عليها .

قال تعالى: ﴿قُلْ إِنْ كَانَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ وَإِخْوَانُكُمْ وَأَزْوَاجُكُمْ وَعَشِيرَتُكُمْ وَأَمْوَالٌ اقْتَرَفْتُمُوهَا وَتِجَارَةٌ تَخْشَوْنَ كَسَادَهَا وَمَسْكَنٌ تَرْضَوْنَهَا أَحَبَّ إِلَيْكُمْ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَجِهَادٍ فِي سَبِيلِهِ فَتَرَبَّصُوا حَتَّى يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرٍ ۚ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ﴾، [التوبة: ٢٤] .

أما عند علماء الأخلاق والقانون فهذا غير وارد أصلاً، بل إنهم يستغلون ما قد يكون لدى العوام من عقيدة وفطرة دينية للاستفادة منها في فرض أفكارهم الخاصة وما يروق لهم من المصالح الدنيوية^(٢).

واعتبار مصلحة الدين مقدمة على غيرها من المصالح ليس فيه تعارض مع ما هو ثابت من أن الشريعة الإسلامية متضمنة بمجموعها لمصالح العباد؛ لأن إحراز مرضاة الله تعالى والخلود في جنته هما أعظم مصلحة على الإطلاق في حياة الإنسان، وقانون البشرية كلها يقضي بتسخير الأدنى لما هو أعلى رتبة منه^(٣).

١ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٥٨) .

٢ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٥٨)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد حمود (ص ٤٣) .

٣ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٥٩) .



المبحث الثالث _ مراتب المصلحة .

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول _ المصالح الضرورية .

المطلب الثاني _ المصالح الحاجية .

المطلب الثالث _ المصالح التحسينية .

المطلب الرابع _ مكملات ومتممات مراتب المصلحة .



المطلب الأول _ المصالح الضرورية:

المصالح ليست على درجة واحدةٍ ورتبٍ متساوية، وإنما هناك تفاوتٌ بين، يترتب على معرفته أحكام شرعية، ويتضح به ميزان الأخذ بالمصالح والترجيح بينها عند التعارض، وفي هذا المطلب بيان الدرجة الأولى الأقوى من المصالح، وهي المصالح الضرورية .

أولاً _ تعريف المصالح الضرورية: عرّفها الشاطبي فقال: (هي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فُقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخُسران المبين) ^(١) .

إذاً المصالح الضرورية هي ما يؤدي فقدّها إلى اختلال نظام الأمة، فتصير أحوالها شبيهةً بأحوال الأنعام، وقد يؤدي هذا الاختلال إلى الاضمحلال الآجل بتفاني بعضها ببعض، أو بتسليط العدو عليها إذا كانت بمرصدٍ من الأمم المعادية لها أو الطامعة في الاستيلاء عليها ^(٢) .

وهذه المصالح الضرورية تُسمّى الكليات الخمس، فهي أصول ومقاصد الشريعة الكلية، وهي مرتبة: (الدين، ثم النفس، ثم العقل، ثم النسل، ثم المال)، وقد أجمع المسلمون على ذلك، وفق هذا الترتيب، وما خلت أمةٌ إلا وكانت هذه الضرورات مرعيةً عندها، وهذا ثابتٌ بالاستقراء ^(٣) .

قال الشاطبي: " فقد اتفقت الأمة بل سائر الملل على أن الشريعة وُضعت للمحافظة على الضروريات الخمس؛ وهي: الدين والنفس والنسل والمال والعقل، وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علّمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد " ^(٤) .

١ . الموافقات للشاطبي (٨/٢) .

٢ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٠) .

٣ . انظر الحاشية رقم (١) في (ص ١٧ و ١٨) من هذا البحث، والمستصفي للغزالي (ص ١٧٤)، والتقرير والتجوير لابن أمير الحاج (١٤٣/٣)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٥٩، ٦٠)، ودليل هذا الترتيب الإجماع عليه .

قال ابن عاشور: " وقد تنبّه بعض علماء الأصول إلى أن هذه الضروريات مشأّر إليها بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَاعِنَكَ عَنْهُنَّ أَنْ لَا يُشْرِكَنَّ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَدَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ﴾ [المتحنة: ١٢]، إذ لا خصوصية للنساء المؤمنات، فقد كان رسول الله ﷺ يأخذ البيعة على الرجال بمثل ما نزل في المؤمنات "، مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٢) .

٤ . الموافقات للشاطبي (٣٨/١) .

وقال ابن أمير حاج^(١) رحمه الله تعالى: " وتسمى هذه بالكلديات الخمس وكل منها دون ما قبله وحصر المقاصد في هذه ثابت بالنظر إلى الواقع وعادات الملل والشرائع بالاستقراء " (٢) .

وزاد ابن السبكي^(٣) رحمه الله تعالى في جمع الجوامع^(٤) على هذه الكلديات الخمس أمراً سادساً هو (العِرض)، حيث شُرِعَ له حُدُّ القذف، فتصير عنده ستة^(٥) .

لكن الصواب والله أعلم أن العِرض من الحاجيات وليس الضروريات، وتشريع الحدِّ على القذف لحفظ العرض لا يلزم منه كونه من الضروريات^(٦) .

والحفاظ على هذه المصالح الضرورية يكون بأمرين^(٧):

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود .

١ . هو محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج: ويُقال له ابن الموقت، أبو عبد الله، شمس الدين: فقيه، من علماء الحنفية، من أهل حلب سنة (٨٢٥هـ)، من كتبه: (التقرير والتحجير)، في شرح التحرير لابن الهمام، في أصول الفقه، و (ذخيرة القصر في تفسير سورة والعصر)، توفي سنة (٨٧٩هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، المتوفى سنة (٩٠٢هـ) رحمه الله تعالى، دار مكتبة الحياة، بيروت، د/ت، ط، (٢١٠/٩، ٢١١)، والأعلام للزركلي (٤٩/٧) .

٢ . التقرير والتحجير لابن أمير الحاج (١٤٤/٣) .

٣ . هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، أبو نصر، قاضي القضاة، المؤرخ، ولد في القاهرة، سنة (٧٢٧هـ)، وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها، نسبته إلى سبك (من أعمال المنوفية بمصر)، من تصانيفه: (طبقات الشافعية الكبرى)، و (معيد النعم ومبيد النقم)، و(جمع الجوامع) في أصول الفقه، توفي في دمشق، سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن محمد، الأسدي، الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة، المتوفى سنة (٨٥١هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: الدكتور الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ)، (١٠٤/٣-١٠٦)، والإعلام للزركلي (١٨٥/٤) .

٤ . جمع الجوامع في أصول الفقه، لقاضي القضاة، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، (٢٠٠٣م/١٤٢٤هـ)، (ص ٩٢) .

٥ . وذكر ابن أمير الحاج أن الطوفي أيضاً ذهب إلى هذا، فالضروريات عنده ستة، التقرير والتحجير لابن أمير الحاج (١٤٤/٣)، وكذلك نسب الجلال المحلي هذا القول للطوفي، في شرحه لجمع الجوامع، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، انظر: حاشية العطار على شرح المحلي لجمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، وانظر: البحر المحيط للزركشي (٢٦٧/٦، ٢٦٨) .

٦ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٥) .

٧ . الموافقات للشاطبي (١٨/٢) .

والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب
العدم .

ثانياً _ أمثلة المصالح الضرورية^(١):

فيما يأتي أمثلة لمحافظة الشرع على هذه الضروريات^(٢):

١ _ **حفظ الدين**: لا غنى لإنسانٍ ذي فطرة سليمة عن الدين وإحسان الصلة بالله تعالى،
فإن ذلك يمدّه بزايدٍ روحي يواجه به أشد شدائد الحياة، ولا تقوم حياة الناس بدون التدين، فحاجة
البشر إليه تبلغ مبلغ الضرورة، وقد حفظ الشارع هذه المصلحة من جانب الوجود فشرع أصول
العبادات كالنطق بالشهادتين، والصلاة والصيام والحج، وما أشبه ذلك^(٣) .

وأوجب الشارع الجهاد^(٤)؛ لحفظ الدين من العدم أي حتى لا ينعدم، وشرع عقوبة الداعي إلى
البدع، وعلى الأمة أن تدفع كل ما من شأنه أن ينقض أصول الدين .

أقول: وإن من حفظ الدين اليوم وجود الدعاة في الأماكن التي لم يعرف أهلها الإسلام،
وكذلك ردّ الشُّبه التي يثبُّها أعداء الدين والتي كثرت في هذا الزمان الذي قلَّ فيه اهتمام المسلمين
بدينهم، وفشا فيه الجهل، حتى تشرب المسلمون كثيراً من هذه الشُّبه باسم الحضارة، كاعتبار
الحجاب تخلفاً، والمطالبة باعتماد القوانين الوضعية الغربية بدل القانون الإلهي ... إلخ.

٢ _ **حفظ النفس**: حق الناس في الحياة هو أقدس الحقوق وأهم المصالح بعد مصلحة
التدين، ولحفظها من جانب الوجود أوجب الشارع الأكل والشرب واللباس والمسكن وغير

١ . المستصفي للغزالي (ص ١٧٤)، روضة الناظر لابن قدامة (ص ٤٨١)، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإسنوي
(ص ٣٢٦)، والبحر المحييط للزركشي (٧/٢٦٦-٢٦٧)، والتقرير والتحرير لابن أمير الحاج (٣/١٤٣، ١٤٤)، والمواقفات
للشاطبي (٢/١٨-٢٠)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٠-٣٠٥)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي
لحسين حامد حسان (ص ٢٤) .

٢ . ذكرت بعض النصوص الشرعية لهذه الأمثلة في الحاشية على سبيل المثال لا الحصر، خشية الإطالة والتوسع في غير موضعه .
٣ . من أدلة ذلك: قوله ﷺ: ((بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء
الزكاة، والحج، وصوم رمضان))، متفق عليه، رواه البخاري واللفظ له، في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: ((بني الإسلام
على خمس))، (١/١١)، رقم الحديث (٨)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: ((بني الإسلام على خمس))،
(٤٥/١)، رقم الحديث (١٦) .

٤ . من أدلة ذلك: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمْ أَنْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَنْتَافَلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ ؕ أَرْضَيْتُمْ
بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا مِنَ الْآخِرَةِ فَمَا مَتَّعَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فِي الْآخِرَةِ إِلَّا قَلِيلٌ﴾، [التوبة: ٣٨] .

ذلك^(١)، وشرع لحفظها من جانب العدمِ القصاصَ والدية والكفارة، ولولا القصاص لتهاجر الخلق واختل نظام المصالح^(٢)، ويدخل في حفظ النفوس دفع التلف عنها كمقاومة الأمراض السارية .

٣ _ حفظ العقل: لا تقوم مصالح أمة إلا إذا كانت عقول أبنائها سليمة من كل آفة، والعقل جزءٌ من النفس، ومنفعته من منفعتها، وما شرعه الشارع من جانب الوجود لحفظ النفس فهو نفسه فيه حفظ العقل، فبقاؤها بقاؤه، كما دعا الشارع إلى العلم الذي فيه إنضاج للعقل^(٣) .

ولحفظه من جانب العدم حَرَّمَ الشارع تناول المسكرات بكل أنواعها^(٤)، وكذلك المخدرات بأنواعها محرمة لحفظ العقل .

٤ _ حفظ النسل: من جانب الوجود شرع الشارع أحكاماً كثيرةً كالنكاح^(٥)، وحرَّم النظر والخلوة^(٦)، ومنع الاعتداء عليه بحدِّ الزنا والقذف .

ولأجل ذلك يحرم استخدام ما يمنع الحمل نهائياً، سواء أكان دواءً أم عملاً جراحياً أو غيره^(٧) .

١ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿يَبْنِيْءَ آدَمَ حُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾، [الأعراف: ٣١] .

٢ . ومن أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأْتِي الْآلِيبَ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾، [البقرة: ١٧٩] .

٣ . ومن أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾، [المجادلة: ١١] .

وقوله تعالى: ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (١) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (٢) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (٣) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (٤) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾، [العلق: ١-٥] .

٤ . ومن أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾، [المائدة: ٩٠] .

٥ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُفَكِّرُونَ﴾، [الروم: ٢١] .

٦ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَّهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾ (٣٠) وقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾، [النور: ٣٠-٣١] .

٧ . انظر: مواهب الجليل للحطاب (٤٧٧/٣)، وشرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، د/ت.ط، (٢٢٥/٣)، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي، المتوفى سنة (١٠٠٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، (١٣٦/٧)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين، أبو الحسن، علي بن سليمان المرداوي، المتوفى سنة (٨٨٥هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، د/ت، (٣٨٣/١)، ومسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، (استعراض علمي لحركة تحديد النسل)، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مكتبة الفارابي، الطبعة الثانية، د/ت، (ص ٣٣) .

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي، ونصه^(١):

(بناءً على أن من مقاصد الزواج في الشريعة الإسلامية الإنجاب، والحفاظ على النوع الإنساني، وأنه لا يجوز إهدار هذا المقصد؛ لأن إهداره يتنافى مع نصوص الشريعة وتوجيهاتها الداعية إلى تكثير النسل، والحفاظ عليه، والعناية به، باعتبار حفظ النسل أحد الكليات الخمس التي جاءت الشرائع برعايتها .

قرر ما يلي : أولاً: لا يجوز إصدار قانون عام يحد من حرية الزوجين في الإنجاب .

ثانياً: يحرم استئصال القدرة على الإنجاب في الرجل أو المرأة، وهو ما يعرف بـ (الإعقام) أو (التعقيم)، ما لم تدع إلى ذلك ضرورة بمعاييرها الشرعية) .

٥ _ حفظ المال: لحفظ المال من جانب الوجود شرع الشارع أصول المعاملات المختلفة وحضاً على السعي في مناكب الأرض من أجل الكسب المشروع^(٢)، ولحفظه من العدم شرع حدّ السرقة^(٣)، ومنع أي اعتداء على أموال الآخرين .

وعلى هذا الترتيب السابق تُراعى المصالح عند التعارض فيُضخّى بالمصلحة الأدنى لتأمين المصلحة الأعلى عند التعارض، فيجب المحافظة على الدين حتى وإن استلزم ذلك فوات ما دونها كمصلحة النفس، وهكذا^(٤) .

١ . مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت (من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ، الموافق لـ ١٠ إلى ١٥ كانون الأول (ديسمبر ١٩٨٨ م) .

٢ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾، [الملك: ١٥] .

٣ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَافًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾، [المائدة: ٣٨] .

٤ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٦٠) .

المطلب الثاني _ المصالح الحاجية:

وهذه المصالح الحاجية أو الحاجيات هي الرتبة الثانية من مراتب المصالح .

أولاً _ تعريف المصالح الحاجية: عَرَّفَهَا الشاطبي فقال: (وأما الحاجيات، فمعناها أنها مُفْتَقَرٌ إليها من حيث التوسعةُ ورفعُ الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراغ دخل على المكلفين _ على الجملة _ الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة، وهي جارية في العبادات، والعادات، والمعاملات، والجنايات)^(١).
فالحاجيات إذا لم تتحقق لا تفوت الحياة ولا يختل نظامها، ولكن يقع الضيق والحرج على المكلفين، فلم تنته الحاجة إليها إلى حد الضرورة .

وقد رفع الدين الحرج وجاء باليسر، قال تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [المائدة: ٦]، وقال تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾، [البقرة: ١٨٥] .
والحاجيات كالسياج والحماية للضروريات، وتعمل على إكمال وإصلاح الضروريات^(٢) .

ثانياً _ أمثلة المصالح الحاجية^(٣):

١ _ في العبادات: الرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر، كجواز الفطر وجمع الصلاة وقصرها، فالمرضى أو المسافرين قد يستطيع الصوم وإتمام الصلاة مع مشقة السفر، فرفع الشرع الحرج في ذلك بتشريع الرخص^(٤) .

٢ _ في العادات: إباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال، مأكلاً ومشرباً وملبساً

١ . الموافقات للشاطبي (٢١/٢)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٦) .

٢ . المصلحة المرسلة وأثرها في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ لعبد الإله أبو رحمة (ص ١٤) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥)، وروضة الناظر لابن قدامة (٤٧٩/١)، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإسنوي (ص ٣٢٦)، والبحر المحيط للزركشي (٢٦٨/٧، ٢٦٩)، والتقرير والتجوير لابن أمير الحاج (٣/١٤٤، ١٤٥)، والموافقات للشاطبي (٢١/٢، ٢٢)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٦، ٣٠٧) .

٤ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ۖ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۗ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾، [البقرة: ١٨٥] .

ومسكناً ومركباً^(١)، وما أشبه ذلك .

٣ _ في المعاملات: البيع^(٢)، والإجارة، والقرض، والمساواة^(٣)، وغيرها، ويظهر أن معظم قسم المباح في المعاملات يرجع إلى الحاجي .

٤ _ في الجنائيات: القسامة^(٤)، وجعل الدية على العاقلة^(٥)، وما أشبه ذلك .

وحفظ الأنساب بمعنى إلحاق الأبناء بأبائهم من الحاجيات للأولاد وللآباء، فللأولاد للقيام عليهم فيما يحتاجونه، وللآباء للاعتزاز بالعشيرة وحفظ العائلة^(٦) .

وحفظ العرض _ أي حفظه من الاعتداء عليه _ هو من الحاجي لينكف الناس عن الأذى بأسهل وسائله وهو الكلام^(٧) .

١ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ حَلَالًا طَيِّبًا ﴾ [النحل: ١١٤]، وقوله تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةٌ يَوْمَ الْقِيَمَةِ كَذَلِكَ نَفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ [الأعراف: ٣٢] .

٢ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

٣ . هي المساواة: دفع الشجر إلى من يصلحه مقابل جزء من ثمره، التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، المتوفى سنة (٨١٦هـ) رحمه الله تعالى، ضبطه وصححه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، (ص ٢١٢) .

٤ . هي أيمان تقسم على المتهمين في الدم، التعريفات للجرجاني (ص ١٧٥) .

٥ . من أدلة ذلك، ما أخرجه الشيخان، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: اقتتل امرأتان من هذيل، فرمت إحداها الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاخصموا إلى النبي ﷺ، ف قضى أن دية جنيها غرة، عبد أو وليدة، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها، رواه البخاري في كتاب الديات، باب جنين المرأة، وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد، لا على الولد، (١١/٩)، رقم الحديث (٦٩١٠)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب دية الجنين، ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني، (١٣٠٩/٣)، رقم الحديث (١٦٨١) .

٦ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٧) .

٧ . المرجع السابق، ومن أدلة حفظ العرض قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ [النور: ٤] .

المطلب الثالث _ المصالح التحسينية:

وهذه هي الرتبة الثالثة من مراتب المصالح، وتُسمى التحسينيات أو المصالح التحسينية .
أولاً _ تعريف المصالح التحسينية: عرّفها الشاطبي فقال: (هي الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك اسم مكارم الأخلاق)^(١) .

وقال الغزالي رحمه الله: " الرتبة الثالثة: ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزائد ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات"^(٢) .

فالتحسينيات هي ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم، حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوباً في الاندماج فيها أو التقرب منها، فإن لمحاسن العادات مدخلاً في ذلك، سواء كانت عادات عامة كستر العورة، أم خاصة ببعض الأمم كخصال الفطرة وإعفاء اللحية، والحاصل أنها مما تُراعى فيها المدارك البشرية الراقية^(٣) .

ثانياً _ أمثلة المصالح التحسينية^(٤):

١ _ إيجاب ستر العورة والوضوء والطهارات كلها؛ حثاً على مكارم الأخلاق، وتحريم القاذورات، فإن نفرة الطباع عنها لقذارتها معنى يناسب حرمة تناولها، وكذلك تشريع إزالة النجاسة فإنها مستفطرة في الجبلات، واجتنابها أهم في المكارم والمروءات^(٥) .

٢ _ سلب العبد أهلية الشهادة مع قبول فتواه وروايته، فالعبد نازل القدر والرتبة ضعيف الحال والمنزلة بتسخير المالك إياه فلا يليق بمنصبه التصدي للشهادة .

١ . الموافقات للشاطبي (٢٢/٢) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥)، وانظر: روضة الناظر لابن قدامة (٤٧٩/١) .

٣ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٧، ٣٠٨) .

٤ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥)، وروضة الناظر لابن قدامة (٤٧٩/١، ٤٨٠)، والبحر المحيط للزركشي (٢٧٠/٧-٢٧٢)، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج (١٤٥/٣)، والموافقات للشاطبي (٢٢/٢، ٢٣)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص ٣٠٧، ٣٠٨) .

٥ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَهَا الْمَلَكُ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَرُوا﴾، [المائدة: ٦] .

٣ _ اعتبار الولي في النكاح^(١)، فهذا أليق بمحاسن العادات، لاستحياء النساء عن مباشرة العقد؛ لأن ذلك يشعر بتوقان نفسها إلى الرجال، ولا يليق ذلك بالمروءة، وكذلك سلب المرأة منصب الإمامة من التحسينيات، فلا يناسبها ذلك .

٤ _ منع قتل الحرّ بالعبد، ومنع قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد .
فهذه الأحكام لا تختل الحياة ولا تفوت بدونها، وكذلك لا تقع المشقة والخرج بدونها، وإنما تجري مجرى التحسين والتزيين .

١ . من أدلة ذلك قوله ﷺ: ((أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل))، ثلاث مرات، رواه أبو داود في سننه، سنن أبي داود، لأبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، الأزدي، السجستاني، المتوفى سنة (٢٧٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ت.ط، في كتاب النكاح، باب: في الولي، (٢/٢٢٩)، رقم الحديث (٢٠٨٣)، والترمذي واللفظ له، وقال عنه: حديث حسن، سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سورة، الترمذي، أبو عيسى، المتوفى سنة (٢٧٩هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، (١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م)، في أبواب النكاح، (٣/٣٩٩)، رقم الحديث (١١٠٢) .

المطلب الرابع _ مكملات ومتممات مراتب المصلحة:

هناك أحكام تجري مجرى التكملة والتتمة لمراتب المصالح (الضرورية والحاجية والتحسينية)، بحيث إذا فُقدت هذه المكملات لم تختلّ الحكمة الأصلية من المصالح^(١).

وقد ذكرت أمثلة عن مكملات كل مرتبة .

أولاً _ أمثلة مكملات المصالح الضرورية^(٢):

١ _ مراعاة المماثلة في استيفاء القصاص^(٣)؛ فالمماثلة لا تدعو إليها الضرورة، ولكن لا يكتمل مقصد الشارع بدونها .

٢ _ حرمة شرب قليل المسكر^(٤)، فاللذة والطرب الذي فيه يدعو إلى الكثير منه .

٣ _ مهر المثل، والمنع من النظر إلى المرأة الأجنبية^(٥)، وإظهار شعائر الدين كالجماعة والجمعة.

ثانياً _ أمثلة مكملات المصالح الحاجية:

١ _ وجوب رعاية الكفاءة ومهر المثل على الولي في تزويج موليته الصغيرة^(٦)؛ فإن أصل المقصود من شرع النكاح وإن كان حاصلًا بدونهما لكنهما أشد إفضاءً إلى دوام النكاح وإتمام الألفة، ودوام النكاح من مكملات مقصوده فوجب رعايتهما^(٧) .

١ . الموافقات للشاطبي (٢/٢٤) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٤)، والموافقات للشاطبي (٢/٢٤)، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج (٣/١٤٣) .

٣ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّكُمْ فَلَأَعَدَّنَّكُمْ بِمِثْلٍ مَا أَعَدَّكُمْ عَلَيْكُمْ﴾، [البقرة: ١٩٤] .

٤ . من أدلة ذلك قوله ﷺ: ((ما أسكر كثيره فقليله حرام))، رواه أبو داود في سننه، في كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر، (٣/٣٢٧)، رقم الحديث (٣٦٨١)، والترمذي واللفظ لهما، وقال عنه: حديث حسن غريب، في أبواب الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام، (٤/٢٩٢)، رقم الحديث (١٨٦٥) .

٥ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّونَ أَبْصَارَهُمْ وَيَحْفَظُونَ فُرُوجَهُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ ۖ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾^(٢٠) وقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾، [النور: ٣٠-٣١] .

٦ . تفرد أبو حنيفة رحمه الله تعالى بأنه لا يجب على الأب مراعاة الكفاءة ومهر المثل؛ لكمال الرأي ووفور الشفقة، فإن أقدم أحدهما على تزويج موليته مع نقص عن مهر المثل والكفاءة فلا بد أن يكون هذا الإقدام لمصلحة تزيد وتربو على الفائت من المال والكفاءة، الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي (٣/٩٧) .

٧ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥)، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج (٣/١٤٥) .

٢ _ الجمع بين الصلاتين في السفر الذي تُقصر فيه الصلاة، والإشهاد على البيع^(١) .

ثالثاً _ أمثلة مكملات المصالح التحسينية^(٢):

١ _ مندوبات الطهارة .

٢ _ ترك إبطال الأعمال المدخول فيها وإن كانت غير واجبة^(٣) .

٣ _ الإنفاق من طيبات المكاسب^(٤) .

والحاجيات هي كالسياج والحماية للضروريات، وتعمل على إكمال وإصلاح الضروريات،
والتحسينيات هي كالسياج والحماية للحاجيات، وتعمل على إكمال وإصلاح الحاجيات^(٥) .

شرط اعتبار التكملة^(٦):

لكل تكملة _ من حيث هي تكملة _ شرط، وهو: أن لا يعود اعتبارها على الأصل
بالإبطال، وذلك أن كل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها، فلا يصح اشتراطها عند ذلك
لوجهين: أحدهما: أن في إبطال الأصل إبطال التكملة، فيُعتبر الأصل من غير مزيد .

والثاني: إن حصلت المصلحة التكميلية _ فَرَضاً _ مع فوات المصلحة الأصلية، فحصول
الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت .

وأمثلة ذلك:

١ _ حفظ المهجة مهم كلي، وحفظ المروءات مستحسن، فحرمت النجاسات حفظاً
للمروءات، وإجراءً لأهلها على محاسن العادات، فإن دعت الضرورة إلى إحياء المهجة بتناول

١ . الموافقات للشاطبي (٢/٢٥)، ومن أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾، [البقرة: ٢٨٢] .

٢ . الموافقات للشاطبي (٢/٢٥) .

٣ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾، [محمد: ٣٣] .

٤ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾، [البقرة: ٢٦٧] .

٥ . المصلحة المرسلة وأثرها في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ لعبد الإله أبو رحمة (ص ١٤) .

٦ . المستصفي للغزالي (ص ١٧٥، ١٧٦)، والموافقات للشاطبي (٢/٢٦) .

النجس، كان تناوله أولى ^(١) .

٢ _ إتمام الأركان في الصلاة مكمل لضرورتها، فإذا أدى طلبه إلى أن لا تُصَلَّى _ كالمريض غير القادر _، سقط المكمل، وإن كان في إتمامها حرج ارتفع الحرج عمّن لم يُكْمَل، وصلى على حسب ما أوسعته الرخصة ^(٢)، وستر العورة من باب محاسن الصلاة، فلو طُلب على الإطلاق، لتعذر أدائها على من لم يجد ساتراً .

واشترط الغزالي رحمه الله تعالى للأمر الواقع في الربتين الأخيرتين _ الحاجيات والتحسينيات _ شرطاً فقال: " لا يجوز الحكم بمجردة إن لم يعتضد بشهادة أصل، إلا أنه يجري مجرى وضع الضرورات فلا بُد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد وإن لم يشهد الشرع بالرأي، فهو كالأستحسان فإن اعتضد بأصل فذاك قياس .

وأما الواقع في رتبة الضرورات فلا بُد في أن يؤدي إليه اجتهاد وإن لم يشهد له أصل معين، ومثاله: إن الكفار إذا تترسوا بجماعة من أسارى المسلمين فلو كففنا عنهم لصدومونا وغلبوا على دار الإسلام وقتلوا كافة المسلمين ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً معصوماً لم يذنب ذنباً، وهذا لا عهد به في الشرع ولو كففنا لسلطان الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسارى أيضاً، فيجوز أن يقول قائل: هذا الأسير مقتول بكل حال فحفظ جميع المسلمين أقرب إلى مقصود الشرع؛ لأننا نعلم قطعاً أن مقصود الشرع تقليل القتل كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان، فإن لم نقدر على الحسم قدرنا على التقليل وكان هذا التفاتاً إلى مصلحة عُلم بالضرورة كونها مقصود الشرع لا بدليل واحد وأصل معين بل بأدلة خارجة عن الحصر " ^(٣) .

١ . من أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، [النحل: ١١٥] .

٢ . من أدلة ذلك ما أخرجه البخاري عن عمران بن حصين رضي الله عنه، قال: كانت بي بواسير، فسألت النبي ﷺ عن الصلاة، فقال: ((صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنب))، في كتاب الجمعة، باب إذا لم يطق قاعداً صلى على جنب، (٤٨/٢)، رقم الحديث (١١١٧) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥، ١٧٦) .



المبحث الرابع _ التعريف بالأثر، وبالأحوال الشخصية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ التعريف بالأثر .

المطلب الثاني _ التعريف بالأحوال الشخصية .



المطلب الأول _ التعريف بالأثر:

تُطلق مادة الأثر في اللغة ويراد بها عدة معانٍ، أهمها ^(١):

١ _ ما بقي من رسم الشيء، وضربة السيف التي تركت أثراً، يُقال: خرج في إثره وأثره: أي بعده، واثثره وتأثره: تبع أثره، والأثر من الدواب: العظيم الأثر في الأرض بحُفّه أو حافره، وأثر في الشيء إذا تُرك فالأثر بقية ما يُرى من كل شيء، والجمع المأثر، ومن هذا المعنى استعمال الأثر للدلالة على الاستقفاء والاتباع، وفيه لغتان: أثر وإثر، ولا يُشتق من حروفه فعل في هذا المعنى، ويُقال: تدع العين وتطلب الأثر؟ يُضرب لمن يترك السهولة إلى الصعوبة .

والأثارة: البقية من الشيء، والجمع أثارات، ومنه قوله تعالى: ﴿أَتُنُونِي بِكِتَابٍ مِّن قَبْلِ هَذَا أَوْ أَثَرٍ مِّنْ عِلْمٍ إِن كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾، [الأحقاف: ٤]، والإبل على أثارة، أي: على شحم قديم، والمأثورة من الآبار التي اختفت قبلك ثم اندفنت ثم سقطت أنت عليها، فرأيت آثار الأرشية والحبال، فتلك المأثورة، وطريق مأثور، أي: حديث الأثر .

وفي الحديث قال ﷺ: ((من سره أن يُيسر له في رزقه، أو يُنسأ له في أثره، فليصل رحمه)) ^(٢)، أي يُؤخَّر أجله وهو ما بقي من عمره .

٢ _ ذكر الشيء، فيقال: أثرت الحديث إذا ذكرته عن غيرك، ومنه: حديث مأثور، أي مذكورٌ يخبر الناس به بعضهم بعضاً فينقله خلف عن سلف، ويُقال: لا يؤثر عن فلان شرٌ ولا تهمة، أي لا يُذكر عنه ذلك، ومنه استعمال الأثر للدلالة على الخبر، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتِ وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَرَهُمْ﴾، [يس: ١٢]، أي نكتب ما أسلفوا من أعمالهم ونكتب آثارهم، ومأثر العرب: مكارمها ومفاخرها التي تُؤثر عنها أي تُذكر وتُروى .

١ . معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة أثر، (١/٥٣-٥٧)، ومختار الصحاح للرازي، مادة أثر (ص ١٣)، ولسان العرب لابن منظور، حرف الراء، فصل الهمزة، (٤/٩٠)، والقاموس المحيط للفيروز آبادي، باب الراء، فصل الهمزة، (ص ٣٤١، ٣٤٢) .

٢ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب البيوع، باب من أحب البسط في الرزق، (٣/٥٦)، رقم الحديث (٢٠٦٧)، ومسلم في كتاب البر والصلة والأدب، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها، (٤/١٩٨٢)، رقم الحديث (٢٥٥٧) .

٣ _ تقديمُ الشيء، يُقال: لقد أثَّرتُ بأن أفعل كذا، أي هممتُ، فهو همٌّ في عزمٍ، والهمُّ بالشيء يكون قبل هذا الشيء، والأثير: الكريم عليك الذي تؤثره وتقدِّمه بفضلك وصلتك، قال تعالى: ﴿قَالُوا تَأَلَّهَ لَقَدْ ءَاثَرَكَ اللَّهُ عَلَيْنَا وَإِنْ كُنَّا لَخَطِئِينَ﴾، [يوسف: ٩١].

فهذه أهم معاني (الأثر) اللغوية .

ومن خلال ما سبق من المعاني يتَّضح أن معنى الأثر الذي يتصل بالبحث يندرج ضمن المعنى اللغوي الأول، حيث يُقال: خرج في أثره، أي بعده، فالأثر ما يأتي بعد الشيء، ويبقى أثراً، فآثر الاستصلاح يأتي بعد الاستصلاح أي الاحتجاج بالمصلحة المرسله، فيبقى أثراً في فروع الفقه، وفي هذا البحث بيانٌ لأثر الاستصلاح في مجال الأحوال الشخصية، وهذا الأثر هو عبارة عن التأثير في أحكام الوقائع بإجازتها إن كان فيها منفعة، وبعدم إجازتها إن كان فيها مفسدة .

قال الجرجاني^(١) رحمه الله تعالى في التعريفات: " الأثر: له ثلاثة معانٍ: الأول: بمعنى النتيجة، وهو الحاصل من الشيء، والثاني: بمعنى العلامة، والثالث: بمعنى الجزء " ^(٢) .

وحسب تعريف الجرجاني يظهر أن المعنى المقصود من الأثر في هذا البحث هو المعنى الأول، فالاستصلاح له نتائج أنه يُني عليه أحكام شرعية، فهذه الأحكام هي نتيجة الاستصلاح وحاصلة منه .

١ . هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، فيلسوف، من كبار العلماء بالعربية، وُلِدَ في تاكو (قرب استراباد) علم (٧٤٠هـ)، وتعلَّم في شيراز، له نحو خمسين مصنفًا، منها: (شرح مواقف الإيجي)، و(مقاليد العلوم)، و(شرح السراجية) في الفرائض، توفي في شيراز سنة (٨١٦هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي (٣٢٨/٥ - ٣٣٠)، والأعلام للزركلي (٧/٥).

٢ . التعريفات للجرجاني (ص ٩) .

المطلب الثاني _ التعريف بالأحوال الشخصية:

قبل تعريف الأحوال الشخصية، لا بدّ من دراسة تاريخية مختصرة لظهور هذا المصطلح، وظهور قانون الأحوال الشخصية في البلدان العربية عامة، وسوريا خاصة .

أولاً _ ظهور مصطلح الأحوال الشخصية^(١):

ورد اصطلاح الأحوال الشخصية في القانون الإيطالي، في القرنين الثاني عشر والثالث عشر الميلادي، حيث كان القانون يبحث مشكلة تنازع القانون الروماني الذي يحكم إيطاليا كلها، والقانون المحلي لأحد أقاليمها الذي سُمّي قانون الأحوال، وقد قُسمت قوانين الأحوال فيما بعد إلى قسمين: الأول: يتعلق بالأشخاص، ويحكم الروابط الشخصية، فسمي قانون الأحوال الشخصية .

والثاني: يتعلق بالأموال، ويحكم الروابط المالية، وسمي بالأحوال العينية .

وشاع هذان الاصطلاحان في الفقه الغربي .

ثانياً _ ظهور قانون الأحوال الشخصية في البلدان العربية^(٢):

استمر القضاء في العالم الإسلامي منذ فجر الإسلام إلى منتصف القرن التاسع عشر الميلادي مرتكزاً على الفقه الإسلامي دون ظهور تقنين يُعتمدُ عليه في القضاء، وإنما يعود القاضي إلى أمهات كتب الفقه، ثم دعت الحاجة إلى وضع تقنين للفقه الإسلامي؛ ليسهل الرجوع إلى الأحكام، فالأقوال والاجتهادات في المذاهب الفقهية كثيرة، ويصعب التمييز بين الأقوال المعتمدة وغيرها؛ لكثرة الأقوال وضعف الملكة الفقهية للقضاة مع الزمن، وفي عهد الدولة العثمانية قررت الدولة إصدار قانون مدني عام، وبعد أن تم تأليفه صدر عام (١٢٩٣هـ)، وسمي (مجلة الأحكام العدلية)، ولكن ليس فيه شيء من أحكام الأحوال الشخصية؛ لأن فيها كثيراً من اعتبارات الحلّ والحرمة إلى جانب الحقوق القضائية، فيُفضّل أن تستقلّ بقانونٍ خاصّ.

١ . الأحوال الشخصية في الإسلام لأحمد نصر الجندي، دار المعارف، القاهرة، د/ت.ط، (ص ٣، ٤) .

٢ . انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، (١/٢٤٠)، وشرح قانون الأحوال الشخصية السوري لعبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (ص ١١-٢٠)، والفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية، وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الثانية، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، (٦/٧) .

ثم أصدرت الدولة العثمانية هذا القانون الخاص بالأحوال الشخصية عام (١٣٣٦هـ) الموافق لـ (١٩١٧م)، باسم (قانون حقوق العائلة)، وهو أول تقنين لأحكام الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي، لكنه اقتصر على أحكام النكاح والطلاق، واشتمل هذا القانون على (١٥٧ مادة) من المذاهب الأربعة، وضمَّ أحكاماً لغير المسلمين، وغالب أحكامه حسب المذهب الحنفي، لكن هذا القانون لم يعد يلائم كل متطلبات العصر، فاتجهت البلدان لوضع قانون يفيد من المذاهب الفقهية الأخرى بشكل أكبر؛ حرصاً على تحقيق مصالح المكلفين، فإن تغير الزمن وظهور التقدم العلمي والحضاري جعل المصالح تتغير، فصدرت القوانين الآتية:

١ _ في سوريا: ألفت وزارة العدل لجنة من الممثلين عن القضاء الشرعي وعن كلية الحقوق لوضع مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق والنسب والحضانة والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والموارث، في عام (١٩٥٣م) .

وقد عُدلت بعض مواد هذا القانون عام (١٩٧٥م) وما زال مُطبَّقاً في سوريا حتى الآن، وجاء هذا التعديل ليواكب تطوّر العصر ويراعي اختلاف الأحوال والظروف التي تؤدي إلى اختلاف مصالح الناس وشؤونهم مما يستدعي إعادة النظر في القانون وتعديله، وذلك باختيار الأحكام الأكثر ملاءمة للعرف والمصلحة الزمنية من أقوال الفقهاء المعتمدة ^(١) .

وقد تضمّن جميع أحكام الأحوال الشخصية التي تنظر فيها المحاكم الشرعية .

وجاء قانون أصول المحاكمات السوري وحدّد الاختصاص القضائي للمحاكم الشرعية في المادة ٥٣٦/ التي تنصّ على أنه: (تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، وتشمل: أ _ الزواج، ب _ انحلال الزواج، ج _ المهر والجهاز، د _ الحضانة والرضاع، هـ _ النفقة بين الزوجين والأولاد، والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه وصحة شروطه) ^(٢) .

وقد استمدّ هذا القانون قواعده وأحكامه من عدة مصادر، أهمها:

١ . المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية، مطبوعة مع قانون الأحوال الشخصية السوري، مضبوطاً على الأصل ومعدّلاً لغاية عام (٢٠٠٩م)، مع بعض اجتهادات محكمة النقض السورية، إعداد وتنسيق: ممدوح عطري مساعد قضائي سابقاً، طباعة مكتبة النوري، دمشق، د/ط، (ص ١٣، ١٤) .

٢ . شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور محمد الحسن البغا، منشورات جامعة دمشق، (٢٠٠٦م)، (ص ٣٦) .

١ _ قانون حقوق العائلة العثمانية الذي طُبّق خلال ستِ وثلاثين سنةً،
_ من ١٩١٧ حتى ١٩٥٣م _ في عدد من البلاد العربية، وفي سورية خاصة .

٢ _ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، لمحمد قدري باشا^(١) رحمه الله تعالى .

٣ _ القوانين المصرية التي سبقته مع بعض التعديل أحياناً، ومخالفته أحياناً أخرى .

٤ _ ما ترى اللجنة ضرورة الأخذ به من غير المذهب الحنفي مما لا يناهض الأحكام الشرعية.

٥ _ مشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الأستاذ علي الطنطاوي^(٢) رحمه الله تعالى.

وقد تميّز هذا القانون بميزاتٍ، أهمها:

١ _ أنه أول قانون في الوطن العربي قنّن أحكام الأسرة في قانون واحد .

٢ _ اعتمد هذا القانون على الفقه المقارن، فقد استمدّ أحكامه من جميع المذاهب الفقهية دون التقيد بمذهب معين، ومع ذلك فإنه نصّ في المادة /٣٠٥/ على أنّ القاضي يرجع فيما لا نص فيه إلى الراجح من المذهب الحنفي .

٢ _ في مصر: صدر قانون عام (١٩١٠م) برقم (٢٥)، ثم عُدّل عام (١٩٢٥م)، وصدر فيها قوانين خاصة بالميراث عام (١٩٤٣م)، وقوانين خاصة بالوقف والوصية عام (١٩٤٦)، وأخيراً صدر قانون الأحوال الشخصية في أواخر السبعينات .

١ . هو محمد قدري باشا من رجال القضاء في مصر، وُلد في مصر سنة (١٢٣٧هـ)، وأصل أبيه من الأناضول، نبغ في معرفة اللغات، واختاره الخديوي مريباً لولي عهده، وكان آخر منصب له تعيينه وزيراً للحقانية، توفي بالقاهرة سنة (١٣٠٦هـ)، الموافق لـ (١٨٨٨م)، من كتبه: (الدر المنتخب من لغات الفرنسيين والعثمانيين والعرب)، و (مرشد الحيران) في المعاملات الشرعية، و (أنداء الدِّيَم) في الأدب، توفي في مصر سنة (١٣٠٦هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام للزركلي (١٠/٧) .

٢ . هو علي بن مصطفى الطنطاوي، أصل أسرته من طنطا في مصر، كان أبوه عالماً مريباً من علماء الشام، درس الحقوق في سوريا، وعمل في الصحافة، ودُرّس في عدد من البلدان، كسوريا والعراق والسعودية، وتولى القضاء ربع قرنٍ، وعاش السنوات الخمس والثلاثين الأخيرة من عمره في السعودية مدرّساً في جامعاتها، من مؤلفاته: (ذكريات علي الطنطاوي)، و(من نفحات الحرم)، و(أعلام من التاريخ)، توفي بجدة، عام (١٩٩٩م)، رحمه الله تعالى، انظر: المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف العين، (ص٢٣٢)، جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، وعنوان الموقع: (www.ahlalhdeeth.com).

٣ _ في العراق: صدر القانون عام (١٩٥٩م) متضمناً قانون الأحوال الشخصية لكنه لا يتضمن كل أحكام الأحوال الشخصية، وهو فيما عدا أحكام المذهب الجعفري اختصار لكتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا على مذهب الحنفية .

٤ _ في الأردن: صدر قانون عام (١٩٥١م) .

ثالثاً _ تعريف علم الأحوال الشخصية:

١ _ تعريف علم الأحوال الشخصية كمركب من مفردات:

أ _ العلم: هو (الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، وقيل: هو حصول صورة الشيء في العقل، وقيل: هو إدراك الشيء على ما هو به، والجهل نقيضه)^(١) .

ب _ الأحوال: مفرداتها حال، ومادتها: حَوْل، تدلُّ هذه المادة على الحركة في دَوْر، فالحول العام، وذلك أنه يحول، أي يدور، وحال الشخص يحول إذا تحرك، وكذلك كل متحول عن حالة، وحال الإنسان وأحواله ما يطرأ عليه من تحوّل^(٢) .

يؤخذ من ذلك: أن الزواج والطلاق وآثارهما هي أحوال للإنسان أي شؤون وتغيّرات وتحولات تطرأ عليه .

ج _ الشخصية: مادتها شَخْص، وتدللّ على الارتفاع في شيء^(٣) .

والشخصية هي صفات تميز الشَّخص من غيره، ويُقال فلان ذو شخصية قوية أي ذو صفات متميزة وإرادةٍ وكيان مستقل^(٤) .

فتدلّ إذاً على الارتفاع والأمور التي تميّز إنساناً عن آخر .

٢ _ تعريف علم الأحوال الشخصية باعتباره لقباً لعلم:

١ . التعريفات للجرجاني (ص ١٥٥) .

٢ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة حَوْل، (١٢١/٢)، ومختار الصحاح للرازي، مادة حَوْل (ص ٨٤) .

٣ . المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، في مجمع اللغة العربية بالقاهرة، نشر دار الدعوة، د.ت.ط، (٤٧٥/١) .

٤ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة شَخْص، (٢٥٤/٣) .

من أوضح ما جاء في تعريف الأحوال الشخصية ما ذكرته محكمة النقض المصرية: (إنَّ المقصود بالأحوال الشخصية هو: مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية، أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً، أو أباً شرعياً، أو كونه تامّ الأهلية، أو ناقصها؛ لصغر سنِّ أو جنون، أو كونه مُطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية)^(١).

وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي^(٢) رحمه الله تعالى بأنه: (هو العلم الذي يبحث في أحكام الأسرة من بدء تكوينها إلى نهايتها من زواج وطلاق ونسب ونفقة وميراث، ويُقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض)^(٣)، ويشمل ما يأتي^(٤):

١ _ أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير .

٢ _ أحكام الأسرة من خطبة وزواج وحقوق الزوجين من مهر ونفقة، وحقوق الأولاد من نسب ورضاع ونفقات، وانحلال الزواج بإرادة الزوج كالطلاق والخلع، أو بالتفريق القضائي كالإيلاء واللعان والظهار، والتفريق للعب والغيبة وعدم الإنفاق .

٣ _ أحكام أموال الأسرة من ميراث، ويسمى فقهاً (الفرائض)، ووصايا وأوقاف .

رابعاً _ خصائص مباحث الأحوال الشخصية:

مباحث الأحوال الشخصية لها خصائص تميّزها عن غيرها من مباحث أبواب الفقه، ومن أهمّ

١ . الأحوال الشخصية في الإسلام لأحمد نصر الجندى (ص ٤) .

٢ . هو الدكتور وهبة الزحيلي، وُلد في بلدة دير عطية بدمشق، عام (١٩٣٢م)، كان طالباً متفوقاً، درس في كلية الشريعة وفي كلية اللغة العربية بالأزهر الشريف، وفي كلية الحقوق، وحصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق بمرتبة الشرف الأولى، وصار رئيس قسم الفقه الإسلامي في كلية الشريعة بدمشق، وهو عضو في المجامع الفقهية بصفة خبير، في مكة، وجدة، والهند، وأمريكا، والسودان، له مؤلفات كثيرة مهمة، منها: (الفقه الإسلامي وأدلته) الذي تُرجم إلى عدّة لغات، و(الوسيط في أصول الفقه الإسلامي)، و(نظرية الضرورة الشرعية، دراسة مقارنة)، توفي سنة (٢٠١٥م)، رحمه الله تعالى، انظر: موقع الدكتور وهبة الزحيلي، على الإنترنت، وعنوان هذا الموقع: (www.zuhayli.com)، والمعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف الواو، جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، وعنوان الموقع: (www.ahlalhdeth.com) .

٣ . الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (١/٩١) .

٤ . الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (٦/٧) .

هذه الخصائص^(١):

١ _ بُيِّنَتْ معظم أحكامها على النصوص، بمعنى كثرة النصوص التفصيلية فيها، ففيها سبعون آية، ومئات الأحاديث، وأذكر منها نصين على سبيل المثال؛ آيةً، وحديثاً:

الآية: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوكَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾، [البقرة: ٢٣٧] .

الحديث: قول رسول الله ﷺ: ((لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر، ولا تُنكح البكر حتى تُستأذن))، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: ((أن تسكت))^(٢) .

٢ _ هي من النظام الشرعي العام الذي لا يترك للأفراد حرية الالتزام به، أو عدمه، ولا يجوز للمسلمين أن يتفقوا على خلاف ما هو منصوص عليه في أحكام الأحوال الشخصية .

٣ _ حظيت مباحث الأحوال الشخصية بالتطبيق في الوقت الذي استعيض فيه عن الأحكام الشرعية بأحكام وضعية في الجوانب الأخرى من الفقه الإسلامي في معظم الدول الإسلامية، وتأثرت هذه المباحث بالمذهب السائد في كل بلد، وإن خرجت عنه جزئياً، وأفادت من المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة، وغيرها، ففي السعودية ساد المذهب الحنبلي، وفي اليمن ساد المذهب الشافعي في قسم منها والمذهب الزيدي^(٣) في قسم آخر، وفي العراق ساد المذهب الحنفي، وفي السودان والمغرب ساد المذهب المالكي، وفي سوريا ولبنان كان أساس العمل على المذهب الحنفي، ولكن تم اقتباس أحكام عديدة من المذاهب الثلاثة الأخرى، بل وغيرها مما ظنت أنه قد يكون فيه علاج لما اعتبرته عيوباً^(٤) .

١ . الفقه الإسلامي وقضايا العصر، مجلة أكاديمية، المملكة المغربية، عدد (١٠)، سنة (١٩٩٣)، (ص١٧)، والتجديد في مباحث الأحوال الشخصية، بحث منشور على الشبكة العنكبوتية، (الإنترنت)، لمحمد الحلو المحامي في فرع حلب، في عدة مواقع، منها: منتدى كلية الحقوق، المنتدى القانوني، قسم الأحوال الشخصية، عنوان المنتدى: (WWW.LAW-UNI.NET) .

٢ . أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يُنكح الأب وغيره البكر والنيب إلا برضاها، (١٧/٧)، رقم الحديث (٥١٣٦) .

٣ . الزيدية: أحد فرق الشيعة، وهم أتباع زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ﷺ، ساقوا الإمامة في أولاد فاطمة رضي الله عنها، ولم يجوزوا ثبوت الإمامة في غيرهم، وهم أصناف ثلاثة: جارودية، وسليمانية، وبترية، انظر: الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، المتوفى سنة (٥٤٨هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الحلبي، د/ت، ط، (١٥٧/١٥٤) .

٤ . انظر: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، د/ت، (ص٣، ٤) .

٤ _ تعرضت لهجمة شرسة من بعض العلمانيين، وخاصةً من النساء، ومع ذلك بقيت هذه القوانين _ على الرغم من كل محاولات الهدم فيها _ مُطبَّقة؛ لانسجامها مع الفطرة، كونها مستمدة من النصوص الموحى بها من خالق البشر، الأعلم بما يناسبهم، ويصلحهم .



الباب الأول _ حجية الاستصلاح، وضوابطه، وقواعده الفقهية .

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول _ حجية الاستصلاح .

الفصل الثاني _ ضوابط الاستصلاح .

الفصل الثالث _ قواعد الاستصلاح الفقهية، وتطبيقاتها المعاصرة في
الأحوال الشخصية .





الفصل الأول _ حجية الاستصلاح .

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول _ حجية الاستصلاح عند الصحابة والتابعين .

المبحث الثاني _ الاختلاف في كلام الأصوليين حول حجية الاستصلاح .

المبحث الثالث _ حجية الاستصلاح في المذاهب الفقهية الأربعة .

المبحث الرابع _ حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول،

ووجهة نظر الباحث .





المبحث الأول _ حجية الاستصلاح عند الصحابة والتابعين .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ موقف الصحابة من الاستصلاح .

المطلب الثاني _ موقف التابعين من الاستصلاح .



المطلب الأول _ موقف الصحابة من الاستصلاح:

بدأت ببيان موقف الصحابة من الاستصلاح، ولم أذكر حجية الاستصلاح في القرآن والسنة؛ لأن القائلين بالحجّة استدّلوا بالقرآن الكريم والسنة المطهّرة ويّتّوا وجوه استدلالهم، وسيأتي بيان هذا في آخر هذا الفصل .

من خلال استعراض حياة الصحابة وفتاواهم يظهر أنهم أخذوا بالاستصلاح؛ فقد كانوا لا يتوانون عن ترتيب الأحكام وفق المصالح متى لمسوا فيها الخير ووجدوها مندرجةً تحت مقاصد الشرع، وكان لاتساع الدولة الإسلامية في عصرهم أثر كبير في أخذهم بالاستصلاح، فقد وضعتهم ظروفهم أمام مصالح كثيرة لم يكن منها شيءٌ في عهد رسول الله ﷺ، فإن وجدوا شبيهاً من أصل منصوصٍ عليه قاسوا عليه، وإن لم يجدوا أخذوا بالاستصلاح فحيثما وجدوا الأحكام محققة للمصالح أخذوا بها ما دام أنها لاتتعارض مع أي نص من كتاب أو سنة (١) .

ولإثبات ذلك ذكرتُ أربعة أمثلةٍ لعملهم بالاستصلاح:

المثال الأول^(٢): جمعُ القرآن الكريم في عهد سيدنا أبي بكر الصديق^(٣) ﷺ: فهذا الأمر لم يفعله النبي ﷺ، ولكن الصحابة فعلوه أخذاً بالاستصلاح، ومن خلال عرض سيدنا زيد بن ثابت^(٤) ﷺ للمسألة يظهر أن مستند الصحابة فيها هو الاستصلاح، فسيّدنا عمر^(٥) ﷺ طلب

١ . انظر: ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٥٣) .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٢)، فقد عدّ الشاطبي جمع القرآن أول مثال لأخذ الصحابة بالاستصلاح .

٣ . هو الصحابي الجليل عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر، وأمّه أم الخير سلمى بنت صخر، كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة فسّمه رسول الله ﷺ عبد الله، لقبه الصّدّيق، كان رفيق النبي ﷺ في الهجرة، وهو أول من أسلم من الرجال، مكث في خلافته سنتين وثلاثة أشهر تقريباً، توفّي وهو ابن ثلاث وستين سنة، في سنة (١٣هـ) رضي الله تعالى عنه، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، (المتوفى: ٤٦٣هـ)، رحمه الله تعالى، بتحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م)، (٣/٩٦٣-٩٧٨) .

٤ . هو الصحابي الجليل زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لؤذان الأنصاري، يُكنّى أبا سعيد، شهد أحداً وما بعدها من المشاهد، كان ممن جمع القرآن الكريم على عهد النبي ﷺ، ومن كتاب الوحي، وكان أفرضهم، اختلف في وقت وفاته، فقيل: (٤٥هـ)، وقيل: (٤٢)، وقيل: (٥٠)، وقيل غير ذلك، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر (٢/٥٣٧-٥٤٠) .

٥ . هو الصحابي الجليل عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى، القرشي العدوي، أبو حفص، وأمّه حنتمة بنت هاشم بن المغيرة، كان من أشراف قريش، وكان إسلامه عزاً ظهر به الإسلام بدعوة النبي ﷺ، وشهد بدرّاً، وبيعة الرضوان، وكل مشهد شهدته رسول الله ﷺ، ولي الخلافة بعد أبي بكر، وفتح الله له الفتوح بالشام، والعراق، ومصر، توفي سنة (٢٣هـ) رضي الله تعالى عنه، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر (٣/١١٤٤-١١٥٩) .

هذا الأمر من سيدنا أبي بكر رضي الله عنه، مع أن النبي ﷺ لم يفعله، ووجه المصلحة: حفظ القرآن الكريم من الضياع بموت القرّاء في الغزوات، فجمعوه، وشرح الله صدر سيدنا أبي بكر وعمر وزيد بن ثابت لذلك الأمر^(١).

فكان سند المسألة مجرّد كونه خيراً أي مصلحةً للأمة، ولم يكن هناك نص ولا إجماع، لكن حصل الإجماع السكوتي بسكوت الصحابة وعدم اعتراض أحدهم على المسألة بعد ذلك^(٢).

المثال الثاني^(٣): اتفاق الصحابة في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه على حدّ شار الخمر ثمانين جلدّة، فقد شاور الصحابة في جلد الخمر، وقال: "إن الناس قد شربوها واجتزءوا عليها"، فقال له سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه^(٤): "إن السكران إذا سكر هذى، وإذا هذى افتري"، فجعله عمر ثمانين^(٥).

١ . أخرجه البخاري في كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن، (١٨٣/٦)، رقم الحديث (٤٩٨٦) .

٢ . انظر: ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٥٤) .

٣ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٥) .

٤ . هو الصحابي الجليل علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم القرشي الهاشمي، أبو الحسن، أول الناس إسلاماً في قول كثير من أهل العلم، شهد مع النبي ﷺ الغزوات كلها إلا غزوة تبوك، وزوّجه النبي ﷺ ابنته فاطمة رضي الله عنها، توفي في ليلة السابع عشر من شهر رمضان سنة (٤٠ هـ) رضي الله عنه وأرضاه، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، المتوفى سنة (٨٥٢ هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٥ هـ)، (٤/٤٦٤-٤٦٩) .

٥ . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حسن عبد المنعم شلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢١ هـ/٢٠٠١ م)، في كتاب الحد في الخمر، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر قتادة عن أنس، (١٣٧/٥)، رقم الحديث (٥٢٦٩)، ومالك في الموطأ واللفظ له، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المتوفى (١٧٩ هـ)، بتحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، (١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م)، في كتاب الأشربة، الحد في الخمر، (١٢٣٤/٥)، رقم الحديث (٣١١٧)، والحاكم في المستدرک على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه المعروف بابن البيع، المتوفى (٤٠٥ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١١ هـ/١٩٩٠ م)، في كتاب الحدود، (٤١٧/٤)، (٨١٣١)، وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وقال ابن الملقن: "قلت: رواه مالك في الموطأ، من رواية ثور بن زيد الديلي أن عمر استشار ... فذكر الحديث، ورواه الشافعي عن مالك = به، وهو مرسل، ثور بن زيد لم يدرك عمر، قاله عبد العزيز النحشي، وقال ابن دحية: لم يلحق عمر، فروايته عنه منقطعة، ورواه الحاكم أيضاً من طريقين ثم قال في كل منهما حديث صحيح الإسناد"، في البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، سراج

قال الغزالي رحمه الله تعالى: " .. ورآه _ يعني عمر رأى حد الخمر أربعين _ قريباً مما كان يأمر به النبي ﷺ، وحكم بذلك عمر مدّة، ثم توالى عليه الكتب من أطراف البلاد بتتابع الناس في الفساد وشرب الخمر واستحقار هذا القدر من الزجر، فجرى ما جرى في معرض الاستصلاح تحقيقاً لزجر الفساق " (١) .

وقال الدكتور البوطي رحمه الله تعالى: " وإنما كان مستندهم فيه المصلحة الداعية إلى مزيد من الزجر عن شرب الخمر، وذلك بسبب تتابع الناس في الشرب واستهانتهم بما قد يلحقهم بسببه أذى طفيف، وهو أمر ظهر بعد وفاته ﷺ عندما اتّسعت رحاب الدولة الإسلامية وفتحت أبواب المال والغنى على المسلمين، فهي إذاً مصلحة مرسلّة " (٢) .

مما سبق يتأكد أن مستند الصحابة في ذلك هو الأخذ بالمصلحة المرسلّة، وليس القياس _ كما قد يُتوهّم _ على حدّ القذف؛ لأن وجوب الثمانين في حدّ القذف كونه جنائية على عرض الغير، وليس في شرب الخمر تعرّض للغير، فانفتت العلّة الجامعة فانفتى أن يكون الأمر قياساً، ولكن لما كان طريقاً إليه ناسب تغليظ العقوبة من باب الاستصلاح؛ اتباعاً لعادة الشرع في كثير من الأحكام، فقد أقام الشارح النوم _ الذي هو مظنة خروج الحدث _ مقام الحدث نفسه، وأقام تغييب الحشفة _ الذي هو مظنة نزول الماء _ مقام نزوله حقيقةً ... إلخ (٣) .

=الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المتوفى سنة (٨٠٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الاولى، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، (٧١٦/٨) .

وقد وقع في صحيح مسلم أن الذي أشار هو عبد الرحمن بن عوفؓ، فقد روى أنس بن مالكؓ " أن النبي ﷺ جلد نحو أربعين، وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس، فقال عبد الرحمن: "أخف الحدود ثمانين"، فأمر به عمر"، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب حد الخمر، (١٣٣٠/٣)، رقم الحديث (١٧٠٦) .

١ . شفاء الغليل للإمام الغزالي (ص١٨٩) .

٢ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص٣٥٧، ٣٥٨) .

٣ . الاعتصام للشاطبي (ص٦١٥، ٦١٦)، وضوابط الشريعة للبوطي (ص٣٥٩) .

المثال الثالث^(١): ذكر الشاطبي أن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، وقال سيدنا علي عليه السلام: " لا يُصلح الناس إلا ذاك " ^(٢) .

ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصُّنَّاع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين، وهذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا ذاك، وهي مصلحة وإن كانت لا تستند إلى شاهد معين من الشرع إلا أنها لا تعارض نصاً أو دليلاً ثابتاً منه ^(٣) .

١ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٦) .

٢ . أخرج هذا الأثر البيهقي وقال: " وهو عن علي منقطع، ورواه أيضاً خلاص، عن علي وليس بالقوي "، في السنن الصغرى، لأحمد بن الحسين بن علي الحُسْرُو جردى، أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ / ١٩٨٩م)، في كتاب البيوع، باب الإجارة، (٣٢١/٢)، رقم الحديث (٢١٦٣)، وقال ابن حجر العسقلاني: " حديث أن عمر وعلياً كانا يضمنان الأجير المشترك، أما علي: فأخرجه الشافعي من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصبَّاغ والصابغ، ويقول: لا يصلح الناس إلا ذلك، ومن طريق خلاص عن علي أنه كان يضمن الأجير، قال البيهقي وله طريق أخرى عن جابر الجعفي عن الشعبي عن علي، وهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً "، الدراية لدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، في كتاب الإجارة، (١٩٠/٢)، رقم الحديث (٨٦٨) .

٣ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٦)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٥٦) .

المثال الرابع^(١): قول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بجواز قتل الجماعة بالواحد^(٢)، فقد قتل أربعةً قصاصاً اشتركوا في قتل غلام، وقال: " لو اشترك فيها عليه أهل صنعاء لقتلتهم " ^(٣) .

والمستند في ذلك المصلحة المرسلة، إذ لا نص على عين المسألة، ووجه المصلحة أن دم القتيل معصوم، وقد قُتلَ عمدًا، فترك القصاص ممن اجتمع على قتله هو إهدارٌ لدم بريء، وتعطيلٌ لحكم القصاص الثابت بالكتاب، وفتحٌ لباب الجنايات دون التعرض للعقوبة الرادعة، فسيكون ترك القصاص منهم ذريعةً إلى السعي بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه^(٤) .

ما سبق من أمثلة يؤكّد أن الصحابة أخذوا بالاستصلاح فرتبوا أحكاماً على المصلحة التي لم يرد النص باعتبارها أو إلغائها .

١ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٢٣) .

٢ . قال بذلك جمهور الفقهاء، وقال بعض الشافعية كابن الوكيل ورواية عن القفال، وكذلك الإمام أحمد في رواية: لا يُقتل الجماعة بالواحد، انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٤/٤٥٢)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، المتوفى سنة (١٢٩٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ط، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، (٢٦/٩)، وروضة الطالبين للنووي (٩/١٥٩)، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح (٧/٢٠٢) .

٣ . أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الديات، باب إذا أصاب قومٌ من رجل هل يعاقب أو يُقتَصُّ منهم كلهم، (٨/٩)، رقم الحديث (٦٨٩٦) .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٢٣، ٦٢٤)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٥٧) .

المطلب الثاني _ موقف التابعين من الاستصلاح:

وأعني بهم عامة أرباب العصر الثاني ابتداءً من أواخر عهد الصحابة وانتهاءً بأوائل عصر الأئمة الأربعة .

يتبين من خلال النظر في فقه هؤلاء التابعين أنهم أخذوا بالاستصلاح^(١)، ورتّبوا الأحكام على المصالح التي لم يشهد الشارع بردها ولا اعتبارها، بل كانوا أكثر أخذاً بالاستصلاح من الصحابة؛ لأن دواعي الأخذ بالاستصلاح لديهم كانت أوفر وأكثر؛ لكثرة الحوادث والقضايا الجديدة بينهم، وقد ذكرت هنا أربعة أمثلة تبين أخذهم بالاستصلاح:

المثال الأول: جمع علماء هذا العصر من الحديث وتدوينه ووضع أصول روايته .

قال السخاوي^(٢) رحمه الله تعالى: "... وكتابة الحديث، ولم يكن ذلك في زمنه ﷺ، ... لكون العرب كانوا مطبوعين على الحفظ مخصوصين به " (٣) .

ثم قال: " فحُشي من عدم تقييده اندراسه وضياعه فُدُون، ولذا قال ابن صلاح^(٤): ولولا

١ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٦٠) .

٢ . هو محمد بن عبد الرحمن بن محمد، شمس الدين السخاوي، مؤرخ حجة، وعالم بالحديث والتفسير والأدب، أصله من سخا (من قرى مصر) ومولده في القاهرة سنة (٨٣١هـ)، صنف زهاء مئتي كتاب أشهرها (الضوء الالامع في أعيان القرن التاسع)، و(المقاصد الحسنة) في الحديث، و(القول البديع في أحكام الصلاة على الحبيب الشفيع ﷺ)، توفي بالمدينة المنورة على ساكنها الصلاة والسلام، سنة (٩٠٢هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين محمد بن محمد الغزي، المتوفى سنة (١٠٦١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م)، (٥٣/١، ٥٤)، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، المتوفى سنة (١٠٨٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (٧٨-٧٦/١) .

٣ . فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للعراقي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، المتوفى سنة (٩٠٢هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: علي حسين علي، مكتبة السنة، مصر، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م)، (٣٧/٣) .

٤ . هو عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان الشهرزوري، أبو عمرو، تقي الدين، المعروف بابن الصلاح، ولد في شرخان (قرب شهرزور)، سنة (٥٧٧هـ)، أحد الفضلاء المقدمين في التفسير والحديث والفقه وأسماء الرجال، له تصانيف كثيرة، منها: (معركة أنواع علم الحديث) ويُعرف بمقدمة ابن الصلاح، و (الفتاوى) جمعه بعض أصحابه، و (أدب المفتي والمستفتي)، توفي في دمشق، سنة (٦٤٣هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٣٢٦-٣٣٦)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (١٤٠-١٤٤)، والأعلام للزركلي (٢٠٨، ٢٠٧/٤) .

تدوينه في الكتب لدرس في الأعصر الأخيرة، يعني كما قال عمر بن عبد العزيز^(١) في كتابه إلى أهل المدينة: انظروا ما كان من حديث رسول الله ﷺ اكتبوه فإنني خشيت دروس العلم وذهاب العلماء " (٢) .

ثم قال _ بعد أن ساق الأدلة على جواز تدوين الحديث وعلومه _ : " وبالجملية فالذي استقر الأمر عليه الإجماع على الاستحباب ... " (٣) .

وكذلك تمّ اعتماد فن الجرح والتعديل وتدوينه في هذا العصر، كي توزن على أساسه الرواة، ويُتخذ دليلاً على صدق الرواية أو كذبها، وقوتها أو ضعفها^(٤) .

ففي تدوين علم الحديث وعلم الجرح والتعديل، ثم تأليف الكتب المختلفة في مختلف العلوم الشرعية، لم يرد نصٌّ من كتاب أو سنة يمنع ذلك أو اعتباره، وإنما شأنه كشأن جمع القرآن، نظر التابعون إلى المصلحة التي تنطوي في ذلك من حفظ سنة رسول الله ﷺ من الضياع فدوّنوها .

المثال الثاني: بعض الأمور التي حكم بها عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى أثناء خلافته، مثل: أمره للولاة بإقامة الخانات بطريق خراسان؛ ليأوي إليها المسافرون خلال سفرهم وترحالهم، وهو عملٌ لم يُعرف في عصر النبي ﷺ ولم يُنفق على مثله في وقته شيءٌ من بيت مال المسلمين، وإنما هو أمر استدعته مصلحة المسافرين الذين كانت تعجّ بهم الطرق في ذلك العصر الذهبي، فأراد عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى أن يقدم لهم الراحة والخدمة^(٥) .

١ . هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص، الخليفة الصالح، والملك العادل، خامس الخلفاء الراشدين تشبيهاً له بهم، من ملوك الدولة مروانية الأموية بالشام، ولد ونشأ بالمدينة عام (٦١هـ)، وولي إمارتها للوليد، ثم استورزه سليمان بن عبد الملك بالشام، وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة (٩٩هـ) فبويع في مسجد دمشق، ومدة خلافته سنتان ونصف، توفي في دير سمعان في المعرة، سنة (١٠١هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه، انظر: تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، (١٣٢٦هـ)، (٧/٤٧٥-٤٧٨)، والأعلام للزركلي (٥٠/٥، ٥١) .

٢ . فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للسخاوي (٣٨/٣) .

٣ . فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للسخاوي (٤٠/٣) .

٤ . ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قاتماز الذهبي، المتوفى سنة (٧٤٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٣٨٢هـ/١٩٦٣م)، (١/١، ٢)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٦٢) .

٥ . الطبقات الكبرى لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع البغدادي، المعروف بابن سعد، المتوفى سنة (٢٣٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (٥/٢٦٦)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٦١، ٣٦٢) .

ومثل ذلك إرساله كتاباً إلى مكة ينهى فيه عن تشييد المباني في منى؛ توفيراً لراحة الحجيج^(١).

المثال الثالث^(٢): ما ذهب إليه شريح^(٣) وابن أبي ليلى^(٤) رحمهما الله تعالى من تضمين الصنّاع، ووجه المصلحة فيه حمل الصنّاع على العناية بما تحت أيديهم من أمتعة الناس وأموالهم، ليطمئن الناس على هذه الأمتعة والأموال، وليس في ذلك نصٌّ ولكن الحاجة دعت إلى ذلك بعد عصر النبي ﷺ لكثرة الصنّاع وعدم معرفة عدالتهم وأمانتهم .

المثال الرابع: ما ذهب إليه ابن أبي ليلى رحمه الله في أنه يرى معاقبة الشاهدين إذا اختلفا في المواطن التي شهدا فيها على عمل من قتلٍ أو غصب وغير ذلك، لتمكن تهمة الكذب والمجازفة في الشهادة^(٥) .

ووجه المصلحة في هذا درء الكذب عن الشهادة، فاختلف الشاهدين فيما يشهدان فيه، فيه دليل قاطع على كذب أحدهما، وهذا اجتهد ملائم لجملة أحكام الشارع وإن لم يشهد له دليلٌ خاص^(٦) .

وأكتفي بهذا القدر؛ خشية الإطالة في غير موضعها .

١ . طبقات ابن سعد (٢٨٢/٥) .

٢ . الأم للشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس المطلبى القرشي المكي، المتوفى (٢٠٤هـ) رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت، د/ط، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (١٠١/٧، ١٠٢)، والمبسوط للسرخسي (٨١/١٥)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص٣٦٥) .

٣ . هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي قاضي الكوفة، أبو أمية، أسلم في حياة النبي ﷺ وانتقل من اليمن زمن الصديق، حدّث عن: عمر وعلي، وعبد الرحمن بن أبي بكر، وثقه: يحيى بن معين، ولاه عمر قضاء الكوفة، فقليل: أقام على قضائها ستين سنة، عاش مائة وعشر سنين، وتوفي سنة (٥٧٨هـ)، وقيل: (٨٠هـ) رحمه الله تعالى، انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (١٠٦-١٠٠/٤) .

٤ . هو محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى، العلامة، مفتي الكوفة، وقاضيهما، أبو عبد الرحمن الأنصاري، الكوفي، ولد سنة نيف وسبعين للهجرة، أخذ عن الشعبي، وعطاء بن أبي رباح، وعطية العوفي، وحدّث عنه: شعبة، وسفيان بن عيينة، وحمزة الزيات، كان فيما يحفظ كتاب الله، تلا على: أخيه عيسى، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، ولي القضاء على الكوفة، توفي في رمضان، سنة (١٤٨هـ) رحمه الله تعالى، انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (٣١٠-٣١٦) .

٥ . المبسوط للسرخسي (١٥٣/٣٠) .

٦ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص٣٦٣) .



المبحث الثاني _ الاختلاف في كلام الأصوليين حول حجية الاستصلاح .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ اختلاف نقول علماء الأصول في حجية الاستصلاح .

المطلب الثاني _ الاختلاف في نقل مذهب الإمام مالك، والغزالي في الاستصلاح.

المطلب الثالث _ أسباب هذا الاختلاف، وآثاره .



المطلب الأول _ اختلاف نقول علماء الأصول في حجية الاستصلاح:

نقل علماء أصول الفقه نقولاً مختلفة متضاربة في حكايتهم حجية الاستصلاح، فلا بدّ من تحرير النزاع قبل الخوض في بيان هذا الاختلاف .

تحرير محل النزاع^(١):

اتفق علماء الأصول على عدم جريان الاستصلاح في الأحكام التعبدية التوقيفية والتي لم تتمكن العقول من إدراك معناها وعلتها بشكل قاطع، كالصلاة والصيام، فهذه الأحكام لا مجال للقياس عليها، ولا مجال للاستصلاح فيها .

قال الشاطبي عن العبادات: " الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يُقدّم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات " ^(٢) .

أما المعاملات ونحوها مما هو من قبيل العادات، فهو مجال الاجتهاد، ومجال الاستصلاح، وهنا محل الخلاف، وموضع النزاع في شأن الاستصلاح .

قال الشاطبي عن المعاملات، والعادات: " الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه، والله أعلم " ^(٣) .

والآن آن وقت الخوض في غمار الحديث عن حجية الاستصلاح:

بعد أن استقرأت كلام عددٍ من الأصوليين فيما كتبه عن الاستصلاح، رأيت اختلافاً كثيراً واضطراباً في نقل حجية الاستصلاح، من وجوه متعدّدة، وفي هذا المطلب نقلتُ نصوصاً من كتب علماء الأصول في حجية الاستصلاح، ويظهر من خلالها الاختلاف، فما ينقله البعض يخالفه البعض الآخر، وأقتصر على بعض النصوص التي أظنها تفي بالغرض:

١ . الاعتصام للشاطبي (ص٦٢٨)، والأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، لحسن بن عمر بن عبد الله السيماوي المالكي، المتوفى سنة (بعد ١٣٤٧هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة الأولى، (١٩٢٨م)، (١٥/٣)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٢/٧٥٧، ٧٥٨)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور أحمد فراج حسين، والدكتور عبد الوود محمد السريتي (ص١٧٦)، والمصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية، لعبد الحميد علي حمد حمود (ص٧٤) .

٢ . الموافقات للشاطبي (١/٤٤٠) .

٣ . الموافقات للشاطبي (١/٤٤٠) .

١ _ قال السمعاني رحمه الله تعالى^(١): " واختلفوا في هذا، _ أي في حجية الاستصلاح _، .. وأما الذي يدل عليه مذهب الشافعي^(٢) رحمة الله عليه هو كون الاستدلال حجة وإن لم يستند إلى أصل، ولكن من شرط قربه من معاني الأصول المعهودة المألوفة في الشرع، وقد ذهب طائفة من أصحاب أبي حنيفة^(٣) إلى جواز الاستدلال وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، .. وأفرط مالك^(٤) في جواز القول بالاستدلال وجوز مصالح بعيدة عن المصالح المعهودة والأحكام المعروفة في الشرع " ^(٥) .

فالسمعاني نقل حجية الاستصلاح عند بعض الحنفية، وعند الشافعية ولو لم يستند إلى أصل بشرط قربه من معاني الأصول المألوفة في الشرع، ونقل إفراط الإمام مالك بالأخذ بالاستصلاح

١ . هو منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي، أبو المظفر، السمعاني، التميمي، وُلِدَ في مرو، سنة (٤٢٦هـ)، كان شيخ الشافعية، مفسراً، محدثاً، زاهداً، آثار الصلاح ظاهرة عليه، له مصنفات، منها: (قواطع الأدلة) في أصول الفقه، و(المنهاج لأهل السنة)، توفي في مرو، عام (٤٨٩ هـ) رحمه الله تعالى، انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (١١٩/١١٤-١١٩).

٢ . هو الإمام محمد بن إدريس الهاشمي القرشي المطلي، أبو عبد الله، مؤسس المذهب الشافعي، ولد في غزة بفلسطين، سنة (١٥٠هـ)، كان آية في الذكاء والحفظ، برع في الشعر واللغة وأيام العرب، ثم أقبل على الفقه والحديث، وأفتى وهو ابن عشرين سنة، من شيوخه الإمام مالك، ومن تلاميذه الإمام أحمد بن حنبل، له تصانيف كثيرة، أشهرها كتاب (الأم) في الفقه، و(الرسالة) في أصول الفقه، توفي بمصر سنة (٢٠٤هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧٢، ٧١/٢)، وطبقات الشافعيين لابن كثير (ص ٣٩-١)، والأعلام للزركلي (٢٧، ٢٦/٦) .

٣ . هو الإمام النعمان بن ثابت الكوفي، أبو حنيفة، مؤسس المذهب الحنفي، ولد بالكوفة سنة (٨٠هـ)، ثم انقطع للتدريس، طُلب منه أن يصير قاضياً فامتنع، وحُبس على إثر ذلك حتى مات، وكان قويّ الحجة، جواداً، حسن المنطق والصورة، جهوريّ الصوت، له (مسند) في الحديث، جمعه تلاميذه، ونُسب إليه رسالة (الفقه الأكبر)، توفي ببغداد، سنة (١٥٠هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي، المتوفى سنة (٧٧٥هـ) رحمه الله تعالى، الناشر: مير محمد كتب خانة، كراتشي، د.ت.ط، (١/٢٦-٣٢)، والأعلام للزركلي (٣٦/٨) .

٤ . هو الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، أبو عبد الله، إمام دار الهجرة، مؤسس المذهب المالكي، مولده في المدينة المنورة، سنة (٩٣هـ)، كان أعقل أهل زمانه، رأساً في العلم والورع، من أحسن الناس خُلُقاً وخُلُقاً، صنف (الموطأ)، وله كتاب في (تفسير غريب القرآن)، توفي في المدينة المنورة، سنة (١٧٩هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، المتوفى سنة (٧٩٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، (ص ١٨-٣٠)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٤/١٣٥-١٣٩)، والأعلام للزركلي (٢٥٨، ٢٥٧/٥) .

٥ . قواطع الأدلة للسمعاني (٢/٢٥٩) .

إلى حدّ اعتباره لمصالح بعيدة عن المصالح المعهودة والأحكام المعروفة في الشرع .

٢ _ قال الجويني ^(١) رحمه الله تعالى كلاماً قريباً جداً من كلام السمعاني، فقال: " وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهما إلى اعتماد الاستدلال _ أي الاستصلاح _ وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل " ^(٢) .

٣ _ قال ابن قدامة رحمه الله تعالى ^(٣): " فذهب مالك، وبعض الشافعية إلى أن هذه المصلحة _ أي المرسلَة _ حجة، ... والصحيح أن ذلك ليس بحجة " ^(٤) .

وهذا قريبٌ مما نقله السمعاني والجويني، ويثبت عدم حجية الاستصلاح عند الحنابلة .

٤ _ الكمال بن الهمام ^(٥) رحمه الله تعالى صرّح بأن الملائم المرسل هو المسمى بالمصالح المرسلَة وهو حجة، فقد قال: " .. وهو المرسل الملائم، وعن الشافعي ومالك قبوله، .. وهو المسمى بالمصالح المرسلَة، .. وسنرى أنه يجب من الحنفية قبول القسم الأخير (أي الملائم المرسل) " ^(٦) .

وهذا يتفق مع النصوص السابقة، في إثبات حجية الاستصلاح عند جمهور العلماء .

١ . هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجوّني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين، وُلد في جُوزين (من نواحي نيسابور)، سنة (٤١٩هـ)، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي، كان يحضر دروسه أكابر العلماء، له مصنفات كثيرة، منها: (غياث الأمم في التياث الظلم)، و (نهاية المطلب في دراية المذهب)، و (الورقات) في أصول الفقه، توفّي سنة (٤٧٨هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (١٦٥/٥-٢٢١)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٤٧٠/١٨-٤٧٧)، والأعلام للزركلي (٤/١٦٠) .

٢ . البرهان في أصول الفقه للجويني (١٦١/٢) .

٣ . هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقيّ الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين، وُلد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) سنة (٥٤١هـ)، وتعلم في دمشق، من أكابر الحنابلة، كان ذا حشنيّ وهيبه، كأن النور يخرج من وجهه، له تصانيف كثيرة نافعة، منها: (المغني) شرح به مختصر الخراقي، و(روضة الناظر) في أصول الفقه، توفّي في دمشق سنة (٦٢٠هـ)، انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد (١٥٥/٧-١٦٢)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (١٦٥/٢٢-١٧٣) .

٤ . روضة الناظر لابن قدامة (٤٨٢/١) .

٥ . هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، وُلد بالإسكندرية سنة (٧٩٠هـ)، إمام، من علماء الحنفية، عالم بالتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق، جاور بالحرمين، وكان معظماً عند الملوك، من كتبه: (فتح القدير) في شرح الهداية، و(التحريز) في أصول الفقه، و(المسيرة في العقائد المنجية في الآخرة)، توفي بالقاهرة، عام (٨٦١ هـ) رحمه الله تعالى، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي (١٣٢-١٢٧/٨)، والأعلام للزركلي (٦/٢٥٥) .

٦ . هذا النص من التقرير والتحبير لابن أمير حاج، الذي شرح فيه التحرير للكمال بن الهمام، (١٥١-١٥٠/٣) .

ولكن هناك نقولُ أخرى تخالف هذا، وتثبت عدم حجية الاستصلاح عند جمهور العلماء، ومنها:

١ _ قال ابن السبكي عن الاستصلاح: " وقد قبله مالك مطلقاً، وكاد إمام الحرمين يوافقه مع مناداته عليه بالنكير، وردّه الأكثر مطلقاً " (١) .

٢ _ قال الآمدي (٢) رحمه الله تعالى: " وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به، وهو الحق، إلا ما نقل عن مالك أنه يقول به مع إنكار أصحابه لذلك عنه " (٣) .

٣ _ قال ابن النجار (٤) رحمه الله تعالى: " وليست هذه المصلحة بحجة عند الأكثر، خلافاً لمالك وبعض الشافعية، وتُسمى المصلحة المرسلّة " (٥) .

فهذه النصوص الثلاثة الأخيرة تثبت عدم حجية الاستصلاح عند جمهور العلماء، بخلاف النصوص الأربعة الأولى، فهذه عيّنة عن بعض النصوص التي تثبت حجية الاستصلاح عند جمهور العلماء، في مقابلة بعض النصوص التي تثبت العكس، أي عدم حجية الاستصلاح عند جمهور العلماء، وهذا نوعٌ من أنواع الاضطراب في النقل يستدعي البحث بدقة وعمق للوصول إلى الصواب .

١ . جمع الجوامع لابن السبكي (ص ٩٣) .

٢ . هو علي بن محمد بن سالم، أبو الحسن، سيف الدين الآمدي، أصولي، أصله من آمد (ديار بكر) ولد بها سنة (٥٥١هـ)، وتعلم في بغداد والشام، له نحو عشرين مصنفًا، منها (الإحكام في أصول الأحكام)، و(منتهى السؤل)، توفي في الشام (٦٣١هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعيين لابن كثير (١/٨٣٣-٨٣٥)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (٣/٢٩٣، ٢٩٤)، والأعلام للزركلي (٤/٣٣٢) .

٣ . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/١٦٠) .

٤ . هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى، الشهير بابن النجار، وُلد عام (٨٩٨هـ)، هو فقيه حنبلي مصري، من القضاة، من مؤلفاته: له (منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات) مع شرحه للبهوتي، في فقه الحنابلة، و(مختصر التحرير شرح الكوكب المنير) في أصول الفقه، توفي سنة (٩٧٢هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام للزركلي (٦/٦) .

٥ . مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المعروف بابن النجار الحنبلي المتوفى سنة (٩٧٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، (١٤١٨هـ / ١٩٩٧ م)، (٤/١٦٩) .

المطلب الثاني_ الاختلاف في نقل مذهب الإمام مالك، والغزالي، في الاستصلاح:

أولاً _ الاختلاف في نقل مذهب الإمام مالك:

اختلفت نقول علماء الأصول في حجية الاستصلاح عند الإمام مالك، وتوسّعه في اعتماد المصالح لبناء الأحكام بحسبها، وفيما يأتي ذكرُ بعض هذه النقول:

١ _ نقل أتباع الإمام مالك كالشاطبي أن مالكا أخذ بالاستصلاح حيث اتفق ذلك مع مقاصد الشرع، من دون أن يناقض أصلاً من أصول الشرع .

قال الشاطبي رحمه الله تعالى مبيناً ذلك: " أما قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للعقول، فإنه _ أي الإمام مالك _ استرسل فيه استرسال المدلل العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله زاعمين أنه خلع الرِّبقة، وفتح باب التشريع، وهيهات ما أبعد من ذلك! رحمه الله، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع، بحيث يخيل للبعض أنه مقلد لمن قبله، بل هو صاحب البصيرة في دين الله حسبما بيّن أصحابه في كتاب سيره، بل حكي عن أحمد بن حنبل^(١) أنه قال: إذا رأيت الرجل يبغي مالكا فاعلم أنه مبتدع، وهذه غاية في الشهادة بالاتباع " ^(٢) .

فهذا النصّ يبيّن أخذ الإمام بالاستصلاح من دون معارضة لمقصود الشارع ونصوصه، ويبيّن أن بعض العلماء نقلوا عنه التوسّع في الاستصلاح إلى حدّ الخروج عن مقاصد الشرع ونصوصه.

٢ _ بعض علماء الأصول من المذاهب الأخرى نقلوا أن مالكا استرسل في الأخذ بالاستصلاح مطلقاً، حتى خالف الأصول والقواعد، ومن نقل هذا:

١ . هو الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبد الله، الشيباني، مؤسس المذهب الحنبلي، ولد ببغداد سنة (١٦٤هـ)، من شيوخه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، وصنّف كتباً قيمة، منها: (المسند)، يحتوي على ثلاثين ألف حديث، و(الزهد)، و(العلل والرجال)، توفّي سنة (٢٤١هـ) رحمه الله تعالى، انظر : طبقات الحنابلة، لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، المتوفى سنة (٥٢٦هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط، (١/٤-٢٠)، ووفيات الأعيان لابن خلكان (١/٦٣-٦٥)، والأعلام للزركلي (١/٢٠٣) .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٣١) .

أ _ ابن السبكي، فقال _ عن الاستصلاح _ : " وقبّله مالكٌ مطلقاً " (١) .

ب _ الغزالي، ونسب إلى الإمام مالك جواز ضرب المتهم بالسرقة ليقرّ (٢) .

٣ _ اضطرب كلام إمام الحرمين الجويني في نقل مذهب الإمام مالك، فذكر أن الإمام مالكاً أخذ بالاستصلاح مطلقاً وأنكر عليه (٣)، ثم عاد بعد ذلك ودافع عن الإمام مالك وذكر أنه لم يأخذ بالاستصلاح مطلقاً، وإنما أخذ به بقدر وقودٍ، فقال: " ولا يجوز التعلق عندنا بكل مصلحة، ولم ير ذلك أحدٌ من العلماء، ومن ظن ذلك بمالك رضي الله عنه فقد أخطأ، فإنه قد اتَّخذ من أفضية الصحابة رضي الله عنهم أصولاً وشبّه بها مأخذ الوقائع فمال فيما قال إلى فتاويهم وأقضيتهم، فإذا لم ير الاسترسال في المصالح " (٤) .

ووجهة نظري أن هذا القول الثاني هو ما يجب اعتماده عن إمام الحرمين فينسخ ما تقدّم من كلامه قبل ذلك .

٤ _ ذكر بعض الأصوليين أن الإمام مالكاً أخذ بالاستصلاح في الضروريات والقطعيات فقط، كالأمدي، فقد قال: " وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به، وهو الحق، إلا ما نُقل عن مالك أنه يقول به مع إنكار أصحابه لذلك عنه، ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً، لا فيما كان من المصالح غير ضروري ولا كلي، ولا وقوعه قطعي " (٥) .

فهذه اتجاهات أربعة في نقل مذهب مالك:

الأول: نقل أتباعه كالشاطبي أخذه بالاستصلاح حيث اتفق ذلك مع مقاصد الشرع، دون مناقضة لأصل من أصوله .

الثاني: الاسترسال في الأخذ بالاستصلاح مطلقاً، حتى خالف الأصول والقواعد، ومن نقل هذا: الغزالي، وابن السبكي .

١ . جمع الجوامع لابن السبكي (ص ٩٣) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٦) .

٣ . البرهان في أصول الفقه للجويني (٢/ ١٦٩) .

٤ . البرهان في أصول الفقه للجويني (٢/ ٢٠٦) .

٥ . الإحكام في أصول الأحكام للأمدي (٤/ ١٦٠) .

الثالث: الاضطراب؛ فمرة أثبت الاتجاه الثاني، ومرة أثبت الاتجاه الأول، كما وقع للجويني .

الرابع: الأخذ بالاستصلاح في الضروريات والقطعيات فقط، وهذا قول الأمدي .

ثانياً _ عدم وضوح رأي الغزالي، والاختلاف في نقله:

كما أن الاختلاف وقع في نقل مذهب مالك، فقد وقع في رأي الغزالي، حيث تحدّث الغزالي عن الاستصلاح بكلام فيه اختلاف فيما بينه من خلاله كتبه: المستصفى والمنحول وشفاء الغليل، وهذا الاختلاف أدّى إلى الاختلاف في نقل مذهبه في الاستصلاح .

ففي كتابه المستصفى: قسّم المصالح المرعية شرعاً إلى ثلاث مراتب: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، ثم قال: " وإذا عرفت هذه الأقسام فنقول: الواقع في الرتبين الأخيرتين لا يجوز الحكم بمجرد إن لم يعتضد بشهادة أصل إلا أنه يجري مجرى وضع الضرورات، فلا بُد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، وإن لم يشهد الشرع بالرأي، فهو كالاستحسان، فإن اعتضد بأصل فذاك قياس، وسيأتي، أما الواقع في رتبة الضرورات فلا بُد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، وإن لم يشهد له أصل معين " (١) .

ثم اشترط لاعتبار المصلحة أن تكون ضرورةً قطعية كلية (٢) .

ثم قال بعد صفحات: " وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة " (٣) .

وفي كتابه شفاء الغليل أدخل الحاجيات أيضاً، ولم يشترط الكلية والقطعية، فقال: " أما الواقع من المناسبات في رتبة الضروريات أو الحاجيات كما فصلناها فالذي نراه فيها أنه يجوز الاستمسك بها إن كان ملائماً لتصرفات الشرع، ولا يجوز الاستمسك بها إن كان غريباً لا يلائم القواعد " (٤) .

وفي كتابه المنحول لم يشترط لاعتبارها أي رتبة من مراتب المصالح (٥) .

١ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥) .

٢ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٦) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٩) .

٤ . شفاء الغليل للغزالي (ص ١٨٨) .

٥ . المنحول للغزالي (ص ٤٦٥) .

ولهذا اختلفت تفاسير رأي الغزالي في الاستصلاح، وسيأتي الكلام عن رأي الغزالي بالتفصيل إن شاء الله تعالى عند الحديث عن الاستصلاح عند الشافعية، فأكتفي ببيان وجوه الاختلاف هنا، وأرجئ التفصيل وإزالة هذا الالتباس إلى ذلك المكان ^(١) .

١ . انظر (ص١٢٤ _ ١٢٦) من هذا البحث .

المطلب الثالث _ أسباب هذا الاختلاف، وأثاره:

أولاً _ أسباب الاختلاف في نقل حجية الاستصلاح، وفي حكاية مذهب الإمام مالك:

ذكر الدكتور البوطي رحمه الله تعالى ثلاثة أسباب لهذا الاختلاف، هي^(١):

١ _ عدم تحديد الأصوليين المقصودَ من اعتبار المصالح أو عدم اعتباره عند نقلهم الخلاف والنزاع فيه، فمعلوم أن الإمام مالكا أخذ بالاستصلاح وعدّه أصلاً مستقلاً من أصول الاجتهاد، على حين أن الأئمة الثلاثة أخذوا به لكنهم ما جعلوه أصلاً من أصول الاستنباط، وإنما عدّوه في جملة دلائل الاجتهاد الأخرى .

فالصواب عند الحديث عن حجية الاستصلاح واعتباره أن يتم تحديد محل النزاع فيه بشكلٍ دقيق، فيكون الكلام عن مطلق الاعتبار سواءً عُدَّ أصلاً مستقلاً أم كان تابعاً للأصول الأخرى، وقد قال الغزالي عن الاستصلاح: " هذا من الأصول الموهومة، إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ؛ لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع " (٢) .

فمن نقل أن معظم العلماء ردّوا الاستصلاح ورفضوه فقد قصدوا عدّه أصلاً مستقلاً، وعلى هذا فكلّامهم صحيح، ومن نقل أن معظم العلماء أخذوا به فقد قصدوا مطلق الاعتبار، أي العمل به ولو تحت مسمّى آخر من دلائل الاجتهاد، وعلى هذا فكلّامهم صحيح، فنقل الجميع آيل إلى الوفاق لا الاختلاف، ولكن كلّ منهم نظر من زاوية معينة، ولو تمّ تحديد موضع النزاع بشكل دقيق لما اختلفت عباراتهم في نقل مذاهب العلماء في حجية الاستصلاح، والله تعالى أعلم.

٢ _ عدم التثبت والتأكد من الآراء المسندة إلى مالك، والتي قيل بسببها أنه أفرط في الاسترسال بالأخذ بالمصلحة المرسلة، مثل: القول بضرب المتهم بالسرقة أو غيرها ليقرّ، وما نُسِبَ إليه أنه قال: أنا أقتل ثلث الأمة لاستبقاء ثلثيها ... (٣) .

١ . باختصار وتصرف عن كتاب ضوابط المصلحة للوطي (ص ٣٩٩-٤٠٦) .

٢ . المستصفي للغزالي (ص ١٧٩) .

٣ . نقل ذلك عنه عددٌ من العلماء، كالجويني في البرهان في أصول الفقه (١٦٩/٢)، والغزالي في المستصفي (ص ١٧٦)، والسبكي وولده في الإجماع في شرح المنهاج (١٨٦/٣)، وزكريا الأنصاري في غاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، المتوفى سنة (٩٢٦هـ)، دار الكتب العربية الكبرى لمصطفى الباي الحلبي، مصر، د/ت، ط، (ص ١٣١) .

لكن الحقيقة أنه ما ثبت ذلك عن الإمام مالك ولا نقله أصحابه عنه، وإنما نقله بعض العلماء من المذاهب الأخرى كالغزالي والجويني، اكتفاءً بشهرتها عن الإمام مالك، وإنما يُؤخذ قول العالم من كتبه أو كتب أصحابه، بل قد ثبت عن مالك خلاف القول بضرب المتهم بالسرقة ليقرّ، ومسألة قتل ثلث الأمة لاستبقاء ثلثيها^(١).

٣ _ ما استفاض من إنكار الإمام الشافعي للاستحسان، وأنه أخذ بالتشهي بمحض الرأي، دون استثناء ما استند فيه المجتهد إلى مصلحة داخلية في مقاصد الشرع ملائمة لتصرفاته، فهذا مما جعل كثيراً ممن لم يتدبروا أصول اجتهاد الشافعي يحسبون أنه ينكر الاستصلاح من حيث أنكر الاستحسان، لتقارب أمريهما، ومن هنا أهمل كثير من الأصوليين ما نقله إمام الحرمين وغيره من أخذ الشافعي بالاستصلاح.

ثانياً _ آثار هذا الاختلاف:

هذا الاختلاف في نقل حجية الاستصلاح له آثار عديدة، أهمها:

١ _ عدم وضوح آراء العلماء في حجية الاستصلاح بشكل واضح، مما يستلزم دراسة وافيةً تزيل اللبس، وتوضح سبب الاضطراب وكيفية إزالته، للوصول إلى معرفة حجية الاستصلاح عند أئمة الأصول، وهذا ما سلكته، فعدلت عن دراسة الاستصلاح عند الأصوليين، ودرسته حسب المذاهب الفقهية، فعرضت مسألة الاستصلاح في كلِّ مذهبٍ حسب الترتيب الزمني، فبدأت بالمذهب الحنفي، ثم المالكي، ثم الشافعي، ثم الحنبلي، وبيّنت حجية الاستصلاح في كل مذهب، حسب أصول وفروع المذهب، وكلام علماء كل مذهب على حدة، وهكذا يتضح الأمر، ويتحدد محل النزاع _ وهذا من أهم الأمور _، وتظهر أسباب الاختلاف في نقل حجية الاستصلاح بما لا يدع مجالاً للشكوك.

٢ _ ظلَّ الاختلاف الكثير في حجية الاستصلاح، لدرجة عدم حجيته، وقد وقع بعض المعاصرين من الكتاب في الأصول في هذا، فادّعى البعض الاتفاق على ردّ الاستصلاح، وعدّ البعض الجمهور رافضاً لاستصلاح، وراحوا ينكرون على كل من يحتج به^(٢).

فلا بدّ من التحقيق في المسألة تحقيقاً يزيل الاختلاف والشك.

١ . للتوسّع في ذلك، انظر: ضوابط المصلحة للبوطي (٤٠١-٤٠٤).

٢ . انظر: (ص ١٤٠) من هذا البحث.



المبحث الثالث _ حجية الاستصلاح في المذاهب الفقهية الأربعة .

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول _ حجية الاستصلاح في المذهب الحنفي .
- المطلب الثاني _ حجية الاستصلاح في المذهب المالكي .
- المطلب الثالث _ حجية الاستصلاح في المذهب الشافعي .
- المطلب الرابع _ حجية الاستصلاح في المذهب الحنبلي .



المطلب الأول _ حجية الاستصلاح في المذهب الحنفي:

لم يذكر الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى الاستصلاح بين أصوله في الاستنباط^(١).

ولكن هذا ليس دليلاً على عدم أخذه بالاستصلاح، فقد كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى زعيم أهل الرأي، بارعاً في القياس والاستحسان متوسّعاً فيهما، وما نقله عنه أصحابه _ كأبي يوسف^(٢) رحمه الله تعالى في كتابه (الرد على سير الأوزاعي^(٣))^(٤)، وكتابه (اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى)^(٥)، وغيره _ يُثبت أخذ الإمام بالاستصلاح في اجتهاده من الناحية

١ . تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، المتوفى (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م)، (٥٠٢/١٥)، والانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رحمهم الله لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط، (ص ١٤٣)، وذم الكلام وأهله، لأبي إسماعيل عبد الله بن محمد بن علي الأنصاري الهروي، المتوفى سنة (٤٨١هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عبد الرحمن عبد العزيز الشبل، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ / ١٩٩٨م)، (١٠١/٥) .

٢ . هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة سنة (١١٣هـ)، كان فقيهاً، عالماً بالتفسير والمغازي، ومن حفاظ الحديث، ولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من دُعي (قاضي القضاة)، ويُقال له: قاضي قضاة الدنيا، من كتبه: (الخراج)، و(الآثار)، و(النوادر)، و(أدب القاضي)، تُوفي في بغداد سنة (١٨٢هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لابن نصر الله الحنفي، (٥٢٨-٥١٩/٢)، والأعلام للزركلي (١٩٣/٨) .

٣ . هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، أبو عمرو، من قبيلة الأوزاع، من تابعي التابعين، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، ولد في بعلبك عام (٨٨هـ)، ونشأ في البقاع، وسكن دمشق ثم انتقل إلى بيروت مرابطاً، وكان عظيم الشأن أمره أعزّ من السلطان، له كتاب (السنن) في الفقه، و(المسائل) ويقدر ما سئل عنه بسبعين ألف مسألة أجاب عليها كلها، تُوفي في بيروت سنة (١٥٧هـ) رحمه الله تعالى، انظر: تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.ط، (١/٢٩٨-٣٠٠)، والأعلام للزركلي (٣٢٠/٣) .

٤ . هو كتاب مطبوع، في جزء واحد، من مائة وخمسة وثلاثين صحيفة، أشرف على طبعه: رضوان محمد رضوان وكيل لجنة إحياء المعارف النعمانية بمصر، وعني بتصحيحه والتعليق عليه: أبو الوفا الأفغاني، المدرس بالمدرسة النظامية بالهند، ونشرته لجنة إحياء المعارف النعمانية، بحيدر آباد الدكن، بالهند .

٥ . نشرته لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن، بطبعة دار الوفاء عام (١٣٥٧هـ)، وعني بتصحيحه والتعليق عليه: أبو الوفا الأفغاني، وأشرف على طبعه الطبعة الأولى: رضوان محمد رضوان؛ وكيل لجنة إحياء المعارف النعمانية بمصر.

التطبيقية^(١) .

وعند البحث في أصول وفروع المذهب الحنفي يظهر أخذهم بالاستصلاح من الناحية العملية التطبيقية، من خلال ثلاثة أمور، هي:

أولاً _ احتجاجهم بالملائم المرسل الذي هو المصالح المرسلة:

سبق في هذا البحث الحديث عن الوصف المناسب الذي يصلح أن يكون علة^(٢)، وأنه الوصف الذي يترتب على شرع الحكم عنده ما يصلح أن يكون مقصوداً من حصول مصلحة أو دفع مفسدة^(٣) .

هذا الوصف المناسب اشترط الحنفية فيه _ ليصح أن يكون علة _ فوق مناسبته للحكم أن يكون مؤثراً فيه^(٤)، ويعرفون التأثير بما يُدخل المصلحة المرسلة في المناسب المؤثر الذي هو حجة عندهم، فيكون الاستصلاح عندهم حجة، وبيان هذا الكلام فيما يلي:

١ _ تعريف الوصف المؤثر عند الحنفية: هو الوصف المناسب للملائم للحكم عند العقول، الذي ظهر تأثيره شرعاً، إما بالنص أو بالإجماع، بأن:

أ _ يكون لجنسه تأثير في عين الحكم كإسقاط الصلاة الكثيرة بالإغماء، فان لجنسه الذي هو العجز عن الأداء من غير حرج تأثيراً في سقوطها كما في الحائض .

ب _ أو بأن يكون تأثيراً في جنسه كإسقاطها عن الحائض معللاً بالمشقة، وقد أسقطت مشقة السفر الركعتين، فقد أثر جنس المشقة في جنس السقوط .

ج _ أو بأن يكون لعينه تأثيراً في جنس الحكم كالأخوة لأب وأم في قياس التقدم في ولاية النكاح وقد تقدم هذا الأخ في الميراث، فقد أثر في مطلق الولاية .

د _ أو يكون لعينه تأثيراً في عين الحكم، ومثاله: جعل الطواف منوطاً للطهارة؛ لوجود المناسبة بين كثرة الطواف وبين الطهارة، إذ الحكم بطهارة سؤر الحيوان الذي يكثر طوافه، ويعسر الاحتراز

١ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٨٠)، وانظر: علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع، لعبد الوهاب خلاف، المتوفى سنة (١٣٧٥هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة المدني (المؤسسة السعودية بمصر)، د/ت.ط، (ص ٢٥٥) .

٢ . انظر (ص ٢٧، ٢٨) من هذا البحث .

(٣) . المحصول للرازي (١٥٧/٥، ١٥٨)، وروضة الناظر لابن قدامة (٢/٢٠٨)، وكشف الأسرار للبخاري (٣/٣٥٣) .

٤ . كشف الأسرار للبخاري (٣/٣٥٣) .

عنه فيه رفعٌ للحرج والمشقة، ورفع الحرج والمشقة مقصود للشارع، وهنا ثبت بالنص^(١) عين الوصف وهو الطواف، مناطاً لعين الحكم وهو الطهارة^(٢).

وبذلك يثبت التأثير الذي هو الشرط في العلل الشرعية عند الحنفية^(٣).

٢ _ تعريف الملائم المرسل عند الحنفية: الوصف الذي لم يُعتَبر هو المرسل، وينقسم إلى^(٤):

١ _ ما عُلِمَ إلغائه، وهو مردودٌ اتفاقاً .

٢ _ ما لم يُعَلَمَ إلغائه، فإن:

أ _ لم يُعَلَمَ فيه أحد اعتبارات الملائم (أي من اعتبار نوعه أو جنسه في جنس الحكم، أو جنسه في عين الحكم) فهو المرسل الغريب .

ب _ فإن عُلِمَ فيه أحد اعتبارات الملائم فهو المرسل الملائم، قبله إمام الحرمين الجويني، وعليه جمهور الحنفية .

فتعريف الحنفية لهذا المرسل الملائم يجعل شرط التأثير متوفراً فيه؛ فهو أحد أفراد المؤثر عند الحنفية، والمؤثر حجة عندهم، فيكون الملائم المرسل عندهم حجةً، وهذا ما صرَّح به ابن أمير حاج، فقال: " وعليه جمهور الحنفية " ^(٥).

١ . والنص هو حديث رواه أبو داود في سننه في كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة، (٧٩/١)، رقم الحديث (٧٥)، والترمذي في سننه، وقال عنه: حديث حسن صحيح، في أبواب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهرة، (١٥٣/١)، رقم الحديث (٩٢)، والنسائي في السنن الصغرى، وتُسمَّى المجتبى من السنن، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، المتوفى سنة (٣٠٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، في كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة، (٥٥/١)، رقم الحديث (٦٨) .

ولفظ الترمذي " عن كبشة بنت كعب بن مالك _ وكانت عند ابن أبي قتادة _، أن أبا قتادة دخل عليها، قالت: فسكبث له وضوءاً، قالت: فجاءت هرة تشرب، فأصغى لها الإناء حتى شربت، قالت كبشة: فرآني أنظر إليه، فقال: أتعجبين يا بنت أخي؟ فقلت: نعم، فقال: إن رسول الله ﷺ قال: «إنها ليست بنجس، إنما هي من الطوافين عليكم، أو الطوافات» " .

٢ . فواتح الرحموت لعبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي اللكنوي، المتوفى سنة (١٢٢٥هـ) رحمه الله تعالى، بشرح مسلم الثبوت للقاضي محب الله بن عبد الشكور البهاري، المتوفى سنة (١١١٩هـ) رحمه الله تعالى، ضبطه وصححه: عبد الله محمود محمد عمر، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، (٣١٧/٢)، وانظر: شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (١٤١/٢)، والتقرير والتحجير لابن أمير حاج (١٥٩/٣) .

٣ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٧٠، ٥٧١) .

٤ . فواتح الرحموت للسهالوي (٣١٥، ٣١٦)، بتصرف، والتقرير والتحجير لابن أمير حاج (١٥٠/٣) .

٥ . التقرير والتحجير لابن أمير حاج (١٥٠/٣) .

والكمال بن الهمام رحمه الله تعالى صرّح بأن الملائم المرسل هو المسمى بالمصالح المرسله وهو حجة، فقد قال: " .. وهو المرسل الملائم، وعن الشافعي ومالك قبوله، .. وهو المسمى بالمصالح المرسله، .. وسنرى أنه يجب من الحنفية قبول القسم الأخير (أي الملائم المرسل) " (١) .
فثبت أن المصالح المرسله حجة عند الحنفية (٢) .

ثانياً _ الاستحسان عند الحنفية من وجوه الاستصلاح:

من المشهور عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى أخذه بالاستحسان والإكثار منه (٣) .
ولا بد من معرفة معنى الاستحسان عند الحنفية لتبين صلته بالاستصلاح .
وقبل ذلك يجدر بالذكر إنكار الإمام الشافعي رحمه الله تعالى للاستحسان (٤)، وقد عقد فصلاً في كتابه الأم سماه (كتاب إبطال الاستحسان) (٥)، ونقل عنه الغزالي أنه قال: " من استحسّن فقد شرّع " (٦) .

ولكن الذي أنكره الإمام الشافعي هو الاستحسان المجرد عن الدليل القائم على التشهي، وهذا لم يقل به أحد، والاستحسان عند الحنفية له معنى آخر، فالخلاف لفظي، وعند تحرير محل النزاع يظهر أن هذا الاستحسان غير الاستحسان الذي قال به الإمام أبو حنيفة، بل إن الإمام الشافعي رحمه الله استحسّن في مسائل عديدة (٧) .

-
- ١ . هذا النص من التقرير والتجوير لابن أمير حاج، الذي شرح فيه التحرير للكمال بن الهمام، (٣/١٥٠-١٥١) .
 - ٢ . أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٢/٧٧٨) .
 - ٣ . أبو حنيفة لأبي زهرة (ص٣٨٧)، وانظر: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص٥٨٥) .
 - ٤ . الرسالة، لأبي عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس المطلب القريشي، المتوفى سنة (٢٠٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أحمد شاکر، مكتبه الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، (١٣٥٨هـ/١٩٤٠م)، (ص٥٠٥) .
 - ٥ . الأم للشافعي (٣٢٠-٣٠٩/٧) .
 - ٦ . المستصفى للغزالي (ص١٧١) .
 - ٧ . انظر: المبسوط للسرخسي (٢/٢٠١)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/١٥٦، ١٥٧)، وعلم أصول الفقه علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، المتوفى سنة (١٣٧٥هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة الدعوة شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم بدمشق، د/ت، (ص٨٣)، وأبو حنيفة حياته وعصره، آراؤه وفقهه، للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، د/ت، (ص٣٨٧-٣٨٩)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص٣٨١) .

قال الآمدي رحمه الله تعالى: " الاستحسان: وقد اختلف فيه، فقال به أصحاب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل، وأنكره الباقر، حتى نُقل عن الشافعي أنه قال: من استحسن فقد شرع، ولا بد قبل النظر في الحجاج من تلخيص محل النزاع .. " (١) .

ثم حرّر محل الخلاف وأتى بالأدلة، ويبيّن أن المراد بالاستحسان عند الحنفية غير الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي، ثم قال: " وقد نُقل عن الشافعي أنه قال: استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت: القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع، فلم يبق الخلاف إلا في معنى الاستحسان .. " (٢) .

أضف إلى ذلك أن الإمام مالك بن أنس رحمه الله تعالى قال: "الاستحسان تسعة أعشار العلم" (٣)، والإمامان الجليلان أبو حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى أورع وأجل من أن يقولوا في دين الله بالشهوي والهوى (٤) .

والاستحسان كما عرّفه أتباع المذهب الحنفي يوضح أنه غير ما قصده الإمام الشافعي، كما يُظهر الصلة بينه وبين الاستصلاح .

١ . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٥٦/٤) .

٢ . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٥٧/٤) .

٣ . الاعتصام للشاطبي، وقال فيه: "رواه أصبغ عن ابن القاسم عن مالك"، (ص ٦٣٨)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل لعليش، (٤٧٢/٦) .

ومعنى هذه المقولة أن الاستحسان عند الإمام مالك يعني مراعاة المصلحة في الأحكام الاجتهادية، وفي هذا يقول ابن رشد الحفيد، في بداية المجتهد (٢٠١/٣): "ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال: هو الالتفات إلى المصلحة والعدل"، فالاستحسان يمثل تسعة أعشار الاجتهاد الفقهي، فعلى الفقيه ألا يغيب عنه الالتفات إلى مقصود الشارع، وهو المصلحة والعدل، فإذا وجد مصالح مهمة ومضیعة، اجتهد وقَررها، وإذا رأى أضراراً قائمة اجتهد وأزالها، وإذا رأى نصواً شرعية تُفهم على نحو يفضي إلى حصول ضرر محقق، أو إلى تفويت مصلحة محترمة في الشرع، استحسن إعادة النظر في ذلك الفهم، وإذا وجد قياساً خرج على خلاف مقصود الشارع في المصلحة، فليعلم أنه قياس غير سليم، أو في غير محله، فيستحسن ألا يتقيد به، وأن يرجع إلى القواعد العامة للشرعية، وبهذا يكون الاستحسان تسعة أعشار العلم، انظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، لأحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، (١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م)، (ص ٧٠، ٧١) .

٤ . انظر: كشف الأسرار للبخاري (٣/٤) .

قال السَّرْحُسي^(١) رحمه الله تعالى: " الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، وقيل: الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يتلى فيه الخاص والعام، وقيل: الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، وقيل: الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر ليسر وهو أصل في الدين " (٢) .

وقيل: هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى (٣) .

فكثير من الأحكام التي أخذ بها الأئمة استصلاحاً خرجت مخرج الاستحسان عند أبي حنيفة^(٤)، ومثال ذلك:

١ _ الاستصناع: أجاز به بعض الفقهاء استصلاحاً، وأجازه أبو حنيفة استحساناً؛ لإجماع الناس على ذلك، وللحاجة إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف مثلاً، من نوع مخصوص، على صفة مخصوصة، ويندر وجوده مصنوعاً، فلو لم يجوز لوقع الناس في الحرج (٥) .

٢ _ تضمين الصانع المشترك: قال به بعض الفقهاء استصلاحاً، وقال به الحنفية استحساناً، صيانةً لأموال الناس (٦) .

قال الدكتور البوطي رحمه الله تعالى: " حظ المصلحة في فقهه يكمن في دليلين من أهم

١ . هو أبو بكر بن محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، وُلِدَ في سرخس (في خراسان)، كان متكلماً وفقهياً أصولياً، من أئمة المذهب الحنفي، له مصنفات عدّة، أهمها : (أصول السرخسي)، و(المبسوط)، و(شرح السير الكبير للإمام محمد)، توفي سنة (٤٨٢هـ) رحمه الله تعالى، انظر : الجواهر المضوية في طبقات الحنفية لابن نصر الله الحنفي (٢/٢٨٩)، والأعلام للزركلي (٥/٣١٥) .

٢ . المبسوط للسرخسي (١٠/١٤٥) .

٣ . قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني (٢/٢٧٠)، وهذا التعريف منسوبٌ للبزدوي، انظر : (٤/٣) .

٤ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٨٢)، والوصف المناسب لشرع الحكم، لأحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ)، (ص ٣٢٥) .

٥ . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، المتوفى سنة: (٥٨٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (٥/٢) .

٦ . بدائع الصنائع للكاساني (٤/٢١١) .

الأدلة التي امتاز بها فقهه رحمه الله تعالى، هما: الاستحسان، والعرف " (١) .

وقال الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى: " الحنفية يأخذون بالمصالح المرسلّة من طريق الاستحسان الذي برع فيه الإمام أبو حنيفة؛ لأن أكثر ما يعتمد عليه الاستحسان هو المصلحة المرسلّة " (٢) .

فثبت أن الاستحسان عند الحنفية يتضمن الأخذ بالاستصلاح .

ثالثاً _ الاحتجاج بالعرف عند الحنفية من وجوه الاستصلاح:

العرف هو: " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول " (٣) .

وهو مما اعتمده أبو حنيفة في الاستنباط فيما لا نصّ فيه، وفيما لا يعارض أصلاً من الأصول المتفق عليها (٤) .

قال محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى (٥): " فهو _ أي أبو حنيفة _ يأخذ بالعرف إذا لم يكن ثمة نصّ من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا حمل على النصوص بطريق القياس والاستحسان.. " (٦) .

وصلة العرف عند الحنفية بالاستصلاح كصلة الاستحسان بالاستصلاح؛ فكثير من الأحكام المبينة عند الحنفية على العرف ثابتة بالاستصلاح في نفس الوقت عند غيرهم، ومثال ذلك:

١ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٨١) .

٢ . أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي (٢/ ٧٦٠) .

٣ . التعريفات للجرجاني (ص ١٤٩) .

٤ . الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، المتوفى سنة (٩٧٠هـ) رحمه الله تعالى، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م)، (ص ٧٩)، ورسائل ابن عابدين للسيد محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المتوفى سنة (١٢٥٢هـ) رحمه الله تعالى، د/ت، ط، (٤٥/١) و (١١٥/٢)، وأبو حنيفة حياته وعصره، آراؤه وفقهه لأبي زهرة (ص ٢٦٦)، نقلاً عن المناقب للموفق المكي (٨٢/١)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ٣٨٣) .

٥ . هو محمد بن أحمد أبو زهرة، من أكابر علماء الشريعة الإسلامية في عصره، وُلد في مدينة المحلة الكبرى سنة (١٣١٦هـ)، عُيّن عضواً للمجلس الأعلى للبحوث العلمية، وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، وأصدر من تأليفه أكثر من ٤٠ كتاباً، منها: (تاريخ الجدل في الإسلام)، و(أصول الفقه)، و(الأحوال الشخصية)، ومنها ما تُرجم إلى اللغة الانكليزية، وكانت وفاته في القاهرة سنة (١٣٩٤هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام للزركلي (٦/ ٢٦، ٢٥) .

٦ . أبو حنيفة حياته وعصره، آراؤه وفقهه لأبي زهرة (ص ٣٩٦) .

جواز الاستصناع، وتضمنين الأجير المشترك، ودخول الحمام من غير تقدير للماء المستعمل والزمن الذي يمكث فيه في الحمام، والشرب من يد السقاء من غير تقدير للماء المشروب^(١).
وقد نصَّ ابن عابدين^(٢) رحمه الله تعالى على أن مستند هذه الأمور هو العرف، فقد قال:
"... والاستصناع والشرب من السقاء بلا بيان مقدار ما يشرب، ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث ومقدار ما يصب من الماء، واستقراض العجين والخبز بلا وزن وغير ذلك مما يُني على العرف"^(٣).

وقال الدكتور البوطي في توضيح هذه الصلة بين العرف والاستصلاح: " وإنما تستقر أعراف الناس وعاداتهم في التعامل على أساس مصالح حياتهم ومعايشهم، ولذلك فإن كثيراً من الأحكام المبنية عند أبي حنيفة وبعض أصحابه على العرف إنما هو قائم في نفس الوقت على الاستصلاح، والناظر في أبواب المعاملات من كتب الفقه الحنفية يجدها مملوءة بالاستصلاح، باسم الاستحسان أنا، وباسم عرف الناس أنا آخر"^(٤).

١ . انظر: (ص ٤٣) من هذا البحث .

٢ . هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، وُلِدَ في دمشق عام (١١٩٨هـ)، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، له مؤلفات نافعة، منها: (رد المختار على الدر المختار) ويُعرف بمحاشية ابن عابدين، و(العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية) و(مجموعة رسائل)، توفي في دمشق، سنة (١٢٥٢هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام للزركلي (٤٢/٦).

٣ . رسائل ابن عابدين (٤٥/١) .

٤ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٣٨٣) .

المطلب الثاني _ حجية الاستصلاح في المذهب المالكي:

يُعتَبَرُ الإمام مالك رحمه الله تعالى زعيم الآخذين بالاستصلاح كدليل في استنباط الأحكام، وهذا أمرٌ مشهورٌ عنه^(١)، رواه عنه أتباع مذهبه^(٢) وأتباع المذاهب الأخرى^(٣)، واقتصرتُ على ذكر بعض النصوص التي تثبت ذلك:

١ _ قال القرافي^(٤) رحمه الله تعالى: " وما لم يشهد له باعتبار ولا بإلغاء وهو المصلحة المرسلة، وهي عند مالك رحمه الله حجة " ^(٥) .

٢ _ قال الشاطبي رحمه الله تعالى: " القول بالمصالح المرسلة ليس متفقاً عليه، بل قد اختلف فيه أهل الأصول على أربعة أقوال، ... وذهب مالك إلى اعتبار ذلك، وبني الأحكام عليه على الإطلاق " ^(٦) .

ومع أخذ الإمام مالك بالاستصلاح لم يخرج عن المنهج الصحيح في الاستنباط، ولم يصدر منه مناقضةٌ لأصلٍ من أصول الشرع، قال الشاطبي رحمه الله تعالى مبيناً ذلك: " أما قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب للظاهر للعقول، فإنه _ أي الإمام مالك _ استرسل فيه استرسال المدلل العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله زاعمين أنه خلع

١ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٠) .

٢ . شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٤٤٦)، والاعتصام للشاطبي (ص ٦٠٨)، والموافقات للشاطبي (٢٨٥/٣) .

٣ . انظر على سبيل المثال: روضة الناظر لابن قدامة (٤٨٢/١)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦٠/٤)، والبحر المحيط للزركشي (٨٣/٨)، والتجوير شرح التحرير في أصول الفقه، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٨٨٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الدكتور عبد الرحمن الجبرين، والدكتور عوض القرني، والدكتور أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، (٣٣٩٥/٧)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ٣٦٧) .

٤ . هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، القرافي، من علماء المالكية، وُلِدَ في مصر في القرافة (الحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها (أنوار البروق في أنواء الفروق)، و(الذخيرة) في فقه المالكية، و(شرح تنقيح الفصول) في علم لأصول، توفي في مصر، سنة (٦٨٤) رحمه الله تعالى، انظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي (ص ٦٢-٦٧)، والأعلام للزركلي (٩٤/١، ٩٥) .

٥ . شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٤٤٦) .

٦ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٠٨) .

الرَّبِّقَة، وفتح باب التشريع، وهيهات ما أبعد من ذلك! رحمه الله، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع، بحيث يخيل لبعض أنه مقلد لمن قبله، بل هو صاحب البصيرة في دين الله حسبما بيّن أصحابه في كتاب سيره، بل حكي عن أحمد بن حنبل أنه قال: إذا رأيت الرجل يبغي مالكا فاعلم أنه مبتدع، وهذه غاية في الشهادة بالاتباع " (١) .

ولتحديد معنى المصلحة المرسله عند المالكية بشكل جيد، أسوق هذين النصين، للشاطبي؛ الأول من الموافقات، والثاني من الاعتصام .

النص الأول: قال الشاطبي في الموافقات: " كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائما لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته؛ فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل _ أي المصالح المرسله _ الذي اعتمده مالك والشافعي فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين؛ فقد شهد له أصل كلي،... " (٢) .

من هذا النص يظهر أن المصلحة المرسله عند المالكية هي المصلحة التي لم يشهد لها نصٌ معينٌ، ولكنها ملائمةٌ لجنس تصرفات الشارع، وهذه الملازمة لتصرفات الشارع لا تُعرف من دليل واحد ولا نصٍّ خاصٍّ، وإنما من جملة أدلة وعدة نصوص تفيد القطع بمجموعها، وإن لم تفد القطع بآحادها، فهي حجةٌ عندهم، ولكن دون اشتراط التأثير الذي قال به الحنفية (٣) .

النص الثاني: قال الشاطبي في الاعتصام: " المعنى المناسب الذي يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يشهد الشرع بقبوله، فلا إشكال في صحته، ولا خلاف في إعماله، وإلا كان مناقضةً للشريعة، كشرعية القصاص حفظاً للنفوس والأطراف وغيرها .

والثاني: ما شهد الشرع برده فلا سبيل إلى قبوله، ... باتفاق ...

والثالث: ما سكنت 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

١ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٣١) .

٢ . الموافقات للشاطبي (١/٣٢، ٣٣) .

٣ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٥) .

على تقدير أن لم يرد نص على وفقه؛ فإن هذه العلة 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 .

والثاني: أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلة " (١) .

ويؤخذ من هذا النص أن المصلحة التي لا تلائم تصرفات الشرع مصلحة مسكوت عنها، وهي مصلحة غريبة، لا يؤخذ بها، أما المصلحة المرسلة فليست مسكوتاً عنها، بل هي مصلحة اعتبرتها الشريعة بجملة نصوص ومجموع أدلة، فهي إذن ليست شيئاً خارجاً عن هذه الأدلة والأصول، وعلى ذلك فإنه يلزم للمجتهد الذي يدعي أن هناك مصلحة توجب إعطاء الواقعة حكماً معيناً أن يثبت أن لهذه المصلحة جنساً اعتبره الشارع بنصوص شرعية، وإلا فهو تشريع منه بالرأي (٢) .

ومن أمثلة الاستصلاح عند المالكية:

المثال الأول: قال الشاطبي: " لو طبق الحرام الأرض، أو ناحية من الأرض يعسر الانتقال منها، وانسدَّت طرق المكاسب الطيبة، ومست الحاجة إلى الزيادة على سد الرmq، فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة، ويرتقي إلى قدر الحاجة في القوت والملبس والمسكن، إذ لو اقتصر على سد الرmq لتعطلت المكاسب والأشغال، ولم يزل الناس في مقاساة ذلك إلى أن يهلكوا، وفي ذلك خراب الدين، لكنه لا ينتهي إلى الترفه والتنعم، كما لا يقتصر على مقدار الضرورة، وهذا ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص على عينه؛ وإنما شهد لجنسه في رفع الحرج، فإنه قد أجاز أكل الميتة للمضطر، والدم، ولحم الخنزير (٣)، وغير ذلك من الخبائث المحرمات .

١ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٠٩-٦١٢) .

٢ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٦٥، ٦٦) .

٣ . قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ

إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، [البقرة: ١٧٣] .

وحكى ابن العربي^(١) الاتفاق على جواز الشبع عند توالي المخمصة، وإنما اختلفوا إذا لم تتوال، هل يجوز له الشبع أم لا؟ وأيضاً فقد أجازوا أخذ مال الغير عند الضرورة أيضاً، فما نحن فيه لا يقصر عن ذلك " (٢) .

فهذا مثال واضح في حكم شرعي قام على أساس المصلحة لتأمين المصالح الحاجية، ولم يشهد الشارع له، لكنه ملائم لتصرفات الشارع، وقد شهد الشارع لجنسه في رفع الحرج .

المثال الثاني: ذكر الشاطبي أن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، وقال سيدنا علي عليه السلام: " لا يصلح الناس إلا ذاك " (٣) .

وقال الشاطبي: " ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصُّنَاع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ميسر الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين، وهذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا ذاك .

ولا يُقال: إن هذا نوع من الفساد وهو تضمين البريء، إذ لعله ما أفسد، ولا فُرط، فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد، لأننا نقول: إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت، ووقع التلف من الصناع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب الفوت فوت الأموال، وأنما لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط ... " (٤) .

١ . هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي، أبو بكر ابن العربي، قاض، من حفاظ الحديث، بلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين، ولد في إشبيلية، سنة (٤٦٨هـ)، وصنف كتباً، منها: توفي بقرب فاس، ودفن بها، عام (٥٤٣هـ)، رحمه الله تعالى، من كتبه (العواصم من القواصم)، و(عارضة الأحوزي في شرح الترمذي)، و(أحكام القرآن)، و(المحصل) في أصول الفقه، انظر: الديباج المذهب لابن فرحون (ص ٢٨١-٢٨٤)، والأعلام للزركلي (٦/٢٣٠) .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٢٣) .

٣ . سبق تخريجه، انظر: (ص ٨٨) من هذا البحث .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٦) .

ثم ذكر الشاطبي أن تضمين الصانع هو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(١)، ولم يشهد الشارع لهذا الحكم لكنه ملائم تصرفات الشارع، وتشهد له الأصول من حيث الجملة، فقد نهي النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد، ونهى عن تلقي الركبان^(٢).

وهذا الحكم سببه فساد الدّم، وقلة الأمانة، فالغالب في دعاوى الصانع الكذب فيما يتعلق بتلف أموال الناس بأيديهم، فإذا عاد سلطان الدين إلى النفوس، وغلب على طبقة الصانع الأمانة، فيجب الحكم بعدم التضمين^(٣).

المثال الثالث: قال الشاطبي: "يجوز قتل الجماعة بالواحد، والمستند فيه المصلحة المرسلّة، إذ لا نص على عين المسألة، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو مذهب مالك والشافعي، ووجه المصلحة أن دم القتل معصوم، وقد قُتل عمداً، فإهداره داعٍ إلى خرم أصل القصاص، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل إذا عُلِمَ أنه لا قصاص فيه، ... مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء، وعليه يجري عند مالك قطع الأيدي باليد الواحدة، .." (٤).

ويزيد وضوح وجه المصلحة المرسلّة في هذا الحكم الذي يلائم تصرفات الشارع، بما قاله الشاطبي في الموافقات، فقد قال: "النفس تُهي عن قتلها، وجُعِل قتلها موجِباً للقصاص مُتَوَعِّداً عليه، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك، كما كانت الصلاة مقرونة بالإيمان، ووجب سد رمق المضطر، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه، وأقيمت الحكام

١ . المرجع السابق (ص ٦١٧) .

٢ . متفق عليه، أخرجه البخاري بلفظ: "قال رسول الله ﷺ: ((لا تلقوا الركبان، ولا يبيع حاضر لباد))"، في كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر، وهل يعينه أو ينصحه، (٧٢/٣)، رقم الحديث (٢١٥٨)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، (١١٥٥/٣)، رقم الحديث (١٥١٥) .

ومعنى بيع الحاضر للبادي كما قال ابن حجر: "أن يجيء البلد غريب بسلعته يريد بيعها بسعر الوقت في الحال، فيأتيه بَلَدِيٌّ فيقول له: ضعه عندي لأبيعه لك على التدرّج بأعلى من هذا السعر"، فتح الباري لابن حجر (٣٧١/٤) .

أما تلقي الركبان: فهو استقبال حملة البضائع وشراؤها منهم قبل وصولهم للأسواق، وهذا فيه خداع للركبان حيث يخفي المتلقون لهم سعر السوق فيأخذوها منهم بسعر أقل لجهل الركبان القادمين بسعر السوق، انظر: فتح الباري لابن حجر (٣٧٤/٤) .

٣ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٧٨) .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٢٣) .

والقضاة والملوك لذلك، ورُتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير، .. " (١) .

فالشرع قاصد للحفاظ على النفس، مشرّع لذلك أحكاماً كثيرة، وقتل الجماعة بالواحد مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع، وداخلة تحت جنس شهدت له عدة نصوص في الشرع، بحيث تدل بطريق القطع على وجوب مراعاة هذا المقصود، ومنع كل ما يفوّته (٢) .

١ . الموافقات للشاطبي (٣١/١، ٣٢) .

٢ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٨٩) .

المطلب الثالث _ حجية الاستصلاح في المذهب الشافعي:

أولاً _ إثبات أخذ الإمام الشافعي بالاستصلاح:

لقد أخذ الإمام الشافعي رحمه الله تعالى بالاستصلاح من الناحية العملية مع أنه لم يذكره ضمن الأدلة التي اعتمدها في استنباط الأحكام^(١).

ومن الأدلة على ذلك:

١ _ عملُ الإمام الشافعي بالاستصلاح مندرجٌ ضمن القياس الذي أخذ به، فالقياس عنده يشمل الاستصلاح؛ لأنه يشمل المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشارع ما دامت هذه الملاءمة تُعرف من نصوص الشرع^(٢).

قال الإمام الشافعي بعد أن ذكر أمثلة للقياس: " وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمى هذا (قياساً)، ويقول: هذا معنى ما أحل الله، وحرّم، وحجّد، وذمّ، لأنه داخلٌ في جملته، فهو بعينه، ولا قياسٌ على غيره، ويقول مثل هذا القول في غير هذا، مما كان في معنى الحلال فأحل، والحرام فحرّم، ويمتنع أن يُسمّى (القياس) إلا ما كان يحتمل أن يُشبّه بما احتمل أن يكون فيه شَبَهاً من معنيين مختلفين، فَصَرَفَهُ على أن يقيسه على أحدهما دون الآخر، ويقول غيرهم من أهل العلم: ما عدا النصّ من الكتاب أو السنة، فكان في معناه فهو قياس، والله أعلم " ^(٣).

وعلق الدكتور البوطي رحمه الله تعالى على هذا النص قائلاً: " فكلام الشافعي هذا صريحٌ في أنه ممن يعني بالقياس كل ما عدا الكتاب والسنة مما كان في معناه، أي مما كان فيه معنى الحلال فيكون بموجبه حلالاً أو مما كان فيه معنى الحرام فيكون بموجبه حراماً، وإن لم يتوفّر شاهدٌ من أصلٍ جزئيّ يُقاس عليه بجامع الشبه الجزئي ... فإذا قيل هذا فإن هذا النص إنما يدل على اندراج الاستصلاح فيه بالعموم الشامل لغيره من وجوه الاجتهاد والقياس " ^(٤).

١ . الرسالة للشافعي (ص ٣٤)، (ص ٤٧٦) .

٢ . انظر: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٣١١)، وضوابط المصلحة للبطي (ص ٣٧٠).

٣ . الرسالة للشافعي (ص ٥١٥) .

٤ . وضوابط المصلحة للبطي (ص ٣٧١) .

وقال الزنجاني^(١) رحمه الله تعالى: " ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كليّ الشرع وإن لم تكن مستندةً إلى الجزئيات الخاصة جائزٌ " (٢) .

ثم قال بعد أن ذكر أمثلةً على ذلك: " واحتج في ذلك بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها، وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تُقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذاً من طريق آخر يُتوصّل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي " (٣) .

فكلام الزنجاني هذا يوضح كلام الإمام الشافعي الآنف الذكر، فهو يُطلق القياس على كلّ ما فيه معنى الحرام فيُحرّم، أو معنى الحلال فيُحلّل، ويندرج الاستصلاح ضمن هذا بداهةً، وزاد الأمر تثبيتاً كلام الزنجاني فكان شارحاً ومؤكداً أخذ الإمام الشافعي بالاستصلاح ولو لم ينصّ عليه ضمن أصوله التي عمل بها، وإنما هو مندرجٌ تحت معنى القياس .

وقال الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى: " وقد ثبت أن الشافعي يأخذ بالمصالح المرسلة ... لكنه يدخلها في القياس " (٤) .

فالإمام الشافعي رحمه الله يأخذ بالاستصلاح ويُطلق عليه اسم القياس، ولا مشاحة في الاصطلاح^(٥) .

١ . هو أبو المناقب محمود بن أحمد بن بختيان الزنجاني الشافعي، كان بجرّاً في العلم، برز في الفقه والأصول والتفسير والحديث، من أهم مؤلفاته: (تذيب الصحاح للجوهري)، و(تخريج الفروع على الأصول)، استشهد في بغداد عام (٦٥٦هـ) أيام دخول التتار بقيادة هولاكو، رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعيين لابن كثير (ص ٨٧٨)، والأعلام للزركلي (١٦١/٧) .

٢ . تخريج الفروع على الأصول، لمحمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، (١٣٩٨هـ)، (ص ٣٢١) .

٣ . تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ٣٢٢) .

٤ . أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦٧/٢) .

٥ . قاعدة ذكرها الأصوليون كثيراً، وتعني أن الخلاف في اللفظ والمسميات لا يضر، وهو ليس خلافاً، انظر مثلاً: روضة الناظر لابن قدامة (٥٠٦/١)، وكشف الأسرار للبخاري (١٣/٤)، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن الإسني أبو محمد، المتوفى سنة (٧٧٢هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٠هـ)، (ص ٥٨)، والموافقات للشاطبي (٤١١/١)، وشرح التلويح على التوضيح للفتنازاني (٢٤٤/٢)، وقال الغزالي: " لامشاحة في الألفاظ "، المستصفي (ص ٤٦) .

وعلماء الأصول من الشافعية ينسبون إلى الإمام الشافعي القول بالقياس، ثم يجعلون الوصف الذي اعتبر الشارع جنسه في جنس الحكم مصلحةً اعتبرها الشارع، ويفسّرون هذا الاعتبار بإيراد الشارع الفروع على وفقها، وبذلك تكون المصالح الملائمة داخلةً عند الإمام الشافعي في باب القياس ^(١).

فمثلاً: الإسنوي رحمه الله تعالى ^(٢) قسّم الوصف المعتبر أقساماً جعل منها ملائم المرسل، فقال: " الرابع: أن يعتبر الشارع جنس الوصف في جنس الحكم، كما قال عليّ رضي الله عنه في شارب الخمر: أرى أنه إذا شرب هذى وإذا هذى افتري، فيكون عليه حد المفترى يعني القاذف، ووافقه الصحابة على ذلك فقد أوجبوا حد القذف على الشرب، لا لكونه شرباً بل أقاموا مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف، قياساً على إقامة الخلوة بالأجنبية مقام الوطء في التحريم؛ لكون الخلوة مظنةً له، فقد ظهر أن الشارع اعتبر المظنة التي هي جنس لمظنة الوطء ولمظنة القذف في الحكم الذي هو جنس لإيجاب حد القذف ولحرمة الوطء " ^(٣).

وهذا المثال هو ما ضربه الشاطبي على الأخذ بالمصالح المرسلة ^(٤)، لكن الشافعية أدخلوه في باب القياس.

٢ _ نسبة بعض الأصوليين إلى الإمام الشافعي ما يفيد أخذه بالاستصلاح:

نسب بعض علماء الأصول إلى الإمام الشافعي ما يفيد قبوله للمصالح المرسلة، سواءً من علماء الشافعية أو غيرهم من علماء المذاهب الأخرى، وهذا يثبت اعتماد الشافعية للاستصلاح، فعلي سبيل المثال:

١ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٣٢٨)، وانظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣/٢٨٣، ٢٨٤)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص ٣٢٧).

٢ . هو أبو محمد عبد الرحيم بن الحسن جمال الدين الإسنوي الشافعي، ولدَ بأسنا، في مصر، سنة (٤٧٠ هـ)، انتهت إليه رئاسة الشافعية، كان مفسراً وأصولياً وأديباً، من أهم مؤلفاته: (التمهيد في تخريج الفروع على الأصول)، و(نهاية السؤل شرح منهاج الوصول) في أصول الفقه، و(طبقات الشافعية)، توفي سنة (٧٧٢ هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه، انظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢ هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق ومراقبة: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر اباد، الهند، الطبعة الثانية، (١٣٩٢ هـ/١٩٧٢ م)، (٣/٤٧-١٥٠)، والأعلام للزركلي (٣/٣٤٤).

٣ . نهاية السؤل للإسنوي (ص ٣٢٧).

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٥).

أ _ من علماء الحنفية: ذكر ابن أمير حاج أن الإمام الشافعي يقول بالمصالح الملائمة لتصرفات الشارع، فقال: " المرسل الملائم: وعن الشافعي ومالك قبوله " (١)، وهو يرى أن المرسل الملائم هو المصالح المرسلة (٢) .

ب _ من علماء المالكية: صرح الشاطبي أن الإمام الشافعي ممن يقول بالمصالح الملائمة التي ترجع إلى جنسٍ اعتبره الشارع في الجملة، فقال: " كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته؛ فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي؛ فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين؛ فقد شهد له أصل كلي " (٣) .

وبين الشاطبي أن الاستدلال المرسل هو المصالح المرسلة نفسها، فتكون النتيجة أن الشاطبي نسب إلى الإمام الشافعي العمل بالمصالح المرسلة .

قال الشاطبي: " .. أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلة " (٤) .

ج _ من علماء الشافعية: قال الزنجاني: " ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كليّ الشرع وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة جائز، ... وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي " (٥) .

ثم ذكر دليل الإمام الشافعي في الأخذ بهذه المصلحة الملائمة المستندة إلى كليّ الشرع، فقال: " واحتج في ذلك بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها، وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تُقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذاً

١ . التقرير والتحبير لابن أمير حاج (١٥٠/٣) .

٢ . التقرير والتحبير لابن أمير حاج (١٤٧/٣-١٥١) .

٣ . الموافقات للشاطبي (٣٢/١، ٣٣) .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٢) .

٥ . تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ٣٢٠، ٣٢١) .

من طريق آخر يُتوصَّل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي^(١).

وذكر الجويني مذهب الإمام الشافعي أنه: " يسوّغُ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقاً، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول قارة في الشريعة " ^(٢) .

ثم قال: " المعروف من مذهب الشافعي التمسك بالمعنى وإن لم يستند إلى أصل على شرط قربه من معاني الأصول الثابتة " ^(٣) .

ثم قال: " إذا استندت المعاني إلى الأصول فالتمسك بها جائز، وليست الأصول وأحكامها حججاً وإنما الحجج في المعنى، ... ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة " ^(٤) .

فهذه النقول من علماء الأصول تثبت أخذ الإمام الشافعي بالمصالح الملائمة لتصرفات الشارع، ولو لم يكن قد ذكرها كدليل مستقلٍ وإنما أخذ بها على أنها مندرجة ضمن القياس .

ثانياً _ أمثلة أخذ الإمام الشافعي بالاستصحاب:

وأذكر على ذلك مثالين:

الأول: قال الإمام الشافعي: " الرجوع عن الشهادات ضربان: فإذا شهد الشاهدان، أو الشهود على رجل بشيء يُتلف من بدنه، أو يُنَالُ مثل قطع، أو جلد، أو قصاص في قتل، أو جرح وفعل ذلك به، ثم رجعوا فقالوا: عمدنا أن يُنال ذلك منه بشهادتنا، فهي كالجناية عليه؛ ما كان فيه من ذلك قصاص حُرِّ بين أن يقتص، أو يأخذ العقل، وما لم يكن فيه من ذلك قصاص أخذ فيه العقل وعُزِّروا دون الحد " ^(٥) .

١ . تخريج الفروع على الأصول للزنجاني (ص ٣٢٢) .

٢ . البرهان في أصول الفقه للجويني (١٦١/٢) .

٣ . البرهان في أصول الفقه للجويني (١٦٢/٢) .

٤ . البرهان في أصول الفقه للجويني (١٦٣/٢) .

٥ . الأم للشافعي (٥٧/٧) .

قال الدكتور البوطي تعليقاً على هذا النص: " فالقول بهذا لا يعتمد على دلالة نصٍّ من كتاب أو سنة، ... وإنما هو استصلاحٌ يعتمد على ما تقتضيه مصلحة حقن الدماء ... ولا يضير ذلك أن الشافعي يعتبره قياساً، إذا ليس في التسمية والخلاف فيها كبير غرض " (١) .

الثاني: نقل الزركشي^(٢) عن الإمام الشافعي _ مثبتاً أخذه بالمصالح المرسلة _ أنه قال: "قال في الغاصب تكثر تصرفاته في المال المغصوب أن لمالكه إجازة تصرفاته؛ إذ يُعتبر اتباع مصلحة، وكذا قال في العاملين مع أن الملك شرط لصحة العقد والإجازة عند بطلانه من الفضولي، ولكن إذا كثرت التصرفات وظهر العسر اقتضت المصلحة ذلك " (٣) .

ثالثاً _ الاستصلاح عند الغزالي:

تحدّث الغزالي عن الاستصلاح، ولكن يظهر الاختلاف في حديثه عن الاستصلاح من خلال كتبه: (المستصفى والمنحول وشفاء الغليل)، مما أدّى إلى الاختلاف في نقل مذهبه في الاستصلاح، فكان لا بدّ من إزالة اللبس في ذلك:

في كتابه المستصفى قسّم المصالح المرعية شرعاً إلى ثلاث مراتب: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، ثم قال: " وإذا عرفت هذه الأقسام فنقول: الواقع في الرتبين الأخيرتين لا يجوز الحكم بمجرد إن لم يعتضد بشهادة أصل إلا أنه يجري مجرى وضع الضرورات، فلا بُدّ في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، وإن لم يشهد الشرع بالرأي، فهو كالاستحسان، فإن اعتضد بأصلٍ فذاك قياس، وسيأتي، أما الواقع في رتبة الضرورات فلا بُدّ في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، وإن لم يشهد له أصل معين " (٤) .

ثم اشترط لاعتبار المصلحة أن تكون ضرورةً قطعية كلية (٥) .

١ . ضوابط المصلحة للوطي (ص ٣٧٩) .

٢ . هو محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله، بدر الدين، وُلِدَ في مصر سنة (٧٤٥هـ)، أصله تركي، عالم بفقه الشافعية والأصول، له تصانيف كثيرة في عدة فنون، منها: (الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة)، و (البحر المحيط) في أصول الفقه، و (إعلام الساجد بأحكام المساجد)، توفي في مصر، سنة (٧٩٤هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية، لابن قاضي شعبة (٣/١٦٧، ١٦٨)، والأعلام للزركلي (٦/٦٠، ٦١) .

٣ . البحر المحيط للزركشي (٧/٢٧٥) .

٤ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٥) .

٥ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٦) .

ثم قال بعد صفحات: " وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة " (١) .

ولكن لا معنى لجعله المصالح فقط في رتبة الضرورات حجة مع قوله بأن المصالح المرسله الداخلة ضمن مقاصد الشرع يجب القطع بكونها حجة ولا وجه للخلاف في اتباعها، فكل من الضروريات والحاجيات والتحسينيات قد يدخل ضمن مقاصد الشارع، ولهذا اختلفت تفاسير رأي الغزالي في الاستصلاح (٢) .

فذكر الكمال بن الهمام، والبيضاوي (٣) رحمهما الله أن رأي الغزالي في الاستصلاح أنه يعتبره إن استند إلى مصلحة ضرورية قطعية كلية، واختار البيضاوي هذا الرأي (٤) .

في حين أن السبكي ذكر كلاماً آخر، وهو أدق، أخذه من مجموع كلام الغزالي حول الاستصلاح، وهو أن الغزالي اشترط في المصلحة أن تكون ضرورية كلية قطعية لإخراجها عن محل الخلاف، فهذه المصلحة يؤخذ بها اتفاقاً، أما ما لم تتوفر هذا الشروط فالأمر فيه خلاف، فقد قال: " وليس منه _ أي من المناسب المرسل _ مصلحة ضرورية كلية قطعية، واشترطها الغزالي للقطع بالقول به، لا لأصل القول به، قال: والظن القريب من القطع كالقطع " (٥) .

وفهم السبكي هو الفهم المتلائم مع كلام الغزالي، ففي كتابه شفاء الغليل أدخل الحاجيات أيضاً، ولم يشترط الكلية والقطعية، فقال: " أما الواقع من المناسبات في رتبة الضروريات أو الحاجيات كما فصلناها فالذي نراه فيها أنه يجوز الاستمسك بها إن كان ملائماً لتصرفات الشرع، ولا يجوز الاستمسك بها إن كان غريباً لا يلائم القواعد " (٦) .

١ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٩) .

٢ . بتصرف عن ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٣٩٣، ٣٩٤) .

٣ . هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، أبو سعيد، ناصر الدين البيضاوي، ولد في المدينة البيضاء بفارس، وولي القضاء بشيراز، كان عالماً بالفقه والتفسير والمنطق والحديث، وكان زاهداً متعبداً، من أهم مؤلفاته : (أنوار التنزيل وأسرار التأويل)، ويعرف بتفسير البيضاوي، (منهاج الوصول إلى علم الأصول)، توفي سنة (٦٨٥هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (١٥٨/٨)، والأعلام للزركلي (١١٠/٤) .

٤ . انظر: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإسنوي (ص ٣٦٤)، والتقريب والتجوير على تحرير الكمال بن الهمام، لابن أمير حاج (١٥٠/٣) .

٥ . جمع الجوامع للسبكي (ص ٩٣) .

٦ . شفاء الغليل للغزالي (ص ١٨٨) .

وفي كتابه المنحول لم يشترط لاعتبارها أي رتبة من مراتب المصالح^(١) .

ففهم السُّبُكي لرأي الغزالي هو الصواب والله تعالى أعلم، حتى يتمّ الجمع بين كلامه في كتبه الثلاثة، فيكون رأي الغزالي أنه يأخذ بالاستصلاح ما دامت المصلحة التي يستند إليها داخله في مقاصد الشارع ملائمة لتصرفاته، والله تعالى أعلم .

وهذا هو الذي يوافق مذهب الشافعية في اعتبار المصلحة الملائمة لتصرفات الشارع .

ويمكن القول إن نظرية الاستصلاح عند الغزالي، لها ثلاثة أسس^(٢):

الأول: أنها ليست أصلاً مستقلاً عن أصول التشريع؛ لأنها عنده ترجع إلى المحافظة على مقاصد الشارع، فهي من طرق الاستدلال تعتمد على النصوص، وليست من باب القياس، ومقاصد الشرع تُعرف بالكتاب والسنة والإجماع^(٣) .

الثاني: المصلحة المرسلّة إذا فُسِّرَت بأنها المحافظة على مقصود الشارع فهي حجة قطعية لا ينبغي الخلاف فيها بين الأئمة، وإذا ثار خلاف بينهم بشأنها فهو خلافٌ يرجع إلى تطبيق الأصل وتحقيق مناطه، لا إلى أصل صحة الاحتجاج به^(٤) .

الثالث: ملائمة المصلحة المرسلّة لتصرفات الشارع شرطٌ لقبولها، أما المصلحة المرسلّة الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع فهي باطلة .

قال الغزالي: "... فالذي نراه فيها أنه يجوز الاستمسك بها إن كان ملائماً لتصرفات الشرع، ولا يجوز الاستمسك بها إن كان غريباً لا يلائم القواعد " ^(٥) .

١ . المنحول للغزالي (ص ٤٦٥) .

٢ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٤٢٤-٤٢٨) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٩) .

٤ . المستصفى للغزالي (ص ١٧٩) .

٥ . شفاء الغليل للغزالي (ص ١٨٨) .

المطلب الرابع _ حجية الاستصلاح في المذهب الحنبلي:

أولاً: إثبات عمل الإمام أحمد وأتباع مذهبه بالاستصلاح:

ذكر عددٌ من أتباع الإمام أحمد _ كابن القيم رحمه الله تعالى^(١) _ أصوله التي اعتمد عليها في الاستنباط، ولكنهم ما ذكروا أصل الاستصلاح^(٢).

ولكن بعد البحث والتحقيق يظهر أن الإمام أحمد لم يكن يعدّ الاستصلاح أصلاً مستقلاً برأسه، وإنما كان يأخذ به كمعنى من معاني القياس، تماماً كما فعل الإمام الشافعي، والأخذ بالقياس بهذا المعنى الواسع كان اصطلاحاً يكاد يكون عاماً في صدر عصر الأئمة الأربعة^(٣).

ولإثبات أخذ الحنابلة بالاستصلاح سُقَّت طائفةٌ من نصوص الأصوليين من الحنابلة وغيرهم، كما ذكرتُ نصوصاً لمعاصرين من أهل العلم .

١ _ من نصوص الحنابلة:

أ _ قال ابن تيمية رحمه الله تعالى^(٤): " ومن استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، _ [البقرة: ١٧٣]، _ وقوله: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ ۚ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، _

١ . هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرعيّ الدمشقيّ، شمس الدين، وُلِدَ في دمشق، سنة (٦٩١هـ)، تتلمذ لابن تيمية، وكان حسن الخلق محبوباً عند الناس، وألّف تصانيف كثيرة منها: (إعلام الموقعين)، و(الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)، و(أحكام أهل الذمة)، و(زاد المعاد)، توفّي في دمشق سنة (٧٥١هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامي الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٥ هـ/ ٢٠٠٥ م)، (١٧٩-١٧٠/٥).

٢ . إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، د/ت، ط، (٢٤/١-٢٦).

٣ . انظر: ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لمحمد أبو زهرة المتوفى سنة (١٣٩٤هـ)، رحمه الله تعالى، دار الفكر العربي، القاهرة، د/ت، ط، (ص ٢٤٧)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ٣٦٨)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٤٧٠).

٤ . هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله، المعروف بابن تيمية، الحارثي، الدمشقي، الحنبلي، تقي الدين، أبو العباس، حافظ، فقيه، ولد في حران، سنة (٦٦١هـ)، وقدم مع والده وأهله إلى دمشق وهو صغير، أمّثجن، وحُبس بقلعة القاهرة، والإسكندرية، وبقلعة دمشق مرتين، ومن مصنفاته: (مجموع الفتاوى)، و(السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية)، و(بيان الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح)، توفي في قلعة دمشق، سنة (٧٢٨هـ) رحمه الله تعالى، انظر: ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامي الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٥ هـ/ ٢٠٠٥ م)، (٤٩١/٤-٥٢٩).

[المائدة: ٣]، _ فكل ما احتاج الناس إليه في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل محرم لم يجرم عليهم؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عادٍ " (١) .

ب _ وقال ابن القيم رحمه الله: " وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة؛ فلا يستغني عنه المكلف " (٢) .

تدل هذه النصوص على أخذ الحنابلة بالمصالح الضرورية والحاجية، وعلى مشروعيتها ما يحتاجه الناس في معاشهم مما لا يصادم الشريعة، وهذا اعتماداً للمصالح المرسلّة التي تلائم نصوص الشرع ولا تعارضه، ولو لم يوجد النص الشرعي لاعتبارها .

ج _ قال ابن بدران رحمه الله تعالى (٣): " واختُلف في حجية المصالح المرسلّة؛ فذهب أصحابنا إلى اعتبارها على ما أسلفناه .. " (٤) .

٢ _ من نصوص غير الحنابلة:

أ _ نقل الشوكاني (٥) والزركشي عن ابن دقيق العيد رحمهم الله تعالى (٦) أنه قال: " نعم،

١ . مجموع الفتاوى، لتقي الدين، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المتوفى سنة (٧٢٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، د/ط، (٦٤/٢٩) .

٢ . إعلام الموقعين لابن القيم (٣٠٠/٣) .

٣ . هو عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران، فقيه أصولي حنبلي، عارف بالأدب والتاريخ، وُلِدَ في دومة بقرم دمشق، ولي إفتاء الحنابلة، له تصانيف، منها: (المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل)، و(شرح روضة الناظر لابن قدامة)، و(تهذيب تاريخ ابن عساكر)، و(الآثار الدمشقية والمعاهد العلمية)، توفّي في دمشق سنة (١٣٤٦ هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: الأعلام للزركلي (٣٧/٤، ٣٨) .

٤ . المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران (ص ٢٩٥) .

٥ . هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، وُلِدَ عام (١١٧٣هـ) في هجرة شوكان باليمن، وهو فقيه مجتهد ولي قضاء صنعاء، له ١١٤ مؤلفاً، منها: (نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار)، و(الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة)، و(إرشاد الفحول) في أصول الفقه، توفّي في صنعاء سنة (١٢٥٠هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: معجم المطبوعات العربية والمعرّبة، ليوسف بن إلبان بن موسى سرقيس، المتوفى (١٣٥١هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة سرقيس، مصر، (١٣٤٦هـ)، (١٩٢٨م)، والأعلام للزركلي (٢٩٨/٦) .

٦ . هو محمد بن علي بن وهب بن مطيع، أبو الفتح، تقيّ الدين القشيري، المعروف كأبيه وجده بابن دقيق العيد، وُلِدَ في ينبع (على ساحل البحر الأحمر) عام (٦٢٥هـ)، فنشأ بقوص في مصر، وتعلم بدمشق والإسكندرية ثم بالقاهرة، كان أصولياً مجتهداً شاعراً، له تصانيف، منها: (إحكام الأحكام) في الحديث، و(تحفة اللبيب في شرح التقريب)، و(شرح الأربعين حديثاً للنووي)،

الذي لا شكَّ فيه أن لمالكٍ ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، — يعني الأخذ بالمصالح المرسلة — ويليه أحمد بن حنبل" (١) .

فهو يصرح بأخذ الإمام أحمد بالمصالح المرسلة، وليس ذلك فحسب، بل يبيِّن إكثار الإمام أحمد بالقول بها، ويصنّفه في الدرجة الثانية بعد الإمام مالك في كثرة الأخذ بها .

ب — ذكر بعض الأصوليين أن الاستصلاح معمولٌ به في كافة المذاهب، وإنما التفاوت بكثرة الأخذ به، وهذا يشمل المذهب الحنابلة، وهذا يصلح دليلاً لإثبات أخذ كل المذاهب بالاستصلاح، وأذكر على سبيل المثال نصين:

الأول — للقراي المالكى، قال: " وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب " (٢) .

الثاني — للزركشي الشافعي، قال: " والمشهور اختصاص المالكية بها — أي المصلحة المرسلة — وليس كذلك، فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معنى للمصلحة المرسلة إلا ذلك " (٣) .

٣ — من نصوص الكتاب المعاصرين في الأصول:

أ — قال أبو زهرة — بعد أن عدّد أصول الإمام أحمد —: " وليس عدم ذكرها — أي المصالح — دليلاً على عدم اعتبارها، بل إن فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلاً من أصول الاستنباط، وينسبون ذلك الأصل إلى إمامهم جميعاً، وإن ابن القيم نفسه يعد المصالح أصلاً من أصول الاستنباط، بل إنه يقرّر أنه ما من أمرٍ شرعه الشارع إلا وهو متفقٌ مع مصالح العباد، وأن أمور الشريعة التي تتصل بمعاملات الناس تقوم على إثبات المصلحة ومنع الفساد والمضرة، ... وينسب

=توفي بمصر، سنة (٧٠٢هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الديباج المذنب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون (ص ٣٢٤، ٣٢٥)، والأعلام للزركلي (٦/٢٨٣) .

١ . البحر المحيط للزركشي (٨/٨٤)، وإرشاد الفحول للشوكاني (٢/١٨٤) .

٢ . شرح تنقيح الفصول للقراي (ص ٣٤٩) .

٣ . البحر المحيط للزركشي (٧/٢٧٥) .

ذلك إلى الإمام أحمد، ولكنه لم يذكره عند ذكر أصوله لأنه يرى أنه داخلٌ في باب القياس الصحيح " (١) .

وقال عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى: " ووجد الصحابة في عصر الراشدين قد أخذوا بالمصالح المرسلة، واعتبروها وحدها مسوغاً للحكم إن لم يكن ثمة نص، ... فاتبعهم أحمد في ذلك وأفتى بالمصالح المرسلة كما أفتوا، واختارها أصلاً من أصول الاستدلال " (٢) .

٢ _ قال الدكتور البوطي عن الإمام أحمد بن حنبل: " وليس شهرة هذا الإمام في الأخذ بالمصالح المرسلة بأقل كثيراً من شهرة الإمام مالك في ذلك، فهو ثاني زعماء الأخذ بهذا الأصل، .. ولم يكن يعد الاستصلاح أصلاً مستقلاً برأسه بمعنى كونه قسماً للكتاب والسنة والقياس بل كان يُعدّ ذلك معنىً من معاني القياس " (٣) .

٣ _ الدكتور حسين حامد حسان^(٤) جعل عنواناً سماً: إثبات اعتماد أحمد بن حنبل على المصالح المرسلة في الاستنباط، وقال تحتها: " لقد صرّح بعض كتّاب الأصول بأن الإمام أحمد رضي الله عنه يعتمد على المصالح المرسلة، كأصلٍ من أصول الاستنباط، كما رأينا شيوخ الحنابلة الذين تصدّروا لدراسة فقه أحمد والتخريج على فتاواه يستعملون عبارة المصلحة كثيراً ...، وهذا يقطع في مجموعه بأن الإمام أحمد رضي الله عنه اعتمد على أصل المصالح الملازمة في التشريع.

ولكننا في نفس الوقت نجد بعض شيوخ الحنابلة .. يذكرون هذه الأصول ولا يجعلون المصلحة المرسلة واحداً منها، بل إن بعض هؤلاء الشيوخ يصرّح بعدم جواز الاعتماد على المصالح المرسلة في الاستنباط، راميةً القائل بهذا النوع بأنه يشرّع من الدين ما لم يأذن به الله، .. والواقع أنه لا تخالف ولا تعارض بعون الله تعالى، ذلك أن المصالح التي يحتجّ بها أحمد وأتباعه مصالح ملازمة لجنس

١ . ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبي زهرة (ص ٢٦٧، ٢٦٨) .

٢ . ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبي زهرة (ص ٢٩٧) .

٣ . ضوابط المصلحة للوطي (ص ٣٦٨) .

٤ . هو حسين حامد حسان، وُلد عام (١٩٣٢)، في مصر، حصل على الدكتوراه من كلية الشريعة جامعة الأزهر، والمجستير في القانون المقارن من كلية الحقوق في جامعة نيويورك، درّس في جامعات وكليات القانون والشريعة في مصر وليبيا والسعودية وباكستان، وعمل كمستشار اقتصادي وقانوني لرئيس جمهورية كازاخستان، وباكستان، وغير ذلك من المناصب والوظائف، له مؤلفات منها: (نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي)، و(نظرية التأمين العيني في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون المدني)، و(أثر التضخم في الحقوق والديون الآجلة)، و(حكم الشريعة في عقود الفنانين وحفلات الموسيقى والغناء)، السيرة الذاتية من الموقع الرسمي للدكتور حسين حامد حسان: (www.hussein-hamed.egx) .

تصرفات الشارع، وليست مصالح غريبة، .. فأتباع الإمام أحمد الذين حصروا أصول الاستدلال عنده في النصوص، وفتاوى الصحابة، والآثار المرسلة والضعيفة، والقياس على واحد منها يقصدون القياس بمعناه الواسع الذي يشمل المصالح التي شهدت الأصول لجنسها بالاعتبار، ولذلك لم يذكروا المصالح المرسلة بين أصول أحمد في الاجتهاد، .. وأما من صرَّح برفض المصالح المرسلة من الحنابلة، فالمصالح الغريبة التي لا تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار عنى " (١) .

فهذه النصوص بمجموعها تصلح أدلةً تثبت اعتماد الاستصلاح دليلاً في الاستنباط في المذهب الحنبلي، والله تعالى أعلم .

ثانياً: أمثلة الأخذ بالاستصلاح عند الحنابلة:

أ _ نقل ابن القيم عن الإمام أحمد أنه قال: " والمخنث يُنفى؛ لأنه لا يقع منه إلا الفساد والتعرض له، وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فساد أهله، وإن خاف به عليهم حبسه " (٢) .

ب _ ذكر ابن القيم أمثلةً وفروعاً عديدةً على حُكْم مستنده المصلحة التي شهد الشارع لجنسها، وهذا الحكم يقول: إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه وتعدّر استئذانه جاز هذا التصرف، فقال: " .. ومنها: لو رأى شاة غيره تموت فذبجها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً، وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك ويقول: هذا تصرف في ملك الغير، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به، وترك التصرف ها هنا هو الإضرار .

ومنها لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك، ولم يضمن نقب الحائط، ومنها لو وقعت النار في دار جاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها لم يضمن، ومنها الاستناد إلى جداره والاستغلال به، ومنها الاستمداد من محبرته، وقد أنكر الإمام أحمد على من استأذنه في ذلك، وهذا أكثر من أن يحصر .

١ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٤٦٨) .

٢ . إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٢٨٧/٤) .

وعليه يُجَرَّح حديث عروة بن الجعد البارقِي رضي الله عنه ^(١) حيث أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى شاتين بدينار، فباع إحداها بدينار، وجاءه بالدينار والشاة الأخرى ^(٢)، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي، .. ولا إشكال بحمد الله في هذا الحديث بوجه ما، وإنما الإشكال في استشكله؛ فإنه جارٍ على محض القواعد كما عرفت ^(٣) .

فهذه الأمثلة مصالح جزئية لم يرد فيها نص، ولم يشهد لها أصلٌ معيّن لتكون قياساً، وإنما شهد لها أصلٌ كليٌّ مأخوذ من استقراء جملة نصوص، منها حديث سيدنا عروة البارقِي رضي الله عنه، حيث تصرف وباع وقبض وأقبض بغير إذن النبي ﷺ لظهور الحاجة إلى هذا التصرف لما فيه من المصلحة الراجحة، مع تعذر الإذن، وقد أقرّ النبي ﷺ هذه التصرفات، فكان دليلاً على أن كل من تصرف في مال غيره لمصلحة ربّ المال مع عدم القدرة على استئذانه فتصرفه ماضٍ صحيح، ولا يُعدُّ متعدياً بهذا التصرف ^(٤) .

فهي إذاً تستند إلى مصلحةٍ شهد الشارع لها، مصلحةٍ ملائمةٍ جاريةٍ على محض قواعد الشريعة كما عبّر ابن القيم .

ج — قال ابن رجب رحمه الله تعالى ^(٥): " من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس إليه ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم

١ . هو عروة بن الجعد، وقيل: ابن أبي الجعد، البارقِي، وقيل: الأزديّ، سكن الكوفة، له أحاديث، وهو الذي أرسله النبي ﷺ ليشتري الشاة بدينار، فاشترى به شاتين، والحديث مشهور في البخاري وغيره، ولم أجد تاريخ ولادته ووفاته فيما بحث فيه، انظر: أسد الغابة، لأبي الحسن علي بن محمد ابن الأثير، المتوفى سنة (٦٣٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، (٥٢٣/٣)، (٥٢٤)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٤٠٣/٤).

٢ . هذا الحديث رواه البخاري، عن عروة: أن النبي ﷺ ((أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداها بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه))، في كتاب المناقب، (٢٠٧/٤)، رقم الحديث (٣٦٤٢) .

٣ . إعلام الموقعين لابن القيم (٢٩٨/٢، ٢٩٩) .

٤ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٤٨٢) .

٥ . هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السّلامي البغدادي ثمّ الدمشقيّ، أبو الفرج، زين الدين، وُلِدَ في بغداد، عام (٧٣٦هـ)، عالمٌ حنبلي المذهب، حافظٌ للحديث، بركةٌ، حجةٌ، زاهدٌ، من كتبه: (شرح جامع الترمذي)، و(جامع العلوم والحكم) في الحديث، و(القواعد الفقهية)، و(لطائف المعارف)، نشأ وتوفي في دمشق، سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، انظر: ذيل (طبقات الحفاظ للذهبي)، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، (ص ٢٤٣)، وشذرات الذهب لابن العماد (٥٧٨/٨-٥٨٠)، والأعلام للزركلي (٢٩٥/٣) .

يترتب عليه أحكامه، ويتخرّج على ذلك مسائل كثيرة، منها: الفارّ من الزكاة بتنقيص نصابه قبل تمام الحول تجب عليه الزكاة...، ومنها: قتل الموصى له الموصي بعد الوصية فإنه تبطل الوصية...، ومنها: السكران بشرب الخمر عمداً يُجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب بخلاف من سكر بينج أو نحوه... " (١) .

قال حسين حامد حسان عن هذه الفتاوى: " كان سند الفتوى فيها المصلحة المرسلّة، ذلك أن المصلحة في هذه الفروع لم يشهد لها نصٌّ معيّن حتى يمكن القياس عليه، ولكن شهدت لجنس هذه المصالح نصوص الشريعة في الجملة...، وأهم النصوص التي تشهد لهذه المصلحة هو منع الشارع القاتل من الميراث^(٢)، فإن القتل سببٌ يفيد الملك للقاتل بالميراث،.. لما وقع هذا السبب على وجهٍ محرّم كان العدم ولم يترتب عليه أثر، وبذلك يكون الشارع قد اعتبر هذا الجنس بإيراد هذا الفرع على وفقه " (٣) .

ثالثاً: المصلحة المرسلّة عند الطوفي:

لا بد من الإشارة إلى تفرّد الطوفي^(٤) بكلامه حول المصلحة وخروجه على اتفاق

١ . القواعد لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، (ص٢٢٩، ٢٣٠)، وانظر: إعلام الموقعين لابن القيم (١٩٣/٣) .

٢ . والنص هو قوله ﷺ: ((القاتل لا يرث))، رواه الترمذي في سننه بهذا اللفظ، في أبواب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، (٤/٤٢٥)، رقم الحديث (٢١٠٩)، وابن ماجه في سننه، سنن ابن ماجه، لابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، المتوفى سنة (٢٧٣هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، د.ت.ط، في كتاب الديات، باب القاتل لا يرث، (٢/٨٨٣)، رقم الحديث (٢٦٤٥)، قال ابن الملقن: " هذا الحديث رواه ابن ماجه في سننه، والترمذي في جامعه، ثم قال: هذا حديث لا يصح، ولا يعرف هذا إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة - يعني المذكور في إسناده - قد تركه بعض أهل العلم، منهم أحمد بن حنبل، قلت: بل تركوه كما قال البخاري، قال يحيى بن معين: رجاله كلهم ثقات إلا إسحاق، وقال البيهقي: إسحاق لا يحتج به، إلا أن له شواهد تقويه"، البدر المنير في تخرّيج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن (٢٢٨/٧).

٣ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص٤٨٧) .

٤ . هو سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، وُلِدَ في قرية (طوف أو طوفا)، من أعمال صرصر، في العراق، سنة (٦٥٧هـ)، فقيه حنبلي، وصفه ابن رجب، وابن العماد الحنبلي بالتشيع المنحرف عن أهل السنة والجماعة، له تصانيف، منها: (معراج الوصول) في أصول الفقه، (العذاب الواصب على أرواح النواصب) وقد حُجِسَ من أجله، وظيف به في القاهرة، و(مختصر الجامع الصحيح للترمذي)، توفّي في فلسطين، سنة (٧١٦هـ) رحمه الله تعالى، انظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب الحنبلي (٤/٤٠٤-٤٢١)، وشذرات الذهب لابن العماد (٨/٧١-٧٣)، والأعلام للزركلي (٣/١٢٧، ١٢٨).

العلماء^(١)، ويمكن إجمال رأي الطوفي في عدة نقاط تُؤخذ من كلامه، أذكرها ثم أردّ عليها:

١ _ أهم النقاط في رأي الطوفي:

أ _ نظرية الطوفي في المصلحة هي طريقة جديدة خالفت ما قاله علماء الأصول والفقه في المصلحة المرسلّة، ومفادها أن التعويل في بناء الأحكام الشرعية على المصالح في المعاملات والعبادات، وهذه المصالح يستقل العقل بإدراكها، وليس على المصلحة الملازمة لجنس تصرفات الشارع، فقد قال: " واعلم أن هذه الطريقة التي قررناها .. ليست هي القول بالمصالح المرسلّة على ما ذهب إليه مالك، بل هي أبلغ من ذلك، وهي التعويل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدّرات، وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الأحكام " (٢) .

وقال: " ولا يقال: إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ من أدلته، .. وأما مصلحة سياسة المكلفين في حقوقهم فهي معلومة لهم بحكم العادة والعقل، فإذا رأينا الشرع متقاعداً عن إفادتها علمنا أننا أحلنا في تحصيلها على رعايتها " (٣) .

ب _ المصلحة أقوى أدلة الشرع، وتقدّم المصلحة مطلقاً على النص والإجماع عند معارضتها لهما، فقد قال بعد أن عدّد أدلة الشرع المتفق عليها والمختلف فيها: " .. وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع، ثم هما إما أن يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها، فإن وافقها فيها ونعمت ولا نزاع، .. وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما " (٤) .

واعتبر المصلحة دليلاً أقوى من النص والإجماع، فقد قال: " إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع، ويلزم من ذلك أنها أقوى من أدلة الشرع، لأن الأقوى من الأقوى أقوى " (٥) .

١ . انظر: شرح الأربعين النووية لسليمان بن عبد القوي الطوفي، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى زيد، تحقيق: الدكتور يسري إبراهيم، دار اليسر، مصر، د.ت.ط، وقد قال فيها عن طريقته هذه في المصلحة: " لم يقل بها أحدٌ "، (ص ٢٣٥)، وقد نشرها محمد رشيد بن علي رضا القلموني الحسيني، المتوفى سنة (١٣٥٤هـ) رحمه الله تعالى، في تفسيره الذي سماه تفسير المنار، نشرته الهيئة المصرية العامة للكتاب، (١٩٩٠ م)، (٧٤٥/٩-٧٧٠)، وأحمد بن حنبل لأبي زهرة (ص ٣٥٢)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٠٢)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٣١) .

٢ . شرح الأربعين النووية للطوفي، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد (ص ٢٣٠) .

٣ . شرح الأربعين النووية للطوفي، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد (ص ٢٤٠) .

٤ . شرح الأربعين النووية للطوفي، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد (ص ٢٠٩) .

٥ . شرح الأربعين النووية للطوفي، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد (ص ٢١٠) .

ج _ عمدة دليل الطوفي على أن المصلحة مقدمة في الرعاية على النص والإجماع أمران: "أحدهما: أن منكري الإجماع قالوا برعاية المصالح، فهي إذاً محل وفاق، والإجماع محل خلاف، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه؟ وثانيهما: أن النصوص مختلفة متعارضة، فهي سبب الخلاف في الأحكام المذموم شرعاً، ورعاية المصالح أمرٌ حقيقي في نفسه لا يُختلف فيه، فهو سبب الاتفاق المطلوب شرعاً؛ فكان أتباعه أولى " (١) .

٢ _ الرد على نظرية الطوفي:

وجدتُ في كلام بعض الكتاب المعاصرين في الأصول ما يكفي _ من وجهة نظري _ الباحثين مؤونة الردِّ على نظرية الطوفي، وأحيل الراغب بالتوسّع في معرفة الردود إليها^(٢)، وأذكر بعض الردود للفائدة:

أ _ وقع الطوفي في تناقضات عديدة في كلامه، فتراه يثبت كلاماً له ثم يعود لينسفه بعد قليل، فمثلاً: عدّد أدلة الشرع واعتبر النص والإجماع أقوى الأدلة، ثم عاد ليقول بأن المصلحة أقوى الأدلة^(٣) .

ب _ إن الأساس الذي بنى عليه زعمه هو أساس محالٍّ غير متصوّر الوقوع، وهو فرض كون المصلحة مخالفة للنص والإجماع، فهو نفسه لم يذكر أي مثال عن هذا التناقض، كما أنه هو نفسه الذي مهّد لبيان هذا المحال عندما ساق البراهين على أن كتاب الله إنما جاء متضمناً لمصالح الخلق، فمن المحال أن تجد آية تدعو إلى ما يخالف المصلحة الحقيقية، والذي يتراءى من ذلك لأول وهلة إنما هو بتأثير الشهوات وقصور العقل عن إدراك كنه المصالح الحقيقية، وإذا تصورنا هذا المحال من مخالفة النصوص للمصلحة فقد سقط إذاً برهان الطوفي الذي بنى عليه دعواه، وهو أن الشريعة لم تأت إلا لرعاية مصالح العباد^(٤) .

١ . شرح الأربعين النووية للطوفي، ملحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد (ص ٢٣٢) .

٢ . انظر مثلاً: ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبي زهرة (ص ٣٥٧-٣٦٣)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٠٧-٢١٥)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٤٨-٥٦٨) .

٣ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٠٧) .

٤ . ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبي زهرة (ص ٣٥٩)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٠٩)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٥٨) .

فالنتيجة: ما فرضه الطّوفي من إمكان مخالفة المصالح للنص أو الإجماع إما أن يكون فرضاً ممكناً أو محالاً، وهو في كلا الحالتين دليلٌ واضح على عكس دعواه^(١).

ج _ لقد ادّعى أن نصوص الشريعة مختلفة متعارضة، فكيف ذلك وهي آتية من عند الله عز وجل؟^(٢)، قال تعالى: ﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾، [النساء: ٨٢].

د _ أدلته لا تنتج مطلوبه، فقد ساق أدلة لا علاقة لها بما ابتغى له الدليل، فمثلاً: اعتبر أن نصوص الشريعة تتقاعد أحياناً عن إفادة المصالح، وتأتي مضادةً لهذه المصالح أحياناً أخرى، والعقل إذا رأى المصلحة في غير ما جاء به النصّ أو أجمع عليه علماء الأمة، وجب تقديم ما يحكم به العقل على مقتضى النص والإجماع، واستدل على هذا بأن العلماء أجمعوا على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد، وأن منكري الإجماع قالوا بالمصالح وعللوا بعض الأحكام المنصوصة بالمصالح ودرء المفاسد، فما الرابطة بين الدليل والمدلول، وما علاقة هذا الدليل بكلامه الذي ذكره، وأين وجه الاستشهاد، ثم إن الإجماع الذي ذكره على تعليل الأحكام بالمصالح ليس صحيحاً... إلخ^(٣).

وأصدق ما يمكن أن يوصف به رأي الطوفي ما ذكره من ردّ عليه أنه وهمٌ، وزيف، وشذوذ، وباطل، وتناول على الشريعة، أضف إلى ذلك أن الطوفي أظهر نفسه على أنه فقيه حنبلي، ثم ظهرت حقيقته، واستبان أموره، فليعلم أنه محل قدح في عقيدته وأفعاله، وله أكاذيب على العلماء، واتهامات خبيثة لسيدنا عمر رضي الله عنه، وأحيل من يريد معرفة التفاصيل إلى مظانه^(٤).

١ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢١٠) .

٢ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢١٢)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٥٦) .

٣ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢١٢)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٥٠، ٥٥١) .

٤ . انظر مثلاً: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب الحنبلي (٤/٤٠٤-٤٢١)، وشذرات الذهب لابن العماد (٧١/٨-٧٣)، وابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبي زهرة (ص ٣٦٢)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٥٦٠)، وضوابط المصلحة للبوطي في ترجمة الطوفي حاشية رقم (١)، (ص ٢٠٢-٢٠٦) .



المبحث الرابع _ حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول، ووجهة نظر الباحث:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول .

المطلب الثاني _ أدلة المثبتين والمناعين لحجية الاستصلاح، ومناقشتها .

المطلب الثالث _ وجهة نظر الباحث في حجية الاستصلاح .



المطلب الأول _ حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول:

لم يتفق الكتّاب المعاصرون في الأصول على حجية الاستصلاح، فمنهم من قال بها، ومنهم من منعها، ويتعذر الإحاطة بمواقف الكتاب المعاصرين كلهم؛ لذلك ذكرتُ بعضهم بما يفي بالغرض من وجهة نظري .

أولاً _ القائلون بحجية الاستصلاح:

قرّر جمهور الكتاب المعاصرين في الأصول حجية الاستصلاح، ومنهم:

١ _ الأستاذ عبد الوهاب خَلاف^(١) رحمه الله تعالى، فقد قال: " والظاهر لي: هو ترجيح بناء التشريع على المصلحة المرسلّة " ^(٢) .

٢ _ الشيخ محمد الأمين الشنقيطي^(٣) رحمه الله تعالى، حيث قال " فالحاصل أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يتعلقون بالمصالح المرسلّة التي لم يدل دليل على إلغائها، ولم تعارضها مفسدة راجحة أو مساوية، وأن جميع المذاهب يتعلق أهلها بالمصالح المرسلّة، وإن زعموا التباعد منها، ومن تتبع وقائع الصحابة وفروع المذاهب علم صحة ذلك " ^(٤) .

٣ _ الدكتور البوطي، فقد قال: " صفوة القول: المصالح المرسلّة مقبولة بالاتفاق " ^(٥) .

١ . هو عبد الوهاب بن عبد الواحد خَلاف، وُلِدَ عام (١٣٠٥هـ)، بالقاهرة، كان أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، ومفتشاً في المحاكم الشرعية، وأحد أعضاء مجمع اللغة العربية، له تصانيف، منها: (أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية)، و(نور من القرآن الكريم)، و(علم أصول الفقه)، و(السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية)، توفي سنة (١٣٧٥هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الإعلام للزركلي (١٨٤/٤) .

٢ . علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف (ص ٨٨) .

٣ . هو الشيخ محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الشنقيطي، ينتهي نسبه إلى جد قبيلة (تجكانت) من أشهر قبائل موريتانيا علماً وفضلاً، وُلِدَ رحمه الله سنة (١٣٢٥هـ)، بمديرية كيفا من بلاد موريتانيا، درّس في المسجد النبوي، وفي معاهد وكرليات الرياض، ثم في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، له مؤلفات، منها: (دفع إيهام الاضطراب عن آي الكتاب)، و(آداب البحث والمناظرة)، و(أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن)، توفي عام (١٣٩٣هـ)، ودفن بمكة المكرمة، انظر: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، دار الفكر، بيروت، (١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م)، في خاتمة هذا الكتاب ترجمة للشيخ الشنقيطي بقلم الشيخ محمد عطية سالم القاضي بالمحكمة الشرعية بالمدينة المنورة، (٩/٤٧٣-٥٠٤) .

٤ . المصالح المرسلّة، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، المتوفى سنة (١٣٩٣هـ) رحمه الله تعالى، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ)، (ص ٢١) .

٥ . ضوابط المصلحة للبطي (ص ٤٠٧) .

٤ _ الدكتور حسين حامد حسان، قال: " ما انتهينا إليه اعتماد المجتهدين جميعاً على المصالح المرسله، كما يؤخذ من الفروع التي رويت عنهم، أو الفتاوى التي نُسبت إليهم " (١) .

٥ _ الدكتور نور الدين بن مختار الخادمي^(٢)، قال: " المصلحة المرسله حجة يُعمل بها ويُعَوَّل عليها، إذا انضبطت بشروطها وقيودها، ومعارضة بعضهم لذلك معارضةً ظاهريه"^(٣) .

٦ _ عبد الحميد علي حمد محمود، قال: " تبين لي أن المصلحة المرسله حجة يُعتدُّ بها، وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء المعاصرين " (٤) .

٧ _ علي محمد جريشة^(٥)، قال عن المصلحة المرسله: " بانت تطبيقاً لروح الشريعة ومقاصدها، وليس خروجاً عليها أو انفلاتاً منها، .. ثم لعلها بذلك تحقق المرونة داخل إطار الإسلام فنواجه بروح النصوص كل جديد لم يرد به نص ولم يمكن قياسه على نص، وتؤكد بذلك صلاحية هذه الشريعة وخلودها على مر الأيام .. " (٦) .

٨ _ عبد الإله أحمد أبو رحمة^(٧)، قال: " يترجح لدي أن المصلحة المرسله حجة صالحة لبناء

١ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٦٠٩) .

٢ . هو نور الدين بن مختار الخادمي، وُلد في مدينة (تالة)، عام (١٩٦٣م)، حصل على الدكتوراه من جامعة الزيتونة، درّس في عدد من كليات الشريعة والحقوق والمعاهد في مكة المكرمة، والرياض، وتونس، له مؤلفات عديدة، منها: (الاجتهاد المقاصدي)، و(علم المقاصد الشرعية)، و(الاستنساخ في ضوء الأصول والمقاصد الشرعية)، و(الإنترنت في ضوء الأصول والمقاصد الشرعية)، انظر: المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف النون، جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، (ص ٣٦٢)، وعنوان الموقع: (www.ahlalheeth.com) .

٣ . المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، للدكتور نور الدين بن مختار الخادمي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، (ص ٢٨٨)، وانظر: علم المقاصد الشرعية، لنور الدين الخادمي، (ص ٣٩) .

٤ . المصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية، لعبد الحميد محمود (ص ١٠٠) .

٥ . هو علي محمد جريشة، ولد في مصر علم (١٩٣٥م)، درّس في كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، من مؤلفاته: (الإعلام والدعوة الإسلامية)، و(منهج التفكير الإسلامي)، و(الأساليب التبشيرية في العصر الحديث)، توفي (٢٠١١م)، رحمه الله تعالى، نقلاً عن موسوعة ويكيبيديا، تحت تصنيف وعنوان: دعاة مصريون .

٦ . المصلحة المرسله محاولة لبسطها ونظرة فيها، لعلي محمد جريشة، بحث في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، (السنة العاشرة - العدد الثالث)، (ذو الحجة ١٣٩٧هـ / تشرين ثاني ١٩٧٧م)، (ص ٤٩) .

٧ . هو عبد الحميد أبو رحمة، حاصل على درجة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، عام (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، هذا أقصى ما استطعت الحصول عليه من غلاف رسالته التي حاز بها درجة الماجستير، وهي: المصلحة المرسله وأثرها في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ .

الأحكام عليها " (١) .

والبعض وافق الغزالي بالقول بها من حيث اشتراط الكلية والقطعية والضرورية أو الحاجة في المصلحة، مثل الشيخ وهبة الزحيلي، فقد قال بعد أن ذكر مذاهب العلماء في حجية المصالح المرسلة: " إننا نؤيد الإمام الغزالي وابن دقيق العيد في ضرورة الاحتياط في الأخذ بهذا المبدأ؛ لأن الاسترسال فيه حرج، ويحتاج إلى دقة في الفهم، وعمق في الاستنباط " (٢) .

ثانياً _ المانعون لحجية الاستصلاح:

لم أجد _ فيما بحثت فيه _ مَنْ منع حجية الاستصلاح من الكتاب المعاصرين في الأصول إلا باحثاً واحداً، هو محمود عبد الكريم حسن^(٣)، فقد قال تحت عنوان (موقف العلماء من المصالح المرسلة): " كدتُ قبل وضع هذا العنوان أن أضع بدلاً منه: ردّ العلماء للمصالح المرسلة، إذ لا يسلم بنسبة القول به إلى أحد، وإنما كثر من ينسبونه إلى مالك والمالكية، وكثر من يقول به في عصرنا " (٤) .

وقال: " والمصالح المرسلة دليل موهوم، وفي أحسن الحالات ظني، ولذلك فلا يصح اعتبار المصالح المرسلة " (٥) .

وقال: " فجعل المصالح المرسلة مصدراً، هو تشريع من غير الوحي، والقول إن هذه الأفعال المأخوذة بناءً على المصلحة لم يأت لها الشرع بحكم، يلزم منه أن الشريعة ناقصة " (٦) .

١ . المصلحة المرسلة وأثرها في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ، لعبد الحميد أبو رحمة، (ص ٣٧) .

٢ . أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (ص ٧٦٧) .

٣ . هو محمود عبد الكريم حسن، باحث في العلوم الإسلامية، له مؤلفات عثرت على اثنين منها: (المصلحة المرسلة دراسة تحليلية ومناقشة فقهية أصولية، مع أمثلة تطبيقية)، و(التغيير حتمية الدولة الإسلامية)، هذا أقصى ما استطعت العثور عليه من خلال غلاف كتابيه الأنف ذكرها .

٤ . المصلحة المرسلة دراسة تحليلية ومناقشة فقهية أصولية، مع أمثلة تطبيقية، لمحمود عبد الكريم حسن، دار النهضة الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، (ص ٤٤) .

٥ . المصلحة المرسلة لمحمود عبد الكريم حسن، (ص ٦٨) .

٦ . المصلحة المرسلة لمحمود عبد الكريم حسن، (ص ٦٩) .

المطلب الثاني _ أدلة المثبتين والمانعين لحجية الاستصلاح، ومناقشتها:

استدلّ الكتاب المعاصرون على حجية الاستصلاح بأدلة عديدة، منها أدلة لعلماء الأصول المتقدمين، ومنها أدلة لهم، وبدأتُ بأدلة المثبتين لحجية الاستصلاح .

أولاً _ أدلة المثبتين لحجية الاستصلاح:

استدلّوا بأدلة عديدة، أهمها:

١ _ من الكتاب: قال تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يٰٓأُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾، [الحشر: ٢]، وهذا أمرٌ بالمجازة والاستدلال بكونه مصلحة على كونه مشروعاً^(١) .

٢ _ من السنة: في قصة الإفك، أن النبي ﷺ قام خطيباً فتشهد، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال من جملة ما قال: ((وأيم الله ما علمت على أهلي من سوء قط ..))، ثم دخل رسول الله ﷺ بيت السيدة عائشة^(٢)، فسأل جارتها، فقالت: والله ما علمت عليها عيباً، .. فانتهرها بعض أصحابه فقال: اصدقي رسول الله ﷺ^(٣)، وفي رواية ذكرها ابن حجر العسقلاني^(٤) رحمه الله تعالى أن النبي ﷺ قال لعلي عليه السلام: ((شأنك بالجارية))، فسألها علي وتوعدها فلم تخبره إلا بخير ثم ضربها وسألها، فقالت: والله ما علمت على عائشة سوءاً، وفي رواية: فقام إليها علي

١ . المحصول للرازي (١٦٦/٦) .

٢ . هي السيدة عائشة بنت أبي بكر الصديق، ولِدَتْ بعد المبعث بأربع سنين أو خمس، تزوجها النبي ﷺ وهي بنت ست، ودخل بها وهي بنت تسع، روت عن النبي ﷺ الكثير الطيّب، وروى عنها كثير من الصحابة مثل: سيدنا عمر، وابنه عبد الله، وأبو هريرة، وغيرهم، تُوفِّيت سنة (٥٨هـ)، ودفنت بالبقيع رضي الله تعالى عنها، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر (٢٠٨/١٦) .

٣ . صحيح مسلم، كتاب التوبة، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف، (٢١٣٧/٤)، رقم الحديث (٢٧٧٠) .

٤ . هو شهاب الدين، أبو الفضل، أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي، العسقلاني، الشافعي، أصله من عسقلان بفلسطين، وُلِدَ بالقاهرة عام (٧٧٣هـ)، وهو عالمٌ محدِّثٌ فقيهٌ شاعرٌ أديبٌ، ولي قضاء مصر، له مصنفات نفع الله بها الخلق، منها: (فتح الباري في شرح صحيح البخاري) وهو أشهر شرح لصحيح البخاري، و(الإصابة في تمييز أسماء الصحابة)، و(لسان الميزان)، و(تحاف المهرة بأطراف العشرة)، توفي بالقاهرة سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الضوء اللامع للسخاوي (٣٦٢/٤٠)، والأعلام للزركلي (١٧٨/١، ١٧٩) .

فضربها ضرباً شديداً يقول اصدقي ^(١) .

وجارية السيدة عائشة مسلمة، وانتهارها من غير ذنب أذى لها بلا موجب، وأذى المسلم حرام، وكان مستند من انتهرها هو مطلق المصلحة المرسلة، ولم ينكر النبي ﷺ ذلك، فهذا تقرير منه للعمل بالمصلحة المرسلة في الجملة ^(٢) .

٣ _ فعل الصحابة، ومن جاء بعدهم من المجتهدين، فمن تتبّع اجتهاداتهم وفتاواهم يجد أنهم كانوا يفتون في كثير من الوقائع بمجرد اشتغال الواقعة على مصلحة راجحة، دون تقييد بمقتضى قواعد القياس، أي بقيام شاهد على اعتبار المصلحة، دون إنكار من أحد، فكان فعلهم هذا إجماعاً على اعتبار المناسب المرسل، والإجماع حجة يجب العمل به ^(٣) .

ومن أمثلة هذا الفتاوى:

أ _ جمع الصحابة للقرآن الكريم في عهد سيدنا أبي بكر الصديق ﷺ ^(٤).

وقد قال سيدنا أبو بكر ﷺ في هذه القضية: " قلت لعمر: كيف أفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ ؟، فقال عمر: هو والله خير، فلم يزل عمر يراجعني فيه حتى شرح الله لذلك صدري، ورأيت الذي رأى عمر " ^(٥) .

فجمع القرآن أمرٌ لم يفعله رسول الله ﷺ، ولكن المصلحة التي فيه للمسلمين _ في حفظ الشريعة _ ظاهرة كافية لبناء الحكم عليها، وحصل الإجماع السكوتي بسكوت الصحابة وعدم اعتراض أحدهم على المسألة بعد ذلك ^(٦) .

ب _ اتفاق الصحابة في عهد سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ على حدّ شار الخمر ثمانين جلدة، فقد شاور الصحابة في جلد الخمر، فقال له سيدنا علي ﷺ: " إن السكران إذا

١ . فتح الباري لابن حجر (٤٩٦/٨) .

٢ . المصالح المرسلة لمحمد أمين الشنقيطي (ص ١١) .

٣ . المحصول للرازي (١٦٧/٦)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص ٣٦٥)، وعلم أصول الفقه و خلاصة التشريع لخلاف (ص ٨١)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦٣/٢) .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٢)، فقد عدّ الشاطبي جمع القرآن أول مثال لأخذ الصحابة بالاستصلاح .

٥ . أخرجه البخاري في كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن، (١٨٣/٦)، رقم الحديث (٤٩٨٦) .

٦ . انظر: ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص ٣٥٤) .

سكر هذى، وإذا هذى افترى"، فجعله عمر ثمانين^(١).

ج _ قضاء الخلفاء الراشدين بتضمين الصانع^(٢)، وفي ذلك قال سيدنا علي عليه السلام: " لا يُصلح الناس إلا ذاك "^(٣).

د _ قول سيدنا عمر بن الخطاب بجواز قتل الجماعة بالواحد^(٤)، فقد قتل أربعة قصاصاً اشتركوا في قتل غلام، وقال: " لو اشترك فيها عليه أهل صنعاء لقتلتهم "^(٥).

ونوقشَ هذا الدليل بأنه لا يُسلم بإجماع الصحابة على العمل بالمصالح، بل إنهم اعتبروا من المصالح ما اطلعوا على اعتبار الشارع لنوعه أو جنسه القريب^(٦).

ويُردُّ على هذا بأنه لم ينكر أحد من الصحابة مع توقُّر المجتهدين منهم وعلمهم بهذه الأفضية، فهذا إقرار بصحة بناء الحكم على هذه المصالح، فكان إجماعاً سكوتياً.

٤ _ الاستقراء: ثبت بالاستقراء أن أحكام الشرع روعي فيها الأخذ بمصالح الناس، واعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة في تعليل الأحكام، والعمل بالظن واجب، فوجب الأخذ بالمصالح المرسلة^(٧).

ومن أدلة اعتبار المصالح:

أ _ قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾، [الأنبياء: ١٠٧].

ب _ قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾، [البقرة: ١٨٥].

ج _ قال تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ﴾، [المائدة: ٦].

١ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٥)، وقد سبق تخريج هذا الأثر، انظر (ص ٨٧) من هذا البحث .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٦) .

٣ . سبق تخريج هذا الأثر، انظر (ص ٨٨) من هذا البحث .

٤ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٢٣) .

٥ . أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الديات، باب إذا أصاب قومٌ من رجل هل يعاقب أو يُقتَصُّ منهم كلهم، (٨/٩)، رقم الحديث (٦٨٩٦) .

٦ . نهاية السؤل للإسنوي (ص ٣٦٥) .

٧ . المحصول للرازي (١٧٤/٥)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لأبي الثناء الأصفهاني (١٠٧/٣-١٠٩)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص ٣٦٤، ٣٦٥)، والموافقات للشاطبي (٢/٢٤٦) .

د _ قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخَيْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۚ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾، [النحل: ١١٥] .

ه _ قال ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار)) ^(١) .

٥ _ **المعقول:** الحياة في تطوّر مستمرّ، وأساليب الناس للوصول إلى مصالحهم تتغير في كل زمان ومكان، وأثناء التطور تتجدّد مصالح الناس، فلو جمّد التشريع ووقف عن مسايرة الزمن لتعطّلت كثير من مصالح الناس، ولحصل الإضرار بهم، فلا بدّ من استنباط الأحكام الشرعية المتعلقة بما يفرزه التطوّر بما يحقّق مصالح الناس ضمن مقاصد الشريعة وضوابطها، وبهذا يتحقّق خلود الشريعة وصلاحيّتها الدائمة لكل زمانٍ ومكانٍ ^(٢) .

ثانياً _ أدلة المانعين لحجية الاستصلاح:

استدلّ من منع حجية الاستصلاح بما يلي:

١ _ الأخذ بالاستصلاح يؤدي إلى إهدار قدسية الأحكام الشرعية بتصرف ذوي الأهواء فيها، تحت ستار المصلحة المرسلّة بناءً على تغيير وجه المصلحة بتطور الزمان والمكان، فيكون الاستصلاح من باب التلذذ والتشهي ^(٣) .

ويُنَاقَش هذا الدليل بأن الاستصلاح له شروط وضوابط تخرجه عن كونه من باب التشهي والهوى، ثم إن القائل بالمصلحة هو من أهل الاجتهاد والاستنباط وليس من أهل التشهي والقول بالأهواء ^(٤) .

١ . أخرجه ابن ماجه، في سننه، في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضُرُّ بجاره، (٧٨٤/٢)، رقم الحديث (٢٣٤١)، ومالك في الموطأ، في كتاب الأقضية، القضاء في المرفق، (١٠٧٨/٤)، رقم الحديث (٢٧٥٨)، وللحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به، كما قال المناوي في فيض القدير (٤٣١/٦)، وقال النووي عن الحديث: " رويناه في الموطأ مرسلًا، وفي سنن الدارقطني وغيره من طرق متصلًا، وهو حسن "، الأذكار، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، بتحقيق: عبد القادر الأرناؤوط رحمه الله، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة منقحة، (١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م)، (ص ٤٠٧) .

٢ . انظر: قواطع الأدلة للسمعياني (٢٥٩/٢-٢٦١)، وعلم أصول الفقه وخلاصة التشريع لخلاف (ص ٨١)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦٣/٢) .

٣ . البرهان في أصول الفقه للجويني (١٦٢/٢)، وعلم أصول الفقه وخلاصة التشريع لخلاف (ص ٨٣)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦١/٢) .

٤ . أصول الفقه الإسلامي لشلبي (٣٠٦/١، ٣٠٧)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦١/٢) .

٢ _ المصالح المرسله متردده بين اعتبارين: إلغاء الشرع لبعض المصالح واعتباره لبعضها الآخر، فلو وجب اعتبار المصالح المرسله لاشتراكها مع المصالح المعتره في كونها مصالح لوجب إلغاؤها أيضاً لاشتراكها مع المصالح الملغاه في ذلك، فبسبب وجود هذين الاحتمالين لا يصح الأخذ بها؛ إذ لا مرجح لاحتمال على آخر، فلا يصح اعتبارها حجة في إثبات الأحكام الشرعية؛ و(الأصل براءة الذمة) حتى يقوم الدليل على شغلها^(١).

ويُجاب عن هذا الدليل بأن القائلين بها لم يدعوا القطع والجزم باعتبارها، فمبناها على الظن، واشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه، والشارع راعى مبدأ المصالح في تشريع الأحكام، مما يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل، فوجب العمل به؛ لأن العمل بالظن واجب، وكذلك فالمصالح التي ألغاه الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها، فيُلحق الحكم بالأعم الأغلب^(٢).

٣ _ الأخذ بالاستصلاح يؤدي إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه، فتختلف الأحكام باختلاف الزمان والمكان والأحوال والأشخاص؛ نظراً لتبدل المصالح على مرّ الأيام^(٣).

ويُجاب عنه بأن مجال الأخذ بالاستصلاح عند عدم وجود النصّ الخاصّ على اعتبار المصلحة أو إلغائها، فلا يتنافى مع مبدأ وحدة التشريع وعمومه، بل على العكس، فالاستصلاح يبرز صلاح الشريعة لك زمان ومكان، والأحكام المنصوصة بالاعتبار أو الإلغاء لا يطلها الاستصلاح^(٤).

١ . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٦١/٤)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص٣٦٥)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦١/٢) . وقاعدة (الأصل براءة الذمة) متفرعة عن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٥٠) .

٢ . أصول الفقه الإسلامي لشليبي (٣٠٦/١)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦٢/٢) .

٣ . أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦٢/٢)، والمصالح المرسله لمحمود عبد الكريم حسن (ص٦٩) .

٤ . أصول الفقه الإسلامي لشليبي (٣٠٧/١)، وأصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٧٦٢/٢) .

المطلب الثالث _ وجهة نظر الباحث في الاستصلاح:

بعد البحث والدراسة في حجية الاستصلاح يترجّح لدي حجية الاستصلاح وصحة بناء الأحكام بناءً عليه؛ لأنه ثبت عند جمهور أهل العلم من الصحابة والتابعين والمذاهب الأربعة، والكتاب المعاصرين في الأصول، وأدلتهم كثيرة، وسليمة عن المعارضة والرّد، وأما أدلة المانعين فمردودة وواهية، وما ضبطه المثبتون من ضوابط للاستصلاح يردّ كل أدلة المانعين، ويُخرّج المسألة عن كونها محل خلاف، وعن كون الاستصلاح من باب الهوى والتشهي والتلاعب بالأحكام، فما أنكره النافون في قضية الاستصلاح هو غير ما أثبتته المثبتون، فيؤول الأمر إلى الخلاف اللفظي، وقد اتضح الاتفاق على إعمال الاستصلاح من الناحية التطبيقية العملية، فمن لم ينصّ على حججته أعمله في الاستنباط وأخذ به تحت مسمّيات أخرى ولو لم يعتبره أصلاً مستقلاً، وهذه النتيجة قرّرها الكثير من العلماء، وهنا أسوق بعض نصوصهم التي تثبت ذلك:

١ _ قال القرافي: " وأما المصلحة المرسله فالمنقول أنها خاصة بنا، _ المالكية _ وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسله، فهي حينئذ في جميع المذاهب " (١) .

٢ _ وقال الزركشي: " والمشهور اختصاص المالكية بها _ أي المصلحة المرسله _ وليس كذلك، فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة، ولا معنى للمصلحة المرسله إلا ذلك " (٢) .

٣ _ ونقل الشوكاني والزركشي عن ابن دقيق العيد رحمهم الله تعالى أنه قال: " نعم، الذي لا شك فيه أن لمالكٍ ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع، _ يعني الأخذ بالمصالح المرسله _ ويليّه أحمد بن حنبل " (٣) .

٤ _ وقال الشيخ محمد الأمين الشنقيطي: " والحق أن أهل المذاهب كلهم يعملون بالمصلحة

١ . شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٣٩٤) .

٢ . البحر المحيط للزركشي (٢٧٥/٧) .

٣ . البحر المحيط للزركشي (٨٤/٨)، وإرشاد الفحول للشوكاني (١٨٤/٢) .

المرسلة وإن قرّروا في أصولهم أنها غير حجة .. " (١) .

٥ _ وقال الدكتور البوطي: " صفوة القول: المصالح المرسلة مقبولة بالاتفاق " (٢) .

٦ _ وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: " حجية الاستصلاح: اختلف في حجته على مذاهب كثيرة، والحق أنه ما من مذهب من المذاهب إلا يأخذ به إجمالاً " (٣) .

والقول بحجية الاستصلاح بضوابطه _ التي تجعله محلّ اتفاق _ يحقق أعظم مقاصد الدين برفع الحرج عن الناس وتحقيق مصالحهم المتجدّدة بتجدّد الزمان واختلاف المكان، والاستصلاح هو إعمال لأدلة الشريعة المتضمنة لتحقيق مصالح الناس، وليس خروجاً عنها، فالشارع الكريم لم ينصّ على أفراد المصالح، لكنه اعتبر المصالح في التشريع وشرع الأحكام لجلبها للعباد، وفي هذا إذن منه في العمل بها متى وُجدت ولم يرد نص صريح يفيد تقييد المصلحة المعتبرة بالمنصوص عليها ولا بإلغاء المسكوت عنها، ولا أدلّ على هذا من عمل الصحابة، بل إجماعهم على العمل بها في وقائع كثيرة، ثم إعمال أئمة الاجتهاد لها في كل زمان.

وفي هذا العصر زادت الحاجة إلى الاستصلاح؛ لزيادة التقدم والتطور العلمي والصناعي الذي أفرز توالد المستجدات والنوازل مما يحتّم الاجتهاد لبيان أحكامها الشرعية، وبيان ما هو جائز وما هو ممنوع، وما هو مصلحة معتبرة في الشريعة، وما ليس كذلك، والاستصلاح من أخصب الأدلة في التصدي لهذه المستجدات .

وخلاصة وجهة نظري: الاستصلاح حجة، والخلاف فيه لفظي، والمذاهب كلها أعملته في الاستنباط، مع التفاوت في مقدار الأخذ به، والله تعالى أعلم .

١ . مذكرة في أصول الفقه، محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، المتوفى سنة (١٣٩٣هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الخامسة، (٢٠٠١م)، (ص ٢٠٣) .

٢ . ضوابط المصلحة للوطي (ص ٤٠٧) .

٣ . الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، (من ١٤٠٤ إلى ١٤٢٧ هـ)، (٣/ ٣٢٥) .



الفصل الثاني _ ضوابط الاستصلاح .

وفيه مبحثان:

المبحث الأول _ اندراج المصلحة المرسلة في مقاصد الشارع، وعدم نفوذتها
مصلحة أهم منها .

المبحث الثاني _ عدم معارضة المصلحة للقرآن الكريم، والسنة المطهرة ،
والإجماع، والقياس .





المبحث الأول _ اندراجُ المصلحة المرسلة في مقاصد الشارع، وعدم تفويتها مصلحة أهم منها .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ اندراجُ المصلحة المرسلة في مقاصد الشارع، وملاءمتها لتصرفاته .

المطلب الثاني _ عدم تفويت المصلحة المرسلة مصلحة أهم منها .



تمهيد

مما حفظ الله به دينه أن هياً له رجالاً يذودون عن حياضه، ويكشفون زيف من يحاول أن يقترب من حماه الممنوع، ليحرّف ويبدّل سواءً أكان عن قصدٍ أم عن جهل، فرابطوا على ثغور العلم، وبينوه للناس، وحفظوه سليماً نقياً عن الشوائب، فوضعوا الضوابط التي تبين حدود العلوم، وتحفظها، وتوضّحها، ومن ذلك موضوع البحث -الاستصلاح-، فقد وضع القائلون به شروطاً وضوابط، فميّزوا المصالح من المفسدات، وأجمعوا من يريد التحريف والتغيير في أحكام الشريعة باسم المصالح المرسلّة، وتغيّر الأحكام بتغير المصالح، ولولا هذه الضوابط لصعب إيقاف هؤلاء، ولكان لهم صولة وجولة تمّدّ لهم في غيهم .

والمصلحة المرسلّة ليست بحد ذاتها دليلاً مستقلاً من الأدلة الشرعية كالكتاب والسنة والإجماع والقياس حتى يصحّ بناء الأحكام الجزئية عليها وحدها كما قد يتصورها أي باحث، وإنما هي معنى كلي استُخلص من مجموع جزئيات الأحكام المأخوذة من أدلتها الشرعية، فقد ظهر من تتبع الأحكام الجزئية المختلفة قدرٌ كليّ مشتركٌ بينها هو القصد إلى مراعاة مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، ولا بدّ من وضع عددٍ من الضوابط التي تكشف حدود المصلحة المعتبرة شرعاً، إغلاقاً لباب الهوى والتشهي، وحفاظاً على سلامة الاستنباط بالاستصلاح^(١).

١ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ١١٥) بتصرف .

المطلب الأول _ اندراجُ المصلحة في مقاصد الشارع، وملاءمتها لتصرفاته:

هذا هو الضابط الأول للمصلحة المرسله ليصح الاستدلال بها، وهو أن تكون مندرجة ضمن مقاصد الشارع، وملائمة لتصرفاته وجملة مقاصده وأحكامه، وقد سبق أن مقاصد الشارع في الخلق حفظُ خمسة أمور: الدين، والنفس، والعقل، والنسل والمال، فكل ما يتضمن حفظها فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدة ^(١).

ووسيلة حفظ هذه الأمور تتدرج في ثلاثة مراحل، وقد سبق الحديث عنها، وهي: الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات .

وهذه المقاصد الخمسة هي وسائل لتحقيق غاية كلية واحدة هي: معرفة الله عز وجلّ ولزوم العبودية له، حيث ينال بذلك الخلود في جنته، وهذه هي رابطة الحياة الدنيا بالآخرة، والأدلة على هذا كثيرة، منها:

١ _ قول الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾، [الذاريات: ٥٦] .

٢ _ قول الله تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ﴾، [المؤمنون: ١١٥] .

٣ _ قول النبي ﷺ: ((ألا إن الدنيا ملعونة ملعون ما فيها إلا ذكر الله وما والاه وعالم أو متعلم)) ^(٢) .

فلا تنتهي مقاصد الخلق بطي هذه الحياة الدنيا وزوالها، فعلة الخلق هي معرفة الله تعالى وممارسة العبودية له، أما مقصد التشريع الذي ترتب على الخلق فهو تحقيق ما يكون به حياة الناس وسعادتهم ^(٣).

١ . انظر: (ص ٦٠) من هذا البحث .

٢ . رواه الترمذي، واللفظ له، وقال: " هذا حديث حسن غريب "، في أبواب الزهد، (٤/٥٦١)، رقم الحديث (٢٣٢٢)، وابن ماجه، في كتاب الزهد، باب مثل الدنيا، (٢/١٣٧٧)، رقم الحديث (٤١١٢) .

٣ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ١٢١-١٢٤) بتصرف .

وطالما عُرفت مقاصد الشارع، فيجب أن تكون المصلحة المرسلّة محل الاستصلاح مندرجةً ضمن هذه المقاصد، أي تحقق أحد هذه المقاصد، فلا يجوز أن تخالفه، فإن أفضت إلى ما يخالف مقاصد الشارع فهي مرفوضة؛ فالاعتداء على النفس بأي شكل من الأشكال مفسدةٌ ممنوعة، والاعتداء على العقل بأي وسيلة مفسدةٌ ممنوعة ولو لم يكن قد نص الشارع عليها بعينها، وهكذا في بقية المصالح .

وكذلك: ما لا يخالف المقاصد ينقلبُ بسبب سوء قصد المكلف وتيّته إلى مفسدةٍ ممنوعة .

قال الشاطبي: " والمقاصد التي يُنظرُ فيها قسمان؛ أحدهما: يرجع إلى قصد الشارع، والآخر: يرجع إلى قصد المكلف " (١) .

وقال: " الآخذُ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد آخذٌ في غير مشروع حقيقة؛ لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم؛ فلم يأت بذلك المشروع أصلاً، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الآخذ، من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به " (٢) .

وأذكر مثلاً للتوضيح: العمل والكسب في أي عمل مشروع فيه حفظ مصلحة النفس بالنفقة عليها وتأمين الطعام واللباس لها، ولكن العمل المشروع هذا نفسه يصبح مفسدة إن قصد صاحبه الرياء والتفاخر على الناس بما يجنيه من مال، والدليل على ذلك أنه مر على النبي ﷺ رجلٌ، فرأى أصحاب رسول الله ﷺ من جلده ونشاطه، فقالوا: يا رسول الله: لو كان هذا في سبيل الله؟ فقال رسول الله ﷺ: ((إن كان خرج يسعى على ولده صغاراً فهو في سبيل الله، وإن كان خرج يسعى على أبوين شيخين كبيرين فهو في سبيل الله، وإن كان يسعى على نفسه يعفها فهو في سبيل الله، وإن كان خرج رياء ومفاخرة فهو في سبيل الشيطان)) (٣) .

فالعمل في صورته مصلحة مشروعة لكنه ينقلب بسوء قصد المكلف إلى مفسدةٍ ممنوعة .

١ . الموافقات للشاطبي (٧/٢، ٨) .

٢ . الموافقات للشاطبي (٣/٣٠) .

٣ . رواه الطبراني في المعجم الثلاثة؛ في المعجم الكبير، (١٢٩/١٩)، رقم الحديث (٢٨٢)، وفي المعجم الأوسط في (٥٦/٧)، رقم الحديث (٦٨٣٥)، وفي المعجم الصغير، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان، الطبعة الأولى، (١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥)، (١٤٨/٢)، رقم الحديث (٩٤٠)، وقال الهيثمي: "رواه الطبراني في الثلاثة، رجال الكبير رجال الصحيح"، في مجمع الزوائد (٤/٣٢٥)، رقم الحديث (٧٧٠٦) .

وكون المصلحة المرسله ملائمة لتصرفات الشارع مندرج في هذا الضابط ويعني أن لا تخالف المصلحة المرسله أصلاً من أصول الشارع، بل تكون جارية على قواعد الشريعة، داخله تحت جنس اعتبرته الشريعة، أو أصل استقرئ من مجموع نصوصها^(١).

قال الشاطبي: "الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من دلائله"^(٢).

وقال: "كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته؛ فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل"^(٣).

وهذا الضابط هو الذي يفرق بين المصلحة المرسله التي تلائم تصرفات الشارع وتكون من جنس المصالح المعتمدة، وبين المصلحة الغريبة التي لا تندرج في مقاصد الشارع.

قال الغزالي: "فالذي نراه فيها أنه يجوز الاستمسك بها إن كان ملائماً لتصرفات الشرع، ولا يجوز الاستمسك بها إن كان غريباً لا يلائم القواعد"^(٤).

١ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ١٠٧) .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦٢٧) .

٣ . الموافقات للشاطبي (١/٣٢، ٣٣) .

٤ . شفاء الغليل للغزالي (ص ١٨٨)، وانظر: المصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة لعبد الحميد علي محمود (ص ١٠٧) .

المطلب الثاني _ عدم تفويت المصلحة المرسلة مصلحة أهم منها:

المصالح متفاوتة، متدرّجة في مراتب مختلفة وليست على درجة واحدة، والمفاسد كذلك، وتتفاوت الفضائل ودرجات الأعمال وأجورها بتفاوت المصالح، وتتفاوت العقوبات والذنوب بتفاوت المفاسد ^(١).

قال العزّ بن عبد السلام: " المصالح والمفاسد في رتب متفاوتة، وعلى رتب المصالح تترتب الفضائل في الدنيا، والأجور في العقبى، وعلى رتب المفاسد تترتب الصغائر والكبائر وعقوبات الدنيا والآخرة " ^(٢).

وهذا التفاوت ثابت باستقراء عامة جزئيات الأحكام الشرعية ^(٣)، ومن أمثلة ذلك:

من القرآن الكريم: ﴿إِنْ تَبَدُّوا لَصَدَقْتَ فَنِعْمَ هِيَ ۖ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهِيَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيَكْفُرْ عَنْكُمْ مِّنْ سَيِّئَاتِكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾، [البقرة: ٢٧١] .

هذه الآية صريحة في أن صدقة الجهر عظيمة الأجر، ولكن صدقة السرّ خير منها وأفضل؛ فهي أدعى للإخلاص، وأبعد عن الرياء والمنّ، وهذا تفضيل لمصلحة على مصلحة .

ومن السنة المطهرة: قال رسول الله ﷺ : ((ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟))، ثلاثاً، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: ((الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، - وجلس وكان متكئاً - فقال: ألا وقول الزور)) ^(٤).

وهذا الحديث صريح في تفاوت المفاسد، فهناك كبائر، وصغائر، والكبائر متفاوتة أيضاً فهناك كبائر وهناك أكبر الكبائر .

قال العز بن عبد السلام: " بيان المفاسد وهي ضربان: ضرب حرم الله قربانه، وضرب كره الله إتيانه، والمفاسد ما حرم الله قربانه، رتبتان إحداهما: رتبة الكبائر وهي منقسمة إلى الكبير والأكبر

١ . أصول الفقه لأبو زهرة (ص ٣٧٣، ٣٧٤) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٢٩/١) .

٣ . ضوابط المصلحة للبطوني (ص ٢٥٥) .

٤ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب الشهادات، باب ما قيل في شهادة الزور، (١٧٢/٣)، رقم الحديث (٢٦٥٤)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، (٩١/١)، رقم الحديث (١٤٣) .

والمتوسط بينهما، فالأكبر أعظم الكبائر مفسدة، وكذلك الأنقص فالأنقص، ولا تزال مفسد
الكبائر تتناقص إلى أن تنتهي إلى مفسدة لو نقصت لوقعت في أعظم رتب مفسد الصغائر وهي
الرتبة الثانية ^(١) .

فإذا ثبت هذا فينبغي عند التعارض تقديم أرجح المصالح فأرجحها، ودرء أفسد المفسد
فأفسدها، وتقديم المصالح الراجحة على المرجوحة، ودرء المفسد الراجحة على المرجوحة ^(٢) .

وهذا لا يعني _ طبعاً _ التهاون في جلب المصالح الأقل رتبةً، ولا التهاون في دفع المفسد
الأقل رتبةً، فطلب الشارع متساوٍ في هذا وذاك، وإنما التفاوت في الرتب، وفي تقديم الأولى حين
التعارض، قال العز بن عبد السلام: " طلب الشرع لتحقيق أعلى الطاعات، كطلبه لتحقيق
أدناها في الحد والحقيقة، كما أن طلبه لدفع أعظم المعاصي كطلبه لدفع أدناها، إذ لا تفاوت بين
طلب وطلب، إنما التفاوت بين المطلوبات، من جلب المصالح ودرء المفسد؛ لذلك انقسمت
الطاعات إلى الفاضل والأفضل؛ لانقسام مصالحها للكمال والأكمل، وانقسمت المعاصي إلى
الكبير والأكبر، لانقسام مفسدها إلى الرذيل والأرذل " ^(٣) .

ومثال معارضة المصلحة المرسلّة مصلحةً أرجحَ منها: منعُ غرس شجر العنب فإن منع وجوده
في الدنيا يستلزم مصلحةً هي السلامة من عصر الخمر منه، لكنّ هذه المصلحة معارضةٌ بمصلحة
أرجحَ منها وهي انتفاع الناس بالعنب والزبيب فهذه المصلحة الراجحة تُقدّم على تلك المصلحة
المرجوحة ^(٤) .

وميزان تفاوت المصالح في الأهمية ذكره الدكتور البوطي رحمه الله تعالى أنه في ثلاثة جوانب ^(٥):

الجانب الأول _ النظر إلى قيمتها من حيث ذاتها، وترتيبها في الأهمية حسب ذلك .

الجانب الثاني: النظر إليها من حيث مقدار شمولها .

١ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٥٦/١) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٥/١)، وأصول الفقه لأبي زهرة (ص ٣٧٦) .

٣ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٢٢/١، ٢٣) .

٤ . المصالح المرسلّة لمحمد أمين الشنقيطي (ص ٢٢) .

٥ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٤٩-٢٥٤) بتصرف، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة لعبد الحميد علي حمد محمود

(ص ٦٢-٦٤)، والمصالح المرسلّة لمحمد أمين الشنقيطي (ص ٢١) .

الجانب الثالث: النظر إليها من حيث التأكد من نتائجها أو عدمه .

فإذا تعارضت مصلحتان في مناط واحد، بحيث كان لا بدّ لنيل إحداها من تفويت الأخرى
وجب عرضهما على النظر من هذه الجوانب الثلاثة بالترتيب ابتداءً من الأول فالذي يليه .

وبالنسبة للجانب الأول: وهو النظر إلى المصالح من حيث ذاتها: فقد سبق^(١) أن كليات
المصالح المعتبرة شرعاً متدرّجة في خمس مراتب، هي: حفظ الدين ثم النفس ثم العقل ثم النسل ثم
المال، فما به حفظ الدين مقدّم على ما به حفظ النفس، وهكذا في الكلّ، يُقدّم ما به حفظ
الدرجة الأعلى على ما به حفظ الدرجة الأدنى، ثم إن رعاية كلّ من هذه الكليات الخمسة يكون
بوسائل متدرّجة حسب الأهمية في مراتب ثلاث، هي: الضرورات ثم الحاجيات ثم التحسينيات،
وينضم إلى كل مرتبة من هذه المراتب الثلاث ما هو مكملٌ لها فهو مندرجٌ معها في الرتبة .

فيُقدّم الضروري على الحاجي عند تعارضهما، ويُقدّم الحاجي على التحسيني عند التعارض،
وكلٌّ من هذه الثلاثة مقدّم على مكملّه عند تعارضه معه، والضروري هو الأصل للحاجي
والتحسيني، فالضروري هو الأصل وما سواه مبنيٌّ عليه كفرعٍ من فروعه، فإذا اختلّ الضروري اختلّ
الحاجي والتحسيني، لأنه إذا اختلّ الأصل اختلّ الفرع من باب أولى، ومثال ذلك: إذا فُرض ارتفاع
أصل البيع من الشريعة لم يمكن اعتبار الجهالة والغرر، وكذلك لو ارتفع أصل القصاص لم يمكن
اعتبار المماثلة فيه^(٢) .

ومثال الترجيح عند التعارض: إذا تعارض أداء صلاة الجماعة وهو حاجي مع الاقتداء بالإمام
الصالح وهو تحسيني، بأن كان إمام البلدة أو الحي فاسقاً أو فاجراً، فلو تم إهمال المصلحة التحسينية
لتحقّقت المصلحة الحاجية وهي إقامة شعار الجماعة، أما لو تم التزام المصلحة التحسينية فإن
المصلحة الحاجية تفوت وهي أصل للتحسيني، فينتفي التحسيني أيضاً من حيث أريد إحرازه
والحفاظ عليه، وهلم جراً في كل مثال تتعارض فيه مصلحتان من هذه المصالح الثلاثة المتدرّجة في
أهميتها لحفظ إحدى الكليات الخمسة^(٣) .

١ . انظر: (ص ٦٠) من هذا البحث .

٢ . الموافقات للشاطبي (٣٢/٢، ٣٣) .

٣ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٥١، ٢٥٢) .

أما إذا كانت المصلحتان المتعارضتان في رتبة واحدة كما لو كان كلاهما من الضروريات، أو كلاهما من الحاجيات، أو كلاهما من التحسينيات، فإن كان كلٌّ منهما متعلقاً بكلٍّ على حدة جعل التفاوت بينهما حسب تفاوت متعلقاتها، فيُقدّم الضروري المتعلق بحفظ الدين على الضروري المتعلق بحفظ النفس، والضروري المتعلق بحفظ النفس على الضروري المتعلق بحفظ العقل، وهكذا...، أما إن تعلقت المصلحتان بكلٍّ واحد كالدين أو النفس أو العقل فعلى المجتهد في هذه الحال أن ينتقل إلى الجانب الثاني من النظر، وهو:

جانب النظر إلى المصلحتين من حيث مقدار شمولها: فيقدّم أعم المصلحتين شمولاً على أضيقيهما في ذلك، أي تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(١)، فيقدم ما تتحقق به فائدة جمع كبير من الناس على مصلحة شخص واحد أو فئة قليلة من الناس، وأكتفي بذكر مثالين على ذلك:

١ _ ترجيح مصلحة عامة أهل السوق على مصلحة الواحد منهم في تلقيه للركبان والشراء منهم خارج البلدة؛ لأن مصلحة عامة أهل السوق أوسع شمولاً من متلقي الركبان، وكلاهما في رتبة المصالح الحاجية^(٢).

٢ _ تضمين الصانع^(٣): فلفساد الذّم، وقلة الأمانة، فالغالب في دعاوى الصانع الكذب فيما يتعلق بتلف أموال الناس بأيديهم، فتُقدّم مصلحة عامة الناس على مصلحة الصانع، وكلاهما في رتبة المصالح الحاجية^(٤).

١ . الموافقات للشاطبي (٩٢/٣) .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٧)، وقد نهي النبي ﷺ عن ذلك فقال: ((لا تلقوا الركبان))، متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر، وهل يعينه أو ينصحه، (٧٢/٣)، رقم الحديث (٢١٥٨)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، (١١٥٥/٣)، رقم الحديث (١٥١٥) .

ومعنى تلقي الركبان: هو استقبال حملة البضائع وشراؤها منهم قبل وصولهم للأسواق، وهذا فيه خداع للركبان حيث يخفي المتلقون لهم سعر السوق فيأخذوها منهم بسعر أقل لجهل الركبان القادمين بسعر السوق، كما أن فيه إخلال بمصلحة أهل السوق حيث يمكن أن يأخذوها من صاحبها بسعر أقل، كما أن في تلقي الركبان إعطاء الفرصة لهؤلاء المتلقين ليتلاعبوا بأسعار السوق ويحتكروا فيتضرّر عامة أهل السوق، انظر: فتح الباري لابن حجر (٣٧٤/٤) .

٣ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٧) .

٤ . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ٧٨) .

ومع ذلك كله لا بدّ من النظر إلى الجانب الثالث من المصلحة وهو مدى توقّع حصولها في الخارج: فالفعل إنما يتّصف بكونه مصلحةً أو مفسدةً حسب ما ينتج عنه في الخارج، وبيان ذلك أنه قد تكون نتيجة الفعل مؤكدة الوقوع؛ كحفر بئرٍ خلف باب دارٍ في الظلام، فمفسدة هذا الفعل مؤكدة الوقوع عادةً، وكالتجارة في مال اليتيم نقداً فمصلحة هذا الفعل مؤكدة الوقوع عادةً .

وقد تكون نتيجة الفعل مظنونة الوقوع، على اختلاف درجات الظنّ، فقد تكون راجحةً كالمفسدة الحاصلة من بيع السلاح وقت الفتن، وكالمصلحة في التجارة في مال اليتيم دئيّاً مع التوثيق، وقد تكون النتيجة موهومة؛ كالمفسدة الحاصلة من بيع العنب لمن جهّلت صنعته، وكالمصلحة الحاصلة من التجارة في مال اليتيم دئيّاً ودون توثيق .

فإذا علّم ذلك، فلا يجوز ترجيح مصلحة على أخرى إذا كانت موهومة الوقوع مهما كانت قيمتها أو درجة شمولها، بل لا بدّ أن تكون مقطوعة الحصول أو مظنونة^(١) .

ومثال ذلك: جهاد المسلمين إذا كانوا من قلة العدد أو ضَعَف العُدّة بحيث يغلب على الظنّ أنهم سيُقتلون من غير نكايَةٍ في أعدائهم، فينبغي أن تُقدّم مصلحة حفظ النفس على مصلحة الدين لأن هذه الأخيرة موهومة أو معدومة الوقوع، وقد حرّم العزّ بن عبد السلام الخوض في مثل هذا الجهاد، فقال: " فإذا لم تحصل النكايّة وجب الانهزام لما في الثبوت من فوات النفوس مع شفاء صدور الكفار وإرغام أهل الإسلام، وقد صار الثبوت ههنا مفسدة محضة ليس في طيها مصلحة"^(٢) .

بهذا المقياس يغدو من السهل على المجتهد أن يستنبط موقف الشارع من جملة المصالح في أي زمانٍ أو مكان .

١ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٥٤) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١١٢/١) .

المطلب الثالث _ دليل ميزان ترتيب المصالح:

مقاصد الشارع في الخلق حفظُ خمسة أمور، وهي بالترتيب: الدين، والنفس، والعقل، والنسل والمال، فكل ما يتضمن حفظها فهو مصلحة .

وهي وترتيبها ثابت باستقراء الأحكام الشرعية وأدلتها، وفيما يلي أذكر أمثلةً:

أولاً _ دليل ترتيب الكليات الخمس:

١ _ مشروعية الجهاد، كما في قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، [البقرة: ٢٤٤]، مع أن فيه إزهاقاً للنفوس، فدلّ هذا على تقديم مصلحة حفظ الدين على مصلحة حفظ النفس .

٢ _ مشروعية شرب المسكر _ باتفاق المذاهب الأربعة _ إن تعيّن للنجاة من هلاك غالب الوقوع، كإساعة لقمة لمن غصّ بحيث لم تندفع إلا بشرب مسكرٍ، وهذا يدل على تقديم مصلحة حفظ النفس على مصلحة حفظ العقل ^(١) .

٣ _ اشتراط عدم تسبّب جلد الزاني بإتلاف بعض حواسه وقواه العقلية، بل يحرم ضرب الرأس وغيره مما فيه مجمع الحواس، وهذا متفقٌ عليه بين المذاهب الأربعة، وهذا يدلّ على أن مصلحة حفظ العقل مقدّمة على مصلحة حفظ النسل ^(٢) .

٤ _ حرمة استخدام الزنا للحصول على المال، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِنَتَكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنَّ أَرْدَنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتُغُوا عَرَضَ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا﴾، [النور: ٣٣]، وهذا دليل على تقديم مصلحة النسل على المال .

١ . الفتاوى الهندية للجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، (١٣١٠ هـ)، (٤١٢/٥)، ومواهب الجليل للحطاب (٣١٨/٦)، ومغني المحتاج للشربيني (٥١٨/٥)، وكشاف القناع للبهوتي (١١٧/٦) .

٢ . فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المتوفى سنة (٨٦١ هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت، ط، (٢٣١/٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المتوفى سنة (١٢٣٠ هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت، ط، (٣٥٤/٤)، ومغني المحتاج للشربيني (٤٥٨/٥، ٤٥٩)، وعون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، الصديقي، العظيم آبادي، المتوفى سنة (١٣٢٩ هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٥ هـ)، (١١٢/١١١، ١١٢) .

ثانياً _ دليل ترتيب الضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينيات^(١):

كذلك دليلها استقراء الأحكام وأدلتها، ومثال ذلك:

قال رسول الله ﷺ: ((الجهاد واجب عليكم مع كل أمير، برّاً كان أو فاجراً، والصلاة واجبة عليكم خلف كل مسلم برّاً كان أو فاجراً، وإن عمل الكبائر، والصلاة واجبة على كل مسلم برّاً كان أو فاجراً، وإن عمل الكبائر))^(٢).

فالجهاد ضروري فيه حفظ الدين، وكونُ الإمام عدلاً غيرَ فاسقٍ من الحاجيات، فالنبي ﷺ أمر بتجاوز هذه المصلحة الحاجية إذا وقفت في طريق ضرورة الجهاد حتى مع الإمام الفاسق .

ومن ناحية ثانية: فجور الإمام يعود على نفسه، أما ضرر ما يتعلّق بالجهاد وحفظ الدين بوجود الإمام فيتعدّى إلى مصلحة الأمة فتُقَدِّم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

وكونُ إمام المسجد تقياً ورعاً تحسينيّ، ولكن إن لم يتوقّر في الحي إلا إماماً فاسقاً، فقد أمر النبي ﷺ بتجاوز ذلك إذا عارض أداء ما هو من الحاجيات وهو إقامة صلاة الجماعة .

١ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٥٧) .

٢ . رواه أبو داود واللفظ له، في كتاب الجهاد، باب في الغزو مع أئمة الجور، (١٨/٣)، رقم الحديث (٢٥٣٣)، والبيهقي في شعب الإيمان، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨هـ) رحمه الله تعالى، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، في عيادة المريض، فصل في آداب العبادة، (١١/٤٤٣)، رقم الحديث (٨٨٠٥)، وفي سند الحديث ضعف، قال المناوي: " .. وهذا منقطع، وقال ابن حجر: لا بأس برواته إلا أن مكحولاً لم يسمع من أبي هريرة، وفي الباب عن أنس خرج سعيده بن منصور وأبو داود وفي إسناده أيضاً ضعف "، فيض القدير للمناوي (٣/٣٦٥) .



المبحث الثاني _ عدم معارضة المصلحة المرسلة للقرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع، والقياس .

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول _ عدم معارضة المصلحة المرسلة للقرآن الكريم .
- المطلب الثاني _ عدم معارضة المصلحة المرسلة للسنة المطهرة .
- المطلب الثالث _ عدم معارضة المصلحة المرسلة للإجماع، والقياس .



المطلب الأول _ عدم معارضة المصلحة المرسلّة للقرآن الكريم:

القرآن الكريم هو كلام الله المعجز، المنزّل على النبي ﷺ، المنقول بالتواتر، المكتوب في المصاحف، المتعبّد بتلاوته ^(١).

وهو المصدر الأول من مصادر التشريع، وهو عمدة الملة، ولا نجاة بغيره ^(٢).

ومن ضوابط حجية الاستصلاح أن لا تكون المصلحة المرسلّة معارضةً للقرآن الكريم الذي هو المصدر الأول في التشريع والدليل الأول للأحكام الشرعية، ومن أدلة هذا الضابط:

١ _ ما جاء في القرآن الكريم نفسه من وجوب التمسك بأحكامه وأوامره ونواهيه، ومن ذلك: قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾، [المائدة: ٤٩]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَاهُ إِلَيْكَ بِالْحَقِّ لِنَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبْنَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا﴾، [النساء: ١٠٥].

٢ _ ما جاء في السنة أيضاً من وجوب التمسك بالقرآن الكريم، وتقديمه على غيره في الرجوع إليه في كل شيء، ومن ذلك حديث سيدنا معاذ بن جبل رضي الله عنه لما أرسله سيدنا محمد ﷺ إلى اليمن وقال له: ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟))، قال: أقضي بكتاب الله، قال: ((فإن لم تجد في كتاب الله؟))، قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: ((فإن لم تجد في سنة رسول الله، ولا في كتاب الله؟))، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره، وقال: ((الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)) ^(٣).

١ . أصول السرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المتوفى سنة (٤٨٣هـ) رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت، د/ت.ط، (٢٧٩/١)، والمستصفي للغزالي (ص ٨١)، وروضة الناظر لابن قدامة (١٩٨/١-٢٠٢)، ومناهل العرفان في علوم القرآن، لمحمد عبد العظيم الزرقاني، المتوفى سنة (١٣٦٧هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثالثة، (١٩/١).

٢ . الموافقات للشاطبي (١٤٤/٤).

٣ . رواه الترمذي في أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، (٦٠٨/٣)، رقم الحديث (١٣٢٧)، وأبو داود واللفظ له، في كتاب الأقضية، باب اجتهد الرأي في القضاء، (٣٠٣/٣)، رقم الحديث (٣٥٩٢)، قال الترمذي: "هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل"، (٦٠٨/٣)، وقال ابن الجوزي: "هذا حديث لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه، ولعمري إن كان معناه صحيحاً، إنما ثبوته لا يُعرف لأن الحارث بن عمرو مجهول، وأصحاب معاذ من أهل حمص لا يُعرفون، وما هذا طريقه فلا وجه لثبوته"، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين

فإن خالفت المصلحة المرسلّة الكتاب فهي مصلحةٌ موهومة مردودة، وإن رآها بعض البشر مصلحةً فذلك من قبيل الهوى والتشهي، فهي في الحقيقة عين المفسدة، وحينئذ تكون مندرجةً ضمن المصلحة التي ألغاهما الشارع فلم تبقَ مرسلّة، إلا أنها يُتَوَهَّم إرسالها لعدم نصّ الشارع على إلغائها فيتبيّن بعد البحث فيها معارضتها للكتاب فتُلغى^(١).

قال الشيخ أبو زهرة رحمه الله: " المصلحة التي تعارض النص هي من قبيل الأهواء النفسية والانحرافات الفكرية، وهي تحكيم للأهواء في النصوص الدينية " ^(٢).

وقال: " وما يتوهمه العاقل مصلحةً معارضةً للنصّ هو من مثارات الهوى لبست لبوس المصالح وليست منها " ^(٣).

والمقصود من معارضة الكتاب معارضة المصلحة الموهومة نصاً قطعياً الدلالة، فالقطعي لا يعارضه الظني ^(٤).

=أبو الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي، المتوفى سنة (٥٩٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: إرشاد الحق الأثري، فيصل آباد، باكستان، الطبعة الثانية، (١٤٠١هـ/١٩٨١م)، (٤٤٦/٤).

ولكن صحّحه بعض العلماء، لتلقي العلماء له بالقبول، مثل ابن القيم فقد قال: " فهذا حديث وإن كان عن غير مُسَمَّنٍ فهم أصحاب معاذ فلا يضره ذلك؛ لأنه يدل على شهرة الحديث وأن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من أصحاب معاذ لا واحد منهم، وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سمي كيف وشهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالحل الذي لا يخفى، ولا يُعرف في أصحابه متهم ولا كذاب ولا مجروح، .. ، على أن أهل العلم قد نقلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم، كما وقفنا على صحة قول رسول الله ﷺ ((لا وصية لوارث))، ونحوه، مما لا تثبت من جهة الإسناد ولكن لما نقلها الكافة عن الكافة عُتِنَا بصحتها عندهم عن طلب الإسناد لها فكذاك حديث معاذ "، عون المعبود شرح سنن أبي داود، لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر (٣٧٠/٩).

١ . المستصفي للغزالي (ص١٧٤)، والمحصل للرازي (١٦٢/٦، ١٦٣)، وعلم أصول الفقه لخلاف (ص٨٧)، والمصلحة المرسلّة، محاولة لبسطها، ونظرة فيها، لعلي محمد جريشة (ص٤٤)، والمصلحة المرسلّة في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ، لعبد الإله أبو رحمة (ص٤٤)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي محمود (ص١٠٣).

٢ . أصول الفقه لأبو زهرة (ص٣٧٩).

٣ . ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبو زهرة (ص٣٥٢).

٤ . المستصفي للغزالي (ص١٠٢)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص١٣١).

ومثال ذلك: المصلحة التي تقتضي المساواة بين الابن والبنت في الميراث؛ لتساويهما في القرابة، ولمواكبة التطور والتقدم، فلا يجوز اعتبارها، وتُعتبر مصلحةً ملغية، لأنها تعارض نصاً قطعيّ الدلالة في كتاب الله تعالى^(١)، وهو قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾، [النساء: ١١] .

ولو كان تقديم المصلحة على النص على الإطلاق لأدى ذلك إلى ضياع الشريعة كلياً، ولُفُتِحَ باب تقديم المصلحة على النص فُتُسَبَّحَ الخمر، وتُكشَفَ العورات، ويُمنَعَ تعدّد الزوجات بدعوى التطور ومواكبة التقدم العلمي والثقافي في العالم، فالخمر والفجور صار فناً وإبداعاً وحريةً شخصية في ثقافات الغرب المتطورة، ويُروَّج لذلك على أنه يجلب المصالح المادية والسياسية، لكن هذه المصالح — في نظرهم — تعارضُ الكتاب فهي ملغية، وهي عين المفسدة التي لا تخفى على عاقل، وهذا هو اتباع الهوى^(٢) .

١ . علم أصول الفقه لخلاف (ص ٨٧)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، لحسين حامد حسان، (ص ١٦)، والمصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور نور الدين مختار الخادمي، (ص ٤٠ — ٤٣) .

٢ . نشرت مجلة البيان على الشبكة العنكبوتية للمعلومات (الإنترنت)، مقالاً بعنوان: الغرب في مستنقع الخمر، نقلت فيه أرقاماً وحقائق مذهلة في تأثير الخمر على الشعوب الغربية، مما حدا بالدولة إلى البحث عن قوانين تمنع الخمر، وبدأت بحملات واسعة لتوعية شعوبها بضرورة تركه والتقليل من تناوله، فعلى سبيل المثال:

نقلت عن مجلة "ريسكيو" الأمريكية أن تعاطي الخمر يتسبب في حوادث قتل كل ٢٢ دقيقة .

ونقلت عن مركز السيطرة على الأمراض في أتلانتا أن هناك مائة وخمسة آلاف حالة وفاة سنوياً لها علاقة بالخمر (حوادث سير، وأمراض، وإصابات)، فشراب الخمر يتسبب في ما لا يقل عن ٣٤ % من حوادث القتل العمد، وأكثر من نصف المعتصبين قاموا بجريمتهم في حالة من السكر، وحالات السكر الشديدة تتسبب في: ٦٠ % من جرائم العنف، و ٣٠ % من جرائم الانتحار، و ٨٠ % من حوادث الحريق والغرق .

والخمر تكلف الولايات المتحدة (١٥ مليار دولار) سنوياً من أجل الرعاية الصحية وعلاج آثارها .

وكشف معهد دراسات الكحول في بريطانيا أن ٤٠ % من حالات الانتحار في بريطانيا هي لأشخاص مدمنين على الخمر، وعلى مستوى العمل الوظيفي شكا أكثر من ٦٠ % من المديرين من مشكلات ناجمة عن سوء تعاطي الموظفين للخمر، مما ينتج عنه التغيب عن العمل، أو ضعف في الأداء الوظيفي، أو أخطاء واضحة أو ارتفاع معدلات الإصابة أثناء العمل جراء ضعف التركيز .

وأظهرت مجموعة من الدراسات الدولية أن تعاطي الخمر يكلف بريطانيا ما يصل إلى ٥ % من إجمالي الناتج القومي سنوياً، وتتضمن هذه التكاليف الرعاية الصحية، وانخفاض الطاقة الإنتاجية .

انظر: موقع مجلة البيان (www.albayan.co.uk)، مقال باسم ثقافات الحضارات .. الغرب في مستنقع الخمر، مترجم عن صحيفة الجارديان البريطانية، بتاريخ (٢٠١٠/١٢/٦) .

ومن لطيف كلام الشاطبي رحمه الله: " المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه، حتى يكون عبداً لله اختياراً، كما هو عبداً لله اضطراراً " ^(١)، وتتمثل هذه العبودية في الخضوع لحكم الله وامتنال أوامره، أما التطاول على النصوص والجرأة عليها بدعوى المصلحة فهو من الأهواء المهلكة للعبد؛ لأنه يوقع نفسه في مهاوي المفسد المردية .

أما معارضة المصلحة لظني الدلالة من نصوص القرآن الكريم فقد وقع في الخلاف، فذكر الشيخ أبو زهرة رحمه الله أن أكثر المالكية يقدّمون المصلحة فيخصّصون بها النصوص ظنية الثبوت أو الدلالة، وأن الحنابلة لا يقدّمونها على النصوص بأي شكلٍ من الأشكال ^(٢) .

ولكن الدكتور البوطي والدكتور حسين حامد نفيا بشدة، وبالأمثلة التطبيقية، القول بأن المالكية يخصّصون النص بالمصلحة، وأميل إلى هذا القول؛ لقوة أدلّته وظهور حجته ^(٣) .

= فهذه أمثلة عابرة عن المفسد التي هم أنفسهم يذكرونها، ويعانون من الوقوع في مستنقعاتها، سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو غيره، لكنهم يريدون إيقاع المسلمين في مستنقعاتهم باسم المصلحة المادية والحضارة، وقد ألغى القرآن الكريم هذه المصلحة الموهومة، كما في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ ^(١٠) إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ ﴿١١﴾، [المائدة: ٩١-٩٠] .

١ . الموافقات للشاطبي (٢/٢٨٩) .

٢ . ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبو زهرة (ص ٣٥٢)، وانظر: المصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي محمود (ص ١١٨) .

٣ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ١٨٨-٢٠١)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي لحسين حامد حسان (ص ١٠٨-١٩٢) .

المطلب الثاني _ عدم معارضة المصلحة المرسله للسنة المطهرة:

السنة في اصطلاح الأصوليين هي كل ما صدر عن النبي ﷺ _ غير القرآن _ من قول أو فعل أو تقرير ^(١).

ومجال البحث وطبيعته هنا يحتمّ تبين المقصود بالسنة هنا أنه ما ثبت بالسند المتصل سواء كان متواتراً أو آحاداً، مما ليس من خصائصه ﷺ ^(٢).

والسنة المطهرة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم، ومن ضوابط حجية المصلحة المرسله أن لا تكون معارضةً للسنة المطهرة ^(٣)، والسنة تثبت بالتواتر ^(٤) أو بخبر الآحاد ^(٥).

١ . جمع الجوامع في أصول الفقه لابن السبكي (ص ٦١)، وشرح التلويح على التوضيح للفتازاني (٣/٢)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (١٦٠/٢) .

٢ . هذا ما تقتضيه طبيعة البحث في أصول الفقه، وفي موضوع البحث هنا خصوصاً، قال الفتازاني في شرح التلويح على التوضيح (٣/٢): " .. والمقصود بالبحث هاهنا بيان اتصال السنة بالنبي ﷺ؛ لأنه يبحث عن كيفية الاتصال بأنه بطريق التواتر أو غيره، وعن حال الراوي، وعن شرائطه وعن ضد الاتصال، وهو الانقطاع، وعن متعلّقه الذي هو محل الخبر، .. " .

٣ . علم أصول الفقه لخلاف (ص ٨٧)، والمصلحة المرسله، محاولة لبسطها، ونظرة فيها، لعلي محمد جريشة (ص ٤٤)، والمصلحة المرسله في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ، لعبد الإله أبو رحمة (ص ٤٤)، والمصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي محمود (ص ١٠٣) .

٤ . التواتر كما قال ابن الصلاح هو: " الخبر الذي ينقله من يحصل العلم بصدقه ضرورة، ولا بد في إسناده من استمرار هذا الشرط في رواته من أوله إلى منتهاه "، معرفة أنواع علوم الحديث، ويُعرف بمقدمة ابن الصلاح، لعثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين، المعروف بابن الصلاح، المتوفى سنة (٦٤٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. نور الدين عتر، دار الفكر، سوريا، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (ص ٢٦٧)، وانظر: التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير ﷺ في أصول الحديث، لأبي زكريا، محيي الدين، يحيى بن شرف، النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، تقديم وتحقيق وتعليق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، (ص ٨٥) .

٥ . ويسمى خبر الواحد أيضاً، وهو ما لا ينتهي من الأخبار إلى حد التواتر، انظر: المستصفى للغزالي (ص ١١٦)، والمنهل الروي في مختصر علوم الحديث النبوي، لأبي عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله، بن جماعة، الحموي الشافعي، المتوفى سنة (٧٣٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. محيي الدين عبد الرحمن رمضان، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ)، (ص ٣٢)، وتوجيه النظر إلى أصول الأثر، لطاهر بن صالح، (أو محمد صالح) ابن أحمد بن موهب، السمعوني، المتوفى سنة (١٣٣٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، (١٠٨/١) .

وكلاهما سواءً من ناحية العمل، فالعمل بالمتواتر واجبٌ لقطعية ثبوته^(١)، والعمل بخبر الآحاد واجبٌ قطعاً أيضاً كما ذهب إليه جمهور أهل العلم من الأصوليين والفقهاء؛ والدليل على ذلك هو التواتر المعنوي الحاصل بإجماع الصحابة على قبول خبر الواحد والعمل به، وتواتر الأحاديث المتفقة على أن النبي ﷺ أنفذ الولاة والرسل إلى البلاد وكلف أهلها بتصديقهم فيما نقلوه من الشرع، وفصلت كتب أصول الفقه هذه المسألة تفصيلاً لا مجال لإيراده^(٢).

قال الإمام الشافعي: "ولو جاز لأحدٍ من الناس أن يقول في علم الخاصة: أجمع المسلمون قديماً وحديثاً على تثبيت خبر الواحد، والانتفاء إليه، بأنه لم يعلم من فقهاء المسلمين أحد إلا وقد تثبته جاز لي، ولكن أقول: لم أحفظ عن فقهاء المسلمين أنهم اختلفوا في تثبيت خبر الواحد بما وصفتُ .." (٣).

١ . أصول السرخسي (٢٨٣/١)، والمستصفى للغزالي (ص ١٠٥)، وروضة الناظر لابن قدامة (٣٠٣/١)، وشرح تنقيح الفصول للقرائي (ص ٣٤٩)، وكشف الأسرار للبخاري (٣٦٠/٢)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص ٢٥٧).

٢ . الرسالة للشافعي (ص ٤٠١)، وأصول السرخسي (٣٢١/١)، والمستصفى للغزالي (ص ١١٦)، وروضة الناظر لابن قدامة (٣٠٣/١)، وشرح تنقيح الفصول للقرائي (ص ٣٥٧)، وكشف الأسرار للبخاري (٣٧٠/٢)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لأبي الثناء الأصفهاني (٦٧٢/١)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص ٢٥٧)، وشرح نخبه الفكر في مصطلحات أهل الأثر، لعلي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، المتوفى سنة (١٠١٤هـ) رحمه الله تعالى، قدم له: الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، تحقيق وتعليق: محمد نزار تميم، وهيثم نزار تميم، دار الأرقم، بيروت، لبنان، د/ت.ط، (ص ٢١١).

وفي العصر الحاضر كثرت الشُّبُه حول ردّ العمل بخبر الواحد، والزعم بأن القرآن الكريم والسنة المتواترة فقط هي الدين، وما سواه شكوك لا يستقيم بناء الدين عليها، ولا مجال لذكر أصحاب هذه الشُّبُه والردّ عليهم، فأكتفي بإشارة سريعة مختصرة، فمنهم:

أحمد خان الهندي مؤسس جامعة عليكرة، وجمال الدين الأفغاني، ومحمد توفيق صدقي، وغيرهم، انظر: حجية خبر الآحاد في العقائد والأحكام، لربيع بن هادي بن محمد عمير المدخلي، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، د/ت.ط، (ص ٢٩-١١٩).

٣ . الرسالة للشافعي (ص ٤٥٨).

وقال الخطيب البغدادي رحمه الله تعالى^(١): " وعلى العمل بخبر الواحد كان كافة التابعين ومن بعدهم من الفقهاء الخالفين، في سائر أمصار المسلمين إلى وقتنا هذا، ولم يبلغنا عن أحد منهم إنكاراً لذلك ولا اعتراض عليه، فثبت أن من دين جميعهم وجوبه، إذ لو كان فيهم من كان لا يرى العمل به لتُقل إلينا الخبر عنه بمذهبه فيه، والله أعلم " ^(٢) .

والخلاصة: شأن خبر الآحاد في وجوب العمل به كشأن الآية القرآنية في ذلك .

فيقال في معارضة المصلحة لنصوص السنة الثابتة بالتواتر أو بخبر الآحاد ما يُقال في معارضة المصلحة لنصوص الكتاب كما سبق^(٣)؛ فإن كانت دلالة السنة قطعية، فالمصلحة التي تعارضها هي مصلحة موهومة مردودة، قائمة على الهوى والشهوة، وهي في الحقيقة عين المفسدة، وحينئذ تكون مندرجة ضمن المصلحة التي ألغاهما الشارع فلم تبقى مرسلّة^(٤) .

قال ابن القيم: " فالرأي الباطل أنواع، أحدها: الرأي المخالف للنص، وهذا مما يعلم بالاضطرار من دين الإسلام فساده وبطلانه، ولا تحل الفتيا به ولا القضاء " ^(٥) .

وإن ثبتت السنة بدلالة ظنية، فهذا موضع الخلاف، حيث ذكر الشيخ أبو زهرة رحمه الله أن أكثر المالكية يقدمون المصلحة فيخصّصون بها النصوص ظنية الثبوت أو الدلالة، وأن الحنابلة

١ . هو أحمد بن علي بن ثابت البغدادي، أبو بكر، المعروف بالخطيب، وُلِدَ عام (٣٩٢هـ)، في (عُزْبَة)، نشأ في بغداد، ثم خرج إلى الشام مستترًا، كان محدثًا حافظًا مؤرخًا أديبًا شاعرًا، له مصنفات عديدة، منها: (تاريخ بغداد)، و(الكفاية في علم الرواية) في مصطلح الحديث، توفي في بغداد سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، انظر: معجم الأدباء، أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، لشهاب الدين، أبو عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، المتوفى سنة (٦٢٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣ م)، (٣٨٤/١-٣٩٦)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة (١/٢٤٠، ٢٤١) .

٢ . الكفاية في علم الرواية، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أبو عبد الله السورقي، إبراهيم حمدي المدني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، (ص ٣١) .

٣ . انظر (ص ١٦٣-١٦٥) من هذا البحث .

٤ . علم أصول الفقه لخلاف (ص ٨٧)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ١٦٢)، والمصلحة المرسلّة، محاولة لبسطها، ونظرة فيها، لعلي محمد جريشة (ص ٤٤)، والمصلحة المرسلّة في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ، لعبد الإله أبو رحمة (ص ٤٤)، والمصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي محمود (ص ١٠٣) .

٥ . إعلام الموقعين لابن القيم (١/٥٤) .

لا يقدّمونها على النصوص بأي شكلٍ من الأشكال^(١) .

وقال الدكتور البوطي رحمه الله كلاماً رائعاً في ذلك: " فأما المصلحة التي لا شاهد لها من أصلٍ تُقاس عليه، فلا يجوز اعتبارها عند مخالفة النصِّ لها، .. أجمع على هذا كافة الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب، ومثلها المصلحة القائمة على أساس القياس إذا عارضت نصّاً قطعياً كآية صريحة من القرآن أو سنة متواترة، فهو قياسٌ فاسد لا يُؤخذُ به، أجمع على ذلك أيضاً عامة المسلمين .

وأما المصلحة التي لها شاهدٌ من أصلٍ معتبرٍ تُقاس عليه وكان بينها وبين النصِّ تخالفٌ يمكن إزالته عن طريق التخصيص، أو كان بينها وبين النص تعارضٌ ولكنه نصٌّ غير قطعي كخبر الآحاد: فالأمر في هذا خاضعٌ لاجتهاد العالم المتنبّت؛ لأنه في حقيقته اجتهادٌ في توفيق النصوص مع بعضها لا في ترجيح مصلحة مجرّدة على نصٍّ " (٢) .

أي لم يعد الأمر معارضةً بين المصلحة وخبر الواحد بل معارضةً بين القياس وخبر الواحد^(٣) .

١ . ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لأبو زهرة (ص ٣٥٢)، وانظر: المصلحة المرسلّة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية لعبد الحميد علي محمود (ص ١١٨) .

٢ . ضوابط المصلحة للوطي (ص ٢٠١) .

٣ . ضوابط المصلحة للوطي (ص ١٩٤)، فإذا حصل التعارض الكلّي بين خبر الآحاد والقياس فقد ذهب الأكثر إلى أن خبر الآحاد مقدّمٌ على القياس مطلقاً كما قال ابن السبكي في جمع الجوامع (ص ٨٣)، أما إن كان دون ذلك وأمكن الجمع بينهما كأن كان من قبيل مخالفة الخاص للعام فالجمهور على جواز تخصيص عموم الكتاب والسنة بالقياس مطلقاً، واشترط البعض بعض الشروط لجواز ذلك، انظر تفاصيل المذاهب وأدلتها في ذلك في المستصفى للغزالي (ص ٢٤٩-٢٥٢)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب لأبي الثناء الأصفهاني (٣٤٨-٣٤٩/٢)، وجمع الجوامع لابن السبكي (ص ٥١، ٥٢) .

المطلب الثالث _ عدم معارضة المصلحة المرسلة للإجماع، والقياس:

أولاً _ الإجماع:

(وهو اتفاق المجتهدين من محمد ﷺ في عصر على حكم شرعي)^(١) .

ومثال الإجماع: الإجماع على وجوب الصوم، وحرمة الزنا، وتوريث الجدات السدس^(٢) .

والإجماع حجة شرعية، ومصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وتثبت به الأحكام الشرعية، وحجته قطعية، ولا تجوز مخالفته، ولا بد له من مستند من نص أو قياس^(٣) .

ويأتي الإجماع في الرتبة الثالثة في الحجية ثم القياس^(٤)، فلا تُقدّم عليه المصلحة، وإن عارضت مصلحة إجماعاً كانت مصلحة مردودة، فمن شرط اعتبار المصالح المرسلة أن لا تعارض الإجماع؛ فهي دونه في الحجية .

ثانياً _ القياس:

ذكرتُ تعريف القياس، وأركانه، ومثاله، والفرق بينه وبين الاستصلاح^(٥) .

التعارض بين القياس والاستصلاح:

لكل ركن من أركان القياس شروط، ونقطة البحث في هذا المطلب تتطّلب التعرّض للحديث عن العلة، والعلة هي الباعث على التشريع، أو المعرّف للحكم، أو المعنى الذي كان الحكم على ما

١ . شرح التلويح على التوضيح للفتاواني (٨١/٢)، وانظر: المستصفى للغزالي (ص١٣٧)، والتحبير شرح التحرير للمرداوي (١٥٢٥/٤).

٢ . التحبير شرح التحرير للمرداوي (١٦٣٢/٤).

٣ . البرهان في أصول الفقه للجويني (١/ ٢٧٩)، والتلخيص في أصول الفقه للجويني (١٠٧/٣)، والمنحول للغزالي (ص٤٠٥، ٤٠٤)، وكشف الأسرار للبخاري (٢٦٣/٣)، والتحبير شرح التحرير للمرداوي (١٦٣٢/٤) .

ولأن الإجماع لا بد له من مستند من نص (من القرآن أو السنة) أو قياس رأيتُ أن لا أفصل فيه القول، واكتفي بالتفصيل عند الحديث عن النص والقياس .

٤ . الرسالة للشافعي (ص٥٩٨) .

٥ . في (ص ٤٤) من هذا البحث .

كان عليه لأجلها، وهي المؤثرة في الحكم يجعل الشارع لا بذاتها^(١) .

ولهذه العلة شروط أهمها: أن تكون منصوفاً عليها أو مجمعاً عليها، أو أن يكون حكم الأصل جارياً على وفقها، وهناك طرق لاستنباط العلة بالاجتهاد إن لم تكن منصوفاً عليها أو مجمعاً عليها ...^(٢) .

وشروط اعتبار العلة أو المصلحة هو مدار صحة اجتهاد المجتهد في كل ما لا نص فيه، وأدلة هذا الاعتبار ترقى في درجات متفاوتة القوة والوضوح، بدءاً بأضعف درجة هي اعتبار الشارع للجنس البعيد كما لو كان داخلاً ضمن أحد الكليات الخمسة، وانتهاءً بأعلى رتبة في الاعتبار وهي ثبوت النص أو الإجماع على كونه علة للحكم^(٣) .

وبسبب هذا التفاوت في درجات اعتبار المصالح أو الأقيسة قد يحصل التعارض بين المصالح مع بعضها أو الأقيسة مع بعضها، وصورته أن تجد في محل الحكم وصفين، كلٌّ منهما يناسب حكماً معيناً له، وأحدهما أقوى من الآخر من حيث الاعتبار، كأن يكون أحدهما ملائماً _ أي اعتبره الشارع _ والآخر مرسلأ _ أي لم يعتبره الشارع ولم يلغه _ فالوصف المرسل يكون معارضاً بوصفٍ ملائم، وبعبارة أخرى المصلحة المعارضة بالقياس، فيُقدّم القياس، ومثاله:

التعامل بأوراق (الانصيب)، فقد يرى البعض فيه وصفاً مناسباً لتبريره وإباحته، من إمكان كسبٍ ماديٍّ فيه مع ما قد يكون فيه من المساهمة في أعمال خيرية، ولكنَّ فيه وصفاً آخر حُرِّم من أجله الميسر، وهو الغرر المفضي إلى العداوة والبغضاء ومقتضاه القياس عليه في الحرمة، فقد

١ . وهناك تعريفات ومعانٍ أخرى، ذكرها الأصوليون مع هذا المعنى عند الحديث عن العلة، انظر: قواطع الأدلة للسمعاني (١٤٠/٢)، والمستصفي للغزالي (ص٣١٧)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص٣١٨)، والبحر المحيط للزركشي (١٤٣/٧، ١٤٤)، وشرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، مع حاشية العطار عليه (٢٧٢/٢-٢٧٥) .

٢ . وهناك شروط أخرى، فيجب أن تكون: وصفاً حقيقياً، ظاهراً منضبطاً، أو وصفاً عرفياً مطّرداً، أو حكماً شرعياً، .. إلخ، ومن طرق الاستنباط الاجتهادية: السبر والتقسيم، والمناسبة والإخالة، .. إلخ، انظر: قواطع الأدلة للسمعاني (١٥٢/٢-١٦٤)، والمستصفي للغزالي (ص٣٠٤-٣١٥)، والبحر المحيط للزركشي (١٦٧/٧-٢٣٤)، وشرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، مع حاشية العطار عليه، (٢٧٥/٢-٢٧٩) .

٣ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص٢٢٠) .

عورض ما حُيِّلَ أنه مصلحةً مرسلَةً بالقياس القائم على وصفٍ مناسبٍ مُعْتَبَرٍ شرعاً، فيُقَدَّم القياس^(١) .

إذاً من شرط اعتبار المصالح المرسلَة أن لا تعارض القياس؛ فهي دونه في الحجية^(٢) .

١ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢٣٢، ٢٣٣) .

٢ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٢١٦)، والمصلحة المرسلَة في أحكام السياسة الشرعية لأبو رحمة (ص ٤٤) .



الفصل الثالث _ القواعد الفقهية المتعلقة بالاستصلاح، وتطبيقاتها المعاصرة في الأحوال الشخصية .

وفيه تمهيد وهو تعريفٌ بالقواعد الفقهية، وأربعة مباحث:

المبحث الأول _ قاعدة: المشقة تجلب التيسير .

المبحث الثاني _ قاعدة: لا ضرر ولا ضرار .

المبحث الثالث _ قاعدة: العادة محكمة .

المبحث الرابع _ تطبيقات معاصرة لهذه القواعد في الأحوال الشخصية .



تمهيد

تعريفٌ بالقواعد الفقهية

علم القواعد الفقهية من أعظم علوم الشريعة وأهمها للفقيه والمفتي والقاضي؛ إذ به تحصل الدُّربة في مآخذ الظنون ومدارك الأحكام، وبه تُضبط الفروع الفقهية في سبيلٍ ينظمها ويسهل حفظها والرجوع إليها والإمام بها .

وقد اهتمَّ فقهاء المذاهب بهذا العلم فتعرَّفوا علل الأحكام التي استنبطها أئمتهم، وجمعوا الشبيه إلى شبيهه، وضموا النظر إلى نظيره، وضبطوا ما تشابه وتمائل برباط وضابط واحد هو القاعدة الفقهية، فتكوَّنت القواعد التي تجمع كلَّ واحدةٍ منها فروعاً ومسائل كثيرة، فمن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات .

ولا بدَّ لمن تصدَّر الاجتهاد والإفتاء من معرفة هذه القواعد، ليخرِّج عليها ما يصحُّ أن يُبنى عليها ويندرج تحتها، وهذا مما ييسر الأمر على المجتهد في معرفة الأحكام لما يستجد من الحوادث والنوازل، ويبرز عظمة الشريعة وصلاحتها لكل مكانٍ وزمانٍ مهما تلوَّنت أشكال النوازل وتعدَّدت صور المستجدات، ومهما تعقَّدت وخفي على الناس أمرها .

قال القرافي رحمه الله في مقدمة كتابه (الفروق): " أما بعد: فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان؛ أحدهما: المسمى بأصول الفقه، .. والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جلية، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى .. ومن جعل يخرِّج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات" ^(١).

والذي يدخل في موضوع البحث مباشرةً ثلاثُ قواعدٍ كَلِّية ^(٢)، بمعنى أنها تتصل مباشرة

١ . الفروق للقرافي (٢/١، ٣) .

٢ . القواعد الكَلِّية خمسة، هي: (الأمر بمقاصدها، واليقين لا يزال بالشك، والضرر يزال، والعادة محكمة، والمشقة تجلب التيسير)، انظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، دار

بموضوع الاستصلاح وتضبط آليته وتعين في معرفة المصلحة وحدودها، وهذه القواعد هي:

١ _ (المشقة تجلب التيسير): فحيثما حصلت المشقة حصل التيسير الذي هو المصلحة التي تُبتَغى، والتي هي محلّ البحث، وفي النوازل والمستجدّات تتّضح أهميّة وصلّة هذه القاعدة جيداً بالاستصلاح .

٢ _ (لا ضرر ولا ضرار): فالضرر هو المفسدة التي يُعدُّ اجتنابها أحد جانبي المصلحة، فالمصلحة تدور حول أمرين: جلب المنافع، وقطع المضارّ، والقواعد الفرعية المندرجة تحت هذه القاعدة _ كما سيأتي _ تبين الصلة القوية بين القاعدة والاستصلاح بحيث لا يكاد يستغني المتصدّر للاستصلاح عن هذه القاعدة وفروعها في أي نازلةٍ تحدث .

٣ _ (العادة محكمة): فكل قوم لهم تقاليد وأمور اعتادوا عليها ومن مصلحتهم البقاء عليها، طالما أنّها غير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا بد لمن يتصدر للاستصلاح من معرفة العرف الصحيح وضوابط التعامل مع الأعراف؛ حرصاً على مصلحة العباد في إقرارهم على ما اعتادوا عليه .

فالقواعد الفقهية ضوابط متينة وأدوات لازمة للاستصلاح، ولا بدّ لمن يروم الاستصلاح أن يكون على درايةٍ بهذه القواعد؛ ليكون على بينةٍ من كيفية ترتيب الحكم على المصلحة، وتقدير هذه المصلحة، ومعرفة درجاتها ومراتبها، ليجيد الترجيح عند التعارض بين المصالح فيما بينها، وبين المفاسد فيما بينها .

وقبل بدء البحث في القواعد لا بدّ من تعريفٍ موجزٍ بالقواعد الفقهية، وبعض ما يتعلّق بها.

أولاً _ تعريف القاعدة الفقهية:

القاعدة لغةً: هي الأساس، وهذا هو معنى الآية الكريمة: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ

=الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، (١٢/١)، والأشبه والنظائر لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩٠م)، (ص٨) .

والقاعدة الأولى والثانية لا تدخلان ضمن القواعد المتعلقة بالمصلحة المرسلة مباشرةً، بمعنى أن صلتها بموضوع الاستصلاح ليست ظاهرة قويةً، والله تعالى أعلم، انظر: القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، نشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، (١٤/١) .

وَأَسْمَعِيلُ»، [البقرة: ١٢٧]، والقاعدة هي ضابط وأمر كلي ينطبق على جزئيات^(١).

واصطلاحاً: هي (أصول فقهية كلية، في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)^(٢).

وعلم القواعد الفقهية متفرّع عن علم الفقه، هدفه تأسيس القواعد والضوابط؛ لتجميع فروع المذهب لضبطها وتسهيل الرجوع إليها لتخريج المسائل المستجدة عليها^(٣).

قال السيوطي^(٤) رحمه الله تعالى عن هذا العلم: " .. به يُطَّلَع على حقائق الفقه ومداركه، وماخذه وأسراره، ويُتَمَهَّر في فهمه واستحضاره، ويُقْتَدَر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان "^(٥).

ثانياً _ الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

عرّف القرافي القواعد الأصولية فقال عنها: " قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبر الواحد وصفات

١ . مختار الصحاح للزازي، مادة (قَعَدَ)، (ص٢٥٧)، والمعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة (٢/٧٤٨).

٢ . مقدّمة كتاب شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، والمقدّمة لابنه الشيخ مصطفى الزرقاء، لأحمد بن محمد الزرقا، المتوفى سنة (١٣٥٧هـ) رحمه الله تعالى، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، (ص٣٤)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، (١٤١٦هـ / ١٩٩٦م)، (ص١٥).

٣ . انظر: المنشور في القواعد الفقهية، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة (٧٩٤هـ) رحمه الله تعالى، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، (١/٧١)، وموسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، (ص٢٩-٣١).

٤ . هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، جلال الدين، حافظ، محدّث، مفسر، مؤرّخ، أديب، وُلِدَ عام (٨٤٩هـ)، ونشأ في القاهرة، ولما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس، وأعرض عن الدنيا، وانقطع للعبادة، وخلا بنفسه في روضة المقياس، على النيل، وكأنه لا يعرف أحداً، فألف أكثر كتبه، له نحو (٦٠٠) مصنف، منها: (الأشباه والنظائر) في فروع الشافعية، و(الجامع الصغير) في الحديث، و(الدر المنثور في التفسير بالمأثور)، وكان الأغنياء والأمراء يزورونه ويعرضون عليه الأموال والهدايا فيردها، وبقي على ذلك إلى أن توفي سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه، انظر: شذرات الذهب لابن العماد (١٠/٧٤-٧٩)، والأعلام للزركلي (٣/٣٠١، ٣٠٢).

٥ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٦).

المجتهدين " (١) .

والقاعدة الفقهية تشبه القاعدة الأصولية من ناحية وتخالفها في نواحٍ، فتشبهها في أن كلاً منهما قواعد تندرج تحتها جزئيات، وتخالفها في نواحٍ عدة، أهمها^(٢):

١ _ القاعدة الأصولية وسيلة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية، أما القاعدة الفقهية فهي عبارةً تضبط مجموعة أحكام متشابهة ترجع إلى علّةٍ واحدةٍ تجمعها، والغرض منها تقريب المسائل وتسهيلها .

٢ _ القاعدة الأصولية كليّة تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها، أما القاعدة الفقهية فهي أغلبية؛ يكون فيها الحكم على أغلب الجزئيات، ويُذكر لها مستثنيات .
قال القراني: " ومعلومٌ أن أكثر قواعد الفقه أغلبية " (٣) .

٣ _ القاعدة الأصولية موضوعها الحكم والدليل، أما القاعدة الفقهية فموضوعها هو فعل المكلف .

٤ _ القاعدة الفقهية متأخرة من حيث وجودها الذهني عن الفروع، أما القواعد الأصولية فهي متقدمة على الفروع .

٥ _ معظم مسائل أصول الفقه تدور حول محور استنباط الأحكام من الأدلة ولا تعود إلى خدمة حكمة الشريعة ومقاصدها، أما القواعد الفقهية فإنها تخدم المقاصد الشرعية، وتمهد الوصول إلى أسرارها وحكمها .

مثال القاعدة الفقهية: (الأمور بمقاصدها)^(٤).

١ . الفروق للقراني (٤/١) .

٢ . الفروق للقراني (٢/١، ٣)، والقواعد الفقهية، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، لعلي أحمد الندوي، قدّم لها: العلامة مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، (ص٦٨، ٦٩)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، لأبي الحارث الغزي (ص٢٠)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح بن غانم السدّان، دار بلنسية، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ)، (ص٢٠-٢٢) .

٣ . الفروق للقراني (٣٦/١) .

٤ . الأشباه والنظائر للسبكي (٥٤/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٣)، وقواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الصدف بيلشرز، كراتشي، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م)، (ص٦٢) .

ومثال القاعدة الأصولية: (مطلق النهي يقتضي التحريم)^(١).

ومن الجدير بالذكر أنّ بعض القواعد متراوحة بين أن تكون أصولية، وفقهية، كقاعدة سدّ الذرائع، والعرف؛ فإذا نُظِرَ إليها باعتبار موضوعها دليلاً شرعياً كانت قاعدةً أصولية، وإذا نُظِرَ إليها باعتبارها فعلاً للمكلّف كانت فقهية، فإذا قيل في سدّ الذرائع: الدليل المثبت للحرام مثبتٌ لتحريم ما أدى إليه، كانت القاعدة أصولية، وإذا قيل: كل مباح أدّى فعله إلى حرام فهو حرامٌ سدّاً للذريعة، كانت القاعدة فقهية^(٢).

ثالثاً _ الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

النظرية الفقهية، ودراسة الفقه الإسلامي في نطاقها أمر مُستحدث استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي، ودراسة القانون الوضعي، من خلال موازنتهم بين الفقه والقانون، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد، ويمكن أن تُعرّف النظرية العامة بأنها: (موضوعات فقهية، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً)^(٣).

مثالها: نظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الإثبات .

فمثلاً: قاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني)^(٤)، ليست سوى ضابط في ناحية

١ . العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد، المتوفى سنة (٤٥٨هـ)، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د. أحمد بن علي بن سير المباركي، الطبعة الثانية، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (٢/٤٤٠)، والتلخيص في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، أبي المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، المتوفى (٤٧٨هـ)، بتحقيق: عبد الله جولم النبالي، ويشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، د.ت/ط، (١/٤٩٦)، وكشف الأسرار للبخاري (١/٢٩٥)، ونهاية السؤل للإسنوي (ص١٧٧) .

٢ . القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي (ص٧٠)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢١، ٢٢).

٣ . المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، لعلي جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، (ص٣٣٤)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح السدلان (ص١٥) .

٤ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٥٥)، وقواعد الفقه للبركتي (ص٩١)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م)، (ص٢٦) .

مخصوصة من أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد .

ويرجع الفرق الأساسي بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية إلى ناحيتين^(١):

الأولى: القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها، أما النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها .
والثانية: القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية، فلا بد لها من ذلك .

ومن الكتب المصنّفة في القواعد الفقهية: تأسيس النظر للدبوسي^(٢)، وتخرّيج الفروع على الأصول للزنجاني، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي، والأشباه والنظائر للسيوطي، والقواعد لابن رجب الحنبلي، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن محمد الزرقا^(٣) .

كان هذا العرض الموجز للقواعد الفقهية وما يتعلّق بها بمثابة مدخلٍ وتمهيدٍ للبحث في هذه القواعد، وقد آن الأوان للبداية، والبدء _بحول الله وقوته_ بقاعدة: (المشقة تجلب التيسير)، والله المستعان القدير .

١ . المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية لعلي جمعة محمد عبد الوهاب (ص٣٣٤)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح السدلان (ص١٦) .

٢ . هو عبد الله بن عمر بن عيسى، أبو زيد، أول من وضع علم الخلاف وأبرزه إلى الوجود، نسبته إلى دبوسية (بين بخارى وسمرقند)، له تصانيف عدّة منها : (تأسيس النظر)، و(تقويم الأدلة)، توفي في بخارى، سنة (٤٣٠هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لابن نصر الله الحنفي (١/٣٣٩)، والأعلام للزركلي (٤/١٠٩) .

٣ . هو أحمد بن محمد بن عثمان الزرقاء، وُلِدَ في حلب عام (١٢٨٥هـ)، والده كان من أئمة المذهب الحنفي في عصره، فتفقه على يديه وتضلّع في الفقه الحنفي، وصار المدرّس للعلوم الشرعية خلفاً لوالده، في مختلف مساجد حلب، وفي المدرسة الخسروية، وغيرها، وكتابه (شرح القواعد الفقهية) يشهد بعلمه وفضله، توفي في حلب، سنة (١٣٥٧هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: ترجمة الشيخ أحمد محمد الزرقاء، للشيخ عبد الفتاح أبو غدة في مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (ص١٧-٢٩) .



المبحث الأول _ قاعدة: المشقة تجلب التيسير .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة، ومستندها .

المطلب الثاني _ أهم القواعد المتفرّعة عن هذه القاعدة .



المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة، ومستندها:

أولاً _ شرح معنى القاعدة:

١ _ المعنى اللغوي للقاعدة: المشقة في اللغة: الشدة، والعناء والعسر الخارج عن حد العادة في الاحتمال، وهذا معنى قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ﴾، [النحل: ٧] ^(١) .

والتيسير في اللغة: من اليسر وهو السهولة والليونة، وهو ضدُّ العسر ^(٢)، ومنه قوله ﷺ: ((إن الدين يسرٌ)) ^(٣)، أي سهل سمح لا تشدد فيه .

فصار المعنى اللغوي للقاعدة: العناء والشدة سببٌ للتسهيل ^(٤) .

٢ _ المعنى الاصطلاحي للقاعدة: إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة وعناء في نفسه أو ماله فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إخراج، فهذه المشقة سببٌ شرعي صحيح للتخفيف منه بوجه ما، فالمشقة حرجٌ والحرج مدفوع شرعاً بالنصوص الشرعية القاطعة ^(٥)، وقد ذكرتُ بعض هذه النصوص في المطلب التالي .

٣ _ أسماء أخرى للقاعدة: هناك من عبّر عن هذه القاعدة بلفظٍ آخر، كما نُسب إلى الإمام الشافعي أنه قال: (إذا ضاق الأمر اتسع) ^(٦) .

١ . معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة شَقَّ، (١٧١/٣)، ومعجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الطبعة الثانية، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، (ص ٤٣١) .

٢ . مختار الصحاح للرازي، مادة يَسَرَ، (ص ٣٤٩)، ومعجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، (ص ١٥٢) .

٣ . أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، (١٦/١)، رقم الحديث (٣٩) .

٤ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور أبي الحارث الغزي (ص ٢١٨) .

٥ . المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (١٠٠١/٢)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور أبي الحارث الغزي (ص ٢١٨)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (٢٢٠/١) .

٦ . الأشباه والنظائر للسبكي (٤٩/١)، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (١٢٠/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٣) .

٤ _ ضابط المشقة التي تجلب التيسير: المشقة الداعية إلى التخفيف هي المشقة المتجاوزة للحدود العادية، بحيث يسميها العرف العام حرجاً وعتناً ومشقة زائدة تحتاج النظر في أمرها لتحصيل اليسر والسهولة، أما المشقة الطبيعية في حدودها العادية والتي لا يسميها العرف العام حرجاً ولا ينكرها إلا الكسالى وأصحاب الخمول، والتي يستلزمها عادةً أداء معظم الواجبات اليومية، والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة، فهذه المشقة لا مانع منها، وليست هي المشقة التي نفاها الشارع، فالتكليفات المشروعة لا تخلو منها، وكل واجب لا يعرّى عن مشقة؛ إذ العباد مكلفون، وتحقيق تكاليفهم لا يتحقق إلا بأمرهم بما فيه شيء من الكلفة والمشقة؛ ولكن الغرض من ذلك تحقيق مصالحهم لا إيقاعهم في العنت، وتلك المشقة يسيرة لا تخلّ بالمصالح التي شرعت من أجلها الأحكام، ولا يُقال في العرف عن هذه المشقة أنها داخلية في العسر وخارجة عن الوسع، فإذا ارتفعت المشقة عن هذا الحد المقبول لظروف طارئة أو خاصة ببعض الناس فتح الشارع أمامها باب الرخصة وأعفى أصحاب الحرج والعسر عما يجرّهم ويشق عليهم^(١).

ويتخرّج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع^(٢).

ثانياً: مستند القاعدة، وتطبيقاتها:

تكاليف الشرع كلّها _ ولو كانت لا تخلو من قدرٍ محتملٍ من المشقة _ مبنية أصلاً على التيسير ومراعاة حال المكلفين، وهي لصالحهم عاجلاً وآجلاً، ولهذا التيسير الأصلي أدلة عديدة، وكذلك إذا شقّت هذه التكاليف في بعض الأحوال الطارئة على المكلفين، فهناك تيسيرٌ ورخصٌ

١ . الموافقات للشاطبي (٢٠٧/٢-٢٠٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٠، ٨١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٠، ٧١)، والمدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، (١٠٠١/٢-١٠٠٣)، وضوابط المصلحة للبوطي (ص ١٠٠-١٠٢)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور أبي الحارث الغزي (ص ٢٢٤، ٢٢٥)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٢٢٩-٢٣٣) .

٢ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٧٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٤)، والرخصة هي: (اسم لما شرع متعلقاً بالعوارض، أي ما استبيح بعذر مع قيام الدليل المحرّم)، التعريفات للجرجاني (ص ١١٠)، وذكر الفقهاء لها سبعة أنواع، هي: الأول: تخفيف إسقاط، كإسقاط الجمعة والحج، والجهاد بالأعداء، والثاني: تخفيف تنقيص، كقصر الصلاة، والثالث: تخفيف إبدال، كإبدال الوضوء، والغسل بالتيّم، والرابع: تخفيف تقديم، كجمع الصلاة، وتقديم الزكاة على الحول، والخامس: تخفيف تأخير، كتأخير رمضان للمريض والمسافر، والسادس: تخفيف ترخيص، كشرب الخمر للغصة، والسابع: تخفيف تغيير، كتغيير نظام الصلاة في الخوف، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧١، ٧٢)، وفي المطلب التالي أمثلة عديدة عن الرخص الشرعية مع أدلتها .

أيضاً من الشارع مراعاةً لهذه الأحوال الطارئة، ولهذا أيضاً أدلةٌ عديدة، وهذه الرُّخص والتيسيرات هي بمثابة التطبيقات لهذه القاعدة ^(١) .

وهذه الأدلة على التيسير الأصلي والطارئ تمثل مستند هذه القاعدة، وفيما يلي أذكر بعض هذه الأدلة:

أدلة التيسير الأصلي:

١ _ من القرآن الكريم:

أ _ قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾، [البقرة: ١٨٥] .

قال السيوطي رحمه الله تعالى عن هذه الآية أنها: " أصل لقاعدة عظيمة ينبنى عليها فروع كثيرة وهي أن (المشقة تجلب التيسير) وهي إحدى القواعد الخمس التي يُبنى عليها الفقه " ^(٢) .

ب _ وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، [الحج: ٧٨] .

٢ _ من السنة المطهرة:

أ _ قال رسول الله ﷺ: ((يسروا ولا تعسروا، وبشروا، ولا تنفروا)) ^(٣) .

ب _ قام أعرابي فبال في مسجد رسول الله ﷺ، فتناوله الناس، فقال لهم النبي ﷺ: ((دعوه وهريقوا على بوله سجلاً من ماء، أو ذنوباً من ماء، فإنما بعثتم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين)) ^(٤) .

١ . انظر: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدлан، (ص ٢١٧)، والقواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، (٤٢٨/١) .

٢ . الإكليل في استنباط التنزيل، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م)، (ص ٤١) .

٣ . متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب ما كان النبي ﷺ يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، (٢٥/١)، رقم الحديث (٦٩)، ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب في الأمر بالتيسير، وترك التنفير، (١٣٥٩/٣)، رقم الحديث (١٧٣٤) .

٤ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له في كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ ((يسروا ولا تعسروا))، (٣٠/٨)، رقم الحديث (٦١٢٨)، ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، وأن الأرض تطهر بالماء، من غير حاجة إلى حفرها، (٢٣٦/١)، رقم الحديث (٢٨٤)، والذنوب والسجل هو الدلو العظيمة الممتلئة ماءً، انظر: فتح الباري لابن حجر (١٢٥/٣) .

ج _ قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: " ما حَيَّرَ رسول الله ﷺ بين أمرين قطُّ إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً " (١) .

أدلة التيسير الطارئ:

ذكر الفقهاء أسباب التخفيف والتيسير الطارئ فجعلوها سبعة^(٢)، ولكلٍ منها رخص عديدة، وهي تمثل تطبيقات هذه القاعدة، وفيما يلي ذكرت هذه الأسباب ومثلث لخصها باختصار مع الدليل:

١ _ السَّفر: من رُحِّصَ السَّفر الطويل^(٣): جواز الفطر في رمضان، وقصر الصلاة .

قال تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ۖ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، [البقرة: ١٨٥] .

سأل سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه سيدنا رسول الله ﷺ عن قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا﴾، [النساء: ١٠١]، فقد أمن الناس، فقال ﷺ: ((صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته))^(٤).

٢ _ المرض: من رُحِّصه: جواز الفطر في رمضان، والقعود في صلاة الفرض .

قال تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ۖ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، [البقرة: ١٨٥] .

١ . أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ ((يسروا ولا تعسروا))، (٣٠/٨)، رقم الحديث (٦١٢٦).

٢ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٧٧-٨٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٤-٧٠)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٢٧، ٢٢٨) .

٣ . قدّر الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) مسافة السفر الطويل التي تبيح قصر الصلاة بأربعة بُرُود، والبريد أربعة فراسخ، والفرسخ ثلاثة أميال هاشمية، فهي ثمانية وأربعون ميلاً، انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة (١/٣٥٨-٣٦٠)، والمجموع للنووي (٤/٣٢٣-٣٣٠)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢/١١٥) .

وقال الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى: " وتقدر بحوالي (٨٩ كم) وعلى وجه الدقة: ٨٨,٧٠٤ كم ثمان وثمانين كيلو وسبع مئة وأربعة أمتار "، في الفقه الإسلامي وأدلته (٢/٣٢١) .

وقال الحنفية: مسافة السفر الطويل هي مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، انظر: حاشية ابن عابدين (٢/١٢٢) .

٤ . أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها، (١/٤٧٨)، رقم الحديث (٦٨٦).

وقال سيدنا عمران بن الحصين رضي الله عنه^(١): كانت بي بواسير فسألت النبي ﷺ عن الصلاة، فقال ﷺ: ((صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنب))^(٢).

٣ _ الإكراه^(٣): من رخصه: جواز التلفظ بالكفر مع اطمئنان قلبه بالإيمان .

قال تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾، [النحل: ١٠٦] .

٤ _ النسيان: من رخصه: بقاء صوم من أكل أو شرب ناسياً .

قال النبي ﷺ: ((من أكل ناسياً، وهو صائم، فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه))^(٤).

٥ _ الجهل: من رخصه: أن من جهل تحريم الكلام في الصلاة مثلاً، وكان قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك فالأصح عدم بطلان الصلاة^(٥) .

١ . هو عمران بن حصين بن عبيد بن الخزاعي، ويكنى أبا نجيد، روى عن النبي ﷺ عدة أحاديث، وكان إسلامه عام خيبر، وغزا عدة غزوات، كان يرى الملائكة حتى اكتوى فلم يعد يراها وكان مجاب الدعوة، بعثه سيدنا عمر إلى البصرة ليفقه أهلها، وتوفي فيها سنة (٥٥٢هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٤/٥٨٤-٥٨٦).

٢ . أخرجه البخاري في أبواب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعداً صلى على جنب، (٤٨/٢)، رقم الحديث (١١١٧) .

٣ . والمقصود هنا الإكراه الملجئ الذي هو التهديد بالقتل أو الضرب ضرباً مبرحاً يخاف معه تلف عضو ونحو ذلك، انظر: رد المختار على الدر المختار، المعروف باسم (حاشية ابن عابدين)، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المتوفى سنة (١٢٥٢هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، (٦/١٣٢)، ومجلة الأحكام العدلية، ألفها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، بتحقيق: نجيب هوايني، نشر: نور محمد، كازخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، (ص ١٨٥)، المادة (٩٤٩) .

٤ . أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور، باب إذا حنت ناسياً في الأيمان، (١٣٦/٨)، رقم الحديث (٦٦٦٩) .

٥ . المنشور في القواعد الفقهية للزركشي (١٥/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٠٠، ٢٠١)، والجهل له أحكام وضوابط لا مجال لذكرها خشية الاستطراد في غير محله، انظر: الفروق للقراي (١٤٨/٢-١٥١)، والمنشور في القواعد الفقهية للزركشي (٢٣/٢-١٢٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٨٧-٢٠٣) .

٦ _ العُسر وعموم البلوى: من رُخصه: إباحة الجمع بين أربع نسوة، فلم يقتصر على واحدة تيسيراً على الرجال وعلى النساء أيضاً لكثرتهم، ولم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم وغيره .

قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْبَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾، [النساء: ٣] .

وكالحكم بطهارة سؤر الهرة، والماء الذي شربت منه، وقد توضأ النبي ﷺ بفضل الماء الذي شربت منه الهرة، وقال: ((إنها ليست بنجس، إنما هي من الطوافين عليكم)) ^(١) .

٧ _ النقص: فإنه نوع من المشقة، ومن رُخصه: عدم تكليف الصبي، والمجنون، والنائم.
قال سيدنا رسول الله ﷺ: ((رُفِعَ القلم عن ثلاثة، عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)) ^(٢) .

١ . رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، في أبواب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهرة، (١٥٣/١)، رقم الحديث (٩٢)، وأبو داود واللفظ له في كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة، (٢٠/١)، رقم الحديث (٧٦) .

٢ . رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب، في أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، (٣٢/٤)، رقم الحديث (١٤٢٣)، وأبو داود واللفظ له في كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، (١٤٠/٤)، رقم الحديث (٤٤٠١) .

المطلب الثاني _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة.

أولاً: الضرورات تبيح المحظورات:

ذكر السبكي والسيوطي وابن نجيم^(١) رحمهم الله تعالى هذه القاعدة متفرعةً عن قاعدة (الضرر يُزال)، وأضاف السبكي والسيوطي قيداً على القاعدة فقالا: (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها)^(٢)، ولكن جمهور الكتّاب المعاصرين أدرجوها تحت قاعدة (المشقة تجلب التيسير)؛ لأنها نصٌّ في الترخّص للاضطرار، وقاعدة (المشقة تجلب التيسير) تتعلّق بالرخص والتخفيضات الشرعية^(٣)، ورأى الدكتور محمد الزحيلي^(٤) أنها تندرج تحت القاعدتين معاً^(٥)، وأميل إلى هذا الرأي، توفيقاً بين الرأيين، ولاتّصال معنى هذه القاعدة بالقاعدتين، واندراجها تحت قاعدة (المشقة تجلب التيسير) أقوى للتقارب والتداخل في المعنى بين القاعدتين، وبين لفظ المشقة ولفظ الضرورة .

١ _ معنى هذه القاعدة: الضرورات هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث هلاك أو ضرر بالدين أو النفس أو العرض أو العقل أو المال^(٦) .

١ . هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي، مصري، فاضل، له تصنيف، منها: (الأشباه والنظائر) في أصول الفقه، و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق)، و(الرسائل الزينية)، توفي سنة (٩٧٠هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٥٢٣/١٠)، والكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة للغزي (١٣٧/٣، ١٣٨) .

٢ . الأشباه والنظائر للسبكي (٤٥/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٣). وهذا القيد معناه: بشرط أن تكون الضرورة أكثر من المحذور شرعاً .

٣ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٨٥)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٣٤)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٢٥٤)، ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دراسة أصولية تأصيلية، للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الرابعة، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١)، (ص ٤٣٧) .

٤ . هو محمد الزحيلي، شقيق الدكتور وهبة الزحيلي، ولد في دمشق، وكان والده حافظاً للقرآن الكريم، عُين وكيلاً لكلية الشريعة للشؤون العلمية، في جامعة دمشق، ثم صار عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، في جامعة الشارقة، له مؤلفات قيمة، مثل: (مرجع العلوم الإسلامية)، و(القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة)، انظر: المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف الميم جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، وعنوان الموقع: (www.ahlalhdeeth.com)، وكذلك موسوعة الويكيبيديا في صفحة علماء دين سنة .

٥ . القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للدكتور محمد الزحيلي، (٢٧٦/١) .

٦ . انظر: الموافقات للشاطبي (٨/٢)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٢٤٩)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للدكتور محمد الزحيلي (٢٧٦/١) .

وهذه الضرورة هي أعلى أنواع الحرج وأشدّها أهميةً وخطراً^(١) .

والمباح هو (ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والتترك من غير بدل)^(٢) .

والمحظورات هي الممنوعات المحرّمات شرعاً، والمحظور هو المحرّم^(٣)، والمحرّم هو (ما ينتهض فعله سبباً للذّمّ شرعاً بوجه ما)^(٤) .

فصار معنى القاعدة: الأمور المحرمة الممنوعة شرعاً تصبح مباحةً مأذوناً بها شرعاً عند الضرورة، بحسب قواعد الشرع لا وفق الهوى والطبع، فلا يخالف المضطرّ الشرع فيترخّص في غير مواضع الرّخص، ولا يضيق حقوق غيره، ويشتترط عدم وجود المباح المزيل للضرورة، وأن يكون فعل المحظور بالقدر الذي يزيل الضرر، وبعض القواعد الآتية في هذا المطلب هي بمثابة القيود والشروط لهذه القاعدة^(٥) .

وفي العصر الحاضر كثر الوقوع في المحرّمات بحجة الضرورة وليس ثمة ضرورة، فيترك البعض أداء الصلاة في وقتها بحجة الاجتماع أو الحضور في حفل، ويشرب البعض الخمر مجاملةً لصديق أو استحياءً منه، وقد يبادر التاجر أو الموظّف إلى الاقتراض بفائدة لضرورة يدّعيها من ضيق عيشه، وغير ذلك مما هو من قبيل الأهواء وشهوات النفوس، تحت ستار الضرورة والمشقة، فكان لا بدّ من تحديد ضوابط الضرورات وإباحة المحظورات؛ لإزالة اللبس عن المخلّط، ولردع المخالفين للشرع المستترين بستار الضرورة والتيسير .

قال الشاطبي: " ربما استجاز هذا — أتباع الهوى — بعضهم في مواطن يدعي فيها الضرورة وإلجاء الحاجة، بناءً على أن الضرورات تبيح المحظورات؛ ومحالّ الضرورات معلومة من

١ . رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، للدكتور الباحسين (ص ٤٣٧، ٤٣٨) .

٢ . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١/٢٢٣) .

٣ . مختار الصحاح للرازي (ص ٧٦)، مادة (حَظَرَ)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٣٥)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للدكتور محمد الزحيلي (١/٢٧٦) .

٤ . الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١/١١٣) .

٥ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٣٥)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٢٥٣، ٢٥٤)، والقواعد والضوابط المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن العبد اللطيف (١/٢٨٩) .

الشرعية " (١) .

٢ _ مستند القاعدة: لهذه القاعدة أدلة عديدة، منها:

أ _ قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، [البقرة: ١٧٣] .

ب _ عن أبي واقد الليثي رضي الله عنه (٢) قال: " قلت: يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا بها محمصة، فما يحل لنا من الميتة؟" فقال ﷺ: ((إذا لم تصطبحوها، ولم تغتبقوها، ولم تحتفتوها بقللاً، فشأنكم بها)) (٣) .

وقوله ﷺ: ((تصطبحوها)): من الاصطباح وهو الغداة، وقوله ﷺ: ((تغتبقوها)): من الاغتباق وهو العشاء، وقوله ﷺ: ((تحتفتوها)): من الاحتفاء وهو جمع البقل وأكله، ومقصود الحديث: أنه لا يأكل الميتة من وجد شيئاً من البقل أو غيره بحيث يمسك به نفسه ويؤمّنه الموت (٤) .

٣ _ تطبيقات القاعدة: من الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة:

أ _ جواز أكل الميتة عند المخمصة، بل وجوبها دفعاً للهلاك (٥) .

ب _ جواز إساعة اللقمة بالخمير إن خاف الهلاك ولم يجد ما يسيغها به (٦) .

١ . الموافقات للشاطبي (٩٩/٥) .

٢ . هو الحارث بن مالك، وقيل عوف بن الحارث، أسلم قديماً على الأصح، وشهد بدرراً، وشهد الفتح، وحنين، وتبوك، يُعدّ في أهل المدينة توفّي في مكة سنة (٦٨هـ)، وله خمس وسبعون سنة، رضي الله تعالى عنه، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر (١٧٧٤/٤)، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٣٧١، ٣٧٠/٧) .

٣ . رواه أحمد في مسنده واللفظ له، (٢٢٧/٣٦)، رقم الحديث (٢١٨٩٨)، والدارمي في مسنده المعروف بـ (سنن الدارمي)، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، السمرقندي، المتوفى سنة (٢٥٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حسين سليم الداراني، دار المعني، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٢هـ/٢٠٠٠م)، كتاب الأضاحي، باب في أكل الميتة للمضطر (١٢٦٩/٢)، رقم الحديث (٢٠٣٩)، وقال الهيثمي عن هذا الحديث: " رجاله ثقات "، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي (٥٠/٥)، رقم الحديث (٨٠٧٠) .

٤ . المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي، المتوفى سنة (٤٧٤هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، (١٣٣٢هـ)، (١٣٨/٣) .

٥ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢٧٣/٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٣)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٢٩/٣)، والمجموع للنووي (٥٦٢/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٤)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٧/١) .

٦ . الفتاوى الهندية للجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي (٤١٢/٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٣)، ومواهب الجليل للحطاب (٣١٨/٦)، ومغني المحتاج للشريني (٥١٨/٥)، وكشاف القناع للبهوتي (١١٧/٦) .

ج — رؤية الطبيب لعورة المريض إذا توقفت مداواته على ذلك ^(١) .

وميزان الضرورة المبيحة للمحذور أن يكون ما يترتب على الامتناع أعظم محذوراً من إتيان المحذور؛ فصيانة النفس عن الهلاك أعظم وأوجب من صيانة مال الغير أو احترام حقّه، أو من أكل الخنزير أو الميتة أو تناول الخمر ^(٢) .

٤ — ما يُستثنى من القاعدة: يُستثنى من القاعدة أمورٌ منها: أنه لو أُكْرِه على الكفر أو القتل أو الزنا، فلا يباح واحد منها بالإكراه لما فيها من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره، أو تزيد عليها، وإنما يُباح التظاهر بالكفر بإجراء لفظ الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان، كما يُستثنى ما لو دفن بلا تكفين فلا يُنبَش، فإن مفسدة هتك حرمة أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه ^(٣) .

ثانياً — ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها:

هذه القاعدة هي قيدٌ لقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)، وأصلها قول الإمام الشافعي: "كل ما أُجِلَّ من محرمٍ في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة، فإذا زایل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم، مثلاً: الميتة المحرمة في الأصل المحلّة للمضطر فإذا زایلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم" ^(٤)، ثم تعدّلت صيغة هذه القاعدة مع الزمن حتى صارت (ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها) ^(٥) .

١ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٧/٦)، والتاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن العبدري، أبو عبد الله المواق المالكي، المتوفى سنة (٨٩٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٤م)، (١٨١/٢)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة (٩٧٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مكتب البحوث والدراسات — دار الفكر، دار الفكر، بيروت، (٤٠٦/٢)، وكشاف القناع للبهوتي (١٣/٥)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٣/٢) .

٢ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٤/٢) .

٣ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٨٥/٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٣)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٤/٢) .

٤ . الأم للشافعي (٢٧٨/٤) .

٥ . القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٢٧٢، ٢٧٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٣٩) .

ويقرب من هذه القاعدة قاعدة: (إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق) ^(١) .

١ _ معنى هذه القاعدة: هذه القاعدة تفيد التنبيه على أن ما أُبيح للضرورة من فعلٍ أو تركٍ محظور فإنما يُباح بالقدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فلا يُباح بالضرورة محظورٌ أعظم محذوراً من الصبر عليها، ولا يجوز للمضطر التوسع والاسترسال في المحظور فوق ما تندفع به الضرورة، ومتى زال الخطر عاد الحظر ^(٢) .

فمثلاً إذا كانت الضرورة تندفع بواحد من عشرة، جاز في الواحد وبقيت التسعة الباقية على أصل التحريم .

٢ _ مستند القاعدة: من أدلة هذه القاعدة قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، [البقرة: ١٧٣]، غير باغٍ ولا عادي: أي لا يتجاوز الحدَّ فلا يشبع، بل يقتصر على قدر الحاجة ^(٣) .

٣ _ تطبيقات القاعدة: من الأمثلة التطبيقية للقاعدة:

أ _ اقتصار الطبيب في النظر واللمس للعودة على مقدار ما تدعوه الضرورة للمعالجة، فلا يتجاوز في ذلك ^(٤)، ولا يجوز أن يطلع على عورة المرأة للتطبيب أو التوليد رجلٌ إذا وُجدت امرأة تحسن ذلك؛ لأن اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً ^(٥) .

١ . الفروق للقرافي (١٤٦/٤)، وتُنسب هذه العبارة للإمام الشافعي، انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٤٩/١)، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي (١٢٠/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٦٣) .

٢ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٤/٢، ١٠٠٥)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص ٢٧٢، ٢٧٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٣٩) .

٣ . وهذا قول سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما، وقتادة، ومجاهد، وغيرهم، انظر: مفاتيح الغيب المسمى بالتفسير الكبير، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن، الملقب بفخر الدين الرازي، خطيب الري، المتوفى سنة (٦٠٦هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤٢٠هـ)، (١٩٣/٥)، وتفسير ابن كثير (٤٨٢/١) .

٤ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٧/٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٤)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غانم (أو غنيم)، شهاب الدين النفراوي المالكي، المتوفى سنة (١١٢٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، دط، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، (٢٧٧/٢)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني، (٤٠٦/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٥)، وكشاف القناع للبهوتي (١٣/٥) .

٥ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٧/٦)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني، (٤٠٦/٢)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٥/٢) .

ب _ المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق، أي بمقدار ما يدفع عن نفسه خطر الهلاك جوعاً^(١) .

٤ _ ما يُستثنى من القاعدة: يُستثنى من القاعدة مسائل منها: العرايا^(٢) فإنها أُبيحت للفقراء، ثم جازت للأغنياء في الأصح^(٣)، ومنها: اللعان جاز عند تعسر إقامة البينة على زنا الزوجة، ثم جاز حيث يمكن على الأصح^(٤) .

ثالثاً _ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة:

١ _ معنى هذه القاعدة: الحاجة: (معناها أنها مُفْتَقَرٌ إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تُراعَ دخل على المكلفين _ على الجملة _ الحرج والمشقة)^(٥) .

وهذه الحاجة قد تكون عامة أي أن الناس جميعاً يحتاجون إليها فيما يمس مصالحهم العامة من زراعة وصناعة وتجارة وحكم وغير ذلك، وقد تكون خاصة أي يحتاج إليها فئة من الناس كأهل مدينة أو أصحاب حرفة معينة، وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية^(٦) .

فصار معنى القاعدة: التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على الضرورة التي قد تؤدي إلى الهلاك، بل إن الحاجة _ التي يترتب عليها عسرٌ وضيقٌ وحرجٌ دون الهلاك _ توجب هذه

١ . وهذا عند الحنفية والشافعية، وأحمد في رواية عنه، أما المالكية، وأحمد في رواية: فيجوز عندهم أن يشبع المضطر من الميتة لأن المضطر ليس ممن حُرِّمت عليه الميتة، فإذا كانت حلالاً له أكل منها ما شاء حتى يجد غيرها فتحزُّم عليه، انظر: كشف الأسرار شرح أصول البردوي للبخاري (٣٢٣/٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٣)، والاستذكار لابن عبد البر (٣٠٧/٥)، والفواكه الدواني للنفراوي (٢٨٦/٢)، والأُم للشافعي (٢٧٦/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٤)، والكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، الشهرير بابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (٥٥٩/١) .

٢ . بيع العرايا هو بيع رطب في رؤوس نخلة بتمرٍ كيلاً، القاموس الفقهي، لغةً واصطلاحاً، للدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، (١٩٩٣م)، (ص٢٥٠) .

٣ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٥) .

٤ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٥) .

٥ . الموافقات للشاطبي (٢١/٢)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص٣٠٦) .

٦ . مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (ص٣١٣، ٣١٤)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٥/٢)، والحاجة الشرعية، حدودها وقواعدها لأحمد كافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، (ص٣٤) .

التسهيلات الاستثنائية أيضاً، سواءً كانت هذه الحاجة عامةً أو خاصةً^(١) .

٢ _ الفرق بين الحاجة والضرورة: تشترك الضرورة مع الحاجة في أن كلاهما يؤثر في الأحكام فتوجب التسهيلات التشريعية التي تزيل المشقة الحاصلة من الضرورة والحاجة .

وتفترق الضرورة عن الحاجة في أمور، أهمها:

أ _ المشقة في الضرورة عظيمة قد تصل إلى الهلاك، أما المشقة في الحاجة فهي في منزلة أقل حيث يحصل فيها الضيق والعسر دون الهلاك^(٢) .

ب _ الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو إباحة مؤقتة لمحظور بنصّ الشريعة، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطراب، وتقتيد بالشخص المضطرّ، أما الأحكام التي تثبت بناءً على الحاجة فهي لا تصادم نصّاً ولكنها تخالف القواعد والقياس تيسيراً على المكلفين، وهي ثابتة بصورة دائمة، يستفيد منها المحتاج وغيره^(٣) .

ج _ الضرورة تبيح المحظور سواءً كان الاضطراب حاصلاً للفرد أم للجماعة بخلاف الحاجة، فإنها لا توجب التدابير الاستثنائية من الأحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة؛ فكل فرد له حاجات متجددة ومختلفة عن غيره ولا يمكن أن يكون لكل فرد تشريع خاص به بخلاف الضرورة فإنها نادرة وقاسرة^(٤) .

وقد عدّل الشيخ مصطفى الزرقا صيغة القاعدة، فقال: (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة)^(٥) .

وأرى إعادة صياغة القاعدة، لتصبح كما يلي: (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة)، فهذا مختصرٌ أكثر وفي الغرض، فالبلاغة في صياغة القواعد تقتضي الاختصار قدر الإمكان .

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٥/٢، ١٠٠٦)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزالي (ص٢٤٢)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٢٨٨) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٦٨/١)، المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٥/٢)، ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية للباحسين (١٤٢٢هـ/٢٠٠١)، (ص٤٣٧) .

٣ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٥/٢) .

٤ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٦/٢، ١٠٠٧)، وانظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١٨٨/٢) .

٥ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٧/٢) .

٣ _ تطبيقات القاعدة: من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

أ _ وردت نصوصٌ شرعيةٌ أجازت زمرةً من العقود استثناءً من القواعد العامة على خلاف القياس؛ لحاجة الناس إليها، والحاجة إذا عمّت فهي كالضرورة^(١)، مثل: السِّلَم والاستصناع، فالسِّلَم: هو بيع المعدوم الذي منعه النصّ العام، فقد قال النبي ﷺ: ((لا تبع ما ليس عندك))^(٢)، إلا أنه رخص في السِّلَم فقال ﷺ: ((من أسلف في شيءٍ، ففي كيلٍ معلوم، ووزنٍ معلوم، إلى أجلٍ معلوم))^(٣)، فالناس يحتاجون إلى بيع منتوجاتهم واستلاف أثمانها قبل إنتاجها للاستعانة بها على الإنتاج، ولذا اشترط فيه تعجيل الثمن^(٤).

والاستصناع: هو أن يطلب من أهل الصناعة أن يعمل شيئاً، كطلبه من خياط أن يصنع له ثوباً، بصفة كذا وثمان كذا^(٥).

فالاستصناع هو بيع ما ليس عند الإنسان، لكنه قد يحتاج حقاً، أو نعلاً، أو ثوباً .. من نوعٍ مخصوص، على صفةٍ مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، ولو لم يجز لوقع الناس في الحرج^(٦).

ب _ إباحة النظر إلى الوجه من أجل المعاملة والإشهاد والتعليم ونحوها؛ لحاجة الناس إلى التعرّف على المرأة التي يتعاملون معها أو يشهدون لها أو عليها، أو المتعلمة، ولكن بقدر الحاجة

١ . ما وقفْتُ على ذكر مستندٍ لهذه القاعدة فيما بحثت فيه، ولكن تصلح هذه الأمثلة بأدلتها مستنداً لهذه القاعدة، إضافةً إلى مستند القاعدة الأصل لهذه القاعدة وهي (المشقة تجلب التيسير)، انظر: (ص ١٨٢-١٨٦) من هذا البحث .

٢ . رواه أبو داود في سننه، في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، (٢٨٣/٣)، رقم الحديث (٣٥٠٣)، والترمذي وحسنه في سننه في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، (٥٢٦/٣، ٥٢٧)، رقم الحديث (١٢٣٣)، واللفظ لهما .

٣ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب السلم، باب السلم في وزنٍ معلوم، (٨٥/٣)، رقم الحديث (٢٢٤٠)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، (١٢٢٧/٣)، رقم الحديث (١٦٠٤) .

٤ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٧٠/٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٨)، ومواهب الجليل للحطاب (٥١٤/٤)، ونهاية المحتاج للرملي (١٨٢/٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٨)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٨٤/٥)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (١٠٠٦/٢) .

٥ . أجازته الحنفية، والمالكية، والحنابلة في وجهٍ ضعيف، انظر: حاشية ابن عابدين (٢٢٣/٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة (٥٥/٤، ٥٦)، والاعتصام للشاطبي (ص ٦١٦)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٣٠٠/٤) .

٦ . بدائع الصنائع للكاساني (٢/٥) .

إلى ذلك ^(١) .

وقد ذكر العزّ بن عبد السلام بعض أنواع النظر الواجب، فقال: " وكنظر الشهود إلى ما يجب النظر إليه لإثبات الحقوق وإسقاطها في الدعاوى والمخاصمات " ^(٢) .

ويتخرّج على ما سبق: مشروعية التصوير الفوتوغرافي بالرغم من النهي عن التصوير؛ لحاجة الناس في سفرهم وإقامتهم إلى إثبات شخصيتهم ^(٣) .

رابعاً_ الاضطرار لا يبطل حقّ الغير:

١ _ معنى الاضطرار، وأقسامه: الاضطرار: هو حمل الإنسان على أمر يكرهه ويضرّه، ويُطلَق أيضاً على شدّة الحاجة، وهو قسمان ^(٤):

الأول: اضطرار بسببٍ داخلٍ، ويُسمّى: (اضطرار سماوي)، كمن اشتدّ به الجوع فاضطر إلى أكل الميتة، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، [البقرة: ١٧٣]، فالاضطرار هنا الإكراه بجوع في مخمصة، فقد صيّر الجوع إلى الإكراه على الأكل حفاظاً على الحياة ^(٥) .

والثاني: اضطرار بسببٍ خارجٍ، كمن يُهدّد حتى ينقاد، ويُسمّى: (اضطرار غير سماوي)، وهو قسمان أيضاً ^(٦):

١ . بدائع الصنائع للكاساني (١٢٢/٥)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لأبي الحسن، علي بن أحمد بن مكرم العدوي، المتوفى سنة (١١٨٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د/ط، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (٤١١/٢)، ومغني المحتاج للشربيني (٢١٦/٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٨، ٨٩)، والمغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة القاهرة، د/ط، (١٣٨٨هـ/١٩٦٨م)، (١٠٢/٧) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٢٣١/١) .

٣ . القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها للسدّان (ص ٢٩٥) .

٤ . القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً لسعدي أبو حبيب (ص ٢٢٢، ٢٢٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٣)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٢٩٨، ٢٩٩) .

٥ . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٢٤/٢، ٢٢٥) .

٦ . هذا التقسيم تفرد به الحنفية، أما غير الحنفية فقسّموا الإكراه إلى: ما يتحقق به الإكراه، وما لا يتحقّق به، انظر: حاشية ابن عابدين (١٣٢/٦)، ومجلة الأحكام العدلية، المادة (٩٤٩)، (ص ١٨٥)، ومنح الجليل في شرح مختصر خليل لعليش (٤٩/٤)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (٢٢١/١٩)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٩٧/٦) .

أ _ الإكراه الملجئ، الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس، أو قطع عضو، وهذا النوع هو الذي يُعتَبَر حالةً من حالات الضرورة الشرعية، فيبيح المحظور .

ب _ الإكراه غير الملجئ، الذي يوجب الغم والألم فقط، كالضرب غير المبرح والحبس غير المديد، وهذا النوع لا يبيح المحظور .

٢ _ معنى هذه القاعدة: هذه القاعدة قيدٌ آخر لقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)، فالاضطرار وإن كان سبباً في إباحة المحظور كما في تناول الميتة والخمر، والتلفُّظ بكلمة الكفر عند الإكراه، وإسقاط حقِّ الله تعالى برفع الإثم والمؤاخذه عن المضطر، فإنه لا يُسقط حقَّ إنسانٍ آخر من الناحية المادية، إذ لا ضرورة لإبطال حقوق الناس، وإنما الضرورة تتجلى في الحفاظ على حياة المضطر؛ فيجوز له أن يأخذ من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه ولكن مع الضمان، فيضمن بدل ما أخذ ^(١) .

قال صاحب كشف الأسرار^(٢): " تأثير الضرورة في إسقاط الإثم دوم الحكم، حتى أن من أصابته مخمصة يُباح له تناول مال الغير ولا يسقط الضمان " ^(٣) .

٣ _ مستند القاعدة: من الأدلة التي تستند إليها هذه القاعدة:

أ _ قال رسول الله ﷺ: ((لا يحلّ لامرئٍ أن يأخذ مال أخيه بغير حقّه))^(٤)، وقال ﷺ: ((لا يحلّ للرجل أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه))^(٥) .

١ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٣)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٤٤)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٢٩٩، ٣٠٠) .

٢ . هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين، البخاري، وُلِدَ في بخارى، وهو من علماء الأصول، والفقه الحنفي، له تصانيف، منها (كشف الأسرار شرح أصول البزدوي)، و(شرح المنتخب الحسامي)، توفي سنة (٧٣٠هـ) رحمه الله تعالى، الجواهر المضية في طبقات الحنفية لابن نصر الله القرشي (١/٣١٧، ٣١٨)، والأعلام للزركلي (٤/١٣، ١٤) .

٣ . كشف الأسرار للبخاري (٤/٣٩١) .

٤ . رواه أحمد في مسنده، واللفظ له، (١٩/٣٩)، رقم الحديث (٢٣٦٠٥)، وله روايات متقاربة في اللفظ وإسناده جيد كما جاء في نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، المتوفى سنة (٧٦٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (٤/١٦٩) .

٥ . رواه أحمد في مسنده، واللفظ له، (١٩/٣٩)، رقم الحديث (٢٣٦٠٥)، والبيّز وقال: إسناده حسن، (٩/١٦٧)، رقم الحديث (٣٧١٧) .

ب _ ((كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه))^(١) .

فإن كانت الضرورة أباحت المحذور، فالضرورة تُقدَّر بقدرها، ولا ضرورة في إبطال حق الغير إن انتهكه المضطر، ولو كان معذوراً، فيبقى الحق قائماً لصاحبه، ويضمنه له المضطر .

٤ _ تطبيقات القاعدة:

أ _ يجوز للمضطر أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً، لكنه يضمن بدله عند جمهور الفقهاء^(٢) .

ب _ إذا صال عليه حيوان محترم كجمل أو ثور فقتله، فعند الحنفية يضمن قيمته لصاحبه؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير، إلا إذا عُرف هذا الحيوان بالأذية وطُلب من صاحبه حفظه عن الناس فلم يفعل، فلا ضمان على قاتله^(٣) .

ج _ لو انتهت مدة الإجارة أو العارية والزرع بقل لم يستحصد بعد، وبدون تقصير من المستأجر، فإنه يبقى إلى أن يستحصد، ولكن بأجرة المثل بالاتفاق، لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة^(٤) .

١ . أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب البرّ والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره ودمه، وعرضه، وماله، (١٩٨٦/٤)، رقم الحديث (٢٥٦٤) .

٢ . وعند الظاهرية، وفي قول للمالكية: لا يضمن، المبسوط للسرخسي (١٩٢/٢٣)، والفروق للقراي (١٩٦/١)، والمجموع للنووي (٣٠٨/٧)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (١٩٠/٢)، والمحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المتوفى سنة (٤٥٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ت، ط، (٢٠٤/٧) .

٣ . وعند الشافعية والحنابلة: لا يضمن لأنه دفع الهلاك عن نفسه، انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، المتوفى سنة (١٣٥٣هـ) رحمه الله تعالى، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، (٤٣/١)، وتكملة مجموع للنووي للمطيعي (٢٤٨/١٩)، والقواعد لابن رجب (ص٣٦) .

٤ . بدائع الصنائع للكاتاني (٢٠٠/٤)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٣٤١/٤)، والكاظمي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، المتوفى سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد أحمد أحمد ولد ماديد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، (١٤٠٠هـ/١٩٨٠م)، (٧٦١/٢)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (٦٧/١٥)، والمغني لابن قدامة (٣٦١/٥، ٣٦٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢١٤) .



المبحث الثاني _ قاعدة: لا ضرر ولا ضرار .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة .

المطلب الثاني _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها .

المطلب الثالث _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة .



المطلب الأول _ شرح معنى القاعدة:

١ _ صيغة القاعدة: دُكرت هذه القاعدة في بعض كتب القواعد الفقهية بلفظ: (الضرر يُزال)^(١)، ودُكرت في بعض هذه الكتب بلفظ: (لا ضرر ولا ضرار)^(٢) .

وقد اخترت اللفظ الثاني (لا ضرر ولا ضرار) لعنونة هذه القاعدة؛ لأنه لفظ نبوي، وصاحبه ﷺ أوتي جوامع الكلم، فلا أجمع للمعنى من كلامه ﷺ، فأحرى أن يكون اسم القاعدة منطوق الحديث الشريف، فيكون هو الأصل ويندرج تحته ما يتعلّق به من مسائل، إضافةً إلى اكتساب القاعدة قوة؛ إذ يجعلها دليلاً شرعياً صالحاً لاستنباط الأحكام الشرعية منه مباشرة .

٢ _ أهمية القاعدة: إن المجتمعات البشرية أياً كانت لا تخلو من أشرار ييغون الفساد في الأرض، ويتعدّون على غيرهم من أفراد المجتمع مادياً أو معنوياً، وقد يصل التعدي على الغير إلى درجة خطيرة ترهق الأرواح وتنشر الرعب والاضطراب في المجتمع، فكان لا بدّ من رادع لهؤلاء ليُحفظ المجتمع من شرورهم، دفعاً للضرر قبل وقوعه، ولا بدّ من ميزانٍ دقيق يضمن استيفاء كل ذي حقّ حقه، رفعاً للضرر بعد وقوعه، وهذا ما راعته الشريعة المطهرة، فجاءت فيها نصوصٌ عديدةٌ تعالج هذه القضية، ومنها قول النبي ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٣) .

هذا الحديث المختصر المبني والعظيم المعنى يُعتبَر من أهم القواعد التي يدخل تحتها فروعٌ لا تُحصى، وهو عدّةٌ للفقهاء والمفتين في تقرير أحكام الشريعة في النوازل والمستجدات، وهو أساسٌ للاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد^(٤) .

ومما يدلُّ على أهمية هذه القاعدة في ضبط واستنباط الأحكام الشرعية أن كثيراً من أبواب الفقه يبنى عليها، كالقصاص لدفع الضرر عن أولياء المقتول، وعن المجتمع بحمايته من تفشّي

١ . الأشباه والنظائر للسبكي (٤١/١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٣).
٢ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٦٥)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (١٩٩/١)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٥١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٤٩٣) .
٣ . سبق تحريجه، انظر (ص١٤٤) من هذا البحث .
٤ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٥٤)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٤٩٤) .

القتل، وكالحدود لدفع الضرر عن المجتمع، وكدفع الصائل لدفع ضرره عن النفس ... (١).

قال السيوطي رحمه الله تعالى: " اعلم أن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه، من ذلك: الرد بالعيب، .. والحجر بأنواعه، والشُّفعة، لأنها شُرِعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص، والحدود، والكفارات، وضمان المتلف، .. ونصب الأئمة، والقضاة، ودفع الصائل، وقتال المشركين، والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار، .. " (٢).

٣ _ المعنى اللغوي للقاعدة: الضَّرُّ والضَّرُّ لغتان: ضد النفع، وهو النقص وسوء الحال من فقرٍ أو شدةٍ في بدنٍ أو مالٍ أو غير ذلك .

والضَّرَر: أي أن لا يُدخِلَ الضرر على الذي ضَرَّه (٣) .

والفرق بين الضَّرَر والضَّرَر فيه أقوال، أهمها (٤):

أ _ هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد، وهذا القول مرجوح، والمشهور أن بينهما فرقاً .

ب _ الضَّرُّ ما تَضَرُّ به صاحبك وتنتفع أنت به، والضَّرَرُ أن تضرَّه من غير أن تنتفع .

ج _ الضَّرُّ أن يضرَّ بمن لا يضرُّه، والضَّرَر أن يضرَّ بمن أضرَّ به على وجه غير جائز .

وأرى أن كل هذه المعاني مرادةٌ ومندرجة تحت قوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))، وهذا أليق بجوامع الكلم النبوية، فكل ما كان ضرراً أو ضِراً بأي شكلٍ وبأي صفةٍ ممنوعٌ شرعاً .

٤ _ المعنى الاصطلاحي للقاعدة: أنه يحرم إلحاق الضرر بالغير مطلقاً، ويجب إزالته بعد وقوعه، ويحرم مقابلة الضرر بالضرر على وجهٍ غير مشروع، كما في الثأر الذي يزيد في الضرر ولا يفيد، وهذا مُقيَّد بأن لا يكون الضرر مما أذن فيه الشارع، وكان بوجه حق؛ كالضرر الذي يلحق

١ . انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٤١/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٦٦) .

٢ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٤) .

٣ . مختار الصحاح للرازي، مادة (ضرر)، (ص١٨٣)، ولسان العرب لابن منظور، مادة (ضرر)، (٤/٤٨٢) .

٤ . لسان العرب لابن منظور، مادة (ضرر)، (٤/٤٨٢)، وجامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الدكتور محمد الأحدي أبو النور، دار السلام، الطبعة الثانية، (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م)، (٣/٩١١، ٩١٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٣) .

الجاني بمعاقبته، فهذا مما ثبت بوجه حق، وأذن فيه الشارع، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلْ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾، [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾، [المائدة: ٣٨]، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَىٰ أَلْبَابٍ﴾، [البقرة: ١٧٩]، بل إن هذا الضرر لم يُشرع إلا لدفع ضررٍ أعظم وأعمّ بردع المجرمين والجناة، وحسم الداء واستئصاله قبل أن يستشري، فمعاقبة السارق بقطع يده فيه حفظٌ للمجتمع حيث حصل التخويف بهذه العقوبة، والقصاص من القاتل فيه حياة للمجتمع بامتناع المجرمين عن القتل خوفاً من القصاص، وهكذا .. (١) .

قال المناوي رحمه الله تعالى (٢): " وفيه تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم، وفيه حذف، أصله: لا لحوق أو إلحاق أو لا فعل ضرر أو ضرار بأحدٍ في ديننا أي لا يجوز شرعاً إلا لموجب خاص " (٣) .

٥ _ ضوابط الضرر: هناك عدد من الضوابط لا بدّ من وجودها في التصرف ليعتبر ضرراً ممنوعاً شرعاً، وهذه الضوابط هي:

أ _ أن يكون الضرر محققاً لا موهوماً، أي وقع فعلاً، أو سيقع في المستقبل فيمنع قبل وقوعه، كما لو أراد بناء حائط مائلٍ إلى الطريق يُخشى وقوعه على من يمر فيها (٤) .

١ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٦٥)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٥٤) .

٢ . هو محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي، ثم المناوي، وُلِدَ في القاهرة عام (٩٥٢هـ)، من كبار العلماء، انزوى للبحث والتصنيف، وكان قليل الطعام كثير السهر، له نحو ثمانين مصنفًا، منها: (التيسير في شرح الجامع الصغير)، و(شرح الشمائل للترمذي)، و(الكواكب الدرية في تراجم السادة الصوفية)، توفّي في القاهرة سنة (١٠٣١) رحمه الله تعالى، انظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحي الحموي، الدمشقي، المتوفى سنة (١١١١هـ) رحمه الله تعالى، دار صادر، بيروت، د/ت.ط، (٢/١٢٢-٤١٦)، والأعلام للزركلي (٢٠٤/٦) .

٣ . فيض القدير للمناوي (٤٣١/٦) .

٤ . المغني لابن قدامة (٣٧٤/٤)، والبهجة في شرح التحفة، ((شرح تحفة الحكام))، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التستولي، المتوفى سنة (١٢٥٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ / ١٩٩٨م)، (٢/٥٥٦)، والضرر في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد مواني، دار ابن القيم، الرياض، السعودية، ودار ابن عفان، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، (١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨)، (ص ٦٦١) .

فالضرر الموهوم — أي النادر الوقوع الذي يُستبعد حصوله — لا يُعتبر في نظر الشرع ضرراً، ومن القواعد الفقهية: (لا عبرة للتوهم)^(١)، ومن أمثلة الضرر الموهوم: أن من أحدث في داره نافذة أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره منعه من فتحها بحجة أنها تطل على مقرّ نسائه إذا استعلى على شيء؛ لأن هذا موهوم^(٢).

وأن يُقال: كثرة إنجاب النسل يترتب عليها ضرر بالغ بالاقتصاد القومي، فهذا ضرر موهوم؛ لأن الله تعالى تكفل بالأرزاق للبشر، وقد أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يفي بحاجات الإنسان ومتطلباته، فلا يجوز دعوة عموم الناس إلى المنع من كثرة الإنجاب استناداً إلى أن ذلك يضر بالأمة اقتصادياً^(٣).

ب — أن يكون الضرر بيناً، أي فاحشاً ظاهراً لا يسيراً، بحيث لا يُشكل على أهل الخبرة، أما إن كان الضرر يسيراً أي قليلاً يشقُّ الاحتراز عنه فلا عبرة به ولا يُمنع^(٤).

وتقدير حدّ الضرر الفاحش والضرر اليسير وقع فيه الخلاف: فالحنفية فرّقوا بين حالتين^(٥):

الأولى: أن يتصرّف الإنسان في ملكه: ففي هذه الحالة لا يُمنع إلا إن أدّى تصرّفه إلى ضررٍ بيّنٍ بغيره، وحدّ هذا الضرر البيّن الممنوع أن يتسبّب في هدم أو وهن بنيان الغير، أو أن يمنع الحوائج الأصلية من مال الغير.

الثانية: أن يتصرّف الإنسان في الأعيان والمنافع المشتركة، ففي هذه الحالة حدّ الضرر البيّن الممنوع أن يؤدّي تصرف الإنسان إلى تفويت المنفعة الأصلية للشيء، كلها أو بعضها.

١ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٦٣)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (١/١٧٠).

٢ . تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٣٥٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٣٦٣)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (١/١٧٢).

٣ . الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (٤/٣٥).

٤ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، المتوفى سنة (٩٧٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، د/ت، (٣٢/٧، ٣٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/٤٤٩)، والضرر في الفقه الإسلامي لأحمد مواني (ص ٦٨٠).

٥ . فتح القدير شرح الهداية، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، المتوفى سنة (٨٦١هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت، ط، (٣٢٦/٧)، والبحر الرائق لابن نجيم (٣٢/٧، ٣٣)، وحاشية ابن عابدين (٥/٤٤٩).

ويرى المالكية أن حدّ الضرر الممنوع هو الضرر البين؛ أي الكبير الذي يستديم ويتمادي، كدخان الفرن، والدود المتولد من الزبل المبسوط في الرحاب، فيُمنع ما بان ضرره، وبقي أثره، وحُشِي تُماديه، أما نفضُ التراب والحصر عند الأبواب، ودخانُ المطابخ ونحوها مما لا غنى للناس عنه، فهذا يكون في بعض الأوقات ولا يستديم، فلا يؤثر ولا يُمنع^(١).

والشافعية كالحنفية، فرّقوا بين تصرف الإنسان في ملكه، وتصرفه في الأعيان والمنافع المشتركة، فإن تصرف في ملكه فحدّ الضرر الفاحش الممنوع هو ما لا يُحتمل عادةً، فالأمر موكولٌ إلى العرف، وأما إن تصرف في المنافع والأعيان المشتركة فالضرر الممنوع هو أن يؤدي تصرف الإنسان إلى تفويت المنفعة الأصلية للشيء، كلها أو بعضها، مما لا يُحتمل عادةً^(٢).

وعند **الحنابلة**: المرجع في تحديد الضرر الفاحش الممنوع هو العرف والعادة، فمن الضرر الممنوع: حفْرُ بئرٍ ينقطع بها ماء بئر جاره، وعمل دكان حدادة يتأذى منها الجار بكثرة الدقّ وهزّ الحيطان، ومن الضرر اليسير الذي يُتسامح فيه: دخان الخبز والطبخ^(٣).

ج _ أن يكون الضرر بغير وجه حق، أما إن كان على وجه مآذونٍ به شرعاً فليس ذلك ضرراً في الشرع^(٤).

د _ أن يكون الضّرر واقعاً على مصلحةٍ مشروعةٍ في الأصل، فإن وقع الضرر بالإخلال بمصلحة غير مشروعة في الأصل فلا يُعتَبَر هذا ضرراً، ومثال ذلك: أن اقتناء الدابة للركوب مصلحةٌ مشروعة، فإن قتلها إنسانٌ ضمن، لأنه أحدث ضرراً وقع على مصلحةٍ مشروعة، أما إن أراق إنسانٌ مسليماً خمرًا فلا يضمن؛ لأن الخمر غير مشروع بل هو الشر والضرر بذاته^(٥).

١ . التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، النمري، القرطبي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (١٣٨٧هـ)، (١٦١/٢٠)، ومواهب الجليل للحطاب (١٥٤/٥)، والبهجة شرح التحفة للتسولي (٥٥٦/٢).

٢ . روضة الطالبين للنووي (٣١٩/٩)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٥٥/٧، ٣٥٦).

٣ . كشف القناع للبهوتي (٤٠٨/٣)، والمغني لابن قدامة (٣٨٨/٤).

٤ . سبق الحديث عن هذا الضابط في شرح القاعدة، انظر (ص ٢٠٠، ٢٠١) من هذا البحث.

٥ . المبسوط للسرخسي (١٠٣/١١، ١٠٤)، وبدائع الصنائع للكاساني (١٦٨/٧)، والتاج والإكليل لمختصر خليل للمواق (٣١٨/٧)، ونهاية المحتاج للرملي (١٦٧/٥)، والمغني لابن قدامة (٢٢٢/٥)، وكشاف القناع للبهوتي (١٣٣/٤).

هـ _ أن يكون الضرر واقعاً على مصلحةٍ مُستَحَقَّةٍ للمضرور بأي وجه من وجوه الاستحقاق، فلو لم تكن مستَحَقَّةً له لم يكن الإخلال بها ضرراً مُعْتَبَراً في حقّه ^(١) .

وأذكر على ذلك مثالين، من خلال نصّين، من كتب الفقهاء:

النصّ الأول: قال النووي رحمه الله تعالى ^(٢) في باب التزاحم على الحقوق: " وفيه فصول، الأول: في الطريق، وهو قسمان: نافذ، وغيره، أما النافذ، فالناس كلهم يستحقون المرور فيه، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور، ولا أن يشرع فيه جناحاً، أو يتخذ على جدرانها سابطاً يضر بالمارة " ^(٣) .

والسابط هو سقيفة بين دارين أو حائطين، تحتها طريق ^(٤) .

النصّ الثاني: قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: " وإن أوقد ناراً فأبيست أغصان شجرة غيره، ضمنها؛ لأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيرة، إلا أن تكون الأغصان في هوائه، فلا يضمنها؛ لأن دخولها عليه غير مستَحَق، فلا يُمنع من التصرف في داره؛ لحرمتها " ^(٥) .

بهذه الضوابط الخمسة ينضبط ويتّضح معيار الضرر الممنوع شرعاً، ويتميّز عما يشبهه به .

١ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٣٢٥/٧)، والتمهيد لابن عبد البرّ (١٦١/٢٠)، وروضة الطالبين للنووي (٢٠٤/٤)، والمغني لابن قدامة (٢٢٧/٥) .

٢ . هو الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، الشافعي، وُلد سنة (٦٣١هـ)، ومولده ووفاته في نوى (من قرى حوران، بسورية) وإليها نسبته، عمدة في المذهب الشافعي، فقيه، محدث، أصولي، زاهد، ورع، لم يبال بحطام الدنيا، له مُصَنَّفَات كثيرة ومنها: (المجموع شرح المهذّب، ومنهاج الطالبين، وروضة الطالبين وغيرها) في الفقه الشافعي، و(المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج)، و(رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ﷺ)، وغيرها... توفي (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه، انظر: طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي، والأعلام للزركلي (١٥٠، ١٤٩/٨) .

٣ . روضة الطالبين للنووي (٢٠٤/٤) .

٤ . مختار الصحاح للرازي، مادة (سبط)، (ص ١٤١) .

٥ . المغني لابن قدامة (٢٢٧/٥) .

المطلب الثاني _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها .

أولاً _ مستند القاعدة:

مستند هذه القاعدة هو نصُّها ذاته، فهو حديث نبويٌّ، قاله النبي ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(١) .

وفي روايةٍ أخرى، أنه ﷺ قال: ((لا ضرر ولا ضرار، من ضارَّ ضرَّه الله، ومن شاقَّ شقَّ الله عليه))^(٢) .

وهناك أدلة أخرى من الكتاب والسنة تدلُّ للقاعدة .

قال الشاطبي رحمه الله تعالى: " قوله عليه الصلاة والسلام: ((لا ضرر ولا ضرار))، فإنه داخل تحت أصلٍ قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبنوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كليات، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُشِكُّوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْنَدُوا﴾، [البقرة: ٢٣١]، ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾، [الطلاق: ٦]، ﴿لَا تُضَارُّوهُنَّ وَلَا يُولَدُهَا﴾، [البقرة: ٢٣٣]، ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم، وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال؛ فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مرأى فيه ولا شك، وإذا اعتبرت أخبار الآحاد وجدتها كذلك " ^(٣) .

١ . أخرجه ابن ماجه، في سننه، في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضرُّ بجاره، (٢/٧٨٤)، رقم الحديث (٢٣٤١)، ومالك في الموطأ، في كتاب الأفضية، القضاء في المرفق، (٤/١٠٧٨)، رقم الحديث (٢٧٥٨)، وللحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به، كما ذكر المناوي في فيض القدير (٦/٤٣١)، وقال النووي عن الحديث: " رويناه في الموطأ مرسلاً، وفي سنن الدارقطني وغيره من طرق متصلاً، وهو حسن "، الأذكار للنووي (ص ٤٠٧).

٢ . سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، المتوفى سنة (٣٨٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق وتعليق: شعيب الارنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد بروهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، في كتاب البيوع، (٤/٥١)، رقم الحديث (٣٠٧٩)، والمستدرك على الصحيحين للحاكم، في كتاب البيوع، (٢/٦٦)، رقم الحديث (٢٣٤٥)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، (٦/١١٤)، رقم الحديث (١١٣٨٤) .

٣ . الموافقات للشاطبي (٣/١٨٦) .

وأذكر دليلاً من القرآن الكريم، ودليلاً من السنة المطهرة يدلان للقاعدة:

١ _ قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْنَدُوا﴾، [البقرة: ٢٣١] .

قال القرطبي رحمه الله تعالى^(١): " وذلك حبس الرجل المرأة ومراجعته لها قاصداً إلى الإضرار بها وهذا ظاهر " ^(٢) .

٢ _ عن سمرة بن جندب رضي الله عنه^(٣)، أنه كانت له عضدٌ من نخلٍ في حائط رجلٍ من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ، فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه، فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: ((فهبه له ولك كذا وكذا))، أمراً رغبه فيه فأبى، فقال: «أنت مضارٌّ»، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: ((اذهب فاقلع نخله)) ^(٤) .

ففي هذا الحديث الأمر بإزالة الضرر ^(٥) .

والأدلة كثيرةٌ على منع الشريعة للضرر، وأقتصر على هذا القدر .

١ . محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، الأنصاري، الخزرجي، الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي، من أهل قرطبة، مفسِّرٌ، صالح، متعبد، ورعٌ، يمشي بثوبٍ واحدٍ وعلى رأسه طاقية، رحل إلى مصر، وتوفي فيها، سنة (٦٧١هـ) رحمه الله تعالى، من كتبه: (الجامع لأحكام القرآن)، ويعرف بتفسير القرطبي، و(الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى)، و(التذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة)، انظر: الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب لابن فرحون المالكي (ص ٣١٧، ٣١٨)، والأعلام للزركلي (٣٢٢/٥) .

٢ . تفسير القرطبي (١٥٦/٣) .

٣ . هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، يُكنى أبا سليمان، صحابي جليل، من الشجعان القادة، نشأ في المدينة، ونزل البصرة، وكان شديداً على الخوارج، له رواية عن النبي ﷺ، توفي بالكوفة، وقيل بالبصرة، سنة (٦٠هـ) رضي الله تعالى عنه، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١٥٠/٣) .

٤ . أخرجه أبو داود في سننه، واللفظ له، في كتاب الأفضية، باب من القضاء، (٣/٣١٥)، رقم الحديث (٣٦٣٦)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد، (٦/٢٦٠)، رقم الحديث (١١٨٨٣)، قال الصنعاني: " رواه أبو داود من حديث الباقر عن سمرة، وقد قيل: إنه لم يسمع منه ورجاله رجال الصحيح "، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار ﷺ، للحسن بن أحمد بن يوسف الرباعي، الصنعاني، المتوفى سنة (١٢٧٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مجموعة بإشراف الشيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ)، (٣/١٢٤٤)، رقم الحديث (٣٧٨٣) .

٥ . معالم السنن، شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب، البستي، المعروف بالخطابي، المتوفى سنة (٣٨٨هـ) رحمه الله تعالى، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، (١٣٥١هـ / ١٩٣٢م)، (٤/١٨١) .

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

لهذه القاعدة تطبيقات واسعة جداً، وتندرج تحتها مسائل كثيرة، وكثيرٌ من أبواب الفقه يبني على هذه القاعدة^(١).

قال ابن عبد البر رحمه الله تعالى^(٢) عن هذا الحديث ((لا ضرر ولا ضرار)): " وهو لفظ عامٌ متصرفٌ في أكثر أمور الدنيا ولا يكاد أن يُحاطَ بوصفه " ^(٣).

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

١ _ لو انتهت مدة إجارة الأرض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع، وبدون تقصيرٍ من المستأجر، فإن الأرض تبقى في يد المستأجر حتى يستحصد الزرع، بأجرة المثل؛ منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه^(٤).

٢ _ مشروعية جميع أنواع الخيارات^(٥)، وعلى سبيل المثال: المَجْبُوب إذا نكح امرأةً ولم تعلم، ثم علمت، فلها الخيار، بمفارقتها أو البقاء معه، بالاتفاق^(٦)، وحكى ابن المنذر رحمه الله

١ . انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٤١/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٣)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ١٦٦).

٢ . هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، القرطبي، المالكي، أبو عمر، وُلِدَ بقرطبة، عام (٣٦٨هـ)، وهو من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، يُقال له حافظ المغرب، من كتبه: (الدرر في اختصار المغازي والسير)، و(جامع بيان العلم وفضله)، و(التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد)، توفي بشاطبة، سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الديباج المذهب لابن فرحون (ص ٣٥٧-٣٥٩)، والأعلام للزركلي (٢٤٠/٨).

٣ . الاستذكار لابن عبد البر (١٩١/٧).

٤ . بدائع الصنائع للكاساني (٢٠٠/٤)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٣٤١/٤)، والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٧٦١/٢)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (٦٧/١٥)، والمغني لابن قدامة (٣٦١/٥، ٣٦٢)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٤).

٥ . الأشباه والنظائر للسبكي (٤١/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٣).

٦ . حاشية ابن عابدين (٤٩٥/٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٣)، و مختصر العلامة خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، المالكي، المصري، المتوفى سنة (٧٧٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، (ص ١٠٢)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (٢٩٠/١٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (١٧٢/٦).

تعالى^(١) الإجماع على ذلك^(٢) .

٣ _ أجمع العلماء على أنه إذا كان عند إنسانٍ طعامٌ واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه؛ دفعاً للضرر عن الناس^(٣) .

٤ _ لا يجوز لشخص أن يبيع مبيعاً معيماً لشخص آخر بدون أن يذكر العيب؛ فهذا إضرار بالمشتري^(٤) .

٥ _ يجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ولو لم يثبت عليهم جرمٌ معينٌ بطريق قضائي؛ دفعاً لشرِّهم^(٥) .

١ . هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر، وُلِدَ سنة (٢٤٢هـ)، من أعيان علماء الأمة، بلغ رتبة الاجتهاد المطلق لكنه بقي على أصول الإمام الشافعي، كان شيخ الحرم بمكة، له كتب منها: (المبسوط) في الفقه، و(الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف)، و(تفسير القرآن)، توفي بمكة سنة (٣١٩هـ) رحمه الله تعالى، انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (١٠٢/٣-١٠٨)، والإعلام للزركلي (٢٩٤/٥، ٢٩٥) .

٢ . الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المتوفى سنة (٣١٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م)، (ص ٧٩) .

٣ . نقل الإجماع عددٌ من العلماء، مثل: الخطّاب في كتابه: مواهب الجليل (٢٢٨/٤)، والشيخ زكريا الأنصاري أيضاً، وذكر أن النووي أيضاً نقل هذا الإجماع، في كتابه: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين، أبو يحيى السنيكي، المتوفى سنة (٩٢٦هـ) رحمه الله تعالى، المطبعة الميمنية، د.ت.ط، (٤٣٧/٢)، وابن حجر الهيتمي في كتابه: الزواج عن اقتراح الكبائر، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، شهاب الدين، شيخ الإسلام، أبو العباس، المتوفى سنة (٩٧٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م)، (١٣٩٠) .

٤ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيعي (٣١/٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٣)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، للعدوي (١٥١/٢)، وتكملة مجموع النووي للسبكي (١١٤/١٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح (٨٣/٤) .

٥ . معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لأبي الحسن، علاء الدين، علي بن خليل، الطرابلسي، الحنفي، المتوفى سنة (٨٤٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د.ت.ط، (ص ١٧٦) .

المطلب الثالث _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة:

أولاً: درء المفسد أولى من جلب المصالح:

موضوع المصالح والمفاسد ومراتبها وتقسيماتها وما يعتريها هو من أهم المواضيع، ومن العلماء من أفرد التصنيف فيه، كما فعل العز بن عبد السلام رحمه الله تعالى في كتابه قواعد الأحكام، والشاطبي رحمه الله تعالى في كتابه الموافقات، وهذه القاعدة توضح طرفاً من كيفية التعامل مع المصالح والمفاسد عند التعارض .

١ _ معنى هذه القاعدة: جاءت الشريعة الإسلامية لجلب المنافع والمصالح ودرء المفاسد، فإن أمكن جلب المصلحة ودرء المفسدة كان ذلك، أما إذا تعارضت المصلحة والمفسدة بحيث لا تتحصل إحداهن إلا بفوات الأخرى: فإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة فيُقَدَّم جلب المصلحة على درء المفسدة، وإن كانت المفسدة أعظم فيُقَدَّم درء المفسدة ودفعها على جلب المصلحة، إما إذا تساوت المفسدة مع المصلحة، فقد وقع خلاف في ذلك:

فقال السبكي رحمه الله تعالى: " درء المفسد إنما يترجح على جلب المصالح إذا استويا"^(١).

وقال العز بن عبد السلام: " وإن استوت المصالح والمفاسد فقد يُتَخَيَّر بينهما وقد يُتَوَقَّف فيهما "^(٢) .

وأميل إلى كلام السبكي رحمه الله تعالى؛ لأن به يظهر معنى القاعدة وفائدتها، فدفع المفسدة إن كانت أقل من المصلحة وجلب المصلحة إن كانت أكبر أمرٌ لا يحتاج لقاعدة وشرح وتدلil عليها، أما إذا استوت المصلحة والمفسدة فيُقَدَّم درء المفسدة على جلب المصلحة؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات^(٣) .

١ . الأشباه والنظائر للسبكي (١/١٠٥)، وانظر: مواهب الجليل للخطاب (٢/٥٤٥)، وأصول الفقه، المسمى إجابة السائل شرح بغية الأمل، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني، ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأُمير، المتوفى سنة (١١٨٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: القاضي حسين بن أحمد السياغي، والدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٨٦م)، (ص١٩٨) .

٢ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٩٨/١) .

٣ . الأشباه والنظائر للسبكي (١/١٠٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٨)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٠٥)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (١/٢٣٨) .

٢ _ مستند القاعدة: من أدلة هذه القاعدة: قول النبي ﷺ: ((ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم))^(١) .

قال ابن حجر العسقلاني رحمه الله تعالى: " واستدل بهذا الحديث على أن اعتناء الشرع بالمنهيات فوق اعتناؤه بالمأمورات؛ لأنه أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك وقيد في المأمورات بقدر الطاقة " ^(٢) .

وذلك لأن المفسد لها سرياناً توسّع كالخريق، فمن الحكمة القضاء عليها في مهدها، ولو ترتّب على ذلك حرمانٌ من منافع أو تأخيرٌ لها، فيُقدّم درء ودفع المفسدة على جلب وتحصيل المصلحة^(٣) .

٣ _ تطبيقات القاعدة: للقاعدة تطبيقات واسعة، منها:

أ _ المبالغة في المضمضة والاستنشاق سنّة، لكنها تُكره للصائم؛ تقديماً لدروء مفسدة إفساد الصيام على جلب مصلحة سنّة المضمضة والاستنشاق، وهذا بالاتفاق ^(٤) .

ب _ تجويز شق بطن الميتة لإخراج الوالد الذي ترجى حياته ^(٥) .

لأن دفع مفسدة موت الجنين أولى من مصلحة الحفاظ على حرمة الميتة، ويصح أن يُقال: مصلحة إحياء الجنين أعظم من مفسدة انتهاك حرمة الميتة فتُقدّم المصلحة التي هي أعظم من

١ . متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ (٩٤/٩)، رقم الحديث (٧٢٨٨)، ومسلم واللفظ له، في كتاب الفضائل، باب توقيفه ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع، ونحو ذلك، (٤/١٨٣٠)، رقم الحديث (١٣٣٧).

٢ . فتح الباري لابن حجر (٢٦٢/١٣) .

٣ . المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا (٩٩٦/٢) .

٤ . تحفة الفقهاء لمحمد بن أحمد، أبو بكر، علاء الدين، السمرقندي، المتوفى سنة (نحو ٥٤٠هـ)، رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (١/١٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٨)، ومواهب الجليل للخطاب (١/٢٤٦)، والمجموع للنووي (١/٣٥٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٨)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١/١٣٣) .

٥ . هذا قول الحنفية، وقولٌ عند المالكية، وبعض الحنابلة، انظر: الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي (٤/١٦٧)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٦)، ومنح الجليل لعليش (١/٥٣١، ٥٣٢)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢/٢٧٩)، والمغني لابن قدامة وذكر أن هذا هو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، ولم أقف عليه بعد البحث، (٢/٤١٠) .

المفسدة .

ج _ يُشَرِّعُ التخلف عن الجماعة والجمعة اتفاقاً؛ لأعذارٍ كمرضٍ وخوفٍ وتمريضٍ ونحو ذلك^(١) .

د _ عدم جواز استخدام البصمة الوراثية^(٢) للتأكد من صحة الأنساب، فنتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية، واستخدامها للتأكد من صحة الأنساب فيه مصلحة الاطمئنان إلى صحة النسب، ولكنه يتضمن مفسدات كبيرة كثيرة؛ كالقذف والتشكيك في أعراض الناس وأنسابهم، وفتح باب التنافس والتدابير والتباغض، وزرع العداوة، وخاصةً بين القبائل والعشائر التي يوجد بينها شيءٌ من التناحر، كما أن هذا ينزع الثقة من بين الناس، وقواعد الشرع ومقاصده تدل على حفظ النسب ومنع اضطرابه^(٣)، وهذا الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي^(٤) .

وإذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة قُدِّمت المصلحة، ومثال ذلك: جواز الكذب للإصلاح بين الناس، فالكذب مفسدة محرمة لكنه لما تضمن مصلحةً أعظم قُدِّمت المصلحة وجاز الكذب بالاتفاق^(٥) .

١ . حاشية ابن عابدين (٥٥٦/١)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٥١٥/١)، ونهاية المحتاج للرملي (١٥٦/٢)، والمبدع في شرح المقنع (١٠٣/٢) .

٢ . وهي الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد، عن طريق تحليل جزء من حامض الـ (DNA) الذي تحتوي عليه خلايا جسده، انظر: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، لإبراهيم بن سطم العنزي، مركز البحوث والدراسات، الرياض، (١٤٢٨هـ)، (ص١٣٤)، والبصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، (دراسة فقهية مقارنة)، لسعد الدين سعد الهلالي، مجلس النشر العلمي، الكويت، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (ص٢٥) .

٣ . البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، للدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، المكتبة العصرية، الإسكندرية، د.ت.ط، (ص١٤)، وأهمية الفحوص الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، لعبد العزيز بن عبد الله الدخيل، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، السعودية، (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، (ص١٨٤-١٨٧)، وتوظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، للدكتور بدر خالد الخليفة، الكويت، الطبعة الأولى، (١٩٩٦م)، (ص١٨٨) .

٤ . في دورته السادسة عشر، التي انعقدت في مكة المكرمة، في الفترة من (٢١ إلى ٢٦) شوال، (١٤٢١هـ)، الموافقة للفترة من (٥ إلى ١٠) يناير، (٢٠٠٢م) .

٥ . العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين، أبو عبد الله، ابن الشيخ شمس الدين، ابن الشيخ جمال الدين، الرومي، البابري، المتوفى سنة (٧٨٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د.ت.ط، (٢٦٥/١٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٨)، والذخيرة للقرافي (٣٤٠/١٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٨)، وكشاف القناع للبهوتي (٤١٩/٦) .

ثانياً: الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف:

لهذه القاعدة صيغ أخرى مرادفات لهذه الصيغة التي جاءت عنواناً لهذه القاعدة، وهي^(١):

(يُختار أهون الشرين)^(٢)، و (يُختار أخف الضررين)^(٣)، و (يُدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما)^(٤)، و (إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر)^(٥)، و (يُدفع شر الشرين)^(٦)، و (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)^(٧) .

١ _ معنى هذه القاعدة: جاءت الشريعة لمنع المفاصد، ودفع الضرر، والمفاصد ليست متساوية، والضرر ليس على درجة واحدة، والضرر إن وقع يجب رفعه فلا ضرر ولا ضرار، ولكن إذا لم يمكن إزالة الضرر نهائياً، وكان بعضه أشد من بعض، ولا بدّ من ارتكاب بعضه فالضرر الأشد يُزال ويُرفع ويُتجنب بارتكاب الضرر الأخف، لعظم الأول على الثاني، وشدته في نفسه، فيتحمل الضرر الأخف ويُتركب في سبيل إزالة الضرر الأشد^(٨) .

١ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٦٠)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (٢١٩/١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص ٥٢٧) .

٢ . ذكر هذا اللفظ الكمال بن الهمام، فقال: " فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين "، فتح القدير للكمال بن الهمام (٢٧٢/٩)، وهي المادة (٢٩) من مجلة الأحكام العدلية (ص ١٩)، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٠٣) .

٣ . ذكر هذه القاعدة عدّد من العلماء، منهم: الرازي الحنفي، بلفظ: (ارتكاب أخف الضررين)، في تحفة الملوّك، في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، لزين الدين، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، الحنفي، الرازي، المتوفى سنة (٦٦٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر، الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ)، (ص ٢٤٠) .

٤ . ذكر هذه القاعدة عدّد من العلماء، منهم: الشيرازي الشافعي، بلفظ: (دفع أعظم الضررين بأخفها)، في المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف، الشيرازي، المتوفى سنة (٤٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، د.ت.ط، (٤٩٠/٢)، والسرخسي في المبسوط (١١٥/١٤)، والنووي في روضة الطالبين (٣٣٥/١٠) .

٥ . ذكر هذه القاعدة المواقف المالكي، بلفظ: (إسقاط أخف الضررين لأكبرهما)، في التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٠١/٦) .

٦ . ذكر هذه القاعدة الزركشي الشافعي، في المنثور في القواعد الفقهية (٣٩٥/٣)، بلفظ: (اتباع خير الخيرين مطلوب واجتناب شر الشرين مرغوب) .

٧ . وهذه القاعدة (٢٨) من مجلة الأحكام العدلية، (ص ١٩) .

٨ . القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة لمحمد الزحيلي (٢١٩/١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص ٥٢٧) .

ونقل ابن نجيم رحمه الله تعالى عن الزيلعي رحمه الله تعالى^(١) أنه قال: "الأصل في جنس هذه المسائل أن من ابتلي ببليتين، وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء، وإن اختلفا يختار أهوئهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة" ^(٢) .

٢ _ مستند القاعدة: للقاعدة أدلة عديدة في القرآن والسنة، وأكتفي بذكر دليل من القرآن، وآخر من السنة:

من القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَفَّنْتُمُوهُمْ وَآخِرُجُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجْتُمُ^٤ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِّنَ الْقَتْلِ﴾، [البقرة: ١٩١] .

قال القرطبي رحمه الله تعالى: "أي الفتنة التي حملوكم عليها وراموا رجوعكم بها إلى الكفر أشد من القتل" ^(٣) .

من السنة النبوية: قام أعرابي فبال في مسجد رسول الله ﷺ، فتناوله الناس، فقال لهم النبي ﷺ: ((دعوه وهريقوا على بوله سجلاً من ماء، أو ذنوباً من ماء، فإنما بعثتم ميسرين، ولم تبعثوا معسرين)) ^(٤) .

قال النووي رحمه الله تعالى في شرحه لهذا الحديث: "وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما لقوله ﷺ ((دعوه))، قال العلماء: كان قوله ﷺ: ((دعوه)) لمصلحتين: إحداهما أنه لو قطع عليه بوله تضرر وأصل التنجيس قد حصل، فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به،

١ . هو عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، أبو محمد، جمال الدين، من علماء الفقه والحديث، أصله من الزيلع في الصومال، من كتبه: (نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية) في مذهب الحنفية، و(تخريج أحاديث الكشاف للزخشري)، توفي في القاهرة، سنة (٧٦٢ هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر، (٣/٩٥، ٩٦)، ولحظ الألبان بذيل طبقات الحفاظ، لمحمد بن محمد بن محمد، أبو الفضل، تقي الدين، ابن فهد، الهاشمي، العلوي، الأصفوني، ثم المكّي، الشافعي، المتوفى سنة (٨٧١ هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٩ هـ/١٩٩٨ م)، (ص ٨٨)، والأعلام للزركلي (٤/١٤٧) .

٢ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٦) .

٣ . تفسير القرطبي (٢/٣٥١) .

٤ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له في كتاب الأدب، باب قول النبي ﷺ ((يسروا ولا تعسروا))، (٨/٣٠)، رقم الحديث (٦١٢٨)، ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد، وأن الأرض تطهر بالماء، من غير حاجة إلى حفرها، (١/٢٣٦)، رقم الحديث (٢٨٤)، والذنوب والسجل هو الدلو العظيمة الممتلئة ماءً، انظر: فتح الباري لابن حجر (٣/١٢٥) .

والثانية أن التنجيس قد حصل في جزء يسير من المسجد، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواقع كثيرة من المسجد والله أعلم" (١) .

٣ _ تطبيقات القاعدة: من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

أ _ لو أن امرأة لو صلت قائمةً ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة، ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شيء؛ فإنها تصلي قاعدة، فقد اجتمع ضرران لا بدّ من ارتكاب أحدهما، فَيُرتكب الأخفّ إزالَةً للأشدّ؛ لأن ترك القيام أهون من انكشاف العورة (٢) .

ب _ لو اضطر إنسانٌ، وعنده ميتة، ومال الغير، فيأكل من الميتة؛ لأن تناول مال الغير أشدّ حرمةً، فهو من المظالم (٣) .

ج _ إذا ترتّب على إنكار المنكر ضرر أعظم يُسكّت عن هذا المنكر؛ دفعاً لأشدّ الضررين بارتكاب أخفّهما (٤) .

ثالثاً _ يُتحمّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام:

هذه القاعدة مقيدة لقاعدة (الضرر لا يُزال بمثله)، ففي حال تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة يُدفع الضرر العام بتحمّل الضرر الخاص (٥) .

١ _ معنى هذه القاعدة: جاء الشرع ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وأنسابهم وعقولهم وأموالهم، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن، وفي سبيل

١ . المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا، محيي الدين، يحيى بن شرف، النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، (١٣٩٢هـ)، (١٩١/٣) .

٢ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٧)، وحاشية ابن عابدين (١/٤١١)، والمجموع للنووي (٣/١٨٢)، والمغني لابن قدامة (١/٤٢٤) .

٣ . هذا عند الحنفية والحنابلة، خلافاً للمالكية والشافعية، انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٧)، وحاشية ابن عابدين (١٣٥/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي (٢/١١٦)، وروضة الطالبين للنووي (٣/٢٨٩)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، لشمس الدين محمد بن عبد الله، الزركشي، الحنبلي، المتوفى سنة (٧٧٢هـ) رحمه الله تعالى، دار العبيكان، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، (٦٨٩/٦) .

٤ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٠١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٥٣٢)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٢٧) .

٥ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٤)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٥٣٤) .

حفظ هذه المقاصد والمصالح شرع الله تعالى الحدود والعقوبات، دفعاً للضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص، ففي الحدود والعقوبات ضررٌ على الجاني قد يصل إلى القتل، لكن فيها حفظ لمصلحة الناس عامة في حفظ الدين والنفس والنسب والعقل والمال، فإذا تعارض ضرران أحدهما خاصٌ والآخر عامٌ وتحتم ارتكاب أحدهما ارتكبت الآخر دفعاً للأشد، والضرر العام أشدّ فيرتكب الضرر الخاص^(١).

٢ _ مستند القاعدة: هذه القاعدة مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد، استخراجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص .

ومن هذه النصوص: أ _ قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَىٰ الْأَلْبَبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾، [البقرة: ١٧٩]، فالقصاص ضرر خاصٌ بالجاني، لكنه حياة للمجتمع وحفظٌ وحمايةٌ للمصلحة العامة .

ب _ قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾، [المائدة: ٣٨]، فقطع يد السارق ضررٌ خاصٌ به، وحمايةٌ وتحقيقٌ للمصلحة العامة .

٣ _ تطبيقات القاعدة: من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

أ _ وجوب نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة على مالكيها؛ دفعاً للضرر العام^(٢).

ب _ جواز الحجر على المفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل؛ حرصاً على دين الناس، والطبيب الجاهل الذي يعطي الدواء من غير خبرة كافية؛ حرصاً على أرواح الناس، والمكاري المفلس الذي يأخذ الأجرة فإذا جاء أوان السفر رأيته لا دابة له فينقطع المكثري عن الرفقة؛ حرصاً على أموال الناس وأوقاتهم^(٣).

١ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٩٧)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٦٣)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص٥٣٤)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٢٣٥) .

٢ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٩٧)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٦٤) .

٣ . وهذا عند الحنفية، انظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (٢٥٤/٩)، وغمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين، الحسيني، الحموي، الحنفي، المتوفى سنة (١٠٩٨هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، (١/٢٨١)، وحاشية ابن عابدين (١٤٧، ١٤٨/٦) .



المبحث الثالث _ قاعدة: العادة محكمة .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة .

المطلب الثاني _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها .

المطلب الثالث _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة .



المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة:

أولاً: أهمية هذه القاعدة، وصلتها بالاستصلاح:

هذه القاعدة (العادة محكمة) هي أحد القواعد الكلية الخمس^(١)، تُبرز بوضوح سعة ومرونة التشريع الإسلامي، وتحقيقه لمصالح العباد في أي زمانٍ أو مكانٍ كانوا، وتُظهر كفاءته الكاملة لتقديم الحلول والأحكام الصحيحة لكل مشكلةٍ ومسألةٍ، مهما تعقدت الحياة وزاد تطوّر وسائلها وأساليبها^(٢).

ولأهمية هذه القاعدة فإنها تشغل حيزاً كبيراً في الفقه الإسلامي، ويقوم على أساسها أحكام كثيرة متشعبة في شتى أبواب الفقه، ولم يخلُ كتابٌ من كتب القواعد الفقهية من قاعدة أساسية في العرف والعادة^(٣).

قال السيوطي رحمه الله تعالى: " اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعدُّ كثرةً " (٤).

ومعظم العادات تنشأ من حوائج الناس التي تفرض عليهم التعامل مع بعضهم لتأمينها، وهذه الحوائج تختلف باختلاف البيئات الطبيعية والاجتماعية كالمعتقدات والشعائر الدينية وأنظمة الحكم والصنائع والفنون ..، وتكرّر المعاملات المختلفة بطرق مختلفة يعتاد الناس أموراً كثيرة في عيشهم وتعاملاتهم، وتختلف هذه العادات باختلاف الزمان والمكان، فالأجيال بتعاقبها تراث عاداتٍ من أسلافها وقد تطوّرها وتغيّر فيها، والأمكنة المختلفة تؤدّي إلى الاختلاف في طريقة العيش والتعامل فتختلف العادات بذلك؛ سواء العادات الفعلية أم القولية، حيث يعتاد الناس ألفاظاً ومصطلحاتٍ للتفاهم فيما بينهم، وباختلاف الزمان والمكان وتطور الصناعات والعلوم تنشأ مصطلحات خاصة

١ . القواعد الكلية خمسة، هي: (الأمر بمقاصدها، واليقين لا يزال بالشك، والضرر يزال، والعادة محكمة، والمشقة تجلب التيسير)، انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١٢/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨).

٢ . القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٣٢٧)، والقواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، (٣٠٨/١).

٣ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٩)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٣٢٦).

٤ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٠).

عند أهل البلدان والحِرف والأديان المختلفة ^(١) .

والعادات والأعراف لها سلطان على النفوس، ورسوخٌ في العقول، فمتى رسخت العادة اعتُبرت من ضروريات الحياة، وفي نزاع الناس عن عاداتهم حرجٌ كما يقول الفقهاء والأصوليون ^(٢)، ولهذا يجد الأنبياء والمصلحون كثيراً من المصاعب لإصلاح شأن الناس، فيأخذون الناس بالتدرّج لتصحيح فاسد عاداتهم ^(٣) .

وفي هذا المعنى قالت السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها: " إنما نزل أول ما نزل منه _ أي القرآن _ سورة فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل: لا تنزوا، لقالوا: لا ندع الزنا أبداً " ^(٤) .

إذاً هناك أعراف وعادات قبيحةٌ فاسدةٌ يجب أن تُصحَّح، وأعراف حسنةٌ صحيحةٌ فيها مصلحة للناس ولا مفسدة فيها بنظر الشارع فهي مقبولةٌ معتبرةٌ، وإقرارها فيه تيسيرٌ على الناس وتحقيقٌ لمصالحهم، بل ولها أثرٌ في بناء الأحكام الشرعية عليها، خصوصاً في النوازل والمستجدات من المسائل، ومن خلال هذه القاعدة (العادة محكمة)، وما يتفرّع عنها يتّضح أثر العرف في بناء الأحكام، ويظهر مدى سلطان العرف وتأثيره في بناء الأحكام الشرعية ^(٥) .

قال الشاطبي رحمه الله تعالى: " لولا أن اطراد العادات معلومٌ، لما عرف الدّين من أصله، فضلاً عن تعرّف فروعه؛ لأن الدّين لا يُعرّف إلا عند الاعتراف بالنبوة، ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلا بواسطة المعجزة، ولا معنى للمعجزة إلا أنّها فعلٌ خارقٌ للعادة، ولا يحصل فعلٌ خارقٌ للعادة إلا بعد تقرير اطّراد العادة في الحال والاستقبال كما اطردت في الماضي " ^(٦) .

وقال الدكتور البوطي رحمه الله تعالى في توضيح الصلة بين العرف والاستصلاح: " وإنما تستقر أعراف الناس وعاداتهم في التعامل على أساس مصالح حياتهم ومعايشهم، ولذلك فإن كثيراً من

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/٨٦٧-٨٦٩)، وعلم أصول الفقه لخلاف (ص٨٩) .

٢ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٥/٣٢٥) .

٣ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/٨٦٩) .

٤ . أخرجه البخاري في كتاب فضائل القرآن، باب تأليف القرآن، (٦/١٨٥)، رقم الحديث: (٤٩٩٣) .

٥ . الموافقات للشاطبي (٢/٤٨٨، ٤٨٩)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٢/٨٧٠) .

٦ . الموافقات للشاطبي (٢/٤٨٤)، وانظر: نهاية السؤل للإسنوي (ص٣٦٢) .

الأحكام المبنية عند أبي حنيفة وبعض أصحابه على العرف إنما هو قائم في نفس الوقت على الاستصلاح، والناظر في أبواب المعاملات من كتب الفقه الحنفية يجدها مملوءة بالاستصلاح، باسم الاستحسان آنأ، وباسم عرف الناس آنأ آخر ^(١) .

ومثال ذلك: جواز الاستصناع، وتضمن الأجير المشترك، ودخول الحمام من غير تقدير للماء المستعمل والزمن الذي يمكث فيه في الحمام، والشرب من يد السقاء من غير تقدير للماء المشروب، نص ابن عابدين على أن مستندها العرف، وأجازها غير الحنفية من باب الاستصلاح ^(٢) .

ثانياً: التعريف بالعرف والعادة:

١ _ تعريف العرف والعادة: العادة لغة: هي الديدن، من العود والتكرار مرة بعد مرة ^(٣) .

أما اصطلاحاً فالعادة هي: (الأمر الذي يتقرر بالنفوس، ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة) ^(٤) .

والعرف لغة: أصله تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض، والدلالة على السكون والطمأنينة، والعرف هو المعروف ضد المنكر، سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه ^(٥) .

واصطلاحاً: هو (ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول) ^(٦) .

أو هو (عادة جمهور قوم في قول أو فعل) ^(٧) .

فالعادة تحمل معنى قريباً من العرف لغة واصطلاحاً، لكن العادة أعم من العرف؛ لأن العادة قد تكون عادة فردية، كعادة الإنسان في نومه وأكله وكثير من أفعاله، وقد تكون جماعية تنشأ عن

١ . ضوابط المصلحة للبوطي (ص ٣٨٣) .

٢ . انظر: (ص ١١٢) من هذا البحث .

٣ . مختار الصحاح للرازي، مادة: عَوَدَ، (ص ٢٢١)، ولسان العرب لابن منظور، حرف الدال، فصل العين، (٣/ ٣١٦، ٣١٧) .

٤ . درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (١/ ٤٤)، وانظر: التعريفات للجرجاني (ص ١٤٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٩) .

٥ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة: عرف، (٤/ ٢٨١)، ومختار الصحاح للرازي، مادة: عَرَفَ، (ص ٢٠٦) .

٦ . التعريفات للجرجاني (ص ١٤٩) .

٧ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧٢) .

تفكير ويألفها الجماهير سواء كانت قبيحة أم حسنة، فالعادة بهذا المعنى — الجماعية — ترادف العرف، فتكون العلاقة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق؛ لأن العادة أعم مطلقاً، والعرف أخص، فكلُّ عرفٍ عادةٌ، وليست كل عادةٍ عرفاً^(١) .

٢ _ أنواع العرف: للعرف نوعان بحسب موضوعه ومُتعلِّقه، هما: عرف لفظي أو قولي، وعرف عملي^(٢) .

فالعرف اللفظي أو القولي: هو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنىٍّ معيَّن بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة، كالعرف بإطلاق لفظ اللحم على الحيوان وعدم إطلاقه على السمك والطيور^(٣) .

والعرف العملي: هو التعارف بين الناس على أمر عملي، كالعرف في تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، وكاعتيادهم تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل^(٤) .

ثم إن العرف قد يكون عاماً، وقد يكون خاصاً .

فالعرف العام: هو الذي يتفق عليه الناس في كل البلاد أو معظمها، في أمرٍ من الأمور، كالاستصناع في كثيرٍ من الحاجات من أحذيةٍ وألبسةٍ، بل حتى استصناع المعامل والأبنية^(٥) .

وأما العرف الخاص: فهو الذي يكون مخصوصاً ببلدٍ أو مكانٍ دون آخر، أو بين فئةٍ من الناس دون أخرى، كتعارف التجار على تسجيل المبيعات في دفتر خاصٍ، وكعرف التجار في تحديد ما يُعدّ عيباً ينقص الثمن في البضاعة المباعة^(٦) .

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧١ و ٨٧٤)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٧٥) .

٢ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧٥)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٨٠، ٢٨١)، والوجيز في أصول الفقه الإسلامي، للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الخير، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦)، (١/ ٢٦٦) .

٣ . شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٢١٣)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧٥)، والوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد الزحيلي (١/ ٢٦٦) .

٤ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٩)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧٦، ٨٧٧)، والوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد الزحيلي (١/ ٢٦٦) .

٥ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧٧، ٨٧٨)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٧٧)، والوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد الزحيلي (١/ ٢٦٦) .

٦ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/ ٨٧٨)، والوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد الزحيلي (١/ ٢٦٦، ٢٦٧) .

٣ _ معنى (العادة محكّمة): كلمة (محكّمة): اسم مفعول من التحكيم، والتحكيم هو القضاء والفصل بين الناس^(١)، أي أن العادة هي المرجع للفصل عند النزاع .

وصار معنى القاعدة في الاصطلاح: أن العادة والعرف لها اعتبار شرعي، فهي مرجع لمعرفة الأحكام الشرعية، حيث تثبت الأحكام الشرعية للتصرفات على وفق العرف والعادة، طالما أن العرف والعادة لم تخالف النصوص الشرعية، بضوابط معيّنة^(٢) .

قال السرخسي رحمه الله تعالى: " الثابت بالعرف كالثابت بالنص " ^(٣) .

وقال أيضاً: " الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي " ^(٤) .

وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: " والعادة إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه " ^(٥) .

وهذا يحقق مصالح المكلفين بشكل كبير، فالناس إن اعتادوا أمراً فمن اليسر وتحقيق المصلحة مراعاة هذه العادات واعتبارها والرجوع إليها طالما أنها لا تخالف الشريعة .

٤ _ ضوابط اعتبار العرف والعادة: لاعتبار العرف والعادة مرجعاً للأحكام الشرعية تثبت بها الأحكام ضوابط لا بدّ من وجودها، وهذه الضوابط هي:

أ _ أن لا تخالف نصاً شرعياً، فإن خالفت النصّ الشرعي فهي مردودة؛ لأن النصّ أقوى من العرف، والعمل بالعادة والعرف المخالف للنصّ هو ردّ للنص، وهذا لا يجوز، كتعارف الناس شرب الخمر، وتبرّج النساء، والتعامل بالعقود الربوية، ونحو ذلك ^(٦) .

وهل يخصّص العرف عموم النصّ؟ اتفقت كلمة المذاهب الأربعة على أن العرف القولي

١ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة: (حَكَمَ)، (٩١/٢)، ومختار الصحاح للرازي، مادة (حَكَمَ)، (ص٧٨) .

٢ . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٩)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢١٩)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٨٨٣/٢، ٨٨٤)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٧٦) .

٣ . المبسوط للسرخسي (١٤/١٩) .

٤ . المبسوط للسرخسي (١٤/١٣) .

٥ . حاشية ابن عابدين (١٥٤/٦) .

٦ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٦٢/٣)، وفتح الباري لابن حجر (٥١٠/٩)، وحاشية ابن عابدين (١٧٦/٥)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٢٠)، والموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية (٥٨/٣٠) .

يخصّص النصّ، كالعرف بإطلاق لفظ اللحم على الحيوان وعدم إطلاقه على السمك والطيور، وبالتالي إن حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل العصفور^(١) .

أما العرف العملي: فعند الجمهور لا يخصّص عموم النصّ، وفصل الحنفية وبعض المالكية فقالوا: إن كان هذا العرف عاماً فإنه يصلح أن يكون مخصّصاً لعموم النصّ، وأما إن كان خاصاً فالمذهب أنه لا يصلح مخصّصاً^(٢) .

ب _ أن تكون العادة مضطردة أو غالبية، وإلا فلا تُعتَبَر^(٣) .

قال ابن نجيم رحمه الله تعالى: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت " ^(٤) .

والمراد بالاطّراد: أن يكون العرف مستمراً بحيث لا يتخلف في جميع الحوادث، ومعنى الغلبة: أن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً^(٥) .

ج _ أن يكون العرف عاماً: ذهب جمهور الحنفية والشافعية إلى أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص^(٦) .

د _ أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه^(٧): فإذا صرّح المتعاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف؛ لأن من القواعد الفقهية أنه: (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) ^(٨) .

١ . التقرير والتحجير لابن أمير حاج (٢٨٢/١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٣)، والفروق للقراقي (١٧١/١)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع للعطار (٧٠/٢) .

٢ . التقرير والتحجير لابن أمير حاج (٢٨٢/١)، وحاشية ابن عابدين (٧٤٥/٣) و (٤٤٥/٤)، وأحكام القرآن لأبي بكر بن العربي المالكي (٢٧٨/١)، والفروق للقراقي (١٧١/١)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع للعطار (٧٠/٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٢٠)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٩١٧/٢) .

٣ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢١٩) .

٤ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨١) .

٥ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (طَرَدَ)، (٤٥٥/٣، ٤٥٦)، ومختار الصحاح للرازي، مادة (طَرَدَ)، (ص١٨٩)، ولسان العرب لابن منظور، حرف الباء، فصل الغين، (١/٦٥١-٦٥٣)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٨٩٧/٢)، والموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية (٥٨/٣٠) .

٦ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٨، ٨٩)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢) .

٧ . قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للعز بن عبد السلام (١٨٦/٢)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٤٥/١)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٩٠١/٢)، والموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية (٥٩/٣٠) .

٨ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٤١)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٢٠١) .

قال العز بن عبد السلام رحمه الله تعالى: " كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل يقطع المنفعة لزمه ذلك " (١) .

هـ _ أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف: أي أن يكون العرف سابقاً أو مُقارناً للتصرف عند إنشائه؛ لأن كل من يقوم بتصرفٍ سواءً كان قولياً أو فعلياً إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف؛ ليصح الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف (٢) .

قال القرافي رحمه الله تعالى: " العوائد الطارئة بعد النطق لا يُقضى بها على النطق، فإن النطق سالمٌ عن معارضتها، فيُحمل على اللغة، ونظيره: إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يُحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدّم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تُعتبر، وإنما يُعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها " (٣) .

وقال السيوطي رحمه الله تعالى: " العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر " (٤) .

واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابطٌ في اللغة ولا في الشرع يُرجع فيه إلى العرف، كالحِرز في السرقة، وما يُعدُّ قبضاً، وهديةً، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، .. وأمور كثيرة لا تنحصر (٥) .

١ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١٨٦/٢) .

٢ . شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٢١١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٢٠)، والموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية (٥٩/٣٠)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٠١/١) .

٣ . شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٢١١) .

٤ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٦) .

٥ . شرح النووي لصحيح مسلم (٨/١٢)، والأشباه والنظائر للسبكي (٥١/١)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٤٥٢/٤)، (٤٥٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٨) .

المطلب الثاني _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها:

أولاً _ مستند القاعدة:

أدلة هذه القاعدة كثيرة في القرآن والسنة، أذكر بعضها فيما يلي:

١ _ تعود القاعدة بشكل مباشر إلى حديث شريف^(١)، قال فيه النبي ﷺ: ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ، وما رآوه سيئاً فهو عند الله سيئٌ))^(٢).

٢ _ من أدلة اعتبار العرف من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾، [الأعراف: ١٩٩].

قال السيوطي رحمه الله تعالى في هذه الآية: " المعنى: اقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى " ^(٣).

وقال القرافي: " قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾، فكل ما شهدت به العادة فُضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة " ^(٤).

٣ _ من أدلة اعتبار العرف من السنة النبوية المطهرة: أن هنداً بنت عتبة^(٥) رضي الله تعالى

١ . المبسوط للسرخسي (٤٥/١٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٩)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٩) .

٢ . أخرجه مالك في الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، المدني، المتوفى سنة (١٧٩هـ) رحمه الله تعالى، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة الثانية، د/ت، باب قيام شهر رمضان وما فيه من الفضل، (ص ٩١)، رقم الحديث (٢٤١)، مرفوعاً بلفظ: ((ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح))، والطبراني في المعجم الأوسط، واللفظ له، موقوفاً عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، (٥٨/٤)، رقم الحديث (٣٦٠٢)، والحاكم في المستدرک، موقوفاً كذلك، (٨٣/٣)، رقم الحديث (٤٤٦٥)، وهذا الحديث غريب مرفوعاً، والمعروف أنه موقوفٌ على سيدنا عبد الله بن مسعود، وإسناده حسن، كما قال ابن حجر، في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٨٧/٢)، رقم الحديث (٨٦٣)، وقال الهيثمي: " رواه أحمد والبخاري في الكبير، ورجاله موثقون "، (١٧٨/١)، رقم الحديث (٨٣٣) .

٣ . الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي (ص ١٣٢) .

٤ . الفروق للقرافي (١٤٩/٣)، وانظر: معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي (ص ١٢٨) .

٥ . هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف، صحابية، قرشية، عالية الشهرة، وهي أم الخليفة الأموي سيدنا معاوية بن أبي سفيان، وكانت فصيحة جريئة، صاحبة رأي وحزم ونفس وأنفة، تقول الشعر الجيد، كانت ممن أهدر النبي ﷺ دماءهم يوم فتح مكة، فجاءته مع بعض النسوة في الأبطح، فأعلنت إسلامها، ورحّب بها ﷺ، توفيت سنة (١٤هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنها، أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير (٢٩٢/٦، ٢٩٣)، والأعلام للزركلي (٩٨/٨) .

عنها شكت لرسول الله ﷺ أن زوجها رجلٌ شحيحٌ، وليس يعطيها ما يكفيها وولدها، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال لها النبي ﷺ: ((خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف))^(١).

وقال النووي رحمه الله تعالى عنه هذا الحديث ذاكراً فوائده: " ومنها _ أي من فوائد هذا الحديث _ اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي " ^(٢).

وقال العزّ بن عبد السلام رحمه الله في هذا الحديث: " ولم تكن هند عارفةً بكَوْنِ المعروف مدّين في حق الغني، ومدّاً في حق الفقير ومدّاً ونصفاً في حق المتوسط، وقد نصّ الله على أن الكسوة بالمعروف في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والغالب في كل ما ورد في الشرع إلى المعروف أنه غير مُقدّر، وأنه يُرجع فيه إلى ما عُرف في الشرع، أو إلى ما يتعارفه الناس .. " ^(٣).

ثانياً: تطبيقات القاعدة: للقاعدة تطبيقات كثيرة واسعة لا تنحصر، منها:

١ _ عقود التعاطي التي أقرّ جمهور الفقهاء فيها انعقادَ المعاوضات المالية بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ، كما لو سأل راغب الشراء صاحب البضاعة عن سعرها أو وجدَ سعرها مكتوباً عليها فدفَعَ الثمن وأخذ السلعة ومضى، وكلاهما ساكت، فالبيع ينعقدُ شرعاً، وحجة ذلك: العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول في عرف الناس وعاداتهم ^(٤).

٢ _ يُرجع إلى العرف في تحديد سنّ الحيض، والبلوغ، وأقلّ الحيض، والنفاس، والطهر وغالبها وأكثرها، وجواز تناول الثمار الساقطة، وضابط إحراز المال المسروق، وجواز دخول

١ . أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، (٦٥/٧)، رقم الحديث (٥٣٦٤).

٢ . شرح النووي لصحيح مسلم (٨/١٢).

٣ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٧١/١).

٤ . أجازة الحنفية والمالكية والحنابلة، أما الشافعية فلمهم ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يجوز، وهو المذهب، وثانيها أنه يجوز في المحقرات، وثالثها أنه يجوز، واختاره النووي خلافاً للمذهب، انظر: حاشية ابن عابدين (٥١٤/٤)، ومواهب الجليل للحطاب (٢٢٩/٤)، وروضة الطالبين للنووي (٣/٣٣٨، ٣٣٩)، ومغني المحتاج للشربيني (٢/٣٢٦)، والفروع لابن مفلح (٦/١٢٢)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٨٨٩/٢).

الحمام مع جهالة مدة المكث وكمية الماء المستعمل، والمراد بألفاظ الواقف والموصي^(١).

٣ _ تحديد حدّ الضرر الفاحش الممنوع في تصرف الإنسان في ملكه، وتصرفه في الأعيان والمنافع المشتركة، هو ما لا يُحتمل عادةً، فمن الضرر الممنوع: حفزٌ بئرٍ ينقطع بها ماء بئر جارٍ، وعمل دكان حدادة يتأذى منها الجار بكثرة الدقّ وهزّ الحيطان، ومن الضرر اليسير الذي يُتسامح فيه: دخان الخبز والطبخ، فهذا جرى العرف وسرّت العادة^(٢).

٤ _ الإجارة: هي عقد على المنافع بعوض، فالإجارة ترد على منافع معدومة تُستوفى مع مرور الزمن في المستقبل مقابل عَوْض، وإنما أُجيزت لحاجة الناس إلى السكنى، وجريان العرف بها^(٣)، وزادت الحاجة إليها في العصر الحاضر.

قال السرخسي رحمه الله تعالى: "وبعث رسول الله ﷺ والناس يؤاجرون ويستأجرون فأقرهم على ذلك"^(٤).

٥ _ المرجع في تحديد الكفاءة في الزواج إلى العرف والعادة^(٥).

قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "فإذا أطلقت الكفاءة، وجب حملها على المتعارف"^(٦).

٦ _ لو حلف إنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان، انصرفت اليمين إلى معنى دخول الدار فهو المعنى العرفي، لا إلى المعنى اللغوي الظاهر، فلو دخلها ركباً دون أن تمسّ قدمه أرضها حث

١ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٩، ٨٠)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٢١، ٢٢٢)، وانظر في مسألة الحيض والنفاس: مواهب الجليل للحطاب (٣٦٧/١)، والفروع لابن مفلح (٣٦٤/١).

٢ . روضة الطالبين للنووي (٣١٩/٩)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٥٥/٧، ٣٥٦)، كشف القناع للبهوتي (٤٠٨/٣)، والمغني لابن قدامة (٣٨٨/٤).

٣ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمريناني (٢٣٠/٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٨)، التاج والإكليل للمواق (٤٩٣/٧)، ومغني المحتاج للشربيني (٤٣٨/٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٨)، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (١٦٩/٢)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح السدلان (ص ٣٨١، ٣٨٢).

٤ . المبسوط للسرخسي (٧٤/١٥).

٥ . حاشية ابن عابدين (٩٠/٣)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٤١/٢)، ونهاية المحتاج للرملي (٢٦٠/٦)، وكشف القناع للبهوتي (٦٨/٥).

٦ . المغني لابن قدامة (٣٦/٧).

في يمينه ووجبت عليه الكفارة، ولو مدَّ رجله من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لم يحنث^(١).

٧ _ ومن المسائل المهمة في هذا العصر: ظهور أنواع من الحقوق الشخصية التي ليست أعياناً في نفسها، ولكن شاع تداولها في الأسواق عن طريق البيع والمعاوضة، وتُسمَّى: (الحقوق المعنوية)، أو الحقوق الأدبية، أو الحقوق المجردة، أو حق الابتكار، كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية^(٢).

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي باعتبارها حقوقاً خاصة لأصحابها؛ لأن لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتموّل الناس لها، وهي حقوق يُعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها، ولأصحابها حق التصرف فيها ونقلها^(٣).

١ . حاشية ابن عابدين (٧٦١/٣)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٨٨١/٢) .

٢ . حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، لفتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، (١٤٠٤هـ)، (ص ١٠، ٩)، والمنهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، لمسفر بن علي القحطاني (ص ٧٢٥) .

٣ . في دورة مؤتمره الخامس بالكويت، من (١ إلى ٦) جمادى الأولى، (١٤٠٩ هـ)، الموافق لـ (١٠ إلى ١٥) كانون الأول، (١٩٨٨م)، انظر: مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، (ص ٩٤) .

المطلب الثالث _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة قواعد كثيرة مهمة، مثل: قاعدة: (تُعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت)^(١)، وقاعدة: (العبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر)^(٢)، وقاعدة: (لا عبرة بالعرف الطارئ)^(٣)، وقد مرّ ذكر هذه القواعد الفرعية عند الحديث عن ضوابط العرف والعادة باختصار، ولذلك انتقيت قواعد متفرعة أخرى لم يتم الإشارة إليها، فاخترت ثلاثاً منها:

أولاً: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

ذكر السرخسي رحمه الله تعالى هذه القاعدة بلفظ (المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط)^(٤).

وذكرها ابن نجيم رحمه الله تعالى بلفظ: (المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً)^(٥).

وهذه القاعدة هي إحدى القواعد الثلاث التي تعبر عن سلطان العرف العملي، والقاعدة الثانية هي (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، والثالثة هي (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)، والقواعد الثلاث فروع عن قاعدة (العادة محكمة)^(٦).

١ _ معنى هذه القاعدة: أي ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم _ وإن لم يُذكر صراحةً _ هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد، فهو بمنزلة الصريح لدلالة العرف عليه، ففي كل محل يُعتبر ويُراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف، بشرط أن لا يكون مصادماً للنص، وإذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعيٌّ ويُعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح، أما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً؛ لمصادمته للنص، فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس

١ . المنثور في القواعد الفقهية للزركشي (٣٦١/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٣٣).

٢ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٣٥)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٢٥).

٣ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢٢٠).

٤ . المبسوط للسرخسي (٩٠/١٥).

٥ . الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٤).

٦ . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٣٠٦)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص ٤٥٠)، وانظر: المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/٨٨٨).

العمل عليه بدون اشتراط؛ لعدم شرعيته^(١).

وهذا عند جمهور الفقهاء، وخالف في ذلك بعض الشافعية فلم يعتبروا هذا العرف كالشرط^(٢).

٢ _ مستند القاعدة: مستند هذه القاعدة هو مستند قاعدتها الأم (العادة محكمة)، فيقال فيها ما يُقال فيها^(٣).

٣ _ تطبيقات القاعدة: من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

أ _ يجوز للصديق وهو في بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه بلا إذن صاحب البيت؛ لأن ذلك مباح عرفاً، فلو انكسرت الأنية أثناء الاستعمال المعتاد، أو تلفت بأفة سماوية لا يكون ضامناً لها شرعاً كما يضمن الغاصب؛ لأنه لا يُعتَبَر متعدياً^(٤).

ب _ إذا استأجر شخص حانوتاً في سوق البزازين مثلاً، فليس له أن يتخذ للحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤدي جيرانه؛ فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٥).

ثانياً _ لا يُنكّرُ تغيّرُ الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال:

١ _ شرح القاعدة: بما أن الشريعة حققت مصالح العباد ومن ذلك مراعاة الأعراف، والأعراف قد تتغير من زمان إلى آخر، أو من مكان إلى آخر، أو من حال إلى حال، فلا بد أن تتغير تبعاً لذلك الأحكام المبنية على الأعراف، والأحكام التي تتغير هي الأحكام الاجتهادية المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالأوضاع والوسائل التي يتبعها الناس في التعامل، فكم من حكم كان تديراً نافعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يحقق المقصود، بل قد يفضي إلى عكسه؛ ولهذا أفتى كثير من الفقهاء في شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة

١ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٣٧)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (١/٣٤٥، ٣٤٦).

٢ . المبسوط للسرخسي (٩٠/١٥)، وفتح القدير للكمال بن الهمام (٤٤٢/٦) و (٤٥١/٦)، وتبصرة الحكم لابن فرحون المالكي (٢٧١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٦)، والفروع لابن مفلح (٨/٢٦٢).

٣ . انظر (ص٢٢٤) من هذا البحث .

٤ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢/٨٨٨)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٣٠٧).

٥ . شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٤١).

مذاهبهم الأولون^(١) .

قال القراني رحمه الله تعالى: " الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، .. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، ... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب ...، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين " (٢) .

وقال ابن عابدين رحمه الله تعالى: " اعلم أن المسائل الفقهية إما ان تكون ثابتة بصريح النص..، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً، .. فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله .. وإلا للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد .. " (٣) .

٢ _ شبهة، وردّها: قد يُقال: طالما أن العادة محكمة، والأعراف والعوائد تتغير، فالأحكام الشرعية تتغير أيضاً، فالأحكام الشرعية غير ثابتة، وغير مستقرّة^(٤) .

هذا الكلام غلطٌ باطلٌ، فالأحكام الشرعية منضبطة بالقرآن والسنة، وهي ثابتةٌ مستقرّةٌ لا تبدّل إلا عن طريق النسخ، وقد أُغلق بابُه فليس لمجتهدٍ أو سلطةٍ نسخ شيءٍ من الشريعة بوفاء النبي ﷺ، والقاعدة الفقهية القائلة: (العادة محكمة) ليست على إطلاقها وليست على ظاهرها وإلا لاقتضت أن يكون مصير الأحكام الشرعية كلها رهناً بعادات الناس وأعرافهم، وهذا لا يقول به أحدٌ، ولتوضيح المعنى لا بدّ من بيان الصور الثلاث للعرف والعادة التي لا تخرج عنها عوائد الناس وأعرافهم بحالٍ من الأحوال، وهذه الصور الثلاث هي^(٥):

١ . الفروق للقراني (١٧٦/١، ١٧٧)، والموافقات للشاطبي (٥٠٩/٢)، ورسائل ابن عابدين (١٢٥/٢)، ودرر الحكم في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (٤٧/١)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٢٧)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٨٩٤/٢، ٨٩٥)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٥٣/١) .

٢ . الفروق للقراني (١٧٦/١، ١٧٧) .

٣ . رسائل ابن عابدين (١٢٥/٢) .

٤ . ضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص٢٨١)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٤٢٩) .

٥ . الموافقات للشاطبي (٤٨٨/٢-٤٩٠)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٣)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٩٤١/٢-٩٤٣)، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي (ص٢٨١-٢٨٦)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدّان (ص٤٣٠-٤٣٣) .

أ _ عرف الناس الذي هو بعينه حكمٌ شرعيٌّ، أوجده الشرع أو كان فيهم فدعا إليه وأكّده، كالطهارة عن النجس والحدث عند القيام إلى الصلاة، وستر العورة فيها، وثبوت النفقة للزوجة على الزوج، وستر المرأة زينتها عن الأجانب، والقصاص في الجنايات، وثبوت الدية والقِسامة، فهذه الصورة من الأعراف لا يجوز أن يدخلها تبديلاً أو تغييرٌ مهما تبدّلت الأزمنة والأمكنة والعادات والأحوال؛ لأنها بحدّ ذاتها أحكام شرعية ثابتة بأدلةٍ باقيةٍ، وليست هذه الصورة هي المعنيّة بالعادة في قول الفقهاء: (العادة محكمة) .

ب _ عرف الناس الذي تعلّق به الحكم الشرعي بأن كان منطاً له، ومثاله: ما يتعارفه الناس من وسائل التعبير والخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه من الأعمال والشؤون المخلة بالمرءة والآداب وما يعتادونه مما لا حكمَ شرعياً فيه من شؤون المعاملات، كعادة قبض الصّدّاق قبل الدخول، وما يجذُّ من وسائل توثيق العقود والمعاملات، .. وغير ذلك، فهذه الأمثلة ليست بحدّ ذاتها أحكاماً شرعية ولكنها متعلّقة ومنطاً لها، وهذه الصورة هي التي عناها الفقهاء بقولهم: (العادة محكمة)؛ لأن الشارع جعلها الأساس والمناطق لما علق بها من أحكام، ولا جرم أن صورة الحكم تتغيّر بتغيّر مناطه، .. فالشارع شرع خيار العيب في المبيع وترك عرف الناس فيما يُعتَبَر معيباً هو المحكّم في حدّ العيب وضبطه، وشرع نفقة الزوجة على الزوج وجعل المعروف بين الناس في قدرها هو المحكّم والمرجع، وهلمّ جراً .. إلخ .

ومن الغلط الواضح أن يُظنّ أن دورانَ هذه الأحكام مع مناطاتها تغيّر لجوهرها، بل الحكم في كل الحالات واحد، والمتغيّر هو كيفية تنفيذ الحكم الشرعي حسب العادة والعرف .

ج _ عرف الناس وعاداتهم وتقاليدهم في مظاهر حياتهم المختلفة مما لم يكن حكماً شرعياً ولا كان منطاً لحكمٍ شرعي، وهذه الصورة لها حالتان؛ الأولى: أن يكون العرف ضمن المباحات والحريّات الشرعية، وهذا جائز ما دام لا يعارض أمراً من أمور الشريعة، وللناس أن يطوروا عاداتهم هذه حسبما يرونه من مقتضيات الزمن، والثانية: أن يتعارض هذا العرف مع نصٍّ من نصوص الشريعة، فقد سبق الكلام أن من ضوابط اعتبار العرف أن لا يصادم نصّاً، فإن تعارف الناس على تبرج النساء والتعامل بالعقود الربوية فهذا العرف مردود غير جائز .

قال مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى: " وقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أن الأحكام التي تبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس هي الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية، أي التي قررها الاجتهاد بناءً على القياس ودواعي المصلحة " (١) .

والعوامل التي تسبب تغيير الأحكام بناءً على تغير الأعراف، هي: فساد الأخلاق لفساد أهل الزمان وضعف الوازع الديني عندهم، وتطور الزمان، وتجدد أفكار الناس (٢) .

مما سبق يظهر أن قضية تغير الأحكام لتغير الأزمان والأحوال تابعة للاستصلاح، لا للعرف، فموجب تغيير الحكم في الحقيقة هو مصلحة الناس التي تغيرت (٣) .

ولذلك أرى أن تُصاغ هذه القاعدة صياغةً تزيد اللبس الحاصل من ظاهرها، لتكون هكذا: (لا يُنكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والأعراف والعوائد) (٤) .

٣ _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها: سئل النبي ﷺ عن ضالة الإبل، هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردّها على صاحبها متى ظهر؟ فنهى النبي ﷺ عن التقاطها؛ _ لأنها لا يُخشى عليها ما يُخشى على غيرها من الضياع _، فقال ﷺ للسائل: ((ما لك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يجدها رها))، وسئل عن ضالة الشاة، فقال: ((خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب)) (٥) .

وظل هذا الحكم حتى عهد سيدنا عثمان بن عفان ؓ (٦) عنه فأمر بالتقاط ضوَالِ الإبل

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٩٤١/٢، ٩٤٢) .

٢ . رسائل ابن عابدين (١٢٥/٢)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٩٤٢/٢)، والقواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص٤٣٥) .

٣ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٩٥٧/٢) .

٤ . القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسدلان (ص٤٣٤) .

٥ . متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب في اللُّقطة، باب ضالة الإبل، (١٢٤/٣)، رقم الحديث (٢٤٢٧)، ومسلم واللفظ له، في كتاب الحدود، باب استحباب إصلاح الحاكم بين المتخاصمين، (١٣٤٩/٣)، رقم الحديث (١٧٢٢) .

٦ . هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية، له كنيستان مشهورتان (أبو عبد الله، وأبو عمرو)، ثالث الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين، وُلد بمكة، عام (٤٧ق.هـ)، وأسلم بعد البعثة بقليل، تزوج بنتي النبي ﷺ، رقية ثم أم كلثوم، فسُجِّيَ بذي النورين، كان غنياً شريفاً في الجاهلية، وفي الإسلام، ولي الخلافة سنة (٢٣هـ)، ونسخ القرآن، وروى عن النبي ﷺ (١٤٦) حديثاً، قُتِل وهو يقرأ القرآن، سنة (٣٥هـ) ﷺ، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البرّ (١٠٣٧/٣-١٠٥٣)، وأسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير الجزري (٤٨٠/٣-٤٩٢) .

وبيعها خلافَ ما أمرَ به النبي ﷺ فإذا جاء صاحبها أُعطيَ ثمنها^(١)؛ لأنه رأى الناس قد دبَّ إليهم فساد الأخلاق والذمم، وامتدَّت أيديهم إلى الحرام، فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع، فهو وإن خالف أمر رسول الله ﷺ في الظاهر فهو موافق لمقصوده في صيانة الأموال^(٢).

ومن تطبيقات القاعدة:

أ _ القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة؛ كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن الكريم والعلم، لا يجوز أخذ الأجرة عليها، بل على المقتدر أن يقوم بها مجاناً، ثم أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة عليها؛ لقعود الهمم عن هذه الواجبات، وانقطاع الجرايات من بيت المال عن العلماء؛ مما اضطرَّهم إلى التماس الكسب حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بجواز أخذ الأجور عليها^(٣).

ب _ يجوز إغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في هذا الزمان؛ صيانةً للمسجد عن العبث والسرقة؛ لتغيُّر الزمان^(٤).

ج _ يجب تسجيل النكاح وتوثيقه عند القاضي في المحكمة، وتثبيته في السجلات؛ لتغير أعراف الناس، وأحوالهم، وتطور أساليب حياتهم؛ حفاظاً على الأنساب والحقوق الزوجية^(٥).

ثالثاً _ الكتاب كالمخطاب:

١ _ معنى هذه القاعدة: أي أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية؛ فما يترتب على

١ . رواه مالك واللفظ له في الموطأ عن ابن شهاب الزهري، في كتاب الأفضية، في القضاء في الضوال، (١٠٩٩/٤)، رقم الحديث (٢٨١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب اللُّقطة، باب الرجل يجد ضالة يريد ردها على صاحبها لا يريد أكلها، (٣١٦/٦)، رقم الحديث (١٢٠٨٠)، وهذا الخبر حسن أو صحيح كما قال ابن الملقن في البدر المنير (١٧٠/٧).

٢ . شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، لمحمد بن عبد الباقي، الزرقاني، الأزهرى، بتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، (١٠١/٤)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٩٥١/٢).

٣ . حاشية ابن عابدين (٥٥/٦)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٩٤٨/٢).

٤ . القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرَّع عنها للسدلان (ص ٤٣٦)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٦٠/١).

٥ . القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرَّع عنها للسدلان (ص ٤٣٩)، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٦٠/١).

المكالمات الشفوية يترتب على المراسلة الكتابة، وكما قيل: القلم أحد اللسانين، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، فكما يجوز للحاضرين أن يعقدا عقداً بلفظهما وكلامهما، فيجوز للغائبين أن يعقدا عقداً بكتابتهما، ويُشترط في هذه الكتابة أن تكون:

أ _ مستبينة أي بيّنة واضحة الخطّ، فالكتابة على الهواء والماء لا تُعتَبَر .

ب _ مرسومة بأن يكون الخطّ والمخطوط عليه على الوجه المعتاد، فالخطّ ينبغي أن يكون معنوياً بقوله: (من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان)، أو حسب العرف، وفي العصر الحاضر يكفي أن يكون مُذَيَّلاً بتوقيعه أو ختمه، وأما المخطوط عليه فينبغي أن يكون ورقة، أو شبهها، فإن كتب على غير ما هو متعارف بين الناس؛ كأن يكون مكتوباً على حائط أو ورق شجر أو بلاطة مثلاً، فالكتاب الذي يكتب على هذه الصورة لغو ولا يُعتَبَر حجةً في حق صاحبه إلا إن نوى، أو أشهد على نفسه حين الكتابة، والإملاء يقوم مقام الإشهاد أيضاً .

ج _ صادرة من الغائب، فلا عبرة بكتابة الحاضر .

والحاصل: أن كل كتاب يحرر على الوجه المتعارف بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان ^(١) .

هذا وقد اتفقت كلمة المذاهب الأربعة في الجملة على صحة التعاقد بالكتابة، في غير عقد النكاح ^(٢) .

أما عقد النكاح، فقد اختلف الفقهاء في جواز انعقاده بالكتابة على قولين:

القول الأول: لا يصحّ انعقاد عقد النكاح بالكتابة، وهو قول جمهور الفقهاء: المالكية، والشافعية، والحنابلة ^(٣) .

١ . المبسوط للسرخسي (١٦/٥)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢٣/٣)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٩٢)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٦٩/١)، ومغني المحتاج للشرييني (٢٣٠/٤)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٤٩)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص٣٠١، ٣٠٢) .

٢ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢٣/٣)، وحاشية ابن عابدين (٥١٢/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣)، ومغني المحتاج للشرييني (٣٢٩/٢)، وكشاف القناع للبهوتي (١٤٨/٣) .

٣ . حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣٥٠/٢ و ٣٨٧)، ومغني المحتاج للشرييني (٢٣٠/٤)، وحاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلّي على المنهاج، لأحمد سلامة القليوبي، المتوفّي سنة (١٠٦٩هـ) رحمه الله تعالى، وأحمد البرلسي عميرة، المتوفّي سنة (١٠٥٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د ط ، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، (٢١٨/٣)، وكشاف القناع للبهوتي (٣٩/٥) .

القول الثاني: يصح عقد النكاح بالكتابة للغائب، وهو قول الحنفية، قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: " ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب " (١) .

٢ _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها: مستند هذه القاعدة هو أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ الرسالة إلى الناس كافة، وبلغهم مرة بالكتاب، ومرة بالخطاب، والقرآن أصل الدين، وقد وصل إلينا بالكتاب (٢) .

ومن تطبيقات هذه القاعدة:

أ _ أن يكتب شخص: لقد بعت عبدي (أو أي سلعة)، منك بكذا؛ فلما بلغ الكتاب للمُرسل إليه وفهم ما فيه قال: قبلت في المجلس، صحَّ العقد وتمَّ البيع (٣) .

ب _ انعقاد النكاح بالكتاب، وصورته ذكرها ابن عابدين رحمه الله تعالى، فقال: "وصورته: أن يكتب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً كتب إلي يخطبني، فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه، أما لو لم تقل بحضرتهم سوى: زوجت نفسي من فلان لا ينعقد؛ لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين " (٤) .

ج _ القاضي يعمل بما وجدته في أيدي القضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم وسجلاتهم (٥) .

د _ في العصر الحاضر يجري التعاقد بوسائل حديثة منها:

١ . حاشية ابن عابدين (١٢/٣، ١٣) .

٢ . المبسوط للسرخسي (١٦/٥)، ومن ذلك أن النبي ﷺ كتب كتباً إلى الملوك يدعوهم إلى الإسلام، انظر: صحيح البخاري، كتاب العلم، باب ما يُذكر في المناولة وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان، (٢٣/١، ٢٤) .

٣ . مغني المحتاج للشربيني (٢٣٠/٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٩٢) .

٤ . حاشية ابن عابدين (١٢/٣، ١٣)، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٩٢) .

٥ . القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي (٣٤١/١) .

التلكس^(١) والفاكس^(٢) والهاتف^(٣) والشبكة العنكبوتية العالمية للمعلومات (الإنترنت)^(٤)، فهذا التعاقد جائز ويُعتَبَر فيه العرف؛ لأنه تعاقد بالكتابة والكتاب كالخطاب، بشرط التوثق من الأمر والاحتراز من التزوير والخداع، وهذا في العقود ما عدا النكاح عند الجمهور، خلافاً للحنفية كما سبق^(٥).

١ . هو عبارة عن وسيلة مستحدثة للاتصال التلغرافي المباشر، وهو آلة تحتوي على مفاتيح كمفاتيح الآلة الكاتبة، وبعد كتابة الرسالة المراد إرسالها تُحوَّل الآلة كلَّ حرفٍ من الرسالة إلى رقم، بعدها تقوم الآلة بتحويل مجموع الأرقام إلى إشارات كهربائية، تُرسل عبر خطوط التلكس، تستقبلها الآلة المقصودة فتحولها _ أي تلك الإشارات _ إلى أرقام، ثم إلى أحرف، وتُطبع تلك الأحرف على ورق بطريقة آلية، ويقع التعريف _ سواء قبل إرسال الرسالة أو عند وصولها _ برقم المرسل والمرسل إليه، حتى تتم إرسال أو قبول الرسالة من طرف الآلة، انظر: موسوعة المورد العربي، لمنير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (١/ ٣٣٤)، وبحث الأستاذ محمود شتام: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني (ص ٨٩٩).

٢ . وهو جهاز إلكتروني ميكانيكي يقوم بنقل معلومات الرسائل عبر خطوط الهاتف إلى أي نقطة على سطح الأرض، انظر: أجهزة الفاكس استخدام وصيانة، لنذير المتنبّي، مركز الموسوعة الإلكترونية، دمشق، الطبعة الأولى، (١٩٩٤م)، (ص ٣)، وأحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي لعاصم أحمد عطية بدوي، د/ ت. ط، (١٤٣١هـ/ ٢٠١٠)، (ص ٥٠).

٣ . هو جهاز اتصال ينقل الأصوات من مكان إلى مكان، ويتوفّر فيه المراسلات الكتابية، والمرئية أيضاً بالصوت والصورة، المعجم الوسيط، الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة (١/ ٨٧)، وموسوعة المورد العربية، لمنير البعلبكي (١/ ٣٣٣)، وأحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي لبدي (ص ٤٣).

٤ . هي شبكة سلكية أو غير سلكية توصل بطريقة خاصة بين عددٍ من أجهزة الحاسوب، بحيث يتمكن مستخدموها من تبادل المعلومات ونحوها، دون لقاءٍ مباشر، وهي أحدث وسيلة للاتصال بين أكثر من شخص، بنقل المكتوب، أو الصوت، أو الصوت والصورة، عبر برامج مختلفة، انظر: تطبيقات الإنترنت في التسوق لبشير عباس العلاق، دار المناهج، عمان، الطبعة الأولى، د/ ت، (ص ١٧)، وأحكام الصرف الإلكتروني لبدي (ص ٤٨)، والبحث العلمي، أساسياته النظرية وممارسته العملية، لرجاء وحيد دويدري، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م)، (ص ٣٦٤)، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، لمحمد أمين الرومي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، (٢٠٠٤م)، (ص ٧٠ و ٩٣)، ورحلة إلى عالم الإنترنت، لأسامة محمود أبو عباس، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، (١٩٩٩م)، (٤٥). وأحكام الصرف الإلكتروني لبدي (ص ٥٠، ٤٩).

٥ . القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للسيدلان (ص ٤٦٧)، وكتابي: الفتوى بالتخريج، دراسة تأصيلية تطبيقية، لهيثم بن رضوان ضاهر، دار النوادر اللبنانية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٣٧هـ/ ٢٠١٦)، (ص ٢٥٣).



المبحث الرابع _ تطبيقات معاصرة لهذه القواعد في الأحوال الشخصية .

وفيه مدخل، وثلاثة مطالب:

مدخل: حجية القواعد الفقهية .

المطلب الأول _ أطفال الأنايب .

المطلب الثاني _ إنشاء بنوك المني، والتعامل معها .

المطلب الثالث _ مرتق غشاء البكارة .



مدخل

حجية القواعد الفقهية

تبرز أهمية القواعد الفقهية في الواقع المعاصر كثيراً؛ لأهميتها في استنباط الأحكام الشرعية للمسائل المستجدة، وفي هذا المبحث ذكرْتُ بعض الأمثلة العملية التطبيقية على ذلك، وقبل ذكر هذه الأمثلة لا بدّ من معرفة حجية القواعد الفقهية، وباختصار^(١):

القاعدة الفقهية إما أن يكون مصدرها نصٌّ شرعي، وإما أن تكون مستنبطة .

فإن كان مصدرها نصٌّ شرعي فهي حجة؛ لأن الاستدلال بها استدلال بالنصّ، والرّد إليها رُدٌّ إلى النصّ، كالقواعد الكلية الخمس، كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، و(المشقة تجلب التيسير)، و(العادة محكّمة) .

وأما القاعدة الفقهية التي استنبطها الفقهاء من استقراء الفروع الفقهية، فهي ليست بحجة، وإنما يُستأنس بها، وقيل: هي حجة إن سلمت من المعارض .

وعلى كلّ حال فإن الأمثلة التي ذكرتها تعود إلى النوع الأول من القواعد الفقهية التي يصحّ الاستدلال بها .

والله ولي التوفيق .

١ . انظر: المجموع للنووي (٦٠/٢)، والفروق للقرافي (٤٠/٤)، وشرح تنقيح الفصول للقرافي (ص ٤٥١)، وغمر عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، للحموي (٣٧/١)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (١٧/١)، وموسوعة القواعد الفقهية لأبي الحارث الغزي (٤٨/١)، والقواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، رسالة الدكتوراه بجامعة الأزهر بمصر، للباحث عمر عبد الله كامل، د.ت.ط، (ص ٣٥)، ومنهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، لمسفر بن علي القحطاني، وهي رسالة دكتوراه تقدّم بها هذا الباحث إلى جامعة أم القرى في السعودية (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، (٥٠٨-٥٠٥) .

المطلب الأول _ أطفال الأنابيب:

أولاً: التعريف بالمسألة:

١ _ معنى أطفال الأنابيب: الحالة الطبيعية للإنجاب عند الإنسان تحدث بالاتصال الجنسي بين الذكر والأنثى، ولكن بعض الناس لديهم أمراضٌ تحول دون حدوث الحمل، كالعقم أو ضعف الخصوبة مثلاً، وفي ظل التقدم العلمي بدأ البحث عن الأدوية والوسائل التي تقوم بمعالجة هذه الأمراض، فكان من بين هذه الوسائل: التلقيح الصناعي، وهو (كل طريقة يتم فيها تلقيح البويضة بحيوان منوي، بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي)^(١) .

والتلقيح الصناعي نوعان؛ داخلي، وخارجي، وموضوع البحث هنا هو التلقيح الخارجي، أو ما يُسمّى (أطفال الأنابيب)، وهو (أن يتم تلقيح البويضة خارج جهاز المرأة التناسلي)^(٢) .
ولكن نجاح هذه العملية لا يتعدى (١٢%) بالنسبة للحمل والولادة^(٣) .

٢ _ أساليب التلقيح الصناعي الخارجي، ودواعي استعماله: للحصول على أطفال الأنابيب أساليب عدّة، يمكن إجمالها في خمسة أساليب، هي:

الأسلوب الأول: أن تُؤخذ نطفة من زوج، وبويضة من مبيض زوجته، فتوضع في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تُلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، وبعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر، تُنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة؛ لتُعلق في جداره، وتنمو وتتخلق شأنها شأن أي جنين، ثم في نهاية مدة

١ . التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، للدكتور شوقي الصالح، دار النهضة العربية، القاهرة، د/ط، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، (ص ١١)، وأطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، لزيد أحمد سلامة، تقديم ومراجعة الشيخ عبد العزيز الخياط، دار البيارق، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، (ص ٥٣) .

٢ . فقه النوازل، ليكر بن عبد الله أبو زيد، المتوفى سنة (١٤٢٩هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م)، (٢٦٣/١)، والمدخل إلى علم الأجنة الوصفي والتجريبي، للدكتور صالح بن عبد العزيز كريم، دار المجتمع، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ)، (ص ١٩٨) .

٣ . البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية للدكتور إسماعيل مرحبا، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٩هـ)، (ص ٤٠٣، ٤٠٤)، وبنوك النطف والأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور عطا عبد العاطي السنباطي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (ص ٨١-٨٣) .

الحمل الطبيعية تلده طفلاً أو طفلة^(١) .

ويُلجأ إلى هذا الأسلوب في الحالات الآتية^(٢):

أ _ في حال العقم بانسداد الأنابيب في الجهتين (قناتي الرحم)، وفشل علاجها جراحياً.

ب _ في حال ندرة الحيوانات المنوية، أو في حال موتها عند دخولها رحم الزوجة .

ج _ في حال رغبة الزوجين في تحديد جنس المولود .

الأسلوب الثاني: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار، بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته، (يسمونها متبرعة)، ثم تُزرع اللقيحة في رحم زوجته^(٣) .

ويُلجأ إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو مُعطلاً، مع سلامة رحمها وقابليته لعلوق اللقيحة فيه^(٤) .

الأسلوب الثالث: أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار، بين نطفة رجل، وبويضة من امرأة ليست زوجة له، (ويسمونها مُتَبَرِّعَيْن)، ثم تُزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة^(٥) .

ويُلجأ إلى هذا الأسلوب حينما تكون المرأة المتزوجة التي زُرعت اللقيحة فيها عقيماً؛ لتعطل مبيضها مع سلامة رحمها، ويكون زوجها كذلك عقيماً، ويريدان الولد^(٦) .

١ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٥/١)، والتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، للدكتور محمد علي البار، منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، (ص ٢٨٢)، وبنوك النطف والأجنة للدكتور عطا السنباطي (ص ٨١)، وأطفال الأنابيب بين العلم والشرعية لزيد سلامة (ص ٨٨، ٨٩) .

٢ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٥/١)، وأطفال الأنابيب بين العلم والشرعية لزيد سلامة (ص ٨٨، ٨٩)، وبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص ٤١٠) .

٣ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٥، ٢٦٦/١)، وبنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص ٨٥)، وبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص ٤١٢)، والتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب للبار (ص ٢٨٢) .

٤ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٦/١)، وبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص ٤١٢) .

٥ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٦/١)، وأخلاقيات التلقيح الصناعي (نظرة إلى الجنود)، للدكتور محمد علي البار، الدار السعودية، جدة، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ)، (ص ٦٩)، والتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب للبار (ص ٢٨٥) .

٦ . انظر: طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي، جمع وتهديب حسن بن فلاح القحطاني، دار الحميضي، الرياض، دار الكتاب والسنة، باكستان، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (ص ٤٣)، وبنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص ٨٨) .

الأسلوب الرابع: أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين مني الزوج، وبويضة زوجته، ثم تُزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها، وهي ما يُعرف بالأم المستعارة، أو الرحم الظئر، ويُلجأ إلى هذا الأسلوب حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، ولكن مبيضها سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترقها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها^(١).

الأسلوب الخامس: هو الأسلوب الرابع نفسه إذا كانت المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فتتطوع لها ضرثها حمل اللقيحة عنها^(٢).

وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد.

٣ _ التلقيح الداخلي، وأساليبه، ودواعيه: معنى هذا النوع أن يتم تلقيح البويضة داخل جهاز المرأة التناسلي، فتؤخذ الحيوانات المنوية من الرجل، وتُحقن في محلها المناسب داخل مهبل المرأة^(٣)، وله أساليب، أهمها وأغلبها استعمالاً أسلوبان، هما:

الأسلوب الأول: أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، وتُحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها^(٤).

ويُلجأ إلى هذا الأسلوب في عدّة حالات، أهمها^(٥):

١ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٦/١)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص٤١٢)، وأخلاقيات التلقيح الصناعي للبار (ص٧١)، وأحكام الجنين في الفقه الإسلامي، لعمر بن محمد بن إبراهيم غانم، دار الأندلس الخضراء، جدة، ودار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (ص٢٤٨).

٢ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٦/١)، وأحكام الجنين في الفقه الإسلامي لعمر غانم (ص٢٤٩، ٢٤٨)، وبنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص٨٥)، وأطفال الأنابيب بين العلم والشرعية لزيد سلامة (ص١٠١).

٣ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٣، ٢٦٢/١)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص٣٩٦).

٤ . انظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد (٣٦٤/١)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص٣٩٧، ٣٩٨)، وطفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي لحسن بن فلاح القحطاني (ص٥٣).

٥ . الطبيب أدبه وفقهه للدكتور زهير أحمد السباعي والدكتور محمد علي البار، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٣م)، (ص٣٣٥)، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي لعمر غانم (ص٢٣١)، وطفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي للقحطاني (ص٣٢).

أ _ إذا كان عدد الحيوانات المنوية الخصية لدى الزوج قليلة، فتُجمع حصيلة عدة دفعات من المني، وتُرَكَّز، ثم تُحقَّن في محلها المناسب من الزوجة .

ب _ إذا كانت حموضة المهبل تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية .

ج _ في حال زيادة لزوجة الحيوانات المنوية عند الرجل .

الأسلوب الثاني: أن يُؤخذ المني من رجل، ويُحقَّن هذا المني في الموقع المناسب من امرأة أخرى أجنبية^(١) .

ويُلجأ إلى هذا الأسلوب في عدّة حالات، أهمها^(٢):

أ _ إذا كان الزوج عقيماً لا ماء له، وامرأته غير عقيمة .

ب _ في حالات نكاح الاستبضاع الحديث^(٣) .

١ . انظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٥/١)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص٣٩٩)، وأطفال الأنابيب بين العلم والشرعية لزيد سلامة (ص٨٣) .

٢ . فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٦٥/١)، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب للبار (ص٢٨٨، ٢٨٩) .

٣ . هو أن يُجمع المني من العباقة وأصحاب الكفاءات الرياضية والذهنية العالية، ويُكتب على كل قارورة منها اسم صاحبها الأصلي، وتُحفظ في بنوك خاصة بالمني، ويتم شراؤها بحسب المواصفات التي يريدها ويرغب أن تكون في ولده، ويتم تلقيح الزوجة بها، وقد تم استيلاد عدد من النساء بهذه الطريقة، وهي تجارة رابحة الآن في الغرب، انظر: بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي، للدكتور حسن السيد حامد خطاب، وهو بحث منشور في السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، ضمن قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، (١٤٣١هـ)، في المجلد الثاني، (١٥١١)، والتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب للبار (ص٢٨٨، ٢٨٩) .

وإنما سُمّي بهذا الاسم لمشابهته لنكاح الاستبضاع الذي كان يتم في الجاهلية، وقد ورد الحديث عن هذا النكاح على لسان السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها، حيث حدّثت عروة بن الزبير أن " النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر: كان الرجل يقول لامرأته إذا ظهرت من طمثها: أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه أبداً، حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحبّ، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع، ... فلما بُعثَ محمد ﷺ بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم "، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، (١٥/٧)، رقم الحديث (٥١٢٧) .

ومعنى (استبضعي منه)، أي اطلبي منه المباشعة، وهي الجماع لأجل الولد، انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني (٨٨/١) .

٤ _ محاذير التلقيح الصناعي: تعتري عملية التلقيح الصناعي الكثير من السلبيات والمحاذير الشرعية، والجسدية، والمادية، وأهمها^(١):

أ _ فشل المعالجة، مع كلفتها الباهظة، وهذا أكثر المحاذير شيوعاً .

ب _ حدوث تقلّصات في عضلات الرحم، واحتمال حدوث ثقب بالرحم من قسطة الحقن.

ج _ ازدياد نسبة تشوّهات الأجنة بطرقه الحديثة؛ لأن الطريق الطبيعي للإنجاب يوجد فيه مقاومة للحيوانات المريضة والمصابة في صبتها، وهذا ما يفتقده التلقيح الصناعي .

د _ ثبت في الواقع وجود شركات لبيع الأرحام وتأجيرها، وشركات لبنوك المني، وبيع مني العاقرة والفنانين .

هـ _ في التلقيح الصناعي اطلاع على العورات، والسوءات، من رجل أجنبي، وربما من فريق عمل .

و _ التلقيح الصناعي الخارجي يؤدّي إلى وجود أجنة فائضة ليس أمامها إلا الموت، أو الزرع في أرحام سيّدات أخريات، أو تعريضها لعمل الأبحاث العلمية، فإمكان التلاعب بالأجنة والخلايا وارد، كما أنه قد ينشأ عن وجودها مراكز تجارية للتجار بالأرحام والأبضاع، وهو أمر لا يقرّه عقل ولا يرضاه دين .

ز _ احتمالات الخطأ في اختلاط العينات التي تؤدّي بدورها إلى اختلاط الأنساب، بل قد يحصل تلقيح المحارم .

ح _ تلقيح النساء غير المتزوجات، وقد تم تلقيح الآلاف منهن .

ثانياً _ حكم المسألة بناءً على القواعد الفقهية:

قرّر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، القرار الثاني، في دورته الثامنة، لعام (١٤٠٥هـ): (إن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة

١ . انظر: فقه النوازل لبكر أبو زيد (٢٧١/١-٢٧٦)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرحبا (ص٤٥٦-٤٦٤)، والتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب للبار (ص٢٩٣-٢٩٦)، وطفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي للقططاني (ص٦٠-٦٤)، وأحكام الجنين في الفقه الإسلامي لعمر غانم (ص٢٣٣-٢٣٨) .

مما كُتِبَ ونُشِرَ في هذا الشأن _أي التلقيح الصناعي_، وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه، قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

أولاً _ أحكام عامة:

أ _ إن انكشاف المرأة المسلمة على غير من يحل شرعاً بينها وبينه الاتصال الجنسي لا يجوز بحالٍ من الأحوال، إلا لغرضٍ مشروعٍ يعتبره الشرع مباحاً لهذا الانكشاف .

ب _ إن احتياج المرأة إلى العلاج من مرض يؤذيها، أو من حالة غير طبيعية في جسمها تسبب لها إزعاجاً، _ يُعتبر ذلك غرضاً مشروعاً يبيح لها الانكشاف على غير زوجها لهذا العلاج _ وعندئذ يتقيد ذلك الانكشاف بقدر الضرورة .

ج _ كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه الاتصال الجنسي مباحاً لغرض مشروع، يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة أن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيبٌ مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب .

ولا تجوز الخلوة بين المعالج والمرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها، أو امرأة أخرى .

ثانياً _ حكم التلقيح الاصطناعي:

١ _ إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحاجة زوجها إلى الولد، تُعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي .

٢ _ إن الأسلوب الأول (الذي تُؤخذ فيه النطفة الذكرية من رجل متزوج ثم تُحقن في رحم زوجته في طرق التلقيح الداخلي)، هو أسلوب جائز شرعاً بالشروط العامة الآتية الذكر، وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل .

٣ _ إن الأسلوب الثالث _هو الأسلوب الأول من أساليب التلقيح الصناعي_ (الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية، من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة)، هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات، فينبغي أن لا يُلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى، وبعد أن تتوفر الشروط العامة الآتية الذكر .

٤ _ وفي حالي الجواز الاثنتين يقرّر الجمع أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل أو المرأة، يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد وبمن التحق نسبه به .

٥ _ أما الأساليب الخمسة الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي، في الطريقتين الداخلي والخارجي بما سبق بيانه، فجميعها محرمة بالنظر الإسلامي، لا مجال لإباحة شيء منها؛ لأن البذرتين الذكورية والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين .

هذا، ونظراً لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملاسبات في الصور الجائرة شرعاً، ومن احتمال اختلاط النطف والقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس الجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجؤوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح (١) .

وجه بناء هذه الأحكام على القواعد الفقهية:

هذا القرار من أوله إلى آخره مبني على القواعد الفقهية، وبيان ذلك:

أولاً _ الأحكام العامة: مبنية على القاعدة الفقهية القائلة: (المشقة تجلب التيسير)، وقاعدتين متفرعتين عليها، وهن: (الضرورات تبيح المحظورات)، و(ما أُبِيح للضرورة يُقَدَّر بقدرها)، فانكشف عورة المرأة محرّمٌ إلا لغرض مشروع وضرورة كالعلاج، والضرورة تُقَدَّر بقدرها، فلا يجوز كشف ما زاد عن مقدار الحاجة، وينبغي أن تكون المعالجة طبية مسلمة ثقة، فإن لم يوجد فطبية غير مسلمة ثقة، فإن لم يوجد فطبيب مسلم ثقة، فإن لم يوجد فطبيب غير مسلم ثقة .

١ . قرارات مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، من دورته الأولى لعام (١٣٩٨هـ)، حتى الدورة الثامنة، عام (١٤٠٥هـ)، (ص ١٥٤-١٥٦)، وهو قرار مجلس الجمع الفقهي المعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان، عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية، من (٨ إلى ١٣ صفر، ١٤٠٧هـ / ١١ إلى ١٦ أكتوبر ١٩٨٦م)، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، (١/٥١٥، ٥١٦) .

ثانياً _ حكم التلقيح الاصطناعي: اعتبار الحاجة إلى الولد حاجة شرعية يُباح لأجلها كشف العورة ويجوز لأجلها التلقيح الصناعي؛ لأن (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة).

وإباحة الأسلوب الأول من التلقيح الداخلي، والأسلوب الأول من التلقيح الخارجي؛ لأنه بين الزوجين، مع مراعاة عدم اللجوء إلى الأسلوب الأول الخارجي إلا عند الضرورة القصوى، ومع الحذر الكامل من اختلاط النطف أو اللقائح؛ نظراً للمحاذير الموجودة؛ حفظاً لمصلحة النسل واستقرار الأسرة بحفظ الأنساب وعدم اختلاطها، وهذا إعمال لقاعدة: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، و(الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف)، التي هي فرعٌ عن قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، فعملية التلقيح الاصطناعي تؤدي إلى مفسدات متعددة، إلا أن مفسدة عدم الإنجاب هي أعظم ضرراً، خاصةً عند اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لتفادي المحاذير المترتبة عليها^(١).

وهذا مراعاة لمصالح الناس وحوادثهم .

أما الحالات الباقية فمحرمّة؛ حفظاً للأنساب، ومصلحة النسل؛ لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب، وتكون ذريعةً لكثرة الأولاد الذين هم أشبه بأولاد الزنا، بتلقيح نطفة الرجل ببَيضة امرأة أجنبية .

وهذا هو قول جمهور الفقهاء المعاصرين^(٢)، بالشروط الآتية:

١ . أحكام الجنين في الفقه الإسلامي لعمر غانم (ص٢٤٦)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرحبا (ص٤٣٧، ٤٣٨) .

٢ . وقد خَرَجوا المسألة _ إضافةً للقواعد الفقهية _ على مسألة استدخال المرأة مني زوجها في فرجها، وهو جائز عند جمهور الفقهاء ويمكن معه حدوث الحمل، ويثبت به النسب، انظر: حاشية ابن عابدين (٣/٥٢٨)، ومغني المحتاج للشربيني (٥/٦١)، وكشاف القناع للبهوتي (٥/٤١٢) .

ومن هؤلاء الفقهاء المعاصرين:

١ _ الشيخ مصطفى الزرقا، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، الدورة الثانية، العدد الثاني، (١/٣٦٢) .

٢ _ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، وقد كتب في هذا الرأي مقالاً نشرته مجلة العربي، العدد (٢٤٢) يناير، (١٩٧٩م)، وعنوان المقال: يجوز في حالة الضرورة وإذا انعدم الضرر .

٣ _ الشيخ محمود شلتوت، انظر: الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة، لمحمود شلتوت، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشرة، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، (ص٣٢٧، ٣٢٨) .

١ _ أن يتعيّن التلقيح الصناعي علاجاً لضعف الإخصاب بين الزوجين، وأن يصدر بهذا تقريرٌ طبيّ من قبل ثلاثة أطباء ثقات ومتخصصين في أمراض النساء أن الزوجة لا يمكنها أن تحمل إلا بهذه الطريقة .

٢ _ أن يتم التلقيح بين الزوجين في حال قيام الزوجية، أما إذا انتهى عقد الزوجية بموت أو طلاق فلا يحل ذلك .

٣ _ اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لعدم اختلاط النطف، وعدم الاحتفاظ بالنطف في الثلاجات، بل إجراء التلقيح فور أخذ النطف من الزوج وإعطائه للزوجة .

٤ _ أن يحصل الطبيب على موافقة كتابية من الزوجين، وأن تُسجّل بيانات العملية بصورة كاملة؛ تجنباً لأية ظروف قد تؤدي إلى اختلاط الأنساب .

٥ _ أن يتعد عن تحديد نوع الجنين من خلال عملية التلقيح الصناعي، وتكون فقط من أجل الوصول إلى الذرية لزوجين لم يسبق لهما الإنجاب؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها .

٦ _ أن يتوفر للمعامل التي تجري بها عمليات الإخصاب كل الآليات الحديثة، وأن يكون العمل بداخلها بدقة متناهية، وألا يوجد احتمال لحدوث خطأ، ولو بنسبة ضئيلة .

٧ _ أن تُتخذ الإجراءات الطبية اللازمة لمنع ظاهرة الأجنة الفائضة، بحيث لا يُلقح من البويضات إلا ما سيُزرع في الرحم .

وبعضُ الفقهاء المعاصرين ذهب إلى حرمة التلقيح الصناعي؛ سداً للذرائع؛ فهذا التلقيح يؤدي إلى فتح باب الفساد في الأنساب والأعراض؛ لوجود الشك في الخلط بين الأنابيب، وإمكان التلقيح بمني رجل أجنبي لسببٍ أو لآخر^(١) .

= ٤ _ الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، انظر: الأحكام الشرعية الإسلامية في مسائل طبية عن الأمراض النسائية والصحة الإنجابية للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، مطابع الوليد، مصر، د/ت.ط، (ص ١٢٧) .

١ . أذكر منهم : ١ _ الشيخ رجب التميمي، انظر: أطفال الأنابيب، بحث للشيخ رجب التميمي، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، الدورة الثانية، العدد الثاني، (٣٩/١) .

٢ _ الشيخ عبد اللطيف الفرفور، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، الدورة الثانية، العدد الثاني، (٣٧٦/١) .

٣ _ الشيخ علي بياض، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، (٣٧٦/١) .

وبعض الفقهاء المعاصرين أجاز أسلوب التلقيح الداخلي الأول، ومنع التلقيح الخارجي^(١).

ثالثاً _ رأي الباحث:

صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجواز الأسلوب الأول من التلقيح الداخلي، والأسلوب الأول من التلقيح الخارجي، منذ أكثر من ثلاثين سنة، وهذا قول كثير من أهل العلم المعاصرين، وقد ذكرت هذه المسألة في بحثي الذي قدمته للحصول على درجة الماجستير وكانت وجهة نظري موافقةً لمجمع الفقه الإسلامي^(٢)، ولكن تغيرت وجهة نظري، والآن أرى الأخذ بمذهب من منع التلقيح الصناعي جملةً وتفصيلاً، والأسباب الداعية إلى ذلك متعددة، أهمها:

١ _ هناك قوانين ربانية أجرى الله الخلق عليها ولم يُجز للإنسان أن يتدخل فيها ليغيرها، أو يتلاعب فيها، فهذا من دسائس الشيطان، ومثال ذلك: الخِصاء لتعطيل القدرة على الإنجاب، وتغيير خلق الله بالوشم، والنمص، وتفليج الأسنان للحسن، وغير ذلك .

يقول الله تعالى: ﴿إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنْتَا وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا ۝١١٧ لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا تُخْذَنْ مِنْ عِبَادِكِ نَصِيْبًا مَفْرُوضًا ۝١١٨ وَلَا ضُلَّةً لَهُمْ وَلَا يُنْقِصُهُمْ شَيْءٌ مِمَّا كَانُوا يَكْسِبُونَ ۝١١٩﴾ [النساء: ١١٧-١١٩]، وتغيير خلق الله يشمل التغيير صورةً كالوشم وتفليج الأسنان من أجل الحسن والجمال، وكتشقيق آذان الأنعام، وصفةً، كالخِصاء^(٣) .

١ . ومنهم :

١ _ الشيخ الصديق الضير، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، (١/٤٩٩) .

٢ _ الشيخ عمر جاه، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، (١/٤٩١) .

٣ . كتابي: الفتوى بالتخريج (ص ٣١٣)، وقد ذكرت في هذا البحث مسألتين _ التلقيح الصناعي، وبنوك المني _ من أصل خمس مسائل معاصرة ذكرتها في بحث الماجستير (الفتوى بالتخريج)، ولكن من باب آخر، ففي (الفتوى بالتخريج) تناولتها بشكلٍ تفصيليٍّ ومن باب التخريج الفقهي، أما هنا فبشكلٍ مختصرٍ ومن باب الاستدلال بالقواعد الفقهية، ثم إني رأيتُ لزماً عليّ أن أذكر هاتين المسألتين هنا لتغيّر وجهة نظري فيهنّ، فينسخ هذا الكلام لاحقاً ذلك الكلام السابق، ومن الواجب الانتباه إلى حال العصر الذي يُعبّر تغييره في تغير الحكم الشرعي أخذاً من القاعدة السابق ذكرها (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال) .

٣ . روح المعاني للألوسي (٣/١٤٤)، وانظر: تفسير القرطبي (٥/٣٨٩)، وتفسير ابن كثير (٢/٤١٥) .

وقد قال سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ^(١): "لعن الله الواشمات والمستوشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله تعالى، مالي لا لعن من لعن النبي صلى الله عليه وسلم، وهو في كتاب الله: ﴿وَمَاءَ إِنْكُمْ الرَّسُولُ فَحُذُّهُ﴾، [الحشر: ٧]" ^(٢).

وفي العصر الحاضر صورٌ كثيرةٌ من هذا القبيل، فمن تغيير خلق الله تعالى صورةً: تحويل الذكر إلى أنثى، والعكس ^(٣).

ومن تغيير خلق الله صفةً — من وجهة نظري — التلقيح الصناعي، ففيه تدخلٌ في الأنظمة الربانيّة؛ فأمر الإنجاب وخلق الولد وتحديد نسله وإرسال الملك لينفخ فيه الروح... له خلقٌ ونظامٌ ربانيٌّ على صفةٍ وهيئةٍ معيّنة عن طريق اللقاء الجنسي بين الزوجين، وهو وهبٌ من الله الحكيم الخبير بأحوال خلقه، فإن قدر الله تعالى ولدًا كان، وإن لم يقدر الله تعالى الولد لم يكن، رُفعت

١ . هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن، من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً وقرباً من سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو من أهل مكة، وأول من جهر بقراءة القرآن بمكة، وكان خادماً رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورفيقه في حله وترحاله وغزواته، يدخل عليه كل وقت، روى (٨٤٨) حديثاً، ولِيَ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بيت مال الكوفة، ثم قدم المدينة في خلافة عثمان، فتوفي فيها سنة (٣٢هـ)، عن نحو ستين عاماً، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٤/١٩٨-٢٠١).

٢ . أخرجه البخاري، في كتاب اللباس، باب المتفلجات للحسن، (١٦٤/٧)، رقم الحديث (٥٩٣١).

قال ابن حجر في فتح الباري، (٣٧٢/١٠): " والمتفلجات: جمع متفلجة، وهي التي تطلب الفلج، أو تصنعه، والفلج: هو انفرج ما بين التئمتين، والتفلج أن يُفرج بين المتلاصقين بالمرد ونحوه، وهو مختص عادةً بالثنايا والرباعيات، ويستحسن من المرأة، فيما صنعتها المرأة التي تكون أسنانها متلاصقة لتصير متفلجة، وقد تفعله الكبيرة توهم أنها صغيرة؛ لأن الصغيرة غالباً تكون مفلجة جديدة السن، ويذهب ذلك في الكبر "، وقال: " والواشمات: جمع واشمة، وهي التي تَشِم، والمستوشمات: جمع مستوشمة، وهي التي تطلب الوشم، والوشم: أن يغرز في العضو إبرة أو نحوها حتى يسيل الدم ثم يُحشى بمادة ما حتى يخضر مكان الغرز، وقد يكون في اليد وغيرها من الجسد، وقد يُفعل ذلك نقشاً وقد يُجعل دوائر، وقد يُكتب اسم المحبوب، وتعاطيه حرام بدلالة اللعن، ويصير الموضع الموشوم نجساً لأن الدم انحبس فيه فتجب إزالته إن أمكنت ولو بالجرح إلا إن خاف منه تلفاً أو شيئاً أو فوات منفعة عضو، فيجوز إبقاؤه وتكفي التوبة في سقوط الإثم " .

وقال أيضاً: " والمتنمصة: التي تطلب التماس، والنامصة: التي تفعله، والتماص: إزالة شعر الوجه بالمناقش، ويُقال: إن التماس يختص بإزالة شعر الحاجبين لترفيعهما أو تسويتيهما، .. ولا يجوز للمرأة تغيير شيء من خلقها التي خلقها الله عليها بزيادة أو نقص التماس الحسن "، فتح الباري لابن حجر (٣٧٧/١٠).

٣ . قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في رجب، (١٤٠٩هـ) أن: الذكر الذي كملت أعضاء ذكوره، والأنثى التي كملت أعضاء أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة؛ لأنه تغيير لخلق الله، وقد حرّم سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، مخبراً عن قول الشيطان: يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا هُمَ فَيُغَيِّرُوا خَلْقَ اللَّهِ﴾، [النساء: ١١٩].

الأقلام وجفت الصحف .

قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ ۖ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنشَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ لِمَن يَشَاءُ عَاقِبَةً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾، [الشورى: ٤٩، ٥٠].

وقال تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ۚ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾، [إبراهيم: ٣٩].

وقال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَقَدْ بَلَغَنِيَ الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ ۖ قَالَ كَذَلِكَ اللَّهُ يَفْعَلُ مَا يَشَاءُ﴾، [آل عمران: ٤٠].

وعن طريق هذه التقنية _ التلقيح الصناعي _ قد تحمل الكبيرة السن ولو تجاوزت سنّ اليأس^(١)، فبذلك يختلّ نظام العِدَّة، فمتى تنتهي عدة اليائسة التي حملت؟

وكذلك: قد يُؤخَذ المني من الرجل لُثْحَنَ به الزوجة، ومن الممكن أن يحدث ما يؤخر هذا الحقن، لأشهرٍ أو لسنواتٍ أحياناً _ خصوصاً مع وجود تقنية حفظ السائل المنوي لسنوات _، ففي هذه الحالة إن توفي الزوج قبل الحقن، ثم حُقِنَت المرأة بنطاف زوجها المتوفى فمتى تنتهي عدتها؟ هل تعتدّ أربعة أشهرٍ وعشرًا؟ أم أن عدتها تنتهي بوضع حملها؟ وكيف يثبت النسب في حال عدم قيام الزوجية؟ بل كيف يتمّ تقسيم الميراث إن أنجبت الزوجة ولداً بعد وفاة زوجها؟ ففي التلقيح الصناعي خلخلةٌ لأنظمة وأحكامٍ شرعها الله تعالى، وفيه هزُّ لقيم أخلاقية وإنسانية استقرّت في الضمير الإنساني^(٢).

٢ _ لا أرى أن مسألة إنجاب الولد ترتقي إلى درجة الضرورة أو الحاجة التي تبيح كشف العورات المغلّظة؛ وتعرض الأنساب إلى الاختلاط والمفاسد، خصوصاً أنه ينذر _ في هذا الزمن _ وجود العدالة الشرعية والخبرة العلمية لكامل الطاقم الطبي الذي يجري هذه العملية، _ مع الاحترام الكامل لكل الأطباء _، فيإباحة التلقيح الصناعي يؤدي إلى فتح باب الفساد في الأنساب والأعراض؛ لوجود الشك في الخلط بين الأنابيب، ولإمكان التلقيح بمني رجل أجنبي لسببٍ أو

١ . أعطى الباحثون أمثلةً عن هذا؛ ومنها: امرأة إسبانية تُدعى (ماريا ديل كارمن بوسادا)، أنجبت ولديها التوأم وهي في الـ (٦٦) من العمر، لتتوفى بعد ذلك بثلاث سنوات فقط، منتدى حوامل، ملتقى الحوامل لعالم الأمومة، (forum.hwaml.com).

٢ . إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، بجامعة الأزهر، (٢٠٠٠/١٤٢١)، لعائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، (ص ٢٥٦).

لآخر، فيُمنع من هذا الفعل سدّاً للذرائع، فتحصيل مصلحة الولد مُعارض بمفاسد كثيرة، والمعلوم أن (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) .

٣ _ تغيّر الزمان وفساد الدّم له أثرٌ كبيرٌ في بناء الحكم الشرعي، وهذا الزمن وصل الفساد الأخلاقي إلى درجة كبيرة؛ ومن ذلك انتشار استئجار الأرحام، وإضفاء الشرعية عليها في قوانين بعض الدول كما في أمريكا والهند، بل وقد افتُتحت متاجر لبيع الأطفال للأسر التي لا تنجب مقابل المال^(١)، ثم تسللت هذه الظاهرة إلى العالم الإسلامي على صورة استئجار للأرحام مقابل المال كما في المغرب ومصر^(٢) .

فناسب ذلك حسم المادة من أصلها؛ سدّاً للذرائع .

٤ _ المؤمن يرضى بالقسمة الأزلية ويسلم أمره لربه تعالى، ويعلم يقيناً أن الخالق الرازق هو الله تعالى، وأنه إن أجرى التلقيح الصناعي أم لا فالقسمة واحدة، فإن لم يتمكن من معالجة عقمه، فيستعيض بتوكله ورضاه وتسليمه لحكمه خالقه ومولاه عن اللجوء إلى التلقيح، فإنه لو صبّ ماءه على صخرةٍ وقدر الله منها ولداً لكان، ولو فعل ما فعل فلن يغيّر ذلك مما قدره الله تعالى له، ولما دُكر العزل عند رسول الله ﷺ، قال: ((ولم يفعل ذلك أحدكم؟ فإنه ليست نفس مخلوقة إلا الله خالقها))^(٣) .

وفي رواية أخرى: قال ﷺ للسائلين عن العزل: ((وإنكم لتفعلون؟ وإنكم لتفعلون؟ وإنكم لتفعلون؟ ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا هي كائنة))^(٤) .

وإذا كان الحال هكذا، إضافةً إلى ضالة نسبة نجاحه، ووجود الكثير من المحاذير التي تكتنف التلقيح الصناعي فإنه لا يجوز، والله تعالى أعلم .

١ . كما في بولندا مثلاً، استئجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، للدكتورة كريمة عبود جبر، وهذا البحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية بجامعة الموصل، العدد ٣، (٢٤٣/٩، ٢٤٤)، ومقال بعنوان: افتتاح متجر لبيع الأطفال في بولندا، نشرته مجلة الراية، نقلاً عن جريدة أكرائي، وهذا المقال منشور على شبكة الإنترنت، ومقال بعنوان: تأجير الأرحام فقر مدقع وأمومة مزيفة، لأسماء أبو شال، نشر على موقع إسلام أون لاين، (www.islamonline.net) .

٢ . مقال بعنوان: فتوى أزهرية تبيح تأجير الأرحام تثير جدلاً في الأوساط الفقهية، منشور على الإنترنت، في موقع: (www.aawsat.com) .

٣ . أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب العزل، (١٠٦٣/٢)، رقم الحديث (١٤٣٨) .

٤ . أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب العزل، (١٠٦٢/٢)، رقم الحديث (١٤٣٨) .

المطلب الثاني _ إنشاء بنوك المني، والتعامل معها:

أولاً: التعريف بالمسألة:

١ _ تعريف بنوك المني:

أ _ تعريف البنك: هي كلمة إيطالية، وفرنسية، ففي اللغة الإيطالية يُقال: (بنكو)، وتعني الرف، أو المنضدة، وكان لكل صيرفيٍّ في العصور الوسطى في أوروبا منضدة يعرضون عليها عملائهم، وفي اللغة الفرنسية يقولون: (banque)، وتعني: الصندوق المتين لحفظ النقائس^(١).

والصواب في اللغة العربية أن يُقال في مقابلة هذه الكلمة: (المصرف)^(٢)، ولكن مجمع اللغة العربية أقرَّ هذه الكلمة^(٣).

والبنك هو: (مؤسسة يودع الناس فيها أموالهم)^(٤)، ثم نُقِلَت هذه الكلمة (البنك) للدلالة على حفظ الأعضاء الآدمية، وغير الآدمية، مثل المني، والجلد، والدم، وغير ذلك، وصار هذا اللفظ سائغاً^(٥).

ب _ تعريف المني: هو ماء الرجل والمرأة^(٦).

١ . انظر: أعمال البنوك والشريعة الإسلامية، للدكتور محمد مصلح الدين، ترجمة الأستاذ حسين صالح، دار البحوث العلمية، الكويت، الطبعة الأولى، (١٩٧٦م)، (ص ١١)، والبنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، للدكتور عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، دار الوطن، الرياض، الطبعة الثانية، (١٤١٤هـ)، (ص ٢٨)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص ٢٢٠).

٢ . انظر: معجم الأخطاء الشائعة، لمحمد العدناني، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، (١٩٨٥م)، (ص ٤٢).

٣ . المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة (١/٧١).

٤ . الموسوعة العربية العالمية، مترجمة بتصرف عن دائرة المعارف العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م)، (٢٣/٣٦٣).

٥ . تاريخ نقل الدم، للدكتور عبد الوهاب الإدريسي، ضمن كتاب التبرع بالدم، أهميته ومخدراته، ومشروعاته في الإسلام، للدكتور علي سليمان التويجري، ومشاركة نخبة من العلماء المختصين، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (ص ٣٣)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص ٢٢٠).

٦ . القاموس المحيط للفيروزآبادي، باب الباء، فصل الميم، (ص ١٣٣٦)، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة مَنِي، (٢٧٦/٥).

والمني اصطلاحاً هو: (سائلٌ مبيض غليظ، تسبح فيه الحيوانات المنوية، يخرج من القضيب إثر جماعٍ أو نحوه، ومنشؤه إفرازات الخصيتين)^(١) .

ج _ تعريف بنك المني: هو (المركز، أو المؤسسة التي تقوم بحفظ الحيوانات المنوية إلى حين طلبها)، ويُسمّى (بنوك النُطْف)، أو (بنوك الحيامن المنوية) أي الحيوانات المنوية^(٢) .

وبما أن العقم يشكّل مشكلةً طبيةً عالمية فقد توجهت البحوث والدراسات لحفظ مني الرجال؛ لإشباع غريزة حب الولد، وتم فعلاً إنشاء أول بنك للمني في عام (١٩٨٠م)^(٣) .

٢ _ غاية إنشاء بنوك المني:

أ _ تحقيق الرغبة الفطرية في إنجاب الأولاد، لحالات متعدّدة، أهمّها: (الذي يعاني من العقم أو ضعف الخصوبة، والذي يعاني من انعدام القدرة على الإخصاب فيقوم بتجميع منيه وحفظه في البنك شيئاً فشيئاً فتزيد فيها الأعداد الخصية للخلايا الجنسية، ثم تُلقح بها يُبيضة زوجته، والذي يتعرض أثناء علاجه لأشعة أو يجري عملاً جراحياً يؤثر على قدرته على الإنجاب، فيحفظ منيه قبل العلاج؛ ليتمكن من الإنجاب بعد ذلك، والنساء الشاذات جنسياً (المساحقات) اللواتي لا يرغبن بالاتصال بالرجال، ومع ذلك يردن الولد، فيأخذن من هذه البنوك، وتُجرى لهن عملية التلقيح الاصطناعي)^(٤) .

١ . المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة (٨٨٩/٢) .

٢ . بنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص٢)، والبنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، بحث للدكتور عبد الرحمن محمد أمين طالب، منشور في السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، ضمن قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، في المجلد الثاني، (١٤٣١هـ)، (ص١٣١٥) .

٣ . والذي أنشأه هو الدكتور روبرت جراهام، في اسكونديرو، في كاليفورنيا، في الولايات المتحدة الأمريكية، انظر: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، للدكتور كارم غنيم، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ)، (ص٢٥٤)، والقضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب (التلقيح الصناعي)، للدكتور محمد علي البار، وهو بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، في الجزء الأول، (ص٤٦١) .

٤ . الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء لكارم غنيم (ص٥٦)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص٣٧١)، والطبيب أدبه وفقهه للسباعي والبار (ص٣٣٥)، ومستقبل الإخصاب خارج الأرحام، للدكتور عبد المحسن صالح، مقال منشور في مجلة العربي، العدد رقم (٢٤٤)، ربيع الثاني (١٣٩٩هـ)، (ص٣١)، تحليل المني (التطبيق والمداولات)، للدكتور نوري بن طاهر الطيب، وبشير محمود جزار، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، (ص١١١) .

ب _ تحقيق الرغبة في بقاء الذكر، إذ قد يخشى بعض الناس من موت مفاجئ، فإنشاء هذه البنوك يحفظ للناس منيهم، ويعطيهم فرصة الإنجاب ولو بعد الموت ^(١) .

ج _ محاولة إنجاب أطفال ذوي صفات معينة، كالقوة، أو الذكاء مثلاً، بأخذ نطف أصحاب تلك الصفات كالمصارعين والعباقرة، وحفظها في البنوك، ثم بيعها لمن يريد، وهو ما يُسمى بتحسين السلالة البشرية، أو نجابة النسل ^(٢) .

د _ إجراء التجارب والاختبارات على المني ^(٣) .

ويُحفظ هذا المني بطريقة التجميد، حيث يوضع بكيفية معيّنة في أوانٍ من الرصاص مُعدّة لهذا الغرض، ويُضاف إليه موادّ ومحاليل تهيئ تجميد المني، ثم يُبرّد تدريجياً، ثم يُجمّد بواسطة حاويات النتروجين المزوّدة بسائل النتروجين الشديد البرودة، الذي يصل إلى درجة (-١٩٦م)، وفق طريقة دقيقة ^(٤) .

ويتم جمع المني إما بالشراء ممن يرغب بيع منيّه، أو بالإيداع حيث يودع الشخص منيّه في حسابه الخاص، ويدفع مقابل حفظها مبلغاً مالياً ^(٥) .

ويمكن حفظ السائل المنوي خمساً وعشرين سنة، وقيل يمكن ذلك مدى الحياة ^(٦) .

١ . مستقبل الإخصاب خارج الأرحام لعبد المحسن صالح (ص٣١)، وأحكام الجنين في الفقه الإسلامي لعمر غانم (ص٢٣٠) .

٢ . أخلاقيات التلقيح الصناعي للبار (ص٤٧)، وبنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص٣٢) .

٣ . بنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص٧٦)، و(٩٠) .

٤ . تحليل المني للطبيب وجرار (ص١٠٩-١١١)، والاستنساخ والإنجاب بين تحريب العلماء وتشريع السماء لكارم غنيم (ص٢٥٤)، وبنوك الدم، لعبد المجيد الشاعر، ونزار فؤاد جاد الله، وحكمت خليل جبر، دار المستقبل، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، (ص٢٨، ٢٤٩)، وبنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص٧٦، ٧٥)، والأنساب والأولاد، دراسة لموقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الصناعي وما يُسمى بأطفال الأنابيب، لعبد الحميد محمود طهماز، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م)، (ص٧٣) .

٥ . الاستنساخ والإنجاب بين تحريب العلماء وتشريع السماء لكارم غنيم (ص٢٥٣)، والأنساب والأولاد لعبد الحميد طهماز (ص٧٣) .

٦ . الأنساب والأولاد لعبد الحميد طهماز (ص٧٣)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرحبا (ص٣٧٧) .

٣ _ محاذير ومفاسد إنشاء بنوك المني:

لإنشاء بنوك المني مفاسد ومحاذير عديدة، أهمها^(١):

أ _ اختلاط الأنساب، عن طريق الخطأ في الحساب الخاص في نسبة المني لصاحبه، فينسب لشخص آخر، كما أن البنوك تقوم _ في الحسابات العامة _ بخلط السوائل المنوية وعبواتها دون تحديد أصحابها .

ب _ ظهور نكاح الاستبضاع الحديث، من خلال قيام بنوك المني الخاصة بمني العباقرة وأصحاب الجمال والقوة، ببيع هذا المني لمن يرغب في إنجاب أطفال أذكىء أو أقوىاء .

ج _ زيادة نسبة الأطفال الذين لا يعرف لهم أب .

د _ استعمال مني الرجل بعد موته استعمالاً محرماً، فتُلَقَّح نساءً أجنبيات، وقد تُلقَّح به محارم الزوج .

هـ _ إلغاء رابطة الزواج والاستعاضة عنها بالعلاقات المحرمة، وأما إنجاب الأطفال فيترك لبنوك المني التي تستطيع إنتاج الأطفال وبقدرات عقلية وجسدية عالية .

و _ بيع المني؛ وهذا من أخطر المحاذير حيث تختلط الأنساب، وبيع المني محرّم في المذاهب الأربعة حسب قواعدهم وأصولهم، فعند الحنفية: لا يجوز بيع ما كان جزءاً من الآدمي كلبن المرأة، والمني مثله^(٢)، ونصّ المالكية: على حرمة بيع النجاسات^(٣)، ونصوا نجاسة المني، فيحرم بيعه^(٤)، واشترط الشافعية والحنابلة كون المبيع مُنتَقِعاً به شرعاً؛ لأن

١ . تحليل المني للطبيب وجزار (ص ١٠٩)، والبنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية لإسماعيل مرجبا (ص ٣٨١)، الطبيب أدبه وفقهه للسباعي والبار (ص ٣٤٦)، وتربية الأبناء والبنات في ضوء القرآن والسنة، لخالد عبد الرحمن العك، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م)، (ص ٤٨، ٤٧)، والأنساب والأولاد لعبد الحميد طهماز (ص ٧٣)، بنوك النطف والأجنة للسنباطي (ص ٣٢) .

٢ . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٦/٨٨، ٨٧)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمريناني (٣/٤٦) .

٣ . انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٣/١٤٥)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للخطاب (٤/٢٥٩) .

٤ . انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل للعبدري (١/١٤٨)، ومواهب الجليل للخطاب (١/١٠٤)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (١/٥٤) .

بذل المال فيما لا نفع فيه سَفَه^(١)، والمني لا منفعة فيه لغير صاحبه، فلا يجوز بيعه عندهم تخريجاً على اشتراطهم كون المبيع منتفعاً به .

وبيع المني ليس من المروءة؛ لأن بيع ماء الفحل منهّي عنه شرعاً^(٢)؛ استهجاناً لهذا الفعل . قال ابن القيم رحمه الله تعالى: " إن النهي عن ذلك من محاسن الشريعة وكما لها، فإن مقابلة ماء الفحل بالأثمان، وجعله محلاً لعقود المعاوضات مما هو مستقبح ومستهجن عند العقلاء، وفاعل ذلك عندهم ساقط من أعينهم في أنفسهم^(٣) .

فإذا كان هذا الاستهجان بالنسبة لماء الفحل، فكيف بماء الرجال من بني آدم؟

ثانياً: حكم المسألة بناءً على القواعد الفقهية:

للعلماء المعاصرين في حكم إنشاء بنوك المني قولان:

القول الأول: يحرم إنشاء هذه البنوك؛ سداً للذرائع، ومنعاً للمفاسد المترتبة على إنشائها، وهو قول جمهور المعاصرين من أهل العلم^(٤) .

١ . انظر: المجموع للنووي (٢٢٦/٩)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٩٥/٣)، والفروع لابن مفلح (١٢٧/٦)، وكشاف القناع للبهوتي (١٥٢/٣) .

٢ . قال سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنه: (نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل)، أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب عسب الفحل، (٩٤/٣)، برقم (٢٢٨٤) .

٣ . زاد المعاد في هدي خير العباد ﷺ، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (٧٠٥/٥) .

٤ . ومنهم: ١ _ الدكتور محمد علي البار، في كتابه أخلاقيات التلقيح الاصطناعي (ص ١٥٩) .

٢ _ الشيخ عبد اللطيف الرفور، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، (٣٧٦/١) .

٣ _ الشيخ عمر غانم، انظر كتابه: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي (ص ٢٤٤) .

٤ _ ومنعه بهدف تحسين النسل، جماعة، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، انظر: مجموعة فتاوى دار الإفتاء المصرية، وفتاوى لجنة الفتوى بالأزهر، (رقم الفتوى ١٢٢٥)، والدكتور محمد الزحيلي، انظر: الإرشاد الجيني للدكتور محمد الزحيلي، =بحث منشور ضمن ثبوت أعمال ندوة الوراثة والهندسة والجنوم البشري والعلاج الجيني _ رؤية إسلامية، المنعقدة في الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الإسلام والمشكلات المعاصرة، إشراف وتقديم الدكتور عبد الرحمن العوضي، تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، (ص ٧٨٨) .

القول الثاني: يجوز إنشاء هذه البنوك بشروط؛ للحاجة إليها، وهو قول بعض المعاصرين من أهل العلم^(١).

وهذه الشروط هي:

- ١ _ ألا يُعطى مني الزوج إلا للزوجة أثناء قيام الزوجية المشروعة فقط .
- ٢ _ أن يتم التأكد من حفظ المني في ظروف لا تسمح لها بالاختلاط، ولو عن طريق السهو، أو النسيان، أو الخطأ، حتى تنتفي المحاذير من ذلك .

وجه بناء هذه الأحكام على القواعد الفقهية:

- رأي المانعين _ جمهور المعاصرين _ مُخَرَّجٌ على قاعدة سدّ الدّرائع، وعلى قاعدة: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) .
- ورأي المجيزين _ بعض المعاصرين _ مُخَرَّجٌ على قاعدة: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة)، و(الضرورات تبيح المحظورات) .

وقد سبق أن مجمع الفقه الإسلامي أنزل حاجة المرأة والرجل إلى الولد منزلة الحاجة . واشتروا شروطاً تنفي المحاذير المترتبة على إنشاء بنوك المني والتعامل معها في رأيهم.

ثالثاً _ رأي الباحث:

ما رأيته في التلقيح الصناعي يُقال أيضاً هنا؛ فالمسألتان مترابطتان فبنوك المني لا تتأتى فائدتها إلا بإجراء التلقيح الصناعي بعد حين، فمن أعظم المفسد المترتبة على إنشاء بنوك المني: اختلاط الأنساب، واستعمال المني استعمالاً محرّمة، وفتح باب الزنا وتسهيله لمن توفي

١ . ومنهم: ١ _ الشيخ زياد أحمد سلامة، في كتابه الأوراق الساقطة من كتاب أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، وهو عبارة عن مقال من سبع صفحات، ضمّنه الدكتور إسماعيل مرجبا كتابه البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية على شكل ملحق، انظر (ص٤) من هذا الملحق .

٢ _ الدكتور إسماعيل مرجبا، في كتابه: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية (ص٣٨٧، ٣٨٨) .

٣ _ الدكتور حسن السيد خطاب، انظر بحثه: بنوك الحيامن وضوابطها في الفقه الإسلامي (ص١٥٢٥، ١٥٢٦) .

عنها زوجها حيث تدّعي أن حملها من مني زوجها المحفوظ في بنك المني، وإلغاء رابطة الزواج، .. إلخ، وهذه المفاسد تجعل بنك المني ينسِف الزواج الشرعي نسفاً .

كما أنه تغيير لخلق الله؛ حيث يتم فيه تلاعبٌ في كيفية الحمل وأوقاته، فيمكن للمرأة أن تحمل من مني زوجها بعد وفاة زوجها، أو في حال غيابه وعدم اللقاء به، بل قد تحمل منه دون أن تراه أصلاً .

وهذه المرأة التي ادّخر زوجها نطافه في بنك المني متى تنتهي عدتها إن توفّي زوجها؟

وعلى فرض أنه قد يكون هناك مصالح مُعتَبَرة صحيحة؛ كحاجة إنسانٍ لمنّيه بعد خضوعه لعلاجٍ يقضي على قدرته على الإنجاب، وقد يضطر من يلجأ إلى إجراء التلقيح الصناعي إلى تأخير تلقيح زوجته لسببٍ مشروع _ على قولٍ من قال بإباحته _، ولكن: عند الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على إنشاء بنك المني والتعامل معه يتبين أن المصالح قليلة، والمفاسد كثيرة جداً، فهنا تأتي القاعدة: (درء المفاسد مُقدَّمٌ على جلب المصالح) .

والمؤمن يرضى بما قسم الله له من الأزل، ولا يُدخل نفسه في متاهات الفساد والانحلال الأخلاقي ولو لمع له بريقٌ خدّاع من إعلانات وترويج أهل الأهواء ودعاة الحضارة والتّقدّم .

فأتراجع أيضاً في هذه المسألة عما ذكرته في بحثي الذي قدّمته للحصول على درجة الماجستير (الفتوى بالتخريج)، أنه يجوز بشروط^(١)، والآن أقول بتحريم إنشاء هذه البنوك، وتحريم التعامل معها، والله تعالى أعلم .

١ . كتابي: الفتوى بالتخريج (ص ٣٤٥-٣٤٧) .

المطلب الثالث _ رتق غشاء البكارة:

أولاً: التعريف بالمسألة:

١ _ تعريف غشاء البكارة:

الغشاء: هو الغطاء^(١)، والبكر: هي الجارية التي لم تُفْتَضَّ، ولم يقربها رجل، والبكر: هي العذراء، والمصدر البكارة، فغشاء البكارة هو الجلدة التي على قُبُل المرأة العذراء التي لم تُفْتَضَّ^(٢)، والرتق: هو إلحام الفتق وإصلاحه^(٣).

وفي المجال الطَّبِّي: غشاء البكارة: هو غشاء رقيق من الأنسجة يتكوّن من طبقتين من الجلد الرقيق، بينهما نسيج رخو غني بالأوعية الدّمويّة على بعد (٢-٢,٥) سم من الخارج، مُحَاط ومُحَافَظ عليه بالشَّفرين الكبيرين والصَّغيرين، توجد فيه فتحة هلالية طولها (١-٥) ملم، تسمح بنزول دم الحيض من الرَّحم إلى خارج الجسم، وهذا الغشاء رقيق، وفي الغالب يزول غشاء البكارة جزئياً مع أوّل اتّصال جنسيّ^(٤).

إلّا أنّه قد يعتري الغشاء ما يسبّب إزالته أو ثقبه لأسباب أخرى غير الاتصال الجنسي، كبعض الأمراض، أو بسبب عملية جراحية، أو حادثة تتعرض لها الفتاة كالقفز أو السقوط من مكانٍ عالٍ أو حمل أشياء ثقيلة^(٥).

٢ _ صورة المسألة:

قد يتمزّق غشاء البكارة لدى الفتاة لأسباب متعدّدة، فتعتمد إلى إجراء عمليّة جراحية

١ . مختار الصّحاح للرازي، مادة غشاء، (ص٢٢٧) .

٢ . لسان العرب لابن منظور، حرف الراء، فصل الباء، (٧٨/٤) .

٣ . لسان العرب لابن منظور، حرف القاف، فصل الراء، (١١٤/١٠) .

٤ . رتق غشاء البكارة، لكمال فهمي، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، ثبت كامل لأعمال المؤتمر، (١٩٨٧م)، (ص٤٢٥) .

٥ . البحر الرائق لابن نجيم (٣/١٢٤)، والتاج والإكليل للمواق (٨/٣٤٢)، ومغني المحتاج للشربيني (٤/٢٤٧)، وكشاف القناع للبهوتي (٥/١٦٢) .

تسمى: عملية رتق غشاء البكارة، ويُقصد منها إعادة ضمِّ لحم غشاء البكارة بعد تمزُّقه، فيعود إلى وضعه السابق قبل التَّمزق، أو إلى وضع قريب منه ^(١).

٣ _ أهمية غشاء البكارة:

يُعتَبَر غشاء البكارة رمز الشرف والعفاف عند المرأة، بل هو أخص مواطن العفة والحياء عندها، والتعدي على هذا الغشاء يوجب الضمان ^(٢).

والبكارة هي أحد عوامل تفضيل المرأة في الزواج منها، وقد ثبت ذلك في السنة المطهرة، فقد ورد عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنه ^(٣) أنه قال: تزوجتُ، فقال لي رسول الله ﷺ: ((هل تزوجت بكرًا أم ثيبًا؟))، فقلت: تزوجت ثيبًا، فقال: ((هَلَّا تزوجت بكرًا تلاعبها وتلاعبك)) ^(٤).

كما أن مهر البكر غالباً ما يكون أكثر من مهر الثيب ^(٥).

فيظهر جلياً أن للفتاة وأسرهما مصلحة كبرى في بقاء هذا الغشاء، كما أن للمجتمع كله مصلحة كبرى في المحافظة على بكارة بناته فهو رمز الفضيلة والسلامة والعفة .

١ . أبحاث فقهية في قضايا معاصرة، للدكتور محمد نعيم ياسين، دار النَّفائس، الأردن، الطبعة الرَّابعة، (١٤٢٨هـ/٢٠٠٨م)، (ص٢٢٧)، والأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي للدكتور محمد خالد منصور، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، (ص٢١١) .

٢ . حاشية ابن عابدين (٣/١٠٤)، والذخيرة للقراقي (٨/٣٠٥)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (١٩/٧٤)، وكشاف القناع للبهوتي (٤/٦٤) .

ولم أذكر كيفية وقيمة الضمان؛ لأنه من الاستطراد، وليس هنا محله .

٣ . هو الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام، الخزرجي، الأنصاري، السلمي، وُلِد قبل الهجرة بـ (١٦) سنة، من المكثرين للرواية عن النبي ﷺ، وروى عنه جماعة من الصحابة، غزا تسع عشرة غزوة، وكانت له في أواخر أيامه حلقة في المسجد النبوي يؤخذ عنه العلم فيها، روى له البخاري ومسلم وغيرهما (١٥٤٠) حديثاً، وهو آخر الصحابة موتاً بالمدينة، توفي سنة (٧٨هـ) ﷺ، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١/٥٤٦، ٥٤٧).

٤ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب الجهاد والسير، باب استئذان الرجل الإمام، (٤/٥١)، رقم الحديث (٢٩٦٧)، ومسلم في كتاب الحج، باب استحباب نكاح البكر، (٢/١٠٨٨)، رقم الحديث (٧١٥) .

٥ . حاشية ابن عابدين (٣/١٤٠)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (١٩/٧٤)، والمغني لابن قدامة (٥/١٩٩) .

ثانياً _ حكم المسألة، بناءً على القواعد الفقهية والمصلحة:

قد يوجد في كلام الفقهاء المتقدمين ما يبيّن أن تصوّر عودة البكارة أمرٌ واردٌ تنبّهوا له، ولكن لعدم وقوع المسألة لم يذكروا حكمها؛ لأن الحكم على المسألة يأتي بعد تصوّرها على ما وقعت عليه .

قال النووي رحمه الله تعالى في إيصال الماء في الغُسل: " ولو اندملت الجراحة والتأمت سقط الفرض في ذلك الموضع، كما لو عادت البكارة بعد الافتضاخ فإنه يسقط غسل ما كان ظهر بالافتضاخ " (١) .

فالمسألة من النوازل المعاصرة، وهي من أشهر المسائل المتعلقة بالجراحة النسائية لما لها من أبعاد خطيرة في المجتمع، فتُبَحِّث في كلام أهل العلم المعاصرين، وبعد البحث وجدت في المسألة أقوالاً، يمكن إجمالها في قولين، (القول بالتحريم مطلقاً، والقول بالتفصيل) .

القول الأول: لا يجوز رتق غشاء البكارة مطلقاً، وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين (٢) . وأدلتهم كثيرة، أهمها (٣):

١ _ رتق غشاء البكارة يؤدي إلى اختلاط الأنساب؛ فقد تحمل المرأة من الجماع السابق ثم تتزوج بعد رتق غشاء بكارتها، مما يؤدي إلى إلحاق ذلك الحمل بالزوج واختلاط النسب .

٢ _ رتق غشاء البكارة فيه اطلاع على العورات المغلّظة بلا ضرورة .

١ . المجموع للنووي (١٩٩/٢) .

٢ . ومنهم: الشيخ عز الدين التميمي، في بحثه: رتق غشاء البكارة من منظور إسلامي، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، (ص ٥٧٣) .

ومنهم: الدكتور محمد المختار الشنقيطي، في كتابه: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة الثانية، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (ص ٤٣٢) .

ومنهم: الدكتور محمد خالد منصور في كتابه: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي (ص ٢٢٨) .

٣ . رتق غشاء البكارة من منظور إسلامي، لعز الدين التميمي، (ص ٥٧٢، ٥٧٣)، وأحكام الجراحة الطبية للشنقيطي (ص ٤٢٩، ٤٣٠) .

٣ _ رتق غشاء البكارة يُسهّل للفتيات ارتكاب جريمة الرّنا لعلمهنّ بإمكان رتق غشاء البكارة بعد الجماع، والقاعدة تقول: (يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع ضرر عام)، و(المصلحة العامة تُقَدَّم على المصلحة الخاصة)، فتُمنَع المرأة من رتق غشائها ولو كان فيه مصلحة لها؛ لتحصيل مصلحة المجتمع ودفع الضرر العام الواقع به من فتح ذريعة الزنا .

٣ _ قد يكون هناك مصالح مُعْتَبَرَة في رتق غشاء البكارة كما لو تَمَرَّق غشاء البكارة بسبب غير الجماع، فيكون للمرأة وأهلها مصلحة في رتقه؛ ولكن للمفاسد الكثيرة السابقة يُقال: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) .

٤ _ (الضّر لا يُزال بالضّر)، فلا يجوز للفتاة وأهلها إزالة الضّر برتق الغشاء، لإلحاقه بالزّوج المنتظر .

٥ _ مفسدة التّهمة للفتاة وأهلها يمكن إزالتها عن طريق شهادة طبية بعد تَمَرَّق غشاء البكارة بسبب المرض أو نحوه، فتزول الحاجة إلى عملية الرّتق وكشف العورات .

القول الثاني: قال بعض أهل العلم المعاصرين بالتفصيل، كما يلي^(١):

١ _ إذا كان سبب التّمزّق حادثه أو فعلاً لا يُعتبر في الشّرع معصية، وليس وطئاً في عقد نكاح يُنظر؛ فإن غلب على الظّن أنّ الفتاة ستلاقي عنتاً وظلماً بسبب الأعراف والتّقاليد كان إجراء الرّتق واجباً، وإلا كان مندوباً .

٢ _ إذا كان سبب التّمزّق الوطء في عقد نكاح، كان إجراء الرّتق حراماً، كما في المطلّقة والأرملة؛ لأنّ إجراء الرّتق لهما لا مصلحة فيه، ومن باب أولى يحرم إجراؤه لمتزوجة؛ لأنّه لعب ولهو، ولا يجوز للطّبيب النّظر إلى عورة المرأة دون ضرورة أو حاجة .

١ . ومنهم: الدكتور محمد نعيم ياسين، في كتابه: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة (ص ٢٥٥)، ورتق غشاء البكارة في ميزان المقاصد الشّرعية، المنظمة الإسلامية للعلوم الطّبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطّبية، الكويت، (١٩٨٧م)، (ص ٦٠٦، ٦٠٧).

ويقرب من هذا القول كثيراً قول الدكتور توفيق الواعي، في بحثه: حكم إفشاء السّر في الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطّبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطّبية، الكويت، (١٩٨٧م)، (ص ١٧٠، ١٧١) .

ويقرب من هذا القول كذلك: قول الشيخ محمد المختار السلامي، في بحثه: الطبيب بين الإعلان والكتمان، المنظمة الإسلامية للعلوم الطّبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطّبية، الكويت، (١٩٨٧م)، (ص ٨١) .

٣ _ إذا كان سبب التَّمزُّق زنا اشتهر بين النَّاس فإنه يَحرم إجراؤه، سواء أكان اشتهاره نتيجة صدور حكم قضائي على الفتاة بالزَّنا أم كان نتيجة تكرار الزَّنا من الفتاة وإعلانها لذلك واشتهارها بالبغاء .

٤ _ إذا كان سبب التَّمزُّق زنا لم يشتهر بين النَّاس كان الطَّبَّيب مخيَّراً بين إجرائه وعدم إجرائه، وإجراؤه أولى .
وأهم الأدلة على ذلك^(١):

١ _ المصالح التي تحقّقها عملية رتق غشاء البكارة في الحالات الجائزة، كالسَّتر على الفتاة والحفاظ على سمعتها وسمعة أهلها، والحفاظ على استقرار المجتمع .

٢ _ (الضرر يُزال)، ورتق الغشاء يزيل الضرر عن المرأة وأهلها، وقد تكون بريئةً ويُساء الظنُّ بها فيقع عليها ضرر قد يؤدّي إلى القتل في بعض الأزمنة والأمكنة والأعراف .

٣ _ رتق الغشاء ينزل في منزلة الحاجة في الحالات الجائزة، فيجوز لأجله كشف العورة، فالقاعدة تقول: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) .

ثالثاً: رأي الباحث:

اتفقت الأقوال على حرمة رتق غشاء البكارة في الزنا المشتبه بغير إكراه، وحصل الخلاف في غير هذه الحالة؛ لتردّد الحالات الأخرى بين المفسد والمصالح، فمن رأى مصلحة ستر المرأة ودفع الضرر عنها وعن أهلها، ودفع ظلم الأعراف، قال بالجواز في حالات عديدة، ومن رأى مفسدة فتح باب الزنا، وانتشار الفاحشة، ووجود الغشّ والتدليس والتغيير، وكشف العورات المغلّظة قال بالتحريم .

والذي أراه في هذه المسألة:

١ _ أدلة القائلين بالتحريم قوية، سالمة من المعارضة، منسجمة مع قواعد الشرع؛ كحفظ الأنساب، وتقديم درء المفسد على جلب المصالح، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة

١ . أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، للدكتور محمد نعيم ياسين (ص ٢٥٥)، ورتق غشاء البكارة في ميزان المقاصد الشرعية، للدكتور محمد نعيم ياسين أيضاً (ص ٦٠٦، ٦٠٧).

الخاصّة، وسدّ الذرائع .

فالشرع حرّم النظر حتى لا يوصل إلى الزّنا، فممنوع كل ما من شأنه تسهيل الزّنا، ورتق غشاء البكارة من نفس الباب الذي حرّمه الشارع؛ لأنه يسهّل الزّنا، بل ويسهّل تكرار الزّنا طالما أنه يوجد رتق للغشاء في النهاية، وخصوصاً في هذا الزّمن الذي انتشرت فيه وسائل الفتن والإغراء، وسهل فيه الوقوع في المعاصي؛ لضعف الوازع الديني العام لفساد أهل الزمان، فالتشديد فيه أوجب، والممنوع أنسب .

وأدلة القائلين بالتفصيل ضعيفة، معارضة، فهي تعتمد على مصالح موهومة، أو مصالح معتبرة في مقابل مفساد كثيرة عظيمة تُحيل القضية إلى قاعدة (درء المفساد أولى من جلب المصالح) .

٢ _ كشف العورات المغلّظة يحتاج ضرورةً أو حاجةً مُعتبرةً لفعله، أما رتق الغشاء فلا تتوفّر فيه الحاجة؛ خصوصاً مع وجود محاذير كثيرة لهذا الفعل، كما أن فيه فتح باب التساهل في كشف العورات؛ لأن الطبيب قد يحتاج لعدّة عمليات متتابعة حتى يتمكن من إجراء هذه العملية فقد لا يلتئم إلا بعد سنٍّ معيّنة، وقد يفشل فيحتاج لإعادة، فيتكرر كشف العورة مرات ومرات، فيُعْلَق هذا الباب من أصله طالما لم توجد الضرورة الداعية إلى ذلك .

وقد حصل التساهل في موضوع كشف العورات فعلاً كما يُشاهد في الواقع، وكم من مسلمٍ يذهب مباشرةً إلى الطبيب المختصّ بالتوليد والأمور النسائية الأخرى من غير ضرورة، مع وجود الطبيبات، وكم يحدث التساهل في كشف الزائد عن الحاجة من العورة، وكل ذلك تحت غطاء الحاجة والضرورة، وذلك بسبب التساهلات في المسائل الطبية الكبرى كرتق غشاء البكارة وأخواتها .

٣ _ يُضاف إلى هذا أن حالات تمزّق هذا الغشاء بغير الفاحشة قليلة نادرة^(١)، فتعميم الحكم لأجل حالات قليلة نادرة لا يُعلم صدق مدّعيتها لا يجوز؛ لأن (العبرة للغالب الشائع

١ . الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي للدكتور محمد خالد منصور (ص ٢٢٢) .

لا بالقليل النادر)، ولأن (النادر لا حكم له) ^(١) .

٤ _ (لا يُنكر تغيُّر المصالح بتغيُّر الأزمان)، وتطبيق قواعد المصالح والمفاسد يوصلنا إلى ضرورة إغلاق هذا الباب، فالمتأمل في واقع كثير من المشافي والعيادات والمراكز الطَّبية المتخصَّصة في العالم الإسلاميّ يلحظ أنَّها لا تعمل وفق ضوابط شرعية واضحة، فمن الممكن أن يتمَّ إجراء عمليَّات رتق لغشاء البكارة المتَّفَق على تحريمها .

٥ _ في إجراء الرَّتق تدليسٌ، وغشٌّ للزوج وأهله، حيث تظهر الفتاة بكراً وهي قد زالت بكارتها .

ولذلك فإنني أرى تحريم إجراء عملية رتق غشاء البكارة، والله تعالى أعلم .

١ . والنادر لا حكم له، انظر: كشف الأسرار للبخاري (٣٧٠/٢)، ومنح الجليل لعليش (١٦٣/١)، وفتح الباري لابن حجر (٣٣٥/١١)، والأشباه والنظائر للسبكي (١٢٦/٢ و ١٣٤) .



الباب الثاني _ أثر الاستصلاح في الأحوال الشخصية .

وفيه مدخل، وأربعة فصول .

مدخل: تقنين الفقه الإسلامي عموماً، والأحوال الشخصية خصوصاً .

الفصل الأول _ تقييد المباح .

الفصل الثاني _ التقديرات في الأحوال الشخصية .

الفصل الثالث _ التعويض في الأحوال الشخصية .

الفصل الرابع _ الدعاوى في الأحوال الشخصية .



مدخل

تقنين الفقه الإسلامي عموماً، والأحوال الشخصية خصوصاً

إن التطور الهائل الذي تشهده حياة الناس في مختلف المجالات، يؤدي إلى تغيير وتطور مصالح الناس، والشرعية إنما جاءت لتحقيق المصالح ودرء المفاسد، واستنباط أحكام النوازل والمستجدات إذا كان من خلال أصول وفروع مذهب فقهي واحد فقد يضيق عن تلبية حاجات الناس ومصالحهم المتنوعة المتطورة، وبالتالي إذا التزمت الدولة في قضائها وقوانينها بمذهب واحد، فقد يقع الناس في حرج؛ والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، [الحج: ٧٨]، فكان من الحكمة والخير الإفادة من المذاهب الأربعة التي جمع الله أمر الأمة عليها، بل ومن الآراء الفقهية المنقولة نقلاً صحيحاً عن أئمة المذاهب الأخرى التي يصح اعتمادها، فما يضيق عنه المذهب الواحد ففي مذهب آخر سعة منه وعلاج، وهذه المذاهب والآراء نسبتها إلى الشريعة الإسلامية متساوية، والفقه الإسلامي بما فيه من اختلاف ومذاهب يشكل ثروة فقهية متكاملة كفيلاً بتلبية مصالح الناس في كل زمان ومكان؛ فلا بد من الإفادة منها والأخذ منها بما هو الأليق بالمصالح الزمنية^(١).

وكفاية الفقه الإسلامي لحاجات كل زمان ومكان أمرٌ يقرُّ به كل منصفٍ اطلع على هذا الفقه حتى من غير المسلمين، ويسعى للأخذ به كل منصفٍ يريد استقرار حياة الناس^(٢).

وعلى سبيل المثال: لما عُقد مؤتمر المحامين الدولي في مدينة لاهاي^(٣) من ١٥ إلى ٢٢ آب، عام ١٩٤٨م، واشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة، كانت نتيجة المؤتمر القرار التالي:

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٢٥٩/١، ٢٦٠) بتصرف .

٢ . ومن أدلى بهذه الشهادة علناً من علماء الغرب: الفقيه الألماني كوهلر، والأستاذ الإيطالي دليفيشيو، والعميد الأمريكي ويكمور .. إلخ، انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا (٣٠٩/١) .

٣ . هي مدينة تقع في غرب هولندا، ويبلغ عدد سكانها (٥٠٨٥٩٢) نسمة سنة (٢٠١٤)، ويصل العدد إلى أكثر من مليون نسمة إذا أُضيف إلى ذلك عدد سكان ضواحيها الشمالية والجنوبية لتشكّل لاهاي الكبرى، وتبلغ مساحتها حوالي (١٠٠) كيلو متر مربع، وتعدّ بذلك ثاني أكبر مدينة هولندية بعد أمستردام العاصمة، وفي لاهاي يقيم الملك ووليّة العهد، وتوجد مقر رئاسة الحكومة والوزارات والبرلمان والمحكمة العليا ومجلس الدولة والبعثات الدبلوماسية الأجنبية، انظر: موسوعة ويكيبيديا (ar.wikipedia.or) .

(نظراً لما في التشريع الإسلامي من مرونة، وماله من شأن هام، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع، وتشجع عليها) ^(١) .

وقد دعت الحاجة إلى وضع تقنين للفقهاء الإسلامي^(٢)؛ ليسهل الرجوع إلى الأحكام؛ لكثرة الأقوال والاجتهادات في المذاهب الفقهية، وصعوبة التمييز بين الأقوال المعتمدة وغيرها؛ لضعف الملكة الفقهية للقضاة مع الزمن .

وقد قننت الدولة العثمانية المعاملات المالية _ وأغلبها من الفقه الحنفي _ في مجلة الأحكام العدلية، وقننت مصر أحكام كثير من المسائل الشرعية، وقطع الأزهر شوطاً كبيراً في سبيل تقنين الشريعة الإسلامية؛ حيث قنن العقود في المذاهب الأربعة؛ كل مذهب على حدة ^(٣) .

وبالنسبة لتقنين الأحوال الشخصية خصوصاً:

فقد مرَّ أيضاً ^(٤) أن الدولة العثمانية أصدرت أول قانون خاصٍ بالأحوال الشخصية عام (١٣٣٦هـ)، باسم (قانون حقوق العائلة)، وغالب أحكامه من المذهب الحنفي .

ومرَّ أيضاً ^(٥) أن مباحث الأحوال الشخصية النظام الشرعي العام الذي لا يُترك للأفراد حرية الالتزام به، أو عدمه، وأنها حظيت بالتطبيق في حركة مستمرة .

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (٣٠٨/١) .

٢ . التقنين هو: جمع الأحكام والقواعد الخاصة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة بعبارة موجزة واضحة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة، عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها، والتقنين من الفقه الإسلامي هو صياغة قانون ملزم مستمد من الفقه الإسلامي، وفي المسائل المستجدة يُلجأ إلى تخرج أحكامها على قواعد الفقه الإسلامي ومقاصد الشريعة، انظر: المدخل الفقهي للزرقا (٣١٣/١، ٣١٤)، وتقنين الفقه الإسلامي، (المبدأ والمنهج والتطبيق)، للدكتور محمد زكي عبد البر، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م)، (ص ٢١) و (ص ٣٦) .

٣ . تقنين الفقه الإسلامي، للدكتور محمد زكي عبد البر (ص ٦١) .

٤ . انظر (ص ٧٦) من هذا البحث .

٥ . انظر (ص ٨٠) من هذا البحث .

وانتهجت البلدان العربية لوضع قانون يفيد من المذاهب الفقهية بما يتماشى مع روح العصر؛ حرصاً على تحقيق مصالح المكلفين، وقانون الأحوال الشخصية السوري – الذي تم وضعه عام (١٩٥٣م) – هو أول قانون كامل من نوعه في العالم الإسلامي كله؛ بشموله تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية، وخطوات تقديمه ضمن حدود الشريعة الإسلامية؛ فهو مُستمد من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وآرائه، وقد عُدلت بعض مواد هذا القانون في عام ١٩٧٥م وما زال مطبقاً في سوريا حتى الآن، وهذا القانون برهاناً على ما في الفقه الإسلامي من كفاية للاستجابة إلى شتى الحاجات التشريعية الزمنية^(١).

كما حصلت محاولة لمشروع قانون أحوال شخصية موحد للبلاد العربية كلها، مُستمد من مختلف المذاهب، ومن قاعدة الاستصلاح، وذلك خلال المؤتمر الأول لوزراء العدل العرب في الرباط عام (١٩٧٧م)، وتم الانتهاء من وضع هذا القانون عام (١٩٨٥م)، لكن بعض الدول تحفظت على بعض أحكامه؛ لمخالفتها المذهب الفقهي السائد فيها، ثم تقرر أن يُترك المشروع لكل دولة عربية مرجعاً تستمد منه ما تشاء^(٢).

وقضية التقنين هي صورة من صور الاستصلاح، وفي التقنين إغلاق باب القضاء بالرأي في ظل عدم بلوغ القضاة لرتبة الاجتهاد، وعدم وجود الوازع الديني الكافي الذي كان عند القضاة السابقين، وقد يقع الاختلاف الكبير الخطير بين القضاة – إن ترك الأمر إليهم –، فما هو مباح في طرف من أطراف البلاد يكون حراماً في طرف آخر، فلا تطمئن نفوس المتقاضين، وتقع الفوضى والاضطرابات من جرّاء ذلك، فهذا التقنين من باب السياسة الشرعية القائمة على مصلحة الرعية^(٣).

قال علاء الدين الطرابلسي رحمه الله تعالى^(٤): " قال القرافي: واعلم أن التوسعة على

١ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١/٢٦٢، ٢٦٣) .

٢ . المدخل الفقهي العام للزرقا (١/٢٦٦، ٢٦٧) .

٣ . تقنين الفقه الإسلامي، للدكتور محمد زكي عبد البر، (ص ٦١) .

٤ . هو علي بن محمد، الملقب بعلاء الدين بن ناصر الدين، الطرابلسي الأصل، الدمشقي المولد والمنشأ والوفاة، وُلِدَ عام (٩٥٠هـ)، كان شيخ الإقراء بدمشق، وإمام الجامع الأموي ومدرساً فيه، فقيهاً حنفياً، من كتبه: (سكب الأنهر على فرائض ملتقى الأبحر)، و(الألغاز العلائية) في القراءات العشر، توفي سنة (١٠٣٢هـ)، رحمه الله تعالى، انظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر للحموي (٣/١٨٦، ١٨٧)، والأعلام للزركلي (٥/١٣) .

الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفاً للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة، وتشهد له أيضاً القواعد الشرعية من وجوه:

أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية، لقوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(١)، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج .

وثانيها: أن المصلحة المرسلة قال بها جمع العلماء، .. ويؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار؛ نحو كتابة المصحف، .. وتدوين الدواوين، .. إلخ .

وثالثها: أن الشرع شدد في الشهادة أكثر من الرواية؛ لتوهم العداوة، .. إن لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح وتتعطّل الحقوق والأحكام، .. قال القرافي: ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول ما وُلّوا ولا عُرج عليهم، وولاية هؤلاء في مثل ذلك العصر فسوق، .. فقد حُسن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، واختلّفت الأحكام باختلاف الأزمان ... " (٢) .

وبعد وجود التقنين فالقاضي يتقيّد بالقانون ولا يجتهد لا برأيه ولا بانتقاء قولٍ يخالف القانون، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: " .. وكذلك لو صدر أمرٌ سلطانيٌّ بالعمل برأي مجتهدٍ في خصوص لما أن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهدٍ آخر منافٍ لرأي ذلك المجتهد، وإذا عمل لا ينفذ حكمه " (٣) .

ولأجل ما سبق في هذا التمهيد:

جعلتُ الباب _ وهو النصف _ الثاني من هذا البحث دراسةً تطبيقيةً، تناولتُ فيها أثر الاستصلاح في الأحوال الشخصية، وخصوصاً في قانون الأحوال الشخصية السوري؛

١ . سبق تخرجه، انظر: (ص١٤٤) و (ص٢٠٥) .

٢ . معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي (ص١٧٦، ١٧٧) .

٣ . مجلة الأحكام العدلية، ضمن المادة (١٨٠١)، (ص٣٦٧) .

للبحث عن مظاهر المصلحة ووجودها، ولأدلي بدلوي في تعليقات واقتراحات للقانون السوري كتعديل أو تقنين بعض المواد في ضوء الاستصلاح؛ لاختيار ما هو أوفق وأرفق وأوفى وأولى بتلبية حاجات هذا العصر، وأسأل الله التوفيق وأستلهمه الصواب، ولا حول ولا قوة إلا بالله .

وبدأت هذا الباب بدراسة موضوع تقييد المباح .



الفصل الأول _ تقييد المباح .

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول _ معنى تقييد المباح، وتأصيله، وضوابطه .

المبحث الثاني _ تحديد أهلية الزواج بالسّن .

المبحث الثالث _ الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .

المبحث الرابع _ توثيق عقد الزواج .





المبحث الأول _ معنى تقييد المباح، وتأصيله، وضوابطه .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ معنى تقييد المباح .

المطلب الثاني _ التأصيل الشرعي لتقييد المباح .

المطلب الثالث _ ضوابط تقييد المباح .



المطلب الأول _ معنى تقييد المباح:

أولاً _ تعريف التقييد:

التقييد أصله من القَيْد، والقَيْد هو حبلٌ يُجْعَلُ في رجل الدابة وغيرها ليمسكها، وقَيْد دابته أي عَقْلُها ليمسكها ويمنعها من الهروب، والتقييد هو وضع القيود ^(١) .

ومن هذا المعنى يُؤْخَذُ تقييد الحكم بوضع قيود لمنع استعماله أو لمنع حالاتٍ منه .

ثانياً _ تعريف المباح:

أصله اللغوي من البَوَّح، ومعانيه تدور في اللغة على معنيين، السَّعة والظَّهور، والمباح من السَّعة، وهو ما ليس بمحظور، فأمره واسعٌ غير مُضَيِّقٍ ^(٢) .

والمباح اصطلاحاً: له تعريفات عديدة، انتقيتُ منها تعريف الشاطبي رحمه الله تعالى، فقد قال: (المباح عند الشارع هو المَحْيَرُ فيه بين الفعل والترك، من غير مدحٍ ولا ذمٍّ، لا على الفعل ولا على الترك) ^(٣) .

ومن أمثلة المباح: البيع، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، [البقرة: ٢٧٥] .

ومن أمثلة المباح: تناول أنواع الأطعمة من الخضار والفاكهة، والنظر إلى الزوجة والمناظر الحسنة من الأشجار والأزهار، والاستماع إلى أصوات الطيور، وشمّ روائح الطيب .. إلخ ^(٤) .

ثالثاً _ معنى تقييد المباح:

الأصل في المباح أن المكلف له مطلق الحرية في فعله أو تركه، إلا أن هناك حالاتٍ أو

١ . انظر: لسان العرب لابن منظور، مادة (قيد)، باب الدال، فصل القاف، (٣/٣٧٢-٣٧٤) .

٢ . انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة بوح، (١/٣١٥)، ولسان العرب لابن منظور، مادة (بوح)، باب الحاء، فصل الباء، (٢/٤١٦) .

٣ . الموافقات للشاطبي (١/١٧٢) .

٤ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (١/٢٣١-٢٣٥) .

ظروفاً قد تدعو فيها الحاجةُ وليَّ الأمر^(١) إلى تقييد المباح؛ بمنع المكلف من فعله، أو بإلزامه بفعله، فتقييد المباح أمر مؤقت تقتضيه المصلحة الراجحة وليس تحريماً لما أحلَّ الله، وهذا من اختصاص ولي أمر المسلمين؛ فله أن يمنع بعض المباحات في الشرع، أو يُجبر على بعضها؛ إما درءاً لمفسدةٍ أو جلباً لمصلحة^(٢).

رابعاً _ مثال تقييد المباح:

١ _ مثال تقييد المباح بالمنع منه: قال الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله تعالى: "والآجام: الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة، .. وهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة، فلكل واحد حق الاستيلاء عليها، وأخذ ما يحتاجه منها، وليس لأحدٍ منع الناس منها، وإذا استولى شخصٌ على شيءٍ منها وأحرزه صار ملكاً له، لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار؛ رعايةً للمصلحة العامة، وإبقاءً على الثروة الشجرية المفيدة"^(٣).

٢ _ مثال تقييد المباح، بالإلزام به: الإلزام بتوثيق عقد الزواج رسمياً، أي تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية صادرة عن جهة حكومية مختصة في الدولة التي أبرم فيها العقد، وفق تنظيم معين، ویترتب على مخالفة هذا الأمر عقوبات قانونية، وآثار تختلف باختلاف

١ . ويُسمَّى الإمام، والإمامة الكبرى هي رئاسة عامة في الدين والدنيا، خلافةً عن النبي ﷺ، وسمَّيت كبرى تمييزاً لها عن الإمامة الصغرى، وهي إمامة الصلاة، انظر: التعريفات للجرجاني (ص ٣٥)، والتوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد، المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين، المناوي، المتوفى سنة (١٠٣١ هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عبد الخالق ثروت، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤١٠ هـ/ ١٩٩٠ م)، (ص ٦١)، وحاشية ابن عابدين (١/ ٥٤٨)، ونهاية المحتاج للرملي (٧/ ٤٠٩).

٢ . انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤)، (ص ١١١)، وتقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، وهو بحث للدكتور عبدالرحمن العمراني، أستاذ الفقه الإسلامي بجامعة القاضي عياض في المغرب، منشور على الشبكة العنكبوتية للمعلومات (الإنترنت)، في موقع المكتبة، قسم: رسائل الفقه وأصوله، عنوان الموقع (almaktabah.net)، (ص ٤)، ووسطية الإسلام وسماعته، للدكتور وهبة الزحيلي، بحث منشور على موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في السعودية، (ص ١٤)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان، بحث منشور في موقع شبكة الألوكة، (www.alukah.net)، (ص ٥).

٣ . الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، (٥/ ٥٠٥).

القوانين، وسيأتي تفصيل هذه المسألة جيّداً في المبحث الرابع من هذا الفصل إن شاء الله تعالى^(١).

وعلى سبيل المثال: نصّت المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: (١ _ يُقدّم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

أ _ شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة، وستّه، ومحل إقامته، واسم وليّه، وأنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي .

ب _ صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية .

ج _ شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوّهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره ...

٢ _ لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الاجراءات، على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات، ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية) .

١ . تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن إبراهيم زيد الكيلاني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والعشرون، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، (ص ٢٠٥) .

المطلب الثاني _ التأصيل الشرعي لتقييد المباح:

الأصل الشرعي الذي تستند إليه مسألة تقييد المباح هو السنة المطهرة، وأعمال الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ومن الأدلة على ذلك:

أولاً _ من السنة المطهرة:

قال رسول الله ﷺ: ((من ضحّى منكم فلا يُصِحِّحْ بعد ثلاثة وبقي في بيته منه شيء))، فلما كان العام المقبل، قالوا: يا رسول الله، نفعل كما فعلنا عام الماضي؟ قال: ((كلوا وأطعموا وادخروا، فإن ذلك العام كان بالناس جهْدً، فأردت أن تعينوا فيها))^(١).

وفي رواية أخرى: قال ﷺ: ((إنما نُهيئكم من أجل الدّافة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا))^(٢).

قال ابن حجر رحمه الله عن هذا الحديث: " وبَيَّن فيه أيضاً السَّبب في التقييد وأنه لتحصيل التوسعة بلحوم الأضاحي لمن لم يضحّ " ^(٣).

وقال: " والتقييد بالثلاث واقعة حال، وإلا فلو لم تستدّ الحَلَّة إلا بتفرقة الجميع لزم على هذا التقرير عدم الإمساك ولو ليلة واحدة " ^(٤).

١ . متفق عليه، رواه البخاري واللفظ له، في كتاب الأضاحي، باب ما يُؤْكَل من لحوم الأضاحي وما يتزوّد منها، (١٠٣/٧)، رقم الحديث (٥٥٦٩)، ومسلم في كتاب الصيد والذبائح وما يؤْكَل من الحيوان، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، (١٥٦٣/٣)، رقم الحديث (١٩٧٤).

٢ . هذه الرواية رواها مسلم في كتاب الصيد والذبائح وما يؤْكَل من الحيوان، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، (١٥٦١/٣)، رقم الحديث (١٩٧١)، والدّافة: هي القوم يسبّرون جماعة، سيراً خفيفاً، لسان العرب لابن منظور (١٠٥/٩).

والمراد: أن بعض ضعفاء الأعراب ومساكينهم جاؤوا للمواساة، فهى النبي ﷺ عن ادّخار لحوم الأضاحي، شرح النووي لصحيح مسلم (١٣٠/١٣).

٣ . فتح الباري لابن حجر (٢٥/١٠).

٤ . فتح الباري لابن حجر (٢٨/١٠).

وسئلت السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها: "أنهى النبي ﷺ أن تؤكل لحوم الأضاحي فوق ثلاث؟"، قالت: "ما فعله إلا في عامٍ جاع الناس فيه، فأراد أن يُطعم الغني الفقير، وإن كنا لنرفع الكراع، فنأكله بعد خمس عشرة"، قيل: "ما اضطرركم إليه؟" فضحكت، قالت: "ما شبع آل محمد ﷺ من خبز بُرٍّ مَادُوم ثلاثة أيام حتى لحق بالله" (١).

إذًا: نُهي رسول الله ﷺ الناس أن يأكلوا لحوم أضاحيهم فوق ثلاثة أيام كان بصفة مؤقتة؛ لدفع حاجة المحتاجين الذين لم يضحوا، فالنهي مؤقتٌ لحاجة دعت إليه، والنبي ﷺ هو إمام المسلمين؛ وقد اقتضت المصلحة أن يقيد أمرًا كان مباحًا بما رآه مناسباً لحصول المقصود؛ وهو أن ينتفع المحتاجون بلحم الأضاحي، ولما زالت الحاجة سمحَ بما كان قد نُهي عنه ﷺ (٢).
فهذه الحادثة أصلٌ في مشروعية تقييد المباح؛ لمصلحة يراها ولي الأمر .

ثانياً _ من أعمال الصحابة :

بعث سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى سيدنا حذيفة بن اليمان رضي الله عنه (٣) بعد ما ولاه المدائن، وكثر المسلمات: "إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها"، فكتب إليه: "لا أفعل حتى تخبرني: أحلال أم حرام، وما أردت بذلك!"، فكتب إليه: "لا، بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة" (٤)، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم

١ . متفق عليه، رواه البخاري واللفظ له، في كتاب الأطعمة، باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم وأسفارهم، من الطعام واللحم وغيره، (٧/٧٦)، رقم الحديث (٥٤٢٣) .

٢ . تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، للدكتور عبدالرحمن العمراني، (ص٥)، والثواب والمنتغرات في الأحكام الفقهية المتعلقة بالمرأة في مجال الأحوال الشخصية، (دراسة فقهية قانونية)، رسالة ماجستير للباحثة ليلي مصطفى مواسي، بجامعة الخليل، (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، (ص٦٤)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان، (ص٩) .

٣ . هو الصحابي الجليل حذيفة بن اليمان، أبو عبد الله، وأبوه اليمان اسمه: حسيل بن جابر، واليمان لقب، وأمه: الرباب بنت كعب الأنصارية، وهو من كبار أصحاب رسول الله ﷺ، وهو صاحب سر رسول الله ﷺ، شهد هو وأبوه معركة أجد، وقتل أباه يومئذ بعض المسلمين وهو يحسبه من المشركين، مات سنة (٣٦هـ) ﷺ، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر (١/٣٣٤، ٣٣٥) .

٤ . الخِلافة هي الخداع والكذب، مختار الصحاح للرازي، مادة (خلب)، (ص٤٩) .

على نسائكم"، فطلّقها^(١).

وفي رواية أخرى: قال سيدنا عمر رضي الله عنه: "أخاف أن تواقعوا المومسات منهن"^(٢).

وفي رواية: أخرى: قال: "ولكنك سيد المسلمين ففارقها"^(٣).

أي خاف سيدنا عمر رضي الله عنه أن يقتدي المسلمون بسيدنا حذيفة رضي الله عنه فينكحوا الكتايات ويزهدوا في المسلمات^(٤).

وأضاف الكمال بن الهمام رحمه الله تعالى: "وإنما كان ذلك لخلطة الكافرة بالمؤمن، وخوف الفتنة على الولد؛ لأنه في صغره ألزم لأمه، .. ولأنها تصير تشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع، لا لعدم الحل"^(٥).

إذاً: المفسد التي تُخشى من هذا النكاح المباح، في ظروفٍ معيّنة، وحالاتٍ معيّنة، أدّت إلى منع سيدنا عمر — الذي كان وليّ الأمر آنذاك — هذا الأمر مع إقراره بإباحته، فهذا

١ . تاريخ الرسل والملوك، المعروف بتاريخ الطبري، لمحمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، المتوفى سنة (٣١٠هـ) رحمه الله تعالى، مع صلة تاريخ لعريب بن سعد القرطبي، المتوفى سنة (٣٦٩هـ) رحمه الله تعالى، دار التراث، بيروت، الطبعة الثانية، (١٣٨٧ هـ)، (٥٨٨/٣)، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب، وتحريم المؤمنات على الكفار، (٢٧٦/٧)، رقم الحديث (١٣٩٨٤)، وابن كثير في تفسيره، وقال: "وهذا إسنادٌ صحيح"، تفسير ابن كثير (٥٨٣/١).

٢ . سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان، سعيد بن منصور بن شعبة، الخراساني، الجوزجاني، المتوفى سنة (٢٢٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، (١٤٠٣ هـ / ١٩٨٢ م)، (٢٢٤/١)، رقم الحديث (٧١٦)، والكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم، المتوفى سنة (٢٣٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٠٩هـ)، في كتاب النكاح، من كان يكره النكاح في أهل الكتاب، (٤٧٤/٣)، رقم الحديث (١٦١٦٣).

٣ . سنن سعيد بن منصور، (٢٢٥/١)، رقم الحديث (٧١٨).

٤ . جامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، المتوفى سنة (٣١٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م)، (٣٦٦/٤).

٥ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٢٣٠/٣).

تقييداً ومنعاً للمباح لمصلحة عامة رآها ولي الأمر ^(١) .

وبحث الكتاب في القواعد الفقهية مسألة تقييد المباح، تحت قاعدة: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة) ^(٢)، أي في باب السياسة الشرعية ^(٣) .

أقول: تقييد المباح أحد أفراد هذه القاعدة .

وأقترح صياغة قاعدة ضابطة لمسألة تقييد المباح، وهي: (للإمام تقييد المباح بمنعه أو الإلزام به لمصلحة معتبرة) .

والمصالح المرسلة هي الأساس الذي تُبنى عليه مسألة تقييد المباح، قال الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله تعالى: " إن الفقهاء قد اعتبروا أوامر السلطان _ ولي الأمر _ مرعية نافذة شرعاً، ولو كانت تتضمن تقييد مطلق أو منع جائز في الأصل، أو ترجيح رأي فقهي مرجوح ما دامت تستند إلى مصلحة يرجع إلى ولي الأمر تقديرها بحسب قاعدة المصالح المرسلة " ^(٤) .

فإذا قيد ولي الأمر مباحاً لزم طاعته، وحرم مخالفته، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَإِطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، [النساء: ٥٩] .

١ . الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني (ص ١١١)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان، (ص ١٠) .

٢ . المنشور في القواعد الفقهية للزركشي (٣٠٩/١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٢١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٠٤) .

٣ . هي إصلاح أمور الرعية وتبدير أمورهم، في أمور الدين والدنيا، قام بها الرسل، وقام بها السلاطين من بعد الرسل، وتطلق أيضاً على فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي، انظر: الكليات؛ معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأيوب بن موسى الحسيني، القريني، الكفوي، أبو البقاء الحنفي، المتوفى (١٠٩٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ص ٥١٠)، وحاشية ابن عابدين (١٥/٤)، وقد ألف العلماء كتاباً مستقلة تحمل اسم: السياسة الشرعية، ومنها: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لأبي العباس أحمد بن عبد الحليم، ابن تيمية، المتوفى سنة (٧٢٨هـ) رحمه الله تعالى، طبعته وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ) .

٤ . الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي للشيخ مصطفى الزرقاء، (٢٣/٤)، نقلاً من كتاب: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني (ص ١١٢) .

المطلب الثالث _ ضوابط تقييد المباح:

سلطة ولي الأمر في تقييد المباح ليست مطلقة، بل لها ضوابط وقيود تعصم القضية عن الوقوع في الهوى والتشهي والتضييق على الناس، وهذه الضوابط هي:

أولاً: أن يحقق تقييد المباح مصلحة حقيقية لا موهومة، وعامة، لا خاصة ببعض الأشخاص وضارة بالآخرين، ومعتبرة شرعاً لا مخالفة للشرع أو مقاصده^(١).

والنظر في المآلات مقصودٌ شرعاً، فقد يفضي العمل بمباحٍ إلى مفسدةٍ ظاهرة يغلب على الظن وقوعها، فعلى الإمام منع هذا المباح درءاً للمفسدة، وقد يؤدي الإلزام بمباحٍ إلى درء مفسدةٍ يغلب على الظن وقوعها، فعلى الإمام إلزام الرعية بهذا المباح درءاً للمفسدة، وما يُقال في درء المفسدة يُقال في جلب المصلحة، فعلى الإمام أن يتحرى المصلحة الحقيقية ويسعى لتحصيلها، ويتحرى المفسد ويسعى في درئها ولو بتقييد المباح بمنعه أو الإلزام به^(٢).

ومثال ذلك: أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر سيدنا حذيفة رضي الله عنه بطلاق زوجته الكتابية، وأقرَّ بأن هذا مباح، لكنه يفضي إلى مفسد؛ كإقتداء المسلمين به في زواج الكتابيات فيزهدوا بالمسلمات، وخوفه على دين الأولاد لأنهم في صغرهم ألزم لأمرهم... إلخ^(٣).

فإن قيل: كيف تُبيح الشريعة ما يفضي استعماله إلى المفسدة؟ فالجواب؛ هو قول الشاطبي رحمه الله تعالى: "كونُ النعم تؤول بأصحابها إلى النقم، إنما ذلك من جهة وضع المكلف؛ لأنها لم تصر نقماً في أنفسها، بل استعمالها على غير الوجه المقصود هو الذي

١ . سلطة الدولة في تقييد المباح ونماذج، للأستاذ رأفت محمود عبد الرحمن حمبوظ، بحث منشور على موقع نسيم الشام، وعنوان الموقع: (www.naseemalsham.com)، (ص ٨)، وتقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، للدكتور عبدالرحمن العمراني (ص ٥، ٦)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان، (ص ٧، ٨) .

٢ . انظر: الموافقات للشاطبي (١٧٧/٥، ١٧٨)، وتقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، للدكتور عبدالرحمن العمراني (ص ٥، ٦) .

٣ . انظر: (ص ٢٧٨، ٢٧٩) من هذا البحث .

صَيَّرَهَا كَذَلِكَ " (١) .

وهذا يقتضي أنه متى انتفت أسباب إفضاء المشروع إلى الممنوع عاد الحكم إلى أصله؛ فيرفع ولي الأمر القيد الذي وضعه على المباح .

وهنا تبرز ضرورة الرجوع إلى العلماء في تحديد المصلحة والمفسدة ومآلاتها؛ لأنه يترتب على ذلك أحكام شرعية فلا بدّ من الرجوع فيها إلى أهل العلم والإفتاء؛ حتى لا يؤدي تقييد المباح إلى مخالفة الشرع، أو مخالفة مقاصد الشريعة (٢) .

ثانياً: أن يتعلق تقييد المباح بفردٍ من أفرادهِ، وفي أحوال وظروف معينة تستلزم التقييد، وبمقدار الضرورة المحققة للمصلحة، ولا يجوز أن يكون التقييد دائماً مطلقاً شاملاً جنس المباح؛ لأن جنس الإباحة ثبت بالدليل الشرعي، وليس لأحدٍ أن يحرم ما أحل الله (٣) .

قال تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ ءَلِلَّهِ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾، [يونس: ٥٩] .

أقول: لما منع النبي ﷺ ادّخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، كان نهياً مؤقتاً، وكان منعاً لفردٍ من أفراد المباح وهو ادّخار لحم الأضحية، وبقي جنس المباح بادّخار المطعومات الباقية ولحوم غير الأضاحي، وكان نهياً لظرفٍ معيّن، فلما زال السبب أعاد النبي ﷺ الإباحة في العام التالي (٤) .

١ . الموافقات للشاطبي (٣/٥١٣، ٥١٤) .

٢ . تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، للدكتور عبدالرحمن العمراني، (ص٦)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان (ص٨، ٩) .

٣ . فقه تقييد المباح، لياسين بن علي، وهو مقال منشور على (الإنترنت)، في موقع منتديات تونيزياسات نقلاً عن مجلة الزيتونة بتونس، وعنوان الموقع: (www.tunisia-sat.com)، وسلطة ولي الأمر في تقييد المباح، للدكتور صالح سالم النهام، مقال منشور على (الإنترنت)، في موقع الوعي الإسلامي، (alwaei.gov.kw)، وسلطة الدولة في تقييد المباح وغماذج، للأستاذ رأفت حمبوظ، (ص٥، ٦)، وتقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، للدكتور عبدالرحمن العمراني، (ص٦)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان (ص٨، ٩) .

٤ . انظر: (ص٢٧٧) من هذا البحث .

ولما جاء نفرٌ من أصحاب النبي ﷺ وسألوا أزواج النبي ﷺ عن عمله في السر، فقال بعضهم: لا أتزوج النساء، وقال بعضهم: لا آكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش، فحمد النبي ﷺ الله وأثنى عليه، فقال: ((ما بال أقوام قالوا كذا وكذا؟ لكني أصلي وأنام، وأصوم وأفطر، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني)) (١) .

ويتقيّد بمقدار ما تتحقّق به المصلحة المرجّوة، ولا يتوسّع فيه (٢) .

ولا يجوز للإمام أن يمنع تعدّد الزوجات مثلاً؛ فهي مسألة تتعلّق بالفرد إن شاء عدّد وإن شاء اكتفى بواحدة؛ قال تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْوِلُوا﴾، [النساء: ٣]، فالشارع قد أباح التعدّد بنصّ قطعي الثبوت والدلالة، فلا يجوز للإمام أن يمنع هذا المباح، ولا أن يلزم به، وإلا عطّل النص، والعدل واجبٌ على الزوج في زواجه من واحدة أو أكثر، فلو جاز للإمام منع التعدّد لعدم وجود العدل لجاز له منع الزواج أصلاً، وهذا باطل، وللإمام أن يمنع الظلم لا أن يمنع الزواج، والتعدّد (٣) .

ثالثاً: أن يكون المباح مما جُعِلَ للإمام حقّ التصرف فيه؛ كأن يكون متعلّقاً بشؤون الدولة الخاصة؛ ومثالها (٤):

- ١ _ شؤون الجيش، وإلزامهم بلباس معيّن .
- ٢ _ إلزام موظفي الدولة بأوقات عملٍ معيّنة، وأعمالٍ مخصوصة .
- ٣ _ إلزام الأغنياء بدفع مقدارٍ زائدٍ من المال غير الزكاة؛ في حال الضرورة .

١ . رواه مسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه، ووجد مؤنّة، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، (١٠٢٠/٢)، رقم الحديث (١٤٠١) .

٢ . الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٤)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٣) .

٣ . فقه تقييد المباح، لياسين بن علي، (www.tunisia-sat.com) .

٤ . الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدبرني (ص ١١٣-١١٥)، وفقه تقييد المباح، لياسين بن علي، (www.tunisia-sat.com)، وسلطة الدولة في تقييد المباح ونماذج، للأستاذ رأفت حمبوظ، (ص ٦)، ونور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان (ص ١٢) .

٤ _ تحديد أساليب ووسائل معيّنة لتنفيذ ما أُنيطَ بالدولة من واجبات كجمع الزكاة وتوزيعها .

٥ _ تقييد سفر بعض الأشخاص .

ومن الأدلة على ذلك:

١ _ حمى رسول الله ﷺ النقيع^(١) .

٢ _ قضى النبي ﷺ في الطريق الميتاء أن تُجعل سبعة أذرع إن اختلف أهلها^(٢) .

أي الطرق يمرّ الناس بها، أو التي يُراد البناء بقرمها فتكون بين بناءين، فإن اختلف أهل الطريق، جُعِل اتّساعها ما بين البناء والبناء سبعة أذرع حتى لا تضرّ بالمارة، وتسمح بمرور الأحمال ووسائل الركوب^(٣) .

٣ _ لما كان يوم حنين: قسّم النبي ﷺ أموال حنين في المهاجرين والطلقاء، ولم يعط الأنصار شيئاً^(٤) .

٤ _ منع سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعلام قريش من المهاجرين من الخروج في البلدان إلا بإذن وأجل؛ لحاجته إلى مشورتهم في النوازل، ولدرء بعض المفاسد التي تنتج من انتشارهم

١ . أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ، (١١٣/٣)، رقم الحديث (٢٣٧٠)، قال ابن حجر في فتح الباري: " أصل الحمى عند العرب: أن الرئيس منهم كان إذا نزل منزلاً مخصباً استعوى كلباً على مكان عالٍ، فيألى حيث انتهى صوته حماه من كل جانب، فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه، والحمى هو المكان الحمي، وهو خلاف المباح، والمراد أن يمنع من الإحياء من ذلك الموات ليتوفر فيه الكلاء، فترعاه مواشٍ مخصوصة كالخيل أو إبل الصدقة ويمنع غيرها "، فتح الباري لابن حجر (٤٤/٥) .

والنقيع مكان قريب من المدينة المنورة، معجم البلدان، لشهاب الدين، أبو عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي، الحموي، المتوفى سنة (٦٢٦هـ) رحمه الله تعالى، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، (١٩٩٥ م)، (٣٠١/٥) .

٢ . أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب المظالم والغصب، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء: وهي الرّحبة تكون بين الطريق، ثم يريد أهلها البنيان، فثَرَكَ منها الطريق سبعة أذرع، (١٣٥/٣)، رقم الحديث (٢٤٧٣) .

٣ . فتح الباري لابن حجر (١١٨/٥) .

٤ . أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لهما، البخاري في صحيحه، في كتاب المغازي، باب غزوة الطائف، (١٦٠/٥)، رقم الحديث (٤٣٣٧)، ومسلم في كتاب الكسوف، باب إعطاء المؤلفة قلوبهم على الإسلام وتصبر من قوي إيمانه، (٧٣٥/٢)، رقم الحديث (١٠٥٩) .

في البلدان؛ كانقطاع الناس إليهم ووقوع التحزّب والتفرّق^(١) .

ومن أوضح النصوص التي تبين مثالا من أمثلة تقييد المباح؛ ما ذكره الشاطبي رحمه الله تعالى، حيث قال: " إنا إذا قررنا إماماً مُطاعاً مفتقراً إلى تكثير الجنود؛ لسدّ الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فلإمام - إذا كان عدلاً - أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال، .. وإنما لم يُنقل مثل هذا عن الأولين لاتساع مال بيت المال في زمانهم بخلاف زماننا، فإن القضية فيه أخرى، ووجه المصلحة هنا ظاهر، فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام بطلت شوكة الإمام، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار " (٢) .

وغير ذلك من الأدلة التي تحدّد حدود المباحات التي جُعِلَ للإمام أن يتصرّف فيها، وتبين طبيعة تقييد المباح والاجتهاد فيه، بحيث تتحقّق مقاصد الشريعة وتُضبط مصالح الناس على نحو يمنع المفاسد ويضمن الاستقرار .

قال ابن عاشور رحمه الله تعالى^(٣): " إن مقصد الشريعة من التشريع حفظ نظام العالم، وضبط تصرّف الناس فيه على وجه يعصم من التّفاسد والتّهلك " (٤) .

١ . تاريخ الطبري (٣٩٦/٤، ٣٩٧)، وتاريخ دمشق، لأبي القاسم، علي بن الحسن، بن هبة الله، المعروف بابن عساكر، المتوفى (٥٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر، (١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م)، (٣٩/٣٠٢، ٣٠٣) .

٢ . الاعتصام للشاطبي (ص ٦١٩) .

٣ . هو محمد الطاهر بن محمد الشاذلي، بن عبد القادر، بن محمد، بن عاشور، نقيب أشرف تونس وكبير علمائها، في عهد الباي محمد الصادق (باشا)، ولي القضاء ثم الفتيا ثم نقابة الأشراف، له كتب، منها: (شفاء القلب الجريح) في شرح البردة، و (هدية لأريب) في النحو، و(مقاصد الشريعة)، توفي بتونس، سنة (١٢٨٤هـ) رحمه الله تعالى، انظر: معجم المطبوعات العربية والمعرّبة، ليوسف بن إلبان بن موسى سركيس (١٥٦/١)، والأعلام للزركلي (١٧٣/٦) .

٤ . مقاصد الشريعة لابن عاشور (٢٧٣/٢) .



المبحث الثاني _ تحديد أهلية الزواج بالسنّ .

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول _ نزواج الصّغار، وحكمه .

المطلب الثاني _ حكم تحديد سنّ للنزواج .

المطلب الثالث _ تحديد سن الزواج في القانون .

المطلب الرابع _ رأي الباحث في تحديد سن الزواج .



المطلب الأول _ زواج الصغار، وحكمه:

أولاً: تعريف زواج الصغار:

١ _ الزواج: عرّف فقهاء المذاهب الأربعة الزواج تعريفات تختلف في صيغتها، وتتفق في مفهومها^(١)، واخترت ذكر تعريفين، تعريف الحنفية والشافعية:

أ _ تعريف الزواج عند الحنفية: الزواج هو (عقد يفيد ملك المتعة قصداً)^(٢)، أي يفيد حلّ استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، قصداً؛ فخرج ما يفيد الحل ضمناً، كشراء أمة للتسري^(٣) .

ب _ تعريف الزواج عند الشافعية: الزواج هو (عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته)^(٤) .

وعرّف قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج، في المادة الأولى منه: (الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل) .

والمعنى من التعريفات السابقة واحد؛ يفيد أن الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، يفيد إباحة استمتاع كلّ منهما بالآخر، على الوجه المأذون فيه شرعاً .

٢ _ الصغار: الصّغر: هو أمرٌ عارضٌ على حقيقة الإنسان ضرورة، يلحق به منذ مولده إلى بلوغه الحلم^(٥) .

١ . حاشية ابن عابدين (٣/٥)، والفواكه الدواني للنفاوي (٢/٣)، ومغني المحتاج للشربيني (٤/٢٠٠)، والروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين، البهوتي، الحنبلي، المتوفى سنة (١٠٥١هـ) رحمه الله تعالى، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرّج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، (ص٥٠٨) .

٢ . البحر الرائق لابن نجيم (٣/٨٥) .

٣ . حاشية ابن عابدين (٣/٥) .

٤ . مغني المحتاج للشربيني (٤/٢٠٠) .

٥ . كشف الأسرار للبخاري (٤/٢٦٣) .

والصغار في هذا البحث هم الذكور والإناث الذين هم دون سنّ البلوغ .
وزواج الصغار: هو عقد الزواج الذي يكون أحد طرفيه أو كلاهما غير بالغ^(١) .

ثانياً: حكم زواج الصغار:

زواج الصغار مشروع جائز في المذاهب الأربعة، ولكن يزوجه وليه ولا يتولى هو العقد بنفسه^(٢)، والأدلة على ذلك كثيرة، منها:

١ _ من القرآن الكريم: يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّتِي بَسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾، [الطلاق: ٤] .

وجه الدلالة: أن المراد من قوله تعالى ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾، أي: الصغار اللائي لم يبلغن سن الحيض فعدتهن ثلاثة أشهر أيضاً، وطالما أن هذه الآية تبين عدة الصغيرة التي لا تحيض بأنّها ثلاثة أشهر فهي بذلك تدلّ على صحة الزواج منها؛ لأن سبب العدة هو الطلاق بعد الزواج، وهذا دليل تصوّر زواج الصغار^(٣) .

١ . زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، وهو بحث قدّمته الباحثة: سها ياسين عطا القيسي، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية في غزة، (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، (ص ٦) .

٢ . انظر مثلاً: الهداية في شرح بداية المبتدي للمريناني (١/١٩٣)، واللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب، بن حمادة، الغنيمي، الدمشقي، الحنفي، المتوفى سنة (١٢٩٨هـ) رحمه الله تعالى، وحققه، وعلّق حواشيه، محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (٣/١٠)، والمدونة، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر، الأصبحي، المدني، المتوفى سنة (١٧٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، ومنح الجليل لعليش (٣/٣٠٩)، والأم للشافعي (٥/٢٢)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (١٦/١٩٨)، والفروع لابن مفلح (٨/٢٠٤، ٢٠٥)، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد بن موسى، الحجاوي، المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا، المتوفى سنة (٩٦٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (٣/١٧٧) .

٣ . انظر: تفسير الطبري (٢٣/٤٥١)، وأحكام القرآن لأحمد بن علي، أبو بكر، الرازي، الجصاص، الحنفي، المتوفى سنة (٣٧٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (١٤٠٥هـ)، (٥/٣٥١)، ومعالم التنزيل في تفسير القرآن، المعروف بتفسير البغوي، لمحيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود، البغوي، المتوفى سنة (٥١٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد الله النمر، وعثمان جمعة ضميمية، وسليمان مسلم الحرش، دار طيبة، الطبعة الرابعة، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، (٨/١٥٢)، وتفسير القرطبي (١٨/١٦٢) .

ويؤيد هذا ما ورد في سبب نزول الآية الكريمة؛ فإنه لما نزل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ [البقرة: ٢٢٨]، قال سيدنا أبي بن كعب رضي الله عنه^(١): لما نزلت الآية التي في سورة البقرة في عَدَدٍ من عَدَدِ النساء، قالوا: قد بقي عَدَدٌ من النساء لم يُذكرن، الصغار والكبار، ولا من انقطعت عنهن الحيض، وذوات الأحمال، فأنزل الله عز وجل الآية التي في سورة النساء: ﴿وَالَّتِي يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ...﴾ [الطلاق: ٤]^(٢).

فدل ذلك على جواز زواج الصغيرة قبل البلوغ.

٢ _ من السنّة المطهرة: أن السيدة عائشة رضي الله عنها تزوّجها النبي صلّى الله عليه وآله وهي بنت ستّ سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين^(٣).

٣ _ من آثار الصحابة رضي الله تعالى عنهم: هناك حالات عديدة لزواج الصغار فعلها الصحابة، ومنها أن سيدنا عمر بن الخطاب خطب إلى سيدنا علي ابنته السيدة أم

١ . هو أبي بن كعب بن قيس بن عبيد، وأمه صُهَيْلَة بنت الأسود بن حرام بن عمرو، وهي عمة أبي طلحة الأنصاري، يُكنّى بأبي المنذر، وأبي الطُّفَيْل، شهد العقبة الثانية، وبايع النبي صلّى الله عليه وآله فيها، ثم شهد بدرًا، وكان أحدَ فقهاء الصحابة وأقرأهم لكتاب الله، ومن كتّاب الوحي، يُلقَّب بسيد المسلمين، وفي تاريخ وفاته أقوال، أصحّها أنه توفّي سنة ثلاثين في خلافة سيدنا عثمان، فإنه قد أمره بجمع القرآن مع سيدنا زيد وغيره، والله تعالى أعلم، رحمه الله، انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٣/٣٧٨-٣٨١)، والاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر (١/٦٥-٧٠).

٢ . أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح، في المرأة يُتَوَقَّعُ عنها زوجها فتضع بعد وفاته بيسير، (٣/٥٥٤)، رقم الحديث (١٧١٠٤)، والحاكم في مستدركه، واللفظ له، وقال: "صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، في كتاب التفسير، في تفسير سورة الطلاق، (٢/٥٣٤)، رقم الحديث (٣٨٢١)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الغُدَد، باب سبب نزول الآية في العدة، (٧/٦٨٠)، رقم الحديث (١٥٣٧٩)، وأحكام القرآن للجصاص (٥/٣٥١)، وتفسير القرطبي (١٨/١٦٢).

٣ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، (٧/١٧)، رقم الحديث (٥١٣٤)، ومسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، (٢/١٠٣٩)، رقم الحديث (١٤٢٢).

كلثوم^(١)، فقال سيدنا علي^{عليه السلام}: "إنها صغيرة، فانظر إليها"، فأرسلها إليه برسالة فمازحها، فقالت: "لولا أنك شيخ، أو لولا أنك أمير المؤمنين"، فأعجب سيدنا عمر^{عليه السلام} مصاهرته فخطبها فأنكحها إياه^(٢).

٤ _ الإجماع: نقل كثير من العلماء الإجماع على جواز نكاح الصغار^(٣).

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: "وأجمعوا أن نكاح الأب ابنته الصغيرة البكر جائز إذا تزوجها من كفاء، وأجمعوا أن نكاح الأب ابنه الصغير جائز"^(٤).

قال النووي رحمه الله تعالى: "وأجمع المسلمون على جواز تزويجه _أي الأب_ ابنته البكر الصغيرة"^(٥).

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "وإذا زوّج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة، فالنكاح ثابت، وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة، أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها"^(٦).

١ . هي أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب، أمها السيدة فاطمة بنت سيدنا رسول الله^ﷺ، ولدت قبل وفاة رسول الله^ﷺ، تزوجها سيدنا عمر بن الخطاب، وبعد وفاته تزوجت من عون بن جعفر بن أبي طالب، وبعد وفاته تزوجت من أخيه محمد بن جعفر بن أبي طالب، وبعد وفاته تزوجت من أخيه عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، توفيت مع ابنها زيد بن عمر بن الخطاب وصلى عليها أكثر من ثمانين من أصحاب النبي^ﷺ، انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٣٣٨/٨-٣٤٠)، وأسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير (٣٨٨، ٣٨٧/٦).

٢ . أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، واللفظ له، في كتاب النكاح، في ما قالوا في الرجل يزوّج الصبية أو يتزوجها، (١٧/٤)، رقم الحديث (١٧٣٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح الآباء الأبنكار، (١٨٥/٧)، رقم الحديث (١٣٦٦٠)، ومسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب^{عليه السلام} وأقواله على أبواب العلم، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المتوفى سنة (٧٧٤هـ)، بتحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، (٣٩٠/١)، (٣٩١).

٣ . نقل عبد الرحمن بن سعد الشثري سبعة وثلاثين نصاً لسبع وثلاثين عالماً من علماء المذاهب الأربعة، مثل: الكاساني الحنفي، وأبو الوليد الباجي المالكي، والنووي الشافعي، والمرداوي الحنبلي .. إلخ، ذكروا الإجماع على جواز نكاح الصغار، في كتابه: الدعوة لتحديد سن الزواج، تاريخها وحكمها، لعبد الرحمن بن سعد الشثري، دار التوحيد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، (١٤٣٥هـ)، (ص ٤٠-٤٦).

٤ . الإجماع لابن المنذر (ص ٧٨).

٥ . شرح النووي لصحيح مسلم (٢٠٦/٩).

٦ . المغني لابن قدامة (٤٠/٧).

وذهب ابن شبرمة^(١) وأبو بكر الأصم^(٢) وعثمان البتي^(٣) رحمهم الله تعالى إلى منع زواج الصغار حتى يبلغوا؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَعْمَنَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ..﴾، [النساء: ٦]، فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة، ولأن ثبوت الولاية على الصغار هو حاجتهم، فما لا حاجة لهم فيه لا تثبت فيها الولاية عليهم، ولا حاجة بهم إلى الزواج؛ لأن مقصود الزواج هو قضاء الشهوة طبعاً، والنسل شرعاً، والصغر ينافيهما^(٤).

وهذا استدلالٌ ضعيف لا تقوم به الحجة في مقابلة أدلة الجمهور .

ثالثاً: الحكمة من زواج الصغار:

زواج الصغار قد يحقق مصالح كثيرة، أهمها:

١ _ تحصيل الكفاءة، فقد لا يتوافر الكفاء في كل وقت، وفي انتظار البلوغ تفويت لهذا الكفاء، بل قد لا يوجد مثله، وغالباً ما يحدث هذا الزواج بين الأقارب، أو يحدث طمعاً بالنسب والشرف والدين وغير ذلك من المقاصد المشروعة^(٥).

١ . هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي، وُلِدَ في العراق، وكان من أكابر الفقهاء، ومن أئمة الفروع، وله شعر جيد، ولي قضاء الكوفة، وولي اليمن مدةً، حدث عن: سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه، وإبراهيم النخعي، والحسن البصري، وحدث عنه: الحسن بن صالح، وسفيان بن عيينة، وغيرهم، توفي سنة (١٤٤ هـ) رحمه الله تعالى ورضي عنه، انظر: طبقات ابن سعد (٣٣٧/٦)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٦/٣٤٧ - ٣٤٩).

٢ . هو عبد الرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم، من شيوخ المعتزلة، وُلِدَ في العراق، وكان من أفقه الناس وأفصحهم، صبوراً، ورعاً، وقوراً، إلا أنه كان فيه ميل عن سيدنا علي رضي الله عنه، وله كتب، منها: (خلق القرآن)، و(الرد على الملحدة)، و(الأسماء الحسنی)، توفي نحو سنة (٢٢٥ هـ) رحمه الله تعالى، انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي (٩/٤٠٢)، والأعلام للزركلي (٣/٣٢٣).

٣ . هو عثمان بن سليمان بن جرموز، البتي، أبو عمرو، وُلِدَ في الكوفة، وانتقل إلى البصرة، وصار فقيه البصرة، سمي البتي لأنه عمل في بيع البتوت (الأكسية الغليظة)، حدث عن: سيدنا أنس بن مالك، والشعبي، وغيرهم، وحدث عنه: شعبة، وسفيان، وابن علية، وغيرهم، ولم أعثر على تاريخ وفاته، رحمه الله تعالى، انظر: طبقات ابن سعد (٧/١٩١)، وسير أعلام النبلاء للذهبي (٦/١٤٨، ١٤٩).

٤ . المبسوط للسرخسي (٤/٢١٢)، وبدائع الصنائع للكاساني (٢/٢٤٠)، والبنایة شرح الهدایة للعيني (٥/٩٠).

٥ . المبسوط للسرخسي (٤/٢١٢، ٢١٣)، والذخيرة للقراقي (١/١٢٧).

٢ _ المحافظة على الروابط الاجتماعية وتقويتها، فقد يكون زواج الصغار وسيلةً من وسائل ترابط المجتمع وتقوية أواصر المحبة، والزّواج عموماً من أقوى الروابط ^(١) .

٣ _ الخوف على اليتيمة من الفساد في الدين، والمحافظة عليها من الضياع لفقرٍ أو نحوه، فقد يموت الولي ويترك مالاً كثيراً يحتاج إدارةً وأمانةً فيكون زواج هذه اليتيمة بمن له القدرة على حفظ مالها وسيلةً للحفاظ عليها وعليه ^(٢) .

ويجدر التنبيه إلى أن زواج الصغار ليس مرادفاً للزواج المبكّر، فزواج الصغار هو الزواج قبل البلوغ، _ وسيأتي الحديث في المطلب التالي عن معايير البلوغ _، أما الزواج المبكّر فهو الزواج بعد البلوغ في سنّ قبل الثامنة عشر ^(٣) .

١ . زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، لسها ياسين عطا القيسي، (ص ١٩) .

٢ . الفواكه الدّواني للنفراوي (٦/٢، ٧) .

٣ . وهذا التعريف حسب وثيقة حقوق الطفل الصادرة عن اليونسيف، وهذا عنوانها:

(1/3/2011.www.fourliteracies.org/Arabic/MISSION/2004/earlymarriage.htm) .

وهناك تعريفات أخرى تحدّد هذا الزواج بين سنّ السابعة عشر والعشرين سنة، انظر: وجهة نظر سكان محافظة قلقيلية في الزواج المبكّر للإناث، وهو أطروحة قدّمتها الباحثة: رجاء راتب معروف شهوان، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الجغرافيا، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، بفلسطين، (٢٠١٢م)، (ص ٦) .

المطلب الثاني _ حكم تحديد سنِّ للزَّواج:

تحديد سنِّ الزَّواج يعني وضع حدٍّ أدنى لسنِّ الزواج للذكور والإناث، بحيث لا يُسمح للأولياء ولا للقضاة الشرعيين تجاوزه إلى ما هو دونه ^(١) .

لا يوجد نصٌّ من القرآن أو السنة، ولم ينعقد الإجماع على تحديد سنِّ للزواج، وإنما جاءت الأدلة بإباحة الزواج عمومًا، وفي المطلب السابق تبين جواز زواج الصغار، ولو قبل البلوغ، فمسألة تحديد سنِّ للزواج هي من المسائل المعاصرة، أثَّرت في كثيرٍ من دول العالم وتكلَّم فيها أهل العلم والباحثون في العلوم الشرعية، ولذلك فالحديث عنها هو عرضٌ لآراء المعاصرين من العلماء، والباحثين في العلم الشرعي .

وقبل الحديث عن حكم تحديد سن الزواج لا بدَّ من بيان سنِّ البلوغ، فالزَّواج عادةً يرتبط به، فهو مظنة النضج والاستعداد للزواج وتحمل مسؤولياته والقيام بشؤونه، ومن خلاله بنى المعاصرون كلامهم في قضية تحديد سنِّ للزواج .

قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾، [النساء: ٦] .

والبلوغ هو انتهاء حد الصغر وبدء تحمُّل الإنسان للتكاليف الشرعية ^(٢) .

وهذا البلوغ يُعرَّف بالعلامات فإن لم تظهر العلامات يكون البلوغ بالسنِّ؛ أي بالوصول إلى سنِّ معيَّن اختلف الفقهاء في تحديده، وتفصيل ذلك فيما لي:

أولاً _ البلوغ بالعلامات:

١ _ الاحتلام: أي خروج المني من الرجل أو المرأة في يقظة أو منام ^(٣) .

قال تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَضِئُوا﴾، [النور: ٥٩] .

١ . زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، لسها ياسين عطا القيسي، (ص ٦٧) .

٢ . حاشية ابن عابدين (١٥٣/٦) .

٣ . حاشيتا قليوبي وعميرة (٣٧٤/٢) .

وقال ﷺ: ((رُفِعَ القلم عن ثلاثة، .. وعن الصبي حتى يحتلم))^(١) .

وهو علامة على البلوغ بالاتفاق^(٢) .

٢ _ الإنبات عند الذكر والأنثى: وهو ظهور شعر العانة، وهو الذي يحتاج في إزالته إلى نحو حلق، دون الزَّعْب الضعيف الذي ينبت للصغير^(٣) .

وهو علامة على البلوغ عند جمهور الفقهاء^(٤) .

٣ _ الحيض والحمل عند الأنثى بالاتفاق^(٥): لقول سيدنا رسول الله ﷺ: ((لا تُقْبَل صلاة الحائض إلا بخمار))^(٦)، والمراد من بلغت سنَّ الحيض، لا من هي ملابسة للحيض؛

١ . رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب، في أبواب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، (٣٢/٤)، رقم الحديث (١٤٢٣)، وأبو داود واللفظ له في كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، (١٤٠/٤)، رقم الحديث (٤٤٠١) .

٢ . حاشية ابن عابدين (١٥٣/٦)، ومواهب الجليل للحطاب (٤٢٨/٣)، والأُم للشافعي (٢٢٠/٣)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٧٣/٢) .

٣ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٣/٣)، وتكملة مجموع النووي للمطيعي (٣٥٩/١٣-٣٦٢)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٧٣/٢) .

٤ . الإنبات علامة على البلوغ عند المالكية في المذهب، وعند الحنابلة، وفي رواية عن أبي يوسف، وليس علامة على البلوغ عند أبي حنيفة .

وقال بعض المالكية: الإنبات علامة فيما بين الشخص وبين غيره من الآدميين من قذف وقطع وقتل، وأما فيما بين الشخص وبين الله تعالى فليس بعلامة .

وعند الشافعية يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر، ومن جُهِل إسلامه؛ لأنه من السهل مراجعة آباء المسلم وأقاربه المسلمين، ولأن الصبي المسلم يُتَّهَم في الإنبات فرماً تعجّله بدواءٍ دفعاً للحجر عن نفسه وتشوقاً للولايات بخلاف الكافر فإنه لا يستعجله، انظر: حاشية ابن عابدين (١٥٣/٦)، ومواهب الجليل للحطاب (٤٢٨/٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٣/٣)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣٧٤/٢)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٧٣/٢) .

٥ . حاشية ابن عابدين (١٥٣/٦)، ومواهب الجليل للحطاب (٤٢٨/٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٣/٣)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣٧٤/٢)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٧٣/٢) .

٦ . رواه أبو داود في سننه، في كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار، (١٧٣/١)، رقم الحديث (٦٤١)، والترمذي في سننه، واللفظ له، وقال: حديث حسن، في أبواب الصلاة، باب ما جاء ((لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار))، (٢١٥/٢)، رقم الحديث (٣٧٧)، وابن ماجه في سننه، في كتاب الطهارة وسننها، باب إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار، (٢١٥/١)، رقم الحديث (٦٥٥) .

فإنها ممنوعة من الصلاة ^(١) .

ولأن الله تعالى أجرى العادة على أن يخلق الولد من ماء الرجل وماء المرأة، قال تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۚ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ۖ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ۚ﴾ [الطارق: ٥-٧]، فإن حملت الأنثى فهذا دليل بلوغها .

٤ _ اعتبر المالكية أن من علامات البلوغ في الذكر والأنثى: نَتْنُ الإبط، وغلظ الصوت، وعد الشافعية من علامات البلوغ في الذكر: نبات الشعر الخشن للشارب، وثقل الصوت، وتواء طرف الحلقوم، ونحو ذلك، وفي الأنثى نخود الثدي ^(٢) .

ثانياً _ البلوغ بالسن:

أدنى مُدَّةٍ ممكن أن يتحقق فيها البلوغ _ بحيث لا تصح دعوى البلوغ قبلها _ بالنسبة للأنثى هي بلوغها تسع سنين قمرية عند جمهور الفقهاء ^(٣)؛ لأنه أقل سنٍ تحيض فيه المرأة، ولقول السيدة عائشة رضي الله عنها: " إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة " ^(٤)، أي: حكمها حكم المرأة، فتكون بالغةً بذلك .

وأما الذَّكَرُ: فباستكمال تسع سنين بالتمام عند المالكية والشافعية، واثنى عشرة سنة عند الحنفية، وعشر سنين عند الحنابلة ^(٥) .

١ . قوت المغتذي على جامع الترمذي، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، نشر جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (١٤٢٤هـ)، (١٨٢/١) .

٢ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٣/٣)، ونهاية المحتاج للرملي (١٦٩/٤) .

٣ . حاشية ابن عابدين (١٥٤/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٨/٢)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٢٤/١)، وشرح منتهى الإرادات (١٧٣/٢) .

٤ . رواه الترمذي في سننه واللفظ له، موقوفاً على السيدة عائشة رضي الله عنها، في أبواب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، (٤٠٩/٣)، رقم الحديث (١١٠٩)، وزوي مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ، وقال ابن الجوزي: " في إسناده مجاهيل "، التحقيق في أحاديث الخلاف، لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، الجوزي، المتوفى سنة (٥٩٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ)، (٢٦٧/٢)، رقم الحديث (١٧٢٣) .

٥ . حاشية ابن عابدين (١٥٤/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٦٨/٢) و(٢٩٣/٣)، ونهاية المحتاج للرملي (٣٢٤/١)، وكشاف القناع للبهوتي (٤٥٤/٦) .

فإن لم تظهر علامات البلوغ السابقة يُحَكَّم بالبلوغ إذا وصل الإنسان إلى سنٍّ معيَّن
اختلف الفقهاء في تحديده كما يلي:

١ _ بلوغ الذكر ثمانى عشرة سنة، والأنثى سبع عشرة سنة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه
الله تعالى^(١).

ودليله: قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾،
[الأنعام: ١٥٢]، وورد عن سيدنا ابن عباس^(٢) أن الأشدُّ ثمانى عشرة سنة^(٣)، وهي أقل
ما قيل فيه، فأخذ به احتياطاً، هذا بالنسبة للصبي، أما الأنثى فهي أسرع بلوغاً فنقصت سنة
(٤).

٢ _ يرى المالكية في المعتمد عندهم أن البلوغ بالسِّن يكون بتمام ثمانى عشرة سنة^(٥).

٣ _ يرى الشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد^(٦) من الحنفية: أن البلوغ بالسِّن يكون
بتمام خمس عشرة سنة قمرية للذكر والأنثى^(٧).

١ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٢٧٠/٩)، وحاشية ابن عابدين (١٥٣/٦) .

٢ . هو عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، أمه أم الفضل لبابة بنت الحارث الهلالية، ولد قبل الهجرة
بثلاث سنوات، رأى سيدنا جبرائيل عليه السلام مرتين، وهو حبر الأمة وترجمان القرآن، دعا له النبي ﷺ فقال: (اللهم فقهه في
الدين وعلمه التأويل)، توفي بالطائف سنة (٦٨هـ)، وهو ابن إحدى وسبعين سنة، الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (١٤١/٤ - ١٥١) .

٣ . عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى، الغيتابي، الحنفي، بدر الدين العيني، المتوفى سنة
(٨٥٥هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د/ت.ط، (٣٠٠/١٨)، وفتح القدير للكمال بن الهمام (٢٧٠/٩).

٤ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٢٧٠/٩) .

٥ . مواهب الجليل للحطاب (٥٩/٥) .

٦ . هو محمد بن الحسن الشيباني، أبو عبد الله، الفقيه الأصولي اللغوي، صاحب أبي حنيفة، وناشر علمه، دمشقي من حرستا،
قدم أبوه العراق، وولد محمد في واسط سنة (١٣١هـ)، تفقه على أبي حنيفة وأبي يوسف، وتبحر في الفقه والأصول حتى كان
مرجع أهل الرأي بالعراق، اجتمع به الشافعي وأخذ عنه، من مؤلفاته: (الجامع الكبير)، و(الجامع الصغير)، و(الآثار)، و(الحجة
على أهل المدينة)، توفي في الري سنة (١٨٩هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لابن نصر الله الحنفي
(١/٥٢٤-٥٣٤)، والأعلام للزركلي (٨٠/٦) .

٧ . حاشية ابن عابدين (١٥٣/٦)، والألم للشافعي (٢٢٠/٣)، ومغني المحتاج للشربيني (١٣٣/٣)، وشرح منتهى الإرادات
(١٧٣/٢) .

ودليلهم: قول سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنه^(١): " عرضني رسول الله ﷺ يوم أُحُدٍ في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يُجْزني، وعرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني " ^(٢).

وفي رواية: " فلم يُجْزني ولم يرني بلغت، .. فأجازني ورآني بلغت " ^(٣).

وبالنسبة لمسألة تحديد سنّ الزواج فقد اختلف أهل العلم المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يجوز تحديد سنّ الزواج؛ لأنه تحرّم لما أحله الله تعالى، ففي الكتاب والسنة والإجماع يجوز زواج الصغار، فالحكم بمنع زواج الصغار بتقنين تحديد سنّ معيّن للزواج وترتيب العقوبة على من يخالف هذا القانون: محرّم غير جائز .

ومن قال بهذا القول: ١ _ الشيخ محمد بن حيت المطيعي ^(٤) رحمه الله تعالى ^(٥).

١ . هو الصحابي الجليل عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي، أبو عبد الرحمن، كان جريفاً جهيراً، نشأ في الإسلام، وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، ولد فيها، أفتى الناس في الإسلام ستين سنة، وله في كتب الحديث (٢٦٣٠) حديثاً، وكُف بصره في آخر حياته، وهو آخر من توفي بمكة من الصحابة (٧٣هـ) رحمه الله تعالى، انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر (٣/٩٥٠-٩٥٣).

٢ . متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، (٣/١٧٧)، رقم الحديث (٢٦٦٤)، ومسلم في صحيحه، في كتاب الإمامة، باب بيان سن البلوغ، (٣/١٤٩٠)، رقم الحديث (١٨٦٨).

٣ . هذه الزيادة رواها ابن حبان في صحيحه، في كتاب السيّر، باب الخروج وكيفية الجهاد، (١١/٣١)، والبيهقي في سننه الكبرى، في كتاب الحَجَر، باب البلوغ بالسيّر، (٦/٩١)، رقم الحديث (١١٢٩٧)، وحكم بصحّتها المباركفوري، في تحفة الأحوذِي بشرح جامع الترمذِي، لأبي الغُلا، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، المباركفوري، المتوفى سنة (١٣٥٣هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، د/ت.ط، (٤/٤٩٦).

٤ . هو الشيخ محمد بن حيت بن حسين المطيعي، الحنفي، مفتي الديار المصرية، ومن كبار فقهاءها، وُلِد في بلدة (المطبعة) من أعمال أسيوط، عام (١٢٧١هـ)، وتعلم في الأزهر، ودرّس فيه، كان من أشد المعارضين لحركة الإصلاح التي قام بها الشيخ محمد عبده، وعيّن مفتياً للديار المصرية، له كتب، منها: (إرشاد الأمة إلى أحكام أهل الذمة)، و(الكلمات الحسان في الأحرف السبعة وجمع القرآن)، و(رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق)، توفي بالقاهرة، سنة (١٣٥٤هـ)، الأعلام للزركلي (٦/٥٠) تأكّد .

٥ . في بيان له، يتكوّن من (١٦) صفحة، تم نشره في مجلة المنار، في رجب (١٣٤٢هـ)، تحت عنوان (مسألة تحديد الزواج بقانون ومسلّك الحكومتين العثمانية والمصرية فيه)، لمجموعة من المؤلفين، وصاحبها محمد رشيد بن علي رضا، المتوفى سنة (١٣٥٤هـ) رحمه الله تعالى، (٢٥/١٣٣-١٤٦)، ونقله عبد الرحمن بن سعد الشثري في كتابه: الدعوة لتحديد سنّ الزواج، تاريخها وحكمها، (ص ٩٠-١٠٥).

٢ _ الدكتور مصطفى السباعي ^(١) رحمه الله تعالى ^(٢) .

٣ _ الشيخ علي الطنطاوي ^(٣) رحمه الله تعالى ^(٤) .

القول الثاني: يجوز تحديد سن الزواج، وتقنين ذلك، وهذا من باب تقييد المباح؛ فالأصل في سنّ النكاح هو البلوغ؛ لأنه علامة على القدرة على تحمل مسؤوليات الزواج، ونكاح الصغار لا تتحقق فيه المصلحة المرجوة في الغالب، بل قد يكون فيه محض الضرر الجسدي والنفسي على الزوجين؛ خصوصاً في هذا العصر الذي يعاني من تأخر النمو الجسدي والنفسي والاجتماعي والمادي، فتحديد سن الزواج بما يغلب على الظن فيه القدرة على تحمل مسؤولياته، فيه مصلحة كبيرة، ومراعاة للعرف وأحوال الناس، وضمان أفضل لتحقيق مقصد الزواج، وهو قول كثير من أهل العلم المعاصرين؛ ومنهم:

١ _ الشيخ علي جمعة ^(٥) ^(١) .

١ . هو مصطفى بن حسني، أبو حسان، السباعي، وُلِدَ عام (١٣٣٣هـ) بحمص في سورية، نال الدكتوراه في التشريع الإسلامي وتاريخه من الأزهر، واستقرّ في دمشق أستاذاً بكلية الحقوق، وعميداً لكلية الشريعة، وأنشأ مجلة (حضارة الإسلام)، من كتبه: (السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي)، و(شرح قانون الأحوال الشخصية)، و(المرأة بين الفقه والقانون)، توفي بدمشق سنة (١٣٨٤هـ) رحمه الله تعالى، الأعلام للزركلي (٧/٢٣١، ٢٣٢) .

٢ . المرأة بين الفقه والقانون، للدكتور مصطفى السباعي، المتوفى سنة (١٣٨٤هـ)، دار الوراق، بيروت، الطبعة السابعة، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، (ص ٥٠) .

٣ . هو علي بن مصطفى الطنطاوي، كان أبوه أحد كبار العلماء في الشام، درس في المدارس النظامية، ثم درس الحقوق، وعمل في الصحافة، ونشر في الصحف، ودرّس في عدد من الدول كالعراق وسوريا والسعودية ولبنان، ولي القضاء في سوريا لربع قرن، له كتب، منها: (ذكريات علي الطنطاوي)، و(أعلام من التاريخ)، توفي في جدة، ودُفِنَ في مكة، سنة (١٩٩٩م)، رحمه الله تعالى، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف العين، جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، (ص ٢٣٢)، وعنوان الموقع: (www.ahlalhdeth.com) .

٤ . فكر ومباحث للشيخ علي الطنطاوي، المتوفى سنة (١٤٢٠هـ)، رحمه الله تعالى، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، (ص ١١٩-١٢١) .

٥ . هو علي جمعة محمد عبد الوهاب، وُلِدَ عام (١٩٥٢م) في مصر بمحافظة بني يوسف، ونال شهادة الدكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وشغل منصب مفتي الديار المصرية لعشر سنوات (٢٠٠٣ - ٢٠١٣م)، وتم اختياره ضمن أكثر خمسين شخصية مسلمة تأثيراً في العالم لأعوام عديدة (٢٠٠٩ - ٢٠١٦)، صدرت له مؤلفات عديدة، منها: (تعارض الأقيسة عند الأصوليين)، و(آليات الاجتهاد)، و(الجهاد في الإسلام)، انظر: موسوعة

٢ _ الدكتور ناجي العربي^(٢) ^(٣).

وهذا التحديد مستندٌ إلى الاستصلاح^(٤).

=الويكيبيديا، مفتو الديار المصرية، أو دعاة مصريون، أو مجازون بالسند المتصل، ورابط هذه الترجمة: [https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=علي_جمعة_\(عالم_دين\)&oldid=24120511](https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=علي_جمعة_(عالم_دين)&oldid=24120511).

١ . مقطع فيديو للشيخ علي جمعة بيّن فيه حرمة زواج الصغار، ووجوب تقييد العمر في هذا العصر، من باب تقييد المباح، بعنوان: (تحديد سن الزواج للفتاة)، بإشراف دار الإفتاء المصرية، منشور على الإنترنت، وهذا رابط الفيديو: <https://www.youtube.com/watch?v=eL1iXTqaC6M>.

ومقال منشور على موقع بوابة الفجر الإلكترونية، بعنوان: جمعة: الافتئات على الحاكم حرام شرعاً، وعنوان الموقع: www.elfagr.org.

والدين والقانون: زواج القاصرات باطل، لعبير صلاح الدين، وهو مقال منشور في موقع: مَصْرَس (وهذا الموقع هو محرك بحث إخباري) .

٢ . هو ناجي بن راشد بن حسن العربي، وُلِدَ في المحرق بالبحرين، عام (١٩٦٤م)، درس في مصر في الأزهر، وفي تونس بجامعة الزيتونة، وفي المغرب بجامعة محمد السادس، وتخصّص في الفقه والسياسة الشرعية، وهو أستاذ مساعد في جامعة البحرين، بكلية الآداب، وعضو مؤسس لرابطة علماء الشريعة بدول مجلس التعاون الخليجي، له كتب، منها: (نصيحة الأخ المشفق)، و(شرح منظومة القرطبي في الفقه)، انظر: موقع الويكيبيديا، تصنيف/ بحرينيون، وعنوان الموقع وهذه الترجمة: https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=ناجي_بن_راشد_العربي&oldid=24216001.

٣ . نقلاً عن مصادر عديدة، منها: زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، لسها ياسين عطا القيسي، (ص٦٨)، ومنها: تقرير لهند الأمين في الخرطوم، السودان، بتاريخ (٢٨/١/٢٠١٥)، منشور على الإنترنت، على موقع: www.Sudan News Agency.com، ومنها: زواج القاصرات بين الشرع والقانون، بحث منشور على الإنترنت، في الملتقى الفقهي العام، للدكتورة لبنى السموني من المغرب، (عام ٢٠١٣) .

٤ . الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي (١٨٤/٧) .

المطلب الثالث: تحديد سن الزواج في القانون:

أخذت القوانين العربية للأحوال الشخصية بقول ابن شبرمة وأبي بكر الأصبم وعثمان البتي رحمهم الله، فمنعت زواج الصغار، واعتمدت القول بجواز تحديد سنّ للزواج، من باب الاستصلاح، وحددت سنّاً أدنى للزواج، يختلف من قانون لآخر، وسأذكر أغلب هذه القوانين مقسّماً لها إلى قسمين:

القسم الأول: القوانين العربية التي تنص على حد أدنى متفاوت لسن الزواج:

١ _ قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩)، عام (١٩٥٣م)، المعدّل لغاية عام (٢٠٠٩م):

تنص المادة (١٦) منه على أنه: (تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر) .

وتنصّ المادة (١٨) على أنه: (أ _ إذا ادّعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة، أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة، وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما .

ب _ إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته) .

٢ _ قانون الأحوال الشخصية في لبنان الصادر عام (١٩٣٨م):

فيه تحديد سن الزواج للرجل بتمام الثامنة عشرة، والمرأة بتمام السابعة عشرة^(١) .

٣ _ قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر سنة (١٩٧٦م):

تنص المادة (٥) من هذا القانون على أنه: (يُشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يُتمّ الخاطب السنة السادسة عشرة، وأن تُتمّ المخطوبة الخامسة عشرة من العمر) .

١ . انظر: محاضرات في عقد الزواج وآثاره لأبي زهرة (ص ٢٣) .

٤ _ قانون الأحوال الشخصية المصري:

أضافت مصر تحديد سن الزواج على القانون رقم (٥٦) عام (١٩٢٣م) ليصبح كالتالي: (المادة الأولى: يُضاف على المادة ١٠١ من القانون نمرة ٣١ سنة ١٩١٠م فقرة رابعة نصها: ولا تُسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، وسن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة وقت العقد إلا بأمرٍ منا)^(١) .

ثم أصدرت مصر القانون رقم (١٢٦) لسنة (٢٠٠٨م)، ونصت المادة الخامسة بأن يُضاف إلى القانون رقم (١٤٣) لسنة (١٩٩٤م) في شأن الأحوال المدنية مادة جديد برقم (٣١) ونصها: (مادة (٣١) مكرر: لا يجوز توثيق عقد زواج من لم يبلغ من الجنسين ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة) .

٥ _ قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

تنص المادة (٢٦) من هذا القانون على أنه: (يُمنع توثيق عقد الزواج أو المصادقة عليه ما لم تُتم الفتاة الخامسة عشرة، ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق) .

٦ _ مشروع قانون الأحوال الشخصية القطري:

تنص المادة (٢٠) من على أنه: (تكتمل أهلية زواج الفتى بتمام ثماني عشرة سنة، والفتاة بتمام أربع عشرة سنة)، وتنص المادة (٢١) على أنه: (لا يُزوّج من لم يكمل سن الأهلية المنصوص عليه في المادة (٢٠) إلا بإذن القاضي، بعد موافقة الولي، والتحقق من المصلحة، فإن لم يحضر الولي أو كان اعتراضه غير سائغٍ زوجه القاضي) .

٧ _ قانون الأحوال الشخصية التونسي:

ينص الفصل (٥) من هذا القانون على أنه: (يجب أن يكون كلٌّ من الزوجين خالياً من الموانع الشرعية، وزيادةً على ذلك فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال، وسبع عشرة سنة كاملة من النساء: لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج، وإبرام عقد الزواج دون السن

١ . انظر: المدخل للفقهاء الإسلاميين للدكتور محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، (١٩٩٦م)، (ص١١٢) .

المقررة يتوقف على إذنٍ خاصٍ من المحاكم، ولا يُعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة، وللمصلحة الواضحة للزوجين) .

٨ _ قانون الأحوال الشخصية في البحرين:

ينص قرار وزارة العدل رقم (٤٥) لسنة (٢٠٠٧م) على أنه: (لا يجوز إجراء عقد الزواج ولا المصادقة عليه ما لم يكن سن الزوجة خمس عشرة سنة، وسن الزوج ثماني عشرة سنة ما لم تكن ثمة ضرورة ملجئة تبرر الزواج لمن هم أقل من هذه السن، ويُشترط الحصول في هذه الحالة على إذنٍ من المحكمة المختصة) .

٩ _ قانون الأحوال الشخصية في فلسطين، الصادر سنة (١٩٧٦م)، رقم (٦١):

نصّت المادة (٥) منه على أنه: (يُشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يُتمّ الخاطبُ السنة السادسة عشرة، وأن تُتمّ المخطوبة السنة الخامسة عشرة من العمر) .

القسم الثاني: القوانين العربية التي تنصّ على حدٍّ واحدٍ أدنى لسن الزواج:

١ _ قانون الأحوال الشخصية العراقي:

ينص هذا القانون في المادة (٧) على أنه: (يُشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة) .

٢ _ قانون الأحوال الشخصية بالمغرب (مدونة الأسرة المغربية):

تنص المادة (١٩) من هذه المدونة على أنه: (تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة بقوَاهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية) .

وتنص المادة (٢٠) من المدونة ذاتها على أنه: (لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة (١٩) بقرار مُعلّل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، وزواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي) .

٣ _ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

تنص المادة (٣٠) من هذا القانون على أنه: (أ _ تكتمل أهلية الزواج بالعقل والبلوغ، وسن البلوغ تمام الثامنة عشرة من العمر لمن لم يبلغ شرعاً قبل ذلك .

ب _ لا يتزوج من بلغ ولم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي بعد التحقق من المصلحة) .

٤ _ قانون الأحوال الشخصية بسلطنة عمان:

تنص المادة (٧) من هذا القانون على أنه: (تكتمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام الثامنة عشرة من العمر)، وتنص الفقرة (ج) من المادة (١٠) على أنه: (لا يُزَوَّج من لم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي، وبعد التحقق من المصلحة) .

٥ _ قانون الأسرة في موريتانيا:

بموجب التعديلات التي جرت عام (١٩٩١م): صار قانون الأسرة ينص على تحديد سن الزواج بثمانية عشرة سنة للفتي والفتاة معاً .

٦ _ قانون رقم (١٠) لسنة (١٩٨٤م) بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق بليبيا:

ينص هذا القانون على أن سن الزواج هو عشرون سنة للرجال والنساء .

ويجدر التنبيه إلى أن هناك صورة أخرى تتصل بمسألة تحديد سن الزواج، وهي أن يكون بين الزوجين تفاوت كبير في السن، كأن يكون عمر الزوجة عشرين عاماً، وعمر الزوج ستين عاماً، فكذلك لا حرج في هذا التفاوت من الناحية الشرعية، ولكن من باب تقييد المباح والسياسة الشرعية فللقاضي منع هذا الزواج إن رأى المصلحة في ذلك ^(١) .

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية في سوريا بجواز منع هذا الزواج إذا رأى القاضي ذلك، فقد جاء في المادة (١٩) من هذا القانون: (إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي أن لا يأذن به) .

١ . السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، (ص٥٦-٦٠) .

ونصّت المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: (يُمنع إجراء العقد على امرأة لم تُكْمِل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا بعد أن يتحقّق القاضي رضائها واختيارها، وأنّ مصلحتها متوفرة في ذلك) .

المطلب الرابع: رأي الباحث في تحديد سن الزواج:

أرى ترجيح القول الثاني القائل بجواز تحديد سنِّ الزواج، للأسباب التالية:

أولاً _ أدلة المانعين لتحديد سن الزواج ليس فيها دلالة قطعية على منع تحديد السنِّ، وقولهم: إن تحديد سن الزواج تحريمٌ للحلال ومخالفةٌ للإجماع ليس كذلك، فالقائلون بالتحديد لم يخالفوا إجماعاً ولا نصّاً وإنما قرّروا جواز تحديد سنِّ محدّدة للزواج تحقيقاً للمصلحة المرجوة من الزواج، مع إقرارهم بجواز نكاح الصغار ولكن للمفاسد التي تعتريه غالباً، وخصوصاً في هذا الزمن قالوا بجواز تحديد سنِّ معينة، فهذا ليس تحريماً للحلال وإنما تقييد للمباح من باب المصلحة التي هي مقصد الشارع من تشريع العبادات كلّها .

ثانياً _ قال النووي رحمه الله تعالى: " واعلم أن الشافعي وأصحابه قالوا: يُسْتَحَبُّ أن لا يزوّج الأبُّ والجدُّ البكر حتى تبلغ، ويستأذنها لئلا يوقعها في أسر الزوج وهي كارهة، وهذا الذي قالوه لا يخالف حديث عائشة؛ لأن مرادهم أنه لا يزوّجها قبل البلوغ إذا لم تكن مصلحة ظاهرة يخاف فوتها بالتأخير، كحديث عائشة فيُسْتَحَبُّ تحصيل ذلك الزوج لأن الأب مأمورٌ بمصلحة ولده، فلا يفوّثها والله أعلم " (١) .

فالشرع أجاز زواج الصغار تحقيقاً للمصلحة، وكذلك فقواعد الشرع تجيز تحديد سنِّ للنكاح تحقيقاً للمصلحة، فالأمر خاضعٌ لحال الزوجين وظروفهما، ومدى تحقق المصلحة التي يقدرها الولي، أو القاضي، فقد يكون في التبكير بتزويج الفتاة قبل بلوغها مصلحة لها، وهذا نادرٌ، وقد يكون في ذلك مفسدة لها، وهذا هو الغالب، وخصوصاً في هذا الزّمان الذي تأخّر فيه النمو العقلي والجسدي والاجتماعي مقارنةً بالعصور السابقة وخصوصاً عصر السلف الصالح، وحالات زواج الصغار التي تمت في عهد السلف الصالح قليلة، والغالبُ الزواج بعد البلوغ والرشد، فأمر الزواج يرتبط بالبلوغ في الأصل، فالأمر دائرٌ مع المصلحة وتحديد سنِّ النكاح في هذا العصر فيه جلبٌ لمصالح كثيرة، ودرءٌ لمفاسد كثيرة، ووجه المصلحة في تحديد سنِّ للنكاح يظهر من خلال أمورٍ عديدة، منها:

١ . شرح النووي لصحيح مسلم (٢٠٦/٩) .

١ _ الأطفال قبل سنّ الثامنة عشرة في العصر الحاضر غالباً يكونون في مراحل الدراسة، وهم عائلةٌ على أهلهم، ولا يحسن لهم اختيار، ولا يكتمل لهم عقل، ولا يتمّ لهم فهمٌ لأسس الحياة الاجتماعية وأساليبها، فليس لهم قدرةٌ على تحمّل مسؤوليات الزواج وأموره، فتفشل حياتهم الزوجية، وتكثر حالات الطلاق، خصوصاً في هذا الزمن الذي فشا فيه الجهل في أمور الدين، وقلّ فيه التمسك بالأخلاق الفاضلة .

٢ _ العلاقات الجنسية الآمنة والمشبعة للزوجين من أهم عناصر استقرار الحياة الزوجية، وذلك يقتضي اكتمال نمو الأعضاء التناسلية للزوجين، وتعدّ مرحلة البلوغ بداية النضج الجنسي، وبعد البلوغ بسنوات قليلة يكتمل النضج الجنسي، فيترتب على الزواج قبل ذلك معاناة قد تؤدي إلى أمراض نفسية وعصبية ^(١) .

٣ _ الزوجة الصغيرة غير مُهيّأة للحمل بشكلٍ جيد؛ لعدم اكتمال نمو الحوض، وعدم وجود الغذاء الكافي لها ولجنينها، وبعد الولادة قد تتعرض لأمراض كثيرة، ويكون حليبها غير كافٍ للجنين، ولهذا تكثر الأمراض عند مواليد الصغيرات ^(٢) .

٤ _ أحياناً يتمّ زواج الصغار تخلّصاً من الصغيرة عندما تكثر الصغيرات، وقد يُستغلُّ أهلها من قِبَل الأثرياء والأغنياء فيزوجونها طمعاً بالمال لكبار السنّ، وهذا موجودٌ في الواقع، وله أثر كبيرٌ على الصغيرة، فتخفق هذه الزيجات غالباً .

ثالثاً _ العرف له دورٌ كبيرٌ لا يُنكر، فالعادة محكمة، وقد جرى العرف وسرت العادة في العصر الحاضر بعدم الزواج قبل البلوغ، وأغلب الزيجات هي بعد سنّ الثامنة عشرة في أكثر البلدان، والله تعالى أعلم .

١ . المشاكل الصحية للزواج المبكر، دراسة لمنظمة اليونيسيف، منشورة على موقعها على الإنترنت، (www.unicef.org) .

٢ . تحديد سن الزواج، دراسة فقهية قانونية مقارنة، للدكتور عبد المؤمن شجاع الدين _ وهو أستاذ بكلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء _، وهو بحثٌ منشور على الإنترنت، عام (٢٠٠٨م)، (ص١٨)، وعنوان الموقع: (www.pdfactory.com)، وآثار الزواج المبكر على النمو الجسدي، للدكتورة إشراق الأرياني، مركز أبحاث المرأة، صنعاء، (٢٠٠٥م)، (ص٤٢) .

رابعاً _ قوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَقَّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...﴾، [النساء: ٦]، فيه بيانٌ للوقت الذي يصلح الناس فيه للزواج، وهو البلوغ، والبلوغ إما بالعلامات، أو بالسِّنِّ، فسنُّ الزواج محدَّدٌ في الجملة، وقول سيدنا رسول الله ﷺ: ((يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء))^(١)، هو خطابٌ للشباب وليس للصغار .

خامساً _ عند إمعان النظر في مهام ومسؤوليات الزواج كالمهر وتكاليف الزفاف وإعداد المسكن المناسب والإنفاق على الزوجة والأولاد وتعليمهم وتربيتهم التربية السليمة الصالحة وتغذيتهم التغذية المناسبة وعلاجهم والأعباء الأخرى .. إلخ، يتضح أن هذه الأعباء لا يستطيع القيام بها إلا البالغين الراشدين .

وبالنظر إلى المصالح المرجوة من الزواج والعشرة بالمعروف، فيُني أطمئن إلى الأخذ برأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى في أن تكون أهلية الزواج ببلوغ الذكر الثامنة عشرة، وبلوغ الأنثى السابعة عشرة، والله تعالى أعلم .

والخلاصة: أن تحديد سنِّ للزواج جائزٌ من باب المصلحة في العصر الحاضر، وإيقاع القانون عقوباتٍ على المخالفين لا يعني فساد عقد النكاح ولا الإثم فيه، فإن حصل زواج الصِّغار فهو زواجٌ صحيح، وبالعقد على البنات تحرم الأمهات^(٢)، فقد ذكر الله تعالى المحرَّمات، ومنهن: ﴿وَأُمَّهُتُ نِسَائِكُمْ﴾، [النساء: ٢٣]، وهذا أثر من آثار صحة العقد .

١ . متفق عليه، رواه البخاري في كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: ((من استطاع منكم الباءة فليتزوج، لأنه أغض للبصر وأحصن للفرج))، وهل يتزوج من لا أرب له في النكاح، (٣/٧)، رقم الحديث (٥٠٦٥)، ومسلم واللفظ له، في كتاب الحج، باب استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه، ووجد مؤنَّه، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، (١٠١٨/٢)، رقم الحديث (١٤٠٠) .

٢ . حاشية ابن عابدين (٣١/٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٥/٢)، وفتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي، الأزهري، المعروف بالجمل، المتوفى سنة (١٢٠٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت.ط، (١٨١/٤)، وشرح منتهى الإرادات (٦٥٢/٢) .



المبحث الثالث _ الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ صورة المسألة .

المطلب الثاني _ حكم الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .

المطلب الثالث _ رأي الباحث في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج .



المطلب الأول: صورة المسألة:

للزواج حكمٌ كثيرةٌ ومقاصد عديدة؛ أهمها: السكينة والراحة والطمأنينة لكلٍّ من الزوجين من خلال العشرة بالمعروف واللقاء الزوجي الذي فيه قضاء الشهوة بالطريق المباح، واستمرار النسل الإنساني، وإعمار الأرض .

قال تعالى: ﴿وَمَنْ ءَايَنْتَهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: ٢١] .

وقال تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: ٦١] .

وقال النبي ﷺ: ((تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة))^(١) .

وهذه المقاصد وغيرها تقتضي صحة الزوجين وسلامتهم من الأمراض، فهناك أمراضٌ عديدة قد يتعرّض لها الإنسان فتؤثّر على الزواج وقد تمنعه^(٢)، ومع مرور الزمن وتطوّر العلوم استجدّت وسائل للوقاية والعلاج من الأمراض، ومن هذه النوازل: الفحص الطبي للزّائجين في الزواج قبل الزواج .

وباختصار: الفحص الطبي قبل الزواج هو القيام بالكشف على الجسم بكل الوسائل المتاحة لمعرفة ما به من مرض؛ فيبحث الطبيب عن المرض؛ بالسؤال عن علامات المرض، وبفحص ظاهر الجسد، وإجراء التحاليل، واستخدام الأشعة^(٣) وغير ذلك، ليعرف الأمراض الوراثية، والمعدية، والجنسية، التي تؤثّر على سلامة الزوجين وذريتهما، فهناك أمراض تنتقل

١ . أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، (٢/٢٢٠)، رقم الحديث (٢٠٥٠)، والنسائي في سننه الصغرى واللفظ له، في كتاب النكاح، كراهية تزويج العقيم، (٦/٦٥)، رقم الحديث (٣٢٢٧)، وقال الهيثمي: " رواه أحمد، والطبراني في الأوسط، وإسناده حسن "، في مجمع الزوائد، في كتاب النكاح، باب تزويج الولود، (٤/٢٥٨)، رقم الحديث (٧٣٣٩) .

٢ . مثل الجنون، والرّق، والعنة، والجَبّ، والجذام ... إلخ، وقد بحثها الفقهاء وبيّنوا أحكامها في كتب الفقه .

٣ . الأشعة هي موجات قصيرة جداً للطاقة تُكسبها نفاذية خاصة، وينتجها إطلاق إلكترونات عالية السرعة في داخل أنبوبة مفرّغة، ولا تُرى بالعين، انظر: الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، النشر العلمي بوزارة التعليم العالي في مصر، الطبعة الثانية، (١٩٧٠م)، (٥/٩٧٥-٩٧٧) .

بالاتصال الجنسي كالإيدز، وأمراض تنتقل بالوراثة، وأمور قد تسبب تشوهات خلقية للأولاد^(١).

فيهدف هذا الفحص الطبي إلى الوقاية من الأمراض، وتقديم الإرشاد للمقبلين على الزواج بما يساعدهم في تفادي الأمراض قبل وقوعها أو علاجها في حال وقوعها؛ لإنجاب أطفال أصحاء سليمين لتكوين مجتمع يتمتع بالقوة والسلامة الجسدية والفكرية والاجتماعية، كما يهدف إلى بيان قدرة الزوجين على الدخول في حياة زوجية سليمة دون عيوب قد تُكتشف لاحقاً وتؤدي إلى فسخ الزواج وإثارة مشاكل كثيرة، فيكون هذا الفحص الطبي علاجاً وقائياً نافعاً للزوجين وللمجتمع وللأمة^(٢).

ولكن من جهة أخرى فإن هذا الفحص قد يتسبب بإحجام عند الشباب من الزواج خوفاً من مشكلة أو صفة وراثية غير مرغوب بها تُكتشف عنده أو عند مخطوبته، وقد تنتشر نتيجة الفحوصات وتكون سبباً في نفور الناس من تزوج حامل هذا المرض أو الصفة غير المرغوب بها^(٣)، أضف إلى ذلك كشف العورة المغلطة للرجل والمرأة الذين يتم إجراء الفحص الطبي لهم.

فهل يجوز إصدار قانونٍ بإلزام الراغبين بالزواج بالفحص الطبي كشرطٍ للسماح بتوثيق زواجهم والاعتراف به؟ وبالتالي: هل يجب على المكلفين إجراء هذا الفحص؟ هذا موضع البحث، والإجابة في المطلب التالي.

١ . انظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها للشنقيطي (ص ٢١١)، والفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، لمصلح عبد الحي النجار، وهذا بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، للعلوم التربوية والدراسات الإسلامية، نُشر عام (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، (ص ١١٣٥)، والجنين المشوه والأمراض الوراثية للدكتور محمد علي البار، دار القلم، دمشق، (١٩٩١م)، د/ط، (ص ٤٨٣).

٢ . انظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها للشنقيطي (ص ٢١٢)، والفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، لمصلح عبد الحي النجار، (ص ١١٤٠-١١٤٧).

٣ . الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، لمصلح عبد الحي النجار، (ص ١١٤٧، ١١٤٨)، ونظرة فقهية للإرشاد الجيني، للدكتور ناصر بن عبد الله الميمان، وهذا بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى، (١٤٧/٤).

المطلب الثاني _ حكم الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج:

هذه المسألة من المسائل المعاصرة، وقد تكلم فيها أهل العلم في الواقع المعاصر، وأجروا أبحاثاً حولها، وسُنّت قوانين بشأنها، وخلاصة المسألة أنها فيها قولان:

القول الأول: يجوز لولي الأمر إصدار قانون يُلزم فيه المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي، فيجب على المتقدمين للزواج إجراء هذا الفحص، ومن ذهب إلى هذا القول: الدكتور محمد الزحيلي^(١)، والدكتور محمد عثمان شبير^(٢)^(٣)، والدكتور علي محي الدين القره داغي^(٤)، فقد قال بجواز صدور قرار يلزم بالفحص الطبي مع ترتيب الغرامة المالية على عدم الالتزام به بلا ترتيب بطلان العقد أو فسادة على عدم الالتزام به، وبشرط كون الفحص للأمراض المعدية الخطيرة السارية مثل التهاب الكبد الوبائي، والايذز؛ لأن الضرورات والحاجيات الملحة تُقدَّر بقدرها^(٥).

١ . الإرشاد الجيني للدكتور محمد الزحيلي (ص ٧٨١، ٧٨٢) .

٢ . هو محمد عثمان طاهر شبير، ولد عام ١٩٤٩م، في خان يونس بفلسطين، تدرّج في التعلّم حتى نال درجة الدكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر، وهو من أعضاء اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية التي تشرف عليها وزارة الأوقاف الكويتية، له نشاطات كثيرة، ومؤلفات عديدة، منها: (المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي)، و(القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية)، انظر: موسوعة الويكيبيديا، صفحة خريجوا جامعة الأزهر .

٣ . موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، للدكتور محمد عثمان شبير، مجلة الحكمة، لندن، العدد السادس، (١٩١٦)، (ص ٢١٠) .

٤ . هو الدكتور علي محيي الدين القره داغي، وُلِدَ بمدينة (القره داغ)، التابعة لمحافظة السليمانية، بكوردستان العراق، عام (١٩٤٩م)، نال درجة الدكتوراه من جامعة الأزهر الشريف، وهو خبير بالمجامع الفقهية، وعضو المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، له كتب وأبحاث عديدة، منها: (التأمين التكافلي الإسلامي)، و(أحكام التصرف في الديون، دراسة فقهية مقارنة)، و(الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي)، انظر: الموقع الرسمي للدكتور محيي الدين القره داغي، (www.qaradaghi.com).

٥ . الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، دراسة علمية فقهية، للدكتور القره داغي، وهو بحث منشور على الإنترنت، موقع طيبة نت، (ص ٣٢، ٣٣)، وهذا رابط البحث:

(http://www.taibanet.com/showthread.php?t=1768) .

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بهذا القول، فأوجب الفحص الطبي واعتبره ضرورياً لتثبيت عقد الزواج واعتراف الدولة به، وفي حال المخالفة؛ أي إجراء العقد والدخول قبل تثبيت العقد في المحكمة فالعقد صحيح، ولكن تُفرض العقوبة القانونية الملائمة لهذه المخالفة، وهذا ما ورد في المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري:

(١ _ يُقَدَّم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

أ ... ب ... ج _ شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوِّهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره .

٢ _ لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات على أنه إذا حصل ولدٌ أو حملٌ ظاهرٌ يَثْبُتُ الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية) .

كما أخذ به قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر الصادر بتاريخ (٢٧/٢/٢٠٠٥)، حيث نصت المادة السابعة منه على وجوب خضوع طالبي الزواج للفحوصات الطبية قبل الزواج وإلزامية تقديم شهادة طبية تثبت ذلك وقت تحرير عقد الزواج، وهذا هو الذي أخذت به معظم الدول العربية مثل تونس والعراق ومصر وليبيا والإمارات والأردن ..، بينما لا يزال إجراء الفحص اختياريّاً في بعض الدول العربية مثل قطر^(١) .

١ . الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيدھا ومقاصدها، دراسة مقارنة، لفاتن البوعيشي الكيلاني، دار النفائس، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، (٢٠١١م)، (ص١٦١)، والفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، لصفوان محمد عضيبات، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، (٢٠٠٩م)، (ص٨٧، ٨٨)، و موقع محامو دولة قطر (www.mohamoom-qo-com) .

ومن أهم أدلة أصحاب هذا القول:

١ _ الأدلة العامة من الكتاب والسنة على وجوب طاعة ولي الأمر فيما ليس بمحرم، كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾، [النساء: ٥٩] .

٢ _ قول النبي ﷺ: ((لا توردوا الممرضَ على المصحِّ))^(١)، فقد أمر باجتناب المصابين بالأمراض المعدية والوراثية وهذا لا يتحقق إلا من خلال الفحص الطبي .

٣ _ الاستدلال بالمصلحة المرسلّة، فالمصلحة موجودة في هذا الفحص للفرد، وللمجتمع^(٢)، وحتى لو ترتّب عليه ضرر خاص فإنه يُتَحَمَّلُ لأجل الضرر العام كما تقضي بذلك القواعد الفقهية؛ (يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع الضرر العام)، و (يُدْفَعُ أعظم الضررين باحتمال أخفهما)، و (درء المفسدة أولى من جلب المصلحة) .

القول الثاني: لا يجوز لولي الأمر إصدار قانون يُلْزِمُ به المتقدمين للزواج بالفحص الطّبي، والفحص الطبي قبل الزواج جائز لا واجب، وبهذا القول قال الشيخ عبد الستار أبو غدة^(٣) رحمه الله تعالى^(٤) .

وهو ما قرّره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عشرة، المنعقد في مكة المكرمة، من (١٩) حتى (٢٦) شوال، (١٤٢٤هـ) حيث جاء في القرار الخامس من هذه الدورة: "إن

١ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب الطب، باب لا عدوى، (١٣٩/٧)، رقم الحديث (٥٧٧٣)، ومسلم، في كتاب الآداب، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ولا نوء، ولا غول، ولا يورد ممرض على مصح، (١٧٤٤/٤)، رقم الحديث (٢٢٢١) .

٢ . الإرشاد الجيني للدكتور محمد الزحيلي (ص ٧٨٢) .

٣ . هو عبد الستار أبو غدة، وُلِدَ عام (١٩٤٠م) في سوريا، حصل على ليسانس في الشريعة وليسانس في الحقوق من جامعة دمشق، ونال الماجستير والدكتوراه في الشريعة من جامعة الأزهر، وهو عضو بالمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، وله خبرة واسعة في مجال الدراسات القانونية، والتربوية، وتحقيق المخطوطات، من مؤلفاته: (رب زدني علماً، منهجية العلم في الإسلام)، و(البيع المؤجل)، انظر: موسوعة الويكيبيديا، صفحة اقتصاديون سوريون .

٤ . المواكبة الشرعية لمعطيات الهندسة الوراثية، للدكتور عبد الستار أبو غدة، بحث منشور ضمن ثبوت أعمال ندوة الوراثة والهندسة والجينوم البشري والعلاج الجيني _ رؤية إسلامية، (ص ٩٧١) .

عقد النكاح من العقود التي تولى الشارع الحكيم وضع شروطها، ورَتَّبَ عليها آثارها الشرعية، وفتح الباب للزيادة على ما جاء به الشرع؛ كالإلزام بالفحوص الطبية قبل الزواج أمر غير جائز"، وفيه أيضاً: "يوصي المجلس الحكومات والمؤسسات الإسلامية بنشر الوعي بأهمية تلك الفحوص الطبية قبل الزواج، والتشجيع على إجرائها، وتيسير تلك الفحوصات للراغبين فيها وجعلها سرّية لا تُفشى إلا لأصحابها المباشرين".

ومن أهم أدلة أصحاب هذا القول:

بيّن الشرع شروط عقد النكاح وأركانه بالتفصيل، وإجبار العاقدَيْن على إجراء الفحص الطبي مخالفٌ لما ثبت بالشرع، فيكون هذا الشرط باطلاً؛ لأنه يدخل في قول النبي ﷺ: ((من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل))^(١)، ولا يوجد في أقوال الفقهاء السابقين نصٌ يقضي باشتراط سلامة الصحة لصحة النكاح، كما لا يوجد اشتراط أن يلزم من النكاح الذرية، بل يجوز للرجل والمرأة الزواج مهما تقدّم بهما السنّ وانعدمت قدرتهما على الإنجاب، وإنما الفحصُ جائزٌ مشروعٌ للأدلة العامة التي تدل على مشروعية التداوي، والتحذير من العدوى، وعزل المرضى عن الأصحاء^(٢).

١ . جزء من حديث متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، والحديث كاملاً: قالت السيدة عائشة رضي الله عنها: دخل علي رسول الله ﷺ، فذكرت له _أي مساومتها في قضية شراء بركة _، فقال رسول الله ﷺ: ((اشترى وأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق))، ثم قام النبي ﷺ من العشي، فأثنى على الله بما هو أهله، ثم قال: ((ما بال أناس يشترطون شروطاً ليس في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق))، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، (٧١/٣)، رقم الحديث (٢١٥٥)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (١١٤٢/٢)، رقم الحديث (١٥٠٤).

٢ . المواكبة الشرعية لمعطيات الهندسة الوراثية، للدكتور عبد الستار أبو غدة (ص ٥٨٢، ٥٨٣).

المطلب الثالث _ رأي الباحث في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج:

الفحص الطبي أمرٌ معاصرٌ لم يتكلّم فيه الفقهاء السابقون، ولا يوجد نصٌّ شرعي بخصوصه يبيّنه، أو يمنعه، وعند إنعام النظر جيداً في هذه المسألة يظهر أن لها عدة جوانب:

ففي الفحص الطبيّ أحياناً كشفٌ للعورات، وهذا محظور، وقد تنتشر نتائج هذا الفحص فتكشف المستور، أو تحدث نفوراً من تزوّج المريض أو حامل الصفة غير المرغوب بها .

ومن جانبٍ آخر: من أهم مقاصد الشريعة الحفاظ على النفس، والنسل، والسعي إلى دوام الزواج وحمايته من التهتك والانحلال، والفحص الطبي قبل الزواج يفيد في ذلك كلّ، ففيه الوقاية من انتقال الأمراض إلى الزوجين وأطفالهما، فمن الأمراض ما يهدّد حياة الزوجين أو حياة أطفالهما، ومن الأمراض ما يُحدث التفريق بين الزوجين إن تم اكتشافها بعد الزواج، خصوصاً في هذا الزمن الذي كثرت فيه الأمراض وظهرت فيه أمراض جديدة لم تكن معروفة في الأجيال السابقة، فالفحص الطبي قبل الزواج يفيد في تحقيق استقرار للأسرة .

فالذي أراه أن الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج لا يجوز إذا كان يشتمل على كشف العورات والعورات المغلّظة إلا إن حصل الاشتباه وغلب على الظن أن أحد الزوجين مصابٌ بمرضٍ يهدّد استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين، سواء أكان المرض خطيراً يهدّد حياة الزوجين أو أطفالهما كالإيدز مثلاً، أم كان المرض أقل من ذلك كما في توقّع مرض الدّريّة بسبب زواج الأقارب أحياناً أو الزواج بحامل مرض قد يؤثّر على الدّريّة؛ لأن كشف العورات لا يجوز إلا للضرورة و(الضرورة تُقدّر بقدرها)، والذي يقدر الضرورة هو الطبيب المسلم الثقة العدل .

أما إن كان الفحص الطبيّ ليس فيه كشفاً للعورات فهو أمر مطلوبٌ من باب الوقاية، فمن الممكن أن يسأل الطبيب الراغب بالزواج، ومن الممكن أن يجري له تحليلاً للدم يمكن من خلاله معرفة المطلوب، من دون حاجةٍ إلى كشف العورات .

ولذلك أرى التفريق بين نوعين من الفحص الطبي:

النوع الأول: فحصٌ لا كشف للعورات فيه، فيجوز الإلزام به؛ لما فيه من المصلحة .

النوع الثاني: فحصٌ فيه كشف للعورات والعورات المغلّظة، فهذا لا يجوز الإلزام به؛ لأنه يشتمل على المعصية، ولا ضرورة له، والناس يتزوجون منذ زمن بعيد من دون الفحص الطبي قبل الزواج، والغالب في ذلك السلامة .

هذا في الأحوال الطبيعية، أما في حال انتشار أمراض وراثية أو خطيرة في زمان أو مكانٍ معيّن وكان الزواج من الأسباب التي تؤدي إلى انتشار تلك الأمراض فلولي الأمر التدخّل، وله أن يجعل الفحص الطبي قبل الزواج إلزامياً، وذلك لوقاية أفراد ذلك المجتمع، لأن من قواعد الشريعة الكلية، ومقاصدها العامة: (ارتكاب أخف الضررين لدفع أكبرهما)، و(تفويت إحدى المصلحتين لجلب أكبرهما)، و(درء المفسد مقدم على جلب المصالح)، ومما لا شك فيه أن من أعظم المفسد استئراء الأمراض الوراثية، أو الأمراض التي تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي كالإيدز .

كما أنه لوليّ الزوجة أن يشترط على المتقدم للخطبة إجراء الفحص إذا كانت هناك قرائن تدل على احتمال إصابة الخاطب بمرض .

والله تعالى أعلم .



المبحث الرابع _ الإلزام بتوثيق عقد الزواج .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ التعريف بتوثيق عقد الزواج .

المطلب الثاني _ حكم الإلزام بتوثيق عقد الزواج .



المطلب الأول _ التعريف بتوثيق عقد الزواج:

التوثيق في اللغة هو الإحكام ^(١) .

والتوثيق اصطلاحاً هو: (علم يُبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات، وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يُدَوّن فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات) ^(٢) .

والعلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي واضحة قوية؛ فتوثيق العقود والتصرفات هو إحكامها بتقييدها في وثائق خشية الضياع .

أما توثيق عقد الزواج فيُقصد به: (تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية صادرة عن جهة حكومية مختصة في الدولة التي أبرم فيها العقد) ^(٣) .

وعقد الزواج الذي لا يُوثَّق يُسمى بالزواج العرفي ^(٤) .

والتوثيق لعقد الزواج بالتسجيل الرسمي لدى الدولة هو قضية من القضايا المعاصرة التي اقتضتها طبيعة الحياة وتغير الظروف والأحوال، فقد كان المسلمون في العهود السابقة يكتفون في توثيق عقد الزواج بالشهادة، ومع تطور الحياة وتغير الأحوال وما يُتمل أن يطرأ على الشهود من عوارض الغفلة والنسيان والموت، وما يقتضيه واقع الحال من فساد ذمم كثير من المتعاقدين، ولأجل ترتيبات إدارية تنظمها الدولة في حق المواطنين: توجّهت الدول إلى إلزام المواطنين بالتسجيل الرسمي لزواجهم وفق تنظيم معين؛ ليتّم الاعتراف بهذا الزواج وآثاره عند

١ . مختار الصحاح للرازي، مادة (وُثِّقَ)، (ص ٣٣٢)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي، باب القاف، فصل الواو، (ص ٩٢٧) .

٢ . وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، للدكتور محمد الزحيلي (٢٧/١)، وانظر: علم التوثيق الشرعي للدكتور عبد الله بن محمد بن سعد الحجيلي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ)، (ص ٤٠) .

٣ . تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن الكيلاني (ص ٢٠) .

٤ . الزواج العرفي، حقيقته، وأحكامه، وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، للدكتور أحمد بن يوسف الدريوش، دار العاصمة، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، (ص ٧٩) .

الدولة، فلا بد أن تضبط الدولة عدد أفرادها لأجل تدير أمور الدولة الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية ..، ولتحفظ أنسابها وتاريخها، ولتحسم نزاعات الأفراد عند حدوثها من غير استدعاء الشهود،... إلخ^(١) .

فالتوجه العام الذي استقر في قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة هو لزوم توثيق عقد الزواج رسمياً، وفي حال المخالفة؛ تُفرض عقوبة بحق المخالفين، وأختار مثاليين على ذلك من القوانين العربية:

المثال الأول: قانون الأحوال الشخصية السوري: فقد جاء في المادة (٤٠) منه:

(١ _ يُقَدَّم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية:

أ _ شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليه وأنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي .

ب _ صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية .

ج _ شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج. وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره .

د _ رخصة بالزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجندية الاجبارية .

هـ _ موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبياً .

٢ _ لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الاجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الاجراءات ولا يمنع ذلك من ايقاع العقوبة القانونية) .

١ . تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن الكيلاني (ص ٢٠، ٢١)، والزواج العربي لسعيد عبد العظيم، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، د.ت.ط، (ص ٥٧)، وعقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، لسمية عبد الرحمن عطية بحر، وهذا بحثٌ قدّمته الباحثة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة، عام (٢٠٠٥م)، (ص ٤٠، ٤١) .

وجاء في المادة (٤٤):

(يجب أن يشمل صك الزواج:

أ _ أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما .

ب _ وقوع العقد وتاريخه ومكانه .

ج _ أسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم .

د _ مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قبض المعجل أم لا .

هـ _ توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي) .

فهذه البيانات المطلوبة من الزوجين لتوثيق زواجهما كفيلاً بالاعتراف بزواجهما لدى الدولة .

المثال الثاني: ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (١٩٧٦م) إلى معاقبة العاقد والزَّوجين والشهود، فقد نصّت المادة (١٧) على ما يلي:

(١ _ يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد .

٢ _ يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة .

٣ _ وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيُعاقب كلٌّ من العاقد والزَّوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن مائة دينار .

٤ _ كل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يُعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة، مع العزل من الوظيفة) .

المطلب الثاني _ حكم الإلزام بتوثيق عقد الزواج:

توثيق عقد الزواج وتسجيله رسمياً لدى الدولة ليس شرطاً لصحة العقد، والعقد الذي تمّ صحيحاً من دون تسجيله رسمياً هو عقدٌ شرعيٌّ تترتب آثاره كاملاً، وقضية توثيق العقد بتسجيله رسمياً هي قضيةٌ معاصرة، ليس ثمة نصٌّ شرعيٌّ يمنعها أو يأمر بها، فهي مصلحةٌ مرسلّة، وعند النظر في المصالح المترتبة على هذا التوثيق يظهر أنها متلائمة مع جنس تصرفات الشارع^(١)، ومن هذه التصرفات:

١ _ ورد الأمر بحفظ الحقوق من الضياع بتوثيقها، كما في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾، [البقرة: ٢٨٢] .

والكتابة من أهم أنواع التوثيق، وهي من أهم ما يلجأ إليه للتوثيق على مرّ العصور، قال ابن القيم رحمه الله تعالى: " ولم يزل الخلفاء والقضاة والأمراء والعَمَال يعتمدون على كُتُب بعضهم إلى بعض، ولا يُشهدون حاملها على ما فيها، ولا يقرؤونها عليه، هذا عمل الناس من زمن نبيهم ﷺ إلى الآن " (٢) .

وتوثيق عقود الزواج رسمياً بكتابته في صحف رسمية فيه الحفاظ على الحقوق وضمانة تحصيلها عند النزاع، فالمرأة التي تتزوج الزواج العرفي تعرّض نفسها لضياع حقوقها من المهر والنفقة والميراث .. فتوثيق الزواج متوافقٌ مع أصل حفظ الحقوق من الضياع بتوثيقها (٣) .

٢ _ أصل إشهار عقد الزواج، وهو مأمورٌ به، فقد قال النبي ﷺ: ((أعلنوا هذا

١ . تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلّة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن الكيلاني (ص ٢١)، والسياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ٤٣) .

٢ . الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب، ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة دار البيان، د/ط، (ص ١٧٥) .

٣ . الزواج العرفي، للدكتور أحمد بن يوسف الدريوش (ص ٦٩-٧١) .

النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف ((^(١))، وقال أيضاً ﷺ: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))^(٢)، والإشهاد للتوثق والإعلان، وتوثيق الزواج رسمياً من أفضل أشكال الإعلان^(٣) .

٣ _ حفظ الأنساب، وهذا من مقاصد الشريعة المتفق عليها، ومن هنا أبطل الإسلام أنكحة الجاهلية التي كان يضيع فيها النسب الحقيقي للولد، كنكاح الاستبضاع^(٤) وغيره، ففي توثيق عقد الزواج تحقيقاً لمقصد الشريعة في حفظ الأنساب ومنع اختلاطها وضياعها. ولذلك فلولي الأمر الإلزام بتوثيق النكاح بتسجيله الرسمي لدى الدولة وفق تنظيم معين، ويجب على الناس امتثال هذا الأمر، ودليل هذا هو الاستصلاح، وسلطة ولي الأمر في تقييد المباح والإلزام به .

بل قال بعض العلماء^(٥) بإثم الممتنع عن هذا التوثيق^(٦)؛ لقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، [النساء: ٥٩]، ولقول النبي ﷺ: ((على المرء

١ . رواه الترمذي في سننه، وحسنه، في أبواب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، (٣/٣٩٠)، رقم الحديث (١٠٨٩) .

٢ . رواه ابن حبان في صحيحه، في كتاب النكاح، باب الولي، ذكر نفي إجازة النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، (٣٨٦/٩)، رقم الحديث (٤٠٧٥)، والطبراني في المعجم الأوسط، باب الميم، من اسمه محمد، (٥/٣٦٣)، رقم الحديث (٥٥٦٤)، وقال المناوي: " وإسناده صحيح "، في التيسير بشرح الجامع الصغير، (٥٠٢/٢) .

٣ . تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن الكيلاني (ص ٢٢) .

٤ . انظر: (ص ٢٤٢) من هذا البحث .

٥ . ومن قال بهذا الشيخ علي الطنطاوي رحمه الله تعالى، في الفتاوى، (ص ١٨٦)، جمع وترتيب مجاهد ديرانية نقلاً عن كتاب الزواج العربي للدكتور أحمد بن يوسف الدريوش (ص ٧٢) .

٦ . الزواج العربي، للدكتور أحمد بن يوسف الدريوش (ص ٧٢)، والزواج العربي في ميزان الشرع، لإبراهيم عبده الشرفاوي، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ)، (ص ٣٨-٤٣)، وتطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن الكيلاني (ص ٢٣، ٢٤)، والسياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ٤٣) .

المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أُمرَ بمعصية، فلا سمع ولا طاعة))^(١).

ورأي الباحث القول بوجوب التوثيق؛ للنصوص الآنفة الذكر التي تأمر بطاعة ولي الأمر فيما لا معصية فيه، ولما في التوثيق من مصالح كثيرة مقصودة للشارع؛ كسدِّ ذريعة الفساد والإفساد، والقضاء على مسالك الجحود والاحتيال، والقصد إلى حفظ الأنساب، وصيانة الحقوق، ولا يوجد طريقة أخرى في هذا الزمن أكثر صيانةً لحقوق الزوجة من توثيق العقد في المحكمة، والله تعالى أعلم .

١ . متفق عليه، أخرجه البخاري، في كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، (٦٣/٩)، رقم الحديث (٧١٤٤)، ومسلم واللفظ له، في كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، (١٤٦٩/٣)، رقم الحديث (١٨٣٩) .



الفصل الثاني: التقديرات في الأحوال الشخصية .

وفيه تمهيد، وأربعة مباحث:

المبحث الأول _ التعريف بالتقديرات، وضوابطها .

المبحث الثاني _ تقدير حقوق الزوجة المالية .

المبحث الثالث _ تقدير مدة اعتبار المفقود ميتاً .

المبحث الرابع _ تقديرات نرمية في عدة مسائل في الأحوال الشخصية .



التمهيد

شرع الله تعالى أحكاماً وحدّ حدوداً، وجعل لها وسائل تضبطها وتحفظها من العبث، وتسهّل فهمها وامتنالها، فجعل الصلاة محدّدة بأركان وأعداد للركعات، وقدر لها أوقاتاً محدّدة، وحدّد الحج بمناسك، وقدر للزكاة مقادير وأنصبة، ولا يكاد يخلو باب من أبواب الفقه من التقدير كما قال القرافي رحمه الله^(١)، ففي البيع تقدير الغبن الفاحش، وفي النكاح تقدير المهر، وفي الجنايات تقدير الديات، .. إلخ .

وهناك أمورٌ تُرك تقديرها للقاضي؛ حسب المصلحة التي يراها أقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة، كما في حكومة العدل مثلاً^(٢)، وتقدير نفقة الزوجة، وتقدير بعض التعويضات .

قال الغزالي رحمه الله تعالى: " أما الاجتهاد في تحقيق مناط الحكم فلا نعرف خلافاً بين الأمة في جوازه، مثاله: .. تقدير المقدرات، وتقدير الكفايات في نفقة القربات، وإيجاب المثل في قيم المتلفات، وأروش الجنايات، وطلب المثل في جزاء الصيد، فإن مناط الحكم في نفقة القريب الكفاية، وذلك معلوم بالنصّ، أما أن الرطل كفاية لهذا الشخص أم لا، فيدرك بالاجتهاد، والتخمين، وينتظم هذا الاجتهاد بأصلين: أحدهما: أنه لا بد من الكفاية، والثاني: أن الرطل قدّر الكفاية، فيلزم منه أنه الواجب على القريب " ^(٣) .

وفي هذا الفصل بيّنتُ معنى التقدير، وذكرتُ أمثله التطبيقية في الأحوال الشخصية، بناءً على الاستصلاح .

١ . الفروق للقرافي (١٦١/١) .

٢ . هي تعويضٌ يقدره القاضي عن الجروح والآلام التي لم يُقدّر العوض عنها شرعاً، انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٣٣/٦)، وحاشية الجمل (٥٢٦/٢)، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (٣٣٢/٦) .

٣ . المستصفى للغزالي (ص ٢٨١) .



المبحث الأول: التعريف بالتقديرات، وضوابطها .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ التعريف بالتقديرات .

المطلب الثاني _ ضوابط التقديرات .



المطلب الأول _ التعريف بالتقديرات:

التقدير لغةً: مادة (قدر) في اللغة تدل على مبلغ الشيء وكنهه ونهايته، فالقَدْر: مبلغ كل شيء، وقَدَرْتُ الشيء أَقْدِرُهُ وأَقْدِرُهُ من التقدير^(١)، والقدير والقادر من صفات الله تعالى؛ ويكونان من القدرة، ومن التقدير، فالله على كل شيء قدير، والله مقْدَر كل شيء وقاضيه، وقَدَرُ كلِّ شيءٍ ومقداره: مِقْيَاسُهُ، وقَدَرَ الشيءَ بالشيءِ يَقْدُرُهُ قَدْرًا، وقَدَرَهُ: قَاسَهُ^(٢).

وقوله تعالى: ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾، [الرعد: ٨]، أي بمقدارٍ من الزيادة أو النقصان، والمقدار: القَدْر^(٣).

والخلاصة أن من أهم معاني التقدير في اللغة: القدرة والقياس ومبلغ الشيء .

التقدير في الاصطلاح: هو (تبيين كمية الشيء)، وهذا التبيين إما أن يكون من الله تعالى، وإما يكون من الإنسان، فتقدير الله هو تحديد كل مخلوقٍ بحِذِّه الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضر وغيرها، وتقديره تعالى للأشياء إما بإعطاء القدرة وإما بجعل الشيء على مقدارٍ مخصوص حسبما اقتضته حكمته عز وجل، وإذا كان التقدير من الإنسان فالمراد به التفكير والتروية^(٤).

وفي القرآن الكريم ذكرُ أمورٍ كثيرةٍ قَدَرها الله تعالى وبينَ كميتها، كقوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحْشَاءَ مِنْ نِسَائِكَ فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ﴾، [النساء: ١٥] .

وفي القرآن الكريم ما يؤكد عِظَمَ شأنِ المقدَّراتِ وأهميتها؛ حيث جعلَ الله تعالى من صلب دعوة ورسالة نبيه شعيب عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام أن يحذّر أهل مدين لما تلاعبوا بالمقدَّرات الكيلية والوزنية، وأن يأمرهم بإيفاء المكيال والميزان وضبط آليتهما، وأن ينهاهم عن

١ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (قدر)، (٦٢/٥) .

٢ . لسان العرب لابن منظور، حرف الراء، فصل القاف، (٨٠-٧٤/٥) .

٣ . تفسير القرطبي (٢٨٩/٩) .

٤ . التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي (ص ١٠٥، ١٠٦)، وانظر: التعريفات للجرجاني (ص ٦٤) .

التطيف فيهما، قال تعالى: ﴿وَإِلَىٰ مَدْيَنَ أَخَاهُ شُعَيْبًا قَالَ يَنْقُورِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِن إِلَهِ غَيْرُهُ وَلَا تَنْقُصُوا أَلْمِكَالَ وَالْمِيزَانَ إِنِّي أُرِيدُكُمْ بِخَيْرٍ وَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ عَذَابَ يَوْمٍ تُحِيطُ ۝٨٤﴾
وَيَنْقُورُ أَوْفُوا أَلْمِكَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ۝٨٥﴾، [هود: ٨٤-٨٥] .

وفي السنة المطهرة وردت أحاديث كثيرة تبين منهج التقدير وأهميته وكيفية، ومثال ذلك: قوله ﷺ: ((لا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردّها وصاع تمر))^(١) .

ففي الحديث تقديرٌ للعوض المستهلك بصاع من تمر^(٢) .

وهذه التقديرات لها أهمية كبيرة في صيانة الحقوق وحفظها، وهي باب واسع يسري في أبواب الفقه، فمنه ما هو مقدّر بتقدير الشارع، ومنه ما هو متروك للاجتهاد، ومما يدل على مشروعية الاجتهاد في التقدير فيما لم يُقدّر جوابُ النبي ﷺ للسيدة هند بن عتبة رضي الله عنها عن سؤالٍ سألته إياه، فقد قال ﷺ: ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك))^(٣) .

فترك لها النبي ﷺ تقدير كفايتها فلم يحدده بل ربطه بالمعروف، فتجتهد في تقدير ذلك.

١ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له في كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يُحْقِلَ الإبل، والبقر والغنم وكل مُحْقَلَةً، (٧٠/٣)، رقم الحديث (٢١٤٨)، وشرح البخاري في نفس الصحيفة معنى التصرية، فقال: "والمَصْرَاةُ: التي صُرِّيَ لبنها وحُقِنَ فيه وُجْمِعَ، فلم يُحْلَبَ أياماً، وأصل التصرية حبس الماء، يقال منه صريت الماء إذا حبسته"، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، (١١٥٥/٣)، رقم الحديث (١٥١٥) .

٢ . التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، لهديل سبتي، وهذا البحث هو رسالة دكتوراه تقدّم بها الباحث إلى كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، سنة (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، (ص ٣١) .

٣ . قال لها النبي ﷺ هذا لما اشتكت شحّ زوجها، والحديث متفق عليه، رواه البخاري في كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، (٧٩/٣)، رقم الحديث (٢٢١١)، ومسلم واللفظ له، في كتاب الحدود، باب قضية هند، (١٣٣٨/٣)، رقم الحديث (١٧١٤) .

والمقصود من التقدير في هذا البحث: تحديد القاضي كميةً بعض الأشياء كالنفقة الزوجية، والتعويض عن الطلاق التعسفي^(١)، أو أزمناً معينة كالزمان الذي يُعدُّ المفقود بمضيِّه ميثاً، وهذا التقدير له ضوابط ينبغي أن يلتزم بها القاضي، بيّنتها في المطلب التالي .

١ . انظر: (ص ٣٨٦) من هذا البحث .

المطلب الثاني _ ضوابط التقديرات:

أعطى الشرع للقاضي سلطةً تقديرية، في أمورٍ كثيرة، ستأتي أمثلتها في المباحث التالية في هذا الفصل، ولكن هذه السلطة ليست مطلقةً، وإنما هي محدّدة بضوابط، أهمها:

١ _ أن لا تكون المسألة مُقدّرةً بتقدير الشارع؛ فلا يجوز أن يتدخل القاضي في تقدير أنصبة الزكاة، ولا في أنصبة الورثة مثلاً؛ لأنها مُقدّرة شرعاً ولا يجوز التدخل فيها، ولكن إن قَدَّر الشارع أموراً من باب السياسة الشرعية _ التي يمكن للحاكم التدخل فيها عند الحاجة _ فيجوز التدخل في تقديرها بما يناسب مصلحة المكلفين عند الضرورة، وهذا بابٌ دقيقٌ له أصوله (١).

ومثال ذلك: أن النبي ﷺ جعل الدية مائةً من الإبل (٢)، وأنه ﷺ جعل الدية اثني عشر ألفاً (٣).

وفي خلافة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حدث تغيرٌ في القيم فاجتهد في تقدير الدية، وقام خطيباً فقال: " ألا إن الإبل قد غلت "، ففرضها ﷺ على أهل الذهب ألف دينار (٤)، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة،

١ . انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٣٩/٥)، والتقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، لهديل سبتي (ص ٦٤).

٢ . أخرجه مسلم في كتاب القسامة والمخربين والقصاص والديات، باب القسامة، (١٢٩٤/٣)، رقم الحديث (١٦٦٩).

٣ . أي في الفضة، رواه الترمذي، في أبواب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي من الدراهم؟ (١٢/٤)، رقم الحديث (١٣٨٨)، وابن ماجه، في كتاب الديات، باب دية الخطأ، (٨٧٨/٢)، رقم الحديث (٢٦٢٩)، وقال الذهبي: " قيل: فرواه ابنُ عُيَيْنَةَ عن عمرو، فأسقط ابن عباس، ثم الطائفي _ أحد رواة الحديث _ قد ضعفه أحمد، قلنا: وقد وثقه يحيى، والوصل زيادة "، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن عثمان، بن قَائِمَاز، الذهبي، المتوفى سنة: (٧٤٨هـ)، بتحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م)، (٢٣٧/٢)، رقم الحديث (٦٧٣).

٤ . ويساوي (٤,٢٥) غراماً، والدّرهم العربي يساوي (٢,٩٧٥) غراماً، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (١٤٣/١، ١٤٤).

وعلى أهل الحُلل _ الثياب _ مائتي حُلَّة^(١) .

فعندما تغيّرت الظروف والأحوال اجتهد سيدنا عمر في تقدير الدية، وصنّف الأصناف ليسهل الأداء^(٢) .

٢ _ أن يبذل القاضي جهده ويستفرغ وسعه في النظر في تقدير المسألة المعروضة عليه لجلب المصلحة الخالصة أو الراجحة، ودرء المفسدة الخالصة أو الراجحة، من دون معارضة النصوص والإجماع والقياس، على ضوء النصوص الشرعية والفقهية في المسألة، فالقاضي مأمورٌ بالنظر، ومأمور بالقضاء بالحق والعدل، ولا يحكم بالهوى والتشهي^(٣) .

ويبذل القاضي وسعه في تقدير ما لم يُقدِّره الشارع بالتقريب من قواعد الشرع وتقديراته، فينظر في ذلك ويأخذ من روح التقديرات والقواعد الشرعية مقدار تقديره^(٤) .

٣ _ مراعاة العرف، واعتباره: فالعرف له اعتبار شرعي، وهو مرجعٌ لمعرفة الأحكام الشرعية، فيما لا نصّ فيه^(٥) .

واشتُهِرَ عند الفقهاء أن ما ليس له ضابطٌ في اللغة ولا في الشرع يُرجع فيه إلى

١ . رواه أبو داود، في كتاب الديات، باب: الدية، كم هي؟ (١٨٤/٤)، رقم الحديث (٤٥٤٢)، والحديث فيه عبد الرحمن بن عثمان البكرائي؛ ضعفه جماعة، وقال أبو حاتم: ليس بقوي، انظر: البدر المنير لابن الملقن (٤٤٢/٨).

٢ . انظر: العقوبة لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د/ط، (ص ٥٦٦)، والتقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، لهديل سبي (ص ٦٥) .

٣ . الفروق للقرافي (١٢٦/٢)، وكشف الأسرار للبخاري (٢٥/٤)، ومعين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي (ص ١٤)، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده، السيوطي شهرة، الرحيباني مولدًا، ثم الدمشقي الحنبلي، المتوفى (١٢٤٣هـ) رحمه الله تعالى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، (١٤١٥هـ / ١٩٩٤م)، (٤٦٧/٦) .

٤ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيعي (٣٩/٥)، والسلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، للدكتور محمود محمد ناصر بركات، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٧م)، (ص ١٥٦) .

٥ . انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٩)، وحاشية ابن عابدين (١٥٤/٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص ٢١٩)، والمدخل الفقهي العام للزرقا (٨٨٣/٢، ٨٨٤)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لأبي الحارث الغزي (ص ٢٧٦) .

العرف، كالحرز في السرقة، وما يُعدُّ قبضاً، وهديّةً، وأمور كثيرة لا تنحصر ^(١) .
فعندما يقدر القاضي نفقة الزوجة مثلاً فلا بدّ من اعتبار العرف في النفقة، فيراعي حال الزوج وحال الزوجة وعرف كلّ منهما ولا يجتهد في تقدير ذلك بعيداً عن العرف .
وعندما يقدر مهر المثل فينبغي أن يراعي عادة عشيرة الزوجة، ويراعي حال الزوجة فإن زاد قدر الزوجة وفضلها أو نقص فيراعي القاضي ذلك صعوداً وهبوطاً ^(٢) .
وهكذا في كلّ ما يُطلب من القاضي تقديره .

١ . شرح النووي لصحيح مسلم (٨/١٢)، والأشباه والنظائر للسبكي (٥١/١)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار (٤٥٢/٤، ٤٥٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٨) .

٢ . مغني المحتاج للشريني (٣٨٦/٤) .



المبحث الثاني: تقدير حقوق الزوجة المالية .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ تقدير المهر .

المطلب الثاني _ تقدير النفقة الزوجية .

المطلب الثالث _ تقدير متعة المطلقة .



المطلب الأول _ تقدير المهر:

أولاً _ تعريف المهر:

للمهر تعريفات عديدة، اخترتُ منها تعريفَ الحنفية، فقد قالوا: هو (اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد)^(١) .

ثانياً _ تقدير المهر:

١ _ تقدير أقل المهر: اختلف الفقهاء في تقدير أقل المهر على قولين:

أ _ القول الأول: يجب ضبط المهر بحِدٍّ معيَّنٍ بتقدير أقلّه، وهو قول الحنفية والمالكية، ثم اختلفوا في تقدير أقلّه، فذهب الحنفية إلى أن أقل المهر عشرة دراهم فضةٍ أو قيمتها^(٢)؛ وأهم أدلتهم قوله ﷺ: ((لا تُنكِحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم))^(٣)، وذهب المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار ذهباً أو ثلاثة دراهم فضةٍ؛ قياساً على مقدار ما تُقَطَّع اليد بسرقة، فهو أقل متموّل^(٤)، لقوله ﷺ:

١ . حاشية ابن عابدين (٣/١٠٠، ١٠١) .

٢ . حاشية ابن عابدين (٣/١٠١) .

٣ . رواه الطبراني في المعجم الأوسط، (٦/١)، رقم الحديث (٣)، والدارقطني في سننه، في كتاب النكاح، باب المهر، (٤/٣٥٨)، رقم الحديث (٣٦٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى، وقال: حديث ضعيف بمرة، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، (٧/٢١٥)، رقم الحديث (١٣٧٦٠)، وضعفه الزيلعي في نصب الراية (٣/١٩٦)، وقال العجلوني: "رواه الدارقطني عن جابر رفعه في حديث سنده واه؛ لأن فيه بشر بن عبيد: كذاب، .. ولكن يعارضه ما رواه الشيخان عن سهل بن سعد في الواهبة رفعه: ((التمس ولو خائماً من حديد))، .. وقال القاري: وتدفع المعارضة بحمل الأول على أقل مسمى من المهر، أجلاً وعاجلاً، والثاني المعجل عرفاً، ويؤيد الأول ما رواه البيهقي في سننه الكبرى من طرق ضعيفة عن جابر، فيقوي بعضها بعضاً؛ فيرتقي إلى مرتبة الحسن، وهو كاف في الحجة"، كشف الخفاء للعجلوني (٢/٤٥٣)، والخلاصة في درجة هذا الحديث: وضعفه البعض، واعتبره البعض حسناً لغيره لكثرة طرقه .

٤ . الاستذكار لابن عبد البرّ (٥/٤١١)، والشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه (٢/٤٢٨، ٤٢٩) .

((تَقَطَّعَ الْيَدُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا))^(١) .

ب _ القول الثاني: أَقْلُ الْمَهْرِ غَيْرُ مُقَدَّرٍ، فَأَقْلُ مَتَمَوِّلٍ يَصَحُّ مَهْرًا، فَكُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمْنًا أَوْ مَبِيعًا أَوْ أَجْرَةً أَوْ مُسْتَأْجَرًا جَازَ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالْحَنَابِلَةِ^(٢) .

وَمِنْ أَهَمِّ أَدْلَتِهِمْ أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: إِنَّمَا قَدْ وَهَبْتُ نَفْسَهَا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ﷺ، فَقَالَ: ((مَا لِي فِي النِّسَاءِ مِنْ حَاجَةٍ))، فَقَالَ رَجُلٌ: زَوْجْنِيهَا، قَالَ: ((أَعْطَاهَا ثَوْبًا))، قَالَ: لَا أَجِدُ، قَالَ: ((أَعْطَاهَا وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ))، فَاعْتَلَّتْ لَهُ، فَقَالَ: ((مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ؟))، قَالَ: كَذَا وَكَذَا، قَالَ: ((فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ))^(٣) .

٢ _ تَقْدِيرُ أَكْثَرِ الْمَهْرِ: اتَّفَقَ فَقْهَاءُ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى أَنَّهُ لَا حَدٌّ لِأَكْثَرِهِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرُدَّ فِي الْكِتَابِ وَلَا فِي السُّنَنِ نَصٌّ يُوْجِبُ أَنْ لَا يَزِيدَ الْمَهْرُ عَنْ مَبْلَغٍ مُحَدَّدٍ^(٤) .

١ . متفق عليه، أخرجه البخاري، واللفظ له، في كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾، [المائدة: ٣٨]، وفي كم يقطع؟، (١٦٠/٨)، رقم الحديث (٦٧٨٩)، ومسلم، في كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصاها، (١٣١٢/٣)، رقم الحديث (١٦٨٤) .

٢ . الأم للشافعي (٦٤/٥)، ومغني المحتاج للشربيني (٣٦٧/٤)، والمغني لابن قدامة (٢١٠/٧)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (١٩٢/٦) .

٣ . متفق عليه، أخرجه البخاري، واللفظ له، في كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، (١٩٢/٦)، رقم الحديث (٥٠٢٩)، ومسلم، في كتاب الحج، باب الصَّدَاقِ، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يُجِيفُ به، (١٠٤٠/٢)، رقم الحديث (١٤٢٥)، وقوله: فاعتلت: أي فاعتذر بعدم وجدانه، فتح الباري لابن حجر (٢٠٨/٩) .

٤ . المختصر من المختصر من مشكل الآثار، ليوسف بن موسى بن محمد، أبو المحاسن، جمال الدين، المِلْطِيُّ، الحنفي، المتوفى سنة (٨٠٣هـ) رحمه الله تعالى، عالم الكتب، بيروت، د.ت.ط، (٢٩٠/١)، (٢٩١)، والتلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، البغدادي، المالكي، المتوفى سنة (٤٢٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أبي أويس محمد بن خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، (١١٤/١)، والشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه (٤٢٨/٢، ٤٢٩)، والأم للشافعي (١٧١/٥)، والمغني لابن قدامة (٢١٠/٧)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (١٩٢/٦) .

ثالثاً _ هل يجوز تقدير المهر بقدر معين؟

تكلم بعض أهل العلم في هذه المسألة وأجازوا تقدير المهر بسقفٍ محدّدٍ لا يجوز تجاوزه، وذلك إذا رأى الحاكم ذلك لظروفٍ معينةٍ أو مصالحٍ معتبرةٍ للرعية، أو إذا فوّض الحاكم إلى القاضي أن يقدّر حداً أعلى للمهر، أو إذا اصطلحت قبيلةٌ ما على تقدير أكثر المهر بحيث لا يُسمَح بالزيادة عليه (١).

واستدلّوا بأدلةٍ أهمّها (٢):

١ _ غاية ما يدلّ عليه قول الله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَنَهُنَّ قِنطَارًا﴾، [النساء: ٢٠]، جواز كون المهر قنطاراً، فهو يفيد إباحة المغالاة في المهر لا وجوب المغالاة في المهر، فالأمر متروكٌ للناس بحسب تفاوت الأحوال، فهذه الآية لا تبرّر ما تعارفه الناس من مغالاة المهور بحيث يؤدّي الأمر إلى عزوف الشباب عن الزواج وزيادة نسبة العنوسة بين الفتيات، ففي هذه الحالة للحاكم أن يتدخّل ويقدر سقفاً أعلى للمهر من باب السياسة الشرعية؛ حفاظاً على مصلحة المكلفين، فقد ينتشر الفقر ويعجز الشباب عن الزواج، فتتعلّط مصلحة الشاب والفتاة، ويقع الفساد في المجتمع .

وأما قصّة حُطبة سيدنا عمر رضي الله عنه التي دعا فيها إلى عدم المغالاة وردّت عليه امرأةٌ بقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَنَهُنَّ قِنطَارًا﴾، [النساء: ٢٠]، فقال: " أصابت امرأةٌ وأخطأ عمر " (٣)؛

١ . مجموع فتاوى ابن باز (٨٨/٢١)، والسياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ٧١، ٧٢)، والعرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، لهيفة سليمان حمادة، وهو بحثٌ قدّمته الباحثة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، في غزّة، سنة (١٤٣٤هـ/٢٠١٤م)، (ص ٥٢).

٢ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ٦٩، ٧٠)، والعرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي لهيفة حمادة (ص ٥٢).

٣ . المصنف، لأبي بكر، عبد الرزاق بن همام، الحميري، اليماني، الصنعاني، المتوفى سنة (٢١١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠٣) رحمه الله تعالى، (١٨٠/٦)، ورقم الحديث (١٠٤٢٠)، وحكم ابن حجر بضعفه وانقطاعه، في فتح الباري (٢٠٤/٩).

فالراجح أن هذه القصة غير صحيحة^(١)، وعلى فرض صحتها فالظاهر أنه ترك ما عزم عليه من الإنكار على المغالاة في المهور لعدم الحاجة في عصره، حيث زاد ثراء الناس بكثرة الفتوحات وزيادة العطاء من بيت المال، وأنه كره ترك الاقتداء بالنبي ﷺ في قلة مهر بناته ونسائه ﷺ، ويتضح هذا من تعليقه الوارد في القصة ذاتها بقوله: " فإنها لو كانت _ أي المغالاة بالمهر _ مكرمةً في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأةً من نسائه، ولا أصدق امرأةً من بناته أكثر من ثني عشرة أوقية"(٢).

٢ _ الأدلة التي تفيد استحباب عدم المغالاة في المهور، ومثالها: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إني تزوجت امرأةً من الأنصار، فقال له النبي ﷺ: ((هل نظرت إليها؟ فإن في عيون الأنصار شيئاً))، قال: قد نظرتُ إليها، قال: ((على كم تزوجتها؟))، قال: على أربع أواق، فقال له النبي ﷺ: ((على أربع أواق؟ كأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل))(٣) .

٣ _ مراعاة العرف دليلٌ على جواز اصطلاح قبيلةٍ ما على تقدير أكثر المهر بحيث لا يُسمح بالزيادة عليه، إذا جرى هذا عرفاً بينهم؛ لأن العرف له اعتبار شرعي إن لم يخالف النصوص الشرعية، فالثابت بالعرف كالثابت بالنص^(٤)، وليس ثمة نصٌ يمنع تحديد المهر .

وهذا ما أخذ به القانون الإماراتي، فقد صدر قانونٌ اتحاديٌّ في شأن تحديد المهر في عقد الزواج ومصاريفه، رقم (٢١) لسنة (١٩٩٧م)، فقد نصّت المادة رقم (١) على:

١ . خطبة سيدنا عمر موجودة عند أصحاب السنن، عند أبي داود في سننه، واللفظ له، في كتاب النكاح، باب الصداق، (٢٣٥/٢)، رقم الحديث (٢١٠٦)، والترمذي وقال عنه: "حسن صحيح"، في أبواب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء، (٤١٤/٣)، رقم الحديث (١١١٤)، وليس فيها قصّة المرأة، ولا تصحّ القصّة من وجه .

٢ . أخرج هذا الخبر أبو داود في سننه، واللفظ له، في كتاب النكاح، باب الصداق، (٢٣٥/٢)، رقم الحديث (٢١٠٦)، والترمذي وقال عنه: "حسن صحيح"، في أبواب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء، (٤١٤/٣)، رقم الحديث (١١١٤) .

٣ . أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكيفية لمن يريد تزوجها، (١٠٤٠/٢)، رقم الحديث (١٤٢٤) .

٤ . انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/١٩)، والأشباه والنظائر للسبكي (٥٠/١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٧٩)، وحاشية ابن عابدين (١٥٤/٦) وشرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢١٩) .

(لا يجوز أن يزيد مقدّم الصداق في عقد الزواج على (٢٠٠٠٠) عشرين ألف درهم، أو أن يجاوز مؤخر الصداق (٣٠٠٠٠) ثلاثين ألف درهم) .

ولكن: عدم تحديد المهر هو الأصل الشرعي، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد جاء في المادة (٥٤) منه: (١ _ لا حدّ لأقل المهر ولا لأكثره) .

ووجهة نظري: لا حدّ لأقل المهر ولا لأكثره؛ لأنه مرتبطٌ بمقوّمات عدّة، كالحسب والجمال والمنزلة الاجتماعية ومستوى التعليم، وكما لا نستطيع تقدير مقدار الحسب والجمال فكذا لا نستطيع وضع مقدارٍ للمهر، والمهر يختلف باختلافهن بحسب الأعراف، ومثّل المهر كمثّل من عنده سلع في حانوته، إذ لكل سلعة سعر، ولا يمكن وضع سعر موحدٍ لكل السلع، فسعر الموز يختلف عن سعر الجزر، وكلاهما يختلف سعره عن سعر السّكر مثلاً، فلكل سلعة قيمةٌ مختلفة، وكذلك المهر هو كالسّعر الذي يختلف باختلاف أوصاف المرأة من جمال وحسبٍ ومنزلةٍ اجتماعيةٍ حسب الأعراف .

ولكن أرى أن لا يتجاوز مقداره مقدار مهر نساء أو بنات النبي ﷺ، وأن لا يكون مبلغاً تافهاً لا قيمة له؛ حرصاً على مشاعر المرأة وتكريم الدّين لها .

والله تعالى أعلم .

المطلب الثاني _ تقدير النفقة الزوجية:

النفقة هي: (كفاية من تجب مؤنته بكل ما يلزم لمعيشته بحسب العرف والعادة)^(١) .
فالنفقة الزوجية هي: ما يبذله الزوج لزوجته من الطعام والشراب والمسكن ونحو ذلك،
وهي واجبة على الزوج لزوجته^(٢) .

والأدلة على ذلك كثيرة، منها: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾،
[البقرة: ٢٣٣]، وقول رسول الله ﷺ: ((ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف))^(٣) .

وقد حصل الاختلاف بين الفقهاء في تقدير النفقة:

فعند الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، والمعتمد عند الحنابلة: النفقة غير مقدرة وإنما
هي بحسب الكفاية للزوجة؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾،
[البقرة: ٢٣٣]، فما نقص عن كفايتها فيه إضراراً بها، فلا يُعَدُّ معروفاً، وإيجاب ما فوق
الكفاية إسرافٌ والإسراف ليس معروفاً، ويُرجع في تحديد الكفاية للعرف والعادة^(٤) .

واستدلوا كذلك بحديث هند بنت عتبة رضي الله تعالى عنها فقد شكت لرسول الله ﷺ
أن زوجها رجلٌ شحيحٌ، وليس يعطيها ما يكفيها وولدها، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم،
فقال لها النبي ﷺ: ((خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف))^(٥) .

١ . العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، لهيفة سليمان حمادة (ص ٩٠) .

٢ . وهناك تفصيلات أعرضت عنها خشية الاستطرد، كسقوط حق الزوجة بنفقتها إن نشزت، انظر: الهداية في شرح
بداية المبتدي للمرغيناني (٢/٢٩١)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٣/٧٦، ٧٧)، ومغني المحتاج للشربيني
(٥/١٥١)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/٢٤٤) .

٣ . أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، (٨٨٦/)، رقم الحديث (١٢١٨) .

٤ . الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي (٤/٤)، وحاشية الدسوقي (٢/٥٠٩)، وروضة الطالبين للنووي
(٩/٤٠)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٩/٣٥٢) .

٥ . أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل للزوجة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها
وولدها بالمعروف، (٧/٦٥)، رقم الحديث (٥٣٦٤) .

ومن فوائد هذا الحديث اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تقدير شرعي^(١) .

وذهب الشافعية في المعتمد عندهم، وبعض الحنابلة، إلى أن النفقة مُقدَّرة بحسب يسار الزوج وإعساره؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَاهَا﴾، [الطلاق: ٧]، فإن كان الزوج موسراً كان الواجب من النفقة مُدَّان، وإن كان الزوج متوسط الحال كانت النفقة مُدٌّ ونصف، وإن كان فقيراً فالنفقة مُدٌّ واحد؛ قياساً على الكفارة بجامع أن كلاً من النفقة والكفارة مالٌ وجب بالشرع^(٢) .

وذهب بعض الشافعية إلى أن نفقة الزوجة يقدرها القاضي^(٣) .

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بالقول الأول، فقد جاء في المادة (٧٦) منه:

(تُقَدَّر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يُسرّاً أو عُسرّاً مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقلّ عن حدّ الكفاية للمرأة) .

وجاء في المادة (٧٧): (١ _ تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد).

وهذا القول هو القول المناسب، فالكفاية هي المعتبرة، فما زاد عن الكفاية يُعدُّ إسرافاً وإضراراً بالزوج، ولا يُعدُّ معروفاً، وما نقص عن الكفاية فيه إضرارٌ بالزوجة، ولا يُعدُّ معروفاً، فاختيار هذا القول يحقق مصلحة الزوجين معاً، ويؤدي إلى الاستقرار في المجتمع .

وفي حال رفع الأمر للقضاء كأن تقع خصومة: فإن القاضي يقدر للزوجة النفقة بما يراه كافياً، وله الاستئناس برأي الخبراء كما في قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد جاء في المادة (٨١): (يقدر القاضي النفقة ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء) .

١ . شرح النووي لصحيح مسلم (٨/١٢)، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٧١/١) .

٢ . روضة الطالبين للنووي (٤٠/٩)، ونهاية المحتاج للرملي (١٨٨/٧)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٣٥٥/٩) .

٣ . روضة الطالبين للنووي (٤٠/٩) .

المطلب الثالث _ تقدير متعة المطلقة:

أولاً _ تعريف المتعة:

المتعة في الاصطلاح هي: (مالٌ يجب على الزوج دفعُهُ لامرأته المفارقة في الحياة بطلاقٍ وما في معناه، بشروط)^(١) .

ثانياً _ مشروعية المتعة:

اتفق الفقهاء على أن المتعة مشروعةٌ للمطلقة قبل الدخول إذا لم يُفرض للمرأة مهرٌ؛ لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى التَّوَسُّعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْقَمْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ ۚ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾، [البقرة: ٢٣٦]، ولكن جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) اعتبروها واجبة^(٢)، واعتبرها المالكية مستحبة^(٣) .

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب الجمهور في وجوب المتعة قبل الدخول إن لم يُفرض للمرأة مهر، حيث نصّت المادة (٦٢) منه على أنه: (٢ _ إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة) .

وأما المطلقة بعد الدخول، فذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في القديم إلى أنها لا تجب^(٤)، وذهب الشافعية في الجديد إلى أنها واجبة^(٥) .

١ . مغني المحتاج للشريبي (٣٩٨/٤) .

٢ . الهداية للمرغيناني (١٩٩/١)، ومغني المحتاج للشريبي (٣٩٩/٤)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٢٤/٦) .

٣ . المدونة لمالك بن أنس (٢٣٩/٢)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي (٣٦/٢) .

٤ . الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي (١٠٢/٣)، ومغني المحتاج للشريبي (٣٩٨/٤، ٣٩٩)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٢٤/٦) .

٥ . مغني المحتاج للشريبي (٣٩٨/٤، ٣٩٩) .

ثالثاً _ تقدير المتعة:

قدّر الحنفية المتعة بثلاثة أثوابٍ من كسوة مثلها، وقالوا: لا يجوز أن تزيد عن نصف مهر المثل^(١).

وقال المالكية: ليس لها حدّ معيّن^(٢).

وقال الشافعية: أقل ما يُستحب في المتعة ثلاثون درهماً، ويُفضّل أن لا يفرض القاضي لها ما يزيد عن نصف المهر، إلا إن حصل التراضي فلا حدّ لأكثرها^(٣).

وقال الحنابلة: المتعة غير مُقدّرة، بل هي بحسب حال الزوج يساراً أو إعساراً^(٤).

وقدّر قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٦٢) متعة الطلاق بكسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويُعتَبَر فيها حال الزوج، على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل.

وهذه المادة فيها جمعٌ لأقوال الفقهاء والأخذ بالتوسط بينهما، فقدّرت المتعة بكسوة، بأقل من نصف مهر المثل، ولكن مع مراعاة حال الزوج، فهذا قولٌ مناسبٌ فيه روح الأخذ بمذاهب الفقهاء في هذه المسألة، والله أعلم.

١ . الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلّي (١٠٢/٣) .

٢ . الفواكه الدواني للنفاوي (٣٦/٢) .

٣ . مغني المحتاج للشربيني (٣٩٩/٤) .

٤ . المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٢٤/٦) .



المبحث الثالث: تقدير مدة اعتبار المفقود ميتاً .

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول _ التعريف بالمفقود .

المطلب الثاني _ أقوال الفقهاء في المسألة، وأدلتهم .

المطلب الثالث _ موقف القانون من هذه المسألة .

المطلب الرابع _ رأي الباحث في المسألة .



المطلب الأول _ التعريف بالمفقود:

أولاً _ تعريف المفقود:

١ _ المفقود لغةً: مادة (فقد) في اللغة تدل على ذهاب شيء وضياعه، ومن ذلك قولهم: فقدت الشيء فقداً إذا ذهب ولم يعد موجوداً، والفاقد: المرأة تفقد ولدها أو بعلمها، وكذلك قولك: تفقدت الشيء، إذا تطلبتُه، فهو من هذا الباب أيضاً؛ لأنك تطلبه عند فقدك إياه، ومن هذا المعنى قول الله جل جلاله: ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهَدْهَدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ﴾، [النمل: ٢٠] ^(١).

٢ _ المفقود اصطلاحاً: عرّف الفقهاء المفقودَ بعبارات متعدّدة، بعضها متقارب في المعنى، وبعضها متباعد، فلم يحصل الاتفاق على معنى المفقود، فهناك من ضيق معناه وأفراده، وهناك من توسّع فيه، فلا بدّ من ذكر تعريف المفقود في كل مذهب على حدة:

تعريف المفقود عند الحنفية، قال صاحب الاختيار^(٢): (هو الذي غاب عن أهله، وبلده، أو أسره العدو، ولم يُدرَ أحيّ هو أم ميتٌ، ولا يُعلم له مكان، ومضى على ذلك زمانٌ، فهو معدوم بهذا الاعتبار) ^(٣).

تعريف المفقود عند المالكية: (هو من انقطع خبره ومُكِّنُ الكشف عنه)، فيخرج الأسير، والمحبوس الذي لا يُستطاع الكشف عنه ^(٤).

تعريف المفقود عند الشافعية: (هو الذي انقطع خبره، وجُهل حاله في سفر أو حضر، في قتالٍ أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وله مال، وفي معناه الأسيرُ الذي انقطع خبره) ^(٥).

١ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (فقد)، (٤/٤٤٣)، ومختار الصحاح للرازي، مادة (فقد)، (ص ٢٤١) .

٢ . عبد الله بن محمود بن مودود الموصلّي البلدحي، أبو الفضل، وُلِدَ عام (٥٩٩هـ)، بالموصل، كان من كبار علماء الحنفية، رحل إلى دمشق، وولي قضاء الكوفة مدة، ثم استقر ببغداد مدرّساً، وتوفي فيها سنة (٦٨٣هـ)، رحمه الله تعالى، له كتب، منها (الاختيار لتعليل المختار)، انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لابن نصر الله الحنفي (١/٢٩١) .

٣ . الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلّي (٣/٣٧) .

٤ . مواهب الجليل للحطاب (٤/١٥٥) .

٥ . روضة الطالبين للنووي (٦/٣٤) .

تعريف المفقود عند الحنابلة: (هو من لا تُعلم له حياة ولا موت؛ لانقطاع خبره)^(١)، ويدخل الأسير في هذا التعريف^(٢) .

يظهر الاتفاق في تعريف المفقود عند الشافعية والحنابلة، ويظهر اعتبار الجمهور الأسير مفقوداً خلافاً للمالكية، ومن خلال التعاريف السابقة، أرى أن أدق وأضبط تعريف هو تعريف ابن مودود الموصلي صاحب الاختيار؛ فقد اشترط في المفقود الجهل بحياته أو موته، والجهل بمكانه، ومضي زمانٍ على هذا الحال .

ثانياً _ أنواع المفقود:

١ _ لم يجعل الحنفية والشافعية للمفقود أنواعاً، بخلاف المالكية والحنابلة .

٢ _ فقد جعل المالكية المفقود أربعة أنواع؛ هي^(٣):

أ _ مفقود في بلاد المسلمين: وهو من خرج من بيته أو سافر سافراً قريباً من مكان إلى آخر في بلاد المسلمين، وانقطعت أخباره وآثاره .

ب _ مفقود في بلاد الحرب: ويُلاحق به الأسير، كما يُلاحق به من حصل الشك في مكان فقدته؛ هل فقد في بلاد الحرب أو بلاد المسلمين .

ج _ مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض .

د _ مفقود في حروب المسلمين والكفار .

٣ _ اعتبر الحنابلة المفقود نوعين^(٤):

أ _ مفقود في غيبة ظاهرها السلامة: كمن سافر للتجارة، أو طلب العلم، أو

١ . كشف القناع للبهوتي (٤/٤٦٤) . ظ

٢ . كشف القناع للبهوتي (٤/٤٦٤) .

٣ . بعض المالكية جعلها أكثر من ذلك، وبعضهم جعلها أقل، ولكن الأربعة أنواع أوضح في التقسيم، انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٢/٦٩٤-٦٩٨)، والتاج والإكليل للمواق (٥/٥٠٤-٥٠٧)، والفواكه الدواني للنفراوي (٢/٤٢) .

٤ . الفروع لابن مفلح (٨/٤٥)، وكشف القناع للبهوتي (٤/٤٦٥) .

السياحة، ويلحق به الأسير؛ لأنه معلومٌ من حاله أنه غير قادر على المجيء .

ب _ مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: كالذي يُفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يُفقد بين الصفين في القتال، أو من كان في جماعةٍ انكسر بهم مركب فنجا بعضهم وغرق البعض الآخر.

ويتربّب على التفريق بين أنواع المفقود اختلافٌ في أحكام كل نوع .

ويتعلّق بالمفقود أحكام كثيرة؛ من حيث ماله، وزوجته، وإرثه، وأثر رجوعه بعد الحكم بوفاته ...، ونقطة البحث في هذا المبحث: تقدير المدة التي يُعتَبَر المفقود فيها ميتاً لتترتب الأحكام الشرعية على هذا الاعتبار .

المطلب الثاني _ أقوال الفقهاء في المسألة، وأدلتهم:

١ _ مذهب الحنفية: حكم المفقود أنه حيٌّ في حق نفسه فلا يُقسم ماله بين ورثته، ميتٌ في حق غيره فلا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه؛ لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال فإنه عُلم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه^(١)؛ ولقول النبي ﷺ: ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان))^(٢)، ولقول سيدنا علي رضي الله عنه: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق " ^(٣) .

ومتى يحكم القاضي بموته لأجل تقسيم ميراثه وترئُص زوجته بعدتها؟ قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أتمَّ المفقود مائة وعشرين سنةً من يوم وُلِدَ يحكم القاضي بموته؛ لأن الأعمار في زمانهم قلَّما تزيد عن مائة وعشرين سنةً فيُقَدَّر بها تقديرًا بالأكثر، وفي ظاهر المذهب أنه يُقَدَّر بموت الأقران؛ لأنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه، ورؤي عن أبي يوسف: بمائة سنة^(٤) .

وقال ابن الهمام: الأفضل أن يُقَدَّر بسبعين سنة^(٥)؛ لقول النبي ﷺ: ((أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين، وأقلُّهم من يجوز ذلك)) ^(٦) .

١ . المبسوط للسرخسي (٣٦/١١-٣٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٤٢٤/٢) .

٢ . أخرجه الدارقطني في سننه، في كتاب النكاح، باب المهر، (٤٨٣/٤)، ورقم الحديث (٣٨٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى، واللفظ له، وقال: "رواه زكريا بن يحيى الواسطي عن سوار بن مصعب، وسوار ضعيف"، في كتاب العُدَد، باب من قال: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، (٧٣١/٧)، ورقم الحديث (١٥٥٦٥)، وقال الزيلعي: "وهو حديث ضعيف"، نصب الراية للزيلعي (٤٧٣/٣) .

٣ . أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، في كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، (٩٠/٧)، برقم (١٢٣٣٠)، ونص ابن عبد البر على صحة هذا الأثر، في الاستذكار (١٣٣/٦) .

٤ . المبسوط للسرخسي (٣٦/١١-٣٦)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٤٢٤/٢) .

٥ . فتح القدير للكمال بن الهمام (١٤٩/٦) .

٦ . أخرجه الترمذي في سننه، وقال: " حديث حسن غريب "، في أبواب الدعوات، (٥٥٣/٥)، ورقم الحديث (٣٥٥٠)، وابن ماجه بنفس اللفظ، في سننه، في كتاب الزهد، باب الأمل والأجل، (١٤١٥/٢)، ورقم الحديث (٤٢٣٦) .

وقال بعض الحنفية: يُفَوَّضُ إلى رأي القاضي، فأَيُّ وقت رأى المصلحة حكم بموته^(١).
فمَتَى حكم القاضي بموت المفقود بحسب الأقوال السابقة اعتُبرَ ميتاً، كأنه مات في ذلك الوقت معاًينةً، فتعتدّ زوجته، وتُورث أمواله من حين الحكم بوفاته^(٢).

٢ _ مذهب المالكية: اعتبر المالكية المفقودَ أنواعاً وجعلوا لكل نوعٍ حكماً؛ وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ _ المفقود في بلاد الحرب: لا يُحكّم بموته إلا إذا ظهرت البينة على ذلك، فإن لم تظهر البينة فيُحكّم بموته بعد أن تمضي مدة التعمير؛ أي: سبعون سنةً من يوم وُلِدَ، وقيل: خمس وسبعون سنةً، وقيل: ثمانين سنة^(٣).

ب _ المفقود في بلاد الإسلام: وهذا وقع الخلاف في الحكم بموته بالنسبة لزوجته وماله؛ فأما بالنسبة لزوجته فإنها تعتدّ بعد مضي أربع سنين من حين الانتهاء من البحث والتفتيش عنه، أي من حين الإياس من العثور عليه لا من حين الفقد، ولا تحتاج إلى إذن القاضي للترتبّص بالعدة والزواج بعدها، وأما بالنسبة لأمواله فلا يُحكّم بموته ولا يُورث حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش مثله، وهي مدّة التعمير؛ لأن غيبة هذا النوع من المفقودين ظاهرها السلامة^(٤).

ج _ المفقود في الحروب^(٥): سواءً أكانت حرباً بين المسلمين بعضهم مع بعض أم بين المسلمين والكفار، ومثلاً ذلك من ارتحل إلى بلد الطاعون أو فُقِدَ في زمان الطاعون، وهذا النوع من المفقودين يُحكّم بموته دون انتظار مدة التعمير.

١ . فتح القدير للكمال بن الهمام (١٤٩/٦) .

٢ . المبسوط للسرخسي (٣٦-٣٤/١١)، والهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٤٢٤/٢) .

٣ . حاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٦٩٣/٢)، والتاج والإكليل للمواق (٥٠٤/٥)، والفواكه الدواني للنفراوي (٤٢/٢) .

٤ . المدونة لمالك بن أنس (٢٩/٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٦٩٣/٢)، والفواكه الدواني للنفراوي (٤٢/٢) .

٥ . المدونة لمالك بن أنس (٣٣-٢٩/٢)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للصاوي (٦٩٣/٢-٦٩٥)، والتاج والإكليل للمواق (٥٠٤/٥-٥٠٦)، والفواكه الدواني للنفراوي (٤٢/٢) .

ففي مفقود حروب المسلمين بعضهم ببعض يُحَكَّم بموته بعد انفصال الصَّقَيْن، وأقصى أجل للتَّوَم له (مدة الانتظار للحكم بموته) سنةً بعد يوم الانفصال .

وفي مفقود حروب المسلمين مع الكُفَّار: يُحَكَّم بموته بعد مضي سنةٍ من فقدته بعد نظر السلطان في أمره والتفتيش عنه، ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره إلى للحاكم وليس بعد انتهاء التفتيش عنه والنظر فيه؛ لأن الظاهر أنه إن كانت الحرب في بلاد الإسلام أنه قُتِل؛ لأنه لو سلِم لعاد إلى موضعه، وإن كانت الحرب في بلاد الكفر فالظاهر أنه بعد سنة لو سلِم لسمع خبره خلال السنة .

وأما مفقود الطاعون والوباء: فيُحَكَّم بموته بعد ذهاب المرض، بعد أن تكون زوجته قد استقصت أمره واستبرأت خبره، فتعتدّ ثم تتزوَّج، وتقسّم أمواله .

٣ _ مذهب الشافعية: حياة المفقود معلومةٌ بيقين فلا يزول اليقين إلا بيقين، ولا يُصار إلى الشكِّ وهو ظنُّ موته، ولأنه لا يعيش الإنسان إلى الأبد فلا بدّ من تقدير مدّة يُحَكَّم بمضيها بموته، وفي تقدير هذه المدة عند الشافعية قولان:

الأول: لا يُقسَم ماله حتى يُتَحَقَّق من حاله أو تقوم بينةٌ بموته .

الثاني: قطع به الأكثرون، وهو مضيُّ مدّةٍ يغلب على ظن الحاكم فيها أن مثله لا يعيش فوقها، فهي غير مُقدَّرةٍ بل ترجع إلى تقدير الحاكم، وقيل: سبعون سنة، وقيل: ثمانون، وقيل: مائة، وقيل: مائة وعشرون، وتبدأ هذه المدّة من وقت ولادة المفقود لا من وقت غيبته، ولا بدّ من حكم الحاكم ^(١) .

٤ _ مذهب الحنابلة: المفقود عند الحنابلة نوعان؛ هما ^(٢):

أ _ مفقودٌ في غيبة ظاهرها السلامة: كمن سافر للتجارة، أو طلب العلم، أو السياحة، ويُلحق به الأسير؛ لأنه معلومٌ من حاله أنه غير قادر على المجيء، فهذا النوع يُنتظر تسعين سنةً من يوم ولادته؛ لأن الغالب أن لا يعيش إلى أكثر من هذه المدة، وهذا هو المذهب

١ . الأم للشافعي (٢٥٥/٥)، وروضة الطالبين للنووي (٣٤/٦، ٣٥)، ومغني المحتاج للشريني (٤٨/٤، ٤٩) .

٢ . المغني لابن قدامة (١٣٠/٨-١٣٣)، والفروع لابن مفلح (٤٥/٨، ٤٦)، وكشاف القناع للبهوتي (٤٦٥/٤) .

وأشهر الروائيتين عن الإمام أحمد، والرواية الأخرى أنه يُنتظر فلا يُقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت يقين موته .

ب _ مفقود في غيبةٍ ظاهرها الهلاك: كالذي يُفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يُفقد بين الصفين في القتال، أو من يركب مركباً وينكسر بهم فينجو بعضهم ويغرق بعضهم، وهذا النوع يُحكم بموته بعد مضي أربع سنين منذ فقده لا من حين رفع أمره للقاضي؛ لقضاء سيدنا عمر رضي الله عنه بهذه المدة في قضية الرجل المفقود الذي اختطفته الجن^(١)، ولأن هذه المدة أكثر مدة الحمل عندهم، ولأنها مدةٌ يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره بعدها يقتضي موته بغلبة الظن؛ إذ لو كان حياً لما انقطع خبره إلى هذه الغاية، فإذا مضت هذه المدة قُسمت أمواله واعتدت زوجته عدة الوفاة من دون الحاجة إلى حكم القاضي .

وهنا لا بدّ من التنبيه إلى مسألة، هي: إذا فُقد بعد السن التي يُحكم فيها بموته، أي إن فُقد وهو ابن سبعين أو ثمانين أو أكثر، فما المدة التي تُتربص لاعتباره ميتاً؟

هذه المسألة واردةٌ عند من حدّد سناً للحكم بموته، أي المالكية والحنابلة فقط، أما الحنفية والشافعية فلم يحدّدوا وقتاً معيناً وإنما المعتمد أن التقدير للقاضي، كما سبق آنفاً .

١ . والقصة لها طرقٌ وألفاظ عديدة، من أجمعها لفظ عبد الرزاق في مصنفه، قال: " عن ابن جريج قال: أخبرني داود بن أبي هند، عن رجلٍ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عمر بن الخطاب، أن رجلاً من الأنصار خرج إلى مسجد قومه ليشهد العشاء فاستطير، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فدعا قومه فسألهم عن ذلك؟ فصدّقوها، فأمرها أن تتربص أربعة حجج، ثم أتته بعد انقضائهن فأمرها فتزوجت، ثم قدم زوجها فصاح بعمر، فقال: امرأتي لا طلقْتُ ولا ميتٌ، قال: "من ذا؟ قالوا: الرجل الذي كان من أمره كذا وكذا، قال: فخيّر بين أمراته وبين المهر، وسأله، فقال: ذهبت بي حيٌّ من الجن كفارٌ فكنت فيهم، قال: "فما كان طعامك فيهم؟"، قال: ما لم يذكر اسم الله عليه، والقول، حتى غزاهم حيٌّ مسلمون فهزموهم، فأصابوني في السبي، فقالوا: ماذا دينك؟ فقلت: الإسلام، قالوا: أنت على ديننا إن شئت مكنت عندنا، وإن شئت رددنا على قومك، قلت: ردوني، فبعثوا معي نفرًا منهم، أما الليل فيحدثوني وأحدثهم، وأما النهار فإعصار الريح أتبعها حتى رُدّدت عليكم، مصنف عبد الرزاق، في كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، (٨٧/٧)، ورقم الحديث (١٢٣٢٢)، وسنن الدارقطني، في كتاب النكاح، باب المهر، (٤٨٢/٤)، ورقم الحديث (٣٨٤٨)، والسنن الكبرى للبيهقي، في كتاب العُدّة، باب من قال: تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهرٍ وعشرًا ثم تحلّ، (٧٣٢/٧)، ورقم الحديث (١٥٥٦٩)، وذكر الزيلعي أربع طرق وأربعة شواهد للقصة في نصب الراية (٤٧٢/٣)، وهذا يدل على أن الحديث له أصل، ويصلح للاحتجاج به، والله تعالى أعلم .

فقال المالكية: يُنتَظَرُ عشر سنوات لابن السبعين والثمانين، وخمس سنوات لمن له خمس وتسعون سنة، فإن كان له مائة فالقاضي يقدّر المدّة (١) .

وقال الحنابلة: إن غاب غيبَةً ظاهرها السلامة فَيُنتَظَرُ تسعين سنة، فإن فُقِدَ وهو ابن تسعين فإن القاضي يقدّر المدّة، وأما إن كانت غيبته ظاهرها الهلاك فَيُنتَظَرُ أربع سنين ثم يُقسَمَ ماله وتعتدّ زوجته في أي حال (٢) .

١ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة (٤٨٢/٢)، والتاج والإكليل للمواق (٥٠٥/٥) .

٢ . المغني لابن قدامة (١٣١/٨)، وكشاف القناع للبهوتي (٤٢٣/٥) .

المطلب الثالث _ موقف القانون من هذه المسألة:

عرّف القانون السوري المفقود بتعريف قريب من تعريف ابن مودود الموصلبي رحمه الله تعالى، فقد جاء في المادة (٢٠٢) منه:

(المفقود هو كل شخص لا تُعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولكنه لا يُعرف له مكان) .

وأما عن تقدير المدّة التي يُعتَبَر فيها المفقود ميتاً فقد أخذ القانون بقول يكاد يجمع الأقوال الفقهية، فقد جاء في المادة (٢٠٥) منه:

(١ _ ينتهي فقدان بعودة المفقود، أو بموته، أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر .

٢ _ عُدِّلَت بموجب قانون رقم (١٩)، تاريخ (٢٥/١١/٢٠٠٠م): ويُحَكَم باعتبار المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية والتي يغلب فيها الهلاك ميتاً في اليوم التالي لانقضاء أربع سنوات من تاريخ فقدانه) .

فهذا القول هو توسُّط مأخوذ من أقوال الجمهور (الحنفية والشافعية والمالكية)؛ فقد ذكروا أقوالاً واجتهاداتٍ بتقديرات تتراوح من سبعين إلى مائة وعشرين سنة، فأخذ القانون باعتبار الثمانين سنة .

وأخذ بجزء من قول الحنابلة؛ وهو حكم المفقود في غَيِّبة ظاهرها الهلاك، كما في العمليات الحربية والحالات المماثلة لها، فيُعتَبَر المفقود ميتاً في اليوم التالي لانقضاء أربع سنوات من تاريخ فقدانه .

وأخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي أيضاً بقول الحنابلة في هذه الحالة التي يغلب فيها الهلاك مع تفويض الأمر للقاضي في الأحوال الأخرى، فقد جاء في المادة (١٤٦) منه:

(يُحَكَم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدانه، وفي جميع الأحوال الأخرى يُفَوَّضُ أمر المدّة إلى القاضي، وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً) .

وسلك قانون الأحوال الشخصية الأردني طريقاً قريباً من قول المالكية والحنابلة، فقد جاء في المادة (١٧٧) منه:

(المفقود الذي فُقدَ في جهةٍ معلومة ويغلب على الظن موته: يُحْكَم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدّه، ما لم يكن فقدّه إثرَ كارثةٍ كزلازل أو غارةٍ جويةٍ أو في حالة اضطراب الأمن وحوادث الفوضى وما شابه ذلك، فيُحْكَم بموته بعد سنةٍ من فقدّه، أما إذا فُقدَ في جهةٍ معلومةٍ ولا يغلب على الظن هلاكه: فيَقَوَّض أمر المدة التي يُحْكَم بموته فيها إلى القاضي على أن تكون المدة كافيةً في أن يغلب على الظن موته، وفي كل الأحوال لا بدّ من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافيةً للتوصّل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً) .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٤٣): (رابعاً: لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه، وعلى المحكمة أن تثبت من استمرار فقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تُصدِر حكمها بالتفريق) .

المطلب الرابع _ رأي الباحث في المسألة:

رغم كل التطورات التي يشهدها العالم وخصوصاً في وسائل الاتصال فظاهرة الفقد موجودة، بل قد زادت؛ لكثرة الفتن، فالبحث في أحكام المفقود من الأهمية بمكان .

وقد بحث الفقهاء مسألة المفقود على ضوء النصوص، واجتهدوا في تفصيلها على ضوء مُعطيات زمانهم وواقعهم، ففرّقوا بين حالات للمفقود، وذكروا أزمنةً معيّنة يُبحث فيها عن المفقود فإن لم يتبيّن أمره حكم القاضي بموته، ولكن: في الزمن الحاضر والواقع المعاصر تغيرت المعطيات والظروف التي راعاها الفقهاء السابقون عند بحث أحكام المفقود، وقد سبق شرح قاعدة (لا يُنكر تغَيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال)^(١)، فلا بد من البحث حسب تغيرات ومعطيات اليوم، وأهمُّ هذه التغيّرات:

١ _ تطوُّر وسائل الاتصال مما جعل العالم مثل قرية صغيرة، وسهّل معرفة أخبار المفقود والوقوف على حاله، وإيصال المفقود أخباراً إلى ذويهِ .

وما تقوم به الدول من إنشاء السفارات والقنصليات لها في أغلب دول العالم لتتابع أخبار أبنائها المغتربين طريقةً أخرى تسهّل معرفة حال كل مواطن من مواطنيها المغتربين أو المفقودين.

ومن أهم هذه الوسائل:

أ _ الصحافة^(٢) .

١ . انظر: (ص ٢٢٩-٢٣٣) من هذا البحث .

٢ . هي مطبوع دوري ينشر الأخبار في مختلف المجالات ويعلّق عليها، ويكون ذلك عن طريق مساحات من الورق بأعداد كبيرة وبغرض التوزيع، ومما تُعنى به: نشر الإعلانات والأشياء المفقودة، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، وهذا بحث قدمه الباحث مؤمن أحمد ذياب شويّدح، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، (ص ٦٠، ٦١) .

ومن الأمثلة العملية على دور الصحافة في البحث عن المفقود: أن اللجنة الدولية للصليب الأحمر واللال الأحمر تقوم بنشر أسماء المفقودين الذين يريد أهلهم البحث عنهم في الصحف والمجلات ولوحات الإعلانات، انظر: أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، لمؤمن أحمد ذياب شويّدح (ص ٧٧) .

(.../www.icrc.org/web/ara/siteara0.nsf/iwplist410/603D6C1D3CC1360341256CE...)

ب _ الهاتف^(١) .

ج _ الشبكة العنكبوتية للمعلومات (الإنترنت)^(٢) .

٢ _ كثرة الفتن وضعف الوازع الديني وتغيُّر الأخلاق وفساد الدِّم، الأمر الذي يزيد من حاجة زوجة المفقود إلى طلاقها من زوجها المفقود؛ خشية الزنا والضياع، خصوصاً إن كانت شابة، أو لها أولاد ولا معيل لها، فصار من المناسب والملائم البحث عن أي قول فقهي معتبر في أقلّ مدّة يمكن للقاضي فيها أن يحكم بموت المفقود حرصاً على دين زوجته، فهذا يحميها من الوقوع في طرق الحرام .

قال ابن عابدين رحمه الله: " كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الظلم والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمه، فإنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه " ^(٣) .

فأرى أن يتحرّى القاضي جيداً ويبدل وسعه في البحث بكل الوسائل المتاحة، ثم بعد ذلك يتخيّر القاضي الأنسب من أقوال الفقهاء حسبما يراه في الحالة المعروضة، مع ضرورة

١ . انظر: (ص٢٣٦) من هذا البحث .

٢ . انظر: (ص٢٣٦) من هذا البحث .

ومن الأمثلة العملية على أهميتها في البحث عن المفقود: في أحداث نزاع البلقان (١٩٩٩م) أقامت اللجنة الدولية للهلال الأحمر والصليب الأحمر شبكة الإخبارية الأسرية من خلال الإنترنت؛ للبحث عن المفقودين في ضحايا الكارثة من خلال تسجيل اسم المفقود من قبل أهله وبمجرد معرفة شيء عن المفقود يتم إبلاغ أهله، انظر: أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، لمؤمن أحمد ذياب شويديح (ص٧٥) .

و (www.lcrrc.org/web/ara.sitearao.nsf/htm/all/5LTCXM?OpenDocument&).

وهناك موقع على الإنترنت بعنوان (مفقود) (www.Mafqud.oro)، خاص بالمفقودين العراقيين .

٣ . رسائل ابن عابدين (١٢٥/٢) .

الاحتياط والتأكد من حالة الزوجة، فلا يخرج عن أقوال الفقهاء، ولا يجمد على أحدها، بل يتخير الأنسب والأصلح، ويستعين على ذلك بخبرة أهل الخبرة.

قال القرافي رحمه الله: " والجمود على المنقولات أبداً ضلالاً في الدين وجهلاً بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين " (١) .

وقول الحنفية والشافعية بالانتظار إلى بلوغ المفقود سبعين سنةً أو أكثر لا يتلاءم مع هذا العصر، والحديث الذي جعلوه عمدةً مذهبهم وهو قول النبي ﷺ: ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان))، لم يصحّ سنده (٢)، وقول سيدنا عليّ رضي الله عنه: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق "، هو قول صحابيٍّ خالفه فيه سيدنا عمر رضي الله عنه حيث حكم بموت من اختطفته الجنّ بعد أربع سنوات، وهذا الخلاف بين الصحابة يدلّ على عدم وجود نصٍّ شرعي يحسم النزاع، فيُصار إلى القواعد والمقاصد العامة في الشريعة، ولا شك أن في بقاء الزوجة على عصمة زوجها المفقود إلى بلوغه مائة سنة أو ما قاربها حرجٌ كبيرٌ على الزوجة، والحرج مرفوعٌ شرعاً، فيُصار إلى التفريق بينهما رفعاً للضرر والحرج من خلال اختيار قول فقهيٍّ آخر، فمن حكم سيدنا عمر في المسألة يظهر أنها داخلةٌ في السياسة الشرعية، والله أعلم (٣) .

وأكثر الأقوال ملائمةً للعصر الحاضر هو قول المالكية والله أعلم، فالمفقود في بلاد الإسلام تعتدّ زوجته بعد مضي أربع سنين من حين الانتهاء من البحث والتفتيش عنه، وأما

١ . الفروق للقرافي (١٧٧/١) .

٢ . قال البيهقي في السنن الكبرى: "رواه زكريا بن يحيى الواسطي عن سوار بن مصعب، وسوار ضعيف"، في كتاب العُدَد، باب من قال: امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، (٧٣١/٧)، وقال الزيلعي: "وهو حديث ضعيف"، نصب الراية للزيلعي (٤٧٣/٣) .

٣ . ويؤيد هذا وجود عدد من الأقوال في المسألة نصّ عليها مجتهدون من التابعين وغيرهم، نقل الإمام البخاري بعضها في صحيحه، فقد قال: "وقال ابن المسيب: إذا قُفِد في الصف عند القتال تربصُ امرأته سنة، واشترى ابن مسعود جارية، والتمس صاحبها سنة، فلم يجده، وفقد، فأخذ يعطي الدرهم والدرهين، وقال: اللهم عن فلان فإن أتى فلان فلي وعلي، وقال: هكذا فافعلوا باللقطة، وقال ابن عباس: نحوه، وقال الزهري: في الأسير يعلم مكانه: لا تتزوج امرأته، ولا يُقسَم ماله، فإذا انقطع خبره فسُنَّت سنة المفقود"، كتاب الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله، (٥٠/٧) .

بالنسبة لأمواله فلا يُحَكَّم بموته ولا يُورَث حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش مثله، وهي مدّة التعمير؛ لأن غيبة هذا النوع من المفقودين ظاهرها السلامة .

والمفقود في حروب المسلمين بعضهم ببعض يُحَكَّم بموته بعد انفصال الصَّقَيْن، وأقصى أجلٍ للتَّلوُّم له سنةٌ بعد يوم الانفصال .

وفي مفقود حروب المسلمين مع الكفَّار: يُحَكَّم بموته بعد مضي سنةٍ من فقدّه بعد نظر السلطان في أمره والتفتيش عنه، ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره إلى للحاكم وليس بعد انتهاء التفتيش عنه والنظر فيه، وأما مفقود الطاعون والوباء: فيُحَكَّم بموته بعد ذهاب المرض، بعد أن تكون زوجته قد استقصت أمره واستبرأت خبره، فتعتدّ ثم تتزوَّج، وتُقسَم أمواله .

وأساسُ رأيي الاستصلاحُ القائم على جلب المصلحة ودرء المفسدة، فالقاضي ينبغي أن يجري موازنة بين المصالح والمفاسد في الحالة المعروضة عليه ثم يتخير من اجتهادات المجتهدين السابقين ما يلائم الواقعة المعروضة، فزوجة المفقود الشابة تختلف عن الزوجة الهرمة، والغنية تختلف عن الفقيرة، وفقدُ الملك أو المسؤول الكبير يختلف عن فقدِ العامي المغمور.. وهكذا . قال ابن عابدين رحمه الله: " الملكُ العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه قد مات " (١) .

وفي كل ذلك لا بدّ من حكم القاضي؛ سدّاً لذريعة دعوى الزوجة وأهلها الترتّص المدة المطلوبة لاعتبار المفقود ميتاً، والله تعالى أعلم .

١ . حاشية ابن عابدين (٢٩٧/٤) .



المبحث الرابع _ تقديرات زمنية في مسائل في الأحوال الشخصية.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ عدم سماع الدعوى بزيادة النفقة أو نقصانها قبل مرور ستة أشهر على فرضها .

المطلب الثاني _ تقدير انتهاء مدة الحضانة .

المطلب الثالث _ تقديرات زمنية في عدة مسائل في قانون الأحوال الشخصية السوري .



المطلب الأول _ عدم سماع الدعوى بزيادة النفقة أو نقصانها قبل مرور ستة أشهر على فرضها:

هناك أمثلة كثيرة في مسائل الأحوال الشخصية على التقديرات الزمنية التي يقدّرها القاضي أو التي قدّرها القانون من باب الاستصلاح، لتحقيق المصالح ودرء المفسد، وقد ذكرت منها في هذا المبحث ما يفي بغرض التمثيل لها، فذكرت مسألتين مع الشرح والتفصيل، وسردت بعضهن سرداً سريعاً من غير شرح؛ خشية الاستطراد والإطالة في غير موضعها .

والمسألة الأولى التي ذكرتها مع الشرح هي تقدير قانون الأحوال الشخصية السوري مدة ستة أشهر من تاريخ فرض النفقة لسماع دعوى تعديلها زيادةً أو نقصاناً، إلا عند الطوارئ الاستثنائية، فقد نصّت المادة (٧٧) على أنه:

(١ _ تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد .

٢ _ لا تُقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية) .

في حين نصّ القانون العراقي على سماع الدعوى بذلك من دون تقدير مدة، نصّت الفقرة الثانية من المادة (٢٨) على أنه: (تُقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة عند حدوث طوارئ تقتضي ذلك) .

بيان المسألة ووجه الاستصلاح فيها:

سبق الحديث^(١) عن النفقة وأنها غير مُقدّرة عند جمهور العلماء؛ وإنما تُقدّر بحسب كفاية الزوجة، ويُعتبَر في ذلك العرف والعادة، ويُراعى فيها حال الزوج، وقد تبدّل أحوال الزوج، وقد تبدّل الأسعار انخفاضاً أو ارتفاعاً فيؤثّر ذلك على تقدير النفقة، فلا بدّ أن يعدّل القاضي تقدير النفقة بحسب التبدّل الحاصل في الأسعار أو في حال الزوج .

١ . انظر: (ص ٣٣٩، ٣٤٠) من هذا البحث .

جاء في الفتاوى الهندية: " ولو قضى القاضي بالنفقة فغلا الطعام، أو رخص فإن القاضي يغير ذلك الحكم " (١) .

فمن الناحية الفقهية: إذا قَدَّر القاضي النفقة، ثم تغيَّر حال الزوج أو تغيَّرت الأسعار فيحقَّ لطالب تعديل النفقة أن يتقدَّم بطلبٍ للقاضي بتعديلها متى شاء، ولو في اليوم الثاني من تغيُّر الأسعار، والأصل القضائي أيضاً يوجب سماع الدعوى — أي وجوب الجواب عليها — مطلقاً إذا كانت صحيحة، أي إن توفَّرت شروط سماعها، وحالة دعوى تعديل النفقة هي دعوى صحيحة فيجب الجواب عليها (٢) .

ولكن نصَّ قانون الأحوال الشخصية السوري على عدم سماع هذه الدعوى حتى تمرَّ ستة أشهر، ومستند هذا الرأي هو الاستصلاح؛ ووجه الاستصلاح في المسألة أنه لو سُمِّحَ بسماع هذه الدعوى فوراً فسينشغل القضاء وتتعلَّط مصالح الناس، والستة أشهر هذه هي الفترة الزمنية التي تتغيَّر فيها الأحوال عادةً، وهي مدَّة كافية لكشف أمر النفقة إن كانت بمقدار كفاية المدَّعي أم لا، وتقدير الستة أشهر مأخوذ من الاستقراء والتطبيق العملي القضائي، وقد ثبتَ عملياً أن هذه الستة أشهر ضابط صالح لتنظيم أمور القضاء بعدم إشغاله بتكرار سماع هذه الدعاوى، وبكشف حقيقة أمر كفاية النفقة، فجاء النص القانوني يمنع سماع الدعوى خلال هذه المدة عملاً بالمصلحة المرسلة، فإن أثبت التطبيق القضائي مع الزَّمن قِصر هذه المدة أو طولها فلولي الأمر إصدار قانون يعدِّل فيه هذه المدة إلى مدَّةٍ يحصل فيها المقصود؛ لأن الحكم السياسي يتغيَّر بتغيُّر المصلحة (٣) .

١ . الفتاوى الهندية للجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي (١/٥٥٠) .

٢ . الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، لعلّي قراة، الطبعة الثانية، (١٩٢٥م)، (ص٤)، والسياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص١٠٣، ١٠٤) .

٣ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص١٠٤) .

المطلب الثاني _ تقدير مدة انتهاء الحضانة:

الحضانة: هي تربية الولد من قبل من له حق الحضانة شرعاً في سنٍّ معينة^(١).

أو هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل، وتربيته وتعهّده بما يصلحه من طعامه وشرابه ونحو ذلك^(٢).

فكلّ معانيها تدور حول العناية بالطفل ورعاية شؤونه من إطعام وإرضاع وتنظيف لجسمه وثيابه وتعهّده بكل ما يصلحه إلى أن يصير قادراً على العناية بنفسه دون حاجة إلى غيره، وموضوع الحضانة يطول الكلام فيه، ولستُ بصدد بحث هذا الموضوع، وإنما نقطة البحث في مسألة هي: متى تنتهي مدّة الحضانة؟

ليس هناك نصٌّ في الموضوع، فاجتهد الفقهاء في ذلك واختلفوا، على التفصيل الآتي:

١ _ مذهب الحنفية: تنتهي الحضانة بالنسبة للذكر عندما يصير قادراً على الأكل والشرب والاستنجاء وحده، وغالباً ما يكون هذا في سن السابعة، أما الأنثى فلا تنتهي حضانتها حتى تبلغ، واختلفوا في تحديد سنّ البلوغ، والراجح عندهم أنه تسع سنوات^(٣).

٢ _ مذهب المالكية: تستمرّ الحضانة عندهم إلى بلوغ الذكر، ودخول الزوج بالأنثى^(٤).

٣ _ مذهب الشافعية: لم يحددوا مدّة معلومة لانتهاء الحضانة، بل قالوا: إن الطفل يبقى عند أمه إلى أن يميّز، وغالباً يكون التمييز ببلوغ السبع أو الثمان سنين، وبعد التمييز يختار الولد أحد أبويه عند التنازع^(٥).

١ . حاشية ابن عابدين (٥٥٥/٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة (٥٢٦/٢) .

٢ . مغني المحتاج للشربيني (١٩١/٥) .

٣ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢٨٤/٢)، وحاشية ابن عابدين (١٥٤/٦)، و(٥٦٦/٣) .

٤ . شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله، الخرشي، المالكي، أبو عبد الله، المتوفى سنة (١١٠١هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، (٢٠٧/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة (٥٢٦/٢) .

٥ . روضة الطالبين للنووي (١٠٣/٩)، ومغني المحتاج للشربيني (١٩٨/٥) .

٤ _ مذهب الحنابلة: تستمر الحضانة عندهم إلى سبع سنين، ثم يُخَيَّر الولد بين أبيه وأمه في المعتمد من المذهب (١) .

فالحنفية والمالكية لم يقولوا بتخير الصبي، بخلاف الشافعية والحنابلة، وعلل الحنفية عدم التخيير بأنهم يرون أن الغلام لا قول له، ولا يعرف حظّه، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكّنه من شهواته، فيؤدّي ذلك إلى فساد، فليس من الحكمة تخييره .

وطالما لم يرد نصٌ يحدّد انتهاء الحضانة ببلوغ الصغير سنّاً معينة، فالأمر متسعٌ للاجتهاد، وقد رأى الحنفية عدم تخيير الولد بعد تمييزه؛ لأنه لا يعرف مصلحته، ولأنه قبل البلوغ يميل إلى شهواته، فتخييره يضرّ بمصلحته، فقال الحنفية بعدم تخييره تقديماً لمصلحته من باب الاستصلاح (٢) .

وما ذكره الحنفية من تقدير سنٍّ يحصل بها استغناء الصبي عن خدمة النساء، وما ذكره الشافعية من حصول التمييز يختلف من زمانٍ إلى زمانٍ، ومن مكانٍ إلى مكانٍ، والأعراف كذلك تختلف، وطبيعة الحياة تختلف، فليس هناك سنٌّ محدّدٌ، فلو حكم القضاة اليوم بسن العاشرة كمدةٍ لانتهاء الحضانة لم يكن خارجاً عن قول الحنفية والله أعلم، فالأمر متروكٌ لتقدير القاضي مصلحة المحضون (٣) .

وقد راعى القانون السوري هذه الأمور، فقد نصّت المادة (١٤٦) على أنه:

(تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام الثالثة عشرة من عمره والبنات الخامسة عشرة من عمرها) .

وأخذ القانون العراقي بتقدير قريبٍ من تقدير القانون السوري، وراعى المصلحة، فجاء في المادة (٥٧):

(٤ _ للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد

١ . الفروع لابن مفلح (٣٥١/٩) .

٢ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص١٠٩) .

٣ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص١٠٩، ١١٠) .

الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته .

هـ _ إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه حين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار) .

فالقضية أساسها الاجتهاد في تقدير السن التي تتحقق فيها مصلحة المحضون، وهذا يقتضي تغيير هذا التقدير وعدم ثباته على سنٍ محدّدة؛ لاختلاف الأعراف والأزمنة والأمكنة، والله تعالى أعلم .

المطلب الثالث _ تقديرات زمنية في عدة مسائل في قانون الأحوال الشخصية السوري:

هناك تقديرات زمنية عديدة في قانون الأحوال الشخصية السوري، ومنها:

١ _ تقدير مدة تأجيل الدعوى للإصلاح بين الزوجين إلى شهر، وتقدير مدة إلغائها إن قُدِّمَتْ ولم تُتَابَع بثلاثة أشهر، فقد نصّت المادة (٨٨) على أنه:

(١ _ إذا قُدِّمَتْ للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح ... ٤ _ تُشطب المعاملة بمرور ثلاثة أشهر اعتباراً من تاريخ الطلب إذا لم يراجع بشأنها أيُّ من الطرفين) .

٢ _ تقدير المدة القصوى لتسليم الوصي الذي انتهت وصايته الأموال التي في عهده خلال ثلاثين يوماً، فقد نصّ المادة (١٩١) على أنه: (١ _ على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم في خلال ثلاثين يوماً من انتهائها الأموال التي في عهده، ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد، أو إلى ورثته إن توفي، وعليه أيضاً أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة وإلى الناظر إن وجد) .

٣ _ وفي المعاملات الإدارية التي تسبق عقد الزواج: جاء في المادة (٤٢): (إذا لم يجر العقد خلال ستة أشهر يعتبر الاذن ملغى) .

٤ _ تقديرات زمنية في موضوع النفقة الزوجية، ونفقة الأقارب:

أ _ في موضوع النفقة الزوجية: جاء في الفقرة الثانية من المادة (٧٨): (لا يُحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للدعاء) .

ونصت المادة (١١٠) على أنه: (١ _ يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة .

٢ _ إن أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فَرَّق القاضي بينهما) .

ب _ وفي شأن نفقة الأقارب، جاء في المادة (١٦١): (يُقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء، ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز الأربعة أشهر) .

٥ _ تقدير مدة سنة في تأجيل القاضي _ في دعوى التفريق للعلل _ الزوج إن كان زوال العلة ممكناً، فقد جاء في المادة (١٠٧): (إذا كانت العلل المذكورة في المادة ١٠٥ _أي العلل المانعة من الدخول _ غير قابلة الزوال يفرّق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فإذا لم تنزل العلة فرّق بينهما).

٦ _ وفيما يخصّ واجبات الأوصياء: جاء في المادة (١٨٤):

(١ _ على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزانة الدولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة كل ما يحصله من نقوده وما ترى المحكمة لزوماً لإيداعه من الإسناد والحلي وغيرها خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه إياها ولا يسحب منها شيء إلا بإذن القاضي .

٢ _ يُرفع من هذه الاموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد).



الفصل الثالث: التعويض في الأحوال الشخصية .

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول _ التعريف بالتعويض .

المبحث الثاني _ التعويض بسبب العدول عن الخطبة .

المبحث الثالث _ التعويض بسبب الطلاق التعسّفي .





المبحث الأول: التعريف بالتعويض .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ التعويض عند الفقهاء القدامى .

المطلب الثاني _ التعويض عند أهل العلم المعاصرين .



المطلب الأول _ التعويض عند الفقهاء القدامى:

أولاً: تعريف التعويض لغةً:

التعويض من العَوَض، وهو بدل الشيء، تقول: عُضْتُ فلاناً وأَعْضُتُهُ وَعَوَّضْتُهُ إذا أعطيته بَدَل ما ذهب منه، وتَعَوَّض منه واعتاض: أَخَذَ العَوَضَ، ويُقال: عاض يعوض عَوْضاً وعِياضاً، والاسم العَوَضُ، والمستعمل التعويض، تقول: عَوَّضته من هبته خيراً، واعتاضني فلانٌ إذا جاء طالباً للعوض والصلة، وتقول: اعتضتُ مما أعطيت فلاناً وعُضْتُ أي أصبت عَوْضاً، والجمع أَعْوَاضٌ، كما تُسْتَعْمَل كلمة: (عَوَّض) بمعنى الزمان أي بمعنى الأبد وهو المستقبل كما أَنَّ قَطُّ للماضي، فيقال: عَوَّضُ لا أفارقك؛ أي لا أفارقك أبداً^(١).

والمعنى اللغوي المراد في هذا البحث هو المعنى الأول بمعنى البذل عن الشيء .

ثانياً: تعريف التعويض عند الفقهاء القدامى:

لم يستعمل الفقهاء القدامى لفظ التعويض، وإنما استعملوا لفظ: الضمان للتعبير عن معانٍ أهمها: الكفالة، والتعويض؛ وبيان ذلك فيما يلي:

١ _ تعريف الضمان بالكفالة: عرّف بعض الفقهاء^(٢) الضمان بالكفالة، واختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الكفالة، فعرفها الحنفية فقالوا: (هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة، وتكون بالنفس أو بالمال)^(٣) .

١ . معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة عَوَّض، (٤/ ١٨٨، ١٨٩)، ولسان العرب لابن منظور، حرف الضاد، فصل العين، (٧/ ١٩٢، ١٩٣)، والقاموس المحيط للفيروز آبادي، باب الضاد، فصل العين، (ص ٦٤٨) .

٢ . انظر مثلاً: العناية شرح الهداية للبايزي (٧/ ٢١٨)، والمقدمات الممهدات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة (٥٢٠ هـ) رحمه الله تعالى، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، (١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م)، (٢/ ٣٧٣) .

وقال بدر الدين العيني الحنفي: " سمي أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان "، البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى، الغيتاني، الحنفي، بدر الدين العيني، المتوفى سنة (٨٥٥ هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م)، (٨/ ٤٦٧) .

٣ . الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلبي (٢/ ١٦٦)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٢٨١) .

وعرّفها المالكية بأنها (التزام القيام بالشيء والاستطلاع به)^(١) .
وعرّفها الشافعية بأنها (التزام إحضار المكفول إلى المكفول له)^(٢) .
وعرّفها الحنابلة بأنها (التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي من دين أو عارية ونحوها إلى ربه)^(٣) .

وهذه التعريفات كلّها تلتقي حول الالتزام بأداء حق من إحضار نفس أو مال .

٢ _ تعريف الضمان بمعنى التعويض: يظهر معنى التعويض في كثير من تعريفات الفقهاء للضمان؛ فقد عرّف فقهاء الحنفية الضمان بأنه (عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً)^(٤) .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: (الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات)^(٥) .

وعرّفه المالكية بأنه (شغل ذمة أخرى بالحق)^(٦) .

وعرّفه الشافعية تعريفاً جامعاً لمعنى الضمان والكفالة؛ فقالوا: هو (التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره)^(٧) .

١ . المقدمات الممهّدة لابن رشد (٣٧٣/٢)، وانظر: الذخيرة للقرافي (١٨٩/٩) .

٢ . مغني المحتاج للشربيني (٢٠٧/٣)، وانظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربين أيضاً (٣١٢/٢، ٣١٣) .

٣ . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٣٠/٢)، وانظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٤٥/٤) .

٤ . غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، للحموي (٦/٤) .

٥ . المادة (٤١٦)، (ص ٨٠) .

٦ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢٩/٣) .

٧ . الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع للشربيني (٣١٢/٢، ٣١٣)، وانظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لتركيا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، المتوفى سنة (٩٢٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتاب الإسلامي، د/ت.ط، (٢٣٥/٢) .

وعرّفه الحنابلة بأنه (ضَمُّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق) (١) .
فمن خلال تعريف الفقهاء للضمان الذي يشتمل على معنى التعويض يُسْتَنْبَطُ تعريف
التعويض عندهم بأنه: (دفعُ ما وجبَ من بدلٍ ماليٍّ بسببِ إلحاقِ ضررٍ بالغير) (٢) .
كما استعمل الفقهاء لفظ (حكومة العدل) (٣)، للتعبير عن التعويض والضمان عن
الضرر الواقع على ما دون النفس، وليس فيه قصاصٌ ولا تعويضٌ مُقَدَّرٌ، ويقدرها القاضي،
فالحكومة نوعٌ من أنواع التعويض عن نوعٍ من أنواع الضرر الواقع على ما دون النفس .
ويتبيّن مما سبق أن معنى الضمان أوسع وأعمّ من معنى التعويض .

١ . شرح الزركشي (١١٤/٤)، وانظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (١٢٩/٢)، والمبدع في شرح المقنع لابن
مفلح (٢٣٦/٤) .

٢ . وهذا التعريف هو الذي تبنته الموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية (٣٥/١٣) .

٣ . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (١٣٣/٦)، ولسان الحكام في معرفة الأحكام، لأحمد بن محمد بن محمد،
أبو الوليد، لسان الدين، ابن الشَّحْنَة، الثَّقَفِي، الحلبي، الحنفي، المتوفى سنة (٨٨٢هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة البابي
الحلي، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م)، (ص ٣٩٦)، والتاج والإكليل لمختصر خليل للمؤاقي (٣٣٤/٨)،
(٣٣٥)، ومغني المحتاج للشريني (٢٢٠/١٥)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٢٥١/٧، ٢٥٢) .

المطلب الثاني _ التعويض عند أهل العلم المعاصرين:

عرّف الفقهاء المعاصرون التعويضَ تعريفاتٍ مختلفة^(١)؛ أفضلها _ فيما أرى _ تعريفُ الدكتور محمد الزحيلي، حيث عرّفه بأنه (المأل الذي يُحكّم به على من أوقع ضرراً على غيره)^(٢)، وهذا هو المعنى المراد في هذا البحث .

وبالنسبة لحكومة العدل فقد عرّفها بعض المعاصرين بأنها: (تعويض عما لحق المجني عليه من الألم فيما لا يُستطاع القصاص فيه) ^(٣) .

وهذا التعريف، والتعريفات الأخرى لحكومة العدل التي اطلعتُ عليها ليست جامعة مانعة^(٤)، فأقترح لها هذا التعريف: (حكومة العدل هي تعويضٌ ماليٌّ يُقدّره القاضي عن الضرر الواقع على المجني عليه فيما دون النفس، من مال الجاني) .

والتعويض يدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية، وهذه السلطة هي صلاحيةٌ يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها؛ ابتداءً من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم؛ فإن كان الحكم منصوباً عليه أنفذه ونقّذه، وإلا اجتهد إن كان مجتهداً أو قلّد إن كان مقلّداً^(٥) .

١ . انظر: تعريف الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله بأنه (تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ)، في كتابه نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، (١٣٨٩هـ)، د/ط، (ص٨٧)، وانظر أيضاً: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر لمحمد إبراهيم الدسوقي، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د.ت.ط، (ص٧٤)، والتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي لمحمد بن المدني بو ساق، دار إشبيلية، الرياض، (١٤١٩هـ)، د/ط، (ص١٥٥) .

٢ . التعويض المالي عن الطلاق للدكتور محمد الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، (٢٠٠٨م)، (ص٤٨) .

٣ . الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد فتحي بجنسي، دار الحفظة العربية، (١٤١٢هـ)، د/ط، (١٣٨/٢) .

٤ . مثلاً: تعريف الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله، حيث عرّف حكومة العدل بأنها (المال الذي يقدره القاضي بمعرفة الخبراء فيما ليس فيه مقدار محدد شرعاً)، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (٢٣٢/٦) .

٥ . السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي للدكتور محمود بركات، (ص٨١، ٨٢) .

وبما أن التعويض في الأحوال الشخصية لا يوجد نصّ في الشرع في الحكم به وتقديره فالسلطة التي يتمتّع بها القاضي للحكم بالتعويض، وتقديره، ثم تنفيذ الحكم الذي حكم به قائمة على الاجتهاد والعمل بالمصالح المرسلة، فعلى القاضي أن ينظر في المسألة جيداً ليقدّر نسبة الضرر الحاصل والمفاسد المترتبة عليه؛ ليحكم بالتعويض المناسب بناءً على ذلك .

وأهم المسائل التي يحكم فيها القاضي بالتعويض في مسائل الأحوال الشخصية مسألتان؛ هما:

١ _ التعويض بسبب العدول عن الخطبة .

٢ _ التعويض بسبب الطلاق التعسّفي .

وقد بحث كل مسألة منهما في مبحثٍ مستقلٍّ من المبحثين الآتيين .



المبحث الثاني: التعويض بسبب العدول عن الخطبة .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ تعريف الخطبة، وتكييفها الشرعي .

المطلب الثاني _ حكم التعويض بسبب العدول عن الخطبة .



المطلب الأول _ تعريف الخطبة، وتكييفها الشرعي:

أولاً: تعريف الخطبة:

عرّف الفقهاء الخطبة تعريفات متعدّدة، لكن معناها واحد؛ فعند الحنفية: الخطبة هي (طلب التزوّج) ^(١).

وعند المالكية: هي (استدعاء النكاح وما يجري في ذلك من المحاورة) ^(٢).

وعند الشافعية: هي (التماسُ الخاطب النكاح من جهة المخطوبة) ^(٣).

وعند الحنابلة: هي (طلب الرجل المرأة ليتزوّجها) ^(٤).

وهذه التعريفات كلّها متفقة في المعنى، فماهية الخطبة واحدة مُتَّفَقٌ عليها بين الفقهاء .

وعرّف الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله الخطبة تعريفاً جامعاً، فقال عنها: (وهي طلب الرجل يدَ امرأةٍ معيّنة للتزوّج بها، والتقدّم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه، ومطالبهم بشأنه) ^(٥).

ثانياً: مشروعية الخطبة:

الخطبة مشروعةٌ ثبتت مشروعيتها في الكتاب والسنة .

قال تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾، [البقرة: ٢٣٥] .

ففي هذه الآية مشروعية التعريض بالخطبة للمعتدة من وفاة، فإباحة خطبة غيرها من

١ . حاشية ابن عابدين (٨/٣) .

٢ . مواهب الجليل للحطاب (٤٠٧/٣) .

٣ . نهاية المحتاج للرملي (٢٠١/٦) .

٤ . المغني لابن قدامة (١٤٣/٧) .

٥ . الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، (١٩٥٠م)، (ص٢٦) .

المحرّمات مشروعٌ من باب أولى ^(١) .

وقال رسول الله ﷺ: ((لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له)) ^(٢)، وهذا الحديث يدل على أن الخطبة مشروعةٌ للخاطب الأول وأنه يجب احترام حقّه في الخطبة .

ثالثاً: التكيف الشرعي للخطبة، وحكم العدول عنها:

من خلال تعريفات الفقهاء للخطبة يظهر أنها وعدٌ بالزواج، أو اتفاقٌ على حصول الزواج، أو قبولٌ للزواج، وليست زواجاً، وليست عقداً، وليست شرطاً للزواج ولا ركناً من أركانه، فالزواج صحيحٌ ولو لم تسبقه خطبةٌ، ولا يترتب عليها شيءٌ من آثار الزواج كحلّ المعاشرة، أو وجوب المهر، أو العدة .. إلخ .

وجاء في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري: (الخطبة، والوعد بالزواج، وقراءة الفاتحة، وقبض المهر، وقبول الهدية: لا تكون زواجاً) .

ويجوز للخاطب وللمخطوبة العدول عن الخطبة؛ لأنها ليست عقداً ملزماً ولو تمت الموافقة من الطرفين على الخطبة، وهذا هو الحكم الشرعي ^(٣)، وتحريم الخطبة على النبي لقول النبي ﷺ: ((.. ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له)) ^(٤)، ليس لكون الخطبة عقداً ملزماً وإنما لأن الخطبة على الخطبة إضرارٌ بالخاطب الأول وإيذاءٌ له، فلو تزوجها الخاطب

١ . تفسير القرطبي (١٨٨/٣)، والتعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق _ دراسة مقارنة _، وهذا الكتاب رسالة دكتوراه للباحثة مسعودة نعيمة إلياس، قدّمتها جامعة أبي بكر بلقايد، في تلمسان، في السنة الجامعية (٢٠٠٩ _ ٢٠١٠م)، (ص ٥٠) .

٢ . متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه، في كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، (١٩/٧)، رقم الحديث (٥١٤٢)، ومسلم في صحيحه، واللفظ له، في كتاب الحج، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حتى يأذن أو يترك، (١٠٣٢/٢)، رقم الحديث (١٤١٢) .

٣ . حاشية ابن عابدين (٨/٣)، ومواهب الجليل للحطاب (٤٠٧/٣)، ونهاية المحتاج للرملي (٢٠١/٦)، والمغني لابن قدامة (١٤٣/٧)، والأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة، (ص ٢٦) .

٤ . سبق تخريجه في الصحيفة السابقة .

الثاني صحَّ زواجه، ولكنه يَأْتُم لإيقاع الضرر بالخاطب الأول^(١).

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بالحكم الشرعي في تكييف الخطبة بأنها ليست زواجاً ولا عقداً ملزماً ولأَيٍّ من الطرفين العدول عنها، فقد نصّت المادة الثالثة منه على أن: (لكلٍّ من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة) .

فقد اعتبر القانون العدول عن الخطبة حقاً خالصاً لكلٍّ من الخاطب والمخطوبة ولم يقيّد ذلك بأي قيد أو شرط .

وأما حكم العدول عن الخطبة ديانةً؛ فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخطبة إن تمتّ ثم رأت المخطوبة أو وليّها المصلحة في العدول فلهما ذلك بلا كراهة؛ لأن الزواج عقدٌ عُمريٌّ يدوم الضرر فيه، وإن عدل أحد الأطراف بلا عُذرٍ فذلك مكروهٌ لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، وصرح الحنابلة بأن هذا العدول مكروهٌ ولا يحرم؛ لأن الحق لم يلزم بعد، كمن ساء سلعةً ثم بدا له ألا يبيعها^(٢).

وصرح بعض المعاصرين من أهل العلم^(٣) بأنّ العدول بلا مسوّغ أبداً محرّم؛ لأن هذا العدول نقض للعهد وإخلاف بالوعد، وقد ورد في ذلك الوعيد الشّدِيد^(٤)، وإن كان العدول

١ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٥٣/٣)، ومواهب الجليل للخطاب (٤١٠/٣)، والأُم للشافعي (٤٢/٥)، ومغني المحتاج للشربيني (٢٢١/٤)، والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح (٩١/٦) .

٢ . مواهب الجليل للخطاب (٤١١/٣)، وحاشية الجمل (١٢٩/٤)، والمغني لابن قدامة (١٤٦/٧)، ولم أعرّ للحنفية على كلام في هذه المسألة .

٣ . مثل: الأستاذ الدكتور أسامة الحموي، في بحثٍ له منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، بعنوان: آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، (دراسة مقارنة)، العدد الثالث (٢٠١١)، (٤١٩/٢٧)، ومسعودة إلياس في رسالتها لنيل الدكتوراه: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق — دراسة مقارنة —، (ص ٥٥) .

٤ . قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾، [النحل: ٩١]، وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ ﴿٢﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾، [الصف: ٢-٣]، وقال النبي ﷺ: ((آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان))، متفقٌ عليه، رواه البخاري في صحيحه، في كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، (١٦/١)، رقم الحديث (٣٣)، ومسلم في صحيحه، واللفظ لهما، في كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، (٧٨/١)، رقم الحديث (٥٩) .

من طرف الشابّ ففيه إساءةٌ إلى حرمة البيوت وكرامة الفتاة، وفي العدوان بلا سببٍ إضرارٌ بالطرف الآخر، وقد قال ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(١) .

وأرى أن الصواب قولُ الجمهور، فالعدول عن الخطبة بلا سبب يُكره ولا يحرم؛ لأنه موضوعٌ خطيرٌ له تبعاته، إلا إذا كان هذا العدول سيسبب أضراراً للطرف الآخر فيتغير الأمر، ويُراعى مقدار الضرر، فإن كان الضرر كبيراً فإن هذا العدول يحرم، وإن كان يسيراً يُغتفر فيبقى الحكم بالكراهة، والله تعالى أعلم .

١ . سبق تخريج الحديث (ص ١٤٤) و (ص ٢٠٥) من هذا البحث .

المطلب الثاني _ حكم التعويض بسبب العدول عن الخطبة:

مرَّ في المطلب السابق أن الخطبة وعدٌ بالعقد وليست عقداً، وهذا متفقٌ عليه في المذاهب الأربعة، وأخذ به القانون السوري، ومؤدَّى ذلك أن الخطبة لا يترتب عليها شيء من الإلزام بإتمام العقد، وأن حق العدول عنها جائز لكلٍ من طرفي الخطبة، فالعدول مباشرةً لتصرفٍ مأذون فيه .

ولكن قد يخلف هذا العدول أضراراً في بعض الأحيان؛ فقد تستمر الخطبة لسنوات، ويُفوت على المخطوبة فرص زواج أخرى وخطابٍ آخرين، وقد تصبح في سنٍّ غير مرغوب بها في الزواج، وقد يطلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من وظيفتها، أو تركَ دراستها مثلاً، وقد تحدث أضرارٌ معنوية كالإساءة إلى سمعة الطرف الآخر، وما تلوكه الألسنة عن أسباب هذا العدول، ففي حال ترتب الضرر على هذا العدول فهل للطرف الآخر طلب التعويض عن هذا الضرر؟

لم يتعرَّض الفقهاء القدامى لهذه المسألة، وفي هذا العصر استجدت أضرارٌ كثيرةٌ ناجمة عن العدول عن الخطبة، فبحث أهل العلم المعاصرون هذه المسألة، واختلفت آراؤهم فيها على أربعة آراء، هي:

الرأي الأول: عدم التعويض؛ لأن العدول عن الخطبة مأذونٌ فيه، وإذا مارس الخاطب حقاً مأذوناً له فيه فلا يجب التعويض، فالإذن الشرعي ينافي الضمان، وممن ذهب إلى هذا القول: الشيخ محمد بن حيت المطيعي رحمه الله تعالى ^(١) .

الرأي الثاني: يجب التعويض مطلقاً، وإلى هذا القول ذهب الشيخ محمد شلتوت ^(٢)

١ . انظر: مجلة المحاماة الشرعية، العدد الأول، السنة الثانية، (ص٥)، والعرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي لرهيفة حمادة (ص٤٥)، وآثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، (دراسة مقارنة)، للدكتور أسامة الحموي، (٤٢٩/٢٧)، والتعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق _ دراسة مقارنة _، لمسعودة إلياس، (ص٧٦) .

٢ . هو محمود شلتوت، عالمٌ بالفقه والتفسير، وُلِدَ في مصر، سنة (١٣١٠هـ)، وكان داعية إصلاح نير الفكرة، وكان خطيباً موهوباً جدير الصوت، عُيِّنَ وكيلًا لكلية الشريعة في الأزهر، ثم عضواً من أعضاء مجمع اللغة العربية، ثم شيخاً للأزهر (١٩٥٨م) إلى وفاته سنة (١٩٦٣م) الموافق لسنة (١٣٨٣هـ) رحمه الله تعالى، له مصنفات عدّة، منها: (القرآن والقتال)، و(عنصر الخلود في الإسلام)، و(الفتاوى)، انظر: الأعلام للزركلي (١٧٣/٧) .

رحمه الله تعالى ^(١) .

الرأي الثالث: العدول يستوجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يستوجب تعويضاً، وإلى هذا الرأي ذهب الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله ^(٢).

والضرر المادي يُتَصَوَّر في حالات عديدة؛ كما لو طلب الخاطب نوعاً من الجهاز، أو طلبت المخطوبة إعداد البيت مثلاً وتمّ ذلك ثم حصل العدول عن الخطبة، وكما لو استأجر الخاطب فندقاً لإقامة حفل الزفاف وطبع الدعاوى لتوزيعها ثم عدلت الزوجة فجأةً بلا سبب؛ فيقع الضرر بسبب الطرف الذي عدل عن الخطبة فيقع عليه التعويض، فهذا التعويض ليس عن مجرّد العدول وما أحدثه من ضرر معنوي كإيذاء السمعة وإنما عن الضرر المادي الواقع بسبب الطرف الذي عدل عن الخطبة ^(٣).

الرأي الرابع: يجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي أو معنوي لحق بالمخطوبة بسبب العدول، ولكن بثلاثة شروط، هي:

١ _ أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب المخطوبة .

٢ _ وقوع ضرر مادي أو معنوي بسبب العدول غير الاستهواء الجنسي .

٣ _ أن يؤكد الخاطب رغبته في الزواج من المخطوبة .

ويُستثنى الضرر الأدبي المتمثل بالاستهواء الجنسي؛ لأن الضرر الأدبي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة لا يستحقّ تعويضاً؛ فالشريعة لا تحترم الأفعال المخالفة لأحكامها، بل توجب العقوبة عليها، فلا يتفق مع قواعد الشريعة وأحكامها أن يُحكّم للفتاة بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة نزوات طائشة مخالفة لحدود الشريعة ومبادئ الأخلاق .

١ . شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، للدكتور مصطفى عبد الرحمن السباعي رحمه الله تعالى، جامعة دمشق، د.ت.ط، (٦٩/١)، وآثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، (دراسة مقارنة)، للدكتور أسامة الحموي، (٤١٩/٢٧) .

٢ . الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة (ص٣٧)، وشرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي (٦٩/١) .

٣ . الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة (ص٣٦)، والتعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق _ دراسة مقارنة _، لمسعودة إلياس، (ص٧٧ و ٨٦) .

وذهب إلى هذا الرأي الدكتور مصطفى السباعي رحمه الله تعالى ^(١)، وهو المفهوم من كلام الدكتور عبد الرزاق السنهوري ^(٢) رحمه الله، لكنه رأى جواز التعويض لكلٍ من الطرفين إذا كان الإضرار بسبب الطرف الآخر ^(٣).

من الآراء الأربعة السابقة يتبين أنها باستثناء رأي الشيخ محمد شلتوت: تتفق على أن العدول في ذاته لا يترتب عليه أي تعويض، وتتفق على أن العدول إذا لم يترتب عليه ضرر فلا ضمان ولا تعويض؛ إذ مناط الضمان وقوع الضرر، وتتفق على أنه إذا ترتب عن العدول ضررٌ لحق بالطرف الآخر، ولم يكن لأحد الخاطبين يد فيه فلا ضمان أيضاً كالعدول بالتراضي بين الخاطبين، أو كموت أحدهما، وتتفق على أنه إذا ترتب عنه ضرر معنوي يتمثل بالإغواء الجنسي، فلا ضمان ولا تعويض للمخطوبة شرعاً، وإنما محل الخلاف: ضمان الضرر الناتج عن العدول إذا كان بسبب من العادل أو بفعل منه، فهل يجب عليه التعويض؟

وأما موقف القانون من هذه المسألة: فقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بالقول الأول، أي عدم التعويض مطلقاً؛ فلم يتحدث عن التعويض عن العدول مطلقاً وإنما

١ . شرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي (٧٢/١) .

٢ . هو عبد الرزاق السنهوري، أحد أعلام الفقه والقانون في الوطن العربي، وُلِدَ عام (١٨٩٥م) بالإسكندرية، أنهى تعلّمه بمدرسة الحقوق بالقاهرة عام (١٩١٧م)، وحصل على شهادة الدكتوراه من فرنسا عام (١٩٢٦م)، وصار مدرّساً للقانون المدني بالكلية ثم صار عميداً لها، عام (١٩٣٦م)، نادى بوضع قانون مدني جديد واستجابت له الحكومة وشغل منصب وزير المعارف أربع مرات، وعُيِّنَ رئيساً لمجلس الدولة، بذل جهوداً كبيرة في مشروع الإصلاح الزراعي، يُعتَبَر السنهوري باشا، ومؤلفاته القانونية ثروةً للمكتبة القانونية، منها: (الوسيط في شرح القانون المدني المصري، وعقد الإيجار)، توفي عام (١٩٧١م) رحمه الله تعالى، موسوعة ويكيبيديا، صفحة حقوقيون مصريون، وعنوان هذه الترجمة:

(oldid=27059443&عبد_الرزاق_السنهوري=https://ar.wikipedia.org/w/index.php?title=).

٣ . قال الدكتور السنهوري: "والذي يمكن تقريره في هذا الشأن باعتبار أن القضاء قد استقر عليه هو ما يأتي:
١_الخطبة ليست بعقد ملزم . ٢ _ مجزئ العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض . ٣ _ إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعالٌ أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية"، الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، د/ط، (٢٠٠٤م)، (١/٦٨٩، ٦٩٠) .

وذهبت إلى هذا الرأي: الباحثة مسعودة إلياس في رسالتها الدكتوراه: (التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق _ دراسة مقارنة _) (ص ١٠٤) .

تناول آثار العدول عن الخطبة فيما يخص المهر والمدايا فقط^(١)، وجاء في القرار الصادر عن محكمة النقض السورية بتاريخ (١١/٣٠/١٩٦٠) أنه (لكلٍ من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض)^(٢) .

ولكن هناك قوانين عربية أقرت التعويض ونصت عليه، كالقانون الإماراتي لعام (٢٠٠٥م)، فقد جاء في المادة (١٨) منه: (لكلٍ من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضررٌ من عدول أحد الطرفين بغير مقتضى كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل)^(٣) .

وأرى أنه يجوز التعويض عن الضرر المادي فقط بشرط كون العدول بلا مسوّغ، أي كما قال الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى؛ لأن النبي ﷺ قضى أنه لا ضرر ولا ضرار^(٤)، واعتماداً على الاستصلاح، فإنه لا يوجد نصٌ بإقرار أو إلغاء التعويض بسبب العدول عن الخطبة، ولكن من نصوص الشريعة وتصرفاتها يُعلم أن التعويض عن الضرر المادي الحاصل جائزٌ مشروعٌ، والقاضي هو الذي يقرّر هذا التعويض ويقدره، والله تعالى أعلم .

١ . جاء في المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية السوري: (١ _ إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب للمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز . ٢ _ إذا عدلت المرأة فعلها إعادة مثل المهر أو قيمته . ٣ _ تجري على الهدايا أحكام الهبة) .

ولم أتعرض لبحث هذه الآثار؛ خشية الاستطراد، فنقطة البحث هي التعويض بسبب العدول عن الخطبة .

٢ . محكمة النقض السورية (١١/٣٠/١٩٦٠)، مجلة القانون العام سنة (١٩٦١م)، (ص٥٢١) .

٣ . مجلة الشريعة والقانون، السنة العشرون، العدد الخامس والعشرين، (ذو الحجة، ١٤٢٦هـ)/يناير، ٢٠٠٦م، ملحق العدد: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي (ص١٤) .

٤ . سبق تخريج الحديث (ص١٤٤) و(ص٢٠٥) من هذا البحث .



المبحث الثالث: التعويض بسبب الطلاق التعسفي .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ التعريف بالطلاق التعسفي .

المطلب الثاني _ حكم التعويض بسبب الطلاق التعسفي .

المطلب الثالث _ رأي الباحث .



المطلب الأول _ التعريف بالطلاق التعسفي:

أولاً: تعريف الطلاق:

١ _ الطلاق لغةً: مصدر يدل على الترك والتخلية والإرسال، يُقال: طَلَّقت المرأة وطَلَّقت تَطْلُق طلاقاً فهي طالق، وطلَّق البلادَ، أي: تركها، وأطلق الأسير، أي: خلاه، ويُطلق على معانٍ أخرى ^(١).

٢ _ الطلاق اصطلاحاً: تنوّعت عبارات الفقهاء في تعريفه، فعرفه الحنفية بأنه (رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص) ^(٢).

وعرفه المالكية بأنه: (إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ ما مع نية) ^(٣).

وعرفه الشافعية بأنه: (حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه) ^(٤).

وعرفه الحنابلة: بأنه (حل قيد التّكاح) ^(٥).

وكلّ هذه التعاريف تدلّ على إنهاء رابطة الحياة الزوجية، ولكن تعريف الحنفية أنسب وأدقّ هذه التعريفات من وجهة نظري .

ثانياً: تعريف التعسف:

١ _ التعسف لغةً: مصدرٌ فعله: عَسَفَ، ومعناه: السير بغير هداية، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب المفازة بغير قصد، والعسفُ والتّعسفُ هو الظلم والجور، يُقال: عَسَفَ

١ . انظر: لسان العرب لابن منظور، حرف القاف، فصل الطاء، (٤/٢٦٩٦)، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة طَلَّقَ، (٣/٤٢٠) وما بعدها .

٢ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٣/١٣٢) .

٣ . الشرح الكبير للدردير (٢/٣٤٧) .

٤ . مغني المحتاج للشربيني (٤/٤٥٥) .

٥ . الإنصاف في معرفة الراجح من الاختلاف للمرداوي (٨/٤٢٩) .

فلانٌ فلاناً وتعسّف فلانٌ فلاناً إذا ظلمه، فالتعسّف لا يدل على الخير ^(١).

٢ _ التعسّف اصطلاحاً: لم أجد تعريفاً للتعسّف عند الفقهاء القدامى، ولعلّ هذا المصطلح مصطلحٌ معاصر، وقد تكلم فيه المعاصرون من أهل العلم، فعرفه الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى بأنه (استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادةً أو لترتب ضررٍ بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق) ^(٢).

وعرفه الدكتور فتحي الدريني ^(٣) بأنه: (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل) ^(٤).

وهذا التعريف الأخير فيه توضيح لجوهر التعسف، وأنه مناقضة ومضادة، بين مقصد الشارع من تشريع الحق، وبين قصد المكلف صاحب الحق في تصرفه، حيث يؤول إلى مصير ممنوع في الشريعة ومقاصدها، وأهم صور هذه المناقضة:

١ _ استعمال الحق سلباً أو إيجاباً لمجرد قصد الإضرار بالغير؛ فالحق لم يشرع وسيلة إلى ذلك، وإنما شرع لمصلحةٍ معتبرة شرعاً، فالمناقضة ظاهرة .

١ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة عَسَفَ، (٣١١/٤، ٣١٢)، ولسان العرب لابن منظور، حرف الفاء، فصل العين، (٢٤٥/٩، ٢٤٦)، ومقاييس اللغة لابن فارس، مادة عَسَفَ، (٣١١/٤، ٣١٢) .

٢ . التعسف في استعمال الحق للشيخ محمد أبو زهرة، طباعة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب، القاهرة، (١٩٦٣م)، د/ط، (ص ٩١) .

٣ . هو فتحي بن عبد القادر الدريني، وُلِدَ في مدينة الناصرة بفلسطين عام (١٩٢٣م)، ودرس فيها الثانوية، ثم التحق بكلية الآداب بجامعة القاهرة وتفوّق فيها، ثم سافر إلى دمشق وعيّن في كلية الشريعة معيداً، ثم أرسلته الجامعة في بعثة دراسية إلى مصر حيث حصل على الدكتوراه عام (١٩٦٥) من كلية الشريعة بجامعة القاهرة، ودرّس في كلية الشريعة وكلية الحقوق في دمشق، ثم عيّن عميداً لكلية الشريعة بدمشق، من مؤلفاته: (المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي)، و(الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده)، و(بحوث ودراسات في الفكر الإسلامي المعاصر)، انظر: موقع الألوكة، المجلس العلمي، وعنوان الرابط: (majles.alukah.net/t14021)، وملتقى أهل الحديث، وعنوان الرابط: (www.ahlalheeth.com/vb/showth...527#post787527) .

٤ . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، بيروت، (١٩٨٨م)، (ص ٨٧) .

٢ _ استعمال الحق إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو غير مقصود؛ لأنّ هذا يتناقض مع قواعد الشريعة القاضية بدفع الضرر قبل وقوعه، وبإزالته بعد وقوعه، بل يتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) ^(١) .

وقد أشار الشاطبي رحمه الله تعالى إلى نظرية التعسف وعبر عنها بالاستعمال المذموم، أو تناول المباح على غير الجهة المشروعة ^(٢)، فقال: " قَصْدُ الشَّارِعِ مِنَ الْمَكْلَفِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقاً لِقَصْدِهِ فِي التَّشْرِيعِ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ ظَاهِرٌ مِنْ وَضْعِ الشَّرِيعَةِ؛ إِذْ قَدْ مَرَّ أَنَّهَا مُوَضُوعَةٌ لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَالْعُمُومِ، وَالْمَطْلُوبُ مِنَ الْمَكْلَفِ أَنْ يَجْرِيَ عَلَى ذَلِكَ فِي أَفْعَالِهِ، وَأَنْ لَا يَقْصِدَ خِلَافَ مَا قَصَدَ الشَّارِعُ " ^(٣) .

وقال أيضاً: " كُلُّ مَنْ ابْتَغَى فِي تَكَالِيفِ الشَّرِيعَةِ غَيْرَ مَا شُرِّعَتْ لَهُ فَقَدْ نَاقَضَ الشَّرِيعَةَ، وَكُلُّ مَنْ نَاقَضَهَا فَعَمَلُهُ فِي الْمُنَاقَضَةِ بَاطِلٌ " ^(٤) .

ثالثاً: تعريف الطلاق التعسفي:

لم يذكر الفقهاء القدامى هذا الطلاق ولم يعرفوه، وارتبط ظهوره بظهور نظرية التعسف في استعمال الحق، وأغلب قوانين الدول العربية تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي، ولكنها أوردت بعض المعايير والأسس التي تقوم عليها، ونصت في ثنايا موادها القانونية على شروط تحققه وكيفية التعويض عنه في حال ثبوت تعسف الزوج .

وأما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد عرّف الطلاق التعسفي في المادة (١٣٤) بأنه (الطلاق الذي يوقعه الرجل لغير سبب معقول) .

١ . نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور فتحي الدريني، (ص ٣٨، ٣٩)، والطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، لساجدة عفيف محمد رشيد عتيبي، وهذا البحث قدمته الباحثة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس بفلسطين، عام (٢٠١١م)، (ص ٣١، ٣٢) .

٢ . الموافقات للشاطبي (٥٠٧/٣) .

٣ . الموافقات للشاطبي (٢٣/٣، ٢٤) .

٤ . الموافقات للشاطبي (٢٧/٣، ٢٨) .

فالقانون الأردني لم يشترط إلحاق الضرر بالمطلقة حتى يعتبر الطلاق تعسفياً، بل مجرد كونه بلا سببٍ هو بحد ذاته تعسفاً، بخلاف قانون الأحوال الشخصية السوري فقد اشترط لحوق ضررٍ بالمطلقة حتى يحكم بالتعسف، فقد جاء في المادة (١١٧) منه: (إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج مُتعسفٌ في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه: جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال) .

فمن خلال هذه المادة يمكن استخلاص تعريف الطلاق التعسفي في القانون السوري بأنه: (الطلاق الذي يوقعه الزوج من دون سبب معقول إذا أصاب الزوجة بسببه ضرر) .

والله تعالى أعلم .

المطلب الثاني _ حكم التعويض بسبب الطلاق التعسفي:

لم ترد هذه المسألة على ألسنة الفقهاء الأقدمين بهذا النص، بمعنى أنهم لم يرتّبوا على الطلاق تعويضاً مالياً يُعطى للزوجة بسبب الطلاق من دون سبب، والتعويض يختلف عن المتعة، فالتعويض المذكور هو أمر آخر مرتبط بالضرر الواقع على الزوجة نتيجةً لاستعمال حق الطلاق على وجه يناقض مقصود الشارع^(١).

وقد بحث أهل العلم المعاصرون هذه المسألة، واختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: لا يجوز الحكم بالتعويض بسبب الطلاق التعسفي؛ فالطلاق حق خاص بالرجل، ولا تعويض على من مارس حقاً له، ثم إن الداعي إلى الطلاق قد يكون خاصاً يجب ستره فكيف يفضح الزوج زوجته ليصير الطعن به وبها حديث الناس؟ إضافةً إلى أنه لا يوجد نصٌ يميز هذا التعويض، والعقوبات المادية لا تجدي في إيقاف الطلاق وإنما الذي يجدي هو تقوى الله تعالى ومراقبته .

وإلى هذا القول ذهب الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى^(٢)، والدكتور نور الدين عتر^(٣) حفظه الله تعالى^(٤)، والدكتور محمد الزحيلي حفظه الله^(٥) .

١ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ١٧٨) .

٢ . الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة، (ص ٣٣٣) .

٣ . هو نور الدين محمد عتر الحلبي، ولد في حلب عام (١٣٥٥ هـ / ١٩٣٧ م)، درس العلم الشرعي على شيوخ حلب، مع دراسته للثانوية الشرعية بحلب، وهو تلميذ وصهر وابن أخت العلامة المفسر المحدث الرباني الشيخ عبد الله سراج الدين، تخرج من جامعة الأزهر بتفوق، ثم حصل على الشهادة العالمية مع لقب أستاذ في علم الحديث (الدكتوراه) بمرتبة الشرف الأولى من كلية أصول الدين بجامعة الأزهر (١٩٦٤ م)، درس في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة لمدة سنتين، ثم رجع إلى دمشق ليدرس في كلية الشريعة بجامعة دمشق وغيرها، زادت مؤلفاته عن الخمسين كتاباً، منها: (منهج النقد في علوم الحديث)، و(خبر الواحد الصحيح وأثره في العمل والعقيدة)، وغيرها، حفظه الله، موقع المكتبة الشاملة على الإنترنت، (shamela.ws/index.php/author/1637) .

٤ . أبغض الحلال للدكتور نور الدين عتر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (ص ١٥٨-١٦٠) .

٥ . التعويض المالي عن الطلاق للدكتور محمد الزحيلي (ص ٦٠) .

القول الثاني: ذهب الدكتور مصطفى السباعي^(١)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٢)، والشيخ عبد الوهاب خلاف^(٣)، رحمهم الله تعالى، وغيرهم، إلى جواز الحكم بالتعويض بسبب الطلاق التعسفي، فالطلاق حق مشروع، ومن أدلة ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، [البقرة: ٢٣٦]، لكنه مشروعٌ للحاجة إليه في بعض الأحوال، كما إذا انعدم الوفاق بين الزوجين وضاق العيش عليهما ولم يمكن إنهاء الإشكالات بين الزوجين إلا بالطلاق^(٤)، بل صرح بعض فقهاء الحنفية أن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة كظن ارتكاب الزوجة للفاحشة أو تركها للصلاة أو لعدم قدرة الزوج على إقامة الحقوق الزوجية^(٥).

فإن طلق الزوج بلا عذرٍ ولا سبب كان تصرفه مناقضاً لمقصود الشارع من تشريع الطلاق، والمطلق بهذه المناقضة متعسفٌ والتعسف قد يلحق الضرر بالغير، والضرر يُزال شرعاً^(٦)، فالتعسف مرتبطٌ بالضرر، فحيث لا يوجد ضررٌ من الطلاق فلا قائل بالتعويض، أما إن وقع الضرر على المطلقة بطلاقها من دون سبب ولا حاجة، فحرمت من نعمة الزواج، وكُسِرَ قلبها بالفراق، وقَلَّتْ أو انعدمت رغبة الأزواج بها، وربما اتَّهَمَتْ بأنها ما طُلِّقَتْ إلا لريبةٍ أو تُهْمَةٍ، فعندئذٍ تحقق الضرر من هذا الطلاق التعسفي، ويجب إزالته، وحيث تعذر

١ . الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، الطبعة الثالثة، (١٩٧٠م)، (ص ٢٧٢) .

٢ . الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (٥٣٢/٧) .

٣ . أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (ص ١٤٢) .

٤ . حاشية ابن عابدين (٢٢٩/٣) .

٥ . حاشية ابن عابدين (٢٢٧/٣ - ٢٢٩) .

٦ . الأشباه والنظائر للسبكي (٤١/١)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٧٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٣) .

إزالة عينه، تُزال آثاره بالتعويض^(١).

والتعويض عن الضرر بدفع مبلغ من المال على سبيل العقوبة أجازته النصوص الشرعية، ونصّ الفقهاء على مبدأ التغريم بالمال عقوبةً، ومن ذلك ما ألزم به الشارع الحكيم من كفارة القتل الخطأ، وكفارة الظهار، وكفارة الحنث باليمين في خصاها المالية^(٢)، وكذلك حرمان القاتل من الميراث^(٣)، وغيرها، مما يدلّ على ثبوت أصل مشروعية التغريم بالمال في الفقه الإسلامي، مما يدلّ دلالة واضحة على أن أحكام الشريعة الإسلامية لا ترفض هذا المبدأ، بل تُقرّه بالنصّ، ومن وجه آخر: فمن الممكن إدخال هذا المبدأ في باب السياسة الشرعية من باب الاستصلاح ولو لم يرد بخصوص ذلك نصّ، من باب الزجر عن التساهل في أمر الطلاق^(٤).

١ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ١٨٠، ١٨١)، والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير للباحثة أسمهان عفيف، قدّمتها جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، بالجزائر، في السنة الجامعية (٢٠١٠ / ٢٠١١م)، (ص ١٥٦، ١٥٧).

٢ . قال تعالى في شأن كفارة القتل الخطأ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾، [النساء: ٩٢].

وقال تعالى في شأن كفارة الظهار: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾، [المجادلة: ٤].

وقال تعالى في شأن كفارة اليمين: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُمْهُمُ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾، [المائدة: ٨٩].

٣ . قال النبي ﷺ: ((القاتل لا يرث))، رواه الترمذي في سننه بهذا اللفظ، في أبواب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، (٤/٤٢٥)، رقم الحديث (٢١٠٩)، وابن ماجه في سننه، في كتاب الديات، باب القاتل لا يرث، (٢/٨٨٣)، رقم الحديث (٢٦٤٥)، قال ابن الملقن: "هذا الحديث رواه ابن ماجه في سننه، والترمذي في جامعه، ثم قال: هذا حديث لا يصح، ولا يعرف هذا إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة - يعني المذكور في إسناده - قد تركه بعض أهل العلم، منهم أحمد بن حنبل، قلت: بل تركوه كما قال البخاري، قال يحيى بن معين: رجاله كلهم ثقات إلا إسحاق، وقال البيهقي: إسحاق لا يحتج به، إلا أن له شواهد تقويه"، البدر المنير في تخریج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، (٧/٢٢٨).

٤ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ١٨٢).

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بهذا القول فقد جاء في المادة (١١٧) منه: (إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج مُتَعَسِّفٌ في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاق: جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال) .

ومن خلال هذه المادة يُستنتج أنه إذا تم الطلاق في إحدى حالات التفريق القضائي فلا تستحق المطلقة تعويضاً عن هذا الطلاق، وكذلك فإن وجود عملٍ أو معيلٍ أو أملاكٍ للمطلقة يجرمها من المطالبة بتعويض الطلاق التعسفي لأن كسبها أو معيلها أو أملاكها تقيها من الوقوع بالبؤس والفاقة نتيجة إيقاع الطلاق ^(١) .

ولم يتعرّض القانون السوري لحالة تفويض الزوج زوجته بالطلاق، فأوقعته متعسفةً، فهل له المطالبة بتعويض أيضاً؟ لكن قضت محكمة النقض بتاريخ (١٩٨٦/١/٢٧) أنه: (إذا تمتّ البيونة بغير إرادة الزوج المنفردة فلا يُعتَبَر متعسفاً وبالتالي لا يلزم بتعويض الطلاق التعسفي) ^(٢) .

وأخذت الكثير من قوانين الدول العربية بمبدأ التعويض بسبب الطلاق التعسفي، مثل: قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة (٥٢) منه، والقانون المغربي في المادة (٨٤) من مدونة الأسرة المغربية، وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٣٤) منه .

وذهب القانون التونسي في الفصل (٣١) منه إلى وجوب نفقة الزوج على مُطَلِّقته طلاقاً تعسفياً إلى أن تتزوج أو يتغير وضعها الاجتماعي أو تُتوفى ^(٣) .

وعند حكم القاضي بهذا التعويض ينبغي أن يراعي أموراً؛ كالحالة المادية لكلٍّ من الزوج والزوجة، و(درجة التعسف)، وحجم الضرر الواقع، ووقت الطلاق هل هو قبل العقد أم بعد ^(٤) .

١ . التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق _ دراسة مقارنة _، لمسعودة إلياس (ص ٢٩٠-٢٩٢) .

٢ . محكمة النقض السورية في (١٩٨٦/١/٢٧)، قرار رقم (٢٦١)، مجلة المحامون (١٩٨٦)، (ص ٤١٦) .

٣ . مجلة الأحوال الشخصية التونسية لعام (١٩٥٦م)، الفصل (٣١) المعدل في عام (١٩٨١م) .

٤ . السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، لأسمهان عفيف، (ص ١٩٠-١٩٥) .

المطلب الثالث _ رأي الباحث:

الطلاق حقٌّ مشروعٌ، واستعماله لغير حاجةٍ مذمومٌ شرعاً، والتعويض لم يترأض عليه الطرفان ولم يثبت في أصل العقد، فلا يجوز لأحدهما إلزام الطرف الآخر به، فهو ليس حقاً لأيٍّ منهما، والمتعة المترتبة على الطلاق تغني عن ذلك .

ولكن: للحاكم _ من باب السياسة الشرعية _ تغريم من طلق من دون سببٍ بمبلغٍ من المال كتعويضٍ للزوجة المتضررة، إما باعتبار المطلق أثماً في قول بعض الفقهاء الذين يرون أن الأصل في الطلاق الحظر فيكون التعويض عقوبةً، وإما باعتبار المطلق من دون سببٍ متعسفاً عند من يقول: إن الأصل في الطلاق الإباحة، وفي ذلك تحقيق مصلحة الزوج، والزوجة، والمجتمع؛ فمن علم أنه إن طلق متعسفاً سيدفع تعويضاً فلن يتسرع بإيقاع الطلاق، فيكون التعويض نوعاً من الزواجر، فتتحقق مصلحة الزوجين ببقاء النكاح واستمرار الاجتماع بالشمل، وتتحقق مصلحة المجتمع ببقائه مستقراً تظله المودة؛ لأن الطلاق يورث البغضاء بين الأسر، ولكن: يُفرض هذا التعويض عندما يكثر الطلاق التعسفي في المجتمع بحيث يحقق فرض هذا التعويض مصلحةً للفرد والمجتمع، وتحقيق مصلحة الفرد والمجتمع مما يجب على الحاكم مراعاته شرعاً، فله أن يتخذ من التدابير ما يحقق ويحفظ هذه المصلحة، ومن هذه التدابير: الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي عملاً بقول من أجازوه من أهل العلم، فإن ثبت عدم تحقيق التعويض المصلحة المرجوة بل أدى إلى تضيق الأمر على فقراء الأمة دون أغنيائها عدل الحاكم عن هذا القول ورجع إلى ما يحقق مصلحة المسلمين ^(١) .

فيوازن القاضي بين المصالح والمفاسد المترتبة على الحكم بالتعويض فإن وجد المصالح أرجح حكم به، وإن وجد المفاسد أرجح عدل عنه، والله تعالى أعلم .

١ . السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو (ص ١٨٥) .



الفصل الرابع: الدعاوى في الأحوال الشخصية .

وفيه مدخل، وثلاثة مباحث:

مدخل: التعريف بالدعاوى .

المبحث الأول _ دعاوى التفريق القضائي بين الزوجين .

المبحث الثاني _ دعاوى العزل .

المبحث الثالث _ دعاوى النفقة الزوجية .



مدخل: التعريف بالدعوى:

أولاً: تعريف الدعوى لغةً:

أصل كلمة الدعوى هو (دَعَوَ) وهذا الأصل معناه أن تُثْمِلَ الشيءَ إليك بصوتٍ وكلامٍ يكون منك، يُقال: دَعَوْتُ أَدْعُو دعاءً، ومنه: الدَّعْوَةُ إلى الطعام بالفتح، وتُسْتَعْمَلُ (الدَّعْوَى) للدلالة على معانٍ عدة، أهمها^(١):

١ _ الطَّلَب، ومنه: ادَّعَيْتُ الشَّاهِدَ إِذَا طَلَبْتَهُ، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا أَذْنُ لَنَا رَبِّكَ يُبَيِّنُ لَنَا مَا هِيَ﴾، [البقرة: ٦٨] .

٢ _ الإخبار، فيُقال: فلانٌ يدَّعي بكرم فعالة، أي يخبر بذلك عن نفسه .

٣ _ الرَّعْم، كما في قوله تعالى: ﴿وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ﴾، [الملك: ٢٧] .

والدعوى في القضاء تتناول هذه المعاني كلها، فلا بدَّ من طَلَبٍ لها، وقد تكون زعمًا لا حقيقةً له، وقد يكون فيها إخبارٌ عن شيء .

ثانياً: تعريف الدعوى اصطلاحاً:

للدعوى تعريفات مختلفة عند الفقهاء، ولا بدَّ من ذكر تعريفها في المذاهب الفقهية الأربعة:

١ _ تعريف الحنفية: الدعوى (قولٌ مقبولٌ عند القاضي يُقصد به طلب حقٍّ على غيره، أو دفعه عن حقٍّ نفسه)^(٢) .

وقوله: (دفعه عن حق نفسه) أي دفع الخصم عن حق نفسه، كأن تملك أرضاً هي في يدك فيأتي يتعرَّض لك وينازعك عليها فتدفع هذا الخصم المنازع عن منازعته حقك في

١ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (دَعَوَ)، (٢٧٩/٢)، ومختار الصحاح للرازي، مادة (دَعَا)، (ص ١٠٥)، ولسان

العرب لابن منظور، حرف الواو مع الياء، فصل الدال المهملة، (٢٦٢/١٤) .

٢ . حاشية ابن عابدين (٥٤١/٥) .

الأرض عن طريق الدعوى، وهذا هو المقصود بقول الحنفية: الدعوى بدفع التعرض^(١).
وفي مجلة الأحكام العدلية: (الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي،
ويقال له المدعي، وللآخر المدعى عليه) (٢).

٢ _ تعريف الملكية: الدعوى (طلب معيّن أو ما في ذمة معيّن، أو أمر يترتب له عليه
نفع معتبر شرعاً ولا تكذبه العادة) (٣).

(طلب معيّن) كدعوى أن السلعة المعينة له قد اشتراها أو غصبت منه، و(ما في ذمة
معيّن) كالديون مثلاً، (أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعاً) كدعوى المرأة الطلاق على زوجها
فيترتب لها أنها تملك نفسها، وحقوقها الأخرى، (ولا تكذبها العادة) أي معلومة محققة يتعلق
بها غرض صحيح (٤).

٣ _ تعريف الشافعية: الدعوى (إخبار عن وجوب حقّ على غيره عند حاكم) (٥).

٤ _ تعريف الحنابلة: الدعوى (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره
أو ذمته) (٦).

ووجهة نظري أن تعريف الشافعية أفضل تعريف؛ لاختصاره وتعبيره عن ماهية الدعوى،
والله تعالى أعلم .

ومن التعريفات المعاصرة للدعوى: (هي الوسيلة القانونية التي يلجأ بمقتضاها صاحب
الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه) (٧).

١ . انظر: حاشية ابن عابدين (٥٤١/٥) .

٢ . المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية، (ص ٣٢٠) .

٣ . الذخير للقراي (١١/٥) .

٤ . الذخير للقراي (١١/٥) .

٥ . مغني المحتاج للشريبي (٣٩٩/٦) .

٦ . الروض المربع للبهوتي (ص ٧١٨) .

٧ . إدارة الدعوى المدنية في النظام القضائي، دراسة مقارنة، للدكتور محمد نصر الرواشدة، دار الثقافة، عمان، الطبعة
الأولى، (٢٠١٠م)، (ص ٤٠) .

ثالثاً: مشروعية الدعوى:

وردت أحاديث كثيرة في مشروعية الدعاوى وكيفية التعامل معها وقضاء القاضي بها، واخترت من ذلك حديثين:

الأول: قال سيدنا رسول الله ﷺ: ((إنما أنا بشرٌ، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلَّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيتُ له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار)) (١).

الثاني: قال سيدنا رسول الله ﷺ: ((لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم، ولكنَّ اليمين على المدّعى عليه)) (٢).

وقد انعقد الإجماع من لدن سيدنا رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعية الدعوى وجوازها وأن البيئة على المدّعي واليمين على من أنكر (٣).

وهذه الدعوى يرفعها المدّعي إلى القضاء لينظر القاضي فيها ثم يصدر الحكم بعد إجراءات قضائية معيّنة (٤).

١ . متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له، في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، (٦٩/٩)، رقم الحديث (٧١٦٨)، ومسلم في صحيحه، في كتاب الحدود، باب الحكم بالظاهر واللّحن بالحجة، (١٣٣٧/٣)، رقم الحديث (١٧١٣).

٢ . متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب تفسير القرآن، باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ﴾، [آل عمران: ٧٧]، (٣٥/٦)، رقم الحديث (٤٥٥٢)، ومسلم في صحيحه واللفظ له، في كتاب الحدود، باب اليمين على المدّعى عليه، (١٣٣٦/٣)، رقم الحديث (١٧١١).

٣ . الإجماع لابن المنذر (ص ٦٥).

٤ . من حيث مكان الدّعى، وشروطها، وأركانها، وصحتها، وكيفية نظر القاضي فيها، وحضور الخصم، ونتيجتها، وانتهائها .. إلخ، انظر: المبسوط للسرخسي (٩٦/١٧)، ودرر الحكم شرح غرر الأحكام، ومعه حاشية الشرنبلالي عليه، لمحمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا أو منلا أو المولى خسرو، المتوفى سنة (٨٨٥هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء الكتب العربية، د/ت.ط، (٤٠٦/٢-٤٠٨)، وتبصرة الحكم لابن فرحون (٣٠١/١-٣٠٤)، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ١٩٨-٢٠٠)، ومغني المحتاج للشربيني (٢٦٩/٦)، والفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح (١٧٣/١١-٢٠١).

وهذه الدعاوى إنما شُرعت لتحقيق المصلحة ورفع ودفع الضرر والمفسدة، فقد تحصل ظروفٌ وحالاتٌ تستدعي تدخّل القضاء لحل المشكلات، كأن يُحبس الزوج لسنوات، أو يغيب غيبةً طويلة، أو يُفقد ولا يُعلم حاله، وقد يحصل الشقاق بين الزوجين .. إلخ، فتتضرر الزوجة من هذا، فرما تحتاج للتفريق بينها وبين زوجها لتتزوج غيره؛ وقد يكون ذلك ضرورياً جداً لخوف الزوجة على نفسها من الزنا أو العجز عن النفقة عليها وعلى زوجها، فترفع أمرها إلى القاضي عن طريق كتابة دعوى تشرح فيها ما تريد ثم ينظر القاضي في أمرها ويتدخل ليحل القضية، فالدعاوى من أهم الأمور التي تحقق المصلحة؛ ولهذا عقدتُ لها فصلاً مستقلاً، وبدأت أول مبحثٍ فيه بدعاوى التفريق القضائي بين الزوجين .



المبحث الأول: دعاوى التفريق القضائي بين الزوجين .

وفيه تمهيد، ومطلبان:

تمهيد .

المطلب الأول _ التفريق للشقاق والضرر .

المطلب الثاني _ التفريق للغيبة .



تمهيد

جعل الله تعالى الزواج مودةً ورحمةً وسكينةً واستقراراً، ولكن قد يقصّر الزوجان أو أحدهما فيغدو من المصلحة لهما الفراق والطلاق، والطلاق حقٌّ يملكه الزوج، ولا تملكه الزوجة، فإن حصل لها ضررٌ يستدعي أن تتخلص منه بالطلاق ولم يطلق الزوج فقد حمى الشارع الزوجة وحفظ لها حقوقها وشرع لها حق التقدم بدعوى إلى القاضي تشرح له حالها ليفرق بينها وبين زوجها، ومن الممكن أيضاً أن يحتاج الزوج إلى رفع دعوى للتفريق القضائي بينه وبين الزوجة، وتفصيل ذلك في هذا المبحث .

وأهم المسوّغات لطلب التفريق القضائي:

١ _ التفريق بسبب الشقاق والضرر .

٢ _ التفريق بسبب الغيبة .

٣ _ التفريق بسبب فقد .

٤ _ التفريق للعيوب والعلل ^(١) .

٥ _ التفريق بسبب عدم النفقة .

ومقصود البحث يحصل بدراسة بعض هذه المسوّغات، وسبق أن بحثت مسألة المفقود بالتفصيل ^(٢)، فللزوجة أن تتقدم إلى القاضي بدعوى لطلب التفريق بسبب فقد، وهنا في هذا المبحث تناولت مسألتين اثنتين، هما: (التفريق بسبب الشقاق والضرر)، و(التفريق بسبب الغيبة)، فبهذا يحصل المقصود إن شاء الله، والله هو الموفق والمعين .

١ . العيب المقصود هنا هو (نقصٌ بدنيٌّ أو عقليٌّ في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية)، انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي (٥١٤/٧)، والفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، لعلي حسب الله (ص ١٠٢) .

٢ . انظر: (ص ٣٤٤-٣٥٧) من هذا البحث .

المطلب الأول: التفريق للشقاق والضرر:

أولاً: صورة المسألة:

بيّن الشارع الحكيم أن لكلٍّ من الزوجين حقوقاً، وعليه واجباتٍ، ودعا كلاً منهما إلى أداء واجباته، ورسم لهما سبيل السكن والاستقرار، وأرشدتهما إلى وسائل إصلاح المشكلات، ومما ورد في ذلك:

قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾، [النساء: ١٩] .

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾، [النساء: ١٢٨] .

وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ يَعْطُونَ لَهُنَّ مِثْلًا مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾، [النساء: ٣٤] .

فإذا وقع الإضرار بين الزوجين، ولم يؤدّ أحد الطرفين واجباته، وحصلت المنازعات والخلافات، فهل لأيٍّ من الزوجين طلب التفريق؟

ومثال الإضرار: ضرب الزوج وشتمه لزوجته حتى تضيق الحياة بالزوجة، أو وطؤها في غير محل الحرث، أو إكراهها على فعل أمر محرّم^(١) .

هذه صورة المسألة، فما الحكم في ذلك؟ وما موقف القانون؟

ثانياً: التفريق للشقاق في الفقه الإسلامي:

انفرد المالكية _ فيما بحث فيه _ بالقول: إن للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا أضّر بها ولم يرجع عن ذلك سواء تكرر منه الضرر أم لا، كشتمها وضربها، أو وطئها في غير محل

١ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣٤٣) .

الحرث، أو هجرها بتركه الكلام معها فوق ثلاثة أيام، فإن أثبتت وقوع الضرر فرّق القاضي بينهما بطلقة بائنة، وإن عجزت عن إثبات الضرر بعث القاضي حكمين^(١).

وبعث الحكمين هو السبيل المتفق عليه في المذاهب الأربعة لحل مشكلة الشقاق حين وقوعه^(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾، [النساء: ٣٥].

ولكن اختلف الفقهاء فيما إذا كان للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين بناءً على طلب الزوجة، فذهبوا في ذلك إلى قولين:

الأول: قال الحنفية^(٣)، والشافعية في الأظهر^(٤)، وأحمد في رواية^(٥): إن مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين ولا سلطة لهما في التفريق إلا أن يكونا وكيلين عن الزوجين فلهما التطليق.

الثاني: قال المالكية^(٦)، والشافعي في مقابل الأظهر^(٧)، وأحمد في رواية^(٨): على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر ذلك فرّقا بينهما، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين أو رضاهما.

وهذه الفرقة هي طلاق لا فسخ، ونصّ المالكية على أنه طلاق بائن^(٩).

١ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٤٣)، ومنح الجليل لعليش (٣/٥٥٠).

٢ . بدائع الصنائع للكاظمي (٢/٣٣٤)، وفتح القدير للكمال بن الهمام (٢/٢٤٤)، والذخيرة للقراي (١٠/٣٥١)، ومنح الجليل لعليش (٣/٥٥١)، ومغني المحتاج للشربيني (٤/٤٢٨)، وكشاف القناع للبهوتي (٥/٢١١).

٣ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٢/٢٤٤).

٤ . مغني المحتاج للشربيني (٤/٤٢٨).

٥ . كشاف القناع للبهوتي (٥/٢١١)، والمغني لابن قدامة (٧/٣٢٠).

٦ . الذخيرة للقراي (١٠/٣٥١)، ومنح الجليل لعليش (٣/٥٥١).

٧ . مغني المحتاج للشربيني (٤/٤٢٨).

٨ . المغني لابن قدامة (٧/٣٢٠).

٩ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣٤٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٩٠)، وكشاف القناع للبهوتي (٥/٢١١).

وغالباً ما يقع التفريق بسبب دعوى الزوجة على زوجها، ولم أجد نصّاً صريحاً للفقهاء على جواز طلب الزوج التفريق للشقاق إلا أن عبارة المالكية تقتضي أن للزوج رفع دعوى وطلب التفريق للشقاق، وعبارتهم: " وشقاق الزوجين إن ثبت فيه ظلم أحدهما الآخر حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما " (١) .

ففي هذا النصّ ما يدل على أن للزوج الحق في طلب التفريق، بأن تكون الزوجة هي الظالمة؛ إذ لا سبيل لرفع الظلم إلا بتمكين المظلوم من رفع مظلّمته إلى القاضي (٢) .

ثالثاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من التفريق للشقاق:

جاءت أحكام التفريق للشقاق في قانون الأحوال الشخصية السوري في الكتاب الثاني (انحلال الزواج)، في الباب الثالث (التفريق)، في الفصل الرابع (التفريق للشقاق بين الزوجين): ففي المادة (١١٢):

(١ _ إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يُستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢ _ إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فَرَّقَ بينهما ويعتبر هذا التطبيق طلاقاً بائناً .

٣ _ إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عيّن القاضي حكمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرةً على الإصلاح بينهما وحلفهما يميناً على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة (.

وواضحٌ أخذ القانون السوري بقول المالكية بحذافيره، فاعتبر الحق لكلا الزوجين في رفع دعوى التفريق، واعتبره طلاقاً بائناً إن ثبت الضرر، وإلا عيّن القاضي حكمين، وبيّنت المادة

١ . منح الجليل لعليش (٣/٥٤٦) .

٢ . التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، وهذا بحث قدّمه عدنان علي النجار استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية في غزة، فلسطين، عام (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، (ص ١٦٥) .

(١١٣) والمادة (١١٤) والمادة (١١٥) آلية عمل المحكّمين وسلطتهما في حل الشّقاق بطلاق أو خلعٍ أو نحوه .

جاء في المادة (١١٣):

(١ _ على الحكّمين أن يتعرّفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكّمان .

٢ _ امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثّر في التحكيم) .

وفي المادة (١١٤):

(١ _ يبذل الحكّمان جهدهما بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة بائنة .

٢ _ وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة .

٣ _ للحكّمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكّمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته .

٤ _ إذا اختلف الحكّمان حكم القاضي غيرهما أو ضمّ اليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلفه اليمين) .

وفي المادة (١١٥) جاء بيان سلطة القاضي في قبول أو رفض حكم الحكّمين، ونصّها:

(على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي و لا يجب أن يكون معللاً وللقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعيّن في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكّمين آخرين) .

ولا يخفى وجه المصلحة في تدخل الحكّمين والقاضي؛ فالزوجة لا تملك الطلاق لتتخلّص من أذى زوجها الذي يضرّ بها، وقد لا يرضى بمخالعتها على مبلغٍ من المال ويصرّ على الإضرار بها، فكان من تحقيق المصلحة مشروعية تقديم الدعوى للقاضي ليردع الزوج عن طريق الإجراءات السابقة، فإن لم يرتدع أوقع الطلاق، وتخلّصت الزوجة من ضرر الزوج .

رابعاً: نموذج لصيغة دعوى طلب التفريق للشقاق والضرر في سوريا:

ذكرت هذه الصيغة كنموذج دعوى تُرفع إلى القضاء في سوريا؛ ربطاً للدراسة التأصيلية والتطبيقية بالواقع المعاصر:

المحكمة الشرعية الموقرة بدمشق

الجهة المدعية : السيد.....، يمثله المحامي.....، بموجب سند توكيل بدائي عام رقم (... / .. / ..) الموثق بتاريخ .. / .. / .. من قبل مندوب رئيس مجلس فرع نقابة المحامين بدمشق .
المدعى عليها : السيدة، المقيمة في دمشق - حي..... - شارع..... - بناء - طابق.....

الموضوع : تفريق لعة الشقاق .

المدعى عليها زوجة المدعى بصحيح العقد الجاري أمام محكماتكم الموقرة والمسجل لديها تحت رقم (... / ... / ...) وتاريخ .. / .. / ٢٠٠٠ على مهر معجله / / ليرة سورية مقبوضة، ومؤجله / ... / ليرة سورية باقية بذمة الزوج لأقرب الأجلين .

ولما كانت المدعى عليها قد أساءت معاملة المدعى وتركت دار الزوجية وامتنعت عن العودة إليها ووصل إلى علم المدعى أنها تقوم بتصرفات تمس بشرفه وكرامته، مما يجعل استمرار الحياة الزوجية فيما بينهما امراً شبه مستحيل رغم توسط الأهل والأصدقاء وأقرباء الطرفين من أجل إصلاح ذات البين .

ولما كان من الثابت قانوناً أنه إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق، وإذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً (المادة / ١١٢ / من قانون الأحوال الشخصية) .

الطلب: لذلك جئنا بهذه الدعوى نلتمس بعد الأمر بقيدها في سجل الأساس لدى محكماتكم الموقرة دعوة الطرفين إلى أقرب جلسة ممكنة وبعد المحاكمة والثبوت واتخاذ جميع

الإجراءات المقررة في المواد (١١٢ و ١١٣ و ١١٤ و ١١٥ و ١١٦) من قانون الأحوال الشخصية ،
مع ملاحظة عدم وجود من يصلح من أقارب الطرفين كي يكون حكمًا، إعطاء القرار:

١ _ بالتفريق ما بين الطرفين لعدة الشقاق وبطلقة بئنة .

٢ _ بإعفاء المدعي من مؤجل المهر ومن كافة الحقوق الزوجية .

٣ _ بتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة .

دمشق في .. / .. / ..

بكل تحفظ واحترام

المحامي الوكيل

المطلب الثاني: التفريق للغيبة:

أولاً: المقصود بالغيبة:

لم أعر على تعريف للغيبة عند الفقهاء، ولكن يُفهم من كلامهم أنها: (تواري الرجل عن زوجته في بلدٍ بعيدٍ عن محل إقامتهما لمدة سنة فأكثر) ^(١).

فإذا غاب الزوج عن زوجته لسفرٍ ونحوه لمدةٍ طويلةٍ تتأذى بها الزوجة، فهل يحق لها أن ترفع دعوى إلى القاضي تطلب فيها التفريق؟

ثانياً: التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي:

ذهب الفقهاء في جواز طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته إلى قولين:
الأول: قاله الحنفية والشافعية في الجديد: لا يحق للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها حتى يأتيتها يقين طلاقه أو وفاته ^(٢).

فالغائب عندهم له حكم المفقود، وقد سبق الحديث عنه بالتفصيل ^(٣).

والثاني: قاله المالكية في المعتمد عندهم، والحنابلة: إذا توفرت الشروط اللازمة فيحق للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها؛ رفعا للضرر عنها وسعياً في إعفافها صيانة لها وللمجتمع أن تتفشى فيه الرذيلة بسبب غياب الأزواج عن زوجاتهم وعدم إشباع رغباتهن، والحاكم إنما وُجد من أجل إزالة الضرر، فيُشرع لها حق طلب التفريق فيرفع الحاكم الضرر عنها ^(٤).

١ . فتح القدير للكمال بن الهمام (١٤٥/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٢٦/٢)، ومغني المحتاج للشربيني (٤٥٠/٣)، والمغني لابن قدامة (١٣٣/٨)، والتفريق القضائي بين الزوجين لعلّي النجار (ص ١٠٢) .

٢ . فتح القدير للكمال بن الهمام (١٤٥/٦) وما بعدها، والأم للشافعي (٢٥٥/٥) .

٣ . انظر: (ص ٣٤٤-٣٥٧) من هذا البحث .

٤ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣١/٢)، والمغني لابن قدامة (١٣٣/٨) فما بعدها، وكشاف القناع للبهوتي (١٩٣/٥) .

والشروط اللازمة هي:

١ _ أن تكون الغيبة طويلة، حدّدها المالكية بسنةٍ فأكثر، وحدّدها الحنابلة بستة أشهرٍ فأكثر^(١).

٢ _ أن تتضرر الزوجة من غيبته بأن تخشى على نفسها الزنا ولا يكفي مجرد اشتهااء الجماع، ويُعلم ذلك من جهتها يمينها^(٢)، وأطلق الحنابلة الضرر دون تفصيل، فحتى لو لم تخشَ الزنا يحق لها طلب التفريق^(٣).

٣ _ اشترط الحنابلة أن تكون الغيبة لغير عذر، فإن كانت لعذرٍ كطلب العلم والحج والتجارة ونحوها لم يكن للزوجة طلب التفريق^(٤).

٤ _ اشترط المالكية أن يرسل القاضي للغائب بالرجوع، أو نقل زوجته إليه، أو تطبيقها، ويمهله مدة مناسبة إن كان عنوانه معروفاً، فإن عاد أو نقلها أو طلقها فبها ونعمت، وإن رفض، أو كان محل إقامته مجهولاً فرّق القاضي بينهما^(٥).

واكتفى الحنابلة بمراسلة القاضي للغائب ومطالبته بالرجوع وإلا فسخ نكاحه^(٦).

واعتبر المالكية هذا التفريق طلاقاً، واعتبره الحنابلة فسخاً^(٧).

ثالثاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من التفريق للغيبة:

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري، في (الكتاب الثاني: انحلال الزواج)، في

١ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣١/٢)، والمغني لابن قدامة (٣٠٥/٧) و(١٣٣/٨)، وكشاف القناع للبهوتي (١٩٣/٥).

٢ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣١/٢).

٣ . كشاف القناع للبهوتي (١٩٣/٥).

٤ . كشاف القناع للبهوتي (١٩٣/٥).

٥ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣١/٢).

٦ . كشاف القناع للبهوتي (١٩٣/٥).

٧ . والظاهر أنهم اعتبروه طلاقاً رجعيّاً لأنه قد جاء الحديث عنه في معرض الحديث عن فرقة الإيلاء وهي طلاق رجعي، انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٣١/٢)، وكشاف القناع للبهوتي (١٩٣/٥).

(الباب الثالث: التفريق)، في (الفصل الثاني: التفريق للغيبة)، في (المادة ١٠٩)، ونصّها:

(١) _ إذا غاب الزوج بلا عذرٍ مقبولٍ، أو حُكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٢ _ هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب، أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها) .

فقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بقول المالكية والحنابلة في جواز التفريق القضائي بين الزوجين بسبب غيبة الزوج، وهذا ما أخذت به القانون المصري في المادة (٥)^(١)، والفلسطيني في المادة (١٢٣)^(٢)، واليميني في المادة (٤٣)^(٣) .

وأخذ القانون السوري بقول المالكية في تحديد السنة من الغياب، وبقول الحنابلة في اشتراط عدم وجود عذر مقبول لغياب الزوج، حتى ولو كان له مالٌ تستطيع الزوجة الإنفاق منه على نفسها، فالقضية إذاً ليست قضية مال ونفقة فقط، بل راعى القانون الأضرار الأخرى كخشية الزوجة الزنا على نفسها، وحاجتها إلى من يرعاها .

وأخذ بقول المالكية باعتباره طلاقاً رجعياً .

رابعاً: رأي الباحث:

أرى أن ما أخذ به القانون السوري هو أكثر الأقوال ملاءمةً للعصر الحاضر الذي كثرت فيه الحاجات والفتن والمغريات مع ضعف الوازع الديني، وتحديد السنة كافٍ لرجوع الغائب

١ . تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، لكamal صالح البناء، طبعة الشركة المصرية، الطبعة الأولى، (١٩٧٦م)، (ص١٧٥) .

٢ . مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية حتى (١٩٨٠)، لراتب عطا الله الظاهر، دار الفكر، عمان، الطبعة الثانية، (١٩٨٣م)، (ص٨٣، ٨٤) .

٣ . أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، للدكتور عبد الحكيم محسن عطروش، طبعة جامعة عدن، الطبعة الأولى، (٢٠٠٠م)، (ص١٥١) .

ولحاق الضرر بالزوجة، وجعله طلاقاً رجعيّاً يكفل إصلاح الأمر ويحقق مصلحة الزوج الغائب إن رجع قبل انتهاء العدة، والله تعالى أعلم .

خامساً: نموذج لصيغة دعوى طلب التفريق للغيبة في سوريا:

المحكمة الشرعية الموقرة بدمشق

الجهة المدعية : السيدة.....، يمثلها المحامي.....، بموجب سند توكيل بدائي....رقم (.../.../...) الموثق بتاريخ/.../٢٠٠٠ من قبل مندوب رئيس مجلس فرع نقابة المحامين بدمشق .

المدعى عليه : السيد، المقيم في دمشق - حي.....- شارع..... - بناء- طابق.....

الموضوع : تفريق للغياب .

المدعية زوج المدعى عليه بصحيح العقد الجاري أمام محكمتكم الموقرة والمسجل لديها تحت رقم (.../.../...) وتاريخ/.../٢٠٠٠ على مهر معجله /...../..... ليرة سورية مقبوضة، ومؤجله /.../..... ليرة سورية باقية بذمة الزوج لأقرب الأجلين .

ولما كان المدعى عليه قد تغيب عن دار الزوجية مدة تزيد عن سنة كاملة دون أن تعرف المدعية مكان وجوده أو أن يتصل بها أو ينفق عليها (أو: وكان قد صدر حكم قضائي على المدعى عليه بعقوبة السجن مدة تزيد عن ثلاث سنوات وقد اكتسب ذلك الحكم الدرجة القطعية - ربطاً صورة طبق الأصل عن الحكم وبيان من دائرة تنفيذ الأحكام الجزائية يَشعر بوجود المدعى عليه في السجن المركزي تنفيذاً لذلك الحكم ومنذ مدة تزيد عن عام كامل) .

ولما كان من الثابت أن المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية قد نصت على:

(١ - إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢- هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها).

الطلب: لذلك جئنا بهذه الدعوى نلتمس بعد الأمر بقيدها في سجل الأساس لدى محكماتكم الموقرة دعوة الطرفين إلى أقرب جلسة ممكنة وبعد المحاكمة والثبوت ، إعطاء القرار:

١ _ بالتفريق ما بين الطرفين لعدة الغياب واعتباره بمثابة طلاق رجعي .

٢ _ بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مؤجل المهر وكافة الحقوق الزوجية الأخرى .

٣ _ بتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة .

دمشق في .. / .. / ..

بكل تحفظ واحترام

المحامي الوكيل



المبحث الثاني: دعاوى العضل .

وفيه مطلبان:

المطلب الأول _ تعريف العضل .

المطلب الثاني _ أثر إثبات العضل .



المطلب الأول: تعريف العضل:

أولاً: تعريف العضل لغةً:

العضل في اللغة له معانٍ، أهمها ^(١) :

١ _ المنع، يُقال: عضَل المرأة إذا منعها من الزواج .

٢ _ التضييق، يُقال: عضل المكان بالزائرين إذا ضاق بهم، وعضل الرجل زوجته إذا ضيق عليها وآذاها .

٣ _ الشدّة والصعوبة، والمعضلات: الشدائد، ويُقال: داءٌ عضال: أي شديد الصعوبة.

ثانياً: تعريف العضل اصطلاحاً:

يُؤخَذُ من كلام الفقهاء أن العضل هو (منع الوليّ المرأة من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك، ورغب كلُّ واحدٍ منهما في صاحبه) ^(٢) .

وهذا المعنى مأخوذٌ من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْصِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، فهذا النداء موجّه لأولياء الزوجة، وفي سبب نزول هذه الآية يقول سيدنا معقل بن يسار رضي الله عنه ^(٣): " زوّجتُ أختاً لي من رجلٍ فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوّجتك وفرشتك وأكرمْتُك،

١ . مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (عَضَلْ)، (٤/٣٤٥، ٣٤٦)، ومختار الصحاح للرازي، مادة (عَضَلْ)، (ص ٢١١)، ولسان العرب لابن منظور، حرف اللام، فصل العين، (١١/٤٥١-٤٥٣) .

٢ . انظر: البحر الرائق لابن نجيم (٣/١١٧)، والفواكه الدواني للنفاوي (٢/٤)، ومغني المحتاج للشربيني (٤/٢٥٣)، والمغني لابن قدامة (٧/٣١) .

ومقصود الحنفية: منع الولي الصغيرة من نكاح الكفء بمهر المثل؛ لأن البالغة تستطيع أن تزوّج نفسها، انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمنلا خسرو (١/٣٣٥) .

٣ . هو معقل بن يسار بن عبد الله، المزني، يُكنى بأبي علي، وقيل: بأبي عبد الله، أسلم قبل الحديبية، وشهد بيعة الرضوان، وروى عن النبي ﷺ أحاديث، وروى عن صحابة كالنعمان بن مقرن، وروى عنه صحابة كعمران بن حصين، نزل البصرة، وبنى بها نهرًا سَمّي باسمه (نهر معقل)، وتوفي في البصرة في خلافة سيدنا معاوية رضي الله عنه، نحو سنة (٦٥هـ)، رحمه الله ورضي عنه، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر (٦/١٤٦، ١٤٧) .

فطلقتها، ثم جئت تحطّبتها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه " (١) .

وكذلك استعمل بعض الفقهاء لفظ العضل بمعنى: (تضيق الرجل على زوجته وإضراره بها، مع إرادته فراقها؛ لتفتدي منه بكل ما آتاها أو بعضه، أو لإجبارها على التنازل عن حقوقها) (٢) .

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآءِ اتِّتِمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [النساء: ١٩] .

وسبب نزول هذه الآية كما في بعض الأقوال: أنها نزلت في الرجل عنده زوجة ونفسه تنوق إلى غيرها، فيمسكها ولا يقربها حتى تفتدي منه بما لها أو يسيء عشرتها ولا يطلقها ليرثها بعد موتها، أو في الرجل تكون له المرأة وهو كاره لصحبته ولها عليه مهر، فيُضِرُّ بها لتفتدي (٣)، وعلى هذا المعنى يكون النداء في هذه الآية موجَّهاً إلى الأزواج .

ولكن المقصود من البحث هو المعنى الأول المشهور عند الفقهاء .

وكلا المعنيين محرم كما تنص عليه الآيات .

وواضح ترابط المعنى الاصطلاحي مع المعنى اللغوي؛ فالعضل فيه منع الولي المرأة من الزواج، وفيه تضيق الزوج على زوجته وإضراره بها، وكلا المعنيين ينطوي على الشدة والصعوبة بسبب الإضرار بالمرأة وظلمها .

١ . رواه البخاري في صحيحه، في كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، (١٦/٧)، رقم الحديث (٥١٣٠)، وانظر: تفسير القرطبي (١٥٨/٣) .

٢ . الأم للشافعي (١٢٦/٥)، والمغني لابن قدامة (٣١/٧) .

٣ . تفسير الطبري (١١١/٨، ١١٢)، وتفسير القرطبي (٩٤/٥) .

المطلب الثاني: أثر إثبات العضل:

العضل إضرارٌ بالمرأة وظلمٌ ومنعٌ لها من حقوقها، ولذلك كان لها الحق في السعي في إزالة هذا الضرر عنها، وكيفية ذلك أن تتقدم بدعوى للقاضي تشرح فيها حالها، فإن تحقق القاضي من حصول العضل أزاله عنها، وكيفية ذلك أن يأمر القاضي الوليَّ العاضل بتزويجها إن لم يكن العضل لسببٍ مقبول، فإن رفض الوليَّ تنتقل الولاية إلى السلطان فيزوجها؛ لأن تزويج المرأة كان حقاً لها على وليِّها، فإذا امتنع من وفائه تولاه الحاكم أو من ينوب منابه كالقاضي مثلاً، فقد قال سيدنا رسول الله ﷺ: ((أئماً امرأة لم يُنكِحها الوليُّ، فنكاحها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ، فنكاحها باطلٌ، فإن أصابها، فلها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له))^(١).

وهذا ما ذهب إليه الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤).

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا عضل الوليُّ الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد؛ لأنه تعذر التزويج من جهته فملكه الأبعد كما لو جُنَّ، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه، ويصبح كأن لم يكن، فإن عضل كلَّ الأولياء فعندئذٍ تنتقل الولاية إلى الحاكم ويزوجها من الكفء، وبمهر المثل، وردوا على استدلال الجمهور بقوله ﷺ: ((السلطان ولي من لا ولي له))، أنه يُحمل على ما إذا عضل الكلُّ؛ لأن قوله ﷺ: ((فإن اشتجروا...))، ضمير جمع يتناول الكلَّ فإن عضلوا كلُّهم انتقلت الولاية إلى السلطان^(٥).

١ . رواه أبو داود في سننه، في كتاب النكاح، باب في الولي، (٢٢٩/٢)، رقم الحديث (٢٠٨٣)، والترمذي في سننه، وقال: "حديث حسن"، في أبواب النكاح، (٣٩٩/٣)، رقم الحديث (١١٠٢)، وابن ماجه في سننه، واللفظ له، في كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، (٦٠٥/١)، رقم الحديث (١٨٧٩).

٢ . بدائع الصنائع للكاساني (٢٥١/٢).

٣ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٢/٢).

٤ . مغني المحتاج للشريني (٢٥٤، ٢٥٣/٤).

٥ . كشاف القناع للبهوتي (٥٥/٥).

وعلى كلّ حال فالمرجوّ يتحقّق وهو زوال العضل عن المرأة سواءً أكان عن طريق السلطان أم عن طريق الولي الأبعد .

وعلى كلّ حال فقد حصل الإجماع على أن للسلطان أن يزوج المرأة إذا أرادت النكاح، ودعت إلى كفاء، وامتنع الولي أن يزوجه^(١) .

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بقول الجمهور، فقد جاء في المادة (٢٠) منه: (الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلبُ القاضي من وليّها بيان رأيه خلال مدّةٍ يحدّدها له فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة) .

فهذه المادة تضمن منع عضل الولي وتولّي القاضي أمر زواجها حين تريد بشرط الكفاءة.

١ . الإجماع لابن المنذر (ص٧٩) .



المبحث الثالث: دعاوى النفقة الزوجية .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول _ تعريف النفقة الزوجية، وحكمها .

المطلب الثاني _ ماهية النفقة الزوجية .

المطلب الثالث _ مقدار النفقة الزوجية .



المطلب الأول _ تعريف النفقة الزوجية، وحكمها:

أولاً _ تعريف النفقة الزوجية:

اختلفت عبارات فقهاء المذاهب الأربعة في تعريف النفقة الزوجية، فلا بدّ من ذكرها:

١ _ تعريف الحنفية: النفقة هي (الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه) ^(١) .

٢ _ تعريف المالكية: (النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف) ^(٢) .

٣ _ تعريف الشافعية: عرّفوا النفقة بأنها: (معاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وتشمل: الطعام، والإدام، والكسوة، وآلة التنظيف، ومتاع البيت، والسكنى، والخادم إن كانت الزوجة ممن تُخدم) ^(٣) .

٤ _ تعريف الحنابلة: النفقة هي (كفاية من يمونه خبزاً وإداماً وكسوةً وسكناً وتوابعها) ^(٤) .

يُفهم من التعريفات السابقة أن النفقة الزوجية هي كفاية الزوجة بكل ما يلزم لمعيشتها بحسب العرف والعادة ^(٥) .

ثانياً: حكم النفقة الزوجية:

اتفقت كلمة المذاهب الأربعة على أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته، وهذا الحق ثابت لها مقابل حق احتباس المرأة له ^(٦)، واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة، منها:

١ _ قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [البقرة: ٢٣٣] .

١ . حاشية ابن عابدين (٥٧٢/٣) .

٢ . منح الجليل لعليش (٣٨٥/٤) .

٣ . مغني المحتاج للشربيني (١٥١/٥) .

٤ . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢٢٥/٣) .

٥ . العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، لرهيفة سليمان حمادة (ص ٩٠) .

٦ . الهداية في شرح بداية المبتدي للمرغيناني (٢٩١/٢)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٧٦/٣، ٧٧)،

ومغني المحتاج للشربيني (١٥١/٥)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢٤٤/٢) .

٢ _ وقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾، [الطلاق: ٧] .

٣ _ وقول سيدنا رسول الله ﷺ: ((ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف))^(١) .
وانعقد الإجماع على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، ونقل الإجماع غير واحد من العلماء، منهم: ابن قدامة المقدسي^(٢)، وابن حجر العسقلاني^(٣) رحمهما الله تعالى .
فإن امتنع الزوج عن أدائها ألزمه القاضي بها، وهذا يحتاج إلى رفع دعوى عند القاضي لينظر في القضية ويقضي بها إن توفرت شروط وجوبها، وهي:

١ _ طاعة الزوجة لزوجها، فإن نشزت (أي عصت زوجها فيما له عليها من طاعة واجبة، كأن تخرج من بيتها بلا إذنه، أو تمتنع عن فراشه) سقطت نفقتها^(٤) .

٢ _ تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها، فلا نفقة لها حتى تسلم نفسها لزوجها وتنتقل للحياة معه في بيته؛ لأن النبي ﷺ لم ينفق على السيدة عائشة حتى سلمت نفسها إليه في بيته ﷺ، فقد خطبها ﷺ وهي بنت ست وبني بها وهي بنت تسع^(٥)، ولم ينفق عليها في هذه الفترة، فبالسليم والتمكين تجب النفقة^(٦) .

١ . أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، (٨٨٦/١)، رقم الحديث (١٢١٨) .

٢ . في كتابه: المغني (١٩٥/٨) .

٣ . في كتابه: فتح الباري (٤٩٨/٩) .

٤ . البحر الرائق لابن نجيم (١٩٥/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٤٣/٢)، ومغني المحتاج للشريني (١٦٨/٥)، والإنصاف للمرداوي (٣٨٠/٩)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٥٤/٣) .

٥ . متفق عليه، أخرجه البخاري واللفظ له، في كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، (١٧/٧)، رقم الحديث (٥١٣٤)، ومسلم في صحيحه، في كتاب الحج، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، (١٠٣٩/٢)، رقم الحديث (١٤٢٢) .

٦ . الفتاوى الهندية للجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي (٥٤٥/١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٨/٢)، ومغني المحتاج للشريني (١٦٨/٥)، والكاظمي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢٢٧/٣) .

٣ _ صلاحية الزوجة للوطء؛ لأن خلاف ذلك يمنع مقصد النكاح^(١).

وبذلك أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد جاء في المادة (٧١):

(... ٢ _ يُلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته ولو كانت موسرة الحال إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره) .

وجاء في المادة (٧٢):

(١ _ تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حيث العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالثقله وامتنعت بغير حق) .

ونصت المادة (٧٤) على أنه: (إذا نشرت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز) .

وعرّفت المادة (٧٥) الناشز، فقالت: (الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوّغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر) .

ثالثاً: نموذج لصيغة دعوى طلب إلزام الزوج بالنفقة في سوريا:

المحكمة الشرعية الموقرة بدمشق

الجهة المدعية : السيدة.....، يمثلها المحامي.....، بموجب سند توكيل بدائي....رقم (.../..) الموثق بتاريخ .. /.. /٢٠٠٠ من قبل مندوب رئيس مجلس فرع نقابة المحامين بدمشق .

المدعى عليه : السيد، المقيم في دمشق - حي.....- شارع..... - بناء - طابق.....

الموضوع : نفقة زوجية .

الجهة المدعية زوج للمدعى عليه بصحيح العقد الجاري أمام المحكمة الشرعية بدمشق والمسجل لديها تحت رقم (.../.../...) وتاريخ .. /.. /٢٠٠٠ على مهر معجله /...../ ليرة

١ . البحر الرائق لابن نجيم (١٩٦/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٨/٢)، ومغني المحتاج للشربيني (١٥١/٥)، والكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢٢٧/٣) .

سورية مقبوضة، ومؤجله /.../ ليرة سورية باقية بذمة الزوج لأقرب الأجلين .

وكان المدعى عليه قد امتنع عن الإنفاق على الجهة المدعية منذ ما يزيد عن أربعة أشهر سابقة لتقديم هذه الدعوى، وبدون أي مبرر أو مسوغ قانوني، رغم يساره كونه يعمل (.....) ودخله الشهري يتجاوز مبلغ /...../ ليرة سورية في الشهر الواحد .

ولما كان الثابت قانوناً أن الزوج يلزم بالإنفاق على زوجته:

(المادة ٧١ - أحوال شخصية:

١ - النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم .

٢ - يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصير) .

(٧٢ - أحوال شخصية:

١ - تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنفقة وامتنعت بغير حق .

٢ - يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهيء المسكن الشرعي) .

(المادة ٧٨ - أحوال شخصية:

١ - يُحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه .

٢ - لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء) .

وكانت الجهة المدعية تثبت مقدار دخل المدعى عليه الشهري وكونه موسراً بالبينة الشخصية، في حال إنكاره لهذه الواقعة، وذلك عملاً بأحكام الفقرة/أ/ من المادة /١/ من المرسوم التشريعي رقم /٨٨/ لعام ١٩٤٩ .

الطلب: لذلك جئنا بهذه الدعوى نلتمس بعد الأمر بقيدها في سجل الأساس لدى محكماتكم الموقرة دعوة الطرفين إلى أقرب جلسة ممكنة، وبعد المحاكمة والثبوت، إعطاء القرار:

١ _ بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للجهة المدعية نفقة شهرية مبلغاً وقدره /... /.... ليرة سورية اعتباراً من أربعة أشهر سابقة للادعاء .

٢ _ بتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة .

دمشق في .. /.. /٢٠٠٠

بكل تحفظ واحترام

المحامي الوكيل

المطلب الثاني: ماهية النفقة الزوجية:

نصّ الحنفية على أن النفقة هي الطعام والكسوة والسكنى بحسب العرف، وعليه إخدام الزوجة إن كانت ممن يُخَدَم^(١).

ونصّ المالكية على أن النفقة هي القوت والإدام والكسوة والمسكن بحسب العرف والعادة، وفصلوا قليلاً وذكروا أمثلةً، ومن ذلك: أنه يُفَرَضُ لها الماء للشرب والطبخ والغسيل ونحوه، ويُفَرَضُ لها الخبز والإدام كالزيت، ويُفَرَضُ لها الملح والبصل لأنه مصلحٌ للطعام، ويُفَرَضُ لها اللحم مرة بعد المرة كمرة في الجمعة إن كان الزوج موسراً، ويُفَرَضُ لها القُود كالخطب للطبخ ونحوه، ويُلَزَمُ بأجرة القابلة عند الولادة، ولا يلزمه الدواء، ويفرض لها حصير تحت الفراش، وسريز احتيج له، ونحو هذه الأمور التي يُرجع فيها إلى العرف والعادة في البلد الذي يسكن فيه الزوجان، كما يجب على الزوج إخدام أهله إن كان ذا سعةٍ وكانت زوجته ممن يُخَدَم أمثالها^(٢).

ونصّ الشافعية على سبعة أصنافٍ، هي: الطعام، والإدام، والكسوة، وآلة التنظيف، ومتاع البيت، والسكنى، والخادم إن كانت الزوجة ممن تُخَدَم^(٣).

ونصّ الحنابلة على: الخبز والإدام والكسوة والسكنى وتوابعها، بحسب العرف، فيفرض لها المأكول والمشروب والسكنى وماعون الدار بحسب العرف، فإن كان الزوجان موسرين فلها من اللحم والإدام ما يليق بأمثالهما، ومن الكسوة ما يلبس مثلها من حريرٍ وخزٍ وكتان وقطن على ما جرت به عادة مثلها من الموسرات بذلك البلد، وأقل الكسوة قميصٌ وسراويلٌ وطرحَةٌ وجبةٌ، وللنوم: فراش ولحاف ومخدة وإزارٌ في محل جرت به العادة، وللجلوس: بساط وحصير، وإن كان الزوجان فقيرين أو متوسطين فللزوجة من الطعام والإدام والسكنى والكسوة ما يليق بأمثالها بحسب العرف، وعليه إخدامها إن كانت ممن يُخَدَم أمثالها^(٤).

١ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٣٧٨/٤-٣٨٠)، وحاشية ابن عابدين (٥٧٢/٣) .

٢ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥١٠/٢) .

٣ . مغني المحتاج للشريني (١٥١/٥) .

٤ . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢٢٥/٣) .

والأصل في ذلك كله أدلة قرآنية، وأحاديث نبوية، منها: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [البقرة: ٢٣٣]، وقول النبي ﷺ لهند بنت عتبة: ((خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف))^(١).

فالإتفاق حاصل بين المذاهب الأربعة على وجوب النفقة من الطعام والشراب والسكنى والكسوة والإخدام إن كانت ممن يُخدم، بحسب العرف .

ولكن: حصل الخلاف في نفقة التطبيب والعلاج، فذهب الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: تجب نفقة التطبيب والعلاج؛ لأنها لحفظ الأصل، وهذا قول الحنفية والشافعية^(٢).

القول الثاني: تجب على الزوج نفقة القابلة فقط، ولا تجب عليه أجرة الطبيب والحجامة، فالمرض أمر عارض وليس من الحاجات الضرورية فلا يتكفل الزوج بنفقته، وهذا قول المالكية والحنابلة، ولكن أوجب المالكية على الزوج نفقة الطعام الذي يعينها على الشفاء، ولا يجب عليه ثمن الدواء^(٣).

وأخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بقول الحنفية والشافعية بإلزام الزوج بنفقة التطبيب، فقد جاء في المادة (٧١):

(١ _ النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثاله خادم) .

١ . سبق تخرجه في (ص ٢٢٥) من هذا البحث .

٢ . الهداية للمرغيناني (٢/٢٨٦)، ونهاية المحتاج للرملبي (٧/١٩٥) .

٣ . شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٣/٢٢٧) .

المطلب الثالث _ مقدار النفقة الزوجية:

أولاً: كيفية تقدير النفقة:

سبق الحديث عن مسألة تقدير النفقة مع أدلتها؛ فعند الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، والمعتمد عند الحنابلة: النفقة غير مُقدَّرة وإنما هي بحسب الكفاية للزوجة، وذهب الشافعية في المعتمد عندهم، وبعض الحنابلة، إلى أن النفقة مُقدَّرة بحسب يسار الزوج وإعساره؛ فإن كان الزوج موسراً كان الواجب من النفقة مُدَّان، وإن كان الزوج متوسط الحال كانت النفقة مُدٌّ ونصف، وإن كان فقيراً فالنفقة مُدٌّ واحد؛ قياساً على الكفارة بجامع أن كلاً من النفقة والكفارة مالٌ وجب بالشرع^(١).

وتُقدَّر كفاية الزوجة بحسب حال الزوج عند الحنفية والشافعية^(٢)، وبحسب حال الزوجين عند المالكية والحنابلة^(٣).

وأخذ القانون السوري بقول الحنفية والشافعية فاعتبر النفقة بحسب حال الزوج، ونصَّ على هذا في المادة (٧٦) القائلة: (تُقدَّر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقلَّ عن حدِّ الكفاية للمرأة).

والذي يقدر النفقة هو القاضي، ويستعين بمشورة الخبراء، وهذا ما نصَّت عليه المادة (٨١) القائلة: (يقدر القاضي النفقة ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء).

وللقاضي عند تقدير النفقة لأولاد الشهداء ومن في حكمهم أن يستأنس برأي مكتب شؤون الشهداء في القيادة العامة للجيش والقوات المسلحة أو من يقوم مقامه، ويكون تحديد الشهداء ومن في حكمهم وفق قوانين وزارة الدفاع وأنظمتها).

١ . انظر: (ص ٣٣٩، ٣٤٠) من هذا البحث .

٢ . فتح القدير للكمال بن الهمام (٣٧٨/٤-٣٨٠)، وحاشية ابن عابدين (٥٧٢/٣)، ومغني المحتاج للشربيني (١٥١/٥) .

٣ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥١٠/٢)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢٢٥/٣) .

ثانياً: استبدال أعيان النفقة بالنقود:

هل للقاضي أن يفرض للزوجة على الزوج النفقة نقوداً بدل أعيان النفقة؟
أجاز الحنفية والمالكية للقاضي أن يفرض النفقة بأعيانها أو يقدرها نقوداً، حسب ما يراه،
ومنع الشافعية والحنابلة التقدير بالدرهم والنقود وأوجبوا كون النفقة أعياناً^(١).

ثالثاً: تعديل مقدار النفقة:

إذا ارتفعت الأسعار أو انخفضت فإن ذلك يجب مراعاته في موضوع النفقة، وأخذه بعين الاعتبار، خصوصاً إن فرض القاضي للزوجة مبلغاً محدداً من النقود كنفقة وطراً تغيّر حادثاً في السعر، فللزوجة المطالبة بخفض النفقة إن انخفض السعر، وللزوجة المطالبة برفعها إن ارتفع السعر^(٢).

وأخذ القانون السوري بهذا، فقد قالت المادة (٧٧):

(١ _ تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد) .

١ . حاشية ابن عابدين (٥٨٣/٣)، والمتقى شرح الموطأ للباجي (١٣٠/٤)، والحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن، علي بن محمد، الشهير بالماوردي، المتوفى سنة (٤٥٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، (٤٣١/١١)، والإنصاف للمرداوي (٣٧١/٩).

٢ . المبسوط للسرخسي (١٨٢/٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٩/٢)، ونهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، المتوفى سنة (٤٧٨هـ)، حققه وصنع فهرسه: الأستاذ الدكتور عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، (٤٢٤/١٥)، والشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة (١٦٥/٥).



الخاتمة

وتتضمن:

أولاً_ أهم نتائج البحث .

ثانياً_ التوصيات .



أولاً: أهم نتائج البحث:

توصلت في هذا البحث إلى نتائج، أهمها:

١ _ خلاصة تعريف المصلحة المرسله في اصطلاح الأصوليين أنها: (ما يحقق مقصود الشارع من الخلق يجلب المصلحة لهم ودرء المفسدة عنهم، مما لم يشهد له من الشارع دليلٌ بالاعتبار ولا بالإلغاء) .

٢ _ التعريف المقترح للمصلحة المرسله أنها (كل منفعة داخله في مقاصد الشارع في نظر المجتهد، دون أن يكون لها شاهدٌ بالاعتبار أو الإلغاء) .

٣ _ الاستصلاح هو (استنباط الحكم الشرعي للنوازل بالاعتماد على المصلحة المرسله).

٤ _ اتفق علماء الأصول على عدم جريان الاستصلاح في الأحكام التعبدية التوقيفية والتي لم تتمكن العقول من إدراك معناها وعلتها بشكل قاطع، كالصلاة والصيام، أما المعاملات ونحوها مما هو من قبيل العادات، فهو مجال الاجتهاد والاستصلاح .

٥ _ أخذ الصحابة بالاستصلاح؛ كما في جمع القرآن الكريم، والاتفاق على حد شارب الخمر ثمانين جلدة في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وأخذ به التابعون؛ كما في جمع الحديث وتدوينه ووضع أصول روايته، وإقامة الخانات ليأوي إليها المسافرين .

٦ _ اختلفت أقوال الأصوليين في نقل حجية الاستصلاح، ولكن بعد البحث يتبين أن الخلاف لفظي، وأن الاستصلاح معمولٌ به في كافة المذاهب؛ فالإمام مالك أخذ بالاستصلاح وعدّه أصلاً مستقلاً من أصول الاجتهاد، والأئمة الثلاثة أخذوا بالاستصلاح وأعملوه ولو لم يجعلوه أصلاً من أصول الاستنباط، وإنما أعملوه ضمن دلائل الاجتهاد الأخرى؛ فقد أعمله الشافعية تحت مسمى القياس، وأعمله الحنفية تحت مسمى الاستحسان والعرف، إضافةً إلى أن عدداً من الأصوليين نقل أخذ الشافعية والحنفية والحنابلة بالاستصلاح، فالاستصلاح حجةٌ بالاتفاق .

٧ _ التحسيني قد يكون واجباً كستر العورة، وقد يكون مندوباً كأخذ الزينة عند كل مسجد .

٨ _ الاستصلاح له أثر كبير في مرونة الفقه الإسلامي .

٩ _ الموجب للحكم هو الله تعالى وليس المصلحة .

١٠ _ يمتنع التعارض بين قطعيين .

١١ _ يجب مراعاة النظر في مآلات الأفعال عند تقدير المصلحة .

١٢ _ بني الفقه على خمس قواعد، كما بُني الإسلام على خمسة أركان .

١٣ _ الاحتجاج بالسنة له قوة الاحتجاج بالقرآن الكريم؛ فكلُّ منهما منزل من عند الله، ولكن لما كان القرآن الكريم وحياً لفظاً ومعنى من الله تعالى مع قطعية ثبوته كان الاحتجاج به مُقَدِّماً على الاحتجاج السُّنَّة .

١٤ _ القواعد الفقهية هي أهم وسائل توجيه وضبط المصلحة المرسله، فهي كالأدوات للاستصلاح، ولا غنى للمستصلح ولا للباحث في الاستصلاح عنها .

١٥ _ الضرورات تبيح المحظورات، إلا الكفر، _ والمباح هو التظاهر بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان _، أو القتل أو الزنا .

١٦ _ ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يُرجع فيه إلى العرف، كالحِرْز في السرقة، وما يُعَدُّ قبضاً وهديّة .

١٧ _ أرى أن تُصاغ قاعدة (لا يُنكَّرُ تغيُّرُ الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال) صياغةً تزيل اللبس الحاصل من ظاهرها، لتكون هكذا: (لا يُنكَّرُ تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والأعراف والعوائد) .

١٨ _ أول من استعمل مصطلح (الأحوال الشخصية) في بداية هذا القرن هو الفقيه محمد قدري باشا رحمه الله تعالى .

١٩ _ أول تقنين لأحكام الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي هو القانون الذي أصدرته الدولة العثمانية باسم (قانون حقوق العائلة)، عام (١٩١٧م) .

٢٠ _ علم الأحوال الشخصية (هو العلم الذي يبحث في أحكام الأسرة من بدء تكوينها إلى نهايتها من زواج وطلاق ونسب ونفقة وميراث، ويُقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض) .

٢١ _ قانون الأحوال الشخصية السوري _ الذي تم وضعه عام (١٩٥٣م) _ هو أول قانون كامل من نوعه في العالم الإسلامي كُله؛ بشموله تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية، وخطوات تقديمه ضمن حدود الشريعة الإسلامية؛ فهو مُستمد من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وآرائه .

٢٢ _ التعريف المقترح لحكومة العدل: (حكومة العدل هي تعويض مالي يُقدّره القاضي عن الضرر الواقع على المجني عليه فيما دون النفس، من مال الجاني) .

٢٣ _ يصح إجراء الغائب لعقد النكاح عن طريق إرسال الرسول أو الكتاب عند الحنفية خلافاً للجمهور، وبالتخريج على ذلك يصح إجراء الغائب لعقد النكاح عن طريق الهاتف والإنترنت، ولكن بشرط الأمن من التدليس والغش .

٢٤ _ أساليب التلقيح الصناعي التي يدخل فيها طرف ثالث من غير الزوجين، سواءً أكان منياً أو ببيضة أو رحماً، أو بعد انتهاء عقد الزوجية، محرمة شرعاً باتفاق أهل العلم المعاصرين .

٢٥ _ في هذا العصر يمكن حدوث الحمل بدون أن يرى الزوج زوجته .

٢٦ _ أرى أن الراجح هو مذهب من منع التلقيح الصناعي وإنشاء بنوك المني جملةً وتفصيلاً .

٢٧ _ تم إنشاء أول بنك للمني في عام (١٩٨٠م) في كاليفورنيا، في الولايات المتحدة الأمريكية .

٢٨ _ تقييد المباح هو من قبيل السياسة الرعية، والمصالح المرسله هي الأساس الذي تُبنى عليه هذه المسألة .

٢٩ _ تقييد دائرة المباح ليس تحريماً لما أحل الله عز وجل، ولا منعاً لما أباحه لعباده، وإنما هو إيقاف مؤقت عن استعمال المباح لمصلحة راجحة توجبها حاجة قائمة، وأقترح صياغة قاعدة ضابطة لمسألة تقييد المباح، وهي: (للإمام تقييد المباح بمنعه أو الإلزام به لمصلحة معتبرة) .

٣٠ _ زواج الصغار ليس مرادفاً للزواج المبكر، فزواج الصغار هو الزواج قبل البلوغ، أما الزواج المبكر فهو الزواج بعد البلوغ في سن قبل الثامنة عشر .

٣١ _ تحديد سن للزواج جائز من باب المصلحة في العصر الحاضر، وإيقاع القانون عقوبات على المخالفين لا يعني فساد عقد النكاح ولا الإثم فيه، فإن حصل زواج الصغار فهو زواج صحيح .

٣٢ _ أرى في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج التفريق بين نوعين من الفحص؛ الأول: فحص لا كشف للعورات فيه، ويقتصر على السؤال وتحليل الدم وغيره، فيجوز الإلزام به؛ لما فيه من المصلحة، والثاني: فحص فيه كشف للعورات المغلطة، فهذا لا يجوز الإلزام به؛ لأنه يشتمل على المعصية، إلا في حال انتشار أمراض وراثية خطيرة في بلد معين وكان الزواج من الأسباب التي تؤدي إلى انتشار تلك الأمراض فيجوز الإلزام به لضرورة وقاية أفراد المجتمع .

٣٣ _ توثيق عقد الزواج هو (تسجيل عقد الزواج في وثيقة رسمية صادرة عن جهة حكومية مختصة في الدولة التي أبرم فيها العقد)، وعقد الزواج الذي لا يؤثق يسمى بالزواج العرفي وهو عقد صحيح استوفى أركانه، والقول بوجوب التوثيق هو ما أراه؛ لما في التوثيق من مصالح كثيرة مقصودة للشارع؛ كصيانة الحقوق، وسدّ ذريعة الفساد والإفساد، والقصد إلى حفظ الأنساب .

٣٤ _ قول الحنفية والشافعية بالانتظار إلى بلوغ المفقود سبعين سنة أو أكثر لا يتلاءم مع هذا العصر؛ ففيه حرج وضرر على الزوجة، والملائم هو قول المالكية؛ فالمفقود في بلاد الإسلام تعتد زوجته بعد مضي أربع سنين من حين الانتهاء من البحث والتفتيش عنه، والمفقود في حروب المسلمين بعضهم ببعض يُحكم بموته بعد انفصال الصقّين، وأقصى أجل للتّلوّم له سنة بعد يوم الانفصال، وفي مفقود حروب المسلمين مع الكفار: يُحكم بموته بعد

مضي سنة من فقدته بعد نظر السلطان في أمره والتفتيش عنه، ومفقود الطاعون والوباء يُحكم بموته بعد ذهاب المرض، بعد أن تكون زوجته قد استقصت أمره واستبرأت خبره، فتعتدّ ثم تتزوَّج، وفي كل ذلك لا بدّ من حكم القاضي .

٣٥ _ استعمل الفقهاء لفظ الضمان ولم يستعملوا لفظ التعويض، ومن خلال كلامهم يُستنبط تعريف التعويض عندهم بأنه: (دفع ما وجب من بدل ماليّ بسبب إلحاق ضررٍ بالغير) .

٣٦ _ يجوز التعويض عن الضرر المادّي بسبب العدول عن الخطبة، بشرط كون العدول بلا مسوّغ؛ فمن نصوص الشريعة وتصرفاتها يُعلم أن التعويض عن الضرر المادي الحاصل جائز مشروع .

٣٧ _ ليست وظيفة التعويض معاقبة من أحدث الضرر وإنما إصلاح الضرر بجبر ما لحق المضرور من ضرر .

٣٨ _ لا تناقض بين إلزام الزوج بالتعويض بسبب طلاقه التعسفي وبين مشروعية الطلاق، فمشروعية الحق شيء، واستعماله لغاية غير مشروعة شيء آخر، فالجهة منقّكة ولا تناقض، فهو لا يُحاسَب على استعماله لحقه المشروع وإنما على الضرر الواقع من استعماله هذا الحقّ لغاية مناقضة لقصد الشارع .

٣٩ _ لم يجمد القانون السوري على مذهب واحد، بل أخذ بأكثر من قول ضمن المسألة الواحدة؛ فمثلاً: في مسألة التفريق القضائي بسبب غيبة الزوج: أخذ بقول المالكية والحنابلة في جواز التفريق القضائي بين الزوجين بسبب غيبة الزوج، وأخذ بقول المالكية في تحديد السنة من الغياب، وبقول الحنابلة في اشتراط عدم وجود عذر مقبول لغياب الزوج، حتى ولو كان له مالٌ تستطيع الزوجة الإنفاق منه على نفسها، وأخذ بقول المالكية باعتباره طلاقاً رجعيّاً، وهذا أكثر الأقوال ملائمةً للعصر الحاضر الذي كثرت فيه الحاجات والمغريات

مع ضعف الوازع الديني، وتحديد السنة كافٍ لرجوع الغائب ولحاق الضرر بالزوجة، وجعلهُ طلاقاً رجعيّاً يكفل إصلاح الأمر ويحقق مصلحة الزوج الغائب إن رجع قبل انتهاء العدة .

٤٠ _ لدى المسلمين تراث فقهي عظيم، يحتاج لاستثمار حقيقي، وإحياء وإبراز في الساحة العالمية، مع الإضافة عليه؛ لوضع الحلول لكل مشاكل العصر .

ثانياً: التوصيات:

أهم التوصيات التي أودّ ذكرها:

١ _ توصيات للباحثين وطلاب العلم والمفتين:

أ _ إنشاء بحث ماجستير أو دكتوراه في أثر الاستصلاح في الاقتصاد الإسلامي .

ب _ الالتزام والاهتمام بأداب البحث التي سلكها السلف الصالح، والتي تجعل الباحث على نور ويسر ونفع وبركة في بحثه، ومن ذلك: البسمة والحمدلة والاستخارة عند اختيار موضوع البحث، وقبل كل كتابة، وترتيب الكتاب عند تسليم البحث، والعمل بالسنة المطهرة جهد المستطاع، والتبرؤ من الحول والقوة عند الكتابة وبعدها، والاستخارة واستشارة العلماء فيما أشكل على الباحث، والأخذ بأحوال العلماء الربانيين من صبر وإخلاص كما يأخذ من كلامهم لبحثه .

ج _ اهتمام طلاب العلم والمفتين بالذكر ومجالسة الربانيين؛ فهو ينقي القلب والذهن، ويفتح القريحة، ويعين على تصفية النية، ويجنب طالب العلم آفات العلم ويسهل وسائل العلم ويجعل لصاحبه نوراً .

٢ _ توصيات للمسلمين:

لاستفادة من التقنيات المتطورة التي لا تنطوي على المنكرات، وأن يحذروا مما فيه المخالفات، وأن لا يندعوا بما يكثر الترويج له خصوصاً في بلاد الغرب كالتعامل مع بنوك المني، والتلقيح الصناعي .

٣ _ توصيات لمؤسسات الدولة:

أ _ إنشاء فرع في الدراسات العليا، يحمل اسم (فقه النوازل)، يتمرس فيه الطلاب على استنباط أحكام النوازل، وبلوغ درجة الاجتهاد الجزئي؛ أخذاً بقول من قال بتجزؤ الاجتهاد، وهذا من أهم المهمات في هذا العصر .

ب _ العمل على إنشاء مجامع فقهية في كل بلد مسلم، يضم عدداً من علماء الشريعة، وأهل الاختصاص في العلوم الأخرى؛ لاستنباط أحكام النوازل، وتنسيق علاقات الترابط والتعاون بين هذه المجامع من خلال تبادل نتائج البحث، وفهرستها، وتهيئتها للطبع والتداول.

ملحق: اقتراحات لقانون الأحوال الشخصية السوري:

لدي عدّة اقتراحات لقانون الأحوال الشخصية السوري ذكرتها في هذا الملحق:

١ _ أقتح إضافة مادة تحفّ من كثرة الطلاق وخصوصاً في السنوات السبع السابقة حيث ارتفعت نسبة الطلاق في سوريا كثيراً عما كانت عليه، ومما يخفّف من ذلك: إلزام الزوجين بحضور دورةٍ _ أقتح أن تكون ثلاثة أيام متوالية _ للتأهيل الزوجي في مراكز تقيمها الدولة، يتلقّى فيها الزوجان معلوماتٍ عن خطورة وآثار الطلاق من النواحي الشرعية والاجتماعية والاقتصادية، فأكثر المطلّقين لا يعرفون قدر خطر ما يقدمون عليه، وقد تمّ تطبيق هذا الأمر في ماليزيا وحقق نجاحاً كبيراً، والصيغة المقترحة لهذه المادة: (لا يُسمح بتثبيت الزواج حتى يحصل المكلف على ورقة تُثبتُ حضوره للدورة الخاصة بتأهيل الزوجين من أحد مراكز التأهيل) .

٢ _ أقتح إضافة مادة تنصّ على موضوع التعويض عن الضرر الحاصل بسبب العدول عن الخطبة؛ فالقانون سكت عن هذا، ولا يجوز إعمال المادة (٣٠٥) التي تنصّ على الأخذ بالراجح من المذهب الحنفي عند سكوت القانون؛ لأن الفقهاء القدامى لم يتعرّضوا لهذه المسألة، وصيغة المادة المقترحة: (يجوز التعويض في حال العدول عن الخطبة بلا سبب إن ترتّب عليه ضرر مادي وقع على الطرف الآخر، يقدره القاضي مراعيّاً حال الخاطبين ومقدار الضرر) .

٣ _ أقتح إدخال تعديل بإضافة فقرة على المادة (١٨) التي تنصّ على أنه:

(أ _ إذا ادّعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة، أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة، وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسيهما .
ب _ إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته) .

والاقتراح هو إضافة فقرة (ج _ للقاضي أن يسمح بتثبيت زواج الصغير أو الصغيرة الذين هم دون سن البلوغ إذا وجد في ذلك مصلحة راجحة؛ مثل: إصلاح بين طائفتين، أو وجود كفاء من علم أو صلاح يُخشى فواته، مع الخيار للصغير عندما يبلغ) .

والمسوّغ لهذا التعديل هو مراعاة مذهب جمهور الفقهاء القائلين بجواز زواج الصغار، وإمكانية وجود مثل هذه الحالات التي تحقق مصالح كبيرة ولا تنطوي على مفسد والله تعالى أعلم .

٤ _ أقتح إضافة مادة تنصّ على عدم جواز إجراء عملية رتقٍ للبكارة وإيقاع العقوبة بالطبيب الذي يجريها؛ لما يترتّب عليها من مفسد؛ كاختلاط الأنساب، وكشف العورات المغلّظة، وتسهيل أمر الزنا، والتدليس والغش، وهي ظاهرة موجودة في المجتمع فلا بدّ من وضع تقنينٍ يعالجها، والصيغة المقترحة: (لا يجوز إجراء عملية رتق غشاء البكارة لما يترتّب عليها من مفسد كثيرة، ويُعاقب الطبيب الذي يجريها بمنعه من مزاوله مهنته) .

الفهارس العامة

وتتضمن:

فهرس الآيات القرآنية الكريمة .

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة .

فهرس الأحكام .

فهرس الأقوال أحمد الفقهية

فهرس المصادر والمراجع .

فهرس المحتويات .

فهرس

الآمار القرآنية الكريمة

طُرُقُ اللّٰه	السُّورَةُ	رَفْعُ اللّٰه	الصفحة
﴿قَالُوا ادْعُ لَنَا رَبَّكَ يُبَيِّنْ لَنَا مَا هِيَ﴾	البقرة	٦٨	٣٩٣
﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ﴾	البقرة	١٢٧	١٧٥، ١٧٤
﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ﴾	البقرة	١٧٣	١٨٩، ١٩١، ١٩٥
﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾	البقرة	١٧٣	١٢٧
﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾	البقرة	١٧٩	١٧، ٢٠١، ٢١٥
﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾	البقرة	١٨٥	١٨٤، ١٨٥
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ﴾	البقرة	١٨٥	٢٥، ٦٥، ١٤٣، ١٨٣
﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ تَقِفُوهُمْ﴾	البقرة	١٩١	٢١٣
﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾	البقرة	١٩٤	٢٠١
﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا﴾	البقرة	٢٠٥	٢٢
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ﴾	البقرة	٢١٩	٥٢

٢٨٩	٢٢٨	البقرة	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾
٢٠٦	٢٣١	البقرة	﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعْنَ أَجْلِهِنَّ﴾
٢٠٥	٢٣١	البقرة	﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾
٤١١	٢٣٢	البقرة	﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعْنَ﴾
٣٣٩، ٢٢٥ ٤٢٢، ٤١٦	٢٣٣	البقرة	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
٢٠٥	٢٣٣	البقرة	﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾
٣٨٨، ٣٤١	٢٣٦	البقرة	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ﴾
٨٠	٢٣٧	البقرة	﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾
١٥٩	٢٤٤	البقرة	﴿وَقَتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾
١٥٤	٢٧١	البقرة	﴿إِنْ تَبَدُّوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ﴾
٢٧٤	٢٧٥	البقرة	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾
٣٢١	٢٨٢	البقرة	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ﴾
٢٥٠	٤٠	آل عمران	﴿قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ﴾

٥١	٩٧	آل عمران	﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ﴾
٢٨٣	٣	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ﴾
٢٩١، ٢٩٣، ٣٠٧	٦	النساء	﴿وَابْتَلُوا الْيَمِينَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾
٤٨، ١٦٤	١١	النساء	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾
٣٢٧	١٥	النساء	﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَاحِشَةُ﴾
٤١٢	١٩	النساء	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ﴾
٣٩٩	١٩	النساء	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
٣٣٦	٢٠	النساء	﴿وَأَتَيْتُمُ احْدَنَهُنَّ قِنطَارًا﴾
٣٠٧	٢٣	النساء	﴿وَأَمَّهَتْ نِسَائِكُمْ﴾
٣٩٩	٣٤	النساء	﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾
٢٣، ٤٠٠	٣٥	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾
٢٨٠، ٣١٣، ٣٢٢	٥٩	النساء	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ﴾
١٣٦	٨٢	النساء	﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ﴾

١٨٤	١٠١	النساء	﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ﴾
١٦٢	١٠٥	النساء	﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ﴾
٣٩٩	١٢٨	النساء	﴿إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنثًا﴾
٤٩ ، ٤٨	١٧٦	النساء	﴿وَلَوْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً﴾
١٢٨	٣	المائدة	﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْمَصَةٍ﴾
٤٧٣ ، ٢٥ ١٤٣	٦	المائدة	﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾
٢١٥ ، ٢٠١	٣٨	المائدة	﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾
١٦٢	٤٩	المائدة	﴿وَأِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾
٢٢	٤٨	الأنعام	﴿وَمَا نُرْسِلُ الْمُرْسَلِينَ إِلَّا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ﴾
٢٩٦	١٥٢	الأنعام	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾
٢٢	٨٥	الأعراف	﴿فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ﴾
٢٢٤	١٩٩	الأعراف	﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾
٥٨	٢٤	التوبة	﴿قُلْ إِنْ كَانَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ﴾

٢٨٢	٥٩	يونس	﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ﴾
٣٠٩	٦١	هود	﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾
٣٢٨	٨٥ - ٨٤	هود	﴿وَإِلَى مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا﴾
٧٤	٩١	يوسف	﴿قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ ءَاثَرَكَ اللَّهُ عَلَيْنَا﴾
٣٢٧	٨	الرعد	﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾
٢٥٠	٣٩	إبراهيم	﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي﴾
١٨١	٧	النحل	﴿وَتَعْمَلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ﴾
١٨٥	١٠٦	النحل	﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ﴾
١٤٤	١١٥	النحل	﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ﴾
١٥	٨٥	الإسراء	﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾
١٤٣ ، ١٥	١٠٧	الأنبياء	﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾
٢٦٧ ، ١٨٣	٧٨	الحج	﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
١٥١	١١٥	المؤمنون	﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾
١٦٠	٣٣	النور	﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيْنَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ﴾

٣٩٣	٥٩	النور	﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَضُوا﴾
٣٤٤	٢٠	النمل	﴿وَتَقَقَّدَ الطَّيْرَ﴾
٢١ ، ٢٠	٥٧	القصص	﴿حَرَمًا آمِنًا﴾
٣٠٩	٢١	الروم	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا﴾
٥١	٤٣	الأحزاب	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا﴾
٧٣	١٢	يس	﴿إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَى﴾
٢٥٠	٤٩ - ٥٠	الشورى	﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾
٧٣	٤	الأحقاف	﴿تَتَوْنِي بِكِتَابٍ مِنْ قَبْلِ هَذَا أَوْ أَثَرُهُ مِنْ عِلْمٍ﴾
٢٣	٩	الحجرات	﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا﴾
١٥١	٥٦	الذاريات	﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾
١٤١	٢	الحشر	﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾
٢٤٩	٧	الحشر	﴿وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾
٢١٩ ، ٢١٨	٤	الطلاق	﴿وَالَّتِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾
٢٠٥	٦	الطلاق	﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾

٤١٧، ٣٤٠	٧	الطلاق	﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾
٣٩٣	٢٧	الملك	﴿وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ﴾
٢٩٥	٧ - ٥	الطارق	﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ﴾

فهرس

الأحاديث النبوية الشريفة

- إذا لم تصطبخوا ١٨٩
- أعلنوا هذا النكاح ٢٣٢ ، ٢٣١
- أعمار أمتي ٣٤٧
- ألا إن الدنيا ملعونة ١٥١
- ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ ١٥٤
- امرأة المفقود امرأته ٢٥٦ ، ٣٤٧
- إن الدين يُسر ١٨١
- إن كان خرج يسعى على ولده ١٥٢
- إنما أنا بشر ٣٩٥
- إنما نهيتكم من أجل الدّافة ٢٧٧
- إنها ليست بنجس ١٨٦
- أيُّما امرأة لم يُنكِحْهَا الوليُّ ٤١٣
- الإيمان بضغّ وسبعون شعبة ٢٥
- تزوجوا الولود الودود ٣٠٩
- تُقَطَّعَ اليد في ربع دينارٍ فصاعداً ٣٣٥
- الجهاد واجب عليكم مع كل أمير ١٦٠
- خذها فإنما هي لك ٢٣٢
- خذي ما يكفيك وولدك ٤٢٢ ، ٣٣٩ ، ٣٢٩ ، ٣٢٨ ، ٢٢٥

- الخلق عيال الله ٢٤
- دعوه وهريقوا على بوله سجلاً من ماء ٢١٣ ، ١٨٣
- رُفِعَ القلم عن ثلاثة ٢٩٤ ، ١٨٦
- شأنك بالجارية ١٤١
- صدقة تصدّق الله بها عليكم ١٨٤
- صلّ قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً ١٨٥
- على المرء المسلم السمع والطاعة ٣٢٣ ، ٣٢٢
- فهبه له ولك كذا وكذا ٢٠٦
- كل المسلم على المسلم حرام ١٩٧
- كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ ١٦٢
- لا تبع ما ليس عندك ١٩٤
- لا تُصَرِّوا الإبل والغنم ٣٢٨
- لا تُقْبَلْ صلاة الحائض إلا بخمار ٢٩٤
- لا تُنكِح الأيم حتى تُستأمر ٨٠
- لا تُنكِحوا النساء إلا الأكفاء ٣٣٤
- لا توردوا الممرض على المصحّ ٣١٣
- لا ضرر ولا ضرار ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٧٠ ، ١٤٤ ، ٣٧٧
- لا نكاح إلا بولي ٣٢٢
- لا يبيع الرجل على بيع أخيه ٣٧٥
- لا يجلّ لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقّه ١٩٦
- لا يجلّ للرجل أن يأخذ عصا أخيه ١٩٦

لو يُعطَى الناس بدعواهم	٣٩٥
ما بال أقوام	٢٨٣
ما رآه المسلمون حسناً	٢٢٤
ما لك ولها دعها	٢٣٢
ما لي في النساء من حاجة	٣٣٥
ما نهيتكم عنه فاجتنبوه	٢١٠
من أسلف في شيء	١٩٤
من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله	٣١٤
من أكل ناسياً وهو صائم	١٨٥
من أمسى كالاً من عمل يده	٥٦
من سره أن يُسَـطَ له في رزقه	٧٣
من ضحّى منكم	٢٧٧
نِعْماً بالمال الصالح للرجل الصالح	٢٤
هل تزوجت بكرةً أم ثيباً؟	٢٦٠
هل نظرتَ إليها	٣٣٧
وإنكم لتفعلون؟	٢٥١
وأيّم الله ما علمت على أهلي من سوء	١٤١
ولم يفعل ذلك أحدكم	٢٥١
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف	٤١٧، ٣٣٩
يا معشر الشباب من استطاع	٣٠٧
يسرّوا ولا تعسّروا	١٨٣

فہرست

دلائل علی

إبراهيم بن الأدهم	٥٧
أبي بن كعب	٢٨٩
أحمد بن حنبل	٩٨، ١١٣، ١٢٧، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٤٦
أحمد بن محمد الزرقا	١٧٩، ٢٨٠
الإسنوي	١٢١
أم كلثوم	٢٨٩، ٢٩٠
الآمدي	٩٧، ٩٩، ١٠٠، ١٠٧، ١٠٩
ابن أمير حاج	٦١، ١٠٧، ١٢٢
الأوزاعي	١٠٥
ابن بدران	١٢٨
أبو بكر الأصم	٢٩١، ٣٠٠
أبو بكر الصديق	٨٥، ٨٦، ١٤٢
البوطي	٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٩، ٥٦، ٨٨، ١٠٢، ١١٠، ١١٢، ١١٩، ١٢٤
.....	١٣٠، ١٣٨، ١٤٧، ١٦٥، ١٦٩، ٢١٨
ابن تيمية	١٢٧
جابر بن عبد الله	٢٦٠
الرجاني	٧٤
الجويني	٩٦، ٩٩، ١٠٠، ١٠٣، ١٢٣
ابن حجر العسقلاني	١٤١، ٢١٠، ٢٧٧، ٤١٧

حذيفة بن اليمان	٢٨١ ، ٢٧٨
حسين حامد حسان	١٣٩ ، ١٣٣ ، ١٣٠
حفصة بنت عمر	٨٦
أبو حنيفة	٢١٩ ، ١١٢ ، ١١١ ، ١١٠ ، ١٠٩ ، ١٠٨ ، ١٠٥ ، ٩٥
الخطيب البغدادي	١٦٧
الخوارزمي	٣٢
ابن دقيق العيد	١٤٦ ، ١٢٨
الدهلوي	٤١
ابن رجب	١٣٢
الزركشي	١٤٦ ، ١٢٩ ، ١٢٨ ، ١٢٤
الزنجاني	١٢٢ ، ١٢٠
زيد بن ثابت	٨٦ ، ٨٥
الزيلعي	٢١٣
ابن السبكي	٢٠٩ ، ١٨٧ ، ١٢٦ ، ١٢٥ ، ٩٩ ، ٩٧ ، ٦١
السخاوي	٩٠
السرخسي	٢٢٨ ، ٢٢٦ ، ٢٢١ ، ١١٠
سمرة بن جندب	٢٠٦
السمعاني	٩٥
السيوطي	٢٢٤ ، ٢٢٣ ، ٢١٧ ، ٢٠٠ ، ١٨٧ ، ١٨٣ ، ١٧٦
الشاطبي	١١٤ ، ١١٣ ، ٩٩ ، ٩٨ ، ٩٤ ، ٨٨ ، ٦٧ ، ٦١ ، ٥٤ ، ٣٢ ، ١٥
.....	١٦٥ ، ١٥٣ ، ١٥٢ ، ١٢٢ ، ١٢١ ، ١١٧ ، ١١٦ ، ١١٥

.....	١٨٨ ، ٢٠٥ ، ٢١٨ ، ٢٨٥ ، ٣٨٥
الشاطبي المقرئ	١٨
الشافعي	٩٥ ، ١٠٣ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢
.....	١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٦٧ ، ٣٠٥
ابن شُبْرُمة	٢٩١ ، ٣٠٠
شريح	٩٢
الشوكاني	١٢٨ ، ١٤٦
ابن الصلاح	٩٠
الطوفي	١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٦٥
عائشة	١٤١ ، ١٤٢ ، ١٨٤ ، ٢٧٨ ، ٢٨٩ ، ٣٠٥ ، ٤١٧
ابن عابدين	١١٢ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٣٠ ، ٢٣٥ ، ٣٥٥ ، ٣٥٧
ابن عاشور	٢٨٥
ابن عباس	٢٩٦
عبد الإله أبو رحمة	١٣٩
عبد البرّ	٢٠٧
عبد الحميد علي حمد محمود	٣٨ ، ١٣٩
عبد الرزاق السنهوري	٣٨٠
عبد الستار أبو غدة	٣١٣
عبد الله بن عمر	٢٩٧
عبد الله بن مسعود	٢٤٩
عبد الوهاب خَلاف	١٣٨ ، ٣٨٨

عثمان البتي	 ٢٩١، ٣٠٠
عثمان بن عفان	 ٢٣٢
ابن العربي	 ١١٦
عروة بن الجعد البارقى	 ١٣٢
العز بن عبد السلام	 ١٥، ٥٥، ٥٦، ١٥٤، ١٥٥، ٢٠٩، ٢٢٣، ٢٢٥
علاء الدين الطرابلسي	 ٢٦٩
علي بن أبي طالب	 ٨٦، ٨٨، ١١٥، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ٢٨٩، ٢٩٠، ٣٤٧، ٣٥٦
علي الطنطاوي	 ٢٩٨
علي محمد جريشة	 ١٣٩
علي محي الدين القره داغي	 ٣١١
عمر بن الخطاب	 ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٩، ١٤٢، ١٤٣، ١٨٤، ١٧٨،
	 ٢٧٩، ٢٨١، ٢٨٤، ٢٨٩، ٢٩٠، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٦، ٣٥٠، ٣٥٦
عمر بن عبد العزيز	 ٩١
عمران بن الحصين	 ١٨٥
الغزالي	 ٣٠، ٣١، ٣٥، ٤٧، ٥٣، ٦٧، ٧١، ٨٧، ٩٨، ١٠٠، ١٠١
	 ١٠٢، ١٠٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٤٠، ١٥٣، ١٥٥، ٣٢٥
فتحي الدريني	 ٣٨٤
ابن قدامة	 ٩٦، ٢٠٤، ٢٢٦، ٢٩٠، ٤١٧
قصري باشا	 ٧٧، ٧٨
القراي	 ١١٣، ١٢٩، ١٤٦، ١٧٤، ١٧٧، ٢١٣، ٢٢٤، ٢٣٠، ٢٦٩، ٣٥٦
القرطبي	 ٢٠٦، ٢١٣

- ابن القيم ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣١، ١٦٨، ٢٥٦، ٣٢١، ٣٢٥
- الكمال بن الهمام ٩٦، ١٠٨، ١٢٥، ٢٧٩، ٣٤٧
- ابن أبي ليلى ٩٢، ١٠٥
- مالك ٩٥، ٩٨، ٩٩، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٩، ١١٣، ١١٤، ١٤٦
- محمد الأمين الشنقيطي ١٣٨، ١٤٦
- محمد بنحيت المطيعي ٣٧٨، ٢٩٧
- محمد بن الحسن ٢٩٦
- محمد الزحيلي ١٨٧، ٣١١، ٣٧١، ٣٨٧
- محمد أبو زهرة ١١١، ١٢٩، ١٦٣، ١٦٨، ٣٧٤، ٣٨١، ٣٨٧
- أبا محمد بن أبي زيد ٥١
- محمد شلتوت ٣٧٨
- محمد عثمان شبير ٣١١
- محمود عبد الكريم حسن ١٤٠
- مصطفى أحمد الزرقا ٣٧، ١٩٣، ٢٣٢
- مصطفى السباعي ٢٩٨، ٣٨٠، ٣٨٨
- معقل بن يسار ٤١١
- المناعي ٢٠١
- ابن المنذر ٢٠٧، ٢٩٠
- ابن مودود ٣٤٤، ٣٤٥
- ابن النجار ٩٧
- ابن نجيم ١٨٧، ٢١٣، ٢٢٢، ٢٢٨

- نور الدين عتر ٣٨٧
- نور الدين بن مختار الخادمي ١٣٩
- النووي ٢٠٣، ٢١٣، ٢٢٥، ٢٦١، ٢٩٠، ٣٠٥
- هند بنت عتبة ٢٢٤
- أبي واقد الليثي ١٨٩
- وهبة الزحيلي ٧٩، ١١١، ١٢٠، ١٤٠، ٢٨٥، ٣٨٨
- يحيى بن يحيى الليثي ٤٨
- أبو يوسف ١٠٥، ٢٩٦

فهرس

القوالعمرالفقهية

إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر	٢١٢
إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما	٢٤٦ ، ٢١٢
إذا ضاق الأمر اتسع	١٩١ ، ١٨١
الاضطرار لا يبطل حق الغير	١٩٥
الأمور بمقاصدها	١٧٧
تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة	٢٧٩
تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت	٢٢٨
التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	٢٢٨
الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي	٢٢١
التعيين بالعرف كالثابت بالنص	٢٢١
الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة	٢٦٣ ، ٢٥٧ ، ١٤٥ ، ١٩٢
درء المفاسد أولى من جلب المصالح	٣١٣ ، ٢٦٢ ، ٢٥٨ ، ٢٥٧ ، ٢٥١ ، ٢٠٩
الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف	٢٤٦ ، ٢١٢
الضرر لا يزال بالضرر	٢٦٢
الضرر لا يُزال بمثله	٢١٤
الضرر يزال	٢٦٣ ، ١٩٩ ، ١٨٧
الضرورات تبيح المحظورات	٢٥٧ ، ٢٤٥ ، ١٩٥ ، ١٩٠ ، ١٨٧
العادة محكمة	٢٣٨ ، ٢٣١ ، ٢٣٠ ، ٢٢٩ ، ٢٢٨ ، ٢٢١ ، ١٧٥
العبرة في العقود للمقاصد والمعاني	١٧٨

العبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر	٢٦٥ ، ٢٦٤ ، ٢٢٨
الكتاب كالخطاب	١٧٥ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٣٨ ، ٢٤٦ ، ٢٧٠
لا ضرر ولا ضرار	١٧٧
لا عبرة بالعرف الطارئ	٢٢٨
لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح	٢٢٢
لا يُنكَرُ تَغْيِيرُ الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال	٢٢٩ ، ٣٥٤
لا يُنكَرُ تَغْيِيرُ المصالح بتغير الأزمان	٢٦٥
ما أُبيح للضرورة يُقَدَّرُ بقدرها	١٩٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦
المشقة تجلب التيسير	١٧٥ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨٧ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢٣٨ ، ٢٤٥
المصلحة العامة تُقَدَّمُ على المصلحة الخاصة	٢٦٢
المعروف بين التجار كالمشروط بينهم	٢٢٨
لا عبرة عرفاً كالمشروط شرطاً	٢٢٨ ، ٢٢٩
لا عبرة عرفاً كالمشروط شرعاً	٢٢٨
المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط	٢٢٨
النادر لا حكم له	٢٦٥
يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع ضرر عامٍّ	٢١٤ ، ٢٦٢ ، ٣١٣
يُخْتَارُ أخف الضررين	٢١٢
يُخْتَارُ أهون الشرَّين	٢١٢
يُدْفَعُ أعظم الضررين باحتمال أخفهما	٢١٢ ، ٣١٣
يُدْفَعُ شرّ الشرَّين	٢١٢

فہرست

المصاحف والمراجع

القرآن الكريم .

- ١ _ أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، للدكتور محمد نعيم ياسين، دار النَّفائس، عمَّان، الطَّبعة الرَّابعة، (١٤٢٨هـ / ٢٠٠٨م) .
- ٢ _ أبغض الحلال، للدكتور نور الدين عتر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية .
- ٣ _ الإبهاج، في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لعلي بن عبد الكافي السبكي، المتوفى سنة (٧٥٦هـ) رحمه الله تعالى، وابنه عبد الوهاب المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى .
- ٤ _ آثار الزواج المبكر على النمو الجسدي، للدكتورة إشراق الأرياني، مركز أبحاث المرأة، صنعاء، (٢٠٠٥م) .
- ٥ _ آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، (دراسة مقارنة)، للدكتور أسامة الحموي، وهذا بحثٌ محكَّم منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية في العدد الثالث (٢٠١١) .
- ٦ _ إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، بجامعة الأزهر، لعائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، (١٤٢١/٢٠٠٠) .
- ٧ _ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء لمصطفى الخن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، (١٤١٨هـ / ١٩٩٩م) .
- ٧ _ أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، وهذا بحث قدمه الباحث مؤمن أحمد ذياب شويده، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م) .
- ٨ _ الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المتوفى سنة (٣١٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م) .

- ٩ _ أجهزة الفاكس استخدام وصيانة، لنذير المتنبى، مركز الموسوعة الإلكترونية، دمشق، الطبعة الأولى، (١٩٩٤م)، (ص٣)، وأحكام الصرف الإلكتروني في الفقه الإسلامي لعاصم أحمد عطية بدوي، د/ت.ط، (١٤٣١هـ/ ٢٠١٠). .
- ١٠ _ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، للشيخ عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، (١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م). .
- ١١ _ أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، للدكتور عبد الحكيم محسن عطروش، طبعة جامعة عدن، الطبعة الأولى، (٢٠٠٠م). .
- ١٢ _ أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، للدكتور محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة الثانية، (١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م). .
- ١٣ _ أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، لعمر بن محمد بن إبراهيم غانم، دار الأندلس الخضراء، جدة، ودار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م). .
- ١٤ _ الأحكام الشرعية الإسلامية في مسائل طبية عن الأمراض النسائية والصحة الإنجابية للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، مطابع الوليد، مصر، د/ت.ط .
- ١٥ _ الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي للدكتور محمد خالد منصور، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م). .
- ١٦ _ أحكام القرآن لأحمد بن علي، أبو بكر، الرازي، الجصاص، الحنفي، المتوفى سنة (٣٧٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (١٤٠٥هـ)، د/ط .
- ١٧ _ الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الآمدي أبو الحسن، المتوفى سنة (٦٣١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، د/ت.ط .
- ١٨ _ الإحكام في أصول الأحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المتوفى سنة (٤٥٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، وقدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د/ت.ط .

١٩ _ الأحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، الطبعة الثالثة، (١٩٧٠م) .

٢٠ _ الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، (١٩٥٠م) .

٢١ _ الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، المتوفى سنة (٦٨٣هـ) رحمه الله تعالى، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دققة، مطبعة الحلبي، القاهرة، (١٣٥٦ هـ/١٩٣٧ م) .

٢٢ _ أخلاقيات التلقيح الصناعي (نظرة إلى الجذور)، للدكتور محمد علي البار، الدار السعودية، جدة، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ) .

٢٣ _ إدارة الدعوى المدنية في النظام القضائي، دراسة مقارنة، للدكتور محمد نصر الرواشدة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، (٢٠١٠م) .

٢٤ _ أدب المفتي والمستفتي لعثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو تقي الدين المعروف بابن الصلاح، المتوفى سنة (٦٤٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الثانية، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) .

٢٥ _ الأذكار، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، بتحقيق: عبد القادر الأرناؤوط رحمه الله، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة منقحة، (١٤١٤ هـ/١٩٩٤ م) .

٢٦ _ الإرشاد الجيني للدكتور محمد الزحيلي، بحث منشور ضمن ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة والجينوم البشري والعلاج الجيني _ رؤية إسلامية، المنعقدة في الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الإسلام والمشكلات المعاصرة، إشراف وتقديم الدكتور عبد الرحمن العوضي، تحرير الدكتور أحمد رجائي الجندي، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

٢٧ _ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، المتوفى سنة (١٢٥٠هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م) .

٢٨ _ الاستصلاح والمصالح المرسلّة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهما، لمصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨)، دار القلم، دمشق .

- ٢٩ _ الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، للدكتور كارم غنيم، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ) .
- ٣٠ _ الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، (المتوفى: ٤٦٣هـ)، رحمه الله تعالى، بتحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٢هـ / ١٩٩٢م) .
- ٣١ _ أسد الغابة، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني الجزري، عز الدين، ابن الأثير، المتوفى سنة (٦٣٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .
- ٣٢ _ أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، المتوفى سنة (٩٢٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتاب الإسلامي، د/ت. ط .
- ٣٣ _ الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .
- ٣٤ _ الأشباه والنظائر لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩٠م) .
- ٣٥ _ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، المتوفى سنة (٩٧٠هـ) رحمه الله تعالى، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ / ١٩٩٩م) .
- ٣٦ _ الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ) .
- ٣٧ _ الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع، لحسن بن عمر بن عبد الله السيناوي المالكي، المتوفى سنة (بعد ١٣٤٧هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة النهضة، تونس، الطبعة الأولى، (١٩٢٨م) .

- ٣٨ _ أصول السرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المتوفى سنة (٤٨٣هـ) رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت، د/ت.ط .
- ٣٩ _ أصول الفقه الإسلامي للدكتور أحمد فراج حسين، والدكتور عبد الودود محمد السريتي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) .
- ٤٠ _ أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د/ت.ط .
- ٤١ _ أصول الفقه، المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، الكحلاني، ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأخير، المتوفى سنة (١١٨٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: القاضي حسين بن أحمد السياغي، والدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٨٦م) .
- ٤٢ _ أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) .
- ٤٣ _ الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، لعلي قراعة، الطبعة الثانية، (١٩٢٥م) .
- ٤٤ _ أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، دار الفكر، بيروت، (١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م) .
- ٤٥ _ أطفال الأنابيب، بحث للشيخ رجب التميمي، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة الثانية، العدد الثاني .
- ٤٦ _ أطفال الأنابيب بين العلم والشرعة، لزيد أحمد سلامة، تقديم ومراجعة الشيخ عبد العزيز الخياط، دار البيارق، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م) .
- ٤٧ _ الاعتصام، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي المتوفى سنة (٧٩٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م) .
- ٤٨ _ الأعلام لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي المتوفى سنة (١٣٩٦هـ) رحمه الله تعالى، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر، (٢٠٠٢م) .

٤٩ _ إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، د/ت.ط .

٥٠ _ أعمال البنوك والشريعة الإسلامية، للدكتور محمد مصلح الدين، ترجمة الأستاذ حسين صالح، دار البحوث العلمية، الكويت، الطبعة الأولى، (١٩٧٦م) .

٥١ _ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة (٩٧٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مكتب البحوث والدراسات _ دار الفكر، دار الفكر، بيروت، د/ت.ط .

٥٢ _ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد بن موسى، الحجاوي، المقدسي، ثم الصالح، شرف الدين، أبو النجاء، المتوفى سنة (٩٦٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د/ت.ط .

٥٣ _ الإكليل في استنباط التنزيل، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م) .

٥٤ _ الأم للشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، المتوفى (٢٠٤هـ) رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت، د/ط، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) .

٥٥ _ الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة عليهم السلام لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، د/ت.ط .

٥٦ _ الأنساب والأولاد، دراسة لموقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الصناعي وما يُسمى بأطفال الأنابيب، لعبد الحميد محمود طهماز، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ/١٩٨٧م) .

٥٧ _ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين، أبو الحسن، علي بن سليمان المرادوي، الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٨٨٥هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، د/ت .

٥٨ _ أهمية الفحوص الوراثية في قضايا النسب والقضايا الجنائية، لعبد العزيز بن عبد الله الدخيل، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، السعودية، (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م) .

٥٩ _ البحث العلمي، أساسياته النظرية وممارسته العملية، لرجاء وحيد دويدري، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

٦٠ _ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، المتوفى سنة (٩٧٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، د/ت.

٦١ _ البحر الزخار، المشهور بمسند البزار، لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي، المعروف بالبزار، المتوفى سنة (٢٩٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، وعادل بن سعد، وصبري عبد الخالق الشافعي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (بدأت ١٩٨٨م، وانتهت ٢٠٠٩م) .

٦٢ _ البحر المحيط في أصول الفقه لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة (٧٩٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتي، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ/-١٩٩٤م) .

٦٣ _ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، المتوفى سنة: (٥٨٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) .

٦٤ _ البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المتوفى سنة (٨٠٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) .

٦٥ _ البرهان في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، المتوفى سنة (٤٧٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨ هـ/١٩٩٧ م) .

٦٦ _ البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، لإبراهيم بن سطم العنزي، مركز البحوث والدراسات، الرياض، (١٤٢٨هـ) .

٦٧ _ البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، للدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، المكتبة العصرية، الإسكندرية، د/ت.ط .

٦٨ _ البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، (دراسة فقهية مقارنة)، لسعد الدين سعد الهلالي، مجلس النشر العلمي، الكويت، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

٦٩ _ بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، المتوفى سنة (١٢٤١هـ) رحمه الله تعالى، دار المعارف، د/ت.ط .

٧٠ _ البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى، الغيتاني، الحنفي، بدر الدين العيني، المتوفى سنة (٨٥٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م) .

٧١ _ البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، للدكتور عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، دار الوطن، الرياض، الطبعة الثانية، (١٤١٤هـ) .

٧٢ _ بنوك الدم، لعبد المجيد الشاعر، ونزار فؤاد جاد الله، وحكمت خليل جبر، دار المستقبل، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) .

٧٣ _ البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية للدكتور إسماعيل مرجبا، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٩هـ) .

٧٤ _ البنوك الطبية (واقعها وأحكامها)، بحث للدكتور عبد الرحمن محمد أمين طالب، منشور في السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، ضمن قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، في المجلد الثاني، (١٤٣١هـ) .

٧٥ _ بنوك النطف والأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للدكتور عطا عبد العاطي السنباطي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

٧٦ _ البهجة في شرح التحفة، ((شرح تحفة الحكام))، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، المتوفى سنة (١٢٥٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ / ١٩٩٨م) .

٧٧ _ بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لمحمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم)، أبو الشاء، شمس الدين الأصفهاني المتوفى (٧٤٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦) .

٧٨ _ التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن العبدري، أبو عبد الله المواق المالكي، المتوفى سنة (٨٩٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٤م) .

٧٩ _ تاريخ الرسل والملوك، المعروف بتاريخ الطبري، لمحمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، المتوفى سنة (٣١٠هـ) رحمه الله تعالى، مع صلة تاريخ لعريب بن سعد القرطبي، المتوفى سنة (٣٦٩هـ) رحمه الله تعالى، دار التراث، بيروت، الطبعة الثانية، (١٣٨٧هـ) .

٨٠ _ تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، المتوفى (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) .

٨١ _ تاريخ الطبري (٣٩٦/٤، ٣٩٧)، وتاريخ دمشق، لأبي القاسم، علي بن الحسن، بن هبة الله، المعروف بابن عساكر، المتوفى (٥٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر، (١٤١٥هـ / ١٩٩٥م) .

٨٢ — تاريخ نقل الدم، للدكتور عبد الوهاب الإدريسي، ضمن كتاب التبرع بالدم، أهميته ومخدورات، ومشروعاته في الإسلام، للدكتور علي سليمان التويجري، ومشاركة نخبة من العلماء المختصين، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

٨٣ — تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، المتوفى سنة (٧٩٩هـ) رحمه الله تعالى، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).

٨٤ — تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المتوفى سنة (٧٤٣هـ) رحمه الله تعالى، والحاشية لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، المتوفى سنة (١٠٢١هـ) رحمه الله تعالى، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٣١٣هـ).

٨٥ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، المتوفى سنة (٥٩٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الحديث، القاهرة، د/ط، (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م).

٨٦ — التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٨٨٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الدكتور عبد الرحمن الجبرين، والدكتور عوض القرني، والدكتور أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م).

٨٧ — تحديد سن الزواج، دراسة فقهية قانونية مقارنة، للدكتور عبد المؤمن شجاع الدين، وهو بحث منشور على الإنترنت، عام (٢٠٠٨م)، وعنوان الموقع: (www.pdfactory.com).

٨٨ — تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، لأبي العلاء، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، المباركفوري، المتوفى سنة (١٣٥٣هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، د/ت. ط.

٨٩ — تحفة الفقهاء لمحمد بن أحمد، أبو بكر، علاء الدين، السمرقندي، المتوفى سنة (٥٤٠هـ)، رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).

- ٩٠ _ تحفة الملوك، في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، لزين الدين، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، الحنفي، الرازي، المتوفى سنة (٦٦٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر، الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ).
- ٩١ _ التحقيق في أحاديث الخلاف، لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، الجوزي، المتوفى سنة (٥٩٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ).
- ٩٢ _ تحليل المني (التطبيق والمداولات)، للدكتور نوري بن طاهر الطيب، وبشير محمود جرار، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م).
- ٩٣ _ تخرّيج الفروع على الأصول، لمحمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، (١٣٩٨هـ).
- ٩٤ _ تربية الأبناء والبنات في ضوء القرآن والسنة، لخالد عبد الرحمن العك، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م).
- ٩٥ _ تشريعات الأحوال الشخصية في مصر، لكمال صالح البناء، طبعة الشركة المصرية، الطبعة الأولى، (١٩٧٦م).
- ٩٦ _ تطبيقات الإنترنت في التسوق لبشير عباس العلاق، دار المناهج، عمان، الطبعة الأولى، د/ت.
- ٩٧ _ تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلّة في المجال الأسري، للدكتور عبد الرحمن الكيلاني، وهو بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، في العدد السابع والعشرين، عام (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م).
- ٩٨ _ التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، لمحمد أمين الرومي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، (٢٠٠٤م).
- ٩٩ _ التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، المتوفى سنة (٨١٦هـ) رحمه الله تعالى، ضبطه وصحّحه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).

١٠٠ _ التعسف في استعمال الحق للشيخ محمد أبو زهرة، طباعة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب، القاهرة، (١٩٦٣م)، د/ط .

١٠١ _ التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق _ دراسة مقارنة _، وهذا الكتاب رسالة دكتوراه للباحثة مسعودة نعيمة إلياس، قدّمتها لجامعة أبي بكر بلقايد، في تلمسان، في السنة الجامعية (٢٠٠٩ _ ٢٠١٠م) .

١٠٢ _ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي لمحمد بن المدني بو ساق، دار إشبيلية، الرياض، (١٤١٩هـ)، د/ط .

١٠٣ _ التعويض المالي عن الطلاق للدكتور محمد الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، (٢٠٠٨م) .

١٠٤ _ التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، وهذا بحث قدّمه عدنان علي النجار استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية في غزة، فلسطين، عام (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) .

١٠٥ _ تفسير أنوار التنزيل وأسرار التأويل، لناصر الدين أبي سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البضاوي، المتوفى سنة (٦٨٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ) .

١٠٦ _ تفسير الجامع لأحكام القرآن، المشهور بتفسير القرطبي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، المتوفى سنة (٦٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م) .

١٠٧ _ تفسير القرآن العظيم، المعروف بتفسير ابن كثير، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي المتوفى سنة (٧٧٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، الطبعة الثانية، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م) .

١٠٨ _ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر لمحمد إبراهيم الدسوقي، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د/ت.ط .

- ١٠٩ _ التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، هديل سبتى، وهذا البحث هو رسالة دكتوراه تقدّم بها الباحث إلى كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، سنة (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) .
- ١١٠ _ التقريب والتيسير لمعرفة سنن البشير النذير ﷺ في أصول الحديث، لأبي زكريا، محيي الدين، يحيى بن شرف، النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، تقديم وتحقيق وتعليق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .
- ١١١ _ التقرير والتحجير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير الحاج، ويقال له ابن الموقت الحنفي المتوفى سنة (٨٧٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م) .
- ١١٢ _ تقنين الفقه الإسلامي، (المبدأ والمنهج والتطبيق)، للدكتور محمد زكي عبد البر، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الثانية، (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) .
- ١١٣ _ تقييد المباح في بعض قوانين الأسرة العربية وفي بعض الاجتهادات الفقهية المعاصرة، وهو بحث للدكتور عبدالرحمن العمراني، أستاذ الفقه الإسلامي بجامعة القاضي عياض في المغرب، منشور على الشبكة العنكبوتية للمعلومات (الإنترنت)، في موقع المكتبة، قسم: رسائل الفقه وأصوله، عنوان الموقع (almaktabah.net) .
- ١١٤ _ التلخيص في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، أبي المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، المتوفى (٤٧٨هـ)، بتحقيق: عبد الله جولم النبالي، وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، د.ت/ط .
- ١١٥ _ التلخيص الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، للدكتور شوقي الصالحي، دار النهضة العربية، القاهرة، د/ط، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) .
- ١١٦ _ التلخيص الصناعي وأطفال الأنابيب، للدكتور محمد علي البار، منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول .
- ١١٧ _ التلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، البغدادي، المالكي، المتوفى سنة (٤٢٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) .

١١٨ _ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن الإسنوي أبو محمد، المتوفى سنة (٧٧٢هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٠هـ) .

١١٩ _ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، النمري، القرطبي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، (١٣٨٧هـ) .

١٢٠ _ تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن عثمان، بن قأباز، الذهبي، المتوفى سنة: (٧٤٨هـ)، بتحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م) .

١٢١ _ تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.ط .

١٢٢ _ تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، (١٣٢٦هـ) .

١٢٣ _ توجيه النظر إلى أصول الأثر، لطاهر بن صالح، (أو محمد صالح) ابن أحمد بن موهب، السمعوني الجزائري، ثم الدمشقي، المتوفى سنة (١٣٣٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م) .

١٢٤ _ توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة، للدكتور بدر خالد الخليفة، الكويت، الطبعة الأولى، (١٩٩٦م) .

١٢٥ _ التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد، المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين، المناوي، المتوفى سنة (١٠٣١هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عبد الخالق ثروت، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) .

١٢٦ _ التيسير بشرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، المتوفى سنة (١٠٣١هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض، الطبعة الثالثة، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) .

١٢٧ _ تيسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاري، المعروف بأمير بادشاه الحنفي، المتوفى سنة (٩٧٢هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ت.ط .

١٢٨ _ الثواب والمتغيرات في الأحكام الفقهية المتعلقة بالمرأة في مجال الأحوال الشخصية، (دراسة فقهية قانونية)، رسالة ماجستير للباحثة ليلي مصطفى موسى، بجامعة الخليل، (١٤٣٢هـ/٢٠١١م) .

١٢٩ _ جامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير، أبو جعفر الطبري، المتوفى سنة (٣١٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م) .

١٣٠ _ جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار السلام، الطبعة الثانية، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م) .

١٣١ _ جمع الجوامع في أصول الفقه، لقاضي القضاة، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، (٢٠٠٣م/١٤٢٤هـ) .

١٣٢ _ الجنين المشوّه والأمراض الوراثية للدكتور محمد علي البار، دار القلم، دمشق، (١٩٩١م)، د/ط .

١٣٣ _ الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي، المتوفى سنة (٧٧٥هـ) رحمه الله تعالى، الناشر: مير محمد كتب خان، كراتشي، د/ت.ط .

١٣٤ _ الحاجة الشرعية، حدودها وقواعدها لأحمد كافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م) .

١٣٥ _ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المتوفى سنة (١٢٣٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت.ط .

١٣٦ _ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لأبي الحسن، علي بن أحمد بن مكرم العدوي، المتوفى سنة (١١٨٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د/ط، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) .

١٣٧ _ حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، المتوفى سنة (١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية، د/ت.ط .

١٣٨ _ حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلّي على المنهاج، لأحمد سلامة القليوبي، المتوفى سنة (١٠٦٩هـ) رحمه الله تعالى، وأحمد البرلسي عميرة، المتوفى سنة (٩٥٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ط ، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

١٣٩ _ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن، علي بن محمد، الشهير بالماوردي، المتوفى سنة (٤٥٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م) .

١٤٠ _ حجية خبر الآحاد في العقائد والأحكام، لربيع بن هادي بن محمد عمير المدخلي، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، د/ت.ط .

١٤١ _ حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، لفتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، (١٤٠٤هـ) .

١٤٢ _ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) .

١٤٣ _ حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، المتوفى سنة (٤٣٠هـ) رحمه الله تعالى، السعادة، بجوار محافظة مصر، (١٣٩٤هـ/١٩٧٤م) .

١٤٤ _ ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، لمحمد أبو زهرة المتوفى سنة (١٣٩٤هـ)، رحمه الله تعالى، دار الفكر العربي، القاهرة، د/ت.ط .

١٤٥ _ أبو حنيفة حياته وعصره، آراؤه وفقهه، للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، د/ت .

١٤٦ _ خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي، الدمشقي، المتوفى سنة (١١١١هـ) رحمه الله تعالى، دار صادر، بيروت، د/ت.ط .

١٤٧ _ الدراية لدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، د/ت.ط .

١٤٨ _ درر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامرز بن علي، الشهير بملا أو منلا أو المولى خسرو، المتوفى سنة (٨٨٥هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء الكتب العربية، د/ت.ط .

١٤٩ _ درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، المتوفى سنة (١٣٥٣هـ) رحمه الله تعالى، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .

١٥٠ _ الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق ومراقبة: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر اباد، الهند، الطبعة الثانية، (١٣٩٢هـ/١٩٧٢م) .

١٥١ _ الدعوة لتحديد سن الزواج، تاريخها وحكمها، لعبد الرحمن بن سعد الشثري، دار التوحيد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، (١٤٣٥هـ) .

١٥٢ _ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، المتوفى سنة (٧٩٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، د/ت.ط .

١٥٣ — ذم الكلام وأهله، لأبي إسماعيل عبد الله بن محمد بن علي الأنصاري الهروي، المتوفى سنة (٤٨١هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عبد الرحمن عبد العزيز الشبل، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م).

١٥٤ — ذيل (طبقات الحفاظ للذهبي)، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، د/ت. ط.

١٥٥ — ذيل طبقات الحنابلة، لرزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م).

١٥٦ — رتق غشاء البكارة، لكمال فهمي، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، ثبت كامل لأعمال المؤتمر، (١٩٨٧م).

١٥٧ — رحلة إلى عالم الإنترنت، لأسامة محمود أبو عباس، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، (١٩٩٩م).

١٥٨ — رد المختار على الدر المختار، المعروف باسم (حاشية ابن عابدين)، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المتوفى سنة (١٢٥٢هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).

١٥٩ — رسائل ابن عابدين للسيد محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المتوفى سنة (١٢٥٢هـ) رحمه الله تعالى، د/ت، ط.

١٦٠ — الرسالة، لأبي عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس المطلبي القرشي، المتوفى سنة (٢٠٤هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، (١٣٥٨هـ/١٩٤٠م).

١٦١ — رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، دراسة أصولية تأصيلية، للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباسين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الرابعة، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م).

١٦٢ — روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي المتوفى سنة (١٢٧٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٥ هـ) .

١٦٣ — الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين، البهوتي، الحنبلي، المتوفى سنة (١٠٥١هـ) رحمه الله تعالى، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرّج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د/ت.ط .

١٦٤ — روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، (١٤١٢هـ/١٩٩١م) .

١٦٥ — روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الريّان، الطبعة الثانية، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) .

١٦٦ — زاد المعاد في هدي خير العباد ﷺ، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م) .

١٦٧ — زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، وهو بحث قدّمته الباحثة: سها ياسين عطا القيسي، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية في غزة، (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) .

١٦٨ — الزواج العربي لسعيد عبد العظيم، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، د/ت.ط، (ص٥٧)، وعقود الزواج المعاصرة في الفقه الإسلامي، لسُمية عبد الرحمن عطية بحر، وهذا بحثٌ قدّمته الباحثة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بغزة، عام (٢٠٠٥م) .

١٦٩ _ الزواج العرفي، حقيقته، وأحكامه، وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، للدكتور أحمد بن يوسف الدريوش، دار العاصمة، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م).

١٧٠ _ الزواج العرفي في ميزان الشرع، لإبراهيم عبده الشرفاوي، مكتبة الصفا، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ).

١٧١ _ الزواجر عن اقتراف الكبائر، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، شهاب الدين، شيخ الإسلام، أبو العباس، المتوفى سنة (٩٧٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م).

١٧٢ _ السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير للباحثة أسمهان عفيف، قدّمتها لجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، بالجزائر، في السنة الجامعية (٢٠١٠ / ٢٠١١م).

١٧٣ _ السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، للدكتور محمود محمد ناصر بركات، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م).

١٧٤ _ سلطة الدولة في تقييد المباح ونماذج، للأستاذ رأفت محمود عبد الرحمن حمبوظ، بحث منشور على موقع نسيم الشام، وعنوان الموقع: (www.naseemalsham.com).

١٧٥ _ سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، للدكتور صالح سالم النهام، مقال منشور على (الإنترنت)، في موقع الوعي الإسلامي، (alwaei.gov.kw).

١٧٦ _ سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سَورة، الترمذي، أبو عيسى، المتوفى سنة (٢٧٩هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، (١٣٩٥هـ/١٩٧٥م).

١٧٧ _ سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، المتوفى سنة (٣٨٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق وتعليق: شعيب الارنؤوط، وحسن عبد المنعم شلي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م).

١٧٨ _ السنن الصغرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ / ١٩٨٩م) .

١٧٩ _ السنن الصغرى، وتُسمَّى المجتبى من السنن، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، المتوفى سنة (٣٠٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) .

١٨٠ _ السنن الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

١٨١ _ سنن سعيد بن منصور، لأبي عثمان، سعيد بن منصور بن شعبة، الخراساني، الجوزجاني، المتوفى سنة (٢٢٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، (١٤٠٣هـ/١٩٨٢م) .

١٨٢ _ سنن ابن ماجه، لابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، المتوفى سنة (٢٧٣هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، د/ت. ط .

١٨٣ _ السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية للدكتور عبد الفتاح عمرو، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) .

١٨٤ _ السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لأبي العباس أحمد بن عبد الحليم، ابن تيمية، المتوفى سنة (٧٢٨هـ) رحمه الله تعالى، طبعته وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ) .

١٨٥ _ سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْمَاز الذهبي، المتوفى سنة (٧٤٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

١٨٦ _ شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، المتوفى سنة (١٠٨٩هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) .

١٨٧ _ شرح الأربعين النووية لسليمان بن عبد القوي الطوفي، مُلحق برسالة المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى زيد، تحقيق: الدكتور يسري إبراهيم، دار اليسر، مصر، د/ت. ط .

١٨٨ _ شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، المتوفى سنة (٧٩٣هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة صبيح، مصر، د/ت. ط .

١٨٩ _ شرح تنقيح الفصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، المالكي الشهير بالقراقي، المتوفى سنة (٦٨٤هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م) .

١٩٠ _ شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، د/ت. ط .

١٩١ _ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، لمحمد بن عبد الباقي، الزرقاني، الأزهرى، بتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م) .

١٩٢ _ شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبد الله، الزركشي، الحنبلي، المتوفى سنة (٧٧٢هـ) رحمه الله تعالى، دار العبيكان، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) .

١٩٣ _ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري لعبد الرحمن الصابوني، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

١٩٤ _ شرح قانون الأحوال الشخصية السوري للدكتور محمد الحسن البغا، منشورات جامعة دمشق، (٢٠٠٦م) .

١٩٥ _ شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقاء، المتوفى سنة (١٣٥٧هـ) رحمه الله تعالى، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .

١٩٦ _ الشرح الكبير على متن المقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين، المتوفى سنة (٦٨٢هـ)، دار الكتاب العربي، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا، د/ت. ط .

١٩٧ _ شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله، الخرخشي، المالكي، أبو عبد الله، المتوفى سنة (١١٠١هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ت. ط .

١٩٨ _ شرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، المتوفى سنة (٧١٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م) .

١٩٩ _ شرح نخبة الفكر في مصطلحات أهل الأثر، لعلي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، المتوفى سنة (١٠١٤هـ) رحمه الله تعالى، قدم له: الشيخ عبد الفتاح أبو غدة، تحقيق وتعليق: محمد نزار تميم، وهيثم نزار تميم، دار الأرقم، بيروت، لبنان، د/ت. ط .

٢٠٠ _ شعب الإيمان، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، المتوفى سنة (٤٥٨هـ) رحمه الله تعالى، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) .

٢٠١ _ شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، لمحمد بن محمد أبي حامد الغزالي، المتوفى سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٩م) .

٢٠٢ _ صحيح البخاري، المسمّى بالجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري، المتوفى سنة (٢٥٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى، (١٤٢٢هـ) .

٢٠٣ _ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي، أبو حاتم، المتوفى سنة (٣٥٤هـ)، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م) .

٢٠٤ _ صحيح مسلم، المسمى بالمسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المشهور بصحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المتوفى سنة (٢٦١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د/ت. ط .

٢٠٥ _ الضرر في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد مّوافي، دار ابن القيم، الرياض، السعودية، ودار ابن عفان، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨) .

٢٠٦ _ الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لمحمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، أبو الخير، شمس الدين، المتوفى سنة (٩٠٢هـ) رحمه الله تعالى، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، د/ت. ط .

٢٠٧ _ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي المتوفى سنة (١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، د/ت. ط .

٢٠٨ _ طبقات الحنابلة، لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، المتوفى سنة (٥٢٦هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، د/ت. ط .

٢٠٩ _ طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلامي الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م) .

٢١٠ _ طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، الأسدي، الشهي، الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة، المتوفى سنة (٨٥١هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: الدكتور الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ) .

٢١١ _ طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، المتوفى سنة (٧٧١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. محمود محمد الطناحي، ود. عبد الفتاح محمد الحلوة، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، (١٤١٣هـ).

٢١٢ _ طبقات الشافعيين لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، القرشي، البصري، ثم الدمشقي، المتوفى سنة (٧٧٤هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: الدكتور أحمد عمر هاشم، مكتبة الثقافة الدينية، د/ط، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م).

٢١٣ _ الطبقات الكبرى لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع البغدادي، المعروف بابن سعد، المتوفى سنة (٢٣٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

٢١٤ _ الطبيب أدبه وفقهه للدكتور زهير أحمد السباعي والدكتور محمد علي البار، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٣م).

٢١٥ _ الطرق الحكمية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب، ابن قيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة دار البيان، د/ت. ط.

٢١٦ _ طفل الأنبوب والتلقيح الاصطناعي، جمع وتهذيب حسن بن فلاح القحطاني، دار الحميضي، الرياض، دار الكتاب والسنة، باكستان، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).

٢١٧ _ الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، لساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، وهذا البحث رسالة ماجستير في الفقه والتشريع تقدمت به الباحثة إلى جامعة النجاح الوطنية، في نابلس بفلسطين، عام (٢٠١١م).

٢١٨ _ العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين بن محمد، المتوفى سنة (٤٥٨هـ)، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د. أحمد بن علي بن سير المباركي، الطبعة الثانية، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

٢١٩ _ العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، لرهيفة سليمان حمادة، وهو بحث قدمته الباحثة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، في غزة، سنة (١٤٣٤هـ/٢٠١٤م).

- ٢٢٠ _ العقوبة لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د/ت.ط .
- ٢٢١ _ العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي، المتوفى سنة (٥٩٧هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: إرشاد الحق الأثري، فيصل آباد، باكستان، الطبعة الثانية، (١٤٠١هـ/١٩٨١م) .
- ٢٢٢ _ علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، المتوفى سنة (١٣٧٥هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة الدعوة شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم بدمشق، د/ت .
- ٢٢٣ _ علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، لعبد الوهاب خلاف، المتوفى سنة (١٣٧٥هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة المدني (المؤسسة السعودية بمصر)، د/ت.ط .
- ٢٢٤ _ علم التوثيق الشرعي للدكتور عبد الله بن محمد بن سعد الحجيلي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ) .
- ٢٢٥ _ علم المقاصد الشرعية، لنور الدين الخادمي أيضاً، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ / ٢٠٠١م) .
- ٢٢٦ _ عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى، الغيتابي، الحنفي، بدر الدين العيني، المتوفى سنة (٨٥٥هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د/ت.ط .
- ٢٢٧ _ العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين، أبو عبد الله، ابن الشيخ شمس الدين، ابن الشيخ جمال الدين، الرومي، البابرتي، المتوفى سنة (٧٨٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت.ط .
- ٢٢٨ _ عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، المتوفى سنة (١٣٢٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤١٥هـ) .
- ٢٢٩ _ غاية النهاية في طبقات القراء، لشمس الدين، أبو الخير ابن الجزري، محمد بن محمد بن يوسف، المتوفى سنة (٨٣٣هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة ابن تيمية، د/ط، (١٣٥١هـ) .

٢٣٠ _ غاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، المتوفى سنة (٩٢٦هـ)، دار الكتب العربية الكبرى لمصطفى البابي الحلبي، مصر، د/ت، ط .

٢٣١ _ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين، أبو يحيى السنيكي، المتوفى سنة (٩٢٦هـ) رحمه الله تعالى، المطبعة الميمنية، د/ت، ط.

٢٣٢ _ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين، الحسيني، الحموي، الحنفي، المتوفى سنة (١٠٩٨هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

٢٣٣ _ الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة، لمحمود شلتوت، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثامنة عشرة، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

٢٣٤ _ الفتاوى الهندية للجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، الطبعة الثانية، (١٣١٠هـ) .

٢٣٥ _ فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ) رحمه الله تعالى، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (١٣٧٩هـ)، د/ت، ط .

٢٣٦ _ فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار ﷺ، للحسن بن أحمد بن يوسف الرُّباعي، الصنعاني، المتوفى سنة (١٢٧٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مجموعة بإشراف الشيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ) .

٢٣٧ _ فتح القدير شرح الهداية، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، المتوفى سنة (٨٦١هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت، ط .

٢٣٨ _ فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للعراقي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، المتوفى سنة (٩٠٢هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: علي حسين علي، مكتبة السنة، مصر، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م) .

٢٣٩ _ فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، المعروف بحاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي، الأزهرى، المعروف بالجمل، المتوفى سنة (١٢٠٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت. ط .

٢٤٠ _ الفتوى بالتخريج، دراسة تأصيلية تطبيقية، لهيثم بن رضوان ضاهر، دار النوادر اللبنانية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م) .

٢٤١ _ الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، لمصلح عبد الحى النجار، وهذا بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود، للعلوم التربوية والدراسات الإسلامية، نُشِرَ عام (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) .

٢٤٢ _ الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، دراسة علمية فقهية، للدكتور القره داغي، وهو بحث منشور على الإنترنت، موقع طيبة نت، (www.taibanet.com) .

٢٤٣ _ الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، لصفوان محمد عضيبات، دار الثقافة، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى، (٢٠٠٩م) .

٢٤٤ _ الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيد ومقاصدها، دراسة مقارنة، لفاتن البوعيشي الكيلاني، دار النفائس، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، (٢٠١١م) .

٢٤٥ _ الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية، وأهم النظريات الفقهية، وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، الطبعة الثانية، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

٢٤٦ _ فقه تقييد المباح، لياسين بن علي، وهو مقال منشور على (الإنترنت)، في موقع منتديات تونيزياسات نقلاً عن مجلة الزيتونة بتونس، وعنوان الموقع: (www.tunisia-sat.com) .

٢٤٧ _ فقه النوازل، لبكر بن عبد الله أبو زيد، المتوفى سنة (١٤٢٩هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م) .

٢٤٨ _ فكر ومباحث للشيخ علي الطنطاوي، المتوفى سنة (١٤٢٠هـ)، رحمه الله تعالى، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، الطبعة الثانية، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) .

٢٤٩ _ فواتح الرحموت لعبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي اللكنوي، المتوفى سنة (١٢٢٥هـ) رحمه الله تعالى، بشرح مسلم الثبوت للقاضي محب الله بن عبد الشكور البهاري، المتوفى سنة (١١١٩هـ) رحمه الله تعالى، ضبطه وصححه: عبد الله محمود محمد عمر، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م) .

٢٥٠ _ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غانم (أو غنيم)، شهاب الدين النفراوي المالكي، المتوفى سنة (١١٢٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ط، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

٢٥١ _ فيض القدير شرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي، المتوفى سنة (١٠٣١هـ) رحمه الله تعالى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، (١٣٥٦هـ) .

٢٥٢ _ القاموس الفقهي، لغةً واصطلاحاً، للدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، (١٩٩٣م) .

٢٥٣ _ القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المتوفى سنة (٨١٧هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الرسالة، بيروت .

٢٥٤ _ قانون الأحوال الشخصية السوري، مضبوطاً على الأصل ومعدّلاً لغاية عام (٢٠٠٩م)، مع بعض اجتهادات محكمة النقض السورية، إعداد وتنسيق: ممدوح عطري مساعد قضائي سابقاً، طباعة مكتبة النوري، دمشق، د/ت. ط .

٢٥٥ _ قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، من دورته الأولى لعام (١٣٩٨هـ)، حتى الدورة الثامنة، عام (١٤٠٥هـ) .

٢٥٦ _ القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب (التلقيح الصناعي)، للدكتور محمد علي البار، وهو بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، في الجزء الأول .

٢٥٧ _ قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار، المروزي، السمعاني، التميمي، الحنفي، ثم الشافعي، المتوفى سنة (٤٨٩هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد

حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٩م) .

٢٥٨ _ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، المتوفى (٦٦٠هـ) رحمه الله تعالى، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (١٤١٤ هـ / ١٩٩١م) .

٢٥٩ _ القواعد لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، د/ت. ط .

٢٦٠ _ قواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الصدف بيلشرز، كراتشي، الطبعة الأولى، (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) .

٢٦١ _ القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، رسالة الدكتوراه بجامعة الأزهر بمصر، للباحث عمر عبد الله كامل، د/ت. ط .

٢٦٢ _ القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ) .

٢٦٣ _ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، نشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) .

٢٦٤ _ القواعد الفقهية، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، لعلي أحمد الندوي، قدّم لها: العلامة مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) .

٢٦٥ _ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م) .

٢٦٦ _ قوام السنة في الترغيب والترهيب لإسماعيل بن محمد بن الفضل بن علي القرشي الطليحي التيمي الأصبهاني، أبو القاسم، الملقب بقوام السنة، المتوفى سنة (٥٣٥هـ) رحمه الله

تعالى، بتحقيق: أيمن بن صالح بن شعبان، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤١٤ هـ/١٩٩٣ م) .

٢٦٧ _ قوت المعتزدي على جامع الترمذي، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة (٩١١ هـ) رحمه الله تعالى، نشر جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (١٤٢٤ هـ) .

٢٦٨ _ الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠ هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٤ هـ/١٩٩٤ م) .

٢٦٩ _ الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، المتوفى سنة (٤٦٣ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، (١٤٠٠ هـ/١٩٨٠ م) .

٢٧٠ _ الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم، المتوفى سنة (٢٣٥ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٠٩ هـ) .

٢٧١ _ كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، المتوفى سنة (٧٣٠ هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتاب الإسلامي، د/ت.ط.

٢٧٢ _ الكفاية في علم الرواية، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، المتوفى سنة (٤٦٣ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أبو عبدالله السورقي، إبراهيم حمدي المدني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، د/ت.ط .

٢٧٣ _ الكليات؛ معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأيوب بن موسى الحسيني، القريني، الكفوي، أبو البقاء الحنفي، المتوفى (١٠٩٤ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، د/ت.ط .

٢٧٤ _ الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، لنجم الدين محمد بن محمد الغزي، المتوفى سنة (١٠٦١ هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م) .

٢٧٥ _ اللُّبَاب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب، بن حمادة، الغنيمي، الدمشقي، الحنفي، المتوفى سنة (١٢٩٨هـ) رحمه الله تعالى، وحققه، وعلّق حواشيه، محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان .

٢٧٦ _ لحظ الأَلْحَاط بِذِيل طَبَقَات الحِفاظ، لمحمد بن محمد بن محمد، أبو الفضل، تقي الدين، ابن فهد، الهاشمي، العلويّ، الأصفوني، ثم المكّي، الشافعي، المتوفى سنة (٨٧١هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) .

٢٧٧ _ لسان الحِكام في معرفة الأحكام، لأحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين، ابن الشَّحْنَة، الثقفي، الحلبي، الحنفي، المتوفى سنة (٨٨٢هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م) .

٢٧٨ _ لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المتوفى سنة (٧١١هـ) رحمه الله تعالى، دار المعارف، د/ت. ط .

٢٧٩ _ المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المتوفى سنة (٨٨٤هـ)، رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

٢٨٠ _ المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المتوفى سنة (٤٨٣هـ) رحمه الله تعالى، دار المعرفة، بيروت، د/ت، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م) .

٢٨١ _ متن الشاطبية المسمّى (حرز الأماني ووجه التهاني في القراءات السبع) للشيخ القاسم بن فيرّه خلف بن أحمد الشاطبي، المتوفى سنة (٥٩٠هـ) رحمه الله تعالى، ضبط وتصحيح محمد تميم المراغي، دار الغوثاني، دمشق، حلبوني، الطبعة الخامسة (١٤٣١هـ/٢٠١٠م) .

٢٨٢ _ مجلة الأحكام العدلية، ألفها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، بتحقيق: نجيب هواويني، نشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، د/ت. ط.

٢٨٣ _ مجلة الشريعة والقانون، السنة العشرون، العدد الخامس والعشرين، (ذو الحجة، ١٤٢٦هـ)/يناير، ٢٠٠٦م)، ملحق العدد: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي .

٢٨٤ _ مجموع الفتاوى، لتقي الدين، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المتوفى سنة (٧٢٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، د/ط .

٢٨٥ _ المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت.ط .

٢٨٦ _ مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية حتى (١٩٨٠)، لراتب عطا الله الظاهر، دار الفكر، عمان، الطبعة الثانية، (١٩٨٣م) .

٢٨٧ _ محاضرات في عقد الزواج وآثاره، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، د/ت .

٢٨٨ _ المحصول لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن الرازي، الملقب بفخر الدين الرازي، المتوفى سنة (٦٠٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

٢٨٩ _ المحصول في أصول الفقه، للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي، المتوفى سنة (٥٤٣هـ)، بتحقيق: حسين علي اليدري، وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م) .

٢٩٠ _ المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المتوفى سنة (٤٥٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ت، ط .

٢٩١ _ مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المتوفى سنة (٦٦٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .

٢٩٢ _ مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي المتوفى سنة (٩٧٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

٢٩٣ _ مختصر العلامة خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، المالكي، المصري، المتوفى سنة (٧٧٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) .

٢٩٤ _ المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لابن اللحام، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة (٨٠٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. محمد مظهر بقا، نشر جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، د/ت. ط .

٢٩٥ _ المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، لعلي جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) .

٢٩٦ _ المدخل إلى علم الأجنة الوصفي والتجريبي، للدكتور صالح بن عبد العزيز كريم، دار المجتمع، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ) .

٢٩٧ _ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، لعبد القادر بن بدران الدمشقي، المتوفى سنة (١٣٤٦هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠١هـ) .

٢٩٨ _ المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) .

٢٩٩ _ المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية، (١٩٩٦م) .

٣٠٠ _ المدونة، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر، الأصبحي، المدني، المتوفى سنة (١٧٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م) .

٣٠١ _ مذكرة في أصول الفقه، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، المتوفى سنة (١٣٩٣هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الخامسة، (٢٠٠١م) .

٣٠٢ _ المرأة بين الفقه والقانون، للدكتور مصطفى السباعي، المتوفى سنة (١٣٨٤هـ)، دار الوِزاق، بيروت، الطبعة السابعة، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م) .

٣٠٣ _ مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، (استعراض علمي لحركة تحديد النسل)، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مكتبة الفارابي، الطبعة الثانية، د/ت .

٣٠٤ _ المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، المتوفى (٤٠٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩٠م) .

٣٠٥ _ المستصفی، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المتوفى سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م) .

٣٠٦ _ مستقبل الإخصاب خارج الأرحام، للدكتور عبد المحسن صالح، مقال منشور في مجلة العربي، العدد رقم (٢٤٤)، ربيع الثاني (١٣٩٩هـ) .

٣٠٧ _ مسند أحمد بن حنبل، للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة (٢٤١هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وآخرون، بإشراف: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

٣٠٨ _ مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، المتوفى سنة (٧٧٤هـ)، بتحقيق: عبد المعطي قلعجي، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، (١٤١١هـ/١٩٩١م) .

٣٠٩ _ مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، السمرقندي، المتوفى سنة (٢٥٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حسين سليم الداراني، دار المغني، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٢هـ/٢٠٠٠م) .

٣١٠ _ المشاكل الصحية للزواج المبكر، دراسة لمنظمة اليونيسيف، منشورة على موقعها على الإنترنت، (www.unicef.org) .

٣١١ _ المصالح المرسله لمحمد الأمين الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى، (٢٠٠٣م) .

- ٣١٢ _ المصالح المرسله، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، المتوفى سنة (١٣٩٣هـ) رحمه الله تعالى، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ) .
- ٣١٣ _ المصلحة المرسله دراسة تحليلية ومناقشة فقهية أصولية، مع أمثلة تطبيقية، لمحمود عبد الكريم حسن، دار النهضة الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) .
- ٣١٤ _ المصلحة المرسله محاولة لسطها ونظرة فيها، لعلي محمد جريشة، بحث في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، (السنة العاشرة - العدد الثالث)، (ذو الحجة ١٣٩٧هـ نوفمبر / تشرين ثاني ١٩٧٧ م) .
- ٣١٥ _ المصلحة المرسله وأثرها في أحكام السياسة الشرعية في عهد النبي ﷺ لعبد الإله أحمد أبو رحمة، (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، د.ت.ط .
- ٣١٦ _ المصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية، أطروحة تقدم بها الباحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، (٢٠٠٩) .
- ٣١٧ _ المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور نور الدين مختار الخادمي، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م) .
- ٣١٨ _ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده، السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً، ثم الدمشقي الحنبلي، المتوفى (١٢٤٣هـ) رحمه الله تعالى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، (١٤١٥هـ / ١٩٩٤م) .
- ٣١٩ _ معالم التنزيل في تفسير القرآن، المعروف بتفسير البغوي، لمحيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود، البغوي، المتوفى سنة (٥١٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عبد الله النمر، وعثمان جمعة ضميرية، وسليمان مسلم الحرش، دار طيبة، الطبعة الرابعة، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م) .
- ٣٢٠ _ معالم السنن، شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب، البستي، المعروف بالخطابي، المتوفى سنة (٣٨٨هـ) رحمه الله تعالى، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، (١٣٥١هـ / ١٩٣٢م) .

٣٢١ _ المعاصر من المختصر من مشكل الآثار، ليوسف بن موسى بن محمد، أبو المحاسن، جمال الدين، المأطبي، الحنفي، المتوفى سنة (٨٠٣هـ) رحمه الله تعالى، عالم الكتب، بيروت، د/ت. ط .

٣٢٢ _ معجم الأخطاء الشائعة، لمحمد العدناني، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الثانية، (١٩٨٥م) .

٣٢٣ _ معجم الأدباء، أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، لشهاب الدين، أبو عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، المتوفى سنة (٦٢٦هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣م) .

٣٢٤ _ المعجم الأوسط لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المتوفى سنة (٣٦٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، د/ط، (١٤١٥هـ) .

٣٢٥ _ معجم البلدان، لشهاب الدين، أبو عبد الله، ياقوت بن عبد الله الرومي، الحموي، المتوفى سنة (٦٢٦هـ) رحمه الله تعالى، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، (١٩٩٥م) .

٣٢٦ _ المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين، في حرف الميم، جمع: أعضاء ملتقى أهل الحديث، على الإنترنت، وعنوان الموقع: (www.ahlalhdeth.com).

٣٢٧ _ المعجم الصغير، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المتوفى سنة (٣٦٠هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمير، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان، الطبعة الأولى، (١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥) .

٣٢٨ _ المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المتوفى سنة (٣٦٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ٣٢٩ _ مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ويشمل القطعة التي نشرها لاحقاً المحقق الشيخ حمدي السلفي، من المجلد ١٣، دار الصميعي، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م) .

٣٣٠ _ معجم المطبوعات العربية والمعرية، ليوسف بن إيلان بن موسى سركيس، المتوفى سنة (١٣٥١هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة سركيس، مصر، (١٣٤٦ هـ/ ١٩٢٨م) .

٣٣١ _ معجم المؤلفين، لعمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة، الدمشقي، المتوفى سنة (١٤٠٨هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة المثنى، بيروت، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، د/ت.ط.

٣٣٢ _ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م).

٣٣٣ _ المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، في مجمع اللغة العربية بالقاهرة، نشر دار الدعوة، د/ت.ط.

٣٣٤ _ معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الطبعة الثانية، (١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م).

٣٣٥ _ معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس، المتوفى سنة (٣٩٥هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، طبعة (١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م).

٣٣٦ _ معرفة أنواع علوم الحديث، ويُعرف بمقدمة ابن الصلاح، لعثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين، المعروف بابن الصلاح، المتوفى سنة (٦٤٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. نور الدين عتر، دار الفكر، سوريا، (١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م).

٣٣٧ _ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لأبي الحسن، علاء الدين، علي بن خليل، الطرابلسي، الحنفي، المتوفى سنة (٨٤٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، د/ت.ط.

٣٣٨ _ المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠هـ) رحمه الله تعالى، مكتبة القاهرة، د/ط، (١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م).

٣٣٩ _ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المتوفى سنة (٩٧٧هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ / ١٩٩٤م).

٣٤٠ _ مفاتيح الغيب المسمى بالتفسير الكبير، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن، الملقب بفخر الدين الرازي، خطيب الري، المتوفى سنة (٦٠٦هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، (١٤٢٠هـ) .

٣٤١ _ مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور المتوفى سنة (١٣٩٣هـ) رحمه الله تعالى، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، (١٤٢١هـ/٢٠٠١م) .

٣٤٢ _ المقدمات الممهّدة لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة (٥٢٠هـ) رحمه الله تعالى، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م) .

٣٤٣ _ ملتنقى أهل الحديث، وعنوان الرابط: (www.ahlalhdeth.com) .

٣٤٤ _ الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، المتوفى سنة (٥٤٨هـ) رحمه الله تعالى، مؤسسة الحلبي، د.ت.ط .

٣٤٥ _ المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، للدكتور نور الدين بن مختار الخادمي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) .

٣٤٦ _ مناهل العرفان في علوم القرآن، لمحمد عبد العظيم الزرقاني، المتوفى سنة (١٣٦٧هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثالثة .

٣٤٧ _ المنتخب من كتاب الزهد والرقائق، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ)، بتحقيق: الدكتور عامر حسن صبري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م) .

٣٤٨ _ منتدى حوامل، ملتنقى الحوامل لعالم الأمومة، (forum.hwaml.com) .

٣٤٩ _ منتدى كلية الحقوق، المنتدى القانوني، قسم الأحوال الشخصية، عنوان المنتدى: (WWW.LAW-UNI.NET) .

٣٥٠ _ المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي، المتوفى سنة (٤٧٤هـ) رحمه الله تعالى، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، (١٣٣٢هـ) .

٣٥١ _ المنشور في القواعد الفقهية، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المتوفى سنة (٧٩٤هـ) رحمه الله تعالى، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م) .

٣٥٢ _ منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، المتوفى سنة (١٢٩٩هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، د/ط، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .

٣٥٣ _ المنحول من تعليقات الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المتوفى سنة (٥٠٥هـ) رحمه الله تعالى، حققه وخرّج نصّه وعلّق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، دار الفكر دمشق، سورية، الطبعة الثالثة، (١٤١٩هـ / ١٩٩٨م) .

٣٥٤ _ المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا، محيي الدين، يحيى بن شرف، النووي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، (١٣٩٢هـ) .

٣٥٥ _ منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، دراسة تأصيلية تطبيقية، لمسفر بن علي القحطاني، وهي رسالة دكتوراه تقدّم بها هذا الباحث إلى جامعة أم القرى في السعودية (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) .

٣٥٦ _ المنهل الروي في مختصر علوم الحديث النبوي، لأبي عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله، بن جماعة، الحموي الشافعي، بدر الدين، المتوفى سنة (٧٣٣هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: د. محيي الدين عبد الرحمن رمضان، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ) .

٣٥٧ _ المذهب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف، الشيرازي، المتوفى سنة (٤٧٦هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، د/ت. ط .

٣٥٨ _ الموافقات في أصول الفقه، لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، المتوفى سنة (٧٩٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: عبد الله درّاز، دار المعرفة، بيروت .

٣٥٩ _ الموافقات في أصول الفقه، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، المتوفى سنة (٧٩٠هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م) .

٣٦٠ _ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب، الرُّعيني، المالكي، المتوفى سنة (٩٥٤هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، الطبعة الثالثة، (١٤١٢هـ / ١٩٩٢م) .

٣٦١ _ الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد فتحي بهنسي، دار الحفظة العربية، (١٤١٢هـ)، د/ط .

٣٦٢ _ الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، النشر العلمي بوزارة التعليم العالي في مصر، الطبعة الثانية، (١٩٧٠م) .

٣٦٣ _ الموسوعة العربية العالمية، مترجمة بتصرف عن دائرة المعارف العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ / ١٩٩٦م) .

٣٦٤ _ الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، (من ١٤٠٤ إلى ١٤٢٧ هـ) .

٣٦٥ _ موسوعة القواعد الفقهية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م) .

٣٦٦ _ موسوعة المورد العربي، لمنير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ / ١٩٩٠م)، (١ / ٣٣٤)، وبحث الأستاذ محمود شمام: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني .

٣٦٧ _ موسوعة ويكيبيديا (ar.wikipedia.or) .

٣٦٨ _ الموطأ، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المتوفى (١٧٩هـ)، بتحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، (١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م) .

٣٦٩ _ موقع إسلام أون لاين، (www.islamonline) .

٣٧٠ _ موقع الألوكة، المجلس العلمي، وعنوان الرابط: (majles.alukah.net) .

٣٧١ _ الموقع الرسمي للدكتور حسين حامد حسان: (www.hussein-hamed.egx) .

- ٣٧٢ _ الموقع الرسمي للدكتور محيي الدين القره داغي، (www.qaradaghi.com).
- ٣٧٣ _ موقع مجلة البيان (www.albayan.co.uk) .
- ٣٧٤ _ موقع محامو دولة قطر (www.mohamoom-qo-com) .
- ٣٧٥ _ موقع المكتبة الشاملة على الإنترنت، (shamela.ws).
- ٣٧٦ _ موقع مفقود خاص بالمفقودين العراقيين، (www.Mafqud.oro) .
- ٣٧٧ _ موقع منظمة اليونيسيف (www.icrc.org/web).
- ٣٧٨ _ موقع: (www.aawsat.com) .
- ٣٧٩ _ موقع: (www.Sudan News Agency.com) .
- ٣٨٠ _ موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، للدكتور محمد عثمان شبير، مجلة الحكمة، لندن، العدد السادس، (١٩١٦م) .
- ٣٨١ _ ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، المتوفى سنة (٧٤٨هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٣٨٢هـ/١٩٦٣م) .
- ٣٨٢ _ نصب الراية لأحاديث الهداية، مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، المتوفى سنة (٧٦٢هـ) رحمه الله تعالى، بتحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ودار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .
- ٣٨٣ _ نظرة فقهية للإرشاد الجيني، للدكتور ناصر بن عبد الله الميمان، وهذا بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى .
- ٣٨٤ _ نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، بيروت، (١٩٨٨م) .
- ٣٨٥ _ نظرية الضمان، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت، (١٣٨٩هـ)، د/ط .

٣٨٦ _ نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، لحسين حامد حسان، المطبعة العالمية، القاهرة، د/ت.ط.

٣٨٧ _ نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، لأحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، (١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م).

٣٨٨ _ نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، المتوفى سنة (٧٧٢ هـ) رحمه الله تعالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م).

٣٨٩ _ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الرملي، المتوفى سنة (١٠٠٤ هـ) رحمه الله تعالى، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، (١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م).

٣٩٠ _ نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، المتوفى سنة (٤٧٨ هـ)، حققه وصنع فهرسه: الأستاذ الدكتور عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، (١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م).

٣٩١ _ نوازل الزكاة، دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، للدكتور عبد الله بن منصور الغفيلي، دار الميمان، الرياض، والقاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م).

٣٩٢ _ نور الصباح في فقه تقييد المباح، لأحمد خالد الطحان، بحث منشور في موقع شبكة الألوكة، (www.alukah.net).

٣٩٣ _ الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المتوفى سنة (٥٩٣ هـ)، بتحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د/ت.ط.

٣٩٤ _ وجهة نظر سكان محافظة قلقيلية في الزواج المبكر للإناث، وهذا البحث قدّمته الباحثة: رجاء راتب معروف شهوان، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الجغرافيا، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، بفلسطين، (٢٠١٢ م).

٣٩٥ _ الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، دار الخير، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م).

- ٣٩٦ _ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م).
- ٣٩٧ _ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، للدكتور محمد الزحيلي، د/ت. ط .
- ٣٩٨ _ وسطية الإسلام وسماحته، للدكتور وهبة الزحيلي، بحث منشور على موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في السعودية .
- ٣٩٩ _ الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، د/ط، (٢٠٠٤م).
- ٤٠٠ _ الوصف المناسب لشرع الحكم، لأحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي، عمادة البحث العلمي، بالجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى، (١٤١٥هـ) .
- ٤٠١ _ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان، المتوفى سنة (٦٨١هـ)، بتحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، (١٩٩٤م) .

فہرست

المختصریات

الإهداء.....	ب
شكر وثناء.....	ج
مقدمة.....	١
أولاً _ أهمية موضوع البحث.....	١
ثانياً _ أسباب اختيار البحث.....	٢
ثالثاً _ حدود البحث.....	٢
رابعاً _ مشكلة البحث.....	٣
خامساً _ صعوبات البحث.....	٣
سادساً _ الدراسات السابقة، والجديد في البحث.....	٣
سابعاً _ منهج البحث، وطريقة الكتابة فيه.....	٦
ثامناً _ خطة البحث.....	٨
الفصل التمهيدي: حقيقة الاستصلاح، ومفردات عنوان البحث	١٤
التمهيد.....	١٥
المبحث الأول: تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسله	١٩
المطلب الأول _ الاستصلاح والمصلحة المرسله في اللغة.....	٢٠
أولاً _ تعريف الاستصلاح والمصلحة.....	٢٠
ثانياً _ تعريف المصلحة المرسله.....	٢١
المطلب الثاني _ الاستصلاح والمصلحة في القرآن والسنة.....	٢٢
أولاً _ الاستصلاح والمصلحة في القرآن الكريم.....	٢٢

ثانياً _ الاستصلاح والمصلحة في السنة المطهرة على صاحبها الصلاة والسلام	٢٤
المطلب الثالث _ تعريف الاستصلاح والمصلحة المرسله في اصطلاح الأصوليين	٢٦
أولاً _ تعريف الغزالي رحمه الله تعالى	٣٠
ثانياً _ تعريف الخوارزمي رحمه الله تعالى	٣٢
ثالثاً _ تعريف الشاطبي رحمه الله تعالى	٣٢
المطلب الرابع _ تعريف الباحثين المعاصرين للاستصلاح والمصلحة المرسله	٣٤
أولاً _ تعريف الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي رحمه الله تعالى	٣٤
ثانياً _ تعريف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا رحمه الله تعالى	٣٧
ثالثاً _ تعريف عبد الحميد علي حمد محمود	٣٨
المطلب الخامس _ التعريف المقترح للاستصلاح والمصلحة المرسله	٣٩
أولاً _ تعريف المصلحة	٣٩
ثانياً _ تعريف المصلحة المرسله	٣٩
شرح التعريف وبيان محترزاته	٣٩
ثالثاً _ تعريف الاستصلاح	٤٢
المطلب السادس _ الألفاظ ذات الصلة بالاستصلاح	٤٣
أولاً _ الاستحسان	٤٣
ثانياً _ الاستصحاب	٤٣
ثالثاً _ القياس	٤٤
رابعاً _ سد الدّرائع	٤٥
المبحث الثاني _ تقسيمات المصلحة، وخصائصها	٤٦
المطلب الأول _ أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشرع لها	٤٧

أولاً _ المصلحة المعتبرة	٤٧
ثانياً _ المصلحة الملغاة	٤٧
ثالثاً _ المصلحة المرسلة	٥٠
المطلب الثاني _ أقسام المصلحة من حيث ثبوتها	٥١
أولاً _ المصلحة القطعية	٥١
ثانياً _ المصلحة الظنية	٥١
ثالثاً _ المصلحة الوهمية	٥٢
المطلب الثالث _ أقسام المصلحة من حيث شمولها	٥٣
أولاً _ المصلحة العامة (الكلية)	٥٣
ثانياً _ المصلحة الخاصة بأغلب الناس	٥٣
ثالثاً _ المصلحة الخاصة (الجزئية)	٥٤
المطلب الرابع _ خصائص المصلحة في الشريعة	٥٥
المبحث الثالث _ مراتب المصلحة	٥٩
المطلب الأول _ المصالح الضرورية	٦٠
أولاً _ تعريف المصالح الضرورية	٦٠
ثانياً _ أمثلة المصالح الضرورية	٦٢
١ _ حفظ الدين	٦٢
٢ _ حفظ النفس	٦٣
٣ _ حفظ العقل	٦٣
٤ _ حفظ النسل	٦٤
٥ _ حفظ المال	٦٤

المطلب الثاني _ المصالح الحاجية	٦٥
أولاً _ تعريف المصالح الحاجية	٦٥
ثانياً _ أمثلة المصالح الحاجية	٦٥
المطلب الثالث _ المصالح التحسينية	٦٧
أولاً _ تعريف المصالح التحسينية	٦٧
ثانياً _ أمثلة المصالح التحسينية	٦٧
المطلب الرابع _ مكملات ومتممات مراتب المصلحة	٦٩
أولاً _ أمثلة مكملات المصالح الضرورية	٦٩
ثانياً _ أمثلة مكملات المصالح الحاجية	٦٩
ثالثاً _ أمثلة مكملات المصالح التحسينية	٧٠
رابعاً _ شرط اعتبار التكملة	٧٠
المبحث الرابع _ التعريف بالأثر، وبالأحوال الشخصية	٧٢
المطلب الأول _ التعريف بالأثر	٧٣
المطلب الثاني _ التعريف بالأحوال الشخصية	٧٥
أولاً _ ظهور مصطلح الأحوال الشخصية	٧٥
ثانياً _ ظهور قانون الأحوال الشخصية في البلدان العربية	٧٥
١ _ في سوريا	٧٦
٢ _ في مصر	٧٧
٣ _ في العراق	٧٨
٤ _ في الأردن	٧٨
ثالثاً _ تعريف علم الأحوال الشخصية	٧٨

١ _ تعريف علم الأحوال الشخصية كمركب من مفردات	٧٨
٢ _ تعريف علم الأحوال الشخصية باعتباره لقباً لعلم	٧٨
رابعاً _ خصائص مباحث الأحوال الشخصية	٧٩
الباب الأول _ حجية الاستصلاح، وضوابطه، وقواعده الفقهية	٨٢
الفصل الأول _ حجية الاستصلاح	٨٣
المبحث الأول _ حجية الاستصلاح عند الصحابة والتابعين	٨٤
المطلب الأول _ موقف الصحابة من الاستصلاح	٨٥
المطلب الثاني _ موقف التابعين من الاستصلاح	٩٠
المبحث الثاني _ الاختلاف في كلام الأصوليين حول حجية الاستصلاح	٩٣
المطلب الأول _ اختلاف نقول علماء الأصول في حجية الاستصلاح	٩٤
تحرير محل النزاع	٩٤
المطلب الثاني _ الاختلاف في نقل مذهب الإمام مالك، والغزالي، في الاستصلاح	٩٨
أولاً _ الاختلاف في نقل مذهب الإمام مالك	٩٨
ثانياً _ عدم وضوح رأي الغزالي، والاختلاف في نقله	١٠٠
المطلب الثالث _ أسباب هذا الاختلاف، وآثاره	١٠٢
أولاً _ أسباب الاختلاف في نقل حجية الاستصلاح، وفي حكاية مذهب مالك	١٠٢
ثانياً _ آثار هذا الاختلاف	١٠٣
المبحث الثالث _ حجية الاستصلاح في المذاهب الفقهية الأربعة	١٠٤
المطلب الأول _ حجية الاستصلاح في المذهب الحنفي	١٠٥
أولاً _ احتجاجهم بالملائم المرسل الذي هو المصالح المرسلة	١٠٦

ثانياً _ الاستحسان عند الحنفية من وجوه الاستصلاح	١٠٨
ثالثاً _ الاحتجاج بالعرف عند الحنفية من وجوه الاستصلاح	١١١
المطلب الثاني _ حجية الاستصلاح في المذهب المالكي	١١٣
ومن أمثلة الاستصلاح عند المالكية.....	١١٥
المطلب الثالث _ حجية الاستصلاح في المذهب الشافعي	١١٩
أولاً _ إثبات أخذ الإمام الشافعي بالاستصلاح	١١٩
ثانياً _ أمثلة أخذ الإمام الشافعي بالاستصلاح	١٢٣
ثالثاً _ الاستصلاح عند الغزالي	١٢٤
المطلب الرابع _ حجية الاستصلاح في المذهب الحنبلي	١٢٧
أولاً: إثبات عمل الإمام أحمد وأتباع مذهبه بالاستصلاح	١٢٧
ثانياً: أمثلة الأخذ بالاستصلاح عند الحنابلة.....	١٣١
ثالثاً: المصلحة المرسله عند الطوفي	١٣٣
١ _ أهم النقاط في رأي الطوفي	١٣٤
٢ _ الرد على نظرية الطوفي	١٣٥
المبحث الرابع _ حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول، ووجهة نظر الباحث	١٣٧
المطلب الأول _ حجية الاستصلاح عند الكتاب المعاصرين في الأصول	١٣٨
أولاً _ القائلون بحجية الاستصلاح	١٣٨
ثانياً _ المانعون لحجية الاستصلاح	١٤٠
المطلب الثاني _ أدلة المثبتين والمانعين لحجية الاستصلاح، ومناقشتها.....	١٤١
أولاً _ أدلة المثبتين لحجية الاستصلاح	١٤١

١	من الكتاب	١٤١
٢	من السنة	١٤١
٣	فعل الصحابة	١٤٢
٤	الاستقراء	١٤٣
٥	المعقول	١٤٤
	ثانياً _ أدلة المانعين لحجية الاستصلاح	١٤٤
	المطلب الثالث _ وجهة نظر الباحث في الاستصلاح	١٤٦
	الفصل الثاني _ ضوابط الاستصلاح	١٤٨
	المبحث الأول _ اندراج المصلحة المرسله في مقاصد الشارع، وعدم تفويتها مصلحة أهم منها	١٤٩
	تمهيد	١٥٠
	المطلب الأول _ اندراج المصلحة في مقاصد الشارع، وملاءمتها لتصرفاته	١٥١
	المطلب الثاني _ عدم تفويت المصلحة المرسله مصلحةً أهم منها	١٥٤
	المطلب الثالث _ دليل ميزان ترتيب المصالح	١٥٩
	أولاً _ دليل ترتيب الكليات الخمس	١٥٩
	ثانياً _ دليل ترتيب الضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينيات	١٦٠
	المبحث الثاني _ عدم معارضة المصلحة المرسله للقرآن الكريم، والسنة المطهرة، والإجماع، والقياس ...	١٦١
	المطلب الأول _ عدم معارضة المصلحة المرسله للقرآن الكريم	١٦٢
	المطلب الثاني _ عدم معارضة المصلحة المرسله للسنة المطهرة	١٦٦
	المطلب الثالث _ عدم معارضة المصلحة المرسله للإجماع والقياس	١٧٠
	أولاً _ الإجماع	١٧٠

ثانياً: القياس	١٧٠
التعارض بين القياس والاستصلاح.....	١٧٠
الفصل الثالث _ القواعد الفقهية المتعلقة بالاستصلاح، وتطبيقاتها المعاصرة في	
الأحوال الشخصية	١٧٣
تمهيد.....	١٧٤
أولاً _ تعريف القاعدة الفقهية	١٧٥
ثانياً _ الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية	١٧٦
ثالثاً _ الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.....	١٧٨
المبحث الأول _ قاعدة: المشقة تجلب التيسير	١٨٠
المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة، ومستنداتها	١٨١
أولاً _ شرح معنى القاعدة	١٨١
ثانياً: مستند القاعدة، وتطبيقاتها	١٨٢
أدلة التيسير الأصلي	١٨٣
أدلة التيسير الطارئ	١٨٤
المطلب الثاني _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة	١٨٧
أولاً: الضرورات تبيح المحظورات.....	١٨٧
١ _ معنى هذه القاعدة	١٨٧
٢ _ مستند القاعدة	١٨٩
٣ _ تطبيقات القاعدة	١٨٩
٤ _ ما يُستثنى من القاعدة	١٩٠
ثانياً _ ما أٌبيح للضرورة يُقَدَّر بقدرها	١٩٠

١	معنى هذه القاعدة	١٩١
٢	مستند القاعدة	١٩١
٣	تطبيقات القاعدة	١٩١
٤	ما يُستثنى من القاعدة	١٩٢
ثالثاً	الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامةً كانت أو خاصةً	١٩٢
١	معنى هذه القاعدة	١٩٢
٢	الفرق بين الحاجة والضرورة	١٩٣
٣	تطبيقات القاعدة	١٩٤
رابعاً	الاضطرار لا يبطل حقَّ الغير	١٩٥
١	معنى الاضطرار، وأقسامه	١٩٥
٢	معنى هذه القاعدة	١٩٦
٣	مستند القاعدة	١٩٦
٤	تطبيقات القاعدة	١٩٧
المبحث الثاني	قاعدة: لا ضرر ولا ضرار	١٩٨
المطلب الأول	شرح معنى القاعدة	١٩٩
١	صيغة القاعدة	١٩٩
٢	أهمية القاعدة	١٩٩
٣	المعنى اللغوي للقاعدة	٢٠٠
٤	المعنى الاصطلاحي للقاعدة	٢٠٠
٥	ضوابط الضرر	٢٠١
المطلب الثاني	مستند القاعدة، وتطبيقاتها	٢٠٥

أولاً _ مستند القاعدة	٢٠٥
ثانياً: تطبيقات القاعدة.....	٢٠٧
المطلب الثالث _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة	٢٠٩
أولاً: درء المفسد أولى من جلب المصالح	٢٠٩
١ _ معنى هذه القاعدة	٢٠٩
٢ _ مستند القاعدة	٢١٠
٣ _ تطبيقات القاعدة	٢١٠
ثانياً: الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف	٢١٢
١ _ معنى هذه القاعدة	٢١٢
٢ _ مستند القاعدة.....	٢١٣
٣ _ تطبيقات القاعدة	٢١٤
ثالثاً _ يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عامٍ	٢١٤
١ _ معنى هذه القاعدة	٢١٤
٢ _ مستند القاعدة	٢١٥
٣ _ تطبيقات القاعدة	٢١٥
المبحث الثالث _ قاعدة: العادة محكمة	٢١٦
المطلب الأول _ شرح معنى هذه القاعدة	٢١٧
أولاً: أهمية هذه القاعدة، وصلتها بالاستصلاح	٢١٧
ثانياً: التعريف بالعرف والعادة	٢١٩
١ _ تعريف العرف والعادة	٢١٩
٢ _ أنواع العرف.....	٢٢٠

٢٢١	٣ _ معنى (العادة محكمة)
٢٢١	٤ _ ضوابط اعتبار العرف والعادة
٢٢٤	المطلب الثاني _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها
٢٢٤	أولاً _ مستند القاعدة
٢٢٥	ثانياً: تطبيقات القاعدة
٢٢٨	المطلب الثالث _ أهم القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة
٢٢٨	أولاً: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
٢٢٨	١ _ معنى هذه القاعدة
٢٢٩	٢ _ مستند القاعدة
٢٢٩	٣ _ تطبيقات القاعدة
٢٢٩	ثانياً _ لا يُنكرُ تغيُّر الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال
٢٢٩	١ _ شرح القاعدة
٢٣٠	٢ _ شبهة، وردّها
٢٣٢	٣ _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها
٢٣٣	ثالثاً _ الكتاب كالحطاب
٢٣٣	١ _ معنى هذه القاعدة
٢٣٥	٢ _ مستند القاعدة، وتطبيقاتها
٢٣٧	المبحث الرابع _ تطبيقات معاصرة لهذه القواعد في الأحوال الشخصية
٢٣٨	مدخل: حجية القواعد الفقهية
٢٣٩	المطلب الأول _ أطفال الأنابيب
٢٣٩	أولاً: التعريف بالمسألة

٢٣٩	١ _ معنى أطفال الأنابيب
٢٣٩	٢ _ أساليب التلقيح الصناعي الخارجي، ودواعي استعماله
٢٤١	٣ _ التلقيح الداخلي، وأساليبه، ودواعيه
٢٤٣	٤ _ محاذير التلقيح الصناعي
٢٤٣	ثانياً _ حكم المسألة بناءً على القواعد الفقهية
٢٤٥	وجه بناء هذه الأحكام على القواعد الفقهية
٢٤٥	أولاً _ الأحكام العامة
٢٤٦	ثانياً _ حكم التلقيح الاصطناعي
٢٤٨	ثالثاً _ رأي الباحث
٢٥٢	المطلب الثاني _ إنشاء بنوك المني، والتعامل معها
٢٥٢	أولاً: التعريف بالمسألة
٢٥٢	١ _ تعريف بنوك المني
٢٥٣	٢ _ غاية إنشاء بنوك المني
٢٥٥	٣ _ محاذير ومفاسد إنشاء بنوك المني
٢٥٦	ثانياً: حكم المسألة بناءً على القواعد الفقهية
٢٥٧	وجه بناء هذه الأحكام على القواعد الفقهية
٢٥٧	ثالثاً _ رأي الباحث
٢٥٩	المطلب الثالث _ رتق غشاء البكارة
٢٥٩	أولاً: التعريف بالمسألة
٢٥٩	١ _ تعريف غشاء البكارة
٢٥٩	٢ _ صورة المسألة

٢٦٠	٣ _ أهمية غشاء البكارة.....
٢٦١	ثانياً _ حكم المسألة، بناءً على القواعد الفقهية والمصلحة
٢٦٣	ثالثاً: رأي الباحث.....
٢٦٦	الباب الثاني _ أثر الاستصلاح في الأحوال الشخصية
٢٦٧	مدخل.....
٢٧٢	الفصل الأول _ تقييد المباح
٢٧٣	المبحث الأول _ معنى تقييد المباح ، وتأصيله، وضوابطه.....
٢٧٤	المطلب الأول _ معنى تقييد المباح
٢٧٤	أولاً _ تعريف التقييد
٢٧٤	ثانياً _ تعريف المباح
٢٧٤	ثالثاً _ معنى تقييد المباح
٢٧٥	رابعاً _ مثال تقييد المباح
٢٧٥	١ _ مثال تقييد المباح بالمنع منه.....
٢٧٥	٢ _ مثال تقييد المباح، بالإلزام به
٢٧٧	المطلب الثاني _ التأصيل الشرعي لتقييد المباح
٢٧٧	أولاً _ من السنة المطهرة
٢٧٨	ثانياً _ من أعمال الصحابة رضي الله عنهم
٢٨١	المطلب الثالث _ ضوابط تقييد المباح
٢٨٦	المبحث الثاني _ تحديد أهلية الزواج بالسّن
٢٨٧	المطلب الأول _ زواج الصّغار، وحكمه
٢٨٧	أولاً: تعريف زواج الصغار

٢٨٧	١ _ الزواج
٢٨٧	٢ _ الصغار
٢٨٨	ثانياً: حكم زواج الصغار
٢٨٨	١ _ من القرآن الكريم
٢٨٩	٢ _ من السنّة المطهّرة
٢٨٩	٣ _ من آثار الصحابة رضي الله تعالى عنهم
٢٩٠	٤ _ الإجماع
٢٩١	ثالثاً: الحكمة من زواج الصغار
٢٩٣	المطلب الثاني _ حكم تحديد سنّ للزّواج
٢٩٣	أولاً _ البلوغ بالعلامات
٢٩٥	ثانياً _ البلوغ بالسنّ
٣٠٠	المطلب الثالث: تحديد سن الزواج في القانون
٣٠٠	القسم الأول: القوانين العربية التي تنص على حد أدنى متفاوت لسن الزواج
٣٠٢	القسم الثاني: القوانين العربية التي تنصّ على حدٍّ واحدٍ أدنى لسن الزواج
٣٠٥	المطلب الرابع: رأي الباحث في تحديد سنّ الزواج
٣٠٨	المبحث الثالث _ الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج
٣٠٩	المطلب الأول: صورة المسألة
٣١١	المطلب الثاني _ حكم الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج
٣١٥	المطلب الثالث _ رأي الباحث في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج
٣١٧	المبحث الرابع _ الإلزام بتوثيق عقد الزواج
٣١٨	المطلب الأول _ التعريف بتوثيق عقد الزواج

المطلب الثاني _ حكم الإلزام بتوثيق عقد الزواج	٣٢١
١ _ ورد الأمر بحفظ الحقوق من الضياع بتوثيقها	٣٢١
٢ _ أصل إشهار عقد الزواج.....	٣٢١
٣ _ حفظ الأنساب	٣٢٢
الفصل الثاني: التقديرات في الأحوال الشخصية	٣٢٤
التمهيد.....	٣٢٥
المبحث الأول: التعريف بالتقديرات، وضوابطها.....	٣٢٦
المطلب الأول _ التعريف بالتقديرات	٣٢٧
المطلب الثاني _ ضوابط التقديرات	٣٣٠
١ _ أن لا تكون المسألة مُقدَّرة بتقدير الشارع	٣٣٠
٢ _ أن يبذل القاضي جهده ويستفرغ وسعه	٣٣١
٣ _ مراعاة العرف، واعتباره	٣٣١
المبحث الثاني: تقدير حقوق الزوجة المالية	٣٣٣
المطلب الأول _ تقدير المهر	٣٣٤
أولاً _ تعريف المهر	٣٣٤
ثانياً _ تقدير المهر	٣٣٤
١ _ تقدير أقل المهر.....	٣٣٤
٢ _ تقدير أكثر المهر.....	٣٣٥
ثالثاً _ هل يجوز تقدير المهر بقدر معيَّن؟.....	٣٣٦
وجهة نظري	٣٣٨
المطلب الثاني _ تقدير النفقة الزوجية	٣٣٩

المطلب الثالث _ تقدير متعة المطلقة.....	٣٤١
أولاً _ تعريف المتعة	٣٤١
ثانياً _ مشروعية المتعة	٣٤١
ثالثاً _ تقدير المتعة.....	٣٤٢
المبحث الثالث: تقدير مدة اعتبار المفقود ميتاً	٢٤٣
المطلب الأول _ التعريف بالمفقود	٣٤٤
أولاً _ تعريف المفقود	٣٤٤
١ _ المفقود لعةً	٣٤٤
٢ _ المفقود اصطلاحاً	٣٤٤
ثانياً _ أنواع المفقود	٣٤٥
المطلب الثاني _ أقوال الفقهاء في المسألة، وأدلتهم.....	٣٤٧
١ _ مذهب الحنفية	٣٤٧
٢ _ مذهب المالكية	٣٤٨
٣ _ مذهب الشافعية	٣٤٩
٤ _ مذهب الحنابلة	٣٤٩
المطلب الثالث _ موقف القانون من هذه المسألة	٣٥٢
المطلب الرابع _ رأي الباحث في المسألة	٣٥٤
المبحث الرابع _ تقديرات زمنية في مسائل في الأحوال الشخصية	٣٥٨
المطلب الأول _ عدم سماع الدعوى بزيادة النفقة أو نقصانها قبل مرور ستة أشهر على قرَضها	٣٥٩
بيان المسألة ووجه الاستصلاح فيها	٣٥٩

المطلب الثاني _ تقدير مدة انتهاء الحضانة	٣٦١
١ _ مذهب الحنفية	٣٦١
٢ _ مذهب المالكية	٣٦١
٣ _ مذهب الشافعية	٣٦١
٤ _ مذهب الحنابلة	٣٦٢
المطلب الثالث _ تقديرات زمنية في عدة مسائل في قانون الأحوال الشخصية السوري	٣٦٤
الفصل الثالث: التعويض في الأحوال الشخصية	٣٦٦
المبحث الأول: التعريف بالتعويض	٣٦٧
المطلب الأول _ التعويض عند الفقهاء القدامى	٣٦٨
أولاً: تعريف التعويض لغةً	٣٦٨
ثانياً: تعريف التعويض عند الفقهاء القدامى	٣٦٨
المطلب الثاني _ التعويض عند أهل العلم المعاصرين	٣٧١
المبحث الثاني: التعويض بسبب العدول عن الخطبة	٣٧٣
المطلب الأول _ تعريف الخطبة، وتكييفها الشرعي	٣٧٤
أولاً: تعريف الخطبة	٣٧٤
ثانياً: مشروعية الخطبة	٣٧٤
ثالثاً: التكييف الشرعي للخطبة، وحكم العدول عنها	٣٧٥
المطلب الثاني _ حكم التعويض بسبب العدول عن الخطبة	٣٧٨
المبحث الثالث: التعويض بسبب الطلاق التعسفي	٣٨٢
المطلب الأول _ التعريف بالطلاق التعسفي	٣٨٣
أولاً: تعريف الطلاق	٣٨٣

١ _ الطلاق لغةً	٣٨٣
٢ _ الطلاق اصطلاحاً	٣٨٣
ثانياً: تعريف التعسف	٣٨٣
١ _ التعسف لغةً	٣٨٣
٢ _ التعسف اصطلاحاً	٣٨٤
ثالثاً: تعريف الطلاق التعسفي	٣٨٥
المطلب الثاني _ حكم التعويض بسبب الطلاق التعسفي	٣٨٧
المطلب الثالث _ رأي الباحث	٣٩١
الفصل الرابع: الدعاوى في الأحوال الشخصية	٣٩٢
مدخل: التعريف بالدعاوى	٣٩٣
أولاً: تعريف الدعاوى لغةً	٣٩٣
ثانياً: تعريف الدعوى اصطلاحاً	٣٩٣
١ _ تعريف الحنفية	٣٩٣
٢ _ تعريف المالكية	٣٩٤
٣ _ تعريف الشافعية	٣٩٤
٤ _ تعريف الحنابلة	٣٩٤
ثالثاً: مشروعية الدعوى	٣٩٥
تمهيد	٣٩٨
المطلب الأول _ التفريق للشقاق والضرر	٣٩٩
أولاً: صورة المسألة	٣٩٩
ثانياً: التفريق للشقاق في الفقه الإسلامي	٣٩٩

ثالثاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من التفريق للشقاق	٤٠١
رابعاً: نموذج لصيغة دعوى طلب التفريق للشقاق والضرر في سوريا	٤٠٣
المطلب الثاني: التفريق للغيبة	٤٠٥
أولاً: المقصود بالغيبة	٤٠٥
ثانياً: التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي	٤٠٥
ثالثاً: موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من التفريق للغيبة	٤٠٦
رابعاً: رأي الباحث	٤٠٧
خامساً: نموذج لصيغة دعوى طلب التفريق للغيبة في سوريا	٤٠٨
المبحث الثاني: دعاوى العضل	٤١٠
المطلب الأول: تعريف العضل	٤١١
أولاً: تعريف العضل لغةً	٤١١
ثانياً: تعريف العضل اصطلاحاً	٤١١
المطلب الثاني: أثر إثبات العضل	٤١٣
المبحث الثالث: دعاوى النفقة الزوجية	٤١٥
المطلب الأول _ تعريف النفقة الزوجية، وحكمها	٤١٦
أولاً _ تعريف النفقة الزوجية	٤١٦
١ _ تعريف الحنفية	٤١٦
٢ _ تعريف المالكية	٤١٦
٣ _ تعريف الشافعية	٤١٦
٤ _ تعريف الحنابلة	٤١٦
ثانياً: حكم النفقة الزوجية	٤١٦

٤١٨	ثالثاً: نموذج لصيغة دعوى طلب إلزام الزوج بالنفقة في سوريا
٤٢١	المطلب الثاني: ماهية النفقة الزوجية
٤٢٣	المطلب الثالث _ مقدار النفقة الزوجية
٤٢٣	أولاً: كيفية تقدير النفقة
٤٢٤	ثانياً: استبدال أعيان النفقة بالنقود
٤٢٤	ثالثاً: تعديل مقدار النفقة
٤٢٥	الخاتمة
٤٢٦	أولاً _ أهم نتائج البحث
٤٣٢	ثانياً _ التوصيات
٤٣٤	ملحق: اقتراحات لقانون الأحوال الشخصية السوري
٤٣٦	الفهارس العامة
٤٣٧	فهرس الآيات القرآنية الكريمة
٤٤٥	فهرس الأحاديث الشريفة
٤٤٩	فهرس الأعلام
٤٥٦	فهرس القواعد الفقهية
٤٥٩	فهرس المصادر والمراجع
٥٠٤	فهرس المحتويات