

١٤
٢٤٨
١٠٩


١٥٨

الجامعة الأردنية
كلية الدراسات العليا

تطبيقات السياسة الشرعية
في
الأحوال الشخصية

٢١

٥٥٩٥

مركز كلية الدراسات العليا


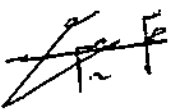



إعداد
عبد الفتاح عايش عبد الفتاح عمرو
إشراف
فضيلة الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

(قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الدكتوراة
في الفقه وأصوله من كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية)
كانون الثاني ١٩٩٤م

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ١٩٩٤/١/٢ واجيزت .

التوقيع

اعضاء اللجنة

- ١- الاستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين - مشرفا 
- ٢- الاستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي - عضوا 
- ٣- الاستاذ الدكتور ياسين ابراهيم زرادكه - عضوا 
- ٤- الدكتور محمود مصلح السرطاوي - عضوا 

محتويات الرسالة

ب	قرار لجنة المناقشة
ج	محتويات الرسالة
م	ملخص باللغة العربية
١	المقدمة
٧	تمهيد في السياسة الشرعية
٧	السياسة الشرعية في اللغة
٨	معنى السياسة في الاصطلاح
٩	تعريفات السياسة الشرعية عند الفقهاء
٩	في الفقه الحنفي
١١	في الفقه المالكي
١١	في الفقه الشافعي
١١	في الفقه الحنبلي
١٢	عند ابن خلدون
١٣	عند العلماء المعاصرين
١٥	التعريف المختار للسياسة الشرعية
١٧	مجالات السياسة الشرعية
١٨	الفرق بين السياسة الشرعية والسياسة الوضعية
١٨	اعتبار أحكام السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي
١٩	في الفقه الحنفي
٢٠	في الفقه المالكي
٢١	في الفقه الشافعي
٢٣	في الفقه الحنبلي

٢٣	في الفقه الظاهري
٢٥	أدلة اعتبار السياسة الشرعية عند القائلين بها
٢٧	تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية
٢٧	المراد بالأحوال الشخصية

الفصل الأول

في الزواج

المبحث الأول: نكاح السر

٢٩	المطلب الأول: نكاح السر لغة واصطلاحاً
٣٠	المطلب الثاني: صورة نكاح السر
٣٠	المطلب الثالث: الفرق بين نكاح السر والنكاح العرفي
٣١	المطلب الرابع: أقوال العلماء في نكاح السر وأدلتهم
٣٢	المطلب الخامس: السياسة في نكاح السر
٣٣	المطلب السادس: موقف القانون الأردني

المبحث الثاني: نكاح الكتابيات

٣٥	المطلب الأول: المقصود بنكاح الكتابيات
٣٦	المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم نكاح الكتابيات
٣٨	المطلب الثالث: رأي عمر بن الخطاب في هذا النكاح
٤٠	المطلب الرابع: السياسة الشرعية في فعل عمر ومستندها
٤١	المطلب الخامس: موقف القانون من زواج الأجنيات

المبحث الثالث: منع الزواج مع وجود تفاوت في السن

بين الخاطبين يزيد على عشرين عاماً سياسة.

٤٣	المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقهاً
٤٤	المطلب الثاني: موقف قانون حقوق العائلة الأردني

الفصل الثاني في آثار الزواج المبحث الأول - المهر

٥٣ المطلب الأول: المقصود بالمهر لغة واصطلاحاً

٥٤ المطلب الثاني: حكم المهر

٥٥ المطلب الثالث: وفيه مسائل

٥٥ المسألة الأولى: تحديد المهر سياسة ووجه السياسة فيه.

٥٩ المسألة الثانية: الأجل المطلق ووجه السياسة فيه.

٦٠ المسألة الثالثة: مهر السر ومهر العلانية.

المبحث الثاني: الرضاع

٦٣ المطلب الأول: معنى الرضاع في اللغة والاصطلاح

٦٤ المطلب الثاني: اجبار الأم على الارضاع ضرورة ووجه السياسة فيه.

٦٧ المطلب الثالث: شهادة امرأة واحدة على الإرضاع

٦٨ مذهب الحنفية و مذهب المالكية

٦٩ مذهب الشافعية و مذهب الخنابلة

٦٩ رأي عمر في المسألة والسياسة الشرعية فيه

٧١ موقف القانون الأردني

المبحث الثالث: النفقة

٧٢ المطلب الأول: معناها وأحكامها

٧٣ المطلب الثاني: عدم استحقاق الزوجة العاملة خارج البيت للنفقة

٧٥ مذهب الحنفية

٧٥ مذهب المالكية

٧٥	مذهب الشافعية
٧٥	مذهب الحنابلة
٧٧	موقف القانون الأردني
٧٨	السياسة الشرعية في المسألة
٨٠	المطلب الثالث: نفقة زوجة الغائب وفيه مسائل
٨١	المسألة الأولى: جواز سماع اليانة على الزوجية
٨٢	المسألة الثانية: اخذ الكفيل بالنفقة
٨٣	المسألة الثالثة: تحليف زوجة الغائب اليمين
٨٤	موقف القانون
٨٤	وجه السياسة في المسألة
٨٥	المطلب الرابع: النفقة المستعجلة
٨٦	موقف القانون ووجه السياسة الشرعية في المسألة
٨٧	المطلب الخامس: تعديل النفقة
٨٨	موقف القانون
٨٩	وجه السياسة الشرعية في المسألة
٩٠	المبحث الرابع في الحضانة
٩٠	المطلب الأول: معنى الحضانة لغة وشرعاً
٩١	المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة
٩٢	اقوال الفقهاء في المسألة
٩٣	وجه السياسة الشرعية فيها
٩٤	موقف القانون الأردني
٩٥	المطلب الثالث: سفر الحاضنة مسقط للحضانة
٩٧	السياسة الشرعية في المسألة
٩٨	موقف القانون الأردني

- ٩٨ المطلب الرابع: نقل الولد من المصر إلى القرية
- ١٠٠ المطلب الخامس: نقل الولد إلى دار الحرب
- ١٠١ المطلب السادس: العلم بزواج الحاضنة وعدم طلب من يليها الحضانة مسقط حقه
- ١٠٤ المطلب السابع: شرط عدم مرض الحاضنة
- المبحث الخامس في النسب**
- ١٠٨ المطلب الأول: النسب لغة وشرعاً
- المطلب الثاني: وفيه مسائل
- ١٠٩ المسألة الأولى: أكثر مدة الحمل
- ١١٠ السياسة الشرعية فيها
- ١١١ موقف القانون الأردني
- ١١٣ المسألة الثانية: امكانية التلاقي
- ١١٥ وجه السياسة الشرعية في قول الجمهور
- ١١٦ موقف القانون الأردني
- ١١٦ المسألة الثالثة: شرط أن يولد مثله
- ١١٧ أقوال الفقهاء ووجه السياسة الشرعية في المسألة
- ١١٨ موقف القانون الأردني
- ١١٩ رأيي في المسألة
- ١٢٠ المسألة الرابعة: ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهتة على الولادة
- ١٢٢ وجه السياسة الشرعية في المسألة
- ١٢٣ المسألة الخامسة: ثبوت النسب باقرار الورثة
- ١٢٤ وجه السياسة الشرعية في المسألة
- المسألة السادسة: ولادة التوأم والإقرار لاحدهما دون الآخر يثبت
- ١٢٦ نسب الاثنين معاً
- ١٢٨ وجه السياسة الشرعية في المسألة

الفصل الثالث: في الطلاق والعدة

المبحث الأول: في الطلاق

- المطلب الأول: الطلاق لفة وشرعاً ١٣٠
- المطلب الثاني: مشروعية الطلاق ١٣٢
- المطلب الثالث: مسائل السياسة الشرعية في الطلاق
- المسألة الأولى: وقوع الطلاق المكرر في مجلس واحد ١٣٣
- اقوال الفقهاء في المسألة:
- الاتجاه الأول ١٣٤
- الاتجاه الثاني ١٣٧
- الاتجاه الثالث ١٣٨
- المناقشة والترجيح ١٣٩
- السياسة الشرعية في المسألة ١٤٦
- حكم المسألة في القانون ١٤٨
- المسألة الثانية: طلاق السكران يقع تعزيراً ١٥١
- مذهب الحنفية ١٥٢
- مذهب المالكية ١٥٣
- مذهب الشافعية ١٥٤
- مذهب الحنابلة ١٥٤
- الترجيح ١٥٥
- السياسة الشرعية في المسألة ١٥٦
- حكم المسألة في القانون ١٥٧
- المسألة الثالثة: طلاق الأخرس مع القدرة على الكتابة لا يقع بالاشارة استحساناً ١٥٨
- الاتجاه الأول ١٥٩
- الاتجاه الثاني ١٥٩

- ١٦٠ وجه السياسة الشرعية في المسألة
- ١٦٢ موقف القانون
- المسألة الرابعة: صيغة عليّ الحرام أو ما شاكلها من الطلاق
- ١٦٤ الكتاني إذا شاع استعمالها تقع عرفاً في الصريح عند الحنفية
- ١٦٦ السياسة الشرعية في المسألة
- ١٦٧ حكمها في القانون
- المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي
- ١٧٠ المطلب الأول: في التعسف في استعمال الحق
- ١٧٤ المطلب الثاني: طلاق التعسف في القانون الأردني
- ١٧٧ المطلب الثالث: السياسة الشرعية في المسألة
- المبحث الثالث: في العدة
- ١٨٠ المطلب الأول: معناها لغة وشرعاً
- المطلب الثاني: وفيه مسائل
- ١٨١ المسألة الأولى: المعتدة بالحيض إذا انقطع حيضها أثناء العدة
- ١٨٢ مذهب الحنفية
- ١٨٢ مذهب المالكية
- ١٨٣ مذهب الشافعية
- ١٨٤ مذهب الحنابلة
- ١٨٤ مذهب ابن حزم
- ١٨٥ المناقشة والترجيح
- ١٨٧ السياسة الشرعية في المسألة
- ١٨٨ ما عليه العمل في القانون
- ١٨٩ المسألة الثانية: ثبوت العدة من يوم الإقرار زجراً
- ١٨٩ مذهب الحنفية

- ١٩٠ مذهب المالكية
١٩١ السياسة الشرعية في المسألة
١٩٢ حكم المسألة في القانون
١٩٣ المسألة الثالثة: إذا تزوجت المطلقة بعد انقضاء

عدتها دل على الاقرار الضمني بانقضاء العدة

- ١٩٤ السياسة الشرعية في المسألة
١٩٥ المسألة الرابعة: عدم قبول قول المطلقة بانقضاء

عدتها قبل مرور ثلاثة أشهر في القانون

- ١٩٦ حكم المسألة في قانون الأحوال الشخصية
١٩٧ رأبي في المسألة
١٩٩ السياسة الشرعية في المسألة ومناقشتها

الفصل الرابع في التفريق

المبحث الأول تحديد اجل للعنين وتطبيق زوجته بعد الاجل

- ٢٠١ المطلب الأول: معنى العنة وصورة المسألة
٢٠١ المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء
٢٠٥ المطلب الثالث: الترجيح
٢٠٧ المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
٢٠٨ المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون

المبحث الثاني: في زوجة المفقود

- ٢١١ المطلب الأول: في تعريف المفقود
٢١٢ المطلب الثاني: اقوال الفقهاء في المسألة
٢١٥ المطلب الثالث: الترجيح
٢١٧ المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
٢١٨ المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون

المبحث الثالث: التفريق بين الزوجين للضرر

- المطلب الأول: المقصود بالضرر
المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء وأدلتهم
المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون

المبحث الرابع: إلزام الغائب عن زوجته بالانفاق أو الطلاق

- المطلب الأول: المقصود بالمسألة وصورتها
المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء وأدلتهم
المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون

الفصل الخامس: في الموارِيث

المبحث الأول: توريث المطلقة بئناً في مرض الموت

- المطلب الأول: تعريف مرض الموت وصورة المسألة
المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء وأدلتهم
المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون

المبحث الثاني: العول

- المطلب الأول: معنى العول لغة واصطلاحاً
المطلب الثاني: صورة المسألة وأمثلة العول
المطلب الثالث: أقوال الفقهاء في العول
المطلب الرابع: المناقشة والترجيح

٢٧٠	المطلب الخامس: السياسة الشرعية في المول
	المبحث الثالث: الشركة بين الأشقاء والاخوة لأم
٢٧٢	المطلب الأول: المقصود بالشركة وصورة المسألة
٢٧٣	المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء وأدلتهم
٢٧٥	المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
٢٧٨	المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
٢٨٠	المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون
	المبحث الرابع: المسألة الغراوية
٢٨٤	المطلب الأول: المتصود بالغراوية وصورة المسألة
٢٨٥	المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء
٢٨٦	القول الأول وأدله
٢٨٧	القول الثاني وأدله
٢٨٧	المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
٢٩٠	المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة
٢٩١	المطلب الخامس: موقف القانون الأردني
٢٩٢	الخاتمة وأهم النتائج
٢٩٦	فهرس الآيات القرآنية الواردة في الرسالة
٢٩٩	فهرس الأحاديث النبوية الواردة في الرسالة
٣٠١	فهرس المراجع
٣١٩	ملخص باللغة الانجليزية

تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية

اعداد عبد الفتاح عايش عبد الفتاح عمرو

اشراف فضيلة الاستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين

المقصود بالسياسة الشرعية: سُلطة تقديرية منوطة للحاكم الشرعي، يعمل بها في تدبير شؤون الأمة، باجتهاده أو اجتهاد غيره، بما يحقق مصلحتها. أو هي مجموعة الأوامر والاجراءات الصادرة عن مختص شرعاً، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الاسلامية فيما لا نص فيه، على المحكومين، بشروطها المعتبرة.

وقد عرف الفقه الاسلامي السياسة الشرعية مصدراً تبعياً من مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ولا أدل على ذلك من استخدام الفقهاء لهذا المصدر، واستنادهم عليه في أحكامهم الفقهية. يظهر ذلك واضحاً في هذه الرسالة، وخاصة في مواضيع الأحوال الشخصية، وهي المواضيع المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وميراث ونسب وحضانة ونفقة ونحو ذلك.

فقد استند الفقهاء الى مبادئ وقواعد شرعية تعد من أصول السياسة الشرعية ومن مستنداتها الهامة، كالأستحسان، والمصالح المرسله، ومبدأ سد الذرائع، والعرف، ومبدأ رفع الحرج؛ واعتبار مآلات الأفعال، ومراعاة الخلاف، وغير ذلك من المبادئ العامة، ومقاصد الشريعة.

ومع أن مواضيع الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية وردت مفصلة، لأن معظمها مبني على مصلحة ثابتة لا تتغير ولا يريد الشارع تغييرها، إلا أن الفقهاء اجتهدوا في مسائلها وفق أحكام السياسة الشرعية، وعالجوا المستجدات والمشاكل التي واجهت مجتمعاتهم بكل شجاعة وجراة، معتمدين على فهمهم العميق لروح النص ومقاصد الشريعة، ولم يجمدوا عند النصوص. مما يدل دلالة واضحة على مرونة نص الشريعة الاسلامية، وأنها صالحة لكل زمان ومكان، ومما يرشد أيضاً الفقهاء المعاصرين الى ضرورة الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية، في كل مسألة جديدة لم يرد فيها نص من الشارع، ولم يسبق أن بحثها الفقهاء، فقد سلكوا هذا الطريق الاجتهادي، ليعلموا

من يأتي بعدهم من الفقهاء كيفية التصدي لمستجدات العصر بالروح ذاتها، وبمثل النهج السابق، حتى يظل الفقه الاسلامي خالداً وصالحاً للتطبيق ما دامت الشريعة خالدة.

إلا أن مجال السياسة الشرعية محصور في الأحكام التي لم يرد بشأنها نص خاص، أو ورد فيها نص خاص معتل ومبني على مصلحة متغيرة كما فعل عمر في سهم المؤلف قلوبهم. فقد رأى أن اعطاءهم من الزكاة مبني على مصلحة متغيرة، وهي حاجة الدولة لتأليف قلوبهم، فإذا تغير الحال وأصبحت الدولة الاسلامية قوية فلا يعطوا من الزكاة، لأن النص اعطاهم في حالة دون حالة، حسب رأيه.

ولقد اجتهد جميع الفقهاء تقريباً، وفق أحكام السياسة الشرعية، وظهر ذلك في أدلتهم الفقهية وتعليقاتهم للأحكام، إلا أنهم يختلفون في الاسم الذي يطلقونه عليها، فبعضهم يسميها: سياسة، وبعضهم يطلق عليها اسم: المصلحة والعدل، وآخرون يقولون: استصلاحاً، وغيرهم يسمونها: سد الذريعة أو عملاً بالحكمة، ونحو ذلك مما يدل دلالة واضحة أن الفقهاء استعملوا السياسة الشرعية واستندوا اليها في اجتهادهم في المسائل التي لم يرد النص من الشارع بخصوصها، وأنهم كانوا يتحرون الحق والعدل في التشريع.

كما أنهم يختلفون في التوسع والتضييق بخصوص استعمال السياسة الشرعية، فكان منهم المتوسع في ذلك كالامام مالك ومتأخري الحنابلة، ومنهم المضييق كالامام الشافعي وأحمد بن حنبل. إلا أن المنهج السليم في ذلك هو التوسط والاعتدال، فلا يجوز التفريط في الاستناد الى السياسة الشرعية، لأنه تعطيل للأحكام، كما لا يجوز الافراط، لأنه يؤدي الى الحكم بالهوى والقول بلا دليل معتبر. وكلاهما مذموم شرعاً وعقلاً.

وينبغي أن نعلم أن أحكام السياسة الشرعية ظنية وليست قطعية، كالأحكام المستندة الى نص أو اجماع أو قياس جلي معتبر، كما أنها أحكام متغيرة وغير ثابتة بل لا بد من أن تتبدل تبعاً للمصلحة في كل عصر وبينة، فإذا اختلفت المصلحة أو تخلفت فلا يجوز الاستمرار بأعمال الحكم السياسي، لأنه يكون عبثاً مع انتفاء المصلحة التي بنى عليها وشرع من أجلها. لذلك لا يجوز التوسع في أحكام السياسة الشرعية بدون موجب أو على سبيل الفرض الفقهي، لأنها وجدت لمعالجة الواقع. والتوسع فيها بما لم يقع مخالف لطبيعتها وحكمة مشروعيتها.

وأخيراً: فقد ظهر من تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية أن المستجدات أو المسائل المعاصرة التي لم يرد بخصوصها نص من الشارع لا حصر لها، وقد عاجلتها السياسة الشرعية معالجة كاملة بما يحقق المصلحة للأمة في كل عصر وبيئة، فيجب أن يتصدى الفقهاء المعاصرون لمثل هذه المستجدات، لأن ائقال باب الاجتهاد والجمود على النص مخالف للشريعة الخالدة ومناقض لأحكام السياسة الشرعية، إلا أنني أرى أن الاجتهاد الجماعي في هذا العصر توجيه السياسة الشرعية أكثر من الاجتهاد الفردي، لكثرة فروع العلم والمعرفة، وعدم امكانية الاحاطة بعلوم العصر لفرد من الأفراد. ونظراً لتنوع الاختصاص في شتى مناحي الحياة فان الاجتهاد الجماعي هو الضمان لتحقيق المصلحة التي تقوم على أساسها السياسة الشرعية.

المقدمة

الحمد لله حمد عبدٍ مقر بنعمة مولاه، شاكر لفضله وعطاياه، والصلاة والسلام على من أكرمه الله برسالته وخصه بعظيم مزاياه، وأشهد ان لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، شهادة تنفع صاحبها يوم لقاء الله، وبعد:

فكثيراً ما يلفت انتباه القارئ لكذب الفقهاء قولهم: (يجوز سياسة) فهم مثلاً ينصون على حكم قتل الجاسوس ثم يقولون (ويجوز قتله سياسة)، أو ينصون على عقوبة الزاني غير المحصن فيقولون: أنها الجلد، إلا إذا رأى الحاكم أن يغيره أيضاً فله ذلك (سياسة).

وقد استوقفتني مثل هذه العبارات طويلاً إلى أن عرفت ان للسياسة في نظر الفقهاء معنى أصولياً تبنى عليه الأحكام فيما لا نص فيه من الشارع، وأنها خطة تشريعية يستخدمها ولي الأمر لتدبير شؤون الأمة بما يصلحها، وأنها منضبطة لا تخضع لهوى البشر أو رغباتهم الشخصية، فأحييت أن أعرف تطبيقات الفقهاء لهذه السياسة الشرعية في موضوع الأحوال الشخصية بعيداً عن نظام العقوبات، وأرى مدى استخدامهم لهذه الخطة التشريعية عملياً في موضوعات الفقه المتعلقة بنظام الأسرة، إضافة الى ما لهذا الموضوع من صلة بطبيعة عملي في القضاء الشرعي، فاخترت عنواناً لرسالة الدكتوراة: تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية.

وذلك: لأن موضوع الأحوال الشخصية له أهمية بالغة في حياة المجتمع، فهو يمس كل فرد فيه، والحاجة ملحة للاجتهاد المعاصر في موضوعاته وفق أحكام السياسة الشرعية، لإثبات مرونة أحكام الشريعة الإسلامية وصلاحتها لكل زمان ومكان، وإثبات مقدرتها عملياً على التصدي لمشاكل المجتمع المعاصر، فمعرفة تطبيقات الفقهاء لمثل هذه الأحكام واعتمادهم على السياسة الشرعية فيها، ينير الطريق أمام الاجتهاد المعاصر ليقفل مثل ما فعلوا، ويعالج الأمور المستجدة بالروح نفسها التي عاجلوا بها مشاكل الأمة في زمانهم، وفقاً لضوابط شرعية معتبرة.

وإذا كان الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية، مزلة أقدام ومضلة افهام، كما يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله، وأنها مقام ضنك ومعترك صعب، فرط فيه طائفة فمعلوا الحدود وضيقوا الحقوق وجروا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، وأفرطت طائفة أخرى فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله. وكلا الطائفتين أتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتابه. «[١١٨: ١٣] أقول: إذا كان هذا حال الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية بشكل عام، فإن الاجتهاد وفق أحكامها في موضوع الأحوال الشخصية، خطر على خطر وعناء على عناء، لما له من حساسية مفردة وخصوصية تصل حد القداسة في الحرص عليها. إلا أنه معترك لا بد من خوض غماره واقتحام أهواله، وصولاً إلى الحق وإسهاماً في أداء رسالة العلم.

وقد رأيت أن أقسم البحث إلى خمسة فصول رئيسية، وفصل تمهيدي في السياسة الشرعية. وقد بحثت في الفصل التمهيدي معنى السياسة الشرعية لغة واصطلاحاً، وأوردت تعريفاتها عند فقهاء المذاهب الأربعة وابن خلدون والعلماء المعاصرين، واخترت تعريفاً رأيت أنه أقرب إلى الصواب، ثم بينت مجالات السياسة الشرعية، والفرق بينها وبين السياسة الوضعية، ومدى حجيتها واعتبارها في الفقه الإسلامي وأدلة ذلك، ورجحت رأي القائلين بأنها حجة في الشرع. كما بينت المراد بالأحوال الشخصية وموضوعاتها، لأنها المجال الذي سنبحث فيه تطبيقات السياسة الشرعية.

أما الفصل الأول:

فقد جعلته في الزواج وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في نكاح السر معناه لغة وشرعاً وصورته والفرق بينه وبين النكاح العرفي، وبينت أقوال العلماء في نكاح السر وأدلتهم ورجحت بطلانه، ثم بينت موقف القانون الأردني منه، ووجه السياسة الشرعية فيه.

والمبحث الثاني: في نكاح الكتايات والمقصود به وأقوال الفقهاء فيه وأدلتهم مع الترجيح، وذكرت رأي عمر بن الخطاب في ذلك ووجه السياسة الشرعية ومستنداتها وموقف القانون من زواج الأجنيبات.

والمبحث الثالث: في منع الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الخطابين يزيد على عشرين عاماً، إذا كانت المخطوبة دون سن الثامنة عشرة من عمرها، ويثبت صورة هذه المسألة ووجه السياسة الشرعية فيها وموقف القانون الأردني.

والفصل الثاني: في آثار الزواج وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في المهر والمقصود به لغة واصطلاحاً وحكمه، وقصرت البحث في السياسة

الشرعية فيه على ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تحديد المهر سياسة ووجه السياسة فيه.

المسألة الثانية: الأجل المطلق ووجه السياسة فيه.

المسألة الثالثة: مهر السّر ومهر العلانية. ويثبت أقوال الفقهاء في كل مسألة ورجحت ما شهد

له الدليل، ويثبت وجه السياسة الشرعية في كل مسألة ومستندها.

المبحث الثاني: في الرضاع ومعناه لغة واصطلاحاً، ويبحث فيه مسألة اجبار الأم على

الارضاع ضرورة ووجه السياسة فيه، ومسألة شهادة امرأة واحدة على الرضاع، وذكرت أقوال

المذاهب في ذلك ورأي عمر بن الخطاب ووجه السياسة الشرعية وموقف القانون الأردني.

والمبحث الثالث: في النفقة معناها وأحكامها عند الفقهاء، وذكرت مسائل السياسة الشرعية في

النفقة وهي أربع مسائل:

الأولى: عدم استحقاق الزوجة العاملة خارج البيت للنفقة، ومذاهب الفقهاء في ذلك مع

الترجيح، ووجه السياسة الشرعية ورأي القانون الأردني.

والثانية: نفقة زوجة الغائب وفيها فروع متعلقة بالسياسة الشرعية وهي:

(١) جواز سماع البينة على الزوجية في حالة الغياب.

(٢) أخذ الكفيل بالنفقة.

(٣) تحليف زوجة الغائب اليمين.

والثالثة: النفقة المستعجلة وموقف القانون الأردني، ووجه السياسة الشرعية العادلة في ذلك.

والرابعة: تعديل النفقة وموقف القانون من ذلك ووجه السياسة الشرعية فيها.

والمبحث الرابع في الحضانة: وقد يثبت معنى الحضانة لغة وشرعاً، وبعض أحكامها عند

الفقهاء ويبحث مسائل تتعلق بالسياسة الشرعية وهي:

- ١) انتهاء مدة الحضانة، وأقوال الفقهاء فيها ووجه السياسة الشرعية وموقف القانون.
 - ٢) سفر الحاضن مسقط للحضانة، والسياسة الشرعية في ذلك وموقف القانون.
 - ٣) نقل الولد من المصر الى القرية.
 - ٤) نقل الولد الى دار الحرب.
 - ٥) العلم بزواج الحاضنة وعدم طلب من يليها للحضانة مسقط حقه في ذلك.
 - ٦) شرط عدم مرض الحاضنة.
- وقد ذكرت أقوال الفقهاء في كل ذلك، مع الترجيح ووجه السياسة الشرعية وموقف القانون. والمبحث الخامس: في النسب، وقد عرفته لغة واصطلاحاً ويبحث فيه ست مسائل:
- الأولى: أكثر مدة الحمل.
 - الثانية: امكانية التلاقي.
 - الثالثة: شرط أن يولد لمثله.
 - الرابعة: ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهنئة على الولادة.
 - الخامسة: ثبوت النسب باقرار الورثة.
 - السادسة: ولادة التوأم، والاقرار لأحدهما دون الآخر، يثبت نسب الاثنين معاً.
- وقد ذكرت أقوال الفقهاء في كل ذلك مع الترجيح ووجه السياسة الشرعية وموقف القانون. أما الفصل الثالث: فقد جعلته في الطلاق والعدة وفيه ثلاثة مباحث:
- المبحث الأول: في الطلاق وتعريفه لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيتها، وقد بحث فيه المسائل التالية:

- الأولى: وقوع الطلاق المكرر في مجلس واحد.
- الثانية: طلاق السكران يقع تعزيراً.
- الثالثة: طلاق الأخرس مع القدرة على الكتابة لا يقع بالاشارة استحساناً.
- الرابع: صيغة (علي الحرام) أو ما شاكلها من الطلاق الكنائي، إذا شاع استعمالها تقع عرفاً في الصريح عند الحنفية.

وقد بينت أقوال الفقهاء في كل مسألة ورجحت بالأدلة ما رأيت ترجيحه، وبينت وجه السياسة الشرعية في كل مسألة وموقف القانون الأردني.

والمبحث الثاني: في التعويض عن الطلاق التمسفي، وبينت المراد به والمقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام، وأدلة ذلك من الفقه الإسلامي وموقف القانون من الطلاق التمسفي، ووجه السياسة في ذلك.

والمبحث الثالث: في العدة، معناها لغة وشرعاً، وقد بحثت في هذا الموضوع المسائل التالية:

أولاً: المعتدة بالحيض إذا انقطع حيضها أثناء العدة.

ثانياً: ثبوت العدة من يوم الاقرار زجراً.

ثالثاً: إذا تزوجت المطلقة بعد انقضاء عدتها دل على الاقرار الضمني بانقضاء العدة.

رابعاً: عدم قبول قول المطلقة بانقضاء عدتها قبل مرور ثلاثة أشهر في القانون، وقد ذكرت

أدلة الفقهاء في كل مسألة، ورجحت الرأي المختار ووجه السياسة الشرعية، وموقف القانون الأردني في كل ذلك.

أما الفصل الرابع فقد جعلته في التفريق وبحثت فيه المواضيع التالية:

أولاً: تحديد أجل للعنين وتطليق زوجته بعد الأجل.

ثانياً: طلاق زوجة المفقود.

ثالثاً: التفريق بين الزوجين للضرر.

رابعاً: الزام الغائب عن زوجته بالانفاق او الطلاق.

وقد ذكرت أقوال الفقهاء في كل مبحث وأدلتهم مع الترجيح، وبيان وجه السياسة الشرعية في

كل مسألة وموقف القانون الأردني.

أما الفصل الخامس فقد خصصته للموارث وبحثت فيه المواضيع التالية:

أولاً: توريث المطلقة باتناً في مرض الموت.

ثانياً: العول.

ثالثاً: الشركة بين الاخوة الاشقاء والاخوة لأم.

رابعاً: المسألة الغراوية.

وقد ذكرت معنى المسألة وصورتها والأمثلة عليها من علم المواريث، وأقوال الفقهاء في كل مسألة مع الترجيح بالأدلة، ووجه السياسة الشرعية وموقف القانون الأردني.

هذا وقد وضعت خاتمة بينت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها، ثم وضعت فهارس للآيات والأحاديث الواردة في البحث، وذكرت قائمة المراجع مرتبة حسب الموضوعات. وقد بذلت قصارى جهدي في تحري الحق، فإن أصبت فبتوفيق من الله تعالى، وإن أخطأت فمن نفسي، واستغفر الله أولاً وآخراً، واسأله تعالى أن يعز دينه والعاملين لرفعته، وأن يذل الشرك والمشركين، وأن ينفعنا بما علمنا.

ولا يفوتني أن أتوجه بخالص شكري وتقديري، إلى أستاذي الفاضل الاستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين، على ما تحمله معي من عناء في الاشراف على هذه الرسالة، وما قدمه من توجيهات هامة، فجزاه الله عني كل خير، وجعلها في ميزان حسناته إنه سميع مجيب. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

X

هذا الأضرار الكبير بها فامتنت تكون ناشزة، أم أن القضاء له كلمة أخرى، يراها أقرب في تحقيق العدالة ومراعاة هذا الاختلاف في الواقع، والظروف الاجتماعية المعاصرة التي ارتضاه فقهاء المذهب الأربعة أن الاحتراف بلا اذن الزوج يمنع النفقة، ويكون مظهراً من مظاهر النسوز، ولكن صاحب النهر اعترض على ذلك، وعلله بأنها معذورة باشتغالها بمصالحها، وقال في البحر نقلاً عن الخلاصة معزياً الى مجموع النوازل [ان كانت الزوجة قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق فانها تخرج بالاذن وبغير الاذن] [١٩٥/٤:٥٨]. أي لا تكون ناشزة بخروجها.

وهذا الرأي الفقهي هو الذي جرى عليه عمل القضاء في أيامنا بخصوص فرض النفقة للزوجة المحترفة، لأن أقدام الزوج على الزواج بامرأة محترفة وهو يعلم ذلك يعد رضا منه بسقوط حقه في الاحتباس الكامل. واستدلوا لذلك بأن العرف العام يخصص النص الشرعي، وقد أصبح خروج المرأة للعمل ضرورة. [تخصيص النص بالعرف فيه خلاف بين العلماء ومن أجاز له مثل له بالاستصناع. [٨٩٦/٢:١٦٦]

وقد مالت محكمة أسبوط الشرعية الى الأخذ بهذا الرأي، لأنه الذي يتفق وتطورات الزمن وطبيعة العصر [القرار رقم ٧٦ من مجلة المحاماة الشرعية المصرية في مجلد السنة الحادية والعشرين ص ٣٩٧].
موقف القضاء الأردني من هذه المسألة:

جاء في المادة ٦٨ من قانون الأحوال الشخصية الأردني أنه (لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج) وهذا النص يلتقي مع ما ورد على لسان الفقهاء بخصوص عمل المرأة خارج البيت، إلا أن محكمة الاستئناف الأردنية فهمت هذا النص فهماً آخر، يلتقي مع ما ذهب اليه القضاء العربي المعاصر حيث جاء في قرارها رقم ١٨٩٠٠ ما يلي:

[القول بأن المرأة معذورة باحترافها لاشتغالها بمصالحها . . هذا الرأي حري بالقبول وأجدر أن يسار على نهجه، لأنه يتفق مع تطورات الزمن وطبيعة العصر الذي نعيش فيه، حيث تشارك المرأة فيه الرجل تحمل أعباء الحياة. وأتينا إذا قلنا بالرأي الأول وطلبنا من الزوجة أن تدع العمل اضربنا بها، وحرمانها جني ثمار دراستها، ومن حقها في العمل الذي اكتسبته بالممارسة، فضلاً عما في البلاد من نقص في الأيدي العاملة وقطع مورد عن الزوج يعينه وينفس عنه بعض ضيقه، خصوصاً

تمهيد في السياسة الشرعية السياسة الشرعية في اللغة

السياسة بالكسر، مصدر ساس الأمر سياسة: إذا قام به، [٣٣١:٣٣] وسوسه القوم إذا جعلوه يسوسهم. قال الجوهري: سست الرعية سياسة، وسوس الرجل أمور الناس إذا ملك أمرهم وروى قوله الخطيئة:

لقد سوست أمر بنيك حتى تركتهم ادق من الطحين [٢٣٩/٢:٣١]
وفي الحديث: "كان بنو اسرائيل يسوسهم انبياءهم" [٣٩٢/٢٠:١١٣] أي تتولى امورهم كما يفعل الأمراء والولاة بالرعية.

والسياسة ايضاً ، فعل السائس يقال هو يسوس الدواب إذا قام عليها ورائضها.
والسوس الرياسة قال ثعلب:

سادة قادة لكل جميع ساسة للرجال يوم القتال
ومنه ايضاً قول حرقة بنت النعمان بن المنذر لسعد بن أبي وقاص أمير القادسية:
فيينا نسوس الناس والأمر امرنا إذا نحن فيهم سوقة نتنصف [١٢٤:٣٧] ،
ومن معانيها الأمر والنهي والأدب يقال فلان مجرب قد ساس وسيس عليه: أدب وأدب [٧١٠:٣٤]

وجميع هذه المعاني في اصل الوضع اللغوي تدور حول تدبير الأمر واصلاحه أو القيام على الشيء بما يصلحه والقائم بذلك يسمى سائس والجمع ساسة وسواس [٤٦٢/١:٢٨]
وقد قيل إنها كلمة غير عربية [٢٢٠/٢:١٨٩] وللدلالة على خطأ هذا القول نورد نص ابن فارس اضافة إلى ما ذكرناه حيث يقول:

"إن السبن والواو والسين: اصلان احدهما فساد في الشيء والآخر جيلة وخليفة:

فالأول: مثل ساس الطعام يساس إذا فسد بشيء يقال له سوس.

والثاني: السوس هو الطبع يقال هذا من سوس فلان اي من طبعه [٣٠:٣/١١٩،

٢٩:٢/٧٤٩].

وفي هذا رد صريح على من قال انها غير عربية، إضافة إلى ما ورد في الحديث الصحيح

السابق وفي الاستعمال العربي لكلمة سياسة فهي عربية وفق المعنى الإفرادي الأصلي، وكذلك وفقا

للمعنى الاستعمالي الذي استعملته العرب.

اما كلمة "الشرعية":

فهي مؤنث شرعي، وهي المنسوبة إلى الشرع، ولا تكون السياسة منسوبة إلى الشرع إلا إذا

كانت نازلة على أحكامه، مقيدة بشروطه، محققة لمقاصده، كما سيمر معنا إن شاء الله مفصلاً في

هذا البحث، لأن الشيء لا ينسب إلى أصل إلا إذا كان فرعاً منه متصلاً بجذوره. أما ما كان من

السياسة مصدره الهوى والعرف السائد سواء وافق الشرع أو خالفه، فلا يسمى سياسة شرعية

ولكن يسمى سياسة وضعية ولو كان الحكم السياسي يحقق مصلحة كما سيبيّن أيضاً إن شاء الله

تعالى.

معنى السياسة في الاصطلاح:

استعمل علماء العربية كلمة السياسة بمعنى لطف التدبير، حيث ورد (ومن سياسته صلى الله

عليه وسلم قصة نعيم بن مسعود في غزوة الاحزاب) [١٩٠:٧٩، ١٨٧:١/٢٨] اي من لطف

تدبيره. واستعملها ابن خلدون بمعنى تدبير شؤون الرعية [١٨٥:٣٠٥]، واستعملت بمعنى الأحكام

التي تُسأسُ بها الرعية فقد جاء في قوانين الوزارة عبارة (قانون السياسة) [٩٨:٥٣] كما سمي ابن

قتيبة كتابه (الإمامة والسياسة) [١٨٦:١٩١] واستعملها فقهاء الفكر السياسي الإسلامي بمعنى

الاحكام السلطانية [٩٧:١٢٠]

وكل هذه استعمالات اصطلاحية ولا مشاحة في الاصطلاح كما يقال.

والذي يهمنا أن نعرفه هو معنى السياسة الشرعية في اصطلاح فقهاء المسلمين.

اختلف فقهاء المسلمين في تعريف السياسة الشرعية تبعاً لاختلافهم في مجالها وموارد تطبيقاتها، فمنهم من رأى أنها خاصة بالحدود والقصاص والتعازير، ومنهم من رأى أنها شاملة لجميع مناحي الحياة، ومنهم من قصرها على أفعال ولي الأمر ومن في حكمه فيما يتعلق بتسيير شؤون الرعية وإصلاح أمرها. كما نظر بعضهم إلى الناحية التطبيقية منها أي المعنى الحركي الذي يقوم به ولي الأمر، ومنهم من نظر إلى الناحية النظرية وأنها أحكام أو أنظمة، ويتضح ذلك فيما نورد من تعريفات.

في الفقه الحنفي:

قال ابن نجيم في البحر الرائق " ولم أر في كلام مشايخنا تعريف السياسة، ثم أتى بالمعنى اللغوي للسياسة نقلاً عن المقرئ في الخطط وعلق عليه بقوله: فهذا أصل وضع السياسة في اللغة ثم رسمت بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأحوال. [٥٨: ٧٥/٥] إلا أن ابن عابدين علق على قوله هذا بهامش الحواشي المسماة (منحة الخالق على البحر الرائق) بقوله: ان ابن نجيم ذكر في حد الزنا ما نصه: «وظاهر كلامهم هنا أن السياسة فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي». [٦٠: ٧٦/٥] ٤٣٢٧٥٦

ثم يقول ابن عابدين في رد المحتار (أشار كلام الفتح إلى أن السياسة لا تختص بالزنا وهو ما عزاه الشارح إلى النهر وفي القهستاني: «السياسة لا تختص بالزنا بل تجوز في كل جنابة» ثم قال (أي صاحب الفتح) «فالسياسة استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة» وعلق ابن عابدين على هذا التعريف بقوله: «هذا تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية، وتستعمل أخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل، كما قالوا في اللوطي والسارق والخنّاق إذا تكرّر منهم ذلك حل قتلهم سياسة، ولذا عرفها بعضهم بأنها تغليظ جنابة لها حكم شرعي حسماً لمادة الفساد» [٥٩: ١٤٨/٣] "وقولهم لها حكم شرعي معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع ولو لم ينص عليها بخصوصها فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم، ثم نقل ما في حاشية مسكين عن الحموي أن السياسة شرع مغلظ. " هذا كلام ابن عابدين - المرجع السابق - والذي أفهمه من هذا القول (لها حكم شرعي) أنه منصوص عليها لأن تغليظها يقتضي وجودها أولاً ثم تغلظ.

وإنما أوردت هذا لأين أن ابن عابدين لم يعرف السياسة، ولكنه نقل تعريفات بعض الحنفية، إلا أنه حصر أحكام السياسة في باب التعزير، وقال أن التعزير موكول إلى الإمام حينما ختم حديثه عن السياسة بقوله (فقد ظهر لك بهذا أن باب التعزير هو المتكفل لأحكام السياسة الشرعية، وقال بعد ذلك: والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان) [٥٩: ١٤٨/٣].

ويؤيده ما ذهب إليه الكمال بن الهمام فيمن تزوج بامرأة أبيه، أن الرسول ﷺ أمر بقتله سياسة وتعزيراً [٦١: ٤١/٥].

هذا، وقد عرفها الطرابلسي في معين الحكام بأنها (شرع مغلظ). [٧٢: ٢٠٧]

ويلاحظ على تعريفات الحنفية ما يلي:

١- أنهم قصرُوا السياسة الشرعية على الجنايات مع أنها تتسع لتشمل جميع مناحي الحياة مما تدبر به شؤون الأمة الدستورية والاقتصادية والأمنية والمدنية والداخلية والخارجية، ولا دليل على حصرها بما يتعلق بالتشريع الجنائي.

٢- عرفوها بما يتعلق بالحركة أي حركة ولي الأمر في رعاية شؤون الأمة وتولي الأمر بنفسه، فهو ليس تعريفاً نظرياً باعتبار السياسة أحكاماً ونظماً وقوانين وإنما تطبيقياً فقط، والذي يظهر: أن السياسة الشرعية تشمل النظرية والتطبيق، فهي أحكام وإجراءات.

٣- قولهم تغليظ جناية غير صحيح، لأن الذي يغلظ إنما هو العقوبة وليست الجناية التي هي فعل الجنائي، وإنما يغلظ فعل الحاكم وهو العقوبة.

٤- حصرُوا أحكام السياسة الشرعية بالحاكم أو من في حكمه كالقاضي والوالي، أي بمن له سلطة عامة. وأرى أن هذا هو الصواب، أما ما يصدر عن فقيه فهو فتوى، ومعلوم أن الفتوى هي إخبار عن حكم شرعي لا على سبيل الالتزام، فإذا تبناها الحاكم أصبحت حكماً سياسياً ملزماً، ودخلت بعد ذلك في أحكام السياسة الشرعية اصطلاحاً.

إلا أن أفضل تعريفات السياسة الشرعية عند الحنفية في نظري، هو قول ابن نجيم (فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي) وهذا يدل على أنه وضع يده قريباً من السياسة الشرعية في أدق مفاهيمها.

أما ابن فرحون من فقهاء المالكية فقد عرف السياسة الشرعية بأنها الطريقة التي يتوصل فيها إلى الحق، وخص ذلك فيما يفعله الحاكم بقصد الردع والزجر [١٠٥/٢: ٨٥]، ويظهر أنه يقصد الحكم بالقرائن التي يتوصل بها إلى الحق لا مجرد البيئات أو وسائل الإثبات المعروفة، ويتضح ذلك من تقسيمه للأحكام الشرعية إلى خمسة أقسام: فمنها ما شرع لكسر النفس كالعبادات إلى أن قال في القسم الخامس: وهو المقصود شرع للسياسة والزجر، وقسمه ستة أصناف كلها في القصاص والحدود بأنواعها والتعازير أي ما يسمى في الاصطلاح المعاصر بالتشريع الجنائي أو الجنايات، إلى أن أوضح مراده بقوله (والولاية السياسية هي ولاية الكشف عن المظالم) [١١٠: ٨٥، ٩٤، ٢٠٥/١].

في الفقه الشافعي:

أما فقهاء الشافعية فإنهم يعبرون عن السياسة الشرعية بالمصلحة ويجعلونها مرادفة لها، وإن لم يسموها سياسة، إلا أنهم يخصون ذلك فيما ترك الشارع تقديره للإمام أو من في حكمه. جاء في معني المحتاج [١٠٩: ١٨٣/٤]: (يتعين التغريب إلى حيث يراه الإمام وما تقتضيه المصلحة) وجاء فيه أيضاً: (والمحتسب يمنع من تكسب باللغو ويؤدب عليه الأخذ والمعطي، وظاهره تناول اللغو المباح، نص عليه الشافعي مع أنه ليس بمعصية وإنما فعل للمصلحة) [١٠٧: ٩٣/١]. وهذا حكم سياسي واضح من تعليلهم، وإن لم يقولوا أنه سياسة شرعية ولكنهم عللوه بالمصلحة. فيتضح أنها تعني عندهم ما يجتهد فيه الإمام في سلوك الأصلح.

في الفقه الحنبلي:

وعرفها ابن عقيل من الحنابلة بأنها: ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى. [١١٨: ١٣].

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١- أنه قصره على الناحية التطبيقية ولم يقيده بالحاكم بل اطلق الفعل، فهو عام يدخل فيه ما ليس منه.

٢- أنه اطلقه في جميع مسائل الفقه، ولم يقيده بالجنايات كما فعل الحنفية.

أما ابن تيمية فإنه لم يورد تعريفاً خاصاً للسياسة الشرعية، رغم أنه وضع لها كتاباً مستقلاً سماه

(السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية) واطلق على السياسة الشرعية اسم السياسة الالهية. ويمكن أن نستخلص من كتابه المشار إليه تعريفا للسياسة: بأنها قيام ولي الأمر بما يصلح الأمة، وقد أتى بأمثلة تدل على أنه يقصرها على أفعال الحاكم في تعيين الولاة والأموال السلطانية من غنائم وفيء، وفي العقوبات من حدود وتعازير ومحاربة المرتدين والجهاد بشكل عام، ومن قوله بعد ذلك "ان جماع السياسة العادلة هو أداء الأمانات والحكم بالعدل[١١٢: ٩]."

إلا أن تلميذه ابن القيم، نقل عنه أمثلة أخرى في الحكم بالسياسة الشرعية، منها الزام المطلقة ثلاثا بكلمة واحدة بالطلاق، ومنع بيع أمهات الأولاد، ووجوب بذل المنافع التي يضطر إليها الناس مجاناً في القول الأصح عنده، [١١٢: ١٦، ٩٣، ٢٤٤] مما يدل على أن ابن تيمية يجعل السياسة الشرعية شاملة لجميع مناحي الحياة.

أما ابن القيم نفسه فقد عرف السياسة الشرعية "بأنها الإمارات والعلامات التي يظهر بها عدل الله ورسوله" [١١٧: ٣٧٤/٤] وقال: ان تسميتها سياسة امر اصطلاحي. وقد أورد أمثلة [١١٨: ١٤] كثيرة على القول بأحكام السياسة الشرعية عند الأئمة والصحابة تدل على أنه يرى أنها شاملة لكل مناحي الحياة فيما يراه الإمام من الحكم بالمصلحة، ولكنه يظهر واضحاً ان ابن لقيم يقصر مفهوم السياسة الشرعية على وسائل إثبات الحق فهي عنده كل طريقة يتوصل بها إلى إظهار الحق والعدل، وهو حكم الله ورسوله سواء بالبينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنها أو الحكم بالقرائن والقيافة ونحو ذلك. وهذا كله من وسائل إثبات الحقوق، والأخذ بها نوع من أنواع السياسة الشرعية في التوصل للأحكام، وهو أحد مجالات السياسة الشرعية وليس جميعها[*].

وأما ابن خلدون فيؤخذ من قوله ان السياسة بشكل عام هي علم الواقع، أما السياسة الشرعية فهي "أحكام الملك المندرجة في الأحكام الشرعية، والتي يحمل عليها أهل الاجتماع على ما تقتضيه الشريعة الإسلامية)[١٨٥: ٣٠٣] ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

* هذا ما ورد في الطرق الحكمية والذي يظهر من الأدلة والأمثلة التي ساقها على اعتبار السياسة الشرعية أنه يريد معناها العام إلا أنه قصرها في هذا الكتاب على مجال طرق الإثبات لأنه كتاب متخصص في القضاء وهو في ذلك مثل ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكام فالصحيح أن المقصود عندهما هو المعنى العام للسياسة الشرعية.

١- إن السياسة الشرعية عنده جزء من الفقه، حيث ذكر أنها مندرجة في الأحكام الشرعية [١٨٥ : ٤٤٥] (الفقه أحكام متلقاه من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا استخرجت أحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه).

٢- إن أحكام السياسة الشرعية خاصة بأحكام الملك أو الأحكام السلطانية المتعلقة بالنواحي الدستورية والمالية العامة والأمن الداخلي والخارجي والقوانين المنظمة للمصالح العامة. وهو بذلك يحصرها بأوامر السلطان الشاملة لجميع مناحي الحياة، وهو الصواب.

أما العلماء المعاصرون فقد اتجهوا في جواز العمل بالسياسة الشرعية وتعريفاتها اتجاهات كثيرة، ومن أمثلة القول بالجواز ما ذهب إليه محمد رشيد رضا من جواز العمل بسياسة بالقوانين التي يضعها الحاكم لمصلحة الرعية...، يظهر ذلك من فتواه بهذا الخصوص، وقد جاء فيها (إن السلطان يطاع فيما يضعه هو أو من يعهد إليه ممن يثق بهم من القوانين التي ليس فيها معصية للخالف لأجل المصلحة لا عملاً بالأية)* [١٥٢ : ١٠٧٧/٣] وهذا ليس تعريفاً للسياسة الشرعية وإنما بيان لجواز العمل بأحكامها شرعاً حسب رأيه.

وعرفها الشيخ الزليباني: أنها علم يبحث فيه عن التصرفات في الشؤون المشتركة بمقتضى الحكمة على وجه لا يخالف ما جاء به الرسول ﷺ وإن لم يتم على كل تصرف دليل جزئي [١٣٩ : ١٩]. ويقصد بالشؤون المشتركة، العلاقات العامة سواء كانت بين أفراد الأمة الواحدة أو بين الأمة والأمم الأخرى. ويلاحظ عليه ما يلي:

١- يظهر من تعريفه أنه يعتبر السياسة الشرعية علماً قائماً بذاته جرياً على عادة العصر في التخصص العلمي الدقيق، وهي فرع من علم الفقه، ولا مانع من إطلاق العلم عليها كعلم القضاء وعلم الفرائض.

٢- كما قصر السياسة الشرعية على الشؤون المشتركة، والذي يظهر عدم تخصيصها بنوع معين من الشؤون، وإنما تخصيصها بالإمام أو من يقوم مقامه في جميع نواحي الحياة.

٣- قيدها بكونها (بمقتضى الحكمة) وهو قيد ضروري، لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة [١٠٣ : ١٢١] والحكمة هنا هي المصلحة وزيادة، لأنها تشمل تحقيق المصلحة أتسلبها وغاية،

* المقصود: لعدم وجود النص، لأن المخالفة للنص غير جائزة من الحاكم أو من غيره.

وليس غاية فقط .

٤- قيدها بعدم مخالفة الشرع وهو قيد ضروري ايضاً، لأن كل اجتهاد يخالف الشرع باطل، إلا أنه بين أن عدم ورود النص الخاص لا يعني عدم الجواز الشرعي .
وعرفها عبد الوهاب خلاف بأنها: تدير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية، وإن لم يتفق وأقوال الأئمة المجتهدين [١٧:١٤٦].

وعرفها عبد العال عطوة بأنها: فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، وفي الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد بل تتغير وتتبدل تبعاً لتبدل الظروف والأحوال [٥١:١٤٨].

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

- ١- انه قصر السياسة الشرعية على الحاكم فليس لغيره القول بها .
 - ٢- انه قيدها بالمصلحة وهو متجه .
 - ٣- انه عرفها بمجالها الدقيق وشروطها، وهي عدم ورود النص الخاص، وأن تكون من الأمور المتغيرة تبعاً لتبدل الظروف والأحوال، وهو متجه أيضاً .
- أما الأستاذ فتحي الدريني فقد عرفها بأنها (تعهد الأمر بما يصلحه) [١٩٣:١٥٦] وهو تعريف مجمل إلا أنه فصله بقوله: أنها أحكام ونظم وقوانين تعالج بها شؤون المسلمين من الناحية الدستورية والمالية والمدنية والأمنية وجميع مناحي الحياة الداخلية والخارجية. [من محاضرة في مادة السياسة الشرعية بالجامعة الأردنية القاها على طلبة الدكتوراه بتاريخ ١٠/١٠/١٩٩١]
- وعرفها الشيخ عبد الرحمن تاج بأنها (الأحكام التي تنظم بها مرافق الدولة وتدير شؤون الأمة مع مراعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة نازلة على أصولها الكلية محققة أغراضها الاجتماعية، ولو لم يدل عليها شيء من النصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب أو السنة). [١٩٠:١٥٦]

وهذا هو اقرب التعريفات المعاصرة لمفهوم السياسة الشرعية .

ويمكن بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء، أن نستخلص تعريفاً للسياسة الشرعية بقيودها فنقول:
السياسة الشرعية: هي مجموعة الأوامر والإجراءات الصادرة عن مختص شرعاً، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه على المحكومين بشروطها المعتمدة.
محتجزات التعريف:

الأوامر: هي القوانين والأنظمة، وتدخل فيها النواهي، لأنها أمر بالترك أو الكف، وهذا خاص بالناحية النظرية.

والإجراءات: تتعلق بالحركة، فهي فعل ولي الأمر أو فعل نوابه بتولي آلية التطبيق. وإنما قلنا الأوامر والإجراءات، لئلا ينسب إلى السياسة الشرعية شمول الناحية النظرية والتطبيقية الحركية، لا كما خصها بعضهم بالنواحي النظرية، أو كما خصها الآخرون بالنواحي التطبيقية فقط.

الصادرة عن مختص: قيد يفيد أن السياسة الشرعية خاصة بولي الأمر أو من يقوم مقامه، أما غيرهم من الفقهاء فإنما يكون قولهم بالسياسة الشرعية من باب الفتوى غير الملزمة، إلا إذا تبناها الإمام وأصدر بها أمره فعندئذ تصبح سياسة شرعية.

شرعاً: قيد يفيد أن صلاحية إصدار الأحكام بموجب السياسة الشرعية إنما يشترط فيه صحة ولاية ولي الأمر شرعاً، أي التي تقر الشريعة الإسلامية ولايته، لتخرج بذلك الأحكام الصادرة عن من لا تقر الشريعة ولايته فلا تجب طاعته فيها ولا تكون الأحكام الصادرة عنه من قبيل أحكام السياسة الشرعية، وإنما هي سياسة وضعية لعدم صدورها عن مختص شرعاً.

تطبيق الشريعة الإسلامية: قيد تخرج به الأحكام الصادرة عن ولي الأمر لتحقيق مصلحة الأمة ولا يكون مصدرها الوحي أو الإيمان بسماوية هذه الأحكام، والمقصود بأحكام السياسة الشرعية إنما هو تطبيق الشريعة الإسلامية في كل زمان ومكان، وإثبات صلاحيتها لذلك، وإنها خاتمة الشرائع.

فيما لا نص فيه: هذا هو المجال الواقعي التطبيقي لأحكام السياسة الشرعية ويدخل فيه استحسان [*] المصلحة والمصالح المرسله، ومقاصد الشريعة، وسد الذريعة، والعرف الصحيح، واعتبار مآلات الأفعال، وتحقيق المناط الخاص، ومراعاة الخلاف[*] وكل ذلك من أصول السياسة الشرعية المعتمدة بشروطها، حيث لا يجوز أن تستند السياسة الشرعية إلى مجرد الهوى أو الرأي العاري عن الدليل، وإنما لا بد من دخولها تحت أحكام الشريعة الإسلامية بوجه معتبر.

وهذا القيد يخرج به الاجتهاد فيما ورد فيه نص خاص غير معلل، فلا اجتهاد في مورد النص.

أو ما ورد فيه نص خاص معلل بمصلحة ثابتة لا تتغير، فهذا من الأحكام الشرعية الثابتة التي

لا مجال للسياسة الشرعية فيها البتة.

على المحكومين: المحكومون بالمعنى الشرعي هم المكلفون [٤٤: ١/١٣٢، ٣٩: ١/١٣٢]. وهذا

قيد يشمل الحاكم والقاضي ومن في حكمهم، لأنهم مخاطبون أيضاً بالتكاليف الشرعية كغيرهم من عامة المسلمين، فليس الحاكم في نظر الشريعة الإسلامية فوق القانون، كما تراه بعض النظم الدستورية

* الاستحسان بمفهوم الحنفية وهو المدول عن قياس جلي إلى قياس خفي لا يدخل في معنى الاستحسان الحقيقي الذي هو استثناء من الأصل والقياس بكل أنواعه الخاق للفرع بأصله والاستحسان استثناء وليس الخاقا فافترقا. أما الاستحسان الذي يستند إلى المصلحة فهو داخل في مفهوم المصالح المرسله فيكون اجتهادا فيما لا نص فيه ولا قياس. الأمدى ٣٨: ٤/١٥٦، الشاطبي في الموافقات ٤٨: ٤/٢٠٥.

• مراعاة الخلاف: قاعدة في مذهب المالكية مفادها أن المنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إبقاؤها من المكلف سببا في الخيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها ومثال ذلك كما يذكره الشيخ عبد الله دراز في شرح الموافقات للشاطبي: استحقاق المرأة المهر وكذا الميراث عند مالك فيما إذا تزوجت بغيرولي. فمالك مع كونه يقول بفساد النكاح بدون ولي يراعي في ذلك الخلاف عندما ينظر فيما ترتب بعد الوقوع، فيقول أن المكلف واقع دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا إلا أن التفرع على البطلان الراجع في نظره يؤدي إلى ضرر مفسدة أقوى من مقتضى النهي على ذلك القول. وهذا منه مبني على مراعاة المال في نظر الشارع.

فالمراد مراعاة الخلاف الواقع بين المجتهدين، وإن لفعل بعد الوقوع حكماً لم يكن له قبله. انظر هامش

الموافقات للشاطبي ٤/٢٠٢ شرح الشيخ عبد الله دراز.

المعاصرة [١٧٩: ١٠٥] وإنما هو واحد من أفراد الرعية في تطبيق القانون وإن كان صادراً عنه، وهذا المعنى يمثل سيادة الشرع في أوضح صورها، لذلك كانت السياسة الشرعية معبرة عن سيادة الشرع في جانبها التطبيقي.

بشروطها المعتبرة: هذا قيد يبين أن السياسة الشرعية لا تكون كذلك إلا إذا تحققت فيها شروطها وهي:

١- أن يكون الحكم السياسي متفقاً مع روح الشريعة الإسلامية، معتمداً على قواعدها الكلية ومبادئها الأساسية، وهي قواعد محكمة لا تقبل التغيير والتبديل، ولا تختلف باختلاف الأمم والعصور كقاعدة رفع الحرج وسد الذرائع ومبدأ الشورى، إضافة إلى أصول السياسة الشرعية.

٢- ألا تناقض مناقضة حقيقية دليلاً من أدلة الشريعة التفصيلية التي تثبت شريعة عامة للناس في جميع الأزمان والأحوال [١٣٥: ٦].

مجالات السياسة الشرعية:

من جملة ما سبق يظهر أن السياسة الشرعية تشمل نوعين من الأحكام هما:

١- أحكام الوقائع التي لا يوجد لها دليل خاص صريح في القرآن أو السنة أو الإجماع، ولا يوجد لها نظير تقاس عليه.

٢- الأحكام التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد، وإنما تختلف باختلاف العصور والأحوال، وتبدل بتبدل المصالح، وتتغير بتغير الظروف والمجتمعات، وبمعنى آخر الأحكام التي لم تبين على مصلحة ثابتة لا يريد الشارع تغييرها، ومثال ذلك ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه من اجتهاد في سهم المؤلفات لقلبهم [١١٦: ٤٢٧/٦] حيث منعهم من السهم الذي كان يعطى لهم زمن رسول الله ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه، مع وروده في آية الصدقات: بقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ...﴾ الآية [سورة التوبة آية ٦] فإن صنيع عمر هذا لا يعد مخالفة للنص، ولكنه عمل به، لأنه رأى أن العلة في إعطاء المؤلفات لقلبهم من الزكاة إنما هي اعزاز دين الله، وقد اعز الله دينه في زمنه رضي الله عنه [٧: ١٨٦] فلم تعد علة الاعطاء موجودة. ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً فإذا عادت العلة عاد الحكم وهو إعطاء المؤلفات لقلبهم من الزكاة، وهذا ما يطلق عليه تحقيق المناط الخاص.

وهذا فهم للنص في روحه ومعناه لا في لفظه ومبناه، ولا أدل على صحة هذا الاجتهاد من موافقة الصحابة رضوان الله عليهم لعمر في ذلك.

الفرق بين السياسة الشرعية والسياسة الوضعية:

ذكر سابقاً أن السياسة الشرعية حتى توصف بالشرعية وتصح نسبتها إلى الشرع، لا بد أن تتحقق في أحكامها شروط اعتبارها، وأن تكون مندرجة تحت أصول الشريعة العامة، وقواعدها الكلية، وموافقة لمقاصدها المعبرة، غير مخالفة لنص أو اجماع أو قياس، ومحقة لمصلحة تقرها الشريعة، وأن تصدر عن ولي أمر مختص لتدبير شؤون المسلمين تحت مظلة سيادة الشرع، فكل حكم تتطلبه حاجة الأمة، وكل نظام يؤخذ به في تصريف شؤونها يكون من السياسة الشرعية متى تحقق فيه ما سبق ولو لم يرد به نص جزئي خاص، وما دامت هذه السياسة مبنية على الإيمان بأن أصولها وحي من الله تعالى.

أما السياسة الوضعية [١٨٠: ٤٨ - ٦١ ، ١٣٥: ٤]: فهي الأحكام والقوانين التي وضعها الناس لتدبير شؤون الأمة، وكان عمادهم فيها العرف القائم أو العادة السائدة أو التجارب الموروثة، من غير أن يراعي فيها ارتباطها بالوحي السماوي، أو اعتمادها على مصادر التشريع الإسلامي وحدها. وهذه السياسة لا تسمى شرعية، ولو كانت عادلة، أو موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، أو اعتمدت أحكام الشريعة كمصدر من جملة مصادرها المتعددة.

فالذي يميز السياسة الشرعية عن السياسة الوضعية اعتماد الأولى على مصادر التشريع الإسلامي وارتباطها بالوحي، واعتماد الثانية على الأعراف والتجارب الموروثة أو غيرها دون ربطها بمصدر سماوي.

اعتبار احكام السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي:

لم أطلع في كتب الفقه القديمة على نصوص للفقهاء في اعتبار العمل بالسياسة الشرعية أو عدم اعتباره، سوى ما ذكره ابن قيم الجوزية [١١٨: ١٣] نقلاً عن ابن عقيل من نزاع دار بينه وبين أحد فقهاء الشافعية حول جواز الاجتهاد فيما لا نص فيه، وما ذكره ابن فرحون [١٠٥/٢: ٨٥] من أدلة على مشروعية العمل بالسياسة الشرعية من الكتاب والسنة رداً على طائفة منعت ذلك.

إلا أن هذا لا يعني أن الفقهاء لم يبنوا الأحكام الشرعية على السياسة، بل على العكس من ذلك تماماً، فقد أشاروا إلى جواز العمل بالسياسة الشرعية في ثنايا تعليقاتهم لجواز بعض الأحكام على خلاف الأصل.

وحتى يحدد موقف هؤلاء الأئمة من اعتبار العمل بالسياسة الشرعية أو عدم اعتباره، أورد بعض ما ذكره في كتبهم المعتمدة.

في الفقه الحنفي:

١- جاء في فتح القدير "لو اعتاد لص السرقة من تابوت وفيه الميت، للإمام أن يقطعه سياسة لا حدا" [١٣٨/٥:٦١].

٢- وفي الهداية علق على نص المتن (النباش لا يقطع) بأنه محمول على السياسة. [١٥٤/٥:٧٨]

وقال صاحب الكفاية قوله محمول على السياسة أي أن للإمام رأياً فيمن اعتاد ذلك. [١٣٨/٥:٦٤]

وقال أيضاً فيمن تكررت منه السرقة تعليقا على قوله ﷺ (من سرق فاقطعوه) أن الحنفية حملوا الحديث على السياسة، بدليل ما ورد في الحديث من الأمر بالقتل في المرة الخامسة. [١٠:٢/٢٤٩، ١٨:٣/٣٧١]

وورد في الهداية أيضاً (من أتى امرأة في الموضوع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر) وقد علق صاحب الهداية على قوله ﷺ «اقتلوا الفاضل والمفعول» [١٠:٢/٢٥٧، ١٥:١/١٨٨، ٩:٢/١٨٧، ١٦:٤/٣٥٥] بأن أبا حنيفة رضي الله عنه حمل هذا الحديث على السياسة أو المستحل (الذي يراه حلالاً) للكفر بذلك.

٣- وجاء في البحر الرائق (ولا يجمع بين جلد ورجم ولا بين جلد ونفي لأنه ﷺ لم يجمع بين الجلد والرجم) ثم قال: (قالوا إلا إذا رأى الإمام مصلحة فيعزره على قدر ما يرى، وذلك تعزيز وسياسة، لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه للإمام، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم). [٥٨: ٥/١١] وقال في موضع آخر (القتل عند تكرار السرقة إنما هو بطريقة السياسة). [٥٨: ٥/٧٥].

ومن هذه النصوص يتضح أن الخنفيه يعتبرون أحكام السياسة الشرعية ويأخذون بها.

في الفقه المالكي:

١- أفرد ابن فرحون بحثاً خاصاً للحكم بالسياسة الشرعية في كتابه تبصرة الحكام، وعرفها وضرب الأمثلة العديدة عليها من فقه الصحابة، وبيّن أدلة مشروعيتها واعتبار الفقهاء لها، فقال: الناس في الأخذ بأحكام السياسة الشرعية ثلاثة أقسام:

أولاً: المنكرون: لم يأخذوا بها، لأن العمل بها مناف للقواعد الشرعية. وفي هذا - كما يقول ابن فرحون - رد لنصوص الشريعة وتغليب للصحابة.

ثانياً: الآخذون بها بإفراط فخرجوا عن قانون الشرع إلى البدع والظلم، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة. وهو جهل وغلط فاحش.

ثالثاً: المتوسطون: سلكوا مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع [٨٥: ١٠٤/٢].

ثم أورد أمثلة كثيرة للسياسة الشرعية في فقه الإمام مالك رحمه الله تعالى [٨٥: ١٢٠/٢].

٢- قال الشاطبي في معرض حديثه عن تحقيق المناط الخاص (انه ناشىء عن نتيجة التقوى وقد يعبر عنه بالحكمة، وهو مراعاة الأحوال). [٤٨: ١٠٠/٤]

وقال في معرض استدلاله على وجوب الاجتهاد: "إن الوقائع لا تنحصر فلا بد من الإجهاد وإلا بطل التكليف، لأنه لو فرض التكليف مع إمكان ارتفاع الاجتهاد لكان تكليفاً بالمحال، وهو غير ممكن شرعاً، كما أنه غير ممكن عقلاً.

وقال (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرع) [٤٨: ٩٤/٤] كما أكد صحة الاستدلال بسد الذرائع [٤٨: ١٩٨/٤] ومراعاة الخلاف [٤٨: ٢٠٢/٤] والاستحسان [٤٨: ٢٠٥/٤]. وهذه كلها أصول السياسة الشرعية، والقائل بها قائل بتلك لا محالة.

٣- قال القرافي في الفروق (كل ما قاله الرسول ﷺ أو فعله على سبيل التبليغ كان ذلك حكماً عاماً على الثقلين إلى يوم القيامة، وكل ما تصرف فيه بوصف الإمامة لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بأذن الإمام اقتداءً به ﷺ، وما تصرف فيه بوصف القضاء لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بحكم حاكم) [٩٤: ٢٠٥/١] وهذا تفريق منه بين تصرفات النبي ﷺ بالوحي وتصرفاته بالإمامة، ولكل حكم مختلف.

٤- وورد في الكافي بخصوص ما يجب أن يقضي به القاضي من مصادر التشريع، بعد أن عدد الأصول المتفق عليها (فإن لم يجد، اجتهد رأيه واستخار الله تعالى وانعم النظر، فإن اشكل عليه الأمر شاور من يثق بفقهاءه ودينه من أهل العلم، ثم نظر إلى أحسن أقوالهم وأشبهها بالحق فقضى به، فإن رأى خلاف رأيهم أحسن وأشبه بالحق عنده قضى به). [٩٥٨/٢: ٨٧]

وهذا هو فقه المصالح التي تبني عليه أحكام السياسة الشرعية.

٥- وجاء في إعماد: (ذهب مالك إلى جواز السجن في التهم، وإن كان السجن نوعاً من العذاب، ونص أصحابه على جواز الضرب، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناعات) وعلل جواز ذلك بقوله: (فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم، لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب إذ قد يتعذر إقامة البيعة فكانت المصلحة وسيلة إلى التحصيل بالتعيين والاقرار). [١٢٠/٢: ٥٤] فهذه النصوص تدل بوضوح أن المالكية هم حملة لواء السياسة الشرعية بدون منازع وأكثر الفقهاء اخذاً بأحكامها، فقد ألقوا في أحكام السياسة الشرعية، وأفردوا لها أبحاثاً خاصة تناول تعريفها، وأدلة مشروعيتها وأمثلة تطبيقها من فقه الصحابة، كما رأينا ذلك عند ابن فرحون وفي نظري أن ما أورده الطرابلسي في معين الحكام من أبحاث في السياسة الشرعية ونسبها إلى الحنفية، منقولة حرفياً عن ابن فرحون، كما يتضح ذلك من مقارنة الكتابين، ومن معرفة أصول فقه الحنفية وأصول المالكية، التي تتسع أكثر من غيرهم للأخذ بالسياسة الشرعية، فهم يقولون بجميع أصول السياسة الشرعية التي مر ذكرها خلافاً لغيرهم من الفقهاء.

٦- وقال ابن رستد بعد حديث طويل عن زوجة المفقود (وكل هذه الأقوال مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل). [٥٢/٢: ٨٩]

في الفقه الشافعي:

١- قال الشافعي: (كل ما نزل بمسلم وفيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة وعليه إذا كان منه بعينه حكم اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، والاجتهاد: القياس). [٢٠٦/٢: ٤٩]

ويتضح من ذلك: أن الشافعي لا يرى جواز الاجتهاد فيما لا نص فيه إلا بالقياس فقط، وقد عبر عن هذا بقوله: (وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز) [٢٢٠/٢: ٤٩].

فهو يحصر أصول الأدلة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ولا يحل لأحد عنده أن يقول بغير ذلك.

أما فقهاء الشافعية فقد ورد عنهم ما يشعر بخلاف مذهب أمامهم في ذلك ومنه:
٢- ذكر العز بن عبد السلام: (انه لو ادعى السوقة على الخليفة، أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه، فإن الشافعي يقبله. وهذا في غاية البعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض أصحابه في ذلك، وخلافه متجه، لظهور كذب المدعي) [١٠٧: ١٢٥/٢] إذ ليس من العادة أن يعمل الملك بمثل ذلك.

وقال أيضاً: (ومن تتبع مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان، بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك). [١٠٧: ١٨٩/٢]
والمقصود بنفس الشرع هنا هو روح التشريع العامة [١٥٦: ١٩٤].

وهذا دليل على جواز بناء الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها نص على المصالح عندهم، يؤيد هذا قوله بخصوص الوقف (فلما عظمت مصلحته خولفت القواعد في أمره تحصيلًا للمصلحة) [١٠٧: ١٤٧/٢]. وبناء الأحكام على المصالح هو السياسة الشرعية إلا أنهم يسمونها مصلحة.

٣- وجاء في مغني المحتاج: (المحتسب يمنع من يتكسب باللغو ويؤدب عليه الأخذ والمعطي، وظاهرة تناول اللغو المباح نص عليه الشافعي، مع أنه ليس بمعصية إنما فعل للمصلحة). [١٠٩: ١٩٢/٤]

٤- وجاء في كفاية الأختار: (لا يجوز هجر المسلم فوق ثلاث إلا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية). [٩٦: ٤٨/٢]

٥- وجاء في الأحكام السلطانية: (الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية، ولها عند ثبوتها حال استيفاء توجيه الأحكام الشرعية). [٩٧: ٢١٩]

إلى غيرها من النصوص العديدة [١٠٦: ٢٢٠/٢ و ٢٣٤، ٩٦: ٨٢/٢ و ١٨١، ١٠٩: ١٢٩/٣]

التي تثبت أن فقهاء الشافعية يجيزون الأخذ بأحكام السياسة الشرعية ويسمونها المصالح، خلافاً لإمامهم الذي لا يقول بذلك.

في فقه الحنابلة:

١- جاء في المغني: (لا يجب الحد على قاذف المجبوب قاله أبو ثور[*] والشافعي وأصحاب الرأي، لأن العار متف عن المقدوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفي العار). [١١٦: ٨٤/٩]

وهذا استثناء للمجبوب من النص العام وهو قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ . . الآية [سورة النور الآية ٤].

فالنص بعمومه يدخل فيه المجبوب وغيره، إلا أنهم استثنوا المجبوب لعدم تحقق العلة فيه، وهذا من قبيل تحقيق المناط الخاص، وهو من أصول السياسة الشرعية.

٢- وجاء في اعلام الموقعين بعد أن أورد مؤلفه نبذة من كلام الإمام أحمد في السياسة الشرعية، واتي بأمثلة عديدة تدل على أنه يأخذ بها قال: "ومن ذلك قوله بجواز نفي المخت وتغليظ العقوبة على شارب الخمر في رمضان، وقول الأصحاب إذارأى الإمام تحريق اللوطي بالنار فله ذلك. ثم قال: ونص أحمد على وجوب عقوبة من يطعن بالصحابة". [١١٧: ٣٧٧/٤]

وغني عن القول أن متأخري الحنابلة كابن عقيل وابن تيمية وابن لقيم، من أكثر الفقهاء قولاً بأعمال أحكام السياسة الشرعية، فلا موجب للتوسع بذكر أقوالهم.

في الفقه الظاهري:

قال أصحاب الظاهر: (لا يجوز الحكم البتة في شيء من الأشياء كلها إلا بنص كلام الله تعالى أو نص كلام النبي ﷺ أو بما صح عنه من فعل أو اقرار أو اجماع من جميع علماء الأمة كلها، مستيقنين أنه قاله كل واحد منهم دون مخالف من أحد منهم، أو بدليل من النص أو من الإجماع المذكور الذي لا يحتمل إلا وجهاً واحداً، والإجماع راجع إلى توقيف من رسول الله ﷺ ولا بد، ولا يجوز غير ذلك اصلاً). [٤١: ٥٥/٦]

*أبو ثور هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الفقيه الكليبي البغدادي صاحب الامام الشافعي. قال ابن حبان كان أحد أئمة الدين فقها وعلماء وورعا وفضلاً توفي سنة ٢٤٠هـ، [١٣١: ٢٩٧].

وواضح من هذا النص أنهم يرفضون الأخذ بأحكام السياسة الشرعية أو غيرها من مناهج الاجتهاد فيما لا نص فيه؛ لأنهم حصروا الأدلة في النصوص.

ولكن وجد لابن حزم بعض التطبيقات في الفروع الفقهية التي يمكن اعتبارها من السياسة الشرعية ومن ذلك:

قوله في المحلى [١٢٣: ٢٠٠/٩]: (من طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن اخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة قضي عليه بالطلاق وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق)، فعلى ماذا اعتمد ابن حزم في التفريق بين البينة والأقرار، وهما من وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً؟ وابن النص الذي يشهد له بذلك، لأن البينة إذا قامت على أنه طلقها وهو غير قاصد للطلاق، هي في الحكم كمن أقر بأنه طلق وهو غير قاصد للطلاق، فبماذا فرق بين المستفتي ومن قامت عليه البينة وهو لا ينكر؟

والذي أراه أن الحكم بالبينة التي قامت لدى الحاكم يجب مراعاته صوتنا للقضاء عن الإبطال، وتنظيماً لأموال الناس في المجتمع المسلم بتنفيذ أحكام القضاء، ومنع الفوضى، فيه بخلاف الفتوى فإنها تتعلق بفرد معين. وهذا من السياسة الشرعية التي تشهد له المصلحة في تنظيم الأحكام في المجتمع. وقال أيضاً في المحلى: (ان المرأة الحامل إذا تيقنت أن حملها ميت وسعت في اسقاطه لكان مباحاً لأنه ميت بلا شك) [١٢٣: ٣١٧/١٠].

وهذا حكم بالقرائن، لأنها لا تعرف موته إلا بالخبرة الطيبة أو التجربة الشخصية للمرأة، كعدم الحركة في بطنها، فكيف تيقن وموته غير ظاهر للعيان؟ بل هو بحكم الظاهر حمل لا يجوز السعي في اسقاطه، وإنما أباح لها ذلك إذا علمت بالقرائن ودلالة التجارب أنه ميت، والحكم بالقرائن والتجارب المحسوسة من السياسة الشرعية، إذ لم يرد نص بخصوص هذه المسألة.

ويعد هذا الاستعراض لأقوال الأئمة من نصوصهم وكتبهم المعتبرة في مذاهبهم، يظهر أن السياسة الشرعية بمفهومها السابق وشروطها المذكورة لا يمنعها أحد من الأئمة المعتبرين، ولكنهم يختلفون في استعمالها بين موسع ومضيق.

ومن المتوسعين بها المالكية والحنفية ومتأخرو الحنابلة والشافعية ومن المضيقين الشافعي وأحمد ابن حنبل وابن حزم الظاهري.

كما يتضح من النصوص الفقهية السابقة، أن المانعين للأخذ بأحكام السياسة الشرعية حصروا أصول الاجتهاد في الكتاب والسنة والإجماع كما هو مذهب الظاهرية، وزاد الآخرون القياس كما هو مذهب الشافعي. أما غيرهم من الفقهاء كالحنفية والمالكية والحنابلة، فقد اتسعت أصول الاجتهاد عندهم فيما لا نص فيه والتي تقوم عليها أحكام السياسة الشرعية، فشملت الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ومقاصد الشريعة وسد الذرائع، وغيرها من الأدلة التبعية التي تشهد لها جزئيات لا حصر لها من فروع الشريعة، فلا غرابة أن يأخذ هؤلاء الفقهاء بأحكام السياسة الشرعية على اختلاف بينهم في التوسع والتضييق. وأرى أن ترتيب المذاهب من حيث سعة الأخذ بالسياسة الشرعية هو كما يلي:

١- المالكية وخاصة ابن فرحون والشاطبي والقرافي.

٢- متأخرو الحنابلة وخاصة ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم.

٣- الحنفية وخاصة ابن نجيم.

٤- الشافعية وخاصة العز بن عبد السلام.

٥- ابن حزم الظاهري.

تحرير محل النزاع بين الفقهاء في اعتبار السياسة الشرعية:

الذي أراه أن منع الاجتهاد بالهوى والاجتهاد المعارض لنصوص الشريعة، أمر متفق عليه بين جميع علماء الأمة، ولا يصلح أصلاً محلاً للنزاع بينهم.

أما محل النزاع في اعتبار السياسة الشرعية عند الفقهاء، فهو محصور في اعتماد أصولها الاجتهادية أو عدم اعتماد هذه الأصول. فالمذاهب الفقهية التي تعتمد في أصول اجتهادها على مقاصد الشريعة والمصالح المرسلة وسد الذرائع وغيرها من المناهج الأصولية فيما لا نص فيه، فإنها بطبيعتها تأخذ بأحكام السياسة الشرعية وبدون تردد، أما المذاهب التي لا تعتمد هذه الأصول في اجتهادها فإنها لا ترى جواز اعتبار أحكام السياسة الشرعية، وإن كانت تطبقها في بعض الفروع الفقهية، كما سبق بيانه ولا تسميها سياسة.

أدلة اعتبار السياسة الشرعية عند القائلين بها

إضافة إلى ما ذكر من تطبيقات السياسة الشرعية في أقوال الفقهاء، فإني أورد أدلة ابن فرحون

وابن القيم على جواز العمل بالسياسة الشرعية.

استدلوا بالكتاب والسنة وفعل الصحابة على النحو التالي:

أولاً: الأدلة من الكتاب:

قالوا: (إن الله تعالى شرع الأحكام لحكم، منها ما ادركناه ومنها ما خفي علينا، رعيًا لمصالح العباد ودرءًا لمفاسدهم، تفضلاً لا وجوباً. وهذه الأحكام تنقسم إلى خمسة أقسام، والقسم الخامس منها وهو المقصود شرع للسياسة والزجر، وهو ستة أصناف. وعدد أنواع الحدود والتعازير، وذكرها أدلتها من القرآن الكريم.)

ثانياً: الأدلة من السنة:

وقد استدلوا بأحاديث كثيرة، منها: ضرب علي بن أبي طالب رضي الله عنه لبريرة جارية عائشة، لتقر بما عندها في واقعة الافك.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه ضرب للتهمة بحضرة النبي ﷺ فأقره وهو سياسة شرعية.

ثالثاً: أما أفعال الصحابة: فقد ذكروا أمثلة عديدة نذكر منها:

- ١- اجتهاد أبي بكر رضي الله عنه في قتال مانعي الزكاة ولم يرد بذلك نص.
- ٢- اجتهاد عمر رضي الله عنه بتحريق قصر سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه، لما بلغه أنه احتجب عن الخروج للحكم بين الناس وصار يحكم في داره والتحريق اتلاف للمال، ولم يرد فيه نص.
- ٣- أمر عثمان رضي الله عنه بتحريق المصاحف وجمع الأمة على مصحف واحد للمصلحة، وهي الخوف من الاختلاف في القرآن ووافق الصحابة على ذلك، ولم يفعل الرسول ﷺ ولا أبو بكر ولا عمر رضي الله عنهما.
- ٤- ما فعله علي بن أبي طالب رضي الله عنه مع المرأة التي اخفت كتاب حاطب بن أبي بلتعده، بأن هددها وأرهبها بما لا يجوز شرعاً من كشف سترها حتى أخرجت الكتاب، وهذه الوسيلة في كشف الحق من السياسة الشرعية. [١٣: ١١٨، ١٠٥/٢: ٨٥]

تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية

قبل البحث في تطبيقات السياسة الشرعية، لا بد من بيان المراد بالأحوال الشخصية فأقول:
للإنسان في النظر القانوني المعاصر أحوال تتعلق بأموره المالية، وهي المعاملات من بيع وشراء
ورهن ونحو ذلك وتسمى الأحوال العينية، وأحوال أخرى تقابلها لا تعلق لها بالمال ابتداءً وإنما
تتعلق بذات الإنسان مثل كونه ذكراً أو أنثى، وزوجاً أو مطلقاً أو أرملاً وكونه أباً أو أماً، وكونه
كامل الأهلية أو ناقصها أو فاقدها، وتسمى الأحوال الشخصية.

فالمقصود بالأحوال الشخصية: مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية التي
رتب القانون عليها اثرًا قانونيًا في الحياة الاجتماعية.

أو هي الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار
حقوقية والتزامات أدبية أو مادية [١٨٢: ١/٨٥]

والأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفًا عند فقهاء المسلمين بهذا الاسم، وإنما عرفوه
بمدلوله، حيث كانوا يطلقون على كل بحث من أبحاثه اسماً خاصاً فيقولون: كتاب المهر، كتاب
النفقات، كتاب الطلاق، كتاب الفرائض، كتاب الوصايا وهكذا.

وما يهمنا في هذا الموضوع هو معرفة مسائل الأحوال الشخصية وموضوعاتها، لتتمكن من إيراد
التطبيقات المناسبة عليها في أحكام السياسة الشرعية.

وبالتحقيق تبين أن مسائل الأحوال الشخصية ترجع إلى أقسام ثلاثة:

١- أحكام الزواج وطرق انحلاله، وما يترتب عليها من عدة ونفقة ومهر ونسب وحضانة
ورضاع ونحو ذلك.

٢- أحكام الأهلية والحجر والوصاية والوصية بأنواعها.

٣- أحكام الأثر وما يتعلق بها من تخارج وتصفية تركة، أي ما يعرف بالفرائض.

وسوف أقصر بحث تطبيقات السياسة الشرعية في هذه الموضوعات من الفقه الإسلامي، والتي
عرفت اصطلاحاً باسم (الأحوال الشخصية).

الفصل الأول

في الزواج

وفيه المباحث التالية:

- ١- المبحث الأول: نكاح السر.
- ٢- المبحث الثاني: نكاح الكتابيات
- ٣- المبحث الثالث: منع الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الخاطبين يزيد عن عشرين عاماً.

المبحث الأول

نكاح السر

المطلب الأول: نكاح السر لغة واصطلاحاً:

النكاح لغة: الضم والجمع، ومنه: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها الى بعض.

ومن معانيه الزواج، يقال: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً، إذ تزوجها قال الأعشى:

ولا تقرين جارة إن سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا [٣١: ٧١٤/٢]

وأصل النكاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتزوج نكاح، لأنه سبب الوطء المباح، واستعمل

بمعنى العقد والوطء جميعاً، وهو حقيقة فيهما، وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل

عكس ذلك [٢١: ١٠٣/٩] لكنهم إذا قالوا نكح فلان فلانة أو بنت فلان أو أخته أرادوا تزوجها

وعقد عليها، وإذا قالوا نكح فلان زوجته أو امرأته لم يريدوا إلا الوطء، وقيل للنكاح ألف

اسم، وكثرة الأسماء تدل على شرف المسمى.

والسر لغة: هو الكتمان أو الامتئام، أي طلب الكتم وعدم الإعلان، فيكون معنى نكاح السر

في اللغة: الزواج مع الكتمان وعدم الإعلان للناس.

ومعنى الزواج في الإصطلاح الشرعي: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ انكاح أو تزويج أو

ترجمته. [١٠٩: ١٢٣/٣] أو هو عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصداً [١٣٢: ٢٤٦].

إلى غير ذلك من التعريفات التي تدور حول هذا المعنى.

أما نكاح السر: فقد اختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلافهم في حقيقته، فقد قيل نكاح السر

هو أن يكون بلا شهود [١٣٢: ٢٤٦] وهذا ما ذهب إليه الكرخي من الحنفية حيث قال (إن نكاح

السر ما لم يحضره شهود، فإذا حضروا فقد أعلن. واستدل بقول الشاعر:

وسرك ما كان عند امرءٍ وسر الثلاثة غير الخفي [١١١/٣: ٦١]

والواقع أن هذا التعريف غير مقصود عند الفقهاء القائلين بطلان نكاح السر، وإنما أرادوا به معنى آخر يتضح من تعريف فقهاء المالكية حيث قالوا: إن نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه، أو ما أوصي بكتمه [٨٨: ٣٨٢/٢، ٢٠٤: ١٤٤/٣].

فالشهود حاضرون، ولكنهم مأمورون من قبل الزوج أو أحد أطراف العقد بكتمه وإبقائه سراً عن الناس، تدل على ذلك صورة هذا العقد كما وردت في الفقه المالكي.

المطلب الثاني: صورة نكاح السر

قال فقهاء المالكية: إن في نكاح السر طريقتين:

الأولى: طريقة الباجي، وهي استكتم غير الشهود، كما لو توأصى الزوجان والولي على كتمه ولم يوصوا الشهود بذلك، ورجح هذه الطريقة البدر القرافي.

والثانية: طريقة ابن عرفة، وهي أن نكاح السر ما أوصي الشهود على كتمه سواء أوصي غيرهم على كتمه أم لا. ولا بد أن يكون الموصي هو الزوج انضم إليه غيره كالزوجة ووليها أم لا، وهذا حين العقد، أما لو وقع الإيضاء بعده فلا يضره، لأن العقد وقع بوجه صحيح [٨٩: ٣٨٢/٢].

ويظهر من ذلك أن نكاح السر يختلف عن النكاح بلا شهود، فهو نكاح بحضور شهود، إلا أنه إذا كان المقصود من حضور الشهود الإعلان عن النكاح وإشهاره، فإن هذا القصد في نكاح السر لم يتحقق للتوأصي بالكتمان. أما النكاح بلا شهود، فهو خارج عن نطاق هذا البحث.

المطلب الثالث: الفرق بين نكاح السر والنكاح العرفي:

وكذلك فإن نكاح السر يختلف عن النكاح العرفي، حيث إن النكاح العرفي هو عقد مستكمل لشروطه الشرعية إلا أنه لم يوثق، أي أنه بدون وثيقة، رسمية كانت أو عرفية. فهو عقد صحيح شرعاً لكنه غير موثق. وعدم التوثيق هذا لا يؤثر مطلقاً على صحته وترتيب آثاره عليه، لأنه ليس

من شرائط العقد الشرعية أن يثبت في وثيقة، رسمية أو غير رسمية وإنما التوثيق لدى المأذون، أو الموظف المختص نظام أوجبه اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية، خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة عند النكران [١٣٨ : ٩٥/٢].

أما نكاح السر، فهو مختلف تماماً عن النكاح العرفي حيث يتفق فيه الزوج مع أطراف العقد وشهوده على الكتمان وعدم البوح به، سواء وثق أو لم يوثق، فموضوع التوثيق أيضاً غير وارد في هذا البحث، وبالتالي لا يدخل فيه ما يسمى بالزواج العرفي.

يتضح من ذلك أن محل النزاع في مسألة بطلان نكاح السر تنحصر في النكاح الذي استكمل أركانه وسائر شروطه الشرعية من حيث الصيغة والعاقدان والشهود والولي والمهر، إلا أنه معيب بالكتمان والسرية عن الناس، أو عن بعضهم.

المطلب الرابع: اقوال العلماء في نكاح السر وادلتهم:

اتفق جمهور العلماء من الشافعية والحنابلة في قول عندهم والحنفية على جواز نكاح السر [١١١ : ١٤٦/١٦ ، ١٠٩ : ١٢٣/٣ ، ١١٠ : ٤٥/٧] وذهب المالكية وأحمد في رواية عنه : إلى بطلانه، وروى عن أحمد كراهته فقط [٨٥ : ١٣٨/٢ ، ٨٨ : ٣٨٢/٢ ، ٢٤ : ١٤٤/٣] . وقد استدل الجمهور على مذهبهم بما يلي :

١- قوله ﷺ : [لا نكاح إلا بولي] [٢١ : ١٨٤/٩] . ومفهومه انعقاد النكاح بذلك، وأن لم يوجد الاظهار .

٢- القياس على البيع، فكلاهما عقد معاوضة، ولا يشترط في عقد البيع الاظهار، فكذلك الزواج لا يشترط فيه الاظهار .

٣- الأخبار الواردة عنه ﷺ بإعلان النكاح [منها قوله ﷺ 'أعلنوا النكاح' وفي رواية أظهروا النكاح، وفي لفظ واضربوا عليه بالغريال ٩ : ٥٨٦/١] يراد بها الاستحباب بدليل أمره ﷺ فيها بضرب الدف والصوت، وليس ذلك بواجب، فكذلك ما عطف عليه .

٤- سلمنا أن شرط النكاح الاظهار، ولكن المعبر في الاظهار هو طريقة الظهور شرعاً، وذلك بشهادة الشاهدين، فإنه مع شهادتهما لا يبقى سراً [٦١ : ١١١/٣] .

والحاصل عندهم أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر وهو الإعلان، فكل إشهاد إعلان، ولا ينعكس، كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد فهذا الإعلان لا يغني عن الإشهاد، لأن حضور أولئك غير معتبر.

هذه أدلة الجمهور على الجملة: واستدل المالكية بما يلي:

١- روى مالك في الموطأ عن ابن الزبير المكي: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال هذا نكاح السر ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت [٢٤: ١٤٤/٣].

وأرى أن هذا الأثر عن عمر رضي الله عنه، لم يتحقق فيه صورة نكاح السر، لعدم استكمال نصاب الشهادة فيه، فلا يكون موضع نزاع، إضافة إلى أنه رأي صحابي، والمخالف لا يقول بحجتيه.

٢- القياس على اتخاذ الأخذان المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿وَأْتَوْهَنَ أَجْوَرَهَنَ بِالْمَعْرُوفِ مَحْصَنَاتٍ غَيْرِ مَسَافِحَاتٍ وَلَا مَتَخَذَاتٍ أَخْذَانَ﴾ [سورة النساء الآية ٢٥ وتفسيرها في ٥: ١٤٣/٥] فإن نكاح السر، كما يقول ابن تيمية: مثل الذي يتخذ صديقة، ليس بينهما فرق معروف عند الناس يتميز به عن هذا، فلا يشاء من يزني بامرأة صديقة له إلا قال تزوجتها، ولا يشاء أحد أن يقول لمن تزوج في السر أنه يزني إلا قال ذلك، فلا بد أن يكون بين الحلال والحرام فرق مبين [١١٣: ١٢٦/٣٢].

وخلاصة الأقوال في هذه المسألة: أن الفقهاء مجمعون على أن النكاح مع الإعلان والإشهاد عليه صحيح، وأن خلا منهما فهو باطل لا نزاع في ذلك بينهم [من العلماء من يرى أن الإشهاد ليس شرطاً في صحة عقد الزواج ولكنه مستحب في النكاح الدائم وهو مذهب الشيعة الأمامية وفيه رد للأحاديث الصحيحة فلا يعول عليه ١٦٨: ٧/٧١]، أما إذا شهد الشاهدان على العقد وتواصوا بالكتمان فهذا هو موضع النزاع الذي أجازته الجمهور، لحصول الإشهاد عليه، وأبطله المالكية.

المطلب الخامس: السياسة في نكاح السر:

من استعراض الأقوال السابقة للفقهاء وأدلتهم في المسألة، نجد أنه لم يرد نص خاص من الكتاب أو السنة يبطل نكاح السر أو يصححه، ولا اجماع على ذلك. وعليه فالمسألة واقعة ضمن مجال السياسة الشرعية، وقد اعتبرها المالكية كذلك [٨٥: ١٣٤/٢] عملاً بمقاصد الشريعة وبيان ذلك:

إن الله تعالى أحل الزواج [قال تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء...﴾ سورة النساء آية ٣] وحرّم الزنا [قال تعالى: ﴿ولا تقرّبوا الزنا...﴾ سورة الاسراء آية ٣٢] وجعل الفارق بينهما الاشهار والإعلان [قال ﷺ (فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح) ٢٦: ١٢٧/٦] ومن مقاصد الشريعة في النكاح حفظ النسل، وهو لا يتحقق بالكتمان، إذ ربما يموت الشهود ويجحد الزوج فيضيع النسل، وهذا يناقض مقاصد الشريعة في حفظ النسل الذي هو من الضروريات، وهي أكد المقاصد كلها [٤٨: ٢١/٢] وكل ما ناقض الشريعة فهو باطل، لذلك أبطل المالكية القول بنكاح السر استناداً الى مقاصد الشريعة هذه.

حتى لو قيل: ان حقوق العاقدین الخاصة كلها وكذلك حق الصغير في النسب، يمكن أن يحفظ بالتوثيق لدى جهة مخولة بذلك فلا تفوت المصلحة، لأن التواصي بالكتمان مع توثيق العقد لا يضيعها، فلو قيل هذا يجاب عليه: بأن حق الشرع باقٍ في التمييز بين الحلال والحرام بالإعلان والإشهاد، وفي التواصي بالكتمان مناقضة لهذا القصد الشرعي، وهذه المناقضة بحد ذاتها باطلة، فيظل ما أدى إليها وهو نكاح السر.

هذا، ويمكن أن يكون مستند السياسة الشرعية في بطلان نكاح السر هو تحقيق المناط الخاص، ذلك أن العيب لم يرد على العقد من حيث أركانه وشروطه، وإنما من جهة التواطؤ والكتمان.

وهو مقصد سيء لا تقره الشريعة، فكان ممنوعاً مآلاً، كما أن كتمان الزواج لا يراد به في الغالب غاية نبيلة فينظر الى مآله، وتشهد له قاعدة اعتبار مآلات الأفعال [٤٨: ٤/١٩٤] ونظرية التعسف في استعمال الحق وهي من باب السياسة الشرعية.

ويكفي في الحكم السياسي أن يستند إلى أصل واحد من أصول السياسة الشرعية، وهو في نكاح السر يستند إلى هذه الأصول كلها، فيترجح بذلك قول المالكية ببطلانه، سياسة.

المطلب السادس: موقف القانون الأردني:

اشتطرت المادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني في صحة عقد الزواج أن يحضره شاهدان، رجلان أو رجل وامرأتان، مسلمان، عاقلان، بالغان، سامعان الإيجاب والقبول، فاهمان المقصود بهما. ويتضح من نص هذه المادة أنها لا تشترط الإعلان زيادة على حضور الشاهدين، كما

أنه لا يوجد نص في القانون يمنع نكاح السر، فكأنه يكتفي باشتراط الشاهدين، وهو بذلك يلتقي مع مذهب الحنفية الذين لا يعتبرون النكاح نكاح سر إذا حضره الشاهدان، فالقانون الأردني لم يأخذ بالسياسة الشرعية في هذا النكاح، إلا أنه أخذ بها في مسألة وجوب تسجيل العقد سياسة، فقد أوجبت المادة ١٧ منه على الخاطبين تسجيل العقد لدى القاضي، وهذا الوجوب لا مستند له سوى السياسة الشرعية، لأن الأصل [المادة ٣٢ من قانون الأحوال الشخصية] (*) أن العقد ينعقد صحيحاً متى توفرت فيه أركانه وسائر شروطه وليس منها التسجيل رسمياً لدى القاضي، إلا أن هذا الاشتراط توجهه أحكام السياسة الشرعية، منعاً للتجاهد بين الزوجين، وحفظاً لحق الأطفال في النسب، فهو من السياسة الشرعية ومستندها المصلحة.

* ملاحظة: وما قيل في نكاح السر يمكن أن يقال في نكاح التحليل من حيث مناقضة قصد الشارع، لأن مشروعية عقد النكاح على التأييد، وغاية المحلل اباحة المرأة لزوجها، وليس هذا من مقاصد الشريعة في الزواج بل هو يناقض بذلك وضع الشارع وهذا باطل لذلك لا نرى ضرورة لأفسراد نكاح التحليل يبحث خاص .

المبحث الثاني نكاح الكتابيات

المطلب الأول: المقصود بنكاح الكتابيات:

عرفنا في المبحث الأول معنى الزواج أو النكاح، أما الكتابيات فهن النساء غير المسلمات ممن يعتقدن بكتاب سماوي نزل قبل القرآن الكريم، فالمقصود بنكاح الكتابيات أن يتزوج مسلم بامرأة حرة عفيفة غير مسلمة من أهل الكتاب. وأهل الكتاب هم: أهل التوراة والإنجيل فقط [١١٦: ١٣٠/٧] وأهل التوراة هم اليهود والسامرة، وأهل الإنجيل هم النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الإفرنج، والأرمن وغيرهم.

وقد اتفق الفقهاء على أن الكتابية لا بد أن تكون يهودية أو نصرانية، واختلفوا في المجوسية، فمنع زواجها المالكية والحنفية، كما اختلفوا في الصابئة، ولا مجال لتفصيل ذلك حيث سأقصر البحث على الكتابية من اليهود والنصارى* [].

هذا ولم يفرق الفقهاء بين الكتابية الحرية والكتابية الذمية، من حيث حل الزواج بهما، ولكنهم فرقوا بينهما من حيث الكراهة، قوة وضعفاً، فجعل الشافعية الكتابية الحرية أشد كراهية من الكتابية الذمية، كما كره الحنفية نكاح الكتابية الحرية بالاجماع بين ائمة مذهبهم. [١٣٦/٣: ٦١، ١٨٧/٣: ١٠٩، ١٢٩/٧: ١١٦، ٤٢٠/٢: ٨٩] وقد روي عن ابن عباس القول بتحريم زواج المحاربات من أهل الكتاب [٥: ٦٩/٣] إلا أن الراجح في نظري هو قول جمهور الفقهاء لعموم النص الوارد في سورة المائدة [قوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين آتوا الكتاب...﴾ آية ٥ من سورة المائدة] بهذا الخصوص.

* اليهودية نسبة الى يهود بن يعقوب والنصرانية نسبة إلى الناصرة وهي قرية بالشام (فلسطين) كان مبدأ دين النصارى فيها. ١٠٩ : ١٨٧/٣

وخلاصة القول: إن المقصود بنكاح الكتابيات هو نكاح المسلم للمرأة الحرة العفيفة من اليهود أو النصراني فقط [جاء في المادة ٣٢ من الأحكام الشرعية وشرحها للإبياني أنه لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل ٥٧/١] سواء كانت حرة تعيش في دار الحرب، أو ذمية لها حق المواطنة في دار الإسلام بعهد الإمام وذمته.

المطلب الثاني: اقوال العلماء في حكم نكاح الكتابيات:

لم يختلف علماء المسلمين في حكم هذه المسألة سوى من شدت من فرق الشيعة، واليك تفصيل أقوالهم:

١. اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة الامامية، على حل التزوج بالمرأة الكتابية اليهودية او النصرانية. [١١٦: ٧/١٢٩، ١٠٩: ٣/١٨٧، ٨٨: ٢/٤٢٠، ٦١: ٣/١٦٣، ١٢٥: ٢/٣٠٣] وقد عبر ابن قدامة رحمه الله عن اتفاقهم هذا بقوله (وليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نكاح حرائر نساء أهل الكتاب قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك) [٥: ٦٧/٣].

ومن، قال بهذا الرأي من الصحابة: عثمان، وطلحة، وابن عباس، وجابر، وحذيفة، بن اليمان ومن التابعين: سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والحسن، ومجاهد، وطاووس، وعكرمة، والشعبي، والضحاك . وفقهاء الأمصار على ذلك [٥: ٦٧/٣].

٢. ذهب الهادوية من الشيعة الى تحريم نكاح الكتابيات [١١٦: ٧/١٢٩]. وقد جاء في السيل الجرار (ويحرم على المرء أصبولة وفصوله ونساؤهم . . إلى أن قال: والمخالفة في الملة). [١٢٧: ٢٤٩/٢]

أما أدلة الفريق الأول: فهي قوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان﴾ [الآية ٥ من سورة المائدة]. ولهم في توجيه الاستدلال بهذه الآية طريقتان:

الأول: النسخ، وبيانه: أن الله تعالى حرم نكاح المشركات في سورة البقرة بقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [الآية ٢٢١ من سورة البقرة] ويدخل فيها الكتابيات، لأن من

الشرك القول بأن عيسى ابن الله، أو العزير ابن الله وقد قال بذلك اليهود والنصارى. ثم نسخ من هذه الجملة نساء أهل الكتاب فأحلهن الله تعالى بقوله في سورة المائدة ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾.

وهذا القول مروى عن ابن عباس، وبه قال مالك بن أنس، وسفيان الثوري، والأوزاعي. الثاني: التخصيص، وقد رأى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا نسخ، ولكن التعارض الوارد في النصين الكريمين من سورة البقرة والمائدة يرتفع بقولنا أن آية البقرة (ولا تنكحوا المشركات) عامة ولكنها خصصت بآية المائدة ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾، فإن نكاح المشركات المحرم بآية البقرة عام يدخل فيه نكاح الكتائيات، لأنهن يشركن بالله غيره كال مسيح والعزير ولكن جاءت آية المائدة لتخرج الكتائيات من هذا العموم، وتخصه بما عدا الكتائيات، فيكون حكم جميع المشركات تحريم الزواج منهن باستثناء الكتائيات، وبهذا يرتفع التناقض ولا مبرر للقول بالنسخ. والمهم في هذا هو أنه ثبت أن نكاح الكتائيات مباح وغير محرم، سواء قلنا بالنسخ أو بالتخصيص وفقاً للاتجاهين السابقين.

أما الشيعة الهادوية، فقد استدلوا على التحريم بعموم الآية المذكورة في سورة البقرة ولم يأخذوا بنسخ ولا بتخصص، بل لم يلتفتوا إلى قوله تعالى في سورة المائدة ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾. وقد كفانا المحقق الشوكاني رحمه الله مؤنة الرد عليهم حين قال: "ما كان ينبغي للمصنف [١٢٧: ١٠/١] ومن قال بقوله أن يتركوا ما دل عليه الكتاب العزيز بالخصوص ويتمسكوا بالعام فإن قوله عز وجل ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب...﴾ مخصص لعموم قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ على تقدير تحقق الاشراف في اليهود والنصارى، فإن هذا هو حكم الله عز وجل في كتابه العزيز فكيف يبلغ التعصب بصاحبه إلى إهمال الدلائل القرآنية التي هي أوضح من شمس النهار، ولهذا فإن السلف لم يظهر فيهم خلاف في جواز نكاح الكتائيات، ولا أنكر أحد منهم على فاعله * [١٢٧: ٢/٢٤٩].

الترجيح:

مما سبق يتضح بجلاء تام ترجيح القول بإباحة نكاح الكتائيات، وهو مذهب عامة العلماء ما خلا الشيعة الهادوية.

والدليل على هذا الترجيح : أن آية البقرة تحرم ، وآية المائدة تبيح ، وهذا التعارض الظاهري في كتاب الله لا بد من رفعه ، لأنه لا تناقض ولا تعارض في كلام الله فلا بد من التوفيق ، فالقول بالنسخ ثابت بالنقل [٥ : ٦٧/٣] ويؤيده أن سورة البقرة هي أول ما نزل بالمدينة ، وسورة المائدة هي آخر ما نزل فيها . والمتأخر ينسخ المتقدم ، أضف إلى ذلك أن القول بالإباحة مروى عن عدد كبير من الصحابة رضوان الله عليهم ولا مخالف لهم ، كما أن بعضهم تزوج فعلاً من الكتائيات ، كعثمان بن عفان ، وحذيفة بن اليمان ، وغيرهم .

إلا أن هذه الإباحة المنقولة عن علماء الأمصار ليست مطلقة ، ولكنها مقرونة بالكراهة حيث قالوا : والأولى الا يفعل [٦١ : ١٣٦/٣] ، وقالوا أيضاً : وكره مالك ذلك [٨٨ : ٢٣٣/٢] وقالوا : مستحب مذموم [٥ : ٦٧/٣] أي نكاح الكتائيات ، وقد عللوا الكراهة بأسباب منها خوف الفتنة ، لذلك تراهم يشددون في كراهة نكاح الحريية أكثر من الذمية ومنها ، أن المرأة الكتائية تتغذى بالخمر والخنزير وتغذي ولدها به ، وزوجها يقبلها ويضاجعها ، وليس له منعها من ذلك التغذي ولو تضرر برائحته ، ولا من الذهاب للكنيسة وقد تموت وهي حامل وتدفن في مقبرة الكفار . وربما ربت ولدها على دينها الى غير هذه التعليقات الكثيرة والتي يظهر من خلالها تخوف الفقهاء من مخاطر الزواج بالكتائيات ، خاصة إذا صاحب ذلك ترك الزواج من المسلمات وما سيؤدي إليه من الفتنة وكسر قلوبهن بترك التزوج منهن ، والإقبال على الكتائيات . مع أنهم ذكروا أن الحكمة من مشروعية إباحة التزوج بالكتائيات في الأصل ، هي ما يرجى من ميلها إلى دين زوجها المسلم فتقبل على الدخول فيه والخلاص من الشرك ، لأن الغالب على النساء الميل إلى أزواجهن وإيثارهم على الآباء والأمهات . إلى آخر ما قالوه في هذا الموضوع . [١٠٩ : ١٨٧/٣]

المطلب الثالث: رأي عمر بن الخطاب في هذا النكاح:

روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه روايتان مختلفتان توضحان وجهة نظره في هذا النكاح ، رغم ورود النص الخاص في سورة المائدة .

الرواية الأولى : أنه فرق بين طلحة بن عبيد الله وحذيفة بن اليمان وبين كتائيتين وقالوا : نطلق يا أمير المؤمنين ولا تغضب فقال : لو جاز طلاقكما لجاز نكاحكما ، ولكن أفرق بينكما : صغرة

وقمأة[٥: ٦٧/٣، ٧: ١٢٨/١].

وهذه الرواية إذا ثبت سندها [قال ابن عطية هذا لا يستند جيداً ٧: ٦٧/٣] تدل على أن عمر بن الخطاب لا يرى صحة هذا النكاح ابتداءً، وهو مخالف للمنقول عن الصحابة، ولما فعله الصحابة كما ذكر سابقاً.

ويستدل على بطلان النكاح من هذه الرواية بأنه رضي الله عنه لم يقبل منهما أن يطلقا، وقال أن طلاقهما غير جائز، لأن نكاحهما غير جائز، ومعلوم أن الطلاق لا يلحق إلا النكاح الصحيح، فلما كان يعتقد أن نكاح الكتائيات غير صحيح، لم يقبل منهما الطلاق وأشار إلى أنه سيفرق بينهما بصفته حاكماً، فالذي يفسخ العقد غير الصحيح هو الحاكم إذا رفع الأمر إليه.

وهذا الإتجاه الوارد في هذه الرواية، استبعده عن عمر، لما ثبت عنه في الرواية الأخرى وهي: الرواية الثانية: أنه رضي الله عنه، قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب: طلقوهن، فطلقوهن إلا حذيفة، فقال له عمر طلقها، قال: أتشهد أنها حرام؟ قال هي خمرة، طلقها قال: تشهد أنها حرام؟ قال هي خمرة، قال: قد علمت أنها خمرة، ولكنها لي حلال، فلما كان بعد طلقها، فقيل له: ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال: كرهت أن يرى الناس أنني ركبت أمراً لا يحل لي * [١١٦: ١٣٠/٧]

وفي رواية أخرى قال عمر: لا أزعم أنها حرام، ولكنني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن [٥: ٦٩/٣].

وفي رواية قال عمر: إن في نساء الأعاجم خلافة وتخداعاً، وأني لأخشى عليكم منهن [١٩٦: ١٤٧/٦].

وهذه الروايات مجتمعة يقوي بعضها بعضاً تختلف كثيراً عن الرواية الأولى المنفردة في معناها والتي لم تشهد لها أية رواية أخرى، أما الروايات المتعددة المنقولة عن عمر، فهي تدل على أنه يرى صحة نكاح الكتائيات، ولكن نهييه عن ذلك جاء لأمر آخر وراء النص، ولا يظن بعمر رضي الله عنه أنه غفل عن أية المائدة، وهو افقه من أن يجهلها، فما هي وجهة نظره السياسية في هذا الاجتهاد وقد ثبت عنه في الروايات السابقة أنه منع نكاح الكتائيات وأمر من تزوجوا من رعيته وولاته بالطلاق ١٩٩.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في فعل عمر ومستندها:

روي عن عمر في هذه المسألة روايتان.

أما على الرواية الأولى التي يرى فيها عدم صحة نكاح الكتائيات ابتداءً، ولذلك لم يقبل من الأزواج الطلاق، وإنما صرح بأنه سيفرق بينهما، وقد أشعر بعدم رضاه عن هذا النكاح وغضبه على فاعليه عندما علل حكمه بالتفريق بينهما. بأنه (صغرة وقمأة) [نساء: ٣١، ١٥٩/٣]. اعزازاً لدينه، وإذلالاً للمشركين. وهذه الرواية على هذا الوجه إن صحت نسبتها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فليست حكماً سياسياً وإنما هي تطبيق للنص في إجتهااد رآه عمر وهو تحريم نكاح الكتائيات كما حرم نكاح المشركات عموماً في آية البقرة، وأنه لم ير أي فرق بين المشركة والكتائية. يؤيد هذا الفهم ما روي عن ابنه عبد الله بن عمر أنه كان يقول إذا سئل عن نكاح النصرانية أو اليهودية: حرم الله المشركات على المؤمنين ولا أعرف شيئاً من الاشرار أعظم من أن تقول المرأة زبها عيسى أو عبد من عباد الله * [٥: ٦٧/٣].

وعلى هذا الفهم تكون الكتائية مشركة كسائر المشركين، ونكاحها محرم، فلا سياسة في المسألة وإنما هي تطبيق للنص من قبل حاكم المسلمين عمر بن الخطاب الذي جاء عاماً في آية البقرة بتحريم نكاح المشركات يؤيده قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسُكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾ [آية ١٠ من سورة الممتحنة].
أما على الروايات الأخرى:

فأرى أن اجتهااد عمر في ذلك يحتمل وجهين من وجوه السياسة الشرعية.

الوجه الأول: أنه رأى أن حكم إباحة الزواج من الكتائيات الوارد في النص القرآني مبني على مصلحة متغيرة وهي ازالة ما يعمر قلوب الكتائيات من كراهية للاسلام ووحشة منه، وذلك بعيشها في ظل رجل مسلم يكرمها وفق أخلاق الاسلام في التسامح مع أهل الديانات الأخرى، رجاء أن تدخل في الإسلام فإذا تغيرت هذه المصلحة وأصبح الزواج من الكتائيات في بعض الظروف يؤدي إلى نقيض هذه الحكمة بالنسبة للمجتمع الاسلامي، بأن يصبح التزوج بالأجنبية في غالب الأمر من أجل أن يتخلق الزوج بأخلاقها ويقلدها في كفرها، فإن هذا الزواج يمنع لمناقضة قصد الشارع مآلاً، ويشهد لذلك مبدأ سد الذرائع واعتبار النظر في مآلات الأفعال الواقعة أو المتوقعة لأن المتوقع كالواقع، لذلك قالوا * إن هذا الحكم الذي قضى به عمر رضي الله عنه هو الفقه العميق لمقصد

الشارع من تشريع الحق وذلك بإدارة الأذن والمنع في الفعل على ضوء من مآله إلى موافقة قصد الشارع أو مناقضته* [١٥٣:١٦٨].

فيكون مستند عمر في هذا النكاح بشكل عام، هو سد الذرائع ان وجد في المجتمع ما يدعو لذلك سواء مفسدة التخلق بأخلاق الكتايات المخالفة لأخلاق الإسلام، أو ترك نكاح المسلمات والاقبال على الكتايات لجمالهن وما الى ذلك، فإذا وجد أي ظرف من هذه الظروف التي تؤدي إلى مفسدة في المجتمع المسلم، منع نكاح الكتايات درءاً للمفسدة أو سداً للذريعة، حتى إذا انتهى هذا الظرف الخاص عاد الحكم إلى أصل الإباحة. ويؤيد ذلك ما ورد في تاريخ الطبري أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الظروف على الزواج من نساء كتايات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات وزالت تلك الضرورة فبعث عمر رضي الله عنه إلى حذيفة بن اليمان يأمره بطلاق من تزوجها من أهل الكتاب. [١٩٦:١٤٧/٦]

والوجه الثاني: أنه رضي الله عنه، منع بعض قاداته العسكريين وولاته من هذا الزواج، لما فيه من خطورة على الدولة من الناحية السياسية، حيث أن أصحاب المراكز القيادية في المسلمين من ولاية وقادة جُند يطلعون على أسرار الدولة بحكم مناصبهم ويدهم مقاليد أمور الناس، فإذا تزوج هؤلاء بالأجنبيات من غير المسلمات الموثوقات كان بمقدورهن الإطلاع على هذه الأسرار التي قد تضر بمصلحة الأمة، فكان من قبيل تحقيق المناط الخاص أن يمنع من لهم مثل هذه الصفة السياسية الهامة من أصحاب المراكز العليا في الدولة من التزوج بالأجنبيات، فمن تحقق فيه هذا المناط الخاص يمنع، ويبقى حكم الإباحة لسائر المسلمين وعندئذ يكون هذا المنع لنفر خاص دون عامة الناس من السياسة الشرعية التي تستند في ذلك إلى أصل هام، هو تحقيق المناط الخاص الذي يفهم من تعليق عمر رضي الله عنه لهذا المنع في بعض الروايات حيث يقول «إن في نساء الأعاجم خلافة وخذاعاً وإنني لأخشى عليكم منهن» [١٩٦:١٤٧/٦].

المطلب الخامس: موقف القانون من زواج الأجنبيات:

لم يرد في القانون أي نص يمنع زواج الأجنبية، ولكن معظم السفارات دأبت على التعميم إلى

المحاكم الشرعية في المملكة بمنع زواج رعاياها من الأجنبيات إلا بتصريح من تلك السفارات، وموافقة خطية مسبقة، سواء منهم العسكري أو المدني، تحت طائلة عدم تصديق الأوراق أو عقد الزواج الصادر دون موافقة الجهة المعنية، وتلك الدول تعلق هذا المنع بمصلحة البلد. فيكون التزام المحاكم الشرعية بعدم اجراء العقد في هذه الحالة إلا بموافقة السفارات على هذا الزواج وعلى مقدار المهر في معظم الأحيان، التزاماً أديباً ودبلوماسياً بالعرف السياسي، بمعنى أن المحكمة بمقدورها اجراء العقد من الناحية القانونية لعدم وجود ما يمنع من ذلك في نصوص القانون ويبقى عدم اجراء العقد والامتناع عنه مسألة لا علاقة لها بالقانون، لذلك نستطيع القول أن قانون الأحوال الشخصية لم يأخذ بحكم هذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية، ولم يعتبر الزواج بالأجنبيات مخالفاً للقانون، ولم يرتب على ذلك أي أثر، مع أننا نرى أنه من المصلحة اعتبار ذلك، خاصة وأن الأمة جميعها في حالة حرب، والزواج بالأجنبيات الغريبات عن الأمة الإسلامية فيه من المحاذير والمخاطر ما فيه. أما المسلم في بلاد الغربية الذي يقصد بالزواج إعفاف نفسه فينبغي أيضاً التفريق بين طالب لا يشكل زواجه على الأمة خطورة سياسية وبين ملحق عسكري أو صاحب المنصب القيادي في الأمة فينبغي منعه، وتوقف ذلك على اذن ولي الأمر في جميع الحالات، ليقدر لكل حالة ما يناسبها هو السياسة الشرعية التي تؤيدها المصلحة.

المبحث الثالث

منع الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الخاطبين يزيد على عشرين عاماً سياسة

المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقهاً:

قد يرغب رجل ممن توفرت فيه شروط أهلية الزواج كاملة، في إجراء عقد نكاحه على امرأة توفرت فيها أيضاً كامل شروط الأهلية، إلا أنه يوجد فارق في السن بين عمر هذا الرجل الراغب في إجراء عقد الزواج وعمر تلك المرأة، كأن يكون الرجل قد بلغ الخمسين من عمره مثلاً والمرأة في سن الثلاثين أو دون ذلك، والفارق بين عمره وعمرها يتجاوز عشرين عاماً، أو قد يكون الرجل في السبعين وهي لم تبلغ الأربعين، وتزداد صورة المسألة وضوحاً إذا كانت المرأة لم تكمل سن الثامنة عشرة من عمرها، والرجل قد تجاوز السبعين أو الستين من عمره.

وفي هذه الحالة قد يؤدي هذا التفاوت الكبير في السن بينهما إلى عدم استقرار الحياة الزوجية كما أراد الله تعالى لها أن تكون، وقد يعجز الزوج مع هذه السن المتقدمة عن القيام بالتزامات الزوجية نحوها، فيؤدي ذلك بالمرأة إلى التشويز عن طاعته ومخالفته وتعكير صفو الحياة عليه، أو ربما أدى إلى الانحراف عن جادة الصواب، سعياً من المرأة لاشباع حاجاتها الضرورية خاصة إذا فسد الزمان وضعف الوازع الديني وتهدأت أسباب الفتنة والانحراف.

وكلما زاد هذا التفاوت في السن بين الزوجين ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام.

وقد تكون هذه المسألة في زمن من الأزمان أو بيئة من البيئات، غير ذات بال إذا لم تظهر

معها هذه المفاسد أو لم توجد مثل هذه المخاطر، لذلك لم يبحثها الفقهاء الأقدمون ربما لعدم الحاجة الى بحثها في زمانهم، ولعدم ظهور خطرهما في بيئتهم.

ولم يرد في كتبهم حكم فقهي يمنع من الزواج في مثل هذه الحالة، فلم يجعلوا عدم التفاوت في السن من شروط انعقاد العقد ولا من شروط صحته ولا من شروط نفاذه أو لزومه [٣٩:١٤٣] حتى أن الفقهاء الذين اشترطوا الكفاءة في الزواج خلافاً لمن لم يشترطوها [من الفقهاء الذين لم يشترطوا الكفاءة في الزواج سفيان الثوري وأبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي المشهور بالخصاص من الحنفية انظر ٦١: ٣/١٨٧] لم يجعلوا التفاوت في السن أيضاً من شروط الكفاءة المطلوبة لصحة عقد الزواج فبعضهم اعتبر الكفاءة في الدين والسلامة من العيوب [٨٨: ٣/٤٠٠] وبعضهم زاد النسب والحرية [١٠٩: ٣/١٦٥] ومنهم من زاد المال والحرفة [٦١: ٣/١٩٢] إلا أن أحداً منهم وحسب اطلاعي لم يجعل عدم التفاوت في السن بين الخطابين من شروط الكفاءة في مذهبه، ولم يرد نص من الشارع يعتبر ذلك، مما يدل على أن حكم هذه المسألة باقٍ على الإباحة الأصلية والجواز الشرعي، بمعنى أن الرجل والمرأة متى توفرت فيهما شروط أهلية الزواج وانتفت الموانع الشرعية صح زواجهما شرعاً، وترتبت سائر أحكامه، ولا قائل من الفقهاء بمنع الزواج مع وجود التفاوت في السن بين الخطابين، كما أنه لا يوجد نص شرعي من كتاب أو سنة أو إجماع يمنع ذلك.

فحكم الزواج مع تفاوت السن بين الخطابين هو الإباحة شرعاً، وهو عقد صحيح بالمنظور الفقهي.

المطلب الثاني: موقف قانون حقوق العائلة [قانون حقوق العائلة الأردني رقم ٩٢ لـ ١٩٥١ نشر في الجريدة الرسمية العدد رقم ١٠٨١ الصادر في ١٦/٨/١٩٥١]. وقانون الأحوال الشخصية من هذه المسألة:

جعل قانون حقوق العائلة موضوع التفاوت في السن بين الخطابين من مواضيع الكفاءة في الزواج فقد نصت المادة السادسة منه على ما يلي:

« لا يجيز القاضي أو نائبه نكاحاً فيه تفاوت في السن يتجاوز العشرين عاماً قبل أن يتأكد من رضاء الأصغر سناً، وأنه قابل بذلك دون اجبار أو اكراه، وأن مصلحته متحققة في ذلك ».

ويلاحظ على هذا النص القانوني ما يلي:

١- إن التعبير بكلمة لا يجوز القاضي يفهم منه عدم جواز النكاح، كما يفهم منه أيضاً أنه إذا وقع يجب إبطاله وفسخه، لأن عدم الجواز يناهض الصحة، والعقد غير الصحيح سواء كان باطلاً أو فاسداً يجب فسخه، كما نصت على ذلك المادة ٣٩ من القانون نفسه والتي جاء فيها: بقاء الزوجين على النكاح الباطل والفاسد ممنوع فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي".

والواقع أنه عقد جائز شرعاً، كما تبين ذلك من أقوال الفقهاء التي مر ذكرها. وإن قانون الأحوال الشخصية الذي جاء بعد هذا القانون كان موفقاً أكثر منه حين عبر بمنع إجراء العقد في هذه الحالة كما جاء ذلك في المادة السابعة [نصت المادة السابعة على ما يلي: 'يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا بعد أن يتحقق القاضي رضاهما واختيارهما وأن مصلحتها متوفرة في ذلك'] . . . لأن منع إجراء العقد من السياسة الشرعية، ويقي حكم الجواز الشرعي قائماً، فلو عقد الزواج مع وجود هذا المانع القانوني لا الشرعي، يكون العقد صحيحاً شرعاً وقانوناً، وتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية، وإنما يعاقب من أجراه أو كان طرفاً فيه بالعقوبة المنصوص عليها في القانون، وهذا أولى بالتطبيق من إبطال الأحكام الشرعية، لأن أحكام السياسة الشرعية لا تقوى على إبطال الأحكام الشرعية، وإنما تحدد وسائلها، وتنظم إجراءاتها التطبيقية، ولا تجعل ما هو جائز شرعاً غير جائز، وإنما تمنع المباح سداً للدريعة أو تحقيقاً لمصلحة حقيقية، لذلك فإنني أرى أن نص القانون الحالي على منع إجراء العقد أولى من النص على عدم الجواز.

٢- إن التعبير بتفاوت السن جاء مطلقاً، وهذا يشمل ما إذا كانت المخطوبة دون الثامنة عشرة من العمر أو فوق ذلك.

والواقع أن الخطر من تفاوت السن بين الخاطبين، لا يظهر بين امرأة عمرها خمسون عاماً مثلاً وبين رجل عمره سبعون عاماً، وإنما يظهر في امرأة لم تبلغ سن الرشد. يؤيد هذا الفهم ما ورد في المذكرة الايضاحية لقانون حقوق العائلة نفسه من أن القانون فرق بين النساء بالنسبة لأعمارهن، فعادة تكون المرأة التي لم تكمل الثامنة عشرة من عمرها قليلة التجارب، ومن السهل أن تتخدع لحماها القانون، ولأنها لا تكون راشدة دون الثامنة عشرة، أما بعد الرشد فأعطاها القانون الحرية

باختيار زوجها والموافقة عليه مهما كان سنه.

وهذا الفهم الوارد في المذكرة الايضاحية لا يتفق مع اطلاق النص الوارد في المادة المذكورة، ومعلوم أن التطبيق العملي إنما يكون للنص لا للمذكرة الايضاحية. وهذا ما حدث فعلاً، حيث كان التطبيق يشمل كل امرأة بينها وبين خاطبها تفاوت في السن يزيد على عشرين عاماً، ولو كانت قد تجاوزت الخمسين. وهذا غير مراد للقانون، يتضح ذلك من النص الواردة في المذكرة الايضاحية.

وقد تداركه قانون الأحوال الشخصية حيث نص على التقييد صراحة في المادة السابعة منه والتي جاء فيها (يمنع اجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً) فحصر المنع من الزواج في حالة كون المرأة دون سن الثامنة عشرة من العمر، أما من كانت فوق ذلك فلا يشملها نص هذه المادة.

ومما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية بهذا الخصوص (انه حدد في هذا المشروع - أي مشروع القانون - سن المرأة المخطوبة التي بينها وبين خاطبها تفاوت في السن أكثر من عشرين سنة بثمانية عشرة عاماً، وهي من مشكلات القانون السابق التي عولجت في هذا المشروع، فقد جاء في القانون السابق منع العقد مطلقاً بين امرأة ورجل يكبرها بأكثر من عشرين سنة وهو ما لم يقصده المشرع - كما تقول المذكرة الايضاحية- فالقصد المرأة التي دون سن الرشد، أما من تجاوزت سن الرشد فلا سلطان لأحد عليها في أمورها الخاصة، ولذلك وضعت المادة السابعة من هذا القانون على هذا الأساس". [المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية صفحة ٢ وهي عبارة عن مذكرة من ثمان صفحات موجودة لدى دائرة قاضي القضاة بعمان.]

٣- أعطى قانون حقوق العائلة السابق الحق للقاضي في السماح بإجراء العقد مع تفاوت السن بعد أن يتأكد من رضاء الأكبر سناً، وهذا يعني أن الأكبر سناً قد يكون الخاطب أو المخطوبة، ويفهم من ذلك أن القانون يمنع الزواج حتى ولو كانت الأكبر سناً هي المخطوبة، فلو تزوج رجل عمره عشرون عاماً بإمرأة عمرها خمسون عاماً، فإن اطلاق النص المذكور يشمل هذه الحالة أيضاً بالمنع، وليس هذا من مقصود القانون كما يفهم من مذكرته الايضاحية التي وضحت قصد المشرع بحماية المرأة، لأنها قليلة التجارب ويسهل خداعها، بينما جاء نص المادة السابقة ليشمل

الرجل أيضاً ولو تجاوز الأربعين من عمره إذا رغب الزواج بإمرأة تكبره سنّاً، ولا أرى ما يبرر هذا الاطلاق أو ما يجعله من أحكام السياسة الشرعية.

وقد تنبه لذلك قانون الأحوال الشخصية فجعل النص قاصراً على المرأة، وسمح للقاضي بالموافقة على الزواج إذا تحقق من مصلحتها ورضائها، وليس رضاء الأصغر سنّاً، مما يدل على أن صغر السن بالنسبة للرجل غير مشمول بالمنع، خلافاً لما يفهم من نص قانون حقوق العائلة السابق.

ويتضح من نص المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية الساري المفعول حالياً، أنه يمنع إجراء عقد الزواج في حالة تفاوت السن بين الرجل والمرأة بالشروط الآتية:

أولاً: أن يكون مقدار هذا التفاوت في السن يزيد عن عشرين عاماً.

ثانياً: أن تكون المخطوبة دون سن الثامنة عشرة من العمر.

ثالثاً: أن تكون المخطوبة هي الأصغر سنّاً وليس الرجل.

رابعاً: أن لا يكون الزواج برضاها واختيارها.

خامساً: أن لا توجد لها مصلحة في هذا الزواج.

فإذا تحققت هذه الشروط مجتمعة، يحق للقاضي عندئذ أن يمنع هذا الزواج بمقتضى القانون؛ لأن القانون أعطى الحق للقاضي في تجاوز هذا المنع والسماح بإجراء العقد رغم وجود التفاوت في السن بين الخاطبين، إذا تحقق من رضاه المخطوبة وصحة اختيارها، وأنها غير مكرهة، وتحقق أيضاً من توفر مصلحتها في هذا الزواج.

وهذا يدل بوضوح على أن المنع من إجراء العقد في هذه المسألة هو من باب السياسة الشرعية، لأنه منع غير مطلق، وإنما قصد به مزيد العناية والتحقيق في شأن المرأة التي لم تكمل سن الثامنة عشرة من العمر، إضافة إلى ما يجب على وليها من ذلك شرعاً بحكم ولايته عليها رعاية لمصلحتها ومنعاً لخداعها. فإذا تبين للقاضي أنه لا يوجد شيء من ذلك، فله أن يأذن بإجراء العقد وعندئذ ينتفي المنع وتتلاشى آثاره القانونية المترتبة عليه.

ومما يؤكد أن هذا المنع من باب السياسة الشرعية، أن القانون لم يرتب على إجراء العقد مع وجود الفارق في السن، ولو لم تتحقق سائر الشروط المذكورة أية عقوبة أو أثر قانوني، ولم يجعل العقد لو تم على غير الصورة التي اشترطها القانون فاسداً أو باطلاً [المادتان ٣٣ و ٣٤ من قانون

الأحوال الشخصية بيتا الحالات التي يكون فيها باطلاً والحالات التي يكون فيها فاسداً على سبيل الحصر وليس منها الزواج مع تفاوت السن المنصوص عليه في المادة ٧ من القانون المذكور فدل ذلك على أنه ليس باطلاً ولا فاسداً. [وإنما اكتفى بالنص على المنع من اجراء العقد مما يدل على أن قصد القانون هو المنع من اجراء العقد على الصورة المذكورة، والتضييق من نطاق وقوع مثل هذا الزواج بقدر الامكان.

ومما تجدر الاشارة اليه أن قانون حقوق العائلة السابق نص على موضوع هذه المسألة تحت عنوان الكفاءة في الزواج، بينما نص عليها قانون الأحوال الشخصية في باب عضل الولي، والواقع انها مسألة لا علاقة لها بالكفاءة بالزواج ولا بعضل الولي، وإلا لجاز فسخ العقد لعدم الكفاءة كما يجوز فسخ العقد لعضل الولي، لأن المادة ٢٣ أجازت للقاضي فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج، كما أجازت المادة ٢٢ للولي مراجعة القاضي بطلب فسخ الزواج بسبب عضل الولي، إنا زوجت البكر نفسها من غير كفاء، أما مجرد وجود تفاوت في السن بين المخطوبة وخاطبها فلا يعطي الحق للزوجة ولا لوليها بطلب فسخ عقد الزواج، لأن القانون حصر ذلك في موضوع الكفاءة كما حصر الكفاءة في قدرة الزوج على المهر المعجل ونفقة الزوجة فقط، ولم يعتبر غير ذلك من أمور الكفاءة التي نص عليها الفقهاء كالمهنة والحرية والصلاح والسلامة من العيوب ونحو ذلك، وهو ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية صراحة حيث قالت (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفواً للمرأة في المال وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعي الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج).

لذلك أرى أن قانون حقوق العائلة ليس له أي مبرر في وضع المادة السادسة منه، والتي تنص على عدم جواز العقد مع تفاوت السن تحت موضوع الكفاءة، لعدم العلاقة بينهما كما رأينا، ولأنه لا يعتبر الكفاءة إلا في المال [جاء ذلك في المادة ٢٣ منه ونصها (يشترط في لزوم النكاح أن يكون الرجل كفواً للمرأة في المال وهي أن يكون قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة).] فلا ينبغي أن يضع عنواناً لهذه المادة باسم الكفاءة في السن، كما فعل، بعد أن حصر الكفاءة في المال وحده، بل في القدرة على المهر المعجل والنفقة فقط.

أما قانون الأحوال الشخصية فقد ذكرها تحت عنوان عضل الولي، ولا علاقة لها أيضاً بعضل الولي، إلا إذا قال قائل أن القاضي ولي في الزواج، وله ولاية عامة على المسلمين، فله أن يمنع

الزواج كما للولي أن يمنع أو يعضل، فيكون من المناسب وضع المادة السابعة التي تنص على منع اجراء العقد مع تفاوت السن من قبل القاضي بحكم ولايته، فشابه ذلك عضل الولي بمنع زواج ابنته بحكم ولايته أيضاً.

والواقع أن هذا القول لا يسلم لقائله، لأن الولي في الزواج هو الأب أو الجد أو الأخ أو غيره من العصبات أولاً، فإذا لم يوجد ولي، فالقاضي ولي من لا ولي له، أما من كان لها ولي في الزواج فليس للقاضي عليها أية ولاية، لأن ولاية القاضي عامه وولاية الأب أو الجد خاصة، ومعلوم أن الولاية الخاصة في الزواج تقدم على الولاية العامة [٧٥: ٦٣/١] وقد جاء في المادة ٣٧ من الأحكام الشرعية أن السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشورة، لأن السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه ثوابه إذا أذن لهم بذلك].

والمادة القانونية المذكورة أجازت للقاضي منع اجراء العقد مع تفاوت السن، ولو كان للفتاة ولي، فلا يكون لهذا النص القانوني أية علاقة بعضل الولي من هذه الناحية.

والذي أراه أن هذا حكم سياسي لا نص عليه من كتاب ولا من سنة ولا من اجماع، كما أنه لا نص عليه لأحد الفقهاء المسلمين السابقين، فينبغي أن يفرد بنص خاص لا يقع تحت عضل الولي أو الكفاءة بالسن، أو يكون في الأحكام العامة التي تبسط ظلها على سائر نصوص باب الزواج، أو تكون في حكم الاستثناء من نصوص هذا الباب، كأن يقول في آخر باب الزواج . . ومع مراعاة ما سبق فإنه يمنع اجراء العقد . . إلى آخر ما جاء في المادة.

المطلب الثالث: وجه السياسة الشرعية في المسألة:

ذكر سابقاً أنه لا يوجد نص شرعي من كتاب أو سنة أو اجماع يمنع اجراء العقد مع تفاوت السن بين الخاطبين مهما كان هذا التفاوت كبيراً، كما لم يرد عن أحد من الفقهاء السابقين منع هذا الزواج، ولم يعتبروا عدم التفاوت في السن شرطاً من شروط العقد أو الكفاءة، فيكون حكمه الشرعي على الاباحة الاصلية، وهي جواز العقد مع هذا التفاوت.

إلا أن السياسة الشرعية، وهي في نظري ضابط عظيم من ضوابط الاجتهاد في كل زمان ومكان، ومعيار حقيقي تقاس به الأحكام الفقهية مع اختلاف الظروف والبيئات، هذه السياسة

الشرعية تتدخل في هذه المسألة لتحديد معالمها الجديدة، وتكشف عن خطورتها لتحديد مآلها على أرض الواقع منعاً لوقوع المحذور الشرعي، وحفظاً لمقاصد الشارع من أن يتوصل لإبطالها بالذرائع الفاسدة، أو تحقيقاً لمصلحة عامة.

فقد رأى القضاة الشرعيون من واقع ما عرض عليهم من قضايا، كثيراً من المفاصد والشرور تنشأ بين الأزواج بسبب التفاوت الكبير في السن بينهما، فبالإضافة إلى عدم الانسجام والتوافق بينهما، وما لذلك من أثر على الأسرة وضياعها بكثرة الشقاق والتزاح بين الزوجين، وامتداد هذا الأثر من العداوة والبغضاء إلى أهل الطرفين وأبنائهم وعائلاتهم، فقد لوحظ أن المرأة التي لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها، ولم تنضج خبرتها في الحياة الزوجية نتيجة لصغر سنها وظروف المجتمع المعاصرة، لا تدرك أن من تجاوز الستين من العمر لا يقدر على ما يقدر عليه الشاب الذي هو في مثل سنها أو أكبر بقليل من واجبات الحياة الزوجية، فتطالبه بما لا يستطيع من المعاشرة بحكم سنه فإذا عجز عن ذلك، وهو المتوقع عادة، لجأت إلى الوسائل غير المشروعة التي توصلها إلى الإنحراف الخلقي في كثير من الأحيان، خاصة مع ضعف الوازع الديني، وكثرة مفاتن العصر، وقد يكون الزوج قد أعطى والدها وأعطاهما من المال الكثير الذي يملكه مما جعلها تتناسى في لحظة طغيان شهوة المال، حقيقة المآل.

أضف إلى ذلك أن هذا الزوج وقد تجاوز الستين من عمره، غالباً ما يتوفى [هذا لا يتعارض مع اعتقادنا أن الأعمار بيد الله لقوله ﷻ: عمر امتي من ستين إلى سبعين سنة - روى الترمذي في كتاب الزهد ويؤيده الواقع المشاهد غالباً.] عنها ويتركها وهي في سن العشرين تعاني من عذاب الترملة والوحدة ، فلا تجد أمامها سوى طريق الفتنة والشهوات المفتوح على مصراعيه.

كل هذه الأسباب وغيرها من الأمور المتوقعة مع هذا التفاوت في السن، دعت القانون إلى التدخل لوضع حد لمعاناة هذه الفتاة التي لم تبلغ سن الرشد، وما ينتج عن ذلك من مشاكل اجتماعية ومحظورات شرعية سداً للذريعة المتوقعة أو درءاً لهذه المقاصد، وهي من أصول السياسة الشرعية، لذلك رأى القانون من باب السياسة الشرعية في جلب المصلحة أو درء المفسدة، أن يمنع إجراء العقد مع التفاوت في السن على المرأة التي لم تبلغ سن الثامنة عشرة من عمرها، وبالشروط التي ذكرها القانون تحقيقاً لمصلحة المرأة التي لم تبلغ سن الرشد، ومنعاً للمفسدة المتوقعة عنها وعن

المجتمع، والمتوقع كالتوقع. وهذا لا يخالف الأحكام الشرعية بل هو من السياسة الشرعية التي يؤيدها مبدأ سد الذرائع، ومبدأ مآلات الأفعال، وتشهد لها المصالح المرسله.

الفصل الثاني في آثار الزواج

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: المهر

المبحث الثاني: الرضاع

المبحث الثالث: النفقة

المبحث الرابع: الحضانة

المبحث الخامس: النسب

المبحث الأول في المهر

المطلب الأول: المقصود بالمهر لغة واصطلاحاً:

المهر هو الصداق، بفتح الصاد وكسرهما، والجمع مهور يقال: مهر المرأة يمهّرها ويمهّرها بالفتح والضم، وفرّق بعضهم بين الصداق والمهر، فقال: الصداق ما وجب بتسميته في العقد، والمهر ما وجب بغير ذلك [٢٢٠/٣: ١٠٩] ولا أرى دليلاً على هذه التفرقة. وكلها أسماء للمهر وله أسماء أخرى غير الصداق ومنها: نِحْلَةٌ، فريضة، أجر، عقر، علائق[*]، طول.. الخ. والصداق من الصدق ضد الكذب، لأنه دليل على صدقهما في موافقة الشرع، أو لاشعاره بصدق الرغبة بالنكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر.

ومعناه شرعاً: ما وجب بنكاح أو وطء أو بتفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود [٢٢٠/٣: ١٠٩]. أو هو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها [٤٢٨/٢: ٨٨]. والحقيقة أن المهر ليس فقط في مقابلة الاستمتاع، لأنه مشترك بين الزوجين ولقوله تعالى ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ [سورة النساء الآية ٤] أي عطية بدون مقابل، لذلك عرفه الفقهاء المحدثون بأنه المال الذي يجب على الزوج لزوجته بسبب عقد الزواج، أو بسبب الدخول في الزواج الفاسد [١٥٧: ١٤٣]، والذي أراه أن هذا التعريف أيضاً غير دقيق، لأن المهر أعم من أن يكون مالاً فقد يكون منفعة. كما أرى أنه مأمور به على سبيل العبادة سواء عرفنا حكمته أو لم نعرف، فهو واجب شرعاً من الزوج لزوجته تعديلاً بدليل أن الله سبحانه وتعالى سماه [فريضة] بقوله تعالى:

﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن﴾ [سورة البقرة. آية ٢٣٦]. الآية*.

ولا يجوز بحال من الأحوال أن يكون المهر ثمناً للمرأة أو لجزء منها، لأن الإنسان الحر لا

* العلائق: ما يترأس به الأهلون كما ورد في حديث ابن عباس ١١٦: ٢٠٩/٧

يملك وهو أغلى في نظر الشارع من كل ذلك، كما أنه ليس مقابلاً للمتعة بدليل أن العقد يصح بدونها، وبدون مهر مسمى ويجب مهر المثل. فالأولى أن يقال أن المهر واجب شرعاً على سبيل التعبد أو هو غير معقول المعنى.

المطلب الثاني: حكم المهر

المستحب عند الشافعية أن لا يعقد النكاح إلا بصداق [١٠٦: ٥٥/٢] وقيل أن المهر لازم للعقد لا شرط له [١٢٧: ٢/٢٧٦] واعتبر المالكية المهر ركناً من أركان الزواج [٨٨: ٤٢٨/٢، ٨٣: ٢٠٧]. وهو يجب من الزوج لزوجته وليس من الزوجة للزوج، بدليل قوله تعالى للزواج ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ [سورة النساء آية ٤].

وذهب الحنفية إلى أن النكاح صحيح بدون تسمية مهر فيه، ويجب للزوجة مهر المثل، وعندهم أن المهر واجب لإبانة شرف المحل، وهو لم يشرع بدلاً كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته، وعندهم أنه لو تزوجها بشرط أن لا مهر لها فالنكاح صحيح خلافاً لمالك رحمه الله.

والذي أراه في هذه المسألة أن المهر حكم من أحكام عقد الزواج، وليس شرطاً من شروطه، ولذلك يصح عقد الزواج بدون ذكر المهر أصلاً. والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم أن تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [سورة البقرة آية ٢٣٦].

ووجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى حكم بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر، والطلاق لا يكون إلا في النكاح الصحيح، فترك التسمية لم يمنع من صحة النكاح.

ما يصلح أن يكون مهراً:

أما ما يصلح أن يكون مهراً فقد اختلف في ذلك العلماء على أقوال:

ذهب الشافعية إلى أنه كل ما يصح أن يكون مبيعاً صح صدقاً، عيناً أو ديناً أو منفعة كثيراً أو قليلاً ما لم يَتَّه في القلة إلى حد لا يتمول.

وقال ابن حزم كل ما نُصِّف أي كان له نصف قل أو كثر ولو كان حبة بر، وكذلك كل عمل

حلال موصوف يصح أن يكون مهراً عنده. [١٢٣: ٩/٢٩٠]

ونقل الشوكاني الإجماع على أن الشيء الذي لا يتمول ولا قيمة له، لا يكون صدقاً ولا يحل

به النكاح، وكل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً. وقال أن هذا مذهب الحسن، وعطاء، وعمرو بن دينار، وابن أبي ليلى، والثوري، والاوزاعي، وغيرهم [١٨٨/٦:٢٠].
أما الحنفية فاشتروا في المهر أن يكون مالاً متقوماً [٢٧٤/١ : ٦٥ ، ٣٠٢/١ : ٨١]، واشترط المالكية أن يكون متمولاً، طاهراً، متفعلاً به، مقدوراً على تسليمه للزوجة، معلوماً [٤٢٩/٢ : ٨٨].

المطلب الثالث: مسائل السياسة الشرعية في المهر

المسألة الأولى: تحديد المهر سياسة.

الحد الأدنى للمهر: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على الأقوال التالية:
ذهب الشافعية إلى أنه يسن أن لا يتقص المهر عن عشرة دراهم، ولو نقص جاز فلا يتقدر أقله عندهم [١٠٦: ٥٥/٢] وعند المالكية أقله ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب [٨٨: ٤٢٨/٢ ، ١٨٩/٦: ٢٠]، وعند الحنفية والشيعة [٣٠٢/١: ٨١ ، ٢٧٦/٢: ١٢٧] الزيدية أقله عشرة دراهم، واستدلوا بحديث جابر الذي أخرجه الدارقطني [لا مهر أقل من عشرة دراهم] وهذا الحديث غير صحيح [١٢: ٣٦٨/٢]. وفيه أن سنه وإيه، وعن الامام أحمد قال سمعت سفيان بن عيينة يقول: لم أجد لهذا أصلاً يعني العشرة في المهر. ولكنهم استدلوا بالقياس على قطع اليد، لأن البضع عضو واليد عضو.

وقيل لا يتقيد أقله، بل ما يصلح أن يكون ثمناً وأجرة. وهو مروى عن ابن عباس، والحسن البصري، والاوزاعي، والثوري، وأحمد بن حنبل. وعن سعيد بن جبير أن أقله خمسون درهماً، وقال النخعي أربعون، وقال ابن شبرمة خمسة دراهم [٢٠: ٢٧٦/٢ ، ٥: ١٢٨/٥] إلى غير هذه الأقوال.
والصحيح هو مذهب جمهور العلماء الذين أجازوا النكاح بقليل المال وكثيره دون تحديد، حيث لم أجد دليلاً صحيحاً على التحديد بمقدار معين، وهو ما ذكره صاحب المغني من أن أقله وأكثره غير مقدر [١١٦: ٢٠٩/٧].

ولكن ينبغي أن يراعى في ذلك مفهوم المال، فهو لا يطلق على التافه، ومن الغريب أن يجيزه الشيعة الامامية بكف من ير [١٢٥: ٣٠٥/٢] وأغرب منه ما ذهب إليه ابن حزم، من أن الصداق يجوز

أن يكون حبة بر أو شعير. [٤٩٤/٩:١٢٣]

أما حده الأعلى: فليس في الكتاب أو السنة نص يوجب أن لا يزيد المهر عن مبلغ معين، ولكن ورد في كلام الشافعية ما يدل على أنه يسن أن لا يزيد المهر على خمسمائة درهم، كأصدقة بناته رضي الله عنه وزوجاته، وهذا عندهم من قبيل التبرك والاستحباب، وليس من قبيل الوجوب. وكذلك لا حد لأكثره عند المالكية، ونقل الاجماع على أن لا تحديد في أكثر الصداق

[٥: ١٠١، ١١٦: ٢٠٩/٧]، هذه أقوال العلماء في مسألة حد المهر الأدنى والأعلى ولكن؟

هل يجوز لولي الأمر أن يلزم الناس بحد أعلى للمهر سياسة، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافه؟ هذا ما حاول أن يفعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولنبحث في هذه القصة التي رويت عن عمر بالفاظ مختلفة قبل أن نعطي رأياً بخصوص هذه المسألة فنقول:

أخرج عبد الرزاق في مصنفه من طريق أبي عبد الرحمن السلمي قال: قال عمر: لا تغالوا في مهور النساء، فقالت امرأة ليس ذلك لك يا عمر، ان الله يقول: ﴿وَأْتَيْتُم مِّنْ ظَنَائِرٍ مِّنْ ذَهَبٍ﴾ وهذه قراءة ابن مسعود، فقال عمر: امرأة خاصمت عمر فخصمته، وأخرجه الزبير بن بكار من وجه آخر منقطع وفيه قال عمر: امرأة أصابت ورجل أخطأ. وأخرجه أبو يعلى من وجه آخر عن مسروق عن عمر فذكره مفصلاً مطولاً [٢٠٤/٩:٢١].

وأصل قول عمر: لا تغالوا في صدقات النساء، عند أصحاب السنن، وصححه ابن حبان والحاكم، ولكن ليس فيه قصة المرأة، وفي رواية أن عمر قال: ما أصدق رسول الله ﷺ قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثني عشرة أوقية، فقامت امرأة فقالت يا عمر: يعطينا الله وتحرمنا، قال عمر: كل الناس أفه منك يا عمر وترك الإنكار [٩٩/٥:٥].

وليس الإعتراض على أصل قول عمر فهو مروى في الصحاح، ولكن ما هي حقيقة قصة المرأة وتعقيب عمر عليها؟

الذي يظهر لي أن هذه الزيادة في قصة المرأة لا تصح سنداً ولا تصح متناً أيضاً، أي وكما يقول علماء الحديث لا تصح دراية ولا رواية، لأنها جاءت من روايات مختلفة بعضها ضعيف وبعضها فيه انقطاع [سبب الضعف مجالد بن سعيد وقيس بن الربيع وكلاهما ضعيف، أما مجالد بن سعيد فقد قال عنه ابن حجر العسقلاني في ١٨٤: ٣٩/١٠] قال فيه ابن معين ضعيف واهي الحديث وقال ابن حبان لا يجوز

الاحتجاج به) وأما قيس به الربيع فقد قال عنه ابن حجر ١٨٤ : ٣٩١/٨ (قال النسائي ليس بشقة ومترك الحديث) أما صاحب الميزان فقد قال عن قيس (لا يكاد يعرف) ١٩٢ : ٣١٣/٤. وقد تكلم العلماء في سندها بما لا تنهض به حجة ولا يصلح للاعتماد عليه.

أما من جهة الدراية والمتن فإن التغالي في طلب المهور غير مستحب شرعاً، وما نهى عنه عمر في محله، ومضمون الآية التي استشهدت بها المرأة على فرض صحة الرواية، لا يصلح للاعتراض به على نهى عمر عن المغالاة بالمهور، لأنها إنما وردت في النهي عن أخذ ما أعطي للمرأة من صداق ولو كان كثيراً.

كما أن العلماء استدلوا بها على جواز كثرة المهر [١٨٤ : ٢٠٤/٩، ٢٠ : ١٢٩/٦] وليس فيها أي دليل من قريب أو بعيد على وجوب ذلك، بل غاية ما تدل عليه الاباحة، مع أن النص ورد على سبيل المبالغة في الزجر عن استرداد صداق المرأة بعد طلاقها، ولا نزاع في وجوب الوفاء بالحق، ومنه الالتزام بالمهر بالغاً ما بلغ بعد اتفاق الطرفين عليه، ولكن مسألتنا محصورة في أنه هل يجوز للإمام أن يحدد أعلى المهر إذا احتاج الناس إلى ذلك سياسة كما حاول عمر أن يفعل؟ وهل امتناع عمر عن تحديد أعلى المهر دليل على عدم جواز ذلك شرعاً، أم هناك سبب آخر منعه من المضي فيما عزم عليه؟

السياسة الشرعية في المسألة:

بادئ ذي بدء أقول: إن مسألة وضع حد أعلى للمهر من قبل الحاكم، لم يرد بخصوصها نص من الكتاب أو السنة، يمتنعها أو يوجبها، ولا إجماع في ذلك ولا قياس، وكل ما ورد فيها إشارة في القرآن الكريم فهم منها بعض العلماء جواز التغالي بالمهور على سبيل الاباحة، وإذا كان الأمر كذلك، فالمسألة واقعة في مجال السياسة الشرعية، حيث أنه من الثابت أن للإمام تقييد المباح بالمصلحة الحقيقية [صريح فقهاء الحنفية أنه إذا دعت الحاجة العامة والظروف الطارئة إلى أن يأمر السلطان الناس بصيام يوم مثلاً فأمرهم وجب عليهم الصيام ديانة كصيام رمضان ما دام ذلك تنظيماً لمصلحة فوضه الشرع بتنظيمها. ١٦٦ : ٥٣/١] وجاء في رد المحتار أن الإمام إذا أمر بالصيام في غير الأيام المنهية وجب، لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجبه] ولا شك أن المغالاة بالمهور إذا أدت إلى العزوف عن الزواج أو عدم

الرغبة فيه، لظهور الفقر في المجتمع تكون مفسدة ينهى عنها الشارع، وهي خلاف مقاصد الشريعة، وفي ذلك يقول المحقق الشوكاني رحمه الله ما نصه: [أن الزواج بمهر قليل مندوب إليه، لأن المهر إذا كان قليلاً لم يستصعب النكاح من يريده فيكثر الزواج المرغوب فيه، ويقدر عليه الفقراء ويكثر النسل، الذي هو أهم مطالب النكاح، بخلاف ما إذا كان المهر كثيراً، فإنه لا يتمكن منه إلا أرباب الأموال، فيكون الفقراء الذين هم الأكثر في الغالب، غير مزوجين فلا تحصل المكاثرة التي أرشد إليها النبي ﷺ] [٢٠: ٦/ ١٩٠].

أما ما ورد في قصة المرأة مع عمر رضي الله عنه، فالراجح أنها غير صحيحة، وعلى فرض صحتها، فالظاهر أن أمير المؤمنين ترك ما كان قد عزم عليه من الإنكار على المغالاة في المهور لعدم وجود الحاجة إلى ذلك في عصره، حيث اتسع ثراء الناس بكثرة الفتوحات، وكثرة العطاء من بيت المال لكل محتاج، خاصة وأن التوسعة على الأهل في النفقة والمهر عند القدرة على ذلك مستحب لا ينكره أحد. وأن إنكاره رضي الله عنه إنما كان لكرهه ترك الاقتداء بالنبي ﷺ في قلة مهر بناته ونسائه، يتضح ذلك من تعليقه الوارد في القصة بقوله «فإنها لو كانت -أي المغالاة بالمهر- مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق امرأة من نسائه ولا بناته فوق التي عشرة أوقية» فإنه يتضح من هذا التحديد لمهر بنات النبي ﷺ وزوجاته، أنه يكره الزيادة على مهور أمهات المؤمنين وهن خير النساء، وهو يرى أنهن أعظم قدراً ومكانة من أن يزداد عليهن في شيء حتى لو كان مباحاً.

من هنا أرى أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع التغالي بالمهور سياسة، إذا دعت الحاجة في المجتمع المسلم إلى ذلك، أو أدى هذا التغالي إلى مفسدة ترك النكاح أو العزوف عن اعفاف النفس بالزواج المشروع، نتيجة للفقر العام في المجتمع أو الغلاء الفاحش. فهو كحكم التسعير الجبري يلجأ إليه الحاكم إن دعت الحاجة إلى كسر طوق الاحتكار غير المشروع، ويتركه الامام إن لم تدع إليه حاجة الناس [١٥٥: ٢٦٨].

وهذا من قبيل السياسة الشرعية التي تستند إلى سد الذرائع، وفي ذلك يقول الشاطبي رحمه الله تعالى [الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل

من أصولها] [٤٨ : ٣٦٤/٢].

المسألة الثانية (الأجل المطلق)

المقصود بالأجل المطلق في المهر أن يتفق الزوجان على مقدار المهر المعجل ويتفقا على مقدار المهر المؤجل، ولا يذكر مدة معلومة للأجل، كأن يتفق الطرفان على مهر معجل مقداره ألف دينار ومؤجل مقداره ألف دينار دون تحديد لأجل معين. فهل يصح هذا الاطلاق مع ما فيه من جهالة أم يطل به العقد؟ أم يطل المسمى ويجب مهر المثل؟ ولتوضيح ذلك أقول:

الأصل في المهر أن يُعجل للمرأة قبل الدخول، ليتحقق مقصود الشارع في الأيناس وسد حاجة المرأة حين الزفاف على رأي من يقول بأن هذه حكمة مشروعية المهر، وفي ذلك يقول الامام ابن القيم نقلاً عن الامام مالك رحمه الله [إنما الصداق فيما مضى ناجز كله] [١١٧ : ٨١/٣].

ولكن الناس تعارفوا بعد ذلك على أن يجعلوا من المهر ما هو حال يدفع للزوجة قبل الزفاف، لتجهيز نفسها به، وما هو مؤجل لا يدفع بل يبقى بذمة الزوج. وهذا من قبيل مساعدة الأزواج في تأجيل جزء من المهر وتخفيفاً عليهم من أعباء الزواج ومتطلباته. وهذا الأجل قد يكون محدداً بمدة معينة لا جهالة فيها، فيلزم بحلول هذه المدة كسنة أو سنتين، وقد يكون مؤجلاً أجلاً فاحشاً يتعذر ازالة الجهالة فيه، مثل الى الميسرة أو الى الزفاف، فيسقط الأجل في هذه الحالة ويصبح المهر حالاً. ولا خلاف في هاتين الحالتين ولا اشكال:

أما إذا أطلق الأجل ولم يذكر فيه قيد مجهول ولا معلوم كان يقال مثلاً:

المهر المعجل ألف دينار والمهر المؤجل ألف دينار، ويسكت العاقدان عن بيان أو تفصيل ذلك، فهل تدخل هذه المسألة في أحكام السياسة الشرعية ويكون لها من الحلول ما يقطع النزاع ويزيل الالتباس أم لا؟

أقوال الفقهاء في المسألة:

ذهب جمهور العلماء، من الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنه إذا لم يُصرح بالتأجيل فيعتبر العرف، ونصوا على أن الثابت عرفاً كالثابت شرطاً، وأن المطلق من العقود ينصرف الى العرف والعادة عند المتعاقدين [٢٤٨/٣ : ٦١، ١٧٨ : ٥٧، ٨٨ : ٤٤٢/٢، ١١٦ : ٢٢٢/٧، ١١٧ : ٨٢/٣] وقد جرت العادة بين الأزواج على ترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق، فجرت هذه العادة مجرى

الشرط. والعرف يكفي لتقييد المطلق والحمل عليه.

وبعبارة أخرى، فإن الأجل المطلق في المهر يحتمل على العرف والعادة، ويحدد عرفاً بالوفاة أو الطلاق فيصير معلوماً بذلك ولا جهالة فيه، أما التصريح بالمدة المجهولة فلا يمكن رفعه فيسقط، وبذلك يفترق عن الاطلاق الذي حدده العرف بالوفاة أو الطلاق.

وهذا القول بتحديد الأجل المطلق بالعرف وإن لم ينص عليه ولم يصّرح به من المتعاقدين شريطة أن لا يصرحا بخلافة، هو قول جمهور العلماء، وليس لهم أي مستند على هذا القول من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس وإنما مستندهم في ذلك هو العرف الذي قيدوا به المطلق وحملوه عليه، فصار مخصصاً بالوفاة أو الطلاق، ولاشك أن العرف الصحيح المعتبر أصل من أصول السياسة الشرعية، فصح تقييد الاطلاق في المهر المؤجل بالوفاة أو الطلاق عرفاً من قبيل السياسة إذا أصدر الحاكم به أمره، ورأى ترجيح قول الجمهور في هذه المسألة.

هذا، وقد أخذ بذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص على أنه [إذا لم يكن الأجل معيناً اعتبر المهر مؤجلاً الى وقوع الطلاق أو وفاة أحد الزوجين] [المادة ٤٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني].

المسألة الثالثة

مهر السر ومهر العلانية:

المقصود بمهر السر والعلانية، أن الخاطبين يتفقان في السر على مهر معين قبل اجراء العقد، ويسميان في العقد علانية وعلى مسمع من الناس والشهود مهراً آخر أقل أو أكثر من المتفق عليه سراً. فهل يؤخذ بما تم الاتفاق عليه بينهما، أو بالمهر المسمى علانية حين العقد؟
اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على أقوال:

(١) ذهب الشافعية ورواية عن الحنابلة أن الواجب ما عقد به العقد، أي أن المهر الذي يجب على الزوج أن يلتزم به هو المسمى في العقد، ولا اعتبار لما اتفقوا عليه قبل ذلك سواء كان مهر العلانية من جنس مهر السر أو من جنس غيره، أو أقل منه أو أكثر، وهذا ظاهر مذهب الحنابلة، وفي رواية أخرى عن أحمد أن هذا هو الواجب قضاء أي ظاهراً أما باطناً فينبغي لهم أن يفوا بما اسروا

لثلا يحصل منهم غرور له، وهذا على وجه الاستحباب لا القضاء. وقال في موضع آخر انه الواجب بينه وبين الله تعالى [١٠٦: ٢/٥٥، ١١٧: ٣/٩٠].

ويفهم من ذلك أن مذهب الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة أن العبرة بمهر العلانية. (٢) وذهب الحنفية الى التفريق بين أن يكون المهر المتواضع عليه سمعة من نفس جنس مهر العلانية إلا أنه أكثر، أو من غير جنسه.

ففي الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على المواضعة أو اشهدا على أن المهر هو المسمى في السر والزيادة سمعة فالمهر ما تواضعا عليه في السر. أما إذا اختلف الطرفان فالمهر هو المسمى في العقد إلا أن يقيم الزوج بينة على خلافه.

وفي الحالة الثانية: وهي ما إذا كان مهر السر خلاف مهر العلن، أو من غير جنسه، فإن لم يتفقا على المواضعة فالمهر هو المسمى في العقد وأن اتفقا على المواضعة ينقذ النكاح بمهر المثل [٨١: ١/٣١٥].

أي تبطل التسمية السرية والعلنية.

هذه أقوال العلماء في المسألة، والذي يظهر لي صحة قول من قال يؤخذ بمهر العلانية لا بمهر السر، لأن المهر من توابع النكاح وصفاته، فيكون ذكره سمعة كذكره هزلاً والنكاح جده وهزله سواء فكذلك ما هو منه أي المهر، يؤكد ذلك أن حل البضع مشروط بالشهادة على العقد، والشهادة وقعت على ما أظهره، فيكون وجوب المشهود به شرطاً في الحل [١١٧: ٣/٩١].

كما أن ترجيح هذا القول هو الفيصل في القضاء عملياً، فليس من المقبول أن يوثق في العقد مهر معين، ثم يدعى بخلافه ويشغل القضاء بما لا طائل تحته، تحقيقاً لرغبة أحد العاقدين بالسمعة، واتخاذها وسيلة للاستعلاء بين الناس، وليس هذا من مقصود الزواج شرعاً.

السياسية الشرعية في المسألة:

لذلك أرى أن منع سماع الدعوى بمهر السر المخالف للمهر المعلن أو المسجل في العقد، هذا المنع إذا صدر من الامام فهو جائز ومن أحكام السياسة الشرعية، ومستنده المصلحة المرسله في حفظ الحقوق وقطع التنازع بين الخصوم عن طريق التوثيق الكتابي أو بشهادة الشهود ليكون ذلك معتبراً،

لا ما تم الاتفاق عليه سراً، لأن ذلك يضعف الثقة بالتوثيق وبالشهادات وفي ذلك من اضعاف الحقوق ما فيه.

ومن هنا فقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بهذا الحكم من الفقه السياسي مع شيء من التعديل حيث نص على أنه (عند اختلاف الزوجين في المهر الذي جرى عليه العقد لا تسمع الدعوى إذا خالفت وثيقة العقد المعتبرة ما لم يكن هناك سند كتابي يتضمن اتفاقهما حين الزواج على مهر آخر غير ما ذكر في الوثيقة) [المادة ٥٩ من قانون الأحوال الشخصية الأردني].

فقد راعت المادة المذكورة رغبة العاقدين في أن يكون بينهما مهر في السر وآخر في العلن، ولكنها اشترطت أن يكون ذلك بمستند خطي يثبت اتفاق العاقدين على خلاف ما هو مسجل في الوثيقة الرسمية، وهذه مبالغفة من القانون باحترام ارادة العاقدين المعلنة والسرية، ورغبة منه بعدم التدخل في شؤون الزوجين الخاصة بقدر الامكان، وإلا فإن القانون اعتبر المستندات الرسمية حجة قاطعة لما نظمت من أجله ولا تقبل الطعن إلا بالتزوير [المادة ٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية] وعقد الزواج من هذه المستندات الرسمية، غير أن العلاقة الزوجية لها حكم آخر، لذا راعاها القانون وميزها عن سواها من العلاقات الاجتماعية.

المبحث الثاني الرضاع

المطلب الأول: معنى الرضاع في اللغة والاصطلاح:

أما معناه في اللغة :

فيقال: رضع الصبي وغيره يرضع بالكسر، مثل ضرب يضرب وهي لغة نجدية، ورضع يرضع بالفتح، مثل سمع يسمع ومصدرها رضعاً ورضاعاً ورضاعاً ورضاعة ورضاعة، فهو راضع، والجمع رُضُع [١١٧٦/١:٣١] .

وقيل الرضاع بكسر الراء وفتحها، أما الرضاعة فهي بالفتح لا غير [١٥٥/٢:٣٦] .
والصواب أن فيها خمس لغات كلها صحيحة، فالرُضِع والرُّضَاع والرُّضَاع والرُّضَاع والرُّضَاع والرُّضَاع كلها أسماء من الارضاع، ومعناه مص الثدي وشرب لبنه، أو مص اللبن من الثدي [٤١٤/٣:١٠٩] .

أما في الاصطلاح، فقد اختلف الفقهاء في تعريفه على أقوال متقاربة منها: مص الرضيع من ثدي الأدمية مدة الرضاع [١١٠:١٣٢]، وقيل هو اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه [٤١٤/٣:١٠٩] . وأرى أن أوضح هذه التعريفات هو ما ذهب إليه الحنفية من قولهم: مص الرضيع اللبن من ثدي الأدمية في وقت مخصوص [٣٠٤/٣:٦١] .

فالتعبير بالمص يخرج مجرد الوصول الى الجوف عن أي طريق كان ولو بالحقن ونحوه، فليس هذا من أسماء الرضاع، ولا من أوصافه، وكذلك ثدي الأدمية، يخرج أي ارضاع من ثدي غيرها فهو وان كان من قبيل الرضاع لغة إلا أنه غير مقصود شرعاً ولا يتعلق به حكم شرعي، وقولهم في وقت مخصوص يحصر الرضاع بما كان دون العامين ويخرج به ارضاع الكبير .

ولم يتطرق التعريف لعدد الرضعات التي يتعلق بها التحريم، لأن ذلك مجال اجتهاد واختلاف بين الفقهاء وإنما المقصود هو اطلاق الرضاع شرعاً على ما يقع من الرضيع في مدة الحولين من مص

لدي امرأة وشرب اللبن من ذلك الثدي، فالرضاع يتحقق معناه الشرعي بالمرّة الواحدة، ثم هل يتعلق بهذه المرّة التحريم أم لا؟ هذا موضوع آخر زائد على التعريف.

ولا موجب للتوسع يبحث أحكام الرضاع في الفقه الاسلامي، لأن ذلك ليس من مقصود هذا البحث وإنما سأبحث فقط في الأحكام المتعلقة بالسياسة الشرعية في موضوع الرضاع وأحصيها في المطالب التالية.

المطلب الثاني: اجبار الام على الارضاع ضرورة

من المتفق عليه شرعاً وعقلاً أن الأم هي أشد الناس شفقة على ولدها، ولبنها أفضل غذاء له، والأم بحكم هذه الشفقة والحنان الغريزي لا تحتاج الى أمر بارضاع ولدها، ومع ذلك أوجب نص الشارع عليها الارضاع بقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [سورة البقرة آية ٢٣٣] وهذا النص القرآني وأن كان وارداً على صورة الخبر، إلا أنه في معنى الأمر [١١٧٦/١:٣١، ٦٨/٢:٧] فيدل على الوجوب على وجه التأكيد، ولهذا لم يختلف فقهاء المسلمين في ذلك فقالوا جميعاً بوجوب الرضاع على الأم ديانة، وأنها تأثم بترك الارضاع من غير عذر، سواء كانت الزوجية قائمة بينها وبين والد الرضيع أو كانت مطلقة منه، رجعية أو بائنة، فإن امتنعت عن الارضاع مع قدرتها على ذلك تكون مسؤولة أمام الله تعالى [٣٠١:١٨٢].

لكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الارضاع عليها قضاء، وهل تلزم به أم لا؟ ذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة الى عدم وجوب الارضاع على الأم قضاء، وأنها لا تجبر عليه بل هو مندوب، وللأم أن تمتنع عن الارضاع، لأن رضاع الولد واجب على الأب وحده وليس له الاجبار سواء كانت الأم شريفة أو دنيئة، وقد وافقهم المالكية على ذلك إذا كانت المرأة من الاشراف أو ذوي الثراء فقالوا: ان المرأة الشريفة بسبب الثراء والحسب، لا تجبر على الارضاع أما غيرها فتجبر قضاء وديانة.

وقد نقل صاحب المغني الاجماع على عدم وجوب الارضاع على الأم حالة المفارقة، أما في حالة قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي فقد حصل الخلاف بين العلماء في أنها تجبر في الارضاع أو لا تجبر قضاء؟ فالمنقول عن الحنفية والشافعية والحنابلة والثوري وغيرهم، عدم الاجبار.

وقال المالكية تجبر قضاء إلا إذا كانت شريفة بحسب أو ثراء [٨١: ٦١، ٣٤٢/١ : ١٠٦، ٣٠٤/٣ : ١٠٩، ٣٣٤/٢ : ١١٦، ٤١٤/٣ : ١١٣/٧ : ٨٨، ٧٤، ٧٥٤/٢ : ٤٠/٤].

ومنشأ الخلاف بين العلماء في هذه المسألة يرجع الى فهمهم للمراد من قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة﴾. الى قوله تعالى: ﴿وان اردتم أن تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف﴾ [سورة البقرة: الآية ٢٣٣].

فقد رأى المالكية أنه يجب على الأم إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، ارضاع ولدها. فلو امتنعت من ارضاعه بدون عذر أجبرها القاضي، إلا المرأة الشريفة [٧٥٤/٢: ٨٨، ١٦٠/٣: ٥]، فقد فهموا من الآية إنها أمر لكل والدة زوجة كانت أو غيرها بالارضاع وهو حق عليها. ثم خصصوا هذا العموم بأمرين: الأول استثنوا المرأة الشريفة بالعرف القائم على المصلحة، فليس من شأن الشريفة أن ترضع ابنها عادة. والثاني استثنوا المطلقة طلاقاً بائناً بنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿فإن ارضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ [سورة الطلاق آية ٧] فإن هذه الآية واردة في المطلقات طلاقاً بائناً [١٦٨/١٨: ٥].

وذهب الجمهور الى أن الآية أمر نذب وارشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن اولادهن، بدليل قوله تعالى في الآية نفسها ﴿وان تعاسرتم فسترضع له اخرى﴾. واستدلوا أيضاً على عدم الاجبار: بأن كفاية الولد تجب على أبيه، ونفقته عليه وأجرة الرضاع كالثقة، فيجب عليه أن يستاجر له من ترضعه [٣٤٥/٣: ٧٨، ٥٩، ٦٩٢/٢: ١٠٦، ١٦٧/٢]. وقالوا أننا لا نجبر الأم على ارضاع ولدها، لأن امتناعها دليل على عدم قدرتها على ذلك، لو فور شفقتها [٤٥/٢: ٧٥].

هذا ما رآه جمهور علماء المسلمين أن الأم لا تجبر على ارضاع ولدها قضاء أخذاً من النصوص القرآنية المذكورة التي لا تدل على أكثر من الاستحباب والندب. إلا أن هؤلاء الفقهاء جميعاً حتى المالكية نقل عنهم ما يفيد أن الأم تجبر على ارضاع ولدها في حالات، ذكروها وعللواها استثناء من هذا الاصل [وهو عدم جواز الاجبار على ذلك] تمثيلاً مع النصوص، ومن ذلك الأقوال الفقهية التالية:

جاء في فقه المالكية ما نصه [إلا أن لا يقبل الولد غيرها فيلزمها ارضاعه للضرورة أو يكون الأب والولد فقيرين فيلزمها] [٧٥٤/٢:٨٨، ٤٩/٢:٨٤].

وجاء أيضاً [أن الرضاع لازم عند مالك للام إذا تعينت بأن كان فقيراً] [١٦٠/٣:٥]. وفي فقه الحنابلة [إلا إذا تعين دفعا للهلاك عن ولدها واحياء له] [٣١٢/٩:١١٦] أي إذا تعين الارضاع. وجاء في فقه الحنفية أن الأم لا يجب عليها الارضاع قضاء، إلا إذا تعينت ويتحقق التعين في ثلاث حالات:

- ١- إذا كان الأب والصغير فقيرين، فتجبر حفاظاً على حياة الولد.
 - ٢- إذا لم يوجد مرضعة غيرها.
 - ٣- إذا كان الولد لا يقبل ثدي غيرها فتلزم حفاظاً على حياته.
- واحتجوا لذلك بأن قالوا: ان الارضاع حق الولد كما هو حق الأم، فإذا تعينت فقد تحقق الداعي صوناً للولد عن الهلاك، والتعين يكون باحدى الحالات الثلاث المذكورة. وكذلك فان هذه الحالات تمثل حالة الضرورة، ومن المعروف أن الضرورات تبيح المحظورات، فأولى أن تلزم الأم بارضاع ولدها الذي تعين عليها ارضاعه احياء له [١٥٧:١٤٣].
- وجه السياسة الشرعية في المسألة:

من الواضح أن مذهب جمهور العلماء القائلين بعدم وجوب الارضاع على الأم قضاء، وأنها لا تلزم به إلا إذا تعينت حفظاً لحياة الرضيع وابقاءً عليه هو الراجح، لقوة الادلة التي استندوا اليها، وموضع البحث في هذه المسألة هو اتفاق الفقهاء على الزام الأم بارضاع ولدها إذا تعينت لذلك، وما عللوا به هذا الالزام مع عدم ورود النص الخاص بذلك أو بخلافه، بمعنى أن الأم في الحالات العادية لا تجبر على الارضاع بمقتضى النص الذي استند اليه جمهور العلماء، إلا أنه لم يرد نص بخصوص الزامها إذا تعينت أو عدم الزامها، فقال الفقهاء جميعاً: إنها تلزم للضرورة، وحفظاً على حياة الرضيع من الهلاك.

ويظهر أن هذا الحكم الفقهي انما يستند الى اصل من اصول السياسة الشرعية، وهو مراعاة مقاصد الشريعة، إذ أن من أهم مقاصد الشريعة في الضروريات حفظ النفس من الهلاك، وفي عدم ارضاع الصغير في سن الرضاع اهدار حياته وقضاء عليه، وهو خلاف مقاصد الشريعة،

فالحفاظ على هذه النفس مقصود شرعاً، فيجب الحفاظ على ما هو من مستلزماته وهو الارضاع، فإذا تعينت الأم لارضاع ولدها بأية حالة من حالات التعين والحتم، بحيث لا يسد غيرها مسدها في ذلك، وجب التزامها به قضاء وحملها عليه ولو بالإكراه، حفظاً لحياة الرضيع.

وهذا من أعلى مراتب مقاصد الشريعة.

موقف القانون الأردني:

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني مبدأ الزام الأم على ارضاع ولدها وذلك في المادة ١٥٠

منه، وقد نصت على الحالات التي تجبر فيها الأم على الارضاع وهي:

١- إذا لم يكن للاب ولا للولد مال يستاجر به مرضعة ولم توجد متبرعة.

٢- إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه.

٣- إذا كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها.

أما في غير هذه الحالات فإنه يجب على الأب أن يستاجر مرضعة ترضع الصغير عند أمه.

وهذا ما جاء في المادة ١٥١ من القانون المذكور.

المطلب الثالث: شهادة امرأة واحدة على الرضاع

يثبت الرضاع بالاقرار كما يثبت بالبينة عند عامة الفقهاء [١١٧: ٤/٣٤٦، ٥/٣/١٦٠، ٢١:

١٥٢/٩، ٣٥٨/٦:٢٠، ١٢٧. ٤٦٥/٢: ١١٦، ٧/١١٣]. إلا أنهم اختلفوا في البينة التي يثبت بها

الرضاع، فذهب فريق منهم إلى أنها تثبت بشهادة النساء منفردات. وهؤلاء اختلفوا فقال

بعضهم (تثبت بشهادة امرأة واحدة، وقال آخرون بشهادة امرأتين على الأقل. وذهب الحنفية الى

عدم ثبوت الرضاع بشهادة النساء المنفردات، بل لابد من البينة الكاملة، وهي شهادة رجلين أو رجل

وامرأتين.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الحديث الوارد في صحيح البخاري

وغيره، عن عقبة بن الحارث «أنه تزوج أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمه سوداء فقالت: قد

ارضعتكما، قال: فذكرت ذلك للنبي ﷺ فاعرض عني، قال: فتتحييت فذكرت ذلك له، فقال:

كيف وقد زعمت أنها قد ارضعتكما، فنهاه عنها، وفي رواية: دعها عنك، فلا خير لك

فيها [١٥٢/٩:٢١، ٣٥٨/٦:٢٠].

وقد استدل العلماء بهذا الحديث على قبول شهادة المرضعة، ووجوب العمل بها وحدها، وهو مروى عن عثمان وابن عباس والزهري والحسن واسحق والأوزاعي وأحمد بن حنبل وأبي عبيد، ومالك، وفي رواية عنه: لا يقبل في الرضاع إلا شهادة امرأتين، وهو مذهب الحنفية والعترة، إذ لا بد عندهم في ثبوت الرضاع من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، كسائر الأمور [٣٥٨/٦:٢٠، ١٠٩/٥:٥].

وقيل أن الخبر محمول على الاستحباب، وقيل أن الأمر بفراقها كان للاحتياط وليس لأنها محرمة [٦٨/٢:٧]. والحاصل أن جمهور الفقهاء من الحنابلة والشافعية والمالكية في رواية عنهم، يقبلون شهادة النساء منفردات في الرضاع مع العدالة. . بدلالة هذا الحديث ولكن على التفصيل التالي:

مذهب الحنفية:

خالف الحنفية جمهور الفقهاء في مسألة الشهادة على الرضاع، وتقرر في مذهبه أن شهادة النساء منفردات لا تقبل في الرضاع، ولو كن أربع نسوة أو أكثر، وأن الرضاع المحرم يثبت بالشهادة التي تثبت بها الحقوق المالية، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن الحكم بثبوت الرضاع عندهم يقتضي زوال الملك ان كان موجوداً، فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاء، والشهادة بالرضاع وان كانت امرأة دينياً وهو تحريم الزواج إلا أنها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير، وزوال الملك لا يحكم به إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. [٦٤/٢:٧٥، ٣٢٣/٣:٦١]

وقالوا أيضاً أن المحارم يجوز لهم أن ينظروا إلى ثديها ويشهدوا بالرضاع أو عدمه [١٢٩:١١٨] وخلاصة القول: أن النص الوارد في المسألة والذي أخذ به جمهور الفقهاء يقتضي قبول شهادة المرضعة في تحريم الزواج بمفردها، وكما قال أبو عبيد [٨٤:١١٨] [السنة أن يثبت التحريم بشهادة المرأة الواحدة، وليس لأحد أن يفتي بغير ذلك إلا أنه لم يبلغنا أنه ﷺ حكم بينهما بالتفريق حكماً مثل ما حكم في المتلاعنين، ولكنه غلظ عليه في الفتيا، ونحن ننتهي إلى ما انتهى إليه] وقد أجاب الحنفية عن الاستدلال بالحديث: أنه من قبيل التنزه والفتوى، أما في القضاء والحكم بالتفريق، فلا بد فيه من البينة المعتبرة شرعاً [٤١٣/٢:٥٩].

مذهب المالكية:

ان شهادة المرأة الواحدة توجب التفريق في رواية عن مالك، وقيل شهادة امرأتين مع فشر قولهما، ودليل الجمهور على قولهم: أنهم جعلوا الرضاع كسائر الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء. [٣٩/٢:٨٤]

مذهب الشافعية:

ان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال في العادة تقبل، لأنها لو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات، والرجال لا يطلعون عليها، لبطل الحق عند التجاحد، ولكن قالوا: لا يقبل أقل من أربع نسوة، لاشتراط العدد، وأقل الشهادة رجلان، وشهادة امرأتين بشهادة رجل، هذا إذا كان الشهود غير المرضعة، أما المرضعة فتقبل شهادتها منفردة للحديث المذكورة عن عقبه بن الحارث. ثم بينوا: أن محل شهادة الرجال في الرضاع ما لم يتعمدوا النظر الى الثدي لغير الشهادة، فإن تعمدوا ذلك لم تقبل شهادتهم لفسقهم، وقبول شهادة النساء إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي، أما إذا كان في الشرب أو الايجار من ظرف، فلا يقبل فيه شهادة النساء المتمحضات، لأنه لا اختصاص لهن بالاطلاع عليه [١٠٩:٣، ٤١٤/٣:١٠٦، ٣٣٤/٢].

مذهب الحنابلة:

فقد جاء عن أحمد عدة روايات، منها أن شهادة المرأة الواحدة مع العدالة تقبل في الرضاع، وعنه أنه لا يقبل أقل من امرأتين، لأن الله تعالى اقامهما في الشهادة مقام شاهد واحد، وهو أقل نصاب الشهادة [١١٦:٨/١٩٠].

وليس المقام مقام الترجيح بين مذهب الجمهور ومذهب الحنفية، ولكنه البحث عن السياسة الشرعية في مذهب الحنفية، هذا الذي خالف النص الوارد في صحيح البخاري، وافتي بعدم جواز شهادة المرأة الواحدة بالرضاع، بل عدم جواز شهادة النساء منفردات.

وهذا الحكم من الحنفية مسبق باجتهاد عمر رضي الله عنه في المسألة، فكيف كان ذلك؟

راي عمر في المسألة:

روي أن رجلاً من بني عامر تزوج امرأة من قومه فدخلت عليهما امرأة فقالت: الحمد لله لقد

ارضعتكما، وأنكما لأبناي، فانقبض كل واحد منهما عن صاحبة، فخرج الرجل حتى أتى المغيرة بن شعبة، فأخبره بقول المرأة فكتب فيه الى عمر، فكتب عمر: أن أدع الرجل والمرأة فان كان لها بينه على ما ذكرت ففرق بينهما، وأن لم يكن لها بينة فخل بين الرجل وبين امرأته، إلا أن يتنزها. ولو فتحنا هذا الباب للناس، لم تشأ امرأة أن تفرق بين اثنين إلا فعلت» [٨٢: ١١٨].

وروي أن هذا كان بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد [٢٠٠: ١٦٠].

السياسة الشرعية في فعل عمر عدم قبول شهادة المرأة الواحدة في الرضاع:

ان حديث عقبة المروي عن رسول ﷺ بمختلف رواياته، وسواء كان الطلب فيه للالزام أو للندب، يدل على أن الرسول ﷺ قبل شهادة المرأة الواحدة على فعل نفسها، ولم يخبر عقبة بأن المرأة التي أخبرته بالرضاع لا بد لها من بينة، أو من يشهد معها، بل قال: كيف وقد زعمت، ثم قال له: دعها عنك.

وفعل عمر السابق مخالف لهذا ، حيث طلب من المدعي بينة كاملة على الرضاع، وقال

لعامله المغيرة بن شعبة لا تقبل قولها إلا ببينة، فما هو وجه قوله هذا؟

أرى - والله أعلم- أن عمر رضي الله عنه تخوف -كعادته في سد أبواب الفتنة والاضرار عن الأمة- من تفاقم خطر أمر الارضاع وانتشاره بين الناس، على صورة يسهل فيها الادعاء بما يفسد الاسرة، ويدمر الحياة الزوجية، خاصة مع قلة الوازع الديني، فانه من السهل جداً على امرأة لا تخاف الله تعالى أن تدعي ذلك، ولا تطالب ببينة، فتفسد حياة زوجين سعيدين وتشتت أسرة بادعاء في ظاهرة الحق والحرص على الحرام، وربما يكون في باطنه الحقد والحسد والرغبات الشخصية القاتلة. وهذا ما يؤخذ من قول عمر نفسه للمغيرة بن شعبة معللاً طلب البينة الكاملة على الرضاع، حيث يقول: [ولو فتحنا هذا الباب للناس لم تشأ امرأة أن تفرق بين اثنين إلا فعلت] [٨٢: ١١٨، ١٤٨: ١٥٩].

فشهادة المرأة الواحدة في الرضاع، سواء على فعل نفسها أو على فعل غيرها، لا تخلو من التهمة والشك فكيف مع فساد الزمان؟ ولا ينبغي أن يترك الأمر للشك والظن ليهدم اليقين المبني على أساس شرعي ثابت.

وعلى ذلك فيمكن أن يحمل فعل عمر رضي الله عنه في عدم قبول شهادة المرأة الواحدة على

الرضاع، بأنه من باب سد الذريعة التي يتوصل بها الى المفسدة، وهي هنا هدم الاسرة بظن متوهم يحتمل الاضرار. ومعلوم أن سد الذرائع أصل من أصول السياسة الشرعية. فيكون فعل عمر وما ذهب اليه الحنفية في هذه المسألة هو الراجح، لهذا المآل الواقع أو المتوقع، ولا يكون هذا الحكم مخالفا للنص في فهم الحنفية لأنهم حملوا النص على الفتوى، وفعل الأولى ويشهد لذلك قوله ﷺ [كيف وقد زعمت] فهو مجرد زعم وهم يتكلمون في حكم القضاء، لا في حكم الديانة والفتوى.

موقف قانون الاحوال الشخصية الاردنية من هذه المسألة:

لم ينص القانون الأردني على حكم هذه المسألة بذاتها، وإنما جاء في المادة ١٨٣ منه [مالا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح من مذهب أبي حنيفة] [قانون الاحوال الشخصية الأردني المؤقت رقم ٦٠ سنة ١٩٧٦ المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٧٦/١٢/١ في العدد رقم ٢٦٦٨]. وقد مرّ سابقاً أن الراجح من مذهبهم، عدم قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع فضلاً عن قبول شهادة المرأة الواحد، بل مرّ أيضاً أنهم يشترطون نصاب الشهادة التي تثبت بها سائر الحقوق المالية، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن الشهادة بالرضاع في نظرهم تتضمن الشهادة بزوال ملك الغير نتيجة، حيث تؤدي إلى فسخ العقد بسبب الرضاع المحرم، وهذا يلحق الخسارة المالية بالزوج، ومثله لا يكون إلا بشهادة كاملة. [٤١٣/٢: ٥٩]

المبحث الثالث النفقة

المطلب الأول: معناها واحكامها

النفقة في اللغة:

النفقة من النفوق، وهو الهلاك، يقال: نفقت الدابة، إذا هلكت وماتت، أو من التفاق بمعنى الرواج، يقال نفق البيع إذا راج، وانفق الرجل افتقر وذهب ماله [٣١: ٣/٦٩٣، ٣٢: ١٣٧].
وسمي بها المال الذي ينفقه الانسان على عياله، لأن في الاتفاق عليهم هلاكاً للمال المنفق، أو لأن في الاتفاق رواجاً لحال المنفق عليه [١٣٦: ٢٣٢].

أما في الاصطلاح: فيقصد بالنفقة ما يبذله الانسان لمن يعوله من الطعام والكسوة والمسكن، وما شابه ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومها فقليل: هي الشيء الذي يبذله الانسان فيما يحتاجه هو أو غيره، من الطعام والشراب ونحوها [٢٣: ٣/٢١٨] وقيل: هي توفير ما تحتاج اليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء، وإن كانت غنيّة [١٤١: ٢/١٦٩].

وجميع معانيها عند الفقهاء تدور حول ما يجب على الانسان لزوجته وأولاده مما لا يقوم البدن بدونته عادة [١١٣: ٣٤/٨٣، ١١٧: ٤/٣٥٨] نحو المأكل والملبس والكسوة والعلاج وغيرها.

وجوب النفقة على الزوج:

النفقة من آثار عقد الزواج الصحيح، فتجب للزوجة على الزوج الحر، الذي يقدر على المال، البالغ العاقل غير المحجور عليه، إذا كانت الزوجة غير ناشزة، سواء كانت مسلمة أو كفاية، وكذلك تجب لأولادها الصغار الفقراء على والدهم الموسر بقدر كفايتهم.

وجوب النفقة ثابت بالكتاب والسنة والاجماع، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [مسورة الطلاق آية ٧] وقوله ﷺ لهند بنت عتبة: خذي ما يكفيك وولديك

بالمعروف [٥٠٤/٩:١٣].

وانما وجبت نفقة الزوجة على زوجها، لأنها محبوسة في داره لمنفعته، وكل انسان حبس لأجل منفعة غيره وجبت نفقته على من كان حبسه لأجله، ومن أجل ذلك وجبت في بيت مال المسلمين نفقة القاضي والوالي والمفتي ومدرس علوم الدين، لأنهم محبوسون لمصلحة المسلمين العامة [٥٠٣:٦٦ ، ١٨١/٥:٧٠].

وتقدر النفقة حسب حال الزوجين عند مالك وأحمد بن حنبل، وبه قال الخصاص من الحنفية، وهو الراجح عندهم. وقال الشافعي أنها تقدر بالنظر الى حال الزوج وحده، وهو اختيار الكرخي من الحنفية ومذهب الزيدية [١٥/٤:٧٤ ، ١٨٢/٤:٩٠ ، ٤٢٥/٣:١٠٩ ، ٣٥٢/٩:١٢٢].
والنفقة غير مقدرة بمبلغ من المال، أو نوع من الطعام والكسوة، وانما يقدرها الحاكم بالمعروف مراعيًا الكفاية، خلافاً للشافعية الذين قدروها بمدين على الموسر، ومدد واحد على المعسر ومدد ونصف على المتوسط. وقال ابن تيمية لا يجوز تقديرها، وانما يطعمها الزوج معه مما يأكل [٧٩/٣٤:١١٣].

هذه بعض أحكام النفقة في المذاهب بشكل عام. والمهم في هذا البحث، ماله علاقة من هذه المسائل بالسياسة الشرعية، وسوف أفصل فيها القول على النحو التالي:

المطلب الثاني: عدم استحقاق الزوجة العاملة خارج البيت للنفقة إذا منعها زوجها فابت:
النفقة حق ثابت للزوجة مقابل احتباسها، وهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح كما ذكرنا، وقد ذكر الفقهاء ان من حق المرأة أن تعمل في بيتها بأجر، ويكون أجرها على عملها لها وليس لزوجها، وقال بعضهم: أن للزوج منعها إذا كان العمل الذي تقوم به يضر بصحتها، أو يضعف نظرها، أو يتقص من جمالها.

وقد اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها، فقال بعضهم: ان سبب النفقة للزوجة هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح الصحيح للزوج عليها [١٥/٤:٧٤] وقال اخرون: السبب هو مجرد الزوجية، وقيل: بل السبب ملك النكاح عليها، وقيل: سبب وجوب نفقة الزوجة هو القوامة، الى غير ذلك من الأقوال التي تشترط تسليم المرأة نفسها للزوج تسليمًا كاملاً.

كما اختلف الفقهاء في حكم التسليم الناقص، أو التسليم ليلاً دون النهار هل يوجب النفقة على الزوج أو لا يوجبها؟ قيل: إن المرأة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار فلا نفقة لها، لأنه لم يوجد التمكين التام [١٠٦: ١٦١/٢] ونص الحنفية على أن التسليم الناقص يوجب نشوز الزوجة مثل إذا سلمت نفسها ليلاً وامتنعت نهاراً أو العكس، تعد ناشزة [المادة ١٥٦ من مواد كتاب النفقات الشرعية].

وذهب الحنابلة الى أن الزوجة تستحق النفقة بشرطين:

(١) أن تكون كبيرة يمكن وطؤها.

(٢) أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها [١١٦: ١٥٩/٨].

ويؤخذ من شرط التمكين التام، أن خروجها من المسكن نهاراً والعودة اليه ليلاً لا يعتبر تمكيناً تاماً فلا تستحق معه النفقة .

واشترط المالكية لوجوب النفقة على غير المدخول بها شروطاً هي:

بلوغ الزوج، وأن تكون الزوجة مطيقة للوطء، وعدم اشراف أحدهما على الموت، وقالوا: ان منعت نفسها منه فهو نشوز، وعللوا عدم وجوب النفقة بعدم القدرة على الاستمتاع بها [٨٨: ٧٣٠/٢].

ويتضح مما سبق أن الأئمة متفقون على أن الناشز لا نفقة لها، والناشز من النشوز بمعنى: الارتفاع، من الشُّز أي المكان المرتفع، وسميت المرأة ناشزاً، لأنها بعصيانها كأنها ارتفعت عن طاعة زوجها، فمتى خرجت من منزلها بغير اذنه أو امتنعت عن الانتقال معه الى مسكنه أو امتنعت من السفر معه فلا نفقة لها، وهو قول عامة أهل العلم [١١٦: ٢٣٦/٨].

فالنفقة عندهم في مقابلة التمكين، فإذا منعت التمكين كان له منعها من النفقة، وتخالف المهر من هذه الناحية مع أن النفقة والمهر من آثار عقد الزواج، إلا أن المهر يجب بمجرد العقد، ولا تجب النفقة إلا بالعقد مع التمكين والتسليم.

بعد أن تقرر ذلك أقول هل عمل المرأة خارج البيت من النشوز المانع لنفقتها؟

أستطيع القول أن الفقهاء متفقون على أن الزوجة المحترفة لا نفقة لها إذا لم يرضَ الزوج باحترافها، وطلب منها عدم العمل ولم تمثل له، لأن احترافها بعد نهي الزوج لها ومنعها من العمل

يكون نشوزاً عند هؤلاء الفقهاء، والناشز لا تجب لها النفقة، وكذلك الحكم إذا رضي باحترافها أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل ولم تمثل [٢٤٢: ١٣٦].
وعللوا ذلك بقوات التسليم الكامل الذي هو شرط وجوب النفقة كما ذكر.
وهذا تفصيل لأقوال الفقهاء في هذه المسألة:

مذهب الحنفية:

جاء في رد المحتار (وإذا لم يرض الزوج بعملها ونهاها عن العمل فخرجت من أجله سقط حقها في النفقة لأن الاحتباس ناقص غير كامل) [٨٩١/٢: ٥٩]

مذهب المالكية:

جاء في شرح الصاوي [أن من شروط وجوب النفقة للزوجة على زوجها عدم النشوز]، وقال: [إن منعت نفسها من زوجها فهو نشوز] وعللوا ذلك بأن الزوج لا يكون قادراً على الاستمتاع، وعندهم أن عدم القدرة على الاستمتاع بالزوجة مسقط لنفقتها [٧٣٠/٢: ٨٩].

مذهب الشافعية:

جاء في مغني المحتاج [وتجب النفقة للزوجة بالعقد وتستقر بالتمكين التام، أي التمكين من الاستمتاع في أي وقت، فلو امتنعت منه سقط حقها في النفقة] وجاء في المهذب [الحررة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار، لا نفقة لها، لأنه لم يوجد التمكين التام] [٤٣٥/٣: ١٠٩].

مذهب الحنابلة:

جاء في المغني: [إذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجاتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن... إلى أن قال: إذا خرجت الزوجة من منزل الزوج بغير إذنه فلا نفقة لها، لأن النفقة تجب في مقابلة التمكين، فإذا منعه من التمكين كان له منعها من النفقة] [١٥٩/٨: ١١٦].

يتضح من أقوال الفقهاء ان المرأة المحترفة لا نفقة لها إذا نهاها زوجها عن العمل فرفضت ذلك، حتى لو تزوجها وهي تعمل فله الحق بمنعها عند هؤلاء الفقهاء [*] فإذا لم تترك العمل، اعتبرت ناشزة وحرمت من النفقة.

هذه هي النصوص الواردة في المسألة، ولكن هل إقدام الزوج على التزوج بامرأة محترفة تمارس عملاً معيناً قبل الزواج وتلتزم به وهو يعلم ذلك مسبقاً وقد رضي به، يجيز له بعد الزواج أن يطلب من الزوجة الامتناع عن العمل وتركه، فإذا رفضت ذلك تعتبر ناشزاً ولا نفقة لها؟ وبمعنى آخر هل هذا الحكم الذي نص عليه الفقهاء مبني على العرف، فيجوز أن يتغير بتغير عادات الناس أم حكم شرعي دائم لا يتغير بتغير الزمان والبيئات؟

للإجابة على ذلك أستعرض أولاً ما آل إليه أمر المجتمع في زماننا بهذا الخصوص.

فمن المعلوم أن الحياة المعاصرة قد تغيرت كثيراً عما كان عليه الحال في السابق، سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو المهني، وأصبح عمل المرأة ضرورياً لسد حاجات الأسرة، كما هو ضروري لسد حاجات المجتمع من المعلمات والطبيبات، وقد اتسع الميدان لدخول المرأة مجال العمل المختلف ومجال العلم في شتى نياحي الحياة. وبما أن تكاليف العلم باهظة عالية، فكثيراً ما تضطر المرأة إلى الدراسة وفق نظام الالتزام على نفقة جهة معينة، كوزارة التربية والتعليم مثلاً، وتشترط هذه الأخيرة على المرأة أن تعمل لديها بعد التخرج مدة زمنية معينة، فإذا انقطعت المرأة عن العمل قبل نهاية مدة الالتزام فإنها تدفع مبالغ مالية تعادل تكاليف نفقات تعليمها، وربما تزيد عن ذلك، هذه ناحية، ومن ناحية أخرى، قد توقع المرأة عقداً مع إحدى الشركات لمدة زمنية تلتزم فيها المرأة بالعمل دون استقالة خلال المدة، وفي حالة عدم الالتزام يترتب عليها دفع مبالغ مالية قد لا تستطيع المرأة دفعها تنفيذاً لشروط هذا العقد، فما هو العمل في هذه الحالة؟.

هل يجمد القضاء على نصوص الفقهاء السابقة ويقول ان الزوج إذا طلب منها ترك العمل مع

* يفهم ذلك من الاطلاق الوارد في عبارة الفقهاء حيث يشترطون رضا الزوج بعمل زوجته وعدم نهيها عنه، فإذا نهاها عن الخروج الى العمل يكون غير راض به ورضاه شرط في عدم اعتبارها ناشزة في هذه الحالة، ولم يقيدوا ذلك بمن تزوجها وهي تعمل بل اطلقوه، والمطلق يجري على اطلاقه ما لم يرد دليل التقييد، وهو في عبارتهم غير وارد.

← انظر صفحة قبل التمهيد (٧٧)

في هذه الأيام التي استحكمت بها الغلاء الفاحش . وكما ذكرنا أن الفقهاء الذين قالوا بالمنع لم يذكروا بأن الاحتراف مانع من استحقاق النفقة لذاته، بل أوردوه على أنه ضرب من النشوز، وما لم يترتب عليه النشوز ويدعي بذلك الزوج لا يكون موجباً لسقوط النفقة، وهذا لا يتحقق إلا إذا أثبت الزوج أنه هيا مسكناً شرعياً لزوجته ودعاها للدخول فيه، وكان عملها حائلاً دون الاستجابة لطلبه، فإذا أقر الزوج أنه تزوجها وهو يعلم أنها تعمل موظفة، ورضي ببقائها في العمل بعد العقد، فإن هذا يثبت عدم تأثير عملها على استحقاقها للنفقة منه [١٧٤: ٢٥٥].

هذا هو اجتهاد القضاء في المسألة، فما هو وجه السياسة الشرعية فيها؟

السياسة الشرعية في المسألة:

إذا تزوج الرجل المرأة وهي تعمل، أو رضي بعملها قبل العقد عليها صراحة أو ضمناً، ولم يشترط عليها قبل الزواج ترك العمل، ثم تزوجها وهي على حالها، وأخذ منها شيئاً من راتبها، أو قبل ما أحضرته الى بيته من راتبها، فإن هذا العمل من الزوج يدل على رضاه بسقوط بعض حقه في الاحتباس، وإلا فقد كان باستطاعته وقد علم بأنها تعمل قبل العقد عليها، أن يطلب منها صراحة ترك العمل، اشعاراً منه بأنه لا يقبل بالاحتباس الناقص، وعدم طلبه هذا يدل على أنه لا يعارض في عملها . . .

وهذه المسألة على هذا النحو قد لا يختلف فيها الفقهاء مع القضاء، ولكن الاختلاف يأتي بعد ذلك . فسواء قلنا ان الزوج رضي بعملها قبل العقد أو لم يرض به، فإن الفقهاء يقولون إذا طلب منها بعد هذا الرضا أو عدمه أن تترك العمل فإن له ذلك، وإذا رفضت تكون ناشزة وتمنع من النفقة .

هذا القدر هو المختلف عليه، وهو الذي أرى أنه يتغير بتغير الزمان، وأنتي أرى خلافاً للفقهاء أنه ليس من حق الزوج الذي رضي بعمل الزوجة صراحة أو ضمناً قبل العقد عليها أن يأتي بعد العقد لسبب أو بدون سبب ويطلب منها الامتناع عن العمل، وأن هذا لو حصل لا يكون نشوزاً مانعاً من استحقاقها للنفقة، شريطة أن تكون معذورة في هذا العمل لضرورة أو حاجة ملحة . وهذا حكم من أحكام السياسة، إذ لا نص يدل على اعتباره بعينه مسقطاً للنفقة أو غير مسقط، وإنما جاء

النص من الفقهاء باعتباره نشوؤاً، بناء على عرف عندهم أن عمل المرأة خارج بيتها ليس ضرورياً لها، وقد اكتفت بوجود نفقتها على زوجها فلا حاجة لها بالمال، وطاعة زوجها واجبة، فلا تترك الواجب لغير ضرورة.

هذا ما يمكن استنباطه وفهمه من عبارات الفقهاء، وهو مسلم إذا لم تكن هناك ضرورة أو عرف يقضي بغير ذلك، فعندئذ تكون معذرة في خروجها للعمل.

وقد ظهر نتيجة تغير العرف وتبدل الظرف، أن عمل المرأة في بعض مجالات الحياة أصبح ضرورة اجتماعية، كتعليم بنات المسلمين بدلاً من أن يقوم بذلك رجل، وتطبيب نساء المسلمين بدلاً من أن يتولى ذلك ذكر، كما أن تغير العرف بالنسبة لتعليم المرأة، وما يترتب عليها من التزامات مادية وعملية وكفالات مالية تنص على وجوب الوفاء بالالتزام عليها أو على وكيلها، وغالباً ما يكون والدها، الأمر الذي يجعل عملها ضرورياً بالنسبة لالتزاماتها المالية من جهة، وبالنسبة للمجتمع المسلم من جهة أخرى، فلا يجوز أن يترك هذا الأمر الضروري لمزاج الزوج فإذا رضي تركها تعمل، وإذا غضب أو رفضت اعطائه شيئاً من المال الزمها بترك العمل، وإنما الواجب في مثل هذه الحالات أن يعلم الزوج أن من حقه الاحتباس الكامل، ومن حقه أن لا يقدم على زواج امرأة إلا إذا رضيت ابتداء بهذا الحق، فإذا لم يشترطه ورضي به صراحة أو أعلمته بعملها فلم ينكره عليها ولم يطلب منها تركه قبل العقد، فإن هذا الرضا مسقط لحقه في الاحتباس الكامل بعد العقد ويبقى من حقه الاحتباس الناقص، فكانه تزوجها على هذا الشرط وهو وإن لم يكن منصوصاً عليه في العقد فقد ألزمه العرف، ومن الثابت أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً [٩٠: ٥٧] وفي ذلك رفع للظلم عن أحد العاقدين، ومنع للضرر المتوقع من ترك العمل، وضبط لأمر القضاء وهي مصلحة عامة، حتى لا يبقى أمر استحقاتها للنفقة قضاء مرهوناً بقوله موافق على عملها فلا تكون ناشزة، أو غير موافق فتنشز. وهذا أمر مع فساد الزمان وضعف الوازع الديني عند الأزواج لا يجوز أن يبقى بدون ضابط قضائي، شريطة أن تكون معذرة في عملها كما ذكر.

فالذي أراه موافقاً للصواب هو التوسط بين ما ذهب إليه الفقهاء وما ذهبت إليه محكمة الاستئناف، فالأول يقضي إلى الظلم، وهو محرم شرعاً، والثاني يقضي إلى تجاوز أحكام الشريعة والخروج عن سياق السياسة الشرعية، وحدودها، والتوسط بينهما هو العدل الموافق لروح الشريعة

والتي تقتضيه احكام السياسة الشرعية، ومضمون هذا التوسط أن الزوجة المحترفة لا تعتبر ناشزة اذا استمرت بعملها السابق لزواجها وكانت معذورة في ذلك، كان يكون لعملها ضرورة عامة أو خاصة أو حاجة ملحة وهو ما ذهب الى نحوه صاحب البحر، أما إذا لم تكن معذورة وإنما متبعة لهاها وعادتها التي تعودت عليها، فالقول بعدم نشوزها في هذه الحالة توسع لا يدخل في الشرع من أي باب، وضابط ذلك متزوك للقضاء، فالقاضي يقدر كل حالة على حده، ويصدر حكمه بنشوزها أو عدمه، تبعاً لما يتحقق لديه من وجود العذر أو عدم ذلك. وهذا الضابط من السياسة الشرعية التي تستند الى الضرورة وتغير العرف.

المطلب الثالث: نفقة زوجة الغائب

المقصود بالغائب: من لا يمكن احضاره الى مجلس القضاء لمقاضاته أمام القاضي وسؤاله عن الدعوى، سواء كان غائباً في البلد الذي توجد فيه زوجته أو مختفياً فيه وسواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة.

والنفقة واجبة لزوجة الغائب باجماع علماء المسلمين، حتى الحنفية الذين منعوا القضاء على الغائب قالوا بأن النفقة واجبة للزوجة على زوجها مطلقاً (موسرة كانت أو معسرة، فقيراً كان الزوج أو غنياً، حاضراً أو غائباً، صغيراً أو كبيراً) [١٥:٨٢].

فلا خلاف بين العلماء في مبدأ وجوب النفقة لزوجة الغائب على زوجها .
والأصل في ذلك حديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان الذي روته عائشة رضي الله عنها [أن هنداً قالت: يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] [٣٦٢/٦:٢٠ ، ٥٠٤/٩:٢١ ، ١٢٣:٩١/١٠].

مذهب جمهور العلماء ما عدا الحنفية أنه قضاء وليس فتوى، لأنه ﷺ لا يفستي إلا بالحق [٩١/١٠:١٢٣] والنفقة حق لها سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً.

وذهب الحنفية الى أن ما فعله رسول الله ﷺ مع هند هو من باب الفتوى [٧٤:٧٢/٤]، وأن القضاء على الغائب غير جائز، بل نصوا على أنه باطل [١٩:٨٢] لأنه يشترط في الحكم

بالنفقة أن تثبت الزوجية بالبينة، والبينة لا تسمع دون خصم، وأن الزوج إذا كان غائباً في المِصر فلا يجوز القضاء عليه اجماعاً عند الحنفية، ولو قضى لا ينفذ وعليه الفتوى [٥٤/١:٨٠].

وسواء كان الحكم على الغائب بالنفقة لزوجته من باب القضاء أو الفتوى، فقد أجازته الحنفية بالنتيجة، ووافقوا سائر الأئمة في ذلك، وإن كان غيرهم يصحح القضاء على الغائب وهم يعتبرونه من قبيل الفتوى والاعانة، فقد نصوا على أنه يجوز [للقاضي أن يفرض النفقة لزوجة الغائب في ماله الذي هو من جنس النفقة] [٢٦١/١:٧٥].

ولكن الحنفية اختلفوا فيما بينهم بمسائل تفرعت عن مسألة القضاء على الغائب بخصوص فرض النفقة لزوجته، وهذه المسائل من قبيل الاستثناءات التي تتحقق فيها الضرورة أو الحاجة والتي بموجبها [١٠٣/٢:١٦٢] أجازوا القضاء على الغائب ومنها:

المسألة الأولى: جواز سماع البينة على الزوجية

اختلف فقهاء الحنفية في مسألة إذا لم يكن القاضي عالماً بالزوجية، وسألت الزوجة القاضي أن يسمع بيئتها على الزوجية مع غياب زوجها، ويفرض لها عليه النفقة، فهل يجيبها القاضي الى طلبها؟ قال أبو يوسف: لا يسمع القاضي البينة على الزوجية، ولا يفرض لها النفقة.

وقال زفر: يسمع ويفرض لها، فإذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البينة في وجهه.

وقد علل زفر قوله بأن القاضي يسمع البينة في هذه المسألة لا لاثبات النكاح حتى تقولوا ان الغيبة تمنع من ذلك، لأنه قضاء على غائب، وهو غير جائز ولكن ليتوصل بها الى الفرض، أي الى فرض النفقة للزوجة على زوجها [١٩٢/٤:٦١]. وقد أجازوا سماع البينة في حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة، فإنها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع [٢٧/٤:٧٤].

وقد صحح علماء الحنفية قول أبي يوسف، وقالوا عليه الفتوى [٢٧/٤:٧٤].

وجه السياسة الشرعية في قول زفر:

الأصل في مذهب الحنفية هو عدم جواز القضاء على الغائب [المادة ٣٢٦ من مواد كتاب النفقات الشرعية ص ٦٨] إلا أن نفقة الزوجة لما كانت من الأمور الضرورية، والتي لا تقوم الحياة بدونها، وقد تطول غيبة الزوج، والقاضي لا يعلم بالزوجية بينهما حتى يعطيها النفقة من قبيل الفتوى والاعانة، فتبقى

الزوجة بدون نفقة، ولا تستطيع على قول أبي يوسف، وهو القول المعتمد في المذهب [٢٧/٤:٧٤] أن تقيم البينة على الزوجية لغياب الزوج وعدم صحة القضاء على الغائب في المذهب، والبينة لا تكون إلا في دعوى صحيحة يحضرها الخصم، وهو غائب، والزوجية غير معلومة، فمتى تحصل الزوجة على نفقتها من هذا الزوج الغائب؟ من أجل هذه الضرورة، ورفعاً للحرج الذي ستقع فيه الزوجة في هذه الحالة، قال زفر يجوز للقاضي أن يسمع البينة على الزوجية لغاية فرض النفقة لا لغاية اثبات الزوجية، حتى إذا حضر الزوج وأنكر الزوجية كلفها القاضي أن تقيم البينة بحضور الزوج مرة أخرى. والواقع أن هذا الاستحسان من زفر في محله، وإن خالف ما ذهب إليه الحنفية، فلا حرج على القاضي في أن يحكم بالنفقة للزوجة على زوجها الغائب بعد اثبات الزوجية بينهما، وهي سبب استحقاق النفقة، فإذا حضر الزوج وأنكر، فإن الدفع يجوز قبل الحكم وبعده، كما هو مستقر في قضاء الحنفية [٥٨:١٧٧] فله الحق أن ينكر، ولها الحق أن تثبت. أما أن تبقى بدون نفقة وزوجها غائب، والنفقة من ضروريات الحياة، وحفظ النفس من مقاصد الشريعة، فهذا قول يخالف هذه المقاصد، وتأباه قواعد الشريعة العامة.

فيكون ما ذهب إليه زفر رحمه الله، من السياسة الشرعية التي تستند إلى مقاصد الشريعة في حفظ نفس زوجة الغائب، بفرض النفقة لها في ماله حتى لا تهلك جوعاً، وحفظ النفس من مقاصد الشريعة الضرورية.

المسألة الثانية: أخذ الكفيل بالنفقة

جاء في فقه الحنفية، بخصوص فرض النفقة لزوجة الغائب، أنه لو قالت المرأة إن زوجها يريد أن يغيب، وطلبت من القاضي أن يأخذ لها منه كفيلاً بالنفقة حتى تحفظ حقها بعد غيابه، أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل، لأن نفقة المستقبل غير واجبة للحال، فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب، وإلى هذا أشار أبو حنيفة رحمه الله بقوله: (لا أوجب عليه كفيلاً بنفقة لم تجب لها بعد) [٢٨/٤:٧٤].

وقال أبو يوسف: استحسنت أن آخذ لها منه كفيلاً بنفقة شهر، لأننا نعلم بالعادة أن هذا القدر يجب في السفر، لأن السفر يمتد إلى شهر غالباً [٢١٢/٤:٦١].

وقد قال متأخرو الحنفية: إن عمل القضاء اليوم على هذا، أي يعملون بقول زفر في البينة على

الزوجية، كما يعملون باستحسان أبي يوسف بأخذ الكفيل، ويفرضون النفقة على الغائب، وقد عللوا ذلك بقولهم [لحاجة الناس وهو أرفق بهم] [٦٣: ٤/٢١٠] وقد جاء في فتح القدير [هو قول زفر ورجع إليه أبو يوسف فقوي عمل القضاء لحاجة الناس إلى ذلك] [٦١: ٤/٢١٢].
وجه السياسة الشرعية في قول أبي يوسف:

إن الزوج الذي يريد الغياب، وهو ملزم بنفقة زوجته، مضار لهذه الزوجة، إذا لم يترك لها نفقة، والذي يريد أن يلحق الضرر بغيره لا يجوز أن يمكن من ذلك، فالقاضي إذا تحقق أنه يريد مغادرة البلاد، وطلبت الزوجة منه أن يقدم لها كفيلاً يضمن نفقتها إذا غاب، يلزمه بذلك، ولو أن النفقة لم تجب بعد، وهي نفقة المستقبل، ولا يقال أن النفقة لا تجب بالحال، لأن قرائن الأحوال من الأدلة الواجب العمل بها قضاء، فالزوج الذي يريد الغياب وهو ملزم بنفقة غيره لا ضرر عليه من تقديم الكفيل، اظهراً لصدقه وعزمه على أداء الواجب عليه لزوجته، والنفقة تختلف عن مائر الديون والحقوق بأنها لا يمكن الاستغناء عنها عادة وبدونها يفوت البدن، وحفظه من مقاصد الشريعة الضرورية، وكل وسيلة تؤدي إلى حفظ الضروري فهي ضرورية، فيكون أخذ الكفيل ضرورياً، وهو موافق لمقاصد الشريعة التي هي أصل السياسة الشرعية.

المسألة الثالثة: تحليف زوجة الغائب اليمين:

قال فقهاء الحنفية: إن القاضي إذا أراد أن يفرض النفقة لزوجة الغائب، يحلفها اليمين، على أن زوجها لم يعطها نفقة، ولم تكن ناشزة منه، ولا مطلقة انقضت عدتها.

وعللوا ذلك: بأن القاضي يحتاط لحفظ حق الزوج الغائب، إضافة إلى أخذ الكفيل الذي يكون ضامناً لما تأخذه من مال الزوج الغائب لتتفق منه، فإذا عاد زوجها وتبين أنها غير محقة بما أخذته من ماله، يرجع عليها أو على الكفيل [٨١: ١/٥٤٤]. ولا يكتفي القاضي بذلك بل يحلفها اليمين زيادة في الاستيثاق أن زوجها لم يترك لها نفقة، فإذا امتنعت عن حلف اليمين التي تسمى بيمين الاستيثاق، أو عن تقديم الكفيل لا يحكم لها القاضي بفرض النفقة على زوجها الغائب [١٣٦: ٢٥٦].

وجاء في تعليل هذه اليمين أيضاً أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة [المادة ٢٩٢ من مواد

كتاب النفقات الشرعية]، لذلك فالقاضي مجبور أن يعمل بالأولى والأأنفع. ولا شك أن الأولى والأأنفع هنا هو رعاية مصلحة الغائب مزيداً في الاحتياط لحقه، أما الحاضر فهو يدافع عن حقه كما يريد.

موقف قانون الأحوال الشخصية من هذه اليمين:

أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني تحليف زوجة الغائب يمين الاستيثاق قبل فرض النفقة لها، فقد جاء في المادة ٧٦ منه ما نصه (إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر الى محل قريب أو بعيد أو قُعد، يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما، بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها).

وهذه اليمين إذا نكلت الزوجة عن حلفها لا يحكم لها القاضي بالنفقة ولو أثبتت دعواها بالبينة [المادة ٧٦ من المجلة] لأن المادة السابقة اشترطت لجواز فرض النفقة على الغائب أن تثبت الزوجة دعواها الزوجية بالبينة، وأن يحلف القاضي طالبة النفقة اليمين الشرعية على عدم ترك الزوج نفقة لها، وعلى الأمور الأخرى الواردة في نص المادة المذكورة.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

الأصل المعمول به قضاء أن الحقوق بشكل عام تثبت بالبينة، عملاً بالقاعدة القضائية المعروفة (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر) [قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم ٧٤٨٠ انظر ١٧٥: ٣٢٤] فالمفروض أن المدعي إذا أثبت دعواه بالبينة، يجب على القاضي أن يحكم له بموجب هذه البينة، ان كانت مطابقة للدعوى، ولم يوجد مانع يمنع من القناعة بها، ولا يجمع بين بينة كاملة ويمن إلا في حالات استثنائية محددة [١٧٧: ٢٣٥] المقصود منها الاستيثاق والتأكد، مع أن البينة في الأصل وحدها كافية لحصول القناعة، إلا أن ما يحدث بين الزوجين من العسير الاطلاع عليه، فقد يكون الزوج أعطاها نفقتها قبل سفره، لأن هذا هو الواجب عليه ديانة، والأصل في المسلم العدالة وأنه لا يترك زوجته بدون نفقة ويسافر عنها، وهذه شبهة قد لا يطلع عليها الشهود، كما أن الشهود مطلوب

منهم أن يثبتوا الزوجية فقط، ولا يطلب منهم معرفة ما إذا أعطاهم النفقة أو لم يعطها، فكانت اليمين الإستيثاقية على خلاف القياس، إلا أنها احتياط ضروري لمال الغائب وحقه توجيه السياسة الشرعية، لأن الأصل القضائي في الأيمان أنه لا تحليف إلا بطلب [١٧٧: ٢٣٨]، وهنا لا يوجد طالب لتحليف اليمين، إلا أنها مطلوبة قانوناً وسياسة، بحيث إذا نكلت الزوجة عن حلقها يرد القاضي دعواها، لما يظهر له أنها غير محقة في طلب النفقة، ولو كان الزوج حاضراً ما احتاج القاضي الى ذلك لكنه مزيد احتياط تستدعيه مصلحة الغائب، وتصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة [٥٧: ١٢١]، فيكون مستند هذه السياسة الشرعية هو المصلحة، وهي أصل معتبر من أصول السياسة الشرعية.

المطلب الرابع: النفقة المستعجلة

المقصود بالنفقة المستعجلة : النفقة التي يحكم بها القاضي لطالبيها من أصحاب الحق بالنفقة، سواء كانت نفقة زوجة، أو أصول أو فروع، أو نفقة أقارب، ويصدر بها أمره الى المدعى عليه ليدفع مبلغاً من المال على حساب النفقة التي قد يحكم بها للمدعي، قبل أن تقوم يته على الاستحقاق، بل بمجرد تقديم الطلب والقناعة به، وأخذ الكفيل من طالب النفقة على اعادتها إن لم يكن محقاً في طلبه.

وهذه النفقة إذا أمر بها القاضي أصبحت ملزمة وواجبة التنفيذ، بحيث لا تقبل طريقاً من طرق الطعن القانونية، وانما يتعين تنفيذها فوراً.

وقد أخذ القانون الأردني بمبدأ تعجيل النفقة بالمعنى المذكور سابقاً في بداية عام ١٩٨١ حيث كثر الزواج من الأجنبية الغريبات عن البلد، وليس لهن أهل فيها، فإذا حصل خلاف بينها وبين زوجها لم تجد من تلجأ إليه، وقد يكون ذلك مدعاة للفساد والانحراف، كما أن بعض الأزواج عمدوا الى الماطلة واكثار الدفوع في دعوى النفقة، بحيث يتعطل الفصل في الدعوى مدة طويلة، ومعلوم أن النفقة من ضروريات بقاء البدن، والنفس الانسانية لا تصبر عنها طويلاً، فدعت الضرورة الى وضع قانوني جديد استدعى معالجة الأمور بما يحق للمصلحة للطرفين فرؤي أن تعدل [عدلت بموجب القانون المعدل رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٠ المنشور في العدد ٢٩٧٢ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ١٩٨٠/١٢/١ وبدأ العمل به بتاريخ ١٩٨١/١/١] المادة ٩٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي

وضعت أساساً لتعجيل التنفيذ، والذي يعني قضائياً أن الحكم الصادر عن جهة قضائية ينفذ لدى دائرة الاجراء فوراً، وقبل اكتسابه الدرجة القطعية على خلاف العادة، فلا يوقفه اعتراض ولا استئناف [المادة ٩٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفقرة (١) منها] بقصد سرعة تنفيذ الحكم، لأنه من الأمور المستعجلة، والنفقة من هذا القبيل فجاءت الفقرة (ب) من المادة ٩٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية لتنص على أنه إذا كانت الدعوى تتعلق بالمطالبة بنفقة لم يسبق أن صدر بها حكم قطعي، وطلب المدعي تقدير النفقة وتعجيلها، فعلى القاضي فور تقديم الطلب أن ينظر فيه، فإذا اقتنع به يصدر قراراً معجل التنفيذ بتقدير نفقة شهرية محسوبة من أصل النفقة التي قد يحكم بها في الدعوى، على أن يقدم المحكوم له كفالة أو تعهداً أو تأمينات يوافق عليها القاضي.

وجاءت الفقرة (ج) لتحفظ حق المحكوم عليه فقالت (للمدعى عليه في جميع الأحوال التي ترد فيها الدعوى حق الرجوع على المدعي وكفيله أو على أي منهما بالمبلغ الذي الزم بدفعه معجلاً، بمقتضى أحكام هذه المادة مع ما ترتب عليه من رسوم ونفقات).

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

واضح أن مسألة تعجيل النفقة على الوجه الذي نص عليه القانون بمجموعها، لم تستند الى أي أصل قضائي معروف عند الفقهاء، لأنها حكم على غائب وقد عُرف رأي الخنفية فيه، وهي حكم بدون دعوى بالمعنى القانوني، وهي قول مقبول لدى القاضي لها أركانها وشروطها من المدعي والمدعى عليه وعناصر الدعوى، حتى يسوغ سؤال الخصم عنها أو تكليفه بالحضور للاجابة عنها، بل ان القانون في مسألة النفقة المستعجلة، لا يوجب تبليغ المدعى عليه حضور المحاكمة، ولا تبليغه الحكم أيضاً، كما أنه حكم بدون أية بينة أو يمين استيثاق كما هو مطلوب في مسألة الحكم على الغائب بالنفقة، فهي قرار قضائي يلزم المدعى عليه بتعجيل دفع النفقة لطالبها قبل أن يتبين القاضي أنه محق في طلبه أو غير محق، ولا شك أن القرار القضائي بالزام المحكوم عليه هو حكم بالمعنى القانوني، إلا أنه حكم لم يستكمل شروطه القانونية المعتبرة، ومع ذلك فهو واجب التنفيذ الفوري بنص القانون [المادة ٩٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفقرة ب].

هذا الحكم على هذه الصورة، هو استثناء من الاصل للضرورة، وهي حفظ النفس من

الهلاك، أو انتقاص الكرامة الانسانية، ومعلوم أن تكاليف الحياة المعاصرة لم تعد تسدها اللقمة والثوب، بل ان المأوى لا يقل أهمية عن ذلك، فإخراج الزوجة من بيتها وطردها الى الشارع بدون مأوى، وهي غريبة عن البلد ليس لها أهل، يوقعها في أشد الحرج ويسبب لها ضرراً عظيماً، والحكم لها بالنفقة المعجلة في هذه الحالة، مع أخذ كفيل عليها باعادة ما حكم به القاضي إذا تبين أنها غير محقة في دعواها، لا يعتبر ظمناً للمدعى عليه، بل يعتبر وضعاً للأمور في نصابها، فإذا كانت الزوجة محقة في طلبها فقد أخذت حقها، وحفظت كرامتها، وإذا لم تكن محقة ضمن الكفيل اعادة ما قبضته من المحكوم عليه، ولا ضرر على أي منهما.

فالذي أراه أن أحكام السياسة الشرعية تتسع لمثل هذا الاجراء، عملاً بمبدأ رفع الحرج وسد الذريعة الى الانحراف، وهما أصلان معتبران من أصول السياسة الشرعية. إلا أنني أرى أن أحكام السياسة الشرعية متغيرة، وتدور مع المصلحة، وقد ثبت من خلال التطبيق العملي أن النفقة المستعجلة على الوجه الموجود حالياً لا تحقق الغاية من مشروعيتها، لأن القانون لم يحددها بنفقة الضرورة، وقد أصبحت تستغل استغلالاً ينافي مقاصد الشريعة، بل يتوصل بها الى افساد الرابطة الزوجية او وقوع الطلاق في أحيان كثيرة، حيث ان الزوجة تحصل على نفقة باهظة، لأنه لا يُطلب منها احضار أية بيعة، وإنما يحضر خبراء ليقدروا ما شاءوا بغياب الزوج، والقانون لم يضع لها سقفاً معيناً، وطالما أنها اعانة ومساعدة للمحكوم له فلا ينبغي أن تكون مطلقة، وإنما مقيدة بنفقة الضرورة [المادة ٢٢ من المجلة] ما أتيح للضرورة بتقدير بقدرها] والحاجة، حتي لا تستغل لهدم الاسرة.

وبهذا تحقق النفقة المعجلة الغاية من مساعدة طالب النفقة على الحصول عليها بسرعة، لأنها لا تحمل التأجيل والمماطلة، وكذلك تحقق مبدأ الاحتياط للغائب، فقد يظهر أنه لا يستطيع تحمل المبالغ الكبيرة، والنفقة مستمرة عليه، والزوجة المفروض لها النفقة تماطل في فصل الدعوى، فلا يجد مندوحة من الطلاق، لأنه السبيل الوحيد حيثذ لقطع هذه النفقة، والنجاة من السجن.

المطلب الخامس: تعديل النفقة وعدم سماع الدعوى بزيادة النفقة او نقصانها قبل مرور ستة اشهر على فرضها

نفقة الزوجة ليست مقدرة شرعاً بمقدار معين عند جمهور العلماء باستثناء الشافعية [١٤٤: ٥٦]

الذين قدروها بالأمداد [*]. والحق ما ذهب اليه الجمهور من عدم التقدير لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص، فقد يعتاد أهل بلد أن يأكلوا في اليوم مرتين، وبعضهم ثلاثاً، وعادة بعض أهل البلاد أن يأكلوا أربع مرات، كما أن الأشخاص قد يأكل بعضهم أكثر مما يأكله الآخر، وهذا الاختلاف معلوم بالاستقراء التام [١٢٦: ٧٤/٢] ومع العلم بالاختلاف يكون التقدير على طريقة واحدة ظلماً وحيثاً، كما أنه لم يثبت في هذه الشريعة المطهرة تقدير النفقة بمقدار معين بل كان ﷺ يحيل على الكفاية مقيداً ذلك بالمعروف، كما روي في حديث هند [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] فهذا الحديث الصحيح فيه الاحالة على الكفاية مع التقييد بالمعروف.

وما دامت النفقة مقدرة بالكفاية، ومقيدة بالمعروف، فانه قد تحدث ظروف تستدعي عدم الكفاية كارتفاع الاسعار أو غلاء الحاجات . . . وتصبح النفقة المفروضة بالدرهم مثلاً غير كافية لما فرضت من أجله، وعندئذ يطلب صاحب النفقة المفروضة زيادة عليها لتغير الظروف، أو يطلب المفروضة عليه النفقة انقاصها لظرف يستدعي ذلك، وهذا هو المقصود بزيادة النفقة أو انقاصها تبعاً للكفاية والتقدير بالمعروف عند جمهور العلماء.

ولكن هل ترك القانون أمر طلب هذه الزيادة أو الانقاص دون تقييد أو تحديد بزمان، بحيث يستطيع طالب الزيادة أو النقصان أن يتقدم متى شاء باعادة التقدير، ولو في اليوم التالي لفرض النفقة؟ وبذلك يُشغل القضاء وتأخر مصالح الناس، أم أن القضاء نظم هذه المسألة بما يحقق المصلحة ويدرك هذه المفسدة؟

موقف القانون الأردني من تعديل النفقة:

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني أن دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة لا تسمع قبل مضي ستة أشهر على فرضها، ما لم تحدث طوارئ استثنائية، كارتفاع الاسعار [المادة ٧١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني].

وهذا يعني أن القانون أخذ بمبدأ جواز تعديل النفقة المفروضة بالزيادة أو النقصان، إلا أنه قيد المذ: بالضم مكبال وهو رطل وثلاث عند أهل الحجاز والشامي، ورطلان عند أهل العراق وأبي حنيفة، وأصل المد مقدر بأن يد الرجل كفيه فيملا كفيه طعاماً. ٤٥٤/٣:٣١ ويقدر في زماننا بالقرامات وهو ٦٧٥ غم -

هذا الجواز بمدة زمنية محددة هي ستة أشهر، حتى لا يتكرر رفع دعاوى الزيادة في النفقة أو الانقاص منها خلال مدد متقاربة لا تستحق هذا التعديل، عادة. واستثنى القانون الحالات الطارئة كارتفاع الاسعار، فهذه أمور غير متوقعة أو مفاجئة، فإذا حصلت بعد فرض النفقة ولو بمدة تقل عن ستة أشهر، فإنه يجوز طلب التعديل مع هذه الظروف الاستثنائية.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

جاء النص الفقهي مجيزاً بتعديل النفقة زيادة أو انقاصاً [ولو قضى القاضي بالنفقة فعلا الطعام أو رخص فإن للقاضي تغيير ذلك الحكم] [٨١:١/٥٥٠].

إلا أن الأمر السياسي في المسألة، ليس مجرد التعديل، وإنما تحديد مدة زمنية هي ستة أشهر منع القانون من سماع الدعوى خلالها بتعديل النفقة، مع أن الاصل جواز تعديل النفقة إذا غلا السعر دون تحديد بزمن معين، كما أن الاصل القضائي المعروف يوجب سماع الدعوى مطلقاً إذا توفرت شروط سماعها [حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب عليها وهذا هو المقصود بسماع الدعوى ١٧٧:٤]. وحالة تعديل النفقة ينطبق عليها هذا الاصل، إلا أن القانون قيدها بمدة زمنية هي ستة أشهر تنظيماً للقضاء، على اعتبار أن هذه الفترة الزمنية تتغير فيها الأحوال، وهي مدة كافية لكشف أمر النفقة ان كانت بمقدار كفاية المدعي أم لا، وقد عرف ذلك بالاستقراء والتطبيق العملي القضائي، فهي مدة معقولة لتحقيق هذه الغاية، وهي عدم اشغال القضاء بتكرار سماع الدعوى بتعديل النفقة دون ضابط زمني، وقد رؤي أن هذا الضابط الزمني صالح عملياً، فجاء النص القانوني بمنع سماع الدعوى خلال هذه المدة عملاً بالمصلحة، وهي أصل من أصول السياسة الشرعية، حتى إذا كشف التطبيق العملي عن قصر هذه المدة أو طولها جاز لولي الأمر اصدار قانون يقضي بذلك، ويحقق المصلحة، لأن الحكم السياسي يتغير بتغير المصلحة، وهو أمر اجتهادي لا يجوز أن يستمر العمل به إذا ظهر عدم جدوى المصلحة التي بني عليها.

المبحث الرابع في الحضانة

المطلب الأول: معنى الحضانة لغة وشرعاً

الحضانة في اللغة: من الحضن، وهو ما دون الأبط الى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحضن الصبي يحتضنه حضناً وحضانة إذا جعله في حضنه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه [٦٦/١:٣١] فمعناها لغة تربية الولد [١٨٢/١:٢٨].

أما شرعاً فهي تربية الولد لمن له حق الحضانة شرعاً في سن معينة [٧٥٥/٢:٨٨، ٦٦٣/٢:٥٩] وقيل هي: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه كطفل، وكبير مجنون، وتربية وتعهده بما يصلحه من طعامه وشرابه ونحو ذلك [٤٥٢/٢:١٠٩].

وكل معانيها في الشرع تدور حول العناية بالطفل، ورعاية شؤونه من اطعامه وارضاعه وتنظيف جسمه وثيابه وتعهده بكل ما يصلحه، حتى يستقل بنفسه ويصبح قادراً على العناية بها دون حاجة الى غيره.

والحضانة أمر يتوقف وجوده على شخصين، حاضنة ومحضون، فالمحضون هو الطفل الصغير، والحاضن هو المرأة أو الرجل. والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتديير كل ما يلزمه في حياته، لأنه يكون عاجزاً عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه.

والشارع قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير، لأنهما أقرب الناس اليه ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له بطبيعته وفطرته، فتربية الصغير ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى من حياته للام، لأنها أقدر على ذلك وأما ولاية التصرف في نفسه وماله في المرحلة المتأخرة من طفولته، فقد جعلها الشارع للاب، لأنه أقدر على ذلك أيضاً [٤١/٤:٧٤].

وقد اختلف الفقهاء في حق الحضانة هل هو حق للمحضون أو للحاضنة أو لهما معاً، والراجع في نظري أنها حق لهم جميعاً، فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه أو في حضانة النساء عموماً على الترتيب الذي أورده الفقهاء في فترة معينة من حياته، لأن النساء كما ذكر، أقدر على الحضانة في هذه الفترة، وصاحب حق في أن يكون عند أبيه أو عند الرجال على الترتيب الوارد أيضاً في الفقه في فترة أخرى، لأن الرجال فيها أقدر على التعليم والتثقيف وحمله على أخلاق الرجال، وحفظ البنت من السقوط في هوة الفساد خاصة في عصر انتشر فيه الفساد واشتدت الحاجة الى ذلك. ومن ناحية أخرى فالحضانة حق للمجتمع في أن ينشأ المحضون نشأة صالحة بعيدة عن الفساد والانحراف، الذي يعود خطره على المجتمع مستقبلاً، أما انها حق للحاضن فهو ظاهر أباً كان أو أمّاً.

المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة:

تبدأ الحضانة من حين يولد الطفل، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، وقد نص الفقهاء على أنها واجبة، لأن الطفل يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك [١١٦: ٢٣٧/٨]. ولا تثبت لغير الصغير، أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه، وقد اتفق الفقهاء على أن الحضانة في هذه السن للام حال قيام النكاح او بعد الفرقة، وهي أحق الناس في ذلك لأنها أقدر على رعايته في هذه السن وأكثر تحملاً بفطرتها، كما أنها أوفر شفقة، وقد استدلوا بقضاء الرسول ﷺ للمرأة بحضانة ابنها [١٨٤/٤، ٢٠٧/٤: ٩١، ٥٧/٢: ٨٤]، وقوله (أنت أحق به ما لم تنكحي) [٢٠: ٣٦٩/٦] واجماع الامة على فعل أبي بكر مع عمر رضي الله عنهما وقوله له (ريحها ومسها خير له من شهد عندك) [١٨: ٦٦/٣].

أما انتهاء مدة الحضانة فقد اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي.

مذهب الحنفية:

فرق الحنفية بين انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للغلام الذكر والأنثى، فقالوا ان حضانة الأم بالنسبة للغلام تنتهي ببلوغه حداً يستقل فيه بنفسه، وقدرت ببلوغه سبع سنين، وقيل تسع سنين، والراجع عندهم أنها تنتهي بسبع سنين، لا فرق في ذلك بين أن تكون الحاضنة أمّاً أو غير الأم، كالجدة أو

الأخت أو الخالة ونحو ذلك، وعللوا هذا التحديد بقولهم: ان الأب أقدر على التأديب من النساء بعد أن يبلغ الصغير سن السابعة، وهي السن التي يستطيع الصغير أن يستقل فيها بنفسه عادة وغالباً. أما بالنسبة للأنثى فقد قالوا: ان حضانة النساء للأنثى تنتهي ببلوغها سن المراهقة، واختلفوا في تحديدها أيضاً فقبل بتسع سنين، وقبل باحدى عشرة سنة، والراجح عندهم أنها تسع سنين، سواء كانت الحاضنة أمأ أو غيرها [٩١: ٤/ ١٨٤].

وقال الحنفية في تعليل ذلك (والاصل في الحضانة أن تستمر للبلوغ في الجارية والغلام، ولكننا تركنا القياس في الذكر للاجماع في قصة عمر وأم عاصم، وبقي الحكم في الجارية على أصل القياس) [٦٦: ٣/ ٤٦].

لذلك لا خيار للغلام والجارية قبل البلوغ عند الحنفية، إذا اختلف الأبوان فيهما، لأنه ليس من الحكمة عندهم.

مذهب المالكية:

يرى المالكية أن حضانة الأم تستمر بالنسبة للذكر الى بلوغه، أما الأنثى فتستمر حضانتها الى دخول الزوج بها، ولا يكفي عندهم الدعوة الى الدخول، وهذا بحق المطلقة أو من مات عنها زوجها، أما إذا كانت الأم في عصمة زوجها، فالحضانة حق للأبوين [٩١: ٤/ ٢٠٧ ، ٨٨: ٢/ ٧٥٥].
وواضح من نصوصهم، أنه لا تخيير للصغير ذكراً كان أو أنثى، لأن حضانة الأم تستمر الى البلوغ بالنسبة للذكر، والبالغ لا حضانة عليه، وله ان يستقل بالسكنى حيث شاء، وكذلك الأنثى فانها بدخولها بزواج تصبح في عصمتها ولا حضانة عليها، فلا تخيير للصغير عندهم ضرورة.

مذهب الشافعية:

لم يحدد الشافعية لانتهاء الحضانة مدة معلومة، بل قالوا ان الطفل يبقى عند أمه إلى أن يميز ويمكنه أن يختار أحد أبويه، وقالوا: ليس للحضانة مدة معلومة وإنما يخير الصغير عند التنازع عليه. ونصوا على أن العبرة بالتمييز وقد يتقدم على السبع أو يتأخر عن الثمان، فالحكم في التخير عندهم مداره على التمييز لاعلى السن، وتحديد السن موكول الى اجتهاد القاضي، فان اختار المميز أحد الأبوين ألحق به [١٠٩: ٣/ ٤٥٧].

ومذهب الحنابلة:

فقد رأوا أن الحضانة تستمر الى سبع سنين بالنسبة للذكر والأنثى، وبعد هذه السن يخير الطفل بين أبوية ويكون مع من اختاره منهما. وقالوا أن هذا ما ورد به النص، وهو قضاء عمر وعلي وشريح [٣٧١/٦:٢٠].

يتضح مما سبق أن مذهب الشافعية والحنابلة يوجب تخيير الغلام في سن معينة أو عند التمييز ودون تحديد سن، أما مذهب الحنفية والمالكية فهو عدم التخيير، إلا أن الحنفية يقولون أن الأب أحق به قبل البلوغ والمالكية يرون أن الأم أحق به.

والذي يفهم من تعليل هذا الحكم عند القائلين بعدم التخيير، أنهم يرون أن الغلام لا قول له، ولا يعرف حظه، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه، ويمكنه من شهواته، فيؤدي ذلك الى فساد، ولأنه دون البلوغ فلا يخير، كمن كان دون السبع، لذلك نص الحنفية على انه ليس من الحكمة تخيير الغلام قبل البلوغ [٤٤/٤:٧٤].

السياسة الشرعية في المسألة:

لم يرد من الشارع نص يحدد انتهاء الحضانة ببلوغ الصغير سناً معينة، ولم تفرق النصوص الواردة بين حضانة الأم للذكر والأنثى، وقد ذهب الفقهاء الى وجوب تخيير الغلام أو الجارية إذا أصبح مميزاً، ولو لم يبلغ. أما ما رآه الحنفية من عدم جواز تخيير الغلام دون البلوغ، وما عللوا به هذا الحكم، فهو موضوع السياسة الشرعية في المسألة. فقد قالوا ان هذا التخيير ليس من الحكمة، وأن الصغير قبل البلوغ لا يحسن الاختيار، ولا يعرف مصلحته في ذلك، فلا فائدة ترجى من تخييره. فالحكمة هي حكم العقل وملاحظة مصلحة الصغير، وبناء الحكم الشرعي في التخيير على الحكمة رغم ورود النص فيه، وادعاء بعض الفقهاء الاجماع عليه، هو من قبيل السياسة الشرعية والاستثناء الذي تحكمه المصلحة، فهم يرون أنه ليس من مصلحة الصغير أن يخير في أمر لا يحسن الاختيار فيه، لأنه قد يتصرف بما يضره ولا ينفعه، وهو في هذه السن وقبل البلوغ يميل الى شهواته وملذاته، لأنه لا يعرف صالح نفسه، فيؤدي ذلك الى فساد، وما دامت مصلحة المحضون باتفاق الفقهاء مقدمة في باب الحضانة على مصلحة سواه، فكان من مصلحته ترك التخيير، ودفعه الى الأب

ليعتني بتعليمه وتأديبه وتخلقه بأخلاق الرجال.

فكان قول الحنفية بعدم التخيير قبل البلوغ للغلام من باب السياسة الشرعية، ومستنده المصلحة وتقديم حق الصغير في الحضانة.

أما تحديد سن معينة لانتهاه مدة الحضانة، فهذا أيضاً مما لم يرد فيه أي نص شرعي، وإنما ترك الفقهاء أمر تحديد ذلك إلى القضاة، وظاهر المذهب الحنفي أنه لم يحدد أيضاً سناً معينة لدفع الذكر إلى أبيه لتأديبه، بل ربط ذلك باستغناء الذكر عن خدمة النساء، فأبي سن يظهر فيها أن الصغير قد استغنى عن خدمة النساء يعطي لوالده، وقد حددها فقهاء الحنفية بعد ذلك بسن السابعة أو التاسعة تبعاً للغالب وجرياً على العادة، فيكون تحديد سن انتهاء حضانة الذكر بالنسبة للنساء داخل في أحكام السياسة الشرعية، من حيث جواز الاجتهاد فيه وتغييره بتغيير الزمان والمكان والأعراف والعادات، فلا يعني تحديد المتأخرين من فقهاء الحنفية آخر سن حضانة النساء للذكر بسبع سنوات، أن يستمر ذلك إلى ما لا نهاية في كل عصر ومجتمع، أو بالنسبة لأي غلام ولو كان مريضاً أو معتوهاً، وإنما الذي نص عليه الحنفية هو السن الذي يستغني فيها الغلام عن خدمة النساء، ولا شك أن هذه السن تختلف بين غلام وآخر، كما تختلف بين زمان وآخر، وبيئة وأخرى، فلو حكم القضاء في هذا الزمان بسن العاشرة أو الحادية عشر لاستغناء الصغير عن حضانة النساء، لا يكون مخالفاً لنص الحنفية، لاختلاف العادة والأمر مجتهد فيه، ومتروك لمراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي.

موقف قانون الأحوال الشخصية:

فرق قانون الأحوال الشخصية الأردني بين حضانة الأم وغيرها وبين الذكر والأنثى، فقد نصت المادة ١٦١ منه على ما يلي: (تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة) وهذا يلتقي مع تحديد فقهاء الحنفية لسن انتهاء حضانة الصغير، إلا أن هذا القول غير راجح عندهم، كما أنهم لم يفرقوا بين الأم وغيرها.

ونصت المادة ١٦٢ من القانون على أن حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها تستمر إلى بلوغهم. وواضح أن القانون لم يفرق في حضانة الأم بين الذكر والأنثى، خلافاً لمذهب الحنفية، ولم ينزع الصغير من أمه إذا استغنى عن حضانة النساء قبل البلوغ، وهذا يلتقي مع ما ذهب إليه المالكية، إلا أنهم زادوا بالنسبة للأنثى أن حضانتها تستمر إلى دخول الزوج بها، وقد

جعلها القانون للبلوغ فقط، حتى يترك مجالاً ولو يسيراً للاب ليرعى شؤون ابنته، ويحافظ عليها ويحميها، وحتى يتولى زواجها وهي في حضانتها ورعايته.

المطلب الثالث: سفر الحاضن مسقطاً للحضانة:

اشترط الفقهاء في الحاضن ذكراً كان أم أنثى أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً على الصغير قادراً على الاعتناء به، وقد اتفقوا على أن حضانة المرأة تسقط بتزوجها من غير قريب محرم للصغير (٥) ^{حسنة البصري} ^{ببعض} [١٦٦: ٢٣٧/٨، ١٠٦: ٢/١٦٩، ٧٤: ٤/٤٥]. وخالفهم في ذلك الحسن البصري وابن حزم [١٢٦: ٢/٨٩].

ومن هذه الشروط التي توجب سقوط الحضانة عند عدم توفرها سفر الحاضنة أو الحاضن بالمحزون سفر انتقال، بحيث لا يستطيع الآخر مشاهدته والعودة الى وطنه في نفس اليوم. فمن المعلوم أن من له حق الحضانة لا يجوز له أن يمنع الآخر من أبويه من مشاهدته، ويجب عليه أن يمكنه من ذلك [١٢٣: ١٠/٣٢٣]، والسفر بالمحزون يفوت هذا الحق، لذلك فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من تمسك بالنصوص الفقهية، وقال ان حقها لا يسقط، لأنه ليس من شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة، فيبقى حقها في الحضانة قائماً، ومنهم من يرى أن حقها يسقط، لأن عدم النص على كونه شرطاً لا يقتضي اهدار معناه، لأنها إذا كانت ممنوعة من الانتقال الى بلد بعيد غير وطنها الأصلي الذي عقد عليها فيه، وكان للاب منعها، فيكون الأثر العملي للانتقال ممنوع هو سقوط حقها في الحضانة، لأنه من غير الجائز أن يكون أثر مخالفتها مجرد الأثم فقط، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتيب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير.

ومن غير الجائز أن يجبرها الأب على العودة، لأنه لا سلطان له عليها بعد الطلاق لانتفاء أحكام الزوجية، فلم يبق من أثر سوى نزع الصغير منها، ولا يمكن نزعه منها ولها حق حضانتها، فيترجع سقوط حق الحضانة بهذا الانتقال حتى يسوغ للاب ضمها قانوناً وعملاً.

ومن قال بعدم سقوط الحضانة بالسفر ابن حزم [١٢٣: ١٠/٣٢٣] والجمهور على سقوطها بالسفر على النحو التالي:

جاء في مذهب الحنفية أن مكان الحضانة مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة، فلا

يسمح لاحدهما بالانتقال بالصغير خارج البلد، أما إذا كانت مطلقة متقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي منه الى بلد اخر فهو على أقسام:

١- ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك، لأن المانع هو ضرر التفريق بين الأب وبين ولده، وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها ، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه، والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضياً بالتفريق بينه وبين الطفل، إلا أن النكاح ما دام قائماً يلزمها اتباع الزوج فإذا زال فقد زال المانع [١٨٤/٤:٦١].

٢- وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها أن تنتقل بولدها الى بلدها، لأنه لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها لعدم حصول النكاح فيه فلم يكن راضياً بحضانة الولد فيه، وبالتالي لا يكون راضياً بضرر التفريق.

٣- وأن أرادت أن تنقل الولد الى بلد ليس بلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك، لأنه ليس بلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربه لهما، فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضياً بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه، وبالتالي لن يكون راضياً بضرر التفريق فاعتبر في الأصل شرطان: أحدهما أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل اليه الولد بلدها، والثاني وقوع النكاح فيه، وما لم يوجد لا يثبت لها ولاية النقل.

ومذهب المالكية أن من شروط الحضانة أن لا يسافر الولي الحر عن المحضون أو تسافر هي سفر نقله وانقطاع من بلد الى بلد مسافة ستة برد [*] فللولي نزعة لا أقل من ذلك، إلا إذا سافرت معه فلا تسقط حضانتها. والمقصود بالسفر عندهم سفر النقلة والانقطاع لا سفر التجارة ويقال لها اتبعي ولدك ان شئت. [٧٦١/٢:٨٨]

وذهب الشافعية أن سفر النقلة موجب لالحاق الصغير بأبيه وقالوا (ان افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما ان يسافر به، فان كان مخوفاً أو البلد الذي يسافر اليه مخوفاً فالمقيم أحق به، فان كان ميمزاً لم يخير بينهما، وان كان السفر للنقلة فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو

* بُرد: جمع بريد والبريد فرسخان والفرسخ ثلاثة أميال والميل أربعة آلاف ذراع وبقياس العصر تعادل ستة عشر كيلو متراً ونصف تقريباً- ١٨٩/١:٣١

المسافر) [١٠٦: ٢/ ١٧٢]. وعللوا قولهم بابقاء الصغير عند المقيم من الأبوين، أن في السفر خطراً وضرراً بالصغير، أما ابقاؤه مع الأب في حالة سفر النقلة، فعملوه بحفظ نسبة أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الانفاق.

ومنهب الخنابلة في ذلك موافق. لمذهب الشافعية حيث نصوا على أنه إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم، فالمقيم أولى بالحضانة، لأن في المسافرة بالولد اضراً به وإن كان متقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً فالمقيم أولى به، لأن في السفر خطراً به، وإن كان البلد الذي يتقل إليه آمناً فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المتقل [١١٦: ٨/ ٢٤٢].

السياسة الشرعية في المسألة:

من دراسة النصوص الفقهية السابقة، يتضح أنه لم يرد نص من الشارع يمنع أحد الوالدين من الانتقال بالصغير، أو يعتبر هذا الانتقال مسقطاً للحضانة، أو يعتبر أن من شروط الحضانة عدم السفر بالمحضون، وهذا ما وقف عنده ابن حزم حيث لم يعتبر السفر بالمحضون مسقطاً للحضانة. أما ما ذهب إليه الحنفية من مراعاة مكان إجراء العقد واعتباره دلالة ضمنية على الرضا بحضانة الصغير في البلد الذي جرى فيه العقد على الزوجة وهو بلدها، فهو من السياسة الشرعية في اعتبار القرائن، والحكم بالقرائن من باب السياسة الشرعية، كما ذكر ذلك ابن قيم الجوزية [٤: ١١٨] فقد اعتبر الحنفية إجراء العقد بين الزوج والزوجة في بلد الزوجة رضا من الزوج بحضانة الصغير في بلدها، لأن الحضانة من آثار عقد النكاح. وهذا الرضا الضمني من الزوج مع أنه لم يصرح به ولم يذكره في العقد، معتبر عندهم وتترتب عليه الأحكام، مراعاة للقريظة واعتباراً للعرف في ذلك، ومراعاة العرف والأخذ بالقرائن هو من السياسة الشرعية.

أما تحليل الخنابلة والشافعية فيدل على أنهم خافوا على الصغير من أن يلحقه ضرر بالسفر لما فيه من خطر الطريق، وهذا اعتبار لمصلحة الصغير فيكون اجتهادهم في هذه المسألة مستنداً إلى المصلحة، وهي أيضاً من أصول السياسة الشرعية المعبرة.

نصت المادة ١٦٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته، أخذاً بمذهب جمهور العلماء على العموم ويمذهب المالكية على الخصوص، إلا أن القانون لم يفرق بين أن تكون الحاضنة هي الأم أو غيرها، ولم يفرق أيضاً بين أن تكون الزوجية قائمة أو غير قائمة، بل اعتبر مجرد السفر بالمحضون خارج المملكة دون موافقة الولي مسقطاً لحضانتها، وبذلك يكون القانون المذكور قد أخذ بأحكام السياسة الشرعية في هذه المسألة استناداً إلى مصلحة المحضون، وترك للقاضي حق التأكد والتحقق من وجود هذه المصلحة بالسفر للمحضون إضافة إلى موافقة الولي، فلم يجعلها من حقوق الولي أو الحاضنة فحسب، بل من حق المحضون أيضاً، فإذا وجدت مصلحة بالسفر أذن القاضي بذلك، وإلا لا يسمح بالسفر ولو وافق ولي المحضون.

وثمة أمر آخر، وهو أن القانون لم يراع ما نص عليه الفقهاء من مسافة السفر أو كونه قريباً أو بعيداً أو مأموناً أو غير مأمون، وإنما قيده بالسفر خارج المملكة، وهذا يعني أن بعد المسافة وقربها داخل المملكة، لا يعتبر مسقطاً للحضانة وإنما السفر بالمحضون خارج المملكة هو المسقط، وهذا مراعاة لوسائل النقل المتطورة حديثاً، وتغير العرف باعتبار القرب والبعد ووجود الحدود بين الدول، فأي مكان في المملكة يعتبر قريباً لسهولة الوصول إليه بطرق المواصلات المختلفة، ولعدم وجود الحواجز داخل مدن المملكة التي تطيل مدة السفر، وتزيد من احتمال مخاطره والتأخير فيه، وهذا أيضاً من أحكام السياسة لما فيه من اعتبار مفهوم القرب والبعد، واختلافه بين زمان وآخر، وتبعاً لتغير وسائل النقل في كل عصر.

المطلب الرابع: نقل الولد من المصر إلى القرية:

ومن الشروط المسقطة للحضانة والتي اختلف فيها الفقهاء نقل الولد من المدينة إلى القرية، فقد منع ذلك الحنفية وقالوا: إذا أرادت الأم أن تنتقل بالصغير من المدينة إلى القرية فليس لها ذلك، إذا لم يكن قد عقد عليها في تلك القرية، وعللوا هذا المنع بأن أخلاق أهل السواد أي القرى لا تكون مثل أخلاق أهل المصر، بل تكون أجف، فيتخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به، ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح في القرية [٧٤:٤/٤٥].

ووجه السياسة الشرعية في المسألة كما يظهر من هذا التعليل، مراعاة مصلحة المحضون حيث تكون البيئة الصالحة لنموه ورعايته وتخلقه بالأخلاق الحميدة، وقد كان في زمنهم ما يدعو لذلك، لما تشتهر به المدن من الازدهار، وانتشار دور العلم، ومجالس العلماء، والصفات الحميدة التي جبل عليها أهل الامصار في تلك الأوقات، في حين كان ذلك منعدماً في القرى لبعدها عن الحضارة ودور العلم ووسائل المعرفة.

وليس عندهم في هذه المسألة نص يوقف عنده، أو دليل يرتكن اليه، سوى ما رأوه من تحقق مصلحة المحضون باكتسابه الأخلاق الحميدة اينما وجدت. لذلك فان هذا التعليل لا يستقيم في كل الأحوال، ويجب أن يتغير الحكم بين زمان وآخر وبين بيئة وأخرى.

والملاحظ في هذه الأيام، أن المدينة بما فيها من صحب وضجة وسوء أخلاق، ومباهج زائفة ووسائل لهو محرم، كل ذلك يدفع الولد دفعاً الى الفساد ما لم يكن له وازع قوي وحماية غير عادية، وهذا الأمر ليس موجوداً في الريف بهذه الصورة والخطورة.

ومن ناحية أخرى ففي معظم القرى، الآن توجد وسائل العيش والعلم والمعرفة بما لا يضيع معه الولد، بل هو في القرية بمنجاة عن هذه المفاسد لعدم توفرها هناك، فيكون حظه ومصلحته بالعيش في القرية دون المدينة، فلا يجوز أن يكون الانتقال بالولد من المصر الى المدينة مسقطاً للحضانة في كل الأحوال والأزمان.

والذي أراه، أنه يجب على القاضي في كل واقعة تعرض عليه أن يحقق مصلحة المحضون دون مضارة لغيره، ويجب عليه أن يراعي في قضائه ظروف المكان والزمان والحادثة ويطبق في شأنها ما يهديه اليه اجتهاده، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل حال.

ويجب أن يتأكد من أن القصد من الانتقال بالصفير ليس الاضرار بالطرف الآخر، فإذا ثبت له شيئاً من ذلك رد هذا القصد على صاحبه، ولا يمكنه من الفوز على خصمه ظلماً وعدواناً، فالقاضي هو القوام على المصالح المحققة لعدل الله في الناس، الأخذ للضعيف حقه من القوي، وللمظلوم حقه من الظالم. وفي ذلك يقول ابن/لقيم رحمه الله تعالى بعد حكاية أقوال الفقهاء في اتحاد الدار بالحضانة [وهذه كلها أقوال لا يقوم عليها دليل يسكن القلب اليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة اوالتقله فايهما كان أنفع له وأصون وأحفظ، روعي ولا تأثير

لاقامة ولا نقلة. هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقطة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه فان أراد ذلك لم يجب اليه [٢٦١/٤:١٨٨].

وخلاصة القول أن ما رآه الحنفية في مسألة الانتقال بالصغير من المدينة الى القرية، مبناه على درء المفسدة عن المحضون، وهي مفسدة التخلق بأخلاق أهل الجفاء والغلظة [٦٤٢/٢:٥٩] وهذا ان وجد يكون مفسدة يجب درؤها، ومنع الحاضنة من السفر بالصغير في هذه الحالة يحق له مصلحة التربية الحسنة، والتخلق بالأخلاق الفاضلة، ودرء المفسدة وتحقيق المصلحة من أصول السياسة الشرعية، فيكون حكم المسألة عند الحنفية مستنداً الى هذه السياسة، وهو فقه حسن إلا أنه لا يجوز أن يدوم في كل حال، وإنما الواجب مراعاة مصلحة المحضون، فإذا تغير الحال وأصبحت المدن أكثر فساداً من القرى كما نشاهده في زماننا، يجب أن يتغير الحكم لما فيه تحقيق مصلحة المحضون. وليس هذا من تغير الأحكام الثابتة أو تبديل شرع الله، وإنما هو اجتهاد في وجه السياسة الشرعية وموطن المصلحة.

المطلب الخامس: نقل الولد الى دار الحرب

ومن مسائل الحضانة التي نظر فيها الى مصلحة المحضون مع عدم ورود نص خاص فيها، مسألة نقل الحاضنة للصغير الى دار الحرب ولو كانت وطنها الذي جرى عقد نكاحها فيه. فقد جاء في مذهب الحنفية أن الأم إذا أرادت أن تنقل ولدها الى دار الحرب فليس لها ذلك، وأن كان قد تزوجها هناك وكانت حريية بعد أن يكون زوجها مسلماً. وعللوا قولهم هذا بأن في ذلك أضراراً بالصبي، لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر بذلك [٥٤٤/١:٨١]. ونص الشافعية كذلك على أن الأم ليس لها أن تنقله إلى دار الحرب، وليس ذلك للاب أيضاً، وعللوه بالضرر الواقع على الصغير من ذلك وحفظاً لنسبه [٤٥٦/٣:١٠٩]. وسواء كان سبب المنع هو الحاق الضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق الكفار في دار الحرب، أو الضرر الواقع عليه من حيث ضياع نسبة، فهو ضرر في كلا الحالين، ومنعاً لهذا الضرر ودرءاً للمفسدة، فقد منع الحنفية والشافعية نقل الصغير الى دار الحرب، مع أنه لم يرد في ذلك نص، ولا اشترطه اجماع إلا أن رعاية مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

وما لا شك فيه، أن نقل الصغير الى دار الحرب حيث يتربى بين قوم محاربين وأعداء للأمة الاسلامية، وما في قلوبهم من حقد على المسلمين وما في أخلاقهم من فساد لبعدهم عن دين الحق، أضرار كبير بعقيدة الطفل وأخلاقه وربما -كما قال الشافعية- يضيع نسبة أو يلحق بالكفار لعدم قدرته على صيانة نفسه وخلقه ودينه وهو في سن مبكرة لا يعي فيها مصلحة نفسه، فكان من الخير له والمصلحة أن يتربى بين المسلمين يتخلق بأخلاقهم ويحضر مساجدهم ويتعلم بعلمهم. ووجه السياسة الشرعية في المسألة واضح وهو دفع الضرر عن الصغير أو درء المفسدة عنه في خلقه ودينه ونسبه، ودرء المفسدة من أصول السياسة الشرعية، فكان هذا القول على هذا الوجه من أحكام السياسة الشرعية، ولا مستند له فقهاً غير ذلك.

المطلب السادس: العلم بزواج الحاضنة وعدم طلب من يليها في الحضانة الى عام

مسقط حقه ويبقى الصغير عند أمه.

اتفق الفقهاء على أن زواج المرأة من غير قريب محرم للصغير مسقط لحضانتها، لقوله ﷺ (أنت أحق به ما لم تنكحي) [٣٦٩/٦:٢٠] ولم يخالف في ذلك سوى ابن حزم والحسن والبصري كما مرّ سابقاً [انظر صفحة ١١٢ من هذا البحث]. وقالوا أن زواج الأم يشغلها عن الصغير، فتترك رعايته ويضيع عندها، وربما يكرهه زوجها ويتأذى من نفقاته، فليس من مصلحة الصغير أن يعيش في بيت زوج الأم، وعندئذ تسقط حضانتها ويتقل حق الحضانة الى من يليها في ذلك، وفقاً لترتيب اختلف فيه الفقهاء اختلافاً واسعاً، معتمدين على أيهما أقرب شفقة وأولى بحضانة الصغير، وليس التوسع في ذلك من مراد هذا البحث. وإنما إذا تزوجت المرأة والصغير في حضانتها، فهذا الزواج من الأجنبي عن الصغير مسقط لحضانتها ولحقها في هذه الحضانة، ولكن إذا علم من له الحق في الحضانة بعد الأم -سواء كان الأب أو الجدة لأم أو الجدة لأب على اختلاف بين الفقهاء كما ذكرنا - ولم يتقدم صاحب الحق بطلب حضانة الصغير، بعد أن علم بزواج أمه الى أن مضى عام على هذا الزواج، فهل يسقط هذا الأمر حق من يلي الأم في الحضانة بطلب المحضون اليه وضّمه أم لا يسقط؟

أنفرد فقهاء المالكية بحكم هذه المسألة وقالوا: إن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة، إلا

أن يعلم ويسكت العام، أي يعلم من له حق الحضانة بزواجها ثم يسكت الى أن يمضي عام مع علمه بالزواج، والعام محسوب من يوم العلم المسقط، واشتروطوا لذلك أن يسكت عاماً كاملاً فان سكت أقل من العام لا يسقط حقه، كما اشتروطوا أن لا تتأيم الأم قبل تمام العام، فإذا تأيمت أي مات زوجها فليس له انتزاعه منها، كما اشتروطوا أن لا يكون له عذر في السكوت مدة العام، وأن لا يقبل المحضون غيرها أو لم تكن له حاضنة غيرها فلا ينتزع منها للضرورة [٧٦٠/٢:٨٨].

وهذا الاجتهاد من فقهاء المالكية، يعرف بالقانون اليوم بالتقادم، ويعني سقوط الحق لمن له الحق في أمر من الأمور بعدم طلب حقه خلال مدة زمنية معينة، لأن عدم الطلب في هذه الحالة مع عدم وجود العذر المانع من الطلب، قرينة تدل على عدم الرغبة في الحق، ولا يجوز أن تبقى الحقوق محكومة بالرغبة الى ما لا نهاية، فكان من العدل ومن الحكمة والمصلحة للتقاضي والخصوم أن يحدد فترة زمنية تكون مجالاً لطلب الحق خلالها، فإذا نكص صاحب الحق عن ذلك أو لم يتقدم بطلبه خلال تلك الفترة، سقط حقه كما هو الحال في الشفعة وغيرها، والمقصود من هذه المصلحة في التحديد حث صاحب الحق على الاسراع والمبادرة لطلب حقه حتى تستقر الأمور بين الناس، ويتصرف كل صاحب حق وفق وضعه القانوني الجديد، دون ماطلة ودفعاً للاضرار بالطرف الآخر.

السياسة الشرعية في المسألة:

يتفق المالكية مع جمهور الفقهاء في القول بسقوط حق الحضانة للحاضنة، إذا تزوجت بغير قريب محرم عن الصغير، إلا أنهم لا يتركون الأمر في هذه المسألة على اطلاقه كسائر الفقهاء، ولكنهم يرون تحديد طلب هذا الحق لمن يلي أمر الحضانة بمدة زمنية معينة، وهي سنة، حتى إذا استمرت الحاضنة رغم زواجها بحضانة الصغير، ولم يبادر صاحب الحق بطلب الحضانة منها ثم انقضي العام، من غير عذر مانع للمطالبة كسفر أو صغر ونحو ذلك، فان الصغير لا ينتزع من أمه رغم زواجها من أجنبي عنه، ويبقى في حضانتها ولو جاء صاحب الحق في الحضانة الذي يلي الأم في استحقاق حضانة الصغير، ذكراً كان أو أنثى، وطالب بحقه في الحضانة بعد مرور العام فلا تسمع دعواه بذلك عند المالكية، ويقال له لقد تأخرت في طلب حقه، ويترك الصغير في يد أمه

رعاية لمصلحته في ذلك، لأنه يكون قد اعتاد عليها وألفها في بيت زوجها، واعتاد الزوج عليه في هذه المدة التي يرون أنها كافية للتأكد من تحقق مصلحة الصغير ببقائه عند أمه في بيت هذا الزوج، كما أن ترك المطالبة بحضانة الصغير ممن له الحق في الحضانة بعد الأم مشعر بعدم رغبته في الحضانة ويقصد الاضرار بالأم، وإلا ما ترك المطالبة مدة عام، لذلك فمستند هذه المسألة في فقه المالكية، هو منع الضرر عن الصغير، والقرينة بعدم الرغبة في الحضانة من صاحبها مشعرة أيضاً بعدم حب صاحب الحضانة الذي يلي الأم في ذلك للصغير، وامساكه عند من لا يحبه لا مصلحة له فيه بل سيلحق به الأذى والضرر، من هنا كان قولهم بأن تستمر الأم بالحضانة رغم وجود المسقط لها لهذه القرينة، والحكم بالقرائن وعدم الاضرار بالصغير من أصول السياسة الشرعية، فيكون مستند فقهاء المالكية في هذه المسألة، السياسة الشرعية في رعاية مصلحة المحضون والحاضنة، وإلا فإنه لم يرد نص من الشارع يحدد مدة العام أو يلزم بها.

راي قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة:

نص قانون الأحوال الشخصية على سقوط حق الأم بالحضانة، إذا تزوجت بغير قريب محرم من المحضون، وذلك في المادة ١٥٦ منه وجاء فيها (عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها).

وقد جعل القانون مجرد عقد الزواج مسقط لحق الحضانة، ولم يراعِ الدخول أو عدمه، إلا أنه لم ينص على مدة العام، وترك الأمر على إطلاقه، فهو لم يأخذ بحكم السياسة الشرعية في المسألة بل بقي على الاصل، كما هو مذهب جمهور الفقهاء ما عدا المالكية.

والواقع أن ما ذهب إليه المالكية، حكم شديد وفيه الكثير من المصلحة للصغير، وتقصير أمد التقاضي، فليس من المعقول أن يترك الأمر في هذه المسألة لرغبة أصحاب حق الحضانة خاصة في هذه الأيام التي تعقدت فيها الأمور الحياتية إلى درجة لا تسمح بهذا الاطلاق. فالمرأة قد تتبع زوجها في مكان اقامته ويدخل الصغير المدرسة، أو دور الحضانة المنتشرة في هذه الأيام، ويأخذ وضعه الطبيعي في بيته من البيئات، ويعتاد على حياة معينة في بيت أمه وزوجها، ثم يأتي أصحاب الحق في الحضانة بعد سنتين أو ثلاثة ليطلبوا تغيير هذا الواقع واقتلاع الصغير من مدرسته وبيته التي

اعتاد عليها، لا لشيء سوى لأنهم أصحاب حق، والواقع أن الحق لم يشرع للاضرار بالناس، وفي أخذ الصغير من أمه في هذه الحالة اضراراً بالصغير وبأمه ويجب أن تراعى مصلحة المحضون، فإذا ظهر للقاضي أن المحضون قد أدخلوا إحدى المدارس أو أن وضعه مستقر في بيئة من البيئات وأن اقتلعه من هذا الواقع يلحق به الضرر، فلا ينبغي له أن ينزع الصغير من أمه في هذه الحالة وأمثالها، لأن الحضنة تدور مع مصلحة الصغير باتفاق الفقهاء، وفي ذلك يقول ابن عابدين (قد يكون زوج أمه اشفق عليه من القريب المبعوض الذي يتمنى موته فإذا علم القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه لأن مدار الحضنة على نفع الصغير) [٥٩: ٢/٦٣٩].

إلا أن نصوص القانون لا تسعف القاضي في ذلك، فهو ملزم بتطبيق النص القانوني، والنص جاء مطلقاً، والمطلق كما هو معلوم يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد [المادة ٦٤ من مواد مجلة الأحكام المدلية ونصها (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يرد دليل التقييد نصاً أو دلالة) ولم يرد، فيكون حكم القانون في هذه المسألة واضحاً، وهو أن صاحب الحق في الحضنة الذي يلي الأم حقه قائم إذا تزوجت الأم بغير قريب محرم للصغير، وله أن يطالب بحضنته، ولو بعد مرور عام لعدم وجود الدليل على ذلك قانوناً، ولو أن القانون، نص على ما ذهب إليه المالكية من قبيل السياسة الشرعية لكان أحرص على مصلحة الصغير، وأرفق بأمه، وأولى لعدم انشغال القضاء بحق طال الأمد على المطالبة به، كما أخذ القانون بمسائل كثيرة كتحديد مدة للمطالبة بزيادة النفقة [المادة ٧١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني] وتحديد مدة للمطالبة بنفقة العدة [المادة ٨٠ من قانون الأحوال الشخصية الأردني] ونحو ذلك.

المطلب السابع: شرط عدم مرض الحاضنة

اشتراط فقهاء المالكية والشافعية في الحضنة أن لا يكون بها مرض يلحق الضرر بالصغير، أو تكون معه عاجزة عن رعايته والعناية به، فقد جاء في شرح الخرشبي (وشرط الحضنة العقل والكفاية أي عدم العجز والامانة وعدم جذام) [٩١: ٤/٢٠٨] وجاء في نصوص الشافعية (وأن لا يكون به مرض دائم أي بالحاضن ذكراً كان أو أنثى كالسل والفالج ولا يكون أبرص أو أجذم ولا أعمى) [١٠٩: ٣/٤٥٦].

وعما لا شك فيه أن الحاضن إذا كان مصاباً بمرض من الأمراض السارية أو المعدية، كالجدام

والسل، فان الصغير يتأذى بذلك ويلحق أشد الضرر في جسمه، إذ قد يتقل المرض اليه لوجوده عند هذه الحاضنة المريضة، فمن المصلحة المحققة للمحضون أن لا يترك حيث المرض والعدوى، حفظاً لسلامة بدنه ونفسه من الأمراض المعدية، ومع أن هذا غير منصوص عليه بحق الحاضنة إلا أنه نص عام يأمر كل صحيح البدن سليم البنية أن يفر من المجدوم فراره من الأسد، وفي ذلك يقول رسول ﷺ: [إذا سمعتم به [أي بالطاعون] بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه] [٢٢:٢٢/٨٩٦]. فليس من الحكمة ابقاء الصغير في بيت يلحق به مثل هذا الأذى والضرر، ومصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضنة.

هذا من جهة ومن جهة أخرى، فان المرأة الحاضنة أو الرجل الحاضن إذا كان أحدهما مصاباً بمرض ولو لم يكن سارياً، إلا إنه يقعه عن العمل والخدمة كالفالج والعمى ونحو ذلك، فانه يكون مع هذا المرض عاجزاً عن خدمة نفسه فضلاً عن أن يخدم المحضون أو يرعاه ويتعاهده، فليس من مصلحة المحضون أيضاً أن يبقى في حضنة العاجز عن خدمة نفسه، أو المصاب بمرض يقعه عن ذلك.

يتضح أن الحكم في هذه المسألة من أحكام السياسة الشرعية، حيث لم يرد نص خاص به من الشارع أو اجماع يعتبره من شروط الحاضنة، إلا أن القواعد العامة ومقاصد الشريعة في حفظ البدن، وهي من الضروريات، توجب هذا الشرط وان لم يرد به نص خاص ولا وقع على مثله اجماع أو قال به أمام. كيف وقد اشترطه الشافعية والمالكية، بل ان باقي الفقهاء كالحنفية والحنابلة لا تمتنع أصولهم من اشتراطه، لأنهم يرون أن الحضنة تدور مع مصلحة المحضون، وليس من مصلحته أن يصاب في بدنه بمرض سارٍ ولا من مصلحته أن يبقى عند مريض عاجز عن القيام بخدمته، مما يعرض بدنه ونفسه للأذى والضرر، وهذا لا يخالف فيه فقيه، وان لم ينصوا على اعتباره صراحة كشرط مسقط للحضنة، فان أصولهم تقضي بذلك وتحكم بموجبه.

رأي القانون الأردني في هذه المسألة:

لم ينص القانون الأردني صراحة، على اشتراط عدم المرض المعدي، أو المانع للخدمة والعناية، ولكنه اشترط في المادة ١٥٥ منه على ما يتضمن ذلك حيث جاء فيها (يشترط في الحاضنة

أن تكون عاقلة أمينة، لا يضيع الولد عندها، لانشغالها عنه قادرة على تربيته وصيانه، وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضية).

فقد جاء في هذه الشروط أن تكون قادرة على تربيته، والقدرة معناها أن لا تكون عاجزة عن التربية لمرض أو كبر سن ونحو ذلك، فإن العاجز عن التربية والرعاية، لا يمكن من الحضانة، ولا يكون أهلاً لها. أما المرض الساري فلم يتضمنه النص، إذ قد يكون المراه مصاباً بمرض معد كالجدام والبرص، ولا يمنعه هذا المرض من القدرة على الخدمة والتربية، إلا أن النصوص العامة كما ذكرت، والتي توجب مراعاة مصلحة الصغير تقضي باعتبار هذا المرض ونحوه من مسقطات حق الحضانة، دفعاً للضرر عن الصغير، ومنعاً لاصابته بالأمراض، إذ المقصود بالحضانة حفظ الصغير في نفسه وبدنه، ورعايته بما يصلحه لا بما يمرض ويفسد بدنه.

فالذي أراه أن اصابة الحاضن بمرض يتقل بالعدوى مسقط لحقه في الحضانة، من باب درء المفسدة عن الصغير، وهو باب من أبواب السياسة الشرعية، وحكم يستند الى تحقيق المصلحة بجلب المنفعة ودرء المفسدة، ويجب على القاضي مراعاته في حق الحضانة، وإن لم ينص عليه القانون عملاً بالقواعد العامة في ذلك، ولا يعقل أن يترك الصغير عرضة للاصابة بالمرض او انتقال العدوى اليه، وربما يكون مرضاً فتاكاً يؤدي بحياة الصغير من أجل عدم النص على ذلك، أو جموداً على فهم القانون.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية لم تأخذ بالعمى كسبب مسقط لحق الحضانة بل قالت ان فقدان البصر لا علاقة له بموضوع الحضانة ولا يشكل سبباً شرعياً مسقطاً للحضانة [قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية رقم ٨٥٦٣، ١٧٤: ١٢٦] فكيف يلتقي هذا القرار مع ما هو منصوص عليه شرعاً من أن أمر الحضانة يدور مع مصلحة المحضون (هذا ما ورد في قرار محكمة الاستئناف الشرعية ذاتها رقم ١٠٨١٩، ١٧٤: ١٢٦). وهل من مصلحة المحضون أن يراعاه أعمى، لا يستطيع أن يدفع خطر الحريق أو ضرر الطريق عن نفسه، فضلاً عن أن يدفعه عن غيره؟ وهل يلتقي هذا القول مع ما اشترطه القانون من قدرة الحاضنة على الحضانة؟.

أما بخصوص الأمراض السارية أو المعدية، فقد اعتبرت ذلك محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، واعتبرته مسقطاً للحضانة حيث جاء في قرارها (أن اصابة بعض أولاد طالب الضم

بأمراض وراثية يؤثر على طلب ضم الصغير اليه، إذا كانت هذه الأمراض معدية وكان طالب الضم يريد أن يسكن الصغير مع أولاده في بيت واحد، لأن سكناه معهم يعرضه للعدوى، ومن شروط استحقاق الولي للضم أن لا يكون في ضم الصغير اليه ما يعرضه للضرر) [١٧٤: ١٣٦].

وبذلك تكون محكمة الاستئناف الأردنية قد فسرت ما جاء في قانون الأحوال الشخصية من عدم القدرة على التريية بأن الأمراض السارية تسقط الحضانة، أما غير السارية كالعمى فلا تسقطها، ولا أرى دليلاً على التفرقة بينهما، فالمرض المعدي يلحق الضرر بالصغير لاحتمال إصابته بالمرض، كما أن العمى يلحق الضرر به أيضاً، لأنه مظنة الإهمال وعدم الرعاية لا لتقصير في الأعمى، بل للعجز الظاهر بالعمى ومن ابتلاه الله بالعمى يحتاج الى من يرعاه، فكيف يكلف رعاية غيره، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

وإذا كانت مصلحة المحضون هي الأولى في باب الحضانة، فإن مصلحته لا تتحقق بوضعه عند غير القادر عليها عادة، لأي سبب كان، وليس من مصلحة الصغير بحال من الأحوال أن يترك حيث يظن به الضرر أو يحتمل وقوعه بالخطر، ولا ينبغي أن يترك أمر المحضون ويهمل حتى يتأكد وقوع الضرر به عند غير القادر على الرعاية، بل ان أحكام السياسة الشرعية توجب درء الضرر والمفسدة عن الصغير قبل الوقوع، لأن المتوقع في ذلك كالواقع، يأخذ حكمه بمجرد غلبة الظن وشدة الاحتمال. وهذا هو الدور الوقائي لأحكام السياسة الشرعية، فهي تبنى على غلبة الظن لأن أحكامها اجتهادية، ولا يشترط في الأحكام الاجتهادية أن تكون قطعية دائماً، وإنما يكفي لثبوتها غلبة الظن واجتهاد الحاكم المبني على ذلك، لا لمجرد الهوى والشهوة وإنما للقرائن واعتبار المأل، إذ أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كما يقول الشاطبي [٤٨: ٤/١٩٤] رحمه الله تعالى.

المبحث الخامس في النسب

المطلب الأول: النسب لغة وشرعاً

النسب: واحد الانساب، ونسبه ينسبُه وينسبُه نسباً. عزاه، وقيل هو في الآباء خاصة، وقيل هو في الآباء والبلاد والصناعة، والمقصود به نسب القرابات وهو النسب الحقيقي أي انتساب الانسان الى آبائه وعزوه نفسه لهم، فالنسب مصدر نسبه الى أبيه [٦٢٣/٣:٣١].

أما شرعاً: فان النسب الحقيقي أو القرابة تسمى عند فقهاء الحنفية بالرحم، ويراد به القرابة الحقيقية وهي كل صلة سببها الولادة [٦٢٣/٢:٥٩، ٢٤٩/٨:١٦٨].

والنسب من أثار عقد الزواج، وهو حق للطفل، وقد قرر الفقهاء بالاتفاق فيما بينهم أن النسب يحتاط فيه رحمة بالولد حتى لا يكون هملاً [٣٦:١٤٣] ولكن ليس معنى هذا أن يفتح الباب واسعاً ليلصق الأبناء بغير آبائهم الحقيقيين، ظلماً وزوراً واغراءً لضعيفات النفوس بالزنى، وإنما من رحمة الإسلام بالطفل ان لا يؤاخذ بذنب أمه فيحرمه من حق الانتساب الى أبيه، وما يترتب على هذا الحق من حفظ لنسبة في المجتمع، ورفع العار عنه، والاتفاق عليه وضمه الى عشيرة تحميه وتدافع عنه، ويكون أحد أفرادها بدلاً من أن يكون مجهول النسب، شراً على سواه لا يحترم حق قرابة ولا يرمى في المجتمع إلا ولا ذمة، فإذا كان من الممكن إلحاقه بأب يتسب اليه ولو بشبهة أو احتمال فإنه يجب المصير الى ذلك من قبيل الأخذ بأقل الضررين، إذ أن إلحاق الصغير بأب أقل ضرراً من تركه مجهول النسب.

والاصل في ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ اختصم اليه سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة، في غلام فقال سعد: هو ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد الي أنه ابنة انظر الى شبهه. وقال عبد بن زمعة: هو أخي ولد على فراش أبي من وليدته. فنظر رسول الله ﷺ وسلم الى شبهه فرأى شبهاً بينا بعتبة، فقال رسول الله ﷺ هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا

سودة، فلم تره سودة قط - متفق عليه [١٢٧/١٢: ٢١، ٣٧/١٠: ٢٧، ١٧/٢: ١٥٢].

والشاهد أن الرسول ﷺ تحقق له شدة شبه الغلام بعتبة بن أبي وقاص، وكان هذا الشبه كافياً ليلحقه بعتبة، إلا أن وجود الفراش الصحيح لوالد عبد بن زمعة جعله يعرض عن ذلك ويلحق نسبه بصاحب الفراش، واعتبر الزنى مهذباً لا حرمة له ولا يثبت به نسب، ولو كان الشبه قوياً بالزاني. وقد اختلف الفقهاء في أحكام كثيرة من باب النسب، المهم منها ما له علاقة بالسياسة الشرعية، وسوف أبحث هذه المسائل على ضوء اختلاف الفقهاء فيها، وأبين وجه السياسة الشرعية على النحو التالي:

المطلب الثاني: مسائل السياسة الشرعية في النسب

المسألة الأولى

أكثر مدة الحمل:

اتفق الفقهاء على أن مدة الحمل ستة أشهر [١٢٧/٢: ٣٣١، ٤٥/٣: ٦٦، ٦٢٣/٢: ٥٩، ٦٦١/٢: ٨٨، ١٢٠/٢: ١٠٦، ٧٩/٨: ١١٦، ١١٧/٢: ٨٤] واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ [جزء من الآية ١٥ من سورة الأحقاف] مع قوله تعالى ﴿وفصاله في عامين﴾ [جزء من الآية ١٤ من سورة لقمان]. فإذا طرحنا مدة الفصال وهي عامان من مجموع مدتي الحمل والفصال، وهو ثلاثون شهراً أي عامان ونصف، فإن الباقي نصف عام أي ستة أشهر، وهي مدة الحمل بالجمع بين النصين المذكورين. وهذا استدلال ابن عباس رحمهما الله تعالى، وعليه اجماع العلماء ما عدا الظاهرية، فقد ذهبوا إلى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك، وهي التسعة أشهر وما قاربها [١٢٣: ١٠/٣١٧].

أما أكثر مدة الحمل فقد اختلف فيها الفقهاء اختلافاً واسعاً، ولم يستندوا في هذا الاختلاف إلى نص شرعي كما فعلوا في مسألة أقل مدة الحمل، وإنما اعتمدوا على أقاويل وردت في كتب التاريخ، أو وقائع حدثت لبعض الناس دون أن يرد في ذلك نص شرعي يعتمد عليه من حديث صحيح ولا حسن ولا ضعيف مرفوع إلى رسول الله ﷺ يتضح ذلك من أقوالهم المتباينة في هذه المسألة.

فقد ذهب الحنفية الى أن أكثر مدة الحمل ستتان، وقال الشافعي أربع سنين، وهو المشهور من مذهب أحمد ومذهب مالك، وقال عبادة بن العواد أكثره خمس سنين، وروي عن الزهري أنها ست سنين، وقال ربيعة بن عبد الرحمن سبع سنين، وقال أبو عبيد أنه لا حد لأقصاها [١٢٧: ٢/٣٣١، ٦٦: ٣/٤٣، ٨٨: ٢/٦٥٩].

ولذلك علق بعض المحققين على هذا الموضوع بقوله: ولم يرد فيه كتاب أو سنة، ولكنه اتفق أن وقع كما تحكيه كتب التاريخ، غير أن هذا الاتفاق لا يدل على أن الحمل لا يكون أكثر من هذه المدة، كما أن أكثرية التسعة أشهر مدة الحمل لا تدل على أنه لا يكون في النادر أكثر منها، فإن ذلك خلاف ما هو الواقع، والحاصل أنه ليس هناك ما يوجب القطع بل إذا كان ظاهر بطن المرأة أن فيه حملاً كان يكون متعاضماً ولا علة بالمرأة تقتضي ذلك وحيضها منقطع وهي تجد ما تجده الحامل، فالانتظار متوجه ما دامت كذلك، وأن طالت المدة. أما إذا كان ثم حركة في البطن كما يكون في بطن الحامل فلا يقول بأنها إذا مضت الأربع سنين لا يكون له حكم الحمل إلا من هو من أهل الجمود الذين لا يميزون، فإن الحمل ما هنا قد صار متيقناً بوجود الحركة التي لا تكون إلا من جنين موجود في البطن، ولا يجوز المصير إلى تجويز أن ذلك المتحرك غير جنين. وأما إذا لم يكن البطن متعاضماً وليس إلا مجرد دعوى المرأة على الحمل بانقطاع حيضها أو بغيره من القرائن التي لا تظهر وتحس، فيجب الانتظار الى انقضاء المدة الغالبة وهي التسعة أشهر، فإن مضت ولم يظهر في بطنها ما يدل على أن الحمل من التعاضم والحركة فلا انتظار بعدها، لأن هذه المدة الغالبة لا تنقضي والبطن كما هي في غير الحامل، ثم يقول الشوكاني: فهذا هو الذي ينبغي اعتماده في مثل هذه المسألة [١٢٧: ٢/٣٣٤].

وإنما سقت كلامه على طوله، لأثبت أن المحققين من الفقهاء اعتمدوا في حكم هذه المسألة على الغالب والمشاهدة والقرائن وما هو الواقع، وكل هذه أحكام عقلية أو عادية تستند اليها السياسة الشرعية، حيث لا نص ولا اجماع.

السياسة الشرعية في المسألة:

معرفة أقصى مدة الحمل مسألة ضرورية لمعرفة نسب المولود وأبائه لايه أو نفيه، وحيث لم يرد

فيها نص ولا اجماع يقطع النزاع، فقد اعتمد بعض الفقهاء على العادة الغالبة من المشاهد في مسألة الحمل، وبما يقع بين النساء في ذلك، واعتبروه دليلاً تبنى عليه الأحكام في أمور هامة جداً كالنسب، وقد احتاطوا في ذلك لصالح المولود، وتساهلوا حتى أوصلها بعضهم الى خمس سنين، مع أن ذلك في حكم النادر، مزيداً من مراعاة الاحتمال في اثبات النسب.

وهذا المحقق الشوكاني يني هذا الحكم على قرائن الأحوال ويراعي تعاضم البطن وتحرك الغلام فيه، وكل ذلك من السياسة الشرعية.

وإذا جاز للفقهاء أن ينوا مثل هذا الحكم على هذه القرائن وظواهر الأحوال سياسة، فإنه يجوز لنا في هذه الأيام وقد تقدم علم الطب تقدماً مذهباً أن نعتمده خيرة فنية في بيان أكثر مدة الحمل، فإذا غلب على الظن مدة معينة بالاستناد الى علم الطب فلنا أن نحكم بها، لأنه لم يرد في المسألة نص أو اجماع يمنع من ذلك ومدار المسألة على الحكم بالقرائن، ومنها وسائل علم الطب.

وقد أفاد الطب الشرعي أن أقصى مدة الحمل هي ثلاثمائة وثمانية وستون يوماً أي سنة واحدة حتى يشمل جميع الأحوال النادرة [٢٠٣:٣٥٥]. فإذا قال علم الطب مثل هذا القول، فلا يوجد ما يمنع من الأخذ به.

ما عليه العمل في القانون الأردني:

لم يأخذ القانون الأردني بهذه المسألة بمذهب الحنفية ولا بمذهب جمهور الفقهاء، والظاهر أنه أخذ بما رآه الأطباء أو بما رآه محمد بن عبد الله بن الحكم من أن أكثر مدة الحمل سنة، وهو قريب من مذهب الظاهرية الذين قالوا أنها تسعة أشهر، وقد يموت الولد في بطن أمه فيتمادى بلا غاية حتى تلقيه متقطعاً في سنين، فإن صح هذا فانه حمل صحيح لا تنقضي عدتها إلا بوضعه كله، إلا أنه لا يوقف له ميراث ولا يلحق أصلاً، لأنه لا سبيل الى أن يولد حياً، حتى قالوا لو أن المرأة سعت عند تحقق ذلك في اسقاطه بدواً لكان مباحاً لأنه ميت بلا شك. وطالما أنه لا سبيل الى الحاق نسبه في هذه الحالة، فلا عبرة بطول المكث الزائد عن تسعة أشهر عندهم [١٢٣:١٠/٢١٧].

والحاصل أن القانون الأردني أخذ بمدة السنة في أكثر الحمل فقد نصت المادة ١٤٨ منه على ما

يلي:

(ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة، إذا ولد لسته أشهر فآكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة، يثبت نسبه للزوج، وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه، إلا إذا جاءت به في خلال سنة من تاريخ الفراق).

وهذا النص مشابه للنص المصري الذي جاء في مذكرته الايضاحية: ان رأي الفقهاء في ثبوت النسب مبني على رأيهم في أقصى مدة الحمل، ولم يَتنَّ أغلبهم رأيه في ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين، والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل ستان، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة. وان الوزارة لم تر مانعاً من الأخذ برأي الأطباء في المدة التي يمكثها الحمل، فأفاد الطبيب الشرعي بأنه يرى أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوماً حتى يشمل جميع الأحوال النادرة [٩: ١٤٣]. وجاء بها كذلك: أن ولي الأمر يجوز له شرعاً أن يمنع قضاة من سماع بعض الدعاوى التي شاع فيها التزوير والاحتيال، ودعوى النسب للولد بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج، وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته في وقت ما، ظاهر فيها الاحتيال والتزوير.

وواضح أن المادة المذكورة نصت على عدم ثبوت النسب، ولم تكتفِ بعدم سماع الدعوى بذلك. وفرق بين عدم الثبوت وعدم سماع الدعوى، فمَنع القضاة من سماع الدعوى لكثرة التزوير والاحتيال فيها لا يعتبر حكماً بنفي النسب أو ثبوته، بل الأمر من الناحية الشرعية باق على أصله، ولكن لا تسمع به الدعوى، أما عدم الثبوت فقد حسم النزاع وقطع الخصومة في ذلك. لهذا أرى أن نص القانون الأردني على عدم ثبوت النسب في هذه الحالة، أدق وأكثر تحميماً للغرض من نص القانون المصري الذي اكتفى بعدم سماع الدعوى فقط، وترك للخصوم المجال واسعاً في اعتبار هذا النسب عن غير طريق القضاء.

وعلى أي حال فإن تعليل القانون في مذكرته الايضاحية للأخذ بمدة السنة، متعماً للتزوير والاحتيال، هو حكم سياسي شرعي مبناه على المصلحة ودرء المفسدة في منع التحايل والتزوير، خاصة في هذه الأيام التي ضعف فيها الوازع الديني وفسدت فيها الذمم، فلا يعقل أن يترك الأمر لهذه الذمم لتلحق بالرجل ولداً ليس من نسله، وقد نهى الرسول ﷺ المرأة أن تدخل على القوم ولداً ليس لهم أو أن يتسبب المرء الى غير آبيه [روى الدارمي عن أبي هريرة رضي الله عنه

انه سمع رسول الله ﷺ يقول حين أنزلت آية الملاعة ايما امرأة ادخلت على قوم نسباً ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله الجنة، وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رؤى الاولين والآخرين. ١٧: ١٥٣/٢] فيكون من المصلحة للرجل وللمجتمع أن لا يحدث ذلك، فمنعه من باب السياسة الشرعية جازئ تشهد له أصول السياسة الشرعية، ومنها المصلحة ودرء المفسدة بمنع الاحتيال والتزوير.

المسألة الثانية: إمكانية التلاقي:

قوله ﷺ (الولد للفراش) ظاهره يدل على ثبوت النسب بمجرد العقد الصحيح أو العقد الفاسد الذي حصل به دخول، وهو المعروف عند الفقهاء بالوطء بشبهة، احتياطاً لنسب الصغير وحتى لا يترك هملأ. وقد قضى الرسول ﷺ بذلك في حديث تنازع سعد بن أبي وقاص مع عبد بن زمعة رغم وجود الشبه بين الولد والزاني، وقال للعاشر الحاجر بمعنى أنه لم يرتب حكم النسب إلا على الفراش. إلا أن الفقهاء قيدوا هذا الاطلاق الوارد في النص بحكم العقل أو بحكم العادة، فقررروا أنه يشترط مع العقد الصحيح شرط آخر تقتضيه العادة والمعقول، وهو امكانية التلاقي بين الزوجين، وأن لا يمنع من ذلك مانع حسي، لأن العقل يأبى ذلك، فلو كان الزوج مسجوناً من حين العقد وجاءت بولد ولو لستة أشهر من تاريخ العقد، فإنه من الثابت ييقين عند هؤلاء الفقهاء أن الزوجين لم يلتقيا حتى يتكون الجنين، وكذلك إذا كان الزوج غائباً في بلد بعيد كمشرقي تزوج بمغربية ولم يلتقيا، فليس من المعقول أن يكون الولد له واليك أقوال الفقهاء في ذلك:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية الى اشتراط امكانية التلاقي لثبوت النسب، وقالوا: لو تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه بذلك، لأنه لم يحصل إمكان الوطء بذات العقد فلم يلحق به الولد، وعلقوا الحكم على إمكانه في النكاح، وقالوا: لا يجوز حذف الامكان عن الاعتبار، لأنه إذا انتفى الامكان حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز الحاقه بدفع اليقين كونه ليس منه [١١٦: ٧٩/٨ ، ٨٨: ٦٥٩/٢ ، ١٠٩: ٢٥٩/٢]، ولأنه لا يمكن اجتماعها عادة لبعد المسافة، فلو قدم بعد العقد مباشرة كان الباقي من الزمن لا يمكن فيه الولد أو الحمل على الوجه الذي هو به، فكيف إذا علم ييقين بقاء كل منهما في محله، فلا يثبت النسب في هذه الحالة

لقيام المانع العادي [١٢٣/٤:٩١] على نفيه.

وخالفهم الحنفية في ذلك، وقالوا: ان قيام الفراش كاف، ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم فقام مقامه، كما في تزوج المشرقي بالمغربية. ويقول ابن الهمام (والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه، والتصور ثابت لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنني) [*]. والذي يظهر أن الحنفية أيضاً يشترطون تصور التلاقي في زواج المغربي بالمشرقية، وعندهم أنه متصور بأمر خارق للعادة، لأنهم يثبتون الكرامات للأولياء، فقد يكون الزوج منهم، ويستطيع إذا كان من أهل الخطوة أن يلتقي بزوجته، وهو متصور عقلاً عندهم، وهذا كاف اضافة الى العقد الصحيح.

وهذا ما ذكره المحقق الزيلعي من الحنفية، فقد نص على أن القياس أن النسب لا يثبت إذا لم يمكن الوطء، ولكن الاستحسان، وهو قول محمد الأخير، أنه يثبت لأن النسب يحتال لاثباته وهو ممكن كتزوج المغربي بالمشرقية وبينهما مسيرة سنة، فجاءت بولد لسته أشهر من يوم تزوجها للامكان العقلي، وهو أن يصل اليها بخطوة كرامة من الله تعالى وقال: وهذا لا يدرك بالرأي، وأحكام الشرع تبنى على الأعم الأغلب، وما زاد عن ذلك في غاية الندرة فلا تتعلق به الأحكام [٣٨/٣:٦٦].

فالحنفية يشترطون التصور العقلي لحصول الوطء بينهما، والجمهور يشترطون امكان التلاقي عادة، وذهب بعضهم إلى اشتراط تحقق العلم بالدخول. وقد توسط المحقق الشوكاني في ذلك حيث قال: وقد افراط من قال أنه لا يعتبر امكان الوطء، وأن العقد بمجرد يكفي، فان هذا اثبات للفراش بما لا يصدق عليه اسم الفراش لا لغة ولا شرعاً، وفرط من قال: انه لا بد من العلم بالدخول، فان معرفة هذا متعسرة جداً، فاعتباره يؤدي الى بطلان كثير من الانساب، فالتوسط بين الافراط والتفريط هو الحق [٣١٤/٦:٢٠] فكأنه يوافق الجمهور في أن الفراش يثبت بنكاح صحيح أو فاسد مع امكان الوطء فيهما.

* الاستخدام معناه لغة طلب الخدمة، ورجل مخدوم أي له تابعة من الجن ويقصد بها هنا الرجل الذي تخدمه الجن فتفعل ما يأمرها به من أمور خارقة للعادة لا على سبيل المعجزة بل على سبيل الكرامة الثابتة لأولياء الله الصالحين. [٣٦٩/٢ : ٥٩ ، ٨٠٠/١:٣١]

والواقع أن هذا القول هو الذي أميل إليه، لأن امكان التلاقي عقلاً وعادة ضروري لاثبات النسب، وان لم يرد به نص، لأن هذا هو المحسوس وهو المتفق مع الواقع، فلا يمكن أن يكون الجنين بدون وطء، فالعقد الذي لم يقع به الدخول يقيناً إذا ثبت ذلك بالقرائن القاطعة كالسجن، أو الغياب البعيد الذي يتعذر معه اجتماع الزوجين، غير كاف لتصور وجود الولد عقلاً. وما ذهب إليه الحنفية من اعتبار الكرامات نادر، والأحكام لا تبني على الاحتمالات البعيدة، ومع أنني مع استحسان الحنفية من حيث الاحتياط في اثبات النسب للولد، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يؤدي إلى إلغاء حكم العقل والعادة المطردة غالباً، أو حكم الواقع المحسوس.

وجه السياسة الشرعية في قول الجمهور:

ان قول الرسول ﷺ "الولد للفراش" نص عام يدخل فيه امكان التلاقي أو عدم امكانه، إلا أن الجمهور قيدوا هذا النص، لا بنص مثله بل بالعادة والمحسوس والمعقول، فاشتروا إضافة على العقد الصحيح امكانية التلاقي بين الزوجين، وليس لهم من مستند في ذلك سوى حكم العقل وهو ما سموه بالامكان العقلي، أو العادة المضطردة غالباً وهو ما سموه بالامكان العادي [١٢٦/٤:٩١] وهذا من باب السياسة الشرعية، حيث انهم قيدوا المطلق به، رعاية لمصلحة الرجل، وقد غلبوها هنا على مصلحة الصغير في اثبات النسب، ترجيحاً لحكم العقل والواقع المحسوس.

وما ذهب إليه الحنفية أيضاً من استحسان، يدخل في باب السياسة الشرعية، حيث انهم اشتروا التصور. وتصور التلاقي عقلاً لم يرد به نص خاص، وإنما النص الوارد كما ذكر جاء مطلقاً لم يشترط الامكان ولا التصور، وقد اعترفوا أن الاصل عدم ثبوت النسب بمجرد العقد، وهذا ليس اعتماداً منهم على النص، لأن النص يثبت بالفراش والفراش يثبت بالعقد، والتصور أمر زائد على النص، وقد خالفوا هذا الاصل استحساناً، لاثبات النسب والاحتياط فيه الى أبعد درجات الاحتمال البعيد، وجعلوا التصور العقلي للالتقاء قائماً مقام الالتقاء نفسه، أو امكان الالتقاء الذي اشترطه الجمهور.

فالجمهور رأوا أن المصلحة في عدم اثبات النسب رعاية لحق الأب، والحنفية رأوا أن المصلحة في اثبات النسب رعاية لحق الصغير، وهو أولى بالرعاية عندهم، وكل ذلك من باب السياسة

موقف قانون الأحوال الشخصية:

أخذ القانون بمذهب جمهور العلماء الذين يشترطون التلاقي بين الزوجين لثبوت النسب، ولا يكتفون بمجرد العقد فقد نصت المادة ١٤٧ منه على ما يلي: " لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد " .

إلا أنه من الملاحظ أن القانون لم يقرر نفي نسب الولد في هذه الحالة، وإنما اكتفى بالنص على عدم سماع الدعوى بذلك، فالقضاة ممنوعون من سماع دعوى اثبات نسب لولد وضعت أمه بعد ستة أشهر من تاريخ العقد مع عدم التلاقي بين الزوجين، فيكون الادعاء بالتلاقي لا بد منه لثبوت النسب وقد جرت العادة القضائية [١٧٤: ٢٤٠] في مثل هذه الدعوى أن يدعى بالزوجية والدخول، وليس بالالتقاء أو عدمه، لأن الدخول قائم مقام الالتقاء وزيادة، فلا تسمع الدعوى بالنسب دون الادعاء بالزوجية والدخول معاً، ومعلوم أن هذا لا يمنع من اثبات النسب بأي طريق آخر غير طريق القضاء، لأنه متروك في هذه الحالة إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.

كما يلاحظ أيضاً أن القانون اشترط ثبوت عدم التلاقي، وهذا دفع يملكه الزوج المدعى عليه، فله أن يدفع دعوى اثبات النسب بعدم التلاقي، وله أن يثبت ذلك حتى لا ينسب إليه الولد. وثمة أمر آخر، وهو أن القانون خصص عدم سماع الدعوى بحالة الانكار، فإذا كان الزوج مقراً بالنسب غير معترض على الحاق الولد به فالدعوى باثبات النسب تسمع في هذه الحالة، والحكم الصادر بها معتبر قانوناً، وفي هذا احتياط أيضاً لنسب الصغير، ومراعاة لتراضي الطرفين على ذلك، لأنه من الثابت قضاء أنه كلما أمكن إحالة النسب إلى الفراش الصحيح فهو أولى [١٧٤: ٢٣٨].

المسألة الثالثة: شرط أن يولد لمثله

لا يكفي لاعتبار الزوجية فراشاً يثبت به النسب حصول العقد فقط، أو إمكان الدخول أو تحقق الدخول على الخلاف السابق ذكره، بل يجب أيضاً أن يكون الزوج ممن يولد لمثله بأن لا يكون

صغيراً أو مجبوباً ونحو ذلك، إذ لا يتصور عقلاً أن ينجب هؤلاء، لأنه لا ماء لهم يخلق منه الطفل، وقد اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

١- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى عدم ثبوت النسب إذا ادعت امرأة الصغير الذي لا يولد لمثله، كأن كان أقل من عشر سنين، ولا لزوجة المجبوب أو مقطوع الاثنيين. ومما جاء في اقوالهم بهذا الخصوص: أنه ان كان الزوج أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه، لأنه لا يولد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء قبل البلوغ. ولأنه لا يمكن أن يكون منه ويتنفي عنه من غير لعان، ولأنه من المستحيل أن ينزل مع قطع الأنثيين. وقالوا في تعليل ذلك أن الحس يكذبه لوجود القرينة على نفيه، وقيام المانع العقلي على ذلك [٦٥٩/٢:٨٨، ١٢٠/٢:١٠٦، ٣٠/٨:١١٦].

ويلتقي الحنفية في هذه المسألة مع رأي الجمهور، فهم يشترطون لصحة الاقرار بالنسب أن يكون المقربه محتمل الثبوت، لأن الاقرار اخبار عن كائن، فإذا استحال كونه فالاخبار عنه يكون كذباً محضاً، وبيانه كما يقولون: أن من أقر بغلام أنه ابنة ومثله لا يولد لمثله لا يصح اقراره، لأنه يستحيل أن يكون ابناً له فكان كاذباً في اقراره بيقين، فالمجبوب والخصمي لا يثبت نسبه للاستحالة المادية التي عرفت بالاستقراء [١٦٩/٤:٦١].

واشترطوا اضافة الى ذلك أن لا يكون الصغير معروف النسب، وأن لا يكذبه في ذلك، فلا يكفي أن يولد مثله لمثله بل لا بد أن يكون مجهول النسب [٦٢٩/٢:٥٩] فإذا أقر بالنسب لمعلوم النسب ولو كان ممن يولد مثله لمثله، لا يثبت النسب بهذا الاقرار.

٢- وذهب الزيدية الى عدم اشتراط أن يولد لمثله بل قالوا بثبوت النسب للخصمي والمجبوب، لأمكان القائه الماء في الرحم، وهو رأي الامام يحيى وعنده أنه لا عبرة بقول الأطباء أن ماءه رقيق لا يخلق منه الولد [٣٣١/٢:١٢٧] واستدل بقوله تعالى ﴿والله خلق كل دابة من ماء﴾ [الآية ٤٥ من سورة النور] لكن صاحب البحر الزخار رد على ذلك وقال: ان فيه نظراً لاطراد العادة على أن مثله لا يولد له.

والحاصل أن جمهور الفقهاء متفقون على اشتراط أن يولد لمثله لأنه المعقول والمحسوس عادة وطبعاً، فلا يستقيم في أحكام العقل أن يقر انسان مثلاً عمره ثلاثون عاماً بينوة انسان آخر أكبر منه سناً، لأن المعهود أن يكون الأب أكبر سناً من ابنه، وكذلك فليس من المعقول أيضاً أن يُنسب

للمجبوب أو من لا ماء له أصلاً كالصغير دون البلوغ بأن امرأته جاءت بولد، وليس للفقهاء من دليل على ذلك من نص أو اجماع، وإنما هو الاستقراء العقلي والعادة الغالبة المشاهدة في أرض الواقع، وهو أمر لا يستطيع العقلاء أن يتجاهلوه، فعده الفقهاء شرطاً في ثبوت النسب.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

علل الفقهاء اشتراطهم أن يولد لثله في باب ثبوت النسب كما رأينا، بالاستحالة العقلية والمحسوس، دفعاً للضرر عن الأب بالحاق نسب لا دخل له فيه، ويدفع الضرر عن الصغير أيضاً بالحاقه لغير آبيه، فمن مصلحته أن يلحق بأبيه الحقيقي، لا أن يلحق بخلافاً للواقع برجل لا يعتبره ابناً له، وهذا سيلحق به أكبر الضرر إذا فرض عليه، حيث انه لن يعامله معاملة الأبناء، ولن يحترم حقه كولد له، بل سينظر اليه على أنه دخيل على الأسرة، وأنه يأخذ حق غيره. وليس هذا من مصلحة الولد في شيء.

والذي أراه أن مستند الفقهاء في اشتراطهم لهذا الشرط هو القرائن في المجبوب والخصمي والصغير الذي لم يبلغ، فكل هؤلاء تدل القرينة القاطعة من الواقع المحسوس والمشاهد أنهم لا ينجبون، وإذا قيل غير ذلك فهو نادر لا يبنى عليه حكم شرعي. والحكم بالقرينة القاطعة أصل من أصول السياسة الشرعية.

وما قاله الحنفية من أن الاقرار بالنسب لمن لا يولد لثله كذب ييقن، فلا يعقل أن يحكم بالكذب المتيقن، هو أيضاً من باب الحكم بالقرائن القاطعة المستندة الى الواقع والعقل والعادة المطردة، فهو حكم يدخل في باب السياسة الشرعية ويستند الى أصولها.

موقف القانون الأردني:

أخذ القانون الأردني بما ذهب اليه الحنفية من اشتراط تصديق المقر بالنسب إذا كان بالغاً معتبر الاقرار، وأن يكون فرق السن بينهما يحتمل ذلك، وأن يكون المقر له مجهول النسب، فقد نصت المادة ١٤٩ منه على أن (الاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب، يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغاً، واقرار مجهول النسب بالابوة أو الامومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك).

ويلاحظ أن القانون اشترط لثبوت النسب ما يلي:

١- تصديق المقر له بالنسب إذا كان بالغاً، لأن اقرار غير البالغ ليس معتبراً، وإنما اشترط القانون تصديقه لأن ثبوت النسب لمصلحته وهو حق من حقوقه، فإذا أسقط حقه في ذلك فقد رضي بالضرر لنفسه، والعاقل يؤخذ باقراره وتصرفاته، ولا يجوز الزامه بما هو حق له.

٢- أن يكون فرق السن بينهما يحتمل هذه البتة أو الابوة، وهذا واضح لأن المعقول والمحسوس يأبى أن يكون الأكبر سناً ابناً للاصغر سناً، وهذا يكذبه الواقع فلا يقبل الاقرار بخلاف المحسوس.

وهذا ما نصت عليه المجلة حيث اشترطت أن يكون المقر عاقلاً بالغاً، واشترطت رضاه المقر فلا يصح الاقرار الواقع بالجبر، كما اشترطت أن لا يكذب المقر ظاهر الحال [انظر المواد ١٥١٢ و ١٥٧٥ و ١٥٧٧ من المجلة].

٣- أن يكون المقر له مجهول النسب، فلا معنى للاحاق ولد ثابت نسبه للغير بانسان آخر بمجرد الاقرار، لأن الاقرار حجة قاصرة [المادة ٧٨ من مواد مجلة الاحكام المدلية وشرحها لعلي حيدر ١/٦٨] ولا تتعدى الى الغير، وليس من المصلحة الاقرار لمعلوم النسب، فيبقى الحكم على الاصل. أما مجهول النسب فمن مصلحته الحاقه باب يتسبب اليه، لا أن يقي هملاً بدون انتساب.

والذي أراه أن اشترط أن يولد لمثله صحيح وفي محله، ولكن لا ينبغي أن يترك ذلك للرأي والاجتهاد العاري عن دليل. فامكان الانسال من المجبوب أو الخصي أمر لا يجوز تركه للقاضي أن يقدره بمعرفته الشخصية أو عقله المجرد، وإنما يجب اعتماد الخبرة الطبية المتخصصة، فهي الاقدر على أن تقول ان هذا الشخص مثلاً لا يستطيع الانجاب، أو أن هذا المجبوب غير قادر على الانسال، ومع هذا العجز الثابت طيباً لا يثبت النسب لعدم تحقق شرط أن يولد لمثله.

لذلك أرى أن القول باعتماد الخبرة الطبية لا في اثبات النسب، بل في اثبات أن يولد لمثله تحقيقاً لما اشترطه الفقهاء، أمر ضروري ويجعل من أحكام القضاء أدلة قاطعة تستند الى الخبرة الدقيقة، لا الى مجرد الظن أو ما هو الواقع فقط، فإذا أمكن تأكيد هذا الواقع بالخبرة الطبية العلمية، فلا ينبغي تركها، لأن الاجتهاد في أمر شرعي خطير كاثبات النسب يجب فيه بذل الجهد وتحري الحق بمختلف الطرق المتاحة. وليس من المصلحة اهمال التقدم الطبي العلمي في مسألة يستطيع فيها

العلم أن يوضح الطريق للحكم الصحيح، ويدعم قناعة القضاء بما هو الحق. ثم انه من الواضح من تحليل الفقهاء لعدم ثبوت النسب للمجبور والخصمي، هو عدم امكان الانسال منهما عادة، ولم يرد في ذلك كتاب أو سنة أو اجماع، فما دام الأمر متروكاً الى عدم الامكان عادة، فالأولى أن يقرر ذلك أهل الخبرة بالامكان وعدمه، وهم الأطباء أصحاب الاختصاص في ذلك. ولا تمنع أحكام الشريعة من الاستعانة بأصحاب الخبرة في الأمور التي تحتاج الى ذلك، خاصة مع تقدم علم الطب في هذه الأيام، ولا يتناقض هذا مع ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية من أن المعتمد في اثبات النسب هو النصوص الشرعية وليست الفحوص الطبية [١٧٤: ٢٣٩] لأننا نقول أن الفحص الطبي لا يثبت النسب أو ينفيه، وإنما يقرر امكان الانجاب أو عدمه وهل يولد لثله أم لا، فإذا تحقق القاضي أنه لا يولد لثله بالوسائل الفنية المعتبرة، يكون حكمه مبنياً على النصوص الشرعية التي اشترطها الفقهاء في مثل هذه الحالة، ولا يكون اعتماده على الفحوص الطبية المجردة، لأنه يقرر بعد الاستعانة بالخبرة الطبية أنه لا يولد لمثل هذا المجبور أو الخصمي، وبالتالي يحكم بعدم ثبوت النسب بناء على عدم تحقق الشرط الذي اشترطه جمهور الفقهاء.

المسألة الرابعة: ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهنئة على الولادة:

إذا حصل الحمل في الفراش الصحيح، ووضعت المرأة مولودها، فللاب شرعاً إذا كان يتهم زوجته بالزنى أو يعتقد أن هذا الحمل ليس منه أن ينفي الولد عنه بالملاعنة، وقد ورد حكم اللعان صريحاً في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنها العذاب إن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾ [الآيات من ٩٠٥ من سورة النور] فهي من الرجل شهادة مؤكدة باليمين ان زوجته زانية وأن الحمل ليس منه، كما أنها من قبل المرأة شهادة مؤكدة باليمين على عدم صحة ذلك. إلا أن هذا اللعان بين الزوجين الذي ورد مطلقاً في الآية، اشترط له الفقهاء شروطاً منها: أن لا يكون الزوج قد اعترف بالولد صراحة أو ضمناً، ومنها أن يحصل النفي من الزوج في

الوقت الذي تقبل فيه التهتة بالمولود أو ابتياع آلة الولادة كالمهد، أو تقبل فيه الهدية، وهذه هي المسألة موضوع البحث وقد اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي:

مذهب المالكية أنه يشترط في اللعان التعجيل بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، ولا يتقيد ذلك بزمان عندهم وإنما يشترط عدم التأخير في ذلك [١٢٦/٤:٩١].

وقال الحنابلة: إذا ولدت امرأته ولدًا فسكت عن نفيه مع امكانه لزم نسه ولم يكن له نفيه بعد ذلك، فالمعتبر عندهم عدم العذر في السكوت وتمكنه من النفي. وعللوا ذلك بأنه خيار لدفع ضرر متحقق عن الزوج فكان على الفور كخيار الشفعة، وقالوا ان قوله ﷺ «الولد للفراش» لا يتعارض مع ذلك، لأنه عام يخرج منه النفي باللعان فوراً حسب العرف والعادة [٧٦/٨:١١٦]. فكانهم يرون تخصيص عام النص بالعادة والعرف.

ومذهب الشافعية أن للزوج الخيار في ثلاثة أيام، لأنه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفي فجعلوا الثلاثة حداً لأنه قريب، وقيل: على الفور لأنه خيار غير مؤد لدفع الضرر، فكان على الفور، فان حضرت الصلاة فبدأ بها أو كان جاتماً فبدأ بالأكل أوله مال غير محرز واشتغل باحرازه أو كان عادته الركوب واشتغل باسراج المركوب، فهو على حقه من النفي، لأنه تأخير لعذر، وان كان محبوساً أو مريضاً أو قيماً على مريض أو غائباً لا يقدر على المسير، واشهد على النفي فهو على حقه، وان لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه [١٢٢/٢:١٠٦]. وقالوا: أيضاً ان هنا رجل بالولد فقال بارك الله لك في مولودك وجعله الله لك خلفاً، وأمن على دعائه، سقط حقه في النفي لأن ذلك يتضمن الاقرار به.

وواضح من الأمثلة المضروبة أن الشافعية يشترطون الفور إلا لعذر أو لوقت قريب لا تدل القرينة على أن سكوته عن النفي رضا بالولد.

وذهب الحنفية إلى أنه إذا نفاه أو ان الولادة أو بعده يوم أو يومين صح، وان سكت حتى مضى أيام ثم نفاه لا يصح، وكذا لو سكت عند التهتة، وهذا مذهب أبي حنيفة، وقد قال به استحساناً، لأن النفي عقب الولادة يشق فقدر يومين لقلته. وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية الى تقدير ذلك بمدة النفاس، لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم [١٨٧:٧٣]. وقيل في مذهب الحنفية ان تحديد المدة في ذلك متروك لرأي الامام [١٥١/٢:٧٦] أي أنه ليس فيها وقت محدد، وإنما يقرر

القاضي قبول نفي الولد أو عدمه بالنظر الى ظرف كل قضية، والى معرفة ظروف النافي ان كان معذوراً في تأخيره أو غير معذور.

وقال غيرهم من الفقهاء لا تتقدر بمدة بل هي على ما جرت به العادة، وحكي عن عطاء ومجاهد أن له نفيه ما لم يعترف به [١١٦: ٧٦/٨].

ويظهر من أقوال الفقهاء أن جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والحنفية، يرون سقوط حق الزوج بالنفي لنسب الولد الثابت بالفراش الصحيح عن طريق الملائنة إذا أخرج ذلك عن الوقت المعتاد اليسير أو قبل بالتهتة، لأن في هذا دلالة واضحة منه على ثبوت نسب المولود، وتأخير الملائنة مع عدم العذر قرينة على رضاه بالخاق الولد به فليس له بعد ذلك نفيه. وعللوا قولهم هذا بأنه احتياط للنسب، حفظاً لمصلحة الولد ولرفع الضرر عنه بنفي نسبه.

بينما خالفهم في ذلك عطاء ومجاهد فلم يأخذوا بهذه القرائن، وتركوا حق النفي للزوج بلا تحديد مدة، تمسكاً بالأصل في ثبوت حق الملائنة بالنص السابق الوارد في الآيات من سورة النور. والذي أراه أن السكوت عن النفي الى أن تمضي مدة التهتة، فيه اقرار من الزوج بأن الولد منه، وإلا لبادر لنفيه بعد الولادة مباشرة بل وحتى قبل ذلك عندما يعلم بالحمل ويستمر هذا الحمل مدة تسعة أشهر وهو ساكت لا يتهم زوجته، ثم يأتي بعد الولادة بادعاء جديد مفاده أن الولد ليس منه! إن هذا لا يحكم العقل بصدقه، وإن موضوع نفي النسب أخطر من أن يترك لمزاج أحد، بل لا بد أن تحكمه قواعد عامة وعادات تعتبر قرائن صادقة في مثل هذه الحالة، لذلك فإنني أرى أن ادعاء الزوج نفي نسب ولده يجب أن يكون عقب الولادة وفور علمه بأن له ابناً من زوجته التي يتهمها، لأن الشارع أقام السكوت مقام الرضا في كثير من الأحيان، كما في سكوت البكر عن اعلان موافقتها على الزواج، وكما في المطالبة بحق الشفعة ونحو ذلك. ومن المقرر فقهاً أنه لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان [المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية]، كما أن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامها [المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية].

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

ورد النص في آية الملائنة مطلقاً وغير محدد بفترة زمنية طال أم قصرت، وأعطى الشارع

الزوج حق نفي ولده باللعان ولم يبين وقت المطالبة بهذا الحق، هل هو حين الولادة أو بعدها أو قبلها. والاصل في المطلق أن يجري على اطلاقه ما لم يرد دليل التخصيص، ولم يرد نص من كتاب أو سنة أو اجماع يقيد وقت الملاعة بزمن معين، إلا أن الفقهاء قيدوه بالعادة والعرف، واعتبروا قبول الزوج بالتهتة له بالمولود اقراراً ضمنياً بينوته ومنعوه من النفي بعد هذا الاقرار الضمني، وانما فهموا هذه الدلالة غير المنصوص عليها من القرائن، وهي أن قبوله بالتهتة قائم مقام الرضا، وسكوته عن النفي خلال هذه المدة دليل اقراره بالنسب، وإلا فالمعهود في مثل هذه الحالات أن يبادر من يعتقد أن المولود ليس منه الى نفيه فوراً، وهذا هو الاصل كما قال أبو حنيفة إلا أنه أمهله يوماً أو يومين استحساناً، حتى لا يتسرع في أمر خطير [٢١/٣:٦٦]. فإذا مضت هذه المدة اليسيرة وقبل التهتة بالولد وأمن على دعاء المهتين، فهو مقر بالنسب ضمناً. وحفظاً لحق الصغير في اثبات نسبه قرر الفقهاء منع الأب من نفيه بعد ذلك، احتياطاً في نسب الصغير ومؤاخذه للأب باقراره الضمني في أمر يثبت بالاحتمال. وهو فقه جيد من جمهور الفقهاء تؤيده السياسة الشرعية، لأنه حكم بالقرائن واعتبار لها، وهي من مستندات السياسة الشرعية .

المسألة الخامسة: ثبوت النسب بإقرار الورثة:

الاصل في الاقرار أنه حجة قاصرة على المقر ولا يتعداه الى غيره [٦٢٧/٢:٥٩]، فلا تثبت الأحكام على الآخرين ولا تكون متعدية بمجرد الاقرار، لأن الاقرار هو اخبار عن فعل الانسان نفسه أما الاخبار عن فعل الغير، فهو الشهادة، وفرق بين الاقرار على النفس والشهادة على الغير، إلا أن الفقهاء في باب النسب قبلوا هذا التعدد مع أنه على خلاف الاصل، وجعلوا الاقرار حجة تثبت على الغير ويثبت بها النسب. وما ذلك إلا للاحتياط في اثبات النسب لما له من أهمية في حياة المجتمع.

فإذا حدث أن توفي زوج وله امرأة معتدة عدة الوفاة، وجاءت بولد، فإن نسب هذا الولد يثبت من المتوفى إذا صدقها الورثة، وهذا ما ذهب اليه الحنفية فقد جاء في تبيين الحقائق: (أن نسب ولد المعتدة من وفاة يثبت بتصديق الورثة كلهم، وثبوته بحقهم ظاهر، ويثبت بحق غيرهم استحساناً، وإن كان القياس ياباه، لما فيه من حمل النسب على الغير وهو الميت. ووجه الاستحسان عندهم أن الورثة

قائمون مقام الميت فيقبل قولهم) [٤٤/٣:٦٦].

وقد جاء في شرح العناية أنه يشترط أن يصدقها على الولادة لجميع الورثة، أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم، كرجلين أو رجل وامرأتين منهم، وقال سعدي جلبي في حاشيته على هذا الشرح: أن الظاهر أن لا يقيد الورثة بهذا القيد، فإنه إذا كان المصدق رجلاً واحداً أو امرأة واحدة ثبت نسبه في حق الأثر [١٧٦/٤:٦١].

والذي يظهر لي من نصوص الحنفية في هذه المسألة أن العبرة بتصديق الورثة، فلو كانوا وارثاً واحداً أو ابناً وبتاً فإن النسب يثبت بهذا التصديق لعدم وجود وارث سواهما، كما ان اشتراط التصديق وليس الشهادة يثبت أن المقصود هو مجرد التصديق وعدم انكار النسب من قبل الورثة، ولأنه لا عبرة بنصاب الشهادة وإلا لم ينصوا على التصديق، لأن المقصود أن يصدقوها فيما قالت من نسب الولد ولا يشهدوا بذلك. والشهادة غير التصديق.

وقد أيدهم في ذلك الشافعية حيث نصوا على أنه إذا ألحق النسب بغيره كقوله: هذا أخي أو هذا عمي ثبت نسبه من الملحق به، لأن الورثة يخلقون مورثهم في حقوق النسب بشرط أن يكون الملحق به ميتاً، والمعتمد في ثبوت النسب على التصديق أي تصديق الورثة لا على الاقرار، وقد عللوا اشتراط ذلك بما في الحاق النسب من العار على الميت، والوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ المورث [٢٦١/٢:١٠٩].

والحاصل أن الحنفية والشافعية يجعلون الاقرار من الورثة حجة متعديّة على خلاف الاصل في ذلك، ويثبتون به النسب مع ما فيه من تحميل الحكم على الغير الذي لا يصح في الاصل إلا بالبيّنة الشخصية الكاملة.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

الاصل المتفق عليه في باب القضاء أن الاقرار حجة قاصرة على المقر ولا يجوز أن يتعداه الى غيره، لما فيه من الحكم على الغير بدون بيّنة ولا دليل، إلا أن فقهاء الشافعية والحنفية رأوا أنه من المصلحة مخالفة هذا الاصل وتقيد به في باب النسب، فالمرأة المعتدة بعد الوفاة جاءت بولد وتدعي نسبه على الميت وقد يلحقه العار بذلك وهو عاجز عن الدفاع عن نفسه لموته، فلا يستطيع أن ينفي

الولد أو أن يثبت، فجعل الفقهاء المذكورون وريثة الميت يقومون مقامه في هذا الأمر، فإذا أقروا للولد بالبنوة أو قالوا هو أخونا، أي ابن أينا لزمهم هذا الاقرار ولا اشكال في ذلك، أما أن يثبت نسب الولد باقرار الورثة فقط ويلحق بالميت فهذا ما أثبتته الفقهاء من باب السياسة الشرعية لحفظ نسب الولد وتصديق الورثة يدرأ المفسدة عن الميت، لأنهم ورثته في ذلك ويقومون مقامه، والأصل أنهم لا يقبلون أن يلحق العار بمورثهم ولا يصدقون بنسب الولد إلا إذا كان الحمل صحيحاً وثابتاً من مورثهم.

وهذا الاعتبار من الفقهاء لا نص عليه من كتاب ولا سنة، ولكنهم حكموا قرائن الأحوال وما عليه عرف الناس في هذا الأمر، فالورثة أدري بمصلحتهم وتصديقهم بنسب الولد يحملهم أعباء، وتقص في الحصص الأثرية ويلحق بهم الضرر ظاهراً، والعامل لا يقر بما يضره فأقيمت هذه القرينة مقام الدليل على صدق الورثة باقرارهم بنسب الصغير، حيث ان التهمة في هذا الاقرار متفيه، لأنها لا تحقق لهم مصلحة وإنما قد تجلب لهم مفسدة من حيث نقص حصصهم الأثرية، أو وجوب النفقة عليهم للصغير المقر بنسبه لمورثهم ونحو ذلك.

فهو حكم من باب السياسة الشرعية يستند الى القرائن في نفي التهمة، والحكم بظاهر الحال، لأن الاقرار حجة قاصرة، وهم جعلوها متعدية على الميت باقرار ورثته وأثبتوا نسب ابنه منه بتصديق الورثة دون بينة، حفظاً لحق الصغير في النسب لذلك كان هذا الحكم من السياسة الشرعية.

موقف القانون الأردني من هذه المسألة:

منع القانون الأردني سماع الدعوى باثبات النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة وذلك في المادة ١٤٧ منه.

وظاهر نص هذه المادة يفيد ان المتوفى عنها زوجها إذا جاءت بولد بعد سنة من تاريخ وفاة زوجها، لا يثبت نسبه للمتوفى ولا تسمع الدعوى بذلك.

ويلاحظ أن الفقهاء لم يشترطوا مدة السنة، وإنما قال الحنفية ان أكثر مدة الحمل ستان، وقال الشافعية أربع سنين، وغيرها من الأقوال التي ذكرت سابقاً. وقد رأى القانون الأخذ بمذهب غيرهم من الفقهاء أو بالخبرة الفنية الطبية التي تعتبر أكثر مدة الحمل سنة واحدة، لذلك قيد وضع الحمل للمتوفى عنها زوجها بسنة بعد الوفاة على افتراض أنه تم العلق بالزوجة في اخر يوم مات فيه

الزوج، فتمتد مدة الحمل الى سنة وهي أقصى المدة فإذا جاءت بالولد لأقل من سنة تسمع دعواها، لأن الواقع يشهد لها أما إذا جاءت به لأكثر من سنة من تاريخ الوفاة فلا تسمع دعواها، لأن الواقع يكذبها.

إلا أنه من الملاحظ أن القانون لم ينف نسب ولد المتوفى عنها زوجها، إذا جاءت به لأكثر من سنة من تاريخ وفاة الزوج، ولكنه منع سماع الدعوى بذلك، وليس هذا فحسب وإنما منع سماع الدعوى عند الإنكار فقط، أما إذا كان الورثة مقرين بالنسب غير منكرين له فإن الدعوى باثبات نسب الصغير، تسمع في هذه الحالة ويثبت بهذا الاقرار نسب الصغير فيكون ما ذهب اليه القانون متفقاً مع ما ذكره الفقهاء في هذه المسألة، من حيث الاقرار والتصديق بنسب الصغير، لأن الممنوع قانوناً هو سماع الدعوى عند الإنكار كما صرّحت بذلك المادة ١٤٧ من قانون الأحوال الشخصية المؤقت.

وواضح من نصوص الفقهاء في المسألة ومما نص عليه القانون أنهم يحتاطون لثبوت نسب الصغير بشتى الطرق، رعاية لمصلحته وحفظاً لحقه في النسب، وكل ذلك تؤيده السياسة الشرعية ويدخل في أحكامها.

المسألة السادسة: ولادة التوأم والاقرار لاحدهما دون الآخر يثبت نسب الاثنين معاً:

ومن المسائل التي تدخل في باب السياسة الشرعية من موضوع النسب، مسألة ولادة التوأم، فقد تضع الزوجة توأمأ أي ولدين فيأتي الزوج ويقر للأول بالنسب، وحينما تضع الولد الثاني وهما في بطن واحد ينفي نسب الثاني ويقول: هذا الولد ليس مني فما هو الحكم في هذه المسألة:

١- ذهب الحنفية الى أنه إذا أقر بالولد الأول لزمه الثاني لأن الاقرار بالبعض اقرار بالكل لأنهم من ماء واحد [١٢٦/٤:٦١] فالنفي لا يصح عند الحنفية في التوأمين، إذا حصل اقرار بأحدهما لاتحاد الماء الذي انشأهما.

والتوأمين هما اللذان خلقا من ماء واحد في زمن حمل واحد، فإذا ولد الثاني عقب الأول أو بعده بمدة تقل عن ستة أشهر، فهما توأمين لأنه لا يتصور أن يكون الثاني من ماء آخر ما دام أنه لم تجتمع له أقل مدة الحمل، فإذا نفى الزوج الأول منهما وأقر بالثاني، حدّ لفيه الأول لأنه كذب نفسه في هذا النفي لما أقر بالثاني، إذ هما من ماء واحد، ويثبت نسب الأول، لأن الحمل الواحد لا يجوز

أن يثبت بعض نسبه دون البعض لأنهما حمل واحد فهما كالولد الواحد.
وإذا أقر بالأول ونفى الثاني فإنه يلاعن بينهما، لأنه بنفي الثاني صار قاذفاً للزوجة، وهو بهذا النفي لم يكذب نفسه فيجب اللعان، ويثبت نسب الولد الذي نفاه، لأن الأول ثبت نسبه بالاعتراف فلا يصح نفيه للثاني، لأنهما من ماء واحد، ولأن النفي للثاني يعتبر منه رجوعاً عن الاقرار بالأول، ولا يصح رجوعه عن الاقرار الأول، فيثبت النسب ولا ينفع النفي.
والحاصل أن الحنفية يشبتون النسب للتوأم إذا أقر الزوج بأحدهما سواء كان الأول أو الثاني فالنسب ثابت للثنين معاً في هذه الحالة.

٢- وعند المالكية أن النفي بالنسبة لأولها يستتبع النفي للثاني، بمعنى أن نفي الأول يصح ويتبعه الثاني، وإذا استلحق أحد التوأمين وهما من وضعا معاً وليس بينهما ستة أشهر، فإن التوأم الآخر يلحق به، لأنهما في حكم الولد الواحد فلا يمكن الحاق أحدهما دون الآخر [١٢٨/٤:٩١].

٣- ومذهب الشافعية أن الزوج يمكنه نفي الثاني باللعان ويبقى النفي بالنسبة للأول على ما هو عليه، أما إذا لم ينف الثاني فإن نسب الأول يثبت منه ضرورة تبعاً لثبوت نسب الثاني [١٢٣/٢:١٠٦]. وفي ذلك يقول صاحب المذهب (وإذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لأنهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر، وجنطنا ما انتفى منه تابعاً لما أقربه ولم نجعل ما أقربه تابعاً لما انتفى منه، لأن النسب يحتاط لآبائه ولا يحتاط لنفيه، ولهذا لو أتت بولد يمكن أن يكون منه ويمكن أن لا يكون منه، الحقناه به احتياطاً لآبائه ولم ننفع احتياطاً لنفيه) [١٢٣/٢:١٠٦].

يتضح مما سبق أن الفقهاء متفقون على أن الاقرار بالنسب لأحد التوأمين يثبت النسب لهما جميعاً لأنهما في حكم المولود الواحد والخلاف بين الفقهاء إنما هو في نفي أحدهما، والمسألة محصورة في الاقرار لأحد التوأمين فإنه يلزم الزوج بثبوت نسب التوأم معاً في قول الحنفية والمالكية والشافعية، وعللوا ذلك بأن اقراره بالنسب لأحدهما وهما حمل واحد قرينة على اقراره الضمني للثاني، لأنهما حمل واحدة، والمدة بين وضعهما أقل من ستة أشهر فيثبت النسب. وظاهر من تعليلهم أنهم يحتاطون في إثبات النسب للصغير، وهذه من مصلحته المتحققة.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

أن قول الفقهاء المذكورين بشبوت نسب كلا التوأمين لآيهما إذا أقر بنسب واحد منها ولو أنه نفى الآخر، وعدم اعتماد قوله بالنفي رغم أنه صريح في ذلك، هو اعتماد على القرائن القاطعة في اثبات النسب والاحتياط فيه لمصلحة المولود، إذ لا يعقل أن يثبت نسب أحد التوأمين ولا يثبت نسب الآخر، وهما حمل واحد بالمشاهد المحسوس، ومخلوقان من ماء واحد، لأن المدة بين وضعهما تقل عن ستة أشهر، فلا يمكن أن يكون الحمل الثاني من غير الزوج، لأن المدة هي أقل من مدة أدنى الحمل وهي ستة أشهر، فيلحق نسب الاثنين بأيهما المقر لأحدهما، عملاً بالقريفة القاطعة أنهما منه يقيناً لأنهما حمل واحد، والحمل لا يكون من مائتين، فثبت أنه من ماء واحد هو ماء الزوج الذي أقر ببنة أحدهما. وهذا القول من الفقهاء لا يؤيده نص ولا اجماع، وإنما هو مبني على القريفة القاطعة في ذلك، والاعتماد على القرائن من باب السياسة الشرعية، فيكون حكم الفقهاء باثبات نسب التوأمين لآيهما إذا أقر بأحدهما هو حكم سياسي تؤيده السياسة الشرعية، ويشهد له أصل من أصولها، وهو اعتماد القرائن القاطعة وصحة بناء الأحكام عليها، ولو لم يرد بذلك نص خاص.

الفصل الثالث

في الطلاق والعدة

وفيه مباحث

المبحث الأول : في الطلاق

المبحث الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثالث : في العدة

١٢٩

المبحث الأول

الطلاق

المطلب الأول: الطلاق لغة وشرعاً

الطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام بمعنى التسليم، أو مصدر طلقت طلاقاً. والطلاق من الأبل هي التي أطلقت في المرعى [٦٠٦/٢:٣١] وقيل هي التي لا قيد عليها، وطلاق النساء له معنيان أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر: بمعنى التخلية والارسال، ويقال للانسان إذا عتق صار طليقاً أي: صار حراً.

فالطلاق هو رفع الوثاق مطلقاً سواء كان حسياً كوثاق البعير أو معنوياً كوثاق المرأة. ومثله الاطلاق. فلفظ الطالق والطلاق يستعملان في اللغة لرفع القيد الحسي والمعنوي، إلا أن العرف - كما يقول بعضهم [١٢٤:١٤٥]، قصر الاطلاق على رفع القيد الحسي وقصر الطلاق على رفع القيد المعنوي، ففي العرف يقال: السجين مطلق سراحه ولا يقال طالق سراحه، وكذلك يقال طلق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها.

أما في الشرع فقد عرفه ابن عابدين بأنه رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص ولو مآلاً [٤١٤/٢:٥٩] وقيل: هو حل قيد النكاح [١١٥: ١٣٢/٣]، وعرفه بعضهم بأنه تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح [١٠٩: ٢٧٩/٣] ومن المحدثين من عرفه بأنه: حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل، بعبارة تفيد ذلك صراحة أو ضمناً، تصدر من الزوج أو القاضي بناء على طلب الزوجة [١٢٤: ١٤٥].

ويلاحظ على هذه التعريفات ما يلي:

١- ان تعريف الطلاق بأنه رفع عقد النكاح أو حل رباط الزوجية، يلتقي مع المعنى اللغوي

للطلاق، لذلك فهو أولى بالاعتبار، لأن الأحكام الشرعية ومنها الطلاق لها تعلق بمدلولات اللغة، أمّا التعبير عنه بأنه تصرف مملوك للزوج فهو بعيد عن المعنى اللغوي كما أن التصرف لفظ مطلق يدخل فيه ما يتوقف على قبول الطرف الآخر كالعقود الرضائية التي تحتاج الى عاقدين، والعقود التي تتم بالارادة المنفردة ولا تتوقف على قبول الطرف الآخر، ومنها الطلاق في بعض صوره، لأن الطلاق قد يتوقف على ارادة الطرف الآخر في صُورِهِ الأخرى كالطلاق على مال أو المخالعة، لذلك يرى أن التعبير عن الطلاق بالتصرف غير دقيق، لأنه يدخل فيه سائر العقود، ولا يميزه عن غيره كقولنا رفع قيد الزواج .

٢- ان تعبير بعض الفقهاء عن الطلاق بأنه يحدثه الزوج بلا سبب، لا يلتقى مع معنى الطلاق المشروع، لأن الطلاق على قول بعض الفقهاء [١١٥ : ١٣٢/٣] لا يشرع بلا سبب بل يكون مكروهاً، والاصل كما يقولون أن لا يقع الا الحاجة . فلو اكتفى بقوله يحدثه الزوج لكان أولى .

٣- ان تقييد عبارة الطلاق بصدورها من الزوج اوالقاضي غير دقيق، لأنه لا يشمل صورة تفويض الطلاق الى الزوجة، ففي هذه الحالة تصدر العبارة من الزوجة بما ملكها من حق تفويض الطلاق اليها، ويقع الطلاق بعبارتها وليست من الزوج ولا من القاضي كما قيدها التعريف المذكور .

لهذا أرى أن تعريف ابن عابدين من الحنفية للطلاق بأنه : رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص ولو مآلاً، هو أقرب هذه التعريفات الى الصواب لما يلي :

أولاً: لأنه اطلق التعريف ليشمل كل أنواع الطلاق سواء من الزوج أو من المفوضه أو من القاضي، وسواء كان بالارادة المنفردة أو على مال، ليشمل المخالعة بين الزوجين .

وقوله بلفظ مخصوص أيضاً على اطلاقه ليشمل كل الفاظ الطلاق الصريحة منها والكنائية، وحتى حكم القاضي برفع عقد النكاح، طلاقاً كان أو فسحاً .

ثانياً: احتراز بقوله ولو مآلاً للطلاق الرجعي الذي لا يزيل الزوجية في الحال، بل تبقى بعض أحكامها مثل: العدة، وحق الرجعة خلالها بدون موافقة الزوجة، ونحو ذلك .

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق

جاءت أحكام الشريعة لتحقيق مصالح العباد، وفي ذلك يقول سلطان العلماء رحمه الله: "التكاليف كلها راجعة الى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم والله غني عن عبادة الكل ولا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين" [١٠٧: ١٠٧/٢]. من هنا كانت مشروعية الطلاق اكتمالاً للمصلحة في النكاح، لأن أحد الزوجين قد لا يوافق النكاح فيطلب الخلاص، فمكته الشارع من ذلك، وجعله عدداً، وجعل حكمه متأخراً ليحرب نفسه في الفراق كما جربها في النكاح، ثم حرّم الشارع الزوجة على زوجها بعد فراغ العدد، قبل أن تتزوج بزواج آخر، ليتأدب الزوج بما فيه غيظه وهو الزواج الثاني، على ما عليه جبلة الفحولة، بحكمته تعالى ولفظه بعباده [٦٦: ١٨٨/٢].

والطلاق مشروع في نفسه، إلا أنه ممنوع عنه لغيره، لأن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا والطلاق ابطال له، وابطال المصلحة مفسدة والله تعالى لا يحب الفساد [الآية ٢٠٥ من سورة البقرة] وهذا معنى الكراهة الشرعية عند الحنفية بخصوص الطلاق أي أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به، إلا أنه قد يخرج - كما يقول صاحب البدائع - (من أن يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطباع) [٧٤: ٨٨/٣].

وقوله ﷺ (أبغض الحلال الى الله الطلاق) [١٠: ٢٥٥/٢] يفيد أن الطلاق وإن كان حلالاً إلا أن الأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض، كأن تكون بذينة اللسان، وقد يحرم الطلاق إذا علم الزوج أنه انطلقها وقع في الزنا، ولا قدرة له على الزواج من غيرها [٨٨: ٥٣٥/٢].

وعلى كل حال فإن الطلاق مشروع، ويقع بالانفاظ الدالة على ذلك صراحة أو ضمناً، على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن، أو قبل انقضاء عدتهن في الطلاق الرجعي، ولا يقع على الأجنبيات.

وأجمع المسلمون أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها، لقوله تعالى: ﴿ويعولنهن أحق بردهن في ذلك﴾ [الآية ٢٢٨ من سورة البقرة]. وإن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها باجماع الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الآية ٤٩ من سورة الأحزاب]. أما المدخول بهن وذوات الاقراء الحرائر إذا طلقن، فعدهن

ثلاثة قروء، والحوامل منهن عدتهن وضع الحمل واليائسات فعدتهن ثلاثة أشهر، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء [٨٤ : ٨٥/٢، ١١٦ : ١١٥/٧، ٥١٥/٧، ٤٢ : ٧٥].

المطلب الثالث: مسائل السياسة الشرعية في الطلاق

- أن أحكام الطلاق كثيرة لا يمكن التوسع فيها بهذا المقام، إلا أنه بعد الاطلاع عليها ودراستها، رأيت أن أحصر البحث فيها بالمسائل التالية التي لها علاقة بالسياسة الشرعية عند الفقهاء وهي:
- ١- وقوع الطلاق الثلاث المكرر في مجلس واحد، وقد يكون بلفظ واحد مثل أنت طالق ثلاثاً، أو بثلاثة ألفاظ متفرقة مثل أنت طالق- أنت طالق- أنت طالق.
 - ٢- طلاق السكران ووقوعه تعزيراً.
 - ٣- طلاق الأخرس مع القدرة على الكتابة لا يقع بالاشارة استحساناً.
 - ٤- صيغة علي الحرام وما شاكلها من الطلاق الكنائي إذا شاع استعمالها عرفاً في الصريح يفتى بوقوعه بلا نية.

المسألة الأولى

وقوع الطلاق المكرر في مجلس واحد

اتفق الفقهاء أن طلاق المرأة طلقة واحدة في طهر لا وطء فيه وتركها حتى تمضي عدتها هو طلاق السنة، لأنه أقل ضرراً بالمرأة حيث لم تطل عليها العدة، ولم يقل أحد من الفقهاء أنه مكروه إذا كان لحاجة [٨٤ : ٦٠/٢، ١١٩ : ١١٥/٧، ٢٥١/٧، ٥٩ : ٤١٩/٢، ١٠٩ : ٢٨٠/٣] مع أن بعضهم يقول أنه لا يباح إلا للضرورة [٦٦ : ١٨٨/٢].

وهذا هو الطلاق الذي أذن به الشارع لقوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فامسك بمرءةك أو تسريحها﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهذا يعني أنه يقع مرة بعد مرة، والثالثة يكون بعدها التسريح باحسان، وواضح أن هذا في المدخول بها، لأن غير المدخول بها تبين من زوجها بطلقة واحدة، لأنه لا مجال لارجاعها إذ الرجعة تكون في العدة، ولا عدة على غير المدخول بها. وهذه المسألة ليست في محل النزاع، وإنما صورة المسألة موضوع البحث هي: أن يكرر الطلاق

أكثر من مرة بلفظ واحد أو بالفاظ مختلفة في مجلس واحد، كأن يقول لزوجته أنت طالق ثلاثاً، أو طلقتك ثلاثاً أو أكثر، أو يقول لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ثلاث مرات، بصيغة واحدة أو بصيغ مختلفة لكنها تقع في الفاظ الطلاق الصريح، كأن يقول لها أنت طالق، أنت مسرحة، أنت مفارقة ونحو ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الطلاق في هذه الحالة هل يقع به طلاق واحدة أو تقع الثلاث؟ والسبب في اختلافهم أن الحكم الذي جعله الشارع من البيونة للطلقة الثالثة، هل يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلاقة واحدة أم لا يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع [٦٣/٢: ٨٤]؟ فالشارع أعطى الحق للزوج في إيقاع الطلاق لحكمة ذكرت سابقاً، وجعل الطلاق رجعياً لإفساح المجال أمام الأسرة لتدارك ما فاتها من أسباب الطلاق الرجعي، ولكن الزوج إذا تعجل إيقاع الطلاق البائن، واستعمل حقه في جميع ما يملكه من الطلقات الثلاث مرة واحدة، وفوت على نفسه وعلى الأسرة فرصة الرجعة إلى الحياة الزوجية، هل يقره الشرع على ذلك، أو لا يعتبر الشرع هذه المخالفة لحكمة مشروعية الطلاق، ولا يوقع عليه الا طلاقة واحدة تنفيذاً للحكم الشرعي في ذلك، ولا اعتبار لما يخالف حكم الشرع؟

للعلماء في حكم هذه المسألة اتجاهان رئيسيان:

الأول: تقع الثلاث، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم [١٢٣: ١/١٦١].

والثاني: تقع طلاقة واحدة فقط، وهو مذهب عبد الله بن عباس وابن تيمية وابن القيم، وروى عن الشيعة انه لا يقع لأنه بدعة محرمة. فيكون اتجاهاً ثالثاً في المسألة [٢٠: ٦/٢٦٠].

وهناك من العلماء من فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها، فقال اذا طلق الرجل زوجته ثلاثاً بلفظ واحد فانه يقع في المدخول بها ثلاثاً وبغيرها واحدة، وهو مروى عن بعض أصحاب ابن عباس [المرجع السابق] وهذا الاتجاه يمكن ادخاله في الاتجاهين الأول والثاني، فلا يفرد ببحث مستقل.

أما أصحاب الاتجاه الأول:

فقد جاء في مذهب الحنفية أن تطليق الزوجة ثلاثاً في طهر أو بكلمة واحدة بدعي، سواء قال

طالق طالق طالق، أو طالق بالثلاث من باب أولى. وقالوا: الطلاق شرع في الاصل بطريق الرخصة ولا حاجة إلى البائن، لأن الحاجة تندفع بالرجعي، فكان البائن طلاقاً من غير حاجة فلم يكن سنة، لأن فيه احتمال الوقوع في الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة [٧٤: ٩٦/٣، ٥٩: ٤١٩].

إلا أنهم جعلوا حكمه حكم الطلقة الثالثة، وقالوا انه يقع ثلاثاً كما تلفظ بها، واستدلوا بقوله ﷺ «ثلاث جِدْهْنِ جِدْهْنِ جِدْهْنِ» [٢٠: ٢٥٨/٦] ومنها الطلاق، واستدلوا أيضاً باجماع الصحابة على فعل عمر حينما امضاه عليهم ثلاثاً، فلم يخالفه في ذلك احد. واجابوا عما روي عن عمر رضي الله عنه في حديث ابن عباس (كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وزمن ابي بكر وصدرأ من خلافة عمر وفي رواية وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر ابن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم فامضاه عليهم) [٢٧: ٦٩/١٠، ١٢٣: ١٧٠/١٠] انه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث، واخبار عن تساهل الناس في مخالفة السنة في الزمان المتأخر عن العصرين، كأنه قال: الطلاق الموقع الآن ثلاثاً كان في ذينك العصرين واحدة، أو قوله طالق، طالق، طالق، كانت طلقة واحدة لقصدتهم التأكيد والاخبار، وصار الناس بعدهم يقصدون به الانشاء والتحديد، فالزمهم عمر ذلك لعلمه بقصدتهم، يدل عليه قول عمر: قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة [٦٦: ١٩٢/٢].

ومذهب المالكية ان المطلقة ثلاثاً بلفظ واحد مطلقة لغير سنة، ولكنهم قالوا انه يقع كما كرهه. سواء عطف بواو أو فاء أو ثم أو بغيره، لزمه ما كرر مرتين أو ثلاثاً في المدخول بها، لان الرجعية يلحقها الطلاق ما دامت في العدة، وكذلك غير المدخول بها، فإنه يلزمه بقدر التكرار مرتين أو ثلاثاً. [٨٨: ٥٧١/٢].

ويلاحظ أنهم اوقعوا الثلاثة أيضاً على غير المدخول بها [روى ابن حزم عن الحكم بن قتيبة انه سئل عن قال لزوجته غير الداخل بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق فقال: تبين بالتطليقة الأولى والثتان التي اتبع ليستا بشيء ١٢٣: ١٧٥/١٠]. مع أنها في الطلقة الأولى تبين من مطلقها، لعدم العدة ولا تكون محلاً للطلاق، بخلاف الرجعية. فكانهم يرون ان الطلاق البائن يلحق البائن ولو بلا عدة.

وهم بذلك يخالفون الحنفية الذين يشترطون بقاء العدة حتى يلحق الطلاق البائن البائن أو الرجعي البائن [١٧٤: ٢٠٤].

ومذهب الشافعية وقوع الثلاث عند جمعهم، أما عند فصلهن فإنه إن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق أنت طالق وتخللها فصل ثلاث طلقات، أما أن لم يتخللها فصل: فإن قصد تأكيداً فواحدة، أو قصد استئنافاً ثلاث [١٠٩: ٢٩٦/٣].

والحاصل عندهم أنه إن جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث [١٠٦: ٧٩/٢]. واستدلوا بحديث ركانة بن عبد يزيد، أنه طلق امرأته البتة ثم أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، اني طلقت امرأتي سهيمة البتة، والله ما أردت إلا واحدة، فقال النبي ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها رسول الله ﷺ [٢٠: ٢٥٥/٦].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لو لم تقع الثلاث إذا أرادها بهذا اللفظ، لم يكن لاستحلافه معنى. ثم انهم أجابوا عن حديث عمر السابق بما أجاب به الحنفية، من أن معناه أن الطلاق المعتاد في الزمن الأول كان طلقة واحدة، وصرار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة، فنفسه عليهم، فيكون أخباراً عن اختلاف عادة الناس لا عن تغيير حكم في مسألة واحدة، ومعناه كان الطلاق الثلاث الذي يوقعونه الآن دفعة واحدة، إنما كان في الزمن الأول يوقعونه واحدة فقط، وهذا يفهم من لفظ الاستعجال، وقوله: أنه كان للناس فيه آناة، أي مهلة في الطلاق فلا يوقعونه إلا واحدة واحدة فاستعجل الناس وصراروا يوقعون الثلاث دفعة واحدة، وإلا إذا كان معنى الحديث أن يقع الثلاث دفعة واحدة كان في الزمن الأول إنما يقع واحدة، وهكذا في الزمن الثاني قبل التنفيذ، فما الذي استعجلوه؟

وأجابوا بجواب آخر، مفاده أنه محمول على من فرق اللفظ فقال أنت طالق أنت طالق أنت طالق، فكانوا أولاً يصدقون في إرادة التأكيد لقلة الخيانة فيهم، فلما كان زمن عمر رضي الله عنه ورأى تغير الأحوال، لم يقبل إرادة التأكيد وامضاء على الاستئناف، وذكر النووي في شرح مسلم: أن هذا أصح الأجوبة. وقال السبكي: أنه أحسن محامل الحديث. وشنع صاحب مغني المحتاج على من قال لا تقع إلا واحدة بقوله: [واختاره بعض المتأخرين ممن لا يعيب به واقتدى به من اضله الله تعالى] [١٠٩: ٣١١/٣].

أما مذهب الخنابلة فقد جاء فيه [أنه إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه

الثلاث، وهو مثل أنت طالق ثلاثاً] وقد نصوا على كراهة ذلك، وأجابوا عن قول عمر في إيقاع الثلاث: [أنه إنما جعله لاكثرهم منه، فعاقبهم على الاكثار منه لما عصوا بجمع الثلاث، فيكون عقوبة من لم يتق الله من التعزير الذي يرجع الى اجتهاد الائمة] [١١٩: ٢٦١/٧] وهذا الجواب يصلح لمن يرى أنه يقع طلقة واحدة، إلا إذا رأى الامام إيقاعه ثلاثاً على أساس أنه تعزير.

وقالوا: ان الرواية عن أحمد اختلفت في وصف هذا الطلاق، فقيل انه غير محرم، وقيل: انه طلاق بدعة محرم، إلا أنه ان طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة وقع ثلاثاً وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق عندهم بين أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده، وقالوا: ان معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله، ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه [١١٦: ٣٧٠/٧].

ويلاحظ أنهم يلتفتون مع جمهور العلماء في وقوع الطلاق الثلاث بهذا اللفظ، كما يلتفتون مع مذهب المالكية في وقوعه قبل الدخول وبعده، وأن البائن يلحق البائن، ولو مع عدم وجود العدة في غير المدخول بها.

ومذهب ابن حزم أيضاً وقوع الثلاث جاء. في المحلى: فان طلقها في طهر لم يطأها فيه، فهو طلاق سنة لازم كيفما أوقعه، ان شاء طلقة واحدة، وإن شاء طلقتين مجموعتين، وإن شاء ثلاثاً مجموعة [١٢٣: ١٦١/١٠].

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

فقد رأوا أن طلاق الرجل لزوجته ثلاثاً بكلمة واحدة لا تقع بها الا طلقة واحدة. ومن هؤلاء ابن عباس، وشيخ الاسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، ومن قال به أيضاً أبو اسحق، وطاووس، وعكرمة. وقد استدلوا بحديث ابن عباس الذي رواه مسلم في صحيحه وقد سبق ذكره وعلق عليه ابن تيمية بقوله [ان عمر رضي الله عنه ألزم المطلق ثلاثاً بكلمة واحدة بالطلاق وهو يعلم أنها واحدة، ولكن لما أكثر الناس منه رأى عقوبتهم بالزامهم به، ووافقته على ذلك رعيته من الصحابة، وقد أشار هو الى ذلك فقال -أي عمر-: ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو انا أمضينا عليهم، فأمضاه عليهم، ليقبلوا منه فانهم إذا علموا أن أحدهم إذا أوقع الثلاث

جملة وقعت، وأنه لا سبيل له الى المرأة، امسك عن ذلك فكان الالزام به عقوبة منه لمصلحة رآها، ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت في زمن النبي ﷺ وأبي بكر تجعل واحدة، بل مُضي على ذلك صدر من خلفته حتى أكثر الناس من ذلك، وهو اتخاذ آيات الله هزوا فلما أكثر الناس من ذلك عاقبهم ثم انه ندم على ذلك قبل موته، كما ذكره الاسماعيلي في مسند عمر، فقلت لشيخنا القائل هو ابن القيم-: فهلا تبعت عمر في الزامهم به عقوبة، فان جمع الثلاثة محرم عندك؟ فقال أكثر الناس اليوم لا يعلمون أن ذلك محرم، ولا سيما والشافعي يراه جائزاً، فكيف يعاقب الجاهل بالتحريم؟

ثم قال ابن تيمية: أيضاً فان عمر الزمهم بذلك وسدّ عليهم باب التحليل، أما هؤلاء ويقصد جمهور الفقهاء - فيلزمونهم بالثلاث، وكثير منهم يفتح لهم باب التحليل، فانه لا بد للرجل من امرأته، فاذا علم أنها لا ترجع اليه إلا بالتحليل سعى في ذلك. والصحابة لم يكونوا يسعون في ذلك، فحصلت مصلحة الامتناع عن الجمع من غير وقوع في مفسدة التحليل بينهم، وأضاف قائلاً: ولو علم عمر أن الناس يتتابعون في التحليل لرأى ان اقرارهم على ما كان عليه الأمر في زمن رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرأ من خلافته أولى] [١١٨ : ١٦].

وأكد هذا المعنى ابن القيم رحمه الله حينما تحدث عن تحريم نكاح التحليل ووازن بينه وبين جعل الثلاث واحدة فقال: (الزمهم عمر بالطلاق الثلاث إذا جمعوها، ليكفروا عن نكاح التحليل إذا علموا أن المرأة تحرم به، وأنه لا سبيل الى عودها بالتحليل، فلما تغير الزمان وبعد العهد بالسنة وآثار القوم، وقامت سوق التحليل ونفقت في الناس، فالواجب أن يرد الأمر الى ما كان عليه في زمن النبي ﷺ وخليفته من الافتاء بما يعطل سوق التحليل أو يقللها ويخفف شرها. وإذا عرض على من وفقه الله وبصره بالهدى، وفقهه في دينه، مسألة كون الثلاث واحدة ومسألة التحليل ووازن بينهما، يتبين له التفاوت، وعلم أي المسألتين أولى بالدين وأصلح للمسلمين) [١١٧ : ٤٨/٣].

أما أصحاب الاتجاه الثالث وهم الشيعة، فقد ذهبوا الى القول بعدم وقوع الطلاق ثلاثاً من غير رجعة بينهما، لأنه باطل. والباطل لا يقع معه طلاق لا واحدة ولا أكثر منها، وقد وافقهم في ذلك كل من قال بأن الطلاق البدعي لا يقع لأن الثلاث بلفظ واحد أو الفاظ متتابعة من البدعي. وعدم وقوع الطلاق البدعي هو أيضاً مذهب الباقر والصادق والناصر من الشيعة [١٢٥ : ٢٣/٣، ٢٠:

واستدلوا بقوله ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) [٢٧: ١٢/١٦، ٢١: ٩/١٩٢]، وهذا الطلاق ليس عليه أمر النبي ﷺ، كما استدلوا بقوله تعالى ﴿فإنما ساء بمعرف أو تسريح بإحسان﴾ [الآية ٢٢٩ من سورة البقرة].

ووجه الاستدلال بالآية: انها اشترطت في صحة وقوع الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الامساك بالمعروف، إذ من حق كل مخير بينهما أن يصح كل واحد منهما، وإذا لم يصح الامساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة بعدها لذلك، وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية [٢٠: ٦/٢٦٣].

ويجاب عن استدلالهم بالحديث بأن العموم الوارد فيه مخصص بالأحاديث الأخرى التي ذكرناها، مثل حديث ركانه وحديث ابن عباس. أما استدلالهم بالآية فمن غير المسلم أن ذلك يدل على أن الطلاق لا يقع إلا بعد الرجعة، وليس في الآية ما يدل على شيء من ذلك، كما انه إذا امتنع وقوع طلاق الثلاث فلا يمتنع وقوع طليقة واحدة، ولا سبيل لالغاء الطلاق وقد تلفظ به المكلف، فيجب أن يلزم بما تلفظ به، ويبقى الخلاف بعد ذلك في وقوع الثلاث أو الواحدة فقط. موضوع البحث في هذه المسألة.

المناقشة والترحيح:

هذان الاتجاهان الرئيسيان في المسألة، الذي يقول أحدهما بوقوع الثلاث ويقول الآخر بوقوع واحدة فقط، هما موضوع الترحيح. أما القول بعدم وقوع أية طليقة، فأقل ما يقال فيه: أنه اهدار لالفاظ المتكلم، ومخالفة صريحة للنصوص، واجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم، وفهم الأئمة من بعدهم.

وثمة أمر آخر في المسألة لا يترتب عليه كبير أثر في هذا البحث، وهو أن قول القائل طالق بالثلاث، هل هو مثل قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق بتكرار اللفظ أم هو غيره، لأن التكرار كما قال الشافعية يحتمل التأسيس والتأكيد كما يحتمل الاستئناف [انظر ص ١٣٦ من هذا البحث]. أما مفهوم العدد في قوله طالق ثلاثاً فليس العدد فيه للحصر والتحديد، ولا مفهوم له عند من يقول

بالمفهوم [٥٥ : ٤٦٠] وقد ذكر ابن تيمية أن من قال سبحانه الله ثلاثاً لا يقع له أجر الثلاث وإنما هي واحدة، ولا يحصل له أجر الثلاث حتى يقولها مرة بعد مرة، ولا يجمع الكل بلفظ واحد [١١٧ : ٣٣/٣] إلا أن جمهور العلماء لم يفرقوا بين الحالتين على اعتبار أن المقصود هو إيقاع الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته في مجلس واحد أو في حادثة واحدة، بدون تفريق للطلاق ولا إيقاعه مرة بعد مرة، كما ورد ذلك في الطلاق السني تمثيلاً مع قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [الآية ٢٢٩ من سورة البقرة] لذلك لا أرى حاجة للتوسع في هذه التفرة بين صورتها المسألة، خاصة وأن المراد ما يدخل منها في باب السياسة الشرعية، وهو وقوع الثلاث أو الواحدة بلفظ يتضمن صيغة الثلاث تكراراً أو جملة.

وباستعراض النصوص من الأدلة التي استند إليها الجمهور، يلاحظ أنهم اعتمدوا حديث أبي هريرة ثلاث جدهن جد، وحديث ابن عباس في فعل عمر، وحديث ركانة بن عبد يزيد في التحليف على قصده.

أما حديث أبي هريرة، فأرى أنه ليس في محل النزاع، ولا يصلح لاثبات ما ذهب إليه الجمهور، لأن الخصم لا ينكر أن جد الطلاق جد وهزله جد، ولكن هل تقع به واحدة أو ثلاث، هذا هو موضوع خلافهم.

وكذلك حديث ركانة لا يصلح للاستدلال لأي من الفريقين، لما جاء فيه من أنه طلق امرأته البتة، وهذا يحتمل أنه قال أنت باتة كما يفهم من ظاهر اللفظ، أو أنه أبانها بأي صيغة من صيغ البينة، ومنها أنت طالق بالثلاث أو أنت محرمة علي، فإذا كانت الصيغة التي أوقع فيها البينة أنت بائنة أو مبانة أو محرمة فانها ليست في محل النزاع، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال ضعف به المقال وبطل به الاستدلال [٢٠ : ٢٦١/٦ والنووي ٢٧ : ١٠/٧٠].

وما يدل أنه أبانها بصيغة تحتمل هذه الكنايات أو الألفاظ غير الصريحة في الطلاق، أنه قال لرسول الله ﷺ ما أردت إلا واحدة، فدل ذلك على أن الصيغة التي تلفظ بها صيغة كناية، لأنها تحتمل الواحدة وغيرها، أما صريح الطلاق فلا يحتمل مثل هذا القول، ولا يسأل فيه المطلق عن نيته، كما أنه لا يحلف على إقراره بالصريح، وإنما يحلف ويصدق بيمينه إذا كان اللفظ يحتمل مثل هذه الاحتمالات في البائنة أو الرجعية. فقد يكون هذا هو المراد بقوله، وقد يكون أراد به أنه طلقها

بالثلاث أيضاً، ولا ترجيح في نظري لأي الاحتمالين على الآخر.

أما ما روي عن عمر رضي الله عنه عن طريق ابن عباس، فهو موضع النزاع في المسألة، ومحل استدلال الفريقين عليها، مع جميع الروايات الأخرى الواردة بهذا الخصوص من فعل عمر، ومن أنه على عهد رسول الله ﷺ كان طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم ثلاثاً [٢٧: ٦/١٠ - ٧٣ و ٢١: ٣٦٣/٩].

وقد اتجه الجمهور في الاستدلال بهذا الحديث عدة اتجاهات لرفع ما يظهر فيه من تناقض بين ما كان على عهد رسول الله ﷺ، وبين ما فعله عمر، فقال بعضهم محاولاً تضعيف الحديث والتشكيك في صحته [وعلى تقدير صحة هذا الحديث. أجيب عنه بجوابين] [١٠٩: ٣/٣١١] والواقع أن الحديث صحيح، وحسبه رواية الامام مسلم له في صحيحه [٢٧: ١٠/٧٠]

وحاول البعض الآخر، ادعاء النسخ لرفع التعارض بين علم عمر بإيقاعها زمن رسول الله ﷺ واحدة، وإيقاعه لها ثلاثاً، مع عدم مخالفة الصحابة له في ذلك فقال: [إن هذا لا يمكن إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ، أو لعلمهم بانتهاء الحكم ليعلمهم باناطة بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر] [٢٠: ٦/٢٦٢]. أما وجود هذه المعاني الجديدة واناطة الحكم بها، فإذا كان المقصود به تعليل النص، ليدور الحكم مع علته، فهذا من السياسة الشرعية التي سترد لاحقاً، أما قوله بوجود الناسخ، فهذا ما لا يقرُّ عليه، لأن النسخ لا يكون بالاحتمال وإنما بوجود الناسخ من كتاب أو سنة أو اجماع فإين هذا الناسخ؟ كما أنه من المستبعد أن يستمر الصحابة أيام أبي بكر وستين من خلافة عمر على أمر منسوخ، ولا يجوز أن يكون فعل عمر هو الناسخ، لأن فعل الصحابي لا ينسخ السنة الصحيحة بمحض الرأي والنظر، وكذلك لا يقره الصحابة على ذلك.

وقال آخرون إن ابن عباس عمل بخلاف روايته، حيث نقل عنه القول بأنها كانت على عهد رسول الله واحدة فأمضاها عليهم عمر، كما نقل عنه إيقاعها ثلاثاً في الفتوى [٢٠: ٦/٢٥٨] ومن المعلوم أن الراوي إذا عمل بخلاف روايته كان ذلك طعناً في الرواية وتضعيفاً لها، وبذلك لا يصلح حديثه للاستدلال.

ويجاب عن ذلك أن هذه القاعدة عند الحنفية فقط، ولم يوافقهم عليها الجمهور [٤٦: ٢/١٩٢، ٤٥: ١٣/٢] فلا يجوز أن يحتج بها على المخالف، كما أن العبرة برواية الراوي ونقله عن رسول

الله ﷺ، لا برأيه.

كما أراد بعضهم أن يخصصها بغير المدخول بها، لورود رواية بذلك عند أبي داود [٢٠]: [٢٥٩/٦]، ولأن غير المدخول بها تبيين بالطلقة الأولى، أما المدخول بها فتقع الثلاث لوجود روايات أخرى مطلقة، وهذه الروايات المطلقة التي لم تقيد بالمدخول بها، هي موضع النزاع فلا يحتج بها على القائلين بوقوعها واحدة. وقيل: انه ورد في رواية ابن عمر أنه طلقها في الحيض فلم يحتسبها عمر لذلك [٢٧: ٧٠/١٠] ويجاب عنه أن الجمهور يوقعونها في الحيض، وأنه توجد روايات أخرى ليست مقيدة في الحيض أو غيره.

فلم يبق سوى أن يقال: أنه من الثابت المؤكد أنها كانت على عهد رسول الله ﷺ تقع واحدة، إذا تلفظ بطلاق الثلاث بضم واحد، واستمر الحال على ذلك زمن أبي بكر رضي الله عنه، وستين من خلافه عمر، ثم أصبحت بعد ذلك تقع بها البيئونة الكبرى فلا تحمل له ما لم تنكح زوجاً غيره. وقد اتفق الجمهور القائلون بوقوع الثلاث، مع المخالفين لهم القائلين بوقوع الواحدة على صحة هذه الرواية، وأن الأمر كان كذلك، إلا أنهم اختلفوا في فهمها والمراد منها. يظهر ذلك من اجابتهم على هذه الرواية، وبيانهم سبب أخذهم بفعل عمر، وعدم أخذهم بما كان عليه العمل زمن رسول الله ﷺ وزمن أبي بكر وستين من خلافة عمر، فقالوا: انه اخبار عما كان يحدث في الزمن الأول، حيث كانت عادة الناس في ايقاعه طلقة واحدة، ثم صاروا في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة، فهو اخبار عن عادة الناس، لا عن تغير حكم في مسألة واحدة.

والواقع أن النص الوارد في معظم الروايات لا يسعف هذا التأويل، فليست المسألة مسألة تاريخ أو اخبار عن عادة الناس، وإنما هي أحكام شرعية تطبق، وقد ثبت من فعل ابن عباس راوي الحديث أنه افتى بوقوعها ثلاثاً، وأنه قال للسائل عصيت ريك فلم يجعل لك مخرجاً، وحرّم زوجته عليه، كما جاء في بعض الروايات ان ابن عباس سئل: أتعلم أن الثلاث كن يرددن على عهد رسول الله ﷺ الى واحدة؟ قال نعم [١١٧: ٣١/٣].

فالمتصود من حديث ابن عباس واضح في أن من طلق زوجته ثلاثاً بكلمة واحدة في زمن الرسول ﷺ كان يوقعها عليه واحدة، وكذلك في زمن أبي بكر، الى أن جاء عمر واجتهد بخلافة. أما قولهم في الوجه الآخر أنه جواب على هذه الرواية، وهو أنها محمولة على من فرق اللفظ

فقال أنت طالق أنت طالق أنت طالق، ولا تشمل من قال أنت طالق ثلاثاً، فكانوا على زمن رسول الله ﷺ يصدقون إذا قالوا أردنا التأكيد، لقلة الخيانة فيهم فلما جاء عمر لم يقبل قولهم، لتغير الأحوال وأمضاء على الاستئناف. فان نص الحديث لا يسعفهم أيضاً، لأن الصيغة فيه جاءت مطلقة، فهي ثلاث بكلمة واحدة، فتشمل اللفظ المتفرق والمجتمع، وتقييد المطلق يحتاج الى مقيد، كما أن حملة على بعض وجوهه بدون دليل تحكم، والتحكم في الاستدلال باطل.

إلا أنه يلاحظ في استدلالهم اعتبار لتغير الحال، فقد أشاروا الى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما تغير حالهم من الصدق الى عكسه حمل أقوالهم في الطلاق على الاستئناف، ولم يقبل منهم ادعاء التأكيد عملاً بقرائن الأحوال، من تغير الناس بين زمن رسول الله ﷺ وزمنه هو، وهذه المراعاة لتغير أحوال الناس، وتغير الفتوى تبعاً لها، هي من السياسة الشرعية.

وقد أصاب من الحنابلة من حمل الرواية على العقوبة والزجر وجعل امضاء الثلاث عليهم لاكثرهم منها على خلاف السنة، فعاقبهم على الاكثار، وأوقعها عليهم تعزيراً، يرجع الى اجتهاد الحاكم [١١٩: ٧/٢٦١]. فهو يوافق الاتجاه الثاني على أنها كانت تقع في زمن رسول الله ﷺ واحدة وان كانت بلفظ الثلاث، إلا أنهم استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، واستعجالهم هذا مخالف للسنة، وقد رأى أنه كان من سبقه يتساهل معهم حيث لم تكن تقع فيهم بكثرة، فلما استكثروا منها بغير حق، رفع عنهم حكم التساهل وأمضى عليهم ما تلفظوا به عقوبة وزجراً، وللحاكم أن يفعل ذلك كما قالوا.

وهذا الاتجاه من الحنابلة يلتقي في فهمه وتعليقه مع ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني، إلا أنهم قالوا تقع ثلاثاً، وقال أصحاب الاتجاه الثاني تقع واحدة.

وقد علل أصحاب الاتجاه الثاني فعل عمر رضي الله عنه بقولهم: انه لم يخف عليه أن السنة ان تقع واحدة، وأنها توسعة من الله لعباده، إذ جعل الطلاق مرة بعد مرة، وما كان مرة بعد مرة لا يملك المكلف ايقاع مراته كلها جملة واحدة، كاللعان، ولكن أمير المؤمنين عمر رأى أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم ايقاعه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم بامضائه عليهم، ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، نكاح رغبة يراد للدوام، لا نكاح تحليل، فإذا علموا ذلك كفوا عن الطلاق المحرم، فرأى

عمر أن هذا مصلحة لهم في زمانه، وأن ما كانوا عليه سابقاً هو الأليق بهم، لأنهم لم يتابعوا فيه، وكانوا يتقون الله في الطلاق، وقد جعل الله لكل من اتقاه مخرجاً، فلما تركوا تقوى الله وتلاعبوا بكتاب الله الزمهم بما التزموه، عقوبة لهم.

والواقع الذي لا ينكره أحد أن الناس في زمن رسول الله وزمن أبي بكر كانوا أكثر التزاماً بتعاليم الدين، لقربهم من عصر النبوة كما أنهم كانوا أقرب إلى الفقر منهم إلى الغنى الذي ظهر في زمن عمر، وخاصة بعد الفتوحات العظيمة التي حصلت في عهده، وأثرى الناس ثراء لم يعرفوه من قبل، وبدأ يظهر فيهم شيء من التساهل في أمور الدين نتيجة لهذا الثراء العظيم الذي لم يكن يعرفه الناس في زمن رسول الله ﷺ، ولا في زمن أبي بكر، فتغير حال الناس، وما كان يناسبهم من التساهل لم يعد مناسباً لهم. يدل على ذلك ما ورد في صحيح مسلم عن طاووس (أن أبا الصهباء قال لابن عباس: هات من هناتك [*]) ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحداً؟ فقال: قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازوه عليهم) [٢٧: ١٠/ ٧١].

يتضح من قول ابن عباس، أن حال الناس تغير بخصوص ايقاع الطلاق فكان في السابق غير منتشر على هذه الصورة، فقد يحدث من واحد أو أكثر. أما في زمن عمر فقد تتابع الناس فيه، وكثروا إلى درجة كبيرة تفهم من قوله - تتابع الناس - ولا شك في أن ايقاع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة مخالف للسنة، لذلك كان عمر يضرب عليه، وثبت أن الرسول الله ﷺ قال لمن تلفظ به: أيلعب بكتاب الله وأنا بين ظهرانيكم [٢٠: ٦/ ٢٥٥] مما يدل على أنه لا ينبغي للمسلم فعله على هذا النحو، فلما كان قليلاً في المجتمع كان التسامح فيه والتساهل في ايقاعه على فقر الناس وعدم قدرتهم على الزواج من ثانية، هو الأقرب إلى تحقيق المصلحة، أما في زمن عمر فقد تغير الحال من عدة نواح منها: كثرة المتلفظين بهذه الصيغة المتلاعبين بكتاب الله، كما قال عنهم رسول الله ﷺ، كما ازداد ثراء الناس فلا ترهقهم تكاليف الزواج بأخرى، بل قد يتحقق قصد الواحد منهم ايقاع الثلاث لرغبته بالزواج من ثانية أو ثالثة أو رابعة، وقلّة الالتزام بتعاليم الدين كما كان في زمن رسول الله ﷺ، لذلك فالمسوغ للاجتهاد قائم، وللحاكم أن يفعل ما يراه محققاً لمصلحة الناس.

* هناتك : أخبارك وأمورك المستغربة [٢٧: ١٠/ ٧٢]

وكان عمر رضي الله عنه رأى أن التساهل في ايقاع من الزم نفسه بالثلاث واحدة فقط، لا يحقق هذه المصلحة، فأمضاها عليهم ثلاثاً لمصلحتهم في الزجر وترك مخالفة الشرع. وهذه هي السياسة الشرعية في فعل عمر، وهي جلب المصلحة بالتزام شرع الله في الطلاق السني على الوجه الذي بينه الشارع ودرء مفسدة مخالفة هذه السنة.

فإذا ظهر نتيجة لتطبيق هذه السياسة، أن الناس أصبحوا يلجأون الى نكاح التحليل، لاعادة زوجاتهم الى عصمتهم، وفي هذا مخالفة أكبر لمقاصد الشرع، واستهانة بأحكامه، فلا ينبغي أن يبقى هذا الحكم السياسي منفذاً مع ما فيه من تحقق المفسدة، حيث يصبح ذريعة الى المحرم، وهنا لا بد أن يسد باب التحليل بجعل الثلاث طلقات واحدة، كما كان الأمر في زمن رسول الله ﷺ.

وخلاصة القول أنني مع القائلين من الجمهور أن طلاق الثلاث يقع ثلاثاً، ومع القائلين بأنها تقع واحدة، ولكن في حال دون حال، ومع مراعاة ظروف الناس وما يؤدي اليه تطبيق الحكم في هذه المسألة، إذ الأصل في هذا اللفظ أن تقع به الثلاث من حيث الصيغة، فإذا كان الناس على درجة من الالتزام بدينهم، ولا يستعملونها كثيراً تقع واحدة تساهلاً وحمللاً لحال المسلم على الصلاح والتقوى، حتى إذ ظهر فيهم التلاعب بالدين والاستخفاف بأحكام الشرع، أخذوا بالشدة وألزموا بما ألزموا أنفسهم به، بقصد أن يقلعوا عن مخالفة أحكام الشرع، فإذا أدى ذلك الى عكس المصلحة بانتشار نكاح التحليل، فيجب أن تسد الذريعة الى الحرام يجعلها واحدة، لأن الموازنة بين مخالفة الشرع في ايقاع الثلاث بكلمة واحدة، طلقة واحدة، وبين نكاح التحليل، تظهر ان نكاح التحليل أعظم إثمًا وأكبر ضرراً على المجتمع، واستهانة بأحكام الشارع.

وإذا كان ما فعله عمر رضي الله عنه من باب العقوبة والزجر فإن ذلك جائز للامام بشرط أن يحقق مصلحة، لأن تصرف الامام على رعية منوط بالمصلحة، ولكن هل يحقق هذا مصلحة في زماننا أو بعد زمان عمر؟

يقول ابن القيم: (يمتنع في هذه الأزمنة معاقبة الناس بما عاقبهم به عمر من وجهين:

أحدهما: أن أكثرهم لا يعلم أن جمع الثلاث حرام، لا سيما وكثير من الفقهاء لا يرى

تحريره، فكيف يعاقب من لم يرتكب محرماً عند نفسه؟.

الثاني: أن عقوبتهم بذلك تفتح عليهم باب التحليل الذي كان مسدوداً على عهد الصحابة.

والعقوبة إذا تضمنت مفسدة أكثر من الفعل المعاقب عليه، كان تركها أحب الى الله ورسوله، ولو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة-ومعاذ الله-لكان المنع منه إذا وصل الى هذا الحد الذي قد تفاحش قبحه، من باب سد الذرائع، وتعين على المفتين والقضاة المنع منه جملة) [١١٧: ٤٩/٣].

السياسة الشرعية في المسألة:

لقد ورد في حكم هذه المسألة نص شرعي خاص، وهو الوارد في حديث ابن عباس المذكور، وهو حديث صحيح أخرجه مسلم . ويشترط لمسائل السياسة الشرعية أن لا يرد بخصوصها نص من كتاب أو سنة أو اجماع، أو يرد بخصوصها نص معلل، وهنا ورد النص الخاص المعلن من السنة، أما ما ادعاه بعضهم من اجماع على فعل عمر فلا يسلم لهم بذلك، لأنه لو وجد الاجماع من الصحابة على فعل عمر لما كان للاختلاف بحكمها معنى، ولو لم يكن فيها من مخالف سوى ابن عباس وما روي عن علي بن أبي طالب [٢٠: ٢٥٨/٦] لما كان اجماعاً، وبالتالي فهذه دعوى غير صحيحة، ولا اجماع في المسألة، ويمكن القول أن أكثر الصحابة وافقوا عمر على ما فعله وأمضاه، وليس هذا اجماعاً بالمعنى الاصولي [٤١: ١٧٢/٤].

المهم أن النص موجود في السنة الصحيحة، ومع وجوده إذا لم يكن معللاً فلا مجال للسياسة الشرعية، لأن من شروطها أن لا تخالف النص الشرعي، ومجالها خارج نطاق النص أو فيما لا نص فيه، فهل خالف عمر النص في هذه المسألة؟

رأينا في تعليقات الفقهاء سواء القائلين بوقوعها واحدة، أو ثلاثاً، ما يفيد الزجر والتأديب، وأنه أوقعها عليهم ثلاثاً عقوبة عليهم حتى قال ابن رشد (وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة ثم قال- ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك بقوله تعالى: ﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾ [الاية ١ من سورة الطلاق] [٨٤: ٦٣/٢].

فكانه يرى غير ما يراه الجمهور من صحة ايقاعها عقوبة وتغليظاً من باب سد الذرائع، ويشير الى أن الشارع جعل ايقاع الثلاث واحدة من باب الرخصة والتسهيل، حتى يتمكن المطلق من مراجعة زوجته وهو المقصود بقوله تعالى ﴿يحدث بعد ذلك أمراً﴾ أي المراجعة وهي لا تكون مع البيونة وايقاع الثلاث، وانما تكون مع الواحدة الرجعية في المدخول بها، ولا شك أن ذلك أيسر على الناس وأنفع للأسرة.

والذي أراه - والله أعلم - : أن المسألة لا علاقة للتأديب فيها، وليست للزجر أيضاً، بدليل أن عمر كان يعاقب عليها ويضرب بالدرة [١٤٨ : ١٣٤]، وحسبه بذلك زجراً وعقوبة، أما أن تتخذ الأحكام الشرعية في مسألة تحليل الفروج لغير الأزواج، وتحريمها على الأزواج، للمجرد الزجر والعقوبة، فهذا ما لا يظن بأمر المؤمنين ولا بالصحابة الذين وافقوه على ذلك.

والذي أظنه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والصحابة في زمنه، رأوا أن النص الوارد في هذه المسألة من إيقاع الثلاث واحدة في زمن رسول الله ﷺ هو نص معلل، معلوم الحكمة في أمر هذه الصيغة، فالشارع الحكيم جعل الطلاق مرات ثلاث، وأراد إيقاعه مرة بعد مرة، لحكمة بالغة في أمر عظيم من أمور المسلمين، وهو طلاق زوجاتهم، حتى لا يتسرعوا في أمر لا يعود عليهم وحدهم بالضرر، وإنما على زوجاتهم وأسرهم وأولادهم ولربما على أقاربهم أيضاً لذلك كان رسول الله ﷺ يغضب ممن يوقعها مرة واحدة بلفظ الثلاث مجتمعة [٢٠ : ٢٥٥/٦] وكذلك ما روي عن ابن عباس من تغليظ ونكير على من كانوا يستفتونه فيمن طلق امرأته الفأ [المرجع السابق ٢٥٨/٥] ونحو ذلك مما يدل على أنها مخالفة لما ينبغي أن يكون عليه حال المسلمين، من إيقاع الطلاق مرة بعد مرة، وبروية وتفكير لا يتسرع ورعونة.

لذلك كان رسول الله ﷺ من باب التيسير على أصحابه يوقعها عليهم واحدة، ليتمكنوا من مراجعة زوجاتهم، وينهاهم عن العودة لذلك، حتى سماهم المتلاعنين بكتاب الله، وكأنه يقول لهم ان الله لم يشرع هذا، فإذا قال أحدهم والله ما أردت بها الا واحدة، كان يقبل قوله ويرد اليه زوجته، هذا الحال كان مع الصحابة في زمن رسول الله ﷺ واستمر في زمن أبي بكر، وواضح من نص الروايات أنه لم يكن يقع بكثرة عندهم، ولكنه على أي حال كان يقع واحدة إذا تلفظ به من كان في ذينك العصرين، مراعاة لظروفهم المادية وحسن نواياهم لقرب عندهم بالاسلام، وعدم معرفتهم الواسعة بأحكام الدين الجديد. ولا يعني هذا أن كل من طلق بهذا اللفظ تقع واحدة، وإنما هو نص معلل بحالة هؤلاء الاصحاب، فلما تبدل الحال وتغير الزمان وأصبح بعضهم يخالف الأحكام الشرعية مع علمه بها، نظراً لانتشار العلم وكثرة الثراء، وضعف الوازع عما كان عليه جاز أن يتبدل الفتوى في هذه المسألة نتيجة لتبدل الأحوال وتغير الزمان.

فكان الأصل فيها أن تقع ثلاثة، لأنها هكذا باللفظ والصيغة، إلا أنهم اوقعوها واحدة نظراً

لحال الناس في العصرين الأولين، فإذا تغير الحال في زمن عمر، يعاد إلى الأصل وهي ثلاثة، لعدم وجود السبب الموجب للتخفيف والرخصة، وهكذا إذا تبدل الزمان وعاد الموجب لجعلها واحدة سواء كان للمصلحة كما في الزمن الأول، أو درءاً لمفسدة نكاح التحليل إذا حدث ذلك في أي عصر، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمياً فإذا ثبت أن هذا الحكم معطل بحال الناس وبساطتهم وتقواهم وصدقهم في أقوالهم ونواياهم، فإنه يتغير إذا تغير هذا الحال وأصبح الناس في بُعدٍ عن هذه الأوصاف.

يدل على ذلك ويشهد، ما جاء في حديث ابن عباس من فعل عمر «فلما تسابح الناس» فإنه يدل على تغير حالهم، كما يدل قوله فأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ، أنه عاد إلى حكم الأصل أي العزيمة، وعدم الرخصة، لأنه رأى أن معاملتهم بهذه الرخصة لا تحقق لهم المصلحة، فأخذهم بالعزيمة لتحقيق مصلحة مشروعة، وهي حملهم على عدم الاكثار من ايقاع الطلاق البائن، وذلك بتنفيذ الحكم الشرعي الأصلي في هذه المسألة وترك التساهل في الفتوى.

ولا يُعد هذا من مخالفة الحكم الشرعي، حيث ثبت أنه حكم معطل بحال المتلفظين بالطلاق وعرفهم، والعلة هي التسابح في ذلك. فهو يشبه إلى حد بعيد، رأي عمر في نكاح الكتايات وقد سبق ذكره [انظر صفحة ٣٥ من هذا البحث] حيث منعه عمر لما رأى من كثرة المتزوجين منهم، مع أن أصله مباح بالنص، وهذه سياسة مستندة على الذريعة. كما أن للعرف مدخلاً واسعاً في تحديد مراد الناس من الالفاظ، وتوضيح مدلولاتها عندهم.

حكم المسألة في القانون:

كان قانون حقوق العائلة المعمول به قبل تاريخ ١٩٧٦/١٢/١ ينص على أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة [المادة ٧٢ من قانون حقوق العائلة الأردني رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١]. فقد حصر القانون حالة وقوع الواحدة بصيغة الطلاق المقترن بالعدد، سواء كان ملفوظاً مثل طالق ثلاثاً أو مائة، أو كان بلفظ طالق مع الإشارة بثلاثة أصابع ليدل على الثلاثة، فإنه لا يقع بذلك إلا طليقة واحدة، ولم ينص القانون على حالة الطلاق المكرر في مجلس واحد. وبموجب نص المادة ١٣٠ منه يجب الرجوع فيما لا ذكر له في القانون إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، ومعلوم أن

الحنفية يلتزمون في ذلك مع جمهور العلماء الذين يوقعونها ثلاثاً، وبناء عليه فقد كانت المحاكم الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية وحتى تاريخ ١٩٧٦/١٢/١ توقع الطلقات الثلاث المكررة في مجلس واحد بائنة بينونة كبرى، فإذا قال الزوج لزوجته أنت طالق أنت طالق أنت طالق، ولو في مجلس واحد وفي حادثة واحدة، فإنه يقع بذلك الطلاق البائن بينونة كبرى، ولا تحمل له حتى تنكح زوجاً غيره، كما هو المنصوص عليه في مذهب الحنفية، ومذهب الجمهور من العلماء.

وقد عانى قضاة المحاكم الشرعية أشد المعاناة من تطبيق هذه المادة، وإيقاع الطلاق البائن بهذا اللفظ المكرر في المجلس، حيث كان الأزواج يراجعون المحاكم بقصد مراجعة زوجاتهم فلا يستطيعون ذلك، لوقوع البينونة الكبرى، وعندئذ يلجأ الأزواج والزوجات إلى التحايل على الشرع عن طريق تكاح التحليل، وقد كان كثيراً ما يصرح المحلل أنه إنما يريد بزواجها أن يرجعها إلى زوجها، ويعتقد أن له الأجر والثواب على ذلك، لأنه جمع شمل الأسرة كما يقولون.

ولما استفحل خطر هذه الظاهرة، وكثرت الشكوى من وقوع البينونة الكبرى بمجلس واحد جاء قانون الأحوال الشخصية ليعالج هذا الواقع، وما ورد في مذكرته التوضيحية تأكيداً لذلك [أنه نظراً لأن بعض المسلمين لا يتورع عن استعمال الفاظ الطلاق في غير ما شرعت له وأسباب لا تستدعيه، وكان المعمول به أن الطلاق المكرر ثلاثاً في مجلس واحد يقع ثلاثاً بائناً بينونة كبرى بحيث لا تحمل الزوجة بعد ذلك لزوجها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره، وفي ذلك ما فيه من عنت وإحراج وهدم للأسرة، فقد نص مشروع هذا القانون على أن الطلاق المكرر ثلاثاً يقع به طلاق رجعية كالطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة، عملاً بما ذهب إليه بعض الصحابة كابن عباس والتابعين كمحمد بن اسحق صاحب المغازي، وافتي به تقي الدين بن تيمية، وابن القيم مستدلين في ذلك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه]. [٣ : ١٨١].

وقد أضاف قانون الأحوال الشخصية مسألة الطلاق المكرر في مجلس واحد، إلى الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة فجاء في المادة ٩٠ منه [الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلاق واحدة].

وبهذا النص أصبح الطلاق المكرر في مجلس واحد يقع رجعياً، خلافاً لما ذهب إليه الجمهور وما فعله عمر، ويكون القانون الحالي قد قضى قضاءً مبرماً على مفسدة التحليل، فما عادت تحدث

في المجتمع إلا نادراً.

وهذا ما ترجح لدي في حكم هذه المسألة من أنها من مسائل السياسة الشرعية، فيختلف الحكم فيها تبعاً لاختلاف ظروف الناس وأحوالهم، بما يحقق المصلحة ويدرك المفسدة، وهذا ما يمكن أن يفسر اختلاف الحكم فيها زمن الرسول ﷺ عنه في زمن عمر رضي الله عنه، ورجوعها إلى ما كانت عليه في زماننا، وليس هذا من قبيل تبدل الأحكام، لأن الأحكام الشرعية ثابتة لا تتغير، وإنما تتغير الفتوى في الأمور المختلف فيها، تبعاً لتغير ظروف كل مجتمع وعرفه في مدلولات الالفاظ التي لها علاقة بالأحكام الشرعية، وفق مقاصد الشريعة التي وضعت لمصالح العباد.

ومن هذا التطبيق العملي لحكم هذه المسألة في القانون السابق والقانون الحالي، وما نتج عن الأول من مشاكل اجتماعية ومخالفات شرعية بروج سوق نكاح التحليل، وقيام دواعيه وأسبابه، وبين ما نحن عليه الآن من تطبيق بجعل الثلاث واحدة وما فيه من تيسير على الناس وإقالة لعثرات الستهم وحفظ للأسرة والأولاد من قول طائش يهدم بيتاً على رؤوس ساكنيه، وأهم من ذلك اغلاق سوق التحليل وسد منافذه البغيضة، أقول من خلال هذا التطبيق العملي القريب لحكم المسألة في القانونين، يتضح بجلاء أهمية السياسة الشرعية المنضبطة ودورها الفاعل في ضبط الاجتهاد، وحفظ دوره العملي البناء في المجتمع خاصة إذا علمنا أن حديث ابن عباس هذا كما يقول عنه العلماء معدود من الأحاديث المشكلة [٢٧: ٧٠/١٠]، فإذا وضعناه في دائرة السياسة الشرعية، وجعلناه معللاً بمراعاة أحوال الناس وأعرافهم وأدراهم مع علته وجوداً وعدمياً، والعلة هنا هي تتابع الناس في ذلك، كما فهمها عمر رضي الله عنه، وكما فهم ذلك من بعده ابن تيمية رحمه الله، لم يعد فيه اشكال ولا إيهام.

ومما يدل على ذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما، وهو يعلم يقيناً أن طلاق الثلاث كان يقع على زمن رسول الله ﷺ وزمن أبي بكر وستين من خلافة عمر طلقة واحدة، فلما أوقعت عمر ثلاث طلقات لم يقل أن عمر خالف أحكام الشرع، ولم ينكر عليه ذلك، وهو أولى منا وأجدر بالرد على عمر لو علم من فعله ما يناقض أحكام الشارع، بل على العكس من ذلك راح يفتي الناس بوقوعها ثلاثاً وترك الاقتاء بما كان يُفتي به في زمن رسول الله ﷺ [٢٠: ٢٨٥/٦] وهو يعلم ما عليه الفتوى في الزمانين المذكورين، وهذا هو حال العديد من الصحابة الذين كانوا في زمن

عمر والذين لا يُظن بهم أن يوافقوا عمر على ما يخالف أحكام الشرع كما لا يُظن ذلك بعمر رضي الله عنه، وإنما هو الفقه والاجتهاد في فهم النص الشرعي وتطبيقه ومراعاة تغير أحوال الناس وظروفهم، يؤكد ذلك تعليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامضاء الثلاث عليهم بقوله (إن الناس قد استعجلوا في امر قد كان لهم فيه اناة).

فكأنه يقول ان الناس لم يكونوا كذلك فيما سبق، فتغير حالهم وأصبحوا يستعجلون في أمر لا ينبغي أن يستعجلوا فيه، وهذا يشير إلى تغير حال الناس مما يستدعي تغير الفتوى بحقهم. وعلّة التابع التي تغير لأجلها الحكم ذكرها ابن عباس نصاً في عمل عمر رضي الله عنه، ولا شك أن الأمر إذا فعله عدد قليل من الناس لا يكون له تأثير كبير على المجتمع، ولا يستدعي المعالجة التي يستوجبها تابع الناس عليه والاكثار منه، فإن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى ظهور المشاكل الاجتماعية، أو أن تصبح مخالفة الشريعة ظاهرة تستوجب حلاً وتدخلاً من ولي الأمر وهو ما حدث فعلاً في زمن عمر، وهذا ما يستوجب يقظة ولي الأمر في تطبيق كل حكم شرعي معلل، ليرى ما يؤول إليه هذا التطبيق من تحقيق مصلحة، أو الوقوع في مفسدة عملاً بقاعدة النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً.

فإذا أدى تطبيق الفعل المباح إلى الوقوع في محذور شرعي أو حرج اجتماعي منعه الحاكم سداً للذريعة إلى المفسدة، وتحقيقاً لمقاصد الشريعة، وهذا هو دور السياسة الشرعية على أرض الواقع العملي للمجتمع المسلم.

المسألة الثانية: طلاق السكران يقع تعزيراً:

السكران هو الذي يخلط في كلامه، ولا يعرف كما يقولون، رداءه من رداء غيره ولا نعله من نعل سواه [١١٦ : ٣٨٠/٧] ونحو ذلك. وقيل السكر سرور يزيل العقل، فلا يعرف السماء من الأرض. أو هو اختلاط الكلام والهديان [٥٩ : ٤٢٢/٢].

وهذا هو معنى السكران بشكل عام، وهو غير مقصود بهذا البحث، والمقصود المتعدي بسكره. وهو من يشرب شراباً مسكراً أو أي دواء يذهب بالعقل على سبيل المعصية والتعدي على حقوق الله تعالى، الذي حرّم الخمر بقوله ﴿إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل

الشیطان فاجتنبوه ﴿ [الاية ٩٠ من سورة المائدة] .

وسواء سكر بمائع أو بجامد، كالحشيش والأفيون وغيره، من كل ما يُذهب العقل ويؤدي إلى الاختلاط في الأقوال والأفعال، وهو يعلم أنه يشرب محرماً، أو يفعل أمراً لا يجوز له شرعاً فعله، ومع ذلك يشربه عاصياً لله متمرداً على حكمه .

ويخرج من ذلك من شرب مسكراً للضرورة، أو وهو غير عالم بأنه مسكر، أو من شرب لحاجة غير متعدٍ ولا متجانف لائم، وكذلك من أكره على شرب الخمر بغير رضاه أو اختياره .

بمعنى انه في هذه المسألة - مسألة وقوع طلاق من السكران - يفرق بين السكران المتعدي بسكره غير المعذور فيه، وبين السكران بعذر أو بدون تعدٍ منه، مع أنهما في المعنى العام كما قلت، كلاهما يسمى سكراناً ويصدق عليه هذا الاسم، إلا أنهما مختلفان في الحكم بخصوص هذه المسألة، لذلك حصرت البحث في السكران بشراب محرّم، عالماً بالحُرمة، متعدياً حدود الله، أثماً بفعله، غير معذور فيه، لأن وقوع طلاق هذا أو عدم وقوعه، هو مدار البحث المتعلق بالسياسة الشرعية .

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في وقوع طلاقه . ويمكن إجمال أقوالهم باتجاهين :

الاتجاه الأول: مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم أنه يقع، وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والاوزاعي وابن شبرمة [١١٥ : ١٣٢ / ٣] .

والإتجاه الثاني: أنه لا يقع، وهو مذهب عثمان وعمر بن عبد العزيز والقاسم وطاووس وربيعة ويحيى الانصاري والليث وأبي ثور والمزني، وبه أخذ الطحاوي والكرخي من الحنفية [٧٤ : ٩٩ / ٣] .

وهذه تفاصيل أقوال أصحاب الإتجاه الأول وتعليقاتهم، ليعرف وجه السياسة الشرعية في المسألة .

مذهب الحنفية:

جاء في البدائع [أن السكران إذا طلق امراته فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النيذ طوعاً حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع] [المرجع السابق] وكذلك جاء في غيره من كتب

الحنفية [٦٦ : ١٩٤/٢].

وعللوا ايقاعهم للطلاق في هذه الحالة مع أن السكران غير مكلف وفاقد للعقل، بأن عقله زال بسبب هو معصية، فيترك قائماً أي فيترك عقله بمنزلة القائم الموجود، ولو لم يكن موجوداً فعلاً (عقوبة عليه وزجراً له عن ارتكاب المعصية).

وصرح ابن عابدين بأن طلاقه واقع زجراً له كطلاق المكره استحساناً، والقياس أنه لا يقع. ثم قال: (وفي هذا الزمان إذا سكر من الحشيش والبنج والأفيون فيقع طلاقه زجراً، وعليه الفتوى، أما لو سكر بمباح كورق الرمان فإنه لا يقع طلاقه، ونقل ذلك أيضاً عن التاترخانية وقال وهو مذهب اصحابنا) [٥٩ : ٤٢٠/٢ - ٤٢٥].

وايضاً إذا شرب للتداوي فلا يقع طلاقه لعدم المعصية.

ويلاحظ أن الحنفية اتطوا وقوع الطلاق وعدمه بحصول المعصية منه بشرب المحرم، وعللوا ايقاع طلاقه بأنه للزجر عن المعصية استحساناً، وصرحوا بأن الأصل فيه أن لا يقع.

اما مذهب المالكية:

فقد جاء في شرح الخرشي [٩١ : ٣١/٤، ٨٨ : ٥٤٢/٢] (أن لو سكر حراماً فيلزمه طلاقه) وقالوا: لو سكر المكلف سكرًا حراماً كما لو شرب خمراً عمداً مختاراً فيلزمه الطلاق ميّز أو لم يميّز، لأنه أدخله على نفسه.

وصرحوا بأن لا صحة لمن قال ان السكران بحرام لا يقع عليه طلاقه.

ويلاحظ من تعليلهم لحكم هذه المسألة أنهم يرون أن من شرب الخمر عمداً مختاراً وهو يعلم أنها ستذهب عقله، ويختلط كلامه بها، وقد يقول ما يضره كالطلاق مثلاً ومع ذلك يقدم على شربها، وهذا معنى قولهم - أدخله على نفسه - فهو الذي جاء بهذا الشر لنفسه فشرب الخمر وأوقع الطلاق، فهم لا ينظرون إلى حالة سكره، ولكنه قبل شرب الخمر والسكر بها، كان مكلفاً ومختاراً وطلاقه صحيح، لأنه بكامل عقله فاختر أن يشرب المحرم وأدخله على نفسه بمحض إرادته حيث شربه وهو يعلم أنه مسكر وحرام، فكان في ايقاع طلاقه عليه معنى العقوبة والزجر، لأنه إنما جاء بسبب منه، وقد كان باستطاعته أن يتجنب ذلك بعدم شرب الخمر.

وفي مذهب الشافعية:

إن السكران المتعدي بسكره كان يشرب خمراً أو دواءً مُجْتَنِّاً بلا حاجة، فإن طلاقه يصح منه ولو كان السكر طافحاً عليه، بحيث يسقط كالمغنى عليه، مع أنه غير مكلف، تغليظاً عليه لعصيانه بإزالة عقله فجعل كأنه لم يُزل.

وفي مذهبهم تفصيل آخر وهو أن من لم يعقل بسبب لا يعذر فيه، كمن شرب الخمر لغير عذر فسكر، أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله، فالمتخصص في السكران أنه يصح طلاقه، وفيه عن أصحاب الشافعي قولان: أحدهما لا يصح، وهو اختيار المزني وأبي ثور، والثاني أنه يصح وهو الصحيح في المذهب.

وقد عللوا قولهم بوقوع طلاقه بأسباب ثلاثة هي:

الأول: أن سكره لا يعلم إلا منه وهو متهم في دعوى السكر لفسقه، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل.

والثاني: أنه يقع طلاقه تغليظاً عليه لمعصيته فعلى هذا يصح ما فيه تغليظ عليه كالطلاق، ولا يصح ما فيه تخفيف عليه كالتكاح.

والثالث: أنه لما كان سكره بمعصية اسقط حكمه، فكان كالصاحي، وعلى هذا يصح منه الجميع [١٠٩: ٣/ ٢٨١].

ويلاحظ أن القول الصحيح في مذهب الشافعية هو الذي يلتقي مع مذهب الجمهور، وأن الرواية الأخرى التي تقول بعدم وقوع طلاق السكران ليست هي المذهب. كما يلاحظ أنهم يشتركون مع الجمهور بإيقاعه عقوبة وتغليظاً عليه لمعصيته.

أما مذهب الحنابلة:

فقد جاء في المقتنع: (أنه إن زال العقل بسبب لا يعذر فيه، كالسكران، ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة، ففي صحة طلاقه روايتان: أحدهما يقع، وهو المذهب والثانية لا يقع. وفي رواية ثالثة في المذهب أنه توقف في الجواب، وهذه ليست بقول في المسألة كما يقول صاحب المغني وإنما هي ترك القول فيها لتعارض الأدلة، فيبقى في المسألة روايتان.

وقد عللوا ذلك بقولهم: لأنه مكلف فوق طلاقه كالصاحي وقالوا ايضاً: انه زال عقله بمعصية. [١١٦ / ٧ - ٣٦٣ - ٣٧٩].

ويلاحظ ايضاً أنهم يلتقون مع الجمهور في وقوع طلاق السكران بمعصية في الرواية الصحيحة عنهم.

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

فقد ذهبوا إلى القول بعدم وقوع طلاق السكران، واستدلوا على ذلك بأنه زائل العقل فاشبه المجنون والنائم، والعقل من شرائط أهلية التصرف، ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل [٧٤: ٩٩/٣، ١٠٦: ٧٨/٢] أي أنهم استدلوا بالقياس على المجنون وناقص الأهلية وفاقدتها. وبالقياس على المكره لأنه مفقود الإرادة.

الترجيح:

الذي أراه بعد استعراض أقوال الفقهاء وتعليقاتهم، أن السكران الذي ذهب عقله بشرب الخمر المحرم، حينما يوقع الطلاق أو يتلفظ به وهو في هذه الحالة من السكر والخلط وعدم الإدراك، لا يكون مكلفاً شرعاً لعدم العقل، والعقل كما يقول الأصوليون هو مناط التكليف. والواقع أن السكران غير طائع ولا مرید لما يقول، فضلاً عن أن يكون واعياً له. والطلاق تصرف شرعي يترتب عليه أثره، ومن شروط: صحة التصرف، أن يكون المتصرف مكلفاً شرعاً عاقلاً طائعاً غير مكره أو مسلوب الإرادة، ومع أن الجمهور الذين يقولون بوقوع طلاقه في هذه الحالة يدركون هذا الأمر تمام الإدراك، إلا أنهم عللوا قولهم بوقوع طلاقه من أنه ليس لهذه الحالة التي أصبح معها السكران غير مكلف، وإنما نحاسبه على ما قبل السكر، فهو بالغ عاقل مرید مختار وقد سلك الطريق الذي أدى به إلى خلاف ذلك باختياره، مع علمه بأنه يتحدى الله وشرعه، فيجب أن يقع طلاقه زجراً وعقوبة له.

أما أصحاب الاتجاه الثاني فقد بقوا على أصل المسألة من القول بأنه غير مكلف، والتصرفات الشرعية لا تقع من غير المكلف، وأنه لا عقل مع السكر، فهو كالنائم والمنعمى عليه والمجنون، وأنتم تقولون بعدم صحة تصرفاتهم، ومنها الطلاق فهذا مثلهم. كما أن العقل شرط التكليف، ولا فرق بين زوال الشرط وهو العقل بمعصية أو غيرها [١١٦: ٧ / ٣٨٠].

وقد يكون ما ذهب إليه الجمهور صحيحاً إذا كانت هذه العقوبة زاجرة وراعدة عن ارتكاب المحرم بحيث يعلم مسبقاً من يريد أن يشرب الخمر، أنه إذا تلفظ بالطلاق وهو في حالة السكر سيقع عليه طلاقه فيمتنع عن شرب المحرّم، عندئذ يصح القول بإيقاع الطلاق عليه عقوبة، وتأديباً، لحمله على عدم ارتكاب المحرمات أو الوقوع في الأثم كما يرى ذلك الجمهور.

أما إذا علمنا أن إيقاع الطلاق عليه لا يردعه ولا يؤدبه ولا ينهيه عن شرب المحرّم، وإنما هو مدمن عليها وسادر في ضلاله، فهل يصح القول بوقوع طلاقه زجراً، مع أنه لا يتزجر، أو عقوبة مع أنها لا تصلحه؟

الواجب في مثل هذه الحالة أن نعود إلى الأصل وهو عدم وقوع الطلاق على غير المكلف، والسكران غير مكلف، لأننا خالفنا الأصل لمصلحة الزجر والردع عن شرب المحرّم فإذا علمنا أن هذه المصلحة لن تتحقق بإيقاع طلاقه، وإنما ستقع مفسدة أخرى وهي هدم الأسرة وازدياد عدد المطلقات في المجتمع، بمن لا معيل لهن، عندئذ لا يجوز أن تستمر هذه العقوبة التي أوجبتها السياسة الشرعية، ولم يوجبها نص من كتاب أو سنة، وإنما إذا وضعت العقوبة لمصلحة معينة يراها الحاكم ثم ثبت بالتجربة والتطبيق العملي أنها لا تحقق تلك المصلحة، بل نتجت عنها مفساد عديدة فينبغي أن يعاد النظر بتلك العقوبة، بما يحقق المصلحة طالما أن الأمر في دائرة الاجتهاد فيما لا نص فيه، ولا مخالفة لحكم الشارع.

السياسة الشرعية في المسألة:

واضح أن هذه المسألة لم يرد فيها نص خاص من كتاب أو سنة. ولا انعقد عليها اجماع، ولا نظير لها تقاس عليه، وإن حاول أصحاب الاتجاه الثاني أن يلحقوها بالمجنون أو الصبي غير المميز أو المكره، والواقع أن السكران لا يشبه المجنون ولا الصبي غير المميز ولا المكره، فهو قبل سكره بالغ عاقل وكامل أهلية التصرف وقد طرأ عليه عارض السكر بأرادته واختياره وقد يكون قاصداً اكتساب الجرأة على الفعل كالتطبيق ونحوه بشرب الخمر، وأين هذا من المجنون الذي سلب العقل ولا إرادة له في ذلك ولا اختيار، وكذلك الصبي والمكره. فالقياس هنا قياس مع الفارق، وقد فرق الفقهاء في جواز استخدام الرخص الشرعية بين من سافر بقصد محرّم أو مباح [١٠١: ٧٤].

وبذلك تكون هذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية حيث لا قياس أيضاً.

وما ذهب إليه الجمهور من إيقاع طلاق السكران عقوبة وزجراً واستحساناً كما نص عليه الحنفية، هو السياسة الشرعية في هذه المسألة، حيث أنهم ذكروا صراحة في تعليلاتهم أن الأصل في طلاق السكران أنه لا يقع لعدم التكليف الشرعي، وإنما أوقعناه عقوبة وزجراً، وليس لهذا القول من مستند سوى السياسة الشرعية بتحقيق المصلحة في المجتمع، وذلك بحمل العصاة والمخالفين لشرع الله المرتكبين للمحرمات على الاقلاع عن معاصيهم، وإعادتهم إلى جادة الصواب بإيقاع طلاقهم عليهم في حالة السكر، حتى إذا علموا ذلك ابتعدوا عما يفرق بينهم وبين زوجاتهم وهي الخمر المحرمة، وفي ذلك مصلحة لهم في دينهم، كما أنها مصلحة للمجتمع بقطع دابر الفساد فيه، ومحاربة أم الخبائث التي تفتك بأخلاق الأمة وأموالها وقوة ابنائها وصحتهم.

وهذا واضح من تعليل جمهور الفقهاء القائلين بوقوع طلاق السكران، في حالة السكر بغير عذر والتعدي فيه على حدود الله وحرماته.

فاتخذوا من إيقاع الطلاق وسيلة لمحاربة المعصية في المجتمع، وهذا أمر سياسي مقبول في النظر الاجتهادي، حتى إذا لم تعد هذه الوسيلة ناجعة في محاربة المنكر، والكف عنه، امتنع اللجوء إليها واستمرارها، بما لا يحقق مصلحة ولا يغير منكرًا، خاصة وأنه لم يرد من الشارع نص في فرض هذه العقوبة، وإنما وجبت سياسة، فجاز أن تلغى سياسة أيضاً، إذا وجد ما يبرر ذلك من حيث عدم جدوى هذه الوسيلة.

حكم المسالة في قانون الأحوال الشخصية:

عرف أن مذهب جمهور العلماء، ومنهم الحنفية وقوع طلاق السكران، إلا أن قانون الأحوال الشخصية لم يأخذ بمذهب الجمهور في هذه المسألة، وإنما أخذ بقول أصحاب الاتجاه الثاني الذين لا يرون وقوع طلاق السكران، لأنه غير مكلف شرعاً، والعقل مناط التكليف، والمعصية في نظرهم غير مؤثرة في ذهاب شرط العقل.

لذلك جاء في نص المادة ٨٨ من قانون الأحوال الشخصية، أنه لا يقع طلاق السكران، ومعنى هذا أن كل من سكر وذهب عقله بشراب محرّم أو غيره سواء كان مائعاً أو جامداً كالخشيش

ونحوه، لا يقع طلاقه إذا تلفظ به وهو في حالة السكر، ولا يعتبر هذا التلفظ قانوناً ولا يترتب عليه أي أثر.

وقد راعى القانون في ذلك حال الناس، وما وصلوا إليه من ضعف الوازع الديني، وعدم الردع بإيقاع الطلاق، وما نشأ عن إيقاعه من مفسد ومحظورات، هدمت كيان الأسرة وشردت الأولاد وأخرجت النساء من بيوتهن، بحثاً عن لقمة العيش، بعد أن أصبحن مطلقات من أزواج لا يتورعون عن شرب الخمر صباح مساء، مع انتشار ذلك في المجتمع وسهولة الحصول عليه، وعدم العقوبة الرادعة بتنفيذ حد الله تعالى فيهم، فلم يعد مجال للقول بإيقاع الطلاق عقوبة، لذلك عدل القانون عن مذهب الحنفية وجمهور الفقهاء وأخذ بالأصل في هذه المسألة.

وبهذه المرونة تكون أحكام السياسة الشرعية ملية لحاجات المجتمع، ومحققة للمصلحة حيث كانت، فإذا ظهر خلاف ذلك غيرت مواقعها وبدلت أسلحتها لتجد وسيلة انجع وعقوبة أردع، وهكذا دواليك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وهي في كل ذلك لا تخالف نصاً شرعياً موجوداً، ولا تناقض مقاصد الشرع، وإنما تبدل وسائلها لتحقيق هذه المقاصد، بما يوفر العدل والخير للمجتمع، ببصيرة نافذة وتفهم واع لما يدور حولها من أوضاع الناس في كل بيئة وزمان.

المسألة الثالثة

طلاق الأخرس مع القدر على الكتابة لا يقع بالإشارة استحساناً
الحرّس: هو ذهاب الكلام عيًّا أو خلقاً [٣١: ٨١١/١]، والأخرس هو العاجز عن الكلام، وقد يكون هذا العجز مولوداً معه منذ خلقته، أو يكون طارئاً عليه بعد الولادة. فإذا كان عاجزاً عن الكلام والكتابة معاً، فلا سبيل له لفهام مخاطبه إلا بالإشارة، وهذا ليس في محل النزاع في هذه المسألة، وإنما محل النزاع في الأخرس الذي يعرف الكتابة ويقدر عليها، فإنه يستطيع لفهام مخاطبه بالكتابة الواضحة اليّنة منه، كما يستطيع افهامه بإشارته المعهودة.

فإذا أراد الأخرس الذي يعرف الكتابة ويقدر عليها أن ينشئ عقداً من العقود كالطلاق مثلاً

فهل يُكتفى بإشارته المعهودة منه والتي تدل على رغبته في انشاء الطلاق؟ أم لا بد له من الكتابة الواضحة حتى يُعرف ييقين أنه يريد الطلاق، ولا تقبل مع هذه المعرفة للكتابة والقدرة عليها الاشارة التي تحتل الطلاق وغيره، ولا تدل على المراد منه بوضوح تام كالكتابة!؟
اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين:

الأول: وهو مذهب الحنفية، ان الطلاق لا يقع بإشارته إلا عند العجز عن الكتابة. [٧٤: ١٠٠/٣، ٦٦: ١٦٩/٢]

والثاني: وهو مذهب المالكية والشافعية، أن الطلاق يقع بإشارته ولو مع القدرة على الكتابة، إلا أنهم فرقوا بين اشارته المفهومة لكل واحد من الناس فتكون صريحة في الطلاق، أما إذا لم يفهمها إلا الفطنون فتكون كناية فيه. [٨٨: ٥٦٨/٢، ١٠٩: ٢٩٠/٣]
وإليك أقوال المذاهب في ذلك وتعليهم لحكم هذه المسألة:

ذهب الحنفية إلى القول أن الأخرس إذا كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة المعهودة استحساناً، وقالوا في تعليل ذلك أن الضرورة تندفع بما هو أدل على المراد من الاشارة، فإن كان الأخرس لا يكتب وكان له اشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه فهو جائز، فان لم يكن يُعرف ذلك منه أو شك فيه فهو باطل. وقالوا إنما يقع بإشارته إن لم يكن يعرف الكتابة، أما إذا عرف الكتابة فلا تقوم الاشارة مقام العبارة يحقه، لأنه لاضرورة مع معرفته للكتابة، إذ باستطاعته أن يعبر بوضوح عن طلاقه بالكتابة، وعليه فلا يقع طلاقه بالاشارة ما دام قادراً على ما هو أوضح منها وهي الكتابة [٥٩: ٤٢٨/٢، ٦٦: ١٦٩/٢].

أما اصحاب الاتجاه الثاني:

فقد جاء في فقه المالكية أن الطلاق يلزم بالاشارة المفهومة بيد أو رأس، ولو من غير الأخرس، لا بغير المفهومة، ولو فهمتها الزوجة، لأنها من الأفعال التي لا تطلق بها، والمفهومة هي التي يقطع من رآها بقصد الطلاق، ولو كانت المرأة ليلادتها لم تفهم منها طلاقاً [٨٨: ٥٦٨/٢].

ويتضح من قولهم بقبول الطلاق بالاشارة ولو من غير الأخرس، أن المتكلم أيضاً لو طلق بالاشارة وقع طلاقه، فالأخرس من باب أولى، لأن المتكلم قادر على ما هو أوضح من الكتابة، ومع ذلك يقع طلاقه بالاقبل وضوحاً وهو الاشارة وكذا الأخرس إذا كان قادراً على الكتابة، فمقتضى

كلامهم أنه يقع طلاقه بأشارته.

وصرح بذلك الشافعية فقالوا: ويعتد بأشارة أخرس، ولو قدر على الكتابة في العقود، فإن فهم طلاقه بها كل واحد فصريحة، وإن اختص بفهمه فطنون فكناية. [١٠٩: ٣/٢٩٠].

والواقع أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني بخصوص وقوع الطلاق، وجعله كناية في الإشارة التي لم يفهمها إلا الفطنون، فيه نظر إذ من المعروف أن طلاق الكناية لا يقع إلا بالنية عندهم [١٠٦: ٢/٨٠] فكيف تعرف النية من أخرس؟ إذا كانت اشارته غير واضحة، ولا معتبرة من الطلاق الصريح، فجعلها كناية يزيدا اشكالا، وبماذا يوضحها إن لم يكن بالكتابة، وهو قادر عليها كما يقولون، فإذا قلت بأشارة أخرى، فقد تكون كناية أيضاً فمتى يقع طلاقه؟

والذي أراه أن الشارع الحكيم اشترط في العقود الرضا [بدليل قوله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ الآية ٢٩ من سورة النساء] وبما أنه أمر باطني لا علم للطرف الآخر من المتعاقدين به، أقام مقامه الصيغة وهي الإيجاب والقبول بالفاظ مفهومة تدل على الرضا بالعقد، فإذا عجز المتعاقدان أو أحدهما عن التلفظ لبيان هذا الرضا، قامت الكتابة مقام ذلك وقد اعتبرها الشارع [يقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الآية ٢٨٢ من سورة البقرة]. أيضاً ولا شك أنها واضحة في الدلالة على المراد بنص صريح مكتوب، فإذا عجز المتعاقدان أو أحدهما عن الكتابة قامت الإشارة مقامها.

ولا شك في أن الأخرس العاجز عن الكتابة لا سبيل له لايضاح مراده، وبيان رضاه في عقود غير الإشارة المفهومة، وفي عدم اعتبارها، حرج وقد نفى الشارع الحرج عن المسلمين، فيجب اعتبار اشارته. أما إذا كان قادراً على الكتابة، فلا ينبغي أن تقبل اشارته، لأنها أضعف دلالة على الرضا بالعقد من الكتابة.

لذلك أرى أن مذهب الحنفية، في عدم وقوع طلاق الأخرس القادر على الكتابة بالإشارة وحدها، هو الأرجح والأقوى دليلاً.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

استحسن الحنفية عدم قبول الطلاق من الأخرس بأشارته المعهودة مع قدرته على الكتابة.

وروجه استحسانهم أن الأصل في الصيغة والكتابة والاشارة، أنها جميعاً وضعت للدلالة على المراد، فالإنسان يعبر عن مراده بالنطق إذا كان ناطقاً، وبالكتابة إذا لم يكن امياً وأراد ذلك، سواء في الرسائل أو غيرها، وكذلك بالاشارة حتى أن الناطقين في بعض الأحيان يكتبون بالاشارة ويتعاملون بها، كما أن الحنفية قالوا: إن ركن الطلاق هو اللفظ أو ما يقوم مقامه [٥٩: ٤٢٩/٢] والذي يقوم مقامه هو الكتابة أو الاشارة، وقالوا تأكيداً لذلك: أنه لو قال لزوجته طالق هكذا، وأشار بثلاث أصابع فهي ثلاث، لأن الاشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفاً وشرعاً [٦٦: ٢١١/٢] والرسول ﷺ استعمل الاشارة لتدل على العدد بقوله (الشهر هكذا وهكذا وهكذا) [٢١: ١٢٦/٤] وهو يشير بأصابعه عشرأً فعشرأً فتسعأً، وهذا يدل دلالة واضحة أن الإشارة تستعمل لبيان المراد، ولو من القادر على النطق أحياناً.

هذا هو الأصل، إلا أنهم رأوا أن الطلاق من الأخرس سيترتب عليه فراق زوجته وإباحتها لغيره، وهلاك ماله الذي بذله بزواجها، وغير ذلك من المفاسد المحققة له، فنظراً لحاله ومراعاة لعجزه عن النطق، تقبل اشارته للضرورة في بيان مراده، فإذا لم يكن قادراً على الكتابة يُكتفى منه بهذه الاشارة، لأنه لا يحسن التعبير عن مراده بغيرها فكان ذلك من أحكام الضرورة، ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها. وكانت الكتابة أكثر وضوحاً من الاشارة، وهو قادر عليها، فلا تقبل منه الاشارة استحساناً للضرورة الشرعية، المتمثلة في الاحتياط للفروج، حلاً وحرمة. فإن قبول اشارته مع قدرته على الكلام سيقع به فراق الزوجة، وإباحتها للزواج. وعقد نكاحه إنما تمّ بيقين فلا يزول إلا بيقين مثله، فإذا كان قادراً على الكتابة لا تكون اشارته متيقنة في الدلالة كالكتابة، لذلك لم يجز اعتبارها ولا يقع بها طلاقه، وهو في نظري مراعاة لمصلحة الأخرس، وحكم بالقرائن القاطعة، فإن الكتابة بحقه فيها مزيد وضوح وبيان، فلا يصار إلى الاشارة مع القدرة عليها.

وهذا حكم سياسي مبناه على المصلحة في الدنيا للأخرس، وفي الدين لزوجته ولعامة المسلمين ممن يرغبون بنكاحها، وقطعاً للشك باليقين في أمر هام من أمور الدنيا والدين.

كما أن قبول طلاق الأخرس بإشارته مع قدرته على الكتابة هو قبول للبدل مع وجود الأصل، ومعرف أنه إذا وجد الأصل لا يصار إلى البدل [٥٩: ٦٠٦/٢] كما في التيمم مع وجود الماء، لأن الأصل أن يقع الطلاق باللفظ فإذا عجز عنه فبالكتابة، فإذا عجز عنهما فبالإشارة المفهومة.

وما كان التشدد في ذلك إلا لمزيد الاحتياط في أمر الدين، والحرص على حقوق الله، وحقوق العباد، بالطلاق الذي يجب أن تدل عليه امارات واضحة لا لبس فيها ولا خفاء، وهذا الأمر تقره السياسة الشرعية، لأنها مبنية على رعاية مصالح العباد في دينهم ودنياهم، ولا شك أن هذا الحكم من هذا القبيل، فيكون سياسة شرعية معتبرة مستندة المصلحة والحكم بالقرائن، إضافة الى أن رفض الأخرس القادر على الكتابة بيان مراده بالطلاق خطأً، وهو قادر على ذلك، وإصراره على الإشارة، فيه قرينة على عدم ارادة الطلاق منه، لأنه لو أراد له لصرح به بكل طريقة يقدر عليها، ومنها الكتابة فيكون ذلك أيضاً من باب الحكم بالقرائن، لأنه يدل بالقرينة الواضحة أنه لا يريد الطلاق ولا يسعى إليه. والحكم بالقرائن من السياسة الشرعية.

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني من هذه المسألة:

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بهذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية، ونص على أن الطلاق يقع باللفظ أو الكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة وذلك في المادة ٨٦ منه. فالنطق والكتابة متساويان في نظر القانون من حيث دلالتهما على المراد في موضوع الطلاق، فإن عجز المطلق عن النطق والكتابة معاً، جاز أن يقع طلاقه بالإشارة المعلومة منه، والتي تدل على قصده الطلاق. ويفهم من هذا النص أنه إذا أوقع الطلاق بإشارته وهو قادر على النطق أو على الكتابة فلا يقع طلاقه، ومعلوم أن الأخرس لا يقدر على النطق، فتبقى قدرته على الكتابة مانعة من قبول طلاقه بإشارته المعلومة.

وهذا يتفق مع مذهب الحنفية في هذه المسألة، ويكون القانون قد أخذ بالسياسة الشرعية في عدم ايقاع الطلاق من الأخرس القادر على الكتابة بمجرد اشارته، ولو كانت معلومة. وفي ذلك تضيق لدائرة الطلاق واحتياط لحياة المجتمع الأسرية.

المسألة الرابعة: صيغة «علي الحرام» أو ما شاكلها من الطلاق الكناشي، إذا شاع استعمالها عرفاً في الصريح، يفتى به بلا نية عند الحنفية.

اتفق جمهور الفقهاء على أن الفاظ الطلاق نوعان: صريح وكناية، فالصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً يئناً، حتى صار مكشوف المراد، بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع، حقيقة كان أو

مجازاً. مثل طالق ومطلقة وطلقتك لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق فتقع بها طلقة واحدة.
أما الكناية فهو ما استعمل فيها استعمال الطلاق وغيره، مثل اعتدي وأنت واحدة ونحو ذلك، وهذا النوع لا يقع به الطلاق إلا بنية، فإن نوى المتلفظ الطلاق، وقع عليه، وإن لم ينو لم يقع.
وقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الطلاق الصريح هو لفظ الطلاق فقط، وما عداه يكون كناية. أما الشافعية فقالوا: إن الفاظ الطلاق الصريحة ثلاثة هي: الطلاق، والفراق، والسراح، وهي المذكورة في القرآن الكريم [١١٦: ١١٦، ٣٨٨/٧: ٨٤، ٧٢/٢: ١٠٦، ٨٠/٢: ٧٤، ١٠٦/٣: ١٠٦] وقيل: الصريح هو الذي يفيد حكمه من غير انضمام شيء إليه، والكناية عكسه [١١٩: ٢٦٨/٧] ومن الفاظ الكناية في الطلاق صيغة (علي الحرام) فهي ليست من ألفاظ الطلاق الصريح، لأنها تستعمل في الطلاق وغيره، فقد يكون معناها: يجب علي تحريمك بالطلاق، وقد يكون معناها أيضاً: أن الحرام يلزمني، ويجب أن أفعل المحرم، وهو ليس بلازم له بل هو منهي عن فعله، فيرجع إلى اليمين، ولا يكون طلاقاً، لذلك قال الجمهور من العلماء ومنهم الحنفية: أن هذا الطلاق الكنائي لا يقع إلا بالنية [١٠٦: ٨٠، ٨٨: ٥٤٢/٢، ٦٦: ١٩٧/٢] إلا أن المتأخرين من الحنفية اقتصروا بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية، مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين منهم توقفه على النية، فإذا صار العرف ماشياً في استعماله في الطلاق، لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره فيجب الافتاء به من غير نية. [٥٩: ٤٣٢/٢]
وذهب المالكية إلى التفريق بين علي حرام، وعلي الحرام فقالوا: أن علي الحرام استعمل في العرف في حل العصمة، بخلاف علي حرام، فمن قاس «علي الحرام» على لفظ «علي حرام» فقد اخطأ في القياس، لوجود الفارق، وخالف المنصوص عليه عند الفقهاء. [٩٣: ٤٧/٤]
وحكم من تلفظ بعلي الحرام عندهم إذا حث أن تلزمه الثلاث في المدخول بها، وينوي في غيرها، لأن العرف استعمل هذا اللفظ لحل العصمة. [٩١: ٤٧/٤، ٨٨: ٥٦٠/٢]
فقد اعتبر المالكية أيضاً العرف في جعل لفظ الكناية يقوم مقام الصريح في البائن، فأوقعوه ثلاث طلاقات حتى يحصل حل العصمة، لأنه لا يكون إلا بالبائن، وهذا مراعاة للعرف ليس إلا.
أما الشافعية فقد اختلفت الروايات عنهم في هذه الصيغة فقيل: أنها طلاق صريح عند من اشتهر عندهم، لغلبة الاستعمال، وحصول التفاهم عندهم، وقيل: الأصح أنه كناية مطلقاً. [١٠٩: ٢٨١/٣].

وفي صيغة أنت علي حرام ان قالها لامراته ونوى بها الطلاق فهي طلاق، لأنه يحتمل التحريم بالطلاق، وإن نوى بها الظهار فهي ظهار، لأنها تحتمل التحريم بالظهار، ولا يكون طلاقاً من غير نية، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم. [١٠٦: ٨٣/٢]

وورد عن أحمد بن حنبل في هذه الصيغة ثلاث روايات، إحداهن: أنها ظهار، والثانية: كناية ظاهرة، وقيل كناية خفية، والثالثة: أنها يمين. [١١٩: ١٨٢/٧]

فالموضح من أقوال الفقهاء هذه، أن جمهورهم ما عدا الحنابلة، يصرحون بأثر العرف في صيغ الطلاق، وأن من اشتهر عندهم لفظ معين يقع حسب استعمالهم، لأنه مرادهم.

أما مذهب الحنفية على وجه الخصوص فقد نحا منحى آخر، وجعل الحكم الشرعي في إيقاع الطلاق يدور مع تغير العرف في كل زمان ومكان، فقررنا: أن الطلاق الكتائي إذا اشتهر في عرف جماعة بمعنى البائن، يقع بائناً، وإذا تغير عرف الناس وأصبحوا لا يقصدون به إلا الرجعي، يجب أن يقع اللفظ نفسه رجعياً، واللفظ لم يتغير، وإنما تغير عرف الناس واستعمالهم لهذا اللفظ، وفي ذلك يقول ابن عابدين [إن لفظ علي الحرام مقتضاه وقوع الرجعي في زماننا، لأنه لم يتعارف إيقاع الطلاق البائن به، فإن العامي الجاهل الذي يحلف بقوله: علي الحرام لا أفعل كذا، لا يميز بين البائن والرجعي، فضلاً عن أن يكون عرفه إيقاع البائن، وإنما المعروف عنده أن من حنث بهذه [٣١: ١٠١٨/٣] اليمين يقع عليه الطلاق، مثل قوله علي الطلاق لا أفعل كذا، والوقوع بقوله علي الطلاق إنما هو للعرف، لأنه في حكم التعليق، وكذا علي الحرام، وإلا فالأصل عدم الوقوع، وحيث كان الوقوع بهذين اللفظين للعرف، فينبغي أن يقع بهما المتعارف بلا فرق بينهما، وإن كان الحرام في الأصل كناية يقع به البائن، لأنه لما غلب استعماله في الطلاق لم يبق كناية، ولذا لم يتوقف على النية أو دلالة، الحال ولا شيء من الكناية يقع به الطلاق بلا نية أو دلالة الحال].

والحاصل كما يقول ابن عابدين: أن المتأخرين خالفوا المتقدمين في وقوع البائن بالحرام بلا نية حتى لا يُصدّق، إذا قال لم أتو لأجل العرف الحادث في زمان المتقدمين، فيتوقف الآن وقوع البائن على وجود العرف كما في زمانهم، وأما إذا تُعورف استعماله في مجرد الطلاق، لا يفيد كونه بائناً فيستعين وقوع الرجعي به، ثم قال: [ولم أر أحداً ذكره وهي مسألة مهمة كثيرة الوقوع] [٥٩: ٤٦٤/٢].

فالعرف عند الحنفية ينقل الطلاق من الكناية إلى الصريح، ولكن بشرط وجود العرف في ذلك، بحيث إذا تلفظ به لا يتبادر لذهن السامع إلا ذلك، لأن العرف يقضي به. أما إذا لم يوجد العرف فيبقى الحكم على الأصل في الكناية، فلا يقع الطلاق بها إلا بالنية.

وهذا الذي ذكره ابن عابدين في وجوب الحكم بصيغة علي الحرام في زمانه، بأنها طلاق رجعي، مخالفاً بذلك ما ذهب إليه المتقدمون من الحنفية هو السياسة الشرعية في المسألة، وهو الفقه الحسن الذي ينبغي أن يراعى عند إصدار الأحكام. حيث أن فقهاء الحنفية الأقدمين، الذي اقتوا باعتبار الطلاق الكنائي في لفظ علي الحرام صريحاً في الطلاق، وأوقعوا به الطلاق البائن، بنوا حكمهم هذا على العرف، فإذا تغير العرف وأصبح المطلق لا يريد هذا المعنى ولا يقصده، ولا يشهد العرف به، فينبغي أن تتغير الفتوى به تبعاً لتغير العرف، ولا يجوز أن يستمر المفتون بالعمل على ما افتى به السابقون لحكم بنوه على عرف زمانهم، وتغير هذا العرف في زمان آخر. لأن الطلاق إذا تخصصت بدلالة العادة والعرف، فينبغي ملاحظة وجود هذا العرف عند الفتوى، وإلا فإنه من غير العدل أن يُحكم على إنسان بعرف لم يعرفه، ولم يستعمله أهل زمانه، فيقع عليه الطلاق بغير حق، وفي ذلك اجترأ على حقوق الله وأعراف الناس.

ومن الملاحظ أن هذه الصورة من صور اعتبار العرف في صيغ الناس ودلالاتهم على المقصود من الفاظهم، هو عرف صحيح تقره السياسة الشرعية وتقبل به، لأنه تابع من استعمال الناس وعاداتهم في ذلك، والعادة محكمة فيما لا يخالف الشرع ولا يناقض مقاصده. أما ما ورد عن فقهاء المالكية مثلاً في العرف من مسائل الطلاق، فإن لي عليه بعض التحفظ وذلك في المسألة التالية:

نص المالكية على أن الطلاق لا يلزم بكلام نفسي، أو فعل كضرب وفتق ثوب أو تمزيقه أو قطع جبل، إلا أن يكون ذلك الفعل عاداتهم في وقوعه فيلزم به. وعللوا ذلك بأن قيام القرينة مثل العادة [٨٨: ٥٧٠/٢].

ومقتضى ذلك: أن الزوج إذا فعل شيئاً مما تعارفه أهل زمانه أنه فعل يقع به الطلاق، ولو لم يتلفظ بأي لفظ صريح أو كنائي، فإن طلاقه يقع بهذا الفعل، عملاً بالعادة. والذي أراه أن هذا ليس من العادة المعتبرة أو المحكمة في مسائل الشرع، ولا تقرها السياسة الشرعية التي يشترط فيها أن لا تخالف مقاصد الشرع ولا نصوصه. وقد جعل الشارع اللفظ ركناً في العقود. وركن الطلاق

التلفظ بإحدى صيغه الصريحة أو الكناية، إذ لا يمكن أن تعرف رضا المتعاقدين إلا بالتلفظ بصيغة تدل على ذلك، وجعل الإشارة تقوم مقام العبارة عند عدم القدرة على العبارة. أما أن يقوم الفعل مقام ركن العقد وهو الصيغة، فهذا ما انحفظ عليه لأنه مضاد لمقاصد الشارع الذي جعل اللفظ ركناً في العقد.

وقد تعارف الناس قبل الإسلام افعالاً تدل على إرادة الطلاق، كتحويل باب الخيمة [١٤٧]: [١٠٥] ونحو ذلك، وهي افعال لا أقوال، والطلاق من العقود الشرعية المهمة، فلا أرى ضرورة لربطه بمثل هذه الأفعال أو إيقاعه بها مع وجود اللفظ والقدرة عليه، فإن حرمة الفروج وحلها أعظم في نظر الشارع من أن يترك أمره لتمزيق ثوب، أو قطع جبل، أو ما أشبه ذلك من أعراف الناس التي لا تقرها الشريعة في نظري ولا ترعاها، وقد جاءت الشريعة بما يقطع الشك ويزيل كل التباس في العقود، وهي اللفاظ، لذلك: لا أرى ما ذهب إليه المالكية في هذه المسألة صواباً، والالتزام بما نصت عليه أحكام الشريعة في العقود، ومنها الطلاق أولى بالاعتبار وأحق أن يسار على نهجها من ترك دلالة القول، والعمل بدلالة الفعل مع القدرة على الأول.

السياسة الشرعية في المسألة:

لم يرد نص شرعي من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، يذكر حكم من قال لزوجته علي الحرام، هل يقع بها البائن أو الرجعي أو لا يقع، وما ذكره الحنفية من أن الأصل فيها عندهم أنها من كنايات الطلاق، والكناية كما هو معروف لا تقع بها إلا طلاقة واحدة بالنية، إلا أن العرف إذا شاع بين الناس في استعمالها في الدلالة على البائن لأنه هو الذي يقع به التحريم، وأصبح عرف الناس في ذلك أنها إذا تلفظ بها المطلق لا يتبادر إلى ذهن السامع إلا الطلاق البائن، بحكم العرف والعادة، فإن العرف المستعمل في هذه الحالة ينقل الطلاق الكنائي إلى البائن وتقع بها طلاقة بائنة أي ثلاث طلاقات، حتى يقع التحريم، لأن الرجعي لا يقع به التحريم، وإنما يملك الزوج فيه إرجاع مطلقته ما دامت في العدة، ورأينا أن المتأخرين منهم مثل ابن عابدين يقرر أنه يجب أن يقضى بالرجعي الكنائي إذا تغير العرف، وأصبح مقصود الناس من استعمالها مجرد إيقاع الطلاق الرجعي، ولا ينصرف ذهنهم إلى البائن مطلقاً، مراعاة لأعرافهم وعاداتهم أيضاً.

إن هذا الحكم من الخفية حكم سياسي، ليس له أي مستند سوى بناء الأحكام الشرعية على عرف الناس واستعمالهم في مدلولات الألفاظ، وقد يتغير هذا الحكم بناء على تغير العرف في الاستعمال، بل يجب أن يتغير إذا تغير العرف، لأنه بالعرف أصبح بائناً، وبالعرف يصبح كنائياً رجعياً بالنية، كما كان في الأصل، وهكذا وإنما وجد العرف في الاستعمال وجب أعماله، وحيثما انتفى وجب اهماله، ولا يجوز الاستمرار على حكم مبني على عرف سابق لا أثر له، ولا وجوده، في استعمالات الناس.

ولا شك أن بناء الأحكام على العرف من أصول السياسة الشرعية، فتكون هذه المسألة على هذا النحو داخلة في باب السياسة الشرعية، وهي فقه حسن ومراعاة لمصالح الناس وأعرافهم في الألفاظ.

حكم المسالة في قانون الأحوال الشخصية:

جاء في المادة ٩٢ من قانون الأحوال الشخصية ما يلي:

[اليمن بلفظ علي الطلاق وعلي الحرام وامثالها لا يقع الطلاق بها ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو اضافته إليها].

ولقد شاع استعمال لفظ علي الطلاق في الزمن الحالي بمعنى اليمن، حتى أن أحدهم إذا أراد أن يكرم ضيفه يقول له: علي الطلاق لتاكلن معي، وليس في ذهنه أصلاً طلاق زوجته ولا فراقها، وإنما يقصد التأكيد واليمن على صدقه في قوله وعزمه على فعله، وهذا ليس من صيغ الطلاق المشروعة فيه، وإنما هو من الألفاظ التي عمّت بها البلوى، وانتشرت على السنة الناس، وغالباً ما يقصد بها اليمن حتى أصبحت معروفة فيه، لذلك جعلها القانون من صيغ اليمن بقوله [اليمن بلفظ علي الطلاق وعلي الحرام]، فكان الأصل فيها في القانون أنها يمن، وهي ليست من صيغ الايمان المعروفة في الشرع، وإنما استعملها الناس عرفاً في ذلك، فراعى القانون هذا العرف الذي نقلها إلى معنى اليمن، ولذلك نص على أنه لا يقع بها طلاق حيث اعتبرها من الفاظ اليمن.

إلا أن القانون راعى أيضاً استعمال بعض الناس لهذا اللفظ في الطلاق ايضاً، فجعلها من كتابات الطلاق في حالتين فقط.

الحالة الأولى: إذا تضمنت صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة، أي إذا وجّه الزوج كلامه للزوجة فقال لها مثلاً: علي الطلاق منك أو علي الحرام منك، ففي هذه الحالة تكون الزوجة مرادة بالكلام ويكون احتمال الطلاق وفراق الزوجة وارداً أيضاً، فإذا سئل الزوج عن نيته فقال إنما قصدت حملها على فعل شيء أو تركه أو لم أقصد طلاقها، يقبل قوله يمينه، كما هو الشأن في جميع كنايات الطلاق، وإذا قال قصدت طلاقها وفراقها، وقع الطلاق بهذه الصيغة المخاطبة بها الزوجة.

الحالة الثانية: إذا أضاف الطلاق إليها كان قال، علي طلاقها أو علي طلاق زوجتي أو علي الحرام من زوجتي فلانة، ففي هذه الحالة أيضاً تكون الزوجة مقصودة بالكلام، وهي ليست كقوله لصديقه علي الطلاق لا تفعل كذا، بل الطلاق هنا مضاف إلى الزوجة فهو معتبر من كنايات الطلاق، فإذا قصد به الطلاق وقع، وإلا لم يقع.

وبهذا يكون القانون قد وقف موقفاً معتدلاً من عرف الناس وعاداتهم في استعمال هذا اللفظ، حيث جعله من باب اليمين إذا لم تخاطب به الزوجة أو يضاف إليها، وجعله من باب كنايات الطلاق التي يقع بها الطلاق بالنية، إذا خاطب به الزوجة أو أضافه إليها.

وإنما قصد القانون من ذلك تضييق دائرة وقسوع الطلاق حيث حصرها في حالات خاصة، وجعل ما عداها من الفاظ اليمين التي تستدرك بالكفارة، مراعاة لأعراف الناس، ولما يترتب على الطلاق من أثر في المجتمع والافراد.

كما أنه أوقعها رجعية في الحالات التي نص على أنها تقع فيها الطلقة، جاء ذلك في المادة ٩٤ منه والتي تنص على أن [كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال، والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون] وليس منه هذه الحالة، فتكون طلقة واحدة رجعة أن وقعت بعد الدخول.

وهو بذلك لا يأخذ بمذهب المتقدمين من الحنفية الذين يوقعونها بائنة اعمالاً للعرف في ذلك، حيث إنه رأى أنه لا يوجد عرف بين الناس في الوقت الحاضر بإرادة الطلاق البائن بهذا اللفظ، وإنما كما قال ابن عابدين [فغاية ما يقصده أحدهم إيقاع الطلاق الرجعي إضافة إلى أن العامي لا يفرق بين الرجعي والبائن] [٥٩: ٢/٢٦٤] فكيف يكون قاصداً للبائن، وهو لا يعرف الفرق بينهما غالباً.

وقد شاع استعمال هذه الصيغة عند الناس اليوم بسبب وبدون سبب، ودرجت على الستمهم بما يمكن اعتباره من عموم البلوى، وهي إذا عمت بأمر من الأمور يجب حمل حال الناس فيها على التساهل، فيكون القول بوقوعها طلاقة رجعية بالنية لعموم البلوى صحيحاً، ومحققاً لمقاصد الشارع في التخفيف على من ابتلوا بذلك.

إضافة إلى أن القول بوقوعها بائنة، يجعل الناس يسعون إلى إرجاع زوجاتهم عن طريق نكاح التحليل، ويلجأون إلى هذه الحيلة المذمومة والمناقضة لقصد الشارع، فسداً للذريعة أرى صحة ما ذهب إليه القاتون، وهو موافق لما ذهب إليه الشافعية في أحد القولين عندهم، ولأحدى الروايات في مذهب أحمد بن حنبل، كما أنه موافق لما ذهب إليه ابن عابدين من متأخري الحنفية.

المبحث الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: في التعسف في استعمال الحق:

هذه المسألة لم ترد على ألسنة الفقهاء الاقدمين بهذا النص، بمعنى أنهم لم يرتبوا على الطلاق تعويضاً مالياً يُعطى للزوجة، إضافة لحقوقها التي رتبها الشارع، من نفقة عدة، ومهر مؤجل، ومتعة، عند من يقول بالمتعة للمدخول بها أو لكل مطلقة، أما أن يقول أحد منهم بأنه يجب على الزوج المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة مبلغاً من المال، تعويضاً لها على ما أصابها من ضرر نتيجة الطلاق، فهذا ما لم يرد بشأنه نص خاص، من أي فقيه من فقهاء الشريعة الاقدمين.

ولا يعارض هذا الاستنتاج الذي ذهبنا اليه، قول بعضهم بوجود المتعة لكل مطلقة بحسب العرف أو على قدر يسار المطلق [١١٩ : ١٧٠/٧، ١١٦ : ٤٨/٨، ١٢٢ : ٣٠٢/٨] عملاً بقوله تعالى ﴿وَالْمَطْلُقاتُ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقاً عَلَى الْمُتقين﴾ [الآية ٢٤١ من سورة البقرة] لاني أقول ابتداءً: أنني أرى أن التعويض أمر مختلف عن المتعة، وهناك فرق بين وجوب التعويض للمطلقة باتناً بدون سبب شرعي كحقوق من حقوقها المشروعة، وبين استحباب المتعة للمطلقة بسبب أو بدون سبب، بقصد ازالة الوحشة من قلبها نتيجة المفارقة، اظهاراً لحسن الخلق والمعاشرة بالمعروف في المدخول بها، وكبدل للمهر في غير المدخول بها التي لم يسم لها مهر حين العقد.

فالمتعة للمطلقة سواء قبل الدخول ولم يسم لها مهر، أو بعده، وسواء قيل بوجودها لكل مطلقة أو باستحبابها، ورد في حكمها نصوص شرعية كانت مدار بحث الفقهاء، ومحل اجتهاداتهم. أما التعويض فهو أمر آخر زائد عن كل ذلك، وهو مرتبط بالضرر الواقع على الغير، نتيجة لاستعمال الحق المشروع، وهو داخل في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي.

فالمقصود بالتعويض في هذه المسألة، هو الزام الزوج المطلق بدفع مبلغ من المال تعويضاً عن الضرر اللاحق بالآخرين، نتيجة استعماله لحقه المشروع لغاية غير مشروعة، أو مناقضة لحكم الشارع. وهذا هو المقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام، حيث عرفه بعض العلماء المعاصرين بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مآذون فيه شرعاً بحسب الاصل، بينما عرفه غيره بأنه استعمال الانسان لحقه على وجه غير مشروع [١٥٣: ٨٧].

والذي أراه: أن التعريف الأخير للتعسف غير دقيق، لأن استعمال الانسان لحقه على وجه غير مشروع لا يكون تعسفاً، ولكنه مجاوزة لحدود الحق، وهو داخل في باب التعدي أو الخطأ. أما التعسف فهو استعمال الانسان لحقه المشروع، وقد يكون على وجه مشروع أيضاً إلا أن غايته غير مشروعة، ومثال ذلك يظهر في نكاح التحليل، فإنه عقد على المطلقة الباتنة بينونة كبرى، وهو عقد مشروع ابتداءً ويجوز للمسلم أن يتزوج بالمطلقة المتوتة، وإنما جاء التعسف في الغاية التي لاجلها تم عقد الزواج، وهي تحليلها للزوج الآخر، وهو مناقض لحكم الشارع، وأن تم على وجه مشروع بحسب ظاهرة، فالذي جعله مناقضاً لحكم الشارع، هو نية العاقد المناقضة لمقصد الشارع في تحريمه المطلقة على زوجها الأول، لأنه لم يشرع الزواج لهذه الغاية، لذلك فالمقصود بالتعسف في استعمال حق الطلاق أو الطلاق التعسفي: هو أن يطلق الزوج زوجته وهو حق مشروع بدون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع، ويقع في الإثم عند من يقول أن الاصل في الطلاق أنه محظور شرعاً، ولا يباح إلا لحاجة.

أما أن الطلاق حق مشروع في الاصل فقد دل على ذلك قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدرة وعلى المقتر قدرة، متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾ [الآية ٢٣٦ من سورة البقرة] وقوله تعالى ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحاً جميلاً﴾ [الآية ٢٨ من سورة الاحزاب] والسراح هو الطلاق، وقد ثبت ذلك أيضاً بفعله ﷺ حيث طلق عمرة بنت الجون حينما تعوذت منه ﷺ بعد أن أدخلت عليه فقال: لقد عدت بعباد، فطلقها وأمر لها بمتعة [٢١: ٤٩٢/٩].

أما أنه لا يشرع لغير حاجة أو سبب مقبول، فقد ثبت ذلك بنصوص الفقهاء التي ذكرت

سابقاً [انظر ص ١٤٩ من هذا البحث]. وقوله ﷺ (أبغض الحلال الى الله الطلاق) وقد سبق ذكره أيضاً.

وكونه مبغوضاً لا ينافي كونه حلالاً، فإن الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو مبغوض. وقال الحنفية أن الاصل فيه الحظر [٥٩ : ٤١٦/٢] والقول أنه مشروع في ذاته، لا ينافي الحظر لمعنى في غيره، وهو ما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة الى الخلاص، بل يكون حمقاً وسفاهة رأي، ومجرد كفران النعمة، والايذاء للزوجة ولاولادها وأهلها. فحيث تجرد من الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على الاصل من الحظر، ولهذا قال تعالى ﴿فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً﴾ [الاية ٣٤ من سورة النساء] أي لا تطلبوا الفراق، وإذا وجدت الحاجة أبيع. وكذلك ذكر الخنابلة أنه يساح عند الحاجة، ويكره من غير حاجة وفي رواية أنه يحرم [١١٥ : ١٢٣/٣].

هذه أقوال بعض الفقهاء التي تدل على أن الطلاق محظور شرعاً، إذا كان لغير حاجة، وبدون سبب مشروع، فإذا استعمل الزوج هذا الحق المشروع بدون سبب شرعي، ولغير حاجة، يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه. ولا يقال أن استعمال الشخص لحقه المشروع ينافي الضمان، أو الزامه بالتعويض لأنه استعمال حقه باذن الشارع وإباحته، والاذن ينافي الجزاء والعقوبة، وهذا تناقض بين اعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه، لا يقال ذلك، لأن مشروعية الحق شيء واستعماله لغاية غير مشروعة شيء آخر فالجهة متفكة ولا تناقض، حيث لا يحاسب على استعماله لحقه المشروع، وإنما للضرر الواقع من جراء استعمال هذا الحق لغاية مناقضة لقصد الشارع، فهو بهذه المناقضة يكون متعسفاً في استعمال حقه. والتعسف يلحق الضرر بالغير، والضرر يزال شرعاً، فإذا أمكن رفعه يجب رفعه لقوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار [١١٤ : ٢٨٥] وإذا لم يمكن رفعه كما في مسألة الطلاق، فإنها حكم شرعي ولا يملك أحد إبطاله، فلا يبقى سوى ازالة آثار الضرر بشيء آخر وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر، جراء استعمال الحق لغاية غير مشروعة.

والتعسف مرتبط بالضرر، فحيث لا يوجد الضرر من الطلاق، أو كان بسبب شرعي مقبول فلا قاتل بالتعويض، لأنه لا تعسف هنا، أما إذا حصل الضرر للمطلقة، بأن كان طلاقها بدون أي

سبب، ولغير حاجة، وهي بذلك مستحرم من نعمة النكاح، ويكسر قلبها بالفراق، إضافة الى عدم رغبة الأزواج بها، وربما اتهامها بأنها ما طلقت الا لريسة أو تهمة، فعندئذ يتحقق الضرر من الطلاق التعسفي، وهو واجب الازالة، وقد تعذر ازالة عين الضرر كما ذكرت، فيجب ازالة آثاره بالتعويض.

أما وجوب التعويض عن الضرر بدفع مبلغ من المال على سبيل العقوبة فقد أجازت النصوص الشرعية [١٥٥ : ٣٤٧-٤٢٧] وأقوال الفقهاء مبدأ التفرغ بالمال عقوبة، ومن ذلك ما ألزم به الشارع الحكيم من كفارة القتل خطأ، وكفارة الظهار، وكفارة الحنث في اليمين في خصالها المالية، إذ لا تعدو كونها ضرباً من التفرغ بالمال على معصية: من فعل ما نهى الله عنه، أو ترك ما أمر الله تعالى به، وهي لا تعود على بيت المال، وإنما على المستحقين لها.

وقد ثبت ذلك أيضاً بقضائه ﷺ في تفرغ كاتم الضالة أن يردها ومثلها عقوبة على معصية الكتمان، وأمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وكسر القدور التي طبخت فيها لحوم الحمر الأهلية وتمحيقه أمكنة المعصية، وهدمها، كما فعل في مسجد الضرار، وحرمان القاتل من الميراث، وغير ذلك من الاقضية الكثيرة الثابتة في الصحاح [٢٧ : ١/١٢-٢٠] والتي تدل على ثبوت أصل مشروعية مبدأ التفرغ بالمال في الفقه الاسلامي، وقد فعله الصحابة وطبقوه عملياً، كما في تفرغ عمر رضي الله عنه حاطب بن أبي بلتعة ضعف قيمة الناقة التي سرقها مواله، جزاء على معصية تجويعهم، واحراق علي مال المحتكر جزاء على جريمة الاحتكار، ومصادرة مال المرتد [٨٥ : ٢/٢٥١] ونحو ذلك، مما يدل دلالة واضحة أن أحكام الشريعة الاسلامية لا ترفض هذا المبدأ، بل تقره بالنص، وإذا قال المخالف بغير ذلك فإن ادخاله في باب السياسة الشرعية يجعله مقبولاً للمصلحة، ولو لم يرد بخصوصه نص، فكيف وقد ورد؟ إلا أن بعض هذه الغرامات يعود على بيت المال كمصادرة الأموال، وبعضها لا يعود على أحد كالاتلاف والاحراق، وإنما غاية الزجر.

من هنا أستطيع القول: أن الطلاق حق مشروع، واستعماله لغير حاجة مذموم شرعاً، وفاعله آثم والآثم، يستحق العقوبة ليس في الآخرة فقط، بل وحتى في الدنيا بأمر الحاكم، فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب مشروع مخالفاً بذلك حكم الشارع، ومرتكباً للآثم، فإنه يستحق الزامه التعويض نتيجة لهذا الطلاق التعسفي، للدلالة التي سبق ذكرها، عند من يرى ذلك من الفقهاء.

إلا أنني أرى أن وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي، مرتبط بالضرر الواقع نتيجة لهذا

التعسف، وليس بمتعة الطلاق، ولذلك فهو يشمل كل من أوقع الطلاق على هذه الشاكلة، سواء كان الرجل أو المرأة إذا فوض إليها أمر الطلاق لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» إذ العبرة بحصول الضرر على المتضرر، ولا عبرة بمن أوقع الضرر، حتى أن الفقهاء أوجبوا الضمان على المتسبب بالتعدي، إذا أتلف مال غيره بقصد أو بغير قصد [٢٤٧/٦: ١٦٨] فإذا أوقع الزوج الطلاق، وتضررت به المرأة، فالأمر واضح. أما إذا كانت المرأة هي التي أوقعت الطلاق بما معها من تفويض بذلك، وأوقعته على وجه التعسف في استعمال الحق، وتضرر الزوج بهذا الطلاق، فالتعويض عليها واجب أيضاً، إذ لا أرى فرقاً بين أن يوقعه الزوج فتضرر الزوجة، وبين أن توقعه الزوجة فيتضرر الزوج، وكون الزوج مالكاً للطلاق بحكم الشرع، والزوجة مالكة له بما ملكها إياه الزوج، لا يسقط حقه في التعويض عن الضرر الواقع عليه من استعمال وكيله [أو مفوضته] على وجه التعسف، وبدون سبب شرعي، لأن الوكيل ملزم بفعل ما فيه مصلحة الموكل، فإذا الحق به الضرر نتيجة تقصيره وتعدية، فإنه يضمن [١٢٦/٢: ١٠٧].

ولا يعني أن الزوج ملكها الطلاق، أو فوضه إليها، أن توقعه بدون سبب مشروع، ولو الحق ذلك الضرر بالزوج المقوض، أو بالأسرة كاملة، فإن نتيجة الطلاق واحدة سواء وقع من الزوج أو من الزوجة المفوضة. وهذا يختلف عن ايقاع الفرقة بين الزوجين من قبل القاضي، لأنها لا تكون إلا بسبب مشروع يثبت لدى القاضي فيحكم بالتفريق، ولا يكون أحد من الزوجين في هذه الحالة متعسفاً، وإنما مدار التعسف على التصرف بالارادة المنفردة بالطلاق، سواء بارادة الزوج أو بارادة الزوجة المفوضة بالطلاق.

المطلب الثاني: طلاق التعسف في قانون الأحوال الشخصية:

ان الفقهاء السابقين لم يرتبوا على المطلق تعويضاً عن الضرر الواقع على المطلقة، واكتفوا بالقول بوجود المتعة للمطلقة، أو استحبابها، تطييباً لخاطرهما، أو جبراً لما كسر منها بالطلاق.

أما التعويض المالي عن الضرر الحاصل بالطلاق لغير حاجة مشروعة، وهو المسمى بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية عملاً بنظرية التعسف في استعمال الحق. فقد رأى القانون: أن الاصل في الطلاق الحظر إذا كان لغير حاجة، كما هو قول بعض الفقهاء

السابقين [١٤٠: ١١١] وإيقاعه على هذا الوجه، يلحق الضرر بالمجتمع والأسرة والمرأة، فنص في المادة ١٣٤ منه على ما يلي:

(إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً، بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، ويدفع هذا التعويض جملة أو قسطاً حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حالة الزوج يسراً وعسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة، بما فيها نفقة العدة).
ويلاحظ على نص هذه المادة ما يلي:

١- حصر القانون التعسف في استعمال حق الطلاق بالزوج دون غيره، وبذلك يخرج حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين، فليس من قبيل التعسف، ولا يوجب التعويض، وكذلك لا يعتبر القانون إيقاع الطلاق من الزوجة المفوضة فيه تعسفاً، ولو كان لغير سبب معقول. ولا أرى دليلاً على هذه التفرقة بينهما، حيث إن علة التعويض هي الضرر من حصول الطلاق بالإرادة المنفردة، والزوجة المفوضة بالطلاق إذا أوقعت بدون سبب معقول، وحصل الضرر من ذلك، فإن العلة تكون موجودة في هذه الحالة، ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمياً، وإخراج طلاق المفوضة نفسها يناقض ذلك.

وإذا كان قصد القانون، وضع حد لحالات الطلاق في المجتمع، بفرض هذا التعويض عقوبة على المطلق تعسفاً، حتى إذا علم المطلق بأنه سيدفع مبلغاً من المال جراء إيقاعه الطلاق، وأنه سترتب عليه التزامات مالية قد لا يطيقها، يعدل عن طلاقه ولا يوقعه. أقول: حتى إذا قصد القانون ذلك، فإنه ينطبق على الزوجة المفوضة أيضاً، فإنها إذا علمت أنها ستكلف بدفع تعويض مالي جراء استعمال حقها في الطلاق، التي فوضت به، بدون سبب معقول، امتنعت عن ذلك، وفيه ما فيه من حفظ الأسرة، ومنع وقوع الطلاق في الحالتين، فلا وجه للتفريق بينهما، وحصر ذلك في الزوج المطلق.

٢- مثل القانون للتعسف بحالة الطلاق لغير سبب معقول، وقد جاء النص بأداة التشبيه، (كان طلقها لغير سبب معقول) ليدل على أن التعسف غير محصور بهذه الحالة، وإنما وردت على سبيل المثال، والا فان كل حالة يقع فيها الطلاق مناقضاً لحكمة مشروعيتها، أو مؤدياً إلى مآل ممنوع شرعاً

فإنها تدخل في نطاق التعسف، وتوجب التعويض [ومثال ذلك لو أنه تزوج عليها واشترطت الزوجة الثانية أن يطلق زوجته الأولى واعتقد أن هذا الشرط لازم فقام بطلاقها تنفيذاً للشرط. فقد يكون هذا السبب معقولاً، خاصة وأنه لا ينافي العقد، ولها فيه فائدة، إلا أنه يناقض حكم الشرع الذي نهى أن تشترط المرأة طلاقاً بقله ﷺ «لا تسأل المرأة طلاقاً أختها لتكح»، ٢١: ٢١٩/٩] وهذه مرونة في النص، تيسر أمر تطبيق القانون، وتوسع للحالات الجديدة التي يمكن ادخالها في باب التعسف.

٣- لم يقدر القانون مبلغاً معيناً للتعويض عن الطلاق التعسفي، وإنما جعله بيد القاضي ليقدر الحالات المعروضة عليه بما يناسبها، وإنما جعل له قدرأ أعلى محدداً بما لا يزيد عن مقدار نفقة الزوجة عن سنة، فإذا كانت قد طلبت النفقة من القاضي قبل الطلاق، وقدرها لها، يكون هذا التقدير أساساً للتعويض، فللقاضي أن يحكم لها بنفقة شهر أو أكثر، شريطة أن لا يتجاوز نفقة سنة. وإذا لم تكن المطلقة قد حصلت على حكم بالنفقة، فإن القاضي يقدر لها نفقة بواسطة خبراء، ثم يحكم لها بالتعويض المناسب، وفق هذا التقدير الشهري للنفقة، وبما لا يزيد عن مقدار نفقتها عن سنة.

إلا أن القانون لم يربط هذا التعويض المناسب بالضرر الواقع على المطلقة من جراء حصول الطلاق، وكان الأولى وهو يأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق في هذه المسألة، أن يجعل التعويض بمقدار الضرر، لأن الضرر علة التعويض، أما أن يترك النص لما يراه القاضي مناسباً، فليست المسألة متروكة للهوى، وإنما تختلف حالات الطلاق والضرر الواقع منه بين امرأة وأخرى، فالمدخول بها مثلاً ليس كالمطلقة قبل الدخول، ومن عاشت مع زوجها ثلاثين سنة ليست كمن عاشت أقل من ذلك. ومقدار الضرر الواقع على المطلقة من الطلاق التعسفي، أمر يستطيع القاضي أن يقدره من خلال النظر في وقائع الدعوى، أو من خلال خبراء يستعين بهم، وهو الأولى حتى لا يترك أمر التعويض لرأي القاضي وحده.

٤- لم يفرق القانون بين المطلقة قبل الدخول والمطلقة بعد الدخول، فإنه أطلق النص ليجعل حق طلب التعويض لكل مطلقة منهما، شريطة أن يكون طلاقاً تعسفياً.

٥- أجاز القانون للقاضي أن يحكم بالتعويض جملة أو قسماً على أشهر، مراعاة لحالة الأزواج من اليسر والعسر، فمن كان غنياً موسراً حكم عليه بالتعويض جملة واحدة، ومن كان معسراً، أو غير قادر على دفع التعويض جملة، حكم به عليه مقسطاً، وفي هذه الحالة يجب أن يبين

بداية استحقاق كل قسط ومقداره، حتى يمكن تنفيذ الحكم على وجه صحيح [١٧٤: ٤٥].

٦- نص القانون صراحة أن الحكم بالتعويض لا يؤثر على باقي حقوق الزوجة، كالمهر المؤجل ونفقة العدة، فهو حق مستقل يضاف الى باقي حقوق الزوجة الأخرى، وهذا يدل على أن القانون لم يربطه بالمتعة، حيث أنه نص على وجوب المتعة في المادة ٥٥ منه [نص المادة ٥٥ من قانون الأحوال الشخصية: إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل] فالمطلقة التي تستحق المتعة تستحق التعويض أيضاً، بالشروط المذكورة في القانون، ويدل أيضاً على أن المتعة غير التعويض في نظر القانون، رغم ما ورد في مذكرته الايضاحية من أن مشروع القانون أخذ بمبدأ التعويض على المرأة في حال طلاق التعسف، من استحباب المتعة للمطلقة، وجاء فيها أن للحاكم أن يأمر بالمدنوب أو المباح إن كانت فيه مصلحة شرعية فيصير واجباً عند فقهاء الحنفية، وعلى هذا الاساس وضعت المادة ١٣٤ من القانون [١٨١: ٦].

وقد رأيت أن ربط التعسف بالضرر أولى، لأنه ربط للحكم بعلته، لا بأمر مختلف عنه، وهو المتعة للمطلقة التي ورد النص بشأنها لأمر غير الطلاق التعسفي، أو التعويض عن الضرر بشكل عام.

المطلب الثالث: السياسة الشرعية في المسألة:

يتضح مما سبق أنه لم يرد نص شرعي خاص يوجب على المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة تعويضاً مالياً عن طلاقه لها، ان كان لغير حاجة مشروعة، لا من كتاب ولا من سنة ولا إجماع. وما ورد بخصوص المتعة لا يمكن اعتباره تعويضاً عن الطلاق التعسفي، لأنه عند القائلين بوجوده، انما يجب لكل مطلقة سواء كان الزوج متعسفاً في طلاقه لها أم غير متعسف، فأمر التعسف غير وارد في المتعة، وانما هو مرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق التي توجب التعويض على المتعسف في استعمال حقه، ومنه المطلق جزاءً مالياً على الضرر الواقع منه، والذي لا يمكن رفعه، لانه حكم شرعي، فلا أقل من ازالة آثاره، لأن الضرر يزال شرعاً بقدر الامكان، والتعويض المالي عن الضرر يمكن فيصار اليه.

وقد وجد الفقهاء نتيجة الاستقراء لجزيئات الشرعية أن لنظرية التعسف ثلاثة معايير، إذا وجد واحد منها كان المستعمل لحقه متعسفاً، وترتب عليه جزاء التعسف وهي:

- ١- المعيار الأول: استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار.
- ٢- المعيار الثاني: ضالة المصلحة قرينة على قصد الاضرار.
- ٣- المعيار الثالث: عدم مشروعية المصلحة، التي يقصد تحقيقها من استعمال الحق [١٥٣]: ٣٤٤، ١٧٣: ١/٨٤٢].

ويتطبيق هذه المعايير على التعسف في استعمال حق الطلاق، يرى أن الذي يطلق زوجته بدون سبب شرعي أو لغير حاجة تدعوه لذلك، ولم يحدث منها ما يستوجب الطلاق، فانما يقصد الاضرار بها أو بأهلها للقرينة الدالة على ذلك، وهي عدم وجود أي سبب معقول يحمله على الطلاق، فاذا تمحض قصد الاضرار منه، يكون متعسفاً في استعمال حقه المشروع، ويكون التعويض في هذه الحالة واجباً رفعاً للضرر الواقع على المطلقة بقدر الامكان.

وكذلك إذا طلقها لسبب غير معقول ولا مقبول، ولو كان يحقق له مصلحة صغيرة أو ضئيلة لا تتناسب مع الضرر الذي سيقع من تطبيقها، فانه يكون متعسفاً وفق المعيار الثاني لنظرية التعسف، فمن طلق زوجته لانها طلبت منه شيئاً غير واجب عليه أو امرأ يسيراً لا يوجب طلاقها، فهو مستعمل لحقه في الطلاق لغير حاجة شرعية، ويكون متعسفاً في ذلك.

والمعيار الثالث، وهو أوضح هذه المعايير دلالة على مسألتنا، لأنه اتضح أن الطلاق عند بعض الفقهاء محظور شرعاً، إذا كان لغير حاجة وبدون سبب معقول فاستعماله على هذا الوجه يكون تعسفاً، فاذا طلق الزوج زوجته مثلاً بسبب أنه يريد الزواج من غيرها، فان هذه المصلحة غير مشروعة؛ لأنه يستطيع ذلك دون حاجة الى طلاق الأولى، فكيف إذا طلقها بدون أية مصلحة، لا جرم أنه يكون متعسفاً من باب أولى.

والذي أراه في هذه المسألة من باب السياسة الشرعية: أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهو تعويض مالي فيه معنى العقوبة على أمر محظور شرعاً بحسب الاصل، عند من يرى ذلك من الفقهاء، والعقوبة انما وضعت للزجر والردع؛ لأن الشارع لا يريد هذه المعصية فوضع لها عقوبة مناسبة وملائمة، فاذا رؤي ترجيح مذهب من يقول ان

الطلاق محظور شرعاً، يكون ايقاعه دون سبب شرعي معصية لأمر الشارع، والتعويض المفروض في هذه الحالة فيه معنى العقوبة حتى لا يقدم المسلم على تلك المعصية؛ لأنه إذا علم أن الحاكم سيفرض عليه مبلغاً من المال يعطي لمن اضر به إذا أوقع الطلاق متعسفاً، امتنع عن التسرع في ذلك واحتياط حتى لا يعتمد الاضرار بالغير، وفي هذا مصلحة له ببقاء نكاحه وحفظ ماله الذي انفقه في الزواج، واجتماع شمله بأسرته وأولاده، وفيه أيضاً مصلحة للأسرة والمجتمع ببقائه متماسكاً تظلمه المودة، لأن الطلاق يورث البغضاء والعداوة بين الاسر والأهل.

ولا شك أن تحقيق المصلحة للفرد والجماعة مما يجب على الحاكم مراعاته شرعاً، فيكون الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي عند القائلين به، مستنداً للمصلحة في هذه الحالة. وهي من أصول السياسة الشرعية.

إلا أنه يجب على الحاكم أن ينظر باستمرار الى مآل تطبيق هذا الحكم في الواقع المعاش، فإذا رأى أنه يحقق هذه المصلحة بأن يضيق باب الطلاق بلا حاجة ويمنع من التسرع في هذا الأمر الخطير، الذي يمس المجتمع بأسره، ويحقق قصد الشارع من مشروعية الطلاق، أصدر فيه أمره وأمضاه على الناس، حكماً سياسياً يستند الى المصلحة المشروعة، واعتماداً على رأي من قال به من فقهاء المسلمين من قبيل التخيير من الآراء الفقهية الاسلامية، وتبني الأحكام في المسائل المختلف فيها، لا تقليداً لاعداء المسلمين أو اعجاباً بأنظمتهم، أما إذا رأى نتيجة التطبيق، أن هذا الحكم لا يحقق تلك المصلحة، ولكنه يضيق الأمر على فقراء الأمة دون اغنيائها، حيث يمنعه عدم المال من الاقدام على الطلاق، وقد يكون له ما يبرره، إلا أن الناس يفضلون اخفاء مثل هذه المبررات الخاصة حفاظاً على سمعة الاسرة والأولاد، أو كان مآله لا يحقق مقاصد الشارع، فإن الحاكم في مثل هذه الحالة يعدل عن حكم التعويض، ويرجع الى ما يحقق مصلحة المسلمين، طالما أنه حكم فقهي مختلف فيه.

وفي ذلك مراعاة لأحوال الناس، وتيسير عليهم، وعمل بمبدأ مآلات الافعال، وأن النظر فيها معتبر مقصود شرعاً، وهو أصل من أصول السياسة الشرعية أيضاً.

المبحث الثالث

في العدة

العدة مصدر كالعِدِّ وهو احصاء الشيء، من عدّه يعده عدّاً، وعدة المرأة أيام اقترانها [٧٠٢/٢:٣١].

أما في الاصطلاح، فالمقصود بالعدة هو: لزوم تربيص مدة معينة شرعاً دون زواج [٥٩٨/٢:٥٩]. وقيل: هي مدة من الزمن معينة شرعاً، لمنع المطلقة المدخول بها والمتوفى عنها زوجها من النكاح [١٣٦/٤:٩١، ٦٧١/٢:٨٨].

وهي بهذا الاطلاق في التعريف الأول، شاملة للمدة التي تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها أو موت زوجها عنها، كما تشمل أيضاً المدة التي يجب على الرجل أن يمضيها دون زواج، كمن طلق امرأته فيحرم عليه التزوج بأختها حتى تنقضي عدتها. غير أن اصطلاح الفقهاء جعل اسم العدة خاصاً بتربيص المرأة لا بتربيص الرجل [٥٩٨/٢:٥٩].

وقد بين القرآن الكريم أنواع العدد، ومدة كل نوع منها، وما يلزم المعتدة في اثنتيها، فذكر سبحانه وتعالى أربعة أنواع من العدد، شاملة لكل معتدة في الحالات الطبيعية على النحو التالي:

١- عدة الحامل: وتتم بوضع الحمل مطلقاً، سواء كانت بائنة أو رجعية أو متوفى عنها زوجها يقول تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الاية ٤ من سورة الطلاق]. وهذا العموم الوارد في النص يدل على أن جميع أولات الأحمال المطلقات أو المتوفى عنهن أزواجهن، داخلات في هذا العموم، كما يبين أن أجلهن أو مدة عدتهن هي وضع الحمل.

٢- عدة المطلقة التي تحيض، وهي ثلاثة قروء قال تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [الاية ٢٢٨ من سورة البقرة]. والقراء، اسم مشترك يشمل الطهر والحيض، إلا أن المهم في ذلك، أن عدة المطلقة التي تحيض هي ثلاثة قروء، وهذا واضح أنه في المدخول بها، لأن غير المدخول بها لا تجب عليها عدة الطلاق لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها، فمتوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً﴾ [الاية ٤٩ من سورة الأحزاب].

وهو صريح في أن غير المدخول بها لا عدة عليها، فيكون وجوب العدة بثلاثة قروء، خاصاً بالمطلقة بعد الدخول من ذوات الاقراء، لا من أولات الحمل.

٣- عدة المرأة التي لا حيض لها سواء كانت صغيرة السن لا تحيض أو كبيرة قد يشت من المحيض، وقد بين القرآن الكريم عدة المرأة في هاتين الحالتين بقوله تعالى ﴿واللاتي يتسنن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن﴾ [الاية ٥ من سورة الطلاق] أي فعدتهن كذلك [٢٧/٣: ٦٦]. وهذه هي العدة بالاشهر.

٤- عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة، فان عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ [الاية ٢٣٤ من سورة البقرة] أما الحامل فقد خرجت بعموم قوله تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الاية ٤ من سورة الطلاق].

هذه هي أنواع العدة التي ذكرها القرآن الكريم وأيدتها السنة المطهرة، ولا نزاع فيها بين العلماء.

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في مسائل لم يرد فيها النص، وليس هذا مجال بحثها، وأذكر منها المسائل المتعلقة بالسياسة الشرعية وهي:

المسألة الأولى:

المعتدة بالحيض إذا انقطع حيضها أثناء العدة وتسمى فقهاً «المتحيرة» [❖] وعمتدة الطهر: فقد

❖ عمتدة الحيض أو عمتدة الطهر أو المتحيرة التي نسيت عادتتها ٥٩: ٢/٦٠١.

تطلق المرأة ذات الحيض، وفي هذه الحالة يجب عليها أن تعتد بثلاثة حيضات، عند من يرى أن معنى القرء هو الحيض، فيطرقها مرة أو مرتين ثم يرتفع حيضها لسبب أو لغير سبب، فهي لم تكمل الثلاث حيضات مدة العدة، فهل تنتظر الى ما لا نهاية حتى يطرقها الحيض مرة ثالثة، أو تتغير عدتها المنصوص عليها؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على النحو التالي:

١- مذهب الحنفية أنه إذا لم تمض لها ثلاث حيض، بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي، وإن مكثت سنين، ما لم تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر، وسن الاياس عندهم خمسون سنة على القول المفتى به، وقيل للرومية خمس وخمسون ولغيرها ستون، وقيل ستون مطلقاً، وقيل سبعون [١٤٣/٣: ٦١، ٢٩/٣: ٦٦].

واستدلوا على ذلك بأن النص ورد في عدة ذات الاقراء، كما ورد في من بلغت سن اليأس وهذه من ذوات الاقراء، حيث حاضت مرة أو مرتين فلا تنقض عدتها الا بالثالثة اعمالاً للنص فاذا دخلت في سن اليأس، فقد بين الشارع عدتها بالاشهر أما قبل ذلك فلا بد أن تنقض عدتها بالحيضة الثالثة.

لذلك قالوا: انه إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غيره، بقيت في العدة حتى تحيض أو تبلغ سن اليأس [٦٠٢/٢: ٥٩] وقالوا: ان المسألة نصية لا قياسية [١٤٦/٣: ٦١، ١٧٥/٣: ٧١]. ولا يخفى ما في هذا القول من اطالة أمد العدة على المطلقة.

لذلك ذهب متأخرو الحنفية الى القول بأنه يفتى بهذه المسألة بقول مالك للضرورة من أنها تعتد بسنة. كما قال ابن عابدين [ولو قضى مالكي بذلك نفذ] [٦٠٢/٢: ٥٩] لأنه مجتهد فيه.

إلا أن مذهب الحنفية هو الأول، ومفاده أنها إذا حاضت ثم امتد طهرها فتعتد بالحيض الى أن تبلغ سن اليأس، وغير هذا القول في المذهب غريب مخالف لجميع الروايات. وهو قول عطاء وطاووس والشعبي والزهري والثوري وأبو عبيد.

٢- أما مذهب المالكية:

فقد رأوا أن من تأخر حيضها بعد طلاقها لغير عذر، أو لعذر غير الرضاع، تربصت سنة كاملة وحلت للأزواج بعد السنة، منها تسعة أشهر مدة الحمل غالباً لزوال الرية، ثم تعتد بثلاثة أشهر تمام

السنة وهي عدة الآيسة، فهذه سنة يضاء لا دم فيها.

وقد جمعوا بين عدة الحمل وهي أطول عدة، وعدة اليأس دفعا للتوهم كما قالوا مع القطع ببراءة رحمها بعد حيضة واحدة، وحتى لا تطول عليها العدة، فتتضرر بذلك [٦٧٥/٢:٨٨، ٣٨٥/١:٩٢، ١٤٢/٤:٩١].

٣- أما مذهب الشافعية:

فقد ورد عن الشافعي روايتان: الأولى: أن من انقطع دمها لعدة تعرف، كالرضاع أو المرض، تصير حتى تحيض فتعتد بالاقراء أو تياس، بمعنى أن تصل الى سن اليأس، وهو عندهم اثنان وستون سنة في حده الأقصى، فتعتد حيثنذ بالأشهر، ولا ييالى بطول مدة الانتظار، وكذا إذا انقطع دمها لا لعدة تعرف. فعليها أن تصبر حتى تحيض فتعتد بالاقراء، أو تياس فتعتد بالأشهر. أي أنهم لم يفرقوا بين من انقطع دمها لعدة أو لغير عدة، وهذا قول الشافعي في المذهب الجديد. وعللوا ذلك بقولهم: أن الله تعالى لم يجعل الاعتداد بالأشهر إلا للتي لم تحض والآيسة، وهذه ليست واحدة منهما، لأنها ترجو عود الدم، فاشبهت من انقطع دمها لعارض معروف. وهم في هذه الحالة يلتقون مع الحنفية رأياً ودليلاً.

والرواية الثانية عند الشافعية وهي في القديم من المذهب: أنها تتربص غالب مدة الحمل، وهي تسعة أشهر لتعرف فراغ الرحم، لأن الغالب أن الحمل لا يمكث في البطن أكثر من ذلك، وقالوا: كان يقضي به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بين المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه، فكيف تجوز مخالفته؟ وفي قول من القديم تتربص أكثر مدة الحمل، وهي أربع سنين عندهم لتعلم براءة الرحم بيقين، وفي قول آخر: أنها تتربص ستة أشهر أقل مدة الحمل [٣٨٣/٣:١٠٩].

وحاصل ما ورد في المذهب القديم أنها تتربص مدة الحمل، ولكن غالبه أو أكثره أو أقله، هذا الذي وقع الخلاف فيه، ثم تعتد بالأشهر على جميع هذه الأقوال، إذا لم يظهر حمل. وهذه الرواية في المذهب، تلتقي مع ما ذهب اليه المالكية من أنها تعتد بسنة أو مدة الحمل مضافاً إليها عدة الياسة، وهي ثلاثة أشهر.

فقد جاء فيه أن ذات القرء إذا ارتفع حيضها، لا تدري ما رفعه، اعتدت بتسعة أشهر للحمل لتعلم براءة رحمها، لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل، فإذا لم ين الحمل فيها، علم براءة الرحم ظاهراً، فتعتد بعد ذلك عدة الأيسات ثلاثة أشهر، فتكون جملة عدتها سنة.

وعللوا ذلك: أن الغرض من العدة معرفة براءة رحمها، وهذا تحصل به براءة رحمها، فاكفني به، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً، فإنها تمنع من الأزواج، وتحبس دائماً، ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والتفقة عليه، وقد قال ابن عباس: لا تطولوا عليها الشقة، كفاها تسعة أشهر.

وأجابوا على اعتراض من يقول: أن براءة الرحم ظاهراً تعلم بمضي تسعة أشهر، فلم تعتد ثلاثة أشهر بعدها؟ بأن الاعتداد بالقروء والأشهر معاً، إنما يكون عند عدم الحمل، وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم، بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل، فوضعت وقع الطلاق من تاريخ حصول المعلق عليه، وهو الحمل، ولزمتها العدة بعد ذلك [١١٦: ٩٦/٨، ١١٠].

وهذا يلتقي مع مذهب المالكية، واحدى الروايتين عن الشافعي، وقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو رواية عن الحسن.

٥- وقد ذهب ابن حزم الى ما ذهب اليه الخنافية:

فقال: (ان حاضت حيضة ثم لم تحض، أو حاضت حيزتين ثم لم تحض، أو انتظرت الحيضة الأولى فلم تأت، بعد أن كانت قد حاضت في عصمة زوجها أو قبلها، فلا بد لهؤلاء كلهن من التربص أبداً حتى يحضن تمام ثلاث حيز، كما أمر الله عز وجل، أو حتى يصرن في حد اليأس من الحيض، فإذا صرن فيه استأنفن ثلاثة أشهر ولا بد، لأن الله تعالى لم يجعل العدة ثلاثة أشهر إلا على اللواتي لم يحضن، وعلى اليائسات من المحيض، وهذه ليست واحدة منهما، فإذا صارت من اليائسات، فحيث دخلت في أمر الله تعالى لها بالعدة ثلاثة أشهر [١٢٣: ١٠/٢٦٩]

ويلاحظ أن الفقهاء اتجهوا اتجاهاً في هذه المسألة أحدهما: القول بأنها تربص أبداً حتى تبلغ سن اليأس، وهذا فيه ما فيه من الضرر على المرأة وحبسها عن النكاح، والثاني: أنها تعتد بسنة، منها تسعة أشهر غالب مدة الحمل، وثلاثة أشهر عدة الياسة وبعد ذلك تحمل للأزواج.

والسبب في اختلافهم كما يظهر من أدلتهم: أن أصحاب الاتجاه الأول رأوا أن العدة من الأمور التعبدية التي لا تعلق، فهي محكومة بالنص، بينما رأى أصحاب الاتجاه الثاني أنها معللة ببراءة

الرحم، ولا شك أنها تتحقق بالسنة، بل فيها مزيد احتياط لهذا الأمر.

المناقشة والترجيح:

والذي أراه: أن المطلقة إذا حاضت مرة أو مرتين ثم دخلت سن اليأس، تعدت ثلاثة أشهر عدة الأيسة، إذا لم يظهر بها حمل، وهذه المسألة ليست في محل النزاع. وإنما يحصل النزاع في المطلقة التي لم تقترب من سن اليأس، ولم تدخل فيه حسب عادة النساء، ثم انقطع حيضها بعد الطلاق، وقبل انقضاء عدتها بالحيضة الثالثة، ولم يظهر فيها حمل، فهذه التي ذهب الجمهور من العلماء من المالكية والحنابلة والشافعية في أحد القولين عندهم إلى أنها تعدت سنة ثم تحمل بعد ذلك للأزواج. وهذا الرأي هو الذي أرجحه للأسباب التالية:

١- إن قول المخالفين بأن المسألة نصية لا قياسية غير مسلم، لأنها لم يرد بخصوصها نص، وإنما ورد النص بذات الأقراء وبالأياسة، وهذه ليست منهما، لانقطاع حيضها قبل بلوغ سن اليأس بسنوات طويلة، فليست بأياسة، لأنها لم تبلغ هذا السن عادة، وليست بذات قرء، لانقطاعه من غير حمل. ثم إن القول بأن العدة مسألة نصية، خاص بمدتها حسب ما هو وارد في القرآن الكريم، فلا اجتهاد في تغيير هذه المدة لواحدة من أصحاب العدة المنصوص عليها، أما ما بعد ذلك من تعليل للنص في أنه للتأكد من براءة الرحم، فقد رأى غيرهم من العلماء ذلك، والمسألة في التعليل وعدمه موضع اجتهاد فلا يحتج بها على المخالف.

٢- إن القول بأن عليها أن تعدت أبداً حتى تحيض أو تدخل في سن اليأس، لا دليل عليه من كتاب أو سنة، وإنما ورد النص بخصوص ذات الأقراء أو الحامل أو الأيسة أو المتوفى عنها زوجها وهذه ليست واحدة منهن، والزامها بالعدة أبداً مخالف لأطول مدة في العدد المنصوص عليها، كما أنه لا يخفى ما فيه من ضرر بالغ على المرأة التي طلقها زوجها، حيث ستلزم بالامتناع عن الزواج إلى مدة لا يعلمها إلا الله، وإذا بلغت سن اليأس فليس للأزواج فيها رغبة، إضافة إلى ما فيه من ضرر على الزوج نفسه، حيث سيلزم بأحكام عدتها من نفقة وسكنى وميراث ونحو ذلك.

٣- إن أصحاب الاتجاه الأول من الحنفية، رجح المتأخرون منهم عن القول بما رآه المتقدمون، وخالفوه في ذلك، وأفتوا بمذهب الجمهور وذهب بعضهم إلى جواز الحيلة في الخلاص من هذه المشكلة بأن يقضي بانتهاء العدة بمدة سنة قاض مالكي [٦٠٢/٢: ٥٩] ممن يرون ذلك، فيجوز حكمه

ولو كان مخالفاً لمذهب الحنفية، لأنها فتوى تأكدت بحكم القاضي، وما ذلك إلا لما ظهر لهم من المشقة الحاصلة بتطبيق المذهب، ومن أن الفتوى بخلافه أقرب إلى الصواب وأبعد عن الضرر، وهي المحققة للمصلحة في هذه المسألة.

٤- أرى أن وجوب العدة على المطلقة معلل بالتأكد من براءة الرحم، لحفظ الأنساب وضمان عدم اختلاطها، بدليل أن الله تعالى لم يوجب العدة على غير المدخول بها، بخلاف عدة الوفاة التي أوجبها على المتوفي عنها زوجها سواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها، لأن العلة فيها اظهار الحزن على فقد الزوج، وليس التأكد من براءة الرحم، بدليل أنها لو كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل وليس بالاشهر والأيام على حد قول من يرى أنها تعتد بأبعد الأجلين [١١٦: ١١٧/٨].

لذلك فالعدة متحققة بالسنة على وجه التأكيد، حيث ستلتزم بانتظار مدة الحمل، وهي تسعة أشهر، ثم تستمر في العدة مدة ثلاثة أشهر أخرى، فهذه سنة كاملة لا يعقل بعدها أن يكون رحمها مشغولاً بحمل، أو يقال أنها لم تنته عدتها.

٥- اضف الى كل ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بذلك بمحض من الصحابة، ووافقه معظمهم على ذلك، ويسعنا ما وسعهم، ولقد ادعي أنه حصل اجماع من الصحابة على ذلك [١٤٨: ١٥١] والواقع أنهم لم يجمعوا، حيث خالف في ذلك علي وعثمان وزيد بن ثابت [١١٦: ١١٠/٨] ولا حاجة للاستدلال بالاجماع، ولكن أكثر الصحابة في زمن عمر قد وافقوه على اجتهاده في هذه المسألة، وعلى حكمه فيها، فقد روى ابن القيم رحمه الله أنه صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه قضى في امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم يرتفع حيضها لا تدري ما رفعه، أنها تتربص تسعة أشهر، فان استبان بها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر [١٨٨: ٢٠٦/٤] ولهذا قال جمهور العلماء أنها تحمل بعد ذلك للزواج ولو كانت بنت ثلاثين سنة أو أربعين، كما روي عن الشافعي أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب قضى به بين المهاجرين والانصار، ولم ينكر عليه فكيف تجوز مخالفته [١٠٩: ٣٨٧/٣].

لكل هذه الاسباب فإنني أرى ترجيح مذهب الجمهور، القائلين بأنها تعتد سنة كاملة، وفي هذا القول احتياط للأنساب بالتأكد من براءة الرحم ييقين من جهة، ورفع الضرر عن المطلقة وزوجها بتطويل مدة العدة عليها الى درجة لا يقبلها العقل من جهة أخرى، وليس فيه مخالفة لنص من كتاب

أو سنة، بل ان ايجاب العدة عليها ابدأ، لا دليل عليه من كتاب أو من سنة .

السياسة الشرعية في المسألة:

تبيّن أن النص الوارد في العدة خاص بمن ذكر، وليس في مسألة ممتدة الحيض أو المتحيرة نص خاص يلزم بمدة معينة، وان قال قائل بورود النص، فيجواب : بأن العدة معلومة العلة، وليست من الامور التي لا تدرك علتها، وبالتالي لا يكون للاجتهاد مورد فيها. والدليل على ذلك فعل عمر رضي الله عنه وقضاؤه بأمرها، وفهم من معه من الصحابة لهذه المسألة، بأنها لا تدخل تحت أي نوع من أنواع العدة المنصوص عليها، والا ما ساء لهم الاجتهاد في مورد النص .

وحيث انه لا نص على حكم هذه المسألة بخصوصها، فهي بذلك تكون داخلية في مسائل السياسة الشرعية من حيث مجالها، والذي يظهر واضحاً أن الاخذ بمذهب الحنفية والظاهرية ومن معهم بأنها تترتب ابدأ حتى تبلغ سن اليأس فتعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، فيه من المشقة والضرر والخرج ما تاباه الشريعة الاسلامية، ولا يتفق مع مقاصدها وقواعدها العامة، لأن الضرر في الشريعة ممنوع، والخرج فيها مرفوع، وكل ما ادى الى ذلك فهو غير مشروع .

أما ما ذهب اليه الجمهور من القول بأن ممتدة الحيض أو المتحيرة تعتد سنة فقط، فهو الموافق لأحكام الشريعة ويسرها، مع أن براءة الرحم تتحقق بوضع الحمل، ومدته تسعة أشهر إذا كانت المطلقة من أولات الاحمال، وبثلاثة قروء ومدتها ثلاثة أشهر إذا كانت من ذوات الحيض، إلا أن جمع المدتين عليها نظراً لوضعها الخاص - حيث لم يتضح أنها من ذوات الحمل أو من ذوات القروء - فيه احتياط للانساب، وهو مطلوب شرعاً، ولا تضرها مدة التريص، لأنها لن تكون طويلة بالقدر الذي قال به الآخرون، بل هي مدة مقدور عليها غالباً، وهي تكليف بمسقة معتادة .

والذين قالوا بمدة السنة، انما نظروا الى الضرر الواقع على المطلقة بمنعها من الزواج مدة طويلة، قد تستغرق عمرها كله أو معظمه، ومن الثابت شرعاً أن الضرر يزال، وهو واقع أيضاً على الزوج الذي سترهقه نفقاتها، ولن يباح له التزوج باختها أو بخامسة حتى تنقضي عدتها، وهي غير معلومة، فالضرر حاصل على الطرفين، والخرج ثابت، ورفع الحرج وازالة الضرر مأمور بهما شرعاً، والعمل بما يرفعهما موافق لمقاصد الشريعة وقواعدها الكلية، وهذه من مستندات السياسة

الشرعية وأصولها المعتبرة.

ولا أدل على تحقق المصلحة في قول الجمهور، من رجوع متأخري الحنفية إليه والفتوى به. فان التطبيق العملي اثبت وقوع الضرر والخرج على المكلفين بانتظار هذه المدة الطويلة، فكان من المصلحة أن يفتى بما يرفع الضرر والخرج عنهم، سداً لذريعة الفساد، أو اعتباراً لهذا المال المنوع، وهو التكليف بما لا يطاق.

فمما لا شك فيه أن بقاء المرأة المطلقة مدة طويلة قد تصل إلى عشرات السنين، دون أن تتمكن من الزواج بالطرق المشروعة، سوف يوقعها في الحرج ان هي صبرت، أو في المعصية ان عجزت عن الصبر، وإذا أدى هذا القول إلى مثل هذا المحذور الشرعي، وجب سده بجعل عدتها سنة كاملة، درءاً للمفسدة عنها وعن المجتمع، ودرء المفاصد أيضاً من أصول السياسة الشرعية، فكان القول بما ذهب إليه الجمهور موافقاً لأحكام السياسة الشرعية، وهو الذي تشهد له المصلحة المعتبرة.

ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية:

أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب الجمهور في هذه المسألة وما ثبت من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد جاء في المادة ١٣٦ منه (إذا لم تر المعتدة في المدة المذكورة حياً أو رآته مرة أو مرتين ثم انقطع ينظر: فإذا بلغت سن الإياس تعتد ثلاثة أشهر من زمن بلوغها إليه، وإن لم تكن بلغت سن الإياس تترىس تسعة أشهر تسعة للسنة) [المقصود ما ورد في المادة ١٣٥ من القانون ونصها: مدة عدة التروجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الإياس].

وواضح من نص هذه المادة أن القانون جعل عدة من رأت الحيض مرة أو مرتين ثم انقطع ولم تكن حاملاً سنة كاملة، منها تسعة أشهر مدة الحمل، وثلاثة أشهر مدة الاقراء الثلاثة، وهذا عدول عن مذهب الحنفية، لما فيه من تيسير وسهولة على المطلقات، ورفع للحرج والضرر عنهن، وقد جاء في مذكرة القانون الايضاحية ما يبرر هذا العدول حيث قالت: (بما أن عدة من تسمى بالمحيرة أو ممتدة الظهر في مذهب أبي حنيفة تستمر حتى تبلغ المرأة سن اليأس، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر، وفي هذا من الحرج والضرر للمرأة ما لا ينكر، وفيه الاضرار بالزوج المطلق باستمرار الانفاق عليها خلال هذه المدة الطويلة، لذلك ولمصلحة كل من المرأة والرجل فقد رؤي الأخذ بمذهب مالك

ووضعت المادة ١٣٦ من هذا القانون على هذا الاساس ([١٨١:٦]).

المسألة الثانية:

ثبوت العدة من يوم الاقرار زجراً.

الاصل في العدة لطلاق أو وفاة أنها تثبت من يوم الطلاق أو الوفاة، ويجب على المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تعتد من يوم حصول الطلاق أو من يوم حصول وفاة الزوج، إلا أن العلماء استثنوا من هذا الاصل حالة اقرار الزوج بوقوع الطلاق منه، واسناده هذا الوقوع الى تاريخ سابق، مع عدم علم الزوجة به، كان يقول الزوج: انني كنت قد طلقت زوجتي قبل ستين مثلاً وهي لا تعلم بذلك، فالاصل أن يقع الطلاق من التاريخ الذي اسنده اليه الزوج، لأنه يملك ايقاعه في أي وقت ومع علم الزوجة به أو عدم علمها، لأن من يملك الانشاء لا يكذب بالاقرار [الاقرار لا يحتاج في ثبوته الى تصديق ١٧٧: ٦٩] فهو يملك أن يطلقها في هذه اللحظة مثلاً، فلا يكذب بقوله انني طلقتها بتاريخ سابق، إلا أن هذا الاصل قال الفقهاء بخلافه وجعلوا مبدأ العدة في هذه الحالة من وقت الاقرار، لأن الزوج كتم الطلاق عن الزوجة والحق بها الضرر بإطالة العدة عليها، وهي تظن انها زوجة، فإذا هي مطلقة، وقد يكون الزوج قاصداً من ذلك أن يتزوج بأختها، فحتى لا يلزم بانتظار مدة تنقضي عدة زوجته فيها، يقر بالطلاق مسنداً الى تاريخ سابق، فتكون الزوجة قد بانت منه، ويحل له أن يتزوج بأختها، أو بخامسة، ونحو ذلك.

هذه هي صورة المسألة وقد وردت في فقه الحنفية والمالكية على النحو التالي:

مذهب الحنفية:

قالوا: ان مبدأ العدة بعد الطلاق وبعد الموت على الفور، وتنقضي العدة وأن جهلت المرأة بهما، لأنه أجل فلا يشترط العلم بمضيه، سواء اعترف الزوج بالطلاق أو أنكروا، فلو طلق امرأته ثم أنكروا، وأقيمت عليه بينة، وقضى القاضي بالفرقة، كأن أدعته عليه في شوال، وقضى به في المحرم، فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء. أما لو أقر بطلاقها منذ زمان ماض، فإن الفتوى أنها من وقت الاقرار، نفياً لتهمة المواضعة، وهذا هو ظاهر كلام محمد في المبسوط. وجاء في الكتر: انها تعتبر من وقت الطلاق، إلا أن المتأخرين من الحنفية اختاروا وجوبها من وقت

الاقرار، حتى لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها، زجراً له، حيث كتم طلاقها. وهو المختار [١٥٤/٤:٦١، ٦١٠/٢:٥٩].

وقد حاول السغدي من الحنفية أن يوفق بين ما ذهب اليه المتقدمون من الحنفية والتأخرون منهم، فحمل كلام محمد على ما اذا كانا متفرقين في الوقت الذي أسند اليه الطلاق، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد.

وجاء في فتح القدير [ان فتوى المتأخرين مخالفة للائمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين، وحيث كانت مخالفتهم للثمة، فينبغي أن يتحرى بهامحاليها، والناس الذين هم مظانها] [١٥٥/٤:٦١].

وحاصل ما عليه الفتوى عند المتأخرين من الحنفية، أنه لو كتم طلاقها لم يحكم بانقضاء عدتها، بل تبدأ عدتها من تاريخ اقراره، لا من تاريخ اسناد الطلاق لزمان سابق، وذلك زجراً له عن الكتمان [٦١١/٢:٥٩].

أما مذهب المالكية:

فقد جاء فيه: أنه ان أقر بطلاق متقدم استأنف العدة من اقراره، وهذا يعني أن الشخص إذا أقر في صحته أنه وقع منه طلاق على زوجته ولا بينة له بذلك، فإنه يؤخذ باقراره في الطلاق، فيلزمه ما أقر به من أمر الطلاق، ولا يقبل منه في تاريخ الطلاق المتقدم، لأنه يتهم على اسقاط العدة، وهي حق لله تعالى، فتستأنف المرأة العدة من يوم أقر بالطلاق، أما ان كانت له بينة تشهد باقراره، فالعدة من الوقت الذي ذكرت البينة أنه طلق فيه [١٤٥/٤:٩١].

هذا ما ذكره فقهاء الحنفية والمالكية في المسألة ولم أجد لغيرهم من الفقهاء قولاً فيها فكأنهم بقوا على الاصل وهو وجوب العدة من تاريخ الطلاق بحولو أسنده الى تاريخ سابق.

ومن الملاحظ: أنه لا يبحث في المسألة إذا قامت عليها بينة وليست في محل النزاع، لأن البينة مستند للحكم ولا عبرة بما يقوله أحد الزوجين خلافاً للبين، وإنما صورة المسألة موضوع البحث، هو ما ذكر من اقرار الزوج بطلاق زوجته، واسناده هذا الاقرار لتاريخ سابق، يكفي لانقضاء عدتها، وهي لا تعلم، ففي هذه الحالة لا يقبل الحنفية ولا المالكية اقراره بخصوص التاريخ، ويلزمونه بالطلاق، ولكن وجوب العدة يكون من تاريخ اقراره بهذا الطلاق، زجراً له عند الحنفية، وللتهمة عند

المالكية. وهذا التعليل من فقهاء المذهبيين، هو موضع السياسة الشرعية في المسألة.

السياسة الشرعية في المسألة:

من المتفق عليه أن المقر مؤاخذ باقراره [١٧٧: ٦٦]. ولكن هذا ليس على اطلاقه، لذلك جاءت القاعدة الأخرى لتبين: أن الاقرار حجة قاصرة على المقر [المادة ٧٩ من المجلة] فلا يجوز أن يتعدى أثر الاقرار الى الغير، ولا يلزم الأخرى باقرار غيرهم عليهم. ومن هنا فان اقرار الزوج بأنه أوقع الطلاق على زوجته ملزم له، وهو مؤاخذ به فلا يجوز له الرجوع عن هذا الاقرار. أما اسناده ايقاع الطلاق الى تاريخ سابق، فان هذا الاقرار يؤثر على الزوجة، ويمس حقوقها، فهي لا تعلم بالطلاق وكل ظنها أنها زوجة، لذلك لا تستطيع حتى مجرد التفكير بالزواج من غيره، لانها على عصمتها، كما أنها لا تستطيع أن تطالب بحقوقها الشرعية المتوقفة على اليقونة وانقضاء العدة من الطلاق، كالمهر المؤجل، ونفقة العدة، ونحو ذلك، فاذا اسند الزوج الطلاق الى تاريخ سابق ولم يعلم الزوجة به، إلا بعد انقضاء عدتها بزمان، فان حقوقها المذكورة ستضيع عليها، اضافة الى حبسها عن الزواج، أو ربما أراد الزوج باسناده الطلاق الى تاريخ سابق أن يبينها، وتكون منقضية العدة منه، حتى يتمكن من زواج أختها أو التزوج بأربع، كما علل ذلك فقهاء المالكية، وهذه التهمة تجعل اقراره مظنوناً أو مشكوكاً فيه، وقد دلت القرائن على وجود مثل هذه التهمة، والقرينة هنا هي كتمان الطلاق وعدم ابلاغ الزوجة به، حتى انقضت عدتها ومضى عليها زمن، وهي لا تعلم بطلاقها.

لذلك رأى المتأخرون من الحنفية أن هذا الكتمان من الزوج لأمر طلاقه، الحق الضرر بالزوجة، وهو غير محق فيه، فيجب زجره عن مثل هذا العمل، ورأوا أن الزجر يكون بعدم اعتبار اقراره في اسناد تاريخ الطلاق، والزامه بالطلاق الذي أقر به، ولكن لا تبدأ العدة إلا من تاريخ هذا الاقرار، كأنه أوقع الطلاق اليوم، حتى لا تتضرر الزوجة بضياع حقوقها، كالنفقة التي تستحقها بوصفها زوجة، ونفقة العدة التي تستحقها بعد الطلاق، ومهرها المؤجل الذي تستحقه بانقضاء العدة، ونحو ذلك وحتى يرد عليه قصده.

أما تعليل المالكية فمقتضاه العمل بالقرائن التي تدل على أنه متهم باقراره، وهذه التهمة تجعل الاقرار غير معتبر في الاثبات، ولا تبنى عليه الأحكام الشرعية، حفظاً لحق الله تعالى في أحكام

العدة، سواء ما يتعلق منها بالمرأة أو بالزوج المطلق.

لذلك تكون هذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية، ومستندها المصلحة، ورفع الضرر عند الحنفية، والحكم بالتهمة واعتبار القرائن عند المالكية، وجميعها من أصول السياسة الشرعية.

حكم المسألة في قانون الأحوال الشخصية:

لم يأخذ قانون الأحوال الشخصية بما رآه المتأخرون من فقهاء الحنفية، وإنما نص على جعل مبدأ العدة من وقوع الطلاق، أو وقوع الفسخ أو وفاة الزوج، ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال جاء ذلك في المادة ١٤١ منه [نص المادة ١٤١ من قانون الأحوال الشخصية هو: مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة ووقوع الطلاق ووقوع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مُطَلَّعة على هذه الأحوال. وهو نفس النص الموجود في قانون حقوق العائلة الأردني السابق في المادة ١٠٧ منه].

والدليل على أن القانون لم يأخذ بالسياسة الشرعية في هذه المسألة، ولم يطل اسناد الطلاق الى تاريخ سابق، هو ما جاء في نص المادة المذكورة من أن مبدأ العدة هو وقوع الطلاق، ولو لم تكن الزوجة مطلعة عليه، وهذا يشمل ايقاع الطلاق من الزوج في الحال، كما يشمل اقراره بايقاع الطلاق في زمن مضى، فيكون مبدأ العدة من ذلك التاريخ، بدليل قول القانون [ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال] ومنها الاقرار بالطلاق في زمن مضى.

هذا فهمي لنص هذه المادة، أما محكمة الاستئناف الأردنية فقد جاء في قرارها رقم ٨٦٨٨: ان التوفيق بين النصوص الشرعية الذي حققه السغدني، واعتمده في البحر، أن العدة تبدأ من التاريخ المسند اليه الطلاق، في حالة تحقق افتراق الزوجين عن بعضهما بعد الطلاق، وإلا فتعتبر من تاريخ الاقرار [١٧٤: ٢٢٠]. ومقتضى هذا أنه يجب على القاضي أن يحقق في افتراق الزوجين أو عدمه بعد التاريخ المسند اليه الطلاق، فان ثبت لديه أن الزوجين كانا مفترقين من التاريخ الذي اسند اليه الطلاق، فلا تهمة باخفاء أمر الطلاق عنها أو عدم علمها به، فتلزم بالعدة من التاريخ الذي اسند اليه الطلاق. أما إذا ثبت لديه أن الزوجين كانا يتعاشران معاشرة الأزواج، أو كانا معا في بيت واحد ولم يفترقا، فانه يلزم المرأة بالعدة من تاريخ اقرار الزوج، لا من التاريخ المسند اليه الطلاق، وهنا يأتي الزجر، ويكون بكتمانه أمر الطلاق مع أنه يعيش مع زوجته ولم يفارقها قاصداً الاضرار بها، فيرد عليه قصده، ولا يعتبر مبدأ العدة من التاريخ الذي اسند اليه الطلاق، بل من تاريخ

اقراره به، وكان الطلاق لم يقع الا في الحال .

فالمحكمة الاستئنافية لم تأخذ بقول المتقدمين من الحنفية، ولا بقول المتأخرين، وانما اعتمدت

التوسط بينهما بما يعرف في فقه الحنفية (بتوفيق السغددي) [*].

المسألة الثالثة:

إذا تزوجت المطلقة بعد انقضاء عدتها فهو دليل على اقرارها بانقضاء العدة

وردت هذه المسألة في فقه الحنفية، وصورتها: أن تطلق امرأة، ثم تمضي المدة التي يحتمل أن تنقضي بها عدتها من هذا الطلاق، وتتزوج بزواج آخر، فاذا حصل نزاع بينها وبين زوجها الأول حول حق من حقوقها عليه، ثم قالت الزوجة ان عدتي لم تنقض من الأول، ولا زلت في العدة، فهل يقبل منها هذا القول وقد تكتم أمر زواجها من الثاني أو يطلقها الثاني؟

الثابت في فقه الحنفية أن القول في انقضاء العدة هو قول المطلقة يمينها [١٥٦/٤:٦١]، ولكن في هذه الحالة لو قالت الزوجة ان عدتها لم تنقض، وحلفت اليمين وفق قولها، فقد نص الحنفية على عدم قبول ذلك منها جاء في رد المحتار (لو تزوجت بأخر بعد مدة تنقضي في مثلها العدة، فلو قالت بعده لم تنقض، لم تصدق، لأن الاقدام عليه دليل الاقرار) [٦١٢/٢:٥٩].

وقولهم لم تصدق مع أن الاصل في انقضاء العدة أن يقبل قولها مع يمينها، إذا لم يكن للزوج بينة على ذلك. فمن حقه أن يقيم البينة، ومن حقها أن يقبل قولها باليمين، هو استثناء من هذا الاصل، وخروج عليه . وقد عللوا ذلك بوجود القرينة الدالة على اقرارها السابق بانقضاء العدة حيث أنه لم يصدر منها اقرار قولها، وانما هو اقرار ضمني تدل عليه قرينة فعلها للزواج من آخر، لأن حال المسلم تحمل على الصدق والصلاح، فلو أن عدتها لم تنقض لما تزوجت من زوج آخر، وهي تعلم أن ذلك محرم شرعاً. فهذا الاقرار الضمني منها، وهو فعل الزواج، يمنعها من الرجوع عن ذلك والادعاء بخلافه، فاذا قالت لم تنقض العدة بعد ذلك، لا تصدق في قولها لدلالة الفعل على نقيضه، وهو اقدامها على الزواج من غيره.

*السغددي: هو شيخ الاسلام قاضي القضاة علي بن الحسين بن محمد السغددي البخاري المتوفي سنة ٤٦١ هـ صاحب كتاب النصف

في الفتاوى وهو منسوب الى سغد من نواحي سمرقند. ١٩٧:١٢١.

لم يرد في قانون الأحوال الشخصية نص حول هذه المسألة، وإنما ورد ذلك في اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، حيث رأت أن المطلقة إذا تزوجت بعد مدة تحتمل انقضاء العدة، ثم قالت: لم تنقض عدتي لا يقبل منها ذلك، لأن الاقدام على النكاح اقرار بانقضاء العدة. وبعد اجراء العقد يتعلق حق الزوج بهذا الزواج، فلا يجوز فسخه بلا وجه شرعي، وهو يلتقي تماماً مع النص السابق في مذهب الحنفية [٢١٩:١٧٤].

السياسة الشرعية في المسألة:

ان فقهاء الحنفية استثنوا حكم هذه المسألة من الاصل الثابت عندهم، وهو أن كل من كان القول قوله لا يقبل الا يمينه، وفي أمر انقضاء العدة القول في ذلك قول المرأة مع اليمين، إذا عجز الزوج المطلق عن الاثبات، لأن أمر انقضاء العدة لا يعرف غالباً إلا من قبلها، إن لم تكن بوضع الحمل فإنه ظاهر يمكن اثباته، أما انقضاء العدة بالقرء مثلاً فلا يعرف إلا من قبلها، واليمين: توثيقاً وتأكيداً لقولها، ومزيداً من الاحتياط في حق الله تعالى وحقوق العباد.

وهذا الاستثناء من الاصل، استحسنته الحنفية، لوجود القرائن الدالة على الكذب، وان قالت وحلفت؛ لأنها أقدمت على الزواج من زوج آخر، وهذا الفعل منها دليل على انقضاء عدتها، لأن الشأن في المسلم أن لا يرتكب المحرم، وزواجها قبل انقضاء عدتها من الأول حرام شرعاً، لأنها تكون معتدة الغير، فنزلوا هذا الاقدام على الزواج منزلة الاقرار الضمني بمضي العدة بدلالة القرائن، والرجوع عن الاقرار غير مقبول في حقوق العباد، حيث يتعلق بفسخ الزواج حق الزوج، اضافة الى حق الله تعالى، وهذا حكم بالقرائن. والحكم بالقرائن من السياسة الشرعية؛ لذلك قالوا انها لو ادعت بعد زواجها أن عدتها لم تنقض وحلفت اليمين على ذلك، لا يقبل منها ولا تصدق في هذا القول، ولولا هذه القرينة، وهي اقدمها على الزواج لكان قولها مقبولاً في انقضاء العدة.

ولا دليل للحنفية على مخالفتهم لهذا الاصل من كتاب ولا من سنة، ولكنه عمل بالقرائن، واعتماد على الافعال التي نزلوها منزلة الاقرار، وهو فقه حسن تؤيده السياسة الشرعية.

القانون:

ذكر سابقاً أن المطلقة ذات الاقراء تعدد بثلاثة قروء لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [الاية ٢٢٨ من سورة البقرة] وقد اختلف الفقهاء في معنى القراء، فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الى أنه الطهر، وقال الحنفية هو الحيض، كما أنهم اختلفوا في أقل الحيض، وأقل الطهر التي تصدق المرأة فيه بانقضاء عدتها.

فمذهب الحنفية أن أقل مدة تصدق فيها بانقضاء عدتها هي ستون يوماً، فيجعل كأنه طلقها في الطهر بعد الوطء، ويؤخذ لها أقل الطهر خمسة عشر، لأنه لا غاية لأكثره، وأوسط الحيض خمسة لأن اجتماع أقلهما نادر، فثلاثة اطهار بخمسة وأربعين يوماً، وثلاث حيض بخمسة عشر، فصارت ستين يوماً، وهذا على تخريج محمد لقول الامام. أما على تخريج الحسن له، فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة عليها، ويؤخذ لها أقل الطهر وأكثر الحيض، ليعتدلاً، فطهران بثلاثين يوماً، وثلاث حيض بثلاثين أيضاً، فتكون أقل مدة تصدق فيها المطلقة بانقضاء عدتها عند الامام ستين يوماً.

وعند الصحابين أقل مدة تصدق فيها الحرة تسعة وثلاثون يوماً، ثلاث حيض بتسعة أيام، وطهران بثلاثين يوماً [٥٩: ٢/ ٦١٢].

ومذهب المالكية أن القراء هو الطهر، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً، أما أقل الحيض فيرجع الى العرف عندهم، واخبار النساء العارفات بعادة بلادهن، فقد تعد العارفات اليوم حيضاً باعتبار بلدن، وقد تعد عارفات اخر أقل منه حيضاً باعتبار بلدن أيضاً. فلو جعلنا أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وأقل الحيض يوماً واحداً أو بعض يوم، فتكون أقل مدة تصدق فيها المرأة بانقضاء عدتها هي ثمانية وأربعون يوماً، خمسة وأربعون منها لثلاثة اطهار، وثلاثة أيام أو بعضها لثلاث حيض [٩١: ٤/ ١٣٦، ٨٨: ٢/ ٦٨٠].

ومذهب الشافعي أنه لا يقبل قول المرأة في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، ولا يقبل في أقل من ذلك بحال، لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك، لأن أقل الحيض عنده يوم وليلة، وأكثره خمسة عشر يوماً بلياليهن، فان طلقها فحاضت بعد لحظة، انقضت عدتها بمضي طهرين آخرين والشروع في الحيضة الثالثة، وان طلق في الحيض فلا بد من ثلاثة اطهار كوامل، فإذا شرعت في

الحیضة الرابعة انقضت، ولا فرق بين أن يتقارب حیضها أو يتباعد فإذا كانت تحيض يوماً وليلة وتطهر خمسة عشر يوماً وطلقت في آخر الطهر انقضت عدتها باثني وثلاثين يوماً ولحظتين، أو في آخر حیض فسبعة وأربعين يوماً ولحظة، وهو أقل الممكن في الحرة [١٠٠:٦١ ، ٩٩:٨٦].

ومذهب الحنابلة أنها ان ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها، لاننا نعلم كذبها، وعملاً بقول شريح من أن المرأة اذا ادعت أنها حاضت ثلاثة حیض في شهر، وجاءت بيينة من النساء العدول، فقد انقضت عدتها، وإلا فهي كاذبة، وقد وافقه علي بن أبي طالب على ذلك [١١٦:٥٢٦/٧].

هذه أقوال العلماء في المسألة، وأطول مدة ذهب إليها الفقهاء هي ما نقل عن أبي حنيفة من أنها ستون يوماً. وجميعهم قال: أنها اذا ادعت انقضاء العدة في أقل من المدة التي ذهب إليها، لا تصدق ولا يقبل قولها، لأن كذبها ظاهر.

حكم المسالة في قانون الأحوال الشخصية

جاء في المادة ١٣٥ من القانون ان المطلقة اذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك.

وقد عدل القانون عن أقوال جميع العلماء في هذه المسألة، وحدد مدة لا تقل عنه ثلاثة أشهر، وقد الحق ذات الاقراء بالآيسة التي وردت عدتها في القرآن الكريم بثلاثة أشهر، واشركهما في الحكم بحيث لا يقبل منها الادعاء بانقضاء عدتها قبل مرور ثلاثة أشهر كآيسة، وفسرت محكمة الاستئناف الشرعية مدة الثلاثة أشهر بتسعين يوماً [١٧٤:٢٢٣].

هذا في الوقت الذي حدد فيه النص الشرعي عدة ذات الحيض، وعدة الآيسة، إلا أن النص لم يرد في أقل مدة تصدق فيها المرأة بانقضاء عدتها، لذلك رأينا اختلاف الفقهاء الواسع في حكم هذه المسألة حتى بين العلماء في المذهب الواحد.

وكان القانون نظر الى حال الناس، وشيوع الكذب فيهم، نظراً لقلّة الوازع الديني، فان أمر الحيض بالنسبة للمطلقة لا يعرف إلا من قبلها، ولم يأمرنا الشارع بتكذيب النساء في هذا الأمر أن كن مؤمنات، والاطلاع عليه غير ممكن، لذلك حدد القانون أقل مدة تنقضي بها العدة بأمر معروف

ويمكن الاطلاع عليه، وهو الاشهر . وهذا اقطع للتزاع وأحوط في أمر يتعلق فيه حق الله تعالى .

وايبي في المسألة:

أن تحديد مدة معلومة لانقضاء العدة يقطع التزاع في هذا الأمر، ويرفع الكثير من الحرج عن المرأة، وعن القاضي، حتى لا يضطر في البحث بأمر يعتبر من أخص خصوصيات المرأة، إلا أن هذا لا يمنع من القول أننا نطبق أحكام الشرع، ونحكم بأوامره، لا بما نراه من غير دليل معتبر . والشارع لم يحدد مدة لاقل ما تنقضي به عدة المرأة، وإنما ترك ذلك لاختلاف أحوال النساء بين إمراة وامراة، وبين بلد وآخر، وذكر أن عدة المطلقة ذات الاقراء انما تكون بثلاثة قروء، وإذا علم أن عادة معظم النساء أن يطرهن الحيض في كل شهر، فتكون مدة الثلاثة أشهر هي أقصى مدة العدة لذوات الاقراء، وليست أقلها، وهذا لا يعني أن بعض النساء لا تقل عدتهن عن هذه المدة . وصحيح أن أمر عدتها لا يعلم إلا من قبلها، فكان الأولى أن يتسرك ذلك لقول المرأة، فهي مؤتمنة على دينها، وإن وجدت رية أو تهمة فقد احتاط الفقهاء في هذه الحالة وقالوا: أن القول قولها يمينها .

والشأن في المسلم أنه إذا حلف اليمين أمام القضاء، وهو يعلم ما يترتب على الكذب فيها من عظيم الوزر عند الله تعالى، أن يكون صادقاً وقد جعل الشارع اليمين الشرعية من أسباب ثبوت الدعوى، أو من وسائلها المعتبرة [لقوله ﷺ: الينة على المدعي واليمين على من انكر. ٢٧: ١٢/١] فلماذا لا يكون اليمين في مثل هذه الحالة كافياً للحكم بصحة قولها وتصديقها، وليس قولها المجرد، لوجود التهمة أو فساد الزمان .

وهذا لا يعني أن الحكم بعدم سماع قول المرأة في انقضاء عدتها إذا ادعتها لمدة قليلة وغير معقولة غالباً أنه غير مقبول فقهاً، بل قد نص الفقهاء على عدم سماع دعواها ان ادعت انقضاء عدتها قبل مرور شهر مثلاً، لظهور كذبها في أن الحيض طرقتها ثلاث مرات في شهر واحد، فهذا غير معهود [١١٦: ٧/٥٢٦] ولكني أقول: ان تحديد أقل المدة بما حدده بها الفقهاء أولى من إلحاقها باليائسة مع ورود النص، فلو أن القانون أخذ بمذهب أبي حنيفة مثلاً من أن أقل المدة ستون يوماً، لكان في ذلك معتمداً على نصوص فقهية معتبرة، وهذا أولى من أن يقول الانسان برأيه في مسألة يتعلق بها حرمة الفروج، وحلها للأزواج، وحرمة أموال الناس بوجوب النفقات، وغيرها من

الحقوق.

اضف الى ذلك أن المطلقة رجعيّاً وهي من ذوات الحيض يملك زوجها ارجاعها ما دامت في العدة، فاذا جاء الزوج المطلق ليرجع زوجته في اليوم التاسع والثمانين مثلاً، فإن القاضي بموجب هذا النص يقبل منه الرجعة ويعتمدها، لأن الزوجة لا زالت في العدة بحكم القانون، حيث لم تمض مدة الثلاثة أشهر، التي جعلها القانون الحد الأدنى لقبول قول المرأة في انقضاء عدتها. وقد تكون المرأة قد بانّت منه حقيقة لاحتمال طروق الحيض لها ثلاث مرات في مدة التسعة والثمانين يوماً، وهذا متصور جداً، خاصة اذا طلقها الزوج في آخر يوم من طهرها.

وهنا تقول الزوجة انها أصبحت بائنة لانقضاء عدتها، وتقسم على ذلك، بينما يتمسك الزوج بحققة في صحة الرجعة، وقد تكون فعلاً قد بانّت منه ديانة عند الله تعالى بمضي ثلاثة قروء على الطلاق، فماذا تصنع الزوجة وهي تعلم يقيناً أنها لا تحمل له، وأن رجعتها غير صحيحة، لوقوعها بعد انقضاء العدة؟! انقضاء العدة؟!

وثمة أمر آخر في غاية من الأهمية، ذكره القانون وهو أنه نص على عدم قبول قول المرأة في هذه الحالة، ولم ينص على عدم سماع الدعوى، وهناك فرق كبير بين عدم سماع الدعوى لغاية تنظيم القضاء، وبين عدم قبول قولها مطلقاً. لأن عدم سماع الدعوى لا يمنع الحق ولا ينفيه، وكل ما في الأمر أن القضاة ممنوعون سياسة من سماع الدعوى بخصوصه، وقد يكون حقاً فلو أن الزوجة أثبتت أو طالبت به عن غير طريق القضاء، لكان لها ذلك ديانة، أما أن ينص القانون على عدم قبول قولها، فأنني أرى أن هذا مخالف لنصوص الفقهاء الذين اعتبروا أن القول في إنقضاء العدة هو قولها مع اليمين، فالنص على خلافه، يناقض الأحكام الفقهية، ويتعارض معها، وليس من السياسة الشرعية ما يناقض ذلك، خاصة وقد روى أحمد بن حنبل الحديث «ان المرأة اثتمنت على فرجها» [١١٦: ٧، ٥٢٦، ٥، ١١٨/٣].

ولو أن القانون نص على عدم سماع الدعوى في مثل هذه الحالة، لكان أولى وأقرب الى الصواب. لذلك أرى أن تحديد أقل مدة انقضاء العدة بستين يوماً، وفقاً لما نقل عن الامام أبي حنيفة، بحيث لا تسمع الدعوى من المرأة قبل مضي هذه المدة، ويبقى قولها مقبولاً خارج القضاء، هو الأولى بالاعتبار مما ذهب اليه القانون، ولا يترتب عليه مثل هذا المحذور، كما أنه يستند الى نص

فقهي معتبر، في مذهب من المذاهب الإسلامية.

السياسة الشرعية في المسالة:

لم يرد نص من الشارع الحكيم يحدد أقل مدة تصدق فيها المرأة بانقضاء عدتها بثلاثة قروء، كما لم يرد نص يحدد أقل مدة الحيض أو أكثره، أو أقل مدة الطهر أو أكثرها، وإنما عرف ذلك بالاستقراء والعادة والمشاهدة، كما أن الشارع ترك هذا الأمر إلى المرأة المسلمة التي يفترض فيها الصدق، فإذا قالت: انقضت عدتي وهي مؤمنة غير متهمة صدقت في ذلك، وقد أضاف الفقهاء إليها اليمين في هذه الحالة، زيادة في الاستيثاق، والاحتياط لأمر الفروج، والاحتياط في الأمور الشرعية مطلوب، وهو من السياسة الشرعية التي تحرس مقاصد الشريعة، وتحفظ حق الله تعالى في أمر من أمور الشرع عند فساد الزمان واتهام الذمم، وهذا يحقق مصلحة مشروعة للمجتمع المسلم بحفظ حق الله تعالى فيه، وحفظ حقوق الأزواج في عدم ابطال الزواج، وصحة الرجعة، والنفقة، ونحو ذلك.

كما أن تحديد مدة معينة تصدق فيها المرأة بخصوص أقل ما يمكن أن تنقضي فيها العدة من مدة زمنية، دل عليها الاستقراء لأحوال الناس والمشاهدة في الواقع المحسوس، بحيث يمنع سماع الدعوى منها إذا ادعت انقضاء عدتها قبل مرور هذه المدة، هو أمر مقبول فقهاً وشرعاً لحاجة القضاء إلى التنظيم، وعدم اشغال القضاء بما يكذبه الواقع، كما أن فيه حفظاً للحقوق، فالزوج إذا رغب في ارجاع زوجته لا يمنعه ادعاء مزعوم من مطلقتها بانقضاء عدتها، لتسبوت عليه هذا الحق الشرعي، وبذلك يظل نكاحه ويخسر أمواله التي أنفقها فيه، إضافة إلى هدم الأسرة بالبينونة الصغرى، وما يترتب على ذلك من فساد في المجتمع، لذلك فالحكم بعدم سماع الدعوى بانقضاء العدة قبل مضي مدة معينة، يستند إلى المصلحة، وهي من أصول السياسة الشرعية.

أما القول بعدم قبول قول المطلقة بانقضاء عدتها، فأنني أرى أنه يناقض النصوص الفقهية التي جاءت باعتماد قول المرأة بانقضاء عدتها، ولا يستند إلى مصلحة، لذلك فهو ليس من السياسة الشرعية، وإنما هو من السياسة غير المقبولة، لوجود هذه المناقضة، لأنه يشترط في أحكام السياسة الشرعية العادلة أن لا تناقض النصوص المعتبرة، كما أن عدم قبول قول المرأة في أمر لا يعرف إلا من قبلها - رغم عدم وجود التهمة، بأن كانت المدة التي تدعى انقضاء عدتها فيها لا يكذبها الواقع، بل هي محتملة، ويشهد لها الاستقراء والعادة - فيه تضييع لحق الشارع وحقوق الأزواج، وما كان كذلك لا يصح القول به ولا اعتباره.

الفصل الرابع في التفريق

وفيه المباحث التالية:

المبحث الأول: تحديد أجل للعنين وتطليق زوجته بعد الأجل.

المبحث الثاني: الحكم في زوجة المفقود.

المبحث الثالث: التفريق بين الزوجين للضرر .

المبحث الرابع: الزام الغائب عن زوجته بالانفاق او الطلاق .

المبحث الأول تحديد أجل للعنين وتطليق زوجته بعد الأجل

المطلب الأول: معنى العنة وصورة المسألة:

العنة: لغة بضم العين، هي عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، من عن الرجل عنة فهو معنون وعنين، ويقال: امرأة عينة فلا تشتهي الرجال [٢٨: ٢/٦٣٢].

والعنين عند الفقهاء، من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ولو كان يصل إلى امرأة دون أخرى فهو عنين بالنسبة لمن لا يصل إليها؛ لفوات المقصود بحقها [١١٦: ٧/١٨٦، ١١١: ١٦/٢٦٥، ٨٨: ٢/٤٧٥].

فإذا كان الرجل عاجزاً عن الجماع، وتزوج امرأة واختلى بها الخلوة الشرعية الصحيحة، ولم يستطع الوصول إليها رغم أنها مكنته من نفسها، فإنه والحالة هذه يكون عنيناً، وهو عيب بالزوج تتضرر به المرأة؛ لفوات حقها في المعاشرة الزوجية واحصان نفسها بالاستمتاع الكامل، وهي لا تملك الطلاق لرفع الضرر عنها، فهل يبقى الزوج متمسكاً بحقه الذي ملكه بعقد الزواج، أم أن هذا العيب في الرجل موجب لحل عقدة النكاح، إذا طلبت ذلك الزوجة، رفعا للضرر عنها؟ وهل إذا طلبت ذلك تجاب إلى طلبها فوراً ويفرق بينها وبين زوجها لهذا العيب، وفي ذلك ما فيه من الحاق الضرر بالزوج، وفوات نعمة النكاح عليه واتلاف ماله الذي انفقه في هذه الغاية؟ أم أنها لا تجاب إلى طلبها أبداً، وهي امرأة ابتليت فلتصبر ولو استمرت على هذه الحال طول حياتها، ما لم يتبرع الزوج بطلاقها، لأنه يملك حل عقدة النكاح برضاه إذا شاء؟

أم يتوسط فيقال: يضرب للزوج أجل، فإذا وصل إليها خلال الأجل فهي زوجته، وإلا فرّق الحاكم بينهما، رفعا للضرر عنها؟

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في تأجيل العنين مدة معينة وتطليق زوجته عليه بعد الأجل، إذا لم يتمكن من

جماعها على قولين:

الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء [٢:٧٤/٣٢٧، ٢:٩٥/٢١٤، ١١١/١٦: ٢٦٥] من الحنفية والمالكية والحنابلة أن العنين يؤجل سنة ثم يفرق الحاكم بينه وبين زوجته بعد الأجل إذا عجز عن الوصول إليها.

والثاني: وهو مذهب داود الظاهري وابن حزم [١٢٣: ١١١، ٥٨/١٠: ٢٧١/١٦] والحكم بن عيينة أنه لا يؤجل، وهي امرأته. وهذه هي أقوالهم مفصلة وتعليقاتهم في ذلك:

١- مذهب الحنفية:

إن العنين يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملاً، وفرق بينهما وعليها العدة. وقد ذهبوا في تعليل قولهم هذا، إلى أن الوطاء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد، وفي الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها، وهذا ضرر بها وظلم في حقها، وقد قال تعالى ﴿ولا يظلم ربك أحداً﴾ [الاية ٤٩ من سورة الكهف] وقال النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» [سبق تخريجه انظر صفحة ١٨٩ من هذا البحث] فيؤدي إلى التناقض، وذلك محال، لأن الله تعالى أوجب على الزوج الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان ومعلوم ان استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج، ليس من الامساك بالمعروف في شيء.

وقالوا إذا انتهت المدة أمر القاضي الزوج بطلاقها، فإن أبي فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، لأن المقصود بالرجعي لا يحصل. فالمقصود إزالة ظلم التعليق، وفي الرجعي يستبد الزوج بالمراجعة، مع أن حكم الرجعة مختص بعدة واجبة بعد حقيقة الدخول، وذلك غير موجود هنا.

أما كون المدة سنة، فقد قالوا: لأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة، فإذا كان امتناع وصوله إليها لعله معترضة أو آفة أصلية في أصل الخلقة، فإنها تعرف بتمام السنة، فان مضت السنة ولم يصل إليها، عرف أن ذلك بآفة أصلية لا معترضة [٢١/٣: ٦٦، ١٠٠/٥: ٧٠، ١٢٨/٤: ٦١].

٢- مذهب المالكية :

جاء عن مالك [أن امرأة العنين لها أن تقول اضربوا له أجل سنة، لأن الرجل ربما تزوج فاعترض له دونها، ثم يفرق بينها، ثم يتزوج أخرى فيصيبها وتلد منه، فتقول هذه تركتة وأنا

أرجو، لأن الرجال بحال ما وصفت لك ،فذلك لها ،إلا أن يكون أخبرها. أنه لا يجمع . ويكون فراقه تطليقه][هذه عبارة المدونة الكبرى لمالك ٩٥ : ٢١٤].

ويلاحظ أن المالكية أعطوا المرأة حق طلب التفريق للعتة في الرجل ،بشرط عدم علمها بذلك قبل العقد ،واعتبروا ذلك من باب العيوب التي يرد بها البيع ،وأنهم قالوا بتأجيل العين سنة، فإذا انقضى الأجل أمر الحاكم الزوج بطلاقها ،فإن أمي وطلبت الزوجة الطلاق ،طلقها الحاكم ،أو قال لها طلقي نفسك منه ولها الصداق [٤٦٧/٢:٨٨]

٣- مذهب الشافعية :

ان الرجل يرد بعيب العتة لأن النكاح يراد للدوام ومقصوده الأعظم الاستمتاع ،والعتة عيب يمنع الجماع فيثبت الخيار بسبب ذلك ،لأننا لو لم تثبت الخيار بالفسخ بذلك لأدى الى دوام الضرر، ولا ضرر في الاسلام ، ولأن النكاح عقد معاوضة قابل للرفع فجاز رفعه بسبب العيوب المؤثرة في المقصود كالبيع، واشترطوا رفع الأمر الى الحاكم، لأنه مجتهد فيه، ويكون الخيار على الفور، وقالوا: إذا ثبت العتة يضرب القاضي له سنة ،ثم يفسخ النكاح كما يفسخ البيع بالعيب .

وعللوا ضرب مدة السنة :بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فتزول في الشتاء، أو برودة فتزول في الصيف ،أو ييوسة فتزول في الربيع، أو رطوبة فتزول في الخريف، فإذا مضت السنة ولا إصابة، علمنا أنه عجز خلقي.([ومعنى الفورية في الخيار: أن المطالبة والرفع الى الحاكم بطلب فسخ العقد للعتة يكونان على الفور، أي أن المتضرر مأمور بالمبادرة الى طلب الفسخ ؛لأنه خيار عيب عندهم فيكون على الفور كما في البيع. ١٠٩: ٣/٢٠٤]) .

ويلاحظ أنهم جعلوا التفريق بالعتة فسحاً لا طلاقاً، وأنهم عللوا جواز هذا الحق للمرأة برفع الضرر عنها، بعدم الاستمتاع الناتج عن العجز بالعتة، كما أنهم اتفقوا مع الجمهور في مدة الأجل، وهي سنة .

٤- مذهب الحنابلة:

فقد جعلوا العتة من جملة العيوب المجوزة، للفسخ ،لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، ولكنهم اشترطوا لثبوت الخيار بالعيب أن لا تعلم المرأة به قبل العقد .وقالوا: أنه يجب لها خيار الفسخ على التراخي وليس على الفور كما قال الشافعية،لأنه خيار لدفع ضرر متحقق ،فكان على

التراخي . كما اشترطوا الرفع الى الحاكم ، لأنه مجتهد فيه فيحتاج الى حكم حاكم بثبوتة .

وهم يلتقون مع الشافعية في تأجيل السنة ، وأنه فسح لا طلاق [١١٦: ٧/١٥٨] .

أما أصحاب الاتجاه الثاني :

فقد ذهبوا الى عدم جواز التفريق للعتة ، ومنعوا التأجيل سنة ، وفي ذلك يقول ابن حزم :

' ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها ، سواء كان وطئها مرة أو مراراً ، أو لم يطأها قط ، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلاً ، ولا أن يؤجل له أجلاً ، وهي امرأته ان شاء طلق وان شاء أمسك ' [١٢٣: ١٠/٥٨] .

وقد احتج بحديث عائشة رضي الله عنها ، أن رفاعة القرظي طلق امرأته فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فجاءت الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : أنها كانت تحت رفاعة ، فطلقها آخر ثلاث تطليقات ، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، وأنه والله ما معه الأمل هذه الهدية ، وأخذت بهدية من جلبابها ، فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً وقال : لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة ، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ' [٢١: ٧/٥٤ ، ٢٧: ١/٤٦٣] .

ووجه الاستدلال بالحديث كما ذكره ابن حزم ، أن زوجها لم يطأها ، وأن احليله كالهديّة لا يتشر إليها ، وتشكو ذلك الى رسول الله ﷺ وتريد مفارقتها ، فلم يشكها ، ولا أجل لها شيئاً ، ولا فرق بينهما ، وفي هذا كفاية لمن عقل .

وقد أجاب أصحاب الاتجاه الأول عن الاستدلال بهذا الحديث بما يلي :

١- ان تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة ، بل كانت كناية عن معنى آخر ، هو دقة

القضيبي [٧٤: ٢/٣٢٢]

٢- ان الرواية الصحيحة التي وردت عن علي رضي الله عنه ، أن تلك المرأة قالت لم يكن ذلك منه إلا مرة . وفي هذه الحالة إذا استطاع الزوج أن يصل إليها ولو مرة ، لا يفرق بينهما عند

الحنفية [٧٠: ٥/١٠٠]

٣- أنها كانت تريد الرجوع الى زوجها الأول رفاعة [١١٦: ٧/٢٠٠] فبين لها الرسول ﷺ أن ذلك غير ممكن قبل أن يدخل بها الثاني ، بدليل ما ورد في نص الحديث [تريدين أن ترجعي الى رفاعة . . .]

المطلب الثالث: الترجيح

والذي أراه أن حديث امرأة رفاعة ليس نصاً في العنين، حتى يصح الاحتجاج به على الجمهور، ولم تسأل المرأة رسول ﷺ عن حكم العنين، وإنما هو نص وارد في المطلقة المتوتة، إذا رغبت في الرجوع الى زوجها، فلا بد أن تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، وليس مجرد الخلوة الشرعية، ونحو ذلك. ويدل عليه قوله ﷺ للسائلة (لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك) [العيلة هي الجماع ١٨: ٣/ ٢٣٨] وهذا واضح من سياق الحديث، ومن قصة امرأة رفاعة كما حصلت، ولذلك أقول: انه لم يرد نص بخصوص امرأة العنين عن رسول الله ﷺ ولا من القرآن الكريم، فيكون حكم المسألة غير منصوص عليه ويسوغ الاجتهاد فيه بما يوافق مقاصد الشريعة وقواعدها الكلية ومصالح العباد.

وان ما ذهب اليه الجمهور من جواز التفريق بين العنين وامرأته بعد سنة، يوافق هذه المقاصد، ويحقق المصلحة في المجتمع، وبيان ذلك:

ان عقد الزواج مشروع على التأييد ومقصد الشارع منه: اعفاف النفس باستمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر، استمتاعاً كاملاً مشروعاً. والطلاق بيد الرجل، فاذا تزوجت امرأة من زوج ثم تبين لها بعد الزفاف أنه لا يستطيع اعفافها، وأنه عاجز عن الجماع، وهذا أمر لا يمكنها الاطلاع عليه قبل ذلك، ولم تعلم به ولم ترض بوجوده فيه وطلبت منه طلاقها فأبى فكيف ترفع الضرر عن نفسها في هذه الحالة، وهي لا تملك الطلاق، والذي يملك الطلاق ممتنع عن بذله لها أو مخالعتها؟ ان النصوص الشرعية العامة والقواعد الكلية، تؤكد أنه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام، وأن المسلم مأمور بالامساك بالمعروف أو التسريح باحسان، وليس من الامساك بالمعروف تركها بدون جماع الى ما لا نهاية، والحاق الضرر بالزامها العيش الى الأبد مع زوج لا يصل اليها، كما هو الشأن في الرجال، لذلك فان قواعد الشرع لا تمنع من رفع الضرر عنها، بل توجيهه. والضرر لا يزال بضرر مثله فكان من عدالة التشريع أن يعطى مدة يحاول فيها ازالة الضرر عن الزوجة بنفسه، بأن يلجأ للعلاج ويجرب مع اختلاف الفصول مدة سنة كاملة، فاذا عجز لم يكن بد من طلاقها، فان أبى فرق بينهما الحاكم، رفعا للضرر عنها وتحقيقاً لمقاصد الشرع في الزواج. وهذا الحكم

الفقهي الذي رآه الجمهور لا يعارض نصاً شرعياً ، بل تقره الشريعة . وليس أدل على ذلك من حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك ، حينما رفع الأمر إليه وقد وافقه الصحابة عليه . روى ذلك عنه من عدة طرق ، منها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه [١٨: ٣/ ٢٥٤] عن سعيد بن المسيب قال : قضى عمر بن الخطاب في العنين أن يؤجل سنة . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، وزاد في لفظ : وقال - أي عمر - ان أتاها وإلا فرقوا بينهما ، ولها الصداق كاملاً .

ومن طريق آخر رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار [١٨: ٣/ ٢٥٤] عن أبي حنيفة عن اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن بن عمر بن الخطاب : أن امرأة أخته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها ، فأجله حولاً فلما انتقضى حول ، ولم يصل إليها خيراً فاختارت نفسها ، ففرق بينهما عمر ، وجعلها تطليقه بائنة .

فهذا فعل عمر وحكمه في المسألة ، ولم يذكر أن أحداً من الصحابة خالفه في ذلك أو أنكر عليه قضاءه وحسبنا في فهم عمر لفقه الشريعة وقواعدها العامة ترجيحاً لحكم هذه المسألة في مذهب الجمهور .

اضف الى ذلك ، أنه لم يرد نص خاص في الكتاب أو السنة أو الاجماع ، يفرق بين العنين وزوجته ، أو يعطي اجلاً له مدة سنة ، أو لا يفرق بينهما ويمنع ذلك . وما ورد في حديث امرأة رفاعة لا يتعلق بالعنين وإنما يقصد المرأة المطلقة بائناً الرجوع الى زوجها الأول ، خاصة وأنه ورد في الحديث [١٣: ٧/ ١٩٢] أن عبد الرحمن بن الزبير وهو المدعى عليه ، أنكر ذلك وقال : كذبت والله يا رسول الله ، أني لا نفضها نقض الأديم ، ولكنها ناشز ، تريد رفاعة . فقال رسول الله ﷺ فان كان كذلك ، لم تحلي له ، أو لم تصلحي له حتى يذوق من عسيلتك .

وهذا الحديث يؤكد ما ذكر من أنه لا علاقة له بالعنين من النواحي التالية :

- ١- قوله 'نقض الأديم' كناية عن قوته لا عن عجزه ، فالأديم هو الجلد ، وبذلك يكون قول المرأة مجرد ادعاء يكذبه الواقع ، أو ادعاء صغر الآلة ، وليس العجز والعنتة .
- ٢- قوله [لكنها ناشز] يدل على أنها لم تتمكن من نفسها ؛ لأن الناشز هي العاصية لزوجها والمقصود بها هنا المعصية بعدم التمكين من الجماع ، فهي لا تريد أن يصل إليها لترجع الى رفاعة .
- ٣- القرائن المصاحبة لهذه الواقعة دلت على أنها تريد الرجوع الى زوجها الأول ، الذي أبانها

ثلاثاً، ولا تريد اعطاء الزوج الثاني حقه، بدليل ما ورد في احدى طرق هذه الرواية [٢١:٩/٤٦٦] أن رفاة كان واقفاً ومعه ولداه منها ينتظر أن يقضي الرسول برجوعها اليهم ،وقولها انما معه مثل هذه الهدبة وانكاره لذلك، وادعاء نشوزها ،عما دعا الى قوله ﷺ: إن كان ذاك أي ان كان الهدف رجوعك الى الأول ،فانه لا يجوز قبل التمكين، فيكون حكمه ﷺ محصوراً في هذه المسألة، لا في حكم العنين.

وإذا ثبت ان هذه المسألة لم يرد في حكمها نص خاص ،وقد ثبت ذلك، فتكون داخلة في مجال السياسة الشرعية، يؤيد هذا قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه ،وموافقة الصحابة ،ولو كان فيها نص خاص ما جاز لعمر ولا لغيره من الصحابة أن يخالفه ،أو أن يجتهد فيه.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

أما وجه السياسة الشرعية في قضاء عمر، وفي حكم هذه المسألة عند الجمهور، فيظهر في ناحيتين:

الأولى: اعطاء العنين مهلة:

وفي هذا تحقيق مصلحة له ودفع ضرر عنه، فيما لو كان التفريق بدون مهلة. ويان ذلك: ان الزوج ينفق أمواله في سبيل الزواج، وبه يحصن نفسه ويعفها عن الحرام ،وفيه مقاصد أخرى، كالإيناس والمودة ونحو ذلك ،وهو مشروع على التأكيد. فلم يدر بخلد هذا الزوج أنه سيفقد كل ذلك بمرض عارض لا يدلّه فيه، فليس من المصلحة ولا من تمام النظر له أن يُفَرَّقَ بينه وبين زوجته فور ثبوت عنته، وانما يُعْطَى مهلة ويُمكن من زوجته سنة كاملة ،حتى يجرب نفسه في الفصول الأربعة المختلفة ،فان كان هذا المرض العارض لأسباب لا علاقة لها بمرض خلقي أصلي يؤدي الى عجز دائم ،وزال في خلال السنة ،فقد أنصف الزوج واستمر على نكاحه، ولا قائل بالتفريق بينه وبين زوجته.

ومدة السنة، لا ريب أنها مدة كافية للتحقق من ذلك ،خاصة وأنها تبدأ من وقت ثبوت العنت، وأنه يشترط للحكم بالتفريق بعدها أن تُمكن المرأة زوجها من نفسها خلال مدة الامهال. ولا ضرر على المرأة في ذلك لأنها؛ تبذل البدل ،وليس المقصود هو التفريق ،وانما اعطاء كل ذي حق حقه

والتأكد من وجود موجب التفريق، الذي يتعذر رفع الضرر عنها بغيره.

والثانية: التفريق بعد الأجل.

فاذا ثبتت عتة الزوج، وجرب نفسه مدة سنة كاملة ولم يتمكن من الوصول الى زوجته، وأبى أن يطلقها، فانه ممسك لها بغير المعروف، وان الضرر الواقع عليها يبقيها في عصمة زوج هذا حاله، يجب أن يزال، ولا يمكنها أن تنتظر الى ما لا نهاية، فاذا طلبت التفريق فرّق بينهما الحاكم بطلقة بائنة، أو بفسخ العقد. وهذا فيه مصلحة الزوجة برفع الضرر عنها، واطلاق سراحها للزوج بمن يُعفّئها، فليس من المعقول، ولا من المقبول شرعاً، أن تبقى الأنثى المتزوجة من غير جماع، بل لا بد من رفع الضرر عنها، ودرء مفسدة الانحراف، وكل من جلب المنفعة ودرء المفسدة، من مستندات السياسة الشرعية وأصولها.

المطلب الخامس: حكم المسألة في قانون الأحوال الشخصية الأردني:

نصت المادة ١١٥ من قانون الأحوال الشخصية الأردنية على ما يلي:

"إذا راجعت الزوجة القاضي، وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر: فان كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وان كانت قابلة للزوال، كالعنة يمهّل، الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له، أو من وقت براء الزوج ان كان مريضاً. وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول، أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه، لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب. فاذا لم تزال العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق، والزوجة مصرة على طلبها، يحكم القاضي بالتفريق. فاذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها، الوصول اليها ينظر: فإذا كانت الزوجة ثيباً، فالقول قول الزوج مع اليمين. وان كانت بكرأ، فالقول قولها بلا يمين".

ويؤخذ من هذا النص ما يلي:

١- ان القانون اعتبر العنة من العلل القابلة للزوال، وفرّق بينها وبين العلل الأخرى الموجودة في الانسان خلقة، كالجب والخصا، التي لا يمكن زوالها

٢- أوجب القانون الامهال في العنة مدة سنة، ويبيّن ما يحسب، من المدة وما لا يحسب

فغياب المرأة عن زوجها أو مرض أحد الزوجين أثناء مدة الأجل بصورة تمنع من الدخول ، لا يحسب من المدة وان طال . أما غياب الزوج عن زوجته أثناء الحيض ، فان هذه المدة تحسب من السنة ، لأن المانع شرعي وهو الحيض ، والغياب من قبله لا من قبلها .

٣- اشترط القانون للحكم بالتفريق للعنة من قبل القاضي ، أن لا تزول العلة خلال المدة ، وأن تكون الزوجة مصرة على طلبها التفريق ، فلو اختارت البقاء في عصمة زوجها فلها ذلك .

٤- لم ينص القانون على حالة طرود العنة بعد الدخول ، فهل للزوجة التفريق في هذه الحالة؟ مع أنه نص في حالة طرود العلل على الزوجة بعد الدخول ، أن دعوى طلب الفسخ من الزوج لا تسمع [المادة ١١٨ من قانون الأحوال الشخصية الأردني ونصها: العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج.] إلا أن محكمة الاستئناف الشرعية ، قررت أنه لا يحق للزوجة بعد الدخول أن تطلب التفريق للعنة الطارئة [١٧٤: ٩١].

٥- اعتبر القانون علم الزوجة أو رضاها بالعنة قبل الزواج غيرسقط حقها في الخيار . جاء ذلك في المادة ١١٤ منه [نص المادة ١١٤ من قانون الأحوال الشخصية: الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول ، والتي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود ، يسقط حق اختيارها ما عدا العنة فان الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار].

وهذا يخالف قول الفقهاء الذين يشترطون عدم علم الزوجة بالعيب [صفحة ٢٢٠ من هذا البحث] في موضوع العنة .

فالقانون اعتبر علم الزوجة أو رضاها بالعيب ، مسقطاً لحقها في طلب التفريق ، واستثنى من ذلك العلم بالعنة فإنه نص : ان الاطلاع عليها قبل الزواج ، لا يسقط حق الخيار للمرأة ، ولم يرد في مذكرة القانون الايضاحية ما يعلل هذا الاستثناء ، خاصة وأنه يخالف مذهب الامام مالك ، الذي أخذ القانون منه ومن غيره من المذاهب حكم هذه المسألة ، قياساً على الرد بالعيب في عقد البيع . فقد جاء في المذكرة الايضاحية ما نصه :

«من المقرر أن عقد الزواج يبنى ويتم على أساس السلامة من العيوب ، وأن كل عيب في أحد الزوجين يثبّر منه الآخر ، يمنع حصول مقصود النكاح من الرحمة والمودة والوفاق ، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار ، وبما أن مذهب الامام مالك والشافعي وأحمد ، هو أن لكل من الرجل

والمرأة طلب التفريق إذا وجد أحدهما بالآخر عيباً جنسياً أو عيباً منفرأً ، بحيث لا يمكن القيام معه بلا ضرر، كما ذهب الى ذلك ابن شهاب الزهري وشريح وأبو ثور... .
وبما أن من تدبر مقاصد الشرع في مصادره ومواده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، لذلك رؤي الأخذ به [٤:١٨١].
ولعل السبب في أن القانون فرّق بين علم المرأة ورضاها بسائر العيوب، وأنه مسقط لاختيارها، وبين علمها بالعنة، وأنه لا يؤثر على اختيارها، يرجع الى أن العنة عيب قابل للزوال، فقد يكون الرجل العنين مع امرأة، وليس بعين مع أخرى، فيكون رضاها في هذه الحالة غير مقطوع فيه، بل هو معلق على أمل الشفاء. بخلاف سائر العيوب الأخرى، كالجب والخصا فانها غير قابلة للزوال، ودخول المرأة في العقد مع الرجل، وهو على هذه الحالة، مع علمها ورضاها بعينه، محض حقها، فتملك اسقاطه، فاذا اسقطته فانه لا يعود. أما امرأة العنين فهي ترجو براءه، فاذا لم يحصل ذلك كان خيارها قائماً، لانها تزوجته على أمل الشفاء، فكأنه اسقاط مشروط بالبراء، ولم يتحقق الشرط فبقي الخيار.

المبحث الثاني الحكم في زوجة المفقود

المطلب الأول: في تعريف المفقود

المفقود في اللغة والفقيد بمعنى واحد، وهو اسم مفعول، من فقد الشيء: إذا ضاع منه [٦٩٦/٢:٢٨] والمراد به في اصطلاح الفقهاء، من فقد فلا يعلم مكانه أو غاب عن أهله وانقطع خبره، فلا يعرفون حياته من موته. وهو بهذا المعنى يشمل من خرج من بيته ولم يعد إليه وانقطعت أخباره، أي في غيبة ظاهرها السلامة، كما يشمل من فقد بين الصفوف في المعركة، أو من كسرت به سفينة وغرق بعض أصحابه، ولا يعرف أهله هل غرق معهم أم لا، والغيبة التي ظاهرها عدم السلامة، كمن فقد اثر غارة للعدو أو زلزال ونحو ذلك [١١٦: ١٣٠/٨، ١١٠: ١٠٦، ٤٠٠/٨: ١٤٦/٢، ٧٤: ١٩٦/٦، ٣٦٨/٥: ٦١، ١٤٨/٤: ٩١].

ويخرج به الأسير إذا كان معلوم مكان الأسر ومعلوم الحياة، فإن خبره لم ينقطع، كما يخرج به المحبوس الذي لم يعرف مكان حبسه وان عرفت الجهة التي حبسته وعرف أنه محبوس عندها، كما يخرج به الغائب في مكان مجهول مع يقين حياته. فكل هؤلاء لهم أحكام خاصة عند الفقهاء ولا يدخلون في أحكام المفقود. وإنما مدار البحث فيمن انقطع خبره وغلب على الظن هلاكه، قال ابن عابدين نقلاً عن البحر [فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته، لا على الجهل بمكانه، لذلك عرفوه بأنه غائب لم يدر أحي هو فيتوقع، أم ميت أودع اللحد البلقع] [٣٢٨/٣: ٥٩].

هذا المفقود الذي لا تعرف زوجته متى يعود إليها، أو ربما لا يعود أبداً، هل تبقى تنتظر عودته وهي على عصمته؟ وإلى متى تنتظر بدون زوج؟

ان قيل: هي امرأة ابتليت فلتصبر رغم ما وقع عليها من ضرر كبير بحبسها على ذمة رجل غائب لا تعلم حياته من موته، فإن هذا القول يوقعها في الحرج، والحرج مرفوع شرعاً، وهو تكليف بما لا يطاق، والشارع ابطله، وأن قيل: يفرق الحاكم بينها وبين زوجها، فقد يحضر الزوج ويكون

متضرراً بإبطال نكاحه واضاعة ماله وحرمانه من زوجته! فما الحل الذي وضعت السياسة الشرعية لزوجة المفقود، بما يحقق المصلحة ومقاصد الشريعة!!

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في الحكم بزوجة المفقود على النحو التالي:

مذهب الحنفية:

انه لا يفرق بين المفقود وزوجته، وانها امراته حتى يأتيها البيان، وعليها أن تنتظر. فليس لها أن تتزوج من غيره حتى يستين موته.

وقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة بالمدة التي يستين فيها موته، ويحكم بعدها لزوجه بالميراث، وابطاحتها للأزواج. ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا تم للمفقود مائة وعشرون سنة من يوم ولد، حكمنا بموته، وفي ظاهر الرواية في المذهب: أنها تقدر بموت الاقران، وفي المروي عن أبي يوسف: أنها تقدر بمائة سنة، وقدرها بعضهم بتسعين سنة، وقال هذا هو الأرفق [٣٤/١١:٧٠، ٣١٠/٣:٦٦، ١٩٦/٦:٧٤].

وقال بعضهم: (يفرض الى رأي القاضي، فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته، واعتدت امراته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة، كأنه مات فيه معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي) [٣٧٤/٥:٦١]. وقالوا: أن الأليق بطريقة الفقه أن لا يقدر بشيء، لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولا نص فيه، ولكن إذا لم يبق أحد من اقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره.

وقد استدلوا على عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجه بقوله ﷺ في امرأة المفقود [أنها امراته حتى يأتيها البيان] [٣١١/٣:٦٦] وهو حديث ضعيف [٤٧٣/٣:١٨].

أما مذهب المالكية :

فقد قسموا المفقود الى خمسة أقسام:

- ١- مفقود في بلاد الاسلام في غير زمن الوباء فإذا رفعت زوجته أمرها للقاضي أو لجماعة المسلمين [*] عند عدم وجود القاضي، وكتب القاضي كتاباً بصفحة المفقود وحرفته واسمه، الى البلد [*] (المقصود بجماعة المسلمين هنا: العلول منهم، وقيل جيرانها الصالحون ويكفي الواحد منهم أن كان عدلاً عارفاً شأنه أن يرجع اليه في مهمات الأمور بين الناس. وهذا إما يكون عند عدم وجود الحاكم الشرعي. ٦٩٤/٢:٨٨).

الذي يُظن أنه خرج إليه، ولم يحصل على جواب أو خبر عنه، أمهلها أربعة أعوام ثم طلقها عليه، واعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام.

٢- مفقود في بلاد الاسلام زمن الوباء، كمن رحل الى بلد فيه طاعون، أو فقد زمن الوباء، فان زوجته تعتد بعد ذهاب الطاعون حملاً لحاله على الموت. أي أنه يحكم بموته بعد ذهاب الوباء، دون امهال أو مدة.

٣- مفقود في مقاتلة بين أهل الاسلام، فان شهد الشهود أنه حضر صف القتال، تعتد زوجته، ويحكم بموته من يوم التقاء الصفين، وقيل: بعد انفصال الصفين، والرواية الأولى أرجح في المذهب.

٤- مفقود في أرض الشرك: وزوجته في الحكم كزوجة الأسير، فانها تمكث لمدة التعمير ان دامت نفقتها، والا فلها التطلق لعدم النفقة، ومدة التعمير عندهم سبعون سنة من ولادته، وهذا هو القول المشهور في المذهب. وقيل: أنها ثمانون، وقيل: خمس وسبعون، أما من فقد وهو ابن سبعين أو ثمانين فقال ابن عرفة: يزداد له عشرة أعوام وقيل يجتهد فيما يزداد له.

٥- مفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار، فهذا يبحث عنه السلطان، فاذا غلب على الظن موته يحكم بذلك، وتعتد زوجته بعد سنة من النظر والتفتيش عليه، وهي الرواية الصحيحة في المذهب، وقيل: بعد سنة من الرفع الى الحاكم [١٤٨/٤: ٩١-١٥٣].

وقد استدلوا لمدة السنين الأربع بفعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه [١٢٣: ١٣٤/١٠] وقالوا: انه على سبيل التعبد، واشتروا لجواز الحكم بالتفريق بين المفقود وزوجته، أن يكون له مال تنفق منه، فاذا لم يكن له مال فرق الحاكم بينهما لسبب آخر هو عدم الانفاق، واشتروا كذلك أن لا يكون بينهما شرط، كأن تكون اشترطت عليه أن لا يغيب عنها، فاذا غاب فرق الحاكم بينهما للشرط، فهو أولى [١٤٩/٤: ٩٣]. إما إذا لم يكن شرط بينهما وله مال وطلبت زوجته التفريق أو الحكم بوفاته، فان على القاضي أن يبحث عن المفقود بشتى الوسائل في جميع الاقسام الخمسة المذكورة، وعليه أن يكلف الزوجة اثبات الزوجية، ويشهد الشهود بغلبة الظن على وفاته أو وجود الطاعون أو وجوده بين الصفين في القتال ونحو ذلك، مما تدعيه المرأة فاذا ثبت كل ذلك ومضى الأجل المضروب، سواء كان سنة في حالات وأربع سنين في حالات أخرى، فان للحاكم بعد ذلك

أن يحكم بوفاته، ويقسم أمواله بين ورثته، وتعتد زوجته عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج حسب ما هو مذكور في حكم كل قسم من أقسام المفقود الخمسة في المذهب [١٤٩/٤:٩٣].

وفي مذهب الشافعية:

وردت روايتان عن الامام الشافعي، أحدهما: توافق مذهب الحنفية، والأخرى: توافق ما قاله المالكية. فقد جاء عنه: أن من غاب عن زوجته أو لم يغب عنها بل فقد في ليل أو نهار أو انكسرت به سفينة وانقطع خبره ولم يعرف حاله، فليس لزوجته نكاح غيره حتى يتيقن موته. واستدلوا لهذه الرواية بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال: (امرأة المفقود ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها موته) [١٢٣:١٠/١٣٨]. ولأن الاصل بقاء الحياة. وهذا مذهب الشافعي الجديد.

أما الرواية الأخرى فعلى المذهب القديم عنده أنها تتربص أربع سنين من وقت انقطاع خبره، ثم تعتد عدة الوفاة وتنكح غيره.

واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى بذلك، كما روي مثله عن عثمان وابن عباس، كما استدلوا بالقياس على الجب والعتة بجامع فوات الاستمتاع في كل من القعد والعتة [٤٠٠/٨:١١٠].

أما في مذهب الحنابلة:

فقد فرقوا بين غيبة وغيبة، وقالوا ان غياب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين: الأول: أن تكون غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويصل كتابه، فهذا ليس لامراته أن تتزوج باجماع أهل العلم. وهذا ليس داخلاً في معنى المفقود، ولا هو في محل النزاع.

والثاني: أن يفقد وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع وهذا ينقسم عندهم قسمين: -

أحدهما: أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كسفر التجارة في غير مهلكة، وطلب العلم. وحكم هذا أن لا تزول الزوجية بينه وبين امرأته حتى يثبت موته. وروي عن أحمد أنه يحكم بموته إذا قدر أن عمره بلغ التسعين سنة، لأنه لا يعيش أكثر من ذلك غالباً، إلا أن المذهب هو الأول.

والثاني: أن تكون غيبته ظاهراً الهلاك، كالذي يخرج الى الصلاة فلا يرجع، أو يفقد بين الصفيين، أو يتكسر به مركب، أو يفقد في صحراء، فالظاهر من مذهب أحمد أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً، وتحل بعد ذلك للأزواج.

وروي عن مسعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصنفين، أنها تبرص سنة لغلبة هلاكه. واستدل الحنابلة بقضاء عمر رضي الله عنه في زوجة المفقود، ولم يعرف في الصحابة له مخالف فهو اجماع [١١٦: ٨/١٣١].

وذهب ابن حزم الى أن (من فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد، أو في غير حرب، وله زوجة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته، أو تموت هي، ولا يفرق ماله، ولكن ينفق على أهله منه. فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه، ولا ايجاب عدة من لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره، لأنه لا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ [١٢٣: ١٠/١٣٣-١٤٢].

وواضح أنه لم يأخذ بما روي عن عمر، رغم أنه صححه، لأنه يرى أنه لا حجة إلا في كتاب أو سنة، كما أن السلف اختلفوا في حكم هذه المسألة، وليس أحدهم أولى بالاتباع من الآخر. وعند الشيعة الزيدية:

ان امرأة المفقود، إذا كان امساکها والزامها على استمرار نكاح الغائب، فيه اضرار بها، كان ذلك وجهاً للفسخ، وهكذا: إذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح، فالفسخ لذلك جائز، وإذا جاز الفسخ للعتة فجوازه للغيبة الطويلة أولى، لأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساک ضرراً، والنهي للأزواج عن الضرر، فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكل ممكن، وإذا لم يمكن إلا بالفسخ، جاز ذلك، بل وجب.

أما الأجل الذي يضرب لها لانتظاره، فهو مجال اختلاف العلماء، ولم يرد فيه نص عن الشارع. والأمر في ذلك يرجع للحاكم، فله أن يقدر الوقت، وهو يختلف باختلاف الأزمان [١٢٦: ٢/٥٦، ١٢٧: ٢/٢٥٧].

وواضح أن مستندهم في جواز التفريق بين المفقود وزوجته، هو رفع الضرر عنها، ولم يستندوا الى نص شرعي في ذلك، بل صرحوا أنه لا يوجد نص بخصوص المدة.

المطلب الثالث: الترجيح

يتضح من أقوال الفقهاء: أن الحنفية ومذهب الشافعي الجديد وابن حزم، لا يرون جواز التفريق

بين المفقود وزوجته، بينما يرى جمهور العلماء من المالكية والحنابلة والشافعي في القديم والشيعية الزيدية: أنه يحق لزوجة المفقود أن تطلب التصريق بينها وبينه، على خلاف بينهم في المدة المضروبة لها قبل التصريق.

وأنتي أرى أن مذهب الجمهور هو الأرجح والأقوى دليلاً لما يلي:

١- ان الحديث الذي استدل به المانعون من قوله ﷺ في امرأة المفقود: (هي امراته حتى يأتيها اليان) [١٨: ٤٧٣/٣] هو حديث ضعيف، وقيل منكر، لأن في رواته محمد بن شرحبيل، وهو متروك الحديث ويروي الأباطيل.

٢- ان ما قضى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة المفقود، وأنها تبرص أربع سنين، ثبت عنه بروايات صحيحة من عدة طرق [١٢٣: ١٠/١٣٤] وقد وافقه على ذلك عدد من الصحابة منهم عثمان بن عفان رضي الله عنه، وابن عباس، وغيرهم. وهذا كاف للترجيح اذا تساوت الأدلة، ولم يوجد مرجح.

٣- من الثابت أنه لم يرد بخصوص هذه المسألة نص شرعي من كتاب أو سنة ولا اجماع فيها أيضاً، بدليل ما ورد عن مخالفة علي بن أبي طالب وغيره لقضاء عمر، فيرجع في حكمها الى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة، ولا شك أن ابقاء الزوجة على عصمة زوج مفقود يغلب عن الظن موته، والزامها بالاستمرار على الزوجية حتى يموت اقرانه، أو تمضي مائة وعشرون سنة على مولده، فيه من العنت والخرج على الزوجة الشيء الكثير، والخرج لا يشرع، كما أنه ضرر ملحوظ على المرأة التي فقد زوجها، والضرر يزال، ولا بد من رفعه، فاذا لم يكن بدءاً من التصريق لرفع الضرر، فيكون ذلك مشروعاً وموافقاً لمقاصد الشرع، لأنه الطريق الوحيد المتعين لازالة الضرر الواجب رفعه.

٤- ويؤكد صحة قضاء عمر ما رواه البخاري عن سعيد بن المسيب في باب حكم المفقود في أهله وماله أنه قال: "إذا فقد في الصف عند القتال تبرص امراته سنة، وقال الزهري في الأسير يعلم مكانه لا تزوج امراته ولا يقسم ماله فاذا انتقع خبره فسته سنة المفقود"، وذكر الشارح أن مذهب الزهري في امرأة المفقود أنها تبرص أربع سنين، وقال انه رأي خمسة من الصحابة هم عمر وابن عباس وعثمان وابن مسعود وعبد الله بن عمر، وهو مروى عن جمع من التابعين كالنخعي

وعطاء والزهري ومكحول والشعبي [٤٢٩/٩:٢١].

وبهذا يترجح مذهب الجمهور القائلين بالتفريق بين المفقود وزوجته بعد الأجل.

المطلب الرابع السياسة الشرعية في المسألة:

من الواضح انه لم يرد نص بخصوص هذه المسألة من كتاب أو سنة أو من اجماع ولا نظير لها تقاس عليه . وأن ما ذكره المانعون من نص في السنة النبوية غير صحيح، ولا يعتد به، وبذلك تكون هذه المسألة داخلة في مجال السياسة الشرعية، وقد رفعت فعلاً الى خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قصة رجل انتسفته الجن، فأتت امرأته عمر، فأمرها أن تتريص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فإذا انقضت عدتها تزوجت* [٤٧١/٣: ١٨]. والذي أراه أن هذا الحكم الذي قضى بن عمر بن الخطاب، وأخذ به جمهور الفقهاء، فيه نظر للمفقود وزوجته، وتأييده السياسة الشرعية، ويحقق المصلحة، ويوافق مقاصد الشريعة وأصولها العامة، ويبان ذلك:

ان زوجة المفقود تتضرر من غياب زوجها عنها، ويزداد ضررها اذا لم تعلم حياته من موته، فلا هو حي ترجو عودته فتصبر، ولا ميت تعتد له وتنتهي عصمة الزواج بعدها، لتنظر في شأنها، وقد يطول بها الحال إذا انتظرت موت أقرانه، وقد تكون شابة فتذهب نضارتها وتمضي حياتها بدون زوج، فمن عقد عليها فمقد وجسها بعقده، ولا سبيل لها الى الزواج من غيره وهي على عصمته، وكثيراً ما يؤدي مثل هذا في المرأة إلى الانحراف جرياً وراء اشباع حاجاتها الطبيعية، فكان في اجتهاد الفقهاء بخصوص رفع الضرر عن زوجة المفقود، عين الحكمة والمصلحة للمرأة والمجتمع، والفقهاء الحسن لقواعد الشريعة، التي تنص على رفع الحرج وازالة الضرر.

إلا أن الحكم بالتفريق بين المفقود وزوجته بعد مدة بسيطة، يلحق الضرر بالمفقود، والضرر لا يزال بضرر مثله، فقد يعود فيجد زوجته قد تزوجت بغيره، وفي هذا ضياع ماله وأسرته، فكان في تحديد مدة الأربع سنين مراعاة حال المفقود والنظر اليه، والغائب يحتاط له. وهذه مدة كافية جداً، خاصة في هذه الأيام التي تقدمت فيها وسائل الاتصالات، وأساليب التحريات، فإذا لم يظهر للغائب أي أثر بعد هذه المدة كان من المناسب أن يفرق بينه وبين زوجته، ومع أنها مدة قد تكون طويلة بحق المرأة، إلا أن فيها الاحتياط لأمر عظيم، هو حرمة الفروج، وحرمة أموال

الناس، وأعراضهم، وفيها يتحقق غلبة الظن بوفاته وانقطاع خبرة، أو الأمل في عودته، وبناء الأحكام على غلبة الظن مقبول فقهاً، وهو من السياسة الشرعية التي تستند الى المصلحة والحكم بالقرائن . فيكون وجه السياسة الشرعية في هذه المسألة، ظاهراً في درء المفسدة عن المرأة وعن المجتمع، وجلب المنفعة لها بحلها للأزواج، والمصلحة للغائب بالاحتياط له في تربص الأربع سنين، كما أن ما ذهب اليه المالكية من انتظار سنة في حالة الفقد في معترك بين المسلمين والكفار، أو بعد انتهاء الوباء في البلد الذي فقد فيه دون تربص، يستند الى الحكم بالقرائن، لأن المفقود في المعركة يغلب على الظن هلاكه أكثر من المفقود في حالة السلامة، وكذلك المفقود في حالة انتشار الوباء، فإن قرائن الأحوال تجعل تربص الأربع سنين بلا فائدة، فحفظت الى سنة عملاً بهذه القرائن، والعمل بالقرائن من السياسة الشرعية، وليس للفقهاء أي مستند في ذلك سوى هذه المرونة في قواعد الشريعة وأصولها العامة، والتي تضبطها السياسة الشرعية.

المطلب الخامس: حكم المسألة في قانون الأحوال الشخصية:

فرق قانون الأحوال الشخصية في موضوع المفقود بين أمرين:

الأول: التفريق بين المفقود وزوجته للضرر، دون الحكم بوفاته.

والثاني: الحكم بموت المفقود.

أما الأول: فقد تطلب الزوجة التي فقد زوجها التفريق بينها وبينه، كما تطلب زوجة الغائب

التفريق للغيب والضرر، ولا تطلب الحكم بوفاته.

ففي هذه الحالة نصت المادة ١٣١ منه على أنه (إذا راجعت زوجة المفقود القاضي، وكان

زوجها الغائب قد ترك لها مالا من جنس النفقة، وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها، فاذا

ينس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه، يؤجل الأمر أربع سنوات من

تاريخ فقده، فاذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود، وكانت مُصرّة على طلبها، يفرق القاضي

بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث. أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها، كفقده في

معركة أو أثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك، فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل

عن سنة من تاريخ فقده، وبعد البحث والتحري عليه.)

ويلاحظ أن القانون أخذ بمذهب أحمد بن حنبل في هذه المسألة، ولكنه فرّق بين زوجة الغائب وزوجة المفقود، فوضع لزوجة الغائب أحكاماً في المواد ١٢٣ و ١٢٤ و ١٢٥ منه تخالف أحكام زوجة المفقود. وأهم فرق آراءه بين المفقود والغائب: أن المفقود لا تعلم حياته من موته، أما الغائب فهو معلوم الحياة باستصحاب الحال، ولكنه قد يكون معلوم المكان أو مجهوله، لذلك أوجب القانون التحري والبحث في حالة المفقود بشئى الوسائل التي يمكن بواسطتها معرفة حياته أو موته أو الوقوف على خبر بخصوصه، وهذا لا يحدث في الغائب. أضف الى ذلك أن التأجيل في زوجة المفقود يكون لأربع سنوات إذا كان فقد في حالة الأمن وعدم الكوارث، ومدة سنة واحدة إذا كان فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها، بينما يكون التأجيل في حالة الغياب والضرر من ذلك مدة سنة بحيث تمنع المرأة من رفع الدعوى قبل مضي هذه المدة [المادة ١٢٣ من القانون اشترطت غياب الزوج سنة فأكثر بدون علم مقبول وتضرر الزوجة من هذا الغياب] .

وقد جاء في مذكرة القانون الايضاحية [١٨١:٥] أن القانون أخذ بمسألة زوجة المفقود يبدأ تخصيص القضاء بالحادثة. وكان واضح القانون يقصد ان يخصص حالة الأمن بأربع سنوات ويخصص حالة الكوارث وعدم الأمن بسنة واحدة.

وأرى أن هذا المبدأ لا ينطبق على هذه المسألة، لأنه ليس فيه تخصيص للقضاء ولا منع من سماع دعوى التفريق في حالة دون حالة، وإنما هو أخذ من مذهب الامام أحمد في جواز التفريق، لا في تحديد المدة، حيث أخذ بالمدة بمذهب جمهور الفقهاء في الأربع سنوات، وبمذهب سعيد بن المسيب في السنة، فيكون مستمداً من أقوال الفقهاء بالتفريق بين أكثر من قول، وليس فيه تخصيص القضاء بالحادثة، بل هو تخير من الفقه الاسلامي بمجموعه.

أما الأمر الثاني وهو الحكم بوفاة المفقود:

فقد نص عليه القانون في المادة ١٧٧ منه والذي جاء فيها: المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته، ما لم يكن فقدته أثر كارثة كزوال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن، وحدثت الفوضى وما شابه ذلك، فيحكم بموته بعد سنة من فقدته. أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها الى القاضي، على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن

موته، وفي كل الأحوال، لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل الى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً.

كما نص القانون أنه [المادة ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية] بعد الحكم بموت المفقود، تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم. ونص [المادة ١٧٩ من القانون] أيضاً: أنه إذا تزوجت المرأة التي حكم بوفاة زوجها، ثم تحققت حياة الزوج الأول، لا يفسخ النكاح الثاني بعد الدخول. وأما قبل الدخول فيفسخ.

وقد بينت المذكرة الايضاحية للقانون سبب وضع هذه الأحكام الخاصة بموت المفقود فقالت [١٨١: ٧-٨] (بما أن مذهب السادة الحنفية لا يحكم بموت المفقود إلا بعد مضي مدة من الزمن يغلب على الظن هلاكه فيها، وهي سبعون أو ثمانون سنة، وفي هذا ما فيه من الحرج والشدة على زوجة المفقود، وعلى ورثته من أهله، ولذلك رؤي من المصلحة الأخذ بمذهب الامام مالك بأن من فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن هلاكه، فيحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده.

أما إذا فقد أثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة حرب واضطراب أمن، فيحكم بموته بعد مضي سنة من تاريخ فقده، كل ذلك بعد البحث و التحري عنه في الحالتين.

أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيها، فيؤخذ بالقول الصحيح من مذهب الامام أبي حنيفة، وهو تفويض أمر تقدير المدة التي يحكم بموته بعدها الى القاضي، على أن تكون مدة طويلة وهي تختلف باختلاف حالة المفقود، ومكانته الاجتماعية.

والمهم من الأمرين، الأول والثاني: أن القانون أخذ بالسياسة الشرعية في مسألة التفريق بين المفقود وزوجته من باب رفع الضرر عنها. كما أخذ بمسألة الحكم بموت المفقود بالسياسة الشرعية أيضاً، لأنه لم يرد في المسائلين نص خاص، وهي حالات تقع في المجتمع، ولا بد أن يتصدى لها ولي الأمر بالمعالجة وإيجاد الحلول المناسبة، الأمر الذي تضطلع به السياسة الشرعية، وتنهض بتحقيقه في كل زمان بما يصلحه، وفق قواعد الشريعة ومقاصدها العامة.

المبحث الثالث التفريق بين الزوجين للضرر أو للنزاع والشقاق

المطلب الأول: المقصود بالضرر

يقصد بالضرر الذي نهى الشارع عنه، الحاق الأذى بالآخرين بغير حق [١١٤: ٢٨٨]، وهو بهذا المعنى العام يشمل كل ضرر مهما كان نوعه.

ومنه الضرر الواقع على الزوجة من زوجها، وهذا أيضاً يشمل أنواعاً كثيرة مر معنا بعضها فيما سبق، كالعيوب التي لا يمكن المقام معها أو المنفرة التي تجعل الحياة صعبة لا تطاق، والغياب عن الزوجة بدون حق، والفقد أو عدم معرفة الحياة أو الموت، وترك الاتفاق عليها، إلى غير ذلك من أنواع الضرر المختلفة. إلا أن كل ما ذكر غير مقصود في هذه المسألة، وإنما المقصود نوع خاص من الضرر المباشر من الزوج لزوجته الناتج عن سوء المعاملة والمعاشرة بين الزوجين، أو ما يعرف بالقانون بالشقاق والنزاع.

فالمقصود بالشقاق أو الضرر [١٦٨: ٧/٥٢٧]: النزاع الشديد والخلاف المتحكم بين الزوجين، وإيذاء الزوج لزوجته بالضرب المبرح أو الشتم المقذع، والتقيح المخل بالكرامة، أو الطعن فيها بما يسيء إلى الشرف والمروءة، والحمل على فعل ما حرم الله، أو الاعراض والهجر بغير حق، ونحو ذلك من الإساءة القولية أو الفعلية التي تجعل الحياة بين الزوجين على غير ما يحب الله ويرضى من المودة والرحمة، بحيث يتعذر استمرار الحياة الزوجية الا بتحمل الضرر العظيم.

لذلك فلا يقصد في هذه المسألة، من أنواع الضرر إلا ما كان قولاً أو فعلاً من أحد الزوجين للآخر، وهو الضرر الناتج عن نشوز أحد الزوجين وخروجه عن الجادة بالاعتداء أو الأذى، وقد يكون متكرراً أو ايذاء فاحشاً، والزوجة لا تملك رفع الظلم عن نفسها، لأنها لا تملك الطلاق. فهل لها أن ترفع أمرها للقاضي ليخلصها من زوج يظلمها بالضرب والسب والإهانة، أو يرتكب ما حرم الله تعالى، فتأذى بذلك، أو يحملها على ارتكاب المعاصي، ونحو ذلك من الشقاق والخلاف بين

الزوجين؟ أم أنها لا تملك ذلك وليس لها إلا الصبر على الأذى، أو محاولة اصلاحه بالوسائل الممكنة، أو رفع أمره للحاكم ليزجره أو يحسه.

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

أعطى الشارع الحكيم الزوج حق تأديب الزوجة الناشزة فقال تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، إن الله كان علياً كبيراً﴾ [الآية ٣٤ من سورة النساء].

فالزوج مأمور شرعاً بمحاولة اصلاح وتأديب الزوجة الناشزة، بالوعظ والنصح أولاً، فإن لم يجد ذلك فله أن يهجرها في الفراش، فإن لم يتفع كان له أن يضربها ضرباً غير مبرح، فإذا تجاوز الزوج الحد المشروع في ذلك وأذاها بلا سبب أو باكثر مما تستحق، بأن ضربها ضرباً مؤلماً أو سبها بما لا يليق بها وسب أباهها واهانها أو بغير ذلك من وسائل الإيذاء غير المشروع، ووصل بهما الحال إلى حد الشقاق، فقد جعل الله لهما مخرجاً وعلاجاً آخر، وذلك في قوله تعالى: ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ [الآية ٣٥ من سورة النساء] والمخاطب في هذه الآية هم الحكام، والمراد بقوله [أن يريدوا اصلاحاً] هما الحكمان، وقد قال ابن بطال أجمع العلماء على ذلك [٤٠٣/٩:٢١].

ولست بصدد بحث شروط الحكامين ومهمتهما ومن يعثهما، وغير ذلك مما اختلف فيه الفقهاء، ولكنني اقول: إذا عجز الحكمان عن الاصلاح بين الزوجين ولم يتوفقا لحل يلم شمل الأسرة، وبقي الزوج مصراً على الإساءة والزوجة مصرة على التفريق، فهل يجوز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، أم تنتهي مهمة القضاء عند ذلك، دون أية نتيجة؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة، بناء على اختلافهم في جواز التفريق للنزاع والشقاق على النحو التالي:

أولاً: قال فريق من العلماء [١٠٩: ٢٥٩/٣، ٢٣٦/٣: ٥٨، ١١٦: ١٢٥، ٣٢١/٧] أن مهمة الحكامين الاصلاح والتوفيق بين الزوجين، وليس لهما التفريق، لذلك فالتفريق للنزاع والشقاق غير جائز. وهذا مذهب الحنفية

والشافعي في القول الثاني وابن حنبل في رواية والشيعة الإمامية، وقال به من التابعين الحسن البصري وعطاء وقتادة، بمعنى أنهم لا يجيزون التفريق للنزاع والشقاق.

ثانياً: وقال آخرون: إن مهمة الحكمين إيجاد حل للشقاق الواقع بين الزوجين، فإن تم الصلح بينهما والتوفيق فيها، والا فرقاً بينهما، وهؤلاء يجيزون التفريق للنزاع والشقاق إن تعذر الإصلاح بين الزوجين، وهذا قول الإمام مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قولين وابن حنبل في رواية عنه [٨٣: ٢٢٣، ١٠٨: ٩٦/٢].

أما المانعون وهم أصحاب القول الأول، فقد جاء في نصوصهم وادلتهم ما يلي:
مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أن للزوج على زوجته ولاية التأديب، إذا لم تطعه فيما يلزم من طاعته فله أن يؤدبها، ولكن على الترتيب، فيعظها أولاً على الرفق واللين، فإن نجحت فيها الموعظة، وإلا هجرها في الفراش، فإن لم ينفع ذلك، ضربها ضرباً غير مُبرح ولا شائن، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه إليهما حكمين، حكماً من أهله وحكماً من أهلها. وقالوا أن سبيل ذلك هو سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر [٢: ٢٣٣/٢].

وصرح الجصاص من الحنفية: انه ليس للحكمين أن يفرقا الا برضا الزوجين، لأن الحاكم ليس له ذلك، فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان.

ويلاحظ أن الحنفية اعتبروا الحكمين مجرد وسيلة من وسائل التأديب، أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وليس لهما أكثر من محاولة الإصلاح بين الزوجين، فإذا لم يتم الصلح وبقي النزاع قائماً فما الحل؟

ثم أن الحنفية ذكروا ذلك على انه وسيلة يلجأ إليها الزوج في حالة نشوز زوجته، مع أن له حق الطلاق ويستطيع أن يرفع الضرر عن نفسه بالطلاق إذا شاء، فإذا كانت المتضررة هي الزوجة، والنشوز من الزوج فما العمل وهي لا تملك الطلاق؟

مذهب الشافعية:

جاء فيه أن التعدي بين الزوجين أو الشقاق أما أن يكون من الزوجة، أو الزوج، أو منهما:

فإذا كان النشوز من الزوجة، وعظها بلا هجر ولا ضرب، فإن تكرر هجرها في المضجع، فإن

أصرت على النشوز ضربها، إذا كان مفيداً في تأديبها، وإلا فلا يضربها، كما صرح بذلك الإمام الشافعي. ولا يكون ضرباً مبرحاً ولا على الوجه والمهالك، والأولى له العفو عن الضرب، ولا يحق له أن يرفع الأمر إلى القاضي ليؤدبها، لما فيه من العار والمشقة، وتوحيش القلوب.

أما إذا كانت الاساءة من الزوج بضرب أو غيره بدون سبب، نهاء القاضي عن ذلك، فإن عاد وطلبت الزوجة تعزيره، عزره بما يليق به لتعديه عليها.

وأما إن كان التعدي من الزوجين، واشكل الأمر بينهما، تعرف القاضي الحال، فإذا تبين له، منع الظالم منهما، فإن اشتد الشقاق، بعث القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها، لينظرا في أمرهما. والبعث واجب بالنص، وهما وكيلان في الأظهر عن الزوجين، وقيل: هما موليان من الحاكم، لأن الله تعالى سماهما حكيمين، والوكيل مأذون ليس بحكم [١١٠: ٧/٣٦٧].

فالأظهر من الروايتين عند الشافعية أن الحكيمين وكيلان، فليس لهما أن يفرقا بين الزوجين إلا برضاهما، يؤيده ما جاء في آخر كلام الشارح، أنه إن لم يرض الزوجان ببعث الحكيمين ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم منهما، واستوفى للمظلوم حقه، ويعمل بشهادة الحكيمين.

واستدلوا للقول بأن الحكيمين وكيلان وليسا موليين، بقولهم (أن الحال قد يؤدي إلي الفراق، والبضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان، فلا يولى عليهما، والطلاق لا يدخل تحت الولاية) [١٠٩: ٣/٢٥٩].

وعند الحنابلة:

جاء في المغنى، أنه روي عن أحمد أن الحكيمين وكيلان للزوجين لا يملكان التفريق إلا بإذنها، وفي رواية أخرى عنه أنهما حاكمان [١١٦: ٧/٣٢١]، وصرح صاحب الانصاف أن الصحيح في المذهب: أن الحكيمين وكيلان عن الزوجين، لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما [١٢٢: ٨/٢٨٠].

وعند الشيعة الإمامية:

إن النشوز إن كان من الزوجة والزوج معاً، وخشي الشقاق، بعث الحاكم حكماً من أهل الزوج وآخر من أهل المرأة، ولكن: هل بعثهما على سبيل التحكيم أو التوكيل؟ إلا ظهر أنه تحكيم، فإن اتفقا على الإصلاح فعلاه، وإن اتفقا على التفريق لم يصح إلا برضا الزوجين في الطلاق ورضا المرأة في البذل إن كان خُلماً [١٢٥: ٢/٣٣٩].

وواضح من هذا النص أنهما حكمان بخصوص الاصلاح فقط، أما بخصوص التفريق فلا ينفذ لهما قول إلا بموافقة الزوجين.

وقد استدل المانعون على الجملة بما يلي:

١- إن مهمة الحكمين هي الاصلاح بين الزوجين كما نص على ذلك القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿إن يريدوا أصلاً يوفق الله بينهما﴾ [الآية ٣٥ من سورة النساء] ولم يذكر التفريق، فدل على أن إيفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين، وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده.

٢- إن في تفريق الحكمين إخراج الملك من صاحبه بدون رضاه، وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [الآية ٢٩ من سورة النساء].

٣- إن سلطة الحكمين بالتفريق لا أصل لها، لأن ذلك إما أن يكون مستمداً من الحاكم، أو من الزوجين، فإن كانت مهمتهما مستمدة من الحاكم فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق، وإن كان من الزوجة فلا تصح بدون توكيل.

أما الفقهاء القائلون بجواز التفريق للشقاق والضرر فهم المالكية، إضافة إلى ما ذكرت من رواية عند الشافعية وأخرى عند الحنابلة، فلا تعاد هنا ويكتفى بذكر أقوال المالكية: فقد جاء في المدونة: أن الحكمين إذا استطاعا الصلح أصلحاً بين الزوجين، وإلا فرقما بينهما [٣٦٧/٢: ٩٥].

وفي شرح الخرشبي: إن الزوج إذا كان يضار زوجته، فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا ثبت ذلك لديه، زجره وضربه إذا لم ترد الزوجة التطلق، وإن استمر الأشكال بعث حكمين. والمشهور أن طريقيهما الحكم، وليس الوكالة، ولا الشهادة، فإذا حكما بطلاق نفذ، ولا يحتاج إلا رضا الزوجين، وتكون الطلقة بائنة [٥١٤/٢: ٨٨].

وقد ذكروا صوراً للضرر من الزوج لزوجته، ومنها قطع كلامه منها، وتحويل وجهه عنها، وضربها ضرباً مؤلماً. وقالوا إن لها حق طلب التطلق للضرر، ولو بنوع واحد منه، أو لو حصل مرة واحدة ولم يتكرر.

وقد أورد ابن فرحون أمثلة عديدة من مذهب مالك على الضرر الموجب للتفريق منها: إذا فعل

الزوج بزوجه ما يوجب القصاص لها منه وكان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتضت منه، فإنها تطلق عليه، وإذا مثل الرجل بزوجه طلقت عليه، وقال إن هذه من مسائل السياسة الشرعية [١٣٩/٢: ٨٥ - ١٤١]، وذكر ابن جزري [٢٢٣: ٨٣] ثلاث حالات للنشوز الأولى: أن يكون النشوز منها فيعظها، فإن قبلت والا هجرها، فإن انتهت والا ضربها ضرباً غير مخوف، فإن غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف، تركها.

والثانية أن يكون العدوان منه بالضرب والأذى، فيُزجر عن ذلك ويجبر على العود إلى العدل، والا طلقت عليه لضرره.

والثالثة: أن يشكل الأمر وقد ساء ما بينهما وتكررت شكواها، ولم يقدر على الإصلاح بينهما، فيبعثُ حكمان من جهة الحاكم، فإذا حكما بالفراق فهي طالقة بائنة، فإن حكما بأكثر من واحدة، لم يلزم، وقيل يلزم.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي: [٤١/٤: ١٨٨، ٤٠٣/٩: ٢١]

١- إن الله تعالى قال: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ فدل ذلك على أنهما حكمان، ولو كانا وكيلين لقال: ابعثوا وكيلاً عنهما، والحكم يحكم بما يراه من المصلحة، فإن وفق الحكمان إلى الإصلاح كان خيراً، وإلا فلهما التفريق بين الزوجين.

٢- إن الله تعالى أمر الزوج بقوله: ﴿فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ فإذا حصل الشقاق تعين التسريح، لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الإصلاح فلم يصل إلى نتيجة، لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين.

٣- إن القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين، فكما أن العدالة تكون بالإصلاح بينهما قد تقتضي العدالة التفريق بينهما، وليس من العدالة عدم التفريق بينهما، وليس من العدالة أن يقبل القاضي حكم الإصلاح ولا يقبل حكم التفريق، فإذا قررا التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك. هذه أقوال الفريقين في حكم هذه المسألة وأدلتهم، ويلاحظ على أصحاب الاتجاه الثاني القائلين بجواز التفريق للضرر ما يلي:

١- أنهم أعطوا هذا الحق للزوجة [يفهم هذا من الحالات الثلاث التي ذكروها والا فإن قولهم بجواز التفريق للضرر يفهم منه ما هو أعم من ذلك] إذا تضررت من زوجها أو إذا اشكل الأمر وظهر الشقاق

بينهما ولم يعرف المتسبب فيه منهما وتكررت شكواها، فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ليفرق بينها وبين زوجها للضرر. أما إذا كان المتضرر هو الزوج، فقد اقتصرنا على وسائل التأديب الواردة في النص من الوعظ أو الهجر في الفراش، والضرب غير المبرح، وله أن يطلقها إذا شاء، لأنه يملك ذلك، أما هي فلا تملكه، فكان من العدالة رفع الضرر عنها بالطلاق إذا تعذر الإصلاح.

٢- أنهم لم يحصروا الضرر بصورة معينة، وإنما كل ما كان فيه إساءة للمرأة قولاً أو فعلاً ولو لم يتكرر، يكون موجباً لبعث الحكمين، إذا ثبت لدى الحاكم، وتعذر عليه الإصلاح بين الزوجين.

٣- أنواع الضرر التي ذكرها ابن فرحون، وهي فعله بها ما يوجب القصاص أو التمثيل بالزوجة، هذه الأنواع من الضرر الجسيم، وقد نص على أنها توجب الطلاق، ولكن هل تحتاج إلى بعث حكمين لمحاولة الإصلاح بينهما أم لا تحتاج إلى ذلك؟ لأنها من الجسامة بحيث يتعذر معها الإصلاح بداهة، لم أجد في المذهب المالكي ما يفيد تخصيصها بإجراءات قضائية معينة، مع أنني أرى أنها ليست أضراراً عادية يمكن التغلب عليها، بل هي لجسامتها تجعل الحياة مستحيلة مما يوجب النظر إليها باعتبار خاص.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

من استطلاع أقوال الفريقين وأدلتهم، أرى: أن مذهب القائلين بجواز التفريق للشقاق والضرر هو الأرجح لما يلي:

١- اعتماد المانعين في الاستدلال على مذهبهم بأن الحكمين وكيلان، يخالف ظاهر نص القرآن الكريم، الذي سماهما حكمين. وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله:

«والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله، وأيضاً لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وأيضاً فإنه جعل الحكم إليهما فقال: إن يريدنا إصلاحاً يوفق الله بينهما، والوكيلان لا إرادة لهما وإنما يتصرفان بإرادة موكليهما، وأيضاً فإن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص، وأيضاً فالحكم من له ولاية الحكم والالتزام وليس للوكيل شيء من ذلك، وأيضاً فإنه سبحانه خاطب بذلك غير

الزوجين، وكيف يصح أن يوكل عن الرجل والمرأة غيرهما [١٨٨: ٤/٤٢]:

فهذه الوجوه التي ذكرها ابن القيم رحمه الله، تكفي للدلالة على عدم صحة القول بأن الحكمين وكيلان، والمانعون بنوا جملة أدلتهم على هذا الاعتبار، فإذا فسد ذلك سقط المعارض، ونهض القول بجواز التفريق قضاء لعدم المعارض له في ذلك.

٢- أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ فليس لهم فيه أدنى معتمد، لأن الحكم بالتفريق بين رجل ثبت ظلمه وامرأة مظلومة أو العكس، وما يترتب على هذا التفريق من حقوق مالية يقدرها الحكمان، هو أكل للمال بالحق وليس بالباطل، لأن رد المال إلى صاحبه لا يعد أكلاً لمال الناس بالباطل، ورفع الغبن عن مظلوم لا يحتاج إلى رضا الظالم، لأن رفع الظلم واجب شاء الظالم أم أبى.

٣- إن عجز الحكمين عن الإصلاح بعد أن عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين، واستعصى عليهما حلها رغم بذل الجهد في ذلك، يعتبر دليلاً على استحالة الحياة الزوجية بينهما على الوجه الذي اراده الله تعالى من المودة والرحمة والسكن، وتصبح الحياة الزوجية شقاء لا يطاق، وهذا يخالف مقاصد الشريعة في الزواج، ويخالف وضع الشارع للأحكام، وكل ما خالف وضع الشارع فهو باطل، فوجب إنهاء هذا الشقاء ولو بالتفريق بين المتنازعين، تحقيقاً لمقصد الشارع في بناء الأسرة المسلمة.

٤- إن اعتماد المانعين على القول بأن الحاكم لا يملك التفريق فلا يملكه الحكمان، يخالف قولهم بأن للحاكم التفريق للعتة فقد قال المانعون من الحنفية والشافعية [انظر صفحة ٢١٩ من هذا البحث] والحنابلة: بأن العتة من العيوب المجيزة للفرقة، وقالوا: لا بد فيها من حكم الحاكم، لأنها أمر مجتهد فيه، وبهذا فإن الحاكم يملك التفريق وإن رفض الزوج العنين ذلك، وقالوا: انه ممسك بغير حق، وعللوه برفع الضرر عنها، فلماذا لا يكون التفريق للشقاق مثله، والضرر هو الضرر، فإذا صلح أن يكون علة في العنين، صلح أن يكون علة هنا.

٥- إن قوله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " وهي قاعدة كبرى من قواعد الدين التي تبنى عليها الأحكام، يمنع الضرر أياً كان نوعه، لأن النهي عن الضرر في الحديث جاء مطلقاً، ولم يرد دليل التخصيص، فيبقى على إطلاقه، ومقتضى ذلك انه لا يجوز أن يقال بمنع نوع من الضرر وإباحة نوع

آخر، ولو كان أشد منه ضرراً، فمعروف أن المرأة تتضرر من عنة زوجها، ولكنها قد تتضرر أكثر من ضربه لها ضرباً مؤلماً وإيذاؤها بالفاحش من القول، إضافة إلى هجرها وترك جماعها، فامرأة هذا، امرأة عتین وزيادة ومعلوم [الضرر يزال ويراعى اعظم الضررين - ٨٦: ١٠٣ و ٨٧] إن الضرر إذا زاد عظم الاثم وزادت الحاجة إلى زواله، وليس أعظم من ضرر فساد ذات الیین الذي قال عنها رسول الله ﷺ هي الخالقة [عن امي الدرداء أن رسول الله ﷺ قال: إلا أخبركم بأنضل من درجة القيام والصلاة والصدقة قالوا بلى يا رسول الله قال: اصلاح ذات الیین فإن فساد ذات الیین هي الخالقة. ١٠: ٤/ ٢٨٠].

وزاد الترمذي: لا أقول تحلق الشعر ولكن تحلق الدين - ٢٥: ٥/ ٦٩، وفي الموطأ: وإياكم والبغضة فإنها هي الخالقة ٢٢: ٢/ ٩٠٤] التي تحلق الدين، فلا توجد مفسدة أعظم من ذهاب الدين بالشقاق والاختلاف والعداوة الدائمة والنزاع المستحكم بين الزوجين، الذي يؤثر على جميع أفراد الأسرة من الأبناء والبنات، ويمتد إلى الأهل والعشيرة والأصدقاء ويجعل من المجتمع مسرحاً للحقد والضغينة، وربما أدى إلى الاعتداء على المال بشهادة الزور، أو الاعتداء على العرض بالطعن فيه وقذف المحصنات، أو ربما أدى إلى الاعتداء على النفس بالقتل والثأر ونحو ذلك.

وإذا كانت هذه المفسدة لا تزول إلا بالتفريق بين الزوجين فهو اختيار لأخف الضررين، ويكون التفريق للشقاق والضرر مشروعاً في هذه الحالة دفعاً لضرر أعظم أو سداً للذريعة المذكورة وقد فهم ذلك صاحب فتح الباري [٤٠٤/٩: ٢١] حيث قال: (انه يؤخذ من قوله تعالى: ﴿وإن خفتن شقاق بينهما﴾ العمل بسد الذرائع، لأن الله تعالى أمر ببعث الحكيم عند خوف الشقاق قبل وقوعه، فكيف إذا وقع وتجاوز حدود الأسرة إلى الأهل والعشيرة فعندئذ يكون سد الذريعة أكد وأشد وجوباً.

وبهذه الأسباب مجتمعة يترجح لدى مذهب المالكية في جواز التفريق للشقاق والضرر، بعد المعجز عن الاصلاح وبذل الجهد في ذلك من الحاكم والأهل والحكمين، وتعين الفرقة حلاً للنزاع المستحكم.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

عالج القرآن الكريم حكم نشوز الزوج، وحكم نشوز الزوجة، وأمرهما بحسن المعاشرة

والسعي إلى الإصلاح بشتى الوسائل، حرصاً على استمرار الحياة الزوجية على أساس من المودة والتراحم.

إلا أنه لم ينص على التفريق بين الزوجين، إذا فشلت وسائل إصلاح الحياة الزوجية، وتعذر استمرارها على الوجه المقصود شرعاً، فإذا تضرر الزوج من نشوز زوجته كان له أن يتخلص من حياته معها بالطلاق، الذي جعله الشارع بيده، ويدفع بذلك الضرر عن نفسه ليتزوج بمن شاء غيرها، أما إذا تضررت الزوجة من نشوز زوجها وعجزت عن منعه من ذلك، واستعانت بالأهل والحكمين، فلم يكف الزوج عن ايدائها، ورفعت أمره للقاضي ليزجره، فلم ينزجر، كان لها أن تلجأ إلى المخالعة وفداء نفسها منه، بما تملك من المال أو المهر المدفوع لها، ولكن ذلك مشروط برضا الزوج وموافقته، إذ المخالعة أو الطلاق على مال لا بد فيهما من توافق أرادتين، أو التراضي بين الطرفين، لأنها في حكم الطلاق المعلق على شرط، فلا بد أن يشترط أحدهما ويوافق الآخر، فإذا حصل أن حاولت الزوجة الاتفاق مع زوجها الذي يؤذيها ويسيء إليها وتضررت منه، أن تفدي نفسها بما يشاء من مال، فأبى، أو يشترط ما يشاء مقابل الطلاق فأبى، أو يحسن معاشرتها ويمسكها بالمعروف فأبى، أو يتحاكما إلى من يرضون حكمه لإصلاح أمر الأسرة، فأبى إلا الإمساك مع الأيذاء والضرب والإهانة، فإنه في هذه الحالة يكون مضاراً، ويصدق عليه ما قاله رسول الله ﷺ لصاحب النخلة: إنما أنت مضار وقال لصاحب البستان: اذهب فاقلع نخله. [حديث سمرة بن جندب أخرجه أبو داود في سننه أنه كان له نخلة من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فينادى به وشق عليه فطلب إليه أن يناقله فأبى فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى قال فهل له ولك كذا أو كذا امرأة رغبه فيه فأبى فقال: انت مضار فقال النبي ﷺ للأنصاري اذهب فاقلع نخله، ٣١٥/٣: ١٠.

قال أحمد بن حنبل بعد أن روى له هذا الحديث: كل من كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك وإلا أجبره السلطان ولا يضرب فيه ١١٤: ٢٩٠].

فإذا حصل ذلك من الزوج، كان للحاكم أن يفرق بينهما على وجه يحقق العدل للطرفين، لأن الزوجة لا تملك أن ترفع الضرر عن نفسها بالطلاق، ولا سبيل لها إلى التراضي مع إباء الزوج، فلا بد من إزالة الضرر عن طريق الحاكم، لأن الضرر يزال. وفي هذا تحقيق مصلحة للمرأة بخلاصها من

اضرار الزوج بها، وتحقيق مصلحة للمجتمع بوقف أسباب النزاع فيه بين الأسرة، وقد يمتد إلى الأهل والأولاد، ولا يكون هذا الحكم مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولو لم يرد بخصوصه نص، وهو حكم توجه السياسة الشرعية، لأن تحقيق المصلحة ورفع الضرر، من مستندات السياسة الشرعية ومن أصولها المعتمدة. وقد ذكر في مذهب المجيزين للتفريق في هذه الحالة، وهم المالكية أنهم عللوه بالضرر، وهو كما يفهم من تعليلهم يشمل الضرر الواقع على الزوجة من زوجها، كما يشمل الضرر الواقع على الزوج من زوجته، فمع أنه يملك الطلاق ويستطيع أن يرفع الضرر عن نفسه به، إلا أن ذلك قد يكلفه مبالغ طائلة، إضافة إلى ما انفق في زواجها، كدفع المهر المؤجل ونفقة العدة والتعويض عن الطلاق عند من يرى وجوبه ونفقات زوجة أخرى، وهو المتضرر من نشوز الزوجة، فله أن يطلب التفريق أيضاً للشقاق والضرر، لأن النص عند المالكية مطلق [٢٢٣: ٨٣] وهو يبقى على اطلاق، ليشمل كل حالات الضرر.

وبهذا تكون السياسة الشرعية في المسألة على وجه يحقق العدالة بين الزوجين ويرفع الضرر عن المتضرر منهما بمقدار اساءة الآخر، شريطة أن يتعذر الاصلاح وتفشل كل وسائل الخير الأخرى، فالتفريق هو العلاج النهائي لمشكلة زوجية استعصت على المصلحين والحكام، وتعين التفريق حلاً للشقاق الدائم ورفعا للضرر المستمر، وهنا تستطيع السياسة الشرعية أن تغير من وسائلها بما يحقق هذه الغاية، فقد تعطي الحق للقاضي في تعرف أسباب النزاع والشقاق، ومحاولة التوصل إلى طريقة مرضية لاستمرار الحياة الزوجية، وقد تعطي القاضي حق حبس الظالم مدة معينة على أمل الرجوع عن ظلمه، وقد يضرب القاضي أجلاً للاصلاح بين الطرفين أو يحيلهما إلى محكمين، أو غير ذلك من الوسائل المشروعة التي يجب أن تبذل للاصلاح، قبل أن يقرر الحاكم التفريق، مع مراعاة اختلاف اعراف الناس وبيئاتهم، فقد يصلح هذا ما لا يصلح ذاك، وقد تكون المرأة شريفة سيئها مالا سيئ غيرها، أو ضيعة ترضى بما لا يرضى به غيرها، فكل ذلك يجب مراعاته والتفطن إليه، لأن مقصد الشارع الأصلي من الزواج هو الديمومة والاستمرار، على أساس من المودة والرحمة، ولا يصار إلى هدم الزواج إلا إذا تعذر تحقيق مقصده بشتى الوسائل المتاحة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى: فإنه إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين إلا بضرر دائم وشقاء متكرر وظلم لا يطاق، فإنه يجب على الحاكم أن يتدخل لمنع استمرار الظلم فالزوج

يصر على الإمساك مع الأذى، والزوجة لا تملك الطلاق، وهذا قد يؤدي بالزوجة أيضاً إلى الانحراف، فإن الانسان يستطيع أن يصبر إلى حين، ثم قد تلجأ المرأة للخلاص من هذا الواقع إلى وسائل محرمة، إذا رأت أن لا حل لحياتها، كالانتحار، أو فعل ما يجلب له العار، لتدفعه إلى طلاقها. وهذا متوقع، والمتوقع كالواقع، فعندئذ تتدخل السياسة الشرعية بأصل آخر من أصولها، وهو سد الذرائع لتضع حداً للظلم الذي يصر الزوج على بقاءه، أو للمفسدة المتوقعة من ذلك، وسد الذرائع في هذه الحالة يمنع الظلم الواقع من الاستمرار، كما يمنع الضرر المتوقع قبل وقوعه من أن يقع، وهذا ما فهمه صاحب فتح الباري [٢١: ٩/٤٠٤] من أن قوله تعالى: ﴿وإن خفتن شقاق بينهما...﴾ يدل على العمل بمبدأ سد الذرائع، لانه يريد للشقاق أن لا يقع بين الزوجين، فمجرد خوف الحكام من وقوعه أمرهم الله تعالى ببعث الحكامين للنظر في أمر الزوجين، يفهم ذلك من قوله تعالى: ﴿خفتن﴾.

وهذا دور وقائي تقوم به السياسة الشرعية، وهو منع المفسدة من الوقوع عن طريق مبدأ سد الذرائع الذي هو أصل من أصول السياسة الشرعية.

المطلب الخامس: حكم المسألة في القانون

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بمذهب المالكية في جواز التفريق بين الزوجين للنزاع والشقاق، وبهذا يكون القانون قد أخذ بحكم السياسة الشرعية في هذه المسألة، وعدل عن مذهب الحنفية الذين لا يجيزون التفريق لهذا السبب.

وقد علل واضع القانون الأخذ بهذا الحكم الموافق للسياسة الشرعية، بما نص عليه في مذكرة القانون الايضاحية والتي جاء فيها: (إن وقوع النزاع والخلاف بين الزوجين يسبب اضراراً كبيرة لهما ولاولادهما، ويهدم كيان الأسرة، وقد تعددت الحوادث التي شغلت المحاكم الشرعية سنين طويلة، بسبب النزاع دون الوصول إلى نتيجة حاسمة تقضي على هذه المشاكل، ولما كان مذهب الحنفية لم يعالج هذه المسألة علاجاً شافياً بما يدفع ضررها، وبما أن مذهب الإمام مالك يجيز للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها إذا تضررت من زوجها، وبما أن قانون العائلة العثماني الذي كان معمولاً به اجاز للزوج حق طلب التفريق بسبب النزاع والشقاق كما هو للزوجة، ولما لذلك من

المساواة في تحقيق العدالة بين الزوجين فقد روي الاخذ بهذا القول "[١٨١: ٥].
وقد بين القانون حكم هذه المسألة في المادة ١٣٢ منه بقدراتها من أ-ط والمادة ١٣٣ على النحو التالي:

١- أعطى القانون الحق لكل من الزوج والزوجة في أن يطلب التفريق للنزاع والشقاق، إذا ادعى اضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية بينهما، وهذا يلتقي مع ما ذكر من أن اطلاق الضرر في مذهب المالكية باعتباره علة لجواز هذا النوع من التفريق، يشمل الضرر الواقع على الزوج كما يشمل الضرر الواقع على الزوجة، وهذا أكثر تحقيقاً للعدالة وأقرب إلى روح التشريع ومقاصده، لأن بناء الحكم على علة، يقتضي وجوده حيث توجد هذه العلة.

٢- فرق القسانون بين أن يكون الطلب من الزوج أو يكون من الزوجة، وذلك بخصوص الاجراءات القضائية، وما يجب على القاضي فعله، لا بخصوص الحكم بالتفريق فقال:
إذا كان طلب التفريق من الزوجة فلا بد ان تثبت اضرار الزوج بها، فإذا ثبت ذلك، بذل القاضي جهده في الاصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الاصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما، أحال الأمر إلى الحكمين.
وهذا يعني أن القاضي بعد أن يبذل جهده مع الزوجين في الاصلاح، ويعجز عن ذلك، يعطي الزوج المدعى عليه مهلة لا تقل عن شهر، ليحاول خارج المحكمة الاصلاح مع الزوجة عن طريق الجهات والمعارف، وهذه المهلة تعتبر انذاراً للزوج بأنه إذا لم يصلح حاله مع زوجته ويزيل أسباب الشقاق التي تدعيها الزوجة، فإنه سيحيل الأمر إلى الحكمين.

أما إذا كان المدعي هو الزوج، فلا بد أن يثبت وجود النزاع والشقاق بينه وبين زوجته، فإذا اثبت ذلك بذل القاضي جهده في الاصلاح بينهما، فإذا لم يكن الاصلاح، أجل دعواه مدة لا تقل عن شهر أيضاً، أملاً بالمصالحة، فإذا انتهت المدة ولم يتم الصلح وبقي الزوج مصراً على دعواه، أحال القاضي الأمر إلى حكمين.

ويلاحظ أن القانون الزم الزوجة باثبات اضرار الزوج بها، إذا كانت هي طالبة التفريق، بينما الزم الزوج باثبات وجود النزاع والشقاق، إذا كان هو طالب التفريق.

وهذا يدل على أن القانون جعل علة التفريق بين الزوجة وزوجها عند طلبها هي الضرر الواقع عليها من الزوج، أما علة التفريق إذا طلبه الزوج فهي وجود النزاع والشقاق، سواء وجد الضرر أم لا... هذا ما يفهم من النص الحرفي للفقرتين أ، ب من المادة ١٣٢، والواقع أنني لا أرى فرقاً بين أن يثبت الزوج النزاع والشقاق، أو أن تثبت الزوجة الضرر، فكلاهما في النتيجة ضرر، خاصة وإن القانون في مقدمة المادة اشترط على الطرفين الادعاء باضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، فكيف يشترط الادعاء بالضرر، ثم يقتصر على اثبات النزاع والشقاق، مع أن اليقينة كما هو معلوم يجب أن تطابق الدعوى، فدل ذلك على أن معناهما بالتسوية واحد، فوجود النزاع والشقاق في الأسرة ضرر على الزوج، كما هو ضرر على الزوجة، وإيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ضرر عليها، غير أنه قد يصعب على الزوج اثبات إيذاء الزوجة له قولاً أو فعلاً، لأن ذلك إنما يحدث غالباً بينهما، ولا يطلع عليه أحد، باعتباره حوادث عائلية، خاصة عندما تظهر آثار ذلك للناس، من الخلاف المستحکم وعدم الاحترام أو الطاعة ونحو ذلك، مما يسع الشهود أن يشهدوا به دون الحوادث الجزئية الخاصة، أما اضرار الزوج القولي أو الفعلي بزوجته، فقد يظهر للناس من الأقارب والمجاورين بحكم العادة أو نتيجة لقوته وضعفها خلقة، فيمكن اثباته ومشاهدته، فيكون الضرر هو علة التفريق في الحالتين إلا أن الزوجة مكلفة باثبات حوادث الأضرار، والزوج مكلف باثبات نتائج هذه الحوادث، وما أدت إليه من شقاق ونزاع على الجملة.

٣- ثم بين القانون بعد ذلك شروط الحكمين وكيفية عملهما ومقدار العوض الذي يقدرانه إذا قررا التفريق، وكيفية احتساب نسبة الامساء وغير ذلك من الأمور الإجرائية التي تنظم العمل القضائي، فلا أطيل القول فيها.

٤- بين القانون أن الحكم الصادر بالتفريق للنزاع والشقاق يتضمن الطلاق البائن، وهذا يوافق مذهب المالكية لأن الضرر لا يرفع عن الزوجة بالطلاق الرجعي، بل يستطيع الزوج مراجعتها، وعندئذ لا تتحقق الغاية من هذا التفريق، ويبقى النزاع بين الزوجين قائماً لذلك نصت المادة ١٣٣ من القانون على وقوعه بائناً.

ويلاحظ أن القانون اشترط للحكم بالتفريق للنزاع والشقاق، أن تقوم اليقينة على ذلك لأنه نص على الاثبات، بينما لم يشترط قانون حقوق العائلة السابق، سوى مجرد التثبت ووجود القرائن التي

تدل على تعذر استمرار الحياة الزوجية، كأن ترتفع اصوات المتخاصمين أمام القاضي، أو يترك الزوج الانفاق على زوجته، أو يعترف أنه قتل شقيقتها ونحو ذلك، والذي أراه أن عدول القانون الجديد عن الثبوت واشتراط الاثبات بالبينة أو الاقرار ونحوه من وسائل الاثبات، أقرب إلى الفقه، لأن أمر التفريق بين الزوجين من الأمور الهامة التي ينبغي أن لا تترك لملاحظات قاض، أو لزلة لسان من رجل أو امرأة، نتيجة لموقف معين، أو لاشتداد خصومه في إحدى جلسات المحاكمة، إذ لا بد أن يكون الضرر الموجب للتفريق سابقاً على الدعوى، لاناثناً بعدها، أو اثناءها، لأن الضرر هو علة التفريق، والعلة توجد أولاً ثم يترتب عليها الحكم. [هذا ما فهمته محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية بقرارها رقم ٢٣٢٣٩ من أن قانون حقوق العائلة في المادة ٩٦ منه نص على (بعد الثبوت) واستبدلت في قانون الأحوال الشخصية (واثبت) فهذا التغير في النص يدل على مقصد المشرع أن ينقل كيفية اثبات النزاع والشقاق لحكمة رآها من مجرد الثبوت إلى البينة الكاملة. ١٧٤: ٨٣]

كما أن الاحتياط في أمر التفريق واجب، والبينة تحقق هذا الاحتياط، ولا شك أن الحكم بموجب البينة عند وجودها، أولى من الحكم بالقرائن وحدها.

المبحث الرابع الزام الغائب عن زوجته بالانفاق أو الطلاق

المطلب الأول: المقصود بالمسأة وصورتها

مرّ فيما سبق [انظر صفحة ٨٩ من هذا البحث] ان من آثار عقد الزواج النفقة، وأنها واجبة للزوجة على زوجها، حاضراً كان أو غائباً، غنياً كان أو فقيراً، حسب حاله ومقدرته، وإن النفقة تشمل الماكل والملبس والسكن.

فإذا حصل أن غاب الزوج عن زوجته وتركها بدون نفقة ولم يرسل لها ما تنفق منه على نفسها، أو اعسر بنفقتها فلم يستطع أن يطعمها ولم يجد ما ينفق منه على عياله، [*]، أو امتنع عن الانفاق عليها رغم يساره، ولم يتم بإيفاء الواجب عليه رغم الزام الحاكم له بالنفقة، ظلماً واضراراً بالزوجة، ففي جميع هذه الحالات من عدم الانفاق على الزوجة سواء كان الزوج معسراً أو ممتنعاً أو غائباً، وليس له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه جبراً عليه، ستبقى الزوجة المحبوسة بعقد الزواج بدون نفقة، مع أهمية ذلك لقيام حياتها وبدنها، لأنها من الضروريات التي لا تحفظ النفس بدونها، وحفظ النفس مقصد ضروري من مقاصد الشارع.

إذا حصل ذلك ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي وطلبت منه انصافها ورفع الظلم عنها، فماذا يفعل؟ هل يحضر الزوج ويأمر بسجنه لأداء حق النفقة كسائر الحقوق أو الديون الأخرى؟ وقد يكون الزوج غائباً يتعذر على الحاكم احضاره، أو معسراً فلا فائدة ترجى للزوجة من حبسه الذي سيزيده اعساراً، لأنه لن يتمكن من العمل، أم يقول للزوج إذا لم تقم بالانفاق على زوجتك خلال مدة معينة ولم تطلقها فسوف أطلقها عليك، بما للقاضي من سلطة في ذلك، رفماً للظلم واحقاقاً للحق؟

وبمعنى آخر: إذا حكم للزوجة على زوجها بنفقة وتعذر تحصيلها من هذا الزوج، لغيبه أو

* المعسر هو من لم يجد ما ينفق على عياله ٣٢:١٣٧

اعساره وعجزه عنها أو امتناعه، ولم يكن له مال ظاهر يمكن للحاكم أن ينفذ حكم النفقة فيه، فهل للحاكم في هذه الحالة أن يفرق بين الزوجين، حتى تتمكن المرأة التي حرمت من الانفاق عليها من الزواج بمن ينفق عليها، أم ليس له ذلك وهي امرأة ابتليت فلتصبر؟

المطلب الثاني : حكم المسألة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في جواز التفريق لعدم الانفاق على قولين:

الأول: إنه ليس للقاضي أن يفرق بينهما، ولكنه يأذن لها بالاستدانة وترجع على الزوج إذا أيسر أو حضر، وللحاكم أن يحبسها إن كان ممتنعاً حتى يرغمه على دفعها، أو يبيع ماله، وإذا لم يمكن ذلك فهي امرأة ابتليت فلتصبر.

وهو قول الحنفية [٣٣٥/٢:٧٤، ١٩٢/٤:٦١، ١٩٠/٥:٧٠، ٦٥٦/٢:٥٩] والزيدية [١٢٧/٣:٢٧٤] وابن حزم [١٢٣/١٠:٨٨] والإباضية [١٢٤/٤:٨*]، وعن قال به من الصحابة [١١٦/٨:٢٠٤، ١٢٣/١٠:٩٦، ٢٣/٣:٢٢٥]: عثمان بن عفان وعمرو بن العاص وابن عباس رضي الله عنهم.

ومما جاء بهذا الخصوص عن الحنفية (إن بقاء الزوج قادراً على النفقة ليس بشرط لبقاء النكاح لازماً، حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق)، وقد عللوا ذلك بقولهم (إن التفريق إبطال ملك النكاح على الزوج من غير رضاه، وهذا في الضرر فوق ضرر المرأة بعجز الزوج عن النفقة، لأن القاضي يفرض النفقة على الزوج إذا طلبت المرأة الفرض، ويأمرها بالانفاق من مال نفسها إن كان لها مال، وبالإستدانة إن لم يكن إلى وقت اليسار، فتصير النفقة ديناً في ذمته بقضاء القاضي، فترجع المرأة عليه بما أنفقت إذا أيسر الزوج، فيتأخر حقها إلى يسار الزوج، ولا يطل، وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير).

وعلى الجملة فقد استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول منها:

١- قوله تعالى: ﴿لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليَنْفِقْ بما آتاه الله، لا يكلف

الله نفساً إلا ما آتاه، سيجعل الله بعد عسر يسراً﴾ [الآية ٧ من سورة الطلاق].

• (الإباضية هم أتباع عبد الله بن أباض الذي خرج على الدولة الأموية في أيام مروان بن محمد وذكرهم

الشهرستاني في فرق الخوارج، ١٩٥: ١/١٣٤)

... ووجه الاستدلال بالآية: إن الله تعالى أوجب على المعسر أن ينفق بما آتاه الله، فإذا أعسر الرجل ولم يجد سبباً يمكنه من تحصيل النفقة، فلا تكليف عليه. بدليل قوله تعالى في الآية نفسها [لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها] فإن الله لم يكلفه النفقة في هذه الحالة، وترك ما لا يجب لا إثم فيه، فكيف يكون سبباً للتفريق بينه وبين زوجته [٥٤/٣:٦٦].

٢- ومن السنة ما رواه أبو الزبير عن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر وعمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالساً حوله نساؤه وأجماً ساكناً، فقال أبو بكر يا رسول الله: لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقممت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: هن حولي كما ترى، يسألنني النفقة. فقام أبو بكر على عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ما ليس عنده، ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام شهراً [٨١/١٠:٢٧].

وقد استدلوا بهذا الحديث من وجهين:

أولاً: أن أبا بكر رضي الله عنه ضرب امرأته حينما سألته ما لا يجد من النفقة، وكذلك فعل أبو بكر وعمر مع عائشة وحفصة، وكان ذلك بحضور رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأقرهما ولم ينكر عليهما ذلك، ولو كان طلب النفقة مع إيساره صلى الله عليه وسلم حقاً لما ضرباهما عليه، إذ من المحال أن يضربا طالبتي حق ويقرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك، فدل أنه ليس للمرأة أن تطلب من زوجها ما ليس عنده، فكيف يكون لها الحق في طلب التفريق لعدم النفقة [١٢٣:١/٩٧، ١٨٨:٤/١٨٩].

ثانياً: إن اعتزاله صلى الله عليه وسلم لنسائه بعد طلب النفقة، يدل على أنهن ظلمن ما لا حق لهن به، وإلا فلا يعقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعاقب نساءه بالاعتزال على طلب هو لهن حق، فذلك ظلم، قد عصمه الله تعالى منه.

٣- ومن المعقول: استدلوا بالقياس على الدّين، فإن الله تعالى أمر صاحب الدين أن يُنظر المعسر إلى الميسرة بقوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) [الآية ٢٨٠ من سورة البقرة].

وغاية النفقة أن تكون ديناً للزوجة على زوجها، فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة. ووجه

الشبه بين الدين والنفقة: أن الدائن وجب عليه إمهال مدينه إذا كان معسراً بالنص، وكذلك يجب على الزوجة إمهال زوجها بالنفقة حتى يساره، لأنها دين أيضاً.

القول الثاني:

إن للقاضي أن يفرق بينهما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، وأصحاب هذا القول هم المالكية [٢٦٣/٢:٩٥، ١٩٦/٤:٩١، ٢٢٦/٨٣:٩٠] وبعض الشافعية [١٦٣/٢:١٠٦، ٥٩/٣:١٠٤، ١٤٧/٢:١٠٨، ٩٢/٢:٩٦] والحنابلة [١١٦/٨:١٩٥-٢٣٧، ٢٠٦/٨:١١٩، ٨٣/٣٤:١١٣، ٣٨٣/٩:١٢٢] وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب، وعن قاله به من الصحابة رضوان الله عليهم: عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة [٢٠٤/٨:١١٦] وهؤلاء المميزون للتفريق لعدم الانفاق، اختلفت عبارتهم في بعض الأمور وتعليقاتهم، ومن المناسب ذكر بعض نصوصهم، لمعرفة وجه السياسة الشرعية فيها، ومن ذلك:

قال المالكية:

أن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها، ورفعت أمرها إلى الحاكم، وشكت ضرر ذلك، فإن الحاكم يأمر زوجها بالنفقة أو الطلاق، فإن انفق فلا كلام، وإن أبى من ذلك ومن الطلاق أيضاً، فإن الحاكم يطلق عليه بعد التلوم باجتهاده [١٩٧/٤:٩١].

وهو عندهم طلاق رجعي، إلا أن الزوج لا يملك فيه الرجعة، إلا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثلها. وواضح إن هذا في المدخول بها، أما غير المدخول بها فيقع باتناً.

وعللوا قولهم بعدم صحة الرجعة إلا باليسار، بأن الطلقة إنما كانت لأجل ضرر فقره، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة، وهو الإعسار.

مذهب الشافعية:

فقد جاء فيه (أن الزوج إذا أعسر بنفقة المعسر، فلها أن تفسخ النكاح، لأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطاء، والضرر فيه أقل، فلإن يثبت بالعجز عن النفقة، والضرر فيه أكثر، أولى) [١٦٣/٢:١٠٦].

وأما إذا امتنع الزوج عن الانفاق وهو موسر، لم يثبت لها الفسخ، لأنه يمكن الاستيفاء

* (ومعنى التلوم الامهال وضرب الأجل).

بالحاكم، وإن غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ، وفي المذهب وجه آخر. ويلاحظ: أنهم خالفوا المالكية بجعل التفريق للاعسار فسخاً لا طلاقاً، والفسخ يزيل العقد ولا ينقص عدد الطلقات، وإنهم حصروا جواز التفريق بالإعسار فقط، فالامتناع والغياب ليسا من أسباب جواز التفريق، مع أنهم عللوا الجواز بالضرر، وهو موجود في كل ذلك. كما أنهم قيدوا الاعسار المبيح للتفريق، بأنه الاعسار بنفقة المعسر فقط، أما إذا كانت النفقة المقدرة للزوجة حسب حال الزوج، وكانت أكثر من نفقة المعسر، مثل أن تكون نفقة المتوسط أو المعسر، فإن هذا الإعسار لا يُجيز التفريق، حتى يصبح الزوج معسراً عن نفقة المعسر في أقل مقدار لها.

أما مذهب الحنابلة:

فقد جاء فيه أنه [١١٩: ٢٠٦/٨] إن أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها أو بالكسوة، خيرت بين فسخ النكاح والمقام معه لقوله تعالى: ﴿فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [الآية ١٢٩ من سورة البقرة] وليس الإمساك مع ترك الانفاق إمساكاً بالمعروف، فتعين التسريح ولأن هذا أولى بالفسخ من العجز عن الوطء.

وقالوا: أنها لو اختارت المقام معه، ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك، حتى لو تزوجته عالمه باعساره أو شرط عليها أن لا ينفق ثم عَنَ لها الفسخ ملكته أيضاً، لأن النفقة يتجدد وجوبها للزوجة على زوجها كل يوم، فيتجدد لها حق الفسخ، ولا يصح إسقاطها حقها فيما لم يجب لها. وقالوا أنها إذا اعتادت الطيب والناعم، فعجز عنها فلها الفسخ، وكذلك إذا أعسر بالسكنى، لأنها لا بد منها. والمقصود أجره السكن.

ويلاحظ: أن القائلين بالجواز، بنوا قولهم هذا على الضرر الواقع على الزوجة، نتيجة عدم الانفاق، ورفع الضرر واجب شرعاً، فجاز التفريق لذلك، إضافة إلى أدلة أخرى من الكتاب والسنة أوجزها فيما يلي:-

١- من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف، ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ [الآية ٢٣١ من سورة البقرة].

وجه الاستدلال بهذه الآية: أن قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لمتعديا﴾ نهي عن إمساك الزوجة على وجه الاضرار بها، وفي امساكها مع الامتناع عن اعطائها نفقتها، اضرار واعتداء عليها. وعلى القاضي رفع هذا العدوان والاضرار بالتفريق متى طلبت الزوجة ذلك [٥٠١/٩:٢١، ٥٠١/٩:٥].

ولا يقال أن الاعسار لا يد للانسان فيه، فلا يكون ظلماً ولا منافياً للإمساك بالمعروف، لأن العتة أيضاً لا يد للانسان فيها ولا اختيار، ومع ذلك يقول المانعون بجواز التفريق للعتة.

٢- أما من السنة: فقد استدلوا بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول. قال أبو هريرة: تقول امرأتك اطعمني، وإلا طلقني ويقول خادمك: اطعمني وإلا فبعني، ويقول ولدك: إني من تكلني؟ قالوا يا أبا هريرة هذا شيء تقوله من رأيك، أو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا بل هذا من كيسي [٤٧١/٧:١٤، ٥٠٠/٩:٢١].

وجه الاستدلال بالحديث أنه جعل للمرأة طلب الفراق عند الامتناع عن الانفاق، وذلك بقوله: تقول امرأتك: اطعمني وإلا طلقني، فحق طلب التفريق لعدم الانفاق ثابت للمرأة بالنص المذكور.

٣- أما القياس على العتة فقد قالوا فيه [٢٢٣:٣/٢٢٤، ٨٤:٢/٥٢، ٩٦:٢/٩٢]: إن الزوج إذا عجز عن الوصول إلى زوجته بسبب العتة، فرّق القاضي بينهما لتصل الزوجة إلى حقها عن طريق غيره، فكذلك إذا عجز عن النفقة وجب التفريق، لتصل الزوجة إلى حقها في النفقة عن طريق غيره بل إن العجز بالنفقة أولى، لأن حاجتها إلى النفقة أظهر من حاجتها إلى قضاء الشهوة. هذا مجمل لأدلة كل من الفريقين في حكم هذه المسألة.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

الذي أراه: أن النصوص الشرعية الواردة في هذه المسألة سواء من القرآن الكريم أو السنة، لا تشهد لأحد الفريقين، ولا يمكن الاستدلال بها على هذا الموضوع بعينه، فهي لا تتحدث عن جواز التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق، أو عدم جواز ذلك، وإنما هي نصوص تحتل هذا وغيره.

فقوله تعالى: لينفق ذو سعة من سعته، أمر بالاتفاق بقدر الوسع. واعتزاله صلى الله عليه وسلم لفسائه، وضرب ابى بكر وعمر لابتيهما، لا دليل فيه على عدم جواز التفريق، إذ لم يرد فيه أن نساء النبي صلى الله عليه وسلم ظلين فراقه وأبى عليهن ذلك، بل عكسه قد حصل، فقد خيرهن [١٩٤: ٢/٢٣١، ١٨٨: ٤/٨٣] صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فاخترنه، ولا يعقل أن يقصر الرسول صلى الله عليه وسلم فيما يجب عليه من النفقة، وهو يملك ذلك.

وكذلك موضوع تكليفه فوق طاقته غير وارد، بل يقال له طلقها لتستريح من نفقتها، وأيضاً فإن عدم جواز طلب المرأة من زوجها ما لا يملكه ولا يقدر عليه، المستفاد من ضرب الصاحيين أبى بكر وعمر لبتيهما، فهو ليس في محل النزاع في ذلك، ولكن يقال هل للمرأة أن تطلب التفريق عند العجز عن ذلك، وهذا يملكه الزوج.

أما استدلال المجيزين بقوله تعالى (ولا تمسكوهن ضراً لتتدوا)، فهو نص عام في تحريم امسك النساء بقصد الإضرار بهن، وإن كان وارداً في الرجعة، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

والنهي عن الضرر والإضرار، هو أقوى الأدلة على جواز هذا النوع من التفريق.

وأرى ترجيح مذهب القائلين بجواز التفريق لعدم الاتفاق للأسباب التالية:

١- أن القول بجواز التفريق، تؤيده قواعد الشريعة ونصوصها العامة الواردة بوجوب رفع الضرر ودفع الحرج، لأن امسك المرأة بدون طعام ولا شراب ولا مأوى أضرار كبير بها، وبالإنسان بشكل عام، إذ لا يستطيع الإنسان أن يصبر طويلاً بدون ذلك.

٢- أنه يوافق مقاصد الشريعة في حفظ النفس، لأنها لا تحفظ من الهلاك إلا بالنفقة، والإمسك بدون ذلك، هدر لهذا المقصد الضروري من مقاصد الشريعة.

٣- المرأة لا تملك رفع الضرر عن نفسها بالطلاق، كما يملكه الرجل، فمن العدل أن تمكن من ذلك عند وجود سبب موجب يثبت أمام القضاء، والقول بأنها امرأة ابتليت فلتصبر، ليس واقعياً، لأن الصبر مركب صعب، قد لا يطيقه الكثيرون، فيؤدي إلى مفسد أكبر من التفريق.

٤- قاعدة مراعاة أخف الضررين أيضاً تؤيد قول المجيزين، لأن الضرر الواقع على الزوج بالتفريق أقل بكثير من الضرر الواقع على الزوجة بالصبر عن الطعام والشراب والمأوى، أو لا يمكنها

أن تصبر على ذلك سوى بضعة أيام ثم تهلك، وهلاك النفس أشد ضرراً من حياة بلا زوجة، لأن الأول اهدار للحياة وتقريب بها، والثاني حياة بشقاء، ولكنها حياة، وليست موتاً كالأولى.

٥- ما استدل به المانعون من قياس النفقة على الدين في غاية البعد عن جوهر المسألة، إذ هو قياس ما تقوم الحياة بدونه، على ما لا يمكن أن تقوم بدونه حياة انسان، فالدين يكون زائداً عن حاجة الدائن في معظم الأحيان، والا كيف يمكن أن يقرض غيره؟ أما النفقة فهي الطعام والمأوى، وهي من الضروريات، فلا تشبه الزائدة.

٦- إن القائلين بجواز التفريق لعدم الانفاق، اشترطوا شروطاً تحقق مصلحة الطرفين بقدر الامكان، وتحفظ حق الزوج والزوجة معاً، بما يرفع الضرر عن الزوجة، ويقلل من ضرر التفريق، ومن ذلك أن الزوجة إذا شاءت أن تصبر فلا قائل بالتفريق، بل هي مخيرة بين طلب التفريق والصبر على الابتلاء، وهي مأجورة على الصبر ان استطاعته، ومنه عدم وجود المال الذي يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، فإذا وجد المال للزوج باعه الحاكم جبراً عليه ولا تفريق، لامكانية رفع الضرر عن الزوجة عن غير طريق التفريق.

اضافة إلى ذلك فإن من القائلين بجواز التفريق، كالمالكية مثلاً، يرون انه يقع طلاقاً رجعياً، فإذا أيسر الزوج خلال العدة كان له أن يرجع زوجته، وبذلك يرفع الضرر عن نفسه بمنع التفريق، وعن زوجته بحصولها على النفقة، ويمكنه استدراك ذلك أثناء العدة. بخلاف من قال منهم أنه فسخ لا طلاق، فلا يملك الرجعة، لأن الفسخ يزيل العقد.

كما إن الفقهاء في حالة التفريق للاعسار عن دفع النفقة، يشترطون الاعسار عن نفقة الضرورة بأدنى صورها، والتي يمكن معها الابقاء على حياة الزوجة، فإذا كان الزوج مالكاً لما يحفظ حياتها ولو يوماً بيوم، فلا تفريق وإنما عجزه عن مثل هذه النفقة الضرورية، والتي هي نفقة المعسر، هو الموجب للتفريق.

ومن ذلك أيضاً أنهم يشترطون على الحاكم أن يضرب للزوج أجلاً، ويعطيه مهلة قبل الحكم بالتفريق، ليتدبر أمره. وفي هذه احتياطات للحياة الزوجية ولمصلحة الزوج، فإذا كان راغباً فعلاً بزوجه، سارع خلال المهلة لتأمين الانفاق عليها، وإلا فإن امتناعه عن ذلك وعدم التزامه بنفقة زوجته، يكون قرينة على الاضرار بالزوجة، وعدم الرغبة في استمرار الحياة الزوجية معها.

ولم أر من الفقهاء القائلين بجواز التفريق للاعسار بالنفقة، من اشترط اعسار الزوجة أيضاً، لأنهم نظروا إلى أن النفقة حق للزوجة، ولو كانت غنية [١٢٣: ١/٨٨]. وهذا حق في حالة يسار الزوج ومقدرته على الانفاق، أما في حالة اعساره ويسار الزوجة، فإن طلبها التفريق من زوج معسر لسبب لا تحتاج إليه وهو النفقة، قرينة على عدم رغبتها بالزوج وذريعة للخلاص منه، فأرى أن السياسة الشرعية لا تمنع من اشتراط اعسار الزوجة أيضاً سداً للذريعة، ومنعاً من التوصل بما هو حق إلى ما هو محظور شرعاً، وهو هدم الحياة الزوجية لغير حاجة أو مبرر حقيقي، فهذه الشروط تضيّق من دائرة وقوع التفريق لعدم الانفاق، وتجعله قليل الحصول في الظروف العادية، وتحفظ التوازن بين حق الزوجة ورفع الضرر عنها والابقاء على حياتها، وبين حق الزوج في ماله وأهله. وما يؤكد ترجيح قول المجيزين للتفريق لعدم الانفاق، ما روي من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الزام الغائب عن زوجته بالانفاق أو الطلاق.

وذلك حينما توسعت الدولة الإسلامية في عهده، وتعددت جيهاة القتال خارج الجزيرة العربية، واقتضت الظروف بناء المدن والشغور، واحتاج الجند إلى المراقبة فيها لفترات طويلة، وهذا لم يكن يحدث زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا زمن أبي بكر، وقد ترتب على استمرار الجهاد والمراقبة من قبل الجيوش لحماية الأرض المفتوحة، أن تأخر الجند عن زوجاتهم في المدينة زمن عمر، وربما قصروا في الانفاق عليهن، فأرى عمر رضي الله عنه أن الأمر الجديد بحاجة إلى معالجة ووضع حل مناسب، خوفاً من فساد نساء الجند أو الاضرار بهن، فعرف أسماء الأزواج الغائبين عن نسائهم، فترة طويلة وكتب إلى أمراء الجند أن يعرضوا على هؤلاء الغائبين، أن يرجعوا إلى نسائهم أو يعثوا إليهن بنفقة كافية، أو يطلقوهن ويرسلوا إليهن نفقة ما مضى [٢٣: ٣/٢٢٦]. إن هذا الاجتهاد من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، يدل على أنه يجب على الأزواج أحد الأمرين: الانفاق أو الطلاق.

وصحيح انه لم يحكم بالتفريق، بل اكتفى باصدار امره بذلك إلى أمراء الجيوش، ليقوم الأزواج بإيقاع الطلاق من أنفسهم، إلا أن هذا لا يدل على أن التفريق من الحاكم غير جائز، إذ لو أن الزوج الغائب رفض الطلاق فسوف يكرهه الحاكم على ذلك، بدليل ما جاء في نص قضاء عمر من انه (كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا) [المرجع

السابق]، ومعنى يأخذوهم: أي يحملوهم على ذلك بما لهم من ولاية عليهم، فلا بد من حصول أحد الأمرين: الانفاق أو الطلاق.

وهذا القضاء من عمر حظي بموافقة الصحابة رضي الله عنهم، وأخذ به جمهور العلماء، وفي بيان الرأي الراجح، قال صاحب زاد المعاد (وإذا تأملت أصول الشريعة وقواعدها وما اشتملت عليه من المصالح ودرء المفاسد، ودفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما، وتقويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما، تبين لك القول الراجح ومنه كما يرى ابن القيم: (إذا كان الزوج ذا مال وترك الانفاق على امراته ولم تقدر على اخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ) [١٨٨: ١٩٠/ - ١٩١]

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

من الثابت أنه لم يرد نص من الكتاب أو السنة، يقول: أن الزوج إذا لم يقيم بالانفاق على زوجته يتعين على الحاكم أن يفرق بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك، أو أن الامتناع أو الاعسار عن نفقة الزوجة، وكذلك الغياب وتركها بدون نفقة موجب للتفريق بين الزوجين.

وإن النصوص التي استدلت بها الفريقان، نصوص عامة تشمل الضرر الواقع على الزوجة بعدم الانفاق عليها، كما تشمل غير ذلك من أنواع الضرر الكثيرة، فلا يقال أنه قد ورد نص خاص في المسألة.

وكذلك لا إجماع على حكمها، لما عُرف من اختلاف الصحابة في ذلك، ففريق منهم قالوا بالجواز، وآخرون قالوا بالمنع، فلا إجماع.

أما القياس فهو أيضاً غير موجود سواء بالنسبة للقائلين بالجواز أو القائلين بالمنع، لأن المانعين قاسوه على الدين، وقد ائضح البون الشاسع والفرق الكبير، بين دين زائد عن الحاجة غالباً، وبين نفقة لا تقوم الأبدان إلا بها، وقياس المجيزين على العنة بجامع الضرر في كل، ليس قياساً على أمر ثابت بالنص أو الاجماع، وإنما على أمر مجتهد فيه يقول به الخصم، فقد ثبت أن التفريق للعنة عند القائلين به لم يرد بشأنه نص خاص، ولا اجمع عليه الصحابة، فلا يكون قياساً بالمعنى الأصولي، الذي هو الحاق فرع بأصل لا اشتراكهما في العلة، والذي من شأنه أن يكون حجة ملزمة في الدين، ولكنه قياس على أمر مُسَلَّم لدى الخصم، لالزامه بما يشبهه.

وعليه فإن حكم هذه المسألة حكم اجتهادي، وبذلك يكون داخلًا في أحكام السياسة

الشرعية، وبما لا شك فيه أن الزام الزوج الغائب عن زوجته، أو الممتنع، أو المعسر بنفقتها، بالانفاق عليها أو طلاقها، فيه رفع للضرر الواقع فعلاً على الزوجة، ودرءاً للمفسدة المتوقعة من بقائها على عصمة زوج لا يتفق عليها، لأن النفقة من الأمور الضرورية للحياة البشرية، ولا يقوم البدن بدونها عادة، والمرأة محبوسة عن الاشتغال بمصالح نفسها، متفرغة للاشتغال بمصالح الزوج، فهو ملزم بنفقتها مقابل هذا الاحتباس، كما أنها محبوسة عن الزواج بغيره حتى يطلقها، وهي لا تملك الطلاق لترفع الضرر عن نفسها تخلصاً من مهلكة الجوع، وأمام هذا الواقع لا بد أن تتدخل مناهج الاستنباط والخطط التشريعية لوضع حل يوافق مقاصد الشريعة، ويحقق المصلحة والعدل.

فالشريعة تقول إن الزوج مكلف بالانفاق على زوجته، والنفقة من ضروريات حفظ النفس، وعدم الانفاق ضرر بل مهلكة، والضرر يزال، فكيف يمكن أن يزال هذا الضرر؟ إذا وجد للغائب أو الممتنع أو المعسر مال من غير جنس النفقة، فيجب على الحاكم أن يبيعه ويعطي ثمنه للزوجة، لتنفق على نفسها منه، وتدفع عنها خطر الموت جوعاً، وبذلك تبقى الزوجية بينهما قائمة، ولا ضرر على الزوج في ذلك، لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال. وإذا لم يوجد مال ظاهر، وعلم الحاكم أن الزوج يخفي مالاً، وهو يقصد بامتناعه عن الانفاق مجرد إيذاء الزوجة، والإضرار بها، فله أن يجسه أو يخوفه ليظهر ماله، فإذا أظهره وأعطاه للزوجة فلا تفريق أيضاً.

وإذا رضيت الزوجة باعساره واختارت المقام مع زوجها فلا قائل من العلماء بالتفريق، لأنه محض حقها ولها أن تسقطه بإرادتها.

أما إذا لم يتحقق شيء من ذلك، فلم يعثر له على أي مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، ولم توجد أية وسيلة لرفع الضرر عن الزوجة، ورفعت أمرها إلى الحاكم تطلب التفريق لیتولى الانفاق عليها زوج غيره، فقد تعين عندئذ التفريق، لأنه الوسيلة الوحيدة لرفع الضرر الواجب رفعه شرعاً هذا من حيث الضرر الواقع فعلاً على الزوجة، فإن رفعه من السياسة الشرعية ومستندها المصلحة برفع الضرر. أما الضرر المتوقع نتيجة ترك الزوجة بلا انفاق، فهو الهلاك جوعاً، أو الانحراف بحثاً عما يسد الرمق، وكلاهما مآل ممنوع شرعاً، فسد الذريعة إليه. وسد الذريعة من أصول السياسة الشرعية، ومن مستنداتها المتبعة.

كما أن مقاصد الشريعة في حفظ النفس، واعتبار ذلك من الضروري لقيام البدن، يشهد لصحة فقه السياسة الشرعية في هذه المسألة.

المطلب الخامس : حكم المسالة في قانون الأحوال الشخصية:

أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب جمهور الفقهاء، القائلين بجواز التفريق لعدم الانفاق، وعلل ذلك برفع الضرر عن الزوجات جاء في مذكرة القانون الإيضاحية .
(مذهب الحنفية: أن العجز عن نفقة الزوجة لا يجيز تطليقها، وقد أدى ذلك إلى تهاون كثير من الأزواج في الانفاق على زوجاتهم، وما طلوهن بها، مما الحق ضرراً كبيراً بهن .
وعند الأئمة مالك والشافعي وأحمد، يجوز التطلاق للاعسار بالنفقة، لهذا رؤي تحقيقاً لمصلحة الزوجات، ورفعاً للضرر عنهن، الأخذ بالمذاهب المشار إليها [١٨١: ٥].

وقد فرّق القانون بين الزوج الغائب والزوج الحاضر، إلا أنه لم يفرق بين الامتناع عن دفع النفقة والاعسار بها، فقال بخصوص الزوج الحاضر [المادة ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية]، إنه إذا امتنع عن الانفاق على زوجته بعد الحكم عليها بنفقتها، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ولم يقل أنه معسر أو موسر، أو قال أنه موسر ولكنه أصر على عدم الانفاق، طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز، فإن لم يشته طلق عليه حالاً، وإن اثبتت أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم يتفق طلق عليه بعد ذلك .

أما بخصوص الزوج الغائب فقد جاء فيه: [المادة ١٢٨ من قانون الأحوال الشخصية] إن الزوج إذا كان غائباً غيبة قرية، فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، نفذ حكم النفقة في ماله، وإن لم يكن له مال اعذر إليه القاضي وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها، أو لم يحضر للانفاق عليها، طلق عليه القاضي بعد الأجل، وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول محل الإقامة وثبت إنه لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه القاضي بلا اعذار وضرب أجل .

ثم بين القانون [المادة ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية] أن تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيّاً، إذا كان بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول، فيقع بائناً، وإن للزوج الحق في مراجعة زوجته



أثناء العدة إذا ثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تركم لها عليه من نفقتها، وباستعداده للانفاق عليها فعلاً أثناء العدة، فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة، ولم يستعد للانفاق، فلا تصح الرجعة.

ويلاحظ أن القانون في جميع حالات التفريق لعدم الانفاق، اشترط عدم وجود المال الذي يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه ولم يشترط المال الظاهر أو غيره وإنما مطلق المال، لأنه إذا أمكن تنفيذ حكم النفقة في ماله لم يعد موجباً للتفريق، وهذا يتفق مع أقوال الفقهاء المجيزين للتفريق.

كما أن القانون جعل مدة الإمهال تتراوح بين شهر وثلاثة أشهر، يقدرها القاضي بما يراه مناسباً، وهذا يعطيه مجالاً واسعاً للحركة عند التطبيق، وإن كنت أرى إن مدة ثلاثة أشهر، كثيرة وطويلة على من تنتظر الماكل والمسكن، فقد لا يعيش الانسان بدون طعام طوال هذه المدة.

إلا أنه ومن جهة أخرى، فيه احتياط للزوج ليتدبر أمره، ويكتسب أو يجد يساراً، لأن هذا الإمهال، حصره القانون بالمعسر. أما الممتنع الذي يقول أنه موسر ولكنه يصر على عدم الانفاق، فإن القاضي يطلق عليه في الحال، فلا تتضرر زوجته مع ظهور امتناعه، أما المعسر الذي يثبت اعساره فاعطاه مهلة كافية أولى من التسرع في تطليق زوجته عليه.

وهذا من الفقه الحسن، لأنه وضع للأمور في نصابها، فالممتنع مع اليسار ظالم، والظالم لا يستحق النظر في مصلحته، أما المعسر فهو غير ظالم، إن لم يكن اعساره بسبب منه، كترك العمل والخلود إلى الكسل، وغير الظالم ينظر له بقدر الإمكان، مع ان القانون لم يفرق بين معسر ومعسر.

أما الغائب فقد نص القانون على إعطائه مهلة ليرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها، أو يحضر هو للانفاق عليها، فإن لم يفعل طلقها عليه بعد مضي هذه المهلة. وغاية هذا الاعذار استنفاد الوسائل من قبل القاضي لتحصيل النفقة، درءاً لمفسدة التفريق، فإذا لم يمكن ذلك، ولم يستجب له الزوج، كان ظالماً بمنع صاحب الحق حقه، وفرق بينهما، رفعاً للظلم.

الفصل الخامس

في المواريث

والتناول فيه بالبحث المسائل التالية:

المبحث الأول: توريث المطلقة بائناً في مرض الموت.

المبحث الثاني: العول.

المبحث الثالث: التشريك بين الاشقاء والاخوة لأُم.

المبحث الرابع: المسألة الغزأوية

المبحث الأول

توريث المطلقة بانثاً في مرض الموت*

المطلب الأول: تعريف مرض الموت وصورة المسألة:

المقصود بمرض الموت: أن يعجز الانسان المريض عن القيام بحوائجه خارج البيت، كمعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد، ومعجز السوقي عن الاتيان الى دكانه، أما من يذهب ويجيء ويحم، فلا يعتبر مرضه مرض موت، وهذا في حق الرجل. أما بالنسبة للمرأة فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت، كالطبخ ونحوه، مرض موت [٥٨/٤:٤٦، ٥٩/٢:٥٢٠]، وكل ذلك بشرط أن يستمر في حدود السنة، ويعقبه موت. سواء كان ملازماً لفراشة أو لم يكن [المادة ١٥٩٥ من المجلة].

ويدخل في حكم المريض مرض الموت، كل شخص يغلب على حاله الهلاك مثل:

١- المسجون المقرر قتله قصاصاً، إذا أخرج لساحة الاعدام لتنفيذ القصاص، لا قبل ذلك.

٢- الشخص الذي يتبارز مع شخص آخر.

٣- الشخص الذي تتحطم فيه السفينة، ويغرق بعض أصحابه، ويبقى على خشبة بعد غرق

السفينة .

٤- الشخص الذي يفترسه السبع ويكون في فم السبع .

الى غير ذلك من الصور التي ذكرها الفقهاء [١٠٩: ٥٢/٣، ١١٦: ٣٩٥/٦، ٥٩/٢: ٥٢٠]. وهي

تأخذ حكم مرض الموت ولو لم يكن صاحبها مريضاً، لأنها حالات تدل على هلاك صاحبها غالباً.

لذلك يعتبر الانسان مريضاً مرض الموت إذا توفرت فيه ثلاثة شروط:

١- أن يكون في حال يكون فيه خوف الموت هو الأكثر والغالب.

* ذكرت هذه المسألة في باب الموارث وليس في باب الطلاق لأن البحث في ميراثها وليس في وقوع طلاقها

أو عدمه واتباعاً لما سار عليه ابن فرحون في تبصرة الحكام ١٥٧/٢: ٨٥.

٢- أن لا يكون قادراً على رؤية مصالحه وأشغاله المعتادة، سواء داخل البيت كالمراة، أو خارجه كالرجل .

٣- أن يستمر المرض ويلحقه الموت قبل مرور سنة [١٧٦ : ٤ / ١١٨] .

فمن كانت هذه حالته من المرض المتصل بالموت، أو من كان في حكمه بحيث يترقب الموت، إذا طلق زوجته وهو على هذه الحالة طلاقاً بائناً لا رجعيّاً . ثم مات الزوج وهي في العدة، فهل تراث منه هذه الزوجة المطلقة أم لا تراث؟ وهل لهذه القرينة من اشرافه على الموت، علاقة بقصده حرمان زوجته من الميراث؟

هذه صورة المسألة عند الفقهاء وهي تعرف بطلاق الفرار، أو طلاق الفار أي: الهارب. وسميت بذلك لأنه يقصد الفرار من ميراثها، والتهرب من كتاب الله تعالى وحكمه [١٢٣ : ١٠ / ٢١٩] .

وقد تكون الزوجة هي الفارّة إذا حدثت الفرقة من جهتها وهي مريضة مرض الموت ونحوه، مما يغلب فيه الهلاك، كأن يكون لها خيار الفسخ فتختار وهي على هذه الحالة، أو ترتكب مع أحد أصوله أو فروعه في مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ترتد عن الاسلام وهي في مرض الموت، ففي كل هذه الحالات وأمثالها تكون الزوجة فارة من ميراث زوجها؛ لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها، ويكون لها الحكم نفسه بخصوص ميراث زوجها منها [٦٦ : ٢ / ٢٤٨] .

وساقصر البحث في حكم توريث المطلقة بائناً من زوجها الذي طلقها في مرض موته. والشأن في الانسان أن يكون في أشد الحاجة الى الزوجة في حالة المرض، فان طلقها فهل يدل ذلك على أنه يقصد حرمانها من الميراث، أو أن هذا القرينة وهي مرض الموت، لا أثر لها على استحقاق المطلقة بائناً للميراث من زوجها؛ لأن سبب الميراث هو الزوجية وقد انتهت بالبينونة فلا ميراث؟
المطلب الثاني: حكم المسالة عند الفقهاء:

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته حال صحته طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، فبانت منه بانقضاء عدتها، فلا توارث بينهما [٨٣ : ٢٣٩ و ٢٤٠ ، ٨٤ : ٢ / ٨٣ ، ١١٦ : ٦ / ٣٩٥] ، لأن الزوجية سبب الميراث وحيث لا زوجية بينهما فلا أراث، والزوج في حال صحته فلا تهمة .

كما اتفقوا أيضاً على أن الزوج المريض إذا طلق زوجته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فان مات من ذلك المرض وكان طلاقه رجعيّاً ورثته المطلقة ما دامت في العدة؛ لأن المطلقة رجعيّاً هي

زوجته، ويميلك أرجاعها ما دامت في العدة بدون رضاها وبدون عقد جديد، فأحكام الزوجية قائمة بينهما لوجود العدة، والزوجية سبب للميراث.

وهاتان صورتان ليستا في محل النزاع وهما موضع اتفاق بين الفقهاء، لكنهم اختلفوا بعد ذلك في ارث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق على قولين، أحدهما: أنها ترثه، والآخر: لا ترثه.

وهذه أقوال العلماء وتعليقاتهم في المسألة:
مذهب الحنفية:

أن الزوج إذا طلق زوجته بائناً في مرض موته، ومات في عدتها ورثت، أما بعد انقضاء العدة فلا ترث. وعللوا ذلك بقولهم: [أن الزوجية سبب ارثها في مرض موته، والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده، بتأخير عمله الى زمن انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها، وقد أمكن؛ لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار، فجاز أن يبقى في حق ارثها منه، بخلاف ما بعد الانقضاء؛ لأنه لا إمكان، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها، فيبطل في حقه، خصوصاً: إذا رضي به.

أما لو ابانها بأمرها أو اختلعت منه، أو اختارت نفسها بتفويضه، لم ترث؛ لأنها رضيت بإبطال حقه فلا تهمة بقصد الفرار ولا ظلم؛ لأنه لا قصد، ولا ظلم إلا عن قصد] [٦٤/٤: ٥٨].

وقالوا أن امرأة الفار ترث إذا مات وهي في العدة استحساناً [٦٥/٢: ٥٩] بأن تجعل بينونة معدومة حكماً، كما جعلت القرابة الثابتة معدومة حكماً بالقتل، جزاء لظلمه.
مذهب مالك:

ان المطلقة المبسوطة في مرض الموت ترث من زوجها مطلقاً، سواء كانت في العدة أو لم تكن، حتى لو تزوجت بعده، عملاً بمبدأ سد الذرائع؛ لأن المريض متهم أنه انما طلق زوجته في مرض موته ليقطع حظها من الميراث، فيعاقب بتقيض قصده [٨٣/٢: ٨٤، ٨٣/٢: ٨٥، ١٤١/٢: ٨٣، ٢٣٨: ٨٣].

وقد ذهب المالكية الى أبعد من ذلك، فقالوا بتوريثها ولو كان الطلاق بناء على طلبها، أو بسببها. جاء في جواهر الأكليل: (وأن مات المريض بمرضه الذي طلق فيه، ورثته زوجته التي طلقها في مرضه المخوف، ولو خيرها زوجها البقاء في عصمته أو فراقه، فاخترت في مرضه المخوف فراقه فان مات منه ورثته، وان ماتت قبله فلا يرثها، حتى الزوجة التي ملكها زوجها الطلاق فطلقت

نفسها منه في مرضه ومات منه، فترته ([٣٣٣/١:٩٢]).

وهذا الاجتهاد من المالكية بناء على اكفائهم بالمظنة، وهي مرض الموت، واقامتها مقام المئنة. وهو كما يقول أحد العلماء المعاصرين: (نظر موضوعي، لا ينظر الى الصور في آحادها، بل في مجموعها، تطهيراً للمجتمع من الفساد) [١٥٣: ١٧١].
اما مذهب الشافعية

فقد اختلفت الرواية عن الشافعي رحمه الله، فيمن بتّ طلاق امرأته في المرض المخوف، واتصل به الموت، فقال في أحد القولين: أنها ترته؛ لأنه متهم في قطع أرثها، فورثت. كالقاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث، لم يرث.

والثاني: أنها لا ترث. وهو الصحيح؛ لأنها بينونة قبل الموت، فقطعت الأثر. كالطلاق في الصحة. وعلى القول الأول اختلفت الرواية أيضاً عن الشافعي في المدة التي ترث فيها:
فقيل: أن مات وهي في العدة ورثت؛ لأن حكم الزوجية باق، وأن مات وقد انقضت العدة، لم ترث؛ لأنه لم يبق حكم الزوجية [١٠٦: ٢٥، ١٠٩: ٣، ٥٠، ١٠٢: ٣/٢٨٦] وهذا القول موافق لمذهب الحنفية.

وقيل: ترث ما لم تتزوج؛ لأنها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك.
وقيل: ترث أبدأ؛ لأن توريثها للفرار، وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها. وهو كمذهب المالكية.

وفي مذهبهم: انها أن سألته الطلاق لا ترث؛ لأنه غير متهم. واستدلوا بأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء، وليس لها شيء من هذه الاسباب.
اما مذهب الحنابلة:

فالمشهور عن أحمد: أنها ترته في العدة وبعدها، ما لم تتزوج؛ لأن من طلق زوجته طلاقاً بائناً وهو في مرض الموت، يكون قد قصد قصداً فاسداً في الميراث، فعورض بتقيض قصده، كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه.

أما دليلهم على أنها ترته ما لم تتزوج حتى لو مضت العدة، فهو أن سبب توريثها عندهم فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة.

وقد روي عن أحمد رواية أخرى مفادها أنها لا تترث بعد العدة؛ لأن تورثها بعد العدة يقضي إلى تورث أكثر من أربع نسوة، فلم يجز ذلك، كما أن التوارث من حكم النكاح، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر، ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها، فاشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها [٣٩٤/٦:١١٦].

وقيل إن أصح الروايتين عن أحمد: أن الزوج إذا كان متهماً في طلاقها بائناً بقصد حرمانها من الميراث ترثه ما دامت في العدة، أما إذا لم يكن متهماً فيه بان سألته الطلاق فهو كطلاق الصحيح [٤٥٢/٢:١١٥].
وفي مذهب ابن حزم:

(إن طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، مات من ذلك المرض أو لم يميت؛ لأنه قد يبرأ من مرضه، وقد يموت الصحيح قبل ذلك المريض، وهي ليست وارثه منه قبل موته، فلا يقال أنه فار من ميراثها، وقال: أن هذا أكل المال بالباطل بلا شك؛ لأنه تورث من ليست زوجة بل هي أجنبية لم يجعل الله تعالى قط لها ميراثاً، وكيف تترث بسبب الزوجية وهو أن وطئها رجم، ويحل لها الزواج بغيره، بل وقد تكون زوجة لغيره. فهذا كله خلاف كتاب الله تعالى) [١٢٣: ١٠/٢١٨].

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

يتضح من استعراض أقوال الفقهاء في المسألة، أن جمهور العلماء من الحنفية والمالكية واحدى الروايتين عند الشافعية والمشهور من مذهب الحنابلة: أنها ترثه أن طلقها بائناً ومات أثناء العدة، على خلاف بينهم في استحقاقها لميراثه إن مات أثناء قيام عدتها، أو يستمر هذا الحق إلى ما بعد ذلك. واختلافهم أيضاً في تورثها إن كان الطلاق بسبب منها أو بناء على طلبها، أو عدم تورثها في هذه الحالة؛ لانتفاء التهمة وعدم الأضرار والضرار، إلا أنهم جميعاً يقولون بتورثها مناقضة لقصدته ورفعاً للضرر عنها.

أما باقي الفقهاء كابن حزم والشافعي في إحدى الروايتين عنه، فلم يروا تورثها؛ لأنها ليست زوجة فبماذا تستحق الميراث؟ حتى قال ابن حزم أنه أكل مال الزوج بالباطل.

كما يلاحظ أن جمهور العلماء القائلين بتورثها اختلفوا في تعليل ذلك، فمنهم من بناء على

المصلحة برفع الضرر عن الزوجة، ومنهم من بناء على مبدأ سد الذرائع ومآلات الأفعال، فقالوا بتوريثها منعاً لوقوع المحرم مآلاً، وهو التوصل بطلاقها الى حرمانها من الارث.

والذي اراه من استعراض أقوال الفريقين وأدلتهم أن مذهب الجمهور هو الأرجح لما يلي:

١- قول المانعين بأنها ليست زوجة غير مسلم، فهي زوجة طلقها زوجها، والطلاق لا يلحق إلا الزوجة، والآثار الزوجية لا تزال قائمة وهي العدة، صحيح أنها ليست زوجة من كل وجه كغير المطلقة لكنها أيضاً ليست كالأجنبية من كل وجه، والقائلون بتوريثها انما نظروا الى أنها في الأصل زوجة طرأ عليها الطلاق، والخلاف في هذا الطارئ وليس في أصل الزوجية.

٢- أما قولهم أنه قد يموت الصحيح قبل المريض، وقد يبرأ المريض فليس هذا في محل النزاع؛ لأن القائلين بتوريثها يشترطون أن يستمر المرض وينتهي بالموت قبل موت الزوجة، فإذا لم يتحقق ذلك فلا يعتبر مرض موت يوجب تهمة الفرار أو قصد الاضرار.

٣- والاغرب من هذا قولهم انه أكل مال الزوج بالباطل؛ لأنها أجنبية وليست زوجة، وقد اتضح أنها ليست أجنبية من كل وجه بل هي زوجة وقع عليها الطلاق البائن، ولا تزال في عدته، وهي اثر من آثار الزوجية الصحيحة، ولها عليه النفقة والسكنى، وهذه لا تجب لو لم تكن زوجة، فإذا أخذت منه نفقة العدة في هذه الحالة فهل يقال أنها أكلت ماله بالباطل؟؟

٤- ومما يؤكد مذهب الجمهور ويؤيده أنه مروى عن خمسة من كبار الصحابة هم: عمر وعثمان وعلي وعائشة وأبي بن كعب رضي الله عنهم أجمعين، ومن ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (وإذا طلق امرأته ثلاثاً ورثته ما دامت في العدة) [١١٦: ٦/٣٩٤] كما روي عن عثمان رضي الله عنه (أن زيداً طلق امرأته وبه فالج فعاش سنتين ثم مات فسورثها منه) [١٢٣: ١٠/٢٢٨].

٥- إلا أنني اخالف الفقهاء الذين قالوا بتوريثها بعد العدة، حتى لو تزوجت، أو الذين قالوا: ما لم تتزوج؛ لأنها في حالة زواجها من غيره تصبح وارثة من زوج آخر فتورثها بعد العدة بفضي الى توريث أكثر من أربع نسوة [١١٦: ٦/٣٩٥] كأن يكون قد تزوج رابعة بعد طلاقها. وهذا غير معهود في الشرع، كما أن التوارث من أحكام النكاح، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة. وفي حالة عدم زواجها بعد انقضاء العدة فانها لا تترث أيضاً؛ لعدم تحقق شرط مرض الموت وهو

وفاته أثناء عدتها، ليكون الطلاق قرينة على الفرار من ميراثها ولا عبره بقولهم: (ان سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة) [١١٦: ٦/ ٣٩٥]؛ لأن هذا السبب لا يتحقق الا بتحقيق شروطه وهي أن يموت صاحب الفرائض قبل انقضاء العدة، فاذا مات بعد ذلك لا يكون فاراً من الميراث؛ لأن قصده الفرار من ميراثها عَرَفَ بالفرائض، وهي طلاقها في مرض موته الذي مات فيه مع بقاء العدة، وموته في مدة عدتها دليل على قرب العهد بين طلاقه لها ووفاته عنها، وهذا القرب من قرائن الأحوال التي تدل على قصد الفرار من الميراث، وليس مجرد الطلاق أو مجرد المرض.

٦- كما انني اخالف الفقهاء الذين قالوا بتوريثها ولو كان الطلاق بطلبها، لأن قصد الاضرار في هذه الحالة يتنفي بالتصريح بتقيضه فلا يبقى أثر للقرائن وأعمال المظنة، مع هذا التصريح بطلب الطلاق منها. فكيف يكون قاصداً الاضرار بها وهو يحقق لها رغبتها وينفذ لها أمرها، وهي حين تطلب الطلاق تكون متسببة في ايقاعه مختارة له، كما لو كان فسخ النكاح من قبلها أو بناء على طلبها، فلا يتحقق معنى الفرار ولا قصد الاضرار في هذه الحالة، ولا يقال انه نظر موضوعي يهدف الى تطهير المجتمع من الفساد؛ لان طلاق الزوجة بناء على طلبها وتحقيقاً لاختيارها ليس فساداً بل هو تضحية من الزوج وتسريح باحسان، ولا يتحقق فيه قصد الاضرار الذي هو علة توريث المطلقة في مرض الموت، ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة:

ورد النص من الشارع باعتبار الزوجية سبباً من أسباب الميراث [وذلك في قوله تعالى ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين، ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين.﴾ الآية ١٢ من سورة النساء] فاذا طلقت الزوجة وانقضت عدتها انقطع هذا السبب وانتفى التوارث بينهما. اما لو كانت الزوجة في العدة وتوفي عنها زوجها وكان الطلاق رجعياً فإن التوارث بينهما يكون قائماً لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال، وانما تبقى آثاره موجودة بوجود العدة.

هذا القدر لا مجال للسياسة الشرعية فيه لورود النص. (أما لو طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً

وهو في مرض الموت ثم توفي أثناء العدة، فهذه الحالة لم يرد فيها نص خاص من كتاب الله أو من سنة رسول الله ﷺ ولا يوجد عليها إجماع (نيل خالف في ميراثها) (عبد الله بن الزبير وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف) [١١٦: ٦/٣٩٥] وقد قيل أن المسألة مجمع عليها، بدليل أن عثمان رضي الله عنه ورث تناصر بنت الأصيب الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرضه فبثها، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً [المرجع السابق]. إلا أن دعوى الإجماع هذه غير مسلمة لخلاف عبد الله بن الزبير وغيره من الصحابة في توريثها فلا ينعقد إجماع مع هذه المخالفة، فتكون المسألة داخلة في نطاق السياسة الشرعية والاجتهاد فيما لا نص فيه. وهذا ما يظهر من تعليقات الفقهاء القائلين بتوريثها حيث قال بعضهم: أنها تراث استحساناً للمصلحة في رفع الضرر عنها برد قصده السيء ومعاملته بتقيضه. بينما قال آخرون أنها تراث سداً للذريعة في حرمانها من الميراث [انظر صفحة ٢٦٩ من هذا البحث]، واستدل بها العلماء المعاصرون على نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وقالوا: (ان الطلاق لم يشرع للزوج وسيلة إلى الأضرار بزوجه وحرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بتقيض قصده، محافظة على حقها ودفعاً للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد) [١٥٣: ١٧٢].

[وحيث ثبت أن المسألة لم يرد فيها نص خاص من كتاب أو سنة أو إجماع وقد اختلف فيها الصحابة رضوان الله عليهم والفقهاء من بعدهم، فيكون للسياسة الشرعية فيها مدخل. وهذا ما فعله عثمان بن عفان رضي الله عنه عندما كان خليفة للمسلمين، فحكم بتوريث زوجة عبد الرحمن بن عوف منه، بعد أن طلقها في مرض موته، لا اعتماداً على نص سابق، وإنما محض اجتهاد ونظر في أمر من الأمور الشرعية أوكله الشارع لخليفة المسلمين، ليصدر فيه حكمه وأمره الذي يجب على الرعية تنفيذه.

ولكن هذا الحكم ليس مبنياً على الهوى أو مجرد رأي ارتآه بلا دليل، وإنما هو حكم سياسي

تشهد له المصلحة، ومبدأ سد الذرائع، وتأييده القرائن، وبيان ذلك: ✓

ان الشارع الحكيم أعطى الزوج حق طلاق زوجته، ولكنه في الوقت نفسه حرّم الأضرار ومنع الظلم، فإذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت طلاقاً باتناً لا رجعيّاً وهو يعلم أن الرجعية

ترث من زوجها، أما البائنة فلا ترث، ومع ذلك يختار إيقاع الطلاق البائن، فإن هذا الاختيار من الزوج المطلق قرينه تدل على قصده الأضرار بالزوجة، ومنعها من حق كسبه الله تعالى لها، لو لم يقع عليها الطلاق، وإلا فما معنى أن يكون الزوج المريض في أشد الحاجة لشريكة حياته في هذه اللحظات الخطيرة من أيام الحياة، أو ربما الأخيرة فيها، ثم يختار إيقاع الطلاق البائن عليها، وقد جعل الله له مخرجاً في الطلاق الرجعي، إن قصد مجرد الخلاص منها أو نحو ذلك. فلما ظهر بهذه القرائن - من مرض الموت، وإشرافه على الهلاك، واختياره لنوع الطلاق الذي يحرمها من الميراث - قصده المخالف لحكمة الشارع وأمره العام في تحريم الظلم ومنع الضرر، كان من المصلحة رد قصده عليه ومعاملته بنقيضه جلباً للمنفعة بحق المطلقة ودرءاً للمفسدة عنها بتركها ضائعة من غير ميراث، وربما تكون أفنت عمرها في خدمته وخدمة أولاده، فلا تستحق هذا الجزاء الظالم، وليس في توريثها ما يخالف أحكام الشرع من حيث وقوع الطلاق، فقد اتفق الفقهاء القائلون بتوريثها على وقوع طلاقه وصحته، ولكنهم أبطلوا قصده حرمانها من الميراث، وقالوا بتوريثها رغم وقوع الطلاق البائن، ما دامت في العدة تحقيقاً للمصلحة المذكورة.

وقريب من هذا رأي الفقهاء الذين عللوا توريثها بسد الذرائع، واعتبار مآلات الأفعال، فإن الطلاق في مرض الموت وإن كان مشروعاً إلا أنه يؤدي إلى مآل يناقض مقصد الشارع، وهو حرمان المستحق من حقه بوسيلة لم تشرع لمثل هذه الغاية؛ لأن الطلاق لم يشرع ليتوصل به الزوج إلى حرمان زوجته من الميراث، ومنعها من حق أوجبها الله تعالى لها، فإذا فعل ذلك حكم عليه بتوريثها مناقضة لقصده، وسدّاً للذريعة هذا الفساد، وهو حرمان صاحب الحق من الوصول إلى حقه، واعتباراً لمآلات الأفعال التي تؤثر على الحكم صحة وفساداً، وتتدخل في تشكيله ليوافق مقصد الشارع.

وسواء كان الحكم بتوريث المطلقة البائنة للمصلحة أو سدّاً للذريعة، فلا شك أن الذي دل على ذلك وأشهره إنما هي قرائن الأحوال، فالمطلق لم يتلفظ بقصده ولا أظهر مبتغاه صراحة، وإنما قامت القرينة وهي أقدمه على الطلاق البائن وهو مشرف على الهلاك مقام ذلك؛ لأن المقام مقام ير واحسان، لا مقام إساءة ونكران، وقد ثبت أن اعتبار القرائن والحكم بموجبها، من مستندات السياسة الشرعية ومن أصولها القوية فيكون الحكم في هذه المسألة من أحكام السياسة الشرعية وتطبيقاتها.

إلا أنني أرى الوقوف عند توريث المطلقة بائناً إذا توفى عنها زوجها المريض وهي في العدة، وعدم التوسع في هذا الحكم أكثر من ذلك، وأرى أن قول من ذهب إلى توريثها ما لم تتزوج مهما امتدت المدة بعد الطلاق من السياسة غير الشرعية، لعدم تحقق شروطها في هذه الحالة، وهي وجود القرينة الدالة على قصده الأضرار، إذ ليس من المعقول أن يطلق المريض زوجته طلاقاً بائناً، ثم يستمر على مرضه وأصراره على طلاقها سنوات طويلة، قبل أن يتوفى وتنقطع كل وشائج الزوجية بينهما، ثم تأتي بعد وفاته لتطالب بميراثه، وقد كان يملك أرجاعها بعقد جديد لو أراد أو لو كان قاصداً من طلاقه الأضرار بها، إذ قد طال أيام مرضه وبعُد العهد بطلاقها، فلا قرينة على قصد الأضرار، ثم أنني أرى أن في الحكم بتوريثها في هذه الحالة مخالفة للنص الشرعي، الذي لم يجعل الميراث إلا لسبب ومنه الزوجية وهذه ليست زوجة من أي وجه، فبماذا تستحق الميراث؟ بخلاف ما لو مات عنها وهي لا تزال في العدة، فإن العدة من آثار الزوجية، والقرينة قائمة فيمكن القول بتوريثها على هذا الأساس.

وأبعد من ذلك عن الصواب - في نظري - ومن السياسة غير الشرعية، قول من قال بتوريثها ولو بعد انقضاء العدة وكان الطلاق بسبب منها أو بطلبها واختيارها، فأين قصد الأضرار في هذه الحالة؟ وقد جاء التصريح منها بقصد الأضرار به، إذ أنه ليس من المقبول أن تطلب الزوجة الطلاق من زوجها وهو يعاني في مرض موته، وحاجته إلى وقوفها بجانبه لا تحفى على ذي لب، وإن مجرد أن تطلب منه الطلاق وهو على هذه الحالة أضرار منها ما بعده أضرار، وهو ليس ظالماً في إجابة طلبها وتلبية رغبتها، حتى يقال أن الشريعة تحرم الظلم وتمنعه، بل الظلم أن تظفر بالطلاق وبالميراث معاً، والسياسة العادلة توجب عدم توريثها رفعاً للظلم عن الزوج، الذي أجاب طلبها التسريح بإحسان تنفيذاً لأمر الشارع.

وكذلك فأنني أرى أنه ليس من السياسة العادلة ما يقوله بعض الفقهاء، من أن المطلقة بائناً ترث من مطلقها المريض ولو تزوجت بغيره؛ لأن هذا يؤدي إلى مآل ممنوع شرعاً، وهو توريث أكثر من أربع زوجات لزوج واحد، فقد تكون رابعة فيطلقها في مرض الموت، ثم يتزوج بغيرها بعد انقضاء عدتها، فإذا قيل بتوريثها منه بعد العدة ولو تزوجت من غيره فإنها سترث منه بالاشتراك مع زوجاته الأربع، فيكون ثمن الشركة أو ربعها هو نصيب الزوجة موزعاً على خمسة أسهم، وهذا غير معهود

في الشرع وليس بجائز أيضاً، إضافة الى ما فيه من ظلم الورثة من الزوجات، حيث لا يجوز أن يقل نصيب أحدهن من تركة الزوج عن ربع الثمن في أي حال من الأحوال.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى: فإنه لو قيل بتوريثها من مطلقها بائناً في مثل هذه الحالة فإنها ستكون وارثة لزوجين في آن واحد، أحدهما: الذي طلقها بائناً ومات عنها في مرض موته بعد انقضاء عدتها وقد تزوجت بغيره، والثاني: هو هذا الزوج الذي تزوجته بعد طلاقها لو مات عنها (والوارثة من زوج لا ترث زوجاً سواه) [١١٦: ٦/٣٩٦] في وقت واحد؛ لان المرأة لا تكون في عصمة زوجين معاً.

من هنا أرى ان الاقتصار على مذهب الجمهور في هذه المسألة، هو السياسة الشرعية العادلة التي تضع الحق في نصابه، وتشهد لها المصلحة، ومبدأ سد الذرائع، والعمل بالقرائن.

المطلب الخامس: موقف القانون الأردني

لم يرد في قانون الأحوال الشخصية الأردني نص يتعلق بتوريث المطلقة في مرض الموت. وقد أوجبت المادة ١٨٣ منه في مثل هذه الحالة على القاضي أن يرجع الى الراجح من مذهب أبي حنيفة. وقد سبق أن مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة هو أن من كان مريضاً مرضاً يغلب عليه الموت منه، أو واقعاً في حالة خطيرة يخشى منها الهلاك غالباً، وطلق امرأته طلاقاً بائناً وهو على هذه الحالة، ورثته امرأته، لأنه يعتبر هارباً من ارثها فيردُّ عليه قصده، ويجعل عقد الزواج باقياً.

وهذه المطلقة لا ترث إلا بشروط هي:

١- أن يوقع الطلاق المذكور طائعاً، فلو كان مكرهاً فلا ترث، لأنه مضطر في ايقاعه، فليس له قصد سيء حتى يرد عليه. وأرى أن يقيد هذا الشرط بأن يكون الاكراه من الزوجة، لانه قد يكون من الورثة أو بعضهم بقصد حرمان الزوجة من ميراث زوجها بالطلاق، وهذا يقتضي أن يرد عليهم قصدهم، فاذا قيل بوقوع الطلاق من المكره فإنها ترث اذا كان الاكراه من غيرها، أما اذا كان منها فلا ميراث لها من زوجها المطلق مع هذا الاكراه.

٢- أن يكون بغير رضا الزوجة، فلو طلبت منه الطلاق البائن مختارة فلا ترث، لانها رضيت

باسقاط حقها.

٣- أن يموت في هذا المرض، أو وهو على تلك الحالة.

٤- أن يموت والمرأة في العدة، فلو مات بعد انقضائها فلا تترك؛ لان الزوجية سبب ارثها في مرض موته، والزوج قصد ابطاله، فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة، دفعاً للضرر عنها بقدر الامكان [٣٧٤/١:٧٥].

وقد أخذت بذلك محكمة الاستئناف الشرعية، حيث عرفت مرض الموت بأنه الذي يمنع صاحبه من أداء الأعمال خارج البيت، ويستمر الى الوفاة [٣٤٠:١٧٤].

المبحث الثاني

العول

المطلب الأول معنى العول لغة واصطلاحاً:

العول في اللغة: من عال يعول عولاً إذا جار ومال عن الحق، ومنه قوله تعالى ﴿ذلك أدنى أن لا تعولوا﴾ [الآية ٣ من سورة النساء]. وعال الميزان إذا ارتفع أحد طرفيه عن الآخر، وقيل: العول رفع الصوت باليكاء، وكذلك العويل. [٣١: ٢/٩٣٢، ٢٨: ٢/٦٣٧]

ويقال: عالت الفريضة في الحساب إذا زادت وارتفعت [٣٤: ٤/٢٣]، ومن ذلك قولهم: اعال الرجل عولاً إذا كثرت عياله الذين تجب عليهم نفقته، وتأتي بمعنى افتقر، لأن كثرة العيال تستلزم النفقات الكثيرة فينفذ ماله، فالعول له معان كثيرة في اللغة ومنها الزيادة والجور.

أما في اصطلاح الفقهاء: فمعناه (أن تزدهم فروض لا يتسع المال لها فيدخل النقص عليهم كلهم، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم) [١١٦: ٦/٢٨٢]. وقيل (هو زيادة السهام على مخرج الفريضة) [٥٩: ٥/٥٠١].

والمعنى واحد، فإذا اجتمع عدد من أصحاب الفروض وتزاحمت سهامهم على الشركة ازداد أصل المسألة، ولم تعد تفي بسهامهم، فتكون المسألة قد عالت إلى أصل جديد يترتب عليه نقصان سهام أصحاب الفروض عن المقدار الذي أوجبه لهم الشارع، حالهم في ذلك كحال أرباب الديون الذين تضيق عن ديونهم الشركة، وليس بعضهم أولى من بعض في الاستحقاق فيعود النقص على الجميع بقدر حقوقهم.

ويلاحظ أن المعنى الإصطلاحي للعول، مأخوذ من الزيادة والارتفاع، لأن المسألة الارثية إذا

ضاق مخرجها بالفروض المجتمعة، ترفع التركة إلى عدد أكثر من ذلك المخرج، ثم يقسم حتى يدخل النقصان في فرائض جميع الورثة، ويصح أن يكون مأخوذاً من الجور والميل، لأن المسألة مالت على أهلها بالجور، حيث نقصت فروضهم لتزاحم الورثة على التركة. وإياً ما كان الأمر، فإن المقصود بالعول في اصطلاح العلماء هو أن تكون سهام أصحاب الفرائض أكثر من سهام المال، ويتضح ذلك بما سيأتي من أمثلة.

المطلب الثاني: صورة العول وامثلته:

تقسيم الفرائض على مستحقيها من حيث زيادتها على السهام أو نقصانها، لا يخلو عن إحدى ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تستوي سهام أصحاب الفرائض بسهام المال، وتسمى الفريضة حيثئذ عادلة. ولها صورتان، أحدهما: أن يكون المستحقون كلهم من أصحاب الفروض، ويكون مجموع فروضهم مساوياً للمال ومثال ذلك:

أن يتوفى شخص عن أختين شقيقتين وأختين لأم، فهؤلاء جميعاً من أصحاب الفروض. فالشقيقتان فرضهما ثلثا التركة، لأنهما تقومان مقام البنتين عند عدمهما، والاختان لأم فرضهما الثلث، لتعددتهما وعدم وجود الفرع أو الأصل الوارث ^{كذكر} والثلثان والثلث مجموع التركة كلها، فلا زيادة أو نقصان.

والصورة الثانية: أن يكون المستحقون للتركة خليطاً من أصحاب الفروض والعصبات، وأصحاب الفروض لا تستغرق فروضهم جميع التركة، فيكون جميع ما يبقى من التركة بعد ذلك للعصبات، فلا زيادة أيضاً أو نقصان، لذلك سميت العادلة.

الحالة الثانية: أن تكون سهام أصحاب الفروض أقل من جميع التركة، وليس هناك عصبية وتسمى الفريضة حيثئذ، قاصرة [١٦٠/٢٩:٧٠، ١١١:١٦/٩٢] ومثالها:

أن يترك الميت أختين شقيقتين وأماً، فللاختين الشقيقتين ثلثا التركة، وللأم سدس التركة لوجود العدد من الاخوات، فيبقى السدس، وليس معها عاصب يأخذه، فيصبح أصل المسألة من خمسة

بدلاً من ستة وحكم السدس الباقي في هذه الحالة أن يرد على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، وهذا ما يعرف بالرد [*] وتكون المسألة قاصرة، لأن مجموع سهام أصحاب الفروض وهي هنا خمسة، نقصت عن مجموع سهام الشركة وهي ستة. وهاتان الحالتان العادلة والقاصرة، ليستا في محل البحث، لأنه محصور في الحالة الثالثة، وهي العائلة. وبيانها:

الحالة الثالثة: أن تكون سهام أصحاب الفروض أكثر من جميع الشركة، وذلك كأن تموت امرأة وتترك زوجاً وأختين شقيقتين، فإن فرض الزوج حيثذ نصف الشركة لعدم وجود الفرع الوارث للميت، وفرض الأختين الشقيقتين ثلثا الشركة، لأنهما تقومان مقام البنتين عند عدمها، ومجموع النصف والثلاثين أكثر من جميع المال، فلو كان أصل المسألة ومخرجها من ستة، فإن نصفها للزوج يساوي ثلاثة، وثلثاها للشقيقتين يساوي أربعة، ومجموع الأربعة والثلاثة سبعة، بينما أصل المسألة ستة، فنقول عنذئذ أن المسألة قد عالت من ستة إلى سبعة، وهذا معنى العول في اصطلاح علماء الفرائض. [١٦٠/٢٩:٧٠، ٥٩، ٥٠١/٥ : ١١٦، ٢٨٢/٦، ١٠٩، ٣/٣٢]

وأصول المسائل التي تعول هي ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون. فالسنة تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة، ولا تعول إلى غير ذلك. ^{وأم} وقد ذكرت مثال العول إلى سبعة، أما الثمانية فمثالها زوج وأختان شقيقتان^١ فللزوجة ثلاثة من ستة أي النصف، وللأختين الشقيقتين الثلثان أي أربعة، وللأم السدس وهو واحد، فيكون المجموع ثمانية، بينما أصل المسألة ستة.

ومثال ما يعول إلى تسعة: أن تتوفى امرأة عن زوجها وأختين شقيقتين وأخوة لأم، فللزوجة النصف أي ثلاثة من ستة، وللشقيقتين الثلثان أي أربعة من ستة، وللأخوة من الأم الثلث أي اثنان، فيكون المجموع تسعة.

ومثال ما يعول إلى عشرة أن تتوفى امرأة عن زوج وأخت شقيقة وأخت لأب وأخوة لأم وأم. فللزوجة النصف ثلاثة من ستة، وللأخت الشقيقة النصف أيضاً، وللأخت لأب السدس تكملة

*الرد عكس العول وهوان نقص سهام أصحاب الفروض عن جميع الشركة وليس ثمة من يستحق الباقي بقراءة أوولاء.

لثلاثين، ومقداره واحد، وللأخوة لأم الثلث وهو اثنان من ستة، وللأم السدس، فيكون مجموع ذلك عشرة بينما أصل المسألة ستة.

وكذلك يمكن القول في الأصل الثاني، وهو اثنا عشر، فإنها تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر، ولا تعول إلى غيرها. أما الأصل الثالث وهو أربعة وعشرون، فيعول إلى سبعة وعشرين، ولا يعول إلى غيرها.

وبذلك يتضح معنى العول وأمثله، فلا أرى ضرورة للتوسع بذكر المزيد من هذه الأمثلة، لأنها جميعاً تقوم على أساس زيادة سهام الفروض عن سهام التركة.

المطلب الثالث: اقوال الفقهاء في العول:

بين القرآن الكريم نصيب أصحاب الفروض، وحدد لكل واحد منهم مقدار ما يستحقه من تركة مورثة، فلا يجوز أن يزداد عليها أو أن ينقص منها، لورود النص القاطع بخصوصها [الأيتان ١١، ١٢ من سورة النساء]. فإذا حدث أن تراحم الورثة من أصحاب الفروض على التركة، ولم تعد تفي بسهامهم، كما مرّ في أمثلة العول السابقة، فهل يعطى أصحاب الفروض فروضهم التي يستحقونها بالنص كاملة، ويحرم غيرهم من أصحاب الفروض الآخرين، وهم أصحاب حق أيضاً؟ وإذا قيل بذلك، فمن يُقدّم منهم ومن يؤخّر، وعلى أي أساس يكون ذلك؟ أم توزع التركة على أصحاب الفروض جميعاً، لأنهم متساوون في الاستحقاق، ولو نقص نصيب كل واحد منهم جزء معين بمقدار فرضه، فيكون الوارث منهم أسوة الورثة؟!

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن المال يقسم بين الورثة على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص، أي أنهم يقولون بالعول: وهذا ما عليه جمهور علماء المسلمين من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وما عليه عامة الصحابة رضوان الله عليهم كعمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وقال به الثوري وأبو ثور وغيرهم.

وقد استدلوا بالقياس على الغرماء في دين التركة، وهم متساوون بالاستحقاق من التركة بالفريضة الثابتة لهم بالنص، كما يتساوى الغرماء بحقهم في الدين بحكم الحاكم، وقد عجزت التركة

عن الوفاء بالدين، ولا مرجح لاحدهما على الآخر، فيقسم عليهم المال الموجود بنسبة حصصهم [١١١: ١٦/ ٩٢، ٧٠: ٢٩/ ١٦١].

والقول الثاني: أن الفرائض لا تعول، ولكن يعطى اصحاب الفروض الذين قدمهم الله تعالى نصيبهم، فإذا انتهت التركة لا يعطى الذين أخرهم الله شيئاً، لذلك قالوا: (لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله، ما عالت فريضة أبداً، ثم بينوا من قدمه الله ومن أخره، فقالوا: الذي أهبته من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه الله، والذي أهبته من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخره الله) [١١٩: ٦/ ١٥٤، ٩١: ٨/ ٢١٠، ١١٦: ٦/ ٢٨٢، ١٢٣: ٩/ ٢٦٤] ومعنى ذلك: أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض، فالزوج يأخذ النصف إذا لم يكن للمتوفاة وهي زوجته فرع وارث، فإذا وجد يتقل إلى الربع ولا ينقص عن ذلك، والزوجة فرضها الربع إذا لم يكن لزوجها المتوفى أولاد، فإذا وجدوا تأخذ الثمن ولا تنقص عن ذلك، وأما الأم فنصيبها الثلث إذا لم يوجد للمتوفى فرع وارث ولا عدد من الأخوة، فإن وجدوا انتقلت إلى السدس ولا تنقص عن ذلك، فهؤلاء الذين قدمهم الله.

وأما من أهبهم الله من فرض إلى ما بقي، فهم البنات والأخوات، فنصيبهن الثلثان إن لم يكن معهن عاصب، فإن كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب، فكان لهم ما بقي قل أو كثر، لذلك فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن الفروض إذا ازدحمت رجع النقص على البنات والأخوات، وبذلك لا تعول الفريضة أبداً.

وقد سميت هذه المسألة (المباهلة*) لأن ابن عباس رضي الله عنه قال (من شاء باهله إن المسائل لا تعول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً، أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً، هذان نصفان، ذهباً بالمال فإن موضع الثلث؟) [١١٦: ٦/ ٢٨٢].

وهذا المذهب مروى عن ابن عباس ومحمد بن الحنفية وعطاء وداود وابن حزم [١٢٣: ٩/ ٢٦٢].

أما أصحاب الإتجاه الأول القائلون بالعول، فتجدر الإشارة إلى تعليقاتهم لعلاقتها الوثيقة

* ٢٨٢/٦: ١١٦. (والمباهلة: الملاعة والمراد هنا جادلته وعالج بكر اللام: اسم موضع كثير الرمل في بلاد العرب).

بالسياسة الشرعية وعدمها وهذه تفصيلاتها:

١- مذهب الحنفية: قالوا: إن أصحاب الفروض استووا في سبب الاستحقاق من التركة، وهذا يوجب المساواة في الاستحقاق، فيأخذ كل واحد منهم جميع حقه أن اتسع المحل ويضرب[*] كل واحد منهم بجميع حقه عند ضيق المحل كالغرماء في التركة. وبيان المساواة ان كل واحد منهم يستحق فريضة ثابتة له بالنص.

ومستند الحنفية في هذه المسألة هو القياس على الدائنين مع عدم كفاية مال المدين وكلهم صاحب حق. فيعطي اصحاب الدين من المال بقدر نصيبهم فيه وهذا يستلزم أن يدخل النقص على كل واحد منهم بمقدار حقه، فكذلك تراحم اصحاب الفروض على سهام التركة، والعلة المساواة في الاستحقاق والنقص وليس أحدهم أولى من الآخر بالضرر والنقص. [٢٢٤/٦:٦٦، ١٦١/٢٩:٧٠].

٢- وهذا ما ذهب إليه المالكية أيضاً حيث قالوا: (إذا ضاق المال عن سهام أهل الفروض، تُعال المسألة أي ترتفع سهامها، ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، لأن كل واحد يأخذ فرضه بتمامه، إذا انفرد، فإن ضاق المال وجب أن يقسموا على قدر الحقوق، كاصحاب الديون والوصايا) [٢١٠/٨:٩١].

٣- وفي مذهب الشافعية (إذا اجتمع اصحاب الفروض وضائق سهام المال عن انصبتهم، اعيلت الفريضة التي زيد في حسابها ليدخل النقص على كل واحد منهم بقدر حقه، لأنه إذا ضاق مال المفلس عن ديونه قسم بينهم على قدر ديونهم، فوجب إذا ضاقت التركة عن سهام التركة أن يجعل لكل واحد منهم على قدر سهمه، حسب قانون النسبة ويضرب به) [١١١:١٦ / ٩٢ و ٩٥]

٤- وفي مذهب الحنابلة (إنه إذا اجتمعت الفرائض بحيث لا يتسع لها المال، دخل النقص عليهم كلهم وقسم المال بينهم على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالخصص) [١١٩:٦ / ١٥٤]

هذه أقوال المذاهب الأربعة في المسألة وتعليقاتهم، والتي يتضح منها أنهم يقيسون النقص الداخل على أصحاب الفروض في تركة مورثهم، بالنقص الداخل على أصحاب الديون الثابتة في

* أي يدخل عليه الضرر وينقص نصيبه

مال المفلس، والذي جعل الرسول ﷺ الدائن فيها أسوة الغرماء. [روى مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ قال (أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء) ٢٢٢: ٢/٦٧٨] ووجه القياس عندهم أن كل واحد منهم يستحق فريضة ثابتة له أما بالنص أو بحكم الحاكم، والمال لا يكفي لأداء الحق في الحالتين، والحكم الذي قضى به رسول الله ﷺ هناك يجب القضاء به هنا قياساً.

المطلب الرابع: المناقشة والترجيح

الذي أراه بعد استعراض أدلة الفريقين: أن ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنه لا يستند إلى دليل معتبر، لأنه مبني على تفسيره الخاص لمن قدمه الله تعالى ومن أخره في الموارث، وقد يظهر خطأ هذا التفسير فيما يلي:

١- يرى ابن عباس أن من قدمه الله تعالى هو من أهبته من فرض إلى فرض، أما من أخره الله فهو من أهبته من فرض إلى ما بقي. وهذا المعنى لم يرد فيه نص ولا إجماع، وإنما هو محض اجتهاد يحتمل الخطأ والصواب. ولقائل أن يقول: إن المعتبر في الموارث هو الاستحقاق في الأثر أما التفاوت فيه، فلا يدل على تقديم أو تأخير، فالاستحقاق ثابت بالنص لكل أصحاب القروض، وهم في ذلك سواء، ولا عبرة لما عدا ذلك، كما لو اثبت رجل دينه أو حقه في التركة بشهادة رجلين، وأثبت آخر حقه بشهادة رجل وامرأتين، فهما متساويان في الاستحقاق نتيجة، ولا يقال إن شهادة الرجال أقوى من شهادة النساء مع الرجال في بعض الأحكام، أو في غير هذه الحالة.

٢- يعتبر ابن عباس أن من يهبط نصيبه من فرض إلى ما بقي قد أخره الله، وهذا يعني أن العصوبة في البنات مؤخره في الميراث، مع أنها أقوى أسباب الأثر [١٦٣: ٢٩: ٧٠] فكيف يثبت الحرمان والنقصان لاعتبار معنى العصوبة في بعض الأحوال [*]. ولو جاز ادخال النقص على بعض الورثة لكان الأولى به الزوج والزوجة، لأن سبب تورثهما ليس بقائم بعد الوفاة وعند

* مثال العول مع البنات أن توفي امرأة وترك زوجاً وأماً وأباً وبنتين، فللزوج الربع أي ثلاثة من اثني عشر سهماً وللأم السدس اثنان وكذلك للاب، وللبنين الثلثان ثمانية أسهم فتعول المسألة إلى خمسة عشر.

تقسيم التركة، كما أن الزوجية تحتمل الرفع بالطلاق، أما البنوة فلا تحتمل ذلك، فيكون ما يحتمل الرفع أضعف مما لا يحتمله.

٣- إن قول ابن عباس يؤدي إلى تقديم الأخوات لأم على الأخوات الشقيقات، مع أن الأخوات لأم أسوأ حالاً، لأنهن يسقطن بالبنات وبالجد بخلاف الشقيقات.

ولذلك لا يقال أن هذا الوارث قدمه الله وذاك أخره، ولا دليل على ذلك، فالراجح هو مذهب جمهور العلماء القائلين بالمول، لأن كل واحد من أصحاب الفروض لو اتفرد أخذ نصيبه المقروض له بالنص، فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق، كأصحاب الديون، ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف، وفرض للشقيقتين الثلثين كما فرض للاختين من الأم الثلث، فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليهم بالتحكم والرأي. وحيث لا يمكن الوفاء بها كما أمر الله تعالى، فيجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق. ويؤيد ذلك أن من أوصى لإنسان بالثلث، ولآخر بالربع، ولثالث بالسدس، نقص جميع ذلك إلى الثلث بمقدار حقهم في الوصية، وإنما كان مراد الموصي أن يأخذ كل واحد منهم ما سُمي له عند سعة المحل باجازه الورثة، فإذا ضاق المحل ولم يُجز الورثة، نقص من نصيب كل واحد منهم بمقدار حقه لعدم جواز الوصية في أكثر من الثلث [٢٧: ١١/٧٦].

وما أوجبه الله تعالى أقوى من إيجاب العبد، فلما أوجب الله تعالى في الفريضة نصفين وثلثاً، علم أن المراد أن يأخذ كل واحد منهم ما سُمي له عند سعة المحل، وأن ينقص عند ضيق المحل (وهذا أعمال للنصوص كلها بحسب الامكان وما قال به ابن عباس أعمال لبعض النصوص وابطال للبعض وهذا لا وجه له) [٧٠: ٢٩/١٦٣].

ومن جهة أخرى، فإن في تطبيق مذهب ابن عباس على بعض صور الموارث، اجحافاً ظاهراً بين هو أقرب للميت وأولى بماله، ومثال ذلك: لو مات رجل عن زوجته وشقيقاته وأمه وأختين لأم، فأصل هذه المسألة من اثني عشر، للزوجة منها ثلاثة وللأم منها اثنان وللأختين لأم أربعة، ولا يبقى للشقيقات سوى ثلاثة مهما كان عددهن، ولا شك أنهن أقرب للميت من الأخت لأم وأولى بماله، فما الذي قرّب من تدلى للميت بأمه فقط، وأخر من تدلى له بأمه وأبيه أيضاً، انهن إذا تساوين بقرابة الأم، فقد زادت الشقيقات قوة بقرابة الأب؟

المطلب الخاص: السياسة الشرعية في المسألة

لم يرد في العول نص خاص من كتاب أو سنة، ولم ينعقد على القول به اجماع، لخلاف ابن عباس الذي سبق ذكره، وذلك لأن مسألة العول لم تعرض على رسول الله ﷺ ولا في زمن خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وأول من أعال الفرائض عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد روى ابن حزم (ان عمر بن الخطاب لما التقت عنده الفرائض ودافع بعضها بعضاً، وكان امرأ ورعاً فقال: والله ما أدري أيكم قدّم الله عز وجل ولا أيكم آخر، فما أجد شيئاً هو أوسع من أن أقسم بينكم هذا المال بالخصص، فأدخل على كل ذي حق ما دخل عليه من العول) [١٢٣: ٩/٢٦٤] وروي ان عمر جمع الصحابة للمشورة في هذه المسألة فقال له العباس: ارى ان تقسم المال بينهم على قدر سهامهم، فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك. [١١٦: ٦/٢٨٢]

ولكن لوحظ: أن الفقهاء القائلين بالعول، يستدلون عليه بالقياس. ويشترط في الحكم السياسي أن لا يرد فيه نص ولا اجماع ولا قياس، فهل يكون حكم هذه المسألة خارج نطاق السياسة الشرعية، لاستناده إلى القياس؟

الذي أراه أنه لا وجه للسياسة الشرعية في اجتهاد الفقهاء، وإنما هو عمل بالأدلة الأصلية واستناد إلى القياس، على مسألة ورد النص بخصوصها، وهي أن الدائن أسوة الغرماء حينما لا يكفي مال المدين المفلس لسداد جميع ديونه، وقد مرّ في تعليقات الفقهاء، أنهم يصرحون بذلك [انظر صفحة ٢٦٢ من هذا البحث].

وحيث استند حكم المسألة إلى القياس، فقد خرجت عن نطاق السياسة الشرعية، لأن القياس: الحاق فرع بأصل ورد بخصوصه نص أو اجماع، فهو من هذه الناحية كالنص، لأنه ملحق به، ومجال السياسة الشرعية خارج نطاق النصوص.

أما ما يفعله الحاكم من اختيار هذا الحكم أو ذلك، بعد مشاورة الناس واستعراض آرائهم، وإصدار امره بتطبيق حكم معين بعد هذه المشاورة، فهو من السياسة الشرعية، لأنه يستند إلى المصلحة التي رآها الحاكم في اختيار رأي يحققها، وأنه انفع للناس من الرأي الآخر، وهذا ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه في مسألة العول، فهو لم يستند إلى القياس، وإنما إلى المشورة التي

حملته على اختيار رأيه بناء على المصلحة والعدل، يدل على ذلك قوله (فما اجد شيئاً هو اوسع من أن أقسم بينكم هذا المال بالخصص، فأدخل على كل ذي حق ما دخل عليه من العول) . فهو رحمه الله يرى أن حرمان بعض اصحاب القروض عند تراحم الفريضة ليس من العدل، لأنهم متساوون في الاستحقاق، وإن اعطاء كل ذي حق منهم حقه كاملاً غير ممكن، لزيادة سهامهم عن أصل الفريضة، ولم يرد نص يقدم أحدهم على الآخر، فلم يعد إلا مبدأ العدل والإنصاف، وهو أن ينقص من نصيب كل واحد منهم شيء يسير، ويأخذوا جميعاً. وهذا اعدل من أن يأخذ البعض نصيبه كاملاً ويحرم آخرون من كامل نصيبهم، بدون دليل شرعي أو مرجح مقبول.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الاختيار من الحاكم يقطع النزاع بين الناس، ويصبح رأي الإمام في المسألة حكماً ملزماً لا يجوز لأحد مخالفته، ولو كان يرى خلافه. وقد دل على ذلك قول عطاء لابن عباس حينما ذكر رأيه المخالف لما ذهب إليه عمر في العول (لا يغني رأيك شيئاً ولو ميتاً لقسم ميراثك بين ورثتك على غير رأيك) [٧٠:٢٩/١٦١] وهذا دليل على أن ما رآه الإمام هو الذي سيطبق عملاً وواقعاً، لذلك فالسياسة الشرعية في مسألة العول، تظهر في تبنى الإمام لحكمها ومنع القضاء بغيره.

وهذه السياسة في فعل عمر، تستند إلى مبدأ العدل والمساواة، أو كما سماها عمر نفسه بقوله السابق (العمل بما هو أوسع)، ومبدأ العدل من المبادئ الكلية العامة التي تقوم على أساسها الشريعة كلها، فضلاً عن أن يكون من مستندات السياسة الشرعية وأصولها الثابتة.

المبحث الثالث

الشركة بين الأشقاء والأخوة لأم

المطلب الأول: المقصود بالشركة وصورة المسألة.

الشركة والشركة: بمعنى واحد، وهو مخالطة الشريكين. يقال اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر، ومنه فريضة مشتركة إذا استوى فيها المقتسمون، وكذلك مشركه ومشركه [٣٠٦/٢:٣١].

والمقصود بالشركة هنا، أن يكون المال بينهم مشتركاً وهم فيه سواء، فلا يأخذ أحدهم نصيبه من الميراث ويحرم الآخر، وقد اشتركوا في الاستحقاق بسبب القرابة من الميت، فيجب أن يشتركوا في قسمة تركته عند من يرى ذلك من العلماء.

وصورة المسألة أن تتوفى امرأة عن زوجها وأما أوجدتها وعدد من الأخوة لأم وعدد آخر من الأخوة الأشقاء، ففي هذه الحالة سيأخذ الزوج نصف التركة لعدم وجود الفرع الوارث للميت، وستأخذ الأم سدس التركة لوجود العدد من الأخوة، أما نصيب الأخوة لأم فهو الثلث لأنهم أكثر من واحد، والأخوة الأشقاء عصبية يرثون الباقي بعد أصحاب الفروض، وهم في هذه المسألة لن يبقى لهم شيء، لأن أصل المسألة من ستة، وللزوج ثلاثة أسهم، وللأم سهم واحد، وللأخوة لأم سهمان، فلم يبق للعصبات وهم الأشقاء شيء، لأن التركة قد استغرقت بأصحاب الفروض، مع أن الأخوة لأم يشتركون مع الأخوة الأشقاء بأن أهمهم واحدة، فهم متساوون في سبب الاستحقاق من التركة كونهم أبناء أم واحدة. فإذا قيل بتقسيم التركة المتبقية وهي الثلث بين الأخوة لأم أصحاب الفروض، والأخوة الأشقاء وهم العصبات، بالتساوي بينهم، فعندئذ يقال لهذه المسألة: المشتركة أو

المشركة أو المشتركة، لاشتراك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في الميراث من ثلث التركة. وقد سميت هذه المسألة بالحمارية، لما روي أن الإخوة الأشقاء سألوا عمر رضي الله عنه عن هذه المسألة فأجاب بنفي التشريك كما هو رأيه السابق، فقالوا: «هب أن أبانا كان حماراً السنا من أم واحدة» فقال عمر رضي الله عنه صدقتم ورجع إلى القول بالتشريك* [١٧٠: ١٥٤/٢٩] وروي أن الذي قال ذلك هو أحد الصحابة ١١٦: ٢٧٩/٦

وتسمى أيضاً الحجرية أو اليمية، لأن أحد الورثة من الأشقاء قال لعمر: «هب أن أبانا كان حجراً ملقى في اليم اليست أمنا واحدة» وتسمى المنبرية، لأنه سئل عنها وهو على المنبر [١٠٩: ١٨/٣].

ويتضح من صورة المسألة أنه لا بد فيها من توفر أربعة أركان:

- ١- أن يكون فيها زوج وليس لزوجته المتوفاة فرع وارث.
 - ٢- أن يكون فيها أم أو جدة.
 - ٣- أن يكون فيها اثنان أو أكثر من أولاد الأم.
 - ٤- أن يكون فيها عصابة هم الأخوة الأشقاء من الأب والأم.
- فلما اختل ركن من هذه الأركان، وبقي شيء للأشقاء، خرجت المسألة عن محل النزاع ولا قائل حيثئذ بالمشاركة [١١٠: ١٥/٦].

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

لم يختلف الفقهاء في أن نصيب الزوج هو النصف، لعدم وجود الفرع الوارث للزوجة من ابن أو بنت أو فروع أحدهما، ولم يختلفوا أيضاً في أن نصيب الأم هو السدس لوجود العدد من الأخوة الذين يحجبونها حجب نقصان من الثلث إلى السدس، ولم يختلفوا كذلك في أن فرض الأخوة لأم هو الثلث لورود النص في كل ذلك [دليل نصيب الزوج قوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ الآية ١٢ من سورة النساء. ودليل نصيب الأم قوله تعالى: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم﴾] وقد ورد على لسان الفقهاء اصطلاح التشريك بمعنى الشركة بين الأشقاء والأخوة لأم وهو استعمال صحيح جاء في القاموس المحيط: شركها تشريكاً وفي المعجم الوسيط: شرك أي جعلهم شركاء فالشركة والتشريك بمعنى واحد، ٣٤: ٣/٣١٨، ٢٨: ١/٤٨٠.

شركاء في الثلث ﴿ الآية ١٢ من سورة النساء ﴾ ولكنهم اختلفوا بشأن الأخوة الأشقاء، فإنهم إذا أخذ أصحاب الفروض فروضهم لن يأخذوا شيئاً، لأن التركة نصف وثلث وسدس، فلم يبق للأشقاء من التركة نصيب، وهم يشتركون مع الأخوة لأم في أن أمهم واحدة، ويزيدون عنهم بقرابة الأب، لذلك اختلفت كلمة الفقهاء في اشراكهم بالثلث مع أخوتهم لأمهم أو عدم ذلك على قولين:

١- ذهب فقهاء المالكية والشافعية إلى القول بالتشريك في هذه المسألة بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم، لاشترائهم في قرابة لأم التي هي سبب ميراثهم [٨٨:٤/٦٥٢، ١٠٩:٣/١٨] وهذا القول مروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وغيرهم [١١٦:٦/٢٨٠، ١١١:١٦/١٠١].

٢- وذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم التشريك بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم، بل يسقط نصيب الأشقاء، وهذا القول مروى عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس، وبه قال أبو ثور وابن المنذر وغيرهم، وهو مروى عن عمر بن الخطاب في اجتهاده السابق. وهذا بيان لأقوالهم وأدلتهم في المسألة:

أولاً: مذهب القائلين بعدم التشريك وأدلتهم:

ذهب الحنفية والحنابلة ومن معهم إلى القول بعدم التشريك، وأن الأخوة لأم يأخذون الثلث، ويسقط الأخوة الأشقاء، لأنهم عصبية وقد استغرقت التركة بأصحاب الفروض. واستدلوا بقوله ﷺ (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى عصبية ذكر) [٢١:١٢/١٦، ٢٧:١١/٥٢] والأخوة لأم من أصحاب الفرائض والأشقاء من العصبيات ولم يبق لهم شيء فيسقطون.

وإن التشريك بينهم خلاف للنص [٧١:٢/١٢٧، ٨١:٦/٤٧٧، ٧٠:٢٩/١٥٥، ١١٦:٦/٢٨٠] لأنه لا يلحق الفرائض بأهلها.

وكذلك فإنه لو وجد في المسألة واحد من ولد/أم ومائة من الأشقاء، وكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي بإجماع الفقهاء [٧٠:٢٩/١٥٦، ١١٦:٦/٢٨٠، ١١٧:١/٣٥٦]، فإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله، فلم لا يجوز لائتين اسقاطهم؟

وعلى هذا القول فإن المسألة تصح من ستة أسهم، للزوج منها ثلاثة أسهم، وللأم سهم

واحد، وللأخوة للأم سهمان اثنان بالتساوي بينهم، ذكورهم واناثهم في القسمة سواء، وليس للأخوة الأشقاء من الشركة شيء، لأنهم عصبه يحوزون الباقي بعد أصحاب الفروض، ولا باقى لاستغراق سهام أصحاب الفروض جميع الشركة.

ثانياً: مذهب القائلين بالتشريك وادلتهم:

وذهب المالكية والشافعية ومن معهم إلى القول بالتشريك بين الأخوة للأم والأخوة الأشقاء في ثلث الشركة، بحيث يقسم الثلث الذي هو نصيب الأخوة للأم بينهم وبين الأخوة الأشقاء بالتساوي، بدلاً من أن يستقل الأخوة للأم بالثلث، ويحرم الأشقاء من تركة مورثهم.

واستدلوا بأن الأخوة من الأب والأم يشاركون الأخوة من الأم في السبب الذي به يستوجبون الإرث، وهي الأم، فوجب أن لا ينفردوا به دونهم، لأن اشتراكهم في سبب الإرث يوجب اشتراكهم في الميراث، وهم مشتركون في القرابة وزيادة [٣٤٦/٢: ٨٤، ١٠٩: ١٨/٣].

وقالوا: إن هذه فريضة جمعت ولد أم وولد أب وأم، يرث كل واحد منهما إذا انفرد، فإذا ورث ولد الأم، لم يسقط ولد الأب والأم، كما لو انفرد ولد الأم وولد الأب والأم، ولم يكن معهم ذو سهم غيرهم [١١١: ١٦/١٠٢، ١٠٦: ٣٠/٢].

وعلى هذا القول فإن المسألة تصح من ستة أسهم، للزوج منها ثلاثة أسهم، وللأم سهم واحد، وللأخوة للأم مع الأخوة الأشقاء سهمان اثنان، تقسم بينهم على عدد رؤوسهم بالتساوي بين ذكورهم واناثهم، وبذلك يشارك الإخوة الأشقاء الأخوة للأم في ثلث الشركة، بينما يسقطون على القول الأول.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

من استعراض أقوال الفريقين في المسألة أرى أن مذهب القائلين بعدم التشريك أقوى دليلاً وأولى بالاعتبار للأسباب التالية:

١- ورد النص من الشارع بإعطاء الأخوة للأم ثلث الشركة، وذلك في قوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [الآية ١٢ من سورة النساء] والمقصود هنا الأخوة للأم، كما في قراءة سعد بن أبي وقاص وكما فسرها أبو بكر الصديق رضي الله عنه [٣٦٤/١: ١، ٥٠/٢: ٧]، ولأن الله تعالى

ذكر ميراث الأخوة مرتين، مرة هنا، ومرة في آخر السورة [قوله تعالى (يستفتونك في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك... الآية ١٧٦ من سورة النساء)]، فجعل ههنا للواحد السدس، وللأكثر الثلث، شركة، وجعل في آخر السورة للأخت الواحدة النصف، وللأثنتين الثلثين، وللذكر المال، فوجب أن يكون الأخوة هنا وهناك مختلفين، دفعاً للتعارض، إذ ليس من المعقول أن يجعل لهما فريضتين مختلفتين إلا إذا كانا صنفين لاصتفاً واحداً، فالآية الأولى نص في الأخوة لأم، والآية الثانية نص في الأشقاء، وهي صريحة في إعطاء الأخوة لأم فرضهم وهو الثلث، فإذا دخل معهم الأشقاء لم يكونوا شركاء في الثلث، بل يزاحمهم فيه غيرهم. وهذا خلاف النص.

٢- قوله ﷺ في الحديث المتفق عليه [الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلأولى رجل ذكر] يوجب إعطاء الأخوة لأم - وهم من أصحاب الفروض - نصيبهم وهو الثلث، فإذا بقي شيء يعطى للعصبات وهم الأشقاء، وإذا لم يبق من التركة شيء فلا نصيب لهم، وهذا شأن العصبية في الميراث وهنا لم يبق لهم شيء فيسقطون، وهم صنف آخر غير أصحاب الفروض، فلا يحق لهم مشاركة غيرهم، وإعطاؤهم في هذه الحالة مخالفة ظاهرة لنص الحديث المذكور، وما خالف ذلك فهو باطل.

٣- إن قياس الأخوة الأشقاء على الأخوة لأم بجامع اشتراكهم في الأم وقول القائل [هب إن أبانا كان حماراً ليست أمنا واحدة] قياس فاسد الاعتبار، لأنه يخالف النصوص المذكورة، وقد بين الله تعالى نصيب أصحاب الفروض كما بين نصيب العصبية، فلا يصح قياس العصبية على أصحاب الفروض، لأن النص فرق بينهما، ولا قياس مع النص، كما أن اعتبار وجود الأب كعدمه، قياس باطل عقلاً وشرعاً، أما عقلاً: فلأن الموجود لا يكون كالمعدوم، وأما شرعاً: فلأن الله سبحانه وتعالى حكم في ولد الأبوين بخلاف حكمه في ولد الأم [١١٧: ١/٣٥٦].

٤- أما ما ذهب إليه المجيزون للتشريك من أن قرابتهم للأم واحدة، ويزيدون بقرابة الأب فهم أولى لهذه القرابة، فإن الله سبحانه وتعالى لم يجعل الموارث على قدر التفاضل في القرابة، وإنما هي كما ورد بها النص، ولا خلاف أن من ترك جده أباً أمه، وابن بنته، وبنت أخيه، وابن اخته، وخاله، وخالته، وعمته، وكل هؤلاء من ذوي الأرحام، وترك ابن عم له لا يلتقي معه إلا إلى

عشرين جداً، إن هذا المال كله لهذا الأبن العم البعيد، ولا شيء لكل من ذكروا من ذوي الأرحام، وأين قرابته من قرابتهم؟ [١٢٣: ٩/ ٢٥٥].

٥- وما يؤكد هذا الترجيح، أنه لو كان في هذه المسألة نفسها أخوات لاب، لفرض لهن الثلثان وعالت الفريضة، فلو كان معهن اخوهن سقطن به ويسمى الأخ المشثوم، فلما كنّ بوجوده يصرن عصبه صار تارة يتفعهن وتارة يضرهن، ولم يجعل وجوده كعدمه في حال الضرار، فكذلك قرابة الأب لما صار الأخوة بها عصبه صار يتفعهم تارة ويضرهم أخرى، وهذا شأن العصبه، فإن العصبه تارة تحوز المال كله وتارة تحوز أكثره وتارة تحوز أقله وتارة تخيب، فمن أعطى العصبه مع استفراق الفروض المال خرج عن قياس الأصول وعن موجب النص [١١٧: ١/ ٣٥٧].

٦- أما ما ذهب إليه بعض العلماء من أن الأصل عدم التشريك، وإن القول بالتشريك استحسان، فهذا مردود، لأن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع، بل هو وضع للشرع بالرأي من غير دليل، ولا يجوز الحكم به لو لم يوجد ما يعارضه، فكيف وهو في هذه المسألة يخالف نص الكتاب والسنة [١١٧: ٦/ ٢٨١].

ولا يقال أنه استحسان يستند إلى المصلحة، لأنه يجلب المنفعة للأشقاء ويدراً مفسدة البغضاء بين الأخوة، لأن هذه المصلحة لم يعتبرها الشارع، وهي دليل عقلي مجرد (والدليل العقلي لا يجوز ان يقابل النطق الصريح من الشارع، لأن الأدلة لا تتعارض) [٤٣: ٢/ ١٢٦].

ولا يصح أن يقال أن التشريك بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم أقرب للعدالة [١٤٨: ٢٠١] لأن العدالة إنما تتحقق بتطبيق نصوص الشارع، وحيثما ورد النص فهو العدل الذي أراد الله وحكم به ﴿ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾ [الآية ٥٠ من سورة المائدة] وقد أعطى الله سبحانه وتعالى الأخوة لأم الثلث بنص الكتاب، فأشراك غيرهم معهم ينقص فرضهم ويهضم حقهم، وهذا ظلم، فكيف يقال أنه أقرب للعدالة.

ثم أن الأخوة الأشقاء لو بقي لهم سهم واحد من مائة سهم وحاز الأخوة لأم ثلث التركة، فلا قائل بالتشريك حينئذٍ، لأنهم عصبه يحوزون الباقي بعد أصحاب الفروض، وقد حازوا شيئاً ولو يسيراً، فهذا نصيبهم، والثلث نصيب أولاد الأم، فهل يلتقى هذا مع ميزان العدالة الذي يقولون به؟ ولماذا لم يشركوا بينهم في هذه المسألة، ولقائل أن يقول أن الشيء اليسير جداً في حكم العدم، فكانهم

لم يأخذوا شيئاً والعدل، يوجب مساواتهم بأولاد الأم؟^{١٤} لذلك أرى ترجيح مذهب من قال بعدم التشريك، لقوة أدلته ووضوح حجته، ولا يقال أن هذا يتعارض مع ترجيح رأي القائلين بالعدل، لأنكم رضيتم نقصان نصيب أصحاب الفروض هناك، فلماذا لا تقبلون بنقصان نصيبهم هنا، والسبب هو السبب، لا يقال ذلك، لأن السبب مختلف، فجميع الورثة في مسألة العدل من أصحاب الفروض، والنقص دخل على نصيبهم بمقدار فروضهم لا اشتراكهم في سبب الاستحقاق الذي جعله الشارع، وهو أنهم من أصحاب الفروض، ولا مرجح لأحدهم على الآخر، أما هؤلاء فقد جعلهم الشارع عصبات، وهذا سبب استحقاقهم، ولم يكونوا من أصحاب الفروض في أي حال، فلا يُشركون معهم لاختلاف السبب.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

فصل الشارع الحكيم موضوع الموارث على نحو لم يشاهد في المواضيع الأخرى، وبين نصيب كل وارث بنص من كتاب أو سنة، ولم يترك أمر الفرائض للاجتهاد والرأي، ذلك أن موضوع الموارث مبني على مصلحة دائمة لا تتغير باختلاف الزمان والمكان، وأصحاب الاستحقاق في الميراث لا تتغير صفتهم بين بيئة وأخرى، فالابن هنا هو الابن هناك، والزوج هو الزوج حاضراً ومستقبلاً من حيث صفة الزوجية، وهي موجب استحقاق الميراث، ومن شأن الانسان أن تتطلع نفسه إلى الطمع في مال غيره ﴿كلا إن الانسان ليطغى أن رآه استغنى﴾ [الآيتان ٦ و٧ من سورة العلق] ويقول تعالى: ﴿وتأكلون التراث أكلاً لما، وتحبون المال حباً جماً﴾ [الآيتان ١٩ و٢٠ من سورة الفجر]، فشاءت حكمة الله تعالى أن يحسم هذا الأمر ويُصَلِّه، ليكون بعيداً عن تناول هذه الأطماع، محققاً لمراد الشارع، فنص على بيان معظمه ولم يترك للرأي فيه نصيباً يذكر، من هنا قال بعض العلماء (ان مسائل الموارث لا مجال للرأي في غالبها) [٤/١٢:٢١] ولذلك فإن مجال السياسة الشرعية يضيق مداه في باب الفرائض، كما إن اختلاف العلماء في مسائل الميراث، قليل إذا ما قورن بغيره.

وبالاستقراء [١٤٨:١٩٩] لم اجد لرسول الله ﷺ قضاء في مثل هذه المسألة بخصوصها، وهي أن يجتمع زوج وأم وأخوة لأم واشقاء، ولا عرضت على أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وليس هناك آية تدل على التشريك، وإنما عرضت المسألة في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقضى فيها أول الأمر بعدم التشريك، ثم عرضت عليه بعد ذلك فقضى فيها بالتشريك، ولما مثل عن ذلك

قال كلمته المشهورة والتي تعتبر أصلاً من الأصول القضائية: (ذاك على ما قضينا، وهذا على ما تقضي) [١١٧/١:١١٧].

وقد خالفه بعض الصحابة، كعملي بن أبي طالب وأبيّ بن كعب وأبي موسى الأشعري [٢٦/١٢:٢١] ووافقه آخرون كعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وغيرهم.

فالمسألة مختلف فيها بين الصحابة ولا اجماع عليها، وقد رأيت ترجيح مذهب القائلين بعدم التشريك، واعتبرت أن المسألة منصوص عليها، وهذا رأيي، لا احمل عليه أحداً ولا امنع من صحة غيره، و لكنني اقول حسب ما توصلت إليه، أنه لا سياسة في المسألة لورود النص الذي فرق بين الأخوة أولاد الأم في آية النساء، وبين الأخوة الأشقاء في آخر السورة نفسها، إضافة إلى الحديث المتفق عليه (الحقوا الفرائض بأهلها) فلا سبيل بعد ذلك إلى القول بخلافه حسب قناعتي، والسياسة هنا هي في تطبيق النص وتنفيذ أمر الله تعالى، أما الحكم بخلافه فهو سياسة ظالمة.

ولا يعني هذا أن لا ابحت السياسة الشرعية على رأي المخالفين القائلين بالتشريك، فعندهم أن المسألة لم يرد فيها نص من كتاب ولا سنة، ولم يجمع عليها أهل الاجماع في أي عصر، فلا يكون الاجتهاد فيها مخالفاً لأحكام السياسة الشرعية، وهي عندهم تحتاج إلى نظر جديد ورأي سديد، يرفع الظلم ويحقق العدل والمصلحة، والسياسة العادلة هي التي تنهض بذلك.

فقد ورد أن الأخوة الأشقاء حينما لم يبق لهم نصيب في التركة، حيث حازها أصحاب الفروض، فأخذ الزوج نصفها وأخذت الأم سدسها وأخذت الأخوة لأم ثلثها الباقي، ولم يبق للعصبات منها شيء، جاء هؤلاء العصبات لعمر بن الخطاب رضي الله عنه متظلمين مما حلّ بهم، فهم اخوة الميت لأبيه وأمه، واخوتهم اخوته لأمه فقط، وبالنظر إلى درجة القرابة فهم متساوون باشتراكهم في أم واحدة، ويزيدون بأنهم أبناء أب واحد أيضاً، بخلاف اخوتهم لأمهم، فالمتوفى اشد قرابة لهم عن حازوا ثلث التركة، فلا أقل من ان يشاركوهم نصيبهم لأنهم يشتركون في الأم التي كانت سبباً في استحقاقهم من أرث أخيهم المتوفى، لذلك جاء في تعليلهم لهذا الاستحقاق (هب ان أبانا كان حجراً أو حماراً...) فهم ينظرون إلى قرابة الأم فقط، وهم جميعاً بما فيهم الأخ المتوفى أبناء أم واحدة، فإذا استحق الأخوة لأم ميراث أخيهم بسبب قرابتهم معه في الأم، فكذلك يستحقه الأخوة الأشقاء، للقرابة نفسها، وقرابة الأب زيادة.

وقد استصوب عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذا القياس، ورأى فيه العدل والانصاف فحكم بموجبه مخالفاً بذلك حكمه السابق في مسألة مشابهة تماماً [٢٧٩/٦: ١١٦].

والسياسة في فعل عمر واجتهاده تظهر في أمرين:

الأمر الأول، أنه خليفة المسلمين، وقد اختلف علماء الأمة في زمانه على قولين: أحدهما يرى التشريك والآخر لا يراه، وهو ملزم شرعاً بإصدار الحكم وتنفيذ الحق على الوجه الذي يوافق الشارع، وقد رأى ترجيح أحد القولين ليقطع النزاع في هذه المسألة بقول فصل لا تختلف عليه الأمة، لأنه لا بد من تنفيذ حكم الشرع في هذه المسألة، ولا يمكن التنفيذ مع اختلاف الرأي فيها، فكان للإمام أن يرجح ما يراه أقرب للحق، فرجّح التشريك. والسياسة الشرعية تعطي الحق للإمام في ذلك، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ورأي الإمام يرفع الخلاف، وهذا يحد ذاته سياسة شرعية تعود بالمصلحة على الأمة، وحسبها أن ترفع الخلاف بين الناس وتمضي القضاء.

الأمر الثاني: أن أمير المؤمنين رضي الله عنه رأى أن التشريك يحقق العدل بين الورثة، لأنهم إنما ورثوا بسبب قرابتهم للام، وهم متساوون في ذلك وأبناء أم واحدة، فإذا كانت قرابة الأب لا تنفعهم في هذه المسألة، فلا أقل من أن لا تضرهم، والحكم بالعدل في التشريك سياسة تقرها الشريعة حيث لا نص على خلافها. وحرمان الأشقاء من ميراث شقيقهم مع إعطاء الأخوة لأم وهم أبعد قرابة، فيه ظلم للأشقاء، والظلم تحرمه الشريعة وتنتهي عنه.

فكان من العدل في نظر عمرو من وافقه من الصحابة، أن يقال: أن انقاص نصيب الأخوة لأم أيسر من حرمان الأخوة الأشقاء، وعند الموازنة بين ضرر الحرمان من الميراث وضرر الانقاص منه، يترجح الانقاص، فيكون اجتهاد عمر عملاً مبيداً مراعاة أخف الضررين، وهو مبدأ تشهد له السياسة الشرعية ولا تباها.

المطلب الخامس: موقف القانون الأردني

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت بمسألة التشريك بين الأخوة الأشقاء والأخوة

لأم، وذلك في مادة ١٨٠ منه والتي جاء فيها:

«لأولاد الأم فرض السدس للواحد، والثلث للثلاثين فأكثر، ذكورهم واناثهم في القسمة سواء،

ويشاركهم الأخوة الأشقاء في الثلث إذا استغرقت الفروض التركية .

فقد بين القانون نصيب الأخوة لأم، كما ورد في القرآن الكريم، ثم نص على المشاركة بينهم وبين الأخوة الأشقاء في حالة واحدة فقط، وهي حالة استغراق الفروض جميع التركية، بمعنى أن لا يبقى للأخوة الأشقاء وهم العصبات أي شيء من التركية، فحيثما يشتركون بحكم القانون مع الأخوة لأم في نصيبهم من ثلث التركية، ويقتسمونه على عدد رؤوسهم بالتساوي بينهم .

وهذا موافق لمذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية، كما أنه موافق لاجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه الأخير في المسألة، والذي وافقه عليه عدد من الصحابة .

وقد عللت المذكرة الايضاحية للقانون أسباب هذا التوجه من المشرع وعدوله عن مذهب الحنفية بقولها: "إن مذهب أبي حنيفة يرى أنه إذا اجتمع لإخوة لأم مع الأخوة الأشقاء، وكانت سهام أصحاب الفروض قد استغرقت التركية، فإن الأخوة الأشقاء لا يرثون شيئاً ويعطى الثلث للأخوة لأم، ولما كان في ذلك احجاف بحقوق الأخوة الأشقاء، لأنهم يدلون إلى الميت بما يدلي به الأخوة لأم، ويزيدون بقربتهم للميت نسبتهم إليه من جهة الأب، ولما كان مذهب الأمام الشافعي يرى اشراك جميع الأخوة الأشقاء والأخوة لأم في الثلث، ويقسم على عدد رؤوسهم ذكوراً وإناثاً فقد روي من المصلحة الأخذ به ووضعت المادة ١٨٠ من القانون، تحقيقاً لما روي في ذلك من العدالة" [١٨١: ٨].

ويلاحظ على القانون ما يلي:

١- أنه تخير من المذاهب الإسلامية المعتبرة ما رآه محققاً للمصلحة والعدالة، وهذا التخير بحد ذاته من السياسة الشرعية التي تثبت مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيّة الفقه الإسلامي بمجموعة لكل زمان ومكان، وقدرة هذا الفقه على الاستجابة لمتطلبات العصر، والجمود على مذهب واحد أو الالتزام به لا يحقق هذه الغاية، وما فعله القانون من العدول عن مذهب الحنفية في هذه المسألة - وإن كنت أرى أن دليلهم أقوى - مؤشر ايجابي يكسر طوق الالتزام بمذهب واحد، ويوسع دائرة الاستفادة من الفقه الإسلامي بشكل عام، كل ذلك بشرط أن يكون هذا التخير داخلاً في نطاق المذاهب الإسلامية المعتبرة، التي تستند إلى دليل شرعي معتبر، وهو في هذه المسألة يستند إلى مذهب الشافعية، وكفى به مستنداً.

٢- حصر القانون حالة المشاركة بين الإخوة لأم والأخوة الأشقاء في صورة واحدة، وهي أن تستغرق الفروض التركية ولا يبقى للأخوة الأشقاء شيء منها، وهذا يعني أنه لو بقي للأشقاء شيء يسير جداً فلا مشاركة حينئذٍ، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه القائلون بالتشريك، وما اشترطوه في هذه المسألة [١٥/٦:١١٠].

وكذلك لو حاز الأخوة الأشقاء معظم التركة، ولم يكن معهم سوى أخ لأم واحد، فإنه لا يشاركهم ولا يشاركونه، كان مات عن أخ لأم وأخ شقيق وأخت شقيقة، فالمسألة تصح من ثمانية عشر سهماً، للأخ لأم منها ثلاثة أسهم فقط، والخمسة عشر سهماً للباقي للأخ الشقيق وللأخت الشقيقة تعصياً، فالمشاركة إنما وجدت في القانون لانصاف الأخوة الأشقاء في حالة واحدة وهي استغراق الفروض لجميع سهام التركة، حيث يحرم الأخوة الأشقاء لعدم بقاء شيء لهم، بينما يرث الأخوة لأم، فعندئذٍ تكون المشاركة لانقاذ موقف الأشقاء في هذه الحالة.

٣- لم يبين القانون طريقة تقسيم المسألة، وإنما نص على المشاركة فقط، وقد بينت ذلك المذكرة الإيضاحية، فإذا كان الأخوة لأم ثلاثة والأخوة الأشقاء ثلاثة/ذكوراً واثناً، فإن الثلث يقسم على ستة دون النظر إلى من يكون منهم ذكراً أو أنثى، كما هو الشأن في الأخوة الأم الذين يتساوون في الفريضة على عدد رؤوسهم، مع أن الأخوة الأشقاء إنما يرثون بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين، ولكنهم في مسألة التشريك يعاملون معاملة الأخوة من الأم، فتأخذ الأخت الشقيقة نفس نصيب الأخ الشقيق، وهذا غير معهود في الموارث.

فكان المشرع اغفل صفة التعصيب بالنسبة للأخوة الأشقاء، واعتبرهم أخوة للأم في سائر أحكامهم، وورثهم على عدد رؤوسهم ذكورهم واثانهم في القسمة سواء، دون تفاضل بينهم. وهذه الطريقة في التقسيم توافق ما ذهب إليه القائلون بالتشريك فإنهم جعلوا الأشقاء والشقيقات، سواء في هذه المسألة، ونصوا على أن لا تفاضل بينه وبينها [١٨/٣:١٠٩] بخلاف الأصل.

٤- نصت المذكرة الإيضاحية أن سبب عدول القانون عن مذهب الحنفية واخذه بمذهب القائلين بالتشريك، هو المصلحة والعدالة، ووجه المصلحة أن في التشريك جلب منفعة للأشقاء بإعطائهم من تركة أخيهام المتوفى، وهم أقرب له من الأخوة لأم، ودرء مفسدة عنهم حيث أنهم على القول بعدم

التشريك سيحرمون من الميراث، وهذا يوغر صدورهم على اخوتهم ويؤدي إلى قطعية الرحم في زمن قل فيه الوازع الديني، وازدادت فيه اطماع البشر، ولا شك أن اصلاح ذات الين يُحقق مصلحة في المجتمع ويدفع الشر عنه.

أما وجه العدالة، فقد رأى المشرع إن في حرمان الأشقاء اجحافاً بهم مع اعطاء غيرهم ممن هم أبعد قرابة عن مورثهم، وإن سبب استحقاقهم لميراثه وهو قرابتهم للام، متوفر في الأشقاء وزيادة قرابة الأب، فكان من العدل تشريكهم لاشتراكهم في هذه القرابة، ومعلوم أن تبادل المنافع بين الأخوة الأشقاء أكثر منه بين الأخوة لأم، وقد يكون مال الشقيق المتوفى إنما وصل إليه عن طريق أحد أشقائه، فليس من السهل في عرف الناس أن يتقل جهد الأشقاء إلى غيرهم، فكان من الحكمة مراعاة ذلك.

وما دامت المسألة مختلفاً فيها بين العلماء، وليس فيها نص خاص من كتاب أو سنة مقطوع به ولا اجماع عليها، فلواضع القانون أن يختار من بين هذه الأقوال ما يراه محققاً للمصلحة والعدل، وقد رأى المشرع الأردني أن القول بالتشريك يحقق ذلك، فلا غضاضة فيما فعل.

المبحث الرابع

المسألة الغراوية

المطلب الأول: المقصود بالغراوية وصورة المسألة:

الغراوية لغة: من غرّ غرّاً وغروراً إذا خدعه واطمعه بالباطل، والغرّة بالضم يياض في الجبهة، والاعرّ: الأبيض من كل شيء، وعرّة الشيء أوله وكرمه [٣١: ٢/٩٧٢، ٣٤: ٢/١٠٣، ٢٨: ٢/٦٤٨]

وقد سميت هذه المسألة بالغراوية لشهرتها تشبيهاً لها بالكوكب الاغر [١٠٩: ٣/٦٥، ٧١: ٥/٩٠] أولانها تخدع الفرضي في معرفة نصيب الأم، هل هو الثلث أو ثلث الباقي. أما في الإصطلاح: فالمقصود بالمسألة الغراوية عند علماء المواريث، أن يجتمع أحد الزوجين مع الوالدين، فإذا اخذ أحد الزوجين نصيبه وهو النصف أو الربع، فهل تأخذ الأم نصيبها وهو الثلث من كامل التركة، أم تأخذ ثلث الباقي مع الأب، حتى لا يزيد نصيبها على نصيبه؟ الذين قالوا تأخذ الأم ثلث الباقي، يطلقون على هذه المسألة اسم الغراوية، لأنها غرّت من يقسم التركة حيث يظن أنها تأخذ الثلث مع أن نصيبها ثلث الباقي فقط، كما سميت بالعمرية [١١٠: ٦/٩٠، ٩١: ٨/٢٠١] لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو أول من قضى فيها بأن للام ثلث الباقي، وسميت أيضاً بالغرّية [١٠٩: ٣/٦٥] لغرابتها وأنه ليس لها نظير.

وللمسألة صورتان: الأولى: أن يتوفى الزوج عن زوجته وأمه وأبيه، فتأخذ الزوجة ربع التركة لعدم وجود الفرع الوارث، والثلاثة أرباع تقسم بين الأب والأم، فيكون نصيب الأم ثلث الباقي ونصيب الأب الثلثين، فتصح المسألة من أربعة أسهم للزوجة سهم واحد، وللأب سهمان، وللأم

سهم واحد، وهذا عند القائلين بأن نصيب الأم هو ثلث الباقي. أما عند غيرهم فالمسألة تصح من اثني عشر سهماً، للزوجة ثلاثة أسهم، وللأم أربعة أسهم، والباقي وهو خمسة أسهم للاب. وواضح الفرق بين القسمتين.

والصورة الثانية أن تتوفى المرأة عن زوجها وأمها وأبيها، فيأخذ الزوج نصيبه وهو النصف لعدم وجود الفرع الوارث، والباقي يقسم بين الأب والأم بنسبة الثلث للام والثلثين للاب. فتصح المسألة من ستة أسهم: للزوج ثلاثة أسهم، وللأب سهمان، وللأم سهم واحد، فيكون نصيب الأم في واقع الأمر هو سدس التركة أو ثلث الباقي بعد نصيب الزوج، وليس الثلث من كامل التركة، وهذا عند القائلين بأن نصيب الأم هو ثلث الباقي. أما عند غيرهم فالمسألة تصح من ستة أسهم للزوج ثلاثة أسهم، وللأم الثلث وهو سهمان من ستة أسهم، وللأب الباقي وهو سهم واحد فقط، ويلاحظ أن نصيب الأم حسب هذا التقسيم زاد على نصيب الأب بمقدار الضعف. فهذه صورة المسألة وهي لا تكون إلا باجتماع أحد الزوجين مع الأبوين، بمعنى أن يتوفى الرجل عن زوجته وأمه وأبيه، أو تتوفى المرأة عن زوجها وأمها وأبيها فقط.

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء:

اختلفت كلمة الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال تتضح فيما يلي:

القول الأول: أن نصيب الأم هو ثلث الباقي.

القول الثاني: أن نصيب الأم هو الثلث من كامل التركة.

القول الثالث: التفريق بين أن يكون المتوفى هو الزوج أو الزوجة، ففي الحالة الأولى تأخذ الأم

الثلث كاملاً، وفي الثانية تأخذ ثلث الباقي.

وهذا تفصيل لأقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

القول الأول: اتفقت كلمة الفقهاء من المذاهب الأربعة: الحنفية والمالكية والشافعية

والحنابلة، على إعطاء الأم ثلث الباقي. وهو ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان

وزيد بن ثابت وابن مسعود وعلي بن أبي طالب والحسن والثوري [١١٦]:

٢٧٩/٦، ١١١، ١٦٦/٧٣، ١٢٣، ٢٦١/٩، ٧٠، ١٤٤/٢٩، ٨٤، ٣٤٣/٢] وغيرهم، وقد استدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [الآية ١١ من سورة النساء].

ووجه الاستدلال بالآية: إن الله تعالى أعطى الأم الثلث إن لم يكن ولد وورثه الأبوان فقط، فإذا وجد وارث آخر غير الأبوين، كالزوج مثلاً فليست الآية نصاً في الموضوع، لأنه تعالى قال: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ فلو كانت تستحق الثلث مطلقاً ولو مع وارث آخر، لكان قوله وورثه أبواه عديم الفائدة [٤٦/٢:٧، ٣٦٣/١:١] فلمع أنها تستحق الثلث إذا لم يكن معها وارث غيرهما، بمعنى أن ينفرد الأب والأم بتركة ابنهما، فعندئذ يكون نصيب الأم ثلث التركة كاملاً، أما إذا وجد غيرهما من الورثة فلا تكون المسألة مشمولة بالنص.

٢- أن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض، كان للأم ثلث الباقي كما لو كان معها بنت، فكذلك إذا كان معها زوج، فالباقي بعد نصيبه يكون بين الأبوين اثلاثاً [١٢٨/٦:١١٩].

بمعنى أنهم يستدلون بالقياس، ويجعلون الأصل المقيس عليه هو صورة اجتماع الأبوين مع البنت، والفرع المقيس هو صورة اجتماع الأبوين مع الزوج، والوصف كون الأم مجتمعة مع صاحب فرض، فكما تأخذ الأم ثلث الباقي مع البنت والأب، تأخذه مع الزوج والأب قياساً.

٣- إن إعطاء الأم الثلث من كامل التركة يؤدي إلى مخالفة القواعد، لأنها إذا أخذت في مسألة الزوج الثلث من رأس المال، تكون قد أخذت مثلي الأب، وليس له نظير في اجتماع ذكر وانثى يدلان بجهة واحدة، وتأخذ الأنثى مثليه، وهذه القواعد من القواطع [٢٠١/٨:٩١، ٦٢٣/٤:٨٨].

ولذلك قال ابن مسعود في الرد على ابن عباس (ما أراني الله تفضيل الأنثى على الذكر) وقال زيد رضي الله عنه (لا أفضل الأنثى على الذكر) [٥١/٣:٧٥، ٢٣١/٦:٦٦] وواضح أن المقصود التفضيل مع استواء القرابة والدرجة، أما عند الاختلاف فلا يتمتع هذا التفضيل، كما لو كان مع الأم جد بدلاً من الأب في هذه المسألة، فإن الأم تأخذ الثلث، ولا عبرة بتفضيلها على الجد، لكونها أقرب منه.

٤- بين الله تعالى أحوال الأم فذكر أن لها السدس مع الأخوة، والثلث كاملاً مع عدم الولد وتفرّد الأبوين بالميراث، وهاتان الحالتان لا خلاف عليهما، بقي لها حالة ثالثة وهي عدم الولد وعدم تفرّد الأبوين بالميراث، وذلك لا يكون إلا مع الزوج والزوجة، فإما أن تعطى الثلث كاملاً وهو

خلاف مفهوم القرآن لعدم تفرد الأبوين بالميراث، وأما أن تعطى السدس، وهذا لم يجعله لها القرآن إلا في موضعين: مع الولد ومع الأخوة، فإذا امتنع هذا وهذا، كان الباقي بعد فرض الزوجين هو المال الذي يستحقه الأبوان، ولا يشاركهما فيه مشارك، فهو بمنزلة المال كله إذا لم يكن زوج ولا زوجة، فإذا تقاسماه اثلاثاً، كان الواجب أن يتقاسما الباقي بعد فرض الزوجين كذلك [٣٥٨/١: ١١٧].

أما أصحاب القسول الثاني وهم ابن عباس ورواية عن علي بن أبي طالب وعن شريح [٢٧٩/١: ١١٦] فقد استدلوا على قولهم بأن الأم تأخذ ثلث التركة بما يلي:

١- عموم قوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [الآية ١١ من سورة النساء] ووجه استدلالهم بهذه الآية: إن الله تعالى فرض للأم الثلث عند عدم الولد والأخوة، وليس هنا ولد ولا أخوة، فيبقى نصيبها الثلث بعموم النص.

٢- قوله ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» [متفق عليه. ١٦/١٢: ٢١، ٥٢/١١: ٢٧] والأب هنا عصبه، فيكون له ما فضل عن ذوي القروض، والأم صاحبة فرض فيجب أن تعطى فرضها كاملاً وهو الثلث.

٣- أن الله تعالى نص على فرضين للأم هما الثلث والسدس، ولم يجعل لها ثلث الباقي، فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس [٢٣١/٦: ٦٦].

أما أصحاب القول الثالث الذي انفرد به ابن سيرين وأبو ثور فقد استدلوا: بأننا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الأب وهذا غير جائز [٧٣/١٦: ١١١] أما في زوجة وأبوين، فإن الأب سيفضلها ولو بشيء يسير، فلا يمتنع إعطاؤها الثلث كاملاً.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

من استعراض أدلة الفقهاء في المسألة يتضح ما يلي:

١- أن قوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ ليس نصاً في المسألة، لأنها إنما تبين ميراث الأبوين من ابنتهما عندما لا يكون له وارث غيرهما، بمعنى أن لا يكون للمتوفى سوى أب وأم بدليل قوله تعالى ﴿ورثه أبواه﴾ فهذا القيد له فائدة، ولا يمكن أن يرد في

النص عبثاً، وهذا لا خلاف فيه، واختلاف فيما إذا كان مع الأبوين أصحاب فروض من الورثة، كالزوج أو الزوجة كما في المسألة الغراوية هذه، فإذا قيل أن نصيب الأم هو الثلث مطلقاً فأين دليل نصيب الأب، علماً بأن النص سكت عن بيان نصيب الأب، لأنه معلوم بداهة إذا كان الورثة أب وأم فقط وأعطيت الأم الثلث فيكون نصيبه الثلثين لقوله «وورثه أبواه فلامه الثلث» فيفهم من ذلك أن لأبيه الثلثين ولو لم ينص عليه، لأن كل التركة لهما فإذا ذهب ثلثها للام بقي الثلثان للاب ولا إشكال في ذلك [١٤٤/٢٩:٧٠] أما حالة وجود زوج أو زوجة مع الأبوين، فلا يشملها هذا النص، ولا بد من معرفة نصيها من تحكيم القواعد العامة في الشريعة والاجتهاد على ضوءها.

٢- قوله ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها» ليس نصاً في المسألة، حيث أن الأب تارة يكون صاحب فرض، كما لو كان للمتوفى ابن ذكر وأب وأم، وتارة يكون عاصباً عند عدم الوارث المذكور، فلا يقال أنه عصبه في كل حال حتى يرد القول بأن الأم صاحبة فرض والأب عاصب، وقد بين الحديث تقديم صاحب الفرض على العاصب!

٣- إن التفريق بين أن يكون مع الأبوين زوج فتأخذ الأم ثلث الباقي، أو يكون معهما زوجة فتأخذ الأم الثلث كاملاً، لا دليل عليه، وهو قول بالرأي المجرد، فلا ينهض أمام الأدلة الأخرى خاصة وهو يخالف ما اتفق عليه معظم الصحابة وجمهور الفقهاء [١١٦:٦/٢٧٩] وقد ادعى الاجماع على ذلك.

٤- ادعى بعض العلماء الاجماع على مذهب الجمهور، وإن عمر قضى بأن لها ثلث الباقي واجمع الصحابة على ذلك [١١٩:٦/١٢٨] والصحيح أنه ليس في المسألة اجماع فقد خالف فيها ابن عباس من الصحابة وشريح وابن سيرين أيضاً فلا ينعقد اجماع مع مخالفة هؤلاء، وتبقى المسألة في دائرة الاجتهاد.

٥- والذي أراه أن القرآن الكريم بين نصيب الأم في حالات، وجعلها دائرة بين الثلث والسدس، فهي تأخذ السدس مع الولد أو العدد من الأخوة، وتأخذ الثلث مع عدم الولد أو عدم العدد من الأخوة، وهاتان حالتان ثابتتان بالنص، وتبقى في نظري حالتان لا حالة واحدة [خلافاً لما يراه ابن القيم ١١٧:١/٣٥٨] وهما:

الأولى: وجود الأب مع صاحب فرض إضافة إلى الأم، مع عدم الأخوة أو الفرع الوارث، ولا تكون الا في المسألة الغراوية أي مع الزوج والزوجة.

الثانية: وجود الأم مع صاحب فرض عند عدم الأب أو الفرع الوارث أو الأخوة، كزوج وأم فقط. وهذه الحالة لا يشملها النص بمنطوقه لأنه يقول «وورثه أبواه» وهنا ورثه أحدهما.

فالأم هنا تأخذ باقي التركة فرضاً ورداً [١٦١: ٧٢] فقرضها الثلث لانفرادها عن الولد أو الأخوة أو الأب، والرد عليها لعدم العاصب أو صاحب فرض يرد عليه غيرها، فتحوز باقي التركة، أما إذا كان معها أب كما في الحالة الأولى، فأما إن تعطي الثلث كاملاً أو تعطي السدس، فاعطاؤها الثلث كاملاً ممتنع، لعدم انفراد الأبوين بالميراث، بل أن معهما صاحب فرض هو الزوج، وقد فهم من النص أن الأم تأخذ الثلث مع الأب إذا لم يكن معها وارث غيرهما، واعطاؤها السدس أيضاً ممتنع، لأن القرآن لم يجعل لها ذلك إلا مع الولد أو العدد من الأخوة، ولا وجود لهم هنا، فإذا امتنع اعطاؤها ذلك، كان لها ثلث الباقي مع الأب بعد اخراج نصيب الزوج، وكان هذا هو المال الموروث بالنسبة لهما، فكما يقتسمان جميع المال اثلاثاً إذا لم يكن وارث غيرهما، فكذلك يقتسمانه بعد اخراج نصيب الزوج أو الزوجة، وهذا يتفق مع قوله الله تعالى «وورثه أبواه فلامه الثلث»، فإذا اجتمعا وليس لمورثهما ولد فهذا حكمهما، وإذا انفرد أحدهما فله حكم آخر.

٦- أن القواعد العامة المتفق عليها في الموارث والتي سماها بعض العلماء بالقواطع [٩١: ٨/٢٠١، ٨٨: ٤/٦٢٣، ٨٤: ٢/٣٤٣، ٧١: ٥/٩٠، ١١٦: ٦/٢٧٩] تعطي الذكر ضعف الأنثى بشكل عام، ومن غير المعهود في الشرع أن تأخذ الأنثى ضعف الذكر مع استوائهما في القرابة والدرجة، وفي هذه المسألة إذا أعطى الزوج نصف التركة وأعطيت الأم ثلثها كاملاً فإنها ستأخذ ضعف الأب، وهما في درجة واحدة، وهذا كما يقول علماء الفرائض غير معهود في الشرع [٧: ٢/٤٦] فيجب تحكيم القواعد العامة حتى لا يحدث هذا المأل الممنوع، وفي اعطائها ثلث الباقي مع الأب موافقة لهذه القواعد، وعموم الأدلة الشرعية ومنعاً للتعارض.

وبذلك يترجح مذهب جمهور العلماء وما رآه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والصحابة في

هذه المسألة.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

فرض الله سبحانه وتعالى للام الثلث مع عدم الفرع الوارث والعدد من الأخوة بقوله ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث، فإن كان له أخوة فلأمه السدس﴾ [الآية ١١ من سورة النساء] ولكن الآية لم تبين مقدار نصيب الأم إذا وجد مع الأبوين أحد الزوجين، ولم يرد في السنة نص يوضح ذلك، ولا حصل مثله في زمن أبي بكر رضي الله عنه، ولا انعقد عليه اجماع، فلما كان في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حدثت هذه القضية، فلم يجد بدأ من الاجتهاد، لأنه لو أعطى الزوج النصف والأم الثلث فلن يبقى للأب غير السدس، وهذا يتنافى مع قوله تعالى ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [الآية ١١ من سورة النساء] فرأى عمر رضي الله عنه أن يقسم باقي التركة بعد الزوج أو الزوجة بين الأبوين للذكر مثل حظ الأنثيين.

وهذا اجتهاد من عمر لا يستند إلى نص خاص من كتاب أو سنة، وإنما هو تحكيم لعمومات الشريعة وقواعدها العامة التي تبنى أن تأخذ الأم ضعف نصيب الأب مع استوائهما في درجة القرابة، وهو مراعاة لما آلت إليه هذه المسألة عند اعطاء الأم الثلث كاملاً من حيف على الأب ونقصان في نصيبه.

والسياسة الشرعية ضابط يضبط الاجتهاد ويصونه عن النتائج غير المعهودة في الشرع، فإذا أدى تطبيق النص بعمومه إلى مآل ممنوع شرعاً، أو غير معهود كتفضيل الأنثى على الذكر في هذه المسألة، كان دور السياسة الشرعية في تخصيص هذا العموم بالقواعد الشرعية [جاء في الشرح الصغير (ان قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين خصصت عموم آية (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه...)) ٨٨: ٤/٦٢٣] التي سُميت بالقواطع، فيكون اجتهاد عمر وما قاله الجمهور على هذا الأساس من السياسة الشرعية التي تعيد الحق إلى نصابه، وتضع الأمور في موضعها الصحيح على ضوء مآلها، وقد قرر العلماء أن النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً [٤٨: ٤/١٩٤] ومآل إعطاء الأم في هذه المسألة ضعف الأب مع استوائهما في الدرجة والقرابة ممنوع، لأن القاعدة العامة في الموارث أنه إذا اجتمع ذكر وأنثى بنفس الدرجة يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا ما تبادر إلى ذهن بعض الصحابة عندما رأوا نتيجة إعطاء الأم الثلث كاملاً، في هذه المسألة فقال ابن مسعود (ما أراني الله تفضيل الأنثى على الذكر) وقال زيد رضي الله عنه (لا أفضل الأنثى على الذكر) [٦٦: ٦/٢٣١]

وهذا منهما دليل على استبعاد هذه النتيجة المنوعة لمخالفتها لعمومات الشريعة في مسائل المواريث، وقد اعتمد ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنهم أجمعين، ورجع عن اجتهاده السابق إلى هذا الرأي.

فيكون وجه السياسة الشرعية في المسألة هو تحكيم القواعد العامة عند عدم ورود النص الخاص، واعتبار النظر في مآلات الأفعال، وهذا من أصول السياسة الشرعية ومستنداتها، ويكفي مؤيداً على صحة هذا الاعتبار ما ذهب إليه الصحابة في هذه المسألة، ووافقهم عليه أئمة المذاهب الأربعة، وجمهور العلماء المسلمين، وهو دليل عملي على مكانة السياسة الشرعية وحجيتها، ودورها الهام في ضبط الاجتهاد عند هؤلاء الأئمة بشكل خاص، وفي الفقه الاسلامي بوجه عام.

المطلب الخامس: موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

لم يذكر القانون حكم المسألة الغراوية، وإنما نص في المادة ١٨٣ منه على أنه مالا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه للراجح من مذهب أبي حنيفة، ومذهب الحنفية يلتقي مع مذهب جمهور الفقهاء الأربعة في أنهم يعطون الأم ثلث الباقي [انظر صفحة ٢٨٥ من هذا البحث] فيكون القانون قد اخذ بحكم السياسة الشرعية في هذه المسألة، حينما اعتمد مذهب الحنفية.

الختام:

الحمد لله أولاً وآخراً وله الفضل والمثمة، والصلاة والسلام على خاتم رسله محمد، وبعد: فان تطبيقات السياسة الشرعية في موضوع الأحوال الشخصية متنوعة ومتعددة، وهذا ما استطعت ايراده منها فهماً وتطبيقاً لنصوص الفقهاء المعبرين في المذاهب الفقهية الاسلامية، وبعد هذا الجهد يمكن استخلاص النتائج التالية:

١- أن السياسة الشرعية سلطة تقديرية ممنوحة للحاكم شرعاً يعمل بها في تدبير شؤون الأمة باجتهاده أو اجتهاد غيره بما يحقق مصلحتها، وقد توصلت الى تعريفها بأنها: مجموعة الأوامر والاجراءات، الصادرة عن مختص شرعاً، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الاسلامية فيما لا نص فيه، على المحكومين، بشروطها المعبرة.

٢- أن اجتهادات السياسة الشرعية لا تسمى أحكاماً سياسية إلا إذا صدرت عن الحاكم الشرعي بأي طريق من طرق الاصدار، أما إذا قال بها مجتهد أو فقيه فهي فقه سياسي غير ملزم، إلا إذا تبناها الامام وأصدر بها أمره، فتصبح عندئذ حكماً سياسياً.

٣- لا يجوز الاجتهاد في أحكام السياسة الشرعية حيث يرد النص الخاص بجزئية معينة، سواء كان نصاً غير معلن أو نصاً معللاً ولكنه مبني على مصلحة ثابتة لم يرد الشرع تغييرها، ففي هذه الحالة لا مجال مطلقاً للسياسة الشرعية، وإنما مجالها فيما عدا ذلك.

٤- أحكام السياسة الشرعية اجتهادية غير ثابتة، فإذا زالت المصلحة التي بنيت عليها يجب تغييرها ولا يجوز أن تدوم على مر الزمان، لأنها إنما اعتمدت لتحقيق مصلحة الأمة في حال معينة، وحيث لا مصلحة فلا حكم سياسي، ومن العبث استمرار الحكم السياسي الذي لا يحقق مصلحة للأمة.

٥- أحكام السياسة الشرعية ليست خاصة بما يتعلق بالسلطة العليا، أو الأحكام الدستورية والمالية فقط، وإنما هي شاملة لجميع مناحي الحياة بشروطها المعبرة، لرعاية شؤون الأمة

المختلفة، وتدبير أمورها بما يصلحها في ظل سيادة الشرع.

٦- لا ينبغي التوسع في أحكام السياسة الشرعية بدون موجب أو على سبيل الفرض الفقهي، لأنها وجدت لمعالجة الواقع، والتوسع فيها بما لم يقع مخالف لطبيعتها وحكمة مشروعيتها عند القائلين بها.

٧- لا توصف السياسة بأنها شرعية إلا إذا كانت مستمدة بجميع شروطها من الشريعة الإسلامية، نابعة من الإيمان بالوحي على اعتبار أنها تشريع الهي لا وضعي، لذلك يأتى من خالف أحكامها الصادرة عن أمام شرعي اثم من يخالف أمر الله تعالى (٥: ٥: ٢٥٩) بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ (سورة النساء آية ٥٩)

٨- أحكام السياسة الشرعية ظنية وليست قطعية، لأن مبنائها على الاجتهاد وغلبة الظن في تحري الحق، لذلك لا يكفر منكرها، وهي ترفع الخلاف بين الفقهاء في المسألة الاجتهادية عند التنازع، لأن تبني ولي الأمر لها يجعلها حكماً ملزماً للمجتهدين وغيرهم ويمنع القول بخلافها، وهي بذلك تحفظ وحدة الأمة. وتحقق تماسكها.

٩- يتضح من دراسة تطبيقات السياسة الشرعية في جانب من جوانب الفقه الاسلامي وهو الأحوال الشخصية، أن معظم الفقهاء يقولون بها ولكنهم يختلفون في الاسم الذي يطلقونه عليها، فبعضهم يسميها سياسة، وبعضهم يسميها مصلحة، وغيرهم يطلق عليها استصلاحاً، وآخرون يسمونها سد الذرائع وهكذا، كما لوحظ أن بعض الفقهاء يفتى وفق أحكامها دون أن يطلق عليها اسماً معيناً، كابن حزم الظاهري.

١٠- أن أكثر مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي مبنية على مصلحة ثابتة، فلا مجال فيها للسياسة الشرعية، بخلاف غيرها من أقسام الفقه الأخرى، ومع ذلك فقد لوحظ سعة تطبيقات الفقهاء للسياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مما يؤكد ضرورتها واعتماد الفقهاء على أصولها في غير الأحوال الشخصية، من باب أولى.

١١- أن السياسة الشرعية من أهم ضوابط الاجتهاد في الفقه الاسلامي، لأنها تقف موقفاً معتدلاً بين الافراط في الرأي والتفريط فيه، وتصونه عن الجمود على النص أو الانفتاح

على الهوى.

١٢- أن القول باقفال باب الاجتهاد يناقض السياسة الشرعية مناقضة تامة، ويخالف طبيعة التشريع الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، فبينما تقف السياسة الشرعية في وجه المستجدات العصرية لتهدئها وفق أحكام الشريعة الإسلامية، يقف الجمود لوأدها وحجب نور الشريعة عنها. وشتان بين مذهب ووائد.

١٣- السياسة الشرعية تكفل باصلاح أحوال المسلمين وفقاً لأحكام الشريعة ومقاصدها، لذلك فالاهتمام بها اهتمام بحال المسلمين وحل لمشكلاتهم، واقصاؤها عن الحياة إقصاء للشريعة عن واقع المسلمين اليومي، وفي هذا هدم للدين وفصل لروحه عن جسده.

١٤- أن السياسة الشرعية تصوير للواقع على حقيقته، والحكم الشرعي إنما يتنزل على هذا الواقع، وقد راعت الشريعة الإسلامية أحوال المكلفين في أمور عديدة كالرخص، لذلك فالسياسة الشرعية هي مراعاة لهذا الواقع وتعهد له بما يصلحه، ولا شك أن مراعاة الواقع والنظر لحال المكلفين، رحمة بهم ومرونة في التشريع، والسياسة الشرعية هي التي تتولى هذا الجانب من التشريع الإسلامي الخالد.

١٥- الاجتهاد ضرورة تشريعية ولا حياة للفقهاء الإسلامي بدونه، والسياسة الشرعية هي روح هذا الاجتهاد، وعماده القوي. لذلك لا بد من الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية وضوابطها، لتستمر حياة الفقهاء الإسلامي على الوجه الذي يحبه الله ويرضاه.

١٦- من الصعوبة بمكان أن يعتمد على الاجتهاد الفردي في العصر الحاضر، لتشعب فروع العلم وظهور التخصصات الدقيقة في الحياة العملية والعلمية، الأمر الذي لا يمكن معه الاحاطة الفردية بكل ما يلزم للاجتهاد المعاصر، لذلك لا بد من الاجتهاد الجماعي، سياسة، بمعنى أن السياسة الشرعية توجب في العصر الحاضر القول بالاجتهاد الجماعي دون الفردي، حرصاً على أحكام الشريعة ومراعاة لظروف العصر.

١٧- تعتمد السياسة الشرعية على أصول ثابتة في الشريعة الإسلامية، لذلك فهي منضبطة وليست قولاً بلا دليل أو رأياً بالهوى، ومن هذه الأصول المصالح المرسله، وسد الذرائع، والاستحسان، والعرف، ومراعاة الخلاف، والحكم بالقرائن، بالإضافة الى مقاصد

الشريعة ومبدأ مراعاة مآلات الأفعال، ومبدأ رفع الحرج، ونحو ذلك مما يضبط الاجتهاد ويؤصله.

١٨- معظم فقهاء الشريعة يراعون أحكام السياسة الشرعية في اجتهاداتهم، إلا أن أكثرهم أخذاً بها في نظري هم:

أ- فقهاء الصحابة، وخاصة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب.

ب- المالكية، وخاصة: امام المذهب مالك بن أنس، ومن بعده: ابن فرحون، والشاطبي، والقرافي.

ج- متأخرو الحنابلة، وخاصة: ابن عقيل، وابن تيمية، وابن القيم.

د- الحنفية، وخاصة: ابن نجيم.

هـ- الشافعية، وخاصة: العز بن عبد السلام.

١٩- تظهر تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، أن المستجدات التي لم يرد بشأنها نص خاص من الشارع لا حصر لها، وقد تصدى الفقهاء لبحثها على ضوء من قواعد الشريعة العامة، ولا غرابة أن تختلف وجهات نظرهم تبعاً للمصلحة أو لاختلاف البيئة والأعراف، فما يكون مصلحة في المدينة قد لا يكون مصلحة في القرية أو في البادية، وهذا يدل على أن الشريعة راعت أعراف الناس وبيئاتهم، وفي هذا من وجوه الرحمة والمرونة ما فيه.

٢٠- لا بد أن يتصدى العلماء المعاصرون لبحث تطبيقات السياسة الشرعية في شتى فروع الفقه الاسلامي ومذاهبه، لاستخلاص الضوابط الاجتهادية والاصول التي بني عليها الاجتهاد فيما لا نص فيه، ليتم ارساء أسس السياسة الشرعية وأصولها وضبط مستنداتها، حيث أن موضوع السياسة الشرعية- كأصل اجتهادي- لا يزال بكرأ، ونظراً لخطورة التفريط أو الافراط فيه، فلا بد من ضبطه وارساء قواعده على أسس ثابتة ومتمينة، خدمة للاجتهاد المعاصر وحلاً لمشاكل الأمة الاسلامية المستجدة، بمنهج علمي راسخ تفره أصول الشريعة وقواعدها العامة.

فهرس الآيات القرآنية الواردة في البحث

الصفحة	الآية:
٣٤	قوله تعالى: انما الصدقات للفقراء والمساكين
٤٠	قوله تعالى: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم
٤٩	قوله تعالى: وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات
٥٠	قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء
٥٠	قوله تعالى: ولا تقربوا الزنا
٥٢	قوله تعالى: والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم
٥٣	قوله تعالى: ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن
٥٧	قوله تعالى: ولا تمسكوا بعصم الكوافر
٧٠	قوله تعالى: لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن
٧٠	قوله تعالى: وآتوا النساء صدقاتهن نحلة
٨١	قوله تعالى: والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين
٨٢	قوله تعالى: وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم
٨٢	قوله تعالى: فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن
١٢٦	قوله تعالى: وحمله وفصاله ثلاثون شهراً
١٢٦	قوله تعالى: وفصاله في عامين
١٣٤	قوله تعالى: والله خلق كل دابة من ماء
١٣٧	قوله تعالى: والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم
١٤٩	قوله تعالى: والله لا يحب الفساد
١٤٩	قوله تعالى: ويعولتهن أحق بردهن في ذلك
١٤٩	قوله تعالى: فما لكم عليهن من عدة تعتدونها

الصفحة	الآية
١٥٠	قوله تعالى: فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان
١٦٣	قوله تعالى: لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً
١٦٨	قوله تعالى: وإنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس
١٧٧	قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم
١٧٧	قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا إذا تدايتم بدين
١٨٧	قوله تعالى: وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين
١٨٨	قوله تعالى: ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
١٨٩	قوله تعالى: فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً
١٩٧	قوله تعالى: وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن
١٩٨	قوله تعالى: والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء
١٩٨	قوله تعالى: فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً
١٩٨	قوله تعالى: واللاتي يشنن من المبيض من نساتكم أن ارتبتم
١٩٨	قوله تعالى: والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً
٢١٩	قوله تعالى: ولا يظلم ربك أحداً
٢٣٩	قوله تعالى: واللاتي تخافون نشوزهن
٢٣٩	قوله تعالى: وأن خفتن شقاق بينهما فابعثوا
٢٤٢	قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل
٢٥٧	قوله تعالى: وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن
٢٥٤	قوله تعالى: لينفق ذو سعة من سعته
٢٥٥	قوله تعالى: وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة
٢٧٣	قوله تعالى: ولكم نصف ما ترك أزواجكم
٢٧٩	قوله تعالى: ذلك أدنى إلا تعولوا
٢٩٠	قوله تعالى: يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين

الصفحة	الآية
٢٩٢	قوله تعالى : فان كان له أخوة فلامه السدس
٢٩٣	قوله تعالى : يستفتونك في الكلاله
٢٩٤	قوله تعالى : ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون
٢٩٥	قوله تعالى : كلا ان الانسان ليطغى
٢٩٥	قوله تعالى : وتأكلون التراث أكلاً لما
٣١٠	قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في الرسالة

الصفحة	النص
٢٤	كان بنو اسرائيل يَسُوسُهُمُ أنبياءهم
٣٦	من سرق فاقطعوه
٣٦	اقتلوا الفاعل والمفعول
٤٨	لا نكاح الابولي
٤٨	اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغريال
٥٠	فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح
٦٧	عمر أمتي من ستين الى سبعين سنة
٧٢	لا مهر أقل من عشرة دراهم
٨٩	خذي ما يكفيك وولئك بالمعروف
١٠٨	أنت أحق به ما لم تنكحي
١٢٢	إذا سمعتم به (بالطاعون) بأرض فلا تقدموا عليه
١٢٥	الولد للفراش وللماهر الحجر
١٣٠	ايما امرأة أدخلت على قوم نسباً
١٤٩	أبغض الحلال الى الله الطلاق
١٥٢	ثلاث جدهن جد وهزلهن جد
١٥٣	والله ما أردت إلا واحدة
١٥٦	من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد
١٦١	هات من هناتك الم تكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله
	عليه وسلم وأبي بكر واحدة؟
١٦١	أيلعب بكتاب الله وأنا بين ظهرانيكم

الصفحة	النص
١٧٨	الشهر هكذا وهكذا وهكذا
١٨٩	لا ضرر ولا ضرار
١٩٣	لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكح
٢١٤	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
٢٢١	حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك
٢٢٣	أني لأنفضها نفض الأديم
٢٢٩	قوله في امرأة المفقود: هي امرأته حتى يأتيها البيان
٢٤٦	واياكم والبغضة فانها الخالقه
٢٤٧	أما أنت مضار
٢٥٥	هنّ حولي يسألنني النفقة
٢٥٨	اليد العليا خير من اليد السفلى
٢٨٥	صاحب المتاع أسوة الغرماء
٢٩٣	الحقوا الفرائض بأهلها

المراجع

ملاحظة

- ١- أضريت عن ذكر القاب المؤلفين وكناهم ليسهل ترتيب كتبهم حسب أسمائهم، وتلافياً للإطناب باستثناء بعض المشهورين من المؤلفين القدماء فقد راعيت شهرتهم.
- ٢- السنة المذكورة بعد اسم المؤلف هي سنة وفاته.

٣- رتبت المراجع حسب الموضوعات ورتبت أسماء المؤلفين في كل موضوع حسب الحروف الأبجدية وفق الترتيب التالي:

- ١- كتب تفسير القرآن الكريم.
- ٢- كتب الحديث الشريف وشروحه.
- ٣- كتب اللغة.
- ٤- كتب أصول الفقه.
- ٥- كتب الفقه الحنفي.
- ٦- كتب الفقه المالكي.
- ٧- كتب الفقه الشافعي.
- ٨- كتب الفقه الحنبلي.
- ٩- كتب فقه المذاهب غير الأربعة.
- ١٠- كتب المصطلحات والمعاجم.
- ١١- كتب عامة وحديثة في الشريعة الإسلامية.
- ١٢- كتب القانون.
- ١٣- كتب السير والتاريخ والتراجم.
- ١٤- كتب في الفقه العام وموضوعات أخرى.

أولاً: كتب التفسير

- ١- ابن كثير - اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (٧٤٤هـ) تفسير القرآن العظيم - دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه بمصر.
- ٢- الجصاص - أحمد بن علي الرازي (٣٧٠هـ) احكام القرآن المطبعة البهية بالقاهرة ١٣٤٧هـ.
- ٣- الزمخشري - محمود بن عمر (٥٣٨هـ) - الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الاقاويل في وجوه التأويل. طبعة ثانية - المطبعة الأميرية ١٣١٨هـ.
- ٤- الطبري - محمد بن جرير (٣١٠هـ) - جامع البيان في تفسير القرآن. طبعة أولى المطبعة الأميرية.
- ٥- القرطبي - محمد بن احمد الأنصاري (٦٧١هـ) - الجامع لاحكام القرآن - دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة ١٩٦٧.
- ٦- محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار - طبعة أولى. مطبعة المنار بمصر ١٣٢٥هـ.
- ٧- محمد علي السائس - تفسير آيات الاحكام مطبعة محمد علي صبيح بمصر.
- ٨- محمود الألوسي البغدادي (١٢٧٥هـ) - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر بيروت ١٩٧٨.

ثانياً: كتب الحديث الشريف وشروحه

- ٩- ابن ماجه - محمود بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ) - سنن ابن ماجه دار احياء التراث العربي ١٩٧٥ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- ١٠- أبو داود - سليمان بن الأشعث السجستاني الازدي (٢٧٥هـ) - سنن أبي داود الناشر دار احياء السنة النبوية تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.
- ١١- أحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي - الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد ابن حنبل الشيباني مع شرحه المسمى بلوغ الأماني من اسرار الفتح الرباني - دار الشهاب بالقاهرة.

- ١٢- اسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي - كشف الخفاء ومزيل الالتباس عما اشتهر من الأحاديث على السنة الناس. مؤسسة مناهل العرفان. بيروت.
- ١٣- البخاري - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن يزيد به - (٢٥٦هـ).
صحيح البخاري - مطابع الشعب ١٣٧٨هـ.
- ١٤- البيهقي - أحمد بن الحسين بن علي (٤٥٨هـ) - الجواهر النقي شرح سنن البيهقي
مطابع دار صادر بيروت.
- ١٥- الترمذي - محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ) - سنن الترمذي الناشر المكتب الإسلامي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- ١٦- الحاكم - محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري - المستدرک علی الصحیحین - مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب.
- ١٧- الدارمي - عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام - سنن الدارمي - دار الكتب العلمية بيروت.
- ١٨- الزيلعي - عبد الله بن يوسف (٧٦٢هـ) - نصب الراية لأحاديث الهداية طبعة ثالثة -
دار احياء التراث العربي ١٩٨٧.
- ١٩- سعيد بن منصور الخراساني - سنن سعيد بن منصور طبعة أولى الدار السلفية ١٩٨٢
تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي.
- ٢٠- الشوكاني - محمد بن علي بن محمد (١٢٥٠هـ) - نيل الاوطار شرح متقى الاخبار
من احاديث سيد الاخير. طبعة أخيرة مصطفى الحلبي بمصر.
- ٢١- العسقلاني - أحمد بن علي بن حجر (٨٥٢هـ) - فتح الباري بشرح صحيح البخاري
المكتبة السلفية.
- ٢٢- مالك بن انس (١٧٩هـ) - الموطأ دار احياء الكتب العربية - عيسى الحلبي وشركاه
بمصر.
- ٢٣- محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير (١١٤٢هـ) - سبل السلام
شرح بلوغ المرام وهو شرح على بلوغ المرام من ادلة الأحكام لابن حجر العسقلاني.

- طبعة رابعة - دار إحياء التراث العربي ١٩٦٠.
- ٢٤- محمد الزرقاني - شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك. دار المعرفة بيروت ١٩٧٨.
- ٢٥- منصور علي ناصيف - التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول طبعة ثانية دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي بمصر.
- ٢٦- النسائي - احمد بن سعيد (٣٠٣هـ) سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية الامام السندي. الناشر دار الكتاب العربي بيروت.
- ٢٧- النووي - يحيى بن زكريا (١٢٥٠هـ) شرح صحيح مسلم طبعة ثالثة دار الفكر بيروت ١٩٧٨.

ثالثاً: كتب اللغة

- ٢٨- إبراهيم انيس وآخرون - المعجم الوسيط طبعة ثانية دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ٢٩- ابن فارس - احمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) - مجمّل اللغة طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٤. تحقيق زهير عبد المحسن سلطان.
- ٣٠- ابن فارس - احمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) - معجم مقاييس اللغة العربية دار الفكر. تحقيق عبد السلام هارون.
- ٣١- ابن منظور - محمد بن بكر بن منظور المصري (٧١١هـ) - لسان العرب المحيط دار لسان العرب بيروت اعداد وتصنيف يوسف خياط.
- ٣٢- الثعالبي - عبد الملك بن محمد بن اسماعيل (٤٣٠هـ) وقيل (٤٢٩هـ) - فقه اللغة وسر العربية. طبعة ثانية شركة الحلبي بمصر ١٩٥٤م.
- ٣٣- الرازي - محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (٦٦٦هـ) - مختار الصحاح طبعة أولى دار مكتبة الهلال بيروت ١٩٨٣.
- ٣٤- الفيروز آبادي - محمد بن يعقوب (٨١٧هـ) - القاموس المحيط - طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٦.
- ٣٥- محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي (٧٠٩هـ) - المطلع على أبواب المقنع. طبعة أولى المكتب الإسلامي للطباعة والنشر دمشق ١٩٦٥.

- ٣٦- محمد بن أحمد بن بطال الرکبي (٣٦٠هـ) - النظم المستعذب في شرح غريب المهذب
مطبوع بذيلى المهذب للشيرازي.
- ٣٧- محمد العدناني - معجم الاخطاء الشائعة - طبعة ثانية مكتبة لبنان ١٩٨٣.
- رابعاً: كتب أصول الفقه
- ٣٨- الأمدي - علي بن محمد (٦٣١هـ) - الاحكام في أصول الاحكام طبعة أولى دار
الفكر ١٩٨١.
- ٣٩- الاسنوي - جمال الدين بن عبد الرحيم (٧٧٢هـ) - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول
في علم الأصول لليضاوي - مطبعة محمد علي صبح بمصر.
- ٤٠- ابن تيمية - احمد بن تيمية الحمراني الحنبلي (٧٢٨هـ) - رفع الملام عن الأئمة الاعلام
طبعة خامسة مؤسسة مكة للطباعة والإعلام مكة المكرمة ١٣٩٦هـ.
- ٤١- ابن حزم - علي بن أحمد بن سعيد (٤٥٦هـ) الاحكام في أصول الاحكام طبعة أولى
دار الأفاق الجديدة - بيروت ١٩٨٠.
- ٤٢- ابن حزم - علي بن أحمد بن سعيد (٤٥٦هـ) - مراتب الاجماع دار الكتب العلمية
بيروت.
- ٤٣- أبو حامد العزالي - محمد بن محمد (٥٠٥هـ) - المستصفى من علم الأصول دار صادر
بيروت.
- ٤٤- البدخشي - محمد بن الحسن - منهاج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول
للقاضي اليضاوي - مطبعة محمد علي صبح بمصر.
- ٤٥- التفتازاني - سعد الدين بن مسعود بن عمر الشافعي (٧٩٢هـ) - شرح التلويح على
التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المجبوبي
البخاري الحنفي (٧٤٧هـ) - دار الكتب العلمية بيروت.
- ٤٦- السبكي - علي بن عبد الكافي (٧٥٦هـ) وولده عبد الوهاب (٧٧١هـ) - الابهاج
على المنهاج، وهو شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي اليضاوي (٦٨٥هـ)
طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٤.

- ٤٧- السيوطي - عبد الرحمن بن أبي بكر (٩١١هـ) - الرد على من اخلد إلى الأرض وجهل ان الاجتهاد في كل عصر فرض. المطبعة الشعالبية بالجزائر ١٩٠٧.
- ٤٨- الشاطبي - إبراهيم بن موسى (٧٩٠هـ) - المواقفات - دار المعرفة بيروت وعليه شرح الشيخ عبد الله دراز.
- ٤٩- الشافعي - محمد بن إدريس (٢٠٤هـ) - الرسالة - طبعة أولى ١٩٦٩ تحقيق محمد سعيد كيلاني.
- ٥٠- الشوكاني - محمد بن علي بن محمد (١٢٥٠هـ) - ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - دار المعرفة بيروت ١٩٧٩.
- ٥١- عدنان محمد جمعة - رفع الحرج في الشريعة الإسلامية طبعة أولى دار الإمام البخاري ١٩٧٩.
- ٥٢- محب الدين بن عبد الشكور - مسلم الشوب مع شرح فواتح الرحموت لابن نظام الدين في ذيل المستصفى للغزالي دار صادر بيروت.
- ٥٣- محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحنفي - تيسير التحرير وهو شرح كتاب التحرير في أصول الفقه للكمال بن الهمام - دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٣.
- ٥٤- محمد سعيد رمضان البوطي - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - طبعة رابعة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٢.
- ٥٥- محمد فتحي الدريني - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي - طبعة ثانية الشركة المتحدة للتوزيع دمشق ١٩٨٥.
- خامساً: كتب الفقه الحنفي**
- ٥٦- ابن الشحنة - إبراهيم بن محمد الحلبي ٨٨٢هـ - لسان الحكام في معرفة الأحكام مطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية ١٢٩٩هـ.
- ٥٧- ابن نجيم - زين الدين الحنفي (٩٧٠هـ) - الاشباه والنظائر. مؤسسة الحلبي وشركاه بالقاهرة ١٩٦٨.
- ٥٨- ابن نجيم - زين الدين الحنفي (٩٧٠هـ) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لعبد الله بن

- أحمد النسفي (٧١٠هـ) . طبعة أولى بالمطبعة العلمية .
- ٥٩- ابن عابدين - محمد أمين بن عمر افندي عابدين (١٢٥٤هـ) - رد المختار على الدر المختار وهو حاشية على كتاب الدر المختار للحصكفي (١٠٨٨هـ) الذي هو شرح لكتاب تنوير الأبصار للتمرثاشي (١٠٠٤هـ) . دار احياء التراث العربي بيروت .
- ٦٠- ابن عابدين - محمد أمين بن عمر عابدين (١٢٥٢هـ) - منحة الخالق على البحر الرائق . مطبوع بهامش البحر الرائق لابن نجيم - المرجع رقم ٥٨ .
- ٦١- ابن الهمام - كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد (٨٦١هـ) - شرح فتح القدير وهو شرح لكتاب الهداية للمرغيناني (٥٩٣هـ) دار احياء التراث العربي بيروت .
- ٦٢- ابن قاضي سماوه - محمود بن اسرائيل الرومي (٨٢٨هـ) - جامع الفصولين طبعة أولى بالمطبعة الأزهرية ١٣٠٠هـ .
- ٦٣- البابرتي - محمد بن محمود (٧٨٦هـ) - شرح العناية على الهداية مطبوع بهامش فتح القدير المرجع رقم ٦١ .
- ٦٤- جلال الدين الخوارزمي الكرلاني - الكفاية على الهداية شرح بداية المبتدي - مطبوع بذييل فتح القدير المرجع رقم ٦١ .
- ٦٥- حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني - فتاوي قاضي خان . مطبوع بذييل الفتاوي الهندية .
- ٦٦- الزيلعي - عثمان بن علي (٧٤٣هـ) - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . طبعة ثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .
- ٦٧- سعدي جلبي - سعد الله بن عيسى بن أمير خان الرومي المفتي (٩٤٥هـ) - حاشية سعدي جلبي على العناية شرح الهداية للبابرتي مطبوع بذييل فتح القدير .
- ٦٨- السُعدي - علي بن الحسين بن محمد (٤٦١هـ) - التنف في الفتاوى - طبعة ثانية دار الفرقان عمان ١٩٨٤ تحقيق صلاح الدين الناهي .
- ٦٩- السمناني - علي بن محمد بن أحمد (٤٩٩هـ) - روضة القضاة وطريق النجاة نشر دار الفرقان/ عمان وطباعة مؤسسة الرسالة بيروت - تحقيق صلاح الدين الناهي .

- ٧٠- السرخسي - محمد بن أحمد أبو بكر (٤٩٠هـ) وقيل في حدود (٥٠٠هـ) -
المبسوط دار الدعوة استانبول ١٩٨٢ وهو مختصر للكافي الذي هو شرح لكتب محمد
ابن الحسن الشيباني.
- ٧١- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي - الاختيار لتعليل المختار - طبعة ثالثة
دار المعرفة بيروت ١٩٧٥.
- ٧٢- علاء الدين بن علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤هـ) - معين الحكام فيما يتروء بين
الخصمين من الاحكام. المطبعة الميمية بمصر ١٣٠٦هـ.
- ٧٣- قدرى أفندي - عبد القادرين يوسف - واقعات المفتين - طبعة أولى المطبعة الميرية بمصر
١٣٠٠هـ.
- ٧٤- الكاساني- علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٥٨٧هـ) - بدائع الصنائع في ترتيب
الشرائع - طبعة ثانية دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٨٢.
- ٧٥- محمد زيد الايباني - شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - مكتبة النهضة
بغداد.
- ٧٦- محمد العبادي اليمني (٨٠٠هـ) - الجوهرة النيرة المطبعة الخيرية بالقاهرة ١٣٢٢هـ.
- ٧٧- محمد مرتضى الحسيني (١٠٢٥هـ) - عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة.
طبعة أولى المطبعة الوطنية بالاسكندرية ١٢٩٢هـ.
- ٧٨- المرغيناني - علي بن عبد الجليل (٥٩٣هـ) - الهداية شرح بداية المتدي مطبوع بهامش
فتح القدير.
- ٧٩- نجم الدين إبراهيم الطرسوسي (٧٥٨هـ) - انفع الوسائل إلى تحرير المسائل المشهور
بالفتاوى الطرسوسية - مطبعة الشرق بالقاهرة ١٩٢٦.
- ٨٠- نجم الدين بن خير الدين الرملي- اللائئ الدرية في الفوائد الخيرية: مطبوع بهامش جامع
الفصولين. وهو تقريرات وحواشي لخير الدين الرملي (١٠٨١هـ) جمعها ولده نجم
الدين.
- ٨١- نظام ومجموعة من علماء الهند- الفتاوى الهندية وتسمى الفتاوى العالمية جمعها

- عدد من علماء الهند ١٠٧٠ هـ في المذهب الحنفي - طبعة رابعة دار احياء التراث العربي، بيروت.
- ٨٢- لجنة من علماء الحنفية - كتاب التفقات الشرعية طبعة أولى ١٩٣٧ ترجمة رافت الدجاني.
- سادساً: كتب الفقه المالكي:
- ٨٣- ابن جزري - محمد بن أحمد الغرناطي المالكي (٧٤١هـ) - القوانين الفقهية (قوانين الأحكام الشرعية) طبعة أولى عالم الفكر ١٩٧٥.
- ٨٤- ابن رشد - محمد بن أحمد القرطبي الحفيد (٥٩٥هـ) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد طبعة رابعة دار المعرفة بيروت ١٩٧٨.
- ٨٥- ابن فرحون - إبراهيم بن علي بن محمد المدني (٧٩٩هـ) - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام - طبعة أولى بالمطابع العامرية بمصر دار الكتب العلمية بيروت ١٣٠١هـ.
- ٨٦- ابن سلمون الكتاني - العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام مطبوع بهامش تبصرة الحكام.
- ٨٧- ابن عبد البر النمري القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي طبعة ثالثة مكتبة الرياض الحديثة ١٩٨٠.
- ٨٨- أحمد بن محمد الدردير (١٢٠١هـ) - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك - دار المعارف بمصر ١٩٧٤.
- ٨٩- احمد بن محمد الصاوي المالكي - حاشية الصاوي على الشرح الصغير - مطبوع بهامش الشرح الصغير للدردير.
- ٩٠- الخطاب - محمد بن محمد المغربي (٩٥٤هـ) - مواهب الجليل بشرح مختصر خليل طبعة ثانية دار الفكر ١٩٧٨.
- ٩١- الخرشبي - محمد الخرشبي المالكي (١١٠١هـ) - شرح الخرشبي على مختصر سيدي خليل - دار صادر بيروت.

- ٩٢- صالح بن عبد السميع الأزهرى - جواهر الاكليل شرح مختصر خليل دار المعرفة بيروت.
- ٩٣- علي بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي - حاشية العدوي على شرح الخرشي مطبوع بهامش شرح الخرشي.
- ٩٤- القرافي - أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي (٨٦٤هـ) - انوار البروق في أنواء الفروق عالم الكتب بيروت.
- ٩٥- مالك بن انس (١٧٩هـ) - المدونة الكبرى دار صادر بيروت.
سابعاً: كتب الفقه الشافعي:
- ٩٦- أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار. طبعة ثانية ١٩٣٧.
- ٩٧- أبو الحسن الماوردي (٤٥٠هـ) - الاحكام السلطانية والولايات الدينية. طبعة ثانية.
- ٩٨- أبو الحسن الماوردي (٤٥٠هـ) - قوانين الوزارة طبعة ثانية مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية ١٩٧٨.
- ٩٩- أحمد عيسى عاشور الفقه الميسر على مذهب الامام الشافعي دار الفكر للطباعة والنشر بيروت. قسم العبادات.
- ١٠٠- أحمد بن لؤلؤ المشهور بابن النقيب المصري - عمدة السالك وعدة الناسك - الطبعة الأخيرة مطبعة الحلبي بمصر ١٩٣٩.
- ١٠١- باعلوي - عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر - بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين دار المعرفة بيروت.
- ١٠٢- زين الملة الشافعي - شرح روض الطالب. المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.
- ١٠٣- السيوطي - عبد الرحمن بن أبي بكر (٩١١هـ) - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٧٩.
- ١٠٤- السيد البكري - اغاثة الطالبين. مطبعة دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه

بمصر.

- ١٠٥- الشافعي - محمد بن ادريس (٢٠٤هـ) - الام طبعة ثانية دار المعرفة ١٩٧٣ .
١٠٦- الشيرازي - إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي (٤٧٦هـ) - المهذب في فقه الامام الشافعي دار الفكر بيروت - شركة مكتبة أحمد بن نهبان اندونيسيا .
١٠٧- عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) - قواعد الاحكام في مصالح الأنام طبعة دار الشرق بالقاهرة ١٩٦٨ .

١٠٨- محمد بن أحمد الشريني الخطيب (٩٧٧هـ) - الافتناع في حل الفاظ ابي شجاع دار المعرفة بيروت .

١٠٩- محمد بن أحمد الشريني الخطيب (٩٧٧هـ) - مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج . طبعة ١٩٥٨ وهو شرح متن المنهاج لابي زكريا النووي .

١١٠- النووي - محي الدين بن شرف الدين (٦٧٦هـ) ، روضة الطالبين ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر دمشق .

١١١- النووي - محي الدين بن شرف الدين (٦٧٦هـ) المجموع شرح المهذب . دار الفكر .
ثامناً: كتب الفقه الحنبلي

١١٢- ابن تيمية - أحمد بن تيمية الحرّاني الحنبلي (٧٢٨هـ) - السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية مطبعة الجهاد بمصر ١٩٦١ تعليق محمد عبد الله السمان .

١١٣- ابن تيمية - أحمد بن تيمية الحرّاني الحنبلي (٧٢٨هـ) - مجموع فتاوى شيخ الإسلام جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم العاصمي طبع باشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين .

١١٤- ابن رجب - عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي من علماء القرن الثامن الهجري-جامع العلوم والحكم ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .

١١٥- ابن قدامة - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠) - المقنع في فقه الأمام احمد بن حنبل الشيباني مكتبة الرياض الحديثة ١٩٨٠ .

١١٦- ابن قدامة - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) - المغني ، طبعة أولى

بمطابع سجل العرب الناشر مكتبة القاهرة ١٩٦٩ .

١١٧- ابن قيم الجوزية - محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (٧٥١هـ) - اعلام الموقعين

عن رب العالمين دار الجيل بيروت ١٩٧٣ .

١١٨- ابن قيم الجوزية - محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (٧٥١هـ) - الطرق الحكمية

في السياسة الشرعية - دار الكتب العلمية بيروت تحقيق محمد حامد الفقي .

١١٩- ابن مفلح - إبراهيم بن محمد الحنبلي (٨٨٤هـ) - المبدع في شرح المقنع طبعة أولى

الكتب الإسلامي ١٩٧٧ .

١٢٠- أبو يعلى الفراء - محمد بن الحسن (٤٥٨هـ) - الأحكام السلطانية طبعة ثانية مطبعة

الخليبي بمصر ١٩٦٦ .

١٢١- الخرقى - عمر بن الحسين - مختصر الخرقى على مذهب الإمام أحمد بن حنبل .

طبعة أولى منشورات مؤسسة دار السلام بدمشق ١٣٧٨هـ .

١٢٢- المرادوي - علي بن سليمان (٨٥٥هـ) - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على

مذهب الامام أحمد بن حنبل . طبعة ثانية دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٨٠ .

تاسعاً: كتب فقه المذاهب غير الأربعة

١٢٣- ابن حزم - علي بن أحمد بن سعيد الاندلسي (٤٥٦هـ) - المحلى دار الفكر .

١٢٤- ابن طفيش - محمد بن يوسف (١٣٣٢هـ) - شرح النيل طبعة ثانية دار الفتح بيروت

١٩٧٢ .

١٢٥- جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلبي (٦٧٦هـ) - شرائع الإسلام دار الحياة بيروت

اشراف محمد جواد مغنیه .

١٢٦- صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي - الروضة الندية شرح الدرر البهية

للسوكاني . دار المعرفة بيروت .

١٢٧- الشوكاني - محمد بن علي (١٢٥٠هـ) - السييل الجرار المتدفق على حدائق الازهار

طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٥ .

١٢٨- محمد بن يحيى بن المطهر - احكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية .

طبعة ثانية دار الفكر صنعاء ١٩٨٩. وهو كتاب حديث في الفقه الزيدي مقارناً بالمذاهب الأخرى ومؤلفة عضو محكمة النقض العليا باليمن.

عاشراً: كتب المصطلحات والمعاجم

١٢٩- أ. ي. فنسك - مفتاح كنوز السنة. دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٨٣ نقله إلى العربية محمد فؤاد عبد الباقي.

١٣٠- أ. ي. فنسك - المعجم المفهرس لالفاظ الحديث الشريف. مطبعة بريل في لندن ١٩٦٩.

١٣١- ابن النديم - محمد بن اسحق (٣٨٥هـ) - الفهرست دار المعرفة بيروت ١٩٧٨.

١٣٢- الجرجاني - علي بن محمد (٨٠٦هـ) - التعريفات طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٣.

١٣٣- عبد الصبور شاهين - مفصل آيات القرآن. ترتيب معجمي . مطابع روز اليوسف الجديدة ١٩٩١. فكرة نوح أحمد محمد - اليمن.

١٣٤- محمد فؤاد عبد الباقي - المعجم المفهرس لالفاظ القرآن الكريم دار احياء التراث العربي بيروت.

حادي عشر: كتب عامة وحديثة في الشريعة الإسلامية

١٣٥- أحمد الفاضلي - محاضرات في نظم الحكم في الإسلام. جامعة الأزهر ١٩٧٤ دوسية لكلية الشريعة والقانون.

١٣٦- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية دار النهضة العربية بيروت.

١٣٧- حسن خالد وعدنان نجا - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة ثانية دار الفكر بيروت ١٩٧٢.

١٣٨- حسنين محمد مخلوف - فتاوى شرعية وبحوث اسلامية طبعة ثانية مطبعة المدني بمصر ١٩٧١.

١٣٩- رزق محمد الزلباني - مذكرة في مادة السياسة الشرعية لطلبة قسم اجازة القضاء الشرعي بالجامع الأزهر مطبعة الشرق الإسلامية.

- ١٤٠- زياد صبحي علي ذياب - متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي. دار
الينابيع للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٢.
- ١٤١- سيد سابق - فقه السنة الناشر دار الكتاب العربي بيروت ٣ مجلدات.
- ١٤٢- عبد الرحمن الصابوني - مدى حرية الزوجين في الطلاق طبعة ثالثة دار الفكر
١٩٨٣.
- ١٤٣- عبد العزيز عامر - الأحوال الشخصية فقهاً وقضاء (الزواج) طبعة أولى دار الفكر
العربي ١٩٨٤.
- ١٤٤- عبد الفتاح عمرو - التفريق لعدم الانفاق في الفقه الإسلامي رسالة ماجستير الجامعة
الأردنية عام ١٩٨٤.
- ١٤٥- عبد الوهاب خلاف - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة أولى
١٩٣٦.
- ١٤٦- عبد الوهاب خلاف - السياسة الشرعية طبعة ثالثة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٧.
- ١٤٧- عبد الوهاب التجار - قصص الأنبياء طبعة ثالثة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٤٨- غالب عبد الكافي القرشي - أوليات الفاروق السياسية طبعة أولى دار الوفاء بالمنصورة
١٩٩٠.
- ١٤٩- محمد أبو زهرة - مالك، حياته، وعصره، وآراؤه وفقهه دار الفكر العربي.
- ١٥٠- محمد البنا - مذكرات في السياسة الشرعية لتخصص القضاء الشرعي بكلية الشريعة
الإسلامية مطبعة الشرق ١٩٤٢.
- ١٥١- محمد الخضري بك - تاريخ التشريع الإسلامي طبعة سابعة دار الفكر ١٩٨١.
- ١٥٢- محمد رشيد رضا - فتاوى الامام محمد رشيد رضا طبعة أولى دار الكتاب الجديد
بيروت ١٩٧٠ تحقيق صلاح المنجد.
- ١٥٣- محمد فتحي الدريني - نظرية التعسف في استعمال الحق طبعة رابعة مؤسسة الرسالة
بيروت ١٩٨٨.
- ١٥٤- محمد فتحي الدريني - النظريات الفقهية طبعة ثانية مطبعة جامعة دمشق ١٩٨٩.

- ١٥٥- محمد فتحي الدريني - الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب طبعة ثالثة منشورات جامعة دمشق ١٩٩١ .
- ١٥٦- محمد فتحي الدريني - خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٢ .
- ١٥٧- محمد فتحي الدريني - الجمود الفقهي والتعصب المذهبي - محاضرة القيت في ندوة الشاطبي، الجزائر ١٩٩١ .
- ١٥٨- محمد كمال الجرف - النظام المالي الإسلامي المقارن جامعة الأزهر ١٩٧٥ .
- ١٥٩- محمد محي الدين عبد الحميد - المواثيق في الشريعة الإسلامية طبعة أولى الناشر دار الكتاب العربي ١٩٨٤ .
- ١٦٠- محمد مصطفى شلبي - أحكام الأسرة في الإسلام طبعة ثانية دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٧ .
- ١٦١- محمد نسيب البيطار - الفريدة في حساب الفريضة مطابع الجمعية العلمية الملكية ١٩٧٧ .
- ١٦٢- محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية من منشورات وزارة الأوقاف الأردنية .
- ١٦٣- محمود حلمي - نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة طبعة ثانية دار الفكر العربي ١٩٧٥ .
- ١٦٤- محمود شلتوت ومحمد علي السائس - مقارنة المذاهب في الفقه مطبعة محمد علي صبح بمصر ١٩٥٣ .
- ١٦٥- محمود مهدي الاستانبولي - تحفة العروس طبعة سادسة المكتبة الإسلامية ١٩٨٤ .
- ١٦٦- مصطفى أحمد الزرقاء - المدخل الفقهي العام مطبعة الحياة دمشق ١٩٦٤ .
- ١٦٧- الموسوعة الفقهية (التعزير) - وزارة الأوقاف الكويتية طبعة تمهيدية .
- ١٦٨- وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته طبعة ثانية دار الفكر ١٩٨٩ .
- ١٦٩- ياسين أحمد درادكة - الميراث في الشريعة الإسلامية طبعة أولى دار الأرقم عمان ١٩٧٣ .

ثاني عشر: كتب القانون

- ١٧٠- أنور العمروسي - أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية طبعة ثالثة.
- ١٧١- راتب عطا الله الظاهر - مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية مطابع الدستور التجارية عمان ١٩٨٩.
- ١٧٢- سليم رستم باز - شرح المجلة طبعة ثالثة دار احياء التراث العربي بيروت.
- ١٧٣- عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني المصري نظرية الالتزام بوجه عام، دار احياء التراث العربي بيروت مجلد ١.
- ١٧٤- عبد الفتاح عايش عمرو - القرارات القضائية في الأحوال الشخصية طبعة أولى دار يمان عمان ١٩٩٠.
- ١٧٥- عبد الفتاح عايش عمرو - القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية طبعة أولى دار يمان، عمان ١٩٩٠.
- ١٧٦- علي حيدر - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام مكتبة النهضة بيروت - بغداد تعريب المحامي فهمي الحسيني.
- ١٧٧- علي قراعة - الأصول القضائية في المرافعات الشرعية طبعة ثانية ١٩٢٥.
- ١٧٨- قانون حقوق العائلة الأردني رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١ نشر في الجريدة الرسمية العدد رقم (١٠٨١) بتاريخ ١٦/٨/١٩٥١.
- ١٧٩- محمد سليم محمد غزوي - الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية. طبعة أولى ١٩٨٥.
- ١٨٠- محمد كامل مرسي وسيد مصطفى - أصول القوانين طبعة المطبعة الرحمانية بمصر ١٩٢٣ ص ٤٨ - ٦١.
- ١٨١- المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الأردني. مذكرة من ثماني صفحات محفوظة في مكتبة دائرة قاضي القضاة بعمان.
- ١٨٢- مصطفى السباعي - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري. طبعة سادسة مطابع دار الفكر بدمشق ١٩٦٣

ثالث عشر: كتب السير والتاريخ والتراجم

- ١٨٣- ابن الجوزي - عبد الرحمن بن علي - مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب دار الكتب العلمية بيروت.
- ١٨٤- ابن حجر - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٢٥هـ) تهذيب التهذيب طبعة أولى دار المعارف بالهند ١٣٢٥هـ دار صادر بيروت.
- ١٨٥- ابن خلدون - عبد الرحمن (٨٠٨هـ) - مقدمة ابن خلدون طبعة رابعة ١٩٧٨.
- ١٨٦- ابن العربي - أبو بكر. العواصم من القواصم في تحقيق مواقف الصحابة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم. دار المعرفة تحقيق محب الدين الخطيب.
- ١٨٧- ابن قتيبة - عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (٢٧٦هـ) - عيون الأخبار الناشر دار الكتاب العربي بيروت طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية ١٩٢٥.
- ١٨٨- ابن قيم الجوزية - محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (٧٥١هـ) - زاد المعاد في هدي خير العباد شركة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٧٠.
- ١٨٩- حسن إبراهيم حسن - تاريخ الإسلام السياسي طبعة سابعة مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٥.
- ١٩٠- الخطيب الاسكافي - محمد بن عبد الله (٤٢١هـ) - لطف التدبير طبعة ثانية دار الكتب العلمية بيروت ١٩٧٦.
- ١٩١- خير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي - الأعلام (قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء في العالم) طبعة ثانية ١٩٥٩.
- ١٩٢- الذهبي - محمد بن أحمد بن عثمان (٧٤٨هـ) - ميزان الاعتدال في نقد الرجال دار الفكر العربي.
- ١٩٣- الذهبي - محمد بن أحمد بن عثمان (٧٤٨هـ) - تهذيب سير أعلام النبلاء طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩١.
- ١٩٤- السيوطي - عبد الرحمن بن أبي بكر - كفاية الطالب اللبيب في خصائص الحبيب المعروف بالخصائص الكبرى دار الكتب العلمية بيروت.
- ١٩٥- الشهرستاني - محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد (٥٤٨هـ) - الملل والنحل

- مكتبة الحلبي بمصر ١٩٦٧ تحقيق محمد سيد كيلاني.
- ١٩٦ - الطبري - محمد بن جرير - تاريخ الرسل والملوك المعروف بتاريخ الطبري مطابع دار المعارف بمصر. ج ٦.
- ١٩٧ - محمد بن عبد الحكي اللكنوي الهندي - الفوائد البهية في تراجم الحنفية دار المعرفة بيروت.
- ١٩٨ - المقرئزي - أحمد بن علي (٨٤٥هـ) - المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار المعروف بالخطط المقرئزية دار صادر بيروت ج ٢ ص ٢٢٠.
- ١٩٩ - وكيع - محمد بن خلف بن حيان (٣٠٦هـ) - أخبار القضاة. عالم الكتب بيروت.
- ٢٠٠ - يوسف المزي - تهذيب الكمال في أسماء الرجال طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٨ تحقيق د. بشار عواد معروف.
- رابع عشر: كتب الفقه العام وموضوعات أخرى**
- ٢٠١ - أبو عبيد - القاسم بن سلام (٢٢٤هـ) الاموال طبعة أولى الكليات الأزهرية ١٩٦٨ تحقيق محمد خليل هراس.
- ٢٠٢ - أبو حامد الغزالي - محمد بن محمد (٥٠٥هـ) - الاقتصاد في الاعتقاد طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٣.
- ٢٠٣ - زياد درويش - الطب الشرعي - مطبعة جامعة دمشق ١٩٧٧.
- ٢٠٤ - الشاطبي - إبراهيم بن موسى (٧٩٠هـ) - الاعتصام دار المعرفة بيروت ١٩٨٢.
- ٢٠٥ - صبحي الصالح - النظم الإسلامية نشأتها وتطورها طبعة ثامنة دار العلم للملايين بيروت ١٩٩٠.
- ٢٠٦ - الطبري - محمد بن جرير (٣١٠هـ) - اختلاف الفقهاء طبعة ثانية دار الكتب العلمية بيروت.
- ٢٠٧ - عبد الحكي الكتاني - نظام الحكومة النبوية (المسمى الترتيبات الإدارية) دار إحياء التراث العربي بيروت.

Abstract

Applications of Sharia-based Policy in the various Aspects of Personal status

By : Abdel Fattah Ayesh Amro .

Supervisor : Mohamad Naiem Yessien .

Sharia- based Policy is the type of policy vested in the legitimate ruler so as to manage the affairs of the people throughout his own judgments and those of others that are based on the provisions of Islamic Sharia. These judgments are made in cases where there are no explicitly stated regulations.

Sharia- based policy has been considered a secondary source of legislation in Islamic fiqh especially in the cases where no Quranic verses or prophetic Hadith were revealed or stated. These cases include family affairs such as marriage, divorce, inheritance, and fostering.

Muslim jurists have based their deductions on a number of sharia-based foundations such as Istihsan (preference), common interests, satisfying needs, and tradition.

٤٣٢٧٥٦

In spite of the fact that the various aspects of personal status have been detailed and fixed, the jurists did their best in finding solutions to recent issues that may not have explicit and clear judgments. This approach of dealing with newly- arising issues shows the flexibility of Islamic sharia in handling contemporary issues in which no clear decision is stated in the sunnah or the Quran.

The muslim jurists have practised logical reasoning or Ijtihad that is based on sharia laws. This practice of deducing rules has been given different labels such as: policy, interest, justice, and satisfying the needs.

This proves that muslim jurists were keen to seek justice in legislation.

Muslim scholars differed among themselves in the scope of applying Ijtihad. Imam Malik and the later Hanbali scholars expanded the scope of deductive reasoning (Ijtihad) whereas others like Imam Shafii and Imam Ahmad bin Hanbal narrowed the scope of this field.

However, the best approach is the mid-way approach where there is no exaggeration or excess.

It must be realized that the judgments of the sharia based policy are not definite and absolute. On the contrary, they may change in accordance with the needs of people in various times and places.

The judgments of sharia- based policy should not be taken too far without any justification because they are used to solve a current situation.

It has been found that the applications of Sharia- based policy are countless. Banning the practice of Ijtihad and blindly sticking to the texts contradict the spirit of the eternal sharia. The researcher believes that group ijtihad is better than individual ijtihad because of the impossibility of mastering the various fields of knowledge.