

2020

## الأحوال الشخصية بين قدسية النص ومشروعية الاجتهاد

د. وافيح حجازي

استاذ مشارك في الشريعة الإسلامية-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة بيروت العربية-بيروت-لبنان  
wafic.hijazi@bau.edu.lb

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal>

### Recommended Citation

"الأحوال الشخصية بين قدسية النص ومشروعية الاجتهاد", *BAU Journal - Journal of Legal Studies*: Vol. 2019 , Article 5.

Available at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal/vol2019/iss2019/5>

This Article is brought to you by Digital Commons @ BAU. It has been accepted for inclusion in BAU Journal - Journal of Legal Studies by an authorized editor of Digital Commons @ BAU. For more information, please contact [ibtihal@bau.edu.lb](mailto:ibtihal@bau.edu.lb).

الحمد لله رب العالمين، أنزل القرآن شرعة ومنهاجا، محمدا أهداف الخلق ومقاصد الدين، مبينا موقع الإنسان من الكون وعلّة خلقه ووظيفته نحو نفسه والعالمين محمدا سبيلا قيامه بأعباء الاستخلاف الإنساني الرصين فأقام الدليل وأثار السبيل، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أرسله ربه هاديا وسراجا بشيرا ونذيرا ورحمة للعالمين، فكان الداعي إلى سبيل ربه بالحكمة والموعظة والحسنة ومجادلة الآخر بالتي هي أحسن، من نهى عن الغلو، وحذر من التنطع في الدين، والفتوى بغير بينة ويقين، ورضي الله عن صحابة رسول الله وآل بيته الطيبين الطاهرين، وبعد:

فقد أنزل الله تعالى الشريعة الغراء للناس كافة، لتعم أحكامها جميع المستجدات والنوازل في كل زمان ومكان قال الله تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ}، فجاءت الشريعة الإسلامية متكاملة ومتعاملة مع الواقع ومراعية مقتضى التطور، وتجدد الحوادث وتشعب القضايا، بعيدة كل البعد عن الجمود، وكان استنباط الأحكام بين النصوص أو الاجتهاد فيما لا نص فيه، إعطاء للنظير حكم نظيره، جمعا بين التماثلات أو ردا أعراف وعادات أو لمصالح مرسله لا تخالف قواعد ولا ضوابط التشريع الإسلامي فضلا عن نصوصه المقدسة.

وإنه بالاستقراء لا يوجد تشريع أحاط بنصوصه جميع أحكام الحوادث والجزئيات والمسائل الفرعية فالنصوص محدودة والقضايا لا يمكن حدها وعدّها، والأحكام الشرعية نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة، ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة؛ كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، ونحوها، فهذا لا يتطرق إليه تغيير، ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه، والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا.

ثم إن الأحكام الشرعية العلمية جميعها إنما شرعت لمصالح الناس، والعلل بنيت عليها، وما شرع حكم منها عبثا لغير علة، غير أن الأحكام نوعان: أحكام استأثر الله بعلم علقها، ولم يمهّد السبيل إلى إدراك هذه العلق ليلبوا عباده ويختبرهم، وهم يمتثلون ويفذون ولو لم يدركوا ما بني عليه الحكم من علة وتسمى هذه الأحكام: التعبدية، أو غير المعقول المعنى. ومثالها: تحديد أعداد الركعات في الصلوات الخمس، وتحديد مقادير الأنصبة في الأموال التي تجب فيها الزكاة، ومقادير ما يجب فيها، ومقادير الحدود والكفارات، وفروض أصحاب الفروض في الإرث، وأحكام لم يستأثر الله بعلم علقها، بل أرشد العقول إلى علقها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاهتمام بها، وهذه تسمى: الأحكام المعقولة المعنى، وهذه هي التي يمكن أن تعدى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس؛ سواء أكانت أحكاما مبدئية أي ليست استثناء من أحكام كلية، أو كانت أحكاما مستثناة من أحكام كلية فالشرط لصحة تعديده حكم الأصل أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكما مبدئا ليس استثناء من كونه حكم كلي وكونه حكما استثنائيا من حكم كلي، وأما إذا كان غير معقول المعنى فلا يصح تعديده سواء أكان حكما أصليا أم استثنائيا، وعلى هذا لا قياس في العبادات والحدود، وفروض الإرث وأعداد الركعات<sup>١</sup>.

### المبحث الأول: الأحوال الشخصية ومشروعية الاجتهاد:

إن الأحوال الشخصية: مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي ترتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، قد بنيت معظم أحكامها على النصوص، بين آيات قرآنية تنيف على السبعين، وأحاديث نبوية تزيد على المئتين، لذلك تعتبر أحكام الأحوال الشخصية في الإسلام من النظام الشرعي العام الذي لا يجوز أن يتفق على خلاف ما هو منصوص عليه في أحكام الأحوال الشخصية تحت دعاية أن يترك للأفراد حرية الالتزام به، أو عدمه.

والأمر المهم في هذه المسألة أن الصلة وثيقة بين نظام الأسرة والعقيدة، من حيث الحل والحرمة، والعلاقة وطيدة بحياة الإنسان من زواج، ونسب، وميراث، مما يجعل أمر استبداله بشرعة لا دينية أمرا مستعصيا، بيد أن نصوص أحكام الأحوال الشخصية إما أن تكون قطعية الثبوت والدلالة، وهذه لا مجال للاجتهاد فيها، والحكم الصادر عنها لا يتغير ولا يتبدل على مر العصور والأزمان.

إذ إن الأحكام المستنبطة من النصوص الشرعية القطعية لا يمكن الخروج عليها؛ لأن ذلك مسا بقديسيته، وتنحية لمنهجيتها، وتعطيلا للوعي عن التدبر المطلوب فيها، وإبعادا للعقل عن التفكير العميق في مدلولاتها وعانقا عن استقراء الحقيقة الدينية، وتشجيعا لإبراز وإفراز ظاهرة تناقض المتفهبين وتعاليم المهوسين الذين يبحثون في ثنايا النص بأفق ضيق، ويتحورن باتجاه التسف المقصود بسبب العجز عن أخذ تلك المعايير العلمية بنظر الاعتبار، عند التعاطي مع مدلولات النصوص تحت دعاية العصرية وعجمة الثقافة وتلك التي أفسدت ذائقة التأمل وحجّمت قدرة التواصل الخلاق الغني بالدلالات المتجددة والعطاءات اللامحدودة عند تدبر النصوص؛ لأن المخاطب بنصوص الوحي هو عقل الإنسان؛ ليفهمها على مراد الله تعالى، وليستنبط البيان من ثناياها فكانت موجّهة له بألفاظها ودلالاتها لتستولد معان جديدة.

فضلا عن أنها لا يقبل أن تكون هادمة وتفكيكية للنص فاستخدام اللسانية التي نزل بها النص القرآني، يمكنه من أن يتعرّف على ما يقوله النص ذاته، فيعمل على تأويل النص من داخل النص، لما يملك من فهم لمراد بُنية النص بدقة، لأنها تحدّد ما يتجلى لقرانها من معانٍ ودلالاتٍ متصلة بالنص عضوياً، ولأنها لا علاقة لها بمبنيات تصوّرات القارئ الذاتي.

١ سورة سبأ، الآية ٢٨

٢ خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة، ص ٦٤.

وإن هنالك نصوصاً ظنية الثبوت والدلالة إن حظيت بالإجماع على دلالتها أسبغت صفة القطعية ، وهذه كذلك لا ينالها التغيير والتبديل ، وفي ذلك بيان واضح وملحظ علمي دقيق ذو أبعاد ومالات ودلالات ، قد يغفل عنه البعض مما يسمح لأصحاب الفكر الإلغائي لثوابت الشريعة من الانقلاب على قطعياتها تحت دعاية التعامل المباشر مع النص باعتبار قداسته دون أدنى اعتبار للمجمع عليه وهذه سقطت كبيرة وقع فيه البعض ممن لم ينل حظاً من علم أصول التشريع وقواعده ففرّق بين النص وقديسه وبين تفسيره وزعم عدم قديسه فيما هو مجمع عليه كغير المجمع عليه ، وبالتالي يمكن لأي أحد أن يخرج عن مفهوم ذلك النص ليطلق لأسبغته أسننه العنان للبعث بالدين وأحكامه وفق الأهواء والرغبات والإملاءات تحت دعاية احتمالية الإجماع على خطأ في فهم ذلك النص نسفاً لمسلمات الشريعة وأحكامها كلها ، ورداً لما ورد في صحيح السنة عن سيدنا معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه أنه قال: **سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: " من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، وإنما أنا قاسم ويعطي الله، ولن يزال أمر هذه الأمة مستقيماً حتى تقوم الساعة، أو: حتى يأتي أمر الله " ١.** وهذا يقتضي أن من تصدى للفتيا وليس لها بأهل هو أتم وإن أصاب، لأنه صدر الاجتهاد من غير أهل له ولا أجر له على ذلك الاجتهاد، حتى وإن وافق الصواب؛ لأن إصابته للحق أنتت اتفاقاً، وليس عن حسن نظر ودقة اجتهاد، بل هو أتم؛ لتعديبه على الشرع بغير وجه حق، وحماية بيضة الأمة وتحقيق مصالحها العامة مقدم على المصلحة الأنية الخاصة.

فالمجتهد قائم في الأمة مقام النبي محمد ، وارث لعلمه، ونايب في تبليغه، وهو إما أن يكون الحكم منصوصاً عليه فيكون بذلك مبلغاً ، لحدِيث: " بلغوا عني ولو آية" ٢، شرط أن يكون ذا نظر في الدليل، من جهة فهم المعاني من الألفاظ الشرعية، وتحقيق مناطها، وتنزيلها على الأحكام، أو مستنبطاً من منقول، وهو به يكون قائماً مقامه في إنشاء الأحكام، التي هي في الحقيقة للشارع ، والمجتهد من هذا الجانب يعتبر شارحاً مجازاً واجبا اتباعه ، والعمل على وفق ما قاله، فالمفتي مخبر عن الله كالنبي، وموقع للشرعية على أفعال المكلفين بحسب نظره كالنبي، ونافذ أمره بمنشور الخلافة كالنبي، وطاعته من طاعة النبي، بل من طاعة الله تعالى: {فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا} ٣. غير أن النبي صلى الله عليه وسلم يوحى إليه، والمجتهد يستنبط من الوحي اجتهاداً بما يفيض الله به عليه، وإذا كان الأمر كذلك فيجب على المفتي فهم واقعه الذي يعيش؛ لأن لكل مقام مقالاً، ولكل حادث حديثاً، بيد أن يكون واقعياً لا ينسلك من شخصيته الإسلامية، فيحرف الأدلة عن مواضعها، ويلوي أعناق النصوص عن حقائقها، ويرجح بين الآراء المختلفة دون سند لترجيحه؛ اللهم سوى منفعة أنية وشهوة شخصية، لذا قال أهل العلم لا يجوز العمل والإفتاء في دين الله بالتشهي وموافقة الغرض، فهذا من أفسق الفسوق وأكبر الكبائر.

**وفي هذا** إشارة واضحة أن الأحوال الشخصية محفوظة من عبث العابثين، والمحاكم الشرعية هي المؤتمنة على تنفيذ تلك الأحكام، وخاصة بعدما تسلك سلم الاجتهاد من لم يملك آلة فك الحرف الفقهي تحت شعارات المساواة بين الجنسين ، بل وصل الأمر بأخرين لنقد النصوص وردها بل وعدم الاكتراث والاعتبار لها ، مما شجع البعض ليخرج عن نطاق المحاكم الشرعية والروحية والمالية للعمل على إلغاء مفهوم الأسرة، ليكون منخلاً لجواز زواج الرجل بالرجل، وهذا ما تسعى له بعض جمعيات شاذة ومجموعات خارجة عن النظام العام والأخلاقيات الإنسانية والأدهى من ذلك أن يتم في بعض الدول الاعتراف بذلك دولياً .

ثم إن الأمر لم يقتصر على هذا بل تحول للمطالبة بكل ما هو خارج عن حدود الأنسنة والعقلانية فتمدد ليطم المطالبة بتعدد الأزواج للزوجة الواحدة قياساً على تعدد الزوجات للزوج التي أقرها الإسلام لمعالجة ظروف طارئة وعملت بها بعض الدول الغربية ، لما فيه من مصلحة للمجتمع بأكمله وعمل البعض على المطالبة بنسبة المولود إلى الأم بدلاً من الأب ، وأقر في بعض البلاد ، وغير ذلك من الطامات الكبرى تحت زعم الحرية وتبني تلك السفسطانيات من قبل منظمات معروفة الانتماء والغايات، وكأن الباحث المتجرد في ذلك يدرك مدى خطورة تلك الحركات على المجتمع العربي والإنساني وإفساد تلك الميزة التي شرعها الإسلام لحماية الأسرة من التفكك والمجتمع من الضياع ، وإن أغلب أحكام الأسرة جاءت مفصلة في نصوص مقدسة ، الأمر الذي يعني أنها لا تقبل التغيير أو التبديل إلا في نطاق ضيق؛ لكن طبيعتها وإن كانت متمسكة بالثبات فإنها لم تحل دون الاجتهاد فيها بما يتفق وفهم النصوص والالتزام بأحكامها والعمل على تطبيقها لتحقيق الغايات التي شرعت من أجلها هذه الأحكام، وخاصة فيما كان ظني الدلالة لأن الفهم الصادر عنها تكوّن من احتمالات مختلفة وقع ترجيح أحدها بناء على أدلة وقرائن بذل العقل وسعه في الإدلاء بها لترجيح ذلك الاحتمال ، وعليه يمكن القول إن الاجتهاد في مسائل الأحوال الشخصية ذو مشروعية بل إن بابه واسع وخاصة أمام المستجدات والنوازل والمسائل المبنية على الأعراف والمصالح التي يمكن أن تتغير طبقاً للأعراف المتغيرة والمصالح المرسلّة، وهذا الأمر لا إشكالية فيه وخاصة أن المحاكم الشرعية قامت بل وتقوم بدور مهم في التعاطي مع المسائل المستجدة ضمن مشروعية الاجتهاد فيها كالنفقة والحضانة والمشاهدة والوصية الواجبة وغيرها الكثير؛ الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى البعث؛ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون، وهده الذي به اهتدى المهتدون، وشفاه التام الذي به دواء كل عليل، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل، فهي قرة العيون، وحياة القلوب، ولذة الأرواح؛ فهي بها الحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة، وكل خير في الوجود فإنما هو مستفاد منها، وحاصل بها، وكل نقص في الوجود فسببه من إضاعتها، ولولا رسوم قد بقيت لخربت الدنيا وطوي العالم، وهي العصمة للناس وقوام العالم، وبها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا، فإذا أراد الله

١ أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق» يقاتلون وهم أهل العلم "ج٩/ص١٠١، رقم ال حديث ٧٣١٢

٢ أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب أحاديث الأنبياء، رقم ٣٢٤٧، ص ١٢٧٦.

٣ سورة النساء، آية: ٥٩

سبحانه وتعالى خراب الدنيا وطي العالم رفع إليه ما بقي من رسومها؛ فالشريعة التي بعث الله بها رسوله هي عمود العالم، وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا والآخرة<sup>١</sup>.

### المبحث الثاني: ضوابط الاجتهاد في مسائل الأحوال الشخصية:

إن الاجتهاد أمر مطلوب شرعاً وعقلاً وقد أيده النبي صلى الله عليه وسلم باجتهاد الصحابة في حياته وإقرار بعضهم على ما توصلوا إليه فضلاً عن اجتهاده عليه الصلاة والسلام في مسائل كثيرة قبل نزول الوحي عليه كمسألة الظهار وغيرها ومن ذلك الإقرار ما ورد من حديث سيدنا معاذ بن جبل رضي الله عنه: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثه إلى اليمن، فقال: «كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بما في كتاب الله. قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟» قال: فيسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؟» قال: أجتهد رأيي، لا ألو. قال: فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، ثم قال: «الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله»<sup>٢</sup>.

ولذلك وضع الفقهاء للمجتهد شروطاً ليني حكمه على قواعد صحيحة تؤتي أكلها خيراً وإظهاراً للحكم الشرعي، ومن هذه الشروط: أن يكون محيطاً بمدارك الأحكام المثمرة لها، والمراد بهذه المدارك أدلة الشرع المعتمدة، وأن يكون على معرفة بالغة العربية على وجه يتيسر له به فهم خطاب العرب، وذلك لأنها لغة التشريع ومعرفة آلة الاجتهاد ومقاصد الشريعة لأن من فهم حكمه المشرع كان فقيهاً لأنه تحصل على ملكة فكرية وموهبة عقلية تمكنه من دقة النظر، وسعة التأمل، والتحليل، والاستنتاج، يقول الإمام الشافعي رحمه الله: «ومن كان عالماً بما وصفنا بالحفظ لا بحقيقة المعرفة فليس له أن يقول أيضاً بقياس، لأنه قد يذهب عليه عقل المعاني، وكذلك لو كان حافظاً مقصر العقل، لم يكن له أن يقيس من قبل نقص عقله عن الآلة التي يجوز بها القياس»<sup>٣</sup>.

وأن يستكمل أوصاف العدالة في الدين حتى يثق بنفسه في التزام حقوقه ويوثق به في القيام بشروطه وأن يكون ضابطاً نفسه من التسهيل كافاً لها عن الترخيص حتى يقوم بحق الله تعالى في إظهار دينه ويقوم بحق مستفتيه<sup>٤</sup>.

إن الشريعة لا خلاف فيها بالحقيقة أصولاً وفروعاً، وأن منشأ الاختلاف في الفروع الأمور الظنية التي يتسع فيها مجال القول بالنسبة لأنظار المجتهدين لا بالنسبة للشريعة التي نفي الله عنها في كثير من آيات القرآن والفتاوى، وإن المجتهد لا يسوغ له العمل بأحد الدليلين من غير ترجيح كما لا يسوغ للمقلد العمل بقول المجتهد إلا بعد الاطمئنان والتبصر في حال المجتهدين أن تيسر له ذلك وإلا فلا يحق له اتباع أحد القولين كما يستدعي هواه ويقتضيه حاله وعليه أن يستفتي قلبه، وقد أثر عن عمر ابن عبد العزيز مدح الاختلاف في الفروع إذ قال في اختلاف الصحابة أما يسرني أن لي باختلافهم حمر النعم؛ لأن هذا يقتضي عدم الحجر على الأنظار فيما ليس فيه قطع وهذه هي السعة التي شرع من أجلها الاجتهاد لا ما يجعل المكلف في حيرة من العمل بالأقوال المختلفة دون تبصر واطمئنان، ففروع الاختلاف بين الناس أمر ضروري لا بد منه؛ لفتاوت إرادتهم وأفهامهم وقدرات إدراكهم، فاختلاف الصحابة في الفروع رغم أن الأصل الذي بنوا عليه واحد وهو كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، والقصد واحد، وهو طاعة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم، والطريق واحد وهو النظر في أدلة القرآن والسنة وتقديمها على كل قول ورأي وقياس وذوق وسياسة

يقول الإمام الغزالي رحمه الله: «وليس الاجتهاد عندي منصباً لا يتجزأ، بل يجوز أن يقال للعالم بمنصب الاجتهاد في بعض الأحكام دون بعض، فمن عرف طريق النظر القياسي فله أن يفتي في مسألة قياسية، وإن لم يكن ماهراً في علم الحديث، فمن ينظر في مسألة المشركه يكفي أن يكون فقيه النفس عارفاً بأصول الفرائض ومعانيها، وإن لم يكن قد حصل الأخبار التي وردت في مسألة تحريم المسكر، أو في مسألة النكاح بلا ولي»<sup>٥</sup>، وأن يكون عالماً بالقضية التي يستنبط منها الأحكام، يقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري: «فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، أس بين الاثنين في مجلسك ووجهك، حتى لا يطعم شريف في حيفك ولا يبأس وضيع وربما قال: ضعيف - من عدلك الفهم فيما ينلج (يتلجج) في صدرك - وربما قال: في نفسك - ويشكل عليك ما لم ينزل في الكتاب ولم تجر به سنة، واعرف الأشباه والأمثال، ثم قس الأمور بعضها ببعض وانظر أقربها إلى الله، وأشبهاها بالحق فاتبعه»<sup>٦</sup>، لأنه لا بد من فهم الواقع والفقه فيه واستنباط حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً، مع لزوم اتباع المنهج الوسطي فيه، وعدم الإفراط والتشدد في ذلك.

فينبغي على المجتهد أن يبذل وسعه ويستفرغ طاقته في معرفة حقيقة النازلة وواقعها بكل وسيلة ممكنة، فإن كانت مما يمكن أن يدركها المجتهد بنفسه فهو الأولى والأحرى، وإن كانت مما يتعذر معرفته على غير أهل الاختصاص، كالمسائل الطبية الدقيقة، والمعاملات المالية المعقدة، وما أشبههما من مسائل العلوم الأخرى، فيجب عليه استشارة أهل الاختصاص في كل حادثة، مراعيماً في ذلك التثبت والتحري في السؤال، ومعرفة الأحوال المتعلقة بالأعراف والازمان أمر مهم للفقيه المجتهد وخاصة في مسائل النوازل لكونها في الغالب تنشأ تلبية لحاجات معينة للأفراد وللجماعات، ويساهم في ظهورها غالباً الظروف الزمانية أو المكانية المحيطة،

<sup>١</sup> ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، إعلام الموقعين عن رب العالمين دار الكتب العلمية - بيروت، الأولى، ١٩٩١م

<sup>٢</sup> أخرجه الإمام أحمد في مسنده، حديث معاذ بن جبل، ج٣٦/٣٣٣، رقم الحديث ٢٢٠٠٧،

<sup>٣</sup> الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الرسالة، مكتبة الحلبي، القاهرة ١٩٤٠.

<sup>٤</sup> أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الأولى ١٩٩٩م ج٢/٣٥٣.

<sup>٥</sup> الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى، ص ٣٤.

<sup>٦</sup> الخطيب البغدادي أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، الفقيه والمتفقه، دار ابن الجوزي، ج١/٩٣٣-٤٩٤.

ولذا ينبغي للمجتهد فيها أن يكون مدركاً لهذه العوامل بعد أن يتيقن أن النازلة من جنس الأحكام الاجتهادية التي يمكن أن تتغير الفتوى فيها بسبب الزمان أو المكان،

قال الإمام الشاطبي رحمه الله "العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، ولأن من أصول الشرع إجراء الأحكام على العوائد، أي غير المخالفة للضوابط والقواعد الشرعية" ويقول الإمام القرافي رحمه الله: "الأحكام المرتبة على العوائد تتبع العوائد وتتغير عند تغيرها"<sup>١</sup>.

وينبغي عليه كذلك مراعاة أحوال المكلفين، فإن هذا من المعاني المعتمدة شرعاً، وذلك لأن المقصود من التكليف هو الامتثال، ولو لم يكن حال المكلف مؤثراً في الحكم لأدى ذلك إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز ولا واقع، ومراعاة هذه العوامل تشمل الفتوى للأفراد، كما تشمل الفتوى للجماعات أيضاً، فرب حكم يفتى به في بلد لا يتفق والبلد الآخر كما الشخص الآخر والمجتمع المسلم يختلف حاله كما المجتمع ذي الأقلية المسلمة فلا بد للمجتهد أن يكون مستحضراً لهذه المعاني عند استنباطه للأحكام، فإنها كقابلة بمقاربة الصواب، والبعد عن الخطأ، ثم إنه في عصر العولمة لا بد من المعرفة بالوسائل والتقنيات الحديثة التي تعين على استكمال البحث والنظر، فينبغي للمتصدرين للفتيا مواكبة أحوال التطور الحضاري الذي يجمع بين المصلحة المعتمدة والالتزام بالأحكام الشرعية إن لناحية فهم الواقع ومعرفة الحقيقة المسألة المرادة واستنباط الحكم الشرعي والتواصل مع العلماء في البلاد المتعددة، فينبغي على المجتهد أن يستعين بهذه الوسائل كرافد للمصادر الأصلية التي يعتمد عليها في الاجتهاد، وتكون بمثابة الدليل أو المفتاح الذي يصل من خلاله إلى المعلومة التي يريدتها من المصدر الأصلي، ولا تبرا ذمته إذا اكتفى بها واستغنى عن المصادر الأصلية.

لأن الاجتهاد يقتضي بذل الوسع واستفراغ الطاقة في طلب الحكم حتى يحس الفقيه بالعجز عن المزيد فيه، والمعتمد على هذه الوسائل وحدها لا يعد باذلاً لوسعه على الوجه الصحيح، ولا يمكن أن تطمئن النفس إلى الحكم الذي استنبطه بهذه الوسيلة، مع ملحظ دقيق وهو أن اختلاف الأحكام الاجتهادية التي تصدر من القضاة، لا يختص ببلد دون بلد ولا بمدسة قانونية دون أخرى باعتبار أن تفاوت القضاء في الوقائع المتقاربة في حدود سلطة القاضي التقديرية، لا يُعد تناقضاً عند أهل الشأن المتمرسين من قضاة الشرع والوضع، أو من له معرفة بأمور القضاء.

يقول العلامة أحمد شاكر رحمه الله: "لم يكن الفقهاء والحكام والقضاة في العصور الأولى مقلدين، ولا جامدين؛ بل كانوا سادة مجتهدين، ثم فشا التقليد بين أكثر العلماء إلا أفراداً كانوا مصابيح هدى في كل جيل، ومع ذلك فقد كان المقلدون من العلماء يحسنون التطبيق والاستنباط في تقليدهم، ثم الاجتهاد الفردي غير منتج في وضع القوانين بل يكاد يكون محالاً أن يقوم به فرد أو أفراد، والعمل الصحيح المنتج هو الاجتهاد الجماعي؛ فإذا تبودلت الأفكار، وتداولت الآراء، ظهر وجه الصواب إن شاء الله<sup>٢</sup> وهذا كلام دقيق من ناحية العمل الجماعي باعتباره أقرب للإجماع منه إلى الفردية، فإذا كان الإسلام قد شرع الاجتهاد وإعمال الرأي فيما لا نص عليه من مسائل ومنه الاجتهاد في مسائل الأحوال الشخصية وإذا كان الاجتهاد استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها؛ وملزم لأطرافها"<sup>٣</sup>، فهو إما أن يصدر من قبل القاضي المنفرد أو الهيئة القضائية في مسألة متنازع عليها لأنه يعمل في مجال تطبيق النصوص المقننة أو استنباط الأحكام عند عدم النص، فهو يطلق إذن على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بتطبيق نصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص، فهو إذن ما يتبعه القضاة في استنباط الأحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليهم، وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية على الوقائع والحوادث، وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفريرها على أصولها، والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم بإثبات مضمون القاعدة العامة أو الأصلية أو العلة في الجزئيات والفروع أثناء التطبيق بشرط أن يكون كل من المضمون والعلة متفقاً عليه، فهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في التطبيق، وهو ذاته الذي يفعله القاضي أثناء تطبيق النصوص القانونية على الوقائع، فلا بد من الاجتهاد في تحقيق المناط الخاص، بتطبيق الحكم المناسب لكل شخص على حدة؛ في ضوء ظروفه الخاصة، التي تنهض بدليل تكليفي معين، يستدعي حكماً خاصاً في حقه<sup>٤</sup>.

وإن المحاكم الشرعية السنية في لبنان لها قانون خاص بها تطبق قانون العائلة والمذهب الحنفي فيما لم يوجد فيه نص تشريعي، أحكام مجلة الأحكام العدلية في الأمور التي تتعلق بالحجر وما ألحق بقانون الموجبات والعقود اللبناني، أحكام نظام الأيتام بخصوص إدارة أموال القاصرين وفيه بعض النصوص التي عدلت أحكام المجلة، ما ورد في قانون تنظيم المحاكم الشرعية من أحكام مأخوذة من المذاهب الفقهية الإسلامية، بعض قوانين خاصة نصت على أمور شرعية تختلف عن المذهب الحنفي كقانون الأوقاف الزرية، بحيث تم تقنين بعض الأحكام الشرعية بموجبه لتطبيقها في المحاكم على سبيل الإلزام؛ لضبط الأمور، وتحديد المرجعية في الأحكام، وقد استمد كثيراً من أحكامه من المذهب الحنفي، واستمد البعض الآخر من المذاهب الإسلامية الأخرى، كما أغفل كثيراً من المسائل، ولم يتعرض لها، ولم يعالجها بنص قانوني، ولكنه أشار إلى مرجعية المذهب الحنفي فيما لا نص عليه بحيث يؤخذ بالقول الراجح في المذهب الحنفي كأحكام الوصية، ومرض الموت، والهيئة والوقف والإكراه وغير ذلك.

فالقاضي في ذلك يرجع للراجح في المذهب ولا يعد ذلك اجتهاداً؛ لأنه ليس أكثر من مجرد بحث عن الراجح من الأقوال في هذا المذهب، وفق قواعد في تعيين الراجح فيه، وليس اجتهاداً في الترجيح بين تلك الأقوال ولا من وجهه، بيد أنه يتطلب من القاضي

<sup>١</sup> الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، ج٣/ص٤٤٠، القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الفروق أنوار البروق في أنواع الفروق ج٣ ص٢٩٦.

<sup>٢</sup> الشيخ أحمد محمد شاكر، حكم الجاهلية، القاهرة، مكتبة السنة، ط١، ١٩٩٢ م، ص١٠٦-١٠٧.

<sup>٣</sup> د. عبد المهدي العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراه بقسم القضاء الشرعي بكلية الشريعة بالجامعة الأردنية، مخطوطة، كانون الثاني، ٢٠٠٥ م، ص١٦.

<sup>٤</sup> د. محمد سلام مذكور، مناهج الاجتهاد في الإسلام، جامعة الكويت، ١٩٧٣ م، ج٢، ص٣٣٨. د. محمد فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، دمشق، منشورات جامعة دمشق، ط٥، ١٩٩٥ م، ص٢٧-٢٨.

الدراية بأصول المذهب، ومعرفة دقيقة بمصطلحاته؛ ومن يعتمد قوله، ومن لا يعتمد، والموازنة والترجيح بين النقول في المذهب؛ لكي يستطيع التوصل للرأي الراجح من مذهب الحنفية، وهذا يتطلب من القاضي قدرا من الجهد<sup>١</sup>.

وبما أن الأحكام منها ما هو ثابت بنص لا يتغير بتغيير الأحوال والأعراف إلا أنه لا ينكر تغيير الأحكام القائمة على الأعراف والمصالح بتغيير الأزمان والأحوال، ولأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح، دفعا ورفعا لضرر وضرار، فكان لا بد وأن يزال؛ لذا أعطى الإسلام للمجتهدين في قضايا الأحوال الشخصية كما غيرها مجالا للموازنة في الأحكام بين تحقيق المصالح ودرء المفسد، انطلاقا من مقاصد الشريعة الكلية الضرورية التي تحرص على إنسانية الإنسان وسلامة المجتمعات، ومن هنا فقد حرص الإسلام في تشريعه على حفظ الإنسان من الوقوع في مآهات النزوة المحرمة والتي للأسف قد وصل الأمر ببعض الدول المتقدمة التي تأخر فهمها عن معنى الإنسانية الحقبة للإنسان، أن أقربت بعضا من المخالفات الشاذة التي تتنافى والمقصد من التشريع كزواج المثليين بل وجعله مشرعا وتحت حكم القانون، لكن عظمة الإسلام تأبى هذه السقطات القاتلة؛ لأن هذا الدين عظيم بكليته، حريص على كرامة الإنسان وحفظ حقه، فالحلال ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، ولذلك كان المرجع للقضاء في زمن الرسول هو الوحي، أي القرآن والسنة، وفي صدر الخلفاء الراشدين كذلك لكن إذا لم يجد القاضي الحكم في الكتاب والسنة تشاور الصحابة في المسألة وحكموا فيها، إما بالإجماع عليها أو بالاجتهاد فيها بالرأي، واستمر هذا الأمر حتى العهد العباسي كذلك، وبعد نشوء المذاهب الفقهية كان لكل بلد مذهبها الذي تعمل به، وفي الدولة العثمانية كان المذهب الحنفي هو الذي به يعمل مع المذاهب الأخرى ثم صدرت مجلة الأحكام العدلية، والتي تعتبر قانونا مدنيا كاملا فيه قليل من أحكام الأحوال الشخصية، ثم صدر قانون العائلة سنة ١٩١٧م، لكنه لم يكن شاملا أحكام الأحوال الشخصية، بل ولم يكن قانونا خاصا بالمسلمين بل كان عاما لهم ولكل الطوائف، وأخذ بالمذاهب الفقهية المتعددة، وعمل بهذا القانون خارج تركيا في سوريا ولبنان، حتى أصدرت سوريا قانونا خاصا بالأحوال الشخصية سنة ١٩٥٣، وكان قانون العائلة مصدرا من مصادره، أما في لبنان لم تقم بوضع قانون خاص بالأحوال الشخصية، بل عملت بقانون العائلة، وأدخلت عليه تعديلات وجعلته والتعديلات القانون الأساسي، وما لم ينص فيه من مسائل فعلى المذهب الحنفي، ونظرا لتغير الأعراف والأحوال وتبدل القيم وتداخل المجتمعات وفساد الذمم والتلاعب بالمقدسات، كان لزاما على الباحثين في أحكام الأسرة دراسة المسائل ذات الإشكاليات المعاصرة، والتي تحتاج لإعادة النظر في توصيفها، وحكمها بناء لتغير الأعراف والمصالح، لأنه لا ينكر تغير الأحكام العرفية والمصلحية بتغير الأزمان والأحوال، وسوف أتناول في بحثي هذا بعضا منها لأهميتها، ولإفساح المجال للقضاء الشرعي أن يجتهد كذلك في تعديل بعض الأحكام لبعض المسائل ذات الصلة بحياة الناس الأسرية.

### المبحث الثالث: المسائل الاجتهادية في الأحوال الشخصية:

#### مسألة: زواج القاصرات:

تعتبر هذه المسألة بهذا المصطلح حديثة وهي من الناحية القانونية دون الفقهية لأن فرقا بين زواج القاصرات والترغيب بالزواج في سن مبكر ذلك انه وضع الإسلام ضوابط لتأسيس الأسرة تتمثل في اختيار الزوجين اللذين سيقومان ببناء الأسرة ورعايتها، لكن تحديد السن للفتاة التي تتزوج أمر مختلف فيه في الفقه المعاصر وتحديد سن الزواج بسن معينة محل خلاف بين الفقهاء المتقدمين والمعاصرين على حد سواء واتفق الفقه على أن الزواج من حيث مشروعيته جائز ومشروع، كما اتفقوا على جواز تقييد المباح للمصلحة، واختلفوا في حكم تحديد سن معينة للزواج على قولين:

**القول الأول:** جواز تحديد سن الزواج وتقييده بسن معينة لقوله تعالى: { وَابْتُلُوا النِّسَاءَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُم رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا }<sup>٢</sup>، فقوله بلغوا النكاح تعني صلاحية كل من الزوج والزوجة للزواج وتحمل مسؤولياته وتبعاته، والبلوغ كما يكون بالعلامات الطبيعية وكذلك يكون بالسن، ومنه حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إنكحها؟ قال: «أن تسكت»<sup>٣</sup>. وقوله صلى الله عليه وسلم: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته» فالشرع أتاح لولي الأمر اتخاذ كل ما فيه إصلاح لشأن الرعية، وفعل ما هو ادعى لحفظ المصلحة العامة، بشرط ألا يتعارض ذلك مع نص صريح في الكتاب أو السنة، فيحق له إصدار قانون بتحديد سن معينة، والحكم بعدم تزويج الصغار والقاصرات لانعدام المصلحة في الغالب، وذلك من باب السياسة الشرعية، وهذا ليس من قبيل إنشاء حكم شرعي جديد، بحرم الحلال ويحل الحرام، بل هو من قبيل مراعاة تغير الفتوى بتغير الحال.

وقول آخر يقول بعدم جواز تحديد سن معينة للزواج، لقوله تعالى: { وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ }<sup>٤</sup>، فالآية حثت على الزواج ورغبت فيه دون تحديد سن معينة له، حيث أفادت تزويج اليتيمة وهي لم تبلغ بعد سن البلوغ.

فتحديد سن الزواج، فيه مخالفة للنصوص الشرعية، وفيه تبديل وتعديل لما جاء في كتاب الله عز وجل من إباحة تزويج الصغار. ولحديث زواج النبي من أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وفيه: "أن النبي تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه

<sup>١</sup> هذا فيما يتعلق بالمحاكم الشرعية السنية في لبنان إذ إن لكل طائفة في لبنان محاكمها وقانونها الخاص بها، المحاكم الجعفرية تطبق قانون تنظيم المحاكم الشرعية وأحكام المذهب الجعفري وما يتلاءم مع المذهب من قانون العائلة، المحاكم الدرزية لهم قانون خاص بهم مع رجوعهم للمذهب الحنفي في مسائل لم ينص عليها في قانونهم.

<sup>٢</sup> سورة النساء، آية ٦

<sup>٣</sup> أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ج٧/ص١٧، رقم الحديث ٥١٣٦.

<sup>٤</sup> أخرجه الإمام البخاري في صحيحه باب الجمعة في القرى والمدن ج٢/ص٥، رقم الحديث ٨٩٣.

<sup>٥</sup> سورة النساء، آية ١٢٧.

وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعا<sup>١</sup>، قالوا في الاستدلال على هذا الحديث بأنه دل بمنطوقه على أن النبي تزوج بأُم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وكانت قاصرا لم تبلغ الخامسة عشر من عمرها، وبالتالي جواز تزويج القاصرات دون تحديد سن معينة، وفعله صلى الله عليه وسلم تشريع لأُمَّته وأنه ليس في حديث عائشة رضي الله عنها تحديد ولا المنع من ذلك فيمن أطاقته قبل تسع، ولا الإذن فيمن لم تطفه وقد بلغت تسعا<sup>٢</sup>.

لكن هذا الكلام فيه نظر وخاصة أن المحاكم الشرعية تفرق بين إجراء العقد وبين التسليم ولأن الظروف تغيرت ومن حق الحاكم تقييد المباح، بناء على تقديره للمصلحة العامة نظرا لتغير الواقع، وفساد الزمان، وتعسف بعض الأبناء، كما وأنه لا بد من طاعة ولي الأمر، فهو بدوره لم يحلل حراما ولم يحرم حلالا، وكذلك للحاكم فرض عقوبات لمن تخرج على التشريع الذي سنه. لكن تحديد سن الزواج يختلف من بلد لآخر بناء على الاختلاف في سن البلوغ، لأن تحديد سن الزواج تحقيق للمصلحة العامة، ودرء المفسدة المترتبة على تزويج القاصرات، ورعاية حقوق الأطفال، وذلك بمنع المتاجرة بالبنات من أجل تحقيق مصالح دنيوية، كما لا يعد هذا القانون من الأمور المستحدثة التي خالفت الشرع، بل احسبه من المتغيرات وذلك لتغير الفتوى بتغير الزمان والمكان. ليس في الفقه الإسلامي تحديد لسن الزواج، بل أحكامه العامة قاضية ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي فعلا، أو تقديرا بخمس عشرة سنة، ولكن قانون الأحوال الشخصية جعل سن الأهلية الكاملة للزواج ثمانية عشر عاما، لكل من الفتى والفتاة، فإذا أرادا الزواج، تقدما يطلب للقاضي للإذن لهما بعقد الزواج، فإذا وجد القاضي أن جسميهما يحتملان الزواج، ووافق الأب أو الجد على ذلك، كما وتجدر الإشارة إلى أن الزواج في تلكم السن لم يكن في عصر النبوة مستغربا ولا مرفوضا من المجتمع ولم يكن مسية يشنع بها على النبي صلى الله عليه وسلم؛ إذ لو كان زواجه صلى الله عليه وسلم منها صغيرة مرفوضا لما سكنت المشركون عن ذلك ولنالوا وانتقدوا فعله ورفضوه ولكن هذا لم يحدث.

ثم إن الزواج من الصغيرة لم يكن سمة المسلمين وحدهم بل إن تراث غير المسلمين جد مليء بمثل هذه القضايا التي كانت مقبولة في عصرها ومصرها، فالزواج شعيرة مباحة في الشرع تصبح مقننة حسب عادات وثقافات الناس بما لا يكون فيه ضرر لأي من أطراف هذه المنظومة، وعليه أن يدرك أن العقل والمنطق والموضوعية في البحث والدراسة لا تجوز أن نحكم التاريخ بطبيعة وعقلية وقوانين الحاضر، فمعنى أوضح إذا أردنا أن نفيس فعلا ما أو أن نحكم تصرفا ما فلا بد أن نفيسه بمقاييس عصره وبيئته لا بمقاييسنا في عصرنا هذا.

وبالإضافة إلى ما سبق ذكره: فإن المسلمين كان لهم فضل السبق الحضاري في تحديد سن الزواج قبل الغرب بأكثر من مائة وخمسين عاما تقريبا، منذ أن أقر الفقهاء في منتصف القرن التاسع عشر تحديد سن الزواج بخمسة عشر عام في المادة: (٩٨٦) من مدونة الأحكام العدلية التي وضعها الفقهاء إبان الدولة العثمانية، في حين تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في ديسمبر ١٩٧٩ وأصبحت نافذة المفعول في سبتمبر ١٩٨١ م، وقد قررت اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة في الفقرة: ٢ من المادة: (١٦) أن لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني. وهذا الرأي هو المعمول به في قانون الأحوال الشخصية المصري للمسلمين، فقد نصت المادة: (٣١) من القانون رقم (١٤٣) لسنة ١٩٩٤ بشأن الأحوال المدنية والمضافة عام ٢٠٠٨ على الآتي: { لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة .... ويعاقب تأديبيا كل من وثق زواجا بالمخالفة لأحكام هذه المادة.

#### مسألة: تحديد مقدار النفقة:

النفقة : ما تحتاجه المرأة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس، وهي تجب للزوجة على زوجها نظير احتباسها لمصلحة زوجها بحكم العقد الصحيح عليها متى كانت صالحة للحياة الزوجية ، قال الله تعالى : {أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلْنَ فَلْيَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمْ بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمِشْرُوعٌ لَهُ أُخْرَى \*لِيُنْفِقُوا ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا}، فالأمر بالإسكان أمر بالنفقة وفي الحديث قال صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»<sup>٣</sup>، وعليه اتفاق الأمة وبه يقول العقل أيضا . يشترط لوجوب النفقة أن يكون الزواج صحيحا شرعا، والزوجة صالحة للحياة الزوجية ليؤدي احتباسها الى ثمرات الزواج المقصودة منه شرعا، وألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته بل وتجب النفقة في حالة ما لو كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت الى بيت الزوج أو لم تنتقل لكنها لا تمنع فيه.

إذا فات على الزوج حقه بسبب منه كأن يكون صغيرا أو مريضا أو محبوسا ، أو بسبب مشروع من جهتها كعدم تسليم نفسها له لعدم إيفائه المعجل من المهر أو عدم تأمين المسكن اللائق بها ، وتقدر النفقة حسب حال زوجين ، ففي مادة ٩٩ قانون العائلة : «إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب ويأمر بإعطائها سلفا عن المدة التي يعينها»، ومادة ٩٢ «النفقة المقدرة يجوز تزييدها وتنقيصها بتغير الأسعار أو بتبديل أحوال الزوجين عسرا وبسرا ويتحقق أنها أقل أو أكثر من قدر الكفاية .

بيد أنه تسقط النفقة فيما إذا كان العقد باطلا أو فاسدا حتى لو سلمته نفسها ، أو كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ولا تصلح لخدمة الزوج وموانسته ، أو مريضة مرضا يمنعها من الانتقال الى بيت الزوج إذا كان المرض سابقا على الزفاف أما إن كان بعده فلا تسقط النفقة ما دامت لا تمنع من الانتقال الى بيت الزوجية، أو تركت بيت الزوجية وخرجت من الطاعة دون مبرر

<sup>١</sup> أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، باب إنكاح الرجل ولده الصغار ج٧/٧ص، رقم الحديث ٥١٣٣ .

<sup>٢</sup> سورة الطلاق آية ٦-٧.

<sup>٣</sup> أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ج٢/٨٨٦ص، رقم الحديث ١٢١٨ .

شرعي فتعتبر ناشئة أو منعته من دخول بيتها الذي يقيم معها فيه دون سابق إنذار له بطلب نقلها الى بيت له وترك هذا البيت لتنتفع به في غير السكن، فإن أخذها إنسان كرها وحال بينها وبين زوجها فترة من الزمان سقطت النفقة لفوات الاحتباس على الزوج بأمر لا دخل له به -و عند الجعفرية إن كانت لا تستطيع تخليص نفسها منه لا تسقط نفقتها والا سقطت-، فإن حبست الزوجة ولو ظلماً بسبب ليس من جهة الزوج سقط حقها في النفقة لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته فإن سافرت الزوجة وحدها أو مع محرم غير الزوج فلا نفقة لها وإن كانت معه فلها النفقة، لكن الزوجة المحترفة لعمل يضطرها ان تكون خارج البيت أكثر النهار أو كله إن كان برضا الزوج فلها النفقة وإن كان بدون رضاه فلا نفقة لها وإن رضي بداية ثم رفض وعنده القدرة على متطلبات الحياة سقطت نفقتها أما إن كان عملها في بيتها كالخياطة فلا يسقط نفقتها، إلا أنه إن ارتدت الزوجة سقطت نفقتها لان الردة ترتب الفرقة بينهما

لكن دعاوى تحديد النفقات بجميع أنواعها الثلاث المأكل والملبس والسكن تخضع للاجتهاد، فلا يوجد نص يحدد فيه مقدار النفقة، لأن مقدار النفقة لاجتهاد القاضي بعد أن يتحقق من حالة الخصمين المالية، كما له أن يستعين بأهل الخبرة وفقاً لمعطيات الدعوى، كما له أن يطلب إفادة عن راتب المطلوب النفقة منه، وعن دخله المالي، أو إفادة من الدائرة العقارية غذا كانت لديه أملاك خاصة لجهة يسار طالب النفقة، إذا قدمت دعوى النفقة من الأب أو الأم، أو كانت نفقة أولاد، نصت المادة ١٨٨/ من قانون تنظيم القضاء الشرعي؛ أنه في "قضايا النفقة يجوز للقاضي أن يقدر النفقة بنفسه بعد التثبت من حالة الفريقين المالية أو أن يستعين بأهل الخبرة حسب مقتضيات حال الدعوى ١

### مسألة: الحضانة والمشاهدة:

الحضانة هي تربية الطفل والقيام بشئونه في سن معينة ممن له حق في تربيته من محارمه ولما كانت حاجة الطفل في أول أطوار حياته ترجع إلى تدبير طعامه وملبسه ونومه ونظافته، وأمثال هذه الحاجات التي تقدر عليها النساء أكثر من الرجال لوفور شفقتهم وصبرهن، كان الأحق بحضانة الطفل محارمه من النساء، فإن لم توجد له محرم من النساء، أو وجدت وليست أهلاً لحضانته انتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال العصبية، فإن لم يوجد عاصب محرم له، أو وجد وليس أهلاً لحضانته انتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبية، ولما كانت أم الطفل أوفر محارمه شفقة به كانت أحق بحضانته ما دامت أهلاً لها، سواء كانت زوجة لأبيه أو مطلقة منه، وكانت محارمه اللاتي ينتسبن إليه بأمه أحق بحضانته من محارمه اللاتي ينتسبن إليه بأبيه عند استواء المرتبة قرباً، وإن أحق النساء المحارم بحضانة الصغير أمه، ثم أم أمه وإن علت، ثم أم أبيه وإن علت، ثم أخواته بتقديم الشقيقة فالأخت لأب، فالأخت لأب، ثم بنت أخته الشقيقة ثم بنت أخته لأب، ثم خالاته بتقديم الشقيقة فالخالدة لأب، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق فينت الأخ لأب، ثم عماته بتقديم العممة الشقيقة، فالعممة لأب، ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه، ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن، ثم التي لأب، ثم التي لأب، فإن لم توجد من هاته المحارم واحدة، أو وجدت وليست أهلاً للحضانة انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصبية المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في الإرث، فالأحق بحضانة الصغير من عصبته المحارم أبوه، ثم أبو أبيه وإن علا، ثم أخوه الشقيق، ثم أخوه لأب. ثم ابن أخيه الشقيق، ثم ابن أخيه لأب، ثم عمه الشقيق، ثم عمه لأب، ثم عم أبيه الشقيق، ثم عم أبيه لأب، فإن لم يوجد من عصبته الرجال المحارم أحد، أو وجد وليس أهلاً للحضانة انتقل حق حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبية على هذا الترتيب، كالجدة لأب، ثم للأخت لأب، ثم لابن الأخ لأب، ثم للعم لأب، ثم للأخوال بتقديم الشقيق، فالخال لأب فالخال لأب، فمن هذا يتبين أن الحق في حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء، فمحارمه الرجال العصبية، فمحارمه الرجال غير العصبية، على أن يراعى في الترتيب بين أفراد كل فريق، ولكن قريباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم في حضانته، فلا حق لبني العم والعممة والخال والخالة في حضانة الصبية لعدم المحرمية ولهم الحق في حضانة الصبي، ولا حق لبنات العم والعممة والخال والخالة في حضانة الصبي ولهن الحق في حضانة الصبية. والمحارم غير القريبات كالأب رضاعاً، والأخت رضاعاً لا حق لهن في الحضانة.

ويشترط في الحاضنة أما كانت أو غير أم شروط إذا توفرت فيها مع توفر شفقتها بقرابته المحرمية تحقق الغرض المقصود وهو تربية الصغير والقيام بشئونه خير قيام، عاقلة؛ لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشئونه ويخشى عليه منها، بالغة؛ لأن أخته الصغيرة مثلاً في حاجة إلى الحضانة، قادرة على تربيته والمحافظة عليه، فلو كانت كفيفة أو مريضة بأي مرض يعجزها عن القيام بشئونه والمحافظة عليه لا تكون أهلاً لحضانته، أمينة عليه، فلو كانت كثيرة المغادرة لمنزلها ومهملة شؤون الأولاد بحيث يترتب على هذا خشية ضياعهم أو لحوق الضرر بهم لا تكون أهلاً للحضانة، غير مرتدة؛ لأن المرتدة عن الإسلام تحبس حتى تعود إليه فلا تقدر على الحضانة، غير متزوجة بأجنبي من الصغير، بأن تكون غير متزوجة أصلاً، أو متزوجة بقريب محرم من الصغير كعمه مثلاً؛ لأن زوجها إذا كان أجنبياً منه لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية بتربيته، غير مقيمة في بيت فيه من يبغضه؛ لأن في مقام الطفل مع من يبغضه للخطر والضرر، والأصل أن مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهي باستغنائهما عن خدمة النساء، وقدرة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة، ولم تقدر لهذا في النص القرآني والنبوي سن معينة، وإنما ترك لسطة القاضي التقديرية ومن هنا نجد اختلافاً في مدة الحضانة عند الطوائف الثلاث والقول المعمول به بعد التعديل حتى تاريخه هو عند أهل السنة للولد والبنت ١٢ سنة عند الشيعة للولد ٢ والبنت ٧ سنوات وعند الدرود للولد ١٢ والبنت ١٤ سنة وهذه من المسائل الاجتهادية التي تتغير حسب المصالح والازمان، لذلك اعتبر من شروط الحضانة مراعاة مصلحة المحضون ورعايته كما نص على ذلك الفقهاء بقولهم: "أن يستغني المحضون عن خدمة النساء"، فلا يوجد نص شرعي يحدد سن الحضانة بالنسبة للمحضون.

لذلك حدد الفقهاء قديماً سن الحضانة وفقاً لقولهم "أن يستغني الولد عن خدمة النساء"، فوفقاً لمُنطوق هذه القاعدة اجتهدت المحاكم الشرعية السنية في تحديد سن الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى، فجعلت سن الحضانة الثانية عشر لكليهما دون تفرقة بين الولد والبنت، لأنه في عصرنا الحاضر لا فرق بين الولد والبنت بالنسبة عن الاستغناء عن خدمة النساء، فكل الطرفين يمكن أن يستغنيا عن

١ د. محمد احمد عساف رئيس المحاكم السنية الشرعية الاجتهاد في الأحوال الشخصية المحاكم الشرعية مستلة من كلمة في ندوة الأحوال الشخصية بين قدسية النص ومشروعية الاجتهاد التي عقدت في جامعة بيروت العربية ٢٠١٧ بتصرف



خدمة الآخرين في سن محددة وهي سن الثانية عشر، أي السن الذي ينتهي به المحضون السنة الدراسية لدى المرحلة الابتدائية، فالصغير عندما يكون في المرحلة الابتدائية من دراسته يعتمد في تدريسه على أمه أو على حضائته، أما في المرحلة الإعدادية وما بعدها فيعتمد على نفسه في الدراسة، أي يستغني عن خدمة الآخرين في جميع شؤونه الحياتية، فنصت المادة / ١٥ / من نظام أحكام الأسرة الفقرة / أ / "تنتهي مدة حضانة الأم دون غيرها من الحضانات متى أتم المحضون الصغير أو الصغيرة الثانية عشرة من عمرها بالسنين الشمسية".

فتحديد سن الحضانة يخضع للاجتهاد وذلك وفقاً لتغيير الزمان، وهي واجبة على الأبوين لمصلحته، ورعايته متى كانت الزوجية قائمة بين الأبوين، فإن افتراقاً بأن طلق الأب الأم، أو تركت الأم المنزل الزوجي فحضانة الولد تكون من حق الأم إذا كانت أهلاً للحضانة، وتوفرت فيها شروط الحضانة، فمتى وجدت مصلحة المحضون جاز للقاضي أن يجتهد ويبقى الصغير مع من تكون مصلحة الصغير متوفرة في الإقامة معه سواء كان الأب أو الأم، فإذا تجاوز الولد أو البنت سن الحضانة جاز للقاضي أن يبقيهما مع الأم إذا كانت المصلحة متحققة في ذلك، بشرط أن يعلل القاضي حكمه في ذلك.

وقد نصت المادة / ١٧ / من النظام المذكور آنفاً على: "الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإن افتراقاً بطلاق أو بغيره تكون الحضانة للأم وفقاً للفقرتين (أ) و(ب) من المادة / ١٥ / من هذا النظام ما لم يقدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون بحكم معلل بحسب أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها".

ويعتبر حق الرؤية للطفل ومشاهدته من أهم المسائل التي تثير النزاع بين الزوجين المنفصلين -أو بين الولي والحاضنة- وخاصة إذا اتخذ كل منهما سلاحاً للنكابة بصاحبه، ولو على حساب مصلحة الطفل. فإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية ومكانها عن طريق الاتفاق، فحق الرؤية، حق ثابت شرعاً للأب وغيره من الأولياء -عند عدم الأب- لأنه من باب صلة الأرحام التي أمر الله تعالى بها يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضائته، فإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً فللرؤية أهمية بالغة في حياة الطفل النفسية والعاطفية. وإن أي إجراء يتخذ لتنفيذ حق الرؤية يجب أن يراعى فيه أنه حق للطفل في المقام الأول، أو هو في الأقل حق متبادل بين الطفل وبين من يثبت له هذا الحق ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذر القاضي فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها، وفي الحقيقة لا يوجد في كتب الفقه القديمة أبواباً خاصة بمشاهدة الأولاد، وتحديد زمان ومكان المشاهدة، ولا حتى في أبواب أخرى، لذلك فإن مسألة مشاهدة الأولاد متوقفة على باب الاجتهاد، ولقد وقع الاجتهاد في نظام أحكام الأسرة الصادر عن المجلس الشرعي الإسلامي الأعلى على تحديد أوقات المشاهدة وزمانها ومكانها، نصت المادة / ٢٩ / المتعلقة بتحديد أوقات المشاهدة: "إذا لم يتفق الأبوان على تحديد مواعيد المشاهدة ومكانها فيما بينهما؛ فللقاضي تحديد زمان المشاهدة ومكانها مع مراعاة تدرج مدتها حسب الظروف والأحوال بما يحقق مصلحة القاصر؛ على أن لا تقل عن مرة واحدة في الأسبوع"، إذا لم يتفق الأبوان على تحديد مواعيد المشاهدة في أيام الأعياد الإسلامية والمناسبات الاجتماعية والعطل المدرسية؛ فللقاضي تحديد مدة المشاهدة ومكانها حسب الظروف والأحوال.

كما وقع الاجتهاد على أن يبيت القاصر عند طالب المشاهدة يوماً واحداً على الأقل في الأسبوع، وفقاً لأسباب حددها نظام أحكام الأسرة، وقد نصت المادة / ٣٠ /: إذا كان القاصر عند أحد الأبوين؛ يحق للأخر استضافته للمبيت عنده إذا وجد القاضي مصلحة في ذلك، وفقاً للأحكام الآتية: للأب استضافة ولده المحضون الذي أتم السنتين من العمر للمبيت عنده ليلة واحدة في الأسبوع على الأقل، إذا توفرت لديه شروط العناية بالمحضون وتبدير شؤونه وحفظ مصالحه، كما أن للأم إذا لم تكن حاضنة استضافة القاصر للمبيت عندها مع مراعاة أحكام المادتين (٢٣) و (٢٤) من هذا القانون، كما أعطى الاجتهاد للأجداد والجدات والأقارب حق مشاهدة القاصر ما لا يقل عن يوم واحد في الأسبوع، وذلك وفقاً لمصلحة القاصر، المادة / ٣١: إذا كان أحد الأبوين متوفى أو غائباً أو مسجوناً فللأجداد والجدات حق مشاهدة القاصر على أن لا تقل مدتها عن مرة واحدة في الأسبوع، فإذا لم يتم الاتفاق على تنظيم المشاهدة زماناً ولا مكاناً بين من عنده القاصر وطالبيها من الأجداد والجدات فللقاضي تنظيم ذلك بما يحقق مصلحة مع مراعاة حال طالبيها وتوزع مناطق إقامتهم، فإذا كان القاصر عند أحد أبويه أو غيرهما؛ فللقاضي تعيين مستحق للمشاهدة من أقاربه المحارم؛ معتبراً فيه الأقرب درجة لمن ليس عنده القاصر وفقاً للمادة / ١٨ / من هذا النظام.

إذا لم يتم الاتفاق على تنظيم المشاهدة زماناً ومكاناً بين من عنده القاصر وطالبيها من أقاربه المحارم؛ فللقاضي تنظيم ذلك بما يحقق المصلحة، المادة / ٣٣: إذا لم يتم الاتفاق على مكان المشاهدة وزمانها بين الأطراف؛ فللقاضي تحديد المكان والزمان بما يتناسب قدر الإمكان وظروف الحالة المعروضة. فهذه من المسائل التي لا نص فيها ولكنها تخضع لسلطة القاضي التقديرية في مسألة مهمة تتعلق بالأسرة وسلامة أبنائها النفسية والجسدية.

#### مسألة: التعسف في استعمال الحق والتعويض عند العدول عن الخطبة:

لكل عقد من العقود مقدمات يبين فيها كل واحد من العاقدين مطالبه ورغائبه فإن تلاققت الرغبتان والإرادتان، ووجدت العبارتان الدالتان على ذلك، تم العقد، ومنه الزواج من خلال الخطبة، والخطبة لغة بكسر الخاء -مصدّر خطب، يقال: خطب المرأة خطبةً وخطباً، وخطبها، إذا طلب أن يتزوجها، وفي الاصطلاح: هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها وإلى ذويها وبيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه ٢

١ ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم لسان العرب دار صادر سنة النشر: ٢٠٠٣م حرف الخاء جـ ص ٩٨.

٢ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ط ٢٠٠٣ ص ٢٣

والخطبة في الإسلام وعد لا عقدا، وتمر بمرحلتي الطلب بدءا والموافقة تبعا، فمرحلة الطلب، فيها يطلب الرجل الزواج من فتاة معينة تحل له شرعا وهي تحمل وعدا منه بالزواج منها، وإلا فلماذا تقدم لخطبتها؟! فإن لم تعتبر هذا الطلب وعدا بالزواج لم يكن للخطبة معنى أو فائدة.

والمرحلة التالية هي الموافقة الصريحة على طلب الخاطب، فتترتب عليها الأحكام الخاصة بالخطبة فهي تحمل وعدا بتزويج الخاطب، وإلا فما معنى الموافقة على الخطبة؟ ليست هذه الموافقة إلا موافقة على طلب التزويج في المستقبل، وهي لا تُحل حراما، ولا تُحرّم حلالا. فلا ينعقد الزواج بالخطبة، ولا بالوعد، ولا بقراءة الفاتحة، ولا بقبض أي شيء على حساب المهر، ولا بقبول الهدية، لكن طالما أنها وعد فلكل من الخاطبين أن يعدل عنها ولا تبعه عليه.

والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفي العقد له الحرية التامة قبل إبرامه لأنه عقد الحياة ولا بد فيه من رضا صحيح دون شائبة، ولو الزم به أحدهما لكان اكراها وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد، لكن قد يترتب على العدول عن الزواج بعد تمام الخطبة ضررا يبال الطرف الآخر الذي قام به غيره كأن تترك المخطوبة العمل بناءً على طلب من الخاطب، أو أن يجهر الأهل ابنهم بجهاز قد طلبه الخاطب، ويحبسها على نفسه بخطبتها، ويحرمها من أن يتقدم إليها غيره ممن يداينه أو يفضله، وبعد أن توطن نفسها على الزواج به وتأخذ هي وأهلها الاستعدادات النفسية والمالية والقيام بخطوات عملية تكلفهم مالا.

إضافة إلى ما يلحق بسمعة الفتاة من كلام وافتراءات حيث تكون قد أمضت مدة طويلة مع خاطبها، وربما خرجا معا ودخلا، وكانا محط نظر الناس وكلامهم، بما يوقع المخطوبة وأهلها في كرب شديد، وتقول سوء من الناس، وكل ما يمس الشرف والخلق، والتعرض للافتراء والازدراء، وتفويت خطبتها من الرجال الآخرين إضافة إلى رغبة البعض عن خطبة من سبقت خطبتها وخاصة إذا كان تقدم مع الخاطب الفاسخ أو قبله فرفضه، ولكن الحقيقة أن العدول قد يتسبب بعدد من الأضرار التي لا دخل لأحد الخاطبين بها

إنه وبنظرة سريعة للخطبة في العهود السابقة والمفاهيم الغربية نجد مثلا في القانون الروماني كانت الخطبة إن تمت، تجعل لكل من الخاطبين المطالبة بتحقيق الزواج، ولكل منهما من الحق في التعويض عن الضرر الذي يحدثه ذلك العدول، والكنيسة في القرن السادس عشر ميلادي اعتبرت أن إلغاء الوعد بالزواج بالإرادة المنفردة لا يجوز إلا لأسباب معينة ثم في عام ١٧٩١ م، واعتبار الزواج عقد مدنيا فقد الوعد به أي أثر قانوني إلا في إمكانية التعويض عن الإغواء، أما القضاء الفرنسي فقد اعتبر الخطبة صورة للعقد الباطل لمخالفته النظام العام لأن النظام العام يفرض إطلاق حرية كل من الخاطبين دون التهديد بشبح المسؤولية العقدية حال العدول لكن إن كان هنالك خطأ مستقلا عنها ارتكبه القائم به كان مسؤولا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ثم عدل عن ذلك إلى رأي يوافق الفقه الإسلامي فلم تعد عقدا باطلا ولا يترتب عليها مسؤولية عقدية ولا التزام بإتمام الزواج ١

بينما نجد الفقه الإسلامي وإن كان يقول بأن الخطبة وعد لا عقدا، وأنه ليس فيه قوة الإلزام، وانصراف أحدهما عن إتمام العقد هو بناء للاختيار المنوط به المفتوح أمام الطرفين، لكنه اعتبر أن الوفاء بالوعد خلق من أخلاق الإسلام، بل إن بعض المحاكم المصرية كمحكمة الإسكندرية الكلية ومحكمة سوهاج والإمام السنهوري في كتابه الوسيط ذهبوا إلى أن الخطبة عقد قائم والعدول عنه يوجب التعويض ٢.

صحيح أن الفقه الإسلامي لم يتكلم عن فكرة التعويض بمجرد العدول عن الخطبة لأنها كانت في تلك العهود تجري ببساطة وبسر ولا تستغرق زمنا لإعداد الزواج، ولا يتكلف ما يستحق التعويض، بالإضافة لعدم فساد الذمم، ولوجود المروءة وحكمة وجهاء وقهاء القوم، وتنفيذ الحكم العرفي بتنفيذ الخطبة، ولم يكن ليتورط أحد الخاطبين بما يضرهم، وإلا كان مسؤولا في حق نفسه ومتحملا تبعه ما جنى، كذلك لم يكن للخاطب سوى النظر لمخطوبته دون أن يظهر أمام الناس بمظهر الزوجية، والخروج والدخول والخلو والتواصل، ووفق الوسائل الحديثة بل وفي غرف مغلقة في مجافاة للأحكام الشرعية وانسياب في المفاهيم الغربية، فلم يكن لإطالة فترة الخطبة في الحياة الاجتماعية وجود؛ لأن خير البر عاجله، ولم تكن حياتهم الاجتماعية معقدة كما هي في هذه الأيام، حيث لم تكن المرأة تعمل في الوظائف الرسمية الحكومية، ولم تكن الوظائف تحمل ذات الطابع الذي تحمله الآن حيث نجد المطلقة ربما تزوجت أربع مرات وكذلك الأرملة، فكان عدول الخاطب عن خطبته شيئا لا يذكر ٣.

وبما أن المفاهيم والموازن والقيم انقلبت رأسا على عقب، والمجتمع أضحى ينظر للأرملة والمطلقة والتي عدل عنها خاطبها نظرة دونية، لا تليق بالمرأة، ولا بتعاليم ديننا الحنيف الشريف، كان لا بد من إعادة النظر في مبدأ التعويض بسبب العدول عن الخطبة لوجود ضرر يلحق أحد الطرفين، والقضاء المصري كان له دور متقدم في النظر في هذه المسألة الشائكة فقد ذهبت محكمة استئناف مصر ١٢٩/١٢٩ نوفمبر ١٩٢٥ على أنه لا تعارض بين تقرير حق العدول عن الخطبة ووجوب المسؤولية المدنية على من أساء استعمال هذا الحق وذهبت محكمة النقض المصرية في ١٤/١٢/١٩٣٩ إلى جواز التعويض وذلك لا يتنافى والإسلام حيث نصت على أنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا بحكم أنهما مجرد وعد بالزواج فعدول عنه فتكون هذه الأفعال موجبة للتضمين على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة في ذاتها لا نتيجة العدول ٤.

١ زكي، محمود جمال الدين مشكلات المسؤولية المدنية، جامعة القاهرة، ص ١٦٧، الصابوني، عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت ص ٧٨.

٢ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي ج ١/ ص ٨٢٨، زكي محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية جامعة القاهرة، ج ١ ص ١٧٤، شعبان، زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ص ٨١.

٣ حسب الله، علي، الزواج في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي، ص ٢٩٠.

٤ السنهوري، الوسيط، ج ١/ ص ٨٢٨.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في مبدأ التعويض عن العدول على أقوال:

القول الأول: يقول برفض مبدأ التعويض مطلقاً: باعتبار أنه لا يعذر بجهله في القوانين الشرعية والتي منها أن العدول هو حق ثابت مقرر شرعاً لكليهما والجواز الشرعي ينافي الضمان، والتعويض ينافي حقيقة الخطبة التي هي مقدمة وتمهيد لعقد الزواج القائم على عدم الإكراه لأن له الرضا والحرية في العدول ولو قلنا بالتعويض لأدى لتعميق المشكلة لأجلها والقول به إقرار بالتماذي في الإضرار وفتح لباب جديد يتعب القضاة ويضاعف المشكلات ويراكم الملفات ١

القول الثاني: ذهب إلى التعويض مطلقاً؛ لأن الفقه الإسلامي أقر مبدأ عدم الضرر والإضرار، وأنه لا سبيل إلى إزالة الضرر سوى التعويض المالي بما يتناسب ومقدار ما تسبب به من ضرر ومن القائلين به: شيخ الأزهر الشريف سابقاً محمود شلتوت ٢

القول الثالث: ذهب إلى القول بالتعويض عن الضرر المادي فقط دون المعنوي، كالإمام محمد أبو زهرة ٣، ولكن الإمام أبو زهرة قصره فقط على التعويض على الضرر المادي فقط أما الأدبي الذي يمس السمعة فلا؛ لأنه لا يرى فيه ضرراً أدبياً باعتبار أن عليه أن يتحمل تبعه فعله، وهنا لا بد لنا من ملاحظة أن الإمام أبو زهرة يذهب لعدم التعويض الأدبي الذي نشأ عن فعل محرم وهذا ما يقول به غيره كالسنهوري القائل إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي فلا تعويض لا لضرر مادي ولا أدبي حتى ولو كان هناك مشروع للزواج لم يتم ٤.

وفي الحقيقة إن هذه القضية لم تكن لتفتح لو كان الوازع الديني والأخلاقي غير متأثر بالعادات الطارئة والأفكار الدخيلة التي أفسدت في الحياة الاجتماعية ما جعل التساهل بأمر الخطبة والتلاعب مستساغاً، ولذلك كان الطرح بفكرة التعويض المادي والأدبي فالأسباب الموجبة كثيرة يكون فيها الضرر المادي واقعا في حالات مباحة كأن تكون الفتاة في سن مبكرة يكثر معها الخاطبون فتختار واحداً منه وتمتد الخطبة سنين ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلاً وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيراً .

القول الرابع: بعد ذكر الرأي الفقهي في هذه المسألة فإنني وبناء لتغير الأعراف وفساد الذمم أقول بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي ولكن ضمن شروط تالية: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب المخطوبة وأضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي، وأن يكون الخاطب قد أكد رغبته في الزواج منها بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج، وأن يخضع التعويض لتقدير القاضي الشرعي على أن يكون مقبداً بما لا يزيد عن نصف المهر خشية التعسف في تقدير التعويض ولا يتجاوز المبلغ الذي يدفعه الزوج المطلق زوجته قبل الدخول مع شرط أن العدول إذا كان سببه الطرف الآخر فلا يحق لهذا الطرف المطالبة بالتعويض .

#### مسألة: الفحص الطبي قبل الزواج:

تعتبر الفحوصات الطبية قبل الزواج من الوسائل الواقية في الحد من الأمراض المعدية الخطيرة والوراثية، وفي ذلك ضمان لبناء أسرة سليمة من العيوب التي قد تكون في أحد الخاطبين، وتنتقل بعد الزواج للأولاد ويهدف هذا الفحص إلى التحقق من قدرة الزوجين على إقامة حياة زوجية دون وجود أمراض مانعة من ذلك، أو نقل أمراض سرطانية ووراثية وجنسية وعدم تأثر المرأة أثناء الحمل وبعده الولادة بذلك المرض في الزوج، ولكن: ماذا لو أثبت الفحص الطبي احتمال إصابة المرأة بالمعقم ونحوه واطلع الآخرون على ذلك؟ ثم ماذا لو كانت الفحوصات خطأ أو لم تظهر الفحوصات تلك الأمراض وظهرت بعد ذلك، علماً أنه قلما يخلو إنسان من مرض، وخاصة بعد أن قرر الطب أن الأمراض الوراثية تبلغ ثلاثة آلاف مرض وراثي، وماذا لو أساء الشخص المتقدم للفحص الطبي فأشقى معلومات الفحص أو أسىء له بإفشاء الفحص المتعلقة به، لكن أليس من المهم إجراء الفحص الطبي قبل الزواج وإن كانت له سلبيات؟ ٥.

وتبقى أهمية إجراء الفحص الطبي للحد من انتشار الأمراض الوراثية ويمكن الكشف عن حاملها قبل الزواج وقاية للأطفال منها خاصة وأن إمكانية التوصل إلى حاملها من الأبوين معروفة علمياً وطبياً، خاصة وأن هنالك من الأمراض التي يمكن العلاج منها قبل الزواج وتوجد وسائل للوقاية منه، خاصة وأن بعض البلاد الأوروبية اعتمدت مبدأ الفحص الطبي قبل الزواج وآتت نجاحاً

١ بخيت المطيعي، محمد، مجلة المحاماة الشرعية عدد ١ ص ٤٤، الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي ص ٨٦  
٢ السنهوري، الوسيط، ج ١/ ص ٨٢٨، السباعي، مصطفى، شرح مدونة الأحوال الشخصية السوري دار الفكر دمشق ص ٦٥، الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت ج ٢/ ص ٥٢٣

٣ وهنا لا بد من ملاحظة التفرقة بين مبدأ الاغترار والتغير، فالتغير هو: الضرر الذي ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، مثل أن يطلب نوعاً مخصوصاً من الجهاز، ثم يكون العدول والضرر، فهو من باب المسؤولية التقصيرية، أما الاغترار: فهو الضرر الناشئ عن مجرد الخطبة من غير عمل من جانب الذي عدل. وهذا الاغترار لا تعويض عليه وهذا يتفق ومحكمة النقض المصرية عام ١٩٣٩ دون التفرقة بين الضرر مادي وأدبي وهذا رأي السنهوري في الوسيط، أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، ص ٢٣

٤ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، ص ٢٣

٥ مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية ماليزيا، عدد ٥ السنة الثالثة ص ١٣٠ الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، الصابوني، عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي ٢٣٧ بتصرف

بالقضاء على المرض قبل الإقدام على الزواج ، لكن الأمر يتطلب التوعية بضرورة الفحص الطبي من الناحية الإنسانية قبل القانونية مع الحفاظ على سرية المعلومات فيما يتعلق بحياة الناس ١ .

لذلك كان للعلماء المعاصرين رأي مهم في ضرورة الفحص الطبي، وأنه لا يتعارض مع الشرع ومقصد الزواج مع إمكانية تنظيمه دون أن يرتب أي ضرر بالرجل والمرأة ، إذ إنه قد يكون فيه تغيير لأحد الزوجين فيما لو علم بمرض زوجه لم يوافق على الزواج به ، إضافة إلى ما ينتج عن التشوه للجنين إذا لم تكن فصيلة دم الزوجة على وفاق مع دم الزوج ، والتي تصيب الجنين ، ويمكن تلافي ذلك بالفحص الطبي الذي لا يؤخر زواجا، ولكنه يوضح للزوجين حقيقة الناحية الطبية لكل منهما ، ولأن الشرع يحرص على أخذ الحيلة والحذر درءا للمفاسد وتحقيقا للمصالح ؛ لذلك فإن قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية أخذت بمبدأ الفحص الطبي قبل الزواج ، وكذلك القوانين الغربية ، بل وصل الأمر ببعضها إلى رفع سرية المهنة وإبلاغ السلطات المختصة إذا تبين وجود مرض بأحد الخاطبين .

ومع هذا يذهب البعض كذلك لعدم الفحص الطبي ، باعتبار أنه لا حاجة له والاعتماد على حسن الظن بالله ، ولأن الفحص الطبي قد يعطي نتائج غير سليمة ، لكن حسن الظن بالله لا يتنافى والأخذ بالأسباب ؛ لأنه من حسن الإيمان ، كيف لا والنبى صلى الله عليه وسلم يقول " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم ٢ " ، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم أيضا " لا توردوا الممرض على المصح ٣ " ، بل إن سيدنا عمر رضي الله عنه قال : "أبما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها كاملا ولزوجها غرم على وليها" ٤ ، ولما خطب أحد الصحابة فتاة من الأنصار ، قال صلى الله عليه وسلم: " انظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئا" ٥ أي أنه قد يكون بها عيب لا بد من الاطلاع عليه قبل الزواج ، خاصة وأن جمهور الفقهاء يقول إن عقد النكاح يدخله خيار العيب كغيره من العقود المدنية.

تكمُن أهمية الفحص الطبي في نتائجه وآثاره ومن هنا كانت أهمية الفحص الطبي قبل الزواج تحقيقا لمصالح الأسرة والمجتمع ودرا لمفاسد اجتماعية ومالية حتى لو رضي الزوجان بذلك فإن الإشكالية تقع على عاتق الأولاد وهم يعلمون بذلك والله تعالى يقول في كتابه: { وَلَا تَقْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ } ٦ .  
وطالما أن الغاية تبرر الوسيلة والغاية مشروعة فكذلك الوسيلة والأخذ بالأسباب واجب لذلك كان الإلزام القانوني للفحص الطبي قبل الزواج من باب السياسة الشرعية مع الحفاظ على أسرار الناس لئلا تخذ ذريعة للفساد وإذا ثبت إفشاء السر ترتب على ذلك مسؤولية مدنية جراء التقصير والإهمال

#### مسألة: الزواج عن طريق الوسائل الحديثة:

إن هذه المسألة من المسائل التي أخذت مجال نقاش كبير من حيث حكم إجراء عقد الزواج أو إيقاع الطلاق عن طريق الانترنت أو الهاتف، وأمام هذا التقدم العلمي والتكنولوجي وخاصة في وسائل الاتصال الحديثة أصبح بإمكان الخاطبين أن يريا بعضهما بعضا عبر أجهزة الاتصال ، بل وإبرام عقد الزواج أو فسخ زواج على خلاف ما كان الأمر عليه سابقا من الرؤية المباشرة ، إلا أن مشكلة كبيرة يمكن أن تطرأ من أحد الطرفين تحايلا وانتحال شخصية كما يحدث في وسائل التواصل الاجتماعي ونحو ذلك ، صحيح أن الفقه قديما تكلم عن مسألة إجراء عقد النكاح عن طريق الكتابة باعتبار اشتراط اجتماع ارادتين على إجراء العقد في قوت واحد بين القول بجوازه كما قال الحنفية الذين اعتبروا أن مجلس العقد هو ساعة وصول الخطاب الذي يحمل الإيجاب والقبول إلى الطرف الآخر وعلى ذلك تتم الموالاة بين الإيجاب والقبول ويتم الإشهاد ووضعوا شروطا لذلك ٧، أو بعدمه كما قال الإمام النووي من الشافعية تشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول على الفور ولا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل ٨، إلا أن القضية الآن ماذا لو تم إجراء العقد عبر وسائل التواصل الحديثة كالهاتف أو (skype) أو (WhatsApp) أو غير ذلك من الوسائل الحديثة، ولا يخفى أن هذه المسألة شائكة لتبعاتها وآثارها ، ولكنها من حيث الحيلة في تطبيقاتها والتيسير في إجراءاتها التقنية مع التثبت والتوثيق مهمة وفعالة.

١ مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية ماليزيا، ص ١٣٠ الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، الصابوني، عبد الرحمن، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي ٢٣٧ بتصرف  
٢ رواه ابن ماجه في سننه ج ١/ص ٦٣٣ رقم ١٩٦٨ وفي سننه ضعف.

٣ أخرجه الإمام مسلم في صحيحه دار إحياء الكتب العربية كتاب السلام ج ٤ ص ١٧٧٤- رقم الحديث 2221

٤ أخرجه الإمام مالك في الموطأ دار إحياء العلوم العربية ، ١٩٩٤ ص ٣٩٥

٥ أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب النكاح ج ٤ / ص ١٤٢ رقم الحديث ١٤٢٤

٦ سورة البقرة جزء من آية ١٩٥

٧ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد بدائع الصنائع ج ٥/ص ١٣٧، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار ج ٣/ص ١٢٢.

٨ النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي، المجموع المدينة المنورة، المكتبة السلفية ج ٩/ص ١٨١.

ولذلك فقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين الشيخ مصطفى الزرقاء، و د. وهبة الزحيلي، والشيخ بدران أبو العينين بدران وغيرهم إلى جوازه<sup>١</sup>، وبشرط أن تتم المحادثة عن طريق جهاز يمكن الشهود من استماع صوت العاقد الآخر باعتبار أنه لا بد من الأشهاد على العقد من خلال حضور المحادثة الهاتفية التي يجري فيها العقد يسمعون الإيجاب والقبول<sup>٢</sup>.

هنالك رأي آخر يقول بمنعه لعللة الخداع التي تقع وأنه لا بد من الاحتياط في عقد الزواج حفظاً للفروج ومجمع الفقه الإسلامي في أكثر أعضائه قال بمنعه في الزواج مع جواز العقود في المعاملات<sup>٣</sup>.

وبالنظر في الرأيين نلاحظ أنه لا مانع من إجراء العقود عبر تلك الوسائل، لكن ضمن ضوابط تمنع من التحايل وتحقق الشرط الفقهي في اشتراط المولاة بين الإيجاب والقبول وهذا يمكن تحقيقه في الأجهزة الحديثة، وكذلك اطلاع الشهود على الكتابة لحظة وصول الخطاب، وإذا كان العاقدان غائبين عن بعضهما البعض فإن الأجهزة الحديثة تجعلهما كما لو كانا مع بعض جسداً، فالأجهزة الحديثة جعلت الناس وكأنهم في قرية واحدة، بل وبالتواصل وكأنهم في بيت واحد، والعللة التي بنى عليها مجمع الفقه الإسلامي المنع غير موجودة في السكايب (skype) أو الوتس اب (WhatsApp) وغير ذلك من الأجهزة الحديثة، ولكن لا بد من الاحتياط خشية التزوير بحيث يظهر بعض الشهود المعروفون للطرفين أو كلاهما وأن تجرى في قاعات المحكمة وأما القاضي أو نائبه ليطم التوثيق في المحكمة

ولما كان مجلس العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة من حيث المكان غير متحقق، لكنه من حيث الزمان متحقق وبانتهاء المهاتفة ينتهي المجلس، حتى ولو كان بالمراسلة فالمولاة تكون بين الرسائل الفورية وبانتهائها ينتهي المجلس والنظرة القانونية لتحديد مكان العقد، وكذلك زمانه قد اختلفت فيها الانظار، هل يؤخذ فيها بقصد المتعاقدين أم نظرية إعلان القبول في تحديده للمكان والزمان، وكذلك بالنسبة للتوثيق في عملية الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة بناء لقولنا بجوازه فإنه لا بد من إجراء تشريرات قانونية تسمح بتلك العقود وتنظم الإجراءات اللازمة لها بما يحفظ قدسية العقد وحفظ الحقوق والأنساب.

#### مسألة: البصمة الوراثية:

لا يثبت النسب إلا عن طريق الزواج الشرعي، وما سواه هدر، شرط أن لا يحول دون صحته مانع عقلي، فإذا كان النسب مستحيلاً عقلاً بين اثنين لم يثبت مهما توافر له من الأدلة الأخرى، بل إذا ادعى رجل نسب آخر وقال هو ابني وكان هذا الآخر اكبر منه أو مثله في السن لم تقبل دعواه ولم يثبت نسبه منه لاستحالة صحته عقلاً، لكن ماذا لو أنكر الزوج نسب ولد من زوجته الشرعية وكان متجنباً في ذلك أو غير متجن، ما هي الطرق التي يمكن من خلالها التحقق من إثبات النسب لذلك الولد هل يمكن أن يتم ذلك عن طريق الحمض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (DNA) ثم لماذا لم تأخذ به المحكمة الشرعية بعد، وهل يعتبر احتمال الخطأ مانعاً من الأخذ به مع وجود ضوابط تجعله متيقناً، وإذا كانت القيافة تخميناً وأخذ بها فهل تقدم على البصمة الوراثية التي هذ اكثر دقة بل وأحكم أليست هذه المسألة من القضايا الشائكة التي تتطلب اجتهاداً فقهياً معاصراً لاعتمادها بضوابط وقيود في إثبات النسب كما تعتمد في المسائل الجنائية.

فالبصمة مشتقة من البُصم وهو فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر وبصمَ بصمًا إذا ختم بطرف إصبعه<sup>٤</sup>، والبصمة أثر الختم بالإصبع عند ملامستها الأشياء، ولا توجد بصمة تشبه أخرى.

<sup>١</sup> عقله، محمد، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصالات الحديثة، عمان، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ١١٣، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ص ٨٨٨، أبو العينين، بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، الإسكندرية، مؤسسة شباب جامعة الإسكندرية، ص ٤١.

<sup>٢</sup> عقله، محمد، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصالات الحديثة، ص ١١٣،

<sup>٣</sup> تكلم مجمع الفقه الإسلامي عن هذه المسألة في مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م، وقرر أنه بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة؛ ونظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال، وجرى العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصريفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول، وما تقرّر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتخاذ المجلس - عدا الوصية والإيصاد والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والمولاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف، قرّر ما يلي: أولاً: إذا تمّ التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاً، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما: الكتابة، أو الرسالة، أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق، والتللكس، والفاكس، وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عن وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله، ثانياً: إذا تمّ التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على: الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة، ثالثاً: إذا صدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدّداً المدة، يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه، رابعاً: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح؛ لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف؛ لاشتراط التقابض، ولا السلم؛ لاشتراط تعجيل رأس المال، خامساً: ما يتعلق باحتمال التزوير أو الغلط، يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات. مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس، ج ٢/ ص ٧٨٥

<sup>٤</sup> ابن منظور، لسان العرب ج ١٢/ ص ٥٠، مادة (بصم) الفيروز آبادي القاموس المحيط ص ٩٧.

وقد عرف مجمع الفقه الإسلامي بمكة البصمة الوراثية: "بأنها البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه"<sup>١</sup>.

وقد تطورت الأبحاث في مجال الطب وتم اكتشاف محتويات النواة والصفات الوراثية التي تحملها الكروموسومات والتي يتعدى تشابه شخصين في الصفات الوراثية - عدا التوائم المتشابهة - وهي أكثر دقة وأكثر توفراً من بصمات الأصابع حيث يمكن أخذ المادة الحيوية الأساسية لاستخراج منها البصمة الوراثية والكمية المطلوبة بقدر حجم المخيط تكفي لمعرفة البصمة الوراثية الموجودة في النواة من كل خلية في جسم الإنسان والجسم يحتوي على مئات البلايين من الخلايا ، وكل خلية تحتضن نواة هي المسؤولة عن حياة الخلية ووظيفتها وكل نواة تحتضن المادة الوراثية بداية من الخواص المشتركة بين البشر جميعهم أو بين سلالات متقاربة وانتهاء بالتفصيلات التي تختص بالفرد وتميزه بذاته بحيث لا يطابق فرداً آخر من الناس<sup>٢</sup>.

إن التشريع الإسلامي ينشوف إلى إثبات نسب الولد من أبيه، ويتوسع في هذا الإثبات ويتسامح فيه، بحيث انه يقبل الشهادة فيه على التسامح، ولا يطلب دليلاً عليه عند الإقرار ما دام واقع الحال لا ينافيه، إحياء للنفس وعدم إماتتها حرصاً على نظافة النسب ونقائه وصدقه، وحذراً من التلاعب والتزوير فيه.

عن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم انه غير أبيه فالجنة عليه حرام"<sup>٣</sup>، وعن أبي ذر رضي الله تعالى عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "ليس من رجل ادعى بغير أبيه وهو يعلم الا كفر"<sup>٤</sup>.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: كفى بالمرء تبرؤ من نسب وان دق، وادعاء نسب لا يعرف"<sup>٥</sup>، وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حين نزلت آية الملاعة: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين"<sup>٦</sup>.

البصمة الوراثية من القضايا المستجدة التي اختلف فيها الفقهاء المعاصرون، ولم يأخذ بها القضاء الشرعي في كثير من الدول الإسلامية كمصر والعراق وغيرهما ، مع أنه شاع استعمالها في الدول الغربية وقبيلتها عدد من المحاكم الأوروبية، وبدأ الاعتماد عليها مؤخراً في بعض البلاد الإسلامية كمصر وتمت نسبة أعمال الإجرام لأصحابها من خلالها، لذا كان من الأمور المهمة للقضاء معرفة حقيقة البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات الأنساب وتمييز المجرمين وإقامة الحدود، إلا أن هناك حالات معينة يؤخذ فيها بالبصمة الوراثية كما اقر بذلك مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة حيث قال: يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

أ - حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب - حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج - حالات ضياع الأطفال واختلاطهم ، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم ، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أكدت أن : " البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية ، ولا سيما في مجال الطب الشرعي ، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية ، وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه <sup>٧</sup>.

<sup>١</sup> قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة مكة المكرمة، ٢٠٠٢م، ص ٢٥

<sup>٢</sup> وهناك حوالي مئة ألف جين مورث في كل كروموسوم واحد، ولو تم دراسة كروموسومين فقط بطريقة عشوائية لأمكن متابعة عدد كبير من هذه الصفات الوراثية في هذين الكروموسومين ولأصبح الجواب الصحيح في معرفة البصمة الوراثية للأبوة والبنوة بنسبة نجاح تصل لـ ٩٩,٩% نظراً لعدم تطابق اثنين من البشر في جميع هذه الصفات الوراثية

<sup>٣</sup> أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه ج ٣ ص ٥٥ رقم الحديث 6385

<sup>٤</sup> أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب المناقب ج ٣ ص ٦٢ رقم الحديث 3317

<sup>٥</sup> فيض القدير المناوي عبد الرووف رقم الحديث 6261

<sup>٦</sup> أخرجه الحاكم في المستدرک ج ٢/ص ٢٠٣

<sup>٧</sup> المنظمة الطبية الإسلامية للعلوم الطبية، ١٩٤١ هـ. بحث دور البصمة الوراثية في اختبارات الأبوة للطبيبة صديقة العوضي ص ٣٥٠، بحث البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات البنوة للطبيب سفيان العسولي ص ٣٨٧، البصمة الوراثية ومدى حجيتها لسعد العنزي ص ٤٣٢، إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد الأشقر ص ٤٥٥

وللتأكد بالبصمة الوراثية يكفي أخذ عينة من المنى أو العثور على شعرة أو وجود أثر اللعاب عقب شرب السجارة أو أثر الدم أو بقايا من بشرة الجاني أو أي خلية تدل على هويته. ونسبة النجاح في الوصول إلى القرار الصحيح مطمئنة لأنه في حال الشك يتم زيادة عدد الأحماض الأمينية ومن ثم زيادة عدد الصفات الوراثية ١ .

ولكل إنسان حمض نووي يحمل الصفات الوراثية الخاصة بجسده، وهو صورة مطابقة للجسد وينتقل الحمض النووي من الآباء إلى الأبناء عبر الأمشاج، وبالتالي فكل أفراد الجنس البشري يملكون الحمض النووي البشري ويمكن فصل الحمض النووي من أي خلية واستخدامه كصورة حسنة تدل على أصلها ، كما أن لكل نوع من الكائنات الحية البصمة الوراثية المميزة له عن سائر الكائنات الحية، فالإنسان غير الحيوان غير النبات غير الكائنات الدقيقة، وبالتالي يمكن التعرف على هوية أي خلية، بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن ينتشبه الحمض النووي لفردين من نفس الجنس البشري وذلك لحدوث تحسين وراثي للحمض النووي في أثناء انتقاله من الآباء إلى الأبناء، والحمض النووي لذرية بني آدم يعتبر بمثابة صورة مركبة للجسد، تتركب من نصفين أحدهما من الأب - ٢٣ كروموسوم في الحيوان المنوي- والآخر من الأم - ٢٣ كروموسوم في البويضة-، ويمكن فصل النصفين عن بعضهما، والتعرف على كروموسومات الأب والأم بسهولة ٢.

ولا خلاف بين الفقهاء أن النسب الشرعي لا يثبت في حال تصادم النسب مع الواقع الحسي كما لو ادعت المرأة نسب طفل لزوجها الصغير الذي لا يولد لمثله وكذا لو أنت به قبل مضي ستة أشهر من الزواج ٣ .

ويثبت النسب في الشريعة الإسلامية بالطرق التالية: بالزواج الشرعي أي العلاقة الزوجية، أو بالبينة بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه، ويكفي في ذلك الاستفاضة بمعنى الشهادة بالسماح بأن يشتهر الأمر بين الناس حتى يصير معروفاً بينهم ويقول جمع كبير من الناس سمعنا أن فلانا ابن فلان أو أن يقر بأن الولد ولده أو أخوه أو أبوه، شرط أن يكون ممكناً غير مستحيل، إضافة إلى ما كان معروفاً قديماً، وهو القيافة القائمة على الخرص والتخمين، والفقهاء فيها بين مثبت وناف.

لكن: هل يمكن الاعتماد على الخرص والتخمين قيافة ولا يقبل الأخذ بالبصمة الوراثية؟

البصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والخطأ فيه مستبعد جداً، بخلاف القيافة والتي تقوم على الاجتهاد والفراسة وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيها وارد ففرق بين ما هو قطعي محسوس وبين ما بني على الظن والاجتهاد، والقيافة يعمل بها في مجال الأنساب فقط بخلاف البصمة الوراثية فهي تتعداها لمجالات أخرى كتحديد الجاني وتحديد شخصية المفقود، كما أن القيافة تعتمد على الشبه الظاهر في الأعضاء كالأرجل وفيها قدر من الظن الغالب.

أما البصمة الوراثية فهي تعتمد اعتماداً كلياً على بنية الخلية الجسمية الخفية وهي تكون من أي خلية في الجسم ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية على الحس والواقع ويلاحظ كذلك أن القافة يمكن أن يختلفوا، ويمكن أن يلحقوا الطفل بأبوين لوجود الشبه فيهما ، أما البصمة فلا يمكن أن تلحق الطفل بأبوين بتاتاً ويستبعد تماماً اختلاف نتائج البصمة الوراثية ولو قام بها أكثر من خبير فالقياس بعيد، وبناء على ما تقدم : فالقيافة باب والبصمة الوراثية باب آخر ، وهو يعتبر بينة مستقلة أو قرينة قوية يؤخذ بها في الحكم الشرعي إثباتاً ونفيًا ٤ .

وذلك للأمر التالي:

١ . أن البينة لم تأت في الكتاب والسنة محصورة في الشهادة والإقرار فقط بل كل ما أظهر الحق وكشفه فالحق إذا تبين بأي وجه كان الأخذ به هو المتعين، وإذا علمنا أن نتائج البصمة الوراثية قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهم، وفي إسناد العينة (من الدم أو المنى أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها بشهادة مختصين تعين الأخذ بها واعتبارها بينة مستقلة يثبت بها الحكم نفيًا أو إثباتاً ولو نظرنا إلى واقع ثبوت النسب بالشهادة وكونها تبنى على غلبة الظن ويكفي فيها الاستفاضة والشهرة مع وجود الاحتمال بالخطأ مع واقع البصمة التي لا تكاد نتأجها تخطئ في ذاتها ، والخطأ الوارد فيها يرجع إلى الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك نستطيع أن نجزم بأن البصمة الوراثية حجة شرعية يوجب العمل بمضمونها إذا توفرت شروطها، لذلك أخذ كثير من العلماء المعاصرين يرون صحة الاعتماد عليها في حالات التنازع وحالات الاشتباه وحالات الاختلاط سواء في الأطفال أو الجثث أو الحروب والكوارث ٥ .

١ قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة مكة المكرمة، ٢٠٠٢م، ص ٢٢  
٢ نجا، د. محمود عبدالله ابراهيم، الأسس العلمية للبصمة الوراثية والقيافة في القرآن والسنة، نجا صه

٣ السرخسي، أحمد بن الطيب، المبسوط ج١٧ / ص ١٠٢، حاشية الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ / ١٢٤ ص، البكري، عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ج ٣ / ص ٢٨٣، ابن قدامة، موفق الدين، المغني ج ٨ / ٦١ .

٤ السرخسي، أحمد بن الطيب، المبسوط ج١٧ / ص ١٠٢، حاشية الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ / ١٢٤ ص، البكري، عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ج ٣ / ص ٢٨٣، ابن قدامة، موفق الدين، المغني ج ٨ / ٦١ .

٥ البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب لحسن الشاذلي ص ٤٧٨ ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية " الوراثة والهندسة الوراثية"، إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد الأشقر ص ٤٤١ - ٤٦٠، ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية " الوراثة والهندسة الوراثية "

فهل ينتفي النسب بالبصمة الوراثية دون اللعان؟؛ للعلماء أقوال متعددة في هذه المسألة بين قائل بأنه لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، إلا أنه: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تبين الزوج أن الحمل ليس منه.

وهناك قول بأن الطفل لا ينفى نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبة للزوج ولو لاعن، وينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله وتعتبر دليلاً تكميلاً ، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية . وبين قول أنه إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان وينفى النسب بذلك، إلا أنه يكون للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة ، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف ، فإذا لاعن الزوج ونفى نسب الطفل وجاءت النتيجة تؤكد قوله ، فإن النسب ينتفي ويفرق بينهما لكن الزوجة لا تحد لوجود شبهة اللعان و" الحدود تدرأ بالشبهات " ١، وهذا باتفاق الفقهاء ، وكذلك لو رضي الزوجان بإجراء البصمة قبل اللعان للتأكد وإزالة الشبهة فإن ذلك يجوز في حقهما ؛ لأن البصمة الوراثية يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب ما دامت نتيجتها قطعية كما يرد دعوى الزوج في نفي النسب إذا أثبتت نتائج البصمة الوراثية القطعية لحق الطفل به ، لأن قول الزوج حينئذ مخالف للحس والعقل وليس ذلك تقديماً لللعان ، وينبغي للقضاة أن يحيلوا الزوجين قبل إجراء اللعان لفحوص البصمة الوراثية لأن إيقاع اللعان مشروط بعدم وجود الشهود ، فإذا كان لأحد الزوجين بيعة تشهد له فلا وجه لإجراء اللعان ٢، والأخذ بهذه التقنية يحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع ويصد ضعفاء الضمائر من التجاسر على الحلف بالله كاذبين وأنا أرى أنه لا مانع من الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه كذلك على حد سواء حال اللعان بين الزوجين شرط أن يكون ناجماً عن عقد زواج صحيح شرعي لا يحول دون إثباته مانع عقلي وإذا كان الإثبات للنسب بالبصمة الوراثية قد يكون مشوباً بالخطأ فإنه يمكن الاحتياط بوجود لجنة طبية ذات ثقة وصدق خاصة في ظل التطور العلمي والتكنولوجي في هذا المجال.

### مسألة النشوز الزوجي:

تعتبر هذه المسألة من المسائل الشائكة من حيث استخدامها كمطية للتهرب في كثير من الأوقات من قبل الزوج تجاه مطالب للزوجة على زوجها أو تهرباً من بعض حق معنوي لها عليه، وقد كون محقة للزوج على زوجته.

النشوز: هو امتناع الزوجة عن طاعة الزوج في غير معصية<sup>٣</sup>، قال الله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبِعُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً} ، فهل يعتبر مجرد الخروج من المنزل نشوزاً باعتبار أن أصل قيام الزوجية طاعة الزوجة لزوجها، فإذا خالفتها من دون عذر أو مسوغ لذلك وجبت طاعته قضاءً، وإذا لم تلتزم فُضي بنشوزها عن العلاقة العقدية التي نظمها عقد الزواج.<sup>٤</sup>

**وقد اعتبر القانون أن المرأة تكون ناشزاً إن امتنعت عن المعاشرة في الفراش، دون سبب شرعي، أو خرجت من البيت دون موافقة الزوج، أو ادخلت بيته من يكره زيارته أو يمنع من زيارته، وكذلك مخالفة امر الزوج فيما أمر به وكان من المعروف، بالإضافة إلى سوء عشرة الزوجة في معاملة الزوج والتسلط عليه بالألفاظ البذيئة وإغضابه دائماً لأسباب تافهة وإيذائه.**

**بينما نشوز الزوج في القانون الذي يترتب عليه حق الخلع وأن تفقدي نفسها: البغض والكره للزوجة والتقصير في الحقوق، وكذلك عدم تحقيق العدل في القسم بالمعروف عند تعدد الزوجات، وإساءة العشرة وعدم الإمساك بالمعروف.**

ثم إن القانون لم يحدد مدة زمنية معينة لتحصل على حكم النشوز أو اقتضى أجلاً محدداً لإيقاعه، ولكن النشوز يرتبط بتوافره من عدمه بتنفيذ حكم الطاعة النهائي، فإذا رجعت الزوجة إلى منزل زوجها وطاعته تسقط دعوى النشوز، وعلى الزوجة في هذه الحالة إثبات تنفيذ حكم الطاعة، لما له من مخاطر على الحياة الزوجية إذا ما طلبت التطبيق للضرر لأن صدور حكم النشوز يجعل الزوجة في موقف المخالفة للقانون والمخطئة في حق زوجها مما يسقط حقها في نفقة العدة والمتعة ، وبحق للزوج استرداد ما آداه من مهر ومتاع إذا ما تم تفريقها قضاءً كونه يثبت ان الخطأ كله من جانب الزوجة حيث لا يمكن ان يتحصل الزوج على حكم الطاعة إلا بعد أن تتأكد المحكمة من التزام الزوج بواجباته الزوجية، خاصة أن حكم الطاعة يسبقه بحث وتحقيق ومعاينة لمنزل الزوجية من المحكمة حتى تقف على ضمانته التزام الزوج بواجباته.

وعلى العكس من ذلك فإذا جاء تقاعس الزوج عن أداء النفقة لزوجته أو كان منزل الزوجية غير صالح أو مشمولاً بسكن غير الزوجية من أهله من دون موافقة من الزوجة أو كان يهدد الزوجة خطر على نفسها ومالها إذا ما بقيت بمنزل الزوجية فيحق للزوجة الاعتراض على دعوى الطاعة بهذه المبررات وتقضي لها المحكمة برفض الطاعة وبالتالي لا تكون عرضه للوقوع في النشوز، ولكن الخلاف

١ الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ج١/ص ٦٠٠  
٢ البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها د. نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية السابق ص ٣٠ – بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة ١٤٢٢ هـ.  
٣ نصر فريد واصل مباحث فقهية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بنظام الأسرة والأمور الزوجية، ص (٢٣٧)  
٤ سورة النساء آية ٣٤  
٥ مجلة القانون ٨٨٥ صفحة ٧١٠ لعام ١٩٧٦



الذي يقع فيه الجميع ان بمجرد خروج الزوجة من منزل الزوجية وذهابها إلى منزل أهلها يعترى الأسرة التهديد بإقامة الزوج دعوى الطاعة لخروج زوجته من منزل الزوجية، فإن ذلك لا أثر له طالما لم يلتزم الزوج بواجباته سالفه الذكر من النفقة والوفاء بمعجل المهر واعداد المسكن الشرعي وامنه وأمانته على زوجته بل يلزم الزوجة بنفقة زوجها طيلة بقائها بمنزل أبيها نظرا لمخالفته لواجبات الزوجية التي أقرها القانون<sup>1</sup>.

فالطاعة والنشوز وجهان لعملة واحدة لا يمكن لأحدهما أن يتوافر من دون الآخر حتى ينتج ما يترتب من آثار ولما كانت الحياة الزوجية تتأثر متأثراً قوياً بالخلافات التي تنشأ بين الزوجين، وقد يقع الكثير من الأزواج أو الزوجات فريسة لعدم ادراك ما يجب فعله في هذه الظروف مع ان الواجب على الزوجين احترام احدهما للآخر والالتزام بواجبات الزوجي كلا قبل الآخر، فبطاعة الزوجة لزوجها تتجنب استصدار الحكم بالدخول في طاعته ومضى تم اثبات نشوزها، وعلى الزوج الالتزام بواجباته قبل زوجته حتى لا تكون عرضة لتعريض الزوجة عما يلحق بها من ضرر أيا كان نوعه ومصدره.

وهنا ينبغي أن يلاحظ أن الرجل قد يكون متسبباً بنشوز زوجته ويكون في الحقيقة هو الناشئ لا الزوجة فإذا استمر الرجل في نشوزها وأخل بحقوق المرأة، وأدعت الزوجة إضرار الزوج بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يُطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما.

### مسألة: المنع من السفر لمن تجب عليه النفقة:

للقضاء اتخاذ تدابير احترازية كالمنع من السفر لحماية الحقوق المتنازع بشأنها من الأخطار التي تهددها إذا تركت من غير هذا الإجراء، فلكل مدعٍ بحق على آخر أثناء نظر الدعوى أو قبل تقديمها مباشرة: أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة لمنع خصمه من السفر، وهذا يكون داخل ضمن القضاء المستعجل والذي يعني به: الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت، فصلاً مؤقتاً لا يمس أصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقائي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين، وبالتالي القضاء المستعجل هدفه الأساسي عدم البحث في موضوع النزاع وإنما اتخاذ تدابير وإجراءات سريعة وتثبيت واقع يخشى زواله أو الحفاظ على حق قائم أو أي شيء يخشى عليه من ضياع فرصة المحافظة عليه، فهو المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت وعليه فلا بد من توفر شرطين الأول توافر ركن الاستعجال في المنازعة المطروحة عليه والثاني أن يكون إجراء وقتياً لا فصلاً في أصل الحق -، وفي هذه الحالة على القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا قامت أسباب تدعو إلى الظن أن سفر المدعى عليه أمر متوقع، وبأنه يعرض حق المدعي للخطر، أو يؤخر أداءه، ويشترط تقديم المدعي تأمياً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه، ويحكم بالتعويض مع الحكم في الموضوع، ويقدر بحسب ما لحق المدعى عليه من أضرار لتأخيرها عن السفر، وعليه تبليغ الجهة المختصة بخطاب لتنفيذه، ولا يسمح له بالسفر إلا بإذن كتابي من القاضي، وهذا الأمر حكم يخضع لتعليمات التمييز؛ أي: إن من حق الخصم الممنوع من السفر بأمر القاضي أن يتظلم من هذا الحكم المستعجل لدى محكمة التمييز، فإذا صدر أمر من القاضي بمنع الخصم من السفر لزمه إحاطة الجهة المختصة بما انتهت إليه القضية فقد أجاز القانون للقاضي أن يمنع المدعى عليه من السفر في حالة المطالبة لمن تجب له النفقة في حالة المطالبة بتأمينها لمن تجب له وللمدعى عليه حق الاعتراض على القرار حتى إذا صار استجوابه أو كان اعتراضه في محله ألغى القاضي قرار المنع عن السفر وإلا أيده"، وهذا يدل دلالة واضحة على أن القانون قد أعطى للقاضي حق الاجتهاد في منع المدعى عليه من السفر أو رفعه وفقاً لما يراه مناسباً من خلال اطلاعه على ملف الدعوى وما حواه من أوراق ومستندات، ودفاع وأوجه دفع، فمنع السفر تدبير احتياطي استثنائي يعود للقاضي إصداره وفقاً لمعطيات الدعوى، وبناء على طلب المدعي.

### الخاتمة:

وبعد أن من الله علي بكتابة هذا البحث فإنني أرى أنه لا بد من الاجتهاد في كثير من مسائل الأحوال الشخصية وتقنينها وخاصة الاجتهادية القائمة على العرف والمصلحة، لأن النص قطعي الدلالة لا مجال للاجتهاد فيه فإن كان قطعي الثبوت ظني الدلالة كان الاجتهاد ضروريا لفهم النص الذي يمكن تأويله أو تفسيره على أكثر من وجه والنصوص في القرآن وصحيح السنة مقطوع بقديسيته، لكن أفهام البشر ولو كانوا علماء ليست لها قدسية تلك النصوص لكن إن الإجماع على فهم واحد لتلك النصوص تحولت لقطعية وهذا مكنم الفهم السليم من غيره وإذا كانت الأفهام متفاوتة وهي كذلك فلا يجوز نقلا وعقلا أن يكون هذا الأمر مدعاة للفرقة والاختلاف، ولا ينكر صاحب رأي على صاحب الرأي المخالف؛ لأن الضرر لا بد وأن يزال ودفعاً للمفاسد واعتماداً على مبدأ سد الذرائع وخاصة في المسائل الدقيقة المتجددة في حياة الناس:

- لا بد من الموازنة بين الثابت والمتغير فالأحكام التي لا تتغير هي التي تثبت بالنصوص وهي مقدسة ولها أصول الاستنباط منها اما المسائل المتغيرة بحسب الأحوال والأعراف فهذه تخضع لاجتهاد ذوي الاختصاص

- أمام التطور العلمي والتكنولوجي أمام العولمة التي جعلت العالم كله قرية واحدة بحيث يمكن رؤية الناس بعضهم بعضاً فرادى وجماعات والتي يمكن إجراء عقود الزواج من خلال الوسائل الحديثة، وبالتالي لا مانع من القول بصحة إجراء العقود الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة مع الحيطة من التدليس وأن يضبط ذلك بضوابط تمنع التدليس والخديعة

- حق الأم في الحضانة ليس فيها نص بالتحديد لسن الحضانة ولكنه يخضع للسلطة التقديرية للمجتهد حسب الظروف المحيطة بالطرفين بما يحقق المصلحة للطفل وكذلك الامر في الحق في المشاهدة.
- الزمن الذي نعيش قد كثرت فيه الامراض وانتشرت بحيث أصبحت تؤثر على بنوية الأسرة فلا بد من الإلزام للخاطبين بإجراء الفحص الطبي قبل إجراء عقد الزواج وإن ترتب على الفحص ضرر يلحق بأحد الطرفين أو كليهما أو نسلهما يقينا فيحظر عليهما إجراء العقد مهما تكن الأسباب
- لا مانع من القول بالتعويض وأن يكون منوطا بالقضاء الشرعي فقط وذلك حفظا عل الأسرة وقدسيتها الزواج ولجما لأصحاب الذم لفاسدة والاستغلال السيء لمبدأ إسلامي منح الله تعالى للطرفين كي لا يساء استعمال ذلك الحق ولا يتعسف فيه
- يعتبر الحمض النووي وسيلة دقيقة لإثبات كثير من الجرائم وأمام فساد الذم والتبرؤ من الأولاد ونفي النسب لهم فإنه يجب الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات النسب ضمن ضوابط مهنية وشرعية دقيقة كتعيين لجنة طبية متخصصة وإعادة الاختبار أكثر من مرة ليتم التيقن من ذلك حفظا للأنساب.
- غالبا ما تعتبر الزوجة ناشزا وتحت أدنى سبب وقد يكون الزوج متسببا بذلك وينسب لها التقصير ولذلك كان القول بالتيقن والبيينة على إثبات النشوز حتى لا تحرم الزوجة من النفقة وتترك دون عائل لأدنى سبب ومنه التهرب من المهر أو النفقة أو الأولاد، والحمد لله رب العالمين