



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية



بالتعاون مع: مخبر الدراسات الفقهية والقضائية

قسم الشريعة

سجل البحوث العلمية

- الجزء الأول -

للملتقى الدولي الثاني حول:

المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة

الأربعاء والخميس: 15 و 16 صفر 1440هـ -
الموافق لـ 24 و 25 أكتوبر 2018م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

معهد العلوم الإسلامية



مخبر الدراسات الفقهية
والقضائية



سجل بحوث الملتقى الدولي الثاني حول: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة

الأربعاء والخميس 15 و 16 صفر 1440 هـ / 24 و 25 سبتمبر 2018م

الرئيس الشرفي

أ.د. عمر فرحاتي

رئيس الملتقى

أ.د. إبراهيم رحمانى

مدير الملتقى

د. عبد القادر مهاوات

رئيس اللجنة العلمية

د. حياة عبيد

رئيس اللجنة التنظيمية

أ. نور الدين مناني

مسؤول اللجنة التقنية

أ. هنشام ميسة

هاتف / فاكس: 032 12 07 34

administration_science_islamique@univ-eloued.dz

multaqa3908@gmail.com

رابط صفحة المعهد بالموقع الإلكتروني للجامعة

<http://www.univ-eloued.dz/index.php/isi>

ردمك: 9789931625506

الإيداع القانوني: السداسي الأول 2019

الهيئة العلمية للملتقى

● من داخل جامعة الوادي:

أ.د. إبراهيم رحمانى	(قسم الشريعة)	د. جمال غريسي	(قسم الحقوق)
أ.د. أبو بكر لشهب	(قسم الشريعة)	د. حياة عبيد	(قسم الشريعة)
أ.د. عبد الكريم بوغزالة	(قسم أصول الدين)	د. خالد تواتي	(قسم الشريعة)
أ.د. محمد رشيد بوغزالة	(قسم الشريعة)	د. عبد القادر حويبه	(قسم الحقوق)
أ.د. مصطفى حميداتو	(قسم أصول الدين)	د. عبد القادر مهاوات	(قسم الشريعة)
أ.د. يوسف عبد اللاوي	(قسم أصول الدين)	د. علي باللموشي	(قسم الشريعة)
د. أحمد خويلدي	(قسم الشريعة)	د. عماد جراية	(قسم الشريعة)
د. أمير شريط	(قسم الشريعة)	د. محمد لطفي كينة	(قسم الشريعة)
د. خريف زتون	(قسم أصول الدين)	د. نبيل موفق	(قسم الشريعة)

● من الجامعات الوطنية:

أ.د. بوزيد كيجحول	(جامعة غرداية)	أ.د. نصر سلمان	(جامعة الأمير ق)
أ.د. سليمان ولد خسال	(جامعة المدية)	أ.د. نور الدين حمادي	(جامعة الجلفة)
أ.د. سمير جاب الله	(جامعة الأمير ق)	أ.د. نور الدين طوابة	(جامعة أدرار)
أ.د. عبد القادر بن حرز الله	(جامعة باتنة 1)	د. أحمد بارفيس	(جامعة غرداية)
أ.د. عبد القادر بن عزوز	(جامعة الجزائر 1)	د. الذواوي قوميدي	(جامعة باتنة 1)
أ.د. عبد القادر داودي	(جامعة وهران)	د. شوقي نذير	(م.ج. تامنغست)
أ.د. عمر مونة	(جامعة غرداية)	د. عبد الحق مرسلي	(م.ج. تامنغست)
أ.د. محمد سنيني	(جامعة البليدة 2)	د. عبد المجيد لخذاري	(جامعة خنشلة)
أ.د. مسعود فلوسي	(جامعة باتنة 1)	د. محمد جرادي	(جامعة أدرار)
أ.د. مقلاتي صحراوي	(جامعة باتنة 1)	د. نوارة دري	(جامعة باتنة 1)

● من خارج الوطن:

أ.د. حسن أبوغدة	(جامعة اسطنبول ص.د. زعيم. تركيا)	أ.د. نور الدين صغيري	(جامعة تبوك. السعودية)
أ.د. رقية طه جابر العلواني	(جامعة البحرين)	أ.د. هشام العربي	(جامعة نجران. السعودية)
أ.د. عباس أحمد محمد الباز	(الجامعة الأردنية. الأردن)	د. أنس غازي عناية	(جامعة الجوف. السعودية)
أ.د. محماد رفيع	(جامعة سيدي محمد بن عبد الله. المغرب)	د. صالح الشقيرات	(جامعة الجوف. السعودية)



الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد وآله وصحبه.

فكرة الملتقى وموضوعه

تعتبر الأسرة خلية بناء المجتمع، والمجال الحيوي الذي يتلقى فيه الفرد مبادئ دروس الحياة؛ فهي وحدة مصغرة عن المجتمع، وليست بمعزل عن أي تغير يمكن أن يشهده، بفعل عوامل متعددة تسهم في تحقيق التغير وتوجيهه.

ولقد شهدت حياتنا الاجتماعية تغيرات مذهلة في مجالات عدة؛ وكان هذا التغير تارة يسير بسرعة فائقة، وأخرى بسرعة بطيئة إلى درجة أن لا يشعر بها الأفراد؛ ثم إن حجم التغير قد يكون بسيطاً ومحدوداً، وفي مراحل أخرى نجده كبيراً ومتغلغلاً في البنية الاجتماعية؛ مما يقتضي حسن التتبع لتلك المستجدات في جميع مراحلها وباختلاف سرعاتها وإسعافها بأحكام فقهية تحمي الأسرة وتحافظ على كيانها وأدائها ورفع مستواها.

ولقد اجتهدت أغلب مجتمعاتنا للسير خطوات سريعة منذ ما يزيد على النصف قرن في طريق التحديث والتنمية، وكان من نتائجه تسارع عملية تشكل وتوسع المدن التي شهدت تطوراً كبيراً صاحبته ظواهر اجتماعية جديدة ومتجددة. ومع أن كثيراً من تلك الظواهر إيجابية، فإن هناك ظواهر أخرى سلبية، خاصة ما يتصل بمحيط الأسرة؛ حيث أصبحت أغلب الأسر نووية منقطعة الصلة عن العائلة، ومستقلة بنفسها اقتصادياً واجتماعياً، معتمدة على الوسائل والتقنيات الحديثة لمواجهة مشكلاتها، كما تستعين في خدماتها بالمؤسسات الرسمية والخاصة بدل الاستعانة بأعضاء الأسرة أو العائلة أو القبيلة. كما أدى الانشغال الوظيفي والترفيهي للوالدين، والسعي الحثيث نحو النجاح المادي، للتخلي عن دور الأسرة التربوي لأبنائها لصالح المؤسسات ووسائل الإعلام والترفيه. وأنتج هذا الوضع جملة من المستجدات تحتاج لبيان الحكم الشرعي الذي يحفظ للأسرة بناءها ووظائفها ودورها الفعال في المجتمع.

ومن جهة أخرى نجد العلوم الطبية بما تحمله من جديد في معالجة العقم، وتوفير بدائل متنوعة متعلقة بالإنبجاب، وكذا زراعة الأعضاء ونحو هذا من القضايا ذات الصلة المباشرة بحاضر الأسرة ومستقبلها يقتضي حضور الحكم الفقهي الضامن لحفظ مقاصد نظام الأسرة والحريص على حمايتها من الأخطار.

والأمر نفسه في قضايا التقنين للأحوال الشخصية وللأسرة؛ فقد شهد تحولات كبيرة على مستوى النص والممارسة، ولا زالت سجلات مستمرة بخصوص كثير من المسائل الجوهرية في عملية التقنين

سواء من حيث المضمون أو من حيث الصياغة. وتلك المسائل ارتباطها جوهرى بالاجتهاد الفقهي الباحث عن بالحكم الشرعي الناظم لشؤون الأسرة.

وفي هذا الإطار نحاول - من خلال هذه الملتقى العلمي - بيان الأحكام الفقهية لأبرز المستجدات المؤثرة على حياة الأسرة ومستقبلها.

أهداف الملتقى

1. إبراز مقاصد الشريعة الإسلامية في أحكام الأسرة وسبل استثمارها وتفعيلها.
2. بيان معالم منهجية البحث النوازي في أحكام الأسرة وسبل توظيفه.
3. التوجيه للبحث الفقهي المثمر المرتبط باحتياجات المجتمع وسبل النهوض به.
4. دعم كفاءات الباحثين في التنزيل الفقهي الصحيح للأحكام على الوقائع والمستجدات.
5. الاستفادة من الكفاءات العلمية في مجالات الطب والقانون والعلوم الاجتماعية لأجل خدمة الأسرة.
6. تحقيق رسالة الجامعة في خدمة المجتمع، وتقديم الحلول الأفضل والنماذج الأمثل للرفع من أدائه وتنميته.
7. توجيه نظر الباحثين إلى ضرورة الاهتمام أكثر بشؤون الأسرة وقضاياها لأنها أساس المجتمع.

محااور الملتقى

- المحور الأول: مقاصد نظام الأسرة وضوابط دراسة مستجداته في ضوء تحديات العصر وتندرج فيه جملة أبحاث منها: الأسرة: مفاهيم، مكونات، أهداف، مقاصد... الخ. وكذا مستجدات شؤون الأسرة: مناهج، قواعد، ضوابط... الخ
- المحور الثاني: المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة وتندرج فيه جملة أبحاث منها: التلقيح الصناعي، الأمراض الوراثية، البصمة الوراثية، بنوك الأجنة، زراعة الرحم، استئجار الأرحام، العلاج الجيني... الخ
- المحور الثالث: المستجدات الفقهية في المسائل القانونية المتعلقة بأحكام الأسرة المسلمة وتندرج فيه جملة أبحاث منها: عقد الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، الزواج العرفي، زواج المسيار، الخلع القضائي، التفريق القضائي... الخ
- المحور الرابع: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة في غير البلاد الإسلامية وتندرج فيه جملة أبحاث منها: الزواج المدني، الزواج الصوري، الزواج بنية الطلاق، إسلام الزوجة دون زوجها... الخ
- المحور الخامس: المستجدات الفقهية في مسائل التحولات الاجتماعية المتعلقة بأحكام الأسرة وتندرج فيه جملة أبحاث منها: تنظيم النسل، الأعراف الاجتماعية، شبكات التواصل الاجتماعي، مستويات المعيشة، الاستهلاك، وسائل الإعلام... الخ

كلمة رئيس الملتقى

الأستاذ الدكتور: إبراهيم رحمانى
مدير معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي
rahmani-brahim@univ-eloued.dz



بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله الطاهرين

يطيب لي أن أفتح كلمتي هذه بتوجيه شكري العميق للسادة المشاركين والسيدات المشاركات في أبحاث هذا الملتقى الوافدين من مختلف الجامعة الوطنية والدولية؛ لما بذلوه من جهد في إنجاز وتنقيح هذه الأعمال العلمية المتميزة، والتي عاجلت جملة مستجدات وتحديات معاصرة تواجه الأسرة المسلمة، وتؤثر على أدائها الوظيفي باعتبارها اللبنة الأساس في بناء المجتمع. وقطعوا المسافات الطويلة لحضور هذا اللقاء العلمي.

إن الأسرة لجديرة فعلا بأن تحاط بجميع وسائل الرعاية والعناية والاهتمام؛ فهي محضن أمن الأفراد في دينهم ومعاشهم وأخلاقهم، وبحمايتها تتحقق الخلية الصالحة التي لا يتسرب إليها، ولا عن طريقها، الفساد في المجتمع. إنها باختصار المجال الحيوي الذي يتلقى فيه الأفراد دورس الحياة.

وإننا نجد الأسرة المعاصرة اليوم مثقلة بأكوام من القيم الوافدة عالية التكلفة قليلة الفائدة، والتي لا تتوافق في مفاصل كثيرة مع منهج أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم شؤون المجتمع، بل إن فيها ما يصادم الأحكام الثابتة.

والأسرة إذا ضعفت أو تفككت تحلّت كليا أو جزئيا عن رسالتها، وتكون الحياة في إطارها كالداء المزمن، متتالية حسابية من المعاناة والمنغصات عافانا الله وإياكم. ومع التحديات المعاصرة، والقصف الإعلامي المتواصل، غدا من السهل جداً غزو الأسرة عن طريق أفرادها الغافلين، ومن غير المستبعد تجنيدهم لخدمة أفكار وتوجهات تضرهم في دينهم وديناهم، وتضرب استقرار وقيم المجتمع في العمق.

إنه من الضرورة بمكان دراسة الأحكام الفقهية الناظمة لشؤون الأسرة، والحاكمة لوظائفها، والمحققة لمقاصدها؛ لأجل صيانة هذا البناء مما يشوبه، وإسناد ارتكازه على أسس متينة واضحة ومستقيمة، توجهه الوجهة المطلوبة لتحصيل الخير العميم للفرد والمجتمع، والتوجيه المحكم نحو مزيد من التماسك الاجتماعي، وتحقيق صلاح الأفراد في أخلاقهم ودينهم، وعنايتهم بما يحفظ البلاد والعباد.

إننا بحاجة إلى أن نشدّ بأيدينا ونعصّ بنواجذنا على القيم والتوجيهات التي تحافظ على تماسك البناء الأسري والاجتماعي المعاصر، وتستوعب المستجدات وفق مقتضيات التطور لمستقبل أفضل، وتصون المجتمع من التصارع والتآكل والانهار.

ما من شك في أن الأسرة القوية المتماسكة، ليس من السهل اختراقها، بل لا يمكن اختراقها. إنها بمثابة خلية نحل محصنة. تنتج الخير، وتنتج الأبناء والبنات الصالحين والصالحات، وإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع بلا شك.

لا أجد في ختام كلمتي هذه إلا أن أجدد الترحيب بكم جميعاً، باسم الأسرة الجامعية بمعهد العلوم الإسلامية - جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، وأشكركم جزيل الشكر على تلبية دعوتنا لهذا الملتقى الميمون. كما أوجه شكري العميق لأعضاء اللجنة العلمية وكذا اللجنة التنظيمية لما بذلوه من وقت وجهد لأجل إنجاح هذا اللقاء العلمي المتميز.

ولا تفوتني هذه الفرصة المباركة في أن أعبر عن خالص شكري وتقديري للسيد مدير الجامعة الذي كان ولا يزال الداعم والمؤازر لجميع أنشطة المعهد، فجزاه الله عنا خير الجزاء وبارك في عمره وأهله وولده، وزاده من كريم إحسانه.

نسأل المولى عز وجل أن يتقبل منا ومنكم صالح الأعمال، وأن يديم علينا جميعاً واسع الفضل والإحسان. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

كلمة مدير الملتقى

السيد الدكتور: عبد القادر مهاوات
المدير المساعد المكلف بالدراسات والمسائل المرتبة بالطلبة
معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي
abdelkader-mehaouat@univ-eloued.dz



بسم الله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، ويعد:

فإن معهدنا المبارك يسعى منذ تأسيس نواته في الموسم الجامعي 2009/2010م إلى مواكبة النوازل ومستجدات العصر في سائر مناحي الحياة، سواء من حيث ما ينشره من مقالات في مجلاته المتعددة، أو ما يُوجّه إليه طلابه بمختلف تخصصاتهم في مذكراتهم وأطاريحهم التي يستكملون بها متطلبات نيلهم للدرجة العلمية المعيّنة؛ ابتداءً بالليسانس، ومرورًا بالماستر، وانتهاءً بالدكتوراه، أو من خلال الإشكالات التي يستثير بها همم وأقلام الأساتذة والباحثين في أيامه الدراسية وملتقيات الوطنيه والدولية.

ويأتي هذا الملتقى الثاني ذو الصبغة العالمية الذي ينظمه قسم الشريعة بالتعاون مع مخبر الدراسات الفقهية والقضائية، والموسوم بـ: "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة"، ليعزز المسعى ذاته، ويخدم الهدف نفسه؛ وذلك بتسليطه الضوء على ما تحتاجه اللبنة الأساسية للمجتمع والدولة والأمة، سواء ما تعلق بالمسائل المرتبطة بالجوانب الطبية الحديثة، أو القضايا التي يواجهها المسلم المعاصر في البلاد غير الإسلامية، أو الإشكالات التي أفرزتها التحولات الاجتماعية الجديدة، فضلًا عما تتطلبه قوانين الأسرة سارية المفعول في سائر البلدان العربية والإسلامية من نظرٍ مركزٍ ونقدٍ بناءٍ؛ يرقبها في تعديلاتها المرتقبة إلى الأفضل والأنسب.

إلا أن البحوث التي يرتضيها الملتقى، ويقبل بإدراجها في برنامج جلساته وورشاته، ويسمح بعرضها ونشرها ضمن فعالياته ومطبوعاته، ويوصي بأخذ نتائجها وتوجيهاتها بعين الاعتبار، هي تلك التي تسيّم -زيادةً على طبيعتها المعاصرة والتزامها المنهج العلمي في توثيق المادة العلمية وتقسيمها- تسيّم بالأصالة في الطرح والمعالجة؛ بحيث لا تحيد في استنباط الأحكام عن الأدلة والمقاصد الشرعيتين.

وبعد مازاطون كبير كان محرّكهُ ومهندسهُ مدير المعهد الأستاذ الدكتور إبراهيم رحمانى - حفظه الله تعالى وزاد من عطائه-، انطلاقاً من الفكرة وتحميرها ونشرها بطُرُقٍ شتّى في الباحثين، ووصولاً إلى استقبال الملخّصات التي فاقت المائة، والبحوث الكاملة التي بلغت الـ94، وتحكيمها جميعاً بسريّة تامّة، شارك فيه زهاء الأربعين خبيراً من داخل وخارج الوطن، ها هي نتائج التحكيم الشّائعيّ لكل بحثٍ تُسْفِرُ عن إجازة 67 بحثاً هي المعروضة في يَوْمِيّ الملتقى للتعقيب وزيادة الإثراء.

وإذ نسجّل أنّ المداخلاتِ المقبولة قد غطّت -بتوفيقٍ من الله تعالى- مساحات عديدة من محاور الملتقى، ولأَمَسَتْ في محتوياتها العديد الأهداف التي كان ينشدُها، نشكرُ الله الكريم المَنَّان -ونحن في بحبوحه انعقاده- على نعمة الفتح والتسديد والإعانة، كما نشكر كلّ المشاركين من داخل وخارج الوطن على إسهاماتهم العلميّة، مستحضرين جُهدَ اللّجنتين العلميّة والتنظيميّة وتسهيلاتِ الإدارة المركزيّة، غير ناسيين ما قُدّم لنا من دعمٍ ماديٍّ من سائر المتعاونين مع جامعتنا ومعهدنا العامرين، سائلين المولى العليّ القديرَ أن يُجِزِلَ الثوابَ للجميع، ونصلّي ونسلّم على سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

البحوث العلمية

□ بحوث المحور الأول □
مقاصد نظام الأسرة وضوابط دراسة مستجداته
في ضوء تحديات العصر

الآثار المقاصدية للشورى الأسرية

بقلم

أ.د. أحمد صالح محمد قطران

جامعة الملك خالد - المملكة العربية السعودية

dr_qutran@hotmail.com

مقدمة

الأسرة هي الوحدة المصغرة عن المجتمع ومكونات، وظيفتها تشبه مكونات وظيفة المجتمع⁽¹⁾ ويمكن تصور ما يجري في المجتمع من أحكام يجري في الأسرة بصورة مصغرة، والشورى هي الصورة الأكثر نضجا في المجتمع على الاعتبار أنها نتاج مجموعة عقول حول فكرة واحدة تديرها نحو الكمال على اعتبار أن الشورى في المجتمع أرقى صور العمل الجماعي الرشيد، وممارستها بصورة حقيقية تحقق نموا مجتمعا متميزا، ولها آثار كبيرة على المجتمع وعلى التربية وعلى إعداد أفراد الأسرة إعدادا قياديا متمجا، وقد حرصت أن يكون بحثي بعنوان: (الآثار المقاصدية للشورى الأسرية) قناعة مني بأهمية هذا العنصر داخل الأسرة.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث في السؤال التالي:

هل يترتب على انتهاج الشورى في الأسرة آثار إيجابية؟

1 - انظر: إكراهات الثقافة الاستهلاكية وتأثيرها في التنشئة القيمة للأسرة، 360.

أهمية البحث:

يبحث الموضوع في جزئية صغيرة اعتقد أنها لازمة في تكوين الأسرة، وجعلها أسرة متتجة تسهم في تكوين المجتمع الراشد الذي ينتج الحكم الرشيد، والاقتصاد الرشيد، وكل مما شأنه الوصول إلى الأمة الراشدة.

أهداف البحث:

أطمع في تحقيق عدد من الأهداف أهمها:

- 1- بيان أهمية الشورى في الأسرة.
- 2- إظهار الشورى الأسرية ومدى تحققها في الأسرة المسلمة.
- 3- سرد الآثار الإيجابية التي تحققها الشورى في الأسرة.

الدراسات السابقة:

لم أجد بحثا مستقلا ناقش موضوع الشورى الأسرية، ولكني وجدت أبحاثا وكتبا تتناول الأسرة وما يتعلق بها، وهي كثيرة، أشير إلى بعض منها:

- 1 الأسرة في مقاصد الشريعة قراءة قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، زينب طه العلواني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي هرندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ط/1، عام 1432 هـ 2012م.
 - 2 التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية، إخلاص ناصر الزبير، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المدينة المنورة، المجلد 24، العدد 2، 1437 هـ 2016م.
 - 3 الأسرة في الإسلام حقوق وواجبات، أحمد مبارك سالم، سلسلة دعوة الحق، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، العدد 264، السنة الثامنة عام 1436 هـ.
 - 4 الأسرة وعوامل نجاحها، نبيل حليلو، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجودة الحياة في الأسرة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عام 2013م.
 - 5 الأسرة ومقصد التدبير المؤسسي للمجتمع، محمد طونيو، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 597، مارس، 2015م.
- وهذه الدراسات والكتب والأبحاث ناقشت قضايا الأسرة من زوايا كثيرة ومتنوعة، ويفرق هذا البحث عن الدراسات السابقة في كونه أفراد الشورى في الأسرة، ومناقشة مجالاتها وأثارها المقاصدية.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع والمادة العلمية أن يكون البحث على مقدمة، ومدخل المفاهيم المفتاحية وثلاثة مباحث على النحو التالي:

- المفاهيم المفتاحية: وسيتم التعريف بمفردات العنوان وهي: الآثار والمقاصد، والشورى، والأسرة.
المبحث الأول: أهمية الشورى وحكمها على الصعيدين العام والخاص.

المبحث الثاني: مجالات الشورى الأسرية.

المبحث الثالث: الآثار المقاصدية لممارسة الشورى الأسرية.

الخاتمة وسيتم فيها عرض النتائج والتوصيات التي سيتم سردها.

وسيتم رفد البحث بقائمة المراجع والمصادر.

المفاهيم المفتاحية

من المعلوم لدي جمهور الباحثين أن عنوان البحث يكتنز المحتوى بشكل كبير، فكل عنوان لا يدل على المحتوى فإنه عري عن الفائدة؛ لذلك يتم العناية بالعنوان، ودراسته ويحرص كل باحث أن يتطابق ما داخل البحث مع مفردات العنوان، ولكي يؤدي العنوان الغرض منه، فإنه يتطلب التعريف بمفرداته؛ لبيان مدلولاتها، ومن معرفة المدلول تتضح الوظيفة، وفي هذا البحث سيتم التعريف بالمفردات وهي: (الآثار والمقاصد والشورى والأسرة) وفقاً لورودها في العنوان على النحو التالي:

1- الآثار.

أثر: اسم، والجمع آثار، والأثر: العلامة ومنه قولهم: لَمْ تَجِدْ لَهُ أَثْرًا: أي خَبْرًا، وَأَقْتَفَى أَثْرَ أَفْدَامِهِ تَبِعَهُ، ويقال: جَاءَ فِي أَثَرِهِ: بَعْدَهُ، وَأَجَابَ عَنْ سُؤَالِهِ عَلَى الْأَثَرِ: أي فِي الْحَالِ، والأثر: الخبر المروي والسنة الباقية⁽¹⁾ والجمع: آثار، وأثر، والأثر الرجعي وهو: سريان قانون جديد على المدة التي سبقت صدوره، والأثر: ما خَلَفَهُ السَّابِقُونَ⁽²⁾ والمعنى الاصطلاحي الذي تقصده في هذا البحث لا يخرج عن المعنى اللغوي فالآثار: هي النتائج التي تصنعها الشورى الأسرية في إحداث التماسك، والتوازن الأسري والتربوي الذي يتعدى الأسرة إلى داخل المجتمع.

2- المقاصد.

في اللغة لفظ مقاصد مفردة مَقْصِدٌ، وَقَصَدَ فِي الْأَمْرِ قَصْدًا تَوَسَّطَ وَطَلَّبَ الْأَسَدَّ، وَلَمْ يُجَاوِزِ الْحَدَّ وَهُوَ عَلَى قَصْدٍ أَيْ رُشِيدٍ وَطَرِيقٌ قَصْدٌ أَيْ سَهْلٌ، وَالْقَصْدُ اسْتِقَامَةُ الطَّرِيقَةِ، والقصد في المعيشة عدم الإسراف وفي الحديث: «مَا عَالَ مُقْتَصِدٌ وَلَا يَعْجِلُ»⁽³⁾ وَقَصَدَ تَقْصِدَ الشَّيْءِ، إِذَا تَقَطَّعَ⁽⁴⁾

1- فالأثر في مصطلح الحديث (ما أضيف إلى الصحابي أو التابعي، وقد يراد به ما أضيف إلى النبي صلى الله عليه وسلم مقيداً فيقال: وفي الأثر عن النبي صلى الله عليه وسلم) مصطلح الحديث، 5.

2- مختار الصحاح، 13، لسان العرب، 5/4، تاج العروس من جواهر القاموس، 12/10، المعجم الوسيط، 1/5.

3- والنص في المسند هكذا (مَا عَالَ مَنْ اقْتَصَدَ) مسند عبد الله بن مسعود، رقم (4269)، وقال المحقق إسناده ضعيف، 7/4269، قال العراقي: رواه أحمد والطبراني من حديث ابن مسعود، ومن حديث ابن عباس بلفظ مقتصد، وكلاهما ضعيف انتهى، المغني عن حل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار (مطبوع بهامش إحياء علوم الدين)، 1145.

4- كتاب العين، 54/5، جهرة اللغة، 656/2، تهذيب اللغة، 274/8، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 504/2.

أما في الاصطلاح، فالمقاصد هي: (المعاني والحكم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع عموماً وخصوصاً، من أجل تحقيق مصالح العباد)⁽¹⁾
3- الشورى.

الشورى من المشاورة، قال تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (الشورى/38)، أي يتشاورون فيه⁽²⁾ والتشاور والتشاور والمُشاور والمُشاور: استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض، من قولهم: شُرْتُ العسل: إذا أخذته من موضعه، واستخرجته منه، والشورى: الأمر الذي يُتَشَاوَرُ فيه. قالتعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (آل عمران/159)⁽³⁾.

وفي الاصطلاح لا يختلف عن أحد معانيه اللغوية فهي: (استطلاع رأي الامة أو من ينوب منها في الأمور العامة المتعلقة به)⁽⁴⁾
4- الأسرة.

الأسرة: عَشِيرَةُ الرَّجُلِ وَأَهْلُ بَيْتِهِ⁽⁵⁾ وقال صاحب التاج: الأسرة (مِنَ الرَّجُلِ: الرَّهْطُ الْأَدْنَوْنَ) وَعَشِيرَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَقَوَّى بِهِمْ، كَمَا قَالَ الْجَوْهَرِيُّ. وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ النَّحَّاسُ⁽⁶⁾: (الأسرة، بالضم: أقاربُ الرَّجُلِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ)⁽⁷⁾ وفي المعجم الوسيط (الأسرة) الدرع الحصينة وأهل الرجل وعشيرته، والجَمَاعَةُ يربطها أمر مُشْتَرَك، وجمعها أسر، ومن معاني الأسرة في اللغة - أيضاً - الشد، والربط والإحكام⁽⁸⁾ (والملاحظ في هذه المعاني أنها تشترك في معنى الشد والربط والإحكام، وكان الأسرة في معناها اللغوي العام تعني: الرابطة القوية الحصينة

- 1 - مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، 37.
- 2 - شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم 6 / 3582.
- 3 - المفردات في غريب القرآن، 470، لسان العرب، 4 / 434.
- 4- الشورى وأثرها في الديمقراطية دراسة مقارنة، 4.
- 5 - لسان العرب 4 / 20.

6 - أحمد بن محمد بن إساعيل المرادي (قبيلة مراد من القبائل القحطانية التي تقطن اليمن) المصري سكننا، أبو جعفر النحاس نسبة إلى مهنة صناعة أوني النحاس، ويسمى الصفار أيضا نسبة إلى صفرة النحاس، ولكن اسم النحاس هو الذي غلب واشتهر، ولا يعرف إلا به: مفسر، وأديب، ولغوي يجتنب بأرائه اللغوية، كان من كبار أعلام القرن الرابع الهجري، عاش في مصر وزار العراق واجتمع بالعلماء والأدباء والنحاة، من مؤلفاته: معاني القرآن وقد حققه العلامة محمد بن علي الصابوني، وطبع في ستة مجلدات، مركز التراث جامعة أم القرى، عام 1408هـ/1988م، إعراب القرآن وطبعته دار الكتب العلمية بيروت عام 1421هـ، تفسير أبيات سيبويه، وقد طبع بتحقيق زهير غازي زاهد، الناسخ والمنسوخ، طبع بتحقيق محمد عبد السلام محمد، مكتبة الفلاح، الكويت، عام 1407هـ، و شرح التعليقات السبع، طبع بتحقيق أحمد خطاب، وزارة الثقافة العراق، عام 1393هـ/1973م، وقد اهتم به الباحثون في اللغة والتفسير، بعدد من الرسائل العلمية، توفي النحاس عام (338هـ)، انظر ترجمته في: الأعلام 1 / 208، معاني القرآن، 1 / 11.

7 - تاج العروس 10 / 51.

8- المعجم الوسيط 1 / 17.

التي تمتاز بالقوة وسيادة مشاعر الألفة والرحمة ؛ ولذلك جاء في معانيها الدرع الحصينة، والنبت الملتف، وقوة المفاصل والأوصال، وفي المجال البشري جاء من معانيها: أهل المرء وعشيرته⁽¹⁾.

ويمكن تعريف الأسرة بأنها: (المؤسسة المجتمعية الأولى الناشئة عن اقتران رجل بامرأة بموجب عقد النكاح الصحيح في الشرع. للمحافظة على النوع الإنساني، وتنشئة الإنسان التنشئة السوية على المستوى الفردي والمجتمعي، وتحقيق التكافل المجتمعي بين عناصرها)⁽²⁾ والأسرة هي الوحدة المصغرة في المجتمع، وأعني بها الأسرة وفق المكون الشرعي زوج وزوجة وأولاد.

المبحث الأول: أهمية الشورى وحكمها

تحتل الشورى في حياة الأمة مكانة عالية⁽³⁾ فيها تستخلص التجارب، وتجمع العقول في مناقشة قضية عامة واحدة، والخروج فيها برأي جماعي واحد، ولذا قيل: من شاور فقد خدمته العقول، والشورى تستخدم بصورة منتظمة في المجال السياسي في الأمة وقد دلت عليها كثير من النصوص الشرعية، والممارسات العملية في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، وحياة الخلفاء الراشدين من بعده .

ولا شك في ضرورتها وأهميتها، بل لقد عد الفقهاء من لم يشاور من أهل الحكم استحق العزل⁽⁴⁾ ومعلوم أن الرأي الواحد استبداد، ومن استبد برأيه هلك، والشورى ممارسة جماعية راقية تشاركية تشعر الممارسين لها بالارتياح والطمأنينة، فالفائد الذي يمارس الشورى يشعر أنه وزع أثقاله على أكثر من شخص، وتُشعر المقودين بالنشوة والراحة على اعتبار أنهم يسهمون في تسيير دفة الحياة، ويشعرون أنهم شركاء في صناعتها، وقد نظّر لها الفقهاء نظريات كثيرة، وفي هذا المبحث سيتم الحديث عن أهمية الشورى، وحكمها على الصعيدين العام، والخاص على النحو التالي:

أولاً: أهمية الشورى وحكمها على الصعيد العام.

نعني بالصعيد العام الشأن السياسي، فالشورى، والمشورة نظام راقٍ يظهر البعد الجماعي في الأمة، ويعطي معنىً إيجابياً لعلاقة الناس ببعضهم⁽⁵⁾ وكان السلف يشاورون في كل شؤونهم⁽⁶⁾ وحكم الشورى من حيث المبدأ على أرجح الأقوال من وجهة نظري واجب⁽⁷⁾ قال ابن عطية: (والشورى من قواعد الشريعة وعزائم

1- المفردات القرآنية في موضوع الأسرة دلالتها الفقهية وامتدادها الاجتماعي، 27.

2- البنية الأسرية في المنظور الإسلامي، 190.

3- انظر: الإسلام والاستبداد السياسي، محمد الغزالي، نهضة مصر، الجزيرة، ط/6، عام 2005م، 57.

4- كما نص على ذلك ابن عطية وسنوردها في الفقرة التالية.

5- انظر: استراتيجية المشورة في صدر الإسلام: الحثيات والنتائج، 133.

6- انظر: الآداب الشرعية والمنح المرعية، 323/1.

7- انظر: في النظام السياسي للدولة الإسلامية 179، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، 378، الشورى وأحكامها في نظام الحكم الإسلامي، 272

الأحكام، ومن لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب، هذا ما لا خلاف فيه⁽¹⁾ وقد وصف الحسن البصري⁽²⁾ مكانة الشورى في حياة رسول الله ﷺ، فقال: (إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَأْمُرْ نَبِيَّهُ ﷺ بِمُشَاوَرَةِ أَصْحَابِهِ حَاجَةً مِنْهُ لِرَأْيِهِمْ وَلَكِنْ أَرَادَ أَنْ يُعَرِّفَهُمْ مَا فِي الْمَشُورَةِ مِنَ الْبَرَكَاتِ)⁽³⁾ وقال إمام الحرمين: (وَسِرُّ الْإِمَامَةِ اسْتِتْبَاعُ الْأَرْوَءِ، وَجَمْعُهَا عَلَى رَأْيِ صَائِبٍ، وَمِنْ ضَرُورَةِ ذَلِكَ اسْتِقْلَالُ الْإِمَامِ، ثُمَّ هُوَ مَحْتَوٌ عَلَى اسْتِقَاءِ مَرَايَا الْقَرَائِحِ، وَتَلَقِّي الْفَوَائِدِ وَالزَّوَائِدِ مِنْهَا؛ فَإِنَّ فِي كُلِّ عَقْلِ مِيزَةً)⁽⁴⁾ وتتجلى أهمية الشورى في كون (المجتمع الذي يقوم على الشورى والنصح والتعاون، كما يقوم على المساواة والعدالة الصارمة التي يشعر معها كل أحد أن حقه منوط بحكم شريعة الله لا بإرادة حاكم، ولا هوى حاشية، ولا قرابة كبير)⁽⁵⁾ ومن المعلوم أن الشورى التصقت التصاقاً قويا بالجانب السياسي، ولا تكاد تنفك عنه ولا تذكر الشورى إلا مقترنة بالسياسة، مع أن ممارسة الشورى أوسع من ذلك، فهي سلوك مجتمعي تبدأ من أصغر وحدة، وهي الأسرة وتصل إلى المجتمع، وهي عملية تفاعلية يظهر القائد فيها فاعلا يديرها دون أن يكون له صفة السيطرة.

والشورى قاعدة من قواعد الحكم، ومبدأ من المبادئ المجتمعية التي جعلها الشارع جزءاً وركناً أساسياً من أركان الحياة، ومع أن نتائج الشورى في أول تطبيق علني عسكري سياسي واسع لها في غزوة أحد ظهرت بشكل سلمي، ومع فداحة المشهد، وكارثية النتائج التي ظهرت في مشهد شهداء أحد⁽⁶⁾ فقد جاء النص معقبا على الحادثة مؤكداً على التزام الشورى مع أن النتائج التي ترتبت على الشورى في هذه الحادثة كانت كفيفة بأن تجعل رسول الله ﷺ ينجح لرأيه في المستقبل كونه الأسلم من رأي الأغلبية، لكن الله تبارك وتعالى أمر نبيه بأوامر أهمها التزام الشورى، قال تعالى: ﴿فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (آل عمران/159) قال القرطبي: (قَوْلُهُ تَعَالَى: (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ) يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْإِجْتِهَادِ فِي الْأُمُورِ وَالْأَخْذِ بِالظُّنُونِ مَعَ إِمْكَانِ الْوَحْيِ)⁽⁷⁾ فالشورى في مقابل الوحي أقل رتبة وأضعف، ولا تصل إلا إلى رتبة الظن، ومع ذلك، فالنص أوجب الأخذ بها، فإذا كان هذا حال الشورى مع الوحي فمن باب أولى تقديمها والأخذ بها في مقابل رأي الفرد الواحد.

1- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز 534/1.

2- الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد: تابعي، كان إمام أهل البصرة، وحبر الأمة في زمنه، وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان النساك، وله من الكلام المأثور الكثير، فقد روى عنه كثير من الحكم السائرة على السنة الناس. ولد بالمدينة، وسكن البصرة. وعظمت هيئته في القلوب فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم، لا يخاف في الحق لومة لائم، لما ولي عمر بن عبد العزيز الخلافة كتب إليه: إني قد ابتليت بهذا الأمر، فانظر لي أعوانا يعينونني عليه. فأجابته الحسن: أما أبناء الدنيا فلا تريدهم، وأما أبناء الآخرة فلا يريدونك، فاستعن بالله توفى بالبصرة عام 110 هـ انظر: الأعلام، 2/226.

3- المحرر الوجيز المصدر السابق، 327/1.

4- غياث الأمم في التياث الظلم، 2/67.

5- في ظلال القرآن، 1/210.

6- انظر: المصدر نفسه، 1/500.

7- الجامع لأحكام القرآن، 4/250.

والأصل في الشورى أنها صفة جماعية متفاعلة يارسها المجتمع، ويتفاعل بها، ويتقل بحياته من طور إلى طور، فهي صفة جمهورية، غير أن طبيعة الأنظمة المتتالية في المجتمع الإسلامي من بعد الخلفاء الراشدين أظهرت الشورى على أنها منحة من الحاكم، ونظراً لها كثير من الفقهاء بشكل رأسي، وظهرت بصورة السهم النازل من أعلى إلى أدنى دون أن يكون للمجتمع دور تغيير في المسيرة السياسية، بل وصل الأمر إلى تجهيل المجتمع لكي يظهر أنه غوغائي لا ينفع للشورى وكانت النتيجة كما أريد لها، وتم التنظير لفكرة أهل الحل والعقد، وهي فكرة سليمة وممتازة ولكن الإشكال في موضوع صناعة أهل الحل والعقد، حيث أن المجتمع لم يفرزهم، ولم يسهم في صناعتهم، فظهرت الشورى، وكأنها ممارسة نخوية ذات نطاق محدود، وظهر أن الممارس للشورى هو الحاكم فقط، فهو الذي يختار كيف ومتى يارسها، الأمر الذي رسخ في المخيلة الثقافية ملكيته للشورى دون غيره.

والخلاف بين الفقهاء في نتيجة الشورى، حيث ظهر خطان فقيهان في حكم القبول بنتيجة الشورى هما: الإلزام والإعلام، وساد المذهب القائل بالإعلام⁽¹⁾ أكثر من خط الإلزام، وأدى ظهور وانتشار المذهب القائل بالإعلام بشكل مقصود أو غير مقصود إلى خدمة أنظمة الاستبداد، وعند النظر في أدلة القائلين بالإعلام نجدها تدل على المشاورة⁽²⁾ وإذا أردنا فك الاشتباك بين المذهبين لا بد من المصير إلى ما ذهب إليه الاستاذ الدكتور توفيق الشاوي من التفريق بين الشورى والاستشارة أو بين شورى الرأي وشورى القرار، وهذا يكون شورى القرار هو ما يعقد له مجلسا للشورى، ويناقش ويتخذ فيه القرار بالإجماع أو بالأغلبية، وهذا يكون ملزماً، وشورى الرأي أو الاستشارة هو ما يقوم به الحاكم من استشارة البعض ومناقشتهم وأخذ رأيهم وهو في هذه الحالة من حقه اتخاذ ما يراه مناسباً بعد أخذ رأيهم، ولا يكون ملزماً وإنما معلماً⁽³⁾ ومن وجهة نظري أن هذا التقسيم الذي ذهب إليه الشاوي حسن يعطى الشورى بعدها المقاصدي في السياسة والحكم، ولا يترك مجالاً للاستبداد، والاستفراد بالرأي الذي أضاع الأمة، وأهدر ثرواتها؛ لأن الشورى للإعلام فقط إجراء شكلي لا يشكل القيمة البنائية في النظام السياسي، ولا بد من التأكيد أن الشورى في الإسلام ليس مجالساً للزينة، ولا مجالس شكلية، وإنما الشورى منهج حياة متكامل، فالأمة رقيية على الحاكم وجوباً، وليس ندباً أو تبرعاً، ومساءلة الحاكم لم تكن زينة أو للبركة⁽⁴⁾ وعكس الشورى الاستبداد الذي يعد مصدر التخلف، والانحطاط في المجتمع كما صور ذلك الكواكبي⁽⁵⁾

ثانياً: أهمية الشورى وحكمها على الصعيد الخاص.

- 1- انظر: فقه الشورى، 61.
- 2- انظر: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، 194.
- 3- انظر: فقه الشورى والاستشارة، توفيق الشاوي، 102، الشورى بين النص والتاريخ، 18.
- 4- الإسلام والديمقراطية، 119.
- 5- انظر: طبائع الاستبداد ومصارع الاستعباد، 30.

ونعني حكمها على الصعيد الخاص المجال المجتمعي المتمثل في الأسرة⁽¹⁾ إذ هي أهم ممارسة يارسها الفرد داخل الأسرة، وأهم عامل يسهم في استدامة العلاقة وقيام الأسرة بوظيفتها المجتمعية، إذ من المعلوم أن بناء الأسرة في أعلى سلم الأولويات في المجتمع الإسلامي، فهي المعول عليها في تحقيق الدمج المجتمعي، وهي مدرسة بناء الأجيال؛ لذلك فإن بنائها على التقوى والشورى يدعم أهدافها، ويساعد على نجاحها على كل الأصعدة.

ولاشك في أهمية الشورى داخل الأسرة لحفظ تماسكها وإعداد أفرادها للمجتمع، وكما هو حكم الشورى في الحياة العامة كذلك حكمها في الحياة الأسرية، مع التفاوت في الإثم المترتب على تارك الشورى بين العموم والخصوص⁽²⁾ وتقسيمها إلى شورى رأي وشورى قرار - أيضا - يصلح، فمتى ما اجتمعت الأسرة وتناوشت في قضية تم فردا من أفراد الأسرة أو تم الأسرة واتخذ فيها قرار وجب على الجميع الالتزام به.

المبحث الثاني: مجالات الشورى الأسرية

تتنوع الشورى بحسب الدور الاجتماعي والسياسي للشخص المعنى بها، والشورى تسهم في إحياء مبدأ الثغرية⁽³⁾ والإحساس بالمسؤولية لدى أفراد المجتمع، فحينما يدرك الفرد أن رأيه ذو قيمة ومكانه وأنه بهذا الرأي يسهم في تيسير دفة المجتمع يزداد عطاء، وينضج رشدا.

وقبل الحديث عن مجالات الشورى في الأسرة تجدر الإشارة والتنبيه إلى أن من الجوانب المشرقة في الفقه الإسلامي الذي أبهرت الآخرين وجعلتهم ينظرون له بإيجابية هو نظام الأسرة، إذ أن كثيرا من الباحثين من غير المسلمين يعتقدون أن هذا النظام بما فيه من التفصيل، والجزئيات قادر على حماية الأسرة الإنسانية، ومن ثم حماية المجتمع برمته⁽⁴⁾ وبناء عليه ندرك أهمية الأسرة، ومكانتها ودورها المحوري في تسويق الإسلام، ومن الجزئيات الموجودة في هذا النظام جزئية الشورى.

وما ما يتعلق بمجالات الشورى في الأسرة، فإنني أقسم المجالات إلى قسمين، أحدهما: المجالات المصيرية بعيدة المدى، والآخر: المجالات المؤقتة، وسيتم تناولها على النحو التالي:

أولاً: المجالات الاستراتيجية.

وأعني بها المجالات المصيرية بعيدة المدى التي لها تأثير كبير على بنية، ومستقبل الأسرة، وهذه القسم من

- 1 - انظر: الأسس الإسلامية للتنمية: الشورى كنموذج مغاير، 85، والشورى والديمقراطية في الفكر الإسلامي المعاصر، خليفة بوزازي، دفاقر السياسة والقانون، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3، العدد 15، 2015م، 353.
- 2 - انظر: الاستشارات الأسرية ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها على شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، 314.
- 3 - أعني به مصداق الأثر المتداول عند المحدثين قال المروزي يقال: (مَا مِنْ مُسْلِمٍ إِلَّا وَهُوَ قَائِمٌ عَلَى تَعْرِفِهِ مِنَ تَعْرِفِ الْإِسْلَامِ، فَمَنْ اسْتَطَاعَ أَلَّا يُؤْتَى الْإِسْلَامَ مِنْ تَعْرِفِهِ فَلْيَفْعَلْ) السنة للمروزي، 13.
- 4 - انظر: الأسرة في مقاصد الشريعة قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، 13.

المجالات عند تناولها ودراستها تحتاج إلى ترو، وتتطلب إلى تقليب وأخذ ورد، وينبغي الاتفاق فيها على كثير من القضايا، ولن يكون ذلك إلا بالشورى، وتصورها في عدد من القضايا أهمها:

1- الخطبة.

من المسلم أن أول خطوة في تكوين الأسرة هي الخطبة، وهي مرحلة في غاية الأهمية لمنح شريكي البناء الجديد فرصة للتعرف على الآخر والتعرف على بيئته وعلاقاته وأخلاقه، وما يتعلق به على الأقل في الحدود الدنيا، ولهذا رتب الشارع على الخطبة معرفة الآخر دون التزام، بخلاف ما رتب على عقد الزواج ولو بغير دخول⁽¹⁾ وفي فترة الخطبة يحق لطرفيها التراجع عن إتمام عقد الزواج⁽²⁾ ولهذا لا يجوز كتم أي معلومة عن شريكي الخطبة قد تؤثر في المستقبل حتى يدخل كل منهما على بصيرة⁽³⁾ ومن هنا تبدأ أول خطوات استعمال الشورى داخل الأسرة، فلا يصلح أن يتفرد الأب بالموافقة دون استشارة بقية أفراد الأسرة، ولا أن يتفرد الخاطب بعيدا عن أهله، ولا المخطوبة بعيدة عن أهلها؛ لأن الزواج يُدخل على الأسرة بكاملها مكانة وسمعة، ويرتب عليها كثيرا من الالتزامات الاجتماعية.

2- الخلفة.

والمقصود بالخلفة الإنجاب وهي مقصد كبير من مقاصد الزواج، ومن المقاصد المنصوص عليها، حيث قال ﷺ: « تَزَوَّجُوا الْوُلُودَ الْوُدُودَ، فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ »⁽⁴⁾ ولا شك أن الخلفة مسؤولية يترتب عليها نفقات، وتربية ورعاية، وكل ذلك يضطلع به الزوجان، وعليه، فلا بد من التشاور فيها، وعقد جلسات الحوار على المستوى الثنائي، أو المستوى الأوسع، ولا بد لكل فرد داخل الأسرة أن يعطي رأيه بكل شفافية، حتى تتوزع المسؤولية والتبعة، وفي هذه الجزئية تتم الشورى بنوعها.

2- تربية الأولاد.

تربية الأولاد مسؤولية جماعية تتضافر فيها جهود الأبوين كلا فيما يخصه، ويشترك في التربية الأبناء والبنات الذين وصلوا إلى سن يمكن أن يؤخذ رأيهم، ولهذا فطرق التربية تحتاج إلى الشورى بنوعها.

- 1 - انظر: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، 58.
- 2 - انظر: أحكام الخطبة دراسة فقهية، 51، واعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، 35
- 3 - قال ابن القيم: (وَالْقِيَاسُ أَنَّ كُلَّ عَيْبٍ يَنْفَرُ الزَّوْجَ الْآخَرَ مِنْهُ وَلَا يَحْتَصِلُ بِهِ مَقْصُودُ النِّكَاحِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَالْمُودَةِ يُوجِبُ الْحَيْزَانَ) زاد المعاد في هدي ربي العباد، 5 / 166.
- 4 - رواه ابن حبان في صحيحه، كتاب النكاح، ذكر العلة التي من أجلها تهي عن التبتل، عن أنس بن مالك، وأحمد في مسنده مسند أنس بن مالك رضي الله عنه 191/31، قال ابن حجر: (الأحاديث الواردة في ذلك كثيرة فأما حديث فإني مكاتر بكم فصح من حديث أنس يلفظ تزوجوا الودود الودود فإني مكاتر بكم يوم القيامة أخرجه بن حبان وذكره الشافعي بلاغا عن بن عمر يلفظ تتاكثروا فإني أبهي بكم الأمم وللتبتهمي من حديث أبي أمامة تزوجوا فإني مكاتر بكم الأمم ولا تكونوا كرهبانية النصاري وورد فإني مكاتر بكم أيضا من حديث الصنابحي وابن الأعرس ومغفل بن يسار وسهل بن حنيف وحزملة بن النعمان وعائشة وعياض بن غنم ومعاوية بن خنيفة وغيرهم) فتح الباري لابن حجر 9 / 111.

3- دراسة الزوجة.

الأصل في وظيفة الزوجة هي الواجبات الزوجية والتربوية، والتعليم لا بد أن يركز على هذين الأمرين، غير أن توسع الحياة، وتعدد احتياج المجتمع تطلب أن تقتحم المرأة التعليم والتخصص وسوق العمل، وهذا أمر حسن لا اعتراض عليه من الناحية الشرعية، بل هو من المأمورات، لكن يحدث أن يتزوج الرجل ولا يرغب في أن تكمل زوجته تعليمها؛ لذلك لا بد لهذا الأمر أن يحسم بالشورى بين الزوجين، وبين من لهم علاقة، ومن حق الزوجة أن تختار طريق التعليم إذا رفض زوجها أن تواصل، ومن حقها أن تطلب الفراق إذا لم يتفقا على حل للمسألة إذا لم يشترط قبل الزواج أما إذا تم الشرط قبل العقد ووافق عليه الزوج وجب عليه الوفاء به لأنه من الشروط التي لا تتنافى مع مقتضى العقد، ما لم تراجع الزوجة عنه⁽¹⁾.

4- عمل الزوجة.

عمل الزوجة من الأمور التي تكون محل خلاف داخل الأسرة من حيث المبدأ أو مكان العمل ذاته، ومن وجهة نظري هذه القضايا تحسم بالشورى، وليس بحسم طرف واحد فيها، ولا بد من مراعاة مكانة الزوج، ورأيه الموضوعي في المسألة، ومن الناحية الشرعية لا خلاف في مشروعية عمل المرأة فيما تستطيع القيام به وفق الضوابط الشرعية التي تحفظ مكانة المرأة وتصونها⁽²⁾.

4- الهجرة.

مما شك فيه أن الهجرة والانتقال من الموطن الأصلي للأسرة إلى موطن جديد قرب أو بعد متغير مهم في حياة الأسرة، ويحتاج إلى قرار، ولا يمكن للزوج أو الزوجة الانفراد باتخاذ إذ يجب على الزوجين النقاش، والحوار فيه، واتخاذ القرار الذي يناسب أو يتوافق عليه كل الأطراف، ولا يهمل مصلحة طرف لصالح طرف آخر⁽³⁾.

5- زواج الأبناء والبنات.

يدخل في الأسرة متغير جديد إذ تبدأ بعلاقات وتكوين أسر أخرى منبثقة عن الأسرة الأم، وهي عملية تشابكية، تحدث حتيا، ومع حدوثها المتكرر وحتميتها فإنها تحتاج إلى شورى الرأي وشورى القرار في كثير من مفاصلها، فالمتقدم للبنى تحتاج الأسرة لمعرفة تفاصيل حياته للاطمئنان على مستقبل البنات، وتحتاج إلى استشارة المعنية وهي البنات، وتحتاج إلى عقد مجلس الأسرة لأخذ الرأي أو اتخاذ قرار، وكذلك زواج الابن الذكر، فالشورى لازمة بنوعها أو على الأقل في حدها الأدنى، وهي شورى الرأي.

6- العلاقة بأصول الزوجين.

العلاقة بأصول الزوجين من القضايا التي يدور حولها الخلاف في كثير من الأسر، وإن كان الأصل فيها أن

1 - انظر: الشروط المشترطة في عقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، خديجة أحمد أبو العطا، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، عام 1428 هـ 2007م، 6.

2 - انظر: عمل المرأة في ضوء الشريعة الإسلامية، 4.

3 - المرجع السابق.

تكون انسيابية طبيعية غير أنها قد تثير خلافا بين الزوجين، وليس ثمة ما يجعل حلها من طرف واحد إذ ليس أحد الأطراف أولى من الآخر في اتخاذ القرار.

ثانيا : المجالات المؤقتة.

أما المجالات المؤقتة أو ما نطلق عليه تسيير الحياة اليومية، فيكفي فيها رأي الأب أو رأي الأم، ولا تحتاج إلى عقد شورى، وإن كان الحوار فيه مطلوب، والتقييم مستمر، والمراجعة مطلوبة ودائمة.

المبحث الثالث: الآثار المقاصدية لممارسة الشورى الأسرية

من المسلمات التي لا مراء فيها أن الكليات الخمس تجتمع في الحالة الأسرية تكويننا ومتابعة وتنفيذنا فالأسرة هي المجتمع المصغر، والمجتمع بمكوناته يقوم بحراسة الضرورات الخمس، فالأسرة المسلمة تربي أعضائها على الإيمان بالله، ففيها يتعلم كل ما يتصل بحفظ الدين من الإيمان والعبادات، وفيها يتعلم ما يسهم في احترام الإنسان وحقه في الحياة، وتربيتهم على العفة وحرية التفكير وانضباطه، وعلى الأمانة، وكل فقه الأسرة يسهم في تحريك وتثوير معاني الحفاظ على الكليات الخمس من جانبي الوجود والعدم، ومعلوم أن الشورى بعمومها تدخل بشكل أو بآخر في تحقيق مقاصد الشريعة الكلية⁽¹⁾.

وفي هذا المبحث سأقوم بسرده عدد من الآثار المقاصدية التبعية⁽²⁾ للمقاصد الكلية التي تحققها الشورى في الأسرة، ورأيت أنها أبرز الآثار، وهي:

1- تحقيق التوافق والتماسك الأسري.

التوافق الأسري مقصد يحرص الإسلام على تحقيقه بالاتجاه الرأسي⁽³⁾ والأفقي⁽⁴⁾ باعتبار التوافق هو البوابة التي يبلج منها الجميع إلى بناء الأسرة، ومن ثم بناء المجتمع⁽⁵⁾ وصناعة التوافق الأسري لا يكون بالقسر، وإنما بالاختيار، ولا يحقق الاختيار المقصود إلا عملية الشورى بمعناها المفتوح الشفاف الذي يجعل من صوت الابن في رتبة واحدة مع صوت الأب والأم والأخت تطبيقا للوصف القرآني⁽⁶⁾: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ يَنْهَمُ﴾ (الشورى/38) قال الزجاج⁽⁷⁾: "أي لا ينفردون برأي حتى يجتمعوا عليه، وقيل إنه ما تشاور قوم قط - إلا هُدُوا

1 - انظر: ملامح من التربية الأسرية في ضوء القرآن الكريم سورة النساء - نموذجاً -، 17.

2 - وجهة نظري أن ما سأقوم بسرده من الآثار المقاصدية إنها هي - في معظمها - مقاصد تبعية أو فرعية تابعة للكليات الخمس.

3 - أعني بالرأسي العلاقة بين الآباء والأبناء، أي بين الأصول والفروع.

4 - أعني به العلاقة بين الحواشي: الأخوة والأخوات والأعمام والعلمات.

5- انظر: بعض العوامل المسهمة في سوء التوافق الزوجي كما يدرکہا القائمون على لجان التوفيق والمصالحة وبعض المترددین علیہا فی محافظة مسقط، 3.

6- وسواء كان الوصف لعامة المؤمنين أو للأئمة خاصة، كما قال بعض المفسرين، فهو وصف جليل يجب المصير إليه انظر الآراء فيه: تفسير الماوردي، النكت والعيون، 206/5.

7- إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج، عالم بالتمحور واللغة، كان في فتوته يخرط الزجاج وبهذا لقب، ثم مال إلى النحو فتلمذ على المبرد، واتخذ وزير المعتضد العباسي مؤدبا لابنه القاسم، فتأدب عليه إلى أن ولي الوزارة مكان أبيه، فجعله القاسم

لأحسن ما يحضرهم⁽¹⁾ فمن كان رأيه ووجهة نظره محل تقدير، فلماذا لا يتوافق مع غيره، ومن المعلوم أن الآراء الفقهية التي تشترط بعض الشروط في الزوج مثل الكفاءة⁽²⁾ إنما تقصد بهذا الشرط أحداث واستدامة التوافق الأسري، والتوافق طريق إلى صناعة التماسك الأسري، فلا يمكن صناعة التماسك دون التوافق؛ لذلك فكما يؤدي الشورى إلى صناعة التوافق أيضا يؤدي إلى صناعة التماسك، ولا شك في مقاصدية الشورى في هذه الجزئية.

2- منع التجيب⁽³⁾ الأسري

ونعني بالتجيب صناعة تكتل أو (لوبيات)⁽⁴⁾ داخل الأسرة للحصول على مكسب ما؛ لذلك، فالشورى تصنع التماسك الأسري كما تصنع التماسك المجتمعي، فالفرد - لاشك - سيدافع عن ما أسهم في بنائه، وممارسة الشورى الأسرية تمنع التجيب الأسري، وذلك أن كل فرد من أفراد الأسرة يمكنه أن يقول رأيه ويعبر عما بداخله بكل حرية، فكل فرد يشعر بالحرية وحب الآخرين له⁽⁵⁾ وطالما أنه سيحصل على حقوقه بعدالة تامة، فإنه لا يحتاج إلى اللوبيات، وهذا لا يعطي فرصة للتجيب والبحث عن طرق للحصول على الحقوق.

3- صناعة الثقة بالنفس.

معلوم أن (الثقة بالنفس هي اتجاه الفرد نحو كفايته النفسية والاجتماعية واتجاه الفرد نحو قدرته على تحقيق حاجاته ومواجهة متطلبات البيئة، وحل مشكلاته وبلوغ أهدافه)⁽⁶⁾ الثقة بالنفس أساس الشجاعة والانطلاق المجتمعي، وهي مقدمة مهمة لنجاح الفرد في الحياة⁽⁷⁾ والشورى في الأسرة تُعد الفرد للدخول إلى المجتمع، وتصنع فيه الثقة بنفسه التي تمكنه من التعبير عن وجهة نظره بحرية، ويمتلك القدرة على نقد الأخطاء، وتقديم الحلول والمقترحات لأي مشكلة داخل الأسرة، فالأسرة هي الخلية النشطة بمكوناتها وفلسفتها وأنشطتها التي من خلالها نعد الإنسان ونصنعه للحياة، وقيادة المجتمع، فمن لم يتدرب على القيادة داخل الأسرة لا يمكنه القيادة داخل المجتمع⁽⁸⁾.

4- تحقق التدبير المؤسسي وإدارة القوام.

حتى لا نفهم القوام أنها التسلط والتميز، فالقوام مسؤولية، وحتى تتحقق القوام بصورتها الناصعة لا بد

من كتابه، فأصاب في أيامه ثروة كبيرة، وكانت للزجاج مناقشات مع علماء عصره، من كتبه معاني القرآن و الاشتقاق و خلق

الإنسان و الأمالي في الأدب واللغة، وغيرها (ت 311 هـ) انظر: الأعلام، 1/ 40.

1 - معاني القرآن وإعرابه، 4/ 401.

2 - انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 13/ 201.

3 - أفسد بالتجيب وجود بعض التكتل داخل الأسرة يخالف السير العام للأسرة.

4- اللوبي هم جماعات الضغط. انظر: موسوعة السياسة، 2/ 72.

5- انظر: الأسرة وعوامل نجاحها، 7.

6- الثقة بالنفس وعلاقتها بتقدير الذات لدى طلاب المرحلة الثانوية بولاية الخرطوم، 251.

7 - نفسه، 248.

8- انظر: الأسرة في الإسلام حقوق وواجبات، 3.

من الشورى، لذلك من مقاصد الشورى الأسرية إدارة القوامة إدارة متوازنة تحقق الغاية من تشريعها وتبعدها من دائرة اعتبارها تسلطاً أو تمييزاً للذكر على الأنثى، وذلك يساهم في تفعيل التدبير المؤسسي داخل المجتمع على اعتبار أن العمل المؤسسي يقتضي مجموعة من التدابير التي تحافظ على المؤسسة، وتساهم في استمرارها وتطورها⁽¹⁾ وكل ذلك لا يتم إلا بالشورى.

5- تفعيل مقصد المسؤولية.

من المعلوم أن الأسرة تقوم على مبدأ المسؤولية المعنية يقول صلى الله عليه وسلم: (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)⁽²⁾ وغير ممكن أن تتحقق هذه القاعدة قسراً، وإن تحققت بالقسر، فلها عواقب وخيمة، وبالتالي، فإن الشورى داخل الأسرة تُفَعِّلُ مقصد المسؤولية بكل مستوياتها إذ أن كل فرد في الأسرة عندما يستشار في شئون الأسرة، وكل ما يتعلق بها، يتعزز لديه الشعور بالمسؤولية، ويساهم بشكل جاد في الحفاظ عليها واستدامتها ونهوضها وإيجابيتها⁽³⁾.

6- تحقيق مصداق الرحمة (المصلحة).

من الأدلة التي يستدل بها الأصوليون على حجية المصلحة⁽⁴⁾ قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ (الأنبياء/107) وهي من الآيات الشاملة التي تمثل الغاية الواضحة من إرسال رسول الله ﷺ وفي مقابلها، وردت آية من الآيات الاجتماعية التي تلفت إلى مكانة الأسرة ومكانة المصلحة فيها، وهي قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم/21)، فالزواج آية بكل المقاييس على اعتبار أنه يقوم على جمع شخصين مختلفين في النشأة ويحدث بينها التآلف ومن مدلول هذا النص الذي بيّن أن الأسرة يجب أن تُبنى على مستويين: أدنى وأعلى، فالأدنى الرحمة (المصلحة)، والأعلى المودة، فالمودة حالة متقدمة من حالات العلاقة الزوجية، ولا تتوفر في كل الأسر بينما الرحمة، وهي ما فسرناه بالمصلحة حالة سائدة، ويجب أن تكون حاضرة في أذهان كل أركان الأسرة، ولا شك أن المصلحة في الأسرة تتحقق بكل أبعادها الفردية والجماعية، ففي الأسرة يتم تحقيق السكنية (والتعاون على البر والتقوى ودوام العشرة بالمعروف، مما يكون له الأثر الكبير في عبادتها وانقيادها لله تعالى، وفي إعمار الأرض، وإصلاحها، وتجميلها وجعلها مزرعة للأخرة ومراً لها)⁽⁵⁾ وهذا كله مصلحة، وطالما أن من أسس إقامة الأسرة لتحقيق المصلح، فمن غير الممكن تحقيق المصلحة من غير ممارسة الشورى؛ لأن قيام الأسرة كوحدة متكاملة غير ممكن في ظل الأثرة

1- انظر: الأسرة ومقصد التدبير المؤسسي للمجتمع، 80.

2- رواه البخاري كتاب الجمعة باب الجمعة في القرى والمدن، ومسلم، كتاب الإمامة باب فضيلة الإمام العادل عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه.

3- انظر: التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية، 287.

4- انظر: المحصول، 174/5، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 3/107، الموافقات، 2/246 أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، 208.

5- علم المقاصد الشرعية، 180.

والاستبداد، فالشورى هي المعبر الحقيقي عن المصلحة، وبغير الشورى لا تتحقق المصلحة لكل الأطراف، ولا يمكن أن تكون الأسرة رافدا مجتمعا إيجابيا⁽¹⁾.

7- تحقيق مقصد التناسل.

من مقاصد تكوين الأسرة تحقيق التوالد الأسري المنصوص عليه بقوله ﷺ: «تزوجوا الودود الولود»⁽²⁾ وهذا المقصد يحتاج إلى تحقيق كمي ونوعي، وهو لا يتحقق إلا بالتشاور بين الزوجين إذ لا يمكن أن يتحقق بصورته الجيدة بعدم التشاور.

8- تنظيم تطلعات المراهقين.

مرحلة المراهقة هي مرحلة متوسطة بين الطفولة والنضج⁽³⁾ والمراهق هو عنصر يتطلع لأن ينتقل من مرحلة الطفولة إلى مرحلة الرشد، وهذا التطلع يظهر على شكل صراع بين متطلبات الطفولة، ومتطلبات الرشد، فيظهر في تصرفاته الاضطراب، وكثير من الأحيان العشوائية والفوضوية والمراهق في هذه الحالة تتجاذبه التيارات والأهواء⁽⁴⁾ وما لم ندرك احتياجاته، ومتطلباته، ونفهم مزاجه، ونتعامل معه بصورة متوازنة، فإنه قد يطل على الحياة من بوابة الانحراف⁽⁵⁾ وهذه الحالة للمراهق تحتاج إلى إدماج اجتماعي، وتحتاج إلى استيعاب وجهة نظره، وتنظيم تطلعاته، وإدخال المراهق في دائرة المسؤولية، والانتقال به من حالة التطلع الفردي إلى دائرة التطلع الجماعي، ولن يكون إلا من خلال الشورى، فذلك يُسهم في تحقيق تطلعاته ونقله نقلة سياسية واجتماعية سلسة، وحتى يتم إدماج المراهق في المجتمع، والانتقال به انتقالا آمنا ليصل إلى المستوى المطلوب إسلاميا، وإنسانيا نحن بحاجة أن نمنحه الثقة بقدراته وإمكاناته، واحترام قراراته وأرائه، ولا بأس بالنزول عند آرائه ومقترحاته والسير معه سيرا إيجابية غير معاند، وعدم إهاتته والاستهانة به، ولا يتم ذلك بغير الشورى والحوار⁽⁶⁾.

9- حسن إدارة اقتصاد الأسرة.

من الأمور المسلمة أن الأسرة تقوم من الناحية المادية على ميزانية تسيير وضعها المادي، وهو ما نطلق عليه اقتصاد الأسرة، وما لم يشترك كل أفراد الأسرة في إدارة اقتصاد الأسرة، فلن تسيير الأسرة في طريق إيجابي، ولا يمكن المشاركة في إدارة اقتصاد الأسرة إلا بالشورى⁽⁷⁾.

1 - انظر: الاستشارات الأسرية ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها على شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) 320.

2 - سبق تخريجه.

3- المراهق كيف نفهمه وكيف نوجهه، 7.

4 - انظر: مشكلة طلبة المرحلة الثانوية بمحافظة غزة وسبل علاجها في ضوء الفكر التربوي الإسلامي، 31.

5- انظر: فن التعامل مع المراهقين مشكلات وحلول، 15.

6- انظر: فن التعامل مع المراهقين مشكلات وحلول، 157، كيفية التعامل مع المراهقين، 4، واقع الحوار الأسري بين الوالدين والأبناء في دولة الكويت، 3.

7- انظر: التعاون والمشورة المالية في ضوء الشريعة الإسلامية 44.

10- التربية على الحرية .

الحرية أئمن من يمتلك الإنسان، وكلما كان الإنسان حراً كان أكثر إيجابية⁽¹⁾ والأمة الحرة هي التي تبني الحضارة⁽²⁾ والإسلام جعل أساسه حرية الإرادة ظاهرة وباطنة، ورتب عليه صحة الأفعال وبطلانها، فكل فعل أنبى على إكراهه، فلا يترتب عليه آثاره قضاء وديانة⁽³⁾ وإذا ترتب عليه قضاء، فلا يجزى حراماً ولا يجرم حلالاً ديانة، فمن أكرهه على الاعتراف بجريمة هو لم يرتكبها فالعقوبة لا تذهب ببراءته، فهو ديانة عند الله بريء، ومن أكرهه على الدخول في الإسلام، فلا يقبل منه، ومن أكرهه على بيع ما يملك لا ينعقد البيع؛ فدين الله لا إكراه فيه فالحرية رشد والإكراه غي قال تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ف﴾ (البقرة/256)، فهذا المبدأ العظيم الذي حرص الإسلام على جعله أساس الحياة لا يمكن أن ينمو نمواً طبيعياً إلا في مجتمع حر، وداخل أسرة حرة، ولا مجال لأن تكون الأسرة حرة إلا بممارستها للشورى التي تمنح كل فرد من أفرادها الحرية الكاملة في التعبير عما يعتدل في صدره.

11- التدريب على حل المشكلات .

الأسرة معهد تدريبي يتدرب فيه أفراد الأسرة على مواجهة الحياة، وإعداد أفراد الأسرة للمجتمع، وعليه فإن ممارسة الشورى داخل الأسرة تمنح أفرادها قدرات كبيرة على حل المشكلات، ولا شك أن مشكلات الحياة متعددة ومتنوعة، وما لم نعد النش لكيفية مواجهتها وحلها، فسيقعون في أول اختبار لهم في الحياة؛ لذلك في الشورى داخل الأسرة مدرسة للتعليم على حل المشكلات في المستقبل.

12- الحد من حدوث الطلاق.

الطلاق آخر الحلول التي يلجأ لها الزوج لفق ارتباط لم يحقق مقاصده، وهو من جهة من يصدر عنه بيد الرجل، وجعله بيد الرجل مسألة موضوعية إذ أنه المستول عن دفع نفقات الزواج ونفقات الأسرة، وهو صاحب رأس المال الأكبر في الأسرة، ومشكلة الطلاق من المشكلات التي تورق المجتمع، وتشكل بؤرة الانحراف لأهم عنصر في الأسرة، وهم الأولاد⁽⁴⁾ وممارسة الشورى داخل الأسرة يجد من حدوث هذا الحل الذي عبر عنه النص النبوي بأنه (أبغض الحلال إلى الله..)⁽⁵⁾ فعندما تكون الشورى هي السائدة داخل الأسرة يتم محاصرة المشكلات وحلها أولاً بأول، ويمنع تفاقم أي مشكلة أو تطورها، وهو ما يعني منع أو الحد من

1- انظر: الحرية في الإسلام، 17.

2- انظر: تحرير الحرية في رسائل النور، 74.

3- انظر: أثر الإكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، 88.

4- انظر: ظاهرة الطلاق أسبابها وآثارها وعلاجها في ضوء الهدى النبوي، 277.

5- رواه ابن ماجه كتاب الطلاق، باب حَدَّثَنَا سُوَيْدُ بْنُ سَعِيدٍ، وَأَبُو دَاوُدَ، وَكَتَابُ الطَّلَاقِ، بَابُ فِي كَرَاهِيَةِ الطَّلَاقِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ ابْنُ حَجْرٍ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَهَ، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ، وَرَوَّجَهُ أَبُو حَاتِمٍ إِزْسَالَهُ، بَلُوغُ الْمَرَامِ مِنْ أَدْلَةِ الْأَحْكَامِ، كِتَابُ الطَّلَاقِ 406، وَقَالَ الْأَبْيَانِيُّ أَبْغَضَ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ، إِسْنَادٌ مُوَصَّلٌ. وَلَكِنَّهُ شَاذٌ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأُمَّةِ، وَقَالُوا: الصَّوَابُ مَرْسَلٌ، ضَعِيفٌ أَبِي دَاوُدَ، 2/ 228.

وصولها إلى حالة الطلاق.

وأخير. أحسب أني قد استقصيت ما رأيت أنه من الآثار المقاصدية للشورى داخل الأسرة، وثمة آثار مقاصدية للشورى الأسرية قد يستتجها آخرون، ويقدمون ما لم أقدم.

الخاتمة

البحث في قضايا الأسرة من الأمور الممتعة جدا؛ لأن الباحث حين يبحث مثل هكذا موضوعات يسير مع حياته، وتكوين أسرته وسيرها وكل ما يتعلق بها، وقد عشت باحثا في موضوع الآثار المقاصدية للشورى الأسرية، متقلبا بين الأهمية والحكم والمجالات، ثم جوهر البحث وهو الآثار المقاصدية، ومطلعا على كثير من المصادر والمراجع التي أثرت كثيرا من المجالات والجوانب التي تتعلق بالأسرة، ويمكن في هذا الخاتمة استخلاص ما توصلت إليه على النحو التالي:

أولاً: الخلاصات:

- 1- لاشك أن الشورى مشروعة بصرف النظر عن مجالها، مع تفاوت الإثم الناتج عن التقصير في ممارستها بين فئة وأخرى.
- 2- ان مجالات الشورى في الأسرة تسير باتجاهين الاستراتيجي والمؤقت، وكلاهما في غاية الأهمية غير أن المجال الاستراتيجي أكثر أهمية باعتباره أكثر تأثيرا على مسار الأسرة وبنيتها، ومستقبلها.
- 3- من المسلمات التي لا جدال فيها أن ممارسة الشورى داخل الأسرة له آثاره الإيجابية الجمّة والتي من أهمها:

- تحقيق التوافق الأسري.
- منع التجيب داخل الأسرة.
- تفعيل مقصد المسؤولية.
- تحقيق المصلحة في الأسرة.
- تحقيق مقصد التناسل.
- التربية على الحرية.
- التدريب على حل المشكلات.
- تنظيم تطلعات المراهقين.
- إدارة اقتصاد الأسرة.
- الحد من ظاهرة الطلاق.

ثانياً : التوصيات:

لاشك أن الأسرة أهم عنصر في مكونات المجتمع، وعليه فنوصي أن يتم تعهدها وتتبع مستجداتها

بالبحث العلمي في كل الجامعات ومراكز البحث، بإقامة المؤتمرات والندوات العلمية، ومن المستحسن تأسيس كراسي علمية لشؤون الأسرة، ومخابر فقه الأسرة لذلك.
وصلى الله وسلم على خاتم الأنبياء وإمام المرسلين الصادق الأمين محمد بن عبد الله الرحمة المهتدة.

المراجع والمصادر:

- 1 أثر الإكراه في عقد النكاح دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أسامة ديب سعيد مسعود، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، عام 1427 هـ 2006م.
- 2 أحكام الخطبة دراسة فقهية، مريم سلياني، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، جمهورية الجزائر، عام 1435 هـ 2015م.
- 3 الآداب الشرعية والمنح المرعية، محمد بن مفلح المقدسي (ت 763هـ)، عالم الكتب، بيروت، بدون ط.ت.
- 4 إستراتيجية المشورة في صدر الإسلام الحثيث والتناجح، خليل عادل إسماعيل، مجلة دراسات تاريخية، العراق، العدد التاسع، كانون الأول، عام 2015م.
- 5 الاستشارات الأسرية ضوابطها الشرعية وتطبيقاتها على شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) آدم نوح علي معاينة القضاة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 21، عدد 66، عام 206م.
- 6 الأسرة في الإسلام حقوق وواجبات، أحمد مبارك سالم، سلسلة دعوة الحق، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، العدد 264، السنة الثامنة عام 1436 هـ.
- 7 الأسرة في مقاصد الشريعة قراءة قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، زينب طه العلواني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي هرنند، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، ط/1، عام 1432 هـ 2012م.
- 8 الأسرة وعوامل نجاحها، نبيل حليلو، بحث مقدم إلى الملتقى الوطني الثاني حول الاتصال وجود الحياة في الأسرة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عام 2013م.
- 9 الأسرة ومقصد التدبير المؤسسي للمجتمع، محمد طونيو، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 597، مارس، عام 2015م.
- 10 الأسس الإسلامية للتنمية الشورى كنموذج مغاير، إبراهيم راشد محمود سعيد، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، عام 2005م.
- 11 الإسلام والاستبداد السياسي، محمد الغزالي، نهضة مصر، الجيزة، ط/6، عام 2005م.
- 12 الإسلام والديمقراطية، فهمي هويدي، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، ط/1، عام 1413 هـ 1993م.
- 13 أصول الفقه الذي لا يسعُ الفقيهُ جهلهُ، عياض بن نامي بن عوض السلمي، دار التدمرية، الرياض، ط/1، عام 1426 هـ 2005م.
- 14 اعتبار العرف في أحكام الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، فاطمة الزهراء عزوز، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جمهورية الجزائر، عام 1437 هـ 216م.
- 15 الأعلام، خير الدين بن محمود الزركلي (ت 1396 هـ) دار العلم للملايين، بيروت، ط/15، عام 2002م.
- 16 إكراهات الثقافة الاستهلاكية وتأثيرها في التنشئة القيمية للأسرة بشير خليفني إبراهيم، ضمن كتاب الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط/1، عام 1436 هـ 2015م.
- 17 بعض العوامل المسهمة في سوء التوافق الزوجي كما يدركها القائمون على لجان التوفيق والمصلحة وبعض المترددين عليها في محافظة مسقط، ميمونة بنت يعقوب بن عدي الهناتية، رسالة ماجستير، كلية العلوم والآداب، جامعة نزوى، سلطنة عمان، عام 2013م.
- 18 بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852 هـ) تحقيق

- ماهر ياسين الفحل، دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض، ط/1، عام 1435هـ-2014م.
- 19 البنية الأسرية في المنظور الإسلامي، إحسان عبد المنعم سهارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، بغداد، السنة الثانية، العدد الرابع، عام 2012م.
- 20 بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، محمود بن عبد الرحمن ابن أحمد شمس الدين الأصفهاني (ت 749هـ) تحقيق محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط/1، عام 1406هـ 1986م.
- 21 تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي (ت 1205هـ)، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون ط ت.
- 22 تحرير الحرية في رسائل النور، عمار جيدل، النور للدراسات الحضارية والفكرية، السنة 6، العدد 12، عام 2015م.
- 23 التعاون والمشورة المالية في ضوء الشريعة الإسلامية، كمال حمدي أبو المجد، مجلة البنوك الإسلامية، لاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، العدد 5، عام 1979م.
- 24 التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية، إخلاص ناصر الزبير، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المدينة المنورة، المجلد 24، العدد 2، 1437هـ 2016م.
- 25 تفسير الماوردي = النكت والعيون، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت 450هـ)، تحقيق السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ط ت.
- 26 تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي (ت 370هـ) تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/1، عام 2001م.
- 27 الثقة بالنفس وعلاقتها بتقدير الذات لدى طلاب المرحلة الثانوية بولاية الخرطوم، أشرف محمد أحمد علي، المجلة العلمية، جامعة الإمام محمد المهدي، جمهورية السودان، العدد 8، عام 2016م.
- 28 الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه صحيح البخاري، محمد بن إسحاق أبو عبد الله البخاري الجعفي (ت 256هـ)، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط/1، عام 1422هـ.
- 29 الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت 671هـ) تحقيق أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش دار الكتب المصرية، القاهرة، ط/2، عام 1384هـ 1964م.
- 30 جهرة اللغة، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت 321هـ) تحقيق رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط/1، عام 1987م.
- 31 الحرية في الإسلام، محمد الحضر حسين، دار الاعتصام، القاهرة، بدون ط ت.
- 32 خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/2، 1434هـ 213م.
- 33 زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ) مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط/27، عام 1415هـ 1994م.
- 34 السنة، أبو عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المروزي (ت 294هـ) تحقيق سالم أحمد السلفي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط/1، عام 1408هـ.
- 35 سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت 273هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون ط ت.
- 36 سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني (ت 275هـ) تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، بدون ط ت.
- 37 الشروط المشترطة في عقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، خديجة أحمد أبو العطا، رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية

- غزة، عام 1428 هـ 2007م.
- 38 شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان بن سعيد الحميري اليمني (ت 573هـ) تحقيق حسين بن عبد الله العمري، مطهر بن علي الإرياني، يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، دار الفكر (دمشق - سورية)، ط/1، عام 1420 هـ 1999م.
- 39 الشورى بين النص والتاريخ، عز الدين معيش، إسلامية المعرفة، العدد 83، شتاء 1437 هـ 2016م.
- 40 الشورى وأثرها في الديمقراطية دراسة مقارنة، عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، ط/3، ب ت.
- 41 الشورى وأحكامها في نظام الحكم الإسلامي، خالد محمد جاسم، مجلة كلية التربية الأساسية، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد 66، عام 2010م.
- 42 الشورى والديمقراطية في الفكر الإسلامي المعاصر، خليفة بوزازي، دفا تر السياسة والقانون، كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3، العدد 15، 2015م.
- 43 ضعيف أبي داود، محمد ناصر الدين الألباني (ت 1420هـ)، مؤسسة غراس - الكويت، ط/1، 1423هـ.
- 44 طبائع الاستبداد ومصارع الاستعباد، عبد الرحمن الكواكبي (ت 1320هـ) دار النفائس، بيروت، لبنان، ط/3، عام 1427 هـ 2006م.
- 45 ظاهرة الطلاق أسبابها وآثارها وعلاجها في ضوء الهدى النبوي، عماد عمر خلف الله أحمد، مجلة مركز بحوث القرآن الكريم والسنة النبوية - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - السودان، العدد 2، عام 2015م.
- 46 علم المقاصد الشرعية، نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الرياض، ط/1، عام 421 هـ 2001م.
- 47 عمل المرأة في ضوء الشريعة الإسلامية، محمود يوسف الشويكي، بحث مقدم لمؤتمر التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، عام 2006م.
- 48 غياث الأمم في التياث الظلم، عبد الملك بن محمد الجويني (ت 478هـ) تحقيق مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الاسكندرية، بد ط ت.
- 49 فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852 هـ) رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، عام 1379هـ.
- 50 فقه الشورى، حمد بن إبراهيم العثمان، طبعة خاصة بالمؤلف، ط/1، عام 1433هـ.
- 51 فقه الشورى والاستشارة، توفيق الشاوي، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط/1، عام 1412 هـ 1992م.
- 52 فن التعامل مع المراهقين مشكلات وحلول، ناصر الشافعي، دار البيان، القاهرة، ط/1، عام 1430 هـ 2009م.
- 53 في النظام السياسي للدولة الإسلامية، محمد سليم العواء، دار الشروق، القاهرة، ط/2، عام 1427 هـ 2006م.
- 54 في ظلال القرآن، سيد قطب إبراهيم، دار الشروق، القاهرة، ط/32، عام 1423 هـ 2003م.
- 55 كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو الفراهيدي (ت 170هـ) تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، بدون ط ت.
- 56 كيفية التعامل مع المراهقين، فاتح الدين شنين، الأخضر جفوب، الملتقى الوطني الثاني حول: الاتصال وجودة الحياة الأسرية، إبريل 2013م.
- 57 لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور (ت 711هـ)، دار صادر، بيروت، ط/3، عام 1414 هـ.
- 58 المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية (ت 542هـ) تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، عام 1422 هـ.

- 59 المحصول أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين الرازي (ت 606هـ) دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط/3، عام 1418 هـ 1997م.
- 60 مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي (ت 666هـ)، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط/5، عام 1420 هـ 1999م.
- 61 المراهق كيف نفهمه وكيف نوجهه، عبد الكريم بكار، دار وجوه، الرياض، ط/3، عام 1432 هـ 2911م.
- 62 مشكلة طلبة المرحلة الثانوية بمحافظة غزة وسبل علاجها في ضوء الفكر التربوي الإسلامي، دانيال سليم خالد إسماعيل، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، عام 1424 هـ 2003م.
- 63 المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت 770هـ)، المكتبة العلمية، بيروت، بدون ط.ت.
- 64 مصطلح الحديث المؤلف: محمد بن صالح العثيمين (ت 1421هـ)، مكتبة العلم، القاهرة، ط/1، عام 1415 هـ 1994م.
- 65 معاني القرآن وإعرابه، إبراهيم بن السري أبو إسحاق الزجاج (ت 311هـ) تحقيق عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط/1، عام 1408 هـ - 1988م.
- 66 معاني القرآن، أبو جعفر النحاس أحمد بن محمد (ت 338هـ) تحقيق محمد علي الصابوني، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط/1، عام 1409 هـ.
- 67 المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، بدون ط.ت.
- 68 المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار (مطبوع بهامش إحياء علوم الدين)، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (ت 806هـ)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط/1، عام 1426 هـ 2005م.
- 69 المفردات القرآنية في موضوع الأسرة دلالاتها الفقهية وامتدادها الاجتماعي، رولا محمود الحيت، ضمن كتاب مؤتمر الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفتح، عمان، ط/1، عام 1436 هـ 2015م.
- 70 المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني (ت 502هـ) تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط/1، عام 1412 هـ.
- 71 مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، دار الهجرة، الرياض، ط/1، عام 1418 هـ 1998م.
- 72 ملامح من التربية الأسرية في ضوء القرآن الكريم سورة النساء - نموذجاً - سهيلة قاسمي، رسالة ماجستير في علو القرآن، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، عام 1436 هـ 2015م.
- 73 الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي (ت 790هـ) تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الجيزة، ط/1، عام 1417 هـ 1997م.
- 74 موسوعة السياسة، عبد الوهاب الكيالي وآخرون، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت، بدون ط.ت.
- 75 الموسوعة الفقهية الكويتية، فريق عمل متكامل، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، طبعة: من عام 1404 - 1427 هـ.
- 76 نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، عبد الرحمن الصابوني، دار الفكر، دمشق، ط/3، عام 1426 هـ 2005م.
- 77 واقع الحوار الأسري بين الوالدين والأبناء في دولة الكويت، تهاني منقاش الهاجري وآخرون، دراسات تربوية ونفسية: مجلة كلية التربية بالقازيق، مصر، العدد 89، عام 2015م.

ضابط التحكيم المقاصدي ومسالكه التعليلية في استصلاح قضايا الأسرة المستجدة - دراسة النصوص الشرعية في ضوء فقه المقاصد -

بقلم

د. قبلي بن هني

شعبة العلوم الإسلامية - جامعة عمار ثليجي بالأغواط

gueblibn@yahoo.fr

مقدمة

الحمد لله على ما تزايد من النعم، والشكر له على ما أولانا به من الفضل والكرم، ثم الصلاة والسلام على من تبلغه صلواتنا وهو في رسمه، محمد بن عبد الله نبي الصلاح بما نال من قصده، ونثني بآله وصحبه ومن نهل من شرعه، أما بعد: فلا تكاد تنتهي رغبة نظار المشرعين في عصرنا عند حد محدود لاستصلاح نظام الأسرة ومركبها العمراني، ولا تفتأ تسترعي حقوقها بتقصيد أحكامها واستنطاق من انطوت عليه أدلتها، إذ لا غرو أن الأصل المرعي في بوتقة تأم منظومة النصوص الشرعية لتصحيح المسالك النظرية، بما تكتنفه من المقاصد الربانية والإرادات النبوية، وتحصيل السنن الإلهية والمدارك الشرعية، تشوفاً لتحكيم مقاصدي يراد منه تقويم الفكر الرامية لإصلاح النظام الاجتماعي على أتم وجه وأكمل مرام. وهذه قاعدة الفقه المكيته بكلياتها الجامعة لأصرة التشريع، والتي تتطلب أصولاً اعتبارية ومقاييس تنظيمية ومسالك استنباطية، وما تنبني عليه من معيارية البنية المفاهيمية، من حيث التوجيهات الدلالية والبيانية، وارتباطها بالوعي المقاصدي المنبثق عن معرفة شاملة بالواقع ومجرى حوادثه وملبسات مستجداته.

وليس هذا فحسب، بله والمطلوب تلاقح معاهد جميع العلوم الإنسانية، التي تقضي بمصادقية الوحي وعصمته، وصلاحية تحكيم مقاصده التي ليست بمنأى عن هذا الزخم المعرفي، الذي أعطى دفعا حضاريا ورقيا اجتماعيا. يُرتشف من خلاله بعد ودقة ملحوظات الشارع التي تعلقت بفقه الأحوال الشخصية وآثار عقد النكاح، بما استأثرت من الحكم والمصالح حتى يستقيم أمر الأسرة المسلمة، وتتمكن من بناء مكانتها الحضارية بين الأمم، لتكون مضرب المثل وموقظة الأفئدة.

ولتمحيص مفردات هذا النظام المرسوم، حاولت أن أجمع مقروءاتي وأرتب معلوماتي في موضوع وسمته بـ "ضابط التحكيم المقاصدي ومسالكه التعليلية في استصلاح قضايا الأسرة المستجدة - دراسة النصوص

الشرعية في ضوء فقه المقاصد"، وحاولت أن أحقق النظر مستعينا بفهوم الأئمة النظار في مكامن الكليات والقواعد بالاحتكام إلى قانون المقاصد الشرعية، والتعويل على التراث بما استبصرته من فقه الأئمة رحمهم الله تعالى، مع رعاية أساس النظرية الجامعة لضابط الفروع المتعلقة بتحقيق مسالك هذا التحكيم، على غرار ضبط المصلحة وثبوتها وترجيحها، وتنقيح مناطها واستثمارها في التعليل والتوجيه.

وقد تتجلى للمحاور البحثية في استشكالات عدة تجمعها وحدة الموضوع، وهي في النقاط التالية:
- ما مفهوم التحكيم المقاصدي باعتبار ما تلبس به من مضامين مسالك العلة وأثرها مقاصدياً؟
- وما هي مسالك هذا التحكيم التي تمكن هذا النمط النظري من تبرير مشروعية المستجدات الأسرية؟
- ما مدى فعالية المقاصد الشرعية ووجه صياغة تحكيمها في تمحيص أحوال الأسرة بين (المُشرعين والمُشرّعين)؟

وعلى غرار ما سبق من ثلاثي المحاور، انبرت تراتيب المعارف المنوطة ببحثنا تحصيل خطة مفادها كالتالي:
** المبحث المفاهيمي:

أولاً- المراد بالتحكيم المقاصدي

ثانياً- مفهوم التعليل المقاصدي

ثالثاً- مفهوم مستجدات الأسرة وبيان مجمل حقوقها في الشريعة الإسلامية

** المبحث التأصيلي وتطبيقاته:

أولاً- الخطاب التشريعي المتعلق بنظام الأسرة واستصلاح مهامها.

ثانياً- تمحيص المنظومة المقاصدية لأصول نظام الأسرة المعاصرة.

ثالثاً- ضابط النظر في مستجدات الأحوال الشخصية من خلال نظرية المقاصد الشرعية.

رابعاً- مسالك التحكيم المقاصدي واستثمارها في فقه الأسرة ومستجداتها المعاصرة.

خامساً- لزوم الوعي المقاصدي وأثره في محاكمة مظاهر فساد الزمان.

سادساً- ظاهرة "عمل المرأة خارج بيتها" أنموذج عصري للتحكيم المقاصدي (ملف إضافي مرفق).

** خاتمة.

** المبحث المفاهيمي :

أولاً المراد بالتحكيم المقاصدي : - وفيه ثلاثة فروع:-

1/ التحكيم: من مادة (ح ك م)، وهي تدلّ في الأصل على المنع، وكل اشتقاقاتها ترجع إليه، ومن ذلك حَكَمَ (بالتضعيف) تحكياً: يدل على إجازة قول المفوض للحكم¹. ومنه قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكُمْ﴾

1 ينظر (مادة ح ك م): كتاب الكليات للكفوي [تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت - 1419 هـ - 1998م] (ص 180).

[النساء: 65]. وفي استعمال الشرع¹: "اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما، لفصل خصومتها ودعواهما"². ومن ذلك ما حكاه الخطاب، قال: "إذا حَكَمَ رجلا ورضيا بحكمه لزمها حكمه إذا كان جائزا شرعا، وإن خالف حكم البلد بخلاف التحكيم في الشهادة، فله الرجوع عنه"³.

2/ المقاصد: من مادة (ق ص د) ، ويرجع معنى هذه المادة في الأصل الوضعي إلى عدة إطلاقات: إتيان الشيء بعزم وأتمه معتمدا المطلوب بعينه يكون غايةً، على جهة التوسط والاعتدال والاستقامة⁴. وفي الاصطلاح عرّفها بقولي⁵: "ما يستهدفه الشارع من الغايات في وضع التكليف بموجب البواعث لاستصلاح الجامعة الإنسانية".

3/ تعريف (التحكيم المقاصدي): بجمع مدلولي المفردتين ظهر لي أن المقصود بذلك هو: "انضباط مراد الشارع في نفسه، والقضاء بلزوم ما تفرع عنه في بابه". وعلى هذا المعنى أعتبر أن الاحتكام إلى مقاصد الشريعة في استنطاق الأحكام الشرعية حتمٌ لكل متفقه، لكن لا على سبيل الاستقلالية في التفعيل، والتجرد عن نصوص الكتاب والسنة المنوطة بالعصمة لمارسها والمحافظة على حرمتها في نفسه⁶. وبالتالي لا يقضي بالتحكيم ولا يباشره إلا مجتهد جامع بين فقهي الشريعة والواقع، غوّاص في الحقائق مفتش عن الدقائق⁷. حتى لا يتجاسر من ليس من أهل النظر والفقه في الدين: فيوقع الأمة في الغلط، أو يشذ بهم في مسالك الغلو

1 والمناسبة بين الحد الوضعي والاصطلاحي: منع كل من الخصمين مما أرادا ابتداء. تقول: "حكمت الرجل: منعتة مما أراد". {نقلا من: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم لنشوان الحميري [حققه: حسين العمري - مطهر الإيراني - يوسف محمد عبد الله. دار الفكر المعاصر (بيروت)، دار الفكر (دمشق) الطبعة: الأولى، 1420 هـ] (3/1538)}. أو أجزت له ما كان من حقه حيث منعتة عن خصمه. ويلزم منه وجود تنازع وبين طرفين، وفكّه من قبل محكّم، وهو في اصطلاحنا "تنازع ذهني"، ويكون المكلف العاقل قاض على تصرفاته في نفسه أو من وكّله دليلا له، بحيث يشرط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد، وذلك ما استصلحه الله في كتابه، عند قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 43].

2 مجلة الأحكام العدلية [لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، حققه: نجيب هواويني وغيره] (المادة 1790 - ص 365).

3 مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للخطاب [دار الفكر. الطبعة: الثالثة، 1412 هـ] (6/113).

4 ينظر (مادة ق ص د): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للفيومي [المكتبة العلمية. بيروت لبنان دط/دت] (504/1)، المحكم والمحيط الأعظم لأبي الحسن ابن سيدة [عبد الحميد هنداوي - دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى 1421 هـ] (6/188).

5 سقته في بحثي أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ "فقه الحديث النبوي بين التأصيل والتطبيق من خلال نظرية المقاصد الشرعية"، تحت إشراف الأستاذ الدكتور عبد القادر سليمان، والتي نوقشت في أكتوبر 2014 بجامعة وهران 1-1. قلت: ومن خلال هذا التعريف يحصل الناظر ثلاثة أركان، تعتبر معايير الدرس المقاصدي: مصدر التقصيد - منحى التفعيل - منفذ التحكيم، وهذا الأخير يرد معنا بيان مسالكه في الفصل التأصيلي لأنه محور الموضوع ومَعول بحثنا.

6 ينظر: الاجتهاد المقاصدي - حجتيه ضوابطه مجالاته - لنور الدين الخادمي [مكتبة الرشد السعودية، الطبعة الأولى 1426 هـ] (103-125). وينظر ما ينبغي أن يكون عليه المفتي: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم [حققه مشهور بن حسن، دار ابن الجوزي، السعودية الطبعة: الأولى 1423 هـ] (220/1).

7 وما سقته من عنوان مداخلتني لا أدعي أنني بلغت المرحلة، وإنما أسوق أقوال الأئمة واستبصر بأنظارهم في التأصيل، وأستأنس بمناهجهم في التفريع.

والتنطع. وليس بأحسن ما مثل به الإمام السمعاني (الفقيه) في بقوله: "ما يشبه الفقيه إلا بغواص في بحر در، كلما غاص في بحر فطته، استخرج دراً، وغيره يستخرج أجراً"¹.

ثانياً مفهوم التعليل المقاصدي² - وفيه فرعان:-

1/ التعليل: من مادة (علل) وهو يدل على الإعاقة، ومنه العلة، وقد حدها ابن فارس بقوله: "حدث يشغل صاحبه عن وجهه. ويقال اعتله عن كذا، أي اعتاقه"³. فيكون مسمى التعليل تفعيل هذا الحدث، ويتحصّل منه المفهوم الاصطلاحي، وهو: "أن يريد المتكلم ذكر حكم واقع أو متوقع، فيقدم قبل ذكره علة وقوعه، لكون رتبة العلة متقدمة

على المعلول"⁴. فهو معيار التحقيق الأسمى، لتحقيقه في النسب الثبوتية وتعلق المؤثر بالأثر ومحلّه في الوجود.

2/ مدلول مصطلح (التعليل المقاصدي): للمتأخرين جملة من الاعتبارات التي تتضمن مبادئ النظر المقاصدي في عملية الاجتهاد الاستصلاحي، ومن ذلك ما حدّه به الدكتور عبد الرؤوف محمد أمين الأندونيسي، بقوله: "البحث عن أسرار الأحكام - من أمر ونهي وغيرهما - وجكهما ومعانيها"⁵.

ثالثاً- مفهوم مستجدات الأسرة وبيان مجمل حقوقها في الشريعة الإسلامية:

1/ المستجدات لغة: من مادة (ج د د)، وهو جمع (مستجد) على وزن اسم الفاعل، تقول: استجد الشيء صار جديداً، و(مستجد) بمعنى اسم مفعول، تقول: استجد الشيء استحدثه وصيره جديداً⁶. وفي عرف الفقهاء يراد بها النوازل، وهي (الحوادث الواقعة في المجتمع والتي تحتاج إلى حكم شرعي)⁷.

1 قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني [حققه حافظ الحكيمي، مكتبة التوبة. الطبعة الأولى 1419هـ] (1/ص04).
2 أعرف هذا التركيب لأنه مستلزم للمصطلح السابق، إذ ينظر إليه كآلة اجتهادية ينضبط من خلالها تصور الرابط بين الحكم التكليفي والمعنى الباعث عليه، بهذا التحكيم القاضي على موارد الخلاف. ولا غرو أن أثر استئثار هذا النمط الاجتهادي على مستوييه (الاستنباطي والتنزيلي) كامن في تقارير الفحول في مسائل النوازل والمستجدات العصرية، ومن ذلك من تعلق ببحثنا في فقه الأسرة. ولذا ينبغي أن تُتبع مناسبات الأحكام الفرعية واستخراج مفهوم الأئمة منها، حتى يقتضص المنهج العام والملازم للنظر في تحكيم المقاصد القطعية والأصول الكلية على الوجه الذي يرضاه رب العالمين.

3 معجم مقاييس اللغة لابن فارس (مادة: عل) [حققه عبد السلام هارون، دار الفكر، دط/1399هـ] (4/13).

4 ينظر كتاب: الكليات للكفوي (ص294).

5 الاجتهاد تأثره وتأثيره في فقه المقاصد والواقع لعبد الرؤوف محمد أمين الأندونيسي [دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط/دت] (ص535). وينظر: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوستف حامد العالم [المعهد العالمي للفكر الإسلامي. الطبعة الثانية، 1415 هـ] (ص123).

6 ينظر مادة (ج د د): المعجم الوسيط بإشراف: إبراهيم مصطفى، وغيره [مجمع اللغة العربية بالقاهرة - دار الدعوة، دط/دت] (1/109).

7 يراجع: سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة لهبة الزحيلي [دار المكتبي، الطبعة الأولى، 1421هـ] (ص09).

2/ مصطلح (الأسرة) من مادة (أ س ر)، ويستعملها أهل اللغة في معنى الحبس والإمساك والشّد والقوّة، ومن ذلك تطلق (الأسرة) على العشيرة والرهط والأهل الأدنوّن، لأن الرجل يتقوى بهم، ويشتدّ على أمره بهم، ويتحصّن بما عندهم من قوة ورأي، ولذا تطلق بهذا المعنى على الدّرع الحصينة¹. وباعتبار هذا المدلول العام لمصطلح (الأسرة) تُرَام عدة إطلاقات إضافية، لكونها جامعة لأفرادها على مقتضى معين، ومن ذلك، تقول:

- الأسرة الإنسانية: وهي جامعة الإنسان في جميع خصائصه ومميزاته، من حيث العاقلية والناطقة وما نيظا به من التكاليف في منظومة التشريع الإسلامي، المبني على الصلاح للبشر قاطبة.
- الأسرة الحاكمة: وتطلق على أولياء الأمور وأهل الحل والعقد في الأمة، وهم المكلفون وفق الترتيب الإدارية من حاكم ووزير ومستشار ونواب وقادة وغيرهم. وهذا الجانب يهتم به أهل التواريخ للتوثيق وأهل السياسة والحكم.
- الأسرة العلمية: وما دار في فلك خدمة العلوم والمعارف التي تعود على الأمة بتطور العمران في شتى الفكر.

- مطلق استعمال لفظ "الأسرة": وهو مرادف لمعنى العائلة عند الإطلاق، وما يلزم في تكوينها من غاية شرعية ونفسية واجتماعية. ومن ذلك تختلف مفاهيم أرباب المعارف لاختلاف أهداف تخصصاتهم، مع العلم أنه كان لهذه المفاهيم² أثر على الباحث في العلوم الشرعية من حيث تتبع مقاصد النكاح في الشرع وأيا أصلي باعتباره مقصودا بالمقصد الأول وأن غيره من المقاصد تبعية. فيعرفها الحقوقيون بأنها³: "الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة". ويعرفها باحثو علمي (النفس والاجتماع) بأنها "المؤسسة الاجتماعية التي تنشأ من اقتران رجل وامرأة بعقد يرمي إلى إنشاء اللبنة التي تساهم في بناء المجتمع، وأهم أركانها، الزوج، والزوجة، والأولاد"⁴.

وهي في عرف المتشرّعين -باعتبارها الرافد الاجتماعي والمرصد الأخلاقي-: "الجماعة التي ارتبط كناها بالزواج الشرعي، والتزمت بالحقوق والواجبات بين طرفيها وما نتج عنها من ذرية وما اتصل بهما من أقارب"⁵. وهذا ما أصبح يعرف بفقته (الأحوال الشخصية)¹، والذي يناط به ضبط أحوال الأسرة من تنظيم

1 ينظر (مادة: أ س ر): معجم مقاييس اللغة لابن فارس (107/1). وتاج العروس للزبيدي [مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط/دت] (10/ص51).

2 وهو ما تراه في تعريف الأسرة عند الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه "الأسرة المسلمة في العالم المعاصر" [دار الفكر المعاصر بيروت، دار الفكر دمشق، الطبعة الأولى، 2000م] (ص20).

3 نقلا من: قانون الأسرة الجزائري، الصادر عن الأمانة العامة للحكومة - 2007 [المادة: 02] (ص01).

4 نقلا من كتاب: العنف الأسري وأثره في التحصيل الدراسي للكاتبة لؤلؤة مطلق الجاسر [دار سعاد الصباح، الكويت، الطبعة الأولى، 2015م] (ص20).

5 ينظر: موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام -مراحل تكوين الأسرة- لعطية صقر [مكتبة وهبة، القاهرة. دط/1427هـ] (1/ص38).

العلاقة بين الزوجين وأقاربها، سواء النسبية أو المالية أو التربوية وما تعلق بها من حقوق. فمعيار الشرع يعطي مكونات الأسرة معاملة منضبطة بين أفرادها، بحسب حق كل فرد منها، بحيث "وضعت الشريعة نظام الأسرة التي هي أساس بناء العمران على قواعد ثابتة .. فقد جعلت لكل فرد من أفرادها حقاً يناسبه ويليق به: من تعظيم، ونفقة، وميراث، ووصية، وغير ذلك"².

** المبحث التأصيلي وتطبيقاته:

أولاً الخطاب التشريعي المتعلق بنظام الأسرة واستصلاح مهامها:

مما ينبغي أن يُعلم أولاً أنّ "النكاح معين على الدين، ومهين للشياطين، وحصن دون عدو الله حصين، وسبب للتكثير الذي به مباحة سيد المرسلين لسائر النبيين. فما أحرأه بأن تتحرى أسبابه وتحفظ سنته وآدابه وتشرح مقاصده وآرابه وتفصل فصوله وأبوابه"³. فإذا صح عقد النكاح شرعاً، لوحظ فيه قصد الاستمرار والديمومة حتى يرد عليه ما يقتضي فساده أو بطلانه⁴. ولذا لزم النظر في أهم أركان العقد من جهة مكونات الأسرة التي يجمعها هذا العقد، وهما: الزوج والزوجة، وما يترتب على اقترانها من إنجاب الولد، فاستبان أن ثمة حقوقاً لكل طرف، وهي: المسكن والنفقة والعشرة. لأنّ باجتماع هذه المعالم تحفظ مقاصد تكوين الأسرة، وهي في الجملة: "حفظ النسل، وإخراج الماء الذي يضر احتباسه ونيل اللذة"⁵. وللناظر أن يقيس هذا التنظيم الرباني للأسرة، مع انضباط أصل الفطرة في النفوس، حتى تستقيم للناس حياتهم ومعاشهم. وتكون الأسرة قائمة على أساس صحيح، ومورد أمين. وأي تذرع للخلافيين من متكلمة العصر من القانونيين والحقوقيين بأن ثمة أحكاماً لا تليق أو أنه فات وقتها أو يصعب امتثالها ونحوها من التبريرات فقد علم بدهاء نقصان عقل قائله وعدم أحقيته في نصب الدلالة وكواشف المقاصد الشرعية الواضحة. وتوضح هذه المقولة في بحث الأصل في عقود النكاح والتسبب به في التعامل مع المرأة، وقد علم لدة المشرعين أنه قد تحدّد في الفقه الإسلامي أنّ الأصل في نظام الشرع المتعلق بالعقود الحل⁶، فكل "عقد نكاح" الأصل فيه الحل حتى يرد عليه

1 قال الدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته [دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية، 1405هـ] (ج7/ ص06): "الأحوال الشخصية اصطلاح قانوني أجنبي يقابل الأحوال المدنية أو المعاملات المدنية، وقسم الجنائيات. وقد اشتهر في الجامعات، وأصبح عنوان التأليف في أحكام الأسرة". ثم عرفها بقوله: "ويراد به الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته، بدءاً بالزواج، وانتهاءً بتصفية التركات أو الميراث".

2 الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمن الجزيري [دار الكتب العلمية بيروت الطبعة: الثانية، 1424هـ] (5/356).

3 إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي [دار المعرفة - بيروت، دط/دت] (2/ص21).

4 وإنما يُتصور الفساد عند انخراط أحد شروط وأوصاف أركان العقد، فقد يتعلق بذات العقد: للمحرمة والنسب والمصاهرة والرضاع، أو ما اقترن به لأحد الأوصاف: كالتلذذ والتحليل والمعتدة للتوقيت، والشغار للمهر، وما زاد عن الأربعة، ونكاح الزانية وغير الكتابية، وعقد المحرم والجمع بين المحارم وبغير ولي.

5 مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريبي [دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ] (4/201).

6 قرره شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد النورانية [حققه أحمد بن محمد الحليل. دار ابن الجوزي-السعودية الطبعة: الأولى 1422هـ] (ص261).

ما يفسده ويحرمه، لكن ثمة جهة المعقود عليه، وهو الأفضاع، فقد جاء من المورد نفسه أن الأصل فيها الحرمة¹. ولذا أكدت الشريعة على الاحتياط للفروج والتشديد على خطورة التهاون فيها، وخاصة ونحن في عصر الاتصال وتنوع وسائله الحديثة التي يمكن من خلالها إمضاء العقود وإبرامها إلكترونياً، بما في ذلك عقد النكاح -مع فيه من الخلاف الفقهي-²، وإنما الغرض التأكيد على أن النكاح ليس مجرد عقد على شيء يُقتنى لغرض يسرع إليه الزوال، أو يعامل بالاستبدال ونحوها. لأن المرأة في الإسلام ليس عَرَضاً أو سلعة، بل حفظت لها كرامتها بما قد نالت من وافر الحظ والاهتمام والرعاية الحقوقية، فحَرَمَها الله تعالى على الرجال إلا بكلمة الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهذه المدونة التشريعية السامية تراها قد هدّبت النفوس وحفظت العقول والأموال والأنساب، ولاحت صلاحيةً بما راعته من المنافع وانتظام المقاصد والمحاسن على غرار التشريعات الأخرى غير المرضية. فرامت الشريعة بما نيطت به من المقاصد الضرورية أن تُرعى في مكونات الأسرة مهمتين، وجماع هاتين المهمتين محررة في قول ابن عاشور التونسي، حيث قال ما نصّه: "ولما استقام معنى قداسة عقدة النكاح في نظر الشرع أمر الزوجين بحسن المعاشرة وبالقوامة على النساء. وجعل الإضرار باختلال ذلك مفضياً إلى فسخ عقدة النكاح بحكم الحاكم بالطلاق إذا ثبت الضرر"³.

- فأما المهمة الأولى، فهي: مقصود النكاح في نفسه⁴، وهو الحكمة الباحثة عن كيفية حفظ الربط الواقع بين أهل المنزل على الحد الثاني من الارتفاق وفيه أربع جمل: الزواج، والأولاد، والملكة، والصحة⁵. وتؤول تلك الحكمة إلى بيان قصد التعفف فيه لحفظ الدين، والتناسل لحفظ النسل، ومن ذلك⁶: "التعاون على المصالح الدنيوية والأخرى: من الاستمتاع بالحلال، والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء، والتجمل بهال المرأة، أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو إخوته، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة

1 ينظر تحرير لقول في القاعدة في: منظومة القواعد الفقهية لعبد الرحمن بن ناصر السعدي [البيتين: 20-21] وشرحها.
2 يمكن الاستفادة من مرجع في المسألة، مثل كتاب: الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية لعبد الرحمن السند [دار الوراق، الرياض، الطبعة الأولى، 1424هـ] (ص 228). فقد أورد الخلاف بين الأئمة وبين لجان الإفتاء المعاصرين.
3 مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور [حققه محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، دط/1425هـ] (434/3).

4 عندي: هذا من حيث الذات، ثم يرد في الاعتبار حفظ النسل، من حيث كونه مقصداً أولياً يتعدى الحق به إلى غيره، وهو ما قرره الشاطبي في الموافقات (139/3) حيث قال: "فإنه مشروع للتناسل على المقصد الأول، ويليه طلب السكن والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخرى...". لكننا نجد من يتوسع في ذلك ويرى (أن المقصود من الزواج تحقيق مصالح اجتماعية لا فردية، فعلاقة الزوجين "إنسانية" أشد منها علاقة "جنسية") كالمودودي في كتابه "الحجاب" [دار الفكر دمشق، الطبعة الثامنة، 1484هـ] (ص 148). وكذا محمد رشيد رضا في تفسير المنار (279/2)، حيث قال: "ليس المراد بالزوجية قضاء الشهوة الحسية فقط، وإنما المراد بها تعاقد الزوجين على المشاركة في شئون الحياة والاتحاد في كل شيء". وأورد الشيخ أبو زهرة تفصيلاً في كتابه "الأحوال الشخصية" [دار الفكر العربي - بيروت. الطبعة الثانية /1369هـ] (ص 17-21)، بين فيه تلك الجوانب المقصودة بالمقصد التبعي وعدها حملة المعاني التي من أجلها حث الشارع الشباب على الزواج.
5 حجة الله البالغة للكندهلوي [حققه السيد سابق، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى، 1426هـ] (88/1).
6 نقلاً من: الموافقات للشاطبي (139/3).

الفرج ونظر العين، والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد، وما أشبه ذلك فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح". وقد امتن الله تعالى بذلك على عباده، بقوله سبحانه: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَفْةً﴾ [النحل: 72].

- أما المهمة الثانية، في تتعلق بمقصد "تدبير المنزل"¹: من حيث تحديد المسؤولية الأسرية المشتركة في ضوء القوامة، وهي تنفرع على ثلاثة مطالب:

أ/ مطلب "القوامة": وتتمحور حول مكانة الرجل في الأسرة، إذ هو والمرأة شريكان في التأسيس، لكن الرجل باعتباره "أسدهما عقلا، وأشدهما ذبًا عن الذمار، وأجزأهما على الاقتحام في المشاق، وأتمهما تيتها وتسلطا ومناقشة وغيره.."². ومصادقه في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِأَنفُسِهِمْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34]. وقد بين أئمة التفسير والفقه مقتضى هذه القوامة جمال العقل وحسن التدبير والملازمة لتحمل البأس والمشاق والأخذ بالقوة والحزم في الأمور كلها³.

ب/ مطلب "الأنس": ويتحقق في إبداء محاسن المرأة كمكوّن أساسي في الأسرة، باعتبار أنها "أهداهما للحضانة بالطبع، وأخفها عقلا، وأكثرهما انحجاما من المشاق، وأتمها حياء ولزوما للبيت، وأحذقها سعيا في محقرات الأمور وأوفرهما انقيادا"⁴. فمعرفة الوظيفة تزيد من روح الخدمة، لأن النساء في السنة الكونية خلقتن "خادمت حاضنات مطيعات سنة لازمة، وأمرأ مسلما عند الكافة، وفطرة فطر الله الناس عليها لا يختلف في ذلك عريهم ولا عجمهم"⁵. وليس عند هذا الحد فحسب، بل "أعلنت حقوق المرأة في الإسلام، آية ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]"⁶. مما يلزم الشركة في كل شيء، باستثناء ما خص به كل من الرجل والمرأة في نظر الشارع من الواجب والحق.

ج/ مطلب "التعاون": فباجتماع مقومات القوامة والأنس، تسري في روح كل منها التأهيل الحقيقي "بأن يوطنا أنفسهما على إدامة النكاح.. ولا يمكن التعاون في المنشط والمكره إلا بأن يوطنا أنفسهما على إدامة هذا الربط .. فاحتاجوا إلى إقامة ألفة بينهم وإدامتها، وإن تكون لإغاثة المستغيث وإعانة المهلوف سنة بينهم يطالبون بها ويلازمون عليها"⁷.

1 ينظر: حجة الله البالغة للكندهلوي (88/1).

2 المصدر نفسه للكندهلوي (88/1).

3 يراجع مثلا: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي [حققه أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة الطبعة: الثانية، 1384هـ] (169/5).

4 المصدر نفسه للكندهلوي (89/1).

5 المصدر نفسه للكندهلوي (90/1).

6 ينظر أصول النظام الاجتماعي في الإسلام لابن عاشور [الشركة التونسية للتوزيع، الطبعة الثانية/دت] (ص98).

7 المصدر نفسه للكندهلوي (90/1).

ثانياً- تمحيص المنظومة المقاصدية لأصول نظام الأسرة¹ المعاصرة:

نعتقد أن "الشريعة الإسلامية لم تترك شيئاً إلا وضعت له قانوناً أساسه المصلحة، المادية والأدبية، وقوامها الفضائل الإنسانية"². فرامت تتبع المصالح الراجحة تحت مقتضى المناسبة التي تبنى على رعي المقاصد، والتعويل على اتخاذ مسالكها وجهاً تحليلياً. قال الإمام الغزالي: "وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة"³. ومن ثمّ أجمع نظار الشريعة أن الشرع قاضي برعاية المصلحة في أحكام الأسرة، وتنظيم شؤونها وتدابير أحوالها في كل عصر ومصر، فبغض النظر عن تلكم الفوارق بين الأعراف والأقاليم، لأنّ بإمكان الشريعة الإسلامية مسايرتها قاطبة بما لا يتضرر به طائفة دون طائفة، أو عادة دون عادة، هذا لما تكتسبه من ميزة المرونة في التشريع. وبالتعويل على المقاصد الكلية المنظوية تحت نصوصها العامة والخاصة، فإنها تكسب الناظر أو ممارس الشريعة في استنباط الأحكام عقلية راسخة ونزعة شمولية. ومن خلالها تتحقق مناسبات التصرفات وملائمتها للحكم والأغراض الشرعية المقصودة في ذاتها، حتى تكون أصلاً للبحث والنظر الفقهي تحت منظومة المقاصد الشرعية، كما قال الإمام أبو الغزالي: "فرعاية المقاصد عبارة حاوية للإبقاء ودفع القواطع، وللتحصيل على سبيل الابتداء. وجميع أنواع المناسبات ترجع إلى رعاية المقاصد. وما انفك عن رعاية أمر مقصود، فليس مناسباً. وما أشار إلى رعاية أمر مقصود، فهو: المناسب"⁴. ويتكرس هذا العنصر المهم في المعالجة المقاصدية لقضية الزواج، نرى أن لتكوين الأسرة على أساس متين، بعدين: شرعي وكوني يفضي إلى انتظام المركب الحضاري⁵، وفق تمازج قيمية ومادي، وقيامه على الوجه الذي يريده الله تعالى من خلافة الإنسان. وفي هذا الصدد يقول الإمام ابن عاشور: "انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها وانتظام جامعتها، فلذلك كان الاعتناء بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع البشرية كلها.. ولم تزل الشرائع تُعنى بضبط أصل نظام تكوين العائلة.. وجاءت شريعة الإسلام مهيمنة على شرائع الحق، فكانت الأحكام التي شرعتها للعائلة أعدل الأحكام وأوثقها وأجلها"⁶. هذا، إننا لنعلم أن الملكات إننا معوّهاً استحواذ آلة النظر المنضبطة مقاصدياً، حتى تُؤمّ منظومة تُقتنص من خلالها الحكم والعلل والمناسبات⁷، التي دار عليها التحكيم المقاصدي المنضبط بقوانينه - التي اتفق عليها الأئمة

1 عرف الدكتور الزحيلي في "الأسرة المسلمة في العالم المعاصر" (ص20)، نظام الأسرة بقوله: "هو الأحكام والقواعد التي تنظم شؤونها بدءاً وأثناء وانتهاءً".

2 نقلًا من: الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري (357/5).

3 المستصفي للغزالي [حققه محمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية - بيروت. الطبعة: الأولى، 1413هـ] (ص179).

4 شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي [حققه الكبيسي في أطروحته، مطبعة الإرشاد - بغداد. الطبعة: 01، 1390 هـ] (ص159).

5 يراجع كتاب: تأملات لابن نبي [دار الفكر - دمشق سورية. الطبعة الأولى 1979م]. (ص171). مع أي أضيف هنا نكتة مهمة، ليس هذا عمل بسطها، ألا وهي: الجمع بين التكديس والتكريس. رعاية لاستثمار المرسوم وفق دقيق الفهم.

6 مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (د - مقاصد أحكام العائلة) (3/421) - بتصرف -.

7 لماذا المناسبة بالذات؟ لأنها من أوسع مسالك التعليل في القياس الأصولي نطاقاً وهذا المسلك "مسلك عقلي إلى حد كبير. ولعل

طبعاً-، حيث التمس منها القطع وصحة الدلالة ثم تقريب الخلاف وتمحيص مناط الأحكام، ومسيرة الوقعات بما انظم في ضوابط التكييف الفقهي، هذا من جهة المشرعين. وأما من الجهة الأخرى، فروم هذا التحصيل، تمكينٌ ونهوض بالشرع الحنيف، وإنفاذه في المكلفين، على غرار القوانين الوضعية والأعراف الدولية، وأفكار المنظمات الحقوقية العالمية¹، بله وشبهات² المرجفين وسفاهة الحدائين وجهالة العامة المغلوبين. بما تقوم من البواعث للدفاع عن الشرع. ولذلك ألفت انتباها هنا، وهو لزوم التأكيد والحث على العناية الفائقة "بالأبحاث والدراسات الفقهية التي ترمي إلى مجابهة التحديات الفكرية الناشئة عن مقتضيات المعاصرة واهتمام الفقه الإسلامي بمشكلات المجتمع واعتماده كعنصر أساسي في النهضة الفكرية للأمة وتوسيع دائرة اعتماده فيما تسنه الدول الإسلامية من تشاريح وقوانين في عامة شؤون المجتمع"³. لأن واقع الناس اليوم قد اختلفت أنماطه الحياتية والمعيشة في باب النكاح، فاستحدثت عدت مسالك لتحصيل مقصود كل طرف في هذه الألوان من العقود العصرية. هذا بغض النظر عن تشعب الطرق التي يسلكها شبابنا، وأغلبها -وللأسف- ترمي إلى المجون والسفور والانحلال، ومنها التحيل على الشرع وانتحال الذرائع الفاسدة المفضية إلى الشر والضرر والآلام. ذلك لما "استجدت في الأزمنة المتأخرة صور وأقسام من الأنكحة، لم تكن معهودة عند الأسلاف، اقتضتها توسع الناس في الحيل وضعف التمسك بالشرعية الإسلامية، وانتشار الفجور والاختلاط، وغلاء المهور، وكثرة المتطلبات الحياتية وصعوبة تليتها لدى كثير من الناس وتأخير سن الزواج بسبب الارتباط بالدراسة، والتهيئة المادية للزواج، وتنوع الشروط المثقلة لكاهل طالب الزواج، وغير ذلك من العلل العلية والأسباب. فظهرت هذه الأقسام المستجدة والتي تحمل أسماء غريبة وبعضها واضحة البطلان"⁴.

وحتى يستبين عقد نظام الأسرة في ميزان التشريع الإسلامي المنوط بالقضايا العصرية، ولذا تنسّى لي أن أورد مثالا عمليا يتجلى من خلاله النظر المقاصدي، واتخاذ حكماً ومرجحاً يأرّز إليه الخلافيون ويرجع إليه

أكثر التعليقات الدائرة في الفقه تقوم على هذا المسلك. بحيث تنبني عليه اجتهادات وقياسات واستنباطات لا تحصى، وكلها عبارة عن تفسير مصلحي للنصوص". قاله الدكتور أحمد الريسوني في نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي [الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، سنة 1412 هـ] (ص 259).

1 وتفصيل ذلك في مقال للدكتور فؤاد بن عبد الكريم، بعنوان: "العولمة الاجتماعية للمرأة والأسرة"، منشور بمجلة البيان الصادرة عن المنتدى الإسلامي. العدد: 170 / السنة: 16 في شوال 1422 هـ (ص 34).

2 أُلّف في ذلك كتاب مهم في باب: (موسوعة بيان الإسلام الرد على الافتراءات والشبهات) - المجلد الحادي عشر - الجزء الثامن عشر - (شبهات حول المرأة وحقوقها في الإسلام) - بإشراف: داليا محمد إبراهيم [دار النهضة مصر، الطبعة الأولى 2011م].

3 ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التي تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد الرابع. تحت عنوان: (الوحدة الإسلامية والتعامل الدولي) / البند (ب) من توصيات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بجدة، من 18 - 23 جمادى الآخرة 1408 هـ، الموافق 6 - 11 فبراير 1988م.

4 ينظر: التقاسيم الفقهية وأثرها في الخلاف الفقهي وتأثيرها بالمستجدات المعاصرة لإبراهيم البلوشي [الدار الأثرية الأردن، الطبعة 01، 1431 هـ] (ص 419).

النظار في اجتهاداتهم¹. فقد شاع في عصرنا نكاح أبناء الأمة الإسلامية بنات الغرب، والعكس. وقد أسهم في ذلك التعارف عبر شبكات التواصل المختلفة، وسهل الأمر على الراغبين في ذلك. فلا بد -والحال هذه- من معرفة (هوية ودين) الطرف المعقود معه على الزواج، لأن غالب نساء الغرب منحلون وعلمايون، لا دين عندهم بحيث لا ينتسبون إلى الكنيسة ولا يعترفون بتعاليم النصارية ولا اليهودية². وقد نهي الله تعالى عن نكاح المشركة³ بقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: 221]، وحرّم نكاح الكافرة بقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ﴾ [المتحة: 10]. والمقصود منه حفظ دين الرجل أو المرأة من كفر الطرف الثاني وشركه وسوء خلقه وخيبث تصرفاته، قال أبو عبد الله القرطبي في تفسيره: "وهذه العلة مطردة في جميع الكفار، فالمسلم خير من الكافر مطلقا، وهذا بين"⁴. هذا فضلا على أن أغلب ما يقع فيه الشباب في مثل هذا المعاملات انعدام البيّنة والشهود، ولا فيه رغبة الديمومة والاستمرار⁵، وكذا إيقاع تلك العقود والمصادقة عليها في محاكم الدول الغربية، وهلم جرا. بل مما أصبح عادة مستمرة في مثل هذه العلاقات أن يُتخذ الطرف الثاني خذناك⁶ وسميرا، فإن توافقا اقترنا وإلا نفر كل منهما عن الآخر، وهذا في من الشر العريض ما الله أعلم به. فلا بد من تحقيق القول في مثل هذه العوائد، وفي ذلك كله حظ من النظر والبحث. فاحتاج المستفتون إلى حكم شرعي ينول لهم الإقدام أو الأحجام، ولي أن أعرض البيان من وجهين، الأول إجمالي والآخر تأصيلي: فمن

1 مع أن ثمة خلافا بين وجهات نظر المعاصرين في حكم هذا النوع من المعاملات، بين مجيز إعمالا لأصل الحنفية في باب الإشهاد والكتابة، ومانع إعمالا لقول الجمهور في عدم اعتبار الكتابة بدلا عن الخطاب. وللتفصيل أكثر تراجع المؤلفات والأبحاث التي تناولت بحث هذه القضايا فقها وخلافيا وترجيحا: (مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق) لأسامة عمر سليمان الأشقر [دار النفائس، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 1420هـ] وبالخصوص في (الفصل الثالث - المبحث الثالث: الأحوال الشخصية ووسائل الاتصال الحديثة) (ص101-123) - (الحكمية في فقه الأسرة) رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، من إعداد عبد الله بن ناصر المشعل، نوقشت بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة: 1436هـ. ينظر منه (ص50-57) - (الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة - قسم فقه الأسرة) من إعداد مركز التميز البحثي التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض [الطبعة الأولى، 1435هـ]، ينظر منه (ص177-180). {ورابطه على الشبكة: <http://rej.org.sa/dim/index.php> - بحث (حكم إبرام عقد الزواج عن طريق الوسائل الالكترونية) للدكتور محمد

بن يحيى النجمي، [المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، دط/دت]، وينظر موقع رسالة الإسلام الرابط:

<http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4390>

2 ينظر الفرق بين المشركة والكتابية، تفسير المنار لمحمد رشيد رضا [الهيئة المصرية العامة للكتاب، دط/1990م] [277/2-280].

3 في حين أجاز نكاح الكتابية، على تفصيل في المسألة عند أئمة الفقه، وخلافهم في الحربية والمسيبية والعفيفة والحرّة وغيرهن، ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد [دار الحديث - القاهرة، دط/1425هـ] [67/3].

4 الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (69/3).

5 وتزيد في البلية قضية التوارث بين المسلم والكافرة أو العكس، وإن كان قد جنح ثلثة من الأئمة إلى جواز توريث المسلم من الكتابي، ليس هذا محل بسط المسألة، أكتفي بالإشارة إلى مصدر واحد، فليُنظر: أحكام أهل الذمة لابن القيم [حققه يوسف البكري وشاكر العاروري. رمادي للنشر - الدمام. الطبعة: الأولى، 1418] [853/2].

6 ينظر: معالم التنزيل في تفسير القرآن للبقوي [حققه: محمد النمر وعثمان ضميرية وسليمان الحرش. دار طيبة، الطبعة: الرابعة، 1417هـ] [197/2].

جهة الإجمال، قد علم أن الشريعة بيّنت المصالح ولذاتها، وفضّلت في المفاصد وأثامها وسدت ذرائع ما يتسبب في تحصيلها. وليس هذا فحسب بل حتّى على "تهذيب النفس باكتساب الأخلاق النافعة في الدنيا أو في الآخرة وإزالة أضرارها، ومن تدبير المنزل وآداب المعاش وسياسة المدينة غير مقدر لذلك بمقادير معينة ولا ضابط مبهمة بحدود مضبوطة ولا يميز لمشكلة بأمارات معلومة، بل يرغب في الحماهد، وزهد في الرذائل .. وأمر بالرفق والتودد والقصد في المعيشة.."¹.

وأما من حيث تأصيل المسألة، فمن ثلاثة وجوه:

*** الأول: تقصيد الأدلة وفق مدارك النظر الاستنباطي، وإن كان المقام غير صالح لعرض الأدلة وسوّق أقوال الأئمة، ومجرى اختلافهم وما نيظ به من مباحث، لكن جوهر القضية يكمن في ناحيتين:

- أحدهما: المقصد الشرعي من جواز نكاح الكتابية في أصول الأدلة، وتوجيه العمل على غير مقتضاها في فقه الأئمة، ويعد من دقيق الفقه ما أفتى به عمر بن الخطاب حذيفة بن اليمان رضي الله عنهما من مفارته لليهودية التي كان قد نكحها، لا على أساس أنه يجرّمه، لكن مقصوده الذي أفصح عنه بقوله رضي الله عنه: "إني لا أزعّم أنها حرام، ولكنني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن"²، ف"كان عمر رضي الله عنه يكره نكاح الكتابيات، ويحث من تزوج بهن من أصحابه على مفارقتهن، وذلك حرصاً منه على نكاح المسلمة العفيفة، وخوفاً من توسع الناس في ذلك حتى ينكحوا المومسات منهن"³. وهذا يلخص فحوى الناحية الأخرى.

- الناحية الاجتماعية: والمراد بذلك تشجيع الشباب على هذا النوع من النساء، بشتى طرق الأنكحة العصرية⁴، والتي تنوعت أشكالها ومآلها هو تبرير العقد على نساء الغرب⁵، وتهافت الشباب في الشبكات

1 نقلا من: حجة الله البالغة للكندهلوي (1/225).

2 الحديث رواه ابن أبي شيبة في المصنف [كمال الحوت. مكتبة الرشد - الرياض. الطبعة: الأولى، 1409] [474/3 - 474/3] (ح-16163). وأورده الجصاص في أحكام القرآن [حققه محمد صادق القمحاوي . دار إحياء التراث العربي - بيروت. ط/1405هـ] (16/2)، وعلّق عليه بأنه إنما أراد الكراهة لا التحريم.

3 نقلا من: دراسة نقدية في الروايات الواردة في شخصية عمر بن الخطاب وسياسته الإدارية رضي الله عنه لعبد السلام البرجس [عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية. الطبعة: الأولى، 1423هـ] (2/969).

4 ومن نكاح الأنكحة: المسيار والعرفي والفراند، والصوري والصيفي، والمهاتفة والزواج بنية الطلاق.. وما يلزم منها من صور التناكح: كانهدام الولي، أو ترك الإشهاد أو عدم الإعلان، ومن ذلك قد تكون صغيرة غير راشدة، وكذا الشبهة في تحديد المسؤوليات الزوجية، ونحوها، مما ينخرم به أحد الأركان وأكد الشروط.

وللمزيد من استبانة تلك الحدود وأثر رسومها بين الفقه والواقع، ينظر المؤلفات التالية، فإنها مفيدة في بابها: "الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة - قسم فقه الأسرة - (ص400-450) - التقاسيم الفقهية للبلوشي (ص420-423) - مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق لأسامة عمر سليمان الأشقر - الزواج العرفي (حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات صلة به - دراسة فقهية مقارنة) لأحمد الدريوش [دار العاصمة السعودية ط/2005] - الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي لفارس عمران [مجموعة النيل العربية القاهرة ط/2001].

5 قد لا نستطيع أن نحكم عليهن بأنهن حريات، أو الدخول بهن في بلادهن، أنه نكاح في دار الحرب أو الكفر، ففي ظل المعاهدات الدولية والانخراط في هيئة الأمم المتحدة، يقتضي الدخول تحت ألوية وقوانين تلك الاتحادات والمنظمات والهيئات، مما يلزم

والمواقع على ذلك لا يكاد يخفى على مطلع لحالة المجتمع المعاصر. مع العلم أن السنة النبوية قد هدّبت هذا المطلب الكامن في نفوس الشباب، حيث ورد النهي الصريح في ذلك من حديث عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تزوجوا النساء لحسنهن، فعسى حسنهن أن يرديهن، ولا تزوجوهن لأموالهن، فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين، ولأمة خرماء سوداء ذات دين أفضل"¹.

**** الثاني: أن القصد الأول للشارع في التزويج هو الإحصان²، الذي بمعنى "العفة، فإنها تحصيل للنفس عن اللوم والعقاب"³. فاستنجاذا بالمقاصد الشرعية وتحكيمها، يظهر جليا أن تحقيق آصرة النكاح وبناء الأسرة التي تحقق الهدف الشرعي ويحفظ بها الضروري من الدين، أن تبنى على أساس صالح يجلب رضا الله تعالى والتوفيق الرباني والسعادة الدنيوية والأخروية، وقد جعل الله تعالى المرأة جزءا من تلك السعادة، كما روى سعد بن أبي وقاص، قال: قال رسول الله ﷺ: "أربع من السعادة: المرأة الصالحة، والمسكن الواسع، والجار**

تسميتها بدار حرب أو غيرها من المصطلحات الفقهية الموروثة.

1 رواه ابن ماجه في السنن [حققه حبيب الرحمن الأعظمي. الدار السلفية - الهند الطبعة: الأولى، 1403هـ] من كتاب النكاح - باب تزويج ذات الدين (597/1 - 1859). وهو حديث ضعيف، في إسناده الأفريقي وهو عبد الرحمن بن زياد بن أنعم ضعيف. مع أن المعنى حسن تشهد له الكليات الشرعية والسيرة النبوية. ومحل الشاهد منه: أن المجتمع إن غلبت عليه المظاهر وحب الزخارف، وطلب الجمال أو كثرة الأموال، لإن ذلك مفض إلى مفساد عظيمة تعود على القوام في الرجل بالانخراط، حتى يصير تابعا لا متبوعا. وفي ضوء هذه المعالجة المقاصدية باستنطاق الواقع والاعتبار ببقه المآلات، "ومع رجحان القول بنكاح الكنايات لآية المائدة (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ) [المائدة:5] .. (ف) المحصنات .. أولى من المومسات والإماء، لأنه إذا أبيح تحطى المسلمات إلى غيرهن فليكن فيهن وصف يطف كفرن وهو الحرية والعفة، لا أن تكون هناك خستان: كفر وفحش، أو كفر ورق. وهو ما أرشد إليه عمر حين وجه خطابه لحذيفة بالخوف من نكاح المومسات منهن، مع عدم تحريمه". ينظر: موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام - مراحل تكوين الأسرة - لعطية صقر [مكتبة وهبة، القاهرة. دط/1427هـ] (1/349) - بتصرف -.

2 يقارن بما بينته في الهامش: 34. ولذا فإني أزيد هنا في البيان فأقول: أن الدليل عليه من قوله صلى الله عليه وسلم: "من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء". رواه البخاري في الصحيح [حققه محمد زهير بن ناصر الناصر. دار طوق النجاة. الطبعة: الأولى، 1422هـ] مواضع منها: في كتاب الصوم - باب: الصوم لمن خاف على نفسه العزبة (3/26 - 1905). ومن انتقطع للصوم مبتلا يطلب به الإحصان لم يكن مسددا، بل ورد فيه النهي والكراهة، وهو ما جاء عند البخاري (7/4 - 5073) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: "رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا". قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري [رقمه: محمد عبد الباقي وأشرف عليه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت، دط/1379] [118/9]: "والحكمة في منعهم من الاختصاص إرادة تكثير النسل، ليستمر جهاد الكفار، وإلا لو أذن في ذلك لأوشك تواردهم عليه، فيقطع النسل، فيقل المسلمون بانتقاعه، ويكثر الكفار، فهو خلاف المقصود من البعثة المحمدية". ولعل في تعريف الفقهاء للزواج نكتة مهمة، وهي أن الغرض منه امتلاك الرقبة وحل التمتع بها، وهذا المعنى ملحوظ في الإحصان والتعفف. يراجع: عقد الزواج وآثاره لأبي زهرة [دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1391هـ] (ص43). قلت: فتحقيق معنى القصد بالتزويج الإحصان إبقاء للأمة عدة وعددا، فيشيع في أفرادها الصلاح وتزيد هيبتهما في كثرت الصالحين، وهو معنى دقيق مرتبط بالتكفين في الأرض وإظهار هيبه جناب الأمة وجلالة رهبتها في عين عدوها.

3 نقلا من: أنوار التنزيل وأسرار التأويل للبيضاوي [محمد المرعشي. دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة: الأولى - 1418هـ] (69/2).

الصالح، والمركب الهنيء، وأربع من الشقاوة: الجار السوء، والمرأة السوء، والمسكن الضيق، والمركب السوء¹. بل وجعلها من خير متاع الدنيا كلها، فقد روى عبد الله بن عمرو، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "الدنيا متاع، وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة"². وهذا مبلغ الغاية في تقرير مبدأ السعادة في الفطر. أفلا يعتبر هذا رادعا لكل خاطب، وبعثنا له على طلب المرأة الصالحة التي تطيب معها الحياة، ويسكن إليها حتى تنبعث بينهما المودة والرحمة. وقد أبان الله تعالى عن هذا المقصد النبيل في قوله سبحانه: ﴿مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: 21]. فمبقتضى هذه الداعية في النفوس خرج العاقل من وهف البهيمية من تحصيل الرغبة (الجنسية)، أو مجرد تحصيل وثائق يثبت بها (الجنسية)، ونال بمراده الشريف أعلى مراتب الشرف. قال ابن عاشور: "فإن المحامد والغايات السامية التي أثمرتها هذه الداعية صيرت جذرها الأول شيئاً ضئيلاً في جنب ما حبي به من عظيم الكمالات. فأصبح بحق مشرفاً بشرف آثاره ونتائجه"³.

** الثالث: لا بد من استلهم الحيطه والاحترزا، من جهة معرفة شخصية الطرف الآخر بالنسبة للشباب والشابة المسلمة، وكيفية العقد وشكله وقصده، حيث ينبغي الاستفصال في جميع حيثياته وتفاريعه، وكل وصف فاسد يعود على واحد من أركان العقد الشرعي بالخرم، فالعقد أيل إلى البطلان. فلا بد من مراعاة أمر آخر لا يقل أهمية في الاعتبار عما سواه، ألا وهو (ضعف ديانة الناس)، فقد فشا في الأمة التليس والتدليس، واستجازوا الغش والغرر، وصار منهم أهل حذق ودراية بالمكر حيث تفنن قوم في استخدام البرامج العصرية للترزير والتغزير بالضعفة والسفهاء. فصار أحدهم يستخدم المواقع لجلب أكبر عدد من المتابعين والمعجبين، ثم بعد ذلك يتظاهر زورا بميزات يستميل بها ود أطراف، قد يريد بذلك نكاحا، وقد يظفر ببغيته، لكنه سلك أودية شر وفتنة، ثم يبرر موقفه أن ذلك سبيله الأمثل لطلب من رغب في نكاحها. وأغلب ما يلحظ في بغية شبابنا طلب المرأة الغربية لماها، أو العقد عليها لينال منها رخصة السفر إلى بلادها، وهذا في نفسها بليّة عظيمة لا يجد غبها وغبتها إلا من وقع فيها، ف "ذات المال التي لم تعتصم بالدين ولم تتحل بالقوى، فقلما يدوم له صفاؤها ويؤسس قيادها وترعي حقوقه، وتكون له البارة المطيعة، وإنما تعتز عليه بإهاها وتفخر بثرائها .. هنا تكون .. المالكة لأمره وتسيره كما تحب وتهوى، فيقلب الأمر وتعظم المصيبة كما هو مشاهد بين ظهرانينا مما تتن منه الحياة الزوجية ويهدم في كيان الأسر، وينشئ الأبناء على أسوأ المثل وأدنى الصفات ويجعل المنزل مباءة مقت وكره، ومثابة شرور وآلام، ونزاع وخصام"⁴. ومن خلال هذا الأنموذج الواقعي، يمكن أن نحصل ضابطا عاما يندرج تحته البوتقة الفقهية بمختلف صياغاتها النظرية والأصولية، في ضوء الدرس المقاصدي،

1 رواه ابن حبان في صحيحه من كتاب النكاح - ذكر الإخبار عن الأشياء التي هي من سعادة المرء في الدنيا (340/9) - (4032).
2 رواه مسلم في صحيحه [حقيقه محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي - بيروت. دط/دت] من كتاب الرضاع - باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة (1090/2) - (1467).
3 مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (3/423).
4 الأدب النبوي لمحمد الخولي [دار المعرفة - بيروت. الطبعة: الرابعة، 1423 هـ] (ص240).

واعتباره ككلية شاملة للنظام الأسري المعاصر.

ثالث ضابط النظر في مستجدات الأحوال الشخصية من خلال نظرية المقاصد الشرعية:

لا غرو أن الشريعة الغراء قد أولت أهمية بالغة بقضايا المرأة والتنصيب على أحكامها، وقد يرد التفصيل في فروعها للإفهام¹، فقراءة مجردة في كتاب النكاح من صحيح البخاري، يقف على ما اشتمل عليه من الأحاديث والآثار²، حيث يجد أنه قد حوى "من الأحاديث المرفوعة على مائتين وثمانية وعشرين حديثاً.. وافقه مسلم على تحريجها سوى اثنين وعشرين حديثاً.. النساء وفيه من الآثار عن الصحابة والتابعين ستة وثلاثون أثراً". وفي "كتاب الطلاق وتوابعه من اللعان والظهار وغير ذلك من الأحاديث المرفوعة على مائة وثمانية عشر حديثاً.. وفيه من الآثار عن الصحابة فمن بعدهم تسعون أثراً". ثم أورد بعده كتاب النفقات على الأهل وفيه "من الأحاديث المرفوعة خمسة وعشرين حديثاً.. وفيه من الآثار الموقوفة عن الصحابة والتابعين ثلاثة آثار". فهذا الكم الكثير من النصوص الأثرية، فضلاً عما اشتمل عليه القرآن الكريم من الآيات الكريمة مما يبين للناس تلك الحدود والمسائل، فلا مناص من القول إذن، أن هذا الباب من المعاملات يحظى في ميزان الشريعة الدرجة القصوى من حفظ حقوق الناس ورعاية مصالحهم، وأن الله لا يظلم بحكمه مكلفاً، وليس ثمة تشويف نكايه أو تزلف إلى كلفة أو ضرر³. هذا، ولما بُنيت هذه الحقوق على المشاحة، وما يجري فيها من التنازل نبه سبحانه على قاعدة قرآنية مهمة، وهي ربط العدوان والتعدي بالظلم الذي حرّمه الله تعالى حتى على نفسه، فقال سبحانه: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: 229]. وقال تعالى: ﴿وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ [النساء: 14]. وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: 1].

قال الشيخ محمد رشيد رضا في المنار: "والظلم آفة العمران ومهلك الأمم، وإن ظلم الأزواج للأزواج أعرق في الإفساد، وأعجل في الإهلاك من ظلم الأمير للريعية. لأن رابطة الزوجية أمتن الروابط وأحكمها.. وقد بلغ التراخي والانفصام في رابطة الزوجية لعهدنا هذا مبلغاً لم يعهد في عصر من العصور الإسلامية، فأسرف الرجال في الطلاق، وكثر نشوز النساء وافتداؤهن من الرجال بالخلع، لفساد الفطرة في الزوجين، واعتداء حدود الله من الجانبين"⁴. ولنا أن نمثّل⁵ عليه بما روي⁶ عن عائشة رضي الله عنها: "أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي حسيسته وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي ﷺ، ف جاء

1 فقد يبين حد النكاح والتعدد والصدّق وخطة المعتدة، وفصل في العضل الخلع والإيلاء واللعان والصلاق والعدة..

2 يراجع هذا العّد: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر (345/9) و(496/9) و(517/9).

3 يراجع للفائدة، ما قرره العلامة الشاطبي في الموافقات، في "النوع الخامس في العزائم والرخص" - المسألة السابعة (511/1). وكذا العلامة ابن عاشور في المقاصد، في فصل ترجمه بقوله: "ليست الشريعة بنكايه" (292/3).

4 تفسير المنار لمحمد رشيد رضا (309/2-310).

5 ومن ذلك تشويف دفع الضرر عن المفقود زوجها، وخاصة إذا كانت لا ترغب في انتظاره. فذهب الجمهور إلى جواز تقدير الضرر من قبل القاضي للتفريق بينها. يراجع: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (419/8).

6 عند سنن النسائي في النكاح - باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة (86/6) - ح (3269).

رسول الله ﷺ فأخبرته، " فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلِنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ". ومحل الشاهد منه: في قولها: "لِيَرْفَعَ بِي خَسِيستَهُ وَأَنَا كَارِهَةٌ"، وهي قد جاءت تستوثق من النبي ﷺ في تبيين حقها من حق أبيها، وذلك في قولها: "وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلِنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ" - وقد تعمدت إعراب الجملتين - فتلبس محل الشبهة في موضع الظلم هنا، وجود دناءة في تصرف أبيها أراد بإنكاحها رفعه عنه¹، ثم لما علمت أنه كفاء أجازته²، لأنه موافق لأصل عقد النكاح، فلا ظلم ولا ضرر ولا حيف ولا نكايه فيه على أحد. وبهذا المقياس ينبغي للنظر في الحوادث التي استجدت في تصرفات الناس أن يرتشف الملابس ويحقق في مواقعها وآثارها ومآلاتها، ويعلم من العلل والحكم التي تناسبها في تعليه مقاصديا، وينضبط توجيه التكليف الفقهي المعمول به شرعا، وترتسم مقياسه في منظومة الفقه الرصين، ثم يجري تحكيم تلكم الضوابط وفق سنن الاجتهاد وفق قانون نظر الراسخين والبرانيين. الذي يُبنى في الجملة على ثلاثة محاور، هي معاهد فقه الفروع وأركان النظر الاستصلاحي للمستجدات:

الأول: القالب اللفظي للنصوص وتحديد سياقه وأحوال الأعيان الذين هم سبب نزوله أو وروده.

الثاني: اقتناص المعنى الملحوظ من كليات الشريعة وارتباطه بالجزئي من حيث التفعيل والإفادة للحكم.

الثالث: المعرفة التفصيلية بواقع الحوادث ومقاصد أعيانها، حتى ينعم النظر في علاقة الحكم بالمكلف³.

وقد تأصل هذا المعيار المنضبط في فقه الأئمة المتقدمين، قال الإمام ابن دقيق: "واعلم أن أكثر هذه الأحكام: قد تدور بين اعتبار المعنى واتباع اللفظ. ولكن ينبغي أن ينظر في المعنى إلى الظهور والخفاء. فحيث يظهر ظهورا كثيرا فلا بأس باتباعه، وتخصيص النص به، أو تعميمه على قواعد القياسين. وحيث يخفى، ولا يظهر ظهورا قويا. فاتباع اللفظ أولى"⁴. وهذا هو الأصل المعهود في الفقه والمسلك المتبع في الاجتهاد، ولا ينبغي ذلك إلا لذوي الأهلية الكاملة في الاجتهاد، كما قال إمام الحرمين: "ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي فليس على بصيرة في وضع الشريعة"⁵. لكن ثمة من يستفز المنظومة الفقهية ببعض التوجيهات والتحريرات الغريبة، ومن ذلك ما أفتى به بعضهم في رجل طلق زوجته ثلاثا وبه جنون لي حسب قوله، ثم أفتاه بإرجاعها، والملفت للانتباه أمران:

*** أحدهما: عرض المسألة بقوله: "طلقها ثلاثا، فأفتيته بمراجعتها"، وهذا مشكل في حد ذاته لما فيه من

التشويش والإيهام، فضلا عن منافاته لمقاصد التحصيل وعرض العلم⁶.

1 ينظر: حاشية السندي على سنن النسائي [مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب الطبعة: الثانية، 1406هـ] (87/6).

2 ينظر: سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني [دار الحديث - مصر، دط/دت] (179/2)

3 وللثالث، ينظر ما قرره ابن القيم بالنسبة لفقهاء الواقع والواجب فيه، في كتابه إعلام الموقعين (165/2).

4 إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد [دار الكتب العلمية، بيروت، دط/دت] (115/3).

5 البرهان في أصول الفقه للجويني [حققه صلاح بن عويضة. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى، 1418هـ] (101/1).

6 قال الدكتور الريسوني في كتابه "أبحاث في الميدان" [دار الكلمة القاهرة، الطبعة الأولى، 1431هـ] (ص115): "ولكن الواقع أننا

*** وأما الآخر: فهو محل الإغراب، لما فيه من مخالفة معهود الفقه في النظر والاستدلال¹، فقد جمع أدلة متناثرة وركبها بأسلوب خارج عن قانون النظر الفقهي، فقال: وجهة الاستدلال فيما ظهر: قصدت في الابتداء أن نجتمع على إناء واحد، ونعمل في النازلة المناهج وطرائق الاستدلال.. ولا يضر الخلف استعراض الدليل اعتمدت في الفتوى على القواعد العامة ومقاصد الشريعة الإسلامية، مكلفة بأوصافها المعهودة. ومن مسلماتها:

/ رعي مصالح المكلفين ودرء الفساد عنهم، ونفي قصد إلحاق النكايه بهم: فالمصلحة غاية للتشريع، تتأدى بالتعدية أو

القصر، والاعتبار أو الهدر.. وينعقد تحريرها بمنع الإغراق في تكريس الأصول، وتخصيص العموم، وتقييد المطلق..

/ الموازنة بين الكليات جلبا ودفعاً: فإن قيل: إن الشرع تشوف إلى حفظ الفروج والأعراض، فإنه اهتم كذلك بما يحفظ العقول و الأنفس.. والذي أجاز للهالك أكل المحرمات حتى التزود لحفظ المهجة، قد شرع كل ذريعة لحفظ العقول..

/ وأبلغ من ذلك في الاعتبار: ورود الأحكام الخاصة في شرعنا.. والتخصيص إيدان من الشرع بتجويز تخصيص بعض المكلفين، وإخراجهم من القاعدة لثلا يعذبهم العموم..

/ الملازمة والمعاشرة:.. لتقف نصا على مستند المعاشرة و أثرها في تشريع الأحكام.. والحاصل: أن المطلق لو أفتي له بالحكم العام لقضى نحبه، وليس لتلك الأسرة إلا الله تعالى... "لا مال و لا ولد و لا قريب تأوي إليه" فالشرّ كله في تفريقها، والخير كله في الجمع بينهما..².

هكذا ساق أدلته بطريقة اعتباطية أو عشوائية، من دون مراعاة لسنن الإفتاء، ولي أن أتعبه من وجهين:

*** الوجه الأول: لعله غفل عن لزوم النظر في الشرعيات وفق قانون الشرع، كما ينبغي النظر في العقليات بقانون العقل، وعليه فإن رعي المصالح شرعا لا ينضبط إلا بالأدلة الشرعية، وقد تقرّر ذلك في قول الإمام الكندهلوي: "كل مصلحة حثنا الشرع عليها، وكل مفسدة ردعنا عنها، فإن ذلك لا يخلو من الرجوع إلى أحد أصول ثلاثة:

نجد دائما بعض المحسوبيين على العلم والفقه والإفتاء في الدين، بدل أن يقدموا للناس الحلول والمخارج والبدائل لمشاكلهم ومعاناتهم، يصبحون هم صناع المشاكل والمتاعب والأصار والأغلال، يفعلون ذلك بسوء فهمهم لأدلة الشريعة وأحكامها".
1 يراجع للفائدة كتاب الشيخ الأصولي يعقوب باحسين (طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناصقة والأصوليين) [مكتبة الرشد، الطبعة 1422/02هـ].

2 وما زاد في السفسة قوله في نهاية الجواب: "تنبيه مهم: إذا لم تعجبك طرائق الاستدلال، فوّد كل دليل فيها ولا تتختر...". فلا يفتك أن يكون من جملة الطيش والعجب بمدح وثناء الجمهور. ينظر الرابط:
<http://www.feqhweb.com/vb/showthread.php?t=12364>

- أحدها: تهذيب النفس بالخصال الأربع النافعة في المعاد أو سائر الخصال النافعة في الدنيا.
- وثانيها: إعلاء كلمة الحق وتمكين الشرائع والسعي في إشاعتها.
- وثالثها: انتظام أمر الناس وإصلاح ارتفاقاتهم وتهذيب رسومهم¹.
وفي هذا التأصيل كفاية لطالبه، وفيه غنية البغية للمستبصرين من العقلاء.

*** الوجه الآخر: لعله أتاه من الجهل بالآثار، فهذه فتوى حبر الأمة ابن عباس رضي الله عنه، تبين منهج النظر في الواقعات، يروي الإمام مالك في الموطأ بلاغا "أن رجلا قال لعبد الله بن عباس: إني طلقت امرأتي مائة تطليقة، فإذا ترى علي؟. فقال له ابن عباس: طلقت منك ثلاث، وسبع وتسعون اتخذت آيات الله هزوا². وعند ابن أبي شيبه في المصنف بسنده عن ابن عباس قال: أتاه رجل فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثا، فقال: "إن عمك عصي الله، فأندمه الله، فلم يجعل له مخرجا"³. بل وأصرح من ذلك ما أخرجه أبو داود بسنده عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل، فقال: إنه طلق امرأته ثلاثا، قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال: "ينطلق أحدكم، فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن الله قال: ﴿وَمَنْ يَتَى اللَّهَ بِحَبْلٍ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: 2]، وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، وإن الله قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: 1] في قبل عدتهن"⁴. وفي هذه النصوص كفاية وهداية لمبتغ العلم والتحصيل والفقه والتأويل وامتلاك آلة التنزيل. لكن قد يُعذر الكاتب بتعلقه بدعوى معرفته وتفعله للمقاصد، لكن التفرغ في المسائل العينية، يختلف عن مجرد المعرفة العقلية⁵ بكليات والأصول من دون تمحيص حقيقة الواقع بما فيه مناسبة الحكم الشرعي غير المنصوص على عينه، فقد قال الإمام الغزالي: "كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع، لا يرد أصل مقطوع به، مقدم عليه من كتاب أو سنة أو إجماع، فهو مقول به وأن لم يشهد له أصل معين"⁶، وهو بهذه الفتوى الجزافية قد هدم عرش هذه المنظومة المصلحية تأويلا وتعليلًا وتحكيا. إذ مما ينبغي أن يعلمه المتكلمون في أحكام الناس أن الطلاق في

1 ينظر: حجة الله البالغة للكندهلوي (1/225).

2 روا مالك في الموطأ [تحقيق محمد الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي - الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ] في كتاب الطلاق - ما جاء في البيت (4/789 برقم: 2021).

3 المصنف لابن أبي شيبه [تحقيق محمد عوامة - الطبعة السلفية، دط/دت] في كتاب الطلاق - باب: من رخص للرجل أن يطلق ثلاثا في مجلس (5/ص11 برقم: 18088).

4 سنن أبي داود [تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد - المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، دط/دت] في كتاب الطلاق - باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث (2/ص260 برقم: 2197).

5 وقال ابن القيم يبيّن حقيقة الرأي المجرد في الإعلام (2/127): "حقيقته أنه زبالة الأذهان ونُخاله الأفكار وعُماره الآراء ووساوس الصدور..".

6 المنحول للغزالي [حققه محمد حسن هيتو. دار الفكر المعاصر - بيروت لبنان، دار الفكر دمشق - سوريا. الطبعة: الثالثة، 1419 هـ] (ص465).

عصرنا أصبح من الآفات الاجتماعية¹ السائدة في ألسان الناس، مع جهلهم بالأحكام الشرعية المتعلقة به، وقلة احتياطهم في استعماله وإطلاقه. وليست سياسة عمر ابن الخطاب عن هذا بعيد، في إمضاءه للتفريق بالثلاث. فكان الأولى التنبيه على هذه الجزئية كمدخل للجواب، ثم تمحيص ملاسبات الحادثة من جلّ جوانبها، لا من جانب لحظ الشر المترتب على التفريق فحسب، لأنه إنما ينبغي -بل يجب- معالجتها وفق قانون الفتوى المعهود في الصناعة الفقهية، بصياغاتها المختلفة بين الاستدلال وبالأدلة وإعمال القواعد والنظر في المقاصد وهلم جرا. قال الدكتور فاروق حمادة في تقديمه لكتاب (نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء)² من تأليف: (محمد الروكي): "وضعت ضوابط تعصم ذهن المستنبط من الخلط، وتجعله يشرف على القرآن الكريم والسنة النبوية من منطلق قويم .. وهي بحد ذاتها شبكة متميزة في الفكر الإنساني قديمه وحديثه. وهذه القواعد الفقهية والكماليات الشرعية هي خلاصة الشريعة، وسلافة الفقه الإسلامي، وزبدة العقول المبدعة عبر القرون، إنها جاءت -من تأمل العباقره ومقارناتهم واستقراءهم في النصوص وغايتها، وحكمة الشريعة ومقاصدها-.. بعد جهود مضيئة .. مع تقليب النظر وطول الأناة، ومنها ما هو محل اتفاق، ومنها ما هو محل اختلاف، ومنها ما هو مطرد، ومنها ما هو أغلبي".

وحتى تتضح وجوه هذه الدلالات المنبثقة عن: الأدلة النصية والقول في تقصيدها، وإعمال القواعد العامة للشريعة، وتتبع مواقع الاستدلال من الأدلة الإجمالية المثبوتة في مدونات الفقه وأصوله ومقاصد الشريعة، على غرار: المصلحة والضرورة والمناط والمتغيرات والموازنات والواقع، وغيرها. فانظم لنا بذلك جملة من المسالك، يرد علينا لزوم بيانها.

رابعاً مسالك التحكيم المقاصدي واستثمارها في فقه الأسرة:

إننا ندندن أبداً، على أن الأصل في النظر والاجتهاد والاعتبار هو التحويل -أولاً- على النص الشرعي ولوائحه التنظيمية ومدلولاته التشريعية³، سواء كان ذلك في العقائد أو العبادات أو المعاملات أو الآداب والسيرة⁴، ومما له علاقة بموضوع الأسرة أيضاً، فإنه أعلى مورد لشرف مصدره ومقتضى عصمته. وهذا المنهج "قررت الآيات والأخبار، وشد معاقده السلف الأخيار، ورسم معالمة العلماء الأخيار، وشيد أركانه أنظار

1 ينظر كتاب: النقد الذاتي لعلال الفاسي [المطبعة العالمية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999م] (ص282).

2 نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي (التقديم) [مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، المغرب، سنة 1414هـ] (ص7).

3 ينظر كتاب: سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى للزحيلي [في الضابط- لزوم النصوص] (ص63).

4 ويلزم التنبيه هنا على أن منظومة التجديد الفكري والاجتهادي وفق مقتضيات العصر إنما لا تخرج عن هذا المبدأ، لأن إلغاء النص والتحويل على العقل والواقع والمصلحة الآتية، حرم لأصول الاجتهاد ومقاييس الاستنباط، مع دعوى عدم شمولية الشريعة للحوادث. وللغائلة يراجع كتاب: محاولات التجديد في أصول الفقه ودعوته دراسة وتقويماً لهزاع بن عبد الله بن صالح الغامدي [طبع جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، الطبعة الأولى، 1429هـ] (63/1).

النظر¹. لكن ينبغي أن نلاحظ أمراً لا بد منه - وإن تقدمت الإشارة إليه في بحثنا-، وهو أنه على طالب الأحكام الشرعية نوط استنباطه واستدلاله بالمقاصد الشرعية، وتحقيق النظر في متعلقات الكليات مع الجزئيات المندرجة تحتها، وخصوصاً التي ورد فيها النص بعينها. وقد تقرر ذلك في كلام الإمام الشاطبي حيث قال ما نصّه: "فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس؛ إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنص مثلاً في جزئي معرضاً عن كليته؛ فقد أخطأ. وكما أن من أخذ بالجزئي معرضاً عن كليته فهو مخطئ، كذلك من أخذ بالكلي معرضاً عن جزئيه"². وعلى هذا النمط تتلاقح الفهوم بين الخلافين، رجاء رفع الخلاف أو تفسير مناطه أو تحرير محلّه على الأقل. وحتى تضبط هذا المنظومة بين العمل الفقهي الاستنباطي والتحكييم المقاصدي -الذي يسق بيانه آفأ- لا بد من رعي خمسة مسالك كلية، لها الأثر المباشر على الاجتهاد المعاصر، جامع الأربعة الأول منها، يعود إلى: ضبط المصلحة وثبوتها وتعيين مرتبتها، ثم مراعاة الأخذ بها في عملية الاجتهاد ما دامت راجحة في نفسها، إلا لزم النظر فيها وفق معادلة الموازنات وضابطها العقلي، ثم تصورهما واقعا أثرها مآلاً. فسقت لها مثالا واحدا من مقصدين (أو قل من شقين)، وأفردت المسلك الخامس للمناط ومقتضى العمل فيه في مثاله، وإليك التفصيل:

**** المسلك الأول - (ضبط المصلحة وتحديد مرتبتها):** لأنها حاوية المقاصد الدالة على "جلب منفعة أو دفع مضره .. (فإننا) نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع"³. ونوطها بمراتبها كامن في تمحيص الملبسات وتحقيق النظر في تقدير المصلحة ووجودها في التصرفات، وتحديد مرتبتها باعتبار العدم، فالضروري ليس كالحاجي وهكذا. فكل ما كان أعلى مصلحة وأغلب نفعاً كان أحرى مظنة لإثبات الحكم، لأن المقصود الارتفاق بالمكلفين بما يحصله من درء المفسدة ودفع الضرر ورفع الحرج. ولذا فإننا نعد مقاصد الأحكام وعاءً حاوياً لمستلزمات المصالح الاجتماعية، لما تحمله من التكريم الإنساني ونشر الفضائل في مواقع وجوده، هذا فضلاً عن تصحيح معتقده وسلامة ديانته.

**** المسلك الثاني - (مراعاة الأخذ بالمصلحة الراجحة):** ويمكن التعبير عنه بالعدول عن القياس الأصولي إلى إعمال القياس المقاصدي، والمراد به -كما حرره الشاطبي في موافقاته⁴ بقوله-: "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء

1 نقلا من: الموافقات للشاطبي (13/1).

2 المصدر نفسه للشاطبي (174/3).

3 نقلا من: المستصفي للغزالي (ص174) -يتصرف-.

4 الموافقات للشاطبي (194/5) -مراد الإمام هنا بيان حد الاستحسان-، وبينها من التناسب ما لا يخفى على ممارس بصير وباحث خريت.

المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك..".

**** المسلك الثالث - (تفعيل الموازنة بين المقاصد أو بين الوسائل):** ولا يتمّ الفرق بينهما إلا بتعليل الحكم ثم نوطه بتحصيل مقصوده، فتمحيصها في نفسها ينتج تقديم الأصلح والأخذ بالأحوط للمكلف، لأن المعادلة تقتضي التعويل على أخير الخيرين جلباً، وأهون الشرين دفعا. وهذا ما يتماشى مع ساحة الشريعة وحفظها لحظوظ المكلفين في فقه الأولويات، قال شيخ الإسلام ابن تيمية¹: "وما ينبغي أن يعرف أن الله ليس رضاه، أو محبته في مجرد عذاب النفس، وحملها على المشاق حتى يكون العمل كلما كان أشق كان أفضل، كما يحسب كثير من الجهال أن الأجر على قدر المشقة في كل شيء، لا ولكن الأجر على قدر منفعة العمل، ومصلحته وفائدته".

**** المسلك الرابع - (اعتبار المآلات):** إذ تجري الأحكام في هذا باب على اعتبار الذرائع والحيل وتحقيق المناط ومراعاة الخلاف، وغيرها، وتنضبط بالتسبب إلى الأفعال وفق عوامل المتغيرات². قال الإمام الشاطبي: "المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها"³.

واجتناباً لكثرة التفاريع أسوق مثالا واحدا كتطبيق لهذه المسالك الأربعة، وليس أحسنه عندي كمسألة "خدمة المرأة في بيتها"، ومجراها في مبحث الشروط في النكاح، حيث جرى في عصرنا اختراق التقاليد الغربية والحوادث القبيحة لنظام الأسرة المسلمة، فركنت المرأة في عصرنا إلى إصلاح حالها والتباهي بمظهرها مقابل إهمال شؤون بيتها وترك الخدمة مطلقاً أو نسبياً. كل ذلك في ظل رقابة القوانين المعمول بها في المحاكم في بلدنا⁴، بخصوص "المادة: 36 (معدلة)"، والتي تنص في بنودها على ما يجب على الزوجين معا. دون الإشارة إلى واجب المرأة بعينها، في حين ألغت "المادة: 39"، والتي تنص على "وجوب طاعة الزوجة لزوجها

1 مجموع الفتاوى لابن تيمية (281/25).

2 وهي تعود عند النظر في الجملة إلى: الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد.

3 الموافقات للشاطبي (177/5).

4 ينظر: قانون الأسرة الجزائري [المادة: 39/37] (ص06-07). لكن نقون: أقل ما يمكن أن نستفيد من طرح الفقهاء مثل هذه القضايا التي ملاك أحكامها النص الشرعي، فإن الشريعة قد أولت المرأة عناية فائقة من حيث إنالتها حقوقها والتشوف لمزيد من حظوظها بضابط الصلاح وأثره في العقد، فلا تكاد تنضبط هذه المسألة بحد أو عرف، فحتى لا يتعسف الرجل بحقه اتجاه المرأة لم يصرح الشارع بأمر مباشر يثبتها على خدمته وأوكل ذلك إلى مطلق حسن العشرة وبذل المعروف بينها. وهذه مكرمة ربانية وكرامة إسلامية فاقت إدراكات العقلاء، وهو ما أقر به مفكرو الغربي كما أشار إليه العلامة تقي الدين الهلالي في كتابه "أحكام الخلع في الإسلام" [المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية، 1395هـ] (الهامش: 01، ص8-9).

ومراعاته باعتباره رئيس العائلة". وعليه فبحثنا سيتناول مقصدين:

* المقصد الأول - من حيث الإجمال: لك أن تعمل هذه المسالك في تقييم شروط الزواج المعترية التي يلزم الوفاء بها - مع اعتبار الخلاف الفقهي -، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"¹. فكل ما يفضي منها إلى مصلحة استدامة النكاح وتحقيق مقاصده، فهي مشروعة في نفسها، متى ما لم تعد على العقد بالإبطال²، لأن "كل شرط يخالف كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط [كان] مائة شرط"³. وبالأخص ما كان منها من تواضع أهل العصر على اشتراط أمور محدثة مما لم يسبق مثاله، مثل: اشتراط المرأة العمل، أو منع السفر بها خارج بلدتها، أو السكن الفردي، أو إكمال التعليم أو نسبية خدمة الزوجة في بيتها، وغيرها. فبالاحتكام إلى نوع المصلحة ومرتبها ومقصودها في العقد نرى أن ثمة أنانية زائدة وإجحافا بحقوق الطرف الثاني لمن اشترط مثلها، فقد يكون في التغافل عنها عين الخير وجوهر المصلحة، خاصة مع الصدق وصلاح السريرة وحسن النية، وفي أصل علم السووك أن من ترك شيئا من متاع الدنيا يغي به وجه الله عوضه الله خيرا منه، فقد صح في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إنك لن تدع شيئا لله إلا بدلك [أتاك، أعطاك] الله به ما هو خير لك منه"⁴. فلو أخذت المرأة هذا الأصل كعقيدة، لوجدت بركة عظيمة في بيتها، ﴿وَاللَّهُ خَيْرٌ وَأَبْقَى﴾ [طه: 73].

* المقصد الثاني - حيث التفصيل: فقد علم في الفقه أنه اتفق الأئمة الأربعة على أن إخدام الرجل زوجته ليس شرطا في النكاح - وخاصة الشريفة والغنية⁵-. وقد نقل ابن بطال عن شيوخه قولهم: "أما أن تجبر المرأة على شيء من الخدمة، فليس لها أصل في السنة، بل الإجماع منعقد على أن على الزوج مثونة الزوجة كله"⁶. وقالوا إنما "الواجب على المرأة شيئا تمكنها زوجها من نفسها وملازمة بيته"⁷. وإن كان قد جرى بينهم في القول بوجود الخدمة، فللبالكية قول في جواز الخدمة على سبيل الندب والاستحباب، وهو أن على المرأة

1 رواه البخاري في كتاب الشروط - باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح (190/3 - 2721).

2 ينظر: المرأة بين الفقه والقانون لمصطفى السباعي [دارالوراق السعودية. الطبعة السابعة، 1420هـ] (ص56).

3 رواه البخاري معلقا من قول ابن عمر أو عمر رضي الله عنها (198/3). ووصله ابن ماجه في السنن من كتاب العتق - باب المكاتب [حققه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت، دط/دت] (842/2 - 2521).

4 رواه أحمد في المسند [حققه شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة السعودية. الطبعة: الأولى، 1421هـ] (170/38) - ح23074. وهو مكرر برقم: 20739، 20746. وإسناده صحيح. وقد جاء بلفظ نحوه مرفوعا: "ما ترك عبد شيئا لله لا يتركه إلا له إلا عوضه الله منه ما هو خير له في دينه ودنياه"، يرويه أبو نعيم في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء [دار الكتب العلمية - بيروت، دط/1409هـ] (196/2)، بسند ضعيف.

5 وهو مشهور قول المالكية، يراجع: فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك لابن عليش [دار المعرفة. دط/دت] (84/2).

6 شرح صحيح البخاري لابن بطال [حققه ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية. الطبعة: 02، 1423هـ] (539/7). وفي نقل الإجماع نظر.

7 نقلا من: شرح النووي على مسلم [دار إحياء التراث العربي - بيروت. الطبعة: الثانية، 1392] (165/14).

خدمة الزوج في الأعمال المنزلية التي هي من شأن النساء مما جرت به العادة وكان من ضروريات العمل في البيت، قال الإمام الخرخشي: "المرأة إن لم تكن أهلاً لأن يخدمها زوجها.. فإنه يلزمها الخدمة في بيتها بنفسها أو غيرها من عجن وكنس وفرش وطبخ واستقاء ماء من الدار أو من خارجها إن كانت عادة بلدها"¹. وعلى غرار ما سبق، فإن تحصيل الرأي الفقهي المفضي إلى الاستصلاح الأسري، وطلب بواعثه القاضية بتناسب الحال مع مكونات الأسرة العصرية -فكرياً ومادياً-، لزم النظر في ذلك من عدة مناح فقهية واستدلالية وقواعد كلية:

أولاً - باعتبار نوط التكاليف الزوجية وما يلزم كل طرف من معرفته لحق مقابله، فإن قوله تعالى: ﴿وَمَنْ مِثْلَ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]، نص في لزوم تدبير المنزل من كليهما حسب العادة، من غير حيف ولا ظلم، قال الإمام السعدي -في تفسيره للآية-: "أي: وللنساء على بعولتهن من الحقوق والولائم مثل الذي عليهن لأزواجهن من الحقوق اللازمة والمستحبة. ومرجع الحقوق بين الزوجين يرجع إلى المعروف، وهو: العادة الجارية في ذلك البلد وذلك الزمان من مثلها لمثلها، ويختلف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة، والأحوال، والأشخاص والعوائد.. فهذا موجب العقد المطلق. وأما مع الشرط، فعلى شرطها، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً"². فعلى الزوج بذل النفقة وتوفير حاجة أهله، وبالمقابل على أهله صنع المعروف والإحسان إليه وإظهار مكارم الأخلاق، كما كانت تصنع أمهات المؤمنين ونساء الصحابة رضي الله عنهم بما صح من الأحاديث والآثار عنهم في هذا الشأن³. فأضحى والحال هذه أن "الأساس الذي وضعه الإسلام للتعامل بين الزوجين وتنظيم الحياة بينهما، هو أساس فطري وطبيعي. فالرجل أقدر على العمل والكسب والخارج المنزل، والمرأة أقدر على تدبير المنزل، وتربية الأولاد، وتيسير أسباب الراحة"⁴. وهذا محصل توجيه التكاليف المنوطة بانتظام الأسرة الحكيمة في تدبيرها وتسيير شؤونها.

ثانياً - باعتبار الموازنات واستنطاق دليل الخروج من الخلاف وبالأخذ بإشارات الأحاديث المروية، ثم الأخذ بالأحوط للأسرة: لأنه قد تتسبب غالباً كثير من التصرفات في خرم هذا المعلم السامي في شرعنا الحنيف، فأصبح مقام الورع والاحتياط للحياة السعيدة حتم لازم في كافة الأحوال لدى العقلاء، بل يكون آلة للترجيح إذا اقتضى الحال تعارض الدلالات⁵. هذا مع استحضار الواعظ من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلًا تَبَغُّوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: 34]. وباعت وصية النبي ﷺ في خطبته: "ألا واستوصوا بالنساء خيراً، فإنها هن عوان عندكم"⁶، ووصيته بقوله: "واستوصوا بالنساء، فإن المرأة خلقت من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع

1 شرح مختصر خليل للخرشي [دار الفكر للطباعة - بيروت، دط/دت] [186/4].

2 تيسير الكريم الرحمن للسعدي [حققه عبد الرحمن اللويحي مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى 1420هـ] [ص102].

3 يراجع في ذلك: آداب الزفاف في السنة المطهرة للألباني [دار السلام، دط / 1423هـ] [ص286-290].

4 نقلاً من كتاب: فقه السنة لسيد سابق [دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397هـ] [201/2].

5 ينظر لذلك: مجموع الفتاوى لابن تيمية (193/30).

6 رواه الترمذي في السنن [تحقيق أحكام شاكر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، 1395هـ] من

أعلاه، إن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، استوصوا بالنساء خيرا" ¹. كما أن الحث على الإحسان وبذل المعروف أصل مطرد، تحصيلا لمقتضى حسن العشرة وتفعيل المروءات في العلاقة الزوجية، كما قال الله تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 195].

ثالثا - باعتبار النظر في المآلات فإنه ولا يفوتك أن عزوف المرأة عن خدمة بيتها بنفسها يستدعي جلب الخادمة، وهذا فيه من الفساد العريض والفتنة الخطيرة على الرجل وأبنائه، من التسبب إلى الزنا والفاحشة والديانة، وهذه مواقع التواصل تعج بتلك القصص والترحش الجنسي والفضائح للأحرار من الرجال. فدرء الفساد أصحى مقدما البتة. ويتخرج عليه إذا كانت المرأة قاصدة ذلك شهوة ومكرا، فإذا قلنا أن القواعد العامة للشريعة تقرّر نفي الضرر وحسم مادة الشر، فينبغي أن تعامل بنقيض مقصودها، لأنه اتفق عند الجمهور "المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"، يقول الإمام أبو العباس المنجور:

وبنقيض القصد عامل إن فسد
فسادا أو إفاته في البيع
في قاتل أو موص أو من قد قصد
.....²

رابعا - باعتبار مراعاة الواقع وإعمال قاعدة: "مقتضى ما غلب" ³، فإن التطور التقني للألات الكهرومنزلية، لمن يعد للمرأة كبير عناء في تلك الخدمة التي كان من قبل، إذ لا مسوغ للتبرير أو الاشتراط، وهذا مما قلل من دواعي الزواج في عصرنا، وعزوف الشباب عن النكاح ⁴، وبالتالي تنتشر العنوسة وتفشو الرذيلة ويظهر الفساد في الأمة. ولذا إذا فكرت أحدها في هذا الأمر فقد ركبت سفها وطيشا، فلزم ترك الأمر لما رجّحته العوائد التي تقرها الشريعة الغراء.

خامسا - إعمال الأصل المنضبط فضلا عن مقتضى الأدلة النصية: لأن الأصل في "العقود المطلقة إنها تنزل على العرف، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلة" ⁵، إعمالا لقاعدة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" ⁶. ولذلك قال الشيخ أبو زهرة ⁷: "ولهذا نرى أنه ليس من الشرع الإسلامي في شيء، من يقول: إن المرأة ليس عليها خدمة بيتها أو القيام على شؤون وطهي طعامه، وهو بعيد عن الإسلام بعده عن

أبواب الرضاع - باب ما جاء في حق المرأة على زوجها (459/3 - ح 1163).

1 رواه مسلم في الصحيح من كتاب الرضاع - باب الوصية بالنساء (1091/2 - ح 1468).

2 شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور [حققه محمد الشيخ. دار الشنقيطي. دط/دت] (481/2).

3 قال الشاطبي في الموافقات (45/2): "المصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب...".

4 من ضعف الباء لدى الشباب عن مؤن النكاح، مع ضعف ديانة أغلب الفتيات.

5 نقل من: زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم [مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت. الطبعة: 27/1415هـ] (171/5).

6 ينظر: مجلة الأحكام العدلية (المادة 43/ ص 21). ومنها المادة: 45/ "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص".

7 الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص 167). ولك أن تخرجه على أصول الفتوى باعتبار متغيرات الأحوال والوقائع، "وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق يجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه" كما قال القراني رحمه الله في الفروق [حققه عبد الحميد هندواي. المكتبة العصرية بيروت. دط/1424هـ] (197/1).

المؤلف المعروف". ونحن نؤكدُه فنقول بترجيح القول باستحباب خدمتها في العموم أو بلزومها إن رأى القاضي ذلك، باعتبار ما جرى عليه العمل، وكل بلدة بحسبها¹.

•* المسلك الخامس: (تحقيق مناط أحكام) وتعليقه مقاصديا، وهذا المسلك من الأهمية بمكان²، إذ معلوم أن "المصلحة الراجحة في الإبقاء على روابط الأسرة على أساس من المحبة والتعاون وصلة الرحم"³، أصل يحتكم إليه في تمحيص القضايا الأسرية المستجدة، وخاصة ما تعلق منها بتأكيد المودة والدوام للنكاح، تحصيلا لحفظ الأولاد وإكرامهم بالبيت العائلي المتكافئ. وعلى غرار ذكرنا للتكافئ الأسري من حيث نيل كل فرد حظه مقابل أداء واجبه، فلا بد من لحظ مناط كل اعتبار مفردا، ثم تصوّره مجتمعا في مناسبة كلية تقضي بتحكيم المقاصد في أحكام الحوادث:

الاعتبار الأول - الديني والسلوكي: يوصي النبي ﷺ الشاب المسلم أن يطلب منكوحته من ذوات الدين، وهو أجمع ضوابط الكفاءة في هذا الباب، حيث قال عليه السلام⁴: "تنكح المرأة لأربع: لما لها ولحسبها وجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين، تربت يداك". ومن فقه الحديث أن لحظ ضابط الدين وحسن السيرة منوط بالصالح مطلقا، لما فيه من الخير للمرأة والرجل معا، ف"اللاق بذي الدين والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره في كل شيء، لا سيما فيما تطول صحبته، فأمره النبي ﷺ بتحصيل صاحبة الدين الذي هو غاية البغية"⁵. قال النووي رحمه الله: "وفي هذا الحديث الحث على مصاحبة أهل الدين في كل شيء لأن صاحبهم يستفيد من أخلاقهم وبركتهم وحسن طرائقهم ويأمن المفسدة من جهتهم"⁶. فعلم اعتبار مناط هذا الوصف يقتضي أحوالا، حيث أن المرأة "إن كانت ضعيفة الدين في صيانة نفسها وفرجها، أزرت بزوجها وسودت بين الناس وجهه، وشوشت بالغيرة قلبه، وتتغص بذلك عيشه. فإن سلك سبيل الحمية والغيرة، لم يزل في بلاء ومحنة، وإن سلك سبيل التساهل، كان متهاونا بدينه وعرضه ومنسوبا إلى قلة الحمية والأنفة. وإذا كانت مع الفساد جميلة، كان بلاؤها أشد إذ يشق على الزوج مفارقتها، فلا يصبر عنها ولا يصبر عليها"⁷.

الاعتبار الثاني - الاجتماعي: قد تختلف عوائد المجتمع وأعرافه بحكم التطور الحاصل، وتتخلل منظومته القيمة والسلوكية كثير من المستجدات -بغض النظر عن صلاحها أو فسادها-، فكل ما أُلّفه الناس من

- 1 وهو اختيار جماعة منهم: شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (34/90). وكذا الحافظ في فتح الباري (324/9).
- 2 وقد أطلت فيه الحديث لأن تعلقه بمباحث الأحوال الشخصية الحادثة تعلق قوي من حيث تتبع مناسبة التفرع من جهة، وتوجيه الاختيارات من جهة.
- 3 نقلا من: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (1/124).
- 4 أخرجه البخاري في الصحيح من كتاب النكاح - باب: الأكفاء في الدين (7/ص 7 - ح 5090).
- 5 فتح الباري لابن حجر (9/135).
- 6 المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج لشرف الدين النووي [دار إحياء التراث العربي - بيروت. الطبعة: الثانية، 1392هـ] (52/10).
- 7 إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي (2/ص 37).

المحدثات العصرية وانتشر في الناس حتى صار ظاهرة، فلا بد أن يدخله من رضي به في حكم ما جرى به العمل أو عموم البلوى، هذا استصحاباً للإباحة العقلية ما لم يعارض نصاً أو إجماعاً أو قطعياً آخر. فالناظر في محاور الاعتبار الاجتماعي يقف على جملة من المعايير التي تتعلق بها الحياة الزوجية ومكون الأسرة الأساسي، وهو المتعلق من منظور اجتماعي بال عشرة ومحاسن تصرفاتها، والآلية إلى تحقيق مسمى السعادة والاستقرار الأسري، قال أبو حامد الغزالي: "أما الخصال المطيبة للعيش التي لا بد من مراعاتها في المرأة، ليدوم العقد وتتوفر مقاصده، ثمانية: الدين والخلق والحسن وخفة المهر والولادة والبكارة والنسب وأن لا تكون قرابة قريبة"¹. وفي كل واحدة منها لفضفضة المجتمع ما تسمع العجب، وتسمع ما يقعد الليب حيراناً.

الاعتبار الثالث - النفسي: وهذا قطب رحي العلاقة الزوجية، لأن الأصل في العائلة وجود السكينة والطمأنينة، فمتى ما فقدا في النفوس آل أمر الزواج إلى الانحلال. ومن أهم ما يُعنى به في هذا الاعتبار، خلوّ الطرفين من العيوب، وهي في الأصل تعود إلى ثلاثة أشياء -يلحق بها شبيهها في الحكم والضرر-، يردّ بها النكاح عند أئمة الفقه، وعمدة الباب في ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه موقوفاً، قال: "أبياً رجل نكح امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها بما استحلت منها من فرجها وكان ذلك لزوجه غرم على وليها"². فهذه في الجملة العيوب الثلاثة الكبرى، التي يتناهى معها قصد النكاح وتأسيس الأسرة ابتداءً لأنها عيوب يمتنع معها الوطء، إما حساً أو طبعاً³، وهذا تفصيله:

** آفات العقل: وأظهرها في العيوب "الجنون"⁴، فالعقل محل الإدراك والفهم ومركز التخاطب ومورد الأفكار، ونكاح المجنونة يتعذر عليها هذا الوصف. ومثلها في عصرنا المعتوهة وما تصاب به النساء من أنواع الصرع والمس وسرطان الدماغ والخرف والأمراض الوراثية من هذا القسم. فتحقيق المناط في نوع هذا العيب يأخذ حكم جنس الجنون المحقق.

** آفات الصحة والأمراض المعدية: وذلك في الجذام⁵، إذ لا تجد غالباً، طالبا للنكاح وهو يتوجس هذا الجانب في نفسه، فتجده يتفادى كل صاحبة عاهة أو مرض عضال، وكذا النساء ينفرن من كل ذي آفة أو علة في صحته. فقد جاء في نصوص كثيرة أن تُتقى الأمراض الخبيثة وأن لا يورد على أهلها، من ذلك ما في البخاري

1 المصدر نفسه لأبي حامد الغزالي (2/ص37).

2 أخرجه ابن وهب عن مالك بسنده إلى عمر رضي الله عنه به. مخرج في المدونة [دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ] من كتاب النكاح - عيوب النساء والرجال (2/144). وبهذا المعنى يرويه البيهقي في السنن الكبرى [حقيقه محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ] من كتاب النكاح - باب ما يرد به النكاح من العيوب (7/350 - برقم: 14229). عن علي رضي الله عنه موقوفاً، قال: "أبياً رجل نكح امرأة وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجه بالخيار ما لم يمسه إن شاء أمسك وإن شاء طلق، فإن مسها فلها المهر بما استحلت من فرجها".

3 ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية [حقيقه أنور الباز وعامر الجزائر. دار الوفاء. الطبعة: الثالثة/1426هـ] [32/172].

4 يراجع للفائدة: حاشية الدسوقي [تحقيق محمد عليش - دار الفكر، بيروت، دط/دت] [2/279].

5 جاء في المصدر نفسه للدسوقي (2/278) ما نصه: "حاصل فقه المسألة .. أن الجذام متى كان محققاً ثبت للمرأة الرد به ولو يسيراً كان قبل العقد أو حدث بعده وأما الرجل فله الرد به إن كان قبل العقد قل أو كثر ولا رد له به إن كان حادثاً بعد العقد مطلقاً".

من حديث أبي هريرة مرفوعاً: "وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"¹. قال البغوي معلقاً على هذه النصوص: "قيل: إن الجذام علة لها رائحة تسقم من أطال مجالسة صاحبها، ومؤاكلته، لاشتياها تلك الرائحة، وكذلك المرأة تضاجع المجذوم في شعار واحد، فربما تجذم من الأذى الذي يصيبها، وقد يظهر ذلك في النسل.. وليس هذا من باب العدوى، بل هذا من باب الطب"². وقد لا يكون الآفة معدية، لكنها تكون في المحل الذي تنال به اللذة، وهي واحدة من مقاصد الزواج كما هو معلوم، وقد جاء في الأثر³ عن ابن عباس أنه قال: "أربع لا يجوز في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجنومة والبرصاء والغلفاء"⁴، وفي رواية "والغلفاء"⁵. فزاد مع الثلاثة المذكورة أنفاً، (الغلفاء أو العفلاء) وهو من عيوب الفروج التي توجب الفسخ والرد. ويلحق بذلك كله -من باب القياس- كل مرض عصري يعرف عن نكاح أهله، وبالأخص حاملي فيروس الإيدز⁶.

**آفات المظهر: وذلك في البرص⁷، فالمظهر جزء من جوهر النفوس التي تدعو الرجل إلى النكاح ابتداء، ودميمة المنظر باعتبار علة المرض تنأى النفوس وترغب عنه. وهذا طبع لا حرج فيه عند ذوي الأذواق السليمة، وفي ذلك أصل في السنة، فقد روي الحاكم⁸ من حديث زيد بن كعب بن عجرة، عن أبيه، قال: "تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني غفار، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى بكشحتها بياضاً، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: (الْبَيْبِي ثِيَابِكَ وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ)، وأمر لها بالصداق". وهذا النص أصل في بابه، حيث يكون كل عيب ظاهر ينفّر منه الرجل أو المرأة يبطل النكاح، قال الإمام ابن القيم رحمه الله: "والقياس أن كل عيب ينفّر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبوناً بما غر به وغبن به، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله

- 1 رواه البخاري في صحيحه من كتاب الطب - باب الجذام (126/7 - برقم: 5707).
- 2 شرح السنة للبغوي [حققه شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش. المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت. الطبعة: الثانية، 1403هـ] - باب ما يكره من الطيرة واستحباب الفأل (171/12).
- 3 رواه الدارقطني في السنن [حققه شعيب الأرنؤوط وجماعة، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان. الطبعة: الأولى، 1424 هـ] من كتاب النكاح - باب المهر (399/4 - ح 3674).
- 4 بمعنى القلفاء، جاء في المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي (514/2): "القلفة الجلدة التي تقطع في الختان.. قلف قلفاً من باب تعب إذا لم يجتتن ويقال إذا عظمت قلفته فهو أقلف والمرأة قلفاء..".
- 5 قال ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر [تحقيق: طاهر الزاوي ومحمود الطناحي. المكتبة العلمية، بيروت، دط/ 1399هـ] (264/3): "العقل: هنة تخرج في فرج المرأة وحياء الناقة شبيهة بالأدرة التي للرجال في الخصية".
- 6 قال الغزالي في قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة [دار الشروق، الطبعة 1422/07هـ] (ص 149): "مرض الإيدز من أمراض الحضارة التي تضخم كيانها المادي، وضمّر كيانها الروحي ضموراً شديداً. والبلاد الإسلامية أقل البلاد تعرضاً لهذه المصيبة المثيرة للسخط والاشمئزاز، وذلك لبقايا الإسلام في جنباتها".
- 7 تراجع حاشية الدسوقي (278/2).
- 8 رواه الحاكم في المستدرک على الصحيحين [محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الثالثة، 1424هـ] من كتاب معرفة الصحابة - باب العالية (36/4 - برقم: 6808).

وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان، هذا القول وقربه من قواعد الشريعة¹.

خامسا - لزوم الوعي المقاصدي وأثره في محاكمة مظاهر فساد الزمان:

العقلاء موقنون أن "صلاح الأسرة هو أساس المجتمع، وعليه تنبني سعادة الأمة، وتقوم عليه دعائم العمران"². كما تقوم على مراقبة تصرفات الأفراد برعاية مستمرة ومعنوية ومادية، بما يقدمه من الجهود والخدمات المختلفة. ولذلك لا يكاد ديننا الحنيف يفتزُّ بِمَحْضٍ -وفي كل مناسبة- على تكوين الأسرة الناجحة وفق دعائم متينة، ويندب بشدة إلى مراعاة مقصد حفظ النوع الإنساني وتصحيح مسار مجتمعه وتقييم أفكاره وقيمه وسلوكه وثقافته. لكن ليس تعاليم الدين وحدها من يقوِّم هذه الحياة وللأسف، فالناس يعيشون أحوال العصر الذي وجدوا فيه، ويتحلون في الجملة الفهوم التي يغلب التطبع بها، فكل ما خامر الضمائر من الإدراكات مما استحسنه الجماعة وبدا واقعا في تصرفاتهم، كان الحكم على أهل ذلك الزمان بحسبه، ولا يشك متأمل في واقعا اليوم أن الأمة قد ركبت الأهواء وامتطت منزلقا وعرا، وأضحى المصلح في الناس غريبا. وفي ظل هذه الآفات العصرية المستجدة، والتسارع الكوني، والتقارب العولمي والذي يعد السبب الرئيس الذي غلب العوائد الغربية على الفهوم، حتى فتنت المغلوبين حضاريا³، وليس العامة فحسب، بل كثير من المفكرين والمثقفين، حتى ظهرت النزعات الحدائثية والتنويرية والليبرالية. فأضحى الساحة الاجتماعية خليطا من المفاهيم والآراء والدعايات، فأل أمر كثير من الناس إلى شتات ولغظ كبير. ومن هذه الحال، حتى نعرف أدواءنا ونرتشف لها من سلطان العلم الشرعي دواءها، استدعى الأمر رفع شعار الوعي المقاصدي والنداء بلزومه، ونحن في مرحلة الدفاع عن القيم والمبادئ، بل والعقيدة والسلوك الطبيعي للمتتبعين للإسلام، أيا كانت وظائفهم أو أعمارهم أو أعراقهم أو أجناسهم أو لغاتهم، فإننا نناديهم جميعا بأن الوعي المقاصدي عتبة باب النجاة لإصلاح التفكير وتقييم الأفكار. والمراد به إذ يتقدح في الذهن أولا صرفُ "معنى الفقه والفهم الدقيق للمفاهيم الجلييلة والمعارف المستنبطة من النصوص، والخادمة لقضايا التشريع وكتلياته" .. وقد عرّفته بقولي: "فقه العمران البشري واستصلاحه في ضوء نظرية المقاصد الشرعية"⁴. وأكدت أن هذا الفقه لا ينبغي أن يجهله مكلف عاقل، لما في ذلك من حفظ مقاصد الأحكام، بما يؤول إليه من تفعيل أحكام المقاصد في التصورات والتصرفات. ويلزم منه ذلك معرفة واقع الناس وضروب حياتهم وألوان معاشهم وطرائق جلب أقواتهم، وخاصة في حال فساد الزمان وضعف الديانة وقلة الحياء.

1 زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم الجوزية [مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت. الطبعة: 27/1415هـ] (5/166).

2 نقل من: الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري (4/ص5).

3 يراجع: المقدمة لابن خلدون [حققه عبد الله محمد الدويش، دار يعرب دمشق، الطبعة الأولى، 1425هـ] من -الفصل الثالث والعشرون- (1/284).

4 نقلته من مقال لي نشرته في (مجلة الدراسات الإسلامية) الصادرة عن قسم العلوم الإسلامية بجامعة الأغواط العدد: 2017/09. تحت عنوان: "الوعي المقاصدي والحاجة إليه في التفكير التنموي وفق معايير البحث العلمي".

لكن أنبه إلى أن مجرد الفهم والمبادئ المعرفة لا يلزم منه فتح الباب لكل أحد حتى يعمل تلك المقاصد أو ينظر فيها، إنما ذلك لمن فتحت بصيرته ورسخ في العلم قدمه وانشرح بالفتوحات الربانية فؤاده، قال الإمام الدهلوي: "وأما معرفة المقاصد التي بني عليها الأحكام فعلم دقيق، لا يخوض فيه إلا من لطف ذهنه واستقام فهمه"¹. وهذه المعرفة تلازم تحكيم المقاصد في النوازل حيث يسترشد بها الأئمة والقضاة، ويستبدون بذلك دون غيرهم من العامة والمقلدة وحتى طلاب العلم. ومن ثمة فإنه يُرسم في الذهن ضابطان عظيمان للإعمال والتفعيل، لا ينفك أحدهما عن الآخر في بيان الأحكام واستنباط الحكم، وتنزيلها على الأعيان، وهذان الضابطان هما:

**** الضابط الأول - فقه الواقع:** وفي ذلك يقول الإمام ابن القيم رحمه الله تعالى: "معرفة الناس.. أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيها فيه.. كان ما يفسد أكثر مما يصلح.. بل ينبغي له أن يكون فقيها في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتياهم وعوائدهم وعرفياتهم.."².

**** الضابط الثاني - مراعاة فساد الزمان:**³ "لأنه ضابط في تغير الأحكام"⁴، إذ أن ألوان هذا الفساد في أبواب الأحوال الشخصية، لا تكاد تخفى على عاقل، بل تشعبت مفاصد قضايا الأسرة مما لا يكاد يحصر، حتى طال غبها الفقهاء والبلدء. ومن أهم تلك القضايا: محدثات عقود النكاح، ومشاكل العنف الأسري، وإهمال النفقة، وإهمال تربية الأطفال، وزنا المحارم، وسفور المرأة، والحيانة الزوجية، وغيرها من الحوادث العظام الشيء الكثير.

وما دامت هذه حال الواقع، فالوعي المقاصدي الرصين بما يقتضيه التحكيم العادل، يلزم ثمة أموراً ثلاثة:

- الأول: لا مناص من الحزم في إنفاذ الشريعة وإحقاق الحق بإعمال المقاصد في محالها، وترتيب الأحكام وفق واقعها⁵، حتى يعود الدين مرهوباً وأهله أعزاء، لأن الإغراق في الارتفاقات فتح باب الشر وتسلط الضعفة والسفهاء على الدين وأهله، والله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ﴾ [المؤمنون: 71]⁶. ولنا شاهد على هذا الموقف من آثار السلف، فقد قال الإمام إبراهيم النخعي: "كانوا يكرهون للمؤمنين أن يستذلوا، فيجتري عليهم

1 حجة الله البالغة له [دار الجليل، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، سنة الطبع: 1426 هـ] (289/1).

2 إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (6/113).

3 يراجع: سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى للزحيلي (ص 22 و 60).

4 لقد كتب الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، في كتابه: المدخل الفقهي [(ص 945-949) فصلاً مهماً: برقم: 77، ترجمه بقوله:

"تغير الأحكام الاجتهادية بفساد الزمان". وأورد فيه عدة نهاذج من استصلاح الرأي الفقهي في قضايا العبادات والمعاملات.

5 أليس ملاحظاً في شأن قوانين المحاكم الردعية والغرامات والضرائب والتغريم بالمال، ولم يتزجر أهل المخالفات وأرباب الجحج والجنابات، لأن القلب فارغ المحتوى وباعت القرآن غائب، والله المستعان.

6 قال الزمخشري في الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل [دار الكتاب العربي - بيروت. الطبعة: الثالثة - 1407 هـ] (3/196):

"فلو اتبع أهواءهم لا تقلب باطلاً، ولذهب ما يقوم به العالم فلا يبقى له بعده قوام".

الفساق¹.

- الثاني: يلزم القاضي والمفتي دقيق النظر وعميق الفكر وترك العجلة لإظهار حكم المقصد أو مقصد الحكم على حدٍ سواء، كما قال الإمام ابن عاشور: "على الباحث في مقاصد الشريعة أن يطيل التأمل ويجيد الثبوت في إثبات مقصد شرعي. وإياه والتساهل والتسرع في ذلك.."².

- الثالث: لا بد لها أن يسلكا بالأمة المسلك الحضاري، والوعي الراقي، بما مكنتها الشريعة من المرونة الفقهية والساحة الحكمية³، ولا يجمد على ما في الكتب. كما قال القرافي⁴. هذا حتى لا يشدد على الأمة، فحيث يصلحهم بما يناسب عصرهم، تراه يقضي على محبتهم للدين، ويكرههم في الاستقامة على أمر الله تعالى. هذه أثنائي الوعي المقاصد الذي ارتُسِمَتْ عجره في محابر المسائل الواقعات، والنظر في أدلتها النصية والاجتهادية، حتى تطمئن الأنفس بحكم الله تعالى وتفقه استصلاح ذوي البصيرة من العلماء الناصحين.

الخاتمة

وبعد هذا التصور العام في موضوع بحثنا، حيث طاف العقل بصحبة الفهم، إذ لا ينفك للباحث في معاهد القضايا والنوازل أن يستلهم من النص الشرعي وما انبثق من المقاصد، مفاصل الإجراءات المدنية حتى يرسم للإصلاح عقلية تناغم عصر وجودها، وتتسامى مكان الوعي في دقائقتها وشرح ملاساتها، وهذه حقيقة الدرس الفقهي والاستصلاح الشامل للأحوال الشخصية وقضايا المرأة في العصر الحديث. ويمكن أن نقول أن يكون ثمة تحكيميا حصيفا وإعمالا حكيميا وتفصيلا صحيحا، للمنظومة المقاصدية التي انتظمت في بوتقتها الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا المسائل، والمعقدة منها بالخصوص. وهو ما نستحث فيه همم الباحثين والمتخصصين أن يسترشدوا بما في العلوم الإنسانية إجمالا ويقدموا للأمة الحل الأمثل والحكم الأنسب لكل واقعة بعينها.

تم المقصود وصلى الله على نبينا محمد الأمين والمبعوث رحمة للعالمين وسلّم تسليما كثيرا.

1 أورده البغوي في شرح السنة - باب الصبر على أذى المسلمين والتجاوز عنهم (165/13). وقد علّق الحافظ ابن العربي عند إيراد هذا الأثر بقوله: "أن يكون الباغي معلنا بالفجور، وقحا في الجمهور، مؤذيا للصغير والكبير، فيكون الانتقام منه أفضل". أحكام القرآن لابن العربي [حققه محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة: الثالثة، 1424هـ] (4/93).

2 مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور (138/3).

3 مع أننا لا ندعي رفض كل مستجد يقتضي عصرنة الحياة وإضفاء طابع المدنية المتطورة والمواكبة للتقنيات الحديثة، لكن لا بد من إعمال النقد العلمي والبناء وفق مقياس الاعتبار أو الإلغاء، وللعلامة البشير الإبراهيمي كلام حسن، ينظر في: "أثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي" جمع وتقديم نجله الدكتور أحمد طالب الإبراهيمي [دار الغرب الإسلامي-بيروت. لبنان الطبعة الأولى، 1997م] (1/ص15).

4 الفروق للقرافي (198/1).

الاجتهاد المعاصر في أحكام الأسرة "مناهجه وسبل ترقيته"

بقلم

د. خالد تواتي

أستاذ محاضر "أ" في أصول الفقه بقسم الشريعة

معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي

eliitidal@yahoo.fr

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: 102].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجَسَدٍ مَخْطُوقٍ وَتَهَا زَوْجَهَا وَبَيْنَ يَدَيْهَا رَبٌّ وَتَهَا رَبًّا كَثِيرًا وَسَاءَ مَا تَصِفُونَ﴾ [النساء: 1].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾﴾ [الأحزاب: 70، 71].

ألا وإن أصدق الكلام كلام الله تعالى، وأحسن الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار، أما بعد:

فإن من خصائص أحكام الشريعة الإسلامية الشمول والعموم وكذلك اللزوم والتعدي، والجانب اللزومي معظمه يختص بجانب العبادات والجانب المتعدي يختص معظمه بجانب المعاملات، ومن بين أهم عناصر المعاملات الأحوال الشخصية وأهمها قسم الأسرة وبخاصة فيما يتعلق بدراسة أحوال الزوجين وغيرهما وأحكامها، وقد نهج في ذلك الفقهاء قديما وحديثا منهجا دقيقا في تحري وتقصي مسائل فقه الأسرة سواء فيما ثبت بالنص القرآني والحديثي مما لا مجال للرأي فيه، أو في الجانب الاستنباطي والاستدلالي فيما لانص فيه، وفي هذا القسم أعني المسلك الاستدلالي اختص اجتهاد علمائنا المعاصرين بنصيب من إعمال ما لديهم من ملكة فقهية على استخراج الأحكام الفقهية لمستجدات بعض المسائل الحديثة كعقود الزواج، وإثبات النسب بالطرق المستحدثة، وغير ذلك، سالكين في ذلك تأصيلات الفقهاء من قواعد فقهية ومقاصد شرعية، مستعنيين بأدلة الوقوع من خبرة أهل الاختصاص وغير ذلك، حتى يتم البت في الحكم الشرعي وفقا لقواعد

الشريعة بعيدا عن الهوى والظن والرأي المجرد.

هذا، وقد اخترت -في مؤتمر جامعتنا الوادي حرسها الله تعالى الموسم: "المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة" المحور الأول وهو: "مقاصد نظام الأسرة وضوابط دراسة مستجداته في ضوء تحديات العصر" وعنوانه ب: الاجتهاد المعاصر في أحكام الأسرة "مناهجه وسبل ترقيته".

أهمية موضوع البحث: لا يخفى أن الاجتهاد فيما لا نص فيه مطلوب شرعا، وقد شرع في حق بعض الأنبياء عليهم السلام وفي حق نبينا ﷺ على ما ذهب إليه جماهير الفقهاء والأصوليين، وقد تظافت نصوص الكتاب والسنة على ذلك.

وهو مطلوب أيضا ممن توفرت فيه شروط الاجتهاد المطلق أو الجزئي الخاص ولو في المسألة الواحدة، وهذا يختص بالعلماء.

كما أن مجال الاجتهاد فيما لا نص فيه وبخاصة في جانب المعاملات واسع، ويزداد طلبه كلما استجدت الحوادث الفقهية، وقد كان لفقهاء الأسرة الحظ الوافر فيه.

وتتمثل أهمية ذلك في إبراز دور المجتهدين من العلماء المعاصرين في تنزيل القواعد الشرعية من نصوص شرعية وأقيسة ومقاصد شرعية ومصالح ومفاسد على الجزئيات من المسائل المستجدة التي تظهر من حين لآخر للوصول إلى حكم شرعي صحيح موافق لأصول الشريعة ولوسطيتها ولتيسيرها.

ثم توضيح مسالك الاجتهاد في القضايا المعاصرة، وذلك بالرجوع إلى تأصيلات العلماء في ذلك، لتكون نبراسا يضبط للنظر فيها كيفية تخرج تلك المسائل وفق النظر الصحيح.

إشكالية البحث: وتمثل أساسا في أمور:

الأول: في كيفية تفعيل أدوات الاجتهاد في دراسة وتحليل المستجدات والحوادث المعاصرة. وهو أصل الإشكالية.

الثاني: في بيان كيفية ترتيب مسالك الاجتهاد في النازلة الفقهية المستجدة مع سرد مناهج الأصوليين في ذلك، حتى يتجنب العالم الخطأ في الاجتهاد.

الثالث: في كيفية تحقيق المناط مع بيان أدلته، من أجل تحقيق الحكم الشرعي في الواقع.

الدراسات السابقة: من الدراسات التي عنيت بقضايا الاجتهاد المعاصر في فقه الأسرة ما كتبه الدكتور عبد الرحمن العمراني في مؤلفه: "الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة". وقد تناول فيه الباحث بايين:

الأول: الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة.

الثاني: الاجتهاد الإنشائي في أحكام الأسرة.

وقد تطرق إلى العديد من المسائل المعاصرة، وبين آراء الفقهاء فيها، مستعرضا الأدلة ومناقشتها وخلصتها. ويظهر من خلال ذلك أنه لم يتناول الجانب المتعلق بالاجتهاد من حيث التأصيل ومن حيث تفعيله في القضايا المعاصرة ومن حيث توظيفه في مستجدات المسائل.

خطة البحث: وضعت لهذا الموضوع الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد

المطلب الثاني: شروط المجتهد

المطلب الثالث: تجزؤ الاجتهاد، وفي جواز اجتهاد الباحث المتخصص من المعاصرين.

المطلب الرابع: الاجتهاد الجماعي المعاصر

المبحث الثاني: ترتيب الأدلة، ومسالك الاجتهاد

المطلب الأول: ترتيب الأدلة

المطلب الثاني: مسالك الاجتهاد

المبحث الثالث مفهوم فقه الأسرة

المطلب الأول: تعريف فقه الأسرة

المطلب الثاني: مسائل فقه الأسرة

المبحث الرابع: أثر مسالك الاجتهاد في نوازل فقه الأسرة.

المبحث الخامس: المنهج الأمثل لترقية الاجتهاد في فقه الأسرة

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد

يتضمن هذا المبحث بيان حقيقة الاجتهاد من حيث اللغة والاصطلاح، وشروط المجتهد المطلق مع بيان حكم الاجتهاد الجزئي، وذلك من أجل إبراز معالم الاجتهاد التي يعرف بها المجتهد في أي عصر كان، وهو كالتأصيل والمقدمة لموضوعنا، وقد آثرت فيه الاختصار لعدم احتمال الورقة البحثية للإطالة، وجعلته في مطالب.

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد لغة: هو بذل الجهد في فعل شاق. يقال: اجتهد الرجل في حمل الرمح ونحوها من الأشياء الثقيلة، ولا يقال: اجتهد في حمل خردلة ونحوها من الأشياء الخفيفة. وهو بضم الجيم وفتحها يطلق على الطاقة، قال الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ ﴾ [التوبة: 79]، ويفتحها فقط يطلق على المشقة. يقال: جهد دابته وأجهدها، إذا حمل عليها في السير فوق طاقتها، وجهد الرجل في كذا، أي جد فيه وبالغ⁽¹⁾.

والاجتهاد يكون في الأمور الحسية كما تقدم، وفي الأمور المعنوية، كبذل الفقيه الفكر لاستخراج الحكم الشرعي، عند تعذر المعرفة المباشرة للحكم الشرعي من النص، وكلا المعنيين الحسي والمعنوي يوافق المعنى الاصطلاحي للاجتهاد؛ فالحسي في البحث والتنقيب في الكتب، والمعنوي في إعمال الفكر لاستنباط الحكم الشرعي.

(1) الصحاح للجوهري (460/2-461)، مقاييس اللغة (486/1)، شرح مختصر الروضة للطوفي (575/3-576).

الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد اصطلاحاً

عرف بتعريفات متقاربة، أجمعها: استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي⁽¹⁾.

فقوله: "استفراغ" جنس، وهو بذل تمام الطاقة، بحيث تحس النفس بالعجز عن الزيادة.

وقوله: "الفقيه" احترز بالفقيه عن غيره فإن استفراغ النحوي أو المتكلم الذي لا فقه له لتحصيل ما ذكر لا يسمى اجتهاداً، واحترز به أيضاً عن المقلد.

وقوله: "لتحصيل ظن" أي النظر في الأدلة الظنية؛ لأنه لا اجتهاد في القطعيات، وكذلك طلبه النص في حادثة وظف به، فليس فيه استفراغ وسع وبذل جهد.

قوله: "لحكم شرعي" احتراز عن الحكم العقلي والحسي والعرفي ونحوها⁽²⁾.

فالخاصل من التعريف الاصطلاحي أن يبذل المجتهد وسعه وجهده حساً بالبحث والتنقيب والتقصي، ومعنى بإعمال الفكر من أجل استخراج الحكم الشرعي للمسائل الظنية المحتملة التي ليس فيها نص قاطع أو دليل ظاهر.

المطلب الثاني: شروط المجتهد

لقد اختلفت أنظار العلماء في وضع الشروط للمجتهد؛ فمنهم من بالغ فيها حتى أدخل العلم بدقائق اللغة من نحو وتصريف، وكذا العلم بالقضايا الكلامية والمنطق، وغير ذلك، ومنهم من توسط واشترط ما يحتاجه الفقيه في معرفة الأحكام، وهذا الذي اختاره جمهور العلماء، وبيانه فيما يأتي.

وهذه الشروط تشترط للمجتهد المطلق الذي يقني في جميع الشرع، كالأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى ونحوهم⁽³⁾.

ويلحق به المجتهد اجتهاداً جزئياً على الصحيح؛ وبخاصة أن في عصرنا كثرت التخصصات في المجالات الشرعية، والإحاطة بجميع الفنون متعذر، وتأصيل الأصول وتقييد القواعد متعسر؛ لأن ذلك من خصائص الأئمة الأربعة وقلة من العلماء المتقدمين.

هذا، والشروط في الاجتهاد قسمان: شروط معتبرة وأخرى غير معتبرة.

الفرع الأول: الشروط المعتبرة في المجتهد:

أولاً: الإحاطة بمدارك الأحكام.

ومعنى مدارك الأحكام: طرقها التي تدرك منها، ويتوصل بها إليها، وهي الأصول التي يتناولها العلماء في

(2) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (14/4)، الغيث المانع شرح جمع الجوامع، لابن العراقي (693)، وانظر التعريفات الأخرى في: قواطع الأدلة لابن للسمعاني (302/2)، روضة الناظر لابن قدامة (334/2)، الإحكام للامدي (162/4)، شرح مختصر الروضة للطوفي (576/3)، إرشاد الفحول (206/2).

(1) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (14/4).

(2) الإحكام في أصول الأحكام للامدي (164/4)، شرح مختصر الروضة للطوفي (585/3).

أبواب أصول الفقه، وهي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والاستدلال، والأدلة المختلف فيها.

ثانيا: ما يعتبر للحكم في الجملة من حيث الكمية والمقدار والكيفية.

كتقديم ما يجب تأخيره، وتأخير ما يجب تقديمه، لأن ذلك كله آلة للمجتهد في استخراج الحكم، فوجب اشتراطه، كالقلم للكاتب، والقدم ونحوه للنجار.

وتفصيل ذلك كما يلي:

1- معرفة الكتاب؛ فالواجب عليه أن يعرف منه ما يتعلق بالأحكام، ومقدار أدلة الأحكام في ذلك غير منحصر، ولا يشترط في حقه أن يحفظ القرآن، وإن حفظه، فلا يشترط حفظه بلفظه، بل يكفي أن يكون مستحضرا.

2- معرفة السنة؛ فيشترط أن يعرف منها الأحاديث التي تتعلق بالأحكام، كما يشترط أن يعرف الآيات التي تتعلق بها من القرآن.

3- معرفة الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة؛ لأن المنسوخ بطل حكمه، وصار العمل على الناسخ، فإن لم يعرف الناسخ من المنسوخ، أفضى إلى إثبات المنفي، ونفي المثبت.

4- معرفة الإجماع؛ ككون الإجماع حجة، وأن المعتبر فيه اتفاق المجتهدين، وأنه لا يختص باتفاق بلد دون بلد، ونحو ذلك من مسائله.

ولا يشترط أن يعلم الإجماع والخلاف في جميع المسائل، وهو راجع إلى تجزؤ الاجتهاد.

5- معرفة النحو واللغة؛ فيشترط للمجتهد أن يعرف "من النحو واللغة ما يكفي في معرفة ما يتعلق بالكتاب والسنة من نص وظاهر، ومجمل، وحقيقة ومجاز، وعام وخاص، ومطلق ومقيد، ودليل خطاب ونحوه"، كفحوى الخطاب ولحنه ومفهومه. لأن بعض الأحكام يتعلق بذلك ويتوقف عليه توقفا ضروريا. ويلحق بالعربية التصريف لما يتوقف عليه من معرفة أبنية الكلم والفرق بينهما كما في باب المجمل من لفظ مختار ومغتال، فاعلا ومفعولا.

ثالثا: تقرير الأدلة ومقوماتها.

أي معرفة كيفية الاستدلال، ويتحقق به كيفية نصب الدليل ووجه دلالة على المطلوب⁽¹⁾.

رابعا: فهم مقاصد الشريعة على كمالها⁽²⁾. وهو من إضافات الإمام الشاطبي رحمه الله؛ إذ جعل درجة الاجتهاد تتحقق بوصفين:

أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها.

(1) المستصفي للغزالي (342)، روضة الناظر لابن قدامة (334/2)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (163/4-164)، شرح مختصر الروضة للطوفي (576/3-583)، الإبهاج شرح المنهاج لابن السبكي (254/3)، أضواء البيان لمحمد الأمين الشنقيطي (300/7-299).
(2) الموافقات للشاطبي (41/5-42).

وثانيهما: التمكن من الاستنباط؛ بناء على فهمه فيها⁽¹⁾.
ولم يشترط جمهور الأصوليين ذلك، إذ اقتصر على تفصيل الوصف الثاني الذي ذكره.
قال الدكتور الباحثين: وإذا كان الشارع قد راعى المصالح باتفاق العلماء، فلا بد في الاعتداد بمثل هذا الشرط⁽²⁾.

وفي هذا الشرط الأخير وهو معرفة مقاصد الشريعة يعد من المهمات وبخاصة فيما يستجد من حوادث في عصرنا مما للمصالح والمفاسد من تأثير في الحكم الشرعي.

الفرع الثاني: الشروط غير المعتمدة في المجتهد

الذين شددوا في باب الاجتهاد اشتراطوا شروطا مبالغاً فيها، والأولى أن تكون من كمال الاجتهاد، لا من شروطه. وعليه فمما لا يعتبر من الشروط:

1- معرفة تفاريع الفقه: لأن ذلك من فروع الاجتهاد التي ولدها المجتهدون بعد حيازة منصبه، فلو اشترطت معرفتها في الاجتهاد، لزم الدور، لتوقف الأصل الذي هو الاجتهاد على الفرع الذي هو تفاريع الفقه.

2- معرفة دقائق العربية: فلا يشترط معرفة دقائق العربية والتصريف حتى يكون كسيبويه، والأخفش، والمازني، والمبرد، والفارسي، وابن جنبي ونحوهم، لأن المحتاج إليه منها في الفقه دون ذلك.

3- معرفة المنطق: لأن السلف كانوا مجتهدين، ولم يعرفوا المنطق الاصطلاحي، لأنهم كانوا يعرفون كيفية نصب الأدلة ودلالاتها على المطالب بالدربة والقوة، فمن بعدهم إذا أمكنه ذلك مثلهم فيه، وكذلك نقول فيمن ساعده طبعه على صواب الكلام واجتناب اللحن فيه لم يشترط له علم العربية.

4- معرفة علم الكلام: ذكر الغزالي أنه ليس شرطاً في الاجتهاد؛ حيث ذكر أنه حتى لو تصور مقلد محض في تصديق الرسول ﷺ وأصول الإيمان، لجاز له الاجتهاد في الفروع بالشروط المذكورة.

قال: والقدر الواجب من ذلك اعتقاد جازم، إذ به يصير مسلماً، والإسلام شرط المفتي لا محالة⁽³⁾.

المطلب الثالث: تجزؤ الاجتهاد، وفي جواز اجتهاد الباحث المتخصص من المعاصرين.

ومعنى تجزؤ الاجتهاد: التمكن من استخراج بعض الأحكام دون بعض⁽⁴⁾. كمن يفتي في فن واحد، أو في مسألة واحدة، وُجد فيه شروط الاجتهاد بالنسبة إلى ذلك الفن، أو تلك المسألة، فهل يشترط فيه شروط المجتهد المطلق المتقدمة، وهل يجوز له أن يجتهد فيما حصل شروط الاجتهاد فيه؟

ومن أمثلة ذلك: من عرف أصول الفرائض والحساب وهو فقيه النفس فيها عارفاً بمعانيها، فهل يجوز له أن يجتهد في مسألة الشركة، ومسائل المناسخت والجد، والمفقود ونحو ذلك، وإن لم يكن له معرفة بمسائل

(3) الموافقات للشاطبي (41/5-42).

(4) التخريج عند الفقهاء والأصوليين للدكتور الباحثين (335).

(1) المستصفي للغزالي (343-342)، الإحكام في أصول الأحكام للأمدى (163/4-164)، شرح مختصر الروضة للطوفي (584/3-582)، الإبهاج شرح المنهاج لابن السبكي (357-254/3)، أضواء البيان للشنقيطي (300/7).

(2) بيان المختصر لأصفهاني (290/3).

البيع، والنكاح، والأخبار الواردة فيها، ونحوها من مسائل الفروع⁽¹⁾.

ومنها: من كان مختصا في فقه الأسرة، أو في أي باب من الأبواب الفقهية، دون العلم بالأبواب الأخرى أو فنون أخرى، هل يصدق عليه اسم المجتهد؟

اختلف الأصوليون في ذلك على مذهبين، أذكرها مع أدلتها والمناقشة مع الاختصار، في الفروع الآتية:

الفرع الأول: المذاهب في المسألة

المذهب الأول: أنه يجوز تجزؤ الاجتهاد، ويجوز للمجتهد الاجتهاد في تلك المسائل، وإن جهل حكم غيرها. وبه قال أكثر الأصوليين، ورجحه ابن السبكي، والطوفي، والزركشي، وابن القيم⁽²⁾

المذهب الثاني: أنه لا يجوز تجزؤ الاجتهاد، ولا يجتهد في مسألة إلا من حصل شروط الاجتهاد المطلق، ولا يجوز الاجتهاد في تلك المسائل مع جهل حكم غيرها⁽³⁾. وهو قول بعض الحنفية، ونصره الشوكاني.

وهؤلاء افرقوا: فمنهم من منع تجزؤ الاجتهاد مطلقا، وهو مذهب بعض الحنفية كملا خسرو، والفناري، ورجحه الشوكاني. ومنهم من قال: يتجزأ في باب لا في مسألة. ومنهم من قال: يجوز في الفرائض لا في غيرها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الأدلة

وأقتصر على أهم الأدلة :

دليل المذهب الأول: إن كثيرا من أئمة السلف الصحابة وغيرهم كانوا يسألون عن بعض مسائل الأحكام، فيقولون: لا ندري، حتى قاله مالك رحمه الله: لا أدري في ست وثلاثين مسألة من ثمان وأربعين. وقد توقف الشافعي وأحمد رحمهما الله، بل الصحابة رضي الله عنهم والتابعون في الفتاوى كثيرا. فلو كان الاجتهاد المطلق في جميع الأحكام، شرطا في الاجتهاد في كل مسألة على حدتها؛ لما كان هؤلاء الأئمة مجتهدين، لكنه خلاف الإجماع، فدل على أن ذلك لا يشترط⁽⁵⁾.

أدلة المذهب الثاني: دليل المانعين مطلقا: قالوا: إن العلوم والفنون والمسائل يمد بعضها بعضا، ويبرهن في بعضها على بعض، فمن جهل فنا، نقص عليه مادة فن آخر، ولهذا تزيد مادة العلم في فن بتحصيله فنا آخر. فإذا عرف الكلام والمنطق ونحو ذلك من المعقولات، ظهر أثر ذلك في صحة تصوره للحقائق، وتقديره للأدلة وتركيبه للأقيسة، وإذا عرف الحساب والهندسة، ظهر أثر ذلك في مهارته في الفرائض والوصايا، واستخراج

(3) شرح مختصر الروضة للطوفي (585/3).

(1) روضة الناظر لابن قدامة (337/2)، جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول للقراقي (464/2)، شرح مختصر الروضة للطوفي (585/3) بيان المختصر للأصفهاني (290/3)، تشنيف المسامع بجمع الجوامع للزركشي (576/4)، البحر المحيط للزركشي (342/8)، إعلام الموقعين لابن القيم (166/4).

(2) شرح مختصر الروضة للطوفي (585/3).

(3) إعلام الموقعين لابن القيم (166/4)، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير (474/4)، البحر المحيط للزركشي (343/8)، إرشاد الفحول للشوكاني (317/2)، المهذب في أصول الفقه (2330/5).

(4) شرح مختصر الروضة للطوفي (586/3)، إرشاد الفحول للشوكاني (316/2).

المجهولات، وعلى هذا فقس.

- وإذا جاز تعلق بعض مدارك المسألة بما يجمله من المسألة لم يكن مجتهدا فيها مطلقا، فلا يجوز له الاجتهاد⁽¹⁾.
أدلة المفرقين بين الفرائض وغيرها
1- منها انقطاع أحكام قسمة الموارث ومعرفة الفروض ومعرفة مستحقها عن كتاب البيوع والإجارات والرهون وغيرها، وعدم تعلقها⁽²⁾.
2- أن عامة أحكام الموارث قطعية، وهي منصوص عليها في الكتاب والسنة⁽³⁾. فيجوز الاجتهاد فيها دون غيرها.

الفرع الثالث: الترجيح

يبدو أن المذهب الأول أقوى وأرجح؛ لأن الغرض أن يغلب على الفقيه أنه اطلع على جميع حيثيات المسألة المبحوث فيها، وبخاصة أن متعلقات المسألة قد حررها الأئمة، فتطمئن نفسه بأنه قد أحاط علما بالمسألة، وهذا يستوي فيه المجتهد المطلق، والمجتهد الجزئي.

قال الأصفهاني: إن الغرض حصول جميع أمارات تلك المسألة في ظن الفقيه عن مجتهد بأن يطالع على جميع ما يتعلق بتلك المسألة، وبأنه بعد تحرير الأئمة الأمارات وتخصيص كل بعض من الأمارات ببعض المسائل، عرف الفقيه أن ما عداها لم يكن له تعلق بتلك المسألة⁽⁴⁾.

وعليه فيتلخص لدينا من خلال الترجيح أنه على المذهب الأول فإن المجتهد شيان:

الأول: مجتهد اجتهادا جزئيا أو خاصا وهو: الشخص الذي يجتهد في مسألة معينة.

الثاني: مجتهد مطلق، وهو: العارف لغالب مسائل الفقه بأدلتها.

وحكمهما أنها مقبول اجتهادهما، ويعتد به، ولا فرق بينهما.

ومن ثم حصل لنا أنه يجوز الاجتهاد فيما استجد من مسائل فقهية ونوازل من المجتهد المتخصص.

المطلب الرابع: الاجتهاد الجماعي المعاصر

يتقسم الاجتهاد باعتبار كلفيته إلى قسمين⁽⁵⁾: فردي، وجماعي.

ما تقدم في مطالب المبحث الأول من تعريف وشروط خاصة بالمجتهد على سبيل الانفراد إلا أن ذلك لا ينفك عن الاجتهاد الجماعي الذي يصدر عن جماعة من العلماء وفق تنظيم مؤطر من بعض الحكومات والدول الإسلامية، وبيان حقيقته ومميزاته وغير ذلك فيما يأتي.

(1) شرح مختصر الروضة للطوفي (588/3)، وانظر بيان المختصر للأصفهاني (293/3).

(2) إعلام الموقعين لابن القيم (166/4).

(3) إعلام الموقعين لابن القيم (166/4).

(4) بيان المختصر للأصفهاني (293/3).

(5) الاجتهاد الجماعي ودور المحامع الفقهية في تطبيقه، للدكتور شعبان محمد إسماعيل (20).

الفرع الأول: تعريفه

هو الاجتهاد الذي يصدر من عدد من العلماء الباحثين الذين وصلوا إلى درجة الاجتهاد الجزئي، وذلك بعد عرض مسألة أو قضية، ودراستها، ومناقشتها، وإبداء الرأي فيها، واتفق الحاضرين أو أغلبهم عليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقع الاجتهاد الجماعي المعاصر

يقع في الندوات، والمؤتمرات، وخاصة في مجمع البحوث الإسلامية، وهيئة كبار العلماء، والمجامع الفقهية التي ظهرت في القرن الرابع عشر الهجري⁽²⁾.

الفرع الثالث: أعضاؤه

يضم نخبة من علماء العصر من مختلف البلدان والمذاهب الفقهية، مع الاستعانة بأهل الاختصاص الفني والعلمي في المسائل المدروسة كالاستعانة بالأطباء والمخبرين في الأمور الصحية وبيان أحكامها الشرعية، والاستعانة بالمحاميين والقضاة وشرح القانون في القضايا التشريعية المعاصرة، والاستعانة بالحاسبين والاقتصاديين في الأمور المالية والاقتصادية والمصارف والشركات عامة، وشركات التأمين، وغير ذلك⁽³⁾.

الفرع الرابع: مميزات الاجتهاد الجماعي المعاصر

له عدة مميزات، منها:

- 1- يمتاز الاجتهاد الجماعي عن الاجتهاد الفردي أنه يمثل رأي عدد، وهو أقرب للصواب من رأي الفرد.
 - 2- أنه يتم بعد مناقشات ومحاورات ومدخلات واستعراض لمختلف الأدلة، كما يدل فيه أصحاب الاختصاصات العلمية بحقائق الأمور ليبيد الفقهاء الرأي الشرعي فيها.
 - 3- أصبح الاجتهاد الجماعي ضرورة ملحة، وحاجة أكيدة في عصرنا؛ لكثرة المستجدات والمكتشفات، وتعقد الأمور، وتشعب العلوم وتفرعها وتداخلها وتشابكها، حتى صار من المستحيل على عالم أن يتبحر ويتعمق في مختلف العلوم.
 - 4- صار الاجتهاد التخصصي والمؤسسي عملاً جماعياً مهماً وضرورياً، ليصدر الاجتهاد من جموع العلماء والفقهاء في الشريعة مع قلة من الخبراء والمختصين في العلوم الأخرى.
 - 5- صار الاجتهاد الجماعي أكثر قبولا على مختلف المستويات الفردية والجمعية⁽⁴⁾.
- هذا، فضلا عن أن الاجتهاد الجماعي يوجب العصمة وبالتالي ثبات الحكم أكثر مما يوجبه الاجتهاد الفردي⁽⁵⁾.

(1) الوجيز في أصول الفقه (2/ 352)، المجامع الفقهية وأثرها في الاجتهاد المعاصر لغانم غالب غانم (3).
(2) الوجيز في أصول الفقه (2/ 352)، المدخل المفصل لمذهب الإمام أحمد ليكر بن عبد الله أبو زيد (4)، فقه النوازل للأقليات المسلمة - تأصيلا وتطبيقا -، للدكتور محمد يسري إبراهيم (2/ 243).
(3) الوجيز في أصول الفقه (2/ 352)، وانظر: تاريخ التشريع الإسلامي، لمناع بن خليل القطان (423).
(1) الوجيز في أصول الفقه (2/ 352) وانظر: تاريخ التشريع الإسلامي، لمناع بن خليل القطان (422-423).
(2) انظر الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية للدكتور عابد بن محمد السفيني (578).

المبحث الثاني: ترتيب الأدلة، ومسالك الاجتهاد

هذا المبحث يعتبر كالأساس للمجتهد والباحث، إذ به يمكنه إدراك الحكم الشرعي لأنه الوسيلة والآلة التي تتخذ كمنهج عام في دراسة المسائل الفقهية الظنية التي تحتاج إلى إعمال الفكر والنظر، ويتمثل في كيفية ترتيب الأدلة تقديماً وتأخيراً، وفي مسالك الاجتهاد الأصولية التي يحتاج إليها المجتهد في دراسة نوازل العصر، وقد تناولته فيما يأتي:

المطلب الأول: ترتيب الأدلة

لقد سلك علماء الأصول في ترتيب الأدلة الشرعية مناهج متقاربة تكاد تكون اتفاقاً، وهي كما يأتي:
أولاً: النظر في الإجماع القطعي المستند إلى نص فإن وجد في المسألة إجماعاً ترك النظر في الكتاب والسنة، فإنها يقبلان النسخ، والإجماع لا يقبله.

ثانياً: ثم النظر في الكتاب والسنة المتواترة على رتبة واحدة؛ لأن كل واحد يفيد العلم القاطع ولا يتصور التعارض في القطعيات السمعية إلا بأن يكون أحدهما ناسخاً، فما وجد فيه نص كتاب أو سنة متواترة أخذ به.

ثالثاً: ثم ينظر بعد ذلك إلى عمومات الكتاب وظواهره.

رابعاً: ثم ينظر في مخصصات العموم من أخبار الآحاد ومن الأقيسة.

خامساً: ثم ينظر إلى قياس النصوص.

سادساً: إن تعارض قياسان أو خبران أو عمومان طلب الترجيح.

سابعاً: إن تساوى عنده توقف على رأي وتخير على رأي آخر⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مسالك الاجتهاد ودورها في حل مشكلات النوازل المعاصرة

الفرع الأول: مسالك الاجتهاد

أولاً: الاجتهاد في دلالات ألفاظ نصوص الوحي: ويشمل المجمل والمشارك، والحقيقة والمجاز، والعام والخاص، وغير ذلك من الظنيات.

فيجتهد فيها بما يعرف من اللغة، وأساليبها، لأن القرآن نزل باللغة العربية⁽²⁾.

فيجتهد الفقيه في معرفة دلالة اللفظ من الكتاب والسنة وفحواه، ويقوم بإزالة اللبس عنه من إجمال واشتراك ودفع التعارض بين المعاني المختلفة وفق القواعد والضوابط الشرعية.

ثانياً: الاجتهاد القياسي: وذلك بقياس غير المنصوص على المنصوص عليه، فيلحق الفروع بالأصول بناء على الاشتراك في العلل⁽³⁾.

والاجتهاد فيه يعد من الأمور المهمة؛ لأن معظم المستجدات من المسائل تحتاج إلى القياس الشرعي عن

(3) المستصفي (374-375)، وانظر: لوجيز في أصول الفقه (2/352).

(4) انظر نحو هذا: أفعال الرسول للدكتور محمد سليمان الأشقر (2/302).

(5) انظر نحو هذا: أفعال الرسول للدكتور محمد سليمان الأشقر (2/302).

طريق مسالك العلة العقلية كالمناسبة والسبر والتقسيم والدوران وقياس الشبه وغلبة الأشباه، وغيرها من المسالك، وبذلك تظهر قوة الفقيه من حيث اجتهاده وقدرته على الوصول إلى الحكم الصحيح.

ثالثاً: الاجتهاد المقاصدي: وهو من المهارات في استنباط الأحكام، وتظهر فائدته عند تعذر الاجتهاد في القياس الشرعي فيلجأ إليه كمأخذ وقاعدة في استنباط الأحكام، أو في التأليف بين الأدلة أو في الترجيح فيما بينها عند التعارض.

ومن أنواع الاجتهاد المقاصدي؛ الترجيح بين المقاصد ذاتها عند التعارض، فيقدم الضروري على الحاجي، والحاجي على التحسيني.

ومنها: الترجيح بين الضروريات الخمس.

ومنها: أيضا الترجيح بين العلل المقاصدية.

ومنها: الترجيح بين المصالح والمفاسد عند التعارض، وله قواعده أيضا.

الفرع الثاني: دور مسالك الاجتهاد في حل مشكلات النوازل المعاصرة

لا يخفى أن ما ذكر من شروط وأحكام الاجتهاد التي وضعها الأصوليون يعد كالمضابط للفقيه سواء فيما يخص درجته العلمية، أو في سلوكه لطريق الاجتهاد فيما لانص فيه من المسائل والنوازل، وهو أيضا يكون له عصمة من الخطأ والزلل بإذن الله تعالى.

ولقد اختصت الدراسات الشرعية المتعلقة بالنوازل بحيز وافر من الدراسات الشرعية بوجه عام؛ وفق القواعد والضوابط الاجتهادية المقررة عند الأصوليين والفقهاء.

وأهم ما ميز الاجتهاد في نوازل العصر ما يلي:

- 1 - وجود نخبة من المتخصصين في هذه الدراسات سواء كانت على هيئة أفراد أو مؤسسات علمية.
 - 2 - استعانة كثير من المؤسسات الطبية والمالية والتقنية باللجان الشرعية.
 - 3 - توفر الخبرة بشكل كبير في هذه الدراسات؛ فمن الملاحظ أنه عند وجود ندوات أو دراسات حول هذه النوازل تجد أنها قد ضمت نخبة من المتخصصين الذين استعين بهم لبيان آرائهم.
- وبلا شك أن هذه العوامل قد أعطت هذه الدراسات دفعة قوية أثمرت العديد من الكتب والدراسات والندوات والمجامع والمؤتمرات والدوريات العلمية؛ بالإضافة إلى أن الاجتهاد الجماعي قد ألقى بظلاله على هذه الدراسات⁽¹⁾.

هذا، وإذ أتمنا الأحكام الخاصة بالمجتهد عموما معاصرا كان أو متقدما، نتقل بعدها إلى الشطر الثاني من الباحث لتناول ما هو خاص بفقهاء الأسرة والاجتهاد في المسائل المستجدة فيه.

(1) مجلة البيان (201/28).

المبحث الثالث مفهوم فقه الأسرة

المطلب الأول: تعريف فقه الأسرة

الفرع الأول: تعريف فقه الأسرة باعتبار التركيب الإضافي

أولاً: الأسرة لغة: أسر قته يأسره أسرا: شده بالإسار، وهو القد. ومنه سمي الأسير، وكانوا يشدونه بالقد، فسمي كل أخيد أسيرا وإن لم يشد به. يقال: أسرت الرجل أسرا وإسارا، فهو أسيرا ومأسور، والجمع أسرى وأسارى⁽¹⁾.

أصل الأسر الحبس وكل محبوس فهو أسير، قال أبو عبيد: وكذلك يروى عن مجاهد في قوله عز وجل: ﴿وَيُطْعَمُونَ أَلْطَعَامَ عَلَىٰ حَيْثُ وَشَكِيَّتَا وَبَيْتًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: 8]، قال: الأسير المسجون⁽²⁾.

قال ابن فارس: لهزمة والسين والراء أصل واحد، وقياس مطرد، وهو الحبس، وهو الإمساك⁽³⁾.
وشد الله تعالى أسره أي قوى إحكام خلقه⁽⁴⁾.

وسمي الخلق أسرا؛ لأن بعضه مشدودا إلى بعض⁽⁵⁾.

فأما الأسر في قوله جل ثناؤه: ﴿وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ﴾ [الإنسان: 28] فهو الخلق.
وأسرة الرجل: رهطه؛ لأنه يتقوى.

وقد قالت العرب في جمع أسير أسرى وأسارى بالفتح وأسارى بالضم.
والأسر: الزجاج.

والأسر: قوائم السرير.

والأسر: احتباس البول، ورجل مأسور: أصابه أسر⁽⁶⁾.

وأسرة الرجل رهطه، لأنه يتقوى بهم⁽⁷⁾.

ثانياً: تعريف الأسرة اصطلاحاً

عرفها الدكتور أبو حبيب: هي الجماعة يربطها أمر مشترك⁽⁸⁾.

(1) الصحاح للجوهري (578/2).

(2) غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام (308/3)، وانظر المحكم والمحيط الأعظم (543/8).

(3) مقاييس اللغة لابن فارس (107/1).

(4) أساس البلاغة (27/1).

(5) الغريبين في القرآن والحديث، لأبي عبيد أحمد بن محمد الهروي (73 /1).

(6) مجمل اللغة لابن فارس (97).

(7) مقاييس اللغة لابن فارس (107/1).

(8) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، للدكتور سعدي أبو حبيب (20).

وعرفها الزحيلي: هي الجماعة المعبرة نواة المجتمع والتي تنشأ برابطة زوجية بين رجل وامرأة، ثم يتفرع عنها الأولاد، وتظل ذات صلة وثيقة بأصول الزوجين، من أجداد وجدات، وبالحواشي من إخوة وأخوات، وبالقرابة القريبة من الأحفاد: أولاد الأولاد، والأسباط: أولاد البنات، والأعمام والعمات، والأخوال والخالات وأولادهم⁽¹⁾.

ثالثا: تعريف الفقه لغة: الفقه مصدر فقه يفقه : يدل على إدراك الشيء والعلم به. تقول: فقهت الحديث أفقهه⁽²⁾. قال ابن حجر: يقال فقه بالضم إذا صار الفقه له سجية وفقه بالفتح إذا سبق غيره إلى الفهم وفقه بالكسر إذا فهم⁽³⁾. فحاصل معاني الفقه في اللغة: الإدراك، والفهم، وله معان بتغير تصريفه.

رابعا: تعريف الفقه اصطلاحا: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية⁽⁴⁾

الفرع الثاني: تعريف فقه الأسرة باعتبارها لقباً

لم أعر على تعريف له، لكن يمكن تعريفه: العلم بالأحكام الشرعية العملية الخاصة بالأحوال الشخصية، المستفادة من أدلة جزئية خاصة.

المطلب الثاني: مسائل فقه الأسرة

وتسمى فقه الأسرة والأحوال الشخصية.

الفرع الأول: تقسيم فقه الأسرة باعتبار اشتراكها مع غيرها من العلوم

يمكن تقسيم مسائل فقه الأسرة باعتبار اشتراكها مع غيرها من العلوم وعدمه، وذلك بحسب ما طرأ عليها من صفات مستجدة إلى عدة أقسام:

منها: مسائل فقهية محضة

ومنها: مسائل فقهية طبية

ومنها: مسائل فقهية قانونية

ومنها: مسائل فقهية متعلقة بوسائل التواصل العصرية

وبيانها فيما يأتي:

أولاً: مسائل فقه الأسرة المحضة، مثل حكم الزواج والطلاق، والظهار، والعدة واللعان، وكل ما هو منصوص عليه أو مجمع عليه، من مسائل فقه الأسرة.

وكذلك المسائل الخلافية كالطلاق بلفظ الثلاث ونحوه، والمسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد كمقدار

(2) الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي (21)، وانظر فقه الأسرة المسلمة من خلال نوازل المعيار للونشريسي (6-7).

(3) مقاييس اللغة (4/442)، المصباح المنير (2/709).

(4) فتح الباري لابن حجر (1/164).

(5) الإبهاج في شرح المنهاج لتقي الدين بن السبكي (1/28)، تشنيف المسامع بجمع الجوامع للزركشي (1/28)، نهاية السؤل للإسنوي (11).

الصداق من حيث القلة والكثرة.

فهذه من خصائص الفقه، ولا دخل للمجتهد المعاصر فيها إلا من حيث معرفة الحكم الشرعي.

ثانيا: مسائل فقه الأسرة الطيبة، مثل: الأمراض المعدية، والأمراض الوراثية.

ثالثا: مسائل فقه الأسرة القانونية، ومعظمها مرتبط بمسائل الزواج والطلاق والميراث، كالخلع بسبب أذى الزوج، وبعض الأنكحة الباطلة.

رابعا: مسائل فقه الأسرة المرتبطة بمسائل التواصل العصرية، وتتعلق معظمها بالزواج والطلاق، كالخطبة وعقد الزواج عبر إحدى الوسائل من التواصل الاجتماعي، وغير ذلك.

الفرع الثاني: تقسيم فقه الأسرة باعتبار مسائل الاجتهاد وغيرها.

أولا: المسائل غير الاجتهادية: وهي المسائل التي ثبت فيها نص قطعي أو ظاهر أو كانت من المسائل المجمع عليها.

ثانيا: المسائل الاجتهادية: وهي المسائل التي لا نص فيها وهي التي يجتهد فيها بنحو ما تقدم في ترتيب الأدلة. ومن أمثلته: من المسائل المعاصرة: إجراء التحاليل قبيل العقد الشرعي، وتوثيق عقد الزواج العرفي بالعقد المدني وغير ذلك.

وقد ذكر ابن تيمية ضابط المسائل الاجتهادية حيث قال: والصواب الذي عليه الأئمة أن مسائل الاجتهاد ما لم يكن فيه دليل يجب العمل به وجوبا ظاهرا⁽¹⁾.

المبحث الرابع: أثر مسالك الاجتهاد في نوازل فقه الأسرة.

وهذا البحث يعد كالتطبيق لبعض المسائل المعاصرة في فقه الأسرة وقد استفدته من: "الدورة التدريبية الأولى لأئمة المساجد بالساحل الغربي للولايات المتحدة حول نوازل الأسرة المسلمة في المجتمع الأمريكي والمنعقدة بمدينة سكرامنتو"⁽²⁾

حيث أذكر فيها الأحكام على بعض المسائل المستجدة المقررة في الدورة والتنبيه على المآخذ التي بنى عليها الباحثون في مسائل فقه الأسرة التي عم بها البلاء في البلدان الغربية من بعض المسلمين، وكذا في غير البلدان المسلمين. وقد نقل هذه التوصيات الدكتور يوسف بن عبد الله الشيبلي.

ومنهجي في هذا البحث أن أذكر النازلة وما ذكر فيها من أدلة ومآخذ.

المسألة الأولى: حول الزواج بالكتايب وما يتعلق به من النوازل

1- وللزواج بالكتايبات - وإن كان مشروعا - مخاطره البالغة، منها ما أشير إليه فيما مضى من خشية كساد المسلمات، أو تعاطي غير العقيقات ونحوه، ومنه ما أسفرت عنه التجارب المعاصرة من آثار خطيرة على مستقبل الناشئة في حالات الطلاق أو التفريق بين الزوجين التي تكثر في مثل هذه الحالات ولا سيما في ظل

(1) المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام (205/3-206)، وانظر إعلام الموقعين لابن القيم (5/242-243).

(2) موقع الملتقى الفقهي <http://www.feqhweb.com>

حالة الضعف التي تعيشها الأمة عامة وأقلياتها المهاجرة خاصة في هذه الأيام.

التعليق: الفتوى عبارة عن اجتهاد مبني على تقديم المفسد على المصالح عند التعارض، وهو اجتهاد صائب؛ لما في ترك الزواج بالكتائب من جلب مصلحة حفظ الدين، ودفع خطر المروق من الدين.

2- وينبغي على القائمين على الدعوة في المراكز الإسلامية التنبيه على هذه المخاطر، ومن أراد منهم أن يمتنع عن إجراء مثل هذه العقود سياسة فلا حرج في ذلك.

التعليق: تضمن هذا البند الحكم بالورع وهو مستحب وليس بواجب، وكان الواجب إجراء الحكم على أصل الشريعة من الكتاب والسنة مع مراعاة توفر الشروط وانتفاء الموانع بواسطة تحقيق المناط لإنفاذ الحكم الشرعي.

2- ولا حضانة للكتيبة عند التفرق وفقا لما عليه جمهور أهل العلم، لأن الحضانة ولاية وسلطنة، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولأن الأصل في الحضانة أنها مقررة لمصلحة الطفل فهي صون الطفل عما يضره وحمايته مما يؤذي، وفي قيام غير المسلم عليه إضاعة له، وعلى من ابتلى بالزواج بكتيبة أن يشترط تبعية الأطفال له في الدين، وأن تكون حضانتهم لهم عند التفرق.

التعليق: هذا البند تضمن اجتهادا موافقا لمقصد الشريعة من حفظ الضروريات الخمس بحيث شمل على مراعاة حفظ الدين في نقل حضانة الولد من الأم الكتبية إلى الأب المسلم، إذ أن مصلحة حفظ الدين مقدمة على مصلحة حضانة الأم؛ لكونها أعظم.

المسألة الثانية: حول إسلام المرأة وبقاء زوجها على غير الإسلام

إذا أسلمت المرأة وبقي زوجها على غير الإسلام حُرمت المعاشرة بينهما على الفور، فيجب عليها الامتناع من معاشرته أو الخلوة به لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا يَحْضُرُهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [النسبة: 10] ولانعقاد إجماع الأمة على أن المسلمة لا تحل لغير المسلم ابتداء ودواما، وتبقى العصمة موقوفة في مدة العدة: فإن أسلمت فهما على نكاحهما، وإن بقي على دينه انفسخ نكاحهما، ويشرع لها السعي في اتخاذ الإجراءات القانونية لإنهائه من الناحية الرسمية.

التعليق: هذه المسألة مبنية على النص الشرعي القطعي.

المسألة الثالثة: الزواج الصوري بغية الحصول على الأوراق الرسمية

1- للزواج في الإسلام أركانه المعروفة من الإيجاب والقبول والولي ونحوه، وله كذلك مقاصده الشرعية المعهودة من العفة والإحصان وابتغاء الولد ونحوه، ولا يجوز الخروج بالزواج عن هذه المقاصد، وصرفه عنها لأغراض نفعية مصلحة بحتة.

2- الزواج الصوري هو الزواج الذي لا يقصد به أهله حقيقة الزواج، ولا يتقيدون بأركانه، ولا يحرصون على انتفاء موانعه، فهو لا يعدو أن يكون إجراء إداريا لتحصيل بعض المصالح أو دفع بعض المفاسد.

3- والزواج الصوري على هذا النحو فاسد ومنعدم في باب الديانة، لعدم توجه الإرادة إليه، وعدم توافر

أركانه، فلا تستحل به الفروج ولا تثبت به الأنساب، ولا يجمل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقدم عليه. أما حكمه ظاهراً فإنه يتوقف على تحقق أركان الزواج وانتفاء موانعه.

التعليق: هذه المسألة مبنية على تحريم الحيل والمعاملة بنقيض المقصود، وقاعدة من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، فضلاً عن أن النص ينهى عن نكاح المتعة.

4- إذا مست الحاجة إلى تحصيل بعض المصالح التي لا يتسنى تحصيلها إلا من خلال الزواج فإن السبيل إلى ذلك هو الزواج الحقيقي الذي تتجه إليه الإرادة ظاهراً وباطناً، فتستوفى فيه أركانه وشرايطه، وتتسفي موانعه، ويجري على وفاق الشريعة المطهرة، فلا يصح فيه بالتوقيت، ولا يعبث فيه أحد بغاياته ومقاصده.

التعليق: هذا من باب تعارض الضروري وهو حفظ النسب مع الحاجي أو التحسيني فيقدم الضروري، فالمصلحة الحاجية مرجوحة، بجانب المصلحة الضرورية.

المسألة الرابعة: الطلاق الصوري تحقيقاً لبعض المصالح الرسمية

1- للعلاقة الزوجية حرمتها في الشريعة، وقد أخذنا الله عليها ميثاقاً غليظاً، فلا يجمل لأحد أن يعبث بها، ولا أن يجعلها مطية لتحقيق الأهواء والرغبات.

2- ولهذا فإن الطلاق الصوري الذي يوقعه بعض الناس تحقيقاً لبعض المصالح كالزواج بثانية في بلاد لا تميز التعدد، أو تحصيل بعض المصالح القانونية يؤخذ به صاحبه ما دام قد نطق به أو وكل غيره في إجرائه نيابة عنه، سواء أراده أم لم يرده، ويعتد به في عدد الطلقات، ولا عبرة بالصورية في هذه الحالة لقوله صلى الله عليه وسلم: « ثلاث جدهن جد، وهزلن جد؛ النكاح والطلاق والرجعة »⁽¹⁾.

3- أما إذا لم ينطق به ولم تتجه الإرادة إليه فلا يكون معتبراً لعدم توافر أركانه، لأن الكتابة من كنايات الطلاق لا يعتد بها إلا مع النية في الصحيح من أقوال أهل العلم.

قال ابن قدامة: إذا كتب الطلاق: الموضع الثاني، إذا كتب الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم، وأبو حنيفة، ومالك

فأما إن كان كتب ذلك من غير نية، فقال أبو الخطاب: قد خرجها القاضي الشافعي في " الإرشاد " على روايتين؛ إحداهما، يقع وهو قول الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم؛ لما ذكرنا والثانية: لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة، ومالك، ومنصوص الشافعي؛ لأن الكتابة محتملة، فإنه يقصد بها تجرية القلم، وتجويد الخط، وغم الأهل، من غير نية، ككنايات الطلاق⁽²⁾

المسألة الخامسة: مدى الاعتداد بالزواج المدني الذي تجريه المحاكم الأمريكية

1- الأصل هو اللجوء إلى المراكز الإسلامية لإجراء عقود الزواج على وفاق الشريعة، ولا حرج في توثيق الزواج بعد ذلك مدنياً أمام المحاكم إذا اقتضت ذلك مصلحة الطرفين.

(1) أخرجه الترمذي (482/3) رقم (1184)، وأبو داود (259/2) رقم (2194)، قال الألباني: حسن، إرواه الغليل (224/6) رقم (1825).

(1) المغني لابن قدامة (406/7).

2- الزواج المدني الذي تجريه المحاكم الأمريكية إذا خلا من موانع الزواج الشرعية وجري فيه الإيجاب والقبول بين الطرفين وتحقق فيه الإشهاد على النحو المشروع كان زواجا صحيحا تترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على الزواج الشرعي حرصا على استقرار العقود وتصحيحا لها ما أمكن.

المسألة السادسة: مدى الاعتداد بالطلاق المدني الذي تجريه المحاكم الأمريكية

1- الأصل أن الطلاق لمن أخذ بالساق، فهو تصرف قولي يناط بالزوج باعتباره الذي بيده عقدة النكاح، ثم للقاضي المسلم في الأحوال التي قررت فيها الشريعة ذلك كالتطليق للضرر أو الشقاق والنزاع أو الإفسار أو الغيبة أو السجن والأسر ونحوه.

2- إذا اتفق الزوجان على الطلاق فلا حرج بعد ذلك في توثيقه أمام المحاكم الأمريكية لاقتصار دورها في هذه الحالة على مجرد التوثيق.

3- إذا تنازع الزوجان حول الطلاق فإن المراكز الإسلامية تقوم مقام القضاء الشرعي عند انعدامه، بعد استيفاء الإجراءات القانونية التي تحول دون وقوع المراكز الإسلامية أو القائمين عليها تحت طائلة القانون.

4- اللجوء إلى القضاء الوضعي لإنهاء الزواج من الناحية القانونية لا يترتب عليه وحده إنهاء الزواج من الناحية الشرعية إلا إذا صدر الطلاق من الزوج أو من المحكم من قبل المركز الإسلامي أو الجالية الإسلامية.

المسألة السابعة: مدى الاعتداد بالخلع أو التفريق للضرر الذي تجريه المراكز الإسلامية

1- إذا كان للقائم على المركز الإسلامي صفة المحكم سواء باتفاق الطرفين أو لاصطلاح الجالية المسلمة عليه فإنه يعتد بما يجريه من التفريق بسبب الضرر أو الشقاق أو سوء العشرة أو لعدم النفقة أو الغيبة أو السجن أو الأسر ونحوه بعد استيفاء الإجراءات القانونية التي تقيه من الوقوع تحت طائلة القانون.

2- وعلى المحكمين اتباع الخطوات الشرعية اللازمة في مثل هذه الحالات كالاستماع إلى طرفي الخصوم، وضرب أجل للغائب منها، وتجنب التسرع في الحكم، وإقامة العدل بينهما ما أمكن.

المسألة الثامنة: حول التبني للمهجرين من أطفال المسلمين خارج ديار الإسلام

1- كفالة الأيتام ومن في حكمهم من اللقطاء والمشردين من أجل الطاعات وأزكاها عند الله عز وجل، فقد قال ﷺ: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين".

2- لأصل أن التبني الذي ينسب فيه الطفل إلى غير أبيه من عادات الجاهلية، وهو من المحرمات القطعية في الشريعة الإسلامية، فقد قال تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَتَيْ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَرْوَاجَكُمْ أَلْفَى تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴾ [الأحزاب: 4]

3- إذا تعين هذا التبني سبيلا لاستنقاذ المهجرين إلى الغرب من أطفال المسلمين من أخطار تبني الكنائس والجمعيات غير الإسلامية لهم، ولم تتيسر كفالتهم بدون هذا التبني، جاز ذلك على أن تتخذ الإجراءات العملية التي تحصر هذه العلاقة في حدود الكفالة، وتحول دون الاختلاط في الأنساب، وتجنب الاختلاط غير

المشروع، وبذل الأسباب الشرعية التي تعين على ذلك، ومن ذلك إشهاد الجالية المسلمة على هذه الواقعة، وتسجيلها أمام المركز الإسلامي، وإرضاع هذا الطفل من زوجه إن كانت ذات لبن أو أختها مثلاً، حلاً لمشكلة الاختلاط في المستقبل، وهكذا.

المسألة التاسعة: حول زواج الحلبى من الزنا

1- الزنا من كبائر الإثم وفواحش الذنوب، وقد قال ﷺ: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن»⁽¹⁾
وقال ﷺ أيضاً: «إذا زنى العبد خرج منه الإيمان فكان فوق رأسه كالظلة، فإذا خرج من ذلك العمل عاد إليه الإيمان»⁽²⁾.

2- ويجب للزواج بالزانية زوال هذه الصفة عنها بالتوبة، ولهذا كان العفاف شرطاً في الزواج بالكتائية، وقد قال تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 3]
3- إن كانت الزانية حبل من الزنا منه فذلك من مواضع الاجتهاد، ولعل الأقرب لمقاصد الشريعة جواز نكاحها تحقيقاً لمقصود الشارع من الستر، على أن يعلم أن الولد لا ينسب إليه ولو تخلق من مائه لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽³⁾ وله أن يكفل هذا الطفل بما يكفل به سائر ولده في النفقة ونحوه، ويصبح ابناً له من الرضاع وليس من النسب، وله أن يوصي له بشيء من التركة على أن يكون ذلك في حدود الثلث كما هو مقرر في باب الوصية لغير الورثة.

المسألة العاشرة: حول مشاركة المرأة زوجها بخبرتها وعملها في أعماله وحقها في ثروته بناء على ذلك.

- 1- الأصل هو قيام الحياة الزوجية على التكافل والمشاركة والمعايشة بالمعروف، فعلى الزوج القيام بالأعمال التي تكون خارج المنزل، وعلى الزوجة القيام بما يكون من العمل داخله.
- 2- وللمرأة في الإسلام مسلمة كانت أو غير مسلمة ذمتها المالية المستقلة، فتستقل بالتصرف فيما تملكه من مال وما تكسبه من ثروة، ولا يجبر عليها إلا بالأسباب الشرعية العامة التي تقتضي الحجر والتي يستوي فيها الرجال والنساء.
- 3- الأصل هو قرار المرأة في بيتها لرعاية زوجها وولده، وعلى زوجها واجب إعاشتها بالمعروف، ولا تلزم بالمشاركة في الإنفاق على البيت ولو كانت غنية.
- 4- وإذا أذن الزوج لزوجته في العمل فإنها تستقل بما تكسبه من هذا العمل، ولا حق له فيما تكسبه إلا بطيب نفس منها، لأنه قد أسقط حقه في احتباسها من أجله بإذنه لها في العمل.
- 5- ولا حرج في أن يتفق الزوجان على مشاركة المرأة العاملة في الإنفاق على البيت لقاء ما فوتت عليه من

(1) أخرجه البخاري (136/3) رقم (2475)، ومسلم (76/1) رقم (57).

(2) أخرجه الترمذي (15/5) رقم (2625)، وأبو داود (222/4) رقم (4690)، قا الألباني: صحيح على شرط مسلم، السلسلة الصحيحة (36/2) رقم (509).

(3) أخرجه البخاري (54/3) رقم (2053)، ومسلم (1080/2) رقم (1457).

الاحتباس في البيت رعاية لبيته وولده، ويأتمران في ذلك بالمعروف.

6- إذا شاركت الزوجة بخبرتها وعملها زوجها في استثماراته التجارية مشاركة تتجاوز حدود الخدمة المنزلية التي تكون بين الزوجين في العادة، كان لها في ثروته نصيب يرجع في تقديره إلى أهل الخبرة حسبا بذلك من جهد وما تحصل من ثروة .

المسألة الحادية عشرة: حول نازلة حظر الحجاب في المدارس العامة في فرنسا

1- الحجاب فريضة الله على المرأة المسلمة حيثما كانت، شأنه شأن الصلاة والصيام والزكاة وسائر شرائع الإسلام، والحجاب الشرعي هو ستر العورة بما لا يشف ولا يصف، وجسد المرأة كله عورة على خلاف في الوجه والكفين.

2- وما حدث في فرنسا من حظر الحجاب على الفتيات المسلمات في المدارس والوظائف العامة ظلم صارخ تدينه الشرائع السماوية، والدساتير الوضعية، ووثائق حقوق الإنسان العالمية، لما يتضمنه من عدوان على حرية التدين وهو من أكد حقوق الإنسان التي كفلتها له الأرض والسماء، ولا اعتبار لمن زعم أن ذلك حق لفرنسا تقرره كيف تشاء.

3- وعلى المسلمين في فرنسا إعلان النكير على ذلك ومقاومته بالوسائل القانونية المتاحة، ويتعين عليهم السعي المبكر لتوفير المدارس الإسلامية التي توفر المناخ الملائم لحسن تربية الناشئة، وتستر فيها عورات بناتهم، وعلى بقية الأمة إقدارهم على ذلك وإعانتهم عليه، وإعلان النكير العام على كل من يصادر على المسلمات هذا الحق فوق كل أرض وتحت كل سماء.

هذا ما ورد من مسائل اجتهادية في الدورة التدريبية بأمريكا المذكورة من قبل مع الحذف والاختصار في بعضها.

وقد ذكرت تعليقات على بعض المسائل ببيان مداركها ومآخذها.

المبحث الخامس: المنهج الأمثل لترقية الاجتهاد في فقه الأسرة

المطلب الأول: الجمع بين الأطالة والتجديد الفقهي

لا يخفى أن الرجوع إلى مصادر التشريع الأصلية: الكتاب والسنة، والإجماع والقياس من الأمور المهمة للمجتهد الناظر والمصنف والباحث، لما في ذلك من العصمة، والبعد عن الخطأ والتقليل منه ما أمكن، كما أن هناك وسائل معاصرة أخرى معينة على الاجتهاد قد استحدثت، من إنشاء مجتمعات فقهية، وحاضنات جامعية، ومؤتمرات علمية، ودورات علمية تعنى بالدراسة والبحث في النوازل الفقهية، وذلك بتوفير الطاقات البشرية في المجال العلمي القادرة على التنقيب وتقصي المسائل الحديثة من أجل استخراج الحكم الشرعي، الموافق لمقصود الشارع.

ولا جناح في ذلك أن تقسم المهام بحسب نوع المسائل وبحسب التخصصات المتمكنة في منها، وقد تقدم جواز تجزؤ الاجتهاد عند معظم الأصوليين.

ففي مستجدات فقه الأسرة مثلا نقسم المهام على أصحاب الاختصاص بحسب التقسيات الاعتبارية التي ذكرناها سابقا؛ فالمسائل الفقهية غير المشتركة أو غير المشوبة بالفنون الأخرى تسند لذوي الاختصاص فيها، والمسائل الفقهية الطبية، والقانونية، وغيرها مما هو مشترك يقبض له من يحتاج إليه من أطباء وقانونيين لمعرفة التكييف الفقهي الصحيح لهذه المسائل، كما أنه يحقق المناط فيها بالاستعانة بأدلة الوقوع من خبرة وتجربة وحس، من أجل إتمام البحث فيها ومن ثم إنشاء الحكم الشرعي.

المطلب الثاني: إنشاء المجموعات الفقهية ذات الصبغة العالمية في فقه الأسرة

وقد ذكرته سابقا، وأشرت إلى أنه قد نوه به جل العلماء المعاصرين، كما قدمت ذكر دوره ومميزاته؛ لكن من الأمور المهمة التي يحسن أن تضاف: أن تخصص مجموعات خاصة بفقه الأسرة؛ لما وجد لهذا الباب الفقهي الكبير من مستجدات كثيرة وبخاصة في المجال الطبي والقانوني.

المطلب الثالث: معرفة طرق الاستنباط الفقهية وربط النوازل المستجدة بها

وهذا مرتبط أساسا بالعلم بطرق ترتيب الأدلة ابتداء، ثم كيفية دفع التعارض بينها، ثم كيفية توظيف قواعد الترجيح عند تعارضها من كل وجه، وكيفية الترجيح بين المصالح والمفاسد، وغير ذلك تجنباً للخطأ في الاجتهاد.

المطلب الرابع: الاجتهاد في تحقيق المناط بواسطة الأدلة الشرعية وأدلة الوقوع.

وحقيقته: أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي فينظر في ثبوته في بعض الأنواع أو بعض الأعيان⁽¹⁾.

وله ضوابط منها:

1- التصور الصحيح التام للواقعة ومعرفة حقيقتها.

2- مراعاة اختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة.

3- اعتبار مآلات الأفعال والأقوال الصادرة عن المكلفين.

4- مراعاة اختلاف مقاصد المكلفين.

5- الموازنة بين المصالح والمفاسد المتعارضة⁽²⁾.

أما مدارك تحقيق المناط، فقد ذكرها جمع من العلماء كالغزالي وابن القيم وغيرهما.

وحاصلها أنه يدرك بأصول خمسة، وهي: اللغة، والعرف، والنظر العقلي، كالنظر في اختلاف الأجناس والأصناف، والحس، والنظر في طبيعة الأشياء وجبلتها وخاصيتها القطرية⁽³⁾

ويمكن أيضا إدراج ضمن أدلة الوقوع أيضا بعض الوسائل العصرية، كالأجهزة الطبية والمخابر والأجهزة

(1) مجموع الفتاوى (16/19)، وانظر الأحكام للآمدي (302/3)، البحر المحيط (324/7)

(1) الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي للدكتور بلقاسم الزبيدي (278).

(2) أساس القياس للغزالي (41-42)، شفاء الغليل (435-436) للغزالي، الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي للدكتور بلقاسم الزبيدي (325).

الفلكية، وغير ذلك مما يستعان به في تحقيق الأحكام الشرعية للنوازل المعاصرة.

هذا، ولا يخفى أن فقه الأسرة أحق ما ينبغي تطبيق هذا المنهج عليه، لاتصاله بحقوق العباد بصفة غالبية، ولكونه يحتاج إلى العدل والميزان الذي أنزل به الكتاب، قال الله تعالى: ﴿لِلَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ﴾ [الشورى: 16]، والله أعلم.

خاتمة

نتائج البحث:

بعد تمام البحث بشقيه النظري والتطبيقي توصلت إلى النتائج الآتية:

أولاً: أن الاجتهاد المعاصر مما لا بد منه وبخاصة في المسائل المستجدة غير المنصوص عليها.

ثانياً: مجال الاجتهاد فيما لانص فيه وبخاصة في جانب المعاملات واسع، ويزداد طلبه كلما استجدت الحوادث الفقهية، وقد كان لفقه الأسرة الحظ الوافر فيه.

ثالثاً: أن الاجتهاد المصطلح عليه عند الأصوليين: استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي.

رابعاً: شروط المجتهد المطلق والجزئي المعتبرة:

-الإحاطة بمدارك الأحكام

- ما يعتبر للحكم في الجملة من حيث الكمية والمقدار والكيفية: ويتضمن معرفة الكتاب، والسنة، الناسخ والمنسوخ منها.

-معرفة الإجماع.

-معرفة النحو واللغة.

-تقرير الأدلة ومقوماتها.

- فهم مقاصد الشريعة على كمالها

خامساً: جواز تجزؤ الاجتهاد، ويجوز للمجتهد الاجتهاد في بعض المسائل، وإن جهل حكم غيرها، وهو قول جمهور الأصوليين.

ومن ثم انقسم المجتهد إلى قسمين:

الأول: مجتهد اجتهاداً جزئياً أو خاصاً وهو: الشخص الذي يجتهد في مسألة معينة.

الثاني: مجتهد مطلق، وهو: العارف لغالب مسائل الفقه بأدلتها.

سادساً: يعد الاجتهاد الجماعي المعاصر من ضروريات فقه النوازل عامة وفقه نوازل الأسرة خاصة.

وهو الاجتهاد الذي يصدر من عدد من العلماء الباحثين الذين وصلوا إلى درجة الاجتهاد الجزئي، وذلك بعد عرض مسألة أو قضية، ودراستها، ومناقشتها، وإبداء الرأي فيها، واتفاق الحاضرين أو أغلبهم عليها.

ومن مواقع الاجتهاد الجماعي المعاصر: الندوات، والمؤتمرات، وخاصة في مجمع البحوث الإسلامية، وهيئة كبار العلماء، والمجامع الفقهية التي ظهرت في القرن الرابع عشر الهجري.

ومن فوائده: أنه يوجب العصمة وبالتالي ثبات الحكم أكثر مما يوجب الاجتهاد الفردي.

سابعاً: أن ترتيب الأدلة لا ينبغي أن يخلو منه الاجتهاد المعاصر؛ بحيث ينظر المجتهد في الإجماع القطعي، ثم ينظر في الكتاب والسنة المتواترة على رتبة واحدة؛ ثم ينظر بعد ذلك إلى عمومات الكتاب وظواهره، ثم ينظر في مخصصات العموم من أخبار الأحاد ومن الأقيسة، ثم ينظر إلى قياس النصوص، فإن تعارض قياسان أو خبران أو عمومان طلب الترجيح.

ثامناً: مسالك الاجتهاد، فيجتهد أولاً في دلالات ألفاظ نصوص الوحي من المجمل والمشارك، والحقيقة والمجاز، والعام والخاص، وغير ذلك من الظنيات

ثم الاجتهاد القياسي وذلك بقياس غير المنصوص على المنصوص عليه، فيلحق الفروع بالأصول بناء على الاشتراك في العلل، والاجتهاد فيه يعد من الأمور المهمة؛ لأن معظم المستجدات من المسائل تحتاج إلى القياس الشرعي عن طريق مسالك العلة العقلية كالمناسبة والسبر والتقسيم والدوران وقياس الشبه وغلبة الأشباه، وغيرها من المسالك، وبذلك تظهر قوة الفقيه من حيث اجتهاده وقدرته على الوصول إلى الحكم الصحيح.

ثم الاجتهاد المقاصدي وهو من المهارات في استنباط الأحكام، وتظهر فائدته عند تعذر الاجتهاد في القياس الشرعي فيلجأ إليه كمأخذ وقاعدة في استنباط الأحكام، أو في التأليف بين الأدلة أو في الترجيح فيما بينها عند التعارض.

وقد كان لمسالك الاجتهاد دوراً كبيراً في حل مشكلات النوازل المعاصرة لدى المجتهدين.
تاسعاً: مفهوم فقه الأسرة الاصطلاحي: العلم بالأحكام الشرعية العملية الخاصة بالأحوال الشخصية، المستفادة من أدلة جزئية خاصة.

عاشراً: تقسيمات مسائل فقه الأسرة

باعتبار اشتراكها مع غيرها من العلوم:

1- مسائل فقهية محضة

2- مسائل فقهية طبية

3- مسائل فقهية قانونية

4- مسائل فقهية متعلقة بوسائل التواصل العصرية.

أما باعتبار مسائل الاجتهاد وغيرها؛ فهي قسماً:

المسائل غير الاجتهادية: وهي المسائل التي ثبت فيها نص قطعي أو ظاهر أو كانت من المسائل المجمع عليها.

والمسائل الاجتهادية: وهي المسائل التي لا نص فيها وهي التي يجتهد فيها بنحو ما تقدم في ترتيب الأدلة. ومن أمثلته: من المسائل المعاصرة: إجراء التحاليل قبيل العقد الشرعي، وتوثيق عقد الزواج العرفي بالعقد المدني وغير ذلك.

حادي عشر: أثر مسالك الاجتهاد في نوازل فقه الأسرة؛ وقد أثر في مسائل لا تنحصر، ومن بين تطبيقاته في فقه الأقليات في بلاد الغرب، ومن مسائله:

- المسألة الأولى: حول الزواج بالكتابة وما يتعلق به من النوازل
المسألة الثانية: حول إسلام المرأة وبقاء زوجها على غير الإسلام
المسألة الثالثة: الزواج الصوري بغية الحصول على الأوراق الرسمية
المسألة الرابعة: الطلاق الصوري تحقيقا لبعض المصالح الرسمية
المسألة الخامسة: مدى الاعتداد بالزواج المدني الذي تجريه المحاكم الأمريكية
المسألة السادسة: مدى الاعتداد بالطلاق المدني الذي تجريه المحاكم الأمريكية
المسألة السابعة: مدى الاعتداد بالخلع أو التفريق للضرر الذي تجريه المراكز الإسلامية
المسألة الثامنة: حول التبنّي للمهجرين من أطفال المسلمين خارج ديار الإسلام
المسألة التاسعة: حول زواج الحليل من الزنا
المسألة العاشرة: حول مشاركة المرأة زوجها بخيرتها وعملها في أعمالها وحقها في ثروته بناء على ذلك.
المسألة الحادية عشرة: حول نازلة حظر الحجاب في المدارس العامة في فرنسا
وقد ذكرت بعض ما اعتمده الباحثون من مآخذ في بعض أحكام المسائل المستجدة.
ثاني عشر: المنهج الأمثل لترقية الاجتهاد المعاصر في فقه الأسرة.
وهو آخر ما اعتمدت عليه ضمن الورقة البحثية وتضمن ما يلي:
- الجمع بين الأصالة والتجديد الفقهي.
- إنشاء المجمعات الفقهية ذات الصبغة العالمية في فقه الأسرة.
- معرفة طرق الاستنباط الفقهية وربط النوازل المستجدة بها.
- الاجتهاد في تحقيق المناط بواسطة الأدلة الشرعية وأدلة الوقوع، وهي: اللغة، والعرف، والنظر العقلي،
كالنظر في اختلاف الأجناس والأصناف، والحس، والنظر في طبيعة الأشياء وجبلتها وخاصيتها الفطرية .
ويمكن أيضا إدراج ضمن أدلة الوقوع أيضا بعض الوسائل العصرية، كالأجهزة الطبية والمخابر والأجهزة
الفلكية، وغير ذلك مما يستعان به في تحقيق الأحكام الشرعية للنوازل المعاصرة.
التوصيات:
وتتضمن أمورا منها:
1- إنشاء المجمعات الفقهية ذات الصبغة العالمية في فقه الأسرة.
2- إنشاء حاضنات بالجامعات تعنى بالأبحاث ذات التخصص المشترك كالطب والقانون وفقه الأسرة،
لتزداد فائدة الإدراك العلمي والإحاطة بالمسائل المستجدة.
3- التحسيس بخطورة منصب الاجتهاد مع الإشادة والتنويه بأصحابه.
4- الدراسة الاستشرافية لتفعيل الاجتهاد المعاصر في فقه الأسرة وغيره في الواقع، وذلك بمحاولة الربط
بين الأصالة والتجديد من أجل ترقيته، بإنشاء لجان جامعية مختصة تعنى بذلك، والله أعلم.
وصلى الله على نبينا محمد وآله وسلم.

فهرس المصادر والمراجع

- 1 - الإبهاج في شرح المنهاج، لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة 756هـ أكمله ولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة 771هـ. طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. الطبعة الأولى: 1416هـ. 1995م.
- 2- الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه، للدكتور، شعبان محمد إسحاق. دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، دار الصابوني ، حلب ، بيروت ، ط 1 ، 1418 هـ / 1998 م .
- 3- الاجتهاد في مناهج الحكم الشرعي للدكتور بلقاسم الزبيدي، رسالة دكتوراه قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام 1435 هـ ، طبع: مركز تكوين للدراسات والأبحاث. الطبعة الأولى: 1435هـ -2014م.
- 4 - الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين علي بن أبي علي بن محمد الأمدي المتوفى سنة 631هـ تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، طبع: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.
- 5 - إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، للمحدث محمد ناصر الدين الألباني بإشراف زهير الشاويش، طبعة المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى 1399هـ. 1979م.
- 6 - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة 1250هـ بتحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، طبع: دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1419هـ - 1999م.
- 7- أساس البلاغة، لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله المتوفى: 538هـ تحقيق: محمد باسل عيون السود، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ - 1998 م.
- 8- أساس القياس لأبي حامد الغزالي، تحقيق فهد بن محمد السرحان. طبع مكتبة العبيكان المملكة العربية السعودية 1993 م.
- 9- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (المتوفى : 1393هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، عام النشر: 1415 هـ - 1995 م
- 10- الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، طبع دار الفكر دمشق، الطبعة الرابعة.
- 11- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، المتوفى: 751هـ، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، طبعة: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991م.
- 12- أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم ودلالاتها على الأحكام الشرعية، لمحمد بن سليمان بن عبد الله الأشقر العتيبي (المتوفى: 1430هـ)، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: السادسة، 1424 هـ - 2003 م.
- 13 - البحر المحیط، للإمام الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله المتوفى سنة 794هـ، حققه وخرّج أحاديثه لجنة من علماء الأزهر، طبعة دار الكتبي، الطبعة الأولى: 1414هـ. 1994م.
- 14- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لمحمود بن عبد الرحمن أبي القاسم ابن أحمد بن محمد، أبي الثناء، شمس الدين الأصفهاني المتوفى: 749هـ، تحقيق: محمد مظهر بقاء، طبع: دار المدني، السعودية، الطبعة الأولى، 1406هـ / 1986م.
- 15- تاريخ الشريعة الإسلامية، لمناع بن خليل القطان (المتوفى: 1420هـ)، الناشر: مكتبة وهبة، الطبعة: الخامسة 1422هـ - 2001م.
- 16 - تشنيف المسامع بجمع الجوامع للسبكي، للإمام بدر الدين محمد بن بهادر ابن عبد الله الزركشي المتوفى سنة 794هـ دراسة وتحقيق الدكتور عبد الله الربيع وسيد عبد العزيز، طبعة: مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث - توزيع المكتبة المكية، الطبعة الأولى، 1418 هـ - 1998 م.
- 17- التخریج عند الفقهاء والأصوليين (دراسة نظرية تطبيقية تأصيلية)، المؤلف: يعقوب بن عبد الوهاب بن يوسف الباحثين التميمي، الناشر: مكتبة الرشد. عام النشر: 1414هـ.
- 18- جزء من شرح تنقيح الفصول في علم الأصول، المؤلف: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، إعداد الطالب: ناصر بن علي بن ناصر الغامدي (رسالة ماجستير)، إشراف: فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور/ حمزة بن حسين الفهر، الناشر: رسالة علمية، كلية الشريعة - جامعة أم القرى، عام النشر: 1421 هـ - 2000م
- 19- الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية، المؤلف: للدكتور عابد بن محمد السفياي، أصل هذا الكتاب: رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية فرع الفقه والأصول. الناشر: مكتبة المنارة، مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية

- الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 م.
- 20 - روضة الناظر وجنة المناظر، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة 620 هـ. طبعة مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1423 هـ - 2002 م.
- 21 - سنن الترمذي - الجامع الكبير، لمحمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبي عيسى المتوفى: 279 هـ، تحقيق: بشار عواد معروف، طبع: دار الغرب الإسلامي - بيروت، السنة: 1998 م.
- 22 - شرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبي الربيع، نجم الدين، المتوفى: 716 هـ. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، طبعة: مؤسسة الرسالة بيروت لبنان. الطبعة: الأولى، 1407 هـ - 1987 م.
- 23 - شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، المؤلف: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي المتوفى: 505 هـ، المحقق: د. حمد الكبيسي، طبع: مطبعة الإرشاد - بغداد، الطبعة الأولى، 1390 هـ - 1971 م.
- 24 - غريب الحديث، لأبي وعبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: 224 هـ)، المحقق: د. محمد عبد المعيد خان، الناشر: مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد - الدكن، الطبعة: الأولى، 1384 هـ - 1964 م.
- 25 - الغريبيين في القرآن والحديث، المؤلف: لأبي عبيد أحمد بن محمد الهروي (المتوفى 401 هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد فريد المزدي، قدم له وراجعته: أ. د. فتحي حجازي، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1999 م.
- 26 - الغيث المامع شرح جمع الجوامع، لولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (ت: 826 هـ) المحقق: محمد تامر حجازي، طبع: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2004 م.
- 27 - فقه الأسرة المسلمة من خلال نوازل المعيار للنشرسي: دراسة تأصيلية، لعمر المحمودي، طبع: جامعة سيدي محمد بن عبد الله - كلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس، 1436 هـ - 2015 م.
- 28 - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، المؤلف: الدكتور سعدي أبو حبيب، الناشر: دار الفكر - دمشق - سورية، الطبعة: الثانية 1408 هـ = 1988 م، تصوير: 1993 م.
- 29 - قواطع الأدلة من الأصول، للإمام أبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني المتوفى سنة 489 هـ تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418 هـ / 1999 م
- 30 - كشف الأسرار عن فخر الإسلام البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز ابن أحمد البخاري المتوفى سنة 730 هـ. طبع دار الكتاب العربي: بيروت، لبنان، طبعة بالأوفست 1394 هـ. 1974 م.
- 31 - الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى سنة 393 هـ. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، طبعة دار العلم للملايين، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة، 1407 هـ - 1987 م
- 32 - صحيح البخاري - "الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه"، لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري الجعفي المتوفى سنة 250 هـ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، طبع: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422 هـ.
- 33 - صحيح مسلم - "المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم"، لمسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابري (المتوفى: 261 هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبع: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- 34 - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، رقم كتيه وأبيابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز. طبعة: دار المعرفة - بيروت، 1379 هـ.
- 35 - فقه النوازل للأقليات المسلمة - تأصيلاً وتطبيقاً - للدكتور محمد يسري إبراهيم، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، الناشر: دار اليسر، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، 1434 هـ - 2013 م.
- 36 - المستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المتوفى سنة 505 هـ. تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، طبع: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413 هـ - 1993 م.

- 37- المغني على مختصر الخرقي، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، طبع: مكتبة القاهرة، بدون طبعة.
- 38- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي التجدي الحنبلي، طبع مؤسسة الرسالة - لبنان: 1418 هـ. 1997 م.
- 39- مجلة البيان (238 عددًا)، المؤلف: تصدر عن المنتدى الإسلامي.
- 40- مجمل اللغة لابن فارس، المؤلف: لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبي الحسين (المتوفى: 395 هـ)، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثانية - 1406 هـ - 1986 م.
- 41- المحكم والمحيط الأعظم، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ت: 458 هـ تحقيق: عبد الحميد هندراوي، طبع: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1421 هـ - 2000 م.
- 42 - المستدرک علی مجموع فتاوی شیخ الإسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، طبع بالمملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى 1418 هـ .
- 43 - مقاييس اللغة، للعلامة أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى سنة 395 هـ، بتحقيق عبد السلام أحمد هارون طبعة دار الفكر، بيروت، 1399 هـ. 1979 م.
- 44 - المواصفات في أصول الشريعة ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي المتوفى سنة 790 هـ . تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، طبعة دار ابن عوفان ، المملكة العربية السعودية . الطبعة: الأولى 1417 هـ / 1997 م .
- 45 - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي المتوفى سنة 772 هـ، طبع: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1420 هـ - 1999 م
- 46 - سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها، للشيخ العلامة محمد ناصر الدين الألباني ، المتوفى سنة 1420 هـ ، طبعة مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية ، طبعة 1415 هـ - 1995 .
- 47 - شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير للعلامة محمد بن أحمد الفتوح المعروف بابن النجار المتوفى سنة 972 هـ تحقيق الدكتور محمد الدحيلي والدكتور نزيه حمار، طبعة مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1418 هـ. 1997 م.
- 48 - المهذب في علم أصول الفقه المقارن، للأستاذ الدكتور عبد الكريم بن علي ابن محمد النملة، طبعة مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى: 1420 هـ. 1999 م.
- 49- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي المؤلف: للأستاذ الدكتور محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا. الطبعة: الثانية، 1427 هـ - 2006 م
- 50- المآجَم الفقهية وأثرها في الاجتهاد المعاصر والتطلعات لمجمع فقهي منشود، لغانم غالب غانم، راجعه: د محمد عساف، أستاذ الفقه والأصول في جامعة القدس، الكتاب مرقم آليا "الشاملة".
- 51- موقع الملتقى الفقهي <http://www.feqhweb.com>

ضوابط الاستفادة من التفيق المذهبي في معرفة أحكام نوازل الأسرة المعاصرة

بقلم

د. دليلة رازي

أستاذة محاضرة "أ" بقسم الشريعة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة

dr.dalila@yahoo.com

مقدمة

تعد المذاهب الفقهية بمختلف مدارسها معينا صافيا تستقى منها حلولاً لمختلف ما يطرح من قضايا العصر وما يستجد من الحوادث والمستجدات، فهي كانت ولا زالت مرجعا أصيلا لكثير من المسائل بمختلف مجالاتها، كونها مبنية على قواعد علمية وضوابط محكمة مستوحاة من مصادر شرعية وأصول قطعية بما يضيء الشرعية على الأحكام والفتاوى المستنبطة لتلك المسائل المبحوث فيها، ولقد تناولت هذه المذاهب الكثير من المسائل فيما يتعلق بشؤون الأسرة دقها وجلها كونها أساس بناء الأمة المسلمة، حيث اعتنت بها عناية بالغة وأحاطتها بسياج من الأحكام المبنية على أسس وقواعد محكمة بما يضمن لها صلاحها وتضامنها وتكافلها وقوة بنائها لتصل في الأخير إلى "نموذجية الأسرة المسلمة"، ولا شك أن هذه الأحكام الفقهية الموروثة تعد مرجعا نافعا لمعرفة مختلف نوازل العصر فيما يتعلق بالأسرة سواء في بلاد الإسلام أو فيما يخص الأقليات المسلمة في بلاد غير المسلمين، خاصة وأن الأسرة المسلمة في الغرب تتعرض لمشكلات الأسرة المسلمة في العالم الإسلامي وزيادة.

غير أن ما استشكل في عصرنا وما رام إليه بعض المعاصرين - في ظل تحديات العصر وتغيراته وما استجد من قضايا أسرية من مسائل ووقائع مع خطورتها حيث تشكل تحديا للوجود الإسلامي - أنها لو عولجت في إطار هذا التراث الفقهي الموروث فسوف تعود عليه بأخطر النتائج، بل قد تشكل تهديدا للوجود الإسلامي كله، واعتبر هذا الفقه الموروث بها شابه من شوائب الأعراف والتقاليد والعادات غير قادر على إعادة بناء نظام الأسرة المسلمة لاسيما في بلاد غير المسلمين،... والحقيقة أن قابلية معالجة هذا التراث لهذه المسائل متوقفة على مدى ضبط عملية المعالجة ووضعها في إطارها الصحيح، حتى تأتي النتائج متلائمة مع متطلبات الأسرة بما يضمن لها أداء وظيفتها وتحقيق غاياتها العليا وأهدافها السامية.

كما وأن علماءنا سلفا وخلفا كانوا يعرضون المسائل والنوازل المستجدة في عصورهم على فقه أسلافهم،

علمهم يجدون حلا لا بما يتناسب وظروفها وبحسب ما تحققه من مصالح، وكانوا يعتمدون في ذلك على كثير من القواعد والأصول التي ورثوها عنهم، كالتقاسم على الأقوال والتخريج والإلحاق،... وغير ذلك من القواعد والمناهج التي عرفت عنهم وتحدد طرق اجتهاداتهم، ولعل من المناهج المعروفة لديهم ما يسمى بالتلفيق بين الأحكام الذي كان معروفا لدى العلماء المتقدمين بالممارسة والتطبيق وشاع عند المتأخرين مقلدة المذاهب بهذه التسمية، فصار منهجا يعول عليه في كثير من القضايا والنوازل له أصوله وقواعده وضوابطه، فلا ينبغي أن يتصدى له إلا الفقهاء المتمهرون والمجتهدون المتأهلون، ذوي الاختصاص والملكة أهل الصنعة، لئلا يتجاسر من هم دون ذلك على الاجتهاد والفتوى بما يفضي إلى تكثير المفاصد والتحليل من ربة التكاليف الشرعية.

ومسألة التلفيق مسألة قديمة تعرض لها العلماء بالدرس والجدال والخلاف بين مشدد منكر لا يبيح العمل بها، ومتساهل مستهين يستجيزها دون ضابط، وطرف أجازها ولكن بضوابط وقيود. غير أنها من المسائل الهامة في العصر الحاضر تشتد الحاجة إليها حيث الاتجاه العام إلى إعادة النظر في التراث الفقهي وتقويمه، واجتهاد فقهي قائم على أسس علمية ودعائم متينة جامع بين الأصالة والواقع، فقه مرن يستجيب لمتطلبات الواقع ومشكلاته، ويتناسب مع حيثياته المختلفة والمتغيرة، وهذا لا يتأتى إلا إذا ضبطت مسألة التلفيق في الأحكام ضبطا صحيحا وأحيطت بسياج من القيود يضمن التطبيق السليم الذي يؤدي ثماره.

من هنا جاءت هذه الدراسة ضمن ورقة بحثية أنجزتها خصيصا لهذا الملتقى لتضبط عملية المعالجة وتحلي جملة من الضوابط والمعايير النافعة للاستفادة من التلفيق مع عرض نماذج تطبيقية من قضايا الأسرة، وذلك وفق الخطة الآتية:

• مقدمة

- المحور الأول: أهمية المذاهب الفقهية في معرفة أحكام نوازل العصر
- المحور الثاني: ضبط المصطلحات وبيان أهمية التلفيق في الاجتهاد المعاصر
- المحور الثالث: ضوابط الاستفادة من التلفيق
- المحور الرابع: تطبيقات ضوابط التلفيق على نوازل الأسرة
- الخاتمة

بقي أن نشير إلى أن موضوع التلفيق بين الأحكام قد تعهده العلماء والباحثون بالبحث والدرس، وتعرضوا لضوابطه وشروطه وتطبيقاته في مجالاته المختلفة، والدراسات في هذا الباب أكثر من أن تحصى، غير أن هذه الدراسة ركزت على جانب من جوانبها فيما يتعلق بضوابط التلفيق، وهذه الضوابط قد أشار إليها العلماء في مؤلفاتهم وشددوا الأخذ بها واعتبارها ومراعاتها عند العمل بالتلفيق بمختلف جوانبه، وما قامت به هذه الدراسة هو لم شتات هذا الموضوع فيما يخص جانب الضوابط، وعرضت بعض القضايا الأسرية في إطارها مع التركيز على ما يتعلق بمجال التلفيق في التشريع أو التقنين كونه أكثر صلة بحياة الناس لما يتسم به من طابع الالتزام، كما أن الدراسة تحلي أهمية الأخذ بهذا المبدأ في تحقيق مقاصد الشرع فيها وتبين ساحة الشريعة

ومرونتها ورعايتها لمصالح العباد في العاجل والأجل، وتبرز أهمية الاستفادة من المذاهب الفقهية برمتها، وأن العمل بها من مقتضيات العصر لحل مشكلاته المختلفة.

المحور الأول: أهمية المذاهب الفقهية في معرفة أحكام نوازل العصر

أولاً: طبيعة المذاهب الفقهية

المذاهب الفقهية تراث زخم وثروة هائلة ليس فقط لأحكام شاملة لكافة مجالات الحياة الإنسانية، بل وتشكل أيضاً مصدراً ثرياً لمختلف قواعد الاستنباط وأصول الاجتهاد وأنواعه المختلفة ومناهج الأئمة وأساليبهم المتعددة في النظر...، ولا شك أن ذلك دليل على أن هذه المذاهب قائمة على دعائم متينة وأصول قطعية ما يجعلها بمنأى عن الادعاءات المغرضة التي تنفي صلاحيتها لمعالجة مختلف قضايا العصر، وهذا لا ينفي حقيقة أن الفقه جهد بشري ما يجعله عرضة للخطأ والصواب بحكم طبيعة البشر، غير أن هذه الحقيقة لا تقدر في صلاحيتها وقابليته لمعالجة كافة المسائل والقضايا المختلفة وما يستجد في كل العصور من وقائع ونوازل، لأنها قائمة على الاجتهاد الأصولي المبني على أسس صحيحة وقواعد سليمة نص عليها العلماء، والاجتهاد على هذا النمط مقبول وفي جميع الحالات سواء أخطأ المجتهد أم أصاب، والدليل على ذلك أنه يؤجر بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم. ما يدل على أن الفقه بكل مذاهبه له خصوصيته التي تجعله صالحاً يفي بحاجات العصر بل وكل العصور.

إلى هذا الملحق المهم أشار بعض الباحثين المعاصرين بقوله: "مما يبرهن على صلاحية الفقه وسلامته، تعدد المناهج الاجتهادية وتنوع المدارس الفقهية والأصولية، فلم يرجع الفقهاء عند عدم وجدان النص إلى حدس أو تخمين، وإنما رجعوا إلى النصوص من طريق آخر ضبطته القواعد والأصول ومناهج القياس وأصول الاخلاق والتفريع، ثم ضبطوا جهودهم بقاعدة نيرة تقول: "كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، ليست من الشريعة"¹.

وجاءت عبارة نقيب المحامين الفرنسيين في أسبوع الفقه الإسلامي الذي عقد بباريس سنة 1951م لتؤكد حقيقة وجوه هذه المذاهب بقوله: "لست أدري كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمع الآن، فقد ثبت بجلاء أن الفقه الإسلامي يقوم على مبادئ ذات سمة أكيدة لا مرية في نفعها، وأن اختلاف المذاهب على مجموعة من الأصول الفنية البديعة تتيح لهذا الفقه أن يستجيب بمرونته لجميع مطالب الحياة الحديثة"².

ثانياً: حاجة النوازل المعاصرة إلى الاجتهاد في ضوء التراث الفقهي

1/ الحاجة إلى المذاهب الفقهية

لا شك وأن الحياة المعاصرة بحكم طبيعتها تطرح الكثير من المسائل الشائكة والنوازل المعقدة ما يستوجب

¹ - محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، دار اليسر، القاهرة، ط: 1، 1434هـ-2013م، ص 247.

² - أنور الجندي، الشبهات والأخطاء الشائعة في التشريع الإسلامي، ص 182.

النظر الصحيح والاجتهاد القائم على أصول علمية متينة تضمن تحقيق مقاصد الشرع وأحكامه وغاياته. ولا شك أن المذاهب الفقهية تعد مرجعا أساسا لمعرفة الكثير من الأحكام الشرعية لمختلف نوازل العصر. فهذه المذاهب بمجموعها تمثل فقه الشريعة الإسلامية، كما حوت مدونات المذاهب الفقهية الكثير من الفروع الفقهية مخدومة ببيان حكمها ودليلها وأصلها وقاعدتها، وفي ترك هذه الثروة الفقهية خسارة كبيرة، وأيضا فإن هذه الثروة العظيمة تسهيل للاجتهاد لدى الفقيه، كما بينت كتب المذاهب الفقهية طرائق الاجتهاد، وقواعد الاستنباط من خلال ما كتب في أصول الفقه من وجهات نظر كل مذهب¹.

2/ طرق معرفة أحكام النوازل المعاصرة في المذاهب الفقهية

لمعرفة أحكام النوازل المعاصرة طرق عدة منها:

أ/ التخريج: وذلك إما بتخريج حكم النازلة على أصول المذهب وقواعده أو بتخرجه على فروع المذهب². ويقصد بالتخريج: الاجتهاد في إلحاق النازلة بما يشابهها من النوازل المتقدمة؛ لتقاس عليها وتأخذ حكمها، أو النظر في اندراج حكم النازلة تحت بعض القواعد الفقهية، أو الأصول الشرعية، أو ضمن فتاوى بعض الأئمة المتقدمين³.

كتخريج مسألة (البوفيه المفتوح) على مسألة دخول الحمامات التي أجازها الفقهاء، مع تفاوت استهلاك المياه والصابون، والأجرة مقدرة للجميع. وتخريج مسألة (مشروعية السعي فوق سطح المسعى) عملاً بالقاعدة الفقهية: "الهواء يأخذ حكم القرار". وكالقول بمشروعية الفحص الطبي قبل الزواج ندباً أو وجوباً؛ لما يترتب عليه من درء مفسدة انتشار بعض الأمراض الوراثية في الأولاد استنباطاً من قاعدة المصالح⁴.

ب/ تتبع الرخص: وذلك فيما يسوغ فيه الاجتهاد أو الخلاف كما نقل عن الأئمة أما إذا كان لا يسوغ فيه الاجتهاد أو الخلاف فيحرم⁵، ويعد فاعله فاسقاً، نقل عن يحيى القطان قوله: "لو أن رجلاً عمل بكل رخصة، بقول أهل المدينة في السماع يعني الغناء، وبقول أهل الكوفة في النيذ، وبقول أهل مكة في المتعة لكان فاسقاً"⁶. وقال النووي: "ومن التساهل أن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحرمة أو المكروهة والتمسك بالشبه طلباً للترخيص لمن يروم نفعه، أو التغلظ على من يريد ضره، وأما من صح قصده فاحتسب في طلب الحيلة لا شبهة فيها لتخليص من ورطة يمين ونحوها، فذلك حسن جميل"⁷. فإذا كان هذا المسلك قائماً على ضوابط وشروط ساغ العمل به بل ويستحسن ويؤكد في طلبه، لما فيه من حل لضرورة ملجئة أو لقيامه على

1 - خالد بن مساعد بن محمد الرويع، التمهيد - دراسة نظرية نقدية - دار التدمرية، الرياض، السعودية، ط: 1، 1434هـ - 2013، 1309/3-1310.

2 - المرجع نفسه، 1282/3.

3 - محمد بن خليفة المدني، الصيب الوابل في بيان فقه القضايا المعاصرة والنوازل، ص 55.

4 - المرجع نفسه، ص 55-56.

5 - خالد العروسي، الترخيص بمسائل الخلاف ضوابطه وأقوال العلماء فيه، ص 11.

6 - آل تيمية: المسودة في أصول الفقه، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، ص 518.

7 - النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، 46/1.

سند شرعي، بخلاف تتبع الأقوال دون مؤيد شرعي أو ضرورة ملحة ملجئة، ففيه تحايل على الشرع وإسقاط للتكاليف وتلاعب بالأحكام وخضوع للأهواء.

ج/ الانتقاء والاختيار: الاختيار هو "اجتهاد الفقيه في معرفة الحكم الشرعي الصحيح في المسائل المختلف فيها، وذهاب الفقيه إلى قول من أقوال الأئمة أصحاب المذاهب"¹. والسبب الذي يؤدي بالفقيه إلى ترجيح رأي أو تبني مذهب يتقاطع مع أسباب الاجتهاد، كما يتعلق تعلقاً كبيراً بباب التعارض والترجيح من أبواب الأصول². وهذا يعني أن الاختيار مبني على الاجتهاد والنظر.

والاجتهاد هنا قد يؤدي إلى موافقة أو مخالفة الإمام الذي يتسبب المجتهد إلى مذهبه، وقد تكون هذه المخالفة باختيار مذهب إمام آخر، أو تكون باختيار القول المخرج في المذهب على القول المنصوص، وقد تكون بترجيح القول الذي جعله الإمام مرجوحاً من القولين في المسألة، وهذه حالات ثلاث للاختيار، ومع هذا فإنه إذا وافق المجتهد مذهبه، فإنه يطلق عليه أيضاً أنه اختيار، وذلك لأن المجتهد يوافق مذهبه عن بحث واستدلال، لا عن تقليد وانقياد³.

وعلى العموم فإن الاختيار بكافة حالاته صيغة من صيغ الاجتهاد المعاصر ومن أهمها أيضاً طرح حلول لكثير مما يستجد من النوازل والأفضية، وقد دأب العلماء عليه في أبحاثهم ودراساتهم واجتهاداتهم؛ فأضحى من سمات الاجتهاد المعاصر ومن المناهج الفقهية المعاصرة.

د/ التلفيق: وهذه الطريقة من الطرق المعاصرة لمعرفة حكم النوازل والوقائع المستجدة، وهي سمة العصر وإليها توجهت الكثير من الاجتهادات المعاصرة، ذكر الأستاذ الدكتور ناصر عبد الله الميان في مقدمة كتابه "النوازل التشريعية" ما يدل على ذلك بقوله: "رأيت من خلال المشاركات المتواضعة في تلك المجمع الفقهية توجه الكثير من الأبحاث والآراء -عند الاجتهاد في أحكام النوازل المستجدة- إلى إيجاد صيغة توفيقية مستنتجة من آراء الفقهاء السابقين يظهر من خلالها إنشاء قول جديد في المسألة لم يسبق القول به، وهذا الصنيع هو ما يصدق عليه اسم "التلفيق" عند علماء الفقه والأصول"⁴.

المحور الثاني: ضبط المصطلحات وبيان أهمية التلفيق في الاجتهاد المعاصر

أولاً: ضبط المصطلحات

1/ تعريف التلفيق

أ/ التعريف اللغوي: التلفيق مصدر لفق نقول لفق الثوب أي ضم شقة إلى أخرى فيخيطها، وتلاقق القوم

¹ - محمود النجيري، الاختيار الفقهي وإشكالية التجديد الإسلامي (مع دراسة في اختيارات ابن قيم الجوزية)، الكويت، ط:1، 2008م، ص20

² - <http://www.dar-alifta.org>

³ - المرجع نفسه، ص20-21.

⁴ - ناصر عبد الله الميان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي، السعودية، الدمام، ط:1، 1430هـ، ص8.

أي تلاءمت أمورهم، وأحاديث ملفقة أي معظمة ومزخرفة¹، ومنه أخذ التلفيق في المسائل².
ب/ التعريف الاصطلاحي: ذهب جل العلماء إلى أن مصطلح التلفيق حادث في القرون المتأخرة، ما بين من يجعل حدوثه في القرن الخامس ومن يرجح ظهوره في القرن السابع³، غير أنه من المؤكد أن الكلام في هذا المصطلح برز منذ المائة الثامنة، فأصبح مما يتداول على ألسنة بعض العلماء، فمنهم من تعرض له في ثنايا كلامهم في بعض المسائل الفقهية التي ترتبط بها بين مثبت لهذا الارتباط وناف له، ومنهم من نحى منحى آخر حيث كتب رسائل خاصة في التلفيق والتقليد ومن كتب رسائل في التلفيق فحسب، بين مانع منه ومبيح، وجلهم ممن عاشوا بعد القرن العاشر⁴.

وقد عرف العلماء التلفيق فيما نقله عنهم الباني بقوله: "الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد"⁵، ثم شرحه بقوله: "وذلك بأن يلفق في قضية واحدة بين قولين أو أكثر، يتولد منها حقيقة مركبة، لا يقول بها أحد كمن توضع فمسح بعض شعر رأسه مقلدا للإمام الشافعي، وبعد الموضوع مس أجنبية مقلدا للإمام أبي حنيفة، فإن وضوءه على هذه الهيئة حقيقة مركبة لم يقل بها كلا الإمامين"⁶.

وهذا التعريف متداول بين العلماء غير أنه متقد من قبل بعض الباحثين، إذ هذا التعريف بمثابة بيان لنتيجة التلفيق ومؤداه وليس شارحا لما يتعاطاه الفقيه، كما وأنه ليس جامعا لكل صور التلفيق وأنواعه التي نص عليها العلماء، ولا يعد مانعا لما قد يدخل غيره فيه كالبدعة وتبعية الرخص⁷.
وبعضهم انتقد هذا التعريف باعتباره يصدق على اختراع قول لم يأت به أحد المجتهدين وإن لم يكن فيه تلفيق بين مذهبين أو أكثر⁸.

ومن التعريفات الاصطلاحية للتلفيق قول بعضهم التلفيق هو "التخير من أحكام المذاهب الفقهية المعتمدة

1 - انظر: الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الرسالة للطباعة، بيروت - لبنان، ط: 8، 1426 هـ - 2005م، ص 922. مرتضى الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، دار الهداية، 361/26. الفارابي: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط: 4، 1407 هـ - 1987م، 4/1550.

2 - انظر: مرتضى الزبيدي: تاج العروس، 361/26.

3 - للتوسع راجع: محمد بن عبد الرزاق بن أحمد الدويش، التلفيق وموقف الأصوليين منه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 1، 1434 هـ - 2013م، ص 27 وما بعدها. غازي بن مرشد بن خلف العتيبي، التلفيق بين المذاهب وعلاقته بالتيسير، ص 6.

4 - انظر: محمد الدويش، التلفيق وموقف الأصوليين منه، ص 31.

5 - محمد سعيد بن عبد الرحمن الباني، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، دار القادري، دمشق، سورية، ط: 2، 1418 هـ - 1997م، ص 183.

6 - المرجع نفسه، ص 183.

7 - ناصر عبد الله الميyan، النوازل التشريعية، ص 12.

8 - العتيبي، التلفيق بين المذاهب الفقهية وعلاقته بالتيسير، ص 9.

تقليدا¹. والتعريف هنا جعل التلفيق جزء من التقليد بالقيود الأخير كأن التخيير المبني على الدليل ليس من التلفيق.

وقد انتقد هذا التعريف بكونه قاصر غير جامع لكل صور التلفيق². وذكر أحد الباحثين تعريفا جامعاً لكل صور التلفيق بقوله: "الأخذ في الأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب في أبواب متفرقة، أو باب واحد، أو في أجزاء الحكم الواحد"³. غير أنه اعترض عليه بكون الصورة الأولى لا تعد تليفاً عند العلماء، بل انتقال من مذهب إلى مذهب آخر وفرق بين الأمرين⁴.

ولكن هذه الصورة برزت عند المتأخرين من العلماء وقد أطلقوا عليها مسمى "التلفيق في الاجتهاد". ويعني الأخذ من كل مذهب بمسألة مستقلة، على اعتبار أن القائل بها أحد علماء الأمة، ولا شيء يلزم باتباع شخص بعينه دون سواه من العلماء. وذلك بناء على ما يؤيده الدليل عند طائفة من العلماء، وهو الذي تقتضيه نصوص التشريع وعليه السلف والخلف، ومنهم من لا يقتصر على ذلك، بل يأخذ به على اعتبار أنه قول أحد الأئمة، وفي إباحة الأخذ بأي من الأقوال سعة وفسحة، وهذا الرأي أنتج مصطلحا آخر أطلق عليه المتأخرون اسم "التلفيق في التشريع"⁵. وعلى كل حال فإن هذه الصورة من صور التلفيق عند بعض العلماء المتأخرين وقد عدوها كذلك مما ينبغي اعتبارها، كما وأن حقيقتها لا تخرج عن معنى التلفيق.

وما ذكره من كون التلفيق في هذه الصورة انتقال أو وصفه بالتخيير محمول على اختلاف في التسمية دون الحقيقة، ولا مشاحة في الاصطلاح⁶.

وعلى العموم فإن مصطلح التلفيق قد أوسع العلماء البحث في مدلوله ويسطوا فيه القول، كل يدلو بدلوه ويستدل على ما ذهب إليه بما تيسر له من الفهم والدليل⁷. والذي آراه من خلال تبني لكلام العلماء ويسطهم في مدلول المصطلح هو ما ذهب إليه أحد الباحثين من كون التلفيق شامل لكل صورته بما فيه التخيير من المذاهب المختلفة، حيث يرى أن معنى هذا المصطلح مع اعتبار حقيقته اللغوية، ومع واقع الاستعمال له في ثنايا كلام من تعرضوا له في مسائل مختلفة، كالتخيير بين

1 - سيد محمد موسى توانا، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في العصر، دار الكتب الحديثة، مصر، 1972م، ص 549.

2 - ناصر عبد الله الميان، النوازل التشريعية، ص 12.

3 - المرجع نفسه، ص 12.

4 - عبد الله بن محمد بن حسن السعيد، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الفتيا، مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي، ص 12.

5 - محمد الدويش، التلفيق وموقف الأصوليين منه، ص 35-36.

6 - المرجع نفسه، ص 149.

7 - راجع على سبيل المثال: عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق لمحمد سعيد الباني، التلفيق وموقف الأصوليين منه لمحمد بن عبد الرزاق الدويش، النوازل التشريعية لناصر عبد الله الميان، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي لعبد الله بن محمد السعيد، التلفيق بين المذاهب الفقهية وعلاقته بالتيسير لغازي بن مرشد العتيبي وغيرها...

المذاهب، وإحداث قول ثالث، وتصويب المجتهدين، والتزام مذهب معين أو عدم التزامه، وهي مسائل يؤدي الكلام فيها في بعض جوانبه إلى القول بالتلفيق بين الآراء؛ سمي ذلك تلفيقاً، أو أطلق عليه غير هذا الاسم، وعليه فإن حقيقة التلفيق يشمل الأخذ بأقوال بعض المجتهدين في مذاهب متعددة سواء أكان ذلك في مسألة واحدة، أم في مسائل متغايرة مما طريقه الاجتهاد والنظر، وهو بذلك شامل لنوعين من التلفيق: التلفيق تقليداً والتلفيق اجتهاداً¹.

2/ تعريف النوازل:

أ/ النوازل في اللغة: النوازل لغة من (نزل) وتدل على هبوط الشيء ووقوعه، والنازلة الشديدة من شدائد الدهر تنزل². أو الشديدة تنزل بالقوم، وجمعها نوازل³.

ب/ النوازل في الاصطلاح: عرفها ابن عابدين بأنها: "المسائل التي سئل عنها المشايخ المجتهدون ولم يجدوا فيها نصاً، فأفتوا فيها تحريماً"⁴.

وعرفت على أنها "حوادث الفتاوى"⁵.

كما عرفها بعض علماء العصر منهم الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد بقوله: "يراد بالنوازل: الوقائع والمسائل المستجدة والحادثة، المشهورة بلسان العصر باسم: النظريات والظواهر"⁶.

وقال وهبة الزحيلي: "النوازل أو الوقائع أو العمليات: هي المسائل أو المستجدات الطارئة على المجتمع، بسبب توسع الأعمال، وتعقد المعاملات، والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها، وصورها متعددة ومتجددة ومختلفة بين البلدان أو الأقاليم لاختلاف العادات والأعراف المحلية"⁷.

فمجموع هذه التعاريف تنصب على معنى واحد للنوازل وهي الحوادث أو المستجدات في مختلف المجالات؛ والتي لا يوجد في حكمها نص تشريعي مباشر أو اجتهاد سابق، فتحتاج إلى استفراغ الوسع لمعرفة حكمها الشرعي.

ثانياً: أهمية التلفيق في الاجتهاد المعاصر

إن مما أشرنا إليه سابقاً وأمام السيل العرم من المسائل التي يتمخض عنها الواقع بمختلف مجالاتها وفي شتى

1 - انظر: محمد الدويش، التلفيق وموقف الأصوليين منه، ص150-152.

2 - انظر: الرازي: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م، 417/5.

3 - انظر: ابن منظور، لسان العرب، 659/11.

4 - انظر: ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م، 142/1.

5 - انظر: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، الصدف بيلشرز، كراتشي، ط:1، 1407هـ-1986م، ص537.

6 - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:1، 1423هـ، 9/1.

7 - وهبة الزحيلي، سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، دار المكتبي، سورية، دمشق، ط:1، 1421هـ-2001م، ص9.

مناحي الحياة، خصوصاً مع الظروف المختلفة والمتغيرات العصرية الراهنة التي تزيد من اشتباك وتعقد تلك المسائل، مما يتضاعف احتياجها إلى مختلف المسالك الاجتهادية لتقديم حلول لها واستنباط أحكام شرعية بها يتوافق ومقاصد الشرع ويحقق أكبر قدر من المصالح، فذكرنا من بين المسالك "التلفيق بين الأحكام".
فهذا المسلك الاجتهادي دعا إليه بعض علماء العصر، واعتبروه الحل الأمثل للمشكلات الفقهية المعاصرة، ومأخذهم في ذلك عدة أمور¹:

1/ أن المذهب الفقهي الواحد لا يفي بحاجة الأمة بمفرده، ولا يغني عن سواه من المذاهب، بخلاف مجموع المذاهب، فإنها لا تضيق عن حاجات الأمة المستجدة.

2/ أن التلفيق يعين على اختيار ما هو أرفق بالمكلفين وأيسر عليهم، لترغيبهم في الدين وتحييه إليهم، لا سيما مع فساد أحوال بعض الناس وضعف دينهم.

3/ التقريب بين المذاهب الفقهية بتكوين اتجاه فقهي واحد ملفق من جميعها، وذلك مفيد في إزالة التعصب المذهبي أو التقليل من آثاره.

4/ يعتبر التلفيق وسيلة للاستفادة من الاجتهادات الفقهية المتعددة والتراث الفقهي الكبير الذي ورثته الأمة الإسلامية عبر قرون متعددة ومن ثقافات متنوعة وحضارات مترامية، وفي الوقت ذاته يمثل مفهوم التلفيق فكرة عبقرية لكيفية التعامل مع الواقع المتغير المتشابك بدون خروج عن فهم العلماء السابقين لمعلم المنهج الفقهي عبر عصور الإسلام المختلفة².

المحور الثالث: ضوابط الاستفادة من التلفيق

لقد اختلف العلماء في حكم التلفيق بين مبيح ومحرم، وقد فصلت الدراسات فيه وبسطت القول في حكمه غير أن ما توصلت إليه هو إباحته ولكن بضوابط:

الضابط الأول: وزن المسائل بميزان الشرع ورد الخلاف فيها إلى الكتاب والسنة لقوله تعالى: " فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول ذلك خير وأحسن تأويلاً " (النساء: 59)³.

الضابط الثاني: أن لا يؤدي التلفيق إلى صورة باطلة بالإجماع

فينبغي أن لا يترتب على التلفيق تركيب حكم يخالف الإجماع أو يخالف نصاً قاطعاً في دلالة أو القواعد. جاء في التقرير والتحرير لابن أمير الحاج قوله 468/3: "لعله محمول على نحو ما يجتمع له من ذلك ما لم يقل بمجموعه مجتهد كما أشار إليه بقوله: (وقيده) أي جواز تقليد غيره (متأخر) وهو العلامة القرافي (بأن لا يترتب عليه أي تقليد غيره ما يمنعه أي مجتمع على بطلانه كليهما) فمن قلد الشافعي في عدم فرضية الدلك للأعضاء المغسولة في الوضوء والغسل ومالكا في عدم النقض بلا شهوة للوضوء فتوضأ ولمس بلا شهوة

1 - العتبي، التلفيق بين المذاهب الفقهية وعلاقته بالتيسير، ص5.

2 - انظر: التلفيق، www.dar-alifta.org نشر بتاريخ: 20-11-2012م.

3 - انظر: خالد العروسي، الترخيص بمسائل الخلاف ضوابطه وأقوال العلماء فيه، ص13. محمد سليمان القراء، التلفيق وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص5.

وصلى إن كان الوضوء بذلك صحت صلاته عند ذلك وإلا إن كان بلا ذلك بطلت عندهما أي مالك والشافعي¹.

ونقل القرافي عن الزناتي قوله: "يجوز تقليد المذاهب في النوازل، والانتقال من مذهب إلى مذهب بثلاثة شروط: أن لا يجمع بينها على وجه يخالف الإجماع كمن تزوج بغير صداق ولا ولي ولا شهود، فإن هذه الصورة لم يقل بها أحد، وأن يعتقد فيمن يقلده الفضل... وأن لا يتبع رخص المذاهب"².

وقال السبكي: "فالمعتد بمذهب الشافعي، أو غيره من الأئمة، إذا أراد أن يقلد غيره في مسألة فله أحوال: السادسة: أن يجمع من ذلك حقيقة مركبة ممتنعة بالإجماع، فيمتنع"³.

الضابط الثالث: ألا يترتب على التلفيق ما يتعارض مع مقاصد الشريعة وطبيعتها

وذلك كمن لفق في عقد النكاح وتزوج بلا شهود مقلدا لمالك في عدم اشتراطهم، وبلا ولي للمرأة مقلدا لأبي حنيفة، وبلا صداق مقلدا للشافعي، فهذا التلفيق يتعارض مع مقاصد الشريعة لما يترتب عليه من مفاصد؛ كتعريض الزوج والزوجة للتهمة، وضياع حق المرأة، وتسهيل الزنا، والتحايل بهذا التلفيق لدرء التهمة عن الزانيين⁴.

فالمناكحات مبناهما سعادة الزوجين وما تناسل منها وحفظ حقوقها وحماية الفضائل الزوجية وصيانتها، فكل ما يؤيد هذا الأصل ينبغي الرجوع إليه والإفتاء به، ولو أدى في بعض الوقائع إلى التلفيق مع ضبطه؛ إذ لا يسوغ اتخاذ التلفيق ذريعة لتلاعب الناس بأفضية الطلاق والنكاح كونها مبنية على قاعدة: "الأصل في الأضباع التحريم"، فلا ينبغي التساهل فيها، وعليه فكل حكم ملفق يتعارض ومقصود هذا الباب فهو محظور ممنوع وكل حكم يتوافق معه فهو جائز مطلوب⁵. وقس على ذلك الأبواب الفقهية الأخرى كباب العبادات والمعاملات والجنايات وغيرها... فكل تلفيق يؤدي إلى هدم مقاصد التشريع وتقويض دعائمه والقضاء على سياسته فهو مردود ممنوع.

جاء في عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق: "وضابط جواز التلفيق وعدم جوازه هو أن كل ما أفضى على تقويض دعائم التشريعة، والقضاء على سياستها وحكمتها، فهو محظور.

أما إذا كان التلفيق يؤدي دعائم الشريعة، وما ترمي إليه حكمتها، وسياستها الكفيلتان بسعادة العباد في الدارين تيسيرا عليهم في العبادات، وصيانة لمصالحهم في المعاملات، فهو مطلوب"⁶.

1 - ابن أمير الحاج، التقرير والتحريم في علم الأصول، دار الفكر، 1417هـ-1996م، 3/468-469.

2 - انظر: القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط: 1، 1393هـ-1973م، ص432.

3 - السبكي: أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، دار المعارف، 147/1.

4 - التلفيق بين المذاهب الفقهية، <http://www.dar-alifta.org>

5 - انظر: الباني، عمدة التحقيق، ص246-247. نزار نبيل أبو منشار، التلفيق في الشريعة الإسلامية، شبكة الألوكة، ص21-22.

6 - انظر: الباني، عمدة التحقيق، ص250.

الضابط الرابع: أن يكون التلفيق فيما لا ينقض فيه قضاء القاضي أو حكم الحاكم يشترط في التلفيق ألا يؤدي العمل به إلى نقض أحكام القضاء؛ لأن حكم القاضي يرفع الخلاف؛ درءاً للفوضى، ولو عمل بالتلفيق على خلافه لأدى ذلك إلى اضطراب القضاء وعدم استقرار الأحكام القضائية¹. قال القرافي بعد ما نقله لكلام الزناتي: "قال غيره (أي غير الزناتي) يجوز تقليد المذاهب والانتقال إليها في كل ما لا ينقض فيه حكم الحاكم"².

وقال العز بن عبد السلام: "وَمَنْ قَلَّدَ إِمَامًا مِنَ الْأَئِمَّةِ ثُمَّ أَرَادَ تَقْلِيدَ غَيْرِهِ فَهَلْ لَهُ ذَلِكَ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْمُخْتَارُ التَّفْصِيلُ، فَإِنْ كَانَ الْمَذْهَبُ الَّذِي أَرَادَ الْإِنْتِقَالَ إِلَيْهِ مِمَّا يُنْقَضُ فِيهِ الْحُكْمُ؛ فَلَيْسَ لَهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَى حُكْمٍ يَجِبُ نَقْضُهُ فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبْ نَقْضُهُ إِلَّا لِطُلَاغِهِ، فَإِنْ كَانَ الْمَأْخُذَانِ مُتَّفَارِقَيْنِ جَازَ التَّقْلِيدُ وَالْإِنْتِقَالُ لِأَنَّ النَّاسَ لَمْ يَزَالُوا مِنْ زَمَنِ الصَّحَابَةِ إِلَى أَنْ ظَهَرَتْ الْمَذَاهِبُ الْأَرْبَعَةُ يُقَلَّدُونَ مَنْ اتَّفَقَ مِنَ الْعُلَمَاءِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْ أَحَدٍ يُعْتَبَرُ إِنْكَارُهُ"³.

والسبب في ذلك ما ذكره القرافي أنه لولا هذا الضابط لما استقرت للحكام قاعدة وليقت الخصومات، ودام التنازع والعناد، وهو مناف للحكمة التي لأجلها نصب الحكام، ثم عن الحاكم نائب لله تعالى، فهو مخير عن الله هذا الحكم الذي قضى به، وقد جعل الله له أن ما حكم به فهو حكمه، فهو كالنص الوارد من قبل الله تعالى في تلك الواقعة⁴.

الضابط الخامس: أن يتبع القول لدليله

وذلك بأن لا يختار من المذاهب أضعفها دليلاً، بل يختار أقواها دليلاً، وعليه أن يتعد عن شواذ الفتيا⁵. وأن يعتقد رجحان ذلك القول الملقق، فيقدر أنه لو وجد أحد الأئمة المجتهدين واطلع على المسألة بمتغيراتها الجديدة أو الخاصة بهذا الشخص المقلد لم يكن من البعيد أن يوافق مذهبه ما توصل إليه بالتلفيق، بل لا بد أن يكون هذا هو غالب ظن المقلد؛ لأن أقوال المجتهد بالنسبة له كنصوص الشارع بالنسبة للمجتهد، فيكون عمله بالتلفيق حيثئذ لوجود دليل راجح بغالب الظن⁶.

الضابط السادس: أن لا يتبع أهواء الناس

فلا يصدر حكماً لإرضاء حاكم أو أحد من الناس أو حتى لنفسه، فيتخير أيسر المذاهب، بل عليه أن يكون

1 - التلفيق بين المذاهب الفقهية، <http://www.dar-alifta.org>

2 - انظر: القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ت: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 1994م، 140/1.

3 - انظر: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ-1991م، 159-158/2.

4 - انظر: القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، ت: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ-1998م، 180/2.

5 - محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، دار اليسر، القاهرة، ط: 1، 1434هـ-2013م، ص: 656.

6 - التلفيق بين المذاهب الفقهية، <http://www.dar-alifta.org>

حسن النية عند اختيار الحكم، كما عليه اتباع الدليل وينظر في المصلحة المعتبرة شرعا¹. وقد أشار محمد جمال الدين القاسمي إلى هذا الضابط: "والقصد أن التلفيق الذي يبحث عنه المتأخرون ينبغي للمفتي إذا استفتي عن مسألة منه أن ينظر إلى مأخذها من الكتاب والسنة أو مدرستها المعقول منها، وأما تسرعه إلى القول بالتلفيق بطلانا أو قبولا فعدول عن منهج السلف"². ولا يجعل همه تصحيح عبادات الناس ومعاملاتهم بتلفيق أو حيلة غير مشروعة أو تقليد قول مهجور مع ثبوت بطلانها عند وجود سبب يقتضيه، فيكون قد أبطل مقصود الشارع في الحكم ببطلانه بوجود سببه، في حين يستوجب مراعاة مقصود الشارع في التصحيح والإبطال³. الضابط السابع: أن يجتهد في ألا يترك المتفق عليه إلى المختلف فيه فعليه أن يفتي بقول الجمهور في مسألة تولي المرأة عقدها بنفسها، ولا يفتي بقول أبي حنيفة الذي انفرد به عنهم⁴.

الضابط الثامن: ألا يتخذ من التلفيق ذريعة لنقض حكم مستقر عمل فيه بمذهب أحد المجتهدين وهذا قياسا على قولهم «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» فمن باب أولى ألا ينقض بالتلفيق؛ لأنه تقليد، وذلك كمن قلّد مذهب الحنفية في النكاح بلا ولي ثم أوقع الطلقات الثلاث فبانت زوجته وحرم عليه نكاحها حتى تنكح زوجا غيره، لكنه أراد نكاحها مرة أخرى فقلّد الشافعي في أن النكاح بلا ولي باطل، وبالتالي فلا يقع الطلاق في نكاح باطل فيحل له نكاحها، فهذا التلفيق بين المذاهب باطل متناقض، فكأن هذا الملقق يريد أن يقول: حينما تزوجتها بلا ولي لم يكن ذلك زنا؛ تقليدا للإمام أبي حنيفة، ولم يكن نكاحا صحيحا تقليداً للإمام الشافعي، فما وقع من طلقات لا اعتبار بها؛ لأنها لم ترد على نكاح صحيح عند الشافعي، لكن هذا التلفيق باطل لأن الشافعي وإن اشترط الولي إلا أنه لا يقول ببطلان نكاح من قلّد أبا حنيفة، ولا يقول بعدم وقوع طلاقه؛ لأن «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»⁵.

الضابط التاسع: أن تكون هناك ضرورة أو حاجة وهذا الضابط مختلف فيه نقل بعض الباحثين⁶ هذا الرأي ونسبه لبعض الأصوليين والفقهاء الذين رأوا أن الضرورة والحاجة تقتضيان التلفيق، وذلك للتيسير والتخفيف على المكلفين والتأليف لهم ورفع الضيق والخرج عنهم ومراعاة ظروفهم وأحوالهم، فيفتي لهم بالأخف ولو أدى إلى التلفيق، أو إيجاد مخرج يصحح لهم معاملاتهم إما بتكييفها

1 - محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، ص 656.

2 - محمد جمال الدين القاسمي، الفتوى في الإسلام، ت: محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1406 هـ - 1986 م، ص 171.

3 - العتبي، التلفيق بين المذاهب الفقهية وعلاقته بالتيسير، ص 46.

4 - محمد يسري إبراهيم، المرجع السابق، ص 656.

5 - التلفيق بين المذاهب الفقهية، <http://www.dar-alifta.org>

6 - انظر: العتبي، المرجع السابق، ص 38-43.

تكييفاً يجعل لها مستندا في الشرع، أو بحيلة فقهية أو باللجوء إلى قول مهجور في المذهب، أو بإجازة تقليد مذهب آخر إذ التقييد بمذهب واحد ولزومه يؤدي إلى الضيق والحرج¹. ونسب لأبي إسحاق الشاطبي الرأي بعدم جواز التلفيق للضرورة؛ لأن المقلد لا يفعل ذلك إلا تبعا لموافقة هواه، وأن مواضع الضرورة محددة معلومة، كذلك إمام المذهب قد اطلع على محال الضرورة وما يعتبر منها وما لا يعتبر من خلال نظره في أدلة الشارع، وكفى المقلد النظر فيها². وعلى هذا يجب النظر في الدليل ولن يعدم دليلا يقتضي رفع الضيق عن المكلف متى حلت به الضرورة، وهذا لا يعني الغاء اجتهادات السابقين، بل هي نبراس يستضاء به لفهم الدليل، ولا تثريب على من توصل إلى رأي حصل به التلفيق بين قولين أو أكثر لأنه حصل تبعا للنظر في الدليل³. وقد رجح الباحث هذا الرأي بقوله: "وما ذهب إليه أبو إسحاق الشاطبي... مذهب وجيه مبني على مراعاة مقصود الشارع الكريم من منع المكلفين من المضي وراء أهوائهم المخالفة، وقطع الوسائل المؤدية إلى ذلك..."⁴.

أقول لا يمكن التسليم والجزم في المسألة دون فحص وتأمل، وما نقله عن المذهب الأول القائل بجواز التلفيق للضرورة له وجاهته، كما يستبعد عنهم التساهل في الفتوى واستصدارها دون نظر في الدليل، كما هم بمنأى عن استغلال الضرورة أو الحاجة طلبا لنفس، أو طمعا في منصب، أو تطلعا إلى سمعة ووجاهة. الضابط العاشر: أن لا يكون في التلفيق تتبع لزلات العلماء، لأن ذلك مما يذهب الدين⁵. الضابط الحادي عشر: مراعاة مذهب الدول والبلدان، وما استقر فيها من عمل، إذا كان من الاجتهاد السائغ، فلا يصح أن يأتي من هو خارج عنهم فيشغب على أهلها وعلماءها، بفتاوى تثير البلبلة والتشويش⁶. الضابط الثاني عشر: أن يجذر من الأغلوطات، فقد يكون القصد من الفتاوى ضرب بعضها ببعض لا الحق؛ لإظهار العلماء أنها فريقان؛ فريق متشدد وفريق سهل...، وقد تكون الأغلوطة في اختيار وقت الفتوى، فيلقياها على المفتي وهو يعلم ما ستحدثه من ضغائن وأحقاد⁷...

الضابط الثالث عشر: اعتبار قاعدة "تجزؤ الاجتهاد" أو ما يسمى الآن بـ: "التخصص"

1 - راجع: الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط: 1، 1414هـ - 1994م، 382/8، عمدة التحقيق، ص 112-124. وهبة الزحيلي: الرخص الشرعية أحكامها وضوابطها، دار الخير، ط: 1، ص 75. القرضاوي: تيسير الفقه للمسلم المعاصر، ص 35.

2 - انظر: الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، 145/4. العتبي، التلفيق بين المذاهب الفقهية وعلاقته بالتيسير، ص 43.

3 - انظر العتبي، المرجع نفسه، ص 42.

4 - المرجع نفسه، ص 43.

5 - انظر: محمد سليمان الفراء، التلفيق وضوابطه في الفقه الإسلامي، ص 6.

6 - انظر: خالد العروسي، الترخيص بمسائل الخلاف وضوابطه وأقوال العلماء فيه، ص 14. محمد سليمان الفراء، المرجع نفسه، ص 6.

7 - انظر: خالد العروسي، المرجع نفسه، ص 14. محمد سليمان الفراء، المرجع نفسه، ص 5.

فينبغي اعتبار الفتاوى الصادرة من أهل الاختصاص؛ فلا يتسرع في الرد والمعارضة والتشغيب، لا سيما إذا صدرت الفتاوى من هيئات علمية عرف قصدها، وإخلاص علمائها، والغالب على هذه الهيئات أن لا تصدر فتوى إلا بعد أن تعرض على من له صلة¹.

المحور الرابع: تطبيقات ضوابط التلقيح على نوازل الأسرة

في مجال التلقيح في التشريع أو ما يسمى بالتقنين توجد الكثير من بلاد العربية التي استمدت من المذاهب الفقهية المختلفة وأخذت بها في قوانينها التشريعية على أساس التلقيح، عملاً بالمصالح واستجابة لمتطلبات العصر وحوادثه المتجددة، ولعل هذا المجال أكثرها أخذاً بهذا المبدأ كون هذه القوانين لها صلة مباشرة بحياة الناس لما تحظى به من طابع الإلزام.

يقول سعد العنزي في هذا الصدد: "إن القضايا التي تبرز فجأة من حين لآخر لتتطلب حلولاً على مستوى المجتمع، أو على مستوى الدولة، ويصبح المجتمع كله أو الدولة مسئولة عن هذه الجهود المطلوبة، وتطبيق المنهج الانتقائي في التلقيح على هذه النوعية من المشاكل يقع في إطار المنهج الموسع لاستخدام هذه الوسيلة، وأفضل مثال لهذا ما تم في "تقنين قوانين الأحوال الشخصية" في البلاد العربية والإسلامية، فقد استخدم التلقيح لعلاج المشاكل التي تواجه المجتمعات الإسلامية، فنجده في تلك الأحكام التي استعرت من المذاهب الفقهية المختلفة وادخلت ضمن المذاهب السائدة في كل البلاد الإسلامية في العالم فيما يتصل بقوانين الأحوال الشخصية، واستخدم التلقيح أيضاً ليكون حلاً مقبولاً عندما عجز المذهب الواحد عن معالجة المشاكل التي تبرز مع تغيير الملابس، فمن الطبيعي أن يواجه المذهب الواحد صعوبات في حل هذه المشكلات².

وقال: "لأهل السنة أن يستمدوا من المذاهب المقبولة في الفقه الإسلامي بعض القوانين الشرعية، فنجد أن كثيراً من البلاد العربية - ومنها الكويت - حين تقنين الأحوال الشخصية، أقرت مذهب ابن حزم، وابن شبرمة، وأبي بكر الأصم، ونجد أن القانون المصري أخذ في تشريعاته في أحكام الطلاق بآراء عتبة بن ربيعة، والقاضي شريح، كما أخذ القانون برأي ابن تيمية وابن القيم في مسألة الطلاق الثلاث بأنه واحدة، على أساس تليقي³".

ومن النماذج التطبيقية التي أخذت بها الدول العربية - ومنهم العراق على سبيل المثال - في هذا المجال باعتبار التلقيح، سواء بمعناه التخيير من المذاهب الفقهية في قضيتان أو أكثر، أو بمعنى التخيير منها في قضية واحدة؛ فمن الأول ما جاء عن مسألة أجره تطيب المرأة: فهي من المسائل التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية والتي تخير مشرع قانون الأحوال الشخصية رأياً من الآراء هو مدى شمول نفقة الزوجة لأجره الطيب وثمن الدواء فقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة إلى عدم وجوب أجره التطيب على الزوج وخالفهم في ذلك الزيدية، وما ذهب إليه الزيدية هو ما اختاره قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة الرابعة

1 - انظر: خالد العروسي، الترخيص بمسائل الخلاف ضوابطه وأقوال العلماء فيه، ص 15.

2 - انظر: سعد العنزي، التلقيح في الفتوى، ص 286.

3 - انظر: المرجع نفسه، ص 287.

والعشرون الفقرة الثانية والتي تنص على أنه (تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها واجرة التطيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين. وكزواج المسلم من كاتبية: فزواج المسلم من الكاتبية هو أيضا من المسائل التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد ذهب جمهور فقهاء الشريعة الى صحة زواج المسلم بالكاتبية وخالفهم في ذلك كل من متأخري الزيدية والجعفرية على المشهور من مذهبهم، أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد ذهب إلى صحة زواج المسلم بالكاتبية أخذاً بمذهب الجمهور فقد جاء في المادة السابعة عشرة "يصح للمسلم ان يتزوج كاتبية ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم"¹.

كما وردت نماذج أخرى في قانون الأحوال الشخصية ما يدل على أن المشرع العراقي قد لفق بين أكثر من مذهب في مسألة واحدة من ذلك: الوصية الواجبة: فقد جاء القانون فنص في المادة الرابعة والسبعين فقره (1) على أنه (إذا مات الولد ذكراً كان أو أنثى قبل وفاة ابيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما ويتقل استحقاقه من الإرث الى أولاده ذكورا كانوا أم إناثا حسب الأحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لا تتجاوز ثلث التركة)، فإذا مات شخص عن زوجة كاتبية وابن وابن بنت (متوفاة)، ولم يوصي بشي لا لزوجه ولا لابن ابنته، فعلى مذهب ابن حزم للزوجة ولابن البنت وصية واجبة في تركة المتوفى وعلى مذهب جمهور الفقهاء ليس لهم شيء، جاء القانون فلفق بين المذاهب فأعطى ابن البنت وحرمة الزوجة وهذا مثال واضح للتلفيق في قضية واحدة. وفي مسألة بطلان الوصية بجنون الموصي نص القانون في المادة الثانية والسبعين على أنه (تبطل الوصية في الاحوال الآتية: 2-بفقدان أهلية الموصي الى حين موته)، فلو فرضنا أن شخصا أوصى لشخص آخر ثم جن الموصي جنونا طبقا ثم أفاق من جنونه فإن وصيته تبقى صحيحة ولو فرضنا أن شخصا آخر اوصى ثم جن جنونا طبقا اتصل هذا الجنون بالموت بطلت الوصية في نظر القانون، وكما هو معلوم أن الوصية باطلة عند الخنفة في كلا الفرضين وصحيحة عند الجمهور في كليهما أيضا، فلم يأخذ القانون بمذهب الخنفة على اطلاقه في حكمهم ببطلان الوصية بجنون الموصي جنونا طبقا، سواء اتصل بالموت أو لم يتصل، ولم يأخذ بمذهب الجمهور على اطلاقه في حكمهم بعدم بطلان الوصية بجنون الموصي جنونا طبقا، فجاء بحكم ملفق من الاتجاهين فاعتبر الجنون المطبق مبطلا للوصية أخذاً من مذهب الخنفة ولكنه قيد الجنون بكونه جنونا متصلا بالموت، فإذا تخلف هذا القيد بأن لم يتصل الجنون بالموت لم يعتبره مبطلا أخذاً من مذهب الجمهور في عدم اعتبارهم الجنون مبطلا للوصية وهذا مثال آخر للتلفيق في مسألة واحدة في قانون الأحوال الشخصية².

والجزائر ليست بمنأى عن ذلك ففي تشريعاتها لم تأخذ بمذهب واحد في القضايا الأسرية بل أخذت بالتلفيق بين عدة مذاهب، وذلك تلبية لحاجات الزوجين وما يصلح لها وللمجتمع، فنجد في مسألة الزواج أخذ بعدة مذاهب، ففي الألفاظ التي ينقدها بها النكاح أطلق العبارة ولم يجدد اللفظ لانعقاد الزواج، فقد نصت المادة

¹ - انظر: علي أحمد عباس الدليمي، التأصيل الشرعي لقانون الأحوال الشخصية تشريعا وتطبيقا- دراسة في ضوء أصول الفقه- رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية بغداد، 1425هـ- 2004م، ص 43-47.
² - انظر: المرجع نفسه، ص 53-56.

العاشرة على ما يتعد به الزواج من الألفاظ: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، فالقانون هنا أخذ برأي الحنفية في جواز انعقاد النكاح بكل لفظ يفيد معنى النكاح. وفي الإيجاب والقبول نصت المادة العاشرة أيضا على أن الإيجاب يكون من أحد الطرفين والقبول من الطرف المقابل، ولم يقصر القبول على ولي المرأة كما هو مذهب مالك والجمهور، بل أخذ برأي الحنفية الذين يرون أن الإيجاب ما صدر أولا سواء من الزوج أو الزوجة والقبول ما صدر ثانيا من الطرف الآخر، وفي الولاية نص على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو وليها أو أي شخص آخر تختاره، حيث أسند الولاية مباشرة للمرأة دون قيد أو شرط، وحضور وليها يدل دلالة قطعية على رضاه بالعقد مما يدل على أنه أذن لها في هذا الزواج وإلا لما حضر معها في مجلس العقد، وهنا نجد أن القانون خالف مذهب مالك والجمهور الذين لا يميزون للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها في حضور وليها أو غيابها، وخالف رأي الحنفية الذين يميزون للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها من غير شرط حضور الولي، لكن بشرط أن يكون الزوج كفؤا لها وبمهر المثل، وأخذ برأي أبي ثور وابن شبرمة ومحمد بن الحسن الحنفي الذين يرون صحة الزواج بصيغة المرأة وعبارتها لكن لا يكون صحيحا إلا إذا استأذنت وليها، وهو ما دل عليه القانون حينما اشترط حضور الولي. وفي الإشهاد أخذ برأي الجمهور في كونه ركنا للصحة لا شرط نفاذ كما هو رأي المالكية¹.

ولا شك أن هذه الناذج المبنية على التلفيق روعيت فيها المصلحة ومناسبة الوقائع وخدمة المقاصد في ظل ضوابطه المشروعة.

الخاتمة

اختتمت هذه الورقة البحثية بجملته من النتائج التي توصلت إليها ومن أهمها:

- 1/ مصطلح التلفيق من المصطلحات الدقيقة التي صال وجال فيها العلماء واختلفوا في تحديد مضمونه، وقد تبين أن هذا اللفظ شامل لعدة معان ويحتملها.
- 2/ إن موضوع التلفيق بين المذاهب يمثل أهمية كبيرة في حياة الأمة الإسلامية؛ والقول بجوازه مدعاة للأخذ بالأنسب لأحوال الناس تبعاً للظروف والزمان والمكان، والأصلح لمعاشهم ومعادهم، والأوفى لمتطلبات حياتهم، ومنعه قد يفضي إلى مفاصد عدة لما فيه من التضييق والتشديد وهو ما يتنافى مع مقاصد التشريع وساحته.
- 3/ إن في التلفيق دلالة على مرونة الشريعة، وقابليتها للتطبيق، وقدرتها على معالجة المشاكل الطارئة، وإعطاء الحلول المناسبة لكل ما يستجد من أمور. وفي ذلك رد عملي على أولئك الذين يتهمون الفقه الإسلامي بالجمود وعدم استجابته لمتطلبات العصر.
- 4/ إن التلفيق المبني على الهوى أو التلاعب بالدين أو التحلل من التكاليف الشرعية مردود ومحذور باتفاق

¹ - انظر: عبد الكريم حامدي، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، العدد السابع عشر، نوفمبر 2009م، ص 212-214.

العلماء قاطبة، وحبته موقوفة على جملة من الضوابط والشروط التي ينبغي مراعاتها وقد أوضحت الدراسة أهمها.

- 5/ الاستفادة من المذاهب الفقهية برمتها من متطلبات العصر ومقتضياته لحل مشكلاته المختلفة.
6/ يعد التلفيق من الطرق والمناهج التي تعيد للفقه الإسلامي دوره القيادي لاسيما في مجال القضاء.
هذا والله تعالى أعلى وأعلم وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

قائمة المصادر والمراجع

- 1/ القرآن الكريم.
2/ ابن أمير الحاج، التقرير والتحريم في علم الأصول، دار الفكر، 1417هـ-1996م.
3/ ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ت: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م.
4/ أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ-1991م.
5/ آل تيمية: المسودة في أصول الفقه، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي
6/ أنور الجندي، الشبهات والأخطاء الشائعة في التشريع الإسلامي
7/ بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 1، 1423هـ.
8/ خالد العروسي، الترخيص بمسائل الخلاف ضوابطه وأقوال العلماء فيه.
9/ خالد بن مساعد بن محمد الرويع، التمدد - دراسة نظرية نقدية - دار التدمرية، الرياض، السعودية، ط: 1، 1434هـ-2013.
10/ الرازي: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979م.
11/ الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط: 1، 1414هـ-1994م.
12/ السبكي: أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، دار المعارف.
سعد العززي، التلفيق في الفتوى.
13/ سيد محمد موسى توانا، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في العصر، دار الكتب الحديثة، مصر، 1972م.
14/ الشاطبي: إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
15/ عبد الكريم حامدي، التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري، بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، العدد السابع عشر، نوفمبر 2009م
16/ عبد الله بن محمد بن حسن السعيد، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الفتيا، مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي.
17/ علي أحمد عباس الدليمي، التأصيل الشرعي لقانون الأحوال الشخصية تشريعا وتطبيقا - دراسة في ضوء أصول الفقه - رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية بغداد، 1425هـ-2004م.
18/ غازي بن مرشد بن خلف العتيبي، التلفيق بين المذاهب وعلاقته بالتيسير.

- 19 / الفارابي: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط: 4، 1407 هـ - 1987 م.
- 20 / الفيروزآبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، الرسالة للطباعة، بيروت - لبنان، ط: 8، 1426 هـ - 2005 م.
- 21 / القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ت: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 1994 م.
- 22 / القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، ت: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ - 1998 م.
- 23 / القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط: 1، 1393 هـ - 1973 م.
- 24 / محمد بن خليفة المدني، الصيب الوابل في بيان فقه القضايا المعاصرة والنوازل.
- 25 / محمد بن عبد الرزاق بن أحمد الدويش، التلفيق وموقف الأصوليين منه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط: 1، 1434 هـ - 2013 م.
- 26 / محمد جمال الدين القاسمي، الفتوى في الإسلام، ت: محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط: 1، 1406 هـ - 1986 م.
- 27 / محمد سعيد بن عبد الرحمن الباني، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، دار القادري، دمشق، سورية، ط: 2، 1418 هـ - 1997 م.
- 28 / محمد سليمان الفراء، التلفيق وضوابطه في الفقه الإسلامي
- 29 / محمد عميم الإحسان المجلدي البركتي، قواعد الفقه، الصدف بيلشرز، كراتشي، ط: 1، 1407 هـ - 1986 م.
- 30 / محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً، دار اليسر، القاهرة، ط: 1، 1434 هـ - 2013 م.
- 31 / محمود النجيري، الاختيار الفقهي وإشكالية التجديد الإسلامي (مع دراسة في اختيارات ابن قيم الجوزية)، الكويت، ط: 1، 2008 م.
- 32 / مرتضى الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- 33 / ناصر عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي، السعودية، الدمام، ط: 1، 1430 هـ.
- 34 / نزار نبيل أبو منشار، التلفيق في الشريعة الإسلامية، شبكة الألوكة.
- 35 / النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر.
- 36 / وهبة الزحيلي: الرخص الشرعية أحكامها وضوابطها، دار الخير، ط: 1.
- 37 / وهبة الزحيلي، سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، دار المكتبي، سورية، دمشق، ط: 1، 1421 هـ - 2001 م.

التلفيق التشريعي في قانون الأسرة الجزائري وأثره في معالجة المستجدات الفقهية الأسرية

بقلم

د. نبيل موفق

أستاذ محاضر "أ" بقسم الشريعة

معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي

mouafeknabil@yahoo.com

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وبعد...

لقد كان للشريعة الإسلامية الغراء قصب السبق في تقنين أحكام قانون الأسرة الجزائري في مختلف مراحلها بدءاً من وضع مدونة الأحوال الشخصية غداة الاستقلال تتكفل بتنظيم العلاقات الأسرية، وانتهاءً بإصدار أول قانون للأسرة سنة 1984م، يستوعب كل الأحكام والقضايا التي تتعلق بالمسائل الأسرية، ومع تقديرنا للمجهود الذي قام به القانون الجزائري في تقنين أحكام الأسرة، ورغم محاولات الكثيرين لإبطال ترسيم هذا القانون في مهده، ودعواتهم المستمرة إلى تمدين المجتمع الجزائري المسلم، وتجريده من ثوابته الدينية، وتغريبه باسم المدنية والحضارة والحدائث، وأماهم في اعتماد قانون مدني ناظم لشؤون الأسرة الجزائرية بدلاً من قانون الأحوال الشخصية المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وأيضاً بالرغم من رغبة هؤلاء في التحرر من ربة شرعة الأحوال الشخصية وتقنين أحكامها حتى يحتمل إليها الناس بسهولة ويسر، ومساعدتهم المستمرة لتكريس العلمنة والحدائث المشوهة على حساب هذا المكسب الذي نعتز به ونفخر، إلا أن القانون في بعض مسأله-حتى لا نعمم- لا يرتقي إلى مستوى طموحاتنا وتطلعاتنا المأمولة في النهوض بالأسرة الجزائرية والارتقاء بها ويجعلنا نتساءل عن حقيقة المنهج العلمي الذي اعتمده واضعوا نصوص قانون الأسرة في تعاملهم مع مسائل الفقه الإسلامي، خاصة منها تلك المسائل التي تشهد خلافاً فقهياً، أو المسائل المستجدة والطائرة، وأيضاً التي لها صلة مباشرة بحقوق المرأة وحرّيتها، فنجد المشرع الجزائري يأخذ بأراء فقهاء لم نعهد ترجيحه لها مع مخالفتها لرأي الجمهور أو على الأقل مخالفتها لرأي المذهب الفقهي السائد في بلدنا وهو المذهب المالكي، هذا الملحظ يدعنا نوقن بما لا مجال فيه للشك أن المشرع الجزائري قد اتخذ التلفيق التشريعي مسلكاً اجتهادياً وتقنيته لأحكام الأسرة على غرار التقنينات العربية الأخرى.

-الإشكالية: تنطلق إشكالية الموضوع من تساؤلنا عن مدى ضرورة المرونة في التعامل مع آراء

المذاهب الفقهية والاستنجاها وتفعلها للوصول إلى حل المشكلات المعاصرة والطائرة المتعلقة بالأحكام الفقهية الأسرية، وهو ما يعرف بالتلفيق التشريعي فما هو مفهومه وما هي أهمية؟ وما أثره في التقنين لدى المشرع الجزائري؟ وإلى أي مدى يمكن اعتباره مساراً اجتهادياً يوصل إلى حل المشكلات والمعضلات الأسرية في ظل تغول القوانين والتشريعات الغربية والتغريبية؟ وهل هناك قضايا معاصرة متعلقة بأحكام الأسرة تعمل فيها المشرع الجزائري التلفيق التشريعي؟

- أهمية الموضوع: وتكمن أهمية الموضوع في تحقيق الأهداف التالية:

- 1- بيان معنى التلفيق التشريعي وضرورته في التقنين الأسري المعاصر.
 - 2- بيان أهمية التلفيق التشريعي في معالجة القضايا الفقهية المعاصرة المتعلقة بأحكام الأسرة.
 - 3- محاولة الوقوف عند مسوغات التلفيق التشريعي في قانون الأسرة الجزائري والتي منها ضرورة احتواء النوازل المعاصرة.
 - 4- دراسة أهم القضايا الفقهية المعاصرة المبنية على التلفيق التشريعي في قانون الأسرة الجزائري.
- الدراسات السابقة:

1- "التلفيق الفقهي بين الرّفص والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية" تأليف الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009م، حيث تناول الباحث التلفيق الفقهي من الجانب النظري، وتحدث عن بعض التطبيقات الخاصة بالقانون المصري، ولم تكن له عناية بالمسائل المعاصرة.

2- "التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري" للدكتور عبد الكريم حامدي، وهو بحث منشور بمجلة العلوم الإنسانية بجامعة بسكرة العدد 17 سنة 2009م، لم يشر الباحث إلى التلفيق التشريعي كمنهج اجتهادي، كما أنه تناول بعض المسائل التقليدية القديمة وخلت الدراسة من بحث المسائل المعاصرة والمستجدة.

وقد تمّ معالجة إشكالية الموضوع وفق الخطة العلمية التالية:

مقدمة

-المبحث الأول: مفهوم التلفيق التشريعي وأهميته في معالجة المستجدات الأسرية.

المطلب الأول: مفهوم التلفيق.

المطلب الثاني: مفهوم التلفيق التشريعي.

المطلب الثالث: أهمية التلفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية.

المطلب الرابع: دواعي التلفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية وضوابطه وآثاره.

-المبحث الثاني: قضايا فقهية معاصرة عمل فيها المشرع الجزائري بالتلفيق التشريعي

المطلب الأول: مسائل في إنشاء العلاقة الزوجية وفي انحلالها أعمل فيها المشرع الجزائري التلفيق التشريعي

المطلب الثاني: مسألة أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في قانون الأسرة الجزائري.
المطلب الثالث: مسألة أثر البصمة الوراثية على أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري.
خاتمة.

المبحث الأول

مفهوم التلقيح التشريعي وأهميته في معالجة المستجدات الأسرية

المطلب الأول: مفهوم التلقيح

أولاً: لغة: عند استقراء مادة التلقيح في معاجم اللغة العربية نستخلص أن هذه الكلمة لها عدة معان منها¹:
1- الملاءمة: اللام، والفاء، والقاف أصل يدل على ملاءمة الأمر.
2- الضم بين شيئين: تقول: لفق الثوب ألفقه لفقاً أي ضم إحدى شقيه إلى الأخرى فخطاها.
3- عدم الافتراق: كما يقال للرجلين اللذين لا يفترقان: هما لفقان.
4- الكذب، والخداع: يقال أحاديث ملفقة، وكلام ملفق وملفوق أي: مكذوب، ومزخرف.
5- الإدراك، وضده: يقال: لفق الشيء - بكسر الفاء - على وزن طفق أي أدركه، وأصابه، وأما إذا فتحت الفاء، فهو ضد الإدراك كما يقال: لفق الأمر، طلبه فلم يدركه.
6- الشروع في العمل: يقال لفق يعمل كذا مثل طفق وزناً ومعنى.

والمعنيان الأول والثاني هما المناسبان للوصول إلى المعنى الاصطلاحي الذي نتغيه من التلقيح التشريعي في بحثنا هذا، حيث يعني الجمع والضم للمسائل ومحاولة الملاءمة بينها، جاء في تاج العروس قوله: "... ومنه أخذ التلقيح في المسائل"².

ثانياً: اصطلاحاً: التلقيح كمصطلح له مفهومه، ومدلوله الجامع المانع لم يعهد له ذكر في كتب المتقدمين من الفقهاء والأصوليين، حيث تم تحديد تعريفه كمصطلح عند المتأخرين، ومن أهم التعريفات ما يأتي:
1- عرفه الشيخ الباني الحسني بقوله: " قالوا في رسمه: هو الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد"³.
2- وعرفه الدكتور جابر سالم عبد الهادي الشافعي بقوله: " التخيير بين أحكام المذاهب ما يعمل به سواء أكان ذلك بين جزئيات المسألة الواحدة، أو بين عدة مسائل"⁴.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، سنة 1414هـ، ج10/ص330، والزبيدي، تاج العروس، ت: عبد الكريم العزباوي، مطبعة الحكومة، الكويت، سنة 1410هـ/1990م، ج26/ص360، وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، سنة 1399هـ/1979م، ج5/ص57، والفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، سنة 1426هـ/2005م، ص922.

² - الزبيدي، تاج العروس، ج26/ص361.

³ - الباني محمد سعيد، عمدة التحقيق في التقليد والتحقيق، علق عليه: حسن السحاحي سويدان، دار القادري، دمشق، ط1، سنة 1418هـ/1997م، ص183.

⁴ - الشافعي جابر سالم عبد الهادي، التلقيح الفقهي بين الرّفص والقبول وأثر ذلك في قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2002م، ص26.

3- كما عرّفه الدكتور مازن إسماعيل هنية بقوله: " جمع بين اجتهادين فصاعدا في العمل، أو النّظر بحيث يتوصّل إلى حقيقة لا توافق أيّ اجتهاد منها"¹.

4- وقد عرّفه الدكتور محمّد سلام مذكور فقال: " الجمع بين تقليد إمامين، أو أكثر في فعل واحد له أركان، وجزئيات لها ارتباط ببعضها البعض، ولكل منها حكم خاص بحيث يتأتى من هذا الجمع حصول كيفية لا يقول بها أيّ من الإمامين"².
ثالثاً: التعريف المختار:

من خلال ما ذكرناه من تعاريف فإنّ التعريف الذي نراه راجحاً هو تعريف الدكتور سالم جابر عبد الهادي الشافعي، وذلك للأسباب التالية:

أ- شموله جميع أنواع التّلفيق، خاصة التّلفيق التشريعي أو التّلفيق في التّشريع.
ب- وأيضاً شموله لجميع صوره التي وظّفها المشرّع؛ يعني في المسألة الواحدة أو في عدّة مسائل.
ج- ولأنّ منهج المشرّع الجزائري في قانون الأسرة متردّد بين الاجتهاد لما تبنّاه من آراء فقهية، وبين التّقليد المحض البعيد عن الموازنة، والتّرجيح، لذلك فلفظ التّخير، أو الاختيار في التّعريف ورد بصيغة العموم الدّالة على الشّمول، والاستغراق لكُلّ هذا.

المطلب الثّاني: مفهوم التّلفيق التشريعي

حتى يتجلّى لنا معنى التّلفيق التشريعي يجب علينا أن نعرف أنّ التّلفيق بالمعنى الذي اخترناه سابقاً له أقسام أو أنواع ثلاثة وهي:

- النوع الأوّل: التّلفيق في التّقليد:

ومعناه التّخير من أحكام المذاهب الفقهية المعتمدة تقليداً، وأساس هذا النوع هو القول بمسألة وجوب التزام المقلّد مذهباً معيّناً.

- النوع الثّاني: التّلفيق في الاجتهاد:

ومعناه أن يجتهد المجتهد في بعض المسائل التي تكلم فيها أكثر من مجتهد قبله، وكان لهم فيها أكثر من قول، فيؤدّب اجتهاده إلى الأخذ ببعض ما أخذ به بعض المجتهدين السّابقين، وإلى الأخذ ببعض ما أخذ به البعض الآخر منهم، ويكون مجموع ذلك هو مذهبه في الموضوع، وتكون نتيجة اجتهاده أن يقول بكيفية جديدة للمسألة³.

وأساس هذا النوع هو مسألة إحداث قول ثالث، فهو منزّل عليها؛ إذ حقيقة فعل المجتهد في هذا النوع هي

¹ - مازن إسماعيل هنية، التّلفيق وتبّع الرّخص، رسالة ماجستير غير مطبوعة، كلية الدّراسات العليا، الجامعة الأردنية، إشراف: العبد أبو العبد، نوقشت سنة 1412هـ/1992م، ص52.

² - مذكور محمد سلام، الاجتهاد في التّشريع الإسلامي، دار التّهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 1404هـ، ص188.

³ - سيد محمد موسى توانا، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، مطابع المدني، مصر، ص548.

إحداثه قولاً ثالثاً¹.

ولذلك نجد بعض الفقهاء يجعلون مسألة التلّفيق كمسألة إحداث قول ثالث².

- النوع الثالث: التلّفيق في التشريع:

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لم يرد عند المتقدمين ممن بحث في باب التلّفيق ذكر لهذا النوع منه، وإنما هو من جملة البحوث المستجدة، وأوّل من تكلم فيه وذكره هو الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، فصاغ له تعريفاً قال فيه: "لا أعني بالتلّفيق في التشريع إلاّ تخبّر ولي الأمر من أحكام مختلف المذاهب الفقهية المعتمدة مجموعة من الأحكام لتكون قانوناً يقضى به بين من يخضعون له"³.

المطلب الثالث: أهمية التلّفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية

يمكن القول بأنّه مما يدعوننا إلى ضرورة العمل بالتلّفيق التشريعي واعتباره مسلكاً اجتهادياً ومنهجاً تشريعياً هو يقيننا بأنّه الحلّ الأمثل للتعامل الحسن مع ذلك السيل من المستجدات لاسيما ما يتعلّق بفقهاء الأسرة منها، وقد استنجد به الفقهاء من أجل تقديم حلول لتلك التوازّل والمشكلات لحساسيتها وخطورتها، لكونها تتعرّض لهجمة تغريبية كبيرة تهدف إلى علمنة أحكامها وإخراجها عن وصفها الإسلامي العريق.

إنّ الزّمان قد تغيّر تغيّراً عظيماً، والحياة الاجتماعية تطوّرت تطوّراً واسع النطاق، والمصالح تضاربت وتشابكت، والأوضاع المستحدثة قد كان من ورائها مشكلات متكاثرية هي أحوج ما تكون إلى المواجهة السريعة التي ترعى المصالح وتمّ رعاية وترفع الحرج وتستنبط الحلول الميسرة في نطاق الفقه الإسلامي الذي يزخر بكنوز عظيمة ترتفع فوق كلّ تقويم، وفيه ثروة ضخمة لا تدانيها أيّ ثروة فقهية أخرى، وفيها الكفاية وما فوق الكفاية للوصول إلى شتى المقاصد وخير الغايات إذا أحسن استعمالها، ولن يكون هذا الإحسان اليوم إذا وقفنا عند أحكام مذهب فقهيّ بعينه، ولن يكون إلاّ إذا كان التخبّر من أحكام المذاهب المعتمدة فهذا يحقّق المصالح، ويهدي إلى الحلول الموقفة، وهو في الوقت نفسه يقي الفقه الإسلامي شرّ المزاحمة العاتية والصّراع العنيف مع الشّرائع الوضعية لاسيما الغربية والتغريبية منها، ويحمي الأقطار الإسلامية من خطر الاستعمار التشريعي الذي هو في طريقه إلى التخلّط في أحشائها للأسف الشديد، ولذلك نجد الفقهاء قد استنجدوا بالتلّفيق التشريعي كمسلك اجتهادي لمعالجة القضايا الفقهية المتعلقة بالأسرة، فهو أفضل سبيل في زماننا والذي فيه الخير العميم للمسلمين ليحفظهم من شر احتواء القوى الغربية لهم⁴.

يقول الشيخ الفاضل بن عاشور في هذا السياق: "...أما بالنسبة للقرنين الأخيرين فإنّ الأوضاع انقلبت انقلاباً تاماً بحيث أصبحت المسائل المدوّنة في كتب الفقه قليلة النظائر في الحياة العملية الحاضرة وهو الذي

1- الروبيع خالد بن مساعد، التّمذهب، دار التّدمرية، الرياض، ط1، سنة 1434هـ/2013م، ج1/ص87.

2- منهم محمد بخيت المطيعي، انظر سلّم الوصول لشرح نهاية السؤل، عالم الكتب، ج4/ص629.

3- السنهوري محمد أحمد فرج، التلّفيق بين أحكام المذاهب، بحث منشور في مجلة الأزهر، ج9، السنة الخامسة والثلاثون، ذو القعدة سنة 1383هـ/أفريل 1964م، ص956.

4- السنهوري، التلّفيق بين المذاهب، مرجع سابق، ص957.

جعل مشكلة الاجتهاد مصوّرة اليوم بما لم تتصوّر به في القرون الغابرة، ولا يمكن أن تتصور به فقد أصبحت مظهراً لانعزال الدّين من الحياة العملية واندفاع تيار الحياة بالأمة الإسلامية في مجرى الهوى الذي ما جاء الدّين إلا ليخرج بالمكلفين عن داعيته فإذا استطاعت الدّولة الإسلامية أن تلتقّق قوانين الأحوال الشخصية فستمدّ من المذاهب الفقهية المختلفة نصّاً أو تخريجاً فأين هي من بقية القوانين العامة والخاصة؟ وأين الدّارسون للشريعة؟ والباحثون في الأحكام والدّاعون إلى الاجتهاد فيها من مبالغ الدّراسات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي تطفح على بلاد الإسلام بكلّ نظام أجنبيّ مستعار دخيل عن الملّة، غريب عن الدّين؟¹

ويمكن لنا أن نرصد بعض العوامل الدّاعية إلى تطوّر الاجتهاد في قضايا الأسرة وأهمية أعمال التّفليق في التّشريع للوصول إلى حلول ناجعة منها²:

1- التّطوّر العلمي:

إنّ غزارة الدّراسات الاجتماعية والأبحاث الطّبيّة والابتكارات العلمية المتسارعة التي مكّنت البشريّة من الوصول إلى الكثير من الحقائق التي كانت مجهولة سابقاً ومنها بعض الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية كتقدير أطول مدّة للحمل، وإثبات النّسب وأطفال الأنابيب وبنوك الحليب في الرّضاع، وغير ذلك فظهور مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى بيان حكمها الشّرعي المناسب لها لا يكون إلاّ عن طريق الاجتهاد والتّفطيش في أقوال فقهاء المذاهب المختلفة من أجل الاسترشاد بها.

2- الوضع السياسي والاجتماعي:

تأثّر قانون الأحوال الشخصية كغيره من القوانين بالوضع السياسي والاجتماعي السّائد بعد ما حلّ محلّ حكم الدّولة العثمانية بالشّريعة الإسلامية في كثير من الدّول العربية والإسلامية الاحتلال الأجنبيّ الذي أقصى تطبيق الشّريعة في مختلف مناحي الحياة المدنيّة على الخصوص وأبقى على الأحوال الشخصية تحكمها قواعد الفقه الإسلامي، غير أنّه لم يبق الأمر على حاله بعد ما تأثّر بعض المسلمين بمناهج المحتلّ؛ فانعكس ذلك على فهمه لدينه وعلى مدى التزامه بتطبيقه على الوجه الصّحيح، فغدا التّفكّك الأسري، وضياع الهوية، كما ظهرت سمات الأسرة المسلمة مماثلة بنسبة ما للأسرة في المجتمع الغربي، وعلى المستوى السياسي اختيرت الطّبقة الحاكمة من الطّائفة المتأثّرة بالثقافة غير الإسلامية وأصبحت الحلول تبحث في غير نطاق الفقه الإسلامي، فكان من دواعي التّهوض بالاجتهاد وفق التّفليق التّشريعي السّعي لحماية الأسرة من غوائل المفساد الاجتماعيّة التي أفرزتها الحضارة الوافدة لوضع البدائل والحلول المناسبة التي من شأنها المحافظة على النّظام الأسري في المجتمعات الإسلامية.

3- التّأثّر بالحضارات الوافدة:

إنّ أهمّ ما خلفه تلاتي الحضارات وتعارف الشّعوب على المجتمع الإسلامي هو زعزعة الثّقة بالأحكام

¹-الفاضل بن عاشور، الاجتهاد، بحث ضمن مجلة الأزهر، مرجع سابق، ص 947.

²-سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النّساء وضعف العلماء، دار آفاق الغد، مصر، ط 1، سنة 1980م، ص 22-23.

الشريعة وخاصة في قضايا الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى لبناء المجتمع ما أدى إلى العمل على تغييرها ولو تدريجياً، ومن هنا كانت حجج المطالبين بالتعديل وتبريراتهم مبنية على حتمية استنباط أحكام تتماشى مع روح العصر واستجابة لميولهم لتقاليد الأمم الأخرى في هذا الاتجاه أو تجنباً لاتهمم بالتخلف لأن أحكام الشريعة - بزعمهم - تدعو إلى ذلك.

فكان للاجتهاد وفق التلفيق التشريعي دور هام في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته الأحكام الشرعية للمرأة مثلاً يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب وهذا ما صرح به الكثير منهم.

وقد كان للتطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية - ومنها الجزائر - الأثر الكبير على الاجتهاد بمسلك التلفيق التشريعي، فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يغطي هذه المشكلة عن طريق الاجتهاد، وعندما تظهر صعوبة في تطبيق مادة ما أو في حال تعدد الأفهام حولها يأتي التعديل الجديد عن طريق الاجتهاد ليضع حداً للاختلاف، وينقل القانون إلى صياغة أمثل تساعد في ضبط التطبيق نحو الأفضل، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

- ليس للمرأة حق في طلب التلفيق بسبب فقد زوجها أو غيابها بالسجن أو السفر، وفقاً للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب التفريق لهذه الأسباب وذلك رافعاً للضرر عنها، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري¹.

- ليس للمرأة الحق في طلب فسخ عقد الزواج بسبب الإعسار في النفقة اعتماداً على المذهب الحنفي الذي لا يميز ذلك، فجاء التعديل الذي هو عبارة عن تلفيق في التشريع ليأخذ بقول الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب الفسخ لهذا السبب، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

- وبخصوص كثرة الدعاوى من الزوجات بعدم الإنفاق عليهنّ لمدة طويلة سابقة على رفع الدعوى يصعب إثباتها أحياناً، جاء التعديل ليعطي المرأة حقها في النفقة المستحقة سابقاً إذا ثبت ذلك بالبيّنة، وهو نص المادة 80 من الأمر رقم 84-11 لسنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

ومن هنا يتضح دور وأهمية التلفيق التشريعي كمسلك اجتهادي عملي يساهم في حلّ ما أشكل من قضايا تخصّ نظام الأسرة والمجتمع، وفي ظلّ تغوّل بعض المستجدات المتعلقة بالأسرة كقضايا الإجهاض وقتل المواليد أو تركهم لقطاع واستغلال موانع الحمل في ارتكاب الفاحشة، وما ينتج من انحرافات عن التلفيق الاصطناعي خارج الرّحم، وغيرها ممّا أصبح يتكاثر في المجتمع كل هذه القضايا الخطيرة توجب استدعاء أقوال الفقهاء من مختلف المذاهب للوصول إلى حكم شرعي سديد ورشيد يحفظ الأصول والمقاصد ويحقّق الأهداف والغايات، ويصيب مراد الشارع الحكيم.

¹ - ونصها: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

المطلب الرابع: دواعي التلفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية وضوابطه وآثاره
أولاً: دواعي التلفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية:

يستند التلفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية إلى الدواعي التالية¹:

- 1- الحاجة التي تقتضيها حياة الناس، وتجدد أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، فإذا دعت الحاجة إلى إجراء تعديل على نص سابق استند على عرف أو أدى تطبيقه إلى مناقضة الغاية التي شرع من أجلها جاز لولي الأمر حينها إعادة الأمر إلى نصابه بوضع تدابير تحقق غايات الشرع من أحكامه معتمداً على أسس شرعية.
- 2- التيسير ورفع الحرج عن الناس، فإذا ثبت وقوع الناس في حرج وضيق باتباع رأي فقهي ما وكان في الفقه الإسلامي بديل آخر للرأي المتبع دون مخالفة للنصوص الشرعية جاز العدول عن المادة القانونية المؤدية إلى الحرج إلى مادة أخرى مكانها مستمدة من أيسر المذاهب الفقهية، ما لم يؤدّ تطبيقها إلى مفسد أكبر منها، وهذا هو التلفيق التشريعي بعينه.

3- الاستفادة من المناهج القانونية الحديثة مع الاحتفاظ بهوية الفقه الإسلامي والاكتماء في مجال الاستفادة بالجانب الشكلي المتعلق بالتبويب والتقسيم، وعدم الإكثار من استعمال المصطلحات القانونية بديلاً عن المصطلحات الفقهية.

4- الانطلاق من أنّ الاجتهاد في التلفيق التشريعي إنّما هو اجتهاد في تطبيق النصوص الشرعية إذا وجدت محالها ومواردها، وليس هو نسخ لها أو إهمالها.

- ثانياً: ضوابط التلفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية:

إنّ أيّ تليق تشريعي لا بدّ أن يقوم على ضوابط منها²:

- 1- الالتزام بالنصوص الشرعية الواردة في نظام الأسرة، والأخذ بها في كلّ أمر أو تشريع والتقيّد بقواعد تفسير النصوص الشرعية والتي عليها التعويل في الجمع والترجيح.
- 2- الاستفادة من التراث الفقهي واستيعابه والتّمكّن من فهمه وفهم قواعده التي قام عليها، والانطلاق لبناء اجتهاد فقهي جديد، وتنوع أهميّة هذا التراث الفقهي في مباحث الأحوال الشخصية لخصوصيتها وسعة الثوابت فيها، والأخذ من المذاهب له ضوابط منها: معرفة الرّأي الذي يعدّ هو المذهب، والآراء المرجّحة الأخرى، وإذا أخذ حكم من مذهب وجب أخذ حكم المسألة كاملاً من المذهب حتّى لا يقع التلفيق الممنوع شرعاً³.

1- السيد معين الدين قدرى، التقليد والتلفيق في الفقه الإسلامي، مجلة المسلم المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، ط1، 2000م، ص119.

2- المرجع السابق، ومناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، ط4، ص422، وآية عبد العزيز، التلفيق في المسائل المعاصرة، مذكرة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف مؤمن أحمد شويديخ، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، نوقشت سنة 2013م، ص24.

3- الزحيلي وهبة، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1987م، ص29، وعبد البر محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، قطر، ط2، سنة 1407هـ/1986م، ص62.

3- أن يكون التلّفيق التشريعي قائماً على أساس الاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة، وكذا الأحكام الشرعية المتغيرة بما يراعي حال المكلفين وظروفهم، ولا يمنع ذلك استمرار الاجتهاد الفردي الذي يعدّ ركيزة أساسية للاجتهاد الجماعي، ولكن الالتزام بنتائجه لا يتم إلا بعد الاتفاق بين المجتهدين على صلاحه وخيريته للأمة.

4- أن يكون القائمون على التلّفيق التشريعي فيما يخص أحكام الأسرة المستجدة من العلماء المتخصصين في الشريعة والقانون ولا بأس من الاستئناس بباقي العلوم الأخرى التي لها صلة بموضوع الأسرة.

5- مراعاة قيم الأمة حال عملية التلّفيق التشريعي وهويتها وأعرافها وتقاليدها، ذلك لأن غاية القوانين هي إصلاح المجتمعات، وقد يكون بعضها مناسباً للحضارة الغربية وغير مناسب لهوية المجتمع الإسلامي.

- ثالثاً: آثار التلّفيق التشريعي في معالجة المستجدات الأسرية:

لعلّ من أهم الآثار الإيجابية للتلّفيق التشريعي كونه منهج اجتهادي يستعمل لمعالجة القضايا المستجدة المتعلقة بأحكام الأسرة ما يلي¹:

1- إنّ التلّفيق التشريعي وفق الضوابط الشرعية فيه نداء للفقهاء الإسلامي، ومواكبة لتطورات العصر وتحولات الحياة ومستجداتها لا سيما ما يتعلق بأحكام الأسرة.

2- إنّ الاجتهاد وفق التلّفيق التشريعي يحقق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرعت الأحكام في موضوع الأحوال الشخصية، ذلك لأن الغاية من الاجتهاد إنّما هو تحقيق مقاصد الشريعة من تشريع أحكامها.

3- إنّ التلّفيق التشريعي يعدّ بمثابة الردّ الفعلي على المشكّكين في مرونة الأحكام الشرعية وصلوحيّتها لكلّ زمان ومكان وقدرتها على معالجة المشاكل الطارئة وإعطاء الحلول الناجعة لكلّ ما يستجدّ من أمور لاسيما ما يتعلق بأحكام الأسرة.

4- إنّ التلّفيق التشريعي يحمي الفقه الإسلامي في قضايا الأحوال الشخصية من اللّجوء إلى الحيل واستخدام المخارج غير المشروعة، ففي ظل الاستخدام الأمثل لهذا المسلك الاجتهادي تحلّ المشكلات التي تظهر في هذا السياق.

5- التلّفيق التشريعي يمكن من الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية والتخفيف من حدّة التعصّب المذهبي، وآثاره السبّية لإعادة بناء الفقه الإسلامي من جديد.

6- تحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء وفتح باب الاجتهاد والغوص في جنبات التراث الفقهي للاستئناس به لإعادة الدور الريادي للفقهاء الإسلامي في معالجة المستجدات الأسرية.

¹ محمد فاروق النّهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، ص365، وآية عبد السلام، التلّفيق وتبني الرّخص في العبادات والأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: حسين الترتوري، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، نوقشت ف2006م، ص64.

المبحث الثاني

قضايا فقهية معاصرة عمل فيها المشرع الجزائري بالتلفيق التشريعي

في هذا البحث نشير إلى بعض القضايا المعاصرة والمستجدة التي عاجلها المشرع الجزائري وأثبت فيها الاجتهاد بطريق التلفيق التشريعي، وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون الأسرة الجزائري استفاد من أقوال واجتهادات العلماء والفقهاء المعاصرين دون النظر إلى مرجعياتهم ومذاهبهم الفقهية ليسوغ لنا قانوناً توحى فيه تحقيق المصلحة للأسرة والمجتمع، ولكن قبل أن نمثل ببعض المسائل المعاصرة لابدء من الإشارة إلى بعض المسائل التي عمل فيها المشرع الجزائري بالتلفيق التشريعي ليظهر لنا عراقة هذا المسلك الاجتهادي في قانون الأسرة الجزائري وفيما يلي بيان ذلك.

المطلب الأول: مسائل في إنشاء العلاقة الزوجية وفي انحلالها أعمال فيها المشرع الجزائري التلفيق التشريعي
إن المتبوع لقانون الأسرة الجزائري يجد التلفيق التشريعي بارزاً في ثنايا تقنياته لاسيما في مسائل إنشاء العلاقة الزوجية وانحلالها ومن بين تلك المسائل:

1- مسألة: حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة: ذكر المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 5 من ق.أ حيث نصّ على ما يلي: "... لا يسترّد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها"¹.

ففي عبارة "ما لم يستهلك" خروج عن مقتضى المذهب المالكي وأخذ بمقتضى المذهب الحنفي، فركب رأياً بين المذهبين في التفرقة بين كون العدول هل هو من الخاطب أو المخطوبة في تحديد وجوب رد الهدايا، وكذا عدم ردّ ما لم يستهلك.

ويبد أنّ المسوّج الذي دعى المشرع الجزائري إلى مثل هذا الاختيار هو نفي الضرر، وفي ذلك يعلّق عبد القادر الداودي قائلاً: "ونظر-أي المشرع- إلى مصدر الضرر وحكم بعدم استرداد الهدايا، أو تعويض ما استهلك، أمّا ما استهلك بالاستعمال، أو الأكل... فلا تجبر على تعويضها، لأنّ ما أخذته يعدّ في الحقيقة تبرّعاً منه فلا يضرّها ردّه لأنّه ممكن، ولئلاّ يضاعف الضرر على الخاطب، فجعل المشرع من شروط استرجاع الهدية أن يكون العدول من المخطوبة (وهو شرط المالكية) وبقاء الهدية بلا استهلاك (وهو شرط الحنفية)"².

2- مسألة: ولاية المرأة في عقد الزواج: نصت المادة 11 من ق.أ.ج على هذه المسألة وجاء فيها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"³.
من خلال هذه المادة أسند المشرع مباشرة الولاية للمرأة دون قيد أو شرط، وحضور الولي يدلّ دلالة

1- مولود ديدان، قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار النجّاح للكتاب، الجزائر، سنة 2005، ص 4.
2- الداودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر الجزائر، سنة 2010م، ص 48.
3- ديدان مولود، قانون الأسرة حسب آخر تعديل، مرجع سابق، ص 6.

واضح على رضاه بالعقد الذي تباشره ابنته، مما يعني أنه أذن لها بالزواج، وهو بذلك خالف مذهب الجمهور بما فيهم المالكية واستند إلى آراء فقهاء آخرين، ويبدو أن الدافع لمثل هذا التلفيق في التشريع ما شهدته المسألة من نقاش حاد وطويل في عصرنا وأيامنا هذه من قبل رجال القانون وفقهاء الشريعة وجميعات نسوية تنادي بالحرية التامة والفاضة للمرأة، فحاول المشرع ابتداء معيار جديد للولاية وهو معيار الاختيار من قبل المرأة ولم يراع الترتيب بين جهة القرابة أو مع الأجانب¹.

ويندرج تحت هذه المسألة مسألة مشابهة وهي ولاية الإجماع على القاصرة بحيث منع منها المشرع مخالفاً بذلك الجمهور، ولعل التلفيق عند المشرع في هذه المسألة هو تقدير المصلحة بمنع تزويجها قبل السن القانونية، لما يترتب عليه من مفسدات، وأيضاً جنوحاً لما أفرزته الاتفاقيات الدولية في هذا السياق ومنها اتفاقية سيداو².

3- مسألة: سلطة الحكيم في التفريق بين الزوجين: ذكر المشرع هذه المسألة في المادة 56 من ق.أ.ج ونصها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما، ويعين القاضي حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى الحكيم أن يقدم تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين"³. ويفهم من سياق هذه المادة أن سلطة الحكيم مقتصرة على التوفيق والإصلاح بين الزوجين ولا تتعداها إلى التفريق ولو كان هو الحل، مخالفاً في ذلك مذهب المالكية ومرجعاً مذهب الحنفية⁴.

4- مسألة: موافقة الزوج في مخالفة زوجته له: نص المادة 54 المعدلة سنة 2005 من ق.أ.ج تقول في فقرتها الأولى: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تتخلى بنفسها بمقابل مالي"⁵.

فالخلع يقع صحيحاً بموجب الإرادة المنفردة للزوجة، ولا مكان فيه للرضائية من طرف الزوج، والمشرع لم يعط الحق للقاضي في تقدير مشروعية الخلع من عدمه، فظاهر المادة تقتضي أن يحكم القاضي بالخلع متى ما طلبته الزوجة ولا دخل للقاضي إلا بهدف حسم ما يقع بين الزوجين من اختلاف حول المقابل المالي للخلع، إضافة إلى إهمال المشرع لذكر أسباب الخلع وموجباته الشرعية على غرار أسباب التلطيح التي نص عليها في المادة 53 في التعديل الأخير، مخالفاً في ذلك المالكية والجمهور، أخذاً بأراء فقهاء آخرين وهو وجه من أوجه التلفيق التشريعي في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: مسألة أثر التلقيح الاصطناعي على النسب في قانون الأسرة الجزائري
لقد أتضح تأثر المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي إذ سائر ما تم التوصل إليه عن طريق العلم الحديث من استعمال التقنيات الحديثة

1- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات مصر، سنة 2006م، ص 52.

2- شجاع الدين عبد المؤمن، تحديد سن الزواج بحث أخذ يوم 09/08/2018م في الساعة 14.00 من الرابط:
www.pdfactory.com

3- ديدان مولود، قانون الأسرة مرجع سابق، ص 14.

4- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلتها، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1405 هـ/ 1984م، ج 7/ص 432.

5- ديدان مولود، قانون الأسرة مرجع سابق، ص 14.

لإيجاد حلّ لمشاكل عسر الإنجاب لدى الأزواج، فقد قدّر المشرّع الجزائري اعتماد التلقيح الاصطناعي كطريقة من طرق إثبات النسب، متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 45 مكرّر من قانون الأسرة، من الأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 27 فيفري 2005، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للشروط التالية!:"

- أن يكون الزوج شرعياً.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتها.

- أن يتم بمنى الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.

- لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."

وهو بذلك يكون قد سائر أحكام الشريعة الإسلامية ووافق ما توصلت إليه بعض المجامع الفقهية على مختلف مشارب علمائها وباحثيها، ووجه التلقيح عند المشرّع الجزائري في هذه المسألة يتضح في:

أ- أنّ المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري لم تكتف بوجود العقد الشرعي فقط بل اشترطت لثبوت النسب أن تكون هناك إمكانية الاتصال بين الزوجين ولكنّ الفقه الإسلامي المعاصر ورأي أبي حنيفة كذلك الذي خالف فيه الجمهور فإتهم لا يشترطون المخالطة الزوجية بل يكفي لإثبات النسب قيام عقد الزواج ولو لم يكن هناك التقاء بين الزوجين، وعليه ونظراً للتقنيات الحديثة المكتشفة كالتلقيح الاصطناعي فإنّ المولود يكون ابناً شرعياً اتفاقاً ويثبت له النسب دون التقاء الزوجين².

ب- كما أنّ مدّة الحمل المحددة في المادة 42 ق.أ الجزائري ستة أشهر لأقل مدّة للحمل وأقصاها بعشرة أشهر، تتناقض مع أسلوب التلقيح الاصطناعي في أحد نوعيه وهو "طفل الأنابيب" والذي أقرّه المشرّع الجزائري، وهو التلقيح الذي يتم خارج الرحم، وتكون فيه مدّة الحمل على مرحلتين أولاً عملية الإخصاب في الأنبوب أو المحضنة المختبرية خارج الرحم والتي تستغرق أياماً، ثمّ تعقبه مرحلة زرعه في رحم الزوجة والتي تمتدّ إلى غاية الولادة، وهذا يختلف عن فترة الحمل الطبيعية التي تكون متصلة، وبالتالي نطرح إشكالاً حول أثر هذا الفصل على المركز القانوني ومتى يتمّ اعتباره كائناً حياً يحرم إلحاق الضرر به وتثبت له الحقوق كالميراث في المادة 128، والمادة 173 من ق.أ الجزائري، والوصية في المادة 187 من ق.أ الجزائري، والهبة في المادة 109 من ق.أ الجزائري، وكذلك متى يبدأ بحساب وجوده، هل من لحظة الإخصاب في المختبر أم من لحظة الزرع في الرحم وذلك من أجل حقّه في النسب³.

1- أحمد تقي جندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شان للنشر والتوزيع، مصر 2009م، ص 97، وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 408.

2- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب دراسة فقهية قانونية، دار الأمل للطباعة، تيزي وزو، 2012م، ص 223.

3- المرجع نفسه، ص 224.

المطلب الثالث: مسألة أثر البصمة الوراثية على أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري
إن التحليل الجيني لمعرفة الصفات الوراثية لكل شخص هي أكثر وسائل الإثبات انتشاراً في أغلب محاكم العالم، أما في المحاكم الجزائرية فقد بدأ العمل بها من تاريخ صدور الأمر 05-02 المؤرخ في 02 فيفري 2005م على مستوى غرفة الأحوال الشخصية، وللقاضي السلطة التقديرية في الأمر بالقيام بها من عدمه، وذلك تأسيساً على ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 40 من ق.أ.الجزائري ونصه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"¹.

فالبصمة الوراثية ورغم كونها من الموضوعات المستجدة على المنظومة القانونية الجزائرية وبالرغم من اعتبارها وسيلة ناجعة في تحديد الهوية والنسب إلا أننا لا نجد لها أي نص قانوني ينص عليها بذاتها أو ينظمها إلا ما جاء في نص المادة 40 من ق.أ.سالف الذكر، والذي حمل إشارة ضمنية لإمكانية الاستعانة بها في مجال إثبات الأبوة أو الأمومة.

فالبصمة الوراثية بالرغم مما تحملها من دقة في نتائجها في إثبات النسب أو نفيه، تدخل معها غيرها من وسائل الإثبات العلمية في هذا النص، كما أن ورودها جاء بصيغة التخيير "يجوز" أي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إصدار الأمر بإحالة أطراف الخصومة لإجراء اختبارات الفحص الجيني، فهو صاحب القرار وله أن يستعين بالطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية لكي يصل إلى درجة الاقتناع التام².

أما فيما يتعلق بنفي النسب فإن المشرع الجزائري جعل الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان المفهوم من نص المادة 41 من ق.أ.الجزائري وفيه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً ولم ينهه بالطرق المشروعة بل تركها عامة مما يجعل إمكانية دخول طرق أخرى لنفي النسب غير اللعان، رغم أن المشرع جعل البصمة الوراثية والاستعانة بالأساليب العلمية في حالات إثبات النسب فقط دون حالات النفي"³.

ووجه التلفيق هنا هو أن المشرع الجزائري أجاز العمل بالطرق العلمية لإثبات النسب فقط حسب المادة 41 من ق.أ. ولم يعمل به في نفي النسب رغم أن نتائج البصمة الوراثية يقينية في التحقق من نسبة الولد لأبيه، ولم يميز المشرع الجزائري تقديم البصمة الوراثية على اللعان لأن الأصل في هذا الأخير هو درء الحدود في نسب المولود أو الولد، بينما الأصل في تحليل الحمض النووي أو البصمة الوراثية هو الكشف عن الصفات الوراثية بين الولد وأبيه فقط، وإذا تم استبدال اللعان بالبصمة الوراثية وحلت محله فهذا يعد فتح صارخ لباب الشر والفساد على العلاقات الأسرية، وبذلك تضيع الأنساب إذ كل من يشك في زوجته سيتجه لإجراء هذا التحليل الجيني، أو إلى نفي النسب بالبصمة الوراثية والذي سينجر عنه مفاصد لا حصر لها، ويتج عنه تفكيك في الأسرة المسلمة وهذا مناقض للمقاصد الكلية والقطعية التي جاءت الشريعة من أجل رعايتها والحفاظ

1- المرجع السابق، ص 303.

2- المرجع نفسه، ص 380.

3- آت ملوياً الحسن بن الشيخ، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014م، ص 112.

عليها¹.

خاتمة

بعد هذه الجولة العلمية المختصرة في جوانب هذا الموضوع الذي تحدّثنا فيه عن التّلفيق التّشريعي كمسلك اجتهادي من حيث المفهوم والشّروط والضوابط، وأهمّيته في معالجة المشكلات المعاصرة المتعلّقة بمستجدّات القضايا الأسريّة ومدى تبني المشرّع الجزائري في قانون الأسرة لهذا المسلك الاجتهادي يمكن لنا تسجيل التّناجح واقتراح التوصيات التي نجملها فيما يلي:

1- التّلفيق التّشريعي هو تخرّج ولي الأمر من أحكام الفقه المختلفة واجتهادات العلماء من شتى المذاهب المعتمدة مجموعة من الأحكام ويصوغها في شكل قوانين يقضي به القضاة ورجال القانون في حل المشكلات، وهو بهذا المعنى لا يعدو أن يكون مسلكاً اجتهادياً يستند به المشرّعون من أجل مواجهة الطّوارئ الطّائرة والقضايا المعاصرة.

2- يمكننا القول بأنّه ممّا يدعوننا إلى ضرورة العمل بالتّلفيق التّشريعي واعتباره مسلكاً اجتهادياً ومنهجاً تشريعياً هو يقيننا بأنّه الحلّ الأمثل للتعامل الحسن مع ذلك السبيل من المستجدّات لاسيما ما يتعلّق بفقه الأسرة منها، وقد استند به الفقهاء من أجل تقديم حلول لتلك التّوازل والمشكلات لحساسيتها وخطورتها، لكونها تتعرّض لهجمة تغريبية كبيرة تهدف إلى علمنة أحكامها وإخراجها عن وصفها الإسلامي العريق.

3- إنّ التّلفيق التّشريعي وفق الضوابط الشرعيّة فيه نداء للفقه الإسلامي، ومواكبة لتطوّرات العصر وتحولات الحياة ومستجدّاتها لاسيما ما يتعلّق بأحكام الأسرة، وبحقّق أيضاً المقاصد الشرعيّة التي من أجلها شرعت الأحكام في موضوع الأحوال الشخصيّة، ذلك لأنّ الغاية من الاجتهاد إنّما هو تحقيق مقاصد الشرعيّة من تشريع أحكامها.

4- إنّ التّلفيق التّشريعي يعدّ بمثابة الرّد الفعلي على المشكّكين في مرونة الأحكام الشرعيّة وصلوحيّتها لكلّ زمان ومكان وقدرتها على معالجة المشاكل الطّائرة وإعطاء الحلول النّاجعة لكلّ ما يستجدّ من أمور لاسيما ما يتعلّق بأحكام الأسرة.

5- نوصي بضرورة الاعتناء بهذا المسلك الاجتهادي وتفعيله في معالجة القضايا المستجدّة لاسيما ما يتعلّق بالمستجدّات الأسريّة.

6- نوصي بضرورة مراجعة المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري المتعلّقة بولاية المرأة في النّكاح لاسيما عبارة: "أو أي شخص تختاره" لكونها ليست من التّلفيق التّشريعي المحمود والصّحيح، ولأنّ موجب القول بها مؤدّى إلى مناقضة مقصود الشّارع من اشتراط الولاية، ولآتة مفض إلى رأي لا يقول به أحد من الفقهاء. وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 401.

دور الأسرة في تحقيق مقاصد التشريع المالي «الأمّن الغذائي أنموذجاً»

بقلم

د.علي باللموشي

أستاذ محاضر في الاقتصاد الإسلامي بقسم الشريعة

معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي

belamouchi81@gmail.com

مقدمة

تعتبر الأسرة النواة الأولى في تكوين المجتمعات، وازدهارها، ونموها، لذلك نجد الشريعة الإسلامية قد اهتمت بتكوين هذه الخلية الاجتماعية التي تنشأ عن ارتباط رجل بامرأة بعقد شرعي، وهو عقد النكاح، وتعد الأسرة الركيزة الأساسية والعمود الفقري في تماسك المجتمع، وتحقيق التقدم في جميع المجالات، أي أن للأسرة أدوار كثيرة تقوم بها، ومن بين الأدوار التي تقوم بها الأسرة هو تحقيقها لمقاصد التشريع المالي، لأن المال كما يعبر عنه الاقتصاديون هو عصب الحياة، ويعد أيضاً أحد أطراف المعادلة الإلهية التي لا تستقيم الحياة إلا بها لقوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلاً﴾ (الكهف 46)، فيكمن دور الأسرة المحافظة على هذا المال من ناحية الوجود، ومن ناحية العدم، وإذا تحقق هذا الدور فقد ساهمت الأسرة بشكل مباشر في المساهمة في تحقيق الأمن الغذائي، وهذا الأخير من المصطلحات المتداولة اليوم، وتوسعت دائرتها على المستوى الدولي والمنظمات الدولية، وإن مسألة الأمن الغذائي مطلب أساسي تسعى كل دولة إلى تحقيقه والوصول إليه خاصة في هذا الوقت الذي نشهد فيه ركوداً اقتصادياً عالمياً وتتوالى فيه الأزمات المالية التي تعصف بسلامة العالم واستقراره وتركت وراءها الملايين من الفقراء والجياح الذين يبحثون عن مصدر رزق يوفر لهم لقمة العيش والأمن، خاصة الدول النامية التي تواجه أزمة غذائية، بعدم تمكنها من توفير الغذاء لعدد كبير من سكانها أو توفير الحد الأدنى منه، إذ يعاني أكثر من مليار نسمة من نقص الغذاء، وسوء التغذية، والمجاعة في العالم، ونظراً لهذه الأهمية التي يكتسبها الأمن الغذائي، فقد زاد الاهتمام به على المستوى الدولي، ووضعت عدة برامج لتوفير الغذاء على المستوى العالمي، لكن بداية تحقيق الأمن الغذائي تبدأ من الأسرة بمحافظتها على المال الذي يعتبر أحد المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية، من هنا جاءت فكرة تحرير هذا المقال تحت إشكالية رئيسية: "كيف يمكن للأسرة تحقيق مقاصد التشريع المالي، وتحقيق الأمن الغذائي؟"، وعند تحليل هذه الإشكالية فقد اعتمدت على عدة دراسات سابقة تناولت هذا

الموضوع نذكر منها:

1. زينب طه العلواني، الأسرة في مقاصد الشريعة قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، هذا المؤلف عبارة عن كتاب صادر عن المعهد العالمي للفكر الإسلامي، حيث تناولت الباحثة في هذا الكتاب لمحة عامة عن علم المقاصد في الشريعة الإسلامية، ثم بعد ذلك خصصت الكلام تطور العمل بالمقاصد الأسرية من عهد الخلافة حتى عند المعاصرين، وكتطبيق لما قالته من الناحية النظرية حاولت إعطاء منهج لتفعيل للمقاصد الأسرية في الولايات المتحدة الأمريكية، وختتمت الدراسة بضوابط الكشف عن المقاصد الأسرية وتفعيلها.
 2. شيرين زهير أبو عبود، معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم. دراسة موضوعية .، بحث لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن، قسم التفسير وعلوم القرآن، كلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية، غزة، 1431 هـ. 2010 م، حيث انطلقت الباحثة من تمهيد تناولت فيه تكوين الأسرة في الإسلام، ثم الفصل الأول حول نشأة الأسرة، والفصل الثاني كان عبارة عن الحقوق والواجبات في الأسرة، والفصل الثالث ختمت بأهم المشكلات الأسرية وعلاجها.
 3. علي موسى حسين، مقصد حفظ المال في التصرفات المالية ضوابطه وآثاره، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430. 1431 هـ، 2009. 2010 م. حيث حوت الأطروحة عدة أبواب، فين الباحث في الباب الأول أقسام المال ضمن مقاصد الشريعة، والباب الثاني: خصصه للحديث عن وسائل حفظ المال من جانب الوجود، ومن جانب عدم، أما الباب الثالث: تناول من خلاله الأثر الفقهي عند الأصوليين في حفظ المال في التصرفات المالية المعاصرة.
 4. محمد محمد الشلش، منهج الإسلام في تحقيق الأمن الغذائي ومكافحة المجاعة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ع 19، شباط 2010. حيث تناول الباحث في هذا المقال أسباب انتشار ظاهرة الجوع والفقر ونقص الغذاء في كثير من المجتمعات المعاصرة، كما بين منهج الإسلام في الحد من الظاهرة التي يعاني منها ملايين البشر وفق إحصائيات المنظمات الدولية العاملة في هذا المجال.
- وقد تم الاعتماد على عدة مناهج، كان من أبرزها:
1. المنهج الوصفي: الذي استعملته عند فك رموز مصطلحات الموضوع من الناحية النظرية.
 2. المنهج الاستقرائي: وقد استعملته في تتبع أهم المجالات والوسائل التي تقوم بها الأسرة لتحقيق مقاصد التشريع المالي وتحقيق الأمن الغذائي.
- وعولجت الإشكالية المطروحة في المحاور التالية:
- أولاً: التعريف بمصطلحات الموضوع.
- ثانياً: أهمية ووظائف الأسرة في التشريع الإسلامي.

ثالثا: العلاقة التبادلية بين الأسرة والأمن الغذائي.

رابعا: مجالات تحقيق مقاصد التشريع المالي في الأسرة.

خامسا: الوسائل العملية لتحقيق الأمن الغذائي في الأسرة.

خاتمة: حوت أهم النتائج.

أولاً: التعريف بمصطلحات الموضوع.

تدور محاور هذا المقال حول ثلاث مصطلحات أساسية، وهذه المصطلحات، تتمثل في مفهوم الأسرة، ومقاصد التشريع المالي، وكتيجة للعلاقة بين المصطلحين يتحقق الأمن الغذائي، وهو المصطلح الثالث، وسننيز مفهوم هذه المصطلحات فيما يلي:

1. مفهوم الأسرة.

أ. لغة: هي أهل الرجل وعشيرته وجمعها أسر¹.

ب. اصطلاحاً: تعددت تعريفات الأسرة بين مفهومها في القرآن الكريم، وبين علماء علم الاجتماع، وسننيز هذا في الآتي:

تعريف الأسرة في القرآن الكريم: لم يرد لفظ صريحاً في القرآن الكريم يدل في مفهوم الأسرة، ولكن جاءت مرادفاتنا، ومن بين هذه المرادفات:

• لفظ الأهل: لقد وردت لفظ الأهل في عدة آيات من القرآن الكريم يدل على مفهوم الأسرة، منها قوله تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ مُوسَى إِذْ رَأَى نَارًا فَقَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا إِنِّي آنَسْتُ نَارًا لَعَلِّي آتِيكُمْ مِنْهَا بِقَبَسٍ أَوْ أَجْدُ عَلَى النَّارِ هُدًى﴾ (طه، 10)، وَالْأَهْلُ فِي الْآيَةِ: الزَّوْجُ وَالْأَوْلَادُ².

• لفظ العشيرة: حيث ورد لفظ العشيرة بمعنى الأسرة في عدة آيات نذكر منها في قوله تعالى: ﴿وَأَنْزِلْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ (الشعراء، 214)، المقصود بالعشيرة هم أقارب الرجل الأقرب منهم فالأقرب فإن الاهتمام بشأنهم أهم³.

• لفظ الرهط: وردت لفظ الرهط بمعنى الأسرة كما في قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا يَمَا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ وَمَا أَنْتَ عَلَيْنَا بِعَزِيزٍ﴾ (مرد، 91). الرَّهْطُ: قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ جَمَاعَةُ الرَّجُلِ⁴.

1. أحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، دط، تحقيق مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ج1، ص 18.

2. محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، دط، الدار التونسية، تونس، 1984، ج16، ص 194.

3. ناصر الدين البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ط1، تحقيق محمد عبد الرحمان المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1418 هـ، ج4، ص 151.

4. أبو حيان محمد بن يوسف الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، دط، تحقيق صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420 هـ، ج6، ص 194.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نعطي تعريف للأسرة في الإسلام: " هي الوحدة الصغرى في المجتمع، وهي وحدة المعيار الكوني وبناء أساسي في المجتمع يتضافر مع الأبنية الأخرى في تحقيق مقاصد الاستخلاف، وهي فطرة كونية وسنة اجتماعية يؤدي الإعراض عن الالتزام بأحكامها الشرعية وآدابها الخلقية إلى انفراط عقد المجتمع وانهاره، وهي طبيعة تحكمها قيم التقوى والعفو والفضل وغيرها"¹.

. تعريف الأسرة عند علماء علم الاجتماع: " هي جماعة اجتماعية أساسية ودائمة، وهي مصدر الأخلاق وأساس وجود المجتمع ودعامة ضبط السلوك، والإطار الذي يتلقى فيه الإنسان أول دروس الحياة الاجتماعية"².

ومن العلماء المعاصرين الذين أعطوا تعريف للأسرة الدكتور محمد عقلة بقوله: " الأسرة هي الوحدة الأولى للمجتمع، وأولى مؤسساته التي تكون العلاقات فيها الغالب مباشرة، ويتم داخلها تنشئة الفرد اجتماعياً، ويكتسب فيها الكثير من معارفه ومهاراته وميوله وعواطفه واتجاهاته في الحياة، ويجد فيها أمنه وسكنه"³. ويعرفها أيضاً كنظام: " هي الأحكام والمبادئ والقواعد التي تتناول الأسرة بالتنظيم بدءاً من تكوينها، ومروراً بقيامها واستقرارها، وانتهاء بتفريقها وما يترتب على ذلك من آثار، قصداً إلى إرسالها على أسس متينة تكفل ديمومتها وإعطاءها الثمرات المرجوة منها"⁴.

من التعريفات السابقة يتبين أن الأسرة هي الوحدة الاجتماعية الأولى في المجتمع، وهي التي يتم عن طريقها حفظ النوع الإنساني كله"⁵.

2. مفهوم مقاصد التشريع المالي.

قبل إعطاء مفهوم مقاصد التشريع المالي، كان لزاماً علينا الوقوف عند تعريف مقاصد الشريعة عموماً، وهو ما سنبينه في الآتي:

. تعريف مقاصد الشريعة: لا يوجد تعريف واضح ودقيق لعلم مقاصد الشريعة عند المتقدمين، لكن المتأخرين حاولوا أن يضبطوا مفهوم مقاصد الشريعة، ومن جملة هذه التعريفات ما يلي:

• تعريف علال الفاسي: "الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"⁶.

• تعريف أحمد الريسوني: "الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"¹.

¹. زينب طه العلواني، الأسرة في مقاصد الشريعة قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هرنندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، 1432هـ. 2012م، ص 73.

². سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دط، دار النهضة العربية، بيروت، دت، ص 32.

³. محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط2، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، 1409هـ. 1989م، ج1، ص 18.

⁴. المرجع نفسه، ج1، ص 19.

⁵. شيرين زهير أبو عبدو، معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم. دراسة موضوعية.، بحث لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن، قسم التفسير وعلوم القرآن، كلية أصول الدين، الجامعة الإسلامية، غزة، 1431هـ. 2010م، ص 4.

⁶. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط5، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993، ص 7.

• تعريف محمد اليوبي: " المقاصد هي المعاني والحكم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع عموماً وخصوصاً، من أجل تحقيق مصالح العباد"².

والتأمل في جميع هذه التعريفات يراها متحدة في المعنى، وإن تباينت مبادئها، والخلاف لفظي لا معنوي، ولعل أشمل التعريفات يدل على تعريف المقاصد الشرعية: " هو أنها المعاني والحكم التي أرادها الشارع من تشريعاته لتحقيق مصالح الخلق في الدنيا والآخرة"³.

تعريف مقاصد التشريع المالي: إن معرفة مقاصد الشريعة والحفاظ عليها سبب لحفظ الشريعة، لأنها ترجع إلى حفظ ما يتحقق به صلاح الدارين وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات، والمال يمثل أحد المقاصد الضرورية التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتمازج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين، وعلى هذا تكون مكانة المال بمثابة العماد الذي بدونته تنهدم الحياة باعتباره ضرورياً من الضروريات التي لا يؤمن الهلاك بفقدانها⁴.

وعليه يمكن نعرف مقاصد التشريع المالي بـ: "هي المقاصد والغايات التي راعاها الشارع الحكيم في تشريع أحكام المعاملات المالية"⁵.

3. مفهوم الأمن الغذائي.

الأمن الغذائي ظاهرة قديمة، لكن تطور مفهومه عبر الزمن، خاصة في الآونة الأخيرة عندما زاد اتساع نطاق أزمة الغذاء على المستوى العالمي، لهذا فقد حظي موضوع الأمن الغذائي باهتمام كبير من قبل الباحثين والمختصين والمفكرين والمنظمات الدولية في تحديد مفهومه وتمييزه عن بعض المصطلحات المتعلقة به، ومن بين هذه التعريفات ما يلي:

تعريف منظمة الأغذية والزراعة الدولية (الفاو) "يتوفر الأمن الغذائي عندما يتاح لجميع الناس في جميع الأوقات الفرص المادية والاجتماعية والاقتصادية للحصول على غذاء كاف ومأمون ومغذي يلبي احتياجاتهم الغذائية ويكفل لهم أن يعيشوا حياة متوفرة الصحة والنشاط"⁶.

1. أحمد الرسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، 1412 هـ. 1992م، ص7.
2. محمد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط1، دار الهجرة، الرياض، 1418 هـ. 1998م، ص37.
3. رياض منصور الخليلي، المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، مج17، ع1، 1425 هـ. 2004م، ص8.
4. علي موسى حسين، مقصد حفظ المال في التصرفات المالية ضوابطه وآثاره، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430 - 1431 هـ، 2009 - 2010م، ص143 - 144.

5. رياض منصور الخليلي، القاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية، مرجع سابق، ص22.

6. منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، حالة انعدام الأمن الغذائي في العالم، روما، 2010م، ص8.

تعريف علماء الاقتصاد الإسلامي: هو "ضمان استمرار تدفق المستوى المعتاد من الغذاء الحلال اللازم لاستهلاك المجتمع في أي فترة من الزمن"¹.
من خلال التعريفات السابقة سواء من منظور الاقتصاد الإسلامي أو التقليدي أن مفهوم الأمن الغذائي ألا ينخفض مستوى الغذاء في المجتمع عن مستوى الضروريات الأساسية من الأوقات، وهو ما يسمى بالمستوى الضروري للأمن الغذائي.

ثانياً: أهمية ووظائف الأسرة في التشريع الإسلامي .

لقد عني الإسلام عناية خاصة بهذه النواة الأساسية لأهميتها، ووضع الضوابط لأداء وظيفتها على أحسن وجه، منذ تأسيسها، وهو ما سنبينه في ما يلي:

1. أهمية الأسرة في التشريع الإسلامي.

في كثير من آيات القرآن الكريم بيان أصل الأسرة كقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ (الفرقان 54). وقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا وَمَا تَحْمِلُ مِنْ أُنْثَىٰ وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلْمِهِ وَمَا يُعَمَّرُ مِنْ مُعَمَّرٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ عُمُرِهِ إِلَّا فِي كِتَابٍ إِنَّ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ﴾ (طه 11).
فيظهر جلياً من الآيات أن أصل الأسرة التي هي أصل المجتمع، والتي في أساسها من ماء مهين، فكلها تشير إلى بدء خلق الإنسان، والذي تتكون وتبدأ منه الأسرة، وبعد بيان أصل الأسرة فقد حدد الإسلام الكثير من القيم التي تربط العلاقات الأسرية، نذكر أهمها²:

أ. التوحيد: لا يعد التوحيد قيمة عقدية أو مفهوماً دينياً فحسب، وإنما هو رؤية تحدد الغاية من خلق الإنسان، وعلاقته بالكون والحياة.

ب. الاستخلاف: يضبط مفهوم الاستخلاف حركة الإنسان من خلال التعريف بمهمته وغايات وجوده، فهو كائن مكلف مستصلح للدارين لما يتحلى به من خصائص وصفات تؤهله لأن يتحمل الأمانة التي كلف بها.

ج. الولاية: وسع القرآن الكريم معاني ومفهوم الولاية في مجال العلاقة بين المؤمنين والمؤمنات، ليتسع جميع مجالات التفاعل الإنساني، وليخرج من إطار علاقة أفراد إلى تكوين أمة.

د. الزوجية: لقد برز مفهوم الزوجية في القرآن الكريم في حقل مناقشته قضية الوجود في مقابلاته الثنائية بين الخالق والخلق، وذلك في مجال وحدانية الخالق، والتعددية النوعية لدى المخلوقات، لكي تتحقق من خلالها عمليات التلاقح أو التناسل، حفظاً لأفراد النوع.

¹ عبد الرحمن يسرى، التنمية وتحقيق الأمن الغذائي في الاقتصاد الإسلامي، ندوة التنمية من منظور إسلامي، 12.09 غوز 1991م، عمان، الأردن، ص 1170. وانظر: السيد محمد السريتي، الأمن الغذائي والتنمية الاقتصادية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 36.

² زينب طه العلواني، الأسرة في مقاصد الشريعة قراءة في قضايا الزواج والطلاق في أمريكا، مرجع سابق، ص 71-82.

2. وظائف الأسرة في التشريع الإسلامي¹.

أ. تعمل الأسرة على غرس القيم الأخلاقية والفضيلة في الأفراد والمجتمعات ففي الأسرة تترسخ الأخلاق الفاضلة فتتنازل الأم عن حقها في الراحة من أجل أبنائها ويسعى الأب ليوفر لأولاده كل حاجاتهم.

ب. تعمل الأسرة على تلبية الحاجات الفطرية للإنسان وما أودعه الله عز وجل فيه من سنن قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَيْنًا وَحَفْذَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ (النحل 72). فيترتب على هذا أثران مهمان هما الصلة برسالة الإنسان على الأرض: بقاء النوع الإنساني، والقيام بوظيفة الخلافة وعمارة الأرض.

ج. تعمل الأسرة على تحقيق الكبر من المعاني الاجتماعية السامية والتي لها آثارها في المجتمع ومنها: حماية المجتمع من آفات الانحلال الأخلاقي وانتشار الأمراض من هنا جاء قوله ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج".
حفظ الإنسان وصيانة الأنساب، ومن خلال ذلك يكون الحفاظ على أمن المجتمع وفيه صلة للرحم وتأدية حقوق الأقارب.

د. تحمل المسؤولية، إذ يصبح الرجل من خلال الزواج مسؤولاً وكذلك الزوجة فتكون مكلفة بحق الزوج وخدمة البيت.

هـ. تجسيد معنى التكافل فقد حرص الإسلام على التكافل بين أبناء الأسرة الواحدة وأبرز هذه المعاني في العواطف والمشاعر بين الزوجين.

ثالثاً: العلاقة التبادلية بين الأسرة والأمن الغذائي .

هناك علاقة تبادلية بين الأمن الغذائي والأسرة، حيث أن كل واحد منها يؤثر في الآخر، وسنبين ذلك من خلال ما يلي:

1. أثر الأمن الغذائي في الأسرة:

يعتبر الأمن الغذائي جزءاً لا يتجزأ من تكوين واستقرار الأسرة، إذ إن مستوى الأمن الغذائي في الأسرة يؤثر بشكل مباشر في أداء وظيفتها، حيث أن غياب الأمن الغذائي أو انعدامه لفترة زمنية طويلة، يؤدي إلى سوء التغذية، مما يترتب عليه من مشاكل صحية خطيرة، ومن أهم هذه المشاكل تعثر النمو في سن الطفولة كما هو حاصل في دول أفريقيا جنوب الصحراء، والأخطر من كل هذا بطء معدل التكوين العقلي والنفسي، وهو المسبب الأول لظاهرة التخلف لأنه يصيب مباشرة التنشئة الاجتماعية للطفل ومنه تدهور التحصيل المدرسي، وهو الأمر الذي يضع هؤلاء الأطفال في سكة التخلف العلمي²، ومنه يؤدي انعدام الأمن الغذائي إلى

¹ محمد خلف بني سلامة، خلوق ضيف الله اغا، نظام والمجتمع في الإسلام، ط1، دار الفكر، 2015، ص 10، 11.

² محمد عمر الطنوبي، الإنتاجية الزراعية بين البحث العلمي والإرشاد الزراعي، منشأ المعرفة، الإسكندرية، 1996، ص 52.

انخفاض المناعة في جسم الأفراد وهو المؤشر الذي يفتح الأبواب على مصراعيها إلى انتشار الأوبئة والأمراض في المجتمع، ويتج عن ما سبق ذكره انخفاض الأداء الوظيفي للأفراد داخل الأسرة، نظرا لوجود علاقة متعدية بين مستوى التغذية والمستوى الصحي وإنتاجية الأسرة¹. وأما في حالة وجود أمن غذائي مستديم في الأسرة، فذلك يولد أطفالا ذوي قوة ذهنية تسمح لهم بالتحصيل العلمي الفعال، بل الأكثر من ذلك ينتج أداء وظيفيا مرتفع الإنتاجية هو العامل الذي يعود بالفائدة والإيجاب على المجتمع².

2. أثر الأسرة في الأمن الغذائي.

تعتبر الأسرة الركيزة الأساسية لتحقيق الأمن الغذائي، من خلال قيامها ببعض الأدوار، ومن بين الوظائف الأسرية التي تساهم في تحقيق الأمن الغذائي ما يلي:

أ. وظيفة توفير التعليم: يعتبر ارتفاع مستوى التعليم العامل الأساسي في معادلة التقدم، والسييل الوحيد لإحداث التغيير في أي مجتمع، ومن ثم زيادة مستوى التحصيل العلمي للأفراد، وقلّة نسبة الأمية، وهو المؤشر على ارتفاع المثقفين في المجتمع وزيادة وعيهم، مما ينعكس في قيام أفراد المجتمع بتعديل أنماطهم الاستهلاكية واقترابها من النمط الغذائي السليم³. كما أن ارتفاع المستوى العلمي في المجتمع يعطى مزيد من ترشيد الاستهلاك الغذائي، الناتج عن وعي المستهلك بضرورة عدم تبذير الغذاء، وبضرورة تحقيق المخزون الاستراتيجي منه، بالإضافة إلى أن ارتفاع المستوى العلمي لدى المزارعين يساعدهم على استعمال الأساليب الحديثة في خدمة الأرض، والذي يعود بالإنتاج الوفير من المحاصيل الزراعية المختلفة، ومنه زيادة حجم الإنتاج الغذائي وارتفاع نصيب الفرد من الغذاء، وارتفاع مستوى الأمن الغذائي⁴.

ب. وظيفة توفير الصحة: إن قيام الأسرة بدور المحافظة على الصحة والذي يسمح بتحقيق تقدم مستمر في مستوى الصحة بالمجتمع، وبالتالي تخفيض نسبة الوفيات والذي يجلب زيادة اليد العاملة في القطاع الزراعي كعنصر مهم في معادلة الأمن الغذائي وينتج عنه أيضا زيادة إنتاجهم وأدائهم الوظيفي، وهو مؤشر هام للرفع من حجم الإنتاج الزراعي والغذائي⁵.

¹. ونوغي مصطفى، إشكالية الأمن الغذائي في منطقة الساحل الإفريقي، رسالة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص دراسات إستراتيجية، كلية العلوم السياسية والإعلام، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 3، 2010. 2011، ص 47.

². المرجع نفسه، ص 47.

³. السيد محمد السريتي، الأمن الغذائي والتنمية الاقتصادية رؤية إسلامية دراسة تطبيقية على بعض الدول العربية، دط، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2000م، ص 412.

⁴. محمد رفيق حمدان، الأمن الغذائي نظرية ونظام وتطبيق، دط، دار وائل، عمان، 1999م، ص 72.

⁵. ونوغي مصطفى، إشكالية الأمن الغذائي في منطقة الساحل الإفريقي، مرجع سابق، ص 51.

وابعاً: مجالات تحقيق مقاصد التشريع المالي في الأسرة.

من خلال ما سبق في المحور الأول أن مقاصد التشريع المالي هي الغايات التي راعاها الشارع الحكيم في تشريع أحكام المعاملات المالية، وتحقيق هذه الغايات يعد من الضروريات، وللأسرة عدية لتحقق مقاصد التشريع المالي، ومن جملة تلك المجالات ما يلي:

1. مجال الحلال والحرام: إن الغذاء الذي من الله به على عباده متعدد ومتنوع ففيه ما حلال يحفظ لهم صحتهم وفيه ما هو حرام يؤدي إلى أذيتهم وإضرارهم، ومن واجب الأسرة أن تتقيد بما هو حلال وبما هو حرام من الأطعمة، ومن جملة ذلك ما يلي:

أ. تجنب المحرمات من الأطعمة: وهذه الأطعمة مجملة في حرمتها قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فِسْقُ الْيَوْمِ بَئِيسَ الَّذِيْنَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَحْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة:3). وتفصيل هذه الأطعمة فيما يلي:

الميتة: وهي كل ما فارقت الروح بغير تذكية، مما شرط علينا الذكاة في إباحته، لأن الحيوان الميت يكون أخطر على صحة الإنسان، حيث أنها مرتع خصب لتكاثر العديد من أنواع الجراثيم¹. والميتة على أنواع كما ذكرت في الآية الكريمة: ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ﴾ فالمنخقة: هي التي تموت بالخنق؛ وهو حبس النفس بفعلها أو بفعل آدمي، والموقوذة: هي التي تضرب بحجر أو عصا حتى تموت من غير تذكية، والتردية: هي التي تردى من علو إلى أسفل فتموت سواء تردت بنفسها أو ردها غيرها، والنطيحة: هي التي تنطحها أخرى فتموت من دون تذكية، وما أكل السبع: هو ما افترسه ذو ناب كالأسد والنمر والذئب والضبع وغيرها².

الدم: من خلال الآية فقد حرم الإسلام الدم، لأن الدم ضار بالصحة إذا استعمل غذاء، فالتحليل يثبت أن الدم يحوي كمية كبيرة من حمض (البوليك) وهو مادة تضر بالصحة إذا استعملت غذاء، وقد يكون يحمل جراثيم وفيروسات بعض الأمراض المعدية فيكون في ذلك الضرر الكبير لمن تناوله³.

لحم الخنزير: فقد وصفه القرآن بأنه رجس، والرجس هو الشيء القذر، والأقذار والنجاسات هي السبب الأكبر في إصابة الإنسان بالأمراض المختلفة لما فيها من جراثيم، فالخنزير ينقل إلى الإنسان كير من الكائنات الدقيقة الخطرة، وتأثيره على العفة والغيرة لديه⁴.

1. نجاح مدني، آليات حماية المستهلك في الاقتصاد الإسلامي، مذكرة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1428هـ. 2007م، ص 133.
2. محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، ط4، دار المعرفة، بيروت، 1428هـ. 2007م، ص 352.
3. عفيف عبد الفتاح طبارة، الخطايا في نظر الإسلام، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، 1397هـ. 1977م، ص 117.
4. عبد المصلح وآخرون، الإعجاز العلمي في القرآن الكريم، ط1، دار جيا، 1429هـ. 2008م، ص 301-302.

. ما أهل لغير الله به: والإهلال رفع الصوت، فقد كان الوثنيون قبل الإسلام إذا ذبحوا رفعوا أصواتهم بقولهم: بسم اللات أو العزى أو مناة وهي أسماء أصنام لهم كانوا يعبدونها¹.

ب. تجنب الخمر والمخدرات: ودليها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْحَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ (المائدة: 90-91).

. الخمر: قيل كل شيء أسكر كثيره أحد من الناس فالنقطة منه فما فوقها إلى أكثر المقادير خمر². فالخمر وما يحتويه من الكحول له تأثير، بحيث أنه يفتك بالجسم مرورا في الأنبوب الهضمي ككل ليصل إلى الغدد الهضمية ثم إلى باقي أنحاء الجسم³.

. المخدرات: هي شراب يورث الفتور والخدر في الأطراف، وهو مقدمة السكر، وهو على أنواع منها: البنج، الأفيون ومشتقاته، الكوكايين، الحشيش، القات⁴.

2. مجال الاعتدال وترشيد الاستهلاك: إن الإسلام يقوم على أسس مهمة من بينها الاعتدال وترشيد الاستهلاك، ونقصد به الاستخدام الرشيد من قبل المسلم لنعم الله الطيبة من أجل الوفاء بحاجاته الحقيقية وفق الضوابط الشرعية⁵.

ويقوم هذا الاعتدال والترشيد على أسس نذكر منها⁶:

أ. يبدأ المسلم بسد حاجات نفسه أولا، ثم أهله، ثم أقربائه، ثم المحتاجين، والدليل قوله ﷺ: " ابدأ بنفسك فتصدق عليها. فإن فضل شيء فأهلك فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا"⁷.

ب. يقوم المستهلك المسلم بتلبية ضرورياته أولا، ثم حاجياته، ثم تحسينياته، وهذه رتب المصالح عند علماء الأصول. فالضروري: ما تتوقف عليه حياة الناس كالمأكل، والمشرب، والمسكن، والمناخ، والمراكب الجالبة

1. عفيف عبد الفتاح طبارة، الخطايا في نظر الإسلام، مرجع سابق، ص 118.

2. ابن حزم، المحلى، تحقيق عبد الرحمان الجزيري، دط، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1349هـ، ج 7، ص 478.

3. عفيف عبد الفتاح طبارة، الخطايا في نظر الإسلام، مرجع سابق ص 109.

4. انظر: زين العابدين بن الشيخ بن أوزين، التوازل في الأشربة، ط 1، دار كنوز أشبيلية، المملكة العربية السعودية، 1432هـ - 2011م، ص 206. 210.

5. محمد بن علي الغامدي، التعديلات الاقتصادية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية وكيفية مواجهتها في الاقتصاد الإسلامي، رسالة دكتوراه في الاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1411هـ، ص 61.

6. انظر: كامل صقر القيسي، ترشيد الاستهلاك في الإسلام، ط 1، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 1429هـ. 2008، ص 17. 45.

7. أخرجه مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط 1، دار الحديث، مصر، 1412هـ. 1991م، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهل القرابة، رقم الحديث: 997، ج 2، 692. 693.

للأقوات، والحاجي: ما يرفع الحرج عن الناس ويدفع المشقة، والتحسيني (الكهالي): هو ما يتجاوز الحاجي إلى ما من شأنه رغد العيش دون أن يدخل في نطاق السرف والتبذير¹.

ج. يتحدد مستوى الاستهلاك والإنفاق على النفس والعيال والمحتاجين بالقدرة المالية للشخص، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

د. لا يجوز أن يشتمل الاستهلاك، سواء كان ضرورياً أو حاجياً أو كمالياً على محرم.

ه. يدعو الإسلام إلى الحد الأمثل في الاستهلاك، فيمنع كلا من التقتير والإسراف، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ (الفرقان 67). وقد قيل أن حسن التدبير مفتاح الرشده وباب سلامة الاقتصاد².

3. مجال الادخار والاستثمار: كل من الادخار والاستثمار أحد الآليات التي تساهم في تنمية الأموال الذي يعد المحافظة عليه أهم مقاصد الشريعة، وللأسرة دور كبير في المحافظة على الأموال وتنميتها حتى تحقق مقاصد التشريع المالي، لكن بالضوابط الشرعية، وهذه الضوابط تفصلها كالاتي:

أ. الادخار: فالادخار أمر مقرر في الشريعة الإسلامية ومرغب فيه، والادخار أيضاً قوة اقتصادية يستعين بها الفرد على قضاء بعض حاجاته المستقبلية عند اللزوم، وينمي بها ثروته مجتمعه، فمن خلال توفير رؤوس الأموال وتعاونها تشكل القوة المالية التي تقوم عليها الصناعات والمشاريع الاقتصادية التي يعود ريعها على الأفراد والأمة، فلولا توفير الأموال وادخارها واستثمارها لما تشكلت رؤوس أموال، ولما قامت التجارات، ولا الزراعات ولا الصناعات وغيرها بالمستوى الذي يحقق ازدهار الأمة وتقدمها الاقتصادي³.

وخر ذلك ما ورد في قصة سيدنا يوسف . عليه السلام . في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ سَبْعٌ شِدَادٌ يَأْكُلْنَ مَا قَدَّمْتُمْ هُنَّ إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَحْصِنُونَ﴾ (يوسف 48). ففي هذه الآية إشارة من سيدنا يوسف - عَلَيْهِ السَّلَامُ - إِلَى إِيقَاءِ مَا فَضَّلَ عَنْ أَقْوَامِهِمْ فِي سُنْبُلِهِ لِيَكُونَ أَسْلَمَ لَهُ مِنْ إِصَابَةِ السُّوسِ الَّذِي يُصِيبُ الْحَبَّ إِذَا تَرَكَمَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ فَإِذَا كَانَ فِي سُنْبُلِهِ دُفِعَ عَنْهُ السُّوسُ، وَأَشَارَ عَلَيْهِمْ بِتَقْلِيلِ مَا يَأْكُلُونَ فِي سَنَوَاتِ الْحُصْبِ لِادِّخَارِ مَا فَضَّلَ عَنْ ذَلِكَ لِرِزْمِ الشَّدَةِ، فَقَالَ: إِلَّا قَلِيلًا مِمَّا تَأْكُلُونَ⁴. وأيضاً من الأمثلة الدالة على الادخار ما فعله الخليفة عمر ؓ أنه أمر بضرورة تقسيم الفرد دخله إلى قسمين: يكون القسم الأول منه خاصاً بإشباع المطالب الاستهلاكية، في حين يكون القسم الثاني خاصاً بتكوين رؤوس أموال جديدة منتجة، وقد تمثل هذا القسم في تلك الفترة في الاستغلال الحيواني، وما دفع الخليفة لمثل هذا التوجيه هو حقيقة الدخل النقدي الذي زاد عن

1. رفيق يونس المصري، أصول الاقتصاد الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، 1431هـ، 2010م، ص 182-183.

2. عبد الله بن محمد معصر، السلوك الاستهلاكي في الإسلام، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1431هـ-2010م، ص 101.

3. أحمد صبحي العيادي، الأمن الغذائي في الإسلام، ط1، دار النفائس، عمان، 1419هـ-1999م، ص 444.

4. محمد الطاهر ب. عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج 12، ص 287.

حاجة الفرد الاستهلاكية، والذي دفع إلى ضرورة ادخار جزء من الدخل واستهلاك الجزء الآخر¹.

ب. الاستثمار: هو استعمال الأموال في الحصول على الأرباح بالطرق المشروعة التي فيها خير للمجتمع². والمتأمل في العملية الاستثمارية يجدها تمثل إحدى صور التصرف في الموارد، وهذا التصرف من قبيل الاستخلاف والأمانة للمحافظة على الأموال، وتحقيق مقاصد التشريع المالي، ولكن المستثمر المسلم يسعى إلى مرضاة الله تعالى من خلال إلتزامه بعدة ضوابط نذكر منها³:

. حصر الأنشطة الاستثمارية في السلع الحلال واجتناب الأنشطة المحرمة: حيث أن المستثمر المسلم عند اختياره للمشروعات الاستثمارية يراعي أحكام الشريعة الإسلامية فيما تحرمه وفيما تحله، فلا يقبل مثلاً إلى إنشاء مصنع لإنتاج الخمر، أي يجب أن يجعل المسلم اعتبار الاستثمار الحلال والحرمه وليس تعظيم الربح واستمرارية المشروع.

. مراعاة تحقيق المصالح في إدارة النشاط الاقتصادي: وتتمثل في الضروريات، والحاجيات، والتحسينات.

. تحقيق الواجب الكفائي: وهو ما يطالب بأداء المكلفين، وإذا فعله واحد سقط الطلب عن الآخرين، وإن لم يفعل أحد أثموا جميعاً وينقلب إلى واجب عيني.

. الاستثمار ابتغاء مرضاة الله: أي أن المستثمر المسلم لا يهدف إلى العائد المادي فحسب وإنما يبتغي في استثماره هذا رضا الله بالإضافة إلى العائد المادي.

. تحقيق فرص العمل ومنع البطالة: إن المستثمر عندما يستثمر أمواله في أي مشروع استثماري فإنه يجعل من ضمن أهداف هذا المشروع توظيف أكبر عدد من أبناء أمته، لأنه يعلم أن هذه الأموال التي وهبها الله له لا بد من شكر الله عليها، ومن الشكر أن يواسي غيره، ومن المواصلة إيجاد فرص عمل للعاطلين، وبوجود هذا الهدف فإن البطالة سوف تقل ومن ثم العوز، وبالتالي يتوفر الأمن وتعم الطمأنينة.

. أداء حق الله في المال المستثمر: يقرر الأصوليين أن أفعال المكلفين التي تعلق بالأحكام الشرعية منها ما هو حق خالص لله، ومنها ما هو خالص للمكلف، ومنها ما اجتمع فيه الحقان⁴.

¹ . إبراهيم عبد اللطيف العبيدي، الادخار مشروعته وثمراته، ط1، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 1422 هـ . 2011م، ص45.

² . زياد إبراهيم مقداد، الضوابط الشرعية لاستثمار الأموال، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول: الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة، الجامعة الإسلامية، غزة، 1426 هـ. 2005م، ص5.

³ . حسين علي بتران، ضوابط حرية الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي، رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة اليرموك، الأردن، 1421 هـ. 2000م، ص129.

⁴ . عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دط، مكتبة الدعوة الإسلامية، 2002م، ص211.

خامساً: وسائل تحقيق الأمن الغذائي في الأسرة.

يمكن للأسرة من خلال الالتزام ببعض المبادئ، وتطبيق بعض الوسائل أن تساهم في تحقيق الأمن الغذائي، أي هناك من الوسائل الإيمانية والآليات العملية التي إن التزمت بها الأسرة، وريت عليها أفراد أسرته زاد من إمكانية تحقيق الأمن الغذائي، ونذكر بعض هذه الآليات والوسائل في الآتي:

1. الالتزام بالمبادئ الإيمانية:

يعتبر الإيمان بالله تعالى سبباً من أسباب تحقيق الأمن الغذائي، والإيمان بالله حتى يجلب الزرق لابد على المؤمن أن يتخذ الأسباب التي نوردها في الآتي¹:

أ. طاعة الله تعالى:

المطلوب من العباد طاعة الله تعالى والعمل بكتابه، وعندها سيأتيهم الرزق من عند الله الرزاق العظيم؛ فهو المتكفل بذلك، يقول تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِنْ رِزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعَمُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ﴾ (الدَّارِيَاتُ 56، 58)، وعندما أمر الله تعالى بأن لا يدخل المسجد الحرام بعد الفتح مشرك خشي المسلمون من الفقر لانقطاع تجارتهم، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنَّ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ (التوبة 28)، فأخبر الله تعالى بأن على المسلمين أن ينشغلوا بما عليهم من طاعة الله ورسوله والعمل بكتابه، ويذروا ما قد ضمنه الله تعالى لهم، قال تعالى: ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْتَهُ بِهِ آزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا لِنَفْسِنَهُمْ فِيهِ وَرِزْقُ رَبِّكَ خَيْرٌ وَأَبْقَىٰ وَأَمْرٌ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقًا نَحْنُ نَرْزُقُكَ وَالْعَاقِبَةُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ (طه 131-132).

ب. التوكل على الله تعالى:

من الأسباب الروحية الجالبة للرزق التوكل على الله تعالى والاعتقاد عليه؛ فهو الذي خلق الأسباب وأعطاه صلاحية التأثير في الأشياء كتأثير أشعة الشمس وأهميتها في عملية التركيب الضوئي ونمو النبات إلى غير ذلك من الأسباب المادية الأخرى، قال تعالى: ﴿أَنْتُمْ تَرْزُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾ (الرواقع 64)؛ فعلى المسلم أن يتخذ الأسباب ويتوكل على الله تعالى سائلاً إياه إتمام ما أقدم عليه بعونه وفضله، عندها يأتيه العون من الله تعالى، وتم الأمور بأمره وفضله؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَرْزُقُهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ (الطلاق 03)، وفي هذا الباب قوله ﷺ: «لو أنكم توكلتم على الله حق توكله لرزقكم كما يرزق الطير تغدو خصاصاً وتروح بطاناً»²، فمجرد خروج الطيور العجباوات لطلب الرزق تحصل عليه بفضل الله تعالى، وفي الحديث إشارة إلى كفاية الرزق؛ حيث قال: "تروح بطاناً"، وقال ﷺ:

1. أيوب محمد جاسم الباجلاني، تحقيق الأمن الغذائي في منظور الاقتصاد الإسلامي، دط، ددن، دت، ص 559-565.

2. أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مرجع سابق، أبواب الرُّهْدِ، بَابُ التَّوَكُّلِ وَالْيَقِينِ، رقم الحديث 4164، ج 5، ص 266.

لصحابيين دخلا عليه: «لا تياسا من الرزق ما تهزئت رؤوسكما؛ فإن الإنسان تلده أمه أحمر ليس عليه قشر، ثم يرزقه الله عز وجل»¹.

2. غرس التقوى والاستقامة لدى أفراد الأسرة:

التقوى والاستقامة معاني روحية ومراتب إيمانية وعد الله تعالى من بلغها وتمسك بها بالخير العظيم في الدنيا والآخرة²، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾ (الطلاق 3، 2)، وقال أيضاً: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَكِنْ كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ (الاعراف 96)، أي إن أهل القرى لو آمنوا بقلوبهم إيماناً صادقاً صدقته الأعمال، واستعملوا تقوى الله تعالى ظاهراً وباطناً بترك جميع ما حرم الله تعالى، لفتح عليهم بركات السماء والأرض، فأرسل السماء عليهم مدراراً، وأنبت لهم من الأرض ما به يعيشون وتعيش به بهائمهم في أحصب عيش وأغزر رزق من غير عناء ولا تعب ولا كد ولا نصب، ولكنهم لم يؤمنوا ولم يتقوا فأخذهم الله بما كانوا يكسبون، أخذهم بالعقوبات والبلايا ونزع البركات وكثرة الآفات؛ وهي بعض جزاء أعمالهم، وإلا فلو أخذهم بجميع ما كسبوا ما ترك على ظهرها من دابة³.

إن التقوى نور يُقذف في القلوب فتشرح به الصدور، ويذوق بها العبد حلاوة الإيمان وتحصل له قوة الاستقامة على دين الإسلام، ولقد وعد الله تعالى هذا الصنف من الناس الذين استقاموا على دينه وانشغلوا بما لله عليهم دون أن ينسوا نصيبهم من الدنيا، بأنه سيكفيهم مؤنتها، ويغنيهم منها؛ فقال جل من قائل: ﴿وَأَنْ لَوْ اسْتَقَامُوا عَلَى الطَّرِيقَةِ لَأَسْقَيْنَهُمْ مَاءً غَدَقًا﴾ (بقر 16)، أي غيثاً نافعاً وماءً هنيئاً مريئاً، بل هو كل المنافع والخيرات، وإنما ذكر الماء؛ كناية عنها، لأن الماء أصل الخيرات كلها في الدنيا⁴.

3. التحلي بالصبر والشكر والاستغفار:

يعد الصبر والشكر والاستغفار من الأسباب الموجبة للرزق، أي تساهم في تحقيق الأمن الغذائي، وهو ما سنبينه في هذا الفرع كما يلي⁵:

أ . الصبر: الصبر عبادة روحية مباركة عليها مدار كل التصرفات الإنسانية، وبها ينال العبد خير الدنيا والآخرة، وهي سبب من الأسباب الموجبة للرزق؛ قال ﷺ: «ما صبر أهل بيت ثلاثة أيام على جهد إلا أتاهم

1. أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مرجع سابق، أبواب الزهد، باب التوكل واليقين، رقم الحديث 4304، ج 12، ص 352.

2. أيوب محمد جاسم الباجلاني، تحقيق الأمن الغذائي في منظور الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 575.

3. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تفسير السعدي (تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان)، ت عبد الرحمن بن معلا اللويحي، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1420هـ. 2000م، ص 298.

4. فخر الدين محمد بن عمر الرازي، تفسير الرازي (مفاتيح الغيب، أو التفسير الكبير)، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ، ج 30، ص 672.

5. أيوب محمد جاسم الباجلاني، تحقيق الأمن الغذائي في منظور الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص 577-580.

الله برزق¹، ولقد وجه المصطفى ﷺ أنظار الصحابة الكرام لهذا الخلق العظيم، ويّن فضله العميم، والقرآن الكريم حوى عشرات الآيات التي تحدثت عن ثمرات الصبر، فبسببه أصبح يوسف عليه السلام وزيراً على خزائن الأرض بعد أن بيع بدراهم معدودة؛ يقول تعالى: ﴿قَالُوا أَلَيْكَ لَأَنَّتَ يُوسُفُ قَالَ أَنَا يُوسُفُ وَهَذَا أَخِي قَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَيْنَا إِنَّهُ مَنْ يَتَّقِ وَيَصْبِرْ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾ (يوسف، 90)، ولقد وصف القرآن الكريم الصبر علاجاً لكثير من البلايا، وعده قارب نجاة إذا عصفت رياح الفقر وطغت أمواج الجوع؛ فقال: ﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِبَيْءٍ مِّنَ الْخُوفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ﴾ (البقرة: 155)، ولم يكن توجيه النبي ﷺ للصحابة الكرام قولاً فقط -حاشاه-، وإنما بالفعل أيضاً؛ فعن أبي طلحة رضي الله عنه قال: شكونا إلى رسول الله ﷺ الجوع، ورفعنا عن بطوننا عن حجر، ورفع رسول الله ﷺ عن حجرين²، وفي ذات الوقت يتوجه ﷺ بكل ثقة لهؤلاء الجياع ويشيرهم بأن الله سيكافئ صبرهم هذا وإنهم سيملكون مفاتيح بلاد فارس والشام واليمن وسينعمون بخيراتها وكنوزها، عن البراء بن عازب قال: لما أمرنا رسول الله - أن نحضر الخندق عرض لنا فيه حجر لا يأخذ فيه المعول، فاشتكننا ذلك إلى رسول الله -، فجاء رسول الله - فألقى ثوبه، وأخذ المعول، وقال: «بسم الله»، فضرب ضربة فكسر ثلث الصخرة، قال: «الله أكبر، أعطيت مفاتيح الشام؛ والله إني لأبصر قصورها الحمر الآن من مكاني هذا»، قال: ثم ضرب أخرى وقال: «بسم الله»، وكسر ثلثاً آخر وقال: «الله أكبر، أعطيت مفاتيح فارس؛ والله إني لأبصر قصر المدائن الأبيض الآن»، ثم ضرب ثالثة وقال: «بسم الله»، فقطع الحجر، قال: «الله أكبر، أعطيت مفاتيح اليمن؛ والله إني لأبصر باب صنعاء»³، وصدق الله ورسوله ﷺ فكان أن فتح الله تعالى على المسلمين تلك البلاد، وفاض المال حتى استغنى الناس عنه.

ب . شكر الله عز وجل: هناك العديد من الآيات التي تجمع بين طلب الرزق والشكر لتشير إلى الرابط الوثيق بينهما، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ﴾ (الأعراف: 10)، وقال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لِسَيِّدٍ فِي مَسْكَنِهِمْ آيَةٌ جِئَانِ عَن يَمِينٍ وَشِمَالٍ كُلُوا مِن رِّزْقِ رَبِّكُمْ وَاشْكُرُوا لَهُ بَلْدَةٌ طَيِّبَةٌ وَرَبٌّ غَفُورٌ﴾ (سبا: 10)، وقال أيضاً: ﴿إِنَّمَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ أَوْثَانًا وَتَخْلُقُونَ إِفْكًا إِنَّ الَّذِينَ تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ لَا يَمْلِكُونَ لَكُمْ رِزْقًا فَابْتَغُوا عِنْدَ اللَّهِ الرِّزْقَ وَاعْبُدُوهُ وَاشْكُرُوا لَهُ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾ (العنكبوت: 17).

إن الشكر عِقال النعم تُسكها فتبقى، بل تُنميها فتزيد، فإذا انفلت العقال ذهبت النعم وحلت النقم، قال

1 . أخرجه أبو يعلى أحمد بن علي التميمي، مسند أبي يعلى، ت حسين سليم أسد، ط1، دار المأمون للتراث، دمشق، 1404 هـ . 1984م، رقم الحديث 5708، ج10، ص 70. قال المحقق: "إسناده جيد".

2 . أخرجه محمد بن عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ت أحمد شاکر آخرون، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، أبواب الزهد، باب ما جاء في معيشة أصحاب النبي ﷺ رقم الحديث 2371، ج4، ص 585. قال الترمذي: "هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ، لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ".

3 . أخرجه النسائي، سنن النسائي، مرجع سابق، كتاب السير، باب حضر الخندق، رقم الحديث 8858، ج5، ص 269. قال الهيثمي: "رواه أحمد، وفيه ميمون أبو عبد الله وثقه ابن حبان، وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات". ينظر: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد، دار الفكر، بيروت، 1412هـ، ج6، ص 189.

تعالى: ﴿وَقَالَ مُوسَىٰ إِنَّ تَكْفُرُوا أَنْتُمْ وَمَنْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا فَإِنَّ اللَّهَ لَغَنِيٌّ حَمِيدٌ﴾ (إبراهيم: 07).

ج. الاستغفار: الاستغفار من الأسباب الروحية الجالبة للرزق وطيب العيش في الدنيا، وبالاستغفار تُجلب الأرزاق ويُستنزَل المطر، يقول تعالى: ﴿وَيَا قَوْمِ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَيَزِدْكُمْ قُوَّةً إِلَىٰ قُوَّتِكُمْ وَلَا تَتَوَلَّوْا مُجْرِمِينَ﴾ (مرد: 52)، وقال أيضاً: ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيَبِينْ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا﴾ (نوح: 12.10)، ولقد وعى الصحابة الكرام هذه الآيات المباركات فقاموا يطرقون أبواب السماء بالتذلل الصادق، ويفتحونها بالاستغفار، فلقد أصاب الناس قحط في عهد عمر رضي الله عنه، فصعد عمر المنبر فلم يزد على الاستغفار حتى نزل فقالوا له: ما سمعناك يا أمير المؤمنين استسقيت، فقال: لقد طلبت الغيث بمفاتيح أو بمجاديح السماء التي بها يستنزَل المطر، ثم قرأ الآيتين من سورة هود ونوح¹.

وإنما اقتصر سيدنا عمر رضي الله عنه على الاستغفار وأكثر منه؛ لأن احتباس المطر مُسبب عن المعاصي، والاستغفار يمحوها فيزول بزوالها المانع من القطر، ولقد ظن بعضهم أن الاقتصار على الاستغفار لا يكون استسقاء، فاستدل سيدنا عمر بالآيتين على أن الاستغفار من أعظم الأسباب التي يحصل عندها المطر والخصب؛ لأن الله جل جلاله قد وعد عباده بذلك، وهو لا يخلف الوعد، ولكن إذا كان الاستغفار واقعاً من صميم القلب، وتطابق عليه الظاهر والباطن، وذلك مما يقل وقوعه².

لقد جعل الله تعالى الاستغفار سبباً موجباً لاستنزال كل أنواع الرزق المادي والمعنوي، وهذا ما فهمه السلف الصالح من أمتنا؛ فلقد شكى رجل إلى الحسن البصري الجدوية فقال له: استغفر الله، وشكا آخر إليه الفقر فقال له: استغفر الله، وقال له آخر: ادع الله أن يرزقني ولداً، فقال له: استغفر الله، وشكا إليه آخر جفاف بستانه فقال له: استغفر الله، فتعجبوا من ذلك وسألوه فقال: ما قلت من عندي شيئاً؛ إن الله تعالى يقول في سورة نوح: ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيَبِينْ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا﴾ (نوح: 12.10)، على أن يكون الاستغفار بانكسار وصدق وإخلاص وحضور قلب، يسبقه الإقلاع عن الذنوب ورد المظالم³، وكم تحتاج الأمة الإسلامية اليوم إلى التمسك بوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ حيث قال: «من لزم الاستغفار جعل الله له من كل ضيق مخرجاً، ومن كل همٍّ فرجاً، ورزقه من حيث لا يحتسب»⁴.

¹ أخرجه أحمد بن الحسين البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ت محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414هـ.

² 1994م. كتاب صلاة الاستسقاء، باب ما يستحب من كثرة الاستغفار في خطبة الاستسقاء وأن يقول كثيراً "استغفروا ربكم إنه

كان غفاراً يرسل السماء عليكم مدراراً" رقم الحديث 6216، ج3، ص 351.

³ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ت عصام الدين الصباطي، ط1، دار الحديث، مصر، 1413هـ. 1993م، ج4، ص 11.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.

1985م، ج18، ص 302-303.

⁴ أخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ت محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا،

4. وضع خطط استثمارية:

من واجب الأسرة أن تضع خطط استثمارية وتنموية تساهم في تحريك عجلة الاقتصاد، وزيادة الإنتاج التي تساهم في توفير الغذاء على مستوى الأسرة، وعلى مستوى الدول، ومن بين هذه الوسائل ما يلي:

أ. الزراعة: تعتبر الزراعة أحد أهم الوسائل التي تساهم بها الأسرة في تحقيق الأمن الغذائي، ولأهميتها الغذائية من يعتبرها من فروض الكفاية، فمن واجب الأسرة تشجيع الزراعة والمحافظة على المزروعات، وتشجيع الاستثمار الزراعي، فقد حث الإسلام على الزراعة وأهتم بها، وأعتبرها ضرورية وأحد المصادر الأساسية لتوفير الغذاء وتأمين احتياجات الإنسان، لقوله ﷺ: «لا يغرس المسلم غرسا ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة»¹. وقوله ﷺ: «إذا قامت الساعة وييد أحدكم فسيلا فإن استطاع ألا يقوم حتى يغرسها فليفعل»². وتعتبر من أطيب المكاسب لما لها من أهمية في تحقيق الأمن الغذائي، وتوفير الغذاء والكساء والدواء، والزراعة تقوم عليها الكثير من الصناعات، وهي سبب ازدهار التجارة والاقتصاد بشكل عام³.

ب. الصناعة: فقد حث الإسلام على الاهتمام بالقطاع الصناعي، وشجع على الاحتراف والصناعة وتدريب الأفراد عليها، وجعلها عبادة يتقرب بها العبد إلى ربه، يقول الشيخ الشعراوي: "وما أجل أن يجعل الخياط إيرته سبخته، ويجعل النجار منشاره سبخته"، ونهى الإسلام عن النظرة الدونية إلى بعض الحرف اليدوية والصناعية، لأن ذلك مدعاة إلى تركها والعزوف عنها، وبهذا تتعطل مصالح الناس وتنتشر البطالة والفقر. وما يجدر ذكره أن كثير من الأنبياء كانوا صناعا، وقد عرف كثير من أهل العلم بأسماء حرفهم التي عملوا بها، كالزجاج، والجصاص، والخياط، وغير ذلك⁴.

الخاتمة

بعد دراسة وتحليل للإشكالية المطروحة والتي ارتكزت حول دور الأسرة في تحقيق مقاصد التشريع المالي. الأمن الغذائي أنموذجا. حيث تم التطرق إلى مفهوم مصطلحات الموضوع، وبيان أهمية ووظائف الأسرة في التشريع الإسلامي، وأهم مجالات تحقيق مقاصد التشريع المالي في الأسرة، ووسائل تحقيق الأمن الغذائي في الأسرة، وخلصت هذه الدراسة بعدة نتائج نذكر أهمها:

بيروت،، كتاب الوتر، باب في الإشتغاف، رقم الحديث 1520، ج 1، ص 560.
1. أخرجه محمد بن حبان بن أحمد بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم الدارمي البستي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، ت وتعليق شعيب الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1408 هـ .
1988م، كتاب الزكاة، باب صدقة التطوع، رقم الحديث 3368، ج 8، ص 154.
2. أخرجه أحمد، مسند الإمام أحمد، مرجع سابق، حديث رقم 12981، ج 20، ص 296.
3. محمد محمد الشلش، منهج الإسلام في تحقيق الأمن الغذائي ومكافحة المجاعة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ع 19، شباط 2010. ص 214.
4. محمد محمد الشلش، منهج الإسلام في تحقيق الأمن الغذائي ومكافحة المجاعة، مرجع سابق، ص 215.

1. يتفق مفهوم الأسرة في القرآن الكريم وعند علماء علم الاجتماع، فكلاهما يجمعون على أن الأسرة هي الوحدة الاجتماعية الأولى في المجتمع الذي يتم من خلالها حفظ النوع الإنساني وضبط سلوكه.
2. لقد حدد الإسلام الكثير من القيم، ورسم العديد من الوظائف، حتى تؤدي هذه الأسرة الدور الحقيقي الذي أنشأت من أجله.
3. للمال أهمية كبيرة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، لذلك جعله الإسلام أحد أهم الكليات الخمس لتحقيق مقاصد الشريعة.
4. للأسرة دور كبير في المحافظة على المال من ناحية الوجود، ومن ناحية العدم.
5. من أهم مجالات تحقيق مقاصد التشريع المالي في الأسرة، مجال الحلال والحرام، ومجال ترشيد الاستهلاك، ومجال الادخار والاستثمار.
6. هناك العديد من الوسائل لتحقيق الأمن الغذائي في الأسرة، منها الإيمانية كالتقوى والصبر والاستغفار...، وأخرى عملية كالاهتمام بالزراعة والصناعة.

حماية الطفل المحضون كأحد أهم مكونات الأسرة « بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري »

بقلم

د. لمين لعريض

أستاذ محاضر "ب" بقسم الحقوق. جامعة يحي فارس - المدينة

dr.larituniv18@gmail.com

مقدمة

إن دراسة موضوع "حماية الطفل المحضون كأحد أهم مكونات الأسرة بين الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري" إنما جاء خصيصا للمشاركة في الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، الذي ينظمه معهد العلوم الإسلامية بجامعة الوادي، وذلك في إطار المحور الأول منه، وهذا نظرا لأن مسألة حماية الطفل المحضون، إنما تكتسي أهمية قصوى على مستوى الفقه الإسلامي، وكذا القانون الوضعي وتحديدا قانون الأسرة الجزائري، وذلك على اعتبار أن الطفل هو أحد أهم مكونات الأسرة، مما يقتضي توفير كل أنواع الحماية المقررة له شرعا وقانونا، والتي تندرج جميعها في إطار مراعاة مصلحة الطفل، لاسيما عندما تعارض هذه المصلحة مع مصلحة الآخرين، إذ أن المشرع الجزائري قد علق أغلب الأحكام المتعلقة بالحضانة على مصلحة الطفل سواء من حيث إسنادها أو إسقاطها و كل ما يتعلق بذلك، ويعود تقدير هذه المصلحة للقاضي، وهنا يبدو الطابع الاجتهادي للموضوع، وصلته الوثيقة بحياة الطفل وما يعانیه من مشاكل وأزمات.

فقد يتعرض الطفل للكثير من المشاكل عند حلّ الرابطة الزوجية التي كانت تجمع والديه، ويتقل من حياة أساسها المودة والرحمة إلى التقيض تماما، خاصة بعد ازدياد حالات الطلاق في الجزائر بوتيرة متسارعة لم تشهدا الأسرة الجزائرية من قبل، رغم أنه أبغض الحلال إلى الله كما جاء في الحديث الشريف، وأكثر حالات الطلاق إن لم نقل كلها، يكون ضحيتها الأطفال فيكونون عرضة لمشاكل عدة، ولعل مشكل النفقة والسكن، والمشاكل النفسية والتربوية للطفل تعد من أهم هذه المشاكل.

كما تبدو أهمية الموضوع في كونه يطرح عدة إشكالات في الواقع العملي، ولعل كثرة مثل هذه القضايا على مستوى القضاء لأبرز دليل على ذلك، ولهذا ومنذ قرون خلت إلى يومنا هذا، حاول فقهاء الشريعة الإسلامية مراعاة مصلحة الطفل المحضون في هذا الصدد، كما تدخل المشرع الجزائري لتقرير النصوص القانونية الكفيلة بوضع إطار لحماية الطفل المحضون، وذلك في قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾.

(1) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية، العدد 24 لسنة 1984.

ورغم الأهمية البالغة لموضوع حماية الطفل المحضون، إلا أننا عند بحثنا عن الدراسات السابقة في الموضوع لاسيما الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وجدنا نقصا ملحوظا فيها، ويمكن أن نذكر بعض الدراسات ذات الصلة بالموضوع، منها :

- مذكرة ماجستير للباحثة : نسرين إيناس بن عصمان، تحت عنوان: مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، بجامعة أبو بكر بقايد بتلمسان، 2008 / 2009، وقد تناولت فيها تحديد طبيعة مصلحة الطفل ومجالات هذه المصلحة.

- مذكرة ماجستير للباحث : كمال صمامة، تحت عنوان : مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014/2015، تناول فيها الباحث بعد أخذ نبذة عن ماهية الحضانة، جميع مسقطات الحضانة التي ترجع لضياح الطفل صحة وخلقها، والتي ترجع للتنازل عنها سواء الصريح منه أو الضمني.

- شهادة ماجستير للباحثة : سناء عماري، تحت عنوان : التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014/2015، التي تناولت واقع الحضانة على المستوى القضائي من خلال الدعاوى المرفوعة، وع إظهار دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون، وإبراز الإشكالات التي تواجهه.

وبعد مرور ما يفوق عشر سنوات عن تعديل قانون الأسرة الجزائري، وإدخال تغييرات جديدة في هذه المسألة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005⁽¹⁾، فإننا سنحاول معرفة ما إذا كانت هذه الأحكام قد حققت الحماية المطلوبة للطفل المحضون في الواقع، والبحث عن مدى تمكن المشرع من معالجة القصور في هذه النصوص، أم أن الجديد نفسه الذي جاءت به هذه التعديلات والتغييرات قد اعترته الكثير من الثغرات والنقائص بشكل أفدح مما كانت عليه بشكل بعيد عن طموحات الأسرة الجزائرية، ومن هنا تأتي هذه المداخلة للإجابة على إشكالية هامة: هل وفر المشرع الحماية الفعلية للطفل المحضون من خلال مراعاة الاجتهادات الفقهية في هذا الصدد؟ ومن ثمة هل هي قادرة على حماية أهم مكون للأسرة من المهّدات التي قد يتعرض لها ؟

وسنحاول الإجابة على هذه الإشكالية في مداخلتنا هذه، من خلال استعراض مختلف آراء الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وموقف قانون الأسرة الجزائري منها، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول / تعريف الحضانة لغة وفقها وقانونا

ستتطرق في تعريفنا للحضانة إلى التعريف اللغوي والفقه، ثم نتطرق لتعريفها القانوني طبقا لقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول / تعريف الحضانة في اللغة والفقه الإسلامي

الحضانة مأخوذة من الحضن وهو مادون الإبط إلى الكشح⁽²⁾، والكشح هو الخصر أو موضع السيف من

(1) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 / 07 / 1984 المضمن قانون الأسرة جريدة رسمية، العدد 15 لسنة 2005.

(2) انظر: السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1397هـ / 1977م، ص 338.

المتقلد، وتعني الحضانة ضمّ الشيء إلى الجنب أو الصدر أو العضدان و ما بينهما، إذ نقول حضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته وتسمى حينئذ حاضته¹.

أما في اصطلاح فقهاء الإسلام، فالحضانة عموماً هي "القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميّز ولا يستقلّ بأمره، وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها..."⁽²⁾.

وقد وردت عدة تعريفات مفصلة للحضانة بتعدد المذاهب الفقهية، لكنها كلها متقاربة في معناها، ولذا فإننا نكتفي بتعريف المالكية الذين يعرفونها على أنها "حفظ المولود في بيئته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه وتنظيف جسمه، وهي من فروض الكفاية"⁽³⁾.

المطلب الثاني / تعريف الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته، وحفظه صحةً وخلقاً⁽⁴⁾.

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري ركّز في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها، وهي رعاية الطفل وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، وبهذا فقد جمع في هذا التعريف كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

ومن التعريف السابق يمكن أن نستنتج العناصر التي تتركز عليها الحضانة، وذلك كالتالي:

- تعليم الطفل المحضون : ويقصد به قانوناً التعليم الرسمي، بداية من التعليم الابتدائي إلى غاية بلوغ الطفل السن الذي يحدده القانون لانتهاء الحضانة، لاسيما وأن التعليم هو إجباري ومجانّي، ولذا فإن كل طفل له الحق في أن ينال قدراً من التعليم حسب استطاعته وقدراته الذهنية والعقلية واستعداده الفطري والنفسية.
- تربية الطفل المحضون على دين أبيه: والدين المقصود هنا هو الإسلام، حيث يجب أن يُربى الطفل على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، حتى ولو كانت أم الطفل غير مسلمة، حيث يجوز زواج المسلم بغير المسلمة، ولذا فإن القاضي يمكن أن يمنح الحق في الحضانة لها، إذا كانت تراعي أحكام الشريعة الإسلامية في تربية طفلها.
- السهر على حماية الطفل المحضون : فما دامت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، إذ لا يجوز أن يكون الطفل عرضة لأي ضرر أو اعتداء مادياً كان أو معنوياً، سواءً تمثّل ذلك في الضرب أو التهيب أو الشتم، مما قد يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسياً وعاطفياً، ولكن هذا لا يعني أن

⁽¹⁾ انظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1386هـ / 1967م، ص 543.

⁽²⁾ السيد سابق، المرجع السابق، ص 338.

⁽³⁾ محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام (حاشية على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه) ط 3، دار الفكر، دون ذكر مكان النشر، 1393هـ / 1973م ص 141.

⁽⁴⁾ انظر: المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل والمتمم السابق الذكر.

يترك للطفل الحبل على الغارب، و أن لا يُؤدّب كلما استدعت الحاجة ذلك، فترك الطفل دون تأديب يؤدي غالباً إلى نتائج سلبية.

- حفظ الطفل المحضون من الناحية الصحية : حيث يجب أن يلقي الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، كأن يتلقى التلقيح الصحي اللازم مثلاً، و أن يُعرض على طبيب كلما استدعت الحاجة ذلك، وهذا لحماية من الأمراض التي تؤثر على صحته والتي قد تؤدي به إلى الهلاك.

- حفظ الطفل المحضون من الناحية الخلقية : و يكون ذلك بتنشئته على حُسن الخلق، و حُسن معاملة الآخرين و بذلك بهديه و إعداده لأن يكون فرداً صالحاً في المجتمع، و أن لا يُترك عرضة للشارع و رفقاء السوء من العاصين والمجرمين.

المبحث الثاني / حماية الطفل المحضون من خلال تحديد شروط إسناد الحضانة

سنتناول في البداية الشروط الواجب توفرها في الحاضن والمحضون، ثم نتعرض لمسألة مدى جواز إسناد الحضانة المرأة العاملة.

المطلب الأول / الشروط الواجب توفرها في الحاضن والمحضون

تنقسم شروط الحضانة عموماً إلى شروط خاصة بالشخص الحاضن، وشروط أخرى خاصة بالطفل المحضون كما يلي :

الفرع الأول / الشروط الواجب توفرها في الشخص الحاضن

إن تحديد بعض الشروط في الحاضن لممارسة الحضانة، يُعدّ من أهم آليات حماية الطفل المحضون، وذلك بهدف ضمان مصلحة الطفل المحضون، وعلى هذا الأساس حصر المشرع الجزائري شروط الحضانة في الأهلية حيث قال : " و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك " (1)، لكن السؤال هو متى يكون الحاضن أهلاً لذلك ؟ فالمشرع لم يحدد ضوابط هذه الأهلية، ولذلك فإننا نستجدد بما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وذلك عملاً بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص كل ما لم يرد فيه نص قانوني (2)، و كثير من هذه الشروط أكدت عليها المحكمة العليا في اجتهاداتها. وبالرجوع للفقه الإسلامي فإنه يشترط في الشخص الذي تسند إليه الحضانة ذكراً كان أو أنثى أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً قادراً (3)، وذلك كما يلي (4) :

أولاً/ العقل و البلوغ و حسن التدبير

اتفق فقهاء الإسلام على ضرورة أن يكون الحاضن بالغاً، يمكنه تسيير أموره بنفسه والسهر على مصالحه

(1) الفقرة 02 من المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "

(3) انظر : محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، طبعة خاصة، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ / 2003 م، ص 253.

(4) راجع : السيد سابق، المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

ويكون البلوغ في الإسلام بالاحتلام وغيرها من علامات البلوغ، وهذا يعني وصول الشخص إلى سن التكليف الشرعي، ومن الفقهاء من حدده بسن الخامسة عشر وهم أدلتهم في ذلك، أما قبل ذلك فهو من يكون في حاجة إلى من يتولى أمره ويحضنه، فكيف يتولى أمر غيره (1)، أما في القانون فالعبرة ببلوغ الشخص سن الرشد المحدد قانوناً بـ 19 سنة كاملة (2)، كما يشترط أن يكون الحاضن عاقلاً، فقد يكون بالغاً ولكنه لا يتمتع بكامل قواه العقلية فلا يمكن إسناد الحضانة إليه، وعليه فإن المعتوه والمجنون لا يمكنه أن يمارس حق الحضانة، فكلٌ منها لا يستطيع القيام بتدبير شؤونه فيما بالك بتدبير شؤون غيره، ففاقد الشيء لا يعطيه، وحتى بالنسبة للمصاب بالجنون المتقطع فهو يأخذ حكم المصاب بالجنون المتصل، وذلك مخافة إيقاع الضرر بالمحضون فقد يرد جنونه في أي وقت (3)، ويرى الشافعية جواز ممارسة الحضانة لمن قلّ جنونه كيوم في ستين مثلاً (4)، غير أنهم بالنسبة للسفيه فلا يرونه أهلاً لحضانة الطفل، بحيث إذا كان الأب غير رشيد انتقلت الحضانة إلى الجد (5)، وكذلك المالكية يرون بأن لا حضانة لسفيه مبذر، إذ يشترطون في الحاضن أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً يحسن التصرف في ماله، أما الشخص غير الرشيد في ماله فلا يملك عندهم الأهلية التامة لممارسة الحضانة (6).

وقد أكد القضاء الجزائري على ضرورة سلامة العقل من جميع الأمراض التي يمكن أن تؤثر على مصلحة المحضون، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى سابقاً (المحكمة العليا حالياً) في أحد قراراته أنه: "الحاضن يشترط فيه من جملة الشروط سلامة العقل... وأنه من الثابت أمام المجلس أن الزوج صمّم على طلاق زوجته لأنها مصابة بمرض عقلي أو عصبي... وأن المجلس لم يسبب قراره في إسناد الحضانة إلى الأم المدعى عليها بأنها حائزة لصحة العقل أو البرء من المرض الذي أصابها حتى تصبح صالحة للقيام بمحضونها..." (7).

ثانياً / القدرة

القدرة هي استطاعة وإمكانية القيام بشؤون المحضون، وعليه فلا يجوز إسناد الحضانة للشخص العاجز عن القيام بذلك، لعاهة أو مرض أو شغل (8)، وكذلك المتقدم في السن إلى درجة تجعله يحتاج هو نفسه إلى رعاية الغير، أو للقاطن مع شخص غير سويّ أو يُغضّ الطفل ولو كان قريباً له، بحيث لا تتوفر للطفل الرعاية الكافية

(1) انظر: موقّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجعافلي دمشقي الصالحني الحنبلي، المغني، الجزء الحادي عشر، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1417 هـ / 1997 م، ص 412.

(2) راجع: المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (المعدّل والمتمم)، جريدة رسمية، عدد 78، لسنة 1975.

(3) انظر: عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 23.

(4) انظر: سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ "تدريب المبتدي وتهذيب المتبهي" الجزء الرابع، حققه وعلّق عليه أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ط1، دار القبليتين، الرياض، السعودية، 1433 هـ / 2012 م، ص 35.

(5) انظر: المرجع نفسه، ص 36.

(6) انظر في ذلك: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984، ص 726.

(7) قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 25/12/1978 (غير منشور).

(8) انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 550.

ولا الجو الصالح⁽¹⁾، كما يرى بعض أهل الفقه أنه لا يجوز إسناد الحضانة حتى لمن كانت مصابة بالبرص أو الجذام⁽²⁾، ويُدخل الفقهاء العمى في مانع العجز، إذا تسبب في عدم القدرة على رعاية المحضون، فهم ينطون حضانة الأعمى، بقدرته على القيام بشؤون المحضون ولو كان ذلك بمساعدة غيره، حيث يقول الفقيه ابن عابدين عن الأعمى " ... وأما حضانته، فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلاً للحضانة، وإلا فلا"⁽³⁾.

وفي هذا الصدد يرى القضاء الجزائري أن القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة وأداء واجباتها، وقد جاء في أحد قراراته: "المريض ضعيف القوة لا حضانة له وكذلك الأعمى والأصم والأخرس والمقعّد والحاضنة هنا فاقدة للبصر، ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وقضاة القرار المطعون فيه بإسنادهم حضانة الأولاد إليها وهي على هذا الحال قد حادوا عن الصواب"⁽⁴⁾.

ثالثا / العدالة والاستقامة

إذ يجب أن يتوفر في الحاضن الاستقامة والتخلّق بالخلق الحسن، فيجب أن يكون الحاضن عدلاً في خُلُقهِ وفي سلوكه مع المحضون، وفي الاهتمام به ورعاية مصالحه وعدم الانشغال عنه، لأن الحاضن الذي يغيب عن المحضون أغلب وقته، فيهمله أو لا يهتم به ولا يراعه ويتركه يخالط أصحاب السوء، لا يكون أهلاً لممارسة الحضانة، ويرى البعض أنه إذا كانت الحاضنة تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعاً، فإنها لا تكون مأمونة عليه، ومن ثمة لا تكون لها حضانته إذ ليست أهلاً لها⁽⁵⁾.

ويرى الحنابلة أن الحضانة لا تثبت لفاسق ولا فاسقة⁽⁶⁾، فهي غير مأمونة على الطفل وغير موثوق بها في أداء واجب الحضانة وربما نشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها⁽⁷⁾، وفي مذهب الإمام الشافعي فإن الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها⁽⁸⁾، لكن اعتبر أن المراد بالفاسق هنا هو الزنا المقضي لاشتغال الأم عن الولد⁽⁹⁾.

وقد تشدّد القضاء الجزائري في اعتبار الأمانة شرطاً جوهرياً في الحاضن، وتكرس ذلك في العديد من قراراته، إذ يرى أن الحاضنة التي لا تقيم وزناً للأخلاق ولا تراعي حرمة للشرف، لا تكون أهلاً للحضانة لأنها غير أمينة على الطفل وأدبه وخلقه، إذ ينشأ على طريقتها ومتخلقا بأخلاقها، فإن تُركت حضانة الطفل لها فلا يؤمن عليه⁽¹⁰⁾، كما جاء في أحد قراراته أيضاً عدم جواز إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد

(1) انظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 342.

(2) انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 31.

(3) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253.

(4) قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً)، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، المجلة القضائية، ع 04، لسنة 1989، ص 76.

(5) انظر عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 242.

(6) انظر: موقّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 412.

(7) انظر السيد سابق، المرجع السابق، ص 342.

(8) أشار إلى رأي المذهب الشافعي: محمد بن علي بن الحنفى الحصكفي، الدر المختار، (شرح تنوير الأبصار وجامع البحار للشيخ محمد بن عبد الله الغزي الحنفى التمرتاشي، في فروع الفقه الحنفى)، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، ط 1 منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423 هـ / 2002 م، ص 254.

(9) انظر: محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 253.

(10) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/05/22، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991، ص 141.

أجنبي بعيدا عن رقابة الأب⁽¹⁾، إلا إذا كانت مصلحة المحضون توجب ذلك⁽²⁾.

رابعا / الإسلام (شرط وحدة الدين بين الحاضن والمحضون المسلم)

يرى الشافعية والحنابلة وفريق من المالكية، أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة، فلا تثبت الحضانة عندهم للمرأة الكافرة بالنسبة للصغير المسلم لأنها ولاية، وبالتالي لا حضانة لكافر على مسلم⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾⁽⁴⁾، فهي كولاية الزواج والمال ولأنه يُخشى على دين المحضون من الحضانة لحرصها على تنشئته على دينها، وهذا أكبر ضرر يصيب الطفل، فكل مولود يولد على الفطرة إلا أن أبويه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما جاء في الحديث الشريف.

إلا أن الحنفية وبعض المالكية لم يشترطوا إسلام المرأة الحاضنة، ولذا فهم يميزون حضانة المرأة الكافرة⁽⁵⁾ كتابية كانت أو مجوسية⁽⁶⁾، لأن الحضانة لا تتجاوز إرضاع الطفل وخدمته والشفقة عليه، لذلك فالذميمة كالمسلمة في الحضانة⁽⁷⁾، ودليلهم في ذلك حديث رافع بن سنان، والذي ضعفه البعض حيث يروى أن رافع بن سنان أسلم وأبت امرأته أن تُسلم، فأنت النبي ﷺ فقالت: ابنتي... وقال رافع: ابنتي فالت إلى الأم، فقال النبي ﷺ: "اللهم اهداها" فالت إلى أبيها فأخذها⁽⁸⁾، و يرى البعض جواز حضانة الذميمة ما لم يعقل الحاضن ديناً، وقدّر ذلك بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ⁽⁹⁾.

ولكن إذا خيف من الحضانة غير المسلمة أن تسقي الطفل أو تطعمه ما حرم الله على المسلمين فلا حضانة لها⁽¹⁰⁾، مع العلم أن الأحناف وإن رأوا جواز حضانة الكافرة للطفل المسلم إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة⁽¹¹⁾، لأنها تحبس، إلا إذا أسلمت⁽¹²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على هذا الشرط صراحة، واكتفى بالنص على أن الطفل يُربى على دين أبيه طبقاً للمادة 62 من قانون الأسرة، مما يُستفاد منه ضمناً أن الأهمّ بالنسبة للمشرع الجزائري هو تربية

(1) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/02/1993 (غير منشور).

(2) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/03/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2008، ص 271.

(3) انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 35؛ وانظر أيضاً: انظر: موقّق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق ص 412 و 413.

(4) الآية 141 من سورة النساء

(5) انظر: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أبيوب، كاتو - نيجيريا، 1420 هـ / 2000 م ص 84.

(6) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 254 و 255.

(7) انظر: محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 143.

(8) أخرجه أبو داود والنسائي.

(9) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 255.

(10) انظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري القرطبي، كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق وتقديم وتعليق الدكتور محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، المجلد الثاني، ط 1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - البطحاء، 1398 هـ / 1978 م، ص 626 و 627.

(11) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 254.

(12) راجع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، ط 2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1406 هـ / 1986 م، ص 42.

الطفل المحضون على دين الإسلام، وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا الموقف وسوّى بين الأم المسلمة وغيرها في استحقاق الحضانة⁽¹⁾ إلا إذا ثبت ردتها عن الدين الإسلامي⁽²⁾.

الفرع الثاني/ الشروط الواجب توفرها في الطفل المحضون

الواقع أنه ليس هناك شروط خاصة بالنسبة للطفل المحضون إلا فيما يتعلق بالسنّ الذي يجب ألا يكون قد تجاوزه الطفل، فالحماية إنما قُدرت لحماية الصغير والذي يختلف بحسب ما إذا كان المحضون ذكراً أم أنثى.

أولاً/ شرط السن بالنسبة للمحضون الذكر

اختلف الفقهاء في السن الذي يجب ألا يتجاوزته الذكر حتى يكون محلاً للحضانة، وفرّقوا بين حضانة النساء وحضانة الرجال، فيرى الأحناف أن حضانة النساء للذكر تستمر إلى أن يستغني عن خدمة النساء⁽³⁾، ويبلغ سن التمييز والاستقلال، أي من سبع سنين إلى تسع، فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده⁽⁴⁾، وليس لذلك مدة معينة تنتهي بانتهائها؛ ويرى المالكية في الحد المشهور استمرار الحضانة للذكر إلى الاحتلام أي البلوغ⁽⁵⁾، وفي رواية إلى الأثغار وهو قول ضعيف⁽⁶⁾، وعند الحنابلة تستمر الحضانة للأم إلى سنّ سبع سنين، ولا يفرقون في ذلك بالنسبة للذكر أو الأنثى، ثم يخير الطفل بين أبويه⁽⁷⁾، وهو قريب من رأي الشافعية الذين يجعلون الحضانة للأم إلى سنّ التمييز، إذ العبرة عندهم بالتمييز وليس بسنّه، فقد يكون سبع سنين أو ثمان وقد يتقدم أو يتأخر، ثم تخيير الطفل بين الأم والأب⁽⁸⁾، وهذا على خلاف الحنفية الذين يوجبون تسليم الولد إلى أبيه بعد سبع سنين، حيث لا خيار للولد عندهم قبل البلوغ مطلقاً ذكراً كان أم أنثى⁽⁹⁾، لأنه قد صحّ لديهم أنّ الصحابة لم يخيروا⁽¹⁰⁾.

أما بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، فنجد أن المادة 65 منه، تنص على أن حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات، و نرى أن الطفل في هذا السنّ يبقى محتاجاً للرعاية لم يكمل تعليمه الابتدائي، وكان الأحرى بالمشرع أن يجعل الحضانة تستمر إلى البلوغ على رأي المذهب المالكي، دون أن يشترط وجود تمديد من الأم - دون غيرها - إلى سن 16 سنة كما جاءت به نفس المادة، والتي اشترطت عدم زواج هذه الأم مرة ثانية، فحتماً سيكون ذلك لمصلحة المحضون، لأن استمرار الحضانة إلى سن البلوغ يعني بقاء الطفل المحضون مدة أطول

(1) انظر: قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً)، غرفة الأحوال الشخصية، في 16/04/1979، نشرة القضاة، العدد 02 لسنة 1981، ص 108.

(2) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 10/09/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2008، ص 313.

(3) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.

(4) راجع: علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 42.

(5) انظر: أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص 84.

(6) انظر: محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 142.

(7) انظر: موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 415.

(8) انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدي، المرجع السابق، ص 36 و 37.

(9) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدرّ المختار، المرجع السابق، ص 256.

(10) محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 270.

في السكن المخصص للحضانة، وأعتقد أن تحديد سنّ 16 سنة قد تمّ على أساس أنه سنّ التمييز طبقاً للقانون المدني آنذاك، إلا أن سنّ التمييز قد تمّ تعديله بعدها ليصبح 13 سنة⁽¹⁾، ولذا فمن الضروري تحديد المعيار الذي تم الاعتماد عليه لتحديد سنّ 16 سنة مما تبدو معه الحاجة إلى ضرورة إقرار تعديل جديد لقانون الأسرة، بما يتماشى والتعديلات الجديدة للقوانين.

ثانياً / شرط السن بالنسبة للمحضون الأثني

يرى الحنابلة أن حضانة الأثني تستمر لأثني سنين حتى سنّ سبع سنوات، وبعدها يجب تسليمها إلى أبيها⁽²⁾ على عكس الشافعية الذين رأينا أنهم يجعلون الحضانة للأثني إلى بلوغ سن التمييز، ثم تُخَيَّر البنت بين أبويها⁽³⁾ أما الأحناف فيرون أن حضانة النساء للبنت تستمر حتى تحيض⁽⁴⁾، ويرى قولاً عند بعض الحنفية حتى تُستهي، وقُدِّر ذلك بتسع سنين، وبه يفتي، وبنت إحدى عشر مُشتهةً اتفاقاً⁽⁵⁾، أما عند المالكية فتستمر حضانة البنت حتى تتزوج ويشترط دخول زوجها بها، حيث تُزَفّ المحضونة إلى زوجها من بيت الحاضنة لا من بيت أبيها⁽⁶⁾، ويرى بعض أهل الفقه أن المحضونة تستمر حضانتها حتى ولو تزوّجت إذا كانت لا تصلح للرجال⁽⁷⁾.

أما طبقاً للمادة 65 السابقة الذكر من قانون الأسرة الجزائري، فحضانة البنت تنتهي ببلوغها سنّ الزواج ونجد أن المشرع هنا، لم يحددها صراحة بالزواج كما فعل المالكية، وهذا رغم أن سنّ الزواج محدد قانوناً بـ 19 سنة⁽⁸⁾، وهو سنّ الرشد القانوني، فهل هذا يعني أنه يشترط في البنت المحضونة أن يكون سنّها أقل من 19 سنة، وإلا فلا تجوز حضانتها؟ ولكن كيف يكون الحال إذا ما تزوّجت قبل هذا السنّ بناء على إذن مسبق، إذا تم التحقق من قدرتها على الزواج؟ فطبقاً لحرفية النص فإن حضانتها تستمر رغم زواجها؟ ولذا نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن تكون صياغة النص كالتالي: "تنتهي حضانة البنت بزواجها أو ببلوغ سن 19 سنة على الأكثر"، أما قبل ذلك فتكون البنت لا تزال في حاجة إلى الحماية.

وكثيراً ما يحاول الأب المطلق أن يزوج ابنته قبل سن 19 سنة، إذا كانت هي الوحيدة المحضونة عند أمها وقد يكون ذلك من أجل استرجاع السكن الممنوح للحاضنة أو التنصل من دفع أجرة السكن إن كان مستأجراً.

المطلب الثاني / مدى جواز إسناد الحضانة للمرأة العاملة

كان عمل المرأة قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة محلاً لاجتهاد القضاة في مسألة إسناد الحضانة من عدمه، وهذا الخلاف مصدره غياب النص القانوني الصريح، فهل يشترط ألا تكون المرأة عاملة حتى يمكن إسناد الحضانة إليها؟ في غياب النص أصدر القضاء الجزائري الكثير من القرارات في هذه المسألة، يصب أغلبها في

(1) انظر: المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتّم

(2) انظر: موقّ الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 418.

(3) سراج الدين البلقيني، تدريب المتدي، المرجع السابق، ص 36 و 37.

(4) راجع: علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 42.

(5) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 256.

(6) انظر: محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 142.

(7) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 256.

(8) انظر: المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتّم

سياق أن عمل المرأة لا يعد سببا لعدم أحقية الأم في الحضانة، ومنها ما كان مغاليا في ذلك وعلى سبيل المثال جاء في أحد قراراته "من المقرر شرعا وقضاء أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضون وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار، لا يؤدي إلى سقوط الحضانة عنها، وإنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط" (1).

وهنا نتساءل: كيف تكون الحاضنة غير جديرة بالحضانة وفي نفس الوقت يمكن إسناد الحضانة إليها؟ فقد اعتبر القاضي عدم الجدارة في ممارسة الحضانة سببا تافها ليس إلّا، لا يصل إلى حد اعتباره سببا مانعا لإسناد الحضانة عن الأم، وكل هذا منسوب إلى الشرع، وهل الشرع يُقيّم الحضانة لشخص غير جدير بها؟ نجد هنا أنه كان على القاضي أن يتخذ موقفا غير هذا، ويبحث عن التسيب الصحيح لعدم إسقاط الحضانة، إذا لاحظ أن مصلحة المحضون مُصانة في الحالة المعروضة عليه، كما يجب أن تكون هناك جدية في إسناد الحضانة وإثباتها، في حال تعرض مصلحة المحضون للخطر، وهذا ما أكدته اجتهادات المحكمة العليا فيما بعد، حيث جاء في أحد قراراتها سنة 2002 أن "عمل الأم الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة أولادها، ما لم يتوفر الدليل الثابت على حرمان المحضون من حقه في العناية والرعاية" (2).

ولعل مثل هذه القرارات وما أثارته من جدل ونقاش، هو ما دفع بالمشروع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة سنة 2005، حسم الخلاف بالنص على ما يفيد بأن عمل المرأة لا يعد سببا لمنع الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون (3)، ولكن ومع ذلك فإننا نلاحظ أن صياغة هذا النص تفيد بأن عمل المرأة قد لا يكون سببا لمنع ممارسة الحضانة وقد يكون العكس، لأن المشروع أعطى السلطة التقديرية للقاضي في منح أو عدم منح الحضانة، وهذا لأن الأم إن كانت عاملة فإنها قد تلجأ عند خروجها للعمل بوضع الابن في دور الحضانة، أو تأجير امرأة تسهر على رعاية ولدها، وهذا قد يكون له آثار سلبية على الطفل المحضون، وفي نفس الوقت قد يكون عمل المرأة لساعات قليلة، أو تمارسه بيئتها أو قريبا منه، مما لا يؤثر على مصلحة الطفل المحضون، بل وقد يُعزز من هذه المصلحة، كما لو كانت معلّمة تستغلّ وظيفتها في تعليم طفلها وتدرسه.

وعليه فإذا كان عمل المرأة يستوجب عليها ترك منزلها كامل اليوم أو في الأوقات التي يكون فيها الطفل في أمس الحاجة إلى أمه، فلا يسند لها القاضي الحضانة في حال ثبوت وجود تقصير في واجبات الحضانة اتجاه المحضون، أما إذا كانت الحاضنة أمّا أو غيرها مع عملها المشروع، تُعد مأمونة على المحضون صائنة له من الضياع والإهمال، لأنها تخرج بعض الوقت فقط، ومدة خروجها يوجد من يصون الطفل، ويحافظ عليه، لا تنزع الحضانة منها، لأن ذلك لا يتنافى ومصلحة المحضون، وبمنح القاضي هذه السلطة يكون المشروع قد وضع حدا لهذه المسألة لأن المؤهل الوحيد للفصل في هذه الحالة هو القاضي.

وقد اختلف فقهاء الإسلام في مسألة خروج المرأة من المنزل وتأثيرها على إسناد الحضانة، بما في ذلك خروجها من أجل العمل والسعي لكسب لقمة العيش، إلا أنّ الاعتبار عند غالبيتهم هو كثرة الخروج من

(1) قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ 1969/05/29، نشرة القضاة، العدد 04، لسنة 1970، ص 50.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2004/07/03، المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 2002، ص 270.

(3) انظر: المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتّعم.

البيت، فإذا كانت الحاضنة تخرج كل الوقت مما يؤدي إلى ترك الولد ضائعاً فلا حضانة لها، لأن الولد في حكم الأمانة عندها، ومُضَيِّع الأمانة لا يُستأمن⁽¹⁾، ويرى البعض أنه إذا كان عمل المرأة لا يحول دون تربية الطفل والعناية به وتدير شؤونه فلا يمنع ذلك من إسناد الحضانة لها، فالعبرة بقدرتها على التربية أو عدم قدرتها⁽²⁾.

المبحث الثاني / حماية الطفل المحضون من خلال ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة

كان المشرع الجزائري ينص في المادة 64 من قانون الأسرة قبل تعديلها، على مستحقي الحضانة وذلك وفقاً للترتيب التالي: الأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة المحضون في كل ذلك.

وبعد تعديل المادة 64 تغير هذا الترتيب وأصبح كالتالي: الأم، ثم الأب ثم الجدة من جهة الأم ثم الجدة من جهة الأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد غير مراتب المستحقين للحضانة غير أن الأم تبقى دائماً هي الأولى بحضانة ولدها والجديد هو جعل الأب بعد الأم مباشرة، كما أنه أضاف العمة التي جاءت في آخر الترتيب مع الخالة، بعد أن كانت الخالة في المرتبة الثالثة مباشرة بعد الأم وأمها، وذلك على اعتبار أن الأصول وإن علو أكثر شفقة على الأبناء من غيرهم، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه و كل الأحوال فإن مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 السابقة الذكر⁽³⁾.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يوضح من المقصود بالأقربين درجة وما هو الحل إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كأخوة أو أعمام، كما لم يُعيّن ما هو الحل في حالة تحلّي أصحاب الحق في الحضانة وعدم وجود قريب للصغير.

ولذا ستطرق للفتات المسماة التي رتبها المشرع الجزائري، ثم نتطرق للمقصود بالأقربين درجة .

المطلب الأول / ترتيب الفئات المسماة التّي حددها القانون

حدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة 06 فئات مرتبة على الشكل التالي :

القديم الأول / الأم ثم الأب: الأم هي والدة الطفل، سواء كانت متزوجة من والد الطفل أو مطلقة، مادامت أهلاً للحضانة وقد جعلت في المرتبة الأولى ذلك لكونها أشفق وأرفق بطفلها من غيرها، ولها من الصبر على التربية ومشاقها ما ليس لغيرها، لهذا قُدمت الأم حمايةً للطفل ورعايةً لمصلحته⁽⁴⁾.

أما الأب فهو والد الطفل، حيث تعود له الحضانة في المرتبة الثانية بعد أم الطفل مباشرة وقبل باقي الأقارب، حيث تسند له الحضانة في حال عدم وجود الأم أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة، وذلك على أساس أنّ الوالدين هم الأقرب لأبنائهم، والأشفق عليهم، والأكثر حرصاً على رعاية مصالحهم. وقد كان المشرع الجزائري يُرتّب الأب في المرتبة الثالثة بعد الأم والجدة لأم، حيث قدم أم الأم على الأب،

(1) انظر: محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 254.

(2) انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 551.

(3) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/05/13، مجلة المحكمة العليا، ص 01، لسنة 2004، ص 297.

(4) انظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 339.

وهذا على قول أغلب المذاهب الفقهية، غير أنه في التعديل الأخير لقانون الأسرة، تم ترتيب الأب بعد الأم مباشرة، وهذا مراعاة لمصلحة المحضون باعتبار أنه لا يوجد من هو أرق وأشفق على الطفل من أبويه وبالرجوع للفقه الإسلامي لم يثبت في المشهور عند المذاهب الفقهية تقديم الأب على أم الأم، إلا في بعض الأقوال، ومنها أحد الروايات عن الإمام أحمد بن حنبل الذي جاء فيها أن أم الأب وأمها مقدمات على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم لأنهن يدلن به، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته⁽¹⁾، كما قيل في روايات أخرى عن أصحابه، أنه في حال تركت الأم الحضنة مع استحقاتها لها ففيه وجهان، من بينها أن الحضنة تنتقل للأب، لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق⁽²⁾، هذا ويرى مذهب الجعفرية كذلك أن الحضنة تثبت للأم ثم للأب⁽³⁾.

الفرد الثاني / الجدة لأم ثم الجدة لأب: الجدة لأم هي أم الأم مهها علت، حيث تكون في المرتبة الثالثة، وذلك في حالة عدم وجود الأبوين، أو وجدوا ولم يكونوا أهلا للحضنة، فتعود لأم أم الطفل وهذا بعد الأب مباشرة، لكونها الأقرب للصغير بعد والديه. أما الجدة لأب فهي أم الأب وإن علت، وهي في المرتبة الرابعة، في حالة عدم وجود والديها والجدة لأم، أو وجدوا ولم يكونوا أهلا للحضنة، وقد أسندت الحضنة لأم الأب بعد أم الأم - رغم أن كليهما تعتبر جدة للطفل - لأن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، وحق الحضنة يعود في الأصل للأم فالمتسببة لها تكون أولى من المتسببة للأب.

الفرد الثالث / الخالة ثم العم: الخالات هن أخوات والد الطفل، وتسند لهن الحضنة في المرتبة الخامسة، عند عدم وجود والديها والجدات، أو وجدوا ولم يكونوا أهلا للحضنة، الأصل أن تقدم الخالة الشقيقة على غيرها من الخالات، وقد تم ترتيب الخالة في المراتب الأولى متأثراً بالمذهب المالكي، وإن كان المالكية يجعلونها بعد الجدة لأم مباشرة.

أما العمات فهن أخوات والد الطفل، وتسند لهن الحضنة في المرتبة السادسة، في حال عدم وجود أي فئة من الفئات السابقة، أو في حال لم يكونوا أهلا للحضنة، وتقدم العمه الشقيقة على غيرها من العمات وتعتبر الخالات أولى من العمات وإن تساوين في القرب، لأن الخالات يدلن بقرابة الأم فكن أشفق⁽⁴⁾.

المطلب الثاني / ترتيب الفئات التي تدخل في صنف الأقربون درجة وفقاً للفقه الإسلامي

إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة وترتيبهم يؤدي بنا إلى الرجوع مرة أخرى إلى فقهاء الإسلام، حيث نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكن غالبيتهم -إلا قليلاً منهم- اتفقوا على أن الأولوية تكون للأقربين درجة من جهة الأم والأب معا (الشقيقات والأشقاء)، ثم من جهة الأم ثم من جهة الأب، ولما كان النساء فيهن رفق وعاطفة أكثر من الرجال، جعل الشارع لهن حق الحضنة،

(1) انظر: موقد الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 426.

(2) انظر: المرجع نفسه، ص 427.

(3) انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 549.

(4) راجع في ذلك: ممدوح عزمي، أحكام الحضنة بين الفقه والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 24.

وفقاً لترتيب خاص، ثم تتقل الحضانة للأقربين من الرجال⁽¹⁾ العصبية، ثم غير العصبية، وإذا لم يوجد له هؤلاء الأقارب عين له القاضي أيّ حاضن آخر يكون عدلاً أميناً ثقة.

الفرع الأول / القربيات من النساء: لقد اختلف المذاهب الأربعة في ترتيب هذه القربيات، ففي المذهب المالكي فإنه بعد الأم وأمهاتها والخالة وأمهات الأب⁽²⁾، نجد الأخت، ثم العمة ثم عمّة الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت⁽³⁾، أما المذهب الحنفي فيرتب القربيات من النساء بعد الأم وأمهاتها وأمهات الأب، بداية بالأخت ثم بنت الأخت ثم الخالة ثم بنت الأخ، ثم العمة ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء⁽⁴⁾ وفي بعض الروايات عن الإمام أبي حنيفة فإن الخالة أولى بالحضانة من بنت الأخت لأب⁽⁵⁾، وفي مذهب الإمام الشافعي فبعد الأم وأمهاتها ثم أم الأب⁽⁶⁾ وأمهاتها ثم أم أبي الأب ثم أم أبي الجد، فإننا نجد الأخت وهي مُقدّمة من أي جهة كانت على الخالة، ثم بنت الأخ والأخت، حيث تقدم الأخت من الأب على الأخت من الأم، ثم العمة، وتُقدّم الخالة والعمّة من أب على الخالة والعمّة للأم، وبخصوص بنات الخالة والحال وبنات العم والعمّة، فتثبت لهنّ الحضانة في ذكر لا يُشتهى، وإلا فلا حضانة لهنّ⁽⁷⁾، أما في المذهب الحنبلي فالمشهور أنه بعد الأم وأمهاتها ثم أمهات الأب، نجد الأخوات، وتُقدّم الأخت لأب على الأخت لأم، ثم الخالة حيث تقدم الخالة لأب على الخالة لأم، ثم العمة، ثم خالات الأب، ثم خالات الأم، وقيل العكس، ثم عمات الأب، ولا حضانة لعمّات الأم، وإذا اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة، قُدّم المستحقّ منهم بالقرعة⁽⁸⁾.

الفرع الثاني / الأقربون من الرجال العصبية

العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراجه أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم والعاصب إذا كان رجلاً فلا يكون إلا عاصباً بنفسه وهذا حسب المادة 152 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "... كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر".

والأقربون من الرجال العصبية عند المالكية هم: الأب، ثم الأخ، ثم الجد لأب وإن علا، ثم ابن الأخ ثم العم، ثم ابنه، ويقدم القريب المحرم الشقيق ثم لأم ثم لأب⁽⁹⁾، أما عند الحنفية فهم: الأب ثم الجد ثم الأخ

(1) انظر: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 546.

(2) والمشهور عند المالكية أن تُقدّم أم الأب على الأب، غير أنه في بعض الروايات عن الإمام مالك نجد أن الأب أولى من أم الأب، إلا إذا كان للأب زوجة أجنبية (انظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الكافي، المرجع السابق، ص 625).

(3) انظر: أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص 84.

(4) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 255.

(5) راجع: علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 41.

(6) ويُقدّم الشافعية الأب على أم الأب على الصحيح (انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المتبدي، المرجع السابق، ص 35)؛ ويذكر ابن قدامة في كتابه المغني، أن قول الشافعي القديم يرى أن الحالة أحق من أم الأب (انظر في هذا: موقّ الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 422).

(7) انظر: سراج الدين البلقيني الشافعي، تدريب المتبدي، المرجع السابق، ص 33 و 34.

(8) راجع في ذلك: موقّ الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 420 - 424 و 427.

(9) انظر: أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص 84.

الشقيق، ثم الأخ لأب ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم، وإن اجتمعوا فالأورع ثم الأسن⁽¹⁾، ولا تُسند الحضانة لابن العم إلا إذا كان المحضون ذكراً، أما إذا كانت أنثى فلا تُسَلَّم إليه لأنه ليس بمحرم منها، ويجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها⁽²⁾، وفي المذهب الشافعي نجد الأب ثم الجد للأب وإن علا ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ للأب ثم الأخ للأم، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ للأب، ثم العم الشقيق، ثم العم للأب، ثم العم للجد، ثم يأتي الورثة غير المحارم كأبناء العم وأبنائهم، وأبناء عم الأب، وأبناء عم الجد، وهؤلاء لا تُسَلَّم لهم مُشتهاة حذراً من الخلوة، ولكن تُسَلَّم إلى ثقة يُعيّتها هو، وجاء في بعض أقوال المذهب أنه لا حقّ لهم في الحضانة باعتبارهم ليسوا من المحارم⁽³⁾، أما عند الحنابلة فيُرتَّب الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم⁽⁴⁾.

الفرد الثالث / الأقربون من الرجال غير العصبية: إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من النساء القربيات أو الأقارب من الرجال العصبية أو لم يكن منهم من هو أهل للقيام بممارسة الحضانة، انتقل هذا الحق إلى أقارب المحضون من الرجال غير العصبية، وهم في المذهب الحنفي على النحو الآتي: الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأم، فإن تساوا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم⁽⁵⁾، أما عند المالكية فإن الخال والجد لأم لا حضانة له⁽⁶⁾، وفي مذهب الإمام الشافعي فإنه إذا لم يوجد الإرث والمحرمية أو لم يوجد الإرث، فالأصحّ عنده أنه لا حضانة مطلقاً⁽⁷⁾ حيث يرى أن الخال والعم لأم لا حق له في النسب⁽⁸⁾، أما الحنابلة فلا حضانة عندهم للرجال من ذوي الأرحام، كالخال، والأخ من الأم، وأبي الأم، وابن الأخت، وذلك إذا وجد أحد من أهل الحضانة سواهم⁽⁹⁾.

الفرد الرابع / الأقربون بتعيين من القاضي: إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الطفل من الفئات التي سبق ذكرها، وذلك لوجود مانع مادي كعدم قدرتهم على التكفل بالطفل المحضون أو لم يكونوا أهلاً لذلك، نص المشرع في المادة 64 من القانون الأسرة على أن للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون، ولو كان من الأقارب الذين ليست لهم حق الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، ونلاحظ هنا غموض نص المادة السالفة الذكر التي أكتفت بالنص على أن القاضي يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون من الأقارب الموجودين، فإن لم يوجد له أقارب أصلاً، عين له حاضنة تقوم بتربيته، ويرى البعض أنه دفعا للفتنة فإنه على القاضي أن يعين حاضنا

(1) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 255.

(2) انظر: علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 43، وانظر أيضاً: محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 264.

(3) انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المتبدي، المرجع السابق، ص 34 و 35.

(4) انظر: موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 424.

(5) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 255.

(6) انظر: أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص 84.

(7) انظر: سراج الدين البلقيني، تدريب المتبدي، المرجع السابق، ص 35.

(8) انظر: المرجع نفسه، ص 39.

(9) انظر: موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 425.

للمحزون الذكر وحاضنة للمحزون الأثني بشرط توفر عنصر الثقة فيهم لدى القاضي، وأن يتأكد من قدرتهم على الحضانة وعلى رعاية مصلحة المحزون، ويرى القضاء ضرورة استعانة القاضي في الحكم بمدى مصلحة المحزون بمرشدة اجتماعية⁽¹⁾.

المبحث الرابع / حق الحاضنة في السكن كآلية لحماية المحزون

يجمع فقهاء الإسلام على وجوب توفير السكن للحاضنة⁽²⁾، وبعضهم يرى حقها في السكن منذ ظهور حملها⁽³⁾، وسئل أبو حفص عمّن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد؟ فقال: على الأب سكتانها جميعا، وقال نجم الأئمة: المختار أنه عليه السكنى في الحضانة⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد، نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أنه " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن "

ما يلاحظ على هذا التعديل أنه وإن كان يحمل في طياته الرغبة في حماية المحزون من التشرّد بحيث يكون له مأوى يوفر له الجو الملائم والدافئ، إلا أنه لم يفلت هو الآخر من بعض النقائص، نذكر منها ما يلي:

- إن العمل بالتعديل بالصياغة الجديدة على إطلاقها، يعني أن الطليقان يبقيان في نفس السكن إلى غاية تنفيذ الحكم المتعلق بالسكن، مما يعني أن بقاءهما في نفس السكن قد يستمر إلى ما بعد انتهاء العدة، الأمر الذي يؤدي حتما إلى مالا يُحمد عقباه، ولذا كان على المشرع أن ينص على ضرورة بقاء الحاضنة في السكن دون طليقتها، وتعليق بقاء الحاضنة في مسكن طليقتها بعدم وجود مسكن آخر خاص له، وإلا فإننا سنقوم بتشريد الآباء بحجة مصلحة الأبناء المحزونين، وقد ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يفيد ذلك، بقولها "للحاضنة الحق في البقاء في مسكن الزوجية متى ثبت للزوج مسكن آخر وهذا نظرا لمصلحة المحزونين..."⁽⁵⁾.

- اشترط المشرع في المادة 72 السابقة على أن يكون السكن ملائما للحاضنة، بدلا من أن يشترط أن يكون السكن ملائما لممارسة الحضانة، أي مراعى لمصلحة المحزون، فالعبرة بمصلحة المحزون وليس مصلحة الحاضنة ثم أنه لم يوضح فيما إذا كانت الحاضنة المقصودة هي الأم أو غيرها؟ ولو أنّ ظاهر النص يفيد أنها أمّ الطفل.

- كان على المشرع الجزائري أن يوضح صراحة - في صلب المادة 72 السابقة - الحالات التي يسقط فيها حق الحاضنة في السكن، لأن النص الذي كان يقضي بذلك وهو الفقرة 04 من المادة 52 من قانون الأسرة قد تم إلغاؤها، والتي كانت تنص على سقوط حق الحاضنة في السكن بعد زواجها أو ثبوت الانحراف في سلوكها.

- إن المادة 61 من قانون الأسرة تفيد بأن العدة هي سبب بقاء المطلقة في مسكن طليقتها دون الإشارة إلى مسألة وجود أطفال من عدمه، أي على الزوجة المطلقة أن تخرج من هذا المسكن عند انقضاء عدتها، في حين أن

(1) انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17/05/2006، مجلة المحكمة العليا، ع02، لسنة 2007، ص 437.

(2) انظر: أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك، المرجع السابق، ص 85.

(3) انظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 627.

(4) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، 255.

(5) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15 جوان 1999، مجلة قضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 225.

سبب بقاء المطلقة في المادة 72 من نفس القانون هو حضانة الأولاد، حيث تبقى فيه حتى بعد انتهاء العدة، وهذا يستلزم تعديل المادة 61 السابقة الذكر لتنص على استثناء الحالة التي يكون فيها أطفال.

- أغفلت المادة 72 السابقة النص على حكم الحالة التي يكون فيها للحاضنة سكن تملكه، أو تستأجره، فهل الأب رغم ذلك يلتزم بتوفير المسكن ذاته أم توفير أجرته فقط، أم لا يتوجب عليه لا هذا ولا ذاك؟ ويرى الفقيه الجليل ابن عابدين في ذلك، أن لزوم توفير الأب للمسكن إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها، فلا، لعدم احتياجه إليه⁽¹⁾.

وتفادياً لمشاكل عدم توفير أب الطفل للنفقة اللازمة والتي تتمثل قانوناً في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة⁽²⁾، سواء أكان ذلك راجعاً لتعته أو لعجزه، فقد قرر المشرع بموجب القانون رقم 15-01⁽³⁾، إنشاء صندوق النفقة، والذي يضمن حصول المطلقة الحاضنة على النفقة الضرورية، وهو يعتبر من أهم الآليات التي استحدثها المشرع الجزائري لحماية الطفل المحضون، غير أنه يؤخذ عليه في هذا الصدد، أنه لم ينص صراحة على السكن اللازم لممارسة الحضانة أو على الأقل أجرته رغم أن السكن وأجرته من مشتقات النفقة كما تنص عليه المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الخامس / إسقاط حق الحضانة و دوره في حماية الطفل المحضون

حق الحضانة لا يثبت بصفة مؤبدة لصاحبه وإنما هو أداء أوجب القانون، فإن قام به الحاضن كما نص عليه المشرع و التزم بشروطه، بقي له هذا الحق إلى أن يبلغ المحضون السن القانوني المنصوص عليه في المادة 65 من قانون الأسرة، و إن أخل بأحد الالتزامات المرمية على عاقته أو فقد شرطاً من شروط أهلية الحضانة وجب إسقاطها، وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 67 من قانون الأسرة على أنه: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الواردة في المادة 62 أعلاه."

غير أنه بالرجوع للمادة 62 نفسها لاستخلاص هذه الشروط، فلا نجد في الواقع إلا شرطاً واحداً وهو أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بذلك، حيث كان على المشرع أن يختار بين أمرين، إما أن يُفصل في المادة 62 هذه الشروط السالف ذكرها بدقة، وإما أن ينص في المادة 67 على سقوط حق الحاضن في الحضانة عندما لا يكون أهلاً لذلك كأحد حالات السقوط، ومهما يكن من أمر، فإن الحق في الحضانة يسقط في الحالات التالية:

المطلب الأول / فقدان أهلية ممارسة الحضانة

حيث تسقط الحضانة في حال إصابة الحاضن أثناء الحضانة بأمراض عقلية أو جسدية تجعله عاجزاً عن ممارسة الحضانة وأداء واجباتها، أو ثبوت عدم أمانته واستقامته، كممارسة أعمال السحر والشعوذة و كل ما له علاقة بالسلوك المشين، وذلك بعد تحقيق قضائي يثبت الواقعة أو إقرار شخصي من الحاضن، غير أنه في كل الأحوال تبقى مصلحة المحضون هي الفيصل في الموضوع، إلى حد جعل المحكمة العليا تقضي في أحد قراراتها

(1) انظر: محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 262.

(2) انظر المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتعم

(3) راجع: القانون رقم 15-01 مؤرخ في 04/01/2015، يتعلق بإنشاء صندوق النفقة، جريدة رسمية، ع 1، لسنة 2015.

بأنه " يمكن إسناد الحضانة للأمة المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون " (1). ويرى المالكية أنه إذا كان سقوط الحضانة لعذر كمرض وغيره من الأعذار، ثم انقطع ذلك العذر، فإن الحضانة تعود لها (2)، كما يرى غالبية الفقهاء أنه في حال ردة الحاضنة يجب إسقاط حضانتها، لأنها بذلك لا تعود أهلاً لممارسة الحضانة، باعتبار أن المرتدة تستحق الحبس حتى تتوب وتعود إلى الإسلام، أو تموت في الحبس فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل، فإن تابت وعادت عاد لها حق الحضانة (3)، ويبقى الهدف من كل ذلك حماية الطفل المحضون ومراعاة مصلحته.

المطلب الثاني / الزواج بغير قريب محرم

يذهب عموم الفقه الإسلامي إلى القول بأن زواج المرأة من أجنبي يسقط حقها في الحضانة، إذ أن زواجها بغير قريب محرم بعد استحقاق الحضانة يترتب عليه سقوط للحضانة باختيارها، ذلك سواء دخل بها أم لا (4)، والمشهور عند الإمام مالك أنه لا تعود لها الحضانة حتى ولو زالت هذه الزوجية (5)، وهذا على خلاف الحنفية الذين يرون أن الحضانة تعود بالفرقة البائنة لزوال المانع (6)، أما الشافعية والحنابلة فيرون عودة الحضانة ولو بالطلاق الرجعي (7)، ويرى بعض المالكية أنه إذا تزوجت الأم فلا يتزع منها ولدها حتى يدخل بها زوجها (8)، أما إذا تزوجت الأم بغير محرم من الطفل، مثل عمه، فإن حضانتها لا تسقط بحكم أن هذه القرابة للطفل توفر الجو الرحيم والظروف التي تساعد على رعايته، فيتم التعاون على كفاله (9)، مما يحقق له الحماية اللازمة وتوفر له الاستقرار النفسي والعاطفي، أما الجعفرية فقالوا بسقوط حضانة المرأة بالزواج مطلقاً، سواء أكان الزوج رجلاً أم أجنبياً إذا كان الأب موجوداً (10).

ولقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم... " ويعني هذا أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي وأسندت لها حضانة أولادها منه يسقط حقها في هذه الحضانة، بمجرد زواجها - أثناء قيام حق الحضانة - مع شخص ليس بمحرم للمحضون، فإذا قام الأب أو غيره ممن لهم حق الحضانة الذين ورد ذكرهم في المادة 64 من قانون الأسرة، برفع دعوى أمام المحكمة لطلب إسقاط حق حضانة الأم، فإن المحكمة ستستجيب حتماً لطلبهم هذا وتقضي بإسقاط حقها في الحضانة، وتمنحها إلى مقدم طلب الحضانة.

وبخصوص مدى عودة الحضانة في حالة زوال زواج الحاضنة بأجنبي، فإن المادة 71 من قانون الأسرة

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع02، لسنة 2010، ص 263.

(2) انظر: محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144.

(3) انظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 343.

(4) انظر: محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار، المرجع السابق، ص 266.

(5) انظر: محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144.

(6) انظر: محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص 256.

(7) انظر: موفق الدين بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 427.

(8) انظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 626.

(9) انظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 344.

(10) انظر: بدران أبو العيتين بدران، المرجع السابق، ص 553.

تنص على أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، والأصل في الزواج أنه أمر اختياري وبالتالي فإن الحكم بعودة الحق في الحضانة بعد زوال سبب سقوطها الاختياري، يعد مخالفاً للقانون، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه "لما كان الثابت في قضية الحال، أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون...⁽¹⁾" ولكنها قضت بحكم معاكس في قرار آخر سابق جاء فيه "لقد طُبِّقَ قضاة الموضوع صحيح القانون، عندما قضوا بحق المطعون ضدها في الحضانة، بعدما زال سبب سقوطها الاختياري باعتبار أنها تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه، ورفعت دعوى تطالب فيها استعادة حقها في الحضانة...⁽²⁾".

المطلب الثالث/ التنازل عن الحضانة و قوات مدة سنة دون المطالبة بالحضانة

يرى غالبية الفقه الإسلامي أنه حماية للطفل المحضون، فإنه إذا ثبت بأن الطفل يحتاج إلى أمه ولم يوجد أحد غيرها، فلا بد من إجبار الأم على الحضانة، ولا يجوز لها التنازل عنها، فإذا كان للطفل غير أمه من النساء ورضيت بإمسائه، جاز للأم التنازل عن الحضانة، حيث يسقط حقها في الحضانة بإسقاطها إياه⁽³⁾، ولا يمكن أن تعود لها الحضانة إذا أرادت استرجاعها مرة أخرى⁽⁴⁾، ويرى بعض المالكية أنه إذا كان ترك الأم لطفلها بعذر، فإنه يجوز لها أخذه مرة أخرى، أما إذا تركته رفضاً ومقتاً لم يكن لها بعد ذلك أخذه⁽⁵⁾.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري، نجد المادة 66 منه تنص على أنه "يسقط حق الحاضنة... وبالتنازل" لكن المشرع لم يوضح الحالات التي يكون فيها هذا التنازل، مما يعني الاستناد إلى ما قرره فقهاء الإسلام في هذا الصدد، إذ ينبغي لإحداث هذا الأثر أن يكون التنازل غير مقصر بمصلحة المحضون، وأن يأتي هذا التنازل من قبل مستحقي الحضانة من حيث الموضوع والشكل وفقاً لأحكام القانون، لذلك، فإن الحضانة حتى وإن كانت حقاً للحاضنة، فإن التنازل عنها لا يجب أن يكون طبقاً لرغبتها فقط، بل يشترط في هذا التنازل أن يكون هناك حاضن آخر تسند له الحضانة، وتتوافر فيه الشروط المطلوبة مع قبوله لهذه الحضانة، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته بأنه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن تنازل الأم عن حضانة أولادها تقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد، فإن تنازلها لا يكون مقبولاً وتعامل معاملة نقيض قصدها...⁽⁶⁾".

ويعتبر من قبيل التنازل أيضاً حالة عدم مطالبة الحاضن بحقه في الحضانة لمدة سنة، فإنه هذا الحق يسقط طبقاً للمادة 68 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، ولعلنا نلاحظ هنا سوء صياغة هذه المادة، وكان من الأفضل أن تُصاغ على الشكل

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1990/02/05 (غير منشور).

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/03/27، مجلة المحكمة العليا، ع03، لسنة 1990، ص 178.

(3) انظر: السيد سابق، المرجع السابق، ص 339.

(4) انظر: محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام، المرجع السابق، ص 144.

(5) انظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، كتاب الكافي، المرجع السابق، ص 626.

(6) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/12/19، المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1990، ص 70.

التالي : "يسقط الحق في الحضانة، إذا لم يطلبها من له الحق فيها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر" وذلك حتى يكون المعنى واضح لا لبس فيه.

المطلب الرابع / مساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة بمحضونها مع الأم المتزوجة بغير قريب محرم نصت على هذه الحالة المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

وعليه، فإن إسقاط الحضانة عن إحدى الحاضنتين بمقتضى النص السالف ينبغي أن تتوفر فيه عدة شروط وهي أن تكون الحاضنة جدة الطفل من الأم أو خالته، وأن تسكن الجدة أو الخالة، مع أم المحضون المتزوجة، وأن تكون الأم متزوجة مع غير قريب محرم، أي مع أجنبي على الطفل، فإذا كان زواج الحاضنة للأجنبي يسقط عنها الحضانة، فإن مساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة لأم الطفل المتزوجة بهذا الأجنبي يأخذ نفس الحكم من الناحية المنطقية، وذلك حماية للطفل المحضون مما قد تتسبب فيه مساكنة زوج أمه الأجنبي وقد أخذ المشرع هذا الحكم من المذهب المالكي، وتطبيقا لهذا النص جاء في احد قرارات المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم)، أن تكون غير متزوجة، وأن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون... وأن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة إلى الأب يكونوا قد راعوا شروط الحضانة، وسببوا قرارهم تسيباً كافياً...".⁽¹⁾

خاتمة

رغم الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري فيما يتعلق بعدد من نصوص قانون الأسرة والتي منها ما يتعلق بالحضانة، وهدفه في هذا حماية الأطفال المحضون من الضياع والتشرد بعد فك الرابطة الزوجية بين الأبوين، إلا أنه بالرغم من ذلك، تبقى هذه الحماية غير كافية ولهذا تبدو مطالبة المشرع بالتدخل مرة ثانية عن طريق إجراء تعديل آخر للنصوص المتعلقة بالأبناء، أكثر من ضرورة خاصة بالنظر للنقائص العديدة التي سبق وتطرقتنا إليها من خلال مداخلتنا هذه.

و من أهم النتائج المستخلصة من هذه الدراسة نجد :

- إن الحضانة موضوع يشمل حماية حق الطفل المحضون وحق الحاضنة وحق الأب، مما يجب التوفيق بين هذه الحقوق إلى أبعد حد ممكن، أما إذا تعارضت فحق الطفل المحضون هو الأوّل، وهو ما جاءت به أقوال فقهاء الإسلام، وأكدّه المشرع الجزائري.

- حاول المشرع حماية مصلحة الطفل المحضون، من خلال تحديد حالات سقوطها، كحالة فقدان أحد شروط إسنادها، أو زواج الحاضنة بأجنبي أو تنازل الحاضنة عن الحضانة، إلا إذا كان هذا السقوط يضر بمصلحة المحضون، ولكنه لم يُفصل في شروط إسنادها مكتفياً بعبارة " أن يكون أهلاً للقيام بذلك"، على عكس المذاهب الفقهية التي فصلت في هذه الشروط، باعتبارها كأداة لحماية الطفل المحضون.

- تبدو حماية الطفل المحضون كذلك، عند ترتيب أصحاب الحق في الحضانة، حيث جعل المشرع الأم أولى بالحضانة وذلك لمعرفة بأصول التربية، وبعدها أسندها للأب ثم الجدات والخالات والعمات، ولكنه في

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/06/20، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 1991، ص 57.

- الأخير ربط هذا الترتيب بشرط مراعاة مصلحة المحضون.
- إن تحديد المشرع الجزائري لسن 10 سنوات لانتهاء حضانة الذكر، لا يخدم إطلاقاً مصلحة الطفل المحضون رغم أنّ المذهب المالكي يمدد انتهاء حضانة الذكر بالبلوغ، وإذا كان المشرع الجزائري أجاز تمديد هذا السن إلى 16 سنة، إلا أنه أجاز ذلك بالنسبة للأم فقط دون غيرها.
- يمكن إسناد الحضانة للمرأة العاملة، مع مراعاة مصلحة الطفل المحضون.
- يعتبر السكن من أهم آليات حماية الطفل المحضون وهذا ما رأيناه في مذاهب الفقه الإسلامي، وفي نصوص قانونية، كقانون الأسرة الجزائري، والقانون رقم 15-01 السابق الذكر، غير أن هذه النصوص ما تزال تتسم بالنقص والقصور كما رأينا في هذه المداخلة.
- إن أحكام الحضانة متجددة في كل زمان، لا تقبل الجمود ولا الوقوف عند حدود المذهب؛ ولذا وجب دائماً مراعاة مصلحة المحضون في حالة، و بالتالي تجديد النظر كل فترة وأخرى في مواد قانون الأسرة.
- أما عن أهم التوصيات التي نُقدّمها، فتتمثل فيما يلي :
- ضرورة أن تخضع مستجدات الحضانة للاجتهادات الكافية في المجامع العلمية والفقهية، والملتقيات والندوات لبحثها بحثاً علمياً يتلاءم مع الواقع المعاش، يستمد المشرع الجزائري الأفضل منها لتحقيق الحماية المنشودة للطفل المحضون، وإعطائها الاهتمام اللازم بما يحقق مصلحة المحضون على ضوء مستجدات العصر.
- وضع آليات لرقابة مدى التزام الحاضن بمضمون وأهداف الحضانة حتى لا تكون مجرد حبر على ورق.
- ضرورة تدارك النقائص التي تشوب النصوص القانونية حتى يتم تحقيق الحماية الأمثل للطفل المحضون، خاصة في مجال السكن المخصص لممارسة الحضانة.
- وضع حلول كفيلة للمشاكل المتعلقة بحضانة الأطفال في حالة الزواج المختلط، من خلال وضع نصوص قانونية تتعلق بهذه الحالة ضمن قانون الأسرة.
- النص على ضرورة الاستعانة بخبراء ومساعدین نفسانيين واجتماعيين من طرف القضاة، قبل الفصل في مسائل حضانة الأطفال.

أثر مراعاة مقاصد أحكام الأسرة في التقليل من ظاهرة الطلاق

بقلم

د. خالد تواتي

أستاذ محاضر "أ" في أصول الفقه بقسم الشريعة
معهد العلوم الإسلامية. جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي
eliitidal@yahoo.fr

إبراهيم خياري

طالب دكتوراه في الفقه وأصوله - قسم الشريعة
معهد العلوم الإسلامية. جامعة الشهيد حمه لخضر. الوادي
brahimoslim39@gmail.com

مقدمة

أولى الإسلام الأسرة عناية كبيرة، فشرع الخطبة وما فيها من أحكام ومقاصد، وتوجيهات حتى يتم اختيار الزوجين وفق معايير دقيقة، كي تدوم المحبة والألفة بين الزوجين، ثم شرع الزواج ووضع له من الأحكام والشروط والأركان، ما يصون كيان الأسرة، ويحقق مقاصده الشرعية، من تحصيل الولد، وحفظ الفروج والأنساب، وتحقيق المودة والسكينة، وتكوين البيت المسلم، والتعاون على مصالح الدين والدنيا وحرصت الشريعة على وضع العديد من التشريعات والتوجيهات والآداب، لطريقة التعامل بين الزوجين حتى تستقيم حياتهما في جو من المحبة والألفة، وعند ظهور بوادر الشقاق وجهتها إلى كيفية العلاج، وفق أسلوب حكيم رحيم، ومع ذلك فقد يقع في العلاقة بين الزوجين شيء من الشقاق والخصومات، مما يعكس صفو الحياة الأسرية السعيدة، وقد تتفاقم المشاكل لدرجة قد يستحيل فيها التوافق والاستمرار في أسرة واحدة، فلم تهمل الشريعة هذا الجانب في الأسرة، وشرعت الأحكام المتعلقة بفرق النكاح والتي من أهمها الطلاق.

والغالب على الأزواج في هذا الباب التسرع والاندفاع وعدم مراعاة أحكام الطلاق ومقاصدها، مما يؤدي في الكثير من الحالات إلى هدم الأسرة من غير سبب شرعي مقنع، والمتأمل في أحكام الطلاق ومقاصدها يجد أن الشريعة حرصت الحرص الشديد على سد كل الأبواب المؤدية للطلاق، وجعلت من الأحكام التي تفرض على الزوجين التريث في اتخاذ هذا القرار الشيء الكثير، وفق تشريعات حكيمة دقيقة، بحيث لا يلجأ الزوج إلى الطلاق وتفرقة كيان الأسرة إلا عندما يتيقن من استحالة استمرار الحياة ولو التزم الأزواج بهذه الأحكام والمقاصد الشرعية المراد تحقيقها منها، ورعوها حتى رعايتها قللت نسبة الطلاق في مجتمعاتنا بنسبة كبيرة جداً، لذا أحببت الكتابة في هذا الموضوع بهذا البحث والمعنون ب: "أثر مراعاة مقاصد أحكام الأسرة في التقليل من ظاهرة الطلاق".

والمعلوم أن مراعاة مقاصد الخطبة والنكاح أثر كبير في استمرار الحياة الزوجية ودوامها، ولطبيعة هذا

البحث المختصر سيكون البحث في بيان مقاصد أحكام الطلاق، وأثرها في حماية المجتمع من كثرة نسبة الطلاق.

- أهمية موضوع البحث: تتمثل أهمية البحث في الآتي:

1- في العلم بمقاصد أحكام الأسرة عموماً والطلاق خصوصاً وتفعيلها في الواقع، أثر عظيم في استمرارية الحياة الأسرية والتقليل من حالات الطلاق.

2- عظم خطر الجهل بأحكام الأسرة ومقاصدها بصورة عامة ومقاصد أحكام الطلاق خاصة إذ الكثير من حالات الطلاق اليوم كانت بسبب الجهل بمقاصد أحكام الطلاق.

- إشكالية البحث: ما مدى تأثير مراعاة مقاصد أحكام الطلاق في التقليل من ظاهرة الطلاق؟

- أهداف البحث:

1- الخروج من النمط النظري لمقاصد الشريعة إلى الجانب التطبيقي.

2- الكشف عن مقاصد أحكام الطلاق وبيان مدى تأثيرها في التقليل من نسبة الطلاق، وبيان سبل استثمارها وتفعيلها في واقع المجتمع.

- الدراسات السابقة: كتب الفقهاء مليئة ببيان مقاصد أحكام الطلاق، وهناك العديد من الكتابات المعاصرة التي تطرقت لذلك، لكن لحد الآن لم يفرّد بحث مستقل بمقاصد أحكام الطلاق حسب اطلاعي.

- المنهج المتبع: استعملت في هذا البحث المنهج الاستقرائي: بتتبع كلام المفسرين والفقهاء الخاص بأحكام الطلاق لاستخراج المقاصد والحكم الشرعية التي ذكرها في ذلك.

واستعملت المنهج التحليلي: لشرح وتوضيح بعض كلام الفقهاء فيما يتعلق بموضوع البحث.

- خطة البحث: وقد جاءت خطة البحث في ثلاث مطالب: مطلب تمهيدي: بينت فيه مفهوم مقاصد أحكام الأسرة. المطلب الأول: ذكرت فيه تعريف الطلاق وأقسامه، والمطلب الثاني: بينت فيه أهم مقاصد أحكام الطلاق وأثرها في التقليل من ظاهرة الطلاق.

مطلب تمهيدي: مفهوم مقاصد أحكام الأسرة

مقاصد الشريعة على اختلاف علماء الأصول في كونها علم مستقل بذاته، أو هي أحد فروع علم أصول الفقه، هي اسم، مركب من كلمتين (مقاصد) و (الشريعة)، ولتعريف هذا العلم ينبغي أولاً تعريف اللفظين اللذين ركب منها هذا الاسم (مقاصد الشريعة)، وبيان ذلك في الآتي:

الفرع الأول: تعريف مقاصد الشريعة لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف المقاصد في اللغة

جمع مَقْصِدٍ دلالة على المصدر أي: الْقَصْدُ، من الفعل قَصَدَ يَقْصِدُ قَصْدًا فَهُوَ قَاصِدٌ والأصل: قَصَدْتُه قَصْدًا

وَمَقْصِدًا، وأما المقصد فهو موضع القصد، والقصد يأتي في اللغة لعدة معان أهمها¹:

- اسْتِقَامَةُ الطَّرِيقِ: وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾ [النحل: 09].

- القرب والسهولة وعدم المشقة: ومنه "سَفَرٌ قاصِدٌ: سَهْلٌ قَرِيبٌ، ومنه قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا وَسَفَرًا قَاصِدًا لَاتَّبَعُوكَ وَلَكِنْ بَعَدَتْ عَلَيْهِمُ السَّعَةُ﴾ [التوبة: 42].

- العَدْلُ والتوسط بين الإفراط والتفريط: وفي الحديث: «وَالْقَصْدُ الْقَصْدُ تَبَلُّغُوا»².

- الاعتماد والتوجه وطلب الشيء وإتيانه: فالقصد يدل على إتيان شيءٍ وأمه، ومن الباب: أَقْصَدَهُ السَّهْمُ، إذا أصابه فقتل مكانه، وكأنه قيل ذلك لأنه لم يجد عنه، وأصل (ق ص د) وَمَوَاقِعُهَا في كلام العرب الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء، على اعتدالٍ كان ذلك أو جور، هذا أصله في الحقيقة وإن كان قد يخصص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل، ألا ترى أنك تقصد الجور تارة كما تقصد العدل أخرى؟ فالاعتزام والتوجه شامل لهما جميعا.

ثانيا: تعريف الشريعة لغة واصطلاحا

1- الشريعة في اللغة: من الفعل: شَرَعَ الوارِدُ الماء يُشْرَعُ شُرْعًا وشُرْعًا، والماء مشروع فيه إذا تناوله بفيه³، جاء في المفردات في غريب القرآن "الشَّرْعُ: نهج الطريق الواضح يقال: شرعت له طريقا، والشَّرْعُ: مصدر، ثم جعل اسما للطريق النهج فقليل له: شَرَعٌ، وشَرَعٌ، وشَرِيعَةٌ"⁴.

2- الشريعة في الاصطلاح: جاء في المفردات في غريب القرآن: "سميت الشريعة شريعة تشبيها بشريعة الماء من حيث إن من شرع فيها على الحقيقة المصدوقة روي وتطهر"⁵.

وعلماء الإسلام المتقدمون يطلقون مصطلح الشريعة في الغالب على جميع أحكام الدين عقيدة وفقها وأخلاقا، في حين أغلب المتأخرين يطلقون مصطلح الشريعة على الأحكام الفقهية العملية دون العقائد وأصول الدين⁶.

وفي هذا يقول ابن تيمية: "ومن العلماء والعامّة من يرى أن اسم الشريعة والشرع لا يقال إلا للأعمال التي يسمى علمها علم الفقه ويفرقون بين العقائد والشرائع أو الحقائق والشرائع"⁷.

1 ينظر: العين، الفراهيدي (54/5)، تهذيب اللغة، الأزهرى (274/8)، الصحاح، الجوهري (525/2)، مقياس اللغة، ابن فارس (95/5)، لسان العرب، ابن منظور (353/3)، المصباح المنير، الفيومي (504/2).

2 أخرجه البخاري: كتاب الرقاب، باب القصد والمداومة على العمل، (98/8) (6463) من حديث أبي هريرة ؓ.

3 ينظر: العين، الفراهيدي (252/1)، لسان العرب، ابن منظور (175/8).

4 المفردات في غريب القرآن، الأصفهاني (ص: 451).

5 المفردات في غريب القرآن، الأصفهاني (ص: 451).

6 ينظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية (134/19).

7 المرجع نفسه (310/19)..

ثالثا: تعريف مقاصد الشريعة باعتبارها لقبا: عرفها علال الفاسي بقوله¹: " المراد بمقاصد الشريعة هي الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"²، عرفها يوسف حامد: " ومقاصد الشرع هي المصالح التي تعود على العباد في دنياهم وأخراهم، سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع أو عن طريق دفع المضار"³.

الفرع الثاني: مفهوم مقاصد أحكام الأسرة

أحكام الأسرة مركب إضافي يتكون من كلمة (أحكام) وكلمة (الأسرة) لمعرفة المقصود بأحكام الأسرة لابد من معرفة المقصود بكل من الأحكام والأسرة، والمقصود بالأحكام الأسرة؛ فقه الأسرة وعليه:

أولا: تعريف الفقه لغة واصطلاحا

والفِقْهُ في اللغة: العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العِلْمِ، والفِقْهُ في الأصل الفَهْمُ⁴. والفقه في الاصطلاح: هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁵

ثانيا: تعريف الأسرة لغة واصطلاحا

1- الأسرة في اللغة: من الفعل أسر: تقول أَسَرَ فُلَانٌ فُلَانًا أَي: شَدَّهُ وَثَاقًا وَهُوَ مَأْسُورٌ، وَأَسَرَ بِالْإِسَارِ أَي: بِالرِّبَاطِ، وَالْأَسْرُ: قُوَّةُ الْمَفَاصِلِ وَالْأَوْصَالِ، وَهَذِهِ الْمَعَانِي كُلُّهَا مَوْجُودَةٌ فِي الْأَسْرَةِ لِذَلِكَ عَرَفَهَا جَمْعٌ مِنْ أَهْلِ اللُّغَةِ أَنَهَا: الدَّرْعُ الحَصِينَةُ وَعَشِيرَةُ الرَّجُلِ وَأَهْلُ بَيْتِهِ⁶.

2- لفظ الأسرة لم يرد ذكره في القرآن الكريم، ولا السنة النبوية، ولم يستعمله الفقهاء في عباراتهم، والمتعارف عليه الآن إطلاق لفظ (الأسرة): على الرجل ومن يعولهم من زوجه وأصوله وفروعه، وهذا المعنى يعبر عنه الفقهاء قديما بألفاظ منها: الآل، والأهل، والعيال⁷.

ثالثا: تعريف فقه الأسرة باعتباره علما

يمكن تعريف فقه الأسرة باعتباره علما على علم معين بالقول أن فقه الأسرة هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية المتعلقة بالأسرة

¹ علال (أو محمد علال) بن عبد الواحد بن عبد السلام بن علال بن عبد الله بن المجذوب الفاسي الفهري، من كبار الخطباء العلماء في المغرب، ولد بفاص وتعلم بالقرويين، له عدة مؤلفات منها: " دفاع عن الشريعة " و " مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها " توفي سنة 1394 هـ بالرباط، ينظر: الأعلام، الزركلي (4/246).

² مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي (ص:07).

³ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، يوسف حامد العالم (ص:79).

⁴ ينظر: العين، الفراهيدي (370/3) تهذيب اللغة، الأزهري (263/5) لسان العرب، ابن منظور (522/13).

⁵ الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين بن السبكي (28/1).

⁶ ينظر: العين، الفراهيدي (293/7). مقاييس اللغة، ابن فارس (107/1)، لسان العرب، ابن منظور (19/4).

⁷ الموسوعة الفقهية الكويتية (4/223)

ويسمى في الوقت الحديث بالأحوال الشخصية، ومن تعريفاته: هي أحكام الأسرة من بدء تكوينها إلى نهايتها من زواج وطلاق ونسب ونفقة وميراث، يقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض¹.
رابعا: مفهوم مقاصد فقه الأسرة: هي المقاصد الشرعية التي أراد الله سبحانه وتعالى تحقيقها من أحكام الأسرة، فهي إذا المصالح والحكم التي أراد الله تحقيقها من تشريع أحكام الأسرة لتنشأ على ضوئها وتسعد بها في الدنيا والآخرة

ويمكن تعريفها بأنها: " الغايات والأهداف والمصالح التي أراد الله سبحانه وتعالى تحقيقها للعباد من خلال تشريع الأحكام الشرعية العملية المتعلقة بالأسرة ".²

المطلب الأول: الطلاق وأقسامه

توطئة:

إن التفريق بين الزوجين إذا كان بلا سبب شرعي، من أكثر الأعمال ضررا على الفرد والأسرة والمجتمع بأسره، لذلك حذر النبي ﷺ من إيقاع الطلاق بلا سبب شرعي، فعن ثوبان ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها راتحة الجنة »³.

ويعتبر تخريب الأسر أعظم مطلب يسعى الشيطان لتحقيقه، فعن جابر ؓ قال: سمعت النبي ﷺ يقول: « إن عرش إبليس على البحر، فيبعث سراياه فيفتنون الناس، فأعظمهم عنده أعظمهم فتنة »⁴، وعنه أيضا قال: قال رسول الله ﷺ: « إن إبليس يضع عرشه على الماء، ثم يبعث سراياه، فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة، يجيء أحدهم فيقول: فعلت كذا وكذا، فيقول: ما صنعت شيئا، قال ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته، قال: فيدنيه منه ويقول: نعم أنت فيلتزمه »⁵.

ومما قد يتلى به بعض الرجال الإكثار من الطلاق، والانقياد إلى الشهوة عوض تأسيس أسرة على قواعد المودة والرحمة، وقد اشتد نكير العلماء على هذا الفعل ومن ذلك يقول الدهلوي: " اعلم أن في الإكثار من الطلاق وجريان الرسم بعدم المبالاة به مفاصد كثيرة، وذلك أن ناسا ينقادون إلى شهوة الفرج، ولا يقصدون إقامة تدبير المنزل ولا التعاون في الارتفاقات ولا تحصين الفرج »⁶.

وبالرغم من كل ذلك فقد شرع الإسلام الطلاق، كأخر حل بعد استنفاد كل طرق الإصلاح بين الزوجين، وأحاطه بجملة من الأحكام والمقاصد الشرعية، كما في قوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ البقرة:

¹ الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي (33/1)

² أخرجه أحمد: (112/37)(22440)، الترمذي: (485/3)(1187)، باب ما جاء في المختلعات، وقال: هذا حديث حسن.

³ أخرجه مسلم: كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قرينا (2167/4)(2813).

⁴ المرجع نفسه.

⁵ حجة الله البالغة، الدهلوي (213/2).

[236]، ومع ذلك فقد تمسك بجمع شمل الأسرة إلى آخر حد ممكن، في صورة تعكس تعظيم الإسلام للأسرة، والسعي بقدر المستطاع لمنع تفرقها وتفككها.

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً

أولاً: الطلاق لغة:

من الفعل (طلق)؛ وهو يدل على التخلية والإرسال، ومن ذلك قولك: **أَطْلَقْتُ الْأَسِيرَ**: أي خَلَيْتَهُ، و**طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَطَلَّقَتْ هِيَ**، **تَطَلَّقَ طَلِيقًا وَطَلَّقَتْ طَلِيقًا** و**طَلَّقَ الْمَرْأَةَ**: بينونتها عن زوجها، و**حَلَّ عَقْدَ النِّكَاحِ**، وتخلية سبيلها¹.

ثانياً: الطلاق اصطلاحاً

عرفه الحنفية بأنه: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص؛ وقولهم (في الحال)؛ بالطلاق البائن و(المآل)؛ بالطلاق الرجعي².

وعرفه المالكية بأنه: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق **حُرْمَتُهَا عَلَيْهِ قَبْلَ زَوْجٍ**³.

وعرفه الشافعية بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه⁴؛

وعرفه الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه⁵.

وتعريف الحنابلة شابه تعريف الحنفية؛ فقولهم (قيد النكاح)؛ إن كان الطلاق بائنا، وقولهم (بعضه) إذا طلقها طليقة رجعية⁶.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه

أولاً: مشروعية الطلاق:

الأصل في مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع⁷:

فمن الكتاب: قول الله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾ [البقرة: 229]، وقال تعالى:

¹ ينظر: العين، الفراهيدي (101/5) مقاييس اللغة، ابن فارس (420/3)، الصحاح، الجوهري (1518/4) لسان العرب، ابن منظور (255/10).

² ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم (252/3)، فتح القدير، ابن المهام (463/3)، حاشية ابن عابدين (226/3).

³ شرح حدود ابن عرفة، الرصاع (ص: 184)، وينظر: مواهب الجليل، الخطاب (18/4).

⁴ أسنى المطالب، الأنصاري (263/3)، نهاية المحتاج، الرملي (423/6).

⁵ المغني، ابن قدامة (363/7)، الإقناع، الحجاوي (2/4).

⁶ ينظر: كشاف القناع، البهوتي (232/5).

⁷ ينظر: المغني، ابن قدامة (363/7)، تفسير القرطبي (126/3)، مغني المحتاج، الشربيني (455/4)، نهاية المحتاج، الرملي (423/6).

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِيَدَّتِ بَيْتُكُمْ ﴾ [الطلاق: 1].

ومن السنة: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: « مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء »¹.

وأجمع الناس على جواز الطلاق.

ثانيا: حكم الطلاق:

الأصل في الطلاق المشروعية والجواز عند جمهور العلماء، لقوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ [البقرة: 236]، وقوله تعالى: ﴿ أَلْطَلِّقُ مَرْثَاتٍ فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: 229]، ونقل غير واحد الإجماع على ذلك فقال القرطبي: " والطلاق مباح بهذه الآية وبغيرها، ويقول عليه السلام في حديث ابن عمر: « فإن شاء أمسك وإن شاء طلق »²، فدل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور"³.
وخالف في ذلك بعض الحنفية فقالوا: " أن الأصل في الطلاق هو الحظر، لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية، والدنيوية، والإباحة للحاجة إلى الخلاص"⁴.

وذكر الفقهاء أن الطلاق تعتره الأحكام التكليفية الخمسة:

ومن ذلك قول ابن حجر: " الطلاق قد يكون حراما أو مكروها أو واجبا أو مندوبا أو جائزا:

أما الأول ففيها إذا كان بدعيا وله صور، وأما الثاني ففيها إذا وقع بغير سبب مع استقامة الحال، وأما الثالث ففي صور منها الشقاق إذا رأى ذلك الحكيم، وأما الرابع ففيها إذا كانت غير عفيفة وأما الخامس إذا كان لا يريدنها ولا تطيب نفسه أن يتحمل مؤنتها من غير حصول غرض الاستمتاع"⁵.

ونقل النووي عن الشافعية أن الطلاق لا يكون مباحا فقال: " قال أصحابنا: الطلاق أربعة أقسام حرام ومكروه وواجب ومندوب ولا يكون مباحا مستوي الطرفين"⁶.

الفرع الثالث: أقسام الطلاق

يقسم العلماء الطلاق باعتبارات مختلفة أهمها:

¹ أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، (41/7)(5251)، مسلم: كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق، ويؤمر برجعتهما (1093/2)(1471).

² أخرجه البخاري: كتاب الطلاق، (41/7)(5251)، مسلم: كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق، ويؤمر برجعتهما (1093/2)(1471).

³ تفسير القرطبي (126/3)، بتصرف، وينظر: المغني، ابن قدامة (363/7).

⁴ بدائع الصنائع، الكاساني (97/3)، فتح القدير، ابن الهمام (467/3)، البحر الرائق، ابن نجيم (254/3).

⁵ فتح الباري، ابن حجر (346/9)، بتصرف، وينظر: المغني، ابن قدامة (363/7)، روضة الطالبين، النووي (3/8)، فتح القدير، ابن الهمام (465/3)، مواهب الجليل، الخطاب (19/4)، نهاية المحتاج، الرملي (423/6).

⁶ شرح مسلم، النووي (61/10).

تقسيمه إلى طلاق سني وطلاق بدعي باعتبار موافقته لصفته التي شرعها الله تعالى وبينها النبي ﷺ في السنة أو مخالفته لها، ويقسم إلى طلاق رجعي وبائن، باعتبار حق الزوج في مراجعة مطلقته، وبين هذه الأقسام في الآتي:

أولاً: تقسيم الطلاق باعتبار موافقته للسنة أو مخالفته لها

قسم الفقهاء الطلاق إلى قسمين: طلاق السنة وطلاق بدعة¹:

قال النووي: " لم يزل العلماء قديماً وحديثاً يصفون الطلاق بالبدعة والسنة؛ فالسني ما لا يحرم إيقاعه، والبدعي: ما يحرم"².

1- مفهوم طلاق السنة وطلاق البدعة

طلاق السنة: هو الواقع على الوجه الذي أباح الشرع إيقاعه عليه، والسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين: الوقت والعدد، وطلاق السنة ستة شروط:

أحدها: أن تكون المطلقة ممن تحيض مثلها، والثاني أن تكون طاهراً غير حائض ولا نفساء، والثالث: أن تكون في طهر لم تمس فيه، والرابع: أن يكون الطهر تالياً لحيض لم تطلق فيه، والخامس: أن يطلق واحدة، والسادس: أن تترك ولا يتبعها طلاقاً.

ومتى انخرم بعض هذه الأوصاف خرج الطلاق عن السنة، ويكون للبدعة وهو أن يكون في حيض أو طهر مس فيه، ثم طلق - واحدة - أو اثنتين أو ثلاثاً، أو واحدة مبتدأة، ثم يتبع بتام الثلاث فكل ذلك البدعة³.

واعلم أن طلاق السنة يخص المرأة المدخول بها فقط، وقد نقل ابن عبد البر الاجماع على ذلك فقال: " وأجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو في المدخول بها، وأما غير المدخول بها فليس في طلاقها سنة ولا بدعة، وإن أمر الله عز وجل ومراد رسوله ﷺ في الطلاق للعدة هو طلاق المدخول بها من النساء، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليهن ولا سنة ولا بدعة في طلاقهن، قال الله عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ لَقِئْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الاحزاب: 49]"⁴.

فتبين مما سبق أن طلاق السنة والبدعة في المدخول بها يرجعان إلى أمرين: الوقت والعدد

فالسنة في الوقت والعدد: أن يطلق الزوج زوجته طليقة واحدة في طهر، لم يجامعها فيه، ويتركها فلا يتبعها

¹ بدائع الصنائع، الكاساني (88/3)، المغني، ابن قدامة (364/7)، روضة الطالبين، النووي (3/8)، مواهب الجليل، الخطاب (38/4).

² روضة الطالبين، النووي (3/8)

³ التلقين في الفقه المالكي، القاضي عبد الوهاب (125/1) بتصرف، وينظر: المغني، ابن قدامة (364/7)، وتفسير القرطبي (151/18)، وزاد القرطبي شرطاً سابعاً: وهو أن يكون خلا عن العوض، لأن الخلع لا يشترط فيه تلك الشروط.

⁴ التمهيد، ابن عبد البر (72/15)، وللعلماء قولان في الطلاق الثلاث قبل الدخول وبعده سيأتي تفصيله.

طلاقاً آخر، سواء في الطهر الثاني أو الثالث، حتى تنقضي عدتها.

والبدعة في الوقت: إن يطلق الزوج زوجته في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه.

والبدعة في العدد: أن يطلقها: ثلاثاً بلفظ واحد، أو اثنتين أو ثلاث متفرقات في طهر واحد، أو يتبعها طليقة أخرى في الطهر الموالي، للطهر الذي طلقها فيه الطليقة الأولى قبل أن يمسه.

والحقيقة أن جمهور العلماء اختلفوا في بعض صور طلاق البدعة من حيث العدد، فعده بعضهم من طلاق البدعة، وعده بعضهم من طلاق السنة، ولا خلاف بين الجميع في أن الأولى أن يطلق واحدة، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها¹.

قال ابن عبد البر: "أجمع العلماء على أن من طلق امرأته وهي طاهر طهراً لم يمسه فيها - بعد أن طهرت من حيضتها - طليقة واحدة، ثم تركها حتى تنقضي عدتها أو راجعها مراجعة رغبة، أنه مطلق للسنة وأنه قد طلق للعدة التي أمر الله بها، واختلفوا فيمن طلق امرأته ثلاثاً مجتمعات في طهر لم يمسه فيها، أو أردفها في كل طهر من الأطهار التي يعتد بها في عدتها تطليقة بعد أن طلقها واحدة في طهر لم يمسه فيها، هل هو بهذين الفعلين أو بأحدهما مطلق للسنة أم لا؟"²

2- حكم طلاق السنة وطلاق البدعة

أ- حكم طلاق السنة:

نقل غير واحد من العلماء الإجماع على مشروعية طلاق السنة وأنه متى وقع لزم وترتبت عليه آثاره، ومن ذلك:

قول ابن قدامة: لا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه، ثم تركها حتى تنقضي عدتها، أنه مصيب للسنة، مطلق للعدة التي أمر الله بها³.

وقال القرطبي: وأجمع العلماء على أن من طلق امرأته طاهراً في طهر لم يمسه فيها أنه مطلق للسنة، وللعدة التي أمر الله تعالى بها، وأن له الرجعة إذا كانت مدخولاً بها قبل أن تنقضي عدتها، فإذا انقضت فهو خاطب من الخطاب⁴.

ب- حكم طلاق البدعة

أجمع العلماء على تحريم الطلاق البدعي في الوقت، واختلفوا في حكم الطلاق البدعي في العدد كما سبق

¹ ينظر: الأم، الشافعي (195/5)، التمهيد، ابن عبد البر (69/15)، بداية المجتهد، ابن رشد (86/3)، بتصرف، إكمال المعلم شرح مسلم، القاضي عياض (7/5)، شرح صحيح البخاري، ابن بطال (382/7)، بدائع الصنائع، الكاساني (93/3)، المغني، ابن قدامة (368/7)، تفسير القرطبي (151/18).

² التمهيد، ابن عبد البر (69/15).

³ المغني، ابن قدامة (365/7).

⁴ تفسير القرطبي (126/3)، وينظر: زاد المعاد، ابن القيم (201/5)

بيانه، ثم اختلفوا أيضا في وقوع الطلاق البدعي بنوعيه على قولين وبيان ذلك في الآتي:

قال ابن قدامة: "أجمع العلماء في جميع الأمصار وكل الأعصار على تحريمه"¹.

وقال: "فإن طلق للبدعة، وهو أن يطلقها حائضا، أو في طهر أصابها فيه، أثم، ووقع طلاقه، في قول عامة أهل العلم"².

والحقيقة أن الخلاف في حكم طلاق البدعة بنوعيه موجود بين الفقهاء كما ذكر ذلك غير واحد من أهل العلم ومن ذلك:

ويقول ابن تيمية: "أن الطلاق المحرم الذي يسمى "طلاق البدعة" إذا أوقعه الإنسان هل يقع، أم لا؟ فيه نزاع بين السلف والخلف، والأكثر يقولون بوقوعه مع القول بتحريمه، وقال آخرون: لا يقع، مثل: أهل الظاهر: كداود، وأصحابه وطائفة من أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد"³.

ثانيا: تقسيم الطلاق باعتبار حق الزوج في الرجعة

1- الطلاق الرجعي والباطن:

يقسم الفقهاء الطلاق بالنسبة لحق الزوج في مراجعة زوجته وعدمه، إلى قسمين:

طلاق رجعي، وطلاق بائن⁴:

فالطلاق الرجعي: هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية، من غير حاجة إلى عقد جديد، ما دامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، كما في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد.

وأما الطلاق البائن فهو نوعان:

طلاق بائن بينونة صغرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد ومهر، ويكون بعد انقضاء العدة من الطلاق الأول أو الثاني.

طلاق بائن بينونة كبرى: وهو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية، بعد الطلاق الثلاث إلا بعد أن تزوج بزواج آخر، زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ طَلَّأَا أَنْ يُعِيْمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: 230]

¹ المغني، ابن قدامة (364/7)، وينظر: بداية المجتهد، لابن رشد (86/3).

² المغني، ابن قدامة (366/7)

³ مجموع الفتاوى، ابن تيمية (251/3)، وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني (96/3)، بداية المجتهد، لابن رشد (87/3).

⁴ الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي (9/6956).

الرجعة في الاصطلاح: هي رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص¹.
أو هي: عود الزوجة المطلقة طلاقاً غير بائن للعصمة من غير تجديد عقد².

قال تعالى: ﴿وَيَوْمَئِذٍ أَحَقُّ وَيَزِيدُ فِي ذَلِكَ إِذَا أَرَادَ أَنْ إِصْلَحَ﴾ [البقرة: 228].

قال القرطبي: ومعنى قوله تعالى: (أحق بردهن) أي بمراجعتهن، وهو حكم خاص فيمن كان طلاقها دون الثالث، وأجمع العلماء على أن الحر إذا طلق زوجته الحرة، وكانت مدخولاً بها تطليقة أو تطليقتين، أنه أحق برجعتهما، ما لم تنقض عدتها وإن كرهت المرأة، فإن لم يراجعها المطلق حتى انقضت عدتها، فهي أحق بنفسها وتصير أجنبية منه، لا تحل له إلا بخطبة، ونكاح مستأنف بولي وإشهاد، ليس على سنة المراجعة، ولا يلزمه شيء من أحكام النكاح غير الإشهاد على المراجعة فقط، وهذا إجماع من العلماء، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2]³.

وأجمع العلماء على أن من طلق امرأته طاهراً في طهر لم يمسه فيها، أنه مطلق للسنة، وللعدة التي أمر الله تعالى بها، وأن له الرجعة إذا كانت مدخولاً بها قبل أن تنقض عدتها، فإذا انقضت فهو خاطب من الخطاب⁴.

المطلب الثاني: مقاصد أحكام الطلاق وأثرها في التقليل من ظاهرة الطلاق

توطئة:

شرح الله لعباده الطلاق في آيات كثيرة، وفي أحاديث نبوية عديدة، فلا شك أن الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته إذا كان وفق الضوابط الشرعية وعلى السنة النبوية، أنه محبوب لله تعالى، كيف لا وقد مر معنا من كلام الفقهاء أن من الأحكام التكليفية التي تعترى الطلاق الوجوب والاستحباب، وإنما الطلاق الذي يجب بغضه وتركه هو الطلاق المحرم أو المكروه الذي يكون فيه ظلم وإضرار بالمرأة سواء كان طلاق بدعة، أو طلاق سنة، لأن الرجل قد يطلق زوجته ظلماً ويوقعه على وفق السنة.

لكن لما كان أغلب ما يوقعه الناس من الطلاق يقع فيه من الظلم للمرأة، ويتبعه من الخصومات، والعداوات، وقطع الصلة الشيء الكثير، رسخ في عقول كثير من الناس البغض المطلق للطلاق، والحقيقة أن الذي يجب بغضه واعتقاده شره، هو الظلم الذي يرتكبه المطلق على زوجته إذا ما كان ظالماً لها بطلاقه، أو إذا كان طلاقه بدعياً، لما يسببه من ضرر على نفسه وعلى زوجته، لا أن يبغض حكم الطلاق، لأن أحكام الله تعالى كلها عدل ورحمة، وكرهها خطر كبير كما في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ كَرِهُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأَحْبَطُ أَعْمَلَهُمْ﴾ [محمد: 19].
وفي هذا المطلب من البحث سائين من خلال النصوص الشرعية وكلام فقهاء الإسلام، أن هناك العديد

¹ مغني المحتاج، الشرييني (3/5).

² الشرح الكبير، الدردير (415/2).

³ تفسير القرطبي (120/3).

⁴ المرجع نفسه (126/3).

من أحكام الطلاق هدفها الحيلولة دون وقوع الفرقة بين الزوجين بحيث لو التزمها كلا الزوجين لقلت نسبة الطلاق كثيرا عما هي عليه في الواقع، وسأبين كذلك أن الطلاق إذا كان واقعا على مراد الله تعالى ورسوله ﷺ يكون خيرا كله، ورحمة بكلا الزوجين، وأن الله شرعه لجلب المصالح ودفع المفسدات عن كلا الزوجين، وإن كان فيه شيء من الضرر أو المفسد فإنها أقل بكثير من عدم وقوع الطلاق، لذلك ذكر الله كلا من الزوجين أن افتراقهما بالطلاق ليس نهاية الحياة، فقال تعالى: ﴿ وَإِنْ يَنْفَرَقَا يُعْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِيهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾ [النساء: 129]، أي: وإن لم يصطلحا بل تفرقا فليحسنا ظنهما بالله، فقد يقبض للرجل امرأة تقر بها عينه، وللمرأة من يوسع عليها¹.

وسيكون الكلام في هذا المطلب حول مسألتين:

الفرع الأول: المقاصد الخاصة بالطلاق

الفرع الثاني: المقاصد الجزئية لأحكام الطلاق وأثرها في التقليل من ظاهرة الطلاق

الفرع الأول: المقاصد الخاصة بالطلاق

شرع الله تعالى الطلاق لمقاصد خاصة به، وبيان ذلك في الآتي:

أولا: تشريع الطلاق فيه رفع الضرر عن الزوج بسبب سوء العشرة مع الزوجة

فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة، وضررا مجردا يلزام الزوج النفقة والسكنى، وحبس المرأة، مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقضى ذلك شرع ما يزيل النكاح، لتزول المفسدة الحاصلة منه².

ومن ذلك ما ذكر ابن المهام أن من "محاسنه ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدينية"³.

ويقصد ما يلحق الزوج من ضرر من جهة زوجته في دينه أو دنياه.

ثانيا: الطلاق إذا وقع وفق الأحكام والمقاصد الشرعية يكون نعمة

رد العلماء على من اعتبر الطلاق كله شر، بكونه حكما شرعيا شرعه الله، وبيّنوا أنه إذا وقع كما أراد الله ورسوله ﷺ؛ فإنه لا يكون إلا خيرا؛ لأن الشريعة إنما جاءت لرفع الضرر، وجلب المنافع، وفي ذلك يقول ابن القيم: "وأما القول: إن النكاح نعمة، فلا يكون سببه إلا طاعة بخلاف الطلاق، فإنه من باب إزالة النعم، فيجوز أن يكون سببه معصية، فيقال: قد يكون الطلاق من أكبر النعم التي يفك بها المطلق الغل من عنقه، والقيد من رجله، فليس كل طلاق نعمة، بل من تمام نعمة الله على عباده أن مكنهم من المفارقة بالطلاق، إذا أراد أحدهم استبدال زوج مكان زوج، والتخلص عن لا يجبها ولا يلائمها، فلم ير للمتحيين مثل النكاح، ولا

¹ تفسير القرطبي (408/5).

² المغني، ابن قدامة (363/7).

³ فتح القدير، ابن المهام (465/3).

للمتباغضين مثل الطلاق، ثم كيف يكون نعمة والله تعالى يقول: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [البقرة: 236]، ويقول: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: 1]¹.

ثالثا: تشريع الطلاق رفع للمشقة والحرَج

إن الله تعالى شرع للأزواج، إذا أرادوا استبدال زوج مكان زوج والتخلص من المرأة الطلاق، وجعله بحكمته ثلاثا توسعة على الزوج؛ إذ لعله يبدو له ويندم فيراجعها، وهذا من تمام حكمته ورأفته ورحمته بهذه الأمة، ولم يجعل أنكحتهم كأنكحة النصارى تكون المرأة غلا في عنق الرجل إلى الموت، ولا يخفى ما بين الشريعتين من التفاوت².

ولأن مقاصد النكاح إذا لم تحصل لم يكن في بقاء النكاح فائدة، فتقع الحاجة إلى التفريق³.
ولأن النكاح لا يلزم فيه القصد إلى البقاء المؤبد، لأن هذا هو التضييق الذي تأباه الشريعة، ولأجله شرع الطلاق، وهو كنكاح النصارى⁴.

ولأن النصارى كان النكاح عندهم مؤبدا لا طلاق فيه، وفي المقابل كان أهل الجاهلية يطلقون بلا حد لعدد معين، وفي كلاهما ضرر على الزوجة والزوج عند فساد المعيشة من أحدهما.
وأما سببه فالحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، وشرعه رحمة منه سبحانه وتعالى⁵.

رابعا: في تشريع الطلاق تحقيق مصلحة الزوجين

إن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة وقد قال الله عز وجل: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ [البقرة: 205]، وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أن الله تعالى لا يجبه ولا يرضى به، إلا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق، وتباين الطباع، أو لفساد يرجع إلى نكاحها؛ بأن علم الزوج أن المصالح تقوته بنكاح هذه المرأة، أو أن المقام معها سبب فساد دينه ودنياه، فتقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امرأة أخرى⁶.

وقد خرج من أن يكون مصلحة بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع، أو غير ذلك من المعاني ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة، فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى⁷.

¹ زاد المعاد، ابن القيم (219/5) بتصرف يسير.

² إعلام الموقعين، ابن القيم (203/3)

³ بدائع الصنائع، الكاساني (337/2).

⁴ الموافقات، الشاطبي (126/3).

⁵ فتح القدير، ابن الهمام (463/3).

⁶ بدائع الصنائع، الكاساني (95/3)

⁷ المرجع نفسه (127/3)

الفرع الثاني: المقاصد الجزئية لأحكام الطلاق وأثرها في التقليل من ظاهرة الطلاق

أولاً: المقصد من تشريع طلاق السنة بصفة عامة:

يذكر الفقهاء أن من أعظم مقاصد طلاق السنة أنه لا يوقع الزوج في الندم لأن فيه من الحكم الشرعية من التوسعة على المطلق وفتح المجال له لمراجعة زوجته كما قال تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، وأنه سبب توفيق الله للمطلق وأن الله يجعله له من أمره مخرجاً ويسراً، كما قال تعالى بعد ذكره جملة من أحكام الطلاق في مطلع سورة الطلاق: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾ وَرِزْقَهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ وَإِنَّ اللَّهَ بَلِّغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ وَقْدًا ﴿٣﴾﴾ [الطلاق: 2-3].

لذلك قال علي رضي الله عنه: لو أن الناس أخذوا بأمر الله في الطلاق ما تبع رجل نفسه امرأة يطلقها أبداً¹.

ويقول ابن القيم: "قال تعالى بعد أن ذكر حكم الطلاق المشروع: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: 2]؛ فلو اتقى الله عامة المطلقين لاستغنوا بتقواه عن الأضرار والأغلال، والمكر والاحتيايل؛ فإن الطلاق الذي شرعه الله سبحانه أن يُطلقها طاهراً من غير جماع، ويطلقها واحدة، ثم يدعها حتى تنفضي عِدَّتَهَا فَإِنْ بَدَأَ لَهُ أَنْ يُمَسِّكَهَا فِي الْعِدَّةِ أَمْسَكَهَا، وإن لم يراجعها حتى انقضت عِدَّتَهَا أمكنه أن يستقبل العِدَّةَ عليها من غير زوج آخر، وإن لم يكن له فيها غرض لم يضرَّ أن تتزوج بزوجه غيره، فمن فعل هذا لم يندم"².

ثانياً: المقصد الشرعي للرجعة:

المقصد الشرعي من الرجعة هو الأمل في رجوع الزوج عن طلاقه وإمساكه زوجته وتسهيل ذلك بجملة من الأحكام لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، قال القرطبي: "الأمر الذي يحدثه الله، أن يقلب قلبه من بغضها إلى محبتها، ومن الرغبة عنها إلى الرغبة فيها، ومن عزيمة الطلاق إلى الندم عليه، فراجعها، وقال جميع المفسرين: أراد بالأمر هنا الرغبة في الرجعة"³.

ولا يشترط في الرجعة رضا الزوجة ولا وليها ولا تجديد عقد النكاح، قال النووي: "وفي قوله ﷺ مره فراجعها دليل على أن الرجعة لا تقتصر على رضا المرأة ولا وليها ولا تجديد عقد"⁴.

ويحرم خروج المطلقة طلاقاً رجعيًا من بيت زوجها، قال ابن عبد البر: "وأجمعوا أن المطلقة طلاقاً يملك فيه زوجها رجعتها، أنها لا تنتقل من بيتها"⁵.

ويظهر ذلك جلياً في مقاصد الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج للسنة وبيان ذلك في الآتي:

1 زاد المعاد، ابن القيم (470/5).

2 إغاثة اللهفان، ابن القيم (499/1).

3 تفسير القرطبي (156/18)، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام على مقاصد الطلاق السني.

4 شرح مسام، النووي (62/10).

5 الاستذكار، ابن عبد البر (160/6).

أ- إعطاء الزوج فرصة للتراجع عن الطلاق إذا ندم.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَرْحَةٍ مُبِينَةٍ وَذَلِكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1].

وقال ابن القيم: "أشار سبحانه إلى حكمة ذلك، وأنه في الرجعات خاصة بقوله: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، والأمر الذي يرجى إحداثه هاهنا: هو المراجعة، هكذا قال السلف ومن بعدهم، وأن حكمة أحكم الحاكمين وأرحم الراحمين اقتضته؛ لعل الزوج أن يندم، ويزول الشر الذي نزغ الشيطان بينهما، فتبعتها نفسه فراجعها، كما قال علي بن أبي طالب عليه السلام: لو أن الناس أخذوا بأمر الله في الطلاق ما تتبع رجل نفسه امرأة يطلقها أبدا"¹.

فإن الزوج قد يندم على طلاقه لزوجته، ويريد الرجوع إلى زوجته، فأعطاه الشرع فرصة ومهلة كافية وهي ثلاثة قروء، على اختلاف بين الفقهاء في كونها أطهارا أم حيضا، ليفكر ويتأني ويقرر، وإذا ما ندم وقرر الرجوع لزوجته، كان له ذلك.

ب- تخصيص الزوج بالحق في الرجعة دون المرأة.

قال ابن عاشور في تفسير قوله تعالى: ﴿وَيُؤْتِيَنَّ أَحْسَنُ رِيضَةٍ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: 228]: أنها "جاءت لتشريع حكم المراجعة في الطلاق ما دامت العدة، وعندني أن هذا ليس مجرد تشريع للمراجعة بل الآية جامعة لأمرين: حكم المراجعة، وتخصيص المطلقين على مراجعة المطلقات، وذلك أن المتفارقين لا بد أن يكون لأحدهما أو لكليهما، رغبة في الرجوع، فالله يعلم الرجال بأنهم أولى بأن يرغبوا في مراجعة النساء، وأن يصفحوا عن الأسباب التي أوجبت الطلاق، لأن الرجل هو مظنة البصيرة والاحتال، والمرأة أهل الغضب والإباء"².

ثالثا: المقاصد الشرعية من تحريم الطلاق البدعي:

1- المقصد من تحريم الطلاق في الحيض والنفاس:

أ- رفع الضرر عن الزوجة بتطويل العدة عليها أو تقصيرها:

وذلك أن الفقهاء اختلفوا في القروء هل تحسب بالطهر أم بالحيض، فعل القول أنها تحسب بالحيض، فإن عدتها تقصر، وعلى القول أنها تحسب بالطهر طال عليها العدة.

وفي هذا يقول الدهلوي: "وأبضا فإن طلقها في الحيض فإن عدت هذه الحيضة في العدة انتقصت مدة العدة، وإن لم تعد تضررت المرأة بطول العدة سواء كان المراد بالقروء الإطهار أو الحيض، ففي كل ذلك

¹ زاد المعاد، ابن القيم (469/5).

² التحرير والتنوير، ابن عاشور (395/2).

مناقضة للحد الذي ضربه الله في محكم كتابه من ثلاثة قروء¹.

وقال ابن قدامة: " لأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها؛ فإن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها، ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض"².

وهذا بالنظر لمصلحة الزوجة على اعتبار استحالة الصلح بينها في زمن العدة، فيكون في تطويل بقاءها في بيت مطلقها ضرر عليها، لكن في المقابل فإن إلتزام الزوج بعدم التطليق في الحيض أو النفاس، وانتظار الطهر، ففيه مصلحة لها وهي إعطاء الزوج مدة أطول لمراجعة قراره والتريث وعدم التسرع إلى الطلاق.

ب- الرغبة في عدول الزوج عن الطلاق ولا يناسب ذلك الحيض أو النفاس:

قال الدهلوي: " السر في ذلك أن الرجل قد يبغض المرأة بغضة طبيعية، ولا طاعة لها مثل كونها حائضا، وفي هيئة رثة، وقد يبغضها لمصلحة يحكم بإقامتها العقل السليم مع وجود الرغبة الطبيعية، وهذه هي المتبعة، وأكثر ما يكون الندم في الأول وفيه يقع التراجع، وهذا داعية يتوقف تهذيب النفس على إهمالها وترك اتباعها، وقد يشبه الأمان على كثير من الناس، فلا بد من ضرب حد يتحقق به الفرق، فجعل الطهر مظنة للرغبة الطبيعية، والحيض مظنة للبغضة الطبيعية، والأقدام على الطلاق على حين رغبة فيها مظنة للمصلحة العقلية، والبقاء مدة طويلة على هذا الخاطر مع تحول الأحوال من حيض إلى طهر، ومن رثانة إلى زينة، ومن انقباض إلى انبساط مظنة للعقل الصراح والتدبير الخالص، فلذلك كره الطلاق في الحيض، وأمر بالمراجعة وتحلل حيض جديد"³.

2- المقصد من تحريم الطلاق في الطهر الذي مسها فيه:

إن في تحريم الطلاق في الطهر الذي جامع فيه الرجل زوجته فائدتين هما:

أ- تطويل بقاء الزوجة مع زوجها بقصد عدوله عن الطلاق:

قال النووي: " ففي حديث بن عمر أنه أمر بالرجعة ثم بتأخير الطلاق إلى طهر بعد الطهر الذي يلي هذا الحيض فما فائدة التأخير فالجواب أنه نهي عن طلاقها في الطهر ليطول مقامه معها فلعله يجامعها فيذهب ما في نفسه من سبب طلاقها فيمسكها"⁴.

قال الدهلوي: " وإنما أمر أن يكون الطلاق في الطهر قبل أن يمسه لبقاء الرغبة الطبيعية فيها، فإنه في بالجماع تفتت سورة الرغبة"⁵.

ولأنها في حكم الزوجة فلها أن تتزين له وتتشرف له عسى أن يعود عن طلاقه.

ب- تريث الزوج خشية أن تكون زوجته حاملا فيندم عن الطلاق:

¹ حجة الله البالغة، الدهلوي (215/2).

² المغني، ابن قدامة (364/7).

³ حجة الله البالغة، الدهلوي (215/2).

⁴ شرح مسلم، النووي (60/10).

⁵ حجة الله البالغة، الدهلوي (216/2).

قال ابن قدامة أن الزوج " إذا طلق في طهر أصابها فيه، لم يأمن أن تكون حاملا، فيندم، وتكون مرتابة لا تدري أتعتد بالحمل أو الأقرء؟"¹.

وقال النووي: " يحرم طلاقها في طهر جامعها فيه حتى يتبين حملها لثلاث تكون حاملا فيندم فإذا بان الحمل دخل بعد ذلك في طلاقها على بصيرة فلا يندم فلا تحرم"²

ج- تحريم الطلاق في الطهر الذي مسها فيه، فيه حفظ للأنساب.

قال الدهلوي: " وإنما أمر أن يكون الطلاق في الطهر قبل أن يمسه، لأن ذلك أبعد من اشتباه الأنساب"³. وهذا التعليل من الدهلوي في غاية الفهم والدقة؛ لأن الزوجة قد تكون حاملا في الطهر الذي جامعها فيه، كما علل بعض الفقهاء الحكمة من النهي عن طلاقها فيه حتى يتبين حملها فلا يندم من جهة، وسدا لباب الطعن في نسبه من جهة أخرى، إذا ما تبين أنها حامل لا سيما في زماننا حيث الغالب على الناس الجهل بأحكام الأسرة ومقاصدها، فتطلق المرأة وتخرج من يومها من بيت زوجها، وأحيانا تطلق وهي في بيت أهلها فإذا ما تبين أنها حامل فتح باب الطعن في عرضها وفي نسب ولدها لا سيما مع فساد الأخلاق.

بخلاف طلاقها بعد الحيض في طهر لم يجامعها فيه فإنه لا مجال للخوف على النسب حينها.

د- المقصد من تحريم الطلاق البدعي بالعدد:

شرح الطلاق الرجعي ليتأمل الرجل ويثبت من صحة قراره في تطليق زوجته، وأعطى له الشرعة فترة العدة كاملة وهي فترة كافية لمراجعة قراره جيدا، وترك له المجال لطلاق ثاني وعدة، فإذا ما اتخذ قراره بالطلاق بعد التأمل كان ذلك سعيا منه لتحقيق مصلحته، لكنه إذا طلقها ثلاثا فوت على نفس كل تلك المقاصد الشرعية ووقع في الضيق والخرج من حيث لا يمكنه إصلاح ذلك إلا بأن تنكح زوجته زوجا غيره ويدخل بها، ولا شك أن في هذا الطلاق من الضرر ما لا يمكن حصره.

العلة في تحريم جمع الثلاث سد الباب على نفسه وعدم المخرج، وينبغي على ذلك تحريم جمع الطلقتين⁴.

وذلك " أن النكاح عقد مسنون، فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب، فكان الأصل هو الحظر والكراهة، إلا أنه رخص للتأديب، أو للتخليص، والتأديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية، لأن التباين أو الفساد إذا كان من قبلها فإذا ذاق مرارة الفراق فالظاهر أنها تتأدب وتتوب وتعود إلى الموافقة والصلاح، وإذا طلقها ثلاثا في طهر واحد فربما يلحقه الندم، وقال الله تعالى: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [الطلاق: 1]، قيل في التفسير أي ندامة على ما سبق من فعله أو رغبة فيها، ولا يمكنه التدارك بالنكاح، فيقع في السفاح فكان في الجمع احتمال الوقوع في الحرام، وليس في الامتناع ذلك، والتحرز عن مثله واجب شرعا

¹ المغني، ابن قدامة (364/7)

² شرح مسلم، النووي (60/10).

³ حجة الله البالغة، الدهلوي (216/2).

⁴ الإنصاف، المرادوي (450/8).

وعقلا بخلاف الطلقة الواحدة، لأنها لا تمنع من التدارك بالرجعة¹.

ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبامراته من غير حاجة، فيدخل في عموم النهي، وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراما، أو بحيلة لا تزيل التحريم، ووقوع الندم، وخسارة الدنيا والآخرة، فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض، الذي ضرره بقاؤها في العدة أياما يسيرة، أو الطلاق في طهر مسها فيه، الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل؛ فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة... وأمنا من الندم، فإنه متى ندم راجعها، فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها، فله نكاحها².

قال الدهلوي: " وكره أيضا جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد، وذلك لأنه إهمال للحكمة المرعية في شرع تفريقها، فإنها شرعت ليتدارك المفرد، ولأنه تضييق على نفسه وتعرضه للندامة، وأما الطلقات الثلاث في ثلاثة أطهار فأيضاً تضييق، ومظنة ندامة غير أنها أخف من الأول من جهة وجود التروي، والمدة التي تتحول فيها الأحوال، ورب إنسان تكون مصلحته في تحريم المغلظ³."

رابعا: المقصد من جعل الطلاق مرتين

1- رفع الضرر عن الزوجة كما كان في الجاهلية

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]

قال القرطبي: " ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة، وكان هذا في أول الإسلام برهة، يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت تحل من طلاقه راجعها ما شاء، فقال رجل لامرأته على عهد النبي ﷺ: لا آويك ولا أدعك تحلين، قالت: وكيف؟ قال: أطلقك فإذا دنا مضي عدتك راجعتك، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة، رضي الله عنها فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فأنزل الله تعالى هذه الآية بيانا لعدد الطلاق الذي للمرء فيه أن يرجع دون تجديد مهر وولي، ونسخ ما كانوا عليه، وقال ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وغيرهم: المراد بالآية التعريف بسنة الطلاق، أي من طلق اثنتين فليقت الله في الثالثة، فإما تركها غير مظلومة شيئا من حقها، وإما أمسكها محسنا عشرتها، والآية تتضمن هذين المعنيين⁴."

قال ابن كثير: " هذه الآية الكريمة رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام، من أن الرجل كان أحق براجعة امرأته، وإن طلقها مائة مرة ما دامت في العدة، فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله عز وجل إلى ثلاث طلقات، وأباح الرجعة في المرة والثنتين، وأبانها بالكلية في الثالثة، فقال: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]"⁵.

¹ بدائع الصنائع، الكاساني (95/3).

² ينظر: المغني، ابن قدامة (369/7).

³ حجة الله البالغة، الدهلوي (216/2).

⁴ تفسير القرطبي (126/3).

⁵ تفسير ابن كثير (610/1).

2- التوسعة على الزوجة ودعوته إلى النظر فيما إذا كان الطلاق من مصلحته أم لا

ذكر الكاساني أن الطلاق إنما شرع إذا علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة، أو أن المقام معها سبب فساد دينه ودينها، فتقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امرأة أخرى، إلا أن احتمال أنه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر في العاقبة قائم، فالشرع والعقل يدعوانه إلى النظر، وذلك في أن يطلقها طليقة واحدة رجعية، حتى أن التباين أو الفساد إذا كان من جهة المرأة تتوب وتعود إلى الصلاح، إذا ذاق مرارة الفراق وإن كانت لا تتوب، نظر في حال نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها؟ فإن علم أنه لا يمكنه الصبر عنها يراجعها، وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها يطلقها في الطهر الثاني ثانياً، ويجرب نفسه ثم يطلقها فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهراً وغالباً؛ لأنه لا يلحقه الندم غالباً فأبيحت الطليقة الواحدة، أو الثلاث في ثلاثة أطهار على تقدير خروج نكاحها من أن يكون مصلحة وصيرورة المصلحة في الطلاق¹.

وقال ابن الهمام: "وأما محاسنه فمنها شرعه ثلاثاً؛ لأن النفس كذوبة ربما يظهر عدم الحاجة إليها أو الحاجة إلى تركها وتسوله، فإذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر، فشرعه سبحانه وتعالى ثلاثاً ليحرب نفسه في المرة الأولى، فإن كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة وإلا أمكنه التدارك بالرجعة، ثم إذا عادت النفس إلى مثل الأول وغلبته حتى عاد إلى طلاقها نظر أيضاً فيما يحدث له فما يوقع الثالثة إلا وقد جرب وفقه في حال نفسه، ويعدد الثلاث تبلي الأعداء"².

فتبين أن الطلاق حدد بمرتين، قابلة كل منها للإمسك بعدها، والتسريح بإحسان توسعة على الناس ليرتأوا بعد الطلاق ما يليق بحالهم، وحال نسائهم، فلعلهم تعرض لهم ندامة بعد ذوق الفراق، ويمسوا ما قد يغفلون عن عواقبه حين إنشاء الطلاق، عن غضب أو عن ملالة، كما قال تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]³.

3- في عدم تشريع الطليقة الثانية تضييق على الرجل

ولأن الأصل في الطلاق هو الحظر إلا أنه أبيحت الطليقة الواحدة للحاجة إلى الخلاص عند مخالفة الأخلاق، لأن عند ذلك تصير المصلحة في الطلاق ليزدوج كل واحد منهما بمن يوافقته فتحصل مقاصد النكاح، إلا أن احتمال الندم من الجانبين قائم بعد الطلاق كما أخبر الله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، فلو ثبتت الحرمة بطليقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتى يتأمل الزوج فيه، ربما يتدم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة في النكاح، ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا، فأبيحت الطليقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة إلى الطليقة الثالثة إلا أن الشرع ورد بها في الحرمة إذا كانت تحت حر وعبد إظهاراً لخطر

¹ بدائع الصنائع، الكاساني (95/3)

² فتح القدير، ابن الهمام (465/3).

³ التحرير والتنوير، ابن عاشور (406/2).

النكاح وإبانة لشرفه¹.

5- المقصد من تحريم المرأة على زوجها بعد الطلاق الثالث

وقال تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتَلَكَ حُدُودُ اللَّهِ لِيُنْذِرَ لِقَوْمٍ يُعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: 230]، وهذا الطلاق البائن بينونة كبرى.

وقد بسط ابن القيم الكلام في الحكمة من تحريم الزوجة عن زوجها بعد الطلاق الثالث حتى تنح زوجها غيره بما يغني في هذا الباب، فقال: " وأما تحريم المرأة على الزوج بعد الطلاق الثالث وإباحتها له بعد نكاحها للثاني فلا يعرف حكمته إلا من له معرفة بأسرار الشريعة وما اشتملت عليه من الحكم والمصالح الكلية... فأباح للرجل أن ينكح من أطايب النساء أربعاً، ثم أكمل لعبدته شرعه، وأتم عليه نعمته، بأن ملكه أن يفارق امرأته ويأخذ غيرها؛ إذ لعل الأولى لا تصلح له ولا توافقه، فلم يجعلها غلا في عنقه، وقيدا في رجله، وإصراراً على ظهره، وشرع له فراقها على أكمل الوجوه لها وله... فإذا جاءت الثالثة، جاء ما لا مرد له من أمر الله، وقيل له: قد اندفعت حاجتك بالمرّة الأولى والثانية؛ ولم يبق لك عليها بعد الثالثة سبيل، فإذا علم أن الثالثة فراق بينه وبينها وأنها القاضية أمسك عن إيقاعها².

الخاتمة

في ختام هذا البحث خلصت إلى النتائج الآتية:

- 1- أن الله تعالى شرع الشرائع لمقاصد عظيمة فيها تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.
- 2- أن لأحكام الأسرة مقاصد عظيمة ومن ذلك مقاصد أحكام الطلاق والتي تلخص في الآتي:
أولاً: شرع الطلاق لرفع الضرر المترتب على الزوج من زوجته في حالة استحالة الحياة الزوجية معها.
ثانياً: أن الإسلام شرع من الأحكام ما يجوز بين طلاق الرجل لزوجته ما استطاع لذلك سبيلاً بحيث جعل العديد من الأحكام التي تدفع الزوج إلى التريث والتفكير المطول قبل الإقدام على طلاق زوجته ومن ذلك:
أ- تحريمه طلاق المرأة في الحيض والنفاس والطهر الذي مسها فيه وكذا طلاقها أكثر من تطليقة في طهر واحد كل ذلك تضييقاً عليه حتى يترث قبل الطلاق وترك فرصة له ليعيد النظر في قراره.
ب- اعتداد المرأة في بيت زوجها وعدم إخراجها منه لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً فتعود المياه إلى مجاريها.
ت- تشريع الرجعة وعدم اشتراط إعادة العقد تسهيلاً للم شمل الأسرة من جديد بأسهل الطرق
توصيات:

مما يمكن التوصية به هو تشجيع طلبة الدراسات العليا بالاهتمام بالبحث في مقاصد أحكام الأسرة ومحاولة تفعيلها في حياة الناس اليوم حتى يسد باب كثرة حالات الطلاق الذي وقع فيه الكثير من الناس اليوم بسبب جهل بعضهم بهذه الأحكام ومقاصدها.

¹ بدائع الصنائع، الكاساني (97/3)

² إعلام الموقعين، ابن القيم (56/2).

معالم الاجتهاد النوازلي في القضايا الأسرية المعاصرة

بقلم

أ.د. نور الدين صغيري

أستاذ بكلية الشريعة والأنظمة

جامعة تبوك. السعودية

nsaghiri10@hotmail.com

حمزة العيلدي

باحث في مرحلة الدكتوراه علوم في الفقه وأصوله

معهد العلوم الإسلامية. جامعة الوادي

laidlihamza@yahoo.com

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، ولا عدوان إلا على الظالمين، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له وليُّ المتقين، وأشهد أن نبيِّنا محمداً عبده ورسوله سيّد ولد آدم أجمعين، صلى الله عليه، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين، وصحابته الغرّ المحجلين، وسلّم تسليماً كثيراً، وبعد:

فإنه لا يخفى على كُُلِّ ذي لبٍّ وعقل ما للأسرة من رفيع المكانة، وعلو المقام، ومنيف الرتبة والشان، ويكفي في ذلك أنها تُعتبر الخلية الأساس في بناء وتكوين النسيج الاجتماعي، كما أنها تُعتبر المجال الحيوي لإشباع غرائز الإنسان المعنوية، من الشعور بالسكينة والطمأنينة وغيرها من المشاعر التي لا تقل ضرورة عن حاجيات الإنسان وضروراته البيولوجية، كما أنه لا يخفى على الجميع أيضاً أن الأسرة باعتبارها جزءاً من المجتمع لا يتجزأ عنه، فإنها ليست بمعزل عن أيّ تطوّر وتقدّم قد يطرأ على المجتمع، ولهذا نجد ذلك الرقي والازدهار اللذين شهدهما المجتمع في جميع المجالات الاقتصادية والثقافية وغيرها من نواحي الحياة المختلفة؛ قد انعكس كُُلُّ ذلك على الأسرة، وساهم إلى حد بعيد في ميلاد ظواهر اجتماعية جديدة، منها ما هو إيجابي يعث على التمازج والبشر، إلا أن الغالب من تلك الظواهر اتخذت مساراً سيئاً، وأثرت سلباً على كيان الأسرة ونسيجها المتناسك، كما لا يغف عن الإنسان الطرف عن كثير من الجوانب الإيجابية لهذا التطوّر المتسارع في قضايا الأسرة، خاصة فيما يتعلق بالجانب الطبي العلاجي، حيث عالج هذا التطوّر مشاكل أسرية عديدة، ووفّر بدائل متنوعة.

والذي يعني في هذا المقام ليس هو تقييم أو رصد الجوانب الإيجابية والسلبية لهذا التقدّم المنعكس على الأسرة، بقدر ما يعنينا حدوث تلك المستجدات في المسائل الأسرية التي تحتاج إلى حضور الجانب الفقهي والرأي الشرعي فيها، ذلك أنه من المقرّر في عقائدنا وضمائرنا أن الشريعة صالحة لكُلِّ زمان ومكان والله الحمد، وهي قادرة على التكيف واستيعاب جميع مظاهر الحياة، كما أن القواعد الشرعية والأسس المرعية للدين الإسلامي تتماشى مع أي تطوّر يشهده المجتمع المسلم، وقادرة على صياغة القوالب الشرعية لتلك الحوادث النازلة، والمستجدات الطارئة، فقط إذا صادف ذلك اجتهاداً متيناً، وإدراكاً للواقع عميقاً، ولهذا كان لا بُدَّ على

أهل البحث والاختصاص أن يُسلطوا الضوء على هذا الجانب البالغ في الأهمية بمكان، ألا وهو الدراسة الشرعية للمستجدات الحاصلة في قضايا الأسرة، سواء كان ذلك في الجانب الطبي أو الاجتماعي، وهو الأمر الذي من خلاله يظهر بجلاء مدى صلاحية الشريعة لمختلف الأزمنة والأمكنة، وذلك عن طريق حضور الجانب الشرعي في هذه المسائل، ذلك الحضور الذي يضمن الحفاظ على مقاصد الأسرة وخصائصها. ألا وإن من أبرز الخطوات المباركة في هذا السياق هو ما عزم عليه معهد العلوم الإسلامية بجامعة الشهيد حمة لخضر بولاية الوادي؛ من تنظيم ملتقى دولي حول المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، المزمع عقده يومي: 15 و16 صفر 1440 هـ، الموافق لـ: 24 و25 أكتوبر 2018م، فهذا يُعدُّ من الخطوات المباركة في هذا الباب، ولهذا فإنتي أجمعت أمري في كتابة بحث حول موضوع المستجدات الأسرية وفق مقتضيات هذا الملتقى المبارك، وقد وقع اختياري على المحور الأول المتعلق بمقاصد نظام الأسرة، وضوابط دراسة مستجداتها في ضوء تحديات العصر.

التعريف بالموضوع وبيان أهميته: لقد جاء هذا البحث وفق مقتضيات الملتقى الدولي الثاني المشار إليه آنفاً، وقد وقع اختياري على المحور الأول منه، وتتجلى أهمية هذا البحث وهذا المحور فيما يلي:

- بيان مفهوم الأسرة وتعريفها اللغوي والاصطلاحي.
 - بيان أهم خصائص الأسرة ومقاصدها الشرعية.
 - بيان أهم الضوابط والقواعد التي يجب مراعاتها في عملية الاجتهاد في النوازل الأسرية المعاصرة.
 - ذكر الشروط التي ينبغي توافرها فيمن يتولى عملية الاجتهاد في مثل هذه المسائل.
 - ذكر نماذج من نوازل الأسرة وإسقاط القواعد والضوابط الفقهية عليها.
- إشكالية البحث: إن الإشكالية المطروحة في هذا البحث وهذا المحور الذي وقع الاختيار عليه؛ هو ما يلاحظ من ذلك التطور المتسارع الذي يشهده المجتمع الإسلامي في مختلف الميادين، والذي انعكس على الأسرة بوضوح مما أدى إلى ميلاد مستجدات كثيرة في قضايا الأسرة، مما يتطلب حضور الجانب الشرعي والفقه في هذا الباب، وذلك عن طريق البحث والاجتهاد في هذه المسائل، ولهذا كان لزاماً أن توضح معالم، وتُصَلِّ قواعداً، وتُضبط ضوابطاً من شأنها أن تُضبط عملية الاجتهاد في مثل هذه المسائل الحادثة، حتى لا يكون هذا الأمر باباً مُشرعاً، ولا مطية ذلولا لكل أحد، وعليه فإن الأسئلة التي تُثار هاهنا هي:
- ما هي أهم مقاصد الأسرة في الإسلام حتى يتم الاجتهاد في نوازل الأسرة على ضوءها؟
 - ما حكم دراسة النوازل الطارئة التي لم يسبق للعلماء بحثها؟
 - من هو المجتهد الذي يتولى عملية الاجتهاد في هذه المسائل وما هي شروطه؟
 - ما هي أهم القواعد والضوابط التي ينبغي مراعاتها في نوازل قضايا الأسرة المعاصرة؟
 - ما هي القواعد الفقهية التي يُمكن إسقاطها على بعض نوازل الأسرة المعاصرة؟
- فهذه الأسئلة وغيرها ضرورية جداً لتحديد ضوابط الاجتهاد في هذه المسائل، حتى تضبط الصورة

- وتتضح جيّداً، وهذا البحث بإذن الله وفق الخطّة المقترحة كفيل بالإجابة عليها.
- الدّراسات السّابقة: إنّ هذا الموضوع يُعتبر من المواضيع المهمّة التي أُشيعت بحثاً وتحليلاً، وليس هذا من باب التكرار الممجوج، بقدر ما هو من باب الإكثار والتّنويع في المواضيع بالغة الأهميّة، ولهذا فإنّ البحوث والدّراسات المتعلّقة به كثيرة، ومن الجدير بالذّكر أنّ هذا البحث يتناول شقّين أو موضوعين وهما: موضوع مكانة الأسرة وخصائصها وأهمّ مقاصدها، والشّق الثّاني حول ضوابط الاجتهاد في القضايا الأسريّة الحادّة، ولهذا فإنّه من البديهيّ أن تكون البحوث المذكورة تتناول هذين الشّقّين معاً، وسأذكر منها ما يلي:
- "مقاصد الشّريعة في أحكام الأسرة" للأستاذ الدكتور: عبد المجيد النجار (خال من بيانات النّشر).
- "معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم" رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية أصول الدين بالجامعة الإسلاميّة بغزة، من إعداد: شيرين زهير أبو عبدو.
- "الأسرة في مقاصد الشّريعة" لزينب طه العلواني، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي (فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكيّة)، الطبعة الأولى: (1432هـ-2012م).
- "الاجتهاد في التّوازل" بحث محكّم من إعداد الدكتور: محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، ضمن مجلة العدل، العدد التاسع عشر-رجب 1424هـ.
- "منهج الاجتهاد الفقهي المعاصر وتطبيقاته" رسالة ماجستير من إعداد: نسيم بن مصطفى، مقدّمة إلى كليّة العلوم الإنسانيّة والعلوم الاجتماعيّة بجامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان.
- "المدخل إلى فقه التّوازل" للدكتور: عبد الناصر أبو البصل، مطبوع ضمن مجموعة من البحوث من إعداد مجموعة من الدكاترة والباحثين بعنوان: "دراسات فقهية في قضايا طبيّة وعاصرة"، طبعة دار النّفائس (عمان-الأردن)، الطبعة الأولى: (1421هـ-2001م).
- "منهج استنباط أحكام التّوازل الفقهية المعاصرة" للدكتور: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، طبعة دار ابن حزم، الطبعة الأولى: (2003م).
- "مسائل شرعيّة في الجينات البشريّة" للدكتور: عارف علي عارف القره داغي، نشر من قبل الجامعة الإسلاميّة العالميّة بهاليزيا، الطبعة الأولى (1432هـ-2011م).
- "الاجتهاد الجماعي وتطبيقاته المعاصرة" رسالة ماجستير من إعداد: نصر محمود الكرني، مقدمة إلى كلية الشّريعة والقانون بالجامعة الإسلاميّة بغزة.
- "أثر تحقيق المناط في وقف تنزيل الأحكام" بحث محكّم من إعداد الأستاذ الدكتور: عبد المجيد النجار، مقدم لمؤتمر تحقيق المناط، المنعقد بالكويت: 18-20 فيفري 2013م.
- "تغيّر الاجتهاد" للأستاذ الدكتور: وهبة الزحيلي، طبعة دار المكتبيّ (دمشق-سوريا)، الطبعة الأولى: (1420هـ-2000م).
- فهذه البحوث والدراسات التي ذكرت آنفاً، تطرّقت إلى ما أراد الباحث جمعه وبيانه في هذا البحث بشكل

جزئي، فكل بحث أو كتاب مما سبق إirاده تناول جزئية على وجه الأفراد بالبحث والدراسة، فأتى الباحث من خلال هذا البحث المتواضع فحاول جمع الشتات المذكور فيها في قالب واحد يهدف إلى توضيح الصورة فيما يتعلّق بعملية الاجتهاد في التّوازل، وكذا ربط هذه القواعد الاجتهادية بمسائل الأسرة المستجدة، إضافة البحث وجديده يتجلى في جمع واستقراء قواعد وضوابط الاجتهاد المعاصر، وكذا ربطها بقضايا الأسرة النّازلة، وإسقاط هذه القواعد على فروع معاصرة.

المنهجية المتبعة في الدّراسة: بما أنّ هذا البحث وهذا المحور الأول منه قائم على عرض وتوضيح مكانة الأسرة وأهم خصائصها ومعاييرها، كما أنّ في هذا البحث تتبعا لأهم القواعد والضوابط التي تؤثر على عملية الاجتهاد في نوازل الأسرة؛ فإن طبيعة هذا البحث تقتضي أن يكون المنهج المتبع فيه هو منهج الاستقراء مع التحليل، فهذا المنهج هو الكفيل بأن يبرز ما أردت ذكره وتوضيحه في هذا البحث.

خطة البحث: لقد جاء هذا البحث وفق الخطة المنهجية الآتية:

❖ مقدمة: ذكرت فيها التعريف بالموضوع وأهميته، وبيان إشكاليته، والمنهج المتبع فيه، والدراسات السابقة، والخطة المتبعة فيه.

❖ المبحث الأول: مفهوم الأسرة وخصائصها ومقاصدها.

• المطلب الأول: تعريف الأسرة.

- الفرع الأول: الأسرة في اللغة.

- الفرع الثاني: الأسرة في الاصطلاح.

• المطلب الثاني: خصائص الأسرة.

• المطلب الثالث: مقاصد الشريعة الإسلامية في أحكام الأسرة.

❖ المبحث الثاني: ضوابط الاجتهاد التّوازلي في قضايا الأسرة وشروط المجتهد فيها.

• المطلب الأول: في التّوازل وشروط المجتهد فيها.

- الفرع الأول: التعريف بالتّوازل.

- الفرع الثاني: حكم التصدي للتّوازل الطّائرة التي لم يسبق للعلماء لبحثها.

- الفرع الثالث: شروط من يتولّى الفتوى في التّوازل.

• المطلب الثاني: ضوابط الاجتهاد في نوازل قضايا الأسرة المعاصرة.

- الفرع الأول: مراعاة الاجتهاد المقاصدي في عملية البحث في قضايا الأسرة.

- الفرع الثاني: فهم الواقع الذي يُنزّل عليه الحكم الشرعي.

- الفرع الثالث: اعتبار مآل الاجتهاد والتنزيل.

- الفرع الرابع: تكريس ثقافة الاجتهاد الجماعي بدل الفردي.

- الفرع الخامس: الاعتماد على الخبرة العلمية المتخصصة في المسألة.

- الفرع السادس: مراعاة المؤثرات العصرية في الاجتهاد.
- ❖ المبحث الثالث: القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة على الاجتهاد في قضايا الأسرة المعاصرة.
- المطلب الأول: تطبيقات القواعد الكلية الخمس على القضايا الأسرية المعاصرة.
- الفرع الأول: قاعدة "الأمر بمقاصدها".
- الفرع الثاني: قاعدتا "المشقة تجلب التيسير" و"الضرر يزال".
- الفرع الثالث: قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".
- الفرع الرابع: قاعدة "العادة محكمة".
- المطلب الثاني: تطبيقات قواعد وضوابط أخرى.
- ❖ خاتمة: نتائج وتوصيات:

وفي الختام فإنني أتوجه إلى الله تعالى بالشكر والامتنان على ما تفضل عليّ به من الإعانة على إكمال هذا البحث وإتمامه، كما لا أنسى أن أزجي شكرِي العطرِ لجامعة حمّة لخضر التي أتاحت لنا الفرصة لمثل هذه المنتقيات العلمية النافعة، وأتوجه بالشكر أيضا للأستاذ الدكتور: نور الدين صغيري على توجيهاته إليّ في هذا البحث، كما أسأل الله تعالى أن يجعل هذا البحث خالصا لوجهه الكريم، وفي خدمة هذا الدين العظيم، وأن يجعله في ميزان الحسنات يوم لا ينفع مالٌ ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

المبحث الأول: مفهوم الأسرة وخصائصها ومقاصدها:

المطلب الأول: تعريف الأسرة:

الفرع الأول: الأسرة في اللغة:

الأسرة في اللغة معناها الدرُّ الحصينة، وهي من الرَّجُل رهطه الأذنون وعشيرته، وسميت بذلك لأنه يتقوى ويحتمي بهم⁽¹⁾، وهي مأخوذة من الأسر وهو القوة، قال أبو جعفر النحاس: "الأسرة بالصم أقارب الرجل من قبل أبيه"⁽²⁾، فهذا هو المعنى اللغوي للأسرة، وهو يدلُّ على أنَّ هذه الكلمة تدلُّ على تلك الجماعة من أقارب الرجل ورهطه التي تحيط به وتحميه وتقويه، وتكون له كالدرع الحصينة، وإذا تأملنا معاجم اللغة العربية نجد أنَّ لفظ الأسرة مأخوذٌ من: (الأسر)، وهو الشدُّ والربطُ والإحكام، والإسار هو الرباط والقيد، ومنه الأسير، وكانوا قبلُ يشدُّونه بالقدِّ، ثمَّ أصبح يُطلق على كُلِّ أجنبيٍّ وإن لم يُربط⁽³⁾، وهذا المعنى يتفق مع المعنى العامَّ للأسرة، فإنَّ لفظ الأسرة يُطلقُ عموما على كُلِّ رابطة تربط بين جماعة من النَّاس لهم قوايسمٌ مُشتركةٌ بينهم، كقولنا: (الأسرة العلمية) و (الأسرة الإعلامية) و (الأسرة الفنية) وغيرها، فكأنَّ العلاقة التي

(1) يُنظر في المعنى اللغوي للأسرة: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده: (543/8)، والصَّحاح للجوهري: (578/1-579)، ولسان العرب لابن منظور: (140-140/1)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي: (361/1)، وتاج العروس للزبيدي: (52-48/10).

(2) تاج العروس: (51/10).

(3) الصَّحاح: (578/1).

ترتبط بينهم كالوثاق والرباط الذي يشد بعضهم ببعض ويوثقهم ببعض، كما يوثق الإسار الأسير، فهذا معنى يتطابق تماما والمعنى اللغوي للأسر.

الفرع الثاني: الأسرة في الاصطلاح:

إن تحديد مفهوم مصطلح الأسرة بصورة محددة قاطعة ليس بالأمر الهين اليسير، على الرغم من أن مدلولها متشاع لدى جميع الناس، إلا أن الباحث لا يكاد يظفر بتعريف اصطلاحية للأسرة، وفي تقديري والله أعلم أن مراد هذه الثمرة إلى أمور منها:

- الأول: شيوخ معنى الأسرة لدى الجميع واستفاضة أدنى إلى جعله -على مدى آلاف السنين- في غنى عن تحديد الماهية، وكما هو مقرر أنه كلما اشتهر مصطلح وشاع أدنى ذلك إلى الاستغناء عن تعريفه وحدّه.

- الثاني: خلو نصوص الوحيين من لفظ الأسرة تماما، بل وفي كلام الفقهاء القدامى، حيث استعاضوا عنه بألفاظ أخرى مطابقة لها في المدلول (الآل، والأهل، والعيال) وغيرها من الألفاظ ذات الدلالة نفسها⁽¹⁾.

فهذان الأمران يُعتبران من أهم أسباب نقص التعاريف وندرتها لمصطلح الأسرة، إلا أنه وجدت محاولات من قبيل كثير من الباحثين لتحديد المفهوم الاصطلاحية للأسرة، على اختلاف تخصصاتهم من علماء السوسولوجيا والأنثروبولوجيا وحتى في ميدان التربية ومن ذلك ما يلي:

(1) تعريف الباحث إحسان محمد الحسن: "الأسرة عبارة عن منظمة اجتماعية تتكوّن من أفراد يرتبطون ببعضهم بروابط اجتماعية، وأخلاقية، ودموية، وروحية، وهذه الروابط هي التي جعلت العائلة البشرية تتميز عن العائلة الحيوانية"⁽²⁾.

(2) وعُرفت أيضا بأنها: "وحدة اجتماعية اقتصادية بيولوجية، تتكوّن من مجموعة من الأفراد الذين تربطهم علاقات من الزواج، والدم، والتبني، وتوجد في إطار من التفاعل عبر سلسلة من الأدوار، تقوم بتأدية عدد من الوظائف التربوية الاجتماعية والاقتصادية"⁽³⁾.

(3) وعُرفت اختصارا بأنها: "هي الوحدة الاجتماعية الأولى في المجتمع، وهي التي يتم عن طريقها حفظ النوع الإنساني ككله"⁽⁴⁾.

فكل هذه التعاريف تصب في قالب واحد، وتدلل على معنى مشترك، وهو أن الأسرة عبارة عن كيان

(1) الموسوعة الكويتية: (4/223).

قلت: ورد حديث عند أبي داود في كتاب الحدود، باب: في رجم اليهوديين برقم: (4450)، وفيه: "زنى ذو قرابة من ملك من ملوكنا فأخّر عنه الرجم، ثم زنى رجل في أسرة من الناس"، وقد ضعه العلامة الألباني في تعليقه على الحديث، وقد أشار ابن منظور في اللسان: (137/1) إلى هذا الحديث، وذكره ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث: (48/1) فقال: "وفي الحديث (زنى رجل في أسرة من الناس) الأسرة عشيرة الرجل وأهل بيته، لأنه يتقوى بهم"، فلعل المقصود في الحديث بأسرة من الناس: أي في جماعة منهم وليس ميرزا فيهم والله أعلم.

(2) مدخل إلى علم الاجتماع، إحسان محمد الحسن: (ص:188).

(3) أسس البناء الاجتماعي، لإسماعيل قباري: (ص:116-117).

(4) معالم الأسرة في القرآن الكريم، رسالة ماجستير من إعداد شيرين زهير أبو عبدو: (ص:04).

اجتماعي متكوّن من جماعة من الأفراد الذين تربطهم جملة من الرّوابط المشتركة بينهم، تقوم هذه الجماعة بوظائف تربويّة واجتماعيّة واقتصاديّة.

المطلب الثاني: خصائص الأسرة:

بعد أن تحدّد لدنيا مفهوم الأسرة وحدّها اللغوي والاصطلاحي، لا بُدّ من ذكر أهم الخصائص والميزات التي تتميز بها هذه الخلية الحيّة في المجتمع، والتي تُعتبر بحقّ أهم وأكبر المؤسسات التي يتكوّن منها البناء الاجتماعي، ومن خلال هذا المبحث أريد أن أسلط الضوء على جملة من أبرز الخصائص والميزات للأسرة على شكل نقاط مختصرة تفاديا للتطويل المُوَلّ:

- 1) تُعتبر الأسرة الخلية الأولى المكوّنة للمجتمع، وهي أشبه ما يكون في طبيعتها وجوهر وجودها بالخلية الحيّة في التركيب البيولوجي للكائن الحيّ⁽¹⁾.
- 2) تعدّ الأسرة متوجّجا اجتماعياً يعكس صورة المجتمع الذي تتواجد فيه، وهي ليست عملاً فردياً فهي قائمة على أوضاع ومصطلحات يُقرّها المجتمع⁽²⁾.
- 3) تشكّل الأسرة الإطارات العامّة التي تُحدّد سلوكيات أفرادها وتصرفاتهم، فهي الوسط الطبيعيّ الأوّل الذي يتلقّى فيه الفرد المكوّنات الأولى لثقافته وتراثه الاجتماعيّ⁽³⁾.
- 4) الأسرة تؤثر بشكل مباشر في الأنظمة الاجتماعيّة كما تتأثر بها فساداً وصلاًحاً⁽⁴⁾.
- 5) تُعتبر الأسرة وحدة اقتصادية تهدف إلى توفير كافّة احتياجات أفرادها ومستلزماتها⁽⁵⁾.
- 6) تُعتبر أيضاً كوحدة إحصائيّة، وذلك لاعتبارها من الأسس التي يُمكن اللجوء إليها والاعتماد عليها في عمليّة الإحصاءات السكّانية⁽⁶⁾.

- 7) الأسرة هي الوسط التي أتفقت عليه المجتمعات لإشباع غرائز الفرد الطبيعيّة والاجتماعيّة، مثل حُبّ الحياة وبقاء النوع وتحقيق الدوافع الغريزيّة والعواطف والانفعالات الاجتماعيّة⁽⁷⁾.

المطلب الثالث: مقاصد الشريعة الإسلاميّة في أحكام الأسرة:

من المعلوم أنّ المقصد الأعلى من الشريعة الإسلاميّة هو تحقيق مصلحة الإنسان بجلب النفع له ودفع الضرّ عنه في حياته الدنيا وفي الأخرى، وعن هذا المقصد الأعلى تنفرّع مقاصد أخرى يتحقّق منه بقدر ما يتحقّق منها، ويتخلف بقدر ما يتخلف، وكلّ أحكام الشريعة كُليّها وجُزئيّها إنّما هي موضوعة من أجل تحقيق هذه المقاصد، فإذا كانت أحكاماً نصيّة فهي مبنية في أساسها على ذلك، وإذا كانت أحكاماً اجتهاديّة فينبغي أن

(1) دراسات في علم الاجتماع العائلي، مصطفى الخشاب (ص: 32).

(2) علم اجتماع العائلة، محمد صفوح الأخرص (ص: 3).

(3) الأسرة ومشكلاتها، محمود حسن (ص: 1).

(4) الأسرة ومفهومها التربويّ (ص: 26).

(5) المصدر نفسه.

(6) المصدر نفسه.

(7) المصدر نفسه.

يكون الاجتهاد فيها موجّها بالمقاصد، إذ هي المحور الأكبر في صياغة الأحكام، تدور معها حيثما تدور، وتتوجه إليها حيثما تكون⁽¹⁾. وكما أنّ المقاصد مُتَجَلِّيةٌ وبادية في أصلها ولُبّها على وجه العموم، فإنّها تتجلى أيضاً في أحكامها الفرعية وأبوابها الجزئية على وجه الخصوص، سواء كان ذلك في أحكام العبادات، أو المعاملات، أو الجنائيات، أو أحكام الأسرة وغيرها، والإنسان لا يتحقق له المصلحة على الوجه الأفضل إلا إذا شملت أحواله في دوائرها الأساسية الثلاثة: دائرة الفرد، ودائرة الأسرة، ودائرة المجتمع، فالشريعة بنتت أحكامها على مقاصد تتعلّق بكلّ دائرة من تلك الدوائر، حتى إذا ما جرى التطبيق الفعلي لتلك الأحكام تحقّق للإنسان النفع، ودُفِعَ عنه الضررُ باعتباره فرداً، وباعتباره أسرة، وباعتباره مجتمعاً، وتلك ميزة من ميزات شرع الإسلام لا تتوفر في غيره⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق فإنّ أحكام الأسرة كان لها النّصيب الأوفر من مراعاة المصالح، فالله تعالى راعى المقاصد والمصالح في أحكام الفرد، فكيف بالأسرة التي تعدّ الخلية الأساسية في المجتمع، ولهذا كان لزاماً علينا أن نفق على أهمّ معالم المقاصد الشرعية من تشريع أحكام الأسرة، حتى تكون هذه المقاصد هي المثال الذي يُتَمَثَلُ به ويُتَمَتَّى أثره في عملية الاجتهاد في قضايا الأسرة، حتى تكون عملية الاجتهاد في قضايا الأسرة النازلة منوطة بتحقيق هذه المصالح، وعليه فكلُّ اجتهاد في مسائل الأسرة دون مراعاة هذه المقاصد يُعدُّ اجتهاداً خارج روح الشريعة ومقتضاها في باب أحكام الأسرة، ويُمكن فيما يلي ذكر جملة من تلك المقاصد الأسرية كالآتي:

1) حفظ النوع البشري: لعلّ المقصد الأوّل والأبرز من مقاصد أحكام الشريعة في الأسرة هو حفظ النوع البشري، وهذا المقصد هو أحد المقاصد الكلية الخمس التي جاءت الشريعة لتحقيقها، ألا وهو حفظ النّسل، وإذا كانت أنواع الحيوان تتمّ استمرارية وجودها بمجرد التزاوج الغريزي المرسل، فإنّ الإنسان بالنظر إلى الدّور المطلوب منه لا يمكن حفظ نوعه على الوجه الذي يقتضيه ذلك الدور إلّا من خلال التزاوج الأسري، ومن ثمة شرّعت الأحكام المتعلقة بالأسرة قاصدة إلى حفظ النوع الإنساني بما يتلاءم والهدف من وجوده⁽³⁾.

وهذا المقصد الجليل من أحكام الأسرة هو الذي أشارت إليه آية القرآن الكريم، فقد قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَوَجَدَكُمْ عَجَلًا وَمِنْهَا زَوْجَهَا وَبَيْنَ يَدَيْهَا كَثِيرًا مِّنْ نَّسَاءٍ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾﴾ [النساء: 1]، فهذه الآية الكريمة فيها إيحاء أنّ أساس الأسرة وهو الزّواج إنّما الهدف الأوّل منه هو التّكاثر لاستمرارية وجود النوع الإنسانيّ، وهو ما تدعّمه أحاديث كثيرة تحثّ على الزّواج وتكوين الأسر من أجل استمرارية النّسل، وتحثّ على اتّخاذ الأسباب من أجل ذلك، ومن تلكم الأحاديث على

(1) يُنظر: مقاصد الشريعة في أحكام الأسرة، للأستاذ الدكتور عبد المجيد النّجار: (ص: 1)، (توجيها لأحكام الأسرة المسلمة في الغرب)، المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث.

(2) المصدر نفسه: (ص: 1).

(3) يُنظر: محاضرات مقاصد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة، للدكتور سرطوط يوسف: (ص: 46)، ومقاصد الشريعة في أحكام الأسرة للنّجار: (ص: 10).

سبيل المثال لا الحصر قوله ﷺ: "تزوجوا الودود الولود، فإنني مكافئ بكم الأمم يوم القيامة"⁽¹⁾، فهذا حث شرعي على البناء الأسري لغاية التكاثر حفاظا على النسل.

ومن ذلك أيضا ما شرع من تحريم لإسقاط الأجنة من بطون الأمهات بدون أسباب وجيهة؛ إذ ذلك يُعتبر مناقضا لمقصد أساسي من مقاصد الأسرة وهو استمرارية النسل.

(2) مقصد السكن والاستقرار الأسري: والمقصود منه أن من أبرز ما يحصل ببناء الأسرة هو تحقيق السكن والمودة والرحمة والراحة النفسية، والمعاشرة بالمعروف بين أفراد الأسرة الواحدة، وهذا المقصد الجليل أشارت إليه الآيات القرآنية، يقول الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾ [الأعراف: 189]، وقال تعالى أيضا: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الزوم: 21].

وفي سبيل تحقيق ذلك المقصد انبنت أحكام الأسرة على كل ما من شأنه أن يتزع بين أطرافها أسباب الفقرة، ويفرس أسباب الوثام، وما كان تحديد الموارث بصفة دقيقة إلّا أمرا مندرجا في هذا السياق، وكذلك كل الأحكام المبيّنة للمقوق والواجبات لكل عضو من أعضاء الأسرة، ناهيك عن تلك التوجيهات الأخلاقية المتعلقة بكل فرد من أفراد الأسرة تجاه أفرادها الآخرين، فقد تواردت الأحكام الشرعية والتوجيهات الأخلاقية والإرشادات التربوية على ذات المعنى فعلم بهذا الاطراد أن الإفضاء النفسي مقصد أساسي من مقاصد التشريعات الأسرية، وهو ما ينبغي أخذه بعين الاعتبار عند الاجتهاد في الشؤون الأسرية⁽²⁾.

(3) مقصد التماسك الاجتماعي: إذا كانت للأحكام الشرعية مقاصد تروم تحقيقها في ذات الأسرة، فإن لها مقاصد تروم تحقيقها في المجتمع من خلالها؛ ذلك لأن الأسرة هي الخلية الأولى من خلايا المجتمع، فمستقبله - أي: المجتمع - من نهضة وارتكاس يتوقف إلى حد كبير على ما تكون عليه الأسرة من حال الرقي أو التدهور، ولهذا فإن الشريعة الإسلامية في منظورها لم تعتبر الأسرة شأنًا شخصيًا يهتم أفرادها فحسب، وإنما اعتبرتها شأنًا اجتماعيًا، فينبغي إذن أن تُبنى الأحكام الشرعية المنظمة لها على ما يؤدي مقاصدها في المجتمع بالإضافة إلى ما يؤدي مقاصدها في ذاتها. ومن أبرز ما يدل على المقصد الاجتماعي من الأسرة أن الدين قد اعتبرها في خطابها شأنًا اجتماعيًا وليس شأنًا شخصيًا، وأوكل شطرا كبيرا من شؤونها إلى المجتمع يرى فيه رأيه، ويعالجها بمعرفته، ولا أدل على ذلك من أن الخطاب في هذه الشؤون جاء خطابا جماعيا بالرغم مما تبدو عليه هذه الشؤون من صبغة شخصية لا تتعلق إلا بذات الأسرة، وذلك مثل قوله سبحانه تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ

(1) أخرجه الإمام أحمد في المسند: (63/20) برقم: (12613)، وابن حبان في صحيحه: كتاب: النكاح، باب: ذكر العلة التي من أجلها نهى عن التبتل برقم: (4028)، والبيهقي في السنن الكبرى: (81-82)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، وأوله: "كان رسول الله ﷺ يأمر بالبلاء، وينهى عن التبتل نهيًا شديدًا، ويقول: "...، والحديث صححه ابن حبان، والهيثم في مجمع الزوائد: (462/4-463)، والألباني في الإرواء: (195/6).

(2) يُنظر: مقاصد الشريعة في أحكام الأسرة للنجان: (ص: 16)، ومحاضرات مقاصد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة، للدكتور سرطوط: (57)، والأسرة في مقاصد الشريعة، لزينب طه العلواني: (ص: 90).

مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِيَابِكُمْ ﴿ [النور:32]، وقوله: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا أَحْكَامًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ [النساء:35]، فهذا الخطاب القرآني المطرد في شؤون الأسرة لجماعة المسلمين يدل على أن في أحكام الأسرة مقصدا اجتماعيا أساسيا⁽¹⁾.

(4) مقصد الشهادة على الناس: لقد حرص الإسلام حرصا شديدا على أن تكون الأسرة أنموذجا للتدين الصحيح، وأن يكون ذلك متحققا في بواطن أحوالها وفي ظواهرها، وذلك ليكون هذا التدين سيرة ينشأ عليها الأبناء ابتداء، ويكون أيضا ملحظا للناس في المجتمع المحيط فيؤخذ مأخذ التأسي به والعمل على تقليده، وهو ما من شأنه أن يكون مجلبة للتأسي بالنتائج يدفع حتما إلى التأسي بالأسباب التي هي التمسك بأحكام الدين التي أثمرت السعادة والنجاح، وعلى هذا المعنى فإن الأسرة الإسلامية هي أسرة ذات بُعد رسالي، تشهد بتدنيها على أن هذا التدين هو سبب الفلاح، فيقوم ذلك مقام التبليغ الذي تبليغا عمليا⁽²⁾.

المبحث الثاني: ضوابط الاجتهاد النوازل في قضايا الأسرة وشروط المجتهد فيها:
المطلب الأول: في النوازل وشروط المجتهد فيها:

الفرع الأول: التحريف بالنوازل:

البند الأول: النوازل لغة:

اجتمعت كلمة اللغويين على أن النَّازِلَة في اللُّغَةِ هي واحدة النَّوْازِل، وهي: المصيبة الشديدة التي تنزل بالقوم والعياد بالله، فالنوازل ترادف الشدائد، والنازلة هي الشديدة من شدائد الدهر، يقول الإمام الجوهري: "النازلة: الشديدة تنزل بالقوم"⁽³⁾، وقال ابن فارس: "النون والزاي والألام كلمة صحيحة تدل على هبوط شيء ووقوعه... والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر تنزل"⁽⁴⁾، وقال الزبيدي: "النازلة: الشديدة من نوازل الدهر، أي: شدائدها"⁽⁵⁾، وقال ابن منظور: "النازلة: الشديدة تنزل بالقوم"⁽⁶⁾، وقال الفيومي: "النازلة هي المصيبة الشديدة تنزل بالقوم"⁽⁷⁾، فالنوازل في أصل المعنى اللغوي تدل على تلك الشديدة والناتبة التي تحل بالناس، ومن أمثلة ذلك: الحرب، والوباء، والقحط، والسُّيول وغيرها من هذه النوائب أعادنا الله منها، ومنه قول الفقهاء: القنوت في النوازل.

البند الثاني: النوازل اصطلاحا:

إذا كانت النوازل بالمعنى اللغوي تدل على معنى الشدائد والنوائب التي تحل بالناس، فإن هذه الكلمة بالمعنى الاصطلاحي معنى لا يكاد يخرج عن المدلول اللغوي، وفي هذا البند بحول الله تعالى نحاول ذكر

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية في أحكام الأسرة للنَّجَّار: (ص:15-16).

(2) المصدر نفسه: (ص:16).

(3) مختار الصحاح للجوهري: (1829/5).

(4) معجم مقاييس اللغة: (417/5).

(5) تاج العروس للزبيدي: (482/30).

(6) لسان العرب لابن منظور: (111/14).

(7) المصباح المنير للفيومي: (126/2).

المفهوم الاصطلاحي للنّوازل، حتّى تتضح لنا الدّلالة الحقيقيّة لهذا المصطلح، فقد عرّف العلماء والباحثون النّوازل بأنّها: (القضايا والوقائع الجديدة التي لم يسبق فيها نصّ أو اجتهاد)⁽¹⁾، ومن خلال هذا التعريف ندرك وجه التّرابط بين المعنى اللّغويّ والاصطلاحيّ، فكما أنّ النّازلة لغة هي الشّديدة من شدائد الدّهر، فإنّ النّازلة اصطلاحاً هي قضية فقهية حادثة اشتدّ لها اهتمام النّاس وأقلقتهم، لاحتياجهم لمعرفة حكم الله تعالى فيها. ومن خلال هذا التعريف أيضاً ندرك أنّ النّازلة هي تلك القضية الفقهية الحادثة التي لم تكن فيما سبق، بحيث أنّها تحتاج إلى اجتهاد جديد، ونظر جديد، وإعمال ذهن، وتبيّن لحكم الله سبحانه وتعالى فيها، كما أنّ التعريف أيضاً يدلّ على أنّ النّازلة تطلق على ما كان من القضايا واقعا وحاصلا لا مُفترضا، وإلاّ لفقدت طبيعتها وحقيقتها كونها نازلة أي حادثة وواقعة، ومن الجدير بالذكر هاهنا أيضاً: أنّ الحوادث المراد دراستها فيما نحن فيه من النّوازل ليس بالضرورة أن تكون جديدة لم يسبق لها ظهور البتّة، بل قد تكون كذلك كما في كثير من القضايا المعاصرة الآن كالتّلقيح الاصطناعيّ، وزراعة الأعضاء وغيرها من القضايا التي لم تظهر إلاّ حديثاً، وقد تكون وقائع حاصلة الأصل، لكن تغيّر حكمها لتغيّر ما اعتمدت عليه من عرف، كصوّر قبض المبيع المعاصرة.

وهذا المصطلح له ألفاظ أخرى ذات صلة به نذكر منها:

- الواقعات: وهو لفظ مرادف تقريبا للنّوازل، وبما ألف فيه: (واقعات المفتين) لعبد القادر أفندي (ت1085)، و(الواقعات) للإمام الصدر الحنفي الشّهير بابن مسعود.
- القضايا المعاصرة.
- القضايا المستجدة.

- الفتاوى: وليس المقصود بها مطلق الفتوى في المسائل الشّرعية، وإنّما المراد بها ما يرادف النّازلة، وقد اشتهر هذا المصطلح بهذا المعنى عند الحنفية والمالكية، كفتاوى البرزلي (ت841) وغيرها.

الفرع الثّاني: حكم التّصدّي للنّوازل الطّارئة التي لم يسبق للعلماء بحثها: في هذا المطلب نريد أن نُسلط الصّوء على مسألة مهمّة لها كلّ التّعلّق بما نحن فيه، وهي مسألة: إذا وقعت نازلة ما لم يسبق للفقهاء بحثها البتّة، أو أفتوا فيها بفتوى معيّنة، فهل يجوز لمن حلّت هذه النّازلة في زمانهم أن يفتوا ويمتهدوا فيها أم لا؟ وهذه المسألة لها كلّ العلاقة بموضوع بحثنا، إذ إنّ غالب القضايا النّازلة في أحكام الأسرة ما هي إلاّ صوّر حادثة لم تظهر قطّ في عصر من سبق من العلماء، وبالتالي لم يبحثوها أصلا، فهل يجوز

(1) يُنظر التعريف الاصطلاحيّ للنّوازل في: منهج استنباط أحكام النّوازل الفقهية المعاصرة للدكتور: مسفر القحطاني، والفقهاء العقدي للنّوازل، لعبد الرحيم السلمي: (3/1)، والمدخل إلى فقه النّوازل للدكتور عبد الناصر أبو البصل، مطبوع ضمن مجموعة من البحوث في دراسات فقهية في قضايا طيبة معاصرة: (602/2)، والاجتهاد في النّوازل، لمحمد بن حسين بن حسن الجيزاني: (ص: 14-15)، وسبل الاستفادة من النّوازل والعمل الفقهي في التّطبيقات المعاصرة، بحث للدكتور عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، مطبوع بمجلة مجمع الفقه الإسلامي: (546/11).

والحالة هذه أن يتناولها العلماء والمجتهدون بالبحث أم لا؟ فيها أقوال ثلاثة كالآتي⁽¹⁾:

- القول الأول: يجوز الاجتهاد فيها ولا إشكال في ذلك، وهذا الذي تدل عليه فتاوى الأئمة وأجوبتهم؛ فإنهم كانوا يسألون عن حوادث لم تقع قبلهم فيجتهدون فيها، وقد قال النبي ﷺ: "إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِنْ اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ"⁽²⁾، وهذا النص يعنى ما اجتهد فيه بما لم يعرف فيه قول من سبقه، ويشمل أيضا ما عرف من أقوال السابقين واجتهد في معرفة الصواب منها.

- القول الثاني: لا يجوز الاجتهاد ولا الإفتاء في القضية، بل يتوقف المجتهد حتى يظفر فيها بقائل، واستدل على هذا بأثر عن الإمام أحمد أنه قال لبعض أصحابه: "إِيَّاكَ أَنْ تَتَكَلَّمَ فِي مَسْأَلَةٍ لَيْسَ لَكَ فِيهَا إِمَامٌ"⁽³⁾.

- القول الثالث: التفصيل بين مسائل الأصول والفروع، فيجوز ذلك في مسائل الفروع لتعلقها بالعمل وشدة الحاجة إليها وسهولة خطرهما، وهذا بخلاف مسائل الأصول وأبواب العقائد.

والذي يظهر أن أولى هذه الأقوال بالصواب هو القول الأول الذي عليه جمهور العلماء، وذلك لكونه المنهج الذي درج السلف والخلف عليه، كما أن الحاجة داعية إليه لكثرة الوقائع واختلاف الحوادث، مع محدودية النصوص التشريعية من نصوص الوحيين، فلا مناص حيثئذ من الاجتهاد في هذه الحوادث الواقعة، وفي القول أيضا بلزوم سبب الاجتهاد في المسائل الحادثة تضييق لسعة الاجتهاد، وخنق لروحه والمقصد الأساسي منه، إذ يلزم في نهاية المطاف تعطيله وانتهى، وفي هذا يقول ابن القيم: "وَمَنْ لَهُ مُبَاشَرَةٌ لِفَتَاوَى النَّاسِ يَعْلَمُ أَنَّ الْمُتَقَوْلَ وَإِنْ اتَّسَعَ غَايَةَ اتِّسَاعِ فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى بِوَقَائِعِ الْعَالَمِ جَمِيعًا، وَأَنْتَ إِذَا تَأَمَّلْتَ الْوَقَائِعَ رَأَيْتَ مَسَائِلَ كَثِيرَةً وَاقِعَةً وَهِيَ غَيْرُ مَنقُولَةٍ، وَلَا يُعْرَفُ فِيهَا كَلَامٌ لِأَيِّمَةِ الْمَذَاهِبِ وَلَا لِأَتْبَاعِهِمْ"⁽⁴⁾، وقال الإمام الشاطبي أيضا: "...فلأن الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصلح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره، فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصا على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد، وعند ذلك؛ فإما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو أيضا أتباع للهوى، وذلك كله فساد"⁽⁵⁾، ومن هنا يعلم ضعف القول بعدم جواز الاجتهاد والتصدي للمسألة التي لم يسبق بحثها من قبل، وذلك لما سبق بيانه من كلام المحققين، كما أن القول بجواز الاجتهاد في النازلة يعد الترجمة العملية الواقعية للفقهاء الإسلاميين، ويظهر إيجابية الفقه في معالجة ما يستجد من أمور الحياة، إلا أنه ينبغي أن ينبه أن هذه العملية لا تتاح لكل من هب ودب، فليست عملية الاجتهاد في هذه المسائل النازلة مطية ذلولا، ولا كلاً مباحا لكل راع، بل لا يجوز غيرها، ولا يسبر أغوارها إلا أهل الرسوخ في العلم في كل

(1) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم: (208/6) تحقيق: مشهور.

(2) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الاعتصام، باب: أجر الحاكم، برقم: (7352)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الأفضية، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد، برقم: (1716) من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه.

(3) ذكره ابن القيم رحمه الله ولم يسق له إسنادا أو عزوا.

(4) إعلام الموقعين: (208/6).

(5) المواقات في أصول الشريعة، للشاطبي: (104/4) تحقيق: دراز.

عَصْرٍ وَمِضْرٍ، ولهذا نجد الإمام ابن القيم الذي ذكر هذه المسألة في كتابه: (الإعلام) رجَّح القول الأوَّل ولكن بشرطين هما: أن يكون المفتي أو الحاكم أهلاً للنظر والاجتهاد، وأن تكون الحاجة داعيةً إلى بحث المسألة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: شروط من يتولَّى الفتوى في النوازل:

إنَّ هذا المطلب يُعدُّ امتداداً تناسقياً لما قبله، حيثُ إننا خالصنا في نهاية المطلب السابق إلى جواز التطرُّق إلى الحوادث المُستجدة التي لم يسبق التطرُّق إليها من قبل، ولكن بشرط أن يكون الباحث والنَّاظر فيها من ذوي الشَّأن وأهلاً للنظر كما ذكر ذلك الإمام ابن القيم رحمه الله، ومن هنا كان السُّؤال الذي يفرض نفسه: ما هي تلك الشُّروط التي ينبغي توفُّرها فيمن يتولَّى عمليَّة النَّظر والاجتهاد والفتوى في القضايا النَّازلة؟

وقبل الإجابة على هذا السُّؤال، ينبغي لنا أن نستحضر جيِّداً خطورة هذا المقام العظيم الذي هو مقام الإفتاء في الدِّين، والتَّوقيع عن ربِّ العالمين، وما تأليف الإمام ابن القيم رحمه الله لكتابه الفذِّ: (إعلام الموقعين) إلَّا للدلالة على هذا المعنى، وقد اعتبر الإمام الشَّاطبيُّ المفتي قائماً في الأُمَّة مقام النَّبيِّ ﷺ، لأنَّ المُفتي وريث رسول الله ﷺ في العلم كما في الحديث الشَّريف، وناثبٌ عنه في تبليغ الأحكام⁽²⁾، ومن هذا المنطلق استشعر العلماء خطورة هذا المقام، فاشترطوا في الاجتهاد شروطاً ثقيلة لا تتوفَّر إلا في القلَّة القليلة من النَّاس؛ فكيف بالاجتهاد فيما هو من قبيل الوقائع الحادثة، والنَّوازل الطَّارئة، ولهذا سَاحول في هذا المطلب ذكر أهمِّ الشُّروط التي ينبغي توافرها في هذا المقام، مُنبِّهاً قبل الشُّروع فيها إلى أنَّ من هذه الشُّروط ما تُشترط للاجتهاد بوجه عام، ومنها ما هو متأكَّد في الاجتهاد في القضايا والمسائل النَّازلة، وهذه الشُّروط كالآتي⁽³⁾:

- (1) الإحاطة التَّامة بأدلة الأحكام من الكتاب والسُّنة والإجماع والقياس والاستصحاب وغيرها من الأدلَّة.
- (2) العلم باللسان العربيِّ، وكفي في ذلك القدر الالزام لفهم الكلام وحمله على المعنى الصَّحيح.
- (3) المعرفة التَّامة بأصول الفقه، بحيثُ تكون لديه الملكةُ الفقهيةُ، والقدرة على استنباط الأحكام من أدلَّتْها.
- (4) أن تكون له من الممارسة والتَّبَع لمقاصد الشَّريعة⁽⁴⁾ ما يُكسبه قوَّةً يفهم منها مراد الشَّرع من ذلك، وهذا الشَّروط يتأكَّد فيمن يتولَّى الاجتهاد في القضايا النَّازلة التي لم يسبق بحثها، إذ إنَّ إدراك روح الشَّرع وفهم مقصده من أعظم الأسباب التي تعين على فهم وإدراك مراد الله ورسوله في القضايا، وسيأتي معنا أنَّ مراعاة الاجتهاد المقاصدي من أبرز الضوابط والقواعد في عمليَّة الاجتهاد المعاصر.
- (5) المعرفة بواقع النَّاس وأحوالهم وظروفهم وأعرافهم، وهو ما يُعرف بفقهِ الواقع، فإنَّ لهذا الأمر دوراً فعالاً في فهو الواقعة وبيان الحكم فيها، وهذا ما سيأتي مزيد بيان له لاحقاً أيضاً.

(1) إعلام الموقعين: (208/6).

(2) يُنظر: الوافقات: (244/4).

(3) يُنظر في هذه الشُّروط: المدخل إلى فقه النوازل للدكتور عبد الناصر أبو البصل: (610/2)، والاجتهاد في النوازل: (ص: 18-19).

(4) اشتراط العلم بالمقاصد في الاجتهاد ذكره الإمام الشَّاطبيُّ رحمه الله في الوافقات: (105/4)، وقد شاع في أوساط الباحثين انفراد الشَّاطبيِّ بهذا الشرط، والأمر ليس كذلك، فقد ذكره غير واحد من العلماء كالإمام التَّيْمِيَّ السُّبْكِيَّ وغيره، وسيأتي مزيد بيان لهذه المسألة في الفرع الأوَّل من المطلب الثاني من هذا البحث، في الحاشية رقم: (2).

فهذه كُبرى الشروط التي ينبغي توافرها فيمن يجتهد في النوازل، ومن البديهة بمكان أن تكامل هذه الشروط في الإنسان أشبه ما يكون بالأمر المتعذر، إلا أنه كلما كُمل فيها أكثر فأكثر كلما كان اجتهاده أعلى وأتم. كما أنه ينبغي التنبيه إلى أمر مهم وهو: أنه إذا عَزَّ من توفُّر فيه هذه الشروط، فإنه وعلى القول بجواز تجزؤ الاجتهاد، فإنه يصحُّ لمن لم تتوافر فيه كافة الشروط السابق ذكرها، فإنه يصحُّ له الاجتهاد بشرطين وهما⁽¹⁾:

- أن تكون لديه أهليةً وقدرةً على الاستنباط.

- أن يستجمع ما يتعلَّق بهذه الجزئية من أدلة وقواعد، وأن يكون مُلمًّا ومتبحِّرًا في الموضوع مدار البحث. والقول بصحة الاجتهاد الجزئي يُسهِّل أمر التصدي للنوازل الطارئة، وذلك لعدم توافر المجتهد المطلق في هذا العصر، والحاجة ماسة للاجتهاد في مثل هذه المسائل، فلا مناص حيثئذ من القول بالاجتهاد الجزئي.

المطلب الثاني: ضوابط الاجتهاد في نوازل قضايا الأسرة المعاصرة:

نمَّا لا يخفى على المشغولين بهذا الفن الشريف أن النَّظْر والاجتهاد في الحكم الشرعي لا يتمُّ إلا من جهتين اثنتين: من جهة استنباط الحكم واستفادته من دليله التفصيلي، ومن جهة تنزيله وتطبيقه على أفراد الوقائع، فلا يتمُّ اجتهاد على الوجه الصحيح إلا بمراعاة هذين الأمرين معاً، ومن الثَّابِت أيضاً أنه من غير الجائز أن يكون هذا النَّظْر والاجتهاد في الحكم الشرعي لا تحكمه قواعد، ولا تضبطه ضوابط تضمن له صحته وسداكه، ومن هاهنا كانت الحاجة ماسة إلى الوقوف على أهمِّ تلك القواعد والضوابط لعملية الاجتهاد في القضايا النازلة، خاصة إذا تعلَّق الأمر بالأسرة التي تشهد تطوُّراً جَدَّ متسارع، وفي هذا المبحث سنحاول إبراز أهمِّ تلك الضوابط التي ترسم معالم الاجتهاد النَّوازلي السليم في مثل هذه القضايا، والتي يرى الباحث أن أهمِّ هذه القواعد هي:

- (1) مراعاة الاجتهاد المقاصدي في عملية البحث في قضايا الأسرة.
- (2) فهم الواقع الذي يُنزَل عليه الحكم الشرعي.
- (3) اعتبار مآل الاجتهاد والتنزيل.
- (4) تكريس ثقافة الاجتهاد الجماعي بدَل الفردية.
- (5) الاعتماد على الخبرة العلمية المتخصصة في المسألة.
- (6) مراعاة المؤثرات العصرية في الاجتهاد.

وبيان هذه الضوابط والقواعد بشيء من الاختصار والإيجاز في المطالب الآتية:

الفرع الأول: مراعاة الاجتهاد المقاصدي في عملية البحث في قضايا الأسرة:

إنَّ من أبرز ما يرسم معالم الاجتهاد والبحث في النوازل الأسرية المعاصرة هو مراعاة مقاصد الشرع، فعلى المجتهد أن يجعل نصب عينيه مراد الشارع ومقصده من تشريعاته في هذا الباب، وعليه فكلُّ اجتهاد يُحقَّق

⁽¹⁾ يُنظر: البحر المحيط للزركشي: (210/6)، والمدخل إلى فقه النوازل لأبي البصل: (612/2-613)، والاجتهاد في النوازل للجيزاني: (19-20) ويُنظر: أصول الفقه، للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: (1075/2).

المقصد الشرعي من إنشاء الأسرة وبنائها ويخدمه فهو اجتهادٌ سليم مقبول، وأما الاجتهاد الذي لا يُحقق تلك المقاصد ولا يتوافق معها، بل ورُبِّها يُصادمها فإنه اجتهادٌ باطلٌ مُلغى وفساد الاعتبار، وهذا الشرط ذكره الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات حيث قال رحمه الله: "إنما تحصلُ درجة الاجتهاد لمن اتَّصف بوصفين: أحدهما: فهمُ مقاصد الشريعة على كمالها. والثاني: التمكنُ من الاستنباط بناءً على فهمه فيها"⁽¹⁾، فالإمام الشاطبي هاهنا يذكر أن من شرائط الاجتهاد العلم بمقاصد الشرع، ولم يكتف بذلك رحمه الله، بل يبيّن أن شرط الاجتهاد ليس فقط إدراك وتصوّر مبادئ المقاصد ومفاهيمها النظرية، بل لا بدّ من أن يصير العلم بالمقاصد ملكةً يستنبط المجتهد الأحكام من أدلتها بناءً عليها⁽²⁾، وهذا أمرٌ مهمٌ للغاية ينبغي تسليط الضوء عليه، فليست العبرة بإدراك مفاهيم المقاصد، وإنما الشأنُ كُلُّ الشأنُ أن يبني المجتهد في التوازل كلاً من: تصوّره للمسائل، واستدلّاه لها، وكذا تنزيله الأحكام عليها، أن يبني هذه الثلاث على مراعاة المقاصد⁽³⁾.

القرع الثاني: ففهم الواقع الذي يُنزل عليه الحكم الشرعي:

من البدييات أيضاً في هذا المجال أن يكون الدّارس والباحث في القضايا النّازلة عموماً، وفي قضايا الأسرة على وجه الخصوص؛ مُطلّعا على الواقع فاهما لمجرباته وطبيعته، ثمّ تنزيل الحكم وإسقاطه على الوقائع بناءً على ذلك الفهم للواقع، فهذا الأمر من أبرز الضوابط المرعية، وأهمّ الخطوات المنهجية في تنزيل الأحكام الشرعية، وهو ما يُسميه الإمام الشاطبي بتحقيق المناط، وجعله رحمه الله أحد ضربي الاجتهاد، وفي هذا يقول رحمه الله: "الاجتهاد على ضربين: أحدهما: لا يُمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التّكليف، وذلك عند قيام الساعة، والثاني: يُمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا، فأما الأوّل فهو الاجتهاد المتعلّق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأئمة في قبوله، ومعناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النّظر في تعيين محلّه"⁽⁴⁾، وتحقيق المناط الذي يقصده الإمام الشاطبي ليس بالضرورة هو الذي في باب القياس، وإنما هو عموم تطبيق الكلّي على

(1) الموافقات: (4/105-106).

(2) إن الإمام الشاطبي ليس متفرّداً باشرطه المقاصد في الاجتهاد كما هو سائد عند الكثير، وهو ما ذكره العلامة الكبير عبد الله دراز في تعليقاته على الموافقات، والأمر ليس كذلك، فقد ذكر ذلك غير واحد من الأصوليين، فقد نقل الإمام الغزالي في المنحول: (ص: 575-576) عن الإمام الشافعي أنّه ذكر أن المجتهد عليه أن "يلاحظ القواعد الكلية أولاً، ويقدمها على الجزئيات"، وقد ذكر هذا النقل أيضاً الإمام الشوكاني في الإرشاد: (2/1056-1057). كما أنّ الإمام الغزالي أيضاً جعل المقاصد قبلةً للمُجتهدين، حيث نقل السيوطي في كتابه الردّ على من أخلد إلى الأرض: (ص: 91) عنه قوله: "مقاصد الشرع قبلة المجتهدين، من توجه إلى جهة منها أصاب الحقّ"، وأوضح من هذا كلّ نجد الإمام النقي السبكي في مطلع شرحه الإبهاج: (2/18) يشترط ذلك صراحة، حيث ذكر أنّ كمال رتبة الاجتهاد تتوقّف على ثلاثة أشياء فقال: "...الثالث: أن يكون له من الممارسة والتّشبع لمقاصد الشريعة ما يُكسبه قوّة يفهم منها مراد الشرع من ذلك، وما يُناسب أن يكون حكماً له في ذلك المحلّ". فهذه النقول من هؤلاء الأئمة تدلّ على عدم انفراد الشاطبي بهذا الأمر، كما تدلّ أيضاً على أهميّة بل وضرورة اعتبار الجانب المقاصدي في عملية الاجتهاد في التوازل، خاصة في باب أمور الأسرة التي تتعلّق بمقصد أساسي، وبكُلّيّة من الكليات الخمس، ولهذا نجد بصيات مراعاة المقاصد في الاجتهادات التي تتعلّق بالأسرة بادية للعيان، وليس المقام مقام ذكر لها، وسيأتي بعضها لاحقاً في قاعدة الأمور بمقاصدها.

(3) يُنظر: الاجتهاد المقاصدي في تنزيل الأحكام، قضايا الأسرة نموذجاً، للدكتور الميولد كعواس: (ص: 7-11).

(4) الموافقات: (4/64-65).

جزئياته، وعن ضرورة فهم الواقع والفقهاء فيه في الفتوى والاجتهاد يقول الإمام ابن القيم: "وَلَا يَتَمَكَّنُ الْمُفْتِي وَلَا الْحَاكِمُ مِنَ الْفَتْوَى وَالْحُكْمِ بِالْحَقِّ إِلَّا بِتَوْعِينٍ مِنَ الْفَهْمِ: أَخِذِيهِمَا: فَهْمُ الْوَاقِعِ وَالْفَقْهِ فِيهِ وَاسْتِنْبَاطُ عِلْمِ حَقِيقَةِ مَا وَقَعَ بِالْقَرَائِنِ وَالْأَمَارَاتِ وَالْعَلَامَاتِ حَتَّى يُحِيطَ بِهِ عِلْمًا. وَالنُّوْعُ الثَّانِي: فَهْمُ الْوَاجِبِ فِي الْوَاقِعِ، وَهُوَ فَهْمُ حُكْمِ اللَّهِ الَّذِي حَكَمَ بِهِ فِي كِتَابِهِ أَوْ عَلَى لِسَانِ قَوْلِهِ فِي هَذَا الْوَاقِعِ، ثُمَّ يُطَبَّقُ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ"⁽¹⁾.

وحتى يكون الإنسان عملياً في طرح مثل هذه المسائل، فإن ثمة آليات لفقهاء الواقع، فلا يكفي فقط التنبه على أهمية فهم الواقع في عملية الاجتهاد والتنزيل، فهذا أمر يكاد يطبق الجميع على اعتباره، بل لا بُدَّ من تحديد آليات عملية لحسن فهم الواقع، ومن ثمة التعامل معه على أساسها، التي يُمكن ذكرها اختصاراً كالآتي⁽²⁾:

(1) التجربة المباشرة: فليس هناك أفضل من خوض غمار الواقع الإنساني بالتجربة المباشرة والتعايش في البيئة المدروسة، إذ إن دخول معترك الحياة مع الناس كفيل بالإحساس بمعاناتهم، ومعرفة أوضاعهم ومشاكلهم، وأما الاكتفاء بالتصورات النظرية فقط فقد يؤدي ذلك إلى نتائج عكسية.

(2) العناية بالعلوم الإنسانية: فمن أبرز وسائل فهم الواقع المعاش والتعامل معه هو تلك العلوم الإنسانية التي تُعدُّ مداخل معرفية لفهم النوازل ذلت الطبيعة الإنسانية، وعلى رأسها قضايا الأسرة، ومن هذه العلوم مثلاً: علم الاجتماع، وعلم النفس، وعلم التاريخ، وعلم الإحصاء، وعلم الاقتصاد وغيرها.

(3) العلوم الكونية: ويقصد بها تلك العلوم التي تُعنى بالظواهر الكونية، كعلوم الفيزياء، والكيمياء، والطب وغيرها من العلوم، خاصة في قضايا الأسرة الطيبة المستجدة، وليس بالضرورة أن يكون المجتهد ملماً بهذه العلوم، بل يكفي إشراك أهل الخبرة بهذه العلوم في عملية الاجتهاد كما سيذكر قريباً.

الفرع الثالث: اعتبار مآل الاجتهاد والتنزيل:

إن الاجتهاد والتنزيل السديدين للأحكام لا يكفي فيهما تحقيق المناطات وتصور الوقائع فحسب، بل لا بُدَّ من التأكد من أن هذا الاجتهاد مُتمُّ لمقصده الشرعي، وليس له تداعيات سلبية أخرى، خاصة إذا تعلق الأمر بالاجتهاد في قضايا الأسرة الحديثة، فلا بُدَّ من مراعاة أيلولة التنزيل؛ إذ لا يستقيم أن تكون مهمة المجتهد في قضايا الأسرة قاصرة على التنزيل الشرعي للأحكام تنزيلاً ألياً مجرداً عن أي اعتبار لمآلاته ونتائجه، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أم مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تُستجلب، أو لمفسدة تُدرا، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك"⁽³⁾. إلا أن هذا التحقيق المآلي للمقاصد لا يقوم على قواعد مُنضبطة انضباطاً رياضياً يرتفع به إلى درجة اليقين، بل هو

(1) إعلام الموقعين: (265/4).

(2) يُنظر: آليات فهم الواقع في: منهج الاجتهاد الفقهي المعاصر وتطبيقاته، رسالة ماجستير من إعداد: نسيم بن مصطفى: (ص: 61).

(3) المواقف: (95-194/4).

من قبيل العلم الظني، وهذا أمرٌ استشعره الإمام الشاطبي، إلا أنه لم يذكر له حلولاً، وقد حاول بعض المعاصرين سدّ هذا الفراغ الحاصل في هذا الباب بالذات، حيثُ ذكر الدكتور عبد المجيد النجار بعض الطرق التي من خلالها يُمكن العلم بهذه الأيلولة، وذلك من خلال تحقيق النَّظَر في أمرين أساسيين هما⁽¹⁾:

- الأوّل: التَّحْقِيق في العوامل المؤثِّرة في أيلولة المقاصد قبل وقوعها: وذلك بمراعاة العناصر التَّالية: الخصوصيّة الدَّاتِيَّة، والخصوصيّة الظَّرْفِيَّة، والخصوصيّة العرفيَّة، والخصوصيّة الواقعيَّة.

- الثَّاني: التَّحْقِيق في مسالك الكشف عن مآلات المقاصد: وهذا هو الجانب العمليُّ في هذا الباب، إذ يُظهر لنا المسالك التي يُمكن أن يستكشف بها المجتهد مآلات الأفعال قبل وقوعها، ليبيّن اجتهاده عليها، وهذه المسالك هي: مسلك الاستقراء الواقعي، ومسلك الاستنباط المستقبلي، ومسلك الاسترشاد بالعادة الطَّبيعيَّة، ومسلك الاسترشاد بالعادة العرفيَّة، ومسلك الاسترشاد بقصد الفاعل.

الفرع الرَّابِع: تكريس ثقافة الاجتهاد الجماعيِّ بَدَل الفردانيِّ:

إنَّ من بين أبرز الضَّوابط التي ينبغي مراعاتها في سداد الاجتهاد النَّوَازليِّ في القضايا الحادثة عموماً، وفي قضايا الأسرة على وجه الخصوص؛ هو تنظيم عمليَّة الاجتهاد الجماعيِّ عن طريق مؤسَّساتٍ علميَّة أكاديميَّة كالمجامع الفقهية وغيرها، التي تسعى إلى الاجتهاد فيما استجدَّ من الأمور بشكل جماعيِّ، والاجتهاد الجماعيُّ هو: بذل الوسع العلميِّ المنهجيِّ المنضبط، الذي يقوم به أفرادٌ حاصلون على رتبة الاجتهاد، من أجل الوصول إلى مراد الله في قضية ذات طابع عامٍّ، تمسُّ حياة أهل قُطْرٍ، أو إقليم، أو عموم الأُمَّة⁽²⁾، ومن خلال هذه الماهية للاجتهاد الجماعيِّ يتَّضح لنا أنَّه ينبغي في روحه وجوهره على الخصائص الآتية وهي:

- الاجتهاد الجماعيُّ بذلُّ جهد مشترك، أو لجهود فئة وجماعة، وليس اجتهاداً فرديّاً.

- الاجتهاد الجماعيُّ قائمٌ على مبدأ الشورى.

- الاجتهاد الجماعيُّ بحثٌ ونظرٌ قائمٌ على وفق منهجٍ علميٍّ أصوليِّ.

- الغاية منه هو استنباطُ أو تنزيل الحكم الشرعيِّ تنزيلاً يُحقِّق مقاصد الشَّرْع في المسألة محلَّ الاجتهاد.

وهذا النَّوع من الاجتهاد بدأت العناية به والدَّعوة إلى إنشاء مجامعه ومؤسَّساته منذ خمسينيَّات القرن الماضي، وكان هذا الاهتمام والعناية لعدَّة أسباب: كإدراك التأمّر المحدق بالشريعة ومحاولة إقصائها من مجالات الحياة، وكذا كثرة الحوادث والمستجدَّات التي لا رأي للعلماء السَّابِقين فيها، وكذا سهولة الاتصال بين العلماء المجتهدين فيما بينهم، كُُلُّ هذه العوامل والأسباب أدَّت إلى ضرورة الصَّيرورة إلى هذا النوع من الاجتهاد، الذي تفرضه طبيعة العصر ومتطلباته، كما أنَّ الاجتهاد الجماعيِّ يهدف إلى تحقيق غايات عظيمة تلعب دوراً كبيراً في ضبط الفتوى، والتَّقليل من الفوضى الاجتهاديَّة والعلميَّة في تحديد المواقف الحاسمة في

(1) يُنظر في بيان هذين النَّظرين بشكل موسَّع في: أثر تحقيق المناط في وقف تنزيل الأحكام، للدكتور عبد المجيد النجار: (ص: 8-19).

(2) يُنظر بعض التعاريف للاجتهاد الجماعيِّ في: الاجتهاد الجماعيُّ وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير من إعداد: نصر محمود الكرنز: (ص: 36).

كثير من القضايا النَّازلة.

الفرع الخامس: الاعتماد على الخبرة العلمية المتخصصة في المسألة:

إنَّ من أهم ما ينبغي مراعاته في باب الاجتهاد النَّوازي هو ضرورة إشراك أهل الخبرة والتَّخصُّص واعتدائهم في توصيف النَّازلة قيد البحث والدراسة، وخاصة في تلكم المسائل التي تحوي طابعا مُشتركا بين الجانب الشرعيِّ والجوانب الأخرى، كونية كانت أو إنسانية، خاصة فيما نحن بصدده من القضايا الأسرية المعاصرة، التي تكتنفها جوانب كثيرة، سواء في جانب المسائل الطيبة أو الاجتماعية، وحتى القانونية والإدارية التي يبحث النَّاس عن الحكم الشرعيِّ فيها، والتي كُثرت وتشابكت حتَّى أضحى الفقيه والمجتهد مهما بلغ شأوا في العلم والفهم، فإنَّه لا يستطيع الاستقلال في النَّظر في هذه المسائل دون استشارة أهل التَّخصُّص في العلوم التي لها سببٌ وثيق بالنَّازلة، وهذا الضَّابط من الأهمية بمكان، وهو يندرج ضمن فقه الواقع وتحقيق المناط المراد تنزيل الحكم عليه، واعتماد رأي الخبير وأثره في توصيف النَّازلة يندرج تحت سؤال أهل الدُّكر المأمور به في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَسْئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 43]، كما أنَّ رأي الخبراء سُنَّةٌ مُتبعةٌ في التَّاريخ الإسلامي، فقد أخذ العلماء بالقيافة في إثبات النَّسب، وأخذوا بقول أهل الطَّبِّ في الجراحات وسراياتها، فما بالك بهذه العصور التي تعقَّدت فيها الأمور، وتداخلت العلوم فيما بينها.

ومن الجليل بالدُّكر هاهنا أن تُبيِّن حقيقة الخبير وماهيته، وكذا شروطه، وكيفية معرفته واختياره، فأما عن حقيقة الخبير فهو: "كُلُّ شخص له درايةٌ خاصَّة بمسألة من المسائل في علم من العلوم"⁽¹⁾، وهذا الخبير الذي قد عرفنا ضرورة إشراكه واستشارته في عمليَّة الاجتهاد له معايير ومقاييس يُمكن على أساسها اختياره، وذلك بإحدى طريقتين وهما: الأولى: الشَّهادة، وذلك بأن يشهد عليه أهل الفنِّ بأهليَّته وخبرته في مجاله، والأمر الثاني هو شهرته واستفاضته لدى النَّاس بكونه متخصصا وخبيرا في مجاله، وإن ذكرنا الشُّهرة فإنَّ المقصود بها هو الشُّهرة العلميَّة المُحكَّمة، بعيدا عن الشُّهرة الإعلامية التي لا يُدرى مصداقيَّتها، وأما عن شروطه التي ينبغي أن تتوفر فيه، فقد ذكر أهل العلم جملة من الشُّروط التي ينبغي أن تتوافر في الخبير والتي نجملها فيما يلي:

- أن يكون قد أحاط علما بأصول ذلك العلم على الكمال.

- أن تكون له القدرة على العبارة على ذلك العلم.

- أن يكون عارفا بما يلزم عنه.

- أن تكون له القدرة على دفع الإشكالات الواردة على ذلك العلم.

كما أنَّ هناك مسألة أخرى من الأهمية بمكان وهي: هل يُكتفى بقول خبير واحد أم لا بُد من تعدُّد الخبراء في المسألة؟ وإجابة على هذا السُّؤال نقول: لا شكَّ أنَّ النَّوازل حتَّى تُفهم على وجهها، وتُرى على حقيقتها؛ لا

⁽¹⁾ يُنظر في تعريف الخبير وشروطه ومعاييرها في: رأي الخبير في توصيف النَّازلة والحكم الشرعيِّ، بحث من إعداد الدكتور أسامة بن عبد الرَّحمن الخميس، مطبوع في السُّجل العلميِّ لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني: (قضايا طيبة معاصرة) بجامعة محمد بن سعود: (1281/2).

بُد فيها من اعتبار أكثر من رأيٍ واحد، فكلُّما تعددت آراء الخبراء كلما اتضحت الرؤى في المسألة أكثر، وكانت آمن من الخطورة، ولئن تُصوّر هذا الأمر في المسائل الدنيوية، فتصوُّره في قضايا الشرع من باب أولى وأولى، ولذا يرى بعض الباحثين المعاصرين أن المجامع الفقهية ينبغي ألا يقل الخبراء المستشارون في النَّازلة المُعيَّنة عن ثلاثة خبراء، لأن ذلك أكمل في استفراغ الوسع في فهم القضية المرادة⁽²⁾.

الفرع السادس: مراعاة المؤثرات العصرية في الاجتهاد:

إنَّ من بين أهمِّ الصَّوابط المطلوب مراعاتها في الاجتهاد التَّوازيُّ هو مراعاة المؤثرات العصرية، خاصَّة إذا تعلَّق الأمر بقضايا الأسرة، هذه الأخيرة التي تتماشى وتطورات العصر ومستجدَّاته، فالأسرة لا تنفك البتَّة عن التَّأثر بالتَّطوُّر المتسارع الذي يشهده العصر في جميع الأصعدة: الاجتماعيَّة، والثَّقافيَّة، والسِّياسيَّة، والاقتصاديَّة، فكان لزاما على المجتهد - والحالة هذه - أن يُراعي في عمليَّة الاجتهاد كلَّ هذا الحراك العصريِّ المحيط به، ويعتبره ويلحظه حين دراسته للمسألة النَّازلة، وهذه المؤثرات وإن سُمِّيت ووصفت بالعصرية، فليس معنى ذلك أنَّها حديثة ولم تعتبر في الاجتهادات السَّابقة للعلماء، وإنَّما هي في واقع الأمر مؤثِّراتٌ اعتبرت منذ ظهور الاجتهاد والتَّرجيح، ولكن سُمِّيت عصرية باعتبار تعلُّقها بعصر المجتهد، وعليه فالمراد في هذا الباب هو ضرورة مراعاة المجتهد في اجتهاده ظروف عصره الذي هو فيه، ومعارفه، وضروراته وحاجياته الخاصَّة، والتي يُمكن أن نُجملها في ما يلي⁽¹⁾:

(1) التَّغيُّرات الاجتماعيَّة والسِّياسيَّة والاقتصاديَّة المحليَّة والعالميَّة: وذلك أنَّ هذا العصر قد شهد تغيُّرات ضخمة على جميع هذه الأصعدة، ولا شكَّ أن لهذه التَّغيُّرات أثرها البالغ في الأسرة باعتبارها كيانا متفاعلا بالمحيط الخارجيّ، فكان لزاما على المجتهد أن يُراعي هذا التَّغيُّر في مطارحاته العلميَّة.

(2) معارف العصر وعلومه: إنَّ ممَّا يُؤثِّر في الاجتهاد المعاصر أيضا هو ما توافر لدى أهل هذا العصر من علوم ومعارف لم تتوفَّر لدى العلماء السَّابِقين، في مجالي العلوم الطَّبيعيَّة والكونيَّة، هذه العلوم التي صحَّحت للمجتهدين من أهل هذا العصر كثيرا ممَّا كان سائداً عند أهل الزَّمان الأوَّل في مجال الطَّبِّ والتَّشريح والكيمياء وغيرها، فهذه العلوم والمعارف الحديثة تُسهم لأبعد الحدود في توضيح كثير من المسائل المعاصرة محلَّ الاجتهاد، في قضايا الأسرة على وجه الخصوص.

(3) ضرورات العصر وحاجياته: إنَّ ضرورة كلِّ عصر وحاجاته لتفرض على المجتهد أن يُراعيها ويجعلها نصب عينيه في عمليَّة الاجتهاد والتَّنزيل، فإذا عرَّضت مسألة من مسائل الأسرة النَّازلة للبحث والاجتهاد فيها، فينبغي على النَّاطر فيها أن يُراعي الضَّرورات، والحاجات، والأعداء، والاستثناءات التي تحيط بالعصر، هذه الأمور التي لها الأثر البالغ في الأسرة لكونها الخليَّة الأساسيَّة في بناء المجتمع، خاصَّة وأنَّ المجتهد لا يجتهد لنفسه فقط بل لعموم النَّاس، فكان لزاما أن يلحظ ضرورات عصرهم وأحواله.

(1) المصدر نفسه: (1283/2-1284).

(2) يُنظر: منهج الاجتهاد الفقهي المعاصر وتطبيقاته، رسالة ماجستير من إعداد: نسيم بن مصطفى: (ص: 38)، ويُنظر أيضا: رسالة: (تغيُّر الاجتهاد) للدكتور وهبة الزُّحيلي.

هذه هي القواعد والضوابط التي يرى الباحث ضرورة ملاحظتها واعتبارها في عملية الاجتهاد في التّوازُل الطّارئة في المسائل جميعها، وفي قضايا الأسرة على وجه الخصوص، هذه القواعد التي إن روعيت في عمليّة الاجتهاد يكون ذلك أقرب إلى صوابه وسداده، كما أنّ مراعاتها من باب استفراغ الوسع المطلوب شرعا في باب الاجتهاد، حتّى يُبرئ المرء الذّمة أمام الحسب الرّقيب جلّ وعلا، والله تعالى من وراء القصد.

المبحث الثالث: القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالاجتهاد في

قضايا الأسرة المخاصرة:

المطلب الأوّل: تطبيقات القواعد والضوابط الكليّة الخمس على القضايا الأسريّة المخاصرة:

الفرع الأوّل: قاعدة: لله الأمور بمقاصدها لله:

من المعلوم أنّ لمقاصد الإنسان دورا في الحكم على كثير من أفعاله، سواء كان طبييا أو مريضا أو غيرهما، ومن أبرز القواعد التي تظهر فيها الصّلة بالمسائل الأسريّة في المقاصد هي قاعدة الأمور بمقاصدها، فهذه القاعدة هي الأساس في الحكم على أفعال المكلفين، وهذه القاعدة قد تواترت الأدلّة من الكتاب والسنة على اعتبارها، وهذا أمر مجمع عليه ولا داعي إلى تكراره فهو مبسوط في مظانّه من كتب الفقه، وإنّما أريد في هذا المقام ربط بعض المسائل النّازلة في قضايا الأسرة الطّبيّة والاجتماعيّة بهذه القاعدة، كما أنّني عند عرضي لهذه المسائل النّازلة لا أركّز بالدّرجة الأولى على الحكم أو الفتوى بقدر ما أركّز على مدى ارتباط المسألة بالقاعدة، وذلك كالآتي:

(1) استعمال حبوب منع الحمل وغيرها من الوسائل الأخرى: من المعلوم أنّ من أبرز مقاصد الزّواج كما سبق هو تكثير النّسل، ولهذا فإنّ القول بمنع الحمل مطلقا يُصادم المقصد الأصليّ من الزّواج، كما أنّه يُصادم الفطرة الإنسانيّة التي فطر النّاس عليها من محبة الولد، ولهذا أفتى العلماء قديما بتحريم استعمال ما يمنع الحمل مطلقا⁽¹⁾، وفي هذا العصر طرأ من المتغيّرات والمستجدّات الحديثة التي فرضت على العلماء دراسة هذه المسألة، حيث نجد أنّ العلماء المعاصرين ربطوا هذه المسألة بقاعدة الباب، حيث إنّهم اعتبروا في الحكم على استعمال مثل هذه الأدوية والوسائل قصد الإنسان والباعث لذلك، ولهذا أفتوا بجواز استعمالها إذا كان الغرض والقصد من ذلك هو تنظيم النّسل لا تحديده، أو أنّ الحمل يُشكّل خطرا على صحّة الأم، أو لأيّ مصلحة يراها الزّوجان، أمّا إذا كان استعمال هذه الوسائل خشية الفقر، أو حفاظا على الرّشاقة، أو لعدم الرّغبة في إنشاء الولد أصلا، فهذا لا يجوز شرعا⁽²⁾، ومن هنا نلاحظ مدى ارتباط المسألة بالقاعدة.

(2) زواج المسيار: كلمة مسيار في اللغة مأخوذة من سار سيرا وسيرة: مشى، وسيرة فلان من بلده أو موطنه: أخرجته وأجلاه، والسّيّار: كثير السّير⁽³⁾، وفي الاصطلاح: زواج يقوم على إبرام عقد شرعي بين رجل وامرأة

(1) يُنظر: شرح منح الجليل، لمحمد عيش: (68/2)، ونهاية المحتاج للزملي: (443/8)، والإقناع للحجاوي: (110/1).
(2) يُنظر: أبحاث هيئة كبار العلماء: (442/2-443)، وفتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلميّة والإفتاء: (298/19)، ويُنظر البحوث في هذه المسألة في: مجلّة مجمع الفقه الإسلامي: (463-28/5).
(3) القاموس المحيط للفيروزآبادي: (53/2).

يتفقان على المعاشرة من دون العيش معا بصورة دائمة، ومن هنا يتضح لنا أن المسيار هو زواجٌ مستوفٍ لجميع أركان وشروط عقده، إلا أنه يتضمّن تنازُل المرأة عن بعض حقوقها: كالسكنى والمبيت والتفقة، وذلك بالاختيار والتراضي بين الزوجين، وهو من الصُّور الحادثة التي حصلت في هذه العصور، وهو يختلف عمّا ذكره الفقهاء القدامى من زواج اللَّياليّات والنَّهاريات.

والعلماء المعاصرون الذين بحثوا وتطرّقوا لهذه المسألة النّازلة ربطوها بالقصد، سواء المانعون أو المجيزون، فالمجيزون نظروا إلى قصد المقبل عليه، لأنّه يريد العفاف وصيانة النفس من الوقوع في الفاحشة، خاصّة في ظلّ الظروف المعيشية الحديثة، التي لا يتيسّر فيها للكثير من الشّباب السُّكنى والتفقة وغيرها، فجاء المسيار كحلّ لهذه المشكلة ما دام القصد سليماً لا يتعارض وأحكام الشّرع، وفي المقابل نجد المانعين منه ربطوه بالقصد أيضاً، ولكن من زاوية أخرى، حيث إنّ الغالب من مريدي هذا الزّواج هم من ضُعفاء النفوس الذين يريدون أن يتحلّلوا من كلّ مسؤوليات الأسرة، ومقتضيات الحياة الزوجية، فلا يريدون منه إلا قضاء الحاجة الجنسية تحت مظلة شرعية ظاهرة، ولهذا كان الغالب في هذا الزّواج أن يكون الزّواج الثّاني أو الثّالث، وممّا يدلّ على أنّ المقصد منه ليس هو التّخفيف من أعباء الزّواج لغير القادر عليها: أنّ هذا الزّواج ظهر وانتشر انتشاراً ذريعاً في منطقة الخليج العربيّ، وغالب من قاموا به من ميسوري الحال، لكنهم أرادوا المتعة بهذا الزّواج، فكان هذا القصد منهم سبباً لمنعه من قبل بعض الفقهاء المعاصرين، ومن هنا نلاحظ الارتباط الوثيق بين هذه المسألة وقاعدة الأمور بمقاصدها.

الفرع الثّاني: قاعدتنا: لله المشقة تجلب التيسير لله والله الظّر يُزال لله:

هاتان القاعدتان تعتبران من أهم القواعد والنظريات الفقهية التي عليها مدار كثير من الأحكام الشرعية، وهما يُكرسان مبدأ تشوُّف الشريعة الإسلامية لرفع كلّ ما من شأن أن يُسبب ضرراً أو حرجاً على الإنسان، وهاتان القاعدتان وإن كانتا منفصلتين عن بعضهما البعض، إلا أنّ بينهما تداخلاً وارتباطاً وثيقاً⁽¹⁾، ولهذا الأمر أدجمتهما مع بعضهما البعض لتعلّق المسائل المذكورة لاحقاً بهما معاً ولا فرق، وفي هذا المطلب سيحاول الباحث ذكر بعض المسائل الأسرية المتعلقة بهاتين القاعدتين من باب المثال فقط لا الحصر:

1) إسقاط الجنين المشوّه: من المعلوم أنّ الشريعة الإسلامية حرّمت الاعتداء على الجنين منذ المراحل الأولى لتكوينه وهو في بطن أمّه، ومن هذا المنطلق نصّ الفقهاء الأوائل على أهميّة المحافظة على الجنين، وأوجبوا التّخاذ كافة الوسائل الممكنة للحفاظ عليه، كما حرّموا الجنابة عليه، وأوجبوا الدّية إجماعاً على الجنائي⁽²⁾، وهذه الأحكام تتأكّد في حقّ من أسقطت جنينها لغير سبب معتبر شرعاً، لكن إذا ما إذا تمّ الكشف عن تشوّهات جنينية أو خلقية للجنين وهو في بطن أمّه، وشكّل ذلك خطراً على حياة الأمّ، فهل يُسقط هذا الجنين أم لا؟ دُعا للضرر عن الأمّ ورفعا للمشقة عن الوالدين، فهذه هي صورة المسألة، والتي هي من الصُّور الحادثة التي لم

(1) يُنظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: (ص: 173)، والأشباه والنظائر لابن نُجيم: (ص: 73).

(2) يُنظر: المغني لابن قدامة: (81/12)، والإقناع للحجاوي: (191/4)، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني: (103/4)، والمحل: (28/11).

تظهر فيما سبق في زمن الفقهاء السابقين، وذلك لعدم القدرة على الكشف على تشوهات الأجنة، حيث إن هذا الأخير يُعد ميدانا من ميادين الطبّ الجديدة والسريعة التغيّر، ومُعظم هذه التشوهات تحدث في مرحلة مبكرة جدًا من تكوين الجنين⁽¹⁾، فهذه المسألة الحادثة طُرحت على مستوى المجامع الفقهية المعاصرة، وربطها الفقهاء الدارسون لها برفع الضرر والمشقة الحاصلين فيها، ولهذا جاء في القرار الرابع من قرارات المجمع الفقهي الإسلاميّ التابع لرابطة العالم الإسلامي: أنه إذا بلغ الحمل مائة وعشرين يوما، ولو كان التشخيص يُفيد أنه مُشوّه الخلقة فلا يجوز إسقاطه، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبيّة أنّ بقاء الحمل فيه خطر مؤكّد على حياة الأمّ، فعندها يجوز إسقاطه دفعا لأعظم الضررين، وأمّا إذا لم يبلغ مائة وعشرين يوما، وثبت تشوّهه بتقرير اللجنة الطبيّة تشوّهًا خطيرا غير قابل للعلاج، ممّا يُسبّب له حياة سيّئة وآلما عليه وعلى أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بطلب من الوالدين، مع الوصية بتقوى الله والثبّت في الأمر⁽²⁾.

ومن خلال هذا يتّضح لنا ارتباط هذه المسألة بالقاعدتين السابقتين، فتجوز الإسقاط ولو بعد الأربعة الأشهر لأجل رفع الضرر على الأمّ، وكذلك قبل بلوغها رفعا للمشقة الحاصلة على الجميع.

(2) الإلزام بالفحص الطبيّ قبل الزواج: من بين المسائل الحادثة التي طرأت في هذا العصر، والتي لها صلة بما نحن فيه من القضايا الأسرية، هي: في مدى جواز إلزام وليّ الأمر بالفحوصات الطبيّة للمقبلين على الزواج، تفاديا لأيّ أمراض وراثية مُحتملة، وإن كان ظاهر هذا الأمر اعتداءً وافتئاتًا على الحرية الشخصية للأفراد، إلا أنّ فيه من المصلحة العامة التي تقضي بتحمّل الضرر الخاصّ في سبيل دفع الضرر العامّ، كما هو معلوم من قواعد الإسلام، وكذا فإنّ المنطق التشريعيّ يقضي بارتكاب أهون الشرّين وأخفّ الضررين في سبيل دفع أعظمها، وكلّ هذه القواعد متفرّعة على القاعدة الكبرى: لا ضرر ولا ضرار⁽³⁾.

(3) الجراحة التجميلية: إنّ من بين المسائل الطارئة التي تندرج ضمن القضايا الطبيّة الأسرية المعاصرة، هو إجراء العمليات التجميلية للمرأة لإصلاح العيوب الخلقية في بدنها، سواء كانت عيوباً أصليةً وُلد بها الإنسان، أو عيوباً طارئةً ناشئة من الآفات المرضية أو الحوادث وغيرها، فإذا حصل تشوّه خلقيّ للزوجة ممّا أدّى ذلك إلى تسمّم الحياة الزوجية وتضرّر كلا الزوجين بهذا الأمر، فلا شك أنّ هذا الأمر من الأضرار المتحقّقة والمشاقّ الحاصلة التي تشوّف الشريعة لرفعها وإزالتها، وهذا النوع من الجراحات وإن اصطُح عليها أنّها تجميلية وتحسينية، إلا أنّها تتوقّف الدوافع الموجبة للتّرخيص بها، وذلك أنّ الضرر والمشقة حاصلان حسّاً ومعنى، وثابتان طبّاً، ومن ثمّ فإنّه يُشرع التوسيع على المصابين بهذه العيوب بالإذن لهم في إزالتها بالجراحة اللاّزمة⁽¹⁾، وهذا التّجوز إذا كان الغرض رفع الضرر لا مُطلق التّجميل؛ له أصلٌ في كلام المتقدمين، فقد ذكر النوويّ في

(1) يُنظر: إجهاض الأجنة المشوّهة، الدكتور: عبد الوهاب سليمان الجباري: (ص: 2).

(2) يُنظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي: (ص: 277).

(3) يُنظر: فقه القضايا الطبيّة المعاصرة، للقره داغي: (ص: 284-285)، ومستجدّات طبيّة معاصرة، لمصلحة النّجّار: (ص: 306) فما بعدها.

(1) يُنظر: أحكام الجراحات الطبيّة والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه لمحمد بن محمد المختار الشنقيطي: (ص: 184-186).

سياق شرحه لحديث النهي عن الوشم والتفليج للحسن قال: "وأما قوله: (المتفليجات للحسن) فمعناه: يفعلن ذلك طلباً للحسن، وفيه إشارة إلى أن الحرام هو المفعول لطلب الحسن، أما لو احتاجت إليه لعلاج، أو عيب في السن ونحوه فلا بأس"⁽²⁾.

4) التلقيح الاصطناعي: من المسائل أيضاً التي لها كل الارتباط بقاعدة الضرر ورفع الحرج، ألا وهي مسألة التلقيح الاصطناعي في حالة عدم القدرة على الحمل بالطرق الطبيعية، حيث إن العلماء المعاصرين الذين بحثوا هذه المسألة ربطوها برفع الضرر وحصول المشقة الجالبة للتيسير، ولهذا جاء في القرار الخامس من قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في الدورة السابعة، وبعد البحث في المسألة قرر المجمع جواز هذه العملية بالطرق المباحة التي بينها المجمع، بناءً على حاجة الزوجين التي تُعدُّ غرضاً شرعياً، ولهذا جاء في القرار: "إن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل، وحالة زوجها إلى الولد، تُعتبر غرضاً مشروعاً يُبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي"⁽³⁾، وهذا واضح جداً في ربط هذه المسألة بقاعدة الباب، وهذا مبني على مدى اعتبار العقم ضرراً من عدمه، وكيف لا يكون ضرراً وفيه ما فيه من الأضرار السلبية من الناحية النفسية خاصة وحتى البدنية، فالأطباء اعتبروا العقم حالة مرضية، كما أنهم قرروا أن عقم المرأة وحرمانها من الأمومة قد يجزئها إلى أزمات وأعراض نفسية، وكذا إلى أمراض جسدية⁽⁴⁾، وهذا لا شك من الضرر المتوقع الذي قضت الشريعة برفعه وإزالته.

الفرع الثالث: قاعدة: لله اليقين لا يزول بالشك لله:

تُعدُّ هذه القاعدة من القواعد الكلية التي عليها مدار كثير من الأحكام الشرعية، والتي تدلُّ على أن المنطق الشرعي يقضي أن ما كان من الأمور قطعياً يقينياً فإنه لا يزول ولا يمحى إلا يقيناً في مثل درجته أو أكثر منه، وأما ما كان من الأمور مشكوكاً ومظنوناً فيه فإنه لا يُزيل ذلك اليقين، وهذه المسألة من النظريات الشرعية المجمع عليها، وإن من أبرز القضايا الأسرية الاجتماعية النازلة التي لها التعلق الوثيق بهذه القاعدة: هي مسألة البصمة الوراثية، ومدى الاحتجاج بها في قضايا النسب إثباتاً ونفيًا، هذه القضية التي طرأت حديثاً ولم تُك تُعرف قبل في زمن العلماء السابقين، والتي ألفت بظلالها على كثير من المسائل الجنائية والأسرية، فما مدى اعتبار البصمة الوراثية كدليل قطعي في نفي النسب، وهل تقوم مقام اللعان أم لا؟ وهل إذا طلب الزوج اللعان ونفى نسب ولده إليه وجاءت نتائج البصمة الوراثية بإثباته، فأيهما يُقدَّم؟

إن المسألة المعاصرة وقع فيها الخلاف بين العلماء المعاصرين ما بين مُعتبر للبصمة الوراثية ودافع لها، وليس المقام مقام ذكر الأقوال وأدلتها، فهذا مبثوث في مظانِّه وإنما أردت من إيراد هذه الصورة ارتباطها بالقاعدة السابقة، حيث إن القائلين باعتبار البصمة الوراثية ذكروا أنها قطعياً، وهذا أمرٌ مُسلمٌ به، إذ إن نتائجها تصل إلى 99,99٪، وهذا بخلاف اللعان الذي يبقى ظنيّاً بإجماع، خاصة في هذا الزمان الذي فسدت فيه ذم الناس،

⁽²⁾ شرح صحيح مسلم للإمام النووي: (107/14).

⁽³⁾ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي: (ص: 152).

⁽⁴⁾ يُنظر: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية، زياد أحمد سلامة: (ص: 27-28).

وليس هذا تعطيلاً للنص بل إعمالاً له، لأن اللعان شرع في الآية الكريمة إذا انعدم الشهود، فإذا قام الدليل القطعي لم يكن ثمة داع للعان، ليس لعدم صلوحيته والعياذ بالله، وإنما لعدم توفر شرط اللجوء إليه، ولهذا اعتبر جمع من الفقهاء المعاصرين أن البصمة إذا جاءت مخالفة لقول الزوج الطالب للعان، فلا يلتفت بدعواه في نفي النسب، وإن لاعن أو طلب ذلك، وأن نسب الطفل يثبت للزوج ويجري عليه أحكام الولد، وذلك عملاً بقاعدة الباب، فاليقين لا يزول بالشك، فيما أن العلم تطوّر وأعطانا نتائج قطعياً تقريباً، فيجب شرعاً الصيرورة إليه، ولا يُعمل بالظنّي إلا عند فقد الأوّل، وهذا الذي ذكر جارٍ على قواعد العلماء السابقين، فقد نقل الماوردي عن الإمام الشافعي أنه قال: "إذا أحاط العلم أن الولد ليس من الزوج، فالولد منفي عنه بلا لعان"⁽¹⁾، ناهيك عن مقصد الشرع من إلحاق أنساب الأطفال إلى آبائهم رعاية لحقوقهم واستقرار لأوضاع المجتمع⁽²⁾.

الفرع الرابع: قاعدة: لله العادة محكمة لله:

من بين القواعد الفقهية التي لها تعلق لما نحن فيه من القضايا الأسرية المعاصرة هي قاعدة: (العادة محكمة)، هذه القاعدة التي تدل على أن العادة والعرف يرجع إليهما في لا نص فيه، ومدلول هذه القاعدة وارد في الكتاب والسنة وكلام الأئمة، وإن من أبرز المسائل التي ظهرت حديثاً والتي تتعلق بهذه القاعدة هي مسألة الزواج العرفي، ومدى مشروعيته في دين الإسلام، والزواج العرفي هو زواج مُستكمل لجميع شروطه وأركانه، إلا أنه لم يتم توثيقه بوثيقة رسمية لدى الجهات الوصية المختصة، وعليه فهو زواج صحيح شرعياً من حيث شروطه وأركانه، إلا أن الشيء الوحيد الذي يفرق بينه وبين الزواج الآخر هو إشهاره وتوثيقه لدى الجهات المختصة، وهذا النوع من الزواج من المسائل الحادثة، وقد دعت إليه كثير من الأسباب الاجتماعية والاقتصادية وحتى الخلقية والدينية، والعلماء المعاصرون اختلفوا في حكمه على أقوال، ما بين مبطل له، ومعتبر له بإطلاق، ومحرّم له ولكن إذا وقع يُصحّحه مع الإثم⁽¹⁾، ولا شك أن القول بالمنع من هذا الزواج هو القول الأوفق والأقرب إلى مقاصد الشريعة في باب الزواج، كما أن فيه من الأضرار والمفاسد التي تعود على المرأة وعلى الأولاد ومن ثم على المجتمع أجمع، حيث إن الوثيقة الرسمية هي الوسيلة الوحيدة التي تضمن للزوجة حقوقها وتحفظها لها من الضياع، كما أن هذا النوع من الزواج يُنافي ما استقرت عليه أعراف الناس وعاداتهم من اشتراط التوثيق الرسمي، فالزواج في هذا العصر وإن استكمل شروطه وأركانه، ولكنه لم يُوثق في الجهات الرسمية، فلا شك في رفض المجتمع له، ووضع المرأة التي قامت به موضع الشك والريبة، وعادة الناس السليمة محكمة ما لم تخالف نصاً، وهذا هو وجه علاقة هذه المسألة بالقاعدة.

(1) الحاوي الكبير للإمام الماوردي: (159/11).

(2) يُنظر: البصمة الوراثية وحجبتها، للدكتور: عبد الرشيد أمين قاسم: (ص: 23-28)، ومسائل شرعية في الجينات البشرية، الدكتور: عارف علي عارف القره داغي: (ص: 137-139).

(1) يُنظر هذه الأقوال الثلاثة وأصحابها ومناقشة أدلتها في: الزواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماستر بجامعة حمة لخضر الوادي، من إعداد الطالب: قدور عطايا الله: (ص: 53-61).

المطلب الثاني: تطبيقات قواعد وضوابط أخرى:

في هذا المبحث الأخير نحاول فيه بإذن الله تعالى ذكر بعض القواعد والضوابط الأخرى التي لها تعلق بما نحن فيه من المسائل الأسرية الحادثة، هذه الضوابط التي يستعين بها الفقهاء والباحثون في مثل هذه المسائل، وفيما يلي ذكر لبعض القواعد مع بعض الفروع الحديثة المتعلقة بها:

(1) يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الخاص في لدفع ضرر عام: هذه القاعدة تدلُّ على أنَّ الضَّرَرَ إذا كان لازم الوقوع، لكنَّه دائرٌ بين أن يقع على عموم النَّاسِ أو على خصوص أفرادهم، فَإِنَّهُ يُوقَعُ على الخصوص تلافياً لوقوعه على العامَّة، ومن فروع هذه القاعدة: أنَّه يجوز لوليِّ الأمر أن يجبر على أصحاب الأمراض المعدية، فيمنعون من الزَّواج حفاظاً على الصِّحَّة العامَّة، وتضييقاً لمجال الأمراض من الانتشار⁽²⁾.

(2) الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة: هذه القاعدة تدلُّ أنَّ الحاجة وهي ما يُؤدِّي فقدانها إلى وقوع الحرج والمشقة؛ فإنَّها تُنزلُ منزلة الضَّروريِّ وهو ما أدَّى فقده إلى الهلاك أو التلف، ومن الفروع التي تنزلُ عليه هذه القاعدة هي: ما سبق من إجراء عمليات التَّجميل لإزالة التَّشوهات الخلقية الأصلية أو المكتسبة، وذلك لأنَّ هذا من أعظم الحاجيات التي تُنزلُ منزلة الضرورة في رفعها⁽³⁾.

(3) التَّصَرُّفُ على الرَّعية منوطٌ بالمصلحة: هذه القاعدة تدلُّ على أنَّ الرَّاعيَ أيًّا كان فإنَّه يجب عليه أن يتصرَّفَ في رعيته بما يعود عليهم بالنَّفع والفائدة، وأن يُزيل عنهم كلَّ ما من شأنه أن يوقع عليهم الحرج والعنت، ومن المسائل المتفرعة عنها: جواز أمر وليِّ الأمر بالفحص الطَّبيِّ قبل الزَّواج تفادياً لانتشار الأمراض وكذا إلزام توثيق عقود الزَّواج في السَّجلات الإدارية حفاظاً على الحقوق من الضَّياع.

الخاتمة

فبعد هذا العرض الذي سبق ذكره وبيانه؛ فإنِّي أذكر ما توصلت إليه في هذا البحث من نتائج فيما يلي:

- (1) أنَّ للأسرة مكانة عظيمة ورُبَّة منيفة، إذ هي الخلية الأولى في تكوين بنية المجتمع.
- (2) للأسرة خصائص وميَّزات كثيرة ترسم معالمها، فهي الوسط الحيُّ لإشباع غرائز الفرد الاجتماعية، وهي وحدة اجتماعية، واقتصادية، وفردية، وإحصائية.
- (3) للأسرة مقاصد كثيرة منها: حفظ النَّوع البشري، وتحقيق السَّكن والاستقرار، وتحقيق التماسك الاجتماعي، ومقصد الشَّهادة على النَّاس.
- (4) مواكبة الأسرة للتطورات الحاصلة في المجتمع على جميع الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية وغيرها أدَّى إلى حدوث نوازل يجب الاجتهاد فيها والبحث عن الحكم الشرعي لها.
- (5) هناك شروط يجب توفُّرها لمن يتولَّى الاجتهاد في مسائل الأسرة النَّازلة، كالمعرفة التَّامة بعلم الفقه وأصوله والممارسة والتتبع لمقاصد الشريعة، والمعرفة والعلم بواقع النَّاس وغيرها.

⁽²⁾ يُنظر: تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطَّبيَّة، الدكتور علي بن عبد العزيز المطرودي: (ص: 32).

⁽³⁾ المصدر نفسه: (ص: 48).

- (6) ينبغي على من يتولى عملية الاجتهاد في نوازل الأسرة مراعاة القواعد الآتية: مراعاة الاجتهاد المقاصدي، وفهم الواقع الذي يُنزّل عليه الحكم الشرعي، واعتبار مآل الاجتهاد والتنزيل، وتكريس ثقافة الاجتهاد الجماعي بدّل الفردي، والاعتماد على الخبرة العلمية المتخصصة، ومراعاة المؤثرات العصرية في الاجتهاد.
- (7) تنزيل القواعد الكلية الخمس وغيرها من القواعد والضوابط الأخرى على مسائل الأسرة النازلة.
- كما أنه من خلال هذا البحث يُمكن للباحث أن يتقدم بالتوصيات والتوجيهات التالية:
- (1) بذل الجهود العلمية من قِبَل أهل العلم وطلّبه، ومن قبل المؤسسات والورشات العلمية في استشار قواعد وتراث الأولين الفقهي وإسقاطه على النوازل الحادثة.
- (2) العناية بمعرفة وإدراك مقاصد الشريعة الإسلامية، فهذا الذي من شأنه أن يُبرز للباحثين روح الشريعة ومراميتها، ويُعين على إدراك مراد الله تعالى في المسائل الحادثة.
- (3) ضرورة البناء العملي والاستثمار الفعلي للقواعد الفقهية، بدل الاكتفاء بالتأصيل والشرح النظري لها.
- (4) التّركيز على ضبط معالم الاجتهاد التنزيلي وعدم الاكتفاء بالاجتهاد الاستنباطي فقط.
- (5) ضرورة احتكاك الباحثين في المسائل الشرعية بالتخصّصات الأخرى العلمية والاجتماعية، فإنّه من أبرز الوسائل المعينة على فهم الواقع.
- (6) كما يوصي الباحث بضرورة عقد مُلتقى دولي حول تحقيق المناط وفقه الواقع، وذلك لتقريب الرّؤى للجانب التنزيلي للاجتهاد خاصّة في المسائل النازلة.
- وفي الختام فإنّنا نسأل الله تعالى أن يُوفّقنا لما نُحِبُّ ويرضاه، ونسأله تعالى أن يجعل ما كتبناه وخططاناه في هذه الورقات خالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون من العلم النافع، وأن يجعله في ميزان حسناتنا يوم لا ينفع مال ولا بنون، إنّه وليُّ ذلك والقادر عليه، والحمد لله ربّ العالمين، وصلى الله وسلّم وبارك على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
- ثبتت المطادر والمراجع
- (1) الإبهام في شرح المنهاج، علي بن عبد الكافي السبكي (756هـ) وابنه عبد الوهاب بن علي (771هـ)، تحقيق الدكتور: نور الدين صغيري، والدكتور: أحمد جمال الزمزمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية (دبي-الإمارات العربية المتحدة)، الطبعة الأولى (1424هـ-2004م).
- (2) أثر تحقيق المناط في وقف تنزيل الأحكام، بحث مُحكّم من إعداد الأستاذ الدكتور: عبد المجيد النجار، مقدم لمؤتمّر تحقيق المناط، المنعقد بالكويت: 18-20 فيفري 2013م.
- (3) الاجتهاد الجماعي وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير من إعداد: نصر محمود الكرنز، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة.
- (4) الاجتهاد في النوازل، بحث مُحكّم من إعداد الدكتور: محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، ضمن مجلة العدل، العدد التاسع عشر-رجب 1424هـ.
- (5) أحكام الجراحات الطيبة والآثار المترتبة عليها، للدكتور: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، الطبعة الثانية: (1415هـ-1994م).
- (6) الرّواج العرفي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماستر بجامعة حمة لخضر الوادي، من إعداد الطالب: قدور

عطايا الله.

- 7) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني (1250)، تحقيق: سامي بن العربي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع (الرياض-المملكة العربية السعودية)، الطبعة الأولى: (1421هـ-2000م).
- 8) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1399هـ-1979م).
- 9) الأسرة في مقاصد الشريعة، زينب طه العلواني، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي (فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكية)، الطبعة الأولى: (1432هـ-2012م).
- 10) الأسرة ومشكلاتها، محمد حسن، دار النهضة العربية (القاهرة-مصر)، الطبعة الأولى (1967م).
- 11) الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي (911هـ)، دون تحقيق، دار الكتب العلمية (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1403هـ-1983).
- 12) الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر (دمشق-سوريا)، الطبعة الأولى (1403هـ-1983م).
- 13) أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر (دمشق-سوريا)، الطبعة الأولى (1406هـ-1986م).
- 14) أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، زيد أحمد سلامة، الدار العربية للعلوم (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1417هـ-1996م).
- 15) إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (751هـ)، تحقيق: مشهور حسن سلمان، دار ابن الجوزي (المملكة العربية السعودية)، الطبعة الأولى (1423هـ).
- 16) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبو النجا موسى الحجواي (968هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة (بيروت-لبنان).
- 17) البحر المحيط في أصول الفقه، محمد بن بهادر الزركشي (794هـ)، تحقيق: عبد القادر عبد الله العاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية (1413هـ-1992م).
- 18) البصمة الوراثية وحجيتها، الدكتور: عبد الرشيد محمد أمين قاسم، مجلة العدل، العدد (23)، رجب 1425هـ.
- 19) تاج العروس من جوهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، الطبعة الأولى (1385هـ-1965م).
- 20) تغير الاجتهاد، الدكتور: وهبة الزحيلي، طبعة دار المكتبي (دمشق-سوريا)، الطبعة الأولى: (1420هـ-2000م).
- 21) الجامع الصحيح، محمد بن إسماعيل البخاري (256هـ)، تحقيق: محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية، القاهرة (مصر)، الطبعة الأولى (1400هـ).
- 22) الحاوي الكبير، محمد بن حبيب الماوردي (450هـ)، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1414هـ-1994م).
- 23) دراسات في علم الاجتماع العائلي، مصطفى الخشاب، دار النهضة العربية (القاهرة-مصر)، الطبعة الأولى (1985م).
- 24) الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ)، دون تحقيق، مكتبة الثقافة الدينية.
- 25) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (275هـ)، حكم على أحاديثه وعلق عليه: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف (الرياض-المملكة العربية السعودية).
- 26) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (487هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، الطبعة الثالثة (1424هـ/2003م).
- 27) شرح صحيح مسلم، يحيى بن شرف النووي (676هـ)، دون تحقيق، المطبعة المصرية بالأزهر، الطبعة الأولى (1347هـ/1929م).

- 28 شرح منح الجليل، محمد عليش، دون تحقيق، مكتبة النجاح (طرابلس-ليبيا).
- 29 الصّحاح، إسماعيل من حمّاد الجوهري (292هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين (لبنان)، الطبعة الرابعة (1990م).
- 30 صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري (261هـ)، تحقيق: نظر محمد الفارياي، دار طيبة، الرياض (السعودية)، الطبعة الأولى (1427هـ/2006م).
- 31 القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروآبادي (817هـ)، دون تحقيق، خال من بيانات النّشر.
- 32 لسان العرب، ابن منظور (711هـ)، تحقيق مجموعة من العلماء، دار المعارف (مصر).
- 33 مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي (807هـ)، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، دار الفكر (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1414هـ-1994م).
- 34 المحكم والمحيط الأعظم، علي بن أحمد بن سيدة (458هـ)، تحقيق: عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1421هـ-2000م).
- 35 المحلى، علي بن أحمد بن حزم (456هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة النهضة (مصر)، الطبعة الأولى (1347هـ).
- 36 مسائل شرعية في الجينات البشرية، عارف علي عارف القره داغي، نشر من قبل الجامعة الإسلامية العالمية بإليزيا، الطبعة الأولى (1432هـ-2011م).
- 37 مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، مصلح النجار، طبعة مكتبة الرشد (السعودية)، الطبعة الأولى (2005م).
- 38 مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل (241هـ)، شعيب الأرنؤوط وأعوانه، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، الطبعة الأولى (1416هـ/1995م).
- 39 المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد لن محمد بن عليّ القيومي (770هـ)، دون تحقيق، مطبعة التقدّم العلميّة (مصر)، الطبعة الأولى (1322هـ).
- 40 معالم الأسرة المسلمة في القرآن الكريم، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية أصول الدين بالجامعة الإسلامية بغزة، من إعداد: شيرين زهير أبو عبدو.
- 41 معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا (395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الطبعة الأولى (1399هـ/1979م).
- 42 مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني (977هـ)، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1418هـ-1997م).
- 43 المغني، عبد الله بن أحمد بن قدامة (620هـ)، عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح الحلو، عالم الكتب (الرياض-السعودية)، الطبعة الثالثة (1417هـ-1997م).
- 44 مقاصد الشريعة في أحكام الأسرة، الأستاذ الدكتور: عبد المجيد النجار (خال من بيانات النّشر).
- 45 منهج الاجتهاد الفقهي المعاصر وتطبيقاته، رسالة ماجستير من إعداد: نسيم بن مصطفى، مقدّمة إلى كليّة العلوم الإنسانيّة والعلوم الاجتماعيّة بجامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان.
- 46 منهج استنباط أحكام النّوازل الفقهية المعاصرة، الدكتور: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، طبعة دار ابن حزم، الطبعة الأولى: (2003م).
- 47 الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق الشاطبي (790هـ)، تحقيق: عبد الله دراز، دار الفكر العربي (مصر).
- 48 الموسوعة الفقهية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- 49 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي (1008هـ)، دون تحقيق، دار الفكر (بيروت-لبنان)، الطبعة الأولى (1984م).

□ بحوث المحور الثاني □
 المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة

أثر استنبات الخلايا الجذعية وتجميد النطف المنوية في أحكام الأسرة

بقلم

أ.د. عباس أحمد محمد الباز

أستاذ بقسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة

الجامعة الأردنية - عمان - المملكة الأردنية الهاشمية

drbaz105@yahoo.com / albaz@ju.edu.jo

مقدمة

الحمد لله رب العالمين الأجل الأعلم، المتفرد بصفات العز والكمال الأكرم، الذي خلق فأحكم،
 وأمر بالعلم فعلم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وبعد:

فقد كان من نتيجة التقدم الكبير في مجال المعالجة الطبية والنجاح المستمر في القضاء على أسباب
 الأمراض التي تسبب الاعتلال والخلل في جسم الإنسان إمكان اللجوء إلى ادخار أعضاء الإنسان
 واختزانها والاحتفاظ بها لحين الحاجة إليها، فإزالة العضو البشري التالف وإحلال عضو صحيح
 مكانه من أبرز طرق العلاج المتقدمة، وهذا النوع من العلاج يختص بكل عضو قابل للنقل كالكلية
 والقرنية والكبد... وهناك من الأعضاء التي ما زالت محل بحث ودراسة من حيث إمكانية نقلها إلى
 من يحتاجها، وفي حال أن تحقق نجاح في نقلها، ربما تحدث مشكلات دينية وأخلاقية، وقد تواجه
 النقد والرفض داخل المجتمعات المتدينة والمحافظه، وتحديدًا نقل الأعضاء التي هي أماكن إنتاج
 الحيوانات المنوية عند الرجل (الخصيتان) وكذلك العضو المسؤول عن إفراز البويضات عند المرأة (

المبيض¹ فهذان الجهازان هما المسؤولان عن إيجاد الذرية والنسل باجتماع ما ينتج عنهما من حيوانات منوية وبويضات².

وهناك أسباب تدعو من يبحث عن عضو ليستفيد منه يكون بحثه ناتجا عن خلل أو ضعف في عضوه الأصلي، وقد يقع مثل هذا الخلل والضعف في عضو الإنجاب عند الرجل أو عند المرأة مما يجعله غير قادر على القيام بوظيفته وهي إنتاج الحيوانات المنوية أو البويضات.

والمشهور في علم الطب وعلوم البيولوجيا تسمية النطفة الذكرية التي تشكل أحد شقي الخلق بالحيوان المنوي، وتسمية النطفة الأنثوية بالبويضة، أما القرآن الكريم، فقد أطلق اسم النطفة على المخلوق المتكون بعد الاندماج والتزاوج بين الحيوان المنوي والبويضة، أي بعد تلقيح البويضة بالحيوان المنوي³. كما في قول الله تعالى: ﴿إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعة بصيرا﴾⁴، وكذلك قول الله تعالى: ﴿ألم يك نطفة من مني يمى﴾⁵.

وقد ساعدت تقنية الإنجاب بالتلقيح الصناعي على تجاوز هذه المشكلة بالحصول على الحيوان المنوي أو البويضة من شخص راغب في بيعه أو التبرع به لمن يرغب في الحصول عليه، لكن المشكلة كانت في عدم توفر المطلوب من الحيوانات المنوية والبويضات آنياً وقت الحاجة، ومع ظهور تقنية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات تم تجاوز هذه المشكلة⁶.

¹ كان هناك محاولات لزراعة الأعضاء التناسلية بزرع خصية من شخص لأخيه التوأم، وهي عملية دقيقة جدا ونسبة نجاحها محدودة وتنحصر في التوائم المتماثلة. انظر محمد علي البار: زراعة الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية. مجلة المجمع الفقهي عدد 6 جزء 3 ص 2021.

² قد يقع الاجتماع بين الحيوان المنوي والبويضة وفق الطريق الطبيعي بالوطء دون احتياج إلى عوامل مساعدة، وقد تظهر الحاجة إلى الجمع بين هذه النواتج ليحدث الحمل والإنجاب، وذلك بأخذ ما ينتج عن هذين العضوين (الخصية والمبيض) من حيوانات منوية وبويضات وإجراء التلقيح بينها داخليا أو خارجيا ليحدث الحمل والإنجاب فيما يعرف بأطفال الأنابيب.

³ تطلق النطفة في اللغة على الماء الصافي إذا كان قليلا، وجمعها نطف- بضم النون وفتح الطاء- ونطاق. وهي كل ماء مجتمع إذا كان قليلا، ومنه الناطف وهو السائل من المائعات، ويعبر بها عن ماء الرجل. ابن منظور محمد بن مكرم: لسان العرب مادة نطف 14 / 187، ابن دريد أبو بكر محمد بن الحسن الأزدي: معجم مقاييس اللغة 3 / 111 دار صادر ومؤسسة الحلبي للنشر، الطبعة الأولى مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية حيد آباد 1345 هـ، الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسين بن محمد: المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة، بيروت، الطبعة السادسة 2010.

⁴ سورة الإنسان آية 2

⁵ سورة القيامة آية 37

⁶ عبد الواحد: العقم وعلاجه ص 217، نورمان: الحمل الطبيعي والحمل بالطرق الحديثة ص 195

وبسبب النجاح في تجميد الحيوانات المنوية والبويضات، ظهرت المؤسسات والمراكز الطبية التي يتم فيها حفظ وتخزين الحيوانات المنوية للاستفادة منها عند الحاجة وسميت مجازاً "بنوك المنى" تشبيهاً لها ببنوك المال التي تقوم على حفظ أموال المودعين واستثمارها بتقديمها لمن يرغب في الحصول على منفعتها.

وهذه المسألة تثير المخاوف الدينية والأخلاقية¹ بسبب ما ينشأ عنها من اختلاط وتداخل في ضبط عملية الحفظ وآليته، ولما قد ينشأ عنها من إخضاع النسل إلى رغبات الأفراد في الحصول على صفات محددة في المولود، وغير ذلك من المحظورات التي تترتب على اللجوء إلى تجميد الشخص حيواناته المنوية أو بويضاته.

وقد جاء البحث في هذه المسألة محاولة لدراسة الرأي الشرعي في الحالات التي يقع فيها تجميد للحيوانات المنوية والبويضات التي يتم الحصول عليها مباشرة من الزوجين أو من المتبرع أو بطريق الاستنبات بوساطة الخلايا الجذعية، وذلك لبيان مدى توافقها مع أحكام الشريعة وقواعدها، بخاصة إذا تم التلقيح بين غير الزوجين.

وقد جاء الحديث عن أثر تجميد الحيوانات المنوية واستنباتها وانعكاساتها على الأسرة كمسألة مستجلة من خلال محورين:

الأول المحور المتعلق باستنبات الخلايا الجذعية لغايات الحصول على الحيوانات المنوية والبويضات.

المحور الثاني ويتعلق بتجميد الحيوانات المنوية والبويضات لحين الحاجة إليها في الحصول على الذرية.

حيث تم تقسيم البحث وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: تقنية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وآلية الاحتفاظ بها.

المطلب الثاني: بواعث تجميد الحيوانات المنوية والبويضات.

¹ وهذا يفسر الوجود النادر لبنوك الحيوانات المنوية في بلاد المسلمين، وفي العدد القليل من البلاد الإسلامية التي يوجد فيها مثل هذه البنوك يتجنب القائمون على مثل هذا الأمر استخدام مسمى بنك، ويستخدمون عوضاً عنه عبارة خدمات طبية والبعض يستخدم اسم "مختبر إخصاب" تجنباً للنقد والاعتراض، فيأتي الإعلان عن البنوك المنوية بالتعبير عن توفر خدمات طبية تتعلق بالإنجاب والمساعدة على الحمل من خلال الاحتفاظ بالبويضات ليصار إلى استخدامها لاحقاً في الإنجاب.

المطلب الثالث: الحكم الشرعي في إنشاء البنوك المنوية وفي تجميد الحيوانات المنوية والبويضات
المطلب الرابع: استخدام الحيوانات المنوية والبويضات المجمدة في التلقيح بين الزوجين

المطلب الأول

تقنية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وآلية الاحتفاظ بها

ظهرت تقنية تجميد البويضات والحيوانات المنوية قبل ظهور عمليات التلقيح خارج الرحم، أو ما يعرف بأطفال الأنابيب، حيث كان يتم تجميد الحيوانات المنوية العائدة إلى الحيوانات لاستخدامها في إجراء الأبحاث والدراسات والتجارب المخبرية، ثم كان الانتقال بعد ذلك إلى تجميد الحيوانات المنوية البشرية لإجراء الأبحاث والدراسات عليها، ليصار بعد ذلك إلى تلقيح البويضات بالحيوانات المنوية التي خضعت للتجميد .

وتجري عملية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وفق آلية علمية وخطوات عملية محددة، وعند القيام بعملية التلقيح بينها ينشأ عنها نطاف يتم حفظها في حاضنات وأجهزة حاضنة توضع داخل ثلاجات معدة لهذه الغاية بعد وضعها في النيتروجين السائل في درجات حرارة منخفضة جداً تصل إلى 190 درجة تحت الصفر، وهي الدرجة المناسبة لضمان بقاء الحياة في الحيوان المنوي إلى حين الحاجة إليه في التلقيح والإنجاب.¹

أولاً: تخلق الحيوانات المنوية والبويضات وتشريحها الفسيولوجي

1- تخلق الحيوانات المنوية وآلية تجميدها

تبدأ أولى خطوات عملية تجميد البويضات والحيوانات المنوية بالحصول عليها من مصادر تخلقها، وعادة ما يتم تخلق الحيوانات المنوية في الخصيتين عند الوصول إلى سن البلوغ، حيث تتكون أعضاء الرجل التناسلية من مجموعة أعضاء تشكل في مجموعها الجهاز التناسلي، وهذه الأعضاء هي: الخصيتان، البربخ، الحبل المنوي، غدة البروستات، الحويصلتان المنويتان، الغدتان البصيلتان، والقضيب.

ويظهر التشريح الفسيولوجي للخصيتين أن لهما وظائف متعددة منها أنها تقوم بعملية إفراز الهرمون الذكري في الدم المسؤول عن ظهور الصفات الدالة على البلوغ عند الرجل كخشونة

¹ عبد الخالق حسن يونس: عقم الرجال بين الإسلام والطب ص 181، كارم السيد أحمد: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع الساء ص 263.

الصوت، ونمو الشعر في مناطق مختلفة في الجسم كالوجه واللحية والشارب وتحت الإبطن وحول العانة . ومن وظائفها الأساسية أنها تقوم بإنتاج وتكوين الحيوانات المنوية في كيس يسمى كيس الصفن، وهو كيس يعمل على حماية الخصيتين وتوفير درجة الحرارة اللازمة لتكوين الحيوانات المنوية¹، وبعد تخلق الحيوانات المنوية في الخصية تنتقل إلى قناة البربخ، وهي قناة ملتوية تقع في قاعدة الخصية العلوية، وفي قناة البربخ يكتمل نضوج الحيوانات المنوية، وبعد مرور أربع وعشرين ساعة تصبح الحيوانات المنوية قادرة على الحركة². ثم تنتقل إلى الحبل المنوي وتختزن فيه وتبقى حية مدة شهر، بعدها تذهب إلى الحويصلتين المنويتين اللتين تقعان بين المثانة والمستقيم وفيهما يتكون السائل المنوي الذي يحتوي على سكر الفركتوز اللازم لتأمين الطاقة اللازمة لحركة الحيوان المنوي، كما يحتوي على مادة البروستغلاندين التي تساهم في الإخصاب³. ويحتوي كل ستمتر مكعب من السائل المنوي على 20 - 40 مليون حيوان منوي تقريباً، وإذا قل عددها عن عشرين مليوناً في الستمتر المكعب تكون الفرصة لحدوث الحمل ضعيفة⁴.

ويظهر التشريح الفسيولوجي للحيوان المنوي أنه يتكون من ثلاثة أجزاء رئيسية هي :

- الرأس الذي يتخذ شكلاً كمشياً يشبه شكل حبة الإرجاص، ويحتوي على الجينات، أي الصفات الوراثية التي تنتقل من الآباء إلى الأبناء، ورأس الحيوان المنوي ضخم بالنسبة لباقي أعضاء الجسم مما يجعله يشبه في شكله سمكة ذات رأس كبير⁵.
- الرقبة وتشكل الجزء الأوسط من الجسم، وهي الجزء المسؤول عن إمداد الحيوان المنوي بالطاقة اللازمة للحركة.

- الذيل الذي يعمل على دفع الحيوان المنوي داخل القناة التناسلية الأنثوية⁶.

والحيوان المنوي طويل جداً بالنسبة لعرضه، حيث يبلغ طوله ستة في المائة من المليمتر وطول رأسه

¹ كمال شرقاوي: علم وظائف الأعضاء ص 301 - 305، أحمد كنعان : الموسوعة الطبية الفقهية ص 87 .

² سوزان أنجل: كيف يعمل جسمك ص 137 - 144.

³ كمال شرقاوي: علم وظائف الأعضاء ص 301 - 305، أحمد كنعان : الموسوعة الطبية الفقهية ص 87.

سوزان أنجل: كيف يعمل جسمك ص 137 - 144 .

⁴ المراجع السابقة .

⁵ كريم نجيب الأغر: إعجاز القرآن في ما تخفيه الأرحام ص 115، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى 2005.

⁶ نجيب ليوس: الجهاز التناسلي الذكري، موقع <http://www.layyous.com>

خمس ميكرونات¹، وباقي الأجزاء تتخذ شكلا مستطيلا طويلا، وتحتل معظم طول النطفة، وبالتالي يظهر شكله كسمكة طويلة² ذات رأس ضخم.

آلية تجميد الحيوانات المنوية:

وتعتمد آلية تجميد الحيوانات المنوية على اتباع الخطوات التالية:

أولا: ينقل السائل المنوي بعد الحصول عليه من الخصية إلى سائل خاص بالتجميد يحتوي على مادة الجليسرول وسترين ومادة الفركتوز، كما يحتوي هذا السائل على أملاح تعمل على المساعدة على حماية رؤوس الحيوانات المنوية من التلف بسبب درجات الحرارة المتدنية جدا، حيث يتم حفظها في درجة حرارة تبلغ 196 تحت الصفر في غاز النيتروجين السائل³.

ثانيا: يتم خلط السائل المنوي بعد تحضيره بطريقة خاصة في مختبر السائل المنوي مع سائل التجميد يوزع بعدها في عبوات خاصة مكتوب عليها اسم صاحب الحيوانات المنوية ورقم ملفه ومصدر العينة والتاريخ ورقم العبوة⁴.

ثالثا: باستعمال جهاز خاص بالتجميد يتم برمجته بوساطة جهاز حاسوب خاص لتحديد درجات الحرارة المطلوبة والوقت اللازم لإنهاء عملية التجميد يتم من خلاله إيصال درجة الحرارة إلى 90 درجة مئوية تحت الصفر، ليصار بعدها إلى حفظ العينات التي أصبحت جاهزة للتلقيح بحاويات خاصة مملوءة بغاز النيتروجين⁵ السائل في درجة حرارة منخفضة جدا تبلغ 196 درجة تحت الصفر⁶.

¹ الميكرون يساوي واحد على الألف من المليمتر.

² كريم نجيب الأغر: إعجاز القرآن في ما تخفيه الأرحام، ص 115.

³ سليمان ضبيط: تطورات علم التجميد في مختبرات الإخصاب، مقال منشور في نشرة أخبار الخالدي الطبية الصادرة عن مستشفى الخالدي، عمان، العدد 132، أيار 2011.

⁴ المرجع السابق.

⁵ النيتروجين عنصر كيميائي لا فلزي عديم اللون والطعم والرائحة يوجد في الطبيعة على شكل غاز ويشكل 78٪ من الغلاف الجوي للأرض. ويدخل في تركيب جميع الأنسجة الحية كما يشكل العديد من المركبات كالأمونيا (النشادر) وحمض النيتريك والسيانيد ويستعمل في صناعات متعددة منها الأسمدة. ويستخدم في حالته السائلة كمبرد للمنتجات الغذائية أو لأغراض النقل لحفظ الأجسام والخلايا التكاثرية كالحوانات المنوية والبويضات ويستخدم في دراسات حفظ الأجسام الحية وفي علاج الأورام الجلدية خاصة الحميدة منها التي تعرف بالتآكل. ويتم تحضير النيتروجين السائل من الهواء الجوي بإسالة الهواء بالضغط والتبريد ثم التقطير التجزيئي للهواء السائل لفصل غازي الأكسجين والنيتروجين، ومن أهم الوسائل المستخدمة صناعيا في تحضيره طريقة إسالة الهواء على مبدأ السباح لغاز تحت ضغط كبير بالتمدد خلال فتحة ضيقة بدون اكتساب طاقة خارجية فتتخفض درجة الحرارة نتيجة الضغط الداخلي الذي يبذله الغاز في التغلب على قوى التجاذب بين جزيئاته ويتكرر عملية الضغط والتبريد فالتمدد بدون اكتساب طاقة يتحول الهواء إلى الحالة السائلة، ويتكرر هذه العملية يتم الحصول على النيتروجين النقي.

⁶ سليمان ضبيط: تطورات علم التجميد في مختبرات الإخصاب، مقال منشور في نشرة أخبار الخالدي الطبية الصادرة عن مستشفى

وفي جميع مراحل التجميد يتم تدوين المعلومات الكاملة على العبوات المستخدمة في عملية التجميد، وعند الانتهاء من عملية التجميد يتم الاحتفاظ بالنيروجين السائل الذي يحوي الحيوانات المنوية بحاويات خاصة مع تدوين المعلومات الكافية عن صاحب السائل والعينة في سجلات خاصة بمختبر الأنابيب.

2. تخلق البويضات وآلية تجميدها

توجد البويضات عند المرأة في عضو المبيض، وهو جسم صغير بحجم حبة اللوز يقوم بجملته من الوظائف من أهمها إفراز البويضة الناضجة مرة كل ثمانية وعشرين يوماً. ولكل أنثى مبيضان وعندما تولد الأنثى يكون عندها في المبيضين أكثر من نصف مليون بويضة، وعند سن البلوغ يبدأ المبيضان بالتناوب بإفراز البويضات الناضجة بمعدل واحدة كل شهر، ويستمر إفراز البويضات حتى بلوغ سن اليأس يتوقف بعدها المبيضان عن إفراز البويضات. وتمر المرأة البالغ بدورة طمثية كل شهر مدتها ثمانية وعشرون يوماً، وبعد نزول الطمث يزداد مستوى الهرمونات التي تساعد على إنضاج البويضة، وبعد مرور أربعة عشر يوماً على الدورة الطمثية تغادر البويضة المبيض، وفي حال عدم الإخصاب فإن البويضة تغادر الرحم مع الدم الخارج منه بالدورة الطمثية.¹

آلية تجميد البويضات

تقوم عملية تجميد البويضات على تخزينها مع الاحتفاظ بخصائصها البيولوجية في النيروجين السائل في درجة حرارة منخفضة تصل إلى 196 تحت الصفر وفق الآلية المستخدمة في تجميد الحيوانات المنوية، وتعتمد نسبة نجاح عملية تجميد البويضات على مهارة القائمين على التخزين في تجنب احتمال تلف الهيكل المكون لخلايا البويضة خلال عملية التجميد. ويمكن أن تقع عملية التجميد على البويضة أو على جزء من نسيج المبيض في الحالات التي تكون فيها الإباضة ضعيفة وذلك عن طريق أخذ خزعة من نسيج المبيض للبحث عن البويضة داخل النسيج نفسه، ومن ثم يتم تجميد الأنسجة لاستعمالها لاحقاً في عملية الحقن المجهرية. وما زالت عملية تجميد البويضات تحتاج إلى المزيد من الأبحاث والدراسات ذلك أن نسب نجاح البويضات ونضوجها بعد تجميدها وإذابتها من التجميد ضعيفة، حيث تمت بعض الولادات القليلة ببويضات مجمدة وهو عدد قليل مقارنة بعدد

الخالدي، عان، العدد 132، أيار 2011

¹ أحمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية ص 87 - 88، سوزان آنجل: كيف يعمل جسمك ص 138 - 139

الأطفال الذين تمت ولادتهم بعد عملية تجميد الأجنة وزراعتها¹.

ثانياً : مصادر الحيوانات المنوية والبويضات المجمدة:

هناك مصدران معلومان يتم من خلالها الحصول على الحيوانات المنوية في بنوك تجميدها الأول ما يأتي إلى هذه البنوك عن طريق التبرع من أشخاص راغبين في القيام بعملية التبرع رغبة في مساعدة من يحتاج إلى هذه الحيوانات المنوية والبويضات، كما يفعل من يرغب في التبرع بالدم لمن يحتاجه من المرضى.

وأما المصدر الثاني، فما تحصل عليه بنوك المنى ممن يقدم حيواناته المنوية ومن تقدم بويضاتها مقابل ثمن مالي، أي أن هذا المصدر يقوم على شراء الحيوانات المنوية والبويضات ممن يعرضها للبيع، وفي الحالين لا تهتم بنوك الحيوانات المنوية بالمصدر الذي يأتي منه السائل المنوي، كما لا يكون هناك اهتمام من الراغب في الحصول على الحيوانات المنوية بمعرفة مصدر هذه الحيوانات، فالغالب أن يكون مصدر المنى مجهولاً عن المتفع للحفاظ على سرية مصادر هذه الحيوانات تجنباً لأية مشكلات قد تحدث نتيجة معرفة صاحب الحيوانات المنوية، فيبقى حاله مجهولاً حتى على الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح، إلا أن هناك حاجة طبية لمعرفة السيرة الصحية لصاحب الحيوانات المنوية قبل الموافقة على البيع أو التبرع، كمعرفة نوع دمه، والتحقق من خلوه من الأمراض التناسلية، وكذلك لا بد من معرفة ما يرتبط به من معلومات حول الأمراض الوراثية²

تجميد الحيوانات المنوية والبويضات للحصول على الخلايا الجذعية من الجنين:

هناك حالة يقع فيها تجميد الحيوانات المنوية والبويضات لأجل استنبات جنين للحصول منه على الخلايا الجذعية التي تعرف بالخلايا الجذعية الجنينية، حيث توجد هذه الخلايا في الكتلة الخلوية الداخلية أو في الإبيلاست للكيسة الأرومية، وهي المرحلة التي تسبق زراعة الأرومة في جدار الرحم، حيث تتميز خلايا الجنين الجذعية في هذه المرحلة بالقدرة العالية جدا على الانقسام ولديها المقدرة الفورية على إفراز عوامل النمو المختلفة لتدفع بها نفسها ومن حولها من خلايا إلى الانقسام والنمو، كما أنها تتمتع بعدم وجود خاصية التضاد المناعي مع الأنسجة الغريبة عنها، فهي تقبل جميع

¹ سليمان ضبيط: تطورات علم التجميد في مختبرات الإخصاب، مقال منشور في نشرة أخبار الخالدي الطبية الصادرة عن مستشفى الخالدي، عمان، العدد 132، أيار 2011

² عبد الله الزعيري: الإنسان والهندسة الوراثية ص 127

البصمات الوراثية الأخرى من كل الخلايا الجذعية التي تؤخذ من نقي العظام وكذلك خلايا الحبل السري فهي خلايا من صفاتها أنها : غير متميزة، وافرة القدرات، وتعطي جميع أنواع خلايا الجسد ما عدا المشيمة¹.

وتسمى الخلايا التي يتم الحصول عليها من الجنين بالخلايا الجذعية الجنينية أو خلايا المنشأ الجنينية، وهذه التسمية تعود لأن الخلية التي يتم الاستفادة منها توجد في عمر مبكر جدا من حياة الجنين وأكثر تحديدا في اليوم الرابع إلى الخامس بعد عملية الإخصاب، حيث إن خلايا الجنين في عمر مبكر جدا تتميز بقدرتها على الانقسام المستمر إلى جميع أنواع خلايا الجسد فتكون التسمية زمانية، وقد تكون التسمية لأن هذه الخلايا تؤخذ من الجنين فتكون تسمية مكانية نسبة إلى المكان الذي تؤخذ منه².

وفي الحالين فإن الغاية من التجميد هي الحصول على الخلايا الجذعية من الأجنة المجمدة بعد إجراء عملية التلقيح بين الحيوان المنوي المجمد والبويضة المجمدة، ويتم تجميد الجنين المتكون باستخدام محلول خاص يتكون من تراكيز مختلفة تدخل إلى خلايا الجنين ببطء لضمان عدم حدوث أي أضرار للخلايا، وهذا السائل يعمل على حماية الجنين من تكون بلورات ثلجية بداخله أثناء مراحل التجميد المختلفة ويقلل من حدوث خلل أو تكسر في خلايا الجنين³.

وبعد دمج الأجنة بسائل التجميد يتم إدخالها في أنبوب خاص يتم وضعه في جهاز التجميد الذي يعمل على استخدام النيتروجين السائل، بعد أن يتم تنزيل درجة الحرارة ما بين 90 درجة إلى 130 درجة تحت الصفر عبر عدة خطوات متتالية وبفترة زمنية محددة تنتهي بالاحتفاظ بالأجنة داخل حاويات خاصة مملوءة بغاز النيتروجين السائل مما يمكن من الاحتفاظ بهذه الأجنة داخل هذا السائل لعدة سنوات⁴.

ومعرفة الحكم الشرعي في هذه الحالة يعتمد على الوقوف على الرأي الشرعي في الطريق التي يسلكها الأطباء للحصول على الخلايا الجذعية من جسم الجنين، كما أن تمكن الأطباء من الحصول على الخلايا

¹ خالد الزعيري : الخلية الجذعية ص 96، 63، سلسلة عالم المعرفة العدد 348، شباط 2008.

² المرجع السابق ص 64

³ سليمان ضبيط : تطورات علم التجميد في مختبرات الإخصاب، نشرة أخبار الخالدي الطبية، العدد 132، أيار 2011.

⁴ المقال السابق.

الجدعية من الجنين يلزم معه التحقق إن كان هذا الفعل يؤدي إلى اعتداء على حياته بحيث يكون في عملية أخذ الخلايا الجذعية افتتات على حياته أو تشويه خلقته أو تعطيل أعضائه بعضا أو كلاً، أو أن العملية برمتها ليس فيها أذى أو إساءة إلى الجنين والغاية منها الاستفادة من الخلايا المتولدة في جسم الجنين؟ ثم لا بد من النظر في مدى الحاجة إلى نقل الخلايا الجذعية إلى جسم شخص محتاج لها وتحديدًا إن كان هناك ضرورة يتوقف عليها إنقاذ حياة من يحتاج إليها بحيث تتعين الخلايا الجذعية الجنينية طريقًا إلى العلاج مع عدم وجود طرق أخرى غيرها، أو هي إحدى وسائل المعالجة الطبية وطريق من طرق البحث عن العلاج بحيث يمكن أن يكون العلاج بها وبغيرها؟

مناطق الحكم في المسألة

تحقيق مناطق الحكم في المسألة يستلزم الوقوف على ما يتم واقعا، إذ إن هناك طريقين للحصول على الخلايا الجذعية من الجنين :

الطريقة الأولى : الخلايا الجذعية التي تؤخذ من الجنين المجهض طبيعيا أو اختياريا لأسباب طبية خاصة بصحة الأم، وفي هذه الحالة يمكن الاستفادة من خلايا الجنين الجذعية إذا وقع الإجهاض بين الأسبوع الخامس والأسبوع التاسع من عمر الجنين¹.

والحكم الشرعي في هذه الحالة الجواز والإباحة ؛ لأن الجنين مات موتا طبيعيا، وليس في أخذ خلاياه اعتداء على حياته أو تشويه لصورته، والحال فيه شبيهة بمسألة التبرع بالأعضاء بعد خروج الروح من الجسد مع الفارق أن التبرع بالعضو يكون بعد حياة كاملة، أما خلايا الجنين الجذعية فيتم الحصول عليها قبل حصول الحياة الكاملة فيه².

الطريقة الثانية : الأجنة المتشكلة بعد التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة قصدا لأجل هذه الغاية، أي أن الغاية من التلقيح ليست الحصول على الذرية والنسل، بل الحصول على الخلايا الجذعية التي تتخلق في جسم الجنين أثناء مراحل انقسامه وتشكله، حيث يتم الحصول على الخلايا الجذعية في مرحلة الأرومة وتؤخذ من خلايا الكتلة الخلوية الداخلية في الأرومة وتحديدًا في عمر 4 – 5 أيام الأولى من عمر الجنين³. فبعد أربع وعشرين إلى خمس وعشرين ساعة من اكتمال عملية إخصاب

¹ خالد الزعيري : الخلية الجذعية ص 59، 106

² هذا إذا ذهبنا إلى القول بأن نفع الروح يكون بعد مائة وعشرين يوما

³ المرجع السابق ص 58

البويضة بواسطة الحيوان المنوي وتكون الزايفوت¹ تبدأ عملية الانقسام الأولى لهذه الخلية لإنتاج جنين ذي خليتين²، وبعد مضي اثنتين وسبعين ساعة على عملية الإخصاب يصبح عدد الخلايا ثمانية ويدخل الجنين في مرحلة التوتة التي تعرف باسم الموريولا، وفي هذه المرحلة يبدأ جنين الجنين في السيطرة بنفسه على عملية انقسام خلاياه وتطورها إلى مراحل أعلى وأكثر تعقيدا³، وفي اليوم الرابع من عمر الجنين تلتصق خلاياه التصاقا شديدا مضغوطة في تآلف بعضها إلى بعض، وفي اليوم الخامس يكتمل نمو تجويف الأرومة وتكون مبطنه بكتلة من الخلايا، ثم تبدأ الكتلة الخلوية الداخلية في الانفصال بعيدا نحو الداخل تاركة ما يعرف بطبقة الخلايا الخارجية التي تحيط بالأرومة، وهي العلامة الأولى لتمايز الخلايا في الجنين، حيث يعد اليوم الخامس من عمر الجنين هو الوقت الملائم الذي تكون فيه خلايا الأرومة مناسبة تماما للحصول منها على الخلايا الجذعية الجنينية والتي يبلغ عددها من 30 – 35 خلية من بين خلايا الجنين المكونة من 200 – 250 خلية⁴. كما يمكن الحصول عليها من خلايا الإيبلاست وهي خلايا الكتلة الخلوية الداخلية، وبعد الحصول على هذه الخلايا يتم زراعتها في وسط خاص لكي تنمو مدة قد تكون أكثر من عام مع المحافظة على قدرتها على الانقسام دون أن تتمايز، وهي ما زالت تتميز بأنها خلايا وافرة القدرات أي لديها القدرة على التمايز والتخصص إلى أي نوع من الخلايا⁵.

ولما كان تجميد الحيوانات المنوية والبويضات لغرض الحصول على الخلايا الجذعية من الجنين في هذه الحالة يحصل قبل نفخ الروح فإنه يتخرج على الإباحة لما فيه من وسيلة لعلاج الأمراض بهذا النوع من الخلايا والحصول على الأعضاء البشرية اللازمة للعلاج والشفاء من الأمراض، إلا أن الإباحة تتقيد بعدم الاعتداء على حياة الجنين بحيث يتم الحصول على هذه الخلايا قبل نفخ الروح في الجنين، ولما كان واقع الأمر يحصل عمليا قبل نفخ الروح في اليوم الرابع والخامس من عمر الجنين، فهذا يعني يقينا أن الروح لم تنفخ فيه بعد، فليس هناك اعتداء على حياة إنسان؛ لأن الأمر يتم في طور الحياة البيولوجية وليس في حياة الروح، والحال في المسألة أشبه بالبويضات التي يتم شطفها من

¹ وهي الخلية الأولى للجنين التي أشار إليها القرآن الكريم بالنطفة الأمشاج

² خالد الزعيري: الخلية الجذعية ص 56

³ المرجع السابق ص 56

⁴ المرجع السابق ص 57

⁵ المرجع السابق ص 57

المبيض في عمليات أطفال الأنابيب حيث يكون هناك عدد وافر منها احتياطاً فيما لو لم يكتب النجاح لعملية التلقيح من المرة الأولى فتم إعادة المحاولة مرة أخرى باستخدام البويضات المختزنة وعند نجاح المحاولة يتم الاستغناء عن البويضات الزائدة بتركها تموت طبيعياً وحدها، وكذلك الانتفاع بالخلايا الجذعية الكامنة في نطفة الأمشاج التي تنشأ عن التلقيح بين الحيوان المنوي المجمد وبين البويضة المجمدة يتم أخذها والاستفادة منها ثم تترك النطفة تموت طبيعياً، فيكون تجميد البويضات والحيوانات المنوية لغايات الحصول على الخلايا الجذعية ومن ثم الأعضاء البشرية جائزاً والله أعلم

المطلب الثاني

بواعث تجميد الحيوانات المنوية والبويضات

هناك أسباب كثيرة ومتعددة أدت إلى التفكير في حفظ الحيوانات المنوية والبويضات، وشجعت على إيجاد بنوك تقوم بهذه المهمة، وهذه الأسباب تختلف باختلاف المقصد الباعث على اللجوء إلى حفظ الحيوانات المنوية والبويضات، كما أن هذه الأسباب قد تكون شخصية فردية، وقد تكون عامة، فمن جملة الأسباب التي تدعو إلى تجميد الحيوانات المنوية والبويضات:

أولاً: تحقيق الرغبة في الحصول على مولود بمواصفات محددة من أجل تحسين نوعية النسل، من خلال توفير الحيوانات المنوية التي تأتي من الأشخاص الذين يتمتعون بصفات مرغوبة كالذكاء أو الأشخاص المبرزين في أحد موضوعات المعرفة العلمية ترغيباً لمن يريد أن يكون ولده متمتعاً بالذكاء والعبقرية أو مبرزاً في أحد العلوم، وما على من يرغب في الإنجاب بهذا الوصف إلا التوجه إلى البنك الذي يتكفل بتوفير النطفة التي تحمل الصفة المرغوبة ودفع ثمن هذه النطفة؛ ليصار بعد ذلك إلى تلقيح بويضة الزوجة بهذه الحيوانات تلقيحاً داخلياً أو خارجياً ويكون المولود المنتظر فيه صفات ذلك الشخص الذي أخذ منه الحيوان المنوي.

ثانياً: قد يلجأ الزوج إلى تجميد الحيوانات المنوية بسبب إصابته بأمراض ينشأ عنها توقف الخصية عن إنتاج الحيوانات المنوية، أو إجراء العمليات الجراحية التي ينشأ عنها ذهاب الحيوانات المنوية، وكذلك إجراء بعض العمليات التي ينشأ عنها التوصيل للوعاء الناقل أو البربخ أو الضعف الشديد للحيوانات المنوية عدداً أو حركة، فيكون دافع الزوج إلى تجميد سائله المنوي هو استخدامه في الإنجاب لاحقاً فيما لو لم يكتب له الشفاء من هذه الأمراض.

ثالثاً: الحفاظ على الحيوانات المنوية من التلف عند التعرض لمواد إشعاعية بغرض العلاج عند

احتياج مريض السرطان مثلاً إلى المعالجة بالأشعة الكيماوية لهذا المرض مما يؤدي إلى إضعاف خلايا الجسم عموماً، فيتساقط شعر الجسم وتموت الحيوانات المنوية، ومع دوام العلاج وتكراره بهذه الطريقة تصاب الحيوانات المنوية بالضعف الشديد ويقل عدد الحيوانات المنوية اللازم لإحداث التلقيح، فيكون الاحتفاظ بالحيوانات المنوية وتجميدها الوسيلة الأفضل لإحداث التلقيح للحصول على الولد لاحقاً بعد التوقف عن العلاج المسبب لموت الحيوان المنوي.

وهناك جانب يختص بمعالجة الأطفال المصابين بالأمراض السرطانية والذين يكون العلاج الإشعاعي والكيميائي من أهم الوسائل العلاجية لهم مما يكون له تأثير سلبي على الجهاز التناسلي والغدد التناسلية وهما الخصيتان والمبيضان، فيتم قبل العلاج أخذ الخلايا المسؤولة عن تكوين الحيوانات المنوية وكذلك الخلايا المسؤولة عن إفراز البويضات من الغدد التناسلية وتحفظ في البنوك المنوية، وحين ينتهي علاج المريض ويشفى ويقبل على الزواج قد يكون عقيماً بسبب العلاج، ولكن حفظ الخلايا المنوية يجعل هناك إمكانية للحمل وذلك بإعادة زراعة هذه الخلايا في المكان الذي أخذت منه لتؤدي وظيفتها الطبيعية بإفراز الحيوانات المنوية والبويضات.

رابعاً: وجود مشكلات طبيعية تحول دون الإنجاب كوجود انسداد في الجهاز التناسلي عند الرجل نتيجة خلل وراثي قد يكون كلياً أو جزئياً، كما أن إصابة الرجل بمرض الشلل النصفي يحول بينه وبين الإنجاب، وفي هذه الحالات يفيد حفظ المنى مجمداً في عملية الإنجاب فائدة كبيرة¹.

خامساً: غياب الرجل عن زوجته مدة طويلة بسبب الهجرة، وقد تكون غيبة الزوج بسبب دخوله السجن مما يحول بينه وبين زوجته، فلا يتمكن من وطء زوجته، ومثله الزوج الذي يطيل السفر ويداوم عليه ولا يكون بينه وبين زوجته معاشرة دائمة، فيتم تجميد السائل المنوي في هذه الحالات ليكون التجميد طريقاً إلى الإنجاب في الوقت الذي يرغب فيه الزوجان في الحصول على النسل.

سادساً: ومن الأسباب التي تدعو إلى تجميد السائل المنوي إمكانية استخدام النطف المخزنة والاستفادة منها من قبل الأطباء والباحثين في إجراء البحوث والتجارب العلمية عليها حيث يتعين التجميد ضرورة إجراء الدراسات العلمية والأبحاث المخبرية للنظر في إمكانية التوصل إلى ما فيه مصلحة للناس كتتبع الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل إلى آخر ومعرفة أسبابها وطرق علاجها،

¹ عبد الخالق حسن يونس: عقم الرجال بين الإسلام والطب ص 181، الدار العربية ط 2002

وتبين المضار والمفاسد التي قد تظهر بالبحث والدراسة وتترتب على اللجوء إلى تجميد خلايا الإنسان وأعضائه المنوية.

سابعاً: حل مشكلة الإنجاب عند الذين يعانون من العقم، وكذلك مساعدة الفئات من الناس الذين يعانون من الأمراض الوراثية والجينية التي بالضرورة تنتقل بفعل التزاوج بين الحيوانات المنوية والبويضات بتجنينهم استخدام حيواناتهم المنوية المربضة، وذلك بالتبرع لهم بالحيوانات المنوية السليمة ذات الصفات المرغوبة أو بيعهم إياها، مما يعني أن التبرع بالحيوانات المنوية أو بيعها يحل مشكلة العقم عند الأزواج الذين لم ينجبوا بسبب العقم، وكذلك يجنب من يعاني أمراضاً وراثية من انتقال هذه الأمراض إلى نسله وذريته.

ثامناً: قد تستخدم الحيوانات المنوية المجمدة في تلقيح بويضة لغايات الحصول على جنين يافع¹ يستفاد من خلاياه في مراحل الانقسام الأولى بخاصة اللقحة التي بلغت الأشواط الأولى من نموها وانقسمت من 4-8 خلايا جنينية، حيث تتميز خلايا الجنين اليافع بقدرة عالية جداً على الانقسام بسرعة، ولديها المقدرة الفورية على إفراز عوامل النمو المختلفة لتدفع بها عن نفسها ومن حولها من خلايا إلى الانقسام والنمو، كما أنها تتمتع بعدم وجود خاصية التضاد المناعي مع الأنسجة الغريبة عنها، فهي تقبل جميع البصمات الوراثية الأخرى من كل الخلايا مما جعلها تتفوق في العلاج على الخلايا الجذعية التي تؤخذ من نقي العظام وكذلك يمكن الحصول عليها من خلايا الحبل السري².

وهذا يفيد في الحصول على الخلايا الجذعية لمعالجة الأمراض أو إنتاج الأعضاء البشرية، وخلاياه متعددة القدرات في النسيج الذي توجد فيه، وهذا النوع من التلقيح وسيلة لتحقيق أهداف وغايات طبية إنسانية في آن واحد، حيث تتمثل هذه الأهداف في الحصول على الأجنة التي يستخدمها الأطباء في إجراء الأبحاث والتجارب الطبية كدراسة الجينات والصفات الوراثية والأمراض التي تصيب الإنسان.

كما يمكن أن يكون التجميد وسيلة سهلة للحصول على الأعضاء البشرية من خلال استنبات الأعضاء المطلوبة وتنميتها بعد الحصول عليها من الجنين الذي تشكل من حيوانات منوية وبويضات مجمدة.

¹ يعرف الجنين البالغ من العمر أربعة إلى عشرة أسابيع بالجنين اليافع.

² خالد الزعيري: الخلية الجذعية ص 96، سلسلة عالم المعرفة، العدد 348، شباط 2008

تاسعاً: الرغبة في الحصول على النسل والذرية بعد موت صاحب الحيوان المنوي أو موت المرأة صاحبة البويضة، حيث يتفق الزوجان على إبقاء الحيوانات المنوية والبويضات مجمدة إلى حين الحاجة إليهما فيما لو مات أحدهما وكان الطرف الآخر - الحي - يرغب في الإنجاب، فيكون التجميد طريقة سهلة لاستعادة الحيوان المنوي أو البويضة، ومن ثم إجراء التلقيح مع بويضة الزوجة، فيتحقق الإنجاب للولد بعد الموت.

عاشراً: استخدام الحيوانات المنوية المجمدة والبويضات في عمليات التلقيح خارج الرحم في حال عدم نجاح التلقيح من المرة الأولى، حيث تعتمد عملية التلقيح الصناعي على أخذ مجموعة من البويضات من المرأة بعد أن تعطى عقاقير لتحفيز المبايض تجعلها تفرز العديد من البويضات في المرة الواحدة... فإذا ما تم تلقيح البويضات بالحيوانات المنوية فإنها تترك لتتقسم انقساماتها المعروفة المتتالية... وتبقى مجموعة فائضة من البويضات تجمد ويحفظ بها لاحتمال فشل عملية التلقيح وموت اللقيحة التي تم غرزها في الرحم، فيتم اللجوء إلى البويضات المجمدة والاستفادة منها بإعادة محاولة التلقيح مرة ثانية حتى يحصل الحمل المرغوب فيه، كما أن الاحتفاظ بالبويضات الفائضة مجمدة يؤدي إلى عدم تعريض المرأة لمشاكل ومتاعب التنظير وسحب البويضات والدخول إلى المستشفى في كل مرة وما يتبع ذلك من إجراءات طبية متعبة للمرأة بدنياً ومكلفة مادياً¹.

المطلب الثالث

الحكم الشرعي في إنشاء البنوك المنوية وفي تجميد الحيوانات المنوية والبويضات

أولاً: الحكم الشرعي في إنشاء البنوك المنوية

لما كانت بنوك الدم تقوم بوظيفة استقبال الراغبين في التبرع بالدم لتقوم على حفظه وتقديمه إلى من يحتاجه، فإن الحال لا يختلف من حيث الظاهر في الوظيفة التي تقوم بها بنوك المنى، فهي عبارة عن أماكن لإيداع وتخزين الحيوانات المنوية والبويضات وحفظها مجمدة لأزمان طويلة تمتد لأكثر من ربع قرن، ويستطيع من يشاء من الرجال تجميد مائه المنوي، وتستطيع من تشاء من النساء تجميد بويضاتها أو بيعها مقابل تعويض مالي².

فالوظيفة الأساسية لبنوك المنى هي استقبال الرجال الذين يقدمون حيواناتهم المنوية وكذلك

¹ سفيان عمر بورقة: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ص 476، دار كنوز أشبيلية للنشر الرياض، الطبعة 1، 2007.
² عبد الحميد محمود طههاز: الأنساب والأطفال ص 74، دار القلم، دمشق، الطبعة الأول.

النساء اللاتي يقدمن بويضاتهن لمن يرغب في الحصول عليها، وكذلك المودعين من الرجال والنساء الذين يرغبون في الاحتفاظ بالحيوانات المنوية والنساء الراغبات في حفظ البويضات كوديعة تسترد عند الطلب وعند الحاجة إليها للتلقيح، كما تقوم هذه البنوك بشراء الحيوانات المنوية والبويضات من الراغبين في بيعها لتقوم بعد ذلك بتوفيرها لمن يرغب في الحصول عليها لغايات التلقيح والإنجاب مقابل ثمن مادي.

ويتم التعامل من قبل هذه البنوك مع ما يأتيها من المتبرعين أو المودعين أو البائعين للحيوانات المنوية والبويضات على أساس أنها وديعة خاصة أو وديعة عامة، فإن كان الذي يرغب في حفظ السائل المنوي وتخزينه لغايات استخدامه هو مع عدم الإذن للغير باستعماله كانت وديعة خاصة وتحم عليه أن يدفع مقابلاً مالياً للبنك كأجرة للحفاظ والإيداع¹.

وأما إن كان الغرض من تخزين السائل المنوي أو البويضة تقديمه لمن يرغب في الحصول عليه، وعرضه للبيع والاستفادة من ثمنه، فإن الواجب على البنك أن يقدم عوضاً مالياً له مقابل تخليه عنه كما لو كان بائعاً يعرض سلعة لمن يريد شراءها ليوفرها البنك بعد ذلك لكل راغب في الحصول على حيوان منوي أو بويضة، وبعبارة أدق لبيعها لمن يرغب في شرائها بما يتم الاتفاق عليه بينهما من ثمن. ولعل الصيد يكون ثمينا إذا تقدم أحد المبرزين في ميدان عمله متبرعا أو بائعا لحيواناته المنوية، حيث يقبل الراغبون في الحصول على مولود يحمل الصفات الوراثية التي يتمتع بها المتبرع مقابل ثمن باهظ طمعا في انتقال الصفات الوراثية إلى أبنائهم ليكون هؤلاء الأبناء أصحاب شهرة في ذات الميدان لهؤلاء المتبرعين.

ثانياً : الحكم الشرعي في تجميد الحيوانات المنوية والبويضات :

من المقرر في فقه الشريعة ومبادئها أن الأصل العام في الحكم الشرعي للفعل الصادر عن المكلف يتبع النية والقصد إباحة وحظراً، ولأن الشريعة مبناه على جلب المصلحة ودرء المفسدة ودفعها؛ فقد جاءت بتحصيل المنافع ودفع المضار والمفاسد ما أمكن، والحكم الذي يبنى على المصلحة يبقى قائماً ما بقيت تلك المصلحة ويؤول بزوال تلك المصلحة، وإذا تغيرت المصلحة أو تحولت إلى مفسدة أو أصبحت المفسدة أرجح من المصلحة زال الحكم الذي بني عليها كذلك.

¹ هاشم جميل عبد الله : زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في الجمهورية العراقية، العدد 230 - 231 لسنة 1410 هـ.

والنظر إلى ما يعد مصلحة وما يعد مفسدة منضبط بميزان الشرع لا بما وافق ميل النفوس وأهواء المكلفين، إذ المصالح والمفاسد تتفاوت حسب رغبات المكلفين وأهوائهم، فكان ميزان الشرع ومقصوده هو الحكم تجنباً للتزاحم والهوى والافتتات على إرادة الشارع بتغليب المفسدة على المصلحة.

ولما كان موضوع تجميد البويضات والحيوانات المنوية وتخزينها تتجاوزه المصالح والمفاسد، إذ قد يكون فيه مصلحة في جانب ومفسدة في جانب آخر، أو قد يظن وجود المصلحة فيه عندما تكون المصلحة مظنونة أو موهومة، وقد تربو إحداها على الأخرى تارة، وتتزاحمان تارة أخرى، فكان لا بد من مرجع يوضح الطريق ويزيل الإبهام، وليس هناك أوضح من بيان الشارع وحكمه.¹

ومعرفة بيان الشارع واستظهار حكمه في هذه النازلة يتحقق بالعرض على قواعد المصالح والمفاسد وفق الميزان المعتمد عند أهل الشريعة وعلمائها.

كما أن من مبادئ الشريعة وقواعدها العامة أنه إذا صاحب القيام بالفعل مفسدة راجحة وكان أصل الفعل مشروعاً توقف العمل بالمشروعية لغلبة جانب المفسدة على جانب المصلحة أو تقييد العمل بها بعدم المفسدة.

وهذا الأصل الذي يقوم عليه مبدأ سد الذرائع الذي يتمثل في إغلاق الوسائل التي تقضي في مآلها إلى المفاسد، وفتح الذرائع التي تقضي في مآلها إلى المصالح، فالجهاد في سبيل الله ذريعة إلى حفظ الدين مع أنه في الظاهر وسيلة إلى إماتة النفس، لكن لما كانت مصلحة حفظ الدين أعظم قدمت على مصلحة حفظ النفس.

ومسألة تجميد الحيوانات المنوية والبويضات من المسائل الحادثة والوقائع الجديدة، ومعرفة حكمها والوقوف على رأي واضح فيها يستلزم البحث عن نظائر لها في أقوال الفقهاء واجتهاداتهم وإلحاقها بما هو أقرب شبيهاً بها تخريجاً للفرع على الأصل وإلحاقاً للنظير بمثله وفق القواعد والأصول السابقة.

وعليه، فإن معرفة الحكم الشرعي في إنشاء بنوك المنى وفي تجميد السائل المنوي والبويضات تقوم على أصليين من أصول الشريعة وقواعدها الكلية :

¹ الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة 2/21 منشورات المكتبة التوفيقية، القاهرة.

الأول : الباعث على فعل التجميد للحيوان المنوي والبويضة، وكذلك الباعث على طلبه.
الثاني : الموازنة بين المصالح التي تنشأ عن عملية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وبين
المفاسد والأضرار التي تترتب عليها. حيث يختلف هذا الحكم بين آحاد الناس، ومن فرد إلى آخر
بالنظر إلى ما يترتب عليه من تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، فبقدر تحقق المصلحة التي أرادها الشارع
الحكيم يشرع الفعل وبقدر انعدامها يمنع. فحكم عملية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات يتبع
السبب الباعث على القيام بعملية التجميد، فهو مشروع مباح إذا كان الباعث على القيام به مباحا، وهو
محرم ممنوع إذا كان الباعث عليه محرما غير مشروع.

وهذا الحكم العام يوضح حكم اللجوء إلى تجميد البويضات والحيوانات المنوية مع ضوابط جزئية
تنضبط بها المسألة، وهذه الضوابط :

أولاً: يحرم تجميد الحيوانات المنوية والبويضات إذا كان السبب الباعث على فعل التجميد بيعها أو
عرضها للبيع، وكذلك يحرم تجميدها بنية التبرع بها لغايات هبتها لمن يحتاجها ممن يرغب في الانتفاع
بها للإنجاب والحصول على الولد دون مقابل. أما حرمة بيعها فلحرمة بيع أعضاء الإنسان عموماً
لكرامته وصيانتها عن الابتذال، وأما حرمة التبرع بها وهبتها فلها للتبرع بالحيوانات المنوية والبويضات
من استخدام يتعارض مع كليات الشريعة ومقاصدها في حفظ النسل وصيانتها عن التداخل المؤدي إلى
اختلاط النسب وضياعه، إذ التبرع يقوم على أساس تقديم ما يتم التبرع به لمنفعة الغير بلا عوض أو
مقابل، وفي حال أن كان الحيوان المنوي أو البويضة محلاً للتبرع، فهذا يعني ضرورة أن يتم استخدام
هذا الحيوان المنوي وتلك البويضة من قبل غير صاحبها، إذ لا يتصور أن يتبرع الزوج بحيواناته المنوية
لزوجه، وكذلك لا يقع التبرع بالبويضة من الزوجة إلى زوجها لعدم الفائدة من مثل هذا التبرع
لوجود الإذن الشرعي بعقد الزواج بإباحة انتفاع كل منهما بما عند الآخر دون الحاجة إلى التبرع؛ ولأن
التبرع يكون مشروعاً حيث لا ضرر على المتبرع ولا على من ينتفع بهذا التبرع، وهنا التبرع بالحيوانات
المنوية يؤدي إلى استخدامها في تلقيح بويضات غير الزوجة وهو حرام لما فيه من الفوضى التي تؤدي
إلى اختلاط الأنساب وفسادها، ومثل هذه العملية إن وقعت تعد زنى حكماً من حيث المآل ومن
حيث الآثار المترتبة عليها¹. كما أن في هذه العملية شها بنوع من النكاح حرمه الإسلام وهو نكاح

¹ الحكم على هذا الفعل أنه زنى لأنه يؤدي إلى ذات المفاسد التي يؤدي إليها الزنى فهو شبيهه في مآله وآثاره لكنه لما كان يخلو من
الوطء الحقيقي، فإن الحد لا يثبت به لعدم قيام صورته حقيقة.

الاستبضاع الذي بينت السيدة عائشة صورته وحقيقته، حيث كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمئتها: أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها ولا يمسه أبداً حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع¹

ثانياً: ألا تكون عملية التجميد سياسة عامة يتبعها العموم، بل حالات فردية يلجأ إليها من يحتاجها طلباً لحل مشكلة قد يتعين الحل لها بتجميد الحيوانات المنوية أو البويضات، فتكون الحالات التي يفتى فيها بالإباحة فردية خاصة بأصحابها، ويتم التثبت من تحقيق المناط وتنقيحه في كل حالة على حدة، ومرجع الإباحة في أي منها أو المنع هو قواعد الشريعة الكلية ومقاصدها العامة.

ثالثاً: أن يكون التجميد والاحتفاظ بالحيوانات المنوية والبويضات مؤقتاً ينتهي بانتهاء السبب الداعي إليه تطبيقاً للأصل الاجتهادي القائم على أن الحكم الشرعي يدور مع علته وجوداً وعدمًا؛ ليكون حكم تجميد الحيوانات المنوية والبويضات دائراً مع سببه المشروع والباعث عليه وجوداً وعدمًا، فإن وجد السبب المشروع كانت عملية التجميد مباحة مشروعة وإن انتفى السبب المشروع كانت محرمة ممنوعة، فهي عملية مؤقتة تنتهي بانتهاء السبب الذي قامت من أجله لأن ما أبيع للضرورة فإنه يقدر بقدرها².

رابعاً: أن يكون التجميد لباعث مشروع تؤيده كليات الشريعة ومقاصدها العامة في حفظ النسل وصيانتها، بحيث يقوم الداعي المباح على التجميد وتخزين الحيوانات المنوية والبويضات على سبب لا يعارض الشريعة، وليس فيه تخالف أو تناقض مع القواعد المقررة فيها الدالة على تحريم الزنى ومنع اختلاط الأنساب.

خامساً: أن يتم التجميد باتباع الأساليب العلمية والطرق الطبية السليمة التي يؤمن من خلالها ألا يقع الاختلاط بين المنويات عند تجميدها والاحتفاظ بها. وهذا يتحقق إذا تم إجراء هذه العملية تحت إشراف الدولة ورعايتها كما هو الشأن في الوظائف والمهام التي تسند إلى الطب الشرعي، حيث يوكل أمر التحقق من أسباب الوفاة في الحالات التي يشتبه في سبب موتها إلى الطبيب الشرعي المختص

¹ صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي 2 / 2265، حديث رقم 5129.

² ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم: الأشباه والنظائر ص 95، الطبعة الأولى 1983، دار الفكر.

الذي يقوم على المعاينة والتشريح وتحديد سبب الوفاة بإشراف تام من الدولة، ولا يعهد القيام بمثل هذا الأمر إلى شركات أو مستشفيات خاصة.

وبناء على هذا البيان والتفصيل يمكن القول إن هناك حالات يباح معها تجميد الحيوانات المنوية والبويضات، وهناك حالات يحرم معها تجميد الحيوانات المنوية والبويضات.

أولاً : الحالات التي يباح فيها تجميد الحيوانات المنوية والبويضات :

أ - الإصابة بمرض ينشأ عنه توقف الجهاز التناسلي عند الرجل (الخصيتين) عن إنتاج الحيوانات المنوية كالإصابة بدوالي الخصيتين، أو إجراء العمليات الجراحية التي ينشأ عنها ذهاب الحيوانات المنوية، وكذلك إجراء بعض العمليات التي ينشأ عنها التوصيل للوعاء الناقل أو البربخ أو الضعف الشديد للحيوانات المنوية عدداً أو حركة مما يعني انعدام تخلق الحيوانات المنوية في الخصية، وكذلك عدم وصولها إلى البويضة لعدم وجود الوسط الناقل لها، كما أن إصابة الرجل بمرض الشلل النصفي يحول بينه وبين الإنجاب، ومثل ذلك إصابة المرأة بأمراض تعطل المبايض عن وظيفتها في إفراز البويضات أو استئصال المبيضين بسبب الإصابة بمرض زمن كالسرطان فيتعين تجميد البويضات لإمكان الإنجاب بعد ذلك.

ب - العلاج بالأدوية الإشعاعية أو الكيماوية التي تؤدي إلى إتلاف أو إضعاف خلايا الجسم عموماً، وموت الخلايا المنوية، خاصة مع دوام العلاج وتكراره، فتصاب الحيوانات المنوية بالضعف الشديد، ويقل العدد اللازم لإحداث التلقيح، فيكون الاحتفاظ بالحيوانات المنوية وتجميدها الوسيلة المناسبة للإنباب بعد الشفاء.

وهذا التدبير يساعد المرضى الذين يصابون بالأمراض السرطانية قبل الزواج، حيث يكون العلاج الإشعاعي والكيميائي من أهم الوسائل المستخدمة في القضاء على المرض، مما يكون له تأثير سلبي على الجهاز التناسلي والغدد التناسلية وهما الخصيتان والمبيض، فيتم قبل الشروع في العلاج أخذ الحيوانات المنوية والبويضات من الغدد التناسلية، والاحتفاظ بها في البنوك المنوية، وحين ينتهي العلاج ويشفى المريض ويقبل على الزواج قد يكون عقيماً، لكن حفظ الخلايا المنوية يجعل هناك إمكانية للإنجاب .

ج - وجود مانع يحول بين وصول الحيوان المنوي إلى البويضة كالانسداد في الجهاز التناسلي عند

الرجل نتيجة خلل وراثي قد يكون كلياً أو جزئياً، وهذا الخلل لا يمنع من إفراز السائل المنوي في الجهاز التناسلي وإنما يمنع من وصول الحيوان المنوي إلى البويضة للتلقيح، فيتم إخراج السائل المنوي بالشفط لأجراء التلقيح الصناعي، وما يتم شفطه يتم حفظه مجمداً، وفي هذه الحالات يفيد حفظ المنى مجمداً في عملية الإنجاب فائدة كبيرة¹.

د - غياب الزوج غياباً طويلاً لأسباب مشروعة كالهجرة مدة طويلة مما يحول بينه وبين زوجته، أو قد يكون الزوج ممن يطيل السفر ويداوم عليه ولا يكون بينه وبين زوجته معاشرة دائمة، فيتم تجميد السائل المنوي ليكون طريقاً إلى الإنجاب في الوقت الذي يرغب فيه الزوجان في الحصول على النسل. أما إذا كان التجميد بسبب غياب قسري للزوج كدخول السجن مدة تطول يخشى معها عدم الإنجاب، وغلب على الظن ذهاب خصوبة الزوجة عند سن محدد يعرف بسن اليأس أثناء غياب زوجها، فهذا مما يمكن القول معه بإباحة تجميد الزوجة بويضاتها إلى حين خروج زوجها من الاعتقال وإباحة تجميد الزوج حيواناته المنوية لتلقيح الزوجة بها أثناء حبسه مع اشتراط إذنه وموافقته وعلمه التام بزمان هذا التلقيح ونتائجه. ويكره للمسلم اللجوء إلى تجميد الحيوانات المنوية أو البويضات إذا كان الباعث على التجميد سبباً ليس قوياً في الشرع، كأن يختار الزوجان العيش بعيدين عن بعضهما لغير حاجة داعية، أو يتوافقا على ذلك كسفر الزوج وحده وغيبته طويلاً لغير عذر مقبول شرعاً... فهذا مما لا يكون في الشرع سبباً قوياً في اللجوء إلى تجميد الحيوانات المنوية لإمكانية الحصول على الولد بالطريق المعتادة وهي الوطء بين الزوجين بعد انقضاء مدة الغياب والتزاور بين الزوجين لمن كان غائباً، وإن حصل الإنجاب في هذه الحالة فإن النسب ثابت للأب صاحب الحيوان المنوي المجمد الذي حصل التلقيح به.

ه - في حال اللجوء إلى الحقن المجهري - أي التلقيح الصناعي - وظهور الحاجة إلى تجميد الحيوانات المنوية لاستعمالها لمحاولات الإخصاب في حالة غياب الزوج وخضوع الزوجة لعملية التلقيح خارج الجسم، أو عند عدم مقدرة الزوج إعطاء عينة السائل المنوي عند عملية سحب البويضات من مبيض الزوجة². ويتم أحياناً تجميد العينة للأزواج الذين يعانون من تذبذب كمية السائل المنوي من وقت لآخر من حيث الحركة أو العدد، فيتم التجميد لضمان الحصول على الكمية

¹ عبد الخالق حسن يونس: عمق الرجال بين الإسلام والطب ص 181، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى 2002.
² سليمان ضييط: تطورات علم التجميد في مختبرات الإخصاب، مقال منشور في نشرة أخبار الخالدي الطبية الصادرة عن مستشفى الخالدي، عمان، العدد 132، أيار 2011.

الكافية من الحيوانات المنوية اللازمة لحقن بويضات الزوجة يوم عملية الإخصاب خارج الجسم باستعمال الحقن المجهرى للبيضة¹.

و - يجوز تجميد الحيوانات المنوية والبويضات إذا كان الباعث على التجميد استخدام النطف المخزنة والاستفادة منها في إجراء البحوث العلمية والدراسات الطبية كالبحث في الشفاء من الأمراض التي تصيب الإنسان وعلاج العقم بعد معرفة أسبابه... على أن يتم ترك النطف المجمدة الزائدة عن الحاجة بعد الانتهاء من السبب الذي تم تجميدها لأجله لتلف وحدها.

وهذا الجواز يتخرج عليه القول بجواز التبرع بالحيوانات المنوية والبويضات تحقيقاً لهدف البحث والدراسة لا لغايات التلقيح والإنجاب؛ لأن الوسيلة إلى المباح تكون بالضرورة مباحة، على أن يكون الإنجاب مصيرها بعد استيفاء منفعتها واستنفاد وظيفتها، وذلك يكون بترك هذه الحيوانات المنوية والبويضات الزائدة عن الحاجة الداعية إلى التجميد تموت موتاً عادياً (طبيعياً) كما هو الحكم في اللقائح الزائدة في عملية التلقيح الصناعي².

ح - قد تلجأ الفتيات غير المتزوجات إلى تجميد البويضات خوفاً من تأخر سن الزواج والدخول في سن اليأس الذي تتوقف فيه الدورة الطمثية ويتوقف المبيضان عن إفراز البويضات، والغاية من تجميد البويضات في هذه الحالة أن يكون وسيلة وطريقة إلى الإنجاب فيما لو تيسر الزواج في سن متأخرة. والحكم الشرعي في مثل هذه الحالة الجواز على أن يكون الإنجاب بعد الزواج ببويضات لم تخضع للتجميد إن أمكن ذلك، وعدم اللجوء إلى استخدام ما تم تجميده لمن تيسر لها الحمل بوجود البويضات بالطريق المعتادة والتخلي عن البويضات التي تم تجميدها أولاً لعدم الحاجة إليها وتركها لتلف طبيعياً. فإن انقطع الطمث باليأس ولم توجد البويضات فلا محذور أن يكون الإنجاب من البويضات المجمدة.

ثانياً : من الحالات التي يحرم فيها تجميد الحيوانات المنوية والبويضات

أ - يحرم تجميد الحيوانات المنوية والبويضات إذا كان الباعث عليه بذلها للغير سواء أكان ذلك بمقابل مالي أم دون مقابل بأن يقدم صاحب الحيوانات المنوية حيواناته المنوية هبة لمن يتنفع بها أو

¹ المقال السابق.

² ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أن الفائض من البويضات الملقحة المستخدمة في عمليات التلقيح الصناعي يترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياتها على الوجه الطبيعي. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس ج 1791/3، قرار رقم 56 (6/7)

تقدم صاحبة البويضة بويضاتها لمن تنتفع بها دون مقابل ، كأن يكون الباعث على مثل هذا الفعل التبرع بها للزوجين للحصول على الذرية والإنجاب لعقم أصابها أو أصاب أحدهما.

ب - والأشد تحريماً أن يكون التجميد وسيلة إلى تسويق الحيوانات المنوية والبويضات للحصول على مواصفات محددة في المولود ؛ لأن هذا من نكاح الاستبضاع المشار إليه آنفاً الذي كان في الجاهلية وحرمه الإسلام¹. وطلب نجابة الولد كان يتحقق اكتساباً من ماء الرجل الذي وقعت منه المباشعة، وقد كان أهل الجاهلية يطلبون ذلك من أكابرهم ورؤسائهم ذوي الصفات المرغوبة كالشجاعة أو الكرم أو غير ذلك²، أي من الأشخاص الذين عندهم صفات تميزوا بها عن غيرهم وعرفوا بها بين الناس وكانت سبباً في شهرتهم، وعندئذ تكون المباشعة طريقاً لنقل الصفات المرغوبة إلى من يطلبها، وهذه الطريق لا تختلف عما يحدث في بنوك المني من شراء للحيوانات المنوية أخذت من أشخاص حازوا شهرة في جانب من جوانب الحياة المعاصرة.

المطلب الرابع

استخدام الحيوانات المنوية والبويضات المجمدة في التلقيح بين الزوجين

رتب الشارع الحكيم آثاراً كثيرة على عقد النكاح منها التوارث بين الزوجين ولحوق نسب الأبناء بأبيهم وثبوت العدة عند الطلاق أو الموت... وأحكام هذه الآثار واضحة منضبطة بأحكام الشرع المقررة في نصوص القرآن الكريم وسنة النبي ﷺ واستخدام تقنية تجميد الحيوانات المنوية والبويضات من الزوجين ولجوئهم إليه يعود في المآل على هذه الآثار التي رتبها الشارع على عقد النكاح، ولما كان حكم تجميد الحيوانات المنوية والبويضات جائزاً ابتداءً، فإن على الزوجين أن يلتزما الضوابط الآتية عند اللجوء إلى تجميد الحيوانات المنوية أو البويضات:

أ- أن يكون السبب المشروع الميسر لعملية التجميد موجوداً وقائماً في الحال عند اللجوء إلى تجميد الحيوانات المنوية أو البويضات كإصابة الزوج بمرض تموت بسببه الحيوانات المنوية كإصابته بسرطان الخصية، أو إصابة الزوجة بسرطان المبيض، فيتم استئصال العضو طلباً للشفاء ومنعاً للمرض من الانتشار فينشأ عن هذا الاستئصال انعدام وجود الحيوانات المنوية والبويضات.

¹ البخاري: صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5127. منشورات بيت الأفكار الدولية.

² ابن حجر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5127. منشورات بيت الأفكار الدولية.

ب- أن يتم التلقيح باختيار الزوجين وتوافقهما معا على التلقيح قياسا على العزل والإنجاب حيث لا يتم أحدهما إلا بموافقة الزوجين على فعله أو تركه دون الاكتفاء برغبة أحدهما دون الآخر، فلا يجوز لأحد الزوجين أن ينفرد بقرار الانتفاع من اللقيحة المجمدة أو أن يستأثر بها ؛ لأن الحق فيها مشترك بين الزوجين.

ج- أن يقع التلقيح بين الحيوان المنوي للزوج وبويضة الزوجة حال وجود عقد زواج شرعي صحيح. فإن فارق أحدهما الآخر بموت أو طلاق ففي المسألة تفصيل وبيان :

أولاً: يحرم استخدام الحيوانات المنوية والبويضات المجمدة في التلقيح بين الزوجين إذا وقع بينهما انفصال بطلاق بات بائن بينونة كبرى ؛ لانقطاع الزوجية في الطلاق البائن بينونة كبرى بمجرد وقوعه دون انتظار لانقضاء العدة وانتهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين، فإن وقع الطلاق البائن بينونة كبرى ثم حصل التلقيح بعد الطلاق أثناء العدة حرم الفعل ديانة وحرم إسقاط الجنين والاعتداء على حياته، ويثبت له نسب صاحب الحيوانات المنوية المجمدة لشبهة العقد من الزواج قبل الطلاق؛ ولأن هذه الحالة تشبه من وطء زوجته المطلقة ثلاثاً في أثناء العدة فإن الوطاء حرام يقينا لانعدام سببه الشرعي بالطلاق البات وصرورة المرأة أجنبية عنه وعدم جواز الرجوع إليها حتى تنكح زوجا غيره فيموت عنها زوجها الثاني أو يطلقها دون تواطؤ بين الاثنتين، فإن فعل وتزوجها في العدة أو وطئها أثم وعوقب تعزيراً دون الحد لشبهة العقد قبل الطلاق وفرق بينهما، فإن حملت بعد انقضاء العدة لم يلحق به نسب المولود لانعدام السبب الشرعي الميثب للنسب وهو الوطاء في فراش صحيح بعقد زواج مشروع.

ثانياً : إذا وقع التلقيح في عدة الطلاق الرجعي أو الطلاق البائن بينونة صغرى وحملت بهذا التلقيح، فلا يحرم ويثبت النسب للمولود لبقاء الزوجية قائمة وعدم انقطاعها بالطلاق الرجعي أو البائن بينونة صغرى ما دامت العدة باقية. كما يطرح تصور في ما لو كان الرجل قد قام بتجميد حيواناته المنوية، أو قامت المرأة بتجميد البويضات في الفترة السابقة على الزواج، فيكون خروج المنويات من بدن صاحبه وتجميدها وقع قبل وجود عقد الزواج وحصول التلقيح جاء بعد الزواج لكن طلب الإنجاب بهذه المنويات يكون بعد الزواج ؟

تحقيق القول في صحة أو فساد هذه الصورة من الناحية الشرعية مبني على تحقيق المناط في مسألة

اشتراط الشارع الحكيم في صحة الإنجاب أن يكون بحيوان منوي أو بويضة تخلقت في البدن قبل العقد أو بعده؟ فمن الواضح أنه لم يرد عن الشارع الحكيم ولا في فقه الشريعة عن أحد من أهل العلم أن من شرط الإنجاب وإثبات النسب أن يكون بحيوان منوي تخلق في بدن الرجل بعد العقد أو بويضة يكون تخلفها بعد العقد لا قبله، والبحث الشرعي في المسألة في زمان الوطاء الحلال قبل العقد أو بعده دون البحث في زمان تشكل الحيوان المنوي أو البويضة، فإن كان الوطاء بعد العقد كان حلالاً صحيحاً وقبله يكون زناً محرماً.

والتخريج الفقهي لحكم هذه الصورة التي يقع فيها التلقيح بحيوان منوي تم تجميده قبل العقد يقضي بالجواز؛ لأن التلقيح حصل بعد عقد نكاح مشروع وهو مناط الإباحة المعتبر شرعاً، ولا يشترط في الإنجاب أن تكون الحيوانات المنوية والبويضات قد تشكلت بعد العقد، وهو المناط الطبيعي في الخلق، إذ يبدأ تخلق الحيوانات المنوية في بدن الرجل فسيولوجياً بعد البلوغ، وتخلق البويضات في بدن المرأة يكون مع الولادة ولكن النضج لهذه البويضات والصلاحية للتلقيح تكون عند البلوغ، فلو أن شاباً تزوج ودخل بزوجه في ذات اليوم الذي عقد به النكاح فحملت، فاليقين أن الحمل تشكل من حيوان منوي ومن بويضة كان تخلفها في بدني الزوجين سابقاً زماناً على زمان وجود العقد مع وجود فرق بين الصورتين وهو أن الحيوان المنوي الذي تم به التلقيح بعد التجميد قد تشكل داخل البدن ثم انفصل عن البدن قبل النكاح، وأما ما وقع بسببه الحمل بعد الزواج فقد تشكل داخل البدن ولم ينفصل عنه وبقي في البدن، وهذا الفرق غير مؤثر؛ لأن المنى محترم حال الإخراج من البدن وحال التلقيح وهو شبيه بمسألة الاستدخال التي يتحدث عنها الفقهاء في إثبات العدة، فلو أن الزوجة تعمدت استدخال مني زوجها المنفصل منه قبل وقوع الطلاق، فنشأ عن هذا الاستدخال حمل فإن النسب يثبت لصاحب المنى مع أن إنزال المنى يكون قد وقع قبل الطلاق¹. جاء في حاشية ابن عابدين من حديث عن استلحاق نسب من كان قد أنجب بإدخال المرأة مني الرجل إلى الفرج بوسيلة مساعدة بعد القذف خارج الرحم، فينشأ عن مثل هذا الإدخال حمل فيثبت النسب ويلحق المولود بصاحب المنى، يقول ابن عابدين: "إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج، فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء، فاستدخلته في فرجها في حدثان ذلك، فعلمت الجارية وولدت، فالولد ولده

¹ محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج / 3 / 384.

والجارية أم ولد له " ¹ وذكر الخطيب الشربيني من الشافعية خلافا في المسألة فقال " حكى الماوردي عن الأصحاب أن شرط وجوب العدة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معا في الزوجية، فلو أنزل ثم تزوجها فاستدخلته أو أنزل وهي زوجة ثم أبانها واستدخلته لم تجب العدة ولم يلحقه الولد، والظاهر أن هذا غير معتبر بل الشرط أن لا يكون من زنا كما قالوا أما ماؤه من الزنا فلا عبرة باستدخاله " ².

التلقيح بين الزوجين عند الموت أو بعده:

ومن الصور المحتملة التي تورث تعددا في الأقوال وخلافا في الاجتهاد، وقوع التلقيح بين الزوجين في عدة الوفاة بعد موت الزوج، إذا كان الزوج قد قام بحفظ منيه قبل الموت لتلقيح بويضة الزوجة عند تقدمه في السن، أو بعد الوفاة بوصية منه أو بدون وصية ولكن بطلب من الزوجة، ومثلها سحب مني الزوج بعد موته قبل أن يبرد جسمه وقبل موت الحياة البيولوجية في الحيوانات المنوية ثم تلقيح بويضة الزوجة به أثناء العدة أو بعد انتهائها ³، وهذه الحالة يقابلها حالة الاستفادة من بويضة الزوجة المجمدة وتلقيحها بمني الزوج بعد وفاتها، حيث يتوقف معرفة الحكم في هذه المسائل على تحرير محل النزاع في إثبات بقاء الزوجية بعد الموت أو انتهائها به، والحكم بالحظر أو الإباحة يتحدد بتحديد المناط الذي يحال عليه الحكم ويتقرر به.

فالأصل الشرعي الذي يناط به حكم المسألة هو تقدير زمن انتهاء الزوجية بسبب الموت، هل يتحقق بحصول الموت أم بانقضاء العدة بعد الموت؟ فمن المقرر في فقه الشريعة أن الموت سبب في انفساخ كل التصرفات والعقود التي كان المكلف قد عقدها قبل موته، وعقد النكاح مما يفسخ بموت أحد الزوجين، وبوقوعه تترتب عليه آثاره الشرعية من عدة إذا كان المتوفى هو الزوج وحلول المهر المؤجل، وإنفاذ الوصية إن وجدت، وانتقال المال إلى الورثة... وتخريج الحكم لهذه المسائل بقياس الموت على الطلاق الذي يفضي إلى انفساخ عقد النكاح وذهاب محله وهو الطلاق البائن بينونة كبرى يلزم معه القول إن موت الزوج أو الزوجة يمنع على الطرف الآخر استخدام المنويات المجمدة في التلقيح سواء في أثناء العدة أو بعدها، حيث يرى الحنفية ورواية عن أحمد أن الزوجية تنقطع بالموت لا بانقضاء العدة

¹ حاشية ابن عابدين 528 / 3

² محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج 3 / 384

³ هشام بن عبد الملك آل الشيخ: أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي ص 600 - 601، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة 2، 2007.

¹، فلا يحل للزوج أن ينظر إلى الزوجة بعد الموت لأنها أصبحت أجنبية، ولأن الموت فرقة تبيح للزوج أن يتزوج أخت زوجته المتوفاة دون انتظار لانقضاء عدة الوفاة لأن العدة من جهة المرأة لا الرجل، كما أن الزوج بالموت ليس له تغسيل الزوجة أو لمسها أو النظر إليها وفي هذا ما يدل على انتهاء الزوجية². وتخرج المسألة على هذا القول يفضي إلى الحكم أنه لا يجوز التلقيح بالنطف المجمدة أثناء العدة من وفاة، وإن وقع لا يثبت النسب للمولود لعدم الفراش الصحيح وانتهاء الزوجية بالموت، وهذا يعني أن المناط الذي يحال عليه الحكم هو انفساخ عقد النكاح بالموت وليس انقضاء العدة.

ومن لم ير الموت كالطلاق رأى أن ما يحل للزوج من النظر إلى الزوجة حال الحياة قبل الموت يحل له بعد الموت وهو قول المالكية الشافعية³. حيث يرى فقهاء المالكية والشافعية أنه يجوز للزوجة أن تغسل زوجها كما يجوز للزوج أن يغسل زوجته؛ لقول رسول الله ﷺ لعائشة " ما ضرك لو مت قبلي فغسلتك وكفنتك وصليت عليك ودفنتك " وهي تغسل زوجها لقول عائشة " لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما غسل رسول الله ﷺ إلا نساؤه " ⁴ ولما روي أن أبا بكر أوصى أن تغسله زوجته أسماء بنت عميس ففعلت⁵، كما نقل ابن المنذر الإجماع على أن المرأة تغسل زوجها إذا مات⁶؛ ولأن حقوق النكاح لا تنقطع بالموت حتى لو تزوج أختها أو أربعا سواها بدليل ثبوت التوارث بينهما في الجملة⁷ وهو قول أحمد في المشهور عنه⁸ أن الزوجية تبقى قائمة بعد الموت ما دامت العدة قائمة، أي أن الزوجية تنقطع بانقضاء العدة لا بالموت فهما في العدة زوجان، فلو لم تكن الزوجية قائمة في العدة

¹ الكيال بن المهام : شرح فتح القدير 2 / 111، ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد : المغني 3 / 461، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى 1984، المرادوي أبو الحسن علي بن سليمان : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 2 / 489، دار الفنائس، الرياض، الطبعة الأولى 1998.

² المراجع السابقة

³ ابن رشد محمد بن أحمد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد 1 / 166، دار الكتب العلمية، بيروت. الطبعة العاشرة 1988.

⁴ أبو داود سليمان بن الأشعث : سنن أبي داود، كتاب الجنائز، باب ستر الميت عند غسله ص 521، دار الأعلام، عمان، الطبعة الأولى 2003.

⁵ أخرج مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر أن أسماء بنت عميس غسلت أبا بكر الصديق حين توفي ثم خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين. فقالت : إني صائمة، وإن هذا يوم شديد البرد، فهل علي من غسل ؟ فقالوا : لا . مالك بن أنس : الموطأ ص 133 حديث رقم 519، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، بيروت

⁶ ابن المنذر محمد بن إبراهيم : الإجماع ص 37، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى 1987

⁷ محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج 1 / 335، دار الفكر، بيروت.

⁸ ابن عبد البر : الكافي 1 / 271، محمد الشربيني الخطيب : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 1 / 173، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة. ابن قدامة : أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد : الشرح الكبير 3 / 311

لما جاز التفسيل الذي يقع فيه بالضرورة نظر وملامسة. وبالتخريج على هذا القول، فإن تلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفى أثناء العدة جائز ويثبت النسب إليه؛ لأن الزوجية لا تنتهي بالموت وتبقى آثارها قائمة حتى تنقضي العدة ومن ثم يكون حكم الانتفاع بالحيوانات المنوية والبويضات المجمدة أثناء العدة جائزا.

والراجح أن الزوجية تنقطع بالموت وتنتهي به؛ لأن الإجماع في الأمة واقع على أن الزوجية ترتفع بأحد أمرين الموت أو الطلاق، وأن العدة وما رتب الشارع عليها من أحكام شرعت لتنظيم آثار انتهاء عقد الزواج وما يتبع هذا الانتهاء من نتائج، فإن كانت الزوجة حاملا انتظرت حتى تضع ضرورة منع اختلاط الأنساب، وقسمة التركة بين الورثة لتحديد الملاك الجدد ضرورة قطع الخصومات والمنازعات، وعند عدم الحمل أو الحيض تعتد المدة المقررة شرعا امتثالا لأمر صاحب الشرع تعبدًا كما أمر. فإن وقع التلقيح أثناء العدة كان وقوعه بعد انحلال رابطة الزوجية، والحقوق والآثار تثبت بالعقد لا بعده، فلا يكون التلقيح شرعيا ولا يثبت به نسب للمتوفى والمطلق ما لم تكن العدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى فعندئذ يثبت النسب لبقاء الزوجية في العدة قائمة، وهذا من تدبير صاحب الشرع الذي أمر ببقاء الزوجة في بيت الزوجية أثناء العدة من طلاق رجعي ضرورة حدوث المصالحة والعدول عن الطلاق، بخلاف الطلاق البات الذي أمر صاحب الشرع فيه المرأة بمغادرة بيت الزوجية بمجرد وقوع الطلاق واعتبارها أجنبية عن الزوج، وكذا بالموت تصبح أجنبية وقت حدوثه¹.

أما إن حدث التلقيح في مرض الموت² لأحد الزوجين، كأن تم تلقيح الزوجة بمني زوجها وهو في مرض الموت ثم مات بعد ذلك، أو كانت الزوجة في مرض الموت ولقحت البويضة بمني الزوج ومن ثم نقلت اللقيحة إلى رحم امرأة أخرى وماتت الزوجة بعد ذلك، فإن نسب المولود يلحق بالزوج؛ لأن التلقيح وقع قبل الموت أي قبل انفساخ عقد النكاح. ومثل هذه الحالة في الحكم

¹ نقل صاحب كتاب أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة ص 81 عن الشيخ مصطفى الزرقاء رحمه الله رأيه في هذه المسألة " إن هذه الصورة محتملة الوقوع، ومن الواضح أن الإقدام عليها غير جائز شرعا لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير زوج فهي نطفة محرمة "

² يعرف مرض الموت بعلماته بأن يكون مرضا مضنيا يصير معه الرجل صاحب فراش ويعجز عن القيام بمصالحه الخارجية (شؤونه اليومية) ويزداد المرض كل يوم. انظر أحمد بن إبراهيم بن خليل المعروف بابن تاج الدين الحنفي: أحكام المرضى ص 166، تحقيق محمد سرور البلخي، طبع وزارة الشؤون الكويتية، الطبعة الأولى 1997.

حدوث التلقيح أثناء الغيبوبة الطويلة التي تصاحب الموت الدماغي لصاحب النطفة، فإن نسب المولود يلحق صاحب هذه النطفة لعدم انتهاء الحياة الزوجية، إذ لا يترتب على هذه المرحلة من الحياة أحكام الموت فلا يفسخ عقد النكاح ولا تقسم الأموال تركة ولا تنفذ وصية...¹ والله اعلم وأحكم وهو الهادي إلى طريق الصواب.

الخاتمة

- النتائج

أولاً: الحكم الشرعي في تجميد الحيوانات المنوية والبويضات يبنى على السبب الباعث على القيام بعملية التجميد ومن ثم يختلف إباحة أو تحريمها باختلاف سببه.

ثانياً: هناك أسباب يباح معها تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وهناك أسباب يجرم معها اللجوء إلى التجميد.

ثالثاً: يجوز تجميد الحيوانات المنوية والبويضات وفق الضوابط التالية:

- أن يكون الباعث على التجميد مشروعا.

- أن لا يكون ظاهرة عامة بل حالات فردية.

- توافر المهارة العلمية والكفاءة الدينية والخلقية فيمن يكون مسؤولاً عن تجميد وتلقيح هذه المنويات.

رابعاً: يجرم الاحتفاظ بالحيوانات المنوية والبويضات وتجميدها إذا كان السبب الباعث على فعل التجميد بيعها أو عرضها للبيع، وكذلك يجرم تجميد الحيوانات المنوية والبويضات بنية التبرع بها أو هبتها لمن يحتاجها ممن يرغب في الانتفاع بها للإنجاب والحصول على الولد دون مقابل.

خامساً: تجميد الحيوانات المنوية والبويضات لأجل استخدامها والاستفادة منها في إجراء البحوث العلمية والدراسات الطبية كالبحث عن الشفاء من الأمراض التي تصيب الإنسان وعلاج العقم بعد

¹ ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أن الميت دماغيا لا يحكم عليه بالموت إلا إذا تبينت إحدى العلامتين التاليتين: أ - إذا توقف القلب والتنفس توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه. ب - إذا تعطلت جميع وظائف الدماغ تعطلا نهائيا وحكم الأطباء أن هذا التعطل لا رجعة فيه وأخذ الدماغ في التحلل. انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث ج/ 2 / 523، قرار رقم 17 (5 / 3).

معرفة أسبابه جائز.

سادسا : يجوز للزوجين أو أحدهما تجميد الحيوانات المنوية والبويضات في حالات فردية كمرض أحدهما أو غيابه طويلا... على أن يكون التلقيح حال قيام الزوجية، فإن وقع التلقيح بعد انتهاء الزوجية بموت أو طلاق بات حرم التلقيح ولحق الزوج نسب المولود لشبهة العقد السابق، فإن كان التلقيح أثناء العدة في الطلاق الرجعي ثبت النسب لوقوع التلقيح قبل انفساخ العقد.

سابعا : يجوز التلقيح بين البويضات والحيوانات المنوية المجمدة لغايات الحصول على الخلايا الجذعية ومن ثم الأعضاء البشرية في مرحلة التخلق الأولى (الأمشاج) ولا يجوز بعدها.

- المصادر والمراجع :

1. أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ط1، دار النفائس، بيروت، 1420.
2. الأغر، كريم نجيب، إعجاز القرآن في ما تحفيه الأرحام، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
3. البار محمد علي، زراعة الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية. بحوث مجلة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي عدد 6 جزء 3.
4. البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري، منشورات بيت الأفكار الدولية.
5. بورقعة سفيان عمر، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، دار كنوز أشبيليا للنشر الرياض، الطبعة الأولى 2007.
6. ابن تاج الدين، أحمد بن إبراهيم بن خليل المعروف بابن تاج الدين الحنفي، أحكام المرضى، تحقيق محمد سرور البلخي، طبع وزارة الشؤون الكويتية، ط1 1997.
7. الجمل، أيمن مصطفى، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي.
8. ابن حجر أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط3، المكتبة السلفية، القاهرة، 1407هـ.
9. ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن الأزدي، معجم مقاييس اللغة، دار صادر ومؤسسة الحلبي للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية حيدر أباد 1345 هـ.
10. الرازي، فخر الدين، مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، طهران.
11. الراغب الأصفهاني : أبو القاسم الحسين بن محمد : المفردات في غريب القرآن، الطبعة 6، 2010، دار المعرفة، بيروت.

12. ابن رشد محمد بن أحمد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت. الطبعة العاشرة 1988.
13. الزعيري خالد، الخلية الجذعية ، سلسلة عالم المعرفة، العدد 348، شباط 2008.
14. سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، دار الأعلام، الطبعة الأولى، عمان 2003.
15. سوزان إنجل : كيف يعمل جسمك، ترجمة مركز التعريب والبرمجة، الدار العربية للعلوم، الطبعة الأولى، بيروت.
16. الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، منشورات المكتبة التوفيقية، القاهرة .
17. الشرييني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت.
18. الشرييني، محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
19. ضبيط سليمان، تطورات علم التجميد في مختبرات الإخصاب، مقال منشور في النشرة الصادرة عن مستشفى الخالدي بعنوان " أخبار الخالدي الطبية " العدد 132، أيار 2011.
20. الطبري، محمد بن يزيد بن كثير أبو جعفر ابن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، دار الأعلام، عمان، ط2، 2002.
21. طههاز عبد الحميد، الأنساب والأولاد، دار القلم، دمشق الطبعة الأولى 1980.
22. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد : المغني ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى 1984.
23. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الجامع لأحكام القرآن المجلد السادس ، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.
24. ابن قيم الجوزية، أبو بكر محمد بن أبي بكر، مفتاح دار السعادة، دار الكتب العلمية، بيروت .
25. ابن قيم الجوزية، أبو بكر محمد بن أبي بكر : التبيان في أقسام القرآن، دار المعرفة، بيروت.
26. كارم السيد أحمد: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، دار الفكر العربي، القاهرة 1998.
27. عبد الخالق حسن يونس: عقم الرجال بين الإسلام والطب ، الدار العربية ط 2002.
28. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار البيان العربي . مصر.
29. مالك بن أنس : الموطأ ، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، بيروت .
30. المرادوي أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار النفائس، الرياض، الطبعة الأولى 1998.
31. مسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مكتبة الرياض الحديثة.
32. مسلم ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،

المكتبة الإسلامية، إسطنبول.

33. ابن المنذر محمد بن إبراهيم ، الإجماع، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى 1987.
34. نجيب ليوس : الجهاز التناسلي الذكري، موقع <http://www.layyous.com>
35. ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم : الأشباه والنظائر ، ط1 1983، دار الفكر .
36. هاشم جميل عبد الله : زراعة الأجنة في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية في الجمهورية العراقية، العدد 230 - 231 لسنة 1410 هـ.
37. هشام بن عبد الملك آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي ، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية 2007.

المستجدات الفقهية في مسألة التغيير الجنسي وأثره على عقد الزواج

بقلم

أ.د. زكية حميدو

أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تلمسان

hamizakia13@yahoo.fr

مقدمة

كانت ولا زالت الحرية من القيم الإنسانية الغالية التي ينشدها الإنسان في كل مكان وزمان. وكان ولا زال الحرص على احترام الحرية الشخصية للإنسان من الغايات السامية التي يبتغيها الشخص لأنها الضمانة الأساسية لحفظ كرامته وضرورية أساسية لبناء مجتمع سليم¹. وهذه الحرية الشخصية تخص الجميع، ولهذا تتطلب ضمانات لحمايتها عن طريق الدساتير والقوانين². ومن الحريات الشخصية التي فرضت نفسها المعاصر وفي إرجاء المعمورة الحرية الجسدية التي أصبح يطالب بها الكثير من أفراد مختلف المجتمعات.

وما زال الأمر امتدادا وتوسعا للتقدم البيولوجي وعلوم الحياة وانجازاتها الباهرة التي حولت ما كان هديانا لا معقولا إلى حقيقة قائمة ملموسة فتحت أفقا جديدة للحرية الجسدية، كالتغيير الجنسي الذي استدعت إعادة تذكري بشأن هذه الحرية.

ومسألة التغيير الجنسي لا تستفهم رجل القانون بأن يبين ما هو مباح وما هو غير ذلك، وإنما تعرض على الطبيب أيضا الذي يجب أن يكون عمله مبررا بدواعي علاجية. ولهذا لا يقدم على إجراء عمل التغيير إلا على أشخاص يتناهم شعور جامح بالاتناء إلى جنس مختلف جينيا عن جنسهم وتظهر عندهم حاجة ملحة لتغيير بنيتهم الداخلية³.

وهكذا، فإن التقدم العلمي يطرح على رجل القانون وعلى الطبيب على حد سواء أسئلة يجب عليها أن يجبا

¹ طارق صديق رشيد كه ردي، حماية الشخصية في القانون الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 1، 2011، ص. 18.

² تنص المادة 38 من الدستور الجزائري في فقرتها الأولى على أن "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة".

³ أحمد سليم سعيان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، ج. 2، النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 1، 2010، ص. 28.

عنها، كل حسب مجاله، لتنظيم حالات غير متنبأ تولدت عن اكتشافات بيولوجية أو عن مبتغيات اجتماعية للعالم الحالي¹. هما يبحثان عن الحل داخل مواجهة حسب، كل يدافع مفهوما مرتبط بمهنته؛ فالطبيب الممارس يهتم بالحلول العلاجية، ورجل القانون يتمسك بالوقاء الذي يحمي حقوق الشخص.

يبد أن التدخلات الطبية في تغيير الجنس هي خطيرة لأنها لا رجعة فيها تجعل الممارس أحيانا، إن لم نقل غالبا، في حيرة لأنه مطالب بإعطاء آراء، وبممارسة عمليات لأسباب إنسانية أو اجتماعية يتمخض عنها حرجا كبيرا ومأسويا².

ولم تخل عمليات التغيير الجنسية من الجدل والنقاش في الوسط الفقهي القانوني والشرعي، ولم يكن القضاء مكتوف الأيدي هو الآخر إزاء هذه العملية، وإنما تصدى للنازلة بجدية وإلحاح في معالجتها وباجتهاده في مواكبة العصر ضمن الضوابط الشرعية تطرق للحكم وبين رأيه وموقفه ليكون عوناً للمشرع في سن قواعد تحمي الكائن البشري.

وأمام هذا الوضع يكون إذن، تدخل المشرع ضروريا لتأكيد التزام إنساني يخضع له الطبيب ووضع قواعد تخاطب الممارس من أجل الحفاظ على حقوق الشخص أو تخاطب الأفراد في تقرير حرياتهم وتقيدها. وبناء على ما تقدم، تطرح الإشكالية في معرفة ما هي حقيقة التغيير الجنسي؟ وما هو انعكاسه على الكيان الأسري؟

للإجابة عن ذلك، سيتم التعرض لمفهوم التغيير الجنسي ومقارنته مع الظواهر المشابهة له (أولا)، ثم تحديد مدى الاعتراف به (ثانيا)، وأخيرا، ما هو أثره على عقد الزواج والإنجاب (ثالثا).

أولاً - مفهوم التغيير الجنسي والظواهر المشابهة له

قد تتداخل المصطلحات مع بعضها البعض وتختلط مفاهيمها لسبب تقارب المعاني وتشابه الحالات. لذا لابد من تبيان مفهوم التغيير الجنسي (أ) وإجلاء ما يتميز عنه من الظواهر الاجتماعية (ب).
آ - مفهوم التغيير الجنسي

إن ازدواجية الاصطلاحية، مبدئيا، تحمل ازدواجية معينة، وهذا أمر ليس واقعا حتما عندما تتعلق المسألة بالتغيير الجنسي والتقاطع الجنسي. فتارة يترادف المصطلحان، وتارة أخرى يتباينان.

وإذا لا يختلف الفقه في المعنى اللغوي للناغية، فإن المعنى الاصطلاحي فيه اختلاف، لأن معظم الاصطلاحات تكون مسميات جديدة طارئة على العلم المتجدد³.

ويشار في هذا المقام أن التقاطع الجنسي اعتبر لمدة طويلة على أنه مرض حقيقي واعتبرته المنظمة العالمية للصحة كذلك، فكيف على أنه مرض عقلي أو اضطراب في الهوية الجنسية⁴ وابتداء من سنة 2010، سحبت

¹ Cf. J. MALHERBE, Médecine et droit moderne, préf. du Pr. Louis ROCHE, éd. Masson et Cie, Lyon, 1969, p. 7.

² Pr. Maurice MAYER, cité par J. MALHERBE, op. cit., pp. 232-233.

³ إسماعيل يحيى رضوان عدارية، المصطلحات العلمية في الفقه وأصوله، مجلة الحضارة الإسلامية، 1997، عدد 3، ص. 38.

⁴ Michelle GOBERT, Le transsexualisme, fin ou commencement ?, JCP, 1988, 2, 3361; Guy

فرنسا التقاطع الجنسي من قائمة الأمراض العقلية ولم يعد مرضا بعد ذلك في نظر المشرع الفرنسي¹.
1. - التعريف اللغوي:

إن المدلول اللغوي للتغيير الجنسي يجمع بين كلمتين: تغيير وجنسي. فالتغيير من فعل تغير أي تحوّل وتبدّل²، ويقال تغير الشيء عن حاله أي تحوّل، وغير الشيء: حوّله وبذّله كأنه جعله غير ما كان³. أما الجنسي، فهو الضرب من كل شيء، وهو من الناس ومن الطير ومن حدود النحو والعروض والأشياء جملة. والجمع أجناس وجنوس. والجنس أعم من النوع، ومنه المجانسة والتجنيس. ويقال هذا يجانس أي يشاكله⁴. وعلى سبيل التنوير والاستشهاد يقابل تغيير جنسي في اللغة الفرنسية Transsexualisme أو Transsexualité، فالأولى تعني لغة إحساس الانتهاك إلى الجنس المضاد، غالبا ما يقترن بالرغبة في تبديل الجنس⁵ والثانية تفيد بأنها حالة شخص يدّل (يغير) جنسه⁶، مع الإشارة أن بعض الفقه الفرنسي يستعمل المصطلحين معا كمرادفين لا يختلفان للدلالة على نفس المفهوم⁷. وعبارة Transsexuel تتكون أيضا من كلمتين "trans" التي تعني "à travers"، أي عبر، والتي تشير إلى الانتقال أو التغيير⁸ و"sexe" وهو مشتق من اللاتينية "sexus"، من نفس الأصل⁹، تعني تكوين خاص يميز الرجل عن المرأة ويعطيها دور محدد للتكاثر، أو هو صفة رجل أو صفة امرأة¹⁰. هذا التعريف يقربه من التعريف الاصطلاحي. وكلمة sexe جاءت من كلمة "sectus"، وتعني فصل أو تمييز¹¹.

2. - التعريف الاصطلاحي:

أما التعريف الاصطلاحي للتغيير الجنسي، فقد عرف عدة محاولات، يوشك أن توصف بالذاتية. وسبب

HIERNAUX, Approche de la transsexualité en droit belge, Revue droit des familles, genre et sexualité, L.G.D.J., 2012, p. 38.

¹ Le "Journal Officiel" dans son édition du 10 février 2010 (1) , publie le "Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée ». Ce décret stipule que : "Au 4 du I de l'annexe de l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale, les mots : « — troubles précoces de l'identité de genre ; » sont supprimés."

² المنجد في اللغة والأعلام، طبعة 42، دار المشرق، بيروت، 2007، ص. 563.

³ ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، ص. 708؛ المنجد في اللغة والإعلام، ص. 563.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ص. 228.

⁵ Le Robert illustré et son dictionnaire internet, 2015, p. 1934.

⁶ Le Petit Robert, op. cit., p. 1935.

⁷ Cf. Guy HIERNAUX, op. cit., p. 38 ; François BOULANGER, Droit civil de la famille, T. 1^{er}, Aspects internes et internationaux, éd. Economica, Paris, 1990, p. 166 ; Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, La famille, 2^{ème} édité., éd. Defrénois, Paris, 2006, p. 88.

⁸ Le Petit Robert, op. cit., p. 1935.

⁹ Le Petit Robert, op. cit., p. 1772.

¹⁰ Le Petit Robert, op. cit., p. 1772.

¹¹ Cf. J.-P BRANLARD., Le sexe et l'état des personnes, Aspects historiques, sociologique et juridiques, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 16.

هذا التعدد راجع إلى أن هذا المصطلح يرتبط بمفاهيم تتعلق بمجتمع ليس بالضرورة أن يفهمها أو يتقنها مجتمع آخر، لاختلاف الثقافات والديانات.

ولا غرو في أن أغلب التعريف التي ذكرت استعانت بالتقسيم الطبي للجنس، فكان بمثابة تمهيد لفهم المسألة وتوجيهه في تقرير القواعد بخصوصها.

وعليه، فحسب الطب الحديث، يحتوي الجنس على عدة عناصر تجعله مفهوما معقداً، حيث هناك:

1- الجنس الجيني

2- الجنس الهرموني؛

3- الجنس التشريحي؛

4- الجنس النفسي أو السيكولوجي.

5- ومن ذلك، فالتغير الجنسي (التقاطع) يتميز بأنه تناقض بين الجنس الجسدي الظاهر، المحدد جينيا وهرمونياً مع الجنس السيكولوجي¹.

وفي تقرير للدكتور كوس أمام أكاديمية الطب سنة 1982، جاء تعريف التغير الجنسي بأنه "الإحساس العميق والراسخ بالانتماء إلى الجنس المضاد، رغم تكوين بدون لبس متطابق مع الجنس الصبغي (الكروموزوني)، ورغبة حادة ومثابرة في تغيير الجنس والحالة المدنية"².

وهذا التعريف تبناه الكثير من الفقه الفرنسي، فمنهم من ذكر أنه "إحساس يشعر به شخص مكون طبيعياً بأنه ينتمي إلى الجنس المضاد، مع الرغبة القوية والملحة بتغيير الحالة الجنسية، بما فيها التشريحية، للعيش في مظهر ملائم ومطابق للفكرة المكوّنة لديه³. وهناك من عرفه ببساطة بأنه "رجل له مظهر رجل، ولا ينفي ذلك، ولكنه يحسّ بأنه امرأة، أو العكس⁴.

كما عرفه الأستاذ تشوار جيلالي بأن "المقاطع الجنسي لم يكن قط يوم الولادة ضحية لغلط إلا أنه يشعر بأنه ضحية الطبيعة وأن جنسه الفعلي والحقيقي هو ليس جنسه المرفولوجي وإنما جنسه البسيكولوجي،... فيبحث مها كان الثمن على تغيير ظاهره الجنسية بواسطة عدة عمليات جراحية جد صعبة، ومن ثم تعديل حالته المدنية"⁵

¹ KUSS, Rapport devant l'académie de médecine, cité par MASSIP Jacques, ..., Dalloz, Paris, 1991, p. 169.

² Le transsexualisme est le «sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, malgré une conformation sans ambiguïté en rapport avec le sexe chromosomique, et besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil». Cité par M. FOERSTER, Histoire des transsexuels en France, préf. Caillavet, Béziers, H&O, 2006, pp. 56 et s.

³ ALBY Jean-Marc, Contribution à l'étude du transsexualisme, Th. Médecine, Paris, 1956, cité par RASSAT Marie-Laure, op. cit., p. 656.

⁴ GOBERT Michelle, op. cit., p. 3361.

⁵ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 19.

وكما أن الفقه اتفق على أن التقاطع الجنسي هو "إحساس شخص بأنه ينتمي للجنس المخالف للذي عين له عند الولادة"¹. ومن هنا يمكن القول بأن الجنس ليس فقط تكوين خارجي، ولكن يمثل خصائص كروموزونية وهو مظهر للهوية النفسية أو السيكولوجية².
كل هذه الدلالات تفيد معنى المتقاطع الجنسي. أما التغيير الجنسي فهو "تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى أو من أنثى إلى ذكر".

والجدير بالملاحظة، فإنه مع تطور الآداب في الدول الغربية خاصة، فنظرياً، أصبح الشخص اليوم يتحكم في جسمه، ومنه يمكنه أن يغير مظهره الجسدي والمورفولوجي في تعارض تام مع إحساسه وشعوره النفسي، فيولد لديه اقتناعاً راسخاً بالانتقاء إلى الجنس الآخر³.

وفي نفس السياق، ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه "تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى أو من أنثى إلى ذكر، وذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو المداخلات الجراحية التي تهدف إلى إنهاء الأعضاء التناسلية أو إلغائها"⁴. وبهذا اعتبر أن التغيير الجنسي لا يكون إلا بالوسيلة الطبية الجراحية والهرمونية.

وصفوة ذلك، أن كل مغير جنسي هو متقاطع وليس كل متقاطع كل مغير جنسي. فهذا الأزواج الاصطلاحي يفيد ازدواجاً معنياً، ومع ذلك يمكن أن يشمل معنى واحد مادام أن المشكل مطروح بالنسبة لهما معا (المغير الجنسي والمتقاطع)، لأن التقاطع ضد التواصل وتقاطع الشيء بان بعضه من بعض⁵. وتجدر الإشارة إلى أن المتقاطع الجنسي لا يلجأ دائماً إلى الجراحة أو إلى الهرمونات، فيكفي لديه الإحساس بالجنس المضاد، فهو يحس أنه ضحية للطبيعة⁶. غير أن المفاهيم والتعاريف سالفة الذكر قد تصطدم بمصطلحات أخرى أو ظواهر أخرى تشابه مع التغيير الجنسي.

ب. - الظواهر المشابهة للتغيير الجنسي:

1. - الخنثى :

الخنثى لغة الذي لا يخلص لذكر ولا أنثى والخنثى الذي له للرجال والنساء جميعاً⁷، وأخنت ثنى وتكسر⁸. أما من زاوية التعريف الفقهي للخنثى، لم يغفل الفقه الإسلامي عن تعريف الخنثى وتبيان أنواعه وأحكامه، حيث عرفه وهبة الزحيلي بأنه "من اجتمع فيه العضوان التناسليان: عضو الذكورة وعضو الأنثى، أو لم يوجد

¹ THOUVENIN Dominique, Le transsexualisme, une question d'état méconnue, R.T.D. Sanitaire et social, 1979, pp. 291 et s.

² BOULANGER Françoise, op. cit., p. 166.

³ HIERNAUX Guy, op. cit., p. 39.

⁴ CORNU Gérard, op. cit., p. 916.

⁵ المنجد في اللغة والإعلام، المرجع السابق، ص. 640.

⁶ Michelle GOBERT, op. cit., p. 3361 ; Jacques MASSIP, op. cit., p. 170.

⁷ ابن منظور، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص. 229.

⁸ المنجد في اللغة والإعلام، المرجع السابق، ص. 197..

فيه شيء مهما أصلاً¹. وبهذا فالختى ليس نوع ثالث للإنسان، إذ "وَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى 2، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى 3، وَقَالَ تَعَالَى: "وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً 4.

والختى نوعان، غير مشكل ومشكل، فالختى غير المشكل (الواضح) هو الذي ترجحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة، كأن تزوج فولد له ولد، فهذا رجل، أو تزوج فحملت، فهي امرأة، ويطبق عليه حكم كل منهما. وإن بال من آلة الرجال فهو رجل، والآلة الأخرى زيادة خرق في البدن، وإن بال من آلة النساء، فهو أنثى، والآلة الأخرى زيادة نشوء في البدن. وعليه، فإنه يختبر بالتبول، وظهور اللحية، والحيض⁵. بيد أن الأمر الذي يستثير النقاش هو أشكال أمره، أي الختى المشكل، بحيث فلم تعرف ذكوره من أنوثته، كأن يتبول مما يبول منه الرجال والنساء معاً، أو يظهر له لحية وتديان في آن واحد. والغالب مع تقدم الطب الحديث إنهاء إشكاله بإجراء عملية له تؤدي إلى إيضاح أمره⁶.

كما أن الفقه الغربي هو الآخر عرف الختى بأنه من تتواجد (coexistence) لديه خصائص تشريحية خارجية للجنسين معاً⁷. فحالات الختى تمثل تشوه (anomalie) مورفولوجي من أصل كروموزومي وهرموني أو غيرهما⁸؛ هذه التشوهات ترجم بختى حقيقي أو ختى كاذب ذكراً وأنثى.

أما الطب، فقد عرف الختى بناء على تكوينه الجسدي والأسباب العلمية المساهمة في حدوث الخلل الذي أصابه جسدياً مع تحديد العلاج المناسب له. ومن ثم، قد تم تعريفه على أنه "الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة"⁹، وحتى يتضح أمره يلجأ الطبيب إلى تفحص الغدة التناسلية للختى، "فإن كانت الغدة خصية والأعضاء التناسلية الخارجية تشبه تلك الموجودة لدى الأنثى، فهو ختى ذكر كاذب، وإن كانت الغدة مبيضا والأعضاء التناسلية الظاهرة ذكورية، فهو ختى أنثى كاذبة"¹⁰.

وتطبيقاً لذلك، فإن الأمر لا يتعلق بتغيير الجنس بالنسبة للختى وإنما بتصحيحه مما يفترض وجود غلط في

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، الحقوق المالية، الوصايا والوقف والموارث، ط. 9، دار الفكر، دمشق، 2006، ص. 7899.

² موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، كتاب النكاح، من أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها⁸⁰ فصل من ذهب شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه، 5340، ط. 1، دار إحياء التراث العربي، 1985، ص. 80.

³ سورة النجم، الآية 45.

⁴ سورة النساء، الآية 1.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 10، ص. 7900.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 10، ص. 7900؛ بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية، 1985، ص. 102.

⁷ G. HERNAUX, op. cit., p. 40 ; M.-L. RASSAT, op. cit., p. 656.

⁸ L. LINOSSIER, Le transsexualisme, esquisse pour un profil culturel et juridique, D. 1981, Chron., p. 139.

⁹ زهير أحمد السباعي ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، 1993، ص. 315.

¹⁰ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج. 4، دار الفكر، بيروت، 1402 هـ، ص. 483.

جنس الشخص يوم الولادة فهو ضحية الطبيعة، مما يبرر شرعا وقانونا مختلف العمليات الجراحية لتحديد الجنس الراجح لديه¹. وهذا الحل يأتي مستقيا مع التحليل القانوني لمفهوم الخثى وما يتميز به من المقاطع الجنسي، ولا محل للتحرر من هذا الحل بحجة أنه يتعارض مع مصلحة المجتمع التي تبني عليها القواعد الثابتة. ومن وجهة الاجتهاد القضائي، ذهبت محكمة الدرجة الأولى ببني عروس بتونس في حكمها الصادر في 28 مارس 1990 إلى الاعتراف بتصحيح الجنس بالنسبة للخثى، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن شخص تم تسجيله يوم ولادته على أنه ذكر يدعى "أمير"، غير أنه في سن البلوغ تبين له أن له كل سمات الأنثى. وبعد إثبات هذا التحول التشريحي من قبل الطبيب الشرعي، تم تصحيح علامة "ذكر" بعلامة "أنثى" في أوراقه الرسمية، وكذا الشأن بالنسبة لاسمه حيث أصبح يدعى "أميرة"².

وتم تأكيد هذا الموقف القضائي في قضية "فطمة" التي تتلخص وقائعها في شخص ولد بكل السمات التشريحية لطفل من جنس أنثى وسمي بذلك "فطمة". إلا أنه عند بلوغها، لاحظت ظهور تباين واضح يميزها تدريجيا مع أخواتها وصديقاتها. أمام معاناتها لهذه الحالة، وبناء على خبرة التحاليل الوراثية من أجل تحديد جنسها الفعلي، التي أثبتت بأن المدعية خثى طغت عليها سمات الذكورة، قضت محكمة الدرجة الأولى بتونس بالاعتراف لفطمة بتصحيح جنسها وكذا اسمها في حالتها المدنية³.

كما أن اجتهاد محكمة الأحوال الشخصية بدمشق في حكمها الصادر في 07 نوفمبر 2017 يتجه في الأصل هو الآخر إلى قبول دعوى تصحيح جنس الخثى مع تعديل جميع الوثائق والشهادات الخاصة به، وعلل قبوله نتيجة للتغير الطبيعي الذي طرأ على جسم الفتاة، البالغة من العمر 37 سنة، بشكل تدريجي مع خشونة الصوت من دون أي خضوع لعملية أو الحقن بالهرمون. وذلك، بناء على تقارير الأطباء المختصين الذين شخصوا حالتها أنها خثوية حقيقية طبيعية يحتوي جسمها على الصبغيات الأنثوية والذكورية مع تقدم العمر ظهرت الصفات الذكورية الضامرة، بحيث أجمعوا المختصين على ضرورة التحول الجنسي من أنثى إلى ذكر ولاسيما بعد ظهور علامات الذكورة الواضحة على الشكل الخارجي لها. وعليه، قضت المحكمة بـ"تصحيح جنس الجهة المدعية بحيث يصبح ذكرا بدلا من أنثى وتصحيح الاسم بحيث يصبح أحمد بدلا من بتول وإلزام أمين السجل المدني بدمشق تدوين هذا التصحيح أصولا على القيد... وعلى كفة قيود الجهة المدنية..."⁴.

2. - المَخْت (le travesti)

من المشاهد أن النظام السائد في مجتمع ما تبني عليه خصائص معينة تميز الذكر عن الأنثى من عدة نواحي، بحيث أن الاختلاف بين الجنسين يظهر بجلاء في السلوك الاجتماعي لكل واحد منهما من حيث اللباس

¹ تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 19.

² المحكمة الابتدائية بين عروس، 1990/03/28، مجلة القضاء والتشريع، 1991، عدد 2، ص. 19.

³ المحكمة الابتدائية بتونس، 2013/06/24، نشرة الإعلام للجمعية التونسية للقانون والصحة، ديسمبر 2013، عدد 68.

⁴ محكمة الأحوال الشخصية، دمشق، 2017/11/07، قرار عدد 234، أساس 80-2017، الموقع الالكتروني : <https://www.alalam.ir/news/3348216>, mercredi 7 février 2018, à 6h10.

والصوت والمشي وبعض التصرفات الأخرى. وأمام هذا الاختلاف الاجتماعي للجنسين، نجد طائفة أخرى من الأشخاص يشبه فيها الرجل بالمرأة، أو المرأة بالرجل، ويطلق عليها تسمية التخنث. ومن جانب الفقه، عرف التخنث بناء على الضعف والرخاوة، إذ يقول ابن منظور في لسان العرب على أن تخنث الرجل أي سقط من الضعف، والخنث هو المسترخي المشني. وتعبير أدق، (خنث) الخفاء والنون والثاء أصل واحد يدل على تكسّر وتثنّ. فالحنث: المسترخي المتكسر. ويقال خنث السقاء، إذا كسرت فمه إلى خارج فشربت منه. فإن كسرتها إلى داخل فقد قبّته. وامرأة خنث: مُشَيَّةٌ¹. إذن فالمراد بالخنث من الرجال هو من تشبه بالنساء في حركاته وكلامه ولباسه... إلخ. وبالمقابل، فالمقصود بالمرجلات من النساء المشبهات بالرجال في اللباس والمشي والصوت، وتعطفه وتلينه... الخ. وفي هذا الإطار، جاءت عدة أحاديث نبوية لعن فيها الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الطائفة من الأشخاص، حيث قال عليه الصلاة والسلام "ثلاثة لا يدخلون الجنة أبداً، الديوث² والرجلة من النساء ومدمن الخمر"، وقال أيضاً "ليس منا من تشبه بالرجال من النساء ولا من تشبه بالنساء من الرجال"، وفي حديث آخر عن ابن عباس أنه قال عليه الصلاة والسلام "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المشبهين من الرجال بالنساء، والمشبهات من النساء بالرجال"، وقال "وقال: أخرجوهم من بيوتكم قال: فأخرج النبي صلى الله عليه وسلم فلاناً وأخرج عمر فلانة³. ومن ثم، فإنه يجرم على الرجال التخنث والتشبه بالنساء في اللباس والزينة التي تختص بالنساء، وكذلك في الكلام والمشي، وما يجرم على الرجال يجرم كذلك على النساء المشبهات بالرجال.

وعلى الرغم من هذا التشبه بالنساء أو بالرجال، قال النووي "المخنث ضربان: أحدهما من خلق كذلك ولم يتكلف التخلق بأخلاق النساء وزين وكلامهن وحركاتهن، بل هو خلقة خلقه الله عليها. فهذا لا ذم عليه، ولا عتب، ولا إثم ولا عقوبة؛ لأنه معذور لا صنع له في ذلك. والثاني من يتكلف أخلاق النساء وحركاتهن وهيئاتهن وسكناتهن وكلامهن وزين فهذا هو المذموم الذي جاء في الحديث لعنه"⁴.

3- المثلي أو الشاذ جنسيا

المثلي أو الشاذ جنسيا وهو الذي يمارس الجنس مع مثله، رجل مع رجل أو امرأة مع امرأة، إما بقيامه بدور الذكر، أو الأنثى، أو كليهما معاً، مع نفس جنسه. إذن، الشاذ جنسيا هو من يقوم بسلوك وتصرفات ودوافع جنسية غير طبيعية تتحول لأمر خارجة عن نطاق المألوف والطبيعي. لذلك، يطلق مصطلح الشذوذ الجنسي على كافة الممارسات والعلاقات الجنسية غير الطبيعية المخالفة للفطرة الإنسانية التي فطر الله عز وجل الناس

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج. 2، ص. 145.

² وهو الذي لا يبالي من دخل على أهله.

³ البخاري، صحيح، كتاب اللباس، باب 62،

⁴ يحيى بن شرف أبو زكريا النووي، شرح النووي على مسلم، ج. 14، دار الخبر، 1996، ص. 335 وما بعدها.

عليها، ويدخل في إطاره، اللواط¹ والسحاق².

ومن جانب الحكم الشرعي لهذه الرذيلة، اتفق الفقهاء على أن كل من اللواط والسحاق محرمين، لأنها من أغلظ الفواحش والكبائر³، إذ من جهة قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لَقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ، إِنَّكُمْ لِتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ﴾⁴، ومن جهة أخرى، قال عليه الصلاة والسلام "السحاق زنى النساء بينهن"، بل قد وردت عدة أحاديث نبوية عن جرم اللواط، حيث قال صلى الله عليه وسلم "ملعون من عمل قوم لوط"⁵ وقوله "لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط"، وفي حديث آخر، يقول عليه الصلاة والسلام "من وجد قوه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"⁷.

وإذا كان علم النفس يساوي في السابق بين لفظة الشذوذ والانحراف، واعتبر بأن الشاذ أو المنحرف هو الذي يارس انحرافات أو صور نشاط تناسلي ليس في اتفاق مع الثقافة أو الأعراف العامة لمجتمعهم أو دولته⁸، ولكن ومع ازدياد حدة تسييس قضية المثلية الجنسية أضحى الشذوذ الجنسي سلوك طبيعي لا يناقض الفطرة التي فطر الناس عليها، حيث قضت المحكمة الأميركية العليا سنة 2015 بالسماح بزواج المثليين في عموم الولايات المتحدة بعد أن كان الأمر مقتصرًا على 36 ولاية. وبهذا، انضمت الولايات المتحدة إلى قائمة

¹ اللواط في اللغة هو التصوق، و لاط الرجل لواطاً ولاوط، أي عمل عمل قوم لوط، أي وطء الذُبُر، و سمي لواطاً لالتصاق اللواطى بالملوط به، أو لأنه فعل قوم لوط. و اللواط هو الاتصال الجنسي بين ذكرين، و هو نوع من أنواع الممارسات الجنسية الشاذة التي تسبب أضراراً بالغة الخطورة على الصعيدين الفردي والاجتماعي. ابن منظور، المرجع السابق، دار صادر، بيروت، لبنان، 1414 هـ، ج. 7، ص. 394.

² السحاق أو المُسْحَاقَة : اتصال جنسي بين اثنتين، و هي من أنواع الممارسات الجنسية الشاذة، أما معناها اللغوي فهو ذلك فرج امرأة بفرج أخرى. هدى الحرسه، الشذوذ الجنسي عند المرأة، دار الفناس، بيروت، لبنان، 1430 هـ، 2009.

³ وهذا ما صارت عليه الديانات السابوية، حيث جاء في الإنجيل "وَبَيْنَمَا هُمْ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ حُكَمَاءُ صَارُوا جُهَلَاءَ، وَأَبْدَلُوا مَجْدَ اللَّهِ الَّذِي لَا يَفْتَنِي بِشَيْءِ صُورَةَ الْإِنْسَانِ الَّذِي يَفْتَنِي، وَالطَّيْرُ، وَالذَّوَابُّ، وَالرَّحَافَاتُ. لِذَلِكَ أَسْلَمَهُمُ اللَّهُ أَيْضًا فِي شَهَوَاتِ قُلُوبِهِمْ إِلَى النَّجَاسَةِ، لِأَهَائِهِ أَجْسَادِهِمْ بَيْنَ دَوَابِّهِمْ. الَّذِينَ اسْتَبَدَلُوا حَقَّ اللَّهِ بِالْكَذِبِ، وَاتَّقُوا وَعَبَدُوا الْمَخْلُوقَ دُونَ الْخَالِقِ، الَّذِي هُوَ مُتَارِكٌ إِلَى الْآبِدِ. أَمِينَ. لِذَلِكَ أَسْلَمَهُمُ اللَّهُ إِلَى أَهْوَاءِ الْهَوَانِ، لِأَنَّ إِنَائِهِمْ اسْتَبَدَلْنَ الْاِسْتِعْمَالَ الطَّيْبِعِيِّ بِالَّذِي عَلَى خِلَافِ الطَّيْبِعِ، وَكَذَلِكَ الذُّكُورُ أَيْضًا تَارِكِينَ اسْتِعْمَالَ الْأُنثَى الطَّيْبِعِيِّ، اسْتَعْلَوْا بِشَهَوَاتِهِمْ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ، فَاعْلَيْنِ الْفَحْشَاءَ ذُكُورًا بِذُكُورٍ، وَنَائِلِينَ فِي أَنْفُسِهِمْ جَزَاءَ ضَلَالِهِمْ الْمُحَقِّ. وَكَمَا لَمْ يَسْتَفْسِحُوا أَنْ يُثِقُوا اللَّهَ فِي مَعْرِفَتِهِمْ، أَسْلَمَهُمُ اللَّهُ إِلَى ذُهْنٍ مَرْفُوضٍ لِيَقْعَلُوا مَا لَا يَلِيْقُ".

رسالة من القديس بولس إلى أهل رومية، 1، 22-28، مقتبس عن آيات من الكتاب المقدس عن الشذوذ الجنسي، اللواط، السحاق، وكذلك الكتاب المقدس يحذر قائلًا "لا تضلوا، لا زناة، ولا عبدة أوثان، ولا فاسقون، ولا مأبونون، ولا مضاجعو ذكور.... يرثون ملكوت الله) "كورنثوس الأولى 10" ، (9:6 انظر أيضا) رومية 26-32، 1، وما ورد في توراة موسى " لا تضاجع ذكرا مضاجعة امرأة، إنه رجس"، اللاويين 22 (18: 22)، <https://st-takla.org/Coptic-Service-Corner/Memorize-Bible-Verses/2>

⁴ سورة الأعراف، الآيات، 80 و81.

⁵ رواه الترمذي،

⁶ رواه أحمد،

⁷ رواه أحمد،

⁸ كمال دسوقي، ذخيرة علوم النفس، وكالة الأهرام للتوزيع، 1990، ص. 1065.

الدول التي تسمح بالزواج المثلي، إذ هناك عدة دول في العالم تشرع زواج المثليين حالياً، وهي، هولندا (2001)، وبلجيكا (2003)، وكندا (2005)، وإسبانيا (2005)، وجنوب إفريقيا (2006)، والسويد والنرويج (2009)، والأرجنتين وآيسلندا والبرتغال (2010)، والدنمارك (2012)، وبريطانيا وفرنسا ونيوزيلندا والبرازيل و أوروغواي (2013)، وفنلندا (2014)، وجرين لاند وأيرلندا ولوكسمبرج (2015)، وكولمبي (2016)، والمكسيك، ومالطة وألمانيا والنمسة وأستراليا¹ (2017).

والملاحظ من باب المقارنة أن الشذوذ الجنسي يختلف عن التغيير الجنسي من حيث أن الأول لا يعتبر نفسه ضحية الطبيعة كون أن أعضاؤه التناسلية كاملة وسليمة وإنما مجلوب جنسيا بالأشخاص من جنسه، في حين أن المغير جنسيا يشعر بأنه ليس على الجنس الذي هو عليه بل من الجنس المضاد لجنسه الطبيعي، ومن ثم، لا توجد أية علاقة بين الشذوذ الجنسي والتغيير الجنسي من حيث الشعور والسلوك، وإن كان كل واحد منهما بحكم الطبيعة أعضاؤه التناسلية كاملة وسليمة وغير مشوهة، أي تولد الفتاة فتاة مكتملة الأنوثة ويولد الذكر ذكراً ومكتملاً الذكورة إلا أن الأولى تشعر في داخلها بأنها رجل والثاني بأنه امرأة وليس بالضرورة أن يكون أساس الرغبة لديهما في تغيير جنسها هو اللذة الجنسية.

وإذا كان الاختلاف بينهما هو الذي يتوقف عليه الحكم الشرعي، فإن التغيير الجنسي يختلف كذلك عن ما يدعي به اليوم بعض الدول الغربية بشأن الجنس المحايد.

4- الجنس المحايد

وأمام كل هذه الظواهر، نجد اليوم ظاهرة جديدة أطلق عليها اسم "الجنس المحايد" أو الثالث، أي الجنس الثالث بحيث قررت مثلاً المحكمة العليا في أستراليا بالاعتراف بأن الشخص يمكن أن لا يكون لا أنثى ولا ذكر ومن ثم رخصت تسجيل شخص من جنس غير محدد². وكما ان محكمة المرافعة الكبرى لتور بفرنسا قضت في حكمها الصادر في 20 أوت 2015 بأن الشخص المدعي البالغ من العمر 64 سنة ينبغي أن يسجل تحت علامة "جنس محايد"، ومن ثم تغيير حالته المدنية³. كما أن ألمانيا ستكون أول دولة أوروبية تسمح التسجيل في الحالة المدنية بعلامة "جنس غير محدد"، وذلك ابتداء من السنة المقبلة⁴.

ويعد استعراض هذه الظواهر ومدى تشابهها مع التغيير الجنسي، لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا الأخير يتطلب إجراء علاج هرموني أم علاج جراحي أم كليهما معاً؟

¹ Cf. Clément DUFFAU et Aude BARIETY, *Quels pays autorisent le mariage homosexuel en Europe ?*, in <http://www.lefigaro.fr/international/2017>, mis à jour le 05/10/2018 à 11:10, publié le 30/06/2017 à 06:00.

² Cf. Lefigaro.fr, L'Australie reconnaît un troisième sexe, AFP, 02/04/2014 à 9 :10.

³ Cf. lefigaro.fr, un intersexué obtient le droit d'avoir la mention « sexe neutre » sur son état civil, 14/10/2015 à 10h54 ; Obs, La mention « sexe neutre » reconnue par l'état civil : une première, publié le 14/10/2015 à 13h45.

⁴ Cf. Le HuffPost, L'Allemagne, premier pays européen à reconnaître le "troisième genre" <https://www.huffingtonpost.fr/2013/08/19/allemaigne->

ثانياً.. الاعتراف بالتغيير الجنسي بين العلاج الهرموني والعلاج الجراحي

يميز كل فرد عن غيره بالاعتماد على عناصر وعلامات¹ التي يمكن تقسيمها إلى عناصر طبيعية (المعطى البيولوجي) وأخرى اجتماعية (حالة الفرد السياسية وحالته العائلية)²، تؤثر الأولى في الثانية وتكملها. فهذا التمييز بين الأفراد يقوم أساساً على الحالة، وقد عرفت هذه الأخيرة بأنها "ما يلازم الشخصية من مركز للفرد كعضو في الجماعات- أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية السياسية، وهو ما يجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالتهم"³. كما أنه يقصد بها مجموع الصفات التي يدخلها القانون في الاعتبار لتعليق عليها آثار قانونية⁴.

وقد اعتبرها البعض أنها من أكثر الاصطلاحات القانونية إبهاماً وعموماً، وأن نطاق الحالة قد يتفاوت بتفاوت النظر إلى هذه القيمة ونسبيتها في الشرائع المختلفة⁶. وأضاف آخرون بأن حالة الشخص هي الأكثر أهمية والأكثر تعقيداً في عناصر هوية الأشخاص، فهي الأكثر أهمية لأنها تمثل "الصورة القانونية للشخص"، وأكثر تعقيداً لأنها صورة لعناصر متنوعة ومختلفة⁷.

إن التغيير الجنسي يعد، حسب ما ذكر أعلاه، وضع حد للجنس الذي يشكل مظهر الشخص الجسدي والفيزيولوجي وقطع كل ما يتعلق به. ولهذا، فإن الانسجام الذي يبحث عنه المقاطع الجنسي بين المظهر الفيزيولوجي وما يدعي به يجده بعد الخضوع للعلاجات الهرمونية والعمليات الجراحية لا توصف إلا بالطويلة والمضنية والمتعددة والقاسية. وهذه العمليات هي الخطوة الأولى لحياة جديدة تستتبعها مطالبة بتغيير الحالة المدنية (أ.-)، ومع ذلك لم تعد الجراحات شرط إلزامي لطلب تغيير الحالة المدنية (ب.-).

أ.- تغيير الجنس الظاهر، تغيير الحالة المدنية

لقد ألزمت المادة 63 من قانون الحالة المدنية (المعدل بالقانون 14-08)⁸ ضابط الحالة المدنية أن يبين في عقد الميلاد جنس الطفل والأسماء التي منحت له. ولذلك، إذا قام الشخص بتغيير جنسه، فإنه سيطلب، لا محالة، بتغيير حالته المدنية، ومن ثم تغيير اسمه مع تغيير علامة الجنس في السجلات المخصصة لهذا الغرض. كما نصت المادة 55 من ذات القانون على أنه "يترتب على تغيير اللقب أو الاسم تصحيح عقود الحالة المدنية"،

¹ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص. 537.

² محمد الشرفي وعلي المزعني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، 1995، ص. 202 وما بعدها.

³ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 538.

⁴ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانوني، دار الجامعية، مصر، 1975، ص. 599؛ سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج. 2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 385-386 (المفامش).

⁵ حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 537.

⁶ حسن كيرة، المرجع نفسه، ص. 539.

⁷ Cf. Bernard BEIGNIER ET Corinne BLERY, Cours d'introduction au droit, édit. Montchrestien, Paris, 2006-2007, p. 226.

⁸ قانون 14-08 الصادر في 9 أوت 2014، المعدل والمتمم للأمر 70-20 الصادر في 19/02/1970 والمتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية، 1970، عدد 49، ص. 5.

حيث سمحت المادة 57 منه (المعدلة بالقانون 17-03)¹ بتعديل الاسم الوارد في عقد الولادة "للمصلحة المشروعة" بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بناء على طلب وكيل الجمهورية المرفوع إليه التماس سواء من المعني أو من نائبه الشرعي إذا كان قاصرا. بيد أن هناك إشكالا يطرح فيما يخص تعبير المادتين السالفتين، فالأولى ذكرت "تغيير" والثانية "تعديل". وعليه، هل قصد بهما المشرع نفس المعنى؟ وما هي "المصلحة المشروعة" التي يقام عليها طلب المعني؟

تجدر الإشارة ببدء أن مسألة تغيير الاسم مسألة ليست بهينة، فهي وثيقة الصلة بشخص الإنسان وكرامته، والكرامة لا يمكن أن تكون إلا متعلقة بجسمه وبتجربته المعاشة وبالصورة التي يمنحها عن نفسه². وفوق هذا وذاك، أن تغيير الاسم أو تعديله نتيجة حتمية لتغيير الجنس، فالأمر يبقى متوقفا على مدى شرعية التغيير الجنسي من عدمها في القانون الجزائري.

ويبدو أن كلمة "تغيير" لم تكون مقصودة بمعناها اللغوي الذي قد ينصرف إلى التحويل، بل بمعناها العادي المتعارف عليه بين الناس عامة والذي لا يعني غير التعديل³. كما إذا رجعنا إلى الترجمة الفرنسية لهذه النصوص نجد أنها استعملت تارة كلمة «modifié» وتارة كلمة «rectifié»، مما يدل أن الإشكال يبقى قائما من حيث التغيير والتعديل.

أمام سكوت المشرع، تصدى الفقه لهذه النازلة ورأى أن طلب المقاطع الجنسي لا بد أن يرد بمبدأ عدم المساس بجنس الشخص، وما يستحسنه الطب ليس بالضرورة أن يستحسنه التشريع⁴. إذ أن تغيير الجنس فيه اعتداء على خلق الله في مشيئته، ومن ثم فهو التماس يخالف الفطرة التي جعلت لتسيير الحياة وتنظيمها. وبعض الفقه قد أسس رفضه للتغيير الجنسي على مبدأ النظام العام واعتبر استقرار الجنس مسألة تتعلق به⁵. وأضاف أن الإنسان مادام عضوا في مجتمع ما، فإنه حرته معتدة في التصرف في جسمه، متى كان هذا التصرف

¹ قانون 17-03 الصادر في 10 يناير 2017، المعدل والمتمم للأمر 70-20 الصادر في 19/02/1970 والمتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية، 2017/01/11، عدد 2، ص. 8 وما يليها.

² Dmitri Georges LAVROFF, Réflexions sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, éd. Dalloz, Paris, 2012, p. 293.

³ Le Consulat Général d'Algérie à Francfort/M, porte à la connaissance de l'ensemble des ressortissants algériens établis en Allemagne et immatriculés au niveau du Poste que dans le cadre des mesures de simplification, modernisation de l'administration et de facilitation destinée aux membres de la Communauté Nationale à l'Étranger, que :
Le Ministère de la Justice « prendra en charge à compter du 22 juin 2016, les demandes de rectification par voie électronique des erreurs de l'état civil (Naissance - Mariage - Décès) des citoyens résidant à l'étranger, formulées auprès des Postes diplomatiques et consulaires ».

http://www.konsulat-algerien.de/CORRECTION_ERREURS_ETAT_CIVIL. Francfort/M, le 22 juin 2016.

⁴ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجيا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 44.

⁵ علي علي سليمان، تعليق على حكم في قضية تغيير الجنس، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1996، عدد 4، ص. 617.

يمس المجتمع الذي يعيش فيه، وتغيير الإنسان جنسه من ذكر إلى أنثى أو بالعكس يهيم المجتمع¹. غير أن اتجاه آخر من الفقه لم يقر هذا التفسير إذ يرى أنه لا يجوز الاستناد إلى مبدأ الحرمة الجسدية المطلقة، لأن هذا المبدأ لم يصمد في مواجهة المد الطبيعي للتطور الطبي، وبالتالي فتغيير الإنسان لجنسه يدخل ضمن التعامل المشروع في الجسم البشري².

وقد رأى جانب من الفقه الفرنسي أنه لا أحد ادعى بأن العلاجات الطبية أو الجراحية تحول حقيقة رجل إلى امرأة أو امرأة إلى رجل؛ فالأمر لا يتعدى أن يكون مساعدة للمقاطع الجنسي بإعطائه مظهر للجنس الذي يدعي أنه له، وذلك بالسماح له بالحصول على رمز وليس على صورة وهمية³.

وعلى اعتبار وضع التغيير في إطار الحق في حرية الحياة الجنسية المتمخضة عن الحق في احترام الحياة الخاصة ويضعف هذا الحق بآخر وهو الحق في "الهوية الجنسية" التي تشمل بدورها الحق في "تغيير هذه الهوية"⁴. وبهذا تظهر حقوق جديدة في مواجهة الطب والبيولوجيا.

ولكن الطب يظل المرجع الأساسي في تنوير المشرع، والطب الحديث خاصة الذي يتميز بالفعالية⁵. ولا يحسن أن التقدم العلمي الطبي يطرح أسئلة يجب على رجل القانون الإجابة عنها، بل على الطبيب أيضاً، كل حسب مجاله، من أجل تنظيم حالات لم يتنبأ بها تولدت عن اكتشافات بيولوجية أو عن مبتغيات اجتماعية⁶.

إذا كانت هناك مسلمة أن العلم في تطور مستمر وتقدم لا نستطيع توقيفه، وإذا سلمنا أنه ليس من مصلحة البشرية أن نمتنع عن ممارسة أي تقدم أو اختراع في المجال الطبي، فإن كرامة شخص الإنسان مقدّمة على الاكتشافات الممكن أن يحدّثها الطب والبيولوجيا، لأن تقدم العلم والتقنيات ليست بالضرورة منسجمة ولا منطبقة مع صفات الإنسان الحي والحُر وسيد نفسه⁷.

إضافة إلى ما ذكر، نشير إلى المادة 34 من قانون أخلاقيات الطب التي تنص على أنه "لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة...". ويظهر أن هذه المادة قد تكون أحد أسباب تطبيق المادة 57 سالف الذكر، إذ فالسبب الطبي بالغ الخطورة والحالة الاستعجالية ينظر فيها الطبيب بحكم أنه خير في مجاله، أما المصلحة المشروعة فيقدرها القاضي حسبما تدعو إليه حاجة المجتمع والنظام العام الذي يؤطرها.

هذا، وقد ألزمت المادة 63 المعدلة من ق.ح.م.، كما سبق ذكره، ضابط الحالة المدنية أن يبين في عقد الميلاد جنس الطفل، وهذا إن دل على شيء، فإنه يدل على أهمية هذا العنصر من عناصر الحالة المدنية، بل هو المحدد

¹ علي علي سليمان، نظرات قانوني مختلفة، تغيير الجنس، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص. 264.

² حبيبة سيف سالم راشد الشامي، ص. 199.

³ Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Transsexualisme, R.T.D.Civ., 1989, n° 4, p. 729.

⁴ Cf. Louis FAVOREAU et autres....., Droits et libertés fondamentales, 1^{ère} édit., éd. Dalloz, Paris, 2000, p. 411.

⁵ Cf. J. MALHERBE, Médecine et droit moderne, préface L. ROCHE, p.5.

⁶ Cf. J. MALHERBE, op. cit., p.5.

⁷ Cf. Dmitri Georges LAVROFF, op. cit., p. 293.

لكثير من الحقوق والواجبات القانونية، كالخدمة الوطنية، الضمان الاجتماعي، الميراث، النفقة... الخ. ومن منطلق الأمور أن يطالب كل مقاطع جنسي غير جنسه تغيير علامة الجنس في الحالة المدنية. ولكن هل ذلك يصطدم مع مبدأ التصرف في الحالة؟

وللإجابة على هذا التساؤل، ومن زاوية الفقه الإسلامي، يرى الرأي الراجح على عدم تماشي التغيير مع الأحكام الشرعية، حيث ذهب كل من الشيخ عبد العزيز بن باز، والشيخ عبد الرزاق عفيفي، والشيخ عبد الله بن قعود، والشيخ عبد الله بن غديان إلى أنه لا يمكن لأحد كائناً من كان أن يغيّر خلق الله تعالى من ذكر إلى أنثى أو العكس، فمن خلقه الله تعالى ذكراً فإنه لن يصير أنثى تحيض، وتلد! لذلك "ما يشعر به المرء في داخله أنه جنس آخر غير الظاهر منه: ليس عذراً لتغيير جنسه، بل هو اتباع للشيطان في تغيير خلق الله - في الظاهر لا في الحقيقة - ولا يميز له ذلك الشعور إجراء عملية جراحية، ولا تناول أدوية وهرمونات لتغيير ظاهره، بل عليه الرضى بقدر الله تعالى، ومعالجة نفسه بالإيمان والطاعة، ولا يحل له إظهار جنس غير جنسه الذي خلقه الله عليه وإلا كان مرتكباً لكبيرة من كبائر الذنوب"¹.

وفي هذا الاتجاه، يقول الأستاذ محمد الطيب النجار، رئيس جامعة الأزهر السابق، "تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى ومن أنثى إلى ذكر أمر يعتبر جريمة ومحرم في الإسلام، إذ أنه اعتراض على ما قدره الله سبحانه وتعالى ومحاولة للتدخل في قضاء الله وقدره ولا يصح إجراء مثل هذه العمليات شرعاً...". وهذا ما تمسك به نفر آخر من الفقه الإسلامي، حيث يقول الشيخ محمد سيد طنطاوي شيخ الجامع الأزهر السابق، "إن من يرغب من الرجال والنساء في تغيير جنسه "بكامل إرادته" له عقاب الخالق". وأكد الشيخ محمد الغزالي "إن الجراحة لا تجرى إلا في حالات الحثى لتصحيح الوضع بعد الفحوصات الطبية الدقيقة".

كما أكد الشيخ عبد الله بن بيه أنه "لا يجوز تغيير خلق الله بالإجماع وفق نصوص صريحة وواضحة في القرآن الكريم. وكما أفتى الشيخ يوسف القرضاوي بشأن المسألة المدروسة أنه "في مثل هذه الأمور تحويل الذكر المكتمل الذكورة ظاهراً أو باطناً أو العكس هذه جريمة، وهي من تغيير خلق الله عز وجل". وأخيراً، أجمع علماء الشريعة والطب من خلال مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة في دورته الحادية عشرة عام 1989 بقرار بأن "الذكر من اكتملت أعضائه ذكورته والأنثى التي اكتملت أعضاؤها أنوثتها لا يجوز تحويل أحدهما إلى الآخر ومحاولة التحويل تعد جريمة يستحق فاعلها العقاب لأنه تغيير لخلق الله وقد حرم الله هذا التغيير"².

وبالمقابل، يرى جانب من الفقه بأنه لا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تمنع مثل هذه العمليات، إذ لا يمكن جزم التحريم ولا تأكيد المنع من الوجهة الشرعية، وخير دليل على ذلك ما ذهب إليه إيران، باعتبارها

¹ متى يجوز إجراء عملية تحويل الجنس من ذكر لأنثى والعكس؟ <https://islamqa.info/ar> الأربعاء 8 صفر 1440 - 17 أكتوبر 2018

² التحريم... حكم الشرع الإسلامي في عمليات تغيير الجنس، رجال الفقه حددوا لمن تجرى هذه الجراحات؟

<http://www.alraimedia.com/Home/Details?Id> 09 أكتوبر 2008 12:00

دولة إسلامية، في قبولها لهذه العمليات¹.

هذا التضارب في الآراء دفع بعض الاجتهاد القضائي في الدول الإسلامية إلى قبول التغيير الجنسي، بل أحيانا إلى التضارب كذلك في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم في انتفاء النص التشريعي. في تركيا، سمح المشرع للأتراك الذين أجروا عمليات تغيير الجنس أن يغيروا جنسهم شرعا في وثائق ولادتهم، حيث نصت المادة 40 من القانون المدني في تعديلها سنة 1988 على أن تغيير الجنس يمر بمرحلتين، الأولى طبية التي من خلالها يرخّص القاضي العملية الجراحية لتغيير الجنس بتوافر عدة شروط، منها عدم قدرة الشخص على الإنجاب². أما المرحلة الثانية ذات صبغة أكثر قانونية تكمن في موافقة القاضي، بعد إجراء العملية الجراحية، على تغيير جنس المعنى في الحالة المدنية. وزيادة على ذلك، ففي فبراير من سنة 2014 بعث معهد الأمن الاجتماعي إرسالية إلى جميع المستشفيات الحكومية يأمرهم بواسطتها إجراء عملية التغيير الجنسي مجاناً بما فيها العلاج النفسي وتغيير الهورمونات. كما ألغت السلطات العامة في 29 تشرين الثاني 2017 شرط التعقيم كإجراء أولي في عمليات التغيير الجنسي³.

وفي نفس الاتجاه ذهبت إيران، حيث أفتى الخميني بأنه "إذا أراد أحد تغيير جنسه الحالي لأنه يشعر أنه عالق داخل جسد غير جسده، يحقُّ له التخلص من هذا الجسد والتحوّل إلى جنس آخر"، معللاً تلك الفتوى بأنه لا يوجد نص قرآني يجرم تلك العمليات⁴. وهذا ما أكدّه الزعيم الروحي الإيراني هاشمي رفس جاني، إذ من وجهة الشرع يقول آية الله يوسف صانعي: "في الإسلام يوجد مبدأ يقول أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل يجرمه أو قانون يمنعه"⁵.

ومن الناحية الإجرائية، فإنه يمكن للمغير الجنسي الحصول على إذن من القضاء لإجراء العمليات المتطلبية في هذا الصدد، وذلك بعد خضوعه للفحوصات الطبية، ومقابلة مع طبيب نفسي. وعلى إثر ذلك، يمكنه تغيير جنسه وحالته المدنية. وتمنح الدولة الإيرانية قروضاً للمتحوّلين جنسياً مقدرة قيمتها 1200 دولار أمريكي، أي أقل بكثير من تكلفة الجراحة التي قد تتراوح من 7 إلى 12 ألف دولار⁶.

¹ Cf. Habib NOUISSER, Changer de sexe en Tunisie, ou quand le droit confisque les identités, Préf. Wahid FERCHICHI, avec le soutien HEINRICH Böll Stiftung, Afrique du Nord, Tunisie, 2018, pp. 49-50.

² هذا الشرط وغيره من الشروط الأخرى الواردة في المرحلة الأولى كان محل رفض من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، راجع في ذلك:

CEDH, 10 mars 2015, Y.Y.C : Turquie, Dr. fam, 2015, 113, obs. F. Marchadier ; Pers. Fam. , mai 2015, 13, obs. E. Putman ; RDSS, 643.

³ Pour plus de détails, cons. Sophie PARICARD, Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? revue des droits de l'homme, 2015, n° 8.

⁴ http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/middle_east_news/newsid_1906060.stm، فرانسيس هاريسون، عمليات تغيير الجنس في إيران، الخميس 06 يناير 2005 19:26

⁵ Euronews، إيران تحرم المثلية الجنسية وتحلل عمليات تحويل الجنسية، <https://arabic.euronews.com/2015/10/14>، 14/10/2015: آخر تحديث

⁶ S. BLUCK, Transsexual in Iran: A Fatwa for Freedom?, In LGBT Transnational Identity and the

والظاهر من الاجتهاد التونسي أن فيه اتجاهها، لعلّه الغالب، يميل إلى الواجهة التي تبناها الفقه الإسلامي الراجح القائل بتحريم هذا النوع من التغيير. وهذه الواجهة من الاجتهاد انطلقت من قرار لمحكمة استئناف تونس، صدر بتاريخ 22 ديسمبر 1993 في قضية سامية، عرف بهذا الاسم. والقضية تتعلق برجل كان يشعر بأنه من جنس مضاد لجنسه الطبيعي، مما دفعه إلى تغييره بعد إجراء عدة عمليات جراحية في إسبانيا، مما نتج عنه الاختلاف بين مظهره وأوراقه الرسمية، فتقدم بطلب إلى القضاء من تغيير حالته المدنية، فجاء في حيثيات القرار "فإن ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة¹، التي تخول له تغيير جنسه، وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته. بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه، فإنه يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة، وهو ما يعبر عنه قانوننا بالنظام العام والأخلاق الحميدة... وأن القضاء لا يمكن له إقرار حق اكتسب بصفة منافية للقانون والنظام. فإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حالياً..."².

بيد أن في الاجتهاد ذاته اتجاهها آخر يعمد إلى الاعتراف بالتغيير الجنسي لو كان إرادي، حيث قضت المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها الصادر في 9 جويلية 2018 بإمكانية تغيير الاسم والجنس في قضية "لينا ريان" متأثرة في ذلك بفقه القضاء المقارن، حيث أن المدعي يمتلك جسم أنثى إلا أنه يشعر بأن ذكر في جسم أنثى مما دفعه إلى المعالجة النفسية والجراحية بألمانيا، وعلى إثر ذلك طلب من المحكمة استصدار حكما يقضي بتغيير حالته المدنية. فرأت المحكمة، بعد الخبرة، أن المدعي يعاني من اضطراب الهوية الجنسية بصورة محضه، ولذلك يبغي قائلة "إعادة التكيف بين المؤشرات التي يرسلها إليها دماغها وما يظهر على جسدها من جنس مغاير لهويتها الجنسية، وجب تصحيح المضمون لمطابقة الحقيقة، ولتوفر شروط الضرورة أمرت المحكمة بتغيير جنس المدعي من أنثى والتنصيب عليه في رسم الولادة وذلك لتتبعه بالحق في حياة طبيعية"³.

منيرة الحمل، المتحولون جنسياً يضطرون Media, Ch. Pullen (dir), Palgrave Macmillan, ed., 2012, pp.59 et s.
إلى العمل في الدعارة أو الانتحار لرفض المجتمع لهم،

، تاريخ النشر مايو، 21 / 2018، <https://www.erehnews.com/entertainment/society/134134921:23>

¹ وهذا الموقف جاء متأشياً مع الرأي القائل "بأن التعليل بان التحول في بعض الحالات ضرورة تعليل باطل، وذلك لان الاستناد إلى الضرورة في هذه المسألة في غير محله، مبينا أن الضرورة يقصد منها المحافظة على البدن ويمكن أن يحافظ على بدنه بطرق أخرى مشروعة وليس من خلال ارتكاب ما حرم الله سبحانه وتعالى، وأضاف الدكتور وليد الطبطبائي أن القول بالجواز عند الضرورة يفتح باب فساد لا يعلم مده إلا الله سبحانه وتعالى.

² محكمة استئناف تونس، 1993/12/22، قرار عدد 10298، مجلة القضاء والتشريع، 1994، عدد 1، ص. 109 وما بعدها؛ مجلة القانون التونسية، 1995، ص. 145 وما بعدها، ملاحظة، رشيدة الجلاصي.

Pour plus de détails sur cette affaire, cons. H. Redissi et S. Ben Abid, L'affaire Samia ou le drame d'être autre, Journal international de bioéthique, Rubrique : Éthique et aspects organisationnels de la transplantation d'organes, 1995, vol. 6, n°3, pp.153-159.

³ أمين الجلاصي، حكم قضائي تونني بشأن "التحويل الجنسي" : الهوية الجندرية بين حماية الحياة الخاصة وحماية النظام العام، رسم رائد شرف، 2018/09/07.

والحقيقة، بالرغم من أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية مستمدة معظم أحكامها من الشريعة الإسلامية، إلا أنه وفقاً لهذا الحكم أصبحت مسألة تغيير الجنس من الأعمال المباحة. ويرى في ذلك، رئيس جمعية القضاة التونسيين، السيد أنس لحماي، دعي النيابة العامة بالاستئناف في الحكم ليعرض الملف على محكمة أعلى درجة، من أجل تثبيت حكماً المحكمة أو تعديله، وذلك بعدما قال " أنه لم يسبق للقانون التونسي النظر في مثل هذه الحالات، وأن المحكمة ارتأت أما الفراغ التشريعي ضرورة الاجتهاد والاستئناس بتجارب أجنبية والعودة إلى المعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس وإلى قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان"¹.

وذهب إلى نفس الاتجاه القرار الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية في بيروت بتاريخ 3 سبتمبر 2015، علماً أن المحكمة الابتدائية قضت صراحة في حكمها الصادر في 2015/12/03 بأنه "أنه لا يمكن الاستجابة له في ظل ازدواج الحاصل بين قيود الأحوال الشخصية وواقع الفرد الناتج عن إرادته المنفردة، حيث أن "العلاج الهرموني والنفسي والجراحي المتمثل بالعمليات الجراحية التي خضعت لها المستدعية بسعي وتصميم منها، لم يكن يهدف في الأساس إلى تصويب العيب الخلقي أو حالة اختلاط أو ازدواج جنسي كانت تعاني منه، لا بل أن جميع هذه العلاجات والعمليات الجراحية هي التي أدت إلى خلق هذا الواقع الجديد المستحدث".

غير أن هذا الموقف لم ينال تأييداً من قبل محكمة الاستئناف مسببة موقفها بأنه بحق الفرد باحترام حياته الخاصة. فرفض تكريس واقع الحالة المستحدث بشكل حسب ما خلصت إليه "تعرضاً غير مبرر لخصوصية حياتها الشخصية وحرمانها الأساسية" على اثر إطلاع الغير على الازدواجية المذكورة في معرض قيام المستدعي ب"المعاملات الإدارية والقانونية وسواها من المعاملات التي توجب إبراز الأوراق الثبوتية الرسمية والتي تختلف في ظاهرها عن هويته الفعلية".

وأن الغريب في الأمر أن محكمة الاستئناف علنت قرارها بالرجوع إلى القرارين الصادرين عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (غودوين ضد المملكة المتحدة الصادر بتاريخ 11 جويلية 2002 و ب. ضد فرنسا الصادر بتاريخ 25 مارس 1992) للقول بأن "عدم قبول طلب تصحيح الجنس في سجلات الأحوال الشخصية تبعاً لتبديل جنس صاحبها المتحول جنسياً يشكل مخالفة لأحكام المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والتي تضمن حق الشخص باحترام حياته الخاصة"².

للإجابة كذلك على التساؤل سالف الذكر، ومن زاوية القضاء الغربي المقارن، كان القضاء الفرنسي صارماً ويرفض طلب تغيير علامة الجنس كلما تقدم به مغير جنسي خضع إرادياً لعلاج هرموني وعمليات محوثة، وذلك تحت غطاء "عدم التصرف في حالة الأشخاص" وقد قرر بأن "كل من يحول إرادياً جنسه الخارجي عن

¹ الشرع، رئيس جمعية القضاة: على النيابة العمومية الطعن في الحكم بتغيير جنس فتاة، <http://acharaa.com/ar/360127>، 8 سبتمبر 2018، 53: 14

² محكمة استئناف بيروت، 2015/09/03، قرار تحت رقم 2015/1123، مقتبس عن يمني مخلوف، تغيير الجنس في حكم قضائي جديد: احترام حق الفرد في تغيير حاله، <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=1386>، 2016/01/11

طريق تعديلات جسدية اصطناعية نتجت عن عمليات جراحية¹ لا يمكن له أن يفرض على الدولة حالة واقع ليس سببها الطبيعة ولا حادث خارجي².

وهذا الموقف أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 16 ديسمبر 1975 فقالت بأن مبدأ عدم جواز التصرف في حالة الأشخاص مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ احترام النظام العام الذي يمنع التغيرات الجسدية التامة عن طريق الاتفاق³.

ومع ذلك فثمة أسباب واعتبارات خاصة دفعت بعض المحاكم إلى الخروج بالتغيير عن هذا الحيز المعتاد، إذ عدل القضاء الفرنسي موقفه لأنه وضع نصب أعينه الجنس السيكولوجي ومن ثم، اعترف بوجود أشخاص يشعرون بأنهم غرباء عن جسد⁴، فحكم لهم بتغيير الجنس الرسمي⁵.

ولا يخفى أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد لا يقود إليه التحليل القانوني للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وإن كان في التحليل ذاته ما يغلب وجهتها بشأن هذه المسألة المغيرة لحالة الشخص. وعليه، تحت تأثير المحكمة الأوروبية في قرارها الصادر في 1992/03/25⁶ أضحى القضاء الفرنسي⁷ يقبل أن يغير المقاطع الجنسي حالته المدنية⁸. وبهذا تكون محكمة ستراسبورج كذبت المقولة الانجليزية "يمكن للبرلمان أن يفعل كل شيء، إلا تغيير رجل إلى امرأة"⁹.

ولكن، أمام هذا التراجع ومع "تطور" المجتمعات لم يعد يشترط لتغيير الحالة الخضوع للعمليات الجراحية. ب. - عدم تعليق الاعتراف القانوني لتغيير الحالة المدنية على شرطي العمليات الجراحية والتعقيم يستعين القانون بعلوم أخرى لتقرير القواعد الأكثر ملاءمة للمجتمع حتى يتقبلها ويحترمها. ومن بين العلوم التي ترتبط بالقانون، علم الاجتماع وعلم النفس وعلم الانتروبولوجيا.

وفي هذا الصدد، قد بينت بعض الأبحاث المتعلقة بعلم الانتروبولوجيا¹⁰ أن مسألة الجنس التشريحي ليس

¹ T.G.I., La Seine, 18 janvier 1965, R.T.D.Civ., 1966, p. 74, obs. Roger NERSONE.

² T.G.I., La Seine, 18 janvier 1965, précité.

³ Cass. Civ. 16/12/1975, Bull. civil, n° 374-376, pp. 312-314.; D. 1976, 2, p. 397, note Roger LINDON.

⁴ Cf. Dominique THOUVENIN, le transsexualisme, une question d'état méconnue, R. Dr. Sanitaire, 1979, p. 291.

⁵ Trib. Toulouse, 29/01/1976, D. 1976, réf. 61 ; T.G.I., Saint Etienne, 11/07/1979, D. 1981, p. 270 ; T.G.I., Créteil, 22/10/1981, D. 1982, I.R., 205 ; T.G.I. Paris, 24/11/1981, J.C.P., 1982, 19792, obs. G. PINAULT.

⁶ CEDH, B.C./France, 25/03/1992, Série A, n° 232, CEDH, 25 mars 1992, aff. 13343/87, B c/ France, JCP, éd.

G, 1992, II, 21955, note T. Garé.

⁷ Cf. Ph. REIGNE, Le changement de sexe devant la Cour de cassation, J.C.P., 2012, 753.

⁸ C'est ainsi que l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par deux arrêts du 11 décembre 1992, opéra un revirement en autorisant le changement de sexe, à condition qu'une expertise judiciaire et un traitement médico-chirurgical s'analysant généralement comme une opération de réaffectation sexuelle totale. Cf. Cass, ass. plén., 11 déc. 1992, JCP, 1993, II, 21991, conc. Jéol, note G. MEMETEAU.

⁹ Cf. Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, op. cit., p. 88.

¹⁰ Cf. Corinne FORTIER, Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du

دائماً المسألة الأكثر أهمية عند المتقاطع الجنسي أو متقاطع الهوية، فثبتت عدة دراسات أن الكثير من الأشخاص المتقاطعين لا يشعرون بحاجة إلى تغيير جنسهم التشريحي، وإنما تغيير المظهر الجسدي ومركزهم الاجتماعي والقانوني هو الذي يبحثون عن أن يعترف لهم به. وحول هذه الوضعية لاحظ أحد فقهاء القانون أن الأشخاص مقاطعي الهوية لا يتمون بتغيير جنسهم بقدر ما يريدون تغيير صنف الجنس فأكثر ما يتفون هو الالتئام إلى صنف النساء أو صنف الرجال وليس اكتساب أعضاء أنثوية أو ذكورية¹.

وبناء على هذه المعطيات، أصبح الأطباء يوظفون عبارة عملية "إعادة تعيين الجنس" opération de réassignation sexuelle، كلمة "إعادة تعيين" تستعمل أيضا عندما يبدأ الشخص في العلاج الهرموني بحكم أنه ملزم، وينتهي عادة إلى عملية، وتسمى عندئذ "إعادة تعيين هرموني وجراحي" -résignation hormono-chirurgicale، وكما تطلق على هذه العملية "إعادة إسناد الجنس" la réattribution sexuelle وهو استعمال نادر، أو "إعادة بناء جراحي" "chirurgicale reconstruction"، فهي عبارات توحى بأن الشخص المقاطع "يعاد بناء له" أو "يعاد إعطاء له" أو "يعاد تعيين له" جسد مجنس. وأفرزت هذه الرؤية تقبل المقاطع للبتير الذي تكبده حتى وإن لم ينجح الجراح في عمله كما ينبغي³.

وتقرن العبارة الطبية لـ "إعادة تعيين الجنس" بعبارة قانونية وهي "تصحيح علامة جنس" في الحالة المدنية، كأنها القاضي الغربي صحح "خطأ الطبيعة"، حيث لا يتعلق هذا الخطأ بالميلاد في جسد غير مناسب وإنما يتعلق بالميلاد في صنف قانوني لجنس غير صحيح وغير مناسب⁴. ومن ثم، بعد تصحيح اسمهم و/أو حالتهم المدنية يشعرون "بإعادة ميلاد"⁵.

والجدير بالملاحظة أنه في بعض الدول كفرنسا لا يستطيع المقاطع تعديل حالته المدنية إلا بعد إجراء عملية جراحية، بحيث لن يكون له الخيار إلا في أن يضحى بأعضائه التناسلية من أجل تغيير علامة الجنس، ومن ثم اعتراف قانوني لهويته المحنسة" حتى وإن لم يعتبرها ضرورية بالنسبة إليه⁶. ويختلف الحل إن كان التشريع الذي يخضع له المقاطع الجنسي لن يعلق تعديل حالته المدنية على إجراء العملية الجراحية.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قراراتها صادرة بتاريخ 7 جوان 2012، حيث جاء في إحدى حيثيات القرارات ما يلي :

« attendu que pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans l'acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis

transsexualisme à la transidentité, pp. 63 et s.

¹ Cf. Ph. REIGNE, Sexe, genre et état des personnes, J.C.P., éd. Générale, 17/10/2011, 1140, p. 1886.

² Cf. Corinne FORTIER, op. cit., p. 70

³ Cf. A. AUGST-MERELLE et S. NICOT, Changer du sexe, identités transsexuelle, Le cavalier Bleu, Paris, 2006, p. 33.

⁴ Cf. Corinne FORTIER, op. cit., p. 71.

⁵ Cf. J. COURDURIERS, Re-naître à l'autre sexe, changement de prénom et de sexe à l'état civil, in Etats civils en questions, nom, papiers et sentiment de soi, sous la direction de A. FINE, édit. du CTHS, Paris 2008, pp. 225-242.

⁶ Cf. Corinne FORTIER, op. cit., p. 72.

par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence »¹.

وهكذا، يستشف من هذا الموقف للمحكمة أن العلاج الهرموني (l'hormonothérapie) باعتباره السبيل الأكثر لطفاً، غير كافي بجلاء لتبرير تغيير الجنس. فالمعني لم يتعرض لإعادة تعيين جنسي كلي، بل اتبع علاج هرموني فقط. ولذلك أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف التي خلصت إلى أن الصفة المنعكسة لتغيير الجنس لم تنتج، مما دفعها إلى رفض تغيير الجنس.

والملاحظ أن محكمة النقض أخذت تشترط شرط العلاج الجراحي واستعملت الألفاظ التي تجعل هذا الشرط الأول ترتيباً في سلسلة الشروط الأخرى² التي يجب لإعمال حكم التغيير الجنسي، فإعماله يستوجب قبلاً توفير الدليل على أن المغير الجنسي تتوفر فيه الصفة النهائية لتحويل مظهره جسدياً وتناسلياً.

ولكن أمام هذا الموقف، فالمسألة تكمن في معرفة ما إذا يحصل المقاطع فعلاً على الجنس الحقيقي الذي يدعي أنه ينتمي إليه. هل التقدم العلمي يؤدي إلى التقدم الاجتماعي؟

وهذا التساؤل يطرح للبحث مسألة ما إذا كان من الشروط في المقاطع الجنسي أن يتحصل على جنس حقيقي كي تعدّل حالته المدنية، بمعنى أنه إذا تحقق هذا التغيير بخاصته المشروطة له كان المقاطع بحق من حيث تعديل حالته المدنية، وإن تخلف انتفت الرابطة بين التغيير والحالة المدنية وكان دور الجراحة سلبياً فيها حدث.

ومن هذه المسألة المطروحة انطلقت فكرة تقول بعدم ربط دور الجنس بوضع شاذ أو غير مألوف مع الطبيعة. وما لبثت الفكرة أن أصبحت وجهة مكرسة، حيث بعد عرض المسألة على الساحة الدولية، توصل خبراء لدى منظمة الأمم المتحدة بتاريخ 26 مارس 2007 إلى مبادئ سميت بمبادئ "Yogyakarta" بأندونيسية حيث يعلن المبدأ الثالث منها على ما يلي: "لا أحد يجبر على الخضوع لإجراءات طبية، بما فيها جراحة إعادة تعيين الجنس، أو التعقيم أو العلاج الهرموني، كشرط للاعتراف القانوني لهويته الجندرية"³.

وفي السياق ذاته، وفي سنة 2009 أضاف من جانبه مراقب حقوق الإنسان لمجلس أوروبا، المتأثر بالمبادئ سالفة الذكر، توصية تقضي بغير الحق تعليق الاعتراف بالهوية الجندرية على إلزام قانوني للتعقيم والخضوع لعلاجات طبية. وبهذا إلزامية التخلي الجنسي الكلي واللجوء إلى الخبرة المشترطين من قبل القضاء الفرنسي تم استنكرهما، بحكم أنها انتهاكا للحرمة الجسدية للشخص، ومن ثم متناقضان مع المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁴.

¹ Cass. Civ. 1^{ère} ch., 7 juin 2012, 2 arrêts, D. 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; JCP, 2012, 753, note Ph. REIGNE.

² Cf. Ph. Roger, L'avenir de l'expertise judiciaire en matière de transsexualisme, *Experts*, avril 2010, p. 18.

³ Cf. Le Yogyakarta des principes, Principes d'application du droit international des droits de l'homme en relation avec l'orientation sexuelle et l'identité de genre, <https://www.icj.org/yogyakarta-principles/>

⁴ Cf. T. Hammarberg, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme *Droits de l'homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, <https://journals.openedition.org/rvdh/>.

فذاك الإعلان وهذه التوصية تمثلان خطوة نحو مبدأ السلامة الجسدية إلى مفهومه التقليدي، وهذا ما اتبعته الكثير من التشريعات الأوروبية وغيرها كإنجلترا منذ 2004¹، وإسبانيا ابتداء من مارس 2007²، وإرغوي 2009³، وألمانيا⁴ والبرتغال 2011، والأرجنتين 2012⁵، التي تخلت عن التعقيم كشرط لتغيير الحالة المدنية ولم تعد كذلك إنجلترا ولا إسبانيا تشترط أي عملية جراحية من أجل ذلك، بل غيرته بعامل آخر وهو عدم تحمل الجندر "dysphorie⁶ de genre"، وعلى خلاف إنجلترا، ألزمت إسبانيا على الطبيب أن يقوم بعلاج هرموني وبمتابعة عقلية لمدة ستين⁷. كما أن الولايات المتحدة الأمريكية هي الأخرى تخلت على كافة المستويات على شرط التعقيم كإجراء أولي لتغيير الحالة المدنية⁸. وهو ما حدثه كولومبي⁹ وإيرلندا¹⁰ وبولونية سنة 2015. وفي نفس السنة، تخلت مالطة عن جميع الشروط سالفة الذكر، بحيث يمكن لمحل التغيير تغير هويته أمام الموتى بدون اشتراط حد أدنى للسن، بل للمغير الجنسي الحق أن توضع في وثاقه الرسمية علامة X بدلا من تحديد الجنس¹¹. وفي بلجيكا، سمح المشرع بمقتضى القانون الصادر في 25 جوان 2017، للشخص البالغ 18 سنة أن يطلب تغيير جنسه واسمه ببيان بسيط لضابط الحالة المدنية¹².

وهذه الوجة أكدتها سنة 2013 لجنة حقوق الإنسان لدى الأمم المتحدة، حيث اعتمدت في توصيتها

¹ Cf. CHAPTER 7, Gender Recognition Act 2004,
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/enacted>.

² « Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

³ « Ley no 18620. Regulacion del derecho a la identidad de género, cambio de nombre y sexo registra

⁴ Avant la promulgation de la loi de 2012, pour le changement de sexe juridique, il a été aussi exigé que la personne : soit définitivement stérile et qu'elle ait subi une intervention chirurgicale qui remplace ses caractéristiques sexuelles externes par une « approximation significative » de l'apparence du sexe désiré. Ces exigences ont été déclarées inconstitutionnelles par une décision de la Cour suprême en 2011.

⁵ l'Argentine adopte une loi plus complète encore : il est interdit d'exiger toute expertise médicale, psychiatrique, tout traitement hormonal, ou stérilisation au moment des démarches.

⁶ Dysphorie : difficile à supporter, état de malaise.

⁷ Depuis la loi adoptée par le parlement espagnol en date du 1 mars 2007, désormais, sur la carte d'identité des transsexuels seront mentionnés le sexe et le prénom auxquels ils s'identifient. Il suffit qu'un médecin ait diagnostiqué une dysphorie de genre – c'est l'appellation médicale de la transsexualité – et que le patient ait suivi un traitement hormonal pendant deux ans et vécu pendant cette période en accord avec sa nouvelle appartenance sexuelle. Cf. Vanessa PI, Espagne, le droit d'être transsexuel, in

<https://www.courrierinternational.com/article/2007/03/06/le-droit-d-etre-transsexuel>, publié le 07/03/2007- 09:35.

⁸ Cf. L. NIXON, The Right to (Trans)parent, 20, Wm & Mary J. of Women & L. 73, 2013, p. 89.

⁹ Cf. « Decreto número 1227 de 2015 ». Cf. Florian Bardou, *Colombie : les personnes trans' peuvent désormais changer librement d'état civil*, Yagg, 8 juin 2015.

¹⁰ Cf. Henry McDonald, *Ireland passes law allowing trans people to choose their legal gender*, [The Guardian](http://TheGuardian), 16 juillet 2015.

¹¹ Cf. Myriam Mariotte, *Les droits des trans à l'international*, <https://celsalab.fr/2016/05/24/les-droits-des-trans-a-l-international>, 02/02/2016 à 19 :09.

¹² كانت المادة 62 مكرر من قانون 10 ماي 2007 تنص صراحة على شرط التعقيم في مجال التغيير الجنسي.

المتضمنة الاعتراف القانوني للجنس، إلغاء كل إلزام عديم التجانس، كالعلاجات الجراحية التصحيحية المجبرة، زيادة على ذلك، فالتقرير الصادر سنة 2014 عن المنظمة العالمية للصحة حول التعقيم الجبري أشار كذلك بأنه على المستوى الدولي نجد بعض مؤسسات حماية حقوق الإنسان أوصوا بإلغاء التعقيم كشرط مسبق للعلاج الطبي لمغيري الجنس¹.

ومن تتبع الاجتهاد الفرنسي يلاحظ أن فيه وجهة أصبحت تعتمد صراحة في أحكامها مبدأ الحرمة الجسدية للشخص، وأن اعتياده يحصل في إطار الاستقصاء عن الشرط الذي يعلق عليه الاعتراف القانوني للحالة المدنية، سواء كان المغير الجنسي رجلاً أو امرأة. ويكفي لإبراز ذلك الموقف استعراض بعض الاجتهاد متناولا ليس فقط التخلي عن الشرطين، محل الدراسة، وإنما أيضا الاكتفاء بالعلاج الهرموني.

ففي قضية عرضت على محكمة المرافعة الكبرى ل Agen، اعترفت هذه الأخيرة، خلافا لموقف محكمة النقض، بتغيير الجنس بناء فقط على العلاج الهرموني مع الرأي الموافق للنيابة العامة². وقد عرضت على محكمة استئناف Nimes قضية مشابهة نسبيا وهي قضية تتعلق بشخص اتبع علاج هرموني واحد مرفق بعمليات جراحية تجميلية وكذلك ببت جزئي للعضو الجنسي. فلم تأيد الحكم الراض لطلب تغيير الجنس المستأنس باجتهاد محكمة النقض³.

وتماشيا مع الوجة ذاتها وخروجها عن الموقف الذي تبنته محكمة النقض⁴، اعتنقت محكمة استئناف Paris على غير عاداتها موقفا متحررا في قرارها الصادر في 25 مارس 2014 حيث رخصة بتغيير الجنس بعد إجراء علاج هرموني واحد ونهائ الثدي⁵. كما أن محكمة استئناف Douai ألغت الحكم الذي بني رفضه للاعتراف بالتغيير على غياب التعقيم النهائي، إذ وافقت المحكمة على التغيير الجنسي مرتكزة في ذلك على أن الحالة المعاكسة ينبغي أن تقتصر فقط على تحويل المظهر⁶، ولا الأعضاء التناسلية.

وأمام هذا التضارب في الأحكام الصادرة عن الاجتهاد القضائي الفرنسي⁷، تدخل المشرع⁸ بموجب

¹ Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Ukraine adoptées le 23 juillet 2013. Dans le même sens, cons. Rapport du Commissaire aux droits de l'homme sur La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, 2011; points 2 et 4.

² T.G.I. Agen, 20 décembre 2012, inédit.

³ C.A. Nîmes, 19 février 2014, ch. 2C, RG 13/03142.

⁴ S. PARICARD, Le transsexualisme, à quand la loi ?, *Droit de la famille*, 2012, n° 1, p. 13.

⁵ C.A. Paris, 25 mars 2014, pôle 1, ch 1 n° 13/17984.

⁶ C.A. Douai, 24 mars 2014, ch. 1 sect. 1, n° 218/ 2014.

⁷ Cf. Marie BOËTON, *Le droit des transsexuels à changer d'identité fait débat*, *La Croix*, 19 avril 2016.

⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo/texte>. Par le biais de l'article 56 de cette loi, le législateur a ajouté les articles 61-5 à 61-8 au code civil. Ce ci dit, «Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification devant un tribunal de grande instance. Surtout, les requérants n'ont plus à [apporter](#) la preuve irréversible et médicale d'une

القانون رقم 1547 الصادر في 18 نوفمبر 2016، ونص صراحة على عدم تعليق التغيير الجنسي على شرط التعقيم¹.

وإذا كان الاختلاف بينهما هو الذي يتوقف عليه الحكم الشرعي، فإن للتغيير الجنسي أثر على حالة الأشخاص، منه خاصة في مسألتي عقد الزواج والإنجاب.

ثالثا.. آثار التغيير الجنسي على عقد الزواج والإنجاب

وفي الواقع، وبعد أن أمسى للحكم بالتغيير الجنسي مبادته في نظام بعض الدول الغربية وحتى الإسلامية وأصبح له إطاره وأوجه إعماله، كان لابد من تحديد الآثار المترتبة عنه في المسائل الأسرية، منها عقد الزواج (أ) وآثره المتمثل في الإنجاب (ب).

أ- أثر التغيير الجنسي على عقد الزواج

1- إبرام زواج مغير الجنس

يلزم قانون الحالة المدنية كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم وثائق معينة²، وهي بهذا تلقي على عاتق الضابط العام أن يبين في عقد الزواج بأنه قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون، بحكم وظيفته يكلف بمراقبة مدى توافر شروط انعقاد الزواج³.

والشرط، محور الاهتمام لهذه الدراسة يتعلق بالاختلاف الجنسي بين الزوجين والذي يوصف أيضا بالركن البيولوجي⁴. فعبارة أخرى، يجب أن تظهر في عقود الحالة المدنية أن المقبلين على الزواج ليسا من جنس واحد. ولكن الأمر قد يكون معقدا إذا أراد شخص غير جنسه بعمليات جراحية أن يتزوج. أول ما يتبادر إلى ذهنه هو

transformation physique.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

1. Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;
2. Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;
3. Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

Notons, dans ce contexte, que Le texte précise surtout que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

¹ Avant la promulgation de cette loi, trois requérants français ayant saisi la CEDH, après avoir été déboutés par les tribunaux français du fait qu'ils n'ont subi une intervention stérilisante pour obtenir le changement de leur sexe à l'état civil, et de ce fait, la France a été condamnée jeudi 06 AVRIL 2017 par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) car elle obligeait les personnes transgenres à subir une intervention stérilisante pour obtenir le changement de leur identité sexuelle à l'état civil. Pour la C.D.E.H., "Le fait de conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisant qu'elles ne souhaitent pas subir" constitue une violation de leur droit au respect de la vie privée, ont affirmé les juges de la CEDH dans leur arrêt.

<https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/04/06/la-cedh> 06.04.2017 à 12h03 • Mis à jour le 06.04.2017 à 19h32

² على سبيل المثال، المادة 1/74 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

³ المادة 1/73 من قانون الحالة المدنية الجزائري

⁴ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق..... المرجع السابق، ص. 7 وما بعدها.

طلب تغيير حالته المدنية، وبذلك سيحصل على وثائق تشهد بأنه في جنس مختلف عن الجنس الآخر الذي يريد الاقتران به. إلا أن الإشكال يبقى قائماً لأن بيولوجيا شخصان هما من نفس الجنس وهذا أمر ينطوي على تناقض فادح.

وحول هذه المسألة أبداً بعض الفقه موافقته على الزواج من يغير جنسه بعد تغيير حالته المدنية، وتعليه في ذلك أن عقود الحالة المدنية تحتوي على جنس محدد ومختلف، يجب على الغير الأخذ به، وأضاف أن النظام العام ليس مهتداً في شيء إذا تزوج شخصان مختلفان مظهرياً ويمتلان جنساً كروموزومياً مماثلاً¹.

وفي نفس الفكرة ذهب آخر مبسطاً رأيه أنه من الصعب منع مغير جنسي حصل على تعديل جنسه في الحالة المدنية من الزواج من شخص مختلف جنسياً من الناحية القانونية والمظهرية. لأنه لا يوجد أي أساس يسند عليه لمنع هذا الزواج وغير منطقي أيضاً بحيث يفترض لا يوجد أي تماثل جنسي من الناحية القانونية². هذه الآراء وجدت ما يعززها من القضاء، حيث اعتبرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر في 11 جويلية 2002 بأن القانون الداخلي الذي يعتد بالجنسي المسجل عند الولادة يشكل تقييداً يمس بجوهر الحق في الزواج³. والنتيجة المستخلصة من هذا القرار أن موقف المحكمة في تحديد مفهوم الجنس لا يتم بمعايير بيولوجية محضة وإنما بناء على مكوناته المختلفة والمعقدة⁴.

وفي السابق، لم تكن المحكمة سألقة الذكر تتبع نفس المنحى الذي أضحت عليه، بل رفضت زواج مغير الجنس في قرارين صادرين في 17 أكتوبر 1986 و30 جويلية 1998، وبينت بموجبهما بأن ضمان الحق في الزواج حسب المادة 12 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان يقصد به الزواج التقليدي بين شخصين من جنس بولوجي مختلف وأن الدول ليست مجبرة بأن تلتزم بقبول زواج مغيري الجنس⁵.

وعلى كل، إذا لم يكن هناك أي إشكال في حالة حصوله على تعديل الحالة المدنية⁶، فإن الإشكالية تتعقد في حالة ما إذا وجه لطلبه الرفض، ومن ثم فإنه يستعصى عليه إبرام زواج في ظل التشريعات التي لا تعترف إلا بالزواج بين الذكر والأنثى. وتماشياً مع الفكرة ذاتها نرى أن حالته هذه لا تثير أي إشكال بالنسبة للدول التي أصبحت تعترف بزواج المثليين.

¹ Cf. Jean Paul BRANLARD, Le sexe et l'état des personnes, L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 601-602.

² Cf. Jean-Jacques LEMOULAND, Droit de la famille, éd. Ellipses, Paris, 2014, pp. 134-135 ; François BOULANGER, Droit civil de la famille, T. 1^{er}, Aspects internes et internationaux, éd. Economica, Paris, 1990, p. 167.

³ CEDH, 11/07/2002, aff. GOODWIN, D. 2002, IR, p. 2305 ; D. 2003, Somm., p. 1935, obs. Jean-Jacques LEMOULAND, RJPF, 2002, n° 11, p. 14.

⁴ Pour plus de détails, cons. Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, La famille, 2^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2006, p. 90.

⁵ C.E.D.H., 17/10/1986, aff. Rees, ; 30/07/1998, aff. Sheffield et Horsham, cités par Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, op .cit., p. 89.

⁶ Plusieurs pays européens reconnaissent le droit aux transsexuels de se marier selon leur sexe postopératoire. La [Croatie](#), [République tchèque](#), [Danemark](#), [Finlande](#), [France](#), [Allemagne](#), [Irlande](#), [Italie](#), [Pays-Bas](#), [Norvège](#), [Pologne](#), [Portugal](#), [Roumanie](#), [Suède](#), [Espagne](#), [Turquie](#), et le [Royaume-Uni](#), etc.

وعلى نقيض من ذلك، نادى اتجاه من الفقه بمنع مغير جنسه من الزواج لأن حقيقة جنسه على نفس جنس الطرف الآخر، فيعد شذوذا جنسيا وعلاقة مثلية¹ لا تبيحها التشريعات الأسرية² ولا العقابية³. وهذا الرأي لا يلقى تأييدا حيث تمسك البعض الآخر بأنه إذا حصل وأن وقع زواج بطريق ما، فإن المسألة تثار من الناحية الجزائية ولا تثار في ميدان الزواج لأن هذا الأخير يعتبر منعذما⁴، ذلك أن عنصر الجنس انحرف عن مساره الطبيعي الذي يقتضي أن يتم بين رجل وامرأة يباح على أساسه الزواج، فإذا خالف هذه الفطرة عد انحطاطا وتغيرا جذريا للمفاهيم التي بنيت عليها الأسرة والمجتمع⁵.

ويتحصل من الشرح الذي سبق أن زواج مغيري الجنس مرتبط ارتباطا وثيقا بحالته المدنية، إذ أن هذه الأخيرة هي التي ستسمح له، بعد تغييرها، بإبرام عقد زواج مع شخص من جنسه الأصلي وإلا مع شخص من جنسه، محل التغيير، في ضوء التشريعات التي تعترف بزواج الذكور فيما بينهم وكذا الإناث. ولكن ما الحل إذا تم تغيير الجنس من قبل شخص متزوج، ذكرا كان أم أنثى؟

2. - تغيير الجنس أثناء الزواج

إذا كانت عملية تغيير الجنس تجاه مسألة الزواج أمرا معقدا، فإنه تكون أكثر تعقيدا وخطورة إذا تمت أثناء الحياة الزوجية بأن يقوم أحد الزوجين بعملية جراحية ويحصل على تغيير لعلامة جنسه في عقود الحالة المدنية. إن القيام بمثل هذه العملية لا تخص المعنى فقط، بل زوجه أيضا، فالحياة الزوجية هي حياة مشتركة تستدعي كل واحد من الزوجين بأن يساهم في الإبقاء على أواصل الزوجية والقرباة وإحاطتها بظروف تحفز على التعايش السلمي والتماسك. ولهذا، فتغيير أحد الزوجين لجنسه سيسبب حيرة وجفولا من جهة الزوج المضرور والأولاد معا. ولتلافي هذا الأمر، اشترطت بعض التشريعات كألانيا أن يكون الشخص الذي يرغب في تغيير جنسه أعزبا. فإذا أراد ذلك وهو متزوجا عليه أن يطلب الطلاق⁶. وقد حكمت محكمة استئناف لنيم في قرارها الصادر في 07 جوان 2000 أن تغيير جنس شخص متزوج يشكل خطأ وسببا حاسما للطلاق⁷. غير أن الفقه انتقد هذا القرار معللا ذلك أن التغيير الجنسي ليس خطأ بل أمرا مفروضا على الشخص، فلا

¹ للتفصيل، راجع: أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط. 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 122-123.

² حيث تنص المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري التي تعرف الزواج بأنه "عقد رضائي بين رجل وامرأة....".

³ حيث تنص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري على أنه "كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج....".

⁴ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 42.

⁵ تشوار جيلالي، حق الشخص في التصرف في جسمه، الرق العذري والتغيير الجنسي نموذجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، عدد 6، ص. 73.

⁶ Cf. Frédérique NIBOYET, L'ordre public matrimonial, préf. De Janine REVEL, éd. LGDJ, Paris, 2008, p. 258.

⁷ C.A. Nîmes, 7/06/2000, RTDCiv., 2001, p. 325, obs. Jean HAUSER ; Dr. Fam. 2001, comm. N° 4, obs. H. LECUYER.

يشكل بذلك خطأ¹. إلا أنه هناك من يرى أن المقاطع الجنسي الذي غير حالته المدنية بعد الزواج يصبح الأمر بذلك يتعلق بشخصين مائلين من الناحية المظهرية والقانوني، فيكون للزوج الآخر الخيار بين حلين ليتحلل من هذا الزواج؛ الأول يتعلق بالطلاق على أساس الكتمان بخطأ من المغير الجنسي، والثاني البطلان بغلط في "عارض" وجد قبل الزواج² مع الإشارة أنه لا يمكن أن يكون البطلان مؤسسا على مثلية الجنس لأن أثناء الزواج كان الزوجان من جنسين مختلفين³. ومع ذلك لم يقتنع أحد الفقه بإمكانية طلب الطلاق بخطأ من المغير الجنسي، مقترحا أن الحل الأنسب لهذه الظروف اللجوء إلى الانعدام⁴ لأن حدثا لاحقا مسّ بجوهر الزواج ذاته⁵. أضف إلى ذلك أنه لم يعد هناك أي حاجز يعرقل إبقاء الزواج في بعض الدول التي تبخ الزواج بين شخصين من نفس الجنس⁶. والحالة هذه يمكن فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالبطلان لغلط⁷. وأمام السكوت التشريعي والاقترح الفقهي يمكن مطالبة المشرع بوضع نص يعالج هذه الحالة الخاصة، اعتمادا على أسباب ذات صلة بالنظام العام يخلق بواسطته حالة جديدة لحل الزواج⁸. وهل ينصب نفس الاقتراح فيما يتعلق بإمكانية الإنجاب عند المغير الجنسي؟

ب. - إمكانية الإنجاب عند المغير الجنسي باستعمال سمات جنسه الأصلي

أنه لمن الغريب الادعاء باستحالة تناسل المغير الجنسي، وذلك خاصة مع النصوص القانونية والمواقف القضائية الحديثة المعتمدة فقط على العلاج الهرموني دون الجراحي، ومن ثم استبعاد هذه الاستحالة عندما يكون الشخص، محل التغيير، لا زال متمتعا ببعض السمات الإنجابية. ومن الراهن أن لمن خضع للعلاج الهرموني أن تنخفض عنده وظائف التناسل، ولكن، رغم ذلك، لا يمكن الجزم باستحالة أنه سيجد ثانية فعالية مؤكدة. وأمام وهمية التطور العلمي، يتضح بجلاء أن هذا الأخير لم يكسب للشخص الجنس الذي يزعمه، ومن ثم لا يمكن الادعاء بأن المغير الجنسي تحول من رجل إلى امرأة والعكس، بل أن هذا التحويل لم يكن كلي بل نسبي، مما يترك للشخص، محل التغيير، بعض السمات لأعضائه التناسلية الأصلية، مما ستسمح له ولو نادرا بالإنجاب. والذي يلفت إليه في هذا الإطار هو أنه يمكن للشخص اللجوء إلى بنوك المني لاستغلالها في حالة ما إذا خضع لعملية التعقيم من أجل الاعتراف بتغيير حالته المدنية. وفوق هذا وذاك، هناك بعض الوقائع الاجتماعية

¹ Cf. Jacques MASSIP, note sous Nîmes, 07/06/2006, LPA, 12/04/2001, p. 21.

² Cf. Jean Jacques LEMOULAND, op. cit., p. 135.

³ Cf. Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, op. cit., p. 90 ; Jean-Jacques LEMOULAND, op. cit., p. 135.

⁴ Cf. Jean-Jacques LEMOULAND, op. cit., p. 135 ; Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, op. cit., p. 90

⁵ Cf. Frédérique NIBOYET, op. cit., p. 259.

⁶ Ainsi, en Suisse, Un avis de droit de l'Office fédéral de l'état civil du 1^{er} février 2012 permet aux personnes transsexuelles mariées de changer leur état civil tout en maintenant les liens du mariage

⁷ Cf. Jean-Jacques LEMOULAND, op. cit., p. 136.

لمزيد من التفاصيل، راجع تشوار جيلاي، الزواج والطلاق....، المرجع السابق، ص. 38 وما بعدها.

⁸ Cf. F. MARCHADIER, note sous CEDH, 13/11/2012, 152, cité par Jean-Jacques LEMOULAND, op. cit., p. 135.

أين ألفت الانتباه إلى بعض الرجال الحوامل، بحيث علقت بعض الصحف الأمريكية سنة 2008 على أول رجل حامل، إذ هو في الأصل امرأة وأصبح، بعد التغيير، رجل بقي متمتعاً بأجهزة الإنجاب الأنثوية¹. ومثل هذه الواقعة لا تستسيغها القواعد التي تنظم المركز القانوني للمغير الجنسي أو التي تستوحي العدالة وروحها، بل وحق المولود من والدين، أب وأم وفقاً لمتطلبات الطبيعة.

فمحكمة الاستئناف كولون COLOGNE بألمانيا عمدت من جانبها إلى تطبيق أحكام النسب حتى ولو أنجب الشخص بعد تغيير جنسه. ففي قضية تتلخص وقائعها في أن رجل قام بوضع منيه في بنك سنة 1995، وبعد أن قام بتغيير جنسه، لقحت رفيقته ببلجيكا بمنيه المجدد، مما نجم عنه توأمين، وأقر بأبوتيه وفقاً للإجراءات العادية للإقرار بالأبوة. وبعد الإجراءات القضائية العريضة، قضت محكمة استئناف كولون بشرعية الإقرار محددة في الوقت ذاته أن صاحب هذا الإقرار ينبغي أن يعتبر أباً للطفلين وأن يكون اسمه المين في عقد ميلادهما الأصلي قبل التغيير².

ويلاحظ اتجاه من الفقه أنه بهذا القرار تكون حقيقة النسب قد تمت المحافظة عليها وأن عقد ميلاد الطفلين أصبح مستوجبا لمصلحتها بحكم أن يكون لها نسبا بالدم مقرر اتجاه الأب والأم³. وفي نفس السياق وفي سنة 2018، أن رجلاً مغرباً جنسياً ولد في فنلندا طفلاً بعد تحله عن العلاج الهرموني، علماً أنه في سجلات الحالة المدنية محدد بأنه ذكر وولد أنثى. وفي الواقع، هذه القضية أثرت إشكالاً قانونياً لأن القانون الفنلندي لا يسمح بالتغيير الجنسي إلا إذا أثبت المعني أنه أصبح عاقر⁴.

وعليه، فهذه الحالة والحالات التي سبقتها خلقوا مشكلة لا وجود لها نصوص تنظمها، مما دفع ذلك الاتجاه من القضاء حلها حلاً غير مرضية، فهو يدخل في أصناف الأبوين صنفاً غريباً عنه وهو الأب "الأنثى الذكر" الذي يسري أثره ابتداءً من تاريخ سابق للتغيير وهذه هي المشكلة المختلفة.

ولذلك، فإن هذا الموقف مهما كانت دلائله، فإن التشابه الذي اعتنقه ينطوي على الشيء الكثير من التجاوز. فإنه أولاً يقضي على نظام الأبوة ويقوم ثانية بتحريف وتزييف الواقع الاجتماعي من حيث أن يكون للطفل أباً طبيعياً في صورة امرأة أو أما طبيعية في صورة رجل، فهذا هو الانحطاط الذي آلت إليه المجتمعات التي تبني "التطور القانوني" على أهواء الأشخاص وميولهم الغريزية غير الطبيعية، بل والمخالفة لما قرره الشرع. كما لا يجوز للقاضي، تحت ستار المصلحة الفضل للطفل، أن يخترع حكماً لا وجود له في النصوص وغير متماشياً مع مصلحة المجتمع ككل.

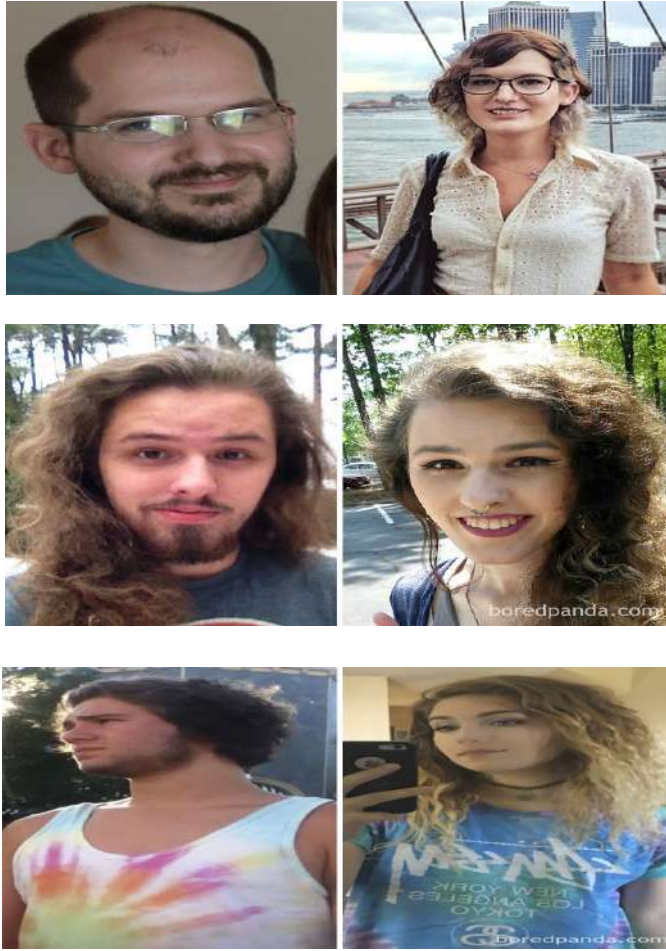
¹ Ainsi donc, «l'enfantement reste possible par arrêt volontaire d'hormones». Cf. E. PIERRAT et C. LEMARCHAND, op. cit., p. 195 ; S. PARICARD, L'enfant du transsexuel, in *Bioéthique et genre*, LGDJ-Lextenso, dir. A-F Zattara-Gros, 2013, p. 219.

² Cf. C.A. Cologne, 30 nov. 2009, cité par F. Furkel, in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté*, précité.

³ Cf. Sophie PARICARD, *Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ?* revue des droits de l'homme, 2015, n° 8, pp.

⁴ Cf. [Emeline FERRY](https://www.rtl.fr/girls/societe/un-homme-transgenre-accouche-en-finlande), Finlande : un homme transgenre accouche, une première dans le pays <https://www.rtl.fr/girls/societe/un-homme-transgenre-accouche-en-finlande> - publié le 05/04/2018 à 14:25 mis à jour le 10/04/2018 à 09:29

وفي الختام، نقول أنه ليس من الهين الإفتاء أو الفصل في مسألة بالغة الخطورة كهذه، فأمام قبول التغيير الجنسي بحجة الألم النفسي والتعذيب الذي يكابده الشخص داخليا وما يتفرع عنه من حقوق أخرى والتفرز منه بحجة هدم مؤسسة الزواج ومن ثم كيان الأسرة والمجتمع، أيها مقدم؟ بل والطب في تطور فائق والقانون في مواكبة معه داخل إطار محدد يتسابقان في غايتين مختلفتين.



نساء تحولن إلى رجال http://lolwat.me/photos-transformation-transgenre-homme-femme_omg.html

25/09/2017

التلقيح الصناعي بين تحصيل مقاصد الشريعة وسد باب الذرائع

بقلم

د.ديارا سيك

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الفرقان الإسلامية - كوت ديفوار

isaague22@hotmail.com

مقدمة

الحمد لله؛ رب العالمين، الحكيم العليم، يخلق ما يشاء ويختار، أحده على آلائه، وأشكره على منّنه، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وقدوةً للسالكين، محمد المصطفى الأمين، وعلى آله وصحبه، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد: فقد اتفقت الشرائع على أنّ الدين جاء لحفظ ضرورات خمس، هي: الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل⁽¹⁾، فأنيطت الأحكام بهذه المقاصد وجوداً وعملاً، ومن حفظ النسل حفظ العرض، وبها قوام الأسرة، والوسيلة إلى تحقيقها النكاح، وذلك لحفظ نوع البشرية في هذه الأرض واستمراره في عمارتها بطاعة الله وعبادته، وقد امتنّ الله على الناس بالولد، فقال تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَفْذَةً ﴾ [النحل: 72]، ورغبت الشريعة في نكاح المرأة الولود الودود، فقال النبي ﷺ: "تزوجوا الودود الولود؛ فإني مكاثر بكم الأمم"⁽²⁾، ونهى ﷺ عن الرغبة عن النكاح، ففي حديث الرهط الذين جاءوا إلى بيوت أزواج النبي ﷺ قوله: "أما والله، إني لأخشاكم لله، وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني"⁽³⁾، وشدد في النهي عن التبتل⁽⁴⁾، وحرّم الاختصاص، ففي حديث أنس ابن مالك، قال: كان رسول الله ﷺ يأمر بالباء، وينهى عن التبتل نهياً شديداً، ويقول: "تزوجوا الودود الولود، إني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة"⁽⁵⁾، وفي حديث سعد

(1) انظر: الموافقات (8/2).

(2) خرّجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء (220/2)، والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم (64/6)، والإمام أحمد في المسند (158/3)، وابن حبان في صحيحه (364/9)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (495/7)، والألباني في إرواء الغليل (195/6).

(3) خرّجه من حديث أنس الشيخان في صحيحهما: البخاري في كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح (2/7)، ومسلم في كتاب الحج، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه (1020/2).

(4) التبتل، هو الانقطاع عن النساء وترك النكاح، انظر: شرح النووي على مسلم (176/9).

(5) خرّجه الإمام أحمد في المسند (220/2)، وابن ابن حبان في صحيحه (338/9)، وصحّحه الألباني في إرواء الغليل (195/6).

ابن أبي وقاص رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ ردّ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا⁽¹⁾، لكن نجد أن الله تعالى ابتلى بعض الناس بالعقم، فقال عزّ من قائل: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ. أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ [الشورى: 49، 50]، فهل علاج العقم بالوسائل الطبية الحديثة يُعدّ وسيلةً مبيحةً لتحصيل مقصد حفظ النسل من الولادة؟ أم أنه يُعدّ وسيلةً محرمةً باعتباره اعتراضاً على قضاء الله وقدره، أو بما تحتف به من مخاير؟ وبخاصّة إذا تبيّن أنّ الشريعة نفت أنساب بعض الأولاد إلى آبائهم وألغتها، وهل هو من باب العلاج المباح أو الضروري، أو أنّه من باب التحسين، وطلب الأفضل؟

هذا ما يراد تسليط الضوء عليه من خلال هذا البحث الذي عنونت له بـ(التلقيح الصناعي بين تحصيل مقاصد الشريعة وسدّ باب الذرائع) عسى أن يسهم في تحقيق أهداف هذا الملتقى الدولي عن المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، ويثري محاوره، والله ولي التوفيق، والهادي إلى الصراط المستقيم.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف، أهمها:

- 1- توضيح مفهوم التلقيح الصناعي، وبيان حقيقته، وحكمه الشرعي.
- 2- بيان مقاصد الشريعة من الإنجاب وتصنيفها ضمن مقاصد الشريعة الضرورية والحاجية والتكميلية.
- 3- الكشف عن مقصود الشارع من إثبات النسب، ونفيه، ووسائله.

بيان أهمية الموضوع:

تبرز أهمية هذا البحث في كون متعلقه ضرورة من ضرورات التشريع، ألا وهي حفظ النسل والعرض، أضف إلى ذلك ما يأتي:

- 1- اشتغاله على نقد موضوعي للفتاوى الواردة في حكم التلقيح الصناعي.
- 2- ربطه حكم التلقيح بمقاصد الشريعة الأصلية والتابعة من الأسرة.
- 3- نسجه العلاقة بين المقاصد والوسائل بما يوضح حكم التلقيح الصناعي.

الإشكالية والتساؤلات:

تكمن إشكالية البحث في كون الإنجاب وسيلة من وسائل حفظ النسل، مع تضيق الشارع لبابه، والتحذير من اختلاطه، مع كون الإنجاب الصناعي وسيلة محتفة بمحظورات كثيرة، فهل يمكن تجاوز المحاذير الشرعية لتحقيق المقصد المشروع، أم لا؟ وهل يمكن تصنيف التلقيح الصناعي في منظومة الضرورات التي تبيح المحظور؟ فيجيب عن سؤاليين أساسيين:

(1) خرّجه الشيخان في صحيحهما: البخاري في كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء (4/7)، ومسلم في كتاب الحج، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه... (1020/2).

1- ما مدى تحقيق التلقيح الصناعي - باعتباره وسيلة - لمقصد الشارع من الإنجاب؟

2- ما حكم التلقيح الصناعي في عالم الطب الحديث الذي يقدمه علاجاً للعقم؟

الدراسات السابقة

هناك دراسات عديدة عُنت بموضوع التلقيح الصناعي والإنجاب في الطب الحديث، من أهمها:

1- الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، وهو بحث مُعد من قبل الطالبة: لبنى محمد جبر/ شعبان الصفدي، لنيل الماجستير قسم الفقه والقانون بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين عام 1428هـ- 2017م، بإشراف الدكتور ماهر حامد الحولي، وهو غير منشورة.

2- طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، هذا البحث الخامس ضمن كتاب فقه النوازل (قضايا فقهية معاصرة)، ل بكر بن عبد الله أبو زيد، طبعته مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى: 1423هـ- 2002م.

3- الإنجاب الصناعي: أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، للدكتور محمد المرسي زهرة، من مطبوعات جامعة الكويت، نشر عام: 1993م.

وبالنظر إلى عناوين هذه البحوث والدراسات يظهر الفرق جلياً من ناحيتين:

1- ربط الدراسة الحالية بمقاصد الشريعة في حفظ النسل، ورعاية الأسرة.

2- النقد الموضوعي للدراسات السابقة والفتاوى الصادرة في الموضوع.

خطة البحث:

يتألف البحث من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وقائمة لأهم المصادر والمراجع.

المبحث الأول: في بيان مفهوم التلقيح الصناعي، ومقاصد الشريعة من الأسرة، وتحت مطالب.

المبحث الثاني: الذرائع المانعة من الإنجاب، وأقسامها، وتحت مطالب.

المبحث الثالث: التلقيح الصناعي بين تحقيق مقصد الشريعة، وركوب الذرائع المانعة، وفيه تمهيد، ومطالب.

الخاتمة، وفيها نتائج البحث وتوصياته.

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي والاستنباطي، مع مراعاة التوثيق العلمي للمسائل بالرجوع إلى الكتب الأصيلة في موضوعها، والكتب المساندة لها، فعزوت الآيات إلى سورها في المصحف الشريف، ببيان اسم السورة، ورقم الآية، وخرّجت الأحاديث في كتب السنة المعتمدة، مبيّناً حكم نقاد الحديث فيما لم يرد منها في الصحيحين أو أحدهما صححةً وضعفاً، وشرحت الكلمات الغريبة، وعرّفت بالمصطلحات العلمية، وذيلت البحث بقائمة لأهم المصادر والمراجع ورتبتها على الحروف الهجائية.

المبحث الأول: في بيان مفهوم التلقيح الصناعي، ومقاصد الشريعة من الأسرة

لما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوّره ناسب البدء بتعريف التلقيح الصناعي، ومقاصد الشريعة وأقسامها، ومقاصد الشريعة من الأسرة؛ ليطابق الحكم الصورة المبيّنة، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتلقيح الصناعي

التلقيح الصناعي: مُرْكَبٌ وَصْفِي، والمعهود في تعريف المركّبات تعريف جزأئها، ومن ثمّ تعريفها مجتمعاً؛ فالتلقيح من لَقَحَ تلقيحاً، واللقاح اسم لماء الفحل⁽¹⁾، ويقال في النخلة كذلك، وهو وضع طلع الذكر في طلع الأنثى أول ما يشق، ثم استعير في النساء، فيقال: لَقَحَتْ إِذَا حَمَلَتْ⁽²⁾، وفي الحديث "نهي النبي ﷺ عن أولاد الملاقيح وأولاد المضامين في المبايعه"⁽³⁾، فالملاقيح ما في بطون الأمهات، والمضامين ما في أصلاب الآباء. قال أبو عبيد: الملاقيح ما في البطون، وهي الأجنة⁽⁴⁾.

والصناعي نسبة إلى الصناعة، واشتقاقها من صنع، وله أصل صحيح واحد، وهو عمل الشيء باليد صنعاً، والحذق فيه، يقال: امرأة صناع، ورجل صنع، إذا كانا حاذقين فيما يصنعانه، قال الشاعر:

خرقاء بالخير لا تهدي لوجهته . . . وهي صناع الأذى في الأهل والجار⁽⁵⁾

فالتلقيح الصناعي: عملية التزاوج بين نطفتي الذكر والأنثى بطريقة صناعية مخالفة للطريقة الطبيعية والفطرية⁽⁶⁾.

والتلقيح الصناعي في اصطلاح الأطباء: عملية نقل السائل المنويّ إلى البويضة لغرض التلقيح عن طريق الاتصال اللاجنسي، حيث ينتقل السائل المنويّ من الزوج إلى الرّحم ويتمّ الإخصاب والحمل⁽⁷⁾، والنطفة ثلاثة أنواع: نطفة مذكرة تفرزها الخصية، ونطفة مؤنثة، وهي البويضة التي يفرزها المبيض مرة في كل شهر، والنطفة الأمشاج، وهي البويضة الملقحة الناتجة عن اختلاط الحيوان المنوي الذي يُلقح البويضة⁽⁸⁾.

والتلقيح الصناعي الداخلي - وهو موضوع الدراسة - يتمثل في إيصال الحيامن المنوية للزوج إلى داخل الأعضاء التناسلية للأنثى، ووضعها في المكان المناسب للحمل والإخصاب في حال ما إذا لم يتمكن الزوجان

(1) العين (47/3)؛ لسان العرب (579/2).

(2) لسان العرب (579/2).

(3) خرّجه الإمام مالك في الموطأ، تحقيق الأعظمي (946/4)، وصححه الحافظ ابن حجر في التلخيص الخبير (26/3).

(4) لسان العرب (580/2)؛ غريب الحديث للقاسم بن سلام (208/1).

(5) انظر: مقاييس اللغة (3/313)؛ المغرب في ترتيب المعرب ص (273).

(6) انظر: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، د. خالد محمد صالح ص (403).

(7) معجم اللغة العربية المعاصرة (3/2026)؛ الإنجاب الصناعي د. زهرة ص (21)، *les procréations assistées; état des questions; p.460*

(8) انظر: خلق الإنسان بين الطب والقرآن. محمد البار ص (109).

من الإنجاب عن طريق المعاشرة الجنسية الطبيعية⁽¹⁾.

ويجري التلقيح في المختبر الطبي بطريقة عملية دقيقة حسب الخطوات الآتية:

1- أخذ السائل المنوي من الرجل عن طريق الجماع، أو بأية طريقة أخرى، ويوضع في طبق بلاستيكي، أو زجاجي مُعقم.

2- يترك السائل المنوي لمدة نصف ساعة تقريباً لتتحول المادة المنوية للزجة الموجودة في المني إلى مادة سائلة، حيث يتم فحصها وعزل الحيامن المنوية منها.

3- بعد عزل الحيامن المنوية يتم تنشيطها وتقويمها بوضعها في محلول مغذٍ يحتوي على مواد قلبية، ومغذية، ومنشطة.

4- يعزل الحيامن ذات النشاط الحركي العالي لزرعها داخل الرحم بواسطة ناقل خاص.

5- بعد التأكد من إتمام عملية الإباضة عند المرأة، يقوم الأطباء بإعادة زرع هذه الحيامن إلى داخل جسم المرأة، وتوضع في المكان المناسب للإخصاب والحمل⁽²⁾.

فهذه الطريقة الطبية الحديثة لاستدخال المني في رحم المرأة مُعقّدة، ولا يمكن تخريبها على الطريقة العادية التي تحدّث عنها الفقهاء القدامى، من استدخال المرأة مني الرجل في قُبَلها، كما جاء في أسنى المطالب: "قد تقرر أنّ الأمة لا تصير فراشاً إلا بالوطء، أو استدخال المني، فلو كان السيد محبوب الذكر باقي الاثنتين، وأتت بولد، فهل نقول: يلحقه كما لو كان من زوجة أو لا؟"⁽³⁾، وفي المغني: "ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل، فتحمل؛ لأنّ الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً، ولذلك يأخذ الشبه منها، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تمنى بها، فلا يختلط نسبها، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منه، وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد"⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: تعريف مقاصد الشريعة وأقسامها.

مقاصد الشريعة مركّب إضافي، ومعرفة معنى المركب متوقف على معرفة أجزائه كذلك، لذا كان البدء بتعريف كل منها على حدة، ثم التعريف بهما جميعاً:

المقاصد جمع مقصد -بفتح الصاد المهملة- على وزن (مفعل) مصدر ميمي من قَصَدَ، بمعنى أمّ، وتوجهه، وأتى الشيء، واعتمده، واستقام طريقة، واعتدل وتوسط، تقول: قصد الشيء يقصده، وقصد له، وإليه؛ إذا أمّه، وتوجه إليه، وأتاه⁽⁵⁾.

(1) انظر: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية ص (407).

(2) انظر هذه الخطوات في: أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية ص (408).

(3) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (415/3).

(4) المغني لابن قدامة (80/8).

(5) انظر: كتاب العين (54/5)؛ مقاييس اللغة (95/5)؛ القاموس المحيط ص (396)؛ المصباح المنير (504/2)؛ لسان العرب (353/3).

والشريعة: مورد الماء الذي يقصد للشرب، والطريق المستقيمة، فالعرب تقول: شرعت الإبل؛ إذا وردت شريعة الماء، واشتق من ذلك الشَّرْعَة في الدين، قال الله تعالى: {لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِنْهَا جَا} [المائدة: 48]، قال الفراء: على دين وملة ومنهاج⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: ما شرع الله لعباده من الدين⁽²⁾، من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة؛ لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة⁽³⁾.

ومقاصد الشريعة هي: الحِكم الملمحوظة للشارع في تشريعاته العامة والخاصة لتحقيق مصالح العباد⁽⁴⁾. أما عن أقسام مقاصد الشريعة فتقسم إلى أقسام باعتبارات، فتقسم باعتبار حفظها للمصالح ثلاثة أقسام: مقاصد ضرورية، ومقاصد حاجية، ومقاصد تحسينية⁽⁵⁾.

فالمقاصد الضرورية، هي التي لا بُد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تخر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد، وتهارج، وفوت حياة، وهي الكليات الخمس الضرورية: حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل⁽⁶⁾.

والمقاصد الحاجية، هي: ما كان مُتَقَرِّراً إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق؛ المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين -في الجملة- الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة⁽⁷⁾.

والمقاصد التحسينية، هي التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العبادات، ومكارم الأخلاق، كالطهارات وستر العورات، فهي بمثابة السور للحفاظ على المقاصد الخمسة الضرورية⁽⁸⁾.

كما تنقسم باعتبار مرتبتها في القصد وأصلاتها قسمين: مقاصد أصلية، ومقاصد تابعة. فالمقاصد الأصلية هي التي لاحظ فيها للمكلف، وهي الضروريات المعبرة في كل ملة؛ لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة لا تختص بحال دون حال⁽⁹⁾.

والمقاصد التابعة، هي: التي روعي فيها حظ المكلف، فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل

(1) تهذيب اللغة (1/271)؛ الصحاح (4/371)؛ لسان العرب (8/175).

(2) انظر: الجامع لأحكام القرآن (16/163)؛ المطلع على أبواب المنع ص (282).

(3) التشريع الإسلامي لمناع القطان ص (15).

(4) هذا تعريف ابن عاشور رحمه الله للمقاصد العامة بتصرف يسير. انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص (251).

(5) انظر: الإحكام للأمدني (3/300)؛ الموافقات (2/16)؛ شرح الكوكب المنير (4/727)؛ نهاية السؤل للإسنوي (2/300).

(6) انظر: الموافقات (2/8).

(7) انظر: المصدر السابق (2/10).

(8) انظر: المصدر السابق (4/31).

(9) انظر: المصدر السابق (2/176).

الشهوات، والاستمتاع بالمباحات، وسد الخلات⁽¹⁾، وتنقسم باعتبار تأكيدها للمقاصد الأصلية ثلاثة أقسام: الأول: ما يقتضي تأكيد المقاصد الأصلية وتقويتها، وحصول الرغبة فيها، فهذا القسم مثبت للمقاصد الأصلية، ومقوِّل لحكمتها، ومستدع لطلبها وإدامتها، ومثاله: النكاح، فهو مشروع للتناسل على القصد الأول، ويليه السكن، والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخرى من الاستمتاع بالحلال ونحوه مما يؤدي إلى رغبة كل من الزوجين في الآخر، وحصول النسل، وهذه تعتبر مقصودة للشارع؛ لأنها تؤكد المقصود الأصلي⁽²⁾. الثاني: ما يقتضي زوال المقاصد الأصلية عيناً، ومثاله: نكاح التحليل، والمتعة؛ فهما يقتضيان زوال المقصود الأصلي من النكاح عيناً الذي هو النسل ودوام النكاح، فهذه ممنوعة⁽³⁾. الثالث: ما لا يقتضي تأكيداً، ولا يقتضي رفع المقاصد الأصلية، وذلك كنكاح القاصد لمضارة الزوجة، أو لأخذ مالها ونحوه، فهذا القسم متردد بين القسمين⁽⁴⁾.

ظهر من خلال هذا التقسيم أن من المقاصد ما هو وسيلة، فيصح إطلاق وسائل المقاصد على بعضها، ومقاصد المقاصد على بعض المعاني المرادة للشارع في بعضها.

المطلب الثالث: مقاصد الشريعة من الأسرة وعلاقتها بالمقاصد الضرورية والحاجية والتكاملية.

إن نواة الأسرة هي الزوجان، وقد عُنِيَ الشارع الحكيم بتنظيم العلاقة بينهما؛ لما يحققان من مقاصد مطلوبة للشارع، فأناط الأحكام المتعلقة بالأسرة الكثير من المقاصد التي تخدم المصالح الدنيوية والأخرى، ففيها مراعاة تامة للمصالح الفردية، والمصالح الاجتماعية، ومصالح الأمة جميعاً في منظومة متناسقة، وقد أشار إلى مجامع هذه المقاصد الفقهاء في عبارات موجزة، منهم السرخسي حيث قال: "تعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية، من ذلك: حفظ النساء، والقيام عليهن والإنفاق، ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى، وأمة الرسول ﷺ، وتحقيق مباحة الرسول ﷺ بهم"⁽⁵⁾، وقال الغزالي: "وفيه فوائد خمسة: الولد، وكسر الشهوة، وتدبير المنزل، وكثرة العشيرة، ومجاهدة النفس بالقيام بهن"⁽⁶⁾. ولما كان حفظ النسل من مقاصد الشريعة الضرورية، ناسب أن يبحث عن وسائل الحفظ عليه ببيان مقاصد الأسرة الأصلية، ومقاصدها التبعية، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: المقاصد الأصلية للأسرة.

المراد بالمقاصد الأصلية للأسرة: مقصود الشرع منها، أو التي وضع النكاح لتحقيقها شرعاً، ويمكن إجمالها في مقصدين:

(1) انظر: المصدر السابق (178/2).

(2) انظر: المصدر السابق (178/2).

(3) انظر: المصدر السابق (406/2).

(4) انظر: المصدر السابق (406/2).

(5) المسوط للسرخسي (192/4).

(6) إحياء علوم الدين للغزالي (24/2).

المقصد الأول: التناسل، والإنجاب، وكثرة الذرية، وعمارة الأرض⁽¹⁾.

هذا المقصد أصليٌّ ضروريٌّ بحكم الشرع رضي المكلف، أو لم يرض، وقد قيض الشارع وسائل لتحقيق ذلك من جهتي الوجود والعدم، فمن جهة الوجود: رغب في النكاح، وحث على الإنجاب، وتكثير الأمة، ومدح الذرية الطيبة، يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا﴾ [الفرقان: 74]، ويقول النبي ﷺ: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"⁽²⁾، ويقول ﷺ: "يا معشر الشباب، من استطاع الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج"⁽³⁾، وقد ربط ابن خلدون -رحمه الله- بين الترف وكثرة التناسل والولد، وعمارة الأرض، فقال: "إن القبيل إذا حصل لهم الملك والترف كثر التناسل والولد"⁽⁴⁾.

وأما وسائل حفظ النسل من جهة العدم، فمنها: نهي الشارع عما يقطع النسل بالكلية، أو يُقلِّله، أو يعدمه بعد وجوده⁽⁵⁾، فنهى عن التبتل والخصاء، وعن تحديد النسل وقطعه، والإجهاض، ففي حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: "رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا"⁽⁶⁾، قال ابن حجر رحمه الله: "والحكمة في منعهم من الاختصاص إرادة تكثير النسل ليستمر جهاد الكفار، وإلا لو أذن في ذلك لأوشك تواردهم عليه؛ فينقطع النسل، فيقل المسلمون بانقطاعه، ويكثر الكفار، فهو خلاف المقصود من البعثة المحمدية"⁽⁷⁾.

المقصد الثاني: حفظ الأنساب والفروج.

النكاح هو السبيل المشروع لحفظ الفروج من دنس الأهل والأصحاب، والأعداء، وذلك يستلزم حفظ الأنساب من الاختلاط؛ حتى تصان المحرمات، فلا يقع الرجل في نكاح أمه أو أخته، وفي ذلك من المفاسد ما لا يحصى، وقد ذكر الأطباء أن مقاصد النكاح ثلاثة: حفظ النسل، وإخراج الماء الذي يضر احتباسه، ونيل اللذة⁽⁸⁾، وحفظ الأنساب والفروج يقوم على أمرين متقابلين، هما: إباحة النكاح، وتحريم السفاح؛ من أجل ذلك حرم الإسلام الزنا، وما يشبهه من الأنكحة الباطلة كنكاح المتعة، ونكاح التحليل؛ لأنه لا يترتب عليها حفظ الفروج، ولا حماية الأنساب من الاختلاط⁽⁹⁾.

(1) انظر: الهداية للمرغيناني (62/2)؛ البحر الرائق لابن نجيم (269/4).

(2) سبق تحريجه.

(3) خزرج البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة (673/2)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه (1018/2).

(4) تاريخ ابن خلدون (174/1).

(5) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، لليوبي ص (259).

(6) سبق تحريجه.

(7) فتح الباري (118/9).

(8) انظر: مغني المحتاج للشربيني (123/3).

(9) انظر: المتقى للباقي (302/3)؛ الفواكه الدواني للنفراوي (3/2)؛ إغاثة اللفهان لابن القيم (85/2).

الفرد الثاني: المقاصد التبعية للأسرة.

أما المقاصد التبعية، فهي: المقاصد التي يراعى فيها حظ المكلف وما جُلبت عليه نفسه⁽¹⁾، فهي خادمة للمقاصد الأصلية للأسرة، ويمكن إجمال هذه المقاصد في ثلاثة مقاصد تبعية، هي:

المقصد الأول: حل استمتاع كل منها بالآخر (تحصين الزوجين)

إذا كانت المتعة، أو قضاء الشهوة من مقاصد الزواج التبعية، فذلك باعتبار أنها مقصودة للمكلف؛ إذ هي من حظوظ النفس البشرية، ولا خلاف في أنها مباحة، ومشروعة، لأنها تليبي رغبة للنفس فحسب، ولكن لما هو أولى من ذلك في تحقيق مقاصد الشرع من ابتغاء الولد.

المقصد الثاني: تحقيق السكن والمودة بين الزوجين.

النكاح وسيلة إلى تحقيق السكن والمودة والرحمة، وحسن الصحبة، والمعاشرة بالمعروف بين الزوجين، فحتى يتحقق من الزواج النسل، والذرية لأبد من تحقيق ذلك المعنى فيه، وقد نص كثير من الفقهاء على أنّ المقصود من النكاح: السكن، والازدواج، ووضع المرأة عند من يكفيها، ويصونها، ويحسن عشتها⁽²⁾، وهذا المعنى من المقاصد التي تخدم المقاصد الأصلية للزواج، فهو من لوازم الحياة التي تهدف إلى النسل والذرية كما في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: 21].

المقصد الثالث: تحقيق التواصل بين الأسر والعائلات.

من مقاصد الزواج التبعية تحقيق التواصل بين الأسر، والعائلات، والقبائل في المجتمع المسلم؛ من أجل التعاون والتعارف، قال الخطيب الشربيني: "من مقاصد النكاح اتصال القبائل؛ لأجل التعاضد، والمعونة، واجتماع الكلمة"⁽³⁾، قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [الفرقان: 54]، يعني خلقه في ابتداء أمره ولدًا نسبيًا، ثم يتزوج فيصير صهرًا، ثم يصير له أصهار، وأختان، وقربان⁽⁴⁾، ومن هنا حرّم الإسلام الزواج الذي يكون مظنة قطيعة الرحم⁽⁵⁾، مثل: الجمع بين المرأة وبتتها، أو المرأة وأختها، أو الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، وعلل ﷺ ذلك التحريم بقوله ﷺ: "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"⁽⁶⁾.

(1) انظر: الموافقات (2/180؛ 196).

(2) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة (7/458).

(3) مغني المحتاج (3/123).

(4) انظر: جامع البيان للطبري (19/284)؛ تفسير القرآن العظيم (6/117)؛ معالم التنزيل للبخاري (6/90)؛ أضواء البيان للشنقيطي (6/105).

(5) انظر: بدائع الصنائع (2/534).

(6) خرّجه الطبراني في المعجم الكبير (10/31)، وحسنه ابن حجر - رحمه الله - في التلخيص الحبير (3/367).

المبحث الثاني: الذرائع المانعة من الإنجاب، وأقسامها.

في هذا المبحث يكون الحديث عن الذرائع وأقسامها، والتي قد تؤثر على مقصد الأسرة من الإنجاب؛ تمهيداً لبيان موضع التلقيح الصناعي منها، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الذرائع وأقسامها.

الذرائع جمع ذريعة، والذريعة: الوسيلة، وقد تذرع فلان بذريعة أي توسل، والذريعة أيضاً: السبب إلى الشيء، يقال: فلان ذريعتي إليك أي: سببي، ووصلتي الذي أتسبب به إليك؛ وقال أبو وجزة يصف امرأة: طافت بها ذات ألوان مشبهة ... ذريعة الجن لا تعطى ولا تدع أراد كأنها جنية لا يطمع فيها، ولا يعلمها في نفسها، وسمي هذا البعير الدريئة والذريعة ثم جعلت الذريعة مثلاً لكل شيء من شيء وقرب منه⁽¹⁾؛ قال الراعي النميري:

وللمنيئة أسباب تقربها ... كما تقرب للوحشية الذرع⁽²⁾
والذريعة في الاصطلاح: ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء، وصارت في عرف الفقهاء: عبارة عما أفضت إلى فعل محرم، قال الشاطبي رحمه الله: "حقيقتها التوسل بها هو مصلحة إلى مفسدة"⁽³⁾.

فالذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، وتكره، وتندب، وتباح، فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة؛ كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل، وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقيح المقاصد أقيح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة⁽⁴⁾.

أما أقسام الذرائع، فيكون الحديث عن تقسيم الذرائع المؤدية إلى المفسدة، وهي أربعة:
الأول: وسيلة موضوعة للإفشاء إلى المفسدة قطعاً، كالزنا المفضي إلى مفسدة اختلاط الأنساب وثلثم الأعراض.

الثاني: وسيلة موضوعة للإفشاء إلى المباح، ولكن قصد بها التوسل إلى المفسدة، مثل عقد النكاح بقصد تحليل الزوجة لزوجها الأول الذي طلقها ثلاثاً.

الثالث: وسيلة موضوعة للإفشاء إلى المباح، ولم يقصد بها التوسل إلى المفسدة، ولكنها تؤدي إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، مثل: سب آلهة الكفار علناً إذا كان يفضي إلى سب الله جل وعلا.

الرابع: وسيلة موضوعة للإفشاء إلى المباح، وقد تفضي إلى المفسدة، ومصلحتها أرجح من مفسدتها، مثل النظر إلى المخطوبة، والمشهود عليها⁽⁵⁾.

(1) انظر: الصحاح للجوهري (1211/3)؛ لسان العرب لابن المنصور (96/8).

(2) هذا البيت استشهد به ابن المنصور في لسان العرب (96/8).

(3) الموافقات (183/5).

(4) الفروق للقرافي (33/2).

(5) إعلام الموقعين (109/3).

كما تقسم الذريعة باعتبار حكمها ثلاثة أقسام:
الأول: ما أجمعت الأمة على سدّه، ومنعه، وحسمه، كحفر الآبار في طرق المسلمين؛ فإنه وسيلة إلى إهلاكهم، والخلوة بالأجنبية ذريعة إلى الزنا، فحُرمت.
والثاني: ما أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تُسد، ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، والمانع من المجاورة في البيوت خشية الزنا.

والثالث: ما اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا؟

وفيه مراتب متفاوتة ويختلف الترجيح بسبب تفاوتها، كبيع الأجال عند المالكية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الذرائع المانعة من الإنجاب بين الحل والحرمة.

أثبتت النصوص الصريحة من الكتاب والسنة بأن الأصل في عملية الإنجاب وإمكانية تكوين الجنين بيد الله تعالى، وقد مهد الشارع لذلك أسباباً هي مظنات الإنجاب، إلا أن الإنسان قد يترك المظنة بركوب ذرائع مانعة. فهناك أسباب طبيعية قدرية، وهناك ذرائع مانعة من صنع البشر، فمن الأسباب القدرية: العنة في الرجال، والرتق في النساء، والعقم في الرجال والنساء.

ومن الذرائع الصناعية الخضاء في الرجال، واستئصال الرحم في النساء، ومنه الإجهاض، والعزل⁽²⁾، والوطء دون الفرج، واستخدام الواقي الذكري، والأدوية المانعة للحمل، والامتناع من الزواج، أو من الوطء، وقد ورد الدليل الشرعي على تحريم بعض هذه الوسائل الصناعية، وإباحة بعضها.

أما الوسائل الطبيعية فقد أرشد الشارع الحكيم إلى كونها قدرية، يجب التسليم لها، وعدم التضجر منها كحال المرضى والمبتلين، والميؤوس من شفائهم ظاهراً، إلا بمشيئة الله، فمن ذلك ما جاء من الإشارة إلى العقم في القرآن الكريم: ﴿يَلَهُ مَلِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ [النورى: 49، 50]، فقوله ﴿وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيماً﴾ يقول: لا يُلقح، ولا يولد له⁽³⁾، فالعقيم: الذي لا يولد له، وهذا كله مدبر بالعلم والقدرة⁽⁴⁾.

كما نهي النبي ﷺ الاختصاص؛ لإفضائه إلى منع الإنجاب؛ في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: "رَدَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى عَثْمَانَ بْنِ مَطْعُونِ التَّبْتَلِ، وَلَوْ أذُنُ لَهُ لِاخْتِصِينَا"⁽⁵⁾.

وخير الفقهاء الأزواج عند ظهور بعض العيوب المانعة من الوطء؛ الذي هو طريق الإنجاب الطبيعي، فقد خيروا المرأة عند جب الرجل، أو عنته، كما خيروا الرجل عند رتق المرأة وقرنها وعفلها، وذلك لأن هذه

(1) انظر: الفروق للقرافي (33/2)؛ الموافقات للشاطبي (131/3)؛ البحر المحيط للزركشي (93/8)؛ شرح مختصر الروضة للطوفي (212/3).

(2) العزل أي التزويج بعد الإيلاج لينزل خارج الفرج. فتح الباري لابن حجر (305/9).

(3) جامع البيان للطبري (557/21).

(4) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية (43/5).

(5) سبق تخريجه.

العيوب تمنع المقصود الأول من الزواج، ألا وهو الوطاء، ومع أن الإسلام حثّ على نكاح الولود الودود إلا أنه لم يخير الرجل عند عقم المرأة ولا المرأة عند عقم الرجل، باعتباره قضاء من الله وقدر غير مانع من الوطاء الذي هو مقصد أصلي في النكاح، مثل طلب النسل.

أما الإجهاض فهو من التعدي على الحمل، وهو منهي عنه شرعاً للآيات الدالة على التحذير من قتل الأولاد، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾ [الأنعام: 151]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: 31]، ولما أوجب الشارع في قتل الجنين في بطن أمه من الدية، ففي حديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قضى في امرأتين من هذيل اقتتلتا، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فأصاب بطنها وهي حامل، فقتلت ولدها الذي في بطنها، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقضى: أن دية ما في بطنها غرة عبد أو أمة، فقال ولي المرأة التي غرمت: كيف أغرم، يا رسول الله، من لا شرب ولا أكل، ولا نطق ولا استهل، فمثل ذلك يطل، فقال النبي ﷺ: "إنما هذا من إخوان الكهان" (1).

أما العزل، ويدخل في معناه أدوية المنع المؤقت للحمل، والواقى الذكري، مما يعرف بتنظيم الحمل، فهو مباح بدليل حديث جابر رضي الله عنه قال: "كنا نعزل على عهد النبي ﷺ والقرآن ينزل" (2)، قال ابن الجوزي: "والعزل: عزل الماء عن الفرج بالإنزال خارجاً منه عند الجماع، وهو جائز، إلا أنه إن كانت الموطوءة حرة لم يميز العزل إلا بإذنها، وإن كانت أمة لم يميز إلا بإذن سيدها" (3)، وفي رواية عند جابر قال: قلنا: يا رسول الله، إنا كنا نعزل، فزعمت اليهود أنها الموءودة الصغرى، فقال: "كذبت اليهود، إن الله إذا أراد أن يخلقه فلم يمنعه" (4).

ولما تذاكر أصحاب رسول الله ﷺ عند عمر رضي الله عنه عن العزل، واختلفوا فيه، قال عمر: قد اختلفتم وأنتم أهل بدر الأخيار، فكيف بالناس بعدكم، فقال علي رضي الله عنه: إنها لا تكون موءودة حتى تمر بالتارات السبع، قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾ [المؤمنون: 12] الآية، فعجب عمر من قوله، وقال: جزاك الله خيراً، فأخبر على أنه لا يواد إلا من قد نفخ فيه قبل ذلك، وما لم ينفخ فيه الروح موات غير موءود (5).

وهكذا نجد أن هناك ذرائع مفتوحة؛ حيث منع الإنجاب فيها مؤقت من صنع البشر، وأن استخدامها لا يمنع قضاء بخلق الجنين، كما أن هناك ذرائع تسد من أجل عودها بالفساد على الإنجاب المقصود للشارع للحفاظ على النوع الإنساني.

(1) خرجه الشيخان في صحيحهما: البخاري في كتاب الطب، باب الكهانة (135/7)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاريرين والقصاص والديات، باب دية الجنين (1309/3).

(2) خرجه الشيخان في صحيحهما: البخاري في كتاب النكاح، باب العزل (33/7)، ومسلم في كتاب الحج، باب حكم العزل (1065/2).

(3) كشف المشكل من حديث الصحيحين (16/3).

(4) سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء العزل (435/3)، وأحمد في المسند (389/17).

(5) شرح صحيح البخاري لابن بطال (330/7).

المطلب الثالث: أثر الذرائع المانعة من الإنجاب على مقصد الأسرة.

من مقاصد الأسرة التكاثر والتناسل بإنجاب الذرية الطيبة لتكثير أمة محمد ﷺ، كما أن من مقاصدها إعفاف الزوجين من الزنا، وتضمين الاستقرار والسكن لهما، والذرائع الصناعية التي تمنع الإنجاب بتاتاً وتحده حدّاً تعود على بعض مقاصد الأسرة كالتكاثر والتناسل بالطلاق، ولذا فهي تُسدّ، وتُمنع، ولا يجوز سلوك هذه الوسائل من أجل نقضها ما يدعو الشارع إلى بنائه كالإجهاض، والاختصاص في الرجال، واستئصال الرحم في النساء، فهي تعطل المقصد الشرعي من الأسرة.

أما الوسائل الطبيعية التي لا تمنع الوطاء كالعقم مثلاً؛ فإنّ الشارع الحكيم قد أرشد إلى وجودها، وعلى المرء الصبر والاحتساب في هذه الحالات، وبخاصة أنه قد يكون لحكمة، ولا ينبغي أن يكون ذلك سبباً للطلاق، أو الخلع، أو ممارسات غير أخلاقية؛ بحجة أنّ الإنجاب مقصد شرعي، لأنّ الولد وإن كان من مقاصد الأسرة إلا أن هناك مقاصد أخرى لا تقل أهمية عنه، من الإعفاف والاستقرار والسكن، وهل يجوز سلوك وسائل للتغلب على العقم، هذا ما يأتي بيانه في المبحث الثالث.

المبحث الثالث: التلقيح الصناعي بين تحقيق مقصد الشريعة، وركوب الذرائع المانعة.

بعد التعريف بالتلقيح الصناعي، وعرض مقاصد الشريعة من الأسرة والذرائع المانعة من تحقيقها، ووسيلة طلب الإنجاب الطبيعي، يأتي بيان وسيلة الإنجاب الصناعي وما يشتمل عليه من ذرائع، ويبحث في ثلاثة مطالب، يمهد لها ببيان حكم الشارع في تحديد النسل.

التمهيد في حكم الشارع من وسائل منع الحمل، وتحديد النسل.

إنّ منع الحمل يتعارض ومقصد الشارع من المحافظة على النسل، والترغيب في التكاثر، إلا أن يكون لضرورة الحفاظ على حياة المرأة مثلاً، أو صحتها، بأن كانت لا تلد إلا بالعمليات الجراحية، أو يخاف عليها الموت؛ فإنّ أخف الضررين حيثئذ يكون بمنع الحمل، ولا يجب على المرء أن يضرّ بنفسه لينفع غيره، أما تنظيم النسل، فلا يتعارض مع المقصد الأساس من الزواج إلا أنه يُؤثر فيه ويقلل منه، وهو ممنوع كذلك إلا أن يكون لعذر شرعي، من هنا حذر الله سبحانه وتعالى من قتل الأولاد، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾ [الأنعام: 151]، وقال في موضع آخر: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: 31].

وقرر هيئة كبار العلماء بالملكة بأنه: "لا يجوز تحديد النسل مطلقاً، ولا يجوز منع الحمل إذا كان القصد من ذلك خشية الإملاق؛ لأن الله تعالى هو الرزاق ذو القوة المتين.. أما إذا كان منع الحمل لضرورة محققة ككون المرأة لا تلد ولادة عادية، وتضطر معها إلى إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين، أو كان تأخيرها لفترة ما لمصلحة يراها الزوجان، فإنه لا مانع حيثئذ من منع الحمل، أو تأخيرها عملاً بما جاء في الأحاديث الصحيحة، وما روي عن جمع من الصحابة رضوان الله عليهم من جواز العزل..."⁽¹⁾.

(1) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء (530/2).

فالوسائل التي لا تمنع الحمل مطلقاً كالعزل⁽¹⁾، أو ترك الجماع في يوم تخصيب الرحم، وهو اليوم الرابع عشر، وما قاربه في الدورة الشهرية للمرأة، فإذا توافرت مع ذلك المبررات القوية للتنظيم، فلا حرج في ذلك، وبخاصة أنه لا يضر المرأة، أما ما عدا ذلك من الوسائل الكيماوية من العقاقير والإبر، فإنها مضرّة للمرأة، ولها تأثيرات جانبية على صحة المرأة وتنظيم دورتها، لذا فإنها تمنع منع الوسائل.

أما الذرائع المانعة عملية الإنجاب الصناعي فهي:

1- الكشف عن العورة المغلظة، حيث لا يتأتى الإنجاب خارج الرحم إلا بتدخل بشري لمعالجة مني الذكر وبيضة المرأة، وقد شدد الشارع في النظر إلى العورات؛ لأنه يبريد الزنا؛ لذا أمر الشارع المسلمين بغض البصر، ومنع اللمس، والاستئذان.

2- لمس العورة المغلظة، ولا شك أن لمس العورات مظنة اللذة، لذا أوجب اللمس الوضوء عند جمهور الفقهاء، وإذا كان اللامس أجنبياً أو أجنبية فلا يبعد أن يجزئ فيها أو في أحدهما شهوة، وكل ذلك ذريعة للوقوع في الفاحشة.

3- تكرار النظر إلى العورة، وتكرار اللمس، وذلك لمتابعة الحمل والتأكد من تطوره في مراحلها، وهذا التكرار يورث الأنس بين الأجنبيين؛ مما قد يجعل للشيطان نصيباً في قلوبهم.

4- اشتغال مختبر التلقيح على نطف أجنبية، من هنا قد يحدث خلط بين النطف؛ إما قصداً، وإما خطأ؛ مما يسبب خلط الأنساب، وهذا ينتهض شبهة تمنع التلقيح كما منع النكاح من اختلطت أخته بأجنبية، حيث شدد الشارع في صيانة الأنساب.

5- التلقيح الصناعي جلب مصلحة متوقعة، والمنع منه لدفع مفسدة غالبية، ودفع المفسدة مقدّم على جلب المصلحة المتوقعة، وبخاصة أن من لم يولد له فترة طويلة قد يلد، بدليل الوقوع.

6- قلّة نسبة نجاح عملية التلقيح الصناعي؛ حيث أثبتت دراسات بأن نسبة النجاح فيه تمثل 30٪ فقط من الحالات، مع ما يكلف من أموال باهضة، وهذه النسبة مغمورة في بحر المفاسد المحتقّة به؛ من احتمال إصابة الجنين بتشوهات خلقية، واجتماعية، ونفسية⁽²⁾.

7- هضم حق الولد في المحافظة على عرضه في المجتمع، بوسمه بالطفل الصناعي بين أقرانه، وما يترتب على ذلك من حالات نفسية.

المطلب الأول: العقم في ضوء مقاصد الشريعة.

العقم حالة تحول دون التناسل في الذكر والأنثى⁽³⁾، فيقال: هذه امرأة عقيم، كما قال الله تعالى: ﴿وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ﴾ [الذاريات: 29]، وكذلك يقال: رجل عقيم إذا كان لا يُولد⁽⁴⁾، قال الشاعر:

(1) انظر: الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، د. عائشة أحمد سالم ص (81).

(2) راجع مجموعة من الأضرار الناجمة عن التلقيح الصناعي في: الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي ص (120)؛ فقه النوازل، بكر أبو زيد (270/3).

(3) المعجم الوسيط (617/2).

(4) معاني القرآن وإعرابه للزجاج (434/3).

عُقِمَ النِّسَاءُ فَلَنْ يَلِدْنَ شَبِيهَهُ ... إِنَّ النِّسَاءَ بِمَثَلِهِ عَقْمٌ
فالعقيم الذي لا يولد له يطلق على الذكر والأنثى⁽¹⁾.

والواقع أن من العقم ما هو مرض عارض، ومنه ما هو خلقه، سواء أكان في الرجل أم المرأة⁽²⁾، فالمرضى المسلم يعالج بالطرق المشروعة التي لا حرام فيه، والمبتلى به يصبر عليه، وهل يمكن عد التلقيح الصناعي علاجاً للعقم، وهل يُعدّ عيباً في النكاح؟

اختلف في ذلك آراء الفقهاء، وقد رأى أوسطهم أنه يوجب الاختيار قبل الزواج لا الخيار بعده؛ لأنه وإن كان من مقاصد الأسرة التناسل، فإن هناك مقاصد أخرى كثيرة تتحقق بدونها، لذا اتفق جمهور الفقهاء على أن العقم ليس عيباً يثبت به خيار طلب فسخ عقد النكاح إذا وجد أحد الزوجين في الآخر، قال ابن قدامة رحمه الله: لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً، إلا أن الحسن قال: إذا وجد أحد الزوجين الآخر عقيماً ينجير، وأحب أحمد تبيين أمره، وقال: عسى امرأته تريد الولد، وهذا في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت به لثبت بالأيسة؛ ولأن العقم لا يعلم، فإن رجلاً لا يُولد لأحدهم، وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ، ولكن يستحب لمن فيه العقم أن يعلم الآخر قبل العقد، ولا يجب عليه ذلك⁽³⁾.

وقال ابن القيم: إن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، ولا يحصل مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الفسخ، وفي سياق سرد العيوب التي توجب الخيار، ذكر ابن القيم بأن "القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار"⁽⁴⁾.

ويحرم على الرجل تناول دواء يقطع الشهوة بالكلية، كما يحرم على المرأة تناول ما يقطع الحبل⁽⁵⁾، فقد صرح الفقهاء بأنه يجب في إذهاب قوة الحبل من المرأة، والإحبال من الرجل بجناية دية كاملة لانقطاع النسل فيكمل فيه الدية⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: المنع من السفاح لتحقيق مقصد الشارع من الإنجاب.

مع أن الإنجاب من دواعي الفطرة والغريزة فهو أيضاً مطلب ديني، ومقصد شرعي، امتن الله به على عباده، فقال عز من قائل: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنًا وَحَفْذَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ [النحل: 72]، وحث الشارع على التكاثر والإنجاب حفاظاً على النسل، وتكثير الولد بالترغيب في نكاح الولود، ومنع من يحد منه من التبتل، إلا أن

(1) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (2/423).

(2) انظر تفصيل أسباب العقم في الرجال والنساء في: أطفال الأنابيب بين العلم والشرعية ص (31) وما بعدها؛ الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم ص (28).

(3) انظر: المعنى (187/7).

(4) زاد المعاد في هدي خير العباد (5/166).

(5) انظر: نهاية المحتاج (6/182).

(6) انظر: تحفة الفقهاء (3/109).

الوسيلة المؤدية إليه لا بُد أن تكون مشروعة، لذا نظمها الشارع وحصره في النكاح، ومنعه بالسفاح، فإن الشارع يمنع الوسائل المحرمة إلى المقاصد المطلوبة، ذلك أن الغاية لا تُبرَّر الوسيلة، والذرائع تسدُّ، فقد شدد الله تعالى في أمر السفاح مع أنه مظنة للولد، حيث شرع ما يقضي بالحد على الزانية والزاني بما قد يصل إلى إزهاق أنفسهم، وإن كانوا قد سلخوا سبيلاً يؤدي في الغالب إلى تحقيق مقصد شرعي، فنفى نسب الولد الذي يحصل عن طريق السفاح، فقطع نسبه عن والده الطبيعي، وقصر نسبه على أمه مع أن النسب في الشرع تكتسب من قبل الأب. فهذا يدل دلالة واضحة أن بعض الوسائل التي يُراد منها تحقيق المقصد الشرعي قد يمنع، وعلى هذا يظهر أنه ليس كل وسيلة متبعة للإنجاب مشروعة، وبخاصة الصناعية منها، ولا سيما إذا عاد على مقاصد أخرى بالبطلان، فإن مقاصد الأحكام منتظمة تؤيد بعضها بعضاً ولا تبطلها، كما سيأتي بيانه.

المطلب الثالث: التلقيح الصناعي في تحقيق مقصد الشارع من الإنجاب.

السالكون وسيلة التلقيح الصناعي للإنجاب يرومون تحقيق مقصد شرعي، ألا وهو الإنجاب والتكاثر غير أن لهذا التلقيح طرقاً عديدة، وصوراً كثيرة في الطب الحديث الذي أثبت أن السبب الأعم في عقم النساء يكمن في انسداد قناة فالوب، ففكر الأطباء في تحطيم عائق القناة المسدودة بالتلقيح الصناعي؛ وذلك عن طريق الحصول على البيضة من مبيض المرأة بعملية جراحية، ثم إخصابها في المعمل بحيوان منوي، ثم تنمية البيضة المخصبة بعد اكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم، وقذف البيضة فيه بعد تلقيحها وزرعها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي المعروف⁽¹⁾، وتنحصر أهم طرق التلقيح الصناعي في سبعة صور، هي: الأولى: أن يجري التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع تلك اللقحة في رحم زوجته، والثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقحة في رحم الزوجة، والثالثة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة متطوعة بحملها، والرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقحة في رحم الزوجة، والخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة الأخرى، والسادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة، والسابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً⁽²⁾.

وقد قرّر الباحثون المعاصرون والمجامع الفقهية وهيئات الإفتاء بأن الطرق الخمس الأولى محرمة شرعاً، ومنوعة منعاً باتاً إما لذاتها، وإما لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب، وضياع الأمومة، وفي الحديث "الولد

(1) انظر: أحكام النسب في الشريعة الإسلامية للدكتور علي محمد المحمدي ص (220).

(2) انظر: فقه النوازل، بكر أبو زيد (262/3)؛ مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (16) ص (34)؛ القرار الثاني للمجمع الفقهي الثاني في دورته الثامنة في مكة المكرمة لعام 1405 هـ؛ الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام جمع الجريسي ص (563)؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث (429/1).

للفراش وللعاشر الحجر⁽¹⁾، وغير ذلك من المحاذير الشرعية، كما أشار الأطباء إلى أضرار أخرى من احتمال تشوهات خلقية للأجنة، واحتمال الخلط بين مني رجل مع غير زوجته، أو ببيضة امرأة مع مني رجل آخر ليس بزوجها، كما قد يوجد فائض من مني بعض الرجال أو أجنة مجمدة في بعض المستشفيات قد يساء استخدامها، أو تحصل التجارة بها مما يولد محاذير شرعية وخلقية لا يقرها عقل ولا شرع⁽²⁾، وقد تناقلت وسائل الإعلام أنّ أحد أطباء التلقيح الصناعي في بريطانيا كان يستخدم منّي لتلقيح النساء بدل من نطف أزواجهن، مما أثبت له ما يقرب من ستائة ولد⁽³⁾.

وأما الطريقتان السادسة والسابعة فأغلبهم لا يرى حرجاً من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة، مع اشتراط عدم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمتمهي الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح⁽⁴⁾.

وقد بنى المجيزون حكمهم على أن عملية التلقيح تتم بين ماء الزوجين وتعاد إلى رحم الزوجة، فهي كالمعاشرة الطبيعية بين الزوجين، لذا يثبت فيها النسب من الزوج صاحب الفراش، وأن فيها تأكيداً على حفظ مقاصد الأسرة، وتحقيق السعادة النفسية والاجتماعية للزوجين.

ومن أجل ما قد يشوب حكم الإباحة لتلك الطريقتين من احتمال اختلاط النطف واللقائح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، وما قد يحصل من تكشف للعورات المغلظة للزوج أو الزوجة أمام الأجانب، منع بعض الفقهاء المعاصرين جوازها بناءً على تلك الاحتمالات⁽⁵⁾.

ومع أن المجيزين لهاتين الطريقتين قيدوا الجواز بأن لا يُلجأ إلى ممارسة ذلك التلقيح الصناعي إلا في حالة الضرورة القصوى، وبمتمهي الاحتياط والحذر من اختلاط النطف والتأكد من خلال أطباء ثقات على نجاح العملية، أو حصول غلبة الظن على نجاحها مع الحرص أن لا تكشف عورة المرأة إلا طيبة مسلمة، أو رجل عند عدمها والضرورة قائمة⁽⁶⁾.

فعند التحقيق يصعب التزام هذه الضوابط بل يتعذر، وبخاصة بعد أن أصبح التلقيح الصناعي تجارة

(1) خرّجه الشيخان في صحيحهما: البخاري في كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات (54/3)، ومسلم في كتاب النكاح، باب الولد للفراش وتوفي الشبهات (1080/2).

(2) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث (461/1).

(3) تناولت الصحف البريطانية هذه القضية عن الطبيب بيتولد ويسنير (Bertold Wiesner) في عام 2012م، وعنونوا للمقالة بـ: (Un Britannique serait le père biologique de 600 enfants) انظر موقع:

<http://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/04/10/17949>

(4) انظر: المراجع السابقة.

(5) انظر: أحكام النسب في الشريعة للمحمدي ص (223)؛ الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام ص (563).

(6) انظر: القرار الثاني لمجمع الفقه التابع للرابطة في دورته الثامنة ص (150) من كتاب قرارات مجلس المجمع الفقهي طبعة رابطة العالم الإسلامي الطبعة الثالثة 1410 هـ؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث (471/1).

رابحة؛ تدر أموالاً طائلة، حتى تفنن الأطباء في انتقاء النطف، وتقديم عروض مغرية لطلاب الأولاد، ويظل نجاح العملية شاغل الطبيب، ومع فساد الذمم، وطغيان المادة على بني البشر، وبخاصة أن رواد مختبرات التلقيح الصناعي من غير المسلمين، بل ومن الشواذ منهم غالباً، فيصعب الالتزام بضوابط خارجية. ثم إن الضرورة لا تتحقق في طلب الولد حتى تركيب الذرائع المانعة لإباحة التلقيح الصناعي؛ لأن الضرورة تعني فوات موجود، أو إصابته بالخلل، ولا ولد هنا بعد، وما قد يذكر من إصابة المرأة بحالات نفسية، أو ضغوط اجتماعية، فهناك أطباء نفسانيون لمعالجة مثله هذه الحالات، ولا يتمحض التلقيح الصناعي الطريق الوحيدة للتفتيس عنها، ولعلّ الحالة الوحيدة التي يمكن أن يفتى فيها أفراد الأزواج الراغبين في التلقيح الصناعي ما إذا كان عن استدخال النطفة من قبل أحد الزوجين دون تدخل طرف أجنبي.

الخاتمة

الحمد لله؛ الذي أنعم بإتمام هذا البحث، أحمده على آلائه، وأشكره على توفيقه، وأصلي وأسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين محمد المصطفى الأمين، الداعي إلى رضوانه، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد: فقد أسفر البحث عن نتائج مفيدة، وتوصيات قيمة، أهمها:

- 1- أن الحفاظ على النسل مقصد ضروري وأصلي من مقاصد الشريعة، وله وسائل مشروعّة لتحقيقها تميزها الشرع، وذرائع لتحصيلها يسدها الشارع.
- 2- أن مقاصد الأسرة في الشريعة تنتظم في تحقيق الألفة بين الزوجين، والمودة، والرحمة والسكن والإنجاب، وإثبات النسب، والحفاظ على العرض.
- 3- أن الذرائع الممنوعة إلى المقاصد الشرعية تسد وتمنع؛ بناءً على أنّ الغاية لا تبرّر الوسيلة في الإسلام.
- 4- أن التلقيح الصناعي محتف بذرائع ومحاذير ومخاطر كثيرة مانعة من عدّه وسيلة مشروعّة لتحصيل مقصد الشارع من الإنجاب.
- 5- أن إناطة حكم جواز التلقيح الصناعي بين الزوجين عند حصره على مائتها بالضرورة وفق ضوابط وشروط غير مسلمة، مع العلم أنّ الضرورة تقدّر بقدرها، ولا مجال للاختيار فيه، وإلا خرج عن الضرورة، وعليه فلا يقوى المبررات المذكورة لإباحة هذا التلقيح.
- 6- أنّ في اعتبار العقم مرضاً تجوّز؛ نظراً أنّ العقيم لا يُعاني ألماً، ولا يشكو علة، وإن كان منه ما يمكن التغلب عليه باستخدام بعض المستحضرات الطبية، فإنّ منه ما لا ينفع فيها ذلك بحال، إلا أن يشاء الله تعالى.
- 7- أن التلقيح الصناعي ليس السبيل الوحيد؛ لحل مشكلة عدم الإنجاب الطبيعي، بدليل أن بعض من لم يولد له عشرات السنين أنجب بعد ذلك.

أما عن التوصيات، فهي:

- 1- أن البحث عن وسائل طبية جديدة لعلاج العقم بدل التلقيح الصناعي يبقى ميداناً رحباً للأطباء؛

لإخضاع الطب لمتطلبات الشريعة بما يتفق مع العلم ولا يختلف.

2- أنه لا يمكن إطلاق فتوى عامة بجواز التلقيح في بعض صورته، بل المنع العام منه أقرب، لكن إمكان استدخال المني من قبل أحد الزوجين مباشرة دون تدخل طرف ثالث يفتح آفاقاً أمام المستفتين لاستفتاء العلماء الريانيين عند الحاجة.

3- أن يرجع الأطباء إلى الفقهاء في المستجدات الطبية؛ ليجد الفقهاء حلاً مقنعاً لتلك النوازل، ولا يجتهدوا بأنفسهم في إلحاقه ببعض الحالات المشابهة في كتب التراث الإسلامي.

قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم، رواية حفص عن عاصم.
2. أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، للدكتور خالد محمد صالح، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، مصر، 2011م.
3. الأحكام الشرعية المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، للطالبة: لبنى محمد جبر/ شعبان الصفدي، بإشراف الدكتور ماهر حامد الحولي، بحث تكميلي للحصول على الماجستير عام 1428هـ-2007م، من قسم الفقه والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، غير منشور.
4. الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، للدكتورة عائشة أحمد سالم حسن، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1429-2008م.
5. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، إشراف: زهير الشاوش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية: 1405 هـ - 1985م.
6. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي (ت: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، د.م.ط.
7. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنيطي (ت: 1393هـ)، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبع سنة 1415 هـ - 1995م.
8. أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، زياد أحمد سلامة، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1417هـ-1996م.
9. إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1411 هـ - 1991م.
10. الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، للدكتور محمد المرسي زهرة، من مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، نشر عام: 1993هـ.
11. البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: 794هـ)، دار الكتيب، الطبعة الأولى: 1414 هـ - 1994م.
12. تاريخ التشريع الإسلامي، لمناع بن خليل القطان (ت: 1420هـ)، مكتبة وهبة، الطبعة الخامسة: 1422هـ-2001م.
13. تفسير القرآن العظيم، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت: 774 هـ). تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر، الطبعة الثانية: 1420 هـ - 1999م.
14. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، تحقيق: أبي عاصم حسن بن عباس بن قطب مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى: 1416هـ-1995م.
15. جامع البيان في تأويل آي القرآن، لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبي جعفر الطبري (ت: 310هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: 1420 هـ - 2000م.
16. زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون: 1415 هـ - 1994م.
17. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبي عيسى (ت: 279هـ)، تحقيق: أحمد محمد

18. شاكر، وآخرين، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية: 1395 هـ - 1975م.
شرح صحيح البخاري، لابن بطال أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت: 449هـ)، تحقيق: أبي تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية: 1423 هـ - 2003م.
19. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة: 1407 هـ - 1987م.
20. صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسنته وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: 1422 هـ.
21. صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، لمسلم بن الحجاج أبي الحسن القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
22. غريب الحديث، لأبي عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (ت: 224هـ)، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، الدكن، الطبعة الأولى: 1384 هـ - 1964م.
23. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، ترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، طبع عام: 1379هـ.
24. الفروق = أنوار البروق في أنوار الفروق، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي (ت: 684هـ)، عالم الكتب، د.م.ن.
25. فقه النوازل (قضايا فقهية معاصرة) بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1423-2002م.
26. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامية، دار القلم، بيروت، لبنان، من الدورة الثانية حتى العاشرة (1406-1418هـ)، الطبعة الثانية: 1418-1998م.
27. كشف المشكل من حديث الصحيحين، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (ت: 597هـ)، تحقيق: علي حسين البواب، دار الوطن، الرياض.
28. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (ت: 711هـ)، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة: 1414هـ.
29. المبسوط، لشمس الدين السرخسي (ت: 490هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1414 هـ - 1993م.
30. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت: 542هـ)، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: 1422 هـ.
31. مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: 241هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وآخرين، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى: 1421 هـ - 2001م.
32. معجم اللغة العربية المعاصرة، للدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ)، عالم الكتب، ط 1: 1429 هـ - 2008م.
33. الموطأ، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي، الإمارات، الطبعة الأولى: 1425 هـ - 2004م.
34. الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي (ت: 790هـ)، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى: 1417 هـ - 1997م.
35. نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1420 هـ - 1999م.
36. les procréations assistées; état des questions; Devichi (J.R) Rev. Trim.dr.CIV.1987
37. <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2012/04/10/17949>

إشكالية تحديد لحظة الوفاة وأثرها في مسائل الميراث والعدة دراسة مقارنة بين الفقه والطب والقانون

بقلم

د. عبد القادر رحال

أستاذ محاضر "أ" في الشريعة والقانون

كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر 1

rahalabdelkader511@yahoo.com

مقدمة

لما كانت الوفاة هي الحتمية التي تنقضي بها الحياة الإنسانية، ويتقل فيها الشخص إلى عالم غير العالم التي كان يعيش فيه، وباعتباره عنصراً من المجتمع كانت تربطه علاقات مع الأشخاص بدءاً من أسرته، فإن حصول الوفاة تعتبر الأمر الجلل بالنسبة إليهم، إذ تتعلق بذلك حقوق، وتترتب التزامات، منها انتقال الملكية للخلف وحساب العدة، وحلول الأجل بخصوص الدين، وإباحة نقل وزرع الأعضاء وغيرها من الأحكام، وبناء على ذلك، فقد سلك الأطباء والفقهاء مسلك البحث عن الزمن الدقيق الذي حصلت فيه الوفاة، وهو المعبر عنه بـ "تحديد لحظة الوفاة". على أن حصول الوفاة ليس ظاهرة بيولوجية فحسب، وإنما ظاهرة قانونية تنجم عنه مجموعة من الآثار الشرعية والقانونية في شتى المجالات..

والجددير بالذكر أن مسألة تحديد لحظة الوفاة قديماً لم تكن تثير أي إشكال في جوانب عدة، ذلك أن السائد من أزمته قديمة إلى منتصف القرن العشرين - في ظل ما كان متاحاً - أن الوفاة تحصل بتوقف القلب عن النبض وكذا جهاز التنفس لمدة يستقر فيها الرأي أن الشخص قد مات، وظل الأمر مستمراً بين الأطباء والفقهاء، إلا أنه قبل عقود من الزمن وفي ظل التطور التكنولوجي الحديث الذي طرأ على مهنة التطبيب، وبعد اختراع أجهزة الإنعاش الصناعية، أثرت مسألة توقف الدماغ - جذع الدماغ على وجه الخصوص - توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، مع بقاء القلب والتنفس يعملان تحت تأثير أجهزة الإنعاش، وتوسع الخلاف بين الأطباء وكذا فقهاء الشرع والقانون حول الموضوع، وطرحت إشكالية مدى اعتبارها علامة على تحقق الوفاة، أم لا بد من توقف جميع أعضاء جسم الإنسان توقفاً لا رجعة فيه كما كان الحال في السابق؟ وكيف اكتسب التدقيق في تحديد لحظة الوفاة على صحة انتقال الإرث وحساب العدة؟.

أهمية الموضوع:

تظهر في كونه يرتبط ارتباطاً مباشراً بمقصد حفظ النفس الضروري، التي حرصت الشريعة الإسلامية على رعايته من جانبي الوجود والعدم، والأمر نفسه بالنسبة للتشريعات الوضعية الذي تعاطت معه لارتباطه بالحق في الحياة وكذا الحق في السلامة الجسدية، ولكونه من صميم مهنة الأطباء على وجه التحديد، والتي منحها الشرع والقانون الاستثناء في إباحة التصرف في جسم الإنسان بالشروط والضوابط التي كفلت نزاهة المهنة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، كونه تترتب عنه مجموعة من الآثار من جوانب عدة، وخاصة ما تعلق منها بقضايا شؤون الأسرة - محل البحث - على غرار الميراث وحساب العدة.

الدراسات السابقة:

لقد تم البحث في موضوع الوفاة وتحديد زمنها وكذا ما تعلق بموت الدماغ في عدة دراسات كنت قد استفدت منها تمثلت فيما يلي:

أولاً: مقال الإنعاش الصناعي وتحديد لحظة الوفاة: للدكتور شعبان أبو عجيلة عصاره منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية بجامعة الزاوية، تحدث فيه عن معايير تحديد لحظة الوفاة عند الأطباء وفقهاء الشريعة والقانون، لكنه لم يبين الآثار المترتبة عن ذلك، ولم يعتمد على المصادر المعتمدة في الباب.

ثانياً: موت الدماغ: للدكتور سعد بن عبد العزيز الشويخ، مقال منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 11، لسنة 2011، تكلم فيها عن معايير تحديد لحظة الوفاة عند الأطباء وفقهاء الشريعة الإسلامية فقط، ولم يتعرض إلى ذكر رأي القانون مطلقاً، ولا حتى الآثار المترتبة عن الخلاف في الموضوع.

ثالثاً: الموت الدماغى: للدكتور إبراهيم صادق الجندي، رسالة أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، اقتصر فيها الباحث على ذكر مدلول للموت وبيان أحكام موت الدماغ، وما تعلق من مسؤولية الطبيب حول عملية زرع ونقل الأعضاء. ولم يتعرض إلى التفصيل الوارد حول معيار تحديد لحظة الوفاة، ولا حتى الآثار المترتبة عنه.

انطلاقاً مما تم ذكره، ومن إشكالية البحث، قمت بتقسيم الخطة إلى ثلاث مطالب سلكت فيها مسلك التحليل والمقارنة، وتحتوي على عناوين جزئية على شكل مسائل وفروع وقد تمثلت فيما يلي:

المطلب الأول: حقيقة الموت في اصطلاح الفقهاء والأطباء

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية والطبية في تحديد لحظة الوفاة

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن تحديد لحظة الوفاة على قضايا شؤون الأسرة " الميراث والعدة أنموذجاً "

خاتمة

المطلب الأول: حقيقة الموت في اصطلاح الفقهاء والأطباء

الفرع الأول: حقيقة الموت عند الفقهاء

لم يرد في كتاب الله تعالى تحديد لحقيقة الموت، وإنما وردت إشارات عامة عنه، منها قوله تعالى في وصف النوع الأخير: ﴿كلا إذا بلغت التراقي (26) وقيل من راق (27) وظن أنه الفراق (28) والتفت الساق بالساق (29) إلى ربك يومئذ المساق (30)﴾¹. كما لم يرد في السنة النبوية تعريف للموت وبيان لحقيقته، وبناء على ذلك اختلفت مسالك العلماء في تحديد مفهوم للموت وضابطه، بين موسع ومضيق، وبين من اعتبر وجود علامات دلالة عليه، ومن لم يعتبر ذلك. قال الإمام الغزالي رحمه الله: "اعلم أن للناس في حقيقة الموت ظنوناً كاذبة قد أخطئوا فيها... وكل هذه ظنون فاسدة ومائلة عن الحق. بل الذي تشهد له طرق الاعتبار وتنطق به الآيات والأخبار أن الموت معناه تغير حال فقط، وأن الروح باقية بعد مفارقة الجسد. ومعنى مفارقتها للجسد انقطاع تصرفها عن الجسد بخروج الجسد من طاعتها، فإن الأعضاء آلات للروح تستعملها... والموت عبارة عن استعصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات والروح مستعملة لها - إلى أن قال: نعم لا يمكن كشف الغطاء عن كنه حقيقة الموت من لا يعرف الحياة"². كما ورد بأن الموت: "هو مفارقة الروح للجسد لعدم صلاحية الجسد لاحتوائها، ويحدث ذلك نتيجة توقف جميع الوظائف الحيوية توقفاً تاماً، وأن تحديد هذا التعطل للوظائف إنما هو من اختصاص الأطباء"³. وقد ذكر الدكتور أبو زيد في بحثه حول أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء: "أن حقيقة مفارقة الروح البدن، وأن حقيقة المفارقة خلوص الأعضاء كلها عن الروح، بحيث لا يبقى جهاز من أجهزة البدن فيه صفة حياتية". والفقهاء القدامى التزموا النظرة التقليدية للموت - وهذا بحسب ما كان متوفراً عندهم - فاعتمدوا على مجموعة أمارات وعلامات إن ظهرت على الشخص فيكون من جملة الموتى، من ذلك ما ذكره الإمام النووي رحمه الله: "... أو تظهر أمارات الموت، بأن يسترخي قدماه، فلا ينتصبا، أو يميل أنفه، أو ينخسف صدغاه، أو تمتد جلدة وجهه، أو ينخلع كفاه من ذراعيه، أو تقلص خصيته إلى فوق مع تللي الجلدة، وإن شك بأن لا يكون به علة، واحتمل أن يكون به سكتة، أو ظهرت أمارات فزع أو غيره، أخر إلى التيقن بتغير الرائحة أو غيره"⁴. وكذا الإمام الخرخشي رحمه الله: "إن الموت كيفية وجودية تضاد الحياة، فلا يعرى الجسم الحيواني عنهما ولا يجتمعان فيه، وعلاماته أربع: انقطاع نفسه، واحداد بصره، وانفراج شفثيه فلا ينطبقان، وسقوط قدميه فلا ينتصبان"⁵.

فالفقهاء ذكروا العلامات المعتبرة للحكم بموت الإنسان، وكان هذا من باب الحرص على عدم الحكم

¹ سورة الإنسان، الآية 26 - 30.

² الغزالي: أبي حامد محمد (ت 505 هـ)، إحياء علوم الدين، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1426 هـ، 2005م، ص 1876، 1877.

³ الجندي: إبراهيم صادق، الموت الدماغية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1422 هـ، 2001م، ص 13.

⁴ النووي، (ت 676 هـ) روضة الطالبين، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423 هـ، 2003م، 612/01.

⁵ الخرخشي: (ت 1101 هـ) شرح الخرخشي على خليل، المطبعة العامرية الشرقية، القاهرة، 1316 هـ، ط1، 122/02.

بموته إلا بعد فقدان جسمه للحياة، كما نصوا على أنه إذا طرأ شك في موته فإنه ينتظر إلى أن يتيقن موته.
قال الإمام ابن عابدين رحمه الله: "والصارف عن وجوب التعجيل الاحتياط للروح الشريفة فإنه يحتمل الإغماء. وقد قال الأطباء: "إن كثيرين ممن يموتون بالسكنة ظاهراً يدفنون أحياء لأنه يغسر إدراك الموت الحقيقي بها إلا على أفاضل الأطباء فيتعين التأخير فيها إلى ظهور اليقين بنحو التغيير إمداد؛ وفي الجوهره وإن مات فجأة ترك حتى يتيقن بموته"¹. وقال الإمام ابن رشد رحمه الله: "ويستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته. قال القاضي: وإذا قيل هذا في الغريق فهو أولى في كثير من المرضى، مثل الذين يصيهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء، حتى لقد قال الأطباء إن المسكوتين لا ينبغي أن يدفنوا إلا بعد ثلاث.."².

وقد ورد عن النبي ﷺ أن من علامة الموت الحقيقي شحوص البصر، فروت أم سلمة، أن النبي ﷺ دخل على أبي سلمة، وقد شق بصره، فأغمضه، ثم قال: "إن الروح إذا قبض تبعه البصر"³. فشحوص بصر الميت علامة هامة على قبض روح الشخص ومفارقة لجسده، وعن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: "ألم ترو الإنسان إذا مات شخص بصره؟ قالوا: بلى. قال: "فذلك حين يتبع بصره نفسه"⁴. قال الإمام القرطبي رحمه الله: "وفيه ما يدل على أن الموت ليس عدماً ولا إعداماً، وإنما هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقته، وحيلولة بينهما"⁵. ولا شك أن هذه العلامات كلها ليست علامات مؤكدة على حصول الوفاة، باستثناء توقف التنفس لفترة من الزمن.

الفرع الثاني: حقيقة الموت عند الأطباء

اختلفت نظرة الأطباء في بيان حقيقة الموت، وهذا باعتبار اختلاف وجهة نظر كل واحد منهم بحسب تخصصه، ومرد هذا الاختلاف يتمثل في أن الموت تعتبره جوانب بيولوجية وأخرى قانونية، وكذا نظرهم للوفاة بين النظر التقليدي والنظر الحديث، فعند الأطباء عرفه البروفيسور الفرنسي PAILLAS بأنه: "عملية في اتجاه واحد غير قابل للشفاء، ناتج عن توقف متلاحق لعدة مظاهر من الحياة المؤتمنة لعمل الأعضاء والأنسجة والخلايا في الجسم"⁶. كما عرفه الطب الشرعي بأنه: "انتهاء الحياة بسبب توقف الجهاز التنفسي والدورة الدموية والجهاز العصبي توقفاً تاماً لبضع دقائق، وما يستتبع ذلك ظهور علامات وتغيرات بمظاهر الجثة، تنتهي بتحلل الجسم تحللاً كاملاً"⁷.

¹ ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ، 1992م، 193/02.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، (د ط) 1425هـ، 2004م، 239/01.

³ رواه مسلم، كتاب الجنائز، باب في إغراض الميت والدعاء له إذا حضر، رقم 920، ط1، 1427هـ، 2006م، 490/01.

⁴ رواه مسلم، كتاب الجنائز، باب في شحوص بصر الميت يتبع نفسه، رقم 491/01.

⁵ القرطبي: أبي العباس، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 1417هـ، 1996م، 574/02.

⁶ Paillass, Les critères de la mort du donneur dans les transplantations d'organes, Marseille Médical, 1970, P 205.

⁷ أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي، المكتب الجامعي، القاهرة، 1998، ص 415. معوض عبد التواب، الطب الشرعي والتحقيق

ومن مظاهر النظرة التقليدية للوفاة، أنها تثبت بعلامات: " توقف الدورة الدموية والتنفسية لفترة قصيرة، وهو ما يعني توقف القلب والرئتين عن العمل ليعتبر الشخص ميتاً¹. أما من ناحية النظرة الحديثة، فإنهم قصرُوا حصول الوفاة في الخراب الذي يحصل للدماغ، على أن العلامات التي تدل على توقف وظائف الدماغ توفيقاً تاماً: التوقف التام للنشاط الكهربائي للدماغ عن طريق جهاز رسم المخ الكهربائي، وظهور مخطط الدماغ مسطحاً، مع فقدان الحس والإدراك، والارتخاء الأولي للعضلات.

وبناء على ذلك، فقد قرر الأطباء أن علامات الموت المعتمدة هي كالآتي:

أولاً: توقف القلب والتنفس والدورة الدموية:

يعتبر توقف القلب والتنفس والدورة الدموية توفيقاً لا رجعة فيه، العلامة المميزة لحصول الوفاة، ولا زالت هذه العلامات سارية منذ أزمنة قديمة إلى يومنا، على أن الأطباء يمكنهم إيقاف القلب عن العمل لمدة ساعتين أو أكثر أثناء عملية القلب المفتوح، مع بقاء الدورة الدموية تؤدي وظيفتها بدون توقف، كما يمكن توقيف التنفس الطبيعي بالتنفس بواسطة المنفسة في جميع حالات التخدير العام، أو في حالات توقف التنفس الطبيعي عند الإسعاف، وكذا في حالة الإصابة بالفشل الرئوي ولا يكون ذلك إلا لفترة محدودة من الزمن ثم يعود الشخص إلى التنفس الطبيعي. أما فيما يتعلق بتوقف الدورة الدموية توفيقاً لا رجعة فيه، فيعرف عند الأطباء عند توقف النبض في الشرايين، وكذا توقف القلب عند عدم سماع أصواته بالساعة الطبية، على أن التوقف ينبغي أن يستمر لمدة خمس دقائق على الأقل.

ثانياً: موت الدماغ:

أصبح موت الدماغ من المسائل الحديثة التي أثارت الجدل وسط الأطباء، وذلك باعتباره المسؤول عن وظائف الأعضاء، وبالأخص إذا تلف جذع الدماغ فإن المراكز المسؤولة عن استمرار التنفس والدورة الدموية، والوعي، والإدراك تفقد وظيفتها، فيدخل المصاب في غيبوبة دائمة يفقد بها الاستجابة للتنبيه بالألم. وإذا تم تشخيص موت الدماغ وفقاً للشروط الطبية، فإن المصاب لا يمكن أن يبقى حياً، وذلك لتعطل وظائف أعضائه، ولا يبقى إلا القلب وجهاز التنفس يعملان بأجهزة الإنعاش، ذلك أن خلايا الدماغ تكون قد ماتت وهي لا تجدد. وباستخدام هذه الوسائل تستمر الدورة الدموية ويستمر القلب في الضخ والنبض. وتستمر الرئتان في التنفس، وبعد معاودة الفحص يتبين للأطباء أن الدماغ قد أتلّف إتلافاً لا رجعة فيه، وبناء عليه، فيكون عمل القلب والمنفسة مؤقتاً، وأن القلب سيتوقف حتماً ولو طال مدته لأيام.

وقد كان أو من نبه إلى موضوع موت الدماغ المدرسة الفرنسية عام 1959 عندما أطلقت عليه اسم (مرحلة ما بعد الإغماء) حيث بدأ الأطباء دراسة معالم موت الدماغ بينما القلب لا يزال ينبض وكذا الدورة الدموية لا

الجنائي، (د، دار النشر) ط 2، 1999، ص 408.

¹ Raymodis (LM), Problemes juridique d'une définition de la mort a propos, des grefes d'organes, Rev, Trim.dr.civ, 1969, p 29.

زالت سارية إلى جميع أجزاء الجسم باستثناء الدماغ.

ثم ظهرت المدرسة الأمريكية التي تمثلت في اللجنة الخاصة من جامعة هارفارد عام 1968، حيث قامت بدراسة موضوع موت الدماغ، ووضعت مجموعة مواصفات تعتبر علامات على ذلك، من بينها:

1. الإغماء الكامل وعدم الاستجابة لأي مؤثرات.

2. عدم الحركة والتنفس عند إيقاف المنفسة.

3. عدم وجود أي نشاط عند الرسم الكهربائي للمخ (Flat E.E.G).

ثم توسعت دراسة الموضوع إلى معظم الدول دراسة طبية وشرعية وقانونية، حتى استقر عند الأغلبية الاعتراف باعتبار موت الدماغ هو الموت الذي تترتب عنه الآثار بشرطه وضوابطه¹.

المطلب الثاني: الإتجاهات الفقهية والطبية في تحديد لحظة الوفاة

تعتبر مسألة تحديد لحظة الوفاة أهم المسائل التي ينبغي البحث فيها بإسهاب، باعتبارها الحد الفاصل بين حياة الشخص وموته، والتي يترتب عنها مجموعة آثار على الفور

الفرع الأول: المقصود بتحديد لحظة الوفاة

أولاً: ضابط الموت الحقيقي

ونظراً لأن علامات الموت قد تلتبس ببعض الحالات الأخرى، كالإغماء مثلاً، فإن الأصل أن يترك تقرير الوفاة للأطباء لأنهم أعلم من غيرهم بهذه العلامات، وهو الأمر الذي انتهت إليه ندوة الحياة الإنسانية التي عقدت بالكويت سنة 1985 حيث وردت في توصياتها: "أن تشخيص الموت والعلامات الدالة عليه كان على الدوام أمراً طبياً، يبيني الفقهاء بمقتضاه أحكامهم الشرعية"².

أما في الوقت الحالي ثار الخلاف بين العلماء وحتى الأطباء في ضابط الموت الحقيقي، هل هو موت الدماغ أم توقف القلب عن النبض؟. مع الاتفاق على أن حصول موت الدماغ وتوقف القلب عن النبض يعتبر به الشخص ميتاً بالإجماع الأطباء والفقهاء.

وبالاستقراء نجد أن تقسيم الأطباء لأحوال توقف القلب والدماغ إلى ثلاثة أحوال تتمثل فيما يلي:

أولاً: اجتماع موت كل من المخ وعضلات القلب وما تشمله من دورة دموية وتنفسية، وهذا هو الموت التام المعروف لدى عامة الناس.

ثانياً: توقف القلب والتنفس دون المخ وجذعه، هنا يمكن إسعاف هذا الشخص بجعل مضخة بديلة تضخ

¹ ندى نعيم، موت الدماغ بين الطب والإسلام، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ، 2003م، ص 58. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الجزائية للطبيب، مجلة الحقوق، الكويت، 1981، العدد 02، ص 133.

² المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي، الكويت، 1985م، ص 677.

الدم وتسيره عبر الدورة الدموية، أو بتدليك قلبه، أو بإعطائه الصدمات الكهربائية مع التنفس الصناعي، وهذا الشخص لا يعتبر ميتاً.

ثالثاً: تلف المخ وجذعه دون رجعة، ويكون القلب والتنفس قابلاً للتشغيل عن طريق أجهزة الإنعاش، هذه الحالة التي اختلف فيها الفقهاء والأطباء هي تعتبر علامة على موت الإنسان ونهاية حياته، أم لا؟

ثانياً: المقصود بموت الدماغ:

قبل الحديث عن موت الدماغ، ينبغي التفرقة بينه وبين السكتة الدماغية والتي يقصد بها الخلل المفاجئ عند تدفق الدم في جزء من الدماغ نتيجة جلطة دموية تصل إلى الدماغ، أو عند حصول انسداد أوعية دموية في الدماغ، أو بتمزق الأوعية الدموية بالدماغ، يحدث بعدها حدوث أنزفة دموية نتيجة ارتفاع ضغط الدم، مما يترتب عنه موت خلايا الدماغ في المساحة المتضررة وبالتالي حدوث إعاقة كالشلل النصفي أو فقد النطق.. وقد استطاع الأطباء حديثاً علاج الكثير من حالات السكتة الدماغية وتأهيلهم¹.

أما موت الدماغ فيقصد به تعطل جميع وظائف الدماغ بعد تلفه وعدم قابليته للحياة² بما فيها جذع الدماغ تعطلاً دائماً، وبهذا صدر القرار في عدد من اللجان الطبية، منها قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حيث أقرت على أن موت الدماغ هو: "التوقف الكامل الذي لا رجعة فيه لكل وظائف الدماغ بأجمعه بما في ذلك جذع الدماغ". وهو أنبل أعضاء الجسم في الإنسان، فهو أداة العقل، وفيه مراكز الإدراك والإحساس والتعلم والذاكرة، وفيه مركز التنفس الذي ترتبط به الحياة، وهو يتكون من ثلاثة أجزاء، هي: المخ والمخيخ وجذع الدماغ.

وإذا كان الموت في الأحوال العادية يبدأ بتوقف القلب والتنفس، فيتوقف ورود الدم المحمل بالأوكسجين إلى أعضاء الجسم، وحيث يسري الموت بالتدرج، وأول الأعضاء التي تتأثر من انقطاع الدم هو الدماغ الذي يموت في غضون دقائق.

وقد كان موت الدماغ في الماضي يعني أن مراحل الموت ستواصل دون توقف حتى تموت بقية أعضاء الجسم وخلاياه، لأن المركز العصبي الذي يتحكم بالتنفس يقع في جذع الدماغ، فإذا مات توقف التنفس، وتوقف القلب، وانتهت الأحداث بالموت المحقق.

أما اليوم ومع توافر وسائل الإنعاش الحديثة فقد أصبح بالإمكان الإبقاء على حياة بقية الأعضاء بالرغم من موت الدماغ، فآثار الإشكال حول مدى اعتبار الشخص والحال هذه حياً أم ميتاً³.

وهل يلزم لإعلان حالة الوفاة بعد موت الدماغ أن يتوقف القلب عن الخفقان من تلقاء ذاته؟ أم يكفي الثبوت من موت الدماغ لإعلان الوفاة ولا عبرة باستمرار نبض القلب؟.

¹ إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1422هـ، 2001م، ص 38.

² ندى نعيم، موت الدماغ بين الطب والإسلام، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1424هـ، 2003م، ص 53.

³ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار الفاتس، عمان، ط 1، 1420هـ، 2000م، ص 880، 881.

الفرع الثاني: مذاهب العلماء في مدى اعتبار موت الدماغ لحظة وفاة الشخص

اختلفت مسالك العلماء في التعاطي مع مسألة موت الدماغ ومدى ترادفها مع الموت المعروف من عدمه، وتباينت الآراء في ذلك نحو رأيين هما:

1. القول الأول: أن موت الدماغ¹ لا يعني حصول الموت، بل لا بد من توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان.

وبناء عليه، يعرف الموت بناء على هذا القول بأنه التوقف النهائي للدورة الدموية ولجهاز التنفسي، فيعتبر الإنسان ميتاً عند توقف قلبه وورثته عن العمل. فتحرم جميع الأعضاء من الغذاء اللازم لها، فتموت الخلايا المكونة للأعضاء بالتدرج. وهو قول الشيخ بكر أبو زيد، والشيخ عبد الله البسام، والشيخ مختار السلامي وغيرهم، وبه أفتت لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف الكويتية². حيث قررت: "لا يمكن اعتبار هذا الشخص ميتاً بموت دماغه متى كان جهاز تنفسه وجهازه الدموي فيه حياة ولو أليا". وكذا دار الإفتاء المصرية، وبه قال جمع من أهل العلم، يقول الشيخ بكر أبو زيد رحمه الله: "فكما لا يسوغ إعلان الوفاة بمجرد سكوت القلب - كما حرره النووي - لوجود الشك، فكذلك لا يسوغ إعلان الوفاة بموت الدماغ مع نبض القلب وتردد التنفس تحت الآلات. وإذا كان توقف القلب ليس حقيقة للوفاة بل هو من علاماته، فجازر توقفه ثم عودة الحياة بالإنعاش، ومن هنا تألف ما ذكره ابن أبي الدنيا في كتابه: "من عاش بعد الموت". وكذلك يقال أن موت الدماغ علامة وأمانة للموت وليس هو الموت...³

واستندوا إلى مجموعة من القواعد الفقهية، منها قاعدة: "اليقين لا يزال بالشك". ولا يخفي أنه لا شك مع اليقين ولكن المراد استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه⁴. فحياة المريض هي المتيقنة، وبقي الشك في موته بموت دماغه، فحكمنا بحياته عملاً باليقين وقاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان". والأصل بقاء روحه وأنها لم تخرج، فبقي على هذا الأصل.

ولكن أوجب بأن موت الدماغ لا يعتبر ظن، وإنما لقيام قرائن قطعية تدل على عدم رجوعه إلى طبيعته، وخاصة ما تعلق بجذع الدماغ الذي يعتبر الجزء الرئيسي في جسم الإنسان، كما أن العلامات التي استند إليها الفقهاء لاعتبار الموت كلها ظنية، بخلاف ما أقره الأطباء وهم أهل الفن في هذا المحال، بدليل أن ثمة

¹ إن أول من نبه إلى موضوع موت الدماغ هي المدرسة الفرنسية عام 1959، بينما قامت لجنة Ad Hoc في جامعة هارفرد الأمريكية في عام 1968 بوضع قائمة من الشروط تحدد بموجبها الموت الدماغي. انظر:

The tragic choice ; Termination of car for patients in a permanent vegetative state, New York University Law Rev. Vol 51, may, 1976, No. 02. P.288

² انظر نص لجنة الإفتاء في جلستها المنعقدة في 18 صفر 1402 هـ، الموافق ل 14/12/1981 م.

³ بكر أبو زيد، أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة بالأردن، عمان، مجلة المجمع، العدد 03، سنة 1987، 532/02 وما بعدها.

⁴ تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ، 1991 م، 13/01.

أشخاص قد اعتبروا من الموتى بمجرد ظهور علامات بذلك، وبعدها تبين أنهم قد دفنوا أحياء، وفي هذا الصدد يقول الإمام ابن عابدين رحمه الله: "وقد قال الأطباء: إن كثيرين ممن يموتون بالسكتة ظاهراً يدفنون أحياء، لأنهم يعسر إدراك الموت الحقيقي بها إلا على أفاضل الأطباء، فيتعين التأخير..."¹.

كما كان لهذا الرأي سند من رأي بعض الفقهاء قديماً، الذين قرروا في كتبهم أن التنفس يعتبر دليلاً على الحياة، وهو في حكم الحركة، لأن الصدر يتحرك مع النبض وهو يدل على الحياة، قال الإمام المرادوي رحمه الله: "إن قامت بينة على أن الجنين تنفس، أو تحرك، أو عطس فهو حي. فمجرد التنفس كالاستهلال"².

فمعنى (بعثناهم) أي أيقظناهم، وفي الآية دليل على أن مجرد فقد الإحساس والشعور لا يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم بكون الإنسان ميتاً. لأن هؤلاء النفر فقدوا الإحساس ولم يعتبروا من الأموات، وأن الحكم بموت الدماغ موتاً، مبني على فقد المريض الإحساس، وهذا وحده لا يعتبر كافياً للحكم بالموت..

وقد أطلق على هذا المعيار المحدد للحظة الوفاة بالمعيار التقليدي، فالموت وفقاً لهذا المعيار، هو التوقف النهائي للدورة الدموية والجهاز التنفسي، فيعتبر الإنسان ميتاً - وفقاً لهذا الرأي - إذا توقف قلبه ورتبه عن العمل، مما يؤدي إلى حرمان جميع أعضاء وأنسجة جسمه من الغذاء اللازم، فينتج عن ذلك موت الخلايا بالتدرج.

لكن خلايا الدماغ تبقى حية لمدة يسيرة، ولهذا يمكن إعادة القلب إلى عمله الطبيعي باللجوء إلى وسائل الإنعاش بإعطائه صدمات كهربائية مع التنفس الصناعي، وهذا مادامت معظم خلايا جسمه حية، وقد ظل العمل وفقاً لهذا المعيار إلى وقت متأخر، وكان يكفي لإثبات حالة الوفاة بتقرير طبيب واحد فقط.

2. القول الثاني: أن موت دماغ الشخص دون قلبه يعتبر موتاً حقيقية، ولا يشترط توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الشخص. ذلك أن الكثير من الحالات توقف فيها القلب عن النبض والخفقان، ثم عاد بوسائل الإنعاش الصناعية، وبه قال الشيخ عمر سليمان الأشقر، والشيخ محمد نعيم ياسين، والشيخ أحمد شرف الدين. وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة في العاصمة الأردنية عمان، ما بين الفترة 08-13 صفر 1407هـ، الموافق ل16 أكتوبر 1986م، القرار رقم 05 بشأن أجهزة الإنعاش³. حيث جاء في القرار ما يلي: "يعتبر الشخص ميتاً وتترتب عليه أحكام الموت المقررة شرعاً، إذا تبينت إحدى العلامتين التاليتين:

1. إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأنه توقف لا رجعة فيه.

¹ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، 193/02.

² المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م، 310/07، 311.

³ انظر تفصيل القولين مع أدلة كل فريق: محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1415هـ، 1994م، ص 342 وما بعدها. الشيخ بكر أبو زيد (ت 1429 هـ)، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1416هـ، 1996م، 1/220 وما بعدها.

2. إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء أنه توقف لا رجعة فيه. هنا يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، وإن كان بعض الأعضاء لا يزال يعمل آلياً. وإن الإنسان الذي يصل الذي يصل إلى مرحلة موت جذع الدماغ يعد قد استدبر الحياة".

كما أكد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة القرار الآتي: "المريض الذي ركبت على جسمه أجهزة الإنعاش يجوز رفعها إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وقررت لجنة من ثلاثة أطباء اختصاصيين أن التعطل لا رجعة فيه، وإن كان القلب والتنفس لا يزالان يعملان آلياً بفعل الأجهزة المركبة، لكن لا يحكم بموته شرعاً إلا إذا توقف التنفس والقلب توقفاً تاماً بعد رفع هذه الأجهزة". وهو الأمر الذي خلصت إليه المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي المنعقدة بتاريخ 15 يناير 1985 حيث أقرت ما يلي: "بناء على ما تقدم اتفق الرأي على أنه إذا تمحوت موت جذع المخ بتقرير لجنة طبية مختصة جاز حينئذ إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعية".

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أن حياة الإنسان تنتهي عندما يغدو الجسد الإنساني عاجزاً عن خدمة الروح والانفعال لها. يقول الإمام ابن القيم رحمه الله في هذا الصدد: "مادامت هذه الأعضاء صالحة لقبول الآثار الفاضلة عليها من هذا الجسم اللطيف، بقي ذلك الجسم اللطيف مشابكاً لهذه الأعضاء، وأفادها هذه الآثار من الحس والحركة الإرادية، وإذا فسدت هذه الأعضاء بسبب استيلاء الأخلاط الغليظة عليها، وخرجت عن قبول تلك الآثار، فارق الروح البدن وانفصل إلى عالم الأرواح.. وهذا القول هو الصواب في المسألة الذي لا يصح غيره، وكل الأقوال سواء باطله.."¹.

وهذا المعنى الذي ذكره ابن القيم موجود في الشخص الذي حصل له موت الدماغ، فإن الأعضاء لا تستجيب لتصرفات الروح، والحركة الموجودة في بعض الأحيان إنما هي حركة اضطرارية لا علاقة لها بالروح، وليست ناشئة عنها. فالحياة تنتهي إذا صار الجسد عاجزاً عن خدمة الروح، والانفعال لها، وهذا متحقق في موت الدماغ، لأن الأعضاء لا تستجيب للروح. يقول الإمام البدر الزركشي رحمه الله: "الحياة المستقرة هي أن تكون الروح في الجسد، ومعها الحركة الاختيارية، دون الاضطرارية، كما لو كان إنسان، وأخرج الجاني حشوته وأبانها، لا يجب القصاص بقتله في هذه الحالة.."².

كما استندوا للقاعدة الفقهية أن: "الحياة المستعارة كالعدم" على الراجح من قولي أهل العلم³. فيدخل فيها من مات دماغه، وكمنفوذ المقاتل من البشر معدود في حكم الموتى على ما صوّبه ابن يونس، ولو كان فيه بقية نفس، فلا يرث من ما تركه أهله، وهو بتلك الحياة المستعارة التي في حكم العدم، بل يكون هو الموروث. لأنه في عداد الموتى.

وقالوا أن تردد النفس، ونبض القلب لا يصدر من بدن الميت دماغياً طبيعياً، وإنما يصدر بتأثير أجهزة

¹ ابن القيم، الروح، دار الكتب العلمية، بيروت، (د، ط) ص 178، 179.

² الزركشي، المشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ، 1985م، 105/02.

³ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ، 2006م، 901/02.

الإنعاش الموصلة بيده، وقد ثبت بالتجارب التي أجريت على بدن من مات دماغه توقفه عن التنفس بمجرد نزع الأجهزة، لأن موت الدماغ تبعه موت بقية الأعضاء على تفاوت في المدة الزمنية¹.

ويقوي هذا الاتجاه، بأن الأطباء هم أهل الاختصاص والخبرة في هذا الفن، وهم مؤتمنون في هذا المجال، فينبغي تصديقهم وقبول قولهم فيما يختص بوظيفتهم، وما دام الأطباء قرروا أن الموت الدماغى هو التلف النهائي للدماغ، ويحصل هذا بتلف المراكز الحيوية الواقعة في جذع الدماغ، فإذا ماتت هذه المنطقة فإن الإنسان يعتبر ميتاً حتماً، لأن مركز التنفس في جذع الدماغ قد توقف تماماً عن العمل توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، وأن مصير بقية الأعضاء حتماً إلى التلف، وذلك لموت الخلايا.

وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن قدامة رحمه الله: "وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة"². وقال الإمام النووي رحمه الله: "إذا أشكل مرض فلم يدر أخوف هو أم لا؟ فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة والعلم بالطب"³.

ونوقش هذا الدليل، أن الأطباء أصلاً على رأيين في ذلك، فلا يمكن أن يكون رأي بعضهم حجة على البعض الآخر، كما أن ثمة إشكال عندهم حتى في تحديد مفهوم الموت الشرعى، فمع جزمهم بموت الدماغ، فإن الخلاف حصل في خروج الروح من الجسد بموت الدماغ أم لا؟⁴.

وأجيب أن وجود القلب ينبض ليس دليل على بقاء الروح في الجسد، وذلك لإمكان قيام الخلايا الحية مع وجود الروح وغايتها⁴.

وقد قرر الأطباء على أن الوفاة عملية، وليست حدثاً وقتياً، ذلك أن توقف بعض الأعضاء مثل القلب والرتين قد يحدث في مدة زمنية محددة، بينما موت المخ يكون تدريجياً ويستغرق بعض الوقت، فقد يبدأ التوقف في الجزء الأمامى ثم ينتقل إلى جذع المخ، وهنا يتحقق الموت النهائي للمخ⁵.

وبناء عليه، فلا عبرة بأجهزة الإنعاش متى تم تشخيص موت خلايا الدماغ، لأن الأجهزة لا تعدو كونها أجهزة تحريك لأعضاء ميتة، بحيث لو تم نزعها - بضوابط وشروط - لتوقفت أعضاؤه عن العمل.

ذلك أن الموت على ثلاثة أنواع، يمثل كل نوع منها مرحلة من مراحل الموت، ففي الأحوال العادية يحدث الموت الإكلينيكي في مرحلة أولى، حيث يتوقف القلب والرتان عن العمل، وفي مرحلة ثانية تموت خلايا المخ بعد بضع دقائق من توقف دخول الدم المحمل بالأوكسجين للمخ، وبعد حدوث هاتين المرحلتين تظل خلايا

¹ نعيم ياسين، نهاية الحياة الإنسانية، ص 560. محمد بن شريف مختار، موت الدماغ، ضمن بحوث ندوة التعريف الطبي للموت، ص 830.

² ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ، 1968م، 203/06.

³ النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ، 1991م، 128/06.

⁴ محمد نعمان البغدادي، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان، 2012، ص 710.

⁵ P. O. G. Skeeg: oxford clarendon press 1990, P. 183

الجسم حية لمدة تختلف من عضو إلى آخر، وفي نهايتها تموت هذه الخلايا، فيحدث ما يسمى بالموت الخلوي، وهو يمثل المرحلة الثالثة للموت، وعليه يمكن أن يتوقف القلب عن العمل، ولكن خلاياه تظل حية، فيكون هذا موت ظاهري فقط، وبافتراض عدم موت المخ، فإنه لا يمنع من إعادة القلب إلى عمله الطبيعي عن طريق استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي. أما إذا ماتت خلايا المخ بعد توقف القلب والرتين فلا أمل. وبناء على ذلك: استقر الطب الحديث على الصعيد الغربي على أن موت خلايا المخ - جذع الدماغ- الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية عن العمل، هو معيار الموت الحقيقي للإنسان¹.

كما انتهى رأي المجتمعين من الأطباء في ندوة التعريف الطبي للموت بتقرير: "أنه ما من حالة تؤكد فيها تشخيص موت الدماغ وجذعه، وعادت إليها الحياة، وما من حالة عادت إلى الحياة بعدما توافرت فيها شروط تشخيص موت الدماغ وجذعه، وأن كل الحالات التي استشهد بها من شكك في هذا المفهوم كانت إما حالات لم يتم الالتزام فيها بمعايير التشخيص التزاماً صارماً، وإما حالات نجمت عن خطأ في التشخيص، أو الاستنتاج، أو الاستدلال"². كما جاء في بعض الدراسات الطبية: "والمؤكد أن موت الدماغ هو موت الإنسان، وحتى لو أن قلبه لا يزال ينبض، وهناك اتفاق ضمني عالمي على أن المريض الذي توقف دماغه عن العمل توقفاً لا رجعة فيه يعد ميتاً شريطة أن يكون التشخيص دقيقاً حسب البروتوكولات المتفق عليها".

على أن الإعلان عن حصول الوفاة بموت الدماغ لا بد أن تكون من طرف أطباء أخصائيين في طب الأعصاب أو جراحته، وكذا مختص في الطب الباطني، ودرءاً لأي شبهة أو مصلحة تؤثر في اتخاذ القرار بإعلان الوفاة، فإنه يتم استبعاد الطبيب المختص إن كان من عائلة المصاب، أو كانت له مصلحة في إعلان الوفاة، كأن يكون وارثاً له أو موصى له من المريض.

الفرع الثالث: تحديد لحظة الوفاة في القوانين الوضعية

لقد حرصت بعض قوانين دول العالم على وضع مفهوم للموت، وتحديد لحظة الوفاة، فالموت من الناحية القانونية لا يعتبر ظاهرة بيولوجية وحسب، وإنما واقعة قانونية أيضاً تترتب عنه آثار قانونية، فبحصوله تنتهي الشخصية القانونية للإنسان، وهو ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 25 من القانون المدني: "تبدأ شخصية الإنسان بولادته حياً وتنتهي بموته". وبناء على ذلك، فإنه لا بد من بيان موقف التشريعات الأجنبية والتشريع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة.

أولاً: مدى ملائمة تدخل القانون في تحديد لحظة الوفاة

ثار إشكال حول مدى اعتبار تحديد لحظة الوفاة من مهام المشرع، لكون الموت واقعة قانونية يلزم رسم معالمها بنصوص تشريعية، أم هي مسألة طبية بحثة يرسم معالمها وحدودها الأطباء المختصين وفقاً لما تقره أصول مهنة الطب الحديث؟.

¹ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دون دار نشر، ط2، 1407هـ، 1987م، ص 158، 159. أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار الفانس، بيروت، ط2، 1427هـ، 2006م، ص 874.
² ندوة التعريف الطبي للموت، ص 914.

الاتجاه الأول: تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية

يرى جانب من الباحثين أن تحديد لحظة الوفاة إنما هي مسألة طبية بحتة، يتعاطى معها الأطباء وفقاً لمنهج علمي دقيق، تمليه عليهم أصول وقواعد مهنة الطب الحديث، ذلك أن الموضوع بيولوجي فناسب أن يفرد بها الأطباء دون غيرهم، وما على المشرع إلا أن يساهم في إرسال مجموعة من النصوص القانونية والأنظمة التي يعتمد عليها الأطباء في مهامهم¹. وبناء على ذلك، أوصى المؤتمر الطبي الدولي المنعقد بمدينة سيدني بأستراليا لعام 1968 على أنه: "لا يقع على عاتق رجل القانون الأخذ في الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب، ووضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة، وتحديد الطريق أو الوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة، بل أن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصاتهم ونشاطهم الفني، ورائدهم في ذلك شرف المهنة"².

وقد ترك التشريع الوضعي للأطباء سلطة التحقيق عند تحديد لحظة الوفاة، وأيضاً السبب الذي حصلت به، كما أنه لم يحدد الوسائل المعتمدة في التحقيق، وهذا نظراً للتطور الهائل الذي تشهده الممارسة الطبية، مما يترتب عنه تعديل أو إلغاء نصوص قانونية في كل ما يستجد، وهذا من محاسن التشريع.

وبناء على ذلك، فينبغي ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء لأنهم أهل الاختصاص، وقد قال الله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾³.

وقد يكون لهذا الاتجاه قوة الحجة والبرهان، ذلك أن مسألة وضع التعريفات ليست من اختصاص التشريع، وزاد الأمر ترجيحاً عندما تعلق بمسألة طبية، كان الأولى والأفضل تركها لأهل الاختصاص من الأطباء، وفقاً للقواعد العامة التي تقرر مهنة الطب الحديث، وعدم تدخل الهيئة التشريعية في وضع مفهوم للموت، والاكتفاء برسم معالم مهنة الطب - كما هو الحال في مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة - حتى يسترشد الأطباء بنصوص القانون كحماية لهم، وبخاصة ما تعلق برفع أجهزة الإنعاش وكذا التبرع بالأعضاء وغيرها من المواضيع الحساسة التي تترتب عنها المسؤولية القانونية بشقيها المدني والجنائي أو حتى التأديبي.

الاتجاه الثاني: تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية

ذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى اعتبار الوفاة واقعة قانونية تترتب عنها مجموعة من الآثار، وبناء عليه، فإنه يتعين أن يتدخل المشرع لإيجاد معيار معتمد في تحديد لحظة الوفاة، ولا ينبغي أن يتوقف الأمر عند الأطباء، وإن كان الموضوع فني يتعلق بهنة الأطباء.

وقد تمسك أصحاب هذا الرأي بضرورة إيجاد تشريع يحدد مدلول للموت ولا سيما بعد انتشار عمليات

¹ حسام الدين الأهواني، التعليق على القانون الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، ع 02، ص 183، 1978.

² مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 518.

³ سورة الأنبياء، الآية 07.

زرع ونقل الأعضاء، وكذا التطور الحاصل من تقنيات أجهزة الإنعاش، ولهذا حسم المسألة في التشريع يعطى نوع من الاطمئنان عند مباشرة الإجراء الطبي ضد الشخص المصاب، ذلك أن الأطباء لهم الحرص على مدى مشروعية المهام المنوطة بهم في كل ما استجد¹.

وقد يكون لأصحاب هذا الاتجاه ما يؤيده، ذلك أن التشريع القانوني المنظم لشتى مجالات المهنة يعث نوع من الاحترام والتقدير من طرف المجتمع، كما أنه ضمانه للمرضى من تعسف الأطباء في ممارسة الحق، بالإضافة إلى ما يتمتع به من صفة الإلزام إذا كانت نصوصه أمرية، ولا سيما ما تعلق بمهنة الأطباء، لأنها تمس بحق الشخص في السلامة الجسدية. وباعتباره سبباً من أسباب الإباحة، فلا بد من التقيد بما ورد النص عليه والاقتصار على مورد الاستثناء، وعدم التوسع فيه.

لكن قد يكون ترك تحديد لحظة الوفاة للأطباء فقط، ومن دون تدخل تشريعي في ذلك نوع من المجازفة، لأن الكثير من الأطباء يسعون نحو تحقيق سبق علمي في مجال أعمالهم الطبية والجراحية، مما يوشك إلى التوسع في الحق الممنوح لهم، يترتب عن ذلك قيام جرائم ماسة بحق الشخص في السلامة الجسدية وكذا حقه في الحياة، فكان لتدخل التشريع في المسألة فائدة كبيرة.

ثانياً: تحديد لحظة الوفاة في التشريع الجزائري

أما فيما يتعلق بتحديد مدلوله قانوناً، فإن التشريع الجزائري لم يرد فيه نص قانوني يحدد مدلول الموت، أو حتى تحديد لحظة الوفاة، إلا إشارات فقط وردت في قانون حماية الصحة وترقيتها عند تعرضه لموضوع نقل الأعضاء من الموتى، وذلك في نص المادة 362 من قانون الصحة تحت رقم 18-11 على أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء والأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة..."². وفي عام 1989 أصدر وزير الصحة قرار تحت رقم 89-39 المؤرخ في 26 مارس 1989 المتعلق بنقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية يتضمن أن: "الموت المعتمد به هو موت المخ"³. وبناء على ما ورد في القرار يتبين أن المشرع الجزائري متمسك بالمعيار الحديث الذي سلكه معظم الأطباء في تحديد الوفاة بالموت الدماغية.

وهو الأمر الذي تبناه القضاء الفرنسي، فنجد من ذلك القرار الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ

¹ إيهاب يسر أنور، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 604. شعبان أبو عميلة، الإنعاش الصناعي وتحديد لحظة تحقق الوفاة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، ع 07، 2015، ص 189.

² القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 29 يوليو 2018م، المتعلق بالصحة. الجريدة الرسمية رقم 46.
³ إن عملية التأكد من موت المخ لا تتم إلا باللجوء إلى تقنيات جديدة لتحديد لحظة الوفاة، ومن أهم هذه الوسائل، استخدام جهاز رسم المخ الكهربائي (Electro-encephalogram) الذي يؤكد توقف هذه الخلايا عن طريق إرسال أو استقبال أي ذبذبات كهربائية، ففي هذه توقف هذا الجهاز عن إعطاء أي إشارات لأكثر من 24 ساعة، فإن ذلك يعني بالدليل القاطع موت خلايا جذع المخ، حتى ولو ظلت خلايا القلب حية بفضل استخدام تقنيات الإحياء الصناعي. انظر: أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، (د ط)، 1986، ص 177.

1993/07/02 حدد فيه مفهوماً للموت قانوناً بأنه: " الموت قانوناً هو حالة الشخص الذي تلف جهازه الدماغى بشكل نهائي نتيجة تطبيق رسم الشرايين وصور الدماغ الكهربائية المتنوعة "1.

وأيضا ما قرره القضاء البريطاني، حيث تعرضت الدائرة الجنائية لمحكمة الاستئناف لبحث جريمة الضرب والجرح أدى إلى إصابة المجني عليه إصابة بليغة على مستوى الرأس، مما ترتب عنه توقف وظائف الدماغ، وتم وضع الضحية تحت أجهزة الإنعاش الصناعي، ثم قرر الطبيب المختص رفع الأجهزة عن الضحية بعد التأكد من توقف الدماغ توقفاً لا رجعة فيه.

وبعدما وجهت للطبيب تهمة القتل العمد، ذلك أن رفع أجهزة الإنعاش كانت سبباً مباشراً في حدوث نتيجة الوفاة. ثم رأت المحكمة انتفاء تهمة القتل عن الطبيب، واستندت إلى أن المجني عليه لم يكن حياً وقت رفع الأجهزة، وأنه لا تقوم جريمة القتل إلا على الشخص الحي، كما لم تعتبر المحكمة استمرار وظيفة بعض الأعضاء بالأجهزة ما دام الدماغ قد تعطل تعطلاً لا رجعة فيه بتقرير الطبيب المختص.

كما استند القضاء إلى رأي الأطباء كخبراء في قضية الحال، أن ثمة اختبار حقيقي واحد يحكم به على حصول الوفاة يتمثل في التوقف النهائي لجذع الدماغ الذي يحكم الوظائف الأساسية لجسم الإنسان².

وإن كان الإشكال الذي طرح على الصعيد القانوني يتمثل في تحديد لحظة الوفاة، فقد تناقش الأطباء في مسألة الموت هل يعتبر مجرد حدث (event) أو أنه عملية تفكك بيولوجي (Biological désintégration) (procès) لكن الحقيقة أن الموت ليس حدثاً، بل هو سلسلة من العمليات المتعاقبة، فليس هناك لحظة زمنية محددة تحدث فيها الوفاة، فما يسمى قانوناً بلحظة الوفاة إنما هو تخيل قانوني، وهذا على اعتبار أن الإنسان بيولوجياً يموت على مراحل، أي أجزاء أجزاء، وقطع قطع³.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن تحديد لحظة الوفاة على قضايا شؤون الأسرة

" الإرث والعدة أنموذجاً "

بعد تحديد لحظة الوفاة بتقرير أطباء من أهل الاختصاص، تكون الشخصية القانونية للمتوفي قد انتهت، فيتوقف عن كونه شخصاً من أشخاص القانون، فيذهب معه جميع ما كان يتمتع به حال حياته. وتترتب عن ذلك مجموعة من الآثار، اقتصر على ذكر ما تعلق بشؤون الأسرة فقط، وخصصت الحديث عن موضوع الإرث والعدة، وكانت على الشكل الآتي:

الفرع الأول: الآثار المترتبة عن مسألة الموت الدماغى في قضايا الميراث:

لا بد من تحقق موت المورث حقيقة أو حكماً. فالموت الحقيقي يقصد به الموت العادي المشاهد والمشهور من اتباع الجنائز. قال الإمام مالك رحمه الله: " لا ينبغي أن يرث أحدٌ أحداً بالشك، ولا يرث أحدٌ أحداً إلا

¹ Arrêt du conseil d'état du 02/07/1993 note G. lepreton, le droit, la médecine et la mort, doctrine, P 620.

² Margaret Brazier ; Médecine Patients and the Law, London, Penguin Books, 1992, P. 438

³ إبراهيم صادق الجندي، الموت الدماغى، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 1422هـ، 2001، ص 16.

باليقين مع العلم والشهداء¹، وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "وكان معقولاً عن الله تعالى، ثم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم في لسان العرب، وقول عوام أهل العلم ببلدنا، أن امرأ لا يكون موروثاً أبداً حتى يموت، فإذا مات كان موروثاً، وأن الأحياء خلاف الموتى، فمن ورث حياً دخل عليه - والله أعلم - خلاف حكم الله عز وجل، وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم، فقلنا والناس معنا بهذا لم يختلف في جملته، وقلنا به في المفقود، وقلنا: لا يقسم ما لمحتى يعلم يقين وفاته"².

وقد جاء في منظومة عمدة الفارض:

شروطه التي عليها يقفُ	موتٌ مورثٌ عياناً يُعرفُ
كذا لحوقه بميتٍ حكماً	وذا كمفقودٍ ففاضٍ حكماً
بموته نزلهُ وقتُهُ يقين	ومن جنى بحاملٍ ألفت جنين
ميتاً فذا لحوقه مُقدرٌ ³	بنسبةٍ لغرةٍ تُقدرُ

وبناء على ذلك، فلو قمنا بإسقاط شرط التحقق من وفاة المورث لانتقال الملكية للورثة، فإنها تنطبق على من مات دماغه، فهو في حكم الميت، وذلك بناء على القول المعتمد عند جمهور الأطباء والمقرر عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، وهذا استناداً إلى أنه فقد الإحساس والإدراك كالمت سواه، وأنه لا عبرة بالحركة الاضطرارية التي تحصل معه، تشبيهاً لها بحركة المذبوح، وعليه فلا يثبت له ميراث من ورثته، ولورثته أن يقتسموا ماله والحال كذلك لأنه ميت، وهو قول ابن القاسم في العتبية، قال الإمام اللخمي رحمه الله: "وقال ابن القاسم في العتبية فيمن شق جوفه أو معاه أو ذبح فهو كذلك حتى مات ولده أيرثه؟ قال: أما المذبوح فلا يرث..."⁴. وهو الأمر الذي لا اختلاف فيه كما حكاها ابن رشد رحمه الله في البيان والتحصيل⁵.

وقد اعتبر بعض الفقهاء عمر ابن الخطاب رضي الله عنه من الأموات لما طعن بالرغم من أنه كان يتكلم ويعهد، ذلك أن الطبيب لما سقاه لبناً فخرج اللبن من الجرح من بطنه، حيث قال ابن القاسم في سماع يحيى: "إنه لو قتل رجل عمر آنذاك لما قُتل به، لأن القاتل الأول كان أبو لؤلؤة المجوسي، ولو مات مورث لعمر آنذاك لما

¹ مالك بن أنس، (ت 179 هـ) الموطأ، كتاب الفرائض، باب من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك، رقم 1901، 745/03.

² الشافعي: محمد بن إدريس (ت 204 هـ)، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1422هـ، 2001م، 153/5.

³ يسمى هذا الموت التقديري، وصورته الوحيدة تتمثل في من جنى على امرأة حامل فأسقطت جنيناً، فإنه يقدر أنه كان حياً ومات بسبب الجنابة، فتجب في حقه غرة (مقدار عبد أو أمة) ومقدارها خمس من الإبل، فتورث عنه الغرة إذ لا يورث عنه غيرها، ولهذا يلغز بها فيقال: "لنا حر يورث ولا يرث". ويقال أيضاً: في أي مسألة يستوي فيه الذكر والأنثى في الدية ولا يقدر حياً عرض له الموت بالجنابة بالنسبة إلى الجناني، إذ لو قدر ذلك لوجب فيه دية نفس كاملة، ولأن النبي ﷺ لم يوجب إلا الغرة فقط، ولكنه قد يكون لم ينفخ فيه الروح، أو مات بسبب آخر، ولم يهدره النبي صلى الله عليه وسلم، لأن الجنابة كانت سبباً ظاهراً في خروجه.

⁴ اللخمي، التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ، 2011م، 4146/09.

⁵ ابن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ، 1988م، 91/15، 92.

ورثه لأن عمر نفسه كان معدوداً في الأموات¹. وقال الإمام الشريبي رحمه الله تعالى: "وحالة المذبوح تسمى حالة اليأس، وهي التي لا يصح فيها إسلام ولا ردة ولا شيء من التصرفات، ويتنقل فيها ماله لورثته الحاصلين حيثنذ، لا لمن حدث، ولو مات له قريب لم يرثه، ثم إن جنى شخص آخر عليه بعد الانتهاء لحركة المذبوح فالأول منها قاتل، لأنه صيرَه إلى حالة الموت، ويعزُر الثاني منها لهتكه حرمة الميت..."². وقال الإمام ابن عابدين رحمه الله: "وأما لو كان يضطرب اضطراب الموت من الشق فالحياة فيه غير معتبرة أصلاً، فهو ميت حكماً..."³. وحتى لو اعتبر أمر الميت دماغياً من المسائل المشككة، فإنه يرجع في ذلك إلى أهل الاختصاص يقررون ذلك، لتعلق بعض الحقوق على التقرير، يقول الإمام ابن قدامة رحمه الله: "وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة، ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين ثقتين بالغين، لأن ذلك يتعلق به حق الوارث..."⁴.

أما على الرأي القائل بعدم اعتبار موت الدماغ موت بالمفهوم الشرعي، فاعتبروه من الأحياء، وعليه فإنه يرث والحال كذلك لتتحقق شرط الحياة في حقه، ولا يرثه أحد من ورثته لعدم ثبوت موته يقيناً، استصحاباً لأصل الحياة. وبناء على ذلك، فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن الموت الذي تبنى عليه الأحكام الشرعية من إرث وقصاص ودية وغيرها من الأحكام لا تتحقق إلا بمفارقة الروح للجسد، ولا يعتبر الإنسان - وفقاً لهذا الاتجاه - ميتاً إلا إذا زالت عنه جميع علامات الحياة الإنسانية، وعلى هذا جاء بيان وزارة الأوقاف الكويتية ما يلي: ".. وعلى هذا فلا يجوز أخذ عضو من أعضائه - ولا سيما إذا كان رئيساً - كالقلب والرئتين لإعطائها لغيره، أو للاحتفاظ بها للطوارئ، كما أنه لا تجرى عليه أحكام الموت: من التوريث، واعتداد زوجته، وتنفيذ وصاياه، إلا بعد موته الحقيقي وتعطيل كل أجهزته"⁵.

وردوا على قياس الشخص الذي مات دماغه وحركاته الاضطرارية بحركة المذبوح وترتيب أحكام الأخير عليه قياس مع الفارق، ذلك أن حياة الميت دماغياً مستقرة، لأن سائر أعضائه لازالت حية تؤدي وظائفها، واستندوا في ذلك إلى رأي بعض الفقهاء في اعتبار حركة الحيوان المذبوح بعد قطع المريء والحلقوم وتدفق الدم دليل على حياته المستقرة، منها ما ذكره الإمام النووي رحمه الله تعالى: "ومن أمارات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء وانفجار الدم وتدفقه قال إمام الحرمين من الأصحاب من قال كل واحد منها يكفي دليلاً على بقاء الحياة المستقرة قال والأصح أن كلا منها لا يكفي لأنها قد يحصل بعد الإتهاء إلى حركة المذبوح لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن وأمارات أخر تُفيد الظن أو اليقين فيجب

¹ المواق: محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ، 1994م، 71/03.

² الشريبي: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ، 1994م، 226/05.

³ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ، 1992م، 545/06.

⁴ ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ، 1968م، 203/06.

⁵ لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، في جلستها بتاريخ 18 صفر 1402هـ الموافق لـ 14/12/1981م.

النظر والاجتهاد.

هذا كلام الإمام واختار المزي وطوائف من الأصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة وهو الأصح المختار وحكى البخاري في صحيحه معناه عن ابن عباس، وقد كان الجواب عن المسألة، أن الحياة المستقرة تُعَرَّفُ بِقِرائن يدرِكها الناظر ومن علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرئ وجريان الدم فإذا حصلت قرينة مع أحدهما حَلَّ الحيوان والمختار الحِلُّ بالحركة الشديدة وحدها فهذا هو الصحيح الذي نعتمده¹.

فالميت دماغياً قد يتحرك في أثناء رفع المنفسة عنه، وعند فتح صدره لاستئصال أعضائه، ولذا يعطى ما يُشَلُّ حركاته، وكذلك يتفجر دمه عند قطع الوعاء الدموي الكبير، لأن دورته الدموية تعمل كحال الأحياء.

ولكن أجيِب عن هذا بعدم التسليم بصدور أي حركة من بدن الميت دماغياً، لأن من شروط تشخيص الميت دماغياً عدم استجابته للتنبيه بالألم على أي وجه كان، ولو سلمنا ذلك فرضاً، فهي انعكاسات من النخاع الشوكي. أما بخصوص تخدير الشخص الميت دماغياً عند فتح صدره وبطنه لاستئصال أعضائه، إنها هو لاستمرار بنض القلب والدورة الدموية للمحافظة على الأعضاء المراد زرعها في حالة جيدة، وليس الغرض إزالة إحساسه وشعوره، لأنه تحصيل حاصل².

ثالثاً: التحقيق من وفاة المورث في التشريع الجزائري: ولما كان تقسيم الميراث المتوقف على وفاة المورث قد أصبح من الأمور المسلمة، فقد تمسك المشرع الجزائري بما استقر عليه إجماع أهل العلم من اشتراط وفاة المورث حقيقة أو حكماً، فقد نصفي قانون الأسرة على اعتبار هذا الشرط³، وذلك في المادة 127 على أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي". كما قضت غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرار بتاريخ 1998/03/17 بأنه: "من المقرر شرعاً أن التركة لا تُفتح إلا بعد موت المورث"⁴. وقضت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/05/17 بأنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة، أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي، ويحل الورثة المتوفرون على صفة التقاضي محل مورثهم

¹ النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، (د، ط) (د، ت) 89/09.

² سعد بن عبد العزيز، موت الدماغ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع 11، 1433 هـ، 2011م، ص 293، 294.

³ وكذا المشرع الفرنسي في نص المادة 720 من القانون المدني على أنه: "تفتح التركات بموت الشخص في محل إقامته الأخير".

وقد وردت صياغة النص كالآتي:

Art 720 ; Les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt.

Code Civil de France , Edition 05-01-2014. P. 141

والمشرع المغربي في نص المادة 324 من مدونة الأسرة على أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكماً". والمشرع القطري

في نص المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث ما يلي: موت المورث حقيقة أو حكماً".

والمشرع الأردني في نص المادة 280 من قانون الأحوال الشخصية.

والمشرع المصري في نص المادة 01 من القانون رقم 77 لسنة 1943 المتضمن قانون الميراث على أنه: "يستحق الإرث بموت

المورث باعتباره ميتاً بحكم القاضي".

⁴ قرار غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 179555، المجلة القضائية، عدد خاص، ص 340.

بقوة القانون "1.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الموت الدماغي في قضايا حساب العدة:

لقد ترتب عن الخلاف الحاصل في مسألة اعتبار الشخص الميت دماغياً ميت شرعاً من عدمه، مجموعة من الآثار من بينها زمن حساب عدة زوجته، فهل تُحسب من يوم موت الدماغ وتقرير الأطباء بأن لا أمل في رجوعه، وأنه في حكم الميت كما قرره الأكثرون، أم تُحسب من يوم موته الطبيعي بتوقف قلبه وجهاز تنفسه عن العمل كما قرره البعض الآخر؟.

فعلى القول الأول، تبدأ العدة من يوم موت الشخص دماغياً، وتقرير الأطباء بأنه لا أمل في رجوعه إلى طبيعته، باعتباره موتاً شرعياً ترتب عنه آثاره الشرعية المتعلقة بالعدة، جاء في المدونة: " في عدة المتوفى عنها زوجها، قلت: أ رأيت إذا بلغها وفاة زوجها من أين تعتد؟ أم من يوم يبلغها؟ أم من يوم مات الزوج؟".

قال: قال مالك: من يوم مات الزوج، قلت: فإن لم يبلغها حتى انقضت عدتها أيكون عليها من الإحداد شيء أم لا؟ قال: قال مالك: لا إحداد عليها إذا لم يبلغها... "2.

وعلى القول الثاني، فإنه لا ترتب عليه أي آثار تتعلق بالعدة، لبقاء الحياة الزوجية مستقرة، بناء على عدم التحقق من حصول الوفاة بمفهومها الشرعي.

خاتمة:

بعد الفراغ من المقال، فقد احتوى ختام البحث على مجموعة من النتائج والتوصيات تمثلت فيما يلي:

أولاً: أنه لم يرد في الشريعة الإسلامية تحديد لمفهوم الوفاة، وإنما مجموعة علامات ظنية اتفق الفقهاء على معظمها كأمارات يحكم بموجبها على انتهاء الحياة الإنسانية.

ثانياً: أن علامات الموت المتفق عليها عند الأطباء تمثلت في توقف القلب والتنفس وكذا الدورة الدموية توقفاً نهائياً لا رجعة فيه، وأنه لم يحصل الخلاف إلا في توقف جذع الدماغ.

ثالثاً: أن مسألة موت جذع الدماغ، أثارت الجدل الكبير بين أوساط الفقهاء والأطباء والقانونيين، والذي استقر عليه رأي الأكثرين اعتبار توقف جذع الدماغ توقفاً لا رجعة فيه بتقرير أطباء أخصائيين، أنه يعتبر وفاة بالمفهوم الشرعي والقانوني ترتب عنه آثاره.

رابعاً: أن الأطباء اشتروا عند تشخيص موت الدماغ أن يكون الشخص المصاب قد دخل في غيبوبة عميقة أفقدته عدم القدرة على التنفس.

¹ قرار المحكمة العليا، رقم 348247، الغرفة العقارية، تاريخ 2006/05/17.

² مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415 هـ، 1994م، 12/02.

خامساً: أن تحديد لحظة الوفاة تعلقت بحق الإنسان في الحياة، وحقه في السلامة الجسدية، وبناء على ذلك، احتياط الفقهاء والأطباء ورجال القانون في موضوعها، فحصل الخلاف وكل فريق قائم بحجته.

سادساً: أن ضبط معيار تحدد فيه الوفاة نُحِلُّ به الكثير من الإشكالات التي تترتب عنه، كما أنها ضمانة للأطباء أثناء ممارسة مهامهم الطبية والجراحية.

سابعاً: أن الموضوع مهما كُتِبَ فيه، فهو يحتاج إلى بيان وتفصيل أكثر يجتمع فيه أهل الاختصاص عبر الندوات والمؤتمرات، ذلك أنه مرهون بما يُستجد على الساحة الطبية.

ثامناً: ضرورة التنسيق المحكم بين الهيئة التشريعية ولجنة الأطباء على وضع قواعد عامة تنظيمية وإرشادية تكون المستند القانوني عند ممارسة الأعمال الطبية والجراحية، بعيداً عن المخاوف التي تنجم عن نقص أو انعدام النصوص القانونية، والتي تسبب في تعطيل اتخاذ القرار الطبي في وقته المناسب.

زراعة الرحم في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الصحة الجزائري)

بقلم

د. جمال الدين عنان

أستاذ محاضر "أ" بكلية الحقوق - جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ananedjameleddine@yahoo.fr

مقدمة

تقوم الشريعة الإسلامية على كليات خمسة حرص العلماء على بيان ضرورتها وأهميتها للمجتمع الإنساني، حيث اعتبروها من مقاصد الدين وأن حفظها من صميمه ومن أوامره، ولا شك أن حفظ النسل من أهم مقاصد الدين الإسلامي حيث أمرنا ديننا بأن نسلك الطرق المشروعة لأجل تحقيق هذا المبتغى، وهذا لا يتأتى إلا عن طريق الزواج الذي بواسطته يتم إنجاب الولد وتجديد مكونات المجتمع وأفراده، ومدته بطاقات جديدة تسهم في رقيه وتطوره، وهذا ما يعتبر من صميم حفظ النسل.

غير أن إنجاب الولد باعتباره من أهداف الزواج الرئيسية ومقاصد الدين الأساسية، قد يصطدم بعوائق فيزيولوجية يمكن أن تحد من إمكانية حدوثه، فقد يكون الزوج أو الزوجة أو كلاهما مصابا بعارض عضوي يحول دون تحقيق هذا المبتغى، وهو الأمر الذي مكنت علوم الطب الحديثة من علاج كثير من حالاته.

ويعتبر موضوع نقل الأعضاء وزرعها من مكتشفات الطب الحديثة التي ساهمت إلى حد كبير في علاج العديد من الحالات المستعصية، سيما حالات العقم وبعض العيوب الخلقية التي تعترى أعضاء كل من الرجل والمرأة التناسلية، وذلك عن طريق زرع بعض هذه الأعضاء سواء الذكرية أو الأنثوية، والتي تساعد الزوجين على إنجاب الولد والذرية.

ويعتبر زرع الأعضاء التناسلية عموما والرحم خصوصا من النوازل الحديثة التي استرعت اهتمام علماء الدين والقانون، كونها مسائل طبية حديثة لم تتناولها نصوص الدين أو القانون بالتنظيم والتأطير وبخاصة بالنسبة للمشرع الجزائري، الذي تناول موضوع زرع الأعضاء على عمومه دون تخصيص، سواء من ناحية العضو المتبرع به، أو ما يتعلق بالشروط المتعلقة بالشخص المنقول منه والمنقول له، مما ترك الأمر على حاله من اللبس والغموض، وهنا تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع حتى يتسنى لنا فهم كنهه، وتحديد مراميه لأجل وضع مختلف الضوابط التي تنظمه، حفظا لحقوق الأفراد والمجتمع.

فموضوع زرع الأعضاء التناسلية سواء كانت ذكرية أو أنثوية له علاقة وطيدة بمقصد حفظ النفس والنسل، باعتبارهما من أهم مقاصد الشريعة التي بنت عليها أحكامها، لذلك فإن دراسته ذات أهمية اجتماعية وشرعية وقانونية بالغة، كونها من جهة ترفع الحرج والضيق عن كثير ممن يعانون في صمت من مشكل إنجاب الذرية، خاصة بالنسبة للنساء اللواتي خلقتن بعيوب خلقية في جهازهن التناسلي، أو تم استئصال أرحامهن لدواعي علاجية، أصبحن بسببها عقيبات على سبيل التأيد.

كما أنها تسهم من جهة أخرى في تحديد أحكامه الشرعية، من حيث جوازه أو حرمة، وذلك حتى نتفادى الوقوع في اختلاط الأنساب، ونتجنب الأفعال المحرمة التي تعتبر صورة من صور الزنا الذي حرمه الله تعالى.

لذلك نحدد الإشكال في موضوعنا هذا كما يلي: ما مدى جواز نقل الرحم وزرعه وفق معطيات العلم الحالية، وما هو موقف المشرع الجزائري من هذه النازلة؟

بناء على الإشكال المطروح أعلاه ارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم زرع الرحم وتأصيله الشرعي

المبحث الثاني: حكم نقل الرحم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

المبحث الأول

مفهوم نقل الرحم ومقاصده الشرعية

موضوع زرع الرحم ذو طابع علمي كونه يضم في طياته بعض المصطلحات العلمية التي تحتاج إلى تعريف وتحديد مفهومها، كما أنه ذو طابع قانوني وشرعي يستدعي تحليله من خلال تمييزه عما يشبهه به، وتأصيله ببيان مدى اعتباره من قبيل تغيير خلق الله أو يعتبر من التداوي المشروع.

المطلب الأول: المقصود بالرحم ونقله من الناحية العلمية

في هذا المطلب سنقوم بتعريف الرحم ونقله ومصادر الحصول عليه وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفروع الأول: تعريف الرحم

يعرف الرحم بأنه: "الوعاء الذي ينمو بداخله الجنين، وهو عضو عضلي مجوف كمثري الشكل في ثلثيه العلويين، وأسطواني في ثلثه الأسفل، ويبلغ طوله حوالي 7.5 سم وعرضه 5 سم، و3 سم بالنسبة للمرأة التي لم يسبق لها الحمل. والرحم مثبت في موضعه بواسطة مجموعة من الأربطة تسمح له بالزيادة التدريجية أثناء الحمل ليتضاعف حجمه حتى يصل إلى حوالي ثلاثة آلاف ضعفه في نهاية الحمل"¹.

وجاء في الموسوعة العربية الميسرة بأنه: "عضو حيوي في الجهاز التناسلي في المرأة، وهو جسم عضلي أجوف يتم فيه تكوين الجنين في تسعة أشهر قبل الولادة، وتقع الرحم الحالية في داخل الحوض بين المثانة والمستقيم،

¹ - محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 10 مارس 2009، المنشور على الموقع الإلكتروني: elibrary.mediu.edu.my/books/MAL06939.pdf، ص: 13.

ولكنها عند الحمل تكبر وترتفع إلى البطن شيئا فشيئا. والرحم تفتح في المهبل ويتصل بقرنيها أنبوتان رحمتان، تنقل كل منهما البيضة من المبيض إلى الرحم، فإذا لم تلقح فإنها تتلف وتطرد، وأما إذا لقحها حيوان منوي في الأنبوب الرحمي، فإنها بعد دخولها الرحم تنغرز في جدارها وتأخذ في النمو. والرحم إذا خرجت عن وضعها التشريحي الصحيح تسبب آلاما في الظهر وخاصة وقت الحيض".¹

الفرد الثاني: تعريف نقل الرحم

تتم عملية نقل الرحم *Transplantation de l'utérus*² بالحصول على بويضة المرأة وخليّة منوية من زوجها حيث يتم تلقيحها عن طريق تقنية أطفال الأنابيب، وتجري هذه العملية قبل عملية زراعة الرحم، أين يحتفظ بالأجنة بواسطة التبريد ويتم نقلها إلى الرحم المزروع بعد مضي عام على إجراء عملية زراعة الرحم، وذلك ضمانا لعدم لفظ الرحم مناعيا، الذي يحدث خلال السنة الأولى بعد زراعة الرحم غالبا. وعقب الحمل والولادة يقوم الأطباء باستئصال الرحم المزروع بعد عدة أشهر من الولادة تفاديا للمضاعفات التي قد تحدث للمريضة من جراء استمرار استخدام الأدوية المثبطة للمناعة لفترة طويلة.

ونشير إلى أن الطفل الذي ولد من رحم تمت زراعته يحمل الصفات الوراثية للزوج والزوجة التي تم زراعة الرحم فيها، ولا يحمل جينات السيدة المتبرعة برحمها، ولعل هذا من أهم ما يميز نقل الرحم عن إجارتها والذي تنبني عليه أحكام قانونية شرعية غاية في الأهمية.³

وتذكر بعض المصادر بأن أولى تجارب نقل الرحم قد بدأت عام 1972 عندما قام الطبيب بابانكولي بنقل رحم وملحقاته من أم إلى ابنتها، ولم يحدث حمل وظل الرحم سليما ولم ترفضه أجهزة البنت المناعية،⁴ وفي شهر

¹- انظر: الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، الجزء الثالث، ص: 1628.

²- يرى البعض أن مصطلح زرع *Grefte* يختلف كلياً عن مصطلح نقل العضو *Transplantation* ذلك أن مصطلح زرع يعني نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر يتبعان نفس الكائن الحي أو من فرد لآخر سواء كان من نفس النوع أم لم يكن، أي أنه طعم كالطعم الجلدي مثلا.

أما لفظ نقل العضو *Transplantation* فيشير لزرع عضو حيوي يستلزم إعادة فورية لنشاطه وأوردته وشريانه كزراعة الكبد والقلب والكلى. انظر: أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، (رسالة دكتوراه) منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص: 95.

وفي موقف آخر يعترض الدكتور محمد أيمن صافي على مصطلح الزرع ويرى أن المصطلح الأصوب هو الغرس، فيما يرى الدكتور منذر الفضل أن مصطلح "نقل" و"زرع" و"غرس" كلها مصطلحات مترادفة، وإن وجد محل للتمييز بينها فإن النقل محلّه عضو الشخص السليم أي الواهب أو المتبرع، أما الزرع فمحلّه الشخص المريض، وهو المتلقي أو المستقبل أو المنقول له. انظر: بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2012-2013، ص: 124-125.

³- عجيل جاسم النشمي، حق المرأة في نقل الرحم، بحث مقدم إلى مؤتمر "الحقوق والالتزامات الصحية من منظور إسلامي، المنظم من قبل المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بالكويت بتاريخ 19-22 ديسمبر 2016، المنشور بالموقع الإلكتروني: www.dr-nashmi.com، ص: 6.

⁴- طلعت أحمد القصبي، إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (6)، الجزء (3)، 1990، ص: 1978.

أفريل من سنة 2002 قام فريق طبي سعودي بدبي بإجراء عملية زرع رحم لامرأة تبلغ من العمر 26 سنة، فقدت رحمها بعد نزيف داخلي حاد حدث لها قبل ست سنوات، وقد نقل الرحم من سيدة تبلغ من العمر ست وأربعون سنة، غير أنه تم استئصال الرحم المزروع بعد تسع وتسعين يوماً على زرعه بسبب انسداد الأوعية، رغم أن الفريق الطبي قد راعى قبل وبعد إجراء هذه العملية جميع التحضيرات والاحتياطات اللازمة، بدليل أن هذه المريضة قد طمئت مرتين.

فمن شروط زرع الرحم أن يتم الاستئصال من المتبرعة والزرع في المتلقية في توقيت واحد؛ لأن الأعضاء تتأذى بعد إزالتها من الجسم، ولا بد أن يتم حقن الرحم لمدة تزيد عن أربع ساعات قبل إكمال زراعته بسائل فيزيولوجي بارد كاليوروكولين، بالإضافة إلى أن يتم مع جراح الأوعية الدموية، والذي يقوم بدوره بمعالجة الرحم بعد استئصاله بالعقاقير اللازمة حتى يتم زراعته لدى المرأة مستقبلة الرحم.¹

وفي العام 1999 قام البروفيسور السويدي ماتس برانستورم في جامعة غوثنبرغ بمشروع بحثي هدفه منح النساء فرصة الإنجاب عبر عملية زرع الرحم، حيث استطاع الفريق الطبي العامل معه ومن ضمنه الطبيبة اللبنانية الأصل المقيمة في السويد رنده عاقوري على تحقيق هذا الإنجاز، وتمت الولادة الأولى بهذه الطريقة في أيلول من عام 2014 وتلتها 4 ولادات تكللت بالنجاح.

وكانت أول سيدة خضعت للعملية هي "آنا" التي تم تشخيص السرطان لديها عام 2003 وعمرها لا يتعدى اثنان وعشرون سنة، وبعد ثلاث سنوات تبين مجدداً أنها مصابة بسرطان في عنق الرحم ولم يكن أمامها من حل سوى الخضوع إلى عملية استئصال للرحم إلى جانب العلاج بالأشعة، فتم ذلك وتخلصت من المرض، لكنها في الوقت نفسه فقدت الأمل بالإنجاب وتأسيس عائلة، وهو الأمر الذي جعلها تعيش حالة اكتئاب.

في العام 2006 تزوجت "آنا" وقرأت عما كان جارياً العمل عليه بشأن عملية زرع الرحم، وكونها كانت مستعدة لأي شيء لكي تنجب طفلاً، لم تتردد لحظة في اللجوء إلى الطبيب ماتس برانستورم الذي كان يقوم بالتجارب في هذا الإطار، وبعد عشر سنوات من التحضير والتجارب، تبرعت لها والدتها برحمها، ثم أُجريت لها العملية ونجحت تماماً، وتم تجميد البويضات بنجاح أيضاً، وهو الأمر الذي جعلها تصبح أما في الأشهر الموالية.²

الفرع الثالث: مصادر الحصول على الرحم

يوجد مصدران من خلالهما يتم الحصول على الرحم المراد زرعه:

الأول: يكون بالتبرع من امرأة على قيد الحياة قد قاربت سن انقطاع الطمث أو تعدته بسنوات قليلة، وفي هذه الحالة لا بد أن تكون المرأة المتبرعة قد أكملت إنجاب عدد من الأولاد الذين ترغب في إنجابهم، ولا ترغب في حمل آخر في المستقبل، ويفضل أن تكون هناك صلة قرابة بين المرأة المتبرعة برحمها والمتبرع لها، وذلك

¹ - مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003، الجزء الأول، الكتاب الثاني، ص: 134-137.

² - انظر جريدة الحياة الجديدة ليوم 26/07/2016، العدد 7429، ص: 25.

حتى يتم التقليل من مخاطر لفظ الرحم المنقول بسبب المناعة.

الثاني: ويتمثل في التبرع من امرأة حدثت وفاتها بالفعل إلا أن قلبها ما زال ينبض اصطناعياً بغرض المحافظة على صلاحية الأعضاء المراد زرعها، وفي هذه الحالة تقلل من مخاطر ومضاعفات إجراء العملية الجراحية للمتبرعة، إلا أن الحصول على رحم امرأة متبرعة على قيد الحياة، يكون مصحوباً بنتائج أفضل من الرحم الذي يحصل عليه من امرأة متوفاة، وذلك لقصر الوقت الذي يتعرض له الرحم للمعاناة من نقص سريان الدم في الحالة الأولى عنها في الحالة الثانية، وفي كلتا الحالتين يفضل اختيار رحم سبق له الحمل والولادة، أي سبق اختبار قدرته على احتضان الجنين بنجاح حتى الشهور الأخيرة للحمل.

وبمراجعة حالات زرع الرحم التي أجريت في العالم حتى يومنا هذا؛ اتضح أن من بين الإحدى عشرة حالة زراعة رحم؛ كان هناك حالة واحدة حصل على الرحم فيها من سيدة متوفاة، والعشر حالات الأخرى حصل على الرحم من متبرعات أحياء.¹

المطلب الثاني: المقاصد الشرعية لزراعة الرحم

يذكر الفقهاء العديد من الأمور التي تدفع بالذكر والأنثى إلى زرع الأعضاء التناسلية عموماً والرحم خصوصاً (بالنسبة للمرأة) وتتمثل في:

الفرع الأول: تحصيل النسل:

تحصيل النسل من الأمور الفطرية عند الإنسان حيث جعله الله تعالى بعد حفظ النفس المقصد الأهم الذي شرع لأجله الزواج، كونه وسيلة بقاء النوع الإنساني المشروعة، قال الشاطبي: "والحفظ لها (أي المقاصد الضرورية) يكون بأحد أمرين: أحدها: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود، والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم"²، ويقول في مقام آخر: "فأما حفظ النفس من جانب الوجود فيقول فيه: "وحفظ النفس حاصله في ثلاثة معان، وهي: إقامة أصله بشرعية التناسل، وحفظ بقائه بعد خروجه من العدم إلى الوجود، من جهة المأكل والمشرب، وذلك ما يحفظه من داخل، والملبس والمسكن وذلك ما يحفظه من خارج"³، قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةً﴾⁴، لذلك فالإنسان الطبيعي يريد أن ينجب الذرية سواء كان يميل إلى إنجاب الذكور منها أو الإناث أو كليهما.

وقد يجوز دون حصول الإنجاب أمر معين، بأن يكون عند المرأة مانع عضوي يمنعها من الحمل، كما لو كان

1- ينظر: عجيل جاسم النشمي، المرجع السابق، ص: 5.

2- الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفا، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 1997، الجزء الثاني، ص: 18.

3- الموافقات للشاطبي، ج 4، ص: 347-348.

4- سورة النحل، الآية 72.

المبيضين تالفين، أو بها سبب مرضي لا يجعل البيضة صالحة للتلقيح، أو انسداد قناتي فالوب وهما وسيلتا انتقال البويضات، أو حدث أمر أدى إلى إزالة رحم المرأة، إما اختياريا كعدم الرغبة في التعرض للحمل أو اضطرارا¹.

الفرع الثاني: الحاجة إلى الاستمتاع:

وهو أمر فطري في الإنسان كما هو في الحيوان والطيور وغيرهما، وقد خلق الله تعالى الشهوة في كل من الرجل والمرأة حتى تكون باعنا لتقارب الجنسين بغية استمرار النسل وبقاء النوع الإنساني، فخلقت شهوة إنزال المنى من الرجل وشهوة تمكين المرأة للرجل منها، حتى تكون هذه الشهوة وسيلة لجلب الأولاد بسبب ما يحدث بين الرجل والمرأة من اتصال جنسي، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَكِرُونَ﴾²، وقال النبي ﷺ: "الدُّنْيَا مَتَاعٌ، وَخَيْرُ مَتَاعِ الدُّنْيَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ"³.

ويشير الدكتور محمد سليمان الأشقر إلى أن الاستمتاع بالوطء لدى المرأة ينقص أو ينعدم في حال تلف المبايض والرحم، لما له من دور في الاستمتاع، وإذا لم يكن للرجل خصيتين بأن كانتا تالفين فإن الاستمتاع لديه أيضا ينقص رغم إمكانية الوطء⁴.

الفرع الثالث: الجمال أو التجميل

ويراد بالجمال هنا أن المبيضين يفرزان إلى جانب البويضات، هرمون الأنوثة الذي يجعل الأنثى يبدو عليها صفات الجمال الأنثوي، كنعومة الجلد وصفائه، ورقة الصوت، وتوزيع الشحوم على مناطق جسمها بصورة تخالف صورة الذكر وتشكل في نفس الوقت إغراء جنسيا له⁵.
فإذا فقدت المرأة مبيضها أو فقد الرجل خصيتيه، فقد كل منهما الصفات المناسبة له، فالمرأة تفقد الصفات التي تتناسب والأنوثة، والرجل يفقد الصفات التي تتناسب والذكورة، وهذا الوضع يؤدي إلى فقد الجمال الذي يناسب كل واحد منهما، فينشأ عن هذا حالات نفسية صعبة، قد تؤثر في الوضع الاجتماعي للشخص.
ونقص الجمال على النحو السابق بيانه يؤدي إلى نقص الاستمتاع عند كلا الزوجين بالآخر، والقضاء على هذه المشكلة لا يكون إلا بزراعة الغدة التناسلية أو العضو المناسب، إذا كان ذلك ممكنا ومتاحا طبيا وجراحيا.

¹- قد يكون الرجل أيضا غير منجب لسبب عضوي، كتلف الخصيتين، أو عجزهما، أو كونهما مقطوعتين، أو عنة الذكر، أو انقطاعه، أو انسداد القناة الحاملة للمني من البربخ إلى الخارج. انظر: محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 2001، ص: 129.

²- سورة الروم، الآية 21.

³- صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 2006، كتاب الرضاع، باب خير متاع الدنيا المرأة الصالحة، حديث رقم 1467، ص: 672.

⁴- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص: 129-130.

⁵- للرجل كذلك هرمونه الخاص وهو هرمون الذكورة الذي تفرزه الخصيتين، وهو ضروري أيضا لإضفاء الذكورة عليه، كخشونة الصوت، ونبات شعر الوجه، وخشونة الشعر، والقوة البدنية وغير ذلك. محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص: 130.

وأما التجميل فتدعو إليه حاجة كل من الرجل والمرأة إلى العودة للحالة الطبيعية لصورة البدن الظاهرة، وذلك إذا كان عضو من الأعضاء التناسلية الخارجية يبدو على غير الهيئة التي خلق الله الإنسان الطبيعي عليها، أو أدت جراحة إلى تشويه صورته، كقطع عضو الذكورة من الرجل، أو كونه ضامرا ضمورا شائنا، أو كون فرج المرأة ليس على الصورة المعهودة لدى سائر النساء العاديات.¹

المطلب الثالث: التأهيل الشرعي لعملية زرع الرحم

في هذا المطلب ستقوم بالتمييز بين زرع الرحم وتأجيرها لما لهذا التمييز من أهمية بالغة تنبني عليها أحكام شرعية غاية في الأهمية، كما سنتناول أيضا مسألة مدى اعتبار زرع الرحم من قبيل تغيير خلق الله المحرم شرعا التي ثار بشأنها جدل فقهي كبير، ومدى اعتبارها أيضا من قبيل التداوي الذي حث عليه الشرع ورغب فيه.

الفرع الأول: التمييز بين زرع الرحم وتأجيرها

يعرف تأجير الأرحام بأنه تلقيح ماء رجل (النطفة) بيا امرأة (البويضة) تلقيحا خارجيا في وعاء اختبار، ثم تزرع هذه البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها حتى ولادة الجنين مقابل أجر معين، لذلك فهو عقد على منفعة رحم يشغله بلقيحة أجنبية عنه بعوض، ويطلق على هذه العملية تسميات مختلفة منها الرحم الطئر، الرحم المستعار، مؤجرات البطون، الأم البديلة، المضيفة أو الحاضنة، شتل الجنين، الأم بالوكالة، أجنة بالوكالة.²

وفي هذه العملية يتم "الحصول على الخلية المنوية من الأب والبويضة من الأم؛ وتلقيح البويضة في معمل الأجنة عن طريق الإخصاب الطبي المساعد (أطفال الأنابيب) ويزرع الجنين في رحم امرأة أخرى غير صاحبة البويضة حتى يكتمل نمو الجنين، ويولد الطفل بواسطة الأم الحاضنة ثم يسلم إلى الأم والأب صاحبي البيضة والخلية المنوية".³

وأبرز مثال على انتشار عمليات استئجار الأرحام أنه في الولايات المتحدة الأمريكية يتم استئجار أرحام سيدات يتراوح سنهن بين خمسين وستين سنة، حيث يتم أخذ البويضات من سيدات شابات ثم تزرع في أرحام هذه السيدات بعد تلقيحها خارجيا بواسطة أنبوب الاختبار، وتكون نتيجة حملهن طبيعية جدا، حيث يبقى رحم المرأة المؤجّرة محافظا على وظيفته حتى بعد انقطاع الدورة الشهرية، وذلك في حال تهيئته بالمهرمونات المناسبة. وزراعة الرحم تختلف تماما عن استئجاره، ذلك أن عملية نقل وزرع كامل الرحم تعطي للأم صفة ملكية الرحم والأمومة للطفل على خلاف عملية تأجير الرحم، إضافة إلى كون هذه الأخيرة تطرح مشاكل قانونية

1- محمد سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص: 130.

2- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2011، ص: 278، وفي نفس الموضوع: الصادق ضريفي، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، جامعة أكلو عند أولحاج، البويرة، العدد الثامن عشر، 2015، ص: 2-3.

3- عجيل جاسم النشمي، المرجع السابق، ص: 6.

وشرعية وعملية كبيرة، فقد لوحظ كثيرا في العديد من الدول الغربية أن الأم مؤجرة البطن ونظرا لتحرك عاطفة الأمومة لديها، تقرر الاحتفاظ بالطفل لإحساسها ربيما بأنه ابنها كونه عاش في أحشائها، وهذا يجعلها تعتقد بأنها أحق به من غيرها، وفي حالات أخرى لوحظ أيضا بأن الأم والأب صاحبي النطفة والبويضة يرفضان أخذ الطفل إذا ما ولد مشوها.¹

ولا ننسى هنا الإشارة إلى الطابع التجاري الذي تتسم به في الغالب عملية تأجير الرحم والأمثلة كثيرة ومتعددة، حيث يورد الدكتور تشوار جيلالي العديد منها، كقضية باي كوطو Baby Cotton وقضية السيدة باميليا Pamela وهي سيدة أمريكية متزوجة وأم لطفل، أرادت أن تزاوّل دراستها بالجامعة لأجل الحصول على شهادة الدكتوراه، لكن وبما أن هذه السيدة بطالة وأن الدراسة تتطلب منها دفع مبالغ مالية معتبرة، فقد رضيت أن تؤجر بطنها مقابل مبلغ عشرة آلاف دولار أمريكي.²

الفروع الثاني: مدى اعتبار زرع الرحم تدخلًا في قدر الله وتغييرا في خلقه

يرى الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين³ استنادا إلى ما جاء في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، أن كل تغيير يجذب شيئا من الجسم، ويضيف إليه شيئا آخر هو تغيير لخلق الله، محكوم بعدم جوازه، هذا إذا كان التغيير حاصلًا في الشعر والأظافر فما بالك إذا تعلق الأمر بجهاز حساس كالرحم مثلا.

وتفريعا على ما سبق فإن انتزاع الرحم وزرعه محرم شرعا باعتباره تبديلا لخلق الله في المرأة التي استوصل رحمها، وتسبب لها في العقم بصفة عمدية، كما أنه يضع حدا لإمكانية الإنجاب بصفة أبدية، وهو الأمر الذي صدر بشأنه قرار من المجمع الفقهي يجرم التسبب في العقم الأبدي، كونه ليس من تنظيم النسل.⁴

وحسب رأيه فإن صاحبة الرحم الصالح للإنجاب وتلقي المني، قد ارتكبت محرّمات عدة منها:

- أنها قد بدلت خلقة جسمها نقصا وذلك بنقل أحد أهم الأجهزة فيه.
- أنها عرضت نفسها للعقم الأبدي باختيار وعمد وتصميم، فهي مغيرة لخلق الله تعالى، كما أنها تابعة للشيطان لقوله تعالى: ﴿وَلَا مَرْتَبَهُمْ فَلَيعْرِضَنَّهُ لَئَلَّ يَخْلُقَ اللهُ﴾.⁵
- أنها بتعريض نفسها للهلاك بصفة محتملة جدا تكون قد ارتكبت فعلا محرّما؛ لأن الطب مازال يحكم

¹- مرونك نصر الدين، المرجع السابق، ص: 135.

²- انظر: تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات العلمية الحديثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص: 110-111.

³- انظر بحثه الموسوم ب: زراعة الغدد التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990، ص: 2026 وما بعدها.

⁴- انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 39(1/5) الصادر في دورة مؤتمره الخامس بالكويت المنعقدة أيام 10-15 ديسمبر 1988، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي لسنة 1988، العدد الخامس، الجزء الأول، ص: 748.

⁵- سورة النساء، الآية 119.

بصعوبة هذا النوع من العمليات سواء على الباذلة أو المتلقية.

لذلك يعتبر هذا العمل من قبيل الاستخفاف بحرمة أوامر الله الذي كرم الإنسان وحرّم النيل من عرضه وجسمه، كما أنه لا ينسجم مع تقسيم الله العادل في الأرحام، لذلك فإن هذا العمل وإن كان يعتبر مظهراً من مظاهر التقدم العلمي، فإنه سيجر لا محالة إلى مشاكل جمة، يكون من المصلحة التخلي عنها سدا للذرائع.¹ كما أن المزروع فيها الرحم داخله في لعنة الله؛ لأنها غيرت خلق الله بنزع عضو من جسمها واستبداله بآخر من غيرها، فهي واصلة لأنها ضمت جسماً غريباً عن جسمها إليه، وقد ذكر الإمام النووي في شرحه لصحيح مسلم حرمة تغيير الخلق، وأشار إلى قصة المرأة التي أرادت أن توصل شعر ابنتها، مع استحسان الزوج لذلك، فأجابها النبي صلى الله عليه وسلم بلعنة من تفعل ذلك، ثم قال: لأنه يحرم الانتفاع بشعر الأدمي وسائر أجزائه لكرامته، بل يدفن شعره وظفره وسائر أجزاء جسمه،² وقال الأبي في شرحه لصحيح مسلم بعد أن ذكر حديث الوصل المتفق عليه في جميع كتب الحديث: " لا يجوز للمرأة أن تغير شيئاً من خلقها، بزيادة فيه أو نقص منه قصد التزوج أو غيره".³

وعلى النقيض من ذلك يشير الشيخ عجيل جاسم النشمي بوجود من يعتقد بأن نقل رحم امرأة إلى أخرى، من أجل وضع البويضة الملقحة في الرحم البديل، وأن ذلك يعد في نظرهم تدخلاً في قدر الله الذي قضى بأن تظل هذه المرأة عاقراً، وأنه يتعارض مع قول الله تعالى: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْوِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامَ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾،⁴ وقوله أيضاً: ﴿وَتُفَرِّقُ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾،⁵ وقوله: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاءً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾،⁶ كما أنه يعتبر أيضاً في نظرهم تغييراً لخلق الله؛ لأن هذه المرأة قد تكون قد خلقت من غير رحم؛ أو أن الله تعالى قد قدر له أن يستأصل لسبب من الأسباب.

لذلك فهو يرى أن نقل الرحم على النحو السابق بيانه لا يدخل في باب العقيدة، وكل ما يتوصل إليه الإنسان إنما هو بإرادة الله، فقواعد الوراثة والتكاثر ومبتكرات الطب، ما هي إلا نظم وأسباب كونية أودعها الله في مخلوقاته، وعليه فالمسألة ليست عقائدية كما يعتقد البعض وإنما هي تدخل في دائرة الحل والحرمة، والسؤال الذي يطرح بشأنها يتعلق بحلها أو حرمتها؟.

والخلاصة أنه ليس في نقل الرحم تغيير لخلق الله، فالحيوان المنوي هو الحيوان المنوي، والبويضة هي البويضة، وكل ما يفعله الإنسان في هذه الحالة أنه يقوم بتلقيح بويضة الزوجة بالحيوان المنوي للزوج خارج

1- ينظر: حمداتي شبيها ماء العينين، المرجع السابق، ص: 2033.

2- صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1991، الجزء 14، ص: 143.

3- الأبي شرح صحيح مسلم، الجزء الخامس، ص: 407، نقلاً عن حمداتي شبيها ماء العينين، مرجع سابق، ص: 2036.

4- سورة الرعد، الآية: 8.

5- سورة الحج، من الآية 5.

6- سورة الشورى، الآية: 49-50.

الرحم، ليضعها من جديد في الرحم المزروع، ومن ثم فالعلاج يعتبر من قبيل الأخذ بالأسباب التي يحث عليها الشرع متى خلا من المقاصد الفاسدة والنوايا الشريرة.¹

الفرد الثالث: زرع الرحم صورة من صور التداوي

لا شك أن نقل الرحم بالشروط والضوابط التي حددها كثير من علماء الدين وقرارات المجامع الفقهية، يعتبر من قبيل التداوي المشروع الذي رغب فيها ديننا الحنيف، فقد وردت أحاديث نبوية كثيرة حث فيها النبي ﷺ على طلب التداوي والعلاج، إذ يروي أسامة بن شريك قال: شَهِدْتُ الْأَعْرَابَ يَسْأَلُونَ النَّبِيَّ ﷺ: أَعَلَيْنَا حَرْجٌ فِي كَذَا؟ أَعَلَيْنَا حَرْجٌ فِي كَذَا؟ فَقَالَ هُمْ: "عِبَادَ اللَّهِ! وَضَعَ اللَّهُ الْحَرْجَ إِلَّا مَنْ أَفْتَرَضَ مِنْ عَرَضٍ أَحْبَبَهُ شَيْئًا، فَذَلِكَ الَّذِي حَرَجَ". فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ! هَلْ عَلَيْنَا جُنَاحٌ أَنْ لَا تَتَدَاوَى؟ قَالَ: "تَدَاوُوا، عِبَادَ اللَّهِ! فَإِنَّ اللَّهَ، سُبْحَانَهُ، لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ مَعَهُ شِفَاءً. إِلَّا الْهَرَمَ"²، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: "لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ، فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللَّهِ"³.

ويجمع العلماء على جواز التداوي وإن كانوا يختلفون في مدى وجوبه، فالأحناف والمالكية يذهبون إلى إباحته حيث عبروا عن ذلك بقولهم: لا بأس به، ويذهب الشافعية إلى استحبابه،⁴ ونقل الرحم إذا كان يحقق مقاصد مشروعة فهو من التداوي، الذي يصل في بعض الحالات حد الضرورة حفاظا على النفس أو النسل، كما أن الأخذ بالأسباب والعلاج لتحقيق الحمل والولادة، فيه مصلحة للفرد برفع الحرج عنه، وفيه مصلحة مشروعة له وللمجتمع.

لذلك ما دام المسلم يعتقد بأن من وضع الأسباب هو من طلب التوكل عليه، فإنه لا تنافي بين الأخذ بالأسباب والتوكل على الله، علما بأن الأخذ بالأسباب والعلاج لا يحقق الغايات المرجوة منه إلا بإرادة الله وقدره، وهو ما يجب على المسلم أن يعتقد، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ إِنَّ اللَّهَ بَالِغُ أَمْرِهِ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾⁵.

المبحث الثاني

حكم نقل الرحم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري

موضوع نقل الرحم تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية ضمن مبحث نقل الأعضاء التناسلية، حيث يميزون فيه بين نوعين من الأعضاء: أعضاء تناسلية ناقلة للصفات الوراثية، وهي الخصيتان بالنسبة للرجل والمبيض بالنسبة للمرأة، وأخرى غير ناقلة للصفات الوراثية وهي الرحم والفرج والقنوت التي يتم فيها التلقيح، وهي

1- عجيل جاسم النشمي، المرجع السابق، ص: 7-8.

2- أخرجه أبو داود في سنته، كتاب الطب، باب الرجل يتداوى، حديث رقم 3855، ص: 483.

3- أخرجه مسلم في كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، المجلد الثاني، رقم 2204، ص: 1050.

4- حول مسألة الأحكام الشرعية التي تعترى موضوع التداوي، انظر رسالتنا الموسومة ب: القتل الرحيم بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2013-2014، الصفحات من 240 إلى 258.

5- سورة الطلاق، الآية 3.

"فنائي فالوب".

بالنسبة للأعضاء الناقلة للصفات الوراثية، فالإتفاق حاصل على حرمة نقل مثل هذا النوع من الأعضاء، نظرا لطبيعة العمل الذي تقوم به، والمتمثل في نقل الصفات الوراثية للجنين، وهو ما جاء صراحة في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في شأن زراعة الأعضاء التناسلية الصادر في ختام دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990 م.¹

فالخصية تقوم بدور المصنع الذي يتج الحيوانات المنوية بواسطة الهرمونات، حيث تحتوي على المواد الأولية التي تنتج منها الحيوان المنوي، فإذا نقلنا الخصيتين من شخص إلى آخر فإننا كما تقول الدكتورة صديقة العوضي نكون قد نقلنا المصنع بآلاته ومعداته ومواده الأولية إلى الشخص الآخر، وليس للشخص الذي نقلت إليه الخصية من دور سوى تشغيل هذا المصنع فقط، وتعبير آخر فإننا بنقل الخصية نكون قد قمنا بإخصاب بويضة زوجة الرجل المنقول إليه الخصية بحيوان منوي لرجل آخر "المنقول منه"، ذلك أن الشخص المنقول إليه الخصية ليس له أي دور في نقل المورثات التي يحملها إلى أولاده.²

أما المبيض فهو يحتوي على بويضات تحمل الشفرة الوراثية التي حددها الله للجنين، ويبدأ تكوينه عند الأنثى عندما تكون جنينا في بطن أمها، ويصل عدد البويضات في المبيضين إلى حوالي مليوني بويضة عند الولادة، ثم يتناقص هذا العدد ليصل إلى 400 ألف بويضة عند البلوغ، ليصبح فيها بعد أربعة آلاف بويضة قابلة للإخصاب، وسبب هذا النقصان يرجع إلى مراحل النضج المتعددة التي تمر بها البويضة ابتداء من الخلية الأولية للبويضة الناضجة قبل خروجها من المبيض، وذلك تحت تأثير هرمونات التناسل بشكل زيادة ونقصان لهذه الهرمونات، ويبقى عدد البويضات في تناقص حتى تنضب وهذا ما نسميه بسن اليأس.

¹ - انظر القرار رقم 59 "6/8" بشأن زراعة الأعضاء التناسلية الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990 م، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، ص: 2155.

² - صديقة علي العوضي - كمال محمد نجيب، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990، ص: 2054، وفيما يتعلق بزراعة الخصية أنظر أيضا فتوى الشيخ يوسف القرضاوي، من هدي الإسلام فتاوى معاصرة، دار القلم للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الرابعة 2004، الجزء الثالث، ص: 539-540. وفي هذا المقام يثير الدكتور عارف علي عارف القرة داغي نقطة غاية في الأهمية مفادها أن بعض الباحثين (ومنهم الدكتور محمد سليمان الأشقر الذي بنى رأيه على تأكيدات بعض الأطباء. ص: 145). يرون أن الخصية إذا كانت فاقدة القدرة على إفراز المنويات بحكم تلف هذه القدرة أو إتلافها، فتبقى مصدر إفراز هرموني فقط، وتعطي بذلك صفات الذكورة فقط دون الصفات الوراثية، وبالتالي فلا يجرم شرعا نقلها في هذه الحالة إذا كان المنقول منه ميتا، على خلاف النقل من الحي الذي يأخذ حكم الخصاء. وخلاف ذلك يرى الدكتور القرة داغي أن نقل الخصية بهذه الصورة غير جائز شرعا؛ لأن نقل العضو يجوز عند عدم وجود البديل، والبديل هنا موجود، حيث يمكن للأطباء حقن الهرمونات الذكرية التي تنتجها الخصية مباشرة إلى الجسم على سبيل التداوي، وهذا من جهة أيسر ومن جهة ثانية فيه منية؛ لأنه يغني عن اللجوء إلى أدوية الشيط المناعي وما فيها من محاذير طبية. عارف علي عارف القرة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، (سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة) نشر الجامعة الإسلامية العالمية باليزبيل للنشر IIUM، الطبعة الأولى 2011، ص: 75، وفي هذا المعنى أيضا ينظر: محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص: 145.

وتبدأ هذه البويضات في النزول شهريا من المبيض، فإذا ما لقحت حدث الإخصاب والحمل، وإذا لم تلقح يحدث ما نسميه بالعادة الشهرية، وعليه فإذا ما نقل مبيض إلى امرأة ما فإن البويضة التي تنتجها تنسب إلى المرأة التي نقل منها هذا المبيض، وإذا نشأ جنين عن هذه البويضة فإنه يحمل الصفات الوراثية للمرأة المتقول منها المبيض وليس المرأة المتقول إليها، وهذا ما يؤدي حتما إلى اختلاط الأنساب.¹

ويعتبر البعض هذه الحالة صورة من صور نكاح الاستبضاع الذي كان سائدا في الجاهلية والذي حرمه الإسلام، حيث كان الرجل يقول لزوجته إذا طهرت من طمثها،² أرسلني إلى فلان (ويجذب أن يكون رجلا قويا شجاعا كريما وغيرها من الصفات الحميدة). فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه حتى يتبين حملها من ذلك الرجل، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وهو إنما يفعل ذلك رغبة في إنجاب الولد.³

وجاء في حديث عائشة رضي الله عنها عقب بيانها لبعض الأنكحة في الجاهلية وهي أربعة قولها: "فَلَمْ يُعْرَفْ مُحَمَّدٌ ﷺ بِالْحَقِّ هَدَمَ نِكَاحَ الْجَاهِلِيَّةِ⁴ كله إلا نكاح النَّاسِ اليوم"،⁵ فدل هذا الحديث على تحريم الأنواع الثلاثة كونها من الزنا، الذي قال فيه تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَاتِ إِنَّمَا كَانَ فَاكِحَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.⁶

المطلب الأول: حكم نقل الرحم في الشريعة الإسلامية

إذا كان نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية غير جائز باتفاق العلماء، فإن نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية جائز ولكن بشيء من التفصيل، فمثلا لا يجوز اتفاقا نقل القضيب من الإنسان الحي؛ لأنه عضو وحيد في الجسم، فهو آلة الجماع ومجرى البول، ونقله يعني حرمان الجسم المتقول منه من وظيفته، وهذا لا يجوز اتفاقا باعتباره من قبيل الخضاء المحرم شرعا.⁷

قال القرطبي بمناسبة تفسيره للآية 119 من سورة النساء: وأما الخضاء فمصيبة، فإنه إذا خصي بطل قلبه وقوته، عكس الحيوان، وانقطع نسله المأمور به في قوله عليه الصلاة والسلام: "تَنَاقَحُوا تَنَاسَلُوا، فَإِنِّي مُكَائِرٌ

1- طلعت أحمد القصبي، المرجع السابق، ص: 1975.

2- الطمث هو الحيض.

3- محمد عبد الرحمن شميلة الأهدل، نكاح المتعة، مؤسسة الخافقين ومكتبتها، دمشق، الطبعة الأولى 1983، ص: 37-38، عارف علي عارف القرعة داغي، المرجع السابق، ص: 75.

4- ومن هذه الأنكحة نكاح الخدن ونكاح الرهط ونكاح البدل وغيرها.

5- صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة الأولى، 2002، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 5127، ص: 1307.

6- سورة الإسراء، الآية 32.

7- رغم أن زرع القضيب لا يؤثر على النسب إلا أن الدكتور محمد علي البار يستبعد أن يرضى رجل بأن يجمع زوجته بقضيب شخص آخر (ميت بطبيعة الحال) ذلك أن هذا الرجل سيفضل المساعدات الميكانيكية الأخرى على أن يأتي أهله بعضو رجل آخر. انظر: محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، بحث مقدم إلى الندوة الطبية الخامسة المتعلقة بالجديد في زرع الأعضاء، المنعقد بجدلة أيام 23-26 أكتوبر 1989، من طرف كل من مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990، ص: 2024.

يَكُمُّ الْأُمَّمَ" ¹ ثم إن فيه ألما عظيما ربما يقضي بصاحبه إلى الهلاك، فيكون فيه تضييع مال وإذهاب نفس، وكل ذلك منهى عنه. ثم هذه مثله، وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة. ²

قال الباجي في المتقى على الموطأ: "عن مالك عن نافع، عن عبد الله بن عمر أنه كان يكره الإخصاء، ويقول: فيه تمام الخلق، يريد والله أعلم، ما لم يكن في إخصائه منفعة، وقد كره مالك رحمه الله إخصاء الخيل، وقال: لا بأس بإخصائها إذا أكلت، وإخصاء بني آدم محرك كقطع أعضائهم" ³.

وفيا يتعلق بالأعضاء التناسلية من الأثنى غير الناقلة للصفات الوراثية كالرحم، والفرج، والقنوت التي يتم فيها التلقيح (قناتي فالوب) فهل يجوز نقلها؟ إن الجواب على هذا التساؤل يكون وفق الفرضين الآتين:

الأول: إذا كان نقل هذه الأعضاء يؤدي إلى فقدان الجسم لوظيفتها، فهنا ينبغي القول اتفاقا بعدم الجواز؛ لأنه من قبيل الإعقام المحرم شرعا. ⁴

الثاني: إذا كان النقل لا يؤدي إلى ذلك، بأن تكون وظيفتها قد تعطلت بالفعل، كأن تكون المرأة التي يراد النقل منها قد دخلت سن اليأس من الحمل، أو تكون مبايضها قد تلفت يقينا ولا رجاء في إصلاحها. هنا حصل خلاف بين الباحثين جعلهم ينقسمون إلى فريقين: فريق قال بجواز ذلك وفريق قال بمنعه، وفي ما يلي عرض لحجج كل فريق.

الفرض الأول: حجج القائلين بالجواز:

يقدم القائلون بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية مجموعة من الحجج أهمها، أن هذه الأعضاء قد فقدت وظيفتها بالنسبة إلى صاحبها رغم أنها قد بقيت صالحة في ذاتها، حيث لو نقل هذا العضو إلى شخص آخر لاستعاد وظيفته في الوقت الذي لا يترتب على نقله ضرر بليغ لصاحبه.

ومن هذا المنطلق يجوز للمرأة المقطوع بعجزها عن إفراز أي بويضة في الحاضر أو المستقبل، أن تبرع برحمها لامرأة تلف رحمها وعندها مبايض سليمة؛ لأن الرحم لا علاقة له بالأنساب، ولا يؤدي إلى اختلاطها، كما أن استئصاله لا يسبب أية علة جسدية، فعملية غرسه أقرب إلى النجاح من الفشل، خاصة إذا وجدت الطمأنينة براءة الرحم من بويضة قديمة فيها حياة، أو حيوان منوي قديم فيه حياة، فالمفسدة المدفوعة بالتبرع أعظم بكثير من المفسدة الواقعة بسببه. ⁵

¹ - هذا الحديث ضعفه الألباني في الجامع الصغير، والصحيح قوله ﷺ: " تزوجوا الودود الولد فلإني مكاتركم الأمم ". أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، حديث رقم 2050، ص: 263.

² - تفسير القرطبي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، الجزء السابع، ص: 140.

³ - الباجي، المتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1999، الجزء التاسع، ص: 398.

⁴ - عارف علي عارف القرعة داغي، المرجع السابق، ص: 94.

⁵ - محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، بحث منشور ضمن كتاب: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الرابعة، 2008، ص: 170.

وفي السياق ذاته يرى الدكتور خالد رشيد الجميلي أن نقل الرحم غير جائز إذا كان من الناحية العملية يؤثر على خلط الأنساب، أما إذا كان مجرد وعاء ينمو فيه الجنين فهو جائز شرعا، إلا إذا كان الرحم يؤثر على جسم الجنين كأثر لبن المرضعة، فربما جعلت المتبرعة حكما كحكم المرضعة، وهو الأمر الذي يحتاج إلى رأي العلماء المختصين في ذلك.¹

ويرى الدكتور الكبيسي بمناسبة أول رحم زرع في العالم بأن زراعته جائزة، وأن التبرع بالرحم لزراعته في أم ثانية فيه جانب تعبدي أكبر من التبرع بالماء والطعام واللباس، خاصة وأن المرأة التي تقدمت في السن بعد أن أنجبت أولادها، لم تعد صالحة للإنجاب مع أن رحمها لا يزال على طاقته الأولى وقدرته على الاحتضان، وإذا كان الإسلام يأمر من عنده ماء بأن يتصدق على من لا ماء له إذا كان قد أخذ كفايته، فمن باب أولى وأرقى أن تجود من لها رحم بحيث تمنح فرصة للآخرين بالإنجاب.²

وهنا تجدر الإشارة إلى قرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي رقم 6/8/59 في شأن زراعة الأعضاء التناسلية الصادر في ختام دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990 م، والذي جاء فيه:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990 م،

بعد اطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23-26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق 23-26/10/1990 م، بالتعاون بين هذا المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،

قرر ما يلي:

1- زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمتلوق منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعا.

2- زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ما عدا العورات المغلظة - جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم (2/1)26 لهذا المجمع.³

¹ - خالد رشيد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين الناقص الحلقة في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى الندوة الطبية الخامسة المتعلقة بالجديد في زرع الأعضاء، المنعقد بجدة أيام 23-26 أكتوبر 1989، من طرف كل من مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990، ص: 1996.

² - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص: 138.

³ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990، ص: 2155، وفيما يخص القرار رقم 2/1/26 المحال عليه بموجب هذا القرار، فهو منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1988، ص: 507.

وقد تجسد هذا القرار عمليا من خلال المادة 20 من القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها،¹ حيث نصت على: "يحظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر".

الفروع الثاني: حجج القائلين بالمنع:

يقدم القائلون بعدم جواز نقل الرحم جملة من الحجج أبرزها:

- 1- ما سبق من أدلة بشأن عدم جواز تأجير الرحم ومنها:
 - عدم وجود زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة الرحم.
 - عدم جواز وضع حيوان منوي من رجل في رحم امرأة لا يجوز لها الاستمتاع بها شرعا.
 - عدم قابلية الرحم للبذل والإباحة.

فإذا كان الإسلام قد حرم الانتفاع بالفرج بالاستمتاع عن طريق الجماع، فإنه يجرم كذلك الانتفاع بالرحم بالحمل، وعلة ذلك أن الرحم ما هو إلا مستقر ومستودع لما يقذف في البضع² من نطفة تحمل الحيوانات المنوية التي تلتقي بالبويضات فيتكون خلية أولى هي ما يسمى "الزيجوت" من حيوان منوي وبويضة، تنقسم إلى خليتين، فأربع، فثمان، وهكذا حتى يكتمل نمو الجنين ويولد، فهي رحلة للجنين المخلوق تبدأ من البضع وتنتهي بالرحم، وحكم هذه الرحلة واحد، فلا بد أن تكون مباحة من بدايتها إلى نهايتها، وإلا كانت كذلك حراما من بدايتها إلى نهايتها.³

وإذا كانت هذه هي الوظيفة الواضحة للرحم فكيف تبذلها صاحبها بنقلها منها إلى امرأة أخرى، فيستفح بها غير زوج صاحب الرحم، مع أن زوج صاحبة الرحم (أي المتبرعة) هو وحده الذي يحل له الاستمتاع ببضعها ورحمها بالجماع والحمل.

وردا على هذه الحجة قيل بأن هوية العضو المزروع تعود للمتلقى المنقول له وليس للمنتقل منه؛ لأن علاقة العضو المزروع من الناحية الفيزيولوجية تنقطع انقطاعا كليا بالمنقول منه، ليصبح هذا العضو متصلا اتصالا عضويا بالمتلقي، فيسيره دماغه ويأتمر بأوامره ويتغذى بدمه ويسير بإرادته، ويمرض بمرضه، وهو الذي يتضرر بقطعه لو قطع، أو جرحه لو جرح.

إلى جانب هذا يلتزم المتلقي بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعضو المنقول ويعنى منها المنقول منه، ومثال ذلك أن المتلقي لليد يلتزم بغسلها في وضوئه وليس المصدر، كما أن المرأة المتلقية للرحم هي من يعتد بعد حدوث الطلاق ولا عدة على المرأة مصدر الرحم، وإذا حصل بالجماع بعد نقل العضو حمل، فإن المرأة مصدر الرحم لا تعتد عدة الحامل في حال حدوث الطلاق، ولا ينسب إليها الولد، ولا يرثها ولا ترثه، لارتباط هذه

¹ - المعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة والعشرين بالقرار رقم 791 - 25 - بتاريخ 2009/11/19.

² - البضع بالضم جمعه أبيضاع ويطلق على الفرج والجماع، انظر: المصباح المنير للفيومي، مادة بضع، ص: 20.

³ - عارف علي عارف القرة داغي، المرجع السابق، ص: 94، محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص: 14 - 15.

الأحكام جميعها بالمتلقية للرحم.

لهذا ليس من الصحيح القول بأن الرحم المنقول هو من قبيل الرحم المؤجر، أو أن زوج المنقول منها إنما يواقع فرج امرأة أخرى، لأن العضو المنقول بعد النقل يعد عضو المتلقي حقيقة ولا يبقى له صلة بمصدره، ما يجعلنا نقول هنا بأن فالرحم هنا هو رحم المتلقية نفسها.

وفي الأخير فإن المصدر قد يكون ميتا، لذلك لا يتصور أن يقع من الرجل إذا كان ميتا أو المرأة جماع أو إحيال أو استمتاع.¹

2- قيل بأن الهدف من نقل الأعضاء هو إما تحقيق النسل أو الاستمتاع أو التجميل، وهي كلها مقاصد تكميلية أو حاجية، وليست من قبيل الضرورات؛ لأن الضرورة هي وحدها التي تبرر انتهاك كرامة الحي والميت بالاستقطاع منه، والضرورة تتحقق بخوف الهلاك أو التلف، ولا يوجد شيء من ذلك هنا.²

وقد أوجب عن ذلك بأن النسل أو الاستمتاع أو التجميل مصالح معتبرة شرعا،³ فالتناسل مطلوب شرعا وطبعيا، والاستمتاع غرض مشروع فيه الثواب، لقول الرسول ﷺ: "فِي بُضْعِ أَحَدِكُمْ صَدَقَةٌ"،⁴ كما أن التجميل وإزالة القبح والدمامة من البدن غرض صحيح أيضا، ويدخل تحت قوله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ".⁵

فهذه المصالح مشروعة وفطرية في الإنسان وأساسية في بناء الأسرة، وقد يؤدي الخلل فيها إلى الفراق، فالنسل والاستمتاع إن لم يدخل في باب الضرورة فهما من قبيل الحاجيات، والحاجة تنزل منزلة الضرورة.

والحاجي هو كل ما يجعل الإنسان يفقده في ضيق وحرَج ومشقة،⁶ ولا شك أن الإنسان إذا حرم من النسل والذرية يكون في ضيق وحرَج ومشقة، ويكون هذا الضيق والحرَج والمشقة أشد إذا كان فاقدا لعضو من أعضائه وقد خلقه الله في أحسن تقويم، والتقويم الأحسن هو أن تكون أعضاء بدنه كاملة غير منقوصة.⁷

3- من الحجج التي سيقت أيضا بشأن عدم جواز نقل الرحم أن الإنسان لا يجوز له التبرع بعضو منفرد في جسمه، كالقلب، والكبد، والبنكرياس؛ لأن ذلك سيؤدي إلى الإضرار بنفسه، وهو ما جاءت نصوص الشرع بمنعه سواء في الكتاب أو السنة النبوية، أو بإجماع علماء الأمة، أو بالدليل العقلي.

وعلة ذلك أن الرحم عضو وحيد في المرأة، ومع أن المتبرع بعضو وحيد سيزيل الضرر بتبرعه عن غيره، فإن

1- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص: 137-139.

2- عارف علي عارف القرعة داغي، المرجع السابق، ص: 94.

3- محمد سليمان الأشقر المرجع السابق، ص: 129-130.

4- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، حديث رقم 1006، ص: 447-448.

5- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب تحريم الكبر وبيان، حديث رقم 91، ص: 55.

6- يعرف الشاطبي الحاجيات بأنها: "مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي إلى الحرَج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين الحرَج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة". انظر: الشاطبي، الموافقات، الجزء الثاني، ص: 21.

7- عارف علي عارف القرعة داغي، المرجع السابق، ص: 95.

هذا ليس مبرراً للإباحة، عملاً بقواعد الشريعة الفقهية ومنها قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"، وقد قال العلماء بعدم جواز الضرر حتى ولو تم برضا من سيصيبه الضرر، معللين ذلك بأن الشخص قد يرضى بالضرر ثم يتغير قلبه فيندم على ما أقدم عليه، والندم نوع من الضرر النفسي والضرر ممنوع مطلقاً سواء كان عضوياً أو نفسياً؛ لأن النصوص جاءت مطلقة في عدم جواز الضرر، وعدم جواز التبرع بعضو وحيد في الجسم يشمل الأعضاء الداخلية في الجسم والأعضاء الظاهرة كاليد والعين والرجل وذلك لسببين:¹

الأول: أنه يزال الضرر عن غيره بالإضرار بنفسه وهو ممنوع، فالقاعدة الشرعية صريحة بهذا الشأن وهو أن الضرر لا يزال بضرر مثله.²

الثاني: أنه يؤدي إلى تشويه صورة المتبرع، ومن الواضح أن التشويه لا يجوز، وقد بين الله عز وجل أن تغيير الخلقة هو من أوامر الشيطان، حيث قال تعالى في توبيخ مشركي مكة إذ عبدوا الأصنام: ﴿إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنْتَانَا وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا وَلَأُصَلِّبَنَّهِنَّ وَلَا أُمرَهُنَّ فَلْيَتَّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مِرْيَهُنَّ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾.³

فقد كان المشركون يشوهون الحيوانات بقطع آذانها، فإذا ولدت الناقة خمسة أبطن وجاء الخامس ذكراً يشقون أذنيها، ويحرمون على أنفسهم الانتفاع بها، ويتركونها ترعى وتشرب لا يتعرض لها أحد، وقد حرم الإسلام ذلك، فتشويه خلق الله من المحرمات في الإسلام، وليس هذا فقط، بل نجد النصوص تحث على حسن الهيئة، فقد أنكر رسول الله ﷺ على رجل لم يعتن بنظافة هيئته،⁴ فعن أبي الأحوص عن أبيه -رضي الله عنه- قال: أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فِي ثَوْبٍ دُونَ، فَقَالَ: أَلَيْكَ مَالٌ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: مِنْ أَيِّ الْمَالِ؟ قَالَ: قَدْ آتَانِي اللَّهُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ وَالْحَبْلِ وَالرَّقِيقِ، قَالَ: فَإِذَا آتَاكَ اللَّهُ مَالًا فَلْيُرْ أَثْرَ نِعْمَةِ اللَّهِ عَلَيْكَ وَكِرَامَتِهِ.⁵

4- يجمع العلماء كما سبق على تحريم الخصاء (وهو قطع الخصيتين من الرجل) ويلحق بذلك ما في معناه، أي أنه يجرم كل ما يؤدي إلى إبطال صلاحية الإنسان للإنجاب بصورة دائمة، لذلك كان نقل الرحم من امرأة حية إلى امرأة أخرى هو عند المرأة بمثابة "الجب" و"الخصاء" عند الرجل.⁶

ورداً على هذه الأدلة الأخيرة قيل بأنه يجوز للمرء أن يتبرع بعضو وحيد لديه؛ متى روعيت المحاذير الشرعية والطبية المطلوبة لذلك، وأهمها ألا يشكل ذلك أي ضرر عليه، لأن الضرر لا يزال بمثله، وفي حالتنا

1- وهذا ما يتفق مع ما قال به الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 533.

2- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة 2005، ص: 96.

3- سورة النساء، الآيات: 117-119.

4- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص: 15.

5- سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، الرياض، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفق، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية، 2015، كتاب اللباس، باب في غسل الثوب وفي الخلقان، حديث رقم 4063، ص: 507.

6- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص: 16.

هذه فإنه يجوز للمرأة المقطوع طيباً بعجزها عن إفراز أي بويضة في الحاضر أو المستقبل، أن تبرع برحمها لامرأة تلتف رحمها وعندها مبايض سليمة؛ لأنه لا علاقة للرحم بالأنساب، ولا يؤدي إلى اختلاطها، كما أن استئصاله لا يسبب أية علة جسدية، وعملية غرسه أقرب إلى النجاح منها إلى الفشل.¹

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري نشير إلى أن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر قد أفتت بجواز نقل الدم وزرع الأعضاء وذلك في الفتوى الصادرة بتاريخ 6 ربيع الأول 1392 هـ الموافق لـ 20 أبريل 1972، وهي فتوى سابقة على صدور أول قانون صحة جزائري.

وقد حددت هذه الفتوى مجمل الشروط والضوابط الشرعية التي يجوز في حال توفرها نقل الدم أو زرع العضو سواء تم ذلك من حي إلى حي أو من ميت إلى حي، مع ملاحظة أن هذه الفتوى قد جاءت عامة في شأن زراعة الأعضاء، فلم تستبعد عضواً معيناً.

وقد اعتبرت هذه الفتوى أن هذا العمل يعد من جانب المتبرع نوعاً من إثارة الغير على النفس، والإيثار من الصفات التي يحض عليها الدين الإسلامي، ويجبها لأن سبب هذه العمليات هو العطاء الإنساني والتضامن، وتعبير عن معاني الرحمة والمودة.²

وفي نفس الموضوع أفتى الشيخ أحمد حماني رحمه الله بتاريخ 14/02/1985 بجواز تشريح الجثث لسبب شرعي، كما أفتى بجواز نقل الدم، وزرع الأعضاء خاصة بالذكر القلب والعيون والكلية دون الرحم وغيرها من الأعضاء التناسلية سواء كانت ناقلة أو غير ناقلة للصفات الوراثية، محذراً بدوره من مختلف الضوابط الشرعية المحيطة بهذه العملية.³

أما على مستوى التشريعات وبالأخص تشريعات الصحة، فيلاحظ أن المشرع الجزائري قد سكت تماماً عن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء وذلك بمناسبة إصداره لأول قانون صحة بموجب الأمر 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن قانون الصحة العمومية،⁴ حيث اقتصر حديثه في هذا القانون بموجب المادتين 354 و 355 منه على استعمال الدم البشري وهيواله ومشتقاته، وذلك تحت عنوان: "الاستعمال العلاجي لمنتجات بشرية المنشأ".

وكان القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁵ والمعدل بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق

¹ - راجع الأدلة المقدمة من الفريق القائل بجواز نقل الرحم.

² - راجع نص الفتوى كاملاً في كتاب: مروك نصر الدين، المرجع السابق، الجزء الأول، الكتاب الثالث، ص: 169-173.

³ - انظر فتاوى الشيخ أحمد حماني، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، الطبعة الأولى 2001، الجزء الثاني، ص: 435-451.

⁴ - المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1976، العدد 101.

⁵ - المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1985، العدد الثامن.

بحماية الصحة وترقيتها¹ أول قانون يشرع وينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء تم ذلك من حي إلى حي أو من ميت إلى حي، وذلك بالمواد من 161 إلى 168-2 منه.

ومما يلاحظ في هذا القانون أن المشرع الجزائري لم يحدد الأعضاء التي يجوز التبرع بها، سواء كانت تناسلية أو غيرها، مكتفيا فقط بوضع جملة الشروط التي يتعين مراعاتها عند القيام بعمليات الزرع والنقل وأهمها:

- أن يكون انتزاع الأعضاء لأغراض علاجية أو تشخيصية، مع مراعاة الطابع المجاني لعملية الانتزاع أو التبرع.²

- ألا يعرض الانتزاع الذي يكون من أشخاص أحياء حياة المتبرع للخطر.³

- أن يقدم المتبرع بأحد أعضائه موافقة كتابية على ذلك، ويشترط أن تحرر بحضور شاهدين، وأن تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة. ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد إخطاره من قبل الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسببها عملية الانتزاع، حيث يمكنه في هذه الحالة أن يتراجع عن موافقته في أي وقت.⁴

- أن يكون المتبرع شخصا راشدا، أي بالغا سن الرشد الذي حدده المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشرة سنة كاملة، حيث تحظر المادة 163 من قانون حماية الصحة انتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، أو من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل (المتلقي).

- عدم جواز انتزاع الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، شريطة أن يكون المتوفى قد عبر على قبوله لذلك أثناء حياته،⁵

وإذا لم يعبر عن ذلك أثناء حياته، فإن الانتزاع لا يتم إلا بعد موافقة الأشخاص الذين حددتهم الفقرة الثانية من المادة 164.⁶

غير أنه يمنع انتزاع الأنسجة والأعضاء بهدف الزرع إذا كان الشخص قبل وفاته قد عبر كتابيا عن رفضه لذلك، أو من شأن هذا الانتزاع أن يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي.⁷

- على سبيل الاستثناء يمكن انتزاع الكلية والقرنية بدون الحصول على الموافقة السابق الإشارة لها، وذلك في الحالة التي يتعدر فيها الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، وأن أي تأخير يؤدي إلى

1- المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1990، العدد 35.

2- المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

3- المادة 1/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

4- المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

5- المادة 1/164 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

6- وهم الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة.

7- المادة 1/165 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

عدم صلاحية العضو محل الانتزاع.

- بحسب المادة 165 في فقرتيها الثانية والثالثة فإنه يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد، وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع، كما يمنع على الطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون ضمن المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.

وبالرغم من أننا كنا ننتظر الكثير من قانون الصحة الحالي الصادر بالقانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018¹ إلا أنه جاء في اعتقادنا مخيبا للآمال فيما يخص مسألة نقل الأعضاء البشرية وزرعها، حيث اكتفى المشرع في المواد من 355 إلى 367 بتكرار نفس الشروط الواردة في القانون السابق، مع إجراء تعديلات طفيفة وإضافات بسيطة أحال في الكثير من أمورها التفصيلية على التنظيم، ومن قبيل ذلك أنه اشترط في المادة 359 من هذا القانون أن يتم نزع وزرع الأعضاء البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية² كما اشترطت المادة 5/360 أن تتم الموافقة على التبرع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا.

ولم تتضمن المواد من 370 إلى 376 من هذا القانون المدرجة ضمن عنوان جديد أسماه المشرع "أحكام خاصة بالمساعدة الطيبة على الإنجاب" الذي جاء تحته المواد من 370 إلى 376 أي جديد فيما يتعلق بهذه النقطة، فهي تكرر لما ورد في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالقانون 05-02 المؤرخ في 2005³. وما نلاحظه أن المشرع الجزائري ورغم تنظيمه لعمليات انتزاع وزرع الأعضاء بموجب قوانين الصحة السابقة والحالية، إلا أنه لم يحدد أو على الأقل لم يقدم المعايير والأسس التي يمكن معها القول بجواز انتزاع وزرع عضو دون آخر، مما يجعلنا نستخلص أنه ليس هناك على مستوى النصوص ما يمنع من زرع الخصى والمبايض، رغم أنها أعضاء ناقلة للصفات الوراثية، وهذا الوضع يجعلنا نتساءل بحق عن موقف المشرع الجزائري الذي يمكن استخلاصه حول من مسألة زرع الرحم؟

إذا استبعدنا قوانين الصحة وأخلاقيات العمل الطبي مع التزامنا فقط بما حددته من شروط لعمليات الانتزاع والزرع، فإن موقف المشرع الجزائري الذي نستخلصه ونعتقد صحته هو حرمة زرع الخصى والمبايض، وجواز نقل الرحم، وهو الموقف الذي ينسجم تماما مع قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادر بهذا الشأن، وذلك استنادا على الحجج الآتية:

- المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية التي تقضي بأن القاضي يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية إذا لم يوجد نص تشريعي يطبقه على المسألة المعروضة أمامه، حيث يطبق القانون المدني في هذه الحالة باعتباره الشريعة العامة.

- المادة 222 من قانون الأسرة⁴ والتي تقضي بأن كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى

¹ المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2018، العدد 46.

² وقد تكفلت المادة 2/360 من قانون الصحة بتحديد الأقارب الذين يجوز لهم التبرع حصرا.

³ المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005، العدد 15.

⁴ الصادر بالقانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، المنشور في الجريدة الرسمية لسنة

أحكام الشريعة الإسلامية.

- المادة 45 مكرر من قانون الأسرة والتي أجازت للزوجين اللجوء إلى طرق الإنجاب الحديثة، وأقصد هنا تقنية التلقيح الصناعي، مشترطة أن يكون الزواج شرعياً، وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، وأن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة، مانعا في ذات الوقت اللجوء إلى الأم البديلة أو ما يسمى بإجارة البطن أو الطئر، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب الذي حرصت أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية على تفاديته، وهو ما أكدته الأسرة الجزائرية في مختلف نصوصه.

وحيث أن الأصل في الأشياء هو الإباحة، وأن المنع الوارد في هذا النص يقتصر فقط على اللجوء للأم البديلة، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى التلقيح الصناعي وذلك بعد زرع الرحم في الزوجة وليس إجارته، لعدم وجود الدليل الشرعي والقانوني الذي يدل على المنع، وإن كنا في هذا المقام نعاتب المشرع الجزائري على عدم اختياره المصطلح الصحيح، إذا كان حرياً به أن يشترط في المادة 45 مكرر/2 أن يتم التلقيح الصناعي بمني الزوج وبويضة مبيض الزوجة وليس رحمها؛ لأن العضو المسؤول على إنتاج البويضة هو المبيض، وما الرحم سوى مستودع ومستقر هذه البويضة عند تلقيحها بالحيوان المنوي، إضافة إلى هذا فإن النص الفرنسي جاء بسيطاً وواضحاً إذ يشترط أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها.¹

خاتمة

في خاتمة بحثنا هذا نستخلص أن مقصد حفظ النسل من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية التي اهتم العلماء بالحث على احترامها وتعزيزها، حفظاً لمصلحة الدين والمجتمع، وتبعاً لذلك فقد حظي موضوع زرع الأعضاء وبالأخص الأعضاء التناسلية باعتباره من النوازل الحديثة باهتمام كبير، سواء من قبل علماء الطب أو الدين، وذلك لأهميته الاجتماعية والنفسية والدينية، وللمصالح التي يمكن تحقيقها من وراء ذلك.

فمن جهة فإن قواعد الدين والقانون تستعين وتسترشد بما توصل إليه العلم من اكتشافات وتقنيات؛ لأنه لا يمكن لعالم الدين أن يصدر فتواه إلا إذا أخذ فكرة معمقة عن المسألة المراد الإفتاء بشأنها، كما أنه ليس بوسع المشرع تنظيم مسألة معينة بقانون، إلا إذا كانت لديه المعطيات الكافية حولها، لما يرتبه الخطأ والتسرع في إصدار قانون من مضار ومساوئ تعود بالوبال على الفرد والمجتمع.

لأجل هذا اهتم فقهاء الإسلام بموضوع زرع الأعضاء عموماً، وزرع الأعضاء التناسلية بالخصوص، نظراً للاثار الشرعية التي قد تنشأ عن الخطأ في مثل هذه المسائل خاصة ما تعلق منها بالأحكام، ولعل أبرزها في اختلاط الأنساب والشبهة في الأنكحة والعلاقات الجنسية غير المشروعة التي تتم خارج إطار الزواج، باعتباره الملاذ الشرعي الوحيد لإشباع الغريزة الجنسية وإنجاب الولد، وهي من المحظورات التي حذرت منها

1984، العدد 24.

¹ - "il doit être recouru aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse à l'exclusion de toute autre personne."

الشريعة الإسلامية، مما يتعين معه اجتنابها والتحوط من الوقوع فيها.

ولتحقيق هذا المبتغى قسموا الأعضاء التناسلية إلى أعضاء ناقلة للصفات الوراثية، وأخرى غير ناقلة لها، فمنعوا زرع الأولى، وأجازوا نقل الثانية بشروط محددة يجب مراعاتها عند إرادة القيام بالزرع، وهو الأمر ما كان ليتحقق لولا تلك الندوات والمؤتمرات التي انعقدت والتي جلس فيها علماء الطب وعلماء الدين جنبا إلى جنب يتباحثون ويتدارسون أهداف ومآلات ومحاذير هذه المسألة، وهو الأمر الذي توج بصدور قرار عن مجمع الفقه الإسلامي، أباح فيه زرع الأعضاء غير الناقلة للصفات الوراثية بما فيها الرحم، وذلك تعزيزا لمقصد حفظ النسل، ورفعاً للضيق والحرج الذي يستشعره كل من مصاب بعيوب خلقية تحول دون إنجابها للذرية.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإننا لاحظنا وبعد اطلاعنا على مختلف التشريعات وبخاصة قانون الأسرة وقوانين الصحة المتعاقبة، أنه جاء باهتا، غامضا ولا ينسجم في العديد من جزئياته مع أحدث ما توصل إليه علم الطب وفتاوى علماء الدين.

فهو (أي قانون الصحة الجديد) ورغم كونه يعتبر إضافة تستحق التنويه، إلا أن هناك نقضا كبيرا يعتريه؛ لأنه تناول موضوع زرع الأعضاء وحدد شروطه، إلا أنه لم يدقق في تفاصيله، من حيث أنه تناوله على عمومه، ولم يحدد نوع الأعضاء القابلة وغير القابلة للزرع، مكثفيا باشتراط عدم تعرض صحة البازل والمتلقي للخطر، مما يجعلنا نستخلص بأنه يمكن على ضوء معطيات العلم الحديثة وما هو متاح من إمكانيات، القول بإمكانية زرع جميع الأعضاء التناسلية بما فيها تلك التي تنقل الصفات الوراثية، لعدم وجود ما يمنع ذلك بصفة قانونية.

وفي الأخير فإننا نقترح أن يتدخل المشرع الجزائري وعلى وجه السرعة لأجل تعديل الأحكام المتعلقة بزرع الأعضاء في قانون الصحة الحالي، وخاصة في المسائل التي تناولها بحثنا، وذلك حتى يضمن على هذا القانون شيئا من الدقة والوضوح، وحتى تكون أحكامه منسجمة مع أحكام الشريعة الإسلامية وبخاصة قانون الأسرة، إضافة إلى ما صدر من قرارات من مختلف المجمع الفقهي في هذا الشأن.

كما نقترح أن يبادر المشرع بتصحيح الخطأ الوارد بالفقرة الرابعة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 05-02 ليصبح نصها كالاتي: "أن يتم بمنى الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما".

المراجع:

1. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة 2005.
2. أحمد حماني، فتاوى الشيخ حماني، منشورات قصر الكتاب، الجزائر، الطبعة الأولى 2001.
3. أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، (رسالة دكتوراه) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1999.
4. أسامة عبد السميع السيد، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية 2006.
5. الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1999.

6. الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 1997.
7. الصادق ضريفي، الحمل لحساب الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن بين الحظر والإباحة، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد الثامن عشر، 2015.
8. الموسوعة العربية الميسرة، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.
9. بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2012-2013.
10. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات العلمية الحديثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.
11. تفسير القرطبي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 2006.
12. حمداتي شبيها ماء العينين، زراعة الغدد التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990.
13. خالد رشيد الجميلي، أحكام نقل الخصيتين والمبيضين وأحكام نقل أعضاء الجنين الناقص الخلق في الشريعة الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990.
14. عارف علي عارف القرعة داغي، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، (سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة) نشر الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر IIUM، الطبعة الأولى 2011.
15. عبد الحميد زلافي، أثر زرع الأعضاء التناسلية والبويضات الملقحة على حفظ النسل، مجلة الشهاب، تصدر عن معهد العلوم الإسلامية بالوادي، الجزائر، العدد الأول، نوفمبر 2015.
16. عجيل جاسم النشمي، حق المرأة في نقل الرحم، بحث مقدم إلى مؤتمر "الحقوق والالتزامات الصحية من منظور إسلامي، المنظم من قبل المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، بالكويت بتاريخ 19-22 ديسمبر 2016، المنشور بالموقع الإلكتروني: www.dr-nashmi.com.
17. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 39(1/5) بشأن تنظيم النسل الصادر في دورة مؤتمره الخامس بالكويت المنعقدة أيام 10-15 ديسمبر 1988، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي لسنة 1988، العدد الخامس، الجزء الأول، ص: 748.
18. القرار رقم 59 "6/8" بشأن زراعة الأعضاء التناسلية الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990 م، المنشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، ص: 2155.
19. سنن أبو داود، بيت الأفكار الدولية، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفة، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية 2015.
20. صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1991.
21. صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 2006.
22. صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، الطبعة الأولى 2002.
23. صديقة علي العوضي - كمال محمد نجيب، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، مجلة

24. مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990.
طلعت أحمد القصبي، إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990.
25. محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 2001.
26. محمد رأفت عثمان، نقل وزرع الأعضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، 10 مارس 2009، المنشور على الموقع الإلكتروني:
elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL06939.pdf
27. محمد علي البار، زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، 1990.
28. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003.
29. محمد عبد الرحمن شميلة الأهدل، نكاح المتعة، مؤسسة الخافقين ومكبتها، دمشق، الطبعة الأولى 1983.
30. محمد نعيم ياسين، حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، بحث منشور ضمن كتاب: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الرابعة، 2008.
31. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2011.
32. يوسف القرضاوي، من هدي الإسلام فتاوى معاصرة، دار القلم للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الرابعة 2004.
33. النصوص القانونية
34. الأمر 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن قانون الصحة العمومية، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1976، العدد 101.
35. القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والمنشور في الجريدة الرسمية لسنة 1984، العدد 24.
36. القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1985، العدد الثامن.
37. القانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 يعدل ويتمم القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1990، العدد 35.
38. الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2005، العدد 15.
39. القانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018، المتعلق بالصحة، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2018، العدد 46.

التطور التقني الطبي وأثره في تجدد الاجتهاد الفقهي والقانوني في أحكام الأسرة: الحمل ومتعلقاته أنموذجا

بقلم

د. يوسف نواصة

أستاذ محاضر "أ" بالمدرسة العليا للأساتذة - بوزريعة - الجزائر

youcefnouassa@yahoo.fr

ملخص

من المقرر: تغير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد فيما كان مبنياً عليها من الأحكام. وقد بسط العلماء قديماً وحديثاً الكلام على هذه القاعدة، إلا أن ما عرفه العصر الحاضر من تغيرات عميقة وشاملة بعث البحث عن موجبات تغير الفتوى والاجتهاد في عصرنا الحاضر. ولا ريب أن التطور التقني والعلمي كان له أثره الظاهر في مختلف جوانب الحياة، ومنها جانب الطب والصحة وجانب الفقه والقانون؛ وهذا ما يدفع للبحث في "التطور التقني الطبي وأثره في تجدد الاجتهاد الفقهي والقانوني في أحكام الأسرة: الحمل ومتعلقاته أنموذجا". ولا تخفى أهمية هذا الموضوع التي تنبع من تناوله لأثر التطور التقني في تجدد الاجتهاد الفقهي والقانوني من جهة، وتناوله لأحكام الأسرة (الحمل أنموذجا) من جهة أخرى، وهذا تزاوج لموضوعين هامين، وتواصل نافع بين الطب والفقه، وتجديد نظر في هذه المسائل الفقهية، واهتمام بموضوع لم يلق بعد ما يستحقه من البحث والدراسة، أعني أثر التطور التقني على تجدد الاجتهاد فقها وقضاء.

كلمات مفتاحية: التطور؛ التقني؛ الطبي؛ الاجتهاد؛ التجديد؛ الحمل؛ أحكام الأسرة.

مقدمة

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام على النبي المصطفى، وعلى آله وصحبه أئمة الهدى ومصابيح الدجى.
أما بعد:

فنعيش اليوم في عالم تتكاثر وتتسارع فيه الاختراعات والاكتشافات العلمية الكثيرة، ويتسارع فيه تطوّر علمي تقني مذهل، وتزايد وتتراكم فيه المعلومات التي لا يمكن حصرها بسهولة ويسر، في شتى جوانب الحياة وشتى حقول المعرفة. وعلى الأمة الواعية أن تواكب هذه الأحداث العلمية المعقدة، والاستفادة من روائعها وفتوحها، واحتواء هذا التطور التقني في ضوء قيمها ومبادئها؛ لكي تطوّر حياتها دون فقد تميّزها، وتستفيد الاستفادة الكاملة منها في مختلف مناحي الحياة دون التنازل عن هويتها وقيمها ودينها.

ومن المقرر المعلوم قاعدة: تغير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد فيما كان مبنياً عليها من الأحكام. وقد بسط العلماء قديماً وحديثاً الكلام على هذه القاعدة، إلا أن ما عرفه العصر الحاضر من تغيرات عميقة وشاملة بعث البحث عن موجبات تغير الفتوى والاجتهاد في عصرنا الحاضر. ولا ريب أن التطور التقني والعلمي كان له أثره الظاهر في مختلف جوانب الحياة، ومنها جانب الطب والصحة وجانب الفقه والقانون؛ وهذا ما دفعني لاختيار البحث في "التطور التقني الطبي وأثره في تجديد الاجتهاد الفقهي والقانوني في أحكام الأسرة: الحمل ومُتعلقاته أنموذجاً"؛ للمشاركة في المؤتمر الدولي: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة. الذي تنظمه جامعة الشهيد حمة لخضر، وادي سوف، معهد العلوم الإسلامية بالتعاون مع مخبر الدراسات الفقهية والقضائية.

ولا تخفى أهمية هذا الموضوع التي تنبع من تناوله لأثر التطور التقني الطبي في تجديد الاجتهاد الفقهي والقضائي من جهة، وتناوله لأحكام الأسرة (الحمل أنموذجاً) من جهة أخرى، وهذا تزاوج لموضوعين هامين، وتواصل نافع بين الطب والفقه، وتجديداً نظرياً في هذه المسائل الفقهية، واهتماماً بموضوع لم يلق بعد ما يستحقه من البحث والدراسة، أعني أثر التطور التقني على تجديد الاجتهاد فقها وقضاءً.

الدراسات السابقة: هناك رسالتان أكاديميتان تناولتا موضوع أثر التطور التقني أو التقنية الحديثة في الفقه. الأولى منها: أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي، للدكتور هشام بن عبد الملك آل الشيخ⁽¹⁾. والثانية: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الخلافات الفقهية، للدكتور محمد نعمان البعداني⁽²⁾. وبالمقارنة يظهر مدى الاستفادة الثاني من الأول منها بشكل كبير جداً. والبحثان عَطياً كَلَّ الأبواب الفقهية فهما غير محددتين بباب منها، لا بأحكام الأسرة ولا غيرها. ويلاحظ عليهما أنها تعرضاً لأسباب الاختلاف بين الفقهاء لكنهما التزما ذكر الأسباب التقليدية المعروفة، ولم يعرجا على الأسباب الجديدة، مع أن صميم بحثيهما هو المستجدات وأثرها في اختلاف الفقهاء، فكان الأولى بهما الاهتمام بتوضيح الأسباب المعاصرة المتعلقة بتطور التقنية، هذا أمر. وأمر آخر يلاحظ عليهما هو تطويلهما وبسطهما القول في بيان أدلة المذاهب القديمة، مع أن بحثيهما يفترضان تجاوز الطرح الفقهي التقليدي، فكان يكفيهما الاقتصار على أهم الأدلة وأقواها لتسهيل الاستفادة من بحثيهما، والاهتمام أكثر ببيان أثر التطور العلمي والتقني على اختلاف الفقهاء. ولكنهما استطرادا كثيراً في نقل أقوال الأقدمين وأدلتها، -مع أن بحثيهما أبطلتا جلَّ تلك الأقوال وبيَّنَّا هزال أدلتها- مما نفخ رسالتيهما وضاعف حجمهما.

وهذه الملاحظات لا تنقص قيمة عملهما. فقد قدما بحثين مهمين في موضوع جديد يستحق ما يبذل فيه من جهد.

والإشكالية التي يعالجها الموضوع هي ما مدى تأثير التطور التقني الطبي في الاجتهاد الفقهي والقضائي المتعلق بأحكام الأسرة؟، حسماً للخلاف في المسائل التقليدية في الموروث الفقهي، أو إثارة له في التوازل التي

1 - طُبعت عن دار الرشد بالملكة السعودية عام 2006م.

2 - طُبعت عن دار الكتب بصنعاء عام 2016م.

جدت في العصر الحاضر بسبب هذا التطور التقني الطبي؟
وسيتنظم البحث في ثلاثة مطالب تقدمهم مقدمة وتعقبهم خاتمة:

المطلب الأول: تغير الاجتهاد الفقهي والقضائي بسبب التطور العلمي والتقني

الفرع الأول: مفهوم التطور العلمي والتقني الطبي.

جاء في الموسوعة العربية العالمية تحديد لمفهوم التقنية (أو التقنية) على الشكل الآتي: "التقنية مصطلح يشير إلى كل الطرق التي يستخدمها الناس في اختراعاتهم واكتشافاتهم لتلبية حاجاتهم وإشباع رغباتهم، ويسميه بعضهم التكنولوجيا .. ولقد قام الناس عبر العصور باختراع الأدوات والآلات والمواد، والأساليب لكي يجعلوا العمل أكثر يسراً. كما اكتشفوا أيضاً الطاقة المائية والكهرباء وغير ذلك من مصادر الطاقة التي زادت من معدل العمل الذي يقومون بإنجازه. وعلى هذا، فإن التقنية تشمل، فيما تعني، استخدام الأدوات والآلات والمواد والأساليب ومصادر الطاقة لكي تجعل العمل ميسوراً وأكثر إنتاجية"⁽¹⁾. والتقنية تشمل جوانب عدة كما هو معلوم، من التقنية الصناعية بأنواعها المختلفة، إلى التقنية العسكرية، إلى التقنية الطبية، إلى غيرها من التقنيات. ولا يخفى أن كل واحدة من التقنيات المتخصصة تهدف إلى أهداف محددة وتطبيقات بعينها، كما أن لها أدواتها ووسائلها لتحقيق هذه الأهداف.

ورغم التحسين والتسهيل الذي أحدثته التطور التقني في حياة البشر على صعد كثيرة، ومنها الجانب الطبي والصحي، حيث صار الإنسان يتمتع بحياة صحية أجود أكثر من أي أناس آخرين وجدوا عبر التاريخ. وفوق ذلك، ساعد التطور التقني على توفير الخدمات الطبية، ومكن من القضاء على الأوبئة والطواعين التي كانت تجتاح العالم مرات عديدة، وتحصد ملايين من الأنفس في كثير من بقاع العالم.

إلا أن التقنية العصرية صاحبها مساوئ وآثار جانبية خطيرة وحادة غير المرغوب فيها، كان لها آثار سلبية على البيئة عامة، وعلى صحة الإنسان خاصة، كما كان لها آثار سلبية على المجتمعات البشرية، إذ فتحت بعض استعمالات التقنية جدالات فلسفية وقانونية وفكرية شديدة وطويلة.

والأمة الإسلامية رغم تحلّفها العلمي المشهود وتحلّفها التقني المعروف لم تكن بعيدة عن تأثير التطور التقني والعلمي، بل لقد أفرز احتكاكها بمسار التطور وأهمه. واكتسابها للتقنية الحديثة شيئا فشيئا، مظاهر جديدة، وقضايا جديدة، وسؤالات جديدة في مختلف جوانب الحياة والمعرفة، وعلى رأسها الجانب الشرعي والتشريعي. حيث أن الاكتشافات العلمية المتسارعة والتطور التقني المتوالي تطلبت إعادة النظر وغربلة التراث العلمي والفقهي المتراكم عبر قرون، والذي بُني جزء منه على معطيات علمية خاطئة، أو كان نتاج استعمال تقنية قاصرة محدودة. كما تطلبت تجديد النظر والاجتهاد مع مسائل وقضايا مستجدة، لم يعرف لها مثل

1 - مجموعة من العلماء والباحثين، الموسوعة العربية العالمية، الرياض: مؤسسة أعمال المؤسسة لأعمال النشر والتوزيع، ط 2، 1419هـ، 1999م، ج 7 ص 61

في التاريخ أنتجها هذا التطور العلمي والتقني. وهنا تأتي المسائل الفقهية الطبية على قمة هذه القضايا التي تطلبت تجديد النظر والاجتهاد لاجتماع بُعدين خطيرين من الأبعاد التي تؤثر تأثيراً مباشراً في حياة الناس، مما يزيد اهتمامهم بها وتوقهم إلى معرفة حكمها: وهما البعد الديني، وقيمه وأهميته عند عموم المسلمين بيئة غنية عن التوضيح. والبعد الصحي وقيمه وأهميته في حياة الناس ظاهرة لا تحتاج إلى بيان.

"إن ما حدث منذ مطلع العقد الأخير من القرن العشرين ليس ثورة عادية على الإطلاق، إنها ثورة تزداد اضطراباً وعفواناً وتفجراً ازدياداً اضطرابياً وفق متواليه هندسية عقدية، فكل سنة من السنوات الأولى فاقت سابقتها بأضعاف مضاعفة من الإنجازات في مختلف الميادين وعلى مختلف الأصعدة والمستويات، حتى وصلنا إلى تضاعف الإنتاج العلمي والمعرفي والتقني ضمن حدود ضيقة من الزمن غير المتوقع... لقد وصلنا منذ سنوات إلى مرحلة العجز عن متابعة ما يجري، لا نحن وإنما العالم كله يشعر بشلل ذهني حيال التدفق المعلوماتي والتقني والمعرفي... إذا قلنا إن الواقع صار حقاً أكبر من حدود الخيال وأبعد من آفاقه، أكبر من قدرة العقل على التصديق... فمن الأرجح ألا نكون مبالغين في حكمنا. محاور ثلاثة هي التي قادت العالم في السنوات الأخيرة، وما زالت تقوده بثوراتها البركانية المضطربة الثوران والغلبان، وهي: الهندسة الإلكترونية، والهندسة المعلوماتية، والهندسة الجينية"⁽¹⁾. ولم يكن الطب بعيداً عن هذه الثورات، حيث خطى بفضلها خطوات عملاقة، حققت وجسدت ما كان يعدّ لوقت قريب حلماً أو خيالاً.

الفرع الثاني: قاعدة تغيير الفتوى والاجتهاد.

بداية المقصود بها هو الأحكام الظنية الاجتهادية المؤسسة على أعراف وعوائد ومعطيات وأحوال معرضة للتغير والتبدل والزوال. فلا تغيير ولا تبديل لأحكام الشرع القطعية، التي لا أثر لتغير ما ذكر في تغير مناطتها، ومعلوم أنه ليس كل جوانب الحياة متغيرة، كما أنه ليس كل التغييرات التي تحدث في الحياة يكون لها تأثيرات تتطلب تغيير الاجتهاد وتجديده. قال الإمام ابن القيم رحمه الله: "الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة، ولا الأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك. فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وُضع عليه. والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيرات، وأجناسها، وصفاتها؛ فإن الشارع يُنوّع فيها بحسب المصلحة"⁽²⁾.

هذا، وقد يكون الإمام ابن القيم رحمه الله من أبرز من احتفل بقاعدة تغيير الفتوى والاجتهاد بتغير العوامل المتعلقة بها، ونوّه بأهميتها وخطورتها، وعبر عنها تعبيراً واضحاً صريحاً محمداً، وذلك قوله: "فصل في تغير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد.. هذا فصل عظيم النفع جداً،

1 - عزت السيد أحمد، الثورة التكنولوجية وأثرها في تغير القيم، سوريا: مجلة جامعة دمشق، مج 29، عدد 3-4، 2013م، ص 453
2 - ابن القيم محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إغاثة اللهفان في مصائد الشيطان، تح: محمد عزيز شمس ومصطفى بن سعيد إيتيم، مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، ط1، 1432 هـ، ج 1، ص 570 - 571

وقع بسبب الجهل به غَلَطٌ عظيم على الشريعة أَوْجَبَ من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي هي في أعلى رُتَبِ المصالح لا تأتي به⁽¹⁾. لكن ليس هو الوحيد، فمن حيث المبدأ يتفق الأئمة على فحوى هذا الكلام، وإن اختلفوا بعد ذلك في بعض الجزئيات والتفريعات والتزييلات. فقبل ابن القيم قال الإمام القرافي رحمه الله مُستشكلاً مُجيباً: "السُّؤَالُ التَّاسِعُ وَالثَّلَاثُونَ: ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما، المرتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا تغيّرت تلك العوائد، وصارت العوائد تُدَلُّ على ضِدِّ ما كانت تدلُّ عليه أوّلاً، فهل تَبَطَّلُ هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويُفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو يقال: نحن مُقلِّدون، وما لنا إحداثُ شرعٍ لعدَمِ أهليتنا للاجتهاد، فُتْمِي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟. جَوَابُهُ: أنَّ إجراء الأحكام التي مُدْرَكُهَا العوائد مع تغيُّرِ تلك العوائد: خلافُ الإجماع وجهالةُ في الدين، بل كلُّ ما هو في الشريعة يَتَّبَعُ العوائد: يَتَغَيَّرُ الحكمُ فيه عند تغيُّرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادةُ المتجددةُ، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلِّدين حتى يُشْتَرَطَ فيه أهليةُ الاجتهاد، بل هذه قاعدةُ اجتهادٍ فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نَتَّبِعُهُم فيها من غيرِ استئنافِ اجتهاد"⁽²⁾. وقال أيضاً: ". .. ويكون المفتي في كلِّ زمان يتباعد عما قبله يتفقد العرف هل هو باق أم لا؟، فإن وجده باقياً أفتى به، وإلا توقّف عن الفتيا. وهذا هو القاعدة في جميع الأحكام المبنية على العوائد كالنقود والسكك في المعاملات والمنافع في الإجازات والأيمان والوصايا والنذور في الإطلاقات. فتأمل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوى بناء على عوائد لهم وسطورها في كتبهم بناء على عوائدهم ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها. وقد زالت تلك العوائد فكانوا مخطئين خارقين للإجماع فإن الفتيا بالحكم المبنى على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع"⁽³⁾. والعوائد والأعراف في كلام الإمام القرافي رحمه الله لا تنحصر في الأعراف القولية والاجتماعية، بل هي تشمل أوسع من ذلك في دائرة الحياة الإنسانية، ومن أهم العوائد والأعراف السريعة التغيُّر في زمننا هذا، والتي يجب مراعاة تغيُّرها وتطوُّرها في تقرير أحكام الشرع: الأعراف والعوائد العلمية والتقنية والطبية، وهذا ما يجب أن لا يغفل عنه الفقهاء المعاصرون.

بيد أن الأمر لا يتوقّف عند توسيع مدى العوائد وأعراف لتشمل الأعراف والعوائد العلمية والتقنية والطبية وغيرها، بل لا بدّ من توسيع حدود موجبات تغيُّر الفتوى في زمننا المعاصر هذا؛ لما يعرفه من تغيُّر عميق وشامل ومتسارع في مساحات الحياة كلّها، وفي أعراف وعوائد جوانب الحياة البشرية كلّها. وهذا ما تنبّه له ونبّه عليه

- 1 - ابن القيم محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجليل، 1973م، ج 3، ص 3
- 2 - القرافي أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تح: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط2، 1416 هـ. 1995م، ص 218 - 219
- 3 - القرافي أحمد بن إدريس، الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق مع هوامشه، تح: خليل منصور، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1418 هـ. 1998م، ج 3، ص 296 وما بعدها.

العلامة القرضاوي، حيث قال في رسالته المميزة "موجبات تغير الفتوى في عصرنا": "ومن أبرز ما ينبغي الاهتمام به في .. الفتاوى: مراعاة موجبات تغير الفتوى، التي نصّ عليها المحققون من علماء الأمة، فقالوا بوجود تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والعرف والحال، وهو ما أكدناه في هذا البحث، وأوجبنا على المفتي المعاصر: أن يلاحظ موجبات تغير الفتوى في هذا الزمان، وقد أضفنا بعض الموجبات التي اقتضاها العصر، إلى ما نصّ عليه علماؤنا السابقون رضي الله عنهم، وهي: موجبات أربعة: 1/ تغير المكان. 2/ تغير الزمان. 3/ تغير الحال. 4/ تغير العرف. ثم أضفنا إلى هذه الأربعة ستة أخرى، فأوصلنا هذه الموجبات اليوم إلى عشرة كاملة، وهذه الستة هي: 1/ تغير المعلومات. 2/ تغير حاجات الناس. 3/ تغير قدرات الناس وإمكاناتهم. 4/ عموم البلوى. 5/ تغير الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. 6/ تغير الرأي والفكر"⁽¹⁾.

وهذه الموجبات المعاصرة لتغير الفتوى التي ذكرها العلامة القرضاوي على أهميتها كلها، يهمني في هذا البحث منها أكثر اثنان: تغير المعلومات، وتغير قدرات الناس وإمكاناتهم، فهذان الموجبان ألصق بهذا البحث من غيرهما.

فأما تغير المعلومات، فمعلوم أنّ المفتي أو المجتهد مطالب بإعادة النظر في فتواه واجتهاده إذا عنّ له فيها علما جديدا، كأن يظفر بحديث في المسألة لم يكن يعلم به، أو يصحّ عنده حديث بلغه قبل ذلك بسند ضعيف لا تقوم به حجة. ونفس الأمر إذا كانت المعلومة المستجدة عنده تتعلق بالواقع أو يعلم من العلوم التي بنى فتواه واجتهاده على معطياته، كأن تثبت عنده حقيقة طبية لم تكن معروفة، أو لم تكن محلّ اتفاق بين الأطباء وحسم القول فيها بحوث جديدة متطورة، فهنا أيضا يجب على الفقيه تجديد فتواه واجتهاده على وفق ما تبث عنده من حقائق علمية وطبية⁽²⁾.

وأما تغير قدرات الناس وإمكاناتهم، فهي ظاهرة بارزة؛ لأن العلم الحديث أعطى الإنسان في عصرنا قدرات هائلة، أصبحوا بها أكثر قدرة ومكنة منهم عمّا مضى. وتغلبوا بفضلها على كثير من التحديات والعقبات والمشاكل في مختلف الجوانب الحياتية، بما فيها المشاكل الطبية. قال العلامة القرضاوي مقررًا هذا الأمر بما يشبه صياغة قاعدة فقهية: "هناك أحكام مبنية على القدرة المعينة، للفرد أو للمجتمع، فإذا تغيرت القدرة تغير الحكم"⁽³⁾. ويمكنني صياغة هذه القاعدة في الآتي: إذا تغيرت قدرات الناس وإمكاناتهم تغيرت الأحكام المتعلقة بها.

الفرع الثالث: أثر التطور العلمي والتقني في تغير الفتوى والاجتهاد.

الأبعاد الواقعية لها تأثير كبير في تأطير الاجتهاد وتسديده، فالعملية الاجتهادية ليست مجرد تفهم للنص الشرعيّ دلالة ومفهوما، بل هذا يمثل شطرا مُمها منها وخطوة أولى، وهو محتاج إلى الخطوات التالية والشرط

- 1 - القرضاوي يوسف، موجبات تغير الفتوى في عصرنا، سان دونيس، منشورات لجنة التأليف والترجمة بالاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، دون بيانات طبع، ص 11
- 2 - مثال ذلك: اختلاف الفقهاء في حكم التدخين حين بدأ انتشاره في العالم الإسلامي، بسبب عدم يقن أضراره الصحية، ولكن بعد تطور البحوث الطبية التي جعلت هذه الأضرار وأثبتها، أب أكثر العلماء إلى تحريمه إلا من شدّ، ممن تمسك بالكراهة لتختلف هذه الأضرار عن بعض المسرفين في التدخين.
- 3 - القرضاوي يوسف، موجبات تغير الفتوى في عصرنا، ص 89

المكمل، والمتمثل في معرفة الواقع بأبعاده ومعطياته التي ينزل الحكم عليه، وهذا ما عبّر عنه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في قوله: "إن من لم يعرف الواقع في الخلق والواجب في الدين لم يعرف أحكام الله في عباده، وإذا لم يعرف ذلك كان قوله وعمله بجهل"⁽¹⁾. فإلى أي مدى يبلغ جهل من لم يراعِ التغيرات العميقة والكبيرة والحادة التي يعرفها عالمنا المعاصر في اجتهاده؟! وهو الواقع الذي تغيّر وتبدّل بشكل جوهري، وخاصة في جانب الثقافة، وجانب العلم التطبيقي أساليب وطرقاً وتقنيّة، وجانب المعرفة عامة، وجانب المعرفة والتقنية الطبية خاصة، هذه الجوانب التي تضاعفت فيها المعرفة أضغافاً كثيرة في فترة وجيزة مقارنة بالقرون الخوالي، كما تجددت بنسب كبيرة، حيث هدمت نظريات وقامت أخرى، وهجرت أساليب واستجدت أخرى، واستبدلت تقنيات قديمة بتقنيات حديثة لا تمت ليا سبقتها بصلة. وكأنا العلامة ابن خلدون رحمه الله كان يعني عصرنا في قوله: "وإذا تبدّلت الأحوال جملة، فكأنما تبدّل الخلق من أصله، وتحوّل العالم بأسره، وكأنّه خلقٌ جديد، ونشأةٌ مستأنفةٌ، وعالمٌ مُحدث"⁽²⁾.

وهذا التطور العلمي التقنيّ عامة، وفي مجال الطبّ خاصة حرّك العملية الاجتهادية الفقهية، إمّا بإعادة النظر في قضايا قديمة سبق تناولها من طرف الفقهاء واختلفوا فيها بناء على ما توفر لديهم من معطيات واقعية وعلمية وطبية، وإمّا بطرح قضايا جديدة لم تخطر على بال الأئمة السابقين ومن عاصروهم من البشر أجمعين.

ولا بأس قبل أن أتناول بعض المسائل التي تجدد فيها الاجتهاد بسبب تطور العلوم الطبية وتقنياتها، أن أعرج على مس... من باب العبادات التي قد يظهر لبادي الرأي بعدها عن التأثير بالتطور التقني؛ لتبيين مدى الأثر الفقهي الذي أحدثه هذا التطور.

- مسألة استخدام الآلات الحديثة لمعرفة القبلة: معلوم أنّ استقبال القبلة شرط من شروط صحة الصلاة بإجماع الفقهاء، وتحديد جهتها مسألة اجتهادية لها فروع كثيرة عند الفقهاء واختلاف في أغلبها، واكتفي في بيان هذه المسألة بما قرره الإمام القرافي رحمه الله وهو يفصل أحوال المستقبل للكعبة، قال: "وإن كان غائبا عالما بأدلة الكعبة وجب عليه الاجتهاد وحرّم التقليد. وإن لم يكن عالما وأمكته التعليم وجب التعليم وحرّم التقليد"⁽³⁾. ثم ذكر الأمور التي يركز عليها الاجتهاد لمعرفة القبلة، فقال: "أصول الأدلة على الكعبة ستة: العروض، والأطوال مع الدائرة الهندسية أو غيرها من الأشكال الهندسية على ما بسط في علم المواقيت،

- 1 - ابن تيمية أحمد بن عبد الحلّيم تقي الدين، قاعدة في المحبة، تح: محمد رشاد سالم، القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، دون رقم طبعة ولا تاريخ، ص 119 وقد زاد هذا المعنى تلميذه الإمام ابن القيم رحمه الله توضيحاً، فقال: "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم. أحدهما: فهم الواقع، والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً. والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر". إعلام الموقعين، ج 1، ص 87 - 88
- 2 - ابن خلدون، عبد الرحمن، تاريخ ابن خلدون = ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصروهم من ذوي الشأن الأكبر، تح: خليل شحادة، بيروت: دار الفكر، ط 2، 1408 هـ 1988 م، ج 1، ص 43
- 3 - القرافي أحمد بن إدريس، الذخيرة، تح: محمد حجي وصاحبيه، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994 م، ج 2، ص 122

والقطب، والكواكب، والشمس، والقمر، والرياح، وهي أضعفها، كما أن أقواها العروض والأطوال ثم القطب. ويدل على اعتبار هذه الأدلة قوله تعالى: ﴿وَيَالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾ [النحل:16] في سياق الامتنان وذلك يدل على المشروعية وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ اللَّيْلِ وَالْبَحْرِ﴾ [الأنعام: 97]⁽¹⁾. والسؤال الذي يطرح: هل بقي هذا التصنيف للناس بالنظر إلى قدرتهم على معرفة القبلة واردة؟ وهل هذه الأصول الستة محددة لا يزداد عليها؟ ولا يمكن الاستغناء عنها؟ يطرح هذا السؤال في ضوء التقنيات الحديثة الدقيقة لتحديد الاتجاهات وعلى رأسها جهة القبلة، والتي هي في متناول جميع الناس. من الساعة اليدوية المحددة للقبلة، وهي أقل الوسائل دقة. إلى الهاتف الذكي المبرمج على تحديد جهة القبلة، إلى الـ (جي بي أس) نظام التموضع العالمي، (Global Positioning System) ويرمز له (GPS). أي نظام تحديد المواقع العالمي، وكما هو معروف هو نظام ملاحي مبني على تحديد المواقع عن طريق الأقمار الصناعية. يمكن من خلاله تحديد جهة أي بقعة في الأرض. والجواب عن السؤال هو أن من يحسن استعمال هذه الأجهزة يلزمه الاعتدال عليها لتحديد قبلة صلاته، ولا يصلي إلى أي جهة بالاجتهاد، إذ أن العلماء السابقين متفقون على جواز أو لزوم استعمال الآلات المتاحة لتحديد جهة القبلة إلا من شذ منهم⁽²⁾؛ والأجهزة الحديثة أكثر دقة من الآلات التي كانوا يتكلمون عليها، فهي أولى بالاستخدام والاستعمال. وهكذا نجد أن تطور التقنية غير من الاجتهاد في هذا الأمر العبادي؛ لتعلقه بوجه من وجوه علم الهيئة والفلك.

- مسألة استعمال بخاخ الربو للصائم: وبخاخات الربو هي عبوات ذات أشكال مختلفة، يتم من خلالها إيصال أدوية متنوعة كالكورتيزون ومشتقاته والكرومليون ومشتقاته إلى الشعب الهوائية، وهي أنواع كثيرة منها المباشر ومنها غير المباشر كالقمع الهوائي، ومنها الهوائي الغازي ومنها ما يحتوي على بودرة وهكذا. وهي كلها من الأدوية المستجدة؛ لأحد الأمراض المستعصية واسعة الانتشار. وأقرب المسائل الفقهية التي يمكن تكييفها عليها، هي مسألة استنشاق بخار الأطعمة والبخور والتداوي به⁽³⁾. إلا أن جودة هذه الطريقة وهذا الدواء أثارت اختلافًا بين الفقهاء المعاصرين في تكييفه وحكمه؛ لعدم وجود نص لا من الشارع الحكيم، ولا من أئمة الفقه. وانقسموا على رأيين، حيث اعتبر بعضهم استعماله مفطرا للصائم، واعتبر أكثرهم هذا البخاخ غير مفطر؛ لعدم التيقن من وصول الدواء إلى الجوف، أو وصول نسبة ضئيلة منها لا يعتد بها⁽⁴⁾. وهنا يظهر كيف أثار التطور التقني الطبي مسألة مستجدة تطلبت اجتهادا جديدا معاصرا. والأمثلة على ذلك كثيرة.

1 - القرافي، الذخيرة، ج 2، ص 124

2 - هذا رأي عامة الفقهاء، ونقل عن حجة الإسلام الغزالي الشافعي، والفيح المالكى محمد بن محمد بن سراج أبو القاسم مفتي غرناطة رحمها الله القول بعدم جواز اعتماد الآلات لمعرفة القبلة. ينظر: - الإدلي صلاح الدين بن أحمد، استقبال القبلة وتحديد سمتها في المناطق البعيدة عنها، ببيروند الولايات المتحدة: طبعة خاصة، 1423هـ، 2002م، ص 23 وما بعدها

3 - ينظر: الكندي عبد الله بن عبد الرزاق، المفطرات الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، من غير بيانات طبع، ص 146 وما بعدها.

4 - ينظر: الكندي، المرجع السابق، ص 162 و168 - الخلاوي أسامة بن أحمد، التوازن الفقهية المعاصرة المتعلقة بالتداوي بالصيام، الرياض: دار كنوز إشبيلية، دون تاريخ. ص 199

المطلب الثاني: التطور التقني الطبي وأثره في حسم الخلاف في أحكام الحمل ومُتعلقاته

من أجلى مظاهر أثر التطور التقني الطبي فقهيًا، حسمه الخلاف في قضايا فقهية اختلف فيها الأئمة السابقون. ومن ذلك بعض المسائل الفقهية المتعلقة بالحمل وأحكامه، بيانا كالاتي:

الفرع الأول: حيض الحامل: أي هل ما تراه الحامل من الدّم، هو دم علة وفَسَاد أو دم صِحَّة وجِبَّة وأنها تحيض؟. هذه المسألة مسألة هامة ليا يترتب عليها من أحكام الحائض، وعلى رأسها وجوب الصلاة عليها أو سقوطها عنها.

قديا: اختلف السابقون في هذا، فقال أبو حنيفة وأحمد: لا تحيض، وقال مالك: تحيض، وعن الشافعي قولان كاللهذين أصحابها أتمها تحيض⁽¹⁾.

ومتأثر اختلافهم في ذلك: "عسر الوقوف على ذلك بالتجربة، واختلاط الأمرين، فإنه مرة يكون الدّم الذي تراه الحامل دم حيض، وذلك إذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيرا، وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الأطباء، ومرة يكون الدّم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها في الأكثر، فيكون دم علة ومرض، وهو في الأكثر دم علة"⁽²⁾. فمردّ الخلاف على حسب الإمام ابن رشد إلى مُتغيرين: الأول هو عسر التجربة، والثاني هو مستوى المعرفة الطبية المسلم بها إلى زمنه. وفي هذا إلماع منه إلى تغيير حكم المسألة بتغير المعطيات المتعلقة بها. ونخلص من هذا إلى أن ما أورده الفقهاء من نصوص استدلالا بها في هذه المسألة إقحام لها من غير وجه.

حديثا: الذي أثبتته البحوث المعاصرة هو أن قضية حيض المرأة الحامل لا أساس لها من الصحة، من الناحية الطبية. وأما شرعا فلم يرد أي نص مباشر في هذه المسألة. إذن الحامل لا تحيض، هذه حقيقة علمية لا ريب فيها، أثبتتها الدلائل يقينية الطبية. "فهناك عدة حقائق قد استقرت في علم الأجنة، عن كيفية حدوث وتوقف الحيض أثناء الحمل، أولى هذه الحقائق: أن حدوث الحيض وتوقفه يخضع لتأثيرات هرمونية، غاية في الترابط والدقة والإحكام. وثاني هذه الحقائق: أن هناك علاقة وطيدة بين المبيض والرحم لها دور فعال في التحكم الهرموني المسيطر على عملية الحيض بمراحله المختلفة. ثالث هذه الحقائق: أن هناك تغيرات وتبدلات وظيفية تحدث في جسم الرحم بعد حدوث الحمل تمنع حدوث الحيض"⁽³⁾. وعلى هذا يترجح قول الفقهاء

1 - ينظر: الغنيمي عبد الغني بن طالب الميداني، اللباب في شرح الكتاب، بيروت: المكتبة العلمية، دون بيانات، ج 1، ص 47-48 - القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح: الحبيب بن طاهر، بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 1420 هـ. 1999م، ج 1، 193 - النووي، المجموع شرح المذهب، تح: رائد بن أبي علفة، عمان: بيت الأفكار الدولية، ط 1، 2005م، ج 1 ص 442 - ابن قدامة موفق الدين دمشقي، المغني مع الشرح الكبير للشمس ابن قدامة، بيروت: دار الكتاب العربي، 1403هـ، 1983م، ج 1، ص 371

2 - ابن رشد الحفيد محمد بن أحمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: عبد الله العبادي، القاهرة: دار السلام، ط 1، 1416هـ، 1995م، ج 1 ص 120 وقارن بالرجراجي علي بن سعيد أبو الحسن، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مُشكلاتها، تح: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن علي، بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 1428 هـ، 2007م، ج 1، ص 182

3 - المصلح عبد الله والصاوي عبد الجواد، أثر بحوث الإعجاز العلمي في بعض القضايا الفقهية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن

القائلين بأن الحامل لا تحيض، بل يغلق القول في هذه المسألة بهذه الحقائق العلمية التي أوصلت التقنية الحديثة إليها وأثبتها يقينا قاطعا.

الفرع الثاني: أكثر مدة الحمل: اختلف الفقهاء حول المدة التي يمكن للجنين أن يبقاها في بطن أمه؟، وهذه الحقيقة لها أهميتها البالغة في حفظ الأنساب وحفظ الحقوق المالية المترتبة عليها؛ ولذا كان لحسم القول فيها أهميته وخطره.

قدينا: يمكن حصر أقوال الفقهاء السابقين في هذه المسألة في قولين:

- القول الأول: إن أقصى مدة الحمل هي المدة المعهودة تسعة أشهر، وهو قول الظاهرية⁽¹⁾.

- القول الثاني: إن مدة الحمل يمكن أن تتعدى أكثر من تسعة أشهر، وأصحاب هذا القول اختلفوا في أكثر الحمل على ما يلي:

- قال محمد بن عبد الحكم واختاره ابن رشد: إن أقصى مدة الحمل سنة واحدة لا أكثر. وقيل: قد يستمر إلى ستين، وهو مذهب الحنفية. وقيل: إلى ثلاث سنين، وهو قول الليث بن سعد. وقيل: إلى أربع سنين، وهو مذهب الشافعية والحنابلة. وقيل: إلى خمس سنين، وهي رواية عن مالك. وقيل: إلى ست سنين، وهي تروى عن مالك والزهري. وقيل: إلى سبع سنين، وبه قال ربيعة وهي رواية عن الزهري ومالك⁽²⁾. وقيل: لا حد لأكثر الحمل، فإذا ظهر بالمرأة حمل بقرائن دالة عليه كالحركة في البطن فينتظر وإن طال المدة، أما إذا ظهر الحمل ولم تظهر بها علامات فلا انتظار إذا مضت التسعة أشهر؛ لأن الأشهر التسعة هي المدة الغالبة. وبه قال الشوكاني، وهي رواية عن مالك كذلك⁽³⁾.

وسبب هذا الخلاف عدم ورود النص، واعتماد الأئمة على التجربة والعرف، قال الإمام ابن عبد البر رحمه: "وهذه مسألة لا أصل لها إلا الاجتهاد والرد إلى ما عرف من أمر النساء"⁽⁴⁾. وقال الإمام ابن رشد الحفيد رحمه الله: "وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة. ويقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا"⁽⁵⁾.

للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، العلوم الطبية، الكويت: مجلة الإعجاز العلمي، العدد 29، سنة 1429هـ، ص 31-32

- 1 - ابن حزم علي بن أحمد أبو محمد الأندلسي، المحل، بيروت: دار الفكر، دون بيانات، ج 10، ص 131 وما بعدها.
- 2 - ينظر: ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1421 هـ، 2000 م، ج 7، ص 170 - ابن العربي محمد بن عبد الله أبو بكر القاضي، أحكام القرآن، تح: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 3، 1424 هـ، 2003 م، ج 3 ص 80 - القرطبي محمد بن أحمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة: دار الكتب المصرية، ط 2، 1384 هـ - 1964 م، ج 9، ص 287
- 3 - ينظر: القرطبي، المرجع السابق، ج 10 ص 287 - الشوكاني محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 1425 هـ، 2004 م، ص 399
- 4 - ابن عبد البر، الاستذكار، ج 7، ص 170
- 5 - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 2086

حديثاً: مع تطور التقنية الطبية أمكن متابعة الحمل وتطوره لحظة بلحظة، عند العديد من الحوامل، وتوصل البحث إلى حقيقة واضحة هي أن الجنين بتقدير الله تعالى يتغذى على المشيمة، وهذه الأخيرة تضعف بعد تسعة أشهر وتعجز عن إمداده بالجنين، مما يعني موت الجنين إن طال بقاءه بعد التسعة أشهر في الرحم. ومن ناحية أخرى فإنّ هناك تغيرات عضوية تحدث للجنين عند تأخر الولادة أكثر من تسعة أشهر، وهذه التغيرات العضوية تؤدّي إلى تلف المخ وبعض الأنسجة الأخرى مما يحيل الحياة أو الحياة السوية إن حدث ولادة متأخرة⁽¹⁾.

وهذا يبين أنّ رأي الظاهرية⁽²⁾ هو الصحيح، وأنّ ما قاله غيرهم لا يعدو أن يكون اجتهاداً مبنياً على معطيات واقعية مرحلية تبيّن خطؤها، فهم معذرون مأجورون. وأما ما قرره قانون الأسرة الجزائري في المادة 42: أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشر (10) أشهر، فهو احتياط راعي الحقيقة العلمية وبعض الاجتهادات الفقهية، وراعى إمكانية الخطأ في معرفة بدء الحمل، وكان يمكن للمشرع الأخذ بالحقيقة العلمية، وتقيدها بالتيقن من وقت بدء الحمل.

الفرع الثالث: تشكّل جنين واحد من ماء رجلين: هذه القضية أثارها أثر رواه الإمام مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه مرسلًا، عن سليمان بن يسار؛ أنّ عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام. فأتى رجلان. كلاهما يدعي ولد امرأة. فدعا عمر قانفاً. فنظر إليهما. فقال القائف: لقد اشتراكا فيه. فضربه عمر بالدرة. ثم دعا المرأة فقال: أخبريني خبرك. فقالت: كان هذا، لأحد الرجلين، يأتيني. وهي في إبل لأهلها. فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبلاً. ثم انصرف عنها. فأهريقَتْ عليه دماً. ثم خلف عليها هذا، تعني الآخر، فلا أدري من أيها هو. قال: فكبر القائف. فقال عمر للغلام: وَالِ أَيُّهَا شئت⁽³⁾. ومع عدم صراحته في الدلالة على هذه القضية فقد أدّى ببعض الفقهاء إلى هذا القول.

قديماً: اتفق الفقهاء على عدم إمكانية تشكّل حمل واحد من ماء رجلين⁽⁴⁾، وقال بإمكانية حدوث هذا

- 1 - ينظر: نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، العدد 4، السنة 2، 1409هـ، 1989م، ص 256 وما بعدها.
- 2 - من لطائف الأقوال في هذه المسألة تعليق القاضي ابن العربي على ترجيح بعض المالكية لمذهب الظاهرية، وقد كان شديد الرد عليهم وعلى ابن حزم تحديداً، قال: "نقل بعض المتساهلين من المالكيين أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، وهذا ما لم ينطق به قط إلا هالكلي: وهم الطبائعيون الذين يزعمون أن مدير الحمل في الرحم الكواكب السبعة تأخذه شهراً شهراً، ويكون الشهر الرابع منها للشمس، ولذلك يتحرك ويضطرب، وإذا كمل التداول في السبعة الأشهر بين السبعة الكواكب عاد في الشهر الثامن إلى زحل فيقله ببرده. فيا ليتني تمكنت من مناظرتهم أو مقاتلتهم. ما بال المرجع بعد تمام الدور يكون إلى زحل دون غيره؟ الله أخبركم بهذا أم على الله تفترون؟ وإذا جاز أن يعود إلى اثنين منها لم لا يجوز أن يعود التدبير إلى ثلاث أو أربع، أو يعود إلى جميعها مرتين أو ثلاثاً؟ ما هذا التحكم بالظنون الباطلة على الأمور الباطنة؟ فمن نصيري من هذا الاعتقاد، وعذيري من المسكين الذي تصور عنده أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، ويا لله ويا لضياح العلم بين العالم في هذه الأقطار الغريبة مطلعا، العازبة مقطعا".
- ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3، ص 80
- 3 - الموطأ (طبعة الأعظمي)، كتاب الأقضية، باب (رقم: 2738)، ج 4، ص 1072
- 4 - قال الإمام ابن حزم رحمه الله: "وما نعرف إلحاق الولد باثنين عن أحد من المتقدمين إلا عن إبراهيم النخعي". المحلى، ج 10 ص 151

الحنفية، قال الإمام الجصاص مُصَرِّحاً بإجماع الصحابة سكوتيا على هذا القول: " .. أن الولد يكون من ماء رجلين، وقد روي عن علي وعمر إثبات نسب الولد من رجلين. ولا يعرف عن غيرهما من الصحابة خلافه"⁽¹⁾. قال الإمام السرخسي رحمه الله: "ذلك يتصوّر بأن يطأها أحدهما فلا يخلص الماء إلى أحدهما حتى يطأها الثاني، فيخلص الماء إلى الرّحم معاً، ويختلط الماءان فيتخلق منها الولد"⁽²⁾.

حديثاً: لكن البحث الطّبي المعاصر لم يترك مجالاً للخلاف في هذه المسألة، ويبيّن بما يدع مجالاً للشك صحة مذهب جمهور الفقهاء، ويُعد مذهب الحنفية حقيقة واستدلالاً. يقول الدكتور محمد علي البار: "ومما لدينا من علم الأجنة نرى استحالة ذلك؛ لأنّ البويضة إنّما تتلقح بحيوان منويّ واحد، فإذا ما تلقحت لم يمكن تلقيحها مرة أخرى بهاء واطعى ثانٍ"⁽³⁾.

الفرع الرابع: ميراث الحمل. خصوصية ميراث الحمل تنبع من عدم تيقن تحقق شروط استحقاق الإرث فيه، فالحمل مجهول الحال والوصف، فقد يولد حياً أو ميتاً، وقد يكون ذكراً أو أنثى، وقد يكون منفرداً أو متعدداً، ولكل ذلك تأثيره على قسمة التركة؛ ولهذا اختلف الأئمة في توريثه.

قديماً: ذهب المالكية إلى وقف القسمة حتى الولادة؛ لأنّ في القسمة تسليطاً للورثة على التركة، مما قد يتسبّب في تلفها واستهلاكها، بحيث لا يمكن استرجاعها إذا تطلب الأمر ذلك بعد الولادة. وذهبت المذاهب الثلاثة إلى قسمة التركة؛ ليا في تأخيرها من إضرار بالورثة الآخرين ومنعهم من التصرف في ملكهم. مع الاحتياط لحقّ الحمل. واختلفوا بعد ذلك على أقوال في تقدير ما هو الأحوط لي يجمي حقّ الحمل⁽⁴⁾.

حديثاً: إذا كانت مذاهب المتقدمين مبنية على تقدير جنس الجنين، وانفراده أو تعدده، ومدة بقائه؛ لتعدّد تيقنهم ذلك، فإنّ التطور التقني الطبي أمكن من كلّ معرفة ذلك بنسبة كبيرة من القطع واليقين. "فما لا شك فيه أن التقدير بأكثر مدة الحمل، أو بأقلها ليس مقصوداً لذاته، بل إن المقصود هو الثبوت من وجود الحمل في رحم الأم لحظة وفاة المورث للحمل .. وفي ظلّ التطور الطبي المعاصر؛ والذي بات فيه الوقوف على وجود الحمل في رحم الأم من القضايا اليسيرة؛ لم يعد التمسك بالتقدير بالزمان أمراً مقبولاً"، وعليه فإنّ المادة 174 من قانون الأسرة الجزائري غير مضبوطة حيث تنصّ على: "إذا ادعت المرأة الحمل، وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43⁽⁵⁾ من هذا القانون"، واللازم هو التعبير بالطبيعية المختصة تنصيماً.

كما أنّ "التقدم العلمي العظيم في مجال الطب مكّن الطبيب من الوقوف على حياة الجنين في رحم أمه، بل سمح دقات قلبه، فلا يمكن أن يكون التحقق من هذا الشرط معضلة". ولعلّ العلماء لَمَّا قالوا بتقسيم التركة

1 - الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، تح: محمد صادق القمحاوي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405 هـ، ج 5، ص 222

2 - السرخسي محمد بن أحمد شمس الأئمة، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، 1414 هـ، 1993 م، ج 17، ص 71

3 - البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الرياض: الدار السعودية، ط 4، 1403 هـ، 1983 م، ص 491

4 - المفتي محمد البشير، الجامع الحديث في الفرائض والموارث، دمشق: دار قتيبة، ط 4، 1424 هـ، 2003 م، ص 361 - 362

5 - تنصّ على: ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من الانفصال أو الوفاة.

قبل انفصال الحمل بسبب ما قرره من مُدد أكثر الحمل التي تصل عند بعضهم لسنوات؛ وفي تأخير التقسيم كَلْ هذه المدد إضرار بالورثة. لكنّ الحقائق العلمية المعاصرة أكدت انضباط أكثر مدة الحمل بتسعة أشهر كما سبق، خلاف ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء؛ فلم يعد لتقسيم التركة تلك الحاجة الملحة؛ فيمكن ترك القسمة حتى انفصال الحمل ووضوح حاله؛ وذلك حفظاً للحقوق، واحتياطاً لحق الحمل⁽¹⁾.

المطلب الثالث: التطور التقنيّ الطبيّ وأثره فيّ النوازل فيّ أحكام الحمل ومتملقاته

كما كان للتطورّ التقنيّ الطبيّ أثر بارز فيّ حسم نقاشات علمية واختلافات فقهية في مسائل كثيرة تتعلق بالحمل وبغيره من القضايا، وقد سبقت أمثلة ذلك. فقد كان له أثر مشهود في إبراز مستجدات وإثارة خلافات حول نوازل حديثة، في قضايا لم تخطر على بال السابقين، وأحسنهم طريقة كانت عنده من باب أحلام العلماء أو الخيال العلميّ. وبفضل هذا التطور التقنيّ الطبيّ المهول صارت حقائق واقعية، إلّا أنّها استفزت المنظومة الفقهية بسبب تعارضها مع بعض المبادئ والقيم الإسلامية من جهة، ولحاجتها إلى اجتهاد جديد مكن يتجاوز الحدّ الذي وصل إليه الفكر الفقهي في القرون الماضية. واستفزت أيضا المنظومة الأخلاقية البشرية بما نتج عنها من مشاكل أخلاقية وإنسانية لدى غير المسلمين وعند المسلمين ضرورة. وهذه بعض من أهمّ النوازل المستجدة في فقه الحمل ومتملقاته مما أثاره التطور التقنيّ الطبيّ المعاصر:

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعيّ الداخليّ: عرّف التلقيح الاصطناعيّ بأنّه الطريقة التي تجمع فيها الطّاف من الذكر وتحقن في الأنثى بطريقة اصطناعية مساعدة التكنولوجيا الحديثة⁽²⁾. وهذه العملية وإن ذكر بعض الباحثين قدمها الوجودي، حيث كانت تجرى على الحيوانات عند العرب قديماً لتحسين النسل، إلّا أنّ هذا الذي كان يتم لم يكن يتجاوز عملية الاستدخال⁽³⁾، وهي عملية حقن منيّ الرجل في فرج المرأة بوسائل بدائية. أمّا التلقيح الاصطناعيّ في العصر الحديث، فتستعمل فيه تقنيات علمية عالية. وترجع أول عملية حديثة للتلقيح الاصطناعيّ إلى تاريخ 10 نوفمبر 1977م، فكانت أول ولادة بهذه الطريقة في 25 جويلية 1978م⁽⁴⁾.

وعملية التلقيح الاصطناعيّ تنقسم إلى قسمين: داخلي وخارجي. وسأقصر الكلام على الداخلي في هذا الفرع، وأرجع الكلام على الخارجي للفرع الموالي، مختصراً قدر الاستطاعة⁽⁵⁾.

- 1 - ينظر: هنية مازن إسمايل، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) المجلد 13، العدد 01، 2005م، ص 72 وما بعدها
- 2 - في تعريف التلقيح الاصطناعيّ ينظر مثلاً: خلف طارق عبد المنعم، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، عمان: دار النفاذ، ط 1، 1431هـ، 2010م، ص 53، 54 - مرجحاً إسمايل، البنوك البشرية الطبية وأحكامها الفقهية، الرياض: دار ابن الجوزي، ط 1، 1429هـ، ص 389
- 3 - ينظر: أبو زيد بكر، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 1416هـ، 1996م، ج 1، ص 254 - خلف طارق، المرجع السابق، ص 54
- 4 - ينظر: البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م، العدد 2، ج 1، ص 269
- 5 - من نافلة القول التنبيه إلى أنّ ما سأذكره هنا هو معتصر مختصر الكلام في هذه القضايا التي تحتاج دراستها إلى بحوث واسعة، وقد

فالتلقيح الاصطناعي الداخلي هو الذي يتم داخل جسم المرأة، وكيفيته أن يدخل مني الرجل إلى رحم المرأة باستعمال آلة معينة⁽¹⁾. وهذا النوع من التلقيح الداخلي له ثلاثة صور:

الأولى: التلقيح الاصطناعي للمرأة بهاء زوجها.

الثانية: التلقيح الاصطناعي للمرأة بهاء رجل غريب.

الثالثة: التلقيح الاصطناعي للمرأة بعينات من مني رجال متعددين، ويسمى تلقيح الاستبضاع.

ولا يجوز من هذه الصور إلا الصورة الأولى عند جمهور الفقهاء المعاصرين⁽²⁾، أما الصورتان الأخريتان فلا خلاف في تحريمهما، والصورة الثالثة ما هي إلا إعادة إنتاج لنكاح الاستبضاع⁽³⁾ الذي كان له وجود في الجاهلية. وهذا ما خرج به مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عام 1986: "أن الأسلوب الأول (الذي تؤخذ فيه النطفة الذكورية من رجل متزوج ثم تحقن في رحم زوجته في طريقة التلقيح الداخلي) هو أسلوب جائز شرعا بالشروط العامة الأنفة الذكر. وذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل"⁽⁴⁾.

ورغم ذهاب أغلب المعاصرين إلى جواز التلقيح الاصطناعي الداخلي إذا تحققت شروط محددة⁽⁵⁾، فهم متفقون كذلك على ورود مخاطر ومحاذير من هذه العملية صحية وشرعية وأخلاقية؛ ولهذا ختم مجمع الفقه الإسلامي قراره في هذه المسألة بالآتي: "ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملاسبات في الصور الجائزة شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف واللقاح في أوعية الاختبار، ولاسيما إذا كثرت ممارسته وشاعت فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى

كتب فيها الكثير من ذلك، وألف أيضا العديد من الكتب.

1 - القره داغي علي محي الدين والمحمدي علي يوسف، فقه القضايا الطبية المعاصرة، بيروت: دار البشائر، ط2، 1417هـ، 2006م، ص 566

2 - مما يذكر هنا أنّ الحنابلة لا يميزون عملية الاستدخال، قال الإمام الموفق ابن قدامة: "ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منها وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لثة تمنى بها فلا يختلط منها". المعني، ج 9، ص 52. كما خالف بعض المعاصرين فيها، ولم يميزوا كل صور التلقيح الاصطناعي، ينظر: آل الشيخ هشام بن عبد المالك، أثر التقنية الحديثة في الاختلافات الفقهية، الرياض: مكتبة الرشد، ط1، 1427هـ، 2006م، ص 584، وللشيخ عبد الله بن زيد آل محمود رسالة مفردة بعنوان: الحكم الإقناعي في إبطال التلقيح الاصطناعي. ردّ فيها على العلامة القرضاوي قوله بالجواز.

3 - وصفته كما جاء في حديث الصديقة عائشة رضي الله عنها وعن والديها: "ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته: إذا طهرت من طمئتها أرسل إلى فلان فاستبضعي منه. ويعتزلها زوجها، ولا يمسه أبدا، حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع". صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من قال: لا نكاح إلا بولي (رقم: 4834)، ج 5، ص 1970

4 - ينظر: - مجمع الفقه الإسلامي، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وطفل الأنابيب، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الأمي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م/ العدد 2، ج 1، ص 328

5 - في تحديد هذه الشروط، ينظر: - آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الاختلافات الفقهية، ص 589

وبمتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقائح⁽¹⁾. وما هذا إلا احتياطاً لها يترتب من لقول بالجواز أو عدمه [في هذا النوع وفي الخارجي أيضاً] من أحكام تتعلق بالأنساب والأعراض والميراث وغيرها⁽²⁾.

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي الخارجي: ويقال له: الإخصاب المعلمي، حيث يتم الإخصاب في وسط معلمي: وهو ما أخذ فيه المأان من رجل وامرأة زوجين أو غيرهما وجعلاً في أنبوب أو طبق اختبار ثم تزرع في مكانها المناسب من رحم المرأة⁽³⁾. ولهذا التلقيح صور أيضاً:

الأولى: يتم تلقيح خارجي لبويضة امرأة بمنى زوجها، ثم تزرع في رحم الزوجة نفسها.

الثانية: يتم تلقيح خارجي لبويضة امرأة بمنى زوجها، ثم تزرع في رحم زوجة أخرى له.

الثالثة: يتم تلقيح خارجي لبويضة امرأة بمنى زوجها، ثم تزرع في رحم امرأة أجنبية.

الرابعة: يتم تلقيح خارجي لبويضة امرأة بمنى رجل، ثم تزرع في رحم امرأة. ويكون هناك ثلاثة أطراف في العملية، أحدها أجنبي. فهي تشمل ثلاثة حالات.

الخامسة: يتم تلقيح خارجي لبويضة امرأة أجنبية بمنى رجل أجنبي، ثم تزرع في رحم الزوجة وينسب المولود لزوجها⁽⁴⁾.

ولا ريب أن خلاف من خالف في التلقيح الاصطناعي الداخلي يرد هنا فقد حرم بعض الفقهاء المعاصرين التلقيح الاصطناعي الخارجي بكل صورته⁽⁵⁾، وعلى رأي أغلبية الفقهاء المعاصرين لا يجوز من هذه الصور إلا الصورتين الأولى والثانية، حيث جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: "أن الأسلوب الثالث (الذي تؤخذ فيه البزرتان الذكرية والأنثوية من رجل وامرأة زوجين أحدهما للآخر، ويتم تلقيحها خارجياً في أنبوب اختبار، ثم تزرع اللقحة في رحم في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة) هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنّه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملاسبات. فينبغي أن لا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى وبعد أن تتوفر الشروط العامة الأنفة الذكر.

أن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المتزوجة

- 1 - ينظر: مجمع الفقه الإسلامي، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وطفل الأنابيب، العدد 2، ج 1، ص 328
- 2 - جاء في قرار: "وفي حالات الجواز الثلاثة يقرر المجمع أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البذرتين، ويتبع الميراث والحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد ومن التتحق نسبه له". المرجع السابق، ص 328
- 3 - أبو زيد بكر، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ص 263
- 4 - ينظر: البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، ص 282، 286 - آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الاختلافات الفقهية، ص 590 - 591
- 5 - منهم: الشيخ عبد الحليم محمود، والشيخ رجب التميمي، والشيخ إبراهيم شقرة، وغيرهم. كما توقف فيها الشيخ ابن باز، والشيخ بكر أبو زيد، والشيخ محمد السبيل ينظر: آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الاختلافات الفقهية، ص 593 - 594

الرحم يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة⁽¹⁾.
وغير هذه الصور [أي الصور الجائزة في التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي]، كله ممنوع غير مشروع،
جاء في القرار المذكور: "وأما الأساليب .. الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقتين الداخلي
والخارجي مما سبق بيانه فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها، لأن البذرتين الذكرية
والأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين"⁽²⁾.
هذا، وقد أجاز قانون الأسرة الجزائري الجديد [الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م] التلقيح
الاصطناعي، حيث جاء في المادة 45 مكرر ما يأتي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي. يخضع
التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: أن يكون الزواج شرعياً. أن يكون التلقيح برضا الزوجين، وفي
حياتها. أن يتم بمني الزوج، وببويضة رحم الزوجة دون غيرها. لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي
باستعمال الأم البديلة".

الفرع الثالث: التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة. مع التطور التقني الطبي استطاع العلماء حفظ البويضات
الملقحة والنطف الذكرية والأنثوية في بنوك بشرائها من أناس لهم مزايا تفضلهم على غيرهم كالذكاء والعلم
والقوة والجمال، أو بتقديمها من متبرعين؛ لاستخدام هذه النطف للإنجاب لاحقاً لأسباب عدة، فظهر ما
يعرف ببنوك المني، وهي مخازن ذات خصائص فيزيائية وكيميائية مناسبة لحفظ الحيوانات المنوية بطرق علمية
لفترة من الزمن يتم استرجاعها أو بيعها وقت الطلب فتجميد النطف يعني: وضع الحيوانات المنوية
والبويضات في تلك المخازن وفق شروط وضوابط⁽³⁾.

وتطور هذه التقنية موازاة مع تطور تقنيات التلقيح الاصطناعي أنتج نازلة جديدة، تتمثل في حكم تلقيح
المرأة بمني زوجها المجدد في حياته حال افتراقها مدة طويلة لم يحدث فيها التقاء بينها قطعاً، أو بعد وفاته
أثناء العدة أو بعد انقضاء أجلها؟. وبالنسبة لبويضة المرأة فصورة التلقيح بعد وفاة الزوجة، لها حالتان: أن
تؤخذ البويضة المجددة وتلقيح بمني زوجها⁽⁴⁾ ثم تزرع في رحم زوجة أخرى له، أو أن تزرع في رحم امرأة
أجنبية عنه استجاراً أو تبرعاً.

وإذا كانت الصورة الأولى، وهي تلقيح المرأة بمني زوجها المجدد في حياته حال افتراقها مدة طويلة لم يحدث
فيها التقاء بينها قطعاً. تدخل تحت صور التلقيح الاصطناعي الخارجي؛ لكونها تحدث في حياة الزوجين. إلا أن

1 - ينظر: مجمع الفقه الإسلامي، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وطفل الأنابيب، العدد 2، ج، 1 ص 328 وفيها يخص
الأسلوب السابع المذكور فقد أضاف المجمع ما يلي: "ما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضررتها (في الأسلوب السابع المذكور)
فتكون في حكم الأم الرضاعية المولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب
الرضاع الذي يجرم به ما يجرم من النسب".

2 - ينظر: مجمع الفقه الإسلامي، القرار الثاني بشأن التلقيح الاصطناعي وطفل الأنابيب، العدد 2، ج، 1 ص 328
3 - خلف طاروق عبد المنعم، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ص 182 وما بعدها - مرجحاً إسماعيل،
البنوك البشرية الطبية وأحكامها الفقهية، ص 361 و 488
4 - أما بمني غيره فهو محرم كما سبق بغض النظر هل يكون قبل الوفاة أو بعده.

غياب الزوج مدة طويلة وعدم حضوره العملية قد يفتح أبوابا من الشرور والمفاسد، كخيانة الزوجة لزوجها والقيام بهذه العملية للتغطية، وكالتعرض للشبهات والسنة السوء؛ ولذا الأولى منعه سدا للذريعة.

إذا كان هذا حكم الصورة الأولى، فإنّ الصورتين الأخريين تملان نازلة مستقلة، وقد أجمع الفقهاء المُحدثين على تحريم التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة وانقضاء العدة، وكادوا يجمعون على هذا الحكم أيضا أثناءها لولا شذوذ بعض الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بجوازه قبل انقضاء العدة، كالدكتور عبد العزيز خياط، والشيخ زياد أحمد سلامة، واشترط هذا الأخير حتى لا ترمى بالأقوال أنها أخذت مني زوجها من بنك المني، ويكون الإسهاد عند إيداعه وعند استخراجه⁽¹⁾. وبنوا رأيهم على أنّ الرابطة الزوجية لا تنقضي بينهما إلا بانقضاء العدة؛ ولذلك يجوز لأحد الزوجين غسل الثاني بعد وفاته، ولكن هذا الترخيص معارض بجواز التعريض بالخطبة، ولو كانت الزوجية باقية بأحكامها كحال الحياة لحرم التعريض. خاصة أنّ هذا التلقيح في أثناء العدة يتعارض مع مقصد من مقاصدها، وهو التحقق من براءة الرحم. والقول بمنع التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة ولو في العدة هو الذي اعتمده المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث نصّ في المادة 45 مكرر التي سبق إيرادها على أنّ من شروط جوازه: أن يكون التلقيح برضا الزوجين، وفي حياتها.

الفرد الرابع: غراسة الأعضاء التناسلية: فتح التطور التقني الطبي الباب على مصراعيه للذهاب بعيد في عمليات غرس الأعضاء، وما تزال نوزال هذه البابة تثير نقاشات علمية عميقة بين الفقهاء والأطباء على سواء. ومن أهم وأخطر الأعضاء التي يتم غرسها: الأعضاء التناسلية. وهي الأعضاء التي تنتج عناصر الإخصاب، وهي محل الجماع أيضا. وهي تختلف بين الذكر والأنثى. فهي عند الرجل: الخصيتان وهما التان تولدان الحيوانات المنوية. / القنوات الناقلة للحيوانات المنوية. / غدة البروستات وتنتج 20 بالمئة من مواد السائل المنوي. / الحويصلات المنوية. / القضيب. وهي عند المرأة: المبيضان وهما اللذان يتجان البضات. / أنبوتنا فالوب وهما بوقا الرحم اللذان يتقلان البيضات إليه. / الرحم. / المهبل والفرج⁽²⁾. وهذه الأعضاء التناسلية الذكرية أو الأنثوية قسان: منها أعضاء لا تنقل الخصائص الوراثية كالقضيب وقناتي فالوب. ومنها ما ينقل الخصائص الوراثية لصاحبه كالخصيتين والمبيضين.

فأما غرس الأعضاء التناسلية التي لا تنقل الخصائص الوراثية لصاحبها، فهي تدخل تحت عموم حكم مسألة نقل الأعضاء وغرسها، وتنضبط بضوابطها وشروطها.

وأما غرس الأعضاء التناسلية التي تنقل الخصائص الوراثية (الخصيتان والمبيضان) فقد كاد الإجماع ينعقد

- 1 - ينظر: البار محمد علي، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، ص 289، 290 - آل الشيخ، أثر التقنية الحديثة في الاختلافات الفقهية، ص 601، 602 - خلف طارق عبد المنعم، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، ص 189 - مرحبا إسماعيل، البنوك البشرية الطبية وأحكامها الفقهية، ص 430 وما بعدها. - سلامة زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، بيروت: دار البيارق والدار العربية للعلوم ط1، 1417هـ، 1996م، ص 80 وما بعدها.
- 2 - ينظر: العوضي صديقة علي ومحمد نجيب كمال، زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م/ العدد 6، ج، 3، ص 249 إلى ص 253.

على تحريم نقلهما، لولا شذوذ بعض المعاصرين ممن أجاز نقلهما كالشيخ سيد سابق، أو نقل أحدها، والشيخ عطية صقر، والشيخ عبد القديم يوسف⁽¹⁾. وقد مال الشيخ محمد سليمان الأشقر إلى جواز نقلهما مع التحفظ على ما يصحب ذلك من أخطاء وأخطار⁽²⁾. بل خالف عامة الفقهاء والأطباء حين قال: "وأما كون الخصائص الوراثية تتبع مصدر الخصية، أو مصدر المبيض، فإن ذلك لا يقدم ولا يؤخر في الحكم الشرعي في ذلك، فإن النسب ونحوه لا يتبع هذه الخصائص الوراثية، بل كما في الحديث «الولد للفراش»⁽³⁾، وهذا إغراق منه في الأخذ بظاهر الحديث وتحكيمه.

أما جمهور الفقهاء فقد عللوا تحريمهم هذه العملية بكون الخصيتين والمبيضين ينقلان الخصائص الوراثية، وهذا يتسبب باختلاط الأنساب الذي حرصت الشريعة على صفائها ونقاؤها. حيث جاء في قرار الندوة الفقهية الطبية الخامسة، التي نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بدولة الكويت بالاشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ما يأتي: "انتهت الندوة إلى أن الخصية والمبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنتول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم مطلقاً نظراً لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب وتكون ثمرة الإنجاب غير متولدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد الزواج. .. الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية: رأت الندوة بالأكثرية أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي - ما عدا العورات المغلظة - التي لا تنقل الصفات الوراثية جائزة استجابة لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية"⁽⁴⁾.

وبعد هذا، فإنه معلوم أنّ غرس الأعضاء ونقلها مسألة حيوية نشطة، وهي مثال نادر لتأثير التطور التقني الطبي في تجديد الاجتهاد الفقهي القضائي، حيث كَلِمًا ازدادت التقنيات المستعملة فيها تطوّراً، وازدادت نسبة نجاحها، توسّعت قائمة الأعضاء المزروعة، وتجدد اختلاف الفقهاء حول مشروعيتها من عددها.

خاتمة

بعد هذه الجولة المختصرة مع هذا الموضوع الكبير، ألخص القول في النقاط الآتية:

- التطور التقني الطبي له أثره البارز على الأسرة في كل الجوانب، كما كان عاملاً مهماً في تجديد الاجتهاد الفقهي والقضائي في أحكام الأسرة.
- التطور العلمي بعامته والتطور التقني الطبي كان أثره شاملاً لمختلف جوانب الحياة، وكلّ أبواب الفقه.
- لا ينكر تغير الاجتهاد في الأحكام المبيّنة على أعراف أو معارف متغيرة.
- موجبات تغير الفتوى في العصر الحاضر لا تنحصر في ما ذكره السابقون، بل هناك تغيرات على كافة الصعيد لها تأثيرها على الاجتهاد والتّظر الفقهي، وهذا باب يحتاج مزيد دراسة وتأصيل.

- 1 - ينظر: مرحبا إساعيل، البنوك البشرية الطبية وأحكامها الفقهية، ص 99 وما بعدها.
- 2 - الأشقر محمد سليمان، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م/ العدد 6، ج 3، ص 2010
- 3 - الأشقر، المرجع السابق، ص 2010
- 4 - قرار الندوة الفقهية الطبية الخامسة، مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م/ العدد 6، ج 3، ص 2067

- من أهم مسائل الفقه الموروث التي حسم الخلاف التطور التقني الطبي المتعلقة بالحمل: حيض الحامل. مسألة مدة الحمل. تشكّل جنين واحد من ماء رجلين. وميراث الحمل.
- من أهم التّوازل المستجدة التي المتعلقة بالحمل أنتجها التطور التقني الطبي: التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي. التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة. وغرس الأعضاء التناسلية.
- أوصي في الأخير بضرورة توسيع البحوث التي تدرس أثر التطور التقني الطبي وغيره على الأسرة فقهيًا وواقعيًا واجتماعيًا وأخلاقيًا. وكذا دراسة أثر التطور التقني والطبي في مختلف أبواب الفقه والتشريع.
- وأختم بما بدأت به حامداً لله العلي على نعمه، شاكرًا على منته داعيًا إياه بالقبول والتوفيق والرضا. مصليًا مسلماً على سيدنا وقُدوتنا وقائدنا وإمامنا وعلى آله وصحبه وتابعيه بإحسان إلى يوم الدين.

قائمة المراجع

1. أبو زيد بكر، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1416هـ، 1996م
2. الإدليي صلاح الدين بن أحمد، استقبال القبلة وتحديد سمتها في المناطق البعيدة عنها، بئر فوند الولايات المتحدة: طبعة خاصة، 1423هـ، 2002م.
3. الأشقر محمد سليمان، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م/ العدد 6، ج، 3.
4. آل الشيخ هشام بن عبد المالك، أثر التقنية الحديثة في الاختلافات الفقهية، الرياض: مكتبة الرشد، ط1، 1427هـ، 2006م.
5. البار محمد علي، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الرياض: الدار السعودية، ط4، 1403هـ، 1983م.
6. - التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م، العدد 2، ج، 1
7. ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم تقي الدين، قاعدة في المحبة، تح: محمد رشاد سالم، القاهرة: مكتبة التراث الإسلامي، دون رقم طبعة ولا تاريخ.
8. الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي، أحكام القرآن، تح: محمد صادق القمحاوي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405 هـ.
9. ابن حزم علي بن أحمد أبو محمد الأندلسي، المحلّ، بيروت: دار الفكر، دون بيانات طبع.
10. الخلاوي أسامة بن أحمد، النوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بالتداوي بالصيام، الرياض: دار كنوز إشبيلية، دون تاريخ.
11. ابن خلدون، عبد الرحمن، تاريخ ابن خلدون = ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، تح: خليل شحادة، بيروت: دار الفكر، ط2، 1408 هـ 1988 م.
12. خلف طارق عبد المنعم، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية في الفقه الإسلامي، عمان: دار النفائس، ط1، 1431هـ، 2010م.
13. الرجراجي علي بن سعيد أبو الحسن، مناهج التّحصيل ونتائج لطائف التّأويل في شرح المدوّنة وحلّ مشكلاتها، تح: أبو الفضل الدّمياطي - أحمد بن عليّ، بيروت: دار ابن حزم، ط1، 1428 هـ، 2007 م.
14. ابن رشد الحفيد محمد بن أحمد أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: عبد الله العبادي، القاهرة: دار السلام، ط1، 1416هـ، 1995م.
15. السرخسي محمد بن أحمد شمس الأمانة، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، 1414هـ، 1993م.
16. سلامة زياد أحمد، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، بيروت: دار البيارق والدار العربية للعلوم ط1، 1417هـ، 1996م.
17. ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تح: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1421 هـ، 2000 م.
18. ابن العربي محمد بن عبد الله أبو بكر القاضي، أحكام القرآن، تح: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3،

- 1424 هـ 2003 م.
19. عزت السيد أحمد، الثورة التكنولوجية وأثرها في تغير القيم، سوريا: مجلة جامعة دمشق، مج 29، عدد 3-4، 2013م
20. العوضي صديقة علي ومحمد نجيب كمال، زراعة الأضواء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، جدة: مجلة مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية، 1407هـ، 1986م/العدد 6، ج 3.
21. الغنيمي عبد الغني بن طالب الميداني، الباب في شرح الكتاب، بيروت: المكتبة العلمية، دون بيانات
22. القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تح: الحبيب بن طاهر، بيروت: دار ابن حزم، ط 1، 1420 هـ. 1999م.
23. ابن قدامة موفق الدين دمشقي، المغني مع الشرح الكبير للشمس ابن قدامة، بيروت: دار الكتاب العربي، 1403هـ، 1983م.
24. القرافي أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تح: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط 2، 1416 هـ. 1995م.
25. - - الذخيرة، تح: محمد حجي وصاحبه، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994م.
26. - - الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق مع هوامشه، تح: خليل منصور، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 2، 1418 هـ. 1998م.
27. القرضاوي يوسف، موجبات تغير الفتوى في عصرنا، سان دونيس، منشورات لجنة التأليف والترجمة بالاتحاد العالمي لعلماء المسلمين، دون بيانات طبع.
28. القرطبي محمد بن أحمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، القاهرة: دار الكتب المصرية، ط 2، 1384 هـ - 1964 م.
29. القره داغي علي محي الدين والمحمدي علي يوسف، فقه القضايا الطبية المعاصرة، بيروت: دار البشائر، ط 2، 1417 هـ، 2006م.
30. ابن القيم محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تح: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل، 1973م.
31. - - إغاثة اللفهان في مصائد الشيطان، تح: محمد عزيز شمس ومصطفى بن سعيد إيتيم، مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، ط 1، 1432 هـ.
32. الكندي عبد الله بن عبد الرزاق، المفطرات الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، من غير بيانات طبع.
33. مرجبا إسمايل، البنوك البشرية الطبية وأحكامها الفقهية، الرياض: دار ابن الجوزي، ط 1، 1429 هـ.
34. مجموعة من العلماء والباحثين، الموسوعة العربية العالمية، الرياض: مؤسسة أعمال المؤسسة للنشر والتوزيع، ط 2، 1419 هـ، 1999م.
35. المصلح عبد الله والصاوي عبد الجواد، أثر بحوث الإعجاز العلمي في بعض القضايا الفقهية، بحث مقدم للمؤتمر الثامن للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، العلوم الطبية، الكويت: مجلة الإعجاز العلمي، العدد 29، سنة 1429 هـ.
36. المفتي محمد البشير، الجامع الحديث في الفرائض والموارث، دمشق: دار قتيبة، ط 4، 1424 هـ، 2003م.
37. نجم عبد الله عبد الواحد، مدة الحمل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، العدد 4، السنة 2، 1409 هـ، 1989م.
38. النووي، المجموع شرح المهذب، تح: رائد بن أبي علفة، عمان: بيت الأفكار الدولية، ط 1، 2005م.
39. هنية مازن إسمايل، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) المجلد 13، العدد 01، 2005م.

استئجار الأرحام في العلاقة الزوجية بين مقاصد الشرع وأحكام القانون المقارن

بقلم

د. إدريس اجويلل

كلية الحقوق - جامعة مولاي إسماعيل - مكناس

نائب رئيس جامعة القرويين بفاس سابقا - المملكة المغربية

dris_jouilel@yahoo.fr

مقدمة

من مقاصد الشريعة الإسلامية في إنشاء وتكوين العلاقة الزوجية هو المحافظة على النوع البشري واستمرار الخليقة في إعمار الكون وتمهية البيئة الصالحة من أجل إنشاء ذرية صالحة في مجتمع صالح آمن ومطمئن، الكل فيه ينعم بانتسابه إلى أبيه وأمه وفق ضوابط الشرع وأحكامه ومقاصده في حماية الأسرة.

وبما لا ريب فيه أن التطورات العلمية المعاصرة مست مختلف أوجه الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وكان للعلاقة الزوجية نصيبها في هذا التطور الطبي والتكنولوجي، حيث مس هذا التطور أسس واستقرار العلاقة الزوجية فتدخل الأمن والاستقرار الأسري.

يعد استئجار الأرحام أو التنسيل اللاجنسي أو الأمهات البديلات من القضايا المعاصرة التي أثارت جدلا فقها وقانونيا وأخلاقيا في المجتمعات البشرية وخاصة المجتمعات التي تدين بالإسلام وتتخذ منهاجا لها في السلوك والمعاملات والأحوال الشخصية، بل الملاحظ أن هذه المستجدات العلمية خلخلت منظومة القيم الكونية بأسرها لارتباطها الوثيق بالعلاقة الزوجية وما ينتج عنها من حقوق وواجبات.

وهكذا طرح النقاش حول هذه المستجدات على المجالس الفقهية والمجالس العلمية ورجال القانون لانتخاذ ما يناسب هذا التطور من الجوار أو عدمه. إذ هناك من يمنع منعا مطلقا هذه المستجدات العلمية لزعرعتها النظام العام والاستقرار الأسري، وهناك من يبيح وفق ضوابط الشرع ومقاصده في إطار المصلحة والمفسدة. وإن هذا البحث وبدون شك سيحاول أن يتلمس جوانب من هذا الموضوع من زوايا معينة، كل ذلك في إطار مقاصد وأهداف شريعتنا السمحاء، راجيا من الله التوفيق وحسن القبول، والله من وراء القصد.

المبحث الأول: الأسرة والمقاصد النبيلة من إنشائها

الأسرة آية من آيات الله الدالة على عظمته في هذا الكون؛ فهي تلك الوحدة الاجتماعية الممتدة في الزمان والمكان تشمل كلا من الزوجين والأولاد والأجداد والأحفاد والأعمام والأخوال تحكمها مجموعة من

الضوابط الشرعية والقانونية والأخلاقية التي هي عبارة عن حقوق وواجبات يتقيد بها كل حسب موقعه ووظيفته داخل الأسرة في حدود ما أحله الله وما حرمه.

من هنا كان من المقاصد الشرعية في تكوين الأسر تحقيق الغايات والأهداف السامية التي لا بد منها حتى ينعم المجتمع بالأمن والاطمئنان ويتحقق مبدأ الاستخلاف في الأرض وفق النظام الإلهي الذي صنع كل شيء فأحسن صنعه وتكوينه ﴿صنع الله الذي أتقن كل شيء﴾⁽¹⁾.

ولعل من مقاصد الشريعة في إنشاء الأسرة بواسطة العلاقة الزوجية تحقيق المقاصد والأهداف النبيلة الآتية:
أولا : الزواج في الشريعة الإسلامية هو عبادة روحية يتقرب بها الإنسان إلى الله عز وجل، لأن كل عمل يعمل به الإنسان يتبغى به وجه الله تعالى في حياته يثاب عليه دنيا وآخرة، قال تعالى : ﴿قل إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له، وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين﴾⁽²⁾. وقال ﷺ: "النكاح من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني"⁽³⁾.

ثانيا : بالعلاقة الزوجية المشروعة نحافظ على النوع الإنساني من الانقراض والاندثار تطبيقا وتمشيا مع مبدأ الله في الكون القائل: ﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا﴾⁽⁴⁾. لذا، كان الإنجاب مطلب شرعي للإنسان به تستمر الحياة وبه يتقوى المجتمع ويكثر، وبه يتم التعاون والتشارك والتآلف والتراحم بين أفراد الأسرة الواحدة التي وصفها المولى عز وجل بأنها من زينة الحياة الدنيا وكمالها في آيات عدة منها : ﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾⁽⁵⁾، ﴿الذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قررة أعين واجعلنا للمتقين إماما﴾⁽⁶⁾. ولما جاء على لسان الأنبياء عليهم السلام : ﴿هنالك دعا زكرياء ربه. قال رب هب لي من لدنك ذرية طيبة إنك سميع الدعاء﴾⁽⁷⁾. ﴿رب اجعلني مقيم الصلاة ومن ذريتي ربنا وتقبل دعاء﴾⁽⁸⁾...

هكذا قررت الشريعة وبشكل لا جدال فيه حق الإنسان الفطري الغريزي حيث شجعت على التناسل وعلى المحافظة على النوع الإنساني لإعمار الكون وصورته وأبديته إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ثالثا : من مقاصد الشريعة في إنشاء الأسرة المساهمة في البناء الثقافي والاجتماعي والاقتصادي للمجتمع وذلك من خلال الدور الوظيفي الذي تقوم به في تربية الأجيال وغرس في نفوسهم حب الوطن وقيم النبيل والصلاح والفلاح حتى يتوافقوا وينسجموا مع محيطهم المتعدد المشارب فيساهمون في استتباب الأمن داخله المجتمع، ومن خلال هذا الدور الريادي للأسرة وضع الإسلام نظاما تشريعا محكما في التنشئة الأسرية التي

(1) النمل/88.

(2) الأنعام/162.

(3) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحها "كتاب النكاح".

(4) النساء/01.

(5) الكهف/46.

(6) الفرقان/74.

(7) آل عمران/38.

(8) إبراهيم/39.

يتربى وينشأ عليها الأولاد وفق منهج قويم يراعي فكر الطفل بصقله مجموعة معارف ينشأ عليها أولاها حفظ القرآن الكريم وبعض من العلوم الشرعية حتى يتمكن من الاعتماد على نفسه فيتزود بالمعارف والمهارات التي تشكل شخصيته العامة فينجح في دنياه وأخراه⁽¹⁾. ويكون قدوة صالحة ورجل المستقبل حاملا لهم مساهما في بنائه الاجتماعي والثقافي والأخلاقي والاقتصادي.

رابعا : من مقاصد الشريعة في العلاقة الزوجية المشروعة توفير ما يحتاج إليه الأبناء من موارد مالية إشباعا لحاجاتهم المادية والنفسية، حيث علينا أن نوفر لهم ما يحتاجونه حسب المستطاع كما علينا أن نصطحبهم معنا في كل المناسبات الثقافية والاجتماعية (مدارس، مساجد، أندية ثقافية ورياضية، حلقات علمية...)، فيتعلموا من أحاديث الكبار ما يصقل موهبتهم وينمي روح التواضع والمبادرة في نفوسهم فيتعلمون كيفية الحوار مع الآخر والتأدب في مجالس الكبار، ويتعلمون أيضا كيفية اكتساب المال واستثماره واستهلاكه وإنفاقه بعيدا عن كل المخالفات التبذيرية والتقتيرية والانحرافات السلوكية والتوترات العائلية التي أثبتت الدراسات العلمية أنها سبب مباشر في انحراف الأحداث والتوجه بهم نحو عالم المخدرات بكل أصنافها وتعاطي الإجرام بكل أنواعه. قال ﷺ: "ما من مولود إلا يولد على الفطرة؛ فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كما تُتَّخَعُ البهيمة بهيمة جمعاء هل يحتسبون فيها من جدعاء؟ ثم يقول أبو هريرة : فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم"⁽²⁾.

رابعا : الإشباع العاطفي والذي يعتبر من أهم مقاصد تكوين الأسرة المسلمة ومن أبرز أسبابها ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يومنون وينعمه الله هم يكفرون﴾⁽³⁾.

فكما أن الإنسان محتاج إلى الأكل والشرب والنوم، محتاج أيضا إلى تصريف غريزته الجنسية وفق ما أحله الله عن طريق الزواج الذي ينشر العفة ويصون العرض ويقي من الأمراض الفتاكة التي تفتك بالإنسان. ويكون سببها العلاقة الجنسية خارج إطار العلاقة الزوجية، لذلك حرم الله ورسوله الزنا تحريما باتا وقاطعا فقال عز من قائل : ﴿ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾⁽⁴⁾، وقال ﷺ: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"⁽⁵⁾.

لقد حث القرآن الكريم على الزواج حماية للأسرة، فقال تعالى : ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم﴾⁽⁶⁾. كما حذرت الشريعة السمحة من

(1) أنظر الأسرة والشباب والمجتمع، د. حسن عبد الغني أبو غدة، ص. 100 وما بعدها، تربية الأولاد في الإسلام، د. عبد الله علوان، ص. 29/1 وما بعدها.

(2) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب 80، ج. 2/ص. 413، حديث رقم 1359.

(3) النحل/72.

(4) الإسراء/32.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ج. 6/ص. 437 رقم الحديث 5066.

(6) التور/32.

الخلوة بالمرأة الأجنبية حيث قال ﷺ: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم"⁽¹⁾. كما اعتبر الطب أن تشكل الأمراض الجنسية الناتجة عن الزنا واللواط وغيرها من الممارسات الشاذة أهم سبب لانعدام الخصوبة في الرجال والنساء على السواء⁽²⁾.

سادسا: الحرص على سلامة الأنساب من خلال صلة الرحم بين جميع أفراد الأسرة وتحقيق التكافل الاجتماعي. قال تعالى: ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾⁽³⁾، وقال ﷺ: من سره أن يبسط له في رزقه وأن ينسأ له في أثره فليصل رحمه"⁽⁴⁾، وكما للزواج مكانة اجتماعية هامة تتجلى في حفظ النسب من الاختلاط حيث إن معرفة الإنسان لنسبه أمر حتمي وحقيقي، بل هو من ضروريات الحياة المجتمعية إذ بالنسب يعرف الإنسان أقرابه ويصل معهم صلة الرحم، وفي ذلك حماية للمجتمع من التفكك والانحراف الأسري، والرسول ﷺ يقول: "تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم فإن صلة الرحم محبة في الأهل مثراه في المال، منسأة في الأثر"⁽⁵⁾. وأكد الشيخ الطاهر بن عاشور⁽⁶⁾ على أصرة الأنساب حيث قال: تبتدئ أصرة القرابة بنسبة البنوة والأبوة ولكن النسل المعتبر شرعا هو الناشئ عن اتصال الزوجين بواسطة عقدة النكاح... المتفتي عنا الشك في النسب، واستقرار مقصد الشريعة في النسب أفادنا أنها تقصد إلى نسب لاشك فيه، ولا محي دبه عن طريق النكاح".

ويمكن الاستدلال على ما سبق من مقاصد الشريعة من شرع الزواج ما قاله الإمام الشاطبي⁽⁷⁾ رحمه الله تعالى: "إن للشارع في شرع الأحكام العادية والعبادية مقاصد أصلية ومقاصد تابعة، مثال ذلك، النكاح؛ فإنه مشروع للتناسل على القصد الأول ويليه طلب السكن، والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخرية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء والتجمل بما للمرأة.. والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد، وما أشبه ذلك، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع الأحكام".

المبحث الثاني: مقاصد الشريعة في الحمل الشرعي

لم يختلف علماء الأمة على أن المقصد العام من التشريع هو انتظام أمر الأمة بجلب المصالح لها ودفع المفاسد عنها، لذلك عبروا عن المصالح والمفاسد بالخير والشر والنفع والضرر والحسنات والسيئات، لأن المصالح كلما خيور نافعات حسنات والمفاسد بأسرها ضرور ومضرات سيئات، وقد غلب في القرآن استعمال الحسنات في المصالح والسيئات في المفاسد. كما يقول سلطان العلماء العز بن عبد السلام رحمه الله⁽⁸⁾، ولا مرء في أن شريعة الله جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل معا كما هو ثابت باستقراء النصوص الشرعية

(1) أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، 490/6 رقم 5232

(2) القضايا الخلقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، أكاديمية المملكة المغربية ص 49. وانظر الطيب: أدبه وفقهه د. زهير أحمد السباعي.

(3) النساء/01.

(4) رواه البخاري في الأدب المفرد، ص. 12.

(5) أخرجه الترمذي في كتاب البر والصلة، باب ما جاء في تعليم النسب، 351/4، رقم 1979 والإمام أحمد في المسند 374/2، رقم 8855.

(6) مقاصد الشريعة، ص. 161.

(7) الموافقات 397.396/2.

(8) انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، 6/1 وما بعدها. ومقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، ص. 145 وما بعدها.

المتظافرة التي دلت على أن الله تعالى إنما يشرع لمصلحة عباده، وأن أحكامه سبحانه لا تخلو عن المصلحة، وتنزه عن العيب، ومن فضل الله على عباده أن القرآن الكريم طافح بتعليل ما يقرره من أحكام حتى لا يدع مجالاً للشك في أن أحكامه سبحانه معللة، وأن المقصود بها مصلحة عباده، حتى بينها لهم وشفعها ببيان حكمتها والقصد منها⁽¹⁾.

لقد اتخذ نظام الأسرة عبر الأقطاب التاريخية المتتالية صوراً وأنماطاً شتى جسدها كدح الإنسان وسعيه لأن يعيش ويكابد الصعاب التي تواجهه، ويتحمل الأوضاع القاسية التي غالباً ما تلم به فيجتهد ليخرج سالماً يؤمن نفسه من الهلاك جراء المخاطر، ثم يفكر في حفظ نوعه عبر التوالد والعناية بما ولد ليبدأ التقارب الفطري يحصل شيئاً فشيئاً، وتستمر معاناة الإنسان على كل الأصعدة مجسدة في بدائته الشديدة وقساوة الطبيعة التي يزيد بها الإنسان شدة بفعل ما يحدثه من صراعات دامية، وحروب قلما تضع أوزارها لتستمر شدة الحاجة إلى الحماية، والأمن من المخاطر، فكان اللجوء إلى التقارب البشري أنجع سبيل⁽²⁾. وتواضع علم الناس وعملهم على أن عملية الإنجاب في سيرها الفطري والشرعي تبدأ من التقاء عضوي التناسل بين الزوجين فيعلق حيوان الزوج المنوي ببضة زوجته أمشاجاً في رحمها في ذلكم القرار المكين، لتنمو خلال عدة مراحل حيث تتكاثر الخلايا، وينفخ فيها الروح حتى تنتهي عملية الحمل بولادة المولود بإذن الله تعالى⁽³⁾.

قال تعالى: ﴿ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة، فخلقنا المضغة عظاماً، فكسونا العظام لحماً، ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين﴾⁽⁴⁾، وقال: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق، خلق من ماء دافقٍ يخرج من بين الصلب والترائب﴾⁽⁵⁾. وقال تعالى: ﴿إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاجٍ نبتليه فجعلناه سميعاً بصيراً﴾⁽⁶⁾.

وقال ﷺ: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح"⁽⁷⁾. وهكذا يتبين لنا أن المقصد الشرعي في عملية الحمل الناتجة عن التقاء مني الرجل ببويضة المرأة في علاقة الزواج الشرعي تنتج مولوداً شرعياً متصلاً بأبويه بعلاقة النسب الشرعي. فالأبوة والأمومة الشرعية هي مجموع الهيئة الحاصلة للمولود الذي وقع لقاؤه، وتكوينه بماء أبويه على فراش الزوجية فحملت به أمه في بطنها مستقراً في رحمها قراره المكين⁽⁸⁾. فهذا هو المولود الذي يكتسب الأبوة والأمومة الشرعية ومتى اختلت واحدة من هذه الصلات الثلاث يحصل المضار بانتفاء النسب الشرعي الذي تنتفي معه الأمومة والأبوة الشرعية لأن ما بني على الفاسد فاسد، وحفظ النسب

(1) مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، د. عبد القادر داودي، ص. 25، 26.

(2) نفسه، ص. 33، 34.

(3) فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد، ص. 246 والآية في سورة

(4) سورة المؤمنون / 14

(5) سورة البروج

(6) الإنسان / 02

(7) حديث قديم رواه مسلم في كتاب القدر رقم 4787 و البخاري في كتاب بدء الخلق رقم 32.08

(8) فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد، ص. 249، والقرار المكين بإجماع العلماء هو رحم المرأة.

والعرض من مقاصد الشرع الحنيف وهما من الضروريات الخمس التي لا بد منها وهي مراعاة في كل أمة لقيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين⁽¹⁾، وعلى هذا فإن الحمل الشرعي المهدف منه هو رعاية مصالح الناس التي يمكن أن توجد في الحصول على الولد والنسل، وهذه مصلحة معتبرة... ودفع المفاسد عنهم حيث إن الحمل إذا لم يضبط بضوابط الشرع وأحكامه ويخضع للهوى والرغبات يؤدي إلى فساد عريض باختلاط الأنساب وانتشار الأبناء غير الشرعيين والاتجار في الأجنة والتلاعب بها وبخلاياها، وانتقال الأمراض، وفي جميع هذا مسخ للنوع الإنساني، بل ودمار للأسرة والاستغناء عن دورها ووظيفتها في الإنجاب، كما يترتب على ذلك من المفاسد أمور حدد بعضها الدكتور عارف علي عارف في بحثه في الجينات البشرية⁽²⁾ وهي:

1. تغيير خلق الله.

2. القضاء على استقلالية الإنسان.

3. القضاء على وحدة الأسرة.

قال الإمام الشاطبي رحمه الله: "إن كل عمل كان المتبع فيه الهوى بإطلاق من غير التفات إلى الأمر أو النهي أو التخيير فهو باطل بإطلاق لأنه لا بد للعمل من حامل يحمل عليه، وداع يدعو إليه، فإذا لم يكن لتلبية الشارع في ذلك مدخل فليس إلا مقتضى الهوى والشهوة، وما كان كذلك فهو باطل بإطلاق لأنه خلاف الحق بإطلاق⁽³⁾."

الحمل هو حالة طبيعية مؤقتة تتلاءم معها المرأة الحامل لوجود كائن جديد في رحمها نتيجة إلقاح نطفة الرجل مع البويضة الخاصة بها⁽⁴⁾، وهذا اللقاح يعيش في رحم المرأة تسعة أشهر يخرج بعدها طفلاً يحافظ فيما بعد على استمرار النوع الإنساني⁽⁵⁾. وهو أثر من آثار الزواج الشرعي الذي هو آية من آيات الله ونعمة أنعمها الله على البشرية والنسل هو نتيجة من هذه النعمة. وقد قدر الله أن يكون النسل حاملاً لصفات وراثية من الأب والأم وليس بالضرورة مطابقاً لها أو لأحدهما تماماً، والعلماء المشغولون بهذا العلم يقرون: أن الجنين يحمل نصف الصفات الوراثية من الأب والنصف من الأم، لأن كل خلية تناسلية من أحدهما تحمل 23 زوجاً صبغياً (كروموزوماً). وفي هذا الاختلاف حكمة وفي التنوع حكمة ولو كان الناس شكلاً واحداً لفسدت الحياة، والناس متفاوتون في رغباتهم ومطالبهم⁽⁶⁾، قال تعالى: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ﴾⁽⁷⁾. ومدة الحمل المعتبرة شرعاً هي المنصوص عليها في آيات

(1) الموافقات، 17/2.

(2) البحث منشور في كتاب: قضايا طبية معاصرة، ص. 735 وما بعدها من الجزء الثاني.

(3) الموافقات، 173/2.

(4) تطور الجنين وصحة الحامل، محي الدين الحلبي ص. 15.

(5) نفسه.

(6) دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ج. 2/ ص. 675 وانظر مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، ص. 375.

(7) الرعد/08.

قرآنية منها قوله عز وجل: ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾⁽¹⁾، " وحمله وفصاله في عامين"⁽²⁾.

وينبغي على قاعدة النسب في الحمل الشرعي أمور منها :

. إن مسألة الإنجاب والنسل مرتبطة ارتباطا وثيقا بنظام الأسرة وأحكام الزواج و أي نسل نتج عن غير طريق الزواج غير معتد به شرعا.

. الحمل في التشريع الإسلامي يخضع لضوابط الشرع وقوانينه لا لأهواء الناس ورغباتهم⁽³⁾.

. النسب في الحمل الشرعي تتجاذبه حقوق، منها ما هو من حق المولود ومنها ما هو من حق الأب ومنها ما هو من حق الأم.

أ- من حق المولود، فهو محتاج إلى نسبه من أبيه لدفع العرة والعار عن نفسه أمام أقرانه وأصدقائه وأبناء عشيرته، لأن النسب يرفع معنوية صاحبه ويدفع به إلى أعلى المقامات لأنه يشعر بأن له أبا وأما، وبالنسب يتحقق حقه في النفقة والحضانة والرضاع والإرث بمقتضى ثبوت النسب.

ب- ومن حقوق الأب، أن يتسبب إليه ابنه الشرعي الذي ولد على فراشه ومن مائه وفي علاقة زواج شرعي مستوفي الأركان والشروط، فحق الأبوة خاص بالأب وحده ولا ينازعه فيه أحد كيفما كان.

ج- من حق الأم كذلك أن تصون وليدها وتحفظه من كل مكروه وتنسب إليها بدفع الريبة والتهمة عن نفسها من طرف الآخرين، فهي أنجبته في زواج شرعي لذلك فمن حقها أن تحضنه وترضعه وترث فيه ويرث فيها.

ويرتب علماء الطب الحديث مجموعة من العوامل للحصول على الحمل الشرعي منها⁽⁴⁾ :

. أن تتيج الأنثى البويضة في مبيضها وأن تكون قناتا فالوب مفتوحتين و أن يتتج الذكر حيوانات منوية صحية.

. أن يكون الرحم مهيبا لغرس البويضة المخصبة أو الملقحة بالحيوان المنوي و أن يصل الحيوان المنوي

(1) الأحقاف/15

(2) ستة أشهر وأقصاها سنة وهناك من ذهب من المالكية إلى أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها خمس سنوات .

قال ابن عاصم : وخمسة الأعوام أقصى الحمل .. وستة الأشهر في الأقل

إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص. 120.

والقوانين العربية كلها تحصر مدة الحمل في أدنى وهو ستة أشهر وأقصاها ستة، وبذلك يكون الحمل والرضاع ثلاثون شهرا. قال ابن حزم : فمن ادعى أن حلا وفصالا يكون في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال بالباطل والمحال، ورد كلام الله عز وجل جهارا"، المحل ج 9 ص 132.

(3) في المجتمعات الغربية كثرت الولادات خارج إطار الزواج، وتعرض الحمل لتشوهات وتلاعبات وانتكاسات بشرية بدعم من جماعات حقوق الإنسان فكثر الاغتصاب والتحرش الجنسي والأمهات العازبات والبديلات، وبلغت في بعض الدول ما نسبته 54% من حالات الولادات عموما، وعهد بهؤلاء الأولاد إلى دور الرعاية الاجتماعية لتقوم على شؤونهم ورعايتهم. كما عجز ملايين الشباب عن الزواج لانغماسهم في الزنا، وانتشرت ظاهرة الأمهات العازبات حتى بين الطالبات والمراهقات، وتضاعفت عمليات الإجهاض للتخلص من آثار اللقاءات غير الشرعية واستشرى مرض "الإيدز" الذي يبلغ عدد ضحاياه في كل عام حوالي ثلاث ملايين نسمة ... فاستغلت المرأة أيما استغلال في الإشهار والدعارة والمخابرات ... كما قامت بعض الدول بإباحة زواج الأخ بأخته... وعجزت دول أخرى عن معالجة ظاهرة العنف المتكرر تجاه النساء، وارتفعت معدلات الطلاق، والخيانة الزوجية إلى نسبة 75% في بعض الدول، أنظر الأسرة والشباب والمجتمع، د. حسن عبد الغني أبو عدي، ص. 26، نقلا عن مجموعة من المجلات العلمية ذات الصلة بالموضوع.

(4) التلقيح الصناعي بين العلم والشرعة، شهاب الدين الحسيني، ص. 25، تطور الجنين وصحة الحامل، ص. 77.

الصحي إلى البويضة خلال تواجدها في قناة فالوب.

وبعد توفر هذه العوامل تظهر على المرأة الحامل أعراض الحمل وهي عبارة عن علامات تبرز في وقت مبكر على المرأة من قبيل انقطاع الحيض وظهور بعض الاضطرابات الهضمية والنفسية (الوجم) على المرأة، وهي اضطرابات ناتجة عن نمو الجنين في رحم أمه في الأشهر الثلاثة الأولى ويصحب تلك الاضطرابات غثيان وتقيؤ وإحساس المرأة بحرقة وحموضة في معدتها، واشتهاؤها لنوع معين من الطعام. وكل هذه الاضطرابات تختلف حسب بعض النساء وطبيعتهم والإحساس الذي قد يحدث في نفسية كل امرأة، فيحدث تحولا في السلوك والأخلاق واضطرابات عصبية تختلف حسب النساء، مع ما يصاحب ذلك من تبدلات في جسم المرأة⁽¹⁾.

المبحث الثالث : استئجار الأرحام

إن أهم ما يثير الجدل شرعا وقانونا وأخلاقا مسألة استئجار الرحم أو الرحم المستأجرة أو الأم البديلة أو الأم بالوكالة ، وهذا من مستجدات هذا العصر الذي جاء التقدم العلمي لإيجاد حل لمن يعاني الحرمان من الأولاد، حيث انتشر هذا الأمر في بقاع العالم وأخذ صورا مختلفة في التلاعب بالجنس البشري. لكن الأمر قد لا يؤبه له إذا تعلق بمن لا يدينون بأي دين، لكن نحن المسلمين المسألة في منتهى الحساسية والخطورة لما لها من أثر على ديننا و على النظام العام الذي تعتبر الأسرة أحد مكوناته. فالعلاقة الجنسية في إطار عقد الزواج الشرعي وما ينتج عنها من نسب أمر مطلوب ومحمود والله عز وجل يقول : ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات﴾⁽²⁾. «يأياها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا﴾⁽³⁾. وكل ما نتج عن علاقة جنسية من رجل وامرأة لا تربطها علاقة زواج يعتبر أمرا مذموما ومهدورا ولا شرعية له البتة لأنه جاء على غير أصله.

أولاً : معنى استئجار الرحم

عملية استئجار الأرحام مركب إضافي يتكون من المضاف والمضاف إليه والمقصود به "أن بويضة المرأة ومني الرجل من زوجين عادة يتم تلقيحهما صناعيا ويودعان في رحم امرأة أخرى مقابل أجر معينة متفق عليها مسبقا حتى إذا ما ولدت تم رجوع المولود إلى الزوجين كولد لها"⁽⁴⁾.

ومسألة استئجار الرحم أو الأم البديلة أو الأم بالوكالة أو الرحم المستعار من المستجدات العلمية التي أثارَت نقاشات مختلفة انتهى النظر فيها إلى مدى صحتها من الناحية الواقعية، إذ ليس كل ما هو علمي موافق للشرعية، لذا، فإن النظر في هذه المسألة المعاصرة يقتضي وكما قال الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه الاستعداد للبلاء قبل نزوله، ومع ما يمكن أن يحكم هذه المسألة من الجواز أو عدمه، إلا أن الحكم الشرعي الذي يحكم

(1) انظر تطور الجنين وصحة الحامل، ص. 175.

(2) النحل/72

(3) النساء/01

(4) التلقيح الصناعي بين العلم والشرعية، ص. 119.

هذا المستجد ينبني على قاعدتين أساسيتين⁽¹⁾ :

القاعدة الأولى : ليس كل ما هو ممكن علميا هو جائز شرعا، فهناك الكثير من القضايا والأمور العلمية يتعامل بها في أماكن مختلفة من العالم محظورة شرعا ولا يجوز التعامل بها أصلا .

القاعدة الثانية : إن التشريع الإسلامي علم تقويمي وليس تقريريا هدفه تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ولن يتحقق هذا إلا بطاعة الناس للتشريع، وليس تطويع التشريع ليوافق رغبات الناس⁽²⁾، فإخضاع عادات الناس وتقاليدهم وإخضاع كل ما يصدر عن النوادي العلمية يجب أن يكون موافقا للشريعة، من الجواز أو عدمه لا أن تلزم الشريعة بموافقة أحكامها للأمور والمستجدات العلمية، لأن في هذا تجني على الشريعة وقول بالتشهي واتباع للهوى، وهذا مذموم ومرفوض شرعا وعقلا والله عز وجل يقول : ﴿إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس﴾⁽³⁾، قال الإمام الشاطبي : المقصد من وضع الشريعة هو إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبد الله اختيارا كما هو عبد الله اضطرارا⁽⁴⁾.

ثانيا : طور استئجار الرحم

لاستئجار الرحم صور منها :

- أن يؤخذ مني الزوج وبويضة الزوجة ويلقحان في رحم امرأة أجنبية متزوجة.
 - أن يؤخذ مني الزوج مع بويضة الزوجة، ويلقحان في رحم امرأة أجنبية غير متزوجة.
 - أن يؤخذ مني الزوج مع بويضة المرأة ويلقحان في رحم امرأة أجنبية متزوجة.
 - أن يؤخذ مني الزوج وبويضة الزوجة ويلقحان في رحم امرأة مجهولة.
 - أن يؤخذ مني الزوج وبويضة الزوجة ويلقحان في رحم امرأة محرمة على الزوج.
 - أن يؤخذ مني رجل أجنبي غير متزوج وبويضة طالبة التلقيح المتزوجة ويلقحان في رحمها.
 - أن تؤخذ بويضة المرأة طالبة التلقيح المتزوجة ومني رجل أجنبي متزوج ويلقحان في رحم طالبة التلقيح.
 - أن يؤخذ مني رجل أجنبي متزوج وبويضة امرأة أجنبية متزوجة ويلقحان في رحم امرأة غير متزوجة.
 - أن يؤخذ مني رجل أجنبي متزوج وبويضة امرأة أجنبية متزوجة ويلقحان في رحم امرأة متزوجة.
 - أن تؤخذ بويضة امرأة متزوجة ومني زوجها ويزرعان في رحم المرأة صاحبة البويضة يعني الزوجة.
- فهذه الصور وغيرها باستثناء الصورة الأخيرة غير جائزة شرعا لأن هذا النوع من التنسيل هدفه النهائي الحصول على جنين ينمو في رحم المرأة ليولد بعدها إنسانا كاملا له حقوقه وواجباته؛ فلا بد من الالتفات إلى أحكام الحمل والنسب والتلقيح والأبوة وغيرها مما له تعلق بالولد وأحكامه⁽⁵⁾.

(1) دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، جماعة من العلماء، 668/2.

(2) أنظر دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، 668/2، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، د.سفيان أبو رقعة ص. 411.

(3) النجم/23.

(4) الموافقات، 2/132.

(5) دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، 670/2.

وبناء على كل هذا، تكون الصور كلها محرمة لذاتها لأن الحمل حسب الصور جميعها باستثناء الصورة الأخيرة التي يطبعها الجواز . التلقيح فيها تم بين زوجين أحل الله لها اللقاء واختلاط مائهما عن طريق المعاشرة الزوجية، فالحمل في الصور الأخرى هو عبارة عن سفاح وذلك لعدم وجود الرابطة الزوجية بين الطرفين الرجل والمرأة، بل والأهم من هذا أن المرأة المتزوجة لا يجوز لها أن يدخل رحمها ماء رجل آخر غير ماء زوجها، فهذا حرام هو ما يحصل فيها إذا كانت المرأة المستأجرة متزوجة.

ثالثا : المحاذير الشرعية في استئجار الرحم

ينبغي على الصور الواردة لاستئجار الرحم مجموعة من المحاذير يمكن الإشارة إلى بعضها في الآتي:¹
دخول ماء الرجل الأجنبي في رحم المرأة الأجنبية وحصول الحمل، فهذا أمر لا مسوغ ولا مجوز له شرعا ولا عقلا.

قد يكون الرحم المستأجر لامرأة تحرم على الرجل أن يتزوج بها شرعا، وهذا أمر غير جائز ومخالف تماما لما هو قطعي في كتاب الله عز وجل.

اختلاط ماء الرجل وبويضة المرأة أمر غير جائز لعدم وجود عقد زواج شرعي بينهما.

اختلاط ماء الرجل مع بويضة المرأة قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب وهذا فيه ضرر كبير على حق الإنسان في النسب.

الحصول على الولد بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زواج أمر فيه من الاستهتار والتعدي على حق الإنسان في النسب من أبوين معلومين يرتبطان فيما بينهما بعقد زواج شرعي.

الأصل في الحمل الشرعي أن ينتج عنه ذرية أساسها ماء الرجل وبويضة المرأة تجمعها علاقة زواج شرعي وأعضاء تناسلية لكل منهما، وهذه الطريقة هي المنسجمة مع الطبيعة البشرية، حيث يتفاعل الزوجان مع بعضهما روحيا ونفسيا في ظل الحب والود والتفاؤل بالوليد والحمل⁽²⁾.

عدم ضبط هذه العملية وخضوعها للهوى والرغبات يؤدي إلى الفساد من قبيل المتاجرة والتلاعب بالأجنة والخلايا وإمكانية نقل الأمراض من جيل إلى جيل، حيث إن الشخص صاحب الخلية إذا كان مصابا بمرض أو ناقلا له، سيجعل هذا المرض على وجه الحتم في النسل المطابق له لأنه نسل من خلية⁽³⁾.

في عملية استئجار الأرحام قد يمكن الاستغناء عن الأسرة، وإنتاج أجنة من الأم صاحبة البويضة وهي الأم البديلة أو المستعارة وبالتالي الاستغناء عن الأم التقليدية باعتبارها أصل الأجيال ومنبع العطف والحنان.

من المحاذير ذات الخطورة الكبيرة في استئجار الأرحام إمكانية الحصول على أشخاص متشابهين في بصماتهم ويمكن استخدامهم في عمليات إجرامية تقوض من المجتمع واستقراره، وهذا مناف لقوله تعالى :

(1) انظر الطيب، أدبه و فقهه ص 346.

(2) التلقيح الصناعي بين العلم والشرع، ص. 77.

(3) دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، 676/2.

﴿ومن آياته خلق السماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾⁽¹⁾، ومخالف أيضا لقوله تعالى: "وبالوالدين إحسانا" والوالدان هما: الأب والأم.

رابعاً: الحكم الشرعي لاستئجار الأرحام

أ) ذهب العلماء إلى أن الحكم الشرعي لاستئجار الأرحام والذي يمكن استنباطه مما سبق هو معارضة هذا المستجد لما هو منصوص عليه في آيات قرآنية كثيرة منها:

- قوله تعالى: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب﴾⁽²⁾، والصلب يعني صلب الرجل، والترائب تعني ترائب المرأة وبالتالي فإن الأب الحقيقي للمولود هو صاحب النطفة وهو الماء الدافق الذي يتدفق من صلبه، والأم هي صاحبة البويضة والجنين لأن الجنين يتغذى ويعيش في رحم أمه فيصير ابنها بالدم وبالغذاء. قال ابن العربي⁽³⁾: "بين الله تعالى محل الماء الذي يتزج منه، وأنه بين الصلب والترائب، تزوجه القدرة وتمييزه الحكمة، وقد قال الأطباء: إنه الدم الذي تطبخه الطبيعة بواسطة الشهوة، وهذا ما لا سبيل إلى معرفته أبداً إلا بخبر صادق. وأما القياس فلا مدخل له فيه، والنظر العقلي لا ينتمي إليه".

- قوله تعالى: ﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبنت منها رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾⁽⁴⁾.

- ﴿ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون﴾⁽⁵⁾.

- ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾⁽⁶⁾، ﴿هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلما تغشاها حملت حملاً خفيفاً فمرت به﴾⁽⁷⁾. ﴿والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يومنون وينعمة الله هم يكفرون﴾⁽⁸⁾.

- ﴿لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء ويهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير﴾⁽⁹⁾. ﴿ألم يك نطفة من مني ثم كان علقة فخلق فسوى فجعل منه الزوجين الذكر والأنثى﴾⁽¹⁰⁾، ﴿إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعاً بصيراً﴾⁽¹¹⁾.

(1) سورة الروم / 22

(2) البروج / 6.5

(3) أحكام القرآن، 4/1917.

(4) النساء / 01.

(5) الذاريات / 49.

(6) البقرة / ***.

(7) الأعراف / 189.

(8) النحل / 82.

(9) الشورى / 50.

(10) القيامة / 39.

(11) الإنسان / 02.

﴿بأيها الناس إن كتتم في ريب من البعث فإننا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة لنبين لكم ونقر في الأرحام ما نشاء إلى أجل مسمى ثم نخرجكم طفلاً﴾⁽¹⁾.

ب) إذا كانت الصور السابقة المشار إليها باستثناء الصورة الأخيرة التي تدعو إليها الضرورة، وهي جائزة شرعاً ولا خلاف في ذلك، فإن الصور الباقية مخالفة لما هو منصوص عليه في كتاب الله تعالى وفي سنة رسوله ﷺ، حيث إن ما يدعو إلى الإقدام على استئجار الرحم هو الضرورة الملجئة إليه أو المشقة وما ينزل منزلتها، فهذه الحالات أحكام خاصة بها، ولا يشملها عموم الحكم، فما مدى اندراج هذه الحالات ضمن دائرة الضرورات؟ فالمرأة التي لا تريد الحمل فتستأجر امرأة أخرى، أو تتطوع بالحمل عنها، فالضرورة أو الحاجة مفقودة في هذه الصورة، إذا الترفه لا يحتمسب ضرورة شرعية يستباح به المحظور، فهذه الحالة ليس فيها إشكال وهي باقية على عموم التحريم⁽²⁾. وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة التي لا تريد الحمل وتري في نفسها أن الحمل يؤديها فلا بد من الوقوف في مثل هذه الحالة، لأن الناس قد يسيؤون استعمال هذه المفاهيم ويميزون لأنفسهم أموراً يظنون أنها ضرورة في حين أنها بعيدة كل البعد عن الضرورة، فلا بد من ضبط الضرورة في إطار مقاصد الشرع وأهدافه ومراميه، لأن الضرورة إذا سبى فهمها، أفضت إلى الإخلال بمقاصد الشريعة التي هي الدين والنفس والنسل والعقل والمال، فهذه مقاصد ضرورية، فإذا اختلت اختل كل شيء، قال الشاطبي رحمه الله: "المقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجية والتحسينية، لو فرض اختلال الضروري بإطلاق لاختل الحاجي والتحسيني بإطلاق، ولا يلزم من اختلالها اختلال الضروري بإطلاق.."⁽³⁾.

ومما سبق، يتبين أن تحريم استئجار الأرحام محرم شرعاً لأن الأمر يتعلق بالرحم وهو عضو متعلق بالفروج، وكل منفعة تتعلق بالفروج فالأصل فيها المنع اعتباراً بالقاعدة الفقهية "الأصل في الأبضاع التحريم، كما أن كل أمر له تعلق بالفروج وكان خارجاً عن نطاق الزوجية فهو ممنوع لقوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾⁽⁴⁾، حيث استثنى الله في هذه الآية الزوجة أو ما ملكت يمين الإنسان، وبناء على ذلك فإن كل عملية يستخدم فيها البضع أو أي عضو منه استئجاراً أو بيعاً أو تبرعاً يبقى على أصل التحريم، ولا يخص منه إلا ما استثناه الشارع كعقد النكاح وملك اليمين⁽⁵⁾.

خامساً : نسب المولود في استئجار الرحم

اختلف العلماء والباحثون في نسب المولود الناتج عن استئجار الرحم إلى أي الأبوين ينسب؟ هل ينسب

(1) الحج/05. وانظر بخصوص آراء الفقهاء المعاصرين في تنزيل الحكم الشرعي لهذا المستجد : قرارات مجمع الفقه الإسلامي (1984 و1985)، و قرار مجمع البحوث الإسلامي في القاهرة، 2001، وآراء علماء الأزهر عن تأجير الأرحام، 2016/03/15، فتوى الدكتور يوسف القرضاوي حول الموضوع في كتابه : فتاوى معاصرة، ص. 561 وما بعدها.

(2) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، ص. 415.

(3) الموافقات 31/2.

(4) المومنون/7.5.

(5) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، ص. 419.

إلى الأب صاحب الماء أم إلى الأب صاحب الفراش، إن كانت صاحبة الرحم ذات زوج؟ ومن جهة الأمومة هل ينسب إلى الأم صاحبة البويضة أم إلى الأم صاحبة الرحم؟⁽¹⁾

أ) ذهب فريق من العلماء والباحثين المختصين في الموضوع إلى أن الطفل ينسب إلى أبويه اللذين جاءت اللقحة منها والمتكونة من ماء الرجل وبويضة المرأة وبينهما عقد زواج صحيح⁽²⁾، والرسول ﷺ يقول: الولد للفراش وللعاهر الحجر⁽³⁾، فشرط إثبات النسب ظاهر وواضح.

ب) وذهب فريق آخر إلى أن الطفل ينسب من جهة أمه إلى صاحبة الرحم التي حملت وولدت، وأما صاحبة البويضة فهي مثل الأم من الرضاع، أما من جهة أبيه فإنه ينسب إلى زوج صاحبة الرحم، ولا ينسب إلى زوج صاحبة البويضة، خاصة وفي هذه الحالة تكون أمام امرأتين، امرأة غير قادرة على الحمل وقدمت البويضة وامرأة صاحبة الرحم المستعار تحمل وتلد.

وقد شغلت هذه القضية عقول الفقهاء والباحثين للنظر في شرعيتها وتعرف هذه الطريقة بالرحم الظئر أو الأم البديلة أو الأم المستعارة أو الأم بالوكالة، إذ هناك من أباحتها استحساناً وفي حالة الضرورة كالدكتور يوسف القرضاوي ولكن بشروط معينة تتمثل في الآتي⁴:

. يجب أن تكون الحاضنة امرأة ذات زوج، إذ لا يجوز أن تعرض الأبقار للحمل بغير زوج لما في ذلك من شبهة الفساد.

. يجب أن يتم ذلك بإذن الزوج ...

. يجب أن تستوفي المرأة الحاضنة العدة من زوجها خشية أن يكون برحمها بويضة ملقحة، فلا بد أن تتضمن براءة رحمها منعاً لاختلاط الأنساب.

. نفقة المرأة الحاضنة وعلاجها ورعايتها طوال مدة الحمل والنفاس على أب الطفل ملقح البويضة أو وليه من بعده، لأنها تغذيه من دمها فلا بد أن تعوض عما تفقده طبقاً لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾⁽⁵⁾.

رد كلام الشيخ القرضاوي هذا بما فيه من شبهة تتجلى في أن تعرض الفتيات للحمل بغير زوج يثير شبهة الفساد حيث رد كلامه لتوفره على محاذير منها:

. المخاطر بغموض النتائج بالنسبة للمجنين وفتح باب الشك في النسب.

(1) لا يمكن قياس ابن الزنا على الابن في إجارة الرحم بالنسبة للنسب لأن الزنا وإجارة الأرحام أمرهما مختلف حيث إن الشروط التي تحقق في الزنا غير متحققة في إجارة الأرحام، ولذلك لا يمكن وصف الابن الناتج عن إجارة الأرحام بأنه ابن الزنا.

(2) انظر استنجاز الأرحام والآثار المترتبة عنه، دة. كريمة عبود جبر، ص. 236، مجلة أبحاث كلية التربية، جامعة الموصل، عدد 2009/3، النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، ص. 429.

(3) رواه البخاري في كتاب الفرائض، باب الولد للفراش رقم 6368.

(4) فتاوى معاصرة ص 562.

(5) الطلاق/ جزء من الآية 06.

كشفت عورة المرأة بالنسبة إلى المتطوعة بالحمل لأنها ليست هي الزوجة المحتاجة، جاء في بحوث مجمع الفقه الإسلامي "إن زرع الجنين في رحم امرأة غريبة عن صاحب المنى، وصاحب البويضة حرام، ولو تمت هذه العملية فيجب لتعزير لا الحد في كل من شارك في إجرائها بما في ذلك الأطباء⁽¹⁾."

ذهب اتجاه آخر إلى أن المرأة التي حملت وولدت هي التي ينسب إليها الولد وليست المرأة صاحبة البويضة ويمثل هذا الاتجاه فريق من العلماء منهم بعض علماء الشيعة مستدلين على ذلك بأن إطلاق لفظ الأم يشمل الأم ذات الرحم باعتبار أن المعنى اللغوي للأم أو الوالدة يطلق على التي تلد الوليد، إضافة إلى أن غذاء الجنين مصدره هو المرأة الحامل، ومن النصوص القرآنية التي أشارت إلى أن الأم تحمل وتلد قوله تعالى:

﴿ إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم ﴾⁽²⁾.

﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾⁽³⁾.

﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا ﴾⁽⁴⁾.

وخلاصة القول إن الطفل الناتج عن عملية استئجار الرحم يجب أن ينسب إلى أبويه الحقيقيين (صاحب المنى وصاحبة البويضة) اللذين تربطها علاقة زواج شرعي، لأن الفقهاء مجمعون على أن النسب يثبت في الزواج الصحيح وفي مدة الحمل المعبرة شرعا، فإذا ولدت المرأة لأقل من ستة أشهر أو ولدت من صغير فإن النسب لا يستوجب نفيه. أما إذا كانت المرأة المستأجرة رحمها ولا بويضة لها ولا علاقة جنينية تربطها مع زوجها فلا ينسب المولود لها ولها نفيه⁽⁵⁾.

(ب) في قوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" إنها يكون في حال النزاع والخلاف على الولد، فإذا كانت المستأجرة وزوجها على يقين بأن المولود ليس ابنهما ولا يردانه أصلا فكيف نحكم بأن المولود لها ؟ وعلى فرض حصول نزاع في ذلك فإن وسائل إثبات النسب كثيرة وأن الطب اليوم أصبح قادرا على كشف النسب وبسهولة من خلال تحليل الحمض النووي لها⁽⁶⁾.

المبحث الرابع : أحكام القانون المقارن في استئجار الأرحام

قضية استئجار الأرحام من القضايا التي أثارت نقاشا مستفيضا في القوانين العالمية كما أثارت نقاشات وخلافات بين فقهاء الشريعة سبق وأن أشرنا إليها، ويمكن أن نشير في هذا الصدد إلى موقف بعض القوانين المقارنة من مسألة تأجير الأرحام باعتبار المسألة ذات طبيعة خاصة في التعامل وأنها تتعلق بجسم الإنسان الذي يعتبر ملكا لصاحبه يجوز له أن يتصرف فيه كما شاء وكما أراد بدون قيد ولا شرط، أو هناك تقييد على مبدأ اعتبار النظام العام والأخلاق الحميدة والدين.

(1) انظر النسب والحقوق المتعلقة به، د. محمد علي الهادي زبيدة، نقلا عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2/ص. 319.

(2) المجادلة/ جزء من الآية 02.

(3) البقرة/ جزء من الآية 233.

(4) النحل/ 78.

(5) استئجار الأرحام والآثار المترتبة عنه، ص. 257.

(6) استئجار الأرحام والآثار المترتبة عنه، ص. 257.

ويمكن أن نقسم موقف القانون المقارن إلى اتجاهين أساسيين هما : الاتجاه المؤيد لاستئجار الأرحام، والاتجاه المعارض له.

المطلب الأول : الاتجاه الذي لا يجيز عملية تأجير الأرحام

ويمكن أن نصنف في هذا الاتجاه بعض القوانين العربية ومنها :

أ) القانون المغربي : لا يوجد في القانون المغربي ما يبيح عملية استئجار الأرحام بل إن القانون المغربي الذي يعتبر على رأسه القانون المدني باعتباره الشريعة العامة يعتبر ركني العقد اللذين هما : المحل والسبب إضافة إلى الرضى لا يتجان أي أثر إذا كانا مخالفين للنظام العام والأخلاق الحميدة، حيث إن مسألة استئجار الأرحام تمس في الصميم النظام العام، بل أركانها مخالفة تماما لأركان العقد الأساسية، فالعقد لا يتنج أثره إلا إذا كان المحل موجودا ومعينا ومشروعا وكذلك الأمر بالنسبة للسبب وهذا غير متوفر في عقد إجارة الأرحام، وهكذا نص الفصل 57 من القانون المدني المغربي "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام. ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها"، كما نص الفصل 62 من ذات القانون "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن، يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو القانون".

ب) القانون الجزائري : للقانون الجزائري قصب السبق في معالجة موضوع استئجار الأرحام صراحة⁽¹⁾. فقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، وفق الشروط الآتية :

. أن يكون الزواج شرعيا.

. أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

. أن يتم بمضي الزوج وبووضة رحم الزوجة دون غيرها.

. لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

وهكذا يتبين أن المشرع الجزائري فرق بين التلقيح الصناعي كتقنية مباحة وشرعية قانونا، وبين استئجار الأرحام، الذي اعتبره في هذه المادة تقنية غير مسموح بها في القانون الجزائري، وهو ما غفل عنه المشرع الليبي الذي ساوى بين التقنيتين معا في رفضه لها⁽²⁾.

القانون العراقي : المتبع للقانون العراقي يجده خاليا من أي نص قانوني أو تنظيم مخصص لهذا المستجد.

. القانون المصري : رغم انتشار مسألة استئجار الأرحام في مصر خفية لدوافع اقتصادية وظهور نساء مصريات على شبكة الإنترنت يرغبن في استئجار أرحامهن مقابل المال ، فإن المشرع المصري في المادة 45 من قانون لائحة الآداب الطبية في مصر نص على أنه "لا يجوز إجراء عمليات الإخصاب داخل أو خارج جسم

(1) استئجار الأرحام بين القانون والشريعة الإسلامية، ذة. خاطر خيرة، ص. 195.

(2) المرجع السابق.

الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها حال قيام الحياة الزوجية بينهما ..". وهكذا فإن أي عقد ينصب على رحم امرأة سواء كان استئجاراً أو تبرعاً فإنه باطل كونه يخالف النظام العام والآداب العامة طبقاً لمقتضيات المادة 135 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الإتجاه الذي يجير عملية استئجار الأرحام

هناك دول عديدة تميز عملية استئجار الأرحام بل إن العملية ازدهرت في هذه الدول على نطاق واسع وظهرت وكالات وشركات مختصة في هذا المجال، في بولندا أعلن عن افتتاح متجر لبيع الأطفال للأسر التي لا تنجب أطفالاً ولمجرد الإنجاب عن طريق الأم البديلة يصبح الطفل من حق السيدات اللاتي لا يقدرن على الإنجاب لظروف خاصة كالمحافظة على الرشاقة أو الترفه أو المرض أو العقم، ثم تسللت هذه الظاهرة إلى عالمنا الإسلامي حيث هناك من الدول الإسلامية من يبيح هذه الظاهرة وتعتبر إيران ولبنان من الدول الإسلامية التي يميز مسألة استئجار الأرحام.

(أ) إيران : تعتبر إيران من الدول الإسلامية الرائدة في مجال إباحة عملية تأجير الأرحام، فقد ازدهرت تجارة الأرحام وبشكل خطير يتنافى مع الشريعة ومقاصدها التي تحمي الأسرة والنسب جزء منها، فقد سن البرلمان الإيراني قانوناً يميز عملية الاستئجار بشروط محددة وتحت رعاية طبية⁽²⁾.

(ب) القانون اللبناني : وإن كان القانون اللبناني لم ينظم عقد إجارة الأرحام بنص خاص بل أباحه وفق نظرية العقد في القانون اللبناني والنظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية، حيث العقد يبرم بين ثلاث أطراف وهم : الزوج والزوجة والأم الحاملة، وبين الزوجين أيضاً والطبيب والأم الحاملة⁽³⁾.

(ج) الهند : تعتبر الهند من أكثر دول العالم في عدد السكان كما يعتبر العامل الاقتصادي الوحيد الذي يدفع النساء إلى استئجار أرحامهن نظراً للفاقة والحاجة، وقد أضفت ومنذ سنة 2002 الهند على عملية استئجار الأرحام الشرعية فأصبحت رائدة في مجال مزارع إنتاج الأطفال⁽⁴⁾.

ويرجع السر في إقبال البعض على تأجير الأرحام بالهند، إن المركز المتخصص في العملية يقدم خدمة شاملة لطالبي الاستئجار حيث يتم الاتفاق بين الوالدين والأم البديلة و يلتزم الزوجان بمقتضى الاتفاق بالتكليف بكافة الأتعاب الطبية إلى جانب مبلغ محدد كأتعاب على أن يسلم الطرف الثاني (الأم البديلة) المولود بمجرد ولادته⁽⁵⁾.

(1) نفسه نقلاً عن دة. هند الخولي : تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص. 282.

(2) استئجار الأرحام والآثار المترتبة عنه، ص. 244.

(3) انظر إجارة الأرحام في ضوء القانون اللبناني والقانون المقارن، زهراء حسن إبراهيم، ص. 9 وما بعدها (رسالة ماجستير) في كلية الحقوق، بيروت، لبنان، 2017.

(4) استئجار الأرحام والآثار المترتبة عنه، ص. 243.

(5) نفسه.

(د) الولايات المتحدة الأمريكية : تنتشر ظاهرة تأجير الأرحام في الولايات المتحدة الأمريكية بشكل ملفت بعد تكاثر الطلب عليها من قبل أزواج أثرياء يرغبون في الحصول على نسل حرموا منه طبيعياً بفعل عجزهم.
(هـ) روسيا : تعتبر روسيا من الدول التي يبيح قانونها إجارة الأرحام وكذلك دول عديدة أخرى كبولاندا وطلايلاندا .. كما أن هناك دولاً تتمتع بتأجير الأرحام في الغرب كفرنسا وإيطاليا.

خاتمة

كما سبق بيانه في هذا البحث المتواضع يمكن الخروج بخلاصات واستنتاجات نشير إلى بعضها فيما يلي :
قضية تأجير الأرحام يترتب عليها مفسدات وأضرار تمس الأسرة والمجتمع.
تأجير الرحم فيه من المفسدة ما لا يتصور، لذا، فإن درء المفسدات مقدم على جلب المصالح كما هو مقرر عند علماء أصول الفقه .

رغم ما في تأجير الأرحام من منافع للزوجين في الحصول على الذرية وإدخال الفرحة والسرور عليها وتمتع المرأة بالأمومة، فإنها أكبر من نفعها بسبب ما تسببه من أضرار على الأسرة كتشويه المعنى الأصلي للأمومة، وفتح الباب للنساء الفقيرات لبيع أرحامهن وبالتالي يصبح الطفل عبارة عن سلعة تباع وتشترى تحت شعار الحرية والإنسانية وحق الإنسان في جسده.

يترتب على عملية تأجير الرحم اختلاط الأنساب وخلخلة المفهوم التقليدي للأسرة.
رغم التطور الهائل الذي تعرفه الإنسانية في مجال الطب والفوائد التي يمكن أن تستفيد منها، فعلى الرغم من كل ذلك فاستتجار الأرحام يتصادم مع عقيدتنا وأخلاقنا وأعرافنا وتقاليدينا، لذلك يجب التصدي للجهات التي تدعو إلى تقنينه بدافع الحرية والمساواة وحقوق الإنسان.

لابد من إصدار تشريع في البلدان العربية لتنظيم عملية التلقيح الصناعي وبيان صورته المباحة والمنوعة لضبط الأمن التعاقدية في هذا الأمر.

يجب تشكيل مجلس أعلى للدول الإسلامية يضم خبراء متخصصين وفقهاء الشريعة من مختلف المذاهب، وقانونيين أطباء لإصدار الفتوى والرأي الصحيح في هذا المجال حتى لا يبقى تأجير الأرحام يعذب بها المفسدون وعديمو الضمير وكل من يلهث على الحصول على المال بأي طريقة كيفما كانت. أقول قولي هذا و استغفر الله العظيم لي ولكم والسلام عليكم ورحمة الله .

المراجع :

- صحيح الإمام البخاري
- صحيح الإمام مسلم
- سنن الإمام الترمذي
- مسند الإمام أحمد ابن حنبل
- الأسرة والشباب والمجتمع / د.حسن أبو غدة
- تربية الأولاد في الإسلام / د.عبد الله علوان
- الموافقات / الإمام الشاطبي
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام / سلطان العلماء العز بن عبد السلام

- المحلل لابن حزم / جزء 9
- مقاصد الشريعة / الشيخ الطاهر بن عاشور
- مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي / د. عبد القادر داودي
- أحكام الأحكام / يوسف الكافي
- أحكام القرآن لابن العربي
- القضايا الخلقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب / مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية 1989
- فقه النوازل في القضايا الطبية المعاصرة / بكر أبو زيد
- دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة / جماعة من العلماء
- تطور الجنين وصحة الحامل / د. محي الدين الحلبي
- التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة / شهاب الدين الحسيني
- وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر / د. أسماء عبد العزيز
- النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته / د. سفيان بورقعة
- النسب والحقوق المتعلقة به / د. محمد علي زبيدة
- فتاوى معاصرة / د. يوسف القرضاوي
- قرارات مجمع الفقه الإسلامي (1984-1985-1986-2001)
- إجازة الأرحام في ضوء القانون اللبناني والمقارن / زهراء حسن ابراهيم / رسالة جامعية بكلية الحقوق بيروت 2017
- الطيب أدبه وفقهه / د. زهير أحمد السباعي ومحمد علي البار
- مجموع مقالات منشورة في مواقع إلكترونية :
<https://m.youm7.com> ✓
fatwa.islamweb.net ✓
almuslim.net ✓
www.damascusuniversity.edu.sy ✓
<https://iraq.shafaqa.com> ✓

أثر الإجهاض على مقصد حفظ النسل « دراسة مقاصدية »

بقلم

د. محمد حيدر الخبر الطيب

أستاذ مساعد بكلية التربية

جامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم - السودان

m.h.elheber@gmail.com



مقدمة

إن الحمد لله، نحمده تعالى ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَتَّى تُقَاتِيَهُ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران:102]، ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء:1]، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: 70-71].

أما بعد،

فإن هذا الباب من العلم أعني الأحكام الشرعية، وما يترتب عليها من المفسد والمصالح، باب عزيز من العلم لا يحسن النظر فيه كل أحد، بل لا بد في الناظر فيه أن يكون على قدر راسخ من العلم والتحقيق، مع بعد نظر وأفق واسع في معرفة أحوال المكلفين، عليه فأتناول في هذا البحث حكم الإجهاض ومعرفة أثره الإجهاض على مقصد حفظ النسل .

مشكلة البحث :

تمثل مشكلة البحث في السؤال الآتي : ما أثر الإجهاض على مقصد حفظ النسل ؟

هدف البحث وأهميته :

هدف البحث إلى معرفة أثر الإجهاض على مقصد حفظ النسل ، وتمثل أهمية البحث في الحفاظ على مقصد النسل من جانبي الوجود والعدم، وأنه لا يوجد بديل للزواج الشرعي، ومتى تساهل الناس في أمر الزواج و أهملوه فإن الدمار والانحلال الأخلاقي واقع بهم لا محالة، والغرب الذي أعطى شعبه الحرية

الجنسية، ويسر لهم سبل الإباحية؛ يعاني اليوم من ويلات ما صنعت أيديهم ، ولم يجد الباحث دراسات سابقة تناولت موضوع البحث على حسب علم الباحث .

منهج البحث:

يتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي والمنهج الاستقرائي وهو منهج ملائم لإجراء هذه الدراسة . ويتتبع الباحث الآتي :

- يعرض الباحث الموضوع من خلال بسط أقوال الفقهاء .
 - يعزى الباحث الآيات إلى سورها ، مع ضبطها بالشكل مع ذكر أرقام الآيات
 - يخرج الباحث الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية مع بيان الحكم عليها إن لم تكن في البخاري ومسلم ، ما استطاع ، وحيث يكون الحديث فيها أو في أحدهما أكتفي بذكره من غير بيان حكم عليه .
- تقسيم البحث :

اشتمل البحث على عدة مباحث ، فالمبحث الأول يتناول تعريف الإجهاض وحكمه عند الفقهاء . أما المبحث الثاني فيتناول إجهاض الجنين المشوه وحكمه . وفي المبحث الثالث المسؤولية الطبية المتعلقة بالإجهاض . ويتناول الباحث في المبحث الرابع أثر الإجهاض على مقصد حفظ النسل .

المبحث الأول: تعريف الإجهاض وحكمه عند الفقهاء.

الحكم على الشيء فرع عن تصوره، لذا يذكر الباحث في المبحث الأول من هذا الفصل تعريف الإجهاض وحكمه الشرعي، ويسترشد الباحث بالنصوص الشرعية في بيان حكمه، فذلك أدى إلى الإيجاز وتجنب الحشو من الأقوال المجردة عن الأدلة الشرعية. ويشتمل المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الإجهاض.

المطلب الثاني: حكم الإجهاض عند الفقهاء

المطلب الثالث: حقوق الجنين.

المطلب الأول: تعريف الإجهاض.

وتحت فرعان، الأول في التعريف اللغوي، الثاني في التعريف الاصطلاحي.

الفرع الأول: تعريف الإجهاض في اللغة.

الإجهاض: اسم من أجهضت الناقة والمرأة ولدها ناقص الخلق، والمجهض: المسقطه للحمل .
والولد: مُجْهَضٌ وجَهِضٌ. والإجهاض أيضا مأخوذٌ في اللغة من: جَهَضَ بمعنى غلب، يُقال: جَهَضَ فلانٌ فلاناً إذا غلبه، وجَهَضَهُ عن الأمر غلبه عليه ونحاه عنه. وأجْهَضَتِ الحامل: أَلْقَتْ ولدها لغير التمام. فيقال: أجْهَضَتِ جنيناً، فهي مجهض، ومجهضة والجمع مجاهض، ومجاهيض. والولد مُجْهَضٌ، وجَهِضٌ.⁽¹⁾ وأضاف

⁽¹⁾ سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، (دار الفكر - دمشق - سورية. الطبعة: تصوير 1993 م الطبعة الثانية 1408 هـ = 1988 م).

مجمع اللغة العربية معنى آخر للإجهاض وهو: خروج الجنين من الرحم قبل الشهر الرابع.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تعريف الإجهاض في الاصطلاح.

يطلق الإجهاض في اللغة على صورتين:

ورد في الموسوعة الفقهية الكويتية: أن إلقاء الحمل ناقص الخلق، أو ناقص المدة سواء من المرأة أو غيرها. والإطلاق اللغوي يصدق على ذلك، سواء أكان الإلقاء بفعل فاعل أم تلقائياً.

ولا يخرج استعمال الفقهاء لكلمة "إجهاض" عن هذا المعنى، وكثيراً ما يعبرون عن الإجهاض بمرادفاته: كالإسقاط والإلقاء والطرح والإملاص.⁽²⁾

الفرع الثالث: تعريف الإجهاض في المنظمات الدولية.

عرفت المنظمات الحديثة المعنية بتحديد النسل الإجهاض بأنه:

"إنهاء الحمل، وهذا يمكن أن يكون تلقائياً، (يسمى أيضاً إسقاطاً) أو يكون مستحثاً. والإجهاض المستحث يمكن أن يكون جراحياً (مثلاً عن طريق الشفط الهوائي أو التوسيع والكحت) أو يكون عن طريق العقاقير (مثلاً باستخدام مضاد للبروجستين⁽³⁾) و/أو البروستاجلاندينات⁽⁴⁾) بطريقة آمنة أو غير آمنة. ولقد تم تعريف "الإجهاض غير الآمن" بواسطة منظمة الصحة العالمية بأنه: إجراء لإنهاء حمل غير مرغوب بواسطة شخص يفتقر للمهارات اللازمة أو بإجراءاته في بيئة تفتقر للحد الأدنى من المقاييس الطبية أو لكليهما".⁽⁵⁾

الفرع الرابع: تعريف الإجهاض في الطب.

"خروج محتويات الحمل قبل عشرين أسبوعاً.. ويعتبر نزول محتويات الرحم في الفترة ما بين 20 إلى 38 أسبوعاً.. ولادة قبل الحمل⁽⁶⁾. وقد اعتبرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة أن الجنين يكون قابلاً للحياة المستقلة في فترة الحمل الثالثة (الأخيرة) والتي تبدأ من الأسبوع الثالث والعشرين".⁽⁷⁾

هذا، وأثر الإجهاض على مقصد حفظ النسل سلبي لا يحتاج إلى كثير بيان، لأن حركة تحديد النسل، بل

⁽¹⁾ المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية. القاهرة ط2 1392 هـ. 1972م مادة "جَهَضَ".

⁽²⁾ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 32 ص: 327.

⁽³⁾ Antiprogestin: مادة تمنع حدوث الحمل، وأكثرها شيوعاً حبوب الميفيبريستون (Mifepristone): وهي حبوب منع الحمل التي تستخدم كبديل للإجهاض الجراحي. <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/antiprogestin> browsed 17/01/13 .

⁽⁴⁾ أي من مجموعة من المركبات الشبيهة بالهرمونات القوية، تتألف من الأحماض الدهنية الأساسية التي توجد في جميع أنسجة الثدييات خصوصاً السائل المنوي البشري. البروستاجلاندين تحفز عضلات الرحم وتؤثر على الأوعية الدموية، ويتم استخدامها للحث على الإجهاض أو الولادة. <http://www.thefreedictionary.com/prostaglandin> browsed 17/01/13 .

⁽⁵⁾ الدليل الطبي لتقديم خدمات الصحة الإنجابية والجنسية. ط3، 2004 (International Planned Parenthood Federation 0.86089.128.3 ISBN ص: 281.

⁽⁶⁾ جملة "ولادة قبل الحمل" غير واضحة في هذا السياق، ويرى الباحث تبديل "الحمل" بـ "الأوان"، فتكون الجملة هكذا: "ويعتبر نزول محتويات الرحم ما بين 20-38 أسبوعاً وولادة قبل الأوان". والله أعلم.

⁽⁷⁾ علي البار، محمد. مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية. ص: 10.

وتنظيمه أحيانا، تنغيا إلى وقف النسل الإنساني، وهي فكرة قديمة، لها دعواتها ومُتَبَنُّوها، فقد أثبت التاريخ اتخاذ وسيلة كبت النفس والتزواج مع عدم الموافقة تجنباً للحمل، وبلغ الأمر بالبعض حد الواد إذا كان المولود غير مرغوب فيه، فهذه وسائل قديمة مناسبة لتلك العصور. أما في هذا العصر فقد استجدت وسائل أخرى، بحيث يمكن التخلص من الحمل في جميع مراحلها تقريبا، وهذا ما أشار إليه أبو الأعلى المودودي في قوله: "أما في الزمن الحاضر فقد أصبح الناس لا يزاولون الواسيلتين الأخيرتين،⁽¹⁾ وإنما الوسيلة التي اخترعوها مكانها هي أن يقدموا على الاتصال الجنسي ولكن مع الحيلولة دون وقوع الحمل، وذلك بالعقاقير المانعة للحمل. وإذا نتج حمل تخلص منه بإجهاضه ولو كان ذلك بعد نفخ الروح. وقد نشرت هذه الفكرة لأول مرة سنة 1798م. في مجلة مالثوس (Malthus) تحت عنوان "تزايد السكان وتأثيره في تقدم المجتمع في المستقبل".⁽²⁾

المطلب الثاني: حكم الإجهاض عند الفقهاء.

يتناول الباحث في هذا الفصل الحكم الشرعي للإجهاض، مع ذكر الأسس التي بُنِيَتْ عليها هذا الحكم، ثم يثقل بذكر آثار الإجهاض على مقصد النسل. واشتمل البحث على الفروع الآتية:

الفرع الأول: دلالة النصوص على مصطلح الإجهاض.

من الجدير بالذكر أنه لم يرد نص صريح في حكم الإجهاض، وإنما تتبع العلماء النصوص الواردة في تحريم قتل النفس عدوانا، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية: 93] وفي حديث بيان مراحل خلق الإنسان. وأصرح منه حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ "قضى في جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة، توفيت، فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها".⁽³⁾

وورد التصريح بمرادف الإجهاض - الإملاص - في حديث عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: سألت عمر بن الخطاب عن إملاص المرأة - هي التي يضرب بطنها فتلقي جنينا - فقال: "أيكم سمع من النبي فيه شيئا: فقلت: أنا، فقال: "ما هو؟" قلت: سمعت النبي ﷺ يقول: "فيه غرة عبد أو أمة" فقال: "لا تبرح حتى تميتني بالمرح فميتا فخرجت فوجدت محمد بن مسلمة فجننت به فشهد معي أنه سمع النبي ﷺ يقول فيه غرة عبد أو أمة."⁽⁴⁾ لذا يلاحظ كثرة تعبير الفقهاء عن الإجهاض بمرادفاته: الإملاص والإلقاء والإسقاط.

وإملاص المرأة: هو إزلاقها الولد قبل حينه، يقال: أملصت المرأة الجنين وأملصت به وملص، هو بفتح

⁽¹⁾ يشير إلى كبت النفس والابتعاد عن الاتصال الجنسي.

⁽²⁾ أبو الأعلى المودودي، حركة تحديد النسل، (بيروت: مؤسسة الرسالة، طبعة 1399م). ص: 3-4.

⁽³⁾ ابن بطال، شرح صحيح البخاري. كتاب الديات، باب جنين المرأة وإن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد. 552/8، حديث رقم: 41.

⁽⁴⁾ العيني، محمود بن أحمد... عمدة القارئ شرح صحيح البخاري. كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما جاء في اجتهاد القضاة بما أنزل الله تعالى لقوله: "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون" (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ-2001م)، 78/25، رقم الحديث: 7317/7318.

اللام وكسرها، يملص ويملص وأملص بتشديد الميم إذا زلق.⁽¹⁾
وأملصت: ألت ولدها ميتا وهي مملص فإن اعتادته فمملاص والشيء: أزلق. ويقال أيضا إذا ألت ولدها: ألتها مليصا ومليطا. وتملص: تخلص. وانملص: ألت.⁽²⁾

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للإجهاض.

أما عن حكم الإجهاض فقد اختلف العلماء في ذلك بناء على عُمر الحمل، فمنهم من يبيحه إذا كان في طوره المبدي ويحرمه إذا انتقل إلى طور العلقة أو المضغة، ومنهم من لا يرى تحريم إجهاض الأجنة إلا إذا جاوز الحمل أربعة أشهر استنادا إلى حديث "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك..."⁽³⁾. فما منشأ هذا الاختلاف؟ وما الأسس التي بنى العلماء أحكام الإجهاض عليها؟

يرى الباحث أن اختلافهم في جواز الإجهاض وعدمه يتعلق بمسألة حد الجنين الذي يجب فيه الغرة، فمن أوجب غرة في مرحلة من مراحل تخلقه حرم إجهاضه لأنه نفس محترمة، وأما الذي لم يوجب الغرة على بعض مراحلها، فهو بذلك لا يرى آدميته، وبالتالي يلزم من ذلك جواز إجهاضه. وقد نقل لنا الإمام الماوردي هذه التفاصيل فقال:

"واستدل مالك على وجوب الغرة فيه: بأنه لما لم يقع الفرق في الولد الحي بين صغير وكبير في وجوب الدية وجب أن لا يقع الفرق في الحمل بين مبادئه وكمالها في وجوب الغرة. واستدل أبو حنيفة بأنه لما وجب في الجنين دون ما في الولد الحي ولم يكن هدرا وجب أن يكون فيما دون الجنين أقل مما في الجنين ولا يكون هدرا، واستدل الشافعي على أن لا شيء فيه بأمرين:

أحدهما: أن وجوب الغرم لثبوت الحرمة وليس له قبل بيان خلقه حرمة فكان هذا كالنطفة.

والثاني: أن حياة الإنسان بين حالتين بين مبادئ خلقه وبين غايته بعد موته، فلما كان في آخر حالتيه بعد الموت هدرا وجب أن يكون في الأولى من حالتيه قبل بيان الخلق هدرا، وفي هذين دليل وانفصال.⁽⁴⁾

ويميل الباحث إلى القول بوجوب الغرة في جميع مراحل الجنين لأنه كائن حي، وبالتالي وجب احترام آدميته وحرمة إسقاطه إلا لضرورة شرعية، والضرورة تقدر بقدرها كما أنها تبيح المحظور. وهذا قول وجيه جدا، فالإنسان منذ أن وضعته أمه تنظر الشريعة إليه نظرتها إلى الذي بلغ أشده، فالاعتداء على الجميع له حكم واحد من حيث وجوب القصاص أو الدية. فالجنين يمر بمراحل تشبه إلى حد كبير تلك التي يمر بها المولود، كما في قوله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً

⁽¹⁾ موسى بن عياض اليحصبي، عياض. مشارق الأنوار على صحاح الآثار. (تونس: المكتبة العتيقة)، 380/1.

⁽²⁾ يعقوب الفيروز آبادي، محمد. القاموس المحيط. باب الصاد فصل الميم والنون. (الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1398هـ - 1978م)، 316/2.

⁽³⁾ صحيح البخاري. كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة. 111/4، رقم الحديث: 3208.

⁽⁴⁾ الماوردي، علي بن محمد. الحاوي في فقه الشافعي، ط 1، (دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994)، 385 / 12 بتصرف يسير.

يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ ﴿سورة الروم، الآية: 45﴾.

فهذه مراحل و أطوار متباينة، إلا أن الآثار المترتبة على الاعتداء عليها لا تختلف، فوجب المصير إلى عدم التفريق بين مراحل الجنين في بطن أمه، فكما يحرم الاعتداء على آخر مراحلها كذلك يكون الحكم في بداية مراحل تخلقه. وبناء على ذلك لا ينبغي القول بجواز الإجهاض نظرا إلى مرحلة دون أخرى، فهو في جميعها يؤول إلى إنسان بإذن الله تعالى، فما دام أنه تمت عملية التلقيح بين ماء الرجل وبيضة الأنثى ثبت له الحرمة الأدمية. يقول عدنان الشريف:

"بعض الفتاوى الشرعية تقول إن الإجهاض مسموح قبل نفخ الروح، ولا ندرى على ماذا اعتمد هؤلاء المشرعون لهذه الفتوى التي تفتح الباب واسعا أمام الإجهاض، علما أنه لا يوجد نص قرآني أو حديث شريف بذلك".⁽¹⁾

ومما يزيد المسألة وضوحا، معرفة الفرق بين الحياة والروح، فقد يظن البعض أن الجنين لا يكون حيا إلا بعد نفخ الروح فيه، لكن الصواب خلاف ذلك، حيث إن الكائن قد يكون حيا بلا روح، فقد ورد في توصيات ندوة الإنجاب سنة 1983م ما يلي:

"استأنست الندوة بمعطيات الحقائق الطبية المعاصرة، والتي بيتهها الأبحاث والتقنية الطبية الحديثة فخلصت إلى أن: الجنين حي من بداية الحمل، وإن حياته محترمة في كافة أدوارها - خاصة بعد نفخ الروح- وإنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى. وخالف بعض المشاركين فرأى جوازه قبل تمام الأربعين يوما، وخاصة عند وجود الأعدار".⁽²⁾

والأمثلة التالية تؤكد ذلك:

- حينما ينام الواحد منا، فإنه ثبت شرعا أن روحه قد قبضها الله تعالى، فإن شاء ردها إليه فاستيقظ بعد النوم ليواصل نشاطاته اليومية ككائن حي تسري الروح في جسده، وإن شاء تعالى أمسك روحه فمات ولم يستيقظ. قال تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَىٰ عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَىٰ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [سورة الزمر، الآية: 42].

وعن حذيفة رضي الله عنه، كان النبي ﷺ إذا أوى إلى فراشه، قال: "باسمك أموت وأحيا"، وإذا قام قال: "الحمد لله الذي أحيانا بعد ما أماتنا وإليه النشور".⁽³⁾

وقال بعض السلف رحمهم الله: يقبض أرواح الأموات إذا ماتوا، وأرواح الأحياء إذا ناموا، فتتعارف ما

(¹) الشريف، عدنان. من علم الطب القرآني: الثواب العلمية في القرآن الكريم. ط1، (دار العلم للملايين، 1990م)، ص: 189-190

(²) هلالي، سعد الدين. القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ط15، (ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية)، ص: 22.

(³) ابن بطال، شرح صحيح البخاري. كتاب الدعاء، باب ما يقول إذا نام. 83/10، حديث رقم: 9

شاء الله تعالى أن تتعارف.(1)

فهذا يدل على أن النائم مقبوض الروح مع أنه حي.
- الجنين في مرحلته البدائية (zygote)(2) حي قبل نفخ الروح فيه، ولا أدل على حياته من كونه ينمو بطريقة غير إرادية. فالاعتداء عليه في أي مرحلة من مراحل اعتداء على كائن حي، أو على أقل التقدير آيل إلى حياة طبيعية أن لو ترك.

وقد أثبت الأطباء ذلك حين قالوا:

(The zygote; formed by the union of an oocyte and a sperm• is the beginning of a new human being)(3).

ترجمة: (الخلية المكونة عن طريق اتحاد البويضة بالحيوان المنوي، تعتبر بداية لكائن بشري جديد).
وأوضح مما سبق تأخير الرسول ﷺ إقامة الحد على الغامدية، وكان ذلك دليلاً على حياة الجنين الذي في أحشائها، ولم يرد أنه ﷺ سأل عن عمر الحمل مع احتمال أن يكون في شهره الأول بل وفي أسبوعه الأول، واشتهر عن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى "أن ترك الاستفصال في حكاية الأحوال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال"(4) فالحياة معتبرة في جميع مراحل الجنين، فلا يجوز الاعتداء عليها إلا لضرورة شرعية.
قال حسن السندي: "وللجنين حقوق واجبة و ملزمة، حيث إن الإسلام لم يهتم بالإنسان طفلاً ولا شاباً فقط؛ وإنما اهتم به في بطن أمه جنيناً في ظلمات ثلاث، حيث يُعبرُ مراحل التكوين من: نطفة، إلى علقلة، إلى مضغة، إلى عظام، إلى مكسوة بلحم، إلى كائن ذي روح"(5).

والمستبح للمذاهب الفقهية فيما يتعلق بالإجهاض يجد المذهب المالكي من أشدها احتياطاً، فقد منعه في جميع مراحلها، وهذا الذي يميل إليه الباحث، فالمسائل المتعلقة بالأرواح لا ينبغي الإسراع في البت عنها، جاء في المدونة:

"أرأيت ما أصاب المحرم من بيض الطير الوحشي ما عليه لذلك في قول مالك؟ قال: قال مالك: على المحرم إذا كسر بيض الطير الوحشي، أو الحلال في الحرم إذا كسره عشر ثمن أمه كجنين الحرة من دية أمه، قلت: وسواء في قول مالك إن كان فيه فرخ أو لم يكن فيه فرخ؟ قال: نعم ما لم يستهل الفرخ من بعد الكسر

(1) تفسير ابن كثير. 133/12

(2) الخلية الناتجة عن اتحاد أمشاج الذكور والإناث، وهي البويضة الملقحة بعد تشابك الخلية بعد اكتمال عملية التخصيب حتى التشطير الأول. <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/zygote>. 17/01/13.

(3) Keith L. Moore, Before We Are Born: Essentials of Embryology, 7th edition. Philadelphia, PA: Saunders, 2008. p. 2.

<http://clinicquotes.com/before-we-are-born-essentials-of-embryology-7th-edition-on-the-beginning-of-a-new-human-being/17/01/13>.

(4) على بن عبد الكافي السبكي، عبد الوهاب. الأشباه والنظائر. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد عوض. ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ 1991م)، 137/2.

(5) حسن السندي، حسن. مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد: 44، ذو القعدة 1429هـ. عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال. ص: 447-448.

صارخا، فإن استهل الفرخ من بعد الكسر صارخا فعليه الجزاء كاملا كجزاء كبير ذلك الطير، وأنا أرى ذلك، قال: وإنما شبه مالك البيض بجنين الحرة، فلو أن رجلا ضرب بطن المرأة فألقت جنينا ميتا لم يكن عليه إلا عشر دية أمه إذا خرج ميتا، فإن خرج حيا فاستهل صارخا فالدية كاملة فعلى الجنين قفس البيض في كل ما يرد منه عليك ... (1)

الفرع الثالث: الأسس التي بنيت عليها حكم الإجهاض.

بناء على ما سبق، يرى الباحث أن أحكام الإجهاض بنيت على أساسين في الفقه الإسلامي، وقد ذكرهما الدكتور محمد علي البار في كتابه المعنون بـ "مشكلة الإجهاض دراسة طيبة فقهية"، وهما:
الأساس الأول: لا تعد النطفة (الحيوان المنوي) ذات حياة محترمة ما لم ينغلق عليها الرحم ثم تبدأ بالتطور إلى علقه.. ولا عبرة شرعا بتلك الحياة.

الأساس الثاني: لا يجوز العدوان بإجهاض وغيره على الحياة الإنسانية وهي التي تجاوزت المرحلة النباتية (Vegetative Life) (2) والحيوانية، ودخلت في أرقى طور من أطوارها وهي الحياة الإنسانية، إلا أن يكون ذلك على وجه العقوبة والقصاص. ويستند ذلك إلى قوله تعالى: ﴿ ولقد كرّمنا بني آدم ﴾ وإلى قوله تعالى: ﴿ من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ﴾. ولا خلاف بين الفقهاء جميعا في هذا. (3)

ويرى الباحث أن مرحلة النطفة لها هي المرحلة الأولى من مراحل تكوّن الجنين، فلا يشترط دخولها إلى مرحلة العلقه حتى تكون محترمة، وهذا بيّن في حديث "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه...". لأنه سبقت الإشارة إلى أن الجنين حي في جميع مراحلها في الرحم، فلا يلزم أن ينتقل إلى مرحلة معينة من مراحل تحلقه أو إن ينفخ فيه الروح حتى تعتبر حياته شرعا، بل الشريعة اعتبرت حياته بمجرد حدوث الحمل كما سبق.
المطلب الثالث: حقوق الجنين.

يقصد بالجنين: الولد في بطن أمه، - ويشمل ذلك جميع مراحل حياته في الرحم على التفصيل الذي سبق عند الحديث عن الإجهاض - وذلك بعد حصول التلقيح بين ماء الرجل وبيضة الأنثى في الرحم غالبا، أو في أنابيب الاختبار كما في أطفال الأنابيب. والحديث عن حقوق الجنين إنما جيء به لغيره، فالمقصود إثبات حرمة، وتجرّم من اعتدى عليه في أي مرحلة من مراحل حياته في الرحم، إذ لو لم يكن محترما شرعا لما أنيطت به

(1) سعيد التنوخي، سحنون. المدونة الكبرى للإمام مالك. (مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، 1323هـ)، 436/1-437.

(2) النشاط الاستقلالي (بناء الخلايا في الجسم) والتناسلي للإنسان أو الحيوان بصرف النظر عن ممارسة واعية للعمليات العقلية أو النفسية. 17/01/13. <http://www.medilexicon.com/medicaldictionary.php?t=49368>
القاموس المزدوج عربي - إنكليزي، إنكليزي - عربي. مكتب الدراسات والبحوث. ط3، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2008م)، ص: 481.

(3) علي البار، محمد. مشكلة الإجهاض دراسة طيبة فقهية. ط1، (الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1405هـ-1985م)، ص: 38-39.

حقوق معنوية ومادية لها ثقلها في الميزان الشرعي.

إن الحقوق التي أنيطت بالجنين تدل على آدميته وحرمة الاعتداء عليه، إذ لم تثبت الشريعة مثل هذه الحقوق إلا للناس، وهذه الحقوق بعضها مادية والبعض الآخر معنوية، فالجنين يكسبها بقوة الشرع. وبيانها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حقوق مادية. وهي كالتالي:

أ) الإرث: ويستحقه بشرطين:

أولاً: تيقن وجوده في بطن أمه عند موت مورثه. ثانياً: انفصاله عن أمه حياً ولو لحظة واحدة.

وذلك لحديث جابر عن النبي ﷺ أنه قال: "الطفل لا يصل على، ولا يرث، ولا يورث حتى يستهل".⁽¹⁾

ب) الوصية: يستحقها بشرطين أيضاً:

أحدهما: كونه موجوداً في بطن أمه وقت إنشائها. ثانيهما: انفصاله (الموصى له) عن أمه حياً.

جاء في المغني لابن قدامة رحمه الله تعالى:

"والوصية بالحمل وللحمل جائزة، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية. أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً، بأن يكون رقيقاً، أو حمل بهيمة مملوكة له؛ لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية، فجرى مجرى إعتاق الحمل، فإن انفصل ميتاً، بطلت الوصية، وإن انفصل حياً، وعلماً بوجوده حال الوصية، أو حكمنا بوجوده، صحت الوصية، وإن لم يكن كذلك، لم تصح؛ لجواز حدوثه.

وأما الوصية للحمل، فصحيحة أيضاً، لا نعلم فيه خلافاً، وبذلك قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث، من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته، إلى الموصى له، بغير عوض، كانتقاله إلى وارثه وقد سمي الله تعالى الميراث وصية، بقوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.⁽²⁾

وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهَمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مِثَارِ وَصِيَّةِ مِنَ اللَّهِ﴾.⁽³⁾

والحمل يرث، فتصح الوصية له، ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين والعباد، بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل، فالوصية له أولى، ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر، فتصح للحمل، كالتق.

فإن انفصل الحمل ميتاً، بطلت الوصية؛ لأنه لا يرث، ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية، فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك.

⁽¹⁾ المباركفوري، المرجع السابق. كتاب الجنائز، باب ما جاء في ترك الصلاة على الطفل حتى يستهل، 4/120 حديث رقم: 1037.

⁽²⁾ سورة النساء: 11.

⁽³⁾ سورة النساء: 11.

وسواء مات لعارض، من ضرب البطن، أو ضرب دواء، أو غيره؛ لما بينا من أنه لا يرث. وإن وضعته حيا، صحت الوصية، له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية.⁽¹⁾

ج\ الهبة : تجوز الهبة للجنين لكونها نفعاً محضاً له، و يملكها إذا ولد حيا، أما لو ولد ميتا فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب. والقول بجوازها للجنين هو ما نصره الإمام ابن حزم في المحلى، حيث قال: "ومن وهب هبة سالمة من شرط الثواب أو غيره أو أعطى عطية كذلك، أو تصدق كذلك، فقد تمت باللفظ، ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها... ويسأل المالكين خاصة عنمن قال: قد وهبت هذا الشيء لك، أو قال: قد تصدقت عليك بهذا، أَتَصَدَّقُ وَوَهَبْتُ بِذَلِكَ الشَّيْءِ أم لم يتصدَّقْ به ولا وَهَبَهُ؟ ولا ثالث لهذا التقسيم، فإن قالوا: نعم قد تصدق به و وهبه، قلنا فإذ قد تصدق به و وهبه فقد تمت الصدقة والهبة وصحت، فما يضرهما ترك الحيازة والقبض، إذ لم يوجب ذلك نص، فإن قالوا: لم يهب ولا تصدق، قلنا: فمن أين استحلتم إجباره والحكم عليه بدفع مال من ماله لم يتصدق به عليه ولا وهبه إلى من يهب له ولا تصدق به عليه؟ هذا عين الظلم والباطل، ولا مخلص لهم من أحدهما...⁽²⁾

أما الأحناف فمنعوا، لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بالقبض، والجنين لا يتصور منه ذلك، وكذا منعها الحنابلة، لأن فيها تمليك على معلق على خروجه وهو الجنين، والهبة عندهم لا تقبل التعليق.⁽³⁾ وكذلك جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أنه لا تصح الهبة للحمل، لأنها تمليك يحتاج إلى القبض، والحمل ليس من أهل القبض.⁽⁴⁾

إلا أن قول المثبتين أقرب إلى روح الشريعة، ومن شرط القبض لم يأت بدليل يحسم القضية. ها الوقف: يرى الحنفية وهو الصحيح المعول عليه عند المالكية: أنه يصح الوقف على من سيولد، أي الحمل، لأن الوقف لا يحتاج إلى القبول فيصح الوقف للحمل استقلالاً كما يصح تبعاً.⁽⁵⁾ الفرع الثاني: حقوق معنوية. وهي:

أ\ حق الحياة: حياة الجنين مصادرة في جميع مراحلها، وقد أشار الباحث إلى أن الغرة تجب على من اعتدى عليه وإن كان في الطور الأول من أطوار حياته، أضف إلى ذلك إباحة الشريعة للحامل الإفطار حفاظاً على صحة و حياة جنينها، وهذا ما أشار إليه د. محمد أحمد المبيض في قوله:

"اتفاق الفقهاء على أنه لا يقام الحد على الحامل، سواء كانت حاملاً من الزنا أو غيره، وسواء وجبت

⁽¹⁾ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. المغني. تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلو. كتاب الوصايا، مسألة (والوصية بالحمل و للحمل جائزة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)، ط3، (الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1417 هـ 1997م)، 8/455-456 بتصرف يسير.

⁽²⁾ أحمد بن سعيد، علي. المحلى. كتاب الهبات، (القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، 1351 هـ)، 9/120-123، مسألة رقم: 1629.

⁽³⁾ مجلة الشريعة الدراسات الإسلامية العدد الرابع والخمسون ص: 176 بتصرف يسير.

⁽⁴⁾ الموسوعة الفقهية الكويتية، تحت مصطلح الحمل، المجلد 18 ص: 148.

⁽⁵⁾ الموسوعة الفقهية الكويتية. 147/18

العقوبة قبل الحمل أو بعده، وعلل الفقهاء عدم إقامة الحد على الحامل بأنه رعاية لحق الجنين في الحياة، لئلا يهلك بتنفيذ الحد على أمه، ولأن في إقامة الحد عليها إتلافا لمعصوم سواء كان الحد رجما أو غيره".⁽¹⁾ وسبق أن تأخير الرسول صل الله عليه وسلم إقامة الحد على الغامدية لم يقترن باستفصال عن مدة الحمل، فدل على التعميم.

ب/ حق النسب: حفظ النسب من مقاصد هذه الشريعة وضرورة من ضرورياتها، وبذلك يكون الشارع الحكيم راعي في الجنين جل مقاصد الشريعة، فحظ له المال والنفس والنسب مع العرض قبل خروجه إلى هذه الدنيا. وهذه عناية أي عناية به.

"يعتبر حق الجنين في النسب من أكد الحقوق وأعظمها، وقد عده العلماء من مقاصد التشريع العامة، ويلحظ أن بعض الأصوليين قد استخدم تعبير حفظ النسب بدلا من حفظ النسل. واعتبره أحد الضروريات الخمس، وأقل أحوال هذا الحق اعتباره مكملا لضرورة حفظ النسل".⁽²⁾

المبحث الثاني: إجهاض الجنين المشوه

إن مما يجب معرفته أن الإنسان له حق الحياة مهما كانت درجة تشوهات الخلقية، فإن الله تعالى خلقه على هذه الصورة لحكمة يعلمها، فلا يخلو فعل من أفعاله تعالى عن الحكمة، غاية الأمر أننا لا ندرك كثيرا من تلك الحكمة. وحقيق بالمسلم أن يقف وقفة تأمل حين يقر مثل قوله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ قَرَارًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُورَكُمْ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ذَلِكَمُ اللَّهُ رَبُّكُمْ فَتَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ﴾⁽⁴⁾ وغير ذلك من النصوص الدالة على إتقان الله تعالى للخلق، فيترث فيما يتعلق بالأجنة المشوهة من الحكم عليها بجواز إجهاضها بسبب تلك التشوهات، بل عليه أن يسعى جاهدا ليدرك الأسرار الكامنة وراء هذا التفاوت في الخلقة، وليعلم أن العبرة ليست بالمظاهر، وإنما ينظر الله تعالى إلى قلوبنا وأعمالنا لا إلى صورنا. ع نعلي رضي الله عنه أمر النبي ﷺ ابن مسعود فصعد على شجرة، أمره أن يأتيه منها بشيء فنظر أصحابه إلى ساق عبد الله بن مسعود حين صعد الشجرة، فضحكوا من حموشة ساقه فقال رسول الله ﷺ: "ما تضحكون لرجل عبد الله أنقل في الميزان يوم القيامة من أحد".⁽⁵⁾ ويتناول الباحث مسألة إجهاض الأجنة المشوهة في المطليين:

المطلب الأول: حكمة الله في خلق المشوهين.

المطلب الثاني: حكم إجهاض الجنين المشوه.

⁽¹⁾ أحمد الميضي، محمد. مصلحة حفظ النفس في الشريعة الإسلامية، (مؤسسة المختار للنشر والتوزيع)، ص: 187.

⁽²⁾ مصلحة حفظ النفس في الشريعة الإسلامية، ص: 190

⁽³⁾ سورة غافر، الآية: 64.

⁽⁴⁾ سورة السجدة، الآية: 7.

⁽⁵⁾ ابن حنبل، أحمد. مسند أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط1، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416هـ-1995م)، 2/243-244، رقم الحديث: 920.

المطلب الأول: حكمة الله في خلق المشوهين.

امتن الله تعالى على الإنسان بأنه سوى خلقه وأحسن تصويره ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَن تَقْوِيمٍ﴾⁽¹⁾ قال ابن كثير: خلق الإنسان في أحسن صورة، وشكل منتصب القامة، سوى الأعضاء حسنهما.⁽²⁾ قال الإمام محمود بن أحمد العيني: أشار به إلى ما في قوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَن تَقْوِيمٍ﴾⁽³⁾ ثم فسره بقوله: في أحسن خلق، وقيل: أحسن تعديل بشكله وصورته وتسوية الأعضاء، وقيل: في أحسن تقويم في أعدل قامة وأحسن صورة، وذلك أنه خلق كل شيء منكسا على وجهه إلا الإنسان. وقال أبو بكر بن الطاهر: مزينا بالعقل مؤدبا بالأمر مهذباً بالتميز مديد القامة يتناول مأكوله يمينه.⁽⁴⁾ فأنت ترى كيف دلت هذه النصوص على أن الله تعالى خلق الإنسان في أحسن صورة وأعد لها، ما قد يؤدي البعض أن يتساءلوا: لماذا وجد المشوهين خلقيا بعد هذه النصوص الصريحة في كونه تعالى امتن على الإنسان بأنه خلقه في هيئة سوية؟ وما الحكمة وراء هؤلاء المشوهين؟ وهل ينطبق عليهم أنهم أيضا خلقوا في أحسن تقويم؟ وهل الإعاقة تبرر عمل من يقوم بإجهاض الجنين المبلى بالتشوهات الخلقية؟.... ويُجمل الباحث إجابة هذه التساؤلات ومثلاهما في الآتي:

من أعظم حكم الله تعالى في خلق أناس مشوهي الخلقة؛ تنبيه المرء - الذي خلق في أحسن تقويم - على نعمة الله حيث خلقه سوى الأعضاء وسليمها، فيحمد الله تعالى على ذلك ويسأل العافية للمبتلى، فقد ورد في الحديث أن رسول الله ﷺ قال: "من رأى صاحب بلاء فقال الحمد لله الذي عافاني مما ابتلاك به وفضلني على كثير ممن خلق تفضيلا. إلا عوفي من ذلك البلاء كائنا ما كان ما عاش". وروي عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال: إذا رأى صاحب بلاء يتعوذ يقول ذلك في نفسه ولا يسمع صاحب البلاء.⁽⁵⁾ ومع أن بعض العلماء فهموا الحديث على أنه خاص بمن ابتلي بالمعاصي دون من ابتلي بتشوهات خلقية، إلا أن النص الوارد في المسألة لم يميز بين الابتلاء في الدين والابتلاء في الخلقة، والصواب حمله على الجميع. وكلام الإمام المناوي ينوه إلى ذلك، حيث ذكر في فيض القدير: "قال العلماء: ينبغي أن يقول هذا الذكر سرا بحيث يسمع نفسه ولا يسمعه المبتلى إلا أن يكون بليته معصية فيسمعه إن لم يخف مفسدة".⁽⁶⁾ وكذلك قال القارئ تعقيا على قول الإمام الطيبي في شرح قوله (الحمد لله الذي عافاني مما ابتلاك به): "هذا إذا كان مبتلى بالمعاصي والفسوق، وأما إذا كان مريضا أو ناقص الخلقة لا يحسن الخطاب. قال القارئ:

⁽¹⁾ سورة التين، الآية: 4

⁽²⁾ ابن كثير، المرجع السابق، 395/14.

⁽³⁾ سورة التين، الآية: 4.

⁽⁴⁾ العيني، محمود بن أحمد. عمدة القاري شرح صحيح البخاري. كتاب أحاديث الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، باب: في أحسن تقويم: في أحسن خلق، 284/15.

⁽⁵⁾ المباركتوري. المرجع السابق. باب ما جاء ما يقول إذا رأى مبتلى، 390/9-391 حديث رقم: 3492.

⁽⁶⁾ المناوي، عبد الرؤوف. فيض القدير شرح الجامع الصغير. ط2، (بيروت: دار المعرفة للطباعة النشر، 1391هـ-1972م)، 130/6.

"الصواب أنه يأتي به لورود الحديث بذلك، وإنما يعدل عن رفع الصوت إلى إخفائه في غير الفاسق، بل في حقه أيضا إذا كان يترتب عليه مفسدة. ويسمع صاحب البلاء الديني إذا أراد زجره ويرجو انزجاره انتهى".⁽¹⁾
فهذه حقيقة ينبغي أن يتنبه لها عند الحديث عن إجهاض الجنين المشوه، فليس التشويه في حد ذاته عيبا من كل الوجوه، ولئن رأى البعض ضرورة التخلص من المشوهين خلقياً، فماذا يقولون في المشوهين خلقياً، الذين يضررون ولا ينفعون غيرهم بل ولا أنسفسهم، أولئك أناس باطن الأرض خير لهم من ظاهرها. فالتشوه الخُلُقِي أعظم ضرراً من التشوه الخُلُقِي، ففي حديث عبد الله بن قيس رضي الله عنه: "أن أعرابيا قال يا رسول الله: من خير الناس؟ قال: "من طال عمره وحسن عمله".⁽²⁾

وعن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه: "أن رجلا قال يا رسول الله: أي الناس خير؟ قال: "من طال عمره وحسن علمه". قال فأبي الناس شر؟ قال: "من طال عمره وساء عمله".⁽³⁾

ومن حكم الله تعالى في خلق المشوهين، أنه تعالى جعلهم سببا للنصرة والحصول على الأرزاق، فعن أبي الدرداء قال: سمعت النبي ﷺ يقول: "أبغوني ضعفاءكم فإنما ترزقون وتنصرون بضعفائكم".⁽⁴⁾ و لفظ الضعفاء يتناول المعاقين والمشوهين خلقياً من باب أولى، فمحاولة التخلص من المشوهين يدفع بالأمة إلى الانتصار لفكرة تحسين النسل،⁽⁵⁾ وهي فكرة غريبة تتضمن الاعتداء على الأنفس البريئة. والعبارة التالية تبين لك خطورتها:

"if Western civilization were to survive, the physically unfit, the materially poor, the spiritually diseased, the racially inferior, and the mentally incompetent had to somehow be suppressed and isolated—or perhaps even eliminated".⁽⁶⁾

ترجمة: (إذا كانت الحضارة الغربية راغبة في البقاء، فلا بد من قمع وعزل أو ربما القضاء على غير اللائقين بدنيا، والفقراء ماديا، والمرضى روحيا، وذوي العرق الديني، وغير المؤهلين عقليا).

ولكن المرء لو تأدب مع تعاليم الشارع، لا يكاد يجد عذرا يبيح له إجهاض نفس لا يدري الحكمة الكامنة وراء خلقها على هذه الصورة التي تبدو للناس أنها مشوهة.

وكأني بمن يقوم بإجهاض الأجنة المشوهة يجزم جزما قاطعا أن لا حكمة ولا مصلحة للفرد والمجتمع من خروج هذا الجنين إلى هذا العالم، وكأني به يرى الخير والصلاح للناس أجمع بخروج جنين حسن الوجه، سوي الخلق، ومعتدل الأعضاء إلى هذا العالم. هذه هي مقاييس البشر، وما أخطأها، لكنه كما قيل: لكل جواد كبوة،

⁽¹⁾ المباركفوري. المرجع السابق، 391/9.

⁽²⁾ البيهقي. السنن الكبرى. كتاب الجنائز، باب طوبى لمن طال عمره وحسن عمله. 371/3.

⁽³⁾ المباركفوري. المرجع السابق، باب ما جاء في طول العمر للمؤمن. 621/6-622 حديث رقم: 2431، 2432.

⁽⁴⁾ سنن الترمذي. تحقيق: إبراهيم عطوة عوض. كتاب الجهاد، باب ما جاء في الاستفتاح بصعاليك المسلمين. ط1، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1382هـ-1962م)، 4/206، حديث رقم: 1702.

⁽⁵⁾ سيعقد الباحث لمسألة تحسين النسل فصلا مستقلا.

⁽⁶⁾ Grant, G., Killer Angel: A Biography of Planned Parenthood's Founder, Margaret Sanger, Ars Vitae Press Franklin, Tennessee and The Reformer Library New York, New York. ISBN 1-887690-026, p. 51, © 1995.

ولكل سهم نبوة، ولكل عالم هفوة.

فعليه، يجب على المسلم أن يتعامل مع قضية إجهاض الجنين المشوه بما يتوافق مع تعاليم دينه، كما يجب ألا نوسع الأعذار والعلل التي تبيح إجهاضه، وإن تسد الطرق المفضية إلى إزهاق أرواح من عصمت الشريعة دماءهم إلا بحق، وعلينا أخذ الاحتياطات اللازمة قبل الإقدام أو مجرد الإفتاء بجواز إجهاضها.

المطلب الثاني: حكم إجهاض الجنين المشوه.

الجنين الذي يتمكن من الحياة بتشوهات لا سبيل إلى إجهاضه شرعا، حتى لو قدر أنه سيعيش بتشوهات مزمنة، فالأصل عصمة الدماء إلا بالحق، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾⁽¹⁾ حيث يفهم منها وجود حالات جواز قتلها، وهي نادرة جدا كما قال عدنان الشريف: "إن قتل الجنين الذي يهدد مباشرة حياة الحامل (وهي حالات نادرة جدا في الطب) إذا أقتت بذلك لجنة طبية مؤمنة من أهل الاختصاص... وهذا ما يعرفه الطب الوقائي تحت اسم الإجهاض الطبي الشرعي... وقتل جنين تأكدت لجنة طبية من أهل الاختصاص في علم الأجنة والطب الداخلي والأمراض الوراثية من أنه سيولد مشوها غير قابل للشفاء والتأهيل، وبالتالي من أنه سيكون في ولادته و تربيته حملا ثقيلًا وإرهاقا للعائلة والمجتمع (وهذه أيضا حالات نادرة جدا)، قد يدخل في حيز الاستثناء الذي سمحت به الآيات الكريمة أعلاه، وذلك رحمة بالديه والمجتمع... وفي سورة الكهف نجد، والله أعلم، قياسا على هذه الحالات النادرة. فقد قتل العبد الصالح غلاما لأنه كان سيرهق والديه المؤمنين بطغيانه وكفره".⁽²⁾

هذا، ويرى الباحث أن قياس جواز إجهاض الجنين المشوه على ما ورد في قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا الْغُلَامُ فَكَانَ أَبَوَاهُ مُؤْمِنِينَ فَخَشِينَا أَنْ يَرَهَقَهُمَا طُغْيَانًا وَكُفْرًا. فَأَرَدْنَا أَنْ يُبْدِلَهُمَا رَبُّنَا خَيْرًا مِنْهُ زَكَةً وَأَقْرَبَ رَحْمًا﴾⁽³⁾ قياس مع الفارق، إذ الآيتان تتحدثان عن ولد قد يدفع والديه إلى الكفر بالله بسبب حبهما إياه، قال ابن كثير رحمه الله تعالى: أي يحملها حبه على متابعتها على الكفر.

وذكر قول قتادة: قد فرح به أبواه حين ولد، وحزنا عليه حين قتل، ولو بقي كان فيه هلاكهما، فليرض امرؤ بقضاء الله، فإن قضاء الله للمؤمن فيما يكره خير له من قضائه فيما يجب.⁽⁴⁾

فالآيتان تتحدثان عن ضرر يلحق بالمرء في دينه لا في ماله وبدنه، والمسلم يضحى بكل غال ونفيس من أجل الحفاظ على إيمانه، أما التكلفة المادية فهي أهون من أن يباح بها إزهاق الأرواح. ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ أُولَئِكَ كَتَبَ فِي قُلُوبِهِمُ الْإِيمَانَ وَأَيَّدَهُم بِرُوحٍ مِنْهُ وَيُدْخِلُهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ

⁽¹⁾ سورة الأنعام، جزء من الآية: 151.

⁽²⁾ الشريف، عدنان. المرجع السابق، ص: 187-189.

⁽³⁾ سورة الكهف، الآية: 80-81.

⁽⁴⁾ ابن كثير، المرجع السابق، 176/9.

وَرَضُوا عَنْهُ وَأُوتِيَتْكَ حِزْبُ اللَّهِ أَلَا إِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿١﴾ فالفرق ظاهر.

ويرى الباحث ضرورة إعادة النظر فيما يذكره المستثنون للحالات التي يباح فيها الإجهاض، من أنه إذا كان في ولادته وتربيته حمل ثقيل للعائلة والمجتمع يجوز إجهاضه. فهذا تعليل فيه ما فيه، لأنه أقرب ما يكون إلى التهرب من المسؤولية، وعدم الرضاء بما ابتلى الله به عباده، وإذا سوغنا ذلك فيمن سيولد بهذه الصفة، فإذا نقول يا ترى فيمن ولد سويا سليما ثم ابتلاه الله بمرض ليكون كلاً على غيره في جميع شئونه! فالنشوهات والإعاقات الخلقية كما تصيب الجنين، قد تصيب كبير السن بل وشاباً أيضاً. وما أظن عالماً يفتي بجواز قتل أمثال هؤلاء، مع أن العلة في كلتا الحالتين واحدة.

وما يدعو إلى مزيد من الاحتياط في إجهاض الأجنة المشوهة، أن 10 من مائة من جميع حالات الحمل تجمض المرأة فيها تلقائياً ما بين الشهر الأول والثالث للحمل. وأكثرها 80 من مائة هي لأجنة مشوهة وغير قابلة للحياة أصلاً... وبين العلم أن الإجهاض التلقائي هو غالباً لخير الوالدين، وليس مصيبة كما يعتقد بعضهم... (2) فاقتضت حكمته تعالى أن لا تمتد حياة أكثر المشوهين بدون تدخل العباد.

المبحث الثالث: المسؤولية الطبية المتعلقة بالإجهاض.

لما كان موضوع الإجهاض يلعب الطبيب فيه دور المنفذ، فلو لم يتعاون مع من تريد إجهاض حملها لما نجحت غالباً، فهو المستشار، وهو المنفذ، فكان هو المسئول من باب تعاونه على الإثم والعدوان المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (3) من أجل ذلك خص الباحث هذا المبحث لتناول المسؤولية الأخلاقية والمهنية للطبيب المسلم فيما يتعلق بحفظ النسل، وذلك في المطالبين التاليين:

الأول: في آداب ممارسة مهنة الطب في الإسلام.

الثاني: في المسؤولية الجنائية للطبيب.

المطلب الأول: في آداب ممارسة مهنة الطب في الإسلام.

إن الطب مهنة شريفة تتعلقها بمقاصد الشريعة، فكل من الدين والنفس والعقل والنسل محفوظ بالطب، ولا يستغني أي مجتمع عن الطبيب، فالحاجة إليه شديدة، فقد اجتمعت فيه من الخصال ما يشهد له الجميع بالفضل، قال الإمام الرزاي في رسالته المعنونة بـ "أخلاق الطبيب":

"فإنه قد اجتمع لهم خمس خصال لم تجتمع لغيرهم:

الأولي: اتفاق أهل الملل والأديان على تفضيل صناعتهم.

والثانية: اعتراف الملوك والسوقة بشدة الحاجة إليهم؛ إذ هم المفزع والغيث، حين لا ينفع عدة ولا عشيرة.

والثالثة: مجاهدة ما غاب عن أبصارهم.

(1) سورة المجادلة، الآية: 22.

(2) الشريف، عدنان. المرجع السابق، ص: 191 بتصرف يسير.

(3) سورة المائدة، جزء من الآية: 2.

والرابعة: اهتمامهم الدائم بإدخال السرور والراحة على غيرهم.

والخامسة: الاسم المشتق من أسماء الله تعالى.⁽¹⁾

فمن كانت هذه منزلته، وتلك طبيعة مهنته، وجب عليه التحري والاحتياط، حتى يؤدي الأمانة على أكمل وجه وأتمه. فالمقبلون عليه صنفان: محق وغير محق، فليجتهد رأيه حتى يعامل الجميع بما يرضي الله تعالى. لذا، ذكر العلماء جملة من الآداب ينبغي أن يتحلّى بها الطبيب المسلم ويتخلّق بها، وهي كثيرة، منها:

1. توجيهه من يأتيه طالبا إجراء عملية مخالفة لمقاصد الشارع الحكيم، فيرشده وينصحه إلى ما فيه خير دينه ودنياه، فللمسلم على أخيه حقوق ذكرها الرسول ﷺ في قوله:

"حق المسلم على المسلم ست: إذا لقيته فسلم عليه، وإذا دعاك فأجبه، وإذا استنصحك فانصح له، وإذا عطس فحمد الله فشمته، وإذا مرض فعده، وإذا مات فاتبعه". قال الإمام النووي: قوله ﷺ "وإذا استنصحك" فمعناه: طلب منك النصيحة، فعليك أن تنصحه ولا تدهنه ولا تغشه ولا تمسك عن بيان النصيحة. والله أعلم.⁽²⁾

2. الاستغناء بالحلال القليل عما كثر من الحرام، فلا يجمله طلب المال أن يقوم بإجراء عمليات إجهاض أو تعقيم بدون موجب شرعي. "يأتي على الناس زمان لا يبالي المرء ما أخذ منه أمن الحلال أم من الحرام".⁽³⁾ فقد ثبت أن بعض المنظمات الداعية إلى تحديد النسل ورعاية الصحة الإنجابية إنما تتخذ ذلك تجارة تدر لها أموالا طائلة، فتروج ممارسة الجنس مع توزيع موانع الحمل بالمجان؛ ويكون الريح بما يدر لهم الإجهاض بعد حدوث الحمل.⁽⁴⁾ وهذا أمر بدهي، إذ لا تجد منظمة من المنظمات، تقدم خدمات الإجهاض مجاناً للراغبات فيه، فهي تشجع على الجنس الآمن، والحرية الجنسية؛ حتى إذا وقعت الفتيات في شركها، فأصبحن حوامل بحمل غير مرغوب فيه كما يقولون، طولين بدفع مبالغ من الأموال مقابل الإجهاض. ذلك أن عيادات الإجهاض تعتمد على فتيات يحملن باستمرار، لذا تركز على تعليم الجنس ونشر الثقافة الجنسية. عندما سئلت Carol Everett عن سبب تركها للعمل في عيادة الإجهاض قالت:

"I experienced a profoundly religious transformation—a conversion. At about the time I was having second thoughts a Dallas television station did an expose disclosing the abortions performed at my clinic on nonpregnant women—all for money! I finally realized we weren't helping women—we were destroying them—and their children".⁽⁵⁾

ترجمة: (لقد لعب شيطان دورا كبيرا في تركي العمل في عيادة الإجهاض، أولا: الاهتداء بسبب التحول الديني. ثانيا: ما بثه تليفزيون دلاس حول كشف حادثة قيام عيادتي بإجراء عمليات الإجهاض لنساء غير

⁽¹⁾ الرازي، محمد بن عمر. أخلاق الطبيب. تحقيق: الدكتور عبد اللطيف محمد العبد. ط1، (القاهرة: مكتبة دار التراث، 1397هـ-1977م)، ص: 87-88.

⁽²⁾ يحيى بن شرف، أبو زكرياء. شرح النووي على مسلم، كتاب السلام، باب من حق المسلم للمسلم رد السلام. 143/14

⁽³⁾ ابن بطال. المرجع السابق، كتاب البيوع، باب من لم يبال من حيث كسب المال. 201/6

⁽⁴⁾ 101 Reasons Not to Haave an Abortion. A girl's Gude to Informed Choices. Published by Serena Gaefke © 2010. Pp. 267-269.

⁽⁵⁾ Human Life - Advertising Supplement. P.5. <http://www.humanlife.org/> last visited 19/01/13.

حاملات من أجل الحصول على المال فقط! فأدرت أخيرا أننا لا نساعد النساء، وإنما ندمرهن وأولادهن).
3. التزام الصدق في كل ما يصدر عنه، فلا يُزور التقارير الطبية، خصوصا وإن بعض النساء قد تستعين بالطبيب للحصول على تقرير طبي يبيح لها تحديد أو تنظيم الحمل. أو إن تُجرى عملية التعقيم بدون معرفة زوجها حين تكون غير راغبة في الإنجاب. يقول الشيخ محمد المختار الشنقيطي:
"فإنه يسأل فيه الطبيب ومساعدوه عن القضايا المتعلقة بسلوكهم، وأداهم، ومن أمثلته: قضايا الغش، والكذب التي تصدر ضد الأطباء، ومساعدتهم، فيتهم الطبيب بغش المريض بأن يدعي إصابته بمرض جراحي، أو يقوم المحلل أو المصور بالأشعة أو المناظير الطبية بالتزوير والكذب في التقارير التي قام بكتابتها، كل ذلك طلبا لأغراض و مطامع شخصية.⁽¹⁾

المطلب الثاني: في المسؤولية الجنائية للطبيب في الإجهاض.

إن المسلم مسئول عن جميع تصرفاته الاختيارية أمام الله تعالى، القولية والفعلية، ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾⁽²⁾ وفي الحديث الشريف، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: "ألا كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته، فالأمير الذي على الناس راع، وهو مسئول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته، وهو مسئول عنهم، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده، وهي مسئولة عنهم، والعبد راع على مال سيده، وهو مسئول عنه، ألا كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته". قال الإمام السيوطي رحمه الله تعالى تعليقا على هذا الحديث: "كلكم راع": أي حافظ مؤتمن ملتزم صلاح ما قام عليه وما هو تحت نظره⁽³⁾ فعلى المسلم أن يشعر بالمسئولية الملقاة على عاتقه وهو يزاوِل مهنته، فلكل مهنة مغريات دنيوية قد تصرف المرء عن رسالته في هذا الكون، ولكن عليه أن يستسهل كل صعب حتى يبلغ مناه؛ ليفوز في يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم. وأصل مسئولية الطبيب قوله صلى الله عليه وسلم: "من تطيب ولم يعلم منه طب فهو ضامن"⁽⁴⁾.

فكل من ألحق الضرر بغيره وهو يقوم بتطيبه يضمن ذلك إن لم يكن من أهل الصنعة. لأنه بذلك يكون قد تعمد الاعتداء على المريض، إذ لا يجوز للمسلم أن يقدم على ما لا يحسنه، فالله تعالى ندبنا إلى أن نؤدي الأمانة إلى أهلها، وهذه الأمانة قد تكون مادية أو معنوية. قال الدكتور راغب السرجاني:

"ولذلك كان الحكم على من عالج مريضا فأذاه، ولم يكن معروفا عن هذا المعالج أنه ماهر بالطب متمرس فيه، فإنه يتحمل المسئولية عن ذلك، بينما لا يقع ذلك الحكم على الطبيب الذي عرف عنه الإتقان والمهارة في

⁽¹⁾ الشنقيطي، محمد المختار. أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها. ط2، (جدة: مكتبة الصحابة، 1415هـ-1994م)، ص:445.

⁽²⁾ سورة الإسراء، الآية: 36.

⁽³⁾ أبو بكر السيوطي، عبد الرحمن. الديباج على صحيح مسلم. كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل و عقوبة الجائر. 4/445-446، حديث رقم: 1829.

⁽⁴⁾ المناوي، عبد الرؤف. فيض القدير. 6/106 حديث رقم: 8596.

صنعتة".⁽¹⁾

ومع أن الباحث إنما أورد هذا المطلب ليشير إلى مسئولية الطبيب في الجناية على الأجنة خصوصا، وعلى جميع التصرفات التي من شأنها أن تترك أثرا سلبيا على الخصوبة والتناسل، كالتعقيم والتعاون مع الجهات المحاربة لحفظ النسل في الدعاية لصالحها، أو اتخاذ عمليات الإجهاض تجارة لجمع حطام الدنيا، يفعل كل ذلك بدون مراعاة الضوابط الشرعية، إلا أن باب التطبيب واسع، والطبيب في جميع ذلك مسئول عما جنت يده إن لم يكن حاذقا ومأذونا له بذلك، يقول العلامة عبد الرؤوف المناوي:

"وشمل الخبر من طب بوصفه أو قوله وهو ما يخص باسم الطبائعي، وبمروده وهو الكحال، وبمراهمه وهو الجراثيحي، وبموساه وهو الخاتن، وبريشته وهو الفاصد، وبمحاوجه وشرطه وهو الحجام، وبخلعه ووصله ورباطه وهو المجبر، وبمكواته وناره وهو الكواء، وبقرته وهو الحاقن، فاسم الطبيب يشمل الكل وتخصيصه ببعض الأنواع عرف حادث".⁽²⁾

فعلى الطبيب المسلم أن يتعاون مع مرضاه على البر والتقوى، لا على الإثم والعدوان، وليكن خير سفير لدينه في مهنته، وليراقب الله تعالى في كل صغيرة وكبيرة، فإنه تعالى يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور. وليتذكر أن السير وراء الهوى في مهنته قد يؤدي إلى إتلاف النفس، وسيكون مسئولا أمام الله عن ذلك يوم القيامة. ومما تجدر الإشارة إليه أن المتطبب والماهر الذي اتخذ إليه هواه سيان في تحمل المسئولية، فالأول أقدم على ما لا يحسنه، والثاني أعمل علمه في غير محله الشرعي، فكلاهما معتد متعمد.

"ولذلك كان الحكم على من عالج مريضا فأذاه، ولم يكن معروفا عن هذا المعالج أنه ماهر بالطب متمرس فيه، فإنه يتحمل المسئولية عن ذلك، بينما لا يقع ذلك الحكم على الطبيب الذي عرف عنه الإتقان والمهارة في صنعتة".⁽³⁾

"ويجوز منع الحمل أو تنظيمه إن كان الحمل أو توالي الإنجاب يضر بالأم. وهذا يمكن تفريره على قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المصالح" فمصلحة الإنجاب وتكثير النسل تعارضت مع مفسدة تردي صحة الأم أو ريبها هلاكها، فقدم درء المفسدة على تلك المصلحة".⁽⁴⁾

ولا يغتر الطبيب بالموافقة بنوعها من الحامل بإجراء الإجهاض أو التعقيم، ما لم تكن الشروط والضوابط الشرعية مستوفية، فإن ذلك لا يخلصه من المساءلة أمام الله تعالى، فرضى المرء و موافقته - على معصية تتعلق

⁽¹⁾ السرجاني، راغب. قصة العلوم الطبية في الحضارة الإسلامية. ط1، (القاهرة: مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع والترجمة، 1430هـ - 2009م)، ص:30.

⁽²⁾ المناوي، المرجع السابق نفسه.

⁽³⁾ السرجاني، راغب. المرجع السابق، ص:30.

⁽⁴⁾ الشمروخ، ناهدة عطا الله. تطبيقات القواعد الفقهية في الأحكام الطبية، قاعدتا: لا ضرر ولا ضرار والمشقة تجلب التيسير. (قدم إلى اللجنة المنظمة لندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية التي تنظمها الشؤون الصحية بمنطقة الرياض - إدارة التوعية الدينية).

بجسده - لا يبيح ما حظره الشارع، إذ الإنسان لا يملك حق التصرف في أعضاء بدنه فضلا عن أن يأذن لغيره بالتصرف فيها، إذ الإذن لا يصح إلا في حالة كون المأذون به مباحا شرعا. فقد اتفق العلماء على: "أنه يجب على الإنسان أن يحافظ على أعضائه، ويحرم عليه الإضرار بها، فَعُدَّ هذا أصلا لا يجوز العدول عنه إلا بدليل شرعي يقتضي الاستثناء والخروج عنه"⁽¹⁾. فليحذر الطبيب المسلم من القيام بتصرفات غير مشروعة، وإن طُلِبَ منه القيام بمثل ذلك وأُذِنَ له.

المبحث الرابع: أثر الإجهاض على مقصد حفظ النسل

لقد خلف الإجهاض أضرارا جسيمة في المجتمعات التي قنته، ما يكون عبءا لغيرهم، إذ الليب من اعتبر بغيره. وأثر هذه الأضرار ملحوظ على الأفراد والمجتمعات، ففي هذا المبحث يتناول الباحث الحديث عنها في مطلبين الآتين:

المطلب الأول: أثر الإجهاض على الأفراد.

المطلب الثاني: أثر الإجهاض على الدول والمجتمعات.

المطلب الأول: الأثر على الأفراد

للإجهاض آثار سلبية كثيرة على الأفراد، منها:

1. بُعِدَ الأفراد عن فكرة تكوين أسرة شريفة، والاكتماء بعلاقات جنسية غير شرعية في قضاء أوطارهم. وفي ذلك يقول الدكتور عدنان الشريف:

فالعلاقات الجنسية الآثمة، وآثارها المدمرة للفرد وللجماعات كما يحصل في المجتمعات التي سمحت بالإجهاض، ما كانت لتستشري بهذه الضراوة لولا القوانين الوضعية التي سمحت بالإجهاض، وجعلته عملية سهلة منظمة لكل من حملت سفاحا...⁽²⁾

2. الإجهاض يشكل عائقا منيعا أمام إمكانية حمل المرأة في المستقبل، علما بأن عيادات الإجهاض درجت على أن تطمئن زبائنها بأن الإجهاض ليس له أي أثر سلبي على الحمل في المستقبل، لكن وجدت حالات تؤكد خلاف ذلك.⁽³⁾

3. ومن الآثار السلبية للإجهاض على الأفراد، في بعض المجتمعات المحافظة يهجر من اقترفت هذه الجريمة اللإنسانية، ففي كامرون مثلا تجرد المرأة التي تقدم على الإجهاض تتهم بالمجون، و تطرد من البلد، وإن كانت طالبة تفصل من الدراسة. وفي بعض المجتمعات يقوم الناس بترديد أغاني ساخرة مع التصريح باسم المجهضة. بل حتى المناطق الريفية في مكسيك ينظر إليها نظرة ازدراء. وفي الفلبين، حيث

⁽¹⁾ ينظر: غازي مرجبا، إسمايل. البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية. ط1، (المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، شوال 1429هـ) ص: 75-80.

⁽²⁾ الشريف، عدنان. المرجع السابق. ص: 189.

⁽³⁾ 101 Reasons Not to Haave an Abortion. A girl's Gude to Informed Choices. Published by Serena Gaefke © 2010. pp.122-125.

أصبح للكنيسة الكاثوليكية نفوذ قوي، لا يقتصرون على وصمتها بالعار، ولكن في بعض الحالات تقوم بفعل ما يعتبر كفارة للذنب الذي ارتكبه. وفي غانا، ينظر إلى الإجهاض على أنه عمل مشين، وقد يتم هجران المجهضة وعائلتها ونبذها بلقب مستهجن. كما أن المراهقات والنساء غير المتزوجات يواجهن وصما مزدوجا؛ الحمل خارج إطار الزواج في المقام الأول، وإذا قمن بإجهاض الحمل يوصمن بعار آخر.⁽¹⁾

المطلب الثاني: أثر الإجهاض على الدول والمجتمعات.

وتظهر خطورة ظاهرة الإجهاض المطلق عند استقراء حالاته في العالم، فقد أثبتت منظمة International Planned Parenthood Federation (IPPF) أنه يعد الإجهاض المستحث (Induced Abortion) إجراء شائعا في جميع أنحاء العالم. وهناك حوالي 46 مليون حالة يتم إجراؤها كل عام، منها حوالي 20 مليون حالة من الإجهاض الغير آمن. وهناك حوالي 67000 حالة من وفيات الحوامل سنويا ترجع إلى الإجهاض الغير آمن والقوانين والتشريعات التي تحد من عمليات الإجهاض لا تقلل بصورة أساسية من العدد الكلي للإجهاض، ولكنها ترفع بصورة كبيرة نسبة الإجهاض الذي يتم بصورة غير آمنة.⁽²⁾

وفي تقرير مجلة لانسييت الطبية، أن عدد حالات الإجهاض في 2008 وصل إلى 43،8 مليون حالة.⁽³⁾ لو قارنا بين هذا العدد الرهيب وبين ما خسره العالم خلال الحرب العالمية الثانية التي بدأت شرارتها تشتعل عام 1939م وانتهت 1045م، استغرقت حوالي ست سنوات.

ومع أن تقديرات الخسائر تختلف باختلاف المؤسسات التي تشرف على جمعها، فإنه يمكن تقدير عدد الذين لقوا حتفهم ما بين المدنيين والجيش بحوالي 60 مليون أو يزيد. ولو فرضنا أن العدد وصل إلى 90 مليون كحد أقصى، فيقسم على الفترة المستغرقة لهذه الحرب؛ وهي ست سنوات، (90=6+15،000،000) أي 15 مليون. فتكون الخسائر الناتجة عن الإجهاض أضعاف خسائر الحرب العالمية الثانية. لعمري إنها لكارثة مدمرة. فهذه هي الأرواح التي يخسرها العالم، وهي خسارة أكبر من خسائر الحروب، ولكن لا يؤبه بها لأنها تحدث في جو مغاير لأجواء الحروب.

والله تعالى حرم القتل بغير حق بجميع صورته، وهذا ما يستنبط من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَاعِبَنَّكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَبَاعِبَهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽⁴⁾ وأقوال العلماء المفسرون تؤكد ذلك، يقول الحافظ ابن كثير رحمه الله تعالى:

(1) Singh S et al. Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress. New York: Guttmacher Institute. 2009. P.29

(2) الدليل الطبي لتقديم خدمات الصحة الإنجابية والحسنية، المرجع السابق نفس الصفحة.

(3) Lancet 2012;379:625-632. February 18. 2012. Published Online January 19. 2012. doi:10.1016/S0140-6736(11)61786-8.

(4) سورة الممتحنة، الآية: 12.

وقوله ﴿ولا يقتلن أولادهن﴾ وهذا يشمل قتله بعد وجوده، كما كان أهل الجاهلية يقتلون أولادهم خشية الإملاق، ويعم قتله وهو جنين، كما قد يفعله بعض الجهلة من النساء، تطرح نفسها لثلاث تجبل إما لغرض فاسد أو ما أشبهه.⁽¹⁾

وقال الإمام علي بن محمد الخازن: "أراد به وأد البنات الذي كان يفعله أهل الجاهلية ثم هو عام في كل نوع من قتل الولد".⁽²⁾ وقال محمد بن أحمد الشرييني: "ولا يقتلن أولادهن أي: بالوأة، ولا يسقطن الأجنة".⁽³⁾ وقال الإمام القرطبي رحمه الله: "أي لا يثدن الموءودات ولا يسقطن الأجنة".⁽⁴⁾

وقال الإمام نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي: "يعني ولا يقتلن بناتهن كما قتلن في الجاهلية، ويقال لا يشربن دواء فيسقطن حملهن".⁽⁵⁾ وفي التحرير والتنوير قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: والمراد بقتل الأولاد أمران: أحدهما الوأة الذي كان يفعله أهل الجاهلية بيناتهم، وثانيهما إسقاط الأجنة وهو الإجهاض.⁽⁶⁾ ومن الجدير بالذكر، أن الغرب لعب دورا هاما في ترويج الإجهاض، إذ يعتبر الاتحاد السوفياتي عام 1920م أول من أباحه، ثم منعت عام 1935م نظرا لحدوث عدد كبير من الوفيات بسبب الإجهاض، ثم لما بدأت موجة الإجهاض، قام الاتحاد السوفياتي بإباحته مرة أخرى عام 1955م، وتبعه في ذلك معظم الدول الشيوعية ما عدا ألمانيا، والدول الأوروبية الشرقية: المجر، وبولندا، وتشيكوسلوفاكيا، وألمانيا الشرقية عام 1956م.

وأول دول غير شيوعية تبيح الإجهاض هي اليابان عام 1948م حسب طلب الأم، وبدون وجود سبب طبي، وذلك بعدما تقدم عدد من النواب الأطباء بالمشروع، بسبب ارتفاع معدلات الإجهاض السري وأضراره على الأم.

أما في العالم الإسلامي، فتعتبر تونس أول دولة تبيحه لمن لديه خمسة أطفال، ثم أباحته حسب الطلب خلال الأشهر الثلاثة الأولى.⁽⁷⁾ إلا أن الثورات التي أطاحت ببعض الحكام وأنظمتهم قد تغير المسار التاريخي لقضايا كثيرة، منها قضايا الأسرة؛ والباحث إذ يقول ذلك لا ينكر ما جلبته بعض تكل الثورات من الويلات، حتى لتكاد مفاستها أن تربو على مصالحها، فعلى سبيل المثال ما حدث في سوريا من قتل المدنيين وتشريد من لم يلقوا حتفهم ليشكل ضرا ظاهرا بمقاصد الشريعة، فالدين لحقه الضرر بتدمير المساجد وقتل أو تشريد العلماء، والنفوس قتلت، والأموال ضيعت؛ بتدمير المتاجر والبيوت والممتلكات، والأعراض لا تسلم من

⁽¹⁾ ابن كثير، المرجع السابق، 100/8.

⁽²⁾ الخازن، علي بن محمد. المرجع السابق، 82/7.

⁽³⁾ الشرييني، محمد بن أحمد. تفسير السراج المنير. (بيروت: دار الكتب العلمية)، 288/4.

⁽⁴⁾ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن. 425/20.

⁽⁵⁾ إبراهيم السمرقندي، نصر بن محمد. بحر العلوم. تحقيق: د. محمود مطرجي. (بيروت: دار الفكر)، 418/3.

⁽⁶⁾ ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. (تونس: دار سحنون للنشر والتوزيع، 1997م)، 166/28.

⁽⁷⁾ انظر: قاسم، إبراهيم بن محمد. المرجع السابق، ص: 100-101 بتصرف.

المساس بها.

وإذا كانت نسبة الإجهاض الآمن في العالم قد بلغ في عام 2008 (15،811،110) خمسة عشر مليون، ثمانمائة وإحدى عشرة ألف ومائة وعشر إجهاض⁽¹⁾، علما بأن هذا مجرد أرقام قياسية، إذ توجد حالات لم يتم تسجيلها لأسباب كثيرة. فأى ضرر أكبر على المجتمع من هذا الذي يحصد أفرادَه حصداً، فإلى الله المشتكى.

فالأضرار كثيرة و متنوعة، وما خفي منها أكثر، فهي نتيجة حتمية لعاقبة المنحرفين عن تعاليم الدين، الذين اتخذوا إلههم هواهم، ﴿كَمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا وَكَمْ أَعْيُنٌ لَا يُبْصِرُونَ بِهَا وَكَمْ آذَانٌ لَا تَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ﴾⁽²⁾، فهي المجتمعات التي قننت الإجهاض تذوق وبال أمرها، ويمكن سرد هذه الأضرار في النقاط التالية:

1. انحراف الشباب والفتيات وظهور الفواحش والجرائم المتعلقة بالإباحة الجنسية، وأي مجتمع ينحرف الشباب فيه فهو آيل إلى الزوال والتفكك لا محالة
2. تقلص القوة الاقتصادية والثروة البشرية في المجتمعات التي انتشر فيها الإجهاض، فالنسل ثروة نفيسة، وقوة لا تعوض باختراعات تكنولوجية مبهرة، فالإجهاض:

"نزف للطاقت البشرية والاقتصادية، وباب مفتوح و دعوة صريحة للتخلل من القوانين الأخلاقية الحقبة التي تأمر بها الأديان الساوية. والمجتمعات التي سمحت بالإجهاض الاختياري تحصد اليوم قلقاً وتعاسة وضياعاً، جزاء وفاقاً لما سنته أيديهم من قوانين"⁽³⁾.

وأصغار حركة الإجهاض يستهدفون إلى وقف التضخم السكاني،⁽⁴⁾ فهو أفضل طريقة للتخلص من حمل غير مرغوب فيه، وفضله على استعمال موانع الحمل، لأنه قد يحصل الحمل مع استعمالها. كما أن موانع الحمل لا يحسن استخدامها إلا البعض من النساء المثقفات، أما الإجهاض فهو صالح للحضرة والريفية على حد سواء.

3. ظهور جرائم فظيعة غير معهودة، فقد استغللت عيادات الإجهاض هذه الجرية في تجارة أعضاء الأجنة المجهضة، إضافة إلى اتخاذ الإجهاض نفسه تجارة تدر لها الأموال. ومن اختلال الموازين أن تزعم الدول التي توسعت في أسباب إباحة الإجهاض، على أنه يعد وسيلة هامة من وسائل خفض نسبة الجرائم الاجتماعية والاقتصادية، لأنهم أدركوا أن غالبية المجرمين هم ممن ولدوا لأسرة غير شرعية - أي خارج إطار الزواج - فلما أبيح لهم إجهاض أي حمل غير مرغوب فيه، تم بذلك التخلص من عدد كبير من الأطفال الذين لو ولدوا

لأصبحوا مجرمين بالطبع. ورد في مجلة الاقتصاد الفصلية *The Quarterly Journal of Economics*

"More interesting and important is the possibility that children born after abortion legalization may on average have lower subsequent rates of criminality for either of two

(1) Gilda Sedhh, Susheela Singh and others. Perspectives on Sexual and Reproductive Health, 2011, Volume 43, Number 3, September 2011:188-198, doi: 10.1363/4318811. P. 191

(2) سورة الأعراف، الآية: 179.

(3) الشريف، عدنان. المرجع السابق. ص: 189.

(4) Richard A. Schwartz, M.D. The Social Effects of Legal Abortion. American Journal of Public Health (AJPH). October, 1972, Vol.62, No. 10. P.1332.

reasons. First, women who have abortions are those most at risk to give birth to children who would engage in criminal activity. Teenagers, unmarried women, and the economically disadvantaged are all substantially more likely to seek abortions. Recent studies have found children born to these mothers to be at higher risk for committing crime in adolescence.⁽¹⁾

الترجمة: (الأمر الذي هو أكثر إثارة للاهتمام، هو احتمال انخفاض معدلات الإجرام في الأطفال الذين ولدوا بعد إباحة الإجهاض، وهذا قد يكون لأحد سببين. أولاً، النساء اللواتي قمن بالإجهاض هن الأكثر عرضة لخطر ولادة أطفال ينخرطون في النشاط الإجرامي. ثانياً: المراهقات والعازبات، والمحرومات اقتصادياً، من المرجح إلى حد كبير أن يلجأن إلى الإجهاض؛ وقد اكتشفت الدراسات الحديثة أن الأطفال الذين يولدون لهؤلاء الأمهات، أنهم سيكونون أكثر عرضة لارتكاب الجريمة في مرحلة المراهقة).

4. وبما لحق بالمجتمعات الميحة للإجهاض من الأضرار الاجتماعية، التزايد الملحوظ لعدد كبار السن، ما يعني تقلص الأيدي العاملة في المؤسسات الحكومية والقطاعات الخاصة.

"For the first time, people aged 65 and over are expected to outnumber children under age 5. The global population aged 65 and over was estimated to be 506 million as of midyear 2008, about 7 percent of the world's population. By 2040, the world is projected to have 1.3 billion older people-accounting for 14 percent of the total".⁽²⁾

الترجمة: (من المتوقع لأول مرة أن يفوق عدد المسنين - الذين تتراوح أعمارهم بين الخمس والستين فصاعداً- عدد من كانوا في سن الخامسة من الأطفال. ويقدر عدد سكان العالم الذين تتراوح أعمارهم بين الخامسة والستين فصاعداً 506 مليون نسمة في عام 2008م، حوالي 7% من سكان العالم. وبحلول عام 2040م، يتوقع أن يصل هذا العدد إلى 1.3 مليار نسمة من كبار السن، أي حوالي 14% من إجمالي سكان العالم).

ولعل هذا هو تفسير ما قامت به أستراليا عام 2004م، حين قدمت برنامج التشجيع على الإنجاب، وخصص مبلغ 3,000 دولار لكل ولادة. كما أن كوريا الجنوبية تقدم حوافز مالية للأزواج مقابل إنجاب طفل ثان.⁽³⁾

فتبين أن الله تعالى أعلم بمصالح عباده منهم، حيث إنه من تشريعاته دعا إلى التناسل، لأن الثروة البشرية لها أبعادها في توطيد دعائم المجتمعات، ولا تعوض بشيء من الاكتشافات التكنولوجية، فالذين اغتروا بما اخترعوه من التقنيات الحديثة، وحسبوا أنهم بذلك يستغنون عن الثروة البشرية، فقد كذب الواقع نظريتهم.

ولقد حذر البابا بنيدك السادس عشر الأوربيين - في فيينا بأستراليا - من الانقراض بسبب اعتناقهم للإجهاض، قائلاً:

"Europe, he said, may extinguish itself, in numbers and spirit, if it embraces abortion and

⁽¹⁾ John J. Donohue III and Steven D. Levitt. THE IMPACT OF LEGALIZED ABORTION ON CRIME. The Quarterly Journal of Economics (QJE) Published by the Oxford University Press Vol. CXVI, May 2001, Issue 2. P.381

⁽²⁾ Kelvin Kinsella and Wan He. U.S. Census Bureau, International Population Reports, P95/09-1, An Aging World: 2008, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, 2009. P.7

⁽³⁾ Kelvin Kinsella and Wan He. P.25

rejects Christianity, which he said “profoundly shaped the continent”⁽¹⁾

ترجمة: (قال: قد تسبب أوروبا في انقراض نفسها بنفسها عدديا و روحيا، إذا استمرت في احتضان الإجهاض ورفض الديانة النصرانية، التي - على حد قوله - شكلت القارة).

الخاتمة:

نتائج البحث :

- أن الإجهاض لا يجوز إلا في حالة إنقاذ حياة الأم بشهادة أطباء من العدول. وعدم الجواز يشمل جميع مراحل نموه في الرحم، فلم يجد الباحث دليلا يميز إباحة الإجهاض في مرحلة من مراحلها بلا عذر شرعي.
- دعاة تحديد النسل إنما يريدون قطع نسل غيرهم، وحوادث اليوسنة والمهرسك وما عومل به مسلمي الروهنجا خير دليل على إرادة تقليل نسل المسلمين بكل الوسائل.
- يُعدُّ الغرب بمنظّماته وعملائه العلمانيين أكبر مهدد للنظام الإسلامي للأسرة، وينفق أموالا كثيرة لدعم حركة تحديد النسل، المبلغ الذي لو أنفق في توفير المواد الغذائية وفي قطاع التعليم لما وجد من لا يقدر على إطعام أولاده أو تعليمهم. ولكن سوء التدبير والتوزيع يحول دون ذلك. وهذا الذي يؤكد وجود أجندا خفية وراء برامج تلك المنظمات التي تتظاهر بتقديم المساعدات الإنسانية للمحتاجين، وما تخفي صدورهم أكبر.
- وجوب الحفاظ على مقصد النسل من جانبي الوجود والعدم، وأنه لا يوجد بديل للزواج الشرعي، ومتى تساهل الناس في أمر الزواج وأهملوه فإن الدمار والانحلال الأخلاقي واقع بهم لا محالة، والغرب الذي أعطى شعبة الحرية الجنسية، ويسر لهم سبل الإباحية؛ يعاني اليوم من ويلات ما صنعت أيديهم.

التوصيات :

- ضرورة توسيع وتعميق البحث فيما يتعلق بالاجتهاد في النوازل المتعلقة بمقصد النسل، وتحديد ما يدخل في المصالح والمقاصد الشرعية وما لا يدخل فيها، ثم تقديمها إلى السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية من أجل مواجهة جميع القضايا ذات الصلة بمقصد النسل.
- ضرورة إيجاد منظمات إسلامية تموّل من قبل الدول الإسلامية، لتحل محل المنظمات الغربية، التي تستغل فرصة تقديم المعونات إلى مجتمعات إسلامية-خصوصا الدول الفقيرة- لتنتشر فيها أفكارها و تنفذ مخططاتها.
- إدخال مادة آداب الطبيب المسلم في مقررات كليات الطب في الدول الإسلامية، فإذا كان الأطباء على قدر من الوعي بدينهم، فإنه يصعب أن يجروا عمليات جراحية غير شرعية، كالإجهاض أو تغيير الجنس. كما أنهم لا يرضون بالعمل تحت منظمات غريبة تهدف إلى هدم دينهم ونشر الرذائل بين أفراد مجتمعاتهم مقابل عرض من الدنيا زائل.

قائمة المصادر والمراجع :

أولا : القرآن الكريم .

1. إبراهيم السمرقندي، نصر بن محمد. بحر العلوم. تحقيق: د. محمود مطرجي. (بيروت: دار الفكر)،

⁽¹⁾ The New York Times. Published: September 8, 2007.

2. ابن بطال، علي بن خلف بن عبد الملك. 1423هـ-2003م. شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض: مكتبة الرشد، ط2.
3. ابن حنبل، أحمد. مسند أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. ط1، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416هـ-1995م)،
4. ابن عاشور، محمد الطاهر. تفسير التحرير والتنوير. (تونس: دار سحنون للنشر والتوزيع، 1997م)،
5. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد. المغني. تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلو. كتاب الوصايا، ط3، (الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1417هـ-1997م)،
6. أبو الأعلى المودودي، حركة تحديد النسل، (بيروت: مؤسسة الرسالة، طعة 1399م
7. أحمد المبيض، محمد. مصلحة حفظ النفس في الشريعة الإسلامية، (مؤسسة المختار للنشر والتوزيع
8. أحمد بن سعيد، علي. المحلى. كتاب الهبات، (القاهرة: إدارة الطباعة المنيرية، 1351هـ)،
9. حسن السندي، حسن. عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد: 44، ذو القعدة 1429هـ.
10. الدليل الطبي لتقديم خدمات الصحة الإنجابية والحنسية. ط3، 2004 (International Planned Parenthood Federation
11. الرازي، محمد بن عمر. أخلاق الطبيب. تحقيق: الدكتور عبد اللطيف محمد العبد. ط1، (القاهرة: مكتبة دار التراث، 1397هـ-1977م)،
12. السرجاني، راغب. قصة العلوم الطبية في الحضارة الإسلامية. ط1، (القاهرة: مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع والترجمة، 1430هـ - 2009م)،
13. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، (دار الفكر. دمشق - سورية. الطبعة: تصوير 1993 م الطبعة الثانية 1408 هـ = 1988 م).
14. سعيد التنوخي، سحنون. المدونة الكبرى للإمام مالك. (مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، 1323هـ).
15. سنن الترمذي. تحقيق: إبراهيم عطوة عوض. كتاب الجهاد، باب ما جاء في الاستفتاح بصعاليك المسلمين. ط1، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1382هـ-1962م)،
16. الشريفي، محمد بن أحمد. تفسير السراج المنير. (بيروت: دار الكتب العلمية)،
17. الشريف، عدنان. 1990م. من علم الطب القرآني: الثوابت العلمية في القرآن الكريم. دار العلم للملايين، ط1.
18. الشريف، عدنان. من علم الطب القرآني: الثوابت العلمية في القرآن الكريم. ط2، (دار العلم للملايين، 1990م)،
19. الشمروخ، ناهدة عطا الله. تطبيقات القواعد الفقهية في الأحكام الطبية، قاعدتان: لا ضرر ولا ضرار والمشقة تجلب التيسير. (قدم إلى اللجنة المنظمة لندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية التي تنظمها الشؤون الصحية بمنطقة الرياض - إدارة التوعية الدينية).
20. الشنقيطي، محمد المختار. أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها. ط2، (جدة: مكتبة الصحابة، 1415هـ-1994م)،
21. علي بن عبد الكافي السبكي، عبد الوهاب. الأشباه والنظائر. تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض. ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م)،
22. علي البار، محمد. 1405هـ-1985م. مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية. الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط1.
23. علي البار، محمد. مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية. ط1، (الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1405هـ-1985م)،
24. العيني، محمود بن أحمد... عمدة القارئ شرح صحيح البخاري. كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ-2001م).

25. غازي مرحبا، إسمايل. البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية. ط1، (المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، شوال 1429هـ).
26. القاموس المزدوج عربي - إنكليزي، إنكليزي - عربي. مكتب الدراسات والبحوث. ط3، (بيروت: دار الكتب العلمية، 2008م).
27. الماوردي، علي بن محمد. الحاوي في فقه الشافعي، ط1، (دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994
28. المباركفوري، أبو العلي محمد عبد الرحمن. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
29. المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية. القاهرة ط2 1392 هـ. 1972 م.
30. المتاوي، عبد الرؤوف. فيض القدير شرح الجامع الصغير. ط2، (بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، 1391هـ-1972م)،
31. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 32.
32. هلاي، سعد الدين. القضايا الطبية المستحدثة وحيثيات أحكامها الشرعية من واقع توصيات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ط15، (ندوات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية).
33. اليحصي، عياض بن موسى. مشارق الأنوار على صحاح الآثار. تونس: المكتبة العتيقة.
34. يعقوب الفيروز آبادي، محمد. القاموس المحيط. باب الصباد فصل الميم والنون. (الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1398هـ-1978م).
35. 101 Reasons Not to Haave an Abortion. A girl's Gude to Informed Choices. Published by Serena Gaefke © 2010.
36. 101 Reasons Not to Haave an Abortion. A girl's Gude to Informed Choices. Published by Serena Gaefke © 2010
37. Gilda Sedhh• Susheela Singh and others.Perspectives on Sexual and Reproductive Health• 2011
38. Grant• G• Killer Angel: A Biography of Planned Parenthood's Founder• Margaret Sanger•Ars Vitae Press Franklin• Tennessee and The Reformer Library New York• New York. ISBN 1-887690-026• p. 51• © 1995.
39. John J. Donohue III and Steven D. Levitt. THE IMPACT OF LEGALIZED ABORTION ON CRIME.The Quarterly Journal of Economics (QJEPublished by the Oxford University Press Vol. CXVI• May 2001
40. Kelvin Kinsella and Wan He. U.S. Census Bureau• International Population Reports• P95/09-1• An Aging World: 2008• U.S. Government Printing Office• Washington• DC• 2009
41. Richard A. Schwartz• M.D. The Social Effects of Legal Abortion. American Journal of Public Health (AJPH). October• 1972
42. Singh S et al. Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress• New York: Guttmacher Institute• 2009
- World Abortion Policies 2011. UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs Population Division. Printed in the United State of America. 11-25873-March 2011-4•000.

المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي والإشكالات التي يثيرها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بقلم

د. جمال غريسي

أستاذ محاضر بقسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

ghressi83@gmail.com

ملخص

يعتبر التلقيح الصناعي نتاج التطور العلمي الحديث في مختلف الميادين، ومنها علم الأجنة والموروثات، وسمي بالتلقيح الصناعي لأنه لا يتم بالأساليب الطبيعية المعروفة، بل يتم باستعمال تقنيات آلية ومخبرية من صنع الإنسان.

ولقد حقق نجاحا باهرا في علاج الكثير من حالات العقم بين الأزواج، غير أن العمل بهذه التقنية يجب ألا يكون متروكا لهوى الأفراد وجشع الأطباء، بل ينبغي أن يكون محاطا بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية التي تراعي النظام العام والثوابت المستمدة من الشريعة الإسلامية.

وقد أبحاث الشريعة الإسلامية بعض صور التلقيح الاصطناعي كعلاج للعقم، واستجابة لهذا التطور سلك المشرع الجزائري نفس مسلك الشريعة وأجاز هذه التقنية من خلال المادة 45 من قانون الأسرة مع احترام ضوابط الحفاظ على الأنساب وقدسيتها الأسرة.

وبالرغم من أهمية هذه التقنية في حل العديد من المشاكل الزوجية، إلا أنها أثار الكثير من المشاكل الأخلاقية والاجتماعية، وأحدثت جدلا كبيرا في مدى مشروعيتها بعض صورها كاستئجار الرحم، أو استعمال الأم البديلة، أو التبرع بمني ذكري أو بويضة أنثى أو تلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفى أو الصراع حول من والد الطفل ولمن ينسب، ولا شك أن كل هذه الظواهر التي رافقت التقنية حملت في طياتها العديد من المضار والمخاطر والإشكالات التي نجمت عن تدخل أطراف أجنبية فيها.

مقدمة

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في تكوين المجتمع، وهي ذات أهمية بالغة كونها النظام الاجتماعي الذي يرضى أفراد المجتمع، وبصلاح الأسرة يصلح المجتمع.

وموضوع مداخلتنا يتعلق بأبرز هدف من أهداف الأسرة وهو استمرار النسل عن طريق الإنجاب، فحاجة الإنسان إلى الإعمار تعتبر ضرورة فطرية منذ وجوده وهو ما حث عليه الإسلام، غير أن هذه الحاجة قد لا تتحقق رغم الرغبة الشديدة لها من الزوجين، نتيجة عواقب مرضية تحول دون ذلك، وترجع أساساً إلى العقم. ونظراً للتطور الهائل لوسائل البحث والتكنولوجيا الحديثة توصل العلماء والباحثون إلى اكتشاف طريقة صناعية تصدت لمشكلة عدم الإنجاب عند الزوجين، فأصبح التلقيح يحدث بغير الوسيلة الطبيعية سواء داخل الرحم أو خارجه عن طريق ما يسمى "بطفل الأنبوب"، وهو الإنجاب الاصطناعي الذي شرع لمعالجة حالات العقم وعدم الإخصاب عند أحد الزوجين أو كليهما حينما يستعصي علاجها بالطرق الطبية التقليدية. وإذا كان التلقيح الاصطناعي من شأنه معالجة العديد من المشاكل الزوجية التي تنشأ فور الزواج، إلا أن استخداماته المختلفة أثارت العديد من المشاكل الدينية والأخلاقية والقانونية والاجتماعية لا حصر لها والمتمثلة في استئجار الرحم، أو استعمال الأم البديلة، أو التبرع بمني ذكري أو بويضة أنثى أو تلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفى... الخ، وكل هذه المشاكل نجمت عن تدخل أطراف أجنبية على خلاف صورة الإنجاب الطبيعي.

وإذا كانت الاكتشافات الطبية كالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي قد أثارت العديد من الإشكالات التي باتت تشكل خطراً على الفرد والمجتمع، فمن هنا نطرح الإشكالية الرئيسية لهذه المداخلة وهي:

- ما مدى أهمية المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي؟ وما هي الإشكالات التي تطرحها هذه العملية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت المداخلة إلى مبحثين:

المبحث الأول: المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي

المبحث الثاني: إشكالات التلقيح الاصطناعي

المبحث الأول: المبادئ التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي

سأنتقل في هذا المبحث إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي، ثم موقف كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري منه، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

يعتبر التلقيح الاصطناعي أو الصناعي طريق غير طبيعي للإنجاب، وأصبح مهماً جداً في العصر الحالي لحل مرض العقم، وهذه التقنية أصبحت ضرورية للجوء إليها من طرف الأزواج، وللتعرف أكثر على هذه التقنية الحديثة سأقوم بتعريفها لغة واصطلاحاً، وذكر شروطها وضوابطها والتعرف على صورها.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي لغة

1- التلقيح مأخوذ من مادة (ل ق ح) والملاقح ما في البطون وهي الأجنة، واللحاق اسم ماء الفحل من الإبل

والخيل، ثم استعير في النساء¹.

- ويعرف أيضا: فاللام والقاف والحاء أصل صحيح يدل على إقبال ذكر لأثى، ثم يقاس عليه ما يشبه به من لقاح النعم والشجر، أما النعم فتلقحها ذكراؤها، وأما الشجر فتلقحه الرياح².

2- تعريف كلمة الاصطناعي لغة: الصناعي من مادة صَنَعَهُ يَصْنَعُهُ صُنْعًا، فهو مصنوع وصنيع عمله واصطنعه، واتخذ، أما الاصطناعي: فيقال: اصطنع فلان خاتما، إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما³.

ثانيا: تعريف التلقيح الاصطناعي اصطلاحا

-التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم داخل "الأنابيب" لكون الزوجة تعاني من العقم لانسد قناة "فالوب" لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها وبين رحمها، ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي⁴.

- هو إدخال المني في المهبل بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم⁵.

- هو عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة ويتحقق بإدخال مني زوجها أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي⁶.

- ويقصد بالتلقيح الاصطناعي الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين، إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتها في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما، ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها⁷.

- والتلقيح الاصطناعي عبارة عن إدخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم، ويسمى هنا "بالتلقيح الداخلي"، أو عن طريق إخصاب بويضة الزوجة بغير الطريق الطبيعي، وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للزوج داخل أنبوب الاختبار وإعادة زرعها داخل رحم الزوجة ويسمى "بالتلقيح الخارجي"⁸.

1- بن منظور، لسان العرب، ج2، مادة لقح، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1995، ص580.

2- بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الجبل، بيروت، لبنان، 1999، ص261.

3- المرجع نفسه، ص345.

4- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2015، ص247.

5- عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2008، ص106.

6- سارة الشافعي سعيد الهاجري، الأحكام المتصلة بالعقم والإنجاب ومنع الحمل في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2007، ص303.

7- لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص8.

8- سعيد فرمجات، التلقيح الاصطناعي وإشكالاته القانونية في التشريع الجزائري، (شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة)، جامعة الوادي، 2016/2017، ص9، نقلا عن: زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، بيروت، ط1، 1993، ص337.

الفرع الثاني: شروط وضوابط التلقيح الاصطناعي

انطلاقاً من الضوابط الشرعية التي حددتها الشريعة الإسلامية، نص المشرع الجزائري على هذه الشروط والضوابط في الفقرة الثانية من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري¹، حيث لم يتم التفصيل فيها مما يضطرنا الرجوع إلى أحكام الشريعة وفقاً للمادة 222 من نفس القانون، لحل بعض المسائل التي لم يتكلم عنها المشرع، وقد حدد المشرع الجزائري شروط لا بد أن تخضع لها عملية التلقيح الاصطناعي وهي:

أولاً: أن يكون الزواج شرعياً

لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين إلا بناء على عقد زواج صحيح مستوف لجميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية وفقاً للمادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة²، فقد شرع التلقيح أساساً لعلاج العقم بين الزوجين، ويشترط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة لا حكماً عند إجراء العملية، ويتم التلقيح الشرعي والقانوني بأخذ ماء الزوج وبويضة صالحة للإخصاب من زوجته الشرعية، ثم تنقل بعد ذلك إلى رحمها بعد تأكد الأطباء من وجود عقد زواج بينها³.

فالتلقيح وفقاً لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، قاصر على الزوجين فقط، وعليه إذا دخل عنصر أجنبي بينهما كانت الحرمة وعدم المشروعية، فوجود العلاقة الزوجية ضمانة على نقاء الأسباب وعدم اختلاطها، ومبررة لمصلحة الطفل الذي سيولد، حيث يعتبر الزواج ضمانة حقيقية توفر له الاستقرار بوجود أبوين يسهران على رعايته وتربيته⁴.

وهذا الشرط يكون المشرع قد سلك مسلك الشريعة باشتراطه أن يكون الزواج قائماً فعلياً وحقيقياً، وذلك لأجل تحقيق الهدف من التلقيح الاصطناعي وهو علاجه لمشكلة عدم الإنجاب بين الزوجين.

ثانياً: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما

تجرى عملية التلقيح الاصطناعي بناء على رغبة الزوجين حال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يجوز شرعاً وقانوناً استخدام مني الزوج في تلقيح زوجته بعد انقضاء الرابطة الزوجية بينهما بالفسخ أو بالطلاق أو بالموت⁵.

فإجراء هذه العملية يستلزم بالضرورة موافقة الزوجين معاً، ويحق لكل طرف أن يقدر ما إذا كانت هذه

¹ - قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية عدد 15، 2005.

² - انظر المادتين 09 و09 مكرر من ق.أ.ج.

³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 280.

⁴ - سعيد فرمجات، المرجع السابق، ص 26، نقلاً عن: قادة بن علي، موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من التلقيح الاصطناعي، مجلة الراشدية، المركز الجامعي بمعسكر، العدد 1، فيفري 2008، ص 58.

⁵ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 281.

العملية تتوافق مع عقيدته وقناعاته الشخصية وظروفه الاجتماعية، فالرضا المعلن عنه في هذا الشأن شخصي وصريح لا يكتنفه أي غموض، ويعد الرضا من بين أسباب الإباحة لإجراء أو القيام بأي عمل طبي.

وإذا كان الرضا شرط جوهرى لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي فإن رفض أحد الزوجين أو كلاهما لهذه التقنية يتوجب احترام هذا الرفض ويتم توقيف إجراء العملية.¹

فلا يجوز من الناحية الشرعية والقانونية أن يتم التلقيح بعد وفاة الزوج أو حدوث طلاق بينهما، لما يترتب على ذلك العديد من المشاكل الاجتماعية والأخلاقية، وهي مرفوضة رفضا تاما في الشريعة الإسلامية، وذلك لأن الإنجاب الشرعي لا يتم إلا في إطار الزوجية الصحيحة القائمة، فإذا انتهى عقد الزواج بالموت أو الطلاق فإن التناسل بين الزوجين يعتبر باطلا.²

ولهذا فإن المشرع الجزائري ومنعاً من التلاعب في قضايا إثبات النسب، يمنع أخذ نطف من رجل (اللجوء إلى بنوك حفظ السائل المنوي) وتلقيح امرأة بها، دون أن يكون بينها عقد زواج شرعي، حتى ولو كان السائل المنوي لزوجة المتوفى عنها، فكما أن الحياة الزوجية تنتهي بوفاة أحدهما، فبالتالي لا يعقل أن تحمل المرأة دون رابطة زوجية ولو كان ذلك ممكن عمليا.

وباعتبار أنه يجب أن يصدر الرضا أثناء الحياة الزوجية فلا يجوز المطالبة بالتلقيح بعد انتهاء العلاقة الزوجية سواء بالوفاة أو الطلاق، فالإنجاب بطريق التلقيح لا يختلف عن الإنجاب الطبيعي إلا في الوسيلة المستخدمة، وكما يستحيل الإنجاب بالطريق الطبيعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية، لا يجوز التلقيح كذلك بعد انتهاء العلاقة.³

ولقد أحسن المشرع صنعا بتركيزه على ضوابط عملية التلقيح الاصطناعي وشروطها القانونية، لما أصبح موجود في الوقت الحاضر من بنوك للحيوانات المنوية والنطف والتخصيب الاصطناعي ومختبرات للأبحاث العلمية والطبية حول الأجنة الأدمية.⁴

ثالثا: أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها

لما كانت عملية التلقيح الاصطناعي لا تتم إلا في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة القائمة، فمن الطبيعي جدا أن يشترط لإتمامه استخدام منى الزوج وبويضة الزوجة دون أي تدخل أجنبي.

وهذه هي الصورة الشرعية والقانونية التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في

¹ - بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، (مذكرة ماجستير) كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص 11.

² - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الثقافة عمان، 2012، ص 510.

³ - بغدالي الجيلالي، مرجع سابق، ص 12.

⁴ - العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 282.

دورته الثامنة في 28 يناير 1985 بمكة المكرمة من أن: "التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بباء زوجها في أنبوبة ثم توضع في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال للضرورة الشرعية ومن باب التداوي المشروع وينسب المولود لأب والأم.

وعلى هذا الأساس يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بباء رجل غير زوجها، وكذا البويضة من زوجة أخرى ولقحت بباء الزوج، كما أنه لا يجوز شرعا وقانونا للزوجين استئجار أو استعارة رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما (وهو ما يسمى بالرحم المستأجرة، لأن شرعية عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين تقوم على وجوب تلقيح الزوجة بباء زوجها دون سواه وباستعمال رحمها لا رحم امرأة أخرى¹.

وعليه يجب أن تتم العملية أمام جهة علمية موثوقة وحضور الزوج، إذ لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل فيه مع الفروج المحصنة ويتج عنه طفل شرعي ولا شك في نسبه إلى والديه.

الفرد الثالث: صور التلقيح الاصطناعي

للتلقيح الاصطناعي صورتين أساسيتين أقرهما المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة وهما:

التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي، وقد أقر المجمع أن الأساليب التي يجري بها التلقيح لاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاء هي سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي أسلوبان، وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعا² وهي:

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي

ويتم بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من باطن المرأة، وتسمى أيضا "الاستدخال" وهي العملية التي يتم عن طريقها إدخال حيوانات منوية نشطة في الرحم وقت التبويض وذلك بحقن السائل المنوي بواسطة محقن مخصص لذلك عبر جدار عتق الرحم³، وهذه الطريقة لها صورتان:

1- التلقيح الاصطناعي الداخلي بمني الزوج: وهي أن تأخذ النطفة الذكرية من الزوج وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته ويقع التلقيح بينهما، ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله كما في حالة الجماع، وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور يمنعه من إيصال مائه إلى مهبل الزوجة⁴.

2- التلقيح الاصطناعي الداخلي بمني غير الزوج: وهي أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموقع المناسب

¹- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 283، 284.

²- انظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقد بمكة المكرمة، ص 137-144.

³- سعيد فريجات، مرجع سابق، ص 12.

⁴- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة، ص 138.

من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخلها، ثم العلوق في الرحم، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيماً لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من غيره¹، وهذا الأسلوب منعه المشرع الجزائري طبقاً للمادة 45 مكرر، وبهذا يكون قد سار على نهج الرأي الغالب من الفقه المعارض لهذه العملية، وكذلك أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل طرف أجنبي على العلاقة الزوجية.

ثانياً: التلقيح الاصطناعي الخارجي

ويتم بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة²، ويلجأ الأطباء لهذا التلقيح حال تعذر الحمل عن طريق التلقيح الداخلي كانسداد قناة فالوب عند المرأة أو وجود عيب خلقي، أو نتيجة التهابات وغيرها³. وهذه الطريقة أيضاً لها صور:

1- التلقيح الاصطناعي بواسطة أنبوب الاختبار: وهي أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من مبيض زوجته فتوضع في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق ككل جنين ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلد الزوجة وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الانجاز العلمي، ويلجأ إليه عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد الأنبوب الرحمي لها⁴.

2- التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة: في هذا المقام نتكلم عن المرأة المتطوعة بالحمل والغريبة عن الزوج، ففي هذه الحالة نجد بأن نتائج هذا الحمل سيكون له أمان الأم صاحبة البويضة أصلاً والأم التي حملته ووضعت، وهذه الصورة لها عدة أساليب:

أ- أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته، ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً، ولكن رحمها سليماً قابل للعلوق اللقيحة فيه⁵.

ب- أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها، ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ولكن مبيضها سليم مستج أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها فتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها⁶.

1- المرجع نفسه، ص 138.

2- المرجع نفسه، ص 137.

3- سعيد فرجات، مرجع سابق، ص 16.

4- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة، ص 138، 139.

5- المرجع نفسه، ص 139.

6- المرجع نفسه، ص 139.

ت- هو نفس الأسلوب السابق لكن المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتطوع لها ضررتها لحمل اللقيحة عنها، وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات بل في البلاد التي تبيح التعدد¹.

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي

حدد فقهاء الشريعة الإسلامية طرق التلقيح الاصطناعي وقرروا أن الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل حينما يكون مصدر الحيوان المنوي والبويضة هما الزوج والزوجة، وهذه الأخيرة إذا كانت تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها فلا حرج من اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي عند الضرورة العلاجية مع أخذ الاحتياطات اللازمة من اختلاط اللقائح في أنابيب الاختبار وغني ذلك من المحاذير الشرعية (وجود بنوك المنى والأجنة المجمدة)².

وعلى هذا الأساس تناول الفقهاء المعاصرون هذه المسألة على كل المستويات، وأوصوا بأن لا تتم عمليات التلقيح إلا في حالة الضرورة بين زوجين مرتبطان بعقد شرعي حال حياتها ودون تدخل طرف ثالث في هذه العملية، فلا يكون التلقيح بهاء محفوظ بعد فراق الزوجين بطلاق أو وفاة أو غيرهما، إذ يمنع شرعا الاحتفاظ بالمني من الزوج، ولا يسمح بقيام ما يسمى بنوك المنى³.

وعملية التلقيح الاصطناعي تدخل في نطاق الإباحة الشرعية من باب التداوي المشروع بجميع الوسائل لعلاج أمراض العقم وعدم القدرة على الإنجاب الطبيعي، ورغم هذا لا يجوز شرعا إجراء عملية التلقيح بين رجل وامرأة لا يجمعهما⁴ عقد زواج شرعي، ولا بين زوجين استعارا رحم امرأ أجنبية لحاضنة لمائهما، ولا لزوجة لقحت بهاء رجل غير زوجها ولا تجرى هذه العملية داخليا أو خارجيا إلا بقصد العلاج عند الحاجة أو الضرورة، كما أنه لا يجوز استبدال أو خلط منى الإنسان بغيره ولا التعامل مع تجار النطف واللقائح وباعة الأبضاع ولا يجوز إنشاء بنوك الأجنة المجمدة.

وعليه فإنه يندب علاج عدم الإنجاب بالوسائل الشرعية، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب، وبأن يقع الإنجاب بين زوجين دون تدخل طرف ثالث (متبرع بالمني أو البويضة أو اللقيحة الجاهزة أو الرحم)، مع الاحتياط للأمراض التناسلية.

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب بالتعديل الحاصل بموجب الأمر رقم 02/05، والذي أحدث قفزة ونوعية في موقف المشرع الجزائري مقارنة بما كان عليه، لذا ستطرق

1- المرجع نفسه، ص 140.

2- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 276.

3- المرجع نفسه، ص 277.

4- المرجع نفسه، ص 278، 279.

لموقفه قبل التعديل وبعده.

أولاً: موقف المشرع قبل التعديل

في مرحلة ما قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05، أين كان المشرع يشترط الاتصال والزواج الشرعي، غير أنه يلاحظ على المشرع الجزائري أنه ترك مصطلح الاتصال دون تفسير ولم يشترط الاتصال الطبيعي، ومن ثم يمكن أن يكون الاتصال اصطناعي، ومن هنا تطرح فرضيتين نلخصهما كالتالي:

- أخذ المشرع الجزائري في الحسبان أن للاتصال بين الزوجان صورتين إحداهما طبيعية وهي الأصل، والأخرى اصطناعية وهي الاستثناء.

- تجاوز المشرع الجزائري سهواً أو عمداً لفكرة التلقيح الاصطناعي، وكان بعيداً عن إجازة مجمع الفقه الإسلامي للتلقيح الاصطناعي بشروط منذ أمد بعيد، مع ترجيحنا للفرضية الثانية ودليلنا في ذلك موقفه الثاني في مرحلة ما يهد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 أين برز جلياً تأثيره بالتقنية بالنص صراحة على جوازية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، مع تحديد شروط اللجوء إلى التقنية.

ثانياً: موقف المشرع بعد التعديل

سلك المشرع الجزائري بدوره ما سلكته الكثير من التشريعات العالمية التي أقرت تقنية التلقيح الاصطناعي، حيث أجاز المشرع الجزائري صراحة هذه التقنية بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ووضع لها إطار قانوني وضوابط تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن خلال نص المادة 45 مكرر فإننا نلاحظ أن المشرع قد أورد فيها حكم التلقيح وشروطه وما يمنعه.

1- حكم التلقيح الاصطناعي: لقد ورد بشأن هذه المسألة العبارة التالية في المادة 45 مكرر الفقرة الأولى: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي" وما يمكن فهمه من هذه المادة هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة فهو جائز، لكن بالاطلاع على سير هذه العملية في بعض الدول التي أخذت به فإن هذه الفقرة تظهر قاصرة وتطرح عدة تساؤلات: هل يمكن لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون إثبات الحالة المرضية ومحاولة العلاج؟ أم فقط يجوز للأزواج الذين ثبت لديهم العقم نتيجة عيب سواء وجد عند الزوج أو الزوجة يمنع من تلاقي البويضات والحيوان المنوية؟ وهل أنه يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب و الاتفاق مع الطبيب أم لابد من إجراءات تتبع في ذلك كضرورة المرور على لجنة طبية الأمر الذي سيضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم كما في الحالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماماً لاسيما أنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق نتائجها وهي حصول الحمل؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية فلا تلحق المرأة بهاء رجل أجنبي عنها¹.

¹ - لامية العوفي، مرجع سابق، ص 22.

2- مانع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي: تنص المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري على: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة". فهذا المنع هو في الحقيقة شرط آخر مكمل للشروط السابقة لأنه إذا اكتفينا بالشروط السابقة فيفهم أن المهم فقط هو أن يكون الزوجين هما مصدرى البذرتين ولا يهم أين تزرع اللقيحة بعدها وهذا مالا يتفق مع الأساليب الثلاثة التي أجازها فقهاء الشريعة الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو منع صريح لبعض صور أو أساليب التلقيح الاصطناعي أي أن المشرع أعطى شروط عامة لإجراء التلقيح الاصطناعي وفي الفقرة الأخيرة أورد حكما لبعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي هو في نفس الوقت شرطا مكملا للشروط الأخرى. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منع اللجوء إلى الأم البديلة ولم يستثن حتى صورة التلقيح الخارجي المذكورة - وهي زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية- رغم أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي وجل فقهاء الشريعة أجازوها شرعا¹، وحسب رأينا فإن المشرع الجزائري، وإدراكا لصعوبة تجسيد عملية التلقيح الاصطناعي في هذه الصورة، وللمخاطر والشكوك التي يمكن أن تشوب نسب الطفل من حيث أمه على النحو الذي ذكرناه آنفا لم يقر بهذه الصورة واضعا إياها في حكم الأم البديلة.

المبحث الثاني: إشكالات التلقيح الاصطناعي

إن الغاية الأساسية من وراء تقنية التلقيح الاصطناعي تتمثل في القضاء على مشكلة العقم وتحصيل الذرية، ولكن ظهور هذه التقنية غيرت من مفهوم الأبوة والأمومة فظهرت عدة مشاكل من بينها مشكل تحديد النسب، ومشكل بنوك الأجنة وحفظ السائل المنوي... الخ، والتي ستطرق إليها من خلال المطلين التاليين:

المطلب الأول: إشكالات إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي

يسفر التلقيح الطبيعي عن ولادة مولود يلحق نسبه بأبويه العاديين باعتباره ولدا شرعيا لا يطرح أي صعوبات، على خلاف التلقيح الاصطناعي الذي يميز فيه بين حالتين، الأولى التي يكون فيها الولد ناتج عن تلقيح اصطناعي من ماء الزوجين، أما الحالة الثانية هي التي يكون فيها الولد ناتجا عن ماء غير الزوجين أو حمل في رحم مستأجر، هنا تثور عدة مشاكل لتحديد نسبه وهذا راجع لتعدد العلاقات.

الفرع الأول: نسب المولود الناتج عن ماء الزوجين

إذا كان من السهل إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة قيام الرابطة الزوجية (أولا)، فإن الإشكال يطرح في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالطريقة الطبيعية أي عن طريق الوفاة (ثانيا)، أو عن طريق الطلاق (ثالثا).

أولا: نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة قيام الرابطة الزوجية
يثبت نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين ووقت قيام الرابطة الزوجية إلى الأب والأم،

¹ - انظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة، ص 142.

بغض النظر عن كون التلقيح تم عن طريق الاستدخال (داخلي)، أو عن طريق الاستخراج (الخارجي)، ومن ثم فإن إثبات النسب في هذه الحالة لا يثير أي إشكال قانوني يطرح.

إذ لا يمكن للزوج في هذه الحالة نفي النسب متى تبين من خلال الملف الطبي أنه وافق صراحة على إجراء التلقيح الاصطناعي، وبالتالي فالبيانات الواردة في الملف الطبي قرينة قاطعة على أبوته للمولود بالتلقيح الاصطناعي.

ثانيا : نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة

قد يحدث وتنتهي الرابطة الزوجية بصورة طبيعية عن طريق الوفاة، ومن ثم فإن الإشكالات المرتبطة بإثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة الوفاة ذات بعد مزدوج، يتعلق الأول بإثبات النسب في حالة وفاة صاحب السائل النووي وبعد التلقيح مباشرة، وإنكار الورثة للمولود بالتلقيح الاصطناعي ومن ثم حرمانه من تركة أبيه، في حين يتجلى الإشكال الثاني في تلقيح الزوجة بمني زوجها المجدد في بنوك المني بعد وفاة زوجها لإحياء لذكراه أو لأي سبب آخر، وإذا كانت الفرضية الأولى جد متوقعة في المجتمع الجزائري، فإن الفرضية الثانية تستبعد من واقع الأسر الجزائرية من منطلق أن بنوك المني لا تعرف انتشارا واسعا في الجزائر، ولو أن مراكز التلقيح في الجزائر تترك بويضات فائضة بهدف إعادة زرعها في حالة عدم نجاح التلقيح أو في حالة إجهاض الحمل بعد زرع اللقيحة.

ويطرح الإشكال في حالة الوفاة من منطلق أن الرابطة الزوجية تنقضي بالوفاة، ولا مجال لإحياء الرابطة بعد انقضاءها بسبب طبيعي لا إرادي، ولو أن جانب من الفقه أجاز التلقيح في فترة العدة شريطة أن يوصي الزوج بذلك.

وعند الرجوع لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي ورد فيها: " أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما" وبما أن الوفاة تحل الرابطة الزوجية فيعتبر الزوج في حكم الأجنبي أي أن الطفل المولود بهاته الطريقة بأمة فقط دون زوجها المتوفى.

والقول الغالب بضرورة إلحاق المولود بعد انتهاء العلاقة الزوجية بأمة دون أبيه لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما، لأن الحقيقة البيولوجية لا تعني بالضرورة أن يثبت نسب المولود لمن يحمل صفاته الوراثية، بل لا بد من وجود رابطة زوجية وأن يولد على فراش الزوجية ولا ينكره والده، وهو نفس الاتجاه الذي سلكته الشريعة الإسلامية¹.

ثالثا : نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي أثناء فترة الطلاق

نشير بداية أن تقنية التلقيح الاصطناعي فرضت نفسها على الواقع للحد الذي معه صار الحديث عن مدى إمكانية اعتبار رفض الزوج الخضوع لتقنية التلقيح الاصطناعي سببا مبررا لطلب التطلق من جهة، ومن جهة

¹ - بغدالي الجليلي، مرجع سابق، ص 83.

أخرى صار الحديث عن الطلاق غير التعسفي كحق للزوج الذي ثبت له أن زوجته هي مصدر العقم، مع رفضها إجراء عملية التلقيح الاصطناعي كون ذلك يتنافى والغرض من الزواج.

ويثور الإشكال عند البحث عن نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة الطلاق في حالة ميلاد الطفل بعد مرور سنة من فك الرابطة الزوجية، والأصل أنه بميلاد المولود بعد مرور أكثر من ستة أشهر تحتسب من تاريخ الطلاق فإن إقرار أو نفي النسب مرهون على إرادة وإقرار الزوج السابق أي الأب المفترض، فإذا أقر الأب المفترض أو الزوج السابق النسب وألحق المولود بالتلقيح الاصطناعي إليه، فإنه ينسب إليه في هذه الحالة ويعد إقرار الأب في حكم الإقرار بالولد مجهول النسب، غير أن هذا الإقرار مرهون على عدم زواج المطلقة بزواج ثاني بعد طلاقها.

غير أنه بنفي الزوج المطلق لنسب المولود فإنه لا يثبت للمولود بالتلقيح الاصطناعي أي نسب يذكر، ولا يعتد في هذه الحالة بالملف الطبي الذي تضمن الموافقة القبلية للزوج (المطلق) على إجراء التلقيح، إذ أن البعد الزمني أخذ مجراه وأصبح كفيلا بإسقاط كل القرائن¹.

وفي ذات السياق ذهب العديد من الفقهاء إلى ربط جريمة الزنا² بالتلقيح الاصطناعي الخارج عن الأطر والشروط القانونية، ولو أنه من غير المنطقي أن تربط جريمة الزنا بالتلقيح غير المشروع، لأن جريمة الزنا تترجم علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة متزوجين بموجبها يقوم كلاهما بخيانة الأمانة الزوجية، في حين أن التلقيح الاصطناعي الذي قد يكون بين زوجين وامرأة أجنبية صاحبة الرحم، ويبقى من قبيل التلقيح الممنوع والمخالف للنظام العام، لكن لا مجال للحديث عن ربط جريمة الزنا بخرق أحكام التلقيح، لأنه في التلقيح الخارج عن الأطر الشرعية والتشريعية يكون هناك تراضي بين كل الأطراف من زوجين وامرأة أجنبية.

وتبقى الحالات التي قد ترتبط فيها جريمة الزنا بالتلقيح الخارج عن الأطر القانونية في ما يلي :

- تلقيح الزوجة بمني زوجها أثناء عدة الطلاق، مع عدم اعتراف الزوج بنسب المولود، و أداء للعان من أجل نفي نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي، مما يجعل ذلك المولود مجهول النسب و يأخذ حكم ابن الزنا، إذ لا يعد التلقيح في هذه الحالة من قبيل جريمة الزنا، بل المركز القانوني للمولود بالتلقيح الاصطناعي من قبيل مجهول النسب أو من قبيل ابن الزنا.

- اكتشاف الزوج بعد التلقيح أن هناك تأمر بين مخبر التخصيب والزوجة، ورجل أجنبي لها علاقة غير شرعية به من أجل تلقحها بسائل الرجل الأجنبي، بعد أن تم أخذ سائل الزوج فقط لتنويه الحقيقة وإيهامه أن التلقيح كان بسائله المنوي، ومن ثم فإنه في هذه الحالة بمجرد نفي الزوج لأبوته للمولود فإنه يصبح مجهول

¹ - شوقي زكرياء صالح، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 307.

² - المرجع نفسه، ص 307.

النسب ويتحول إلى ابن زنا.

الفرع الثاني: نسب المولود الناتج عن ماء غير الزوجين

من بين الاكتشافات التي أفرزها التطور العلمي ولادة طفل عن طريق التبrec بالمني أو البويضة، ففي الحالة الأولى يكون للمولود علاقة ثلاثية فتثار مشكلة تحديد النسب، هل ينسب لأبيه البيولوجي (صاحب المني) أو أبيه الذي يكون زوج أمه؟ والحالة الثانية التي يكون فيها للمولود أب بيولوجي وهو نفسه القانوني، وتكون علاقة من جهة الأمومة فيرتبط بصاحب البويضة أو بالمرأة التي حملته.

أولاً: نسب المولود من مني غير الزوج

اشترط المشرع حتى ينسب المولود لأبويه أن يكون الماء من الزوجين دون سواهما في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، لكن قد تقوم الزوجة بتلقيح نفسها بمني غير زوجها سواء بعلمه أو بدون علمه، فهنا يثار التساؤل لمن ينسب هذا الولد؟

المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من نسب الولد نتيجة الاستعانة بنطفة الغير إلا أن المادة 45 مكرر من ق.أ.ج اشترطت أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة، مما يعني أن الطفل المولود لا ينسب لصاحب الفراش، وبالرجوع لنص المادة 4 من نفس القانون اعتبرت من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، وهذا الإجراء يؤدي إلى اختلاط الأنساب مما يعني أن المشرع يمنعه لأنه يخل بمسألة النسب ويمس بالنظام العام¹.

كما يحق للزوج رفع دعوى نفي نسب المولود ما دام أنه قادر على إثبات عجزه عن الإنجاب، ولا يعتد برضاه السابق على إجراء عملية التلقيح لمخالفة رضاه للنظام العام والآداب العامة².

أما فقهاء الشريعة فقد انقسموا في هذه المسألة إلى رأيين مختلفين:

القول الأول: وهو بنفي هذا المولود للزوج، لأنه يعلم يقيناً أنه ليس منه، كما أنه لا يجب نسبه إلى صاحب المني لأن الولد المتخلق من نطفة الغير يأخذ حكم ولد الزنا، وهذا الأخير لا يثبت نسبه من الزاني ونما يلحق بأمه، ولا يثبت نسبه من جهة الأب.

القول الثاني: أن الطفل ينسب للزوج، لأنه ولد على فراشه ما لم ينفه بالطرق الشرعية لنفي النسب، لأن فراش الزوجية أقوى، ولا ينفي النسب إلا باللعان³.

ثانياً: نسب المولود عن طريق الأمومة البديلة (استئجار الرحم)

¹- سعيد فرمجات، مرجع سابق، ص ص 55، 56.

²- مارك نصر الدين، التلقيح الصناعي بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد2، 1999، ص 221.

³- سعيد فرمجات، مرجع سابق، ص ص 56، 57.

تثير عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة إشكالية لمن ينسب المولود، وتقنية تأجير الأرحام عرفت نوعاً من الاحتدام التشريعي إذ أجازتها تشريعات بعض الدول بدون أي شرط أو قيد، في حين أجازته تشريعات أخرى لكن بشروط، ومنعته تشريعات أخرى منعاً تاماً ومنها المشرع الجزائري.

وتعود الأسباب الصحية التي قد تدفع بصاحبة البويضة للبحث عن رحم تستأجره أو تستعيره إلى ما يلي:
- استئصال رحم صاحبة البويضة في سن مبكرة، بسبب أمراض مسرطنة أو أي تجهيز أو إجهاض خطير ومتكرر أو نزيف حاد أي سبب آخر.
- أورام الرحم أو إصابته بتشوهات.
- الإجهاض المتكرر وولادة أجنة متوفية لأكثر من مرتين.
- تلف الرحم بعد تعرضه لعدد المحاولات من أجل التخصيب المخبري دون نجاحها¹.

إن عملية التلقيح الاصطناعي عن طريق استئجار الرحم تعد انتهاكاً صارخاً لحزمة الشريعة الإسلامية كونها تعد تجارة بالجسم الإنساني وتغييراً لحكمة الله، أما المشرع الجزائري فقد منع اللجوء إليها، من منطلق أن عملية تأجير الأرحام تهدد سبباً في اختلاط الأنساب متى أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار وسجلت المولود باسمها.

ولتفادي كل هذه الإشكالات و الموانع التي تطرحها تقنية الأمومة البديلة، حسنا فعل المشرع الجزائري بمنع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة.

إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هو كالتالي: ما هو مصير الطفل المولود باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة؟

ولا شك أن مثل هذه الإشكالات قد تطرح على أرض الواقع، فهي فرضية توقعها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بدليل استعماله لعبارة " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وإذا وقع هذا الإشكال نكون أمام ثلاث حالات في إثبات النسب كالتالي:

- 1- يثبت النسب للأم الطبيعية أي الأم الحامل أو صاحبة الرحم باعتبار أن حملها للبويضة هو إقرار ضمني بأمومتها، مما يلحق النسب بها عن طريق الولادة.
- 2- يثبت النسب للأم البيولوجية أي صاحبة البويضة باعتبار أن المولود يأخذ جميع الصفات الوراثية منها، ولا تعدو الأم البديلة كونها حاضنة تأخذ حكم الأم من الرضاع.
- 3- يثبت النسب لكلاهما أي للأم البيولوجية و الطبيعية¹ باعتبار أن الأم البيولوجية منحت البويضة والأم

¹ - جمال أبو سرور، قضية الرحم البديلة تثير جدل الأطباء والفقهاء، مقال منشور على الرابط التالي:

www.cyprusivfhospital.com/arabic.asp?page=reasons-for.

الطبيعية رضيت زرعها في رحمها، إلى حين تحول اللقيحة إلى جنين طبيعي يولد بصورة طبيعية، ولو أننا نحبد استبعاد الفرضية الأخيرة من منطلق انه لكل شخص اسم واحد ولقب واحد ونسب واحد.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد انقسموا إلى رأيين حول هذه المسألة، فالرأي الأول يقول أن الأم الحقيقية هي التي حملت وولدت، لأن الأمومة تنفي عن المرأة التي لم تلد فلا نسب لها، والرأي الثاني يقول أن صاحبة الرحم المستأجر تعتبر مثل الأم من الرضاع، وبه قال أغلب الباحثين المعاصرين².

ولكن هناك إشكالية أخرى قد تتور في هذا السياق وهو إذا كانت الأم البديلة هي صاحبة البويضة والرحم معا، فهذا يعني أنها الأم البيولوجية للمولود، لكن هذا الأخير سيكون ابنا غير شرعي، وذلك لانعدام رابطة الزواج بين والده البيولوجي وأمه البيولوجية وباعتبار أن المشرع يشترط قيام العلاقة الزوجية لثبوت النسب الشرعي، وهذه الأخيرة غير متوفرة، فإن المولود ينسب لأمه البيولوجية فقط، أي الأم البديلة دون سواها³.

المطلب الثاني: إشكالية بنوك الأجنة

لقد أفرزت عملية التلقيح الاصطناعي عدة إشكالات قانونية وأخلاقية، خاصة فيما يتعلق بمصير البويضات واللقاتح الزائدة عن عملية التلقيح، غير أن التساؤل الذي يطرح هو: ما مصير البويضات واللقاتح الزائدة عن عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي؟ وكيفية التصرف فيها؟ هل تجمد لغرض استعمالها مرة أخرى؟ أم تقدم لمراكز البحث قصد إجراء التجارب عليها؟ أم تترك دون عناية حتى تهلك؟

الفرع الأول: تجميد البويضات الملقحة الزائدة

يقصد بعملية تجميد الأجنة وضعها في ثلاجات أو غرف كيميائية صغيرة تستخدم مادة النيتروجين السائل لتبريدها في درجة حرارة 200[°] تحت الصفر، قصد إيقاف نموها، وعندما يريد الأطباء الاستفادة منها، يرفعون درجة حرارتها تدريجياً فتعود لها الحياة مرة أخرى في مدة 12 ساعة ثم يعاد زرعها في الرحم، تحت رقابة المهينة الطبية التي تجري العملية⁴.

أما عن أسباب تجميد الأجنة فيمكن إرجاعها إلى ما يلي⁵:

- 1- وفرة البويضات التي يفرزها المبيض بعد تحفيزه بالأدوية، التي قد تصل إلى 12 بويضة.
- 2- سهولة إجراء عملية الزرع في حالة فشل المحاولة الأولى، والتقليل من تكاليف العملية.
- 3- اجتناب الحمل المتعدد بالنسبة للمرأة، ومشقة سحب البويضات من جديد.

¹ - جندر حسين كاظم الشمري، إشكاليات النسب دراسة مقارنة في القانون و الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد2، 2010، ص20.

² - سعيد فريجات، مرجع سابق، ص58.

³ - المرجع نفسه، ص57.

⁴ - بغدالي الجيلاني، مرجع سابق، ص64.

⁵ - المرجع نفسه، ص65.

هذا وقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين لهذه الوسيلة، واختلفوا بشأنها على قولين:
-القول الأول: وهو حرمة تجميد الأجنة الزائدة عن الحاجة وبه ذهب أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين بحجة احتمال استعمال اللقيحة استعمالاً محرماً في حالة وفاة الزوجين، وحبس حياة الجنين من الاستمرار دون الحاجة لذلك.

كما أن مدة التجميد قد تطول، مما يؤدي إلى ميلاد أطفال لأكثر من مدة الحمل القانونية، وما يترتب على ذلك من مخاطر على الطفل لأن البيضة الملقحة هي أول أطوار حياة الإنسان، وأول مراحل وجوده، فلا يجوز تجميد هذه الأجنة الفائضة لما فيه من عدم احترام للحياة الإنسانية والعبث بها¹.

-القول الثاني: وهو جواز تجميد الأجنة الزائدة عن الحاجة وقال به بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، واضعين لذلك عدة شروط من بينها²:

1- أن يشرف على العملية جهة طبية موثوقة.

2- إصدار قانون ينظم هذه العملية.

3- أنها تسهل عملية التلقيح بعد فشل عملية الزرع الأولى، فيتم اللجوء للأجنة المجمدة لإعادة العملية دون تدخل جراحي لسحب البويضات من جديد.

في الجزائر أغفل المشرع تنظيم عملية تجميد الأجنة ومصيرها بالرغم من إباحته لعملية أطفال الأنابيب في المادة 45 مكرر من الأمر رقم 02/05 مما يحتم عليه وضع تنظيم قانوني دقيق لهذه العملية لتفادي المخاطر التي تفرزها، وقد أصدرت وزارة الصحة التعليمية الوزارية رقم: 300 المؤرخة في 12/05/2000 التي نظمت فيها عملية تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين، لإعادة استعمالها من طرف الزوجين في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات وبعد انقضاء هذه المدة تعدم اللقائح ويجزر محض بذلك وفي حالة وفاة أحد الزوجين أو طلاقها تعدم اللقائح³.

من خلال القولين يبدو أن القول بعدم تجميد الأجنة الزائدة عن الحاجة هو الأصوب والأرجح لقوة حججه، وللمخاطر التي قد تنشأ عن عملية التجميد كاختلاط اللقائح، وظهور الطابع التجاري للعملية، حيث أصبحت اللقائح تستخدم كمستحضرات في مواد التجميل كما أن ذلك يعتبر تعدي على اللقائح التي تعتبر اللبنة الأساسية لتكوين ويستثنى من ذلك تجميدها الاستفادة منها مرة أخرى في الحمل والإنجاب.

الفرد الثاني: إجراء التجارب الطبية على البويضات الملقحة الزائدة

لا يجوز إجراء التجارب العلاجية أو العلمية الطبية على الأجنة الزائدة، ولو كانت في مرحلة تكوين الخلايا (أي المرحلة الجنينية) سواء كانت علاجية أم غير علاجية (علمية) على حد سواء، إلا بعد الموافقات الرسمية، شريطة أن يكون الغرض منها هو العلاج وبشرط احترام المبادئ الشرعية والقانونية والعلمية والأخلاقية

1- المرجع السابق، ص 66.

2- المرجع نفسه، ص 67.

3- المرجع نفسه، ص 68.

والإنسانية التي تحكم الممارسات الطبية على الإنسان في إطار البحث العلمي الأساسي، بأن لا تخالف النظام العام وأن لا تؤدي إلى الإضرار بالمجتمع وأن ينعدم الخطر في إجراءاتها¹.

فقد نصت المادة 21 من نظام أخلاقيات البحث على المخلوقات الحية السعودي الجديد على أنه: " لا يجوز استخدام اللقاح والنطف والأمشاج والأجنة الأدمية لأغراض البحث العلمي إلا وفق الضوابط الشرعية والأخلاقية والشروط والقيود التي يحددها النظام"، كما أن المادة 29 منه أشارت إلى أنه: " يحظر إنشاء بنوك لحفظ الخلايا التناسلية المذكورة أو المؤنثة بقصد إجراء الأبحاث والتجارب"²

وبالنسبة للجزائر فإن المشرع لم ينظم إجراء التجارب على الأجنة الزائدة عن الحاجة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، كما أن التعليمات الوزارية رقم: 300 لم تشر لهذه التقنية، وقد يكون هذا راجعا لعدم وجود مخبر متطورة للقيام بالتجارب، ولحدثة التلقيح الاصطناعي في الجزائر الذي يعرف تطورا متسارعا في القطاع الخاص.

الفروع الثالث: التخلص من البويضات الملقحة الزائدة

ينبغي على الأطباء المشرفين عند أخذ العينات لعمليات التلقيح الصناعي الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة وعدم الزيادة على ذلك وهذا تفاديا لوجود فائض من البويضات الملقحة.

فإذا حصل فائض من البويضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة على الوجه الطبيعي³.

أما في الشريعة الإسلامية فأغلب الفقهاء يميلون إلى إهدار هذه اللقاح تفاديا للمشاكل التي قد تنجم عن تجميدها، والمحافظة على الأنساب من الاختلاط في حالة الإهمال، ومنعا للنزاعات التي قد تحدث بشأنها نتيجة وفاة أحد الزوجين أو طلاقهما⁴.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على إهدار الأجنة الزائدة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، ولا في قانون الصحة وترقيتها، إلا أن التعليمات رقم 300 السالفة الذكر أعطت الحق للمركز في تحطيم هذه الأجنة الزائدة عن الحاجة بعد انقضاء مدة ثلاث سنوات من التجميد، وأكدت على التحطيم الإلزامي للأجنة الزائدة عن الحاجة في حالة انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أو طلاق⁵.

1- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص 296، 297.

2- المرجع نفسه، ص 297.

3- المرجع نفسه، ص 296.

4- بغدالي الجيلاني، مرجع سابق، ص 75.

5- المرجع نفسه، ص 75.

خاتمة

نخلص من خلال هذه المداخلة أن عملية التلقيح الاصطناعي أصبحت تقنية مهمة بالنسبة للأشخاص غير القادرين على الإنجاب والذين وجدوا فيها الحل لتحقيق رغبتهم في الحصول على الولد، فقهاء الشريعة الإسلامية واكبوا تقنيات التلقيح الاصطناعي بالدراسة والتحليل واستخلصوا لها أحكاما، على عكس المشرع الجزائري الذي حصرها في مادة وحيدة بالرغم من كبر حجمها. وعلى الرغم من تطور وحدانية هذه التقنية لا تخلو من سلبيات انعكست على الزوجين وعلى المولود، لتطرح جملة من المشاكل العويصة والتساؤلات المعقدة التي يصعب معالجتها. ومن هذه المداخلة يمكن التطرق إلى أهم النتائج في النقاط التالية:

1- الأصل في التلقيح الاصطناعي الإباحة، لكن حرمت بعض صورته من أجل الحفاظ على الأنساب وعدم الاختلاط.

2- جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وأثناء حياتهما ويثبت به النسب.
3- تحريم اللجوء لوسيلة الأم البديلة، لأنها تثير مشكلة الأم الحقيقية للمولود.
4- يثبت نسب الطفل الناتج عن طريق الرحم البديل من جهة الأبوة إلى صاحب الفراش ما لم ينهه بالطرق الشرعية، إذا كانت المتبرعة بالحمل متزوجة، ويأخذ حكم ابن الزنا إذا كانت المرأة المتبرعة بالحمل عزباء.
5- جواز تجريد البويضات المحصبة، بين الزوجين ومن أجل الإنجاب فقط، على أن تتم في مؤسسات تابعة للدولة، وتحت رقابة هيئات طبية وقانونية، ولمدة قصوى لعملية التجميد.
6- إباحة التجارب العلاجية على البويضات الزائدة عن الحاجة، بعد أخذ موافقة الزوجين معا وأخذ تصريح من طرف لجنة طبية وعلمية متخصصة، على أن تهلك بعد إجراء العملية.
ومن خلال هذه المداخلة سأحاول تقديم بعض الاقتراحات التي أراها ضرورية لمعالجة بعض الإشكاليات الناجمة عن هذه التقنية كما يلي:

1- سن قوانين تنظم وتقن عملية التلقيح الاصطناعي في جميع مراحلها.
2- توفر الضرورة الطبية لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي، وتزويد ذلك بتقرير مفصل عن طبيب مختص.
3- ضرورة وضع قواعد قانونية تنظم مسألة النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي؛ لأن الطرق التقليدية لا تتماشى معه.
4- وضع نصوص تجرم أسلوب التلقيح بواسطة الغير أو الأم البديلة مع فرض عقوبات صارمة توقع على كل من يحاول اللجوء إليها أو يساهم في إنجازها.
5- تعديل المادتين 40 و41 من قانون الأسرة وذلك بإدراج نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي، واستخدام تقنية البصمة الوراثية في إثباته أو نفيه.
6- ضرورة خضوع مراكز التلقيح والتجميد لإشراف الدولة مع تقييد عمليات التلقيح وتفعيل نظام مراقبته.

الزواج بنية الطلاق بين التأصيل الشرعي والآثار المترتبة

بقلم

د. الحبيب عيادي

أستاذ بالكلية متعددة التخصصات بالرشيدية

المملكة المغربية

ayadilahbib.gm15@gmail.com

مقدمة

من سنن الله في خلقه أن جعل من كل شيء زوجين تيسيرا للتكاثر واستمرارا للحياة ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁽¹⁾، ومن محاسن الشريعة الإسلامية أنها حرمت الرهبانية ورغبت في الزواج، وجعلت ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطا كريما مبنيًا على الرضا، وهادفا إلى الإحصان والعفاف وتكثير سواد الأمة. ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةً﴾⁽²⁾، ولا يكون ذلك إلا عن طريق مؤسسة الأسرة التي هي مؤسسة اجتماعية متميزة، حرص المشرع الحكيم في الكتاب والسنة والسيرة النبوية على تنظيم أحكامها وتحديد علاقات أفرادها بعضهم ببعض، وتقسيم الأدوار بينهم، وتوزيع المهام عليهم، بشكل يعين الأسرة على خوض غمار الحياة في أمان واستقرار، جاعلا من الرابطة الزوجية ميثاقا غليظا يشترك الزوجان معا في مسؤولياته ويتحملان معا تبعاته، وكان من حكمة المشرع أن أحاط هذا الميثاق بعناية فائقة ولفه بوشاح دافئ من المودة والرحمة تكتنفه وتغذي مختلف تجلياته وتنعش حياتها في مختلف مراحل تنفيذها وتقلباتها، بل تعد من أهم أسس الرابطة الزوجية ومقوماتها.

ويعتبر عقد الزواج أساس الأسرة وعمودها الفقري وفيه من الثوابت ما هو من قبيل أركان العقد وشروط صحته، واعترفت الشريعة بالحب بين الرجل والمرأة، وجعلت هدفه الأسمى ومنتهاها إلى الزواج حتى لا تنحرف هذه العاطفة إلى الحيوانية، ومما روى في هذا الباب قول النبي ﷺ: "لم نر للمتحيين مثل النكاح"⁽³⁾، فهو يبني على المكارمة في البذل والفضل في العطاء والمسماحة عند التقصير، هذا هو الفضاء الذي يميز عقد الزواج عن غيره من العقود، وهذا هو المبدأ الذي ينبغي أن يحتضنه ويؤطره، حتى إذا وقع بين الزوجين خلاف على أمر ما، سواء في إطار العلاقة الزوجية عند حدوث عوائق استمرارها، أو بعد انفصامها، كان هذا المبدأ هو

1- سورة الذاريات، الآية 49.

2- سورة النحل، الآية 72.

3- سنن ابن ماجه من حديث ابن عباس، وانظر السلسلة الصحيحة للالباني رقم الحديث 196.

السييل الأقوم لحل الخلاف بمعروف، أو تجاوز الصعاب بتسامح، أو الافتراق بإحسان.

فهو النظام الملائم لسيادة الإنسان، والذي من شأنه أن يحفظ شرفه، ويصون كرامته، فجعل اتصال الذكر بالأنثى اتصالاً كريماً مبنياً على الرضا، وعلى إيجاب وقبول وشهود، وبهذا وضع للفرقة سبيلها المأمونة، وحمي النسل من الضياع، وصان المرأة عن أن تكون كلاً مباحاً لكل راعٍ.⁽¹⁾

لهذه الأسباب وغيرها شرع الإسلام الزواج، وندب إليه ورغب فيه، ووسمه أصالة بطابع التأيد، تحقياً للمقاصد المتوخاة من اقتران الرجل بالمرأة، واستجابة لنداء الفطرة وطلباً لإيجاد السكن النفسي ورغبة في الإحصان وتهذيب الغريزة، وطلباً للنسل الكفيل ببقاء النوع الإنساني وتكثير سواد الأمة.

ولما كان الأصل في الزواج التأيد والديمومة لتحقيق مقاصده المرجوة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا...﴾⁽²⁾ فإن كل ما خرج عن نطاقه يكون سبباً في الإخلال بالسنة الإلهية والكونية. جاء في الفصل الأول من مدونة الأسرة أن الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواء الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام.

فالمقصود بالميثاق، العقد بأركانها وشروطه المعتمدة شرعاً، وبكونه على وجه البقاء أي ألا يكون مؤقتاً مثل ما يقوم به البعض من الناس في مجتمعاتنا العربية والإسلامية على وجه الخصوص من ارتباط الرجل بالمرأة لمدة يحددها أو يحدده الزوج وحده في نيته مما لا يتحقق معه الزواج والاستمرار، ولا يؤدي إلى تكوين أسرة، ولا إلى إنتاج ثمرتها التي هي الأولاد. لذلك فإن الكثير من الناس يقبل على الزواج دون نية التأيد وهو ما اصطلاح عليه بالزواج بنية الطلاق أو الزواج المؤقت تمييزاً له عن نكاح المتعة المشتهر عند بعض الشيعة.

وهو من الأنكحة التي عمت بها البلوى في وقتنا الحاضر خاصة عند فئات كثيرة من الشباب لظروف وأغراض شتى لعل أغلبها في اعتقادهم الإحصان والعفاف.

لذلك آثرت أن تكون مداخلتني تحت عنوان: "الزواج بنية الطلاق بين التأصيل الشرعي والآثار المترتبة".

وقد اقتضت طبيعة هذا الموضوع أن يعالج من خلال المحاور التالية:

- الأنكحة التي حرمها الإسلام.
- الزواج بنية الطلاق:
- مفهومه.
- أنواعه.

1- فقه السنة، السيد سابق 5/2، دار الفكر، الطبعة الرابعة 1403 هـ بيروت لبنان.

2- الروم، الآية 20.

- الزواج بنية الطلاق والأسباب المؤدية إليه.
- رأي الفقهاء في هذا الزواج.
- المجوزون وأدلتهم.
- المانعون وأدلتهم.
- الفرق بين الزواج بنية الطلاق ونكاح المتعة المشتهر عند بعض الشيعة.
- الآثار المترتبة عن الزواج بنية الطلاق.
- خاتمة.

الأنكحة التي حرمها الإسلام:

كانت الأمة قبل مجيء الإسلام تعيش الوثنية في الدين، والفوضى في المجتمع، فلما هل عليها الإسلام جعل حياتها تتغير من حال إلى حال يوماً بعد يوم في كثير من المجالات ومن أمور الحياة، لعل أبرزها مجال الأسرة التي هي قوام المجتمع، يصلح بصلاحتها ويفسد بفسادها، وقد كانت العرب تتناكح فيما بينها دون مراعاة لحرمة النسب، فعتلها كلها، ومن هذه الأنكحة على سبيل المثال:

نكاح الخدن: كانوا يقولون ما استتر فلا بأس به، وما ظهر فهو لؤم، وهو المذكور في قوله تعالى: " وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ " (1).

نكاح البدل: وهو أن يقول الرجل للرجل: أنزل لي عن امرأتك وأنزل لك عن امرأتي وأزيدك. قالت عائشة: (2) "كان النكاح في الجاهلية أربعة أنحاء، نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها. ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمئتها أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها حتى يتبين حملها، فإذا تبين أصابها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد. ويسمى هذا نكاح الاستبضاع، ونكاح آخر: يجتمع الرهط ما دون العشرة على المرأة فيدخلون كلهم بصبيها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليال، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها فتقول لهم، قد عرفتم ما كان من أمركم، وقد ولدت فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحبت باسمه فيلحق به ولدها، لا يستطع أن يمتنع منه الرجل ونكاح رابع: يجتمع ناس كثيرون فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها، وهن البغايا ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما، فمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعت، جمعوا لها، ودعوا لهم القافة، (3) ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتاط به، ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك".

1- النساء، الآية 25.

2- صحيح البخاري كتاب النكاح باب من قال لا نكاح إلا بولي رقم الحديث 5128.

3- جمع قائف وهو الذي يعرف النسب بفراسته، فيلحق الولد بالشبه، المعجم الوسيط.

فلما بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم الذي يتحقق أركانه من الإيجاب والقبول ويشترط الإشهاد والصداق.

غير أن الناس اليوم وإن كانوا يعيشون في كنف هذه الشريعة السمحة إلا أنهم أحدثوا أنكحة هي في ظاهرها بشرطها وأركانها، ولكن تحمل دسائس ونوايا من أحد الزوجين أو كلاهما مما يجعلها يتحايلان بطريقة أو بأخرى لقضاء وطر بعضهم في البعض، وهي في الأصل مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية والتي منها:

- نكاح الشغار: (1)

وهو أن يزوج الرجل وليته رجلا، على أن يزوجه الآخر وليته، وليس بينهما صداق أو أن يقول الرجل للرجل، زوجني ابنتك أو أختك، على أن أزوجك ابنتي أو أختي، وليس بينهما صداق (2). وهو منهي عنه بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم "لا شغار في الإسلام" (3) وعن ابن عمر قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار".

وبناء عليه استدلل العلماء على أن عقد الشغار لا ينعقد أصلا وأنه باطل. فالفساد فيه من قبل المهر، واختلف العلماء في علة النهي، فقيل هو التعليق والتوقيف، أي تعليق زواج الواحدة حتى ينعقد زواج الأخرى. وقيل: هو التشريك في البضع، وهذا ظلم لكل واحدة منهما، وإخلاء لنكاحها عن مهر تنتفع به.

- نكاح المتعة:

زواج المتعة من غرائب الشريعة، لأنه أبيع في صدر الإسلام ثم حرم يوم خيبر، ثم أبيع في غزوة أو طاس، ثم حرم بعد ذلك واستقر الأمر على التحريم، وسمي بالزواج المؤقت، أو الزواج المنقطع وهو أن يعقد الرجل على المرأة يوما أو أسبوعا، أو شهرا، وسمي بالمتعة لأن الرجل يتنفع ويتبلغ بالزواج ويتمتع إلى الأجل الذي وقته، وهو زواج متفق على تحريمه بين أئمة المذاهب.

وأركان عقد المتعة خمسة "الزوج والزوجة، المهر، التوقيت، صيغة الإيجاب والقبول.

وعدد الزوجات في المتعة غير محدود، ولا يلزم الرجل النفقة والمسكن والكسوة، ولا يثبت التوارث بين الزوجين المتمتعين، ومما يروى عن أبي جعفر الطوسي، أنه ذكرت له المتعة أهي من الأربع؟ قال "تزوج منهن ألفا فإنهن مستأجرات، لا تطلق ولا ترث، وإنما هي مستأجرة" (4) وليس في المتعة إسهاد ولا إعلان، أما المهر فهو ما يتراضيان عليه قليلا أو كثيرا، لكن الشرط الوحيد الذي يجب توفره هو ألا تكون المرأة المتمتع بها في

1- الشغار أصله الخلو، يقال بلدة شاغرة أي خالية من السلطان، والمراد به هنا الخلو عن المهر، وقيل سمي شغارا لقبحه. وكان معروفا زمن الجاهلية، فقه السنة 47/2 هامش 1.

2- صحيح البخاري من حديث أبي هريرة كتاب النكاح، باب الشغار، حديث رقم 4822.

3- صحيح مسلم عن ابن عمر، حديث رقم 1415.

4- المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، عبد الكبير العلوي المدغري، ص 124. السنة 1420 هـ/1999م.

عصمة رجل آخر.

وأجمع علماء السنة على تحريم المتعة ودليلهم قول الله تعالى: ﴿ قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ وَالَّذِينَ هُمْ لِقُرُوبِهِمْ حَافِظُونَ ﴾. (1)

وظاهر السنة، الإجماع أن المتعة أبيحت في فتح مكة ثلاثة أيام، ثم حرمت إلى الأبد، فقد روى سعيد بن منصور، من حديث الربيع بن سبرة الجهني عن أبيه سبرة أنه قال: "أذن لنا رسول الله ﷺ بالمتعة، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكرة عطاء، فعرضنا عليها أنفسنا، فقالت ما تعطي؟ فقلت ردائي، وقال صاحبي: ردائي، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي، وكنت أشب، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إليّ أعجبتها، ثم قالت: أنت، ورداؤك يكفيني، فمكثت معها ثلاثاً، ثم إن رسول الله ﷺ قال: من كان عنده شيء من هذه النساء التي يتمتع بها فليدخل سبيلها". (2)

الظاهر أن المتعة كانت من بقايا الجاهلية، وأن النبي ﷺ سلك في تحريمها مسلك التدرج كما فعل في الخمر وغيرها، وأباحها أول الأمر لمن اضطر إليها، مثلها مثل الميتة والدم ولحم الخنزير، ثم أحكم الله الدين، ونهى عنها. (3)

ولعل أهم ما يقدر في هذا الزواج هو اتجاه نية الطرفين من أول الأمر نحو الاستمتاع المحض، إما لإشباع حاجة طارئة، أو لسد فراغ في ظروف معينة، أو استسلاماً لزوة عابرة، أو بسبب حاجة المرأة في تلك الظروف إلى ذلك الأجر وطلبه بواسطة جسدها.

إن في زواج المتعة استرقاقاً للمرأة واسترخاضاً لها، وهبوطاً بميثاق الزوجية إلى درك المتعة الجسدية الخالية من كل المعاني السامية التي تنوق إلى تكوين الأسرة واختيار شريك الحياة وقرين العمر. والاستعداد من أول الأمر للتضحية المشتركة وتقاسم المسؤولية والحلو والمر على مدى الحياة.

يقول الدكتور عبد الكبير المدغري: "وإننا لندرج أن يقتنع إخواننا الشيعة بالتخلي عن إباحة ما يسمى بزواج المتعة، وأن تتجه هم علماءنا سنة وشيعة إلى تيسير الزواج الصحيح وتذليل الصعوبات أمام الراغبين فيه، وأما الزنا، فإننا نعالجه بالتربية الصالحة وتطهير المجتمع والسمو بأخلاقه". (4)

زواج المحلل:

1- المؤمنون، الآية 1 إلى 5.

2- مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة.

3- منہج السنة في الزواج محمد الأحدي أبو النور، ص 163 وما بعدها. دار السلام للطباعة والنشر، ط الأولى 2012.

4- المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ص 128. مصدر سابق.

والمقصود به تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول، وهو نكاح باطل، قال مالك: "إنه نكاح مفسوخ" وقال أبو حنيفة والشافعي: هو نكاح صحيح إذا لم يشترط في العقد، لأن القضاء بالظواهر لا بالمقاصد، ولأن الضمائر والنيات في العقود غير معتبرة، وبناء على هذا، وجدنا من يجوز الزواج بنية الطلاق استنادا إلى أن النيات في العقود غير معتبرة.

وقال ابن القيم رحمه الله: ولا فرق عند أهل المدينة وفقهائها بين اشتراط ذلك بالقول أو بالتواطؤ. والقصد والشرط المتواطؤ عليه الذي دخل عليه المتعاقدان كالمفوض عندهم، وإذا ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ. لأنها وسائل، وقد تحققت غايتها فترتب عليها أحكامها. ويدخل فيه الزواج بنية التوقيت، وهو زواج كله خداع وغش، وأنه شر من زواج المتعة.

الزواج المدني:

هو الزواج الذي يتم أمام ضابط الحالة المدنية، ويخضع للتشريعات الوضعية التي تنظم الزواج بوصفه عقدا من العقود الرضائية التي وإن كانت لها خصوصية تربطها بالأحوال الشخصية، إلا أنها لا علاقة لها بأحكام الدين الإسلامي، وهذا الزواج هو يهيم غير المسلمين بالدرجة الأولى، وقد يلجأ إليه المسلم عندما يتزوج في دار الغربية بغير المسلمة، فيحتاج إلى توثيق الزواج حسب قوانين بلدها، ويكون العقد ساري المفعول في ذلك البلد. "وهذا نعتبره تقيضا للإسلام، وأمرنا يهدد نظامه الاجتماعي مثلما يهدد الأساس الذي بني عليه المجتمع البشري وهو الأسرة، ونرى أن الطريق المأمون لمقاومته وحماية المجتمع من شروره هو التمسك بنظام الأسرة كما هو في الكتاب والسنة، ومقاومة الدعوة إلى تغييره سواد تحت ستار الحرية، أو تحت شعار الحقوق الكونية للإنسان".⁽¹⁾

وقد أصبح هذا الزواج المدني في كثير من الدول الغربية كالدانمارك وبريطانيا وغيرها، يتسع للأشخاص الذين يتسمون بجنس واحد، الرجل يتزوج بالرجل، والمرأة بالمرأة أو ما يصطلح عليه بالزواج المثلي. وقد وقع ذلك بالفعل، وقد يتم التصريح بمثل هذا الزواج أمام الكنيسة، ويتم تسجيله بدفتر مدني مفتوح فيها لهذا الغرض، ويكون الطرفان متساويين في الحقوق والواجبات، والحصول على شهادة بالتصريح بهذا الزواج هي الحجة على قيام الزواج وسريان مفعوله، ومن آثاره وحدة الذمة المالية بين الزوجين، واشترائهما في الأموال تبعا لاشترائهما في الحياة والأبدان، فإذا طلقا تقاسما المال بعد مسطرة خاصة للطلاق.

والحمد لله فإن بلدنا العربي لا يعترف بهذا الزواج المدني لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

أما بالنسبة للمسلم مع غير المسلمة في بلدها، فإنه إن أراد أن يكون زواجه معتبرا وتترتب عليه جميع آثاره الشرعية في بلده، فعليه أن يعقد من جديد على الطريقة الشرعية بحضور عدلين متتصين للإشهاد، سامعين في

1- المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، عبد الكبير العلوي المدغري ص 57. مصدر سابق.

مجلس واحد الإيجاب والقبول.

زواج المسيار:

هو أن يتزوج الرجل بالمرأة في السر لا يعلم ذلك إلا أهلها والشهود، وتبقى الزوجة بيت أهلها في الغالب، أو بيتها إذا كان لها بيت مستقل، ويزورها زوجها في أوقات خاصة حسب الاتفاق الذي وقع بينهما، ويعاشرها معاشرته الزوج لزوجته دون إشهار عن هذا الزواج أو ما يقوم مقام الإعلان، مثل مصاحبته له في الأماكن العمومية، أو خروجها معه للسفر في سيارته أو سيارتها، فكل ذلك ممنوع منه.

وقد شاع هذا الزواج في السنوات الأخيرة ببعض البلدان الإسلامية والسبب في ظهوره هو وجود عدد كبير من النساء بهذه البلدان دون زواج، عانسات وأرامل ومطلقات مع اليسر والترفة وتوفر جميع وسائل العيش الرغيد، بحيث لا تحتاج المرأة لمن ينفق عليها أو يوفر لها السكنى، وإنما هي محتاجة إلى الإحصان والعفاف. لذلك فإنها تتخلى بمحض إرادتها عن الجانب العلني العمومي والمادي في علاقتها بالزواج الذي ارتضته وتكتفي بالجانب الشخصي المحجوب، وكان ذلك يرضي الزوج ويرمجه، وهذا الزواج قائم أساسا على ركنين أساسيين، الإيجاب والقبول، وفيه أيضا الصداق والولي لكن يتقصه الإعلان فقط.

ونظرا لهذه الأركان المتوفرة فقد أباحه العديد من علماء المشرق، وانتشر بشكل ملفت للانتباه.

أما علماء المالكية، ومنهم علماء المغرب فقد اعتبروه زواجا فاسدا، لأن الإعلان من شروط صحة الزواج، وهذا الزواج هو مفتقر إليه. فهو نكاح سر بسبب ما يحيط به من الشبه، منها ضياع الحقوق عند التناكر، ناهيك عن صريح قول النبي صلى الله عليه وسلم "أعلنوا النكاح ولو بالدف"⁽¹⁾ قال ابن عرفة "نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكنتمه، ولو كان الشهود ملء الجامع".

ولعلماء السلف رحمهم الله آراء وأقوال في موضوع نكاح السر، قال ابن عبد البر: "ومن فرض النكاح عند مالك إعلانه لحفظ النسب، الولي والصداق من أركان الزواج".

ونكاح السر لا يجوز، ويفسخ قبل الدخول، وبعده إذا وقع، إلا أن يعلن قبل أن يعثر عليه، وإن أسر النكاح ولم ينشر ولم يعلن به ثم أعلن في حال ثانية وأظهر، صح ولم يفسخ. وقال مالك: لو شهد على النكاح رجلان واستكتما ذلك فكتماه كان نكاح سر، وقال بعض أصحابه إذا شهد عليه رجلان عدلان فقد خرج من السر، وهو قول جمهور الفقهاء...⁽²⁾

وقال ابن رشد: "وكذلك الإشهاد إنما يجب عند الدخول، وليس من شروط صحة العقد، فإن تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح، ويشهدان فيما يستقبلان، إلا أن يكونا قصدا إلى الاسترسال بالعقد فلا يصح أن يثبتا

¹ - رواه أحمد في المسندج 4/5، والطبراني في الأوسط حديث رقم 5145.

² - الكافي في فقه أهل المدينة، ص 229 بتصرف، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثانية 1413 هـ.

عليه، لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر، ويؤمر أن يطلقها طليقة ثم يستأنف العقد معها، فإن دخل في الوجهين جميعاً فرق بينهما، وإن طال الزمان بطلقة لإقرارهما بالنكاح، وحداً إن أقر بالوطء، إلا أن يكون الدخول فاشياً، أو يكون على العقد شاهد واحد فيدراً الحد بالشبهة.

واختلف إذا أشهد على النكاح شاهدين وأمر بالكتان، فقيل: ذلك من نكاح السر، ويفسخ قبل الدخول وبعده، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، ويكون فيه الصداق المسمى، وهو المشهور في المذهب، وقيل، النكاح صحيح لا فساد فيه، ويثبت قبل الدخول وبعده، ويؤمر الشهود بإعلان النكاح وينهوا عن كتابته، وإلى هذا ذهب يحيى بن يحيى، وبالله التوفيق⁽¹⁾.

وقال أيضاً في البداية: "واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر، واختلفوا إذا أشهدا شاهدين ووصيا بالكتان، هل هو سر أو ليس بسر، فقال مالك، هو سر، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس بسر"⁽²⁾.

وقال ابن جزى: "ونكاح السر غير جائز، إن وقع فسخ ويستحب الإعلان، وأوجه ابن حنبل، وإذا شهد شاهدان ووصيا بالكتان فهو سر، خلافاً لهما"⁽³⁾.

وذكر المالكية أن الإشهاد شرط في الزواج انتهاء لا ابتداء، بمعنى أنه لا بد من الإشهاد في الزواج، إلا أنه يستحب أن يقع عند العقد، فإن لم يكن عنده وجب أن يقع عند الدخول، فإن وقع الدخول بلا إشهاد وجب فسخ العقد لعدم توفر الإشهاد. وهو ما أشار إليه ابن أبي زيد القيرواني بقوله: "لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل، فإن لم يشهدا فلا يبني بها حتى يشهدا"⁽⁴⁾، وكذا صاحب المختصر بقوله: "فسخ إن دخل بلاه" أي بلا إشهاد.

الزواج بنية الطلاق:

تعريفه: هو أن يتزوج الرجل وهو يضمّر في نيته أن يقوم بطلاق من يرغب زواجها بعد فترة معينة، كالمغرب الذي يتزوج وينوي أن يطلق زوجته بعد انتهاء فترة اغترابه.

وهذا الزواج لا يخلو من حالتين: إما أن يشير في العقد بأنه سيتزوج المعقود عليها لمدة شهر أو سنة أو حتى تنتهي دراسته، فهذا نكاح متعة وهو حرام، والعقد فاسد. وإما أن ينوي ذلك في قرارات نفسه دون أن يشترطه، وهذا هو المقصود في هذه المداخلة.

وهو "في ظاهره كالنكاح الشرعي المعروف، يتم بالإيجاب والقبول وولي وشاهدين، وغيرها من الأمور

¹- المقدمات المهمات لابن رشد القرطبي بتحقيق محمد حجي 479/1، دار الغرب الإسلامي.

²- بداية المجتهد ونهاية المقتصد 220/2، لابن رشد الحفيد دار الجيل، بيروت الطبعة الأولى 1989.

³- القوانين الفقهية لابن جزى دار الفكر، ص 182.

⁴- الرسالة 300/1.

المعتبرة في النكاح، إلا أن الزوج ينوي عازما على تطليقها بعد مدة معلومة كسنة أو أكثر أو أقل... ومن جهة المرأة وأوليائها فهم يعتقدون أنه نكاح شرعي مؤبد لا خداع فيه ولا ريبة ولا غش، ولكن الأمر ليس كذلك⁽¹⁾

الأسباب المؤدية إلى الزواج بنية الطلاق:

- لعل من الأسباب التي تجعل الشباب اليوم يقبلون على هذا النوع من الزواج. إن صح التعبير. ما يلي:
- السفر الطويل الأمد أو الاغتراب للتجارة، وطلب العلم والجهاد، وغيرها من الأمور الدينية والدنيوية.
 - عدم تمكن الكثير من الشباب الزاحف إلى بلدان المهجر من إنجاز وثائقهم القانونية المتعلقة بالإقامة بالبلدان المتواجدين بها، مما يضطرهم، إلى الارتباط بامرأة أو فتاة على سبيل التفاوض لمدة معينة ثم بعد اكتمال ما اتفق عليه بينهما يكون الانفصال، ويحدث هذا غالبا بين شباب بلدان المغرب العربي المقيمين بالخارج بصفة غير قانونية.
 - انتشار هذا النوع من الزواج بين طلبة العلم المشاركة: السعودية، الإمارات، قطر، الكويت... في البلدان التي يفدون إليها سواء أوروبا أو أمريكا أو غيرها من بلدان العالم.
 - النساء الراغبات في السفر والاستقرار ببلدان المهجر والغير متزوجات ببلاهن أو مطلقات، فيختزن هذا النوع من الارتباط بحيث يتفقن مع طرف آخر مقيم بصفة قانونية على عقد نكاح صوري، الغاية منه الحصول على وثائق الإقامة ولو بصفة مؤقتة دون نية التأييد، واتفاق مسبق بينها على إنهاؤه بمجرد حصول الغاية منه.
 - خوف الشباب المسلم على نفسه من الوقوع في الزنى والفواحش في محل إقامته، أو مكان غربته، فيقوم الشاب بالزواج لكي يعف نفسه ويحفظها من الوقوع في الحرام. وفي هذا التصرف أنانية مجردة وكبيرة جدا، فلا يعقل أن يتزوج الرجل بنية الطلاق ليعف نفسه ثم يطلق المرأة لتضيع وتكون عرضة للفساد والفاحشة، وفي هذا ظلم عريض لها، ولاشك أن الإسلام يمنع الذرائع المؤدية للحرام والمعصية لمصلحة الرجل والمرأة على حد سواء.
 - شيوعه بين أصناف الموظفين في أسلاك الإدارة العمومية المغربية، ذكورا وإناثا، إذ يقدم من يرغب منهم في الحصول على الانتقال إلى موطن عائلته حال تعيينه في مدينة أخرى على عقد نكاح صوري⁽²⁾ بالاتفاق مع الطرف الآخر بغرض تقديمه للإدارة المركزية بما يمكنه من الحصول على المبتغى في إطار الالتحاق بالزوج، مقابل مبلغ مالي يؤديه الطرف الأول الذي يريد الانتقال إلى الطرف الثاني المتواجد بالمكان المرغوب في الانتقال إليه، ثم بعدها يبدأ مسطرة الطلاق، وقد يسلكها بمجرد الموافقة والتأشير بما يفيد توصل الإدارة

1- الزواج بنية الطلاق وحقيقته، أحمد بن موسى البهلي ص 45، مكتبة دار البيان الحديثة الطائفة، ط1، السنة 2001.

2- هو الاتفاق بين الطرفين على التآقت دون المعاشرة والخلوة، حتى إذا حصل القصد والغرض منه، تم الفسخ.

بالطلب وإدراجه ضمن الملفات قيد الدراسة.

ولعل من أغرب حالات هذا النوع من النكاح، ما وقع بإحدى الجماعات القروية التابعة لإقليم تيزنيت بالمملكة المغربية من إقدام شخص على عقد الزواج بأرملة ابنه، حتى تتمكن المرأة من الحصول على معاش التقاعد بعد وفاته، باعتباره متقاعدا من دولة فرنسا، غير أن ضابط الحالة المدنية انتبه إلى الأمر بعدما توصل بملخص عقد النكاح قصد تضمينه برسمي ولادة كل منها، لئتم إخبار النيابة العامة ويتم فسخ العقد المذكور.

- ومن الحالات أيضا ما يفعله البغايا من استئجار أشخاص ديوثين لإبرام عقود زواج صورية بمقابل، قصد استخدامها للاستفادة من المقتضيات الجنحية التي تسقط المتابعة عن المتزوجين المضبوطين في حالة التلبس بالدعارة حال تنازل الزوج، فبمجرد أن يتم ضبط إحداهن في حالة تلبس، ينجز الزوج الديوث تنازلا عن المتابعة بمبرر الحفاظ على الأسرة ودرءا للفضيحة، لئتم إسقاط المتابعة في حقها. (1)

والحق أن هذه ليست بأنكحة ولا تمت إليها بصله، نظرا لخلوها من كثير من القضايا والأسس والمبادئ التي يستند عليها النكاح الذي شرعه الله سبحانه في كتابه وسنة نبيه ﷺ.

وقد اختلف الفقهاء القدامى والمعاصرين في مثل هذه الأنكحة بين مصوب لها ومهذب، وبين قائل بصحتها مع الكراهة وبين قائل بحرمتها مطلقا.

المجوزون وأدلتهم:

قال الشيخ الدردير "وحقيقة نكاح المتعة الذي يفسخ أبدا، أن يقع العقد مع ذكر الأجل للمرأة، أو وليها، وأما إذا لم يقع ذلك في العقد ولم يعلمها الزوج بذلك، وإنما قصد في نفسه وفهمت المرأة، أو وليها المفارقة بعد مدة، فإنه لا يضر، وهي فائدة تنفع المتغرب". (2)

وصرح الإمام الباجي في المتقى أن: "من تزوج امرأة لا يريد إمساکها، إلا أنه يريد أن يستمتع بها مدة ثم يفارقها، فقد روى محمد عن مالك أن ذلك جائز" (3) وعلق الدسوقي في حاشيته على نص الشيخ الدردير في الشرح الكبير أن الزوجة إن فهمت أو وليها فهو فاسد، قال هذا هو الراجح كما يفهم من اقتصار الأجهوري وحده عليه، وإن كان بهرام صدر في شرحه، وفي شامله بالفساد إذا فهمت منه ذلك الأمر الذي قصده في نفسه، فإن لم يصرح للمرأة ولا لوليها بذلك، ولم تفهم المرأة ما قصده في نفسه، فليس نكاح متعة اتفاقا.

وحكى الشيخ الزرقاني الإجماع بصحة النكاح بنية الطلاق قائلا: "هذا النكاح جائز بالإجماع" (4) وهو

1- انظر مجلة المذهب المالكي عدد 16 سنة 2013 ص 114 هامش 1.

2- الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير دار لفكر 239/2.

3- المتقى شرح موطأ مالك، ج 3/355. تحقيق عبد القادر عطا طبعة دار السعادة الطبعة الأولى 1332هـ.

4- شرح الزرقاني على الموطأ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، الطبعة الأولى 1424هـ، ج 3/155.

خلاف الثابت في المسألة فيما ذكر ابن رشد الجدل أن مالكا - رحمه الله - قال في هذا النكاح - أي النكاح بنية الطلاق - لا بأس بذلك، وليس هذا بجميل من أخلاق الناس، ولا أحسب إلا أن من النساء من لو علمت بذلك لم ترض أن تتزوج مثل هذا".⁽¹⁾

كما نص الكاساني على ذلك في بدائع الصنائع.⁽²⁾ وكذا علماء الشافعية أيضا، قال في الأم "فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئا، لأن النية حديث النفس، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله فيكون الفعل حادثا غير النية"⁽³⁾ وهذا الرأي قال علماء الحنابلة، قال ابن قدامة المقدسي "وإن تزوجها بغير شرط إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر، أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد، فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعي قال، هو نكاح متعة، والصحيح أنه لا بأس به، ولا تضر نيته، وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته، وحسبه إن وافقته وإلا طلقها".⁽⁴⁾ ويعضد هذا الرأي الإمام ابن تيمية قائلا: "والصحيح أن هذا ليس بنكاح متعة ولا يجرم، وذلك أنه قاصد للنكاح وراغب فيه، بخلاف المحلل، لكن لا يريد دوام المرأة معه، وهذا ليس بشرط"⁽⁵⁾

ومن العلماء المعاصرين الذين اقتفوا أثر هؤلاء: الشيخ ابن باز، والشيخ صالح السدلان، والشيخ عبد الله المطلق، كما أفتى به الشيخ محمد الأمين الشنقيطي.⁽⁶⁾

قال سيد سابق "اتفق الفقهاء أن من تزوج امرأة دون أن يشترط التوقيت وفي نيته أن يطلقها بعد زمن، أو بعد انقضاء حاجته في البلد الذي هو مقيم به، فالزواج صحيح".⁽⁷⁾

ومن أدلة هذا الفريق ما يلي:

- الأدلة النقلية:

1. حديث امرأة رفاعة القرظي، وفيه أنها تزوجت عبد الرحمان بن الزبير وفي نيته أن تتطلق منه، وترجع إلى زوجها رفاعة بعد التحليل، فقال لها النبي ﷺ: "لا : حتى تذوقي عسيلته، وذوق عسيلتك".⁽⁸⁾ فصصح العقد ولم يقل إنه باطل.

2. حديث الأعرابي الذي تزوج امرأة على أن يبيت معها ويطلقها عندما يصبح، وبعد الدخول توافق معها

1- البيان والتحصيل لابن رشد 309/4. تحقيق محمد حجي دار الغرب الإسلامي بيروت ط الثانية 1408 هـ
2- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين الكاساني ج3/ هامش ص 342، دار الكتب العلمية، ط1 (1997م).
3- الشافعي "الأم" ج 6/253. دار الفكر الطبعة الثانية 1983م.
4- المغني لابن قدامة المقدسي ت (620 هـ) مكتبة القاهرة السنة (1388 هـ) ج 7/571.
5- مجموع الفتاوى 147/32-148. لابن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمان بن قاسم ج 2/148.
6- انظر فتوى بشأن الزواج بنية الطلاق على الرابط د. أحمد نجيب www.saaaid.net
7- فقه السنة 38/2، مرجع سابق.
8- البخاري كتاب الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث رقم 4960.

على الاستمرار، فافره عمر بن الخطاب على ذلك ولم يبطل العقد، رغم نية الطلاق المسبقة. ونص الحديث كما في السنن الكبرى: "أخبرنا سعيد عن ابن جرير عن مجاهد عن عمر مثله، أخبرنا سعيد بن سالم، عن ابن جرير قال: أخبرت عن ابن سيرين أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً، وكان مسكيناً أعرابي يقعد بباب المسجد، فجاءته امرأة فقالت له: هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة فتصبح فتفارقها؟ فقال: نعم وكان ذلك، فقالت له امرأته: إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك، فارقها فلا تفعل، فإني مقيمة لك ما ترى، واذهب إلى عمر، فلما أصبحت أتوه وأتوها فقالت: كلموه فأنتم جئتم به، فكلموه، فأبى وانطلق إلى عمر فقال: الزم امرأتك فإن رابوك برب فائتي، وأرسل إلى المرأة التي مشيت بذلك فنكل بها.

ثم كان يغدو إلى عمر ويروح في حلة فيقول: الحمد لله الذي كساك يا ذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح⁽¹⁾⁽²⁾ في هذا النص حسب رأي هؤلاء دليل على أن الزواج بنية الطلاق ينعقد صحيحاً ولا يلزم منه شيء.

واستدلوا كذلك بأن العقد في النكاح مستجمع كافة أركانه وشروطه، فينعقد صحيحاً، ولا تضر النية على الطلاق مستقبلاً، قال الشاطبي: "ونية الفراق بعد ذلك أمر خارج إلى ما بعده من الطلاق الذي جعله الشارع له، وقد يبدو له فلا يفارق، وهذا هو الفرق بينه وبين نكاح المتعة"⁽³⁾.

أيضاً قالوا بأن النية حديث النفس، وقد وضع عن الناس ما حدثت به النفس، والله وحده يتولى السرائر لقوله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم"⁽⁴⁾.

- ودليل آخر، أن الطلاق حق من حقوق الزوج، لا يلزمه إمساك الزوجة على وجه التأيد.

إن أغلب الصور المستجدة من الزواج بنية الطلاق، باستثناء الحالات التي لا تكون فيه الزوجة على علم مسبق بنية الزوج ذلك، لا تندرج ضمن صوره الذي قال جمهور الفقهاء بصحته، لا نظوائها على اتفاق مسبق بين طرفيها، وعلم كل منهما بنية الآخر في إنهاء العقد بعد حين، ويطلها المنع المطلق عند المالكية والجمهور لعلم الزوجة المسبق بنية الزوج، وتدخل في نطاق الطلاق المؤقت حسب اصطلاح الحنفية والذي يأخذ عندهم حكم المتعة.

المانعون للزواج بنية الطلاق وأدلتهم:

1. من المانعين للزواج بنية الطلاق المعتبرينه متعة، الإمام الأوزاعي رحمه الله، وكذا الإمام مالك، فقد حرم الزواج بنية التوقيت وسأه زواج متعة بالنية، قال ابن عبد البر نقلاً عنه: "ولو تزوجها بغير شرط، ولكنه

1- البيهقي، كتاب النكاح، باب من أجاز طلاق الثلاث.

2- انظر الأم للشافعي 70/5.

3- الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق الشاطبي 397/1. تحقيق عبد الله دراز دار المعرفة ط 2 س 1395هـ

4- البخاري كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والمكره.

ينوي ألا يجسها إلا شهرا، أو نحوه ويطلقها فهو متعة ولا خير فيه".⁽¹⁾

وقد تبع هؤلاء كل من الفقهاء المعاصرين من أمثال: الشيخ محمد رشيد رضا، والسيد سابق، وصالح الفوزان، وبكر أبو زيد وغيرهم. وبعض المجامع الفقهية، كمجمع الفقه الإسلامي بجددة، ومجمع الفقه الإسلامي، ورابطة العالم الإسلامي، واللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء بالمملكة العربية السعودية. ومن أدلتهم على هذا المنع أمور منها:

✓ أن الأصل في الزواج التأييد كما سبق في تعريفه، والزواج بنية الطلاق مخالف لهذا الأصل ولقصد الشارع منه.

✓ أنه زواج مؤقت، والأصل فيه الديمومة وكل زواج مؤقت فهو متعة، وبالتالي فهو باطل عند عامة أهل السنة والجماعة.

✓ أنه زواج فيه تغرير بالمرأة وحقوقها، ومخادعة لها ولذويها، ومن شأنه إفشاء التباضف وفقدان الثقة بين الناس، فضلا عن كونه مدعاة للفساد والرذيلة.

✓ القياس على نكاح التحليل، إذ العاقد في كل منهما لا يريد استمرار العقد وقصده الطلاق بعد الزواج.

أما بالنسبة للأدلة التي استدلت بها المجوزون لهذا الزواج، فقد أنكرها هذا الفريق جملة وتفصيلا، ومن ذلك ما يلي:

- حديث امرأة رفاعة القرظي لا وجه للاستدلال، لأن نية الزوجية غير متوفرة، إذا الطلاق بيد الزوج لا بيدها.
- حديث ذي الرقعتين حديث ضعيف لا يستدل به، لأنه حديث منقطع، قال أحمد بن حنبل في مسنده، ليس له إسناد، وكذا ضعفه الإمام ابن تيمية من وجوه عدة، فقال: "وقال أبو عبيد: هذا حديث مرسل لابن سيرين، وإن كان مأمونا لم ير عمر، ولم يدركه، فأين هذا من الذين سمعوه يخطب على المنبر: لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجتها. قلت: وقد روينا عن ابن عمر أنه سئل عن تحليل المرأة لزوجها، فقال: ذلك السفاح، لو أدرككم عمر لنكلكم. وأحاديث ابن عمر كلها تبين أن نفس التحليل المكتوم زنا وسفاح، وقد أخبر عن أبيه بأنه لو أدرك ذلك لنكل عليه، وسائر الآثار عن عثمان وعلي وغيرهما تبين أن التحليل عندهم: كل نكاح أراد به أن يحلها. وقد ثبت عن عمر أنه خطب هؤلاء فقال: "لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجتها، فعلم أن عمر أراد التحليل مطلقا، وإن كان مكتوما، فالمنقطع إذا عارض المسند لم يلتفت إليه".⁽²⁾

الفرق بين الزواج بنية الطلاق ونكاح المتعة المشتبه عند بعض الشيعة.

يختلف الزواج بنية الطلاق عن المتعة في كون الأول يتوفر على جميع الشروط والأركان الخاصة بالزواج لكن

¹ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب تحقيق مولاي مصطفى بن أحمد العلوي، طبعة 1406هـ، ج 11/156.

² - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج 6/246. الطبعة الأولى 1423هـ الناشر ورثة عبد الرحمان بن القاسم.

يفتقد فقط إلى نية التأيد التي تجعل الزوج لباس الزوج استنادا لقول الله تعالى: ﴿هُنَّ لِيَأْسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسُ هُنَّ﴾ (1).

أما زواج المتعة فيسمى بالزواج المؤقت، أو الزواج المقطع، ويكون بالتراضي بين الطرفين، وهو أن يعقد الرجل على المرأة يوما أو أسبوعا أو شهرا⁽²⁾ وسمي بالمتعة لأن الرجل يتنفع ويتمتع إلى الأجل الذي حدده.

وهو زواج متفق على تحريمه بين أرباب المذاهب باستثناء بعض مذاهب الشيعة الذين يجيزونه ويتعاملون به، ويرى زفر - من أتباع أبي حنيفة - أنه إذا نص على توقيته بمدة، فالنكاح صحيح ويسقط شرط التوقيت، هذا إذا جعل العقد بلفظ التزويج، فإن حصل بلفظ المتعة فهو باطل باتفاق⁽³⁾.

أما النكاح المؤقت دون ذكر المتعة ودون اتفاق الطرفين عليه مسبقا فهو المقصود بالزواج بنية الطلاق. وقد فرق جمهور الحنفية بين هذا النكاح، ونكاح المتعة بفروق منها:

كون المؤقت بلفظ النكاح، أو الزواج مع حضور الشهود وذكر المدة، بخلاف المتعة الذي يكون بلفظ مشتق من مادتها دون حضور الشهود. قال في بدائع الصنائع: "فإذا قيل ما الفرق بين هذا النكاح الذي نوى فيه الرجل الإقامة معها مدة نواها، وبين نكاح المتعة الذي قالت به الإمامية وقتلتم ببطلانه؟ نقول: الفرق بينهما واضح، وهو أن نكاح المتعة الذي قلنا ببطلانه والذي قالت به الإمامية دخلا فيه على تحديده بمدة معينة أو غير معينة، وأيضا فهو نكاح لا تترتب عليه أحكام النكاح من التوارث، ولحقوق النسب، ووجود العدة، بخلاف هذا، فإنه وإن نوى الإقامة معها مدة، إلا أنها لم يدخلها على ذلك، وهو نكاح تترتب عليه آثاره، ففرق بينهما غاية الأمر أنه نوى الإقامة معها مدة نواها، وهذا لا يضر لأن الرجل بيده الطلاق، فله أن يطلق في أي وقت شاء⁽⁴⁾.

ولابن المهام رأي آخر حيث قال: "كلاهما - أي المتعة والزواج بنية الطلاق - سواء، لأن الرسول ﷺ لم يقيد زواج المتعة بلفظ خاص، والتعبير بالمتعة كان من الرواية لا غير"⁽⁵⁾ قال الطاهر بن عاشور: "والذي استخلصناه في حكم نكاح المتعة أنه جائز عند الضرورة الداعية إلى تأجيل مدة العصمة مثل: الغربة في السفر، أو غزو إذا لم تكن مع الرجل زوجة، ويشترط فيه ما يشترط في النكاح من صداق، وإشهاد، وولي، حيث يشترط، وأنها تبين منه عند انتهاء الأجل، وأنها لا ميراث فيها بين الرجل والمرأة إذا مات أحدهما في مدة الاستمتاع، وأن عدتها حيضة واحدة، وأن الأولاد لاحقون بأبيهم المستمتع"⁽⁶⁾.

1- البقرة، الآية 187.

2- فقه السنة، السيد سابق 35/2.

3- نفسه هامش 1.

4- الكاساني، بدائع الصنائع، 342/3 مرجع سابق.

5- شرح فتح، القدير 384/2.

6- التحرير والتنوير الطهر بن عاشور الدار التونسية للنشر 1984م، ج 11/5.

بعض الآثار المترتبة على الزواج بنية الطلاق:

نظرا للمآلات المتعددة والاعتبارات المصلحية التي راعاها الشارع الحكيم، وكذا المفاصد المحققة والتي منها التدليس، وإغفال القيم الأخلاقية التي رفع الشرع شعارها لصيانة الفرد والمجتمع من التسبب والاعتباط، فضلا عن إعطائه - الزواج - صورة منافية لقيم الشريعة الإسلامية وأخلاقها ومكارمها، فقد خلص الكثير من علماء الأمة إلى حرمة الزواج بنية الطلاق نظرا للآثار السلبية المترتبة عليه والمتمثلة فيما يلي:

- أن هذا الزواج لا يحقق الأغراض الشرعية للنكاح، ولا يحقق مقاصده الأصلية والفرعية، لأنه زواج مصلحي شهواني فقط. والشارع الحكيم لم يشرع الزواج لهذا وغيره إنما قال: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ ﴾ (1).

- أن للنوايا في شريعتنا اعتبار راعاها المشرع سواء في العقود أو التصرفات. والنكاح إحداها، ولذلك قال النبي ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات" (2).
- أنه يتسبب في كثرة الزواج والطلاق وبالتالي زيادة المطلقات والعوانس، ولا يخفى على العقلاء ما في ذلك من خطر، وما يجر من مفاصد.

- فيه هدم لمقصد النكاح الذي هو التناسل والتوالد.

- أنه من الناحية العرفية لا ترضاه الناس لبناتهم.

- فيه التساهل في شرائط عقد النكاح، والذي هو عدم إشهاره، والنبي ﷺ يوصي بالوليمة ولو بشاة إعلانا وإيدانا بوجود هذا الزواج حتى إذا كان التوالد علم الجميع نسب الأبناء إلى أبيهم.

- أن النكاح بنية الطلاق ذريعة لارتكاب الحرام الذي لم يرشد إليه النبي ﷺ ولم يفعله أصحابه. يقول ابن تيمية "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل" (3).

ويقول ابن القيم أيضا بشأن القصد وتأثيرها في العقود "وقد تظافرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة. وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة، بل أبلغ من ذلك وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما فيصير تارة حلالا وحراما تارة أخرى، باختلاف النية والقصد كما يعتبر صحيحا تارة، وفسادا تارة باختلافها" (4).

- أنه شر من زواج المتعة لما فيه من الغش والخديعة قال المدغري: "ويظهر مما تقدم أن فقهاءنا يعتبرون

1- الروم، الآية 20.

2- الحديث أخرجه البخاري عن عمر بن الخطاب، كتاب بدء الوحي، حديث رقم 1.

3- نقلا عن الموافقات 2/333.

4- أعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام ابن قيم الجوزية، دار الفكر بيروت، تحقيق محيي الدين عبد الحميد، الطبعة الأولى (1955م) 109/3.

الزواج بنية التوقيت خداعا وغشا، وأنه شر من زواج المتعة. ولا ينبغي أن يغتر إنسان بمن أجاز الزواج بنية الطلاق من فقهاءنا، لأنهم إنما كانوا يبيّنون أن النيات لا تؤثر في العقود، ومعنى كلامهم أن العقد من حيث هو صحيح ما لم تظهر نية التوقيت، لأنه كما قال ابن القيم: إذا ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ".⁽¹⁾

- فيه ما لا يخفى من العبث بالرابطة العظيمة التي هي أعظم الروابط البشرية، قال العلامة رشيد رضا "هو أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت الذي يكون بالتراضي بين الزوج والمرأة ووليها، ولا يكون فيه من المفسدة إلا العبث بهذه الرابطة العظيمة التي هي أعظم الروابط البشرية، وإيثار التنقل في مراتع الشهوات بين الذواقين والذواقات وما يترتب عن ذلك من المنكرات، وما لا يشترط فيه ذلك يكون على اشتماله على ذلك غشا وخداعا تترتب عليه مفسدات أخرى من العداوة والبغضاء وذهاب الثقة حتى بالصادقين الذين يريدون بالزواج حقيقة وهو إحصان كل من الزوجين للآخر وإخلاصه له، وتعاونها على تأسيس بيت صالح من بيوت الأمة".⁽²⁾

- أنه محرم من جهة أنه غش للزوجة وأهلها، وقد حرم النبي صلى الله عليه وسلم الغش والخداع.

- إن فتح هذا الباب يترتب عليه مفسدات كبيرة حيث إن أكثر الناس لا يمنعون الهوى من تعدي محارم الله، فهو تحايل على الله وعلى شرعه المطهر، فيتوصل بعلته إلى ما لا يجوز له فعله، وإلى ما لا ترضى به المرأة وأولياؤها لو اطلعوا على نيته، ومعلوم تحريم الحيل والمطر والخداع.

- الأصل أن النكاح والطلاق قائم على العدل وعدم الظلم، وأن الأصل في الزواج التأييد، فكان الزواج بنية الطلاق داخل في قوله ﷺ: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"⁽³⁾

خاتمة

بعد هذه الدراسة المتواضعة، اتضح أن الإسلام شرع النكاح ورغب فيه استجابة لمقتضى حكمة الله عز وجل في خلق الإنسان، وهي خلافة الأرض وعمايتها، وقد تكون للزوج أو للزوجة مصلحة في اشتراط أمور معينة في عقد النكاح قد يبدئها وقد يضمها وتبقى عالقة في ذهنه، ومن ذلك الزواج بنية الطلاق، أن يتزوج الرجل وهو يضم في نيته أن يقوم بطلاق من يرغب زواجها بعد فترة معينة، وهو مخالف للزواج الصحيح الذي يتزوج بنية بقاء الزوجية، والاستمرار على التأييد والديمومة، فإن صلحت له الزوجية وناسبت له وإلا طلقها.

وهذا هو المنهج الذي ارتضته الشريعة للناس وحافظت على كل ما من شأنه أن يجعل مقام الأسرة مقاما مكرما بعيدا عن كل النوايا السيئة السلبية التي قد تعكر صفو سيرها، لذلك جعلت حكمة الزواج حكمة أبدية مبنية على ضوابط وشائج قوية باعتباره ميثاقا غليظا بين طرفين، بحيث لا ينظر أحدهما إلى الآخر نظرة

1- المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير د. عبد الكبير العلوي المدغري. ط 1999. ص 129-130

2- تفسير المنار رشيد رضا، ج 3/250، مصدر سابق.

3- صحيح مسلم، باب من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد، رقم الحديث 1718.

استغلال أو شهوة أو قضاء وطر، بقدر ما يجعلها في أمن وأمان بضوابط وشروط إذا استتبعت وروعيت كان أدعى لها بالنجاح الذي يثمر مجتمعا فاضلا تسود عناصر أفراده المودة والرحمة والسكينة مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...﴾ (1)

والحمد لله رب العالمين

لائحة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام شمس الدين ابن قيم الجوزية ت (751هـ) تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الأولى (1374هـ / 1955م).
- الأم الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، الطبعة 1983م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى السنة 1989م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الحنفي (ت 587هـ) تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى السنة 1997م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ) تحقيق محمد حجي وآخرون دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1408 هـ / 1988 م.
- التحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور، الدار التونسية للنشر 1984م.
- تفسير المنار محمد رشيد رضا الهيئة المصرية العامة للكتاب الطبعة (1990م).
- التمهيد لم في الموطأ من المعاني والأسانيد ابن عبد البر القرطبي (463هـ) طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية تحقيق مولاي مصطفى بن أحمد العلوي (1406 هـ / 1985م).
- الزواج بنية الطلاق وحقيقته، أحمد بن موسى السهلي، مكتبة دار البيان الحديثة الطائف، الطبعة الأولى السنة 2001م.
- سنن ابن ماجة.
- السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، دون طبعة وتاريخ.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك محمد بن عبد الباقي بن يوسف لزرقاني مكتبة الثقافة الدينية القاهرة الطبعة الأولى 1424هـ.
- صحيح الإمام البخاري مكتبة التراث العربي لبنان، طبعة الأولى 2006م.
- صحيح الإمام مسلم، مكتبة التراث العربي، الطبعة الأولى 2006م.
- فتوى بشأن الزواج بنية الطلاق الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، على الموقع www.saaaid.net.
- فقه السنة السيد سابق، دار الفكر، طبعة جديدة ومنقحة، الطبعة الرابعة 1403هـ / 1983م.
- القوانين الفقهية لابن جزي، دار الفكر بيروت.

1- الروم، الآية 20.

- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 1413 هـ/1992 م.
- لله ثم للتاريخ كشف الأسرار وتبيرة الأئمة الأطهار، الدكتور حسين الموسوي، دار ابن الجوزي، القاهرة، الطبعة الأولى 1427 هـ/2007 م.
- مجلة المذهب المالكي، العدد السادس عشر السنة 1434 هـ/2013 م.
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي، الناشر ورثة عبد الرحمان بن القاسم، بدون طبعة ودون تاريخ.
- مدونة الأسرة تعديل 2004.
- المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري، الطبعة الأولى السنة 1420 هـ/1999 م.
- المغني لابن قدامة المقدسي (ت 620 هـ) مكتبة القاهرة (1388 هـ).
- المقدمات الممهدة لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت 520 هـ) تحقيق محمد حجي دار الغرب الإسلامي.
- منهج السنة في الزواج للدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار السلام للطباعة والنشر الطبعة الأولى 2012.
- الموافقات للإمام الشاطبي تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1395 هـ 1975 م.

البصمة الوراثية ودورها في إثبات نسب ولد الزنا

بقلم

ذ. محمد بجاق

أستاذ مساعد "أ" في الشريعة والقانون

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي

bejmed1974@gmail.com

مقدمة

من أعظم المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية حفظ النسب، لما هذا الأخير من آثار جد خطيرة كتحريم الزواج، والتوارث، ووجوب النفقة، والولاية، وغيرها من المسائل، ولما له أهمية في حياة الإنسان الذي يحس بكرامة شرف انتسابه، وبالمهانة عن جهله لنسبه.

وقد أثبتت الدراسات الاجتماعية أن الإنسان الذي يعيش جاهلا أباه يعيش حاضرا ومصيرا مجهولا، يعيش في مجتمع لا تربطه به صلة، فيشعر بعزلة وقلق وحيرة وحققد على المجتمع، وكلما ازداد إحساس الإنسان بالنقص ازداد شعوره بالألم، ومن هنا فإن حرمان الفرد من النسب يعني حرمانه من أهم حقوقه وإلحاق الظلم به، والمس بهويته، مما قد يؤدي به إلى الضياع بوجه أو بآخر¹.

ومن مقاصد الشريعة كذلك العفة والابتعاد عن الرذائل والموبقات، ومن أعظم الموبقات ارتكاب جريمة الزنا التي حرمها الله عز وجل، وقرر لها حدا من الحدود الشرعية في قوله: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور، 2].

والله تعالى حينما حرم هذه الجريمة لم يهدف لكبت الغريزة التي فطر عليها عباده، وإنما كان يهدف تهذيب النفوس وإبعادها عن الحيوانية التي لا هم لها سوى إشباع غرائزها دون النظر لمآلات الأمور، ومن مقاصد تحريم الزنا أيضا هو إقامة حياة أسرية مستقرة قوامها المودة والرحمة، لإنجاب ذرية صالحة، وكذلك حماية المجتمع مما قد تخلفه من آثار وأضرار خطيرة، ولعل أهم هذه الآثار إنجاب أولاد عن طريق هذه العلاقة المحرمة فيكون مصيرهم الضياع.

ومع أن تحريم الزنا جاء في جميع الشرائع لما له من آثار وخيمة على المجتمع، إلا أنه أمر واقع قديما وحديثا، وقد

1- انظر: عبد الوهاب أحمد محمد السعيد، إثبات النسب ونفيه في الإسلام - دراسة في المرتكز الأصولي والمنجز الفقهي -، مقال منشور بمجلة جامعة الناصر، صنعاء، اليمن، ديسمبر، 2014، العدد 04، 279.

وقع في جيل الصحابة رضي الله عنهم وقت نزول التشريع بين ظهراي النبي صلى الله عليه وسلم وقد أمر بإقامة الحد على بعضهم من الرجال و النساء، و في وقتنا الحاضر هو أكثر شيوعا خاصة في المجتمعات غير المسلمة بل قد أصبح مقننا في بعض المجتمعات¹ مما جعل أعداد الأولاد الناتجين عن الزنا كبيرة، وهو ظاهر من خلال كثير من الإحصائيات الرسمية² وقد انتشرت هذه الظاهرة حتى في البلاد الإسلامية نظرا لغياب قوانين رادعة لمنع حدوث مثل هذه الجرائم.

ومن هنا فقد برزت مشكلة كبيرة في نسب الأولاد الناتجين عن الزنا، وهي نازلة تثير كثيرا من الجدل الفقهي والقانوني، خصوصا مع التطور العلمي الذي توصل إليه العلماء في إثبات النسب الذي أسفر عن ظهور دليل قطعي في هذه المسألة وهو البصمة الوراثية.

نسب الطفل إلى أمه وأهلها نسبة شرعية صحيحة لا إشكال فيه، وهو نسب تثبت به الحرمة والمحرمية، ويترتب عليه الولاية الشرعية والتعصيب والإرث، وغير ذلك من أحكام البنوة؛ لأنه ابنها حقيقة نسبه ثابت إليها بالولادة، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.

أما نسبه لأبيه المتخلق من مائه فقد وقع الخلاف فيه بين الفقهاء بين مجيز لنسبه إليه بتوافر جملة من الضوابط، وبين مانع لذلك مطلقا، ولعل ذلك مبني على كون النسب إليه مسألة ظنية وليست يقينية، أما بعد التطور العلمي الحاصل في مسألة إثبات النسب خاصة بوسيلة البصمة الوراثية فالأمر يختلف من حيث الوصول إلى اليقين في نسب الولد من أبيه المتخلق من مائه.

من هنا جاءت أهمية الموضوع وهو حصول هذا المتغير في مسألة إثبات نسب ولد الزنا، وسأحاول من خلال هذا البحث استطلاع آراء الفقهاء في المسألة.

والإشكالية التي أريد معالجتها والإجابة عليها هي: هل النسب نعمة أم حق، وما مدى شرعية نسب ولد الزنا لأبيه المتخلق من مائه في ظل المتغيرات العلمية الحديثة؟

وقد قسمت هذه الدراسة إلى مطلبين الأول أبين فيه أهم المفاهيم الأساسية المتعلقة بالموضوع. أما في المطلب الثاني فأعالج فيه اختلاف الفقهاء حول نسب ولد الزنا ودور البصمة الوراثية في إثباته.

المطلب الأول

مفاهيم أساسية

قبل التطرق إلى صلب الدراسة لا بد من تحديد بعض المفاهيم الأساسية المتعلقة بالبحث منها تعريف النسب وبيان أهميته وصاحب الحق فيه، ثم بيان معنى الزنا والآثار المترتبة عنه، ثم تعريف البصمة الوراثية وتحديد شروط العمل بها.

2- انظر: سعد بن تركي الختلان، أحكام الأولاد الناتجين عن الزنا، بحث مقدم في الدورة العشر للجمعية الفقهية الإسلامية، المنعقد في مكة المكرمة ما بين 25-29 ديسمبر 2010، ص 07.

3- انظر: إحصائية لمركز بيوريسيرتس الأمريكي عن نسبة الأولاد غير الشرعيين بين المواليد في دول العالم عام 2011، و في دراسة لهذا المركز أجريت عام 2014 تبين أن العديد من الدول الغربية تنتشر فيها ظاهرة أولاد الزنا وعلى رأسها آيسلندا التي تبلغ فيها النسبة 67% من عدد الولادات أما في فرنسا فتبلغ النسبة 56% وفي بريطانيا 48% وفي الدانمارك تبلغ نسبة أولاد الزنا 51% أي أكثر من نصف المجتمع أولاد زنا.

الفرع الأول - تعريف النسب وبيان أهميته وأطرافه وطاحبه الحق فيه:

أولاً- تعريف النسب: لتعريف النسب سأطرق لتعريفه لغة واصطلاحاً وقانوناً.

أ - النسب لغة¹: واحد الأنساب وهو نسب القرابات، وقيل هو القرابة في الآباء خاصة. ويقال: بينهما نسب: أي قرابة، سواء جار بينهما التناكح، أم لا. قال تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ۝ ﴾ [الفرقان 54]، وقيل: ويكون من قبل الأم والأب، وقيل: النسب معروف وهو أن تذكر الرجل، فتقول: هو فلان بن فلان أو تنسبه إلى قبيلة أو بلد أو صناعة. وفي الأساس: من المجاز: بينهما نسبة قريبة. واستنسب الرجل كانتسب: ذكر نسبه، يقال للرجل إذا سئل عن نسبه: استنسب لنا أي: أنتسب لنا حتى نعرفك. والنسب: المناسب، والجمع نساء، وأنساء. رجل نسيب: أي ذو الحسب والنسب كالمنسوب فيه، ويقال: فلان نسيبي وهم أنسابي.

ب - النسب اصطلاحاً²: وهو يقوم على أساس معناه اللغوي، وهو صلة الشخص بغيره، على أساس القرابة القائمة على صلة الدم.

ج - النسب قانوناً: لم تتعرض القوانين التي عثرت عليها لتعريف النسب؛ لأن التعريف من اختصاص الفقه وليس من اختصاص المشرعين، إلا أن المشرع المغربي خالف هذه القاعدة وعرف النسب في المادة 150 بقوله: النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف.

اعتبر المشرع المغربي النسب لحمة شرعية بين الأب وولده، أي صلة شرعية بينهما وتنتقل من الأب إلى الأبناء فالأحفاد، وهكذا السلف إلى الخلف، فهو تعريف يقترب نوعاً ما من تعريف الوراثة، وقد اعتبر تلك الصلة التي تربط الابن بشخص معين هي عماد النسب³.

والغالب في استعمال النسب أن ينسب الإنسان إلى أبيه، وقد صرح بعض الفقهاء بذلك، قال ابن القيم: « النسب في الأصل للأب »⁴، ولكن هذا لا يعني أن لا ينسب الولد إلى أمه؛ لأن نسبه ثابت إليها قطعاً لانفصاله عنها، وإنما المقصود أن ينسب الولد إلى أبيه عادة⁵.

وإذا انقطع نسب الولد عن أبيه بأي طريق كان، فإنه ينسب لأمه فقط. قال ابن القيم: « إلحاق الولد بأمه عند انقطاع نسبه من جهة أبيه »⁶.

4- ابن منظور، لسان العرب مادة نسب 4405/6 (ابن منظور ، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه، دار المعارف، القاهرة، مصر، دت) - الزبيدي، تاج العروس مادة نسب 260/4 وما بعدها (الزبيدي، تاج العروس، تحقيق مصطفى حجازي، مطبعة حكومة الكويت، الكويت الطبعة الأولى، 2001) - الجوهري، الصحاح في اللغة 225/1 (الجوهري، الصحاح في اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1990).

5- عبد الكريم زيدان، الفصل مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2000، 315/9.

6- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، المغرب، دط، 2006، ص 363 وما بعدها.

7- ابن القيم، زاد المعاد، تحقيق أسامة بن محمد الجمال، دار أبو بكر الصديق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005، 199/4.

8- عبد الكريم زيدان، الفصل، 316/9.

9- ابن القيم، زاد المعاد، 199/4.

ثانياً - أهمية النسب:

النسب رابطة سامية وصلة عظيمة وعلى جانب كبير من الخطورة، لما يترتب عليها من آثار وحقوق، كالحرمة في النكاح والتوارث، فلهذا لم يدعها الله عرضة للأهواء ونهباً للعواطف تهبها لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء.

ومن سنن الله تعالى في خلقه أن يوجد الطفل الصغير من أبويه لا حول له ولا قوة، ولا إرادة له في التأني من هذه العلاقة، فلهذا نهى الله تعالى الآباء عن إنكار نسب أولادهم منهم، وتوعدهم على ذلك بالعقاب والعذاب، ودل على ذلك قوله ﷺ: «أبياً رجل جحد ولداً وهو ينظر إليه - أي يعلم أنه ابنه - احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق»¹، ولعل هذا الوعيد لما يترتب على إنكار الأب لولده من تعريضه للذل والعار الذي لا يمتحي، وفي هذا ضرر بالغ وأي ضرر، كما حرم الله على المرأة أن تنسب إلى زوجها من تعلم أنه ليس منه، فقال ﷺ: «أبياً امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الجنة»^{2,3}

وتظهر أهمية النسب في الإسلام من خلال حرصه على سلامة النسب وصيانه وذلك ب:

- تحريم الزنا ومحاربة كل الأسباب المفضية إليه، حيث قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ الَّذِي لَهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء، 32]. جاء في التحرير والتنوير: "وعناية الإسلام بتحريم الزنا؛ لأن فيه إضاعة النسب وتعريض النسل للإهمال إن كان الزنا بغير متزوجة وهو خلل عظيم في المجتمع؛ ولأن فيه إفساد النساء على أزواجهن والأبكار على أوليائهن؛ ولأن فيه تعريض المرأة إلى الإهمال بإعراض الناس عن تزوجها، وطلاق زوجها إياها، ولما ينشأ عن الغيرة من المهرج والتقاتل"⁴.

- تحريم التبني، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب، 5]. جاء في التحرير والتنوير تفسيراً لهذه الآية: "وهذا الأمر إيجاب أبطل به ادعاء المتبني متبناه ابناً له. والمراد بالدعاء النسب. والمراد من دعوتهم بأبائهم ترتب آثار ذلك، وهي أنهم أبناء آبائهم لا أبناء من تبناهم.

واللام في لأبائهم لام الانتساب، وأصلها لام الاستحقاق. يقال: فلان لفلان، أي: هو ابنه، أي: ينتسب له،

1- البيهقي، السنن الكبرى، 403/7 - النسائي، السنن الكبرى باب التغليب في الانتفاء من الولد برقم 5675 (النسائي، السنن الكبرى، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1991، 378/3) - الحاكم، المستدرک 203/2 (الحاكم، المستدرک على الصحيحين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دت،) - سنن الدارمي باب من جحد ولده وهو يعرفه برقم 2284 (الدارمي، سنن الدارمي تحقيق حسين سبيم أسد الداراني، دار المغني، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2000، 1437/3). قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

2- الحديث نفسه.

3- عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، نالة للنشر، دت ص 279 وما بعدها.

4- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر والتوزيع، تونس، دط، 1984، 90/15.

ومنه قولهم: فلان لرشدة وفلان لغية، أي: نسبة لها، أي: من نكاح أو من زنا¹.

فالتبني لا يثبت به نسب، والتبني هو أن يُدمج الطفل في العائلة التي تبنته بحيث يصبح شخصا من العائلة لا فرق بينه وبين أي شخص آخر من أعضاء الأسرة، فله الحق في الاسم والميراث والاختلاط، وتطبق عليه قواعد المصاهرة، وغير ذلك، وكل هذه الأمور محظورة في الإسلام على أي شخص غير شرعي في الأسرة².
وأهمية النسب تبرز من خلال الأحكام الفقهية المتعلقة به، كحرمة النكاح، والميراث، والولاية على النفس، وتحريم الوصية، وتحمل الدية، وولاية المال، وولاية الحضنة، وجوب النفقة، وجواز الخلوة، وجواز السفر، وجواز النظر والمصافحة وغير ذلك من الأحكام وهي كثيرة.

ثالثا - أطراف النسب وأصحاب الحق فيه: للنسب أطراف ثلاثة وهم: الأب والأم والولد، وذلك أن النسب رابطة لا تتحقق في أصل نشأتها إلا بوجود هذه الأطراف الثلاثة.

وثبوت نسب الولد من أبيه وإن كان أثرا من الآثار التي تترتب على عقد الزواج بحكم الشرع حتى لو اتفق الزوجان عند العقد على نفيه، إلا أنه ليس حكما مجردا بل هو حق لأطراف النسب، فهو حق لله تعالى، وحق للأب وحق للأم وحق للولد نفسه³.

أ - النسب حق لله تعالى: أما وجه كونه حقا لله، فلأنه يحقق مصلحة عامة للمجتمع، إذ أنه يتضمن حرمان كلها لله تعالى: حرمة المرأة ومعنى ذلك أنه لا يجزئ مخالفتها إلا بطريق الزوجية، وحرمة الأمومة والأبوة؛ لأن الله تعالى أوجب حقوقا تجب مراعاتها، ولا تمكن هذه الرعاية إلا بالمحافظة على الأنساب، وبما يثبت أن النسب حق من حقوق الله تعالى أنه تقبل فيه الشهادة حسبة؛ أي: حتى ولو لم تكن هناك دعوى من المدعي⁴.

ب - النسب حق للأب: من حق الأب أن ينسب الولد الذي خلقه الله من مائه بنكاح شرعي صحيح، كونه يعتبر امتدادا له، وهو من أهم الأسباب التي أدت به إلى إبرام هذه العلاقة بينه وبين المرأة، ومن حقه أن يرعاه ويتعهد للمحافظة عليه من الضياع خاصة إذا كان لا يقدر على التكفل بنفسه، ونظرا لما يترتب على ذلك من حق في التوارث بينهما.

ج - النسب حق للأم: من حق الأم أن تنفي عن نفسها التهمة، وأن تحافظ على ابنها وتصونه من الضياع، ولذلك فهي تصلح لأن تكون خصما في دعوى نسب ابنها من أبيه، سواء تعلق الأمر بالدعوى مجردة، أم كانت ضمن دعوى أخرى كدعوى النفقة أو الحضنة⁵ أو الزوجية.

د- النسب حق للولد: إن من أهم حق الأولاد على أبيهم هو ثبوت نسبهم منه؛ لأنهم ثمرة الزواج المقدس

1- المصدر نفسه ، 261/21.

2- محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، د ب، الطبعة الأولى، 1984م، / 372 وما بعدها.

3- محمد علي محجوب، النظام القانوني للأسرة في التشريع الإسلامي، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، مصر، 2005، ص 243

4- عبد الفتاح تقي، مرجع سابق، ص 80 (بتصرف).

5- محمد علي محجوب، مرجع سابق، 244.

بين أبيهم¹، وهو أيضا في حاجة إلى دفع التعبير عن نفسه بكونه ولد زنا؛ ولأنه ترتب له حقوق أخرى إذا ثبت نسبه من الأب كحقه في النفقة والحضانة وانضمامه إلى أبيه في السكنى بعد انتهاء حضانتها، وحقه في الإرث من أبيه بعد الوفاة، إلى غير ذلك من الحقوق التي يثبتها له الشرع أو تبتها الأنظمة والقوانين².

الفرع الثاني - تعريف الزنا وبيان حكمه و آثاره :

أولا - تعريف الزنا: وسأطرق لتعريفه لغة واصطلاحا وقانونا.

أ- الزنا لغة: الزنى يمد ويقصر، فالقصر لأهل الحجاز. قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَى ﴾. والمد لأهل نجد³. نقول: زنى الرجل يزني زنى، مقصور، وزنا ممدود، وكذلك المرأة. وزانى مزانا، والمرأة تزاني مزانا وزنا؛ أي تباعى. والزنية، بالفتح والكسر: آخر ولد الرجل والمرأة كالعجزة، وبنو ملك يسمون بني الزنية والزنية لذلك، وإنما قال لهم النبي ﷺ، بل أنتم بنو الرشدة نفيًا لهم عما يوهمه لفظ الزنية من الزنا، والرشدة أفصح اللغتين. ويقال للولد إذا كان من زنا: هو لزنية. وقد زناه. من الزنية أي قذفه⁴ ونسبه إلى الزنا، والزنا لغة الرقي على الشيء⁵. وزنا زنوا: ضاق، وزنى عليه تزنية: ضيق، ووعاء زني: ضيق⁶.

ب - الزنا اصطلاحا: للزنا معنيان عام وخاص.

فأما العام هو: وهو أن يفعل الإنسان ما حرم الله سبحانه وتعالى من نظر أو مس أو تشه أو غير ذلك، وفي الصحيحين أنّ النبي ﷺ قال: « كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا مدرك ذلك لا محالة، العينان: زناهما النظر، والأذنان: زناهما الاستماع، واللسان: زناه الكلام، واليد: زناها البطش، والرجل: زناها الخطأ، والقلب يهوى ويتمنى، ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه »⁷.

أما بالمعنى الخاص: لم يتفق الفقهاء على معنى الزنا الذي يستوجب الحد، والسبب يرجع إلى اختلافهم في العناصر والأركان والشروط التي يجب توفرها لكي يوصف الفعل بالزنا:

حيث عرفه الحنفية: بأنه اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل، ممن التزم

1- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2001، ص 176.

2- محمد علي محجوب، مرجع سابق، ص 244.

3- الجوهري، الصحاح في اللغة، مادة زنى، 2368/6.

4- ابن منظور، لسان العرب، مادة زنى، 359/14 وما بعدها.

5- الزبيدي، تاج العروس، 225/38 وما بعدها.

6- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005، فصل الزاي، ص 1292.

7- مسلم، صحيح مسلم، كتاب القدر، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا، برقم 2657، 2047/4 (مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب زنا الجوارح دون الفرج، برقم 6243، 54/8 و كتاب القدر، باب (وحرام على قرية أهلكتها أنهم لا يرجعون)، برقم 6612، 125/8. (البخاري، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، د ب، الطبعة الأولى، 1422 هـ).

أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته، وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته، وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح¹.

وعرفه المالكية: بأنه وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمدًا وإن لواطًا أو إتيان أجنبية بدبر، أو إتيان ميتة غير زوج أو صغيرة يمكن وطؤها، أو مستأجرة لوطء أو غيره، أو مملوكة تعتق، أو يعلم حريتها أو محرمة بصهر مؤيد، أو خامسة، أو مرهونة، أو ذات مغنم، أو حربية، أو مبتوتة وإن بعدة².

وعرفه ابن عرفة بقوله: الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمدا³.

وعرفه الشافعية: بأنه إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى يوجب الحد، ودبر ذكر وأنثى كقبل على المذهب⁴. وعرفه أبو حامد الغزالي بأنه: إيلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً المشتبه طبعاً إذا انتفت شبهة عنه⁵.

و عرفه الحنابلة: بأنه الوطء في القبل أو في الدبر بغير نكاح ولا ملك ولا شبهة⁶. وعرفوه أيضاً بأنه: فعل الفاحشة في قبل أو في دبر⁷.

والملاحظ عن التعريفات السابقة أن كلا من المالكية والشافعية والحنابلة جعلوا الزنا شاملاً للوطء في القبل والدبر، والدبر ليس محلاً للإتيان بالولد، وإتيان الدبر يسمى لواطاً، ولم يفرقوا بين ذكر وأنثى كما فعل الشافعية، أما عند الحنفية فإنهم قصره على الوطء المحرم في قبل امرأة، وهو محل الولد، مما يجعل تعريف الحنفية أرجح التعريفات الواردة.

ج - الزنا قانوناً: تختلف نظرة القانون عن الشريعة الإسلامية بالنسبة للزنا، إذ أن القوانين لا تعد كل وطء محرم زناً، إذ لا تتعرض القوانين الوضعية للجرائم الأخلاقية إلا في الحدود التي تقتضيها المصلحة الاجتماعية، والقاعدة في ذلك أن الأفعال الشخصية المحضة لا يعاقب عليها إلا إذا تعدت إلى الغير بالإيذاء، فلم تجرم الأفعال الآثمة لذاتها إنما وضعت ضوابط معينة عند التجريم، فقد جرم القانون الأفعال التي تعد اعتداء على الحرية الجنسية، كالإغتصاب، وهتك العرض، واللواط، وجرم الأفعال المنافية للأداب متى ارتكبت علناً لخدشها الحياء العام، كالفعل الفاضح العلني، وجرم الأفعال التي تنتهك الثقة بين الزوجين كالزنا، أما ما عدا

1- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، د ب، الطبعة الثانية، 1986، 33/7.

2- خليل، مختصر خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص 240.

3- الخرش، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، د ط، د ت، 75/8.

4- النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، د ب، الطبعة الأولى، 2005، ص 295 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، د ب، الطبعة الأولى، 1994، 442/5.

5- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1417 هـ، 435/6.

6- المرادوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، د ب، الطبعة الثانية، د ت، 8/3.

7- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، د ب، الطبعة الأولى، 1993، 343/3.

ذلك فقد بقي خارج نطاق التجريم إن لم يمس بالنظام العام للدولة¹.

وبالرجوع إلى أغلب التشريعات و القوانين لا نجد تطرقت إلى تعريف الزنا، أنها تركت ذلك للفقهاء وهو الأصل؛ لأن التعريف شأن فقهي وليس تشريعي، لكنها نصت على تجريم فعل الزنا على أساس حماية العلاقة الزوجية، إذ لا تعتبر القوانين العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة زنا ما لم يكونا متزوجين أو أحد أطراف العلاقة على الأقل متزوجا، وقد تناولت القوانين جريمة الزنا ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، على اعتبار أن الفعل ينتهك الرابطة الزوجية لما فيها من إخلال بواجبات الزواج الذي هو قوام الأسرة².

والمرشع الجزائري على غرار غالبية التشريعات لم ينص على تعريف الزنا، وإنما نظم أحكامها ضمن المادة 339 من قانون العقوبات³، والتي نصت على: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".
وتكاد القوانين المعاصرة تجمع على عد الزنا بهذا المفهوم فعلا مجرما ينبغي التصدي له والعقاب عليه، باستثناء بعض القوانين كالقانون الإنجليزي الذي يعد الزنا خطيئة أخلاقية ومدنية تميز الطلاق وطلب التعويض، على أساس أن العقاب لن يدع الفاعل عن الإقدام على الفعل⁴.

ومن هنا جاء تعريف الزنا عند بعض الفقهاء القانونيين بأنه: ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها خلال قيام الزوجية فعلا أو حكما⁵.

وعرف أيضا بأنه: اتصال شخص متزوج اتصالا جنسيا بغير زوجته⁶.

في حين ذهب المرشع اليمني في تعريفه إلى الزنا إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة حيث لم يشترط أن يكون أحد طرفي العلاقة متزوجا، وإنما نص على قيامها في حق كل شخص متزوجا كان أم لا على اعتبار أنها من الجرائم الماسة بالعرض.

حيث نصت المادة 263 من قانون العقوبات اليمني¹، على أنه: "الوطء المعتبر زنا، هو الوطء في القبل،

1 - انظر: نوفل علي عبد الله الصفو، جريمة الزنا في القوانين الوضعية - دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية - مقال منشور بمجلة الراافدين للحقوق، العراق، السنة التاسعة، 2004، عدد 21، ص 157 وما بعدها.

2 - المرجع نفسه، ص 158.

3 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية جوان 2016 عدد 37، ص 4.

4 - نوفل علي عبد الله الصفو، المرجع سابق، ص 158 وما بعدها.

5 - المرجع نفسه، ص 159.

6 - انظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دط، 1991، ص 456.

ويعاقب الزاني والزانية في غير شبهة أو إكراه بالجلد مئة جلدة حدا إن كان غير محصن، ويجوز للمحكمة تعزيره بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، وإذا كان الزاني أو الزانية محصنا يعاقب بالرجم حتى الموت".
ومن هنا جاء تعريف بعض الفقهاء القانونيين للزنا على أنه: ارتكاب الوطء الطبيعي غير المشروع من رجل على أنثى غير متزوجة أو متزوجة برضاها، حال قيام الحياة الزوجية حقيقة أو حكما، أو حال انعدامها بين الاثنين².

ولعل هذا التعريف الأخير هو الأرجح في تعريف جريمة الزنا إذ لا يشترط في قيامها أن تقوم الزوجية في أحد طرفي العلاقة؛ لأنه تضييق لمفهومها الشرعي. وحذا أن تحذو كل القوانين حذو المشرع اليمني.

ثانيا - الآثار المترتبة عن الزنا: لا شك أن الزنا من المفاصد العظيمة ومن الكبائر التي حرمها على عباده، وحرم كل ما يفضي إليها، فقال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ الَّذِي لَهُ كَانَ فَنَحْشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [الإسراء، 32]. وقد أكد الله على حرمة حينما قرنه بالشرك وقتل النفس، وهما من أكبر الكبائر، فقال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ³ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴾ [الفرقان، 68].

والزنا باعتباره مفسدة يترتب عنه عدة مفاصد، وقد لخصها ابن القيم - رحمه الله - في كتابه الجواب الكافي بقوله: ÷ ومفسدة الزنا مناقضة لصلاح العالم: فإن المرأة إذا زنت أدخلت العار على أهلها وزوجها وأقاربها، ونكست رؤوسهم بين الناس، وإن حملت من الزنى، فإن قتلت ولدها جمعت بين الزنى والقتل، وإن حملته على الزوج أدخلت على أهله وأهلها أجنيا ليس منهم، فورثهم وليس منهم، ورأهم وخلا بهم وانتسب إليهم وليس منهم، إلى غير ذلك من مفاصد زناها.

وأما زنا الرجل فإنه يوجب اختلاط الأنساب أيضا، وإفساد المرأة المصونة وتعريضها للتلف والفساد، وفي هذه الكبيرة خراب الدنيا والدين، وإن عمرت القبور في البرزخ والنار في الآخرة، فكم في الزنى من استحلال لحرمة وفوات حقوق ووقوع مظالم؟.

ومن خاصيته: أنه يوجب الفقر، ويقصر العمر، ويكسو صاحبه سواد الوجه، وثوب المقت بين الناس، ومن خاصيته أيضا: أنه يشقت القلب ويمرضه إن لم يمته، ويجلب الهم والحزن والخوف، ويباعد صاحبه من الملك ويقربه من الشيطان، فليس بعد مفسدة القتل أعظم من مفسدته، ولهذا شرع فيه القتل على أشنع الوجوه وأفحشها وأصعبها، ولو بلغ العبد أن امرأته أو حرمة قتلت كان أسهل عليه من أن يبلغه أنها زنت³.

الفرع الثالث - تعريف البصمة الوراثية وشروط العمل بها :

أولا - تعريف البصمة الوراثية: لقد تقدم الطب في هذا العصر تقدما عظيما واستطاع العلماء أن يقفوا على البنية الأساسية لجسم الإنسان فيما يطلق عليه اصطلاح « الجين »، ومعرفة الكثير من أسرار الخلية ومكوناتها،

1 - قرار جمهوري بالقانون رقم 12، لسنة 1994، بشأن الجرائم والعقوبات، الجريدة الرسمية اليمنية، لسنة 2006، العدد 24.

2 - نوفل علي عبد الله الصفو، المرجع سابق، ص 160.

3 - ابن القيم، الجواب الكافي، دار المعرفة، المملكة المغربية، الطبعة الأولى، 1997، ص 162 وما بعدها.

ولقد نجح العلماء مؤخراً في - منتصف الثمانينات - في تحليل الحمض النووي الذي يسكن الخلية حيث اتضح أن الحمض النووي متطابق تماماً في كل خلايا الجسم، كما اتضح أن هذا الحمض يضم ستة وأربعين كروموزوما نصفها من الأب ونصفها الآخر من الأم، يطلق عليها الصبغيات؛ لأن من خواصها أنها تلون عند الصبغ، كما يطلق عليها الحمض النووي؛ لأنها تسكن نواة الخلية، ويطلق عليها DNA، أي: الحامض النووي الديوكسيريبيوزي، وسمي بذلك؛ لأنه متزوج الأوكسجين¹.

كما لاحظ العلماء أن ترتيب القواعد على الجينات وترتيب الجينات على الكروموزوم تتفق في أكثرها بين جميع البشر فيما يخص الصفات المشتركة بينهم كلون العين أو طول القامة ونحوهما، ومع هذا التطابق الهائل بين جميع البشر، فإن كل فرد يتميز بذاته عن سائر الخلق في حوالي اثنين إلى عشرة ملايين من بين الثلاثة بلايين من الوحدات القاعدية التي تكون الجينوم نصفها يتطابق مع الأب والنصف الآخر يتطابق مع الأم. هذا الكشف الخطير دفع بعض العلماء إلى الأخذ في تحديد هوية الإنسان، وأطلق البروفيسور "إليك جفري" عليه اصطلاح البصمة الوراثية².

البصمة الوراثية لغة: البصمة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمتين البصمة والوراثية.

والبصمة في اللغة من البصم وهو ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر³. وهي أثر الختم بالأصبع⁴، فالبصمة عند الإطلاق ينصرف مدلولها إلى بصمات الأصابع وهي: الانطباعات التي تتركها الأصابع عند ملاستها إحدى السطوح المصقولة، وهي طبق الأصل لأشكال الخطوط الحلمية التي تكسو جلد الأصابع، وهي لا تشابه إطلاقاً حتى في أصابع الشخص الواحد⁵.

الوراثية من وراث وراثاً ووراثته وإراثاً وراثته، وأورثه أبوه، وورثه جعله من ورثته. ويقال: ورثت فلاناً مالا أرثه ورثاً وورثاً إذا مات مورثك فصار ميراثه لك. وورثه ماله ومجده⁶. والوراثية نسبة إلى علم الوراثة الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر وتفسير الظواهر المتعلقة بذلك⁷.

وعلى ذلك فالمراد بالبصمة الوراثية: العلاقة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى

1- نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 17، السنة الخامسة عشر، 2004، ص 56 وما بعدها.

2- المرجع نفسه، ص 57.

3- ابن منظور، لسان العرب مادة بصم 295/1 - الزبيدي، تاج العروس مادة بصم 290/31 - الجوهري، الصحاح في اللغة 1874/5.

4- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مادة بصم، مكتبة الشروق الدولية، مصر، الطبعة الرابعة، 2004، ص 60 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مادة بصم، وزارة التربية والتعليم، مصر، طبعة 1994، ص 53.

5- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 15، 2002، ص 33.

6- ابن منظور، لسان العرب مادة وراث 4808/6 وما بعدها - الزبيدي، تاج العروس مادة وراث 380/5 وما بعدها.

7- المعجم الوسيط، مادة وراث، ص 1024 - المعجم الوجيز، مادة وراث، ص 664.

الفروع¹.

البصمة الوراثية اصطلاحاً: أما في الاصطلاح فقد عرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية - التي عقدت بالكويت برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الفترة 23 - 25 جمادى الثاني 1419 هـ الموافق 15/10/1998م، وأخذت به اللجنة العلمية المشكلة من المجمع الفقهي الإسلامي بناء على قرار في دورته الخامسة عشرة لدراسة البصمة الوراثية على أنها: البنية الجينية - نسبة إلى الجينات أي المورثات - التي تدل على هوية كل فرد بعينه. وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي هذا التعريف في دورته الخامسة عشرة²، وأضاف بأن البحوث والدراسات تفيد بأنها من الناحية العملية وسيلة تمتاز بالدقة، ويمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب، أو المنى، أو البول، أو غيره³.

البصمة الوراثية تقوم بمعرفة الشبه بين الولد والديه ولكن عن طريق النمط الوراثي للحامض النووي DNA، حيث ثبت علمياً أن الحامض النووي متطابق تماماً في كل خلايا الجسم، كما ثبت أن هذا الحمض يضم 46 كروموزوما نصفها من الأب ونصفها من الأم، وعلى ذلك فيمكن القول بأن البصمة الوراثية نوع من القيافة، وإن تميزت عليها بدقة نتائجها لدرجة اليقينية⁴.

وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطوراً عصبياً عظيماً في مجال القيافة الذي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه، ولذلك يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى⁵.

وعليه فإن أدلة إثبات النسب من الفرائض والإقرار والبينة إن وجدت فإنها تقدم على البصمة الوراثية، أما إذا حدث تعارض وتنازع بين الأدلة المتساوية، أو غيابها فإنه يلجأ إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب المتنازع فيه.

ثانياً - شروط العمل بالبصمة الوراثية: أوصى المجمع الفقهي الإسلامي في قراره السابع المتعلق بالبصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة ما بين 21 - 26/10/1422 هـ الذي يوافق من 5 - 10/01/2002 م⁶:

أ - أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء، وأن يكون في مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاوله هذا الفحص، لما يترتب على ذلك من

1- نصر فريد واصل، بحث سابق، ص 59.

2- علي محي الدين القرة داغي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 16، السنة الرابعة عشرة 2003، ص 38 - تقرير اللجنة العلمية عن البصمة الوراثية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد نفسه، ص 291.

3- علي محي الدين القرة داغي، بحث سابق، ص 38.

4- نصر فريد واصل، بحث سابق، ص 78.

5- عمر بن محمد السبيل، بحث سابق، ص 61.

6- رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، قرارات الدورات من الأولى إلى السابعة عشرة، القرار السابع من الدورة السادسة عشرة، ص 345.

المخاطر الكبرى.

ب - تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة، يشترك فيها المتخصصون الشرعيون، والأطباء، والإداريون، وتكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية، واعتماد نتائجها.

ج - أن توضع آلية دقيقة لمنع احتمال الغش، ومنع التلوث وكل ما يتعلق بالجهد البشري في حقل مختبرات البصمة الوراثية، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع، وأن يتم التأكد من دقة المختبرات، وأن يكون عدد المورثات المستعملة للفحص بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا دفعا للشك.

المطلب الثاني

اختلاف الفقهاء حول نسب ولد الزنا ودور البصمة الوراثية في إثباته

اهتم العلماء السابقون والمحدثون بقضايا النسب، ولم يدخروا جهدا في بيان أحكامه ومسائله، وإثباته ونفيه، وآثاره، هذا وإن الحاجة لا تزال ماسة إلى مزيد من الدراسات التي تزيد قضايا النسب إيضاحا، وخاصة البحث في قضية نسب ولد الزنا الذي كثر فيه الخلاف قديما وحديثا، وخاصة بعد التطور الحاصل في وسائل إثبات النسب بدخول وسائل علمية في الإثبات تصل إلى درجة القطع فيه كالبصمة الوراثية.

والناظر إلى مقصد حفظ النسل يدرك أن النسب يثبت بأدنى بينة، مع توخي الحذر، من أجل ذلك كان اعتماد الجمهور على قول القائف - مع كونه دليلا ظنيا - في إثبات النسب. لكن الأمر يزيد غموضا لما نمعن النظر في أن المذهب المنسوب للجمهور هو القول بعدم إلحاق ولد الزنا إلى أبيه الزاني، حتى ولو دلت عليه أدلة هي أقرب إلى القطع منها إلى الظن، وفي الوقت نفسه يثبت بينه وبين أمه الزانية، علما بأنه قد وجد من مائتها، فكيف السبيل إلى التفريق بين الأم والأب الزانيين، والظاهر أن محض القياس يقتضي التماثل في الحكم لا التخالف¹.

إن العلماء مجمعون على أن نسب الولد لصاحب الفراش وإن ادعاه رجل آخر، مستندين إلى قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»². وهذا أخذا بقاعدة التشوف للنسب وإثباته بأدنى الأسباب، والتشدد في نفيه. جاء في التمهيد لابن عبد البر - رحمه الله -: «فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله ﷺ حكم الزنى (لتحريم الله إياه) وقال للعاهر الحجر فنفي أن يلحق في الإسلام ولد الزنى وأجمعت الأمة على ذلك نقلا عن نبيها ﷺ وجعل رسول الله ﷺ كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقا به على كل حال إلى أن ينفيه بلعان... وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش بالعقد عليها مع إمكان الوطاء (وإمكان) الحمل فإذا كان عقد

1- دوكرى عبد الصمد، منير علي عبد الرب القبطاني، نسب ولد الزنا - دراسة فقهية في ضوء مقصد حفظ النسل -، مقال منشور بمجلة مجلة العلوم الإسلامية الدولية، جامعة المدينة العالمية، سبتمبر 2017، المجلد 1، العدد 02، ص 107 وما بعدها.
2- مالك، الموطأ باب الدعوى والشهادات وادعاء النسب برقم 845 (مالك)، الموطأ، رواية محمد بن الحسن الشيباني، بتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، طبعة وزارة الأوقاف، مصر، الطبعة الرابعة 1994، ص 273 - البخاري، صحيح البخاري، باب الولد للفراش برقم 6749، 241/4، باب للعاهر الحجر برقم 6818، 254/4 - مسلم، صحيح مسلم، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات برقم 1457، 1458، 1080/2 وما بعدها.

النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش لا يتنفي عنه أبدا بدعوى (غيره) ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان¹.

وقد اختلف العلماء في نسب ولد الزنا الذي يدعيه رجل وأمه ليست فراشا لأحد، وقد انقسموا إلى فريقين:
الفرع الأول: النافون لنسب ولد الزنا لأبيه.

ذهب جمهور الفقهاء من حنفية²، ومالكية³، وشافعية⁴، وحنابلة⁵، إلى أن الولد لا ينسب لأبيه المتخلق من مائه إذا ادعاه.

وقد استدلووا بجملة من الأدلة وهي:

1 - حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد علي فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شيئا بينا بعتبة، فقال: « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة» فلم تره سودة قط⁶.

وجه الدلالة في الحديث السابق ذكره أن ما تلده المرأة إذا كانت فراشا ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج، أما إن كان من زنا فحظ الزاني الحجر؛ لأنه لا فراش للزاني، فدل ذلك على عدم ثبوت نسب ولد الزنا إذ لا ينسب لمن ادعاه؛ وبيان ذلك أن ثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش لا بحقيقة انخلاقه من مائه؛ لأن ذلك لا طريق إلى معرفته، ولا باعتبار الوطء؛ لأنه سر عن غير الواطئين، فأقام الشرع الفراش مقامه تيسيرا⁷.

قال النووي - رحمه الله - : "كانت عادة الجاهلية إلحاق النسب بالزنا وكانوا يستأجرون الإماء للزنا فمن اعترفت الأم بأنه له ألحقوه به فجاء الإسلام بإبطال ذلك وإلحاق الولد بالفراش الشرعي، فلما تخاصم عبد بن زمعة وسعد بن أبي وقاص، وقام سعد بما عهد إليه أخوه عتبة من سيرة الجاهلية، ولم يعلم سعد بطلان ذلك في الإسلام، ولم يكن حصل إلحاقه في الجاهلية إما لعدم الدعوى وإما لكون الأم لم تعترف به لعتبة، واحتج عبد

1- ابن عبد البر، التمهيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دط، 1387 هـ، 183/8.

2- الكاساني، بدائع الصنائع 242/6.

3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، مصر، دط، 2004، 142/4.

4- الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، 162/8.

5- ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، 64/7.

6- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب من ادعى أخا أو ابن أخ، برقم 6765، 156/8 - وكتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، برقم 6817، 165/8 - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، برقم 1080/2، 1457.

7- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، دط، 1993، 70/17.

ابن زمعة بأنه ولد على فراش أبيه فحكم له به¹.

واعترض على هذا بأن الدليل خارج محل الخلاف؛ لأن محل الخلاف إنما هو في استلحاق الزاني لولد من زنى بها، إذا لم تكن فراشا، وهذا الحديث إنما هو خاص بما إذا كانت المرأة فراشا، وقد سبق نقل إجماع العلماء على أن الولد لا يلحق بالزاني في هذه الحال²، ولو كان الأمر كما ذهبوا إليه لما حرم على الرجل أن ينكح المخلوقة من مائه سفاحا، وقد قال بذلك الجمهور³ بخلاف الشافعية الذين أجازوا زواجه منها⁴، هذا من وجه.

أما الوجه الثاني إن لم يكن هناك فراش، فما المانع من نسب الولد لأبيه، خاصة إذا وجدت أمارات ظاهرة دالة على تخلق الولد من ماء الزاني، كالثبته مثلا، أو كزواجه من المزني بها، أو كإثبات وقوع الزنا منه بإقامة الحد عليه، ولم يكن له أب شرعي ينازعه في نسبه⁵.

2- ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه، عن جده، قال: قام رجل فقال: يا رسول الله، إن فلانا ابني عاهرت بأمة في الجاهلية، فقال رسول الله ﷺ: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁶.

واعترض عليه كما اعترض على الحديث السابق.

3- عن ابن عباس أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا مساعاة في الإسلام، من ساعى في الجاهلية، فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث»⁷.

وجه الدلالة في الحديث أن الرسول ﷺ نفى المساعاة في الإسلام؛ أي أنه لا زنا في الإسلام، ومعلوم أن التوارث من توابع النسب، فمتى ثبت النسب ثبت التوارث، وإذا انتفى فلا توارث.

1- النووي، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1392 هـ، 39/10.

2- سعد بن تركي الخثلان، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها.

3- الباقري، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د ب، د ط، د ت، 219/3 وما بعدها - الفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، د ب، د ط، 1995، 19/2 - الزرقاني، شرح الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، 364/3 - ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، مصر، د ط، 1968، 117/7.

4 - العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2000، 256/9 وما بعدها - ابن الرفعة، كفاية النبيه، تحقيق مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، د ب، الطبعة الأولى، 2009، 100/13.

5- ابن القيم، زاد المعاد، 381/5 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، د ط، 1995، 137/32 - الكوسج، مسائل الإمام أحمد وإسحاق ابن راهويه، مادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2002، 3708/7.

6- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش برقم 586/3 2274. قال الأرنؤوط: مرفوعه صحيح، وهذا إسناد حسن كما قال الحافظ في "فتح الباري"، وقال الألباني حسن صحيح. (أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط و محمد كامل قرعة بلي، دار الرسالة العالمية، د ب، الطبعة الأولى، 2009).

7- أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في ادعاء ولد الزنا، برقم 576/3، 2264. قال الأرنؤوط: حسن لغيره، وهذا إسناد ضعيف لإبهام راويه عن سعيد بن جبيرة. معتمر: هو ابن سليمان التيمي.

واعترض عليه بأن الحديث ضعيف، والضعيف لا تقوم به حجة¹.

4- أن إثبات النسب يكون ذريعة لفعل الزنا واستهانة شأنه وعاقبته، فقد يقدم الإنسان على الفاحشة دون خشية مما يترتب عليها من آثار، وجود الولد بالخصوص، حيث يقوم على تنسيبه إليه دونما عناء أو ابتلاء أو شقاء، وهذا موجب لظهور الفاحشة وهو حرام²، فلا يثبت نسب ولد الزنا حتى يكون هذا رادعا للزاني فلا ينال نعمة نسب الولد إليه. جاء في المسبوط للسرخسي: "ولو أثبتنا النسب بالزنا ربما يؤدي إلى نسبة ولد إلى غير أبيه، وذلك حرام بالنص حتى إن في جانبها لما كان لا يؤدي إلى هذا الاشتباه كان النسب ثابتا، ولأن قطع النسب شرعا لمعنى الزجر عن الزنا فإنه إذا علم أن ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا، وذلك يوجب إثبات الحرمة؛ لأن معنى الزجر عن الزنا به يحصل فإنه إذا علم أنه بسبب الحرام مرة يفوته حلال كثير يمتنع من مباشرة الحرام فلماذا أثبتنا الحرمة. وإن لم يثبت النسب"³.

و أوجب عليه إن هذا لا يكون رادعا للزاني، وإنما إثبات النسب هو الذي يكون الزجر والردع، حيث أن الزاني سيفكر مليا بالتبعات والآثار التي تترتب اقترافه جريمة الزنا كالجلد والرجم ومن نسبة الولد إليه. أما عند عدم نسبة الولد إليه فإن المتضرر في هذه الحال هو الولد، حيث يبقى بدون أب ولا أحد يقوم عليه.

الفرع الثاني: المثبتون لنسب ولد الزنا لأبيه.

ذهب الحسن البصري، وابن سيرين، وإسحاق بن راهويه، وسليمان بن يسار، والنخعي، شيخ الإسلام بن تيمية، وغيرهم - رحمهم الله - إلى أن ولد الزنا إذا ادعاه الزاني ولم ينزعه فيه أحد، يلحق به، وهذا القول رواية ثانية عن أبي حنيفة، جاء في المغني لابن قدامة: "وقال الحسن، وابن سيرين: يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد ويرثه. وقال إبراهيم: يلحقه إذا جلد الحد، أو ملك الموطوءة. وقال إسحاق: يلحقه. وذكر عن عروة، وسليمان بن يسار نحوه. وروى علي بن عاصم، عن أبي حنيفة، أنه قال: لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها، والولد ولد له"⁴.

ويروى عن ابن القاسم - رحمه الله - أنه قال بقول الجمهور، ويقول أصحاب الرأي الثاني، ونسب ذلك إلى الإمام مالك - رحمه الله -، قال الباجي - رحمه الله -: "وأما من استلحق ولدا فلا يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها، فإن لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك يمين فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك به ما لم يتبين كذبه وإن لم يكن له نسب معروف وبه قال مالك. وقال ابن القاسم أيضا لا يلحق به حتى يتقدم له على أمه نكاح أو ملك يجوز أن يكون منه ولا يمنعه من ذلك نسب

1- ابن القيم، زاد المعاد، 382/5.

2- انظر: الغزنوي، الغرة المنيفة، مؤسسة الكتاب الثقافية، د ب، الطبعة الأولى، 1986، ص 141 - نور الدين مختار الخادمي، نسب المولود خارج رابطة الزواج، بحث مقدم في الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، بمكة، في الفترة من 25-29 ديسمبر 2010، ص 13.

3- السرخسي، المسبوط، 207/4.

4- ابن قدامة المقدسي، المغني، 345/6.

معروف، وبه قال سحنون¹×.

وقد استدل أصحاب هذا الفريق بجملته من الأدلة وهي:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام، 164].

وجه الدلالة في الآية أن لحوق نسب ولد الزنا بمن ادعاه، إذا لم تكن المرأة فراشا لهذا الرجل الزاني، فيه حفظا لنسب الولد من الضياع، حتى لا يصيبه الضرر والعار بسبب جريمة لم يرتكبها².

2- حديث الملاعنة بين هلال بن أمية - رضي الله عنه وزوجته، وفيه قول الرسول ﷺ: إن جاءت به على صفة كذا وكذا فهو للذي رميت به، أو على صفة كذا وكذا فهو لزوجها، فجاءت به على الوصف المكروه فقال رسول الله ﷺ: «لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن»³.

وجه الدلالة أن قوله: هو للذي رميت به، قد جاء على الصفة المكروهة فهو للزاني؛ لأنه خلق من مائه، ولكن الأيمان التي صدرت من أمه بإنكار الزنا، منعت من إلحاقه بأبيه، فنسب إلى أمه، فدل على أن الرجل إذا استلحق ولده من الزنا، وليست أمه فراشا لغيره، فإنه يلحق به؛ لأنه خلق من مائه⁴.

واعترض عليه بأنه خارج محل النزاع، فإن الخلاف إذا استلحق الزاني ولد المزني بها، ولم تكن فراشا لزوج، وامرأة هلال بن أمية كانت فراشا لهلال، وقد سبق نقل الإجماع في هذا بأنه لا يلحق به إذا كانت المرأة فراشا، وبناء عليه لا يمكن أن يكون دليلا.

3- حديث جريج العابد، عن أبي هريرة رضي الله عنه: قال رسول الله ﷺ: «نادت امرأة ابنها وهو في صومعة، قالت: يا جريج، قال: اللهم أمي وصلاتي، قالت: يا جريج، قال: اللهم أمي وصلاتي، قالت: يا جريج، قال: اللهم أمي وصلاتي، قالت: اللهم لا يموت جريج حتى ينظر في وجوه المياميس، وكانت تأتي إلى صومعته راعية ترعى الغنم، فولدت، فقيل لها: ممن هذا الولد؟ قالت: من جريج، نزل من صومعته، قال جريج: أين هذه التي تزعم أن ولدها لي؟ قال: يا بابوس، من أبوك؟ قال: راعي الغنم»⁵.

قال الخفاف بن حجر: "ووجه الدلالة أن جريجاً نسب ابن الزنا للزاني وصدق الله نسبه بما خرق له من العادة في نطق المولود بشهادته له بذلك، وقوله أبي فلان الراعي، فكانت تلك النسبة صحيحة فيلزم أن يجري

1- الباجي الأندلسي، المتقى في شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1332 هـ، 6/5.

2- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، الطبعة الثانية، 1404 هـ، 71/3.

3- أبي داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في اللعان، برقم، 2256/3، وما بعدها. قال الأرناؤوط حديث صحيح

4- أحمد بن صالح عبد السلام، حكم استلحاق ولد الزنا، www.iri.iiu.edu.pk

5- البخاري، صحيح البخاري، كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، باب إذا ادعت الأم ولدها في الصلاة، برقم 1206،

63/2 - مسلم صحيح مسلم، كتاب البر و الصلة والآداب، باب تقديم بر الوالدين على التطوع بالصلاة وغيرها، برقم 1976/4، 2550.

بينهما أحكام الأبوة والبنوة¹×.

وقال بن القيم: "قال جريج للغلام الذي زنت أمه بالراعي: من أبوك يا غلام؟ قال: فلان الراعي، وهذا إنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب"².

4- أن عمر بن الخطاب ؓ كان يليط - أي يلحق - أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام³، قال أبو عبيد: "وكان الحكم في الجاهلية أن الرجل إذا وطئ أمة رجل فجاءت بولد، فادعاه في الجاهلية، فإن حكمهم كان أن يكون ولده، لا حق النسب به"⁴.

واعترض عليه بأن عمر ؓ كان يلحق أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، إذا لم يكن هناك فراش يعارضه؛ لأن أكثر أهل الجاهلية كانوا كذلك، وأما اليوم في الإسلام بعد أن حكم الله شريعته، فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه أبداً عند أحد من العلماء⁵.

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الإجماع منعقد فيمن كانت فراشا، فإنه لا يلحق ولدها بمن ادعاه، أما إذا لم تكن المرأة فراشا وادعاه من زنى بها فيه خلاف بين العلماء، فلا يسلم بالإجماع هنا.

5- القياس وذلك بقياس الزاني بالمزني بها في لحق نسب الولد، فالولد ناتج عن مائهما، والأب أحد الزانين، فإذا كان يلحق بأمه وينسب إليها، فما المانع من لحوقه بالأب، ولم يكن من ينزعه فيه.

قال بن القيم: "وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحاً، وليس مع الجمهور أكثر من «الولد للفراش» وصاحب هذا المذهب أول قائل به، والقياس الصحيح يقتضيه، فإن الأب أحد الزانين، وهو إذا كان يلحق بأمه، وينسب إليها، وترثه ويرثها، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الولد من ماء الزانين، وقد اشتركا فيه، واتفقا على أنه ابنهما، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض القياس"⁶.

واعترض عليه أنه قياس مع النص، الحديث: «الولد للفراش» فلا عبرة به.

وأجيب عليه هذا إذا كانت المزني بها فراشا، أما إن لم تكن فراشا فالمسألة محل خلاف، ولا يوجد ما يمنع شرعاً من نسبته لأبيه المتخلق من مائه، قال بن مفلح: "ومن قال: يلحقه قال لم يخالف قوله عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»؛ لأنه إنما يدل مع الفراش"⁷.

1- ابن حجر، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دط، 1379 هـ، 483/6.

2- ابن القيم، زاد المعاد، 382/5.

3- المصدر نفسه، 381/5.

4- الهروي، غريب الحديث، تحقيق حسن محمد محمد شرف، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1984، 235/4.

5- الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، 56/4 - أحمد بن صالح عبد السلام، حكم استلحاق ولد الزنا، www.iri.iiu.edu.pk

6- ابن القيم، زاد المعاد، 381/5 وما بعدها.

7- ابن مفلح، الفروع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، د ب، الطبعة الأولى، 2003، 225/9.

الفرع الثالث: البصمة الوراثية و أثرها في نسب ولد الزنا.

إن اختلاف العلماء الذي تم تناوله في مسألة إثبات نسب ولد الزنا متعلق بالولد الذي تكون أمه ليست فراشا لأحد، و المتأمل في اختلافهم يجده غير منصب على حقائق الأشياء، بل يتعلق بالحكم الذي يلتفت إلى أصول وقواعد ومفاهيم عامة ومقررة في باب إثبات النسب¹.

إذا ادعى الزاني نسب الولد إليه دون دليل يدل عليه يعتبر مجرد ادعاء، وإثباته بهذه الصورة يفتح بابا لمفاسد عظيمة، ولا يؤمن معه إلحاق شخص بشخص لا يتسبب إليه، في هذه الحالة يهتز مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسل، من هنا ذهب أصحاب القول بإثبات نسب ولد الزنا لمدعيه في حال وجود أمارات ودلائل تؤكد نسبته إليه، بحيث يمنع الفساد المتخوف منه. إلا أن النافين لذلك وهم الجمهور لم يروا في تلك الدلائل الكفائية في إثبات النسب وتصديق الزاني في دعواه².

لكن بظهور البصمة الوراثية وهو يعتبر من القرائن القوية والقطعية في إثبات النسب من خلال التحاليل المخبرية المتعلقة بذلك، وهو يثبت بشكل يصل إلى القطع نسبة الشخص لأبيه، من هنا جاء النقاش حول دور البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا.

أولا - حكم استعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا.

بعد ظهور هذا المتغير في إثبات النسب، وقد ثار الخلاف حول استخدام البصمة الوراثية كدليل من أدلة إثبات النسب، وليس هنا محل التطرق له فالحديث فيه يطول، وقد ترجح قول المجيزين ويظهر ذلك من خلال اعتماد القوانين والقضاء على هذه الوسيلة في إثبات النسب وفقا للضوابط التي وضعها الفقهاء في ذلك.

نعلم أن الخلاف الذي كان بين العلماء قديما وحديثا في مسألة إثبات نسب ولد الزنا، يرجع بالأساس إلى عدم كفاية الأدلة التي يغلب عليها الظن مما يجعل نسب الولد لأبيه من الزنا مجرد نسب ظني قد ينسب فيه الولد لغير أبيه وفي ذلك مفسدة عظيمة، لكن بظهور البصمة الوراثية واعتمادها كدليل قطعي في إثبات النسب، فما حكم استعمالها في إثبات نسب ولد الزنا؟

انقسم العلماء حول هذه المسألة إلى رأيين:

أ- الرأي الأول: المانعون لاستعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا.

تبني هذا الرأي فضيلة العلامة الشيخ يوسف القرضاوي، وهو يرى أنه مع اعتبار البصمة الوراثية كدليل قوي يمكن استخدامه في كثير من المجالات ومنها إثبات النسب، إلا أنه يقول بعدم جواز استخدامها في إثبات نسب ولد الزنا ويرجع ذلك إلى أمرين³:

- 1- مازن هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مقال منشور بمجلة الجامع الإسلامية، (سلسلة الدراسات الإسلامية)، جانفي 2009، المجلد 17، العدد 01، ص 20.
- 2- المرجع نفسه، ص 20.
- 3- نور الدين بولحية، حكم استعمال البصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا - برؤية مقاصدية - مقال منشور بمجلة الإحياء،

- 1- أن الشرع وإن كان يتشوف لإثبات النسب، فإنه في ذات الوقت يرى الستر مقصد من مقاصد الشرع، وهو مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية، لثلاث تشيع الفاحشة في الذين آمنوا.
- 2- أن الشرع تشدد في جريمة الزنا واشترط لها أربعة شهود، فكل وسيلة غير الشهود الأربعة بقيام رجل وامرأة بعملية الزنا الحقيقي، فلا قيمة له، ولا يتم به إثبات نسب.
- ويناقش هذا الرأي من وجهين:

- 1- أن الستر مقصد من مقاصد الشريعة هذا أمر لا خلاف فيه، وذلك عندما لا يكون هناك نتاج لهذا الجرم، لكن في هذه الحال ترتب ضرر لطرف آخر وهو الولد الذي سيكون عرضة للضياع، فكيف يستر على الجاني وجريمته ظاهرة وواقعة، ثم كيف تتحمل المرأة وحدها نتيجة هذا الجرم، ويستر الشريك.
- 2- تشدد الشرع في إثبات هذه الجريمة بأربعة شهود لمقصد عظيم وهو حتى لا يتجرأ أي أحد باتهام آخر بارتكاب الزنا، لكنه لم يمنع من تطبيق العقاب على الزاني بإقراره، وهو ما فعله رسول الله ﷺ، حينما طبق حد الرجم على ماعز و الغامدية.

ب- الرأي الثاني: المجيزون لاستعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا.

وقد قال بهذا القول جملة من الفقهاء المعاصرين منهم الدكتور عبد المعطي بيومي عضو مجمع البحوث الإسلامية، والدكتور علي جمعة مفتي مصر سابقاً، وغيرهما، وقد ذهب هؤلاء إلى جواز استعمال البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا.

وقد ذكر الدكتور عبد المعطي بيومي دليلاً خلاصته أنه إذا كان الفقهاء كالحسن وابن سرين وعروة، وأبو حنيفة قد ذكروا أنه إذا أقيم الحد ثبت النسب، والحد لا يقام إلا ببينة، فإذا كانت البينة تثبت بالبصمة الوراثية، فكيف لنا أن نتجاهل كلام هؤلاء المحققين، ونقول أن ماء الزنا هدر، فهذا تجاهل لمصالح المسلمين، وما قام الشرع إلا لتحقيق هذه المصالح، وحيث تكون المصلحة فثم شرع الله¹.

ويذهب الدكتور مازن هنية إلى أنه في ضوء اختلاف العلماء حول مسألة إثبات ولد الزنا، إلى أنه يرى إثبات نسب ولد الزنا، إذا ثبتت رابطة البنوة الحقيقية كحقيقة ثابتة بين ولد الزنا والزاني، وذلك من خلال استخدام البصمة الوراثية المثبتة للربط الوراثي بين الابن وأبيه، وذلك للأسباب التالية²:

- 1- في قصة جريج السابق ذكرها في ثنايا هذا البحث، تؤكد أن الأبوة كانت حقيقة واقعة ولو بطريق الزنا فهي ثابتة، ورواية النبي ﷺ لها لأخذ العبرة والموعظة منها، ومن جملتها أن الأبوة كانت حقيقة واقعة ولو كانت بطريق الزنا، وإذا نطقت البصمة الوراثية بهذه الحقيقة الواقعة، يصح حينئذ الحكم بنسب الولد لأبيه الزاني.

1- جامعة باتنة، العدد 15، ص 402

2- المرجع السابق، ص 402

3- مازن هنية، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها.

2- أن الزنا ليس السبب في نفي النسب ؛ لأنه لو كان كذلك لنفي نسب الولد من أمه ؛ لأنها زانية، بل الشك في تخلق الولد من ماء الرجل هو السبب، وهو غير متحقق في الأم بوجود الولادة منها، وذلك يؤكد أنه متى ثبتت الصلة الحقيقية بين ولد الزنا والزاني كثبوت الولادة من الأم، فإنه يثبت النسب إليه، وهذا يتحقق باستعمال البصمة الوراثية، لإثبات هذه الحقيقة.

3- أمر النبي ﷺ لسودة - رضي الله عنها - بالاحتجاب عمن نسب إلى أبيها بالنظر إلى الشبه بينه وبين من ادعاه بطريق الزنا وهو عتبة بن أبي وقاص، دليل قاطع على اعتبار الوراثة في باب النسب وبناء الحكم عليها، ولم يعتمد عليها سابقا كونها كانت علما بسيطا ودلالته ضعيفة، فلم يرتب عليه الشارع أحكام النسب ؛ لأن الأحكام الشرعية لا تبنى على الدلائل الضعيفة التي قد تعبت بها الأهواء، لكن مع اكتشاف البصمة الوراثية كدليل قاطع في ذلك وجب الأخذ بها في إثبات نسب ولد الزنا.

4 - الواقع لا يرتفع، فإذا أثبتت البصمة الوراثية رابطة الوراثة بين ولد الزنا والزاني، فإنها تثبت واقعا، فوجب علينا أن نقر بهذا الواقع ونرتب عليه من الأحكام ما يليق به من جهة السداد والصواب.

5- حفظ النسب مقصد من مقاصد الشريعة، وهو يدعوننا للتثبت من الأنساب فلا يلحق شخص بغيره على جهة الشك، والبصمة طريق قطعي للتحقيق في النسب، فاستعمالها في إثبات نسب ولد الزنا يحقق مقصدا من مقاصد الشريعة.

6 - النسب حق للابن، ومن أهم الآثار المترتبة على الزنا تضييع هذا الحق، ولا يتحمل مرتكب الجريمة أي مسؤولية تجاه ذلك إلا إقامة الحد عليه، لكن هذا لا يحفظ للولد حقه في النسب، وإذا كان للأمر ما يبرره في الماضي من تطرق الشك إلى ذلك، فمع اكتشاف البصمة الوراثية أصبح لا مبرر له ويجب العمل بها لحفظ حق الابن وتحميل الأب مسؤولية نحو ذلك.

الترجيح: من خلال ما سبق يمكن القول بترجيح الرأي الذي يميز استخدام البصمة الوراثية في إثبات نسب ولد الزنا وذلك للأسباب التالية:

1- قوة أدلة الفريق الثاني.

2- توافقه مع مقصد الشريعة في حفظ الأنساب وإلحاقها بأصحابها.

3- تحقيق الرعاية والحماية للولد الناتج عن علاقة لا دخل له فيها، ومن ثم حماية حقه في النسب لأبيه.

ثانيا - الأدلة النصية المؤيدة والمقاصدية لإثبات نسب ولد الزنا واستخدام البصمة الوراثية في ذلك¹.

بما أن النسب تتعلق به جملة من الحقوق منها حق الله تعالى وحق الولد في الانتساب لأبيه، فإنه لا يمكن لأي كان أن يتدخل لإسقاط هذه الحقوق حاكما كان أو غيره، وعليه وجب حماية حق الولد في نسبه لأبيه، ويتلخص ذلك من خلال الأدلة التالية:

1- انظر نور الدين بولحية، المرجع السابق، ص 404 وما بعدها.

1- قوله تعالى: ﴿ اَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ اَقْسَطُ عِنْدَ اللّٰهِ ؕ فَاِنْ لَّمْ تَعْلَمُوْا اَبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِى الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ [الاحزاب، 5]. في هذه الآية دلالة واضحة على وجوب أن ينسب الشخص إلى أبيه الحقيقي، وقد وردت بصيغة العموم، ولم تفرق بين الابن الشرعي وغيره، وهذا يقتضي البحث والتحري عن آبائهم، والبصمة الوراثية من طرق التحري المعتبرة في هذا العصر، فوجب الأخذ بها من أجل الوصول لتلك الحقيقة.

2- قصة جريج السابق ذكرها في ثنايا هذا البحث، تؤكد أن الأبوة كانت حقيقة واقعة ولو بطريق الزنا فهي ثابتة، ورواية النبي ﷺ لها لأخذ العبرة و الموعظة منها، ومن جملتها أن الأبوة كانت حقيقة واقعة ولو كانت بطريق الزنا، وإذا نطقت البصمة الوراثية بهذه الحقيقة الواقعة، يصح حينئذ الحكم بنسب الولد لأبيه الزاني.

3- أمر النبي ﷺ لسودة - رضي الله عنها - بالاحتجاب عمن نسب إلى أبيها بالنظر إلى الشبه بينه وبين من ادعاه بطريق الزنا وهو عتبة بن أبي وقاص، دليل قاطع على اعتبار الوراثية في باب النسب وبناء الحكم عليها، ولم يعتمد عليها سابقا كونها كانت علما بسيطا ودلالته ضعيفة، فلم يرتب عليه الشارع أحكام النسب ؛ لأن الأحكام الشرعية لا تبنى على الدلائل الضعيفة التي قد تعبت بها الأهواء، لكن مع اكتشاف البصمة الوراثية كدليل قاطع في ذلك وجب الأخذ بها في إثبات نسب ولد الزنا.

4- ومن المقاصد الشرعية التي تتحقق من خلال إثبات نسب ولد الزنا من أبيه نذكر:

- تحقق العدالة والجزاء، فكما رتب الحد على طرفي العلاقة الرجل والمرأة، فمن العدل تحمل الطرفين أعباء الولد.

- تصحيح الأنساب وذلك بالتحري عن النسب الحقيقي للولد، ولا يكتفى بوضع لقب كاذب.

- دفع الضرر عن الولد فالشريعة من قواعدها لا ضرر ولا ضرار، وذلك بحمايته من الضياع والحرص على استقراره النفسي حتى لا يشعر بالمهانة.

- حماية الحقوق الشرعية كالحق في الميراث، والولاية، وغيرها من الحقوق المترتبة عن النسب.

خاتمة:

إن الشريعة الإسلامية تشوف لإثبات النسب، وذلك لتحقيق غايات أهمها حفظ الولد من الضياع والتشرد، وتوفير الحماية والكفالة له من أبيه، وأن يعيش الطفل عارفا لنسبه خيرا من أن يعيش مجهولا ؛ لأن العار الذي سيلاحقه أكبر من معرفته لأبيه.

والذي أراه في هذا الموضوع أنه يجب الاستفادة من التطور العلمي الذي توصلت إليه الأبحاث في معرفة نسب ولد الزنا، ولكن يكون ذلك بتحقيق جملة من الشروط.

- أن لا تكون المرأة المزني بها فراشا لأحد لأنه إن كانت فراشا لأحد فالولد للفراش.

- أن يدعي الزاني نسب الولد إليه، فإن لم تكن هناك دعوى فلا حاجة لإثارة الموضوع.

- أن لا ينازع المدعي أحد في نسب الولد.

- أن لا تكون المزني بها ممن يمتن البغاء.
 - أن يكون الولد المدعى به صغيراً أو مجنوناً، فإن لم يكن كذلك فلا بد من تصديقه للمدعي بالاستلحاق.
 - أن يكون المدعي ممن يولد لمثله الولد المدعى به.
- وفي الأخير يمكن أن أخرج بجملة من النتائج والتوصيات:
- النتائج:
- أن القول الراجح في مسألة إثبات ولد الزنا هو قول من أفتى بجواز ذلك.
 - أن وسائل إثبات النسب ليست توقيفية، إنما يمكن الاستفادة من متغيرات العصر والتطور العلمي الذي وصل إليه في مسألة إثبات النسب ومن ذلك استخدام البصمة الوراثية.
 - تحقيق قول الله تعالى: ادعوهم لأبائهم، وذلك من خلال الاستفادة بالبصمة الوراثية لإثبات نسب ولد الزنا من مدعيه إذا توافرت الشروط.
- التوصيات:
- ضرورة التنصيص في قوانين الأحوال الشخصية على مسألة إثبات أولاد الزنى بضوابط وشروط معينة.
 - ضرورة التنصيص على تشديد عقوبة الزنا بعقوبة رادعة يتم من خلالها حفظ المجتمع من الرذائل والموبقات، وحمايته من كثرة اللقطاء وأبناء الزنا الذي ابتليت به المجتمعات في وقتنا الحالي.
 - ضرورة تعديل التوصيف القانوني لجريمة الزنا وجعلها كل علاقة تتم بين رجل وامرأة بغض النظر عن حالتها الاجتماعية.
 - ضرورة العمل على إيجاد بنك للبصمات الوراثية لتسهيل العمل بها والاستفادة منها، في حالات الإثبات والنزع حول النسب.

موقف المحكمة العليا من المستجدات الفقهية في المسائل الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة (إثبات النسب بالطرق العلمية نموذجا)

بقلم

د. محمد توفيق قديري

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تيارت

kmt1987@hotmail.fr

مقدمة

1- التعريف بالموضوع وبيان أهميته: عرفت المسائل الطبية المتعلقة بفقه الأسرة مستجدات عديدة في القرن الماضي، كان من أهمها تطور علم الهندسة الوراثية الذي أظهر للوجود طرقا في التحقق من الشخصية وفي إحداث الحمل لم تكن موجودة من قبل. وقد واكبت التشريعات هذا التطور ومن بينها التشريع الجزائري من خلال ما أقره في قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 حين أقر بالخبرة العلمية وسيلة لإثبات النسب وبالتلقيح الاصطناعي طريقة للإنجاب.

ورغم أن المشرع الجزائري لم يقر بالخبرة العلمية إلا في سنة 2005 إلا أن ذلك لم يمنع المحاكم من الفصل في نزاعات تعلقت بإثبات النسب بالطرق العلمية مثل تحليل زمرة الدم والبصمة الوراثية، رغم قلة ما وصل منها للمحكمة العليا وسمح ببسط رقابتها على قضاة الموضوع. وبعد 2005 عرفت قضايا إثبات النسب بالطرق العلمية تنوعا وازديادا انعكس على عدد القرارات الصادرة من المحكمة العليا في هذه المادة.

وباعتبار المحكمة العليا طبقا للمادة 171 من الدستور الجزائري الهيئة المكلفة بتقويم العمل القضائي على مستوى المحاكم والمجالس القضائية وتوحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، فإنها وأمام محدودية النصوص القانونية المتعلقة بالطرق العلمية في إثبات النسب ولزوم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فإن المحكمة العليا وجدت نفسها أمام ضرورة تفسير وتحديد ضوابط الاعتماد على الطرق العلمية سواء في إثبات النسب وكذا في حالة دعوى نفي النسب لا سيما وأن هذه الطرق تصطدم مع الطرق الشرعية المنصوص عليها.

ومن خلال ما سبق تظهر أهمية الموضوع باعتباره يمس قضية حساسة هي إثبات النسب وهو مما أولته الشريعة الإسلامية العناية القصوى واحتاطت له احتياطا كبيرا، وهو ديدن القانون أيضا والغاية المرجوة من خلال العمل القضائي لا سيما المحكمة العليا نظرا لخطورة الخطأ في إثبات النسب لما قد ينجر عنه من خلط للأنسب وسلب الحقوق من أصحابها وتمكين غيرها منها. دون أن ننسى أهمية مواكبة القضاء للتطور العلمي

ومناقشة المستجدات لما في ذلك من تحسين لأحوال المتقاضين وحفظ لحقوقهم.

2- طرح الإشكالية: بناء على ذكر آنفاً، يتبين لنا أن المحكمة العليا تساهم في توجيه قضاة المحاكم والمجالس في تعاملهم مع قضايا النسب من خلال توضيح الغموض وتفسير النصوص والعمل على توحيد القضاء فيما لا نص فيه، وعليه تم طرح الإشكالية التالية: ما هي الضوابط التي قررتها المحكمة العليا من خلال قراراتها بخصوص الطرق العلمية في إثبات النسب؟

3- منهجية المعالجة والتقسيم: للإجابة عن الإشكالية المطروحة أعلاه على النحو المناسب كان لا بد من التطرق أولاً إلى موقف المحكمة العليا قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، حيث يتم التطرق لمفهوم كل طريقة على حدة وعرض ما توفر من قرارات المحكمة العليا بشأنها قبل 2005، ومن ثم يتم الانتقال إلى موقف المحكمة العليا من الطرق العلمية في إثبات النسب بعد صدور الأمر 02-05 وذلك ببيان الضوابط التي أقرها المشرع ثم بيان ما قرره المحكمة العليا بهذا الشأن، وهو ما تم وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: موقف المحكمة العليا من الطرق العلمية لإثبات النسب قبل الأمر 02-05

المطلب الأول: تحليل زمرة الدم

المطلب الثاني: البصمة الوراثية

المطلب الثالث: التلقيح الاصطناعي

المبحث الثاني: موقف المحكمة العليا من الطرق العلمية لإثبات النسب بعد الأمر 02-05

المطلب الأول: الضوابط التي أقرها المشرع الجزائري بموجب الأمر 02-05

المطلب الثاني: قضاء المحكمة العليا في مسائل إثبات النسب بالطرق العلمية بعد الأمر 02-05

الخاتمة.

4- الدراسات السابقة: رغم أنه لا توجد في حدود علمي دراسة بعنوان مطابق ولكن توجد العديد من البحوث عاجلت جوانب هذا الموضوع نذكر أهمها فيما يلي ويوجد البعض الآخر ضمن قائمة المراجع.

4-1- دراسة سامية بلجراف، "إثبات النسب نصاً وتطبيقاً وأثر المستجدات العلمية عليه"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 4، يناير 2012: حيث تناولت الباحثة بالنقد والتحليل الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري في مادة النسب مع مقارنتها بالنصوص القديمة والنظر في الإشكالات التي يطرحها وهي دراسة أعم من دراستنا وغايتها هو نقد وتحليل الأحكام الموضوعية دون التطرق أو التركيز على قرارات المحكمة العليا.

4-2- دراسة عائشة إبراهيم سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - مصر، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية. د. ت. ن، وهي دراسة قيمة تضمنت عرضاً لأحكام النسب وتأثير المعطيات العلمية الجديدة عليها وذلك بشكل مفصل مع عروض علمية مهمة وهي في القانونين المصري والإماراتي ولبس الجزائري وقد

استفدت منها في ناحية المعلومات النظرية لبعض العناصر لا سيما ما تعلق بتحليل زمرة الدم.

4-3- دراسة عائشة إبراهيم أحمد، إثبات النسب في ضوء المعطيات المعاصرة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة- فلسطين، 2012، وهي دراسة شبيهة بسابقتها لحد كبير ولكنها موجزة مقارنة بالأولى وقد استعنت بها كذلك فيما تعلق بتحليل زمرة الدم.

5- التصريح بأصالة البحث: في ختام هذه المقدمة أؤكد أن هذا البحث لم يتم طرحه سابقا من قبلي في أي ملتقى آخر وطني أو دولي داخل الوطن أو خارجه، ولم يتم نشره سابقا ولا إرساله للنشر في مجلة وطنية أو دولية داخل الوطن أو خارجه، وأرجو أن أكون قد التزمت فيه الأمانة العلمية المطلوبة، والقصور من طبيعة البشر.

المبحث الأول: موقف المحكمة العليا من الطرق العلمية لإثبات النسب قبل الأمر 05-02

من خلال هذا البحث نتطرق إلى اتجاه المحكمة العليا بخصوص الطرق العلمية في ثبوت النسب وذلك من خلال استقراء مجموعة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) خلال الفترة السابقة لإقرار المشرع الأخذ بالطرق العلمية بصريح النص.

والطرق العلمية التي استقر عليها الفقه وسيلة لإثبات النسب على نحو ما سبق بيانه في المقدمة هي تحليل زمرة الدم والبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي، وعليه نتناول موقف المحكمة العليا من هذه الطرق الثلاثة في المطالب الموالية بدءا بتحليل زمرة الدم ومن ثم البصمة الوراثية وأخيرا التلقيح الاصطناعي.

المطلب الأول: تحليل زمرة الدم

نتناول في الفرع الأول تحديد مفهوم تحليل زمرة الدم كوسيلة لإثبات النسب ومن ثم نعرض لنموذج لقضاء المحكمة العليا حول هذه الوسيلة.

الفرع الأول: مفهوم تحليل زمرة الدم باعتبارها طريقا لإثبات النسب

نتطرق لهذا الفرع من خلال تعريف تحليل الزمرة الدم في نقطة أولى ومن ثم نبين حجية التحاليل الدموية لزمرة الدم في ثبوت النسب.

أولا: تعريف تحليل زمرة الدم: يجب علينا أولا أن نعرف زمرة أو فصيلة الدم وهو ما يكون بالرجوع إلى المصطلحات الطبية، حيث يعرف الدم بأنه: " السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية من شرايين وأوردة وشعيرات دموية"، والمصنع الأساسي للدم هو نقي العظام. ويتكون الدم من ثلاثة عناصر هي: البلازما؛ كريات الدم (الحمراء والبيضاء)؛ والصفائح الدموية.¹

أما زمرة الدم فهي تصنيف وضعه العلماء لكريات الدم الحمراء يرتبط بما يوجد على سطح الخارجي من

¹ - لمزيد من التفصيل حول الدم ومكوناته ينظر: أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار التفانس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى (ط1)، 2000، ص462.

مولدات للضد والشكل الذي تتخذه هذه المولدات، حيث توصل العلماء في أوائل القرن العشرين إلى أن يميزوا بين أنواع زمر أو فصائل الدم حسب شكل الأجسام المولدة أو الأنتيجينات (Antigens) الموجودة على سطح كرية الدم الحمراء وهي بذلك صنفت إلى أربعة فصائل¹:

- الفصيلة A وهي التي يتخذ شكل مولد الضد على سطح كرية الدم الحمراء شكلا يشبه الحرف A،
- الفصيلة B وهي التي يتخذ شكل مولد الضد على سطح كرية الدم الحمراء شكلا يشبه الحرف B،
- الفصيلة AB وهي التي يوجد على سطح كرية الدم الحمراء مولدات ضد من كلا الشكلين A وB،
- الفصيلة O وهي التي لا يوجد على سطح كريات الدم الحمراء فيها أي شكل من أشكال مولدات الضد. ولكل فصيلة من هذه الفصائل توجد أجسام مضادة خاصة بها في بلازما الدم وأيضا تراكيب جينية داخل الكرية الحمراء ذاتها لها صلة بالأب والأم وهو ما يظهر دوره في تحديد النسب، حيث:

- بالنسبة لفصيلة الدم A فإن الأجسام المضادة في بلازما الدم تكون B أما التركيب الجيني فيكون (AA) نقي، أو (AO) هجين،

- بالنسبة لفصيلة الدم B فإن الأجسام المضادة في بلازما الدم تكون B أما التركيب الجيني فيكون (BB) نقي، أو (BO) هجين،

- بالنسبة لفصيلة الدم AB فإن الأجسام المضادة غير موجودة في بلازما الدم وهو ما يتيح له قبول كل زمر الدم حين عملية نقل الدم، أما التركيب الجيني لهذه الزمرة فهو (AB)،

- بالنسبة لفصيلة الدم O فإن الأجسام المضادة في بلازما الدم هي A وB، وهو ما يتيح له أن يعطي كافة زمر الدم، أما التركيب الجيني فهو (OO).

ثانيا: دور فصائل الدم في إثبات النسب ونفيه: أثبت العلم أن الولد يرث الصفات الجينية لأبيه وأمه، وفصيلة دم الابن لا تخرج عن التركيب الجيني لفصيلة دم الأبوين، حيث إذا عرفت زمرة دم الأب والأم تعرف زمرة دم الابن وإذا عرفت زمرة دم الأم والابن أمكن معرفة زمرة دم الأب.²

حيث تطبق هنا نظرية برنستين في وراثية فصائل الدم، فالعوامل الموروثة (A، B، O) يكون فيها العاملان A وB دوما سائدين في مواجهة العامل O التي يكون دوما متنحيا حيث لا يسود إلا إذا كان كلا العاملين في الخلية O، وعلى هذا الأساس وضع العلماء جدولا يبينون فيه زمرة دم الطفل حسب احتمالات زمرة دم الأب والأم والعنصر السائد فيها والمتنحي:

¹- عائشة إبراهيم سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - مصر، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، ص 278.

²- عائشة إبراهيم أحمد، إثبات النسب في ضوء المعطيات المعاصرة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة - فلسطين، 2012، ص 43.

فصيلة دم الابن		فصائل دم الأبوين
الفصيلة غير الممكنة	الفصيلة الممكنة	
AB, B, A	O	O / O
AB, B	O, A	A / A
AB, B	O, A	O / A
AB, A	O, B	B / B
لا توجد	O/AB/B/A	B / A
O	AB/B / A	AB / A
O	AB / B / A	AB / B
AB / A	B / O	O / B
O	AB / B / A	AB / AB
AB/O	B/A	O / AB

وطبقا لهذا الجدول فإذا ادعى شخص أبوته لطفل ما، وكان المدعي فصيلة دمه (B) و كان فصيلة دم الطفل (AB) فإنه لإمكانية القول بنسبه إليه لا بد أن تكون فصيلة دم الأم (A) أو (AB)، فإذا كانت تلك هي فصيلة دم الأم أمكن القول أن الطفل ابنها ولكن يبقى احتمال أن يكون الطفل ابنا لرجل آخر له نفس زمرة الدم؟ ومنه يتبين أن تحليل الزمرة الدموية يصلح لنفي النسب أكثر منه في إثباته، لأن هناك اتفاقا كبيرا بين الناس في الزمر الدموية حيث يكون الأمر احتماليا. وبمعنى آخر فإن اختلاف زمر الدم يؤكد عدم وجود علاقة بيولوجية بين العيتين ولكن توافق الزمر أو الفصائل الدموية لا يعني وجود علاقة مؤكدة بين العيتين لأن التوافق محتمل مع كل ذي زمرة مشابهة.¹

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا الجزائرية من الأخذ بتحليل الزمرة الدموية

حين البحث عن قرارات للمحكمة العليا حول التحاليل الدموية ودورها في إثبات النسب قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، لم أعثر في حدود قدرتي سوى على قرار واحد هو القرار رقم 222674 المؤرخ في 16/06/1999 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.² حيث جاء هذا القرار فصلا في طعن بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء وهران (1998/10/05) المؤيد لحكم محكمة قديل (1998/01/18) الذي قضى بتعيين طبيب بمستشفى وهران خيرا لفحص وتحليل دم الأطراف والولدين التوأمين المولودين (1995/10/27)، حيث رفضت المحكمة العليا جميع أوجه الطعن التي تقدم بها الطاعن والتي ترمي إلى نفي نسب الولدين له، ولكنها نقضت القرار لوجه مثار تلقائيا هو تجاوز السلطة من طرف قضاة الدرجة الأولى وتأييد قضاة الدرجة الثانية لهم، حيث أكدت المحكمة العليا: "حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفني بكل

¹ - رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2012، ص 134؛
علال بورزق آمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تلمسان، 2015، ص 307

² - مجلة المحكمة العليا، 1999، العدد 1، ص 126.

الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس". حيث بالرجوع إلى مضمون هذا القرار نجد قضاة المحكمة العليا يعيرون على قضاة الدرجتين الأولى والثانية عدم أخذهم بالطرق المنصوص عليها في المادة 40 وما يليها من قانون الأسرة لأن النسب ثابت في قضية الحال بالفراش لأن الزوجية بين الطرفين لم تنقطع وفق مفهوم المحكمة العليا.

وعليه فإن المحكمة العليا قررت رفض اللجوء إلى تحاليل الدم ما دامت النسب ثابتا بالطرق العادية. كما أنه يستتج من هذا القرار أن قضاة الدرجة الأولى اعتبروا تحاليل الدم وسيلة لقطع الشك باليقين لإثبات النسب وذلك للتحقق من رابطة البنوة، والمحكمة العليا لم تشر إلى وسيلة تحليل الدم هل هي للإثبات أم للنفى وإنما اكتفت برفضها.

المطلب الثاني: البصمة الوراثية

من بين أبرز الاكتشافات في القرن 20 هي البصمة الوراثية للإنسان والتي لا يمكن أن تتطابق بين إنسان وآخر وبإمكانها أن تحدد الانتشاء الجيني لكل شخص وهي ما اصطلح على تسميتها اختصاراً ب (D.N.A) أو (A.D.N)، ومعناها باللغة العربية الحمض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين، وقد عرفت استعمالها تطوراً كبيراً وساهم في حل العديد من الإشكالات على المستوى الجنائي من حيث تحديد هوية الضحايا والتحقق من الجناة، وفيما يلي نتطرق في فرع أول إلى تحديد مفهوم البصمة الوراثية من خلال تعريفها وشروط العمل بها في إثبات النسب، وفي فرع ثان نرى موقف قضاء المحكمة العليا من هذه الوسيلة قبل التعديل لقانون الأسرة سنة 2005.

الفرع الأول: مفهوم البصمة الوراثية

نتطرق في نقطة أولى إلى تعريف البصمة الوراثية وفي نقطة ثانية إلى بيان الشروط المطلوبة في البصمة الوراثية حين إعمالها في مجال إثبات النسب.

أولاً: تعريف البصمة الوراثية: مصطلح البصمة الوراثية من المصطلحات الحديثة ونذكر هنا التعريف الذي تبنته ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري رؤية إسلامية بالكويت (1419هـ) وأقره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته 16 لسنة 1422هـ وهو: (البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه).¹

وتشكل هذه البنية الجينية في الأصل منذ تلقيح البويضة في رحم الأم حيث تحتوي نواة الخلية على 46 كروموزم نصفها من الأب والنصف الآخر من عند الأم، وكل كروموزم منها يتشكل من جينات عديدة مادتها الأساسية هي الحمض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين (DNA)، وهي التي تتحكم في صفات الإنسان

¹ - أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، "إثبات النسب بالفرائض الطبية المعاصرة"، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، العدد الأول، جمادى الأولى 1435هـ، ص 377.

حيث أثبتت التجارب الطبية أن لكل إنسان جينوم بشري يتميز به عن غيره ولا يطابق غيره إلا في التوأم الحقيقي أين تكون بصمة الأصبع هي المميز بينهما، وهو ما جعل البعض يفضل مصطلح الشفرة الوراثية بدل البصمة.¹ ومهما يكن من أمر فإن اكتشاف البصمة الوراثية يعتبر فتحا كبيرا في ما تعلق بقضايا الإثبات، وطرح بقوة في مجال إثبات النسب بالنظر إلى قطعية النتائج المتحصلة عليها من تحليل البصمة الوراثية للإنسان وهو ما فتح باب النقاش حول جوازه من الناحية الشرعية لا سيما حين تداخله مع الطرق الشرعية لإثبات النسب، وهو ما نبينه في العنصر الموالي.

ثانيا: شروط ونطاق إعمال البصمة الوراثية في قضايا النسب: تصدى الفقهاء أفرادا ومجامع إلى مسألة البصمة الوراثية وعقدوا لها المؤتمرات والندوات، ومن أحدثها ما صدر عن المجمع الفقهي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي في مؤتمره العشرين بمدينة وهران بالجزائر خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433 هـ، الموافق 13-18 سبتمبر 2012م وهو القرار رقم 194 (20/9) بشأن الإثبات بالقرائن والأمارات (المستجدات) حيث جاء فيه بخصوص البصمة الوراثية ما يلي: (.....)

.....
.....

البصمة الوراثية من الناحية العلمية 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 تطورا عصريا ضخما في مجال القيافة الذي تعتد به جمهرة المذاهب الفقهية في إثبات النسب المتنازع فيه، على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات.

ويمكن الاستئناس بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، فيما يؤخذ فيه بالقافة من باب أولى، في الحالات التالية:

- (1) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء.
 - (2) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
 - (3) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوارث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جنث لم يتمكن من معرفة هويتها بسبب الحروب أو غيرها.
- لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا تقدم على اللعان.

¹ - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنانية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، ط1، 2002، ص10؛ ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص20؛ بوقرة أم الخير، " دور البصمة الوراثية في حماية النسب"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد السابع، ص80.

والله أعلم.¹

وهذا القرار مطابق لقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المذكور سابقا. وعليه فإن الفقهاء ظلوا متحفظين تجاه الطريقة العلمية في إثبات النسب وظلوا يعتدون بها فقط حين تعجز الطرق الشرعية، أما في ما تعلق بنفي النسب فأجمعوا على أنها لا تعتمد في نفي النسب. ونتقل لنرى موقف قضاء المحكمة العليا من هذه الطريقة.

الفرع الثاني: موقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية قبل تعديل قانون الأسرة:

لم أقف على قرارات للمحكمة العليا حول البصمة الوراثية قبل سنة 2005 ولعل ذلك مرده أن هذه الطريقة لم تعرف طريقها للجزائر إلا بعد سنة 2005، ومهما يكن من أمر يمكن الاستئناس بالقرارات القريبة لسنة 2005 ومن بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمورايت تحت رقم 355180 بتاريخ 2006/03/05 الذي نقضت فيه المحكمة العليا القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 2004/01/26 الذي أيد الحكم المستأنف الصادر بتاريخ 2002/11/26 والقاضي برفض دعوى الطاعنة إثبات نسب ابنها من المطعون ضده بموجب تحليل البصمة الوراثية المصدّق عليه بموجب حكم جزائي نهائي.²

وباستقراء القرار نجد أن المحكمة العليا رأت الاعتماد على البصمة الوراثية دليلا إنها يكون في إثبات النسب، وذلك حين لا تكون طرق إثبات النسب الشرعية المنصوص عليها في المادة 40 وما يليها من قانون الأسرة وقد ركز القرار على المادة 41 وعاب على قضاة الموضوع عدم أخذهم بتحليل البصمة الوراثية على الرغم من عدم إمكانية تطبيق المادة 41، وهو ما يثير التساؤل حول موقف المحكمة العليا التي لم تبين طبيعة العلاقة بين الطاعنة والطاعن.

ولكن مهما يكن من أمر فإن القاضي الجزائري اعتد بها حسب القرار ذاته منذ سنة 2000 وأيدته المحكمة العليا في ما ذهب إليه.³

ونتقل في المطلب الموالي لتطرق للطريقة الثالثة المستحدثة وهي التلقيح الاصطناعي

المطلب الثالث: التلقيح الاصطناعي

من خلال هذا المطلب نتناول التلقيح الاصطناعي من خلال فرعين، الأول نتطرق فيه لتعريفه وبيان ضوابطه، والثاني نعرض لموقف قضاء المحكمة العليا من المسألة قبل التعديل.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي وبيان ضوابطه

¹- الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، الرابط: <http://www.iifa-aifi.org/2364.html> تمت زيارته يوم 2018/08/14 على الساعة: 19:24

²- مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 1، ص 470.

³- نفسه، ص 472.

التلقيح الاصطناعي هو وسيلة لعلاج مشكلة عدم الإنجاب عند الأزواج الذين ليسوا مصابين بالعقم ولكنهم يواجهون مشكلة في تحقق الإخصاب بالطريقة الطبيعية حيث يتم نقل الحيوانات المنوية من الرجل إلى المرأة بعد تنقيتها وضمان تلقيحها البويضة بواسطة الحقن. والتلقيح الاصطناعي على نوعين؛ الأولى هي التلقيح الداخلي والثانية هي التلقيح الخارجي.¹

التلقيح الصناعي الداخلي هو نقل المنى بطريقة صناعية من الزوج إلى الزوجة ووضعه في المكان المناسب في مهبلها بغية التخصيب، أما التلقيح الخارجي فهو القيام بعملية التخصيب بين نطف الزوج وبويضة الزوجة بتجهيزات خاصة في بيئة اصطناعية ثم بعد نجاح التلقيح يتم نقلها إلى رحم الزوجة مباشرة.²

ونظرا لخطورة هذه المسألة وارتباطها بالنسب واحتمال وقوع العديد من المحظورات فيها، فقد أحاط الفقهاء هذه العملية بمجموعة من الضوابط والاحتياطات تم إقرارها مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعين عاصمة المملكة الأردنية من 8-13 صفر 1407هـ، الموافق 11-16 أكتوبر 1986م، ويمكن أن نوجزها فيما يلي:

- 1- أن لا يتم التلقيح الاصطناعي إلا للضرورة، لأن التلقيح الاصطناعي يترتب عليه كشف عورة المسلمة وهو أمر محرم شرعا دعت له ضرورة معتبرة شرعا، فإذا لم تكن هناك ضرورة فلا تكشف عورات المسلمين.³
 - 2- أن لا يخضع لهذه العملية إلا الزوجان، وهو ما عبر عنه قرار المجمع الفقهي الدولي بصورتين؛ الأولى هي أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. أما الصورة الثانية فهي أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقياً داخلياً.⁴
 - 3- أن يكون التلقيح حال حياتها وبرضاها، حيث لا يعتبر التلقيح الذي يتم بعد وفاة الزوجين بواسطة بنوك النطف بتجميد مني الزوج ومن بعد وفاته تطلب أرملته تلقيحها منه.
- الفرع الثاني: موقف قضاء المحكمة العليا من مسألة التلقيح الاصطناعي:
- التلقيح الاصطناعي لم يكن موجوداً في المنظومة القانونية الجزائرية قبل 2005 ولم تتم الإشارة إليه في قانون الصحة لسنة 1985 ولا في أي تشريعات لاحقة، وهو ما ترتب عنه عدم نشوء نزاعات تتعلق بإثبات النسب الناشئ عن التلقيح الاصطناعي.

1- مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة: القضايا المعاصرة في الفقه الطبي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط1، 1436 هـ، ص391

2- شتوان بلقاسم، التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد12، ديسمبر 2006، ص88-123

3- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2015، ص94

4- منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخاص بالدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد3، الجزء الأول، 1987، ص516

وبهذا نهي المبحث الأول الخاص بموقف المحكمة العليا في قضايا المستجدات العلمية قبل التعديل ومنتقل للمبحث الثاني لنرى موقف المحكمة العليا بعد التعديل لقانون الأسرة سنة 2005.

المبحث الثاني: موقف المحكمة العليا من الطرق العلمية لإثبات النسب بعد الأمر 05-02

في سنة 2005 وبموجب الأمر 05-02 قام المشرع الجزائري بتعديل قانون الأسرة، هذا التعديل مس بالأساس المواد المتعلقة بالزواج وانحلاله ومادة وحيدة في الكتاب الثاني الخاص بالنيابة الشرعية وهي المادة 87 وذلك بإضافة فقرة تتعلق بانتقال الولاية مع الحضانة.

ومن بين المسائل التي مسها التعديل كانت مسألة النسب، وهو ما مس مسألتين، النص على إمكانية لجوء القاضي للطرق العلمية في إثبات النسب، والثانية هي نصه على جواز التلقيح الاصطناعي وإقراره بثبوت النسب به حال احترام الضوابط المنصوص عليها، وقد نجم عن ذلك مجموعة مهمة من قرارات المحكمة العليا خصوصا ما تعلق بالخبرة العلمية لإثبات النسب، في حين لا نجد قرارات فيما تعلق التلقيح الاصطناعي. وهو ما تناوله عبر المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الضوابط التي أقرها المشرع الجزائري بموجب الأمر 05-02

كانت المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري قبل تعديلها تتضمن طرق ثبوت النسب التقليدية وهي الزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة، وحين تم تعديل قانون الأسرة أضيفت فقرة ثانية لهذه المادة تنص على ما يلي: (يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب).

وقد جاءت صياغة هذه الفقرة عامة ولم تتضمن أي توضيح حول المقصود بالطرق العلمية ولا حجيتها في إثبات النسب، حيث ترك المشرع الأمر بيد القاضي الذي بإمكانه رفض اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.¹

وإضافة لتعديل المادة 40 أضاف المشرع الجزائري للمواد المتعلقة بالنسب المادة 45 مكرر التي خصصها للتلقيح الاصطناعي والتي جاء فيها: (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا،
 - أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما
 - أن يتم بمنى الزوج وبويزة رحم الزوجة دون غيرها
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة).

¹ - سامية بلجراف، إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد4، يناير 2012، ص 195-230

وعليه نجد أن المشرع الجزائري اتبع الرأي الفقهي القائل بجواز التلقيح الاصطناعي بشرط اتباع الضوابط، ونجد كذلك أن المشرع الجزائري رفض خيار الأم البديلة مطلقا دون تفصيل ونفس الأمر بالنسبة لشروط حياة الزوجين.

المطلب الثاني: قضاء المحكمة العليا في مسائل إثبات النسب بالطرق العلمية بعد الأمر 05-02

منذ تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 والنص الصريح على اعتماد الخبرة العلمية في إثبات النسب وإقرار التلقيح الاصطناعي عرفت القضايا المتعلقة بالنسب ارتفاعا على مستوى المحاكم لا سيما ما تعلق منها باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب. وفيما يلي نعرض لنماذج من هذه القرارات مع شيء من التعليق والتحليل بغية النظر في توجهات المحكمة العليا وبيان مدى رقابتها على تطبيق قضاة الموضوع للأحكام المتعلقة بالطرق العلمية لإثبات النسب. وقد تم اختيار القرارات التالية والتي صدرت جميعها عن غرفة شؤون الأسرة والموارث (الأحوال الشخصية والموارث سابقا):

الفرع الأول: القرارات المتعلقة بحجية الطرق العلمية في إثبات النسب:

نتطرق في هذا الفرع إلى بعض قرارات المحكمة العليا التي بينت فيها شروط الأخذ بالخبرة العلمية في سبيل إثبات النسب وذلك على النحو التالي:

أولا: القرار رقم 355180 بتاريخ 05/03/2006¹: وقد سبق الإشارة إلى هذا القرار فيما تعلق بموقف المحكمة العليا من البصمة الوراثية قبل التعديل باعتباره من أولى القرارات المنشورة ذات العلاقة، والوقائع في أصلها قبل التعديل، ولكن قضاة المحكمة العليا حين الفصل في الطعن بالنقض كانت المادة 40 من قانون الأسرة قد تم تعديلها حيث تم نقض قرار المجلس القضائي الذي أيد حكم المحكمة ورفض إثبات نسب أبناء الطاعنة للمطعون ضده، حيث يستشف من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا اتجهوا إلى الاعتداد بتحليل البصمة الوراثية كلما عجزت الطرق الشرعية المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري، ولكن القرار لم يشترط أن تكون العلاقة بين الزوجين شرعية وقاس البصمة الوراثية على أساس أنها إلحاق للنسب لا يحتاج لعلاقة شرعية وهو منهج غريب وقول عجيب ما لم يكن قصد المحكمة العليا هو وجود نكاح شبهة مثلما قررته في إحدى قراراتها سنة 2011.²

ثانيا: القرار رقم 704222 بتاريخ 15/03/2012³: حين الرجوع إلى تفاصيل القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا رفضوا الطعن بالنقض المرفوع ضد قرار مجلس قضاء باتنة الذي أيد فيه حكم محكمة بريكمة القاضي برفض طلب المدعى لعدم التأسيس، حيث أن المدعى طلب اللجوء للخبرة العلمية للتحقق من نسب

¹ - مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 1، ص 469-475

² - القرار رقم 617374 المؤرخ بتاريخ 12/05/2011 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والموارث الذي اعتبر الاغتصاب نكاح شبهة يترتب عنه ثبوت نسب الطفل للمغتصب؛ انظر مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد 1، ص 294.

³ - مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد 1، ص 262-266

ابنته المولودة أثناء قيام العلاقة الزوجية فرفض طلبه لأنه لا يرمي لإثبات النسب لأنه ثابت شرعا وإنما الغاية منه هو نفي النسب وهو ما لا يكون إلا بالطرق المشروعة الممثلة في اللعان، وما دام لم يستخدمه فلا مجال للجوء إلى الطرق العلمية، وعليه فإن قضاة المحكمة العليا أكدوا بوضوح أنه لا يمكن استخدام الطرق العلمية للتحقق من الأنساب الثابتة شرعا وهو ما يوافق ما أقرته مجامع الفقه الإسلامي في قراراتها المختلفة.

ثالثا: القرار رقم 0761943 المؤرخ في 2012/11/14¹: في هذا القرار نجد أن قضاة المحكمة العليا أكدوا على أنه لا مجال لإعمال الخبرة العلمية في سبيل التحقق من ثبوت نسب سبق أن تم إثباته بالطرق الشرعية المنصوص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة، حيث أنه وبالرجوع إلى نص القرار نجد قضاة المحكمة العليا أيدوا قرار المجلس ورفضوا الطعن بالنقض الذي رفعه الطاعنون، على اعتبار أن النسب قد ثبت بالإقرار وهو ملزم للمقر في حياته وبعد موته وما دام النسب قد ثبت بالإقرار فلا مجال لإعمال الخبرة العلمية في إثبات النسب. وهذا التوجه لقضاة المحكمة العليا توجه سليم، يوافق ما استقرت عليه مجامع الفقه الإسلامي حول مسألة عدم جواز استخدام البصمة الوراثية والخبرة الطيبة عموما في التحقق من الأنساب الثابتة شرعا.

الفرع الثاني: القرارات المتعلقة بنفي النسب: نجد بهذا الخصوص القرارات التالية:

أولا: القرار رقم 605592 المؤرخ في 2009/10/15²: والذي نص في مبدئه صراحة أن رفع دعوى اللعان يحول دون التذرع بالطرق العلمية، حيث أن قضاة المحكمة العليا نقضوا القرار المطعون فيه بوجه آثاره من تلقاء أنفسهم لما تبين لهم من ملف القضية أنه سبق وأن كان بين الطرفين دعوى ملاءنة واتباع الطريق الشرعي تحول دون اللجوء إلى الخبرة العلمية في قضايا النسب.

إلا أنه لا يفهم هل قضاة المحكمة العليا يقصدون أنه لا يمكن نفي النسب إلا بواسطة اللعان؟ كما هو منصوص عليه من قبل الفقهاء، أم أن قصدهم خلاف ذلك؟ حيث يمكن أن يفسر مبدأ المحكمة العليا بمفهوم المخالفة أنه يمكن طلب الخبرة العلمية في نفي النسب ما لم ترفع دعوى لعان، وهو ما لا يمكن قبوله بحال.

ثانيا: القرار رقم 828820 المؤرخ في 2012/12/13³: وهذا القرار جاء موافقا تماما لما استقر عليه الفقهاء في أن تحليل البصمة الوراثية لا يستخدم في نفي النسب الثابت شرعا، وأن اللعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب الثابت بالفراش مع توفر ضوابطه الشرعية.

حيث رفضت المحكمة العليا طلب النقض ضد قرار المجلس المؤيد لحكم المحكمة التي رفضت طلب الطاعن بتحليل البصمة الوراثية لنفي نسب الحمل له، وعللت رفضها أن النسب ثابت بالفراش ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان.

وهو توجه سديد من المحكمة العليا لأنه يمنع ما يمكن أن يفتحه باب التشكيك في الأنساب من فتن كبيرة

1- مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد الثاني، ص 284-287

2- مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد 1، ص 245-248

3- مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد 1، ص 323-326

يدرؤها الضوابط الشرعي المتمثل في استحالة نفي النسب الثابت شرعا إلا باللعان.
تم بحمد الله.

الخاتمة:

تم التطرق من خلال هذه المداخلة إلى موقف المحكمة العليا الجزائرية غرفة شؤون الأسرة والموارث (الأحوال الشخصية والموارث سابقا) من المستجدات العلمية في إثبات النسب قبل تعديل قانون الأسرة وبعده، حيث تطرقنا أولا لبعض المفاهيم النظرية اللازمة حول تحليل الزمرة الدموية والبصمة الوراثية والتلقيح الاصطناعي مع ذكر أمثلة من قرارات المحكمة العليا في تلك الفترة، ثم أعقبنا ذلك ببيان موقف المشرع الجزائري من الطرق العلمية بعد التعديل ثم عرضنا لنماذج من قرارات المحكمة العليا بعد التعديل مع تعليق بسيط عليها، ومن خلال ذلك كله استخرجنا النتائج التالية:

- تحليل الزمر الدموية ظني الدلالة في إثبات النسب قطعي في نفيها،
- البصمة الوراثية قطعية الدلالة إثباتا ونفيا،
- التلقيح الاصطناعي استثناء يطبق بضوابط وشروط محددة،
- الطرق العلمية تستخدم فقط حينما لا يمكن استخدام الطرق الشرعية التقليدية،
- لا مجال لإعمال الخبرة العلمية للتحقق من ثبوت الأنساب الثابتة شرعا،
- لا تستخدم الخبرة العلمية في النفي مطلقا،
- قضاة الدرجتين الأولى والثانية أحيانا لا يميزون بين الطرق الشرعية والخبرة العلمية ولا حكمها الشرعي،

- جهل العديد من المحامين والمتقاضين بالأحكام الفقهية للطرق العلمية وشروط إعمالها،
- قرارات المحكمة العليا تتميز بالاعتضاب ولا تبين دائما حقيقة وجوهر النزاع،
- غموض النص القانوني الجزائري سبب لكثرة النزاع حول شروط العمل بالخبرة العلمية،
- ثبات قرارات المحكمة العليا على ضوابط استخدام الخبرة العلمية والتأكيد على أنها استثناء يستخدم للإثبات حيث لا توجد أنساب ثابتة بالطرق المشروعة وأنها لا تستخدم بديلا عن اللعان مطلقا.

وعلى هذا الأساس يستحسن العمل على ما يلي:

- توعية المواطنين بأهمية الطرق العلمية في إثبات النسب وتعليمهم أحكامها وضوابطها،
- رسكلة القضاة والمحامين من حيث الجانب الشرعي لتجنب الوقوع فيها لا محمد عقباه،
- نشر قرارات المحكمة العليا وبنصها الكامل حتى يتسنى لرجال الفقه والقانون دراستها والتعليق عليها والاستفادة منها.

- مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالنسب والخبرة العلمية وذلك باعتدال ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا من مبادئ لا تخرج إطلاقا عن ما استقر عليه الفقه الإسلامي.

قائمة المراجع:

أولا: النصوص القانونية:

01- القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 الموافق 9 رمضان 1404 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: الكتب:

02- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى (ط1)، 2000
03- عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 2002.
مركز التمييز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة: القضايا المعاصرة في الفقه الطبي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط1، 1436 هـ

ثالثا: المقالات العلمية:

04- أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، "إثبات النسب بالقرائن الطبية المعاصرة"، مجلة الدراسات الطبية الفقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، العدد الأول، جمادى الأولى 1435هـ
05- بوقرة أم الخير، " دور البصمة الوراثية في حماية النسب"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد السابع.
06- سامية بلجراف، "إثبات النسب نصا وتطبيقا وأثر المستجدات العلمية عليه"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد4، يناير. 2012
07- شتوان بلقاسم، التلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد12، ديسمبر. 2006
08- منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخاص بالدورة (3) لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ع3، ج1، 1987.

رابعا: رسائل التخرج:

09- رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012.
10- عائشة إبراهيم سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - مصر، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية. د.ت.ن.
11- عائشة إبراهيم أحمد، إثبات النسب في ضوء المعطيات المعاصرة، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة- فلسطين، 2012.
12- علاء بورزق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تلمسان، 2015
13- ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015.
14- يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، 2015.

خامسا: المجلات القضائية:

15- مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد. 1
16- مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد. 1
17- مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد. 1
18- مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد. 1
19- مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد. 2
20- مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد. 1

سادسا: مواقع الانترنت:

21- الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، الرابط: <http://www.iifa-aifi.org/2364.html> تمت زيارته يوم 14/08/2018 على الساعة 19:24

أثر المستجدات الطبية على حق الزوجة في فسخ الزواج - دراسة فقهية مقارنة -

بقلم

ذ. ميلود ليفة

أستاذ مساعد متعاقد في الفقه المقارن

قسم الشريعة - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي

lifamiloud39@gmail.com

مقدمة

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، كما يحب ربنا ويرضى، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه إلى يوم الدين، أما بعد:

إن جلب المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية وغاياتها الكبرى، وقد راعت الشريعة هذا الأصل في أحكام العلاقات الزوجية، ومن ذلك أنها جعلت وجود العيب في أحد الزوجين مسوغا للتفريق بينهما، وإذا كان بالزوجة عيبا فيسهل للزوج إيجاد حل لذلك، إما بالطلاق، أو بالتعدد، ولكن يقع الإشكال فيما لو كان بالزوج عيبا، فليس من حل للزوجة إلا الفسخ إذا أبى الزوج تطليقها، ومن هنا كان التركيز في هذا البحث حول حق الزوجة في فسخ النكاح إذا ثبت وجود عيب بزوجها.

وقد تكلم الفقهاء قديما عن بعض العيوب التي كانت في عهدهم التي تثبت للزوجة حق الفسخ، ولكن مع تطور العلوم الطبية في عصرنا الحاضر استجدت بعض المسائل التي تستدعي تكييفها والنظر فيها فقهيا لمعرفة أثرها في إثبات حق فسخ الزواج للمرأة.

أهمية موضوع البحث:

يمكن إبراز أهمية هذا الموضوع في النقاط التالية:

▪ يتعلق هذا الموضوع بعقد هو أخطر العقود وأهمها في الشريعة الإسلامية وهو عقد الزواج، وقد ساء الله تعالى ميثاقا غليظا.

▪ حاجة الناس الملحة إلى معرفة أحكام فسخ الزواج بطلب من الزوجة، وخاصة إذ تعلق الأمر بمستجدات معاصرة لها أثر كبير في هذا المجال.

▪ في هذا النوع من البحوث إظهار لساحة الإسلام ورد للهجمة الجائرة على الشريعة الإسلامية، واتهامها

بظلم المرأة، وذلك من خلال إظهار الحقوق التي منحتها الشريعة الإسلامية للمرأة في مجال الحياة الزوجية.
▪ إبراز قدرة الفقه الإسلامي على تقديم حلول عادلة لمعالجة ما يستجد من حوادث تؤدي إلى النزاع بين الزوجين.

إشكالية البحث:

حرصت الشريعة الإسلامية على أن تكون العلاقة الزوجية علاقة دائمة ومستمرة، فشرعت من الأحكام ما يضمن نجاح هذه العلاقة واستقرارها؛ ولكون الشريعة الإسلامية واقعية فقد شرعت التفريق بين الزوجين إذا كان استمرار العلاقة بينهما ضرب من المحال، فكان الطلاق حلاً للزوج، والخلع أو الفسخ حلاً للزوجة؛ وقد بحث الفقهاء المتقدمون في أحكام طلب الزوجة فسخ النكاح وبينوا أسبابه، ولكن استجد في هذا العصر مستجدات طبية تثبت وقوع الضرر على الزوجة في جانب من الجوانب، فما حكم طلب الزوجة فسخ الزواج بناء على هذه النوازل الطبية، وما هي ضوابط ذلك وشروطه؟ هذا ما ستحاول هذه الورقة البحثية الإجابة عليه.

الدراسات السابقة:

1- الفسخ بين الزوجين بسبب العيب، لماجد هادي، ومحمد هادي، وهو بحث تقدم به الباحثان إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية العلوم الإسلامية- الرمادي - العراق، والمنعقد بتاريخ: 11-12/04/2012؛ تناول فيه الباحثان مفهوم فسخ الزواج بالعيب، ومشروعيته، والضوابط والشروط التي يفرق بها بين الزوجين، ثم تطرقا إلى حكم التفريق بين الزوجين بسبب المرض الوراثي.

2- حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-، لعبد الله عبادي، وهي رسالة ماجستير تقدم بها الباحث إلى كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية بجامعة وهران، سنة: 2006م، ولم يتطرق فيها الباحث إلى أثر الاكتشافات الطبية المعاصرة في حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها.

3- إثبات عيوب النكاح بالقرائن الطبية للدكتورة: مريم بنت عيسى بن حامد العيسى، وهو بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة: 27، العدد: 103، 1436هـ، تحدثت فيها الباحثة على بعض القرائن الطبية المعاصرة التي تستخدم لإثبات عيوب النكاح، كتحليل الدم، والبصمة الوراثية، وفحص المنى، والأشعة السينية.

منهج البحث:

- اعتمد هذا البحث على ثلاثة مناهج علمية، هي المنهج الوصفي، والاستقرائي، والمقارن.
- المنهج الوصفي: من خلال الاهتمام بتصوير المسائل المعروضة في البحث.
 - المنهج الاستقرائي: باستقراء أقوال الفقهاء القدامى والمعاصرين في المسائل الفقهية المدروسة.
 - المنهج المقارن: من خلال المقارنة بين أدلة مذاهب الفقهاء في المسألة للوصول إلى الرأي الراجح.

خطة البحث:

جاءت خطة هذا البحث على النحو التالي:

- المبحث التمهيدي: ماهية فسخ الزواج بالعيب وتأصيله الشرعي، وفيه مطلبان:
 - ✓ المطلب الأول: ماهية فسخ الزواج بالعيب.
 - ✓ المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لفسخ الزواج بالعيب.
- المبحث الأول: حق الزوجة في فسخ النكاح من المصاب بالأمراض الوراثية، وفيه مطلبان:
 - ✓ المطلب الأول: مفهوم المرض الوراثي.
 - ✓ المطلب الثاني: حكم فسخ النكاح بالمرض الوراثي.
- المبحث الثاني: أثر ثبوت العنة طيبا في حق الزوجة في فسخ النكاح، وفيه أربعة مطالب:
 - ✓ المطلب الأول: تعريف العنة.
 - ✓ المطلب الثاني: الوسائل المستخدمة حديثا لإزالة العنة.
 - ✓ المطلب الثالث: حكم استخدام الوسائل الحديثة لإزالة العنة.
 - ✓ المطلب الرابع: أثر استخدام الوسائل الحديثة لإزالة العنة على حق الزوجة في فسخ النكاح.
- المبحث الثالث: أثر ثبوت العقم طيبا في حق الزوجة في فسخ النكاح، وفيه مطلبان:
 - ✓ المطلب الأول: تعريف العقم.
 - ✓ المطلب الثاني: حكم طلب فسخ النكاح بسبب العقم.

وبالله تعالى التوفيق.

المبحث التمهيدي: ماهية فسخ الزواج وتأصيله الشرعي

يتناول هذا المبحث ماهية فسخ الزواج بالعيب، ثم بيان أدلة مشروعيته، لأجل أن يُبنى على ذلك ما ينزل بالناس من نوازل في هذا المجال، ومنها ما يرمي هذا البحث التطرق إليه، وهو أثر المستجدات الطبية المعاصرة على حق الزوجة في طلب فسخ الزواج من زوج به عيب يخل بحكمة الزواج ويعطل مقاصده.

المطلب الأول: ماهية فسخ الزواج بالعيب:

لأجل بيان ماهية فسخ الزواج بالعيب يلزم أولا التطرق إلى بيان مفرداته: "الفسخ"، "الزواج"، "العيب"، لأجل أن نصل إلى تحديد مفهوم فسخ الزواج بالعيب.

أ- تعريف الفسخ:

الفسخ لغة: يأتي الفسخ في اللغة على عدة معان، منها: الضعف، والطرح، وإفساد الرأي، والتفريق، والنقض⁽¹⁾، وهذا المعنى الأخير هو أقربها إلى المعنى الاصطلاحي، قال الجوهري في "الصحاح": «فسخ الشيء: نقضه، تقول: فسختُ البيع والعزم والنكاح، فانفسخ، أي انتقض»⁽²⁾.

(1) ينظر: تاج العروس للزبيدي (7/ 319).

(2) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (1/ 429).

الفسخ اصطلاحاً: هو: «حل ارتباط العقد»⁽¹⁾، أو هو: «رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره»⁽²⁾، فإذا فسخ الزواج زالت رابطة العقد بين الزوجين، وصار كل منهما أجنبياً بالنسبة للآخر⁽³⁾.

ب- تعريف الزواج:

الزواج لغة: الزواج لغة من الفعل زَوَّجَ يزُوج، زواجاً، وتزويجاً، والزواج لغة: خلاف الفرد، يقال: زوج أو فرد، كما يقال: شفع أو وتر⁽⁴⁾.

الزواج اصطلاحاً: هو «عقد يرد على ملك المتعة قصداً»⁽⁵⁾.

وقولهم: "قصداً" احتراز عن عقد تملك به المتعة ضمناً، كشراء الأمة للتسري، لأن المقصود فيها ملك الرقبة ويدخل ملك المتعة فيها ضمناً، وأما الزواج فالمقصود منه ملك المتعة لا الرقبة⁽⁶⁾.

ج- تعريف العيب:

العيب لغة: العيب والعياب: الوصمة، والجمع عيوب وأعياب، يقال: عاب الشيء عيباً: صار ذا عيب⁽⁷⁾.

العيب اصطلاحاً: العيب في باب النكاح هو: «نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يجعل الحياة الزوجية غير مشمرة أو قلقة، لا استقرار فيها»⁽⁸⁾.

د- مفهوم فسخ الزواج بالعيب: على ضوء ما سبق يمكن أن نحدد مفهوم فسخ الزواج بالعيب فنقول: هو نقض عقد الزواج إذا كان في أحد الزوجين عيباً يخل بمقصود الزواج، ويمنع استقرار الحياة الزوجية.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لفسخ الزواج بالعيب:

إن وجود عيب في أحد الزوجين لم يطلع عليه الطرف الآخر قبل عقد النكاح، أمر يخل بمقصود النكاح، فجعلت الشريعة الإسلامية الفسخ حقا للمتضرر منها، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في مشروعية فسخ الزواج بالعيب على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أصحابه جواز فسخ النكاح بسبب العيب، وذهب إلى هذا القول فقهاء المذاهب الأربعة، على تفصيل بينهم في العيوب المثبتة لحق الفسخ⁽⁹⁾، واستدلوا بما يلي:

- (1) الأشباه والنظائر للسبكي (1/ 234)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: 287)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص: 292).
- (2) معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي وحامد قنبي (ص: 346).
- (3) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (4/ 3150).
- (4) ينظر: لسان العرب لابن منظور (2/ 291).
- (5) جامع العلوم في اصطلاحات الفنون للقاخي نكري (3/ 289).
- (6) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزليعي (2/ 94).
- (7) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم لابن سيده (2/ 260).
- (8) الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية لعبد المجيد مطلوب (ص: 325).
- (9) ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام (3/ 250)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك لابن عسك (ص: 61)، نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني (12/ 408)، الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (3/ 42).

1- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التبريح بإحسان، ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع وجود عيب بالزوج يمنع الاستمتاع ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، فتعين عليه التبريح بالإحسان، فإن سرح بنفسه، وإلا جعل القاضي للزوجة حق الفسخ⁽¹⁾.

2- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ، فَلَمَّا دَخَلَتْ عَلَيْهِ وَصَعَتْ نِيَابَهَا، فَرَأَى بِكَشْحِهَا⁽²⁾ بِيَاضًا، فَقَالَ: «النَّبِيُّ نِيَابِكِ وَالْحَقِيقِيُّ بِأَهْلِكَ»⁽³⁾.

وجه الدلالة: أن رده ﷺ لها لما وجد به برصا فسخ للنكاح، ولا يقال: يحتمل أنه طلقها أو كنى بالرد عن الطلاق، لأننا نقول: لم ينقل في الحديث طلاق، والرد صريح في الفسخ، فالحمل عليه أولى، وإذا ثبت هذا في أحد الزوجين ثبت في الآخر⁽⁴⁾؛ ثم يقاس على البرص سائر العيوب، لأنها في معناه في منع الاستمتاع⁽⁵⁾.

3- قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: أن في وجود عيب في أحد الزوجين، مع عدم رضا الطرف الآخر به، ضرر يجب إزالته، وسبيل دفع الضرر هنا هو فسخ النكاح⁽⁷⁾.

4- عَنْ شُرَيْحٍ، قَالَ: كَتَبَ إِلَيَّ عُمَرُ فِي الْعَيْنِ «أَنْ أَجْلُهُ سَنَةٌ، فَإِنْ اسْتَطَاعَهَا، وَإِلَّا حَبَّرَهَا، فَإِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ، وَإِنْ شَاءَتْ فَارْقَتَهُ»⁽⁸⁾، وعن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: «مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهَا بَرَصٌ أَوْ جُدَامٌ أَوْ

(1) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (2/ 323).

(2) الكشع: الحصر، النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير (4/ 175).

(3) رواه سعيد بن منصور في سننه، كتاب: النكاح، باب: من يتزوج امرأة مجذومة أو مجنونة، (برقم: 829)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: النكاح، باب: المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها، (برقم: 16304)، وأحمد في مسنده (برقم: 16032)، والحاكم في المستدرک (برقم: 6808)، والحديث قد ضعفه جمع من المحدثين، منهم: ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق الهادي (4/ 364)، والذهبي في تنقيح التحقيق (2/ 192)، وابن الترمذاني في الجوهر النقي (7/ 214)، وابن الملقن في البدر المنير (7/ 483)، والمهشمي في مجمع الزوائد (4/ 300)، والألباني في إرواء الغليل (برقم: 1912).

(4) ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (5/ 243).

(5) ينظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (2/ 449)، الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (3/ 43).

(6) رواه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضرُّ بجاره (رقم: 2340)، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب: إحياء الموات، باب: من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد (رقم: 12224)، وأحمد في المسند (رقم: 2865)، والطبراني في المعجم الكبير (رقم: 11576)، والدأرقطني في السنن (4/ 228)، والحاكم في المستدرک (4/ 125)، وقال: "صحيح الإسناد على شرط مسلم" ووافقه الذهبي، والحديث حسنه النووي في الأربعين (ص: 21)، والأذكار (ص: 351)، وصححه الألباني بمجموع طرقه في الصحيحة (رقم: 250).

(7) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (2/ 336).

(8) رواه أبو يوسف في الآثار (برقم: 640).

جُنُونٌ، فَدَخَلَ بِهَا، فَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا يَسْتَجِلُّ مِنْ فَرَجِهَا، وَذَلِكَ غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا⁽¹⁾، وَعَنْ قَتَادَةَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَبِهِ جُنُونٌ، أَوْ دَاءً عَضَالًا لَا يَعْلَمُ بِهِ، قَالَ: «هِيَ بِالْخِيَارِ إِذَا عَلِمَتْ»⁽²⁾، وَعَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: «يُؤَجَّلُ الْعَيْنُ سَنَةً، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا»⁽³⁾.

وجه الدلالة: أن هذه الآثار تدل على فسخ النكاح بالعيب، ولا يخالف لهم، لأنها عيوب تؤثر في الاستمتاع المقصود، وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معها الخيار⁽⁴⁾.

5- إن النكاح عقد معاوضة، قابل للرفع، فجاز رفعه بسبب العيوب المؤثرة في المقصود؛ قياسا على البيع والإجارة⁽⁵⁾.

6- إن الشروط المشتركة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط ولا مغبوننا بما غر به وغبن به، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان القول بمشروعية فسخ النكاح بكل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة⁽⁶⁾.

المذهب الثاني: ذهب الظاهرية⁽⁷⁾ والشوكاني⁽⁸⁾ إلى عدم جواز فسخ النكاح بالعيب، واستدلوا بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهَا مَا يَفْرِقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ [البقرة: 102].

وجه الدلالة: أن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى في هذه الآية⁽⁹⁾.

2- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: جَاءَتْ امْرَأَةً رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَتْ: كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ، فَطَلَّقَنِي، فَأَبَتْ طَلَاقِي، فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّيْبِرِ إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ، فَقَالَ: «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرَجِعِي إِلَيَّ رِفَاعَةَ؟ لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ»⁽¹⁰⁾.

(1) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (برقم: 16295).

(2) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (برقم: 16308).

(3) رواه عبد الرزاق في مصنفه (برقم: 10723).

(4) ينظر: الجامع لمسائل المدونة لابن يونس (160/9).

(5) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب (712/2)، كفاية النبي في شرح التنبيه لابن الرفعة (155/13).

(6) ينظر: زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم (166/5).

(7) ينظر: المحل بالآثار لابن حزم (202/9).

(8) ينظر: نيل الأوطار للشوكاني (302/6).

(9) ينظر: المحل بالآثار لابن حزم (208/9).

(10) رواه البخاري في كتاب: الشهادات، باب: شهادة المختبي، (برقم: 2639)، ومسلم في كتاب: النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثا المطلقة حتى تنكح زوجا غيره، (برقم: 1433).

وجه الدلالة: أن هذه المرأة تذكر أن زوجها لم يطأها، وأن إحليله كالهلبة، لا ينتشر إليها وتشكو ذلك إلى رسول الله ﷺ وتريد مفارقتها؟ فلم يشكها، ولا أجل لها شيئا، ولا فرق بينها، فتكون سائر العيوب كذلك⁽¹⁾.

المناقشة والترحيح:

بعد عرض أدلة المذهبين، يظهر رجحان قول الجمهور القائلين بمشروعية فسخ الزواج بالعيب، وذلك لقوة أدلتهم، ولأن قول الصحابي في هذا المقام فيه إشعار بتجسيد ما كان معمولا به في عهد النبوة، وهذا القول هو الموافق لمقاصد الشريعة التي تنص على إزالة الضرر ما أمكن.

وأما استدلال المذهب الثاني بالآية فخارج عن محل النزاع، ولا يسلم لهم أن فسخ الزواج بالعيب تفريق بين الزوجين بغير قرآن ولا سنة، بعدما اتضح أن القول بجواز الفسخ دلت عليه أدلة من القرآن والسنة، وهو الموافق للقياس والنظر الصحيح.

وأما استدلالهم بقصة امرأة رفاعة فلا حجة فيها لأن في بعض طرقه أن الزوج الثاني كان أيضا طلقها⁽²⁾، فالحديث جاء ليبيّن أنها لا تحل للأول حتى يواقعها الثاني، فليس فيه ما يفيد امتناع التفريق بين الزوجين بالعيب.

المبحث الأول: حق الزوجة في فسخ النكاح من المطاب بالأمراض الوراثية

إذا علم أن الزوج مصاب بمرض وراثي، أو حامل للمرض وإن لم يكن هو مصاب به، وثبت عن طريق التحاليل المخبرية أن هذا المرض يتنقل -بقدر الله تعالى- إلى ذريته، فهل يحق للزوجة طلب الفراق من زوجها؟ هذا ما سيتناوله هذا المبحث، ولكن قبل ذلك نتعرض إلى بيان مفهوم المرض الوراثي.

المطلب الأول: مفهوم المرض الوراثي .

عرفت الأمراض الوراثية بأنها «تمثل مجموعة من الأمراض التي قد تنتقل بالوراثة من جيل إلى جيل، ويتجنى عنها اضطراب في الجينات المحمولة على الصبغيات، وقد يكون ذلك الاضطراب في عدد الجينات أو تكوينها، وقد تصيب تلك الأمراض أحد الجنسين دون الآخر، ويطلق عليها في تلك الحالة اسم الأمراض الوراثية المرتبطة بالصبغيات الجنسية، وقد يكون أحد الجنسين حاملاً للمرض الوراثي، دون أن يصاب به»⁽³⁾.

فهي أمراض تنتقل من الوالدين إلى ذريتهم، لكون كلا الوالدين أو أحدهما مصاب بهذه الأمراض، وهي تنتقل عن طريق الصفات الوراثية التي يأخذها الإنسان من والديه، فجميع خلايا الإنسان تحتوي على نواة عدا

(1) ينظر: المحل بالأثار لابن حزم (209/9).

(2) ينظر: فتح الباري لابن حجر (468/9).

(3) الموسوعة الطبية (1003/6).

الكريات الحمراء، والنواة تحتوي على المادة الوراثية المتوارثة عن الآباء والأجداد، وتكون على هيئة شبكة من الخيوط الملتفة التي تسمى الصبغيات، نظرا لظهور الألوان عليها أثناء عملية الانقسام، والصبغي تركيب خيطي طويل متصل من الحمض النووي، ملتف على بروتينات بصفة محكمة، ويشار إليه اختصارا بـ (DNA)، وكل خلية جسدية فيها ستة وأربعون صبغيا، وهذه الصبغيات تكون على هيئة أزواج، كل اثنين ملتصقان ببعضهما، فيكون مجموعها ثلاثة وعشرون زوجا، اثنان وعشرون منها تختص بصفات الجسم، كالطول واللون، وكلها متشابهة في الذكر والأنثى، وتسمى الصبغيات الجسدية، والزوج الواحد الباقي هو الذي يحدد الصفات المتعلقة بالذكورة والأنوثة، ويسمى الصبغي الجنسي، وهو يختلف حسب الجنس، فيكون تركيبه في الذكر مخالفا لتركيبه في الأنثى؛ وتتحدد الصفات الوراثية للإنسان عند حدوث الإخصاب بين الحيوان المنوي والبويضة لتكوين الخلية الأولى التي ينشأ منها الجنين، وذلك أن صبغيا يأتي من الأب، والآخر من الأم، فتكون الصفات الوراثية نصفها من الأب، والنصف الآخر من الأم، فحدث أي خلل في هذه الصبغيات في عددها أو تركيبها عند الوالدين أو أحدهما، ينشأ عنه المرض الوراثي عند الأولاد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حكم فسخ النكاح بالمرض الوراثي.

لم يتطرق الفقهاء قديما إلى حكم فسخ النكاح بسبب المرض الوراثي لأن ذلك لم يكن معروفا في عهدهم، وأما في هذا العصر ومع تطور الهندسة الوراثية أصبح من السهل معرفة ما يخفيه جسم الإنسان من أمراض كان من الصعوبة بمكان معرفتها في الماضي، فما حكم فسخ الزواج إذا اكتشف بأن أحد الزوجين مصاب بمرض وراثي يحتمل انتقاله إلى الذرية؟

اختلف المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب أكثر الباحثين المعاصرين⁽²⁾ إلى جواز فسخ النكاح بالمرض الوراثي، واستدلوا بما يلي⁽³⁾:

1- إن الفقهاء عللوا التفريق ببعض العيوب بأنها معدية وتنتقل إلى الذرية، وهذا حاصل في المرض الوراثي؛ وتعليل فسخ النكاح بالعيوب إذا خشي انتقاله إلى الذرية هو في كتب المذاهب الأربعة، جاء في المبسوط عند الحنفية قوله: «النكاح عقد معاوضة يتحمل الفسخ بأسباب فيثبت فيه حق الرد بعيوب يخل بالمقصود كالبيع، والمقصود بالنكاح طبعاً قضاء الشهوة، وشرعا النسل، وهذه العيوب تحمل بهذا المقصود أما الرتق والقرن يفوته

(1) ينظر: أحكام الهندسة الوراثية لسعد بن عبد العزيز الشويرخ (ص: 30-31).

(2) ينظر: الهندسة الوراثية بين معطيات العلم وروابط الشرع (ص: 82)، الأمراض الوراثية من منظور إسلامي لعلي محمد يوسف المحمدي (ص: 121)، أحكام الهندسة الوراثية لسعد بن عبد العزيز الشويرخ (ص: 202)، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعمان البعداني (ص: 380)، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية لمنال محمد العشي (ص: 89).

(3) ينظر: أحكام الهندسة الوراثية لسعد بن عبد العزيز الشويرخ (ص: 202)، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعمان البعداني (ص: 380).

أصلاً، وأما الجنون والجذام، والبرص يجلب به من حيث إن الطبع ينفر من صحبة مثلها، وربما تعدى إلى الولد⁽¹⁾، وقال اللخمي من المالكية: «يرد بالجذام والبرص؛ لأنه يخشى أن يحدث ذلك بالآخر؛ لأنه لا تطيب نفس الواطئ والموطوءة، وقُل ما يسلم ولدهما⁽²⁾، وكذا صرح الشافعية بأن «الجذام والبرص يعديان المعاشر والولد أو نسله كثيراً»⁽³⁾، والمعنى نفسه نجده عند الحنابلة، فقد قال ابن قدامة: «إن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه، ويخشى تعديده إلى النفس والنسل»⁽⁴⁾، فاتضح من خلال هذه النقول عن الأئمة الفقهاء أن سلامة النسل من الأمراض مقصد شرعي، ولا يتحقق ذلك إلى بفسخ النكاح في حال اكتشاف مرض يخشى انتقاله إلى الذرية.

2- إن بعض الفقهاء قد ذهبوا إلى التفريق بكل عيب لا يمكن معه تحقيق مقاصد النكاح، ورأوا عدم قصر التفريق على عيوب محصورة، بل يلحق بها ما يائثلها في الضرر، أو يزيد عليها، ولا شك أن من مقاصد النكاح إيجاد النسل السليم من الأمراض، والمرض الوراثي يجلب هذا المقصود مما يوجب ثبوت الخيار به.

3- إن المرض الوراثي عيب خطير إذ يصعب تشخيصه وعلاجه، وإن كان هذا ممكناً في عصر التقدم الطبي إلا أن الأمراض الوراثية كثيرة وإن وجد العلاج لبعضها فلا شك أن العلاج يشكل عبئاً اقتصادياً على الأسرة والمجتمع، بالإضافة لما يسببه من الألم النفسي على المريض وأسرته.

4- باستقراء أحكام الشريعة نجد أنها جاءت لرعاية مصالح العباد من تحقيق مصالحهم ودفع المفسد والأضرار عنهم، والنكاح بما له من مقاصد حفظ النسل وإعفاف النفس من جملة هذه الأحكام، فإذا اختل هذا المقصد منه وأصبح يسبب ضرراً متحققاً لأحد الزوجين، إما على نفسه أو على نسله، وهنا يتوجب دفع المفسدة المتحققة وذلك بإعطاء حق فسخ الزواج للمتضرر منها.

5- باستصحاب الأصل نجد أن أساس مبنى العقود قائم على الرضا والعيب يخرم الرضا؛ فالرضا في كل عقد -ومنه الزواج- يكون بناء على الأصل وهو السلامة من العيوب، فإن ظهر العيب تأثر الرضا سلباً به، لأن وجود العيب يختم الإرادة، فكان الرضا على المحل السليم لا المعيب، بناء على ذلك أمكن استصحاب صفة مؤثرة في الحكم، وهي السلامة من العيب، فإذا وجدت جاز فسخ العقد.

6- إن المفسدة المترتبة على استمرار الزواج هي مفسدة عامة تلحق بالمجتمع، وكذلك خاصة تلحق بالزوجين، وهذه المفسدة قوية تعارض المصلحة المتحققة بالزواج، ولما كان درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة جاز فسخ الزواج بالمرض الوراثي.

القول الثاني: ذهب بعض الباحثين المعاصرين⁽⁵⁾، إلى عدم جواز فسخ الزواج بسبب الإصابة بمرض

(1) المسبوط للسرخسي (5/ 95-96).

(2) التبصرة للرخمي (4/ 1901).

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج للهيتمي (7/ 347).

(4) المغني لابن قدامة (7/ 185).

(5) ينظر: موقف الإسلام من الأمراض الوراثية لمحمد عثمان شبير، وهو ضمن كتاب: دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة (1/ 338).

وراثي إذا كان هذا المرض لا يمنع من استمرار الحياة الزوجية واستمتاع أحدهما بالآخر، وأما إذا كان المرض يمنع من استمرار الحياة الزوجية فيجوز فسخ عقد الزواج به، واستدلوا بما يلي⁽¹⁾:

1- إن الفقهاء عللوا جواز فسخ النكاح بالعيب بأن يكون العيب مانعا من الاستمتاع المقصود بالنكاح، وبناء عليه فإن المرض المفوت لهذا المقصد يفسخ به النكاح، وما لا، فلا.

ويعترض عليه: بأن الفقهاء عللوا كذلك جواز فسخ النكاح بالأمراض التي تنتقل إلى النسل، كما سبق نقل بعض النصوص عنهم في هذا، فعلة جواز فسخ النكاح ليست محصورة فقط في العيوب المانعة من استمتاع أحد الزوجين بالآخر، بل تشمل كل ضرر يلحق بالزوجين أو بذريتهما.

2- إنه يمكن العمل على الحد من الأمراض الوراثية دون التفريق، وذلك باستخدام موانع الحمل، أو بالتحكم في جنس الجنين، وذلك كأن تكون المرأة تلد ذكورا مشوهين ثم يموتون بخلاف الإناث فيعشن حياة طبيعية وصحية، فيجوز التحكم حينئذ في جنس الجنين إذا ما تم بوسائل صحيحة، لأن الدعاء بطلب جنس معين جائز، ومن المقرر أن ما جاز طلبه جاز فعله، كما يمكن حل هذه المشكلة بتعدد الزوجات، إذا رغبت الزوجة في البقاء مع زوجها، وكان هو يريد أطفالا.

ويعترض عليه: بأن طلب الذرية من مقاصد النكاح، والتحكم في جنس الجنين -لو سلم المخالف بجوازه- فإنه غير مضمون النتائج من جهة، وهو غير متيسر للجميع لتكاليفه الباهظة من جهة أخرى.

الترجيح:

الذي يترجح -والله أعلم- أنه لا يطلق القول بجواز أو بعدم جواز فسخ النكاح بالأمراض الوراثية، بل ينظر إلى المرض الوراثي وخطورته وإمكانية علاجه، فإذا كان مرضا خطيرا يستعصى علاجه، أو يتعذر على كثير من الناس، فيقال بجواز الفسخ، وأما إن كان مرضا سهلا علاجه، وخاصة مع التطور المتسارع في علم الطب، فيقال بعدم جواز فسخ النكاح به، إذ الأصل بقاء الرابطة الزوجية واستمرارها.

المبحث الثاني: أثر استخدام وسائل إزالة العنة طبيا في حق الزوجة في فسخ النكاح

قبل الكلام حول أثر استخدام الوسائل الطبية الحديثة لإزالة العنة في حق الزوجة في فسخ الزواج، يحسن بنا أن نتطرق أولا إلى تعريف العنة، وبيان أهم الوسائل المستعملة حديثا لإزالتها، وحكم استخدامها، للوصول أخيرا إلى أثر استخدامها في ثبوت الخيار للزوجة في طلب التفريق.

المطلب الأول: تعريف العنة.

المنة لغة: مصدر من الفعل عنّ، قال ابن فارس: «العين والنون أصلان: أحدهما يدل على ظهور الشيء

(1) ينظر: المرجع السابق (1/338-340)، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعمان البعداني (ص: 382).

وإعراضه، والآخر يدل على الحبس⁽¹⁾.

فالأول قول العرب: عن لنا كذا يعن عنونا، إذا ظهر أمامك، وعنان السماء: ما عن لك منها إذا نظرت إليها.

وأما الأصل الآخر، وهو الحبس، فالعنة: الحظيرة، وهي: بناء تبنيه من حجارة. وسمي الرجل الذي لا يريد النساء عنيانا:

- لأنه يعن ذكره -أي: يعترض- لقبيل المرأة من عن يمينه وشماله فلا يقصده⁽²⁾.

- أو لأنه يُحبس عن مجامعة أهله⁽³⁾، بسبب مرض أو سحر، أو كبر، أو غير ذلك.

والعنة اصطلاحاً: عجز لا يقدر معه الرجل على جماع زوجته، مع وجود الآلة، لمانع منه، ككبر سن أو مرض، أو سحر⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: الوسائل المستخدمة حديثاً لإزالة العنة.

توصل الطب الحديث إلى طريقتين لعلاج العنة، هما: المستحضرات الدوائية، وأجهزة الانتصاب.

أ- علاج العنة بالمستحضرات الدوائية:

المستحضرات الدوائية التي تستخدم حديثاً في علاج العنة، هي ما يسمى بالمنشطات أو المقويات الجنسية، وفي الحقيقة إن الإنسان اهتم بزيادة قوته الجنسية منذ القدم، باستخدامه لمواد مختلفة نباتية أو حيوانية. وأما في العصر الحديث فإن المقويات أو المنشطات الجنسية فهي عبارة عن مواد تتميز بتأثير قوي أو سريع في تغذية أو تدعيم الأجهزة الجنسية، وبخاصة جهاز الهرمونات⁽⁵⁾.

والمقويات الجنسية المستخدمة حديثاً لا يمكن حصرها، ولكن يمكن تقسيمها بحسب طريقة استخدامها إلى ثلاثة أقسام⁽⁶⁾:

القسم الأول: ما يتم استخدامه بإدخاله في القضيب:

وهذا القسم يندرج تحته عدة أنواع، أهمها:

1- العلاج بالحقن في العضو الذكري: وهذا العلاج أصبح معروفاً منذ عدة سنوات نظراً لارتفاع نسبة نجاحه، حيث وصلت إلى أكثر من 70٪، يقوم فيه المريض بإدخال إبرة دقيقة في أحد قسمي الجسم الكهفي

(1) مقاييس اللغة لابن فارس (4/ 19).

(2) ينظر: لسان العرب لابن منظور (13/ 291).

(3) ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس (4/ 21).

(4) ينظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار للحصكفي (ص: 244)، الذخيرة للقرافي (4/ 429)، الحاوي الكبير للباوردي (9/ 368)، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (6/ 166).

(5) ينظر: المنشطات الذهبية للعلاقة الجنسية لأيمن الحسيني (ص: 07).

(6) ينظر: كيفية التغلب على الضعف الجنسي لكمال خالد بكر (ص: 55)، العجز الجنسي في عصر الفياجرا (ص: 34)، أثر التقنية الحديثة في اختلاف الفقهاء لشام بن عبد الملك آل الشيخ (ص: 554)، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعمان البغداني (ص: 397).

من الناحية الجانبية، فتؤدي إلى ارتحاء الجسم الكهفي وتدفق الدم فيه، ومن ثم انتصاب القضيب.
2- النظام الطبي الإحليلي للانتصاب: حيث يقوم هذا النظام على استخدام مادة لزجة تسمى: (بروتستغلندين) توضع في جهاز معين بحجم مناسب، ثم تدخل في الإحليل (القناة البولية التي تعبر القضيب) من دون استعمال حقن، ثم إذا تسربت هذه المادة في داخل القناة البولية، نزع هذا الجهاز بعد انتصاب القضيب.

القسم الثاني: ما يتم استخدامه خارج القضيب:

وأنواعه كثيرة أيضا، ومنها:

1- بخاخ الرش: وهو عبارة عن مستحضر دوائي يرش على العضو الذكري مباشرة قبل الجماع، فتسرب المادة المرشوشة إلى الأوعية الدموية في القضيب من خلال جلد الذكر، ومن ثم تتوسع الأوعية الدموية، لتسمح بدخول الدم إلى العضو الذكري، فيحدث الانتصاب.

2- مرهم الأيردوم: وهو عبارة عن دهان يدهن به العضو الذكري مباشرة قبل الاتصال الجنسي، فيتسرب إلى الأوعية الدموية في القضيب ليقوم بتوسيعها، ليمسح بدخول الدم إليه.

3- أجهزة السحب: وهي عبارة عن جهاز على شكل أسطوانة يسمح بإدخال العضو الذكري فيه، ومضخة يدوية، وحلقة مطاطية؛ تستعمل المضخة لتفريغ الهواء من الأسطوانة، فينتج فراغا حول العضو، مما يؤدي إلى تدفق الدم داخل شرايين العضو، ومنها إلى الجسم الكهفي، فينتصب القضيب، وللمحافظة على هذا الانتصاب توضع الحلقة المطاطية في قاعدة العضو لمنع عودة الدم من العضو إلى الجسم.

القسم الثالث: ما يكون تناوله عن طريق الفم:

ومن أهم العلاجات المندرجة تحت هذا القسم وأشهرها (الفياجرا)، وقد كسب هذا العقار شهرة واسعة بعد ظهوره ونجاحه في تنشيط الرغبة الجنسية، وهو عبارة عن أقراص زرقاء اللون، وتركيزها يكون: 25 أو 50 أو 100 ملغ، من المادة الكيميائية الأساسية وهي: (سيلدينافيل)، وعند تناول هذا العقار فإن الجسم يمتصه في خلال ساعة بالمتوسط، وبعد نجاحه سعت الشركة المصنعة له في إنتاج أنواع جديدة منه، ذات مفعول سريع لا يتجاوز بضع دقائق قبل الجماع، بدلا من انتظار ساعة كاملة، كما دفع هذا النجاح شركات الأدوية المنافسة إلى إنتاج أنواع من الأدوية المماثلة لهذا العقار.

ب- علاج العنة بأجهزة الانتصاب الحديثة:

هذه الأجهزة عبارة عن جهاز تعويضي أو مساند يتم زرعه في القضيب عن طريق عملية جراحية، ليكون مستقيا وصلبا بطريقة كافية لإتمام العملية الجنسية، وهذه الطريقة جعلت من الممكن الحصول على انتصاب مقنع لكلا الزوجين في 90% من الحالات بغض النظر عن نوع الجهاز المستخدم.

واستعمال هذه الأجهزة لا بد أن يكون آخر الحلول لعلاج الضعف الجنسي، فلا يتم استخدامها إلا بعد فشل الحلول الأخرى من المستحضرات الدوائية وغيرها، لما لها من مضاعفات سلبية، حيث أن تركيبها يؤدي إلى

انتصاب العضو الذكري بطريقة غير طبيعية، مما يؤدي إلى تلف الأنسجة المكونة للعضو، فلا يمكن حدوث الانتصاب بعد إزالتها⁽¹⁾.

المطلب الثالث: حكم استخدام الوسائل الحديثة لإزالة العنة.

ذهب الحنفية إلى عدم جواز استخدام الحقنة التي تقوي الجعاج، وعللوا ذلك بأن «الضرورة لا تتحقق بهذا، وكشف العورة من غير ضرورة لمعنى الشهوة لا يجوز»⁽²⁾.

ولكن هذا التعليل لا يصدق على المستحضرات الدوائية التي تستخدم خارج القضيب، كالمراهم، وبخاخ الرش، وكذا العقاقير التي تتناول عن طريق الفم، لعدم كشف العورة عند استخدام هذه الأدوية⁽³⁾.

ووحكي عن الشافعي قال: إذا قيل له: إن الحقنة تقويك على المجامعة، فلا بأس بذلك⁽⁴⁾.

والراجح - والله أعلم - هو جواز استخدام وسائل علاج العنة، سواء كان استعمالها خارج القضيب أو داخله، للأدلة الآتية⁽⁵⁾:

1- عموم الأدلة الدالة على مشروعية التداوي، ومن ذلك حديث أبي الدرداء -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ خَلَقَ الدَّاءَ وَالِدَوَاءَ فَتَدَاوُوا وَلَا تَتَدَاوُوا بِحَرَامٍ»⁽⁶⁾، وحديث أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال: «مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً»⁽⁷⁾، وعن عن جابر -رضي الله عنه- عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ، فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»⁽⁸⁾.

2- النظر في مقاصد الشريعة، فمن مقاصدها العظام: الحفاظ على النسل والعرض، وبقاء عرى الزوجية دون انفصام، واستخدام مثل هذه الأدوية يحقق هذا المقصد العظيم، فالشخص الذي يعاني من الضعف الجنسي لا يمكنه الإنجاب، ولا إشباع رغبة زوجته من الوطاء، إلا باستخدام ما يقويه على ذلك، وقد أمر النبي بتكثير النسل كما في حديث معقل بن يسار -رضي الله عنه- قال: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَجَمَالٍ، وَإِنِّي لَا تَلِدُ، أَفَأَتَزَوَّجُهَا، قَالَ: «لَا» ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ فَنَهَا، ثُمَّ أَتَاهُ الثَّلَاثَةَ، فَقَالَ:

(1) ينظر: الضعف الجنسي لوليد الخضير (ص: 60)، أحكام العنة وتطبيقاتها القضائية لعبد الله الحماد (ص: 89).

(2) المبسوط للسرخسي (156/10)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة (336/5).

(3) ينظر: أثر التقنية الحديثة في اختلاف الفقهاء لهشام بن عبد الملك آل الشيخ (ص: 557)، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعيان البعداني (ص: 398).

(4) المبسوط للسرخسي (156/10)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة (336/5).

(5) ينظر: أثر التقنية الحديثة في اختلاف الفقهاء لهشام بن عبد الملك آل الشيخ (ص: 557)، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعيان البعداني (ص: 398).

(6) أخرجه الدولابي في الكنى والأسماء (برقم: 1315)، والطبراني في المعجم الكبير (برقم: 649)، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (86/5): "رواه الطبراني ورجاله ثقات"، وهو في السلسلة الصحيحة للألباني (برقم: 1633).

(7) أخرجه البخاري في كتاب: الطب، باب: ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء (برقم: 5678).

(8) أخرجه مسلم في كتاب: الطب والمرض والرقي، باب: باب لكل داء دواء واستجاب التداوي (برقم: 2204).

«تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاتِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»⁽¹⁾، كما أن قضاء الوطر لكل من الزوجين أمر أباحه الإسلام بالزواج الشرعي، ففي منع هذه الأدوية تقليل للنسل، وقد تضطر الزوجة إلى طلب الطلاق وفسخ النكاح، وهذا فيه هدم لكيان الأسرة.

3- النظر في قواعد الترجيح بين المصالح والمفاسد، فمن المعلوم أن نظر الطبيب إلى عورة المريض يعد مفسدة، ولكن المصلحة المترتبة على ذلك، من بقاء النسل، وحفظ العرض، واستمرار الزوجية أمر مطلوب شرعا، فترك هذه المصلحة يوقع في مفسدة أعظم، فينبغي دفع أكبر المفسدتين بارتكابهما إعمالا لقواعد الشريعة.

4- النظر في القواعد الفقهية والأصولية التي تنص على أن ((للسائل أحكام المقاصد))⁽²⁾، فإذا كان مقصد الزوج من تعاطي هذه العلاجات هو إعفاف نفسه وزوجته، وتحصيل النسل، والمحافظة على بقاء الأسرة، فلا شك أن هذا المقصد مطلوب شرعا، فتكون الوسيلة إليه مطلوبة شرعا.

المطلب الرابع: أثر استخدام الوسائل الحديثة لإزالة العنة على حق الزوجة في فسخ النكاح.

أ- أثر المنشطات الجنسية في حق الزوجة في فسخ النكاح:

لو استخدم العنين مستحضرات دوائية لعلاج العنة، فأدت -بفضل الله تعالى- إلى تمكن الزوج من المعاشرة الزوجية، فلا يثبت للزوجة في هذه الحالة حق فسخ الزواج بدعوى أن الزوج لا يستطيع الوصول إليها إلا بهذه المستحضرات، لأنه يتناول هذه الأدوية المنشطات يتدفق الدم حيثئذ للقضيبي، فيتصبب، وتتحقق بذلك عملية الجماع⁽³⁾، وقد نص الفقهاء على أنه متى حصل الوطء فقد زالت العنة، قال ابن قدامة: «إن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة، بطل أن يكون عنيها، أكثر أهل العلم على هذا»⁽⁴⁾.

وبناء عليه، لا يثبت للزوجة حق الفسخ في هذه الحالة، وإذا طلبت الفرقة فلا تجاب إليها، لأن العيب قد زال، وقد نص الفقهاء على أنه «متى زال العيب فلا فسخ»⁽⁵⁾، بل أجمعوا على أنه لا خيار لزوجة العنين إذا زالت عنته، قال ابن عبد البر: «أجمع الفقهاء أن لا خيار لزوجة العنين إذا ذهب العنة، وكذلك زوال سائر

(1) أخرجه أبو داود في كتاب: النكاح، باب: النهي عن تزويج من لم يلد من النساء (برقم: 2050)، وأبو عوانة في كتاب: النكاح، باب: ذكر حض النبي صلى الله عليه وسلم على تزويج الأبقار الودود الولود على ابتغاء النسل، فيكاتبهن الأمم (برقم: 4018)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب: النكاح، باب: الترغيب في النكاح (برقم: 13458)، والحاكم في المستدرک (برقم: 2685)، وقال: "صحيح الإسناد، ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي، وحسن إسناده ابن الصلاح كما في البدر المنير لابن الملقن (7/ 496)، وهو في صحيح الجامع للألباني (برقم: 2940).

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعزيز بن عبد السلام (1/ 53)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (8/ 775).

(3) ينظر: أثر التقنية الحديثة في اختلاف الفقهاء هشام بن عبد الملك آل الشيخ (ص: 561).

(4) المغني لابن قدامة (7/ 204)، وينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (2/ 325)، الجامع لمسائل المدونة لابن يونس (9/ 306)، الحاوي الكبير (9/ 373).

(5) الفروع لابن مفلح (8/ 292)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجاوي (3/ 201).

العيوب تنفي الخيار⁽¹⁾.

وهو كما لو تناول الزوج عسلا أو دواء طبيعيا لتقوية الباء فإنه لا يحق لها شرعا المطالبة بالفسخ⁽²⁾. ولا يضر أن العلاج يكون مؤقتا، أي: أنه لا يستطيع الجماع إلا إذا أخذ تلك المستحضرات الدوائية، فالعبرة بإتمام الجماع والتمكن من المعاشرة⁽³⁾.

ب- أثر أجهزة الانتصاب الحديثة في حق الزوجة في فسخ النكاح:

الناظر في كلام الفقهاء في باب العين ونحوه، يجد أنهم ينصون على أنه إذا كان هناك رجل مقطوع الحشفة فأولج قدرها من بقية الذكر أنها تزول عتته⁽⁴⁾، والزوج في حال تركيبه لأجهزة الانتصاب الحديثة، ليس مقطوع الحشفة، بل هي موجودة، وإنما وضع جهازا يساعد على الانتصاب فقط⁽⁵⁾. ومع أن المعاصرين قد قرروا أن تركيب الجهاز التعويضي يزيل العنة عن الرجل، إلا أنهم اختلفوا في ثبوت حق الفسخ للزوجة في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أنه لا حق للزوجة في الفسخ، لأنه إذا تحققت قدرة الزوج على الوطاء زالت عتته، فلم يكن للمرأة حق الفسخ ولو لم تجد تلذذا، لأن التلذذ شهوة لا يجبر الزوج عليها⁽⁶⁾.
القول الثاني: أنه يحق للزوجة المطالبة بالفسخ في هذه الحالة، لأن الجهاز التعويضي يعتبر عيبا تملك الزوجة حق الفسخ، وسبب كونه عيبا ما يلي⁽⁷⁾:

1- أنه ينفر من كمال الاستمتاع: فالزوجة لا تحس بكمال الاستمتاع ولذته كما تجده في الأصلي، وذلك لبرودة مقدمة القضيب وقلة حرارته لعدم تدفق الدم فيه كما قرره الأطباء، مما يجعل الزوجة تنفر منه، ولا تحس براحة مع هذا الجسم الغريب، وفوات كمال الاستمتاع موجب للفسخ، قال ابن تيمية: «وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع»⁽⁸⁾.

2- أن العرف يرجح أنه عيب: وقد قال محمد عليش في منح الجليل: «الخيار يثبت لأحد الزوجين بغير العيوب السابقة مما يعد عيبا عرفا»⁽⁹⁾.

3- القياس على العيوب المنفرة أو المعدية التي ذكرها الفقهاء، كالبرص والجنون والباسور بجامع النفرة

(1) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر (3/ 57).

(2) ينظر: أحكام الاتصال الجنسي باستخدام الوسائل الحديثة لصالح بن سعد الحصان (ص: 150).

(3) ينظر: أحكام العنة وتطبيقاتها القضائية لعبد الله الحجاد (ص: 93).

(4) ينظر: درر الأحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو (1/ 19)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشرييني (4/ 340)، الفروع لابن مفلح (8/ 280).

(5) ينظر: أحكام الاتصال الجنسي باستخدام الوسائل الحديثة لصالح بن سعد الحصان (ص: 70).

(6) ينظر: أثر التقنية الحديثة في اختلاف الفقهاء هشام بن عبد الملك آل الشيخ (ص: 563).

(7) ينظر: أحكام الاتصال الجنسي باستخدام الوسائل الحديثة لصالح بن سعد الحصان (ص: 70-71).

(8) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (5/ 464).

(9) منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش (3/ 386) بتصرف يسير.

ونقص الاستمتاع.

والراجح: - والله أعلم - هو القول الثاني، لأن العبرة في الأحكام إنما للمعاني لا الصور الظاهرة، لأنه إذا ثبت أن الجهاز التعويضي لا تحس معه الزوجة بالاستمتاع لم يكن له معنى، لأن لا يؤدي إلى قضاء الوطر، ولا تحصل معه السكنية التي يسعى الشرع إلى تحقيقها بين الزوجين، وقد نص المالكية على أن الزوج إذا كان مقطوع الحشفة فإن ذلك عيب يوجب الفسخ⁽¹⁾، وما ذلك إلا لأن ذلك سبب لنقص الاستمتاع.

فإذا تقرر ذلك، فلا تخلو الزوجة من حالين:

الحالة الأولى: أن لا تعلم الزوجة بأن زوجها لديه الجهاز التعويضي إلا بعد الدخول.

فهنا قد قرر الفقهاء أن العيب إذا وجد بعد الدخول فلها حق المطالبة بالفسخ حتى لو سكتت ثم طالبت بعد، واستدلوا⁽²⁾:

• بأن سكوتها بعد العقد ليس دليلاً على الرضا.

• ولأنه زمن لا تملك فيه الفسخ، ولا الامتناع من استمتاعه، فلم يكن سقوطها مسقطاً لحقها.
الحالة الثانية: أن تعلم الزوجة قبل الدخول بأن زوجها لديه الجهاز التعويضي.

فحصل خلاف بين الفقهاء في ثبوت حق الفسخ لمن علمت بالعيب قبل الدخول على قولين:

القول الأول: أنه ليس لها حق الفسخ، وهو قول جمهور الفقهاء⁽³⁾، واستدلوا بما يلي:

- أنها رضيت بالعيب، ودخلت في العقد عالمة به، فلم يثبت لها الخيار كسائر العيوب.

- القياس على رضاها بعد العقد، فكما لا يثبت لها حق الفسخ فكذلك هنا.

- القياس على علم المشتري لا عيب وقت البيع، فليس له الخيار.

القول الثاني: لا يسقط حقها في الفسخ، وهو قول الشافعية، واستدلوا⁽⁴⁾:

- بأنها رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته، فلم يسقط، كالعفو عن الشفعة قبل البيع.

والراجح: هو القول الأول لقوة ما استدلوا به.

وعليه فإنه ليس للزوجة حق المطالبة بالفسخ لوجود الجهاز التعويضي مع زوجها في حال علمها به قبل الدخول،

لأنها قد دخلت على علم بذلك، فسقط حقها، إلا أنه ينبغي أن يقيد ذلك بأن المرأة قد تغرر بأن هذا الجهاز لا يحصل

معه نقص في اللذة أبداً، ثم تجد العكس، فيكون حكم هذه الحالة راجعاً إلى نظر القاضي واجتهاده⁽⁵⁾.

(1) ينظر: التبصرة للخمّي (4/ 1902)، جامع الأمهات لان الحاجب (ص: 271)، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب للشيخ خليل (4/ 110)، الشامل في فقه الإمام مالك لبهرام (1/ 351).

(2) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (2/ 325)، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب (ص: 773)، الحاوي الكبير للماوردي (9/ 347)، المغني لابن قدامة (7/ 202).

(3) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (2/ 325)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (3/ 483)، المغني لابن قدامة (7/ 202).

(4) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشرييني (4/ 347).

(5) ينظر: أحكام الاتصال الجنسي باستخدام الوسائل الحديثة لصالح بن سعد الحصان (ص: 70-74).

المبحث الثالث: أثر ثبوت العقم طبييا في حق الزوجة في فسخ النكاح

إذا ثبت بقول أهل الخبرة في الطب أن بالزوج خللا يمنع من الإنجاب، فهل يحق للزوجة طلب فسخ النكاح؟ هذا ما يتناوله هذا المبحث من خلال المطالبين التاليين.

المطلب الأول: تعريف العقم.

العقم لغة: العقم والعقم -بالضم والفتح- داء يحول دون الإنجاب، رجل عقيم: لا يولد له، والجمع: عَقْمَاءٌ وَعَقْمَاءٌ، وَعَقْمَى، وامرأة عقيم: لا تلد، والجمع: عَقَائِمٌ، وَعَقْمٌ⁽¹⁾.

العقم اصطلاحا: عرفه بعض المعاصرين بأنه: عجز حقيقي أو حكمي ضمني عن إنجاب الزوجين معا، أو أحدهما، والزوجة في سن يمكنها الإنجاب به عادة.

شرح التعريف:

عجز: لفظ عام يشمل كل أنواع العجز التي تحول دون الإنجاب، فخرج بذلك تدخل الزوجين أو أحدهما بإرادته لمنع الحمل، بأحد وسائله.

حقيقي: بيان للنوع الأول من أنواع العجز، وهو العجز الناتج عن العيوب الخلقية، كانهدام الرحم، أو غياب الخصية، وغير ذلك مما لم يتوصل الطب إلى علاجه.

أو حكمي ظني: بيان للنوع الثاني من أنواع العجز، وهو كل ما يمكن علاجه، ومعنى كونه حكما ظنيا: أنه يحكم على المريض بالعجز المظنون لمكان معرفة سبب العقم، ومحاولة علاجه، ذلك لأنه لا يقطع بعدم إمكانية الشفاء منه في كثير من الحالات.

عن الإنجاب: قيد يخرج به بقية أنواع العجز، كالعجز عن الكلام والسمع والحركة ونحوها. الزوجين معا أو أحدهما: هو تحديد لمكان وجود العجز الحقيقي أو الحكمي الظني، فتارة يكون فيهما، وتارة أخرى يكون من أحدهما.

والزوجة في سن يمكنها الإنجاب به عادة: قيد يخرج به المرأة الأيسر، فإنه لا يطلق عليها بأنها عقيمة⁽²⁾

المطلب الثاني: حكم طلب فسخ النكاح بسبب العقم.

اختلف الفقهاء في ثبوت حق التفريق بالعقم على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁽³⁾ إلى أن العقم ليس عيبا يثبت به خيار طلب التفريق إذا وجده أحد

(1) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (5/ 1989)، مختار الصحاح للرازي (ص: 215)، لسان العرب لابن منظور (12/ 412).

(2) ينظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي لمحمد خالد منصور (ص: 72-73).

(3) ينظر: المبسوط للسرخسي (18/ 157)، الجامع لمسائل المدونة لابن يونس (9/ 350)، الحاوي الكبير للماوردي (9/ 341)، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (6/ 172).

الزوجين في الآخر، لكن يستحب لمن كان عقياً أن يجبر به الآخر قبل العقد، عسى أن يكون مريداً للولد، واستدلوا على عدم ثبوت حق الفسخ بالعمم بما يلي:

- لأن المقصود من النكاح هو الوطء والاستمتاع، والولد ثمرة، فلا يستحق بالنكاح.

- قياساً على الأيسة التي لا يثبت لزوجها الخيار.

- لأن العمم لا يعلم، فإن رجلاً لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ.

- لأن العمم ليس بيد الإنسان.

- لأنه لم يرد على ثبوت حق الفسخ به دليل من كتاب أو سنة أو إجماع⁽¹⁾.

القول الثاني: إذا وجد أحد الزوجين الآخر عقياً ثبت له حق الفسخ، وهو قول الحسن البصري واختيار ابن القيم⁽²⁾، واستدلوا بما يلي:

- لما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه بعث رجلاً على بعض السعابية، فتزوج امرأة وكان عقياً، فلما قدم على عمر ذكر له ذلك، فقال: «هَلْ أَعْلَمْتَهَا أَنَّكَ عَقِيمٌ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَأَنْطَلِقْ فَأَعْلِمْنَهَا ثُمَّ خَيْرْهَا»⁽³⁾، فهذا قضاء عمر، ولعله كان بمحضر الصحابة، ولم تنكروا عليه شيئاً فأشبه الإجماع.

- ولأن العمم عيب وغرر وضرر ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة والنسل، فيوجب الخيار.

- ولأن أغلب العيوب المحصورة بعدد أو نوع معين، والتي أجاز الفقهاء الفسخ بها، لو تأملناها لوجدناها على علاقة وثيقة بالعمم، كالعنة التي هي أحد أسباب العمم عند الرجال، والتي لا يستطيع المصاب بها إنزال مائه في المهبل، وكذلك الخصي الذي يخلو منه من الحيوانات المنوية، وكذلك عيوب المرأة المانعة من دخول المنى، فإذا كان الفقهاء يردون بهذه العيوب لمنعها الاستمتاع، وهو من مقاصد النكاح، فلنرد بمؤداها وهو العمم، لأنه يمنع النسل أيضاً، وهو مقصد أساسي للنكاح⁽⁴⁾.

الترجيح والمناقشة:

الذي يترجح -والله أعلم- هو القول الثاني، لما يلي:

• لأن العمم الذي لا يرجى برؤه مفوت لمقصد عظيم من مقاصد النكاح وهو الإنجاب، ويدل لذلك حديث معقل بن يسار -رضي الله عنه- قال: «جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَجَمَالٍ، وَإِنِّي لَا تَلِدُ، أَفَأَتَزَوَّجُهَا، قَالَ: «لَا» ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ فَتَهَا، ثُمَّ أَتَاهُ الثَّالِثَةَ، فَقَالَ: «تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ»

(1) ينظر: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعمان البعداني (ص: 404).

(2) ينظر: المغني لابن قدامة (7/ 186)، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم (5/ 166).

(3) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في العنين (برقم: 2021)، وقال صالح بن عبد العزيز آل الشيخ في: التكميل لما فات تحريمه من إرواء الغليل (ص: 133): «إسناده منقطع فيما بين ابن سيرين وعمر، إلا أن ابن حزم رواه عن سعيد عن ابن عوف عن ابن سيرين عن أنس عن عمر، فإن يكن هذا محفوظاً فإسناده صحيح» اهـ.

(4) ينظر: مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الطبية محمد نعمان البعداني (ص: 405).

فَائِي مُكَاتِرِيكُمْ الْأُمَمَ⁽¹⁾.

• وإذا كان الزوج يستطيع حل مشكلة عقم زوجته بالطلاق أو التعدد، فليس من العدل والإحسان تكليف الزوجة إذا كان زوجها عقيباً بأن تبقى معه، وتحرم بذلك من نعمة الولد.

ويجب على أدلة الجمهور بما يلي:

- إن المقصود من النكاح هو الاستمتاع فقط، بل كذلك إنجاب الولد كما دل عليه حديث معقل بن يسار السابق.

- إن قياس العقيم على الأيسة قياس مع الفارق، لأن اليأس أمر معروف معلوم، وأما العقم فأمر مجهول، ولأجل ذلك لو كان الرجل عقيباً وأخبر المرأة بذلك قبل العقد لم يكن لها الخيار بعد ذلك لأنها علمت بالعيب ورضيت به.

- وأما قولهم: إن الرجل قد لا يولد له وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ، فيجاب: إن هذا أمر نادر، والنادر لا حكم له، إذ الحكم للغالب.

- وأما قوله: العقم ليس بيد الإنسان، فيجاب: نعم هو بيد الله، لكنه ضرر على الزوجة إذا لم ترض به، ويبد الإنسان رفع الضرر عن الطرف الآخر.

- وأما قولهم: إنه لم يرد على ثبوت حق الفسخ به دليل من كتاب أو سنة أو إجماع، فيجاب: بأن القول بالفسخ مندرج ضمن مقاصد الشريعة وقواعدها العامة، من رفع الضرر، ودفع الظلم، وتحقيق السكينة والمودة بين الأزواج.

ثالثاً: ثبوت العقم طيباً وأثره على حق الزوجة في فسخ النكاح:

لا شك أن للطب القول الفصل في مثل هذه العيوب التي يرجع فيها لأهل الاختصاص، فلا يحكم بعقم الرجل إلى بعد القيام بسلسلة من الفحوصات الجسدية والتحاليل المخبرية، وبناء على تلك الفحوصات والكشف الطبي يمكن معرفة السبب وراء عدم الإنجاب.

فإذا ثبت طيباً عقم الرجل، وكان من النوع الذي لا يرجى شفاؤه، كأن يكون سببه عيب خلقي، مثل انعدام الخصيتين كلياً، فإنه يكون للزوجة حق فسخ النكاح، وأما إذا كان من النوع الذي يرجى شفاؤه طيباً، فإنه لا يفرق بينهما إلى بعد استنفاد جميع الوسائل المتاحة، وعلى القاضي التريث جيداً قبل الحكم بالفسخ.

الخاتمة

يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث في النقاط التالية:

1- فسخ الزواج بالعيب هو نقض عقد الزواج إذا كان في أحد الزوجين عيباً يخل بمقصود الزواج، ويمنع

(1) سبق ترجمته.

استقرار الحياة الزوجية.

- 2- اختلف الفقهاء في مشروعية فسخ الزواج بالعيب، والراجح هو قول الجمهور القائلين بمشروعية فسخ الزواج بالعيب، وهذا القول هو الموافق لمقاصد الشريعة التي تنص على إزالة الضرر ما أمكن.
 - 3- لا يطلق القول بجواز أو بعدم جواز فسخ النكاح بالأمراض الوراثية، بل ينظر إلى المرض الوراثي وخطورته وإمكانية علاجه، فإذا كان مرضاً خطيراً يستعصى علاجه، أو يتعذر على كثير من الناس، فيقال بجواز الفسخ، وأما إن كان مرضاً سهلاً علاجه، وخاصة مع التطور المتسارع في علم الطب، فيقال بعدم جواز فسخ النكاح به، إذ الأصل بقاء الرابطة الزوجية واستمرارها.
 - 4- لو استخدم العنين مستحضرات دوائية لعلاج العنة، فأدت -بفضل الله تعالى- إلى تمكن الزوج من المعاشرة الزوجية، فلا يثبت للزوجة في هذه الحالة حق فسخ الزواج لزوال العيب.
 - 5- تركيب الزوج لجهاز من أجهزة الانتصاب الحديثة يعتبر عيباً يثبت للزوجة حق الفسخ.
 - 6- إذا ثبت طيباً عقم الزوج، وكان من النوع الذي لا يرجى شفاؤه، فإنه يثبت للزوجة حق الفسخ، لأن العقم مفوت لمقصد عظيم من مقاصد النكاح وهو الإنجاب، وأما إذا كان من النوع الذي يرجى شفاؤه طيباً، فإنه لا يفرق بينهما إلى بعد استنفاد جميع الوسائل المتاحة، وعلى القاضي التريث جيداً قبل الحكم بالفسخ.
- هذه هي أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث، وإن يكن فيه من صواب فمن الله وحده، وإن يكن فيه من خطأ فمني ومن الشيطان، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين.

فقه الموازنات وأثره في المستجدات الطبية « رتق غشاء البكارة أنموذجاً »

بقلم

د.المانع مجيدي

دكتوراه في الفقه وأصوله - شعبة العلوم الإسلامية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية . جامعة غرداية

Madjidi28000@gmail.com

مقدمة

لقد اهتم الإسلام دائماً بتكوين الأسرة المسلمة المتماسكة، وبين للزوجين ما لهما من حقوق وما عليهما من واجبات، حتى إن القرآن الكريم سَمَّى الزواج بالميثاق الغليظ؛ وهذا الميثاق له دور كبير في الحفاظ على الأسرة الصغيرة خاصة والمجتمع بأسره.

ولا شكَّ أنَّ النَّاسَ تحتاج في كلِّ عصر إلى تجديد معرفة الأحكام الفقهية للقضايا التي تطرأ ويلزم فيها اجتهاد بمعرفة الحلال والحرام قبل الإقدام، فكانت الحاجة إلى فقه الموازنات تتزايد خاصة في عصرنا الحاضر؛ لما يميِّز به من قضايا متشابهة؛ نظراً للتطور العلمي الذي يطرح مسائل معقدة وقضايا جديدة تختلط فيها المصالح مع المفسدات خاصة في الجانب الطبي الذي من مسأله غشاء البكارة الذي له تأثير في الحياة الزوجية، فكان لزاماً على المفتي العمل بفقه الموازنات باعتباره المنهجية المثلى لإزالة الإشكال ودفع التعارض بين المصالح أو المفسدات أو هما معا.

فلذا يُعدُّ موضوع غشاء البكارة من المسائل التي تكلم فيها علماءنا القدامى، إلا الجديد فيه توَّصل الأطباء إلى إمكانية رتق غشاء البكارة وإعادة إلى ما كان عليه، حيث حتمَّ على العلماء المعاصرين الإفتاء فيه فتشعبت وتباينت الآراء بين الجواز والتحريم، فلزم تحكيم فقه الموازنات لإدراك وسطية الإسلام وساحته دون إفراط ولا تفريط. وقد سمت بحثي بـ: "فقه الموازنات وأثره في المستجدات الطبية" رتق غشاء البكارة أنموذجاً.

إشكالية البحث:

إنَّ الإشكالية التي يريد البحث الإجابة عنها هي: كيف يمكن القول إنَّ فقه الموازنات يُعدُّ فقهاً له تأثير كبير في المستجدات الطبية المتعلقة بأحكام الأسرة عموماً ومسألة رتق غشاء البكارة خصوصاً؟

الدراسات السابقة في الموضوع:

أولاً: "من فقه الموازنات في المجال الطبي؛ الرتب العذري نموذجاً" للدكتور عادل موسى عوض جاب الله: قُدِّم هذا البحث لمؤتمر فقه الموازنات ودوره في الحياة المعاصرة الذي نظَّمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة خلال الفترة 27-29 شوال 1434هـ: أعطى تعريفاً بالرتب العذري، ثم ناقشه من الناحية الطبية والشرعية، ثم ذكر الضوابط الشرعية التي ينبغي التزامها عند إجراء جراحة الرتب، وختمها بعلاقة الرتب العذري بفقه الموازنات.

الذي يظهر من هذه الدراسة أنها لم توضح دور فقه الموازنات في المسألة الطبية المعروضة وتأثيرها حال عرض المصالح والمفاسد، وإثما ذكرت العلاقة فقط دون التفصيل.

ثانياً: "أثر فقه الموازنات في الاجتهاد المعاصر؛ المسائل الطبية نموذجاً" للطالبة ياسمين ميدة، وهي مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الفقه وأصوله من جامعة الوادي-الجزائر، أشرف عليها الأستاذ الدكتور: إبراهيم رحمان، ونوقشت 1435هـ/1436هـ: جاءت المذكرة في ثلاثة مباحث: جعل الأول تمهيداً لإعطاء مفهوم فقه الموازنات والأهمية وأدلة الاعتبار وضوابط العمل، وجاء الثاني لتوضيح مظاهر تأثير فقه الموازنات في الاجتهاد المعاصر، وعرض الثالث: بعض المسائل الطبية كتماذج للاجتهاد الفقهي المعاصر وتأثير فقه الموازنات فيها.

الذي يظهر من هذه الدراسة أنها عرضت مفهوم فقه الموازنات بشكل جيد، وذكرت بعض المسائل الطبية منها مسألة الرتب؛ حيث قامت بتصوير المسألة وعرض المصالح والمفاسد كل على حدة، أما الحكم الشرعي لم تذكر الباحثة فيه المنهجية المعتمدة حال إبراز الحكم.

ولعلّ دراستنا لهذا الموضوع تُعطي تفصيلاً للحكم الشرعي مستنداً إلى فقه الموازنات ومدى تأثير هذا الفقه فيه.

منهج المعالجة والتقسيم:

- استقراء المادة العلمية من المصادر الأصلية والموثوقة في الموضوع.
- تحليل النصوص عند الاقتضاء مما يساعد في حلّ المبهم وإيضاحه للقارئ، كما درج على ذلك في مشروعية فقه الموازنات.
- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها من السور بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، وجُعِلت فيما بين الرمزين الآتين: ﴿﴾، مع تشخين الخطّ.
- التخرّيج العلمي الموجز للأحاديث النبوية؛ فإذا ورد في الصحيحين يكتفى بالتخرّيج منهم، وأما إذا كان من غيرهم فإنني أورد درجة الحديث من واحدٍ من أهل الصناعة الحديثية.
- توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش يكون كالاتي: المؤلّف بها اشتهر به: اسماً كان أو كنية أو لقباً أو

نسبة المؤلف، رقم الجزء إن وُجد، رقم الصفحة. على أن تُذكر سائر معلومات الكتاب في فهرس المصادر والمراجع وفق الترتيب الآتي: المؤلف، المؤلف، التحقيق إن وُجد، رقم الطبعة، مكان النشر، دار النشر، تاريخ النشر.

- التوثيق بالنسبة للمعاجم والقواميس اللغوية تُذكر فيه إضافة إلى المعلومات السابقة: "مادة: كذا" قبل رقمي الجزء والصفحة.

- إذا ورد اسم علم لم يُردف بأي لقب كلفظ الإمام أو الشيخ مثلا، وكذا الألقاب الأكاديمية كالأستاذ والدكتور.

خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة، وثلاثة مطالب، وخاتمة على النحو الآتي:
مقدمة:

المطلب الأول: مفهوم فقه الموازنات وأدلة مشروعته.

المطلب الثاني: مفهوم المستجدات.

المطلب الثالث: مسألة رتق غشاء البكارة.

الخاتمة: وذكرت فيها أهم النتائج والتوصيات.

وختاماً؛ أسأل الله العليّ القدير التوفيق والسداد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد والحمد لله رب العالمين.

المطلب الأول: مفهوم فقه الموازنات وأدلة مشروعته

الفرع الأول: مفهوم فقه الموازنات

إنَّ الكشفَ عن الألفاظِ الأساسيةِ لعنوانِ أيِّ بحثٍ وتحديدِ المرادِ منها، يُعدُّ في حدِّ ذاته مدخلاً رئيساً ومباشراً لفهم مضامينه.

أولاً- تعريف فقه الموازنات باعتباره مركباً إضافياً:

قبل إعطاء تعريف لفقه الموازنات، لا بد من تعريف لفظ (الفقه) و(الموازنات) كلُّ على حدة ليتضح المعنى بعد ذلك ولذ يقال:

1. تعريف الفقه لغة واصطلاحاً:

(أ) تعريف الفقه لغة:

الفقه في اللغة: العلم بالشيء، والفهم له، وغلب علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم

كما غلب النجم على الثريا، والفقه في الأصل: الفهم، يُقال: أوتي فلان فقها في الدين؛ أي: فُهِمَ فيه⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ [التوبة:122]؛ أي يكونوا علماء به، وهو ما دعا به النبي ﷺ لابن عباس رضي الله عنهما: «اللَّهُمَّ فَقِّهْهُ فِي الدِّينِ»⁽²⁾؛ أي: اجعله فقيها عالما في الدين؛ أصوله وفروعه⁽³⁾.

تعريف الفقه اصطلاحا:

العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁽⁴⁾.

تعريف الموازنات لغة واصطلاحا:

(أ) تعريف الموازنات لغة:

المستقرئ لكُتِبَ اللُّغَةُ يَجِدُ أَنَّ لَفْظَةَ الْمَوَازِنَاتِ جَمْعُ مَوَازِنَةٍ، وَهِيَ مُفَاعَلَةٌ مِنَ الْوِزْنِ، وَالْوَاوُ وَالزَّاءُ وَالنُّونُ بِنَاءٌ يَدُلُّ عَلَى تَعْدِيلٍ وَاسْتِقَامَةٍ⁽⁵⁾، وَوَازَنْتَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ مَوَازِنَةً؛ أَي عَادَلَهُ وَقَابَلَهُ وَسَاوَاهُ⁽⁶⁾ وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْتَبِتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَوْزُونٍ﴾ [الحجر:19]؛ أَي مِنْ كُلِّ شَيْءٍ بِقَدَرٍ مَقْدَرٍ، وَبِحَدِّ مَعْلُومٍ⁽⁷⁾.

(ب) تعريف الموازنات اصطلاحا:

هو مجموعة الأسس والمعايير التي تضبط عملية الموازنة بين المصالح المتعارضة، أو المفسدات المتعارضة، أو المفسدات المتعارضة مع المصالح، ليتبين بذلك أيُّ المصلحتين أرجح فتقدّم على غيرها، وأيُّ المفسدتين أعظم خطرا فيقدّم دزءها، كما يُعرف به الغلبة لأيّ من المصلحة أو المفسدة -عند تعارضهما- ليحكم بناء على تلك الغلبة بصلاح ذلك الأمر أو فساده⁽⁸⁾.

2. تعريف فقه الموازنات كمصطلح:

لم يورد المتقدمون تعريفاً لفقه الموازنات في مدوناتهم، وأمّا العلماء المعاصرون الذين كتبوا في فقه الموازنات فقد حاولوا أن يقدّموا تعريفاً لفقه الموازنات، ومن هذه التعريفات:

"مجموعة القواعد أو المسالك التي بواسطتها نتوصل إلى الموازنة العلمية السليمة بين المصالح، أو المفسدات،

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: فقه، (3450/5).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الوضوء، باب: وضع الماء عند الخلاء، حديث رقم: 143، (41/1).

(3) علي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، (303/11).

(4) الزركشي، البحر المحيط، (21/1).

(5) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: وزن، (107/6).

(6) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: وزن، (4828/53)؛ والزيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مادة: وزن، (252-250/36).

(7) الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (34/14).

(8) عبد المجيد محمد السوسنة، فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ص 13.

أو بينهما عند التعارض. (1)

"مسلك اجتهادي تُوزن به المصالح والمفاسد المتعارضة للراجع الغالب على المرجوح المغلوب." (2)
وعليه يكون تعريف الباحث لفقه الموازنات على النحو الآتي: العلم بالأحكام الشرعية التي تستوجب التقديم على مثلتها في الحكم، بناء على ما تقتضيه المصلحة، والواقعة المنوطة بها.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية فقه الموازنات

أولاً: أدلة مشروعية فقه الموازنات من القرآن الكريم:

1- ما كان على وجه الموازنة بين المصالح:

قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۗ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾ [النحل:126].

وجه الدلالة: ترشد الآية الكريمة إلى العدل في القصاص والمثالة في استيفاء الحق، ولكن يؤكد على الصبر والعفو لأنه خير، والعاقبة بعد ذلك ستكون للمتقين المحسنين.

والموازنة تقتضي جعل الصبر خيراً من إتيان العقوبة بالمثل، وإن كانا كلاهما مصلحة، ولكن من حيث المرتبة المعاقبة حسنة، والصبر أحسن منها، فكان أفضلها الصبر.

2- ما كان على وجه الموازنة بين المفاسد:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطُرَّ بِغَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة:173].

وجه الدلالة: ترشدنا الآية الكريمة إلى أن الله جلاً وعلا قد حرّم على أهل الإسلام الميتة واستثنى من ذلك ميتة البحر، وحرّم كذلك الدم، ولحم الخنزير، وما ذبح لغير الله، ولكن إذا خشي المرء المسلم هلاك النفس بسبب الجوع جاز له الأكل إحياء للنفس بقدر على خلاف بين العلماء.

والموازنة في هاته الحالة: إذا تعارضت مفسدة أكل الحرام، وهلاك النفس بسبب الجوع، عدّ أكل الحرام المفسدة الصغرى، وهلاك النفس المفسدة الكبرى، وجب إعمال قاعدة ارتكاب أخفّ المفسدتين، والملاحظ في الآية أنّها كلّها حقوق لله تعالى مبناها على المسامحة، بخلاف حقوق البشر المبنية على المشاحة، ولذا أعقب الله تعالى آخر الآية بقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة:173].

(1) حسن سالم الدوسي، منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي؛ دراسة أصولية، ص380.

(2) قطب الريسوني، إنخراط فقه الموازنات: أسبابه، ومآلاته، وسبل علاجه، (1/234).

3- ما كان على وجه الموازنة بين المصالح والمفاسد:

قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَابِهِمْ هَذَا وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: 28].

وجه الدلالة: ترشد الآية الكريمة إلى أن الحكم الشرعي الذي صدر اقتضى منع المشركين من دخول مكة المكرمة بعد العام الذي حجَّ فيه خليفة المسلمين أبو بكر الصديق ؓ، وفيه كذلك النداء على البراءة من المشركين وذلك أن أهل مكة كانت معايشهم من التجارات وكان المشركون يجلبون إلى مكة الطعام ويتجرون فلما منعوا من دخول الحرم خاف أهل مكة من الفقر وضيق العيش، ولذلك عقب الحكيم الخبير بقوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾، وكان إغناؤهم بأن أنزل المطر مدرارا وكثر خيرهم، وعوضهم من هذا النقص بالجزية المفروضة على أهل الكتاب⁽¹⁾.

والموازنة في هاته الحالة اقتضت تقديم مصلحة الدين من منع المشركين عن بيت الله الحرام؛ لأن فيها إعلاء لكلمة الله تعالى، مقابل المصلحة الدنيوية وهي خوف انقطاع التجارة وما يترتب عنها، وإن أعتبر الانقطاع فقد عوض بالجزية المفروضة.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية فقه الموازنات من السنة النبوية الشريفة:

أولاً- ما كان على وجه الموازنة بين المصالح:

ما روي عن أنس بن مالك ؓ أن النبي ﷺ، ومُعَاذُ رَدِيفُهُ عَلَى الرَّحْلِ، قَالَ: «يَا مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ»، قَالَ: كَيْفَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَسَعْدَيْكَ، قَالَ: «يَا مُعَاذُ»، قَالَ: كَيْفَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَسَعْدَيْكَ ثَلَاثًا، قَالَ: «مَا مِنْ أَحَدٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، صِدْقًا مِنْ قَلْبِهِ، إِلَّا حَرَمَهُ اللَّهُ عَلَى النَّارِ»، قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَفَلَا أَخْبَرْتَهُ النَّاسَ فَيَسْتَبِشِرُوا؟ قَالَ: «إِذَا يَتَكَلَّمُوا» وَأَخْبَرَ بِهَا مُعَاذٌ عِنْدَ مَوْتِهِ تَأْتِيًا⁽²⁾.

وجه الدلالة: يرشد الحديث الشريف إلى أن النبي ﷺ منع معاذ بن جبل من بشارة الناس بقول رسول الله ﷺ لا شيء ولكن مخافة الاتكال، فيمتنع الناس عن العمل، ولذا فالنهي ورد للمصلحة لا للتحريم، وفيه كذلك ملمح إلى أن كتمان العلم في موضع يكون خيرا من إبلاغه الناس، لما في ذلك من تجنب المفسدة التي هي أعظم من الكتمان.

(1) ينظر: الحازن، تفسير الحازن المسمى لباب التأويل في معاني التنزيل، (2/349).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: العلم، باب: مَنْ خَصَّ بِالْعِلْمِ قَوْمًا دُونَ قَوْمٍ، كَرَاهِيَةٌ أَنْ لَا يَفْهَمُوا، حديث رقم: 128، (37/1).

وجه الدلالة: يرشد الحديث الشريف إلى أنه يجوز إعطاء الصفات الذميمة والحميدة التي عليها الخطأ للمرأة المراد خطبتها، بشرط إيراد المصلحة المرجوة من ذلك دون أن يكون المقصد من ذلك رد كل خاطب. قال النووي معلقاً على هذا الحديث: "وفيه دليل على جواز ذكر الإنسان بما فيه عند المشاورة وطلب النصيحة ولا يكون هذا من الغيبة المحرمة بل من النصيحة الواجبة."⁽¹⁾

فالموازنة في هذا الموضوع اقتضت ارتكاب المُفسدة المتمثلة في الغيبة، في مقابل تحصيل مصلحة وهي المشاورة في مصاهرة شخص، ومنها جواز العلماء الغيبة في مواضع مخصوصة.

الفرع الثالث: دليل مشروعية فقه الموازنات من الإجماع:

بالتسُّع والاستقراء، تجد سلف هاته الأمة قد استوعبوا نظرياً وعملاً تطبيقياً بفقه الموازنات، وأجمعوا على مشروعيتها قولاً وفعلاً، فإذا كانت الأدلة الشرعية أكدت في مواضع كثيرة على مبدأ الموازنة بين المصالح أو المفاسد أو المصالح والمفاسد؛ تلميحاً أو تصريحاً؛ لأن صحابة النبي ﷺ وسلف الأمة من الصالحين ﷺ أجمعين إنما نهلوا من الوحيين القرآن والسنة، فإجماعهم مبني على تكاتف الأدلة الشرعية ونتاج العقل السوي.

ويعتبر من أهم الإجماعات في فقه الموازنات إجماع الصحابة ﷺ منذ اليوم الأول لوفاة النبي ﷺ، حيث تعارضت عندهم مصلحة تنصيب الخليفة ومصلحة دفنه ﷺ، فقدموا المصلحة الكبرى التي تتمثل في تثبيت أركان الدولة الإسلامية خشية أن يبيتوا ليلة دون إمامة، أو إمارة، أو خلافة، وأنه لا بُدَّ من إقامة شرع الله تعالى ونظامه، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان هناك خليفة للمسلمين، فعزموا على الإسراع في تنصيب أبي بكر الصديق ﷺ خشية الوقوع في الفتن، ليس حباً في السياسة والرياسة، ولكن للحفاظ على وحدة المسلمين، فتركوه مسجى في فراشه لم يُجهز بعد، واجتمعوا لإقامة إمام من بينهم، فبعد الفراغ من تنصيب الخليفة، دفن رسول الله ﷺ، وتم ذلك بإجماع الصحابة⁽²⁾.

يُستخلص من هذا الكلام كله أنه أشكل على الصحابة ﷺ في بادئ الأمر تحديد أي المصلحتين أولى بالتقديم؛ أي دفن رسول الله ﷺ أم ينصب الخليفة، فوجدوا الحل في ممارسة فقه الموازنات للوصول إلى الطريق الصحيح، فجعلوا دفنه ﷺ المصلحة الصغرى، وتنصيب الخليفة المصلحة الكبرى، وبالفطرة السوية قُدمت المصلحة الكبرى؛ وهي الحفاظ على وحدة الأمة من خلال التنصيب، وأُخر الدفن، وبذلك حُلَّت المعضلة التي كادت أن تزعزع الأمة الإسلامية.

(1) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، (97/10).

(2) ينظر: ابن هشام، السيرة النبوية، (312/4)؛ وابن الأثير، الكامل في التاريخ، (195/2)؛ وجمال عبد الهادي محمد مسعود ووفاء محمد رفعت جمعة، استخلاف أبي بكر الصديق: أخطاء يجب أن تصحح في التاريخ، ص 146-148.

الفرع الرابع: دليل مشروعية فقه الموازنات من المعقول:

قد بين العلماء أن مصالح الدنيا ومفاسدها معروفة بالعقل وفي معظم الشرائع، فمشروعية فقه الموازنات ثابتة عقلاً، بعد ثبوتها نصاً وإجماعاً، حيث إن العقل السليم يقضي بضرورة العمل بهذا النوع من الفقه، إذ إنه من كمال الفطرة التي فطر الله الناس عليها، ولعل ما قاله الإمام العز بن عبد السلام في هذا الباب أبلغ في هذا المقال، حيث قال: "لَا يَخْفَى عَلَى عَاقِلٍ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْعِ أَنَّ تَحْصِيلَ الْمَصَالِحِ الْمُخْصَصَةِ، وَدَرْءَ الْمَفَاسِدِ الْمُخْصَصَةِ عَنْ نَفْسِ الْإِنْسَانِ وَعَنْ غَيْرِهِ مَحْمُودٌ حَسَنٌ، وَأَنَّ تَقْدِيمَ أَرْجَحِ الْمَصَالِحِ فَأَرْجَحَهَا مَحْمُودٌ حَسَنٌ، وَأَنَّ دَرْءَ أَفْسَدِ الْمَفَاسِدِ فَأَفْسَدَهَا مَحْمُودٌ حَسَنٌ، وَأَنَّ تَقْدِيمَ أَرْجَحِ الْمَصَالِحِ فَأَرْجَحَهَا مَحْمُودٌ حَسَنٌ، وَأَنَّ دَرْءَ أَفْسَدِ الْمَفَاسِدِ فَأَفْسَدَهَا مَحْمُودٌ حَسَنٌ، وَأَنَّ تَقْدِيمَ الْمَصَالِحِ الرَّاجِحَةِ عَلَى الْمَرْجُوحَةِ مَحْمُودٌ حَسَنٌ، وَأَنَّ دَرْءَ الْمَفَاسِدِ الرَّاجِحَةِ عَلَى الْمَصَالِحِ الْمَرْجُوحَةِ مَحْمُودٌ حَسَنٌ."⁽¹⁾

المطلب الثاني: مفهوم المستجدات

الفرع الأول: مفهوم المستجدات في اللغة والاصطلاح والعلاقة بينهما:

أولاً: مفهوم المستجدات في اللغة:

المستجدات من الجدة، وهي مصدر الجديد؛ والجدة نقيض الخلق والبل، يقال: شيء جديد، والجديد خلاف القديم؛ وهو ما لا عهد لك به، ولذلك وُصف الموت بالجديد، وجدّد فلان الأمر وأجلّه واستجدّه إذا أحدثه فتجدّد⁽²⁾.

ثانياً: مفهوم المستجدات في الاصطلاح:

هي: المسائل الحادثة التي لم تقع من قبل، والتي يبحث العلماء حكمها الشرعي، ليعرف المسلمون كيف يتصرفون اتجاهها.⁽³⁾

أو هي: تطلق على كلّ مسألة جديدة، سواء كانت هذه المسألة من قبيل المسائل الواقعة أو المقدّرة⁽⁴⁾.

ثالثاً: العلاقة بين المفهوم اللغوي والمفهوم الاصطلاحي:

لا يبعد المعنى الاصطلاحي عن اللغوي، فإنّ الفقهاء المعاصرين يطلقونه على المسائل الحادثة التي لم يكن لها وجود من قبل، وهذه المسائل يكثر السؤال عن حكمها الشرعي، فيجد أهل العلم في بيان الحكم الشرعي

(1) عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (1/7 و5).

(2) ينظر: الفراهيدي، كتاب العين، مادة: جدد، (1/222)؛ والفيومي، المصباح المنير، مادة: جد، ص36؛ وابن منظور، لسان العرب، مادة: جدد، (1/563).

(3) أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص26.

(4) الجيزاني، فقه النوازل، (1/25).

لها، القائم على القواعد والأصول التي يقوم عليها الاجتهاد في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين المستجدات والنوازل:

أكثر المعاصرين لا يفرق بين المصطلحين في الاستعمال، لكون المستجد أمرًا نازلًا على ساحة القوم، ولكون النّازلة قضية مستجدة يجتهد فيها فهمًا وتزيلاً، سواء كانت من المحدثات الخالصة، أو من المسائل التي تغيرت مناسباتها، وانتقلت فيها المصالح إلى مناسبات جديدة تحتاج إلى تحقيق خاص⁽²⁾.

والبعض الآخر يجعل التفرقة؛ وجوهر الفرق بينهما: أنّ النوازل يتعلّق بها ولا بد حكم شرعي، وأمّا المستجدات فلا يلزم أن يتعلّق بها حكم شرعي⁽³⁾.

فهي إذن ليست مرادفة للنوازل وإنّما النوازل أخصّ في المعنى، ولكن قد تطلق أحياناً عليها لوجود قيد أو قرينة تخصّصها بالنوازل⁽⁴⁾.

وجدير هنا التنبيه إلى: أنّ النوازل معنى مرادف للمستجدات، غير أنّه شاع في هذا العصر استعمال لفظ المستجدات دون غيره من الألفاظ⁽⁵⁾.

وفي ذلك يقول بكر أبو زيد: " تُعْرَفُ كتب الفتاوي بذلك، بكسر الواو وهو أفصح، ويفتح الواو وهو صحيح، وباسم: (الواقعات) و (الحوادث) وشيوعهما لدى الحنفية، وباسم: (النوازل) والتعبير به منتشر لدى المالكية، وبه سميت كتابي: (فقه النوازل) أي: القضايا المعاصرة، ويقال: (القضايا المستجدة). وهو كذلك عند المعاصرين، وباسم: (المستجدات)."⁽⁶⁾

المطلب الثالث: مسألة رتق غشاء البكارة

المقصود برتق غشاء البكارة هو إصلاح تمزقاته أو عمل غشاء جديد بدلاً من التالف، ويتكون الغشاء من طبقتين من الجلد الرقيق بينهما نسيج رخو غني بالأوعية الدموية، وقد يتمزّق غشاء البكارة قبل الزواج لأسباب عديدة، أسوأها ظناً هو العلاقة الجنسية غير الشرعية، وأحسنها ظناً هو الولادة بغير غشاء أو وقوع حادث يصيب هذا المكان⁽⁷⁾.

وتختلف نظرة شعوب العالم إلى أهمية غشاء البكارة كدليل على عذرية الفتاة، فبينما تراه المجتمعات

(1) المرجع السابق، ص 25.

(2) قطب الريسوني، صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة، ص 47.

(3) الجيزاني، فقه النوازل، (25/1).

(4) مسفر بن علي بن محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة: دراسة تأصيلية تطبيقية، ص 93.

(5) بدر محمد عيد مبارك العليوي العزمي، المستجدات الفقهية في باب الطهارة، ص 13.

(6) بكر بن عبد الله أبو زيد، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل، (919/2).

(7) ينظر: حسن شمسي باشا، الجراحة التجميلية بين رغبة جامعة وضابط الشرع، (577/4).

الإسلامية ضرورياً للتدليل على العذرية تراه المجتمعات الغربية دليلاً على انطوائية هذه الفتاة وعدم خبرتها بالحياة الجنسية فكأنها غير مرغوب فيها⁽¹⁾.

وعمليات رتق غشاء البكارة لا تقتصر على الفتيات قبل الزواج، وإنما قد يتوجه إليها بعض الأراامل أو المطلقات، كما يتوجه بعض الزوجات لممارسة الزوج فض الغشاء ويتذكرا اليوم الأول من الزواج⁽²⁾

الفرع الأول: صورة المسألة

تعدُّ البكارة جزءاً من الجسد كباقي الأجزاء تتعرض للإصابة بحيث تكون الإصابة بليعة، فتتلفها بالكلية أو خفيفة تُذهب بعضها، سواء كانت هذه الإصابة مقصودة أو غير مقصودة، خاصة وأنها من الصفات التي ينشدها الرجل في المرأة عند الزواج، إذ إنها تمثل الختم والدليل على عفتها وطهر سلوكها، كيف لا وقد شهد القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة على ذلك في عديد المواضع.

ولذا فذهاب الغشاء قبل زواجها مظنة فسادها، مما يجلب ردود الأفعال من الأهل والمجتمع، حيث يُفتح باب الشكوك على مصرعيه.

في هذه الحالة تلجأ الفتاة إلى عملية الرتق التي تراها حلاً لإسكات المجتمع، مما يجعل الغشاء يعود إلى الوضع الذي كان عليه أو يقرب من ذلك؛ لأن هذه العملية يقوم بها المتخصصون وهم الأطباء الحدائق.

الفرع الثاني: المصالح المتوقعة من رتق غشاء البكارة:

- أن رتق غشاء البكارة يعين على تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة فكما أن الرجل مهما فعل الفاحشة لا يترتب على فعله أي أثر مادي في جسده، ولا يثور حوله أي شك فكذلك ينبغي أن تكون المرأة، وتحقيق العدل بينهما مقصد شرعي، إلا في الأحوال المستثناة بدليل شرعي، وليست هذه الحالة منها⁽³⁾.

- أن رتق غشاء البكارة يوجب دفع الضرر عن أهل المرأة، فلو تركت المرأة من غير رتق واطلع الزوج على ذلك لأضرها، وأضرّ بأهلها، وإذا شاع الأمر بين الناس فإن تلك الأسرة قد يمتنع من الزواج منهم، فلذلك يشرع لهم دفع ذلك الضرر لأنهم بريئون من سببه⁽⁴⁾.

- أن قيام الطبيب المسلم بإخفاء تلك القرينة الوهمية في دلالتها على الفاحشة له أثر تربوي عام في المجتمع،

(1) ينظر: سعد الدين مسعد هلال، الثلاثونات في القضايا الفقهية المعاصرة: دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والاجتماعية بين الشريعة والقانون، ص 31؛ وحسن شمسي باشا، الجراحة التجميلية بين رغبة جاحجة وضابط الشرع، (577/4).

(2) سعد الدين مسعد هلال، الثلاثونات في القضايا الفقهية المعاصرة: دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والاجتماعية بين الشريعة والقانون، ص 31.

(3) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 431؛ نقلا عن بحث محمد نعيم ياسين، رتق غشاء البكارة في ميزان المقاصد الشرعية، ص 579-583.

(4) المرجع نفسه، ص 431.

وخاصة فيما يتعلق بنفسية الفتاة⁽¹⁾.

- أن مفسدة الغش في رتق غشاء البكارة ليست موجودة في الأحوال التي حكمنا بجواز الرتق فيها⁽²⁾.
- أن رتق غشاء البكارة يزيل العقد النفسية، والخوف من سوء الظن في الحال والاستقبال، ويؤدي إلى تفريج الكربة عن الأهل والمسلمين⁽³⁾.
- أن رتق غشاء البكارة مما يساعد المرأة في الحفاظ على عفتها وعدم تأثير المجتمع عليها من خلال معرفتهم التامة بعدم عذريتها، ويقفل باب سوء الظن فيها، فيكون في ذلك دفع للظلم عنها، وتحقيق لما شهدت النصوص الشرعية باعتباره وقصده من حسن الظن بالمؤمنات⁽⁴⁾.
- إن رتق غشاء البكارة يترك أثراً خاصاً في الفتاة حيث يشجعها على التوبة ويسر أمرها، على فرض وقوعها في المعصية⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: المفاصد المتوقعة من رتق غشاء البكارة:

- أن رتق غشاء البكارة قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب، فقد تحمل المرأة من الجماع السابق، ثم تتزوج بعد رتق غشاء بكارتها، وهذا يؤدي إلى إلحاق ذلك الحمل بالزوج واختلاط الحلال بالحرام.
- أن رتق غشاء البكارة فيه اطلاع على المنكر.
- أن رتق غشاء البكارة يسهل للفتيات ارتكاب جريمة الزنى لعلمهن بإمكان رتق غشاء البكارة بعد الجماع.

- أن مبدأ رتق غشاء البكارة مبدأ غير شرعي لأنه نوع من الغش، والغش محرم شرعاً.
- أن رتق غشاء البكارة يفتح أبواب الكذب للفتيات وأهلهن لإخفاء حقيقة السبب، والكذب محرم شرعاً.
- أن رتق غشاء البكارة يفتح الباب للأطباء، أن يلجئوا إلى إجراء عمليات الإجهاض، وإسقاط الأجنة بحجة الستر⁽⁶⁾.

- إن رتق غشاء البكارة وسيلة للهروب من الفضيحة، فتظل المرأة في الزنى والسفاح، وهي تعلم أنها إذا ملّت من ذلك أصلحت بكارتها وجزّبت حياة غير التي تحياها، ومن هنا يكون رتق البكارة مفتاحاً للمعصية

(1) المرجع السابق، ص 431.

(2) المرجع نفسه، ص 431.

(3) محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص 217.

(4) عبد الله بن محمد الطيّار وآخرون، الفقه الميسر: النوازل الطبية المعاصرة، (143/12).

(5) مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة (القضايا المعاصرة في الفقه الطبي)، ص 445.

(6) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 430؛ نقلا عن بحث عز الدين الخطيب التميمي، غشاء البكارة من منظور إسلامي، ص 571-573؛ وعبد الله بن محمد الطيّار وآخرون، الفقه الميسر: النوازل الطبية المعاصرة، (142/12).

وعدم خوف الوقوع فيها⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الحكم الشرعي بالاستناد إلى نتيجة الموازنة.

يتردّد الحكم الشرعي بناء على المصالح والمفاسد، فمن رأى الستر على المرأة ودفع الضرر عنها وعن أهلها، ودفع ظلم الأعراف والتقاليد الواقع عليها راجحة؛ قال بالجواز.

ومن رأى مفسدة فتح باب الزنى، وانتشار الفاحشة، ووجود الغش، والتدليس، والتغريب راجحة؛ قال بالتحريم⁽²⁾.

والقول بالحرمة أرجح إعمالاً لسدّ الذريعة والموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة خصوصاً ما تعلّق بالمرأة، وكذا إعمال القواعد الفقهية، وهي على النحو الآتي:

أولاً: سدّ الذرائع:

يعود ذلك إلى انتهاك الفروج والأبضاع وكشف للورة دون حاجة معتبرة، وفتح باب لعمليات الإجهاض، وإسقاط الأجنّة وما يترتب عليها من مفسدات أخرى⁽³⁾.

ثانياً: إعمال القواعد الفقهية:

1. قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر⁽⁴⁾: لا ينبغي للمرأة أن تزيل الضرر برتق الغشاء وإلحاقه بالزوج⁽⁵⁾.

2. قاعدة: درء المفسدات أولى من جلب المصالح⁽⁶⁾: تحصيل بعض المصالح في مقابل ارتكاب كثير من المفسدات المفسدات لا يقبل في ميزان الشرع احتكاماً للقاعدة الفقهية السالفة الذكر والتي تؤكّد على ترك المصالح إذا كان في ذلك تحصيل مفسدات؛ لأنّ الدرء في هذه الحالة أولى من الجلب.

3. قاعدة: يتحمّل الضرر الخاص لأجل دفع ضرر العام⁽⁷⁾: إنّ فتح الباب لرتق غشاء البكارة بحجة الستر على الفتاة، ودفع الضرر عنها، يمثّل ضرراً خاصاً يقوم على حساب ضرر عام يتمثّل في فتح أبواب الشرّ على المجتمع، فيتعيّن تحمّل الضرر الخاص للفتاة منعاً لهذا الضرر العام⁽⁸⁾.

(1) محمد الهادي التجاني، المصالح المرسلّة وأثرها في القضايا الطبية المعاصرة، ص 78.

(2) محمد خالد منصور، الأحكام الطبيّة المتعلّقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص 213.

(3) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 430.

(4) السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ص 86.

(5) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص 430.

(6) السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ص 87.

(7) ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ص 74.

(8) عبد الله مبروك النجار، الحكم الشرعي لجراحة إصلاح غشاء البكارة؛ دراسة فقهية مقارنة، ص 23.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

بعد الإطالة الخفيفة على موضوع "فقه الموازنات وأثره في المستجدات الطبية؛ رتق غشاء البكارة أنموذجاً". يمكن أن نخلص إلى نتائج من أهمها:

- إن علماءنا الأجلاء لم يضعوا تعريفاً حديثاً لفقه الموازنات، وإثماً أظهرنا المفهوم العام له من خلال المسائل التطبيقية التي تناولوها بالتحليل.
- أثبت اعتبار فقه الموازنات بالأدلة العقلية والعقلية.
- لم يرد عند الأئمة مسألة رتق غشاء البكارة لعدم تطور الطب آنذاك.
- تباينت آراء العلماء المعاصرين بين الجواز والتحریم والتفصيل بناء على المصالح والمفاسد.
- تبين أن فقه الموازنات يعتبر الآلية المثالية للتوفيق والتقريب بين الآراء المتباينة والمتشعبة، والفقه الذي يمثل الوسطية والاعتدال، ويبرز ساحة الإسلام دون إفراط ولا تفريط.

ثانياً: التوصيات:

بعد عرض أهم النتائج المتحصّل عليها، كان من المهمّ ذكر توصيات لوحظت أثناء إنجاز هاته الوريقات، وممّا أمكن التوصل إليه ما يلي:

- توجيه طلبة الدراسات العليا لمناقشة وإثراء المسائل الطبية المعاصرة من خلال إنجاز رسائل علمية.
- إنشاء مخبر خاص يجمع فقه الموازنات من جهة والطب من جهة أخرى، يكون أعضاؤه أطباء وفقهاء.
- جعل هذا الملتقى توطئة وأرضية خصبة للتحقيقات وطنية ودولية في المستقبل، تُخصّص للمسائل الطبية.
- توعية الطلبة بأن المرحلة التي نعيشها تُعدّ المختبرات فيها هي السلاح الأمثل للقتال.

وأخيراً هذا ما أمكن كتابته بخصوص هذا الموضوع، مع التأكيد والاعتراف بالتقصير، ونسأله التوفيق والسداد، وصلى الله وسلّم على سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه.

قائمة المصادر والمراجع

* القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

* الكتب:

1. الأشقر: أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق. ط:1؛ الأردن: دار التفاس، 1420هـ/200م.
2. الإفريقي: محمد بن مكرم المعروف بابن منظور ت711هـ، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرون. ط:1؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت.
3. باشا: حسن شمسي، الجراحة التجميلية بين رغبة جامعة وضابط الشرع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدّة، ع18، 1432هـ/2011م.

4. البخاري: محمد بن إسماعيل ت256هـ الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. ط:1؛ بيروت: دار طوق النجاة، 1422هـ.
5. التجاني: محمد الهادي، المصالح المرسله وأثرها في القضايا الطبية المعاصرة. مذكرة ماستر، غير مطبوعة، إشراف: الدكتور إبراهيم رحمان، شعبة العلوم الإسلامية بقسم العلوم الإنسانية بجامعة الوادي، الجزائر، 1435-1436هـ/2014-2015م.
6. الجيزاني: محمد بن حسين، فقه النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية. ط:2؛ السعودية: دار ابن الجوزي، 1427هـ/2006م.
7. الحميري: عبد الملك بن هشام ت213هـ، السيرة النبوية، تحقيق: مصطفى السقا وآخرون. لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
8. الخازن: علي بن محمد ت725هـ، تفسير الخازن المسمى لباب التأويل في معاني التنزيل، ضبطه وصححه: عبد السلام محمد علي شاهين. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1425هـ/2004م.
9. الدوسي: حسن سالم، منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي: دراسة أصولية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ع46، 2001م.
10. الريسوني: قطب، إنخراط فقه الموازنات، أسبابه، ومآلاته، وسبل علاجه. ضمن بحوث مؤتمر فقه الموازنات ودوره في الحياة المعاصرة، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، من 27-29 شوال 1434هـ.
11. الريسوني: قطب، صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة. ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 1435هـ/2014م.
12. الزبيدي: محمد بن محمد ت1205هـ، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الكريم العزبوي وآخرون، ط:1؛ الكويت: مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1422هـ/2001م.
13. الزركشي: محمد بن بهادر ت794هـ البحر المحیط، تحقيق: عبد القادر عبد الله العاني وآخرون. ط:2؛ الفردة: دار الصفوة، 1413هـ/1992م.
14. أبو زيد: بكر بن عبد الله ت1429هـ، المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل. ط:1؛ مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي بجددة: دار العاصمة، 1471هـ.
15. السلمي: عبد العزيز بن عبد السلام ت660هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد. لا.ط؛ القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ/1991م.
16. السوسنة: عبد المجيد محمد، فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية. ط:1؛ دبي: دار القلم، 1425هـ/2004م.
17. السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر ت911هـ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ/1983م.
18. الشنيطي: محمد بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها. ط:2؛ جدة: مكتبة الصحابة، 1415هـ/1994م.
19. الشيباني: أحمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون؛ بإشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2001م.
20. الشيباني: محمد بن محمد المعروف بابن الأثير ت630هـ، الكامل في التاريخ، تحقيق: أبي الفداء عبد الله القاضي وآخرون. ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1407هـ/1987م.

21. الطبري: محمد بن جرير ت310هـ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر. ط: 1؛ الجيزة: دار هجر، 1422هـ/2001م.
22. الطيار: عبد الله بن محمد وآخرون، الفقه الميسر: التوازن الطيبة المعاصرة. ط: 1؛ المملكة العربية السعودية، مدار الوطن للنشر، 1433هـ/2012م.
23. العزمي: بدر محمد عيد مبارك العليوي، المستجدات الفقهية في باب الطهارة. رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: محمد خالد منصور، كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، نيسان 2006م.
24. الفراهيدي: الخليل بن أحمد ت170هـ، كتاب العين، تحقيق: عبد الحميد هندراوي. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م.
25. الفيومي: أحمد بن محمد ت770هـ، المصباح المنير. لا. ط؛ لبنان: مكتبة لبنان، 1987م.
26. القاري: علي بن سلطان محمد ت1014هـ، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، تحقيق: جمال عيتاني. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ/2001م.
27. القحطاني: مسفر بن علي بن محمد، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة دراسة تأصيلية تطبيقية. ط: 1؛ جدة: دار الأندلس الخضراء، 1424هـ/2003م.
28. القزويني: أحمد بن فارس بن زكريا المعروف بابن فارس ت395هـ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون. ط: 2؛ لا. م. دار الفكر، 1399هـ/1979م.
29. مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة: الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة (القضايا المعاصرة في الفقه الطبي). ط: 1؛ الرياض: جامعة محمد بن سعود الإسلامية، 1436هـ/2014م.
30. مسعود: جمال عبد الهادي محمد ووفاء محمد رفعت جمعة، استخلاف أبوبكر الصديق: أخطاء يجب أن تصحح في التاريخ. ط: 1؛ المنصورة، دار الوفاء، 1406هـ/1986م.
31. المصري: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم ت970هـ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، وضع حواشيه وخرّج أحاديثه: زكريا عميرات. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م.
32. منصور: محمد خالد، الأحكام الطيبة المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي. ط: 1؛ الأردن: دار التفائس، 1419هـ/1999م.
33. النجار: عبد الله مبروك، الحكم الشرعي لجراحة إصلاح غشاء البكارة؛ دراسة فقهية مقارنة. ضمن بحوث المؤتمر الثالث عشر (زراعة ونقل الأعضاء) (المذاهب الإسلامية ووحدة الأمة) في مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، 13 ربيع الأول 1430هـ/10 مارس 2009م.
34. النووي: يحيى بن شرف ت676هـ، صحيح مسلم بشرح النووي. ط: 1؛ لا. م. المطبعة المصرية بالأزهر، 1347هـ/1929م.
35. النيسابوري: مسلم بن الحجاج ت261هـ، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. ط: 1؛ لا. م. دار إحياء الكتب العربية؛ عيسى البابي الحلبي وشركاؤه؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1412هـ/1991م.
1. هلال: سعد الدين مسعد، الثلاثون في القضايا الفقهية المعاصرة: دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والاجتماعية بين الشريعة والقانون. ط: 1؛ القاهرة: مكتبة وهبة، 1431هـ/2010م.

سجل البحوث العلمية
للملتقى الدولي الثاني حول:
المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة

بمساهمة

