جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FES
FACULTE CHARIAA – كلية الشريعة

مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر: التأصيل والتنزيل
LABORATOIRE DES SCIENCES JURIDIQUES ISLAMIQUES ET DES QUESTIONS CONTEMPORAINES : FONDEMENTS ET APPLICATION

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FES

قضايا الأسرة في النوازل الفقهية

توجيه الإشكالات وتسديد التصورات في أفق المرتقب من التعديلات

اصدارات مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر/التأصيل والتنزيل

العدد 3

الإشراف العام
د.عبد المالك أعويش
عميد كلية الشريعة بفاس

إشراف
د.الحسين العمريش
مدير مختبر العلوم الشرعية
و القانونية و قضايا العصر التأصيل و التنزيل

تنسيق
د.رشيد الوراك
عضو مختبر العلوم الشرعية
و القانونية و قضايا العصر التأصيل و التنزيل

قضايا الأسرة
في النوازل الفقهية

توجيه الإشكالات وتسديد التصورات
في أفق المرتقب من التعديلات

اصدارات مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر/التأصيل والتنزيل
العدد 3

الإشراف العام
د.عبد المالك أعويش
عميد كلية الشريعة بفاس

إشراف
د.الحسين العمريش
مدير مختبر العلوم الشرعية
و القانونية و قضايا العصر التأصيل و التنزيل

تنسيق
د.رشيد الوراك
عضو مختبر العلوم الشرعية
و القانونية و قضايا العصر التأصيل و التنزيل

العنوان : قضايا الأسرة في النوازل الفقهية (توجيه الإشكالاتوتسديد التصورات في أفق المرتقب من التعديلات : **العدد** 3

التأليف:

الإيداع القانوني : 2026MO1652

ردمك : 978-9920-8599-1-2

الناشر : كلية الشريعة فاس

الطبعة الأولى : 2026

المطبعة : أكس برنت للطباعة والنشر والتوزيع

- جميع الحقوق محفوظة للمؤلف -

الإشراف العام

د. عبد المالك أعويش
عميد كلية الشريعة بفاس

إشراف

د. الحسين العمريش
مدير مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر التأصيل والتنزيل

تنسيق

د. رشيد الوراك
عضو مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر التأصيل والتنزيل

اللجنة العلمية والاستشارية

- د. عبد الله غازوي	- د. بدر الدين الحميدي
- د. عبد السلام الزياني	- د. محمد البخاري
- ادريس الزعري المباركي	- د. محمد اليوبي
- عبد المالك اعويش	- د. يسير الأزرق
- د. علي البودخاني	- د. عبد السلام ميصور
- د. المصطفى زمهنى	-د. مصطفى منتوران
- د. محمد غزيول	- د. عبد العاطي عبّدي
- محمد المصمودي	- د. رشيد الوراك
- د. محمد الفروني	- عبد الحق الحوتة
- د. رشيد قباط	- د. زكرياء غازيوي

تقديم عميد كلية الشريعة بفاس

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحابته الطبيين الطاهرين وعلى كل من استن بسنته إلى يوم الدين

أما بعد،

فهذا عمل علمي رصين ينبع من رؤية استراتيجية تجمع بين أصول الدين وفروع الشرع المبين تبين الماضي التليد لكلية الشريعة وحاضرها والمنير المزدهر ومستقبلها المشرق المثمر في حمل لواء الدين والتمسك بكتاب رب العالمين والدفاع عن سنة خاتم المرسلين في كل القضايا التي استجدت في عالم المسلمين على نهج ما تدعو إليه إمارة المؤمنين في سياسة الدنيا وحراسة الدين وفق ثوابت هذا البلد الأمين.

ومن جهة أخرى، فإن هذا الكتاب الذي نضعه اليوم بين يدي القراء والباحثين يأتي ثمرة الأعمال العلمية للندوة الوطنية المنعقدة برحاب كلية الشريعة بتاريخ: 29و30 أكتوبر 2025 في موضوع: **" قضايا الأسرة في النوازل الفقهية توجيه الإشكالات وتسديد التصورات في أفق المرتقب من التعديلات «.** وهو موضوع له راهنية لأنه جاء في سياق الحديث عن التعديلات الخاصة بمدونة الأسرة التي عمرت لأزيد من عقدين من الزمن وعرفت موادها نقاشات وتساؤلات من فرقاء وفاعلين وباحثين وممارسين.

وعموما فإن البحث في التشريعات المغربية يحتاج منا إلى وقفات وجلسات علمية هادئة من الباحثين والمتخصصين والخبراء والممارسين بعيدا عن الضوضاء والتقليد الأعمى والرؤى الاستعراضية التي تهدف إلى التربح السياسي والكسب الانتخابي.

ومن هنا لابد من إعادة طرح سؤال المرجعية والهوية في التشريع وسؤال الثوابت وأسئلة التنمية والاستقرار والجدوى والسياق والحكامة والمصلحة العامة ... وغيرها.

وقضايا الأسرة كغيرها من القضايا الاجتماعية بل هي على رأسها من حيث الأولوية والعناية لما لها من مكانة وخطورة على مستوى البناء المجتمعي فصلاح المجتمع والأمة رهين بصلاح المرأة والأسرة. وأعني الأسرة بكل مكوناتها من زوج وزوجة وأبناء وأقارب.

ومن ثم يتعين على الباحثين وكل المهتمين مقاربة هذه القضايا والمواد القانونية:

- من حيث التأصيل، لأنه عنوان الشريعة والهوية والثوابت والأصالة والسيادة،
- ومن حيث المقارنة لأنها عنوان العقل والانفتاح والتعرف على المصالح الفضلى بكل مكونات الأسرة في التشريعات الأخرى عند الغير.
- ومن حيث النقد لأنه عنوان التدقيق والتشخيص والتمحيص والتصحيح.
- ومن حيث إعادة الصياغة لأنها عنوان التعديل وثمرة الجهود والاجتهاد المبني على التصور والممارسة.

وقد أحسنت كلية الشريعة بفاس التقاط رسالة مولانا أمير المؤمنين إلى كل من وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة والمجلس العلمي الأعلى على أن أغلب التعديلات لن تخرج عن إكراهات التنزيل والتطبيق وهذا دور القضاء والمهن المساعدة له مما له علاقة مباشرة بمجال الأسرة.

ولن يخرج الأمر كذلك عن ثوابت هذا البلد واختياراته الكبرى وهذا ما يرعاه المجلس العلمي الأعلى والكل تحت رعاية أمير المؤمنين. بما يضمن حقوق كل المواطنين.

وهذا ما دعانا في هذه الكلية الغراء إلى تناول هذا الموضوع من زاوية فريدة وهي الفقه العملي التطبيقي من خلال النوازل الفقهية التي تراعي التأصيل والاستدلال في إنتاج الأحكام لكل الوقائع النازلة بالأنام الصالحة والمراعية للمآل.

وهو استحضار لما درج عليه الأسلاف في التعامل مع جزئيات وقضايا الأسرة وتجديد للنظر فيما انتجته العقول العالمة من علماء وفقهاء وقضاة وعدول ومصلحين اجتماعيين في هذه الأمة المغربية العريقة.

وقد تداعى وتنادى لهذا الموضوع، اليوم، الباحثون والعلماء والفقهاء والقضاة والمحامون والعدول وتضافرت جهودهم وملكاتهم الفقهية والقانونية والقضائية والعلمية في استحضار النصوص والأدلة والقواعد والعرف لتحليل النوازل وإعادة قراءتها ونقدها وتصنيفها وترتيبها.. وتقديم كل ذلك للقارئ بقصد تقريب الفائدة وتعميمها وتسهيل العمل بها.

وقد أبانت عروض المشاركين عن علو الكعب واستطاعت أن تبرز مكانة الأسرة في الفقه والنوازل باعتبارها من أهم المجالات التي يظهر فيها تفاعل الفقه الإسلامي ومقاصده مع الواقع المتجدد، والاستفادة من ذلك لاستيعاب التحولات الاجتماعية والقانونية المعاصرة وفي قضايا الخطبة والزواج والطلاق والنفقة والحضانة والنسب والإرث والعنف الأسري...

وفي الختام لا يسعني إلا أن أشكر الساهرين على هذا العمل: إدارة المختبر واللجنة المنظمة والمشاركين والشركاء ومعد هذه الورقة فضيلة الدكتور سيدي رشيد الوراك.

وأرجو للقارئ الكريم الاستفادة، كما نرحب بكل المبادرات البناءة والهادفة ونفتح الأبواب لكل تعاون وتواصل في معالجة الموضوعات والقضايا الراهنة ذات الصلة بتخصص كليتنا العامرة.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

وكتبه العبد الفقير إلى رحمة ربه الدكتور عبد المالك اعويش

عميد كلية الشريعة بفاس

تقديم مدير المختبر

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

يأتي هذا الكتاب الجماعي ثمرة لجهد علمي مشترك، وتحصيلاً لأعمال الندوة العلمية التي نظمها مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر: التأصيل والتنزيل، بكلية الشريعة بفاس، في موضوع :**"قضايا الأسرة في النوازل الفقهية: توجيه الإشكالات وتسديد التصورات في أفق المرتقب من التعديلات"**، وذلك في سياق وطني يتسم بتجدد النقاش حول قضايا الأسرة وما يرتبط بها من رهانات تشريعية واجتماعية وقيمية، تستدعي استحضار المرجعية الشرعية واستثمار الاجتهاد الفقهي في معالجة المستجدات والنوازل.

وانطلاقاً من الوظيفة العلمية التي يضطلع بها المختبر في مواكبة قضايا المجتمع، وربط البحث الأكاديمي بإشكالات الواقع، جاءت هذه الندوة لتسهم في تعميق النظر في القضايا الأسرية المعاصرة من خلال استحضار الرصيد الفقهي النوازلي، بما يحمله من اجتهادات أصيلة وتجارب علمية وقضائية ثرية، قادرة على إمداد الباحثين وصناع القرار بأدوات الفهم الرشيد والتقدير السليم لمختلف الإشكالات المطروحة.

وقد حرص المشاركون في هذه الندوة، من أساتذة باحثين وقضاة وعدول ومحامين وطلبة باحثين، على مقاربة موضوع الأسرة من زوايا متعددة، تجمع بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، وبين استحضار الثوابت الشرعية ومراعاة التحولات المجتمعية، بما ينسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأسرة وصيانة كرامة أفرادها وتحقيق الاستقرار والتماسك داخلها.

وتبرز أهمية الدراسات التي يضمها هذا الكتاب في كونها لا تقتصر على استعراض الأحكام والنصوص، وإنما تتجاوز ذلك إلى تحليل النوازل والوقائع المستجدة، والكشف عن مناهج الفقهاء في معالجتها، واستثمار تلك المناهج في قراءة القضايا الأسرية الراهنة، بما يحقق التواصل المعرفي بين التراث والواقع، ويؤكد حيوية الفقه الإسلامي وقدرته على مواكبة التطورات واستيعاب المتغيرات.

وإذا كان النقاش الدائر حول إصلاح المنظومة الأسرية يمثل فرصة لتجديد النظر في عدد من القضايا والإشكالات، فإن هذا العمل العلمي يطمح إلى الإسهام في ترشيد هذا النقاش وتغذيته بمقاربات علمية رصينة، تنطلق من أصول الشريعة ومقاصدها، وتنفتح في الوقت ذاته على متطلبات الواقع وحاجات المجتمع، بما يحقق التوازن بين المحافظة على الثوابت والاستجابة للمستجدات.

وختاماً، أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى جميع الباحثين الذين أسهموا بأعمالهم العلمية في إنجاز هذا المؤلَّف، وإلى أعضاء اللجنة العلمية والتنظيمية، وإلى كل من أسهم في إنجاح هذه الندوة وإخراج هذا الكتاب إلى حيز الوجود وفي مقدمتهم الأستاذ الدكتور رشيد الوراك. كما أرجو أن يشكل هذا العمل إضافة نوعية للمكتبة الفقهية والقانونية، وأن يسهم في إثراء البحث العلمي حول قضايا الأسرة وخدمة النقاش العلمي الرصين بشأنها.

الدكتور الحسين العمريش
مدير مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر: التأصيل والتنزيل
كلية الشريعة – فاس

توظيف أحمد ابن عرضون لفتاوى الفقهاء في تحريم هروب الرجال بالنساء

ذ: عبد السلام الزياني
بالاشتراك مع ذ: رشيد الوراك

هذا المقال يستند إلى فتوى لأبي العباس أحمد ابن عرضون أثبتها العلمي في نوازله 87/1 وما بعدها، والمهدي الوزاني في النوازل الجديدة الكبرى 287/3 وما بعدها.

وابن عرضون هو أبو العباس أحمد بن الحسن ابن عرضون الزجلي، المغربي المولد والمنشأ والوفاة، ولد بقبيله بني زجل، قرية تلمبوط الغمارية، إقليم شفشاون حوالي 948هـ. نشأ في أحضان أسرة معروفة بالدين والعلم، تقلب بين مدارس جبال غمارة وحلقات الدروس بجامع القرويين بفاس.

وفي طليعة الذين أخذ عنهم العلم ببلده والده أبو علي الحسن ابن عرضون، وعمه أبو حفص عمر بن يوسف ابن عرضون، وأبو محمد عبد الله الهبطي المربي المشهور وغيرهم كثير. أما الشيوخ الذين أخذ عنهم بفاس، فأبرزهم أبو عبد الله محمد بن مجبر المساري، وأبو العباس أحمد بن قاسم القدومي، وأبو العباس أحمد بن علي المنجور، وأبو محمد عبد الواحد بن أحمد الحميدي، وأبو زكريا يحيى بن محمد السراج، وأبو عبد الله محمد بن قاسم القصار وغيرهم.

تولى خطة القضاء بشفشاون، ونظم أوقاف مساجدها. من آثاره: كتاب اللائق لمعلم الوثائق، ومقنع المحتاج في آداب الأزواج الذي قمت بتحقيقه في إطار بحث دكتوراه الدولة، وقد طبعته دار ابن حزم سنة 2010م في مجلدين، وآداب الصحبة، وحدائق الأنوار وجلاء القلوب والأبصار في الصلاة على النبي وآله وأصحابه الأبرار، وشرح

أسماء الله الحسنى، ومختصر في فضائل القرآن وخواصه وغيرها. توفي رحمه الله سنه 992 هـ/ 1584م[1]، ولابن عرضون أقوال جريئة يستشف منها نزوعه إلى الاجتهاد وعدم التقليد حتى لو أدى الأمر إلى مخالفة المشهور في المذهب المالكي، خصوصا إذا مست الحاجة إلى هذا الاجتهاد، وهذا ما سنلمسه في الفتوى التي سنثبتها بنوع من التصرف، مع التعليق على ما يبرز مواقفه.

وقد قسمنا هذا المقال إلى مبحثين: تناولنا في المبحث الأول: استفحال ظاهره هروب الرجال بالنساء زمن ابن عرضون، وفي المبحث الثاني: استمرار ظاهرة هروب الرجال بالنساء بعد وفاة ابن عرضون.

المبحث الأول: استفحال ظاهره هروب الرجال بالنساء زمن أحمد ابن عرضون.

هذا المبحث سنتناول فيه جواب ابن عرضون على النازلة التي سئل عنها والمتعلقة بظاهرة هروب النساء مع الرجال. وفيما يأتي نص الجواب:

سئل الفقيه أبو العباس أحمد بن الفقيه الحسن ابن عرضون الزجلي عما يفهم من الجواب. بعد التقديم للجواب بما يناسب المقام قال: أما بعد؛ فلما شاع وذاع بهذه البلاد الغمارية وما والاها من القبائل البدوية، الفاحشة العظمى فاحشة هروب النساء مع الرجال، وجب تغيير هذا المنكر الشنيع، والأمر الفظيع، وتحسيم مادته، وسد ذريعته، عملا بقوله تعالى: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويامرون بالمعروف وينهون عن

[1] – سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصالحين بفاس، لمحمد بن جعفر الكتاني، 2/ 286، طبعة فاس. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد مخلوف، ص 286، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. واليواقيت الثمينة في أعيان مذهب عالم المدينة، لمحمد البشر ظافر الأزهري، ص 18، مطبعة الملاجئ العباسية– مصر. وأعلام مدينة فاس، لمحمد العربي العزوزي، 1/ 192 (دون معلومات النشر). والأعلام لخير الدين الزركلي، 1/ 108، طبعة 2، دار العلم للملايين–بيروت–.

المنكر﴾[2]. وقوله تعالى:﴿وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر﴾[3]. وبقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الدين النصيحة"[4]. وقوله: أتدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة، قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوا بذلوه، وحكموا للناس كحكمهم لأنفسهم"[5]. وإني أردت أن أقيد من ذلك ما نرجو به النفع لمن طالعه بعين الرضى والإنصاف، وسلك طريق الحق واجتنب طريق الميل والانحراف، وخطابنا إن شاء الله يشمل عامة أعيان هذه البلاد، ومولانا المسؤول أن يسلك بنا وبهم طريق السداد والرشاد.

فنقول وعلى الله قصد السبيل وهو حسبنا ونعم الوكيل: لا يخفى ما ورد في الزنا وتعاطي أسبابه من الوعيد الشديد. قال تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾[6]. والآيات والأحاديث الواردة في التشديد في الزنا كثيرة، وتحريمه مما علم من الدين ضرورة. ومن الواجب علينا أن نحسم مادة الفساد، ونسد كل باب يوصل إلى معصية، والقول بسد الذرائع الفاسدة من أصول قواعد مذهب مالك، فالواجب إذن أن نجتهد جهدنا في سد الذريعة لهذه الفاحشة، وهي هروب الرجال بالنساء.

ولهذا اختار العلماء ممن سلف الفتوى في هذه البلاد بتحريم الهاربة على من هرب بها، وإن كان على خلاف المشهور سدا لذريعة الفاسدات والمفسدين. وقد قال الخليفة عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور. ولا فجور أعظم من هذه الفاحشة التي نتكلم في أمرها فلو لم يكن نص لعلماء المذهب المالكي في تحسيم هذه المفسدة ووجدنا فيها قولا خارجا يقتضي تحسيم مادتها، لتعين علينا أن نرتكبه

---

[2] – سورة آل عمران، الآية 104

[3] – سورة الصبر، الآيتان: 2، 3.

[4] – أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة

[5] – أخرجه مسلم في مسنده من حديث عائشة 159/6، رقم الحديث: 24379، مؤسسة الرسالة، والبيهقي في شعب الإيمان، 504/7 رقم الحديث 11139، تحقيق محمد السعيد بن بسيوني زغول، دار الكتب العلمية بيروت. والحديث ضعيف لوجود ابن لهيعة في سنده.

[6] – سورة الإسراء، الآية 33.

في قطع هذه المفسدة وتحسيم مادتها، ولم يزل أهل الفتوى والقضاء يختارون الفتوى بقول شاذ ويحكمون به لدليل ظهر لهم في ترجيحه.

وليسوغ ابن عرضون لنفسه الاجتهاد خارج المذهب نجده يستدل باجتهاد أهل الأندلس في مسائل خالفوا فيها مالكا حيث قال: وقد خالف أهل الأندلس مالكا في مسائل وهم على ما كانوا عليه من ملازمة مذهب مالك وتدوينه واقرائه وتدريسه، فخالفوه في مسائل وعملوا فيها بأقوال مخالفة، وجرى بذلك العمل عندهم، واستمروا عليه إلى الآن.

وبناء على مخالفة أهل الأندلس لمالك في عدة مسائل، نجده يستند إلى قياس الأولى في قضيته حيث قال: فمن باب أولى وأحرى أن نفتي في قطع مادة هذه المفسدة بقول شاذ خارج المذهب، فكيف وهو موجود في المذهب، وهو مذهب الإمام أحمد بن ميسر[7]، وهو من أجل أئمة المالكية. وقد عرف به عياض في مداركه، مع أن قواعد مذهب الإمام مالك جارية على قول ابن ميسر، فوجب المصير إليه والاعتماد عليه، قطعا لمادة الفساد، وأن أجلة من المشايخ المتأخرين اختاروا العمل بقول ابن ميسر، وخالفوا القول المشهور، وما ذلك منهم إلا مراعاة للقاعدة الجارية في سد الذرائع وحسم مادة الفساد، وهي من أصول المذهب المالكي.

فمن جملة من اختار قول ابن ميسر: الإمام ابن عرفة وتلميذه الإمام الأبي، وجرى به العمل بفاس على ما نقله القوري. واختار الفتوى به بعض العلماء من هذه الأوطان ومنهم الفقيه أحمد الونشريسي، وولده عبد الواحد في نظمه "النور المقتبس" وممن اعتمد

---

[7] – أبو بكر احمد بن محمد بن خالد بن ميسر الإسكندري، الامام الفقيه العالم الذي ليس له نظير في وقته، اليه انتهت الرئاسة بمصر بعد ابن المواز، وهو راوي كتبه وعليه تفقه، ألف كتاب الإقرار والإنكار (ت 339 هـ).
ينظر: الديباج المذهب في معرفه أعيان علماء المذهب لبرهان الدين ابراهيم بن علي ابن فرحون، ص 37، دار الكتب العلمية بيروت لبنان. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف، ص 80. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لمعرفة أعلام مذهب مالك، لأبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، 304/4، ط 1، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية–المملكة المغربية–، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب.

أيضا قول ابن ميسر الإمام أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق في نظمه الموسوم: "بالمنهج المنتخب في قواعد المذهب"، والإمام علي بن هارون.

ومن المعاصرين من أشياخنا العلماء الفضلاء: شيخنا المفتي المدرس الخطيب بجامع القرويين يحيى السراج، وشيخنا قاضي الجماعة عبد الواحد الحميدي، وشيخنا الفقيه أحمد بن علي المنجور.

إلا أن هؤلاء المشايخ المفتين اختلفوا في العمل بقول ابن ميسر، فمنهم من قيد العمل به في المخلق الذي يجلب المرأة ويستميلها بماله وجاهه وجماله حتى تهرب معه[8]، ومنهم من أطلق في ذلك ولم يقيد بالمخلق، وعمل على قول ابن ميسر على سبيل الإطلاق.

وهذا الإطلاق هو اختيار الزقاق وأحمد الونشريسي وأشياخي الثلاثة المذكورين.

وسنورد أجوبتهم إن شاء الله ونصوصهم في ذلك ليتضح لك العمل بقول ابن ميسر. قال الأبي: انظر ما يتفق كثيرا أن يسعى الرجل في فراق امرأة من زوجها ليتزوجها، هل يمكن من زواجها أم لا إذا ثبت أنه سعى في ذلك؟

فأفتى بعض أصحابنا بأنه لا يمكن من ذلك، ونقل من يوثق به أن الشيخ ابن عرفة وافق على ذلك، وهو الصواب، لما فيه من تحسيم المفاسد المذكورة، ونحوه لأحمد الونشريسي في إيضاح المسالك" حيث تكلم على القاعدة المعلومة، وهي من أصول المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، وهي: "من استعجل الشيء قبل أوانه فإنه يعاقب بحرمانه". قال: وعليه يتأبد تحريم المتزوجة في العدة والمخلقة على رأي ابن ميسر

[8] – هذا بيان لمعنى المخلق، ويقال له أيضا المخبب بفتح الخاء وكسر الباء، ومنه الحديث النبوي الشريف الذي رواه أبو هريرة حيث قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ليس منا من خبب امرأة على زوجها أو عبد على سيده". أخرجه أبو داوود في تفريع أبواب الطلاق باب الزجر عن إفساد المرأة. وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

واختيار الشيوخ[9]. وتبعه في ذلك ولده عبد الواحد في نظمه: "النور المقتبس في قواعد مذهب مالك بن أنس" حيث قال:

وناكح العدة والمخلقة * اختير أنها بهذي ملحقة.

ويظهر من هذا أن أبا العباس أحمد الونشريسي وابنه عبد الواحد يفرقان بين المخلق وغير المخلق في الحكم، فالمخلق يتأبد في حقه التحريم، وغير المخلق يجوز له أن يتزوج المرأة بعد الاستبراء على القول المشهور وحصلت التوبة من الهارب وإلا فهو منه فسق عظيم يقدح في كفاءته.

ولعل أحمد الونشريسي رجع عن هذا الرأي خصوصا أن عبد الواحد الحميدي لم يحك عن أحمد الونشريسي إلا تأبيد التحريم. والذي يدل على رجوع أحمد الونشريسي عن القول بإباحتها للهارب غير المخلق هو ما أجاب به عقب هذا السؤال.

الحمد لله سيدي جوابكم في مسألة رجل له بنت فهرب بها رجل فبقيت عنده ما شاء الله، ثم إنها رجعت وكان حلف ألا يعطيها للذي هرب بها ولو ولدت عنده، فانظر سيدي هل تكون رشيدة إذا بقيت مع الذي هرب بها ستة أشهر أم لا؟ جوابا شافيا ولكم الأجر والسلام.

ونص الجواب: الحمد لله والسلام عليكم ورحمه الله، الجواب والله ولي التوفيق: لا يعد الأب عاضلا بامتناعه من نكاحها من الهارب المذكور، إذ صار بذلك فاسقا. فتزويج الوالد من مثل هذا الفاسق المعلن لا يجوز ولا يصح، فإن وقع ذلك فللزوجة ولمن قام لها فسخ هذا النكاح، فإذا كان هذا النكاح مأمورا بفسخه، فكيف يؤمر الأب به، ولا يكون عاضلا لابنته البكر بالمنع من تزويجها من معلن، لا سيما هذا الخبيث

[9] – إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لأبي العباس أحمد الونشريسي، ص 320 تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي طبعة 1400 هـ/ 1988 م، بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

السارق. فالشرع ها هنا لا يجوز نكاح هذه من الهارب أحب الأب أم كره. بل نص ابن عرفة في بعض أجوبته عن أحمد ابن ميسر أنه يقول: بتأبيد تحريمها على الهارب، وهو أظهر في هذا الزمان، لأن من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، ولا يقال: يرتفع الحجر عنها بخلوة الهارب بها هذه المدة المديدة، لأنها مظنة الافتضاض وزوال البكارة، لأنا نقول: رفع إجبار الأب هنا لا يرتفع بمجرد الخلوة ولا بإقرارها، وإنما يسقط ويرتفع بثبوت الافتضاض بطريقه لا بإقرارها هي، لأنها تتهم أنها إنما أقرت بذلك لتسقط إجبار الأب عنها لتتوصل إلى نكاح من تريد، وذلك مما لا سبيل إليه، والله أعلم وبه التوفيق والهداية.

ففي هذا الجواب أبطل الونشريسي نكاح الهارب مع الهاربة لفسقه وعدم كفاءته، واختار في هذا الجواب قول ابن ميسر، لقوله: وهو أظهر في هذا الزمان ولم يقيده بمخلق ولا غيره. مما يدل على رجوعه عما ذكره سابقا من إباحتها له بعد الاستبراء.

وقد سئل عن هذه المسألة الفقيه محمد بن قاسم القوري بما نصه: الحمد لله سيدي أبقاكم الله، غرضنا مشورتكم في أمر عظيم كثرت به البلوى في هذا الوطن، وذلك أنه شاع ببادیتنا لعدم استيلاء الأحكام عليها الهروب بالنساء وانتشر عنهم انتشارا عاما، يجعلون ذلك ذريعة إلى التزويج، وصار فعلهم أن من يخطب امرأة ومنعت منه يجمع جماعة من المفسدين ويغيرون عليها ويحملها معه إلى حيث لا تناله الأحكام ويضعها هنالك على يد أمين بزعمه، ثم لا يردها الهارب بها حتى يلتزم له وليها أن يزوجها منه، وربما استبرئت عند الأمين بزعمه، ويتزوجها.

فياسيدي ذكر لنا عن بعض الشيوخ الصالحين من أهل هذا الوطن أنه كان يذهب إلى الفتيا بالقول بتأبيد التحريم فيها رغبة في سد هذا الباب وحسما لرفع الفساد، وكذلك نظن، بل نكاد نقطع بأنه لو علم أهل الفساد أن من هرب منهم بامرأة يتأبد عليه تحريمها ما هرب أحد منهم بامرأة في الغالب؛ لكونهم إنما يفعلون ذلك رغبة في التزويج، فهل

ترون الفتيا في هذه الأوطان الفاسدة بتأبيد التحريم صونا للفروج ورعيا للمصلحة العامة؟ فأفتونا بما يظهر لكم وما تختارونه في القضية ولكم الأجر والسلام.

فأجاب جوابا طويلا لا يمكن جلبه كله هنا. فمن جوابه في المسألة: اختار بعضهم في المخلق القول بتأبيد التحريم ومنعها من تزويجه، وبه وجدت العمل بمدينة فاس جاريا والله سبحانه أعلم.

قال ابن عرضون معلقا: فهؤلاء أئمة الفتوى بتونس وفاس اختاروا قول ابن ميسر بتأبيد التحريم في المخلق وعدلوا عن القول المشهور، وما ذلك إلا لعظيم المفسدة، ولجريان قول ابن ميسر على القاعدة في سد الذرائع الفاسدة، فكيف لا يختار الآن العمل به في زماننا هذا، وفي بوادينا هذه التي عمت بها هذه البلوى؟

قال ابن عرضون باعتباره قاضيا على إقليم شفشاون الذي عمت به هذه البلوى: ولما شاورت في السنة الماضية أشياخي المذكورين قبل (يقصد يحيى السراج وعبد الواحد الحميدي وأحمد المنجور) وأطلعتهم على هذه الأجوبة والفتاوى والنصوص، وطالبتهم أن يدلوني على ما أحكم به في هذه القضية التي عمت بها البلوى.

أجابني المفتي سيدي يحيى السراج بما نصه: الحمد لله تعالى والصلاة والسلام على سيدي المولى رسول الله صلى الله عليه وسلم: الجواب والله الموفق: إنه يتأكد في حقك أيها الصاحب الحكم بمقتضى ما اختاره الشيوخ من تأبيد التحريم في مسألتك، ولا سيما من تقدم ذكره من الحفاظ كسيدي أحمد الونشريسي وشيخه الحافظ سيدي القوري. كيف وأصول المذهب تقتضيه ومسائله تعطيه؟ ومثل ذلك الإمام العبدوسي، فإن أخذت بما اختاره الشيوخ وإن كان خلاف المشهور فأنت مخلص، فاحكم أيها الصاحب أيضا بتأبيد التحريم موفقا إن شاء الله تعالى والله المعين بمنه.

وأجاب عقبه قاضي الجماعة سيدي عبد الواحد الحميدي بما نصه: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد اطلعت على فتوى وقعت جوابا لسيدي يحيى بن بكار من الإمام المحصل سيدي أحمد الونشريسي بتأبيد تحريم

المهروب بها. والجواب بخطه رحمه الله وهو عندي. فلا تتوقف رحمك الله في الحكم بذلك، وبه جرى العمل والحكم عندنا في هذا الزمان والسلام.

قال ابن عرضون مبديا سروره بجواب شيخه السراج والحميدي: فتأمل هذين الجوابين وأمرهما لي بالحكم بتأبيد التحريم مطلقا سواء كان مخلقا أو غير مخلق وأكدا علي فيه. وبمثل ذلك أجابني سيدي أحمد المنجور.

فتعين معشر أهل هذه الجبال الغمارية الحكم بقول ابن ميسر بتأبيد التحريم حسما لمادة الفساد، والله الموفق للصواب والسداد.

ثم قال ابن عرضون: وتأمل قول سيدي عبد الواحد الحميدي: فلا تتوقف في الحكم بذلك وبه جرى الحكم عندنا في هذا الزمان.

فإذا تقرر هذا فلا يجوز لقاض من قضاة هذه النواحي بالجبال الغمارية وما والاها أن يخالف ما تقلده أئمة الفتوى من المعاصرين وغيرهم لوجهين، أحدهما: ما نقلوه من تأبيد التحريم على قول ابن ميسر الجاري على قواعد المذهب. والثاني: لكون الهارب غير كفء، إذ هو من أعظم الفسقة.

وقد وقع في المعيار من أجوبه الشيوخ في مسألة رجل زوج ابنته لفاسق كثير الأيمان بالطلاق، فرفع أخوها أمر أخته لقاضي الجماعة بتلمسان سيدي سعيد العقباني، ففرق بينهما وفسخ النكاح، فما بالك بالفسق في هذه الجريمة العظيمة، والفاحشة الجسيمة!

وحاصل الأمر أن مسألة الهروب بحرائم المسلمين من أعظم المفاسد التي يتعين فيها الزجر والتغليظ، ولا يسمح فيها لا بوجه ولا بحال، بل تحسم مادتها بما أمكن ولو بالقول الشاذ الخارج عن المذهب، فكيف بالقول الموجود في المذهب، مع أن الشيوخ اختاروه وتقلدوه وذكروا أنه به جرى العمل؟

ولو فرضنا أن الولي أجاب لتزويج وليته ممن هرب بها فإنه يمنع من ذلك للوجهين المتقدمين وهما: عدم الكفاءة إن فرعنا على المشهور من عدم التأبيد، أو تأبيد التحريم على قول ابن ميسر واختيار الشيوخ.

فالواجب على القاضي أن يمنع هذا النكاح ابتداء سواء فرعنا على المشهور أو على غيره. فإذا كان الولي امتنع من التزويج لعدم الكفاءة وللمعرة التي تلحقه في ذلك، فكيف يسوغ لقاض أن يجبره على نكاحها من الهارب بها، أو يزوجها هو له إن امتنع الولي؟ هذا أمر لا يفعله من له أدنى علم أو دين. فيجب العمل بمقتضى ما قيدناه في هذه الاوراق، والتوفيق بيد الله سبحانه لا رب غيره ولا معبود سواه[10].

المبحث الثاني: استمرار ظاهره هروب الرجال بالنساء بعد وفاة ابن عرضون

مع أن ابن عرضون ختم فتواه بقوله: فيجب العمل بمقتضى ما قيدناه في هذه الأوراق. فقد بقيت قضية هروب الرجال بالنساء في المجتمع الغماري سارية المفعول، بل مثار جدال ونقاش حاد بين الفقهاء بعد وفاته. فقد نقل المهدي الوزاني في النوازل الجديدة الكبرى نقاشا كبيرا حول هذه القضية بين فقيهين من فقهاء القرن الحادي عشر الهجري، أحدهما: يدعى عبد الله آجليان الزجلي. والثاني: يسمى أبو سالم ابراهيم الجيلالي (ن 1047هـ)، فقد سئل الأول عن المسألة وهو من فقهاء غمارة، فأفتى فيها بجواز تزوج الهاربة بالهارب بها بعد الاستبراء.

ولما عرضت المسألة على أبي سالم إبراهيم الجلالي الذي هو من قبيلة مزياتة الواقعة غرب قبيلة بني زروال وشمال مدينة فاس، أفتى فيها بتحريم الهاربة على الهارب بها حرمة مؤبدة معاملة له بنقيض قصده وسدا للذريعة على نهج ابن عرضون الكبير.

---

[10] – كتاب النوازل لأبي الحسن علي بن عيسى بن علي الحسني العلمي 87/1 وما بعدها، تحقيق المجلس العلمي بفاس طبعه 1406 هـ/1986 م، بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. المغرب

وقد استند الجلالي في فتواه –شأنه شأن ابن عرضون– إلى فتاوى شيوخه بالقرويين، لكن عبد الله آجليان نفى أن يكون إبراهيم الجلالي قد درس بالقرويين على الشيوخ الذين استند إلى فتاويهم.

فاضطر الجلالي إلى وضع رسالة يصف فيها الدراسة بالقرويين في عهده الذي يصادف أيام أحمد المنصور السعدي حيث وصف الكراسي العلمية في ذلك العهد، والمواد المدرسة والأساتذة الذين كانوا يقومون بتدريسها. هذه الرسالة سماها: "تنبيه الصغير من الولدان على ما وقع في مسالة الهارب مع الهاربة من الهذيان لمدعي استحقاق الفتوى آجليان". هذه الرسالة أيد فيها الجلالي وجهة نظره في فتوى أصدرها وأكد فيها القول بتأبيد تحريم الزواج في قضية بنت تزوجها مختطفها. كما نقض فيها الفتوى الصادرة ضد فتواه عن مفت معاصر له يسمى عبد الله آجليان الزجلي الغماري، بل بين فيها تهافت هذا المفتي رغبة في إصلاح غرض العامة.

ولابد هنا من إثبات فتوى كل واحد من الرجلين لنقف على مستند كل واحد منهما مع تعليق المهدي الوزاني على جواب عبد الله آجليان، والدعاوى التي لم يؤيدها بدليل صريح أو نقل صحيح. وفيما يأتي نص النازلة وجواب عبد الله آجليان عنها:

سئل بعض فقهاء غمارة عن رجل هرب بامرأة من بلده إلى بلد آخر فلما عثر عليها نزعت منه حتى استبرئت، فتزوجها بنكاح صحيح على حسب أنكحة المسلمين، فهل تحرم عليه بسبب الهروب المذكور إذ قد خلقها، وقد ذكر لنا بعض أصحابنا أن الإمام القوري أفتى بذلك، أو أن النكاح صحيح، حيث نزعت منه واستبرئت، ثم خطبها وتزوجها؟

فأجاب: إن كان الأمر كما ذكر وأنها استبرئت وعقد عليها من له الولاية عليها، ففي ذلك قولان: الأول: أنها تحرم عليه. قاله ابن الماجشون قائلا: وعليه أصحاب مالك وهو مذهب أبي حنيفة. والثاني: أنها تحل له وهو لمالك في الموطإ، وقاله ابن القاسم وغيره وجماعه من العلماء وهو المشهور وبه العمل والفتوى. وقد وقعت هذه المسالة

لبعض الناس أيام إقامتي بفاس، فجاءني وطلب مني رغبة شيخنا السراج رحمه الله أن يفتي بالتحريم سدا للذريعة، فرغبته فأبى وقال: لا أترك المشهور الذي به العمل. فأفتى بعدم الحرمة. وكتب بذلك عبد الله آجليان لطف الله به. وأجاب القاضي أبو سالم إبراهيم الجيلالي فقال: المسألة معروفة وخلافها المنصوص للعلماء كذلك يعرفه صغار الصبيان، ومراد الناس من يبني للإسلام هدمة لا من يهدمه لإصلاح غرض العامة. والذي جرى به العمل على ما أفتى به القوري والعبدوسي وأحمد الونشريسي وولده عبد الواحد وعلي الزقاق وشيخنا يحيى السراج وشيخنا عبد الواحد الحميدي تأبيد حرمتها على الهارب بها، ولا يتم مقصده الفاسد ويعاقب بحرمان ما عجل.

ثم روجع المجيب الأول بهذا الجواب فكتب عليه: الحمد لله، قوله: هذه المسألة معروفة هو صحيح ولكن لم يعرفها؛ لأنه إن كان مراده الإغراب بهذا القول فقد نقلناه من محله. وأما كونه من تلاميذ السراج فهو غير معروف؛ لأنه لم يدركه[11]. وما ذكره من إصلاح العامة إنما هو في القول بالحلية؛ لأن هذا أمر تعم به البلوى، فلو حملوا على القول بالتحريم لأدى ذلك إلى بقائهما في الزنا ولا ينقادان للشرع، وما ذكره من العمل جرى على خلافه باطل، فإن هذه المسألة كثيرة الوقوع، وقد علمتها العامة والخاصة، ولو تأمل كلام الشيخ في الرسالة: "ولا يحرم بالزنا حلال"[12] لعرف، ولكن حمله على ما ذكره سخافة العقل حتى صار ينسب القول لمن لا يقول به حاشا السراج.

---

[11] – هذا ادعاء باطل، لأنه مخالف للواقع، ذلك أن كتب التراجم تذكر أن إبراهيم الجالي ولد سنه 980 هـ، وأن يحيى السراج توفي سنة 1007هـ، وهي السن المناسبة لأخذ العلم واكتساب المعرفة، علما أن الجلالي صرح في رسالته المذكورة سابقا ضمن مؤلفاته: "تنبيه الصغير من الولدان..." أنه قدم مع شقيقه أحمد للحضرة الفاسية بقصد الدراسة والتعليم في شهر ربيع الاول من عام أربعة وتسعين وتسعمائة هجرية. وفي هذه الفترة كان السراج يدرس بالقرويين التفسير ومختصر خليل، وبمدرسة العطارين كان يدرس المدونة.

[12] – تقريب المعاني لعبد المجيد الشرنوبي على متن الرسالة لأبي زيد القيرواني، ص 182 طبعة (1401هـ/1981م) دار الفكر بيروت لبنان. والمواد بقول صاحب الرسالة: أن من زنى بامرأة ولو مرارا لا يحرم عليه أصولها ولا فروعها إلا من تخلقت من مائه ويجوز لأصله وفرعه نكاح تلك المرأة، ولا علاقة بكلام صاحب الرسالة بتحريم هاربة على من هرب بها، ولذلك فإن استدلال آجليان بكلام الرسالة يعد خارجا عن الموضوع.

ثم أعيد إليه أي للمجيب الأول السؤال عن المسألة أيضا بما نصه: جوابكم السديد في مسألة صبية يتيمة مهملة لا وصي عليها من أب قدر الله عليها أن فرت مع رجل يريد تزوجها، وكلت ابن عم لها يزوجها من الشاب الفار بها وفوضت له في ذلك، فزوجها ابن عمها منه على نكاح التفويض وحكمه. فزعم أهلها أنها تحرم عليه؛ لكونه هرب بها، وزعم الزوج أنها لا تحرم وأن النكاح صحيح لازم، لكونه تزوجها بعد الاستبراء.

فأجاب: إن المسألة فيها قولان مشهوران، الأول: بالتحريم نقله ابن الماجشون عن أصحاب مالك. الثاني: عدم التحريم وهو مذهب مالك في الموطإ وهو قول ابن القاسم وبه العمل والفتوى، ويشهد بذلك العامة والخاصة. والعجب ممن يجهل هذا مع كثرة وقوع هذه المسألة، وهذا أمر لا يكاد ينفك عنه بلاد لا سيما في هذا الزمان الذي قلت فيه الأحكام، فلو حمل الناس على التحريم لأدى ذلك إلى بقائهم في الزنا إلى الممات؛ لأنه إذا علم أنها لا تحل له لا ينقاد للشرع، بخلاف ما إذا كان يعلم أنها تحل له فإنه يندم ويلتمس مخرجا لنفسه. وقد رأيت بعض المتطفلين على الفتوى (يقصد إبراهيم الجلالي) عكس هذا ونسب المسألة لشيخنا السراج وعبد الواحد الحميدي حاشاهما من ذلك، ونسب نفسه إليهما وأنه أخذ عنهما والمعروف منه خلاف ذلك.

ولو تامل قول الشيخ في الرسالة:" ولا يحرم بالزنا حلال" ما احتاج إلى النقل عمن ذكر، ولكن حمله على ذلك الإعجاب بنفسه مع أن ما ذكرناه في الجواب من القول بالتحليل هو مذهب مالك في الموطإ فلا يعدل عنه. وما نسبه للسراج والحميدي الموجود لهما خلافه والله حسيب من غير. وما ذكره من أن ذلك يعرفه صغار الصبيان فذلك صحيح أريد به باطل وجوابه قوله عز وجل: ﴿سلام عليكم لا نبتغي الجاهلين﴾[13].

---

[13] – سورة القصص، الآية 55.

وأجاب بطرفه الفقيه محمد بن أحمد بن الحسن بن عرضون الصغير (ابن أحمد ابن عرضون الكبير) بما نصه: الجواب عرضه صحيح، والتعقب صحيح والجواب بتحليل الهاربة صحيح وبه أجاب شيخنا القصار. وقد فرق فيه بين الهارب والمخلق، فحرموها على المخلق تحريما مؤبدا ولم يحرموها على الهارب قال ناظمهم:

وخيب أخا التخليق وارج لهارب*** بلوغ المنى والعلم نار على علم.

وبهذا يكون محمد بن أحمد بن الحسن ابن عرضون قد خالف أباه أبا العباس أحمد ابن عرضون الذي رجح القول بتأبيد التحريم في حق المخلق والهارب معا سدا للذريعة ومعاملة بنقيض المقصود، في الفتوى التي صدرنا بها هذا المقال. ولا ندري السبب الذي جعله يخالف أباه، وينتصر لما قرره آجليان في فتواه.

قال المهدي الوزاني معلقا على جواب آجليان ودعاويه: قد أكثر آجليان في هذا الجواب من الدعاوى التي لم يؤيدها بدليل صريح، ولا أتى بما يشهد لما قاله من نقل عن الأئمة صحيح، مع ما ارتكبه من سوء الأدب مع القاضي (يقصد إبراهيم الجيلالي) بنسبته للتقول مع أن ما قاله القاضي نقله العلمي في نوازله أيضا عمن نقله عنهم القاضي.

وأيضا ذكر في جوابه الأول: أن القول بعدم التحريم هو المشهور، وذكر في الجواب الثاني: أن القولين معا مشهوران، وذلك تناقض. وأيضا نفيه العمل المذكور خطأ صراح، إذ هو معروف لدى الصبيان، كما قاله القاضي رحمه الله حسب ما في العمل الفاسي:

وأبدوا التحريم في مخلق***وهارب سيان في محقق.

فكيف نسبه إلى الكذب وهو من أئمة المسلمين المشهورين بالحفظ والإتقان والدين، ما هذا إلا إفك افتراه، وأعانه عليه ابن عرضون الصغير وقواه. وكذلك احتجاجه بكلام الرسالة ليس بجيد، إذ القول بالتحريم معاملة له بنقيض مقصوده وحسما لماده الفساد هو قول ابن ميسر، واختاره العلماء رعيا للمصلحة، وليس في كلام الرسالة تعرض لهذا

المعنى الذي قصده الشيوخ بالتأبيد، بل ربما لو سئل عنه لوافق عليه وقال به ولم يخالفهم.

وقد قال العلماء: إن لخواص النوازل أحكاما تختص بها. ونصوا أيضا على أن إجراء الروايات المنقولة في المذهب على ظاهرها في كل بلدة وفي كل نازلة من غير نظر إلى عرف البلد ولا إلى قرينة حال فسق وجور[14].

خاتمة:

بعد استعراضنا لفتوى أبي العباس أحمد بن عرضون التي خلص فيها إلى القول بتأبيد تحريم الهاربة على من هرب بها، استنادا إلى أصل سد الذريعة الذي هو أصل من أصول المذهب المالكي، واستنادا أيضا إلى قاعدة: "من استعجل الشيء قبل أوانه فإنه يعاقب بحرمانه"، التي هي قاعدة من قواعد المذهب، كما استند كذلك إلى قول أبي بكر أحمد ابن ميسر الذي كان يفتي بالتحريم باعتباره فقيها من فقهاء المالكية البارزين، حيث انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي بمصر بعد شيخه محمد ابن المواز.

ثم إن أبا العباس أحمد ابن عرضون وظف فتاوى شيوخه بفاس الذين أكدوا عليه باعتباره قاضيا بشفشاون الحكم بتأبيد التحريم دون تردد سدا للذريعة وأخذا بقول أحمد بن ميسر.

وكان المؤمل أن ينتهي أمر هروب الرجال بالنساء بعد صدور فتوى أحمد بن عرضون بتحريم الهاربة على من هرب بها حرمة مؤبدة، لكن الظاهرة بقيت على حالها بعد وفاته؛ لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن.

---

[14] – النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة: الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب لأبي عيسى المهدي الوزاني، 282/3 تحقيق: عمر بن عباد، طبعة (1417هـ/1996م)، بإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. المغرب

وبقاء الظاهرة على حالها أدى إلى حدوث خلاف بين فقيهين من فقهاء القرن الحادي عشر الهجري حول حكمها. أحدهما: يدعى عبد الله آجليان، وثانيهما: يسمى إبراهيم الجلالي. فالأول: كان يفتي بالتحليل، والثاني: كان يفتي بالتحريم. وقد رأينا أن المهدي الوزاني مال إلى رأي أبي سالم إبراهيم الجلالي وانتقد عبد الله آجليان في جوابه ودعاويه، مع سوء أدب مع معارضه القاضي أبي سالم الجلالي.

والملفت للانتباه هو أن ظاهرة هروب الرجال بالنساء كانت شائعة في المجتمع المصري منذ القرن الرابع الهجري، حيث أفتى فيها أحمد ابن ميسر المتوفى سنة تسعة وثلاثين وثلاثمائة338 هجرية بتأبيد التحريم، ثم صارت فتواه مذهبا ومستندا لفقهاء المالكية الذين مالوا إلى القول بالتحريم رغبة في إصلاح المجتمع وسدا لذرائع الفاسدات والمفسدين.

زواج الفاتحة في النوازل الفقهية والاجتهاد القضائي

ذ. محمد مصمودي
أستاذ التعليم العالي بكلية الشريعة

يعتبر زواج الفاتحة أو الزواج غير الموثق ظاهرة اجتماعية معقدة يمتزج فيها الالتزام بالضوابط الشرعية والتمسك بالعادات والتقاليد المتجذرة في المجتمع، مما كان له السبب في اختلاف آراء فقهاء النوازليين وفي إحداث فجوة بين الأحكام الشرعية والنظام القانوني الحديث. فبينما يراه الفقه زواجاً مكتمل الأركان بمجرد تحقق الصيغة الشرعية من إيجاب وقبول وحضور الولي وإشهاد وقراءة الفاتحة تبركاً وإشهاراً وإعلانا للزواج، يعتبره المقنن الأسري مجرد واقعة من الوقائع الزوجية غير الموثقة، التي تحتاج إلى مسطرة قضائية خاصة لإثباته لأنه يفتقد للتوثيق الرسمي وفق الإجراءات المعتمدة في الدوائر المختصة.

وتعود أسباب انتشار زواج الفاتحة لعوامل متعددة ومختلفة منها ما هو ديني ومنها ما هو اجتماعي وثقافي واقتصادي وقانوني ومنها ما يرجع للعادات والأعراف السائدة في بعض المناطق النائية، حيث يعتبر حضور الفقيه والجماعة إشهاراً كافياً، إضافة إلى استخدامه وسيلة للتحايل على القيود القانونية والمسطرية لسن الزواج أو شروط التعدد، فضلا عن تهرب الكثير ممن يعاني الهشاشة الاقتصادية والاجتماعية من إجراءات التوثيق وتكاليفه المادية أو التبعات المالية المترتبة على الطلاق الرسمي.

وعلى الرغم من اعتباره زواجا شرعيا عند توفر الأركان، إلا أنه يطرح مشاكل عويصة ويضع الزوجة والأبناء في وضعية قانونية صعبة، حيث تضيع حقوق الزوجة ويتعقد إثبات نسب الأولاد عند وقوع أي نزاع أو وفاة مما يحرمهم من التمدرس والخدمات الصحية.

ولتوثيق عقد الزواج في مدونة الأسرة وسيلتان، وسيلة أصلية عادية تقع بالإشهاد لدى عدلين منتصبين لتلقي الشهادات وتحريرها تحريرا رسميا، وأخرى استثنائية شرعت لفترة انتقالية مدتها خمسة عشر سنة انتهت في التاسع من شهر فبراير لسنة 2019، وكانت تتم بحكم قضائي في كل حالة يتعذر فيها التوثيق لدى عدلين لسبب قاهر غاية المقنن منها تصفية حالات الزواج غير الموثق وإنهاء الوضعية التي يعيشها عدد من الأزواج بدون عقود مكتوبة والتي يترتب عليها مشاكل أسرية متعددة، غير أن هذه الوضعية لم يتم القضاء عليها للاعتبارات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والقانونية السالفة الذكر.

وهكذا استقر المقنن على جعل عقد الزواج الوثيقة الوحيدة المقبولة للإثبات بعد انتهاء فترة التمديد الأخيرة، الأمر الذي هدد الأمن الأسري الخاص بالعلاقات الزوجية غير الموثقة من أجل حماية الحقوق وضمان الآثار، وهذا في الأصل طرح الإشكالية التالية وهي: إلى أي حد يمكن الاستناد على الفقه المالكي والعمل النوازلي لتدارك الفراغ التشريعي في معالجة قضايا زواج الفاتحة.

وتتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية.

- ما هو تعريف زواج الفاتحة وما هي أركانه في الفقه المالكي؟
- ما هو موقف الفقهاء النوازليين من زواج الفاتحة؟
- ما هو موقف مدونة الأسرة والاجتهاد القضائي من زواج الفاتحة؟

ولمعالجة هذا الموضوع يتطلب منا تعريف زواج الفاتحة والوقوف على تحديد أركان وشروط عقد الزواج مع تفصيل الكلام عن حكم الاشهاد على عقد الزواج في الفقه الإسلامي، ثم بيان ما عليه النوازليون في قضايا زواج الفاتحة مع مقاربة ذلك مع ما استقرت عليه مدونة الأسرة وجرى عليه العمل القضائي المغربي في المسألة، وهذا سندرسه في المبحثين التاليين.

المبحث الأول: ماهية زواج الفاتحة وأركانه في الفقه المالكي

المطلب الأول: تعريف زواج الفاتحة

توثيق عقد الزواج لم يكن سائدا في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته والتابعين، وهو ما جرت عليه أنكحة المسلمين عبر التاريخ الإسلامي، وإنما كانوا يحرصون على استيفاء الزواج لأركانه وأسسه من صيغة وصداق وولي وإعلان للنكاح وإشهاره في الناس دفعا لتهمة الزنا والفاحشة، نظرا لما كان يسود بينهم من الثقة والأمانة والوفاء بالعهود والعقود.

ويعتبر فقهاء المالكية كما عليه الأمر عند النوازليين [15] أن نكاح الفاتحة: هو النكاح الذي توافرت فيه أركانه واستجمع شروطه ولم يشهد عليه شهود لا عند العقد ولا عند الدخول. مع ما رافق ذلك من قبول التهاني وتقديم الهدايا في المواسم وعمل الإطعام وحضور الجماعة.

ويقصد بزواج الفاتحة الزواج الذي ينعقد بمجرد حصول التراضي بين رجل وامرأة خاليين من الموانع الشرعية، وبموافقة الولي وعدم الاتفاق على إسقاط الصداق وحضره الشهود وشاع واشتهر واستفاض بين الناس ووثق بذاكرتهم ولم يتم كتابته كتابة رسمية، وسُمي بزواج الفاتحة لما جرى عليه العرف من تلاوة سورة الفاتحة في مجلس العقد تبركاً عند حصول التراضي وتمام العقد.

---

[15]– ينظر: – أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية المغرب. مطبعة فظالة. السنة:1992م/1412هـ. الجزء الثاني. ص:142

– الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل. تحقيق المجلس العلمي بفاس. الجزء الأول. ص:49

– أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني. النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى. المسماة المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب. الجزء الثالث. مطبعة فظالة السنة: 1418هـ-1997م. ص: 226

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج في الفقه المالكي

إن المتتبع لآراء فقهاء المالكية في تحديد أركان عقد الزواج وشروطه، فإنه سيجد اختلافا كبيرا في هذا الباب، فبعضهم ذهب إلى أن أركان عقد الزواج خمسة: هي الولي والصداق والزوج والزوجة والصيغة، قال الشيخ خليل: "وركنه (أي الزواج) ولي وصداق ومحل وصيغة "[16] ولقد انتصر لهذا الرأي الشيخ محمد عليش [17] والشيخ محمد بناني[18].

وهناك من أضاف إلى هذه الأركان الخمسة الإشهاد، واعتبر أركان عقد الزواج ستة وهي: الولي، والصداق، والصيغة والمحل (ويشمل في الحقيقة الزوج والزوجة) والإشهاد [19] في حين نجد الشيخ أحمد الدردير قد عد أركان الزواج أربعة، وهي الولي والمحل (ويشمل الزوج والزوجة) والصيغة، فضلا على أنه اعتبر الصداق والإشهاد شرطين وعلل ذلك بأن الشهود والصداق لا تتوقف عليهما ماهية العقد [20].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من حصرها في اثنين فقط كالشيخ الحطاب حيث قال: "الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان وأما الشهود والصداق فلا

---

[16]– خليل بن إسحاق المالكي. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. الطبعة الأخيرة 1401هـ – 1981م دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. الطبعة الأخيرة 1401هـ – 1981م المختصر. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع. الطبعة الأخيرة 1401هـ – 1981م ص: 112.

[17]– قال الشيخ محمد عليش: " والحق والله أعلم أن المراد بالركن ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، فيدخل الخمسة التي ذكرها المصنف كلها: لأن العقد لا يتصور إلا من عاقدين وهما شرعا الولي والزوج، وعلى المعقود عليه وهي الزوجة والصداق... " (محمد عليش. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل – الجزء الثالث – ص: –267 266).

[18]– الشيخ محمد بناني. حاشية محمد بناني (مطبوعة بهامش: الزرقاني. شرح الزرقاني على مختصر خليل)، ج: 3– ص: 214.

[19]– النفراوي المالكي. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. دار الفكر بيروت ج: 2 – الجزء الثاني – ص: 3.

[20]– الدردير. الشرح الكبير – الجزء الثالث – ص: 266.

ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح بدونهما غاية الأمر أن يشترط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق ويشترط في جواز الدخول الإشهاد"[21].

وهو ما ذكره التسولي أثناء شرحه لقول ابن عاصم:

والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان

وجاء في حاشية التاودي وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما.

وجاء في شرح التسولي لقول ابن عاصم:

وفي الدخول الحتم في الإشهاد وهو مكمل في الانعقاد

يعلم منه أن الإشهاد ليس شرطا في صحة النكاح ولا ركنا فيه لوجود العقد وصحته بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج. وإنما هو شرط في الدخول فإن دخل بغير إشهاد فسخ بطلقة بائنة[22].

فيما ذهب آخرون إلى أن الإشهاد شرط في الدخول وهذا ورد صريحا في نص للإمام مالك رضي الذي نقله الإمام محمد بن المواز في الواضحة، جاء فيه: "ومن نكح ولم يشهد، لم يضره؛ لكن لا يبني حتى يشهد."[23] ومن مثل هذا، ما قاله الإمام ابن شاس" وليس الإشهاد بركن في العقد ولا شرط فيه؛ وإنما هو شرط في كمال العقد وجواز الدخول، والمقصود إعلان النكاح وإشهاره ليتميز عن الزنا؛ وإنما شرع الإشهاد لرفع

---

[21]– الحطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل – الطبعة الثانية،1398 هـ – 1978 م – الجزء الثالث ص: 419.

[22] – أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، المغرب، السنة: 1414هـ–1994م، الجزء الأول، ص:409

[23] – أبو عبد الله محمد التاودي حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، بهامش التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ص: 409

الخلاف المتوقع بين الزوجين وإثبات حقوقهما، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم ما كانت قط بشهادة وإنما كانوا يعلنون لأمنهم لتدارء بينهم"[24].

وفي كلام المتقدمين أن القصد في النكاح إنما هو الشهرة وفي الجواهر لم تكن أنكحة السلف بإشهاد وفي جواب لابن لب ما نصه: ذكر أهل المذهب أن الإشادة بالنكاح وشهرتَه مع علم الزوج والولي تكفي، وإن لم يحصل إشهاد وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف وهو ما روي عن ابن القاسم".

وهكذا كان الفقهاء قديماً يصححون الزواج الذي وقع بلا إشهاد إذا وقع فيه "الدخول" وطال أمد العشرة وظهر الأولاد، وذلك إعمالاً لقاعدة "إعمال العقد أولى من إهماله " حماية للأنساب.

فتبعا للاختلاف الحاصل بين الفقهاء في تحديد مقومات عقد الزواج، كان اختلافهم في النكاح الذي يفتقر إلى الإشهاد، بمعنى هل تعتبر قراءة الفاتحة في مجلس العقد فقط إشارة إلى التراكن والميل والموافقة على التناكح أو يعتبر عقدا شرعيا تترتب عليه جميع الآثار التي يرتبها العقد الذي تم الإشهاد عليه؟ ذلك ما سنعالجه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: زواج الفاتحة في النوازل الفقهية والقانون المغربي

لقد كان اختلاف الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج وشروطه وفي اشتراط الإشهاد في عقد الزواج أو عدم اشتراطه كما بينا سابقا. سببا في اختلاف الفقهاء النوازليين في انعقاد زواج الفاتحة أو عدم انعقاده، آخذين بعين الاعتبار ما تجري عليه العادة السائدة في البلد، فإذا جرت العادة مجرى العقد الصحيح اعتبر عقدا شرعيا وترتبت عليه آثاره، وإن لم تجر العادة بذلك، لم يعتبر عقدا ولا يترتب عليه شيء.

[24]– الحطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل – الجزء الثالث – ص:419.

المطلب الأول: زواج الفاتحة في النوازل الفقهية

إن المتتبع للنوازل الفقهية في قضايا زواج الفاتحة، يجد الفقهاء النوازليين على فئتين فئة أفتت بعدم انعقاد نكاح الفاتحة، وأخرى أفتت بانعقاده. وهذا ما سنبينه في الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: فتاوى من ذهبوا إلى عدم انعقاد نكاح الفاتحة

يرى أصحاب هذه الفتاوى أن زواج الفاتحة ليس بعقد شرعي، ما دام لم يحضره الشهود، وإنما هو تراكن وميل فلا يترتب عليه أي أثر من آثار النكاح من إرث وصداق، وإن قبضت الزوجة شيئا ردته، لأن العادة والعرف لا يجري عندهم مجرى العقد المصطلح عليه عند أهل التوثيق بحيث لا يرتبون على إرساء الحناء والتمر ومختلف الهدايا في المناسبات والأعياد وغيرها آثار العقد.

فقد سئل العلامة الحائك عن حكم نكاح الفاتحة وعن المعمول عليه فيه، فأجاب قائلا: "إن فيه اضطراب واختلاف آراء تكّفل بنقلها الشيخ ميارة على التحفة. ... إلى أن قال "والذي أفتى به بعض النقاد ممن له معرفة بأعراف بلدنا–أي تطوان–، هو أن العرف المقرر بتطوان الثابت بها أن شهود الفاتحة ليس بعقد شرعي؛ وإنما هو تراكن وميل، فلا يترتب عليه أثر النكاح من إرث وصداق، وإن قبضت الزوجة شيئا ردته". قال: والحكم هنا بما ذكر على الوجه المذكور مستمد بما يزيد على الثلاثين سنة، وقد أفتى بذلك جمع من المتأخرين. والعقد الشرعي الملتفت إليه هو الواقع ليلة البناء وهو صحيح، لان الخلاف المذكور في المسألة حيث لا عرف ثابتّ، وإلا فلا إشكال في عدم اللزوم كما للشيخ ميارة ...إلى أن قال: وقد بلغني عن الفاضل العلامة آخر قضاة العدل بالجبل سيدي محمد بن أحمد الزنجي...أنه حكم وأشاع بها أن لا معول على نكاح الفاتحة. وتبعه من بعده عليه من السادة أولاد بن قريش وغيرهم. فمن أراد غير هذا لموت أو فراق أو مشاورة فلا يسمع منه، ويدل أنه غير عقد شرعي عندهم أنهم لا يدخلون به، بل لا بد من ان يشهدوا قرب البناء ويتحرجون من الدخول دونه، ولا تطيب

نفوسهم به، وإن احتمل أن ذلك منهم أخذ بالأحوط أو بالمتفق عليه، لأن ما يرى منهم من الامتناع من الدخول دون إشهاد، والتنفير عليه يأباه ويغبر في وجهه.

والحاصل أنه إن كان عرف بشيء فلا إشكال وإن لم يكن عرف فهو محل الخلاف...وعرف بلدنا الآن وقبله بنحو مائة سنة أن لا معول على نكاح الفاتحة...[25].

وممن أفتى بعدم الانعقاد الشيخ أبو العباس سيدي أحمد البقني سئل عن رجل خطب بنتا يتيمة من أخيها واتفقوا على التزويج بعدد معلوم وحوائج معتبرة وحضروا لمجلس واحد وعمل لهم طعاما وأكلوا دون أن تقع بينهم شهادة وأعطاها إياها عفصة وألقتها في رأسها وعَمَل عليها طعاما أيضا ومشى الرجل مع الفرسان، وقيل: إنه أسر. وقام الآن أهل البنت يريدون تزويجها لغيره. فما الحكم في ذلك بواجب الشرع؟ فهل يصح عليها العقد لغيره أم لا؟

فأجاب تأملت مكتوبكم، والذي يكون عليه عملكم في المسألة أن لا نكاح بينهما. وبذلك جرت عادة الموثقين، في هذه المسألة وأنه إذا لم يقع إشهاد فلا نكاح[26].

وفي هذا يقول سيدي أحمد لبعل في جواب له: من أراد سلوك ما نقله الموثقون فليفسخ كل نكاح دخل صاحبه بغير إشهاد للنصوص الواردة بذلك، وما يفهم من عدم فسخه على ما للأقدمين عملا على الشهرة لا يعول عليه لأن الموثقين سبقونا إلى كلامهم فلو عدلوا عنه إلى الفسخ فلما فهم منهم أنهم لا يكتفون فيه بالشهرة[27].

تبرز هذه الفتاوى التفاعل بين الآراء الفقهية والعرف المحلي في منطقة شمال المغرب وينطلق القائلون بعدم انعقاد زواج الفاتحة من الوعي الجماعي والسلوك

---

[25]– أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية المغرب. مطبعة فظالة. السنة:1992م/1412هـ. الجزء الثاني. ص:115-116.

[26]– الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل. تحقيق المجلس العلمي بفاس. الجزء الأول ص:54

[27] – أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، المغرب، السنة: 1414هـ-1994م، الجزء الأول، ص:410

الاجتماعي للناس؛ ومن العرف السائد عند أهل تطوان والجبل وشمال المغرب عموما، حيث إنهم يتحرجون من الدخول بالمرأة بمجرد الفاتحة، وينفرون من ذلك ولا تطيب نفوسهم لذلك، مما يقطع بأن نيتهم لم تتجه لإنشاء العقد فوريا وإذناً بالمعاشرة الزوجية. وإنما اتجهت نيتهم إلى التراكن والميل والوعد بالزواج ليس إلا. وهذا التوصيف يترتب عليه بطلان أي أثر شرعي لهذه العلاقة، فلا يثبت بها إرث في حال الوفاة، ولا يجب بها صداق في حال الفراق، بل ويلزم برد ما قبض من مال أو هدايا لأن العقد الشرعي في نظر هؤلاء الفقهاء النوازليين هو الذي ينعقد ليلة البناء والعرس بحضور الشهود.

ويرون إن اشتراط "الإشهاد" ليلة البناء واعتبار ما قبله مجرد وعد هو حماية للأعراض والأموال، ومنعاً للضرر الذي قد يلحق بالمرأة في حال الفراق أو الموت قبل الإشهاد على الزواج، خصوصاً في حالات الأسر أو الموت المفاجئ وبذلك فإن هذه النصوص تؤسس لنموذج العمل الفقهي الذي يقيد الخلاف المذهبي بالعرف المحلي المستقر لأكثر من قرن، معتبرة أن أي ادعاء بانبرام العقد قبل ليلة الزفاف هو ادعاء يخالف الواقع المشهود ولا تُسمع دعواه أمام القضاء، وهو ما جعل القضاة المتعاقبين كالقاضي سيدي محمد بن أحمد الزنجي والفقهاء النوازليين يفتون بأن لا معول على نكاح الفاتحة ما لم يكن الكتب والإشهاد فيه.

الفقرة الثانية: فتاوى من ذهب إلى انعقاد نكاح الفاتحة

لقد ورد في كتب النوازل الفقهية أن هناك من الفقهاء من يرى انعقاد النكاح ولزوم أثاره بما جرت به العادة والعرف من الإطعام وإرسال الحناء والتمر ومختلف الهدايا في المناسبات والأعياد مع تحقق الرضا وموافقة الولي وتعيين الصداق وقدره، غير أنه لم يقع الإشهاد على عقد النكاح.

وهذا ما أفتى به الشريف المزدغي حينما سئل عمن عقد عليها أخوها النكاح بغير وكالة منها، غير أن الناس حضروا وطلبوا له وأعطاهم وأكلوا طعاما في الوقت وقامت الولاول وذلك مند عامين ولم يسمعوا من البنت المذكورة إنكارا ولا قبولا إلى الآن وقبله

بمدة أنكرت ذلك وقالت: لم أوافق عليه. فقال لها زوجها الذي أراد تزويجها، أرسلت إليك الحناء والصابون والفاكهة في الحاجوز والأعياد على عادة الناس حين يتزوجون ويكون ذلك في الأملاك. فهل إذا ثبت هذا وشهد عليها أنها كانت تعلم أن الحناء من عنده وكذلك الفاكهة يكون سكوتها رضى منها بالزواج. أو لا حتى يسمع منها الإشهاد بالوكالة والرضى بالمهر ونقده وكالئه؟ فأجاب قائلا: "إن أكلت (أي البنت) من تلك الفاكهة، وغسلت بذلك الصابون، أو صبغت بتلك الحناء، وسكتت طول المدة المذكورة، فذلك كله يدل على قبولها للنكاح، مع أن تهنئة الناس لها مع سكوتها وتسميتها بامرأة فلان ولم تنكر، يكفي في ذلك كله"[28].

ويؤيد ما للمزدغي ما أفتى به ابن لب والعبدوسي فيمن عقد عليها وليها بغير وكالة من أنها إذا هنيت حين العقد فلم تنكر، أو حضرت صنيع وليمتها دون إظهار نكير لزمها النكاح...إذا كان النكاح مشهورا[29]. لان ما يقع من الإشاعة والأطعمة عقد ولو ممن ناب عن الزوج والزوجة ووليهما بغير توكيل ولم يشك في عملهما ورضاهما بذلك، فالظاهر اللزوم...[30]، لا سيما وأن الإشهار والإشاعة والإعلان عند البعض يغني عن الإشهاد الذي لا يعد لا شرطا ولا ركنا.

وهذا ما أفتى به كذلك الشيخ الإمام العالم الحافظ أبو العباس سيدي أحمد المقري التلمساني ثم الفاسي سئل عن هذه النازلة (أي النازلة المذكورة أعلاه) وذكر في السؤال أن الزوج فعل عادة أهله من تحنية يديه وجاء العيد فبعث للزوجة كبشا، وكان عازما على البناء والعرس. فأجاب أن هذه النازلة اختلف فيها آراء الأئمة وفتاويهم فالذي أفتى به الشريف المزدغي أن مثل هذا النكاح صحيح وأحكامه ثابتة. إلى أن قال: قال شيخ

---

[28]– الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل. تحقيق المجلس العلمي بفاس. الجزء الأول. ص:53

[29] – أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، المغرب، السنة: 1414هـ-1994م، الجزء الأول، ص:412

[30] – أبو عبد الله محمد التاودي حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، بهامش التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ص: 411

شيوخنا ميارة في شرح التحفة، والظاهر ما أفتى به الشريف(المزدغي) من لزوم النكاح وترتب أحكامه، وهو الموافق لقولهم: من زوج ابنه البالغ او أجنبيا، إن طال سكوته وقبل التهنئة لزمه، وهو قول الشيخ خليل "وإن طال كثيرا لزم.". وهو الذي نقله الشيخ خليل في التوضيح عن صاحب النكت واللخمي أنه إن طال سكوته بعد عقد النكاح، وزاد اللخمي وقبل التهنئة على جري العادة لزمه النكاح[31].

وهو ما أفتى به سيدي عبد الرحمان الحائك حين سئل عن "يتيمة لم تحضر هي ولا الزوج؛ بل حضر أبوه ووليها، وكل منهم يدعي الإذن". فأجاب أن النكاح صحيح وعلل قوله بما جاء في نوازل النكاح من المعيار المعرب للونشريسي عن سعيد بن لب أنه قد ذكر أهل المذهب أن الإشادة في النكاح وشهرته مع علم الزوجين والولي بذلك يكفي وإن لم يحصل إشهاد، وذكر أن هذا ما حكي عن ابن القاسم مؤكدا قوله بما عليه أنكحة القنادسة زاوية العارف بالله سيدي محمد بن أبي زيان وأرجائها، وكان أمير المؤمنين وهو الشريف سيدي محمد بن عبد الله بن إسماعيل حمل أهل مملكته عليه، فلما مات رحمه الله رجع الناس لمألوفهم [32].

وممن اعتبر النكاح منعقدا بما جرت به العادة من التهنئة وقيام الوليمة، وإرسال الهدايا ولا يحتاج إلى إشهاد الفقيه النوازلي أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمان الجيلالي الذي قال: إذا كانت العادة عندهم جارية مجرى العقد المصطلح عليه عند الموثقين؛ بحيث يرتبون على إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح، وأن الإشهاد الواقع ليلة الدخول ليس هو إلا للتحصين من النزاع في قدر المهر أو أجله وما يقضى به، فهذا لا إشكال فيه. وعلل ذلك بقوله: وهكذا العادة عندنا، ولم نر مشيخة قط حضرت عقد نكاح وسموا الصداق وقرأوا الفاتحة على عادتهم وهم لا يقصدون انبرام العقد، وإنما قصدوا

---

[31] – الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل. تحقيق المجلس العلمي بفاس. الجزء الأول ص:55–56.

[32]– أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية المغرب. مطبعة فظالة. السنة:1992م/1412هـ. الجزء الثاني. ص:142

المواعدة، بل قصدهم بذلك انبرام العقد وإلزامه، وصار الزوج بذلك زوجا لها وهي زوجة له. وما سمعت بجماعة حضرت هذا العقد على ما وصف وأصبح أبو الزوجة ينكحها من الغير اعتمادا على أن ما وقع مواعدة.

وختم فتواه أن العادة استقرت عند أهل زرهون على صحة هذا النكاح وهو ما عليه أنكحة أهل فاس، حيث يقصدون بقراءة الفاتحة وتسمية الصداق وموافقة الولي، انبرام العقد وإلزامه لا المواعدة به معللا ذلك بما رد به ابن فتوح على البقيني القائل بعدم صحة هذا النكاح حيث قال: والظاهر ما أفتى به الشريف من لزوم النكاح وترتب أحكامه، وهو الموافق لهم، من زوج ابنه البالغ أو أجنبيا إن طال سكوته وقبل التهنئة لزمه، وهو قول خليل:" وإن طال كثيرا لزم"، والمسألة قريبة من أربعة أشهر فكيف لا يكون لازما؟[33].

وهو نفس ما أفتى أبو سالم سيدي إبراهيم الجلالي كذلك حين سئل عن رجل عقد النكاح وحضر الناس، ولم يبق من مسائل النكاح شيء، إلا أن الزوج لم يقع عليه إشهاد بالكلية أو وقع الإشهاد بعد أشهر أو أكثر من ذلك، وتحمل والده وأمه بالمهر، فهل يصح العقد أم لا؟ فأجاب إذا كان الزوج حاضرا حين العقد وصبغ الحناء وقبل التهنئة، ولم يظهر منه إنكار للزوجية، وطال الحال على ذلك، فالنكاح ثابت لازم يترتب عليه آثاره من وجوب الصداق على من تحمل به، والميراث في مال الزوج[34] .

وبمثل هذا العمل به عند أهل فاس كما ذكر التسولي في البهجة قائلا: مما يشبه الإمليسية ما جرت عادة أهل فاس أنه إذا حصل الإيجاب والقبول من ولي الزوجة يتواعد مع أهل الزوج ليوم ووقت يجتمعون فيه في المسجد مع أهل الوجاهات من الشرفاء وغيرهم، فيجتمعون ويسمع الحاضرون من ولي الزوجة أنه زوج وليته من فلان ويقبل

---

[33]– أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية المغرب. مطبعة فظالة. السنة:1992م/1412هـ. الجزء الثاني. ص:117-118

[34]– الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل. تحقيق المجلس العلمي بفاس. الجزء الأول. ص: 49-50

ولي الزوج أو من يدعي النيابة عنه ويعينون الصداق ويقرؤون الفاتحة وينصرفون ولا يسمعون من الزوج قبولا ولا من المرأة توكيلا لعدم حضورهما، ثم يطرأ موت أو نزاع فيحتج الزوج بأنه لم يحضر ولم يرض، والمرأة بأنها لم توكل، والحكم في هذه ظاهر مما مر إذ الصيغة ولكن وقع الافتيات على الزوج والزوجة على زعمهما . فإن ثبت أنه وجد من الزوجة والزوج ما يدل على رضاهما لزمهما النكاح...[35].

وهكذا يظهر من خلال هذه الفتاوى أن زواج الفاتحة كان ينعقد ويرتب آثاره الشرعية كلما توفر العقد على أركانه ولو لم يتم الإشهاد عليه لما كان سائدا من المظاهر العرفية الاحتفالية كبدائل للإشهاد من حضور الناس وتقديم الطعام، وقراءة الفاتحة وارتفاع الزغاريد وتهنئة الناس واستفاضة تسمية البنت بـ "امرأة فلان" بين الناس دون نكير وما يرافق ذلك من تقديم الهدايا الموسمية كإرسال الحناء والصابون والفاكهة في المناسبات وخاصة في الحاجوز والأعياد، وهو ما يعرف عند المغاربة بـ "التفكيرة". فقبض هذه الهدايا واستهلاكها دون اعتراض يُعد رضا بالزواج وتنفيذاً ضمنياً له، كما أن حضور الناس وتقديم الطعام وإعلان النكاح وإشهاره وقائع شرعية وأدلة قطعية على انبرام العقد وحماية الحقوق وتثبت الالتزامات ولو لم يتم الإشهاد عليه. في رأي من لا يعتبر الإشهاد لا ركنا ولا شرطا في عقد الزواج. وهذا ما قاله الإمام ابن شاس "وليس الإشهاد بركن في العقد ولا شرط فيه؛ وإنما هو شرط في كمال العقد وجواز الدخول، والمقصود إعلان النكاح وإشهاره ليتميز عن الزنا؛ وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين وإثبات حقوقهما، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم ما كانت قط بشهادة وإنما كانوا يعلنون لأمنهم لتدارء بينهم"[36].

---

[35] – أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، المغرب، السنة: 1414هـ-1994م، الجزء الأول، ص:414-415.

[36]– أبو علي الحسن بن رحال المعداني. فتح الفتاح على مختصر الشيخ خليل. تحقيق جمهرة من الأساتذة والباحثين. دار ابن حزم. الطبعة الأولى2023. ص: 89

وفي جواب لابن لب: أن الإشادة بالنكاح وشهرته مع علم الزوجين والولي بذلك يكفي، وإن لم يحصل إشهاد، وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف[37].

المطلب الثاني: زواج الفاتحة في مدونة الأسرة والعمل القضائي

لإبرام عقد الزواج في مدونة الأسرة، يجب توفر مجموعة من الأركان والشروط الجوهرية التي تضمن صحته وقانونيته، فحسب المادة 10 يعتبر الإيجاب والقبول ركناً أساسيا في عقد الزواج، فلا يصح الزواج إلا به، بحيث يجب أن يعبر الطرفان عن رضاهما الصريح والمتطابق والمتصل بمجلس واحد وهو مجلس العقد وبصيغة باتة غير معلقة على شرط أو أجل واقف أو فاسخ.

وتتمثل شروط صحة عقد الزواج حسب مقتضيات المادة 13 في الأهلية للزواج، حيث يجب أن يبلغ كل من الرجل والمرأة ثمانية عشر سنة شمسية كاملة على حد سواء، مع وجود استثناءات يمنحها قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الحالات الخاصة بزواج القاصر. كما يشترط انتفاء الموانع الشرعية، وهي الموانع التي تمنع الزواج سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة إضافة إلى الصداق، وهو المال الذي يبذله الزوج لزوجته إشعارا برغبته في الزواج بها، وتيسرا للزواج يجوز إبرام عقد الزواج دون تسمية الصداق وقت العقد شريطة عدم الاتفاق على اسقاطه وهو ما يسمى بزواج التفويض. ثم الولي عند الاقتضاء، على اعتبار أن المدونة أعطت للمرأة الراشدة حق تزويج نفسها بنفسها، أو تفويض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها حسب اختياره ومصلحتها. كما يشترط حضور شاهدين عدلين منتصبين لتلقي الشهادة يسمعان الإيجاب والقبول من الطريفين المتعاقدين يحرران العقد في وثيقة رسمية. وهذا ما نصت عليه المادة 13 من مدونة الأسرة بقولها:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

---

[37]- أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية المغرب. مطبعة فظالة. السنة:1992م/1412هـ. الجزء الثاني. ص:136

1-أهلية الزوج والزوجة للزواج؛

2-عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛

3-ولي الزواج عند الاقتضاء؛

4-سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛

5-انتفاء الموانع الشرعية".

ويستفاد من ذلك أن مدونة الأسرة اعتبرت سماع العدلين الإيجاب والقبول وتوثيقه شرطا من شروط عقد الزواج، وهذا يعني في حقيقة الأمر أن صحة عقد الزواج تتحقق بالإشهاد الرسمي الذي يكون من طرف عدلين منتصبين يتلقيان تصريح الزوجين بالرضا بالزواج ويكتبان وثيقة بذلك تكتسب رسميتها بعد خطاب القاضي المكلف بالتوثيق عليها يتضمن شرطين، شرط الإشهاد وشرط الكتابة فأما شرط الإشهاد فلا اختلاف في أنه ضروري لصحة العقد، غير أن مدونة الأسرة لم ترتب أي أثر على مخالفة ذلك لا في الفصل 57[38] ولا في الفصل 59[39]، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ما عليه فقهاء المذهب المالكي من خلاف في اشتراط الإشهاد في الزواج، فكما مر بنا فالفقهاء على آراء فهناك من اعتبر الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج وكل زواج تخلف فيه الإشهاد يجب فسخه قبل البناء وبعده بطلاق. وهناك من يرى أن الزواج ينعقد دون الإشهاد عليه ويكفي فيه الإعلان والإشادة به وشهرته.

وأما توثيق العقد وكتابته، فإن المدونة حسب المادة 16 وإن كانت اعتبرت وثيقة عقد الزواج هي الوثيقة المقبولة لإثبات الزواج فإن هذا الشرط لا يعد لا ركنا ولا شرطا في عقد الزواج بدليل أن المدونة فتحت باباً استثنائياً لإثبات الزواج غير الموثق إذا

---

[38] – تنص المادة 57 من مدونة الأسرة: "يكون الزواج باطلا:

1-إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه (الإيجاب والقبول)؛

2-إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في المواد من 35 إلى 39 أعلاه؛

3-إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول".

[39] – تنص المادة 59 من مدونة الأسرة: "يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته، طبقا للمادتين 60 و61 بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده".

حالت أسباب قاهرة دون ذلك عن طريق القضاء عبر رفع دعوى ثبوت الزوجية. ويبدو مما ذكر أن عدم توثيق الزواج إبان انعقاده برضا الزوجين وتطابق إرادتهما عليه، لا تأثير له على قيام العقد وصحته.

تنص المادة 16 من المدونة على أنه:" تعتبر وثيقة عقد الزواج الوثيقة المقبولة لإثبات الزواج.

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن علاقة زوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوج.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس عشرة سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ"

إن مفهوم المادة 16 يحيل على أن العقد ليس ركنا أساسيا في الزواج، وإنما هو وسيلة لإثباته فقط. بدليل أنها أبقت الباب مفتوحا لسماع دعوى الزوجية عندما يتعذر توثيق عقد الزواج في وقته لسبب من الأسباب و التي اشترط فيها المشرع أن تكون قاهرة، وذلك خلال فترة انتقالية حددت بداية في خمس سنوات وقع تمديدها مرتين إلى أن حددت في خمسة عشر سنة، فمنحت المحكمة صلاحية البحث عن الظروف والقرائن المؤكدة لوجود هذه العلاقة الزوجية، حيث يمكن لها في إطار النظر في الدعاوى والقضايا أن تأخذ بعين الاعتبار وجود حمل أو أطفال ناتجين عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوج معتمدة في ذلك سائر وسائل الإثبات بما فيها الاستماع إلى الشهود أو إجراء خبرة لإثبات علاقة البنوة إلى المدعى عليه.

وفي هذا الإطار صدرت عدة قرارات عن محكمة النقض منها القرار عدد259 الصادر بتاريخ 14 ماي2008 في الملف عدد 2008/1/2/168 والذي قرر أن: " ثبوت الزواج أو عدم ثبوته خاضع لتقدير محكمة الموضوع، على أن يبنى ذلك على

أسباب سائغة منها إقرار الطاعن الصريح بزواجه بالمطلوبة في النقض، وعلى الموجب المقدم من طرفها وعلى البحث الذي قامت به مع الشهود، والمحكمة لما استخلصت من كل ذلك وجود علاقة زواج شرعية بين الطرفين نتج عنها ولادة بنت تكون قد أقامت قضاءها على أساس ولم تخرق القانون"[40].

وفي نفس السياق صدر القرار عدد 454 الصادر بتاريخ 31 ماي 2016 في الملف الشرعي عدد 762/2/1/2015 عن محكمة النقض والذي قرر أنه:" بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة، فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتحققهما يكون الرضى في عقد الزواج، إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية. ولما ثبت للمحكمة تراضي المطلوبين على الزواج واشتهاره كما أكد ذلك الشهود، وإنجابهما للولد، وصدور حكم بثبوت نسبه، وعدم وجود موانع، وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنها طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة. وأما ما يتعلق بمسطرة التعدد، فإنها تطبق قبل كتابة العقد. أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الحمل أو الولد، فإنها تصبح متجاوزة وكذلك السبب القاهر الذي حال دون توثيق العقد في إبانه"[41].

وكذلك القرار عدد 583 في الملف الشرعي عدد 727/2/1/2016 بتاريخ 14 نونبر 2017 حيث قرر: "أن المحكمة بما ثبت لها من شهادة الشهود المستمع إليهم أمامها بأن الطرفين على علاقة زوجية بينهما، وأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج، لكونهم حضروا حفل زواجهما، وهو ما يؤكده إقرار الطاعن نفسه من خلال تقديمه طلب التطليق للشقاق الذي أوضح فيه أنه أراد وضع حد للعلاقة الزوجية بعد استحالة الاستمرار فيها لوجود مشاكل بينه وبين المدعى عليها المطلوبة، واعتبرت بذلك العلاقة الزوجية قائمة بين الطاعن والمطلوبة، وقدرت على ضوء معطيات الملف وفي إطار سلطتها الظرف

[40] – نشرة قرارات محكمة النقض، السلسلة:1، السنة: 2009، الجزء الأول، ص:80

[41] – نشرة قرارات محكمة النقض، السلسلة: 6، العدد: 28، ص: 24

القاهر الذي حال دون توثيق العقد في وقته، وقضت بما جرى عليه منطوق قرارها، فإنها جعلت لما قضت به أساسا"[42].

وكذلك القرار عدد 207في الملف الشرعي عدد 2/1/2017/ 789، الصادر بتاريخ 03 أبريل 2018، الذي قرر "أن المحكمة لما ثبت لها من تصريحات الشهود أن المطلوبة تزوجت بالطاعن بصداق وولي، وأنجبا ابناً، وهو ما أقر به بمقتضى اعتراف والتزام مصحح الإمضاء، والذي بقي بدون منازعة من طرفه، مؤداه أن المطلوبة زوجته تزوجها بالفاتحة بحضور الأهل والأصدقاء، وأنه التزم بتوثيق عقد زواجهما، واستخلصت تطابق الإيجاب والقبول المعتبر ركناً في عقد الزواج، وقضت وفق الطلب، فإنها جعلت لما قضت به أساساً، ولم تكن في حاجة لإبراز حالة الاستثناء مادام الطالب أقر بالعلاقة الزوجية"[43].

وهكذا تواترت قرارات محكمة النقض بخصوص سماع دعوى الزوجية خلال المرحلة الانتقالية والتي امتدت خمسة عشر سنة، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ. لكن بعد انتهائها في فبراير سنة 2019 وعدم العمل على تمديدها فإن قبول سماع دعوى الزوجية غير الموثقة أصبح من المواضيع التي عرفت نقاشا حادا بين الباحثين والقضاة بين مؤيد ومعارض لتمديدها والعمل بمقتضاها.

فبالنسبة لفئة الباحثين فهناك من يرى قبول سماع دعوى الزوجية لأن من شأن إلغاء قاعدة إثبات عقد الزواج عن طريق أحكام قضائية، أن يحول كتابة العقد بواسطة العدلين المنتصبين للإشهاد إلى شرط صحة فيه لا إلى وسيلة لإثباته، إضافة إلى أن من شأن ذلك أن يخلق التعارض بين مدونة الأسرة والفقه الإسلامي الذي لا يشترط الكتابة لإتمام عقد الزواج، فيغدو بالتالي عقد الزواج صحيحا أمام الله وباطلا أمام

[42] – نشرة قرارات محكمة النقض، السلسلة:7، العدد:34، ص:30

[43] – نشرة قرارات محكمة النقض، السلسلة:8، العدد:40، ص:13

القانون، ذلك أن هذه المخالفة القانونية يجب ألا تكون على حساب الأنساب والأعراض التي يجب العمل على حفظها وهو المستفاد من المادة 16من المدونة [44].

وهناك من يرى عدم تمديد فترة سماع دعوى الزوجية، قائلا إن إجراءات توثيق عقد الزواج أضحت في الوقت الراهن ضرورة لا محيد عنها حماية لنسب الأطفال وحقوقهم، لذلك كان بالإمكان الاحتفاظ بالغرامة التهديدية التي كانت مقررة في مشروع مدونة الأسرة لكل من تزوج بوسيلة أخرى غير الشكل الرسم لإبرام عقد الزواج[45].

وبالنسبة للتوجه القضائي فإن الأمر أدى إلى تضارب العمل القضائي بخصوص العقود غير الموثقة، حيث نجد اتجاها قضائيا يصرح بعدم قبول ثبوت الزوجية لتقديمها بعد انقضاء الأجل القانوني للسماع هذه الدعوى، في حين نجد اتجاها قضائيا آخر استند إلى مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة وحكم بقبول دعوى ثبوت الزوجية بعد انقضاء الأجل، تطبيقا لقواعد الفقه المالكي والاجتهاد القضائي الذي يراعي تحقيق قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

وتفاديا لهذا التضارب وتوحيدا للعمل القضائي، أصدرت محكمة النقض مؤخرا قرارا بقبول دعوى ثبوت زواج غير موثّق رغم انتهاء الفترة الانتقالية المحددة لسماع هذه الدعاوى مستندة في ذلك على المادة 400 من مدونة الاسرة التي تحيل في حالة عدم وجود نص فيها على المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

وتعود فصول القضية إلى تاريخ 2021/08/24 حينما قدم رجل وامرأة دعوى أمام قسم قضاء الأسرة بمراكش يعرضان فيها بأنهما متزوجان بالفاتحة منذ يناير 2007،

---

[44] – محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، الطبعة الثابتة 2015، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص:467 وما بعدها، بتصرف.

[45]– أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ط 2012، مطبعة المعارف الجديدة، ص 247 وما بعدها، بتصرف.

وأن ظروفا قاهرة حالت دون توثيقهما لعقد الزواج في إبانه، وأنهما أنجبا ثلاثة أبناء، وأنهما يرغبان في تصحيح هذا الوضع القائم، ملتمسين من المحكمة الحكم بثبوت الزوجية بينهما منذ يناير 2007 واستمرارها إلى الآن مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

وقضتْ المحكمة الابتدائية بالاستجابة إلى الطلب اعتماداً على مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على قواعد الفقه المالكي والاجتهاد القضائي القائم على قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف في حالة عدم وجود نص قانونيّ.

وقد استأنفتْ النيابة العامة الحكم الابتدائي لخرقه مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة والتي حددت الفترة الانتقالية لسماع دعوى الزوجية في 15 سنة من تاريخ صدور مدوّنة الأسرة وهي الفترة التي انتهت في 5 فبراير 2019، مما يجعل الدعوى قد قدّمتْ خارج الأجل القانوني.

وبتاريخ 2022/03/08 قضت محكمة الاستئناف بمراكش بإلغاء الحكم الابتدائي والحكم بعدم قبول سماع دعوى الزوجية بعلة انتهاء الفترة الانتقالية المنصوص عليها في المادة 16 من مدونة الأسرة.

وبتاريخ 21 يونيو 2022 قضت محكمة النقض بإلغاء القرار الاستئنافي القاضي برفض دعوى إثبات زوجية بحجة تقديمها خارج الأجل القانوني، حيث اعتبرت محكمة النقض أن انتهاء الفترة الانتقالية لتوثيق الزواج لا يعني بالضرورة ضياع حقوق الأطراف أو منع سماع الدعوى، مؤكدة أن المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه قد خرقت القانون حين حصرت النظر في الآجال الزمنية فقط، وكان لزاماً عليها في ظل غياب نص صريح يمنع سماع الدعوى بعد هذا التاريخ الرجوع إلى مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على قواعد الفقه المالكي والاجتهاد القضائي القائم على قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف لضمان حماية الرابطة الزوجية واستقرار الأسرة

وحماية حقوق الزوجة والأبناء، وهو ما أدى في النهاية إلى نقض الحكم وإحالة الملف من جديد.

وهكذا أصدرت محكمة النقض قرارها الهام رقم 358 الصادر بتاريخ 21 يونيو 2022 في الملف الشرعي رقم 372 /2/1/2022 حيث جاء فيه: إن "المحكمة لما عللت بما قضت به من عدم قبول سماع دعوى الزوجية بأنه قدم بتاريخ 2021/8/14 خارج انتهاء فترة التمديد في 2021/2/5 رغم أن الزواج يعود لسنة2007 الذي كانت وقته الفقرة الانتقالية سارية المفعول فإنها قد خرقت القانون.

عند انتهاء الفترة الانتقالية ودونما وجود نص يحدد تاريخ سماع دعوى الزوجية يرجع حينئذ للنظر فيها طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة إلى المذهب المالكي والاجتهاد القضائي الذي يراعى فيه تحقيق قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

المحكمة مصدرة القرار لما لم تعتمد المادة 400 المذكورة فإنها قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"[46].

وهكذا تكون محكمة النقض بقرارها هذا قد رسمت توجهاً قضائياً يهدف إلى حماية الأسرة وضمان حقوق الزوجة والأبناء، مؤكدة بأن الحق في إثبات الزوجية المتعلق طبعا بزواج الفاتحة يظل قائماً بالاستناد إلى القواعد العامة للفقه المالكي، ولا ينتهي بانتهاء الفترة الانتقالية للمادة 16. فانتهاء الأجل التشريعي لا يمنع المحكمة من النظر في جوهر العلاقة الزوجية القائمة فعلياً، استناداً إلى مقتضيات المادة 400 من المدونة التي تحيل على المذهب المالكي والاجتهاد.

وعلى أن زواج الفاتحة المستجمع لأركانه الشرعية (من رضا وولي وصداق وإشهاد) هو زواج صحيح شرعاً تترتب عليه آثاره الشرعية، وفق ما استقرت عليه النوازل الفقهية المغربية، حيث إن بعض الفقهاء النوازليين لطالما اعتبروا أن إعلان الزواج وإشهاره

[46] – قرار محكمة النقض رقم 358 الصادر بتاريخ 21 يونيو 2022 في الملف الشرعي رقم 372 /2/1/2022، غرفة الأحوال الشخصية والميراث. (غير منشور)

وشهرته يغني عن الإشهاد الذي لا يعتبر عندهم لا ركنا ولا شرطا لقاعدة أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". وبما أن المقصد الأسمى من مدونة الأسرة هو حفظ الأنساب وحماية الحقوق، فإن عدم توثيق الزواج في إبانه لا ينهي وجوده المادي والشرعي، مما يجعل الاستجابة لطلب إثبات هذه الزوجية ضرورة شرعية وقانونية لحماية الأسرة من الضياع وضمان حقوق الأبناء، تماشياً مع ما استقرت عليه النوازل الفقهية والتوجهات الحديثة لمحكمة النقض.

وبالرغم من الدور الكبير الذي تنهجه محكمة النقض قصد توحيد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم بشأن دعوى ثبوت الزوجية، إلا أن ذلك لم يسد الفراغ التشريعي الذي يستوجب تدخل السلطة التشريعية وذلك بتعديل المادة 16 من مدونة الأسرة مستحضرة أمن الأسرة واستقرارها. ومما يمكن مراعاته في التعديل:

– ما استقر ت عليه النوازل الفقهية المغربية والاجتهاد القضائي لمحكمة النقض في اعتبار زواج الفاتحة زواجا شرعيا صحيحا.

– تمديد حالة الاستثناء في سماع دعوى الزوجية مؤقتا مع الحرص على إيجاد السبل والوسائل الكفيلة ليقتصر البت خلال فترة التمديد على الأنكحة التي كانت قائمة خلال فترة الاستثناء، حتى لا يساهم التمديد في استفحال الظاهرة.

– يمنع منعا كليا سماع دعوى ثبوت الزوجية بين زوجين لا يوجد لهما أولاد.– يجب رفض الطلب في حالة وجود تحايل على المقتضيات القانونية وخاصة في حالة الزواج بالقاصر أو حالة زواج التعدد.

– التوعية بمضامين المدونة لجميع المواطنين وتوعيتهم بأهمية توثيق العلاقة الزوجية، وبالحماية القانونية التي تضمنها وثيقة عقد الزواج، وذلك عبر وسائل الإعلام وجمعيات المجتمع المدني وغيرها.

– إعادة النظر في الإجراءات الإدارية المتعلقة بتوثيق عقد الزواج وما تتطلبه الوثائق الإدارية وأتعاب العدول والتنقل إليهم من تكاليف ومصاريف مالية.

" سكنى الزوجة أثناء فترة النـــزاع بين النوازل الفقهية والقوانين المغربية"

ذ: رشيد الوراك.
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية الشريعة – فاس.

مقدمة:

لقد اهتم الفقهاء بحقوق المرأة خلال فترة الزواج من خلال كتابات كثيرة مطولة ومختصرة، حيث عقدوا مباحث وأبواباً ضمن مصنفاتهم الفقهية للموضوع بجميع مسائله وفروعه، والأمر نفسه ينطبق على حقوقها بعد انفصام الرابطة الزوجية؛ فتحدث الفقهاء والنوازليون عن الحقوق المترتبة عن الطلاق إما في مواضيع مستقلة، أو في ثنايا كتب الفقه واالنوازل، إلى جانب غيرها من المسائل والأقضية. لكن ما يزيد الفقه الإسلامي تميزا عن غيره من القوانين والأنظمة، هو الاهتمام الواضح بحقوقها خلال الفترة التي يشتد فيها الخصام ويحتدم فيها النزاع بين الزوجين، والتي غالبا ما تكون منذرة بنهاية فترة الزواج وبداية فترة الطلاق.

ولهذه الغاية، خصصت هذه المقالة العلمية قصد المشاركة في هذا الكتاب المبارك، فأردت من خلالها الكشف عن قضية حقوق الزوجة أثناء فترة الخصام وقيام النزاع، ومناقشتها وجمع ما تناثر حولها من كلام في كتب النوازل والأحكام، مبرزا ما حظيت به هذه الحقوق من حماية، خلال هذه الفترة من لدن الفقهاء والمهتمين بفقه النوازل.

هذا، وقد رصدت مظاهر حماية حقوق الزوجة أثناء هذه المدة، والمتمثلة في إسكانها بدار الثقات، و دار الإمارة، والأصول المعتمدة في هذه الفتاوى والنوازل من

أعراف وعوائد، ثم ما يرتبط بإسكانها من شروط ومقومات، كتوفير أمن وتجهيز وغيرهما، وما يجب على القضاة لضمان ذلك، والسهر عليه، دون إغفال حقها في النفقة خلال هذه الفترة، مركزا على ما تطرقت إليه كتب العمل في هذا الصدد من حيث أصناف النفقة ومقدارها، ومبينا أن الاستفادة من حقها في الإسكان بين دار الجيدين، أو دار الثقات، لا يحول دون الاستفادة من حقها في النفقة والحضانة ورعاية أبنائها.

وعلاوة على ما أشرت إليه أعلاه، عقدت مقارنة بين ذلك وما جاءت به القوانين المعنية بالأسرة وتطبيقاتها، من خلال الأحكام والقرارات القضائية، لأخلص إلى أن الحقوق التي تناولتها كتب النوازل الفقهية، وكتب العمل، كانت أكثر شمولية وواقعية من تلك التي جاءت بها القوانين المعاصرة، وكيف كانت هذه الحقوق تجد طريقها إلى التنفيذ والتنزيل لدى النوازليين والحكام، بخلاف ما عليه العمل القضائي الآن، وما ينتج عنه من أحكام وقرارات في واقعنا المعاصر، والتي تعترضها مشاكل عديدة تحول في الغالب دون وصول هذه الحقوق إلى أصحابها.

المبحث الأول: المقومات اللغوية والشرعية للسكنى.

المطلب الأول: المفهوم اللغوي للسكنى.

سكن من السكون: ذهاب الحركة، سكن أي سكت... ومنه سكنت الريح وسكن المطر وسكن الغضب، والسكن المنزل وهو المسكن أيضا. والسكن سكون البيت من غير ملك، إما بكراء أو غير ذلك. والسكنى إنزالك إنسانا بلا كراء. [47]

وعند الأزهري أيضا: السكن هو أن تسكن إنسانا منزلا بلا كراء. قال: وسكنى المرأة المسكن الذي يسكنها إياه. [48]

---

[47] كتاب العين، الفراهيدي 312/5.

[48] تهذيب اللغة، الأزهري 10 /33.

ومنه السكينة: الوداع والوقار وسكنت داري وأسكنتها غيري، والاسم منه السكنى، والمسكن أيضا. [49]

المتأمل فيما سبق من المعاني يجد أن المعنى اللغوي يدور حول السكن المادي، وهو مأوى الشخص، والسكن بمعنى الهدوء والسكون وأهل الدار وأيضا الوداع والوقار. ولا شك أن هذا المعنى يحقق المعنى الشرعي لأنه بناء قائم تسكنه الأسرة من زوجة وزوج وأبناء.

المطلب الثاني: المفهوم الشرعي للسكن.

لم أقف على تعريف اصطلاحي لسكنى الزوجة، ولذلك حاولت أن أتلمس معناه الشرعي من خلال حديث الفقهاء على مواصفاته وشروطه.

فقد اشترط الدردير في شرحه لمتن خليل، وهو يتحدث عن مسكن الزوجة، استقلال هذا المسكن مع توفره على المنافع الضرورية كالحمام والمطبخ...

فالدار عند الفقهاء ليست الحجرة المعدة للنوم فقط، أو أسوار مغطاة بسقف، وإنما هو منزل متكامل يحتوي على كل اللوازم الضرورية التي تحقق مفهوم السكن.

ويظهر أن قول الدردير أعلاه أكثر شمولا من كلام الحنابلة الذين اقتصروا على تحقق الاستتار عن العيون فقط، في قولهم: عليه أن يسكنها في مسكن يتحقق فيه الاستتار عن العيون في التصرف وحفظ المتاع. إلا إذا فهم من تعريف الحنابلة أن حرية التصرف وحفظ المتاع هما من مستلزمات البيت عندهم، حينئذ يمكن القول: إن هذا التعريف قد اشتمل على مكونات السكن المادية والتي هي حفظ المتاع، والمعنوية والتي هي الاستتار عن العيون في التصرف.

---

[49] كتاب الصحاح في اللغة، الجوهري 5 /2136.

المطلب الثالث: سكنى الزوجة حق لله تعالى.

يعتبر السكن من أهم مقتضيات الحياة، وهو من آكد المقاصد الشرعية والمصالح الإنسانية، فلا غنى لأحد عنه لذلك ارتقى به النوازليون في سلم ترتيب الحقوق فجعلوه من حقوق الله تعالى فلا هو حق للزوج ولا هو حق للزوجة بل هو حق لله تعالى، قال التسولي:" السكنى حق لله فليس له ولا لها إسقاطها ولذا كانت ترجع للسكنى إذا خرجت بحجة الضرورة". [50] وحق الله تعالى غالب على حق الآدمي، حيث تعطى لحق السكنى الأسبقية على غيره من الحقوق والالتزامات لأن حق الله آكد من حق الآدمي". [51]

المطلب الرابع: حق السكنى أقوى من حق النفقة والكسوة.

يبدو، من خلال الاطلاع على كتب النوازل، أن الفقهاء نبهوا إلى أهمية حق الزوجة في السكنى في مقابل الحقوق الأخرى وجعلوا لها الأسبقية في استيفائه وحمايته، قال الزرقاني: "والفرق بين النفقة والسكنى شدة الضرر بتركها دون سكنى"[52]. وهو قول الفقيه العدوي:" الذي عليه المحققون ما قاله ابن الشقاق وابن دحون، فالمعتدة لا نفقة لها منذ موت الجنين وهذا الكلام ظاهر في استمرار السكنى.[53]

وعليه فحق الزوجة في النفقة يسقط بمجرد وفاة الزوج أما حق السكنى فيظل قائما إلى حين انتهاء عدتها، وهو مقصود قول خليل:" واستمر إن مات". كما هو عند شراحه: كان المسكن له أم لا، نقد كراءه أم لا، والأجرة من رأس المال، وأما النفقة والكسوة فيسقطان بالموت. [54]

---

[50] البهجة في شرح التحفة 2/.397

[51] النوازل الكبرى، المهدي الوزاني 4/ 400.

[52] شرح الزرقاني على مختصر خليل 4/450.

[53] شرح الخرشي5/207.

[54] الخرشي5/207.

وكانت للزوجة دائما الأولوية في استيفاء حقها من السكنى يقول الخرشي: «لأن السكنى وجبت لها بالزواج والزوجة في العدة مازالت في حكم الزوجة فلذلك على الورثة أن يتنازلوا عن نصيبهم في مدة العدة ليتوسعوا لها في السكنى كما قال الخرشي:" عليهم أن يتوسعوا حتى يكون لها مسكنا في طول عدتها. [55]

ومن المظاهر التي تؤكد أن حقها في السكنى أوكد من حقها في النفقة والكسوة، أن المرأة المعتدة التي يموت الجنين في بطنها يسقط حقها في النفقة بمجرد موته ويستمر حقها في السكنى. والعلة من عدم سقوط حق السكنى هو ما أشار إليه الفقيه زروق بقوله:" قد أوجب الله في النكاح أربعة لأربعة:

الصداق للاستباحة والنفقة للاستمتاع والكسوة لدوامه والسكنى للقصر فإذا ذهب الاستمتاع أو انقطع النكاح فلا نفقة ولا كسوة ويبقى السكنى مادامت مقصورة بالعدة.[56]

وعلى عكس ما يراه الفقهاء من أولوية السكنى ومن شدة ضرر الزوجة بفقدان السكن فإن المقنن، في القانون رقم 41.10 المتعلق بصندوق التكافل العائلي وهو يتحدث عن كيفية الاستعجال بالقضايا الحيوية للزوجة عندما تكون في وضعية صعبة أي في فترة النزاع أو بعد الطلاق أو عند العجز لم يشر لمسألة سكنى الزوجة، بل اكتفى في فقرته الثانية بالتركيز على نفقتها وقيد ذلك بشروط: «يستفاد من التسبيقات المالية للصندوق، إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه واشترط في فقرته الأخيرة أن تكون الزوجة المستحقة للنفقة معوزة.[57]

فالنص لم يتطرق، من قريب أو بعيد، لحق الزوجة في السكنى وطرق حماية هذا الحق، بالرغم من أهمية السكنى ودورها في تأمين الزوجة والأطفال وحمايتهم من الهلاك والضياع، ثم قيد استفادتها من هذا الحق بشروط أهمها صدور المقرر القضائي وتعذر

---

[55] المرجع نفسه5/ 449.

[56] شرح زروق على متن الرسالة 2/ 93.

[57] المادة 2 من القانون رقم 41.10 المتعلق بتحديد شروط الاستفادة من صندوق التكافل العائلي.

تنفيذه، بسبب عسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه ولم يذكر الحالة التي يمتنع فيها المحكوم عليه عن أداء ما في ذمته بالرغم من يسره سواء كان حاضرا أو غائبا.

المبحث الثاني: سكنى الزوجة أثناء فترة النزاع في ظل النوازل الفقهية.

إن الإجماع منعقد على أن الزوجة تسكن في بيت الزوجية أثناء العصمة، ولها أن تسكن في البيت نفسه أثناء العدة، لكن أين مكان سكناها في الفترة التي تسوء فيها العلاقة بينها وبين زوجها ويحصل بينهما من الخصام والنزاع ما يحول دون الاستقرار في بيت واحد؟ ذلك ما سأتناوله في المبحث الآتي:

المطلب الأول: سكنى الزوجة أثناء فترة النزاع في فترة الخصام والنزاع بين الزوجين

المتتبع لكتب النوازل الفقهية والأحكام والأقضية يظهر له اهتمام هؤلاء بحقوق المرأة خلال فترة النزاع والخصام، فقد اعتمدوا من التدابير والوسائل ما يضمن لها حقوقها ويصون كرامتها، سواء من حيث نفقتها وحماية حضانتها من حيث سكناها، إلى حين إجراء الصلح أو وقوع الانفصال، عملا بقول سيدنا عمر: «رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحا فإن فصل القضاء يورث الضغائن."[58] فنصوا في نوازلهم على حق الزوجة في أن تسكن خلال هذه الفترة في منزل تتوفر فيه كل شروط السكن، من غذاء وأواني وأغطية وأمن وغير ذلك. وقد سماها بعضهم بدار الثقات، والبعض سماها بدار الإسكان وسميت أيضا بدار الإمارة، ودار التقى ودار الفرض ودار الأمينة وسماها أهل تونس بدار الجيدين، قال ابن عظوم: وجود الزوجة بدار الجيدين وتحت نظرهما يمنع الضياع"[(59)].

---

[58] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، الإمام القرافي، ص: 259

[(59)] أجوبة ابن عظوم 205/5.

وقد صرحوا بأن الغاية من هذه السكنى خلال هذه الفترة، هو خشية الضياع، كما يبينوا بعض مواصفات هذه السكنى، من حيث أمنها وطريقة استغلالها. جاء في أجوبة ابن عظوم:" إن نظرهما والأمن بهما هو سر مشروعية السكن عندهما، عند دعوى أحد الزوجين ضرر الآخر "[60]

وسماها البرزلي في نوازله بدار الإمارة، والذي يظهر من كلامه أن هذه الدار هي للدولة وليست للخواص إذ قال:" فدار الإمارة هي الأوسع، فهي ليست لأحد."[61]. مستندا في ذلك لما روي عن أشهب في المرأة تشكو ضرر زوجها وتطلب أن تنقل إلى ناس صالحين حتى يتبين أمرها. [62]

والذي يظهر من النوازل أعلاه، أن الزوجة لما يضيق بها العيش ذرعا في منزل الزوج تهرب إلى هذه الدار لتستقر بها ريثما يفصل القضاء في أمرها، وهو ما يظهر من النازلة التي عرضها العلمي في نوازله وهو يتحدث عن امرأة هربت من دار زوجها إلى دار التقى [63].

فكانت هذه الدار هي ملجأ من لا ملجأ له من النساء اللواتي يفتقدن الاستقرار والأمن في دور أزواجهن، إذ تحظين بالحماية والدعم من قبل القضاة، فتعتمدن على أحكامهم ليستفدن من خدمات هذه المؤسسة. وهو ما يفهم من كلام ابن عظوم " أسكنها القاضي بدار الجيدين". [64]

وتبرز النوازل الفقهية مختلف الغايات التي توخاها الفقهاء والحكام من إسكان الزوجة، مدة معينة، في دار الثقات قبل الفصل بالطلاق، وفرض النفقات، فإلى جانب

---

[60] المرجع نفسه5/ 205.

[61] نوازل البرزلي 503/2.

[62] نوازل البرزلي 423/2

[63] نوازل العلمي 1 / 269.

[64] أجوبة ابن عظوم5 /84.

توفير الأمن ومستلزمات الحياة للزوجة وأبنائها يتوخى أيضا توفير مدة من الزمن للتفكير في عواقب الفراق، مخافة التسرع في الحكم به. فكانت هذه الفترة بمثابة وقت للتأمل والمراجعة عملا بقول سيدنا عمر المشار إليه أعلاه، وهو ما أشار إليه صاحب العمل:

وقد جرى العمل في دار الثقات لوقتنا من قبل فرض النفقات
وإعطاء ما يجب للمرأة في ثلاثة أيام من فرض يفي [65]

يقول المهدي الوزاني: أي أنه جرى العمل فيما إذا نزلت المرأة بدار الثقات بأن تعطى قبل أن يفرض لها نفقتها ثلاث موزونات [66]

ولقد كان هذا التدبير معتمدا في كثير من المناطق المغربية، وهو ما يظهر من نظم الجشتيمي:

من رفعت إلى القضاء أمرها ليكتشفوا بعدلهم ما أضرهـا
يلزمهم إسعافها ما أمكنـا وينفـذون الحق إذا تـبينا

أي أن ضرر المرأة، إذا ثبت على الرجل، أمر بإزالته وإلا عوقب وعومل بما يقتضيه الشرع من طلاق وغيره، وإذا ادعت المرأة الضرر ولم يثبت وأشكل الأمر فإنه يؤمر بإسكانها بين قوم صالحين، حيث يرى القاضي أو جماعة المسلمين، إذا لم يوجد القاضي، أحوالها [67]."

فقد جاء في كتاب الوقف في الفكر الإسلامي وهو يتحدث عن مصدر تمويل هذه المؤسسة:" **وفي مدينة مراكش كما في غيرها من المدن مؤسسة اسمها دار الثقات وهي عبارة عن ملجإ تذهب إليه النساء اللائي يقع خصام وتنافر بينهن وبين أزواجهن، فلهن أن يقمن بهذه الدار، آكلات شاربات، إلى أن يزول ما بينهن وبين**

---

[65] شرح العمل الفاسي، المهدي الوزاني، 119

[66] المرجع نفسه 119.

[67] العمل السوسي في الميدان القضائي عبد الله بن محمد الجشتيميي1 /244.

أزواجهن من النفور. (68) وعلى دار الأوقاف هذه أوقاف عديدة للإنفاق عليها وعلى المقيمات فيها.69

كما استغلت هذه الدار أيضا في غياب الزوج عن زوجته، فقد سئل العلامة العربي بردلة عن امرأة، غاب عنها زوجها فحضر رجل من أقاربها، فتطوع بالنفقة طوال غيبة الزوج، ورام سكناها بدار الثقات. [70]

ودار الثقة هذه تكون لرجل أمين، إما من أقارب الزوج، أو من أقارب الزوجة، أو من غيرهم، وممكن أن تكون هذه الدار ملكا للدولة، كما في نوازل البرزلي "ودار الإمارة هي الأوسع فهي ليست لأحد "ولقد عرفتها لجنة الفقه الإسلامي " بالمكان الذي تتوفر فيه الثقة والأمانة"[71]

وسواء حملت هذا الاسم أو حملت غيره فالغاية منها توفير مستقر للمرأة تسكن فيه، بدل أن تترك للضياع والتشرد. ولقد استمر العمل بهذا الإجراء في المغرب إلى نهاية االاحتلال، فكانت عبارة عن منازل تحتوي على بيوت مهيأة لإقامة الزوجات عندما يحدث بينهن وبين أزواجهن نزاع أو دعوى، وكانت هذه الدور مجهزة بالفراش ويسهر على حراستها نساء أمينات يدعين العريفات وكل ذلك تحت مراقبة القضاء، وهذا ما ذكره الأستاذ علال الفاسي في التقريب: "وكان إلى جانب هذا محل بفاس ترفع إليه السيدات المتخاصمات، إذا كن لا يجدن من يقمن عنده. [72]

وهذا ما تؤكده الأحكام الصادرة، إبان هذه الفترة، من طرف القضاء الشرعي، فقد جاء في أحد أحكام مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى: أن المرأة تطلب من الشرع أن

---

(68) الوقف في الفكر الإسلامي، محمد بن عبد العزيز بن عبد الله 140/1

69 الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده أحمد الريسوني ص42

(70) نوازل بردلة، العربي بردلة، طبعة حجرية ص: 115.

(71) . أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية، محمد ابن معجوز 1/ 308.

(72) التقريب، علال الفاسي، ص 311.

يرفع عنها ضررها ويسكنها بين قوم صالحين، ومما جاء في قرار المحكمة أن القاضي حكم على الزوج بإسكان زوجته بين قوم صالحين وأن يحضر رسم نكاحها ويؤدي لها نفقتها وكراء مسكنها على حسب تقدير الفارض."[73]

وظل ذلك منصوصا إلى حين مجيء مدونة الأحوال الشخصية: «في حالة الترافع لدى القاضي وعدم تأتى مساكنة الزوجين وقت جريان الدعوى يمكن للزوج أن يرشح بعض أقاربه للزوجة لتختار عند من تقيم ريثما يصدر الحكم في شأنهما فإن لم تختر من بينهم واحدا فللزوج أن يختار من بين أقاربها من تنزل عنده فإذا امتنعت أنزلها القاضي في دار الثقة ويجري الزوج النفقة عليها في مختلف الأحوال." وظل النص على "دار الثقة" حاضرا في الفصل 59 بعد التعديل الذي طال مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993.

المطلب الثاني: شروط الإسكان بدار الثقات.

الشرط الاول: الاستناد للعرف.

فالعرف دليل من أدلة الشرع يقيد المطلق ويخصص العام ويفسر المبهم ويكون شاهدا لمدعيه فكل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فهي دعوى مرفوضة.

فمدلول عوائد الناس، كالإقرار وبين قوم صالحين له مراد الناس في عوائدهم، فقد ميز فقهاء القيروان بين أهل تونس الذين يعتمدون هذا العرف وبين غيرهم من أهل الجبل:

فقد جاء في النازلة التي يتضح معناها من جوابها: «وهم في بلادهم في الجبل لا يعرفون دار جيدين ولا يحكمون بها في عرفهم وعادتهم وإنما عادتهم أن المرأة إذا وقع الشر بينها وبين زوجها وخرجت غضبانة يأتيها جماعة من عمومتهم ويرضون بينهما.

---

[73] الحكم 43 الملف 3811لدى قاضي الدار البيضاء 04 جمادى الثانية 1359 الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية ومادة الأحوال الشخصية المجلد الثامن إعداد وتعليق إبراهيم بحماني الصادر في القضية مركز النشر والتوثيق القضائي مطبعة إدكل للطباعة والنشر 2012

[74] وفي النوازل الكبرى: وعلى هذا يلزم الزوجين في تشاررهما المذكور أن يعملا بعرف أهل بلدهم وعادتهم. [75] وفي مفاد هذا يقول المهدي الوزاني مظهرا أهمية العرف في الإفتاء: الحاصل أنه إذا كان عرف بشيء فلا إشكال وإذا لم يكن عرف هو محل خلاف وعليه يتنزل اختلاف فتاوى الشيوخ كما تقدم.

الشرط الثاني: أن تتكرر شكايتها من الضرر.

لكي تستفيد الزوجة من السكنى بدار الإسكان اشترط الفقهاء تكرار شكايتها من الضرر الذي لحقها مع زوجها. قال ابن عظوم:"إذا كان الأمر كما ذكر ولم تتكرر الشكاية بالزوج المذكور فلا تمكن المرأة من السكنى بين جيدين وفي جواب آخر أكثر وضوحا في هذا الباب: وإن ادعت الضرر فليس لها دار الجيدين بأول شكاية حتى تتكرر وتعجز عن إثباته ببينة. [76]

وفي جواب آخر لأبي القاسم ابن عظوم: إذا كانت أول مرة ولم يسبق لها شكاية فلا يؤمر بإسكانها بدار الإيقاف.[77] وبذلك الفتوى عند الونشريسي، ففي المنهج الفائق: ففي النوازل عن ابن عبد الصادق هذه المسألة مما تعم بها البلوى قال وقد وقعت في زمننا وعظم فيها الأمر حتى وصل إلى أمير المومنين مولانا عبد الله بن مولانا إسماعيل فوقع الحكم فيها لأنه لابد من التكرار وبه رأينا الفتوى.[78] وهو ما سارت عليه المحاكم الشرعية آنئذ فقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى الشرعي:" لأن الحكم على الزوج بين قوم صالحين إنما يكون بعد تكرار الشكوى من الزوجة بالضرر وبعد زجر الحاكم

---

[74] أجوبة ابن عظوم 102/2

[75] النوازل الصغرى 2/116

[76] أجوبة ابن عظم 255/2

[77] المرجع نفسه 357/2

[78] المنهج الفائق 187

إياه بالوعظ والأمر بالكف كما في بناني قائلا: ويؤخذ الزجر بمجرد الدعوى من قول ابن الهندي في وثائقه وإن تكرر ترادها أمام القاضي أسكنها بين قوم صالحين."[79]

لكن أهل سوس لم يشترطوا التكرار بل اكتفوا بعدم ثبوت الضرر لتمكينها من السكنى بين قوم صالحين حيث يقول أبو عبد الرحمان الجشتيمي: فإذا ادعت المرأة الضرر ولم يثبت وأشكل الأمر فإنه يؤمر بإسكانها بين قوم صالحين.

الفرع الثاني: شروط السكنى بدار ا لثقات

الشرط الأول: أن يكون المسكن آمنا

لم يكتف النوازليون بفرض المسكن، بل اشترطوا مجموعة من الشروط والمواصفات التي لابد من توفرها للقبول به، وأقلها أن يشابه المسكن الذي كانت تسكنه قبل النزاع، قال البرزلي: ويكون لها مسكن مثل الذي كانت تسكنه معه. [80] أي أن تتوفر فيه جميع ظروف السكن من أمن وراحة، واستقرار واطمئنان وسكينة، وغير ذلك مما كان متوفرا في مسكنها الذي كانت تسكنه مع زوجها قبل النزاع. وهذا ما نقل عن ابن رشيق: يكون المسكن مما يليق بالزوج والزوجة وعلى قدر حالهما. [81] قال المواق: أن يسكنها مسكنا يليق بها إما بملك أو كراء أو عارية. [82]

---

[79] الحكم 43 الصادر 3811لدى قاضي الدار البيضاء 04 جمادى الثانية 1359 لدى قاضي الدار البيضاء الأحكام

الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية ومادة الأحوال الشخصية المجلد الثامن إعداد وتعليق إبراهيم بحماني الصادر في القضية مركز النشر والتوثيق القضائي مطبعة إدكل للطباعة والنشر 2012

[80] نوازل البرزلي 2/ 390.

[81] النفقات، ابن رشيق 128.

[82] التاج والاكليل، 543/5.

الشرط الثاني: أن يكون المسكن متسعا.

اهتم النوازليون بحالة المسكن، فليس المقصود سكنها في بيت تأويه فقط، بل أوجبوا لها مسكنا يسعها ويسع حوائجها من غير ضرر بها ولا بحوائجها أيضا، وهذا ما يفيده أحد أجوبة ابن عظوم: إذا كان الأمر كما ذكر فعلى الزوج إسكانها ببيت صالح لحمل جهازها وحوائجها في سعته ومناسبته لذلك. أما بيت ضيق عن حمل ذلك، مترهل يضر ترهله وضع الحوائج الرفيعة فيه فلا. [83] فإلزام الزوج في هذه النازلة بيتا مناسبا لما ذكر مطلوب فرارا من ضررها ببيت غير مناسب لذلك.

الشرط الثالث: أن تتوفر في المسكن أسباب الإقامة الأكيدة

ومن أسباب الإقامة، أن يتوفر هذا المسكن على مستلزمات السكن والإقامة، كالأفرشة والأواني وآليات الطبخ والعجين والتنظيف وغير ذلك، مما لابد لها منه في حياتها اليومية. ولقد أطلق عليها المهدي الوزاني شروط الإقامة الأكيدة، فقال: يفرض لها الزوج الإقامة الأكيدة أي أسبابها المؤكدة، ويشتري ما يحتاج إليه من أواني البيت الجديدة، إن لم تكن موجودة عنده، وهذه الأواني ستة وثلاثون إناء لم أستحضر جميعها كالقدر والكسكس والقصعة والمغرفة والطبق وإناء للأكل وآخر للشرب وآخر للوضوء وغير ذلك [84].

المطلب الرابع: حقها في النفقة والحضانة بدار الإسكان.

أولا: حقها في النفقة.

فوجود الزوجة بدار الثقات أثناء فترة النزاع لا يعفي الزوج من الإنفاق عليها، فالنفقة واجبة على الزوج خلال هذه الفترة، قال ابن دبوس فيمن ادعت الطلاق على زوجها

---

[83] أجوبة ابن عظوم730/3.

[84] تحفة أكياس الناس، المهدي الوزاني 119.

وهو ينكر: إن النفقة في خلال ذلك الخصام على الزوج، وهو ما نبه عليه الونشريسي في الفائق: «ونفقة المرأة مدة الخصام على الزوج لأنه مقر أنها زوجته [85].

وهذا المعنى ظاهر في أجوبة أبي القاسم ابن عظوم التي جاء فيها: عن مسألة رجل وقع بينه وبين زوجته مشاجرة إلى أن طلبت السكنى بين جيدين وطلبت منه نفقتها بدار الإسكان وطلبت منه ضامنا في ذلك فضمن رجل في نفقة عام ثم إن الرجل فلس في الكسوة وأثبت حاله فيما عدا ذلك [86] وفي البرزلي:" الهاربة من الضرر لها النفقة أيضا."[87]

وهو المقرر في العمل الفاسي، التي يتحدث شراحه عن مقدار النفقة وكيفية الاستفادة منها والإجراءات المعتمدة لحماية المرأة خلال هذه الفترة كما بين ذلك المهدي الوزاني في شرح قول السجلماسي:

وقد جرى العمل في دار الثقات لوقتنا من قبل فرض النفقات [88]

يعني أنه جرى العمل فيما إذا نزلت المرأة بدار الثقات وهو جمع ثقة وهو الأمين عند التنازع في الضرر مثلا، بأن تعطى قبل أن تفرض لها نفقتها ثلاث موزونات، كما يجب لها في ثلاثة أيام من القمح وغيره موزونة في كل يوم إذا كان الزمان زمان الرخاء، وتزاد على ذلك في الغلاء بحسب الوقت، قدر ما يراه أنه يكفيها، وهكذا إلى أن تكمل في دار الثقات تسعة أيام. [89]

---

[85] المنهج الفائق والمنهل الرائق، الونشريسي، 520/2.

[86] ابن عظوم 97/3

[87] البرزلي124/2

[88] تحفة أكياس الناس ص:119.

[89] نفس المرجع ونفس الصفحة

ثانيا: حقها في الحضانة.

وتستمر حضانتها لأولادها بدار الإسكان، فإلى جانب حقها في النفقة فلا يسقط حقها في حضانة صغارها.

ففي نازلة عن زوج أراد أن يعزل أولاد زوجته عنها إذا سكنت بدار الجيدين قال ابن عظوم في جوابه: إذا كان الأمر كما ذكر فالأولاد يكونون عند أمهمهم إذ هي الحاضنة لهم وليس لأبيهم نزعهم منها بدون سبب.[90]

وفي نازلة أخرى ينسب ابن عظوم لابن عرفة اشتراكهم في الحضانة فيقول: فالحضانة مشتركة بينهما على ماصرح به ابن عرفة ومقتضى اشتراكهما في حضانتهم أن ليس له نزعهم منها ليختص بهم دونها [91]

ومن أجل حماية هذه الحقوق وصيانتها والتأكيد على ضمانها وتمكين أصحابها منها أنه إذا تعلق الأمر بحق في بلد لا حاكم فيها يرجع له لحماية هذا الحق، فجماعة المسلمين تقوم مقام القاضي. وهذا ما ذكره غير واحد من النوازليين فقد نقل الوزاني عن السيوري في النوازل الصغرى: إذا تحرج الناس لعدم القضاة فجماعتهم كافية في جميع الأشياء فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضي". [92] وأكده في نوازله الكبرى بقوله: «الجماعة تقوم مقام القاضي في البلد التي لا قاضي بها". [93]

وفي النوازل الصغرى: الجواب والله سبحانه ولي التوفيق بمنه إنه حيث كانت الصبية المذكورة من الصغر والإهمال، تأكد على أهل الفضل منهم والدين أن ينظروا في أمرها والفصل بينها وبين زوجها، لأن الجماعة ينزلون **منزلة** الامام عند تعذر الأحكام السلطانية وهذا الحكم مسلم صرح به في غير ما ديوان، ووجب على الزوج

---

[90] أجوبة ابن عظوم424/3

[91] نفسه ونفس الصفحة

[92] النوازل الصغرى 498/4

[93] النوازل الكبرى 268/2

وولي الزوج الإذعان للمحاكمة [94] وبهذا جرى العمل في سوس: يؤمر بإسكانها بين قوم صالحين، حيث يرى القاضي أو جماعة المسلمين، إذا لم يوجد القاضي، أحوالها.[95]

وعموما فدار الثقة كما قررت لجنة الفقه الإسلامي: هو المكان الذي تتوفر فيه الثقة والأمانة سواء كان دارا تحمل هذا الاسم أو لا تحمله وإنما المقصود أن توضع الزوجة في مكان أمين يطمأن عليها فيه، ويعتبر في دار الثقة ما يقتضيه الزمان والمكان. [96] إضافة إلى كون دار الثقة كانت تخصص للمرأة عندما تدعي الضرر، فهي تعتبر أيضا ملجأ للزوج عندما يدعي هو كذلك الضرر "وإن نظرهما والأمن بهما هو سر مشروعية السكنى عندهما عند دعوى أحد الزوجين الضرر؛ فبنظر الجيدين تؤمن خشية الضياع.[97]

فقد كانت دور الثقة عبارة عن منازل تحتوي على بيوت، وكانت مهيأة لإقامة الزوجات عندما يحدث بينهن وبين أزواجهن نزاع أو دعوى، وكانت هذه الدور مجهزة بالفراش والأثاث، ويسهر على حراستها نساء أمينات يدعين: العريفات. [98] وهذا ما أكده الاستاذ علال الفاسي: وكان إلى جانب هذا محل بفاس ترفع إليه السيدات المتخاصمات، إذا كن لا يجدن من يقمن عنده. ويعرف بدار القيطوني، ومن عادة النساء إذا خاصمن الزوج أن يتوجهن لبيت أقاربهن إلى أن يتراجع الزوج أو يقع الصلح أو تشتد الخصومة. فإذا لم يكن لهن أقارب التجأن إلى دار القيطوني الموجودة قرب ضريح المولى ادريس. ولم تقتصر هذه الدار على فاس وحدها بل تذكر المصادر أن دار الثقة كانت تضطلع بهذا المهمة في كافة المدن المغربية.

---

[94] النوازل ال صغرى159/2

[95] العمل السوسي في الميدان القضائي عبد الله بن محمد الجشتيميي1 /244.

[96] أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية، محمد ابن معجوز 1/ 308

[97] . أجوبة ابن عظوم205/5.

[98] أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية 308/1

وقد كان القضاة يضعون المرأة المتخاصمة مع زوجها مدة الخصام عند أمين تبقى عنده على ما جرى به العمل من قبل. وعلى الزوج أن ينفق عليها في كل الحالات سواء كانت عند من عينه من أقاربها أو في دار الثقة لأنها ما تزال في عصمته. [99]

المبحث الثالث: سكنى الزوجة أثناء فترة النزاع في ظل القوانين المغربية.

فقد استمر العمل بإسكان الزوجة بدار الثقات الى عهد ليس بالبعيد، لكن بعد أن دخلت الحماية وقلصت أدوار القضاء الشرعي، محاولة بذلك القضاء على ما تبقى من عرى الأحكام الاسلامية والمتمثلة في قانون الأحوال الشخصية عند المغاربة، أهملت هذه الدور وأصبحت غير صالحة للإقامة، ومفتقرة الى الشروط الصحية والظروف الملائمة، فاستعاضت عن ذلك مدونة الاسرة بالمادة 121 والتي تتحدث عن التدابير الموقتة.

فأمام عرض أي نزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما من حيث صعوبة العيش تحت سقف واحد، وقد تكون الدعوى قائمة، أو أن الأمر قد يشكل خطرا محدقا بالمرأة مثلا، أو إذا كان طلب التطليق للضرر قد يضاعف من إساءة الزوج لها، فمن هذا المنطلق أعطى المقنن للمحكمة إمكانية الأخذ ببعض التدابير المؤقتة، صيانة لحقوق المرأة واحتياطا لها، لأن وقت الدعوى قد يطول، فتضيع حقوقها في انتظار الحسم، لذا يتعين على المحكمة أن تأمر بالنفقة المؤقتة، تحسبا لكل الظروف الصعبة التي من الممكن أن تعترض المرأة، خلال هذه الفترة.

والحكم بالنفقة المؤقتة هو تعجيل لجزء من النفقة المتوقع صدور الحكم بشأنها، لهذه الأسباب أعطى المقنن المغربي صلاحية اتخاذ مثل هذه القرارات تلقائيا دون انتظار

---

414 التقريب علال الفاسي، ص 311

طلبها من الطرف المتضرر، عكس ما قال به بعض القضاة الذين جعلوا من شروط الحكم بهذه النفقة إثارتها من طرف المعني بها. [100]

وعليه فالمتأمل في المادة أعلاه من المدونة لابد أن يقف على مجموعة من الأمور منها:

- اتخاذ التدابير المؤقتة متوقف على شرط تعذر المساكنة بين الزوجين.
- للمحكمة أن تتخذ هذا الإجراء من تلقاء نفسها إذا تطلب الأمر ذلك.
- الهدف من هذا الإجراء هو حماية المرأة والطفل في فترة النزاع.
- من بين التدابير المؤقتة التي يمكن للمحكمة اتخاذها، إسكان الزوجة عند أحد أقارب الزوج أو أحد أقاربها كما هو العمل عند أهل النوازل والأحكام.
- مفعول الحكم بالنفقة المؤقتة يسري من تاريخ صدوره إلى حين صدور الحكم في موضوع الدعوى.
- تنفذ التدابير المؤقتة التي اتخذتها المحكمة بواسطة النيابة العامة بكيفية استعجالية وبالسرعة الملائمة
- بمجرد النطق بالحكم وبواسطة المسودة [101]

لكن لابد من الإشارة والتنبيه إلى ما يعتري اتخاذ هذه التدابير من نقص إذ يظل الحكم الصادر بشأن النفقة المؤقتة غير متوفر على عنصري الإقرار والإلزام، ومعرض للطعن فيه في كل لحظة، إذ ممكن أن يقضى برفض الطلب، الشيء الذي يتطلب اللجوء مرة أخرى إلى محكمة الدرجة الثانية للحصول على سند تنفيذي يمكن من اقتضاء النفقة ريثما يصدر حكم في الموضوع.

---

[100] القضاء بالنفقة المؤقتة، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى حساين عبود، 307

[101] الواضح في شرح مدونة الأسرة، 2 / 242.

لذلك عززت المادة 121 بما جاءت به المادة 53 من مدونة الأسرة أيضا: «إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته."

لكن الذي يظهر من خلال التمعن في المادة أعلاه أن المقنن تفادى صيغة الوجوب والإجبار في تحديد دور وكيل الملك واكتفى بكلمة: "تدخلت".

وقد أثارت هذه المادة عدة تساؤلات لدى المختصين، وفي مقدمتها ما يثور بشأن "السبب المبرر" الذي يسمح للزوج بإخراج الزوجة من سكنى الزوجية. فمن المعلوم أن السكنى، شرعا وقانونا، هي للزوج والزوجة مادامت العلاقة الزوجية قائمة، وحتى في حالة وجود هذا "المبرر" افتراضا لمن تكون السلطة التقديرية في مدى كفاية هذا السبب في طرد الزوجة من منزلها؟ حيث ما يمكن أن يكون سببا مقنعا بالنسبة لشخص، قد لا يكون كافيا بالنسبة لشخص آخر، ثم ما هي المسوغات ا التي سمحت للزوج القيام بهذا العمل، ألا يمكن أن نقول: إن الزوج حل محل القضاء في تقدير السبب الموجب للطرد، وكذا في استعمال القوة والسلطة ضد الزوجة، ضاربا عرض الحائط كل التشريعات والقوانين الجاري بها العمل. وبناء على هذا فإنه يلاحظ على المقنن عدم توفقه عند توسله بعبارة:" دون مبرر". [102]

كما أن المادة لم تأت بإلزام ولا إجبار للنيابة العامة بإرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية. فالعبارة التي استعملها المقنن "تدخلت النيابة العامة" تفيد الاختيار ولا تفيد الإجبار، وهو الأمر الذي يثير التساؤل الثاني المتعلق بما إذا كانت النيابة العامة ملزمة بالطلب المقدم من قبل الزوجة المطرودة أم لها سلطة الملاءمة بخصوص الطلب المذكور. [103] وتبقى ودلالتها تقتصر على تدخل النيابة العامة لرد المطرود إن كان ذلك ممكنا، لكن ما هو

---

[102] الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية عادل حاميدي ص: 126

[103] دور النيابة العامة في حماية الزوجة على ضوء مقتضيات ال مادة53 كريم أيت بلا.

مصير هذه الزوجة إن لم تستطع النيابة العامة إرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية وهو الأمر الغالب في مثل هذه الوقائع؟

ثم ماهي مظاهر الأمن والحماية التي أوردتهما المادة، والتي يتعين على النيابة العامة توفيرهما للزوجة أمام عدم كفاية النصوص القانونية والاعتمادات المادية لتحقيق ذلك؟ وأمام غياب نص قانوني صريح يجرم فعل الطرد أو الامتناع عن إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية ظل نص المادة 53 مفتقرا لأي حمولة إلزامية خصوصا عند استحضار مبدإ الشرعية الجنائية الذي يقتضي التفسير الضيق للنص الجنائي.[104]

وبالرغم من محاولة المقنن تلافي هذا الاشكال عن طريق قانون محاربة العنف ضد النساء. فالفصل 480.1 الذي يعاقب بالحبس والغرامة عن الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود إلى بيت الزوجية، فإن معاناة هؤلاء النساء لم تتوقف. وهو ما اعترفت به الجمعية المغربية لحقوق الانسان في تقريرها السنوي لسنة 2020 إذ جاء فيه: بالرغم من تنصيص المادة53 من مدونة الأسرة على ضرورة إرجاع الزوجة المطرودة إلى بيت الزوجية، كما أكد عليه قانون محاربة العنف ضد النساء، وهو الإجراء الذي يشكل تهديدا لسلامة الزوجة وأبنائها ولا يضمن حماية الزوجة المطرودة من بيت الزوجية، ولا تتوفر أحكام قانونية، تتعلق بقرارات إبعاد الزوج المعنف وتوفير مراكز آمنة لإيواء النساء المطرودات وأطفالهن، يظل هذا الإجراء غير ذي جدوى ويشكل تهديدا لسلامة الزوجة. **(105)**

---

[104] جريدة بيان اليوم القاضي أنس سعدون

(105) التقرير الموازي للتقرير الجامع للتقريرين الدوريين الخامس والسادس المقدمين من طرف الحكومة المغربية بموجب المادة18 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اكتوبر 2020

الخاتمة

الباحث في التراث الفقهي عموما وفي النوازل الفقهية والأحكام القضائية على الخصوص، سيما تلك التي عالجت قضايا المرأة، يجد أن الفقهاء قد أولوا عناية كبيرة للمرأة ووفروا لها حماية رفيعة، فحفظوا لها كرامتها، وصانوا حقوقها، انطلاقا من الأصول الشرعية المعروفة، فميزوا في فتاويهم وأحكامهم بين المقاصد الشرعية الثابتة وبين الأدلة الفقهية المرنة والوسائل المتغيرة.

وقد تناولت، في هذا المقال، حق الزوجة في الإسكان، أثناء هذه المدة، بدار الثقات والأصول المعتمدة في هذه الفتاوى والنوازل من أعراف وعوائد. وتحدثت عن شروط إسكانها بدار الإمارة وضرورة توفر مقومات الإسكان من أمن وتجهيز وغيرهما، وما يجب على القضاة من ضمان ذلك والسهر عليه، كما تكلمت على حقها في النفقة خلال هذه الفترة مركزا على ما تطرقت إليه كتب العمل في هذا الصدد من حيث أصناف النفقة ومقدارها وبينت أن الاستفادة من حق الإسكان بين دار الجيدين أو دار الثقات لا يحول دون الاستفادة من حقها في الحضانة ورعاية أبنائها.

علاوة على ما أشرت إليه أعلاه، عقدت مقارنة بين ذلك وما جاءت به القوانين المعنية بالأسرة وتطبيقاتها، من خلال الأحكام والقرارات القضائية، لأخلص إلى أن الحقوق التي تناولتها كتب النوازل الفقهية، وكتب العمل، كانت أكثر شمولية وواقعية من تلك التي جاءت بها القوانين المعاصرة، وكيف كانت هذه الحقوق تجد طريقها إلى التنفيذ والتنزيل لدى النوازليين والحكام، بخلاف ما عليه الأمر اليوم وما تصير إليه الأحكام والقرارات، والتي تعترضها مشاكل عديدة تحول في الغالب دون وصول هذه الحقوق إلى أصحابها.

ويجب التنبيه إلى أن العمل بإسكان الزوجة بدار الثقات استمر إلى عهد ليس بالبعيد، لكن بعد أن دخلت الحماية وقلصت أدوار القضاء الشرعي، أهملت هذه الدور وأصبحت غير صالحة للإقامة، ومفتقرة إلى الشروط الصحية والظروف الملائمة، فاستعاض المقنن عن ذلك بمجموعة من النصوص و القوانين توزعت بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي و غيرها من القوانين، لكن في غياب الاعتمادات المالية الكافية لتوفير ما يكفي من مثل هذه المساكن وما تحتاجه الزوجة والأطفال خلال هذه المرحلة، لا نبالغ إذا قلنا بأن هذه النصوص ظلت حبرا على ورق، و تبعا لذلك ظلت المرأة، أثناء هذه الفترة، محرومة في غالب الأحوال من أدنى شروط الراحة والاستقرار.

نوازل الأسرة المسلمة في تراث العلامة سيدي محمد التاويل رحمه الله

ذ. محمد العمراوي
أستاذ التعليم العالي – جامعة مولاي إسماعيل

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه

وبعد:

فإن من بركات هذه الندوة وطالع يمنها أن الحديث فيها في موضوع خطير، وأمر عظيم، عنوانه الجامع: قضايا الأسرة.. نعم، إنها الأسرة يا سادة، الأسرة التي اجتمع عليها اليوم خلق كثير، وتكالب عليها جمع كبير، من السياسيين والعلمانيين وأنصاف المتعلمين وغيرهم، بقصد هدم أركانها، وتخريب بنيانها، بَيْد أنه كما قال الله تعالى "سَيُهْزَمُ ٱلْجَمْعُ وَيُوَلُّونَ ٱلدُّبُرَ[106]" وذلك بمدافعة أهل الخير والفضل من العلماء والصالحين بوسائل شتى منها هذه الندوة وأخواتها،

وإن من حسن الطالع، أن المنظمين لهذه الندوة العلمية المباركة اقترحوا علي العنوان التالي "نوازل الأسرة المسلمة في تراث العلامة سيدي محمد التاويل رحمه الله" وبالمناسبة فإني أزجي خالص شكري لجلة من أساتذة هذه الكلية العامرة الذين شرفونا أمس وقبل أمس بالمشاركة الوازنة معنا في الندوة الدولية "العلامة محمد بن قاسم التاويل رحمه الله: قراءات في آثاره العلمية.. ودراسات في اجتهاده العلمي المعاصر" بكلية الآداب بمكناس ومن خلالهم إلى جميع مكونات كلية الشريعة..

ثم أقول::

[106] سورة القمر آية 45

اسمحوا لي –أيها السادة الفضلاء– قبل الدخول في موضع هذه المشاركة أن أنبه على جملة من المسائل فرضها ما سمعته في بعض المشاركات التي سبقت:

التنبيه الأول: إن وظيفتنا نحن –معاشر المنتسبين للعلم الشرعي– هي بيان حكم الله والدفاع عنه، لأن الله أخذ الميثاق على العلماء ألا يقولوا على الله إلا الحق ولا تشتروا بآياته ثمنا قليلا...

التنبيه الثاني: أن الفقه هو منهج منضبط للتلقي عن الله تعالى والفهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وليس مجرد أقوال تنسب لفلان أو علان.

التنبيه الثالث: أن الله تعالى جعل الناس فريقين: سائلاً ومسؤولا، فقال " فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ[107]"

التنبيه الرابع: للمسؤول مواصفات وشروط يستطيع بما درْك الأحكام واستنباطها " وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلْاَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْۗ [108]"

التنبيه الخامس: الوصول للأحكام يكون بمنهج دقيق لا تعرف نتائجه سلفا، لأن القصد هو معرفة الحكم الشرعي بكل تجرد، أما تقرير الحكم ثم البحث عمن قال به من الفقهاء، وفي الأقوال الشاذة وغيرها فاتباع للهوى المغلف بأقوال فلان أو فلان..

التنبيه السادس: الفقه الانتقائي الاختياري فقه باطل لأنه يخالف المنهج الاجتهادي المنضبط من جهة، ولأنه فقه تبريري من جهة أخرى.. ولأنه مؤد –لا شك– إلى التناقض في الأحكام فيما يسمى بالاجتهاد القضائي.. ومؤد إلى تمييع الفقه بالاختيارات غير المنضبطة، يُتحصل معها على صور لا تجوز بالإجماع..

---

[107] سورة النحل آية 43

[108] سورة النساء آية 83

التنبيه السابع: كثر الحديث عن الثوابت، وكثر معها ذكر المذهب المالكي تنظيرا، ثم ظهر الحديث عن الفقه الإسلامي تنزيلا، بل تم تجاوزه إلى الاجتهاد القضائي، فصرنا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا.

التنبيه الثامن: التأكيد على ربانية المصدر في الفقه، فإن الفقه استنباط أحكام الله من وحي الله، وفي معنى ذلك أقول: ليس عندنا موروث ثقافي، بل شريعة ربانية واضحة.

أعود إلى موضوع مشاركتي في هذه الندوة فأقول:

لقد نال موضوع الأسرة حيزا مهما في كتابات الشيخ الإمام سيدي محمد التاويل رحمه الله.. وذلك لما علمه رحمه الله من مركزية الأسرة في الشريعة، وأهميتها في البناء الحضاري والعمران البشري للأمة.. ويكفي أن أشير هنا إلى خمسة من كتبه لتجلية هذه الحقيقة وتأكيدها:

الكتاب الأول: شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب

الكتاب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية

الكتاب الثالث: الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي

الكتاب الرابع: إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية: رؤية إسلامية.

الكتاب الخامس: لا ذكورية في الفقه

ويمكن أن نضيف كتاب " دعوى المساواة في الإرث"

والشيخ رحمه الله في كل ذلك يروم تصحيح التصورات، ورد الشبهات، وبيان المشكلات، وحل المعضلات، ودحض الافتراءات بواضح العبارات، وجليّ الإشارات، ومحكم الدلائل الجليات، من الآيات البينات، والأحاديث الواضحات، والإجماعات والقياسات، وما في معنى ذلك من قواعد الفقه وأصول الشريعة ومقاصد الملة، دافعه

في ذلك كله كما قال "نصرة الحق، والوفاء بالعهد الذي أخذه الله على العلماء ألا يقولوا على الله إلا الحق ولا يشتروا بآيات الله ثمنا قليلا"[109]

ففي الكتاب الأول –شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب– تناول رحمه الله نوازل وقتيةً كما في مسالة الإنجاب الاصطناعي التي فصل فيها القول وبين فيها الحق في أربعة محاور[110].

المحور الأول: تناول فيه التبرع بالأجنة وما يترتب على ذلك من إجراء التجارب عليها واستعمالها في الفحوصات الطبية، وتجميد الأجنة الملقحة من نطفة الزوج وبويضة الزوجة، والاحتفاظ بها لاستعمالها عند الحاجة مستقبلا.. وكل ذلك حرام لا يجوز[111].

وقد أفاض رحمه الله في بيان أدلة تحريم هذه العملية، وخلص إلى أن الإقدام على هذا العمل لا يجوز ابتداء والولد لا يلحق بالزوج لفساد النطفة، فإن الإسلام كما حرم الزنا حرم الاستمناء، فلا يلحق الولد المتخلق من الاستمناء بصاحب المني كما لا يلحق المتخلق من ماء الزنا بالزاني بنص الحديث " وللعاهر الحجر[112]"

المحور الثاني تكلم فيه عن أبناك النطف والبويضات والتبرع بها، وبين أن ذلك من الفواحش التي لا يجوز الإقدام عليها، ثم بين حكم الأولاد المتخلقين من ذلك: وخلص بعد استدلال طويل ودقيق إلى أن التبرع بالمني والبويضة لا يجوز، وأن الأبناء المتخلقين من ذلك أبناء زنا لا يلحقون بالزوج، وكذلك المتخلقون من الجنين المتبرع به بصاحب المني ولا بزوج المتبرَّع عليها بالجنين[113]...

---

[109] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 11

[110] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 243–259

[111] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 245

[112] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص:

[113] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 250

وتناول في المحور الثالث مسألة اللقاح في الزجاجة مبينا أن ذلك لا يجوز[114]...

وترتب أو تفرع عليه محور رابع هو الأرحام المضيفة، مبينا أنها عمليه لا يجوز الإقدام عليها ابتداء، لما فيها من تلقيح بويضة امرأة أجنبية بمني رجل أجنبي وإيصاله إلى رحم المرأة المضيفة وهو شبيه بالزنا ونوع منه[115]..

وخلاصة هذه المسالة بمحاورها الأربعة هو المنع.

تم هو رحمه الله في هذا الكتاب يتحدث حديثا مسهبا عن مصيبة حلت بالمجتمع، واستسهلها الناس، هي زواج المسلمة بغير المسلم، بل وُجد من يبررها ويستدل لجوازها بشبهات ضعيفة، وتأويلات فاسدة، وقد تنزل رحمه الله لإبطال شبيهات القوم واحدة واحدة، ثم بين بدلائل الكتاب الكريم والسنة المشرقة وقواعد الفقه وأصول الملة تحريم ذلك[116]

فضلا عن مسائل فقهية أخرى تكلم فيها اليوم أناس كثيرون، وافتروا على الشرع الحنيف، وراموا تخريب الأسر، وتشتيت الشمل، وفتح الباب أمام فساد عريض.. فقد تكلم رحمه الله عن موقف الإسلام من الإجهاض عموما وإجهاض الأجنة المشوهة خصوصا[117]، وتكلم عن الاستلحاق[118] وعن مشكلة الأطفال المتخلى عنهم[119] وعن الطلاق ومستجداته الطارئة عليه[120] وعن الطلاق في الحيض والنفاس[121] وعن تعدد

---

[114] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 256

[115] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 259

[116] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 105-157

[117] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 179

[118] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 203

[119] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 223

[120] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 267

[121] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 291

الزوجات وما يثار حوله من الشبهات[122] وعن أهلية النكاح[123] وسن الزواج في الإسلام[124] وعن تزويج المرأة نفسها دون ولي[125] وغير ذلك..

وهذا الكتاب وحده كاف في بيان اهتمام الشيخ رحمه الله بنوازل الأسرة، نرجو ونأمل أن يسرع طلبتنا النجباء إلى قراءته والاستفادة منه.

أما الكتاب الثاني فهو: موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية..

وهو كتاب يهدف الشيخ رحمه الله من خلاله إلى سد ذرائع الفساد حفاظا على تماسك الأسرة واستقرارها، يقول رحمه الله: نناقش –أي في هذ الكتاب– موضوعا جديدا شغل العلماء والفقهاء، وأصبح كابوسا يخيف الرجال والنساء والأولاد جميعا.. موضوع من أهم الموضوعات المستجدة وأخطرها على نظافة المجتمع وسلامته، وطهارة الأنساب، ونقاوة الأعراض، واستقرار الأسر، واحترام الأخلاق والقيم.. [126] مبينا رحمه الله أن اعتماد البصمة الوراثية يؤدي في الأخير إلى قلب أحكام الشريعة وجعل المشروع باطلا، والباطل مشروعا... وأنها تفتح الباب في وجه البغايا وأبنائهن، لاستنقاذهم والاعتراف بأنسابهم وإلحاقهم بآبائهم الزناة، وستر عورات أمهاتهم، وفي نفس الوقت يهدد الزوجات الشرعيات بتصيد أخطائهن، وتتبع هفواتهن، وكشف أسرارهن، وفضح عوراتهن، وتعريض أبنائهن المولودين على فراش الزوجية لحرمانهم من نسبهم، ونفيهم عن آبائهم الذين ولدوا على فراشهم، واعتبارهم أبناء غير شرعيين[127].. إلى آخر ما قال رحمه الله.

---

[122] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص:89

[123] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 15

[124] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 15

[125] شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب ص: 27

[126] موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية ص: 10

[127] موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية ص: 11

وقد أفاض رحمه الله في ذكر الأدلة على منع هذا الأمر، وبيان كبير خطره، وعظيم ضرره، على الأسرة والمجتمع، وما فيه من مفاسد مهلكة، ومساوئ مدمرة، كما أفاض في رد شبه القائلين بجوازه –وهي ثمان شبه– بما لا مزيد عليه من الحجاج الدقيق، والاستدلال العميق.. ومن قرأ هذا الكتاب.. عرف الحق وهدي للصواب.

الكتاب الثالث: الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي..

وهو كتاب ألفه رحمه الله لبيان الصواب في هذه النازلة –الوصية الواجبة– التي تؤدي إلى إدخال غير الوارث في جملة الوارثين، فينفرط عقد الأسرة، وتدخلها العداوة والشقاق، وتحل القطيعة محل الصلة، والتنافر محل التواد والتراحم، فالأعمام الحاجبون يرون أولاد أخيهم الهالك قبل أبيهم دخلاء، والأحفاد يرون أن لهم الحق في الميراث، تأسيسا على ما قرر في القانون البشري الوضعي.. متناسين أنه لا يحل حلالا ولا يحرم حراما، وأنه لا يدخل بحال تحت قاعدة "حكم الحاكم يرفع الخلاف" وعلى كل حال، فقد تجرد الشيخ رحمه الله لدراسة هذه المسألة وبيانها بالدلائل الصحيحة، والحجج الصريحة، وقال فيها بقول الراسخين من العلماء، المتحققين بأدوات الاجتهاد، ووسائل الاستنباط، مبينا منعها وعدم جوازها، وأنها وصية ظالمة وليست واجبة، بل "لقد داست الوصية الواجبة كرامة العقل والعدل والشرع، ولم تعترف إلا بالسلطة التي فرضتها على الناس رغم أنوفهم ودينهم[128]" ومن قرأ هذا الكتاب.. وكان من أولي البصائر الآخذين بنصيب من العلم، المعملين لمنهج الفقهاء وطريقتهم في الاستنباط والترجيح.. عرف صحة ما ذكره الشيخ ونص عليه..

الكتاب الرابع هو إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية:

وقد أجاب الشيخ رحمه الله في هذا الكتاب عن مسألة شغلت الأزواج والمقبلين على الزواج وهي: لمن الأموال المستفادة خلال مدة الزوجية؟ هل هي للزوج وحدة أم مشتركة

[128] الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي ص: 200

بينه وبين الزوجة؟ وبيّن رحمه الله حكم المسألة من خلال الفقه الإسلامي القائم على مبدأ العدل الذي هو حق للزوج والزوجة معا وليس لأحدهما دون الآخر،

وفصل ذلك في خمس صور: الأولى الزوجة العاطلة التي تنحصر وظيفتها في العمل المنزلي ممارسة أو إشرافا.

والثانية المرأة المشاركة في تنمية مال زوجها.

والثالثة المستقلة بعملها، وتتقاضى عليه أجرا في المجال الخاص أو العام.

والرابعة التي تشارك زوجها في العمل المؤجر عليه بأجرة مشتركة.

والخامسة المرأة التي يستغل الزوج ما لها راضية أو مكرهة[129].

وفي ضمن ذلك ناقش فتوى ابن عرضون رحمه الله، مشيرا إلى أنها أثارت ردود فعل عنيفة من طرف الفقهاء المعاصرين له والمتأخرين عنه، خاصة المحققين منهم، وما تزال هذه الفتوى تثير أطماع المشاغبين ولعاب العلمانيين في الاحتماء بها، واتخاذها لتحقيق أغراضهم في إشعال الفتنة، ونار الحرب داخل الأسرة المغربية... وقد ناقش الشيخ التاويل رحمه الله فتوى ابن عرضون في ثمان مطالب:

الأول في بيان موضوع هذه الفتوى

الثاني في توثيقها

الثالث في سلف ابن عرضون فيها

الرابع في مبرراتها

الخامس في مناقشتها

السادس في مواقف العلماء منها

[129] إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية: ص 12-13

السابع في تناقض فتاوى القائلين بها

الثامن: في أثرها على المرأة والأسرة واقتصاد الأمة[130].

ومن الآثار السلبية لهذه الفتوى على الأسرة المغربية أن من شأن القول بها الحد من الإقبال على الزواج، والتشجيع على العزوبة، والإغراء بالفساد، وسيتولد عن ذلك – لا محالة– انتشار العنوسة والترمل في صفوف النساء عموما والفتيات خصوصا، فإنهن سيركبن القطار بعد امتلاء المقاعد، فلا تجد الواحدة منهن من تتخلى لها عن مقعدها أو تشاركها فيه على الأقل[131].

ومن الآثار السلبية لهذه الفتوى –كما يقول رحمه الله– أنها ستحول كثيرا من الأسر المغربية إلى حقول ألغام، وبراكين تهتز تحت أقدامها وتمحو من ذاكرتها شيئا اسمه المودة والرحمة[132]..

وهكذا نجد عند قراءتنا لهذا الكتاب أن الشيخ رحمه الله كان منتبها لما يخطط للأسرة المغربية، وما يراد لها، وكان حذرا رحمه الله من مكر العلمانيين والمشاغبين كما سماهم، محررا القول في هذه النازلة تحريرا لا مزيد عليه...

وأما الكتاب الخامس فهو كتاب "لا ذكورية في الفقه"[133]

وقد تحدث فيه عن تهمة حاول بعض الناس إلصاقها بالفقه، ورامو من خلالها إفهام المرأة المسلمة أن الفقه ذكوري صنعه الرجال، ما أدى إلى إشعال نار الفتنة في البيوت، وأدى إلى خراب كثير من الأسر، وهو ما حاول الشيخ رحمه الله معالجته وبيان الحق فيه في هذا الكتاب، واجتهد الشيخ رحمه الله وهو يرد هذه الفرية، ويدفع هذه التهمة في بيان ما لكل من المرأة والرجل من حقوق وواجبات، وفي بيان أن مصدر تلك الحقوق

---

[130] إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية من الصفحة 39 إلى الصفحة 132

[131] إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية ص: 130

[132] إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية ص: 130

[133] ذكر الشيخ رحمه الله أن مقولة "ذكورية الفقه ورجوليته" مقولة شيطانية، لا ذكورية الفقه ص: 13

والواجبات هو الشرع الحنيف وليس الفقهاء، وأن المرأة إذا عرفت ذلك ارتضته ورحبت به، وهو ما يحقق الاستقرار الأسري، وينتج الرحمة والمودة والسكينة بين الأزواج، عوض الصراع والشقاق والفراق..

وأما آخر ما يمكن الإشارة إليه من كتبه هنا فهو ما كتبه في مسألة دعوى المساواة في الإرث، وهي دعوى أفسدت –من بين ما أفسدت وما أفسدته كثير– أقول: هي دعوى أفسدت العلاقات الأسرية، وحولت سكينتها ومودتها إلى صراع حاد وشديد حول من يرث ومن لا يرث، ومن يرث كم يرث، وكيف يرث، وهلم جرا، فتحولت الأسرة إلى شركة، وتحول الميت الى غنيمة، وقام الإخوة والأخوات يقتتلون، فتهاوى بنيان الأسرة، وسقط ركنها الأعظم، وهو الاستقرار القائم على المودة والسكينة، وهو ما قام الشيخ رحمه الله لإصلاحه، وتصحيحه، وإعادة بنائه، ورد فيه الأمر إلى نصابه، حتى تستمر الأسرة المسلمة مستقرة متماسكة، وكتب ذلك بلغة العالم البصير بدينه، القوي في حججه وبراهينه، العارف بشبه المضلين، القوال للحق الصداع به... ومن قرأ رسالته هذه عرف أي عالم هو، وأي رجل هو..

وأما فتاواه في نوازل الأسرة المسلمة فكثيرة ومتعددة منها حكم إسقاط الجنين المعاق.. ومنها الزواج الجديد بعد بينونة صغرى هل يطوى صفحة الماضي ويزيل طلقتين رجعيتين، وفتوى في الجراحة التجميلية، ومنها إذا حملت كافرة من مسلم فماتت وجنينها في بطنها أين تدفن.. ومنها كيفية قسم التركة فيما إذا سقطت طائرة ومات ركابها وضمنهم أسرة فيها وارث وموروث .. وغير ذلك كثير..

أسأل الله تعالى أن يرحمه وينفعنا بعلمه

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه.

نوازل الأسرة والدراسات المقارنة: كشف الاثر وتجديد النظر

ذ. عبد السلام العمراني
جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

ملخص المقال: ينطلق هذا المقال من اعتبار نوازل الأسرة مجالا مركزيا للاجتهاد، تتجلى في قدرة الفقه على مواكبة التحولات الواقعية دون انفصال عن أصوله، فالقضايا الأسرية بحكم اتصالها المباشر ببنية المجتمع واستقراره، تفرض استحضار المنهج الاجتهادي القائم على الجمع بين استقراء الآثر واستحضار مقاصد التشريع في تنزيل الأحكام

ويرتكز المقال على مقاربة منهجية تقوم على بيان كيفية كشف الاثر في النوازل الاسرية من خلال تتبع معالجات الفقهاء في المدونات الفقهية، وتحليل القواعد والأصول التي واجهت اجتهاداتهم في الوقائع الأسرية بما يبرز وحدة المنهج رغم اختلاف الصور، في مقابل ذلك يعالج المقال تجديد النظر في النوازل الأسرية من خلال رصد تحول أدوات الاجتهاد واليات التكييف في ضوء المستجدات الواقعية خاصة ما يرتبط بقضايا النسب والإنجاب وتجميد النطف وغيرها من النوازل التي أفرزتها التطورات العلمية والاجتماعية

كما يهدف المقال غلى مقاربة فكرية ومنهجية بين نمطين من التعاطي مع النوازل الأسرية: نمط يقوم على استنطاق الاثر واستصحاب القواعد، ونمط يسعى إلى تجديد النظر مراعيا للمآلات والمقاصد بما يكشف عن استمرارية الاجتهاد ومرونته في مجال الأسرة

الكلمات المفتاحية:

نوازل الأسرة – الدراسات المقارنة – كشف الآثر – تجديد النظر –التكيف الفقهي – المقاصد الشرعية

مقدمة:

تعد نوازل الأسرة من أدق مجالات الاجتهاد، لارتباطها المباشر ببنية المجتمع واستقراره ولاستنادها إلى مقاصد كبرى في مقدمتها حفظ النسل وصيانة الأعراض وتحقيق السكن والمودة، وقد أفرز تطور الواقع الاجتماعي والطبي صورا جديدة من الوقائع الأسرية استدعت إعادة النظر في كيفية تنزيل الأحكام، مع الحفاظ على الأصول المنهجية التي شكلت مرجعية الفقه عبر تاريخه

وانطلاقا من هذا المعطى، يثير موضوع نوازل الأسرة إشكالا منهجيا مركزيا يتمثل في كيفية الجمع بين كشف الآثر من خلال استقراء المعالجة الفقهية للنوازل، وتجديد النظر عبر تفعيل أدوات الاجتهاد في ضوء المقاصد الشرعية ومراعاة الوقائع والمآلات، فالاكتفاء باستنطاق الآثر دون اعتبار المتغيرات قد يفضي إلى جمود في التنزيل، كما أن التوسع في التجديد دون ضوابط قد يؤدي غلى القطيعة مع الأصول

ويهدف هذا البحث إلى معالجة هذا الإشكال من خلال مقاربة منهجية تقوم على بيان أسس كشف الآثر في نوازل الأسرة، وتحليل آليات تجديد النظر المنضبط دون الانخراط في مقاربة تشريعية وإنما من خلال مقاربة فكرية ومنهجية بين نمطين من التقاضي الاجتهادي مع النوازل، وقد اقتضت طبيعة الموضوع تقسيم البحث إلى مبحثين: خصص الأول لكشف الآثر في نوازل الأسرة من حيث المفهوم والمنهج والتطبيقات، بينما عالج الثاني تجديد النظر في ضوء المقاصد والوقائع مع بيان أصوله وضوابطه.

أهمية الموضوع:

اهمية الموضوع تتجلى في:

- توضيح دور الدراسات المقارنة في تحليل الأساليب الفقهية القديمة وتجديد النظر في الحاضر
- تقديم أدوات منهجية لفهم النوازل الأسرية دون إخلال بالمقاصد الشرعية

- إثراء البحث الأكاديمي في مجالات الأسرة المعاصرة والقضاء والاجتهاد

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب اختيار الموضوع تتجلى في:

- كثرة النوازل الأسرية المستجدة التي تتعلق بالإنجاب والطابع الطبي والاجتماعي
- الحاجة إلى ربط الثرات الفقهي بالواقع المعاصر وتوضيح أساليب التجديد
- إبراز قيمة الدراسات المقارنة في دراسة النوازل والفروق بين القديم والمعاصر
- تقديم رؤية علمية متكاملة تربط بين النظرية الفقهية والتطبيق العلمي، مع مراعاة مقاصد الشريعة

إشكالية البحث:

كيف يمكن الجمع بين كشف الآثر الذي يوضح منهج الفقهاء في معالجة النوازل، وتجديد النظر الذي يتيح استيعاب الوقائع المستجدة دون التفريط بالمقاصد والقواعد؟

أهداف البحث:

استقراء نماذج من نوازل الأسرة من الثرات الفقهي الإسلامي–

- تحليل الأساليب التي استخدمها الفقهاء في معالجة القضايا الأسرية التقليدية
- تسليط الضوء على دور الدراسات المقارنة في استيعاب المتغيرات الاجتماعية والطبية
- إبراز صور تجديد النظر المعاصر ومقارنتها بالأساليب التقليدية

منهج البحث:

- يعتمد البحث على مزيج من المناهج
- المنهج الاستقرائي: لاستخراج النوازل الفقهية من كتب الثرات

- المنهج المقارن: لمقارنة الأساليب بين كشف الآثر وتجديد النظر
- المنهج المقاصدي: لاستحضار مقاصد الشريعة في حفظ النسب والأسرة

خطة البحث:

مقدمة:

وتشتمل على ما تتضمنه البحوث العلمية الأكاديمية من أهمية الموضوع وإشكالية البحث

المبحث الأول: كشف الآثر في نوازل الأسرة: المفهوم والمنهج والتطبيقات

المبحث الثاني: تجديد النظر في ضوء المقاصد والواقع: الأصول والضوابط

خاتمة: وتتضمن أهم النتائج والمقترحات

المبحث الأول: كشف الاثر في نوازل الأسرة: المفهوم والمنهج والتطبيقات

قسم الفقهاء النوازل (1) بالنسبة إلى جدتها إلى نوازل محضة وهي التي لم يسبق وقوعها كالتلقيح الاصطناعي بين الزوجين والبصمة الوراثية وتجميد النطف ونقل الأعضاء البشرية قانون رقم: 98/16 (2)

ونوازل نسبية وهي التي سبق وقوعها من قبل، لكنها تطورت وتجددت في بعض هيآتها حتى صارت بهذا النظر كأنها نازلة جديدة، ولا شك أن هذا النوع من النوازل النسبية يتطلب إحياء النظر الاجتهادي للإفادة منها بما يتناسب مع مقتضيات العصر، وقد قيل: النازلة الفقهية تدور مع ملابساتها وظروفها وجودا وعدما.

ونوازل الأسرة من أكثر ميادين الاجتهاد الفقهي والقانوني تعقيدا وحساسية لأنها تتعلق بكيان المجتمع وأساس بنائه، إذ تمس الزواج والطلاق والنسب والنفقة والحضانة وغيرها من القضايا التي تتجدد مع تطور الحياة

وقد شهد العصر الحديث انفجارا في النوازل الأسرية بفعل التحولات الاجتماعية والتقدم العلمي في مجالات الطب والوراثة والاتصال مما أفرز قضايا جديدة مثل التلقيح الاصطناعي والبصمة الوراثية وتجميد الأجنة

وفي مواجهة هذه المستجدات برز دور الدراسات المقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية، وبين المذاهب الفقهية ذاتها كمنهج علمي يساعد على كشف الاثر وتجديد النظر في معالجة هذه القضايا، بما يحفظ مقاصد الشريعة في العدل والرحمة وصيانة الأسرة مع مراعاة التطورات الواقعية والاجتماعية ويعد' كشف الاثر' من المصطلحات المستحدثة في الدراسات الفقهية المعاصرة ، لكنه متجذر في صميم النظر الأصولي المقاصدي، إذ لا يخرج عما سماه الأصوليون: فقه المآلات أو اعتبار العواقب وهو من أهم أدوات الاجتهاد التنزيلي في النوازل .

فالمقصود بكشف الاثر: تحليل النتائج الواقعية والاجتماعية والقانونية المترتبة على تبني حكم أو اجتهاد

معين في نازلة من نوازل الأسرة وبيان مدى انسجام تلك النتائج مع مقاصد الشريعة ومصالح الناس فهو إذن نوع من التقويم الاجتهادي، الذي لا يقف عند حد الاستنباط بل يتجاوزه إلى اختيار الاثر العلمي للحكم

ويقصد بكشف الاثر في نوازل الأسرة هو استقراء ما دونه الفقهاء في مدوناتهم الفقهية وكتب النوازل من معالجة للوقائع الأسرية، بقصد الوقوف على المنهج التطبيقي الذي حكم تنزيل الأحكام على الوقائع، لا الاكتفاء بعرض النتائج الفقهية المجردة، فالنوازل تمثل المجال العلمي الذي تظهر فيه كيفية اشتغال القواعد والأصول والمقاصد داخل الواقع الأسري

وقد نبه فقهاء النوازل إلى هذا المعنى بوضوح حيث قرر الونشريسي أن المقصود من جمع النوازل هو بيان كيفية تنزيل الأحكام على الوقائع المختلفة بحسب تغيير الأحوال (3)

وهذا النص يؤسس لمنهج استقرائي يركز على الفعل الاجتهادي لا على مجرد نقله

ومن الناحية الأصولية يقوم كشف الاثر على تحقيق المناطي وهو أدق مسالك الاجتهاد لا سيم في قضايا الأسرة التي تتداخل في الجوانب النفسية والاجتماعية والأخلاقية، وقد القرافي تحقيق المناطي بأنه معرفة وجود العلة في الجزئيات بعد تبوثها في الكليات (4)

ويتضح هذا المسلك في نوازل الأسرة من خلال اختلاف الحكم باختلاف حال الزوجين أو مآل العلاقة أو طبيعة الضرر

كما يعتمد كشف الاثر اعتمادا كبيرا على القواعد الفقهية باعتبارها الإطار الضابط للاجتهاد التطبيقي فقاعدة (الضرر يزال) تمثل أصلا حاكما في كثير من نوازل الأسرة كقضايا الفسخ بسبب العيوب أو الضرر المعنوي أو سوء العشرة، وقد قرر القرافي أن إزالة الضرر مقصد شرعي لا يختص بباب دون باب (5)

ويظهر هذا بوضوح في تنزيل الفقهاء للأحكام عند تعارض بقاء العلاقة الزوجية مع مقصود السكن والمودة

وتبرز منهجية كشف الاثر في نوازل النسب حيث قرر الفقهاء أصل الاستقرار الأسري من خلال قاعدة: الولد للفراش، فقد نص الإمام سحنون على أن الولد إذا ولد على فراش الزوج لحق به، ولا يلتفت إلى الدعوى المجردة (6) ويكشف هذا النص عن اعتماد الفقهاء على اليقين والاستصحاب في باب النسب، حماية للأسرة من الاضطراب وهو ما يدخل ضمن مقصد حفظ النسل

ومن التطبيقات البارزة لكشف الاثر ايضا نوازل العيوب المؤثرة في النكاح حين قرر ابن رشد أن كل عيب يخل بمقصود النكاح يتبث به خيار الفسخ للطرف المتضرر(7)

وهذا الحكم لم يبنى على مجرد الوصف الحسي للعيب بل على تحليل مقاصدي لمقصود العقد وهو تحقيق السكن والاستمتاع المشروع

كما تناول فقهاء النوازل مسائل تتعلق بسوء المعاشرة والهجر والإضرار، وربطوا الحكم بقاعدة رفع الضرر وسد الدرائع ويظهر ذلك في فتاوى البرزلي المتعلقة بإيذاء الزوجة أو الإضرار بها نفسيا حيث اعتبر استمرار الضرر موجبا للتدخل القضائي (8)

ويستفاد من مجموع هذه التطبيقات أن كشف الاثر في نوازل الأسرة يقوم على تفاعل منهجي بين النص والقواعد وتحقيق المناط ومراعاة الواقع الاجتماعي وهو ما يجعل هذا الكشف شرطا لازما لأي تجديد لاحق في النظر

وعلى ذلك يجب على الفقيه والباحث المعاصر أن لا يكتفي بتحليل النصوص بل يتفحص آثرها في الواقع لأن تحقيق المقاصد لا يتحقق إلى بفهم الواقع وفحص نتائجه

ومن هنا يصبح: كشف الاثر، خطوة منهجية ضرورية قبل إصدار الحكم أو تبني الاجتهاد أو وضع القانون

والإشكالية الجوهرية في نوازل الأسرة بين النص والمقصد، فالنصوص محدودة والوقائع ممدودة، ومن تم فإن الفقيه أمام معادلة دقيقة

فإن أطلق العنان للمقصود دون ضبط بالنص وقع في انفلات تشريعي –

وإن التزم ظاهر النص دون مراعاة اثره قد يقع في جمود فقهي –

والتوازن بين الطرفين هو جوهر: كشف الاثر، إذ يسعى إلى تفعيل النص في ضوء المقصد

فإذا نظرنا إلى قاعدة: الولد للفراش، مثلا نجدها قاعدة شرعية قطعية في غثبات النسب، غير أن التقدم الذي يمكن أن يتبث نسبا أو ينفيه وهنا يأتي كشف DNA العلمي أتاح وسائل دقيقة مثل: التحليل الجيني

الاثر ليقيم تقييما مزدوجا:

- أثر التمسك الحرفي بقاعدة الفراش على حقوق الأطفال والنساء

- وأثر ادخال البصمة الوراثية على استقرار الأسرة والنظام الاجتماعي فالمقصد هو حفظ النسب لا

مجرد التمسك بالشكل الاجرائي لإثباته ولذلك قرر مجمع الفقه الاسلامي الدولي (9): جواز الاستعانة بالبصمة الوراثية في حالات الاشتباه مع المحافظة على خصوصية قاعدة الفراش

وهذا تطبيق يجسد بوضوح كيف يمكن لكشف الاثر أن يوازن بين النص والمقصد دون تعارض

فعلى الباحث أن يكشف كل من الفقه والقانون والواقع وأن يقيم التوازن بينهما

ففي المغرب مثلا مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 (10) استندت إلى المرجعية المالكية لكنها تبنت اجتهادات مقاصدية جديدة كتنظيم الطلاق عبر القضاء وتقييد تعدد الزوجات وحماية حقوق الأطفال في النسب والنفقة

ومن خلال كشف الاثر على مدى عقديين من تطبيق المدونة يتبين ما يلي:

إن تقييد الطلاق القضائي قلل من معدلات الطلاق التعسفي (11)

وأن توسيع حق المرآة في طلب التطليق حقق مصلحة اجتماعية معتبرة لكنه في المقابل أدى إلى تضاعف عدد القضايا أمام المحاكم مما يستدعي تقويما جديدا للإجراءات القضائية

وهكذا يتبين أن كشف الاثر التشريعي والقضائي ضرورة مستمرة لتصحيح المسار القانوني في ضوء المقاصد الشرعية

فالتقنين لا يقاس بصواب نصوصه بل بآثارها الاجتماعية والقيمية

يتضح من هذا أن كشف الاثر يعييد وصل الفقه بالواقع ويمنع انفصاله عن حاجات الناس، ويجعل المقاصد معيار الحكم لا العادات ولا الصور

غير أن هذا المنهج يحتاج إلى ضابطين:

- أن يكون الكشف منضبطا بالأصول

- أن يكون مؤسسا على بيانت واقعية وإحصائية لا على الانطباعات

المبحث الثاني: تجديد النظر في ضوء المقاصد والوقائع: الأصول والضوابط

إن تجديد النظر في الفقه الإسلامي عامة، وفي فقه الأسرة خاصة، ليس دعوة إلى القطيعة مع الثرات بل هو عودة إليه من بوابة الوعي بالمقاصد والواقع

فالفقه ليس مجموعة نصوص جامدة، وإنما منظومة حية تتفاعل مع تغيير الزمان والمكان والعوائد في ضوء ثوابت الشرع

وقد قرر الإمام الشاطبي مبدأ استمرار الاجتهاد بوضوح حيث قال: (النوازل لا تنقضي والاجتهاد باق ببقاء التكليف) (12).

وهذا النص يؤسس لشرعية تجديد النظر في نوازل الأسرة باعتبارها من أكثر المجالات عرضة للتغيير

ويرتكز تجديد النظر في نوازل الأسرة على المقاصد الشرعية، وفي مقدمتها مقصد حفظ النسل الذي يشكل الإيطار الناظم للاجتهاد في قضايا الإنجاب والنسب والعلاقات الزوجية وقد نص ابن عاشور على أن حفظ النسل مقصد ضروري تقوم عليه الأسرة واستقامة المجتمع (13).

ويقتضي ذلك أن ينظر في النوازل الأسرية لا باعتبار جزئيات منفصلة بل في ضوء آثرها على البينة الأسرية ككل

كما يحتل فقه المآلات موقفا حيويا في تجديد النظر لما له من اثر مباشر على استقرار الاسرة، فقد قرر الإمام الشاطبي أن النظر في مآلات الأفعال مقصود شرعا (14)

ونبه القرافي إلى أن إهمال المآلات يؤدي إلى فساد عظيم في الشريعة (15).

وتزداد أهمية هذا الأصل في نوازل الأسرة، حيث قد يكون الحكم صحيحا في ذاته لكن مآله يؤدي إلى تفكك الأسرة أو ضياع الحقوق

ويضاف إلى ذلك إعتبار الواقع بوصفه مناطا للحكم لا مصدرا له وقد شدد ابن القيم على هذا المعنى بقوله: (من أفتى الناس بمجرد المنقول دون اعتبار أحوالهم فقد ضل وأضل (16)

ويظهر هذا الأصل بجلاء في النوازل المرتبطة بالتحولات الطبية والاجتماعية حيث يتغير توصيف النازلة فيتغير الحكم تبعا لذلك.

ومن الضوابط الأساسية التي تحكم تجديد النظر في نوازل الأسرة:

- عدم مصادمة النصوص القطعية
- الانضباط بالقواعد الكلية
- مراعاة المقاصد خاصة حفظ النسل والأسرة
- اعتبار المآلات والاثار الاجتماعية

وقد قرر الإمام القرافي أن الاجتهاد إذا خرج عن القواعد انقلب عبثا (17)

وهو تنبيه دقيق إلى خطورة التجديد غير المنضبط خاصة في مجال الأسرة

ويتبين من ذلك أن تجديد النظر في نوازل الأسرة ليس تجاوزا للاثر بل هو امتداد له في سياق جديد يوازن بين التابث والمتغير ويحفظ للأسرة مقاصدها ووظيفتها في البناء المجتمعي.

ومن هنا فإن تجديد النظر هو عملية قراءة الأدلة والنصوص الفقهية في ضوء المستجدات الواقعية ولا العملية مع الحفاظ على القطعيات.

فهو ليس تجديدا في الدين بالمعنى العقدي وإنما هو تجديد في فهم الدين وتنزيله كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها) (18)

وقد فهم العلماء أن التجديد هنا يعني إحياء العمل بأصول الشريعة ومقاصدها في كل عصر لا تغييرها

والأساس الأصولي لهذا التجديد يقوم على ثلاثة اركان كبرى:

– اعتبار المقاصد والمصالح: كما قرر الإمام الغزالي في كتابه المستصفى: الشريعة وضعت لتحقيق مصالح العباد، وهي تدور حول حفظ الضروريات الخمس: الدين والنفس والنسل والعقل والمال. (19)

وفي نطاق الأسرة يتصدر حفظ النسل والعرض المقاصد الأساسية لأنها مناط الأحكام المتعلقة بالنسب والزواج والطلاق

وتجديد النظر يقتضي قراءة الأحكام من زاوية تحقيق هذه المقاصد في واقع جديد تغيرت فيه الوسائل لا الغايات

– تغيير العوائد والعادات:

قال ابن عابدي في نشر العرف (20) : يتغير الفتوى بتغير الزمان و المكان و العرف و الحال

فكثير من الأحكام الفقهية المبنية على الأعراف تحتاج إلى مراجعة إذا تغيرت أعراف الناس

فإذا كان العرف القديم يقوم على تباعية المراة الاقتصادية فإن العرف الحديث في بعض المجتمعات جعلها شريكة في الكسب وهو ما يستدعي اجتهادا جديدا في تقدير النفقة أو توزيع المسؤوليات الأسرية

– تفعيل قاعدة المصلحة المرسلة:

اعتبر فقهاء المالكية من أكثر المذاهب استعمالا لهذه القاعدة ففتحوا بها باب الاجتهاد في النوازل

ومن أمثلة ذلك: إقرارهم تقييد الطلاق بالقضاء دفعا للضرر وهو ما تبنته مدونة الأسرة في المادة 79، مما يعكس اثر المدرسة المالكية في تجديد النظر التشريعي

وتجديد النظر لا يعني المساواة بين التابث والمتغر بل التفريق بين ما يتبدل بتبدل الزمان وما لا يتبدل

فالقران الكريم قرر قواعد ثابتة مثل: (فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) (21)

لكن كيفية تحقيق المعروف أو الإحسان تختلف باختلاف الأزمنة والأعراف

وهنا يأتي الاجتهاد ليجدد النظر في الوسائل لا في المقاصد.

وقد فرق العلماء بين:

– الثوابت القطعية كالأنساب وتحريم الزنا وأركان الزواج ...

– والمتغيرات الظنية: كإجراءات التوثيق وشروط الطلاق وتنظيم تعدد الزوجات ...

فالتجديد المشروع هو الذي يتناول المتغيرات بما يحقق التوابث لا بما ينسخها

وحتى لا يعرف التجديد الانحراف وضع الأصوليون ضوابط منهجية دقيقة منها: الالتزام بالمقاصد الكلية للشريعة وعدم مخالفة النصوص القطعية، واستحضار فقه الواقع والرجوع إلى الاجتهاد الجماعي

خاتمة:

1 – كشف الاثر: يمثل أداة فقهية منهجية حيوية لأنه يربط بين النصوص الشرعية والواقع الاجتماعي والقانوني.

فهو يقيم نتائج الاجتهادات السابقة، ويكشف مكامن القصور والتأثيرات المحتملة على الأسرة

2 – تجديد النظر واستمرار طبيعي لكشف الاثر يتيح إعادة قراءة الأدلة الشرعية وتكييفها بما يحفظ التوابث ويستجيب للمتغيرات

3 – التجديد ليس تغييرا في التوابث بل توظيف الوسائل الحديثة لتحقيق المقاصد الشرعية: حفظ النسب وحماية العرض وتحقيق مصلحة الأطفال.

4 – العلاقة بين كشف الاثر وتجديد النظر علاقة تفاعلية، فالأول يقيم الماضي والثاني يبني المستقبل وهما معا يمثلان منهج الاجتهاد المقاصدي.

هوامش المبحثين:

(1): محمد الصادقي، فقه النوازل: أنواعه وأركانه وخطوات دراسته في تراث علماء الغرب الاسلامي مقال منشور بمجلة البلاغ الحضاري عدد 7 و 8 بالمغرب سنة 2020

(2): قانون رقم 98/16 متعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية الصادر بتنفيده الظهير الشريف رقم: 208. 99. 1 بتاريخ جمادى الأولى 1420 الموافق ل: 25 غشت 1999، ونشر بالجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ شتنبر 1999

(3): الونشريسي، المعيار المعرب، جزء 1 الصفحة 36، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية تحقيق محمد حجي

(4): القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص 447 طبعة دار الفكر

(5): القرافي، الفروق، الجزء 2 ص 33 طبعة عالم الكتب

(6): سحنون، المدونة الكبرى، ج 2 ص 242 دار الكتب العلمية

(7): ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 5 ص 412 دار الغرب الإسلامي

(8): البرزلي، نوازل البرزلي، ج 2 ص 115 دار الغرب الإسلامي

(9): قرار رقم: 150 الدورة 16 ب: كولا لمبور بتاريخ 14 أبريل 2005

(10): قانون رقم: 70. 03 الصادر بتنفيذه: الظهير الشريف رقم 22. 04. 1 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل: 3 فبراير 2004، نشر بالجريدة الرسمية تحث عدد: 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004

(11): تقرير وزارة العدل المغربية سنة 2023

(12): الشاطبي، الموافقات، ج 4 ص 93 دار ابن عفان

(13): ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 140، دار السلام

(14): الشاطبي، الموافقات، ج 5 ص 177

(15): القرافي، الفروق، ج 1 ص 176

(16): ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 4 ص 157، دار الجيل

(17): القرافي، الفروق، ج 1 ص 7

(18): رواه أبو داود، رقم الحديث 4291

(19): الغزالي، المستصفى، ج 1 ص 286

(20): محمد امين بن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ج 2، ص 114 دار الكتب العلمية بيروت سنة 1998

(21): البقرة الآية 229

المصادر والمراجع:

- **القرآن الكريم**

- **كتب في الفقه والنوازل:**

- سحنون، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت
- ابن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي بيروت
- الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتوى أهل إفريقيا والأندلس تحقيق محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب.
- البرزلي، نوازل البرزلي، دار الغرب الاسلامي بيروت

- **كتب أصول الفقه والقواعد:**

- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار ابن عفان
- القرافي، شرح تنقيح الفصول
- القرافي، الفروق، عالم الكتب
- الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية سنة 1993
- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل بيروت

- **كتب المقاصد:**

- ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، القاهرة

- **كتب الفقه العام:**

- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية
- الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر
- ابن قدامة، المغني، دار الفكر
- النووي، روض الطالبين، دار المكتب الإسلامي

زواج الفاتحة بين ضوابط الشرع ومحاذير الواقع:
دراسة في ضوء النوزال الفقهية والمقاصد الشرعية

ذ. بدر الدين الحميدي
مؤهل بجامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية الشريعة بفاس

مقدمة:

الحمد لله الذي رفع قدر العلم وعظمه، وصور الإنسان وعلمه، وهدى للتفقه في دينه من اصطفاه وفهمه. والصلاة والسلام على مولانا رسول الله الداعي إلى سبيل ربه بالحكمة والموعظة الحسنة، والكاشف بنور رسالته جلابيب الظلمة، والفاتح بهديه مغاليق الغمة، وعلى آله وأصحابه وذريته الطيبين الطاهرين الذين اتبعوا السنة، وعلى كل من تبعهم فأحسنوا الاتباع وقدموا للناس القدوة.

أما بعد؛

فإن الحديث عن زواج الفاتحة أو الزواج العرفي في الفقه المالكي والواقع العملي النوازلي يقتضي تحرير الكلام عن توثيق عقد النكاح، مع بيان أهمية الشهادة والإشهاد في تحقيق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرع عقد النكاح، والاحتراز عن المحاذير الواقعية التي تكتنف هذا العقد؛ تحصينا لبنيان الأسرة من كل تصدع، وتجنيبا لمكوناتها من كل انهيار وضياع، وتحقيقا للتماسك المطلوب لكل مكوناتها، وضمانا لاستقرار جميع أركانها وعناصرها، وفي مقدمة ذلكم الزوجة التي تعد الركن الركين في تماسك الأسرة النووية؛ بل إن أثرها يتسع ليشمل الأسرة الممتدة.

وهذا يستتبع الحديث عن التأصيل الشرعي وبيان القول الفقهي فيما كان يوثق به عقد النكاح عند السلف، مع توضيح أهمية الإشهاد والشهادة من خلال النوازل الفقهية التي تبين الجوانب العملية وما جرى به العرف في المجتمع الإسلامي من حيث ما كان ينعقد به النكاح، مع ضرورة التنصيص على المحاذير الواقعية التي تنشأ عن الاعتماد على ما جرى به العرف في انعقاد النكاح بين المسلمين؛ اتكالا على ما كان سائدا بينهم من الثقة، وما كان منتشرا في مجتمعاتهم من المروءة والوفاء بالعقود، والالتزام بمقتضياتها، تأسيا بنهج السلف الصالح في ذلك.

هذا، وإن الإشارة واجبة، في هذا المقام، إلى ما قرره الفقه النوازلي الذي يرتبط بالواقع ارتباطا وثيقا، ويؤسس قوله في ضوئه، ويسترشد بمجرياته، ويستضيئ بالآثار التي تترتب على ذلك؛ ولذلك نجد أن الحكم الفقهي انبنى على المحددات العرفية في المحال والبلدان التي جرى بها عرف بالانعقاد، أو بعدمه، أو جهل الحال، فلم يعرف هل تقرر الانعقاد أم لم يتقرر. وحيث إن هناك بعض المقتضيات المتعلقة بالزواج العرفي متفق عليها بين الفقهاء، ومقتضيات أخرى مختلف فيها، فقد اقتضى المقام تحرير محل النزاع، وبيان ما انصب عليه الخلاف الفقهي، مع حتمية الإشارة إلى ما رجحه بعض النوازليين المتأخرين في ضوء المحددات الواقعية وما يترتب على ذلك من آثار.

ففي ظل ما تقدم، يصبح طرح التساؤلات الآتية أمرامنهجيا يقتضيه البناء الجيد للموضوع والجواب عما يثيره من إشكالات فقهية وواقعية. فما هو زواج الفاتحة أو الذي يعرف بالزواج العرفي في الفقه النوازلي والواقع العملي؟ وهل يقتضي انعقاده ضرورة توثيقه أو ينعقد بمجرد استجماع شرائطه وأركانه مع جريان العرف بمقتضياته؟ وما موقف الفقهاء النوازليين من هذا الزواج من حيث إنهم حراس الدين وحماته في المجتمع الإسلامي والضامنون لتصحيح الأوضاع الواقعية في ضوء الشريعة الإسلامية؟ وما الآثار التي اعتبره فريق من النوازليين القائلين بالانعقاد أو عدمه؟ وهل كان هذا النمط يسجل حضورا معتبرا في المجتمعات الإسلامية أو كان له حضور محتشم في الواقع؟

وهل كانت المجتمعات الإسلامية واعية بخطورة هذا النمط في التعاقد أم لا؟ وهل ما زال يعمل الناس به اليوم من حيث إنه بات يعد مدخلا لتجاوز العوائق الواقعية والفرار من القيود القضائية المفروضة على نظام التعدد في الزاوج؟ وهل بات منتشرا اليوم أكثر من أي وقت مضى في ظل ما أصبح يعرفه العالم من الغلاء وخروج المرأة المسلمة للعمل، وظهورها في المجتمعات الإسلامية والأجنبية متمعة باستقلالية في اتخاذ القرارات التي تخص حياتها الشخصية بناء على وعيها بحقوقها وواجباتها، وكذا في ظل العزوف المتزايد عن الزواج سواء من قبل الرجل أو المرأة؟

وللجواب عن الأسئلة المطروحة، اقتضى المقام تقسيم البحث إلى الآتي من المحاور:

المحور الأول: الشهادة والإشهاد في النكاح والزواج العرفي (زواج الفاتحة)[134]

إن الحديث عن الشهادة والإشهاد على عقد النكاح هو في حد ذاته حديث عن توثيق هذا العقد وتسجيله في الدوائر المختصة بالتوثيق. ثم إن الشهادة والإشهاد يرتبطان بالزواج العرفي أشد الارتباط؛ إذ بهما يتميز زواج الفاتحة عن غيره، كما سيتبين تعريفه فيما بعد.

أولا: ملابسات وظروف عدم توثيق أنكحة السلف

كلام الفقهاء في فقه الأسرة يبين أن توثيق عقد النكاح لم يكن سائدا في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وصحبه والتابعين رضي الله عنهم أجمعين؛ وإنما عرف في المجتمع الإسلامي بعد ما ضعف الوازع الديني في المسلمين وساد تجاحد الحقوق

---

[134] . الوزاني. النوازل الصغرى ج 2، ص: 115. و الصفحة: 166، حيث إن هناك نازلة بيّن فيها المؤلف أحكام الفقه المتعلقة بالعرف الجاري بانعقاد النكاح بما يقع من التهادي بين الزوجين، والعرف الذي جرى بعدم الانعقاد، والعرف الذي يجهل أهل البلد انعقاد النكاح به أو عدمه. وانظر الوزاني، ج 2، ص: 138. وانظر: أوضاع المرأة في الغرب الإسلامي من خلال نوازل المعيار، ص: 74 وما بعدها.

فيما بينهم؛ إذ الأصل أن الشريعة الإسلامية لم تشترط في عقد الزواج أموراً شكلية، كأن يجري على يد عالم، أو قاض، أو شيخ كما هو الحال فيما ابتدعه النصارى في زواجهم. ومن أجل ذلك، كان المسلمون يكتفون في العصور الذهبية لهذه الأمة بإجراء عقد الزواج بالحرص على توافر أركانه ومقوماته الضرورية من حصول الإيجاب والقبول بين العاقدين، محترمين في ذلك ما جاء عن الفقهاء في صيغة الزواج، وحضور الشهود، وعدم الاتفاق على إسقاط الصداق، وحضور الولي، وإعلان النكاح وإشهاره في الناس دفعا لتهمة الزنا.

وفي هذا السياق، نقل ابن ناظم التحفة عن ابن لب أن "في كلام المتقدمين ما يشعر بأن معظم انصراف القصد في النكاح إنما هو الشهرة؛ ولذلك لم تكن أنكحة السلف بإشهاد."[135] قال ابن شاس[136] في جواهره:" والمقصود من الإشهاد إعلان النكاح وإشهاره ليتميز من السر الذي هو الزنا."[137] ثم بين الإمام ابن شاس وجه تشريع الإشهاد والحكمة منه في عقد النكاح، فقال: "وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين وإثبات حقوقهما، فكانت كسائر الحقوق، ولا يشترط الشهادة فيها شرعا، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم ما كانت قط بإشهاد."[138] وهذا المعنى قد حكي عن ابن

---

[135] . ميارة. شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية المعداني، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، 1/ 246؛ والنوازل الصغرى، ج 2/ 188.

[136] . هو أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس الجُذامي السَعدي المصري، كان فقيها في مذهب مالك عارفا بقواعده. تولى الإفتاء بمصر. صنّف كتاباً نفيساً أبدع فيه، وسماه "الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، عكف عليه المالكية بمصر لحسنه وكثرة فوائده. توفي بثغر ديمياط عام 616 هـ. انظر ترجمته في: وفيات الأعيان لابن خليكان، ج 3/ 61؛ سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة، 1422 هـ/ 2001 /، ج 110/16.

[137] . ابن شاس. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد عثمان، دار الكتب العلمية، 1/ 453.

[138] . الفقيه الوزاني. المرجع السابق، ج 2/ 188.

القاسم.[139] فباعتبار الإشهاد حقا من الحقوق، لم يشترط فيه الشهادة؛ لأن هذه الحقوق لا يشترط فيها ذلك.

ثانيا: التأصيل الشرعي لتوثيق عقد النكاح/ملابسات واقعية فرضت توثيق عقد النكاح

وقد كانت معرفة القائمين على أمر المسلمين لهذا العقد عن طريق الإعلان تغني عن توثيقه، كما أنه إن مات الشهود أو سافروا، فإن إعلان الزواج ومعرفة أولي الأمر له تقوم مقام التوثيق؛ إذ لا يمكن لأيّ من الزوجين أن ينكر زواجه المعلَن.

إلا أنه ومع تقدم الزمان، أخذ المسلمون يؤخرون جزءاً من المهر، ويكتبون ذلك في عقود، وصارت تلك الوثائق التي يُدوَّن فيها المهر المؤخر (الكالئ) وثيقة مؤكدة لعقد الزواج، ثم تطور هذا التوثيق إلى أن نصت معظم قوانين الأحوال الشخصية على لزوم توثيق عقد الزواج.[140] ففي عصور التقنين حيث أصبحت أحكام الزواج مقننة في قانون عرف "بالأحوال الشخصية" أو "مدونة الأسرة"ونظرا لتغير الظروف؛ رأى ولاة الأمور القائمون على حفظ مصالح الأمة ضرورة توثيق عقود الزواج؛ صيانة للآثار الشرعية المترتبة على هذا الميثاق الغليظ من أي تجاوز في الممارسات العملية، ولاعتبارات استدعتها ضرورة التنظيم الإداري والمصلحة العامة.

وهذا كله جاء في سياق حفظ الأسرة من التفكك والعبث بمقوماتها والاستخفاف بتماسكها، وتحقيق المقصد الأسمى الذي من أجله شرعت أحكام تنظمها، وهو حفظ أنساب الإنسان، وحماية كرامته؛ وما ذلك إلا لأن المسلمين أصبحوا يتفننون في هذه الطرق، فأصبح الرجل يهوى المرأة فيتزوجها ليقضي منها لذته وليس من شأنه أن يمسكها، ومن ذلك أيضا أن الرجل يقدم البلد فيريد أن يقيم فيه شهرا أو أكثر أو أقل،

---

[139] . نفسه، ج 2/ 168؛ البهجة في شرح التحفة للشيخ التسولي، مرجع سابق، ج 1/ 410؛ حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، للشيخ التاودي بنسودة، مرجع سابق، ج 1/ 410.

[140] . ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 175/3؛ ومجلة البحوث الفقهية، العدد (36)، ص: 194.

فيتزوج ليستعفف، وينوي طلاقها إذا أراد الخروج من ذلك البلد. والأول كرهه مالك وقال المالكية بفسخه قبل البناء وبعده لفساد عقده، والثاني أجازه ابن كنانة.[141]

ومع تطور الحياة وتغير الأحوال، وما يحتمل أن يطرأ على الشهود من عوارض الغفلة والنسيان والموت، وما يقتضيه واقع الحال من تدوين العقود المتعلقة بأحوال الناس وتوثيقها كافة، أصبحت هناك حاجة للتوثيق وفق تنظيم معين، وعدم الاعتراف بما ينشأ من عقود خلاف هذا التنظيم.[142] وقد نشأ – إلى جانب هذا – في بعض البلدان ما يسمى بالزواج العرفي[143]، وهو: اصطلاح حديث يطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء أكان مكتوباً أم غير مكتوب.[144] وفي ظل ما أصبح عليه المسلمون من سوء أحوال، وضعف الأخلاق والقيم، أضحى عقد الزواج يوثق بوسيلتين؛ بالشهادة بحضور شهود النكاح، والكتابة بالإشهاد عليه عند الموثقين ليلة الدخول، كما جرت العادة بذلك عند كثير من المغاربة.[145]

---

[141] . انظر: فتوى الإمام مالك في ذلك في: البيان والتحصيل لابن رشد، ج 4/ 310.

[142] . ومما يدخل في مهام ولي الأمر الدعوة لتقنين بعض القضايا إذا رأى في ذلك مصلحة للمسلمين. وفي ذلك يقول الشيخ القرضاوي: " في هذه الحالة إذا صدر أمر قانون من ولي الأمر بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعا؛ لان الله تعالى قال: (يا أيها الذين امنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) النساء: 25، والنبي صلى الله عليه وسلم قال في الحديث الصحيح المتفق عليه: (السمع والطاعة حق على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة). وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (إنما الطاعة في المعروف). فما دام الإنسان يؤمر بمعروف فيجب أن يطيع، فالطاعة هنا لازمة وواجبة" لما في ذلك من حفظ حقوق المسلمين الذي يعتبر مصلحة كبرى في هذه الشريعة. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، للقرضاوي، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2000م، ص: 81.

[143] . سيأتي أن له صور وأحوال، إحداها هي التي يمكن أن تصدق على ما سماه المتأخرون من الفقهاء ب"نكاح الفاتحة".

[144] . بيان للناس من الأزهر، مجموعة من المؤلفين، المكتبة العصرية، 1984م، ج2 ص268.

[145] . أخذ ذلك من تصريحات بعض النوازليين كالفقيه الحائك الذي قال: "والعقد الشرعي الملتفت إليه هو الواقع ليلة البناء." انظر: النوازل الصغرى، ج 2/ 115. وقال الفقيه محمد بن عبد القادر الفاسي: "وقلما ينعقد عندنا النكاح ليلة الزفاف إلا مع تقدم اشتهار يوجب الاختصاص.." فيؤخذ منه أن الأنكحة كانت تعقد في فاس ليلة الدخول بالزوجة. النوازل الصغرى، ج 2/ 166.

وفي سياق تطور الحياة الاجتماعية عموما والأسرية ابتدع المسلمون في العصر الحالي طرقا عديدة للزواج وبناء الأسرة، منها: إجراء الزواج الصوري عبر الوسائل الحديثة، والزواج العرفي، وزواج فريند، والزواج الصوري بغية الحصول على الأوراق الرسمية، والزواج المدني، والزواج المؤقت بغرض حصول الإنجاب، والزواج بنية الطلاق، وزواج المسيار.[146]

ثالثا: التأصيل الشرعي والفقهي لتوثيق عقد الزواج بالشهادة والإشهاد

أما شرعية التوثيق بالشهادة، فقد نصت عليها نصوص من السنة النبوية الشريفة. ومن الأحاديث التي دلت على وجوب توثيق عقد الزواج بالشهادة ما ورد عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل."[147] وكما ورد عنه – عليه الصلاة والسلام – أنه قال: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة."[148] وانطلاقا من هذه الأحاديث، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الشافعي، وأبي حنيفة وأحمد في المشهور من قوليه إلى أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، وبهذا قال جمع من الصحابة والتابعين.[149]

غير أنه عند التدقيق ومن خلال الوقوف على نصوص الشريعة، فإنه لا يوجد فيها نص خاص يشترط في تمام عقد النكاح توثيقه والإشهاد عليه؛ بل قد صرح بعض الباحثين المعاصرين بأنه ليس هناك من دقق في ذكر دليل اشتراط الإشهاد.[150] وحين

---

[146] . الفقه الميسر، ج 11، ص: 24–48.

[147] . أخرجه الترمذي في سننه من حديث أبي موسى الأشعري، كتاب النكاح، باب: ما جاء في لا نكاح إلا بولي"، رقم الحديث: 1101.

[148] . أخرجه الترمذي في سننهمن حديث ابن عباس، كتاب النكاح، باب ما جاء في لا نكاح إلا ببينة، رقم الحديث: 1103.

[149] . شرح فتح القدير لابن همام، ج3 ص 199؛ والمهذب للشيرازي، ج2 ص 40؛ والمغني والشرح الكبير لابن قدامة، ج7 ص: 340.

[150] . الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته، موسوعة المعارف، بيروت، الطبعة الثالثة، 1426هـ/ 2005 م، ج 3/ 187.

النظر في أهداف الإشهاد، فإننا لا نجد فيها أيضا ما ينافي مقاصد الشريعة وغاياتها الكبرى؛ إذ فيه حفظ حقوق الناس من الضياع المأمور به في الشريعة الغراء؛ ولذلك، حاول بعض الباحثين التأصيل له بطريق العموم من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية. فمن القرآن، فقد استدل بآية المداينة حيث إن الشارع وجه الناس إلى توثيق عقد البيع فيما بينهم بالكتابة والرهن، وذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾،[151] معللا سبحانه وتعالى ذلك الحكم بأنه أدعى إلى حفظ الحقوق وتحقيق العدل، بقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾[152].

وإذا كان الشارع قد ندب إلى توثيق عقد البيع فيما ذهب إليه جمهور الفقهاء[153]، فمن باب أولى أن يكون عقد الزواج الذي هو من أخطر العقود مأمورا بتوثيقه بطريق العموم. ولخطر عقد النكاح، فقد جعل المالكية توثيقه امرا واجبا عند الدخول بالزوجة؛ لقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا

---

[151] . البقرة، جزء من الآية: 281.

[152] . البقرة: 281.

[153] . ومعلوم أن قضية الأمر الوارد في آية المداينة قد تباينت آراء الفقهاء والمفسرين فيما إذا كان الحكم المستفاد منها للندب أو الوجوب. فمن قال إنه للندب احتجوا بأن الآية نسخت بقول الله تعالى: {...فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ...} (البقرة: 283)، كما استدلوا بأن هذه الآية نزلت مقترنة بالأمر بالكتابة والإشهاد، وبأن عقود المداينات والبياعات والأشربة كانت تقع في الأمصار دون إشهاد، ولم ينكر ذلك أحد من الفقهاء، ولو كان الإشهاد واجباً ما تركوا ذلك. فعلم من ذلك أن الأمر أفاد الندب وليس للوجوب. وأما من ذهب إلى أن الأمر بالكتابة والإشهاد للوجوب، فاحتج بما قاله ابن عباس – رضي الله عنهما – " لا والله إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ"، وبما روي مرفوعاً إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: "ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم: رجل كانت له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها، ورجل كان له على رجل مال فلم يشهد عليه، ورجل أتى سفيهاً ماله. وقد قال الله عز وجل: {وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ...}، وبأن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما –: "كان يشهد إذا تبايع بنقد ويكتب ويشهد إذا تبايع بنسيئة". وعند الإمام ابن حزم أن القرض إذا كان إلى أجل فرض على صاحبه كتابته وأن يشهد عليه، ومن قال إنه ندب، فقد قال الباطل ولا يجوز أن يقول الله تعالى: {...فَاكْتُبُوهُ...}. فيقول قائل أكتب إن شئت. انظر: أحكام القرآن للجصاص، ج4 ص205–208؛ والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ج2 ص5؛ رواه البيهقي في السنن الكبرى، ج10 ص46؛ المحلى لابن حزم، ج7 ص226.

غَلِيظًا﴾،[154] فقد سماه الله ميثاقا عليظا الذي يقتضي إيلاءه من العناية ما يتناسب وأهميته في الشريعة التي تتجلى فيما يهدف إلى تحقيقه من السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، وتهيئتهما للإنجاب والعمل على تربية الذرية الصالحة، وغير ذلك من المنافع الكثيرة التي لا مجال لذكرها في هذه العجالة. وهذا الحكم يمكن أن يستفاد منه اشتراط الشهادة في الزواج، إذ هي باب من أبواب التوثيق أيضا. وبناء على ما تقدم، فإنه لا يوجد ثمة مانع من توثيق عقد الزواج على وجه الإلزام والإيجاب.

رابعا: أهمية الإشهاد على عقد النكاح من خلال النوازل الفقهية[155]

مع مرور الزمن، وتطور الأوضاع الاجتماعية، وتغير الأحوال الأخلاقية والقيمية، أصبح المجتمع الإسلامي يهتم أيما اهتمام بتوثيق عقد النكاح؛ إدراكا لأهميته في تحصين بنيان الأسرة من عبث العابثين، وظلم الأزواج، وتعسف الألياء على ولياتهم. فالإشهاد في النكاح تتمثل أهميته في أمور، منها: الوقوف في وجه بعض الألياء الذين يحاولون فسخ نكاح ولياتهم بدعوى وجود خلل في شهيديه، ومنها: حسم ادعاءات الزوجية بين الرجال والنساء؛ بحيث قد يدعي الرجل على المرأة أنه زوجها، وقد تدعي المرأة على الرجل أنها زوجته، كما يتجلى في تجنيب الزوجين تحمل عبء ثبوت الزوجية في حال عدم توثيق عقد نكاحهما.

ولذلك، كانت قضية الإشهاد محل اهتمام المجتمع من أقطار المغرب الأقصى وما جاوره من الأقطار الأخرى في الغرب الإسلامي؛ بحيث بلغ اهتمامه بهذا الأمر إلى حد البحث في جوانب تعتبر من اختصاص الفقهاء لدقتها وخفائها على كثير من الناس. ومن ذلك محاولة تمسك بعض الأولياء بادعاء وجود خلل خلقي في شهود العقد لفسخ أنحكة وليّاتهم لغرض في أنفسهم لم تكشف عنه معطيات النوازل الفقهية وأجوبتها.

---

[154] . النساء: 21.

[155] . انظر: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده، ص: 276.

وتبعا لهذا التطور الذي عرفه المجتمع، وإظهارا لأهمية الإشهاد في النكاح، فقد سار فقهاء النوازل هذا المسار ونهجوا هذا النهج تنزيلا لأحكام الشرع في هذا المقام. ففي هذا السياق، سئل الشيخ التاودي "عمن بنى بامرأته وبقي معها نحو أربعة أشهر، ثم قام أولياء المرأة واستظهروا ببينة تشهد بأن أحد شاهدي نكاحها يحلف بالحرام كثيرا ويحنث، وأرادوا فسخ نكاحها، والفرض أن ذلك الواحد أدى مع من هو معه على قاضي بلدهما وقبلهما، فهل للأولياء الفسخ؟"[156]

وقبل معالجة النازلة، ينبغي التنبيه إلى أمرين اثنين، هما: نص السؤال حيث يستشف منه أن المجتمع كان على وعي كبير بقضايا دقيقة متعلقة بالشهادة من مثل ما يجرّح به الشاهد، والأمر الثاني: يتمثل في أن هناك نية مبيتة من لدن أولياء الزوجة لفسخ النكاح لأغراض لم تسفر عنها النازلة، حيث إنهم أعدوا شهادة تثبت لهم ما ادعوه في الشاهد في مواجهة الزوج. وهذا ما عبر عنه الإمام الوزاني في آخر النازلة بعد نقل نص الإمام ابن شاس بقوله: فلا يشوش على العامة في مثل النازلة التي يغلب على الظن أن القيام فيها إنما هو من فعل الشياطين بما في شروح المتن[157]، والله أعلم."[158] وعلى كل حال، فإن جواب النازلة جاء بتوضيحات وأحكام هامة مرتبطة بالشهادة ليوضح أن فسخ النكاح بناء على ما ادعوه لا يمكن اللجوء إليه لوقوعه صحيحا ابتداء.

هذا، ولقد ضمّن العلامة التاودي جوابه أدلة ثلاثة لمنع فسخ هذا النكاح، أولها: ما قاله ابن عبد الغفور[159] في الاستغناء: من أنه "إذا كان البلد لا عدول فيه، فإنه يكتفى

---

[156] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 188.

[157] . المقصود بالمتن في كلام الوزاني هو متن الشيخ خليل، وهذا يفهم من النصوص التي نقلها منه بصيغة جاء في المتن، موردا كلام خليل، وأحيانا أخرى يذكر بإزاء هذه العبارة شارحا من شراحه كالدردير، ووابن رحال وغيرهما.

[158] . المهدي الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 188. وقد كانت هذه الملاحظة تبادرت إلى ذهني قبل أن أقف عليها عند الإمام الوزاني، فلما وقفت عليها سعدت بذلك أيما سعادة.

[159] . ابن عبد الغفور هو خلف بن مسلمة بن عبد الغفور فقيه حافظ، ألّف كتاب "الاستغناء في أدب القضاة والأحكام" رواه عنه زكرياء ابن غالب القاضي وغيره. وهو كتاب كثير الفائدة والعلم، يقع في نحو خمسة عشر جزءاً، رحمه الله. وهو من أهل إقليش وقاضيها يكنى أبا القاسم، روى بقرطبة عن أبي عمر بن الهندي وأبي عبد

بالأمثل، وما قدموه لذلك حتى كان عندهم أمثل، والتجريح الطارئ لا يقضى به على ما اتصف به من العدالة في ماضي الأزمان حيث كانت الشهادة تروج والحكم بها نافذ."[160] والثاني: أنه يكتفى باطلاع المجتمع على النكاح الذي عقد بين فلان وفلانة؛ إذ "شهرة النكاح مع مضي المدة المذكورة (في السؤال) كاف."[161] والدليل الثالث: هو أن أنكحة السلف لم تكن توثق؛ إذ كانوا يكتفون بالشهرة ومعرفة الناس أن فلانا تزوج فلانة رفعا لتهمة الزنا، وقد تقدم ما ذكره ابن ناظم التحفة عن ابن شاس وابن القاسم عن أنكحة السلف.

وحيث إن النكاح في النازلة أصبح مشتهرا بين الناس لطول مدته، كما أنه وثقه عدلان مقبولان لكونهما من أماثل القوم عند قاضي التوثيق الذي أديا عنده شهادتهما وقبلهما، هذا بالإضافة إلى أن الشهادة في حد ذاتها لم تكن محل اهتمام عند الصحابة في أنكحتهم وهم أحرص الناس على تطبيق الشريعة والسير على هديها. ولكون الإشهاد وقع صحيحا، فالنكاح الذي بني عليه صحيح؛ ولأجل هذا كله فلم يبق للأولياء مقال في فسخ هذا النكاح بناء على ما ادعوه في أحد شهيديه. فيؤخذ من هذه النازلة أن هناك أفرادا في المجتمع يحاولون التملص من واجباتهم لتحقيق أغراض معينة بالرغم من أن هذه الواجبات موثقة ومسجلة في الجهات المختصة، فكيف يكون الوضع عند عدم توثيق هذه الواجبات والإشهاد عليها؟

وتتجلى أهمية الإشهاد في كونه يبعد المجتمع عن خلافات حول ثبوت الزوجية، بحيث تشير بعض النوازل إلى ادعاء رجل أنه زوج لامرأة وقد أنجبا الأولاد وهي تنكر ذلك لعدم وجود إثبات يحسم الخلاف بينهما. وهنا نجد أنفسنا أمام إشكال اجتماعي متمثل فيما قد ينتج عن التفريق بينهما من أضرار على الأطفال، وكذا عن عدم التفريق

الله بن العطار وأخذ عنهما كتاب "الوثائق" من تأليفهما. وكانت وفاته نحو أربعين وأربعمائة. انظر ترجمته في ترتيب المدارك للقاضي عياض، ج 8، ص: 49.

[160] . الفقيه الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 188.

[161] . المرجع نفسه، والجزء والصفحة.

لاحتمال أن يكون الأمر قائما على الزنا والاستغلال الجنسي، أوإشباع الرغبة الجنسية من الجانبين في حال اتفاقهما على ذلك. ثم إن الباب يبقى مفتوحا أمام الرجال والنساء بادعاء الزوجية ونفيها بحسب ما تقتضيه مصلحة كل واحد منهما، فقد يختلي الرجل بالمرأة بقصد الفساد والزنا ويدعيان أنهما زوجان. فسدا للذرائع، ينبغي أن نسلك مسلك توثيق عقد النكاح، حتى لا نلجأ إلى خلافات نكون في غنى عنها، وخاصة في هذا العصر الذي ضعف فيه الوازع الديني وخلق التقوى الذي تجعل المرء في وضعية دائمة للرقابة الربانية وحضور ذلك في قلوب الناس على الدوام.

ومن نوازل ادعاء الزوجية، ما سئل عنه الفقيه الوزاني من أن "امرأة تنازع فيها رجلان، فادعى أحدهما أن أباها زوجها له ومات وأقام بذلك بينة، وادعى الآخر أن شقيقها زوجها له وأنكر أن يكون الأب زوجها للأول."[162] فانطلاقا من هذه النازلة، فنحن أمام نزاع مرده إلى عدم إشهار النكاح، ومثاره عدم توثيقه في حينه؛ وذلك أن الأخ يزعم أنه لا علم له بما فعله والده من تزويجها من رجل آخر قبل هذا التاريخ. ولو أعلن هذا النكاح في المجتمع وتسامع الناس به، وأشهد عليه قبل الدخول أو عنده، لما كانا أمام هذه الحالة الاجتماعية التي لمعالجتها يحتاجان إلى سلوك مسلك الصلح والتوجه إلى خبراء الإفتاء في المجتمع ليفتوهما فيما هما فيه.

وفعلا، فحسب فصول النازلة، فإن الزوج الأول رضي بأن تخير الزوجة بين الأول والثاني فإن شاءت فارقته وأخذت الثاني، فلها ذلك. وهكذا، فقد توجه لها عدلان وأخبراها بالتخيير المذكور، فقالت: هي تابعة لما يختاره شقيقها، ووافق على نكاح الثاني، مؤكدا زعمه أنه لا علم له بفعل والده. غير أن هذا الاختيار يحتاج إلى أن يؤشر عليه أصحاب الاختصاص الفقهي؛ ولذلك استفتوا فقيه تطوان السيد أحمد السلاوي بأن اختيار شقيقها للثاني يعد تطليقا من الأول.

---

[162] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 267.

هذه الفتوى الصادرة عن فقيه تطوان لم يرتضها العلامة الوزاني، معللا موقفه بكون السيدة آمنة[163] ما زالت على عصمة الزوج الأول، وردها بأمرين: الأول أنه لم يقع طلاق من وكيلها هنا أصلا وهذا الوجه ظاهر هنا غاية. والثاني: أن نكاح الثاني لها كان فاسدا شرعا؛ لأنه تزوج ذات زوج وذلك لا يحل في الدين، فموافقة الأخ على نكاحه تكميل للفساد وتقرير له.[164] واستشهد بقول العلامة أبي علي ابن رحال في اختصار الأجهوري: "ومن عقد على امرأة خطبها آخر وعقد عليها والأول حاضر، ثم قام الأول فإنها تكون له، ولا يكون عقد الثاني فسخا للنكاح الأول."[165] وحسب بقية فصول النازلة، فإن نكاح الأول ثابت بعقد شرعي.[166] قلت: ومن هنا تزداد أهمية الإشهاد في النكاح مع الإعلان والشهرة؛ لأنه إذا كان يوجد في المجتمع من يجرؤ على ادعاء زوجيته لامرأة ثبت نكاحها من رجل آخر بعقد شرعي، فكيف بدونه؟

ومن هذا القبيل، ما سئل عنه القاضي عياض عن المرأة تتزوج وهي في عصمة رجل آخر. وفصول النازلة تتلخص في أن رجلا غاب عن أهله للتجارة نحو ثلاثة أعوام، فأخذت زوجه بشرطها وطلقت نفسها بعد يمينها وانقضت عدتها، ثم تزوجت رجلا آخر بناء على أنها خالية من الزوج، فغاب عنها أيضا وعلمت بمكان زوجها الأول، فمشت إليه ولم تعلمه بما صنعت من طلاق نفسها ولا من زواجها الثاني، فصارت معه على ما كانت عليه أولا حتى ولدت الأولاد، ثم لما علم بالأمر اعتزلها، فهل يلحق به الولد؟ وهل هي عليه حرام أم لا؟ وهل تعذر بالجهل إن ادعته؟[167]

---

[163] . الوزاني لم يذكر اسم السيدة آمنة موضوع النازلة وأورد اسمها في الجواب.

[164] . نفسه، ج 2/ 268.

[165] . نفسه ، ونفس الجزء والصفحة.

[166] . نفسه ، ونفس الجزء والصفحة.

[167] . مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض ص: 276. والسؤال وجوابه نقله العلامة الونشريسي في المعيار المعرب، ج 3/ 109-110.

فهذه النازلة تطرح مشكلة اجتماعية وأخلاقية وحقوقية متمثلة في الوضع الذي كانت عليه هذه المرأة مع الزوج الثاني وهي لا زالت على عصمة الأول مما أدى إلى طرح قضية لحوق الولد بالثاني أم لا، وهذا أمر يمكن تجنبه بضبط توثيق عقد الزواج. ومن الباب نفسه ما سئل عنه الإمام القابسي من نوازل القرويين من أن امرأة هربت من تحت زوجها إلى بلد آخر، ثم تزوجت على أنها خالية، ثم استحقها الأول.[168]

وبالرغم من هذه الأهمية للإشهاد على عقد النكاح، فإن بعض الأسر المغربية ما زالوا يهملون الإشهاد على أنكحتهم، ومن ذلك ما سئل عنه سيدي إبراهيم الجلالي عن رجل عقد النكاح وحضر الناس.[169] وانطلاقا من النتائج التي قد يؤدي إليها إغفال الإشهاد باعتباره وسيلة فعالة لحسم النزاع والحفاظ على حقوق الزوجين وأبنائهما، فإن هذا الموضوع جدير بالمناقشة والمدارسة اجتماعيا وفقهيا ومقاصديا. فزواج ما يسمى ب"نكاح الفاتحة" له آثار فقهية وحقوقية واجتماعية على الطرفين المعنيين بصورة مباشرة، وعلى المجتمع من حولهما بصورة غير مباشرة، وخاصة في زماننا هذا. فما هو نكاح الفاتحة؟ وما موقف الفقهاء المغاربة منه؟

المحور الثاني: الزواج العرفي أو نكاح الفاتحة من خلال النوازل الفقهية

أولا: تعريف نكاح الفاتحة أو الزواج العرفي وسبب تسميته بذلك

1. تعريف الزواج العرفي

لقد اختلفت تعريفات الفقهاء المعاصرين للزواج العرفي؛ غير أنها تجتمع على أن المراد بالزواج العرفي الزواج الشرعي المستكمل للشروط؛ إلا انه لم يوثق بوثيقة رسمية لدى الجهات المختصة. وفي هذا يقول عبد الفتاح عمرو : "إن النكاح العرفي هو عقد

---

[168] . مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض، مرجع سابق، ص: 276.

[169] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 168.

مستكمل شروطه الشرعية؛ إلا أنه لم يوثق، أي بدون وثيقة رسمية كانت أو عرفية."[170] فحسب هذا التعريف، فإن ما أصبح يعرف بالزواج العرفي اليوم هو في بعض صوره لا يختلف عن الزواج الشرعي؛ إلا من زاوية واحدة، وهي عدم التوثيق عند الجهات المختصة بالتوثيق في الدولة.[171]

ومن خلال الوقوف على كلام فقهاء المالكية المغاربة في فتاويهم وتآليفهم، أمكن تعريف "نكاح الفاتحة" بأنه النكاح الذي توافرت فيه أركانه واستجمعت مقوماته الضرورية ولم يشهد عليه شهود لا عند العقد ولا عند الدخول بالزوجة. فهذا النكاح يمكن تعريفه انطلاقا من النوازل الفقهية بأنه نكاح استجمع جميع الأركان والشروط دون إشهاد عليه مع الإشادة به وتبادل الهدايا في المواسم وقبول التهنئة وعمل الإطعام.[172] أما اليوم، فيقصد به النكاح الذي لايتم توثيقه من لدن المؤسسة التوثيقية التي تختص بكتابة عقد النكاح وغيره من العقود التي تندرج ضمن الأحوال الشخصية؛ بحيث يقوم بذلك عدول منتصبون للتوثيق في دائرة اختصاصهم ومعينون من لدن الدولة وتتم مراقبتها من قبل قاضي التوثيق.

ولعل هذا المصطلح ظهر في العصور المتأخرة في المغرب، حيث أصبح عرفا جاريا عند المغاربة أن يقرأوا الفاتحة في نهاية مجلس عقد النكاح تبركا بفاتحة الكتاب العزيز، وإشارة إلى التراكن والموافقة. وزاد أهل فاس أنهم يقرأون الفاتحة في المسجد[173] أو على بابه مزيدا من طلب البركة وتيمنا بأن يكون هذا الزواج ميمونا لانعقاده في أطهر الأمكنة وأقدسها. والأمر الذي استشكله فقهاء المالكية في هذا النكاح هو هل

---

[170] . عبد الفتاح عمرو. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، 1418هـ/ 1998م، الطبعة الأولى، ص: 43.

[171] . تحسين بيرقدار. الزواج العرفي وأحكامه، مقال منشور بموقع رسالتي.
. http://www.risalaty.net/article

[172] . النوازل الصغرى للوزاني، ج 2/ 116.

[173] . الشيخ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي. البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة "تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، دار المعرفة، البيضاء، 1414 هـ/ 1994 م، ج 1/ 409.

قراءة الفاتحة في مجلس العقد يعتبر فقط إشارة إلى الميل والتراكن والموافقة الأولية على التناكح أو يعتبرعقدا شرعيا تترتب عليه جميع الآثار التي يرتبها العقد الذي تم الإشهاد عليه؟

وهذا المعنى هو الذي ذكره الفقيه الوزاني، حيث نقل، في هذا المقام، نص رسم تضمن صورة يصح أن تعتبر مثالا تطبيقيا لنكاح الفاتحة أو النكاح العرفي التي اختلف فيه الفقهاء قديما وحديثا. وذلك أن الموثق صور بدقة ما جرى في مجلس العقد من كون الزوجة ثيبا، وصدور الإيجاب والقبول من الولي والوكيل، وتحديد الصداق والرضى به، وتحديد الهدية، وعلم الزوجين ورضاهما بما جرى، وانتشار الزغاريد، وطبخ اللحم والعيش، ووالد الزوج يعطي دراهم الزغاريت على العادة. ولعدم وقوع الإشهاد، جاء سؤال النازلة، هو هل يعتبر ما جرى عقدا للنكاح بحيث يكتفى به، أو أن ذلك كله لا يكفي حتى يتحقق الإشهاد؟[174]

2. سبب تسميته بالزواج العرفي

إن تسمية هذا الزواج بالعرفي، يدل على أن هذا العقد اكتسب مسماه من كونه عرفاً اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم منذ عهد النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وأصحابه الكرام إلى أن ظهر توثيق عقود الزواج؛ وذلك أن المسلمين لم يكونوا قديماً يهتمون بتوثيق عقد الزواج، نظرا لما كان يسود بينهم من الثقة والأمانة والوفاء بالعهود والاتصاف بالمسؤولية. ولذلك اطمأنت نفوسهم إلى عدم توثيق العقد والإشهاد عليه، حتى صار عُرفاً عُرف بالشرع، وأقرَّهم عليه، ولم يردَّه في وقت من الأوقات.[175]

3. الزواج العرفي مدخل لطعن المغرضين في الفقه الإسلامي

نكاح الفاتحة[176] هو من القضايا الأسرية ذات الصبغة الحقوقية والاجتماعية التي أسالت كثيرا من المداد إن على مستوى المنظمات الحقوقية أوعلى مستوى الجمعيات

---

[174] . نفسه، ونفس الجزء والصفحة.

[175] . ممدوح عزمي. العقد العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص: 11.

[176] . عبد الله بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته، (مرجع سابق)، ج 3/ 187.

النسوية في العالم الإسلامي، وخاصة أولائك اللواتي ينادين بإنصاف المرأة ويدافعن، في زعمهن، عن حقوقها المهضومة، باسم الفقه الإسلامي. ومن جهة ثانية، فإن هذه القضية هي من ضمن القضايا التي استغلتها جهات حقوقية وطنية ودولية لتوجيه اتهامات إلى الفقه الإسلامي ورفع الحجاب عن عدالته وقدسية أصوله. وسبب هذه الاتهامات والشبهات المثارة حول قواعد الفقه الإسلامي وأحكامه بخصوص نكاح الفاتحة الجهل بالنصوص الشرعية، والسيرة النبوية وتاريخ المسلمين، بل بلغ جهلهم مداه، فجهلوا نصوص الفقهاء ولم يكلفوا أنفسهم عناء قراءتها وفهمها على وجهها الصحيح، معتمدين في ذلك على المناهج العلمية الصحية لاستخلاص أحكام صحيحة؛ إذ جل هؤلاء المغرضين يقرأون هذه النصوص بالواسطة، وهذا منهج مرفوض في أدبيات البحث العلمي الموضوعي؛ إذ أولى قواعده تفرض الرجوع إلى أصول الفقه ومدوناته الكبرى وأمهات الأساسية، واستيقاء الأحكام من مصادرها الموثوقة.

وعلى المستوى الاجتماعي، فقد كثر الخوض في الآونة الأخيرة في موضوع الزواج العرفي، وكثر الجدال حوله، فانقسم الناس إلى مؤيد منافح عنه وناقد معارض له. كما انتشر هذا الزواج في كثير من البلاد الإسلامية والعربية، وخاصة بين فئة الشباب وطلاب الجامعات على وجه خاص، علما أن كثيرا من هؤلاء لا يعون ما هو الزواج العرفي، ويخلطون بين الصورة الصحيحة وبين الصور الأخرى التي لا تعتبر نكاحا أصلا[177]؛ بل هي من نمط السفاح والزنا. وهذا ما حذا بالكثير منهم إلى التساهل فيه، فوقعوا في الحرام من حيث يدرون؛ وذلك أن "عدم الإشهاد على النكاح مطلقاً يفتح الباب على مصراعيه للزناة؛ إذ يمكن لكل واحد منهم يكون في خلوة مع امرأة خالية من الأزواج أن يدعي العقد عليها."[178]

---

[177] . ذكر من بحث موضوع الزواج العرفي صورا أربعة، مشيرين إلى أن واحدة منها موافقة لمقتضيات عقد النكاح، والصورة الأخرى هي عبارة عن سفاح، وأن هذا الزواج يعتبر ذريعة لإشباع الرغبات والنزوا ت الجنسية عند الشباب خاصة.

[178] . عبد الرحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2/ 150.

ثانيا: موقف النوازليين المالكية من نكاح الفاتحة

1. تحديد قضايا متفق عليها بين الفقهاء في الزواج

وقبل عرض مواقف فقهاء المذهب المالكي من نكاح الفاتحة، أشير هنا إلى أن هؤلاء اتفقوا على جوانب ميعنة مرتبطة بقضية الزواج دون إشهاد، فقد اتفق فقهاء المذهب النوازليون على أن النكاح ينعقد بين الرجل والمرأة إذا تمت الإشادة به وتسامع الناس، مع علم الزوجين والولي بذلك؛ وإن لم يحصل إشهادعليه. وكل هؤلاء النوازليين اعتمدوا في فتاويهم على ما كان عليه السلف من منهج في الزواج، حيث لم يكن من شأنهم أن يشهدوا على أنكحتهم؛ لما كان سائدا في مجتمعهم من الثقة والوفاء بالعهود. وفي جواب الأستاذ سعيد بن لب ما يؤكد هذا المعنى، حيث قال: "ذكر أهل المذهب أن الإشادة بالنكاح وشهرته مع علم الزوج والولي تكفي وإن لم يحصل إشهاد... وهو مروي عن ابن القاسم."[179] بل إن هؤلاء قرروا أن هذا النكاح تترتب عليه آثاره من وجوب الصداق، والتوارث[180]، ولحوق الولد.[181] كما اتفقوا أيضا على أن محل النزاع بين المتأخرين من أهل الفقه والفتوى حيث لا عرف؛ وإلا فالمرجع في انعقاد نكاح الفاتحة أو عدم انعقاده هو العرف، فإذا جرى بالانعقاد، اعتبر عقدا شرعيا وترتبت عليه الآثار، وإن لم يجر عرف بذلك، لم يعد عقدا.

كما اتفقت كلمتهم على أن هذه المسألة (المسألة الإمليسية) مما اضطربت فيها آراء الفقهاء وتباينت أقوالهم فيها إلى حد يصعب تحرير حكمها والاطمئنان إلى ذلك.

ولتحقيق الحكم الفقهي فيها، أفردها الفقيه الجليل أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمان الجيلالي بالبحث، حيث ألف في ذلك رسالة أسماها "المسألة الشهية الإمليسية في الأنكحة المنعقدة على عادة البلاد الغريسية"[182] التي أصبحت مرجعا فقهيا مهما

---

[179] . الشيخ التسولي. البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1/ 409.

[180] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 138.

[181] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 168.

[182] . حققها أحمد خرطة.

للفقهاء بعده في تحري الصواب في حكم ما شاكلها من النوازل التي تنزل بهم في عصورهم.

وحيث إن فقهاء المذهب المالكي اختلفوا في انعقاد النكاح بما جرت به العادة من الإطعام والهدايا، فإنني أورد نوازل ذهب فيها أصحابها إلى انعقاد نكاح الفاتحة مع بيان مستندهم الفقهي، ثم أورد نوازل أخرى أفتى فيها أصحابها بعدم انعقاده؛ مع بيان مستندهم الفقهي في ذلك.

2. فتاوى من ذهبوا إلى عدم انعقاد نكاح الفاتحة ومتمسكم في ذلك

أ. فتوى العلامة الحائك من فقهاء تطوان ومن نحى نحوه

لقد سئل العلامة الحائك[183] (من علماء تطوان) عن حكم هذا النكاح وموقف الفقهاء منه باعتباره منتشرا في الوسط المغربي، كمدينة تطوان الواقعة شمال المغرب الأقصى. ففي جواب الفقيه الحائك هذا، نلمس حقيقة مهمة تتجلى في اختلاف آراء الفقهاء واضطراب مواقف أهل العلم حول انعقاد ما يعرف "بنكاح الفاتحة" وعدم انعقاده، حيث قال: "إن فيه اضطرابا واختلاف آراء تكفّل بنقلها الشيخ ميارة[184] على التحفة، وحصّله

---

[183] . ذكر الفقيه الوزاني في نوازله الصغرى أن تلميذ االفقيه الحائك سيدي المامون أفلال الحسني قاضي تطوان هو من قيد وجمع نوازله. انظر: النوازل الصغرى للوزاني، ج2/ 134.

[184] . هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الملقب بميارة، الفاسي أصلا ومنشأ وسكنى، يعتبر واحدا من الفقهاء المالكية المتأخرين المشهود لهم بالعلم والفضل. من شيوخه عبد الواحد بن عاشر وأحمد بن محمد القري صاحب نفح الطيب (ت 1041 ه)، زبدة الأوطاب في اختصار الحطاب، والتقاط الدرر مما كتب على المختصر، والإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام. ولد بفاس في الخامس عشر من رمضان عام 999 ه الموافق 1591 م. انظر: سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس، للكتاني، 1/ 165؛ طبقات الحضيكي، 1/ 309.

وبيّنه وأيّده محشيه أبو علي[185]، وكذا شيخنا[186] في شرحها.[187] ويضيف العلامة الحائك أن "الذي أفتى به بعض النقاد ممن له معرفة[188] بأعراف بلدنا، هو أن العرف المقرر بتطوان الثابت بها أن شهود الفاتحة ليس بعقد شرعي؛ وإنما هو تراكن وميل، فلا يترتب عليه أثر النكاح من إرث ، وصداق، وإن قبضت الزوجة شيئا ردته."[189] ثم أشار إلى أن هذا العرف جار في هذه المدينة المغربية منذ حوالي ثلاثين سنة، قال: "والحكم هنا بما ذكر على الوجه المذكور مستمد بما يزيد على الثلاثين سنة، وقد أفتى بذلك جمع من المتأخرين.[190] ثم أكد أن عرف تطوان جرى على أن "العقد الشرعي الملتفت إليه هو الواقع ليلة البناء"[191] وهذا صريح في عدم انعقاد نكاح الفاتحة عند أهل تطوان.

ثم ألمح الفقيه محمد بن أحمد الزنجي إلى أن عرف تطوان مستقر قبل وقته بنحو مائة سنة على أن لا معوّل على نكاح الفاتحة. على أن ابن غازي[192] نقل في تكميله

---

[185] . أبو علي الحسن بن رحال بن أحمد بن علي المعداني التدلاوي، بدأ طلبه للعلم بالزاوية الدلائية، ثم رحل بعد ذلك إلى فاس ومكناسة، طمعا في زيادة الطلب والتحصيل. يعد واحدا من الفقهاء المالكية المغاربة الأثبات المشهود لهم بالتضلع في علوم شتى. من شيوخه أبوالعباس أحمد بن مبارك اللمطي السجلماسي(ت1156هـ)، وله تآليف عديدة مفيدة، منها شرح مختصر خليل الموسوم بفتح الفتاح . يقع في خمسة عشر جزءا. في ثالث رجب عام 1040 هـ. انظر: نشر المثاني لأهل القرن الحادي عشر والثاني، لمحمد القادري، 3/ 293-294.

[186] . يعني به شيخه التاودي بن سودة، وهذا يفهم من عدة قرائن، منها ان التاودي أحد شراح التحفة، ومنها أنه ذكر في كتب التراجم من شيوخ الوزاني.

[187] . الوزاني، المرجع نفسه. ج 2، ص:115.

[188] . قلت: نستفاد من هذا أن المفتي لابد له من معرفة فقه الواقع حتى يتمكن من التنزيل السليم للحكم الفقهي على النازلة، وأن من مظاهر اطلاعه على الواقع، معرفته بالأعراف الجارية في بلد الفتوى ومحيط النازلة.

[189] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 115.

[190] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 115.

[191] . الوزاني، المرجع نفسه، ج 2/ 115.

[192] . هو محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي، وبه عُرف، العثماني، نسبة لقبيلة من كتامة، المكناسي ثم الفاسي. يعتبر واحدا من العلماء المغاربة الذين عرفوا بالتبحر في في العلوم اللغوية والشرعية. أخذ العلم عن جلة الأئمة، كأبي العباس المزدغي، ومحمد بن الحسين النيجي الشهير بالصغير، والإمام القوري، وأبي عبد الله السراج، وابن مرزوق الكفيف. من مصنفاته شفاء العليل في حل مقفل خليل، وتقييد على صحيح البخاري،

أن ابن عرفة صرح في "نكاح الجفنة" أن العمل استقر بمنعه، كيف يمكن الكتب والإشهاد فيه."[193] وممن أفتى بعدم الانعقاد الشيخ البقني الذي اعتبر الإشهاد أمرا ضروريا، حيث أوضح أن الهدية والحناء والتهنئة ونحوها غير كافية، مبينا قدوته وسلفه فيما ذهب إليه بأنه "الذي أفتى به الأشياخ، وإن استشكل هذا ابن فتوح[194] فيما نقله عنه أبو العباس المقري التلمساني[195] قائلا: "إن مثل هذا يكفي في انعقاد النكاح."[196]

الروض الهتون في أخبار مكناسة الزيتون، ولد في مكناس أواسط القرن الهجري التاسع عام 841، وقيل 858 هـ، وتوفي عام 91ç هـ. انظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التنبكتي، ص: 581-583.

[193] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 116.

[194] . هو أبو محمد عبد الله بن فتوح بن موسى بن عبد الواحد السبتي ثم الأندلسي، الفقيه العالم الإمام الفاضل، ألف الوثائق المجموعة، جمع فيه كتب الوثائق، كانت وفاته نحو الستين وأربعمائة، (1067 م). شجرة النور الزكية، (167/1).

[195] . هو أحمد بن محمد بن يحيى بن عبد الرحمن بن أبي العيش، أبو العباس، المقري التلمساني، مؤرخ، أديب، حافظ. ولد بتلمسان، وبها نشأ، وأخذ عن عمه سعيد المقري وانتقل إلى فاس سنة (1009 هـ (1600 م) وحضر مجلس علي ابن عمران السلاسي في جامع القرويين، وناقشه في بعض مسائل الفقه، فاعترف له السلاسي بالتفوق عليه وأقر له بقوة الحجة والنباهة. وفي سنة 1022 هـ، أسندت إليه ولاية الفتوى والخطابة والإمامة في جامع القرويين. من آثاره "إعراب القرآن، وَفتح المتعال الَّذِي صنفه فِي أَوْصَاف نعل النَّبِي، وإضاءة الدجنة فِي عقائد أهل السّنة، وأزهار الرياض فِي أَخْبَار القَاضِي عِيَاض، وقطف المهتصر فِي أَخْبار المختصر. توفي بالقاهرة في جمادى الآخرة (سنة 1029 هـ = 1620). انظر: معجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، لعادل نويهض، مؤسسة نويهض الثقافية، الطبعة الثالثة 1409 هـ/ 1988 م، (2/ 763)؛ الاعلام بمن حل مراكش وأغمات من الاعلام (2/ 106)؛ خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين بن محمد المحبي الحموي الأصل، الدمشقي (المتوفى: 1111هـ)، دار صادر، بيروت، 302/1؛ الأعلام للزركلي، 1/ 237.

[196] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 116 و118؛ وانظر: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي، دار المعرفة بإشراف هيئة البحوث والدراسات، الدار البيضاء، 1414 هـ/ 1994 م، ج 1/ 410. وانظر نص النازلة التي أفتى بشأنها كل من الشيخين الشريف المزدغي، والشيخ البقيني في: النوازل الصغرى، ج 2/ 115 للوزاني.

وإلى عدم انعقاد النكاح ليلة الخطبة ذهب الفقيه الونشريسي فيما نقله عن الأستاذ أبي سعيد بن لب[197]– كما في نوازل النكاح من المعيار– من أن عادة الناس عند الخطبة التواعد على الإيجاب، والانعقاد يتوقف على زمان يحضره الشهود وينبرم به الأمر. فمن ادعى انبرام العقد قبل ذلك، فهو مدع خلاف العرف، ودعواه غير مثبتة.[198] وممن ذهب إلى عدم الانعقاد (سيدي أحمد الزنجي[199] الذي يعتبر آخر قضاة العدل بالجبل؛[200] وذلك أنه "حكم وأشاع بها أن لامعول على نكاح الفاتحة. وتبعه عليه من السادات أولاد بن قريش[201] وغيرهم."[202]

وعلى هذا الرأي، فإذا حدث موت أو فراق أو طلبت مشاورة ممن يعتقد انعقاد النكاح بناء على قراءة الفاتحة، فإن ذلك لايسمع منه ولايجاب إلى ما طلب. قال سيدي محمد بن أحمد الزنجي:" فمن أراد غير هذا (يعني عدم انعقاد النكاح) لموت، أو فراق، أو مشاورة فلا يسمع منه."[203]

وممن يرى عدم انعقاد نكاح الفاتحة الموثقون الذين تشددوا كثيرا في هذا الجانب، حيث قال سيدي أحمد البعل في جواب له نقله العلمي في نوازله ما نصه: "من أراد سلوك ما نقله الموثقون، فليفسخ كل نكاح دخل صاحبه بغير إشهاد للنصوص الواردة بذلك. وما يفهم من عدم فسخه على ما للأقدمين عملا على الشهرة لا يعول عليه؛ لأن

---

[197] . هو الإمام أبو سعيد فرج بن قاسم بن أحمد بن لب الغرناطي الثعلبي، شيخ الجماعة، وعمدة فقهاء غرناطة. هو أحد العلماء النوازليين الذين يشار لهم بالبنان في الغرب الإسلامي ويلقب بالأستاذ بين الفقهاء والمفتين. من مصنفاته تقريب الأمل البعيد في نوازل الأستاذ أبي سعيد. ولد سنة إحدى وسبعمائة(701هـ) بغرناطة. انظر: درة الحجال في أسماء الرجال، لابن القاضي، 2/ 453.

[198] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 115.

[199] . قد تولى قضاء تطوان. الوزاني. النوازل الصغرى. ج 2. ص: 115. لم أظفر بترجمته بالرغم من الاجتهاد في البحث عنها كتب التراجم.

[200] . الفقيه الوزاني. النوازل الصغرى. ج 2، ص: 115.

[201] . نفسه، ج 2، ص: 115.

[202] . نفسه، ج 2. ص: 115.

[203] . نفسه، ج 2، ص: 115.

الموثقين سبقونا إلى كلامهم، فلو عدلوا عنه إلى الفسخ، فلما فهم منهم أنهم لا يكتفون فيه بالشهرة هـ.[204]

ب. متمسك من أفتى بعدم الانعقاد من النوازليين والقضاة والموثقين

فالملاحظ أن الذين ذهبوا إلى عدم انعقاد النكاح بنوا موقفهم هذا على أن العرف جرى في هذه المناطق بأن "نكاح الفاتحة" ليس بعقد شرعي، والذي يدل على ذلك هو أن المجتمع التطواني (موطن النازلة) ما كان يعتمد على ما يقع في ليلة الخطبة لتمكين الأزواج من البناء والدخول بزوجاتهم؛ بل يُشهدون "قرب البناء، بحيث يتحرجون من الدخول دونه، ولا تطيب به نفوسهم." وحتى إن احتج قائل بأن ذلك منهم يحتمل أن يكون أخذا بالأحوط وتمسكا بالمتفق عليه، فيرد عليه بأن ما يرى منهم من الامتناع من الدخول دون إشهاد والتنفير عليه يأباه ويغبر في وجهه."[205]

ولا يشوش على ذلك دليل العرف الفاسي الذي جرى بالانعقاد، كما سيأتي، لأن العمل المذكور عرفي فلا يختص به واحد دون آخر؛ لا فقهي حتى يختص به أهل فاس.[206] كما استندوا في فتاويهم هذه المانعة من انعقاد نكاح الفاتحة على سد الذريعة؛ وذلك أنهم عللوا الحكم بفسخ النكاح بأنه "سد لذريعة الفساد؛ إذ لا يشاء اثنان يجتمعان في خلوة فساد إلا فعلا مثل ذلك وادعيا سبق عقد بغير إشهاد، فيؤدي إلى ارتفاع حد الزنا والتعزير."[207]

فعلى هذا الاتجاه من الفقه المالكي، فإن قراءة الفاتحة في الخطبة وما يعقب ذلك من الهادايا من قبل الزوج لايعتبر عقدا شرعيا يرتب ما يرتبه العقد المكتمل الأركان والشروط من آثار من الصداق، والتوارث، وثبوت النسب وغيرها؛ وإنما يعتبر فقط تواعدا على التعاقد في وقت لاحق كما جرت بذلك عادة أهل تطوان. وبناء عليه، فما قد يعتقده

---

[204] . الفقيه التسولي. البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1/ 410.

[205] . الفقيه الوزاني. النوازل الصغرى. ج 2. ص: 116.

[206] . نفسه، ج 2/ 117.

[207] . التسولي. البهجة في شرح التحفة، (مرجع سابق)، ج 1/ 410.

الرجل والمرأة المعنيان بقضية النكاح من أن هذه العملية تخول لهما الخلوة الشرعية والمعاشرة الزوجية، الشئ الذي قد ينتج عنه أطفال أمر خطير جدا؛ بحيث يفسخ نكاحهما بطلقة بائنة، ويحدان إن لم يشتهر نكاحهما، ولو جهلا أن الإشهاد واجب عند الدخول إن أقرا بالوطء؛ وإلا عوقبا فقط "[208] ، ولا يحدان إن فشا ولو علما بوجوبه؛[209] لقول الشيخ خليل رحمه الله[210]: "وفسخ إن دخلا بلاه، ولا حد إن فشا؛ ولو عَلِم."[211]

فهذا المذهب في زواج الفاتحة أقرب إلى ما تقرر عند المتأخرين من فقهاء المذهب، من التشدد في الإشهاد حتى كأنه عندهم داخل في حقيقة العقد وألغوا الاكتفاء بالشهرة. ففي نقل الشيخ ميارة على التحفة عن شارحها –ابن الناظم– أن المتأخرين "قرروا حكم الإشهاد أنه شرط في الدخول ولا يعتبرون الشهرة التي هي خاصية النكاح –في نظر الأقدمين– وشدد المتأخرون في تحصيل هذا الشرط حتى كأنه عندهم ركن الماهية. وخلو بعض الأنكحة منه مع وجود الشهرة مما تعم به البلوى، فتحدث من ذلك نوازل كثيرة"[212].

---

[208] . الشيخ التاودي بنسودة. حلى المعاصم لفكر ابن عاصم شرح على الأرجوزة المسماة "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" لابن عاصم الأندلسي، (مرجع سابق)، ج 1/ 409.

[209] . الشيخ التسولي. البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1/ 409.

[210] . هو العلامة خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب المعروف بالجندي، كان صدرا في علماء القاهرة، مجمعا على فضله وديانته. سمع من ابن عبد الهادي، وقلرأ على الشيخ المنوفي في فقه المالكية، وتخرج به جماعة وأفتى وأفاد، وكان مدرس المالكية بالشيخونية (وهي أكبر مدرسة في مصر في ذلك الوقت). له مختصر في المذهب بين فيه المشهور وما به الفتوى. وله أيضا التوضيح شرح فيه مختصر ابن الحاجب، أقبل عليه أئمة المغرب من أصحاب ابن عرفة وغيرهم مع حفظهم للمذهب، وكفى بذلك حجة على إمامته. توفي سنة تسع وستين وسبعمائة، وقيل توفي ثالث عشر ربيع الأول سنة ست وسبعمائة، ودفن بالقرافة الكبرى بمصر بجوار شيخه الشيخ المنوفي. انظر: مقدمة متن المختصر الخليلي بتعليق وتصحيح الشيخ أحمد الطاهر الزاوي، دار المدار الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 2004 م، (دون التاريخ الهجري) ص: 5–6.

[211] . الشيخ خليل بن إسحاق. مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، تعليق وتصحيح الشيخ أحمد الطاهر الزاوي، (مرجع سابق)، ص: 97.

[212] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 136.

ثانيا: فتاوى من ذهب إلى انعقاد نكاح الفاتحة ومتمسكهم في ذلك

وفي مقابل الرأي الأول، سجلت كتب النوازل الفقهية أن هناك من الفقهاء المتأخرين من يرى انعقاد النكاح بما جرت به العادة من الإطعام والهدايا في المواسم كالحاجوز والأعياد مع توفر بقية الأركان؛ غير أنه لم يقع إشهاد على عقد النكاح. بل هناك من يرى أن الإشهاد ليس من مقومات عقد النكاح أصلا؛ وذلك لأن السادة المالكية قد اختلفوا في الإشهاد، فمنهم من اعتبره شرط كمال عند العقد، وشرط وجوب عند الدخول، ومنهم من لم يعتبره لا ركنا ولا شرطا، كالإمام ابن العربي المعافري، مستدلا على ذلك بحديث نكاح النبي صلى الله عليه وسلم السيدة صفية[213]، وبما جرت به عادة السلف في أنكحتهم، حيث كانوا يعتمدون على الإشهار والإعلان فقط.[214] وسنعرض لجملة من النوازل الفقهية للسادة المالكية الذين ذهب فيها أصحابها إلى القول بالانعقاد بالرغم من غياب الإشهاد، والاعتماد على ما جرى به العرف من الانعقاد بالهدايا والزغاريد وغيرهما من المعالم الواقعية التي تدل على تمام النكاح، مع ترتب الآثار الشرعية عليه.

1. جواب العلامة عبد الرحمان الحائك

وفي جواب لسيدي عبد الرحمان الحائك"[215] عن يتيمة لم تحضر هي ولا الزوج؛ بل حضر أبوه ووليها، وكل منهم يدعي الإذن"[216] اعتمادا على ما ورد في نوازل النكاح من المعيار المعرب للونشريسي عن سعيد بن لب أنه قد ذكر أهل المذهب أن الإشادة في النكاح وشهرته مع علم الزوجين والولي بذلك يكفي وإن لم يحصل إشهاد، وهكذا كانت

---

[213] . أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أنس، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر.

[214] . ابن العربي. عارضة الأحوذي، ج 4/ 309-310.

[215] . محمد بن عبد الرحمان بن محمد الحائك التطواني، عرف بالعلم والمشاركة والاطلاع. تولى القضاء بمدينة تطوان مدة. توفي عام 1273 هـ. انظر: إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، لعبد السلام بن عبد القادر بن سودة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م، 1/ 210.

[216] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 142.

أنكحة كثير من السلف، وهذا المعنى قد حكي عن ابن القاسم.[217] وقد أشار الفقيه عبد الرحمان الحائك إلى أن بعض المجتمعات المغربية حافظت على العرف الذي ساد بين السلف في انعقاد النكاح، فذكر أن أنكحة مجتمع القنادسة[218] زاوية العارف بالله سيدي محمد بن أبي زيان وأرجائها يعتمد فيها على الشهرة في انعقاد النكاح، كما أن السلطة العليا للبلاد في عهد الدولة العلوية حملت الناس على ذلك، فقال: "وقد رأيت أنكحة القنادسة زاوية العارف بالله سيدي محمد بن أبي زيان[219] وأرجائها على ذلك، وكان أمير المؤمنين وهو الشريف سيدي محمد بن عبد الله[220] بن إسماعيل حمل أهل مملكته عليه، فلما مات رحمه الله، رجع الناس لمألوفهم."[221]

---

[217] . لقد اقتصر على محل الحاجة من الجواب المطول الوارد في المعيار المعرب، قال: انظر تمامه وغيره. الزواني. النوازل الصغرى، ج 2/ 142.

[218] . القنادسة هي إقليم بمنطقة المساورة قرب تافيلالت وفكيك أسس بهاالشيخ ابن أبي زيان زاوية تتبع طريقة معروفة باسمه هي الطريقة الزيانية. وبفضل هذا الشيخ الصوفي العالم الزاهد أصبحت المنطقنة معرفة بعد أن كان نكرة وغنية بعد أن كانت فقيرة وراوية بعد عطش. انظر: تاريخ الجزائر الثقافي، لأبي القاسم سعد الله (المتوفى: 1435 هـ) دار البصائر، الجزائر، طبعة خاصة 2007م، 1/:505.

[219] . هو سيدي أمحمد بن أبي زيان القندوسي قدس الله سرّه (ولد حوالي 1062 هـ/ 1650م / وتوفي بالقنادسة يوم 10 من رمضان المعظم 1145هـ / 1733م). ولد سيدي أمحمد بن أبي زيان القندوسي قدس الله سرّه حوالي 1062 هـ/ 1650م بتاغيت أحد القصور الخمسة التي يسكنها بنو كومي على الضفة اليمنى من نهر زوزفانة، وهي منتمية للأطلس الكبير والذي يتصل بنهر كير عند مدينة إكلي مكونا معه دلتا قاعدتها في الشمال وقمتها في الجنوب. انظر ترجمته في منجد الولهان في معرفة ومآثر الشيخ سيدي محمد بن أبي زيان قدس الله روحه، للشيخ مولاي التهامي الغيتاوي. دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر (دون تاريخ)، ص: 5 وما بعدها. منهل الظمآن في كرامات ابن أبي زيان. وهو لمؤلف مجهول، ويتعلق بأبي زيان، مؤسس زاوية القنادسة. تاريخ الجزائر الثقافي، لأبي القاسم سعد الله 7/ 141.

[220] . هو محمد بن عبد الله بن إسماعيل، أحد ملوك الدولة العلوية الشريفة، تميز عصره بالازدهار على مستويات عدة، وخاصة على المستوى الثقافي. ولد عام 1134هـ/ 1721 م، وتوفي عام 1204 هـ/ 1790 م. انظر: تاريخ الدولة العلوية السعيدة، للضعيف، 1/ 297؛ الاستقصا لتاريخ المغرب الأقصى، 8/ 723.

[221] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج2/ 142.

2. فتوى الشريف المزدغي والشيخ البقني ومن سايرهما

وفي عرض النوازل التي يرى أصحابها انعقاد نكاح الفاتحة، نؤكد على ما تقدم بجواب الشريف المزدغي فيما نقله الفقيه الوزاني[222] عن محمد بن عبد القادر الزرهوني في هذا المقام من نص وثيقة تضمنت صورة وحالة يصح أن تعتبر مثالا تطبيقيا لنكاح الفاتحة أو النكاح العرفي التي اختلف حوله الفقهاء قديما وحديثا؛ وذلك أن الموثق صور بدقة ما جرى في مجلس العقد من كون الزوجة ثيبا، وصدور الإيجاب والقبول من الولي والوكيل، وتحديد الصداق والرضى به، وتحديد الهدية، وعلم الزوجين ورضاهما بما جرى، وانتشار الزغاريد، وطبخ اللحم والعيش، وإعطاء والد الزوج دراهم الزغاريت على العادة. ولعدم وقوع الإشهاد، جاء سؤال النازلة، هو هل يعتبر ما جرى عقدا للنكاح؛ بحيث يكتفى به، أو أن ذلك كله لا يكفي حتى يتحقق الإشهاد؟

وجوابا عن هذه النازلة، ذهب الشريف المزدغي[223] إلى أن مثل هذا النكاح صحيح، وأحكامه ثابتة. قال الشيخ ميارة مرجحا فتوى الشريف المزدغي على فتوى الشيخ البقني[224]: والظاهر ما أفتى الشريف من لزوم النكاح وترتب أحكامه هـ. ونحوه للإمام

---

[222] . كما نقله من شراح التحفة العلامة ميارة، والشيخ التاودي بنسودة، والفيقه التسولي. انظر: "البهجة في شرح التحفة" للتسولي، وحلى المعصم لفكر ابن عاصم للتوادي، مرجع سابق، ج 1/ 410-411.

[223] . المزدغي هو أبو عبد الله محمد بن يوسف بن عمران المزدَغي الفاسي، من مزدَغة قبيلة بربرية تابعة لإقليم صفرو. عرف المزدغي بالصلاح والفقه وممارسة الفتوى. ممن أخذ عنهم منهم أبو عبد الله أحمد البيوت الذي أخذ عنه السبع، وأبو محمد عبد العزيز بن علي بن زيدان الذي روى عنه الحديث واللغة والأدب. ومن أشهر تلامذته ابناه أبو القاسم محمد وأبو جعفر أحمد، بالإضافة إلى محمد بن عبد الرحمن بن راشد العمراني. صنف كتابا في تفسير القرآن، انتهى فيه إلى سورة الفتح وتوفي دون إتمامه سنة 655 هـ؛ وصفه ابن عبد الملك صاحب الذيل والتكملة بأنه كتاب حفيل مفيد، وأنوار الأفهام في شرح الأحكام، انتهى فيه إلى الأقضية. انظر: بيوتات فاس (ص:8)؛ ونيل الابتهاج في تطريز الديباج، (ص:380، رقم 496)؛ وشجرة النور الزكية (266/1)؛ وكفاية المحتاج (24/2).

[224] . هو أبو الفرج عبد الله بن أحمد البقني الغرناطي، الشريف قاضي الجماعة يعتبر واحدا من علمائها والمفتين بها، كان حيا ف يحدود الستين وثمانمائة؛ بل تأخر عنه، نقل عنه في المعيار ورئيت له عدة فتاوى. أحمد بابا التنبكتي (963 – 1036 هـ = 1556 – 1627 م). نيل الابتهاج بتطريز الديباج، عناية وتقديم عبد الحميد عبد

ابن فتوح، حيث قال: وهو الموافق لما ذهب إليه الشيخ خليل في مسألة "وإن طال كثيرا لزم."[225] قال شارحه عبد الباقي الزرقاني[226] مصوّرا الوضعية التي يشير إليها خليل ومحددا المدة التي تعتبر طولا في المذهب: "بأن أنكروا بعد تمام العقد وانصرافهم وتهنئتهم والدعاء لهم عادة، أو بالعرف بأن يقتضي بأنه لا يسكت إلا عن رضى.[227] وهو الذي نقله الشيخ خليل في التوضيح عن صاحب النكت واللخمي أنه إن طال سكوته بعد عقد النكاح، زاد اللخمي، وقبل التهنئة على جري العادة، لزمه النكاح. قال صاحب النكت: وعرضته على بعض شيوخنا فصوّبه.[228]

والذي يظهر من صنيع الفقيه التاودي بنسودة أن الخلاف بين الشريف المزدغي والشيخ البقني هو خلاف في حال، وليس حقيقيا؛ وذلك أن مسألة الشريف وقع فيها العقد بالفعل من أخ الزوجة فتكون من باب المفتات عليها؛ فلذا قال فيها بالصحة لوجود ما يدل على الرضا، وقد قال خليل: "وصح إن قرب رضاها بالبلد."[229] ولعل ملحظ الشريف المزدغي في القول بانعقاد النكاح هو وقوع الطول، كما أشار لذلك الفقيه محمد بن قدور رحمه الله الذي ذكر أن مسألة النازلة قريبة من أربعة أشهر، فكيف لا يكون لازما.[230]

الله الهرامة، دار الكتاب طرابلس، الطبعة الثانية، 2000م، (1/ 233)؛ الضوء اللامع لأهل القرن التاسع لعبد الرحمان السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، (21/9)، (دون رقم الطبعة ولا تاريخ النشر).

[225] . الشيخ خليل. مختصر خليل، مرجع سابق، ص: 76.

[226] . هو عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، يعد واحدا من فقهاء المالكية المأخرين، كما يعتبر أول من تولى مشيخة الأزهر بمصر، له مؤبفات عدة، منها الشرح الكبير على مختصر الخليل، ولد عام 1010هـ/ 1601م وتوفي عام 1099 هـ/ 1690 م. الأعلام للزكلي، الطبعة الثانية، 7/ 118.

[227] . الصغرى، ج 2/ 117، و118.

[228] . نفسه، ج 2/ 118.

[229] . الحطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، 5/ 65.

[230] . نفسه، ج 2/ 118

ولعل هذا هو الذي صرح به أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمان الجيلالي حين سئل عن رجل عقد النكاح وحضر الناس، ولم ينو من مسائل النكاح شيئا؛ إلا أن الزوج لم يقع عليه إشهاد بالكلية أو وقع الإشهاد بعد أشهر أو أكثر من ذلك، وتحمل والده وأمه بالمهر، فهل يصح العقد أم لا؟ وفي جوابه بيّن أن الزوج إذا كان حاضرا حين العقد وصبغ الحناء وقبل التهنئة، ولم يظهر منه إنكار الزوجية، وطال الحال على ذلك، فالنكاح لازم يترتب عليه آثاره من وجوب الصداق على من تحمل به، والميراث في مال الزوج.[231] وأما مسألة البقني، فليس فيها تصريح بالعقد؛ فلذا أفتى فيها بعدم الصحة وإن كان هو علل بعدم الإشهاد فقد علل غيره بعدم الصيغة وهو الصواب في التعليل؛ لأن الإشهاد ليس بركن.[232]

ج. جريان عرف فاس وزرهون بانعقاد نكاح الفاتحة

ثم أكد الفقيه الزرهوني[233] أن العرف استقر عندهم بزرهون وكذا بفاس على أن تهنئة الناس وتسميتها بزوجة فلان، وهي ساكتة راضية يكفي في انعقاد النكاح، وهو في هذا تبع للشريف المزدغي. قال: النكاح المذكور صحيح المعنى مؤسس المبنى، ولا يحتاج إلى إشهاد الزوجة، حيث صنع الطعام عندها وحضر الناس وأكلوا، واشتغل النساء يولولن عليها، وبعث لها بعد ذلك بالحناء والتمر وغير ذلك، وهي حاضرة ساكتة لم تغير ما رأت من ذلك، مستحضرة الخلد أي العقل و البال على ما عليه الشريف المزدغي قائلا: إذا أكلت البنت من تلك الفاكهة، وغسلت بذلك الصابون، أو صبغت بتلك الحناء، وسكتت طوال المدة المذكورة، فذلك كله يدل على قبولها النكاح، مع أن تهنئة الناس لها مع سكوتها وتسميتها بامرأة فلان ولم تنكر يكفي في ذلك كله.[234]

---

[231] . نفسه، ج 2/ 138.

[232] . التوادي بن سودة. حلى المعصم لفكر ابن عاصم، (مرجع سابق)، ج 1/ 410-411.

[233] . هو العربي بن هاشم الزرهوني المكنى بأبي حامد. عرف برسوخ قدمه في الفقه والإفتاء، توفي عام 1260 هـ. انظر: شجرة النور، ص: 398.

[234] . الوزاني. النوازل الصغرى، مرجع سابق، ج 2/ 117.

وممن اعتبر النكاح منعقدا بما جرت به العادة من التهنئة ودعوة الناس إلى طعام الوليمة الفقيه النوازلي أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمان الجيلالي الذي قال: إذا كانت العادة عندهم جارية مجرى العقد المصطلح عليه عند الموثقين؛ بحيث يرتبون على إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح، وأن الإشهاد الواقع ليلة الدخول ليس هو إلا للتحصين من نزاع في قدر المهر أو أصله، ولبيان ما يقضى منه، فهذا لا إشكال فيه.

ثم بيّن مستنده الشرعي وسلفه في القول بلزوم النكاح بما ذكر بقوله: وهكذا العادة عندنا، ولم نر مشيخة قط حضرت عقد نكاح وسموا الصداق والهدية وقرأوا الفاتحة على عادتهم، وهم لا يقصدون انبرام العقد؛ وإنما قصدوا المواعدة؛ بل قصدهم بذلك انبرام العقد وإلزامه، وصار الزوج بذلك زوجا لها وهي زوجة له. ثم أضاف أنه ما سمع بجماعة حضرت هذا العقد على ما وصف وأصبح أبو الزوج ينكحها من الغير اعتمادا على أن ما وقع مواعدة. وعلى هذا استقرت العادة بزرهون، كما أشار الإمام إلى أنه حضر أنكحة فاس، وهم إنما يقصدون انبرامه؛ لا المواعدة به وتسميته، كما أن لفظ العطية يصحح ذلك؛ وإلا لسمى المواعدة بالعطية.[235]

3. جواب بعض المعاصرين الذين وافقوا هذا الاجتهاد الفقهي

أ. جواب الفقيه مصطفى بنحمزة

وأما الفقه المالكي الاجتماعي المعاصر، فإنه ذهب فيه أصحابه إلى انعقاد النكاح بما كان ينعقد به عند السلف؛ مع التشديد على التوثيق لكثرة ما يقع من الإنكار بين الأزواج اليوم. وهكذا، فبعض الفقهاء المعاصرين وقفوا من هذا الزواج موقفا وسطا من زواج الفاتحة؛ بحيث قالوا بانعقاده تبعا لما كان عليه السلف، وتشددوا في توثيقه أخذا بالأحوط الذي عليه بعض المتأخرين من فقهاء المذهب المالكي. ومن هؤلاء الفقهاء

---

[235] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج2 / 117-118؛ حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، للتاودي بنسودة، ج 1/ 410-411.

المعاصرين الأستاذ مصطفى بنحمزة[236] الذي سئل في برنامج تلفزي عن الزواج العرفي، فكان ملخص فتواه كما يأتي: "إن الزواج العرفي في السابق لم يكن يقوم على الإشهاد، حيث كان يكتفى فيه بإشهاد الشهود من المسلمين بالإضافة إلى مراعاة توفر أركان النكاح المعهودة والمعروفة في الفقه الإسلامي من ولي، ومهر، وزجين، وصيغة، التي أشار إليها الفقيه ابن عاصم بقوله:

المهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان[237]

فجواب النازلة أشار إلى حقيقة لايجوز إغفالها، وهي ماهية الزواج في الفقه المالكي؛ إذ لا يتميز الوضع من كون حالة النازلة عقدا أو غيره إلا بتبني معنى العقد. أما وقد تغير الوضع وأصبح الناس ينكرون هذه الأنكحة، وهذا يتسبب للزوجة في حرج ويعرضها للخطر؛ لأن العادة أن الزوج هو الذي يحضر الشهود، وهؤلاء تبع للزوج فينصرفون عن الزوجة ولا تستطيع ضمان من يشهد لها عند وقوع النزاع. والإنكار مرده إلى أن أسرة الزوج قد يمنعون من إتمام النكاح حتى تحرم من الإرث؛ ولذلك يرى الأستاذ بنحمزة، أنه اليوم أصبح لا بد من الإشهاد وتوثيق عقد الزواج. غير أنه دعا إلى ضرورة تييسر قضية توثيق الزواج ضمانا لحقوق الأولاد في تسجيلهم في كناش الحالة المدنية؛ وإلا استمر الناس في ممارسة النكاح العرفي، فيكثر ويتفاقم الوضع أكثر مما هو عليه الآن.[238]

ب. جواب العلامة مولود السريري

ملخص ما أفتى به العلامة مولود السرير في هذه المسألة هو النظر إلى الحقيقة الشرعية للعقد، مرتبا على ذلك ما يرتبه العقد الشرعي من جواز الوطء، والحق في

---

[236] . بنحمزة هو من بين الذين أثروا النقاش الفقهي حول الموضوع، بحيث كان عضوا في اللجنة الملكية المكلفة بإعداد مشروع مدونة الأسرة، كما أنه عضو المجلس الأعلى ورشيس المجلس العلمي المحلي لمدينة وجدة.

[237] . ابن عاصم. تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، الطبعة الأولى، 2011 م، ص: 39.

238 . مصطفى بنحمزة. فتوى صدرت عنه في البرنامج التلفزي الدين والناس، تبثه القناة الثانية بالمغرب.

الصداق، والتوارث بين الزوجين في حال وفاة أحدهما، ولحوق الولد، وعدم الحد، وغير ذلك من الآثار التي يرتبها عقد النكاح شرعا، حيث قال: إذا جاء شخص إلى من له سلطة الولاية على المرأة، وقال له: زوجني ابنتك، فأجابه: زوجتك إياها، وتكلم بما يدل على الرضا والقبول، فإن هذا عقد تام الأركان، قائم البنيان، معتبر في الدين، مرتب آثاره. وملحظ هذا القول الفقهي المعاصر النظر إلى الحقيقة الشرعية واعتبار مفهوم العقد الذي هو متحقق في هذه الحالة عند جميع أرباب المذاهب الفقهية السنية الأربعة، وخاصة المذهب الحنفي الذي يجعل العقد قائما على ركن واحد هو الصيغة إي الإيجاب والقبول.

وملخص الفقه المعاصر أن أصحابه لم يراعوا العرف الجاري في موطن النازلة؛ وإنما تركز متسمكهم بما يحقق الحقيقة الشرعية لعقد النكاح، وهي تتحقق دون توقف على الإشهاد؛ غير أن العلامة بنحمزة تشدد فيما يضمن حقوق الزوجة والأطفال، وما يحقق الاستقرار ويحمي الأسرة من الانهيار؛ ولذلك دعا إلى ضرورة توثيق عقد النكاح، وعدم التساهل في ذلك، فيما العلامة السريري تشدد في تنبيه المجتمع إلى أنه ينبغي الاحتياط في هذا المقام؛ نظرا لأن العقد قائم، مرتب جميع الآثار؛ ومن ثم فلا ينبغي التساهل في الإقدام على تزويج هذه المرأة من رجل آخر قبل طلاقها من زوجها؛ لأنها، في نظره، ذات زوج، وهذا مانع من تزويجها للغير، وإذا وقع ونزل، فإن ذلك من قبيل السفاح والفاحشة يجب تداركه بالفسخ.

هذا، وإن العلامة السريري أضاف أنه قد يقول قائل: إن هذه الصيغة لم تتضمن الإشارة إلى الصداق؛ ولذلك، فإننا لسنا أمام عقد مرتب للآثار، فالجواب عن هذا أن الصداق ليس ركنا؛ وإنما هو شرط، وإذا وقع ونزل، ودخل بها دون صداق، فإن العقد صحيح، ويفرض لها صداق المثل؛ إذ أن الشرط بالنسبة للصداق إنما هو عدم الاتفاق على إسقاطه؛ ولذلك إذا لم يسم عند العقد وكذا عند الدخول، فإن الوضع يفسر على أنه نكاح التفويض؛ وذلك أن النكاح بالنسبة إلى الصداق ينقسم إلى نكاح التسمية ونكاح التفويض. ولعل القول الفقهي للعلامة السريري مبني على عدم جريان العرف بالانعقاد

أو على الجهل؛ ولذلك خلص إلى القول بأنه في أحايين كثيرة يصعب التفريق بين الخطبة والعقد؛ لأن ما يقع في الخطبة من التخاطب بما يحقق معنى الزواج.

وبناء على قرره، نبه إلى خطورة الأمر؛ ومن ثم دعا أولياء الأمور إلى أن يتفطنوا لباب النكاح وباب الطلاق وباب البيوع، لشدة الاحتياج إليها في كل زمان ومكان، وأن العلم بما يحقق هذه الحقائق الشرعية مما لا يعذر أحد بجهله لها.

المحور الثالث: تحرير محل الخلاف وبيان الراجح من الأقوال

أولا: تحرير محل النزاع في المسألة

ومحل الخلاف في انعقاد النكاح وعدم انعقاده بما جرت به العادة من الإطعام والهدايا بين أئمة المذهب حيث لا عرف؛ وإلا فالعادة محكمة؛ بحيث يحكم للنكاح بما استقر في عرف البلد الذي نزلت فيه النازلة. ففقهاء المذهب المالكي نصوا على أن محل الخلاف هو الصورة التي يجهل فيها الحال؛ بحيث لو سئل المعنيون بالقضية هل أرادوا الوعد أو الانبرام لم يحرروا شيئا، قال سيدي أبو سالم إبراهيم بن محمد الجلالي: فهذا محل الإشكال واختلاف الفتاوى والأقوال. وفي مثل هذه الحال، أفتى الشريف المزدغي بالانعقاد وأفتى الشيخ البقني بعدم الانعقاد. قال الإمام التاودي بعد أن عرض ما ذهب إليه الشريف المزدغي وما ذهب إليه الشيخ البقني في شرحه للتحفة: والحاصل "إن كان ما يقع من الإشاعة والهدايا والأطعمة عقدا ولو ممن ناب عن الزوج والزوجة ووليهما بغير توكيل، ولم يشك في علمهما ورضاهما بذلك، فالظاهر اللزوم كما قاله الشريف، وإن لم يكن إلا مجرد الهدايا والإرسال والخطبة، والواقع من أهل الزوجة إنما هو وعد، فلا لزوم."[239]

[239] . حلى المعصم في حل فكر ابن عاصم، للتاودي، ج 1/ 409؛ النوازل الصغرى للوزاني، ج 2/ 118.

ثانيا: أقسام المسألة وصورها بناء على العرف

1. العرف هو المرجع في المسألة الإمليسية[240] (زواج الفاتحة)

وحيث إن العرف العام هو أن النكاح لا ينعقد بهذه الأعمال، كما في نوازل النكاح من المعيار عن أبي سعيد بن لب من أن عادة الناس عند الخطبة التواعد على الإيجاب، والانعقاد يتوقف على زمان يحضره الشهود وينبرم به الأمر، فمن ادعى انبرام العقد قبل ذلك، فهو مدع خلاف العرف، ودعواه غير مثبتتة.

غير أن الاحتكام إلى العرف في هذه المسألة بقي محل نقاش فقهي بين الفقهاء والنوازليين، ومن صوره أن العلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي[241] الذي سئل

---

[240] . والعرف في اصطلاح الفقهاء هو –كما عرفه النسفي من الحنفية ت 710 هـ– بقوله: هو ما "استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول." ثم إن المتأمل لكلام العلماء في المذاهب الفقهية الأربعة يجد أن الاحتجاج بالعرف والعادة من الأمور التي اتفقت عليها هذه المذاهب، وأن الخلاف الجاري بينها إنما هو في نطاق حجيته. ومعلوم أن المالكية يأخذون بالعرف كأصل من أصول مذهبهم إذا لم يكن (يوجد) نص قطعي، والعرف الذي لا فساد فيه يدخل في باب المصلحة المعتبرة هي أيضا من أصول المذهب المالكي. انظر: المجتمع المغربي من خلال كتب النوازل، لعبد الحسن العمراني، ص: 399. بل يلاحظ المطلع على الفقه المالكي وتعليلاته أنه أكثر المذاهب الفقهية أخذا بالعرف وتمسكا به، ويليه الفقه الحنفي، ثم الشافعي والحنبلي. انظر: "قاعدة العادة محمة"، ص: 119–120. يقول ابن نجيم:(ت 970 هـ): واعلم أن اعتبار العرف والعادة يرجع إلى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا. (الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص: 37). والعرف قد راعته الشريعة الإسلامية في تشريعاتها وأحكامها على اعتبار أنه من القواعد المتسمة بالسعة والشمول لتستوعب ما جد في حياة الناس من قضايا ونوازل مختلفة إن على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي... (أثر العرف في فقه النوازل دراسة لقضايا معاصرة لعبد العزيز بن عبد الرحمان المشعل، مقال، منشور في القلم نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، 1431 هـ/ 2010 م، ص: 171).

[241] . هو أبو عبد الله محمد بن عبد القادر بن علي بن أبي المحاسن الفاسي وِلادة ومنشأ وقرارا، بلغ شأوا عاليا في علم الحديّث والفقه وعلم أخرى.. تربى في أسرة فاسية عرفوا بالصلاح والعلم، فأخذ عن والده عبد القادر الفاسي (ت1091هـ)، وعمه أبي العباس أحمد بن علي الفاسي (ت1062 هـ)، وأبي القاسم وأبي عبد الله محمد بن أحمد بن علي الفاسي(ت 1084هـ)، وأجازه عم والده العربي الفاسي(ت1052هـ) وهو ابن عشر سنين أو أقل من ذلك. من تلاميذه أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بناني (ت1163هـ). ولد 1042، وتوفي عام 1116 هـ. انظر ترجمته في: "صفوة من انتشر من أخبار صلحاء القرن الحادي عشر" لصاحبه محمد بن الحاج بن محمد بن عبد الله الصغير الإفراني، تقديم وتحقيق: عبد المجيد خيالي، مركز التراث الإفريقي المغربي، البيضاء، الطبعة الأولى، 1425 هـ/ 2004 م، (357–359)، و"نشر المثاني لأهل القرن الحادي عشر والثاني" لصاحبه محمد بن الطيب

عن رجل خطب امرأة بكرا من أخيها وأجابه لما طلب، واشتهر النكاح بينهما وتسامع الناس بذلك، ووقع ما جرت به العادة من الطعام والهدايا في المواسم وشبه ذلك مما يدل على رضى الزوجة وعلمها، ثم بعد مدة من نحو سنة زفت الزوجة للزوج المذكور، وحضر العدول ليلة الزفاف وكتبوا رسم النكاح، ثم ولدت الزوجة لأربعة أشهر من يوم الزفاف، وحكم حاكم بفسخ النكاح وتأبيد الحرمة وتزوجت الزوجة بسبب ذلك، وقامت الآن تطلب مهرها من الزوج الأول وتدعي رضاها بالزوج وقت الخطبة وشهرة النكاح ووقوع سبب الحمل بعد ذلك.[242] ثم أضاف سؤال النازلة معطيات تزيد الحالة وضوحا، فقال: وقلما ينعقد عندنا نكاح ليلة الزفاف إلا مع تقدم اشتهار يوجب الاختصاص، وقطع الأطماع، وتشوق غير الخاطب للزوجة المذكورة، وخجلها عند ذكر الزوج وفرارها، وغير ذلك مما يدل على رضاها مما يعين القسم الذي لا إشكال فيه من أقسام المسألة.[243]

ولاضطراب القول الفقهي في المسألة وتشعب آراء الفقهاء النوازليين في ذلك أجاب سيدي عبد القادر الفاسي بأن انعقاد النكاح بما ذكر مما جرت به العادة من الأفعال كالإطعام والهدايا في المواسم وغير ذلك قد اضطربت فيه فتاوى المتأخرين.

2. صور المسألة وأحوالها بناء على العرف الجاري

والذي يظهر من فتاوي الفقهاء وأجوبتهم أن المرجع في اعتبار النكاح منبرما أو غير منبرم هو العرف الجاري في مجتمع السؤال، فإن جرى على أن الإطعام والهدايا انعقاد اعتبر منعقدا، وإن جرى على عدم الانعقاد، فيعتبر غير منعقد؛ وإلا فخلاف.

بن عبد السلام القادري، تحقيق: محمد حجي وأحمد التوفيق، مكتبة الطالب، الرباط، الطبعة الأولى، 1977-1986م، ج 3 /151-152، و"طبقات الحضيكي" لمؤلفه العلامة محمد بن أحمد الحضيكي (ت 1189 هـ / 1775 م)، تحقيق: أحمد بومزكو، الطبعة الأولى، 1427هـ / 2006 م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، (314/2-312)، و"سلوة الانفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس" لصاحبه محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني (1274 هـ- 1345) ، تحقيق: محمد بن عبد الله الكتاني، وحمزة بن محمد بن الطيب الكتاني، ومحمد حمزة بن علي الكتاني، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1425 هـ/ 2004 م، (ج 1/359-361).

[242] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 166.

[243] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 166.

ولقد فصل القول الفقهي في هذه الأحوال الثلاثة النوازلي أبو سالم سيدي محمد بن إبراهيم الجيلالي، وسار هذا التفصيل معتمدا من طرف الفقهاء بعده، فنقله من شراح التحفة العلامة التاودي بنسودة، والفقيه التسولي[244]، والشيخ ميارة وغيرهم، كما اعتمده نوازليون آخرون. ولهذا، نجد أن العلامة سيدي عبد الفاسي في جوابه السابق أحال على تفصيل الفقيه أبي سالم سيدي إبراهيم الجيلالي[245] في تأليفه المسمى "بالمسألة الشهية الأمليسية" الذي يتلخص في أحوال ثلاثة عرفها المجتمع المغربي، وهي:

أ. جريان العادة مجرى العقد المصطلح عليه عند الموثقين

فإذا رتب أهل المنطقة على إرسال الحناء وغيرها من تلك الأمور آثار النكاح، وجرت أحكامهم بذلك، وتقررت حتى علم بها أهل البلد وتحققوها، وأن الإشهاد الواقع منهم ليلة الدخول ليس من شروط صحة العقد؛ وإنما هو من تمام عادتهم للتحصن من كثرة التنازع في قدر الصداق وأجله وحلوله وغير ذلك.246 ففي هذه الحالة، فلا شك أن تلك العادة تحكم ويلزم المتعاقدان بها، ويرتب العقد جميع آثاره، كالحكم على ورثة الميت منها بما يلزمه لصاحبه؛ بل يقال: إنه لا يختلف في ذلك.[247]

ب. جريان العرف بكون تلك الأمور توثيقات للعقدة الشرعية ليلة الدخول

ففي هذه الحالة، ما جرى به العرف من الإطعام وغيره إنما يعتبر مجرد أمارات على ميل كل من الجهتين للأخرى ومقاربة بعضهم من بعض، وأن تنجيز ذلك إنما يقع عند الإشهاد ليلة الدخول عادة متقررة يعرفها خاصتهم وعامتهم. ففي هذه الصورة لا

---

[244] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 115.

[245] . وصفه النوازلي الشريف الحسني العلمي بأوصاف تدل على مقامه في العلم وخاصة في علمي الفقه والقضاء، فقال في معرض حديثه عن عادة في سوس مضمنها أن أكثر أهل سوسة لا يغيب عن سوق الغزل: وفي جواب للفقيه المحصل النوازلي آخر قضاة العدل أبي سالم سيدي إبراهيم الجيلالي. انظر: كتاب النوازل الشيخ أبي الحسن علي ابن الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، تحقيق المجلس العلمي بفاس، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1409 هـ/ 1989 م، بدون رقم الطبعة، ج 3/ 8.

[246] . الإمام التسولي. البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1/ 410 .

[247] . الوزاني، النوازل الصغرى، ج 2/ 166-168.

شك أن المنطقة التي يجري فيها العرف بهذا المعنى لا يلزمون بمقتضيات العقد لعدم لزومه.[248]

ج. جهل عادة البلد في الانعقاد من عدمه

والمرجع في انبهام عادة المجتمع هو استفسارهم عن مقصدهم من هذه الأفعال؛ بحيث لو سئلوا هل مرادهم بتلك الأمور العقد اللازم أو الوعد والأمارة، لم يحرروا شيئا من عادتهم، فهذا محل الإشكال.[249]

هذا هو التحصيل الذي أورده الفقيه أبو سالم سيدي إبراهيم الجيلالي والذي بات معتمد العلماء وملاذهم في الجواب عما يعرف بالمسألة الإمليسية[250]، ومن هؤلاء الفقيه التاودي الذي ذكر التفصيل المذكور بعد ما أورد الخلاف الذي جرى بين الشريف المزدغي والشيخ البقني. قال الفقيه علي بن أويس: والذي انفصل عليه شيخنا[251] في شرحه للتحفة هو أنه إن كان ما يقع من الإشاعة والهدايا والأطعمة عقدا ولو ممن ناب عن الزوج والزوجة ووليهما بغير توكيل، ولم يشك في علمهما ورضاهما بذلك، فالظاهر اللزوم كما قاله الشريف، وإن لم يكن إلا مجرد الهدايا والإرسال والخطبة، والواقع من أهل الزوجة إنما هو وعد، فلا لزوم.[252]

والحالة التي لم يعرف الناس هل تعتبر عقدا عندهم أم لا اختلف فيها فقهاء المذهب بين من قال إنها تتنزل منزلة العقد المنبرم، وجعل الأركان المذكورة في النكاح المنصوص عليه عند الموثقين من صيغة وإشهاد حاصلة في الواقع بينهم بالمعنى، وأن الدلالة

---

[248] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 167.

[249] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 167.

[250] . قال الفقيه التاودي: هي ما جرت به العادة من أن الرجل يوجه من يخطب له امرأة لنفسه أو لولده فيجاب من أهلها بالقبول ويتواعدان للعقد ليلة البناء. حلى المعصم في حل فكر ابن عاصم، للتاودي، ج 1/ 409.

[251] . قلت: يعني الشيخ التاودي لأنه نقل كلامه في شرحه على التحفة، وقد قارنت بينهما، فوجدتهما متطابقين.

[252] . حلى المعصم في حل فكر ابن عاصم، للتاودي، ج 1/ 409؛ وانظر: النوازل الصغرى للوزاني، ج 2/ 118.

الفعلية على الإيجاب والقبول أقوى من الدلالة القولية، فحصل الاكتفاء بذلك على الإشهاد المصطلح عليه وتنزل ذلك منزلته.[253] فيما ذهب آخرون إلى أن الأوصاف المذكورة ليست بعقد، فلا يترتب عليها حكم ولا أثر من فروع النكاح المنعقد؛ لأن الإشهاد بالصفة المذكورة عند الموثقين متعبد به، فلا يقوم غيره مقامه.[254]

ثالثا: المناقشة والترجيح

بعد هذا العرض المفصل لنوازل الفقهاء في مناطق متفرقة من ربوع المملكة المغربية الشريفة، نظر الفقيه النوازلي الوزاني فيها وبين الراجح منها، مشيرا إلى سبب الخلاف ومنشأه، فقال إن القول بالانعقاد في الحالة التي يجري فيها العرف بذلك واضح؛ لأن العرف نزل تلك الأفعال منزلة التصريح بالإيجاب والقبول، فتكون دالة بالوضع، فلا فرق بين دلالة اللفظ أو الكتابة وبين دلالة تلك الأفعال؛ إذ كل دل بالوضع.

لكن يبقى السؤال هل تجري هذه الدلالة في الصورة الأخيرة التي لم يتقرر فيها عرف في المجتمع الذي نزلت فيه؛ ومن ثم فلا دلالة وضعية؟ قال العلامة الوزاني: وبالرغم من ذلك فإن هذه الحالة يرجح فيها الانعقاد، نظرا لما للقرائن التي تدل دلالة عادية كدلالة الصمت على الرضا، وقد ورد في الشرع اعتباره في حال[255] دون أخرى. ولقد

---

[253] . الوزاني. النوازل لصغرى، ج 2/ 167.

[254] . نفسه، ج 2/ 167.

[255] . قلت: كاعتبار صمات البكر رضى منها بالزوج، قال الإمام ابن رشد الجد: سئل مالك عن البكر يدخل عليها وليها ليشهد عليها في النكاح فتصمت، أعلى الشهود أن يسألوها أو الولي إن لم تتكلم برضاها؟ فقال مالك: لا، رضى البكر صماتها، فإذا صمتت فلا.... انظر: البيان والتحصيل لابن رشد الجد، ج 4 / 315. ومن ذلك أيضا المدين المفلس الذي بيعت عليه أملاكه لصالح الغرماء، وقد سكت واحد منهم وهو حاضر لا يمنعه من الكلام شيئ مدة، ثم قام يطلب حقه فلا يسمع، ومن ذلك ما ذكره الإمام الوزاني في نوازله الصغرى من نوازل الشيخ الإمام سيدي العربي بردلة من أن رجلا أوصى على ابنته فلانا وجعل له الإجبار عليها، ثم لما مرض ... فأجاب بأن الزوجة لهذا الثاني، والقائم عليه الآن لا حق له. الوزاني النوازل الصغرى، ج 2/ 149.

أشار الفقيه الوزاني إلى أن اعتبار السكوت رضى في الشرع تارة وأخرى لا يعتبر هو منشأ الخلاف بين الفقهاء[256] في الصورة التي يتقرر فيها عرف في المجتمع.

ثم ألمح الوزاني في آخر بحثه المطول في الموضوع إلى أنه يميل إلى القول بالانعقاد في حال عدم تقرر العرف، مستندا في ذلك إلى أن دلالة هذه الأفعال من الإطعام والهدايا أقوى من دلالة الصمت؛ لأن الصمت عدم شيء، واستصحاب لما كان، بخلاف هذه الأفعال فإنها تغيير حال وإيجاد شيئ دال مع تكررها وتعددها، فهي دالة دلالة قوية قد تساوي الدلالة الوضعية؛ ولذلك القول باعتبارها هو التحقيق والراجح.[257]

وبناء على القول الراجح هنا وعلى جريان العرف بالانعقاد، فليس هناك إشكال في ترتب آثار النكاح وأحكامه من نحو الميراث، والطلاق، والمهر، ولحوق الولد، وعدم الفسخ والتأبيد من الأحكام.[258] ولعل ما يشهد لهذا الرأي الذي يقول بالانعقاد في حال لم يجر عرف بشيء محدد ما اتفق عليه فقهاء المذهب من أن الإشهاد إنما هو شرط في صحة الدخول، كما أنه يشهد له ما أورده ابن الناظم عن ابن لب من أن الإشادة بالنكاح وشهرته مع علم الزوجين والولي تكفي وإن لم يحصل إشهاد، ويشهد له أنكحة كثير من السلف، كما حكاه ابن القاسم.[259]

والذي نميل إليه في هذه المقالة هو ما رجحه الفقيه الوزاني، وهو الذي تشهد له الأدلة وتدل عليه الشواهد؛ إذ الإشهاد اختلف أرباب المذهب فيه[260]، فذهبت طائفة منهم ابن العربي إلى ترجيح الانعقاد بدون إشهاد لعدم اعتبار المشرع له بدليل حديث نكاح النبي صلى الله عليه وسلم صفية.[261] وأضاف ابن العربي أنه ليس في ذلك حديث يعول

---

[256] . الوزاني. النوازل الصغرى، ج 2/ 167.

[257] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 167-168.

[258] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 168.

[259] . الوزاني. المرجع نفسه، ج 2/ 168.

[260] . الباجي. المنتقى، ج 3/ 312.

[261] . ابن العربي. عارضة الأحوذي، ج 4/ 309-310.

عليه في اشتراط الإشهاد، مضعفا حديث "لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[262]، ومرجحا حديث أنس الصحيح[263]، كما أنه محمول على الدخول؛ إذ النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وحمل اللفظ على الحقيقة أولى من حمله على المجاز، وأن النفي فيه محمول على الكمال.[264] ووجه الاستدلال به أنه لو كان أشهد، لما شكوا ولعلموا حالها بالإشهاد.[265]

غير أن القول بالانعقاد لا ينبغي أن يقرر على الإطلاق؛ بل لا بد من تقييده بالإشهاد عند الدخول؛ اعتبارا للإشكلات الواقعية التي تحدث عند عدم العناية بالتوثيق، سواء من جهة الزوجة أو من جهة الزوج. وفي هذا السياق، قال الإمام ابن رشد الجد: "أما الإشهاد فليس بشرط في صحته؛ ولكنه لا يتم عند المناكرة إلا به هـ."[266] غير أن الذي تشهد له القواعد الشرعية وترشد إليه الأدلة هو أن الدخول بالزوجة لا يخول بمجرد العادة من الإطعام والهدايا؛ بل لا بد من الإشهاد تفاديا لانتشار الزنا ورفع الحدود عن الناس في حال ضبط الرجل مختليا بالمرأة دون وثيقة الزوجية بينهما. فسدا لهذه الذريعة، اشترط المالكية الإشهاد وتشددوا فيه عند الدخول.

---

[262] . أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي؛ وابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي؛ والدرا قطني من حديث ابن عباس، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد.

[263] . فعن أنس رضي الله عنه قال: أقام النبي صلى عليه وسلم بين خيبر والمدينة يبني عليه بصفية بنت حيي، فدعوت المسلمين إلى وليمته، فما كان فيها من خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع، فألقي فيها من التمر والإقط والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات أو مما ملكت يمينه؟ فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه. فلما ارتحل وطأ لها خلفه، ومد الحجاب بينها وبين الناس. أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب اتخاذ السراري، ومسلم في كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاق أمته ثم يتزوجها. قال الباجي وابن العربي: هذا الحديث مشهور مروي في قصة مشهورة فيقدم على ما سواه. انظر: عارضة الأحوذي لابن العربي، ج 4/ 310؛ والمنتقى للباجي، ج 3/ 313.

[264] . أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ). الذخيرة، تحقيق: محمد حجي ومن معه، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994، ج 4/ 399.

[265] . ابن العربي. عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، ج 4/ 310.

[266] . الوزاني، النوازل الصغرى، ج 2/ 164.

واعتبار الإشهاد شرطا في الدخول[267] هو ما ورد صريحا في نص للإمام مالك رضي الذي نقله الإمام محمد بن المواز في الواضحة، جاء فيه: "ومن نكح ولم يشهد، لم يضره؛ لكن لا يبني حتى يشهد."[268] ومن هذا النمط، ما قاله الإمام ابن شاس من أن الإشهاد "ليس ركنا ولا شرطا في العقد؛ وإنما هو شرط في الدخول، والمقصود إعلان النكاح وإشهاره ليتميز عن الزنا؛ وإنما شرع الإشهاد لرفع الخلاف المتوقع بين الزوجين وإثبات حقوقهما، وعلى هذا جرت أنكحة الصحابة رضي الله عنهم حيث لم تكن بشهادة."[269]

خاتمة:

لقد تبين مما مضى أن حكم نكاح ما بات يصطلح عليه بنكاح الفاتحة عندفقهاء المالكية المتأخرين قد وقع الخلاف فيه قديما وحديثا. وقد تشدد المتأخرون منهم وأحدثوا حكما متشددا؛ نظرا لما أحدث الناس في الأمر من المخالفات والتحايلات على الشريعة للوصول إلى مقاصد فاسدة من التمتع بالنساء والتخلي عنهن متى ما شاء الزوج، كما أنه وظف من قبل أولياء الزوجة لتزويجها ممن شاءوا وحرمان الزوج الذي لا يرغبون فيه. والفقه النوازلي المالكي واكب التطور الذي عرفته هذه المسألة، ووازن بين حماية حقوق الناس في الزواج على منهج السلف الصالح، مع فرض قيود وشروط ضامنة

---

[267] . وعلى هذا الرأي، فإن الإشهاد شرط في صحة النكاح؛ بحيث لا يصح إلا به. والمقصود بذلك شهادة رجلين عدلين غير الولي ولو لم يقع الإشهاد حال العقد. وليس المراد بالولي من يباشر العقد؛ بل من له ولاية النكاح، ولو تولى العقد غيره بإذنه. ولا تصح شهادة المتولي أيضا لأنها شهادة على النفس. وعلى هذا الرأي، فلا يصح النكاح بلا شهادة، ولا بشهادة رجل وامرأتين، ولا بشهادة فاسقين، ولا بشهادة رجلين مستوري الحال. فإن عدم العدول فيكتفى بمستوري الحال. وقيل يستكثر من الشهود، قال الإمام الصاوي: وهو المطلوب في هذه الأزمنة. الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته، ج 3/ 187.

[268] . الفقيه التسولي. البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1/ 410.

[269] . نفسه، ج 1/ 410.

لحقوق الزوجين والأولاد، وللحفاظ على وتيرة الزواج في المجتمع، وعدم إيقاف هذه السنة التي تحقق العمران البشري والحضاري وتضمن بقاء النوع البشري.

فالذي تلخص مما تقدم من الأقوال والنوازل الفقهية المترجمة للواقع بصورة دقيقة، والمعبرة عنه بأوضح أسلوب وأبين طريقة أن هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء قديما وحديثا، وأن الخلاف ما زال مطروحا إلى يومنا هذا؛ نظرا لتعارض ما يحقق الحقيقة الشرعية، وما يضمن حقوق أطراف العقد، فمن نظر إلى ما يحقق الحقيقة الشرعية، قال بانعقاد زواج الفاتحة مع الدعوة إلى التوثيق احتياطا، ومن نظر إلى ما يضمن حقوق الأطراف، قال بالانعقاد مع شرط توثيق العقد في الدوائر المختصة. ومن قال بالانعقاد مطلقا، تشدد في الأخذ بالأحوط لقيام الحقيقة الشرعية، ومن قال بعدم الانعقاد مطلقا، تشدد في الأخذ بالأحوط لما يضمن الحقوق. وعليه، فإن الذي يظهر من الخلاف في المسألة قديما وحديثا أنه خلاف في حال؛ لاختلاف زاوية الملحظ ومحط الاعتبار.

هذا، وإن الذي اطلعت عليه من أحوال المسلمين في الغرب أن زواج الفاتحة يعرف انتشارا واسعا؛ بحيث يعد ملاذا ومدخلا أساسا لمن أراد التعدد، كما أن الناس هناك لا يوثقون نكاحاتهم حفاظا على المكاسب المادية وفرارا من حرمانهم من المساعدات التي يتلقونها من الدولة المضيفة، بالإضافة إلى ذلك فإن كثيرا من الرجال أصبحوا لا يوثقون الزواج خوفا من فقدان ممتلكاتهم وتعرضهم للتشرد؛ لأن القضاء في أوروبا، في إطار حماية حقوق المرأة، يفرض على الزوج التخلي عن المسكن لصالح الزوجة والأطفال، ناهيك عن المبالغ المرتفعة التي تقضي بها المحاكم هناك لفائدة الزوجة والأطفال.

فهذه كلها مفاسد واقعية تطال الأسرة المسلمة وتجعلها مهددة بالانحلال ترجح القول في هذه الأزمنة بضرورة توثيق عقد الزواج، وأنه لا ينبغي للزوجة أن تمكن الزوج من نفسها إلا بعد حصول التوثيق، وهو الرأي الذي يرجحه الفقه المالكي المعاصر, فلا بد من الجمع بين الميثاقية الأخلاقية والشكلية التعاقدية للزواج، وفاء لمنهج السلف، وضمانا

لحقوق أطراف العقد، صيانة للأسرة من العبث، وحفاظا على مقاصد السكينة والطمأنينة والمودة والرحمة بين مكونات الأسرة المسملة.

مراجع البحث ومصادره

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع؛

1. ابن العربي. عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، تحقيق: جمال المرعشلي،طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى،1418ه/ 1997م؛

2. ابن شاس. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد عثمان، دار الكتب العلمية؛

3. ابن عاصم. تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، الطبعة الأولى، 2011 م؛

4. أبو العباس القرافي (المتوفى: 684ه). الذخيرة، تحقيق: محمد حجي ومن معه، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994 م؛

5. أبو الوليد الباجي. المنتقى في شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (دون تاريخ) ؛

6. إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، لعبد السلام بن عبد القادر بن سودة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م؛

7. أثر العرف في فقه النوازل دراسة لقضايا معاصرة لعبد العزيز بن عبد الرحمان المشعل، مقال، منشور في القلم نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة، 1431 ه/ 2010 م؛

8. بيان للناس من الأزهر، مجموعة من المؤلفين، المكتبة العصرية، 1984م؛

9. ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض، تحقيق جماعة من الباحثين، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، (دون رقم الطبعة)؛

10. الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته، موسوعة المعارف، بيروت، الطبعة الثالثة، 1426هـ/ 2005 م؛

11. الحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مطبعة دار السعادة بمصر، الطبعة الأولى، 1328هـ.؛

12. حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، للشيخ التاودي بنسودة؛

13. سلوة الانفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس" لصاحبه محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني (1274 هـ- 1345) ، تحقيق: محمد بن عبد الله الكتاني، وحمزة بن محمد بن الطيب الكتاني، ومحمد حمزة بن علي الكتاني، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1425 هـ/ 2004 م؛

14. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، للقرضاوي، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2000م؛

15. سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة، 1422 هـ/ 2001 م؛

16. شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، لابن همام، تح: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، 1424 هـ/ 2003م ؛

17. الفقيه التسولي. البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة "تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، دار المعرفة، البيضاء، 1414 هـ/ 1994 م؛

18. الفقيه التاودي بنسودة. حلى المعاصم لفكر ابن عاصم شرح على الأرجوزة المسماة "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" لابن عاصم الأندلسي؛

19. عبد الرحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة، الناشر: دار الكتب العلمية، 1424 هـ/2003م؛

20. عبد الفتاح عمرو. السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، 1418هـ/ 1998م، الطبعة الأولى؛

21. القاضي عياض وولده محمد. مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تقديم وتحقيق وتعليق: محمد بنشريفة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1997 م؛

22. المحلى، ابن حزم (ت 456 هـ) تح: أحمد محمد شاكر، دار التراث، القاهرة؛

23. المعيار المعرب للونشريسي، تخريج جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1401 هـ/ 1989 م؛

24. مقدمة متن المختصر الخليلي بتعليق وتصحيح الشيخ أحمد الطاهر الزاوي، دار المدار الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 2004 م؛

25. ممدوح عزمي. العقد العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية؛

26. ميارة. شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية المعداني، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية؛

27. محمد بن الطيب القادري. نشر المثاني لأهل القرلان الحادي عشر والثاني عشر، فاس 1315 هـ.؛

28. النوازل الصغرى للزواني،

29. نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التنبكتي عناية وتقديم عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكتاب طرابلس، الطبعة الثانية، 2000م ؛

إثبات النسب أثناء الخطبة
في ضوء النوازل الفقهية ومدونة الأسرة

ذ. نبيل البكوري
أستاذ بكلية الشريعة، فاس

مقدمة

لا يخفى ما للأسرة من أهمية بالغة في حياة الانسان والمجتمع، فالأسرة هي المؤسسة التي تحتضن الانسان وترعاه في مختلف مراحل عمره، وهي منبع معارفه وتربيته وتوجهاته في الحياة، وهي نواة البناء المجتمعي وأداة لضمان تماسكه وتلاحم أفراده وجماعاته، لذلك اهتم الباحثون بدراسة قضاياها واعتنت الشريعة الاسلامية بأحكامها بالغ العناية، فبينت الحقوق وواجبات كل من الزوجين والأبناء، وحددت طرق ثبوت النسب وأحكام الوصية والميراث..

ويعد النسب في التصور الإسلامي من المقاصد الخمسة التي تكفل الشرع بصيانتها والمحافظة عليها، وعلى هديه عمل الفقهاء على صيانة أحكامه بحسب ما تنزل من قضايا باقتدار كفيل بصيانة الأعراض ومنع اختلاط الأنساب.

وعرفت مدونة الأسرة النسب من خلال المادة 50 على أنه لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى إلى الخلف، ولذلك فهو رباط دائم الصلة تقوم عليه الأسرة، لأنه لحمتها ونسيجها الذي لا تنفصم عراه، وهو بالنسبة للفرد جوهر الانتماء الأسري.

وفي هذا السياق تنص المادة 152 من مدونة الأسرة على أن ثبوت النسب من الرجل يتأتى من أحد الطرق الثلاثة: فراش الزوجية، أو الإقرار، أو الشبهة، وبالتالي فمجمل الأحكام المنظمة للنسب لم تعرف تغييرا كبيرا، باستثناء بعض المستجدات التي

جاءت بها مدونة الاسرة، والتي من بينها إثبات النسب للشبهة أثناء فترة الخطبة، بالرغم من كون مدونة الأسرة اعتبرت الخطبة مجرد وعد بالزواج.

وكان موضوع حمل الخطيبة وما يزال من المواضيع التي شدت انتباه الفقه ودعت القضاء للفصل فيه، إذ الموضوع ليس من مستجدات العصر الذي توسعت في ظله إمكانية الاتصال بين المرأة والرجل، وإنما هو موضوع عرفه المجتمع منذ القدم وتصدى له فقهاء النوازل، واختلف بشأنه بين قائل بلحوق النسب بالخاطب بشروط تم تحديدها بدقة، وبين رافض تماما لإضفاء المشروعية خلال مرحلة الخطبة سواء بشروط أو بغيرها مما جعل التشريع والاجتهاد القضائي يتسم بالتدبدب في حسم المسألة.

ومن هنا يمكن أن نتسائل كيف عالج فقه النوازل والاجتهاد الفقهي المعاصر في ضوء مقتضيات مدونة الأسرة مسألة الحمل أثناء الخطبة لتحقيق نوع من التوازن بين حماية مصلحة الطفل واحترام قواعد الشرع في ثبوت النسب.؟

وعليه سنحاول مقاربة هذه الاشكالية وغيرها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : موقف فقه النوازل من إثبات النسب أثناء الخطبة.

المطلب الثاني: موقف الفقه المعاصر من إثبات النسب أثناء الخطبة

المطلب الثالث: التوجه التشريعي من إثبات النسب أثناء الخطبة.

المطلب الأول: موقف فقه النوازل من إثبات النسب أثناء الخطبة.

أثيرت مسألة إثبات النسب خلال مرحلة الخطوبة لأول مرة بالمغرب على عهد الدولة السعدية في منتصف القرن الحادي عشر بمناسبة ما عرف آنذاك بالأنكحة الإغريسية[270]، ذلك أن الحروب التي عرفتها منطقة واد غريس بتافيلالت وما خلفته

[270] – محمد حجي، "الحركة الفكرية بالمغرب في عهد السعديين، "منشورات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، سلسلة التاريخ (2)، ط الأولى 1396 هـ-1976، ج 1، ص: 311.

من ضحايا في صفوف الشباب الذين هلكوا وتركوا وراءهم مخطوباتهم أياما، جعلت السؤال يطرح على فقهاء المغرب حول ثبوت الزوجية بين الخاطب الهالك ومخطوبته وما ينبني على ذلك من إرث ونسب وغيره، وحول ما إذا كان ذلك ينزل منزلة التفويض استنادا إلى العادة التي كان بموجبها يرسل الخاطب من يخطب له الفتاة من وليها فيجاب بالقبول فيبعث الخاطب بالحناء والملابس وما يلزم لتزيين العروس ويولول بالزغاريت فيشاع بين الناس أن فلانا تزوج فلانة.

وكان من بين من أجابوا عن هذا السؤال من الفقهاء الذين عاصروا العادة المذكورة **الفقيه إبراهيم الجيلالي**[271] حيث أقر رأي القائلين بصحة النكاح على طريقة بلاد غريس استنادا إلى قاعدة مفادها أن الدلالة الفعلية أقوى من الدلالة القولية.

وأبدى الفقيه السكتاني رأيه صراحة في رفض لحوق النسب أثناء فترة الخطبة، حيث سئل عن رجل كان يخطب امرأة فواقعها، ثم تزوجها بعد ذلك قبل الاستبراء وولد معها أولادا ثم طلقها وارتجعها، هل نكاحها صحيح أم لا؟ وما الذي يلزمه أجب لنا مأجورا، فأجاب: إن النكاح المذكور غير صحيح لتزوجه بها قبل الاستبراء من الوطئ المذكور لاحتمال أن يسري الماء للمحل، ثم إن تحقق أن الأولاد من مائه بعد أن تحيض لحقوا به، وإن كان قبل الحيضة لم يلحقوا به، وإن لم يدر هل من مائه قبل الحيضة أو بعدها لحقوا به لأجل أن الفراش فراشه"[272].

ونجد بعض الفقهاء من يتشدد في المسألة بتأبيد التحريم لمنع كل اتصال غير مشروع قبل العقد ولا يرتب عنها أي آثار سدا للذريعة، من ذلك ماجاء عن ابن هلال في نازلة أجاب عنها بقوله: "لا خلاف في فسخ النكاح، وإنما الخلاف في تأبيد التحريم،

271– إبراهيم بن عبد الرحمان الجلالي، "المسألة الشهية الأمليسية المنعقدة على عادة البلد الإغريسية، تح أحمد خرطة، جامعة القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية: 1421 هـ-2001 م،الصفحة :5 وما بعدها.

272 – السكتاني، أجوبة أبو مهدي عيسى بن عبد الرحمان السكتاني، تحقيق عبد الكريم وبرايم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة القرويين، كلية الشريعة، أكادير، السنة الجامعية: 1994-1995، الجزء الأول، الصفحة:151.

والمشهور عدم التأبيد، وأنه يجوز له أن يتزوجها بعد استبرائها من مائة الفاسد، وأنه لا يحتاج هنا إلى نكاح زوج غيره، وهو مشهور قولي ابن القاسم، وبه يفتي المفتون، وقد نزلت أيام ابن رشد فأفتى هو وأصحابه أصبغ بن محمد وابن الحاج بذلك، وحكى ابن عبد البر في الاستذكار عن مالك تأبيد التحريم إن نكحها قبل الاستبراء ووطئها مقتصرا عليه كأنه المذهب كله.

فإذا تقرر هذا، فالرجل المذكور يجب عليه أن يتجنب تلك المرأة فتذهب وتتنحى عنه، فإذا تيقن أنها حاضت ثلاث حيض فليخطبها إن شاء، فإن أحبته عقد عليها نكاحا صحيحا بولي وصداق وشاهدين على مشهور المذهب الذي به الفتيا.

وأما الولد ففي النوادر: من زنى بامرأة ثم تزوجها قبل الاستبراء، فالنكاح يفسخ أبدا، وليست فيه طلاق ولا ميراث ولا عدة وفاة، والولد بعد عقد النكاح لاحق فيما حملت به بعد حيضة إن أتت به لستة أشهر من نكاحها، وما كان قبل حيضة فهو من الزنى لا يلحق به[273].

هذه النوازل تبرز لنا بصورة واضحة ما نص عليه هذا الجانب من الفقه فيمن واطئ امرأة يعتقد أنه سيتزوجها بعد، أنه يحد حد الزنا ولا يدرأ عنه الحد كما نص عليه القرافي في الفروق[274]، وهو الموافق للقاعدة الأصولية: أن الحكم لا يتقدم على سببه[275].

وإذا وجب حده لا يلحق به الولد للقاعدة الفقهية أن الحد والنسب لا يجتمعان[276]، وهي صورة وطئ الخاطب خطيبته بشكلها وروحها، فإنه يطأها وفي نيته أنه سيتزوجها ويعقد عليها بعد أن يكون وطئها وأحبلها.

---

273 – ابن هلال، نوازل ابن هلال السجلماسي، دراسة وتحقيق سلام أبريش، رسالة لنيل الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، فاس، السنة الجامعية 1998-1999 ،الجزء2، ص:446.

274 – القرافي، الفروق ، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، ط 1998، الجزء 4، ص: 315.

275 – القرافي، الفروق، المرجع السابق ، الجزء1، الصفحة: 342.

276– المقري، "الكليات الفقهية ، دراسة وتحقيق محمد أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، ط 1997،الصفحة:133

وهذا مخالف لما نص عليه المالكية ومن وافقهم من وجوب فسخ النكاح وحد الزوجين ونفي الولد إذا دخل الزوجان قبل الإشهاد على العقد إلا أن يشتهر دخولهما باسم النكاح اشتهارا فاشيا، وفي مختصر خليل[277]:

وفسخ أن دخل بلا فهو (الإشهاد) ولا حد إن فشا

وإذا وجب حد الزوجين عقدا النكاح ولم يشهدا عليه إذا أقر بالوطئ ولم يشتهر دخولهما، فكيف يصح القول بإعفاء الخطيبين من الحد ولحوق الولد بالخاطب لمجرد وجود الخطبة وإن اشتهرت مع العلم أن الخطبة ليست نكاحا بالإجماع، كما أن الإجماع منعقد على حرمة الاستمتاع بالخطيبة قبل العقد عليها، فأية شبهة في هذا الوطئ، والإجماع على تحريمه، والوطئ يعلم أنها غير زوجته وإنما هي خطيبته، وكيف لنا إثبات الخطبة وقد لاتكون أصلا ويدعيها من وقع في الزنا وافتضح أمره بالحمل ليعمل على على تغطية فضيحته[278].

المطلب الثاني: موقف الفقه المعاصر من إثبات النسب أثناء الخطبة

استمر النقاش حول مسألة إثبات النسب خلال مرحلة الخطبة بشكل لافت في واقعنا المعاصر بفعل التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي مست بنية المجتمع المغربي والتي تمثلت بالأساس في خروج المرأة إلى الفضاء العام وشيوع الاختلاط بين الجنسين وانفتاح المجتمع المغربي على كثير من العادات والأفكار المستوردة من الغرب وتراجع دور القيم في ضبط العلاقات الاجتماعية.

وزاد من طرح هذا الإشكال عدم تطرق مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لنسب الطفل خلال فترة الخطبة، وهو ما دفع بعض الفقهاء لمحاولة إيجاد حلول عملية وشرعية

277– خليل بن إسحاق الجندي، مختضر خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط الأولى 2005، الصفحة:96.

278 – محمد التاويل، "موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، مطبعة أنفو برانت، فاس، ط 2006، ص: 107 – 111.

للمشاكل المترتبة عن الاتصال الذي يقع بين الخطيبين قبل إبرام عقد الزواج وفق الشكل المتطلب قانونا[279].

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى الفتوى الصادرة عن الفقيه محمد جواد الصقلي التي جاء فيها:

"إذا تم الإيجاب والقبول من كل الخاطب والمخطوبة وتبتث الخلوة بينهما، وفشا ذلك عند الأقارب والجيران، ولم ينكر الخطيب النسب عنه باللعان، فإن النسب يلحق بالخاطب ومرد هذه الفتوى أن العقد الرضائي قد تحقق بين الخطيبين وخصوصا عندما تتوالى الخلوات بينهما وتطول العشرة، فكل ذلك دليل على أنهما زوجان في الواقع، لأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج، ويؤخران الإشهاد بالعقد إلى أن يهيأ بيت الزوجية، وعقد الزواج يتحقق بشهرته عند الجيران والأقارب، ولأجل تحقيق العقد الرضائي بين الطرفين كان الحمل الظاهر بالمرأة هو للفراش إذا أمكن عادة وشرعا أن يكون من صاحبه حفاظ لنسب الحمل وصيانة لاعتبار أمه.

وبمعطيات هذا الاجتهاد تصان كرامة كثير من النساء في الواقع وتحفظ أنساب كثير من الأولاد الذين يوجدون في هذه الوضعية المنتشرة اليوم، ويقضي على نوايا كثيرة من المحتالين الذين يريدون إنهاء العقد الرضائي بإرادتهم المنفردة مع التخلص من تبعية الأحمال لهم في النسب والجنسية والنفقة، وسائر تكاليف الأب لفائدة ولده بحجة عدم وجود العقد الشكلي."[280]

تأسيسا على هذه الفتوى ارتفعت بالخطبة المقترنة بشروط معينة إلى مرتبة الزواج غير الموثق طالما توفر الإيجاب والقبول، ووافق ولي المرأة عليها واشتهرت العلاقة بين الأقارب والجيران، وثبتت الخلوة بين الطرفين، وأقر الخطيب بأن الحمل منه، فتأخير

---

[279]– أنس سعدون، النسب الناتج عن الخطبة – دراسة على ضوء العمل القضائي، مكتبة دار السلام، الرباط، ط الأولى 2012، صفحة: 15.

[280] – أحمد الغازي الحسيني،"الولد للفراش"،مجلة القضاء والقانون،العدد 130سنة 1980 ، ص:45.

الإشهاد على عقد الزواج لا يمنع من إلحاق الحمل بنسب الخطيب أو الزوج اعتمادا على العقد الرضائي القائم بينه وبين أم الولد.

ومن الواضح أن هذه الفتوى صدرت لمواجهة ظواهر اجتماعية مركبة تتداخل فيها العوامل الاقتصادية والثقافية، كما أنها تستمد أصولها من كون النسب يثبت بالظن، والمشرع متشوف للحوقة، إذ يكتفي بمجرد وجود الشبهة.

وحظيت هذه الفتوى بتأييد جانب واسع من الفقه في مقدمتهم العلامة أحمد الغازي الحسيني [281].

وساير أساتذة الفقه والقانون في المغرب هذا الاتجاه بثبوت النسب الناتج عن الخطبة، لأن ما يبرره حسب رأي أحمد الخمليشي[282] باعتبار أن الاجتهاد الفقهي ذهب إلى أن النسب يثبت بالإقرار من غير تكليف الأب بإثبات العلاقة الزوجية، كما أن إقبال الخطيبين على إتمام الزواج يؤكد حسن نيتهما ويكشف عن تحقيق الإيجاب والقبول حتى وإن تأخر إنجاز العقد وفق شكله القانوني.

ويرى خالد بنيس أن الخطيبين في هذه الحالة يعتبران متزوجين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وما عليهما سوى المبادرة بتقديم طلب ثبوت الزوجية [283].

ويضيف أحمد اجويد أن الزواج عقد رضائي يتحقق بمجرد اشتهاره أمام الأقارب والجيران، وما الإشهاد عليه سوى إجراء إداري وأمر لاحق قد يؤخر إلى حينه، لذا فإنه ليس من المعقول حرمان نسب الولد وتضييع الخطيبة في هذه الحالة [284].

---

281 – أحمد الغازي الحسيني، المرجع السابق، ص:46.

282 – أحمد الخمليشي، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية"، مطبعة المعارف الجديدة، ط1994، الجزء2، الصفحة:36

283– خالد بنيس، "مدونة الأحوال الشخصية– آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية– مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ط الأولى، 1994، الجزء 2، الصفحة: 36.

284 – أحمد اجويد، "التلقيح الاصطناعي وإثبات النسب" مجلة الميادين، العدد 3، س 1998، الصفحة: 175 وما بعدها.

وإذا كان الاتجاه السابق قد خلص إلى القول بإمكانية لحوق نسب الحمل الناتج أثناء فترة الخطبة إذا ظهر حمل بالخطيبة قبل الإشهاد بالعقد وتوافرت باقي الشروط التي حددتها الفتوى، فإن هذا الموقف لم يكن محل إجماع من طرف باقي الفقه والقانون، حيث نجد العلامة علال الفاسي رحمه الله قد تناول المسألة وعاد للتعرض إلى قضية الأنكحة الأغريسية بمناسبة مناقشة مشروع مدونة الأحوال الشخصية، إذ جاء فيه: "رغم كون الأعراف كانت تقضي في بعض جهات المملكة المغربية باعتبار الخطبة عقدا إذا صاحبها ما يسمى بكمال العطية، فإن العمل جرى في المغرب باعتبار ذلك كله مجرد وعد بالزواج وليس بزواج، خلافا لما أفتى به بعض فقهاء المغرب من اعتبار الفاتحة التزاما يعد فسخ الخطبة معه طلاقا، وهو قول ليس له ما يرجحه، لأن العقد يتوقف على أركان وشروط لا تتوفر دائما في كمال العطية"[285].

وغني عن البيان أن هذا الرأي اعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست بزواج، ومن ثم لا يمكن لهذا الوعد أن يرتب آثارا، ومنها ثبوت النسب الناتج عن الخطبة، وفي نفس الاتجاه نجد محمد الكشبور بعدما عرض فتوى محمد الجواد الصقلي الحسني، وكذا فتوى أحمد الغازي الحسيني وكذا الرأي أحمد الخمليشي وغيره في الفتوى، قدم رأيه المخالف تماما حيث يقول: "ففي الحياة العملية كثيرا ما يتصل الخاطب بالخطيبة جنسيا أثناء الخطوبة وبعد حملها أو ولادتها يسارعان إلى إبرام عقد الزواج تهربا من الفضيحة وأقوال الناس، وكثيرا ما يفاجئهما ضابط الحالة المدنية برفض تسجيل الولد في كناش الحالة المدنية على أساس أن هناك عدم تناسق واضح بين تاريخ الولادة وتاريخ عقد الزواج، بحيث أن الأول متقدم على الثاني أو معاصر له"، ويضيف قائلا: "فإنه في اعتقادنا أن هذا الموقف- لحوق النسب بالخاطب نتيجة تحقق العقد الرضائي- الذي يبدو وكأنه ينسجم في عمومه مع مبدأ تشوف الشرع للحوق الأنساب محل نظر من الوجهة الشرعية، فبالإضافة إلى أنه لا يدخل في الاعتبار باقي شروط الزواج الأخرى

[285]- علال الفاسي، التقريب في شرح مدونة الأحوال الشخصية، مؤسسة الرسالة، ط الثانية 2000،الصفحة: 105.

من ولاية وصداق وإشهاد، وهو بذلك يخرق قاعدة الولد للفراش وينزل الخطبة منزلة الزواج الفاسد، والقاعدة شرعا وقانونا أنها وعد بزواج وليست بزواج، ولعل ما يؤيد وجهة نظرنا هذه رأي الحسن بن الحاج العمارتي الذي جاء فيه: "أنه إذا أقر كل من الرجل والمرأة بمعاشرتهما لبعضهما مدة دون عقد نكاح صحيح ولو كان قد اتفقا على الزواج برضا والد المرأة فيعتبر إقرارا بالزنا"[286].

ومن ثم يتضح أن الدكتور محمد الكشبور أبدى تحفظه على الأساس الذي اعتمده أصحاب الاتجاه السابق للقول بلحوق النسب، وهو أساس وجود العقد الرضائي بين الخطيبين على اعتبار أن هذا الاتجاه يخلط بين الخطبة وهي وعد بالزواج وليست أبدا بزواج، وبين أحكام الزواج الفاسد والوطئ بشبهة.

والحال أن لكل من الأنظمة القانونية شروطها وآثارها الخاصة بها، كما أنه يخلط بين دعوى إثبات الزواج ودعوى إثبات النسب بينما كل منهما يختلف اختلافا بينا عن الآخرى[287].

يتبين من خلال ما سبق أن الموقف على مستوى الفقه لم يتسم بالاستقرار، فالرأي كان قديما وحديثا متضاربا بخصوص المسألة، إذ في الوقت الذي يذهب فيه البعض إلى استثمار أحكام الشرع لما يخدم قضية النسب من حيث التقليل من حالات مجهولي النسب بإلحاق النسب حتى في الحالات التي انعدم فيها الإشهاد على الزواج، ذهب فيه البعض الآخر إلى التعامل مع تلك الأحكام بما يخدم قضية النسب من حيث قطع

---

[286]–محمد الكشبور،"الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط الخامسة2003، ص:437 وما بعدها.

[287] – محمد الكشبور، "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، ، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2003 ،الصفحة: 438.

الطريق على ما يؤدي إلى اختلاطه، فلم يعترف هذا الاتجاه سوى بالنسب المستند إلى فراش صحيح مستجمع لكافة الشروط[288].

الفقرة الثالثة: التوجه التشريعي من إثبات النسب أثناء الخطبة.

بالرجوع إلى المادة 156 من مدونة الأسرة نجدها تنص صراحة على قبول النسب أثناء الخطبة بعد توافر مجموعة من الشروط، والتي جاء فيها أنه:

إذا تمت الخطوبة وحصل الايجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء
- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة
- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما

وتتم معاينة هذه الشروط بمقرر غير قابل للطعن

وإذا أنكر الخاطب الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

من خلال هذا النص التشريعي حاولت مدونة الأسرة التوسع في إثبات النسب خلال الخطبة بعد توافر شروطها، وإقرار الخطيبين بأن الحمل منهما فينسب الحمل للشبهة، وإما يتنكر الخاطب وينفي أن يكون الحمل منه فتعتمد المحكمة كافة الوسائل الشرعية في إثبات النسب بعد توافر موجلاته.

وعرفت المادة 156 من مدونة الأسرة عدة إشكاليات عند التطبيق، كما هو الشأن بالنسبة لتحديد معيار يضبط نطاق تطبيقه وتمييزه عما يشابهه من دعاوى، كدعوى

---

[288] – عبد الرحمن اللمتوني، دور الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية: 2010-2011.الصفحة: 122-123.

ثبوت الزوجية، وإن كانت دعوى ثبوت الزوجية وسيلة استثنائية ومؤقتة وضعها المشرع بين يدي الأزواج الذين وجدوا في ظروف قاهرة منعتهم من توثيق عقد الزواج لتدارك ذلك واستصدار حكم ذي أثر كاشف لواقع قائم من قبل، أو بمعنى آخر استصدار حكم يعترف بأن العلاقة التي تربط بين الزوجين هي علاقة زواج قائم على وجه صحيح ومستجمع لكافة أركانه وشروط صحته ولا ينقصه إلا الإشهاد عليه لدى عدلين.

ومن ثم فإن الحكم بثبوت الزوجية هو حكم لتزكية وضعية شرعية قامت منذ البداية على وجه صحيح وليس وسيلة لإضفاء المشروعية على علاقات السفاح، الأمر الذي يجعل المحكمة ملزمة قبل إصدار حكمها بالتأكد من توافر كافة الأركان والشروط اللازمة لقيام الزواج الصحيح من إيجاب وقبول وصداق وولي حالة اشتراطه دون أن تغفل التأكد من وجود الظرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج[289]، مع ملاحظة أن المشرع لم يقيد المحكمة بوسائل إثبات محددة حصريا وبشكل صارم، وإنما ترك الباب مفتوحا لإثبات قيام الزوجية بأية وسيلة ترتاح إليها المحكمة وتقتنع من خلالها بأن الرابطة التي تربط طرفي الدعوى هي رابطة الزواج سواء كانت وسائل إثبات شرعية ممثلة في الشهادة واللفيف بكل مضامينه، سواء تضمن شهادة علمية أو بينة السماع أو تقارر (متبادل بين الزوجين، أو ووسائل مضمنة في قانون الالتزامات والعقود من خلال الفصل 404[290]، فضلا عن اللجوء إلى الخبرة ونحوها مما هو مذكور في الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية.[291].

---

[289] – حياة معداني،"إثبات الزواج في ظل مدونة المادة 16 التطبيق والإشكاليات، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العدد 2، السنة 2012، الصفحة: 183 وما بعدها.

[290] – ينص الفصل 404 ق ل ع على أن وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي: "إقرار الخصم، الحجة الكتابية، شهادة الشهود، القرينة، اليمين والنكول عنها".

[291]–. ينص الفصل 55م ق م م على أنه :"يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو إجراء آخر من إجراءات التحقيق.".

وإذا كان الظاهر أن لكل دعوى إطارها الخاص وشروطها المحددة قانونا ولا مجال لتداخلها، فإنه من الناحية العملية كثيرا ما تطرح على المحاكم عدة قضايا يختلط فيها إثبات النسب بإثبات الزوجية، ومن ثم اختلاط دعوى ثبوت الزوجية بدعوى المادة 156 من م أ لأننا في الحالتين أمام وضعية اقترن فيها الإيجاب والقبول وتوفرت معظم شروط الزواج، إلا أن الزوجين أو الخطيبين لم يوثقا عقد الزواج، علما أن المشرع اشترط في الدعويين إثبات الظرف القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج.

وهذا التداخل بين دعوى إثبات الزوجية ودعوى إثبات النسب ليس بجديد، وإنما ثار حتى في ظل أحكام الفصل الخامس[292] من مدونة الأحوال الشخصية الذي كان يضم حالة الاستثناء التي هي مناط سماع دعوى الزوجية، ذلك أن بعض الفقه عند مناقشته لقضية حمل الخطيبة استند إلى الفقرة الثالثة من الفصل 5 المذكور، وفي هذا الخصوص علق محمد الكشبور قائلا: "وأخيرا فإن الانطلاق من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية والمتعلق بحالة الاستثناء إنما يخلط بين دعوى إثبات الزواج ودعوى إثبات النسب، والحال أن كل دعوى تختلف اختلافا بينا عن الآخرى"[293].

وهنا لابد من التأكيد على ملاحظة هامة، وهي أن دعوى المادة 156 من مدونة الأسرة قد تبقى معطلة طالما أن دعوى ثبوت الزوجية قائمة، لأن هذه الدعوى الأخيرة أفيد للزوجين باعتبارها وسيلة لإثبات قيام الزوجية وإثبات النسب الصحيح في نفس

– محمد المهدي، "إثبات الزواج غير الموثق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي . محاولة في التقييم ."،م القبس المغربية،ع 1 سنة2011، ص:63.

[292] – تعرضت م أ ش لسنة 1957 في الفصل الخامس، والبند الرابع إلى دعوى ثبوت الزوجية ببينة شرعية عند عدم إبرام عقد الزواج بصفة قانونية لسبب من الأسباب بصفة استثنائية بواسطة اعتماد البينة الشرعية لثبوتها. والبينة الشرعية تثبت إما من طرف اثني عشر شاهدا يعرفون الزوجين وسكناهم وعلاقتهم الزوجية، وإما من طرف عدلين منصبين للإشهاد إذا كان لهم علم بهذه العلاقة الزوجية.

– يرجع إلى: إبراهيم الهلالي، "مشاكل الأسرة المغربية من خلال مدونة الأسرة"، مجلة جامعة ابن يوسف، العدد 7-6 سنة 2008، ص: 151.

[293] – محمد الكشبور، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993،ط الثانية1994،الصفحة:342-343

الوقت، بخلاف دعوى المادة 156 التي تعتبر وسيلة لإثبات النسب دون الزوجية، ومن المحتمل أن يلجأ جميع الناس الذين لم يوثقوا عقود زواجهم إلى دعوى ثبوت الزوجية [294]، الأمر الذي يجعل الحديث عن وضع معيار للتمييز بين دعوى إثبات النسب في مرحلة الخطوبة ودعوى الزوجية من الأهمية بمكان.

وتزداد صعوبة التمييز بين دعوى ثبوت الزوجية ودعوى ثبوت النسب خلال مرحلة الخطبة حدة في الحالة التي يتقدم فيها الزوجان ويطالبان بالحكم بثبوت الزوجية بينهما، والقول أيضا بأن الأبناء قد ازدادوا على فراش الزوجية، فتكون الزوجية في هذه الحالة وسيلة لإثبات النسب الصحيح للأبناء.

وتنبع صعوبة التمييز في مثل هذه الحالة من التعامل التقني مع الوقائع، فسواء تعلق الأمر بدعوى ثبوت الزوجية أو بدعوى المادة 156 من مدونة الأسرة، فإن المحكمة ستمر بنفس المراحل في معالجة القضية، لأنها في إطار المادة 16 المتعلقة بثبوت الزوجية ستعمل على التأكد من توافر الإيجاب والقبول، وتوافر الولي حالة اشتراطه وظهور الطرفين أمام الناس بمظهر الأزواج واشتهار علاقتهما، وذلك بجميع الوسائل الممكنة، وهي نفس العملية التي ستقوم بها حال افتحاصها لدعوى ثبوت النسب خلال مرحلة الخطبة.

ومع ذلك، فلا بد من التمييز بين المنازعة في أصل الزوجية والمنازعة في فروعها، فالمنازعة في أصل الزوجية تتطلب إثبات الزواج، أما المنازعة في الفروع مع الإقرار بالزوجية فتجعلها بصدد البحث عن العلاقة بين الفرع والأصل، أي بين ثبوت الزوجية وبين إسناد النسب إليها.

---

[294] – نصت المادة 16 من مدونة الأسرة في فقرتها الأخيرة على أنه: "يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

ويتأكد عدم الارتباط الحتمي بين دعوى ثبوت الزوجية ودعوى النسب من خلال حالات الزواج الفاسد باعتبار أن فساد عقد الزواج لا يحول دون إنتاجه لأثاره من نفقة ونسب وتوارث وغير ذلك [295].

فالمجلس الأعلى(محكمة النقض) ونظرا لما يكتنف الزوجية من ظروف وملابسات لا يطرحها بالمرة، بل يعتبرها شبهة يثبت بها النسب، وذلك تبعا لاستقلال دعوى الزوجية في دعوى النسب ورغم وجود ارتباط ظاهري بينهما، هذا فضلا عما هو مقرر سواء في الفقه الإسلامي أو مدونة الأسرة من عدم التلازم بين فساد العقد وتخلف آثاره، وفي ذلك قرار المجلس الأعلى: "ينعقد الزواج بالإيجاب والقبول...، وإن عدم توفر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في الفصل 5 (المادة 16 من مدونة السرة) لا يتنافى وثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توفر شروط صحة آثار النكاح الفاسد التي من جملتها وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه وثبوت نسب الولد"[296].

ورغم ذلك هناك عدة مواطن الاختلاف بين دعوى ثبوت الزوجية ودعوى إثبات النسب وفق المادة 156 من مدونة الأسرة تتمثل أساسا في كون الدعوى الأولى هي دعوى مؤقتة مقيدة بظرف زمني، في حين تبقى أحكام المادة 156 من م أ غير مقيدة من حيث الزمن، وسيظل العمل بها جاريا إلى أن يتدخل المشرع إما لإلغائها أو تعديلها، فضلا عن كون دعوى المادة 16 من مدونة الأسرة تهدف إلى الحصول على حكم

---

[295] – تنص المادة 64 من مدونة الأسرة على أن الزواج الذي يفسخ طبقا للمادتين 60و61 لا ينتج أي أثر قبل البناء،وتترتب عنه بعد البناء أثار العقد الصحيح..، وتنص المادة 60من م أ على أنه الزواج الفاسد لصداقه يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر فيه شروطه الشرعية ويصحح بعده بصداق المثل، أما حالات الزواج الفاسد لعقده فتتلخص حسب المادة 61 من مدونة الاسرة في :

– إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفى المرض بعد الزواج، . إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا، . إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه...

[296]– قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) رقم 74، الملف الاجتماعي رقم 37192، الصادر بتاريخ 1973/03/12، م قضاء المجلس الأعلى، العدد 28، الصفحة: 123.

يضفي الشرعية على نسب الأبناء، والمطالبة بالنفقة واللجوء إلى ضابط الحالة المدنية قصد تسجيل الأبناء بسجلات الحالة المدنية [297].

واعتبرت بعض أقسام الأسرة أن اعتماد المدعى على المادة 156 من مدونة الأسرة لإثبات النسب وإثبات الزوجية أيضا يؤدي إلى عدم قبول الدعوى، حيث جاء في حكم صادر عن محكمة تطوان: "إن المدعية تدعي ثبوت الزوجية بينها وبين المدعى عليه وتؤسس على ععواها على مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة التي تتعلق بإثبات النسب الناتج عن الحمل في فترة الخطوبة مما تكون معه المدعية قد سقطت في التناقض المبطل للدعوى..."[298].

في حين ذهبت بعض أقسام قضاء الأسرة إلى الحكم بثبوت النسب وثبوت الزوجية أيضا طبقا للمادة 16 حتى وإن كان الحمل قد تم خلال فترة الخطبة، ففي حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بتارودانت [299] ادعى فيه الطرفان أنهما كان مخطوبين ووقعت المعاشرة بينهما أثناء فترة الخطوبة قبل كتابة عقد الزواج نظرا لظروف قاهرة مما ترتب

---

[297]– جاء في حيثيات الحكم الصادر عن محكمة تاونات: «وحيث تبين للمحكمة من خلال ما احتواه الملف من وثائق، وإفادات الشهود المستمع إليهم أن الطرفين تجمع بينهما علاقة زوجية استكملت أركانها الشرعية واستمرت إلى وفاة الزوج بتاريخ 1977 ،وحيث إن هذه الوقائع والمعطيات تشكل دليلا كافيا على ثبوت علاقة الزوجية بين المدعية والمسمى قيد حياته (...) منذ 50 سنة واستمرارها إلى وفاة الزوج ، وحيث إن مقتضيات المادة 16 من المدونة وإن كانت تقضي باعتبار عقد الزواج هو الوثيقة الوحيدة المعتبرة شرعا وقانونا لإثبات العلاقة الزوجية، فإنها أجازت استثناءا سماع دعوى ثبوت الزوجية واعتبار كل الوسائل المقررة شرعا وقانونا للإثبات ،وحيث تبعا لما تقدم وبهدف حماية المصالح والمراكز القانونية للمدعية، وكذا الأبناء، يتعين الحكم بثبوت علاقة الزوجية بينهما وفق ما سطر بمنطوق، وحيث إن طلب تسجيل ابنتهما (...) يبقى مؤسسا ويتعين الاستجابة له"، حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتاونات، بتاريخ 2021/03/21، ملف ع 2011/1/1164، ، (غير منشور).

[298] –حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتطوان بتاريخ03/01/05 في الملف العدد 04/045008، أورده، محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ط الثانية 2011، منشورات دراسات قضائية،ع 1 ، ص:35.

[299] – حكم قضاء الأسرة بتارودانت، ملف العدد 06/349 بتاريخ 2007/03/12، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م س، ص: 266 وما بعدها.

عنه حمل، وقد أقر الخطيبان معا أن الحمل منهما نتيجة الاتصال الجنسي الذي تم بينهما خلال فترة الخطبة.

وقضت المحكمة بثبوت الزوجية وثبوت نسب البنت المزادة خلال فترة الخطبة بعد التأكد من توافر الشروط المذكورة في المادتين 156 و16 من مدونة الأسرة.

والأصل أن المادة 156 تتعلق بثبوت النسب لا بثبوت الزوجية، وهو القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها بأنه: "لا يشترط في دعوى ثبوت النسب أن تكون مسبوقة بدعوى ثبوت الزوجية، لأن النسب يثبت بالظن وبالشبهة وبظهور حمل المخطوبة خلال فترة الخطبة بشروطها [300].

وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بتازة في أن لحوق نسب الابن بأبيه خلال الخطبة لا يستوجب الحكم بصحة الزوجية [301].

كما سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض) أن قرر بأن صدور حكم بعدم ثبوت الزوجية لا يمنع من إثبات النسب إذا توفرت وسائل إثباته [302].

وعليه يمكن القول إن الإطار التشريعي للمادة 156 من م أ هو أوسع نطاقا من الإطار التشريعي للمادة 16، حيث إن الأولى تستغرق الثانية، ومع ذلك فإن سلوك

---

[300] –حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتازة العدد 06/615 بتاريخ 06/6/22، ملف العدد 06/1112، منشور بمجلة العرائض، العدد 2، الصفحة: 169 وما يليها.

[301] – قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2006/06/12، تحت العدد 171، ملف مدني العدد 05/272،

م المعيار، العدد 42 سنة 2009، ص: 210 وما يليها.

[302] – قرار المجلس الأعلى، رقم 604 صادر بتاريخ 2006/11/01، ملف 2006/2/630، أورده: إبراهيم بحماني، العمل القضائي في قضايا الأسرة..." المرجع السابق، ص: 513.

المسطرة المنصوص عليها في المادة 156 يؤدي فقط إلى ثبوت النسب دون الزوجية[303].

ذلك أن دعوى ثبوت الزوجية سيتم التعامل معها كما يتم التعامل مع طلب الحصول على الإذن بتوثيق عقد الزواج، إذ لو كانت الزوجة قاصرة أو هي زوجة ثانية مثلا، فلابد أن يتم اللجوء قبل دعوى ثبوت الزوجية إلى الحصول على إذن بتزويج قاصرة أو إذن بالتعدد، في حين لا يتطلب كل ذلك في دعوى المادة 156 من م أ، فقد تكون المخطوبة قاصرة أو قد تكون زوجة ثانية، ومع ذلك يتم سماع دعوى إثبات النسب من الخطيبين دون حاجة لاستصدار إذن بتزويج قاصرة أو إذن بالتعدد.

وختاما يمكن القول إن إثبات النسب للشبهة أثناء الخطبة التي جاءت بها المادة 156 من مدونة الأسرة قد تشكل حلا تشريعيا لحفظ نسب الأبناء وصون كرامة كثير من النساء في الواقع لمن لم يسعفهم توثيق عقد الزواج، خاصة بعد انقضاء الفترة التي منحها المشرع لدعوى ثبوت الزوجية.

---

[303]– حفيظة توتة، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، ضمن ندوة مدونة الأسرة بين النص والممارسة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة 2006، العدد 25، الصفحة: 70.

اجتهادات المالكية في تحديد نفقة الزوجة
من خلال رسالة العلامة عبد السلام بن عبد الله حركات السلاوي(ت1230هـ)

ذ: رشيد قباظ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد؛

فإنَّ فقهاءَ المذهبِ قد بذلوا وُسْعَهُم في استنباطِ الأحكامِ الشّرعيةِ المُنظِّمة لشؤون الأسرة، خصوصاً تلك المتعلّقةِ بالأزواجِ، وذلك قصد الاستفادةِ ممّا يَتولد بينهم من قضايا وإشكالات؛ بدءاً بفترةِ الخِطْبة التي تُعتبر المُقدّمةَ الممهِّدةَ للزّواج، أو بعدَ مرحلةِ البناء، وما قد ينتجُ عن ذلك من نزاع وشقاق قد يترتب عليه الطّلب بمجموعة من الحقوق؛ كالنّفقة والحضانة وغيرها...

ولا شك أنّ الباحثَ في التراثِ الفقهي عامةً، والتراثِ النوازلي على وجه الخصوص، سيقف على ثروة هائلة وضخمة من المسائل والفتاوى التي جمعها الفقهاء، رحمةُ اللهِ عليهم، في مؤلّفات كثيرةِ حِسَان، يصعب حصرها، عالجوا فيها جملةً من القضايا؛ مثل التي ذكرناها، بل وغيرَها من أمور العبادات والمعاملات وما إلى ذلك. ولا جرم أنّ غرضَهم من وضعها، هو استفادة اللّاحق من السّابق، إمّا بالقياس عليها والنّسج على منوالها، أو بتوظيفها بطريقة أو بأخرى فيما يستجدّ ويحدث في حياة الناس من النّوازل الطارئة.

وتعتبر قضايا الأسرة من أوسع المجالات التي أعمل فيها الفقهاء آلة الاجتهاد الفقهي، والنظر المصلحي، لما تعرفه من تطورات وما يستجد فيها من قضايا وإشكالات، وقد اخترت في هذه المداخلة الاكتفاء بالحديث عن قضية واحدة من القضايا الأسرية التي ناقشها فقهاء المالكية وسالت فيها أقلامهم، وهي: مسألة نفقة الزوجة؛ وما ذلك إلا لأهميتها الراهنة، ولما يصاحبها من نزاعات ومشاحنات، اعتمادا على رسالة مخطوطة للعلامة أبي محمد عبد السلام بن عبد الله حركات السلوى رحمه الله تحت عنوان: **«تقدير فرض النفقة»**.

ولم يكن الفقيه عبد السلام حركات السلاوي الوحيدَ الذي ألف في موضوع النفقة، بل نجد هناك أعلاماً آخرين من علماء المذهب ممّن ألف فيه قبلَه، من أشهر ما وقفت عليه من تلك المؤلفات:

. كتاب النفقات، للفقيه المشاور أبي عمر أحمد بن رشيق التَّغْلِبِي(ت446هـ)، طبع بتحقيق عبد السلام الجعماطي ورضوان الحضري، ونشره المجلس العلمي الأعلى بالمغرب.

. مقالة في فرض النفقات للزوجات المطلّقات، لأبي عمرو محمد بن منظور القيسي المَالَقي، دراسة وتحقيق حياة قارة، نشر دار الحديث الكتانية(2019م) ...

بعد هذه المقدمة الموجزة أنتقل إلى التعريف بصاحب الرسالة على جهة الإيجاز والاختصار، فأقول وبالله التوفيق:

هو العلامة المشارك المطّلع الفهّامة أبو محمد عبد السلام بن عبد الله حركات السّلوي[304] ، من كبار الأعلام الذين عرفَتهم مدينة سلا، وبها تصدر لتدريس مجموعة من العلوم، كما تولى بها مهمة الإفتاء. وإلى جانب كل ذلك اشتهر رحمه الله بغزارة

[304] من مصادر ترجمته: الإتحاف الوجيز(153.154)، إتحاف المطالع(137/1)، وإتحاف أعلام الناس(425/5).

التأليف؛ إذ فاقت مؤلفاته العشرين مؤلفاً، أغلبها في علم الفقه، أذكر منها على سبيل المثال:

. شرح تحفة الحكّام[305] .

. الفتح الخلّاق في صرف الجامعة للأوراق، وهو شرح لمنظومة ابن الأبّار[306].

تحفة الإخوان في زجر من يترك الشرع ويرتكب البهتان[307] .

. تعليق على رسوم في الصلح بين إخوة في سلا[308] .

. أحكام المجلس والأجزية بسلا والرباط[309] .

. تقييد في الكلام مع المفتين في الوقت بزاوية وزان[310] .

. تعليق على نازلة خصام ولد مع والده في دين[311] .

. إرشاد الكبير المتعال في قول أئمتنا بالحقّ تعرف الرّجال[312] .

. نازلتان تتعلقان بتركات بعض السلويين[313] .

. مذاكرة المهتدين في بعض أحكام المفقودين[314] .

---

[305] نسبه له محمد بن علي الدكالي في إتحاف الوجيز (ص154).

[306] نسبه له محمد بن علي الدكالي في إتحاف الوجيز (ص154).

[307] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (8/483).

[308] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (13/483).

[309] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (7/93).

[310] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (3/93).

[311] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (15/93).

[312] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (4/483).

[313] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (5/482).

[314] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (8/482).

. تعليق على رسوم صلح جرى بين إخوة في سلا[315] .

. نصيحة إلى قاضي سلا[316] .

وبعد حياة مليئة بالجد والاجتهاد وخدمة العلم وأهله توفي العلامة عبد السلام حركات السلوى، رحمة الله عليه، سنة (1230هـ).

وصف النسخة المعتمدة في دراسة الرسالة التي بين أيدينا:

عثرتُ على نسخة من هذه الرسالة محفوظةٍ بالخزانةِ الصُّبَيحيةِ بمدينة سلا، تحت رقم (241)، وتتكونُ من ثَلاثَ عَشْرَةَ ورقة، وهي نسخةٌ تامّةٌ، كتبت بخط مغربي واضح جيد، واستعمل في كتابتها اللون الأسود والأحمر، وعلى طررها علاماتُ المقابلة، وفي آخرها دُوّن تاريخ نسخها، وهذا نصه: (وكان الفراغ من تبييضه قُربَ الزوال من يوم السبت السابع عشر من جمادى الأولى عام اثنين وثلاثين ومائتين وألف)[317] .

سياق وزمن تصنيف الرسالة:

جرت عادةُ العديدِ من المصنفين ذكرَ الأسباب التي تدفعهم للتصدي للتأليف، والعلامة عبد السلام السلوي لم يَشذ عن هذا المنهج؛ إذ نجده صرح . بعد حمد الله والتصلية على رسول الله صلى الله عليه وسلم والترضي على أصحابه وأزواجه . بأنَّ هذه الرسالة قد ألّفها لأهل زمانه من القضاة من أعلام القرن الثالث عشر، من أهل العُدوتين: سلا والرباط؛ ليستعينوا بها فيما استعصى وأُشكل عليهم من مسائل النفقة ومشكلاتِها، خصوصاً على حدّ قوله: "في زمن قصرت الهمم عن الإدراك حتى في المتقرر في العادات، وقلَّ التمييز للنصوص، سيما مع اختلاف العبارات، وعزّ وجود المناضل عمّا يقع في الشّرع من المساهلات"، إلى أن قال: (من ذلك ما أدركنا عليه غيرَ واحدٍ ببلدنا سلا والرباط من القضاة، فيما هم مكلّفون به، إذا طُلب منهم فرض

---

[315] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (13/93).

[316] منه نسخة خطية بالخزانة الصبيحية تحت (5/483).

[317] الورقة(12/أ).

النفقات، التساهل اقتداء [ببعضهم البعض]، بسبب التغافل عن الأمور الواجبات، وضاعت بذلك حقوق للعباد، يَعلمها خالق الأرض والسماوات، فرأيتُ أن أُقَيّد في ذلك ما يُنتفع به إن شاء الله، ويُرجع إليه عند الحاجات، ومِنَ الله أرجو التوفيق للصواب، والحفظ من الخطأ في المقالات، والهداية لسُبُل الحقّ في جميع الحالات)[318] .

مضامين الرّسالة ومنهج المؤلّف فيها:

تُعنى هذه الرسالة كما هو ظاهر من عنوانها بتحديد مقدار النفقة، وفق المكاييل التي كان يعتمدها الفقهاء قديماً، لأداء حقوق الناس كاملة دون نقص أو ضياع، وقد ذكر المؤلِّف في المقدمة بعضاً منها، وهي:

. القَفيز: وهو مكيال كان يُكال به قديماً، يختلف مقداره من بلد لآخر، قدّره المؤلّف بأربعة وأربعين مُدّاً بمُدّ النبي صلى الله عليه وسلم[319] ، وهو ما يعادل 12 صاعاً [320].

. الوَيْبَة: وهي عنده: اثنان وعشرون مُدّاً بمُدّ النبي صلى الله عليه وسلم، أي ما يعادل ستّةَ أَصْوُع[321] .

. المد: لمّا ذكره المؤلّف قيّده بمد هشام بن إسماعيل المخزومي وَالِي المدينة في خلافة هشام بن عبد الملك[322] ، وهو مُدّ وثُلث بمد النبي صلى الله عليه وسلم.

وعلى الرّغم من أنّ أغلب هذه الأوزان التي ذكرها المؤلّف أصبحت متجاوزة في زماننا الحالي؛ إذ لم تعد تستعمل كما كان في السابق في تقدير النّفقات وغيرها، بل يمكن القول: إن بعضها هُجِر وأُهْمِل ثم تُنُوسي، نظراً لما أصبح عليه العمل في عصرنا

---

[318] الورقة(1/أ)، بتصرف يسير.

[319] الورقة(1/أ).

[320] معجم لغة الفقهاء(ص368)، الموسوعة الكويتية(299/38).

[321] الورقة(1/أ).

[322] روضة المستبين(853/2)، تاج العروس(79/29)، مادة: رطل.

الحالي، إلا أن مكانتها التاريخية ستظلّ جزءاً من تاريخ حضارة هذه الأمة، كما أنها تبرز لنا اجتهادات الفقهاء الحثيثة والمتواصلة بقضايا المجتمع وانخراطهم فيها، وإيجاد الحلول والأحكام المناسبة لما يُستجدّ منها، ومن ذلك ضبط المقادير والأوزان حتى لا تضيع حقوق الناس، وعليه فإنّ من الواجب علينا في هذا العصر الذي نعيش فيه؛ إحياء الحديث عن مثل هذه القضايا مع تِبيان تلك الجهود المباركة التي بذلت في شأنها، كلما سَمَحت الفرصة بذلك، خصوصاً للأجيال الصاعدة حتى يكونوا على معرفة ودراية بما امتاز به الفقه الإسلامي من مواكبة لتطور حياة الناس، وإيجاد الحلول والأحكام المناسبة لها.

وتقدير النفقة بتلك المقادير المتقدمة جرى الاعتماد فيه على اتباع الأعراف وعوائد الناس من بلد إلى آخر، وكان القضاة أو العدول هم من يتكفّل بهذا الأمر، وفي ذلك يقول المؤلف رحمه الله: (اعلم أنّ النفقة معروفة عند أهل كل بلد من عادتهم، فلا يحل للقاضي عدم تقديرها إذا طُلب منه، ولا للعدل الذي عُين لتقديرها أن يتأخر عن ذلك) [323]، ثم ضرب مثالاً باجتهاد الإمام مالك، رحمه الله، يقول فيه: (يفرض أي للزوجة ببلدنا هذا مُدّاً لكل يوم بالمُد الهشامي، وهو مُد وثُلث بمُدّ النبي صلى الله عليه وسلم، فهو في الشهر أربعون مُدّاً بمُدّ النبي صلى الله عليه وسلم)[324].

وقد أشار المؤلف أنّ المد الذي ذكره الإمام مالك، هو المُدّ المنسوب (لهشام ابن إسماعيل المخزومي، كان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك، كانت المرأة تأتيه فيفرض لها النفقة، فكان يَسْتَقِلُّ الفرضَ لها بالمد الأصغر، فرأى الزيادة عليه فزاد ثم زاد، ثم جمعه وجعله مُدّاً، وتبعه على ذلك حكام المدينة، وبلغ ذلك مالكاً فاستحسنه لمّا كان هو غالب أقواتهم)[325] .

---

[323] الورقة (1/أ).

[324] الورقة (2/أ).

[325] الورقة (2/ب)، وقد نقله من التوضيح(5/128-129).

فالإمام مالك رحمه الله اتبعَ ما تعارف عليه سلفه وما وجد عليه الناس من أهل المدينة.

وقد نتج عن مراعاة العُرف واعتبار البلد واختلاف أحوال الزّوج، من حيث الغنى والفقر، وحال الزوجة المنفق عليها؛ اختلاف فقهاء المذهب في تحديد فرض النفقة؛ إذ الإمام (مالك قدَّر المُدّ، وقدَّر غيره من أصحابه مُدّاً وثلثاً، وقال ابن القاسم: يفرض لها في الشّهر ويبتان ونصف إلى ثلاث ويبات)[326] ، وقد تقدّم أن الوَيْبة الواحدة تعادل: ستة أَصوع.

وقال محمد بن المواز عقب قول ابن القاسم: (ليس هذا في كل إنسان ولا في كل وقت، رُبّ رجل ضعيف وسعر غال، فتكون وَيْبَتَان عليه إجهاداً)[327] .

وقال عن قول الإمام مالك: (ومُدّ مروان الذي قال مالك: هو عندي وسط العيش في الأمصار، وهو مُدّ وثلث...، وأنّ مُدّاً بمُدّ النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة لَوَسط من عيشهم.

وقال المتأخّرون من القرويين: إنّما تكلّم ابن القاسم على نفقة أهل مصر، وتكلّم مالك على أهل المدينة، فاختلافهم راجع إلى اختلاف الأحوال)[328] .

ولهذا تمّ التأكيد على اتباع الأعراف نظراً لاختلاف اجتهادات الفقهاء في تقدير الفروض من مصر إلى مصر، حتى داخل المذهب الواحد.

وعلى هذا الأصل صارت مدوّنة الأسرة؛ أي: باتباع العُرف، وقد تمّ التّنصيص على ذلك بأسلوب صريح وواضح في المادة (189) عند تقديرها للنفقة؛ فأكّدت على مراعاة: (الأعراف والعادات السّائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة).

---

[326] الورقة (2/أ).

[327] الورقة (2/أ).

[328] الورقة (3/أ).

وهناك من أعلام المذهب من يري أن تقدير النفقة لا حدَّ ، ويشهد لهذا ما جاء في أحكام ابن سهل: (أنّ النفقة لا حدَّ لها إلا على قَدره وقدرها، مع اجتهاد السلطان عند نزول الأمر به، وعلى حال الزّمان، فإن لم يتّفقا في ذلك على شيء، وطلبت من السلطان أن يفرض لها، فرض لها ما يمكن أن تعيش به، مع التزام التّوسط من القُوت، وألا يتجاوز بالمُدّ أربعةً وأربعين مُدّاً بمد النبي صلى الله عليه وسلم)[329] .

وقد نصّت على هذا أيضاً مدوّنة الأسرة في المادة المذكورة سابقاً بالقول فيها: (يراعى التّوسط ودخل الملزم بالنفقة، بالإضافة إلى أشياء أخرى تمّ التّنبيه على بعض منها من قبل).

ومن الإشكالات ذات الصّلة بالنفقة التي أثارها المؤلف مسألة إعطاء النفقة، هل تجوز بالثّمن أم تعطى بالعين فقط؟

اختلف في ذلك فقهاء المذهب؛ إذ منهم من أجاز الثمن، ومنهم من جعل الخيار بيد الزّوج، ومنهم من قال: لو أراد الزّوج أن يدفع إلى المرأة ما فرض لها، وطَلبت هي ثمنه لكان لها الثّمن؛ لأنّ لها أن تأخذ ما هو أرفع، على حسب ما تختاره، ومنهم من قال الخيار للحاكم، إن شاء أخذ بالعين، وإن شاء أخذ بالثمن، ثمّ دفع ذلك إليها [330].

وقد نقل عن القاضي عياض أنه استشكل قول من خَيَّر الزوج بين العين والثَّمن، وعلّل هذا الاستشكال بقوله: إنّما (وجب على الزوج طعام وكسوة، ولم تجب عليه قيمة، فلا يُلْزِمُ الزوج غيره، وكذلك لا يَلْزَمُها قَبول الثَّمن لما يلزمها من مؤنة تكليف الشّراء، وقد تختلف الأثمان بارتفاع الأسواق فيضر ذلك بها)[331] .

---

[329] الورقة(7/ب).

[330] الورقة(7/ب).

[331] الورقة (7/ب)، وقد نقله من التوضيح(137.136/5).

واجتهاد القاضي هذا عقّب عليه المؤلّف بقوله: (هذا اختيار من القاضي عياض رحمه الله، وهو أن الواجب عَينُ ما فُرض لا ثمنه، ولا خيار لأحد في الثَّمن إلا بتراضيهما)[332] .

كما أنّ تعليل القاضي عياض باختلاف الأثمان وارتفاع الأسواق نجد له توجيها عند الإمام الزّرقاني، رحمه الله، يقول فيه: (يجوز إعطاء الثمن، ويزيدها بعد ذلك إن غلا سعر الأعيان ويرجع عليها إن نقص سعرها)[333] .

ونقل الشّيخ خليل في التّوضيح عن بعض علماء المذهب توجيها آخر، يقول فيه: (إن كانت الأعيان ممّا يجوز بيعها قبل قبضها فُرض لها الأثمان، وإن كانت ممّا لا يجوز بيعها قبل قبضها فُرض لها الأعيان)[334] .

ثم ختم المؤلّف هذه المسألة برأيه، وما أدّاه له اجتهاده بقوله: (والذي تجري به الأحكام عندنا إعطاء الأعيان إلا برضى الزّوجة)[335] .

والذي يظهر أن ما ذهب إليه المؤلّف إنّما يتماشى مع عصره وما قبله، أما في يومنا هذا فإن الذي يصلح له الثّمن لا العين، والله أعلم.

وقضية الزيادة والنقصان فيما تمّ تقديره من النفقة الذي أشار إليه الزّرقاني، تناولته أيضاً مدونة الأسرة في المادة (192)، وقيدته بقيود، وهذا نصّ ما جاء فيها: (لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتّفق عليها، أو المقرّرة قضائيّاً أو التّخفيض منها، قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية).

---

[332] الورقة (7/ب).

[333] الورقة(7/ب).

[334] التوضيح(137/5).

[335] الورقة (7/ب).

وممّا اجتهد فيه علماء المذهب قديما: تحديد زمن النفقة.

يرى فقهاء المذهب أن تحديد زمن النفقة يعتمد فيه أيضاً على تقييم حال الزّوج؛ من حيث كونُه مُوسراً أو مُعسراً، وبناء على ذلك؛ نجد منهم من حدّد له بالسَّنَة، ومنهم من حدّد له بالشهر، ومنهم من حدّد له بالأسبوع، ومنهم من حدّد له باليوم.

يقول ابن سلمون: (تقدير زمن النفقة يبنى على قدر الزوج ويُسره خاصة، فإن كان موسراً أُوسِع في المدّة؛ كالأربعة أشهر والثلاثة، والمتوسّط كالشّهر والشّهرين، والمُعسر بالشهر والجمعة واليوم، وعلى قدر ما يرى أنه يَقْدر أن يقدمه)[336] .

وما عمّمه ابن سلمون من الكلام وأجمله، فصّله بهرام ووضّحه في كتابه "تحبير المختصر" عند قول الشيخ خليل: (وقُدِّرَتْ بِحَالِهِ مِنْ يَوْمٍ أَوْ جُمْعَةٍ أَوْ شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ)، أي: وقدرت النفقة بحال الزّوج، فقد تكون باليوم لكون رزقه مُيَاوَمة؛ كالصنّاع والأجراء فيفرض به، وقد تكون بالجمعة كأرباب الصنائع بقرى مصر، وبالشّهر كأرباب المدارس والمساجد ونحوهما، وقد تكون بالسنة كأرباب الرّزق وجُند الخليفة، فيفرض عليهم بالسنة، وهو قول ابن القاسم، ومنعه سحنون لتحول الأسواق)[337] .

قال الرّجراجيّ في "مناهج التحصيل": (والذي قاله سحنون أقرب)[338] .

ومن اجتهاداتهم: أن الزوجة تنزل بدار الثقات، أو ما يُسمى بدار الأمين عند التنازع، مدّة يتمّ حصرها ما بين ثلاثة أيام إلى تسعة أيام، وتُعطى ما يكفيها في تلك الأيّام، مع مراعاة وقت الرّخاء والغلاء، والغاية من نزول الزّوجة بهذه الدّار منحها بعض

---

[336] الورقة (6/أ) ، نقلا عن العقد المنظم لابن سلمون (137).

[337] تحبير المختصر (412/3).

[338] مناهج التحصيل (524/3).

الوقت لعلّها تُغير رأيها وترجع إلى بيت زوجها، وإلّا فرض لها من النفقة حسب ما تقدم [339].

وما تقدم ذكره نظمه صاحب العمل الفاسي بقوله:

وقد جرى العمل في دار الثقات لوقتنا من قَبْل فَرض النفقات[340]

ومن اجتهاداتهم: أن الزوجة إذا كانت مرضعة فإنها يفرض لها أكثر من غيرها، بناء على ما في المذهب: (يفرض للمرضع ما تقوى به في رضاعها وليست كغيرها؛ لأنها حصل لها ما يوجب زيادة أكلها)[341] .

ومن اجتهاداتهم: إدخال الكسوة في النفقة، وتقدّر عندهم بحسب ما يصلح لها في الشّتاء ويصلح لها في الصيف من الملابس، وقد ذكر علماء المذهب جملة منها وبأسمائها ممّا تعارف عليه الناس في عصرهم، فهذا ابن القاسم يقول في وقته: (عليه ما يصلح للشّتاء والصيف من قميص وجبّة وخمار ومقنعة ووسادة وسبنية وإزار وشبه ذلك، ممّا لا غنى عنه ... ولابد مع ذلك من الغطاء والوطاء وذلك ملحفة وفراش ووسادة، وتزاد في الشتاء ما يدفع البرد)[342] .

وقدرها ابن عرَفة بمرتين في السنة، واحدة في الشتاء وواحدة في الصيف[343] .

---

[339] الورقة (6/أ ـ ب) ، ولينظر أيضا شرح العمل الفاسي(ص118) ، وتوضيح الأحكام في شرح تحفة الحكام (84/2).

[340] شرح العمل الفاسي (ص 118).

[341] الورقة(10/أ).

[342] الورقة (12/أ. ب) ، والظاهر أن المؤلف نقله من عقد الجواهر لابن شاس(599/2).

[343] الورقة (12. 13) ، ومختصر ابن عرفة (12/5).

وزاد الزّرقاني: (وإن لم تخلق[344] وكانت تكفي للعام الثاني اكتفى بها للعام الثاني إلى أن تخلق، ومثلها العطاء والوطاء شتاء وصيفا)[345] .

قال المؤلف عقبه: (ظاهره أن الكسوة متى خلقت تجدّد من غير تحديد سنة أو سنين، وإن خلق بعضها فقط جدّد ما خلق)[346] .

وإذا ما رجعنا لحاشية الشّيخ بناني على شرح الزّرقاني نجده ذكر رأياً آخر، حيث قال: (على الزّوج لها كسوتها في الشّتاء والصيف، ممّا لا غنى للنّساء عنه في ليلهن ونهارهن وصيفهن وشتائهن على أقدارهن وأقدار أزواجهن)[347] ، وهو اجتهاد سديد.

ونقل أيضاً رأياً آخر عن بعض الشّيوخ، هذا نصُّه: (هي . الكسوة . في كل بلد بحسب عُرف أهلها وتأنقهم في اللباس، وبحسب يسر الزّوج وشرف المرأة)[348] .

ومنهم من ذهب إلى أن الكسوة تجدّد كلّما خَلَقَت . أي بَلِيت . من غير تحديد بسنة أو غيرها[349] .

ومنهم من يرى أن: (أصل ذلك كلّه أن كلّ ما هو ضروريّ أو محتاج إليه فإنّه يفرض، وما ليس بضروريٍّ ولا حاجة تدعو إليه وهو زيادة في معنى السّرف فلا يفرض،

---

[344] يقال: خَلُق الثوب إذ بَلي فهو خَلَق بفتحتين، وأخلق الثوب بالألف لغة. القاموس المحيط (ص 881)، والمصباح المنير (180/1)، مادة: خلق.

[345] الورقة(13/أ) ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل (446/4).

[346] الورقة(13/أ).

[347] حاشية بناني على شرح الزرقاني (445/4).

[348] حاشية بناني على شرح الزرقاني (446/4).

[349] الورقة (13/أ).

وكلّ ما يختصّ به الأملياء[350] وهو من التوسيع الذي يكاد أن يكون في حقّهم محتاجاً إليه ففيه قولان، وهذا ينبغي أن يكون خلافاً في حال)[351] .

ومن اجتهاداتهم: أن يوفّر لها السّكن المناسب لها، لكن هذا الرّأي لم يقع عليه إجماع علماء المذهب؛ إذ منهم من أدخله ضمن متعلقات النفقة، ومنهم من فصله عن النفقة. وممّن سار على الاجتهاد الأول وألزم الزّوج بالسكنى العلامة عبد الله بن نجم بن شاس الجذاميُّ المصريُّ المالكي؛ إذ نجده جعل واجبات النفقة ستة وهي: (الطعام والإدام والخادم والكسوة، وآلة التنظيف والسّكنى)[352] ، وعن الواجب الأخير يقول: (وعليه أن يسكنها مسكناً يليق بها، إمّا بعارية أو إجارة أو مِلك)[353] .

وفي ختام هذه الورقات، أودُّ التّنبيه إلى أنّ ما أوردته فيها إنّما هو بعض النماذج المختارة المنتقاة من كثير من القضايا والإشكالات التي أثارها العلّامة الفقيه عبد السلام حركات السلوي في رسالته الفريدة، وتركتُ الكلام عن الكثير منها؛ خاصّة تلك المتعلّقة بنفقة الأولاد؛ واكتفيتُ بالحديث عن بعض القضايا المتعلّقة بنفقة الزّوجة لأهمّيتها وراهنيتها، حتى يُعلم كما تقدم عناية الفقه الإسلامي بضمان حقوق النساء وحفظها، كما حرصتُ على بيان كيف تعامل علماء المذهب المالكي مع تلك القضايا؛ من متقدميهم ومتأخريهم، ثم عزّزت في الأخير بنقل رأي صاحب الرسالة واجتهاده كلّما وقفت عليه، حتى تكون تلك الجهود والآراء شواهدَ شاهدة على قيمتها العلمية وأهميتها في الموضوع الذي تناولته، وإن أطال الله في العمر فإني سأعمل على تحقيقها ونشرها بإذن الله، حتى تعم فائدتها ونفعها القاصي والداني، والحمد لله الذي تتمّ بنعمته الصالحات.

---

[350] المِلَاء والأمْلئاء بهمزتين: الأغنياء المتمولون ذوو الأموال، الواحد: مليء؛ كثير المال. لسان العرب (159/1)، والقاموس المحيط (53/1)، وتاج العروس (437/1)، مادة: ملأ.

[351] الورقة (12/ب).

[352] عقد الجواهر (595/2 ـ 601).

[353] الورقة (13/أ) ، وعقد الجواهر (601/2).

لائحة المصادر والمراجع

1. إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، لعبد الرحمن بن محمد بن زيدان السجلماسي (ت 1365هـ)، نشر المطبعة الوطنية، الطبعة الثانية (1410هـ - 1990م).

2. إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، لعبد السلام بن عبد القادر ابن سودة، تنسيق وتحقيق محمد حجي، نشر دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى (1417هـ - 1997م).

3. الإتحاف الوجيز، لمحمد بن علي الدكالي، تحقيق مصطفى بوشعراء، منشورات الخزانة الصبيحية بسلا، الطبعة الثانية(1996هـ).

4. تاج العروس، لأبي الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني الملقّب بمرتضى الزَّبيدي (ت 1205هـ)، دار الهداية.

5. تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي، لتاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (ت 803 هـ) تحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب . د. حافظ بن عبد الرحمن خير، نشر مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى (1434 هـ - 2013م).

6. تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، لأبي عيسى المهدي الوزاني الفاسي (ت 1342هـ)، تقديم وإعداد هاشم العلوي القاسمي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى (1422هـ - 2001م).

7. تقدير فرض النفقة، للعلامة عبد السلام بن عبد الله حركات السلاوي(ت1230هـ)، نسخة مخطوطة محفوظة بالخزانة الصبيحية.

8. توضيح الأحكام في شرح تحفة الحكام، لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى(1339هـ).

9. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لضياء الدين خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي المصري (ت 776هـ)، تحقيق د. أحمد بن عبد

الكريم نجيب، نشر مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى (1429هـ - 2008م).

10. روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، لأبي محمد وأبي فارس عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة (ت 673 هـ)، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، نشر دار ابن حزم، الطبعة الأولى (1431 هـ - 2010 م).

11. شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (ت 1099هـ)، ومعه حاشية بناني، نشر دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى (1422 هـ - 2002 م).

12. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي المالكي (ت 616هـ)، دراسة وتحقيق حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى (1423 هـ - 2003 م).

13. العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، لأبي محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني(ت741هـ)، عناية وتعليق محمد عبد الرحمن الشاغول، نشر دار الآفاق العربية (1432هـ - 2011م).

14. فهرس الخزانة الصبيحية بسلا، للدكتور محمد حجي، منشورات معهد المخطوطات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم.

15. القاموس المحيط، لأبي طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت 817هـ)، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الثامنة (1426 هـ - 2005 م).

16. لسان العرب، لأبي الفضل محمد بن مكرم بن على المعروف بابن منظور (ت 711هـ)، نشر دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة (1414 هـ).

17. المختصر الفقهي، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي (ت 803 هـ)، تحقيق د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى (1435 هـ - 2014م).

18. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي (ت نحو 770هـ)، نشر المكتبة العلمية – بيروت.

19. معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، نشر دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية (1408 هـ - 1988 م).

20. مناهج التّحصيلِ ونتائج لطائف التّأوِيل في شرحِ المدونة وحَلِّ مُشكِلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي(ت بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي - أحمد بن عليّ، نشر دار ابن حزم، الطبعة الأولى (1428 هـ - 2007 م).

21. الموسوعة الكويتية، إعداد وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت(1404 - 1427 هـ).

حق الزوجة في المال المكتسب بناء على عملها المنزلي: دراسة على ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة

ذ. عبد الحق الحوتة

ـ أستاذ باحث بكلية الشريعة فاس

*** ملخص الدراسة:**

تأتي هذه الورقة البحثية محاولة لتأصيل الحكم الفقهي في مسألة "حق الزوجة في المال المكتسب باعتبار عملها المنزلي على ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة"، والتي أسالت الكثير من المداد، وشغلت الباحثين من الفقهاء والحقوقيين؛ ابتداء من بيان حقيقة فتوى ابن عرضون وموقف الفقهاء منها، ثم مناقشة الفتوى وبيان موقف المؤيدين والمعارضين لها، وانتهاء بترجيح الحكم الفقهي في هذه المسألة وفق مقاصد الشرع، ومراعاة تغيرات العصر؛ بما يحفظ حقوق كافة أفراد الأسرة، ويحقق مصلحتها واستقرارها.

*** الكلمات المفاتيح:**

الحق ـ الزوجة ـ المال المكتسب ـ العمل المنزلي ـ النوازل الفقهية ـ المستجدات المعاصرة.

*** مقدمة:**

الحمد لله خلق الإنسان وكرمه وعلمه البيان، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي المصطفى، وعلى آله وصحبه. وبعد؛ تعتبر الأسرة نواة المجتمع وأساس استقراره وصلاحه، لذلك أولاها الإسلام عناية خاصة ببيان حقوق وواجبات كل أطرافها، حفاظا على تماسكها واستقرارها وتحقيق مقاصدها ووظائفها؛ كما اهتم الفقهاء ببيان أحكامها وما يتعلق بها، ومنهم فقهاء المالكية الذين لهم اجتهادات متميزة في مجال الأسرة، ساهمت في مواكبة تطور أحوال المجتمع، ومراعاة تغير الظروف والأحوال.

ومن المواضيع التي حظيت باهتمام الفقهاء قديما وحديثا – رغم قلة من أفردها بالتأليف – موضوع **حق الزوجة في الأموال المكتسبة بناء على عملها المنزلي؛** وخاصة إذا انتهتِ العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها إما بالطلاق أو الوفاة، وذلك ببيان الحكم الفقهي في الثروة التي تم تكوينها خلال فترة الحياة الزوجية، وهل للزوجة حق فيها، مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية إلى جانب زوجها، بناء على فتوى ابن عرضون الخاصة بعمل الزوجة خارج البيت في الفلاحة وما يرتبط بها من حصاد ورعي....

*** الإطار العام للموضوع وبيان أهميته:**

إن الإسلام كرم المرأة، وجعلها شقيقة لأخيها الرجل في الحقوق والواجبات، وضمن لها حقوقها كلها، ومن ذلك حقها في ذمتها المالية المستقلة؛ لكن أثيرت إشكالية حق الزوجة في الأموال المكتسبة مدة العلاقة الزوجية وما مدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي، وهذه المسألة تجد أساسها في تراثنا الفقهي المغربي خاصة، وذلك في بعض النوازل والفتاوى التي أكدت على منح الزوجة هذا الحق عند الطلاق أو الوفاة[354]؛ بناء على تسميته بحق "**الكد والسعاية**"، أو "**حق الشقا**"، أو "**حق الجرية أو الجراية**"، أو

[354]– رجاء مكاوي: " قضايا الأسرة بين عدالة التشريع، وفرة التأويل، قصور المساطر وتباين التطبيق "، دار السلام، طبعة سنة: 2002، ص: 107.

"**حريق اليد**"، أو "**تمازولت**"؛ لذلك فإن الباحث في هذا الموضوع لا يكاد يظفر بمطلوبه أو يحصل على مرغوبه إلا في كتب الفقهاء والنوازليين المغاربة، وخاصة كتب الغماريين والسوسيين، والتي اهتمت بمسألة "الكد والسعاية" اهتماما بالغا وكبيرا لا تكاد تجده عند غيرهم من الفقهاء، فعقدوا لها فصولا خاصة أخذت حيزا كبيرا من فتاويهم، وما ترتب عنها من نقاش فقهي وحقوقي قديما وحديثا. ومما تنبغي الإشارة إليه هو أن مطلبَ "**حق الزوجة في الثروة المكتسبة مدة العلاقة الزوجية**"، يبقى من أهم المطالب التي نادت بها بعض الحركات النسوية والهيئات الحقوقية، إنصافا للمرأة وانتصارا لها ورفعا للظلم عنها ـ حسب ادعائهم ـ، والحرص على تضمينه وإقراره في مدونة الأسرة؛ ولا يزال هذا المطلب مستمرا للتنصيص عليه صراحة وبشكل واضح ودقيق ضمن التعديلات المنتظرة في مدونة الأسرة المغربية، خاصة مع عدم وضوح موقف الفقه والقضاء منه، وللتباين الحاصل في فهم مقصود المشرع المغربي من المادة 49 من مدونة الأسرة الحالية والتي جاء فيها: " **يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها**"؛ مستندين في ذلك إلى فتاوى بعض فقهاء المغرب بناء على ما جرى به العرف في بعض المناطق القروية، وخاصة فتوى الفقيه المغربي ابن عرضون التي جاءت في سياق خاص بعمل المرأة الجبلية كما هو معلوم، فما مدى إمكانية القياس عليها فقها وواقعا كما يدعون؟

*** إشكالية موضوع البحث وأهدافه:**

إنَّ حق المرأة في المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية والمعروف في بعض فتاوى فقهاء المغرب ب "**حق الكد والسعاية**"، أو "حق الشقا"يبقى من أكثر القضايا إثارة للنقاش والجدل قديما وحديثا؛ بناء على فتوى **ابن عرضون** التي اعتبرت إنصافا للمرأة ورفعا للظلم عنها، وبين من اعتبرها فتوى خاصة بمنطقة وظروف معينة لا يقاس عليها، وبين من توسع فيها وقاس عليها كل عمل تشارك به المرأة في تنمية مال زوجها، سواء كان عملها داخل البيت أو خارجه، فأوجب لها حقا فيه.

وعليه فالأسئلة التي تثيرها هذه الإشكالية هي: ما هو مستند فتوى الفقيه ابن عرضون؟ وما ميزانها في الفقه ومقاصد الشرع؟ وما موقف العلماء منها قديما وحديثا؟ وما مدى إمكانية القياس عليها والتوسع في الأخذ بها بشكل عام دون مراعاة ظروفها وتخصيصها بمناطق وأعراف خاصة وعمل معين؟ وهل هذه الاجتهادات الفقهية تتماشى مع تحولات المجتمع المغربي وتغيرات العصر فيما يتعلق بعمل المرأة في المنزل خاصة؟

هذه الإشكالية والأسئلة المتعلقة بها هي ما تتطلع هذه الورقة البحثية إلى دراستها، من خلال بيان مضمون فتوى ابن عرضون ومستندها الفقهي، وإبراز موقف فقهاء المالكية منها قديما وحديثا، ومناقشتها وترجيح القول بشأنها، بناء على التحولات الاجتماعية والتطور الحقوقي في المغرب المعاصر ؛ دون الخروج عن مقاصد الشرع في بناء الأسرة وتكوينها، وذلك من خلال مبحثين اثنين:

المبحث الأول: مضمون فتوى ابن عرضون ومستندها الفقهي وموقف الفقهاء منها

المبحث الثاني: مناقشة هذه الفتوى وترجيح القول في هذه المسألة بناء على مقاصد الشرع ومتغيرات العصر .

المبحث الأول: مضمون فتوى ابن عرضون ومستندها الفقهي وموقف الفقهاء منها

المطلب الأول: مضمون فتوى ابن عرضون ومستندها الفقهي:

يعود أصل هذا الإشكال الفقهي إلى الفتوى المشهورة الصادرة عن الفقيه المغربي العلامة ابن عرضون الغماري الجبلي[355]، والتي تقضي بحق المرأة في الكد والسعاية

[355]– هو الإمام، القاضي، الفقيه، العالم أبو العباس أحمد بن الحسن بن يوسف بن عمر بن يحيى المعروف والمشتهر بابن عَرضون، الزَّجَلي، المُوسوي، الصَّالحي، المغربي، المالكي؛ لم تُسعف المصادر في تحديد زمن ولادة ابن عَرضون، في حين خَلُص الأستاذ عمر الجيدي . رحمه الله . في بحثه إلى أنه وُلد عام 947هـ بمجموعة من المرجحات يطول ذكرها هنا، وكانت ولادته بقرية تلمبوط التابعة لإقليم شفشاون شمالي المغرب، ونشأ في أحضان أسرة معروفة بالفضل والدين والعلم؛ تقلَّبَ ابن عَرضون بين مدارس جبال غمارة، وبين حلقات الدروس بجامع

والشقا[356]؛ بحيث إن النساء في البادية وتحديدا في منطقة اجبالة بشمال المغرب، كن يشاركن أزواجهن في الحرث والحصاد وتربية المواشي...، فأفتى ابن عرضون بحقهن في الشقا في هذا المال المكتسب مدة الزوجية، تحقيقا للعدل ورفعا للظلم؛ وهذا نص فتوى ابن عرضون في الموضوع كما أوردها **الفقيه العلمي في** كتابه النوازل: «**سئل أبو عبد الله سيدي محمد بن الحسن بن عرضون عمن تخدم من نساء البوادي خدمة الرجال، من الحصاد والدراس وغير ذلك، فهل لهن حق في الزرع بعد وفاة الزوج لأجل خدمتهن، أو ليس لهن إلا الميراث؟ فأجابه بما أجاب به الشيخ القوري[357] مفتي الحضرة الفاسية، وشيخ الإمام ابن غازي، قال: " إن الزرع يقسم على رؤوس**

القرويين بفاس، فنجد في طليعة الذين أخذ عنهم: والده الذي حفظ عليه القرآن الكريم ودرسه مبادئ النحو، والفقه، وعمُّهُ أبو حفص عُمر، وأبو محمد الهبطي، وأبو عبد الله محمد بن مجبر المساري، أبو نعيم الجنوي، وأبو العباس المنجور، وغيرهم من أعلام المغرب في ذلك الوقت، حتى صار مَضرب المثل في العلم والورع والتقوى؛ ولي بعد رجوعه من فاس القضاء بشفشاون، وزاول إلى جانبها مهام متعددة: كالخطابة والتدريس والإفتاء؛ واشتهر ابن عرضون بانتدابه للتأليف، وعُرف تمييزاً عن أفراد أسرة ابن عرضون بالعالم المُؤلف، ومن أشهر مؤلفاته: «اللَّائق لمعلم الوثائق»، و«مقنع المحتاج في آداب الأزواج»، ثم اختصره في كتاب بعنوان «مختصر مقنع المحتاج في آداب الأزواج والولدان»، رسالة آداب الصحبة، أو رسالة التودد والتحابب، و«حدائق الأنوار وجلاء القلوب والأبصار في الصلاة والسلام على النبي ﷺ وعلى آله وأصحابه الأبرار»، وكتاب في شرح أسماء الله الحسنى، وغير ذلك؛ كانت وفاته . رحمه الله . في بلده ومسقط رأسه في العاشر من رجب عام 992هـ، ولم يُعلم موضع دفنه.

* مصادر ترجمته: درة الحجال لابن القاضي (172/1)، جذوة الاقتباس له أيضاً (160/1)، سلوة الأنفاس لمحمد بن جعفر الكتاني (268/2)، شجرة النور الزكية لمخلوف (ص286)، الفكر السامي للحجوي(2/602) .

[356]– ومعنى هذا الحق اصطلاحا كما ذكر ذلك الملكي الحسين في كتابه: نظام الكد والسعاية "هو حق المرأة في الثروة التي تنشئها وتكونها مع زوجها خلال فترة الحياة الزوجية" انظر ص: 12؛ ويضيف الملكي موضحا هذا التعريف: " وهذا الحق يضمن للزوجة إذا انتهت العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها، إما بالطلاق أو الوفاة، بأن يتم تحديد وحساب مجموع الثروة التي تم تكوينها خلال فترة الحياة الزوجية، فتحصل على جزء منها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية إلى جانب زوجها" انظر ص: 12.

[357]– هو محمد بن قاسم بن محمد القَوْرِي اللخمي المكناسي الفاسي؛ الإمام القدوة، رأس العلماء ومفتي الحضرة الفاسية؛ كان علامة جامعا مشارا إليه في تحقيق علوم النقل والعقل؛ أخذ عن عمران الجاناتي وابن غياث السلاوي وعبد الله العبدوسي وغيرهم؛ وأخذ عنه ابن غازي وأحمد زروق وابن هلال وغيرهم؛ توفي – رحمه الله– سنة 872هـ.

* مصادر ترجمته: كفاية المحتاج لأحمد بابا التنبكتي (ص: 432–433)، درة الحجال لابن القاضي (ص: 279).

من نتج عن خدمتهم، زاد عليه مفتي البلاد الغمارية جدنا سيدي أبو القاسم بن خجو[358]: على قدر خدمتهم، وبحسبها من اتفاقهم أو تفاوتهم، وزدت أنا ـ لله عبد ـ: بعد مراعاة الأرض والبقر والآلة، فإن كانوا متساوين فيها أيضا فلا كلام، وإن كانت لواحد حسب له ذلك، والله تعالى أعلم"[359].

فهذه الفتوى لم يَسبق إليها ابن عرضون ـ وإن أضاف إليها إضافات ـ، فقد أفتى بها قبله **الشيخ القوري** و**أبو القاسم خجو** وغيرهما من الفقهاء المتقدمين[360]؛ كما عرفت هذه المسألة في العمل السوسي بحق الكد والسعاية[361]، "**حيث نجد الفقهاء السوسيين أعطوا لهذه المسألة أهمية خاصة، ورأوا أن عمل المرأة ومشاركتها في الإنتاج في سوس لا يوازيه عملها في المدينة، وإن كان بعض النساء في المدن يعملن كذلك في الخياطة والنسيج والطرز وغيرها ولكن ذلك نادر، أما في سوس فكلهن يعملن وينتجن ويكدحن إلا من كانت غير قادرة لمرض أو عجز؛ لذلك رأى الفقهاء أن حرمانهن من نصيبهن من هذا الإنتاج إذا وقع طلاق أو وفاة ظلم لهن، و لم يقع خلاف بين فقهاء سوس في شأن إعطاء المرأة نصيبها من قيمة عملها"[362].**

وإن المتأمل في فتوى ابن عرضون يلاحظ بأنها لم تكن قطعا مبنية على الهوى أو الإشفاق الزائد على المرأة الجبلية، وإنما هي مبنية على أسس وقواعد شرعية من أهمها:

358– هو أبو القاسم بن علي بن خجو الحساني الفقيه المفتي بالبلاد الهبطية، كان فقيها نوازليا يستظهر الفقه المالكي، وكان قولا للحق لا يخاف في الله لومة لائم، توفي – رحمه الله – سنة 956هـ؛ درة الحجال لابن القاضي (ص: 425).

359– عيسى بن علي الحسني العلمي: "النوازل "، تحقيق: المجلس العلمي بفاس – وزارة الأوقاف، مطبعة فضالة – المحمدية، طبعة سنة 1406هـ/1986م، 1/ ص: 101–102.

360– الميلود كعواس: "حقُّ الزوجة في الكد والسعاية دراسة في التراث الفقهي المالكي "، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط–، الطبعة الثانية، 2013، ص: 81.

361– إدريس حمادي: "البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة "، إفريقيا الشرق – الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2005، ص: 86.

362– ينظر مقدمة الأستاذ هاشم العلوي القاسمي على تحفة أكياس الناس، ج1، ص: 18.

اعتماده عما نقله عن سلفه من العلماء، وهما الشيخ القوري مفتي الحضرة الإدريسية ، ثم جدُّه أبو القاسم بن خجو مفتي البلاد الغمارية، كما جاء في نص الفتوى السابق؛ كما اعتمد على مراعاة مبادئ الإسلام السمحة المتمثلة في العدل والقسط، وتجنب الظلم، والتي ترجع في حقيقة الأمر إلى أصل المصالح المرسلة في المذهب ثم مراعاة العرف؛ فقد وجد ابن عرضون بالبادية الجبلية عرفا يقضي بإعطاء المرأة حظا من الممتلكات المتراكمة خلال فترة الحياة الزوجية، والعرف الحسن من أصول المالكية، لذلك ما كان لابن عرضون أن يتجاهله؛ وكذا جريان العمل بذلك، والعمل بما جرى به العمل معتبر عند المالكية أيضا.

المطلب الثاني: موقف الفقهاء قديما وحديثا من فتوى ابن عرضون

الفقرة الأولى: موقف علماء فاس من هذه الفتوى: لقد كان لعلماء فاس آنذاك موقف مخالف لما أفتى به ابن عرضون نساء بادية جبالة؛ حيث جرى العرف والعمل عندهم بخلاف ذلك؛ فأفتوا بعدم جواز قسمة المال المكتسب خلال مدة الزوجية، وقد نظم هذه الفتوى الفقيه عبد الرحمان الفاسي[363] في نظمه لما جرى به العمل، فقال[364]:

وخدمة النساء في البـوادي للزرع بالدراس والحصــاد
قال ابن عرضون لهن قسمة على التساوي بحساب الخدمة
لكن أهل فاس فيها خالفـوا قالوا لهم في ذاك عرف يعرف

---

[363]– هو أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي، الإمام العلامة العمدة المحقق المتفنن في العلوم، حامل راية المنثور والمنظوم، أخذ عن والده وأحمد الزموري والشريف البوعناني وابن سودة وغيرهم، له تآليف منها: نظم العمل الفاسي، واللمعة في قراءة السبعة، وغاية الوطر في علم السير، وغيرها..، توفي سنة: 1096هـ؛ شجرة النور الزكية، 1/457-456.

[364]– أبو عيسى المهدي الوزاني: " تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس "، تقديم: هاشم العلوي القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الرباط، طبعة سنة 2001م/1422هـ، ص: 33.

والعرف المشار إليه في نظم صاحب العمل الفاسي هو أن المرأة لا تتشاح مع زوجها فيما تقوم به من خدمة في مال زوجها، ولا تطالبه بشيء مقابل عملها له، لأن عملها مع زوجها باختيار منها يعتبر بمثابة خدمة لازمة لها بمقتضى العرف، كما تقوم بشؤون الأسرة من تحضير الأكل ونظافة البيت.

وبالرجوع إلى فتوى[365] **الشيخ عبد القادر الفاسي**[366] يلاحظ أنه نقض فتوى ابن عرضون بالاستناد إلى ما يأتي:

ـ أنها مخالفة لما قسمه الله وفرضه في قسمة الأموال والممتلكات، فلم يبق نظر ولا اختيار.

ـ أنه لا مستند شرعي لهذه الفتوى إلا العرف والعادة وهما فاسدان في هذا المقام؛ لكونهما يصادمان قواعد الشرع، ويتبعان أهواء الناس.

ـ أن القول بأن الأحكام تجري مع العرف كما قال القرافي وغيره ـ ادعاء في غير محله، لأن ذاك يتعلق بمقاصد الناس ونياتهم وجري ألفاظهم في أيمانهم وأحباسهم على عرفهم ونحو ذلك، وليس فيما يناقض أحكام الشرع ومقاصده.

ـ أن ما جرى به العمل لا يصح الأخذ به إلا إذا كان موافقا للشرع، ولا يتصادم مع الحق، وكان صادرا ممن يعتد به من العلماء الأعلام كعلماء قرطبة كما قال.

ـ أن من فساد الفتوى الاستناد فيها إلى أغراض الناس واتباع أهوائهم ومألوفاتهم من غير دليل شرعي، فإنه حل لعرى الشريعة ومناقضة لحكمها، بينما الشريعة جاءت لتخرج الناس عن داعية أهوائهم ليكونوا عبادا لله كما قال الشاطبي.

365– للاطلاع على نص الفتوى يرجع إلى نوازل العلمي: مرجع سابق، 2/ ص: 104–105 – 106.

366– هو أبو محمد عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي شيخ الجماعة، علم الأعلام، الفقيه المحدث المفسر، أخذ عن كثير منهم: والده وابن عاشر وعم أبيه وهو عمدته وبه تخرج، وأخذ عنه الكثير منهم: أبناؤه وعيسى الثعالبي وأبو سالم العياشي ومحمد العربي وغيرهم..، توفي – رحمه الله– سنة 1007هـ؛ شجرة النور الزكية لمحمد مخلوف (1/ ص: 455–456).

كما يشهد لما جرى به العمل بفاس في هذه النازلة أيضا مسألة سكنى الرجل دار زوجته، دون أن يتفق معها في البداية على أداء سومة كراء المنزل، فالمشهور لا شيء عليه، ولا يقدم لها أي مقابل، إن طالبته به بعد ذلك، كما قال الشيخ خليل: "**وإن تزوج ذات بيت وإن بكرا فلا كراء إلا أن تبين**"[367]؛ أي إلا أن تقدم الزوجة بينة ودليلا على أنه اكترى المنزل منها، ولم يكن ذلك مكارمة وتفضلا منها، فكما أن فقهاء فاس أسقطوا عن الزوج واجب كراء المسكن بمقتضى العادة وما جرى به العمل عندهم، وهو أن المرأة لا تقصد في إسكان زوجها معها الكراء، وإنما الرفق بزوجها ومكارمته، فكذلك تسقط عنه إجارة خدمتها في ماله ومشاركتها في تنميته بالعادة والعرف من باب أولى؛ لأن العرف كالشرط، والمسلمون عند شروطهم مالم تكن مخالفة لقواعد الشرع. هذا موقف علماء فاس من فتوى ابن عرضون، فماذا عن موقف المعاصرين من هذه النازلة؟

الفقرة الثانية: موقف المعاصرين من فتوى ابن عرضون: لقد كان لهذه الفتوى صدى قوي وأثر كبير على الاجتهاد الفقهي في بعض قضايا الأسرة، ليس في المغرب فقط، بل حتى خارج المغرب أيضا؛ وبناء عليها انقسم العلماء المعاصرون والباحثون في قضايا الأسرة في الإسلام إلى فريقين أيضا: فريق مؤيد للفتوى **(أولا)**، وفريق معارض لها **(ثانيا)**.

أولا: المؤيدون لفتوى ابن عرضون

ويمثل هؤلاء من علماء فاس تحديدا **الشيخ المهدي الوزاني** الذي دافع عن هذه الفتوى وأيدها، وحاول أن يستدل لها بقواعد شرعية تعضدها وتقويها في كتابه:" **النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى**"، المسمى ب: "**المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب**"؛ حيث بين فتوى ابن عرضون، وموقف علماء فاس منها آنذاك، ثم أورد نص الشيخ عبد القادر الفاسي في نقدها، ورد عليه وناقشه بأدب العلماء مطولا في النص الآتي:" **قلت: كأنه رضي الله عنه فهم**

---

[367]– صالح عبد السميع الآبي الأزهري: "جواهر الإكليل – شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل–"، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، د.ت، ج2/ ص: 198.

أن الزرع المتخلف عن الهالك يقسم بأجمعه على كل من كان يباشر خدمته من غير أن يترك للهالك شيء منه، وليس كذلك، بل معناه أن الذين يخدمون الزرع يأخذون جزءا منه على قدر خدمتهم، وما بقي يكون موروثا عن الهالك لورثته نظير إخراج الزكاة منه أولا إذا مات بعد طيبه، ثم يقسم ما بقي بعد إخراجها على ورثته، وبهذا لا يكون مخالفا للقسمة التي فرضها الله ورسوله، لأن هؤلاء الذين نتج الزرع عن خدمتهم تعلق حقهم بعينه، فيقدمون أولا، ثم ما فضل عنهم يدفع لورثته يقسمونه على فرائض الله نظير الحقوق المتعلقة بعين التركة التي يبدأ بها أولا، ثم يقسم على الورثة ما بقي ثانيا .والحاصل أنه كما ثبتت الشركة في الزرع للخماس بمجرد خدمته كذلك ثبتت لغيره ممن له مباشرة الزرع بجزء على قدر عمله، والله أعلم؛ وبه يبطل قوله أيضا: (وخلافه تحريف وحيد عن الشريعة الخ)، وهذا منه رضي الله عنه مبالغة، وإلا فمعاذ الله أن يتفق علماء الجبال على التحريف، سيما أمثال أولئك الأئمة الذين يستسقى بهم الغمام، وقوله: (ولا عبرة بمجرى العادة والعرف مع فساد العقد الخ)، قد علمت أنه ليس هنا صريح عقد وإنما هنا شركة حكمية بمقتضى العادة كما قالوا ـ فيمن كان مع أبيه أو أخيه أو عمه على حالة واحدة ومائدة متحدة ـ أن ذلك يوجب لهم شركة المفاوضة. وقوله: (إذ ذاك إنما هو في مقصودهم ونياتهم الخ) قد نصوا على أن العرف على قسمين؛ تارة يرجح به القول ولو ضعيفا إذا كان موافقا له كما في قول الزقاقية على العرف عولا، وتارة ينبني عليه الحكم كالاختلاف في متاع البيت إذا شهد العرف أنه لأحد الزوجين، وقال في نظم عمل فاس ناظمه ما نصه: عمل فاس يتبع الأعراف.. الخ، فلا وجه لقصره على مقصودهم ونياتهم الخ، بل يحكم به ولو خالف مقصودهم، تأمله. وقوله: (فإذا كان القول صحيحا وصحبه العمل الخ) قد علمت أن المقلد لا يعرف القول الصحيح من غيره لقصوره، فلا معنى لاشتراط هذا الشرط في حقه، نعم، العرف يدركه المقلد قطعا، فإذا وافق قولا من أقوال الأئمة المعتبرين فإنه يرجحه به. وقوله: (كعلماء قرطبة وأمثالهم الخ) نقول: إن الذين أفتوا بهذا القول وذكروا أن العمل به كالقوري وابن عرضون وابن خجو وسيدي

أحمد البعل وأضرابهم، كلهم أهل للترجيح كأهل قرطبة، فلا وجه لتخصيص الاقتداء بأهل قرطبة، إذ لا دليل شرعي على هذا التخصيص، فالحق أن هذا العمل ثابت لا ينكر؛ نعم، يقصر على أهل الجبال كما قالوا: إن العمل الثابت بموضع لا يلزم جريانه في غيره، والله أعلم"[368].

بل صرح بالاعتراض على من أهملها ولم يأخذ بها، بقوله: " **وأما خدمة النساء في البوادي فالعمل جار بمشاركتهن ولا التفات في اعتراضه، وقد رددنا ذلك الاعتراض بما يشفي ويكفي في النوازل الجديدة، وقد قال لي من أدركت من قضاة بني مسارة؛ إن العمل بما قاله ابن عرضون لا زال مقررا عندهم إلى الآن"[369].**

وممن أيد هذا الرأي من المعاصرين أيضا الدكتور عمر الجيدي في كتابه: " **ابن عرضون الكبير: حياته وآثاره . آراؤه وفقهه**"، فبعد عرضه لفتوى ابن عرضون وبيان مستندها الفقهي، أورد قصة مفادها أن بعض علماء فاس تراجعوا عن موقفهم المعارض لهذه الفتوى آنذاك، بعد ما زار وفد منهم الفقيه ابن عرضون في منطقته، واطلع على ما تقوم به المرأة من عمل شاق لتنمية مال زوجها، وهذه القصة عبارة عن حكاية منقولة ومتداولة بين بعض الباحثين، ومفادها:" **أنه لما أفتى ابن عرضون للمرأة بالنصف وسواها بالرجل في العمل، ثارت ثائرة بعض العلماء في أنحاء المغرب، وفي فاس بوجه خاص، واتفق أن وفدا من علماء فاس كانوا في زيارة لضريح عبد السلام ابن مشيش دفين جبل العلم، ومروا في رحلتهم بشفشاون التي كان ابن عرضون قاضيا بها لملاقاته ومناقشته في فتواه المستحدثة وسألوه عن القضية، فما أجابهم بشيء، بل طلب منهم الانتظار، وبينما هم كذلك إذ مر فوج من النساء وهن حاملات أثقالا على ظهورهن – كعادتهن– من حطب وأنواع أخرى من الأثقال، فقال لهم: ما رأيكم**

---

[368]– أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني "المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتوى المتأخرين من علماء المغرب"، قابله وصححه: عمر ابن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية – الرباط–، طبعة سنة: 1419هـ/1998م، ج7/ ص: 262-263.

[369]– إدريس حمادي: مرجع سابق، ص: 86.

في هؤلاء النساء؟ فتعجب العلماء من ذلك، وأذعنوا لرأيه، وأيدوا حكمه، وأدركوا وجاهة فتواه، وأصابتها روح العدل "370.

كما أيد هذه الفتوى أيضا الدكتور **إدريس حمادي** في كتابه:" **البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة**"؛ فبعد أن استعرض هذه النازلة، والآراء الفقهية في موضوع اقتسام الممتلكات بين الرجل والمرأة خاصة بعد الطلاق، وحلل مفهوم المنحة وبين كيفية تطبيقاتها كما وردت في نص القرآن الكريم، قال: "**والآن وقد تبين أن هناك كثيرا من الأدلة يمكن الاستناد إليها في: أن للمرأة المطلقة لغير سبب "المظلومة" نصيبا في الممتلكات أو قنطارا بلغة القرآن، وأن هذا النصيب أو القنطار قد استند البعض في تقديره إلى المعروف والبعض الآخر اجتهد فقدره بالنصف والبعض الآخر حاد عن النصف إلى الربع...، أقول إذا انطلقنا هذه الخصوصيات، ومما يشير إليه النص الشرعي واجتهادات الفقهاء فيه أمكن أن يقدر نصيب المرأة المطلقة المظلومة في نظرنا بما لا يتجاوز النصف في حده الأعلى والربع في حده الأدنى**"[371].

ثانيا: المعارضون لفتوى ابن عرضون

ويمثل هؤلاء من علماء فاس والمغرب في القرن المعاصر العلامة الفقيه الشيخ محمد التاويل رحمه الله، والذي ألف كتابا خاصا بهذه النازلة وَسَمَهُ ب: "**إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية – رؤية إسلامية**"؛ حيث استعرض فيه أنواع عمل المرأة، وبين حكم كل نوع من الناحية الفقهية.

ثم خصص الحيز الأكبر من هذا الكتاب لدراسة هذه النازلة تحديدا؛ بحيث استعرض فتوى ابن عرضون بنصها، وأنكر وجود هذه القصة واعتبرها مجرد ادعاء لا يصح قائلا: "**وآخر هذه التبريرات والدفاعات عن ابن عرضون ما طالعنا به بعض**

---

[370]– عمر الجيدي: "ابن عرضون الكبير: حياته وآثاره وفقهه "، دار عكاظ للطباعة والنشر، طبعة سنة 1987، ص: 199.

[371]– إدريس حمادي: مرجع سابق، ص: 87–88.

الباحثين (يقصد عمر الجيدي) **من رجوع شيوخ فاس عن فتواهم الى فتوى ابن عرضون بعدما شاهدوا بأعينهم بشفشاون المرأة البدوية وهي تحمل على ظهرها حمولة الدواب فأيدوه في حكمه وأذعنوا لرأيه، وهو ادعاء لا يصح، وقولة لا تثبت، والفتاوى لا تثبت بالشائعات، وكل الفقهاء الذين تناولوا الموضوع لم يشيروا إلى رجوع أهل فاس عن فتواهم، ولو رجعوا أو رجع أحد منهم لنبهوا عليه ولم يغفلوه، والأصل ادعاء الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان حتى يتبين خلافه. كما أن الفقه لا يتأثر بالمشاهد والمناظر، لأنها ليست من أصوله ولا مصادره"**[372].

وبعد ذلك أبرز مستندها الفقهي، وناقشها، ورد عليها وعلى المؤيدين لها من القدماء والمعاصرين، وأورد بعض الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية المقررة في باب اقتسام الأموال التي تدل على فساد هذه الفتوى وتناقضها ومناقضتها لقواعد الشريعة، وذلك من ص 18 إلى ص 94 من الكتاب؛ ثم خلص إلى القول ببطلان دعوى بعض المعاصرين بحق الزوجة في اقتسام المال مع زوجها المكتسب خلال العلاقة الزوجية بناء على فتوى ابن عرضون، بقوله: "**ليس لهذه الفتوى التي أفتى بها ابن عرضون أصل في الشريعة الإسلامية ولا سند لها في الفقه**"[373]، ويضيف في موضع آخر من الكتاب:" **وما تزال هذه الفتوى تثير أطماع المشاغبين، ولعاب العلمانيين في الاحتماء بها، واتخاذها مظلة لتحقيق أغراضهم في إشعال الفنية ونار الحرب داخل الأسرة المغربية بإغراء الزوجة وتحريضها على المطالبة بحقها في مال الزوج وثروته المكتسبة بعد الزواج، بحجة فتوى ابن عرضون ومن سار في ركابه من المفتين الذين قلدوه، أو توسعوا في الموضوع أكثر منه. رغم شذوذ فتواه وضعفها، ومخالفتها لنصوص الشريعة وقواعدها العامة، ومناقضتها لفتاواه في نظائرها**"[374].

---

[372]– محمد التاويل: " إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية "، مطبعة آنفو– برانت، طبعة سنة 2006، ص: 54.

[373]– محمد التاويل: مرجع سابق، ص: 23.

[374]– نفس المرجع، ص: 18–19.

ولا شك أن هذا هو موقف أغلب العلماء والفقهاء في المغرب وخارجه.

لكن إلى أي حد يمكن اعتبار موقف المؤيدين والمعارضين معا لهذه الفتوى له حظ من النظر والصواب باستثمار قواعد منهج تنزيل الأحكام عند فقهاء النوازليين خصوصا؟ ذاك ما سيتم بيانه في المبحث الثاني من هذه الدارسة.

المبحث الثاني: مناقشة فتوى الكد والسعاية على ضوء أحكام الفقه ومتغيرات العصر

إن المتأمل في فتوى ابن عرضون وما أثارته من نقاش فقهي حاد، بين العلماء في القديم والحديث؛ يلاحظ بأن مستند ابن عرضون في فتواه ومن ناصره، وكذا مستند المنتقدين لها وبشدة من علماء فاس ومن وافقهم، هو إعمال بعض قواعد تنزيل الأحكام عند المالكية، وخاصة قاعدتي العرف وما جرى به العمل، واعتبار المصلحة المرسلة.

فإلى أي حد يعتبر اجتهاد الفريقين معا وموقفهما مصيبا للحق وموافقا للشريعة باعتبار، وبالمقابل مجانبا للصواب والحق باعتبار آخر؟ خاصة إذا ما استحضرنا بأن كليهما ينطلق من أصول المالكية ومنهجم في استنباط الأحكام وتنزيلها على الوقائع، وأن الاختلاف بينهما هو في منهج تكييف النازلة وفق ظروف وأحوال خاصة بها.

هذ ما سنحاول بسط القول فيه وبيانه في هذا المبحث من خلال مطلبين اثنين:

المطلب الأول: مناقشة موقف المؤيدين والمعارضين لفتوى ابن عرضون

الفقرة الأولى: مناقشة موقف المعارضين لفتوى ابن عرضون

لقد وجه بعض الفقهاء قديما وحديثا نقدا شديدا لهذه الفتوى، واعتبروها مخالفة لقواعد الشريعة وانحلالا منها وتحريفا لها، كما سبق بيان ذلك عند إيراد رد الشيخ عبد القادر الفاسي على فتوى ابن عرضون ونقده الشديد لها، وكذا رد الشيخ محمد التاويل في كتابه:" **إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية ـ رؤية إسلامية**".

لكن المتأمل في الأدلة التي استند عليها فقهاء فاس آنذاك تحديدا ومن انتصر لهم في نقض فتوى ابن عرضون، نجد بأنها ترجع في عمومها إلى اعتبار أحكام الشرع في تقسيم المال وتوزيعه بين الرجل والمرأة مدة العلاقة الزوجية بإعطاء كل ذي حق حقه؛ وكذا مراعاة العرف وما جرى به العمل عند أهل فاس، وبيان ذلك في الآتي:

أولا: من المقرر شرعا في نصوص قطعية واضحة، أن لكل من الرجل والمرأة ذمة مالية مستقلة كما قال تعالى: ﴿**وَلَا تَتَمَنَّوْاْ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَۚ وَسْـَٔلُواْ ٱللَّهَ مِن فَضْلِهِۦٓۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا**﴾[375].

ثانيا: أن لكسب المال طرقا شرعية محددة وواضحة في شريعة الإسلام، وليس منها عمل المرأة في بيت زوجها باختيارها ومكارمة منها فقط.

ثالثا: استعمال قاعدتي العرف وما جرى به العمل، قال صاحب العمل الفاسي في نظمه السابق:

لكن أهل فاس فيها خالفوا قالوا لهم في ذاك عرف يعرف"[376]

فعرف أهل فاس وما جرى به العمل عندهم، هو أن المرأة لا تتشاح مع زوجها في خدمة أسرتها ومساعدة زوجها في تنمية ماله، دون أن تأخذ على ذلك مقابلا، أو تطالب بهذا الحق عند الطلاق أو الوفاة.

رابعا: اختلاف طبيعة العمل التي كانت تقوم به المرأة الجبلية أو السوسية مع طبيعة العمل التي كانت تقوم به المرأة في مدينة فاس وما يشبهها من المدن، فنساء البادية كن يشتغلن خارج البيت في الفلاحة وتربية المواشي بالإضافة إلى عملهن داخل البيت، بينما عمل النساء في مدينة فاس وما يشبهها، كان يقتصر على القيام بشؤون البيت،

375– سورة النساء، الآية 32.

376– أبو عيسى المهدي الوزاني: مرجع سابق، ص: 33.

ولا يشتغلن خارجه؛ لأن الزوج هو المكلف بالعمل خارج المنزل وتوفير حاجات الأسرة المادية من نفقة وسكن...

خامسا: إن إعمال قواعد الشريعة في تقسيم المال، وقاعدة المصلحة المرسلة في إحقاق الحق ورفع الظلم، يقتضي بأن لا تطالب المرأة التي لم تشارك في القيام بعمل خارج البيت بحقها في المال الذي اكتسبه الرجل بسعيه وحده، مدة العلاقة الزوجية؛ لأن ذلك يتنافى مع قواعد الشرع في كيفية تقسيم الثروة بين الزوج والزوجة، وهو ظلم للرجل، وأكل لماله دون وجه حق، وبالتالي فمن مصلحة استقرار الأسرة وتحقيق مقاصد الزواج، عدم جواز مطالبة المرأة بحق ليس لها فيه نصيب لا شرعا ولا واقعا.

لذلك فخلاصة القول: هو أن المتفحص لموقف علماء فاس من هذه الفتوى، ومن انتصر لهم من المعاصرين، يتوصل إلى أنه موافق للشرع، ومصيب للحق بالاعتبار السابق، لأنه يراعي قواعد العرف وما جرى به العمل، والمصلحة الفضلى للزوج والزوجة والأسرة عموما؛

لكن ما هو مستند المؤيدين لاجتهاد ابن عرضون ومن انتصر له قديما وحديثا؟

الفقرة الثانية: مناقشة موقف المؤيدين لفتوى ابن عرضون

سبق في المبحث الأول عرض نص فتوى ابن عرضون، والتي أجاز فيها لنساء بادية جبالة – اللواتي كن يشتغلن مع أزواجهن في الفلاحة وتربية المواشي – حقهن في اقتسام هذا المال المكتسب خلال فترة العلاقة الزوجية؛ واستند في فتواه إلى إعمال قاعدتي العرف وما جرى به العمل في المنطقة، وكذا إعمال قاعدة المصلحة المرسلة التي تقضي بأن إعطاء المرأة حقها في هذه الممتلكات هو تحقيق لمبدإ العدل، ورفع للظلم عنها؛ وهو ما أفتى به فقهاء سوس أيضا بحق المرأة في " السعاية"، وهكذا أصبحت هذه النازلة مشهورة ومتداولة بعبارة:" حق المرأة في الكد والسعاية".

وإن المتتبع لسياق هذه الفتوى وظروفها، يلاحظ ما يأتي:

الملاحظة الأولى: هي فتوى خاصة بنساء البادية؛ (بادية منطقة جبالة بالنسبة لفتوى ابن عرضون، ونساء بادية سوس بالنسبة لفقهاء سوس)، ولذلك فهي في أصلها فتوى خاصة بنساء البادية ولا تنطبق على نساء المدينة؛ لأن الفتوى قد تتغير مكانا وزمانا وشخصا، باختلاف تحقيق مناطها العام والخاص معا.

الملاحظة الثانية: هي فتوى تخص عمل المرأة في الفلاحة من زراعة وتربية للمواشي وما في حكمهما، ولا شك أن هذا العمل خاص بنساء البادية، ويختلف عن طبيعة عمل المرأة في المدينة في المجال الصناعي والتجاري..، كما يختلف عن عمل المرأة في بيت زوجها مما يتطلبه ذلك من طبخ ونظافة وغيرهما...

وبالتالي ففتوى ابن عرضون لا يمكن تعميمها وتطبيقها شرعا ومصلحة وواقعا على كل عمل تقوم به النساء في بيت زوجها، أو عملها مع زوجها في المدينة في المجال الصناعي والتجاري وما يشبههما، نظرا لاختلاف طبيعة العمل ومردوديته، وشروط الاشتغال فيه...

الملاحظة الثالثة: هي فتوى تستند إلى عرف المنطقة؛ بحيث جرى العمل فيها بأن المرأة تشتغل مع زوجها في الفلاحة وتربية المواشي..، ولها حقها في هذا المال، دون إنكار من فقهاء المنطقة وقضاتها، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، وهذا عرف حسن؛ لأنه يحقق مبدأ العدل والإنصاف بين الزوج والزوجة على حد سواء، وهو من مقاصد الإسلام وغايته. لكنه عرف خاص بأهل المنطقة، أو بالمناطق التي تشبهها، كبادية سوس مثلا؛ وعليه فلا يمكن تعميم هذه الفتوى على كل مناطق المغرب، لاختلاف ظروف المرأة وعملها والعارف السائد بين السكان فيها.

وخلاصة الكلام في فتوى ابن عرضون: أننا إذا وضعناها في سياقها: زمانا، ومكانا، وعرفا، ومصلحة، يمكن القول بأنها كانت مصيبة للحق وموافقة للشرع بهذا الاعتبار، لأنها راعت العرف الجاري به العمل بين الناس هناك، وكانت استجابة لظروف اجتماعية تعيشها المرأة الجبلية؛ "**فهي تعمل كل شيء وتواصل الليل بالنهار، إذ يعتبر عمل الرجل**

متضائلا بجانب عملها، فمن سقي الماء إلى جلب الحطب، ومن حرث الأرض واقتلاع الأشجار إلى بناء الدور، ومن حصد الزرع ودرسه وجمعه وتذريته ونقله وطحنه إلى رعي الماشية، بالإضافة إلى البيع والشراء وحمل الأثقال على ظهرها، نظير ما تحمله البغال والحمير تماما، زيادة على وظيفة الأمومة وربة البيت، ثم لا تحصل بعد طلاقها أو وفاة زوجها إلا على حقوقها المعروفة من إرث أو متعة أو نفقة أو سكنى"[377]؛ وكل ذلك دون مقابل، وهذا من الظلم الفاحش، والإجحاف الفظيع الذي لن يقبل به فقيه متبصر بمقاصد الشرع، ومعايش للواقع، سواء كان ابن عرضون أو غيره.

لكن هل يمكن القول بتعميم هذه الفتوى على عمل باقي النساء إذا توفرت نفس الظروف والمبررات، سواء في البوادي أو المدن كما تنادي بذلك بعض الاجتهادات الحقوقية في هذا العصر؟

الجواب عن هذا السؤال، والسؤال الذي قبله في خاتمة الفقرة الأولى، هو ما سيتم بيانه وبسطه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: ترجيح القول الفقهي في حق المرأة في المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية بناء على فتوى ابن عرضون وعلى ضوء متغيرات العصر

بداية يجب التنبيه والتأكيد على أن الاجتهاد في هذه النازلة الفقهية، وغيرها من النوازل؛ يجب أن يصدر من أهله، وبشروطه، وفي محله، (وهم العلماء المتمكنون من فقه الشريعة ومن منهج تنزيلها في الواقع)، وليس من طرف أي كان، لأنها مسألة فقهية دقيقة ينبغي أن يكون الكلام الفصل فيها للفقهاء المتمكنين لا لغيرهم من أصحاب التخصصات الأخرى، من باب احترام التخصص العلمي وأهله.

[377]– عمر الجيدي: مرجع سابق، ص: 193 وما بعدها.

وليس كما يدعي البعض ويتجرأ في هذا الزمان؛ وبخاصة بعض الجهات التي تنطلق من مرجعية غير مرجعية الإسلام، بل وتتاجر بالمرأة بدعوى الدفاع عن حقوقها للأسف.

وإن واجب البحث وطبيعته، يحتم علينا بيان الموقف الفقهي والجواب عن التساؤل السابق قدر المستطاع، ودون جرأة على أحكام الشرع؛ وحسبنا في ذلك إجادة النظر فيما صدر عن الفقهاء من أقوال، ثم البناء عليها باستثمار بعض قواعد منهج تنزيل الأحكام الشرعية عند المالكية، ما دامت هذه المسألة فيها اجتهاد عند فقهاء المذهب، واختلفوا في تكييفها الفقهي بناء على أدلة وقواعد الشرع، وبمراعاة الواقع.

وبناء عليه، يمكن ترجيح القول الفقهي في هذه المسألة حسب التفصيل الآتي:

أولا: الأصل في الشرع أن لكل من الرجل والمرأة ذمة مالية مستقلة، سواء قبل الزواج أو بعده، ما دام كل منهما يكسب ماله من عمل خاص به، لقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَتَمَنَّوْاْ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَۚ وَسْـَٔلُواْ ٱللَّهَ مِن فَضْلِهِۦٓۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا** ﴾[378]؛ فهذه الآية وإن كانت واردة في سياق خاص، إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما يقول علماء الأصول، وبالتالي فالمال المكتسب مدة العلاقة الزوجية لا حق فيه للمرأة إذا كان من كسب الرجل، ولا حق فيه للرجل إذا كان من كسب المرأة الخاص؛ إما بعملها في الوظيفة، أو في القطاع الخاص، أو التجارة، أو عن طريق الإرث..؛ وهذا ما أكدت عليه مدونة الأسرة الحالية في المادة 49 عندما نصت على أنه: "**لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر**".

ثانيا: إن الزوجة ليست ملزمة بالعمل في مال زوجها لتنميته، ولا يجب عليها ذلك شرعا؛ سواء في الفلاحة، أو الصناعة، أو التجارة...، وأن نفقتها وتوفير حاجاتها وكل متطلبات الأسرة ماديا واجب شرعي على الزوج؛ باعتبار ذلك من مقتضيات القوامة التي

---

[378]– سورة النساء، الآية: 32.

أسندها الله للرجل في قوله تعالى: ﴿**ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ**﴾[379]؛ يقول الدكتور مصطفى بن حمزة:" **والواجب الذي يقابل القوامة وينشأ عنها هو واجب الإنفاق على المرأة في كل مراحل عمرها، بنتا وزوجة وأما، لأن ضمان معيشتها وتلبية حاجاتها هو سبيل إلى صون كرامتها وإلى حفظ شخصيتها**"[380]، والمقصد الأعظم من ذلك: ضبط التنظيم المالي للأسرة، وحفظ استقرارها، وتحقيق وظائفها الشرعية والاجتماعية والحضارية.

ثالثا: إن المرأة إذا عملت مع زوجها في ماله بعد الزواج، وسعت إلى تنميته، بإرادتها ورضاها ومكارمة منها، أو كان العرف الجاري به العمل يقتضي ذلك، دون أن يطلب منها الزوج ويرغمها على ذلك، أو يعمل على استغلالها، فلا حق لها في هذا المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية أيضا؛ لأنه مال الزوج وحده، ولم تكن أجيرة ولا شريكة فيه بمقتضى قواعد الشرع في اقتسام المال، ولأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، كما أن حفظ مصلحة الأسرة واستقرارها واستمرارها أولى من كل اعتبار، وهو مضمون رد فقهاء فاس، ومن انتصر لهم، على فتوى ابن عرضون؛ إلا إذا قدمت الزوجة بوسائل الإثبات المقررة ما يفيد عكس ذلك، فهنا قد يكون للقضاء اجتهاد آخر.

رابعا: إذا كان العرف الجاري به العمل في منطقة معينة يقضي بأن تعمل المرأة مع زوجها في ماله، وتشارك في تنميته، سواء كان عملها في الفلاحة أو غيره، ولها حق مقرر في ذلك بموجب العرف؛ فحقها ثابت شرعا أيضا؛ لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، ولأن مبدأ العدل والحق، وتجنب الظلم، يوجب إعطاءها نصيبها من هذا المال، بإعمال قاعدة المصلحة المرسلة أيضا؛ وهو مضمون فتوى ابن عرضون ومن ناصره من فقهاء المذهب، كالمهدي الوزاني في نوازله الجديدة.

---

[379]– سورة النساء، الآية: 34.

[380]– مصطفى بن حمزة: " كرامة المرأة من خلال خصوصيتها التشريعية "، مكتبة الطالب –وجدة، طبعة سنة 2004، ص: 54.

خامسا: إن الزوجة إذا عملت في مال زوجها بعد الزواج، وشاركت في تنميته، وكان ذلك بمقتضى اتفاق مسبق بينهما في عقد مستقل عن الزواج، على اقتسامه، إما بالإجارة أو الشركة...، وإما مناصفة، أو بنسبة مئوية بينهما، وبرضاهما وإرادتهما وحسب توافقهما، فلها الحق في هذا المال وفق ما هو متفق عليه، ولس في ذلك إخلال بقواعد الشرع ومقاصده في هذه الحالة، لأن المسلمين عند شروطهم ما دامت موافقة للشرع، وهذا ما قال به الدكتور عبد الكبير المدغري في مسألة تعامل الزوجين مع المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية كسبا وإنفاقا حسب اتفاقهما، بقوله : "**وإنما نقصد به التراضي الثنائي الحر النابع من إرادة الزوجين ورغبتهما المشتركة والمنبثقة عن التشاور بينهما وتأملهما المشترك في الصيغة التي يريد أن تكون عليهما حياتهما الزوجية**"[381]، وهذا الاجتهاد الفقهي أخذ بعين الاعتبار التغيرات الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة، وأراه رأيا فقهيا يتناسب مع روح الإسلام ومقاصده، ويحقق مصلحة الزوجين معا، وينظم علاقتهما المادية، لكن هذا الاتفاق ينبغي أن يراعي مصلحة الأسرة، ومقاصد الشرع من الزواج، ولا يخل بمبدإ القوامة في الشرع بأي حال، وإلا جنينا على الأسرة من حيث ندعي الإصلاح والتغيير نحو الأفضل.

سادسا: إن عمل المرأة في الفلاحة من زرع وحصاد وتربية للمواشي وغيرها، ليس هو عملها في التجارة والصناعة وغيرهما، وبالتالي فالحكم الفقهي يختلف حسب نوعية العمل وطبيعته، وطبيعة العرف السائد بين الناس في زمان ومكان خاصين؛ ولذلك كانت فتوى الفقيه ابن عرضون خاصة بعمل المرأة في منطقة جبالة تحديدا في الفلاحة وليس في غيرها، ولذلك لا يمكن قياس عمل المرأة عليها في الصناعة والتجارة وغيرهما في كل منطقة وزمان ومكان؛ لأن تحقيق المناط الفقهي العام والخاص، يختلف باختلاف

---

[381]– عبد الكبير المدغري: " المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير "، مطبعة فضالة – المحمدية، طبعة سنة: 1420هـ/1990م، ص: 79.

الأسباب والظروف والأحوال، كما هو مقرر عند العلماء بأن الفتوى تختلف زمانا ومكان وشخصا.

سابعا: إن عمل الزوجة في بيت الزوجية كالطبخ والنظافة وغيرهما يختلف اختلافا كليا عن عملها خارج المنزل لا من حيث حكمه ولا من حيث طبيعته...، فأما من حيث حكمه الفقهي فهو يدخل في إطار التعاون والمكارمة والمودة والرحمة والتكامل بين الزوجين لبناء أسرة مستقرة.

وأما من حيث طبيعته فهو عمل تقتضيه طبيعة العلاقة الزوجية لتحقيق السكن والاستقرار النفسي والأسري والاجتماعي...؛ وليس مبنيا على المقابل المادي بين الزوجين كما في الشركة والمقاولة وغيرهما...، وإلا فلا معنى لهذا الزواج إذا كان مبنيا على المحاسبة والمساومة والمقابل المادي بين الزوجين؛ لأن العلاقة الزوجية ستتحول بهذا الاعتبار إلى نوع من المقاولة مبينة على مبدأ العوض والأخذ والعطاء المادي المتبادل بين الزجين، وحينئذ سيغيب مفهوم المودة والرحمة والسكن العاطفي والنفسي في العلاقة الزوجية كما أراده الله في قوله تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[382]، **وأيضا في قوله سبحانه:** ﴿**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**﴾[383].

ثامنا: إن دعوى اقتسام المال المكتسب من طرف الرجل مع زوجته مدة العلاقة الزوجية بناء على عملها المنزلي مرفوضة وفق قواعد الشرع وأحكام الفقه كما سبق بيان ذلك، كما يرفضها منطق الحق والعدل والإنصاف في الحياة؛ لأن المال الذي يكتسبه الر جل من عمله في وظيفة أ وتجارة أو صناعة أو غيرها هو مال خاص به، لا حق فيه للزوجة بدعوى عملها في بيت زوجها؛ لأنها زوجة وربة بيت، وليست موظفة أو أجيرة أو عاملة عنده كما هو الحال في الشركة أو المقاولة أو المصنع كما ينص على

---

[382]– سورة الروم، الآية 21.

[383]– سورة البقرة، الآية 185.

ذلك عقد الزواج، وإلا ينبغي تغيير اسم عقد الزواج الذي وصفه القرآن بالميثاق الغليظ لأنه يتميز عن كل العقود الأخرى في الحياة كما قال تعالى: ﴿ **وَكَيْفَ تَاخُذُونَهُۥ وَقَدَ اَفْضِيٰ بَعْضُكُمْۥ إِلَيٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقاً غَلِيظاً**﴾[384]، إلى تسمية أخرى كعقد عمل أو إجارة... تناسب هذه الدعوى المرفوضة شرعا ومنطقا وحقا وعدلا.

تاسعا: إن دعوى حق الزوجية في مال زوجها بناء على عملها المنزلي تتعارض مع مبدأ القوامة الذي جعله الله حقا للنساء واجبا على الرجال في قوله تعالى: ﴿**اَلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَي اَلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَيٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنَ اَمْوَٰلِهِمْ**﴾[385]؛ يقول الدكتور **مصطفى بن حمزة:**" **والواجب الذي يقابل القوامة وينشأ عنها هو واجب الإنفاق على المرأة في كل مراحل عمرها، بنتا وزوجة وأما، لأن ضمان معيشتها وتلبية حاجاتها هو سبيل إلى صون كرامتها وإلى حفظ شخصيتها**"[386]، ولا شك أن المقصد الأعظم من ذلك: ضبط التنظيم المالي للأسرة، وحفظ استقرارها، وتحقيق وظائفها الشرعية والاجتماعية والحضارية.

عاشرا: إن دعوى حق الزوجة في المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية بناء على عملها المنزلي لا أساس لها في قواعد الشرع، ولا في أحكام الفقه، ولم يقل بها أحد من فقهاء المسلمين لا من السلف ولا من الخلف حتى من فقهاء المغرب، أما فتوى ابن عرضون ـ وغيره من فقهاء سوس فيما يعرف بحق الكد والسعاية ـ، فكانت مبنية على نوع معين من عمل المرأة في الفلاحة وتربية المواشي في منطقة قروية خاصة وبعرف خاص جرى به العمل بين الناس فيها، ولا تنطبق على عمل الزوجة في المنزل، ولا في غيره من التجارة والصناعة وغيرها...، ولم يوافق عليها حتى فقهاء ذلك العصر كما سبق بيان ذلك، فكيف يمكن القياس عليها في زماننا الذي تغير فيه كل شيء، حتى

---

[384] سورة النساء، الآية 21.

[385]– سورة النساء، الآية: 34.

[386]– مصطفى بن حمزة: " كرامة المرأة من خلال خصوصيتها التشريعية "، مكتبة الطالب –وجدة، طبعة سنة 2004، ص: 54.

طبيعة عمل المرأة في المنزل الذي أصبح ميسرا وسهلا بفعل التطور التكنولوجي كما في مسألة النظافة وحتى الطهي، بحيث حلت الآلة محل الإنسان، فأي عمل منزلي بقي للمرأة بهذا الاعتبار حتى يؤدى عنه ؟!

ولذلك لم تنص مدونة الأسرة المغربية الحالية على حق الكد والسعاية صراحة، بل لَمَّحَتْ إليه بشكل متحفظ عندما نصت في المادة 49 على أنه: " **يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها**" ، والذي دفع المشرع المغربي إلى عدم التنصيص صراحة على هذا الحق والاكتفاء بالتلميح إليه بشروط خاصة، هو كون هذا الحق عرفا خاصا جرى به العمل في مناطق خاصة ووفق ظروف معينة، ولا يمكن أن يقاس عليه حق المرأة في المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية بناء عملها المنزلي الذي تقتضيه طبيعة العلاقة الزوجية، وينبني على التعاون والمكارمة بين الزوجين؛ لتحقيق المقاصد الشرعية من تكوين الأسرة في الإسلام، بعيدا عن الحسابات المادية التي يجب أن ينأى عنها هذه الميثاق الغليظ.

وكل اجتهاد محسوب على الفقه أو على استغلال فتوى الفقيه ابن عرضون؛ هو تجرؤ على أحكام الشرع وقول فيه بلا علم ولا دليل، سيحاسب عليه صاحبه في الدنيا والآخرة مصداقا لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ۚ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا**﴾[387].

خاتمة

إذا كان من المقرر أن الإسلام صالح لكل زمان ومكان وإنسان؛ فإن اللازمَ المنطقي لهدي الواقع بتعاليم الإسلام: اجتهادٌ منضبط بقواعد الشرع ومراعي للزمان والمكان، والوقائع والأحوال، لأنه من غير الممكن إيجاد حلول شرعية لمتغيرات الواقع البشري

[387]– سورة الإسراء، الآية 21.

بدون الاجتهاد والتجديد في بعض الفتاوى والآراء الفقهية التي صدرت عن الفقهاء، وكان تحقيق المناط فيها حسب زمانهم ومكانهم، ولم تعد شروط تحققها وتطبيقها قائمة في واقعنا المعاصر؛ ومن ذلك الاجتهاد في هذه المسألة الفقهية والحقوقية المتعلقة بتعزيز حقوق المرأة المالية على ضوء التحولات الاجتماعية والمستجدات التشريعية والحقوقية. وبهذا المنهج يمكن التجديد في المنهج الفقهي، وإعادة النظر في التراث الفقهي عموما، على ضوء حاجات العصر وواقع الناس فيه، لأخذ الأصلح والأنسب منه، وترك ما كان مختصا بعصر دون آخر، بناء على ظروف ذلك العصر وملابسته، وحاجات الناس فيه، لكن مع الحفاظ على الأصول والقواعد والأحكام الثابتة؛ وهكذا يصبح الفقه مادة حية في واقع الناس، مواكبا للمتغيرات، ومستوعبا للمستجدات، بما يحقق مصالح الناس ولا يناقض مقاصد الشرع.

وقد خلص هذا البحث إلى مجموعة من النتائج نجملها في الآتي:

1. إن لكل من الزوج والزوجة ذمة مالية مستقلة عن الآخر في الشرع، فلا يجوز لأي طرف أخذها دون وجه حق.

2. إن القائلين بالكد والسعاية يستمدون مشروعيتها من مبدأ العدالة في الإسلام المقررة أصولها في القرآن الكريم والسنة النبوية، ثم ما استقر عليه العرف وما جرى به العمل في بعض مناطق المغرب، بناء على أصول المذهب المالكي في التأصيل والتنزيل.

3- إن القول بالكد والسعاية ملحظ فريد خاص بفقهاء المغرب الأقصى دون غيرهم، مما يدل على عبقرية هؤلاء الفقهاء، وقدرتهم الكبيرة على إيجاد الأجوبة الشرعية للحوادث والنوازل المحلية الطارئة.

4- إن حق الكد والسعاية الذي أفتى به الفقهاء كابن عرضون وغيره، إنما هو عرف خاص بمناطق معينة، وخاضع لظروف وأحوال محددة، لا يجوز تعميمه ولا القياس عليه في كل زمان ومكان، أو في كل الأعمال.

5- إن حق الزوجة في الكد والسعاية لا يشمل إلا ما كدت فيه المرأة من عملٍ خارجٍ عن أعمالها المنزلية في الفلاحة وتربية المواشي كالحرث والحصاد.. خاصة، ومحكوم بضوابط وشروط محددة عند الفقهاء، بحيث لا يستحق هذا الحق إلا بها. وبالتالي، فلا يمكن قياس عمل المرأة اليوم في عصرنا هذا عليه، خاصة عملها في المنزل الذي تقتضيه طبيعة العلاقة الزوجية، وينبني على مبدأ المكارمة والتعاون والإحسان بين الزوجين.

6. إن دعوى حق الزوجة في المال المكتسب مدة العلاقة الزوجية بناء على عملها المنزلي لا أساس لها في قواعد الشرع، ولا في أحكام الفقه، ولم يقل بها أحد من فقهاء المسلمين لا من السلف ولا من الخلف حتى من فقهاء المغرب.

7 . أن الاجتهاد في الأحكام الفقهية، وفي المستجدات والنوازل المرتبطة بها، يجب أن يصدر من أهله، وبشروطه، وهم الفقهاء المتخصصون في الشرع، من باب احترام التخصص العلمي، وليس من أي كان!

8- على المشرع المغربي في مدونة الأسرة المرتقب تعديلها، الالتزام بأحكام الإسلام ومقاصده في بناء الأسرة، وليس البحث عن فتاوى خاصة وفي سياق معين لتبرير تعديلات لا علاقة لها بأحكام الفقه، ولا باجتهادات فقهاء المذهب في القديم والحديث. والله من وراء القصد والهادي إلى سواء السبيل.

قائمة المصادر والمراجع

* **القرآن الكريم برواية الإمام ورش عن نافع.**

* أبو عيسى المهدي الوزاني: " **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس** "، تقديم: هاشم العلوي القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الرباط، طبعة سنة 2001م/1422هـ.

* أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني "**المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتوى المتأخرين من علماء المغرب**"، قابله وصححه: عمر ابن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية – الرباط–، طبعة سنة: 1419هـ/1998م.

* إدريس حمادي: "**البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة** "، إفريقيا الشرق – الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2005.

* أحمد ابن القاضي المكناسي: "**جذوة الاقتباس في ذكر من حل من الأعلام مدينة فاس**"، دار المنصور – الرباط، طبعة سنة: 1973م.

* أحمد ابن القاضي المكناسي: "**درة الحجال في غرة أسماء الرجال**"، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، درا الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.

* أحمد بابا التنكبتي: " **كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج** "، تحقيق: أبو يحيى عبد الله الكندري، دار ابن حزم–بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1422هـ/ 2002م.

* الميلود كعواس: "**حقُّ الزوجة في الكد والسعاية دراسة في التراث الفقهي المالكي** "، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط–، الطبعة الثانية، 2013.

* الملكي الحسين بن عبد السلام: "**نظام الكد والسعاية**"، مكتبة دار السلام– الرباط، طبعة سنة 2002.

* محمد بن جعفر الكتاني: " **سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس بمن أقبر من العلماء والصلحاء بفاس**"، تحقيق: عبد الله الكامل الكتاني وحمزة بن محمد الطيب الكتاني ومحمد حمزة بن علي الكتاني، دار الثقافة – البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 1425هـ/2004م.

* مصطفى بن حمزة: " **كرامة المرأة من خلال خصوصيتها التشريعية** "، مكتبة الطالب – وجدة، طبعة سنة 2004.

* محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي: " **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**"، تحقيق: عبد العزيز عبد الفتاح القاري، المكتبة العلمية – المدينة المنورة، بدون تاريخ الطبع.

* محمد مخلوف: "**شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**"، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ/2003م.

* محمد التاويل: " **إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية** "، مطبعة آنفو– برانت، طبعة سنة 2006.

* عبد الكبير المدغري: " المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير "، مطبعة فضالة – المحمدية، طبعة سنة: 1420هـ/1990م.

* عيسى بن علي الحسني العلمي: "النوازل "، تحقيق: المجلس العلمي بفاس – وزارة الأوقاف، مطبعة فضالة – المحمدية–، طبعة سنة 1406هـ/1986م.

* عمر الجيدي: "ابن عرضون الكبير: حياته وآثاره وفقهه "، دار عكاظ للطباعة والنشر، طبعة سنة 1987.

* صالح عبد السميع الآبي الأزهري: "جواهر الإكليل – شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل–"، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، د.ت.

* رجاء مكاوي: "قضايا الأسرة بين عدالة التشريع، وفرة التأويل، قصور المساطر، تباين التطبيق"، دار السلام، طبعة سنة: 2002.

نوازل الأسرة ودورها في حفظ مقومات الاجتماع الأسري

ذ: سعيد الشوية
أستاذ بالمدرسة العليا للأساتذة
جامعة عبد الملك السعدي بتطوان

تقديم

بسم الله وكفى، والصلاة والسلام على المصطفى، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجهم واقتفى.

لقد ركب الله تعالى الإنسان على هيئة لا تستمر حياته إلا بالاجتماع مع بني جنسه؛ لأن قدرة الواحدة من البشر قاصرة عن تحقيق مصالحه ودرء مفاسده. ولهذا أحوج سبحانه وتعالى الخلق بعضهم إلى بعض لتقوم كل طائفة بمصالح غيرها، فأحوج الرجال والنساء بعضهم الى بعض؛ لتقوم النساء بمصالح الرجال، والرجال بمصالح النساء، وأحوج الأبناء والآباء بعضهم إلى بعض؛ ليقوم الآباء بمصالح الأبناء، والأبناء بمصالح الآباء، وهكذا مع سائر أصناف المخلوقات.

وهذه الخلقة والفطرة التي فطر الله سبحانه وتعالى الناس عليها، تسوقهم سوقا إلى وضع الحجر الأساس للاجتماع الأسري عن طريق الزواج، والذي يعد النواة الأولى للاجتماع الإنساني ككل. ولكي يحقق هذا الاجتماع الأسري المقاصد التي وجد لأجلها، أحاطه الشارع بجملة من التشريعات والأحكام والتوجيهات؛ ليقوم على قواعد أساس تضمن استقراره واستمراره وأداءه لوظيفته العمرانية.

فيكون بذلك هذا الاجتماع الأسري تعاقدا شرعيا وأخلاقيا وإنسانيا؛ تترتب عليه جملة من الواجبات والحقوق، وتجمع بين مكوناته جملة من الروابط، كرابط الزوجية والأبوة والأمومة والبنوة والأخوة.

وقد يعتري هذه العلاقات ضعف أو انقطاع بسبب خطأ أو تقصير أو غير ذلك من الأسباب؛ وهذا من شأنه أن يهدد استقرار الاجتماع الأسري؛ وقد يؤدي إلى اختلاله وتفككه. وقصد إعادة الأسرة إلى حالة التوازن أو التقليل من الأضرار اللاحقة بها بسبب فساد العلاقات بين أفرادها، يلجأ أفراد الأسرة أو غيرهم إلى الفقهاء قصد إيجاد الأجوبة والحلول المناسبة لمشاكلهم الأسرية من خلال ما يتلقونه من فتاوى وأجوبة عن نوازلهم الأسرية ومسائلهم العائلية. والتراث النوازلي يشهد بمكانة النوازلي في الإسهام في مساعدة الأسر على الاستقرار والحفاظ على مقومات الاجتماع بها.

وكثيرة هي المقومات التي يقوم عليها الاجتماع الأسري، واقتصر في هذا البحث على خمس مقومات، وهي: مقوم العدل، ومقوم النسب، والمقوم العقدي/ الإيماني، والمقوم الاقتصادي، ومقوم الاستقرار النفسي ومتانة رابط الزوجية، ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هذه المقومات وغيرها يخدم بعضها بعضا، ويتأسس بعضها على بعض.

وهذه الورقة العلمية تروم تناول موضوع "دور نوازل الأسرة في حفظ مقومات الاجتماع الأسري"، وذلك من خلال الإجابة عن إشكال يمكن صياغته في شكل سؤال مركزي، وهو: كيف تسهم نوازل الأسرة في حفظ مقومات اجتماعها؟ وبمعنى آخر: ما دور هذه النوازل في حفظ مقومات الاجتماع الأسري؟ وقصد الإجابة عن هذا الإشكال، فإن البحث يقتضي منهجيا اعتماد المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك من خلال تصميم، جاءت أهم محاوره في مقدمة وأربعة مطالب وخاتمة.

المطلب الأول: حفظ مقوم النسل/ النسب

تعتبر الحاجة إلى النسل دافعا من دوافع تحقيق الاجتماع الأسري؛ لما في ذلك من تلبية للحاجيات الفطرية للإنسان، والمتمثلة أساسا في تلبية عاطفتي الأمومة والأبوة

الغريزيتين. قال الإمام الغزالي: «إن الإنسان خلق بحيث لا يعيش وحده بل يضطر إلى الاجتماع مع غيره من أبناء جنسه، وذلك لسببين: أحدهما: حاجته إلى النسل لبقاء جنس الإنسان ولا يكون ذلك إلا باجتماع الذكر والأنثى وعشرتهما. والثاني: التعاون على تهيئة أسباب المطعم والملبس ولتربية الولد، فإن الاجتماع يفضي إلى الولد لا محالة، والواحد لا يشتغل بحفظ الولد وتهيئة أسباب القوت»[388]. ولهذا شاءت حكمة العلي القدير أن خلق سبحانه الخلق وفطرهم على الاجتماع؛ قصد عمارة أرضه؛ لأن قدرة الواحد منهم قاصرة عن تحقيق مصالحه ودرء المفاسد عنه[389]؛ فأحوج سبحانه وتعالى بعضهم إلى بعض لتقوم كل فئة بمصالح غيرها؛ فأحوج الآباء والأبناء بعضهم إلى بعض؛ ليقوم الآباء بمصالح الأبناء والابناء بمصالح الآباء، وأحوج الأزواج والزوجات بعضهم إلى بعض؛ ليقوم الأزواج بمصالح الزوجات وتقوم والزوجات بمصالح الأزواج[390].

وقيام هذا الاجتماع الأسري الذي دعت إليه الحاجة إلى النسل والتعاون، لا تقوم له قائمة ولا يحقق مقاصده إلا بحفظ النسب، أي بتحقيق انتساب النسل إلى أصله؛ لأن أي شك في النسب وشبهة فيه، من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف الروابط التي تربط بين مكونات الأسرة والعائلة وتفكيكها، وقطع صلة الرحم أو إضعافها. فشك الأب في انتساب الابن إليه وشك الابن في انتسابه إلى الأب يؤدي إلى ضعف أو انهدام رابط الأبوة والبنوة، وبسببه ينهدم أو يضعف رابط الزوجية والعمومة والخؤولة والجدودة والأمومة، وكل هذا له عواقب وخيمة تنخرم بها دعامة العائلة، ويضطرب بسببه أمر نظام الأمة. وفي هذا كله فساد عظيم؛ لأنه يفوت مصلحة انتظام العائلات، ومعلوم أن انتظامها في الأمة هو أساس حضارتها وعمرانها وانتظام جامعتها[391]. قال الإمام الغزالي: «والبضع مقصود الحفظ؛ لأن في التزاحم عليه اختلاط الأنساب، وتلطيخ الفراش، وانقطاع التعهد

---

[388] إحياء علوم الدين للإمام الغزالي: 225/3 – 226.

[389] مقدمة ابن خلدون، ص: 46.

[390] قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام: 68/2.

[391] مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص: 151.

عن الأولاد لاستبهام الآباء، وفيه التوثب على الفروج بالتشهي [والتغلب] وهي مجلبة الفساد والتقاتل»[392].

فالشك في انتساب النسل (الابن) إلى أصله (الأب) يزيل من الأصل الميل الجبلي الباعث على الذب عنه وحمايته، والقيام عليه بما فيه بقاؤه وصلاحه وكمال جسده وعقله بالتربية والإنفاق عليه إلى أن يبلغ مبلغ الاستغناء عن العناية، وفي مقابل ذلك يزيل من الفرع (الابن) الإحساس بالمبرة والصلة والمعاونة والحفظ تجاه الأصل عند العجز[393]. وفي هذا السياق يقول الإمام محمد الطاهر بن عاشور: «ولا شك عندي في أن حفظ النسب راجع إلى صدق انتساب النسل إلى أصله سائقٌ النسل إلى البرّ بأصله، والأصل إلى الرأفة والحنوِّ على نسله سوقاً جبلياً وليس أمرا وهميا. فحرص الشريعة على حفظ النسب وتحقيقه ورفع الشك عنه ناظرا إلى معنى عظيم نفساني من أسرار التكوين الإلهي، علاوة على ما في ظاهره من إقرار نظام العائلة، ودرء أسباب الخصومات الناشئة عن الغيرة المجبولة عليها النفوس، وعن طريق الشك من الأصول في انتساب النسل أو العكس»[394]. وقد أصبح الشك في صدق انتساب النسل إلى أصله في المجتمعات الإباحية المعاصرة أمرا مألوفا؛ مما ترتب عليه فتور العلاقة الجبلية بين الأصول والفروع، والتي نتج عنها ضعف الأسرة وتفككها[395].

ونظرا لأهمية حفظ النسب في حفظ الاجتماع الأسري وترسيخ هوية الانتماء الأسري، وتقوية روابط الأسرة، وتحقيق الاستقرار النفسي والإشباع العاطفي، فقد ساهم النوازليون – من خلال فتاويهم وأجوبتهم على النوازل الاجتماعية التي تعرض عليهم، والمتعلقة أساسا بالأسرة – في حفظ النسب من خلال فقههم لواقعهم الاجتماعي وتفاعلهم مع نوازله الأسرية بما يضمن تماسك الأسرة واستمرارها، وذلك بالإسهام من خلال

---

[392] شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للإمام الغزالي، ص: 160.

[393] مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص: 79.

[394] مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص: 159.

[395] نحو تفعيل مقاصد الشريعة للدكتور جمال الدين عطية، ص: 151.

أجوبتهم النوازلية في حفظ نسب النسل من الاختلاط والشك والشبه؛ لأن صدق انتساب النسل إلى أصله يشكل سياجا متينا يحمي الاجتماع الأسري من الضياع والانهيار والفوضى والاختلاط. والمقام يقتضي الوقف مع بعض النوازل للوقوف على دورها في حفظ نظام الأسرة وشبكة العلاقات المكونة لها عن طرق حفظ النسب.

النازلة الأولى: الزوجة التي تزوجت في عدتها، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم دخل بها الزوج الثاني، كان الولد للأول ولا يلحق بالثاني؛ حفظا للأنساب من الاختلاط.

سئل ابن سحنون عمن تزوج امرأة في عدتها، فولدت، لمن ترى الولد؟ فأجاب: «وأما الولد فإن أتت به لأقل من ستة أشهر فهو لغيره، ولا يلحق به، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر، فإنه يلحق به، ويتوارثان»[396].

فهذه النازلة تتعلق بنكاح في العدة، وهو نكاح باطل؛ لأنه يفوت مصلحة حفظ النسب، التي شرعت العدة لتحقيقه، فهذا النكاح يشكل تهديدا وخطرا على النسب، إذ قد يؤدي إلى اختلاط الأنساب، وتفوت بذلك مصلحة صدق انتساب النسل إلى أصله، وما يتبع ذلك من مفاسدة تم الإشارة إلى بعضها فيما سبق. وقد عمل الإمام ابن سحنون من خلال جوابه على هذه النازلة على تجاوز هذه المخاطر التي تهدد النسب، وذلك بربطه مسألة الولادة بمعيار زمني، فإن جاءت الزوجة بالولد لأقل ستة أشهر من يوم دخل بها الزوج الثاني، كان الولد للأول ولا يلحق بالثاني، وإن أتت به لأكثر من ذلك، كان للثاني ولا يلحق بالأول؛ معتمدا في ذلك على أقل الحمل، وهو ستة أشهر، الذي استفاده علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن طريق دلالة الإشارة من قول الله تعالى: ﴿۞ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف/ 14] مع قوله: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان/ 13][397].

---

[396] فتاوى ابن سحنون، ص: 122.

[397] الموافقات للإمام الشاطبي: 193/4.

النازلة الثانية: عدم جواز فتح كوة أو طاقة تشرف على بيت الجار وعياله؛ دفعا للضرر عنه.

اهتمت الشريعة الإسلامية بالنسل أيما اهتمام، كما تمت الإشارة إلى ذلك سلفا، فعملت على حفظه بكل الوسائل الممكنة من جانبي الوجود والعدم. ويعتبر البناء من بين وسائل حفظ النسل، إذ به ستر عورات ساكنيه، ولا شك أن هذا الستر مقصد شرعي يسهم البناء في حفظه؛ ولهذا نهى الشارع الحكيم عن كل ما يفوت هذا المقصد وأمر بكل ما يكمله ويقويه. وقد سعى فقه العمران إلى تحقيق هذا المقصد من خلال اجتهادات فقهائه.

وفي هذا السياق، «سئل ابن الغماز عن رجل أحدث غرفة وأحدث فيها كوة يرى منها ما في سقيفة جاره إذ فتح بابه، فهل بصاحب الدار منع هذا مِمَّا فتح عليه من ذلك وبينهما سكة نافذة للمارين واسعة كبيرة؟ فأجاب: يمنع الرجل أن يحدث على جاره كوة يطلع منها على ما في سقيفة جاره وليس الكوة والباب سواء لأن الباب إنما يعمل للدخول والخروج لمن يدخل ويخرج وليس من ذلك بُدٌّ والكوى لا يتحرز منها، وينظرك ولا تنظره، وكذلك المار يتحرز منه ولجوازه وسيره لا يتمكن من النظر، والكوة للقعود فهي مضرة كبيرة قال ابن الرامي وبهذا أجابني كل من سألته من علمائنا وما رأيت من القضاة أحداً حكم بغير ذلك»[398].

فجواب هذه النازلة من شأنه سد ذريعة الفاسد ومنع وقوع مفسدة النظر المحرم؛ لأن بقاء هذه الكوة، أي النافذة الصغيرة، من شأنها أن توفر الظروف التي تثير الشهوة وتفتح باب الفتنة على مصراعيه على من لا يتق الله ولا يغض بصره، إذ تمكن الجار من رؤية نساء جاره في أحوال لا يجوز له رؤيتهم عليها، وقد يكون نظره هذا بداية الفتنة، أي الافتتان بمن رأى من النساء، ولهذا جاء القرار الفقهي الحاسم وهذا الحكم المقاصدي

[398] المعيار المعرب للونشريسي: 452/8.

العميق بمنع إحداث هذه الكوة أو إغلاقها؛ درءا لهذه المفسدة وغيرها، وحفظا لكلي النسل وما يكمله من حفظ العرض والنسب.

وحفظا لمقصد النسل والعرض والنسب ذهب المالكية إلى أنه يقضى على كل جار أحدث كوة أو طاقة من داره يشرف منها على دار جاره بسدها، وأما الكوة القديمة فلا يقضى بسدها ويقال للجار: استر على نفسك إن شئت[399]. و«في المضمرات شرح القدوري: إذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع وبه الفتوى»[400]. قال الخير الرملي بعدم التفريق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما[401]. ويرى الحنفية في المذهب – وهو ما يؤخذ من عبارات فقهاء الحنابلة – أن من أحدث شباكا أو بناء جديدا وجعل له شباكا على المحل الذي هو مقر لنساء جاره، سواء كان ملاصقا أو بينهما طريق فاصل، فإنه يؤمر برفع الضرر، ويجبر على رفعه بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طبلة (حاجز خشبي)، لكن لا يجبر على ستر الشباك بالكلية؛ لأن القاعدة أن ضرورات تقدر بقدرها[402].

النازلة الثالثة: عدم جواز فتح حوانيت بباب دار دفعا للضرر عن الجار.

وحفظا لأعراض الناس وعورات بيوتهم قال العلماء بعدم جواز فتح حوانيت للبيع أو الشراء أو لصنعة قبالة باب شخص لما يلزم على ذلك من التطلع على عورات ذلك الشخص؛ لأن الحانوت أشد ضررًا على الجار لكثرة ملازمة الجلوس به[403]، وفي ذلك اعتداء على حرمة الجار؛ لأن الجالس قد يطل على بيته ويشرف على ما بداخله. وقد سئل أبو القاسم خلف بن أبي فراس القروي عن رجل له دار عن يسارها حانوت وفي مقابلتها دار في الضفة الأخرى فأراد ربها أن يفتح عن يمين باب داره ثلاث حوانيت

---

399 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 369/3.

400 منحة الخالق لابن عابدين بحاشية البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم: 33/7.

401 رد المحتار على الدر المختار: 448/5.

402 الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: 3258/4.

403 شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: 114/6.

يقتطعها من بيت في داره، فزعم أن ذلك من حقه، لكون الدارين المتقابلين في شارع كبير مسلوك من أعظم شوارع البلد وأكثرها سككاً، فمنعه صاحب الدار المقابلة وقال: إنما تفتح أبواب الدور في الشوارع النافذة، وأما الحوانيت فمضرتها شديدة زائدة على مضرة الديار لمواظبة الجالسين فيها، وربما كان من يجلس عنده فتعظم المضرة والتكشف، وشهدت بيّنة أن الحانوت الأولى من هذه الحوانيت إن عملت انكشف بعملها سقيفة الدار المقابلة والمدخل، وسيكشف من الحانوت الثاني الخارج وبعض السقيفة، ومن الحانوت الثالث الباب خاصة.

فأجاب رحمة الله تعالى: اختلف المذهب في فتح باب دار أمام باب آخر، والذي به العمل عندنا وتقدم رأى شيوخنا منع ذلك وحماية بابه إلى هذا ذهب أصحابنا بعد شيوخهم وهو رأيي معهم وهو المشهور من القول؛ لأنها حقوق من سبق إليها وحازها أولى بها من غيره ولا يجوز لأحد أن يخرجها من يده إلا أن يضر به فيها، وإن كان في هذا ما أوجب خروجه عن حال المسألة هي فتح أبواب الديار؛ لأن المبيح للفتح يحتج أن يحكم الخارج من الديار إن كشف من المجالس فهو كالجائز المار، وهيهات بل بينهما فرق بين اختلاف حال الساكنين والمارين، والفرق بينهما من غير ما وجهٍ معلوم بضرورة العادة، وأما الحوانيت فكشفها أعظم وعمدة ضررها من غير وجه واحد أبين وأظهر، وإذا منعنا من باب الديار كان الحوانيت أحرى لوجوه يكثر تعدادها والمعتبر في الكشف أن يقف القائم في أسقفة باب الدار القديم فإن انكشف ما وراءه فالمنع آكد[404].

النازلة الرابعة: منع ضرر الكشف على الجيران من صومعة الجامع.

سئل ابن رشد عن صومعة أحدثت في مسجد فشكا منها بعض الجيران الكشف عليه هل له في ذلك مقال؟

[404] المعيار المعرب للونشريسي: 453/8.

فأجاب بالمنع؛ لأن الصعود في الصومعة للأذان يتكرر مراراً في كل يوم من الأيام، والرواية في سماع أشهب عن مالك بالمنع من الصعود إليها والرقى عليها منصوصة، والمعنى فيها صحيح وبه قال، وإن كان يطلع منها على الدور من بعض نواحيها دون بعض فيمنع من الوصول منها إلى الجهة التي يطلع منها بحاجز يُبنَى بين تلك الجهة وغيرها من الجهات، وهذا معمول به بقرطبة في كثير من صوامعها[405].

المطلب الثاني: حفظ مقوم العدل.

العدل قيمة كونية، أمر الله تعالى به في قوله تعالى: ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَامُرُ بِالْعَدْلِ وَالِاحْسَٰنِ وَإِيتَآءِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [سورة النحل آية 90]، وهذه الآية هي أجمع آية في القرآن للحث على المصالح كلها والزجر عن المفاسد بأسرها؛ لأن الألف واللام في العدل والإحسان للعموم والاستغراق، فلا يبقى من دق العدل والإحسان وجلهما شيء إلا اندرج فيها، وكذلك الألف واللام في الفحشاء والمنكر والبغي عامة مستغرقة لأنواع الفواحش والمنكرات وأفراد البغي وهو ظلم الناس[406].

وهذا الأمر عام وشامل لكل مجالات الحياة؛ لأن العدل يحتاج إليه كل إنسان، والواجب أن يقوم كل شيء على العدل وبالعدل، ومنه الاجتماع البشري، التي تعد الأسرة أولى لبناته، فالواجب أن يقوم على العدل والقسط؛ لضمان استمراره من جهة وتحقيقه لمقاصد هذا الاجتماع من جهة أخرى؛ لأن الظلم مؤذن بخراب عمران هذه المؤسسة الاجتماعية، على غرار قول ابن خلدون في مقدمته حول "علم العمران البشري": «الظلم مؤذن بخراب العمران»[407]. فعمارة الأسرة لا تقوم لها قائمة إلا بالعدل؛ ولهذا، فمن

---

[405] مسائل ابن رشد، ص: 1096.

[406] قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام: 189/2 – 190.

[407] مقدمة ابن خلدون: 697/2.

الواجب أن يكون العدل حاضرا في كل تفاصيل الحياة الأسرية: العدل في العلاقات بين أفراد الأسرة، والعدل في الأعمال المنوطة بكل فرد من أفراد الأسرة، والعدل في النفقات، والعدل بين الأولاد، والعدل بين الزوجات...

ولكن، مما لا شك فيه أن تحدث داخل الأسرة تصرفات وأفعال جائرة عن قصد أو عن غير قصد، وتشكل هذه الأفعال نوازل أسرية، يعمل النوازليون من خلال الإجابة عليها على الإسهام في تحقيق العدل داخل الأسرة ودرء مفسدة الظلم عنها. ويمكن التمثيل لذلك بجملة من الأمثلة، منها:

النازلة الأولى: توزيع الأعمال بين الزوجين.

تجدر الإشارة إلى أن مسألة توزيع الأعمال بين الزوجين تخضع في الغالب إلى مقتضيات الأعراف التي لا تخالف مقاصد الشريعة، وفي إطار مبادئ عامة ترشد الزوجين إلى التعامل في هذا المجال على أساس العدل والرحمة وحسن المعاشرة والتسامح والمكارمة، منها: قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء آية 19]، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة آية 3]، وقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [سورة النساء آية 34]. ولهذا نجد بعض القواعد الفقهية تشير إلى الرجع إلى العرف في تحديد ما سكت عنه الشارع ولم يفصله، منها: قاعدة "كل أمر وجب تحديده، ولم يرد نص به وجب الرجوع فيه إلى العرف"[408]، وقاعدة "ما لم يقدره الله ورسوله من الحقوق الواجبة، فالمرجع فيه إلى

[408] المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 135/1.

العرف"[409]، وقاعدة "كل ما سكت عنه نص العقد، فالمرجع في تحديده إلى العرف"[410]... ومسألة توزيع الأعمال بين الزوجين وإن كانت من المسائل التي تخضع لأعراف الناس، إلا أنه قد يحدث خلاف بين الأزواج في شأن توزيع هذه الأعمال؛ فيسأل علماء العصر، فيعملون على الإجابة عن هذه الأسئلة والفتاوى، فيجيبون مراعين في ذلك قيمة العدل في توزيع هذه الأعمال وبما يقتضيه العرف الصحيح في زمانهم ويناسب طبيعة كل من الزوجة والزوج.

وفي هذا السياق، سأل سائل ابن سحنون قائلا: «قلت: هل على المرأة من خدمة الزوج شيء أم لا؟

قال: في ذلك تفصيل واختلاف، فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه حكم على ابنته فاطمة بالخدمة الباطنة، مثل: الطحن، والطبخ للطعام، وعجن الدقيق، وتعمير البيت، وهو كنسه وفرش المضجع لا غير ذلك، وقضى على علي بن أبي طالب رضي الله عنه بما عدى ذلك من الخدمة الظاهرة.

قلت: إن أصحاب مالك قالوا: لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم على فاطمة بشيء[411].

---

[409] إعلام الموقعين لابن القيم: 480/6.

[410] العرف والقواعد الضابطة له ودورها في تحديد المسكوت عنه وضبطه للدكتور سعيد الشوية، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 5، العدد 1، 2021م، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، الجزائر، ص: 164.

[411] قال الإمام ابن حجر العسقلاني: «حكى بن حبيب عن أصبغ وبن الماجشون عن مالك أن خدمة البيت تلزم المرأة ولو كانت الزوجة ذات قدر وشرف إذا كان الزوج معسرا، قال: ولذلك ألزم النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بالخدمة الباطنة وعليا بالخدمة الظاهرة. وحكى ابن بطال أن بعض الشيوخ قال: لا نعلم في شيء من الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة وإنما جرى الأمر بينهم على ما تعارفوه من حسن العشرة وجميل الأخلاق، وأما أن تجبر المرأة على شيء من الخدمة فلا أصل له». فتح الباري للإمام ابن حجر العسقلاني: 507/9.

قال محمد: غفر الله زلتهم، أولو يعلموا أن النبي صلى الله عليه وسلم وجه بلالا مؤذنه أن يأتيه بالقضيب يوم عُكاشة بن مُحصن، فذهب بلال للقضيب، فلقي فاطمة رضي الله عنها قد خرجت ووجهها يرشح عرقا، فقال بلال: ما بال وجهك يا ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يرشح عرقا؟ فقالت: كنت أطحن الشعير للحسن والحسين، فقد جاعت أكبادهما.

فاعلم أن كل ما كان من الخدمة الباطنة التي فسرت لك، فهي على المرأة من طحن وتخبيز وعجن وفرش البيت، وتعميره، وسقيان الماء من موضع قريب.

قلت: فهل على الزوج نقل الحطب؟

قال: نعم، ولا يلزم الزوجة غير ما ذكرناه، وأما خدمة الصوف والقطن والكتان والاحتطاب والاحتشاش، والقيام بالبهائم في ربطها وحلها وحلابها، وحمل الثمار وجنيها، وحمل الزرع، لا يلزمها شيء من ذلك إلا أن تطّوع به عن طيب نفس منها»[412].

تتجلى مظاهر العدل في جواب الإمام سحنون على هذه النازلة – التي استند فيه على فعل الرسول صلى الله عليه وسلم – في تقسيم الأعمال بين الزوجين على وفق قدرات كل واحد منهما، وعلى حسب ظروفه وبما يناسب طبيعة الجسدية. فكلف الزوجة بما تطيقه من الأعمال المنزلية (الخدمة الباطنة)، وبما لا يشق عليها، وبما يناسب فطرتها، كالطحن، والعجن، وتنظيف البيت، وتهيئة الطعام. وأما الزوج، فكلفه بأعمال خارج البيت، وهي الأعمال تناسب قدراته الجسدية والتي من شأن الرجال القيام بها خارج البيت (الخدمة الظاهرة)، ولا يناسب المرأة الاشتغال بها في الخارج، كسقي الماء من مكان بعيد وجلب الحطب.

ومن مظاهر العدل كذلك في هذا الفعل النبوي أنه لم يفضل طرفا على طرف، بل كلف كلا من الزوجة والزوج بما يناسبه، وأعطى لكل ذي حق حقه بالعدل وبما يناسب

---

[412] فتاوى ابن سحنون، ص: 124 – 125 – 126 – 127.

فطرته، ولم يحمل الزوجة ما لا تطيق ولم يساويها المساواة المطلقة بالرجل؛ لأن ذلك من صميم الظلم؛ فالعدل أن يكلف كل واحد بما يناسب قدراته ويوافق فطرته. وفي قول ابن سحنون: "في ذلك تفصيل واختلاف" إشارة إلى مرونة الفقه الإسلامي ومراعاته لأحوال الناس وعاداتهم وظروفهم بما يناسب مبادئ الشريعة ولا يفوت مقاصدها، وكل ذلك من صميم عدل الشريعة الإسلامية، كمال الإمام ابن القيم: «شرائع الرب تعالى كلها حكم ومصالح وعدل ورحمة، وإنما العبث والجور والشدة في خلافها»[413].

النازلة الثانية: لا يطالب الزوج بطلاق زوجته إرضاء لرغبة أمه.

سئل العلامة محمد الدرعي المشهور بالورزازي الكبير (ت 1166هـ) «عمن كانت له زوجة توافقه، وكانت أمه تكرهها، هل يلزمه أن يطلقها أم لا؟

فأجاب: قال الإمام التونسي: لا يلزم الابن أن يطلق زوجته طلبا لرضى أمه، ولا يجوز له أن يتعصب لأمه على زوجته إن كانت غير ظالمة، وإنما عليه أن يقوم بواجب أمه، والله تعالى أعلم»[414].

تتجلى مظاهر العدل في جواب هذه النازلة في جملة أمور، منها: أولا: عدم تطليق الزوجة إرضاء للأم؛ لأن كراهة الأم لها ليس مبررا لتطليقها ما دامت صالحة وتوافق زوجها، وتطليقها بهذا السبب ظلم لها. ثانيا: حث الزوج على عدم التعصب لأمه على حساب زوجته؛ لأن في ذلك ظلم. ثالثا: إلزام الزوج بالقيام بواجب أمه وعدم إهمالها؛ لأن عدم القيام بذلك بسبب كراهتها للزوجة ظلم في حقها.

فواضح من جواب هذه النازلة أنه ينصف الزوجة ويحميها من الظلم وإلحاق الضرر بها بسبب الصراعات والخلافات الأسرية التي لا ذنب لها فيها، ما دامت لم تظلم أحدا ولم تؤذيه، وتنصف الزوج بحيث تحميه من الإقدام على تطليق زوجته الصالحة بسبب رغبة الأم، وتمنعه من ممارسة الظلم بعقوق أمه بسبب محبة زوجته أو ظلم زوجته

---

[413] إعلام الموقعين للإمام ابن القيم: 217/3.

[414] نوازل محمد الدرعي، ص: 270 – 271.

بسبب بر أمه. كما تحمي الأم من إهمال الزوج لها بسبب كراهتها لزوجته؛ وبهذا كله، يسهم هذا الجواب في الحفاظ على الاجتماع الأسري ويحميه من التفكك والضعف بسبب الخلافات والصراعات التي تلحق الضرر بأفراد الأسرة.

المطلب الرابع: حفظ المقوم الإيماني.

الزواج تساكن وتلازم واجتماع بين طرفين، يجمع بينهما رابط المودة والرحمة وحسن المعاشرة، وبقاء هذا الرابط يقتضي انبناء الأسرة على أساس يسهم في حفظ الحياة الزوجية والعلاقة بين الزوجين من كل ما من شأنه أن يسبب التنافر والاختلاف والنزاع بينهما؛ ويعتبر الانسجام العقدي والفكري من أهم المقومات التي تسهم في حفظ الاجتماع الأسري وتمتين الروابط التي تجمع بين مكوناته. وعلى هذا الأساس حث الإسلام على اعتماد الدين معيارا على رأس معايير اختيار كل من الزوجين للآخر. فقال صلى الله عليه وسلم: (إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ، إِلاَّ تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ، وَفَسَادٌ عَرِيضٌ)[415]. وقال عليه الصلاة والسلام: (تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرِبَتْ يَدَاكَ)[416].

وفقهاء مالكية الغرب الإسلامي وهم يتفاعلون مع نوازل زمانهم، لم يخف عليهم هذا المقوم الإيماني، الذي يتأسس عليه الاجتماع الأسري ويبنى عليه عمرانه، إذ نجد الكثير من النوازل الأسرية يحرس فيها هؤلاء الفقهاء على وجود هذا المقوم وحمايته عند إقامة عمران الأسرة ووضع حجر أساس الاجتماع الأسري، كما يتضح ذلك جليا من النازلتين الآتي ذكرهما.

---

[415] أخرجه الإمام الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم: 1084.

[416] أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، حديث رقم: 5090.

النازلة الأولى: اختبار سلامة اعتقاد الزوجة.

سئل عبد الله العبدوسي (ت 849هـ) إن كان يجب على الإنسان أن يختبر زوجته في عقيدتها أم لا؟ فأفتى رحمة الله عليه بأن «تحمل النساء المسلمات على ظاهرهن من صحة إسلامهن وعقائدهن، ونكل سرائرهن إلى الله سبحانه، غير أنه إذا غلب على ظنه فساد في عقيدتها، فإنه يباحثها في ذلك، ويجب عليه تعليمها ما جهلت من ذلك، وكان بعض الفقهاء المقتدى بهم يأمر شهود عقد النكاح باختبار عقيدة المرأة عند إرادة العقد عليها لغلبة الفساد على عقائدهن، فكانوا يفعلون ذلك، فهدى الله بذلك أمة عظيمة منهن إلى عقائد الحق»[417]. ونظر لكون مسألة سلامة العقيدة ليست قاصرة على المرأة فقط، بل يشاركها في ذلك كل أفراد الأسرة، ومن ثَمَّ كل مكونات المجتمع، ختم جوابه عن هذه المسألة بعزمه على وضع تأليف مختصر فيما لا بد لعامة الناس من اعتقاده بعبارة سهلة سلسة، وأدلة عقلية ونقلية مناسبة، تدركها عقولهم[418].

يتبين من هذه النازلة وجوابها أهمية المقوم الإيماني في بناء الأسرة واستقرارها، فهي تتعلق بمسألة اختبار عقيدة الزوجة قبل الزواج والتأكد من سلامة عقيدتها؛ لأن هذا المقوم الروحي يعتبر من الأولويات التي يقوم عليها عمران الأسرة وصرحها، فهو حجرها الأساس، الذي في صلاحه وسلامته صلاح الأسرة ومتانتها. ولهذا تحمل هذه النازلة الزوج – باعتباره مسؤولا على بناء الأسرة – مسؤولية التأكد من سلامة وصحة معتقد شريك حياته في هذا البناء؛ لأن الانسجام الروحي الإيماني بين الزوجين قمين بحفظ عمران الأسرة من الانهيار بسبب ما يحققه من الاستقرار الروحي والنفسي لمكوناتها.

واحتراما للمرأة وصيانة لكرامتها، فقد حمل العلامة العبدوسي النساء المسلمات على ظاهرهن من صحة إسلامهن وعقائدهن، لكن هذا لا يمنع الزوج من اختبار عقيدة زوجته إذا غلب على ظنه فسادها؛ حفظا للأسرة من الخلل والاضطراب العقدي. وإذا تبين

---

[417] أجوبة العبدوسي، ص: 188.

[418] أجوبة العبدوسي، ص: 188.

للزوج جهل زوجته بأمور عقيدتها، أوجب عليه العلامة العبدوسي تعليمها ما تجهل؛ إسهاما من الزوج في إصلاح بيته وحفظ صرح الأسرة ودفع مفسدة اختلالها. كما أشار العلامة العبدوسي إلى أن بعض الفقهاء المقتدى بهم كانوا يأمرون شهود عقد النكاح باختبار عقيدة المرأة عند إرادة العقد عليها لغلبة الفساد على عقائدهن؛ إيمانا منهم بأهمية هذا المقوم الروحي وحرصا منهم على حماية الأسرة من خطر الانحراف العقدي، خاصة عند انتشار الجهل والانحراف والبدع والفساد في المجتمع. وقد بين العلامة العبدوسي أن هذا العمل الذي كان يقوم به الفقهاء، والذي يمثل دورهم في الإصلاح الاجتماعي، قد أتى بنتائج غاية في الأهمية على الأسرة والمجتمع ككل، كما يتجلى ذلك من قوله: «فهدى الله بذلك أمة عظيمة منهن إلى عقائد الحق».

النازل الثانية: الحكم بفساد عقيدة الزوجة وأوجهه.

نجد العبدوسي رحمة الله عليه في "أجوبته" يشرح متى يمكن الحكم بفساد العقيدة، وذلك في سياق جوابه عن سؤال وجه إليه من سائل قال فيه: رجل تزوج امرأة فوجد في عقيدتها فسادا، هل يجب عليه مفارقتها أم لا؟ فأجاب رحمة الله عليه: «بأن فساد العقيدة على ثلاثة أوجه، منه ما هو كفر بإجماع، ومنه ما هو بدعة يفسق معتقده ولا يكفر، منه ما هو مختلف فيه هل هو كفر أم لا. فأما الذي هو كفر بإجماع، فحكم معتقدته حكم المجوسية، لا يجوز نكاحها ابتداء، ومن نكحها ولم يعرف بذلك ثم عرف به وجب عليه فراقها، والفراق فسخ بغير طلاق (...).

وأما ما ليس بكفر بإجماع فلا يجب عليه فراقها، ويجب عليه إرشادها وتعليمها ما تصلح به عقيدتها، إن لم يكن هنالك من يكفيه ذلك من ذي محرم منها أو غيره. وأما ما هو مختلف فيه هل هو كفر أم لا، فينظر إلى الزوجين، فإن اتفقا على القول بعدم التكفير، جاز لهما البقاء على الزوجية، وإن أخذا بالقول بالتكفير وجب عليهما الفراق. وكذلك إن أخذ به الزوج خاصة وجب الفراق؛ لأن حل العصمة بيده، وإن أخذ الزوج بالقول بعدم التكفير، وأخذت المرأة بالقول بالتكفير، فالقاضي يرفع الخلاف بينهما، فإن

حكم بالتكفير أو جب الفراق، وإن حكم بعدمه ألزم المرأة البقاء معه وحكمه يرفع الخلاف»[419].

فنلاحظ أن النوازليين يحرصون على حفظ المقوم الإيماني للأسرة، وذلك بالإجابة عن النوازل والأسئلة التي توجه إليهم في هذا الشأن؛ لأن هذا المقوم هو من أهم المقومات التي تقوم عليها الأسرة ابتداء، والذي يؤدي إلى حفظ استقرارها وزيادة تماسكها والوحدة بين أعضائها، وذلك من خلال خلق وتوفير جو من الانسجام والتوافق والتقارب الفكري والمعنوي بين مكوناتها؛ مما يقي الأسرة من التفكك والانحراف أو يقلل من احتمال ذلك. فغياب هذا المقوم الإيمان أو ضعفه بسبب فساد عقيدة مكونات الأسرة أو أحد أفرادها الأساسيين، من شأنه أن يسهم في التباين الفكري بين عناصرها، والذي غالبا ما يؤدي إلى نشوء اضطرابات واختلافات وصراعات ومشاكل داخل الأسرة، ومن ثَمّ، قد يسهم في تفويت مصلحة استقرارها وديمومتها وقوة الرابط الاجتماعي بين أفرادها.

المطلب الخامس: حفظ المقوم الاستقرار النفسي والرابط الأسري.

النازلة الأولى: ليس للأب القيام بطلب كالئ (صداق) ابنته من زوجها بدون توكيل منها؛ لأن ذلك يؤدي إلى فساد حالهما.

قال الإمام الونشريسي: «وسئل: شيوخ قرطبة عن رجل قام عن ابنته يطلب كالئها من زوجها والزوج يقول بأن زوجتي لا تطلبني، فأجاب ابن لبابة وأصبغ بن خليل: إن طال زمن إقامتها مع زوجها سبع أو ثمان سنين، فلا متكلم للأب إلا بتوكيلها، وإلا فله ذلك. ونزلت في أيام سليمان بن الأسود القاضي، فقال له القاضي: كم لك منذ زوجتها؟ فقال: منذ سبع سنين، فقال له: قم لا كلام لك إلا بتوكيلها. ونزلت أيضًا عند القاضي محمد بن مسلمة فقال له الشيوخ: لا يجوز للأب التكلم عنها بوكالة، وكان لبناء الزوج ثمان سنين، قال ابن لبابة: هذا الذي أذهب إليه وأفتي به إذا مضى لها مثل هذه المدة.

وأجاب: أبو محمد بن عبد القادر: إن رضيت بالطلب فله ذلك، وإن كرهت لم يكن له ذلك؛ لأن ذلك يؤدي إلى فساد حال الزوجين، وإنما له النظر فيما يؤدي إلى الصلاح

---

[419] أجوبة العبدوسي، ص: 186 – 187.

في حالها، إلا أن يكون الزوج قد ظهر منه تنافر وإتلاف، بحيث يعلم إن لم يطلب يتلف الكالئ ولا يوجد ما يؤخذ منه إن طلبه به يومًا ما، فيكون له أخذه وإن كرهت، قلت: وبهذا القول شاهدت القضاء من القضاة شيوخنا رحمهم الله»[420].

وسئل العلامة محمد الدرعي «عن طلب الأب صداق ابنته من زوجها، فهل يتوقف على رضاها أم لا؟

فأجاب: قال الإمام أبو محمد: من قام يطلب صداق ابنته القريبة العهد بالبناء، فله ذلك إن رضيت به ابنته، وإن كرهت فليس له طلبه؛ لأن ذلك يفسد حال الزوجين، والله تعالى أعلم»[421].

وهذا الأمر كان متكررا عند النوازليين، فقد سئل العلامة محمد الدرعي «عن طلب الأب صداق ابنته من زوجها، فهل يتوقف على رضاها أم لا؟

فأجاب: قال الإمام أبو محمد: من قام يطلب صداق ابنته القريبة العهد بالبناء، فله ذلك إن رضيت به ابنته، وإن كرهت فليس له طلبه؛ لأن ذلك يفسد حال الزوجين، والله تعالى أعلم»[422].

وقد «سئل: أبو محمد عبد القادر التونسي عمن قام يطلب مهر ابنته القريبة العهد بالبناء، وأبت هي ذلك وهي تحت نظره. فأجاب: إن رضيت بالطلب فله ذلك، وإن كرهت لم يكن له ذلك؛ لأن ذلك يؤدي إلى فساد حال الزوجين، وإنما له النظر فيما يؤدي إلى الصلاح في حالها، إلا أن يكون الزوج ظهر منه تبذير وإتلاف بحيث يعلم إن لم يطلب يتلف الكالئ ولا يوجد ما يؤخذ منه إن طلبه يوماً فيكون له أخذه وإن كرهت»[423].

---

[420] المعيار المعرب للإمام الونشريسي: 127/3.

[421] نوازل محمد الدرعي، ص: 272 – 273.

[422] نوازل محمد الدرعي، ص: 272 – 273.

[423] المعيار المعرب للإمام الونشريسي: 356/1.

هذه النازلة تسهم بشكل كبير في حفظ الاجتماع الأسري، وذلك من خلال الحفاظ على استقرار العلاقة الزوجية وما ينتج عنها من استقرار نفسي وعاطفي؛ لأن الناظر في أجوبة هذه النازلة يلحظ بجلاء الحكمة والدقة الفقهية التي يتميز بها شيوخ قرطبة ومن وافقهم في هذا الجواب من علماء الغرب الإسلامي، وبعد الرؤية الاجتماعية في تناول قضايا الأسرة باعتبارها نواة المجتمع وقوام عمرانه. فجعل هؤلاء الفقهاء مصلحة استقرار الحياة الزوجية للزوجة وحفظ علاقتها بزوجها فوق كل اعتبار وكل مصلحة مالية، بالإضافة إلى أن جوابهم هذا يسهم في حماية الحياة الزوجية من رياح التدخلات العائلية والضغوطات الخارجية التي تعصف باستقرار العلاقة الزوجية وتهدد متانة الرابط الأسري الاجتماعي والعاطفي الذي يجمع بين مكونات الأسرة.

ولهذا علل هؤلاء الفقهاء جوابهم تعليلا مقاصديا اجتماعيا عميقا منبثقا من فهمهم الدقيق لواقع العلاقات الاجتماعية داخل الأسرة، وذلك بقولهم: «لأن ذلك يفسد حال الزوجين»، أي يفسد العلاقة الزوجية وما يتبع ذلك من معاناة نفسية واضطرابات عاطفية، بل منهم من طلب من الأب البحث عما يصلح حال ابنته ويحقق لها استقرارها بقوله: «وإنما له النظر فيما يؤدي إلى الصلاح في حالها»، عوض أن يقدم على ما ينفر بينها وبين زوجها، بسبب الضغط عليه بطلب الصداق، الذي لم تطلبه الزوجة أصلا كما صرح بذلك السائل في مستهل هذه النازلة بقوله: «والزوج يقول بأن زوجتي لا تطلبني». وبهذا تكون أجوبة هذه النازلة قد ساهمت في حفظ كيان الأسرة من التفكك والتصدع، وذلك بحماية الحياة الزوجية من التوترات والصراعات والنزاعات، ومن ثَمَّ، حفظ عمران الأسرة المبني على المودة والرحمة والسكن والمعاشرة بالمعروف.

النازلة الثانية: طاعة الزوجة لزوجها.

من الأولى بالطاعة للزوجة، طاعة أبويها أم زوجها؟ سئل سيدي سعيد بن علي الهوزالي: «ما الفضل للزوجة طاعة أبويها، أو طاعة زوجها؟

فأجاب: وجوب الطاعة عليها للزوج وللأبوين. ومقتضى الحديث: "لو آمر أحدا أن يسجد لغير الله عز وجل لأمرت الزوجة أن تسجد لزوجها"؛ لأن طاعة الزوج آكد من

طاعة الأبوين، وتخيلت شيئا من هذا النمط في مختصر البلالي[424] رضي الله عنه للإحياء[425]، فراجعه إن وجدت المكان والإمكان وكنت فارغ السر، وعليه يدل قول الإمام، أعني إمام الحرمين أبي المعالي الجويني في "غرائب القرآن" رضي الله عنه، حيث قال: "حسب امرأة من فضل /// حفظن طاعة لبعل". وجاء في الحديث: "ثلاثة يأمنون من الفزع الأكبر، ولا يحاسبون، فذكر المؤذنين ومن أمَّ قوما وهم له راضون، وامرأة أطاعت زوجها"»[426].

يتبين من هذه النازلة أن الهوزالي يسهم من خلال جوابه على هذه النازلة في حفظ مقوم الاستقرار النفسي والرابط الاجتماعي للأسرة، وذلك بالتنصيص على أن طاعة الزوجة لوالديها ولزوجها واجبة، وهذا هو المطلوب جمعا بين مصلحتي طاعة الأبوين ومصلحة طاعة الزوج، لكن طاعة الزوج في غير معصية مقدمة على طاعة الوالدين عند التعارض؛ لأن طاعته آكد من طاعتهما، واستند في ذلك إلى الأحاديث النبوية الشريفة وإلى أقوال العلماء.

فمن شأن طاعة الزوجة لزوجها أن يقوي الرابط الاجتماعي بينهما من جهة ويقلل من الخلاف الأسري من جهة أخرى، وهذا أدعا إلى تحقيق الاستقرار الاجتماعي داخل الأسرة والإشباع العاطفي بين الزوجين، وتحقيق مقصد الرحمة والمودة في تعامل كل من الزوجين بعضهما مع بعض. كما يوفر سبل الاستقرار ومتانة العلاقات العاطفية، وقد تؤدي طاعة الزوجة لوالديها عند تعارضها مع طاعة زوجها إلى عصيانه ومخالفة رأيه، وهذا الأمر قد يؤدي إلى النفور العاطفي وضعف الرابط الاجتماعي بينهما وظهور المشاكل الأسرية.

---

[424] البلالي: محمد بن علي بن جعفر. الشيخ الإمام العارف المعتقد شمس الدين العجلوني ثم القاهري الصوفي الشافعي، اختصر كتاب إحياء علوم الدين للغزالي، توفي سنة 820. ديوان الإسلام لشمس الدين أبي المعالي ابن الغزي: 293/1.

[425] إحياء علوم الدين للإمام الغزالي.

[426] أجوبة سيدي سعيد بن علي الهوزالي، ص: 276 – 277.

وعلى هذا الأساس جاءت هذه النازلة بجواب حاسم يقطع الطريق على كل ما من شأنه خلق النزاع داخل الأسرة وإفساد العلاقة بين الزوجين، وإضعاف مقوم اجتماع الأسري، كما تدرأ مفسدة التدخلات العائلية سواء من جهة أقارب الزوجة أو الزوج التي من شأنها أن تحدث اضطرابا داخل الأسرة. فحفظ جواب هذه النازلة للوالدين مكانتهما السامية، بإلزام الزوجة بطاعتهما، وكما حفظ للزوج مكانته داخل الأسرة بإلزام الزوجة بطاعته في المعروف، ولكنها نصت على تقديم طاعة الزوج على طاعة الوالدين عند تعارض الطاعتين استثناء؛ لأن الأصل التوافق وتدخل الوالدين على أساس تقديم النصح والإرشاد للحفاظ على عمران الأسرة الذي من المفترض أن تنعم فيه ابتنهما صحبة زوجها وأبنائهم بالأمن والأمان والمودة والرحمة والسكينة.

المطلب السادس: حفظ المقوم الاقتصادي.

حفظ المال كلية من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية بحفظه، وضرورة من ضرورات الحياة، ولا يقوم اجتماع إنساني إلا به، إذ به تقوم الكيانات الاجتماعية، بدءا بالأسر ومرورا الدول وانتهاء بالأمم والحضارات. والناظر في أساس تكوين الأسرة باعتبارها أول مؤسسة اجتماعية وأقدمها وأدومها يجد قيامها وبناءها واستقرارها يقوم في جزئه الأكبر على الجانب المادي. فالمال قوام الأسرة وبه قيامها، وقد سماه الله تعالى قياما في قوله سبحانه: ﴿وَلاَ تُوتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ ٱمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِي جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰماً﴾ [سورة النساء آية 5]. قال مقاتل بن سليمان: «أموالكم التي جعل الله لكم قياما يعني قواما لمعاشكم»[427]، وقال الرازي: «التي جعل الله لكم قياما معناه أنه لا يحصل قيامكم ولا معاشكم إلا بهذا المال، فلما كان المال سببا للقيام

[427] تفسير مقاتل بن سليمان: 357/1.

والاستقلال سماه بالقيام إطلاقا لاسم المسبب على السبب على سبيل المبالغة، يعني كان هذا المال نفس قيامكم وابتغاء معاشكم»[428].

خصصت كتب النوازل مساحة مهمة للنوازل خاصة بمالية الأسرة، كنوازل الصداق، والنفقة، والأملاك المكتسبة أثناء الزوجية، والذمة المالية لمكونات الأسرة، والإرث وغيرها من المسائل. والناظر في كتب النوازل هاته وفتاوى العلماء وأجوبتهم المتعلقة بهذه النوازل، يجدهم يسعون إلى حفظ مالية الأسرة والإسهام في حل النزاعات الأسرة المالية.

النازلة الأولى: تحريم اشتراط الولي لنفسه مما جرت به العادة بالبادية أنهم لا يعطون بناتهم حتى يقبض الولي شيئا لنفسه.

جواب هذه النازلة تسهم في إبطال أعراف الفاسدة التي تنتشر في المجتمع الإسلامي، والتي تحول دون تمكين المرأة من حقوقها المالية؛ ولهذا، وقصد حفظ مالية المرأة نجد العبدوسي يحرم اشتراط الولي لنفسه مما جرت به العادة في البادية أنهم لا يعطون بناتِهم حتى يقبض الولي شيئا لنفسه، فاعتبره من صداق المرآة ولها الحق فيه، قال: «إن ما أخذه الولي على الوجه المذكور – يعني على تزويج وليته – حرام بإجماع، فإن تجرأ وأخذ شيئا فهو من جملة الصداق تأخذه منه المرأة في الدنيا إن تمكنت، وإلا فتباعة للآخرة، وسواء سكي المعطى باسم الصداق أم لا»[429].

وفي باب الإرث، نجد العبدوسي رحمة الله عليه يبطل ما كان متعارفا عليه، وخاصة بين أهل البوادي من عدم توريث النساء، وهي عادة كانت منتشرة في عهده، حتى إن المرأة – كما قال العبدوسي – إذا طلبت حقها الشرعي من التركة عيرت وهجرت وقطع رحمها، فتصدى رحمة الله عليه لهذه العادة المخالفة للشرع، وأفتى ببطلانها[430].

---

[428] مفاتيح الغيب للرازي: 496/9.

[429] أجوبة العبدوسي، ص: 213.

[430] أجوبة العبدوسي، ص: 421 – 422.

النازلة الثانية: عمل المرأة وحكم إسهامها في النفقة على الأسرة.

إذا كان المال قوام الأسرة، فقد يكون كذلك سببا في ضعفها وتفككها؛ لأن الكثير من المشاكل الأسرية ترجع في أساسها إلى النزاعات المالية بين مكونات الأسرة، وخاصة في زماننا حيث خرجت المرأة إلى ميدان الشغل، وأصبحت لها أجرتها الشهرية؛ وقد كان لتغير وضع المرأة المعاصرة آثار على استقرار الأسرة، وإن كانت هذه المشاكل المالية قديمة إلا أنها صارت في وقنا الحاضر أكثر استفحالا؛ وهذا اقتضى من النوازليين الإسهام في حفظ استقرار الأسرة من خلال الإجابة على النوازل المالية للأسرة والإسهام في حل مشاكلها المالية، وذلك بالتأكيد على ضرورة احترام الذمة المالية لأفراد الأسرة، وخاصة الذمة المالية للمرأة الموظفة؛ لأن الخلافات المالية بين أفراد مؤسسة الأسرة من شأنها أن تؤدي إلى التوتر النفسي والعاطفي، وهذا يؤثر سلبا على العلاقات الأسرية، إذ يضعف الرابط الاجتماعي بين أفرادها ويهدد استقرارها.

والناظر في واقعنا المعاصر، يجد اختلاف الزوج والزوجة في المسائل المالية من بين أهم أسباب النزاعات الأسرة؛ بل يجد الكثير من حالات الطلاق سببها النزاع المالي والاختلاف في المسائل المالية، وخاصة إذا كانت الزوجة موظفة، أو كان هناك عقار مشترك بينهما فيحصل بذلك النزاع والشقاق الذي غالبا ما يكون نهايته الفرقة بين الزوجين؛ ولهذا نجد الكتب النوازل والنوازليين يؤكدون على احترام الذمة المالية للزوجة، وأن تكون مشاركتها في الإنفاق على الأسرة برغبة ورضى منها، مع المحافظة على حقوقها المالية.

وفي هذا السياق، قد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي هذه اختلافات المالية بين الزوج والزوجة الموظفة وما يتعلق بها من عمل الزوجة خارج البيت، ومشاركتها في نفقة الأسرة، واشتراكها في التملك، وبعد المناقشة والاستماع إلى البحوث المنجزة في هذا الموضوع، أصدر قرارا وفتوى يؤكد فيه انفصال الذمة المالية بين الزوجين، ومما جاء فيه: أن «للزوجة الأهلية الكاملة والذمة

المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها»[431].

كما أكد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي على أن الزوجة «تستحق (...) النفقة الكاملة المقررة بالمعروف، وبحسب سعة الزوج وبما يتناسب مع الأعراف الصحيحة والتقاليد الاجتماعية المقبولة شرعاً، ولا تسقط هذه النفقة إلا بالنشوز»[432]. أما فيما يتعلق بعمل الزوجة خارج البيت، فقد أفتى المجلس وقرر على أن «من المسؤوليات الأساسية للزوجة رعاية الأسرة وتربية النشء والعناية بجيل المستقبل، ويحق لها عند الحاجة أن تمارس خارج البيت الأعمال التي تتناسب مع طبيعتها واختصاصها بمقتضى الأعراف المقبولة شرعاً مع طبيعتها واختصاصها بشرط الالتزام بالأحكام الدينية، والآداب الشرعية، ومراعاة مسؤوليتها الأساسية»[433]. «ولا يسقط خروج الزوجة للعمل نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعاً، وفق الضوابط الشرعية، ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المُسقط للنفقة»[434].

وبخصوص مشاركة الزوجة في نفقات الأسر، أفتى المجلس وقرر على أنه: «لا يجب على الزوجة شرعاً المشاركة في النفقات الواجبة على الزوج ابتداء، ولا يجوز

---

[431] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2) الذي صدر بدورة المجلس السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر/ 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005م، بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، ص: 472.

[432] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2) الذي صدر بدورة المجلس السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر – 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005م، بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، ص: 472.

[433] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2) الذي صدر بدورة المجلس السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر/ 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005م، بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، ص: 473.

[434] قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2)، ص: 473.

إلزامها بذلك. وتطوعها بالمشاركة في نفقات الأسرة أمر مندوب إليه شرعاً لما يترتب عليه من تحقيق معنى التعاون والتآزر والتآلف بين الزوجين. ويجوز أن يتم تفاهم الزوجين واتفاقهما الرضائي على مصير الراتب أو الأجر الذي تكسبه الزوجة. وإذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصها فإنها تتحمل تلك النفقات»[435].

وأما اشتراك الزوجة في التملّك، فقد نص مجمع الفقه الإسلامي على أنه: «إذا أسهمت الزوجة فعلياً من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به»[436].

الخاتمة.

وفي ختام هذا البحث، فقد توصلت إلى جملة من النتائج، منها:

أولا: إن فقه النوازل هو فقه واقعي، يتفاعل مع قضايا الناس ويعبر عن أحوالهم ومشاكلهم.

ثانيا: إن للعلماء النوازليين دور في غاية الأهمية في مساعدة الأسر على حل مشاكلها والمحافظة على استقرارها ومتانة روابطها الاجتماعية.

ثالثا: يقوم الاجتماع الأسري على جملة من المقومات، التي تعد الحجر الأساس في بناء عمرانها واستمرار عطائها.

رابعا: يحتل فقه النوازل مكانة مهمة في حفظ مقومات الاجتماع الأسري، من خلال أجوبة علمائه التي تعد وسيلة لجلب مصالح الأسرة ودرء المفاسد عنها.

فهرس المصادر والمراجع.

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

---

435 قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2)، ص: 473.

436 قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2)، ص: 474.

– إعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام ابن قيم الجوزية، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/ 1991م.

– المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق حميش عبد الحقّ، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرم، دون طبعة، دون تاريخ.

– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، الطبعة بدون طبعة، وبدون تاريخ.

– فتاوى ابن سحنون، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، القاهرة، تحقيق مصطفى محمود الأزهري، الطبعة الأولى، 1432هـ/ 2011م.

– قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2) الذي صدر بدورة المجلس السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر/ 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005م.

– منحة الخالق لابن عابدين بحاشية البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.

– أجوبة العبدوسي، دراسة وتوثيق هشام المحمدي، دار أبي رقراق، الرباط، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، الطبعة الأولى، 1436هـ/ 2015هـ.

– أجوبة سيدي سعيد بن علي الهوزالي، جمع وترتيب وتوثيق عبد الواحد لعروصي، دار أبي رقراق، الرباط، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، 1436هـ/ 2015م.

– إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ.

– الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار لعلاء الدين الحصكفي الحنفي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1423هـ/ 2002م.

– العرف والقواعد الضابطة له ودورها في تحديد المسكوت عنه وضبطه للدكتور سعيد الشوية، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، المجلد 5، العدد 1، 2021م، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، الجزائر.

– الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، دون تاريخ.

– المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب للإمام أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، 1401هـ/ 1981م.

– الموافقات للإمام أبي إسحاق الشاطبي، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ/ 1997م.

– تفسير مقاتل بن سليمان، تحقيق عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث، بيروت، الطبعة الأولى، 1423هـ.

– ديوان الإسلام لشمس الدين أبي المعالي محمد بن عبد الرحمن بن الغزي، تحقيق سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ/ 1990م.

– سنن الإمام الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دون طبعة، 1998م.

– شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ/ 2002م.

– شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للإمام أي حامد الغزالي، تحقيق حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة الأولى، 1390هـ/ 1971م.

– صحيح الإمام البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ.

– فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وقام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379م.

– قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 144 (16/2) الذي صدر بدورة المجلس السادسة عشرة بدبي (دولة الإمارات العربية المتحدة) 30 صفر/ 5 ربيع الأول 1426هـ، الموافق 9 – 14 نيسان (إبريل) 2005م.

– قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، دون طبعة، 1414هـ/ 1991م.

– مسائل ابن رشد، تحقيق محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، دون تاريخ.

– مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر بن عاشور، دار السلام، مصر، دار سحنون، تونس، دون طبعة، 1427هـ/ 2006م.

– مقدمة ابن خلدون، تحقيق خليل شحادة، نشر دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية1408هـ/ 1988م.

– نحو تفعيل مقاصد الشريعة للدكتور جمال الدين عطية، دار الفكر، دمشق، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1422هـ/ 2001م.

– نوازل الدرعي المشهور بالورزازي الكبير، دراسة وتحقيق عبد العزيز أيت المكي، دار أبي رقراق، الرباط، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى، 1437هـ/ 2016م.

– مفاتيح الغيب لفخر الدين الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1420هـ.

أثر إعمال المقاصد ضمن نوازل الخصومات الأسرية في حفظ حقوق المرأة
"أجوبة ابن عظوم المالكي (ت 1009هـ) أنموذجا"

ذ. عبد الحليم القبي
جامعة القاضي عياض

تعد المقاصد ذات أهمية عظمى ومكانة كبرى في حياة الأمة عموما، وفقه النوازل الأسري على وجه الخصوص؛ باعتبارها الموجه الأساس لمعرفة حوادث الزمان وأحواله، وتسديد الفتوى وضبط القضاء، فهي قبلة للمجتهدين ونبراس لإصابة الحق في الفتوى، ومرجع للترجيح عند الاختلاف وتبدل الأعصار، لذا راعاها الفقهاء في نوازلهم وأقضيتهم المعروضة عليهم، وعلى رأسهم فقهاء المالكية، باعتبارها المنهج الأسلم في تنزيل أحكام الشريعة.

ومن أهم المجالات التي راعى فيها فقهاء المذهب المقاصد نوازل الخصومات الأسرية، نظرا لما تتميز به من خصوصية، فجاءت فتاويهم مجيبة عن مشاكل الأسرة وقضاياها، وملائمة لأحوالها وطبيعتها، ومراعية لحقوق الزوجة ومصالحها.

ولما كانت دراسة تجليات إعمال فقهاء المالكية المقاصد الشرعية في الإجابة عن نوازل الأسرة والفصل في الخصومات المرتبطة بها، وإبراز أثره في حفظ حقوق الزوجة، لها أهمية كبيرة في ضبط الاجتهاد الأسري، ومواكبة مستجداته، وتسديد الفتوى في شؤون الأسرة، وتطوير القضاء الأسري لحفظ الأسرة المغربية، ارتأيت البحث في الموضوع المعنون أعلاه منطلقا من التساؤلات الآتية:

– إلى أي مدى راعى فقهاء المذهب المالكي المقاصد الشرعية في الفصل في النزاعات والخصومات الأسرية؟ وما أثر ذلك في حفظ حقوق الزوجة؟ وإلى أي حد يمكن للفقه النوازلي المالكي المؤسس على المقاصد أن يسهم في تسديد الاجتهاد في قضايا الأسرة المعاصرة وحفظ حقوق المرأة؟

ولمعالجة هذه الأسئلة يروم البحثُ إلى تحقيق الأهداف الآتية:

– الكشف عن تجليات إعمال المالكية المقاصد الشرعية في نوازل الخصومات الأسرية.

– بيان مدى مراعاة فقهاء المذهب حقوق الزوجة في الفصل في الخصومات الأسرية.

– إبراز أثر استحضار المقاصد ضمن الفقه النوازلي المالكي في معالجة الإشكالات الأسرية المستجدة.

وسعيا إلى تحقيق هذه الأهداف، سأسلك في إنجاز البحث المنهجَ التحليلي؛ وذلك بتتبع نوازل الخصومات الأسرية التي راعى فيها الفقيه المالكي ابن عظوم المقاصد، ثم القيام بدراسة تحليلية لنماذج تطبيقية من هذه النوازل، بالتأصيل والتفسير والتعليق والاستنباط والاستنتاج، مركزا على إبراز أثر مراعاة المقاصد في حفظ حقوق الزوجة، ومدى استثمارها في معالجة مشكلات وقضايا الأسرة المعاصرة.

وبناء على ذلك، سأعتمد خطة بحثية تتكون من العناصر الآتية:

مقدمة.

المبحث الأول: ضوابط إعمال المقاصد في نوازل الخصومات الأسرية وأهميتها في حفظ حقوق المرأة.

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية لأثر إعمال المقاصد ضمن النوازل في حفظ حقوق المرأة

خاتمة.

المبحث الأول: ضوابط إعمال المقاصد في نوازل الخصومات الأسرية وأهميته في حفظ حقوق المرأة

يشكل إعمال مقاصد الشريعة في نوازل الخصومات الأسرية آلية فعالة لتحقيق العدالة وحفظ حقوق المرأة داخل الأسرة (المطلب الأول) غير أن فعاليته تظل رهينة بالتقيد بالضوابط الشرعية والقانونية المؤطرة للاجتهاد المقاصدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهمية إعمال المقاصد في النوازل في حفظ حقوق المرأة

تُعد المقاصد الشرعية ذات أهمية عظمى ومكانة كبرى في فقه النوازل عامة ونوازل الأسرة خاصة؛ فهي "من المعطيات الضرورية التي يُستند إليها في معرفة حوادث الزمان وأحواله"[437]؛ حيث إذا كان "وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً"[438]، كان لزاما على المجتهد والمفتي في الوقائع الحادثة اعتبار ما فيه مصلحة للعباد ودرء ما فيه مفسدة عليهم، فيستحيل أن تأمر الشريعة بما فيه مفسدة أو تنهى عما فيه مصلحة بدليل استقراء آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي صلى الله عليه وسلم[439].

وقد أشاد العلماء قديما بأهمية المقاصد في فقه النوازل؛ إذ اعتبر الغزالي "مقاصد الشرع قبلة للمجتهدين من توجه إلى جهة منها أصاب الحق"[440]، واعتبر القرافي قواعد

---

[437] الخادمي، الاجتهاد المقاصدي: حجيته، ضوابطه، مجالاته، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1419هـ/ 1998، 2/ 141.

[438] الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/ 1997م، 2/ 9.

[439] حذيفة عبود، تعامل الداعية مع المستجدات الفقهية، الشيخ القرضاوي أنموذجا، دار كتب العلمية، بيروت، ط1، 2013م، ص198.

[440] نقلا عن: السيوطي، الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1404هـ/ 1984م، ص181- 182.

الفقه المقاصدية "قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع...، مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء"[441].

ولهذه الأهمية الكبيرة للمقاصد في فقه النوازل جعل بعض العلماء معرفتها شرطا أساسيا وضروريا للمتصدر للفتوى، وفي طليعتهم الإمام الشاطبي؛ حيث يقول في تحديد شروط الاجتهاد: "إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين: أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها...، فإذا بلغ الإنسان مبلغا، فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة، وفي كل باب من أبوابها فقد حصل له وصف هو السبب في تنزله منزلة الخليفة للنبي صلى الله عليه وسلم في التعليم والفتيا والحكم بما أراه الله"[442]، بل اعتبر شرط معرفتها الركيزة وغيره خادم له كما صرح بقوله: "وأما الثاني: فهو كالخادم للأول"[443]، وأن زلة العالم "أكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشارع في ذلك المعنى الذي اجتهد فيه"[444].

ومن هذا المنطلق، فإن إعمال المقاصد في نوازل الأسرة يشكل أداة منهجية فعالة في ضمان وحماية حقوق المرأة، خصوصًا في ظل التحولات الاجتماعية وتعدد أشكال الضرر التي قد تتعرض لها، وفيما يلي عرض لأهم المقاصد الشرعية التي يسهم في حفظ حقوق المرأة وحماية الأسرة:

1. مقصد تحقيق العدل: تحقيق العدل مقصد شرعي دعت إليه الشريعة قال تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ} [النحل: 90]، ويعتبر هذا المقصد الأساس في بناء

---

[441] القرافي، الفروق، عالم الكتب، ط د، ت د، 1/ 6.

[442] الشاطبي، الموافقات، 5/ 41 – 43.

[443] نفسه، 5/ 43.

[444] نفسه، 5/ 135.

العلاقة الزوجية؛ حيث يمنع الظلم باسم النص أو العرف على المرأة، ويمنع استخدام النصوص الشرعية خارج سياقها أو ضد روحها، مثل استعمال الطلاق أو القوامة كأداة قهر، كما أن إعمال هذا المقصد يوجب تقدير النفقة حسب القدرة والعرف، تحقيقا للإنصاف، كما يفعل قاعدة "المعروف" في المعاشرة: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: 19]، وهي قاعدة مقاصدية تضمن حسن المعاملة والاحترام.

2. مقصد رفع الضرر والحرج يتيح رفع الظلم عن المرأة متى تحقق الضرر المادي أو المعنوي، ويقدم حلولا منصفة في حالات التعسف أو الضرر، كالتطليق للضرر أو النفقة أو للشقاق، مع مراعاة الكرامة والإنصاف.

فالمقاصد هنا توجه نحو درء المفاسد قبل وقوعها، من خلال اعتماد الوساطة والصلح قبل الحكم بالطلاق، فإذا تعذر الإصلاح، فمقصد رفع الضرر يقتضي التفريق حفظا لسلامة المرأة النفسية والاجتماعية، كما أن المقاصد تضمن للمرأة حقوقها المالية بعد الطلاق (المتعة، النفقة، السكن)، لأنها تجسد العدل والرحمة.

3. مقصد صيانة الكرامة الإنسانية، هذا المقصد يجعل المرأة مكرمة لا تابعة لغيرها، ويضمن احترام إرادتها، ويمنع الإهانة أو التسلط أو الإضرار النفسي بها تحت غطاء السلطة الزوجية.

4. مقصد حفظ النسل والعِرض: هذا المقصد يحكم في القضايا المتعلقة بالحضانة والنسب والزواج، ويمنع العبث بالعلاقات الأسرية.

5. مقصد السكن والمودة: وهو مقصد يوجه القضاة والفقهاء إلى البحث عن حلول ترسخ الاستقرار الأسري لا الصراع، مثل اعتماد الصلح والوساطة بدل التعسف في الطلاق وإن تعذر ذلك فإلى التفريق بإحسان، حفاظا على كرامة الزوجة.

فإعمال هذا المقصد يفرض أن يكون الزواج ميثاقا يقوم على الرضا والمودة، لا على الإكراه أو الاستغلال، وهو ما يحقق حماية إرادة المرأة وحقها في الاختيار، كما

يوجه المقصد نحو منع الزيجات التي تخالف المصلحة أو تفضي إلى الضرر، كزواج القاصرات أو الإكراه على الزواج.

6- مقصد المصلحة يقتضي أنه حينما يكون النزاع حول الأطفال، تقدم مصلحة الطفل، وهو ما ينعكس إيجابا على الأم التي تكون غالبا الحاضنة، حماية لمصلحتها ولمصلحة الأبناء.

المطلب الثاني: ضوابط إعمال مقاصد الشريعة في نوازل الأسرة

إعمال المقاصد في الاجتهاد الأسري ليس على عمومه وإطلاقه، بل هو منضبط ومقيد بعموم الأدلة والقواعد والضوابط الشرعية، حتى لا يتنصل من الأحكام الشرعية باسم المقاصد، ذلك أن مفهوم المقاصد في الشريعة ليس مطاطا، ولا ذاتيا يخضع لتقلبات الأمزجة، أو يتبع الأنظار الفردية القاصرة، بل هو منضبط بضوابط محكمة، تجعل منه مفهوما واضح المعالم، متسقا على وتيرة واحدة لا تغيره ضغوط الواقع وضرورات المواقف، ولا نزوات النفس، وفورة العواطف[445].

وبناء على ما سبق يمكن تحديد ضوابط العمل بالمقاصد في نوازل الأسرة في الآتي:

1. التحقق من صحة المقصد المراد إعماله في النازلة من حيث دليل ثبوته بأن يكون ظاهرا منضبطا ومطردا وثابتا، والمقصود بالثبوت أن تكون تلك المعانى مجزوما بتحققها أو مظنونا ظنا قريبا من الجزم، والمقصود بالظهور: الاتضاح، بحيث لا يختلف الفقهاء في تشخيص المعنى، ولا يلتبس على معظمهم بمشابهه، والمقصود بالانضباط: أن يكون للمعنى حد معتبر لا يتجاوزه ولا يقصر عنه، بحيث يكون القدر الصالح منه

[445] ضوابط المنهج المقاصدي، ريحانة اليندوزي، تم الاسترجاع بتاريخ 22/ 02/ 2023م، من موقع الرابطة، الرابط: (arrabita.ma)، ص د.

لأن يعتبر مقصدا شرعيا قدرا غير مشكك، والمقصود بالاطراد: أن لا يكون المعنى مختلفاً باختلاف أحوال الأقطار والقبائل والأعصار[446].

2- حصول إعمال المقاصد من أهل للنظر والاجتهاد بحيث تتوفر فيهم شروط الاجتهاد العلمية والخلقية، كالنزاهة العلمية والحياد، والاستناد إلى الاجتهاد الجماعي عند النوازل الكبرى لتفادي الانفراد بالرأي في المسائل المعقدة التي تمس النظام العام الأسري، وذلك بتشجيع مراكز الفتوى أو هيئات القضاء على اعتماد مداولات أو مجالس استشارية عند النوازل الكبرى.

3- التحقق من الواقع بدقة، فالمقاصد لا تُفعل في فراغ، بل بعد فهم الواقع الأسري والاجتماعي والنفسي للأطراف (فقه الواقع)، وينبغي الرجوع إلى أهل الخبرة في قضايا مثل الضرر، والعنف، فيُرجع إلى خبراء علم النفس والاجتماع لتقدير المصلحة المعتبرة.

4- التحقق من مآل ونتائج الحكم أو الفتوى على الأسرة والمجتمع، فإن كان يؤدي إلى مفسدة أعظم، وجب تعديله أو تأجيله، يقول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا، كانت الأفعال موافقة أو 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"[447].

5- ألا يعارض المقصد الذي يراد إعماله في النازلة أصلا أقوى منه، وذلك بأن لا يصادم المقصد نصا شرعيا صحيحا وصريحا في الحجية[448]، وأن لا يعارض أيضا مقصدا شرعيا أعظم منه، وهذا يقتضي تحديد درجة المقصد ومرتبته؛ بحيث يعرف هل هو من الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات، أو المكملات، ثم هل هو من المقاصد

---

[446] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ/ 2004م، 3/ 166- 168.

[(447)] الشاطبي، الموافقات، ج:5، ص:177

[448] محمد سعد اليوبي، ضوابط إعمال مقاصد الشريعة في الاجتهاد، "مجلة الأصول والنوازل" ع4، 1431هـ، ص36.

القطعية أو الظنية؟ أو من المقاصد العامة أو الخاصة، ثم يتم الموازنة بينها من جهة، وبينها وبين المفاسد من جهة ثانية، فلا يمكن بحجة تحقيق المصلحة تعطيل أحكام الإرث أو نسب الولد الشرعي، كما لا يجوز للقاضي أو المفتي أن يجعل "المصلحة" ذريعة لتغيير الأحكام الشرعية الثابتة دون دليل معتبر، كما يُقدّم حفظ الأسرة من الفساد والخصومة الطويلة على استمرار شكلية الزواج إذا صار ضرره أكبر من نفعه.

6- الجمع بين الكليات والجزئيات بحيث لا يجعل العمل بأحدهما على حساب الآخر، بل ينبغي أن يؤخذا جميعا في الاعتبار عند الإعمال؛ "فالحاصل أنه لا بد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها، وبالعكس، وهو منتهى نظر المجتهدين بإطلاق، وإليه ينتهي طلقهم في مرامي الاجتهاد"[449]، "فإذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية، ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة؛ فلا بد من الجمع في النظر بينهما؛ لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئي إلا مع الحفظ على تلك القواعد؛ [إذ كلية] هذا معلومة ضرورة بعد الإحاطة بمقاصد الشريعة؛ فلا يمكن والحالة هذه أن تخرم القواعد بإلغاء ما اعتبره الشارع، وإذا ثبت هذا؛ لم يمكن أن يعتبر الكلي ويلغى الجزئي"[450].

المبحث الثاني: نماذج تطبيقية لأثر إعمال المقاصد ضمن نوازل الخصومات الأسرية في حفظ حقوق المرأة

يُعد كتاب الأجوبة لابن عظوم من أبرز المصادر النوازلية المالكية التي عالجت قضايا الخصومات الأسرية معالجة فقهية دقيقة، من خلال ما تضمنه من أجوبة وفتاوى مست مختلف جوانب الحياة الأسرية، ولاسيما ما يتعلق بحقوق الزوجة داخل الأسرة. ومن ثم فإن الوقوف على بعض النماذج التطبيقية من هذه النوازل يكشف عن البعد

---

[449] الشاطبي، الموافقات، 3/ 180.

[450] نفسه، 3/ 176.

المقاصدي والحقوقي الذي حكم اجتهادات الفقه المالكي في معالجة النزاعات الأسرية، وذلك من خلال المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: نوازل في المخاصمة حول الامتناع عن الرجوع إلى بيت الزوجية

تُعد نوازل الرجوع إلى بيت الزوجية من أبرز القضايا التي أفرزتها الخصومات الأسرية، لما تثيره من تعارض بين حق الزوج في المعاشرة والسكن، وحق الزوجة في الأمن والاستقرار ورفع الضرر عنها. وقد اهتم الفقه المالكي بمعالجة هذه النوازل من خلال اجتهادات تراعي مقاصد الشريعة في حفظ الأسرة وتحقيق التوازن بين حقوق الزوجين. وعليه، سأعالج في هذا المطلب نازلتين مرتبطتين بالرجوع إلى بيت الزوجية، تتعلق الأولى بامتناع الزوجة من الرجوع مع زوجها إلى السكن الأصلي (الفقرة الأولى)، بينما تتعلق الثانية بطلب الزوج الرجوع إلى بيت الزوجية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نازلة في خصومة حول امتناع الزوجة من الرجوع مع زوجها إلى السكن الأصلي

تتمثل صورة النازلة في أنه عقب الهجوم الصليبي على مدينة تونس سنة (1574م) خلال أواخر العهد الحفصي، اضطر السكان إلى الفرار منها خوفا على أنفسهم، ثم عاد أغلبهم بعد استقرار الأوضاع الأمنية. وفي هذه الظروف طلب الزوج من زوجته الرجوع معه إلى مسكنهما الأصلي بتونس، غير أنها امتنعت عن مرافقته، مبررة ذلك بسوء معاشرته لها، وإقدامه على الزواج عليها أثناء غيابها، إضافة إلى تخوفها من تجدد هجمات العدو وعودة حالة الاضطراب وعدم الأمان.

فأجاب الفقه ابن عظوم: "إذا كان الأمر كما ذُكر فلا يلزم الزوجةَ المذكورة مصاحبةُ زوجها المذكور إلى حيث ذُكر والحالة ما ذُكر، وعليه أن يقوم بواجبها عليه ويتعاهد تفقدها بنفسه هنالك إن شاء"[451].

(451) الأجوبة، 1 /226 – 228.

ويُفهم من هذا الجواب أنه بالرغم من كون امتناع الزوجة عن الانتقال مع زوجها يُعد نشوزًا عند جمهور الفقهاء[452]، إلا أن ابن عظوم راعى خصوصية النازلة وما أحاط بها من ظروف استثنائية، فتبين له من خلال المعطيات الواقعية والعلل التي ذكرتها الزوجة، وما عضدها من قرائن الخوف ووقوع الضرر، أن إلزامها بالانتقال قد يفضي إلى ضرر معتبر، وهو ما يتنافى مع مقاصد الشريعة في رفع الحرج ودفع الضرر. ولذلك رجّح عدم جواز إجبار الزوج لزوجته على المصاحبة، واعتبر امتناعها في هذه الحالة غير داخل في مفهوم النشوز

ويتضح من جواب الفقيه ابن عظوم أن المعالجة الفقهية للنازلة لم تقف عند ظاهر الحكم المتعلق بوجوب طاعة الزوج أو عدمه، بل انطلقت من رؤية مقاصدية شمولية تراعي توازن المصالح ودفع المفاسد، ويمكن إبراز أهم هذه الأبعاد المقاصدية على النحو الآتي:

– مقصد حفظ النفس وتقديمه على غيره من المقاصد: استحضر ابن عظوم هذا المقصد بشكل صريح حين قدم مصلحة سلامة الزوجة وأمنها على مصلحة الزوج المتعلقة بالسكن أو المال أو مشقة السفر. فخوف الزوجة من تجدد الهجمات أو الوقوع في الخطر لم يُنظر إليه كتعليل ثانوي، بل هو علة معتبرة تُسقط الإلزام الشرعي بالسفر، يقول رحمه الله في استدلاله لفتواه: "وقد تقرر في الأصول أن الكليات الخمس مما أجمعت الملل كلها على وجوب حفظها، كما أجمعت على ترتيبها فحفظ الأديان آكدها وله شرع قتل المرتدين، ثم الأنفس وله شرع القصاص في القتلى..، ، فيجب ارتكاب الأخف منهما لكونه أقل مفسدة؛ إذ هو في مال والآخر في نفس..."[453].

---

[452] عبد الرحمن منصور، أحكام النشوز في الشريعة الإسلامية، (رسالة قدمت استكمالا للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007م)، ص 57.

[453] الأجوبة، 1/ 228.

– مقصد رفع الحرج والضرر: أقام ابن عظوم فتواه على قاعدة مركزية في المقاصد وهي: رفع الضرر مقدم على جلب المصلحة. فالزوجة ليست ملزمة بالعيش في بيئة غير آمنة أو نفسية مضطربة، خاصة مع وجود قرائن سوء المعاشرة وتجدد الأذى، وهذا يرسخ حق المرأة في عدم التعسف عليها داخل العلاقة الزوجية، ويؤكد أن الطاعة الزوجية مقيدة بعدم الضرر والحرج.

– مقصد الترجيح بين المصالح والمفاسد: وهي الترجيح بين مصلحة الزوج المؤدية إلى إدخال المفسدة على الزوجة، ومصلحة الزوجة المؤدية إلى إدخال المفسدة على الزوج، قائلا: "ويشهد لهذا الحكم القواعد الأصولية...، فمنها قوله صلى الله عليه وسلم «إذا تعارض ضرران ارتُكِب أخفهما» ... والنظر في هذه القاعدة مبني على اعتبار المصالح والمفاسد، فأيها أكبر مفسدة فهو أشد ضررا، ولا خفاء ولا مرية أن ضرر الرجل في ماله أو في مشقة سفره بتعاهد زوجته أقل مفسدة وأخف من ضررها. فالمكث بمكان مظنة الاستيلاء عليها الناشئ عن رجوعها إلى حيث ذكره السائل، فيجب ارتكاب الأخف منهما لكونه أقل مفسدة؛ إذ هو في مال والآخر في نفس..."[454].

– الالتفات إلى قاعدة (الوسائل تعطى لها أحكام مقاصدها): احتج رحمه الله لفتواه بهذه القاعدة قائلا: "ومنها قاعدة (الوسائل تبع لمقاصدها)، فوسيلة المحرم محرمة مثله، فالرجوع بالأهل تغرير وهو وسيلة ومظنة للاستيلاء عند فرصة العدو، فيكون مثله في المنع"[455]، فاستجابة المرأة لطلب زوجها في السفر معه، واجب شرعا، وهو من تمام الطاعة، وامتناعها يعتبر معصية يوقع في النشوز؛ لكن امتثال المرأة للسفر مع زوجها وسيلة في هذه النازلة بالذات إلى محرم أعظم، وهو إزهاق روحها أو استيلاء العدو عليها، فيحرم هذا السفر تبعا لحرمة ما سيؤول إليه، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

---

(454) نفسه، 1 /226 – 228.

(455) نفسه، 1/ 228.

– مقصد تحقيق العدل داخل العلاقة الزوجية: يتضح من خلال النازلة أن الفقيه ابن عظوم لم ينظر إليها من زاوية حق الزوج فقط، بل اعتمد ميزانا عدليا يوازن بين الطرفين. فالزوج قد يتضرر بالمشقة المالية أو التنقل، لكن هذا الضرر اعتبره الفقيه أخف مقارنة بالضرر الواقع على الزوجة في النفس والأمن، وهنا يتجلى أثر مهم في حفظ حقوق المرأة، إذ إن العدالة المقاصدية تجعل كفة المرأة معتبرة في الميزان الفقهي، وليس الطرف الأضعف مهمشا أو تابعا دائما.

– مقصد اعتبار المآلات: من أهم ما يميز فتوى ابن عظوم نظره إلى مآل الفعل، أي ما سيؤول إليه سفر الزوجة في ظرف غير آمن. فالحكم لم يُبنَ على الظاهر (وجوب الطاعة)، بل على النتيجة المحتملة (الخطر أو الاستيلاء).

❖ أثر الأبعاد المقاصدية ضمن النازلة في حفظ حقوق المرأة:

إن استحضار الفقيه بن عظوم للبعد المقاصدي في النازلة أنتج رؤية فقهية متقدمة في حماية حقوق المرأة داخل الأسرة، ويمكن تلخيص آثارها في النقاط التالية:

– تكريس حق المرأة في الأمن والسلامة الجسدية والنفسية باعتباره أصلا مقدما على الطاعة الزوجية في حالات الخطر.

– حماية المرأة من الإكراه غير المباشر الناتج عن استعمال حق الزوج في السكن أو السفر بشكل قد يتحول إلى وسيلة للإضرار بها.

– إثبات أن الطاعة الزوجية ليست مطلقة، بل مقيدة بالمصلحة وعدم الضرر، مما يرفع الحرج عن المرأة في مواقف متعددة.

– تعزيز مركز المرأة القانوني داخل الأسرة باعتبارها ذات ذمة مستقلة وقرارات معتبرة شرعا عند وجود الضرر.

– إظهار عدالة الفقه الإسلامي في موازنة الحقوق بين الزوجين، وعدم انحيازه لطرف على حساب الآخر، وتفنيد الصورة النمطية التي تزعم أن الفقه الإسلامي ذكوري؛ إذ يظهر من النازلة أن حماية المرأة قد تقدم على حق الزوج إذا ترتب عنه ضرر معتبر.

الفقرة الثانية: نازلة في خصومة حول طلب الزوج الرجوع إلى بيت الزوجية

تتمحور النازلة حول ضرب رجل زوجته ضربا شديدا، بالرغم من تأديب القاضي له، مما جعل القاضي يحكم بإخراجها من بيت الزوجية، فطلب الزوج ردها، فأجاب الفقيه ابن عظوم "إذا كان الأمر كما ذكر فدار الإسكان إنما جعلت ليتبين للحاكم الظالم من الزوجين فيردعه ويكف ظلمَه. وبعد أن تبين ظلم الزوج وضرره أولا وثانيا كما ذكره السائل، فعلى الشيخ القاضي – حفظه الله – أن يأخذ على يديه بأدبه لحسم مادة الشر بينهما"[456].

فالحكم الذي يُؤخذ من جواب ابن عظوم عن هذه النازلة وجوبُ تأديب الزوج ومعاقبتِه على ظلمه، مع إعطائها حق التطليق للضرر – وهو طلاق بائن بينونة صغرى –، ولا يحكم له بإرجاعها حتى لا يتكرر ظلمه لها، حيث ذهب المالكية أن للمرأة الحق في رفع أمرها إلى الحاكم، بعد إثبات الضرر عن طريق شهادة عدلين فأكثر، أو بطريق السماع يقول ابن عاصم:

"وَيَثْبُتُ الإِضْرَارُ بالشُّهُودِ*** أَوْ بِسَمَاعِ شَاعَ فِي الْوُجُودِ"[457].

وفي حالة رفض الجيران الإشهاد بالضرر، فإن القاضي يحكم لها بالسكن بين جيران صلحاء، حتى يشهدوا لها، فإن ثبت الضرر فيجوز التفريق للشقاق أو للضرر، منعا للنزاع، عند المالكية مع الخلاف هل لها تطليق نفسها أم أن الطلاق يقع بيد القاضي بعد رفعه إليه، قال ابن عاصم:

---

[456] نفسه، 1/ 89.

[457] أبو الحسن التّسُولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1998م، 1/ 480.

"وَحَيْثُما الزَّوْجَةُ تُثْبِتُ الضَّرَرْ *** وَلَمْ يَكُنْ لَهَا بِهِ شَرْطٌ صَدَرْ.

قِيلَ لَهَا الطَّلاَقُ كَالْمُلْتَزِمْ *** وَقِيلَ بَعْدَ رَفْعِهِ لِلْحَكَمْ"[458].

من خلال النازلة يتجلى أنها تكشف عن عمق النظر المقاصدي عند الفقيه ابن عظوم في معالجة قضايا الأسرة؛ إذ لم يقتصر على ظاهر الحكم المتعلق بعودة الزوجة إلى بيت الزوجية، بل انطلق من فلسفة شرعية تقوم على حماية المرأة من العنف الأسري، وضبط سلطة الزوج، وربط الأحكام بعللها ومآلاتها الواقعية. ويمكن إبراز أهم هذه الأبعاد فيما يلي:

– مقصد حفظ النفس وصيانة السلامة الجسدية للمرأة: يُعد حفظ النفس من أسمى مقاصد الشريعة، وقد برز بوضوح في النازلة من خلال منع تمكين الزوج من استرجاع زوجته بعد ثبوت تعديه عليها بالضرب الشديد. فالمعالجة الفقهية هنا لم تنظر إلى مجرد حق الزوج في استرجاع الزوجة، بل قدمت سلامتها الجسدية على هذا الحق.

– مقصد رفع الضرر ومنع استمرار العدوان: اعتمد ابن عظوم على قاعدة مركزية وهي رفع الضرر، حيث اعتبر أن بقاء الزوج في موقع يسمح له بتكرار الإيذاء يتعارض مع مقصود الشريعة في إنهاء الخصومة. ولذلك جاء توجيهه للقاضي بأخذ الزوج وتأديبه وعدم تمكينه من العودة إلى الوضع السابق؛ حيث يقول: "فعلى الشيخ القاضي – حفظه الله – أن يأخذ على يديه بأدبه لحسم مادة الشر بينهما... فلا يُمَكِّنُه من رجوع الزوجة المذكورة إلى حيث ذُكر"[459].

– مقصد التعليل بالمصلحة وربط الحكم بعلته: أوضح ابن عظوم أن حكم إسكان الزوجة بين جيران صالحين مرتبط بعلته، وهي كشف الظلم وتمكين القضاء من تحديد

---

(458) نفسه، 1/ 484.

(459) الأجوبة، 1/ 89.

المعتدي. ولما ثبت الضرر أصلا، انتفت العلة، فانتفى الحكم؛ حيث يقول: "إذ علة الإسكان قد حصلت وهو تبين الظلم والحكم يدور مع علته وجودا وعدما"[460].

– مقصد إعمال قاعدة المعاقبة بنقيض القصد: اعتبر ابن عظوم أن الزوج قصد من طلبه الرجوع الإضرار بزوجته، فكان الجزاء أن يُمنع مما أراد؛ إذ يقول: "ويعاقبه بنقيض قصده الفاسد فلا يمكنه من رجوع الزوجة المذكورة إلى حيث ذكر"[461].

وهذه القاعدة تُعد من أهم أدوات الحماية المقاصدية للمرأة؛ لأنها تمنع إساءة استعمال السلطة الزوجية، ويترتب عن ذلك أن نية الإضرار إذا ثبتت بالقرائن تغير الحكم من الإباحة إلى المنع، حماية للطرف الضعيف في العلاقة الأسرية.

– مقصد تفعيل سلطة القضاء في حماية المرأة: برز في النازلة دور القاضي كجهة حماية لا مجرد جهة فصل نزاع، إذ أُعطي صلاحية تأديب الزوج، ومنعه من الاستمرار في الإيذاء، وتفعيل حلول تحفظ للمرأة سلامتها، إذ يقول: "فدار الإسكان إنما جُعلت ليتبين للحاكم الظالم من الزوجين فيردعه ويكف ظلمه"[462]، وهذا يعكس تحولا مهما في الفقه المقاصدي، حيث يصبح القضاء وسيلة لحماية المرأة من العنف، ومنع الظلم الأسري وإعادة التوازن داخل الأسرة

❖ أثر الأبعاد المقاصدية في النازلة في حفظ حقوق المرأة:

إن هذه الأبعاد المقاصدية التي بنى عليها الفقيه ابن عظوم فتواه تؤسس لرؤية فقهية متقدمة في حماية المرأة داخل الأسرة، ومن أبرز آثارها:

– حماية المرأة من العنف الجسدي والنفسي داخل الزواج وعدم التساهل مع تكراره.

– منع تمكين الزوج من استخدام حقه وسيلة للإيذاء أو الانتقام.

---

(460) نفسه، 1/ 89.

(461) نفسه، 1/ 89.

(462) نفسه، 1 /89.

– تعزيز دور القضاء في حماية المرأة لا مجرد تطبيق النصوص المجردة.

– تقديم سلامة المرأة وكرامتها على مصلحة استمرار الحياة الزوجية بأي ثمن.

– إقرار أن استمرار العلاقة الزوجية مشروط بالأمن والعدل لا بالقهر والضرر.

– إظهار مرونة الفقه الإسلامي في التعامل مع قضايا العنف الأسري ومعالجة آثارها الواقعية.

المطلب الثاني: نازلتان في الخصومة بين الزوجين حول تختين الابن المحضون، وعمل الزوجة

يعكس الفقه المقاصدي عناية فقهاء المالكية بتحقيق العدل الأسري، من خلال مراعاة الواقع ورفع الضرر ومنع التعسف في استعمال الحقوق. وقد تجلى ذلك في فتاوى ابن عظوم المتعلقة بحقوق المرأة داخل الأسرة، سواء في علاقتها بأبنائها (الفقرة الأولى) أو في أدوارها الاجتماعية (الفقرة الثانية) بما يبرز أثر المقاصد في حفظ حقوقها وتحقيق الاستقرار الأسري.

الفقرة الأولى: نازلة في الخصومة بين الزوجين حول تختين الابن المحضون:

تعلق النازلة بمسألة رجل وقع بينه وبين زوجته شنآن أدى إلى طلاقه إياها، ثم رفض الأب أداء حقوق أبنائه لادعائه الفقر. ثم أراد الأب أن يختن أكبر الولدين المذكورين عنده لا عند أمه المطلقة فرفضت الأم ذلك فأجاب: "إذا كان الأمر كما ذُكر، فلا يسوغ للأب ختان ابنه المذكور إلا عند أمه..."[463].

وحكم النازلة المجرد فيه خلاف بين فقهاء المالكية؛ حيث يرى بعض الفقهاء أن للأب تختين الابن عنده في بيته ثم يرسله عند أمه، بخلاف زفاف البنت فالذي يترجح أن يكون عند الأم، بينما يرى البعض الآخر بأنه لا يسوغ للأب ختان ابنه المذكور إلا عند أمه، قال التسولي: "فتزف المحضونة لزوجها من بيت حاضنتها، ولا مقال للأب

[463] نفسه، 6/ 236.

بخلاف الختان، فإنه يختن الولد عند أبيه ثم يرد إلى حاضنته"[464]، وجاء في المعيار الجديد: "إذا تنازع الأب والأم في زفاف البنت، فقال الأب: عندي، وقالت الأم: عني، فقال بعض المتأخرين: ظاهر النقل القول قول الأم...؛ وانظر ختان الصبي، هل عند الأب أو عند الأم؟، ويمكن أن يختنه أبوه في داره ويصنع الصنيع ثم يرسله إلى أمه"[465].

فبالرغم من كون الحكم الشرعي المجرد عن النازلة اختلف فيه فقهاء المالكية، والراجح أن يختن عند أبيه؛ – لأنه من مقتضى ولايته –، إلا أن حال النازلة وما يحيط بها جعل ابن عظوم يفتي بتختينه عن أمه، وهو ما يكشف عن عمق النظر المقاصدي عنده، إذ لم يتعامل مع القضية باعتبارها مجرد خلاف فقهي حول أحقية الأب أو الأم في إقامة ختان الابن المحضون، بل نظر إلى ما وراء ظاهر الحكم من مقاصد ونيات ومآلات، وربط الفتوى بواقع النازلة وما يحيط بها من خصومة وتنازع، بما يحقق مقاصد الشريعة في العدل ورفع الضرر وصيانة الأسرة، ومن أبرز هذه الأبعاد المقاصدية ما يلي:

– الالتفات إلى مقاصد المكلف في الفتوى: من أبرز ما اعتمده ابن عظوم في هذه النازلة مراعاته لمقصد المكلف، وعدم وقوفه عند مجرد الصورة الظاهرة للفعل؛ إذ يقول: "وقرائن ما تقدم بين الزوجين... كلها متقضية لقصد الزوج ضرر الأم في ذلك"[466]، فتبين له من خلال معطيات النازلة أن الأب لم يكن يقصد من طلب ختان الابن عنده تحقيق مصلحة الولد، وإنما كان قصده إلحاق الأذى النفسي بالأم وإشعارها بالإقصاء والمهانة بعد ما وقع بينهما من خصومة وطلاق، ولذلك منع ابن عظوم الأب من ممارسة حقه الظاهري لما انقلب وسيلة إلى العدوان والكيد.

---

[464] التُّسُولي، البهجة في شرح التحفة، 1/ 648.

[465] المهدي الوزاني، المعيار الجديد (النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى)، تحقيق: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية –الكويت – ط1، 1417هـ، 4/ 606.

[466] الأجوبة، 6/ 237.

– مراعاة قاعدة المعاملة بنقيض القصد الفاسد: اعتمد ابن عظوم كذلك على قاعدة مقاصدية عظيمة[467]؛ حيث يقول: "وقاعدة المذهب أيضا (معاقبة ذي القصد الفاسد بنقيض قصده)"[468]، فالأب لما أراد استعمال حقه في الختان للإضرار بالأم، عوقب بحرمانه من هذا الحق في هذه النازلة الخاصة، تحقيقا للعدل، ومنعا للتحايل على مقاصد الشريعة، وهذا التوجيه المقاصدي يكشف عن بعد حمائي مهم في الفقه الإسلامي، إذ لا يسمح للمكلف أن يتخذ من الأحكام الشرعية وسائل لتحقيق أغراض فاسدة. فالشريعة لا تحمي مجرد الأشكال القانونية أو الحقوق المجردة، وإنما تحمي المقاصد التي شُرعت تلك الحقوق لتحقيقها.

– مراعاة مقصد رفع الضرر: يُعد مقصد رفع الضرر من أكثر المقاصد حضورا في هذه النازلة، وقد صرح به ابن عظوم بقوله: «وقاعدة المذهب أيضا (رفع الضرر)»[469].

الضرر هنا لم يكن ماديا فقط، بل نفسيا ومعنويا واجتماعيا؛ إذ إن الأم الحاضنة هي التي تحملت أعباء التربية والحضانة ورعاية الابن، في حين تقاعس الأب عن كثير من واجباته، ثم أراد أن يستأثر بمناسبة الختان بما تحمله من رمزية اجتماعية وأسرية، ومن ثم فإن تمكين الأب من إقامة الختان عنده في هذا السياق يُعد إهدارا لحق الأم المعنوي ومشاعرها الإنسانية، ويؤدي إلى تجديد الخصومة وإلحاق الأذى بها.

– مراعاة فقه الواقع وإعمال القرائن: لم يبنِ ابن عظوم فتواه على مجرد دعوى الأم أو ظاهر الواقعة، بل اعتمد على فقه الواقع واستحضار القرائن والأحوال المحيطة بالنازلة، إذ يقول: "وقرائن ما تقدم بين الزوجين من الخصام والتناكر والترافع المذكورة

---

[467] يقول المقري: "من أصول المالكية: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد " المقري، قواعد المقري، تحقيق: محمد الدردابي، مطبعة الأمنية – دار التوزيع الأمان – الرباط 2012م، ص332.

[468] الأجوبة، 6/ 237

[469] نفسه، 6/ 236 – 237.

في السؤال... كلها مقتضية لقصد الزوج ضرر الأم في ذلك، وقاعدة المذهب (إعمال القرائن)"[470].

ويكشف هذا التوجه عن وعي فقهي عميق بطبيعة النزاعات الأسرية؛ إذ إن كثيرا من صور الإضرار لا تثبت باعتراف صريح، وإنما تفهم من خلال السياق والملابسات والعلاقات السابقة بين الطرفين. ولذلك اعتبر ابن عظوم الخصومة المتكررة، والتنازع، والتقاضي، وامتناع الأب عن القيام بحقوق أبنائه، قرائن كافية على فساد قصده.

– مراعاة مقصد حفظ الأسرة وتقليل أسباب النزاع: من المقاصد التي يمكن استنباطها من جواب ابن عظوم كذلك الحرص على حفظ الاستقرار الأسري وتقليل أسباب الشقاق بعد الطلاق؛ لأن تمكين الأب من ختان الابن عنده، في ظل هذه الأجواء المشحونة، كان سيؤدي إلى تعميق الخصومة وزيادة الحقد بين الطرفين. ومن ثم فإن منع الأب من ذلك لم يكن مجرد انتصار لطرف على حساب آخر، بل كان إجراء مقصوده إخماد أسباب النزاع ومنع تجدد الخصومة، تحقيقا لمقصد الشريعة في حفظ الروابط الأسرية، ولو في حدها الأدنى بعد الانفصال.

❖ أثر الأبعاد المقاصية في حفظ حقوق المرأة:

إن المتأمل في هذه النازلة يدرك أن استحضار الفقيه ابن عظوم للأبعاد المقاصدية لم يكن مجرد توجيه نظري أو استدلال تجريدي، بل كان وسيلة عملية لحماية المرأة من صور متعددة من الظلم الأسري الذي قد ينشأ عقب الطلاق والخصومة بين الزوجين. فإعمال المقاصد في مثل هذه النوازل يجعل الفتوى أكثر التصاقا بحقيقة الواقع الأسري، وأكثر قدرة على تحقيق العدل والرحمة، ومن أبرز آثار هذه الأبعاد المقاصدية في حفظ حقوق المرأة ما يلي:

– حمايةُ المرأة من التعسف في استعمال السلطة الأبوية؛ إذ إن الأب في النازلة لم يكن قصده الظاهر تحقيق مصلحة الابن بقدر ما كان يروم الإضرار بالأم والنيل منها

[470] نفسه، 6/ 236 – 237.

نفسيا ومعنويا. ومن ثم فإن منع الأب من الانفراد بالابن لتختينه مثّل حماية للمرأة من تحويل بعض الحقوق الشرعية إلى أدوات للانتقام والكيد بعد الطلاق.

– حفظ الكرامة الإنسانية للمرأة المطلقة، ذلك أن الأم الحاضنة بذلت جهدا كبيرا في رعاية الأبناء وتربيتهم والقيام بشؤونهم اليومية، فتكون أكثر تعلقا بهم وأشد تأثرا بكل ما يتصل بهم من مناسبات اجتماعية وأسرية.

– تعزيز مركز المرأة داخل الأسرة بعد الطلاق، وعدم النظر إليها باعتبارها طرفا ضعيفا فاقدا للتأثير بمجرد انتهاء العلاقة الزوجية، بل باعتبارها شريكا أصيلا في حفظ مصلحة الأبناء ورعايتهم. ولذلك راعى ابن عظوم حق الحاضنة في ما يتصل بولدها، مما يعكس رؤية مقاصدية تجعل مصلحة الطفل مرتبطة أيضا بالاستقرار النفسي والعاطفي للأم الحاضنة، لأن اضطراب حال الأم ينعكس غالبا على الأبناء.

– تحقيق الأمن النفسي والاجتماعي للمرأة؛ إذ إن كثيرا من النزاعات الأسرية بعد الطلاق تتحول إلى وسائل للمكايدة وتصفية الخلافات، مما يوقع المرأة في ضغط نفسي دائم ويجعلها عرضة للابتزاز العاطفي أو الاجتماعي. غير أن إعمال قواعد مثل: «رفع الضرر»، و«المعاملة بنقيض القصد الفاسد»، واعتبار القرائن، يسهم في الحد من هذا التعسف، ويمنح المرأة نوعا من الطمأنينة القانونية والشرعية بأن القضاء أو الفتوى لن يقتصرا على ظاهر الحقوق، بل سينظران كذلك في كيفية استعمالها ومآلاتها الواقعية.

– تحقيق العدالة الأسرية؛ لأن العدل في التصور المقاصدي لا يتحقق بمجرد تطبيق الحكم المجرد، وإنما بتحقيق الحكمة التي شرع الحكم لأجلها. فلو أُعطي الأب حقه الظاهري في ختان الابن عنده رغم ظهور قصد الإضرار، لأدى ذلك إلى تكريس الظلم وإهدار روح الشريعة، بينما أدى المنع في هذه النازلة إلى تحقيق التوازن بين الحقوق.

الفقرة الثانية: نازلة في خصومة حول ممارسة الزوجة مهنة تعليم البنات

سئل الفقيه بن عظوم عن نازلة متعلقة بمنع زوج امرأتَه من الاشتغال في مجال تعليم البناتِ مهنةَ الطرز – بعد ممارستها منذ زواجها منه لمدة تقرب من ثمان سنوات وحلفه بالطلاق الثلاث إن دخلتْ بنتٌ منهن دارَه، إلا بتغليب الموجب الشرعي، إثر مشاجرته معها، فأجاب رحمه الله: "إذا كان الأمر كما ذُكر، وكان الاستثناء منطوقا به، مُتَّصِلاً مقصودا، وكان تعاطي الزوجةِ صناعةَ التعليم، مع سكوت الزوج عنها ولم يُغيره، صار ذلك حقا لها بسكوته، لما نَصَّ عليه الشيخُ المغربي [أي أبو الحسن الصغير]، وَأَخَذَه من المدونة أن: (السكوت إذن) وقال الإمام المازري – رحمه الله تعالى –: مذهب ابن القاسم أن: (السكوت علم على إسقاط الساكت حقه)"[471].

وقد احتج ابن عظوم بالقاعدة الفقهية (السكوت علم على إسقاط الساكت حقه) في فتواه بسقوط حق الزوج في منع زوجته من الاشتغال في مجال التعليم؛ وهي قاعدة مختلف فيها داخل المذهب؛ لذا احتج لها رحمه الله بدليل استقراء مجموعة من الفروع والمسائل الفقهية التي تدل عليها، منها قوله: "قال ابن القاسم: ومن كان من غرماء الحي حاضرا عالما بتفليسه، فلم يقم مع من قام، فلا رجوع له على الغرماء، وذلك رضى ببقاء دينه الغريم...انتهى؛ وفي حضانة البرزلي [أي من كتابه الجامع في مسائل الأحكام] عن فتوى ابن رشد: سكوت مُستَحِقِّ الحضانة، وكذا في المختصر والشامل، فذلك كله من قاعدة: (السكوت إذن ورضى) إلى غير ذلك من فروع القاعدة"[472].

فرجح رحمه الله أحدَ قولي ابن القاسم – وهو أن السكوت إذن في المذهب –، مخالفا ترجيح ابن رشد، بناء على استقرائه لبعض الفروع المذهبية، وما قرره بعض فقهاء المذهب، كابن ناجي وأبي الحسن الصغير والطرابلسي.

وهذا الترجيح في النازلة من قبل ابن عظوم له أبعاد مقاصدية، أهمها:

---

[471] نفسه، 4/ 295.

[472] نفسه، 4/ 295 – 297.

– مقصد حفظ المال والكسب الحلال (حق العمل)؛ إذ تظهر النازلة أن الزوجة كانت تمارس مهنة لتعليم الفتيات، وهو عمل يدخل في باب "المصالح المعاشية"؛ فمنع الزوجة من التعليم هو تعطيل لمصلحة اقتصادية لها وللمجتمع (الفتيات المتعلمات). فاستند الفقيه بن عظوم إلى قاعدة (السكوت إذن) ليُبقي على هذا الحق قائما.

– مقصد رفع الحرج ودرأ المفاسد؛ فاستخدام الاستثناء في اليمين أو اعتبار سكوته اللاحق بمثابة إذن، يهدف بالدرجة الأولى إلى مقصد حفظ كيان الأسرة. فلو أفتينا بوقوع الطلاق بمجرد دخول الفتيات، لهدمنا أسرة كاملة بسبب يمين مشاجرة. لذا، توسع فقهاء المذهب في مفهوم السكوت، واعتبروه إذنا شرعيا لرفع الحرج عن الزوج والزوجة معا.

– استقرار المعاملات بين الناس، فإعمال قاعدة (إسقاط الحق بالسكوت) يحقق استقرار المعاملات، فالحقوق لا تبقى معلقة؛ فإما أن ينكر الزوج فورا عند العقد، أو يعتبر سكوته رضا، وهذا يحمي المرأة من تعسف الزوج الذي قد يسكت زمنا ثم يحتج باليمين ليوقع الطلاق متى شاء.

❖ أثر الأبعاد المقاصية في حفظ حقوق المرأة:

إن استحضار هذه الأبعاد المقاصدية في النازلة له آثار مباشرة وعميقة في حفظ حقوق المرأة، أهمها:

– حماية الزوجة من تعسف الزوج في استخدام حق القوامة، فاعتبار سكوت الزوج إذنا للزوجة بالعمل، سلب من الزوج القدرة على استخدامه اليمين (الطلاق) كأداة ضغط ومنع، وسيف مسلط على رقبة المرأة.

– إثبات الشخصية القانونية والمالية للمرأة، فإقرار الفقيه في النازلة بصحة استمرار الزوجة في تعليم الطرز رغم يمين الزوج (بناء على تأويل سكوته) هو اعتراف ضمني بحقها في العمل المهني والتربوي، وهو ينتقل بالمرأة من كائن تابع ليمين الزوج، إلى كائن له حق مكتسب بالسكوت؛ حيث صار التعليم حقا لها ملكته بذلك الإذن والاسقاط.

– استقرار الحقوق المكتسبة للمرأة، فحق المرأة في ممارسة مهنتها داخل بيتها (إذا لم يضر بالزوج) هو حق محمي في النازلة، وأن اليمين التي تهدف للتضييق على هذا الحق تُفسر بأضيق الحدود، بينما يُفسر السكوت بأوسع المدلولات لصالح استمرار حق المرأة.

– تنمية المجتمع النسوي، فمن خلال عدم إيقاع الحنث، حافظ الفقيه على استمرارية مدرسة صغيرة لتعليم الفتيات، وهذا يخدم مقصد حفظ العقل والمال للفتيات، ويجعل من المرأة عنصرا فعالا في التنمية لا مجرد متلقية للأوامر.

وخلاصة الكلام فالنازلة تعكس فقها مقاصديا مرنا يميل إلى التوسعة لا التضييق فيما يخص تصرفات المرأة المهنية، فبدلا من الجمود عند حرفية اليمين ووقوع الطلاق وقوامة الزوج، بحث الفقهاء – ومنهم ابن عظوم – عن مخرج عبر دلالة السكوت والنية في الاستثناء، والهدف الأسمى هو حفظ مصلحة الزوجة في العمل، ومصلحة المجتمع في التعلم، ومصلحة الأسرة في الاستقرار

خاتمة

في ختام هذه الدراسة نخلص إلى جملة من النتائج التي تعكس مرونة الفقه المالكي وقدرته على تحقيق العدالة الأسرية من خلال الاستنجاد بمقاصد الشريعة الكلية. ويمكن تلخيص أبرز النتائج والتوصيات فيما يلي:

أولاً: النتائج العلمية للدراسة:

– أثبت البحث أن الفقيه ابن عظوم لم يقف عند الظواهر الحرفية للنصوص المتعلقة بالقوامة والطاعة، بل جعل حقوق الزوج مقيدة بمقاصدها الشرعية. فمتى انقلب استعمال الحق وسيلة تدخل الفقيه لإبطاله.

– كشفت الدراسة عن منهجية دقيقة في الموازنة بين الأضرار؛ حيث قدم الفقيه سلامة المرأة وأمنها النفسي والجسدي على مصالح الزوج المالية أو العرفية، معتبرا أن درء المفسدة الواقعة على النفس مقدم شرعا على جلب المصلحة المتعلقة بالمال أو السكن.

– خلصت الدراسة إلى أن الفقه النوازلي يحمي الحقوق المكتسبة للمرأة؛ فاعتبار السكوت إذنا في عمل الزوجة يعد اعترافا بذمتها المستقلة، ويمنع تحول يمين الطلاق إلى سيف مسلط لهدم كيان الأسرة أو التضييق على أدوار المرأة الاجتماعية والتنموية.

– أظهرت الدراسة أن الحكم الفقهي عند ابن عظوم يدور مع علته وجودا وعدما؛ فالحكم بوجوب سفر الزوجة مع زوجها يسقط إذا كان "المآل" هو التغرير بنفسها في ظروف غير آمنة.

– أكدت الدراسة أن القضاء المقاصدي لا ينتظر اعترافا صريحا بالظلم، بل يستنبط فساد النية من "قرائن الأحوال" (كالتناكر والخصومة السابقة)، مما يوفر شبكة أمان قانونية للمرأة في مواجهة صور الإكراه غير المباشر.

– انتهى البحث إلى أن القضاء الأسرى في الأجوبة العظومية ليس مجرد جهة فض نزاع، بل هو سلطة "تأديب وكف يد" للظالم.

ثانياً: مقترحات الدراسة:

– توصي الدراسة بضرورة استلهام الروح المقاصدية لأجوبة ابن عظوم عند صياغة مدونات الأسرة المعاصرة، لضمان عدم استغلال الثغرات القانونية في ممارسة التعسف.

– الدعوة إلى تكثيف البحوث العلمية التي تربط بين القواعد الفقهية الكلية (كقاعدة المعاملة بنقيض القصد) وبين قضايا العنف الأسري، لتقديم مخارج فقهية شرعية تحمي كرامة المرأة.

– دعوة المؤسسات القضائية إلى تعميق التكوين المقاصدي للقضاة والمفتين، لتمكينهم من أدوات "فقه المآلات" و"الموازنة بين المصالح" في النزاعات الأسرية المستجدة،

– تشجيع الباحثين على استخراج الكنوز الحمائية للمرأة من التراث النوازلي المالكي، وتقديمها كبديل أصيل يفند دعاوى "جمود الفقه" أو انحيازه ضد حقوق المرأة.

لائحة المصادر والمراجع

ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ/ 2004م.

أبو الحسن التّسُولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1418هـ/ 1998م.

حذيفة عبود، تعامل الداعية مع المستجدات الفقهية، الشيخ القرضاوي أنموذجا، دار كتب العلمية، بيروت، ط1، 2013م.

الخادمي، الاجتهاد المقاصدي: حجيته، ضوابطه، مجالاته، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1419هـ/ 1998.

ريحانة اليندوزي، ضوابط المنهج المقاصدي، تم الاسترجاع بتاريخ 22/ 02/ 2023م، من موقع الرابطة، الرابط: (arrabita.ma).

السيوطي، الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، طبعة مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1404هـ/ 1984م.

الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/ 1997م.

عبد الرحمن منصور، أحكام النشوز في الشريعة الإسلامية، (رسالة قدمت استكمالا للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007م).

القرافي، الفروق، عالم الكتب، ط د، ت د.

محمد سعد اليوبي، ضوابط إعمال مقاصد الشريعة في الاجتهاد، "مجلة الأصول والنوازل" ع4، 1431هـ.

المقري، قواعد المقري، تحقيق: محمد الدردابي، مطبعة الأمنية – دار التوزيع الأمان – الرباط 2012م.

المهدي الوزاني، المعيار الجديد (النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى)، تحقيق: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت – ط1، 1417هـ.

انتقال الحضانة بين الأبوين في ظل النوازل الفقهية

ذ. كريم شكري

عضو مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر/ التأصيل والتنزيل

ذ. رشيد الوراك

أستاذ باحث كلية الشريعة. فاس

المدخل:

الحمد لله الذي هدانا لهذا، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، وما توفيقي ولا اعتصامي ولا توكلي إلا على الله وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، إقراراً بربوبيته، وإرغاماً لمن جحد به وكفر، وأشهد أن سيدنا محمداً رسول الله وسيد الخلق والبشر، صَلَّى اللَّه عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما اتصلت عين بنظر، أو سمعت أذنٌ بخبر، وعلى آله وأصحابه وذريته، ومن والاه، ومن تبعه إلى يوم الدين.

تمثل الحضانة أثرا من آثار الزواج، فهي تمارس من طرف الأبوين معا، إلا أن أغلب المشاكل التي تثار في موضوع الحضانة لا تظهر إلا بعد انفصام الرابطة الزوجية لذلك اخترت أن أتحدث في هذه الورقات عن انتقال الحضانة بين الأبوين بعد الطلاق مبينا الدور الذي قام به الفقهاء في ظل النوازل الفقهية في حماية حق المرأة بعد انفصام العلاقة الزوجية في كفالة أبنائها وحمايتهم.

لذلك تناولت هذا الموضوع في مبحثين، تناولت في الأول مفهومي النوازل الفقهية والحضانة، وفي المبحث الثاني تطرقت لانتقال الحضانة بين الوالدين في ظل النوازل الفقهية. والبحث يروم إبراز التكريم والعناية والرعاية التي حظيت بها المرأة في ظل النوازل الفقهية، كما يظهر بعض ملامح الواقع الأليم الذي عاشته المرأة المسلمة في بعض المجتمعات العربية نتيجة ظلم الرجال وإساءة فهمهم للشريعة. بالإضافة إلى إبراز اعتناء الفقهاء المسلمين والنوازليين بموضوع الحضانة عن طريق استنباط القواعد التي

تنظمها، وذلك حرصا منهم على تحقيق رغبة الشرع في العناية بالنسل والمحافظة على النوع البشري، لأن هذه الرغبة لا تتم على الوجه الأكمل إلا إذا تولى حضانة الأولاد من هو أشفق عليهم وأحرص على القيام بشؤونهم وتوفير الحنان والعطف عليهم.

المبحث الأول: مفهوم النوازل الفقهية والحضانة

تكمن أهمية هذا المبحث ضمن هذا البحث، في كونه يُمَكن بادئ ذي بدء من الوقوف على بعض المصطلحات التي سأشتغل عليها من حيث ضبط مفاهيمها لغويا واصطلاحيا، إدراكا مني لأهمية اعتماد مبدأ الدقة والتحديد في وضوح المقصود.

ولتحقيق المراد، قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، الأول لتحديد المفهوم اللغوي والاصطلاحي لمفهوم النوازل الفقهية، والمطلب الثاني لتحديد المفهوم اللغوي والاصطلاحي لمفهوم الحضانة، وهذا البيان:

المطلب الأول: مفهوم النوازل الفقهية

قال ابن فارس: النون والزاي واللام كلمة صحيحة تدل على هبوط الشيء ووقوعه... والنازلة: هي الشديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس[473]، وهي اسم فاعل لفعل نزل أي حل به، أو عليه، فهو نازل وهي نازلة، والأصل في النزول: انحطاط من علو والمقصود فيما يبدو المعنى المجازي لا الحقيقي، ولما كان الفقيه يعاني شدة في استخراج حكم المسألة الواقعة المستجدة، ناسب أن تسمى هذه المسألة بالنازلة في اللغة من معنى الحلول والوقوع.

أما بخصوص المفهوم الاصطلاحي للنوازل الفقهية فقد اختلف العلماء في إعطاء مفهوم موحد للنوازل الفقهية، لكن لم يبتعدوا عن كونها وقائع شديدة تنزل بالناس فتحتاج لاجتهاد الفقهاء بحثا عن الحكم الشرعي المناسب لها، ففي كتاب أصول الفتوى في الفقه الإسلامي: النازلة هي شديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس في القضايا والمسائل الفردية والجماعية التي تقتضي النظر والاجتهاد وعدم إغفال أي عامل من العوامل التي أنتجت

[473]– معجم مقاييس اللغة كتاب النون، باب النون والزاي وما يثلثهما.

القضية المستجدة في مختلف مجالات الحياة.[474] وهذا التعريف قريب مما عرف به وهبة الزحيلي النوازل الفقهية، إذ بالنسبة له، هي المسائل والمستجدات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الأعمال وتعقد المعاملات والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها.[475]

والتعريفان أعلاه أشمل وأدق من المفهوم الذي قدمه الحسن العبادي عندما عرفها بأنها: الوقائع اليومية التي تنزل بالناس فيتجهون إلى الفقهاء بحثا عن الحلول.[476] فحسب هذا التعريف فإن كل مسألة نزلت بالناس تعتبر نازلة فقهية، وإن كانت غير جديدة وغير شديدة، والصواب أن النازلة لا يصلح أن يطلق عليها هذا الاسم إلا إذا كانت أمرا مستعصيا لم يعرف له الناس حكما من قبل، ويحتاج إلى اجتهاد وتقليب النظر للبحث عن الحكم الشرعي المناسب له.

وجدير بالذكر أيضا أن بعض الباحثين حصر النوازل الفقهية في الدعاوى والمنازعات التي يفصل فيها القضاة طبقا للفقه الإسلامي.[477] والحقيقة أن النوازل الفقهية هي الجانب العملي التطبيقي للفقه النظري، أمام المستجدات المشكلات، سواء فصل فيها القضاة أو فصل فيها المفتون.

وهي أيضا كل هذا الذي بين أيدي الأمة منقحا ومهذبا ومرتبا في كتب ومؤلفات صنفت في غالبها وفق ترتيب أبواب الفقه، لتكون سهلة المأخذ وعذبة المرتع.

---

[474]– أصول الفتوى في الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور عبد السلام الزياني، ص،7، مطبعة أنفو برانت .2016

[475] –سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، الدكتور وهبة الزحيلي، ص9، الطبعة الأولى1421 /2001. دار المكتبي.

[476] –خصائص فقه النوازل في سوس ونماذج مختارة منها، الحسن العبادي، ص، 185مجلة دار الحديث الحسنية. العدد12/ 1415/ 1995.

[477] –النوازل الفقهية في العمل القضائي المغربي لعبد اللطيف هداية الله ص319.

قال عليش رحمه الله:[478] ولما كانت الفتوى مما لا يستغنى عنها في جميع الأزمان ومن أهم ما يعتنى وأجل ما يقتنى لنوع بني الانسان، قيدت ما وقع لي من الأسئلة ورتبتها على أبواب الفقه بعد أن هذبتها ونقحتها وسميتها:" فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك."[479]

ويتعين التنبيه إلى أن الفقهاء استعملوا للتعبير عن مفهوم النوازل كثيرا من المفاهيم كالوقائع والفتاوى والأجوبة والمسائل والأحكام، وكل هذه الأسماء تعبر عن نفس مسمى النوازل. يقول الدكتور الحسن العبادي: قد تعددت الأسماء لمسمى واحد، فنجد الفقهاء أطلقوا على أعمالهم مصطلح النوازل وبعضهم الفتاوى وآخرون المسائل والأجوبة، فيقال مثلا: نوازل فلان والنوازل الكبرى والنوازل الصغرى، كما يقال فتاوى فلان، أو مجموعة فتاوى، ويقال: أجوبة فلان وأسئلة فلان ومسائل فلان، كجامع مسائل البرزلي[480] مثلا.[481]

وعند مقارنة مضمون هذه المصطلحات مع محتويات الكتب التي تحمل نفس العناوين نجدها ذات مضمون واحد. فلا فرق بين ما نجده في التي تعنون بالفتاوى أو تلك التي تسمى بالأجوبة أو الأسئلة. وهذا الكلام موافق لفحوى كلام محمد الروكي الذي يرى فيه، أنها تسمى نوازل فقهية لاشتمالها على النازلة ورأي الفقيه وتسمى فتاوى اقتصارا في تسميتها على حكمها المجاب به عنها.[482]

---

[478]– هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش الطرابسي الدار المصري القرار شيخ السادات المالكية ومفتيها أخذ عن الشيخ الأمير الصغير والشيخ مصطفى البولاقي والشيخ مصطفى السلموني ألف تآليف كثيرة في فنون العلم منها شرح المختصر وحاشية عليه وشرح مجموع الأمير وحاشية عليه وحاشية على أقرب المسالك وله فتاوى مجموعة في مجلدين قال عنه الزركلي: هو من أعيان المالكية. / شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن قاسم بن مخلوف، الطبعة الأولى 20223 دار الكتب العلمية بيروت، 552/1 / الأعلام لخير الدين الزركلي 19/6.

[479]– فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد بن أحمد عليش، جمعها علي بن نايف الشحود ص7.

[480]– هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي مفتيها وفقيهها وحافظها وإمامها بالجامع الأعظم بعد الغبريني شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق، كان إليه المفزع في الفتوى أخذ عن ابن عرفة وابن مرزوق الجد، توفي سنة 841هـ / شجرة النور الزكية ص:245 / نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التنبكتي،ص48 تحقيق عبد الله عبد الحميد الهرامة منشورات دار الكتاب طرابلس الطبعة2/2000.

[481]– خصائص فقه النوازل في سوس الحسن العبادي، م س، ص:185.

[482] –النوازل الفقهية عند المالكية تأصيلا وتطبيقا ندوة بدار الحديث الحسنية يومي 1و2، مارس.2017.

لكن الواقع أن فقه النوازل لم يقتصر على ما كان يعرض على السائلين فيما كان يقع لهم من الحوادث والنوازل، بل يدخل في ذلك أيضا ما كان يسأل فيه العلماء بعضهم بعضا في مراسلاتهم، وما كان يدور بينهم ويناظرون به من المسائل الفقهية العويصة، وكذا ما كان القضاة يدونونه من الأحكام والقضايا والدعاوى والمنازعات التي كانت تعرض لهم ويفصلون فيها أو يسألون المفتين عنها ويسجلون ذلك في محاضرهم وسجلاتهم، وما كان العدول والموثقون والفرضيون يخطونه في وثائقهم وغير ذلك مما كان مستودع الأحكام ومستقرا لها

المطلب الثاني: مفهوم الحضانة

لقد عالجت هذا المطلب من خلال ثلاث فقرات: الفقرة الأولى: تعرضت فيها لمفهوم الحضانة في اللغة وفي الفقرة الثانية مفهوم الحضانة في الاصطلاح وفي الثالثة تحدثت عن السند الشرعي للحضانة.

الفقرة الأولى: الحضانة لغة:

الحضانة أصلها من حضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح[483]، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما. ومنه الاحتضان وهو احتمال الشيء وجعله في حضنك، كما تحتمل المرأة ولدها وتجعله في أحد شقيها.

قال ابن فارس: الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته... يقال: احتضنت الشيء جعلته في حضني. وامرأة حضون بينة الحضان[484]

ويقال: حضن الطائر بيضه حضنا وحضانة وحضانا وحضونا رجن[485]عليه للتفريخ. أي ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها.

---

[483]– كشح الإنسان: الجزء الجانبي من جسمه ما بين الضلوع والخاصرة.

[484] – مقاييس اللغة، مادة "ح ض ن".

[485] – رجن الرجل المكان، إذا أقام به، والراجن الآلف من الطير وهي بمعنى الإقامة.

وحضان جمع حاضن، لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه، وبه سميت الحاضن وهي التي تربي الطفل. والحضانة بالفتح فعلها. والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه...وحضن الصبي يحضنه حضنا رباه[486]

جاء في القاموس المحيط: إن الحضانة مصدر لفعل حضن وهو ضم، ويدل على الاحتضان والحفظ، فيقال: حضنت المرأة ولدها إذا ضمته إليها، وحاضنة الصبي هي القائمة عل أمر تربيته.[487]

واحتضنت الشيء: جعلته في حضني، والجمع أحضان، مثل حمل وأحمال، وعليه فالحضانة لغة هي الحفظ والصيانة.[488]

وعلى العموم، تدور مادة "ح ض ن" في المعاجم اللغوية على معنى الحفظ والصيانة والتربية.

الفقرة الثانية: المعنى الاصطلاحي للحضانة

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للحضانة عن إطار معناها اللغوي ولا يبتعد عنه كثيرا، فقد اشتهر تعريف ابن عرفة لها بقوله: "حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه،[489]ونسب هذا التعريف إلى الإمام الباجي[490].

---

[486]– لسان العرب، مادة "ح ض ن". جمال الدين ابن منظور، ، الطبعة الأولى، 1968، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت.

[487]– القاموس المحيط. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي تحقيق مكتبة تحقيق التراث، الطبعة الأولى 2005 مؤسسة الرسالة.

[488]– طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، نجم الدين النسفي: تحقيق خالد عبد الرحمان العك، الطبعة الأولى، 1995/1416. دار النفائس،

[489] – شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية لأبي عبد الله محمد الرصاع الأنصاري، تحقيق: محمد أبي الأجفان، الطبعة الأولى1993. دار الغرب الإسلامي

[490]– هو القاضي أبو الوليد الباجي الفقيه الحافظ، النظار العالم المتفنن أخذ عن أبي الأصبغ ومحمد بن اسماعيل وروى عنه أبو بكر الخطيب وابن عبد البر وهما أسن منه، توفي سنة :474هـ / ترتيب المدارك:117/8إلى 127، الصلة 317/1-318.

وعرفها ابن راشد فقال: هي صيانة العاجز والقيام بمصالحه.[491]

وقال الدردير[492] بأنها: القيام بشأن الطفل في نومه ويقظته.[493] وعند التسولي[494]: هي الكفالة والتربية والقيام بأمر المحضون.[495]

والأصل في ذلك حفظ الولد كما قال ميارة.[496] وعرفها رزوق[497] بما تروم إليه فقال بعد أن ذكر تعريفها: جلب المنفعة للمحضون ودفع الضرر عنه.[498] أما القاضي عبد الوهاب، فقد أضاف إلى تعريفه للحضانة المدة التي تستغرقها فقال: هي حفظ الولد والقيام بمصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ في الذكر، والأنثى حتى يدخل بها زوجها.[499] وعرفها ابن بزيزة[500] بقوله: كفالة الولد مادام محتاجا.[501]

---

[491]- لباب اللباب، ص126.

[492]- هو أحمد بن أحمد بن حامد العدوي المالكي الشهير بأحمد الدردير له شرح مختصر خليل، وأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك توفي بالقاهرة. / شجرة النور الزكية 359

[493]- الشرح الصغير، ج1، ص189.

[494]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المالكي له: " البهجة في شرح التحفة و شرح الشامل و غيرهما. سلوة الأنفاس 266/1. شجرة النور الزكية 397/1 معجم المؤلفين 458/2.

[495] – البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي 638/1الطبعة الأولى، 1998 دار المعرفة.

[496]- شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكث العقود والأحكام لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المتوفى سنة 1076هـ،1 /433 ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية بيروت.

[497]- هو أبو الغباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى المعروف بزروق فقيه محدث صوفي الفاسي البرنوصي من مؤلفاته شرح مختصر خليل وشرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني توفي سنة 899 هـ / شجرة النور الزكية:267/1 الفكر السامي 264/2

[498]- شرح العلامة أحمد بن محمد البرنوسي الفاسي المعروف بزروق على متن الرسالة، 2 / 97

[499]- التلقين، القاضي عبد الوهاب، تحقيق محمد الداني، الطبعة مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، بدون تاريخ.

[500]- هو عبد العزيز إبراهيم بن أحمد التونسي المعروف بابن بزيزة المالكي، صاحب الإسعاد في شرح الإرشاد توفي عام 662. / شجرة النور الزكية 466/1، نيا الابتهاج 295/1

501- أجوبة أبي القاسم بن محمد مرزوق بن عظوم المرادي306/6 تحقيق وتقديم محمد الحبيب الهيلة، الطبعة الأولى2007 المجمع التونسي الآداب والفنون"بيت الحكمة".

وتفيد هذه التعريفات حسب ابن رحال المعداني[502] دور الأب والأم معا، إذ يضطلع الأب بالنظر في جميع أمور الصبي ويقتصر دور الأم على التربية والمبيت عندها.[503] وعرفها محمد أبو زهرة: بأنها تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا.[504]

وعند إمعان النظر في هذه التعريفات تجدها تفتقر إلى ما يفيد معنى الرأفة والحب والحنان والرقة والشفقة والرحمة، فالحضانة بالإضافة إلى الاهتمام بالجانب المادي للصبي وتربيته، فهي عطاء وجداني وروحاني متبادل بين الأم وولدها. فأين في التعريفات أعلاه ما يفيد حق الأم في ذلك الشعور بالأمومة الذي قذفه الله في روعها؟ ذلك أن فراقها له ضرر كبير وألم عظيم، لذلك كانت أحق بالحضانة من غيرها.

الفقرة الثالثة: السند الشرعي للحضانة

تجد الحضانة سندها في الكتاب والسنة والاجماع.

أولا: في كتاب الله.

لقد ذكر الله في كتابه العزيز آيات كثيرة اعتبرها المفسرون أصلا شرعيا للحضانة. من ذلك قوله تعالى: ﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**﴾.[505] قال ابن رشد:

---

[502]– كان من أهل الفضل وقضاة العدل أخذ عن الشيخ عبد القادر الفاسي والمجاصي واليوسي، له شرح على خليل طبعته الرابطة المحمدية في 71 مجلدا، وحاشية على ميارة على التحفة، وله كتاب الإرفاق في مسائل الاستحقاق توفي سنة 1140هـ. / شجرة النور الزكية382/1.

[503] – حاشية أبي على الحسن بن رحال المعداني على شرح التحفة، ص: 433/1.

[504] – الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة، ص: 474.

[505]– سورة البقرة، جزء من الآية 231.

فالأم أحق برضاعة ابنها وكفالته إلى أن يستغني عنها بنفسه.[506] وقال ابن العربي في الآية: لأن الحضانة مع الرضاع.[507]وقال القرطبي: دليل لمالك أن الحضانة للأم.[508]

ثانيا: في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

أما مستند الحضانة في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت للنبي: يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وإن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني. فقال: أنت أحق به ما لم تنكحي.[509]

ولقد علق صاحب زاد المعاد على الحديث بما يفيد أحقية الأم في الحضانة بعد الطلاق فقال:" وفي هذا دليل على اعتبار المعاني والعلل وتأثيرها في الأحكام، وإناطتها بها، وأن ذلك أمر مستقر في الفطر السليمة التي فطر النساء عليها، وهذا الوصف الذي أدلت به هذه المرأة وجعلته سببا لتعليق الحكم به. قد قرره النبي صلى الله عليه وسلم ورتب عليه أثره.[510]

---

[506] – المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة 520هـ،297/1 الطبعة الأولى2002/1423 دار الكتب العلمية بيروت لبنان

507– أحكام القرآن، أبو محمد بن العربي، (ت543هـ) الطبعة الأولى2005 دار الفكر للطباعة والنشر بيروت لبنان..

508– الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي 3 /164تحقيق سالم مصطفى بدري، الطبعة الأولى، 2000م دار الكتب العلمية.

[509] . أخرجه أبو داود في باب من أحق بالولد، من كتاب الطلاق، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده من حديث عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده، برقم 6706.

[510]– زاد المعاد. ابن القيم الجوزية، تحقيق محمد بن عيادي بن عبد الحليم، الطبعة الأولى، مكتبة الصفا، ج4، ص195، 2004.

ودل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان، وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها أو بالولد وصف يقتضي تخييره، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع.[511]

ولقد روى مالك في الموطأ، عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر ثم إن عمر فارقها، فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه فوق الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه، فقال عمر: ابني. وقالت المرأة: ابني. فقال أبو بكر رضي الله عنه: خل بينها وبينه، فما راجعه عمر الكلام.[512]

ثالثا: من الإجماع.

لا خلاف بين أحد من علماء الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته، فهو من فروض الكفاية، لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا يتعين ذلك على أحد سوى الأب وحده، ويتعين على الأم في حولي رضاعه إذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منه.[513]

المبحث الثاني: انتقال الحضانة بين الوالدين عند النوازليين

لا شك أن الأم هي أرأف وأرحم وأشفق بولدها من غيرها، فقد حملته في بطنها ردحا من الزمن، فأشعرته بحنانها ولهفتها عليه وهو لازال جنينا في طور التكوين في أحشائها، كما استشعرت لذة الأمومة وحلاوة ذلك من خلاله. وبعد خروجه من بطنها إلى هذه الدنيا، يكون في أمس الحاجة للرعاية والعناية والتربية والصيانة، باعتباره كائنا ضعيفا غير قادر على حماية نفسه ولا تلبية حاجياته، لذلك كانت الحضانة بالنسبة له ضرورة طبيعية وفريضة شرعية.

---

[511] – نفس المصدر، نفس الصفحة.

[512]– نفس المصدر، نفس الصفحة.

[513] – المقدمات الممهدات، م س، 1 /298.

فالحضانة في الأصل حق للأب والأم مادامت العلاقة الزوجية قائمة، أما وقد انفصمت، فبمستقر العادة وبموجب الفطرة ينتقل هذا الحق إلى من هو أشفق وأرأف بهذا الولد، ألا وهي الأم.

فالأم أولى من كل الناس في حضانة ولدها لأن المقدم في الحضانة كما يقول ابن رشد هو من يعلم بمستقر العادة أنه أشفق على المحضون وأرأف به وأقوى لمنافعه وهي الأم.[514]

وطبيعة الأمومة تجعل حاجتها إليه وحضانتها لا تقل أهمية عن حاجته إليها، إذ فراقها له يعتبر اعتداءا عليها وجرحا لمشاعرها، قد ينتج عنه ضرر بليغ لها وذلك بسبب حبها الشديد له ولهفتها الكبيرة عليه، قال القاضي عبد الوهاب:" فإذا أخذ منها لحقها ضرر بفراقه."[515]

ولهذا فلا اختلاف بين أهل العلم أن الأم أحق بالحضانة من الأب ومن سائر الأولياء من الرجال والنساء.[516]وهذا هو المقصود حسب القرطبي من قوله تعالى:" ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ "[517] إذ قال: في هذه الآية دليل لمالك على أن الحضانة للأم، فهي في الغلام إلى البلوغ وفي الجارية إلى النكاح وذلك حق لها.[518]واستنبط ابن العربي الحكم نفسه من الآية فقال:

---

[514] – المقدمات الممهدات، لابن رشد القرطبي دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 2002 م م س، 299/1.

[515]– المعونة على مذهب عالم المدينة، م س، 2 /106.

[516]– المقدمات الممهدات 1/ 299.

[517] – سورة البقرة، جزء من الآية 231.

[518]– الجامع لأحكام القرآن،109/3، تحقيق سالم مصطفى بدري، الطبعة الأولى2000. دار الكتب العلمية،

ولمالك أثر يستند عليه في الأمر ذكره في المدونة: إذ روى ابن وهب[519] عن الليث بن سعيد أن يحيى بن سعيد حدثه فقال: إذا طلقت المرأة فهي أولى بالذكر والأنثى مالم تتزوج والحضانة حق لها في ولدها وليس بحق للولد عليها.[520]

لذلك فإن جمهور المالكية يرون أن الحضانة حق للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا، لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة[521].

من أجل هذا، نجد النوازليين لم يألوا جهدا في الدفاع عن هذا الحق وحمايته، فقد ترجموا هذا التوجه الفقهي وأحسنوا تنزيله في فتاويهم وأجوبتهم، ففي فتوى لابن عظوم عندما سئل عن جوابه في مسألة رجل طلق زوجته طلقة واحدة ثابتة على غير فداء ولا ترك شيء، وله منها أولاد، ذكران وأنثيان، وأمهم المطلقة المذكورة لم تزل عزباء، أي لا زوج لها، إلى الآن، فهل حضانة الأولاد المذكورين لأمهم دون أبيهم أم لأبيهم دون أمهم؟

فكان نص جوابه بعد افتتاحه: إذا كان الأمر كما ذكر فالحضانة ثابتة للأم مادامت غير متزوجة وتستمر حضانتها إلى بلوغ الذكر والدخول بالأنثى.[522]

519- هو الفقيه الزاهد الثقة عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي روى عن مالك والليث ويونس بن يزيد والثوري وابن عيينة وغيرهم و روى عنه أصبغ بن الفرج وسحنون، قال الشيرازي: كان مالك يكتب إليه: إلى أبي محمد المفتي وكانت وفاته سنة 197هـ / ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مالك، للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي المتوفى 544 هـ.

520 – هو أبو الفضل قاسم ابن الشيخ زروق ابن الشيخ محمد عظوم القيرواني المحقق للفتيا والنوازل كان معاصرا لأبي يحيى الرصاع، وله تآليف عديدة منها برنامج الشوارد على الشامل الذي اعتمده القضاة والمفتون وأجوبة على نوازل في الفقه سئل عنها في نحو ثلاثين مجلدا، كان حيا سنة 1009هـ. / شجرة النور الزكية،1 /423.

521 – أخرجه الترمدي في سننه، كتاب السير، باب في كراهية التفريق بين الصبي، حديث رقم1566.

522 – أجوبة ابن عظوم، م.س، 438/3.

وأردفها بنازلة أخرى في أجوبته تؤكد هذا الاقتناع وتعضده وتبرز ثبوت حق المطلقة في حضانة أبنائها، فمما جاء في جوابه: إذا كانت أم الأولاد مطلقة سليمة العقل والبدن خالية من زوج فحضانة أولادها لها دون أبيهم.[523]

والحق المقصود بالحماية هو حق الأم في الحضانة في مقابل حق الأب فيها إذ لها الأولوية في هذا الأمر بدون خلاف. فالأم أولى بحضانة أبنائها من الأب وغيره.

ولإبراز هذا الحق للأم نقدم عددا من النوازل الفقهية التي يتبين من خلالها دفاعهم عن هذا الحق كما يبين أحقية الأم بالحضانة في كل الأحوال.

المطلب الأول: الحضانة حق من؟

لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول: هل حق الحضانة للحاضنة، تتمسك به متى تشاء وتتركه متى تشاء؟ أم هو حق للمحضون وواجب على الحاضنة، فهي تجبر على إحضانه؟ أم هو حق لهما معا؟ أم ليس لأحدهما وإنما هو حق لله تعالى؟

فالمشهور عند المالكية، أن الحق في الحضانة للحاضن، كما في التحفة وغيرها:

الحق للحاضن في الحضانة وحال هذا القول مستبانة

لكونه يسقطها فتسقط وقيل بالعكس فما إن تسقط[524]

وفيه يقول ميارة الفاسي: يعني إنهم اختلفوا في الحضانة، هل هي حق للحاضن؟ وعليه إذا أسقطها سقطت لأن كل من له حق إذا أسقطه سقط.[525]

وذكر المقري الاختلاف في ذلك ملمحا إلى أن الحق مشترك، إلا أن الاختلاف أيهما أقوى فقال: اختلف المالكية في كون الحضانة حق للحاضن أم للمحضون، أي

---

[523]– المرجع نفسه، 4380/3.

[524] – البهجة في شرح التحفة، م س،31/1البيتان:653و654.

[525] – شرح ميارة على التحفة، م س،1/ 434.

في المغلب حقه من الفريقين وإلا فلكل منهما حق.[526] وهو ما اختاره ابن محرز: والصواب عندي أنه حق سواء بين الحاضن والمحضون. وهو ما رجحه ميارة: والقول الذي اختاره ابن محرز هو أظهر لأنه تطرد فيه الفروع الواردة في هذا الباب.[527]

وحماية لحق الحاضن في الحضانة، اشترط النوازليون على الظئر أن ترضع الولد عند أمه وألا يحول عجز الأب بين الأم وحقها في الحضانة، فقد سئل حسان[528] عمن طلق امرأته طلقة بائنة، وله منها رضيع، ولا يملك إلا نصيبا من دار قيمته مائة دينار، وله قريبة ترضعه مجانا، فهل يباع عليه نصيب الدار لكون فائدته لا تقوم بأجرة الرضاع، أو ترضعه قريبته بغير شيء؟

فأجاب: الأم لها الحق في الحضانة فإذا وجد الأب من يرضعه مجانا أو بأقل من أجرة الأم، ولا يحال بينها وبين كفالتهما، فللأب ذلك، وإن لم يجد من يرضعه عندها قدم حق الأم وأخذت أجرة الرضاع.[529]

المطلب الثاني: حماية حق المطلقة في الحضانة من خلال شروطها

لقد اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط، التي يجب أن تتوفر في الحاضن، فتسقط الحضانة إذا اختل شرط منها.

أولا: الرشد، فلا حضانة لمجنون، ولو كان غير مطبق.

---

[526]– أداء الأمانة بالتزام ما اشترط من إسقاط الحضانة، القاضي بدر الدين القرافي ص124 تحقيق محمد بن علي الصوفي، دار القلم

[527] – ميارة على التحفة، م س،1/ 434.

528– هو أبو علي بربري المهدوي مفتي المهدية وفقيهها أخذ عن السيوري وعبد الحميد الصائغ كان المازري يعظمه يقول صاحب شجرة النور الزكية: لم أقف على تاريخ وفاته. / شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد عمر بن قاسم بن مخلوف186/1 الطبعة الأولى 2003منشورات دار الكتب العلمية بيروت

[529] – المعيار المعرب والجامع المغرب المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي(ت914هـ) 4/ 277.خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية1401/1981

ثانيا: الكفاية، فلا حضانة لمن به زمانه أو بلغ به المرض أو الكبر ما لا يمكنه معه التصرف أو يمكنه بمشقة.

ثالثا: الأمانة، فلا حضانة لمن يبذر ما يأخذه من نفقة المحضون أو كان غير مأمون في دينه، لأنه من كان هذا حاله، يخاف أن يدخل على المحضون فسادا.

رابعا: حرز المكان في البنت التي يخاف عليها.[530]

إن المتأمل في الشروط أعلاه، يجدها وضعت لمصلحة المحضون، حماية لدينة وخلقه وماله. لكن هذا لا يمنع من رصد مجموعة من التدابير والإجراءات لحماية حق المطلقة في الحضانة أثناء تنزيل هذه الشروط على الواقع. وبالتالي فحماية مصلحة المحضون عند هؤلاء النوازليين، لا تستلزم حرمان المطلقة من حقها في الحضانة.

التدبير الأول: عبء الإثبات يقع على الولي.

بالرغم من أن القاعدة عند فقهاء المالكية هي أن الأصل في الناس الجراحة حتى تثبت عدالتهم، وبناء على هذه القاعدة فإن الحاضنة يجب عليها إثبات توفرها على هذه الشروط، لتستحق تبعا لذلك ممارسة حقها في الحضانة؛ إلا أن فقهاء النوازل كان لهم رأي آخر في المسألة، وجعلوا عبء الإثبات على من ادعى انعدام الشروط، فلقد سئل سيدي العربي بردلة[531] عن رجل طلق امرأته وله منها ثلاث بنات وغاب نحو ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، فلما رجع وجد البنات في حضانة الأم فهل له أن ينزعهن؟ وهل عليها إثبات الأهلية لذلك أم لا؟

---

[530] .–التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل ابن اسحاق الجندي المالكي، تحقيق وضبط وتصحيح الدكتور احمد ابن عبد الكريم نجيب 179/5 منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

[531]– أبو عبد الله محمد العربي بردلة الأندلسي مولدا والفاسي منشأ، من آثاره : "تقييد في صلحاء فاس و نوازل بردلة. / سلوة الأنفاس 169/3 . شجرة النور الزكية 332/1 الفكر السامي 338/2 .

فأجاب: أن الحضانة للأم، وبعد أن طالت المدة وهن عندها مع كونها أما لا أذكر من قال: تثبت الأهلية بعد أن تحضن زمانا، فإن ادعى طرو مسقط، فليثبته والله أعلم.[532]

فالإثبات كما جاء في الشرح الكبير: " على مدعي عدم توفر الشروط: فكل شرط نوزع فيه فعليه إثباته، لكن الراجح أن إثبات ضدها على منازعه.[533]جريا على القاعدة أن من ادعى شيئا فعليه إثباته.[534]

التدبير الثاني: حماية حق المطلقة السفيهة في الحضانة.

وارتباطا بالشروط التي وضعها الفقهاء حفظا للولد، وتحقيقا للغاية من وراء الحضانة، هناك مجموعة من النوازل تظهر عدم الالتزام بهذه الشروط عندما يتعلق الأمر بالأم الحاضنة.

فبالرغم من اشتراط الرشد في الحاضنة، إلا أن النوازليين جعلوا هذا الشرط غير مطلوب في الأم الحاضنة فقد نزلت نازلة بباجة: كتب قاضيها لقاضي الجماعة بتونس وهو ابن عبد السلام[535]، فكتب إليه بألا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحيى أبي بكر بن الأمير أبي زكرياء.[536]

---

[532] . النوازل الجديدة، م س، 4/ 629.

[533] . حاشية الدسوقي، م س، 2/ 528.

[534] . المرجع نفسه، 529/2

[535]– هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام الهواري التونسي قاضي الجماعة بتونس أخذ عنه ابن عرفة وأقرانه، له شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، تولى التدريس والقضاء سنة 649هـ / شجرة النور الزكية ص:210

[536] . أبو يحيى واسمه أبو بكر أبي زكرياء الحفصي أحد ولاة تونس في العهد الحفصي، تولى القضاء سنة 781هـ، وكان ابن عبد السلام قاضيه ولقبه المتوكل على الله، توفي سنة 787هـ.

فأمر هذا الأمير باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك، فاجتمعوا بالقضية وكان من جملتهم ابن هارون[537] قاضي الأنكحة حينئذ بتونس فأفتى القاضيان وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها وأفتى ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة. ورفع ذلك إلى السلطان المذكور، فخرج الأمر بالعمل بفتوى ابن هارون، وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة ففعل، وهو الصواب، وظاهر عموم الروايات.[538]

التدبير الثالث: حماية حق المطلقة غير المسلمة في الحضانة.

بالرغم من اشتراط الفقهاء الديانة كصفة من اللازم أن تتحلى بها المطلقة إلا أنهم دافعوا في نوازلهم عن حق غير المسلمة في حضانة أولادها.

فلم تقتصر الحماية على الحاضنة المسلمة؛ بل مكنت من هذا الحق اليهودية والنصرانية والمجوسية؛ إذ لم يمنع اختلاف الديانة، الفقهاء من الإفتاء والحكم لغير المسلمة بحقها في الحضانة.

ويعتبر هذا مظهرا من مظاهر التسامح والتعايش الذي عرفته العلاقة بين المسلمين وغيرهم في كنف هذه الشريعة الغراء.

ففي نوازل ابن بشتغير: إذا أسلم الصبي اليهودي، فلا يحال بينه وبين من يحضنه[539] وفي كتاب النفقات لابن رشيق " روي عن ابن القاسم فيمن طلق امرأته النصرانية وله منها أولاد أو مات عنها، فلا ينزع أولادها منها إلا أن تتزوج، وإن خيف عليهم أن تسقيهم خمرا، أو تغذيهم لحوم الخنزير، ضمت إلى أناس من المسلمين،

---

[537]– هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون التميمي من أهل صقلية، ألف كتاب النكت والفروق لمسائل المدونة، وتهذيب الطالب في شرح المدونة (ت 466 ه). / ترتيب المدارك: 71/8، الديباج: 174، تذكرة الحفاظ: 1160/3، شجرة النور : 116.

[538] . المنهج الفائق، م س،587/2، 588.

[539] . نوازل ابن بشتغير ص: 172 نوازل البرزلي 2/ 405.

ومنعت من ذلك ولا ينزع الأولاد منها.[540] وهذا ما أفتى به حشد كثير من فقهاء الجبال، ففي نازلة ذكرها الهبطي في كتابه، تعاقبت فيها أجوبة الفقهاء متفقة على حماية حق غير المسلمة في الحضانة:

الحمد لله سئل كاتبه، كان الله له، عن يهودي أسلم عن يهودية، وله منها أولاد ثلاثة: ذكران وأنثى، صغار دون سن البلوغ، وتنازع الأب والأم فيمن يستحق حضانة الأولاد المذكورين شرعا، فهل الحق للأب لإسلامه أو للأم؟

فأجاب مستعينا بالله، بأن الأولاد الصغار لا ينزعون من أمهم إذا كانت غير مسلمة، ولو أسلم أبوهم، وتبقى الحضانة لها وتستمر حتى يبلغ الذكران وتنكح الأنثى ويدخل بها زوجها. كتبه محمد بن أحمد بن المهدي البقالي. و واطأه على هذا غيره من الفقهاء من أمثال محمد الصادق بن المختار ابن ريسون[541] الذي قال: فتحصل بالدليل والبرهان الذي لا يشك فيه ذو عينين أن زوجة الإسلامي لا يقضى عليها بالبقاء مع زوجها وأن أولادها لا ينزعون منها لكونها الحاضنة لهم.[542]

وهذا الحق محفوظ لكل حاضن، وإن كانت غير الأم، ففي كتاب النوازل والأحكام: فهمنا وفقك الله ما كشفت عنه في أمر الصبيتين المسلمتين اللتين توفيت أمهما وتركت أما نصرانية وللصبيتين جدة لأب مسلمة.

فأجاب: بأن الذي يجب فيه أن الحضانة للجدة للأم النصرانية وهي أحق من الجدة لأب وإن كانت مسلمة.[543]

---

[540] – كتاب النفقات، لابن رشيق، م س، ص:144.

[541]– هو محمد بن محمد الصادق بن ريسون الحسني العلمي اليونسي التطواني، استوزره المولى سليمان بن محمد وله كتاب في الأنساب سماه: فتح العليم الخبير في تهذيب النسب العلمي بأمر الأمير توفي بوزان سنة1234هـ الأعلام للزركلي72/7.

[542]–فتاوى تتحدى الإهمال في شفشاون وما حولها من الجبال الهبطي المواهبي 62/2–63 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية1998/1419م.

[543] – النوازل والأعلام، لأبي الأصبغ، م س، ص172.

المطلب الثالث: حماية حق الأم المطلقة في الحضانة بعد سقوطه

الفرع الأول: سقوط الحضانة بالزواج

ذهب كثير من الفقهاء إلى القول بعدم سقوط حق المطلقة في الحضانة وإن تزوجت، إلا إذا لحق المحضون ضرر بسبب هذا الزواج، إذ جاء في التوضيح عن المتيطي: ليس للوالد أخذ الولد من الأم وإن تزوجت ودخل بها زوجها إذا كان الابن في كفاية[544]. كما لا تسقط حضانة الأم إذا كان في نزعه منها ضرر للولد، جاء في النوازل الكبرى: ومحل سقوط الحضانة بالتزويج، إذا لم يتعلق الولد بأمه، ويكون عليه ضرر في نزعه منها، وإلا لم تسقط حضانتها ولم ينزع منها للضرر اللاحق بالولد.[545] وقلما تجد ولدا لا يتضرر بفراق أمه.

كما أن حضانة الأم لا تسقط بشكل تلقائي بمجرد زواجها، بل لابد في ذلك من طلب من قبل الذي آلت إليه هذه الحضانة، وأن يكون الطلب داخل مدة معقولة، ففي نوازل ابن رشد سئل رضي الله عنه عن رجل كانت له زوجة فطلقها وله منها ابنة فتزوجت الزوجة وترك الأب الابنة المذكورة مع أمها بعد أن تزوجت مدة من ثلاث سنوات ثم أراد أخذها منها. فأجاب رحمه الله: إن ترك الابنة المدة المذكورة بعد أن تزوجت الأم فهو رضا منه بتركها عندها ومسقط لما وجب له من حضانتها، فالواجب أن ترد إلى أمها تكون في حضانتها وكفالتها ويجري الأب عليها النفقة.[546]

أما بالنسبة للذين قالوا بسقوط حقها في الحضانة بالزواج؛ عملا بقول النبي:" **ما لم تنكحي**"[547] فإن هذا الحق ينتقل بعد ذلك إلى أقرب الناس إلى الأم، وهي أمها التي لها

---

[544] . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل ابن اسحاق الجندي المالكي، م س،5/ 178.

[545] . النوازل الكبرى، 634/4، الزرقاني:4/ 634.

[546] . مسائل أبي الوليد بن رشد، الجد، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، ص:271 الطبعة الثانية 1414 1993، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، المغرب. / بالنوازل الجديدة، م س،634/4.

[547] . أخرجه أبو داود في باب من أحق بالولد، من كتاب الطلاق، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده من حديث عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده، برقم 6706.

أن تسكن مع ابنتها بعد زواجها حسب رأي كثير من النوازليين، ففي نوازل البرزلي: إذا كانت الجدة ساكنة مع الأم، فتزوجت الأم، فأرادت الجدة أخذ الولد فمنعهم أبوهم لأجل سكنى الجدة مع الأم، فلا تسقط حضانتها بسكناها مع الأم[548].

فالذي يظهر من هذه النوازل والآراء الفقهية أن سقوط حضانة المطلقة وانتقال هذا الحق إلى الأب يحتاج إلى شروط وظروف قل ما تحصل خصوصا إذا أضيف إلى ما سبق، ما اشترطه الفقهاء في الأب حتى يتمكن من الحضانة.

الفرع الثاني: السفر المسقط لحق الأم في الحضانة

لقد اختلف الفقهاء حول حد المسافة المسقطة لحق الأم في الحضانة بسبب السفر، فالبعض اعتمد طول المسافة، والبعض اكتفى بمسافة أقل منها، والبعض الآخر جعل المدار على عدم خفاء الأخبار بين مستقر المحضون ووليه.

فيلاحظ من خلال هذه الأقوال والآراء أنه ثمة ثلاثة معايير:

الأول: معيار المسافة، والذي أقصاه ستة برد.

الثاني: ومعيار قدر زمن المسير اليوم واليومين والزمن الذي تقصر فيه الصلاة.

الثالث: هو تواصل الأخبار بين المحضون ووليه.

إلا أن المعيار الذي اختاره النوازليون واعتمدوه في الفتوى وأجروا عليه أحكامهم في القضاء، هو مسافة ستة برد، فقد سئل أبو زيد ابن الحائك[549] عن أم حاضنة انتقلت إلى نحو يوم فأفتى بعض القضاة بسقوط حضانتها.

---

[548] . نوازل البرزلي، م س،404/2.

[549] هو أبو زيد عبد الرحمان بن الحائك التطواني، الأستاذ العلامة المحقق الورع الفهامة الفقيه المتفنن المطلع، أخذ عن الشيخ التاودي والشيخ بناني والشيخ كسوس وغيرهم، وعنه الشيخ الرهوني وغيره كثير، توفي سنة 1237هـ. / سلوة الأنفاس169/3. / شجرة النور الزكية332/1

فأجاب: إن الذي في المتن أنها تسقط بستة برد، فلا تمنع من الحضانة وبه مضت الفتوى عند شيوخ المذهب.

قال أبو علي ابن رحال في شرحه: وبه تعلم أن الانتقال من فاس إلى مكناسة لا يبطل الحضانة.[550]

وفي الحطاب: فإذا كان سفرها سفر نقلة لكنه أقل من ستة برد فلا تمنع الحاضنة من أخذه معها والسفر به، إذ لا تسقط حضانتها بذلك السفر،[551]وكذا لا تسقط منها الحضانة إذا سافر الولي أقل من ستة برد.[552]

أما إذا لم يكن السفر سفر نقلة فإن للحاضنة أن تسافر بأبنائها إذا كانت المسافة أقل من ستة برد أو تتركهم لأبيهم ريثما تعود من سفرها. إذ للحاضنة الحق في السفر والخروج من بيتها لقضاء أغراضها دون أن يكون ذلك سببا في إسقاط حضانتها، ففي البرزلي: وأما خروج المطلقة الحاضنة أو المتوفى عنها لجمع السنبل، فلها ذلك إن كانت محتاجة، [553]دون أن تسقط النفقة عن أبي المحضون كما رجح ذلك الوزاني في المعيار.[554]

الفرع الثالث: هل يحضن الأب

لقد ظل حق المطلقة في الحضانة محميا من السقوط والزوال، فأحيط بضمانات عديدة تحول بينه وبين الانتقال إلى الأب، فالمتبع للفتاوى والأجوبة الفقهية في المسألة يجد أن الفقهاء اشترطوا شروطا كثيرة يجب توفرها في الأب المستحق للحضانة،

---

[550] . النوازل الكبرى، المهدي الوزاني، م س، 536/4.

[551] . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب 5/ 532.

[552] . مجالس المكناسي، م س، ص: 531,

[553]– نوازل البرزلي، م س،2/ 408.

[554]– النوازل الكبرى، المهدي الوزاني، م س،4/ 634.

وصعوبة تحقق هذه الشروط، تقف حاجزا وتشكل مانعا أمام مصير الحضانة إليه، وأهم هذه الشروط هي:

أولا: أن تتوفر فيه شروط الحضانة.

فلا يمكن للحاضن، كيفما كان، أن يمارس الحق في الحضانة إلا بعد أن تتوفر فيه الشروط العامة للحضانة وهي:

1 . العقل: إذ لا حضانة لمجنون ولو غير مطبق.

2 . الكفاية: فلا حضانة لمن به زمانه أو بلغ به المرض أو الكبر ما لا يمكنه معه التصرف أو يمكنه بمشقة.

3 . الأمانة: فلا حضانة لمن كان غير مأمون في دينه.

4 . المكان: في البنت الذي يخاف عليها.[555]

وإن كانت هذه الشروط عامة في كل حاضن أما أو أبا أو غيرهما، إلا أن الأمر عندما يتعلق بالأب فلا تقتصر هذه الشروط عليه بل يجب أن تتوفر فيمن يحضن له أيضا قال اللخمي: وإذا كانت الحضانة إلى الرجل روعي مثل ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه. [556]

ولا تصير إليه الحضانة إلا بعد إثبات هذه الشروط فيه وفيمن يحضن له،[557]على عكس الحاضنة الأم كما يرى المواق: " ولم أجد هذا في الحاضنة وإنما في الولي إذا أراد السفر أنه لا يسافر بالمحجور حتى يثبت الاستيطان وأنه مأمون على حضانة بنيه".[558]

---

[555] . التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل ابن اسحاق الجندي المالكي، م س،174/5.

[556] . التبصرة للخمي، م س،5/ 2565.

[557] . حاشية الرهوني، م س،4/ 657

[558] . المواق: 597.

ثانيا: أن يكون له من يحضن له:

يرى الفقهاء أن حق الحضانة، لا ينتقل من المطلقة إلى الأب إلا بعد أن يتوفر هذا الأخير على حاضن له. ففي التوضيح: " من شرط من له الحضانة من الذكور وجود الأهل من زوجة أو سرية، وقول مالك: إذا كان عنده من يحضن أحسن."[559]

واللخمي لم يكتف بوجود الزوجة، بل اشترط أن يكون الأب قليل السفر ملتزما للبيت وإلا سقط حقه في الحضانة، ولذلك قال: لا يخلو الأب أن يكون عزبا أو ذا زوجة فإن كان عزبا كان الولد منه ضائعا لعجزه عن التربية وإن تصرف بقي الولد ليس له من يسوسه؛ وإن كان له أهل فإن المعروف أنه يكله إلى زوجته ومعلوم من زوجة الأب الجفاء والقسوة لربيبها.[560]

ولهذا قال الوزاني بأن أوضاع الولد في كنف زوجة الأب ليست أقل سوء من أوضاعه مع أمه المتزوجة، ففي النوازل الكبرى: فمن جملة ما يراعى في الحاضن كونه شفيقا على المحضون قائما بأموره. إذ ذاك هو المقصود بالحضانة من حيث إن الصبي أو الصبية خلق ضعيف لا يقوم بنفسه فقدم الشارع لذلك من هو أرفق به من غيره.

وإذا كان كذلك فوالد البنت الذي تنتقل الحضانة إليه إن لم يكن له من يحضن غير زوجته التي كانت ضرة للأم، ينبغي للقاضي منعه من الحضانة لأن الضرة في الغالب تكره الضرة وتسري الكراهة إلى الولد.[561]

ومن ثمة فشرط الزوجة غير مجد في هذه الحالة، ذلك أن زوجة الأب غير مأمونة على القيام بأمور المحضون وتربيته، علاوة على أنه من حق كل زوجة أن تطالب زوجها ببيت مستقل لا يسكن معها فيه أحد ربيب أو غيره. ففي نوازل البرزلي: سئل القابسي عمن حلفت لزوجها على كل حرف من المصحف، لا أكلت قمحا ولا تمرا حتى

---

[559] . التوضيح: 171/5.

[560] . تبصرة اللخمي، م س،2563/5 و 2566.

[561] . النوازل الكبرى، م س4/ 618.

تعطيني رزقي في بيتي، وكل ما أوجبه الله لي عليك، وقد كانت تأكل مع بناته من غيرها في موضع آخر.

فأجاب: إذا قصدت هذه المرأة أن تنعزل من عياله فعليه رزقها في مطعمها ومشربها وملبسها وغطائها و وطائها إن احتاجت إليه، وخدمتها إن كانت أهلا لها.[562]

ثالثا: ألا يكون غرضه الإضرار بالحاضن أو المحضون[563].

رابعا: ألا يكون غرضه الفرار من حق الأم في الحضانة.

حتى لا يكون غرضه من السفر هو نزع الولد من حاضنته وليس هو السفر في حد ذاته فقد ألزموا الأب بأداء اليمين على أن غرضه هو الاستيطان فعلا. فقد جاء في المنح " وأما إعطاء الأب ضامنا على ألا يعود إلى البلد الذي انتقل عنها بأولاده لئلا يكون إنما سافر بهم ليسقط حضانة أمهم ثم يعود هو بنفسه إلى البلد التي كان انتقل عنها، فعليه اليمين أنه أراد بسفره التنقل لا قصد الحيلة والفرار من إسقاط حضانة الأم". والله أعلم قاله المهدي بن محمد العمراني لطف الله به.

خامسا: إثبات الاستيطان بالنسبة للولي.

اشترط النوازليون على الأب إثبات الاستيطان في المكان الذي ذهب إليه، لتمكينه من اصطحاب المحضون معه، ففي كتاب النفقات لابن رشيق: " ولبعض فقهاء قرطبة إذا أراد النقلة فلا يدفع إليه الولد حتى يثبت أنه استوطن الموضع الذي رحل إليه[564].

وهو منقول الونشريسي عن ابن أبي زمنين [565]" كان بعض شيوخنا المقتدى بهم يفتون أن ليس للأب أن يرتحل بالولد ليسكن بلدا آخر حتى يثبت عند الحاكم في البلد

---

[562] – نوازل البرزلي ، م س،2 /402.

[563] . نوازل البرزلي، م س،411/2.

[564] – كتاب النفقات، م س، ص: 151.

[565]– أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن أبي زمنين يعد من المفاخر الغرناطية، كان من كبار الفقهاء، والمحدثين والعلماء الراسخين،من مصنفاته: كتاب منتخب في الأحكام وكتاب المهذب وغيرها مات سنة 399هـ / الديباج269، / سير أعلام النبلاء 188/17

الذي فيه الحضانة أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه، والحكم بأنه لا يدفع إليه الولد حتى يثبت الاستيطان.[566]

سادسا: أن يكون الطريق آمنا وألا يأخذه إلى البادية.

ومن الشروط أيضا التي جعلت حق المطلقة في الحضانة ثابتا مستقرا، اشتراطهم أن يكون طريق السفر آمنا وأن يكون البلد الذي استوطن به، تجري فيه الأحكام الشرعية وألا ينتقل من المدينة إلى البادية، ففي جواب عن نازلة للتاودي بن سودة: " إذا كان بين الحاضن والمحضون أقل من ستة برد، فليس للولي أن ينزع المحضون من حضانته ولا يقال للحاضنة اتبعيه إن شئت؛ هذا إذا كان البلد المنتقل إليه مأمونا وتجرى فيه الأحكام الشرعية ولا يخاف فيه أحد على نفسه ولا ماله.

وبالجملة لا ينزع الصبيان من حاضنتهم بمدينة فاس ليذهب بهم إلى البادية،[567] وهو صريح كلام اللخمي: " ألا يأخذه إلى البادية."[568].

فنستخلص من هذا أن الحضانة لا تصير إلى الأب إلا إذا توفر فيه وفيمن يحضن له شروط الحضانة؛ وأن الأصل فيه الجراحة حتى يثبت الأمانة، وأن يكون سفره سفر نقله مثبتا للحاكم حقيقة الاستيطان وأن يحلف على ذلك وأن يأتي بحميل ضامن له عند البعض وأن يكون الطريق إلى محل الاستيطان آمنا، وتجري فيه الأحكام الشرعية وألا يذهب به من المدينة إلى البادية، وأن يكون له من يحضن على ألا تكون زوجته ضرة الزوجة أم الولد وأن يكون قليل السفر وألا يكون المحضون رضيعا أو قريبا من الفطام أو شديد التعلق بأمه.

---

[566] – المنهج الفائق، م س،495/2.

[567] – نوازل التاودي بن سودة المري الفاسي(ت1209هـ) دراسة وتحقيق يحيى عارف ص: 535 الطبعة الأولى 1438هـ/2017م مكتبة كنوز التراث الدار البيضاء.

[568] – التبصرة للخمي، م س،2575/5.

فمن خلال هذه الشروط يتبن أن النوازليين أعطوا حماية مطلقة لحق المطلقة في حضانة ولدها، وبناء على ذلك فإن سقوط حقها في الحضانة وانتقاله إلى الأب أمر عسير ومستبعد إلا أن تتنازل عن حضانتها بشكل صريح.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث يقف القارئ أمام عدة استنتاجات من أهمها:

- أن الحضانة في الأصل حق للأب والأم مادامت العلاقة الزوجية قائمة، أما وقد انفصلت، فبمستقر العادة وبموجب الفطرة ينتقل هذا الحق إلى من هو أشفق وأرأف بهذا الولد ألا وهي الأم.
- أن الأم أولى من كل الناس في حضانة ولدها لأن المقدم في الحضانة هو من يعلم بمستقر العادة أنه أشفق على المحضون وأرأف به وأقوى لمنافعه وهي الأم.
- أن الحضانة لا تصير إلى الأب إلا إذا توفرت فيه وفيمن يحضن له شروط الحضانة، وأن الأصل فيه الجراحة حتى يثبت الأمانة، وأن يكون سفره سفر نقلة مثبتا للحاكم حقيقة الاستيطان وأن يحلف على ذلك وأن يأتي بحميل ضامن له عند البعض، وأن يكون الطريق إلى محل الاستيطان آمنا، وتجري فيه الأحكام الشرعية وألا يذهب به من المدينة إلى البادية، وأن يكون له من يحضن على ألا تكون زوجته ضرة الزوجة أم الولد وأن يكون قليل السفر وألا يكون المحضون رضيعا أو قريبا من الفطام أو شديد التعلق بأمه.
- أن سقوط حق الحاضنة في الحضانة وانتقاله إلى الأب أمر عسير ومستبعد إلا أن تتنازل عن حضانتها بشكل صريح.

وبهذا تظهر الحظوة التي اختصت بها المرأة من عناية ورعاية علماء النوازل، فقد صانوا حقوقها وحفظوا لها كرامتها ومكانتها، ولم يكن ذلك استجابة لهيئة أممية أو تحت ضغط وسائل إعلامية أو مقابل مكاسب مالية أو سياسية، لم يكن ذلك من أجل هذا كله، بل كانت غاية أولئك الفقهاء ومنتهى مرادهم هو الاستجابة لمقاصد الشريعة المبنية على إقامة العدل وإعطاء كل ذي حق حقه.

عمل المرأة في ظل النوازل الفقهية وأثره في تحقيق التنمية

ذ. عبد الحفيظ اربيحو

" مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر: التأصيل والتنزيل"

جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الشريعة – فاس.

المقدمة.

لا شك أن فقه النوازل، يعتبر من الوثائق التاريخية التي تعكس الاستجابة العملية، والتفاعل الإيجابي مع القضايا التي تنزل بالناس وتمس حياتهم.

ومن بين أهم القضايا التي أخذت حيزا كبيرا من مساحة التراث النوازلي، وحظيت باهتمام كبير من قبل النوازليين، قضية (عمل المرأة)، ومشاركتها في أنشطة الحياة العامة، إسهاما منها في تحقيق التنمية.

وقد حرص فقهاء النوازل على بيان جهود المرأة وتفانيها في العمل، تقديرا منهم بأهمية دورها في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، فأبانوا رحمهم الله عن وعي عميق بدور عمل المرأة في النهوض بالمجتمع، وذلك من خلال اجتهاداتهم التي راعت العرف والواقع، وفتاواهم التي نظروا من خلالها إلى عملها على أنه نشاط مشروع بضوابطه، ومدخل مهم لتحقيق التنمية في المجتمع.

إن الناظر في التراث النوازلي، سيجد أن (عمل المرأة) ومساهمتها في مختلف قطاعات الإنتاج والخدمة، قد شكل ركيزة أساسية في التنمية، وأسهم بشكل كبير في تمكين الاقتصاد الأسري، وتحقيق التوازن داخل المجتمع.

وعليه، فإن إحياء التراث النوازلي، والاستلهام منه في سياق الإصلاحات التشريعية، جدير بإنتاج رزمانة تشريعية متوازنة، تجعل من (عمل المرأة) سبيلا للتنمية.

إن النوازل الفقهية، يمثل رصيدًا فكريًا، ومرجعا تشريعيًا خصبا، يمكن الاستفادة منه في صياغة التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة.

هذا وقد بنيت مادة هذه المادة العلمية على مقدمة ومبحثين وخاتمة.

المبحـــث الأول: الإطــار المنهـجي والمفاهيــمي للبحث.

سأركز –بحول الله تعالى–في هذا (المبحث) على توضيح وتعريف المفاهيم، وتحديد الخطوات، والأدوات المنهجية، التي سأعتمدها في رحلة هذه الدراسة.

ففي (الإطار المنهجي)، سأبرز الأهداف التي تتوخى هذه الدراسة تحقيقها، ليكون لها في واقع البحث العلمي قدم اعتبار.

وبعدها مباشرة سأصدر لمباحث هذه الدراسة بعرض إشكالية حقيقية، تؤطر مسارها وتوجه بوصلتها، لأختم هذا (الإطار) ببيان المنهج العلمي الذي سأعتمده في رحلة ومسار هذه الدراسة، وهو كما تقتضيه طبيعة هذه الدراسة، لا يخرج عن منهجين اثنين:

1. **المنهج الاستقرائي.**
2. **المنهج التحليلي.**

أما في (الإطار المفاهيمي)، فإنني سأعمل على بيان وتعريف المفاهيم **المركزية**، التي تدور حولها هذه الدراسة، ويتضمنها عنوانها، وهي كالآتي: "**عمل المرأة** "و "**النوازل الفقهية**" و "**التنمية**".

المطلــب الأول: الإطــار المنهــجي:

(المقدمة، الأهداف، الإشكالية، منهج الدراسة.)

تهدف إلى تحقيق الأهداف الآتية:

الأهداف.

- ✓ بيان مدى إسهام عمل المرأة في التنمية من خلال نصوص وقضايا نوازلية.
- ✓ بيان كيفية الاستفادة من نوازل عمل المرأة في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة المغربية.

ولتحقيق هذين الهدفين، انطلقت هذه الدراسة من الإشكال الآتي:

الإشكالية.

إلى أي حدّ استطاعت النوازل الفقهية، أن تجعل من عمل المرأة ركيزة ومدخلا لتحقيق تنمية شاملة؟

ثم كيف يمكننا الاستفادة من نوازل عمل المرأة، في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة؟

وللإجابة عن السؤالين، جاء هذا البحث مبنيا على مقدمة، ومبحثين، وخاتمة.

منهج الدراسة.

مما لا شك فيه، أنه لا يمكن اعتماد منهج أي دراسة، بعيدا عن طبيعة موضوعها، فطبيعة موضوع الدراسة يفرض على الباحث نوعا خاصا من أنواع مناهج البحث.

ولما كانت طبيعة الموضوع الذي أنا بصدد البحث فيه، تقتضي استقراء النصوص، وتتبع القضايا النوازلية في مظانها، وتحليل هذه النصوص واستنطاقها، من أجل الوقوف على مشاركات المرأة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وطبيعة العمل الذي كانت تؤديه، وتسهم من خلاله في تحقيق التنمية، لزمني اعتماد المنهجين الآتيين:

1. **المنهج الاستقرائي:** وسيتم توظيفه إن –شاء الله تعالى –في تتبّع النوازل الفقهية، المتعلقة بعمل المرأة، واستقرائها في مظانها، وجمعها من مصادرها.

2. **المنهج التحليلي:** وهو منهج يقوم على دراسة الإشكالات العلمية المختلفة، تفكيكا أو تركيبا أو تقويما."([569])

[569] – أبجديات البحث في العلوم الشرعية. د/ فريد الأنصاري. ص 97. منشورات الفرقان–الدار البيضاء. الطبعة الأولى 1417هـ. 1997م.

وسيتم توظيف هذا المنهج أيضا، في تحليل نوازل عمل المرأة، واستخلاص ما تضمنته من اجتهادات وأحكام، وبيان كيفية الاستفادة منها في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة.

وتجدر الإشارة، إلى أنه لما كانت عملية البحث، عملية تتداخلها مجموعة من المناهج، فإن الباحث –وإن نص على التزام منهج معين، وصرح باعتماده–مدفوع –شاء أم أبى–إلى التوسل بغيره أثناء معالجته لقضايا بحثه، وفي هذا السياق يقول الدكتور رشدي فكار: " ... من الخطأ تصور استعمال منهج، على مستوىً أحاديٍّ، فالمناهج بطبيعتها تتكامل، متعددة ومتنوعة، على أساس أن يكون هناك منهج سائد في التصور العام لمخطط البحث وتصميمه."(570)

المـطـلب الثـانـي: الإطـار المفاهـيمي:

(المعجم البياني لمفردات العنوان.)

سأعمل في هذا المطلب إن –شاء الله تعالى–على شرح وبيان مفردات ومصطلحات عنوان هذه الدراسة، لأن بيان مفردات العنوان، وإيضاح مفاهيمه، وسبر ماهية مصطلحاته، يسهم بشكل كبير في حصول التصور الكامل حول موضوعها، ويشكل لدى القارئ رؤية مكتملة الأركان عن الغرض منها، وقد كان العلماء والفقهاء المتقدمون، يحررون المصطلحات، ويعتنون بصناعة الحدود، ويدققون في المفاهيم، لعلمهم –رحمهم الله–أن تصور المطلوب، لا ينال إلا بالصناعة الدقيقة لهذه الحدود، والتحرير المحكم للمفاهيم، وفتح مقفلات المصطلحات.

وعليه فالمفردات المعنية بالشرح والبيان في هذه الدراسة، هي المنتظمة في هذه الترسيمة.

570– لمحات عن منهجية الحوار والتحدي الإعجازي للإسلام في هذا العصر. د/ رشدي فكار.ص 34. الطبعة الأولى –1982م.

عمل المرأة.	النوازل الفقهية.
التنمية.	

أولا: مفهوم عمل المرأة.

إننا لو احتكمنا إلى معاجم اللغة العربية، وقواميسها، لوجدنا جذر مادة (عمل) لا يخرج عن معنى: " المهنة، والحرفة، والكسب"، ([571]) وهو نفس المعنى الذي يقصده الفقهاء من لفظ (العمل) أثناء استعماله في كتبهم ومصنفاتهم.

وقد ورد مفهوم (العمل) في المعاجم اللغوية المعاصرة على أنه: " مجهود يبذله الإنسان لتحصيل منفعة."([572])

وبناء على هذا الجذر اللغوي لمادة (عمل)، يمكن أن أصوغ مفهوما تقريبيا لعمل المرأة، حسب ما تقتضيه طبيعة موضوع هذه الدراسة فأقول: إن المقصود بعمل المرأة في هذه الدراسة هو: " كل ما تقوم به من نشاطات عضلية وفكرية، من أجل تحقيق تنمية معينة."

وتجدر الإشارة إلى أن (عمل المرأة) بهذا المعنى، قد عرف قديما بتسميات مختلفة، كلها تصور حقيقة ما كانت تبذله المرأة من جهود مضنية، في سبيل تحقيق التنمية الأسرية والاجتماعية والاقتصادية، كما سأذكره لاحقا.

ثانيا: مفهوم النوازل الفقهية.

قبل تعريف مصطلح (النوازل الفقهية) باعتباره علما وفكرا، ينبغي التنبيه إلى أن الدكتور عمر الجيدي –رحمه الله–، يرى أن معناه يرادف معنى جملة من المصطلحات المجاورة له، ف"النوازل الفقهية، والفتاوى الفقهية، والمسائل الفقهية، والأجوبة الفقهية، أسماء لمسمى واحد، غير أن النوازل تختص بالحدوث والوقوع، فهي أضبط في التعبير

[571] – المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون. مادة (عمل).

[572]– معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، وعبد الحميد عمر. مادة (عمل).

من الفتوى التي تشمل سؤال الناس عن الأحكام الشرعية، سواء حدثت أم لم تحدث، بمعنى أن المسائل عبارة عن تفريعات وفروض، في حين، أن النوازل تقتصر على النوازل الحادثة. "([573])

ثم إنه من الضروري في البداية، أن ألفت نظر القارئ، إلى أنني لن أقف في هذه الدراسة مع مفهوم (النوازل الفقهية) كحالات مستجدة، ووقائع حديثة، بالقدر الذي أقف مع (مفهومه) كعلم وتراث وفكر، لأن هذا هو الغرض من دراستي هذه، وهو المقصود من عنوانها بالضبط.

وعليه، فإنني لم أقف –في حدود ما اطلعت عليه من كتب المتقدمين–على تعريف دقيق لمصطلح (النوازل الفقهية) باعتباره فنا وعلما وفكرا، إلا أنني عثرت على بعض التعاريف التي حاول من خلالها بعض المعاصرين تقريب مفهومه من تصور الباحثين، يمكن ذكر بعضا منها على سبيل الاختصار، فأقول: مما وقفت عليه من التعاريف العلمية لمصطلح النوازل الفقهية، تعريف الدكتور أحمد الضويحي، فقد عرفه – حفظه الله– بقوله: النوازل الفقهية " علم يهتم ببيان الحوادث التي تحتاج إلى حكم شرعي، وهو عبارة عن مؤلفات فقهية، حرّر مادتها العلمية قضاة، أو مفتون، أو مُشَاوَرون، في موضوع أحداث واقعية، رفعت إليهم للبت فيها، أو لبيان الحكم الشرعي فيها، على مذهب الإمام مالك، أو رفعت إليهم لإبداء رأيهم في صحة أو عدم صحة تطبيق النصوص الفقهية عليها، من جانب قاض أو مفت آخر."([574])

وقد تطرق إلى بيان مفهومه بشكل دقيق أيضا، الدكتور فريد الأنصاري –رحمه الله–فقال: النوازل الفقهية: فكر " يعرض الصناعة الفقهية في سيرورتها التاريخية، مرتبطة بأسبابها وحيثياتها الاجتماعية والعمرانية، بصورة متصلة بالحياة كما كانت

---

[573]– محاضرات في تاريخ المذهب المالكيفي الغرب الإسلامي، عمر الجيدي، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1987.ص 95.

[574] – مقدمة كتاب: النوازل الأصولية، أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي. الناشر: بحث محكم من إصدار: الجمعية الفقهية ووقفية التحبير بالسعودية. ص 3.

بالفعل، حيث تتم فيه دراسة الأحكام الشرعية المؤصلة في الفتاوى، من خلال حركة التاريخ تأثرا وتأثيرا."([575])

ولقد آثرت أن أقف في هذه الدراسة على المفهوم العلمي (للنوازل الفقهية) باعتباره أولا: مرآة صافية تعكس موقع المرأة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وترسم معالم عملها وكفاحها الدؤوب، وتترجم –بكل مصداقية–لدورها في تحقيق التنمية الشاملة لجميع مجالات الحياة.

وباعتباره ثانيا: إطارا تشريعيا، يجب الرجوع إليه، والاستلهام منه، في صياغة التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة.

ثالثا: مفهوم التنمية.

مما لا شك فيه أن مصطلح (التنمية) لم يكن شائعاً ولا معروفا عند العلماء والفقهاء المتقدمين، إلا أنهم كانوا يعبرون عنه بألفاظ ومصطلحات أخرى، لها نفس المعنى والمدلول، وربما كان معناها ومدلولها أشمل وأوسع من مصطلح (التنمية)، وذلك مثل: " العمارة، والتمكين، والنماء، والتثمير.

وقد ورد بعض هذه الألفاظ –بوضوح–في كتاباتهم ومصنفاتهم وخطبهم، بل إن القرآن الكريم نفسه، لم يستعمل مصطلح (التنمية)، وإنما استعمل لفظ (العمارة) في قوله تعالى:﴿ هُوَ أَنشَأَكُم مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيب ﴾(576) واستعمركم معناه: أمركم بعمارة ما تحتاجون إليه من بناء مساكن، وغرس أشجار..." (577)

---

[575] – فريد الأنصاري، مقدمة كتاب: فقه النوازل على المذهب المالكي، فتاوى أبي عمران الفاسي. محمد البركة. أفريقيا الشرق–المغرب 2010. ص 7.

[576] – هود/ الآية 61.

[577] – التنمية في المنظور الإسلامي. خلف بن سليمان النمري: بحث مقدم للمشاركة في ندوة (الإسلام في شرق آسيا ... حضارة ومعاصرة) التي أقامتها رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، بالتعاون مع جامعة جن جي الوطنية في تايبيه (تايوان) جمهورية الصين الوطنية .24 و25 محرم / 1425هـ الموافق 15 و16 مارس / 2004م. ص 6. بتصرف.

ويجمل تنبيه القارئ إلى أن للتنمية مفاهيم متعددة، لكن الذي يهمني من هذه المفاهيم، هو ماله ارتباط وثيق بعمل المرأة، وبالتالي، فإن المفهوم الذي أرتضيه للتنمية، ويقتضيه سياق هذه الدراسة، هو: أنها (عملية شمولية، تهدف إلى تحقيق النهوض بالمجالات الاقتصادية، والاجتماعية، والإنسانية، عبر تمكين المرأة من أداء دورها في العمل والإنتاج، والمشاركة المجتمعية).

وبالنظر إلى هذا التعريف، يتضح أن نوازل (عمل المرأة)، ما هي إلا تجسيد عملي لمفاهيمه، فقد أسهمت اجتهادات الفقهاء –رحمهم الله تعالى–في تنظيم (عمل المرأة)، ومشاركتها في الحياة العامة، بما يحقق التنمية والعمران.

المبحث الثاني: نوازل عمل المرأة، وأثرها في تحقيق التنمية، وتعديلات مدونة الأسرة المرتقبة.

في هذا المبحث، سأقوم بحول الله تعالى، بتحليل مجموعة من القضايا والنماذج النوازلية، المتعلقة بعمل المرأة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، مبرزا أثر هذا العمل في تحقيق التنمية داخل الأسرة والمجتمع، ثم أختمه ببيان طريقة استثمار تلك النوازل، في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة، بما يضمن تحقيق التوازن بين أحكام الشريعة، ومتطلبات العصر.

المطلب الأول: نماذج من نوازل عمل المرأة، وأثرها في تحقيق التنمية.

إن الدارس للنوازل الفقهية، المتتبع لمادتها العلمية، سيجدها حافلة بالنماذج، والقضايا التي تبرز عمل المرأة وجهودها، وكدها وسعيها، وإسهامها في الأنشطة التنموية.

ونظرا لما كانت تقوم به من أعمال شاقة، لم يكن للفقهاء بد من الاعتراف بقيمة عملها، وتقديرهم لجهودها في تكوين ثروة أسرتها، وتنمية مال زوجها وأهلها.

ولم يقف أمر الفقهاء عند حد الاعتراف بقيمة (عمل المرأة) فحسب، بل تجاوز ذلك إلى اعتباره موجبا لحقها في الثروة المكتسبة خلال فترة الحياة الزوجية، يتعين مراعاته في قضايا الميراث والطلاق.

وقد عرف هذا (الحق) قديما، بتسميات متعددة، كلها توحي بقيمة وأهمية ما كانت تقوم به المرأة من جهود في سبيل تحقيق التنمية الأسرية والاجتماعية، ومن هذه التسميات التي عرف بها (عمل المرأة) مثلا:

- **(حق الشقا)**: وتشير هذه التسمية، إلى الجهد والمشقة التي كانت تبذلها المرأة في العمل، سواء داخل البيت أو خارجه.
- **(حق جرا)**: وهو تعبير محلي دارج، يعبر عن جري المرأة وسعيها في أعمال الزراعة وتربية الماشي وغير ذلك.
- **(حق اليد)**: وترمز هذه التسمية، إلى العمل اليدوي المنتج، الذي كانت تزاوله المرأة وتشارك فيه.

غير أن المشهور عند فقهاء النوازل من هذه التسميات هو:

- **(حق الكد والسعاية)**: وهي تسمية مشتقة مما كان عليه واقع المرأة من السعي والكد، والتعب والعمل الجاد،

الذي تبذله في سبيل تنمية مال زوجها، وقد نقل العلامة المختار السوسي رحمه الله أن الحضاريين قديما، كانوا كانوا يقولون:(المرأة الفاسية، امرأة وتجارة، والمرأة البدوية، امرأة وحمارة)، ثم علق على هذا الكلام بقوله: " لا ريب أن لوصف المرأة البدوية بهذا الوصف حظا من الصواب غير قليل"([578]).

[578] – المعسول، محمد المختار السوسي. ج1. ص58.

وليس المعنى أن الحضاريين قصدوا بهذا الوصف تحقير المرأة أو التنقيص من قدرها، كلا وحاشا، وإنما قصدوا بذلك التعبير عن قوة صبرها وتحملها، وكدها وكدحها، وتضحيتها من أجل أسرتها.

ومن خلال هذه التسميات السالفة، التي تمثل في جوهرها اعترافا فقهيا متقدما، بدور (عمل المرأة) داخل الأسرة والمجتمع، تتضح لنا حقيقتان اثنتان، هما:

✓ أن (عمل المرأة) لم يكن نشاطا ثانويا فحسب، بل كان ركيزة من ركائز التنمية.

✓ أن الفكر النوازلي، –منذ قرون–قد أسس لمفاهيم تنموية متقدمة، تُعلي من شأن (عمل المرأة)، وتربطه ارتباطا وثيقا بمسار التنمية الشاملة، التي تنشدها المجتمعات الحديثة.

إن النوازل الفقهية، تعد –بهذا الاعتبار–سجلا تاريخيا حافلا، يوقفنا على حقيقة ما كانت تقوم به المرأة في سبيل التنمية، وأنها لم تكن –كما قد يتخيل–حبيسة دارها ومطبخها فقط، بل خرجت للحياة العامة، ومارست مجموعة من الحرف والمهن والصناعات، وأبرمت العقود وباشرت المعاملات، قصد أن تنهض بوضعها ووضع أسرتها المادي والمعنوي.

وفي هذا السياق، يجمل بنا هنا، إيراد بعض القضايا النوازلية، التي تتعلق بعمل المرأة، وذلك لإبراز دورها في تحقيق التنمية، واستثمارها في تعديلات مدونة الأسرة المرتقبة.

وتجدر الإشارة – قبل ذلك–إلى أنني سأنطلق من "**نازلة واحدة**" ([579]) أحسبها جامعة لجميع المجالات التي عملت فيها المرأة قديما، لنعزز في مرحلة تحليلها واستنطاقها كل مجال بنوازل داعمة، وقضايا شاهدة.

---

579 – سأسميها (النازلة المؤطرة)

✓ **نص النازلة المؤطرة.**

تنقل لنا النوازل الجديدة الكبرى، للعلامة المهدي الوزاني –رحمه الله–نوعا من الأعمال التي كانت تمارسها المرأة في البادية، فقد ورد فيها، أن سيدي عبد الوهاب الزقاق –رحمه الله–، سئل عن نساء البوادي، أن المرأة منهن، تخدم بيتها مع زوجها، الخدمة الظاهرة والباطنة، وخدمة الزرع في أيام المصيف، والفواكه في فصل الخريف، ولقط الزيتون، والسنبل في الفدادين، وغزل الصوف ونسجها، وخياطة الثوب، وبيع اللبن، وشبه ذلك، وخدمة البيت كلها، من طحن وخبز، وحطب وكنس وسقي، وربط البهائم وتسريحها، وغلق الأبواب وحلها، كل ذلك عن طيب نفس وحسن عشرة لزوجها..."([580]).

ولزياد توضيح ما ذكر في هذه النازلة، وإضافة ما لم تذكره من الأعمال التي كانت تمارسها المرأة، سعيا منها في تحقيق التنمية، والنهوض بالأسرة والمجتمع، أسوق هنا شهادة شاهد على العصر، وعارف بخبايا الزوايا، فقيه سوس ومفتيها، العلامة **مُحَمَّد** المُخْتَار السُّوسِي الإلغي، – رحمه الله– فقد ذكر أن " المرأة الإلغية، ككل نساء تلك النواحي، هي التي تقوم بكل شؤون بيتها، فتظل نهارها في الأعمال المرتبة على أوقات اليوم، تقوم سحرا لتطحن، ثم تسخن ماء الوضوء مع الفجر، ثم تحلب البقرة، ثم تسقي من البير بالقلة على ظهرها... ثم إن أرادت أن تحطب، فإنها تبكر... ولا تكاد تدخل الدار حتى تهيئ الغداء، إن لم تكن طبخته صباحا، ثم تمخض وطبها، ثم تنقي طحنها للغد، ثم تغربل طحين الصباح، ثم تأتي بالخضر من الحقل، ثم تسقي البقر، ثم إن كان عندها سقي من البير للحقول، فهي التي تتولى ذلك.

وزد على ذلك، أن تتعهد مغزلها، وترضع ولدها، ثم إن كان حرث أو حصاد، فهي التي تقوم بذلك، بمعاونة زوجها، أو وحدها إن غاب، بهذا تملأ نهارها، ثم تطبخ العشاء، هذا كله، والغالب أن تحافظ على صلاتها في دارها مع المسمع من المسجد.

---

[580] – النوازل الجديدة الكبرى، المهدي الوزاني. تحقيق محمد السيد عثمان.ج6.ص 419 و420. دار الكتب العلمية–بيروت–لبنان.2014.

والمرأة الإلغية هي سيدة الدار حقا، فهي الخازنة، وهي المتصرفة في الشعير والسمن.

والطلاق في إلغ، لا يكاد يذكر، وكذلك الزوجة الثانية...ومجمل القول، أن المرأة الإلغية تقوم إزاء زوجها الذي لا يعرف الراحة أيضا، بدور عظيم في الحياة، مع الصيانة والصبر العظيم والإخلاص لزوجها، والرفق في المعيشة، مع حفظها للسر، ومحافظتها على مظاهر التدين."([581])

✓ **دراسة وتحليل.**

تعكس هذه النازلة التي انطلقنا منها، طبيعة الأعمال التي مارستها المرأة، وتبين لنا شمول نشاطها لجميع مجالات الحياة.

مما يدل على أنها كانت ذات سعيٍ وكدٍّ، وعمل ودب، ومشاركة فعالة في عمارة الأرض واستقامة المعاش.

والمتمعن في نص النازلة، وشهادة الفقيه السوسي، يجدها تتضمن مجموعة من العبارات الدالة على إسهامات المرأة في تنمية مجالات كثيرة، نذكر منها:

1. المجال الأسري: (التنمية الأسرية / الاجتماعية)

لا شك أن النازلة المؤطرة، وشهادة فقيه سوس، –رحمه الله–تعكسان ما كانت تقوم به المر أة من عمل جبار، يمكن تصنيفه إلى عمل داخلي، وعمل خارجي، فعملها في الداخل، هو المعبر عنه في النازلة ب **(خدمة البيت)**، وفي شهادة الفقيه السوسي ب **(شؤون البيت)** ويتجلى أساسا في إعداد الطعام للأهل، وحلب البقر، وكنس الدار، وجمع الحطب، ومخض الوطْب، وإدارة المنزل، فهي الخازنة وهي المتصرفة.

وأما عملها في الخارج، –وهو أشق–فيتمثل في خدمتها في الحقول والمزارع والفدادين، والحرف اليدوية على مختلف أنواعها. ولا شك أن هذا يوقفنا على حقيقة

[581] – المعسول، محمد المختار السوسي. ج1.ص 58 و59.

واضحة، وهي أن عمل المرأة كان له أثر بالغ على استقرار أسرتها، وحسن تدبير مواردها، وإدارة شؤون منزلها، وتنمية ثروة زوجها، وإعانته على القيام بمصالحه، مما أسهم في تماسك هذه الأسرة وتراحمها، وتوادها وسعادتها، حتى إن الطلاق فيها لا يكاد يذكر، وكذلك الزوجة الثانية.

ولم تقتصر المرأة في تحقيق التنمية الأسرية على خدمة بيتها، وإدارة شؤونه فحسب، بل نجدها اعتمدت أمورا أخرى من أجل النهوض بأسرتها وتنميتها، فقد ورد في "المعيار" أن امرأة أوصت بثلث متخلفها إلى خالها [582]...وأخرى أوصت بثلث ما تخلفه لأول ولد يتزايد لشقيقها، ثم إن لم يولد له، يكون الثلث لشقيقها."([583])

وفيه أيضا، أن أبا الحسن الصغير، سئل عن " امرأة وهبت لابنتها جميع ماجره الإرث إليها من زوجها –والد الصبية المذكورة–فحازت الابنة بعضه، وبقي بعضه، ما الذي يصح منه... "؟ ([584])

فهذه النوازل، تظهر بجلاء، كيف عددت المرأة من المداخل، ونوعت من الطرق، لتنمية أسرتها والنهوض بها، حيث جعلت من الوصية والهبة، وسيلتين لتمتين روابط المحبة والود بين أفراد الأسرة، وصلة الرحم، وإكرام القرابة، وتأمين موردٍ مالي لهم.

وكل هذه الاعتبارات التي قصدتها المرأة من خلال وصيتها وهبتها، وجه من وجوه التنمية الأسرية.

---

[582] – الونشريسي، المعيار المعرب. تحقيق محمد حجي. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية–الرباط. ج9.ص 253.

[583] – الونشريسي، المعيار.ج9.ص 363.

[584] – الونشريسي، المعيار. ج9.ص 160

2. المجال الاقتصادي: (التنمية الاقتصادية)

يظهر من نص النازلة المؤطرة، وشهادة الفقيه السوسي–رحمه الله–أيضا، أن المرأة كانت تشارك في الإنتاج الزراعي والحرفي، وتُسهم من خلال عملها في الحقوق والفدادين، والتجارة والصناعة، في تحقيق التنمية الاقتصادية.

ولعملها الدؤوب، وممارستها المستمرة لهذه الأنواع من المهن والحرف، اشتهرت المرأة بهذه الحرف والمهن، واشتهرت المهن والحرف بالمرأة، فأصبح كل منهما يدل على الآخر عند الإطلاق، بل تنقل كتب التاريخ والتراجم والأدب، أن الولد كان يلقب بالمهنة التي تغلب على والدته، كما هو الشأن بالنسبة للأديب الأريب، أبي بكر بن عيسى الداني، المعروف بابن اللبانة، قيل لقب بذلك نسبة لوالدته التي كانت تبيع اللبن. ([585])

وعرف الشاعر محمد بن يحيى الشلطيشي أيضا، بلقب (ابن القابلة) نسبة للمهنة التي كانت تمارسها والدته، وهي مساعدة المرأة الحامل على الولادة، أي المرأة التي تقوم بتوليد النساء. ([586])

والمتتبع لكتب النوازل الفقهية، يقف على أن المرأة لم تسهم في التنمية الاقتصادية من خلال عملها في الحقول، وممارستها للمهن والحرف اليدوية فحسب، بل أسهمت في ذلك من خلال مزاولتها للتجارة، والبيع والشراء، والإجارة والكراء، فقد جاء في نوازل ابن الحاجب، أن المرأة كانت تبرم العقود وتقعد الصفقات، ومنها أن " رجلا أسلم لامرأة ذهبا في قمح، وباع منها قمحا بذهب إلى أجل في عقد واحد"([587])

---

[585] – ينظر: عبد الواحد المراكشي، المعجب في تلخيص أخبار المغرب. تحقيق: محمد زينهم–دار العرجاني – القاهرة 1994.ص 131.

586 – ابن بسام، الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة. ج 4. ص 227. تحقيق إحسان عباس. الناشر، الدار العربية للكتاب: ليبيا–تونس. الطبعة 2.

[587] – ابن الحاجب، نوازل. ج2. تحقيق أحمد شعيب اليوسفي.ص 34

وذكر المؤرخ والأديب، ابن الحسن النباهي الأندلسي في كتابه (تاريخ قضاة الأندلس)، أن " من النساء من كان مصدر رزقهن بيع اللبن، مثل أم الأديب أبي بكر بن عيسى الداني، المعروف بان اللبانة."([588])

وتنقل لنا نوازل الفقيه الونشريسي – رحمه الله–أيضا، صورة حية لعمل المرأة وإسهامها في التنمية الاقتصادية، وهي أن " امرأة زرعت الأرض في حصة رجل من القرية، فلما كثر الإنتاج، أكرت هذه المرأة المزارعة تلك الحصة المتفق عليها لمدة عامين، بمبلغ قدر بعشرة مثاقيل"(589)

إن ما قامت به المرأة في هذه النازلة، يظهر حسن تخطيطها وتدبيرها، وعبقريتها في تنويع موارد دخلها، ويعكس فكرها التنموي. فبعد ما حققت اكتفاء في الحبوب، وفائضا في الإنتاج، حولت الأرض إلى مصدر دخل إضافي، وهو الكراء.

والتخطيط الجيد، والتدبير الأمثل، وتنويع موارد الإنتاج، من أعظم أسس التنمية.

3. المجال القيمي/ الأخلاقي: (التنمية القيمية/ الأخلاقية)

لقد تضمنت النازلة المؤطرة، وشهادة الفقيه السوسي، ما يشير إلى أنما كانت تقوم به المرأة من عمل، كان مؤسسًا عل الرضى التام، والنية الصالحة، والإخلاص في العشرة، والصبر العظيم، والقناعة بالقليل، والتعاون المشترك، والتضامن النبيل، والمحافظة على مظاهر التدين في بيتها ومجتمعها.

مما يعني أن المرأة بهذه القيم والأخلاق التي صاحبت عملها، قد أسهمت بشكل كبير في تحقيق التنمية القيمية في أسرتها ومجتمعها، ورسخت مفاهيم تربوية أصيلة.

والتعاون والتضامن، والإخلاص في العمل، والتفاني فيه، أسس وركائز، لا تقوم التنمية إلا عليها.

---

588 – تاريخ قضاة الأندلس، ابن الحسن النباهي. ص 165. تحقيق لجنة إحياء التراث العربي–دار الأوقاف الجديدة–بيروت. الطبعة 5.1983.

[589] – الونشريسي، المعيار، ج8.ص 166

وتظهر لنا نوازل الفقيه الونشريسي –رحمه الله–وسيلة أخرى، ومدخلا آخر، اعتمدته المرأة من أجل تحيقيق التنمية القيمية في المجتمع، وهو مدخل "الوقف" فقد ورد أن " امرأة، عهدت مقياس ذهب، يكون ثمنه وقفا موبدا، لفداء الأسرى"([590])

فهذه النازلة، تفيد أن هذ المرأة، قد أسهمت من خلال عملها هذا، في تنمية قيمة الإيثار، والرحمة، والتكافل، والتعاون في المجتمع.

وخير ما نختم به رحلة الحديث عن دور (عمل المرأة) وأثره في تحقيق التنمية، كلام الفقيه المختار السوسي –رحمه الله–حيث يقول فيه: "ومجمل القول، أن المرأة ... تقوم –إزاء زوجها الذي لا يعرف الراحة أيضا–بدور عظيم في الحياة، مع الصيانة والصبر العظيم والإخلاص لزوجها، والرفق في المعيشة، مع حفظها للسر، ومحافظتها على مظاهر التدين". ([591])

المطلب الثاني: سبل الاستفادة من نوازل عمل المرأة، في تعديلات مدونة الأسرة المرتقبة.

إن (النوازل الفقهية)، –باعتبارها فكرا وتراثا–لمن أهم المصادر التطبيقية، التي تُظهر قدرة العقل الفقهي على التجاوب مع واقع الناس، فهي تمثل اجتهادات فقهية مرنة، صدرت عن علماء وقضاة، في مواجهة قضايا مختلفة، راعوا فيها الواقع، ووازنوا بينه وبين روح النصوص، فحققوا بذلك مراد الله تعالى من الشريعة، وحفظوا للناس والمجتمع مصالحه.

وعليه، يمكننا القول: إن (النوازل الفقهية) عموما، ونوازل (عمل المرأة) على وجه الخصوص، من أعظم المصادر الاجتهادية، والمرجعيات التشريعية، التي يستفاد منها في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة.

---

[590] – الونشريسي، المعيار.ج.9.ص 253.

[591] – المعسول، محمد المختار السوسي. ج1.ص 59.

ووجه الاستفادة منها يكمن في استثمار خصائص هذه النوازل في صياغة نصوصها، والاستفادة من موجهات الاجتهاد الفقهي النوازلي في تعديلاتها.

وهنا يمكننا أن نعرج – باختصار–على بيان بعض هذه الخصائص، ونوضح الموجهات الأساسية التي حكمت اجتهاد الفقهاء في معالجتهم للنوازل.

موجهات الاجتهاد الفقهي النوازلي:

إن المتتبع لمنهج الفقهاء في معالجتهم للنوازل، سيدرك أن هناك موجهين اثنين، سددا اجتهادهم ووجها فتاواهم وآراهم، وهما:

الموجه الأول: موجه مقاصدي: إن اجتهاد فقهاء النوازل لم يكن إلا في ضوء الواقع ومقاصد الشريعة الإسلامية، وروح نصوصها، لذلك اتسمت اجتهاداتهم بالمرونة والتوسط والاعتدال، والموازنة بين النص والواقع.

الموجه الثاني: موجه مذهبي: إن المذهب المالكي في الفروع، والمذهب الأشعري في العقيدة، والمذهب الجنيدي في السلوك، شكّل إطارا معرفيا للنوازل الفقهية، فكان المرجع الوحيد، والمشرب الأساس للفقهاء في الفتوى والقضاء.

ويمكن أن تستثمر هذه الموجهات في التعديل المرتقب لمدونة الأسرة، بحيث أن تكون الثوابت الدينية، ومقاصد الشريعة الإسلامية، هي الإطار الحاكم لصياغة نصوصها وموادها.

خصائص النوازل الفقهية.

1. خاصية الواقعية: إن مما تتميز به النوازل الفقهية، **(خاصية الواقعية)**، لأنها بنيت على قضايا حقيقية،

عاشها الناس في زمانهم ومكانهم، فالنوازل الفقهية تنبئ عن الواقع الاجتماعي والاقتصادي الذي نشأت فيه هذه النوازل.

ووجه استثمار هذه **الخاصية** في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة يتجلى في:

- ربط النصوص التشريعية بواقع المرأة المعاصرة، على نحو يُحقق التوازن بين مقتضيات الشريعة

ومتطلبات التنمية.

- الاعتماد في تعديل النصوص التشريعية لمدونة الأسرة على منهج الاجتهاد التنزيلي، الذي يجمع بين

النص والواقع.

خاصية القابلية: وأقصد بها أنها مرنة، وقابلة للتكييف والاجتهاد بحسب ما تقتضيه الأعراف وتتطلبه ظروف الزمان والمكان ووالأحوال.

ومن هذا المنطلق أيضا، يمكن الاستفادة من **(خاصية القابلية)** في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة، خاصة فيما يتعلق بعمل المرأة، من خلال ما يلي:

- تكييف النصوص التشريعية المتعلقة بعمل المرأة، وفق متغيرات الواقع المعاصر ، بما يضمن كرامة المرأة ويحفظ استقرار الأسرة ويحمي مصالحها.

2. خاصية الثوابتية: وأقصد بها، أن النوازل الفقهية، ليس إلا اجتهادات علماء مالكية، تعكس ثابتا من

ثوابتنا، وهو الفقه المالكي، ومن هذا المنطلق، يمكن الاستفادة من خاصية الثوابتية في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة، وخاصة فيما يتعلق بشق عمل المرأة، من خلال ما يلي:

- استحضار النوازل الفقهية باعتبارها امتدادًا للهوية المغربية وثوابتها، وعليه، فإن العودة إلى النوازل

الفقهية، في صياغة وتعديل النصوص التشريعية لمدونة الأسرة، تمثل تقيدا وتشبثا تاما بالثوابت الدينية للأمة المغربية.

3. خاصية الجماعية: وأقصد بها، أن الاجتهاد في النوازل الفقهية، لا يكون فرديًا منعزلًا، وإنما يتم في إطار

جماعي تشاوري، يجمع بين العلماء والفقهاء، والقضاة والمفتين، الذين يتداولون الرأي في النوازل المستجدة للوصول إلى الحكم الشرعي الأنسب.

يمكن يمكن استثمار هذه الخاصية في التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة من خلال:

- اعتماد اجتهاد مؤسساتي، يجمع بين الفقهاء والقانونيين، لضمان توافق النصوص الجديدة مع واقع

الأسرة المغربية.

- منهج الفقهاء التشاركي الجماعي، في النظر إلى النازلة، يمنك توظيفه في عمل تشاركي بين اللجان الفقهية والقانونية، التي تشرف وتباشر تعديلات مدونة الأسرة، ضمانًا لتوازنها الشرعي والقانوني.

✓ **الخاتمة. – نسأل الله حسنها–.**

وفي خاتمة هذه الورقة البحثية، أجمل ما خلصت إليه هذه الرحلة العلمية من نتائج، ثم أضمنها توصيات ذات علاقة بالموضوع، فأقول وبالله التوفيق:

في خاتمة هذه الدراسة التي تناولت موضوع **عمل المرأة في ظل النوازل الفقهية وأثره في تحقيق التنمية**، يتضح لنا أن النوازل الفقهية، تعد مرآة حية، تعكس تفاعل العقل الفقهي مع واقع الناس، واستجابة الفكر النوازلي لمختلف القضايا المستجدة، لا سيما قضية عمل المرأة.

لقد جرى في المبحث الأول من هذه الدراسة توضيح المفاهيم الأساسية، التي تعتبر الكلمات المفاتيح التي تنبني حولها هذ الدراسة، وهي: "عمل المرأة"، و"النوازل الفقهية"، و"التنمية".

وفي المبحث الثاني، تم إيراد مجموعة من النوازل الفقهية، التي تعكس إسهامات المرأة في مختلف ميادين العمل، بدءًا من المجال الأسري، ثم مرورًا بالمجال الاقتصادي، وانتهاءً بالمجال القيمي والأخلاقي، ليتبن مدى إسهام المرأة في بناء الأسرة، وتنمية المجتمع.

كما بينت الدراسة في هذا المبحث، سبل الاستفادة من هذه النوازل الفقهية، التي تتميز بخصائص الواقعية والمرونة، والثبات والجماعية، في صياغة التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة، لتكون هذه التعديلات متوازنة، ومتسقة مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وضامنة لحقوق المرأة والأسرة معًا.

وعليه، نخلص إلى أن عمل المرأة، حين يُؤطر في ضوء الاجتهاد الفقهي النوازلي، لا يُعد عبئًا أو مخالفة للنصوص، بل هو ركيزة أساسية في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وسبيل لتحقيق التوازن والازدهار الأسري والمجتمعي.

✓ **التوصيات:**

1. ضرورة مواصلة استلهام التراث الفقهي النوازلي في مراجعة وتطوير التشريعات الأسرية بما يتناسب مع متطلبات التنمية المعاصرة.

2. اعتماد منهج تشاركي، يجمع بين جميع أرباب التخصصاتالعلمية، بدءا بفقهاء الشريعة الإسلامية ومرورا بفقهاء القانون، وانتهاء بغيرهم، في صياغة تعديلات مدونة الأسرة المرتقبة، وذلك لضمان تحقيق توازن شرعي وقانوني.

3. تعزيز الوعي المجتمعي بدور المرأة في التنمية، وأهمية العمل المشترك بين الرجل والمرأة في الأسرة والمجتمع.

4. الاستمرار في البحث والدراسة حول النوازل الفقهية المعاصرة، لتوفير حلول شرعية تراعي التطورات الاجتماعية والاقتصادية.

نسأل الله تعالى أن يوفق الجميع لما فيه خير الأسرة والمجتمع، وأن يسدد خطانا نحو فهم شرعي متجدد، يخدم الأسرة والمجتمع.

والله الموفق والهادي إلى الصواب.

قائمة المصادر والمراجع.

1. أبجديات البحث في العلوم الشرعية. د/ فريد الأنصاري. منشورات الفرقان–الدار البيضاء. الطبعة الأولى 1417هـ. 1997م.

2. لمحات عن منهجية الحوار والتحدي الإعجازي للإسلام في هذا العصر. د/ رشدي فكار. الطبعة الأولى –1982م.

3. المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وآخرون. مادة (عمل).

4. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، وعبد الحميد عمر. مادة (عمل).

5. محاضرات في تاريخ المذهب المالكيفي الغرب الإسلامي، عمر الجيدي، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1987.

6. النوازل الأصولية، أحمد بن عبد الله بن محمد الضويحي. الناشر: بحث محكم من إصدار: الجمعية الفقهية ووقفية التحبير بالسعودية.

7. فقه النوازل على المذهب المالكي، فتاوى أبي عمران الفاسي. محمد البركة. أفريقيا الشرق–المغرب 2010.

8. التنمية في المنظور الإسلامي. خلف بن سليمان النمري: بحث مقدم للمشاركة في ندوة (الإسلام في شرق آسيا ... حضارة ومعاصرة) التي أقامتها رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، بالتعاون مع جامعة جن جي الوطنية في تايبيه (تايوان) جمهورية الصين الوطنية .24 و25 محرم / 1425هـ الموافق 15 و16 مارس / 2004م.

9. المعسول، محمد المختار السوسي.

10. النوازل الجديدة الكبرى، المهدي الوزاني. تحقيق محمد السيد عثمان. 419 و420. دار الكتب العلمية–بيروت–لبنان.2014.

11. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب. الونشريسي، تحقيق محمد حجي. نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية–الرباط.

12. المعجب في تلخيص أخبار المغرب. عبد الواحد المراكشي، تحقيق: محمد زينهم–دار العرجاني – القاهرة 1994.

13. الذخيرة في محاسن أهل الجزيرة. ابن بسام. تحقيق إحسان عباس. الناشر، الدار العربية للكتاب: ليبيا–تونس. الطبعة 2.

14. نوازل ابن الحاجب. تحقيق أحمد شعيب اليوسفي.

15. تاريخ قضاة الأندلس، ابن الحسن النباهي. تحقيق لجنة إحياء التراث العربي– دار الأوقاف الجديدة–بيروت. الطبعة.1983.

المقاصد القرآنية المؤطِّرة لحقّ المرأة في الكدّ والسعاية

ذة: عائشة الغفولي

مقدّمة

الحمد لله الذي جعل شريعته قائمة على العدل والإنصاف، وصيانة حقوق العباد، وأحكم آياته تحقيقا لمصالحهم في المعاش والمعاد، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

وبعد

فقد أولى القرآن الكريم عناية بالغة لتنظيم العلاقات المالية والاجتماعية، وأسس أحكامها على جملة من المقاصد الكلية التي تروم تحقيق العدل، وصيانة الحقوق، ورفع الظلم، وحفظ كرامة الإنسان، تشكل في مجموعها منهجا يحقق التوازن في العديد من القضايا التي يفرزها الواقع الاجتماعي، وتعد مسألة حق المرأة في الكد والسعاية أهم هذه القضايا باعتبارها إشكالا فقهيا ارتبط بمشاركة المرأة في تنمية المال الأسري، وبيان حظها منه في حالة الوفاة أو الطلاق.

ولا يخفى أن حق المرأة في الكدّ والسعاية لم يرد به نص جزئي صريح في القرآن الكريم، غير أن غياب النص التفصيلي لا ينفي إمكانية التأصيل المقاصدي له، باعتباره تنزيلا فقهيا لجملة من المقاصد القرآنية الكلية، التي تشكل الإطار المرجعي الناظم للاجتهاد في النوازل المستجدة.

وتكمن أهمية الموضوع في كونه يعالج جانبا جوهريا من النظام المالي للأسرة، وما يقتضيه ذلك من تحقيق التوازن بين كليات التشريع القرآني ومتغيرات الواقع، بما يحفظ استقرار البنية الأسرية ويصون الحقوق عند انتهاء الرابطة الزوجية.

ومن هنا جاء اختياري لهذا الموضوع الموسوم بـ: " المقاصد القرآنية المؤطرة لحق المرأة في الكدّ والسعاية" والذي يهدف إلى الكشف عن المقاصد القرآنية المؤطرة لهذا الحق، وبيان أثرها في التنزيل الفقهي من خلال إبراز الأسس والضوابط التي اعتمدها الفقهاء في تقرير الاستحقاق وضبط نطاقه، ضمن دراسة تجمع بين التأصيل النظري والتحليل الاجتهادي.

ومن ثم تتمحور إشكالية البحث حول سؤال مركزي مفاده: إلى أي مدى يمكن تأسيس حق الكد والسعاية على مقاصد القرآن الكريم، باعتباره تنزيلا لمقصد العدل وربط الاستحقاق بالسعي، دون الإخلال بمبدأ استقلال الذمة المالية بين الزوجين؟ ويتفرع عن ذلك أسئلة جزئية، من أهمها:

- ما المقاصد القرآنية المؤطرة للعلاقة المالية بين الزوجين؟
- ما معيار العمل المنتج الموجب للاستحقاق، وهل يدخل عمل المرأة في بيت زوجها ضمن ذلك أم لا؟
- إلى أي مدى يعد العرف مصدرا معتمدا في إقرار هذا الحق وضبطه؟

وبناء على ما تقدم قسمت محتوى الموضوع إلى مقدمة وفصلين وخاتمة وهو كالآتي:
مقدمة ضمنتها الاطار العام للموضوع وبيان قيمته العلمية وأسباب اختياره ثم بيان إشكالاته وخطة العمل فيه.

الفصل الأول: جعلته للتأصيل المفاهيمي والاجتهادي لحق الكد والسعاية في ضوء المقاصد القرآنية، وضمنته مبحثيين أساسين:

المبحث الاول مفهوم المقاصد القرآنية والكد والسعاية والعلاقة بينهما

المبحث الثاني: الأسس الاجتهادية المؤطرة للكدّ والسعاية

الفصل الثاني: خصصته للحديث عن تأطير حق المرأة في الكد والسعاية بين المقاصد القرآنية والتنزيل الفقهي وضمنته مبحثين:

المبحث الأول: المقاصد القرآنية المؤطرة لحقّ المرأة في الكدّ والسعاية

المبحث الثاني: الضوابط المعتمدة في الإفتاء بالكد والسعاية

وخاتمة.

الفصل الأول: التأصيل المفاهيمي والاجتهادي لحق الكد والسعاية في ضوء المقاصد القرآنية

يتناول هذا الفصل تحديد المفاهيم الأساسية المرتبطة بالمقاصد القرآنية وحق الكد والسعاية، مع إبراز الأسس الاجتهادية التي تنظم هذا الحق وتوضح كيفية استحقاقه، ليشكل قاعدة معرفية لفهم الإطار الشرعي والفقهي المتعلق بمساهمة المرأة في تنمية الثروة الأسرية.

المبحث الأول مفهوم المقاصد القرآنية والكد والسعاية والعلاقة بينهما

يركز هذا المبحث على تحديد المعاني الأساسية للمقاصد القرآنية وحق الكد والسعاية من منظور لغوي واصطلاحي، وبيان كيفية تحديد نطاق الاستحقاق وأسباب تقييده غالبًا بالزوجة، ثم إبراز العلاقة بين المقاصد والكد والسعاية، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول مفهوم المقاصد القرآنية

أولا: مفهوم المقاصد لغة واصطلاحا

المقاصد لغة جمع مقصد، مشتق من الفعل قَصَدَ، وأصل معناه: إتيان الشيء وطلبه، أو اكتناز في الشيء، ثم تفرعت عنه معانٍ عِدَّة، يجمعها معنى التوجه نحو الهدف، و القَصْدُ؛ أي: استقامة الطريق[592] ومنه قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ**﴾[593]

---

[592] – معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون: دار الفكر، الطبعة: 1399هـ 95-1979م، ج 5، ص 95، والعين للفراهيدي، ج 4، ص 54، مادة: قصد.

[593] – النحل الأية : 9

وبالنظر إلى المعنى اللغوي في كلمة القصد يظهر أن معنى إتيان الشيء والتوجه يتناسب مع المعنى الاصطلاحي، وهو الأصل.

المقاصد اصطلاحا:

يمكن تعريف مصطلح المقاصد بما يضاف إليه، ففي الغالب يضاف إلى الشريعة أو إلى القرآن الكريم وهو لا تبتعد عن المعنى اللغوي فيتناول اللفظ تحت معنى الهدف والغاية من المضاف إليه، ومقصد الكلام هو أن يتوجه الكلام واللفظ إلى معنى معين أو غاية يريدها المتكلم.[594]

ومن ثم كان تعريفها عند علماء المقاصد وأصول الفقه يدور حول الغايات والحِكَم والمعاني التي راعاها الشارع في تشريع الأحكام، قصدًا لتحقيق مصالح العباد ودفع المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة.

ومن هذا المنطلق عرفها الطاهر بن عاشور بأنها: المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة» [595]. ويلاحظ ان تعريف علال الفاسي ركز على المعاني والحكم الملحوظة للشارع في معظم أحكام التشريع.

وجمع علال الفاسي بين المقاصد العامة والخاصة في تعريف موجز فقال: المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها).[596]

---

[594] – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: لاحمد الريسوني تقديم طه جابر العلواني، المعهد العالي للفكر الاسلامي، دار الأمان، 1995/1416م/ص:19

[595] – مقاصد الشريعة الاسلامية، محمد الطاهر ابن عاشور، تقديم حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، ط:2010، ص:82

[596] – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: علال الفاسي دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة، 1993م، ص:7.

أما الدكتور أحمد الريسوني فتميز بإضافة البعد العملي وقصد المكلف فقال:" هي الغايات التي وُضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد " [597].

ثانيا: مفهوم القرآن

القرآن لغة: مصدر، يقال: قرأه قرءا وقراءة وقرآنا، جاء في الصحاح: " ... وقرأتُ الشيء قرآنا، جمعته وضممت بعضه إلى بعض، وقرأت الكتاب قراءة وقرآنا،"[598]. ومنه قوله تعالى: **(فإذا قرأناه فاتبع قرآنه)** [599] ، وقرأت القرآن والكتاب قراءة وقرآنا اتبعت بعضه بعضا نظرا وظاهرا، وقد فسر ابن عباس رضي الله عنه الآية بأنها تعني إذا جمعناه وأثبتناه في صدرك فاعمل به وهذا التفسير يوافق المعنى اللغوي، حيث قرأ الشيء يعني جمعه وضمه[600].

القرآن اصطلاحا

القرآن اصطلاحا هو كلام الله المنزل على رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم باللسان العربي المنقول إلينا بالتواتر بطريق الرواية والكتابة المعجز المتعبد بتلاوته المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس " [601].

---

[597] – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: لأحمد الريسوني تقديم طه جابر العلواني، المعهد العالي للفكر الاسلامي ،دار الأمان، 1995/1416م/ص:19

[598] – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين لبنان، الطبعة الرابعة 1407 هـ 1531987– م، ج 1ص 15

[599] – القيامة :18

[600] – المفردات في غريب القرآن الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، ط1/1412هـ، ص 14.

[601] – كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبزدوي، علاء الدين البخاري، تحقيق عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،1418 36هـ / 1997م

ثالثا: مفهوم المركب "مقاصد القرآن

لم يكن للمقاصد القرآنية دلالة اصطلاحية مستقرة، بل استعملت غالبا بمعنى محاور القرآن وأحيانا بمعنى الغايات وأحيانا مرادفة لمقاصد الشريعة، كما عند العز بن عبد السلام[602].

ثم إن الحديث عنها لم يكن ابتداء وإنما كان مجرد إشارات متفرقة بين ثنايا الكلام عن القرآن الكريم، وفي هذا السياق تناول الإمام الشاطبي هذا المفهوم ضمن شرحه للظاهر والباطن في القرآن، ولم يقدمه كتعريف اصطلاحي مستقل، حيث قال: " كُلُّ مَا كَانَ مِنَ الْمَعَانِي الَّتِي تَقْتَضِي تَحْقِيقَ الْمُخَاطَبِ بِوَصْفِ الْعُبُودِيَّةِ، وَالْإِقْرَارِ لِلَّهِ بِالرُّبُوبِيَّةِ فَذَلِكَ هُوَ الْبَاطِنُ الْمُرَادُ وَالْمَقْصُودُ الَّذِي أُنْزِلَ الْقُرْآنُ لِأَجْلِهِ"[603] .

وبهذا يظهر أن المقاصد القرآنية عند الامام الشاطبي ليست مجرد إشارات متفرقة، بل هي غايات كلية شاملة توجه فهم القرآن نحو تحقيق العبودية لله والإقرار بربوبيته.

وقد عنون أبو حامد الغزالي الفصل الثاني من كتابه جواهر القرآن: " **في حصر مقاصد القرآن ونفائسه**[604] ..

أما عند المعاصرين فقد عرفها رشيد رضا في تفسيره المنار؛ بقوله : إِنَّ مَقَاصِدَ الْقُرْآنِ مِنْ إِصْلَاحِ أَفْرَادِ الْبَشَرِ جَمَاعَاتِهِمْ وَأَقْوَامِهِمْ وَإِدْخَالِهِمْ فِي طَوْرِ الرُّشْدِ وَتَحْقِيقِ أُخْوَتِهِمُ الْإِنْسَانِيَّةِ وَوَحْدَتِهِمْ وَتَرْقِيَةِ عُقُولِهِمْ وَتَزْكِيَةِ أَنْفُسِهِمْ مِنْهَا مَا يَكْفِي بَيَانُهُ لَهُمْ فِي الْكِتَابِ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ أَوْ مِرَارًا قَلِيلَةً، وَمِنْهَا مَا لَا تَحْصُلُ الْغَايَةُ إِلَّا بِتَكْرَارِ كَثِيرٍ[605] "يعكس

---

[602] ـ قال العز بن عبد السلام:" معظم مقاصد القرآن الأمر باكتساب المصالح وأسبابها والزجر عن اكتساب المفاسد وأسبابها " قواعد الحكام في مصالح الأنام العز ابن عبد السلام ،ج1ص:11 دار المعارف بيروت لبنان.

[603] – الموافقات الشاطبي، تحقيق عبد الله دراز ومحمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية بيروت ط2005/7، ج290/3.

[604] – جواهر القرآن أبو حامد محمد بن محمد الغزالي جواهر القرآن، المؤلف، الناشر: دار إحياء العلوم – بيروت الطبعة الأولى، 1985، تحقيق: د. محمد رشيد رضا القباني، ص 23

[605] – تفسير المنار محمد رشيد بن علي رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر: 1990 م، ج 11 ص 170

تعريف رشيد رضا شمولية المقاصد القرآنية، إذ لا يقتصر الإصلاح على الفرد فقط، بل يشمل الجماعات والأمم، مع التأكيد على تنمية العقل والروح وتحقيق الأخوة والوحدة الإنسانية، مما يبرز الجانب التربوي والاجتماعي للقرآن".

كما عرفها عبد الكريم حامدي بأنها "الغايات التي أنزل الله القرآن لأجلها تحقيقا لمصالح العباد، فالغايات المراد بها المعاني والحكم المقصودة من إنزال القرآن، وهذه الغايات تهدف إلى تحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل"[606] .

وتعريفه هذا يقارب التعريف المختار لمقاصد الشريعة، إلا أن فيه قصر مقاصد القرآن على تحقيق مصالح العباد، ولم ينص على الأهم من ذلك وهو تحقيق العبودية الله تعالى.

ومن ثم يمكن القول أن مقاصد القرآن هي الغايات والحكم التي أرادها الله في كتابه، والتي يعبر عنها بمراد الله له من كلامه.

المطلب الثاني: مفهوم حق الكد والسعاية والعلاقة بينه وبين المقاصد القرآنية

يهدف هذا المطلب إلى استعراض مفهوم الكد والسعاية من منظور لغوي واصطلاحي، مع تحديد نطاق هذا الحق وأسباب تقييده غالبًا بالزوجة.

أولا: مفهوم الكد والسعاية

مفهوم الكد والسعاية في اللغة:

الكد في اللغة، مأخوذ من فعل كدَّ يَكِدُّ كَداً، أي الشدة في العمل وطلب الرزق والإلحاح في محاولة الشيء.[607] أما السعاية، فأصلها من فعل سَعَى يَسْعَى سَعْياً، وسعى

---

606 – مقاصد القرآن من تشريع الاحكام، الكريم حامدي، دار ابن حزم ط/2008، ص: 29.

607 – انظر: القاموس المحيط، باب الواو والياء مجد الدين الفيروز آبادي: تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1406 هـ / 1986م، ص: 1670، ولسان العرب وجمال الدين محمد ابن منظور، باب كد، دار صادر للطباعة والنشر، دار بيروت للطباعة والنشر بيروت طبعة 1388هـ / 1968 م، المجلد رقم 3، ص377

إذا عمل، والسعي أي الكسب، وكل عملٍ مِنْ خَيْرٍ أَو شَرّ سَعْي، وسَعَى لَهُمْ وَعَلَيْهِمْ: عَمِلَ لهم وكسب وأسعى غيره: جَعَلَهُ يَسْعَى [608].

والتعبير عنه بالحق، إشارة إلى كونه يمثل مقابلا عما يبذله السعاة من كد وسعاية في سبيل تنمية مال الأسرة أو تكوينه.

وعلى العموم، فدلالة مصطلح الكد والسعاية من الناحية اللغوية، كلها تدورحول معاني العمل وبذل الجهد في التحصيل والإنتاج.

2-مفهوم الكد والسعاية في الاصطلاح

إن مفهوم الكد والسعاية لم يحظ بتعريف عند الفقهاء المغاربة القدامى، إلا ما كان من بعض الإشارات المجملة التي قد تحمل تعريفا مقتضبا له، فقد سئل الفقيه سيدي محمد بن إبراهيم المزوار عن معنى السعاية فقال: معنى السعاية ما استفادوه من المال بعملهم. [609] وهو تعريف موجز يربط الاستحقاق مباشرة بالعمل المنتج للمال، دون تفصيل في طبيعته أو نطاقه.

ومن المتأخرين عرفه الملكي الحسين بقوله: المعنى الحقوقي للكد والسعاية هو حق المرأة في الثروة التي تنشئها وتكونها مع زوجها خلال فترة الحياة الزوجية»، ويضيف الملكي موضحا هذا التعريف: «وهذا الحق يضمن للزوجة إذا انتهت العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها، إما بالطلاق أو الوفاة، بأن يتم تحديد وحساب مجموع الثروة التي تم تكوينها خلال فترة الحياة الزوجية فتحصل على جزء منها مقابل ما بذلته من مجهودات

---

[608] -لسان العرب باب سعى، المجلد رقم 14، م. س، ص: 376

[609] - إشكالية الشغل النسوي: وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي لأحمد الفقيه، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – الرباط – السنة الجامعية: 1409 هـ / 1989 م، ص: 83.

مادية ومعنوية إلى جانب زوجها [610]. ويُلاحظ أن هذا التعريف ركز على البعد الحقوقي وعلى خصوصية الزوجة باعتبارها الطرف الأبرز في إثارة هذا الحق.

كما عرفه عمر المزكلدي بقوله هو: «حق شخصي، يقوم على أساس مساهمة السعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزء من المستفاد يتناسب وقدر مساهمتهم حين إجراء القسمة، وكل ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده[611] .

ويتميز هذا التعريف بتوسيعه لنطاق المستفيدين ليشمل كل من ساهم في تنمية الثروة، لا الزوجة وحدها، مع إبراز الأساس العرفي الذي يقوم عليه هذا الحق. ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن حق الكد والسعاية في الاصطلاح يدور حول استحقاق نصيب من المال الناتج عن مساهمة فعلية في تكوينه أو تنميته، غير أن زاوية النظر تختلف بين تعريف موجز يربط الحق بالعمل مطلقاً، وتعريف حقوقي يركز على حماية الزوجة، وآخر يؤسس له على فكرة الشركة العرفية واتساع دائرة المستفيدين.

ولحق الكد اطلاقات أخرى، منها:

1–حق الشقا كما يقول الملكي الحسين: «الكد أصلها هو فعل كد يكد؛ بمعنى عمل بعناء ومشقة، ومن هنا يسميه البعض حق الشقا».[612]

2 –حق الجرية أو الجراية والجرية كناية على ما حققه الزوجان من أموال تراكمت أثناء زواجهما، بفضل عمل الزوج خارج البيت، وعمل الزوجة داخله وخارجه.

---

[610] – من الحقوق المالية للمرأة نظام الكد والسعاية، للملكي الحسين، مطبعة دار السلام، ط1/1999م، ص: 12

[611] – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص من إعداد الطالب عمر المزكلدي تحت إشراف الدكتور: سعيد الدغيمر السنة الجامعية: 2005–2006، ص:8

[612] – من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية للملكي الحسين مرجع سابق ص: 12.

3- تمازالت وهي كلمة أمازيغية قد تكون مشتقة من Azzel بمعنى سعى أو جرى، ومنه Tazzelaأي السعي والجري، وImazzalen متداول في بعض مناطق سوس بالمغرب ومعناها الأبناء المنتجون.[613]

وتعكس هذه الأسماء ارتباط مفهوم الكد والسعاية بالواقع الاجتماعي والعرفي، إذ تبرز جميعها عنصر السعي والمشقة والمساهمة في تنمية الثروة الأسرية، ورغم تعدد ألفاظها، فإنها تتفق في المعنى القائم على استحقاق نصيب من المال مقابل ما بُذل من جهد وعمل.

ثانيا: نطاق حق الكد والسعاية وأسباب قصره على الزوجة

يعدّ حق الكد والسعاية في أصله حقًا عامًا لا يختص بالزوجة وحدها، بل يشمل جميع أفراد الأسرة الواحدة الذين يسهمون في تنمية الثروة الأسرية، لذلك نجد الفقهاء يعبرون عنه بسعاية اليتيم، سعاية الأخت، سعاية الأخ، سعاية الولد ومن له عدة زوجات، فلكل واحدة سعايتها[614]،وهو ما أكدته النوازل الفقهية إذ سئل الفقيه عيسى السكتاني عن رجل يتصرف مع أولاده وزوجته في أملاكه كعادة أهل سوس، إلى أن مات الرجل وترك زوجته وأولاده، فهل يقتسمون ما زاد على الأصل، كل واحد على قدره وكده من الأصاغر والأكابر، أم لا؟ فأجاب بأنهم يقتسمون على قدر كدهم وسعيهم"[615]، فالعبرة بقدر المساهمة في تنمية المال.

وجاء في نوازل الورزيزي، «أن الأم إذا كانت تعمل مع أولادها مثل النسج والغزل ونحوهما، فإنها تكون شريكة فيما نشأ من خدمتهم، وخدمتهما أيضا بينهما، وكذلك الأخت مع إخوتها، والبنت مع أمها، والزوجة مع زوجها .....[616] مما يدل على أن حق الكد والسعاية يثبت لكل أفراد الأسرة المساهمين في ثروتها.

---

[613] – من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية مرجع سابق ص: 12.

[614] – فقه النوازل في سوس قضايا وأعلام الحسن العبادي، منشورات كلية الشريعة اكادير، ص: 416 .

[615] – العمل السوسي في الميدان القضائي، الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي، ج 1، ص: 281.

[616] – النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية – طبعة 1419هـ / 1998م، ج 6، ص: 540.

غير أن معظم القضايا المعروضة في كتب النوازل تعلقت بسعاية الزوجة خاصة، ويرجع ذلك إلى طبيعة مركزها داخل الأسرة، إذ تكون غالبًا الطرف الأضعف في الحلقة الأسرية عند انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، حيث لا تستفيد إلا من حقوق محدودة كنفقة العدة وبعض المستحقات في حالة الطلاق أو نصيبها من الميراث في حالة الوفاة، رغم مساهمتها في تنمية الثروة. الأمر الذي كان يدفعها إلى اللجوء إلى القضاة والمفتين للمطالبة بحقها.

كما أن ارتباط هذا الحق بالزوجة يرجع إلى كونها في كثير من الأحيان المساهم الأول في تنمية الثروة الأسرية، سواء بطريقة مباشرة كالمشاركة بمالها أوجهدها، أو بطريقة غير مباشرة كتحملها النفقات الأسرية اللازمة على الزوج، ليتفرغ هو لتنمية الثروة الأسرية. [617]

وهو ما يفسّر تركيز الفقه العملي على إبراز حقها في السعاية وتأكيده، حتى غلب إسناده إليها دون سائر أفراد الأسرة.

ثالثا: العلاقة بين المقاصد القرآنية وحق الكد والسعاية

تتجسد العلاقة بين المقاصد القرآنية وحق المرأة في الكد والسعاية في كون المقاصد تشكل الإطار القيمي والشرعي الذي ينظم الحقوق والواجبات داخل الأسرة. فالقرآن الكريم لم يكتف بوضع أحكام عامة فحسب، بل رسم مبادئ عليا كالعدل وحفظ المال وحق السعي والعمل، وهي مبادئ يمتد تنزيلها إلى ضمان استحقاق المرأة لنصيبها من الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية. وبذلك يصبح حق المرأة في السعاية امتدادًا لمقاصد قرآنية سامية تهدف إلى تحقيق التوازن بين الجهد المبذول والمال الناتج عنه، وإقرار الإنصاف والمساواة بين أفراد الأسرة، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية وضع المرأة ودورها المحوري في تنمية الثروة الأسرية.

---

[617] – التأصيل الشرعي والقانوني لحق المرأة في السعاية محمد شراد المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15 العدد 02-2024، ص:324، والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة المؤلف: د. محمد مصطفى الزحيلي. دار الفكر – دمشق الطبعة: الأولى، 1427 هـ – 2006 م ص55

وتترسخ هذه العلاقة بشكل عملي عندما يُربط الاستحقاق بالعمل والجهد المبذول، بحيث لا يكون حق المرأة مجرد حق صوري، بل حقا مرتبطا بمساهمتها الفعلية، سواء بالمال أو بالكد والسعي أو بالإسهام في نفقات الأسرة التي تتيح للزوج التركيز على تنمية الثروة.

ومن هنا، تتضح العلاقة التكاملية بين النظرية المقاصدية والتنزيل الفقهي للكد والسعاية، حيث يشكل الإطار القرآني المرجعية القيمية التي توجّه الاجتهاد الفقهي في تحديد الشروط والضوابط التي تكفل تحقق هذا الحق بشكل منصف وفعال.

المبحث الثاني: الأسس الاجتهادية المؤطرة للكدّ والسعاية

يركز هذا المبحث على القواعد الاجتهادية التي اعتمدها الفقهاء لتأطير حق المرأة في الكد والسعاية، سواء من حيث استحقاقها للثروة المكتسبة أو من حيث حماية حقوقها من الضرر، ويتجلى ذلك من خلال مطلبين رئيسيتين:

المطلب الأول: القواعد المتعلقة بالاستحقاق

يستعرض هذا المطلب القواعد الفقهية التي تحدد استحقاق المرأة لنصيبها في الكد والسعاية، بما يربط الحق بالجهد المبذول والسعي، ويبين كيفية تقريره على ضوء المبادئ الاجتهادية المعتمدة.

أولا: قاعدة الغرم بالغنم

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية المنظمة للاستحقاق المالي، إذ تقرر أن من يتحمل تبعة الشيء وغرمه يستحق غنمه وغرمه، وتؤكد على أهمية التوازن والعدالة في التعاملات المالية، مما يسهم في بناء مجتمع قائم على الثقة والتعاون.[618]

[618] – من قواعد الضمان في الفقه الإسلامي قاعدة: (الغُرْمُ بالغُنْم) وتطبيقاتها الفقهية الأستاذ الدكتور عماد أموري جليل الزاهدي، مجلة درر للدراسات الإسلامية م:2 سنة 2025 ص:107

ومن الألفاظ المختلفة التي وردت بها هذه القاعدة، لفظ الغُرم مُقَابَلٌ بالغُنْم، أو الغنم مقابل بالغُرْمِ، ولفظ المغرم مقابل بالمغنم [619] ، كل هذه الصيغ تدور حول معنى واحد، وأساسها ما نص عليه الحديث النبوي الشريف، وهو ما روي عن عائشة – رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**"[620]

أما شرح القاعدة: فالغرم الخسارة، وهو ما يلزم أداؤه من المال، أو ما يُعطى من المال على كره الضرر والمشقة والغريم الملزم ذلك، والغريم إنما سمي غريما؛ لأنه يطلب حقه ويلح حتى يقبضه.

والغنم: هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء وعليه: فإن من غرم فهو يغنم، وأن من عليه الخسارة فله الربح[621] .

تطبيق القاعدة على الكد والسعاية على الرغم من أن قاعدة الغنم بالغرم وُضعت في سياق عام للمعاملات المالية والاقتصادية، إلا أن تطبيقها على حق المرأة في الكد والسعاية يتضح من خلال النقاط التالية:

1–جهد المرأة في تنمية الثروة الأسرية: ما تبذله الزوجة من جهد أو مال في تسيير شؤون الأسرة أو تنمية ثروة الزوج يُعتبر غرمًا من جانبها، وبالتالي يترتب على ذلك حقها في الغنم، أي نصيب مالي أو تعويض متناسب مع مساهمتها.

2–التكاليف والخسارة مقابل الاستفادة: يقوم هذا المبدأ على أنه إذا حصلت منفعة من الشيء أو المال الذي بذل فيه الجهد، فإن من تحمل الخسارة أو التكلفة يستحق المكسب الناتج عنه.[622] وبالمثل، جهود الزوجة داخل الأسرة تُقاس بمقدار ما أسهمت به في تنمية المال أو إدارة شؤون الحياة المشتركة. فالجهد المبذول من جانبها يمثل

---

[619] – موسوعة القواعد الفقهية آل بورنو محمد صدقي بن أحمد بن محمد أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ – 2003 م.

[620] – أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان 753/2، برقم 2242؛ وأبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجارات، باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، 284/3 ، برقم 3508 .

[621] – من قواعد الضمان في الفقه الإسلامي قاعدة: الغُرْمُ بالغُنْم مرجع سابق ص112

[622] – المرجع نفسه ص112

تكلفة أو غرمًا، والمنفعة التي تحققها الأسرة نتيجة هذا الجهد تُعد غنمًا أو مكسبًا يحق لها استيفاؤه.

تطبيقات على قاعدة الغنم بالغرم وأثرها في تقرير حق الكد والسعاية:

توضح التطبيقات العملية لقاعدة الغنم بالغرم أن من يتحمل التكلفة أو الخسارة يحصل على المكسب الناتج عن جهده، وهو المبدأ نفسه الذي يُطبَّق على حق الزوجة في الكد والسعاية. فكما تتحمل الأطراف المختلفة تكاليف مقابل منفعة حصلوا عليها في المعاملات المالية والعقارية، فإن جهود الزوجة المبذولة في تنمية المال أو إدارة شؤون الأسرة تُعتبر تكاليف واجبة، والمنفعة الناتجة عنها – سواء في المال أو رفاهية الأسرة – تمنحها حقًا ماليًا متناسبًا مع مساهمتها الفعلية.

وسأذكر من هذه التطبيقات ما يلي:

1- إن نفقة ردّ العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير؛ لأن منفعة العارية له، فيغرم نفقة ردها

2-إن كلفة ردّ الوديعة على المودع، لأن الإيداع لمصلحته

3-إن مؤونة تعمير من يرغب من الموقوف عليهم في سكنى العقار الموقوف لسكناهم، فإنها عليهم بمقابلة سكناهم فيه [623]

كما يتحمل المستفيدون من هذه الأمثلة الفقهية تكاليف مقابلة لمنفعتهم، فإن الزوجة التي تبذل جهدًا في تنمية المال أو إدارة شؤون الحياة المشتركة تستحق تعويضًا ماليًا أو نصيبًا من الثروة بمقابل هذا الجهد، أي أن الجهد المبذول من جانبها يُعد غرمًا، والمكافأة المترتبة عليه تُعد غنمًا، بما يعكس مساهمتها الفعلية وفق مبدأ النقمة بقدر النعمة، والنعمة بقدر النقمة.[624]

---

[623] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة مرجع سابق ص544

[624] – من قواعد الضمان في الفقه الإسلامي قاعدة: الغُرْمُ بالغُنْم م س ص112

وهكذا، فإن قاعدة الغنم بالغرم تمثل أساسًا اجتهاديًا واضحا لتقدير حق المرأة في الكد والسعاية، وتضمن لها نصيبها المالي العادل من ثروة الأسرة، بما يتوافق مع مبادئ الشريعة في العدالة والتكافؤ.

ثانيا: قاعدة من أدّى عن غيره واجبًا بنية الرجوع عليه؛ رجع وإلا فلا

تُعد هذه قاعدة من القواعد الفقهية التي ينبني عليها الحكم في مسألة الرجوع بالعوض عند قيام شخص بأداء التزام مالي عن غيره، ومدارها على النية إذ العبرة بالقصد المصاحب للأداء، فمن أدّى عن غيره واجبًا ماليا وقصد عند الأداء الرجوع عليه، كان له حق المطالبة بما أدّاه، أما إذا لم ينوِ الرجوع، أو قصد التبرع، فلا حق له في المطالبة بعد ذلك.

غير أن إعمال هذه القاعدة ليس مطلقًا، بل مقيد بضوابط؛ إذ يشترط أن يكون المؤدى واجبًا مستقرًا في ذمة الغير، وألا ينوي المؤدي عند أداء الواجب عن غيره التبرع ،وأن يكون من الواجبات الدنيوية التي لا يتوقف أداؤها على نية المكلَّف نفسه، كقضاء الدين والإنفاق، بخلاف العبادات المالية المحضة كالزكاة والكفارات، فإنها لا تصح بغير نية من المكلَّف ذاته لأنها حقوق لله تعالى تتطلب نية من المكلَّف ذاته، وقد اختلف الفقهاء في بعض قيود الرجوع؛ فالمالكية والحنابلة يجيزون الرجوع متى نوى المؤدي الرجوع ، ولو لم يوجد إذن سابق، بينما اشترط الحنفية والشافعية أن يكون المؤدي مضطرًا للدفع عنه وإلا فلا يرجع .[625]

والدليل على القاعدة قوله تعالى : **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَن ارَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)**[626] ، وقوله تعالى:

---

[625] – شرح القواعد السعدية، عبد المحسن بن عبد الله الزامل، اعتنى بها وخرج أحاديثها عبد الرحمن بن سليمان العبيد دار أطلس ص 203

[626] –البقرة:233

(فَإِنَ ارْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[627] فقد أوجب الله أجرة المرضعة على المولود له بمجرد الإرضاع، مما يدل على ثبوت العوض في مقابل المنفعة المتحققة ولم يشترط عقداً ولا إذناً، ويؤيد ذلك قوله تعالى: **(هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إِلَّا الاحْسَانُ)**[628] ، فمن أحسن لآخر فعليه أن يكافئه بالإحسان.[629]

تطبيقات القاعدة وتنزيلها على مسألة الكد والسعاية:

تظهر آثار هذه القاعدة في عدد من المسائل الفقهية التي يتبين من خلالها أن مناط الرجوع هو تحقق الواجب في ذمة الغير مع قصد الرجوع حال الأداء لامجرد وقوع الفعل، ومن هذه المسائل ما يلي:

1 – إذا كان الابن في حضانة أمه، فأنفقت عليه، تنوي بذلك الرجوع على الأب، فلها أن ترجع بما أنفقت

2 – إذا أنفق المرتهن على الرهن نفقة واجبة على الرهن، كان يكون حيواناً فيطعمه ويسقيه، خشية أن يموت، ولم ينو التبرع، بل نوى الرجوع على الراهن، فإنه يرجع؛ لأنه أدى عنه واجباً، فإن استغل المرتهن الرهن في مقابل ما أنفق كان ذلك جائزاً، وقد استوفى حقه[630]..

وتكشف هذه التطبيقات أن الشريعة لا تُهدر العمل الذي يترتب عليه حفظ مال الغير أو تنميته متى لم يكن على وجه التبرع المحض، بل تقرر فيه حق الرجوع مراعاةً للعدل ومنعًا للإثراء بلا مقابل.

---

627 –الطلاق:6

628 – الرحمن :60

629 – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة مرجع سابق ج 2 ص 831

630 – القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعا ودراسة، عبد الله الحصين 2/ 296.

ويظهر وجه الاستدلال بهذه القاعدة في تأطير مسألة الكدّ والسعاية في أن الرجوع بالعوض يتوقف على عدم قصد التبرع المحض؛ فمتى ثبت أن عمل المرأة داخل الأسرة لم يكن على وجه التبرع المجرد، بل كان بقصد المساهمة في تنمية المال، أمكن الاستئناس بهذه القاعدة في تقرير حقها في المطالبة بنصيب من المال الناتج عن السعي المشترك، وفق الضوابط الاجتهادية المعتمدة.

المطلب الثاني: القواعد الضابطة لدفع الضرر واعتبار العرف

يعالج هذا المطلب القواعد التي تهدف إلى حماية حق المرأة في الكد والسعاية من الإضرار، ويبين دور العرف المحلي في تنظيم العلاقات المالية داخل الأسرة، بما يضمن تحقيق العدالة والمساواة في توزيع الحقوق بين الشركاء.

أولا: قاعدة لا ضرر ولا ضرار

تعد قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" من القواعد الكلية الكبرى التي ينبني عليها جانب واسع من الأحكام الفقهية، ولها أثر بيّن في تأصيل حق المرأة في الكد والسعاية، لما تقرره من منع الإضرار ووجوب رفعه.

ودليل القاعدة ما روي عن أبي سعيد **الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر، ولا ضرار"**[631] والحديث نص في تحريم الضرر؛ لأن النفي الوارد فيه يفيد عموم المنع، وبذلك فإنه يشمل سائر صور الإضرار. غير أن هذه القاعدة مقيدة إجماعاً بغير ما ثبت بالشرع، كالقصاص والحدود ومعاقبة المجرمين، وسائر العقوبات والتعازير، فإنها وإن ترتب عليها ضرر بهم، فهي ضرر

[631] – سنن ابن ماجه 748/2، الموطأ للإمام مالك بن أنس، دار إحياء التراث العربي بيروت–لبنان ط/1406هـ/1985م، ص 464

بحق، قصد به دفع ضرر أعظم، وتحقيق مصلحة عامة، ومن هنا عُدَّت هذه القاعدة سند لمبدأ الاستصلاح القائم على جلب المصالح ودرء المفاسد[632].

وقد بنى الفقهاء على هذه القاعدة أحكاما كثيرة: كالرد بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري، وجميع أنواع الخيارات كخيار الشرط، واختلاف الوصف المشروط، والشفعة، والقصاص، والحدود، وينبني عليها كذلك نصب الأئمة والقضاة، وقتال المشركين والبغاة، وغير ذلك من الأحكام التي تقصد في مشروعيتها إزالة الضرر أو منعه.[633]

ويتفرع عن هذه القاعدة عدد من الضوابط، منها قاعدة: الضرر يدفع بقدر الإمكان وقاعدة الضرر يزال، وقاعدة :الضرر لا يزال بمثله[634].

تطبيقات القاعدة وتنزيلها على مسألة الكد والسعاية:

وسأذكر من تطبيقاتها ما يلي:

1 –لو أعار أرضاً للزراعة، أو أجرها لهذا، فزرعها المستعير أو المستأجر، ثم رجع المعير، أو انتهت مدة الإجارة، قبل أن حصاد الزرع، فإنها تترك في يد المستعير أو المستأجر بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع، توقياً من تضرره بقلع الزرع قبل أوانه.

2– لو باع لآخر شيئاً مما يسرع إليه الفساد كالفواكه مثلاً، وغاب المشتري قبل قبضه وقبل نقد الثمن، وأبطأ وخيف فساد المبيع فللبائع أن يفسخ البيع، ويبيع من غيره توقياً من تضرره بفساده، دفعاً لضرره، ولا يرجع على المشتري بشيء لو نقص الثمن الثاني عن الأول[635]

---

[632] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها م س ص199، والوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت – لبنان الطبعة: الرابعة، 1416هـ - 1996م، ص:254

[633] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة د. محمد مصطفى الزحيلي م س ص200

[634] – الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية مرجع سابق ص:258

[635] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة مرجع سابق ص201

إذا تقرر أن الشريعة جاءت بمنع الضرر ورفعه، فإن حرمان المرأة من مقابل ما بذلته من جهد في تنمية مال الأسرة يعد إضراراً بها يتنافى مع مقصد العدل الذي أكدته النصوص القرآنية.

ومقتضى قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" يوجب دفع هذا الضرر ابتداءً بتنظيم الحقوق المالية داخل الأسرة على وجه عادل، أو إزالته بعد وقوعه بإثبات حقها فيما أسهمت في تنميته من مال.

وهكذا، فإن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تمثل أساساً اجتهادياً قوياً في صون حق المرأة في الكد والسعاية، ومنع إهداره بعد ثبوت سببه، بما يتوافق مع مقاصد الشريعة في العدل والتكافؤ داخل الأسرة.

ثانيا: قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً

تعد هذه القاعدة من الأسس الاجتهادية المهمة في تقدير الحقوق المالية، بما في ذلك حق المرأة في الكد والسعاية، حيث يُعترف بمساهمتها الفعلية في العمل وإدارة شؤون الأسرة ويُعامل كشرط شرعي لإعطائها نصيبها المالي.

الألفاظ الأخرى للقاعدة

المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً، العرف كالشرط، التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص. [636]

مفهوم العرف وشروطه

وردت كلمة العرف في اللغة بمعان كثيرة، وهي على العموم تطلق على كل شيء مألوف ومعروف، جاء في لسان العرب: «العرف والعارفة واحد ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه. »[637]

---

[636] – المرجع نفسه ص545

[637] – لسان العرب لابن منظور، م.س، ج 9، ص 239.

أما في اصطلاح الفقهاء، فقد عرفه الجرجاني في التعريفات بقوله: «ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول".[638]

والعرف الصحيح له شروط معينة لا يستقيم وجوده إلا بها، وهي كالآتي:

1- أن يكون العرف مطرداً وغالبا: وهذا يعني تكرار العرف وشيوعه بين الناس، إلى أن يُتَّخذ سلوكا ممارسا بصفة جماعية دون أن يكون حادثا فرديا.

2- عدم تعارض العرف مع تصريح يخالفه: أي لا بد من انتفاء قول أو عمل يصرح بمعارضة مضمون العرف.

3-ألا يخالف العرف نصا شرعيا بمعنى أن لا يكون في إعمال العرف تعطيلا لنص ثابت أو أصل قطعي في الشريعة[639].

شرح القاعدة

المقصود من القاعدة أن الأمر المعروف المعتاد بين الناس، وإن لم يذكر صريحاً، فهو بمنزلة الصريح لدلالة العرف عليه، حتى وإن لم يُذكر صراحة في العقد أو الاتفاق، غير أن اعتباره مشروط بألا يكون مصادماً للنص، أما إذا لم يصادمه وكان الناس قد تعارفوه، واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح؛ لأن العادة محكمة، وهذا رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة.[640]

تطبيقات القاعدة وتنزيلها على مسألة الكد والسعاية :

للقاعدة تطبيقات عديدة توضح كيف يُستند إلى العرف لتثبيت الحقوق والالتزامات منها ما يلي:

---

[638] – كتاب التعريفات الشريف علي بن محمد الجرجاني طبعة دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى 1403هـ / 1983م، ص145

[639] – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:63

[640] – القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة مرجع سابق ص545

1 –إن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد، كالإجارة ونحوها

2 –لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط، كما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً، كما لو استخدم صانعاً في صنعة معروف بها، وبها قوام حاله ومعيشته، ولم يعين له أجرة، ثم طالبه بالأجر، فادعى أنه استعان به مثلاً، فإنه لا يسمع منه، ويلزمه أجر مثله.[641]

توضح التطبيقات العملية لهذه القاعدة أن العرف يسند الحقوق غير المنصوص عليها صراحة ويجعلها ملزمة مادامت لا تعارض نصا شرعيا، وهو نفس المبدأ الذي يطبق على حق المرأة في الكد والسعاية، فالجهد الذي تبذله في إدارة شؤون الأسرة أو تنمية المال المشترك يُعتبر حقاً ثابتاً، ويُعامل كشرط شرعي لتثبيت المكافأة أو التعويض المالي الناتج عن هذا الجهد، حتى ولو لم يُنص عليه في العقد أو الاتفاق الصريح، لأن مساهمتها الفعلية في العمل تُكسبها حقاً مالياً.

الفصل الثاني: تأطير حق المرأة في الكد والسعاية بين المقاصد القرآنية والتنزيل الفقهي

إن النظر في حق المرأة في الكد والسعاية لا يستقيم بمعزل عن الإطار المقاصدي الذي يؤسس له، ولا عن آليات تنزيله في الاجتهاد الفقهي، إذ تشكل المقاصد القرآنية الإطار القيمي الذي يحدد طبيعة الاستحقاق وحدوده، من خلال ترسيخ العدل، وحفظ المال، وإبراز مكانة المرأة داخل الأسرة بما يضمن تمكينها وإنصافها، بينما يشكل التنزيل الفقهي المجال العملي الذي تتجلى فيه تلك المقاصد في الواقع الأسري.

ومن خلال هذا التداخل بين المقاصد والتنزيل يتضح البناء المتكامل لهذا الحق بين النظرية والتطبيق وهو ما يتجلى من خلال المباحث الآتية:

---

641 – المرجع نفسه ص544

المبحث الأول: المقاصد القرآنية المؤطرة لحقّ المرأة في الكدّ والسعاية

يتأسس حق المرأة في الكد والسعاية على جملة من المقاصد القرآنية التي تنظم البنية المالية للأسرة، وتربط بين العمل والاستحقاق، وبين المسؤولية والعدل وعليه، فإن تأصيله يقتضي استحضار المقاصد العامة التي تشكل الإطار الكلي الذي تنتظم فيه الحقوق المالية، ثم المقاصد الخاصة المرتبطة بوضع المرأة داخل الأسرة.

المطلب الأول: المقاصد العامة للعدل وحفظ المال

أولا: مقصد العدل

يعدّ تحقيق العدل من المقاصد القرآنية الكلية التي يقوم عليها النظام التشريعي في الإسلام، إذ به تُصان الحقوق، ويُرفع الظلم، وتستقيم العلاقات بين الأفراد والجماعات، وقد جاء القرآن الكريم بإرساء هذا المبدأ في مختلف المجالات، ومن أبرزها المجال المالي والأسري.

ومن تجليات ذلك ما قرره القرآن في سورة النساء بقوله تعالى: ﴿**لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا**﴾[642]،وهو نص صريح في إبطال ما كان سائداً في الجاهلية من حرمان المرأة من الإرث، وتقرير نصيب مفروض لها، تحقيقًا لمقصد العدل.[643]

كما قرر القرآن مبدأ الاستخلاف المالي في قوله تعالى في سورة الحديد:﴿**وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ**﴾[644] فالقرآن الكريم جاء بمنهج رباني قويم، إذ أعطى جميع الأفراد مستحقي الإرث حسب قيمته الإنسانية في الاستخلاف الكلي، وحسب تكاليفه

---

[642] – النساء:7

[643] – مقاصد الحق المالي للمرأة في القرآن الكريم: قراءة في المآلات والعوائق فداء بسام بدران" ، نشوان عبده خالد، رضوان جمال الأطرش التحديد مجلة فكرية نصف سنوية محكمة تصدرها الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا العدد الثالث والخمسون 2003 ، ص:24

[644] –الحديد:7

الواقعية في محيط الأسرة وفي محيط الجماعة، [645] مما يدل على أن المال ليس ملكاً مطلقاً يتصرف فيه الإنسان بهواه، بل أمانة يراعى فيها الحق والعدل.

وقد أكد أبو عبد الله القرطبي أن العدل مطلوب في جميع الأحوال،[646]ولأن واجب القيام بالعدل أو بما يوجبه من حق للغير لا يسقط عن المسلم في أي حال كان، ولأن الإنسان قد لا يستطيع القيام بالواجب منه على الوجه الأكمل فإن القرآن الكريم لم يأمر بالعدل الكامل التام في كل حال، بل أمر بما يمكن منه عندما يكون الوصول إلى تحقيقه كاملا غير مستطاع، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ** ﴾ [647] فالعدل الذي تنفي هذه الآية إمكانه هو العدل المطلق الكامل، الذي يسوي فيه الرجل بين زوجاته في الأقوال والأفعال والمحبة والمعاشرة، أما القدر الممكن منه فواجب على الزوج إعمالا لقاعدة التكليف بالوسع[648] .

وأقام الله ميزان العدل بقوله: ﴿**فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**﴾[649]،أي لا يُفرِط أحدكم بإظهار الميل إلى إحداهن حتى يسوء الأخرى بحيث تصير كالمعلقة[650].

وإذا تقرر أن العدل مقصد عام، فإن مقتضاه في المجال الأسري ألا يستأثر أحد الزوجين بمال تولد عن جهد مشترك، فحرمان المرأة من نصيبها في المال الذي ساهمت في تكوينه يناقض مقتضى القسط الذي أمر الله به في قوله تعالى: ﴿**لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ**﴾ [651] غير أن هذه الآية يمكن الاستدلال بها في معرض الحث على إقامة

---

[645] – مقاصد الحق المالي للمرأة في القرآن الكريم مرجع سابق ص:24

[646] – الجامع لأحكام القرآن للقرطبي دار الكتب المصرية، وزارة الثقافة 1387هـ/1967م ج16 ص13.

[647] – النساء:129

[648] – فتح القدير الجامع بين فنيَّ الرواية والدراية من علم التفسير للشوكاني، دار ابن حزم ودار الورّاق، بيروت 1421هـ/2000م، ص:556.

[649] –النساء:129

[650] – المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية ابن عطية، أبو محمد عبد الحق، دار ابن حزم، بيروت 1423هـ/2002م، ص487

[651] – الحديد :25

العدل والقيام بالقسط على الوجه الشرعي له، ولا يمكن من خلالها التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية كمؤسسة عرفية.[652]

وقد ذهب بعض الباحثين المعاصرين ومنهم محمد البعدوي إلى الاستدلال بهذه الآية على مشروعية حق المرأة في مقابل ما قامت به من أعمال خلال الحياة الزوجية،[653] غير أن هذا الاستدلال يُحمل على جهة تأكيد الأصل الكلي للعدل، لا على تأسيس حكم تفصيلي مستقل، إذ إن مشروعية الكد والسعاية مستندة إلى تنزيل هذا المقصد العام على واقع المساهمة الفعلية في تنمية المال الأسري.

وبذلك يتبين أن تقرير حق المرأة في الكد والسعاية ينسجم مع مقصد تحقيق العدل داخل الأسرة، إذ يرفع عنها الغبن، ويمنع الاستئثار غير المشروع، ويجسد مبدأ القسط الذي جعله القرآن أساساً لقيام الحياة الإنسانية.

ثانيا: مقصد حفظ المال

لقد قرّر القرآن الكريم مقصد حفظ المال، ومنع كل صور الاستيلاء غير المشروع عليه، باعتباره من الضروريات التي جاءت الشريعة برعايتها. ومن أبرز النصوص المؤسسة لذلك قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**﴾[654]. وقوله سبحانه في سورة النساء: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾[655]. وتقرر هذه الآيات قاعدة كلية مفادها أن كل مال ثبت استحقاقه بسبب مشروع لا يجوز الاستيلاء عليه أو حرمان صاحبه منه، ومن هذا

---

[652] – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:92

[653] – وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع بني ورياغل نموذجا محمد البعدوي: أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – الرباط– كلية الحقوق – أكدال – السنة الجامعية: 2000/2001 ، ص 161

[654] –البقرة:188

[655] – النساء :29

المنطلق فإن استئثار الزوج بثمرة عمل الزوجة، وحرمانها من نصيبها المالي المشروع، يدخل في صور أكل المال بالباطل.

وقد أكد هذا المعنى العلامة عمر الجيدي، مبيناً أن المرأة البدوية تشارك زوجها في الخدمة، من حصاد ودرس ورعي وغيرها، زيادة على الأعباء الأخرى كزوجة وأم، فالنتاج هو حصيلة جهد مشترك بينهما، وليس ملكا خالصا للرجل، ومن ثم فإن إقصاءها من ثمرة هذا الجهد يعد صورة من صور الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، ومنعهم من حقوق ملكيتهم[656] .

ويؤيد هذا الفهم ما قرره فقهاء المالكية، ومنهم أحمد بن عرضون، في تقرير حق الكد والسعاية، تأسيساً على أن المال المتولد عن العمل المشترك لا يجوز أن يُستأثر به أحد الطرفين دون الآخر.

ومن هنا يتبيّن أن تقرير حق المرأة في الكدّ والسعاية لا يشكّل خروجًا عن القواعد الشرعية، بل هو تجسيد لمقصد حفظ المال، عبر ربط الملكية بالمساهمة الفعلية لا بمجرد الصفة الشكلية.

ثالثا: مقصد ربط الاستحقاق بالسعي والعمل

يُعدّ ربط الاستحقاق بالسعي والعمل من المقاصد العامة التي قررها القرآن الكريم، ومن أبرز الآيات التي استند إليها بعض الباحثين في هذا الباب قوله تعالى: ﴿**وَأَنْ لَيْسَ لِلْانسَانِ إِلَّا مَا سَعَى**﴾ [657]، وقد اعتمد عدد من الدارسين على هذه الآية في تأسيس حق الكدّ والسعاية، باعتبارها تقرر مبدأ العمل، ووجوب إعطاء كل ذي حق حقه، وعدم تضييع عمل كل عامل من ذكر أو أنثى، غير أن التحليل التفسيري الدقيق للآية، كما قرره جمهور المفسرين، يبيّن أن سياقها الأصلي متعلق بالجزاء الأخروي، لا بالاستحقاق

---

[656] – حق الزوجة في الكد والسعاية. ميلود كعواس الطبعة الأولى: 1430هـ – 2009م دار الأمان للنشر والتوزيع – الرباط ص:29

[657] –النجم:39

المالي الدنيوي.[658] وفي هذا المعنى يقول الألوسي: «بيان عدم إثابة الإنسان بعمل غيره إثر بيان عدم مؤاخذته بذنب غيره ألا تزر وازرة وزر أخرى»،[659] ولذلك ذهب أغلب المفسرين إلى هذا المعنى، بدليل إلحاقها بقوله تعالى (وأن **سعيه سوف يُرى ثم يجزاه الجزاء الأوفى)** [660]قال الامام القرطبي أي يريه الله تعالى جزاءه يوم القيامة[661]، وهو ما يؤكد ارتباط الآية بمقام الجزاء الأخروي لا بتنظيم المعاملات المالية الدنيوية.

وعليه، فالآية لا تنهض دليلاً مباشرًا لتأسيس حق مالي دنيوي محدد كحق الكدّ والسعاية، وإن كانت تُفهم في إطارها المقاصدي العام باعتبارها مؤسِّسة لقاعدة كلية مفادها أن الجزاء من جنس العمل، وأن السعي سبب مشروع للاستحقاق، دون بيان لطبيعة هذا الاستحقاق أو آلياته.

ومع ذلك، فحتى لو افترضنا أن الآية تفيد الجزاء الدنيوي المتمثل في أن للإنسان جزاء ما عمل وسعى، فإن دلالتها تبقى عامة من جهة، ومقتصرة على تقرير مبدأ ربط الجزاء بالعمل من جهة أخرى، بغض النظر عن طبيعة هذا العمل، إن كان سيئا مخالفا للشريعة أو حسنا موافقا لها، مما يجعلها داخلة في باب القاعدة الكلية لا الحكم التفصيلي.[662]

وبناءً على ما سبق، فإن الاستدلال بآية ﴿**وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى**﴾ على حق الكدّ والسعاية لا يكون استدلالًا نصيًا مباشرًا، وإنما استدلالًا مقاصديًا عامًا، يؤسس لمبدأ ربط الاستحقاق بالسعي والعمل، وهو مبدأ تتفرع عنه أحكام فقهية متعددة، من

---

[658] – حق الزوجة في الكد والسعاية. ميلود كعواس م س ص:29، وحق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:90

[659] – روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني محمود الألوسي، نشر وطباعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م المجلد 2، ج 3 /65

[660] – النجم:40

[661] – الجامع لأحكام القرآن أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، م س ج 17 / 75

[662] – مقاصد الحق المالي للمرأة في القرآن الكريم م س ص:17 ، وحق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:92

بينها الاعتراف بحق المرأة في الكدّ والسعاية عند ثبوت مشاركتها الفعلية في تنمية المال، تحقيقًا للعدل، ومنعًا لأكل المال بالباطل.

المطلب الثاني: المقاصد الخاصة بوضع المرأة داخل الأسرة

يتناول هذا المطلب المقاصد التي تبرز عناية الاسلام بحماية مصالح المرأة وصيانة حقوقها داخل البناء الأسري وهي كالآتي:

أولا: مقصد حق المرأة في التملك والتصرف بمالها

لقد أقر القرآن الكريم للمرأة أهليتها الكاملة في التملك ، دون تمييز بينها وبين الرجل بسبب الجنس أو الوضع الأسري؛ إذ ربط الاستحقاق بالاكتساب والسعي، فقال تعالى: ﴿**ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ**﴾[663] ،، فالآية تؤسس لمبدأ تشريع الكسب للنساء والرجال معا ، وتنهى في الوقت نفسه عن التمني والتلهي بالباطل ، يقول الشيخ محمد رشيد رضا في تفسيره لهذه الآية « لذلك نبهنا الفاطر عز وجل صنعه بعد النهي عن التمني والتلهي بالباطل إلى الكسب والعمل الذي ينال به كل أمل فقال **(لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ)** فشرع الكسب للنساء كالرجال، فأرشد كلا منهما إلى تحري الفضل بالعمل دون التمني والتشهي ، فالآية إرشاد إلى اعتماد الناس في مطالبهم ورغائبهم على ما آتاهم الله من الاستعداد دون الكسل والتوكل واعتماد كل منهم على الآخر... ".

إلى جانب حق التملك أثبت القرآن الكريم للمرأة حق التصرف المشروع فيما تملك، إذ أجاز لها مختلف التصرفات المالية من بيع وشراء وهبة وصدقة ووقف وغيرها من العقود والاعمال المشروعة، مما يؤسس لمبدأ استقلال ذمتها المالية واعتبار تصرفاتها

---

[663] –النساء:32

معتبرة شرعًا وفي هذا المعنى يقول ابن عاشور: "ومما تقتضيه مقاصد التملك إعطاء المالك حق التصرّف في ماله وتحرم مضارة المسلم غيره في ملكه "[664] .

ويُعدّ هذا المقصد أصلًا حاكمًا في تأطير حق المرأة في الكدّ والسعاية، إذ لا يمكن تصور استحقاقها لنصيب من المال الناتج عن السعي المشترك، ما لم يكن معترفًا لها أصلًا بالأهلية المالية الكاملة، كما يُبرز أن مساهمة المرأة في تنمية المال الأسري، سواء بعمل مباشر أو بتدبير رشيد، تدخل في نطاق التصرفات المشروعة التي لها آثار مالية معتبرة، مما يدعم من حيث القيمة فكرة الاعتداد بسعيها وجهدها عند الفراق.

ثانيا: مقصد الإنصاف والمعاشرة بالمعروف

تعتبر الأسرة كمؤسسة اجتماعية واقتصادية الخلية الأولى، واللبنة الأساس التي يتشكل منها المجتمع الإنساني، بيد أن هذه المؤسسة ترتكز فى نشوئها واستمرارها على ثنائية مركزية يتقاسمها مقومان أساسيان: مقوم إنساني اجتماعي، ومقوم اقتصادي مالي.

ويتمثل البعد الإنساني الاجتماعي في إقامة العلاقة الزوجية على أساس المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف، قال تعالى: ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[665] وهو حق جامع يتضمن إحسان المعاملة في كلِّ علاقة بين المرء وزوجه[666]، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «**خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي**» [667] .

أما البعد الاقتصادي فيتجلى في احترام مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية بين أفراد الأسرة، بما يحقق الإنصاف في المعاملة المالية، ويشمل ذلك تقديم المهر للزوجة كركن أساسي في عقد الزواج، وأداء النفقة، بل إن انتهاء رابطة الزوجية، ينتج

---

[664] – مقاصد الشريعة الإسلامية محمد الطاهر ابن عاشور مر جع سابق ص 382

[665] –النساء:19

[666] – إنصاف المرأة من أهم مقاصد القرآن الكريم على الصلابيhttps://www.alsalabi.com

[667] – اخرجه ابن ماجه عن ابن عباس، بَابُ حُسْنِ مُعَاشَرَةِ النِّسَاءِ، رقم: 1977

عنه مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية، ومن بينها حق الزوجة في متعة الطلاق[668].

وفي هذا السياق، فإن الاعتراف بالكد والسعاية للمرأة داخل الأسرة يمثل تجسيداً عملياً لمبدأ الإنصاف والمعاشرة بالمعروف، إذ يضمن لها حقها في نصيب من المال الناتج عن جهدها وسعيها وفقًا للعرف الشرعي، ويحقق المساواة والعدل في المعاملة المالية بين الزوجين.

ثالثا: مقصد الوفاء بالالتزامات الناشئة عن ميثاق الزوجية

يندرج تقرير حق المرأة في الكد والسعاية ضمن المقاصد القرآنية الرامية إلى صيانة الحقوق المالية المترتبة عن العلاقة الزوجية، خاصة عند انتهائها. فالميثاق الزوجي في التصور القرآني ليس رابطة عابرة، وإنما هو التزام غليظ تنشأ عنه آثار مالية وأخلاقية، لا يجوز التنصل منها عند الفراق، ومن أبرز النصوص المؤسسة لهذا المعنى قوله تعالى: ﴿**وَإِنَ ارَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَاخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَاخُذُونَهُ وَقَدَ اَفْضَىٰ بَعْضُكُمُ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**﴾[669].

وقد ذهب الأستاذ إدريس حمادي إلى أن القنطار لايراد به المهر كما ذهب إليه كثير من المفسرين، لأن المهر أثر من آثار ابتداء الحياة الزوجية، بينما السياق هنا يتحدث عن نهاية العلاقة وما يترتب عنها من التزامات، ويرى أن التعبير بـ«القنطار» – وهو المال الكثير – مع هذا الإلحاح في النهي عن أخذه، واستحضار معاني البهتان والإثم، وذكر الإفضاء والميثاق الغليظ، يدل على أن الأمر أوسع من مجرد الصداق الذي تحمل عليه الآية، وأعمق من المتعة التي يختلف فيها الفقهاء، فالمقام مقام تحميل

---

668 – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:3

669 – النساء:20

الزوج مسؤولية إنهاء العلاقة بإرادته، لا لسبب إلا استبدال زوج مكان زوج، مما يقتضي ترتيب أثر مالي معتبر لصالح الزوجة.

وعلى هذا الأساس تصبح الآية مؤسسة لحق مالي معتبر للزوجة عند الطلاق الصادر عن رغبة الزوج في الاستبدال، خاصة إذا كانت قد ساهمت بعملها وجهدها في تنمية أموال الأسرة. [670]

وبذلك يستنتج أن حق المرأة في نصيب من الممتلكات التي ساهمت في تكوينها أثناء الحياة الزوجية يجد سنده المقاصدي في هذه الآية، بناء على تفسير الإيتاء بالالتزام، وما اقترن به من علل: الإفضاء، والميثاق الغليظ، وبما أن المقام هو مقام فراق فوجب التسريح بإحسان وتنفيذ الالتزام المعبر عنه بالقنطار – كناية عن المال الكثير – الذي وجب للمرأة التي ساهمت في الممتلكات المستفادة بعد الزواج، وهو ما ينسجم مع ما أفتى به بعض فقهاء المالكية، كالعالم أحمد بن عرضون، في تقرير حق الكد والسعاية للزوجة عند الطلاق[671]..

ومن خلال ما سبق يتبين أن الآية الكريمة لا تقف عند حدود الصداق أو المتعة، بل تؤسس لمبدأ أوسع، قوامه صيانة الحقوق المالية الناشئة عن المساهمة الفعلية في بناء الحياة الزوجية، ومنع الإضرار بالزوجة عند إنهاء العلاقة، تحقيقا للوفاء بمقتضيات الميثاق الغليظ الذي جمع بينهما.

رابعا: مقصد تكريم المرأة بإعطائها مهرها

يشمل ت تكريم المرأة في الإسلام عدة مظاهر من أبرزها تقرير حقها الكامل في المهر، باعتباره مالًا خالصًا لها لا يحق لأحد التصرف فيه دون رضاها، فقضى بذلك على العادات الجاهلية التي كانت تجعل المهر حقًا لوليها أو وسيلة لاستعبادها، ونظر

---

[670] – آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، إدريس حمادي، طبع ونشر دار أبي رقراق الرباط – الطبعة الثانية، 2003م. ص: 138 وما بعدها.

[671] – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:91

إليه باعتباره إكرامًا وعربون مودة محبة بين الرجل والمرأة،[672]قال تعالى: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**﴾[673] وأباح لها التصرف فيه تصرفًا مطلقًا، بعد أن كان وليها يتصرف فيه، فقال: ﴿**فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾ [674] .

وإذا كان المهر مظهرًا من مظاهر تكريم المرأة حال قيام عقد الزواج، فإن هذا التكريم لا ينتفي بانتهاء العلاقة الزوجية، ولا يتحول الطلاق إلى ذريعة للمساس بحقوقها المالية أو النيل من كرامتها الإنسانية؛ لذلك قرر القرآن الكريم أن الطلاق لا يبيح للرجل أن يأكل للمرأة مهرها، ولا أن يسترد شيئًا مما أعطاها من قبل لقوله تعالى: {**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيًّا**}[675] . كما قرر لها زيادة في جبر خاطرها، وتحقيقًا لمقصد التكريم والعدالة حق المتعة فقال تعالى: {**وَلِلْمُطَلَّقَتِ مَتاعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**}[676] ، وهو حكم عام يشمل كل مطلقة جبرا لخاطرها، وتعويضا لها[677] .

ولا يقتصر مقصد تكريم المرأة عند تقرير حقها في المهر وحمايته من العبث أثناء الزواج أو بعد الطلاق، بل يتجاوز ذلك إلى بناء نظام أسري قائم على رفع الأعباء المالية عنها، وفي المقابل ضمن لها حقوقا مالية ثابتة كحق النفقة وحق الميراث، وغيرها من الحقوق المشروعة[678].

وإذا كان القرآن الكريم قد قرر للمرأة حقوقا مالية ثابتة، نابعة من العلاقة الزوجية ذاتها، فإن ذلك يؤسس للاعتداد بكل حق مالي ينشأ عن مشاركتها الفعلية في بناء الحياة

---

672 – مقاصد الحق المالي للمرأة في القرآن الكريم: قراءة في المآلات والعوائق مرجع سابق ص:13 بتصرف

673 –النساء:4

674 –النساء:4

675 –البقرة:227

676 – البقرة:239

677 – مركز المرأة في الحياة الإسلامية يوسف القرضاوي مكتبة وهبة الطبعة 4 سنة 2010، ص:76

678 – مقاصد الحق المالي للمرأة في القرآن الكريم: قراءة في المآلات والعوائق مرجع سابق ص:13 بتصرف

الزوجية وتنمية المال الأسري، ومن ثم فإن تمكينها من نصيب عادل مقابل هذا السعي ينسجم مع مقصد التكريم ويحقق العدالة الأسرية.

يتضح من خلال ما سبق أن هذه المقاصد القرآنية، وإن كانت لا تؤسس بمفردها للأحكام التفصيلية لحق الكدّ والسعاية باعتباره نظامًا عرفيًا ذا طبيعة تشاركية، إلا أنها تشكل إطارًا قيميًا وتشريعيًا عامًا يؤكد عدالة هذا الحق، ويعضد مشروعيته من حيث المقصد، لا من حيث الآلية.

المبحث الثاني: الضوابط المعتمدة في الإفتاء بالكد والسعاية

لقد حرص الفقهاء عند الإفتاء بالكد والسعاية على اعتماد مجموعة من الضوابط التي تكفل حفظ الحقوق وتصونها من الظلم والاعتداء، وسيقتصر هذا المبحث على بيان أبرزها.

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بأصل الاستحقاق

أولا: استقلال الذمة المالية

يقوم النظام المالي في الشريعة الإسلامية على مبدأ استقلال الذمة المالية، ومقتضى ذلك أن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، تثبت له بها أهلية التملك والتصرف، فالزوجة تتمتع بحقها في إدارة أموالها وفق ما تراه، كما أن الزوج يستقل بأمواله إدارة وتصرفاً من دون تدخل الزوجة، إلا فيما تقرر لها من حقوق شرعية مترتبة على أموال زوجها[679] .

وقد كرس القانون المغربي هذا المبدأ صراحة، إذ نصت المادة 49 من مدونة الأسرة، في فقرتها الأولى، أن «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة

[679] – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل مرجع سابق ص:4

الآخر.."[680] ... مؤكدة بذلك اعتماد نظام فصل الأموال في العلاقات المالية بين الزوجين.

وأكدت النوازل الفقهية هذا الأصل بوضوح، من ذلك ما قرره الفقيه البرجي حين سأل عن زوجة ذهبت لزيارة أبيها فأتت ببعض الماشية، فهل للزوج فيها نصيب؟ فأجاب: ما أتت به الزوجة من عند أبيها هو لها ولا شيء لزوجها في ذلك. وأما صون الماشية إن كان زوجها هو الذي يتولاه فله الأجرة بحسب ما يقول به أهل المعرفة ولا يستحق شيئا في أعيان الماشية المذكورة.[681] تؤكد هذه النازلة أن الرابطة الزوجية لا تسقط حق الأجرة عن العمل المبذول في مال الغير.

كما قرر الفقهاء أن ما اكتسبه الزوج عن طريق الصدقة أو الهبة أو ما استفاده في غيبته فهو له وحده، ولا حق للزوجة فيه، ويستفاد بالمقابل أنه لا حق للزوج فيما تنتجه الزوجة بسعيها، متى كان ذلك خارجاً عن الواجب الشرعي عليها.

وقد نص غير واحد من الفقهاء – ومنهم المهدي الوزاني – على أن خدمة الزوجة لزوجها ليست واجبة عليها على الإطلاق، وأن ما تقوم به من أعمال إنما يكون على سبيل المعروف أو التراضي، لا على سبيل الإلزام الشرعي،[682] فإذا كان العمل غير واجب، وكان له أثر مالي ظاهر، فإن بذله لا يُحمل على التبرع ابتداءً إلا بدليل.

وتبرز خطورة هذا الإشكال عند انحلال الرابطة الزوجية بطلاق أو وفاة، حيث تتزاحم الحقوق وتختلط الاعتبارات الشكلية بالواقع الفعلي للمساهمة في تنمية المال.[683] ومن هنا يتأسس حق الكد والسعاية، لا باعتباره خروجاً عن مبدأ استقلال الذمة المالية،

---

[680] – المرجع نفسه ص:4

[681] – حق المرأة في الكد والسعاية بين النوازل الفقهية والعمل القضائي، الدكتور رشيد الوراك ط1/2021، ص47

[682] – المرجع نفسه ص:48

[683] – التأصيل الشرعي والقانوني لحق المرأة في السعاية محمد شراد المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15 العدد 02-2024، ص:324

بل باعتباره نتيجة منطقية له؛ فما دام مال كل من الزوجين مستقلا عن الآخر، فإن هذا الاستقلال لا يمنع من ثبوت حق لمن ساهم بعمله في تنمية مال غيره.

وعليه، فإن مبدأ استقلال الذمة المالية لا يُعارض تقرير حق الكد والسعاية، بل يشكل الأساس الذي يُبنى عليه، إذ لولا انفصال الذمم لما أمكن تصور استحقاق أحد الزوجين مقابلاً عن عمله في مال الآخر.

ثانيا: ارتباط الاستحقاق بالعمل

ينبني حق الكد والسعاية على مبدأ ارتباط الاستحقاق بالعمل، فلا يُتصور ثبوت نصيب في المال إلا مقابل جهد مؤثر في تكوينه أو تنميته، وهو ما اتفق عليه الفقهاء فقد سئل الإمام القوري عمن تخدم من نساء البوادي خدمة الرجال من الحصاد والدراس وغير ذلك، فقال: إن الزرع يقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم[684] ، وبهذا يتبين أن الخدمة شرط في استحقاق السعاية، وهو ما أكده الشيخ أحمد البعل بقوله: جرى العمل في جبالنا هذه من فقهائنا المتقدمين، بقسمة ذلك على الرؤوس، ممن له قدرة على الخدمة، ومن لا خدمة له فلا شيء له [685]، وبه كان القضاء في جزولة، يقول امحمد العثماني: فالجزوليون حيث تخدم المرأة يعطونها نصيبا في كل ما يدخل إلى المنزل، إذا شاركت في تحصيله بأي وجه بعد تقويم العرفاء» [686]وعليه، فإن مناط السعاية هو العمل المنتج المؤثر في المال، لا مجرد الصفة الزوجية.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه: ما هي الخدمة المعتبرة في ذلك؟ هل كل عمل معتبر في استحقاق السعاية؟ وهل عمل المرأة في منزلها داخل في ذلك أم لا؟ لقد بين العلماء عمل المرأة المعتبر في السعاية من غيره فقالوا: إن لعملها حالات:

---

[684] – حق المرأة في الكد والسعاية الدكتور رشيد الوراك م س ط2021/1، ص49

[685] – المرجع نفسه ص :50.

[686] – المعسول المختار السوسي 17/ 42.

1- عمل المرأة في مال زوجها فعملها هذا معتبر في استحقاق السعاية سواء كان صناعيا (خياطة، نسيج، غزل...) أم غير صناعي كالزرع، والحصاد، وتربية الماشية .....

2- عمل المرأة مع زوجها في مال غيرهما، مقابل أجر واحد بينهما، أو لحصة واحدة لهما، كالجزء من الغلة، أو بحصة من الزرع ... فالمذهب أنها شريكة للزوج في النصيب، أو الأجر المعين لهما، لاشتراكهما في العمل والعقد.

3- عمل المرأة عند غيرها، تدر من خلاله مالا خاصا بها، ففي هذه الحالة تختص بكسبها، ولا حق لزوجها فيما حصلته من كد يدها، عملا بمبدأ استقلال الذمة المالية[687].

4-عمل المرأة في بيت زوجها من كنس ، وطبخ، وخبز ، ورعاية وتصبين... قال محمد التاويل : لا يمكن اعتبارها "أي المرأة التي تعمل ذلك "شريكة للزوج في الأموال المستفادة بعد الزواج، وليس من العدل إشراكها فيه، لأنها لم تشارك في إنتاج المال بوجه من الوجوه.[688]

والحاصل أن عمل المرأة في بيت زوجها من الأمور المختلف فيها بين الفقهاء على أقوال:

الأول: أنه عمل لازم لها، فلا تؤجر عليه، لأنه من صميم واجباتها، قال ابن حبيب: حكم النبي على فاطمة بالخدمة الباطنة من خدمة البيت، وحكم على علي بالخدمة الظاهرة»[689].

---

[687] - حق الزوجة في الكد والسعاية، ميلود كعواس م س ص:72

[688] - هل تعتبر الزوجة شريكة للزوج في الأموال المستفادة خلال الزوجية؟» د محمد التاويل جريدة «المحجة». ع: 129.

[689] - شرح صحيح البخاري لأبي الحسن ابن عبد الملك بن بطال كتاب النفقات، باب خادم المرأة. 7/ 433.

الثاني: أنه غير لازم لها، فتؤجر عليه إن عملت، إلا أن تتطوع، فقد سئل مالك: هل على المرأة من خدمة نفسها، أو خدمة بيتها شيء؟ فقال ليس عليها من خدمتها ولا من خدمة بيتها شيء).[690]

الثالث: الرجوع فيه إلى العرف؛ يقول ابن حجر : والذي يترجح، حمل الأمر في ذلك على عوائد البلاد [691] وقد حدد ابن القيم العرف في هذا الباب فقال: والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلة.[692]

ويبدو أن القول الأولى والأصوب، هو أن عمل المرأة في بيتها غير معتبر في استحقاق السعاية، لأن النبي الله قد حكم على فاطمة وأسماء رضي الله عنهما بخدمة البيت، ولم يطالب زوجيهما بأن يكفياهما ذلك. كما أن العرف يحكم عليها بخدمة بيتها، مما يزيد هذا الرأي قوة وصلابة. [693]

والحاصل أن السعاية إنما تثبت مقابل العمل المنتج المؤثر في المال، تحقيقاً للعدل، ومنعاً من إلحاق الضرر بمن بذل جهده في تكوين الثروة.

ثالثا: السعاية من عين الإنتاج

ينبني هذا الضابط على مبدأ أساسي مفاده أن استحقاق الزوجة للسعاية يرتبط مباشرة بالمال أو المنتوج الذي أسهمت في إنمائه، فالسعاية حق قائم على المشاركة الفعلية في الإنتاج، فمن عمل في الغزل فلا سعاية له إلا في الغزل، ومن عمل في

---

690 – المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية الإمام سحنون دار الفكر. 2/ 197.

691 – فتح الباري بشرح صحيح البخاري. لابن حجر العسقلاني. اعتنى به محمود ابن الجميل. ط: 1 (1424هـ. 2003م). مكتبة الصفا. القاهرة،405/9.

692 – زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية. تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط. مؤسسة الرسالة. بيروتزاد ط: 14 (1407هـ. 1986م)، 188/5.

693 – حق الزوجة في الكد والسعاية م س ص:75

الزرع فلا سعاية له إلا في الزرع فكونه أسهم في تنمية جزء من الثروة لا يوجب له حق السعاية في كلها لما في ذلك من ظلم واعتداء على حقوق الآخرين.[694]

وقد أكد الفقهاء هذا المعنى بوضوح ومن ذلك قول الجشتيمي في العمل السوسي:[695]

تمييز ما فيه نصيب سعيها من غيره مخافة من بغيها

إذ أخذها من غير ما قد عملت ظلم مبين إثمه قد حملت

فقد اعتبر أخذها من غير ما عملت فيه ظلم مبين، ومقصوده تقرير قاعدة العدل في التقدير، وربط الاستحقاق بمحل العمل نفسه، لا بمجرد قيام الزوجية أو حصول تنمية عامة في المال.

قال شارحه: ومن ماتت بعد مكثها لدى زوجها ثمانية أشهر، وقد حرثت بيدها، فلورثتها ما حرثته في سعايتها بقدر عملها في الحرث. وهو ما يرسّخ فكرة أن مناط السعاية هو الجهد المبذول فعليًا، وأن التقدير يكون بقدر العمل لا بعموم الثروة، وقال السكتاني: «وما استفاده المرء كشرطه وكل ما انفرد بعمله فإنه يختص به عن غيره[696]، وهو تصريح بقاعدة استقلال كل طرف بما انفرد به من كسب.

فالأصل أن ما استبد به الزوج بإفادة أفادها بغير شغلها فيكون هو أولى به، إذ ما استفاده أحدهما بدون شغل الآخر فلا دخل له فيه، لأن الأصل هو استقلال الذمة المالية لكل طرف من الزوجين[697].

---

694 – المرجع نفسه ص:79

695 – شرح العمل السوسي في الميدان القضائي للرحماني عبد الله بن محمد الجشتيمي، مكتبة المعارف ط1/1404هـ/1984م 279/1

696 – المرجع نفسه 285/1.

697 –حق المرأة في الكد والسعاية، الدكتور رشيد الوراك م س ص:52.

ومن خلال هذه الأقوال يتضح أن الفقهاء لم يجعلوا السعاية شركة عامة في جميع الأموال، وإنما قيدوها بعين الإنتاج الذي تحقق فيه العمل المشترك. فالرابطة الزوجية في ذاتها لا تكفي لإثبات الاستحقاق، بل لا بد من تحقق السعي في المال محل المطالبة.

وخلاصة هذا الضابط أن السعاية لا تثبت إلا في عين المال الذي وقع فيه العمل والمشاركة، ويُقدَّر نصيب الساعي بقدر جهده، أما ما انفرد به أحد الزوجين من كسب أو تنمية دون مشاركة الآخر، فيبقى خالصًا له، تحقيقًا للعدل، وصونًا لاستقلال الذمة المالية لكل طرف.

رابعا: إثبات السعاية

يعتبر الإثبات الركيزة الأساسية لتقرير حق الزوجة في الكد والسعاية، والمقصود به الادلاء بكل ما يفيد حقيقة مشاركتها في تنمية الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج سواء من عمل قامت به مباشرة، أو من شركتها في رأس المال الذي نتج عنه الربح والثراء عملاً بالقاعدة الفقهية والقضائية: «البيّنة على من ادعى، واليمين على من أنكر»،[698] إذ ليس كل من ادعى السعاية في المال يحكم له بذلك حتى يثبت السعي والكسب[699] وهذا ما قرره عبد الواحد الأمزوري نظما ونثرا، فقال نثرا ومن ادعى الكسب في المال فأنكره خصمه فيه على المدعي إثبات الكسب ،وقال نظما :

من ادعى في المال كسبا وجبا إثباته عليه عاتب من أبى[700].

ونظرا لأن السعاية من المسائل الواقعية، ولها علاقة وطيدة بالاستحقاق سواء في النزاعات حول حق السعاية في العقار أو في المنقول، فإنه يجوز إثبات هذا الحق بكل وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، إلا أنه جرى العمل في أغلب القضايا

---

[698] – حق المرأة في الكد والسعاية الدكتور رشيد الوراك م س ص:55

[699] – حق الزوجة في الكد والسعاية م س ص:80

[700] – شرح العمل السوسي م س 1/ 285-286

على أن يكون الإثبات أساسا بشهادة الشهود، سواء منها المضمنة في شكل لفيف عدلي، أو عن طريق إحضار الشهود والاستماع إليهم.

ويرجع اعتماد الشهادة كوسيلة أساسية لإثبات حق الكد والسعاية إلى تأثير الأعراف المحلية، وفي حالة عدم وجود الشهود وعدم تمكن المدعي من إثبات دعواه فإنه يتم توجيه اليمين للمدعى عليه[701]وهو ما يعزز إمكانية إثبات السعاية حتى في غياب الشهود.

كما يُعد الإقرار وسيلة مهمة جرى العمل بقبولها في إثبات حق الكد والسعاية، باعتباره يقوم على أساس اعتراف شخص بحق عليه للآخر قصد ترتيب حق بذمته وإعفاء الآخر من إثباته.[702]

ويتبين مما سبق أن استحقاق الزوجة للسعاية لا يثبت إلا بعد إثبات مساهمتها الفعلية في تنمية المال خلال فترة الزواج، بما يضمن ربط الحق بالجهد المبذول وتحقيق العدالة في الاستحقاق.

المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بنطاق السعاية وحدودها

أولا: قصر السعاية على المال المكتسب مدة الحياة الزوجية

يعتبر هذا الضابط من أهم الضوابط التي يجب مراعاتها عند الإفتاء بالسعاية، إذ لا سعاية للزوجة فيما وجدت عند زوجها من الأموال، سواء كان عقارا أو منقولا، بل تطالب بالسعاية في المال الذي نتج ونما بمساهمتها ومشاركتها زوجها[703]، وذلك لأن مناط الاستحقاق في السعاية يرتبط بزمن قيام العلاقة الزوجية، فلا يثبت الحق إلا في

---

701 – حق المرأة في الكد والسعاية الدكتور رشيد الوراك م س ص:55

702 – حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل م س ص:196

703 – حق المرأة في الكد والسعاية الدكتور رشيد الوراك م س ص:53.

المال الذي اكتسب أو نما أثناء فترة الانضمام والمعاونة بين الزوجين، أما ما سبق الزواج فلا يدخل في نطاق المطالبة.

وقد نص الفقهاء على هذا المعنى صراحة فقال الفقيه سيدي عبد الله بن يعقوب: «وما كان للزوج قبل أن يتزوج لا سعاية لها فيه [704].تأكيدا على أن المال السابق على الزواج يظل خارج نطاق المطالبة، لانتفاء المشاركة في تكوينه، وقال الفقيه العباسي: «إن السعاية إنما تكون فيها استفيد في مدة الزوجية [705]، فقد جعل مدة الانضمام والمعاونة قيدا زمنيا لثبوت الحق.

ويؤكد داود بن محمد هذا الضابط قائلا: «فالذي جرى به العمل عند فقهاء المصامدة وجزولة أن الزوجة شريكة لزوجها فيما أفاداه مالا بتعنتهما وكلفتهما مدة انضمامهما ومعاونتهما»[706] وهو ما يدل على أن مناط المشاركة إنما يتحقق في المال المتولد زمن الاجتماع.

ويترتب على ذلك أن الأموال التي كانت مملوكة لأحد الزوجين قبل الزواج، بطريق مستقل، كالميراث أو الهبة أو الوصية، تبقى خارجة عن نطاق السعاية، ما لم يثبت أن للطرف الآخر أثرًا في تنميتها بعد تملكها.

وعليه، فإن نطاق هذا الحق ينحصر في الثروة التي نشأت أو نمت خلال مدة الزوجية، تحقيقا للعدل، وربطا للاستحقاق بزمن تحققه.

ثانيا: ألا تكون مدة الحياة الزوجية قصيرة

يُعدّ هذا الضابط مكمِّلًا للضابط السابق، إذ إن مجرد قيام العلاقة الزوجية لا يكفي وحده لإثبات السعاية، بل لا بد أن تكون مدة الحياة الزوجية مدةً يُتصور معها حصول

---

[704] – عمل المرأة في سوس. للحسن العبادي. وزارة الأوقاف الرباط ط: 1 (1425هـ. 2004م).. ص: 35.

[705] – شرح العمل السوسي في الميدان القضائي م س 1/ 286.

[706] – المرجع نفسه 1/ 283.

المشاركة الفعلية في تنمية المال واكتسابه. فالسعاية مبناها على العمل والمشاركة، ولا يتأتى تحقق ذلك غالبًا في المدد اليسيرة التي لا يظهر فيها أثر تعاون ولا انضمام معتبر.

وعليه فإن المدة القصير كالأسبوع والأسبوعين، بل حتى الشهر والشهرين لا يُعتد بها في الغالب لإثبات السعاية، لانتفاء مظنة تحقق المشاركة المؤثرة في تكوين المال أو تنميته. فالعبرة ليست بمجرد العقد أو الدخول، وإنما بامتداد الزمن الذي يسمح بظهور أثر السعي والعمل.

وقد جاء في بعض فتاوى النوازليين أن الزوجة لا تستحق السعاية إلا إذا مكثت ثمانية أشهر فأكثر عند زوجها. قال الرحماني الجشتيمي: من ماتت بعد مكثها لدى زوجها ثمانية أشهر، وقد حرثت بيدها، فلورثتها ما حرثته في سعايتها، بقدر عملها في الحرث [707]، فقد اعتبر مدة الثمانية أشهر حدًّا يظهر فيه أثر العمل، وربط الاستحقاق بتحقق الفعل الملموس في تنمية المال.

وقال آخرون: العبرة بعام فأكثر، وهو قول الفقيه عمر بن عبد العزيز الكرسيفي؛ قال: ينظر في أنكحة الزوجات والبنات ليعلم من له سعاية ومن لا، فالزوجة تكتسب فيما حدث وتجدد بعد العام من يوم تزويجها، إلى الفراق بموت أو طلاق».[708] فجعل مضي العام معيارًا يُفصل به بين من تتحقق في حقها السعاية ومن لا تتحقق، باعتبار أن السنة مدة يغلب فيها تحقق المشاركة واستقرار المعاشرة.

ويُستفاد من هذه الاختلافات أن المقصود ليس تحديد مدة معينة قطعيًا، بل اشتراط مدة تكفل تحقق المشاركة الفعلية في تنمية المال. فالمدة الطويلة مثل ثمانية أشهر أو العام تُذكر اجتهادًا وفق العرف وأحوال الناس، بينما المدة القصيرة التي لا يظهر معها أثر للعمل لا يثبت بها حق السعاية، تحقيقًا لمقصد العدل وربطًا للاستحقاق بحقيقة السعي لا بمجرد قيام الزوجية.

---

[707] – المرجع نفسه 1/ 285-286

[708] – حق الزوجة في الكد والسعاية ميلود كعواس م س ص:78

ثالثا: الاعتماد على العرف المعتبر شرعًا

يُعدّ العرف الركيزة الأساس التي اعتمد عليها فقهاء المغرب في الإفتاء بالسعاية، إذ لم يكن هذا الحكم مطّردًا في جميع القبائل، وإنما استقر في بعض البوادي كقبائل غمارة وبعض القبائل بسوس مما يدل على أن مستند الإفتاء لم يكن عامًا، بل مرتبطًا بخصوصية العرف في تلك الجهات. ومن ثم فإن الفقهاء إنما أفتوا بالسعاية لأنهم وجدوا عرفا يقضي بذلك للزوجة وغيرها من السُّعاة وهذا ما نص عليه أبو زيد الفاسي في عملياته[709]، فقال:

قال ابن عرضون لهن قسمه على التساوي بحساب الخدمه
لكن أهل فاس فيها خالفوا قالوا لهم في ذاك عرف يعرف

وعلق المهدي الوزاني على ذلك بقوله: "(قالوا) أي ابن عرضون ومن وافقه من فقهاء الجبال (لهم) أي لأهل البوادي (عرف) في ذلك القسم المذكور (يعرف) بينهم والحكم والفتوى تابعان للعرف ولكن أهل فاس خالفوهم في هذه القسمة ومنعوها وقالوا إنما يحكم لهم بالأجرة يعني من التركة لا من الزرع»[710]، يتضح من كلامه أن أهل فاس خالفوا عرف الجبال، فلم يحكموا بالشركة، وإنما بالأجرة، مما يدل على أن الفتوى تختلف باختلاف العرف.

ولما كان هذا العرف ثابتا في تلك الجهات، جرى العمل به عند فقهائها، يقول الوزاني في أجوبته: «وأما خدمة النساء في البوادي، فالعمل جار بمشاركتهن، ولا التفات لمن اعترضه»، غير أن هذا العمل يقصر على موضعه، ومن الخطأ تعميمه، حيث قال: «الحق أن هذا العمل (أي الإفتاء بالسعاية) ثابت لا ينكر، نعم يقصر على أهل الجبال كما قالوا: إن العمل الثابت بموضع لا يلزم جريانه في غيره[711]، وعليه فإن فتوى

---

[709] – المرجع نفسه ص :79

[710] – تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. لأبي عيسى المهدي الوزاني. تقديم: هاشم العلوي القاسمي. وزارة الأوقاف الرباط ط (1422هـ. 2001م). ص:276

[711] – تحفة أكياس الناس ص:281

الفقهاء بالسعاية يقصر على نساء البوادي التي جرى العمل فيها بذلك، ولا يطبق لا في المدن، ولا في غير العمل في الحقل.[712]

ومن أبرز من قرر حجية العرف في هذا الباب أبو القاسم بن أحمد **الأوزالي التارودانتي** حيث أكد في جواب له عن الزوجة العاملة مع زوجها، هل لها من السعاية شيء؟ أن المفتي ينبغي أن يراعي عادات الناس وأحوالهم، وأن الفتاوى تختلف باختلاف العادات، بل شدد على أن الحكم بغير السعاية في الموضع الذي استقر فيه عرفها خطأ بيّن. وهذا تصريح بأن مستند السعاية ليس مجرد القياس أو الاستحسان، وإنما العرف المستقر الذي جرى به العمل.[713]

كما جرى العرف عند المصامدة، والسوسيين، على استحقاق المرأة العاملة مع زوجها نصيبا من الثروة الناتجة عن العمل المشترك، وهو ما أكده الفقيه عبد السلام بن عبد السلام الوثيلي بقوله – بعدما حكم بالسعاية لإحداهن: والحاصل أن عرف البلاد (وبلاده هي بني زجل من غمارة) هو أن المرأة إذا كانت تخدم في دار زوجها، واشترى أصولا بذلك، فإنها تأخذ معه الربع في تلك الأشرية [714] .

فلما كان العرف كذلك، لم يتوان الفقهاء والقضاة في الإفتاء به. يقول ابن عبد الرفيع التونسي مقررا هذا الأمر: «إن قضاة المصامدة وفقهاءهم حكموا بشركة المرأة مع زوجها، لأن عرف البلاد أن الزوجة مع زوجها يتعاونان في جميع الأشغال».[715]

ويتبيّن من مجموع هذه النصوص أن السعاية ليست قاعدة مطلقة في جميع الجهات، وإنما هي حكم عرفي اجتهادي يتقيد بثبوت العرف واستقراره، ويقصر على الموضع

---

712 – نظام الكد والسعاية للملكي الحسين بن عبد السلام. طبعة 2002. مكتبة دار السلام. الرباط ص:262

713 – شرح العمل السوسي في الميدان القضائي م س 1/ 282 283.

714 – حق الزوجة في الكد والسعاية. ميلود كعواس م س ص:29

715 – فقه النوازل في سوس: قضايا وأعلام للحسن العبادي. منشورات كلية الشريعة بأكادير، دار النجاح الجديدة، ط/ 1 (199م)، ص: 417، وعمل المرأة في سوس. ص: 24.

الذي جرى به العمل. فإذا انتفى العرف أو لم يستقر، لم يثبت الحكم بالشركة، ورجع الأمر إلى الأصل، وهو استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين.

الخاتمة

من خلال معالجة هذا الموضوع استطعت التوصل إلى مجموعة من النتائج أبرزها ما يلي:

–أن إقرار حق المرأة في الكد والسعاية لا يمثل خروجًا عن البناء المالي الذي قرره القرآن، ولا مساسًا بمبدأ استقلال الذمة المالية، بل هو تنزيل منضبط للمقاصد العامة على واقع تتحقق فيه مشاركة فعلية في تنمية المال.

أن مقصد العدل، كما قرره القرآن الكريم، يشكل الأساس الجوهري لتقرير حق السعاية، إذ لا يستقيم عدل التشريع مع إهدار جهد أحد الزوجين في تنمية المال.

أن مناط الاستحقاق في السعاية هو العمل الفعلي المؤثر في تكوين المال أو تنميته، لا مجرد الصفة الزوجية، وأن تقدير النصيب يكون بقدر الجهد المبذول.

–أن الاجتهاد الفقهي في الكد والسعاية لم يكن تأسيسًا لقاعدة استثنائية، وإنما كان محاولة لقراءة الواقع في ضوء المقاصد القرآنية الكلية، وتحقيق الانسجام بين النص وروحه، وبين القاعدة النظرية والعدالة العملية.

– أن العرف المعتبر يؤدي دورًا تكميليًا في تنزيل هذه المقاصد على الواقع الاجتماعي، ما دام منضبطًا بضوابط الشرع، ومحققًا للغاية العامة التي تروم حفظ التوازن داخل الأسرة وصيانة الحقوق عند انحلال الرابطة الزوجية. وبناء على ذلك، يمكن القول إن حق الكد والسعاية يمثل تطبيقا عمليا لمنظومة المقاصد القرآنية في بعدها المالي والاجتماعي، وتجسيدًا لمرونة الفقه الإسلامي وقدرته على استيعاب التحولات الواقعية ضمن إطار قيمي ثابت.

لائحة المصادر والمراجع

✓ – إشكالية الشغل النسوي: وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي لأحمد الفقيه، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – الرباط – السنة الجامعية: 1409 هـ / 1989 م.

✓ – آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، إدريس حمادي، طبع ونشر دار أبي رقراق الرباط – الطبعة الثانية، 2003م.

✓ – التأصيل الشرعي والقانوني لحق المرأة في السعاية محمد شراد المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

✓ – تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس. لأبي عيسى المهدي الوزاني. تقديم: هاشم العلوي القاسمي. وزارة الأوقاف الرباط ط (1422هـ. 2001م).

✓ التعريفات الشريف علي بن محمد الجرجاني طبعة دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الأولى 1403هـ / 1983م

✓ – تفسير المنار محمد رشيد بن علي رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة النشر: 1990 م

✓ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي دار الكتب المصرية، وزارة الثقافة 1387هـ/1967م

✓ – جواهر القرآن أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المؤلف، الناشر: دار إحياء العلوم – بيروت الطبعة الأولى، 1985، تحقيق: د. محمد رشيد رضا القباني

✓ – حق الزوجة في الكد والسعاية. ميلود كعواس الطبعة الأولى: 1430هـ – 2009م دار الأمان للنشر والتوزيع – الرباط

✓ – حق المرأة في الكد والسعاية بين النوازل الفقهية والعمل القضائي، الدكتور رشيد الوراك ط2021/1، ص47

✓ حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة

✓ – روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني محمود الألوسي، نشر وطباعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1415ه/1994م

✓ – زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية. تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط. مؤسسة الرسالة. بيروتزاد ط: 14 (1407ه. 1986م

✓ –شرح العمل السوسي في الميدان القضائي للرحماني عبدالله بن محمد الجشتيمي، مكتبة المعارف ط1/1404ه/1984م

✓ – شرح القواعد السعدية، عبد المحسن بن عبد الله الزامل، اعتنى بها وخرج أحاديثها عبد الرحمن بن سليمان العبيد دار أطلس

✓ – الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين لبنان، الطبعة الرابعة 1407 ه

✓ – العمل السوسي في الميدان القضائي، الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي

✓ – عمل المرأة في سوس. للحسن العبادي. وزارة الأوقاف الرباط ط: 1 (1425ه. 2004م)

✓ – فتح الباري بشرح صحيح البخاري. لابن حجر العسقلاني. اعتنى به محمود ابن الجميل. ط: 1 (1424ه. 2003م). مكتبة الصفا. القاهرة

✓ – فقه النوازل في سوس: قضايا وأعلام للحسن العبادي. منشورات كلية الشريعة بأكادير، دار النجاح الجديدة، ط/ 1 (199م)

✓ – القاموس المحيط، باب الواو والياء مجد الدين الفيروزآبادي ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1406 ه / 1986م

✓ – القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية جمعا ودراسة، عبد الله الحصين

✓ –القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة المؤلف: د. محمد مصطفى الزحيلي دار الفكر – دمشق الطبعة: الأولى، 1427 هـ – 2006 م.

✓ – كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبزدوي، علاء الدين البخاري، تحقيق عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،1418 36هـ / 1997م

✓ لسان العرب وجمال الدين محمد ابن منظور، باب كد، دار صادر للطباعة والنشر، دار بيروت للطباعة والنشر بيروت طبعة 1388هـ / 1968 م

✓ – المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية ابن عطية، أبو محمد عبد الحق، دار ابن حزم، بيروت 1423هـ/2002م

✓ – المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية الإمام سحنون دار الفكر. 2/ 197.

✓ – مركز المرأة في الحياة الإسلامية يوسف القرضاوي مكتبة وهبة الطبعة 4 سنة 2010

✓ معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون: دار الفكر، الطبعة: 1399هـ1979 95– م

✓ – المفردات في غريب القرآن الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوان عدنان الداودي، دار القلم، ط1/1412هـ

✓ مقاصد الحق المالي للمرأة في القرآن الكريم: قراءة في المآلات والعوائق فداء بسام بدران"، نشوان عبده خالد، رضوان جمال الأطرش التحديد مجلة فكرية نصف سنوية محكمة تصدرها الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا العدد الثالث والخمسون 2003

✓ – مقاصد الشريعة الاسلامية، محمد الطاهر ابن عاشور، تقديم حاتم بوسمة، دار الكتاب المصري، ط:2010

✓ مقاصد القرآن من تشريع الاحكام، الكريم حامدي، دار ابن حزم ط/2008

✓ – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: علال الفاسي دار الغرب الإسلامي، الطبعة الخامسة، 1993م

✓ – الموافقات الشاطبي، تحقيق عبد الله دراز ومحمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية بيروت ط2005/7

✓ – من الحقوق المالية للمرأة نظام الكد والسعاية، للملكي الحسين، مطبعة دار السلام، ط1999/1م

✓ – من قواعد الضمان في الفقه الإسلامي قاعدة: (الغُرْمُ بالغُنْم) وتطبيقاتها الفقهية الأستاذ الدكتور عماد أموري جليل الزاهدي

✓ الموطأ للإمام مالك بن أنس، دار إحياء التراث العربي بيروت–لبنان ط/1406هـ/1985م

✓ – موسوعة القواعد الفقهية آل بورنو محمد صدقي بن أحمد بن محمد أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1424 هـ – 2003م.

✓ – نظام الكد والسعاية للملكي الحسين بن عبد السلام. طبعة 2002. مكتبة دار السلام. الرباط

✓ – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: لاحمد الريسوني تقديم طه جابر العلواني، المعهد العالي للفكر الاسلامي، دار الأمان، 1995/1416م

✓ – النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية طبعة 1419هـ / 1998م

✓ – هل تعتبر الزوجة شريكة للزوج في الأموال المستفادة خلال الزوجية؟» د محمد التاويل جريدة «المحجة»العدد: 129.

✓ –الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي مؤسسة الرسالة العالمية، بيروت – لبنان الطبعة: الرابعة، 1416هـ - 1996م

– وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع بني ورياغل نموذجا محمد البعدوي: أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – الرباط– كلية الحقوق – أكدال السنة الجامعية: 2000/2001.

"الحضانة والنفقة في ضوء نوازل المعيار ومدونة الأسرة المغربية"

شروق راقد
طالبة باحثة بسلك الدكتوراه: كلية الشريعة بفاس

مقدمة:

تعد النوازل الفقهية مرآة حية لتفاعل الفقه الإسلامي مع الواقع، حيث تعكس كيفية معالجة الفقهاء للمستجدات في ضوء المقاصد الشرعية. وفي مجال الأسرة، تتجلى أهمية النوازل في إبراز التوازن بين الأحكام الثابتة التي تحمي كيان الأسرة، والأحكام المتغيرة التي تستجيب لتطورات المجتمع.

يهدف هذا البحث إلى دراسة هذا التوازن من خلال نوازل الحضانة، والنفقة كما وردت في "المعيار المعرب" للونشريسي ومقارنتها بأحكام مدونة الأسرة المغربية.

إشكالية البحث:

- كيف يمكن الموازنة بين الثابت الفقهي في نوازل الحضانة والنفقة في "المعيار المعرب" للونشريسي، والمتغير التشريعي في مدونة الأسرة المغربية، بما يحقق مقاصد الشريعة ويلبي حاجات الواقع الاجتماعي المعاصر؟

الأسئلة الفرعية:

- ما هي الأحكام الثابتة والمتغيرة في قضايا الحضانة والنفقة؟
- كيف تعامل الفقهاء مع نوازل الحضانة والنفقة بين الثابت والمتغير؟
- ما مدى توافق أحكام مدونة الأسرة المغربية مع المعالجة الفقهية للنوازل؟

- ما أبرز التحولات التي طرأت على التشريع المغربي في مدونة الأسرة بخصوص الحضانة والنفقة؟

أهمية البحث:

- يساهم في فهم أعمق لفقه النوازل في مجال الأسرة.
- يوفر مرجعية فقهية للمشرعين والقضاة في قضايا الأسرة.
- خدمة التشريعات الأسرية الحديثة بما يضمن التوازن بين الأصالة والمعاصرة.
- تقديم مادة علمية للباحثين والمهتمين بفقه الأسرة والنوازل المعاصرة.

أهداف البحث:

- تحديد الأحكام الثابتة والمتغيرة في فقه الأسرة من خلال النوازل الفقهية.
- بيان كيفية تفاعل الفقهاء مع المستجدات في قضايا الأسرة.
- إبراز النوازل الأسرية المعاصرة المتعلقة بالنفقة، والحضانة.
- بيان المستجدات والمتغيرات المتعلقة بقضايا الأسرة.
- تقييم مدى توافق التشريع المغربي مع المعالجة الفقهية للنوازل.

الدراسات السابقة:

- "البعد المقاصدي لفقه النوازل عند المالكية من خلال كتاب المعيار المعرب للإمام الونشريسي

– باب الأحوال الشخصية أنموذجا، لمسعود حجار – مذكرة ماستر، جامعة غرداية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإسلامية، 2023/2024.

تناولت هذه الدراسة استحضار المقاصد الشرعية في معالجة النوازل الأسرية ، مبينة كيف راعى الفقهاء المالكية تحقيق العدل وحماية الأسرة من خلال اجتهاداتهم الواقعية.

– "فقه الأسرة المسلمة من خلال نوازل المعيار للونشريسي" لعمر المحمودي، 1436هـ 2015 م، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، فاس – سايس، تناولت النوازل المتعلقة بالأسرة في المعيار المعرب. بينت هذه الدراسة

منهج الونشريسي في استنباط الأحكام الشرعية للنوازل الأسرية انطلاقا من أصول المذهب المالكي.

رغم أهمية الدراستين السابقتين في إبراز البعد المقاصدي والفقهي لنوازل المعيار، فإن هذا البحث يسعى إلى تقديم معالجة تجديدية لهذه النوازل بما يواكب المستجدات، من خلال موازنة نوازل المعيار في موضوعي الحضانة والنفقة بما ورد في مدونة الأسرة المغربية، للكشف عن أوجه الثابت الفقهي والمتغير التشريعي، الذي يجمع بين الاجتهاد المالكي القديم والتقنين الأسري المعاصر.

منهج البحث:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن، من خلال:

- تحليل النوازل الفقهية المتعلقة بالأسرة في المعيار المعرب.
- مقارنة هذه النوازل بأحكام مدونة الأسرة المغربية.
- استخلاص الأحكام الثابتة والمتغيرة في فقه الأسرة.

تصميم البحث:

انتظم هذا البحث في مبحثين أساسين:

يتناول المبحث الأول الحضانة في نوازل المعيار وتحولاتها في ضوء مدونة الأسرة المغربية من خلال مطلبين، الأول يتحدث عن نازلة المعيار "إذا أشهدت الحاضنة أن محضونتها في كفالة أبيها فلا رجوع لها في ذلك" من خلال فرعين، الفرع الأول شمل دراسة تأصيلية للنازلة والثاني عرض التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية.

في حين يتناول المطلب الثاني نازلة المعيار "إذا سقطت حضانة الأم بالزواج فلا تأخذ الولد بعد وفاة أبيه وزوجها" وذلك من خلال فرعين، الأول شمل دراسة تأصيلية للنازلة والثاني عرض التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية.

أما المبحث الثاني فقد خصصته للنفقة في نوازل المعيار ومتغيراتها في ضوء مدونة الأسرة المغربية، من خلال مطلبين، الأول تناولت فيه نازلة المعيار "لا رجوع للمرأة على

الزوج بالنفقة إذا أسقطتها عنه لمدة معينة" من خلال فرعين، الأول شمل دراسة تأصيلية للنازلة، والثاني عن التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية.

في حين يتناول المطلب الثاني نازلة المعيار "للمرأة النفقة على الزوج في أيام الخصام إن دافعها بالباطل" من خلال فرعين، الأول شمل دراسة تأصيلية للنازلة والثاني عن التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية

المبحث الأول: الحضانة في نوازل المعيار وتحولاتها في ضوء مدونة الأسرة المغربية.

المطلب الأول: نازلة المعيار "إذا أشهدت الحاضنة أن محضونتها في كفالة أبيها فلا رجوع لها في ذلك".

الفرع الأول: دراسة تأصيلية للنازلة:

ومن النوازل الفقهية التي عرضها الإمام الونشريسي في المعيار.

أولا: نص النازلة:

[إذا أشهدت الحاضنة أن محضونتها في كفالة أبيها، فلا رجوع لها في ذلك]

"وسئل ابن عرفة عن رسم يتضمن أن حاضنته أشهدت أن محضونتها في كفالة أبيها، والمنفق عليها في جملة عياله وفي محله ومنزله وحوزه وذلك منذ شهرين تقدما عن تاريخه، وذلك برضى الكافلة المذكورة، فهل للجدة رجوع في حضانة المكفولة أم لا؟

فأجاب: لا حضانة لها في الابنة المذكورة، إلا أن تقيم بينة أن ذلك لعذر مفسر من مرضها ونحوه".[716]

[716] المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب ، للونشريسي، تحقيق محمد حجي، الطبعة الأولى، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ، 1401هـ 1981،المعيار، ج 3 ، ص 278

ثانيا: تأصيل النازلة:

بين – رحمه الله – أن الحاضنة إذا أشهدت على أن محضونتها في كفالة أبيها وبقيت عنده مدة، وذلك برضاها، فلا سبيل لمن أرادت حضانتها – من جدة أو نحوها – إلا أن تقيم البينة على أنها لم تترك محضونتها إلا لعذر مفسر كأن تصاب بمرض أو عدم لبن، أو إكراه أو نحو ذلك، قال ابن القاسم "إن ردت مطلقة ولدها لزوجها استثقالا ثم طلبته لم يكن لها ذلك. وقال ابن رشد – رحمه الله –ولو ردته لعذر مرض أو عدم لبن كان لها أخذه إن صحت أو عاد اللبن."[717]

الحضانة في الفقه المالكي حق للأم أولا، ثم تتدرج في المستحقين لها.

يجوز للأم أن تتنازل عن حقها في الحضانة، ويعتبر التنازل إسقاطا للحق.

إذا تنازلت الحاضنة فإن رجوعها يتوقف على وجود عذر شرعي.

والسؤال المطروح: هل يمكن للأم استرجاع الحضانة بعد التنازل، وما حدود هذا الرجوع؟

الجواب الفقهي: لا حضانة لها بعد التنازل إلا أن تقيم عذرا مفسرا لذلك.

أما مدونة الأسرة المغربية في مادتها 170 فقد اعتبرت أن الحضانة "تعود لمستحقها إذا ارتفع العذر الذي منعه منها.

يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون"[718] .

---

[717] التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، ، 1416هـ-1994م، ج 5، ص 598.

[718] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ،صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021، القسم الثاني: الحضانة، الباب الأول: أحكام عامة، ص 76-77

وهذه المادة تفتح المجال لرجوع الحضانة بمجرد زوال السبب، دون اشتراط عذر شرعي، بل بتقدير المحكمة.

أما المادة 171 "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم لأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية"....[719]

تمثل نازلة [إذا أشهدت الحاضنة أن محضونتها في كفالة أبيها، فلا رجوع لها]

في الفقه المالكي يعتبر الحق في الحضانة حقا للمحضون، وتحظى الحاضنة به بالنيابة عنهن فإذا تنازلت عنه انتزع منها. وفي هذا الإطار، ذهب المالكية إلى أنه إذا تنازلت الحاضنة عن حقها في حضانة ولدها دون عذر شرعي، فإن هذا الحق يسقط ولا يعود مجددا وينبع هذا المنظور من فقه الحقوق الفردية الذي يرى أن الحق المتنازل عنه برضى صاحبه لا يمكن المطالبة باسترداده إلا لسبب قاهر وعذر شرعي مقبول.

الفرع الثاني: التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية:

شهد التشريع المغربي في إطار مدونة الأسرة تحولا تشريعيا بارزا فقد نصت المادة 170 من مدونة الأسرة أنه "تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها، ويمكن للمحكمة أن تعيد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون".[720] وبذلك أفرد حق إعادة الحضانة لمن كان قد تخلى عنها، على أن تقرر المحكمة الأمر انطلاقا من مصلحة الطفل المحضون، دون اشتراط نوع محدد من الأعذار. هذا التعديل القانوني يبين انفصالا عن الموقف القديم الذي كان يربط استرجاع الحضانة بوجود عذر شرعي،

---

[719] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ، صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021، القسم الثاني: الحضانة الباب الثاني: مستحقو الحضانة وترتيبهم، ص 77

[720] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021، القسم الثاني: الحضانة، الباب الأول: أحكام عامة، ص 76-77

إذ أعطى الأولوية للمصلحة الفضلى للطفل في إعادة دراسة حق الحضانة. مما يدل على انتقال من فقه الحقوق الفردية إلى فقه المصلحة الفضلى للطفل، وهو ما يبرز التفاعل بين الثابت الفقهي المتمثل في حق الحضانة وترتيبه، والمتغير الاجتهادي الذي يسمح بإعادة النظر في هذا الحق كلما اقتضت المصلحة، في ضوء التغيرات الاجتماعية والنفسية والواقعية للمحضون والحاضن.

بذلك تتجلى مرونة التشريع المغربي في توظيف المقاصد الشرعية والاجتهاد الفقهي بما يخدم الاستقرار الأسري ويراعي حقوق الطفل.

- **المطلب الثاني: نازلة المعيار "إذا سقطت حضانة الأم بالزواج فلا تأخذ الولد بعد وفاة أبيه وزوجها".**

- **الفرع الأول: دراسة تأصيلية للنازلة:**

أولا : نص النازلة:[إذا سقطت حضانة الأم بالزواج فلا تأخذ الولد بعد وفاة أبيه وزوجها.]

"وسئل ابن زرب[721] عن امرأة طلقها زوجها ولها منه ولد صغير، ثم تزوجت غيره وأخذ الأب ابنه يحضنه، ثم مات زوجها ومات الأب، هل يكون لها أخذ ابنها إذا مات أبوه وتكون حضانته مبتدأ لموت الأب وموت زوجها؟

فأجاب: لا سبيل لها إلى أخذه، ويأخذه من يجب له أخذه من الأولياء بعد الأب، لأنها إذا تزوجت بطلت حضانتها".[722]

[721] هو محمد بن يبقى بن زرب، أبو بكر: من كبار القضاة وخطباء المنابر بالأندلس (317-381هـ/929-991م)ولي القضاء بقرطبة (سنة 367) وتوفي بقرطبة وهو على القضاء ، ومدته فيه أكثر من ثلاثين عاما.

[722] المعيار، للونشريسي ج 4، ص43

ثانيا: تأصيل النازلة:

والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله ﷺ " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[723] وقوله صلى الله عليه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي" [724] وإن حصل منها النكاح بطلت حضانتها، وبه قال المالكية والشافعية و الحنابلة.

وحاصل الأمر أن جمهور العلماء على تزويجها من غير الأب يقطع الحضانة لما روي عن النبي ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي. وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب – من الأولياء– فليس في ذلك شيء يعتمد عليه.

وظاهر المدونة أنه " لا يُفرَّق بينهما وبينه إلا أن تتزوج، قال: فقلت لمالك: إذا تزوجت وهو صغير يرضع أو فوق ذلك فأخذه أبوه أو أولياؤه، ثم مات عنها زوجها أو طلقها أيرد إلى أمه؟ قال: لا، ثم قال لي مالك أرأيت إن تزوجت ثانية أيؤخذ منها ثم إن طلقها زوجها أيرد إليها أيضا الثالثة ليس هذا بشيء إذا سلمته مرة فلا حق لها فيه، فقيل لمالك: متى يؤخذ من أمه أحين عقد نكاحها أو حين يدخل بها زوجها؟ قال: بل حين يدخل بها زوجها ولا يؤخذ منها الولد قبل ذلك".[725]

يجمع المالكية على حق الأم في حضانة ولدها، مستدلين بحديث النبي ﷺ " أنت أحق به ما لم تنكحي" هذا الحديث يؤكد الأصل بأن الأم أولى بحضانة صغيرها ما دامت غير متزوجة برجل غريب، ويحسب المالكية أن تزويج الأم لإنسان خارج

---

[723] سنن الترمذي، باب في كراهية التفريق بين السبي رقم الحديث 1566

[724] السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، رقم الحديث 15763

[725] المدونة، مالك ابن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، الطبعة الأولى، 1415هـ –1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ما جاء في حضانة الأم – ج2، ص258

المحرمات يفقدها حضانتها بنص الشريعة، إلا أن لهم قيدا مالكيا خاصا بأن سقوط الحضانة مرتبط بدخول الزوج على الزوجة.

وقد استدل الإمام مالك رحمه الله وغيره من المالكية والحنابلة والشافعية بعموم الحديث على سقوط الحضانة بزواج الأم، وتشترط الحنفية كذلك الدخول ليسقط الزواج الحضانة.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن حكم سقوط حضانة الأم بزواجها رجوعا إلى الأصل الشرعي ثابت بنص الحديث، فإذا تزوجت الأم برجل أجنبي عن طفلها "فلا حضانة لمن تزوجت بأجنبي من المحضون" وتنتقل الحضانة لأهل الطفل حسب القرابة والترتيب المنصوص عليه، أما في شأن استعادة الحضانة بعد وفاة الزوج أو الأب، فذهب المالكية إلى عدم رجوع الحق تلقائيا للأم.

الفرع الثاني: التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية:

راعى المشرع المغربي مصلحة الطفل في مدونة الأسرة فأدخل تعديلات حيث نصت المادة 174 "زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها إلا في الحالتين الآتيتين.

1-إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائب شرعيا للمحضون.

2- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون. "[726]

أحد الاستثناءين الواردين على القاعدة العامة بسقوط الحضانة إذا تزوجت الحاضنة أقرته هذه المادة، ويتعلق بإمكانية استمرار حضانة غير الأم إذا كان زواجها من قريب محرم أو نائب شرعي للمحضون، أو كانت الحاضنة نفسها نائبا شرعيا.

وبالتالي زواجها العادي ينهي حضانتها، ما لم يكن في الحالتين المذكورتين سالفا.

[726] دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، الباب الثاني، مستحقو الحضانة وترتيبهم، ص109

أما المادة 175 فخصصت حالات استثناء للأم الحاضنة بعد الطلاق. فرغم أن الحضانة الأصلية للأم تسقط بزواجها، ينص القانون على بقاء حضانتها،" زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها في الأحوال الآتية:

1-إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.
2-إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.
3-إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.
4-إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

زواج الأم الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب".[727]

تنص هذه المادة على أن حضانة الأم لا تسقط بزواجها في الأحوال الواردة بها، ومنها عدم تجاوز المحضون سبع سنوات، أما سقوط حضانتها إذا تجاوز هذا السن فلا يتم تلقائيا بل يتوقف على رفع دعوى أمام المحكمة من طرف من له مصلحة في ذلك والتي عليها أن تراعي وهي تبت في الطلب مصلحة المحضون وعدم تعرضه للضرر من فراق أمه الحاضنة.

كما أقرت المادة حكم إعفاء الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة بسبب بقائه مع أمه في بيت الزوجية الجديد ما دام عقد الزواج قائما بين الحاضنة والزوج الجديد، غير أن النفقة تبقى واجبة على الأب.

وحرصت مدونة الأسرة على رعاية مصلحة الطفل المحضون حين أعطت إمكانية مراجعة استحقاق الحضانة عند زوال المانع. وهكذا نصت المادة أن :170 "تعود

[727] دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، الباب الثاني، مستحقو الحضانة وترتيبهم، ص 110.

الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها. يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون". [728]

فمن ثوابت الحضانة: يبقى الأصل الشرعي والفقهي أن الأم هي الأولى بحضانة صغيرها، ومن المتغيرات والمستجدات ظهر تحول جوهري في شروط سقوط الحضانة.

فقد كانت القاعدة الفقهية القديمة ربط الحضانة بزواج الأم بوجوب سقوطها مطلقا وفق جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية بالدخول، أما التشريع المغربي فقد أدخل استثناءات تشريعية جديدة، فربط سقوط الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون وضروريات خاصة. فقد وردت في مدونة الأسرة معايير موضوعية لاستثناء سقوط الحضانة تقتضي بقاؤها تحت يد الأم إذا كان ذلك أنفع للطفل.

المبحث الثاني: النفقة في نوازل المعيار ومتغيراتها في ضوء مدونة الأسرة المغربية.

المطلب الأول: نازلة المعيار "لا رجوع للمرأة على الزوج بالنفقة إذا أسقطتها عنه لمدة معينة".

الفرع الأول: دراسة تأصيلية للنازلة:

تعد النفقة أحد الحقوق الزوجية الثابتة للزوجة شرعا وقانونا، تجب على الزوج بمجرد العقد الصحيح والدخول أو الدعوة إليه. وقد تناول الفقهاء هذه المسألة، في حالات إسقاط المرأة لنفقتها عن زوجها، وهل يسقط هذا الإسقاط حقها في المطالبة اللاحقة بها أم لا.

ومن النوازل الفقهية التي عرضها الإمام الونشريسي في المعيار:

---

[728] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ، ا صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021، القسم الثاني: الحضانة، الباب الأول: أحكام عامة، ص 76-77

.

أولا: نص النازلة: [لا رجوع للمرأة على الزوج بالنفقة إذا أسقطتها عنه لمدة معينة]

"وسئل ابن أبي زيد الرجل يريد سفرا يقيم فيه سنتين فأخبر زوجته وقال: إن رضيت بالمقام فلا نفقة في غيبتي هذه المرة وإلا طلقتك، فرضيت، فلما غاب قامت بالنفقة.

فأجاب: ما هذا عندي إلا يلزمها كما لو كان حاضرا وأسقطت عنه نفقتها سنة أو سنتين لم يكن لها رجوع عندي. وإنما الذي يقام عليه لو ضمنت له نفقة ولده الصغير سنتين وقد فارقها وتبرعت بذلك وهي عديمة أو كانت ملية وأعدمت فهذا يقال له: أنفق عليها ولك عليها الرجوع بما أنفقت عليها."[729]

ثانيا: تأصيل النازلة:

بين ابن ابي زيد – رحمه الله تعالى – في هذه النازلة أن المرأة لا رجوع لها على الزوج بنفقتها إذا هي أسقطتها عنه لمدة سنة أو سنتين، ويتضح ذلك من خلال جوابه حين قال تصريحا " ما هذا عندي إلا يلزمها كما لو كان حاضرا وأسقطت عنه نفقتها سنة أو سنتين لم يكن لها رجوع عندي" وهذا يدل على أنه اجتهاد منه، وهو قول مالك في المدونة حين سئل عن نفقة المرأة في حال عسر الزوج: " أرأيت إن أنفقت المرأة وزوجها غائب وهو معسر في حال ما أنفقته، أيكون ذلك دينا لها أم لا في قول مالك؟ قال: لا يكون ذلك دينا عليه كذلك قال مالك.

قلت: ولم؟ قال: لأن الرجل إذا كان معسرا لا يقدر على النفقة فليس لها عليه النفقة إنما لها أن تقيم معه أو يطلقها، كذلك الحكم فيها".[730]

واستثنى من ذلك – رحمه الله تعالى – في حالة أن المرأة ضمنت له نفقة ولده الصغير سنتين بعد فراقها وتبرعت بذلك وهي عديمة، أي مفلسة لا مال لها، أو كانت ملية وأعدمت، أي كانت ميسرة الحال وأعسرت فيما بعد ولم يبق معها ما تنفق به على

---

[729] المعيار، للونشريسي ج 4، ص22

[730] المدونة، مالك ابن أنس ج 2، ص 182

نفسها وعلى ولدها فهنا على الزوج النفقة لقوله تعالى: " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** "[731]وقوله عليه الصلاة والسلام لهند: " **خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف**".[732]

وأجاب مالك حين سئل عن ذلك بما نصه: " أرأيت إن أنفقت على نفسها وعلى ولدها والزوج غائب ثم طلبت النفقة؟

قال: ذلك لها إن كان موسرا يوم أنفقت على نفسها وعلى ولدها إن كانوا صغارا أو جواري أبكارا حضن أو لم يحضن وهذا رأيي".[733]

ويتضح من جواب الإمام ابن أبي زيد أن رضى المرأة بسقوط النفقة سواء كان صريحا أو ضمنيا كالسكوت عليها، يعتبر إسقاطا لها، ولا يترتب عليه رجوع لا حق لها.

والمالكية قولهم أنها تسقط بمضي الزمان إذا ترك الزوج الإنفاق بسبب الإعسار فقط، واستدلوا لقوله تعالى " لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا "[734] وهذا معسر لم يؤته الله شيئا، فلا يكلف بالنفقة في حال إعساره، ولا يلزمه قضاء ما ترك حال الإعسار، لأنها ساقطة عنه في هذه الحال.

إلا أن هذا التصور، أصبح اليوم محل مراجعة في ضوء تطور الفكر القانوني والاجتماعي، لا سيما بعد صدور مدونة الأسرة المغربية التي أرست قواعد جديدة في باب النفقة، تنطلق من حماية الحقوق الأساسية للمرأة، وتحديدا في حالات الإسقاط أو الإبراء.

---

[731] سورة البقرة ، الآية :233

[732] صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث 5364.

[733] المدونة، مالك ابن أنس ج 2، ص 182

[734] سورة الطلاق، الآية: 7

الفرع الثاني: التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية:

قد نصت المادة 195 من مدونة الأسرة على أن: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج على الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت[735].

"وجوب النفقة للزوجة مقرر بحكم القانون ولا يرتبط بمطالبتها به، لذلك قررت هذه المادة استحقاق الزوجة للنفقة من التاريخ الذي وجبت فيه قانونا، فلا تسقط بالتقادم ولا بسكوت الزوجة عن المطالبة بها، ولذلك يحق لها أن تطالبه بنفقتها من تاريخ إمساكه عن أدائها.

وقررت المادة في نهايتها أن الزوجة المحكوم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية إذا امتنعت من تنفيذ الحكم تسقط نفقتها عن المدة الموالية لهذا الامتناع "[736].

إن الفقه المالكي قد اعتبر السكوت أو الرضا إسقاطا للنفقة، ومن ثم لا رجوع فيها.

بينما تعتبر مدونة الأسرة المغربية أن النفقة لا تسقط إلا بإبراء صريح موثق، وتبقى للمرأة حق الرجوع، حتى بعد الطلاق، إذا لم تستوف نفقتها.

وتتجلى معالم الثابت والمتغير كون الثابت هو وجوب النفقة على الزوج شرعا، وعدم سقوطها إلا بإحدى الوسيلتين: الأداء أو الإبراء.

وأما المتغير، فهو كيفية تحقق الإبراء، إذا كانت المدرسة الفقهية المالكية تقبل بالسكوت أو الإقرار الضمني؛ بينما أوجبت المدونة الحديثة الإبراء الصريح، معززة بذلك حقوق الزوجة وحمايتها من التفريط أو الجهل بحقوقها.

---

[735] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ، صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021ا، القسم الثالث: النفقة، الباب الثاني: نفقة الزوجة، ص 83

[736] دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسة السروح والدلائل، العدد 1، 2004، مطبعة فضالة، دار القلم، الرباط، الباب الثاني، نفقة الزوجة، ص 120

إن نازلة ابن أبي زيد تعكس اجتهادا تقليديا كان مستندا إلى ظروف زمنية واجتماعية معينة، بينما تمثل مقتضيات مدونة الأسرة المغربية تطورا تشريعيا يندرج ضمن المتغيرات الاجتهادية في الفقه المعاصر، استجابة لمقاصد الشريعة في حفظ الحقوق، وتحقيق العدالة بين الزوجين، وضمان الكرامة الإنسانية داخل مؤسسة الأسرة.

المطلب الثاني: نازلة المعيار "للمرأة النفقة على الزوج في أيام الخصام إن دافعها بالباطل".

الفرع الأول: دراسة تأصيلية للنازلة:

أولا: نص النازلة[للمرأة النفقة على الزوج في أيام الخصام إن دافعها بالباطل]

"وسئل اللخمي رحمه الله عن امرأة دعت زوجها الدخول وأنكر النكاح فأثبتته عليه، هل لها عليه نفقه في أيام الخصام أم لا نفقة لها؟.

فأجاب: لا نفقة لها عليه إن كان ذلك من الزوج بتأويل وشبهة، وأما إن كان دافعها بباطل فواضح أنه كالغاصب فلها النفقة فيها".[737]

ثانيا: تأصيل النازلة:

أشار اللخمي – رحمه الله تعالى – من خلال جوابه أن المرأة لا نفقة لها على الزوج الذي دعته للدخول وأنكر عليها ذلك بتأويل وشبهة، كأن يختلي بها دون رابطة زوجية أو يدخل بها دون إشهاد الشهود، قال ابن رشد: "فإن مالك قال: لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغة، وأما إذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فالشافعية قولان: أحدهما مثل قول مالك والقول الثاني أن لها النفقة بإطلاق"[738]

---

[737] المعيار، للونشريسي، ج4، ص22.

[738] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث– القاهرة، 1425هـ – 2004م ، ج3، ص77

وأما إن دافعها بالباطل فواضح أنه كالغاصب فلها النفقة في أيام الخصام واتفق الجمهور على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ " [739] ولقوله صلى الله عليه وسلم لهند " خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[740] فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها"[741].

يتعلق الحكم في هذه النازلة بحالة إنكار الزوج للنسب أو النكاح، وما يترتب على ذلك من حرمان الزوجة من النفقة خلال فترة الخصام أو النزاع القضائي، وقد فرق الفقيه هنا بين حالتين:

- حالة الإنكار القائم على شبهة أو تأويل: يعذر فيها الزوج ولا تجب النفقة.
- حالة الإنكار القائم على الباطل والتمادي في الظلم: يعد الزوج مغصبا، وتجب النفقة للزوجة.

الفرع الثاني: التطورات التشريعية في مدونة الأسرة المغربية:

تطرقت مدونة الأسرة المغربية بوضوح لمسألة ثبوت الزوجية وآثارها، ومنها النفقة الواجبة بمجرد العقد الصحيح، حيث جاء في:

المادة 194 "تجب نفقة الزوجة بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها"[742]

---

[739] سورة البقرة الآية: 233

[740] سبق تخريجه.

[741] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ج3، ص77

[742] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)

صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021، القسم الثالث: النفقة، الباب الثاني: نفقة الزوجة، ص 83

"تجب نفقة الزوجة على زوجها فقيرة كانت أم غنية، وذلك بمجرد البناء أو الدعوة إليه في حالتين:

الأولى: إذا بنى بها فإن نفقتها تجب عليه بمجرد البناء.

الثانية: إذا دعته إلى البناء، فبمجرد هذه الدعوة تستحق النفقة، ويدخل في حكم الدعوة إلى البناء ما سار عليه الاجتهاد القضائي من اعتبار طلب الزوجة النفقة أمام القضاء مما تستحق به النفقة من تاريخه".[743]

والمادة 195: " يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت"[744].

"وجوب النفقة للزوجة مقرر بحكم القانون ولا يرتبط بمطالبتها به، لذلك قررت هذه المادة استحقاق الزوجة للنفقة من التاريخ الذي وجبت فيه قانونا، فلا تسقط بالتقادم ولا بسكوت الزوجة عن المطالبة بها، ولذلك يحق لها أن تطالبه بنفقتها من تاريخ إمساكه عن أدائها.

وقررت المادة في نهايتها أن الزوجة المحكوم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية إذا امتنعت من تنفيذ الحكم تسقط نفتها عن المدة الموالية لهذا الامتناع".[745]

يتضح من هذه النصوص أن المدونة تعطي للزوجة الحق في النفقة بمجرد تحقق عقد الزواج وثبوت دعوة الزوج للدخول، ما لم يثبت أن امتناع الزوج كان مبنيا على سبب مشروع. وهذا موافق لمضمون النازلة.

---

[743] دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسة السروح والدلائل، العدد 1، 2004،

الباب الثاني، ص 119

[744] مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 70.03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)

صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021، القسم الثالث: النفقة، الباب الثاني: نفقة الزوجة، ص 83

[745] دليل عملي لمدونة الأسرة، ص 120

فإذا كان الزوج قد أنكر الزواج دون وجه حق، وثبت زواجه لاحقا، فإن نفقتها لا تسقط عن تلك الفترة، كما هو منصوص عليه في المادة 194. أما إذا كان إنكاره عن شبهة تأويلية أو إكراه قانوني، فإن الأمر يحتمل عدم وجوب النفقة.

- إن النفقة واجبة بمجرد تحقق البناء أو الدعوة إليه.
- إنكار الزوج بدون سبب مشروع لا يسقط النفقة.
- النفقة تحتسب بأثر رجعي من تاريخ الامتناع عن الإنفاق.

ونجد الثابت أن النفقة حق شرعي وقانوني للزوجة، واجب على الزوج بمجرد تحقق العلاقة الزوجية الشرعية، أو الدعوة للبناء.

أما المتغير: اعتماد القضاء المغربي على وسائل إثبات أكثر مرونة كالخبرة والقرائن والشهود.

مستجدات الاجتهاد القضائي المغربي:

1-تكريس مبدأ حماية الزوجة في فترات النزاع، خاصة حين يكون الزوج ممتنعا عن الإنفاق دون مبرر شرعي أو قانوني.

2-الاعتراف بالنفقة بأثر رجعي، بمجرد إثبات الزواج أو الدخول، وهو ما يطبق حاليا في كثير من الأحكام القضائية.

3-التوسع في وسائل الإثبات أمام القضاء، سواء طريق شهادة الشهود أو القرائن أو الخبرة.

تبرز النازلة الفقهية جانبا مهما من تطور الفكر الفقهي المالكي في التعامل مع قضايا النفقة أثناء النزاع، وهو ما طورته مدونة الأسرة المغربية لتواكب متطلبات العصر.

لقد حافظت المدونة على الثوابت الشرعية للنفقة، وأضافت لها ضمانات قانونية مستحدثة تضمن للزوجة حقوقها، وتمنع تعسف الزوج، مما يعكس توازنا تشريعيا بين الأصالة والمعاصرة.

الخاتمة:

ختاما يكشف هذا البحث الموازنة بين الثابت الفقهي والمتغير التشريعي في قضايا الحضانة والنفقة، ويمكن ذكر بعض النتائج منها:

- الحضانة في الفقه المالكي حق للأم أولا، ثم تتدرج في المستحقين لها.
- جواز للأم التنازل عن حقها في الحضانة، ويعتبر التنازل إسقاطا للحق.
- تنازل الحاضنة ورجوعها يتوقف على وجود عذر شرعي.
- تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها، ويمكن للمحكمة أن تعيد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.
- إقرار المحكمة مصلحة الطفل المحضون، دون اشتراط نوع محدد من الأعذار في حق إعادة الحضانة لمن كان قد تخلى عنها.
- إعطاء إعادة الأولوية للمصلحة الفضلى للطفل في إعادة دراسة حق الحضانة.
- النكاح يبطل للزوجة حضانتها، على تزويجها برجل غريب يقطع الحضانة.
- تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها.
- زواج الأم يسقط الحضانة بالدخول.
- إدخال استثناءات تشريعية جديدة، بربط سقوط الحضانة بمراعاة مصلحة المحضون وضروريات خاصة.
- رضى المرأة بسقوط النفقة سواء كان صريحا أو ضمنيا كالسكوت عليها، يعتبر إسقاطا لها، ولا يترتب عليه رجوع لا حق لها.
- تسقط النفقة بمضي الزمان إذا ترك الزوج الإنفاق بسبب الإعسار.
- استحقاق الزوجة للنفقة من التاريخ الذي وجبت فيه قانونا.

- لا تسقط النفقة بالتقادم ولا بسكوت الزوجة عن المطالبة بها، ولذلك يحق لها أن تطالبه بنفقتها من تاريخ إمساكه عن أدائها.

- وجوب النفقة على الزوج شرعا، وعدم سقوطها إلا بإحدى الوسيلتين: الأداء أو الإبراء.

وفي ظل النتائج التي توصل إليها البحث يمكن تقديم التوصيات الآتية:

- ضرورة استحضار مقاصد الشريعة الإسلامية عند صياغة أو تعديل القوانين الأسرية، لضمان التوازن بين حفظ الثوابت الشرعية والاستجابة لمتطلبات الواقع الاجتماعي.

- التأكيد على أهمية الاجتهاد المقاصدي، الذي يجمع بين العلماء والفقهاء والمشرعين، قصد بناء منظومة قانونية منسجمة مع روح الشريعة ومقتضيات العصر.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

المصادر والمراجع:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث- القاهرة، 1425هـ- 2004م.

- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ-1994م.

- الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 دو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) القانون رقم 70.03 مدونة الأسرة المغربية.

- دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسة السروح والدلائل، العدد 1، 2004، مطبعة فضالة، دار القلم، الرباط .

- سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، أبو عيسى، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي- بيروت، 1998م.

- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبوبكر البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ- 2003م.

- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ.

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

- مسلم بن الحجاج أبو الحسين بن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح –المدونة، مالك ابن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، الطبعة الأولى، 1415هـ- 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحي، تحقيق محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1401هـ، 1981م.

حق الحضانة للأب في حال زواج الأم

دراسة على ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة

ذ. محمد ياسين لعبيد

أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي، أكاديمية فاس – مكناس.

أستاذ زائر بالمدرسة العليا للأساتذة بفاس.

* ملخص البحث: يتناول البحث قضية حق الأب في الحضانة عند زواج الأم، مستعرضاً آراء الفقهاء القدامى والمستجدات القانونية المعاصرة؛ وقد خلصت الدراسة إلى أن سقوط حضانة الأم ليس حكماً مطلقاً، بل مشروط بتحقق الضرر أو انشغالها عن المحضون، كما أبرزت الدراسة أن المصلحة الفضلى للطفل هي المعيار الأساس في كل قرار قضائي، وأن القانون المغربي والعربي عموماً يتجهان نحو إبقاء الحضانة للأم ما لم يثبت العكس، كما ناقشت التحديات النفسية والاجتماعية الناتجة عن زواج الأم أو عملها وتأثيرها على الطفل، ودعت إلى نظام الحضانة المشتركة كحل متوازن يراعي مقاصد الشريعة وحقوق الطفل في بيئة أسرية مستقرة.

* الكلمات المفاتيح: حق الحضانة – حضانة الأب – حضانة الأم – النوازل الفقهية – المستجدات المعاصرة.

مقدمة:

الحمد لله الذي علَّم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي المصطفى وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد؛ فإن الأسرة هي اللبنة الأساسية في بناء المجتمع، وحفظُ كيانِها ورعايةُ أفرادها من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية؛ وتُعدُّ قضايا الحضانة من أدق المسائل التي تبرز فيها عناية الشريعة بمصلحة المحضون، خاصة في حالات افتراق الوالدين؛ وقد أجمع الفقهاء على أن الأم هي الأحق بالحضانة في الأصل، لما جُبِلَت عليه من حنانٍ ورعاية لا يضاهيها فيه أحد، غير أن هذا الحق ليس مطلقًا، بل يسقط في بعض الحالات ومنها زواج الأم من رجل أجنبي عن المحضون، وهو الأمر الذي أثار ولا يزال يثير جدلاً واسعاً في الفقه والقانون، خاصة مع تعقد الحياة الاجتماعية وظهور متغيرات جديدة، والتي كشفت عن نوازل جديدة تتطلب اجتهادا فقهيا متجددا.

أهمية الموضوع وأهدافه:

لقد تناول الفقهاء هذه المسألة بآراء متباينة؛ فمنهم من رأى سقوط حضانة الأم بمجرد زواجها استنادا إلى اجتهادات الصحابة والقياس على مبدأ انتقال الولاية، ومنهم من اشترط تحقق الضرر على الطفل حتى تنتقل الحضانة إلى الأب أو غيره من الأقارب، بينما رأى آخرون أن المصلحة الفضلى للطفل يجب أن تكون المحدد الرئيس في هذه المسألة؛ وقد انعكست هذه الأقوال الفقهية في كتب النوازل الفقهية، حيث ناقش الفقهاء تطبيقاتها في سياقات زمانية ومكانية مختلفة، مما أفرز اجتهادات ثرية ومفيدة؛ ومع تطور الأنظمة القانونية الحديثة ومنها القانون المغربي في مدونة الأسرة، تأثرت التشريعات المتعلقة بالحضانة بهذه الاجتهادات الفقهية، كما سعت في الوقت ذاته إلى مواءمتها مع المعايير الدولية لحماية حقوق الطفل؛ لذلك نجد أن المشرع المغربي في مدونة الأسرة الحالية نصَّ في النقطة الرابعة من المادة 173 التي تحدد شروط الحاضن: "عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175

بعده"، فجعل الأصلَ هو سقوط حضانة الأم بعد زواجها إلا في أحوال خاصة نصَّ عليها في المادتين المشار إليهما أعلاه، وانتقال الحضانة إلى الأب؛ لكن يبدو من خلال التعديلات التي كشف عنها وزير العدل مؤخرا أن نية المشرع المغربي تتجه نحو إبقاء الحضانة للأم مطلقا حتى في حالة زواجها.

لذلك تكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تعالج مسألة حيوية تمس صميم بناء الأسرة، وتسعى إلى التوفيق بين النصوص الفقهية والمصالح المتغيرة في العصر الحديث؛ كما تهدف هذه الدراسة إلى:

- بيان الأساس الفقهي لسقوط حضانة الأم بزواجها وتحديد مرتبة الأب في الحضانة وفق المذاهب الفقهية.
- دراسة وتحليل بعض النوازل الفقهية المتعلقة بحق الحضانة للأم حتى بعد زواجها.
- مناقشة التحديات المعاصرة التي تفرض تجديد النظر في مسألة الحضانة ولمن يتم إسنادها خاصة بعد زواج الأم.
- اقتراح حلول فقهية وقانونية تراعي مصلحة المحضون في ظل التحديات المعاصرة، كالحضانة المشتركة.

إشكالية موضوع البحث وأهدافه:

تعدُّ مسألة انتقال الحضانة إلى الأب في حال زواج الأم من القضايا الفقهية والقانونية التي أثارت جدلا واسعا، حيث تباينت الآراء حول أحقية الرجل في انتقال الحضانة إليه بعد زواج الأم الحاضنة، بين من يرى سقوط الحضانة تلقائيا، ومن يشترط تحقق الضرر على الطفل بعد زواج حاضنته، ومن يراعي مصلحة المحضون قبل كل اعتبار؛ لذلك فإن الإشكالية الرئيسة التي ستتم معالجتها في هذا البحث، تتمحور أساسا حول مدى أحقية الرجل في انتقال الحضانة إليه بعد زواج الأم الحاضنة، وهل يمثل زواج الأم مانعاً مطلقاً من حضانتها في ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة؟

وعن هذه الإشكالية الرئيسة تتولد أسئلة فرعية عدة أهمها:

– ما مفهوم الحضانة ومقاصدها الشرعية والحقوقية؟

– ما هو الأساس الشرعي لسقوط حضانة الأم بزواجها؟

– ما هي الأسس الفقهية التي استند إليها فقهاء المالكية في تقرير حضانة الأب بعد زواج الأم؟

– كيف تعامل فقهاء النوازل مع هذه القضية في سياقاتهم الاجتماعية المختلفة؟

– هل يتماشى الحكم بسقوط الحضانة عن الأم بعد زواجها تلقائيا مع مقاصد الشرعية الإسلامية، وخاصة مبدأ المصلحة الفضلى للطفل؟

– ما هي أبرز التحديات التي تواجه حضانة الطفل بعد زواج الأم في المجتمع المعاصر؟

– كيف يمكن تفعيل قاعدة "المصلحة الفضلى للمحضون" كمعيار حاكم في قضايا الحضانة بعد زواج الأم؟

– هل يمكن إيجاد صياغة فقهية وقانونية تحقيق التوازن بين حقوق الوالدين والمصلحة الفضلى للطفل؟ إن معالجة هذه الإشكالية تتطلب منهجا علميا يجمع بين المنهج الوصفي التحليلي لوصف وتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية، والمنهج المقارن للمقارنة بين المذاهب الفقهية والتشريعات المعاصرة؛ وذلك من خلال مبحثين اثنين: حق الحضانة بين الآراء والنوازل الفقهية، والتحديات المعاصرة وأحقية الأب في الحضانة بعد زواج الأم.

المبحث الأول: حق الحضانة بين الآراء والنوازل الفقهية

قبل الحديث عن الآراء والنوازل الفقهية المتعلقة بحضانة الطفل في (مطلب ثان)، لا بد من التعريف أولا بمفهوم الحضانة في اللغة والشرع والقانون مع بيان سندها الشرعي ومقاصدها الشرعية والحقوقية في (مطلب أول).

المطلب الأول: مفهوم الحضانة وسندها الشرعي ومقاصدها

نخصص هذا المطلب للحديث في (فقرة أولى) عن مفهوم الحضانة وسندها الشرعي، ثم في (فقرة ثانية) عن المقاصد الشرعية والحقوقية من تشريع الحضانة.

الفقرة الأولى: مفهوم الحضانة وسندها الشرعي والقانوني

في هذه الفقرة نناقش نقطتين، الأولى متعلقة بتحديد مفهوم الحضانة في اللغة والشرع والقانون (أولا)، والثانية بيان سندها الشرعي والقانوني (ثانيا).

أولا: مفهوم الحضانة

الحضانة لغة بفتح الحاء اسمٌ من حضَن يحضن حَضنا وحِضانا، يقال: حضن الطائر بيضه أي ضمه تحت جناحيه، وحضنت المرأة ولدها أي ضمته إلى حضنها، فهي حاضنة والرجل حاضن[746]؛ والحضن: الصدر مما دون الإبط إلى الكَشْح[747]، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، ومنه الاحتضان وهو احتمال الشيء وجعله في حضنك، كما تحتمل المرأة ولدها وتجعله في أحد شقيها؛ قال ابن فارس[748]: "الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته... يقال: احتضنت الشيء جعلته في حضني، وامرأة حضون بينة الحضان"، وجاء في لسان العرب[749]: "وحُضَّانٌ

---

[746]– عبد الله بنطاهر السوسي التناني: "شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته – دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة –، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الثالثة (ملقحة ومنقحة)، 2021، الجزء الثاني، ص: 609.

[747]– الكشح: ما بين الخاصرة إلى الضِّلع الخلفي؛ ينظر زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت 666هـ): "مختار الصحاح"، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ/1999م، ص: 270، مادة كشح.

[748]– أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395 هـ): "معجم مقاييس اللغة"، تحقيق: عبد السلام محمد هارون [ت 1408 هـ]، شركه مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، (1389 – 1392 هـ) (1969 – 1972م)، الجزء الثاني، ص: 73، مادة: "ح ض ن".

[749]– جمال الدين ابن منظور (ت 711هـ): "لسان العرب"، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ، ج:13، ص: 123، مادة "ح ض ن".

جمع حاضن، لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه، وبه سميت الحاضن وهي التي تربي الطفل، والحضانة بالفتح فِعْلها"؛ وعلى هذا المعنى تدور مادة "ح ض ن" في المعاجم اللغوية.

وأما الحضانة في الاصطلاح الشرعي، فلا يخرج معناها عن إطارها اللغوي، فعرفها ابن عرفة[750] بقوله: "حِفْظُ الْوَلَدِ فِي مَبِيتِهِ وَمُؤْنَةِ طَعَامِهِ وَلِبَاسِهِ وَمَضْجَعِهِ وَتَنْظِيفِ جِسْمِهِ"[751]، وقال الدردير بأنها: " الْقِيَامُ بِشَأْنِهِ فِي نَوْمِهِ وَيَقِظَتِهِ"[752]، وعند التسولي هي: "الْكَفَالَة والتربية وَالْقِيَام بِأُمُور الْمَحْضُون"[753]، وعرفها محمد أبو زهرة بأنها: "تربية الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا"[754].

أما المشرع المغربي فقد عرَّف الحضانة وفق ما جاء في تعاريف فقهاء المالكية، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 136 من مدونة الأسرة[755] ما يلي: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه"، وأكد على هذا التعريف ما جاء في الدليل العملي في شرحه لهذا التعريف حيث قال: إن الحضانة: "تتعلق بذات وحاجيات الطفل الجسدية"[756].

---

[750]– أبو عبد الله الرصاع التونسي المالكي (ت 894هـ): "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية(شرح حدود ابن عرفة للرصاع)"، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، 1350هـ، ص: 230.

[751]– هناك من ينسب هذا التعريف إلى الإمام الباجي، مرجع سابق.

[752]– أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي (ت 1241هـ): "بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)"، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج:2، ص: 755.

[753]– أبو الحسن التُّسُولي (ت 1258هـ): "البهجة في شرح التحفة – شرح تحفة الحكام –"، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1418هـ – 1998م، 644/1.

[754]– محمد أبو زهرة: "الأحوال الشخصية"، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1369هـ/ 1950م، ص: 404.

[755]– ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل 3 فبراير 2004م، والقاضي بتنفيذ القانون رقم 70.03 المتعلق بمدونة الأسرة؛ منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل 5 فبراير 2004م، ص:418.

[756]– وزارة العدل: "دليل عملي لمدونة الأسرة"، العدد 1، سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، السنة 2004، ص: 104.

هذه التعاريف يستخلص منها أن الحضانة من مسؤولية الأب والأم معا، إذ يقوم الأب بالنظر في جميع أمور الصبي، أما الأم فيقتصر دورها على التربية والمبيت عندها؛ كما يلاحظ عليها جميعا – سواء التعاريف الفقهية أو القانونية – كما ذكر ذلك الدكتور مصطفى بن حمزة[757] – أنها لا تحدد الغايات الحقيقية التي يجب أن تتوخاها الحضانة الجيدة، ولا ترسم برنامجا واضحا يتعين أن يتمثله الحاضن ليعمل على تنفيذه، فلذلك نقترح التعريف الذي قدمه الدكتور ابن حمزة للحضانة وهو: "رعاية الولد ماديا ومعنويا، وتوفير شروط الاستواء النفسي والانتماء الاجتماعي له، ومساعدته على ترقية قدراته الجسدية وبلورة مواهبه الفكرية والروحية، وحفظ مصالحه وتنميتها"، هذا التعريف الذي نرى أنه يركز على الأهداف الحقيقية التي يتعين على الحاضن أن يعمل على تحقيقيها، وهي الاهتمام بالطفل المحضون من حيث الجوانب كلها، جسدية، ومالية، ونفسية، وتربوية ، وروحية، وثقافية.

ثانيا: السند الشرعي والقانوني للحضانة

تجد الحضانة سندها الشرعي في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة وإجماع علماء الأمة؛ فأما منَ القرآن الكريم فنجد عدة آيات قرآنية اعتبرها المفسرون أصلا شرعيا للحضانة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنَ اَرَادَ أَنْ يُتِمَّ ٱلرَّضَٰعَةَۖ وَعَلَي ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِۖ﴾[758]، قال ابن رشد: "فالأم أحق برضاعة ابنها وكفالته إلى أن يستغني عنها بنفسه"[759]، وقال ابن العربي في

---

[757]– مصطفى بن حمزة: "فقه الأسرة – مرافعات مقدَّمة إلى لجنة مراجعة مدونة الأحوال الشخصية –"، مؤسسة الأندلس للنشر والتوزيع – فاس، الطبعة الأولى، 2024، ص: 504.

[758]– سورة النساء، الآية:231.

[759]– أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ): "المقدمات الممهدات"، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1408 هـ – 1988 م، 562/1.

الآية: " قالَ عُلَمَاؤُنَا: الْحَضَانَةُ بِدَلِيلِ هَذِهِ الْآيَةِ لِلْأُمِّ وَالنُّصْرَةُ لِلْأَبِ، لِأَنَّ الْحَضَانَةَ مَعَ الرَّضَاعِ"[760]، وقال القرطبي: "دليلٌ لمالك أن الحضانة للأم"[761].

وأما من السنة النبوية فقد جاء في حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاءً وثَدْيِي له سِقاءً وحِجري له حِواءً وإنَّ أباه طلَّقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أنتِ أحقُّ به ما لم تَنْكَحِي)[762]، وقد علق صاحب زاد المعاد على الحديث بما يفيد أحقية الام في الحضانة بعد الطلاق فقال: "وفي هذا دليل على اعتبار المعاني والمعاني وتأثيرها في الأحكام، وإناطتها بها، وأن ذلك أمر مستقر في الفطر السليمة التي فطر النساء عليها، وهذا الوصف الذي أدلت به هذه المرأة وجعلته سببا لتعليق الحكم به، قد قرره النبي صلى الله عليه وسلم ورتب عليه أثره"[763]، فالحديث يدل على أنه إذا افترق الأبوان، وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب، ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها أو بالولد وصف يقتضي تخييره، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع[764].

وأما الإجماع، فلا خلاف بين أحد من علماء الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته، فهو من فروض الكفاية[765]؛ لذلك أقرَّ المشرع المغربي في مدونة الأسرة للمطلقة

---

[760]– أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت 543هـ): "أحكام القرآن"، اجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ – 2003 م، 275/1.

[761]– أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384 هـ – 1964م، 164/3.

[762]– رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث: 2276، ص: 382؛ أبو داود سليمان بن الأشعثِ السِّجِسْتَاني (ت275هـ): "سنن أبي داود"، دار الفجر للتراث – القاهرة، طبعة 1430هـ/2009م.

[763]– ابن قيم الجوزية: "زاد المعاد"، تحقيق: محمد بن عيادي بن عبد الحليم، مكتبة الصفا، الطبعة الأولى، 2004، الجزء الرابع، ص: 195.

[764]– مرجع سابق.

[765]– المقدمات الممهدات، مرجع سابق، 564/1.

الحاضن أجرة الحضانة في حالة انفصام العلاقة الزوجية، والتي تقع –مبدئيا – على عاتق الأب المكلف بنفقة المحضون، أما في حالة قيام العلاقة الزوجية أو في عدةٍ من طلاق رجعي فإن الزوجة لا تستحق هذه الأجرة ، لأن الحضانة هي من واجبات الأبوين معا مادامت علاقة الزوجية قائمة ، على اعتبار أن الغاية من الزواج هي إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين، كما نصت على ذلك المادة الرابعة من مدونة الأسرة .

الفقرة الثانية: المقاصد الشرعية والحقوقية للحضانة

إن الحضانة في الإسلام تعتبر من الأمور المهمة والضرورية التي تحفظ حق الطفل في الحياة والمأكل والملبس والرعاية والتربية والعناية، فلولاها لانقرض الإنسان بضياع حقوقه؛ قال الإمام أبو حامد الغزالي في أهمية الحضانة: " والصبيان أَمَانَةٌ عِنْدَ وَالِدَيْهِ وَقَلْبُهُ الطَّاهِرُ جَوْهَرَةٌ نَفِيسَةٌ سَاذَجَةٌ خَالِيَةٌ عَنْ كُلِّ نَقْشٍ وَصُورَةٍ وَهُوَ قَابِلٌ لِكُلِّ مَا نُقِشَ وَمَائِلٌ إِلَى كُلِّ مَا يُمَالُ بِهِ إِلَيْهِ فَإِنْ عُوِّدَ الْخَيْرَ وَعُلِّمَهُ نَشَأَ عَلَيْهِ وَسَعِدَ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وشاركه في ثوابه أبوه وَكُلُّ مُعَلِّمٍ لَهُ وَمُؤَدِّبٍ وَإِنْ عُوِّدَ الشَّرَّ وَأُهْمِلَ إِهْمَالَ الْبَهَائِمِ شَقِيَ وَهَلَكَ وَكَانَ الْوِزْرُ في رقبة القيم عليه والوالي له وقد قال الله عز وجل **{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً}**[766] وَمَهْمَا كَانَ الْأَبُ يَصُونُهُ عَنْ نَارِ الدُّنْيَا فَبِأَنْ يَصُونَهُ عَنْ نَارِ الْآخِرَةِ أَوْلَى وَصِيَانَتُهُ بِأَنْ يُؤَدِّبَهُ وَيُهَذِّبَهُ وَيُعَلِّمَهُ مَحَاسِنَ الْأَخْلَاقِ وَيَحْفَظَهُ من القرناء السُّوءِ وَلَا يُعَوِّدُهُ التَّنَعُّمَ وَلَا يُحَبِّبُ إِلَيْهِ الزينة والرفاهية فَيَضِيعُ عُمْرُهُ فِي طَلَبِهَا إِذَا كَبِرَ فَيَهْلِكُ هَلَاكَ الْأَبَدِ بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يُرَاقِبَهُ مِنْ أَوَّلِ أَمْرِهِ فَلَا يَسْتَعْمِلُ فِي حَضَانَتِهِ وَإِرْضَاعِهِ إلا امرأة متدينة تأكل الحلال فإن اللبن الحاصل من الحرام لا بركة فيه فإذا وقع عليه نشو الصبي انعجنت طينته من الخبيث فيميل طبعه إلى ما يناسب الخبائث"[767].

---

[766]– سورة التحريم، الآية: 6.

[767]– أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ): "إحياء علوم الدين"، دار المعرفة – بيروت، بدون رقم الطبعة والسنة، 72/3.

المطلب الثاني: الآراء والنوازل الفقهية المتعلقة باستحقاق الحضانة

بناء على مشروعية الحضانة وسندها من القرآن الكريم والسنة النبوية، فقد أجمع الفقهاء على وجوب حضانة الطفل الصغير على الأبوين ما داما متزوجين، وقد أكد على هذا المشرع المغربي أيضا في المادة 164، حيث جاء فيها: "الحضانة من واجبات الأبوين، ما دامت علاقة الزوجية قائمة"؛ فإن فُقِدا فعلى الأقرب من ذوي قرابتهم، وإن انعدموا فعلى الدولة أو جماعة من المسلمين[768]؛ فالحضانة فرض عين على الأب والأم، وفرض كفاية على غيرهما في حالة فقدانهما، بحيث لا يَحِلُّ ترك الطفل بغير كفالة، لأنه مخلوق ضعيف يفتقر إلى من يكفله ويحضنه حتى يقوم بنفسه، فإذا قام بها قائم سقطت عن الباقين[769].

فالأصل إذا أنَّ الحضانة حق للأب والأم معا ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، لكن عند انحلال ميثاق الزوجية يطرح التساؤل بخصوص الأحق بهذه الحضانة هل الأب أم الأم؟، لذلك نتساءل في هذا المطلب عن رأي الفقهاء والنوازليين في المستحق للحضانة عند انفصام العلاقة الزوجية، هذا ما سنجيب عنه من خلال فقرتين اثنتين: (فقرة أولى) نبين فيها أقوال الفقهاء والنوازليين حول المستحق للحضانة بعد انحلال ميثاق الزوجية، ثم في (فقرة ثانية) نتحدث عن حالات سقوط الحضانة عن الأم بالزواج وانتقالها للأب.

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء والنوازليين حول المستحق للحضانة بعد انحلال ميثاق الزوجية

لا شك أن الأم هي أرأف وأرحم وأشفق بولدها من غيرها، فقد حملته في بطنها أشهرا، فأشعرته بحنانها ولهفتها عليه وهو لا يزال جنينا في رحِمها، وكذلك بعد خروجه إلى الدنيا تكون أشد ملازمة له من غيرها؛ لذلك فبمستقر العادة وبموجب الفطرة فحق

---

[768]– عبد الله بنطاهر السوسي التناني، مرجع سابق، ص: 613.

[769]– شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت 954هـ): "مواهب الجليل في شرح مختصر خليل"، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ – 1992م، 214/4.

الحضانة يكون أولا للأم ثم للأب، فهي الأعرف بتربيته وبما يليق له ويحقق مصلحته، والأكثر صبرا على رعايته وصيانته والاهتمام به.

لهذا فلا خلاف بين الفقهاء في أن الأم هي الأحق بالحضانة من الأب ومن سائر الأولياء من الرجال والنساء[770]، وهذا هو المقصود حسب القرطبي من قوله تعالى:﴿**وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِۖ**﴾[771]، إذ قال: "في هذه الآية دليل لمالك على أن الحضانة للأم، فهي في الغلام إلى البلوغ، وفي الجارية إلى النكاح، وذلك حق لها"[772]، واستنبط ابن العربي الحكم نفسه من الآية فقال: "ولمالك أثر يستند عليه في الأمر ذكره في المدونة، إذ روى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ اللَّيْثِ بْنِ سَعْدٍ أَنَّ يَحْيَى بْنَ سَعِيدٍ حَدَّثَهُ قَالَ: الْمَرْأَةُ إذَا طَلُقَتْ أَوْلَى بِالْوَلَدِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ فَإِنْ خَرَجَ الْوَالِدُ إلَى أَرْضٍ سِوَى أَرْضِهِ يَسْكُنُهَا كَانَ أَوْلَى بِالْوَلَدِ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، وَإِنْ هُوَ خَرَجَ غَازِيًا أَوْ تَاجِرًا كَانَتْ الْمَرْأَةُ أَوْلَى بِوَلَدِهَا إلَّا أَنْ يَكُونَ غَزَا غُزَاةَ انْقِطَاعٍ"[773]؛ لذلك فإن جمهور الفقهاء ومنهم المالكية يرون أن الحضانة حق للمرأة إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا، فهي الأشفقُ عليه والأليق بتربيته، قال ابن عاصم في التحفة[774]:

وصرفها إلى النساء أليقُ لأنهنَّ في الأمور أشفق

وقد اختلف الفقهاء في علة تقديم الأم عن الأب في الحضانة، فمنهم من قال لأنها أقرب إلى المحضون لكونها أمًّا، ومنهم من قال لأنها أنثى؛ ومهما اختلفت العلة فإن

---

[770]– المقدمات الممهدات، مرجع سابق، 565/1.

[771]– سورة البقرة، الآية:231.

[772]– القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، مرجع سابق، 164/3.

[773]– مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179هـ): "المدونة"، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م، ج2، ص: 262.

[774]– محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي (ت 829هـ): " تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام"، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1432هـ – 2011م، ص: 57.

الحكم واحد هند الفقهاء وهو تقديم الأم عن الأب لِما تُمليه الطبيعة الإنسانية والحيوانية منْ أنَّ الأمَّ أحنُّ على الصغار من الأب، وأقدرُ منه على القيام بشؤونهم، وتوفيرِ العطف والرعاية لهم[775].

من أجل هذا نجد أن النوازليين دافعوا عن هذا الحق للأم، فأحسنوا تنزيل هذا التوجه الفقهي في فتاويهم وأجوبتهم؛ ففي فتوى لابن عظوم عندما سئل عن جوابه في مسألة رجل طلَّق زوجته طلقة واحدة ثانية لأولى له فيها على غير فداء ولا ترك شيء، وله منها أولاد، ذكران وأنثيان، وأمهم المطلقة المذكورة لم تزل عزباء إلى الآن، فهل حضانة الأولاد المذكورين لأمهم دون أبيهم أم لأبيهم دون أمهم؟، فكان نصُّ جوابه بعد افتتاحه: "إذا كان الأمر كما ذكر، فالحضانة ثابتة للأم مادامت غير متزوجة، وتستمر حضانتها لأولادها إلى بلوغ الذكر والدخول بالأنثى"[776]؛ كما أردف هذا الجواب بنازلة أخرى في أجوبته تؤكد هذا الاقتناع وتعضده وتُبرزُ ثبوت حق المطلقة في حضانة أولادها، وقد جاء في جوابه ما يلي: "إذا كانت أم الأولاد مطلقة سليمة العقل والبدن خليَّة من زوج فحضانة أولادها لها دون أبيهم"[777].

فمن خلال النازلتين يتأكد أحقية الأم بالحضانة من الأب بلا خلاف، لكن التساؤل الذي يطرحه الفقهاء في هذا الباب وهو محل خلاف بينهم، هو هل حق الحضانة للأم تتمسك به متى تشاء وتتركه متى تشاء؟ أم هو حق للمحضون وواجب على الحاضنة بحيث تجبر على إحضان الطفل؟ أم هو حق لهما معا؟ أم ليس لأحدهما وإنما هو حق لله تعالى؟

---

[775]– عبد الله بنطاهر السوسي التناني، مرجع سابق، ص: 648.

[776]– أبو القاسم بن محمد مرزوق بن عظوم المرادي: "كتاب الأجوبة"، تحقيق وتقديم: محمد الحبيب الهيلة، المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون "بيت الحكمة" – تونس، الطبعة الأولى، 2005، 3/ 438.

[777]– مرجع سابق، 438/3.

إذا رجعنا إلى فقهاء المالكية بخصوص هذا التساؤل، فإنَّ المشهور عندهم هو أنَّ الحضانة حق للحاضن وهي الأم أو الأب أو غيرهما ممن يستحقها، حيث جاء في التحفة لابن عاصم[778]:

الحق للحاضن في الحضانـــهْ وحال هذا القول مستبانـــــهْ

لكونه يُسقِطها فتسقـــــط وقيل بالعكس فما إن تَسقُـطُ

وذكر المقري الاختلاف في ذلك مُلَمِّحا إلى أن الحق مشترك، إلا أن الاختلاف أيهما أقوى، فقال: "اختلف المالكية في كون الحضانة حق للحاضن أم للمحضون، أي في المغلب حقه من الفريقين وإلا فلكل منهما حق"[779]، وهو ما اختاره ابن محرز – نقلا عن ميارة الفاسي – حيث قال: "وَالصَّوَابُ مِنْ ذَلِكَ عِنْدِي أَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْحَاضِنِ وَالْمَحْضُونِ"[780]، وهو ما رجحه ميارة الفاسي أيضا بقوله: " وَالْقَوْلُ الَّذِي اخْتَارَهُ ابْنُ مُحْرِزٍ هُوَ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ تَطَّرِدُ فِيهِ الْفُرُوعُ الْوَارِدَةُ فِي هَذَا الْبَابِ"[781].

وَفَائِدَةُ هذا الْخِلَافِ – كما جاء عند ميارة – هُوَ أَنَّهُ إذَا كَانَ حَقًّا لَهَا جَازَ تَرْكُهَا لَهُ، وَانْتَقَلَ إلَى غَيْرِهَا وَإِذَا كَانَ حَقًّا لِلْوَلَدِ لَزِمَهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهَا تَرْكُهُ إلَّا مِنْ عُذْرٍ[782]؛ كما أضاف التسولي فائدة أخرى عندما قال: "وَلَو كَانَت حَقًّا للمحضون أَو حَقًّا لله أَو لَهما مَا سَقَطت بإسقاطه ولكونه أَيْضا لَا أُجْرَة للحاضن على الْحَضَانَة إِذْ الْإِنْسَان لَا يَأْخُذ أجرا على فعل شَيْء وَاجِب عَلَيْهِ، وَلَو كَانَت حَقًّا للمحضون لكَانَتْ لَهُ الْأُجْرَة."[783].

---

[778]– ابن عاصم القيسي الغرناطي (ت 829هـ): مرجع سابق، ص: 57.

[779]– بدر الدين القرافي: "أداء الأمانة بالتزام ما اشترط من إسقاط الحضانة"، تحقيق: محمد بن علي الصوفي، دار القلم، بدون ذكر الطبعة والسنة، ص: 124.

[780]– أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت 1072هـ): " الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة"، دار المعرفة، بدون ذكر الطبعة والسنة، 269/1.

[781]– مرجع سابق.

[782]– نفسه.

[783]– أبو الحسن التُّسُولي (ت 1258هـ): مرجع سابق، 645/1.

لكن ما يبقى عليه العمل عند فقهاء المالكية هو أن الحضانة للحاضن وأنها تسقط إذا أسقطها، قال التاودي في شرحه لقول ابن عاصم معززا هذا القول: "أي وجهه ودليله بيِّن، لكون الحاضن يسقط الحضانة بعوض كخلع الأم على إسقاط حضانتها أو بغير عوض فتسقط، ولكونه لا أجرة للحاضن على الحضانة على المشهور"[784]، كما ذكر المكناسي في مجالسه الاختلاف في المسألة ويميل إلى أنها حق للحاضن وأن ذلك هو مشهور المذهب حيث قال: "واختلف في الحضانة، هل هي حق للحاضن وهو المشهور، وله تركها وطلبها، وأخذ الفرض على المحضون، رضي بذلك والده أم لا. وقيل: هي من حق المحضون وهو شاذ"[785].

وبناء على ما سبق في هذه الفقرة، فالذي يظهر أن المعيار المعتبر عند الفقهاء في مسألة أحقية الأم بالحضانة من الأب، هو قوة الحنان والشفقة، إذ المقدَّم هو من يُعلَمُ بمستقر العادة أنه أشفق على المحضون وأرأف به وأقدر على تحقيق منافعه المعنوية على الخصوص.

الفقرة الثانية: حالات سقوط الحضانة عن الأم بالزواج وانتقالها إلى الأب

لقد اشترط الفقهاء جملةً من الشروط التي يجب أن تتوفر في كل من له رغبة في الحضانة، وهي شروط شُرعت كلها بالأساس لمصلحة المحضون؛ وهذه الشروط عند المالكية على ثلاثة أقسام[786]:

---

[784]– أبو عبد الله محمد التاودي: "حُلَى المعاصِم لفكر ابن عاصم"، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م، الجزء الأول، ص: 646.

[785]– أبو عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي (ت917هـ): "مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام"، تحقيق: الدكتور نعيم عبد العزيز سالم بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي – الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م، الجزء الأول، ص: 315.

[786]– نقلا عن عبد الله بنطاهر السوسي التناني، مرجع سابق، ينظر من الصفحة 654 إلى 657.

– شروط مشتركة بين الذكور والإناث وهي الصحة، والصيانة المادية والمعنوية، والحِرز والأمن، والتكليف أي العقل، والديانة أي الأمانة والاستقامة؛ وقد جمع هذه الشروط ابن عاصم في التحفة[787]:

وشرطها الصحة والصيانهْ والحِرزُ والتكليف والديانهْ

– شروط خاصة بالذكور وهي إجمالا: أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو قريبة أو مستأجرة أو متبرعة، وأن يكون وارثا بالفرض كالأخ للأم أو بالتعصيب كالعم، ثم أن يكون من المحارم إذا كان المحضون أنثى.

– شروط خاصة بالإناث وهي إجمالا: أن تكون الحاضنة من ذوات رحم المحضون المحرمة عليه فلا حضانة لبنت العم ولا لبنت الخال، وأن لا تسكن الحاضنة مع من سقطت حضانتها قبلها بسبب شرعي مثل سقوط حضانة الجدة التي تسكن مع ابنتها والتي سقطت حضانتها، وأن تكون خالية من الزواج[788].

وهذا الشرط الأخير – وهو بيت القصيد من هذه المداخلة – اختلف فيه الفقهاء على قولين[789]؛ فأما القول الأول وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنفية والمشهور عند الحنابلة أن الزواج مُسقط للحضانة، إلا أنهم اشترطوا لسقوط الحضانة بالزواج عن الأم ثلاثة شروط[790] هي: أن يقبل الطفل في الرضاع غيرها، وإلا فإن لم يقبل الرضيع غير ثدي أمه فلا تسقط حضانتها؛ وأن يوجد من ينازع الحاضنة الأم الحضانة فيطالب بها لنفسه، أما عدم المنازعة فلا يسقط الحضانة، لأن النبي صلى الله

---

[787]– ابن عاصم القيسي الغرناطي (ت 829هـ): مرجع سابق، ص: 57.

[788]– الصادق عبد الرحمان الغرياني: "مدونة الفقه المالكي وأدلته"، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة وتاريخ الطبع، الجزء الثالث، ص: 161.

[789]– عبد الله بنطاهر السوسي التناني، مرجع سابق، ص 656 وما بعدها.

[790]– مرجع سابق.

عليه وسلم تزوج بأم سلمة وبقي ولدها في كفالتها[791]؛ وأن تتزوج الحاضنة الأم بأجنبي عن المحضون، أما إن تزوجت بمن له الحق في حضانة المحضون أو ولايته – مَحرما كان كالعم أو غير مَحرم كابن العم – فلا تَسْقُط حضانتها.

أما القول الثاني وهو مذهب الظاهرية فقالوا بعدم سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة بالزواج، وقد روي هذا القول عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، وبه قال الحسن البصري؛ وحجتهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنَ اَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَٰعَةَۖ﴾[792]، وقوله صلى الله عليه وسلم حينما سئل: (من أحقُّ الناس بحُسن الصحبة؟ قال: أمك ثم أمك ثم أمك، ثم أبوك، ثم أدناك أدناك)[793]، قال ابن حزم معلقا على هذين النصين: "فَلَا يَجُوزُ نَقْلُهُ أَوْ نَقْلُهَا عَنْ مَوْضِعٍ جَعَلَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ بِغَيْرِ نَصّ، وَلَمْ يَأْتِ نَصٌّ صَحِيحٌ قَطُّ بِأَنَّ الْأُمَّ إنْ تَزَوَّجَتْ يَسْقُطُ حَقُّهَا فِي الْحَضَانَةِ، وَلَا بِأَنَّ الْأَبَ إنْ رَحَلَ عَنْ ذَلِكَ الْبَلَدِ سَقَطَ حَقُّ الْأُمِّ فِي الْحَضَانَةِ"[794]، ويستدلون أيضا بما روي عن أم سلمة عندما تزوجت بالنبي صلى الله عليه وسلم وبقي ولدها في كفالتها[795].

لكن هذه الأدلة التي تقدم بها مذهب الظاهرية يَردُّ عليها أهل الجمهور بأن آية البقرة تتحدث عن الرضاع لا عن الحضانة، وبأن الحديث الأول يتحدث عن الإحسان للأم

---

[791]– صحيح مسلم: كتاب الجنائز، باب ما يقال عند المصيبة (ح: 917)؛ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت 261هـ): "صحيح مسلم"، تحقيق: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، دار طيبة، الطبعة الأولى، سنة النشر: 1427هـ/2006م.

[792]– سورة البقرة، الآية: 231.

[793]– صحيح البخاري: كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة (ح: 5971)؛ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256هـ): "صحيح البخاري"، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، طبعة 1419هـ/1998م.

[794]– ابن حزم الأندلسي [الظاهري، ت 456 هـ]: "المحلى بالآثار"، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر – بيروت، دون تاريخ نشر ورقم الطبعة، 143/10.

[795]– سبق تخريجه، صحيح مسلم (ح: 917).

والحضانة هي إحسان للولد، وأما ما روت أم سلمة فيُردُّ عليه بكون بقاء الولد في كفالتها لعدم وجود من ينازعها في الحضانة، فمجرد البقاء على الحضانة مع عدم المنازع لا يصح للاحتجاج به على محل النزاع[796]، لاحتمال أنه لم يبق له قريب غيرها.

وقد أخذت مدونة الأسرة بمذهب الجمهور عندما نصت في المادة 175 على أن زواج الحاضنة الأم لا يسقط حضانتها في عدة أحوال، بمعنى أنه بمفهوم المخالفة فحضانة الأم الحاضنة تسقط من غير هذه الحالات؛ إلا أن الملاحظ أن المشرع قد زاد عدة شروط خروجا عن المذهب المالكي، وهذه الشروط هي:

- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، باعتبار أن هذه المرحلة تحتاج رعاية من نوع خاص، لا يمكن أن تتوفر في الأب، وهذا مذهب الشافعية، قال الشافعي: " إِذَا افْتَرَقَ الْأَبَوَانِ وَهُمَا فِي قَرْيَةٍ وَاحِدَةٍ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ وَمَا كَانُوا صِغَارًا فَإِذَا بَلَغَ أَحَدُهُمْ سَبْعًا أَوْ ثَمَانِ سِنِينَ وَهُوَ يَعْقِلُ خُيِّرَ بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَكَانَ عِنْدَ أَيِّهِمَا اخْتَارَ "[797]، وهو رواية أيضا عن الإمام أحمد في الأنثى لا في الذكر[798]، وحجته منْ أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل حضانة بنت حمزة لخالتها المتزوجة وهي أنثى لا ذكر[799].

---

[796]– شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، ابن قيم الجوزية (691 – 751 هـ): " زاد المعاد في هَدي خير العباد"، تحقيق: شعيب الأرنؤوط [ت 1438 هـ]– عبد القادر الأرنؤوط [ت 1425 هـ]، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1417هـ – 1996م، الجزء:5، ص: 415.

[797]– أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (150 – 204هـ): "الأم"، دار الفكر – بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ/1983، ج:5، ص: 99.

[798]– أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (541 – 620 هـ): "المغني"، تحقيق: طه الزيني – ومحمود عبد الوهاب فايد – وعبد القادر عطا [ت 1403 هـ]– ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، الطبعة: الأولى، (1388هـ / 1968م)، ج: 8، ص: 244.

[799]– أخرج الحديث البخاري: كتاب المغازي، باب عمرة القضاء، (ح: 4251)؛ وأخرجه مسلم: كتاب الجهاد، باب صلح الحديبية، (ح: 1783).

- إذا كان المحضون يلحقه ضرر من فراق الأم، لكن هذا الشرط غير منضبط، لأنه يمكن لأي واحد أن يدعي أن الطفل قد لَحِقه ضرر عند فراق أمه، فبهذا الشرط لن تسقط الحضانة عن الأم في حالة زواجها أبدا[800].

- إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم، وهذا الشرط أخذته المدونة من الشافعية[801] والحنابلة[802].

- إذا كان زوجها قريبا مَحرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

- إذا كانت الحاضنة هي النائب الشرعي للمحضون، وهذا الشرط مقبول، لأن الأم في هذه الحالة ستتحمل كل ما يتعلق بالطفل من رضاع، وحضانة، ونفقة، وكسوة، ومسكن.

إن المتأمل في الشروط والقيود التي وضعها الفقهاء ومدونة الأسرة لإسقاط الحضانة عن الأم في حالة زواجها، يجدها تتفق على أن الأصل هو عدم سقوط الحضانة عن الأم بالزواج حماية للمصلحة الفضلى للطفل، وأن سقوطها عنها يكون استثناء، وذلك لأن القاعدة عندهم أن الأب لا يحضن في حقيقة الأمر، وإنما يستنيب في الحضانة، جاء في المقدمات الممهدات: " فإن انقطعت قرابات الأم فقيل: إن الأب أحق من جميع قراباته؛ لأنهن إنما يدلين به فهو أحق منهن، وقيل: إنهن أحق منه؛ لأنه وإن كن يدلين به فإنه لا يحضن ويستنيب في الحضانة غيره من النساء، فقراباته أحق"[803].

وَلحماية حق المطلقة في الحضانة حتى بعد زواجها؛ أفتى فقهاء النوازل بأن حضانة الأم لا تسقط عن الأم بشكل تلقائي بمجرد زواجها، بل لا بد في ذلك من طلبٍ من

---

[800]– محمد الكشبور: "أحكام الحضانة – دراسة في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة –، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2004، ص: 70.

[801]– أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: "الأم"، مرجع سابق، ج:5، ص: 99؛ قال الشافعي: "وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مَخْبُولًا فَهُوَ كَالصَّغِيرِ وَكَذَلِكَ إنْ كَانَ غَيْرَ مَخْبُولٍ ثُمَّ خُبِلَ فَهُوَ كَالصَّغِيرِ الْأُمُّ أَحَقُّ بِهِ وَلَا يُخَيَّرُ أَبَدًا".

[802]– ابن قدامة: "المغني"، مرجع سابق، ج: 8، ص: 239.

[803]– المقدمات الممهدات، مرجع سابق، 566/1.

قِبَلِ الذي آلت إليه هذه الحضانة، وأن يكون الطلب داخل مدة معقولة، إذ مادامت الحضانة حقا للأم، فإنها تستمر على حقها بعد زواجها ما لم يطلبه الذي آلَ إليه؛ جاء في نوازل ابن رشد، أنه سُئل عن رجل كانت له زوجة فطلقها وله منه ابنة، فتزوجت الزوجة، وترك الأب الابنة المذكورة مع أمها بعد أن تزوجت مدة من ثلاث سنوات، ثم أراد أخذها منها، فأجاب رحمه الله: "إن ترك الأب الابنة عند أمها، بعد أن تزوجت المرأة المدة المذكورة، فهو رضا منه بتركها عندها، ومسقط لما وجب له من حضانتها. فالواجب: أن تُردَّ إلى أمها، تكون في حضانتها وكفالتها، ويجري الأب عليها النفقة"[804].

وزيادة في حماية هذا الحق للأم بعد زواجها، فقد أفتى بعض النوازليين بأنه حتى في حالة الأخذ بالقول القائل بسقوط الحضانة عن الأم بالزواج، استنادا على حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – السابق: (أنتِ أحقُّ به ما لم تَنْكَحِي)[805]، فإن الحضانة تنتقل بعد ذلك لأقرب الناس إلى الأم وليس للأب، وهي أمها التي لها أن تسكن مع ابنتها بعد زواجها؛ جاء في نوازل البرزلي: "إذا كانت الجدة ساكنة مع الأم، فتزوجت الأم، فأرادت الجدة أخذ الولد، فمنعهم أبوهم لأجل سكنى الجدة مع الام، فلا تسقط حضانتها بسكناها مع الأم. وهو قول سحنون"[806].

والذي يظهر من هذه الآراء والنوازل الفقهية أن سقوط الحضانة عن الأم بالزواج وانتقالها إلى الأب يحتاج إلى شروط وظروف قلَّ ما تحصل، خصوصا إذا أضيف إليها ما سبق، من الشروط التي وضعها الفقهاء ومدونة الأسرة؛ وبناء عليه فإن الحالات التي تسقط فيها الحضانة عن الأم بالزواج تكاد تكون نادرة، وأهمها تضرر المحضون بوجوده

---

[804]– أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ): " مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)"، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت – دار الآفاق الجديدة، المغرب، الطبعة: الثانية، 1414هـ – 1993م، ج:1، ص: 271.

[805]– سبق تخريجه.

[806]– أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي (المعروف بالبُرزلي المتوفى سنة 841هـ): "نوازل البرزلي – جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام"، تحقيق: الدكتور محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2002.

مع أمه، وهذا أمر قلَّ ما يقع؛ لكن يُثار تساؤل بخصوص التحديات المعاصرة التي تواجه الأم عند زواجها وبقاء المحضون معها، هذا ما سيتم مناقشته من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني: التحديات المعاصرة وأحقية الأب في الحضانة بعد زواج الأم

شهدت العقود الأخيرة تحولات اجتماعية وقانونية كبيرة أثرت على مفهوم الحضانة وعن مسْتَحِقها بعد زواج الأم، وخاصة بعد النقاش الدائر حول أحقية الأم بالحضانة مطلقا رغم زواجها؛ لذلك سيتم في هذا المبحث مناقشة هذه التحديات من خلال (المطلب الأول)، ثم اقترح حلول لمواجهة هذه التحديات في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مناقشة التحديات التي تواجه حضانة الطفل بعد زواج الأم في المجتمع المعاصر.

يواجه الأمَّ الحاضنة بعد زواجها مع المحضون في العصر الحالي عدةُ تحديات نفسية واجتماعية، مما يطرح تساؤلا بخصوص أحقية الأم في حضانة المحضون بعد زواجها رغم توفرها على الشروط السالفة الذكر في المبحث الأول؛ ولمناقشة هذا التساؤل سأتناول هذا المطلب في فقرتين اثنتين، أولهما للحديث عن تأثير الزوج الجديد على الطفل من الناحية النفسية والاجتماعية (فقرة أولى)، وثانيهما عن انشغال الأم بحقوق الزوج الجديد أو بعملها وآثاره على رعاية المحضون (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: تأثير الزوج الجديد على الطفل من الناحية النفسية والاجتماعية

يُعدّ زواج الأم بعد الطلاق من القضايا الاجتماعية الحساسة التي تتقاطع فيها الأبعاد النفسية مع الأحكام الشرعية والمقاصد الأسرية، إذ يمثّل دخول الزوج الجديد إلى حياة الطفل – سواء كان ذكرًا أو أنثى – مرحلة دقيقة تتطلب قدرًا كبيرًا من الوعي والتدبير، لما يترتب عليها من آثار نفسية واجتماعية مباشرة، فالزوج الجديد، وإن كان

شريكًا شرعيًا للأم، إلا أنّه يعدّ عنصرًا غريبًا في بنية الأسرة الأصلية، ما يجعل تقبّله من قبل الأبناء أمرًا معقدًا نفسيًا واجتماعيًا؛ وقد أشار الفقهاء قديمًا إلى هذه الإشكالية عند بحثهم في مسألة سقوط الحضانة بزواج الأم من أجنبي عن الطفل، حيث قرر جمهور الفقهاء[807] أنّ من علل سقوط الحضانة زواجَ الأم بغير قريب محرم للمحضون، استنادًا إلى قاعدة «سدّ الذرائع» ودرء المفاسد المحتملة.

ويرجع هذا الحكم الفقهي إلى إدراكٍ مبكر للمخاطر النفسية والاجتماعية التي قد يتعرض لها الطفل نتيجة وجود رجل أجنبي في بيئة التنشئة اليومية، خاصة إذا كانت الطفلة في سن المراهقة أو ما قبلها، فوجود الزوج الجديد قد يثير لدى الطفل مشاعر الغيرة أو الرفض أو القلق، كما يمكن أن يؤدي إلى اضطراب العلاقة العاطفية مع الأم التي تصبح مقسمة بين واجباتها الجديدة تجاه زوجها وبين رعايتها لأبنائها من الزواج السابق؛ وتشير دراسات علم النفس الأسري[808] إلى أن الأطفال الذين يعيشون في أسر مختلطة يعانون في كثير من الأحيان من صعوبات في التكيف، لا سيما في السنوات الأولى بعد الزواج الجديد، إذ يشعرون بتهديد ضمني لمكانتهم داخل الأسرة وبفقدان جزء من الأمان العاطفي الذي كانوا يجدونه مع الأم وحدها.

بالإضافة إلى هذا؛ فإنه تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن البحوث النفسية والاجتماعية الحديثة تشير إلى وجود زيادة ملحوظة في مخاطر التعرض للانتهاكات – بما في ذلك التحرُّش أو الاعتداء الجنسي – للأطفال المقيمين في أسر مختلطة يدخل فيها زوجٌ جديد، مقارنةً بالأسر التي تضم الوالدين البيولوجيين فقط؛ فعلى سبيل المثال،

---

[807]– ينظر ابن قدامة الحنبلي: "المغني"، مرجع سابق، ج8، ص243؛ وينظر برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني الحنفي، (ت 593هـ): " الهداية في شرح بداية المبتدي"، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1425هـ – 2004م، ج2، ص: 283 وما بعدها. وينظر أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت 676هـ): "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، تحقيق: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي بدمشق، بإشراف زهير الشاويش [ت 1434هـ]، المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ/ 1991م، ج: 9، ص: 100.

[808]– Papernow, 2013; Hetherington & Stanley–Hagan, 2000.

ورد في تحليل لدراسة اجتماعية[809] قام بها أحد الباحثين الغربيين أن «القابلية للتعرض لاعتداء جنسي أعلى لدى الأزواج غير البيولوجيين (step-parents) مقارنة مع الأزواج البيولوجيين»؛ إذ وجد في أحد المصادر أن امرأة واحدة من كل ست نسوة نشأن مع زوج أمّهنّ (stepfather) تعرضن لاعتداء جنسي من هذا الزوج الجديد، مقارنة بـ 1 من كل 40 عندما يكون الأب بيولوجياً ؛ وبحسب ما ورد في مراجع أخرى[810]، ذُكر أن خطر الاعتداء الجنسي والوفيات العرضية في أسر لديها شريك/ة غير بيولوجيّ أعلى بعدّة أضعاف مقارنة بالأسر التقليدية .

ومن المنظور الشرعي والقانوني، فإن هذه المعطيات العلمية تؤكد فحوى مبدأ «درء المفاسد» و«الحفاظ على مصلحة المحضون» الذي استقرّ عليه الفقه الإسلامي والقانون المعاصر ؛ فوجود شريكٍ غيرِ محرَم/ة أو غير بيولوجيّ للطفل في بيئة الحضانة والتنشئة اليومية، يستدعي تدخّل الضمان الشرعي والقانوني لحماية الطفل من أيّ خطر محتمل، لا سيما أن المقصود من الحضانة والأُسرة في الشريعة هو "حفظ النفس والعرض" ضمن كليات الشرع؛ وعليه، فإن الفقهاء الذين عدّوا زواج الأم بعد الحضانة من غير قريب محرم علةً لسقوط الحضانة (كما في مذهب الحنفية والحنابلة) إنما تبنّوا هذا التقييد حفاظًا على سلامة الطفل النفسي والاجتماعي والأخلاقي.

كما أن البعد الاجتماعي لا يقل أهمية عن البعد النفسي، فالمجتمع قد ينظر إلى زواج الأم المطلقة نظرة قاصرة أو متحفظة، خصوصًا إذا كان لديها أبناء في سن صغيرة، هذه النظرة الاجتماعية تضيف ضغطًا نفسيًا على الأم نفسها، وتجعلها في موضع دفاع دائم عن شرعية اختيارها ومبرراته، مما قد يزيد من توترها ويقلل من قدرتها على أداء دورها التربوي بفعالية؛ وقد نبّه علم الاجتماع الأسري[811] إلى أنّ إعادة التشكيل الأسري بعد الطلاق تتطلب توازناً دقيقاً بين الإشباع العاطفي للوالد أو الوالدة وبين

---

[809]– Chandler Arnold; Children and Stepfamilies: A Snapshot, November, 1998.

[810]– Violence in stepfamilies | Encyclopedia of World Problems and Human Potential

[811]– Giddens, Sociology, 2018.

احتياجات الأبناء للنظام والاستقرار؛ ومن هنا، فإن الشرع الحكيم حين وضع ضوابط الحضانة بعد زواج الأم، لم يكن يقصد التضييق عليها، بل حماية للمحضون من الانعكاسات النفسية والاجتماعية المحتملة، وتحقيقًا لمقصد حفظ النسل والعرض والنفس الذي يُعَدُّ من الكليات الخمس في الشريعة الإسلامية.

الفقرة الثانية: انشغال الأم بحقوق الزوج الجديد أو بعملها وآثاره على رعاية المحضون

إنَّ من أبرز التحديات التي ترافق زواج الأم بعد الانفصال، مسألة انشغالها بحقوق الزوج الجديد أو بعملها المهني على حساب رعايتها للمحضون، وهي علةٌ لطالما نبَّه إليها الفقهاء القدامى – كما سبق القول – بوصفها من الأسباب الموجبة لسقوط الحضانة شرعًا؛ فقد قرر جمهور الفقهاء[812]، ومنهم الحنفية[813] والحنابلة[814]، أن زواج الأم بغير قريب محرَم للمحضون يسقط حقها في الحضانة، لأن الزواج الجديد يقتضي انشغالها بواجبات زوجها، مما قد يؤدي إلى إخلالٍ بشرط القدرة على الرعاية التامة والاحتضان النفسي للمحضون.

وقد ظلّت هذه العلة قائمة في الفقه الحديث، غير أنّها اليوم تستدعي قراءةً أعمق تتجاوز حدود الزواج إلى مظاهر الانشغال الأخرى التي باتت تميّز الحياة المعاصرة، وفي مقدّمتها خروج الأم إلى العمل وممارستها للوظيفة أو المهنة؛ فقد أصبح من الشائع في المجتمعات الحديثة أن تعمل الأم خارج المنزل ساعاتٍ طويلة، سواء بدافع الحاجة

---

[812]– النووي الشافعي (ت 676هـ): "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، مرجع سابق، ج: 9، ص: 100؛ قال النووي في معرض الحديث عن شروط استحقاق الأم للحضانة: "الشَّرْطُ الْخَامِسُ: كَوْنُهَا فَارِغَةً خَلِيَّةً، فَلَوْ نَكَحَتْ أَجْنَبِيًّا، سَقَطَتْ حَضَانَتُهَا لِاشْتِغَالِهَا بِحُقُوقِ الزَّوْجِ".

[813]– المرغيناني الحنفي، (ت 593هـ): " الهداية في شرح بداية المبتدي"، مرجع سابق، ج2، ص: 283؛ جاء في كتاب الهداية: ("ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها" لما روينا ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر)

[814]– ابن قدامة الحنبلي: "المغني"، مرجع سابق، ج8، ص243. قال ابن قدامة: (وَلِأَنَّهَا إذَا تَزَوَّجَتْ، اشْتَغَلَتْ حُقُوقُ الزَّوْجِ عَنْ الْحَضَانَةِ، فَكَانَ الْأَبُ أَحْظَ لَهُ، وَلِأَنَّ مَنَافِعَهَا تَكُونُ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهَا، فَأَشْبَهَتْ الْمَمْلُوكَةَ).

الاقتصادية أو تحقيق الذات، مما يترتب عليه في أحيان كثيرة نقص في الوقت المخصص للأبناء، وازدياد في أعباء الرعاية المنزلية؛ وقد أشار علماء الاجتماع[815] إلى أنّ التحوّلات الاقتصادية والاجتماعية منذ بداية القرن الحادي والعشرين أفرزت نمطًا أسريًا جديدًا، تتقاسم فيه المرأة والرجل مسؤوليات الإعالة، ولكن دون أن يقابِلَ ذلك دائمًا توزيعٌ متوازن لمسؤوليات التنشئة والرعاية، هذا الخلل الذي يؤدي في الغالب إلى ظهور توتر نفسي لدى الأطفال، نتيجة شعورهم بأن الأم غائبة عن تفاصيل حياتهم اليومية، أو منشغلة عنهم بعملها أو بزوجها الجديد، مما يُضعف الروابط العاطفية ويؤثر على النمو النفسي والاجتماعي للمحضون.

ومن المنظور الفقهي، فإنّ انشغال الأم عن المحضون بأيّ سببٍ يؤدي إلى الإهمال الفعلي – سواء كان بسبب الزواج أو العمل – يدخل في معنى عدم الكفاية في الحضانة، لأن المقصود بها تحقيق مصلحة الطفل في الرعاية الكاملة؛ وقد أكّد العلماء أن الحضانة لا تُمنح لذاتها، وإنما تُناط بالقدرة على تربية الطفل وصيانته من الضرر[816]، ومن هنا، فإنّ انشغال الأم بعملها الذي يحول دون قيامها بواجباتها التربوية يُعدّ في نظر بعض الفقهاء مانعًا من تمام الحضانة، إذا ترتب عليه ضرر ظاهر بالمحضون. غير أنّ المعيار الأهم في العصر الحديث لم يعد مجرد الزواج أو العمل في ذاتهما، وإنما مدى تأثيرهما على المحضون، فإذا أثبتت الأم أنّ عملها لا يمنعها من الرعاية، وأنّ زوجها الجديد متعاون ومراعٍ لحقوق أبنائها، فلا موجب شرعي أو قانوني لسقوط الحضانة عنها، لأنّ العلة –وهي الإهمال أو الضرر – قد انتفت؛ فالفقه الإسلامي قائم على ربط الأحكام بعللها، وحيثما وُجدت المصلحة فثمّ شرع الله، وقد عبّر الشاطبي عن هذا المبدأ بقوله:

---

[815] – Giddens, Sociology, 2018.

[816] – النووي الشافعي (ت 676هـ): "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، مرجع سابق، ج: 9، ص: 98.

« إِنَّ مَرَاسِمَ الشَّرِيعَةِ إِنْ كَانَتْ مُخَالَفَةً لِلْهَوَى، كَمَا تَبَيَّنَ فِي مَوْضِعِهِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ؛ فَإِنَّهَا أَيْضًا إِنَّمَا أَتَتْ لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي دُنْيَاهُمْ وَدِينِهِمْ»[817].

إنّ تحقيق التوازن بين حق الأم في الزواج والعمل وحق الطفل في الرعاية يُعدّ من أعقد التحديات الأسرية المعاصرة، فالإسلام لم يمنع المرأة من الزواج أو الكسب، لكنه قيّد ذلك بعدم الإضرار بحقوق الأبناء، تحقيقًا لمقصد حفظ النسل والأسرة؛ كما أنّ المواثيق الدولية – كاتفاقية حقوق الطفل لعام 1989– أكدت على مبدأ «المصلحة الفضلى للطفل» باعتباره أساسًا لتقرير الحضانة والرعاية، ومن هنا، فإنّ النظر الشرعي والقانوني المتكامل يوجب أن يُقاس كلّ وضعٍ على حدة، وفق معيار المصلحة والضرر، بعيدًا عن الأحكام المطلقة، وبما يضمن للأسرة استقرارها وللمحضون نموّه السليم في بيئة متوازنة ومأمونة؛ وهذا ما سنحاول أن نؤكد عليه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: اقتراح حلول لمواجهة التحديات وتحقيق التوازن بين حقوق الوالدين والمصلحة الفضلى للطفل

تُعدّ قضايا الحضانة من أدقّ المسائل التي يتقاطع فيها الاجتهاد الفقهي مع التنظيم القانوني والاجتماعي، إذ تتصل اتصالًا مباشرًا ببنية الأسرة واستقرار المجتمع؛ وقد أصبحت مسألة المصلحة الفضلى للمحضون محورَ النقاشات الفقهية والقضائية الحديثة، بعدما تبيّن أن أغلب النزاعات الأسرية بعد الطلاق أو الانفصال تتمحور حول من يملك حق رعاية الطفل، بينما يغيب عن أطراف الخصومة أن الحضانة في جوهرها مسؤولية تُناط بمن يحَقّقُ مصلحته النفسية والاجتماعية والبدنية، لا بمن يطالِبُ بها بوصفها امتيازًا شخصيًا.

ومن هذا المنطلق، يجب أن يكون مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون هو القاعدة الحاكمة (فقرة أولى) التي توجه اجتهاد القاضي وتضبط سلطة القانون، وتُقدَّم على سائر

---

[817]– أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت 790هـ): "الموافقات"، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417هـ – 1997م، ج1، ص: 529.

الاعتبارات الشكلية أو الترتيبية التي قد يقررها النص الفقهي أو القانوني؛ وفي ضوء التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي غيّرت طبيعة الأدوار داخل الأسرة، برزت الحاجة إلى إعادة النظر في أنماط الحضانة التقليدية، فظهر نموذج الحضانة المشتركة بوصفه حلاً متوازنًا يستجيب لمقاصد الشريعة في حفظ النسل وتحقيق العدل، ويضمن للطفل بقاء صلته بكلا الأبوين بعد الطلاق (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: قاعدة مصلحة المحضون بوصفها القاعدة الحاكمة في قضايا الحضانة

تُعدّ قاعدة "مصلحة المحضون" القاعدة الحاكمة والمرجعية العليا في جميع مسائل الحضانة، سواء في الفقه الإسلامي أو في التشريعات الوضعية المستمدة منه، إذ هي التعبير العملي عن المقصد الشرعي الأعظم في حفظ النفس والنسل والأسرة، الذي يدخل ضمن الكليات الخمس للشريعة، فالأصل في جميع الأحكام المتعلقة بالأطفال بعد الطلاق أن تُبنَى على ما يحقق مصلحتهم ويصون كرامتهم، لا على مجرد حقوق الأبوين أو نزاعاتهما؛ وقد أرسى الفقهاء هذا المبدأ منذ العصور الأولى، قال الإمام ابن القيم في إعلام الموقعين: "فَإِنَّ الشَّرِيعَةَ مَبْنَاهَا وَأَسَاسُهَا عَلَى الْحِكَمِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ، وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا، وَمَصَالِحُ كُلُّهَا، وَحِكْمَةٌ كُلُّهَا"[818]، كما نصّ الإمام الشاطبي في الموافقات على: "أَنَّ الْمَعْلُومَ من الشريعة أنها شُرِعَتْ لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ؛ فَالتَّكْلِيفُ كُلُّهُ إِمَّا لِدَرْءِ مَفْسَدَةٍ، وَإِمَّا لِجَلْبِ مَصْلَحَةٍ، أَوْ لَهُمَا مَعًا"[819]، وهو ما ينطبق بدقة على قضايا الحضانة.

ومن هذا المنطلق، أصبحت "مصلحة المحضون" هي الميزان الذي يُرجَع إليه في الترجيح بين المتنازعين على الحضانة، وفي تقدير مدى صلاحية الحاضن أو سقوط

---

[818]– شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ): " إعلام الموقعين عن رب العالمين"، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ – 1991م، ج: 3، ص: 11.

[819]– الشاطبي (ت 790هـ): "الموافقات"، مرجع سابق، ج1، ص: 318.

أهليته؛ فالقاضي لا يكتفي بمراعاة النصوص الشكلية أو الترتيب الفقهي للحاضنين، بل يتعين عليه التحقق من المصلحة الواقعية للطفل بناءً على معطيات نفسية واجتماعية وسلوكية وطبية؛ ولهذا أدرجت معظم التشريعات العربية الحديثة هذا المبدأ صراحةً في قوانينها، ومن ذلك التشريع المغربي، فقد نصّ في مدونة الأسرة لسنة 2004 في المادة (171) على أنه "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية..."، فهذا النص يعكس تطورًا تشريعيًا ينسجم مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي، حيث تؤكد اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 في مادتها الثالثة أن "تُعطى مصلحة الطفل الفضلى الاعتبار الأول في جميع الإجراءات المتعلقة به".

إن اعتبار "مصلحة المحضون" قاعدةً حاكمة في قضايا الحضانة يجسد التكامل بين المقاصد الشرعية والمبادئ الحقوقية الحديثة، إذ يجعل من الطفل محورًا للقرار القضائي، لا تابعًا لصراع الوالدين؛ وهي قاعدة مرنة تسمح للقاضي بالاجتهاد في ضوء الوقائع، فتقدَّمُ مصلحة المحضون في الاستقرار النفسي والبدني والعاطفي على أي اعتبار آخر، لأن الغاية من الحضانة في جوهرها ليست الحضانة ذاتها، بل الرعاية والحماية والتنشئة السليمة؛ ومن ثمّ، فإن تحقيق هذه المصلحة يظلّ واجبًا شرعيًا وقانونيًا وأخلاقيًا، لا يتوقف عند صدور الحكم القضائي، بل يستمرّ بمتابعة تنفيذ الحضانة ورقابة ظروفها، بما يكفل للمحضون حياةً آمنة متوازنة تحفظ كرامته وتنمّي شخصيته وفق مقاصد الشريعة ومبادئ العدالة الاجتماعية.

وبناء عليه ينبغي للقاضي تفعيل هذه القاعدة كمعيار وحيد بدلاً من التمسك بالترتيب الجامد لمستحقي الحضانة، وهذا يعني أن القاضي عليه أن ينظر في كل حالة على حدة، ويقرر بقاء الحضانة مع الأم المتزوجة إذا ثبت أن ذلك في مصلحة الطفل، أو نقلها إلى الأب إذا كان هو الأصلح والأقدر على الرعاية؛ مع الإشارة إلى أن القاضي وحده لا يمكنه اتخاذ قرار سليم دون الاستعانة بالتقارير الاجتماعية والنفسية التي تعدها جهات متخصصة، والتي تقيِّمُ مدى صلاحية كل من الأب والأم وبيئتهما الجديدة لرعاية

الطفل، وهذه التقارير تمثل "نوازل" تطبيقية معاصرة تساعد القاضي على الترجيح بين الأب أو الأم أو الأقارب الآخرين؛ لأن مصلحة المحضون قد لا تكون في الترتيب المنصوص عليه لمستحقي الحضانة، والأولى اعتبار مصلحته هو لا ما يريده غيره[820].

الفقرة الثانية: الحضانة المشتركة كحل بديل يحقق المصلحة الفضلى للمحضون

في ضوء التحديات المتزايدة التي تواجه نظام الحضانة التقليدي القائم على إسناد الطفل إلى أحد الأبوين بعد الطلاق، يبرز نموذج "الحضانة المشتركة" (Shared Custody)" كخيار بديل ينسجم مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة الأسرية الحديثة، ويحقق المصلحة الفضلى للمحضون على نحوٍ أكثر توازنًا واستقرارًا؛ ففلسفة هذا النموذج تقوم على مبدأ تقاسم المسؤولية الأبوية بين الطرفين، بحيث يظلّ كلٌّ من الأب والأم شريكًا فاعلًا في الرعاية والتربية والإشراف النفسي والتعليمي للطفل، ضمن ضوابط قانونية وإجرائية يشرف عليها القاضي المختص؛ وتجد هذه الفكرة سندها في القاعدة الشرعية «المصلحة تُقدَّم على المفسدة»، وفي المقاصد الكلية التي تجعل من حفظ النسل والأسرة والنفس غايات أساسية للتشريع الإسلامي، وأيضا كنوع من النوازل المعاصرة التي تهدف إلى تحقيق مصلحة الطفل في عدم حرمانه من أيٍّ من والديه، وتخفيف أثر الطلاق عليه.

ولتحقيق هذا النموذج عمليًا، يُقترح أن تُناط للقاضي سلطةُ تدبير الحضانة المشتركة بمساعدة هيئة الوساطة الأسرية، التي ينبغي تقنينها قانونًا وتفعيل دورها في منظومة القضاء الأسري؛ فالوساطة الأسرية، بوصفها آلية اجتماعية وقانونية، تمكّن من تسوية النزاعات الأسرية بالتراضي والمرونة، وتحدّ من نسب الطلاق والصراعات القضائية الطويلة التي تؤثر سلبًا على الأطفال، كما يمكن لهذه الآلية أن تُكلَّف، بعد الطلاق، بتنظيم عملية الحضانة المشتركة، ومراقبة التزام كل طرف بواجباته التربوية والنفسية والمالية، وتقديم تقارير دورية للقاضي لضمان استمرار المصلحة الفضلى للمحضون.

---

[820]– مصطفى بن حمزة، مرجع سابق، ص: 505.

وتتجلى أهمية هذا النظام خصوصًا في الحالات التي يزاول فيها أحد الأبوين مهنة تتطلب دوامًا متغيرًا أو متقطعًا؛ كالأعمال القضائية أو الطبية أو الأمنية أو التعليمية، حيث يعمل بعضهم صباحًا أو مساءً أو في أيام محددة فقط، ففي مثل هذه الحالات، تكون الحضانة المشتركة المرنة أكثر إنصافًا وواقعية من الحضانة المنفردة، إذ تتيح توزيع أوقات الرعاية بين الوالدين بما يتناسب مع جداول عملهما، مع ضمان الاستقرار النفسي للطفل وعدم انقطاعه عن أحدهما؛ وهذا النظام يُراعي المقصد الشرعي في العدل بين الوالدين وصون مصلحة الطفل، ويستجيب كذلك للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي جعلت كلا الوالدين فاعلين في المجالين الأسري والمهني معًا.

لذلك، فإن تقنين الحضانة المشتركة في إطارٍ مؤسسي يشرف عليه القاضي وتديره آلية الوساطة الأسرية، من شأنه أن يحقق توازنًا بين مقتضيات العدالة الشرعية ومتطلبات الواقع المعاصر، ويعيد للطفل حقه الطبيعي في الرعاية المتكاملة من أبويه، بعيدًا عن النزاعات والقطيعة الأسرية التي كثيرًا ما تكون ثمرةً لنظام حضانةٍ أحاديٍّ جامد، لا يراعي الفوارق العملية بين الأزواج ولا مصلحة المحضون المستمرة في التواصل مع كليهما.

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث المتعلق بحق الحضانة للأب في حال زواج الأم – دراسة على ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة –، يمكن إجمال أهم خلاصاته ونتائجه ثم توصياته في الآتي:

أولا: الخلاصات والنتائج

توصلت الدراسة إلى النتائج الرئيسية التالية:

- سقوط الحضانة بالزواج استثناء لا أصل، والأصل بقاء الطفل مع أمه ما لم يثبت ضرر بيّن عليه.

- الفقه المالكي قدّم الأم في الحضانة على الأب لِما تتميز به من الحنان والشفقة والرعاية، لكن إذا تزوجت بغير قريب محرم فقد تسقط حضانتها إن ترتب ضرر على المحضون.

- مدونة الأسرة المغربية أخذت بمذهب الجمهور لكنها وسّعت الحالات التي تُستثنى من سقوط الحضانة.

- المصلحة الفضلى للمحضون هي المعيار الحاكم في تحديد مستحق الحضانة، مقدّمة على أي اعتبارات شكلية أو ترتيبية.

- زواج الأم من رجل أجنبي قد يُحدث اضطراباً نفسياً واجتماعياً للطفل، خصوصاً عند المراهقة، مما يجعل المشرّع والفقهاء يراعون هذا الجانب.

- انشغال الأم بعملها أو بحقوق الزوج الجديد يمكن أن يؤثر على كفاءتها في الرعاية، ويعدّ سبباً لإسقاط الحضانة إن ثبت ضرر على الطفل.

- المستجدات القانونية الحديثة تميل إلى تفعيل نماذج أكثر مرونة، كـ"الحضانة المشتركة"، ضماناً لاستقرار الطفل النفسي والاجتماعي.

- التطور الاجتماعي والاقتصادي يفرض إعادة النظر في المفاهيم التقليدية للحضانة بما يحقق العدالة بين الوالدين.

- قاضي الأسرة ملزم بالتحقق من مصلحة الطفل اعتماداً على تقارير نفسية واجتماعية قبل إصدار الحكم.

ثانيا: المقترحات والتوصيات

تقترح الدراسة ما يلي:

- ضرورة اعتماد المصلحة الفضلى للمحضون كأساس رئيسي للحكم في كل قضايا الحضانة.
- تفعيل آلية الوساطة الأسرية لمتابعة تنفيذ قرارات الحضانة وتقييم البيئة الأسرية.

- تقنين الحضانة المشتركة قانونياً بوصفها حلاً وسطاً يحقق التوازن بين الأب والأم.

- تكوين القضاة والمستشارين الاجتماعيين في علم النفس الأسري لفهم آثار الحضانة.

- تحديث التشريعات الأسرية لتتوافق مع مقاصد الشريعة والمعايير الدولية لحقوق الطفل.

- مراقبة تنفيذ أحكام الحضانة ميدانياً عبر هيئات اجتماعية مختصة لحماية الطفل من الإهمال أو الاستغلال.

كما توصي الدراسة بما يلي:

• للجهات التشريعية : تعزيز دور الأب في الحضانة بعد الأم مباشرة، استناداً إلى التحديات الحديثة ومراعاة لمصلحة المحضون.

• للقضاة : منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في قضايا الحضانة، مع الاستعانة بالتقارير الاجتماعية والنفسية، ليتمكن من الحكم بما يحقق مصلحة المحضون الفعلية، حتى لو خالف الترتيب الفقهي والقانوني التقليدي.

• للأزواج المطلقين : العمل على تبني نموذج "الحضانة المشتركة" أو "البديلة" قدر الإمكان، لضمان استمرار رعاية الطفل من كِلا والديه بعد الانفصال.

• للباحثين والمختصين بالمجال الأسري : إجراء المزيد من البحوث في المجالات التالية:

- دراسة فقهية مقارنة متعمقة لتكييف مفهوم "الحضانة المشتركة" في الفقه الإسلامي المعاصر.

- دراسة ميدانية لأثر تطبيق مدونة الأسرة المغربية على قضايا الحضانة وحق الأب.

- دراسة نفسية واجتماعية لأثر زواج الأم والأب على نفسية الطفل المحضون.

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم برواية الإمام ورش عن نافع.

❖ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت 790هـ): "الموافقات"، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة: الأولى، 1417هـ - 1997م.

❖ أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت 543هـ): "أحكام القرآن"، اجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.

❖ أبو داود سليمان بن الأشعثِ السِّجِسْتَاني (ت275هـ): "سنن أبي داود"، دار الفجر للتراث – القاهرة، طبعة 1430هـ/2009م.

❖ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت 676هـ): "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، تحقيق: قسم التحقيق والتصحيح في المكتب الإسلامي بدمشق، بإشراف زهير الشاويش [ت 1434هـ]، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ/ 1991م.

❖ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت 505هـ): "إحياء علوم الدين"، دار المعرفة – بيروت، بدون رقم الطبعة والسنة.

❖ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ): "المقدمات الممهدات"، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1408 هـ - 1988 م.

❖ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ): "مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)"، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت – دار الآفاق الجديدة، المغرب، الطبعة: الثانية، 1414هـ - 1993م.

❖ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت 395 هـ): "معجم مقاييس اللغة"، تحقيق: عبد السلام محمد هارون [ت 1408 هـ]، شركه مكتبة ومطبعة مصطفى البابي

الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية، (1389 – 1392 هـ) (1969 – 1972م)، الجزء الثاني.

❖ أبو الحسن التُّسُولي (ت 1258هـ): "البهجة في شرح التحفة – شرح تحفة الحكام –"، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1418هـ – 1998م.

❖ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي (ت 1241هـ): "بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)"، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.

❖ أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي (المعروف بالبُرزلي المتوفى سنة 841هـ): "نوازل البرزلي – جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام"، تحقيق: الدكتور محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2002.

❖ أبو القاسم بن محمد مرزوق بن عظوم المرادي: "كتاب الأجوبة"، تحقيق وتقديم: محمد الحبيب الهيلة، المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون "بيت الحكمة" – تونس، الطبعة الأولى، 2005.

❖ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (541 – 620 هـ): "المغني"، تحقيق: طه الزيني – ومحمود عبد الوهاب فايد – وعبد القادر عطا [ت 1403 هـ]– ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة، الطبعة: الأولى، (1388هـ / 1968م).

❖ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (150 – 204هـ): "الأم"، دار الفكر – بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ/1983.

❖ أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت 1072هـ): " الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة"، دار المعرفة، بدون ذكر الطبعة والسنة.

❖ أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن"، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384 هـ - 1964م.

❖ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت 256هـ): "صحيح البخاري"، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، طبعة 1419هـ/1998م.

❖ أبو عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي (ت917هـ): "مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام"، تحقيق: الدكتور نعيم عبد العزيز سالم بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي – الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.

❖ أبو عبد الله محمد التاودي: "حُلَى المعاصِم لفكر ابن عاصم"، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.

❖ أبو عبد الله الرصاع التونسي المالكي (ت 894هـ): "الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)"، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، 1350هـ.

❖ ابن حزم الأندلسي [الظاهري، ت456 هـ]: "المحلى بالآثار"، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر – بيروت، دون تاريخ نشر ورقم الطبعة.

❖ ابن قيم الجوزية: "زاد المعاد"، تحقيق: محمد بن عيادي بن عبد الحليم، مكتبة الصفا، الطبعة الأولى، 2004.

❖ الصادق عبد الرحمان الغرياني: "مدونة الفقه المالكي وأدلته"، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة وتاريخ الطبع.

❖ بدر الدين القرافي: "أداء الأمانة بالتزام ما اشترط من إسقاط الحضانة"، تحقيق: محمد بن علي الصوفي، دار القلم، بدون ذكر الطبعة والسنة.

❖ برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، (ت 593هـ): "الهداية في شرح بداية المبتدي"، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1425هـ – 2004م.

❖ جمال الدين ابن منظور (ت 711هـ): "لسان العرب"، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.

❖ وزارة العدل: "دليل عملي لمدونة الأسرة"، العدد 1، سلسلة الشروح والدلائل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، السنة 2004.

❖ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت 666هـ): "مختار الصحاح"، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ/1999م.

❖ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179هـ): "المدونة"، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ – 1994م.

❖ محمد أبو زهرة: "الأحوال الشخصية"، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1369هـ/ 1950م.

❖ محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي (ت 829هـ): "تحفة الحكَّام في نكت العقود والأحكام"، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1432هـ – 2011م.

❖ محمد الكشبور: "أحكام الحضانة – دراسة في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة –"، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2004.

❖ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (ت 261هـ): "صحيح مسلم"، تحقيق: نظر بن محمد الفاريابي أبو قتيبة، دار طيبة، الطبعة الأولى، سنة النشر: 1427هـ/2006م.

❖ مصطفى بن حمزة: "فقه الأسرة – مرافعات مقدَّمة إلى لجنة مراجعة مدونة الأحوال الشخصية –"، مؤسسة الأندلس للنشر والتوزيع – فاس، الطبعة الأولى، 2024.

❖ عبد الله بنطاهر السوسي التناني: "شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته – دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة –، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الثالثة (ملقحة ومنقحة)، 2021، الجزء الثاني.

❖ شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، ابن قيم الجوزية (691 – 751 هـ): "زاد المعاد في هَدي خير العباد"، تحقيق: شعيب الأرنؤوط [ت 1438 هـ]– عبد القادر الأرنؤوط [ت 1425 هـ]، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1417هـ – 1996م.

❖ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت 954هـ): "مواهب الجليل في شرح مختصر خليل"، دار الفكر، الطبعة: الثالثة، 1412هـ – 1992م.

❖ شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت 751هـ): "إعلام الموقعين عن رب العالمين"، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ – 1991م.

❖ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل 3 فبراير 2004م، والقاضي بتنفيذ القانون رقم 70.03 المتعلق بمدونة الأسرة؛ منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل 5 فبراير 2004م، ص:418.

❖Papernow, 2013 ; Hetherington & Stanley-Hagan, 2000.

❖ Chandler Arnold; Children and Stepfamilies: A Snapshot, November, 1998.

❖ Violence in stepfamilies | Encyclopedia of World Problems and Human Potential.

❖ Giddens, Sociology, 2018.

الأسرة المسلمة في المهجر بين الحفاظ على الثوابت الدينية والاندماج (نوازل فقهية وقضايا عصرية)

ذ. محمد الحراق

عضو مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر:

التأصيل والتنزيل بكلية الشريعة _فاس _

مقدمـــة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله الذي لا تراه العيون ولا يصفه الواصفون ولا يخشى الحوادث، يعلم مثاقيل الجبال ومكاييل البحار وعدد قطر الأمطار وعدد ورق الأشجار، والصلاة والسلام على نبي الرحمة والهدى، وعلى آل بيته أجمعين وعلى أصحابه الطاهرين ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين.

أما بعد لي عظيم الشرف أن أسهم في هذه الندوة العلمية المباركة رفقة مجموعة مباركة من العلماء الأجلاء والباحثين الأفاضل بهذه المداخلة التي تهم الأسرة **المسلمة في المهجر بين الحفاظ على الثوابت والاندماج. (نوازل فقهية وقضايا عصرية)**

إن موضوع هاته المداخلة يدخل ضمن المواضيع المعاصرة التي تعالج التحديات التي يمكن أن تجهز على الأسرة المسلمة وتعرضها للخطر بديار المهجر، ولا شك أن الأسرة هي اللبنة الأولى في تكوين المجتمع لذلك سنحدد المفاهيم والأسباب والحلول لهاته التحديات، وقد جاءت هذه المداخلة لتسليط الضوء على بعض القضايا والنوازل التي تخص الأسرة المسلمة بالمهجر، وتجيب على إشكال رئيسي يتمثل في مدى مرونة أحكام الشرعة الإسلامية في إيجاد حلولٍ لِما تواجهها الأسرة المسلمة من تحديات معاصرة، في ديار المهجر والحلول المقترحة لها.

وما دام الموضوع مرتبطا بالمهاجرين فقد ارتأيت أن أتطرق إلى بعض النوازل الفقهية المتعلقة بإقامة الأسرة المسلمة في الديار غير الإسلامية، وبيان بعض الأحكام المتعلقة بها. خاصة أن الغاية من الهجرة في حقيقتها هي الحفاظ على العقيدة الصحيحة. فالمهاجرون رضوا بالابتعاد عن بلادهم إلى وطن آمن، يمكنهم من عبادة الله وحده لا شريك له، وليطبقوا تعاليم الإسلام في سلوكهم. لكن اليوم يعيش المهاجرون المسلمون في بعض الدول غير الإسلامية أقلية تحت سيطرة كيان سياسي في دولة غير مسلمة، في وسط أغلبية غير مسلمة مما يجعلها مكرهة على العيش في بيئة تكون فيها الثقافة الإسلامية تابعة بدل أن تكون متبوعة، وهو ما لا يساعد على تثبيت أركان الهوية الإسلامية، ولا على تنمية قيمها الفاضلة. ومقابل ذلك تسعى الثقافة السائدة في البلاد المهاجر إليها لإدماج تلك الجماعة المسلمة وتذويب شخصيتها[821]

كما تخضع الجالية المسلمة بديار المهجر للسيادة القانونية للدولة التي يقيمون بها حيث تفرض عليهم فرضا فتصبح هذه الفئة المهاجرة المسلمة تعيش في بيئة غريبة عنها، وتخضع لتمييز عرقي واضح حتى ولو كانت الفئة المتحكمة فيها قليلة العدد.

لذلك سأتناول في هذا البحث الحديث عن الأسرة المسلمة في المهجر والحفاظ على الثوابت الدينية والقواعد الشرعية **(المبحث الأول)** كما أعرج على التحديات التي يواجهها المهاجرون المسلمون في تربية أبنائهم. **(المبحث الثاني)**. مدعما هاتين المبحثين بالنوازل الفقهية الدالة.

المبحث الأول: الأسرة المسلمة في المهجر والحفاظ على الثوابت الدينية والتمسك بالهوية والقواعد الشرعية.

يعيش المهاجرون المسلمون في بعض الدول غير الإسلامية أقلية تحت سيطرة كيانات الدول المهاجر إليها، في وسط أغلبية غير مسلمة مما يجعلها مكرهة على العيش في بيئة تكون فيها الثوابت الدينية الإسلامية مهددة، وهو ما لا يساعد على تثبت أركان

[821] - علي الكتاني الأقليات المسلمة في العالم اليوم،.مكتبة المنار ط1.مكة المكرمة1988.ص06

الهوية الإسلامية **(المطلب الأول)**، ولا على تنمية القيم الإسلامية. ومقابل ذلك تسعى الثقافة السائدة في البلاد غير الإسلامية إلى إدماج تلك الجماعة وتذويب شخصيتها حتى لا تلتزم بالقواعد الشرعية في تحكيم الشريعة الإسلامية دون الحفاظ على هويتها الدينية والوطنية **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول: أهمية الحفاظ على الثوابت الدينية عند المهاجرين المسلمين في الفقه الإسلامي.

تخضع الجالية المسلمة بديار المهجر للسيادة القانونية للدولة التي يقيمون فيها حيث تفرض عليهم فرضا فتصبح هذه الفئة المهاجرة المسلمة تعيش في بيئة غريبة عنها، وتخضع لتمييز عرقي واضح حتى ولو كانت الفئة المتحكمة فيها قليلة العدد.

والملاحظ على **الفقه المالكي** أنه ينطلق من مبدأ أن المسلمين المقيمين بالديار غير إسلامية يكونون عرضة للاستضعاف والاضطهاد من قبل الأكثرية غير المسلمة، وهذا التصور يجد مرجعيته في النموذج النبوي، وفي وضعية المسلمين بمكة قبل هجرة الرسول صلى الله عليه وسلم نحو المدينة المنورة، وهو النموذج الذي يمثل ذروة المحنة والآلام التي عصفت بالأقلية المؤمنة. لذلك ارتأى منظرو الفقه المالكي أنه لا يجوز للمسلم أن يرضى لنفسه بالضعف والاضطهاد من أي أحد كان، على اعتبار أن الاضطهاد ظلم، والرضا بالظلم ظلم، والقبول به شرعا جرم، ناهيك عن خشية المسلم من أن تجري عليه أحكام الكافر.[822]

وفي هذا الصدد **يقول ابن العربي في العارضة:** "الهجرة من الخوف على الدين والنفس كهجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه المكيين فإنها كانت عليهم فريضة لا يجزئ إيمان بدونها.

وروى **أشهب** عن مالك: لا يقيم أحد في موضع يعمل بغير الحق.

[822] - تبصير المسلمين لغيرهم بالإسلام. منشورات المجمع الملكي لبحوث الحضارة، عمان1989.ص377

فإن قيل: فإذا لم يوجد بلد إلا كذلك. قلنا يختار المرء أقلها إثما أن يكون في بلد فيه كفر، بلد فيه جور خير منه، أو بلد فيه عدل وحرام، فبلد فيه جور وحلال أولى منه للمقام، أو بلد فيه معاصي في حقوق الله فهو أولى من بلد فيه معاصي في مظالم العباد وهذا النموذج دليل على ما رواه أبو عيسى الترمذي من قوله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة **(لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا)**[823].

فالخوف من الفتنة في الدين هو واقع مفروض على المهاجرين المسلمين وأسرهم نظرا لكثرة المغريات التي تؤثر بشكل خطير على المسلمين وأسرهم بديار المهجر لذلك دعت كثير من النصوص الشرعية إلى الهجرة من دار الكفر إلى دار الإسلام، وأول من علل وجوب الهجرة بهذا المبرر أمنا عائشة رضي الله عنها.

فقد أخرج البخاري عن عطاء بن رباح قال زرت عائشة مع عبيد بن عمرو الليثي فسألناها عن الهجرة فقالت: "**لا هجرة بعد اليوم، كان المؤمنون يفر أحدهم بدينه إلى الله تعالى وإلى رسوله صلى الله عليه وسلم مخافة أن يفتن في دينه، فأما اليوم فقد أظهر الله الإسلام، واليوم يعبد ربه حيث شاء ولكن جهاد ونية.**"[824]

وعلق ابن حجر على هذا الحديث مقررا أن من قدر على عبادة الله في أي مكان اتفق فلا تجب عليه الهجرة حيث قال: " أشارت عائشة رضي الله عنها إلى بيان مشروعية الهجرة وأن سببها خوف الفتنة، والحكم يدور مع علته. فمقتضاه أن من قدر على عبادة الله تعالى في أي موضع اتفق لم تجب عليه الهجرة منه[825].

---

[823] - أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب في الهجرة هل انقطعت، المهدي الوزاني، النوازل الصغرى: ط وزارة الأوقاف، سنة 1412هـ-1992م،ج446/1.

[824] - صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلى المدينة، رقم الحديث: 3900 ج 5 / 57.

[825] - ابن حجر، فتح الباري، ج178/7.

وهذا القول ينسجم ويتوافق مع ما ذكره الإمام الشافعي في كتابه "الأم "حيث قال رحمه الله تعالى: "ودلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن فرض الهجرة على من أطاقها إنما هو على من فتن في دينه بالبلد الذي يسلم بها[826].

وقال الإمام النووي يؤكد مذهب إمامه: "المسلم إن كان ضعيفا في دار الكفر لا يقدر على إظهار دينه حرم عليه الإقامة هناك، وتجب عليه الهجرة إلى دار الإسلام، فإن لم يقدر على الهجرة فهو معذور إلى أن يقدر. "[827]

وفي مجموع الفتاوى ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية هذا المعنى حيث قال: "إن المسلم المتبع للرسول صلى الله عليه وسلم، الله تعالى حسبه وكافيه، وهو وليه حيث كان، ومتى كان. ولهذا يوجد المسلمون المتمسكون بالإسلام في بلاد الكفر، لهم السعادة كلما كانوا أتم تمسكا بالإسلام، فإن دخل عليهم الشر، كان بذنوبهم حتى عن المشركين وأهل الكتاب إذا رأوا المسلم القائم بالإسلام عظموه وأكرموه وأعفوه من الأعمال التي يستعملون بها المنتسبين إلى ظاهر الإسلام من غير عمل بحقيقته.[828]

وهذا الرأي له بعد في النظر وإدراك مقاصد التشريع مما يجعل القلب يطمئن إليه والعقل يرتاح له، كما له شواهد من الواقع كثيرة جدا إذا فمعيار وجوب الهجرة أو عدم وجوبها هو: القدرة على إظهار الدين أو عدم القدرة مع أمن الفتنة في الدين.

ويرى بعض المعاصرين أن فتنة الأسر المسلمة لم تعد في غير الاسلام، بل أصبحت منتشرة في بلاد الإسلام أكثر مما هي في بلاد الكفر، فيقول: "فقد تكون الفتنة اليوم في أن المسلم يتمتع بحرية وحقوق في غير بلاد الإسلام أكثر منها في بلاد العالم

826 - الإمام الشافعي: كتاب الأم المجل د2 ط2سنة 1403هـ/1983م دار الفكر بيروت ج4/169.

827 - ال'مام النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين الطبعة3، سنة1412هـ/1991م، بيروت، لبنان ج10\282.

828 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، عام النشر: 1416هـ/1995م ج18 ص: 293.

الإسلامي، فهل والحالة هذه تبقى الأحكام كما كانت أم لابد من فقه جديد للهجرة في ضوء المستجدات؟ [829]

لقد ذكر فضيلة الشيخ **محمد بن صالح العثيمين** رحمه الله مجموعة من الضوابط الشرعية التي يمكن للأسرة المسلمة المهاجرة إلى البلاد غير المسلمة أن تواجه بها تحديات التبعية والاندماج، وتحافظ على الهوية والتدين من هاته الضوابط نذكر منها:

. أن يكون عند الإنسان علم يدفع به الشبهات.
. أن يكون عنده دين يدفع به الشهوات.
. أن يكون محتاجا إلى ذلك.

فالإقامة في بلاد غير الاسلام خطرها عظيم على دين المسلم وأخلاقه وسلوكه، وآدابه، وقد شاهدنا وغيرنا انحراف كثير ممن أقاموا فرجعوا بغير ما ذهبوا به، رجعوا فساقا، وبعضهم رجع مرتدا عن دينه، وكافرا به وبسائر الأديان والعياذ بالله، ولهذا كان ينبغي بل يتعين التحفظ من ذلك ووضع الضوابط التي تمنع من الهوى في تلك المهالك.[830]

فلا بد إذن من توفر شرطين للإقامة بديار المهجر الآن –:

الشرط الأول: أمن المقيم على دينه بحيث يكون عنده من العلم والإيمان، وقوة العزيمة ما يطمئن على الثبات على دينه والحذر من الانحراف والزيغ.

الشرط الثاني: أن يتمكن من إظهار دينه بحيث يقوم بشعائر الإسلام بدون ممانع، فلا يمنع من إقامة الصلاة والجمعة، ولا يمنع الزكاة والصيام والحج وغيرها من شعائر الدين، فإن لم يتمكن من ذلك لم تجز الإقامة لوجوب الهجرة حينئذ.[831]

---

[829] - عمر عبيد حسنة حتى يتحقق الشهود الحضاري، ص:202.

[830] - ابن العثيمين، شرح الأصول الثلاثة دار الثريا للنشر بالرياض السعودية. ط4 سنة1424هـ/2003م، ص:132

[831] - نفس المرجع، السابق ص:134

من خلال ما سبق يمكن القول إن **الحفاظ على الدين** من أولى الأولويات، لذلك فمعظم العلماء جعلوا العلة في تحريم الاقامة بديار المهجر هي الفتنة في الدين، الذي به نجاة الانسان الأبدية وسعادته الأخروية، وضياعه من أعظم الخسران، إذ لا يساويه ضياع النفس، والمال، والأهل، والولدان.

صحيح أنه لا يستطيع إيجاد الجو العام، ولكن باستطاعته أن يخلق هذا الجو ذي الطابع الإسلامي الذي يشبه على حد ما عملية التطعيم ضد مرض لا يستطيع الفرار منه، فيحاول تدارك خطره من خلال المضادات التي يخلقها لنفسه.

إننا في الوقت الذي لا ندعي سهولة ذلك، وحل المسألة ببساطة تنظيرية، إلا أننا في ذات الوقت لا يمكننا التقليل من أهمية خسارة المؤمن لالتزامه الديني الذي هو أساس مهم في تكوين شخصيته، فينبغي إذا المحافظة عليه ولو كان ذلك يتوقف على الخسارة في أي جانب من حياته.

إن على المسلم المهاجر اليوم الذي يسعى لتلك البلاد لتأمين مستقبله الدنيوي العلمي أو الاقتصادي أو غيرهما أن يحصن نفسه وأسرته ضد عوارضه ومخاطره، ولابد له أن يخلق الأجواء الدينية المناسبة له والتي تعوضه عن خسارته للأجواء التي كان يتمتع بها في بلده، هو وعائلته وأولاده بل وحتى إخوانه في الدين عملا بقوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وقودها الناس والحجارة**"[832]

وقوله صلى الله عليه وسلم: **(كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)**.[833]

المطلب الثاني: الحفاظ على الهوية والالتزام بالقواعد الشرعية الإسلامية.

من المعلوم أن الإسلام هو جامع عقيدة الأمة وشريعتها وحضارتها، ومنهجه هو الموجه لفكرها وعملها، فهو الرابطة الأم وله الانتماء الأول والولاء الذي لا يعلو عليه

---

[832] سورة التحريم الأية4

[833] - النووي: مستدرك الوسائل الطبعة الأولى سنة1408هـ ـ 1987م مؤسسة آل البيت لاحياء التراث ج248/14.

غيره. لكن هل يقتضي ذلك ألا يكون للمسلم ولاء آخر ولا انتماء لشيء آخر غير الإسلام؟ بمعنى هل كون الانتماء هو الوحيد في حياة المسلم والجماعات المسلمة، حتى لو لم تتناقض هذه الولاءات والانتماءات مع الولاء للإسلام والانتماء إليه؟

لا شك أننا إذا احتكمنا إلى الفطرة التي فطر الله النفس الإنسانية عليها نجد أن الإنسان عبر الزمان والمكان والحضارات والمعتقدات يمنح محيطه الذي يعيش فيه والذي هو وعاء ذكريات نشأته وتكوينه درجة خاصة من الولاء والحب والاهتمام، وهذا الأمر فضلا عن كونه حقيقة من حقائق الواقع الإنساني لا تعارض ولا تناقض بينه وبين الانتماء الأعلى للإسلام.

فولاء المسلم لوالديه أو لعشيرته أو لوطنه إذا كان محكوما بالمعايير الإسلامية فيمكن اعتباره لبنة من لبنات الولاء الأكبر للإسلام.

إذن فحب المسلم لوطنه بالمعنى الإقليمي أي الحب الذي يدعوه لخدمة هذا الوطن والجهاد لحمايته من الأخطار والنضال من أجل تقدمه وازدهاره والدفاع عن قضاياه العادلة، يعد خدمة للإسلام وأهله انطلاقا من دائرة الوطن، لكنا نجد الكثير من المسلمين الذين هاجروا إلى بلاد الغرب لأغراض متعددة تحتم على الكثير منهم أن يعيش في هذه البلاد بصفة دائمة أو لمدة طويلة، وهذه الإقامة الدائمة تفرض على المسلم هناك أمورا. وإن تنافت مع معتقداته . حتى يستطيع أن يعيش مثل أهل البلد الاقامة.

ومن هذه الأمور التي تشغل بال الكثير من المسلمين في هذه البلاد قضية التجنيس والإدماج، فالأغلبية من الناس لا يعرفون الحكم في هذه الأمور لأنها أمور مستحدثة لها خلفية تاريخية منذ عهد الاستعمار الذي كان جاثما على العالم العربي الإسلامي. فحينما أراد أن يجنس أهل ذلك البلد الذي استعمره، تصدى العلماء آنذاك لهذا الأمر الخطير واعتبروا التجنيس ردة وكفرا، لأنه يسعى من وراء ذلك أن تبقى تلك البلاد تحت سيطرة المستعمر.

وبقية آثار تلك الفتوى سارية إلى يومنا هذا، حتى أن البعض يعتبر أن الذي يحمل الجنسية قد ارتكب كبيرة من الكبائر، إن لم يكن قد ارتد على دينه، والبعض من العلماء ما زال يفتي بالحرمة القاطعة. فالقضية غامضة تحتاج إلى بيان متبصر وتؤدة، وإصدار فتوى تراعي المصلحة والواقع.

ومن الذين يحرمون التجنس ويعتبرونه ردة وخيانة الدكتور **محمد بن عبد الكريم الجزائري** الذي كتب كتابا بعنوان.:" التجنس ردة وخيانة." وساق أدلة شرعية من الكتاب والسنة للدلالة على حكم التجنس وهي الحرمة المطلقة، ومن هذه الأدلة:[834]

أولا: رضاه بأحكام غير المسلمين:

وهذا منهي عنه في الدين وفي القرآن الكريم.

لقوله تعالى: " **فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**"[835]

ثانيا: موالاته للكافرين والملحدين

لقوله تعالى:" **لَّا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۖ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَن تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً ۗ وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ ۗ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ** "[836]

فهذه الآية أفادت أن كل مسلم يتخذ الكفار أولياء من المسلمين فإنه قد أصبح واحدا منهم في الكفر، وفي كل ما يترتب عن الكفر في نظر الشريعة.

---

[834] - محمد جغلول: مقال حول الاجتهاد: مشكلات المسلمين في الغرب: مجلة الأصالة، عدد53 مارس 1982، الجزائر. ،ص:199

[835] سورة النساء الآية64

[836] سورة آل عمران الآية28

ثالثا: إعانته لغير المسلمين الملحدين واستعانتهم بهم:

وهذا محرم بدليل:

قوله تعالى: (لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ ۚ أُولَٰئِكَ كَتَبَ فِي قُلُوبِهِمُ الْإِيمَانَ وَأَيَّدَهُم بِرُوحٍ مِّنْهُ ۖ وَيُدْخِلُهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ ۚ أُولَٰئِكَ حِزْبُ اللَّهِ ۚ أَلَا إِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)[837]

إن الالتزام بالقواعد الشرعية الإسلامية، والتحاكم إلى الشريعة الإسلامية، خاصة إلى المذهب المالكي بالنسبة للجالية المغربية المقيمة بديار المهجر من الثوابت الدينية في الحفاظ على الهوية الوطنية والانتماء.

وقد أكد على ذلك **المهدي الوزاني** في النوازل الصغرى بقوله: " فأما من جرت عليه أحكام الكفار ودخل تحت قهرهم فلا ينبغي أن يختلف في وجوب الهجرة في حقه، إلا من عذره القرآن من المستضعفين.

وقال **الإمام مالك** رحمه الله تعالى: "لا أحل لأحد المقام بأرض يسب فيها السلف وتغير فيها السنن ويعمل فيها بغير الحق، وإذا تعين الفرار من بلاد الظلم فبلاد الكفر أولى."[838]

فالواجب على المؤمن المحقق الناظر لنفسه نظر مشفق أن يفر بدينه من الفتن ولا يقيم إلا في موضع تقام فيه السنن.

---

[837] سورة المجادلة الأية 22

[838] - المهدي الوزاني، النوازل الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد: ،ط وزارة الأوقاف1418هـ /1997م.ج39/3

وفي جواب طويل **للإمام أبي الحسن محمد بن أبي عامر**[839] على سؤال حول الإقامة ببلاد الروم. قال رحمه الله تعالى ما نصه: «لتعلم–وفقك الله . أنه لا يعلم لأحد من علماء الشريعة الحنفية في تحريم الإقامة مع الكفار، وتحريم موالاتهم ومساكنتهم والركون إليهم ولا في وجوب الهجرة منها إلى بلاد المسلمين، محتجين على ذلك بالكتاب والسنة العزيزين، هذا مع كونها مخالفة لكثير من القواعد الشرعية والمعالم الإسلامية، وداعية إلى ذلك، والمخالف للشرع محرم.[840]

فالبلاد التي غلب فيها الكفر واستولت عليها منكراته وسلطانه، واستغرقتها نواقصه، واحتقرت فيها الكلمة، وتعرض إليها بما لا يليق بمنصبها فخلوها عن هذه المواضيع، وتطهيرها من أوضارها، أكبر واجب، وتنزيهها عن غلو الكفار والمستهزئين، أهم مفترض، وكما أن السفر إلى بلادهم وضح أن عكس هذا القول هو الصواب.[841]

ونبه الإمام الحنفي إلى أن الإيالة لا تكون للكفار لأنه لا عهد لهم و لا ينبغي الوثوق بهم ، حيث قال ما نصه في جوابه عن الفتوى :"وأما قوله إن احتج بأن الإيالة للكفار ، و أن أحكامهم فيها نافذة ، فالجواب : أن النفوس قد حصل لها من الركون إلى العهد ما أمن به من ذلك ، و قد تقرر التشبث بهذا الأمن ، فنقول قد نبهت أيضا على خلل الوثوق بهذا العهد ، و ضعف التمسك بهذا الأمن ، وإن هذا الركون الوهمي يدفعه التنبيه الشرعي ، والتقدير العام والوقوع الوجودي، ولنرد الآن ذلك بيانا و نقول : أما الطريق الشرعي فيما نبهت عليهم من رد شهادتهم ، ورفض الاعتماد على أقوالهم و

---

839 - هو أبو الحسن محمد بن أبي عامر بن ربيع الإمام الحنفي قاضي الجماعة العالم الأكمل، هكذا وجدت تحليته في أول تقييد له في مسائل الحيازة والاستحقاق ولم أقف له على ترجمة الآن مع تحليته. بقاضي الجماعة، ولا أدري في أي بلد كان قاضيا ويحتمل أن تكون سنة وفاته في أواخر القرن السابع أو أول الثامن على سبيل التقريب. (فهر س مخطوطات القرو ين الجزء الثاني ص488 تحت رقم. 816.)

840 - جواب أبي الحسن محمد بن أبي عامر عن سؤال حول الإقامة ببلاد الروم تحقيق عبد الحميد المودن ط1/1421هـ . 2000م ص:2.

841 - جواب أبي الحسن محمد بن أبي عامر عن سؤال حول الإقامة ببلاد الروم تحقيق عبد الحميد المودن ط1/1421هـ . 2001م ص:12.

أحكامهم فإنها باطلة لا أساس لها. فإن قيل: قد عاهد النبي صلى الله عليه وسلم الكفار غير مرة، واعتمد على ربطهم. قلنا: شتان ما بين العهدين، فإن عهد النبي صلى الله عليه وسلم معهم كان عن تشاول [842] الحروب، وعند الظهور على الكفار، فتضطرهم منفعتهم أو خوفهم إلى الوفاء به.

وأما التقدير العادي، فلا يخفى أن العادة جارية بأن عهد المؤمن المؤاخي في الدين قد لا يثبت في بعض الأحوال عند الدواعي لنقضه، فكيف الكافر المعادي في الدين الذي قد لا يفقد الداعية إلى نقضه على الدوام، وأين العدل والأمن مع هؤلاء في الملل أو في الدين مع المداخلة التامة في طول السنين، وقد نقضوا العهود عام اليرموك وهم تحت الذمة والصغار والذلة، فكيف مع قيام سلطانهم وظهور صلبانهم، وفي بلادهم، وتمكنهم من بعد ثأرهم وظفرهم بتقدير آثارهم، والله الوافي والموفق سبحانه.[843]

واعتبر الكثير من الفقهاء أن ظهور الأحكام هو الحكم الفصل لتمييز دار الإسلام عن دار الكفر قال ابن القيم: "قال الجمهور: دار الإسلام هي التي نزلها المسلمون وجرت عليها أحكام الإسلام.

وهذا الموضوع دفع مجموعة من العلماء للحكم على الدول الإسلامية في زماننا رغم التنصيص . في دساتيرها على أن دينها الإسلام . بأنها مسلمة في جوانب أخرى، مثل الشيخ مناع القطان الذي استعرض أحوال المجتمع الإسلامي في زوايا ضيقة كالآذان وصلاة جماعة، وبناء المسجد، وصيام رمضان، وفي بعض القوانين كالأحوال الشخصية في بعض الدول، حيث لم تسلم من الإلغاء أو تغيير بعض موادها في دول أخرى. ثم يخلص إلى نتيجة فيقول: "وتحكيم الشريعة الإسلامية دعامة أساسية في دار الإسلام،

---

[842] - تشاو ل.: من شوله: وبه: دافعه، وتش اول القوم بالرماح. طعن بعضهم بعضها قال أبو زيد.: تشاول القوم تشاولا إذا تناول بعضهم بعضا عند القتال بالرماح. والمشول منجل صغير (لسان العرب مادة تشاول حرف اللام)

[843] - انتهى نص فتوى الامام الحنفي ابن أبي عامر المصدر السابق، ص:13.

فإذا انهارت فيها هذه الدعامة فإننا لا نستطيع أن نقول فيها إنها دار إسلامية من كل وجه."[844]

ونختم هذا المبحث ببيان بعض المخالفات الشرعية الخطيرة التي تؤدي إلى ضياع الهوية والاندماج بتبعية سلبية نذكر منها ما يأتي:

- تقليد المشركين والتخلق بأخلاقهم.
- الوقوع تحت سلطتهم وسيطرتهم.
- التحاكم إلى قوانينهم عنوة رغم تنافيها مع مقدسات الأمة الإسلامية.
- تزويج البنات المسلمات بالكفار.
- فقدان الولاية على الزوج والولد.

ورغم ما أبرم من اتفاقيات بين بعض الدول الإسلامية والدول غير الإسلامية بخصوص تطبيق الأحكام الإسلامية بديار المهجر خاصة ما يتعلق بمدونة الأسرة واحترام النظام العام لهذه الدول ومقدساتها في حالة تنازع القوانين، فإنه لا زالت هنالك مشاكل جد معقدة تعاني منها الأسر المهاجرة بديار الغربة

المبحث الثاني: التحديات المعاصرة للأسرة المسلمة بالمهجر في تربية الأبناء

في ظل العولمة الحديثة وتطور وسائل النقل والاتصال والتواصل الاجتماعي تعرف الأسرة المسلمة بديار المهجر تحديات كثيرة تختلف من بلد لآخر سواء تحديات في ممارسة الشعائر الدينية أو في تربية الأبناء على الديانة الإسلامية في البلدان غير المسلمة أو تحديات الاندماج دون الذوبان في المجتمعات 8ع المستقبلة وتضييع الهوية الدينية, وقبل الحديث عن هاته التحديات ،يجدر بنا الحديث في البداية تحديد مفهوم

---

[844] - الكدي العمراني فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، تحقيق محمد الروكي ط1 دار الكتب العلمية بيروت لبنان سنة1422هـ/2001م ص:102 بتصرف

التحديات المعاصرة المتعلقة بالأسرة المسلمة في المهجر مع التمثيل لها(المطلب الأول) ثم بعد ذلك الحديث عن أهم الطرق والوسائل لتحصين الأسرة المسلمة بالمهجر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحديات المعاصرة

التحديات لغة: جمع تحدي وقد جاء في لسان العرب: «الحادي المتعمد للشيء، يقال: حداه وتحداه وتحراه بمعنى واحد. قال: ومنه قول مجاهد: كنت أتحدى القراء، فأقرأ، أي أتعمدهم، وهو حديا الناس، أي يتحداهم ويتعمدهم. وتحديت فلانا أي إذا باريته في فعل ونازعته الغلبة. وعند ابن سيدة: تحدى الرجل تعمده. وتحداه: باراه ونازعه الغلبة وهي الحديا. وأنا حدياك في هذا الأمر أي أبرز لي فيه.[845]

ويظهر من التعريف اللغوي أن مفهوم التحديات يشمل معنى التعمد وإرادة الغلبة قبل وأثناء مواجهة أي خصم كيف ما كان نوعه وجنسه وذلك بتسخير جميع الإمكانات والقدرات البشرية والمادية والفكرية.

التحديات في الاصطلاح: إذا ما أردنا إسقاط هذا المفهوم على الأسرة المسلمة فيمكن القول: التحديات الأسرية هي تلك الصعوبات والعقبات التي تواجهها الأسرة وتحول دونها ودون سيرورتها العادية وذلك في ظل وجود ثقافات ومعتقدات أخرى تسعى للمغالبة والبروز.[846]

ويمكن القول إن التحديات المعاصرة للأسرة المسلمة، هي ما تواجهه من متغيرات ومستجدات عصرية تهدد كينونتها وهويتها وعقيدتها، بفعل مجموعة من العوامل سواء كانت سياسية قومية أو استعمارية أو اقتصادية، واجتماعية. وسنركز إن شاء الله في هذا البحث على أهم التحديات المعاصرة التي تواجه الأسرة المسلمة في ديار المهجر.

---

[845] ابن المنظور: لسان العرب، مادة حدا168/14 دار صادر بيروت ط3 سنة 1414هـ

[846] مجلة الاحياء المجلد23 العدد32 سنة 2023 ص:789

إن من أبرز التحديات المعاصرة التي تواجه الأسرة المسلمة في المهجر ما يأتي:

أولا: تحديات في تحمل المسؤولية الدينية في تربية الأبناء.

إن كل ما يتلقاه الطفل الناشئ في مجتمع ما، عن طريق أبويه وأهله وعشيرته ومعلميه ومؤدبيه من لغة ومعرفة يمتزج امتزاجا واحدا في إناء واحد، ركيزته أو نواته وخميرته دين أبويه ولغتهما، وأبلغهما أثرا هو الدين، فكل ما يتلقاه الوليد في نشأته يتلقاه بالطاعة والتسليم والاعتقاد الجازم بصحته وسلامته، وهذا بين جدا إذا أنت دققت النظر في الأسلوب الذي يتلقى به أطفالك عنك ما يسمعونه منك، أو من المعلم في المراحل الأولى من التعليم.[847]

لهذا فمن المسلم به في الشريعة الإسلامية أن مسؤولية التربية الدينية للأولاد مسؤولية تقع أساسا على عاتق الآباء، عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه البخاري وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه قال. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جذعاء). ثم يقول أبو هريرة رضي الله عنه: "فطرة الله التي فطر الناس عليها ".**[848]

ومعنى هذا أن الأبوين يتحكمان في هذا المولود الذي ولد على الفطرة المستقيمة، فهما اللذان يجعلان هذه الفطرة تستقيم على طبيعتها السوية أو يعملان على انحرافها وذلك حسب التوجيه الذي يوجهانه به، أو التربية التي يربيانه عليها.

---

[847] - محمود محمد شاكر المتنبي: رسالة في الطريق إلى ثقافتنا: ،ط1408هـ 1987م ، دار المدني جدة. السعودية ص:72.73.

[848] - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب التوحيد باب الإسلام دين الفطرة، ج1/465

وأخرج الإمام البيهقي في سننه عن عثمان الحاطبي قال: **سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول لرجل: "أدب ابنك، فإنك مسؤول عن ولدك ماذا أدبته وماذا علمته، وإنه مسؤول عن طواعيته لك.**"[849]

ونفس الأمر نجده عند أغلب علماء الاجتماع القدامى والمعاصرين، ما عدا ما ذهبت إليه الماركسية اللينينية من إسناد هذه المهمة إلى دور الحضانة، أو المؤسسات الخاصة التي تتولى تربية الأولاد حتى يتفرغ الآباء للإنتاج، وما سيطر على المجتمعات الغربية اللاهثة وراء الشهوة من تخلص الزوجين أو العشيقين من الأولاد حتى يخلوا للذة الاستمتاع.[850]

لكن المشكلة المعضلة أن نجد الآباء أنفسهم لا يتحلون بقيم التربية الإسلامية التي هي في حقيقتها ليست مادة تعليمية ، ولا يراد بها استظهار بعض الأحكام و الإشادة بمواقف من تاريخنا ، و إنما يراد بها أولا استخلاص قيم الإسلام في مجال السلوك الإنساني من خلال دراسة المنهج الأخلاقي في القرآن و السيرة النبوية ، لكي تكون هذه القيم مطبوعة في النفس ، راسخة الجذور في أعماق الشعور ، كمثل عليا لسلوكيات متميزة ، ونظرا لمكانة الدين في النفس البشرية فإن من اليسير أن تحظى هذه السلوكيات باهتمام الناشئة ، وأن تنمو قيم الفضيلة في نفوسهم من خلال ذلك النموذج الأعلى الذي يحظى بقداسة دينية.[851]

وتعتبر **التربية الدينية** من أهم الأسباب التي تدفع الناشئة إلى التزام طريق الاستقامة والتعلق بقيم الفضيلة، وعندما تكون مناهج التربية سليمة فمن المؤكد أن أثرها ينعكس بطريقة إيجابية وسريعة على أخلاقية الفرد وتماسك الأسرة وتكافل الأفراد والجماعات،

---

[849] - السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3 دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. سنة1424هـ/2003م رقم:4877، ج84/3،

[850] - الكدي، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، ص:208.209 ,

[851] - فاروق النبهان، أثر التربية الإسلامية في السلوك الاجتماعي. كتاب دعوة الحق، العدد الرابع،1420هـ . 1979م،ص:12

وبخاصة فيما يتعلق بظاهرة الجريمة وانحراف الأحداث، حيث أكدت الدراسات الاجتماعية والتربوية أثر التربية الدينية في تطويق مظاهر الانحراف والتخفيف من حدة الاندفاعات الطائشة للمراهقين.

لهذا يجب على النظام التربوي في الغرب أن ينسجم مع مقدسات الأمة الإسلامية ودينها وان يكون واضحا في التزاماته، وألا يكون بعضه مناقضا البعض الآخر في دفاعه عن كرامة الإنسان المسلم الذي يعيش في ديار الغربة.

ثانيا: تحديات التبعية وذوبان الهوية للمهاجرين المسلمين وأبنائهم.

من المؤسف جدا أن معظم الآباء الذين هاجروا إلى ديار الغربة لا يملكون من الأدوات والمؤهلات التربوية إلا القليل الموروث الذي طمسه الزمن وعفا عنه.

والأخطر من هذا ما شاع بين الشباب المهاجر حديثا، الذي لا يملك أوراق الإقامة بشكل قانوني في الدول الغربية، حينها يلجأ إلى الزواج من بنات البلد الأصلي قصد الحصول على الإقامة الرسمية، وقد تدخل تلك الفتاة الإسلام، كما قد تبقى على دينها إن كان لها دين، فينشأ الأطفال على دين أمهاتهم في الغالب نظرا لحرص الأمهات الغربيات على تنشئة أبنائهن على النموذج الأوربي. وهذا ما لاحظه ونص عليه الأستاذ حسن ميجاج "مدير مكتب رابطة العالم الإسلامي بالدانمارك". يقول: "وكثير من شباب المسلمين تزوجوا من هذه المجتمعات، والأمهات في هذه البلدان يحرصن كل الحرص على تربية الأطفال وتكوينهم تكوينا أوربيا بعيدا عن الإسلام."[852]

وإذا كان الأمر هكذا، فمن أين لذلك الابن ولهذه الأم أن يدركا معنى التربية التي يحددها العلامة الألوسي، فيقول: "التربية هي تبليغ الشيء إلى كماله بحسب استعداده الأزلي شيئا فشيئا."[853]

---

[852] - الكدي، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر ص:210

[853] - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للألوسي ط1. دار الكتب العلمية، بيروت، سنة1415هـ، ج1/77.

وعموما يصدق على هذه الشريحة المقولة السائدة: "فاقد الشيء لا يعطيه ".

ومن مظاهر جهل الأبوين في ديار الغربة بأساليب التربية وقواعدها، فإن بعض الآباء يعتبرون الجلوس مع أولادهم، وما يتطلبه من بذل وقت للتعرف على أحوالهم، وتوفير احتياجهم، مضيعة للوقت، وهدر لطاقة وعمر الشباب الذي يمثل قمة فرصة الكسب والتمتع والتنعم بالنسبة للملهوفين على اغتنام فرص العمل، التي لم تتح له في بلده الأصلي، أو اغتنام فرص الجلوس في المقاهي وارتياد الملاهي. وهذا النوع من الناس الذي يقضي البعض من وقته أو أغلبه في المساجد منهمكا في القيل والقال، أو منشغلا بعمل يوهم نفسه أو أوهمه غيره أنه مقرب إلى الله، ناسيا، بل ربما جاهلا قول الله تعالى: «**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وقودها الناس والحجارة**"[854]

وهذا الأمر ليس غريبا، حيث نجد وبكل أسى وأسف شديدين، أن الشريحة الاجتماعية التي هاجرت من ديار الإسلام تنتمي في غالبيتها العظمى إلى الطبقة الأمية التي لا تعرف القراءة ولا الكتابة مما يدفعنا إلى الحديث عن ضرورة الحصانة التعليمية والعلمية السليمة للمهاجرين وأبنائهم.

إن ما جعلني أتحسر غاية الحسرة هو واقع الآباء و الأمهات المهاجرين ، فنسبة الأمية مخجلة للغاية ، مما ينعكس بصورة سلبية على الواقع الأسري للجالية المسلمة المغربية بالمهجر ، و أخص بالذكر واقع الأمهات ، ذلك أن نسبة الأمية في وسطهن يجعل المرء يستحي من أن يتحدث عن ذلك، فها هو الدكتور صلاح الدين الجعفراوي "الأمين العام لاتحاد المنظمات الإسلامية في أروبا " يقول : "ونظرا لأن نسبة كبيرة من الجالية تتمتع بثقافة متواضعة ، فإن ذلك يؤثر تأثيرا سلبيا على أسلوب التربية لأبناء الجالية ، ويعصف بالعديد من أبناء الجيل الثاني، فينحرفون و يسقطون في مستنقع الضياع"[855].

---

[854] سورة التحريم الأية6

[855] - دور المراكز الإسلامية في النهوض بالجالية المسلمة بحث قدم لمؤتمر شلتوشينون، ص:149

إن وضعا كهذا يغير الدين ويقضي على الهوية الإسلامية، حتى وإن كان الأبناء من صلب رجل مسلم. إن اختيار المعلم للمتعلم ضرورة دينية للحفاظ على الهوية الإسلامية؛ لأن تأثير الأستاذ المعلم بفعله وسلوكه يكون أقوى في نفسية المتعلم، وهذا يؤثر في توجهه أشد التأثير.

جاء في "**العقد الفريد**" ما نصه: " **قال عمرو بن عتبة لمعلم ولده: ليكن أول إصلاحك لولدي إصلاحك لنفسك، فإن عيونهم معقودة بعينك، فالحسن عندهم ما صنعت، والقبيح عندهم ما تركت، علمهم كتاب الله ولا تكرههم عليه فيملوه، ولا تتركهم منه فيهجروه. روهم من الحديث أشرفه، ومن الشعر أعفه، ولا تنقلهم من علم إلى علم حتى يحكموه، فإن ازدحام الكلام في القلب مشغلة للفهم، وعلمهم سنن الحكماء، وجنبهم محادثة النساء، ولا تتكل على عذر مني لك فقد اتكلت على كفاية منك**".[856]

المطلب الثاني: أهم الطرق والوسائل لتحصين الأسرة المسلمة بالمهجر من خلا النوازل الفقهية

إن القصد من الحصانة التربوية هي تلك الأصول الثابتة المكتسبة التي تنغرس في نفس الإنسان منذ مولده ونشأته الأولى حتى يشارف حد الإدراك البين، اي كل ما يتلقاه عن أبويه وعشيرته ومعلميه ومؤدبيه حتى يصبح قادرا على أن يستقل بنفسه وبعقله

وهذه الأصول ضرورية لازمة لكل حي ناشئ في مجتمع ما.

ولأن الإنسان منذ مولده قد استودع فطرة بعيدة الغور في أعماقه، توزعه (أي تلهمه وتحركه)، أن يتوجه إلى عبادة رب يدرك إدراكا مبهما أنه خالقه وحافظه، فمن أغفل هذه الحقيقة ظل الطريق وأوغل في طريق الأوهام.

[856] - ابن عبد ربه العقد الفريد. مطبعة الوطن،1313هـ .1892م، ج436/2

إن الحصانة العلمية الرصينة ضرورية للمسلم الذي عقد عزمه على الهجرة إلى ديار الغربة لأنه قد تدعو الحاجة إلى طلب العلم بهذه الديار منفعة للأمة الإسلامية. وفي هذا الصدد نجد **فتاوى لبعض الفقهاء تضبط هذه النازلة.**

ففي **النوازل الكبرى للمهدي الوزاني** ما نصه:" **ثم إن إنسانا اضطر إلى أخذ العلم عن علماء الموضع المذكور، وخشي على نفسه مما هو قبل مسطور فهل يسوغ له المكث بذلك الموضع مع عدم قدرته على تغيير المنكر إلا قليلا، ويكون ذلك لأمر ربه ممتثلا؟**

فأجاب رحمه الله تعالى :"**الحمد لله الواجب على المؤمن المحقق الناظر لنفسه نظر مشفق أن يفر بدينه من الفتن ، و لا يقيم إلا في موضع تقام فيه السنن ، و لا يأخذ من علم دينه ما يحتاج إليه إلا عمن تظهر آثار الخشية والخضوع عليه ، ويطلب ذلك في أقطار الأرض ونواحيها ، فإن تعذر عليه ذلك و انسدت عليه المسالك و لم يجد موضعا صالحا مرضيا ، و لا معلما ناصحا مهديا ، فليقيم هنالك صابرا صبرا جميلا ، ويكون من المستضعفين الذين لا يستطيعون حيلة و لا يهتدون سبيلا، و يأخذ من العلم ما يضطر إليه من كل متصدر للأخذ عنه ، فرب حامل علم إلى من هو اعلم منه و قد يتعالج المريض بدواء الطبيب الكافر و قد يؤيد الله الدين بالرجل الفاجر.**"[857]

وعندما تحدث الشيخ محمد صالح العثيمين عن أقسام الهجرة والإقامة بديار المهجر، ذكر رحمه الله تعالى مجموعة من **الضوابط الشرعية** التي تجب على طالب العلم خارج الديار الإسلامية فقال رحمه الله ما نصه :"...القسم الخامس : أن يقيم للدراسة و هي من جنس ما قبلها إقامة لحاجة ، لكنها أخطر منها و أشد فتكا بدين المقيم و أخلاقه، فإن الطالب يشعر بدنو مرتبته و علو مرتبة معلميه ، فيحصل من ذلك تعظيمهم

[857] - المهدي الوزاني النوازل الجديدة الكبرى ط وزارة الأوقاف، سنة 1412هـ-1992م.الرباط بالمغرب، ج40/3 41.

والاقتناع بآرائهم و أفكارهم و سلوكهم فيقلدهم إلا من شاء الله عصمته و هم قليل ، ثم إن الطالب يشعر بحاجته إلى معلمه فيؤدي ذلك إلى التودد إليه و مداهنته فيما هو عليه من الانحراف والضلال. والطالب في مقر تعلمه له زملاء يتخذ منهم أصدقاء يحبهم ويتولاهم ويكتسب منهم، ومن أجل خطر هذا القسم وجب التحفظ فيه أكثر مما قبله فيشترط فيه ضوابط أربعة:

الضابط الأول: أن يكون الطالب على مستوى كبير من النضوج العقلي الذي يميز به بين النافع والضار وينظر به إلى المستقبل البعيد، فأما بعث الأحداث " صغار السن" وذوي العقول الصغيرة فهو خطر عظيم على دينهم وخلقهم، وسلوكهم، ثم هو خطر على أمتهم التي سيرجعون إليها وينفثون فيها من السموم التي نهلوها من أولئك الكفار كما شهد ويشهد به الواقع، فإن كثيرا من أولئكم المبعوثين رجعوا بغير ما ذهبوا، رجعوا منحرفين في ديانتهم، وأخلاقهم، وسلوكهم، وحصل عليهم وعلى مجتمعهم من الضرر في هذه الأمور ما هو معلوم مشاهد، وما مثل بعث هؤلاء إلا كمثل تقديم النعاج للكلاب الضارية.

الضابط الثاني: أن يكون عند الطالب من علم الشريعة ما يتمكن من التمييز بين الحق والباطل، ومقارعة الباطل بالحق لئلا ينخدع بما هم عليه من الباطل فيظنه حقا، أو يلتبس عليه أو يعجز عن دفعه فيبقى حيران أو يتبع الباطل.

وفي الدعاء المأثور "اللهم أرني الحق حقا وارزقني اتباعه، وأرني الباطل باطلا وارزقني اجتنابه، ولا تجعله ملتبسا علي فنضل واجعلنا للمتقين إماما".

الضابط الثالث: أن يكون عند الطالب دين يحميه ويتحصن به من الكفر والفسوق، فضعيف الدين لا يسلم مع الإقامة هناك إلا أن يشاء الله وذلك لقوة المهاجم وضعف المقاوم، فأسباب الكفر والفسوق هناك قوية وكثيرة فإذا صادفت محلا ضعيف المقاومة عملت عملها.

الضابط الرابع: أن تدعو الحاجة إلى العلم الذي أقام من أجله بأن يكون في تعلمه مصلحة للمسلمين، ولا يوجد له نظير في المدارس في بلادهم، فإن كان من فضول العلم الذي لا مصلحة فيه للمسلمين أو كان في البلاد الإسلامية من المدارس نظيره لم يجز أن يقيم في بلاد الكفر من أجله لما في الإقامة من الخطر على الدين والأخلاق، وإضاعة الأموال الكثيرة بدون فائدة.[858]

يتبين إذن من خلال ما سبق أن التسلح بالعلم الضروري، والتعليم الديني منذ النشأة حصانة أساسية في الحفاظ على العقيدة الإسلامية للمهاجرين وأبنائهم بديار الغربة.

فالحاجة ماسة إلى ثقافة رصينة للمهاجر المسلم إلى ديار الغربة، حتى لا يذوب وينصهر في ثقافة الغرب وتقاليده، فإن الاستعمار الثقافي الملحاح نجح في إلحاق الأعطاب بشخصيتنا المعنوية، وإثارة الفتنة في عقائدنا، وعبادتنا، وأخلاقنا، كما نجح في بلبلة ألسنتنا، وطي شرائعنا، وتحقير شعائرنا، ودفعنا في المجتمع الدولي بلا صيغة حقيقية وهوية متميزة.

خـــاتمـــة:

وفي الأخير يمكن القول إن الإسلام هو جامع عقيدة الأمة وشريعتها وحضارتها، ومنهجه هو الموجه لفكرها وعملها، فهو الرابطة الأم وله الانتماء الأول والولاء الذي لا يعلو عليه غيره. لكن هل يقتضي ذلك ألا يكون للمسلم ولاء آخر ولا انتماء لشيء آخر غير الإسلام؟ بمعنى هل كون الانتماء هو الوحيد في حياة المسلم والجماعات المسلمة، حتى لو لم تتناقض هذه الولاءات والانتماءات مع الولاء للإسلام والانتماء إليه؟

---

858 - محمد بن سليمان التميمي شرح الأصول الثلاثة، المحقق: ناصر بن عبد الله الطريم وغيره، جامعة الأمام محمدبن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، د م د ت، ص :136

لا شك أننا إذا احتكمنا إلى الفطرة التي فطر الله النفس الإنسانية عليها نجد أن الإنسان عبر الزمان والمكان والحضارات والمعتقدات يمنح محيطه الذي يعيش فيه والذي هو وعاء ذكريات نشأته وتكوينه درجة خاصة من الولاء والحب والاهتمام، وهذا الأمر فضلا عن كونه حقيقة من حقائق الواقع الإنساني لا تعارض ولا تناقض بينه وبين الانتماء الأعلى للإسلام.

فولاء المسلم لوالديه أو لعشيرته أو لوطنه إذا كان محكوما بالمعايير الإسلامية، فرغم التحديات المعاصرة التي تواجهها الأسرة المسلمة بالمهجر فلا ينبغي الانسلاخ من الهوية الإسلامية والوطنية التي تمثل الجزء الأساسي من العقيدة الإسلامية، التي تعتبر من الثوابت الدينية الرصينة، التي يجب أن يتحلى بها المسلم ويربي أبناءه عليها أين ما حل وارتحل.

إذن فحب المسلم لدينه ووطنه بالمعنى الإقليمي يدعوه لخدمة هذا الدين والوطن وتطبيقه في سلوكه ومعاملاته مع غير المسلمين ليعطي بذلك نموذجا حسنا يترك آثار طيبة في البلاد التي يعيش فيها. لكنا نجد الكثير من المسلمين الذين هاجروا إلى بلاد الغرب لأغراض متعددة تحتم على الكثير منهم أن يبقى في هذه البلاد بصفة دائمة أو لمدة طويلة، وهذه الإقامة الدائمة تفرض على المسلم هناك أمورا. وإن تنافت مع معتقداته . حتى يستطيع أن يعيش مثل أهل البلد الذي يعيش فيه.

لهذا فإذا وعى المسلم المهاجر جيدا المفهوم الصحيح للانتماء للإسلام والانتماء للوطن والعلاقة بينهما، فإنه سيستشعر حينئذ مسؤوليته اتجاه دينه ووطنه وأمته، دون أن يقطع عهده بالولاء الدائم، وسيدرك أن من واجبه توظيف كل طاقته وإمكاناته في خدمة القضايا العادلة والمصيرية لوطنه وأمته، موقنا أنه في ذلك يخدم الإسلام والمسلمين، والله ولي التوفيق.

المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم

2. ابن العربي أحكام القرآن ج485/1. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3 سنة1424ه/2003م

3. الألوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للألوسي. ط1، دار الفكر، بيروت لبنان 1424ه/2003م

4. الإمام البخاري: صحيح البخاري، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط6 1430ه/2009م

5. البيهقي السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، المحقق: محمد عبد القادر عطا ط1424،3ه/2003م

6. الألباني: هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصابيح والمشكاة. ط1422/1ه . 2001م دار ابن عفان للنشر والتوزيع القاهرة.

7. ابن حجر: فتح الباري. ط1 دار النشر: طيبة.1426ه/2005م

8. الإمام النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين الطبعة3، سنة1412ه/1991م، بيروت لبنان.

9. أبو بكر بن العربي المعافري(ت543) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي دار الكتب العلمية بيروت لبنان سنة 2011م.

10. المهدي الوزاني النوازل الصغرى: ط وزارة الأوقاف، سنة 1412ه-1992م

11. الامام الشافعي: كتاب الأم ط2سنة 1403ه/1983م دار الفكر بيروت.

12. ابن العثيمين شرح الأصول الثلاثة، دار الثريا للنشر الطبعة الثالثة سنة:1424ه/2003م.

13. النوري: مستدرك الوسائل الطبعة الأولى سنة1408هـ ـ 1987م مؤسسة آل البيت لإحياء التراث

14. المهدي الوزاني، النوازل الصغرى. الطبعة الأولى لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية. سنة 1412هـ/1992م

15. جواب أبي الحسن محمد بن أبي عامر عن سؤال حول الإقامة ببلاد الروم تحقيق عبد الحميد المودن بحث لتقديم الاجازة في الشريعة موجود بمكتبة كلية الشريعة بفاس/1421هـ . 2000م

16. ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الّذمة طبعة11418هـ/1997م السعودية. دار رمادي للنشر

17. الكدي العمراني فقه الأسرة المسلمة في المهاجر: بتصرف. ط1، دار الكتب العلمية بيروت لبنان سنة 1422هـ/2001م

18. عبد الرحمان بن معلا اللويحق: الغلو في الدين في حياة المسلمين المعاصرة، ط1 سنة 2008م، مؤسسة الرسالة، دمشق سوريا

19. ابن العربي المعافري أحكام القرآن. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3 سنة1424هـ/2003م

20. عبد الواحد اغمير: الهجرة إلى الموت . إسبانيا وأحداث إليخيدو، سلسلة الزمن 2001

21. محمود محمد شاكر المتنبي: رسالة في الطريق إلى ثقافتنا: ط1408هـ . 1987م. دار المدني جدة.

22. أثر التربية الإسلامية في السلوك الاجتماعي. لفاروق النبهان كتاب دعوة الحق العدد الرابع،1420هـ .

23. مؤتمر شاتوشينون، بحث قدم حول دور المراكز الإسلامية في النهوض بالجالية المسلمة سنة 2001 بالدار البيضاء

24. ابن عبد ربه العقد الفريد. مطبعة الوطن،1313هـ .1892م،

25. محمد بوراس مقال: ثقافتنا الإسلامية في خطر: عن مجلة الفرقان، عدد21سنة،2002 م

26. أبو الحسن الندوي نحو التربية الإسلامية الحرة في الحكومات والبلاد الإسلامية:

27. كتاب تربيتنا السلسلة 3، شوال1424هـ دجنبر2003م

مبدأ القِوَامة في الأسرة: مقاربة شرعية واجتماعية في ضوء النوازل الفقهية المالكية.

ذ: محمد خداش.

أستاذ التعليم الثانوي التأهيلي. أكاديمية جهة الشرق.

مقدمة

تُعدّ القِوامة من المفاهيم الأساسية في النظام الأسري الإسلامي، لما لها من دور في ترسيخ التوازن بين الحقوق والواجبات داخل الأسرة. ويستند هذا المفهوم إلى نصوص القرآن الكريم والسنة البوية الشريفة، بالإضافة إلى اجتهادات الفقهاء والعلماء الراسخين، الموقعين عن رب العالمين.

ومع التحولات الاجتماعية الحديثة، ازداد الاهتمام بدراسة القِوامة مع ما أضيف إلى أدوار المرأة في التعليم والعمل، وتأثير ذلك على توزيع المسؤوليات الأسرية. وأصبح من الضروري التوفيق بين النصوص الشرعية ومتطلبات الواقع الاجتماعي، بما يحقق الاستقرار الأسري والعدل بين الزوجين.

إشكالية البحث:

كيف يمكن لمبدأ القِوامة أن يوازن بين الحقوق والواجبات، ويحقق الاستقرار الأسري في ظل التحولات الاجتماعية الحديثة؟

أهداف البحث:

1. توضيح الأساس الشرعي لمبدأ القِوامة وفق القرآن والسنة وأقوال الفقهاء.
2. دراسة الأبعاد الاجتماعية للقِوامة داخل الأسرة المعاصرة.
3. رصد وتحليل النوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بالقِوامة.
4. تقديم تقييم نقدي لتطبيق القِوامة في الواقع الاجتماعي والأسري

منهجية البحث:

استخدم البحث المنهج الوصفي التحليلي، مع دراسة مقارنة بين النصوص الشرعية والواقع الاجتماعي، واستعراض النوازل الفقهية، بالاعتماد على المصادر الفقهية والتقارير الاجتماعية الحديثة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ القِوَامة

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي

أولاً: التعريف اللغوي

كلمة "قوامة" مشتقة من الجذر اللغوي (ق–و–م)، الذي يدور حول معاني الانتصاب، والاعتدال والرعاية والإصلاح.

- القيام على الشيء: يعني حفظه ورعاية مصالحه. يُقال "فلان قيّم على الأمر" أي يتولى شأنه ويصلحه.
- القِوام (بكسر القاف): هو عماد الشيء ونظامه الذي به يقوم ويعتدل.
- القَوام (بفتح القاف): يعني العدل والاستقامة.
- القوّام: هي صيغة مبالغة تدل على كثرة الاجتهاد في القيام على الشيء وحفظه[859].

من هذه المعاني اللغوية، يتضح أن القوامة تحمل في طياتها معنى المسؤولية عن الرعاية والإصلاح والحفظ، وتقتضي وجود قوة وقدرة لدى من يتولاها، سواء كانت هذه القوة مادية أو معنوية.

---

[859] : لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت 711هـ). دار صادر – بيروت. ط: الثالثة – 1414 هـ مادة: "قوم". 12 / 502)؛ مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي "ت 666هـ". تحقيق: يوسف الشيخ محمد. المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا. ط: الخامسة، 1420هـ/ 1999مادة: "ق و م. ص: 262.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

في الاصطلاح الشرعي، تُعرّف القوامة الزوجية، بأنها " ولايةٌ يُفَوَّض بموجبها الزَّوجُ القيامَ على ما يُصلح شأن زوجته بالتَّدبير والصِّيانة"[860]. هذا التعريف وغيره يمكن أن نستخلص منه قواعد أساسية لا بد من استحضارها في سياق القوامة الزوجية، ويمكن تلخيصها في الآتي:

1. القوامة ولاية ورعاية: القوامة هي نوع من الولاية التي تعني إدارة الشؤون والنصرة والحماية. يصفها المفسرون بأنها تشبه قيام الوالي على رعيته، بهدف التدبير والإصلاح.

2. القوامة مسؤولية وتكليف: هي تكليف للرجل يُحاسب عليه، وليست مجرد تشريف أو امتياز. هذا التكليف يشمل الإنفاق وتوفير متطلبات الحياة، وحماية الأسرة.

3. القوامة لها أسباب ومناطات موضوعية، الآية الكريمة – الأصل في الباب – ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ... وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾. [سورة النساء: 34]. حددت سببين رئيسين:

✓ "بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ: " يشير المفسرون إلى أن هذا التفضيل يتعلق بالخصائص الفطرية والقدرات التي أُعطيت للرجل وتجعله أقدر على تحمل مسؤوليات معينة مثل القيادة والحماية[861].

---

[860] : القوامة الزوجية، الدكتور محمد بن سعد المقرن، مجلة العدل، عدد: 32، شوال (1427هـ). ص: 13.

[861] : تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، تحقيق: حكمت بن بشير بن ياسين. دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع – السعودية. ط:1، 1431 هـ "ج94/3». وجامع البيان عن تأويل آي القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري "ت 310 هـ". تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي. دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان – القاهرة، مصر. ط1 1422 هـ – 2001 م "ج687/6".

وأحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي "ت 370هـ" تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين. دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ط: 1 1415هـ/1994م "ج453/1".

✓ "وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ: " وهو التكليف المالي الذي يقع على عاتق الرجل، من مهر ونفقة، مما يجعله المسؤول الأول عن تأمين احتياجات الأسرة.

ثالثاً: الفرق بين القوامة والسلطة المطلقة (التسلط)

من المهم جدًا التمييز بين مفهوم القوامة كما يقصده الشرع، وبين مفهوم التسلط والاستبداد الذي قد يُمارس خطأً باسمها. ويمكنني تلخيص ذلك في الجدول الآتي:

التسلط (المفهوم الخاطئ)	القوامة (المفهوم الشرعي)
تشريف وامتياز: يُنظر إليها على أنها حق مطلق يمنح الرجل السيطرة.	تكليف ومسؤولية: هي عبء ومسؤولية أمام الله عن رعاية الأسرة.
استبداد بالرأي: تعني فرض القرارات دون نقاش أو اعتبار لرأي الزوجة.	مشورة وتراضٍ: تقوم على التشاور وتبادل الرأي لتحقيق مصلحة الأسرة.
قهر وإلغاء: تُستخدم لإلغاء شخصية المرأة والتقليل من شأنها.	رعاية وحماية: هدفها صيانة كرامة المرأة وحفظ كيان الأسرة.

ضوابط القوامة:

1. العدل والإحسان: يجب أن تُمارس بالمعروف والإحسان، كما جاء في الحديث: "خيرُكُم خيرُكُم لأهلِهِ."

2. عدم امتدادها للشؤون الخاصة: لا تمتد القوامة إلى حرية المرأة في التصرف في مالها الخاص، أو إجبارها على رأي فقهي معين.

3. سقوطها عند التقصير: يرى بعض الفقهاء أن الرجل إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته دون عذر، فإن حقه في القوامة بمعنى الطاعة الكاملة قد يتأثر أو يسقط.

4. باختصار، القوامة هي آلية تنظيمية لإدارة مؤسسة الأسرة، تضع مسؤولية القيادة والرعاية على عاتق الزوج، مع الحفاظ على شخصية الزوجة وكرامتها وحقوقها، في إطار من المودة والرحمة والتشاور.

المطلب الثاني: أبعاد القِوامة

1. **البعد التكليفي:** يمثّل البعد التكليفي جوهر مفهوم القِوامة في الشريعة، إذ جعل الله تعالى الزوج مسؤولاً عن رعاية الأسرة والقيام بمصالحها المادية والمعنوية. وهذا التكليف مبني على أصلين:

– مسؤولية الرعاية والحفظ: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته" صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب قول الله تعالى: أطيعوا الله.

– وجوب النفقة والسكنى والحماية: جاء في قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ... وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾. [سورة النساء: 34].

وقد نصّ الفقهاء على أنّ هذا التكليف يشمل:

- النفقة الواجبة "طعام، كسوة، سكن".
- حسن المعاشرة.
- تدبير شؤون الأسرة بما يحقق مصلحتها.

يقول ابن العربي المالكي: " الزوجان مشتركان في الحقوق، كما قدمنا في سورة البقرة: (وللرجال عليهن درجة).[البقرة: 228] بفضل القوامية؛ فعليه أن يبذل المهر والنفقة، ويحسن العشرة ويحجبها، ويأمرها بطاعة الله، وينهي إليها شعائر الإسلام من صلاة وصيام إذا وجبا على المسلمين، وعليها الحفظ لماله، والإحسان إلى أهله، والالتزام لأمره في الحجبة وغيرها إلا بإذنه، وقبول قوله في الطاعات."[862].

[862] : أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي "ت 543هـ". راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. ط: الثالثة، 1424 هـ – 2003 م، ج1، ص:530.

كما قرر خليل بن إسحاق في مختصره: " يجب لممكنة مطيقة للوطء على البالغ وليس أحدهما مشرفا قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة بقدر وسعه"[863]. فالبعد التكليفي – إذن – يجعل القِوامة واجباً شرعياً على الزوج لا مجرد امتياز.

2. **البعد الحقوقي**: القِوامة ليست تفوقاً جنسياً، بل توزيع للأدوار يترتب عليه حقوق وواجبات متبادلة. فهي ترتبط بمنظومة الأسرة في الفقه الإسلامي، لذا فالحقوق الزوجية في الإسلام تتأسس على مقصد حفظ النسل والأسرة برعاية الزجين معا؛ لأن البعد الحقوقي يعكس تكامل الأدوار في الأسرة، لا صراعها. وهو عكس ما نجده في نصوص ونُقول من تراثنا الفقهي والأصولي، مفاده: تصوير المرأة ملكا ومتاعا للرجل يفعل به ما يشاء ويريد، ومن نماذج هذه النصوص ما وجدته عند الإمام الشاطبي في موافقاته، فيقول: "والزوجة كذلك صيرها الشارع للزوج كالأسير تحت يده؛ فهو قد ملك منافعها الباطنة من جهة الاستمتاع، والظاهرة من جهة القيام على ولده وبيته؛ فكان مكلفا بالقيام عليها، فقال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) "[864]. [النساء: 34].

3. **البعد الاجتماعي**: يتجاوز مفهوم القِوامة دائرة الطابع الفردي ليؤدي أدواراً اجتماعية مهمة، من أهمها: تحقيق الاستقرار النفسي والعاطفي للأسرة: فالقِوامة من حيث هي قيادة رحيمة وعادلة، تحقق الطمأنينة داخل الأسرة، يقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾. [الروم:21]. "فأخبر تبارك وتعالى أن الزوجية سبب لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر وإنه طبعهم على التحابب والتودد والحنو والرأفة ونبه على تأكيد ذلك بقوله: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾. وقوله: ﴿إِنَّ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عَدُوًّا لَكُمْ﴾.

---

863 : مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري "ت 776هـ"، تحقيق: أحمد جاد. دار الحديث/القاهرة. ط: 1، 1426هـ/2005م. ص: 136.

[864] : الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي "ت 790 هـ". تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد. دار ابن عفان. ط: الأولى، 1417 هـ – 1997 م. ج3. ص: 87.

[التغابن: 14]. فجعل هذين الجنسين غاية ومثلًا يستطرف وقوع العداوة من مثلها لأنهما الغاية في المحبة والعطف"[865].

المبحث الثاني: الأساس الشرعي لمبدأ القِوامة

تستند قوامة الرجل في الأسرة إلى مجموعة متكاملة ومتعاضدة من الأدلة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وتدعمها مقاصد الشريعة الإسلامية الهادفة إلى استقرار المجتمع.

المطلب الأول: الأساس القرآني

العمود الفقري لمشروعية القوامة هو النص القرآني الصريح، وتحديدًا آية 34 من سورة النساء، والتي تُعتبر الأصل في هذا الباب.

النص المعتمد في الباب: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِم﴾ [النساء: 34]. هذه الآية تحدد بوضوح أن للرجال دور "القوامة" على النساء، وتوضح سببين رئيسيين لهذا التكليف، "إنَّ وظيفة القوامة تعني: مسؤوليَّة الزَّوج عن إدارة دفَّة سفينة العائلة، وسياسة شؤون البيت ومراعاة أفراده، وعلى رأسهم الزَّوجة التي وَصَفَها النَّبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم بأنَّها خير متاع الدُّنيا، وليس للزَّوج الحقُّ مطلقًا في استغلال هذه الوظيفة في الإساءة للزَّوجة والتَّقليل من شأنها أو تكليفها ما لا تُطيق؛ فإنْ فَعَلَ، فإنَّ للمرأة أن ترفع أمرها إلى وليِّها أو مَنْ تراه من المسلمين لردعِ ذلك الزَّوج وتبصيره سواءَ السَّبيل" .

وقد ربط الإمام القرطبي في جامعه بين القوامة والقيام بشرطها، وهو رعاية الأسرة والنفقة عليها، وإلا سقطت، فيقول: "متى عجز عن النَّفقة لم يكن قوَّامًا عليها، وكان لها فَسْخُ العقد؛ لزوال المقصود الذي شُرِعَ لأجله النِّكاح، وفيه دلالة واضحة من هذا الوجه على ثبوت فسخ النِّكاح عند الإعسار بالنَّفقة والكِسْوَة، وهو مذهب الإمامين مالكٍ

---

[865] : المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة. ج1530/3.

والشّافعيّ"[866]. فآية القوامة تؤكد: أن القوامة تكليف ومسؤولية وليست مجرد تشريف. يوضح أن الآية لم تقل "الرجال أفضل من النساء"، بل قالت "بما فضل الله بعضهم على بعض"، مما يعني أن التفضيل هنا وظيفي ومحدود بمجال القوامة. يرى الرازي أن هذا التفضيل يخص أمورًا مثل كمال العقل والقدرة على تحمل المشاق، وهي صفات ضرورية لمن يتولى القيادة.

المطلب الثاني: الأساس النبوي: السنة النبوية الشريفة تُفصّل وتوضح المفهوم القرآني للقوامة، وتربطها بالمسؤولية والرعاية والإحسان.

- **حديث المسؤولية العامة والخاصة:** عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ:**"كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ: الإِمَامُ رَاعٍ، وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ، وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا، وَهِيَ مَسْؤُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ، وَهُوَ مَسْؤُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"**[867].

هذا الحديث يضع القوامة الزوجية ضمن إطار أوسع من المسؤولية العامة. فالرجل "راعٍ" في أهله، والراعي هو الحافظ والمؤتمن والمدبر لشؤون رعيته. هذا يوضح أن القوامة ليست سيطرة، بل هي أمانة ومسؤولية سيُسأل عنها الرجل يوم القيامة، وهدفها تحقيق المصلحة لمن هم تحت رعايته.

- **حديث الوصاية بالنساء خيرًا:**

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: "اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ خُلِقَتْ مِنْ ضِلَعٍ، وَإِنَّ أَعْوَجَ شَيْءٍ فِي الضِّلَعِ أَعْلَاهُ، فَإِنْ ذَهَبْتَ تُقِيمُهُ كَسَرْتَهُ، وَإِنْ تَرَكْتَهُ لَمْ يَزَلْ أَعْوَجَ، فَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ"[868].

---

866 : الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة الثانية، 1384 هـ – 1964 م. ج5/ 169.

867 : صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. دار ابن كثير، دار اليمامة) – دمشق. ط: الخامسة، 1414 هـ – 1993 م. ج2/848. رقم الحديث: 2278.

868 : صحيح البخاري. ج3/ 1212. رقم الحديث: 3153.

هذا الحديث وغيره من الأحاديث التي تحث على الإحسان إلى الزوجة، يضع ضابطًا أخلاقيًا مهمًا لممارسة القوامة؛ إذ هي لا تكون مصدرًا للظلم أو القهر، بل يجب أن تُمارس بالرفق والرحمة والمعروف. فالقوامة التي تؤدي إلى الإساءة هي انحراف عن المقصد النبوي. فالعلاقة – إذا – بين هذه الحديث ومفهوم القوامة هي علاقة تكاملية؛ فالقوامة هي الجانب الإداري والتنظيمي للأسرة، بينما الرعاية والإحسان هما الجانب الأخلاقي والروحي الذي يجب أن يرسخ هذه الإدارة لضمان تحقيق المصلحة المشتركة للأسرة في جو من المودة والرحمة.

المطلب الثالث: مقاصد الشريعة: إن مبدأ القوامة له صلة مباشرة مع المقاصد العليا للشريعة الإسلامية، ويتضح ذلك من خلال الإشارات الآتية:

- **حفظ الأسرة واستقرارها (مقصد حفظ النسل):** إن الأسرة هي اللبنة الأساس في المجتمع، واستقرارها ضروري لاستقرار المجتمع. ووجود قيادة واضحة ومسؤوليات محددة داخل هذا الكيان الاجتماعي يمنع الفوضى والنزاع، ويضمن وجود مرجعية لاتخاذ القرارات الحاسمة، مما يساهم في استقرارها وبقائها؛ "تبتدئ آصرة القرابة بنسبة البنوة والأبوة، والنسل المعتبر شرعًا هو الناشئ عن اتصال الزوجين بواسطة عقدة النكاح المنتفي عنها الشك في النَّسب... وحفظ النسب الراجح إلى صدق انتساب النسل إلى أصله سائق النسل إلى البر بأصله، والأصل إلى الرأفة والحنو على نسله سوقًا جليًّا وليس أمرًا وهميًّا... ثم نشأ عن قداسة آصرة القرابة إكساؤها إهابَ الحرمة والوقار، فقررت الشريعة معنى المَحْرَميَّة بالنسب وهو تحريم الأصول والفروع في النكاح..."[869].

- **تحقيق المصلحة العامة لكل فرد (مقصد جلب المصالح ودرء المفاسد):** القوامة ليست امتيازا للرجل، ولا مكسبا لمصلحة الرجل وحده، بل هي مبدأ لتحقيق مصالح

869 : مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي "ت 1393 هـ"، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة "ت 1433 هـ"، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر. ج3/ 436 – 438. "بتصرف"

جميع أفراد الأسرة؛ فالزوجة والأبناء يجدون في كنف هذه القوامة الرعاية المادية والأمن والحماية، بينما يجد الرجل فيها شريكًا يساعده على أداء دوره. وهذا التنظيم على هذا النسق والحيثية من شأنه أن يدرأ مفسدة تشتت الأسرة وضياع حقوق أفرادها.

- ضبط السلوك الاجتماعي داخل الأسرة: من خلال تحديد الأدوار والمسؤوليات، تضع القوامة إطارًا لضبط العلاقات داخل الأسرة. فالرجل مسؤول عن توجيه الأسرة وحمايتها من الانحراف، والمرأة شريكة في حفظ هذا الكيان من خلال دورها التربوي والرعائي، مما يخلق بيئة منضبطة وصحية لتربية الأبناء.

المبحث الثالث: القِوامة في الفقه المالكي

تُعدّ القِوامة من أهم المفاهيم التنظيمية في بنية الأسرة المسلمة، وقد تناولتها المذاهب الفقهية باعتبارها مبدأً يقوم على التكليف الشرعي والضوابط الأخلاقية والمصلحة الأسرية، وليس على مجرد الامتياز أو الاستبداد.

المطلب الأول: ارتباط القِوامة بالإنفاق والولاية الشرعية

يرى فقهاء المالكية أنّ القِوامة وظيفة تكليفية تقوم على القيام بمصالح الزوجة والإنفاق عليها، وأنّ الإنفاق شرط لاستحقاق القِوامة[870]. ويؤكد ابن عبد البر أن الزوج إنما استحق الولاية، لأنه متكفّل بالنفقة، ولو في حال طلاق زوجته طلاقا رجعيا، حيث يقول: "لا خلافَ بين علماء الأُمَّة أنَّ اللَّواتي لأزواجهنَّ عليهنَّ الرَّجعة، لهنَّ النَّفقة، وسائر المؤونة على أزواجهنَّ، حوامل كُنَّ أو غير حوامل؛ لأنَّهنَّ في حُكْم الزَّوجات في النَّفقة والسُّكنى والميراث ما كنَّ في العدَّة[871]". بل ويثبت –رحمه الله– النفقة حتى على

870 : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد "ت 595هـ"، دار الحديث – القاهرة. ج3/ 76–77.

871 : الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي "ت 463هـ"، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية – بيروت. ط: الأولى، 1421 – 2000. ج6 / 165.

المبتوتة الحامل، فيقول: "إن كانت المبتوتةُ حاملًا، فالنَّفقة لها بإجماعٍ من العلماء؛ لقول الله عزَّ وجل في المطلَّقات المبتوتات :﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[872]. [الطلاق: 6].

فالمالكية يجعلون القِوامة مرتبطة بركنين:

- **الولاية الشرعية:** حفظ الحقوق وتنظيم شؤون الأسرة.
- **الإنفاق:** لأنه الأساس المادي الذي يبرّر تقديم الزوج.

المطلب الثاني: قاعدتان عامتان مؤصلتان لمبدأ القِوامة

1. قاعدة: "الضرر يزال"

هذه القاعدة الكبرى – التي أجمع عليها الفقهاء – تُعد أساسًا مهمًا في ضبط القِوامة." وهي القاعدة الثانية من القواعد الثلاث الأصول المسوقات بشأن الضرر، من حظر إيقاعه، ووجوب إزالته بعد الوقوع، كما ذكرناه تحت القاعدة السابقة، وهذه هي المسوقة لبيان وجوب إزالته إذا وقع"[873]. فكل استعمال يؤدي إلى ضرر مادي أو معنوي يُرفع فورًا.

2. قاعدة: "المصلحة أساس التصرف"

إن التصرفات الشرعية – ومن ضمنها القوامة – لا تكون مشروعة إلا إذا حققت مصلحة .ومن الأفيد هاهنا أن أسوق التعليق البليغ الذي جادت به قريحة الدكتور فريد الأنصاري – رحمه الله – ، وهو يتأمل قول الله تعالى: ﴿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]، فيقول: "والرحم مفهوم كليّ

872 : المصدر والصفحة أنفسهما.

873 : شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا "ت 1357 هـ – 1938 م"، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف). تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق – سوريا. ط: الثانية، 1409 هـ – 1989 م. ص: 179.

في الدين، يقوم عليه عدد كبير من الأحكام الشرعية، التي تنظّم الحياة الزوجية بما يضمن استمرارَ هويتها الإسلامية، وانتسابَها الديني في ذريتها إلى يوم القيامة، فالرحم ليست هي ذلك الغشاء البطني الداخلي الذي يحتضن الجنين في بطن أمه فحسب. ذلك معنى لغوي صرف. وإنما المقصود بالرحم في السياق التشريعي: هو مجموع العلاقات الشرعية التعبدية، التي تنشأ عن الزواج الشرعي، وعما يترتب عنه من نسل"[874].

المبحث الرابع: البعد الاجتماعي للقِوامة

المطلب الأول: تنظيم الأسرة

نظرة الإسلام للأسرة، تقوم على أساس اعتبار القِوامة مسؤولية تقوم على تنظيم العلاقة بين الزوجين بشكل يعزز التكامل والتعاون؛ إذ يعتبر تقسيم الأدوار بين الزوجين عنصرًا محوريًا في تيسير الحياة الأسرية، حيث يُتوقع من الرجل أن يكون المسؤول عن النفقة وحماية الأسرة، بينما يتمثل دور المرأة في تربية الأطفال والعناية بالبيت وفقًا لما تقتضيه طبيعة تركيبتهما البيولوجية والاجتماعية. ومن هنا، يتعين على الزوجين أن يلتزما بتوزيع الأدوار، بحيث لا يشعر أحدهما بالتهميش أو بالعبء الزائد، ويظل التعاون متبادلًا في تحقيق الاستقرار الأسري. وتحقيق هذا المقصد يقتضي تشكيل التقائية تكاملية بين العلوم الإسلامية والإنسانية في ترسيخ وتوطين هذا التعاضد والتكامل بين جميع مكونات الأسرة، "وكان من السهل أن يتضح ذلك لو سارعنا إلى إنشاء "علم اجتماع إسلامي"، تلتقى فيه قضايا الأسرة كلها إلى جانب ضروب التعاون والتلاقى بين طوائف الناس المختلفة، ولكننا ما نزال نحبو في هذا المجال مكتفين بالترجمة والتقليد، مع أن العلوم الإنسانية في برامجها الجديدة تمس كيان الأسرة من زوايا كثيرة، بل إن علوم التربية والأخلاق والاقتصاد والاجتماع – قبل علم القانون – تتصل بشئون الأسرة"[875].

874 : الفطرية بعثة التجديد المقبلة من الحركة الإسلامية إلى دعوة الإسلام، الدكتور فريد الأنصاري. دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة. ص: 172-173.

875 : قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة" محمد الغزالي، دار الشروق. ص: 156.

وتُعدّ القِوامة في النظام الأسري المالكي وسيلة لتحقيق الاستقرار النفسي والاجتماعي للأطفال، باعتبار أن المسؤولية المشتركة بين الزوجين في تربية الأبناء تحافظ على توازن الأسرة وتساهم في بناء شخصية الأطفال في جوٍّ من الاستقرار والطمأنينة. ولذا، فإن القِوامة ليست مجرد تحمل مسؤولية مالية أو مادية، بل هي أساس لتوفير بيئة صحية تنشأ فيها الأجيال القادمة بطريقة صحيحة ومتكاملة.

المطلب الثاني: التحولات الاجتماعية

لا شك أن التعليم والعمل قد أحدثا تغيرات كبيرة في توزيع الأدوار داخل الأسرة. حيث إن دخول المرأة إلى سوق العمل وتفوقها في بعض المجالات المهنية قد أثر بشكل مباشر على مفهوم القِوامة. وفي الفقه المالكي، رغم تأكيد الدور التقليدي للمرأة في تدبير شؤون المنزل، إلا أنه لا يمنعها من المشاركة الفعّالة في المجتمع. وفي ظل هذه التحولات، أصبح من الضروري إعادة تقييم مفهوم القِوامة بما يتناسب مع متطلبات العصر، مع الحفاظ على التوازن الأسري وضمان حقوق كل طرف. هنا نحتاج إلى مبدأ الاجتهاد من أهله وفي محله، والذي يعني: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي، بطريق الاستنباط"[876]. و"يدل عموما على استفراغ المجتهد للوسع وبذله أرفع مستويات الجهد الفكري والعلمي والبحثي في مجالات دراسة الأفكار والمفاهيم والنظريات والأحكام، وبالشكل الذي من المفترض أن يحقّق قدرا من الاكتشاف والابتكار والتجديد". [877] إن الإعلام ووسائل التواصل الاجتماعي لهما دور كبير في تشكيل نظرة الأفراد للأدوار الأسرية، ومن ثم تغيير القيم والمفاهيم المتعلقة بالقِوامة. فقد أدى الانتشار الواسع لهذه الوسائل إلى تعزيز فكرة المساواة بين الزوجين، وهو ما قد يؤدي إلى صعوبة في التوفيق بين القِوامة التقليدية والتحولات الثقافية الحديثة. لكن من المهم التأكيد على أن التوجيه

876 : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد الشوكاني، دار السلام، 1418-1998. ج716/2.

877 : من التراث إلى الاجتهاد – الفكر الإسلامي وقضايا الإصلاح والتجديد" زكي الميلاد، المركز الثقافي العربي. ص: 284.

الديني السليم يمكن أن يكون وسيلة فعالة في مواجهة هذه التأثيرات، عبر التأكيد على أهمية التوازن والاحترام المتبادل في العلاقات الأسرية.

شهدت الأسر في العصر الحديث تحولًا كبيرًا في نمط السلطة والمسؤوليات، حيث أصبح هناك تبادل أكبر للأدوار بين الزوجين. ومع تزايد استقلالية المرأة في القرارات المالية والمهنية، بات من المهم أن تتم إعادة النظر في مفهوم القِوامة. فهذه التحولات قد تؤدي إلى تحديات جديدة في إدارة العلاقة الزوجية، خاصة عندما تتنازع الأدوار التقليدية مع الأدوار الحديثة. ومن هنا، يُحتّم على المشرع والمجتمع إيجاد حلول تضمن تحقيق التوازن بين حقوق الزوجين دون المساس بمفهوم القِوامة الشرعية.

ومع كل هذه التحولات تظل القوامة "ضرورة تقضي بها سنة الله في الحياة، تلك هي حاجة أي مؤسسة يعمل فيها أكثر من شخص إلى رئيس يُرجع إليه في تسيير أمور المؤسسة"[878].

خلاصات

أولًا: القوامة ضرورة تنظيمية وسُنّة اجتماعية

1. القوامة تمثل رئاسة الأسرة، وهي ضرورة تفرضها سنن الاجتماع البشري، إذ لا يستقيم أي كيان جماعي دون مرجعية قيادية تضبط شؤونه وتدير اختلافاته.

2. الأسرة، بوصفها جماعة تتكون من أفراد متباييني الطبائع والميولات، لا تُستثنى من هذا القانون الكوني، مما يستوجب إسناد أمر تدبيرها إلى رئيس واحد صونًا لها من التفكك والاضطراب.

3. يؤكد القرآن الكريم هذا الأصل من خلال التنبيه إلى فساد الاجتماع عند تعدد الرؤوس، كما في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾. [الأنبياء:22]. في دلالة واضحة على وحدة القيادة وضرورة القيومية في كل نظام.

878 : ماذا عن المرأة، نور الدين عتر، اليمامة للنشر والطبع والتوزيع، دمشق –بيروت– ص: 136.

ثانيًا: القوامة تفويض مشروط بالأهلية والمسؤولية

1. الشريعة الإسلامية لم تجعل القوامة امتيازًا مطلقًا، بل ربطتها بجملة من معايير الأهلية العلمية والخلقية والقدرات التدبيرية.

2. إسناد القوامة –في الغالب– إلى الرجل إنما يكون متى تحققت فيه الشروط التي نصت عليها الشريعة، وليس لمجرد الذكورة.

3. متى ثبتت أهلية القوامة، وجب على صاحبها استحضار لوازمها الشرعية، وضبط حدود سلطته، والوعي بحقوق من هم تحت إمرته، وبما يقتضيه ذلك من عدل ومسؤولية وتكليف لا تسلط.

ثالثًا: اختلال الفهم المعاصر للقوامة وآثاره

1. شهد العصر الحديث خلطًا مفاهيميًا أفضى إلى إساءة فهم القوامة، إما بتضخيمها وتحويلها إلى أداة قهر وتهميش للمرأة، أو بتفريغها من مضمونها الشرعي بدعوى المساواة المطلقة.

2. هذه القراءات المنحرفة جاوزت النصوص الشرعية، وأنتجت ممارسات أضرت بالمرأة والأسرة معًا، وحمّلت القوامة ما لا تحتمل من تصورات وإيديولوجيات دخيلة.

3. إن معالجة هذا الخلل تقتضي تجاوز منطق القهر من جهة، ومنطق التفلت من جهة أخرى، بإعادة القوامة إلى موقعها الشرعي المتوازن.

رابعًا: إصلاح العلاقة الأسرية مدخل لإصلاح المجتمع

1. إعادة ترتيب العلاقة بين الرجل والمرأة داخل الأسرة تمثل المدخل الأساس لتحرير المرأة من الإقصاء، دون الوقوع في الفوضى أو التفريط.

2. صورة المرأة في المجتمع انعكاس مباشر لمكانتها داخل الأسرة، فإذا التزم صاحب القوامة بضوابطها الشرعية، تحققت العدالة تلقائيًا داخل البيت وخارجه.

خامسًا: الحاجة إلى تصور فقهي جديد للأسرة

1. الإصلاح الأسري في المجتمعات الإسلامية يتطلب تصورًا شاملًا لا يحصر وظيفة الأسرة في الإحصان والإنجاب وخدمة البيت، بل يربطها بمقاصدها الحضارية ودورها في بناء أمة الشهادة.

2. هذا الإصلاح يستدعي صياغة فقه جديد للأسرة، يُشعر كل فرد بمسؤوليته الرسالية، ويؤسس وعيًا جماعيًا بوظائف الأسرة الغائية.

3. ويتحمل دعاة الإصلاح مسؤولية كبرى في تصحيح المفاهيم المركزية، مثل: الأهلية، والكفاءة، والأسرة، والقوامة، والولاية، والدرجة، والمساواة، مع اعتماد منهج الاجتهاد المقاصدي في فهم الخطاب الشرعي وتركيب دلالاته.

4. وبذلك يتأسس فهم متوازن للقوامة، يحقق الاستقرار الأسري، والعدل بين الجنسين، والانسجام مع مقاصد الشريعة وسنن الاجتماع.

المصادر والمراجع المعتمدة

1. المصحف الشريف برواية ورش عن نافع.

2. أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي "ت 370هـ" تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين. دار الكتب العلمية بيروت – لبنان ط: 1 1415هـ/1994م .

3. أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي "ت 543هـ". راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. ط: الثالثة، 1424 هـ – 2003 م.

4. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد الشوكاني، دار السلام، 1418-1998.

5. الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي "ت 463هـ"، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية – بيروت. ط: الأولى، 1421 – 2000.

6. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد "ت 595هـ"، دار الحديث – القاهرة.

7. تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، تحقيق: حكمت بن بشير بن ياسين. دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع – السعودية. ط:1، 1431 هـ.

8. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري "ت 310 هـ". تحقيق: د عبد الله بن عبد المحسن التركي. دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان – القاهرة، مصر. ط1 1422 هـ – 2001 م.

9. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني، وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة الثانية، 1384 هـ – 1964 م.

10. شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا "ت 1357 هـ – 1938 م"، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا "ابن المؤلف". تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق – سوريا. ط: الثانية، 1409هـ / 1989م.

11. صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. دار ابن كثير، دار اليمامة) – دمشق. ط: الخامسة، 1414 هـ – 1993 م.

12. الفطرية بعثة التجديد المقبلة من الحركة الإسلامية إلى دعوة الإسلام، الدكتور فريد الأنصاري. دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة.

13. قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة" محمد الغزالي، دار الشروق.

14. القوامة الزوجية، الدكتور محمد بن سعد المقرن، مجلة العدل، عدد: 32، شوال "1427هـ".

15. لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت 711هـ). دار صادر– بيروت. ط: الثالثة – 1414هـ.

16. ماذا عن المرأة، نور الدين عتر، اليمامة للنشر والطبع والتوزيع، دمشق – بيروت–.

17. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي "ت 666هـ". تحقيق: يوسف الشيخ محمد. المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا. ط: الخامسة، 1420هـ / 1999.

18. مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري "ت 776هـ"، تحقيق: أحمد جاد. دار الحديث/القاهرة. ط: 1، 1426هـ/2005مـ.

19. المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، القاضي عبد الوهاب البغدادي "ت 422 هـ"، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة.

20. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي "ت 1393 هـ"، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة "ت 1433 هـ"، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر.

21. من التراث إلى الاجتهاد – الفكر الإسلامي وقضايا الإصلاح والتجديد" زكي الميلاد، المركز الثقافي العربي..

22. الموافقات، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي "ت 790 هـ". تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. تقديم: بكر بن عبد الله أبو زيد. دار ابن عفان. ط: الأولى، 1417 هـ – 1997 م.

انعكاسات نتائج الإحصاء العام للسكان 2024 على تعديل مدونة الأسرة: نحو رؤية فقهية وتشريعية تستجيب للتحولات المجتمعية

ذ. منير شماع
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال ـ الرباط

إذا كانت مدونة الأسرة قد شكلت ثورة تشريعية، أسس من خلالها المشرع أحكام جديدة لتدبير العلاقة الزوجية من النشأة إلى ما بعد الوفاة، فإن التغيرات المجتمعية التي عرفها المغرب طيلة العشرين سنة الماضية، تفرض تجديد النظر في التشريع الأسري، اعتبارا لكون الممارسة الواقعية أبانت عن قصور النص التشريعي في الإجابات عن الإشكالات التي تتولد عن إحلال العلاقة الزوجية، والاثار المترتبة عن ذلك، خاصة النص التشريعي الساري النفاذ لا يضمن حقوقا أساسية للمتضررين من انحلال العلاقة الزوجية. في هذا الإطار لا يشكل اللجوء إلى تعديل المدونة ترفا تشريعيا بقدر ما هو ضرورة مجتمعية تعيد ترتيب العلاقة الزوجية بشكل يشمن توازن هذه العلاقة التعاقدية، لكن هذا التعديل و إن كان يعتمد منهجية تشريعية خاصة لكونه التشريع الوحيد الذي يضمن مشاركة فعلية لمختلف الفاعلين من أحزاب سياسية و مجتمع مدني، فإنه يقتضي الانفتاح على الدراسات الاجتماعية التي تفسر السلوك الاجتماعي للمخاطبين بالقاعدة القانونية، و لعل نتائج إحصاء 2024 قد حملت مؤشرات ديمغرافية تعكس تغيرا مجتمعيا لا يمكن تجاهله خاصة في ظل انخفاض معدل الخصوبة إلى 1،97 ، أي تحت المعدل الذي يسمح بتعويض الأجيال، لذلك فإن تعديل مدونة الأسرة بمقاربة قانونية و فقهية صرفة لا تستحضر هذه المعطيات الإحصائية قد تكون له آثار سلبية على البنية الديمغرافية للمجتمع المغربي بشكل يجعل التشريع الأسري غير منتجا لآثاره الاجتماعية.

هذه العلاقة الوثيقة بين المعطيات الإحصائية والتشريع في مدونة الأسرة سنحاول أن نرصدها من خلال محورين:

المحور الأول: مظاهر التحول في الأسرة المغربية حسب مؤشرات إحصاء 2024

المحور الثاني: نحو تعديل تشريعي يستحضر المعطيات الإحصائية

المحور الأول: مظاهر التحول في الأسرة المغربية حسب مؤشرات إحصاء 2024

تشكل المقاربة السوسيولوجية مدخلا رئيسيا لفهم الواقع الاجتماعي و تحولاته البنيوية، لذلك اعتمدت الأمم المتحدة توصيات تهدف إلى اعتماد البلدان الأعضاء على المؤشرات الإحصائية في بناء السياسات العمومية، الشيء الذي جعل من الإحصاء العام للسكان ممارسة اعتيادية في العديد من البلدان لقياس حجم التحولات التي تعرفها المجتمعات البشرية، و وضع سياسات عمومية تلائم الواقع الديمغرافي، و في هذا الصدد اعتمد المغرب مقاربة إحصائية تعتمد نظام العشرية لرصد التحولات المجتمعية و تأثيراتها المستقبلية سواء اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا أو بيئيا، وذلك بهدف رسم معالم واضحة للسياسات العمومية المزمع اعتمادها، و لعل المؤشرات التي أفرزها الإحصاء العام للسكان و السكنى لسنة 2024 تبرز تحولا نوعيا في البنية الديمغرافية للمجتمع المغربي وتأثيراتها المباشرة على منظومة الأسرة باعتبارها نواة للمجتمع و لعل أبرز هذه المؤشرات يكمن فيما يلي:

1- تراجع معدل الخصوبة:

إن المعطيات الإحصائية التي جاء بها إحصاء 2024 تبرز، انخفاض معدل الخصوبة من خلال انخفاض المؤشر التركيبي للخصوبة (عدد الأطفال لكل امرأة). حيث انتقلنا من 7.2 طفل لكل امرأة سنة 1962 إلى 1.97 سنة 2024، وهو مؤشر

أقل من عتبة تعويض الأجيال (2.1) نتيجة لارتفاع حالات الطلاق، عدم الرغبة في الإنجاب، وارتفاع نسبة العزوبة النهائية، التي انتقلت من 5% إلى حوالي 10[879]%.

هذه التحولات جعلت الهرم السكاني يتجه نحو الانقلاب، ويتجلى ذلك في انخفاض نسبة الشباب من 28% إلى 26%، ونسبة الساكنة النشيطة من 63% إلى 59%. بالمقابل، ارتفع سن الأشخاص الذين يتجاوزون 60 عامًا من 9% إلى حوالي 14% (ما يعادل 5 ملايين شخص)[880]. هذه المؤشرات تدل على تحول البنية الديموغرافية والاتجاه نحو شيخوخة المجتمع، كما أن متوسط حجم الأسر شكل انخفاضا ملحوظا حيث انتقل من 4،6 سنة 2014 إلى 3،6 سنة 2024، وقد هم هذا الانخفاض الوسطين الحضري والقروي معا، وهو ما يشكل تحولا نوعيا في بنية الأسرة المغربية سواء من حيث الاستقرار الأسري أو من حيث عدد الأبناء، هذه المؤشرات تدل على كون أحكام مدونة الأسرة كما صيغت قبل 20 سنة لم تعد قادرة على ضمان أمن أسري يتيح تحققا واقعيا للأسرة المستقرة[881]، كما ابتغاها المشرع من خلال مدونة الأسرة سنة 2004.

2- ارتفاع متوسط سن الزواج:

لقد أشارت المعطيات الإحصائية إلى ارتفاع متوسط سن الزواج، الشيء الذي جعل معدل العزوبة النهائية يصل إلى 55 سنة، ليرتفع هذا المعدل بنسبة 4%، حيث انتقل من 5،9% سنة 2014 إلى 9،4 % سنة 2024، و يسجل هذا الارتفاع بشكل أكبر عند النساء بحوالي 11،1% مقارنة مع الرجال الذين لا تتجاوز نسبة العزوبة لديهم 7،6[882]%، هذه المؤشرات تعكس وضعا مقلقا يهدد النمو الديمغرافي، و حتى و إن

---

[879] المندوبية السامية للتخطيط، الإحصاء العام للسكان والسكنى 2024، الخصائص الديموغرافية والاجتماعية والاقتصادية للسكان، مذكرة حول النتائج الرئيسية للإحصاء دجنبر 2024، ص 8.

[880] المندوبية السامية للتخطيط، الإحصاء العام للسكان والسكنى 2024، الخصائص الديموغرافية والاجتماعية والاقتصادية للسكان، مذكرة حول النتائج الرئيسية للإحصاء دجنبر 2024، ص 8.

[881] تنص المادة 4 من مدونة الأسرة على ما يلي" الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

[882] المندوبية السامية للتخطيط، الإحصاء العام للسكان والسكنى 2024، م. س، ص 8.

كان هذا الوضع يمكن أن يفسر بعوامل متعددة يتداخل فيها الاقتصادي بالاجتماعي بالثقافي، فإن التفسير القانوني لا يمكن أن يظل هامشيا اعتبارا لكون عدم الاقبال على الزواج قد يفسر بمحدودية الحماية القانونية التي توفرها مدونة الأسرة لطرفي هذه العلاقة التعاقدية الاستثنائية.

3- تنامي ظاهرة الطلاق:

رصد الإحصاء العام للسكان لسنة 2024 ارتفاعا ملحوظا في حالات الطلاق و هو مؤشر على ضعف التماسك الأسري الذي أصبح يهدد الأسرة المغربية، فإذا كانت المبررات الاقتصادية و الاجتماعية تشكل السبب المباشر في ارتفاع هذا المؤشر، فإنه المقتضيات القانونية المؤطرة لانحلال العلاقة الزوجية تعدّ عاملا مساعدة على تيسير عملية الطلاق خاصة فيما يتعلق بالتطليق للشقاق الذي يشكل 70% من مجموع حالات الطلاق[883]، و هو ما جعل الطلاق يخرج من نطاق الاستثناء كما ابتغى المشرع من خلال المادة 70 من مدونة الأسرة[884]، و يصبح بالمقابل ممارسة اعتيادية تناقض إرادة المشرع، لذلك فإن تنامي ظاهرة الطلاق لا يمكن النظر إليها في إطار مقاربة سوسيولوجية معزولة، بل لابد من استحضار المقتضيات القانونية التي تشجع على اللجوء المفرط إلى استخدام هذه الالية القانوني الاستثنائية، وإبراز مكامن الخلل في القانون الساري المفعول و تأثيراتها السلبية على العلاقة الزوجية.

4- ارتفاع نسبة الأسر التي تعيلها النساء

لعل من أبرز التحولات السوسيوديمغرافية التي رصدتها المعطيات الإحصائية الرسمية هو ارتفاع نسبة النساء التي تعيل الأسر، حيث انتقلت هذه النسبة من 16،2 سنة 2014 إلى 19،2 سنة 2024[885]، و يظهر هذا التطور على مستوى الوسط

---

[883] المجلس الأعلى للسلطة القضائية، تقرير حول القضاء الأسري بالمغرب 2017-2021، يناير 2023، ص 45.

[884] تنص المادة 70 من مدونة الأسرة على ما يلي:

[885] المندوبية السامية للتخطيط، الإحصاء العام للسكان والسكنى 2024، م. س، ص 9.

الحضري حيث تصل نسبة النساء المعيلة للأسر إلى 21،6 بينما تصل هذه النسبة إلى 14،5 في الوسط القروي[886]، هذه المؤشرات الإحصائية تعكس دينامية على مستوى الأسرة و تطورا نوعيا في الأدوار الاقتصادية و الاجتماعية للنساء، و هو تطور يستوجب مساءلة المقتضيات القانونية المؤطرة للمسؤوليات الأسرية و الأدوار الجديدة للنساء اعتبارا لكون الأحكام التي تتضمنها مدونة الأسرة لا تستجيب هذه المستجدات الإحصائية خاصة بالنسبة للآثار المترتبة عن انحلال العلاقة الزوجية و المتعلقة بالنفقة و الثغرات القانونية التي تحول النفقة إلى عبء مسطري يحول دون استحقاقها و يحرم الأطفال من حقهم في الحماية القانونية المقررة قانونا، لذلك فإن هذه المؤشرات الإحصائية تفرض مراجعة شاملة للأحكام المتعلقة بآثار الطلاق بشكل يعزز الأدوار الجديدة للنساء كمعيلات للأسر، و يقلص من معاناتهن في استحقاق حقوقهن الشرعية بعد انحلال العلاقة الزوجية.

المحور الثاني: نحو تعديل تشريعي يستحضر المعطيات الإحصائية

يشكل التشريع في المادة الاسرية إحدى أهم التشريعات المشمولة بالخصوصية و الاستثناء، فإذا كانت المسطرة التشريعية منصوص عليها في دستوريا تشكل الآلية الإجرائية المقررة قانونا لولادة النص التشريعي، فإن مدونة الأسرة واعتبارا لأهميتها لكون الأسرة مشمولة بتأطير دستوري يجعل منها الخلية الأساسية للمجتمع و يلزم الدولة بالعمل على توفير الحماية القانونية والاقتصادية والاجتماعية لها بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها، تحظى بمساطر خاصة و برعاية ملكية لهذا الورش التشريعي، حيث يتخذ الإصلاح شكل مشروع قانون تتبناه الحكومة بعد انتهاء عمل اللجنة الملكية المكلفة بإعداد المداخل الكبرى للإصلاح و صدور الرأي المطابق للمجلس العلمي الأعلى، و هو ما يضفي على التشريع في المادة الاسرية طابعا خاصا يعكس الحذر التشريعي و اليقظة القانونية و الفقهية في اعتماد الأحكام المتعلقة بالأسرة.

[886] المرجع نفسه، ص 9.

إن هذه الخصوص الشكلية المميزة للتشريع الأسري ترتبطا ارتباطا عضويا بخصوصيته الموضوعية، اعتبارا لكون المس بأحكام الأسرة لا يجب أن يناقض الأحكام الشرعية و الفقهية من جهة و كذا الرهانات الدستورية التي جعلت الحماية القانونية للأسرة غاية كل تشريع يهم الأسرة، من هذا المنطلق فإن تعديل مدونة الأسرة لابد أن يستحضر المعطيات التي جاء بها الإحصاء العام للسكان لسنة 2024 استحضارا للتحولات السوسيوديمغرافية التي عرفها المجتمع المغربي خلال العشر سنوات الأخيرة و لكون التشريع يرتبط بسياق إنتاجه، إذ ليس من المنطقي أن يشكل تؤطر المقتضيات التي تم اعتمادها قبل 20 سنة مجتمعا جديدا بتحولات اجتماعية و اقتصادية لا تنضبط لإيقاع التشريع الجاري به العمل خاصة على مستوى إحلال العلاقة الزوجية وكذا الآثار المترتبة عن هذا الانحلال.

إن هذه المؤشرات الإحصائية تفرض اعتمادا مقاربة تشريعية حذرة تستحضر مختلف التحولات التي مست الأسرة المغربية، وتبرز وجود تأثيرات مباشرة للمعطيات الإحصائية على تعديل مدونة الأسرة، حيث يمكن رصد هذه التأثيرات على مستوى انحلال العلاقة الزوجية، وكذا الآثار المترتبة عن انحلال العلاقة الزوجية بمختلف مظاهره.

الفقرة الأولى: الطابع الاستثنائي لانحلال ميثاق الزوجية

لقد اعتبر المشرع من خلال المادة 70 من مدونة الاسرة أن الطلاق يعدّ استثناء، وهو ما يدل على الغاية من التشريع الأسري هو الحفاظ على تماسك الأسرة تجنبا للآثار الاجتماعية لانحلال العلاقة الزوجية، لكن القراءة النسقية لأحكام مدونة الأسرة تبرز بعدم الاتساق بين هذه الأحكام، فإذا كان المشرع اعتبر بأن انحلال العلاقة الزوجية يشكل تفكيكا للأسرة و يلحق ضررا مباشرا بالأطفال، فإنه بالمقابل عددّ مداخل اللجوء إلى انحلال هذه العلاقة، من خلال إقرار أشكال متعددة للتطليق، وهوما يعكس ترددا تشريعيا بين حماية الأسرة من التفكك وتحرير قرار فسخ العلاقة الزوجية من القيود التشريعية، هذا الارتباك التشريعي هو ما يفسر ارتفاع حالات الطلاق التي أكدتها

المعطيات الإحصائية التي جاء بها الإحصاء العام للسكان و السكنى، خاصة أن التطليق للشقاق يعد حسب التقرير الذي أصدره المجلس الأعلى للسلطة القضائية أحد أهم المساطر المعتمدة في المطالبة القضائية بفسخ العلاقة الزوجية، هذا اللجوء المفرط لمسطرة التطليق للشقاق يعكس اختلالا تشريعيا في إقرار هذه المسطرة، حيث يتخذ هذا الاختلال مظاهر متعددة، يمكن حصرها فيما يلي:

أولا: تبسيط مسطرة التطليق للشقاق

اعتبر المشرع وجود نزاع يخاف منه الشقاق سببا موجبا للحكم بالتطليق، مقيدا ذلك بشروط مسطرية تتعلق بالقيام بمحاولات الصلح المنصوص عليها في المادة 82 من مدونة الأسرة، لكنه لم يشترط جدية النزاع و يخضعه للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع لرفض الطلب، بل جعل الحكم بالتطليق للشقاق أثرا مباشرا للطلب، و هو ما يعني أن قاضي الموضوع ملزم بإصدار حكم بالتطليق في حالة تعذر الإصلاح بين الطرفين، مع مراعاة مسؤولية الأطراف عن سبب الفراق بينهما، وهو ما يعني أن كل مبادرة يقوم بها الزوجين و الرامية إلى طلب التطليق للشقاق ستفضي حتما و بغض النظر عن موضوعية أسباب المطالبة بالتطليق إلى انحلال ميثاق الزوجية، خاصة أن الطلبات التي كانت موضوع رفض أو عدم قبول لا تتجاوز 20% [887]و هو ما يعني أن سلطة لقاضي الموضوع مقيدة في تقدير جدية السبب و الحكم بقبول الطلب أو رفضه، كما أن المشرع حدد أجل البت في دعوى الشقاق في ستة أشهر ابتداء من تاريخ تقديم الطلب، و هو ما يعكس غلوا تشريعيا في إقرار هذه المسطرة.

إن هذا الاختيار التشريعي الذي اعتمده المشرع يعكس توجها تشريعيا لا يراعي خصوصية العلاقة الزوجية كميثاق و ليست كعقد، لأن المقاربة المعتمدة في مسطرة التطليق للشقاق تبرز أن المشرع ينظر إلى الزواج كعقد من العقود المدنية المحكومة

[887] المجلس الأعلى للسلطة القضائية، تقرير حول القضاء الأسري بالمغرب 2017-2021، يناير 2023، ص 49.

بمبدأ سلطان الإرادة، لذلك ترك خيار استمرار هذه العلاقة التعاقدية أو فسخها يرتهن لإرادة الأطراف، و احتفظ بترتيب المسؤولية على الفسخ في إطار مبادئ المسؤولية العقدية على غرار باقي الالتزامات التعاقدية، هذه المقاربة التشريعية تعكس تجاهلا قصديا للمشرع لخصوصية العلاقة الزوجية و التي و إن كانت ناشئة عن عقد، فإن غايتها و رهاناتها تجعلها علاقة متفردة لا يمكن إخضاعها لأحكام العلاقات التعاقدية الكلاسيكية، خاصة أن العلاقة الزوجية لا تنضبط لمبدأ نسبية آثار العقد المعمول به في مختلف الالتزامات المدنية باعتبارها تنتج آثارا يتجاوز نطاقها الشخصي أطراف العلاقة التعاقدية.

إن النتائج التي أفرزها الإحصاء العام للسكان والسكنى لسنة 2024، والتي تشير إلى ارتفاع حالات الطلاق تبرز بأن تعديل المقتضيات المتعلقة بالتطليق للشقاق يعد مدخلا أساسيا للإصلاح والتخفيف من حدة التفكك الأسري وتوفير الحماية القانونية للأسرة المنصوص عليها دستوريا، ولتحقيق لابد من أن ينصب هذا التعديل على ما يلي:

أ- مراعاة الطابع الاستثنائي للطلاق من خلال وضع قيود تشريعية على مساطر انحلال ميثاق الزوجية، حيث يتعين مراعاة الجدية في الطلبات المقدمة للتطليق للشقاق من خلال إخضاعها للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، مع اعتبارا بأن الأمر يتعلق بمسألة واقع لا تخضع معها هذه السلطة لرقابة محكمة النقض، و ذلك وضع مقتضيات صريحة تتيح لقضاة الموضوع إمكانية الحكم برفض الطلب كلما تبين لهم عدم جدية الطلب، وهو ما قد يساهم في الحد من الحد من اللجوء المفرط إلى هذه المسطرة و يتيح بالمقابل للزوجين فرصة للتراجع حفاظ على وحدة الأسرة و تماسكها، ذلك أن لجوء المشرع من خلال المادة 48 من مدونة الأسرة إلى فتح إمكانية الإثارة التلقائية للقاضي لمسطرة التطليق للشقاق في حالة رفض الزوجة المراد التزوج عليها الموافقة على طلب التعدد دون المطالبة بالطلاق، يعد تفكيكا تشريعيا للأسرة، و انحرافا وظيفيا عن مهمة

قاضي الموضوع باعتباره مسؤولا عن الحماية القانونية للأسرة و الحفاظ عليها من التفكك، لذلك لابد من جعل التطليق بالشقاق رهينا بطلب الزوجين و جدية هذا الطلب.

ب- مراجعة الآجال المقررة للبت في طلبات التطليق للشقاق، ذلك أن المبدأ هو عدم تقييد المحكمة بأجل للبت في القضايا المعروضة أمامها إلا استثناء، و كلما كان ذلك محققا لمصلحة فضلى، فإذا المشرع في المادة الأسرية قد حدد أجل البت في الدعاوى المتعلقة بالنفقة في شهر و هو اختيار تشريعي مبرر اعتبارا للطابع الاستعجالي للنفقة حماية لحقوق و الزوجة و الأطفال، فإن اللجوء إلى تحديد أجل ستة أشهر للبت في طلبات التطليق للشقاق يعد تعجيلا تشريعيا لانحلال ميثاق الزوجية، دون مراعاة للآثار الاجتماعية و النفسية لهذا الانحلال، لذلك فإن كل تعديل للمدونة لابد أن يستحضر خطورة انحلال العلاقة الزوجية و يترك المجال مفتوحا أمام قضاة الموضوع لتبير النزاعات الأسرية بشكل لايقيّد سلطتهم في إصدار الحكم بأجل، خاصة أن هذا التقييد يدفع قضاة الموضوع إلى الالتزام بالأجل المحدد في النص تحقيقا للنجاعة القضائية التي تعدّ معيار في الترقية المهنية للقضاة، لذلك لا يمكن أن ينظر المشرع إلى الطلاق كاستثناء و يحدد بالمقابل نطاقا زمنيا للبت في قضايا التطليق للشقاق، و هو ما يعكس ارتباكا تشريعيا يستوجب التعديل تحقيقا لانسجام النص التشريعي و اتساق مقتضياته و مراعاة لأحكام الدستور التي أقرت مبدأ معقولية آجال البت دون تحقيقا لمبدأ التناسب بين موضوع الدعوى وإجراءات البت فيها.

الفقرة الثانية: مراعاة استحقاق النفقة

إن المؤشرات الإحصائية التي جاء بها الإحصاء العام لسنة 2024 تبرز أن المقتضيات المقررة للنفقة في مدونة الأسرة لم تعد قادرة على استيعاب التحولات الاقتصادية و الاجتماعية للأسرة التي أشار إليها الإحصاء العام للسكان ، فارتفاع نسبة الأسر التي تراسهن نساء يبرز تحولا في الأدوار الاقتصادية و الاجتماعية للنساء، و يستوجب إعادة النظر في المقاربة التشريعية التي تنظر إلى ميثاق الزوجية كالتزام تعاقدي يوجب إثارة مسؤولية عقدية في إطار أحكام المسؤولية المدنية، و ذلك من خلال

التشدّد في ترتيب الآثار على مسؤولية الزوجين عن انحلال العلاقة الزوجية، خاصة في الحالة التي يوجد فيها أطفال، إذ لا يمكن أن يظل تقدير النفقة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و ما يثيره هذا التقدير من مسّ بحقوق الأطفال، و ذلك من خلال اعتماد نفس المقاربة التشريعية المقررة في ظهير 1984 المتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات المحرك[888] القائمة على وضع التحديد التشريعي لمبالغ النفقة تحصينا لحقوق الأطفال، ذلك أن مراعاة دخل الملزم في تقدير النفقة وكذا العادات و الأعراف السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة يشجع على اللجوء إلى الطلاق اعتبارا لكون هذا التقدير لا يمكن أن يشكل سببا للتراجع عن قرار التطليق، في ظل هزالة مبالغ النفقة التي لا تستجيب في معظم الحالات للحاجيات الأساسية للأطفال.

إن من أبرز الإشكالات التي يعرفها تطبيق أحكام مدونة الأسرة هو الصعوبات المسطرية التي تواجهها المطلقة في تنفيذ حكم النفقة، ذلك أن لجوء المشرع إلى منح المحكمة سلطة تحديد وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة يعتبر معيبا، لأنه لم ترك المجال للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع لتقرير كيفية تنفيذ الحكم، و هو ما أفرز إشكالات واقعية في التطبيق جاءت مناقضة لنية المشرع، ذلك أن أهمية النفقة في حماية حقوق الأولاد تقتضي اعتماد مقتضيات تشريعية تحدد بدقة مسطرة تنفيذ الحكم بالنفقة، مع الأخذ بعين الاعتبار المطل الذي يطرحه ربط التنفيذ بالتبليغ، خاصة أن شكليات التبليغ كمتا هي محددة في قانون المسطرة المدنية تتيح إمكانية التماطل في تنفيذ حكم النفقة و هو ما يشكل إهمالا تشريعيا للأسرة، في ظل عدم التشدد في ترتيب آثار الحكم على المحكوم عليه، سواء من خلال التنفيذ التلقائي في حالة وجود مصادر معلومة للدخل أو التحريك التلقائي لمسطرة إهمال الأسرة من قبل النيابة العامة بعد مدة يحددها المشرع من إصدار

[888] ظهير شريف رقم 1.84.177 صادر في 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) معتبر بمثابة قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببت فيها عربات برية ذات محرك، ج ر عدد 3753 بتاريخ 3 أكتوبر 1984، ص 930.

الحكم، دون حاجة للتبليغ انطلاقا من مبدأ افتراض العلم اليقيني في المعني بالأمر، إذ ليس من المنطقي أن يكون الزوج طرفا في منازعة قضائية متعلقة بانحلال ميثاق الزوجية و لا يعلم مصير هذه المنازعة و لا يهتم نفقة أبنائه، و هذه قرائن كافية لتحريك هذه المسطرة ضمانا للنجاعة القضائية و فعلية تنفيذ الأحكام المتعلقة بالنفقة.

كما أن الحكم بالنفقة لا يمكن أن ينظر إليه كما هو معمول به حاليا بمنطق الدين المدني الذي يستوجب الإكراه البدني في حالة الامتناع عن الأداء من خلال مسطرة إهمال الأسرة، لكن لابد من اعتبار النفقة دينا امتيازيا كما هو معمول به في مساطر صعوبات المقاولة، فتحصين حقوق الأبناء ضحايا انحلال ميثاق الزوجية يعتبر مسؤولية الدولة، لذلك لابد من تمتيع النفقة بالأفضلية في الاستخلاص و تفعيل كل المساطر الممكنة لاستحقاق هذا الدين لتقلص حالات التهرب من الأداء و تضييق نطاق قرار التطليق حماية للأسرة من التفكك وتحقيقا للطابع الاستثنائي للطلاق كما ابتغاه الشرع و التشريع الوضعي.

إن تعديل مدونة الأسرة بعد أكثر من عقدين من اعتمادها يستوجب استحضار هذه المعطيات الإحصائية بشكل يساهم في الحفاظ على تماسك الأسرة وحمايتها من التفكك، لذلك لم يعد لابد أن يتخذ التعديل طابعا موضوعيا بعيدا عن تأثير التيارات الإيديولوجية المغرقة في الذاتية، ذلك أن الحماية القانونية للأسرة تشكل التزاما دستوريا للدولة، فتنامي ظاهرة الطلاق والآثار الاجتماعية السلبية تستوجب مقاربة وقائية تسعى إلى ضمان استمرارية الأسرة باعتبارها غاية كل تشريع في المادة الأسرية.

"تسديد النظر في النوازل الأسرية بالقواعد والضوابط الفقهية"

ذ: خالد بن سليمان

أستاذ الثانوي التأهيلي / الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين الرباط القنيطرة

باحث في سلك الدكتوراه مختبر العلوم الشرعية والقانونية وقضايا العصر:

التأصيل والتنزيل كلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

مقدمة:

لقد أكرم الله هذه الأمة بشريعة الإسلام الخاتمة للرسالات، وجعلها منهجا خالدا لتنظيم حياة الناس، صالحة للتطبيق في أي عصر وفي أي مكان؛ لأنها تضمنت من الأصول والقواعد والضوابط ما يجعلها قادرة على مواكبة التطورات، وتلبية حاجات الإنسان، يسترشد بها المجتهد في استنباط الأحكام لبعض المسائل المستجدة، أو تجديد النظر والاجتهاد فيما يحتاج منها إلى تجديد؛ ليتناسب مع أنماط الحياة المتعددة، وتغيراتها المتسارعة، ويواكب التجدد الواقع في المعاملات بمختلف مجالاتها ومواضيعها، ومنها مجال الأسرة وقضاياها المتعددة.

إن قضايا الأسرة كانت ولا تزال موضوعا مهما ومركزيا على مستوى الفقه والواقع؛ لما للأسرة من دور فعال في المجتمع، التي تعتبر نواته وأساس استقراره؛ لذلك اعتنى بها الفقهاء قديما وحديثا، فألفوا حولها المؤلفات المفيدة النافعة، دققوا فيها مسائلها، وبحثوا في قضاياها، تأصيلا وتنزيلا، كما خصصوا حيزا مهما منها للنظر في نوازلها المتعددة، والاجتهاد في استنباط الأحكام لقضاياها المستجدة.

ولكي يؤدي النظر في هذه النوازل الفقهية وظيفته المهمة، ويحقق غاياته السامية، في الإجابة عن أسئلة السائلين، وإيجاد الأحكام المناسبة لنوازلهم المستجدة، لا بد من

مراعاة مجموعة من القواعد التي وضعها الفقهاء وساروا عليها في اجتهاداتهم؛ من أجل تسديد هذا النظر، بما يتوافق مع قواعد الشريعة ومقاصدها.

ومن هنا جاء هذا البحث للوقوف على توظيف بعض القواعد والضوابط الفقهية في تسديد النظر في النوازل الفقهية المتعلقة بالأسرة، لإيجاد الحلول الآنية التي تستجيب لحاجات الناس، وتساير ما استجد من أمور حياتهم؛ بما يحفظ الأسرة ويؤطر قضاياها، تحت مظلة الشرع الحنيف، وقواعده ومقاصده السامية.

أولا: إشكالية البحث

لا يخفى على أحد أهمية النظر في النوازل الفقهية، خاصة تلك المتعلقة بالأسرة ومسائلها؛ لإيجاد الأحكام المناسبة لقضايا الناس المستجدة، ومواجهة التحديات التي تعرفها الأسرة في عالم يشهد تغيرا متسارعا. وهذا النظر لن يؤدي وظيفته ولن يحقق أهدافه ما لم يكن مضبوطا ومسددا.

فكيف يمكن تسديد النظر في النوازل الأسرية بالقواعد الفقهية بما يجنبه الخلط والاضطراب، ويحفظ للأسرة أمنها واستقرارها، ويراعي خصوصياتها؟

ثانيا: أهمية البحث وأهدافه

تتجلى أهمية البحث في هذا الموضوع من خلال الأهداف التي يسعى لتحقيقها، ومنها:

- ✓ ببان أهمية تسديد النظر في النوازل المتعلقة بالأسرة.
- ✓ الوقوف على مراحل النظر في النازلة، وذكر بعض القواعد والضوابط الفقهية التي يمكن توظيفها في ضبط وتسديد النظر في كل مرحلة؛ وصولا إلى إصابة الحق عند إصدار الأحكام.
- ✓ تقديم نماذج من النوازل الفقهية المسددة بالقواعد الفقهية في قضايا الأسرة، القديمة منها والمعاصرة.
- ✓ بيان أوجه إعمال هذه النماذج للقواعد والضوابط الفقهية ودورها في تسديد النظر في النوازل الأسرية.

✓ الإسهام في الاستفادة والإفادة من الثروة الفقهية لنوازل الفقهاء المالكية، ومنهجهم فيها؛ لتسديد النظر في النوازل الأسرية المعاصرة.

✓ حماية النظر في النوازل الأسرية المعاصرة من الخلط والاضطراب، عن طريق تسديده بالقواعد الفقهية، بعيدا عن تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين.

ثالثا: منهج البحث

لاستيفاء الموضوع حقه من البحث، ومن أجل تحقيق أهدافه، اعتمدت فيه منهجا يقوم على الانتقاء والتحليل والاستنتاج، وفق الخطوات التالية:

✓ اعتماد المنهج الانتقائي الذي يقوم على انتقاء بعض القواعد والضوابط الفقهية التي يمكن توظيفها في تسديد النظر في النوازل الفقهية المتعلقة بالأسرة، وكذا انتقاء نماذج من النوازل الأسرية القديمة والمعاصرة لدراستها، على قدر ما تسمح به طبيعة البحث في حدوده الزمنية والموضوعية. ثم المنهج التحليلي الاستنتاجي الذي يقوم على بيان طرق توظيف تلك القواعد الفقهية، وكشف أوجه إعمالها في تسديد النظر في هذه النماذج.

✓ جمع المادة العلمية من مظانها، وهي القواعد الفقهية من الكتب التي ألفت فيها قديما وحديثا، والمباحث المتعلقة بقضايا الأسرة في كتب النوازل الفقهية. ثم ترتيب وتنسيق مادة البحث بشكل يساعد على استيعابها، مع العناية بالضوابط الشكلية والمنهجية المتعلقة بالبحوث العلمية.

رابعا: خطة البحث

اقتضت طبيعة هذا البحث أن تكون خطته في مقدمة تتضمن بيان أهدافه وأهميته، وإشكاليته، والمنهج المتبع فيه.. ثم عرض أتناول فيه الموضوع، في مبحث تمهيدي أتناول فيه المفاهيم الأساس الواردة في عنوانه، وأهمية كل منها، ثم مبحثين رئيسين في الموضوع، أخصص الأول منهما للقواعد والضوابط الفقهية التي يمكن توظيفها في تسديد النظر في النوازل الفقهية الأسرية سواء عند مرحلة التصور أو التوصيف أو الحكم،

والثاني لنماذج من النوازل الأسرية المسددة بالقواعد الفقهية القديمة منها والمعاصرة، وخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، ثم لائحة المصادر والمراجع.

مبحث تمهيدي: في بيان مفهوم تسديد النظر والنوازل الأسرية والقواعد الفقهية

الحديث عن تسديد النظر في النوازل الأسرية بالقواعد الفقهية يستلزم بداية تحديد المفاهيم، ثم ذكر المقصود منها في سياق البحث؛ لأن تحديد المفاهيم يعتبر مفتاح أي بحث أو دراسة، إذ به يتبين المقصود، ويتحدد المجال.

المطلب الأول: مفهوم تسديد النظر وأهميته

الفرع الأول: تعريف مفردات تسديد النظر

الفقرة الأولى: مفهوم التسديد

التسديد في اللغة: من السداد، وهو القصد في القول، والوفق، والإصابة، وسُد قوله إذا صار سديدا، والتسديد: التوفيق للسداد، وهو الصواب والقصد من القول والعمل، ورجل مُسدد: موفق بالعمل بالسداد والقصد، والمسدد: المقوم. وفي الحديث: **(سددوا وقاربوا)**. واستدّ الشي: إذا استقام، ومنه قول الشاعر:

أعلمه الرماية كل يوم *** فلما استدّ ساعده رماني[889]

واصطلاحا: لا يختلف مفهوم التسديد في الاصطلاح عن معناه اللغوي، وعليه، **فالتسديد:** جعل النظر في الشيء موفقا مصيبا مستقيما، لا عوج فيه ولا خلل.

الفقرة الثانية: مفهوم النظر

النظر في اللغة: النون والظاء والراء أصل صحيح ترجع فروعه إلى معنى واحد، وهو تأمل الشيء ومعاينته. [890] فإذا قلت: نظرت إليه لم يكن إلا بالعين، وإذا قلت:

---

[889]– ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار صادر، بيروت، ط: 1375هـ–1956م، فصل السين، (سدد)، ج: 3، ص: 210.

[890]– ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د. ط. 1399هـ–1979م، باب النون والظاء وما يثلثهما، (نظر)، ج: 5، ص: 444.

نظرت في الأمر، احتمل أن يكون تفكرا فيه، وتدبرا بالقلب، والنظر: الفكر في الشيء، تقدره وتقيسه. [891]

واصطلاحا: جاء في كتاب التوقيف على مهمات التعاريف أن معنى النظر: "طلب المعنى بالقلب من جهة الذكر، كما يطلب إدراك المحسوس بالعين"، ونسبه المناوي للحرالي.[892] وقال الراغب: النظر تقليب البصر أو البصيرة لإدراك الشيء ورؤيته، وقد يراد به التأمل والفحص، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص، وهو الروية.[893]

الفقرة الثالثة: مفهوم تسديد النظر

بناء على ما سبق، فالمقصود **بتسديد النظر** في النوازل: هو جعل نظر الناظر وتأمله وفحصه فيها سديدا وصائبا ومستقيما.

الفرع الثاني: أهمية تسديد النظر

لتسديد النظر –الذي هو بمعنى الاجتهاد– أهمية كبيرة يمكن إجمال بعض منها فيما يلي:

– تسديد النظر والاجتهاد واجب؛ فلا يكون النظر نظرا تاما إلا إذا قلّب الناظر بصره وإدراكه في الشيء، وتأمله وفحصه فحصا، ولا يعتبر الاجتهاد اجتهادا كاملا إلا إذا بذل المجتهد فيه وسعه، واستفرغ طاقته للوصول إلى المراد، وهذا من أسباب السداد والتوفيق والإصابة، وتحري ذلك واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

– النظر والاجتهاد أهلية علمية، وفعالية فكرية، تستلزم تحري السداد في الأمور، بحسن تصورها، وبحث كل جوانبها، وصولا إلى إصدار الحكم المناسب عليها، وتحقيق

---

[891]– ابن منظور، لسان العرب، م. س. فصل النون، (نظر)، ج: 5، ص: 217.

[892]– عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط: 1، 1410هـ–1990م، باب النون، فصل الظاء، ص: 326.

[893]– الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، دمشق، ط: 1، 1412هـ، كتاب النون، نظر، ص: 812.

القول فيها. فإن أصاب الناظر فله أجران، أجر على مشقة النظر، وأجر على إصابته الصواب، والتي لا تتم إلا بالاعتماد على ما يساعد على تسديد النظر واستقامته.

– خطورة عدم التسديد، والتقصير في النظر والاجتهاد؛ لما يؤدي إليه من التسرع في إصدار الأحكام، والقول على الله بغير علم، وما ينتج عن ذلك من إضاعة حقوق الناس، وتحريم ما أحل الله لهم، أو إباحة ما حرم عليهم. قال أبو عمر: «هذا يوضح لك أن الاجتهاد لا يكون إلا على أصول يضاف إليها التحليل والتحريم، وأنه لا يجتهد إلا عالم بها، ومن أشكل عليه شيء لزمه الوقوف، ولم يجز له أن يحيل على الله قولا في دينه لا نظير له من أصل، ولا هو في معنى أصل، وهذا الذي لا خلاف فيه بين أئمة الأمصار قديما وحديثا، فتدبره».[894]

المطلب الثاني: مفهوم النوازل الأسرية وأهميتها

النوازل الأسرية مركب وصفي يتكون من النازلة والأسرة، وقبل تعريفها، لا بد أولا من الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل من النازلة والأسرة على حدة، ومن ثَم بيان معناها.

الفرع الأولى: تعريف مفردات النوازل الأسرية

الفقرة الأولى: مفهوم النازلة

النازلة في **اللغة:** قال ابن فارس: النون والزاء واللام كلمة صحيحة تدل على هبوط شيء ووقوعه، والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر تنزل.[895] وفي اللسان: ونزل به الأمر حلّ، والنزول: الحلول، والنزلة: كالزكام؛ يقال: به نزلة، والنازلة: الشديدة تنزل بالقوم وجمعها النوازل.[896] وتجمع أيضا على نازلات، قال المتنبي:

قَدْ عَرَّضَ السَّيْفَ دُونَ النَّازِلَاتِ بِهِ * ظَاهَرَ الْحَزْمَ بَيْنَ النَّفسِ والغِيَلِ**

---

[894]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، دار ابن الجوزي، السعودية، ط: 1، 1414هـ-1994م، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، ج: 2، ص: 847

[895]– ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، م. س. باب النون والزاء وما يثلثهما، (نزل)، ج: 5، ص: 417.

[896]– ابن منظور، لسان العرب، م. س. فصل النون، (نزل)، ج: 11، ص: 556-559.

و**اصطلاحا**، يدور مفهوم النازلة في استعمال الفقهاء حول معنيين عام، وخاص:

فأما معناها العام: فتطلق على الأسئلة والفتاوى والأحكام والأقضية التي تحتاج إلى نظر واجتهاد. ومن ذلك ما جاء في المقدمات من قوله في الحاكم أنه: "يحكم بكتاب الله، فإن لم يكن فبما جاء عن رسول اللهﷺ.. فإن لم يجد في النازلة إجماعا، قضى فيها بما يؤديه النظر والاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم.[897]

وأما معناها الخاص: فيقصد بها الوقائع الجديدة التي لم يرد فيها نص، ولم يسبق فيها اجتهاد، ومن ذلك ما رواه ابن عبد البر عن الإمام مالك رحمه الله أنه قال: "أدركت أهل هذا البلد وما عندهم علم غير الكتاب والسنة، فإذا نزلت **نازلة** جمع لها الأمير من حضر من العلماء، فما اتفقوا عليه من شيء أنفذه".[898] ولعله يقصد هنا ما نقله ابن القيم رحمه الله: "كانت النازلة إذا نزلت بأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ليس عنده فيها نص عن الله ولا عن رسوله، جمع لها أصحاب رسول الله ﷺ، ثم جعلها شورى بينهم".[899]

ومن تعريفات مصطلح النوازل تعريف ابن عابدين في حاشيته، فبعد أن ذكر أن مسائل أصحابه الحنفية على ثلاث طبقات: مسائل الأصول، ومسائل النوادر، والواقعات، وهي المرادفة للنوازل، عرفها بأنها: "المسائل التي سئل عنها المشايخ المجتهدون في المذهب، ولم يجدوا فيها نصا، فأفتوا فيها تخريجا".[900]

---

[897]- ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 1408هـ-1988م، ج: 2، ص: 262-263.

[898]- ابن عبد البر، الاستذكار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1421هـ-2000م، ج: 8، ص: 581.

[899]- ابن القيم، إعلام الموقعين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1411هـ-1991م، ج: 1، ص: 66.

[900]- ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مطبعة الحلبي، مصر، ط: 2، 1386هـ-1966م، ج: 1، ص: 50-69.

كما عرفها من المعاصرين وهبة الزحيلي بأنها: "المسائل أو المستجدات الطارئة على المجتمع؛ بسبب توسع الأعمال، وتعقد المعاملات، والتي لا يوجد نص تشريعي أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها".[901]

وقد لاحظ الدكتور محمد الجيزاني في النوازل أمورا ثلاثة، هي: وقوعها وعدم افتراضها، وجِدتها وعدم تكررها، وشدة إلحاحها في طلب حكم شرعي لها.[902]

الفقرة الثانية: مفهوم الأسرة

الأسرة في اللغة: قال ابن فارس: "الهمزة والسين والراء أصل واحد، وقياس مطرد، وهو الحبس والإمساك، من ذلك الأسير، وكانوا يشدونه بالقيد وهو الإسار، فسمي كل أخيذ وإن لم يؤسر أسيرا..".[903] والأسرة: الدرع الحصينة.. وأسرة الرجل عشيرته ورهطه الأدنون؛ لأنه يتقوى بهم.[904]

واصطلاحا: من أحسن التعريفات التي عُرّف بها مصطلح الأسرة تعريف العلامة يوسف القرضاوي رحمه الله، فقد عرفها بأنها: "كيان اجتماعي يقوم على ارتباط رجل وامرأة برباط شرعي معلن هو الزواج، تترتب عليه حقوق وواجبات على كل منهما للآخر".[905]

الفقرة الثالثة: مفهوم نوازل الأسرة

بعد بيان مفهوم كل من النوازل والأسرة، يمكن القول إن المقصود **بالنوازل الأسرية** هو: الوقائع المستجدة الطارئة المتعلقة بالأسرة وقضاياها المختلفة، مما لم يرد فيها نص، ولم يسبق فيها اجتهاد.

---

[901]- وهبة الزحيلي، سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي، دار المكتبي للطبعة والنشر، دمشق، ط: 1، 1421هـ-2001م، ص: 9.

[902]- محمد الجيزاني، فقه النوازل، دار ابن الجوزي، ط: 1، 1426هـ-2005م، ج: 1، ص: 24.

[903]- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، م. س. باب الهمزة والسين وما يثلثهما، (أسر)، ج: 1، ص: 107.

[904]- ابن منظور، لسان العرب، م. س. فصل الألف، (أسر)، ج: 4، ص: 19-20.

[905]- يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريدها الإسلام، المؤتمر الدولي العالمي، المجلس الأعلى لشؤون الأسرة، قطر، 30-29 نونبر، 2004، ص: 5.

الفرع الثاني: أهمية النظر في النوازل الأسرية

يتميز النظر في النوازل المتعلقة بالأسرة عن غيرها بمميزات منها:

– أن أحكام الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية التي اعتنت بتفصيل أحكامها. فليس ثمة أمر اجتماعي حظي بالاهتمام كما حظيت به قضايا الأسرة؛ لذلك ينبغي أخذ هذ المعطى بعين الاعتبار أثناء النظر في نوازلها، بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، والاعتماد على القواعد الشرعية والفقهية المتعلقة بالنظر والاجتهاد عامة.

– أن الكثير من الأحكام الأساسية المتصلة بالأسرة تخضع لقواعد الثبات؛ فلا مجال فيها للنظر والاجتهاد ما دام قد وردت فيها نصوص قطعية الدلالة والثبوت؛ لكونها تشكل المبادئ العامة لتكوين الأسرة المسلمة وتنظيم شؤونها، وجميع أفراد المجتمع معنيون بمقتضياتها؛ كونها تنظم أحوالهم الشخصية في جميع مناحيها.

– أن النظر فيما استجد من قضاياها ملح، يسلتزم إيلاءه الأولوية والأهمية اللازمة، وأن الخطأ عند النظر فيها له عواقب وخيمة على الأسرة بأسرها، إذ قد يؤدي إلى ضياع الحقوق، وتشريد الأطفال، مع ما يشكله ذلك من خطورة على المجتمع وتماسكه؛ لذلك وجب الاحتياط أكثر عند النظر في نوازلها.

المطلب الثالث: مفهوم القواعد الفقهية وأهميتها

القواعد الفقهية مصطلح يتركب من القاعدة والفقه، وقبل تعريفها، لا بد أولا من الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل من القاعدة والفقه على حدة، ومن ثَم بيان معناها باعتبارها مركبا وصفيا.

الفرع الأولى: تعريف مفردات القاعدة الفقهية

الفقرة الأولى: مفهوم القاعدة

للقاعدة في **اللغة** عدة معان فرعية، يجمعها معنى عام هو الأصل والأساس، فقواعد كل شيء: أسسه وأصوله التي يقوم عليها. كما أن أصل القاعدة في الوضع اللغوي: الثبوت والاستقرار في الموضع. [906]

[906]– ابن منظور، لسان العرب، فصل القاف، (قعد)، ج: 3، ص: 361.

و**اصطلاحا**، عرف العلماء القاعدة بتعريفات منها تعريف الجرجاني، قال: "القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها".[907] في حين عرفها الكفوي بأنها: "قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها".[908]

الفقرة الثانية: تعريف الفقه

الفقه في اللغة: العلم بالشيء وإدراكه وفهمه. يقول ابن فارس: "الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به".[909]

واصطلاحا: الفقه في استعمال الصحابة والتابعين وسائر السلف يشمل الدين أصلا وفرعا، نظرا وعملا، اعتقادا وسلوكا، غير أن دلالة الفقه تقلصت وأصبحت تشمل الجانب العملي من الأحكام الشرعية، ليستقر التعريف عند المتأخرين على أن الفقه هو: "العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية".[910]

الفقرة الثالثة: تعريف القاعدة الفقهية

عرف العلماء القاعدة الفقهية بتعاريف عدة، فهي عند المقري: "كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة".[911] وعند ابن السبكي: "الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه".[912] أما الدكتور محمد الروكي فقد عرفها بعد نظر وتأمل في التعاريف

907- الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1403هـ-1983م، ص: 171.

908- الكفوي، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1412هـ-1992م، ص: 728.

909- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، باب الفاء والقاف وما يثلثهما، (فقه)، ج: 4، ص: 442.

910- أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د. ط. ت. ص: 6.

911- المقري أبو عبد الله، القواعد، مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ج: 1، ص: 212.

912- السبكي تاج الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1991م، ج: 1، ص: 11.

السابقة بأنها: "حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية".[913]

الفرع الثاني: أهمية القواعد الفقهية

للقواعد الفقهية بصفة عامة أهمية كبيرة تتجلى فيما يلي:

✓ أنها تضبط الفروع الفقهية وتجمع شتاتها، بحيث يسهل استحضار حكم المسائل المتشابهة بمجرد تذكر القاعدة الجامعة، قال الإمام القرافي: "من ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات".[914]

✓ أن دراستها تنمي الملكة الفقهية لدى الباحث، والتي من شأنها المساعدة على معرفة الأحكام الشرعية، واستنباط الحلول للوقائع المستجدة، والمسائل المتشابهة. وهذا ما أشار إليه السيوطي بقوله: "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان".[915]

✓ أنها تساعد على إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها، وعلل الأحكام فيها ومآخذها. وأن الإلمام بها واستيعابها يعين المفتين والحكام عند البحث عن الحلول للمسائل المعروضة، والنوازل الطارئة، بأيسر سبيل وأقرب طريق.[916]

وتتجلى **أهميتها في النظر في النوازل الأسرية** بصفة خاصة في كونها:

✓ تعين الناظر في نوازل الأسرة على معرفة التوجهات العامة للفقه الإسلامي، الذي يعتبر مرجعا غنيا للبحث عن الحلول للمسائل المستجدة.

---

[913]– محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط، دار الصفاء ودار ابن حزم، ط:1، 2000م، ص: 53.

[914]– القرافي، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، د. ط. ت. ج: 1، ص: 3.

[915]– السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1403هـ–1983م، ص: 6.

[916]– محمد صدقي البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 1، 1416هـ–1996م، ص: 24.

✓ تضمن تقليل نسبة الخطأ في المسائل الاجتهادية التي ينظر فيها، فرجوع المجتهد في مسائل الأسرة إلى القواعد الفقهية يحصنه من التيه وسط التفاصيل والجزئيات التي لا يسعه الإحاطة بها مهما اتسع اطلاعه.

✓ تحقق الاستقرار في موضوع الفتاوى، وتمنع فوضى الاجتهاد في تفسير وتطبيق النصوص، بالاعتماد على القواعد الفقهية التي تزود المفتين بضوابط ومسالك تسير على هديها الأحكام، وتنقاد لها من غير اضطراب.

المبحث الأول: تسديد النظر في النوازل الأسرية بالقواعد الفقهية

المطلب الأول: القواعد الفقهية المسددة لمراحل النظر في النازلة الأسرية

تمر عملية النظر في النوازل بثلاث مراحل، مرحلة التصور، فمرحلة التوصيف، ثم مرحلة الحكم.

الفرع الأولى: القواعد الفقهية المسددة لتصور النازلة الأسرية

يعتبر تصور النازلة مرحلة أولى من مراحل النظر في الوقائع عامة، والنوازل الفقهية على وجه الخصوص، وقبل الحديث عن القواعد الضابطة للتصور، لا بد من الوقوف على مفهوم التصور وأهميته وخطواته.

الفقرة الأولى: مفهوم التصور وأهميته وخطواته

أولا: مفهوم التصور

التصور في اللغة: يقال صوره فتصور، وتصورت الشيء: توهمت صورته فتصور لي.. قال ابن الأثير: الصورة ترد في كلام العرب على ظاهرها، وعلى معنى حقيقة الشيء وهيئته، وعلى معنى صفته، يقال: صورة الفعل كذا وكذا أي هيئته، وصورة الأمر كذا وكذا أي صفته.[917]

واصطلاحا: "حصول صورة لشيء في العقل، وإدراك ماهيته من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات".[918]

---

[917]– ابن منظور، لسان العرب، م. س. فصل الصاد المهملة، (صور)، ج: 4، ص: 473.

[918]– الجرجاني، التعريفات، م. س. ص: 59.

و**تصور النازلة** يتحقق بارتسام صورتها في ذهن الناظر، بتشخيص واقعها، وتمييزها عن غيرها مما يشبهها، فذلك مما يساعد على سداد النظر فيها بعد ذلك وحسن الحكم فيها.

ثانيا: أهمية التصور في تسديد النظر

يرتبط تصور الواقعة النازلة بالحكم الواجب فيها ارتباط المناط بالحكم، والعلة بالمعلول، وأي خطأ في التصور يؤدي بالضرورة إلى الخطأ في الحكم، فمن أساء التصور أساء الفهم، ومن أساء الفهم أساء الحكم؛ لهذا قال الحجوي الثعالبي بعد أن ذكر أمثلة للفتاوى التي جانب أصحابها الصواب فيها؛ بسبب عدم معرفتهم بحقيقة ما أفتوا فيه، قال: "وأكثر أغلاط الفتاوى من التصور".[919]

ثالثا: خطوات تصور النازلة

– التأكد من وقوع النازلة؛ لأن التصور التام لا يكون إلا بعد الوقوع الحقيقي؛ ولذلك حرص العلماء على عدم إصدار الأحكام في المسائل إلا بعد التأكد من وقوعها فعلا، حتى أُثِر عنهم قولهم: "دعها حتى تقع"، وروي أن زيد بن ثابت

رضي الله عنه كان يقول إذا سئل عن الأمر: أكان هذا؟ فإن قالوا: نعم قد كان، حدّث فيه بالذي يعلم والذي يرى، وإن قالوا: لم يكن، قال: فذروه حتى يكون.[920]

– التمهل بإعطاء النازلة حقها من النظر والبحث، وعدم التسرع في إصدار الحكم قبل حصول التصور الكافي، وإلا فيكون آثما، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: "من أفتى بفتيا يعمى عليها فإثمها عليه".[921]

---

[919]– الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1416هـ–1995م، ج: 2، ص: 571.

[920]– الدارمي، مسند الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط: 1، 1412هـ–2000م، باب كراهية الفتيا، ج: 1، ص: 243.

[921]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، م. س. باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، ج: 2، ص: 862.

– الاطلاع المستفيض على موضوع النازلة، والدراسات السابقة المتعلقة بها الفقهية وغيرها، مما لا يكتمل التصور ولا يتحقق إلا باستحضاره.

– الرجوع في الجوانب المتعلقة بالنازلة، والمؤثرة في الحكم عليها، إلى المختصين من خبراء الطب والاجتماع والاقتصاد..

الفقرة الثانية: القواعد الفقهية المسدِّدة لتصور النوازل

أولا: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"[922]

تعتبر هذه القاعدة من الأمور البديهية والأحكام العقلية، فهي من القواعد التي يقوم عليها علم المنطق، بل إن التصور والتصديق قسميه الأساسين تنحصر المدركات الذهنية فيهما، ولا يتم العلم إلا بهما؛ ولهذا افتتح الأخضري سلمه المنورق بقوله:[923]

إدراك مفرد تصورا علم *** ودرك نسبة بتصديق وسم

وقدم الأول عند الوضع *** لأنه مقدم في الطبــع

والتصور يشمل ما يثبت أو يسند إلى الشيء، أو يُنْفَى عنه، ويشمل الشيء نفسه، أي المحكوم عليه الذي تثبت له الصفة، أو تُنْفَى عنه.

ثانيا: "الجمع بين النقيضين لا يتصور"[924] **"رفع الواقع محال"**[925]

تعتبر هذه القاعدة أيضا من القواعد المنطقية التي تستحضر عند النظر في النوازل والأمور الشرعية. ودليلها عقلي ومحسوس. ومعناها: أنّ النقيضين سواء كانا مفردين، أو كانا قضيتين، لا يمكن أن يجتمعا، أي أن يكونا صادقين معا.

---

[922]– شهاب الدين النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د. ط. 1415هـ–1995م، ج: 1، ص: 112.

[923]– عبد الرحمن الأخضري، السلم في علم المنطق، مكتبة المعارف، بيروت، ط: 1، 1425هـ–2005م، ص: 42.

[924]– أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1418هـ–1999م، ج: 1، ص: 240.

[925]– الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط: 3، 1412هـ–1992م، ج: 2، ص: 214.

ومعنى القاعدة الثانية: أنه إذا كان الشيء متحققا وواقعا، أي له وجود خارجي، فإنه لا يمكن إزالته.

ثالثا: "الحكم عند الاشتباه التحري ما لم يتيسر اليقين على الأصح"[926]

القاعدة تقرر أن التحري هو السبيل الذي ينبغي على الناظر أن يسلكه إذا اشتبهت عليه الأمور، وتعذر الوقوف على الحقيقة، وفُقِد الدليل الشرعي؛ فيكون التحري حينئذ دليلا يتوصل به إلى طرف العلم، وإن كان لا يتوصل به إلى ما يوجب حقيقة العلم.

والتحري في الشريعة: "طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته، وقد منع بعض الناس العمل بالتحري؛ لأنه نوع ظن، والظن لا يغني من الحق شيئا، ولا ينتفي الشك به من كل وجه، ومع الشك لا يجوز العمل. ولكن التحري غير الشك والظن، فالشك أن يستوي طرف العلم بالشيء والجهل به، والظن أن يترجح أحدهما بغير دليل، والتحري أن يترجح أحدهما بغالب الرأي".[927]

رابعا: "لا يلزم من عدم العلم بالشيء عدمه"[928] **"الوقوع أدل الأدلة على الجواز"**[929]

تدل القاعدة على أن عدم العلم بالشيء وبالدليل والجهل بهما، ليس علما بعدم وجود ذلك الشيء أو المدلول في ذاتهما، فقد يكون الشيء موجودا ولا يُعلم دليل وجوده، وقد يكون له أكثر من دليل وحجة مع عدم العلم بها. وعدم العلم بدليل الإثبات ليس دليلا على نفي الوجود، بل هو دليل على الجهل بدليل الإثبات، وما يجهله الشخص قد يعلمه غيره بدليله وبرهانه، فعدم العلم بالشيء ليس حجة ولا دليلا على انتفائه وعدم وجوده.

926- المقري، القواعد، م. س. ص: 270، القاعدة: 48.

927- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د. ط. ت. ج: 10، ص: 185.

928- الشيخ عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، د. ط. ت. ج: 2، ص: 333.

929- علي بن إسماعيل الأبياري، التحقيق والبيان في شرح البرهان، دار الضياء، الكويت، ط: 1، 1434هـ-2013م، ج: 2، ص: 149.

وإذا اختلف في إمكان الشيء عقلا، فإن أدل شيء على الاستدلال به والقول بوجوده هو الوقوع الفعلي؛ لأن الوقوع لا يمكن إذا كان الشيء مستحيلا عقلا، ومن هنا قالوا: **لا أدل على الجواز من الوقوع.**[930]

خامسا: "مظِنة الشيء تقوم مقام حقيقته"[931]

القاعدة تقرر مبدأ عاما، وأصلا كليا أخذ من نصوص الشريعة بالاستقراء؛ وهذا الأصل هو إقامة الظاهر المنضبط مقام الخفي المضطرب الذي يعسر الوقوف عليه واستبيان حقيقته. فالأصل هو الاعتماد على البينة والبرهان، وعند تعذرها فيقوم الظاهر المنضبط مقام الخفي المضطرب.

فمن المقرر عند العلماء أن مظنة الشيء تقوم مقام الشيء نفسه في بناء الأحكام عند عدم تيقن تحققه؛ لخفائه أو عدم انضباطه، وأن القياس المعلل بالوصف الحقيقي الذي هو مظنة الحكمة، يرجح على القياس المعلل بنفس الحكمة، والمظان إنما يعلم جعلها مظنة بنص أو إجماع، وقد أجمع أهل القياس على صحة التعليل بالمظنة. [932]

الفرع الثاني: القواعد الفقهية المسددة لتوصيف النازلة الأسرية

تأتي مرحلة توصيف وتكييف النازلة بعد مرحلة التصور، وفيما يلي بيان لمفهوم التوصيف، فأهميته، ثم خطواته، وبعدها ذكر للقواعد المسددة له.

الفقرة الأولى: مفهوم التوصيف وأهميته وخطواته

أولا: مفهوم التوصيف

التوصيف في اللغة: الواو والصاد والفاء: أصل واحد، هو تحلية الشيء، ووصفتُه أصفه وصفا، والصفة: الأمارة اللازمة للشيء، كما يقال وزنته وزنا، والزنة: قدر الشيء، يقال: اتصف الشيء في عين الناظر، احتمل أن يوصف. [933]

---

[930]– مجموعة من المؤلفين/ أسعد الكفراوي، معلمة زايد للقواعد الفقهية، م س، ج: 27 ص: 286.

[931]– ابن قدامة، المغني، دار هجر، القاهرة، ط: 1، 1408هـ، ج: 1، ص: 208.

[932]– الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، ط: 1، 1419هـ-1999م، ج: 2، ص: 274.

[933]– ابن فارس، مقاييس اللغة، م. س. باب الواو والصاد وما يثلثهما، (وصف)، ج: 6، ص: 115.

واصطلاحا: للتوصيف عدة تعريفات حسب الهدف منه، والمقصود به في سياق النظر في الفتوى والنوازل والوقائع: "تحلية الواقعة الفتوية بالأوصاف الشرعية المقررة في معرفات الحكم الكلي".[934]

ثانيا: أهمية التوصيف في تسديد النظر

- ✓ تفيد الناظر في حسن إدراك موضوع النازلة، وتوفر له معطيات مهمة عنها، سواء على مستوى فهم الواقعة، أو فهم الحكم الواجب فيها، ما يسهل عملية تصنيفها وإدراجها في المجال المناسب لها.
- ✓ تعين على ضبط أوصاف النازلة، وتحديد نطاق تطبيق الحكم الكلي عليها.
- ✓ توصيف النازلة باستحضار نُقول المتقدمين فيما يشبهها، يساعد في إدراك مختلف جوانبها، والتعلم من مسالكهم وطرائقهم في التعامل معها، ما يسهم في غلبة سداد الحكم فيها أو مقاربته، فمن عدم النظر السديد التصدي للنازلة دون اطلاع على أقوال السابقين فيما يشبهها أو يقترب منها. وقد عاب الزركشي على أمثال هؤلاء صنيعهم فقال: "واعلم أن بعض الناس يفتخر ويقول: كتبت هذا وما طالعت شيئا من الكتب، ويظن أنه فخر، ولا يعلم أن ذلك غاية النقص، فإنه لا يعلم مزية ما قاله على ما قيل، ولا مزية ما قيل على ما قاله، فبماذا يفتخر؟".[935]

ثالثا: خطوات توصيف النازلة

– تصنيف النازلة، ومعرفة هل لها سابقة تشبهها، أم إنها من المستجدات غير المعهودة.

---

[934]– عبد الله الخنين، توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، دار ناشر، ط: 1، 1423هـ–2003م، ج: 1، ص: 78.

[935]– الزركشي، البرهان في علوم القرآن، دار إحياء الكتب العربية، ط: 1، 1376هـ–1957م، ج: 1، ص: 16.

– تأصيل وتنزيل النوازل، وتخريج فروع التي لها سوابق على الأصول، بإلحاق الفروع الجديدة بما يشابهها من القضايا التي تناولها المتقدمون، وإدراجها ضمن ما يناسبها من أبواب الفقه المتعددة.

– مراعاة الفروق بين الأشخاص والوقائع، والنظر في مآلات النوازل.

– استحضار الأدلة الشرعية، والقواعد الأصولية، والمقاصد الشرعية، والقواعد الفقهية، وأقوال الفقهاء في المسألة.

الفقرة الثانية: القواعد الفقهية المسددة لتوصيف النازلة الأسرية

أولا: "إعطاء الموجود حكم المعدوم، أو المعدوم حكم الموجود"[936]

ومعناها أن المعدوم أحيانا قد يعطى حكم الموجود أو العكس، وهي قاعدة ثابتة بدليل الاستقراء، ولا يكاد ينفك عنها باب من أبواب الفقه، يقول القرافي: والعجب ممن يعتقد أن المعاوضة على المعدوم على خلاف الأصل، مع أنه عماد الشريعة ومعظمها، والأوامر والنواهي، والإباحات والأدعية، والوعد والوعيد، والبشارة والنذارة، والشروط وأجوبتها؛ لا تتعلق جميع هذه إلا بمعدوم.. فهذه القواعد وإن كانت تتعلق بالديون، فهي عظيمة النفع في أبواب الفقه، يحتاج إليها الفقيه حاجة شديدة إن أراد أن يكون من فحول العلماء، وبسبب الإحاطة بهذه القواعد تتضح المدارك، ويتميز الصواب في المذاهب من الخطأ، وتنشأ الفروق والتراجيح، وفي مثل هذه المواطن يتميز الجذع من القارح، والصالح لضبط الفقه من الطالح.[937]

ومن القواعد المرتبطة بها قاعدة "**الموجود شرعا كالموجود حقيقة**"[938]: فالموجود شرعا يعتبر كالموجود حقيقة وإن لم يكن موجودا حسا، ودليله القياس، بجامع حصول ترتب آثار الوجود على كل منهما. ومنه قوله تعالى: ﴿**وَمَا يَسْتَوِي الْأَعْمَىٰ**

---

[936]– القرافي، الفروق، م. س. ج: 1، ص: 161.

[937]– القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط: 1، 1994م، ج: 5، ص: 308.

[938]– المقري، القواعد، م. س. ص: 450.

وَالْبَصِيرُ﴾،[939] فمن كان ضالا فهو أعمى وإن كان بصيرا، ومن اهتدى فهو بصير وإن كان لا ينظر، وهو من تنزيل الموجود شرعا كالموجود حقيقة، والمعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة.[940] كما يقاس المعدوم باعتبار الشرع على المعدوم حقيقة في عدم ترتب ثماره عليه، بجامع أن كلا منهما لا يتم وجوده، هذا بمانع الشرع، وهذا بمانع الواقع.

ثانيا: "الفرع يتبع أصله"[941]

ومعنى القاعدة أن الفرع يتبع الأصل ويعطى له حكمه؛ بناء على قاعدة "**التابع تابع**"[942]؛ لأن الأصل دليل لفرعه. وهي من القواعد التي يقضي بها العقل والحس؛ وذلك لوجود التلازم بين الأصل وفرعه، وبين المتبوع وتابعه، فإن الفرع أو التابع لا يفرد بالحكم، بل هو تابع للأصل، فإذا سقط أصله لزم من ذلك سقوط الفرع، وقد يثبت الفرع ولو سقط الأصل في بعض الأحيان. كما أن الفرع يتبع الأصل، فيصير مذكورا بذكر الأصل، والأصل لا يصير مذكورا بذكر الفرع.. فإذا تبين أن اتصال الفرع بالأصل أظهر، عرفنا أن الفرع إلى الأصل أقرب.[943]

ثالثا: "الحيل باطلة إذا هدمت أصلا شرعيا وناقضت مصلحة شرعية"[944]

دلت قواعد الشرع على اعتبار هذه القاعدة؛ وأصلها قاعدتا "**سد الذرائع**" و"**مراعاة المقاصد**".. فإذا كان الشيء الذي قد يكون ذريعة إلى الفعل المحرم، إما بأن يقصد به المحرم، أو بأن لا يقصد به، يحرمه الشارع بحسب الإمكان، ما لم يعارض ذلك مصلحة

---

[939]– سورة فاطر، الآية: 19.

[940]– الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط: 1، 1423هـ–2002م، ص: 3.

[941]– محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق بهامش الفروق، م. س. ج: 3، ص: 269.

[942]– السيوطي، الأشباه والنظائر، م. س. ص: 117.

[943]– السرخسي، المبسوط، م. س. ج: 29، ص: 174.

[944]– الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، ط: 1، 1417هـ–1997م، ج: 3، ص: 124.

توجب حِله أو وجوبه؛ فنفس التذرع إلى المحرمات بالاحتيال أولى أن يكون حراما، وأولى بإبطال ما يمكن إبطاله منه إذا عرف قصد فاعله، وأولى بأن لا يعان صاحبه عليه.[945]

"فما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة (لأنفسها)، وإنما قصد بها أمور أخَر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع؛ فليس على وضع المشروعات".[946]

لذا وجب على الناظر في النوازل أن يتفطن للحيل، ويميز بين المقبول منها والباطل.

رابعا: "إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبَّب، قصد ذلك المسبِّب أو لا؟"[947] و**"الأصل أن يترتب على كل سَبب مسَبَّبُه"**[948]

على الناظر في النازلة أن يربط بين الأسباب ومسبباتها، والأفعال وآثارها، وما ينبني على ذلك من الأحكام. والمقصود بالسبب ما يباشره الإنسان ويقوم به، سواء كان مشروعا أو غير مشروع، والمسبب ما يترتب على تلك الأسباب والأفعال من آثار، ويعتبر المتسبِّب في حكم المباشِر للنتائج التي تتولد عن أفعاله التي يباشرها، سواء أكان قاصدا أم غير قاصد لها. وهذا ما بينه الإمام الشاطبي بقوله: "إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبَّب قصد ذلك المسبِّب أو لا؛ لأنه لما جعل مسببا عنه في مجرى العادات عُدّ كأنه فاعل له مباشرة كنسبة الشبع إلى الطعام، والإرواء إلى الماء، والإحراق إلى النار.. وسائر المسبَّبات إلى أسبابها، فكذلك الأفعال التي تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن

---

[945]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1408هـ–1987م، ج: 6، ص: 181.

[946]– الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 3، ص: 120–121.

[947]– الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 1، ص: 335.

[948]– القرافي، الذخيرة، م. س. ج: 5، ص: 260.

لم تكن من كسبنا، وإذا كان هذا معهودا معلوما جرى عرف الشرع في الأسباب الشرعية مع مسبَّباتها على ذلك الوزان".[949]

خامسا: "ثبوت الملزوم يستلزم ثبوت اللازم، من غير عكس"[950]

القاعدة تتناول ثلاث قضايا:

– الأولى: "**ثبوت الملزوم يستلزم ثبوت اللازم، من غير عكس**"؛ لأنه لو لم يلزم من ثبوت الملزوم ثبوت اللازم لم تكن هناك ملازمة، وإذا بطل ذلك صدق نقيضه، وهو أنه إذا ثبت الملزوم ثبت اللازم. وأما أن ثبوت اللازم لا يستلزم ثبوت الملزوم؛ فلأن اللازم الواحد قد يعود إلى أكثر من ملزوم، فإذا كان كذلك لم يلزم من ثبوته –أي وجوده– وجود الملزوم المعين. ثم إن اللازم إذا كان مما لا ينفك عن غيره، فإنّ لازم اللازم يتحقق فيه هذا المعنى؛ فنفي كونه لازما مع تحقق معنى اللازم فيه، يعد أمرا مخالفا لما تقتضيه العقول، وتفريقا بين المتساويين من غير وجه.[951]

– الثانية: "**نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم من غير عكس**"؛ لأن اللازم لو لم يستلزم نفيُه نفيَ الملزوم لبطل كونه لازمًا؛ لأن معنى اللزوم هو امتناع تحقق الملزوم إلا مع تحقق اللازم. وإنما لم يلزم من نفي الملزوم نفيُ اللازم ولا إثباتُه؛ لجواز أن يكون اللازم أعم؛ وانتفاء الأخص لا يستلزم انتفاء الأعم بالضرورة. [952]

– الثالثة: "**إذا اختلفت اللوازم وجب اختلاف الملزومات**"؛ أو تنافت وجب تنافيها؛ لاستحالة اجتماع النقيضين، فالمقرر عقلا ومنطقا أن المتناقضين لا يجتمعان.

فعلى الناظر في النوازل أثناء عملية التوصيف أن يستحضر هذه اللوازم؛ لدورها المهم في فهم الواقعة، والسداد في إصدار الحكم المناسب عليها.

---

[949]– الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 1، ص: 335.

[950]– الشوكاني، إرشاد الفحول، م. س. ج: 2، ص: 172.

[951]– مجموعة من المؤلفين/ يعقوب الباحسين، معلمة زايد، م. س. ج: 27، ص: 162–163.

[952]– محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود في شرح مراقي السعود، دار ابن حزم، بيروت، ط: 1، 1441هـ–2019م، ج: 2، ص: 563–564.

الفرع الثالث: القواعد الفقهية المسددة للحكم في النازلة الأسرية

تأتي مرحلة الحكم على النازلة بعد مرحلتي التصور والتوصيف، وقبل الحديث عن القواعد والضوابط المسددة للحكم، يحسن تعريف الحكم وبيان أهميته وخطواته أولا.

الفقرة الأولى: مفهوم الحكم وأهميته وخطواته

أولا: مفهوم الحكم

الحكم لغة: العلم والفقه والقضاء بالعدل، وهو مصدر حكم يحكم.[953]

واصطلاحا: عرف بتعاريف أصولية وفقهية كثيره أشهرها، أنه: "مقتضى خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، على جهة الاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع".[954] وهو هنا: إيقاع الحكم على النازلة، وتحقيق المناط على الواقعة المستجدة.

ثانيا: أهمية الحكم في النوازل

- ✓ تجديد الدين في حياة الناس، والعمل على تحقيق صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، وذلك بمواكبة مستجدات الحياة، وحل مشكلات الناس، وإصدار الأحكام فيها.
- ✓ الاجتهاد في إعطاء النوازل أحكامها الشرعية المناسبة، وتحكيم الشريعة في كل مناحي الحياة، وعدم ترك الأمر لغير العلماء، ممن ليسوا بالمؤهلين للتصدي لواجب الحكم والفتوى.
- ✓ تبرئة العالم المجتهد لذمته أمام الله تعالى، وقيامه بواجبه تجاه دينه والناس.
- ✓ حرص المسلم المجتهد وغيره على ألاّ يُقدِم على أمر حتى يعلم ما حكم الله فيه.

---

[953]– ابن منظور، لسان العرب، م. س. فصل الحاء المهملة (حكم)، ج: 12، ص: 140-141.

[954]– الطوفي نجم الدين، شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407هـ-1987م، ج: 1، ص: 414.

ثالثا: خطوات الحكم في النازلة

– إيفاء النازلة حقها من النظر والبحث، سواء عند مرحلة التصور، أو أثناء مرحلة التوصيف، وذلك بفهم الواقعة أولا، ثم فهم الواجب فيها.

– الحرص على عدم مصادمة نص شرعي، أو إجماع، أو قياس قوي، والاطلاع الكافي على أقوال السابقين فيها، فالفقيه كما قال ابن عبد البر: "لا يكون فقيها في الحادث، من لم يكن عالما بالماضي".[955]

– تحري الحق عند إصدار الحكم دون خوف أو طمع، فتأثر الناظر بالناس وخوفه من تشنيعهم، مما يعاب عليه ويؤثر على سداد حكمه، قال الحجوي رحمه الله: "وقد جرت العادة عند كثير من أهل الإفتاء إذا لم تكن خصومة أن يتظاهروا بالورع، فيتسرعوا إلى فتوى التحريم بأدنى خيالِ شبهةٍ جبنا وخوفا من التشنيع، ظانين أن الورع إنما هو التحريم، وهو ظن لم يوافق الواقع، بل الورع وراء ذلك هو تحري روح التشريع الإسلامي، وما يوافق مبادئ الشريعة السمحة جوازا أو منعا، ولا يصادم النصوص القرآنية، والسنة الصالحة للاحتجاج، ولا الإجماع".[956]

– اعتبار مقاصد الشريعة، واستحضار قواعدها من جلب المصالح ودرء المفاسد، والتيسير ورفع الحرج، وإزالة الضرر، ومراعاة حال الإكراه والضرورة، وتقدير كل ذلك بقدره.

– ومما يساعد على سداد النظر في النازلة وصولا إلى سداد الحكم فيها، أن يكون بشكل جماعي، عبر مجلس أوهيئة أو مجمع من العلماء من مختلف التخصصات المرتبطة بموضوع النازلة، وتكون الكلمة الفصل فيها لعلماء الشريعة بعد أخذ نظر المتدخلين بعين الاعتبار. ويدل على أهمية صدور الحكم عن جماعة العلماء، ما رُوي

---

[955]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، م. س. باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، ج: 2، ص: 817.

[956]– الحجوي الثعالبي، الفكر السامي، م. س. ج: 2، ص: 570.

عن سعيد بن المسيب، عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال: قلت: يا رسول الله، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن، ولم تمض فيه منك سنة، قال: «اجمعوا له العالمين»، أو قال: «العابدين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا فيه برأي واحد».[957]

الفقرة الثانية: القواعد الفقهية المسددة للحكم في النازلة الأسرية

أولا: "الأصل ألا تبنى الأحكام إلا على العلم"[958]

تقرر القاعدة أنه يجب على المجتهد والناظر أن يبني اجتهاده في فهم النازلة أو فهم الحكم الشرعي فيها على العلم الجازم، بالاعتماد على الأدلة والبراهين، هذا هو الأصل، وعند تعذر العلم، فالشرع أباح بناءه على الظن الغالب، وهو الكثير في الاجتهادات المتعلقة بالنوازل والمستجدات. يقول القرافي: "الأصل ألا تبنى الأحكام إلا على العلم، لكن دعت الضرورة للعمل بالظن؛ لتعذر العلم في أكثر الصور، فتثبت عليه الأحكام؛ لندرة خطئه، وغلبة إصابته، والغالب لا يترك للنادر، وبقي الشك غير معتبر إجماعا، ثم شرط العمل بالظن اقتباسه من الأمارات المعتبرة شرعا، ثم حيث ظفرنا بالعلم لا نعدل عنه إلى الظن".[959]

ثانيا: "الحكم يدور مع علته وجودا وعدما"[960]

ومعنى القاعدة: أن أي حكم شرعي عُرفت علته بأيّ طريق من طرق معرفة العلة المعتبرة، فإنه يرتبط مع علته وجودا وعدما؛ بحيث يكون الحكم ثابتا كلما كانت هذه

---

[957]– ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، م. س. باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، ج: 2، ص: 852.

[958]– القرافي، الذخيرة، م. س. ج: 1، ص: 177.

[959]– القرافي، الذخيرة، م. س. نفس الجزء والصفحة.

[960]– سيدي خليل ابن إسحاق، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، مركز نجيبويه، ط: 1، 1429هـ-2008م، ج: 6، ص: 327.

العلة موجودة، ومتى انتفت هذه العلة انتفى بانتفائها الحكم المعلل بها. قال ابن القيم: "إذا علق الشارع حكما بسبب أو علة زال ذلك الحكم بزوالهما.. كوصف الفسق، علق عليه المنع من قبول الشهادة والرواية، فإذا زال الوصف زال الحكم الذي علق عليه، وكذلك السفه والصغر والجنون والإغماء، تزول الأحكام المعلقة عليها بزوالها، والشريعة مبنية على هذه القاعدة".[961] ولهذه القاعدة شروط بينها الأصوليون،[962] وأهمها ستة، وفي بعضها خلاف وتفصيل ليس هذا محل بحثه واستقصائه، وهي على سبيل الإجمال:

أولا: أن تكون العلة وصفا متعديا، يمكن تحققه في عدة أفراد؛ فأساس القياس مشاركة الفرع للأصل في علة الحكم.

ثانيا: أن تكون العلة وصفا ظاهرا جليا؛ فالعلة الخفية لا يمكن معرفة مناط الحكم فيها إلا بعسر وحرج.

ثالثا: أن تكون العلة وصفا منضبطا، حتى يمكن التحقق من وجودها في الفرع بحدها بلا اختلاف.

رابعا: أن تكون العلة مناسبة للحكم، بحيث يغلب على ظن المجتهد أن الحكم حاصل عند ثبوتها لأجلها دون شيء سواها.

خامسا: أن تكون العلة سالمة، بحيث لا تخالف نصا، أو إجماعا.

سادسا: أن تكون العلة مطردة، كلما وجدت وجد الحكم.

ثالثا: "لا حكم مع قيام المانع"[963]

ومعنى القاعدة أن المانع يمنع من الحكم، فإذا كان الحكم يوجد بوجود سببه، وينعدم بعدمه، وإذا كان ينعدم بعدم شرطه، فإن الحكم يمتنع عند وجود مانعه؛ لأن وجود الحكم

---

[961]– ابن القيم، إعلام الموقعين، م. س. ج: 4، ص: 80.

[962]– الشوكاني، إرشاد الفحول، م. س. ج: 2، ص: 111.

[963]– ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، دار عالم الكتب، بيروت، د. ط. 1407هـ–1987م، ج: 2، ص: 323.

يتوقف على وجود المقتضي، بتحقق أسبابه، وتوفر شروطه، وانعدام موانعه، والحكم إذا صدر من الشرع، فإن وجوده مبني على علل، فإذا انتفى فإن انتفاءه إن لم يكن بسبب وجود مانع من موانعه، فإنه يتعين أن يكون سبب تخلفه هو عدم وجود المقتضي، فدل على أن **انتفاء الحكم إذا لم يكن لمانع يتعين أن يكون لعدم المقتضي.**

وإذا تعارض المانع من الحكم مع المقتضي له قدم المانع؛ دلت على ذلك قواعد الشرع، منها: كون الأصل براءة الذمة، والأصل في الأشياء النفي والعدم، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح؛ ولأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات.[964]

رابعا: "اعتبارُ مآلاتِ الأعمال لازمٌ في كل حكم على الإطلاق"[965]

تقرر القاعدة أنه يجب على الناظر والمجتهد في القضايا عامة والنوازل خاصة اعتبار المآل بحسب ما يطرأ في المستقبل؛ لأن ما يحدث في المستقبل لو كان موجودا في الحال لأثر في الحكم، فيعتد بالمآل ويقاس على الحال ويعطى حكمه. وما لاح منه الإفضاء إلى مآل مّا إلى حد القرب؛ فإنه يعطى حكم مآله الذي يؤذن بقرب الإفضاء إليه، فالقاعدة أن **ما قارب الشيء يعطى حكمه**، بأن يقاس عليه لتشابههما.[966]

ودليل القاعدة قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها: **(لولا قومك حديث عهدهم بكفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين..)**[967] وقد استدل أبو محمد الأصيلي من هذا الحديث في مسألة من النكاح، وذلك أن جارية يتيمة غنية كان لها ابن عم، وكان فيه ميل إلى الصبا، فخطب ابنة عمه، وخطبها رجل غني، فمال إليه الوصي، وكانت

964- ينظر: مجموعة من المؤلفين/ خليفة بابكر الحسن، معلمة زايد، م. س. ج: 22، ص: 10-20.

965- الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 5، ص: 200.

966- ينظر: إبراهيم يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة، رسالة دكتوراه، دار اليسر، القاهرة، ط: 1، 1434هـ-2013م، ج: 1، ص: 592.

967- الإمام البخاري، الجامع الصحيح، الطبعة السلطانية، المطبعة الأميرية، مصر، 1311هـ، كتاب العلم، باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصر فهم الناس فيقع في أشد منه، ج: 1، ص: 37، رقم: 126.

اليتيمة تحب ابن عمها ويحبها، فأبى وصيها أن يزوجها منه، ورفع ذلك إلى القاضي وشاور فقهاء وقته، فكلهم أفتى أن لا تزوج من ابن عمها، وأفتى الأصيلي أن تزوج منه، خشية أن يقعا في المكروه، استدلالا بهذا الحديث، فزُوجت منه.[968]

خامسا: "مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل"[969]

تؤكد القاعدة على مسألتين مهمتين في ضبط النظر عند الحكم على النازلة:

– **أولاهما:** أن **المقاصد مقدمة على الوسائل**؛ لأن الوسائل إنما اعتبرت لأنها تؤدي إلى تحقيق المقصود منها الذي هو الغاية، والعقل يقضي بتقديم الغاية على الوسيلة في الاعتبار أو عند التعارض؛ لأن الغاية المخدومة أشرف من الوسيلة الخادمة وأقوى، والقاعدة أن الأقوى يقدم على الأضعف.

– **ثانيهما:** أن **الوسائل تبع للمقاصد**، فتعتبر باعتبارها وتسقط بسقوطها، وتأخذ حكمها ومكانتها منها؛ لأن الوسيلة إنما وجدت أو شرعت من أجل تحقيق المقصود منها، فما كان وسيلة إلى واجب فهي واجبة، وما كان وسيلة إلى حرام فهي حرام، والوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أقبح المقاصد هي أقبح الوسائل.[970] فالقاعدة أن "**التابع تابع**"،[971] هذا هو الأصل، لكن قد يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد؛ لأنها أقل رتبة منها، فهي تابعة والمقاصد متبوعة، والقاعدة أنه **يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع.**[972]

---

[968]– ابن بطال المالكي، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، السعودية، ط: 2، 1423هـ–2003م، ج: 1، ص: 206.

[969]– المقري، القواعد، م. س. ج: 1، ص: 330.

[970]– القرافي، الفروق، م. س. ج: 2، ص: 33.

[971]– السيوطي، الأشباه والنظائر، م. س. ص: 117.

[972]– العدوي، حاشية العدوي بهامش شرح الخرشي على المختصر، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط: 2، 1317هـ، ج: 8، ص: 230.

المطلب الثاني: تسديد النظر في النوازل الأسرية بالضوابط المتعلقة بها

مما يساعد على تسديد النظر في النوازل الأسرية استحضار الناظر فيها لبعض الضوابط المرتبطة بفقه الأسرة ومسائلها، فلكل باب من أبوابه ضوابط وضعها الفقهاء تعين على الفهم، وتجمع الفروع، وتعصم من الزلل، ومنها على سبيل المثال:

الفرع الأول: "الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال"[973]

الأبضاع مختصة بمزيد احتياط؛ لذا يجب على الناظر في النوازل الأسرية مراعاة الخصوصية التي تتميز بها قضايا الأسرة عن غيرها، فيحتاط لها أكثر من غيرها، ويبذل وسعه ويستفرغ طاقته أكثر عند النظر في مسائلها؛ لأن الخطأ فيها أعظم من الخطأ فيما سواها، فالأموال قد تعوض؛ لكن الأبضاع لا تعوض. قال ابن بطال: قد أحاط الله ورسوله والمسلمون الفروج، فجعل المرأة لا تنكح إلا بولي وشهود، ونهى النبي ﷺ أن يخلو بها رجل في حضر أو سفر، ولم يحرم ذلك في شيء مما أحل غيرها، فجعل الأموال مرهونة ومبيعة بغير بينة، ولم يجعل المرأة هكذا حتى حاطها فيما حللها بالولي والشهود، ففرقنا بين حكم الفروج وغيرها بما فرق الله ورسوله والمسلمون بينها..[974]

الفرع الثاني: "الكفاءة معتبرة في النكاح"[975]

المعتبر في الكفاءة عند المالكية هو الدين، والحرية، والسلامة من العيوب الموجبة للرد والإعسار.

---

[973]– الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط: 1، 1424هـ–2003م، ج: 4، ص: 5.

[974]– ابن بطال المالكي، شرح صحيح البخاري، م. س. ج: 6، ص: 516.

[975]– ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 3، 1424هـ–2003م، ج: 3، ص: 507.

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى:﴿**إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ**﴾،[976] وقول الرسول ﷺ: "**إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه، فأنكحوه**"؛[977] ولأن من لا دين له ناقص في العادة يلحق العار به. والدليل على اعتبار المال: أن في عدمه إضرارا بها، لأنه إما أن يأكل مالها، أو لا ينفق عليها، فتحتاج إلى مطالبته بالطلاق، وذلك نقص في العادة. وأما اعتبار السلامة من العيوب فلأنها نقص يوجب الخيار.[978]

الفرع الثالث: "لا يجتمع النكاح والبيع لتضادهما في المكايسة في العوض: بالمسامحة في النكاح، والمشاحة في البيع"[979]

ذكر الإمام القرافي في فروقه العقود التي لا يجوز اجتماعها مع **البيع**، وأنها جمعت في قولهم: (جص مشنق)، فالجيم للجعالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقراض.[980] وزاد الشيخ ميارة عليها القرض فصارت ثمانية، قال: "وكما لا يجتمع البيع مع واحد من هذه السبعة بزيادة القرض، فكذلك لا يجتمع اثنان في عقد واحد؛ لافتراق أحكامها. –قال–وقد قلت في ذلك تبعا لغيري في جل التعبير ما نصه:

عقود منعنا اثنين منها بعقدة *** لكون معانيها معا تتفرق

فجعل وصرف والمساقاة شركة *** نكاح قراض قرض بيع محقق[981]

976– سورة الحجرات، من الآية: 13.

977– الترمذي، سنن الترمذي، دار الرسالة العالمية، ط: 1، 1430هـ–2009م، أبواب النكاح عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن ترضون دينه فزوجوه، ج: 2، ص: 558.

978– القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار ابن حزم، ط: 1، 1420هـ–1999م، ج: 2، ص: 696–697.

979– القرافي، الفروق، م. س. ج: 3، ص: 142.

980– القرافي، الفروق، م. س. نفس الجزء والصفحة.

981– الشيخ ميارة، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، عالم الكتب، د. ط. ت. ج: 1، ص: 282–283.

فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد، فلا يجتمع النكاح والبيع؛ لتضادهما في المكايسة في العوض والمعوض، بالمسامحة في النكاح، والمشاحة في البيع، فحصل التضاد، والسر في ذلك أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسبباتها بطريق المناسبة، والشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين.[982]

وأصله ما روي عن عبد الله بن مسعود، قال: "**نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة**". [983]

الفرع الرابع: "لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة"[984]

من المقرر شرعا أن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن زوجه، وأنه لا يترتب على الزواج اندماج مالية أحدهما مع الآخر، وأنه لا يجوز للزوج بموجب الزواج أن يتحكم في تصرفات زوجه المالية إلا برضاه وطيب نفس منه، وأنه يجوز للزوجة إجراء معاملاتها المالية عوضا وتبرعا، واشترط المالكية في التبرعات أن تكون في حدود الثلث، إلا بإذن زوجها لتعلق حقه ببعض مالها.[985] وأصل ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "**كل أحد أحق بماله من والده وولده والناس أجمعين**".[986] فهذا الحديث يقرر أصل إطلاق تصرف الإنسان في ماله. ويتفرع هذا الضابط عن قاعدة: "**المرأة في مالها كالرجل في ماله**"، وقاعدة "**لا فرق بين المرأة والرجل في العمل على تنمية المال والتصرف فيه**".[987]

---

[982]– القرافي، الفروق، م. س. ج: 3، ص: 142.

[983]– الإمام أحمد، المسند، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1421هـ–2001م، مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ج: 6، ص: 324.

[984]– مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط: 2، 1404هـ–1427هـ، ج: 21، ص: 276– ج: 7، ص: 81.

[985]– مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، م. س. ج: 7، ص: 82.

[986]– البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 3، 1424هـ–2003م، كتاب النفقات، باب نفقة الأبوين، ج: 7، ص: 790.

[987]– مجموعة من المؤلفين/ مبروك عبد العظيم، معلمة زايد للقواعد الفقهية، م. س. ج: 13، ص: 203.

الفرع الخامس: "الشارع مُتَشَوِّف للحوق النسب"[988] "النسب يُحتاط في إثباته لا في نفيه"[989]

فقد دلت نصوص الشرع وقواعده ومقاصده على أن الشارع الحكيم حريص ومتطلع إلى لحوق الأنساب واتصالها؛ لذلك احتاط لها غاية الاحتياط، فقبِل إثباتها بأدنى دليل، وتشدّد في نفيها فلم يقبل إلا أقوى دليل. قال ابن قدامة: "فإن النسب يثبت بمجرد الإمكان وإن كان لم يثبُت الوطء.. ويُحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة".[990]

فتوسُّعُ الشريعة الإسلامية شرعا وفقها في مجال إثبات النسب، وتضييقها فيما يتعلق بمجال نفيه؛ يدل على تشوف الشارع للحوق الأنساب، باعتباره مقصدا من مقاصد الشريعة، ومبدأ عاما من مبادئ الفقه الإسلامي الساعي إلى حفظ أعراض النساء، ونسب الأولاد ما أمكن.

المبحث الثاني: نماذج من النوازل الأسرية المسددة بالقواعد الفقهية

وفي هذا المبحث عرض لبعض النوازل الأسرية المسددة، وبيان وجه سداد النظر فيها بالقواعد والضوابط الفقهية.

المطلب الأول: نماذج من النوازل الأسرية القديمة

الفرع الأول: (إمتاعُ الزوْجِ منْ مالِ الزَّوْجَةِ في عقْدِ النِّكاحِ)

أولا: نص النازلة

سئل الإمام المازري عن عقد مضمونه: "علم شهداؤه كثرة وقوع إمتاع الزوج من مال الزوجة منها، أو من أبيها في عقدة النكاح، وكتبه في عقد منفرد، وضمائر الزوجين منعقدة عليه، وقراءة ذلك مع الصداق أو بعده".

---

[988]– الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، م. س. ج: 6، ص: 101.

[989]– ابن قدامة، المغني، م. س. ج: 6، ص: 420.

[990]– ابن قدامة، المغني، م. س. نفس الجزء والصفحة.

فأجاب بما نصه: لا خفاء بأن بقاء أمد الزوجية بين الزوجين مجهول، وأنه لا يُدرى متى يقع الطلاق ومتى يقع الموت؟ فإن كان مجهولا وقارن العقد، فالصداق المبذول من الزوج بعضه عوض عن هذا الإسكان المجهول؛ لأن السكنى من الأعواض المالية، وهي آكد في كونها عوضا ماليا من الفرج، وإذا كانت عوضا من الأعواض المالية، فمحال ألا يحصل لها حظ من الصداق، كما أن من المحال أن يشتري الرجل سلعتين فلا يجعل لأحدهما عوضا من الثمن، فإذا ثبت أن ذلك مما يعاوض عليه الزوج وهو مجهول، فسد العقد فيه، وكان عقد النكاح عليه فاسدا، ويجب فسخ النكاح المعقود عليه قبل الدخول في المشهور المعروف من المذهب، إلا رواية شاذة، وأما إن وقع الدخول ففي فسخه بعد الدخول اختلاف مشهور.[991]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

لما وقف ابن جزي على جواب الإمام المازري، قال: قد كثر في زمننا وبلدتنا وقوع الناس فيها، وتفاقم الأمر فيها بإمتاع المرأة أو والدها للزوج في سكنى دارها واستغلال أرضها، وذلك فاسد من ثلاثة أوجه:

الأول: ما ذكره المازري من الجهالة في ذلك فيما يقابله من الصداق.

والثاني: أنه يجتمع في ذلك بيع ونكاح واجتماعهما ممنوع، وذلك أن الزوج يبذل بعض الصداق في مقابلة الفرج وهو النكاح، وبعضه في مقابلة ما يمتع فيه من المال.

والثالث: أنه يؤدي لأن يبقى النكاح بغير صداق، فإن الذي ينتفع به الزوج من الاستغلال والسكنى، ربما قد يكون مثل الصداق أو أكثر، ولاسيما إن طالت مدة الإمتاع، فيقابل الصداق بذلك، فكأنه لم يعطها شيئا، ولكن إنما يمنع من هذا الوجه إذا كان الإمتاع شرطا مقارنا للعقد، فإن كان تطوعا بعد انعقاد العقد لم يمنع من هذا الوجه؛

---

[991]- الونشريسي، المعيار المعرب، دار ابن حزم، ط: 1، 1420هـ-1999م، ج: 3، ص: 26-27.

لأنه كأن المرأة أعطته حظا من مالها، وذلك جائز بشرط ألا تنعقد عليه القلوب حين العقد، ويجوز أيضا أن يكون مقارنا للعقد

إذا كان الإمتاع في ملك غير ملك الزوجة.[992]

فقد تبين من خلال جواب الإمام المازري وتعليق ابن جزي عليه، مدى اعتمادهما على القواعد والضوابط الفقهية في تعليل جوابهما على النازلة، ومنها قاعدة: "**كل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد**"،[993] وضابط "**لا يجتمع نكاح وبيع لتضادهما**"،[994] وضابط "**لا نكاح بغير صداق**"،[995] وما للاعتماد عليها من أثر في تسديد نظرهما فيها.

الفرع الثاني: (نكاحُ الهَاربِ بمنْ هَربَ بِها)

أولا: نص النازلة

سئل الكثير من الفقهاء أنه شاع بالبادية الهروب بالنساء، وعمت به البلوى، يجعلون ذلك ذريعة إلى التزويج، وصار فعلهم أن يخلِّق الرجل المرأة ويخببها على زوجها ثم يهرب بها، وأن من يخطب امرأة ومنعت منه، يجمع جماعة من المفسدين، ويغيرون عليها، ويحملها معه إلى حيث لا تناله الأحكام، ويضعها هنالك على يد أمين بزعمه، ثم لا يردها الهارب حتى يلتزم وليها أن يزوجها منه، وربما استبرئت عند الأمين بزعمه ويتزوجها.[996]

---

[992]– الونشريسي، المعيار المعرب، م. س. ج: 3، ص: 27.

[993]– القرافي، الفروق، م. س. ج: 3، ص: 142.

[994]– القرافي، الفروق، م. س. نفس الجزء والصفحة.

[995]– ابن أبي زيد القيرواني، الرسالة، دار الفكر، د. ط. ت. ص: 90.

[996]– العلمي، النوازل، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1403هـ–1993م، ج: 1، ص: 101.

الجواب: لعلماء المالكية فيها قولان:

الأول: عدم تحريم تزويج الهارب بمن هرب بها، وهو المشهور في المذهب المالكي، وبه قال الإمام مالك رحمه الله.[997]

الثاني: تأبيد تحريم تزويج الهارب بمن هرب بها، وهو قول ابن ميسر، وقد جرى على قواعد المذهب المالكي، وإن كان خلاف المشهور، وبه جرى العمل في فاس، واختاره الونشريسي والمنجور والقوري والسراج وابن عرفة وغيرهم.[998]

ومن العلماء من يفرق بين المُخلِّق (المخبِّب) والهارب كالونشريسي، فيحرمها على المخلق تحريما مؤبدا، ولا يحرمها على الهارب، لكنه رجع عن ذلك في فتوى أخرى إلى القول السابق.[999]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

الذين قالوا بالتحريم اعتمدوا على أدلة وقواعد منها:

– قاعدة "**اعتبار المآلات**" وقاعدة "**سد الذرائع**"[1000]: فلو علم أهل الفساد أن من هرب بامرأة يتأبد عليه تحريمها، ما هرب أحد بامرأة في الغالب؛ لكونهم يفعلون ذلك رغبة في التزويج، وذلك يصون الفروج، ويحقق المصلحة العامة، والواجب حسم مادة الفساد، وسد كل باب يوصل إلى معصية، والقولُ بتأبيد التحريم وإن كان على خلاف المشهور، سدٌّ لذريعات الفاسدات والمفسدين، وقد قال عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور".[1001]

997– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 91–92.

998– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 102–105.

999– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 98–99.

1000– الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 4، ص: 68.

1001– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 91–101.

– قاعدة "**المعاملة بنقيض المقصود الفاسد**"[1002]: إذِ القول بالتحريم معاملة له بنقيض مقصوده الفاسد، وعليه فيتأبد تحريم المتزوجةِ في العدة المخلقةِ.[1003] وفي ذلك قال الشيخ الزقاق:

وبنقيض القصد عامل إن فسد *** في قاتل أو موص أو من قد قصد
فسادا أو إفاتة في البيــع *** نهج عياض ذا بنا لا الربــع
وهارب ومنع من تصدقــا *** وردة ومن نصاب سرقــا

– دليل **القياس:** قياس المتزوجة في العدة بالمخلّقة بجامع الزواج مع بقائها في عصمة زوجها الأول، وقد نظم ذلك سيدي عبد الواحد بقوله:[1004]

وناكح العدة والمخلّقة *** اختير أنها بذي ملحقة

– ضابط "**الكفاءة معتبرة في النكاح**"[1005]: فالهارب بالمرأة بفعله هذا يعتبر فاسقا، بل هو من أعظم الفسقة، وهو بذلك غير كفء، فيمنع من الزواج بها.[1006]

الفرع الثالث: (مَنْ تَزوَّجَ يتِيمَةً وعِنْدَ الدُّخُول ادَّعتْ أنَّها غيرُ بالغٍ فَطلَّقهَا ثُم أَرادَ مُراجَعتَها)

أولا: نص النازلة

سئل القاضي أبو علي الحسن بن عثمان بن عطية الونشريسي **(**وهو غير الونشريسي صاحب المعيار**)**، عن رجل تزوج بكرًا يتيمة أنكحه إياها أخوها للأم بحكم الكفالة والتربية، فلما أراد الزوج البناء عليها ادعت أنها غير بالغ، وتنازعا في ذلك، إلى

[1002]– الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، مطبعة فضالة، المحمدية، د. ط. 1400هـ–1980م، ج: 1، ص: 315.

[1003]– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 94–105.

[1004]– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 94.

[1005]– ابن العربي، أحكام القرآن، م. س. ج: 3، ص: 507.

[1006]– العلمي، النوازل، م. س. ج: 1، ص: 106.

أن أوقع الزوج عليها طلقة واحدة وتفرقا على ذلك، ثم أراد أن يراجعها فقيل لهما لا سبيل لكما إلى ذلك، إلا أن يثبت بلوغ البنت المذكورة، وكونها بحال الحاجة، ويخاف عليها الضيعة، فقالت البنت المذكورة: إني بالغ، وأثبتت عند من يجب رسمًا بأن بها علامات تدل على بلوغها من إنبات وتنهيد، وتراجعا بإنكاح الكافل المذكور، فلما بنى الزوج المذكور على زوجه وقع بينهما شنآن، فقالت الزوجة: إني غير بالغ وفرّت منه، وأثبتت أنها لا علامة عندها تدل على البلوغ، ولم يوافق الزوج على ذلك، وادعى معاينة الإنبات ولمسه، وأتى بالبينة التي شهدت له بذلك قبل المراجعة، وجردت له الإشهاد بذلك، ثم أتت هي وأثبتت رسمًا بعدم التنهيد والإنبات، ثم أتى الزوج ببينة أخرى وأثبتت بها ما اشتمل عليه الرسم الرابع من أن القوابل الثقات الأمينات العارفات المرجوع إليهن فيما لا يطلع عليه الرجال من أحوال النساء، عاينّها وقد أنبتت وثديها كما بدا يظهر، ولا يعرفن هل هذا من علامات البلوغ أم لا؟

فأجاب: أنه يجب أولا تأمل كتاب الصداق الذي انعقدت فيه زوجية هذين الزوجين، فإن كان فيه تصريح الشهود ببلوغها وتقريرهم على ذلك صحَّ النكاح، ولا يحتاج مع هذا إلى تصفح الرسوم وتأملها، واليتيمة لا تزوج إلا بعد البلوغ.

فإن قلت: هب أنهم صرحوا بالبلوغ في كتاب الصداق، وتصريحهم بالبلوغ إنما هو على وجه الحكاية لا على وجه الشهادة. قلت: الحكاية المجردة جرت عادتهم بالتبري منها، فيقولون قبل فلان لزوجه بزعمه، وإذا وصفوا حكاية وراثة لا علم عندهم بصحتها، يقولون لا وارث له سوى من ذكر في علم من علم ذلك، فإن لم يصرحوا بالبلوغ، ورجعنا إلى تصفح الرسوم وجدناها متعارضة، ولا يمكن الجمع بينها؛ لتأخر شهادة البينة النافية عن البينة المثبتة، ولو كان الأمر بالعكس لأمكن الجمع.. وإذا ثبت التناقض في الرسوم المذكورة، وجب المصير إلى الترجيح، ولا شكَّ أن البينة المثبتة أولى من النافية لا سيما في هذا الموضوع، فإن الشهادة النافية آئلة إلى الطلاق، فوجب المصير إلى المثبتة والعمل عليها؛ لأن المصير إلى الراجح متعيّن، وإذا أعملنا البينة المثبتة ثبت النكاح،

ولا سبيل على فسخه.. وقد أقرت على نفسها بالبلوغ، وإقرارها على نفسها لازم لها. فإن قلت: ليس إعمال إقرارها بالبلوغ أولى من إقرارها بعدم البلوغ في موضعين،

قلت: إقرارها بعدم البلوغ في الموضعين إقرار على الغير؛ لتعلق حقّ الزوج به، بخلاف إقرارها بالبلوغ، فهو إقرار على نفسها لا تعلّق له بغيرها، فوجب أن يقر هذا النكاح، ولا سبيل إلى فسخه لما ذكرنا.[1007]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

فيلاحظ أن الناظر في هذه النازلة قد اعتمد في نظره فيها على بعض قواعد الإثبات، منها ما يتعلق بقواعد الترجيح بين البينات عند تعارضها، فحيث تعذر الجمع والتوفيق، وجب المصير إلى الترجيح، ومن أسباب الترجيح، قاعدة "**البينة المثبتة أولى من النافية**"[1008]"، وقاعدة "**المصير إلى الراجح متعين**".[1009] كما أعمل في جوابه القواعد المتعلقة بالإقرار، ومنها قاعدة ""**المرء مؤاخذ بإقراره**"[1010] وقاعدة ""**الإقرار حجة قاصرة**".[1011]

الفرع الرابع: (مَنْ لهُ زَوْجةٌ وأَوْلادٌ، وتَزوَّجَ بِكْرًا بالغًا على أنَّ لها نِصْفَ النَّفقَةِ والنِّصْفَ الآخرَ لِلزَّوْجةِ وأَوْلادِها)

أولا: نص النازلة

سئل: أبو القاسم المشدالي عمن له زوجة وأولاد وخادم، ثم خطب بكرًا بالغًا فزوّجها منه أبوها، وشرط عليه في عقد النكاح أن يكون لها وحدها نصف ما يأتي به من طعام

[1007]– الونشريسي، المعيار المعرب، م. س. ج: 3، ص: 49–50.

[1008]– محمد صدقي البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، م س، ج: 3، ص: 140.

[1009]– الونشريسي، المعيار المعرب، م. س. ج: 3، ص: 49–50.

[1010]– التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، 1418هـ–1998م، ج: 2، ص: 524.

[1011]– علي حيدر، درر الحكام، دار الجيل، ط: 1، 1411هـ–1991م، ج: 3، ص: 557.

أدام أو نفقة، وللأخرى وأولادها وخادمها النصف الباقي، وأنه متى نقصها عن النصف المذكور فهي طالق، ثم بعد عقده عليها طلبه أبوها بالبناء عليها، فأجابه على ذلك، وأخذ في أسبابه باستحضار نقدها وما تحتاجه للدخول بها، ولم يطلبه الأب حينئذٍ بإجراء النفقة عليها، فلما بنى بها قال له الأب: إن ابنتي طالق منك، فإن إجراء النفقة واجب عليك بدعائي إياك للدخول بها، وأنت قد علقت الطلاق على نقصها عن النصف، فكيف بتركك الكل، فأجابه الزوج بأن قال له: قصدي بما التزمته من إجراء نصف النفقة عليها إنما ذلك بعد بنائها، والعرف يشهد لي بذلك، قال: ولأن النكاح فاسد بالشرط المذكور، وإنما فات بالدخول بها، فهل ترونها طالقا بما زعمه الأب، أو لا؛ لما احتج به الزوج؟

فأجاب: وفقت على سؤالك، وأمعنت فيه النظر جهد ما فتح الله لي، ونظرت ما أمكنني في أصل ما وقفت عليه، وفهمت عنهم رضي الله عنهم، وهو الواجب علينا اتباعهم والاقتداء بهم، أن حجة الأب داحضة من وجوه لمن تأملها، يطول شرحها فصلاً فصلاً، وما ذكره الزوج مقبول؛ لأنه المنقول والمعقول، لا سيما بعد وقوع الدخول، وإن سلم ما أشرتم إليه من فساد النكاح بالشرط وفيه نظر وتأمل، وفيه يقع تحقيق النظر: هل يمضي النكاح بالمسمى أو بصداق المثل؟ فإنما قصْد الأب لزوم الطلاق والصداق والنفقة، وما قصده نظيره ما أوجب به مفتي قرطبة ابن تمام في كتاب الشفعة، لما فهم منه النفقة والتحيل، فعامله بنقيض مقصوده، فإن هذا من حيل الفجار، الشفعة واجبة، فأنصف لما بلغه كلامه، وأذعن للحق ورجع إليه، نصَّ عليها في المدارك وابن العطار والمتيطي رزقنا الله اتباعهم.[1012]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

فقد تضمنت هذه المسألة مجموعة من الضوابط والقواعد التي ينبغي استحضارها أثناء النظر في النوازل، ومنها:

[1012]– الونشريسي، المعيار المعرب، م. س. ج: 3، ص: 55–56.

– إمعان النظر في المسألة، وبذل الجهد في فهمها، ثم فهم الواجب فيها، بالرجوع والاطلاع على أقوال السابقين في أشباهها، واعتماد المنقول والمعقول من الأدلة، وتحقيق النظر بعد ذلك فيها.

– اعتماد قاعدة "**المعاملة بنقيض المقصود الفاسد**"[1013]: حيث عومل الأب بنقيض قصده، فلم يُجب إلى ما يريد من إجراء النفقة على ابنته منذ دعوة الزوج للبناء عليها، ودعواه أن الطلاق واقع بتركه ذلك بناء على الشرط.

– وقاعدة "**الحيل باطلة إذا هدمت أصلا شرعيا وناقضت مصلحة شرعية**"[1014]: فالأب عمد إلى الحيلة للحصول على النفقة من الزوج، فاعتبرت حيلته هذه باطلة.

الفرع الخامس: (عَادَةُ قَوْمٍ بِعَدَمِ تَوْرِيثِ الْبَنَاتِ)

أولا: نص النازلة

سئل: بعض الفقهاء عما جرت به عادة قوم من عدم توريث البنات، فمن مات وخلف بنين وبنات، أو إخوة وأخوات، فلا يورثون بنتا ولا أختا، ومن طلبت ميراثها منهن، وأبرزت وجهها وعزمت على أخذ حقها، اجتمع مشايخهم وذوو الوجاهة منهم، وجمعوهم فيكلمونها في ذلك، فإن لم يجدوا منها إلا الصلح قالوا لها: اصطلحي مع أخيك بكذا من اليسير، فما ترى في ذلك؟

فأجاب: هذا وأمثاله مما ثبت خلافه للشريعة، فإن كان الأمر كما ذكر، فهبات البنات والأخوات والعمات باطلة مردودة، ولهن الرجوع في حياتهن، ولورثتهن القيام بعد مماتهن بذلك؛ لأن من مات عن حق فلوارثه، ولو امتنعن من الهبة لأوجب ذلك امتهانهن والغضب عليهن وقطع إعانتهن، فإذا شهدت العادة بذلك فلا حيازة في ذلك عليهن؛

[1013]– الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، م. س. ج: 1، ص: 315.

[1014]– الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 3، ص: 124، بتصرف.

لأنهن مقهورات مغلوبات، ويقبل قولهن فيما يدعين، ولا فرق بين المتجالات ذوات الأولاد وغيرهن.. وسكوتها لا يضرها في ذلك ولو طال.[1015]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

يتبين من خلال الجواب على هذه النازلة أن المجيب اعتمد في نظره فيها على بعض القواعد والضوابط الفقهية، ومنها:

– قاعدة: "**العرف إنما يعتبر إذا لم يخالف المنصوص**"،[1016] فالأعراف والعادات معتبرة شرعا، يجب العمل بها، وتحكّم في معاملات الناس وتصرفاتهم، ما لم تخالف نصا، أو إجماعا، أو قياسا، والظاهر أن هذه العادة مما ثبت خلافه للشريعة، فهي باطلة لا يعتد بها، وما بني على باطل فهو باطل.

– قاعدة: "**من مات عن حق فلورثته**"،[1017] فالحقوق تورث كما تورث الأموال والأعيان، وعليه فمن حق ورثة من يموت من البنات والأخوات والعمات ممن مُنعن من الميراث بسبب تلك العادة المخالفة للشرع أن يطالبوا بنصيبهم من ميراث موروثهم.

– **قاعدة:** "**الإكراه يسقط أثر التصرف فعلا كان أم قولا**"،[1018] فالتصرفات التي تقع من الإنسان في حال الإكراه تبطل ولا تصح، ولا يترتب عليها أثرها الشرعي، وهؤلاء البنات والأخوات والعمات قد أكرهن على الهبة والتنازل عن حقهن في الميراث، بحيث لو لم يفعلن للحقهن من ذلك ضرر كبير؛ لهذا لا يلزمهن تصرفهن، بل يسقط ولا يعتد به.

[1015]– المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، ط: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1412هـ–1992م، ج: 2، ص: 60–61.

[1016]– المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، م. س. ج: 11، ص: 153.

[1017]– القرافي، الفروق، م. س. ج: 3، ص: 275.

[1018]– ابن السبكي، الأشباه والنظائر، م. س. ج: 1، ص: 150.

– قاعدة: "**السكوت ليس بمبطل للحق الثابت بصفة التأكد**"،[1019] فأيما حق استقرّ وتعين مستحقه بمقتضى سبب شرعي، فسكوت صاحب الحق لا يعتبر مسقطا لهذا الحق، ولا يسوغ للغير مباشرة التصرف عليه دون رضا صاحبه؛ لأن بعض الحقوق تحتاج إلى الخصومة في المطالبة، وقد لا يرغب الإنسان في الخصومة، فتأخير المطالبة بها لا يسقطها.

المطلب الثاني: نماذج من النوازل الأسرية المعاصرة

يقصد **بالنوازل المعاصرة:** المسائل والقضايا التي جدّت وظهرت في عصرنا الحاضر، أي في القرن الرابع عشر الهجري والخامس عشر الهجري، وتحتاج إلى بيان حكمها الشرعي، وهي التي تسمى بالمستجدات أو النوازل.[1020]

من ذلك قرارات المجامع الفقهية في طائفة من النوازل الأسرية المعاصرة، حيث استحضر فيها العلماء القواعد الفقهية واعتمدوا عليها في اجتهادهم، فجاء نظرهم فيها مسددا صحيحا، ومن الأمثلة على ذلك:

الفرع الأول: (تَحْدِيدُ جِنْسِ الْجَنِينِ)

أولا: نص القرار

أصدر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر في 27-03-2008 برئاسة شيخ الأزهر د. محمد سيد طنطاوي قرارا بإباحة تحديد جنس الجنين على مستوى الأفراد بشروط، وهي:

1- أن يتم اللجوء لتحديد نوع الجنين في حالات الضرورة فقط، مثل عدم إنجاب الذكور مسبقا في الأسرة.

[1019]– السرخسي، المبسوط، م. س. ج: 5، ص: 27.

[1020]– علي القرة داغي/علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط: 2، 1427هـ-2006م، ص: 97.

2- وألا يكون المقصود بذلك إنجاب الذكور دون الإناث، وإنما يتم في ظروف محددة، أو في حالة وجود أمراض وراثية.[1021]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

المجمع من خلال نظره في هذه النازلة، وإباحته تحديد جنس الجنين بالشروط المذكورة، طبق جملة من القواعد والضوابط الفقهية كما جاء في حيثيات القرار، ومنها:

- قاعدة "**الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم دليل الحظر**"[1022]: فتحديد جنس الجنين من الأمور التي لم يرد فيها نص، فتبقى على أصلها من الإباحة ما دام لا يناقض أصلا شرعيا، أو أصلا أو مقصدا عاما من أصول الشرع ومقاصده، وعلى هذا فتحديد نوع الجنين مباح بالشروط المذكورة.

- قاعدة "**يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام**"[1023]: فتحديد نوع الجنين بهذه الضوابط لا يتعارض مع مشيئة الله، ولا في تغيير خلقه، فالتغيير يكون بعد التحديد، وهنا قد تم التحديد ابتداء، ومعلوم أنه يغتفر الابتداء ما لا يغتفر في الدوام.

الفرع الثاني: (بُنُوكُ حَلِيبِ الْأُمَّهَاتِ)

أولا: نص القرار

نص مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة رقم: 6 في دورته 2 في 10-16 ربيع الثاني سنة 1406هـ بشأن بنوك الحليب الذي صدر بعد دراسة فقهية وطبية لتصورها ومعرفة حقيقتها وأبعادها على قرار:

[1021] - جريدة الشرق الأوسط، العدد: 10724، 01 ربيع الثاني 1429هـ-08 أبريل 2008م، https://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=10626&article=466069#.YtOufHbMLIU

[1022]- ابن القصار، عيون الأدلة في مسائل الخلاف، جامعة محمد بن سعود، ط: 1، 1426هـ-2006م، ج: 2، ص: 1012.

[1023]- مجموعة من المؤلفين، معلمة زايد للقواعد الفقهية، م. س. ج: 8، ص: 492.

1-منع إنشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي.

2-حِرْمة الرضاع منها.[1024]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

اعتمد القرار على قاعدتين ضروريتين في حسن النظر في النوازل، وضمان السداد فيها، وهما:

- قاعدة "**الحكم على الشيء فرع عن تصوّره**"[1025]: فقد أصدر المجمع هذا الحكم كما ورد في حيثيات القرار، بعد دراسة وتأمل ومناقشات مستفيضة، شملت مختلف جوانب الموضوع؛ لأنه لا بد من تصور ومعرفة حقيقة هذه البنوك، فجاء حكمه عليها بعد تصورها، في حين لم يبتَّ في قضايا أخرى لم يتحقق من حقيقتها، ولم يتصورها التصور الكافي لإصدار الحكم، فأجّل النظر فيها حتى يتم تصورها؛ إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوّره.

- قاعدة "**اعتبار المآلات**" وقاعدة "**سد الذرائع**"[1026]: فالمجمع بنى قراره بمنع إنشاء هذه البنوك؛ لما يؤول إليه إباحتها من الفساد، بالتهاون في مسألة الرضاع المحرم، المؤدي إلى الوقوع في الحرام.

الفرع الثالث: (اِسْتِئْجَارُ الْأَرْحَامِ)

أولا: نص القرار

رأى أغلب الفقهاء المعاصرين وهو ما تم الحكم به بالأغلبية في مجمع الفقه الإسلامي في دورته 3 المنعقدة في عمان سنة 1986م، والمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته 8 للعام 1985م، ومجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة عام

[1024]- مجموعة من المؤلفين/يعقوب الباحسين، معلمة زايد للقواعد الفقهية، م. س. ج: 27، ص: 26.

[1025]- شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، م. س. ج: 1، ص: 112.

[1026]- الشاطبي، الموافقات، م. س. ج: 4، ص: 68.

2001م، تحريم استئجار الأرحام تحريما مطلقا، وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهي بالهند في ندوته 23 بجامعة علوم القرآن بولاية غجرات الهندية، التي انعقدت في 3/1 مارس 2014م، قرار رقم: 100، (23/5) الذي توصل إلى أن:

1- إنماء المرأة نطفة أجنبي، أو بويضة امرأة أخرى في رحمها إجارة أم إعارة حرام؛ لأنها حرمان للإنسان من هويته، وثورة على سنة الله ونظامه الطبيعي.

2- لا يجوز لرجل قطعا إعطاء نطفته لتخصيبها في رحم امرأة أجنبية، أو لخلطها في بويضاتها.

3- لا يجوز للأطباء أن يقدموا يد العون إلى هذه العملية اللاأخلاقية. [1027]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

اعتمدت هذه المجامع في قرارها بمنع استئجار الأرحام على جملة من القواعد كان لها الدور في تسديد النظر في هذه النازلة، ومنها:

- قاعدة "**الأصل في الأبضاع التحريم**"[1028]: والرحم تابع لبضع المرأة، فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد شرعي صحيح، فكذلك الرحم لا يجوز شغله بغير حمل الزوج.

- قاعدة "**درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**"[1029] وقاعدة "**لا ضرر ولا ضرار**"[1030]: ففي استئجار الأرحام ما فيه من مفسدة اختلاط الأنساب، والضرر الذي يصيب الأم البديلة من تداعيات الحمل والإرهاق وآلام المخاض، ثم ينتزع منها الولد

[1027]- *فتاوى فقهية معاصرة: مجموع القراءات والتوصيات الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي بالهند، الدار المغربية، ص: 311.*

[1028]- الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط: 2، 1405هـ-1985م، ج: 1، ص: 177.

[1029]- العدوي، حاشية العدوي بهامش شرح الخرشي على المختصر، م. س. ج: 5، ص: 84.

[1030]- نص حديث شريف، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، د. ط. ت. كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج: 2، ص: 784.

وقد نشأت بينهما عاطفة الأمومة، أما الولد فينشأ في حيرة من أمره؛ إذ لا يعرف أمه الحقيقية.

– قاعدة "**ما أدى إلى محرم فهو محرم**"[1031]: وتأجير الأرحام يؤدي إلى محرم؛ نظرا لأنه يفتح بابا كبيرا للشقاق بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر، وما يؤول إليه الأمر من الخصومة بسبب تنازع نسب الطفل بين الأم الحقيقية والأم البديلة.

الفرع الرابع: (أَثَرُ عَقْدِ الزَّوْجِيَّةِ عَلَى مِلْكِيَّةِ الزَّوْجَيْنِ)

أولا: نص القرار

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في دورته 23 بالمدينة المنورة، خلال الفترة من: 28 أكتوبر إلى1 نونبر 2018م، وبعد اطلاعه على البحوث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع "أثر عقد الزوجية على ملكية الزوجين"، وبعد استماعه إلى المناقشات الموسعة التي دارت حوله، **قرر ما يلي:**

أولا: لكل من الزوجين ذمته المالية المستقلة، ولهما بمقتضى ذلك حق التصرف فيما يملكه كل منهما من الأموال والحقوق، معاوضة أو تبرعا.

ثانيا: ما يملكه كل واحد من الزوجين بسبب عقد الزواج أو بدونه، يعتبر ملكا خاصا لصاحبه، وينتقل من بعده إلى ورثته.

ثالثا: إذا تراضى الزوجان فيما بينهما على اقتسام أموالهما عن طيب نفس منهما واختيار، فإنه لا مانع شرعا من ذلك، ولا يجوز فرض ذلك عليهما بالتعيين المُلزِم.[1032]

[1031]– العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط. 1414هـ-1991م، ج: 2، ص: 218.

[1032]– *قرار رقم: 227، موقع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي:*
https://iifa-aifi.org/ar/4899.html

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

يلاحظ اعتماد القرار في نظره في هذه النازلة على عدة ضوابط وقواعد فقهية منها:

– ضابط "**لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة**"[1033]: وما دامت ذمة كل منهما مستقلة، فإن ذمة كل واحد من الزوجين تعمر بما عقده من تصرفات له أو عليه، وعليه؛ فالمرأة إذا كان لها مورد مالي مستقل، بوظيفة أو غيرها، فلها الحق في التصرف في مالها بكل أنواع التصرف، مع مراعاة حسن العلاقة مع الزوج، والمعاشرة بالمعروف، فالقاعدة الأخرى أن "**تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره**".[1034]

– قاعدة "**قسمة الأموال يجوز التراضي فيها**"[1035]: فمتى تراضى الزوجان على اقتسام أموالهما فلا مانع في ذلك، فقد جعل الشرع الرضى مناطا في جميع المعاملات، وفي ذلك حفظ للزوجية والمجتمع عامة من أسباب النزاع؛ لأن الاستيلاء على الأموال بغير موافقة أصحابها، أو فرض القسمة عليهما دون رضاهما، يؤدي إلى التنازع والتشاحن، وزوال المودة والرحمة والتساكن التي هي أساس العلاقة الزوجية.

الفرع الخامس: (إِجْراءُ جِرَاحَةِ تَرْقِيعِ غِشَاءِ الْبَكَارَةِ)

أولا: نص الفتوى

السؤال: ما رأي الدين[1036] في إجراء عملية جراحية لأنثى تعيد لها عذريتها – ترقيع غشاء البكارة– التي فقدتها لسبب أو لآخر: هل هي حلال أو حرام؟ علما بأن السائل يتقاضى عن هذا العمل أجرا.

[1033]– مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، م. س. ج: 21، ص: 276–ج: 7، ص: 81.

[1034]– ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، م. س. ج: 6، ص: 747.

[1035]– القرافي، الذخيرة، م. س. ج: 11، ص: 171.

[1036]– هذا من العبارات الشائعة الخاطئة، فالرأي إنما ينسب للأشخاص، والصواب أن يقال: ما حكم الدين والشرع؟ أو ما رأي الفقيه أو العالم الفلاني؟

الجواب: مما لا شك فيه أن على رأس الأمور التي أمرت شريعة الإسلام المرأة بالمحافظة عليها صيانتها لعرضها، وعفافها عن كل ما لا يليق، ومسألة إجراء عملية جراحية لأنثى فقدت بكارتها تندرج تحتها صور متعددة منها:

الصورة الأولى: إذا كان سبب فض بكارة الفتاة بفعل خارج عن إرادتها، كتعرضها لحادث معين من وثبة، أو سقطة، أو حيضة، أو عملية جراحية أفقدتها غشاء بكارتها، أو نحو ذلك، فلا بأس من إجراء عملية جراحية لرتق هذا الغشاء؛ لما فيه من دفع مفاسد يغلب على الظن وقوعها بسبب ما ستلاقيه الفتاة من ظلم وعنت، ترتيبا على الأعراف والتقاليد السائدة في مجتمعاتنا، فإن المفسدة المتوقعة بأغلبية الظن تعتبر في حكم الناجزة المحققة، فإذا غلب وقوع المفسدة ولو في المآل جُعلت كالمفسدة الواقعة.

الصورة الثانية: إذا كانت الفتاة قد فقدت غشاء بكارتها بسبب ارتكابها لفاحشة الزنا باختيارها ورضاها، فلا نؤيد[1037] إجراء عملية جراحية لها لإعادة بكارتها؛ إذ في إباحة ذلك فتح باب الغش والخداع، كما أنه يؤدي إلى إشاعة فاحشة الزنا في المجتمع، وهذا يتنافى مع روح الشريعة في مكافحة الزنا، وسدِّ جميع الأبواب التي توصل إليه بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

وإزاء هذا البيان؛ فإذا ما عرضت على الطبيب حالة فتاة يطلب لها إجراء عملية رتق، فعليه أن يقدر الظروف والملابسات، ويتعرف السبب الذي أدى إلى تمزق غشاء بكارتها، فإذا رأى بعد اجتهاده وتقديره للظروف أن إجراء عملية الرتق يؤدي إلى ضرر أقل من ضرر عدم إجرائها، فعليه أن يرتكب أخف الضررين بأن يقوم بإجرائها، أما إذا رأى عكس ذلك، فعليه أن يمتنع عن ذلك، فالمسألة ترجع إلى ضمير الطبيب ودينه، وإلى تقديره الفني والشخصي للحالة، وعلى ما سيترتب عليها من آثار، وهو مأجور على

[1037]– التأييد من عدمه ليس حكما شرعيا يفتى به في المسائل والوقائع، والصواب الحكم أو الإفتاء بأحد الأحكام الشرعية الخمسة المعروفة.

اجتهاده ما دام يُغلِّب الحق والمصلحة العامة للأفراد والجماعات، ولا بأس بأن يأخذ الطبيب أجرة على إجراء مثل هذه العملية ولا حِرمة عليه في ذلك.[1038]

ثانيا: وجه تسديد النظر فيها بالقواعد الفقهية

فجهة الإفتاء في هذه النازلة اعتمدت في جوابها على مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية التي لا يخفى مدى أثرها في تسديد النظر فيها، ومنها:

– قاعدة "**الحكم على الشيء فرع عن تصوّره**"[1039]: تجلى ذلك من خلال تقسيم المسألة إلى صورتين، وهذا يظهر كون الناظر فيها قد أحسن تصورها، وكشف جوانبها المتعلقة بها كما هي عليه في الواقع؛ ما سهل إصدار الحكم الشرعي المناسب لها، وساهم في سداده.

– قاعدة "**الجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة**"[1040]: فإنه كما في الصورة الأولى لما كان سبب فقدان الغشاء يرجع إلى أمر خارج عن إرادتها، كان الجواب بمشروعية ترقيعه وجبره؛ لاستدراك هذه المصلحة التي فاتتها، أما في الصورة الثانية فكان الجواب بالزجر ومنع ترقيعه؛ بسبب تجنيها على نفسها بارتكاب الفاحشة؛ بهدف درء المفاسد المتوقعة، ومنها التجرؤ على فعل الفواحش وإشاعتها.

– قاعدة "**ما قارب الشيء يعطى حكمه**"[1041]: ومنها تنزيل المتوقع منزلة الواقع وإعطائه حكمه، من باب اعتبار المآلات، فالمتوقع أن هذه الفتاة البريئة التي فقدت غشاء بكارتها لحادث ستلاقي ظلما وعنتا، بناء على العادات السائدة في المجتمع، وما فيه

[1038]– المصدر: دار الإفتاء المصرية، بتاريخ: 13-11-1988م، الموقع: https://moftionline.com/4100

[1039]– شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، م. س. ج: 1، ص: 112.

[1040]–القرافي، الذخيرة، م. س. ج: 3، ص: 301.

[1041]–الحطاب، مواهب الجليل، م. س. ج: 2، ص: 65.

من سوء ظن بها، وذلك يعتبر مفسدة، والمفسدة المتوقعة بأغلب الظن تجعل كالمحققة فتعطى حكمها.

خاتمة وفيها النتائج والمقترحات:

في ختام البحث في هذا الموضوع يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصل إليها في الآتي:

✓ أهمية القواعد الفقهية في ضبط الفروع الفقهية، وجمع شتاتها في سلك واحد، وتسهيل استحضار حكم المسائل الفقهية المتشابهة بمجرد تذكر القاعدة الجامعة.

✓ حرص الفقهاء قديما على اعتماد القواعد والضوابط الفقهية في عملية النظر والاجتهاد، خاصة إذا تعلق الأمر بالنوازل والوقائع المستجدة التي لم يرد فيها نص سابق، تجلى ذلك من خلال أجوبتهم على المسائل والنوازل.

✓ فقه الأسرة ونوازلها موضوع فقهي بالغ الأهمية؛ نظرا لارتباطه بالأسرة التي تعتبر حضنا وحصنا للدين والنفس والعقل والعرض والمال؛ لذلك أحاطتها الشريعة بسياج متين، وسور منيع.

✓ تميز النظر في النوازل الأسرية عن غيرها من القضايا؛ ما يستوجب التعامل عند النظر فيها بمزيد عناية واحتياط.

✓ تسديد النظر في النوازل الأسرية بالقواعد يعني: جعل نظر الناظر وتأمله وفحصه وبحثه فيها سديدا وصائبا؛ وذلك بالاعتماد على القواعد والضوابط الفقهية، في جميع مراحل النظر فيها، سواء عند التصور، أو التوصيف، أو الحكم.

وبناء على ما سبق، يمكن اقتراح ما يلي:

✓ ضرورة إيلاء الأهمية العلمية البحثية اللازمة لدراسة النوازل الأسرية وغيرها، فهي تضم ثروة فقهية مهمة فقها ومنهجا، يمكن الاعتماد عليها والاسترشاد بها في النظر في النوازل المعاصرة.

✓ ارتباط الأسرة بالمجتمع وما يعرفه من تغيرات متسارعة يستلزم تجدد النظر في نوازلها، وتغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والحال، ويفرض الموازنة بين الشرع والواقع، دون انفلات ولا جمود، بل بين ذلك قواما، وتوسطا واعتدلا.

✓ جعل النظر في النوازل المتعلقة بالأسرة جماعيا تتولاه هيئة أو مجلس من فقاء الشريعة، مع ضرورة الاستعانة بالخبراء والمختصين في مختلف المجالات حسب نوع النازلة وموضوعها، باعتبارهم مستشارين، ويبقى الحكم النهائي من اختصاص الجهة الشرعية باعتبارها المؤهلة لذلك شرعا.

✓ اعتبار القواعد والضوابط الفقهية قواعد منهجية وموضوعية تؤطر عملية النظر في النوازل الفقهية، وتسهم في تسديد الاجتهاد والنظر فيها، بما يحقق مصالح الناس، ويواكب مستجداتهم، تحت مظلة الشريعة الحنيفية السمحة.

✓ الأخذ بعين الاعتبار فقه الواقع، وفقه الأولويات، وفقه الموازنات، واعتبار المآلات، وسد الذرائع.. واستحضار مقاصد الشرع ومبادئه عند النظر في النوازل الأسرية، كالتيسير ورفع الحرج، وجلب المصالح ودرء المفاسد، وإزالة الضرر..

أثر العرف في النوازل الفقهية والتطبيقات القضائية:
قضايا الأسرة نموذجا

ذ. بدر الحافيضي
الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين
فاس مكناس

المقـدمــة

تعد قضايا الأسرة من أكثر المجالات الفقهية والقانونية اتصالا بالواقع الاجتماعي، نظرا لارتباطها المباشر ببنية المجتمع وقيمته وأعرافه المتجددة، وقد أفرزت التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية المعاصرة عددا من الإشكالات العملية التي لم تعد النصوص التشريعية قادرة على استيعابها، مما أعاد النقاش حول مكانة العرف باعتباره قاعدة اجتهادية مكملة، تسهم في تنزيل الأحكام الشرعية والقانونية على الواقع المتغير خصوصا في مجال الأسرة.

ويكتسي الحديث عن أثر العرف في النوازل الفقهية والتطبيقات القضائية من خلال قضايا – موضوع هذه المساهمة – أهمية خاصة، لكونه يكشف عن الدور الذي يمكن للعرف أن يقوم به، قاعدة اجتهادية مكملة تسهم في معالجة الإشكالات الأسرية الواقعية، التي تبدو بارزة في توجيهات الفقهاء عند النظر في النوازل وتقديم القضاء لتفسيرات مستندة إلى الأعراف والعادات المستمرة في المجتمع، بما يحقق التوازن بين النصوص الشرعية والقواعد القانونية ومتطلبات الواقع الاجتماعي.

وتهدف هذه المساهمة إلى تحقيق جملة من الأهداف أبرزها:

- بيان الأسس النظرية والمرجعية لاعتبار العرف في قضايا الأسرة.
- الكشف عن جهود فقهاء المالكية في إعمال العرف لإيجاد حلول عملية لقضايا الأسرة المغربية من خلال النوازل الفقهية.
- استجلاء دور القضاء المغربي في اعمال العرف من خلال الاجتهاد القضائي المغربي في المادة الأسرية.
- إبراز القيمة الراهنة لتفعيل العرف المنضبط في الإصلاح الأسري والتعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة.

وبناء على ما سبق، تتحدد الإشكالية المركزية للموضوع في السؤال التالي:

- **إلى أي حد أسْهم العرف في معالجة النوازل الفقهية وتوجيه التطبيقات القضائية في قضايا الأسرة، وما حدود الاعتماد عليه في ظل النقاش المتعلق بالتعديل المرتقب لمدونة الأسرة المغربية؟**

ولتحليل هذه الإشكالية، ارتأيت الإجابة عن التساؤلات الفرعية التالية:

- ما الأسس النظرية لاعتبار العرف في قضايا الأسرة؟
- كيف وظف فقهاء النوازل العرف في معالجة القضايا الأسرية؟
- ما مدى حضور العرف في العمل القضائي المغربي؟
- كيف يمكن تفعيل العرف الصالح وتجاوز العرف الفاسد في أفق المرتقب من التعديلات في مدونة الأسرة المغربية؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، قسمت الموضوع بعد المقدمة إلى مبحثين أساسيين عالجت في المبحث الأول: الأسس النظرية والمرجعية لاعتبار العرف في قضايا الأسرة، والمبحث الثاني: أثر العرف في النوازل الفقهية والتطبيقات القضائية.

المبحث الأول: الأسس النظرية والمرجعية لاعتبار العرف في قضايا الأسرة:

المطلب الأول: مفهوم العرف وحُجيته:

الفقرة الأولى: تعريف العرف لغة واصطلاحا:

أولا: العرف لغة:

إن عبارة العرف في اللغة العربية مأخوذة من الجذر المكون من الحروف: (ع- ر- ف)، وله معان متعددة يجمعها قدر مشترك من الدلالة على التتابع والاستقرار والسكون والطمأنينة.

جاء في معجم مقاييس اللغة، إن مادة "**عرف**" ترجع إلى أصلين صحيحين: أحدهما يدل على تتابع الشيء متصل بعضه ببعض وثانيهما يدل على السكون والطمأنينة.

وقد أكد صاحب لسان العرب هذا المعنى بالقول: إذ عُرِفَ العرف والمعروف والعارفة بأنها ألفاظ متقاربة المعنى وقرر أن المعروف هو ضد المنكر. قال الله تعالى: "**وامر بالمعروف وانه عن المنكر**"[1042]. وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه،[1043] وأشير في تاج العروس من جواهر القاموس، أن العرف ما اعتاده الناس وتعارفوا عليه من أقوال وأفعال، يقال جاء القوم عرفا عرضا أي متتابعة،[1044] ومنه قوله تعالى: "**والمرسلات عرفا**"[1045].

من خلال هذه الاستعمالات اللغوية يتأكد أن العرف يقوم على ثلاثة عناصر أساسية وهي؛ التكرار والاستمرار والطمأنينة، مع اقترانه بمعنى المعروف الذي لا تنكره الفطرة

[1042] – سورة لقمان الآية:16,

[1043]– ينظر: لسان العرب 639/9، مختار الصحاح، مادة {ع ر ف} ص:202.

[1044]– تاج العروس من جواهر القاموس، مادة{ع ر ف} 135/24.

[1045]– سورة المرسلات الآية : 1.

السليمة، ومن هنا يتضح أن العرف في أصل دلالته اللغوية ليس مجرد عادة عابرة، بل سلوك متجدر تستقر عليه النفوس وتتعامل معه توصفه أمراً طبيعيا ومألوفا، فبعد استجلاء معنى العرف لغة، يستحسن الانتقال إلى معناه الاصطلاحي.

❁ العرف اصطـلاحـا:

يعد العرف من المفاهيم المركزية في البناء الاجتهادي للفقه الإسلامي لما له من أثر بين في استنباط الأحكام وتنزيلها على الوقائع المتجددة، خاصة في قضايا الأسرة، وقد أولى العلماء عناية خاصة بتحديد مفهومه الاصطلاحي، انطلاقا من وعيهم بوظيفته في ربط النص الشرعي بالواقع الاجتماعي المتغير ولذلك عرفه **حافظ الدين النسقي** العرف: "**... ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول**"[1046]، وعرفه **الجرجاني** بقوله: "**العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول**"[1047].

ومن المعاصرين عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه "ما يتكرر استعماله من فعل أو قول حيث يكسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول، والرعاية في التصرفات الشرعية والقانونية [1048].

وبناء على ما احتواه التعريفان السابقان فإن العرف : "هو ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه".

[1046]– حافظ الدين النسقي، المستصفى، ذكره صالح عوض "أثر العرف في التشريع الإسلامي"، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ص. 50.

[1047]– علي بن محمد الجرجاني التعريفات، طبعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الولى 1403هـ–1983 م ص: 145.عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، مطبعة المدني "الموسوعة السعودية"، بمصر القاهرة، ص. 85.

[1048]– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج:2، ص:103.

أما في القانون فهو: "درج الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية زمنا طويلا، ثم اعتقادهم بعد ذلك بإلزامية هذا السلوك، وبات مخالفته تستتبع توقيع جزاء"[1049].

وعليه، فإن العرف في الفقه والقانون يلتقيان في كونهما يعكسان استقرار السلوك الاجتماعي، غير أن العرف في الفقه الإسلامي يتميز بمرجعيته الشرعية والمقاصدية، مما يجعله مصدرا منضبطا يوازن بين واقع الناس وهداية النص، بينما يركز العرف في القانون على الالتزام الاجتماعي والجزاء دون اشتراط مرجعية دينية.

واستنادا إلى التعاريف أعلاه، يمكن اعتماد تعريف إجرائي للعرف في سياق هذا البحث مفاده أن: العرف في قضايا الأسرة هو مجموع السلوكات والتصرفات التي استقر عليها تعامل الناس داخل محيطهم الأسري والاجتماعي، وتلقتها النفوس السليمة بالقبول، واستحسنتها العقول، واستمر العمل بها زمناً؛ مما لا يخالف نصا شرعيا ولا مقصدا كليا، ويُستأنس به في توجيه الأحكام الفقهية والقضائية تحقيقا للمصلحة الأسرية ورفعا للحرج والنزاع.

الفقرة الثانية: حجية العرف:

إن اعتبار العرف في الفقه الإسلامي لم يكن قاعدة اجتهاد فقهي مجرد، بل تضافرت الأدلة الشرعية من القرآن والسنة على تقرير حجيته، ويكفي في الدلالة على ذلك قوله تعالى: "**خذ العفو وامر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**"[1050]، وهي آية جامعة جعلت العرف معيارا في تنظيم الروابط الأسرية، ومرجعا معتبرا في ثناء الأحكام الشرعية عند التنازع.

وقد نبه القرافي إلى هذا المعنى في تنزيله للعرف على الوقائع الأسرية، إذ قرر في معرض حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت "أن القول لمن شهدت له العادة لنا

[1049]– إدريس العلوي العبدلاوي: أصول القانون، مطابع دار القلم بيروت 1971، ج 1، ص. 569.

[1050]– سورة الأعراف، الآية 199.

قوله تعالى: "**خذ العفو وامر بالعرف**" فكل ما شهدت به العادة قضي به بظاهر هذه الآية، إلا أن تكون هناك بينة"[1051].

مما تجدر الإشارة إليه أن الاستدلال القرآني لم يقف عند هذه الآية، بل يلاحظ أن الشارع الحكيم أكثر من إحالة الأحكام المتعلقة بقضايا الأسرة على العرف، باعتباره أداة مرنة لضبط العلاقات الأسرية ومراعاة اختلاف الأعراف باختلاف العصور والبيئات والأحوال. كما في قوله تعالى في سورة النساء من الآية 19: "**وعاشروهن بالمعروف**"[1052]. وقوله سبحانه: "... **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف...**"[1053].

وقوله تعالى: "**وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**"[1054]. ويضاف إلى ذلك قوله عز وجل: "**لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها**"[1055].

قال أبو بكر بن العربي –في سياق بيانه لتحكيم العرف في تقدير النفقة في قوله تعالى: "**لينفق ذو سعة من سعته**" – قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله تعالى عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام"[1056].

وجاءت السنة النبوية مؤكدة لحجية العرف في قضايا الأسرة، ومن أبرز ذلك ما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، عن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم قال:

[1051]– القرافي: الفروق: ج 3، ص. 185. طبعة: عالم الكتب بدون طبعة وبدون تاريخ.

[1052]– السيد صالح عوض: أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص. 96.

[1053]– سورة البقرة، الآية 223.

[1054]– سورة البقرة: الآية 241.

[1055]– سورة الطلاق، الآية 7.

[1056]– أحكام القرآن لابن العربي 4 / 1830. ط. عيسى الحلبي 1958م..

"**خذي ما يكفيك بالمعروف**"[1057]. وفي هذا الحديث دلالة على اعتبار العرف في تقدير النفقة به، إذ لم يرد في التقدير نص شرعي[1058].

إذا كانت حجية العرف قد ثبتت بهذا التأصيل الشرعي فإن ذلك يفسر عناية الفقهاء به تنظيرا وتطبيقاً ويكشف عن وعيهم بأهميته في استيعاب تحولات الواقع الاجتماعي خاصة في قضايا الأسرة.

المطلب الثاني: عناية فقهاء الشرعية بالعرف في قضايا الأسرة:

الفقرة الأولى: مكانة العرف عند فقهاء الشرعية:

إن الشريعة الإسلامية تعتمد على مصادر عدة يستند إليها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية منها العرف لما له من أهمية كبرى، إذ يرجع إليه في مسائل كثيرة من أبواب الفقه ومنها المتعلقة بقضايا الأسرة وفي ذلك دفع للحرج والمشقة، قال الله تعالى: "**وما جعل عليكم في الدين من حرج**"[1059]. يقول الفقهاء إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجا عظيماً [1060].

ولهذا، فإن مراعاة أعراف الناس وعاداتهم التي اطمأنت إليها نفوسهم، وقبلتها طباعهم السليمة يساهم في تحقيق مصالح الأسرة ودرء المفاسد عنها بما يوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية. قال ابن القيم: هذا فعل عظيم النفع جدا وقع – بسبب الجهل به– غلط عظيم على الشريعة أوجب الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه، وما يعلم أن الشريعة الباهرة لا تأتى به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم والمصالح، وهي

[1057]– أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات "باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف" حديث رقم: 5049، ج5 ص: 2025.

[1058]– النووي المنهاج شرح صحيح مسلم، ج 12، ص. 8. – ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ج 5، ص. 509.

[1059]– سورة الحج، الآية 8.

[1060]– ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج 2، ص. ينظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي بحث بعنوان: العرف (بحث فقهي مقارن) للدكتور محمد جبر الألفي كلية الحقوق – جامعة الكويت 123.

عدل كلها ورحمة كلها وحكمة كلها، وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليس من الشريعة وأن أدخلت فيها بالتأويل"[1061].

وبناء عليه، أولى فقهاء المذاهب للعرف اهتماما بالغا باعتباره أصلا من الأصول التي يرجع إليها عند استنباط الأحكام الشرعية في الحالات التي لم يرد فيها نص صريح. قال **ابن نجيم:** "واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً فَقَالُوا فِي الْأُصُولِ فِي بَابِ مَا تُتْرَكُ بِهِ الْحَقِيقَةُ: تُتْرَكُ الْحَقِيقَةُ بِدَلَالَةِ الِاسْتِعْمَالِ وَالْعَادَةِ. "[1062].

قال **القرافي:** "**... أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها**"[1063]، وفي اعتبار العرف يقول ابن عابدين في أرجوزة له[1064].

والعرف في الشرع له اعتبار ❁ لذا عليه الحكم قد يــدار

وقد اعتبر الإمام مالك بن أنس عمل أهل المدينة دليل عن الأدلة الشرعية عند عدم النص، وكان يراعي كثيرا ما تعارف عليه أهل المدينة [1065]. يقول الشيخ محمد أبو زهرة: "**والفقه المالكي كالفقه الحنفي بأخذ بالعرف، ويعتبره أصلا عن الأصول الفقهية، فيما لا يكون فيه نص قطعى، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من الفقه الحنفي لأن المصالح المرسلة من دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولاشك أن مراعاة**

[1061]– ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 3، ص. 27–28، مطبعة الكردي بمصر 1325.

1062– ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص:79، دار الكتب العلمية، بيروت – الطبعة: الأولى، 1419 هـ – 1999 م.

[1063]– القرافي: شرح تنقيح الفصول ص. 447، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى لشركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393 هـ – 1973 م

[1064]– ابن عابدين، ج 2، ص. 112.

[1065]– الشاطبي، الموافقات، ج 2، ص. 227.

العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه بل يجب الأخذ به"[1066].

ومما ينبغي الإشارة إليه، أن مكانة العرف عند الفقهاء تظهر من خلال بسطهم لمجموعة من القواعد الفقهية التي تنظم العمل بالعرف وتحدد نطاقه في الأحكام الشرعية وخصوصا في قضايا الأسرة. كقاعدة: الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وقاعدة العادة محكمة، وقاعدة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة. وقاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العرف والعادة، وقاعدة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا إلى غير ذلك من القواعد التي تناولها العلماء في كتب القواعد الفقهية والأصولية. وهي قواعد كان لها أثر مباشر في قضايا الأسرة، من حيث تحديد الحقوق الزوجية، وتقدير النفقة وبيان ما يعد ضررا موجبا للتفريق، وتكشف هذه القواعد عن وعي فقهي عميق بضرورة مراعاة الواقع الاجتماعي للأسرة دون الإخلال بثوابت الشريعة ومقاصدها.

ولما كان العرف من المصادر المعتبرة في استنباط الأحكام الشرعية، ولاسيما في قضايا الأسرة التي تتأثر بالتحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، فإن اعتباره لم يكن –عند الفقهاء– اعتباراً مطلقا أو غير منضبط بل أحاطوه بجمله من الشروط والضوابط جعلتها موضوع الفقة الموالية.

الفقرة الثانية: شروط إعمال العرف وضوابطه:

إن اعتبار العرف في الفقه الإسلامي لم يكن اعتباراً مطلقا، بل ضبط بجملة من الشروط والضوابط الدقيقة، مدارها تحقيق مقاصد الشريعة في حفظ المصالح ودرء المفاسد، ولاسيما في القضايا الأسرية التي تفهم بالحساسية والتأثير العميق في استقرار الأسرة من أهمها :

[1066]– الإمام مالك، ص. 353

- أن لايخالف العرف نصاً شرعيا من الكتاب والسنة، إذ قرر الفقهاء أن العرف إنما يعمل به عند عدم النص، أما إذا ورد النص صريحا فلا مجال للاجتهاد بالعرف. قال ابن عابدين: "**ولا اعتبار للعرف المخالف للنص لأن العرف قد يكون على باطل بخلاف النص**"، وقال السرخسي: "**كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر**"[1067].

ولهذا، فالعرف الذي يحل الحرام ويحرم الحلال ويناقض الشريعة لا يصير العباد إليه، وهو ليس من المعروف، بل من المنكر الذي يجب محاربته [1068] ومن أمثلة ذلك في بعض المجتمعات المغربية أذكر: "... حرمان النساء من الإرث في عرف بعض القبائل استنادا إلى العرف، المغالاة في المهور وتكاليف الزواج والاسراف في الولائم والمآثم وتحويلها لمظاهر التفاخر وغيرها...،.

- أن يكون العرف مُطّردا أو غالباً، أي أن يكون العمل به مستمراً في جميع الحوادث أو جاريا في أكثر الحوادث[1069]. وأساس هذا الشرط منقول عن القرافي "**لا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك، فإن ذلك نشأ من دراسة المذهب وقراءته والمناظرة عنه، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك العصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى**"[1070].

وإلى هذا تشير القاعدة الفقهية "**العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له**".

ولهذا حصر العرف المعتبر فيها إذا كان غالبا أو مُطّردا، لأن تقرر العرف بين الناس وتمكنه في نفوسهم، إنما يتم بالغلبة أو الاطراد. قال السيوطي: "**إنما تعتبر العادة إذا أطردت فإن اضطربت فلا**"[1071]، فخرج بهذا العرف المشترك.

[1067]– ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج 2، ص. 113.

[1068]– محمد سليمان الأشقر: الأعراف البشرية في ميزان الشريعة، دار النفائس للنشر والتوزيع 1993، ص. 55.

[1069]– أحمد فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر 1412، ص. 83.

[1070]– القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام، ص. 71.

[1071]– السيوطي: الأشباه والنظائر، ص. 65.

- أن يكون العرف مقارنا أو سابقا لزمن الشيء الذي يحمل على العرف، أي أن يكون العرف المراد تحكيمه موجودا ومعمولا به وقت إنشاء التصرف لا عرفا طارئا نشأ بعده وفي ذلك يقول السيوطي: "**العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخرة** [1072]. ويؤكد هذا المعنى ابن نجيم في قوله: "**ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ**"[1073].

إذا كان هذا هو الإطار الضابط لاعتبار العرف من الناحية النظرية، فإن تنزيله العملي يتجلى بوضوح في اجتهادات فقهاء النوازل والتطبيقات القضائية.

المبحث الثاني: أثر العرف في النوازل الفقهية والتطبيقات القضائية:

المطلب الأول: العرف في النوازل الفقهية:

الفقرة الأولى: مفهوم النوازل الفقهية:

يعد مصطلح النوازل الفقهية من المصطلحات المركبة التي يمكن تناول مفهومها من زاويتين متكاملتين، الأولى باعتباره مركبا إضافيا من لفظين هما **النوازل والفقهية**، والثانية باعتباره لقبا استقر استعماله في كتب النوازل والفتاوى.

- النوازل لغة، جمع نازلة وأصلها من الفعل نزل الذي يدل على هبوط الشيء ووقوعه[1074]، وهي المصيبة والشديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس[1075]. وقد جاء في بعض المعاجم معنا آخر للنوازل وهو الحل.

[1072]– السيوطي: مرجع سابق، ص. 96.

[1073]– ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص. 101.

[1074]– ابن فارس: معجم مقايس اللغة، ج 5، ص, 114.

– ابن منظور: لسان العرب، ج 11، ص. 659.

[1075]– فتحي زغزوت: من دخائر التراث الإسلامي النوازل الكبرى في التاريخ الإسلامي، الطبعة الأولى 2009، الأندلس الجديدة للنشر والتوزيع، ص. 13.

• أما اصطلاحا، عرفها ابن عابدين بأنها: "**الفتاوى والوقائع**" وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سُئِلوا عن ذلك ولم يجدوا فيها رواية من أهل المذهب المتقدمين"[1076]، وعُرّفت أيضا: "**تلك الحوادث والوقائع اليومية التي تنزل بالناس فيتجهون إلى الفقهاء للبحث عن الحلول الشرعية لها**"[1077].

• **الفقهية:** هي صفة مأخوذة من الفقه وهو الفهم وإدراك الشيء، والعلم به ولغة تدل على المعرفة والفهم العميق. أما اصطلاحا فهي صفة تشير إلى ما يتعلق بالفقه، أي دراسة القضايا والنوازل العملية التي سُئل عنها العلماء وتحليلها وفق المنهج الفقهي، ولهذا عرفت النوازل الفقهية بالنظر إلى موضوعها إلى: "**كل ما كان من قبيل الأحكام الشرعية العملية**"[1078].

وعندما تُذكر النوازل الفقهية باعتبارها لقبا، فإن المصطلح يشير إلى الوقائع المستجدة التي تتطلب دراسة تحليلا فقهيا لتحديد الحكم الشرعي المناسب لها وفق الأدلة الشرعية مع مراعاة الوقائع والعرف ومقاصد الشريعة.

ومن هذا المنظور عرفت النوازل الفقهية بأنها: "**الواقعات والمسائل المتخذة التي تنزل بالعالم الفقيه، فيستخرج لها حكما شرعياً ويطلق عليها "النوازل" و"الفتاوى" و"الأجوبة" و"الأحكام" و"المسائل**"، وهي كلها مصطلحات تعكس مفاهيم متقاربة[1079]. وعرفت أيضا بأنها : "**الوقائع الجديدة التي لم يسبق فيها نص أو اجتهاد**"[1080].

[1076]– ابن عابدين: مجموع رسائل ابن عابدين، ج 1، ص. 17.

[1077]– الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، منشورات كلية الشريعة بأكادير 1999، ص. 53.

[1078]– ناصر بن عبد الله الميمان: مراحل النظر في النوازل الفقهية، الطبعة الأولى 1430هـ/2009م، الناشر التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، ص. 8.

[1079]– محمد بن شريفة: وقائع أندلسية في نوازل القاضي عياض، مجلة دعوة الحق، العدد 264، أبريل – مايو 1987، ص. 94.

[1080]– بشير حزام محمد المليكي: التأصيل المنهجي لاستنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، الطبعة الأولى 1446– 2024م، الناشر غافق للدراسات والنشر، ص. 8.

من هنا تكمن أهمية النوازل الفقهية في كونها تجسيد البعد العملي للفقه الإسلامي، وتبرز قدرته على مواكبة تحولات الواقع[1081] خصوصا في قضايا الأسرة لكونها من أكثر المجالات التصاقا بالأعراف الاجتماعية، وهو ما جعل فقهاء النوازل يولون لهذه القضايا عناية خاصة، من خلال توظيفهم للأعراف الجارية في معالجة النزاعات المستجدة، وهو ما يستدعي الانتقال إلى عرض نماذج تطبيقية لإعمال العرف في النوازل الفقهية.

الفقرة الثانية: نماذج تطبيقية للعرف في النوازل الفقهية:

من النوازل الفقهية التي عالج فيها الفقهاء النوازليين قضايا أسرية تتقاطع مع واقع الأسرة المعاصرة. ولهذا سأشير هنا إلى حضور العرف في معالجة بعض هذه القضايا في أفق التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة.

- **زواج الفاتحة أو الزواج العرفي:**

زواج الفاتحة أو ما يعرف بالزواج العرفي هو عقد مستكمل شروطه الشرعية إلا أنه لم يوثق أي؛ بدون وثيقة رسمية أو عرفية [1082]. وقد أصبح هذا النوع من الزواج شائعا بين الناس اليوم واعتبره البعض [1083] عرفا يلجأ إليه للتحايل على القانون والتهرب من

[1081]– في هذا الصدد: يقول الشهرستاني: "الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحجر والعد، ونعلم قطعا أيضا أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضا والنصوص إذا كانت متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد".

– محمد بن عبد الكريم: الشهرستاني – الملل والنحل، ص. 42.

[1082]– عبد الفتاح عمر: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص. 43.

– http//www.tisalaty.met/article1.php, Try4@TT=1800@FT.

[1083]– لعبيد محمد ياسين: تعديل مدونة الأسرة في أفق تحقيق المناصفة وحماية الطفل – دراسة مقارنة في قضايا الزواج وانحلاله– بحث لنيل الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس السنة الجامعية 2023–2024، ص.

الالتزام بالشروط والقيود القانونية التي يشترطها الزواج الرسمي مثل شرط الأهلية [1084] وإجراء الفحوص الطبية [1085] والقيود المتعلقة بتعدد الزوجات وغيرها[1086].

وقد تفاعل فقهاء النوازل في عصرهم مع انعقاد زواج الفاتحة، وأشير هنا إلى نازلة صور فيها الموثق بدقة ما جرى في مجلس العقد... وجاء سؤال النازلة، وهو: هل يعتبر ما جرى عقدا للنكاح بحيث يكتفي به أو أن ذلك كله لا يكفي حتى يتحقق الإشهاد؟

وجوابا عن هذه النازلة ذهب الشريف المرذغي إلى مثل هذا النكاح صحيح وأحكامه ثابتة قال الشيخ ميارة مرجحا قول الشريف المرذغي، وهو الموافق لما ذهب إليه الشيخ خليل في مسألة: وإن طال كثيرا لزم[1087].

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أن الاجتهاد الفقهي يسجل في اعتبار العرف في انعقاد زواج الفاتحة حاضرا حين سمح المقنن المغربي تمديد فترة ما أحدته من سماع

[1084]– تحدد المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية سن الأهلية للزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية لـ 18سنة شمسية كاملة .تهدف هذه المادة إلى الرفع من سن الزواج لتوحيده بين الجنسين، معتبرة أن الأهلية لا تكتمل إلا بهذا السن لضمان النضج الجسدي والعقلي.

[1085]– تنص المادة 65 من مدونة الأسرة، في الفقرة الخامسة منها، على تضمين عقد الزواج شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين، يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.

[1086]–: تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على ما يلي:" إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، أو إذا اشترطت الزوجة في عقد زواجها عدم التزوج عليها". في حين تنص المادة 41 على القيود الواردة أمام من يرغب في التعدد ونصها:" لا تأذن المحكمة بالتعدد:

– إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي.

– إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة."

[1087]– الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت 1072هـ)،157/1، دار المعرفة 1431هـ.

دعوى ثبوت الزوجية [1088]، رغم الجدل المجتمعي القائم بين اتجاه رافض لها وآخر قابل بها لاعتبارات الواقع الاجتماعي وحماية لحقوق المرأة والأطفال.

وهنا يطرح السؤال هل ينبغي الإبقاء على هذه الدعوى الاستثنائية في أفق التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة، استجابة للعرف وانسجاما مع الواقع أم الإلغاء وتنظيم آليات جديدة لإثبات الزواج تُوازن بين الالتزام بالشكل القانوني وحماية حقوق المرأة والطفل.

- **تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية.**

بما استجد في حياة الناس اليوم ما جرى به عرفهم نتيجة التحولات التي شهدتها أدوار الزوجين داخل الأسرة، حيث أصبحت المرأة – سواء كانت عاملة داخل البيت أو خارجة – عنصراً فعالا في تحسين الأوضاع المعيشية للأسرة وهو واقع لا يمكن رفعه أو تجاهله.

وقد أدرك فقهاء النوازل أثر تغير الأعراف على الحقوق المالية للزوجين، فتفاعلوا مع واقعهم من خلال فتاوى الكد السعاية التي أثارت –كما أحد الباحثين[1089]. نقاشا واسعا بين الفقهاء، وعلى رأسها فتوى نسبت إلى محمد بن عرضون وذكرها العلمي في نوازله عندما قال: "**سئل أبو عبد الله محمد بن الحسن ابن عرضون عمن تخدم في نساء البوادي خدمة الرجال من الحصاد والدرس وغيرها، فهل لهن حق في النزع بعد وفاة الزوج لأجل خدمتهن أو ليس لهن إلا الميراث، فأجاب الذي أفتى به القوري مفتي الحاضرة الفاسية أن الزرع يقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم، زاد عليه مفتي البلاد الغمارية أبو القاسم ابن خجو على قدر خدمتهم، وزدت –أنا لله عبد– بعد**

[1088]– بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 09– 08 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 03– 70 بمثابة مدونة الأسرة، ثم تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 من القانون 03–70 ليصبح العمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

[1089]– رشيد الوراك: حق المرأة في الكد والسعاية بين النوازل الفقهية والعمل القضائي، ط. الأولى 2021 مطبعة وراقة بلال فاس المغرب، ض. 26.

مراعاة الأرض والبقر والآلة، فإن كانوا متساوين فيمها أيضا فلا كلام وإن كانت لواحد حسب له ذلك"[1090].

وقد حاول المقنن المغربي تكريس هذا البعد العرفي من خلال المادة 49 من مدونة الأسرة[1091]، غير أن الواقع العملي أبان عن صعوبات كبيرة في تطبيق هذه المادة، خاصة في حالات غياب الاتفاق بين الزوجين في تدبير الأموال المكتسبة في فترة الزوجية أو حين تكون الزوجة ربة بيت ولا تتوفر على وسائل الإثبات.

ومرة أخرى يطرح السؤال: هل سيكتفي المشرع بالإطار التعاقدي الوارد في المادة أعلاه، أم سيتجه نحو تقنين أوضح لمبدأ الكد والسعاية استلهاما من اجتهادات فقهاء النوازل من جهة ، وبما ينسجم مع العرف المتغير ويحقق العدالة داخل الأسرة من جهة ثانية .

المطلب الثاني: العرف في التطبيقات القضائية.

الفقرة الأولى: تطبيقات العرف في العمل القضائي.

يشكل العرف مصدراً حيويا للقانون [1092] لاسيما في قضايا الأسرة، ولهذا أولاه المقنن المغربي عناية كبيرة ضمن مقتضيات مدونة الأسرة سواء عبر التنصيص الصريح عليه، أو من خلال الإحالة الضمنية إليه، بما يضمن مرونة النصوص وقدرتها على الاستجابة للتحولات الاجتماعية.

1090_

1091– جاء في المادة 49 من مدونة الأسرة: في فقرتها الأولى "... غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استعمارها وتوزيعها.

– وفي الفقرة الأخيرة من نفس المادة: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

1092– التعريف البيداغوجي الحبيب الدقاق، محمد مهيراي، خالد المالكي: مدخل لدراسة العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال السنة الجامعية 2015–2016، ص. 47.

وهكذا، وباستقراء القواعد القانونية المنصوص عليها في مدونة الأسرة [1093] يتبين أنها أحالت على العرف، ومن ذلك ما ورد في المادة الخامسة في فقرتها الأخيرة: "تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا". كما يتجلى هذا التوجه في المادة 189 التي نصت في فقرتها الأخيرة صراحة على اعتماد العرف في تقدير النفقة": "يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملزم بالنفقة وحال مستحقيها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تعرض فيه النفقة"، وهو ما أكدت عليه المادة 205[1094] من مدونة الأسرة وغيرها .

وإلى جانب هذه النصوص الصريحة، تضمنت مدونة الأسرة مقتضيات أخرى أحالت على العرف ضمناً، من خلال اعتماد عبارات ذات حمولة عرفية من قبيل العادة[1095]. إذا وقع نزاع بين الزوجين في أمتعة البيت، – والمعروف[1096] حين قررت مدونة الأسرة الرجوع إلى المذهب المالكي والاجتهاد الفقهي في كل ما لم يرد به نص، وهو ما يفترض استحضار العرف باعتباره عنصراً أصيلا في الفقه المالكي ووسيلة أساسية لتكييف الأحكام مع الواقع.

[1093]– ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

[1094]– جاء في المادة 205 من مدونة الأسرة أنه: "من التزم بنفقة الغير صغيراً كان أو كبيراً لمدة محدودة لزمه ما التزم به، وإذا كانت لمدة غير محدودة اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها.

[1095]– تنص المادة 34 من مدونة الأسرة في فقرتها الأخيرة على: "غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بينهما في المعتاد للنساء....".

[1096]– تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي قد يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". (1) قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 582 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/661 صادر بتاريخ 2004/12/08.

إلى جانب تنصيص المقنن المغربي وحده على العرف ، نجد أن القضاء المغربي ولاسيما محكمة النقض، كثيرا ما تستند إلى العرف في تعليل أحكامها وقراراتها في قضايا الأسرة. فمن الأحكام القضائية التي استندت فيها على العرف في دعوى ثبوت الزوجية ما قررته محكمة النقض في قرارها الذي جاء فيه: "إن الحفلة تمت بحضورهم –أي الشهود– وفقاً للأعراف المغربية، وأنها زفت إلى بيت الزوجية على مرأى ومسمع من الحاضرين ومكثت به صحبة المطلوب في النقض أكثر من ستة أشهر فأنجبت ولدها منه داخل الأمد الشرعي، وأن صوراً فوتوغرافية أخذت بالمناسبة تفيد أنها في حفل زفاف"[1097]. فالمحكمة اعتبرت قيام الزوجية من خلال ما يتم به الزواج في عرف الناس وعاداتهم.

وفي قرار آخر يتعلق بدعوى ثبوت النسب، أقرت محكمة النقض إعمال العرف لإلحاق النسب بالخاطب على أساس الشبهة، والذي جاء فيه: "حيث إنه بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة، يلحق نسب حمل المخطوبة للخاطب للشبهة، والمحكمة المطعون في قرارها قد أجرت بحثا مع الأطراف والشهود بتاريخ 2016/03/16، وتأكد لها من خلال شهادة الشاهدين (ع.ل.ب) و(ر.ب.ع) وقوع خطبة وفق ما جرت به العادة والعرف في مثل هذه المناسبة، وتبادل الهدايا بينهما، وعاينا الطاعن بهدي كبشاً لوالدي المطلوبة لحضور عائلتها والجيران، واستخلصت منذ ذلك اشتهار الخطبة... فإنها لم تخرق المادة المحتج بخرقها وعللت قرارها تعليلا كافيا وما بالنفي على غير أساس"[1098].

ومن الأحكام القضائية أيضا التي اعتمدت فيها محكمة النقض على العرف في دعوى اقتسام الأموال المشتركة بين الزوجين، حيث قررت أن: "تقدير الكد والسعاية ومداهما يخضع للسلطة قضاء الموضوع متى كان قضاؤهم معللا وسائغا، والمحكمة لما

1097_

1098– قرار محكمة النقض عدد 174 الصادر 20 مارس 2018 في الملف الشرعي رقم 2017/1/2/492.

استخلصت من موجب السعاية ومن البحث الذي أجرته في القضية بحضور الطرفين ومعظم الشهود بأن المطلوبة في النقض كانت تشغل وأن الطالب معسر، واعتبرت ما قامت به المطلوبة مساهمة منها في تنمية أموال الأسرة أثناء قيام العلاقة الزوجية وقدرت مقابل كدها في المبلغ المحكوم به، تكون قد استعملت سلطتها وعللت قرارها تعليلا سليما[1099].

الفقرة الثانية: حدود الاعتماد على العرف في قضايا الأسرة المغربية المعاصرة.

يتحدّد نطاق الاعتماد على الأعراف المعاصرة في قضايا الأسرة ضمن جدلية دقيقة، بين مقتضيات التطور الاجتماعي ومتطلّبات الضبط المقاصدي. إذ لا يُنظر إلى العرف في الفقه الإسلامي، ولا في التشريع الأسري الحديث باعتباره تعبيراً محايدا عن الواقع. بل بوصفه ممارسة اجتماعية مُحمّلة بإمكانات الإصلاح، كما بإمكانات الإفساد. وهو ما يجعل إدماجه التشريعي مشروطاً بميزان المآلات لا بمنطق الشيوع أو الضغط المجتمعي.[1100]

فالأعراف المعاصرة، وإن كانت تعكس تحولات في أنماط العيش والعلاقات الأسرية، فإنّها تظل بحكم طبيعتها المتغيّرة، عرضة للانزلاق من تنظيم المصالح إلى إنتاج اختلالات بنيوية داخل الأسرة، خاصة حين تُستدعى لتبرير إعادة توزيع الأدوار والحقوق خارج منطق التكامل الأسري الذي قامت عليه الشريعة، أو حين تُقدّم في صورة مساواة شكلية تُفضي عملياً إلى الإضرار بأحد أفراد الأسرة، أو إلى تقويض مصلحة الطفل بوصفه الحلقة الأضعف في البنية الأسرية.[1101]

وعلى الرغم من الأهمية التي يكتسيها العرف في معالجة عدد من القضايا الأسرية، سواء على مستوى الفقه أو العمل القضائي، فإن إعماله يضل محكوما بضوابط دقيقة

[1099]– قرار محكمة النقض عدد 582 الصادر بتاريخ 22 يوليوز 2014 في الملف الشرعي رقم 2013/1/2/744.

[1100] –أبو إسحاق الشاطبي: "الموافقات في أصول الشريعة"، دار المعرفة، بيروت، ج:5، ص: 177–182.

[1101] – الطاهر ابن عاشور: "مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام، القاهرة، ص: 210–216.

تحول دون توظيفه في غير مقاصده أو جعله مدخلا تكريس ممارسات اجتماعية تصادم أحكام الشريعة أو مقتضيات مدونة الأسرة، ولهذا استقر لدى الفقهاء أن العرف الفاسد لوا عبرة به ولا يبنى عليه حكم

قال ابن عاشور:"من هنا نعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة، لأن شرط العادة التي يقضي بها ألا تنافيها الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الإباحية، وقد علمت أنها من الفطرة، إما لأنها لم تنافيها، وحينئذ الحصول عليها مرغوب للفطرة الناس، وإما لأن الفطرة تنافيها وهو ظاهر"[1102]

ومن هنا، فإن المشرّع المغربي وهو يتعامل مع الأعراف المعاصرة، لا يتحرّك في فراغ فقهي أو قانوني، بل يستند إلى تقليد أصولي راسخ يجعل العرف تابعا لا متبوعاً، ومكملا لا مزاحما للنص، وهو ما قرّره الأصوليون حين اشترطوا في العرف ألاّ يخالف نصّاً ولا مقصدا، وألا يُفضي في مآله إلى مفسدة راجحة، معتبرين أنّ شيوع العرف لا يُكسبه الشرعية مالم يكن منضبطا بالمصلحة المعتبرة شرعا.[1103]

ويزداد هذا الشرط صرامة في مجال الأسرة، لأن الأحكام الأسرية لا تُقاس بآثارها الآنية، بل بقدرتها على إنتاج الاستقرار والاستمرار وهو ما يجعل اعتبار المآلات عنصراً حاسما في غربلة الأعراف، بحيث يُقبل منها ما يُعزّز السكينة والمسؤولية المشتركة، ويُستبعد ما يؤدي ولو تدريجيا إلى تفكك الروابط أو إضعاف الوظيفة الحمائية للأسرة.[1104]

وفي هذا السياق يكشف النقاش القانوني المقارن أنّ كثيرا من التشريعات الوضعية التي وسّعت من دائرة الاعتداد بالأعراف الاجتماعية دون ضوابط قيمية صارمة، انتهت

[1102] – الطاهرابن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية الناشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر ص:204.

[1103] – بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي: "البحر المحيط في أصول الفقه"، دار الكتبي، القاهرة، مصر، ج: 6، ص: 83-86.

[1104] – عزالدين بن عبد السلام: "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، دار الكتب العلمية، بيروت، ج: 1، ص:9-15.

إلى أزمات أسرية عميقة، تجلّت في هشاشة الروابط الزوجية وارتفاع النزاعات المتعلقة بالأطفال، وهو ما دفع عددا من القانونيين الغربيين أنفسهم إلى إعادة الاعتبار لوظيفة القيّم في التشريع الأسري، لا باعتبارها معطى دينياً، بل كشرط لاستدامة النظام الأسري.[1105]

ويجد هذا المنحى صداه بوضوح في التجربة المغربية، حيث لا يُفهم ضبط الأعراف المعاصرة خارج المرجعية الدستورية لإمارة المؤمنين، التي تجعل من المقاصد الشرعية إطاراً ناظماً للاجتهاد التشريعي، وهو ما عبّر عنه جلالة الملك محمد السادس في خطابه المؤسس لمدونة الأسرة، حين أكدّ أن هذه الأخيرة، **"ليست مدوّنة للرجل ولا مدونة للمرأة، وإنّما هي مدونة للأسرة، وأنها تقوم على التوازن لأنها تعطي للمرأة حقوقها، وتعطي للرجل حقوقه، وتراعي مصلحة الطفل"**، مع تشديده بصفته أميراً للمؤمنين، على أنّه" **لن يحل ما حرّم الله ، ولن يحرّم ما أحل الله.**" لا سيما في القضايا المؤطرة بنصوص قطعية.[1106]

ويفهم من هذا التوجيه أن الأعراف المعاصرة لا تُستحضر لتجاوز المرجعية الشرعية، بل لتفعيلها في الواقع المتغيّر دون الإخلال بوظيفة الحماية، وأن المشرّع المغربي مدعو إلى اعتماد منهج اجتهادي نقدي، يوازن بين متطلبات التطور الاجتماعي وضرورات الاستقرار الأسري، بحيث تصبح غربلة الأعراف عملية مقاصدية واعية، لا انصياعا لإكراه الواقع، ولا قطيعة معه. بل توجيها له في أفق العدالة وحفظ الأسرة باعتبارها نواة المجتمع.[1107]

[1105] – Jean Carbonnier, Droit civil– la famille, PUF, Paris,pp.45–52.

[1106] – خطاب جلالة الملك محمد السادس بمناسبة تقديم مشروع مدونة الأسرة، 10أكتوبر 2003.

[1107] – أحمد الريسوني: "فقه المقاصد: دراسات في مقاصد الشريعة، دار الكلمة، القاهرة، ص: 265–272.

الخـاتمـة

انطلاقا من الإشكالية المتعلقة بدور العرف في معالجة النوازل الفقهية وتوجيه التطبيقات القضائية في قضايا الأسرة، أظهرت الدراسة أن العرف يشكل أداة فقهية وقضائية فعالة، تمكن من التوفيق بين النصوص القانونية ومتطلبات الواقع الاجتماعي للأسر.

❁ من النتائــج:

حرص فقهاء النوازل على الأخذ بالعرف السائد في المجتمع بما يضمن مراعاة مصالح الأسرة وتحقيق مقاصد الشريعة.

- اعتمد القضاء المغربي العرف في العديد من الأحكام الأسرية،.
- الاعتماد على العرف مقيد بضوابط واضحة لضمان عدم تعارضه مع النصوص الشرعية أو المساس بالأمن القانوني واستمرار العلاقات الأسرية.

وتبرز هذه النتائج أهمية العرف في إيجاد حلول واقعية للإشكالات التي تطرحها ممارسة الأسرة، لاسيما في أفق التعديلات المرتقية لمدونة الأسرة، ما يعزز إمكانية توظيفه ضمن إطار منهجي ومنضبط، تحقق التوازن بين الاجتهاد الفقهي ومتطلبات التنظيم القانوني المعاصر.

وفي هذا السياق، يظل السؤال البحثي مفتوحا حول مدى قدرة التعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة على استيعاب العرف باعتباره آلية اجتهادية، دون أن يتحول إلى مدخل لتكريس أعراف مخالفة لمقاصد الشريعة أو ماسة بحقوق الأسرة، وحول الكيفية التي يمكن بها ضبط إعمال العرف تشريعيا وقضائيا بما يحقق التوازن بين المرجعية الشرعية ومتطلبات التحول الاجتماعي.

"مسائل من الشروط في النوازل الفقهية
أجوبة الشيخ أبي علال عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي الفهري
المتوفى سنة 1361 هـ نموذجا"

ذ. محمد النويوير
عن الأكاديمية الجهوية للتربية والتكوين
فاس – مكناس.

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، أنزل القرآن الكريم، وأحكم آياته بشرعٍ للحق مبين، بشريعة سمحة تهدي الورى إلى صراط مستقيم؛

والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على سيدنا ومولانا محمد الذي جاء بالشرع الحكيم ﴿لاَّ يَاتِيهِ ٱلْبَطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلاَ مِنْ خَلْفِهِۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ (41)﴾ [فصلت: 41]، وعلى آله الغر الميامين، وصحابته السَّراة الهداة المهتدين، حفظة هذا الشرع القويم، الذين ما فتئوا يذبون عنه غلو الغالين وانتحال المبطلين. ومن تبعهم وسار على نهجهم إلى يوم الدين.

أما بعد، فإن النوازل والأحكام الواردة فيها بمختلف أدلتها ومدركاتها هي مصدر ثَرٌّ للاجتهادات القضائية التي بذل علماؤنا الأفاضل رحمة الله عليهم غاية وسعهم في استقائها من الشريعة الغراء بمختلف أصولها من كتاب وسنة وإجماع ولا سيما العمل بمختلف درجاته وأنواعه، وعلى هذا الغرار فقد جاءت أجوبة الشيخ عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي، غنية بمثل ما ذكرناه من هذه الأحكام ومدركاتها المتنوعة، فقد أورد

أجوبه عدل فيها عن المشهور إلى العمل الفاسي وغيره؛ ومن ذلك النازلة موضوع هذه الورقة البحثية. وتأتي في إطار الندوة التي تنظمها كلية الشريعة بفاس، تحت عنوان:

"قضايا الأسرة في النوازل الفقهية: توجيه الإشكالات وتسديد التصورات في أفق المرتقب من التعديلات"

ولقد حرصت أن يكون موضوع هذا التدخل في صميم موضوع الندوة، إن من جهة القضايا، أو من جهة محل المناقشة وهو النوازل الفقهية، ثم ما حذا بي إلى اختيار نوازل العلامة عبد الواحد من عبد السلام الفاسي ومعالجته للنوازل عامة، ونوازل الأسرة خاصة، من جانبي كونه مفتيا نوازليا، وكونه قاضيا ممارسا للحكم.

وقد جعلتها تحت العنوان الآتي:

مسائل من الشروط في النوازل الفقهية أجوبة الشيخ أبي علال عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي الفهري المتوفى سنة 1361 هـ نموذجا:

وتأتي المداخلة في مقدمة ومبحثين وخاتمة.

المقدمة: وأخصصه للسياق العام للورقة البحثية.

المبحث الأول: وأخصصها للتعريف بكتاب الأجوبة وبمؤلفه:

أما المحور الثاني: فأخصصه. لدراسة النازلتين المختارتين من نوازل الشروط الواردة في الأجوبة

أما الخاتمة: فأخصصها لأهم الخلاصات والنتائج المحصل عليها من خلال محوري هذه المداخلة، وكذا لبعض التوصيات.

والله أسأل أن يوفقنا، وأن يعلمنا، وأن ينفعنا بما علمنا، إنه ولي ذلك والقادر عليه. والحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول: التعريف بالمؤلِّف والمؤلَّف

المطلب الأول: التعريف بالمؤلِّف:

الفرع الأول: اسمه ونسبه:

هو العلامة الشيخ: أبو علال عبد الواحد بن عبد السلام، بن علال، بن عبد الله، بن المجذوب (اسما)[1108]، بن عبد الحفيظ أبي مدين، بن أحمد، بن محمد، بن الشيخ عبد القادر[1109]، بن علي، بن أبي المحاسن يوسف[1110]، بن محمد، بن أبي الحجاج يوسف[1111]، بن عبد الرحمن القادم، بن محمد، بن أبي مروان عبد المالك، بن أبي بكر، بن أبي محمد عبد الله، بن أبي زكرياء يحيى، بن أبي محمد عبد الله، بن أبي الجد الكناني المالقي الفهري القرشي[1112].

[1108] – اسم "عبد الرحمن" دون "المجذوب" في نسب الشيخ عبد المجيد الفاسي من إسعاف الإخوان ص: 410، وذكر لفظ "المجذوب" دون "عبد الرحمن" سل النصال ص: 220، ومثبت باللفظين" عبد الرحمن المجذوب" في تذكرة المحسنين ضمن موسوعة أعلام المغرب ص: 2568، وبهامشه الملاحظة الآنية:" ما أثبتناه في العنوان: "المجذوب بن حفيد الفاسي" هو ما عند ولده مؤلف تذكرة المحسنين" وهو في إتحاف المطالع 1/ 176.

[1109] – يكنى بأسماء كثيرة منها: "أبي السعود"، وهي كنية من وضع ولده أبي زيد عبد الرحمن، ويكنيه حفيده محمد الصغير بن عبد الرحمن "بأبي البركات"، كما يكنى بشيخ الجماعة، وبإمام الأئمة، كما يكنى ب"شيخ الإسلام" والتي يقصد بها متولي خطة الإفتاء، كما يحلى ب"القطب" التي أطلقها عليه تلميذه أبو سالم العياشي.

– انظر: تحفة الأكابر مناقب الشيخ سيدي عبد القادر – لأبي زيد عبد الرحمن الفاسي: (1/37–107).

[1110] – مؤسس الزاوية الفاسية القديمة التي انتشر بها العلم وبها دفن، ومنه تشعبت فروع الأسرة الفاسية بالمغرب، ويعتبر قطب رحى بني الفاسي، وطود مجدهم الراسي وبيت عددهم، وأصل مددهم.

– انظر: عناية أولى المجد بذكر آل الفاسي بن الجد المولى سليمان العلوي: (ص:16).

[1111] – أول من لقب ب"الفاسي" من هذه الأسرة: حيث كان يتردد من فاس إلى مدينة القصر الكبير بقصد التجارة، ثم تزوج بالقصر واستوطنه فعرف هناك لقدومه بلقب الفاسي.

– انظر: مرآة المحاسن من أخبار الشيخ أبي المحاسن لأبي حامد الفاسي: دراسة وتحقيق: محمد حمزة بن علي الكتاني، منشورات رابطة أبي المحاسن ابن الجد. (ص: 202).

[1112] – انظر سل النصال للنضال بالأشياخ وأهل الكمال فهرس الشيوخ لعبد السلام بن عبد القادر بن سودة، تنسيق وتحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: 1417هـ – 1997م.: (ص:100)، وزهرة الآس في بيوتات أهل فاس لهبد الكبير الكتاني، تحقيق: علي بن المنتصر الكتاني، مطبعة النجاح الجديد، الطبعة الأولى: 1422هـ – 2002م.: (2/70 وما بعدها).

الفرع الثاني: ولادة العلامة عبد الواحد الفاسي:

ولد المؤلف –رحمه الله – بفاس، وفتح مقلتيه على هذا الوجود في بيت الفاسيين الفهريين، سليل الفضائل والمكارم والمفاخر، ورضيع أخلاق الندى والصلاح، والمجد الشامخ والسؤدد، والشمم والنبل والمناقب والعز الباذخ، المشتهر أعلامه بالعلم المتين، والدين القويم، والتدريس والتأليف، والخطابة والفصاحة، والقيام بمهام الخطط الدينية، عام: 1294هـ الموافق لسنة 1877م [1113].

الفرع الثالث: شيوخ العلامة عبد الواحد الفاسي الفهري

هذه جملة من الشيوخ الذين اعتمدهم المؤلف في الدراية، واستند إليهم في الرواية، وقد رتبناهم حسب سنة وفياتهم وهم:

- **أحمد بن الخياط الزكاري** (ت: 1343هـ). [1114]
- **مَحمد كنون:** أبو عبد الله مَحمد (فتحا– أي بفتح الميم الأولى–) بن مُحمد (ضما، أي بضمها) ابن عبد السلام بن أحمد بن عبد الله جنون أو كنون (ت: 1326هـ) [1115].
- **عبد الله البكراوي أو البدراوي:** هو أبو سالم عبد الله بن إدريس بن عبد الله بن عبد القادر بن أحمد بن عيسى بن الحسن بن محمد بن عيسى بن موسى بن أبي النصر: (ت1316هـ).

[1113] – سل النصال لعبد القادر بن سودة (ص: 100)، وإتحاف المطالع لابن سودة تحقيق محمد حجي دار الغرب الإسلامي بيروت، الطبعة الأولى: 1417هـ – 1997م: (2/ 491)، المغرب، من إنتاج الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر، تحت إشراف: محمد حجي، نشر مطابع سلا، 1410هـ/1989م، (19/ 6408).

[1114] – شجرة النور الزكية لمخلوف:(1/436)، وفهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات، تأليف: عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، تحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية: 1402هـ – 1982م.:(1/387–389)، وإتحاف المطالع؛ وسل النصال: ضمن موسوعة أعلام المغرب:(8/2941–2942).

[1115] – إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، لابن سودة (2/378)، وفهرسة محمد بن الحسن الحجوي (ص: 75–76).

- شقيق المؤلف **أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الفاسي: (ت: 1348هـ)** [1116].
- **محمد بن قاسم القادري:(ت1331هـ)** [1117].
- **أحمد ابن الجيلالي الأمغاري:** هو أحمد بن الجيلالي بن الحنفي الأمغاري الحسني: (ت: 1352هـ).

الفرع الرابع: تلاميذ عبد الواحد الفاسي الفهري:

إن تلامذة العلامة سيدي عبد الواحد الفاسي –رحمه الله– في الحقيقة يصعب حصرهم، ولكن بعد البحث والاستقراء وجدنا ثلة ممن تتلمذ على يد شيخنا، نذكر منهم:

1- **محمد إبراهيم الكتاني: (ت1411هـ)** [1118].

2- **محمد بن المامون البدراوي** [1119].

3- **العابد** بن عبد الله بن عبد السلام بن علال الفاسي الفهري ويعتبر الشيخ عبد الواحد الفاسي عما له: (ت: 1395هـ) [1120].

4- **القاضي الصديق بن أحمد بن الطاهر بن عبد المجيد** بن العربي الفاسي الفهري: (ت: 1395هـ) [1121].

5- **عبد المجيد** ابن الفقيه الأديب الوزير سيدي عبد الله بن عبد السلام بن علال الفهري القرشي: (ت:1390هـ) [1122].

[1116] –سل النصال لابن سودة: (ص: 57–58) وجامع القرويين المسجد والجامعة لعبد الهادي التازي: (3/820).

[1117] –المرجع نفسه: (2/404).

[1118] –اسعاف الاخوان الراغبين (ص: 135–140).

[1119] –إسعاف الإخوان الراغبين لابن الحاج السلمي: (ص: 210–214).

[1120] – انظر: إسعاف الإخوان الراغبين: (ص: 340–343).

[1121] –المرجع نفسه: (ص: 337) وما بعدها، وإتحاف المطالع ضمن موسوعة أعلام المغرب (10/3463).

[1122] –إسعاف الإخوان الراغبين للحاج السلمي: (ص: 410).

6- **عبد السلام الفاسي:** أبو محمد سيدي عبد السلام ابن الفقيه العالم الوزير الأديب الشاعر السفير القاضي سيدي عبد الله بن عبد السلام بن علال الفاسي الفهري: (ت: 1402هـ).

7- **ابن المؤلف الزعيم المناضل محمد علال الفاسي:** وهو الأستاذ الخطيب المصقع الأديب سيدي محمد علال ابن العلامة الخطيب المدرس الكاتب المفتي سيدي عبد الواحد ابن عبد السلام بن علال الفهري نسبا، القصري ثم الفاسي مولدا ودارا ومنشأ (ت1394هـ) [1123].

8 – ومنهم **عبد السلام بن سودة** وهو العلامة المؤرخ عبد السلام بن عبد القادر بن محمد بن عبد القادر بن الطالب بن مَحمد ابن سودة، (توفي فجر يوم الأحد 29 شعبان عام 1400هـ، الموافق 12 يوليوز 1980م)

كما أنه – ولا بد – قد أجاز تلاميذ غير من ذكرت، وقد عثرت على إجازة من الشيخ للحاج مبارك الدكالي الربيعي، أجازه في كل ما قرأه عليه أو شافهه به بسند متصل بذلك إلى أشياخه. [1124]

الفرع الخامس: آثار المؤلف الفكرية والعلمية ووفاته:

كان الشيخ عبد الواحد من المقلين من الكتابة والتأليف، والسبب الرئيس في ذلك هو انشغاله بالتدريس بجامع القرويين من جهة، وتفرغه للمهام الإدارية فيها ككتابة للمجلس العلمي التحسيني من جهة ثانية، وتوليه القضاء بأحواز الدار البيضاء من جهة أخرى.

[1123] – إتحاف المطالع ضمن موسوعة أعلام المغرب (10/3452).

[1124] – الفتاوى الجزء 3، لوحة 40 و41 و42.

وبمزيد من النبش في هذه المصادر وكتب الفهارس، توصلنا إلى مجموعة من المؤلفات التي خطتها أنامل المؤلف –رحمه الله– وهي في الحقيقة لا تخرج عن كونها تقاييد قام بتدوينها في كنانيش ومن جملة هذه الكنانيش نجد:

• كناشة الأجوبة والفتاوى موضوع التحقيق في ثلاثة أجزاء، قيد بها مجموعة من الأجوبة والفتاوى والأقضية والأحكام، منها ما هو للشيخ، وبعضها الآخر لعلماء وقضاة عصره، وهذه الكناشة وغيرها من كنانيش المؤلف سيدي عبد الواحد الفاسي، لا تحمل أي اسم يدل عليها، إلا أن الأستاذ عبد الرحمن الحريشي – رحمه الله – نجده قد وصفها في فهرسه العام لمخطوطات مؤسسة علال الفاسي باسم: الفتاوى للشيخ عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي [1125].

• رسائل عبد الواحد الفاسي بعثها لابنه الزعيم: "علال الفاسي" في منفاه في الغابون وعددها 20 رسالة، توجد هذه الرسائل في نفس الكناش الذي كتب فيه الجزء الثالث من كناشة الفتاوى، وهو بخزانة مؤسسة علال الفاسي تحت رقم: 804ع [1126].

• كتاب: "الخطابة والخطباء بفاس"[1127]، مطبوع سنة 2015 بدار الكتب العلمية قام بتحقيقه الدكتور محمد الحسوني والدكتور الحسين زروق [1128].

[1125] –الفهرس الموجز لمخطوطات مؤسسة علال الفاسي لعبد الرحمان بن العربي الحويشي (مدير المؤسسة) بمؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة بالرباط 1997م (3/138).

[1126] – عدد الرسائل الموجودة في ثنايا هذا الجزء يصل إلى عشرين رسالة فقط. – انظر: المرجع نفسه (3/138).

[1127] – وهو كتاب بأسلوب أدبي يعرف بالخطابة والخطباء في مدينة فاس، وذكرأهمية الخطابة، وأنواعها، وأسماء الخطباء، والمناسبات التي تقال فيها الخطب، وميزات الخطابة وغير ذلك...

[1128] –الخطابة والخطباء بفاس للشيخ عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي تحقيق: د. محمد الحسوني ود. الحسين زروق.

- كناش مهم به عدة إفادات وإنشادات بمؤسسة علال الفاسي تحت رقم 677 ع 758[1129].

- كناش مهم يشمل مكاتبات المجلس العلمي التحسيني [1130] بفاس عام 1344هـ وعلى عدد من الفوائد التاريخية (أيام كان كاتبا للمجلس العلمي) تحت رقم: 678ع 770[1131].

[1129] – وهذا الكناش عند تصفحنا لورقاته، وجدنا الشيخ عبد الواحد الفاسي يدون فيه كل ما استحسنه ورآه مفيدا، سواء كانت فائدة فقهية أو حديثية، أو أدبية كبعض الأشعار مثلا، وقد افتتحه بكقول كلام الإمام الغزالي في كتاب الإحياء عند حديثه عن الإمامة وشروطها فقال ما نصه:

ا"لحمد لله وحده، فائدة: قال في الإحياء ما نصه: شرائط الإمامة بعد التكليف والإسلام خمسة: الذكورية، والورع، والعلم، والكفاية، ونسب قريش، لحديث الأئمة من قريش، قال: فلو تعذر وجود العلم والورع ممن تصدى للإمامة وكان في صرفه إثارة فتنة لا تطاق حكمنا بانعقاد إمامته..."

انظر: كناش الإفادات والإنشادات للشيخ عبد الواحد الفاسي مخطوطة بمؤسسة علال الفاسي بالرباط، تحت رقم: 677 ع 758. اللوحة 1 وجه.

الفهرس الموجز لمخطوطات مؤسسة علال الفاسي الحريشي: (1/387).

[1130] – وهذا الكناش كان الشيخ عبد الواحد –رحمه الله– هو الذي أثار فكرة إنشائه، من أجل تقييد جميع المراسلات الواردة على المجلس، والمكاتبات الصادرة منه في شأن تدبير المشاكل والعراقيل التي تهم الطلبة والتي قد تؤثر على مسارهم الدراسي، سواء منها ما تعلق بأمور الإقامة بإحدى المدارس التابعة للقرويين، أو مشاكل المبيت، أو الدراسة، ونجد الشيخ أشار إلى الغرض من إحداث هذا الكناش، والداعي إلى إحداثه في مقدمته حيث قال ما نصه:

"الحمد لله الذي فتح لعباده الموقنين من طرق النجاح أبوابا، والصلاة والسلام على مولانا محمد الذي أعرب عن جوامع الكلم إعرابا، وعلى آله وأصحابه الذين تحلو بحلاه، وألبسوا من ملابس اتباعه أثوابا.

أما بعد؛ فقد أشار كاتبه سامحه الله بمنه لدى السادات، أعضاء المجلس العلمي حين اجتماعهم بتاريخ: خامس شعبان من عام: 1341هـ، بإحداث كناش يكون معدا لرقم المكاتب الصادرة من سعادة الرئيس، سواء الأجوبة منها والمبتكرة، في أي قضية كانت، ومن أي طريق وردت، فاستحسنوا إشارته، وشكروا فعله، لما في ذلك من زيادة حسن النظام، وإجراء الأمور على مقتضياتها، ومن الله أستمد الإعانة في كل شيء، لا رب غيره، ولا خير إلا خيره".

– انظر: كناش المراسلات والأجوبة للشيخ عبد الواحد الفاسي مخطوطة بمؤسسة علال الفاسي تحت رقم: 678 ع 770 اللوحة 1 ظهر.

[1131] –المرجع نفسه: (1/388).

• كناش مشتمل على بيان الكتب العربية الموجودة بخزانة القرويين [1132] بتاريخ 1334هـ بخط يده تحت رقم 681-ع802، وقد طبعه المستشرق الفرنسي "بيل"[1133] عام 1918م [1134].

بالإضافة إلى نسخه بخط يده كتبا مهمة في فنون مختلفة، منها ما يأتي:

[1132] – هكذا عنون الأستاذ عبد الرحمن الحريشي هذه الكناشة ولكن العنوان الذي أراده كاتبه وجامعه وأشار له في آخره الأستاذ العلامة محمد بن الحسن العراقي القائم على شؤون خزانة القرويين في ذلك الزمن هو: "كناش الإحصاء".

– انظر: اللوحة الأخيرة من الكناش المذكور أعلاه.

[1133] – يقول الأستاذ عبد الرحمن الحريشي "هذا الكتاب هو الذي طبعه المستشرق الفرنسي "بيل" بفاس عام 1918م، تحت عنوان: "برنامج يشمل على بيان الكتب العربية بخزانة القرويين "، وعلى هذا الكناش إمضاء القيم الأول لخزانة القرويين السيد: محمد بن الحسين العراقي بتوصله بالكتب المدرجة فيه وحيازتها من واضع الكناش الذي كان مكلفا بالخزانة القروية ووضع فهرسا لها". انظر: المرجع نفسه.

[1134] – الكناش عبارة عن فهرس وصفي بجميع الكتب الموجود والواردة على خزانة القرويين بفاس، حيث عمل الشيخ بجرد جميع الكتب بها وفق ترتيب منظم، إذ يذكر اسم الكتاب، ثم اسم المؤلِف، وعدد أجزاء الكتاب، ونوعه: هل مطبوع أو مخطوط، ثم وصف حالة المجلدات الراهنة.

وابتدأ هذا الفهرس بقوله: فاس: "الحمد لله، نسخة من كناش الداخل إن شاء الله، افتتحت بعد الصلاة على مولانا رسول الله في 28 شعبان عام 1334هـ".

وفي آخر الكناش إشهاد من العلامة محمد بن الحسن العراقي وبخط يده على توصله بهذا الكناش وما تضمنه من البيانات المدرجة فيه قال ما نصه: "الحمد لله يشهد على نفسه عبد ربه محمد بن الحسن العراقي، الواضع شكله عقب تاريخه أنه توصل من الشريف الحجة العلامة محدث العصر ومسنده أبي الإسعاد والإقبال مولاي: عبد الحي الكتاني، ورفيقه سيدي عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي بجميع الكتب المنتهية نمراتها إلى عدد ست عشرة مائة وتسعة وتسعين بمنتهاه تحت كل نمرة منها ما هو مرقوم بمبيضة كناش الإحصاء الذي بخط ثاني المتوصل منهما المذكور –أي الشيخ عبد الواحد الفاسي– ...."

– انظر: المرجع نفسه:(1/389) وكناش مشتمل على بيان الكتب العربية الموجودة بخزانة القرويين للشيخ عبد الواحد الفاسي، مخطوطة بمؤسسة علال الفاسي، تحت رقم: ع 802. اللوحة 1 ظهر.

✓ نسخ كتاب "معراج المناقب ومنهاج الحسب الثاقب في نسب الرسول عليه السلام" لعبد الله محمد بن أبي الخصال الغافقي (ت 540هـ) رقم 103 مكرر ع 758 بتاريخ شوال 1313هـ [1135].

✓ نسخ كتاب "إجادة التأليف لبيان متعلق التكليف للشيخ عمر بن عبد الله الفاسي" (ت 1188هـ) تحت رقم 1242 ع804[1136].

✓ وبخطه "أسئلة وأجوبتها في قضايا فقهية" للشيخ أحمد بن محمد بن الخياط الزكاري[1137] (ت 1343هـ) تحت رقم 1283 ع770[1138].

✓ وبخطه أيضا كتاب في الرد على كتاب "تحرير المقال بلا اعتساف في الرد من بسمل في الفريضة بنية الخروج من الخلاف" وعنوانه "تزييف التحرير في الانتصار لمن بسمل في الفريضة من كل عالم تحرير لمؤلف مجهول تحت رقم 1355 ع698[1139].

✓ وبخطه أيضا نسخة من كتاب "نهاية التحقيق في مسالة تعليق التعليق، لأبي حفص عمر الفاسي (ت 118) تحت رقم 1622 مكرر ع 804[1140].

[1135] – المرجع نفسه:(1/69)،

[1136] – المرجع نفسه: (3/14).

[1137] – أولها يبتدأ بقول الشيخ عبد الواحد الفاسي: "الحمد لله؛ بهذه أسئلة وأجوبة لسيدنا وشيخنا الشريف الدراكة، العلامة الحجة المنعم، سيدي أحمد ابن الخياط الزكاري الحسني، أعاد الله علينا من بركته، وتغمدنا وإياه وسائر المسلمين بواسع رحمته، بجاه سراج الأمة، وكاشف الغمة، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه

نص الأولى: بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه. الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيئين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبد؛ فقد سئل مقيده غفر الله ذنوبه وستر عيوبه عن مسألتين...

– انظر: أسئلة وأجوبة العلامة أحمد بن الخياط الزكاري مخطوطة بمؤسسة علال الفاسي بالرباط تحت رقم: ع 758 اللوحة الأولى ظهر.

[1138] – الفهرس الموجز لمخطوطات مؤسسة علال الفاسي: (3/31).

[1139] – المرجع نفسه:(3/63).

[1140] – المرجع نفسه:(1/ 188).

الفرع السادس: وظائفه، ومكانته العلمية عند العلماء:

تعددت المناصب العلمية والإدارية التي شغلها المؤلف، وذلك منذ اندراجه في سلك علماء وقته إلى حين بداية محنته بسبب نشاط ابنه الزعيم علال الفاسي.

الفقرة الأولى: المناصب العلمية والإدارية:

وهكذا نجد المؤلف قد شغل منصب كاتب المجلس العلمي التحسيني، الذي أفرزه الإصلاح الذي باشره العلامة محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي على نظام القرويين، حيث تم انتخاب الشيخ ضمن الطبقة الثانية بخمسين صوتا، مباشرة بعد علماء الطبقة الأولى، والتي تشكلت في معظمها من شيوخه ك: "الشيخ أحمد ابن الخياط الزكاري" و"الشيخ أحمد بن الجيلالي الأمغاري"[1141].

[1141]– يعد المجلس العلمي التحسيني من أعظم ما خلفه السلطان مولاي يوسف، حيث أصدر أمره الكريم بإنشاء مجلس تحسيني للقرويين، ينظر فيما تتحسن به حالة التدريس والتعليم، وبترقية جرايات المدرسين ذوي المراتب، ولم يكن الرأي في التعيين غير طريقة الانتخاب، وقد حبذت الإقامة العامة الرأي، ولكنها اقترحت فرض الرئيس، وكانت الجلسة التمهيدية يوم الخميس 21 جمادى الآخرة 1332هـ، الموافق 17 ماي 1914م، ثم انعقد جمع ضم جل العلماء الذين أذعنوا لهذه الإجراءات، وقد تمت عمليات الانتخاب لتسعة أعضاء فكانت النتيجة كالتالي:

تعيين محمد الحجوي رئيسا.

الطبقة الأولى: نال العلامة أحمد بن الخياط النيابة عن الرئيس بأصوات مائة وعشرة، ونال أحمد بن الجلالي العضوية بتسعين صوتا، كما نالها السيد أحمد بن المواز بواحد وثمانين صوتا، ونال الشيخ عبد الحي الكتاني الخلافة عن الأعضاء بخمسين صوتا.

الطبقة الثانية: شيخنا العلامة سيدي عبد الواحد الفاسي نال العضوية بخمسين صوتا، ونالها سيدي علال الهرابلي بواحد وأربعين صوتا، ونال مولاي الشريف التكناوتي الخلافة عنهما بثمان وثلاثين صوتا.

الطبقة الثالثة: محمد بن عبد السلام بن سودة، نال العضوية باثنين وثلاثين صوتا، ونال النيابة عنه في العضوية سيدي محمد البدراوي بأحد وثلاثين صوتا.

وكانت الجلسة الافتتاحية تحت رئاسة الخليفة السلطاني سيدي محمد المهدي شقيق السلطان المولى يوسف، وحضور نائب المقيم مارسي، والقبطان ميلي، على الساعة الرابعة وثلاثين دقيقة بعد الزوال بقصر البطحاء، يوم الثلاثاء 16 رجب عام 1332هـ، الموافق لعشرة يونيو 1914م، حيث تبودلت الخطب بين الحجوي وماسي.

وفي الثلاثاء 12 شعبان 1332هـ، الموافق ل 07/07/1914، عقد المجلس العلمي جلسة خصوصية قصد انتخاب رئيس له خلفا عن الحجوي الذي كثرت مشاغله في مندوبية المعارف، فأسفرت النتيجة عن فوز سيدي أحمد ابن

بالإضافة إلى منصب الكتابة هذا شغل –رحمه الله– منصبا آخر مهما، وهو الإشراف رفقة علماء آخرين على اختبار شهادة العالمية الذي كان يخضع له طلبة القرويين قبل تخرجهم علماء من هذه المؤسسة العالمة، وقد تخرج على يديه مجموعة من العلماء سبق ذكرهم [1142].

الجيلالي، لكنه اعتذر وأعيد الانتخاب ثانية ففاز الشيخ سيدي أحمد بن الخياط، ثم ورد كتاب من العدلية بإقرار ما تم عليه الأمر.

ورغبة في ألا تبقى القرويين معرضة لأي تلاعب، ضم المولى يوسف إدارة المعارف الدينية إلى وزارة العدلية التي كان على رأسها آنذاك العلامة الشيخ أبو شعيب الدكالي.

ونفذ الأمر بذلك، فصدر في الثاني عشر من شهر رمضان عام 1332هـ، الموافق 4 غشت 1914م، في هذا الموضوع رغبة في تحسين هيأتها، وعود كليات الديانة الإسلامية إلى نضارتها وزهرتها.

ولكن هل كان هذا كافيا؟ لقد كان الانخراط في سلك العلماء يتم على العمود بالإجازات، ويعتمد في الترقي على ما يحصل عليه العالم من اقبال ونبوغ وشفوف، إلى أن أسس المجلس العلمي، فلما مضى عليه نحو من سنة ورد الأمر بجعل الانخراط في صفوف العلماء متوقفا على النجاح في الامتحان، وكان هذا بمقتضى رسالة مخزنية في 20 جمادى الأولى من عام 1333هـ، الموافق 1915م، بتوقيع الشيخ أبي شعيب الدكالي إلى الشيخ أحمد بن الخياط.

ولما كانت رواتب العلماء ما تزال زهيدة، وكانت بالمجلس العلمي حاجة إلى هيئة أعلى تراقب أعماله، وكان سير الدروس محتاجا إلى من يضبط أوقاتها، صدر ظهير آخر في 16 شهر ربيع الآخر 1346هـ، الموافق: 13 أكتوبر 1927م، يحدد موقف المخزن من النقط الثلاث:

لا يغرب عن علمكم ما لنا من الاهتمام الكلي بالعلم والعلماء، وما قام به جنابنا الشريف من تمهيد الوسائل التي تتحسن بها حالة التعليم إذ انتشار العلم في الأمم هو الشرط الأساسي لحياتها، وحفظ كيانها وشريعتها، ولهذا فقد أصدرنا أمرنا بترقية رواتب العلماء...

ويجعل الظهير للعالم من المرتبة الأولى مائة بسيطة شهريا، ومن المرتبة الثانية ستين شهريا، ومن المرتبة الثالثة أربيعين، ومن الرابعة ثلاثين ... هذا بالإضافة إلى الصلات السنوية.

كما ينص الفصل الثاني من الظهير على أن شؤون القرويين تبقى منوطة بالمجلس، وأنه قد تأسس بالرباط مجلس أعلى برئاسة السلطان المولى يوسف، يتركب أعضاؤه من الصدر الأعظم ووزير العدلية، ووزير الأوقاف، والحاجب.

وأخيرا ينص الفصل الثالث على تعيين أمين ورقيب في وقت واحد، يكلف بتوزيع رواتب العلماء مع السهر على تعهد أموال التدريس بحيث لا يقبض الراتب إلا من قام بالواجب أحسن قيام.

– انظر: جامع القرويين المسجد والجامعة بمدينة فاس لعبد الهادي التازي دار نشر المعرفة الطبعة الثانية 2000م: (3/722 وما بعدها)

[1142] – ذكر بعضهم في مطلب تلاميذ الشيخ عبد الواحد الفاسي.

كما لا ننسى مهمة المؤلف الأولى والتي شغلته حتى اعتبر مقلا من التأليف بسببها، وهي: مهمة التدريس بجامع القرويين العامر، حيث درس مجموعة من العلوم التي برع فيها وأظهر علو كعبه في تدريسها وتلقينها.

ثم هناك منصب الإفتاء الذي شغله بمدينة فاس (كما قاله عبد السلام بنسودة وغيره ممن أشاروا لترجمته) بل هو ما كان يغلب على صفاته المتعددة عند الترجمة له، فأغلب هؤلاء كانوا يلقبونه بالمفتي.

كما شغل رحمه الله منصب القضاء بأحواز الدار البيضاء، إلى أن أخر عنه وعن بقية المناصب كلها مع بداية النشاط السياسي لابنه الزعيم علال الفاسي [1143].

ولا يمكن إغفال منصب مهم آخر حظي به سيدي عبد الواحد الفاسي، ألا وهو الخطابة، حيث وصفه ب: "الخطيب" ابن الحاج السلمي[1144]، كما وصفه العلامة محمد الرضي بن إدريس ب: "الخطيب البليغ" في رسالة شكر بعث بها إليه بعد لقاء جمع بينهما، وكان أخوه العلامة عبد الله بن عبد السلام الفاسي يقدمه للخطبة في المناسبات الدينية وغيرها ومما يدل على ذلك، رسالة وجهها العلامة عبد الله الفاسي لأخية العلامة سيدي عبد الواحد، من أجل القيام بخطبة عيد الفطر لعام 1340هـ، وهي موجودة بخزانة مؤسسة علال الفاسي بالرباط، كما خطب أثناء ثورة الظهير البربري نظرا لمكانته العلمية عامة، ونبوغه في هذا الفن على وجه الخصوص[1145].

الفقرة الثانية: ثناء العلماء عليه:

تحدث العلماء وخصوصا أصحاب التراجم عن العلامة عبد الواحد الفاسي، فأثنوا على مكانته العلمية، ودربته في المجالات التي تصدى لها: تدريسا، وتأليفا، وإفتاء،

[1143] –سل النصال لابن سودة: (ص: 100).

[1144] – إسعاف الإخوان الراغبين بتراجم ثلة من علماء المغرب المعاصرين الحاج السلمي: (ص: 337، وغيرها).

[1145]– مذكراتي في الحركة الوطنية المغربية لأبي بكر القادري (ص: 69)، والحركات الاستقلالية في المغرب علال الفاسي: (ص: 167).

وقضاء، فقال عنه العلامة عبد السلام بن سودة رحمه الله تعالى في تحرير مكانته: "الفقيه العلامة المشارك"[1146] وقال أيضا: "الشيخ الجليل العلامة المفتي الشهير"[1147].

وقال محمد بن الفاطمي السلمي فيها أيضا: "الفقيه الخطيب البليغ القاضي المفتي سيدي عبد الواحد الفاسي"[1148].

وفي تبريزه للفتوى ومكانته بين المفتين قال عنه ابن سودة الفاسي: "هو: من المفتين الممتازين بفاس في زمانه، ومن حصل على فتواه فالحق معه، لما فيه من التحرير للمسائل"[1149]، وقال أيضا: "النوازلي المحقق المطلع"[1150].

وقال فيه أيضا – ابن الحاج السلمي–: "حامل راية الإفتاء بالمغرب الفقيه العلامة الخطيب القاضي سيدي عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي الفهري"[1151].

وفي ذلك أيضا قال ابنه الزعيم علال الفاسي: "ووالدي عبد الواحد الفاسي الذي ترك مجموعة قيمة من الفتاوى والأحكام تدل على علو كعبه في هذا الشأن"[1152].

الفرع السابع: وفاة المؤلف عبد الواحد الفاسي –رحمه الله– :

توفي سيدي عبد الواحد الفاسي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته، يوم الإثنين، خامس رجب سنة 1361هجري [1153] الموافق ليوليوز 1942م[1154] ميلادي، ودفن بروضة الفاسيين بالقباب خارج باب الفتوح، وابنه الزعيم علال الفاسي في منفاه بالغابون لم يحضر جنازته [1155].

[1146]–سل النصال لابن سودة: (ص: 100).

[1147]–إتحاف المطالع لابن سودة: (2/491).

[1148]– إسعاف الإخوان الراغبين بتراجم ثلة من علماء المغرب المعاصرين الحاج السلمي: (ص: 337– 435).

[1149]–سل النصال لابن سودة: (ص: 100).

[1150]– نفس المرجع والصفحة.

[1151] – إسعاف الإخوان الراغبين (ص: 337).

[1152] – دفاع عن الشريعة علال الفاسي، دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، 2011م: (ص: 270).

[1153] –سل النصال وإتحاف المطالع، ضمن موسوعة أعلام المغرب: (9/3165)، معلمة المغرب (19/ 6408).

[1154] – معلمة المغرب :(19/ 6408).

[1155] –سل النصال وإتحاف المطالع، ضمن موسوعة أعلام المغرب (9/3165)، معلمة المغرب (19/ 6408).

المطلب الثاني: التعريف بكتاب أجوبة مفتي فاس الشيخ عبد الواحد الفهري الفاسي المتوفى سنة 1361 هـ مع ما انتخبه من فتاوى علماء :

الفرع الأول: نوعية الكتاب المخطوط:

الكتاب عبارة عن كناشة من الكنانيش التي كانت تزخر بها المحاكم الشرعية، تسجل فيها الفتاوى المرفوعة لمجلس الاستئناف الشرعي، مما فصل فيه هذا المجلس باعتباره هيئة قضائية عليا كان يُلْجَأُ إليها للفصل في القضايا التي يُسْتَأْنَف فيها عن قضاة المحاكم الشرعية بالمحكمة، إذ كان هذا المجلس تارة يعمل كمحكمة استئنافية وتارة كمحكمة نقض وإبرام، يجمعه السلطان عند الحاجة إليه"[1156]

فكانت أجوبة العلامة عبد الواحد الفاسي من الفتاوى التي رفعت للمجلس واختص المؤلف رحمه الله بالإجابة عنها، وفي هذا قال رحمه الله:" يشتمل على فتاوى لكاتبه – سامحه الله بمنه– في نوازل مختلفة تروج غالبا بين يدي القضاة والحكام..."[1157]

أولا: موضوع الكتاب المخطوط:

يشتمل هذا الجزء على مائتين وسبع ثلاثين فتوى لقضايا عرضت على القضاء الشرعي المغربي – كما سلف –، وهي تنتمي إلى باب المعاملات، ولقد قمت بتصنيفها حسب الأبواب الفقهية، اختصت نوازل النكاح والطلاق والميراث بثلاث وعشرين فتوى.

ثانيا: سبب تأليف الكتاب و تاريخ تأليفه:

سبب التأليف: صرح المؤلف رحمه الله في مقدمة كتابه بالسبب الذي دفعه لتأليف هذا الكتاب، فقال رحمه الله في مقدمة الجزء الأول:"...فهذا كناش مبارك – بحول الله – يشتمل – إن شاء الله – على فتاوى لكاتبه – سامحه الله – في نوازل مختلفة، قيدتها هنا **خشية الضياع**، وربما قيدت فيه أيضا ما انتخبت من فتاوي علماء الوقت "[1158]

[1156] – ينظر القضاء المغربي وخواصه مرجع سابق.

[1157] – اللوحة 1 من الجزء 2 من الفتاوى.

[1158] – اللوحة 1 من الجزء 1 من الفتاوى.

فكان السبب إذن هو الحفاظ على هذا التراث القضائي من التلف والضياع؛ وما أحوج الأمة إلى الانتفاع من مثل هذه **الكنانيش** التي كانت شاهدة على اجتهادات جهابذ المفتين المغاربة!

تاريخ تأليف الكتاب: أما فيما يخص تاريخ جمع وتأليف هذه الأجوبة، فقد عمل المؤلف، دأبا كما هي عادته في التوثيق الدقيق، على التأريخ الدقيق لأجوبته، فأرخ للجزء الأول بقوله:" وكتب في 5 ربيع 2 عام 1338 هـ"[1159]. كما أرخ للجزء الثاني بقوله: "الجزء الثاني وقيد في 23 محرم فاتح عام 1340 هـ"[1160]. فيما خلا الجزء الثالث من التأريخ.

المبحث الثاني: نوازل الشروط من أجوبة مفتي فاس عبد الواحد الفهري الفاسي:

المطلب الأول: تعريف الشروط في النكاح وانواعه:

أولا: تعريف الشروط في النكاح

لغة

الشَّرْطُ: إلزامُ الشيءِ، والتِزَامُهُ في البيعِ ونحوِه، كالشَّريطَةِ، ج: شُرُوطٌ، وفي المَثَلِ: "الشَّرْطُ أمْلَكُ، عليكَ أمْ لَك"[1161].

اصطلاحا

تعريف المهدي الوزاني: "والمراد مطلق الالتزام فهو من إطلاق الأخص وإرادة الأعم الواقع في النكاح"[1162]

[1159] – اللوحة 1 من الجزء 1 من الفتاوى.

[1160] – اللوحة 1 من الجزء 2 من الفتاوى.

[1161] القاموس المحيط ولسان العرب (مادة شرط).

[1162] تحفة أكياس الناس

في الاصطلاح الأخص:

إذن الشروط في النكاح هو ما التزمه أحد الزوجين أو كلاهما وألزم به الآخر، وعلى هذا يكون الإلزام إما من أحد الزوجين على الآخر وأو يكون من الطرفين، وكلها يعمها الكلام الآتي.

ثانيا: أنواع الشروط وتصنيفاتها:

تعددت أنواع الشروط في النكاح بحسب تعدد اعتبارات التصنيف: فمن اعتبر حكم الشرط غير من اعتبر تعلقه بالعقد، ومن اعتد وجوب الالتزام به لا غير، فجاءت الأنواع تبعا للتصنيفات الآتية:

التصنيف الأول: باعتبار حكمها:

ذكر اللخمي في تبصرته أن أنواع الشروط في النكاح على أربعة أوجه حيث قال:" الشروط في النكاح على أربعة أوجه: جائز، ومكروه، وفاسد، ومختلف فيه.

فالأول: أن تشترط ألا يضر بها في نفسها ولا في نفقة، ولا كسوة، ولا عشرة، فكل ذلك جائز وداخل في قوله –عز وجل: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة النساء: الآية 19.

والثاني: أن تشترط أن يسقط ما تقتضيه له حقوق الزوجية: كأن لا يخرجها من بلدها، ولا يتزوج عليها فهذا مكروه؛ لأن فيه ضربًا من التحجير عليه، فإن نزل ذلك جاز النكاح.

والثالث: أن تشترط طلاقًا أو عتقًا، أو تمليكًا فتقول: إن تزوجت عليَّ أو تسررت عليَّ فأنا طالق، أو السرية عتيقة، فهذا شرط لازم، فيقع الطلاق، والعتق، فقال مالك في هذا الأصل: لا يحل الشرط ابتداء، فإن وقع جاز النكاح ولزم الشرط، وقال ابن القاسم يكره أن يعقد عليه، فإن وقع الدخول رأيته جائزًا.

والرابع: أن يكون الشرط لا سبب للزوج فيه، مثل أن يقول السيد: إن بعتك أو بعتها فذلك فاسد. واختلف إذا نزل فقال عبد الملك: يمضي النكاح؛ دخل أو لم يدخل، والشرط

والتمليك ساقط. وقال محمد: كل ما كان فعله بغير يد الزوج فهو كالمتعة؛ يفسخ قبل وبعد"[1163]

التصنيف الثاني: باعتبار تعلقها بالعقد:

قال الشيخ عبد الواحد الفاسي في جواب له حول الشروط وحكمها:

"أما بعد؛ فمن المقرر أن الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام:

1. ما يناقض مقتضاه العقد، كأن لا يقسم لها، أو يوثر عليها، أو لا نفقة لها، أو لا ميراث وما أشبه ذلك.

2. وما لا يناقض العقد بل يكون العقد يقتضيه، وإن لم يذكر، كشرط ألا يضر بها أو ينفق أو لا يُوثِر، ووجود هذا وعدمه سواء، لأنه لا يؤَثِّر في العقد خللا ويُحْكَمُ به إن تُرِك أو ذُكِر.

3. وما لا تعلق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينافيه، وللمرأة فيه غرض، كشرط ألا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك.

الشروط وأحكامها حسب مدونة الأسرة المغربية:

وفي السياق نفسه تحدثت مدونة الأسرة المغربية في مدونة الأسرة عن شروط النكاح في المادة 47 حيث قال: "**الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا**"

وقال في المادة 47:"**الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين**"[1164].

المطلب الثاني: الشروط من أجوبة مفتي فاس عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي:

يتلخص الجزء التطبيقي العملي لهذه الورقة في دراسة نازلتين مما ورد فيهما التصريح بالشروط في الأنكحة، وفيها سأعمل على إيضاح منهج الشيخ عبد الواحد الفاسي في

[1163] التبصرة للخمي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح وما يكره منها: (4/ 1868 و1869).

[1164] مدونة الأسرة منشورات وزارة العدل المغربية: (ص: 33) المادتان 47 و48.

دراسة النوازل وتحليلها ثم الحكم عليها وتوجيه هذا الحكم وتعليله ودفع الإيرادات الواقعة والمتوقعة عليه، وكذا مناقشة أدلة المعارضين كما الموافقين قصد تخليص الحكم:

I. النازلة الأولى: [أحق الشروط أن يوفى بها ما استحلت به الفروج]

نص النازلة[1165]:

امرأة ادعى عليها زوجها الذي التزم لها بأن يسكنها بحاضرة مكناس لا يخرجها منها، ثم أراد إخراجها للاستيطان بالحاجب فأبت بناء على الشرط المتقدم بينهما.

الحكم:

الحكم للمرأة، المدعى عليها بالسفر للاستيطان مع زوجها بمدينة الحاجب، أنه لا يلزمها الخروج مع زوجها المذكور من حاضرة مكناسة.

التعليل:

لأنه قد أخذ من مضمون الإشهاد المؤرخ بتاسع وعشري رجب من عام 38، حسبما بيدها، التزامه بسكنى حضرة مكناسة ورد زوجته إليها رد استيطان.

الاعتراضات المتوقعة والرد عليها من المفتي:

➢ **<u>الاعتراض الأول:</u>** من قال: إنه قد وفى بما التزم به وجاء بها لحضرة مكناسة المذكورة.

✓ **الجواب:** لا معنى لقوله، إذ المعتبر في الوثائق والعقود المعاني والقصود لا مجرد تحكم الألفاظ. وإلا فأي معنى لإقراره لدى شهود الأصل بقوله: "متى طلبته بذلك"؟؛ أفهل يرى المفتون معناه أنه كلما طلبته بذلك ردها آناء الليل وأطراف النهار؟ وأي معنى لقول الإشهاد: "لكونها إنما ذهبت معه على وجه المعروف والإحسان، كما هو واضح

➢ **<u>الاعتراض الثاني:</u>** إن مجرد ذهابها معه أولا إلى الحاجب ومكثها، دال على رضاها بالاستيطان ثمة، فقد أسقطت ما التزم لها به.

[1165] هذه النازلة من النوازل التي لم يورد الشيخ عبد الواحد الفاسي نصها على غرار معظم النوازل في الكتاب، فاستخرجت نصا يقارب نصها انطلاقا من الجواب.

✓ **الجواب:**

- رده إياها إلى الحاضرة محلِّ العقد عليها دال على بقاء ذلك الالتزام، وعدم رضاها بالاستيطان في غيره حسبما أفصح عنه اقتناعها الآن،

➢ **<u>الاعتراض الثالث:</u>**

- قول المدعي بأنه لمجرد صلة الرحم فقط؛

✓ **الجواب:**

- هذا مجرد احتمال وادعاء يبعده التزامه بما لزمه كيف ذكرناه

➢ **<u>الاعتراض الرابع:</u>**

القول بأنه يعذر بجهل أن لها أن تسافر معه فلذلك التزم لها بالاستيطان بالحضرة.

✓ **الجواب:**

المرأة أولى بالعذر منه بجهل، أن تشترط عليه شرطا مقيدا على نهج ما ذكره الفقهاء، فلئن عذرناه بذلك كان علينا أن نعذرها بطريق الأولى ضرورة أن الرجل أقوى من المرأة كيفما كانت.

أ. **<u>مناقشة الأدلة:</u>**

ب.أورد الشيخ رحمه الله قول الموازية المستند بدوره إلى حديث الصحيحين؛ قال رحمه الله:

"ففي الموازية ما نصه: «يجب الوفاء به وكان من أدركت من العلماء يقضون به لقوله صلى الله عليه وسلم: « إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوَفَّى بِهَا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ»[1166] انتهى». ومثله للخمي وابن العربي في العارضة، انتهى.

قال في غنية المعاصر والتالي للونشريسي ولهذا قال الإمام ابن العربي في العارضة: «أيضا دخول الشروط على العقود بحر لا ساحل له، عجاج تلاطمت فيه أمواج لتعارض

[1166] – صحيح البخاري كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، حديث رقم: 2572، وباب الشروط في النكاح، حديث رقم: 4856، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم: 1418.

الأدلة وتباين رأي أهل الملة، انتهى»[1167]. والحديث المذكور أخرجه الشيخان، وحمله بعض العلماء على الوجوب كما في المُعْلِم؛ وقال غيره: حمله على الوجوب هو الأظهر لأنا إذا قلنا بالاستحباب يلزمنا أن لا يجب شرط مطلقا لأنه إذا كان الشرط يستباح به الفرج ليس بواجب فأحرى غيره، ومعلوم أن لنا في البياعات وغيرها شروطا لازمة، ولفظ الشروط هنا عام. القرطبي: «هو عام مخصوص لأنه تخرج منه الشروط الفاسدة لأنها لا يستباح بها فلا يتناول إلا ما كان جائزا، انتهى».

حكم الشيخ عبد الواحد الفاسي في النازلة وتعليقه على بقية المفتين

قال رحمه الله بعد أن أورد الاعتراضات ورد عليها واحدا واحدا:

"وعليه فالإشهاد المذكور قد أسقط به الزوج ماله من السفر بزوجه عند توفر الشروط أن لو قلنا إنها توفرت وإنه لا معرة ولا غضاضة عليها في ذلك. وقد وقع هذا الإشهاد، منه على وجه الطوع بعد تاريخ العقد عليها بكثير.

فهذا الشرط من الزوجة ليس من نمط شرط الزوجة عليه المُطلَق الذي لا ينافيه العقد ولا يقتضيه حتى يقال إنه لا يلزمه الوفاء به نظرا لما هو المُفْتَى به بل هو من الالتزام بالمعروف اللازم لملتزمه، والشرط المشار له إنما فرضه الفقهاء فيما ذكر من قبل المرأة.

والعجب من المفتين كيف جعلوا الإشهاد المذكور شرطا من الزوجة مع طول ما بينه وبين تاريخ العقد بكثير، وكون الزوج ما فعل ذلك الالتزام إلا عن تطوع منه واختيار.

[1167] – عارضة الأحوذي 5/ 151.

II. النازلة الثانية: [هل يلزم الزوج ما اشترطته الزوجة في عقد النكاح؟]

نص النازلة:

الحمد لله وحده وبعد؛ فهذا نكاح انعقد بين فلان وفلان. الأول عقده على بنته البكر العذراء فلانة، والثاني عقده على نفسه، على صداق قدره: **ثمانية آلاف فرنكا** [1168] **وخمسمائة** [1169]، **وسباني أربعة** [1170]، **وعبروق**[1171]، **وأمة**[1172] **إلى آخره.**

وفي كذا، وبعد تمام العقد وانبرامه، **التزم الزوج لوالد الزوجة** أن لا يتسرى عليها [1173]، ولا يتزوج عليها، ولا يسكن بها مع الجيران، وأن لا يضر بها، وأن يسكن بها في هذا الثغر البيضاوي أو بمدينة فاس، وهي مصدقة في دعوى الضرر، وإن قامت بشيء مما ذكر من الضرر وغيره، فأمرها بيد والدها المذكور، صح به عبد ربه، فلان بشكله إلى آخره.

[1168] – كذا في الأصل والصواب: " فرنكٍ " بالجر.

[1169] – هي عملة نقدية مغربية قديمة كان يطلق عليها "الفرنك الحسني" أو "الريال الحسني" وكان تداول هذه العملة منذ عهد السلطان الحسن الأول، لكن تم تعويضها في بداية دخول المستعمر بالفرنك الفرنسي، فكانت هاتان العملتان تستعملان في جميع المعاملات التجارية، غير أن المغاربة كانوا يفضلون التعامل بعملة الحسني، حيث كانت عملة الفرنك الحسني تساوي 3. 50 فرنكات.

– انظر: مجلة دعوة الحق العدد 116، تكوين الأطر في عهد الحسن الأول، والرواج النقدي وإشكاليته في عهد السلطان موالي يوسف، دراسة ضمن أشغال الدورة الرابعة عشرة لجامعة موالي علي الشريف (ص. 91).

[1170] – السَّبَنِيَّةُ هي: ضرْبٌ من الثياب، تتخذ من مُشاقة الكتان أَغلظ ما يكون، وتستعملها النساء لتغطية رؤوسهن، وقيل منسوبة إلى موضع بناحية المغرب يقال له سَبَنٌ ومنهم من يهمزها فيقول السَّبَنِيئة،

انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي (ص: 1554)، ولسان العرب لابن منظور: (13/ 203).

[1171] – العبروق لفظ دخيل على الثقافة واللهجة المغربية فهو زي شعبي ليبي، عبارة عن غطاء للرأس، ويلف الجزء الأخير حول الرقبة ويتميز بكثرة الزخارف.

[1172] – الجارية المملوكة لسيدها.

[1173] – أي ألا يتخذ عليها أمة، لأن الأمة هي "السُّرِّيَّةُ"، منسوبة إلى السر، وهو الإخفاء، لأن الإنسان كثيرا ما يسرها ويسترها عن حرته، ضمت السين فيها لأن الأبنية قد تغير في النسب خاصة، كما يقال في النسبة إلى الدهر "دُهْرِيٌّ"، وقال الأخفش: هي مشتقة من السرور لأنه يسر بها.

– انظر: مختار الصحاح للرازي: (ص: 146).

وأردف الشيخ نص النازلة بتنبيه، نصه: وكلتا البلدتين المذكورتين ليستا ببلاد الزوج.

الجواب:

قبل الجواب وطأ الشيخ لجوابه بما يخدم الجواب، فبدأ ببيان أقسام الشروط في النكاح، فقال:

أما بعد؛ فمن المقرر أن الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام :

1. ما يناقض مقتضاه العقد، كأن لا يقسم لها، أو يوثر عليها، أو لا نفقة لها، أو لا ميراث وما أشبه ذلك، وإليه أشار الشيخ خليل بقوله: " وَمَا فَسَدَ لِصَدَاقِهِ وَعَلَى شَرْطٍ يُنَاقِضُ [1174] كَأَنْ لَا يَقْسِمَ لَهَا أَوْ يُؤْثِرَ عَلَيْهَا "[1175].

2. وما لا يناقض العقد بل يكون العقد يقتضيه، وإن لم يذكر، كشرط أن لا يضر بها أو ينفق أو لا يُوثِر، ووجود هذا وعدمه سواء، لأنه لا يؤَثِّر في العقد خللا ويُحْكَمُ به إن تُرِك أو ذُكِر.

3. وما لا تعلق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينافيه، وللمرأة فيه غرض، كشرط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك.

[1174] كذا في الأصل، والذي في نسخ المختصر وشروحه إثبات لفظ: "العقد" بعد يناقض.

– هذا الشرط ومثله مفسد للعقد ويوجب الفسخ قال ابن شاس: فأما كل شرط يناقض مقتضاه ويغير موجبه كقوله: بشرط ألا يقبض أو لا يباع في الحق، فهو مفسد.

– انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس كتاب الرهن، الباب الأول: في أركانه: (2/ 770)، ومنح الجليل شرح على مختصر سيد خليل لعليش: (3/ 303).

[1175] – انظر: مختصر الشيخ خليل: (ص: 98)

– هذا الشرط ومثله مفسد للعقد ويوجب الفسخ قال ابن شاس: فأما كل شرط يناقض مقتضاه ويغير موجبه كقوله: بشرط ألا يقبض أو لا يباع في الحق، فهو مفسد.

– انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس كتاب الرهن، الباب الأول: في أركانه: (2/ 770)، ومنح الجليل شرح على مختصر سيد خليل لعليش: (3/ 303).

الأدلة ومناقشتها:

قبل إصدار الحكم أورد الشيخ عبد الواحد أدلة كل فرق المعارضين قبل الموافقين، ودفع إيراداتهم قبل أن صدر حكمه بعد توجيه دليله:

أدلة الفريق الأول:

أوضح الشيخ رحمه الله أن المشهور المفتى به هو عدم لزوم الشرط ومن ثمة عدم وجوب الوفاء به، قال:"لكن المشهور المفتى به هو ما في المختصر" [1176]. وقوله و"كُرِه" أي القدوم على الشرط المذكور لأنه تحجير، وعدم الوفاء به بعد وقوعه [1177]. وفي ابن الحاجب: "قال مالك >: لقد أشرت على القاضي أن ينهى الناس عن ذلك"[1178]. أي عن التزوج على الشرط ولا يلزم الوفاء به بل يستحب.

أدلة الفريق الثاني:

ثم ذكر القول الذي مال إليه في هذه الفتوى وهو لزوم الشرط ووجوب الوفاء به، حيث قال: "وذهب جماعة من العلماء إلى وجوب الوفاء به، كابن شهاب وغيره [1179].

أولا: لحديث الصحيحين

عن عقبة بن عامر رضي الله عنه: « إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوَفَّى بِهَا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ »[1180]

[1176] – وهو أن الشرط غير لازم للزوج ويكره في العقد قال ~: "ولا يلزم الشرط وكره".

– انظر: مختصر خليل (ص: 109) وإليه أشار أيضا في المختصر بقوله: " وَإِنْ أَخْرَجَهَا مِنْ بَلَدِهَا أَوْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَلْفَانِ وَلَا يَلْزَمُ الشَّرْطُ وَكُرِهَ " إلى آخره، أي لا تلزم التوفية به بل تستحب لقول رسول الله @: «أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج».

[1177] – منح الجليل شرح مختصر الشيخ خليل لعليش: (3/ 446).

[1178] – جامع الأمهات لابن الحاجب (ص: 172)

[1179] – كالأوزاعي وابن شبرمة. – انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (3/ 81).

[1180] – صحيح البخاري كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، حديث رقم: 2572، وباب الشروط في النكاح، حديث رقم: 4856، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، حديث رقم: 1418.

وروي عن ابن شهاب أنه قال: "كان من أدركت من العلماء يقضون به للحديث المذكور"، قاله ابن سلمون [1181].

ثانيا: توجيهه المشهور بالشرط المطلق وهذا مقيد:

قال ابن سلمون: وإن كانت مقيدة بتمليك أو طلاق أو عتق فهي لازمة والنكاح جائز إلى آخره [1182].

وقال الشيخ الحافظ أبو زيد سيدي عبد الرحمن الجزولي [1183] في شرح الرسالة ما نصه: "اختلف فيما إذا علق هذه الشروط بالطلاق مثل أن يقول أيضا في أصل العقد: متى تزوجت عليك فأمرك بيدك هل يلزم أم لا؟ قولان: المشهور أنه يلزم" انتهى.

ومن صدر جواب للفقيه سيدي إبراهيم الجلالي ما نصه: "ما شهد به شهيد الصداق على الزوج المذكور بالتزامه شرط التزويج معلقا على كون أمرها بيدها، لازم للزوج المذكور، وأن لها الأخذ بشرطها المذكور". انتهى محل الغرض منه". ونقله الشريف العلمي في نوازله [1184].

ونحوه في مقدمات ابن رشد [1185].

[1181] – انظر: العقد المنظم للحكام لابن سلمون (ص:18)

[1182] – العقد المنظم للحكام لابن سلمون (ص:18).

[1183] – أبو زيد عبد الرحمن بن عفان الجزولي توفي سنة 741 هـ أو 744 هـ. ينظر: نيل الابتهاج ص: 244، ودرة الحجال 3/ 80، وشجرة النور 1/ 314.

[1184] – كتاب النوازل للشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي:(42/1).

[1185] – حيث قال: "وأما إذا كتب إليها بذلك كتابا أو أرسل إليها رسولا أو جعل أمرها بيدها إن تزوج عليها أو غاب عنها مدة أو أضر بها أو ما أشبه ذلك فلم يختلف قول مالك – ~ تَعَالَى – أن ذلك بيدها وإن لم تقض فيه ساعة وجب لها التمليك".

– انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد: (1/ 588)

ثالثا: العمل الفاسي:

لم يصرح الشيخ رحمه الله بالاحتجاج بالعمل الفاسي، لتوجيه القول الذي أفتى به في هذه النازلة، لكونه رحمه الله فرض تقييد الشرط في هذه لنازلة، كما تقدم، فلا يدخل تحت القول المشهور لكون هذا الأخير يشمل الشرط المطلق، ومن ثم فقد ارتأيت تعزيز هذا الرأي المخالف للمشهور، رأي الشيخ رحمه الله، بما ورد في العمل الفاسي وشروحه: قال العميري عند قول الناظم:

وَالشَّرْطُ فِي النِّكَاحِ مَحْمُولٌ عَلَى * أَنَّهُ فِي أَصْلِ العُقُودِ جُعِلَا

" وقد ورد البيت عنده بصيغة :" حصلا" عوضه:" جُعِلَا" قال في شرحه:" جرى العمل بحمل الشروط في النكاح على كونها شرطا في أصل العقد لا تطوعا بها بعد العقد إذا وقع النزاع في كونها شرطا أو طوعا، ولا بيان يعمل به ويظهر الأمر بين ما يكون شرطا أو طوعا، أنه إذا التزم لها في عقد نكاحها: إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج عليها؛ فلها أن تطلق نفسها بالثلاث ولا مناكدة له، بنى بها أو لم يبن بها؛ بخلاف ما إذا كان طوعا بعد العقد فله مناكدتها فيما زادت على الواحدة، والقول الذي به العمل هو قول ابن فتحون، ومقابله لابن العطار ونقل في الفائق عن بعضهم: فينبغي أن ينظر الى العرف الجاري في البلد الذي انعقد النكاح فيه، فيكون القول قول مدعيه، انتهى. وهذه المسألة إحدى العمليات التي ذكر الزقاق في لاميته، وبالله التوفيق"[1186].

[1186] – الأمليات الفاشية من شرح العمليات الفاسية" للقاضي أبي القاسم العميري التادلي المكناسي (1103-1178) للوحة 08 ،

ومثله في شرح العلامة محمد بن أبي القاسم السجلماسي البجعدي الرباطي (ت1241)، اللوحة 06 نسخة 14359، وفي تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس ص:55-57.

الخلاصات والنتائج البحثية:

يمكن الخروج من هذه الورقة البحثية بعدة خلاصات ونتائج يمكن إجمالها فيما يأتي:

أولا: إن الشيخ عبد الواحد الفاسي وأمثاله ممن اضطلعوا بمهمتي القضاء والإفتاء، على حد سواء، يمكن الإفادة كثيرا من اجتهاداتهم، لا سيما أنه قد مارس القضاء، ثم تصدى للنظر في أحكام غيره من القضاة، من موقعه في مجلس النقض الذي كان عضوا فيه.

ثانيا: أن نوازل مثل أجوبة مفتي فاس، موضوع هذه الورقة ومثلها، مما في موضوعها، يمكن أن يكون مصدرا ثَرّاً، ومعينا غزيرا، للأحكام في مختلف المدونات القانونية لاسيما مدونة الأسرة.

ثالثا: أن الشروط في النكاح تختلف تمام الاختلاف عن شروط صحته؛ فالأولى تحكم عليه بالصحة أو البطلان، أما الثانية فتكون مما يعين على دوام العشرة الزوجية وذلك طبعا بالوفاء بها واحترامها.

رابعا: أن الفقهاء قد نظروا إلى هذه الشروط في النكاح بأنظار مختلفة، خصوصا عند النظر في تقسيمها، حيث قسمها البعض وفقا لحكمها الشرعي، في حين نظر الآخرون إلى تعلقها بالعقد تصديقا ونقضا.

خامسا: أن هؤلاء الأفاضل من العلماء والفقهاء، وإن اختلفوا في تقسيمها، كل واعتباره، الا أنهم قد اتفقوا في جل الأحوال على وجوب الوفاء بها والالتزام بها، ورتبوا على عدم ذلك أحكاما بسطوها في فتاواهم.

سادسا: أن مدونة الأسرة المغربية قد ألزمت كل من التزم شيئا احترامه وأوجب الوفاء به ما لم يعد ذلك على أصل العقد بالإبطال وذلك ما جاءت به مدونة الأسرة المعمول بها حاليا.

سابعا: أن المفتي الشيخ عبد الواحد الفاسي، شأنه في ذلك شأن كل المفتين، قد تلبس عدة أحوال في هذه النازلة فتارة نجده المفتي الذي يعطي الحكم في النازلة، ثم نجده يعلل هذا الحكم بما في يديه من الإشهادات، ثم نجده يعرض الاعتراضات الواقعةَ والمتوقعةَ من الخصوم في النازلة، ثم يأتي عليها ردا ودحضا وتفنيدا كما هو الشأن في النازلة الأولى، دون أن ننسى تأييده ما ذهب إليه بالأدلة اللازمة في المذهب وغيره.

ثامنا: ترجيح الشيخ في نازلته الثانية لغير المشهور المفتى به وهو حمل ما أطلق من الشروط على الطوعي، وذلك إعمالا للحديث النبوي أولا، ثم كون الشروط في النازلة من نوع الشروط المقيدة لا المطلقة.

تاسعا: تجدر الإشارة هنا الى أنه قد يعدل المفتون عن القول المشهور إلى غيره مع عدم وجود دليل آخر، وذلك تطبيقا لجريان العمل، بشروطه طبعا، حيث جرى المفتون على حمل الشروط في عقود الأنكحة على الشرط الواجب التزامه وإن لم يصرح بتقييده في العقد.

عاشرا: هذه المداخلة همسة تنضم لبقية الهمسات الواردة في هذه الندوة لتصير توجيها منهجيا في أذن المسؤولين عن النظر في أفق المرتقب من التعديلات في مدونة الأسرة من جهة، وصرخة مدوية في وجه الحقوقيين ومنظماتهم بأن التشريع الإسلامي، بقدر المرونة المتسم بها، فهو مكتف ذاتيا في تشريعاته من جهة ثانية، ولم لا يكون هناك تصديرٌ للأحكام الشرعية عوض استيراد تشريعات وضعية، ففي طلعة البدر ما يغني عن زحل، وفي غرة الشرع ما يكفي عن الوضع.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد ومولانا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المصادر والمراجع:

🕮 **أجوبة مفتي فاس عبد الواحد الفهري الفاسي(ت 1361هـ) مع ما انتخبه من فتاوى علماء وقته**، تقديم وتحقيق الأستاذين: محمد النويوير ونور الدين لرجي، 1444هـ/ 2023م، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية.

🕮 **الأمليات الفاشية من شرح العمليات الفاسية** للقاضي أبي القاسم العميري التادلي المكناسي (1103–1178).

🕮 **البهجة في شرح التحفة** لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، وبهامشه: **حلى المعاصم لبث فكر ابن عاصم** لأبي عبد الله محمد التاودي بن سودة، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت – 1418 هـ – 1998م، الطبعة : الأولى.

🕮 **التبصرة** لأبي الحسن علي بن محمد اللخمي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – قطر، 1432 هـ – 2011، الطبعة:1.

🕮 **الجامع الصحيح المختصر** لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة – بيروت، الطبعة الثالثة، 1407 – 1987.

🕮 **زهر الآس في بيوتات أهل فاس** لعبد الكبير بن هاشم الكتاني، ويليه كتاب **تحفة الأكياس ومفاكهة الجلاس فيما غفل عنه صاحب زهر الآس في بيوتات أهل فاس** ، تأليف نجل مؤلف الأصل، العلامة النسابة المؤرخ: محمد بن عبد الكبير بن هاشم الكتاني، تحقيق: علي بن المنتصر الكتاني، منشورات مطبعة النجاح، الدار البيضاء. الطبعة الأولى: 1422هـ– 2003م.

🕮 **سل النصال للنضال بالأشياخ وأهل الكمال** فهرس الشيوخ لعبد السلام بن عبد القادر بن سودة، تنسيق وتحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، دون سنة النشر.

🕮 **شرح العمل الفاسي** لأبي عبد الله محمَّد بن أبي قاسم الفلالي السجلماسي البوجعدي مخطوط، نسخة خزانة الملك عبد العزيز العامة، رقم 16496.

🕮 **شرح العمل الفاسي** لأبي عبد الله محمَّد بن أبي قاسم الفلالي السجلماسي البوجعدي مخطوط، نسخة الخزانة الوطنية بالرباط، رقم 28602/1.

🕮 **صحيح مسلم** لمسلم بن الحجاج أبي الحسين القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، 1374 هـ / 1955 م.

🕮 **مرآة المحاسن من أخبار الشيخ أبي المحاسن** لأبي حامد الفاسي: دراسة وتحقيق: محمد حمزة بن علي الكتاني، منشورات رابطة أبي المحاسن ابن الجد.

🕮 **مصنفات المالكية فيما جرى به العمل** مساهمة الدكتور كمال بلحركة في ندوة العمل السوسي تاريخه وقضاياه المنظمة بجامعة القرويين كلية الشريعة أكادير تكريما لفضيلة العلامة الدكتور الحسن العبادي، يومي: 19و20 أبريل 2006 –20 و21 ربيع الأول 1427.

نظم العمل الفاسي لأبي زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي مع شرحه **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس** شرح الشريف أبي عيسى المهدي الوزاني الفاسي (ت1342هـ – 1924م)، تقديم وإعداد: الأستاذ هاشم العلوي القاسمي، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1422هـ/ 2002م.

حماية حقوق المرأة من خلال أجوبة القاضي العربي بردلة (ت1133هـ)

ذ. رضوان اخرفي
طالب باحث

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

فإن صلاح المجتمع ورقيه الحضاري، رهين بصلاح الأسرة، وصلاح الأسرة رهين بمدى حماية حقوق أفرادها دون انحياز، وقد كفل الإسلام حقوقا لكل فرد منها؛ ضمانا للتوازن الأسري والاستقرار العائلي، حيث أسست الشريعة الأسرة على الحقوق والواجبات لتحقيق مصالح الرجل والمرأة والطفل، وحرص الفقهاء على تأكيد تلك الحقوق وتمكين أفراد الأسرة منها.

وقد حظيت الزوجة بجانب الرجل بحقوق مالية ومعنوية، التي اكتسبتها من أحكام الشريعة الخالدة، بعدما كانت مهضومة الحق مكسورة الجناح، لكن للأسف فإن التيارات التغريبية في بلدان العالم الإسلامي، ومن ضمنها المغرب تبخس دور الفقه الإسلامي في حماية حقوق المرأة، خصوصا في هذا العصر الذي نواجه فيه نوازل ومشكلات أسرية مستجدة بسبب تعقيدات ظروف الحياة المعاصرة وظهور إشكالات جديدة، وكذا معاناة فئة من النساء بسبب معاملة بعض الأزواج، أثناء الزواج أو بعد الطلاق، أوصلت بعض النساء إلى وضع مأساوي، وقد تم إلصاق هذه الإشكالات من طرف التغريبيين بالفقه والفقهاء، وأنه لكي نُمتع المرأة بحقوقها علينا أن نتجاوز أحكام الفقه، ونحدث قطيعة معه.

والحال أن المغاربة ورثوا تَركة فقهية محفوظة في دواوين الفقه النوازلي من خلال أجوبة فقهاء المغرب وعلماءه عن نوازل متعلقة بالنزاعات الأسرية، وكانت الزوجة في بعضها ضحية، بسبب سوء أخلاق أوليائهن أو استبداد أزواجهن؛ لضعفهم العلمي أو انحطاطهم التربوي، أو فسادهم الاجتماعي، أو طمعهم المالي، فعاشت بعض الزوجات نتيجة لذلك حياة عصيبة، لكن الفقهاء أنصفوا المرأة وعملوا على تمكينها من كافة حقوقها، نتيجة تسلط الأولياء أو تعسف الأزواج، مما يبين الخلفية الحقوقية التي كان ينظر بها الفقهاء.

ولعل من أهم فقهاء المالكية الذين انبروا للإجابة عن النوازل الحادثة والوقائع الطارئة التي همت الأسرة المغربية سيما ما هو متعلق بالنزاعات الأسرية، نجد قاضي الحضرة الفاسية، الفقيه الأجل سيدي محمد العربي بردلة رحمه الله (ت1133هـ)، والذي أجاب عن تلك النوازل مستثمرا الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والنصوص الفقهية والأدلة الأصولية التي تحمي حقوق المرأة وترعى مصالحها. وقد حاولت في هذه الورقة تسليط الضوء على بعض نوازل الأسرة التي عرضت عليه، وبسط أجوبته عليها.

وإن مجتمعنا اليوم في حاجة ماسة إلى الإفادة من تلك الأجوبة للاستضاءة بها في إصلاح شؤون الأسرة عموما، وفي التعديلات المرتقبة خصوصا.

1- أهمية الموضوع:

يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية الأسرة في المجتمع ومكانة المرأة داخلها، كما يستمد أهميته من أهمية الأجوبة الفقهية عن النوازل، وما تكتنزه من فوائد علمية ومنهجية، سيما وهي تبين حماية الفقيه النوازلي لحقوق المرأة؛ قبل الزواج وأثناءه وبعد انفصامه.

وتزداد أهمية الموضوع في ارتباطه بنوازل القاضي محمد العربي بردلة التي تعد من أبرز الأجوبة الفقهية في العصر العلوي الأول والتي تضمنت مسائل ونوازل أسرية متعلقة بسن الزواج والصداق والحضانة، وحملت إجابات فقهية عملية تبين النصوص التشريعية والتخريجات الفقهية.

2- إشكالية الورقة:

تنطلق هذه الورقة البحثية من الإشكال التالي: " **ما دور القاضي بردلة في حماية حقوق المرأة في ضوء الشريعة والفقه المالكي؟ وكيف يمكننا أن نستفيد من أجوبته في تسديد النظر عند معالجة مشاكل الأسرة خصوصا تلك المتعلقة بحقوق المرأة؟**"

ويستدعي هذا الإشكال عددا من الأسئلة الفرعية منها:

- ما أهم القضايا الأسرية التي أجاب عنها القاضي بردلة؟
- كيف عالج القاضي بردلة حالات النزاعات الزوجية التي هضمت فيها حقوق المرأة؟
- إلى أي حد يمكن أن تساعدنا أجوبة القاضي بردلة في رسم ملامح تعديل بعض القضايا والإشكالات في مدونة الأسرة؟

وقد اخترت عينة من أجوبة القاضي العربي بردلة؛ لاستنطاقها وتحليلها، واستخراج الإشارات منها، ورصد الدلائل التي تؤكد حماية الفقه المالكي لحقوق المرأة من دون انحياز إلى مكون من مكوناتها، والتي تعتبر أنموذجا للفقيه النوازلي الذي عمل على حماية وحفظ حقوق المرأة.

3- أهداف الورقة:

وللإجابة عن إشكالية هذه الورقة وأسئلتها الفرعية، تم تحديد جملة من الأهداف تتمثل فيما يلي:

- الوقوف على أجوبة القاضي بردلة المتعلقة بالنوازل الأسرية؛
- التعرف على قضايا المرأة وأبرز المشاكل التي واجهتها، وكيف عالجتها أجوبة القاضي بردلة؛
- بيان أهمية أجوبة القاضي بردلة في حماية حقوق الزوجة كالصداق والحضانة؛
- إبراز مركز الفقه المالكي في تعديل مدونة الأسرة.

4- منهج الدراسة وخطتها:

لمعالجة إشكالية هذه الورقة اعتمدت المنهج التحليلي والاستنباطي؛ لاستخراج الآراء الفقهية التي عالجت النزاعات الأسرية، واتبعت الخطة البحثية التالية:

المطلب الأول: التعريف بالقاضي محمد العربي بردلة

المطلب الثاني: حماية القاصر من الزواج

المطلب الثالث: حماية المرأة من الإكراه على الزواج

المطلب الرابع: حماية حق المرأة في الصداق

المطلب الخامس: جماية حق المرأة في اختيار بلد السكن

المطلب السادس: حماية الحقوق العاطفية والنفسية للمرأة

المطلب السابع: حماية المرأة من تسلط الزوج لدفعها للخلع

المطلب الثامن: حماية حق الحضانة

المطلب الأول: التعريف بالقاضي محمد العربي بن أحمد بردلة (1042-1133هـ)/ (1632-1720م).

أبو حامد وأبو عبد الله محمد العربي بن أحمد بن الحاج عبد الوهاب بن أحمد بن إبراهيم بن محمد بن الجيلاني بن عبد الله المعروف ب "بردلة"، (بضم الباء والدال بينهما راء ساكنة)، المدجن، الأندلسي ثم الفاسي مولدا ونشأة ووفاة.[1187] ولد يوم الأربعاء ثاني جمادى الآخرة عام 1042هـ / 15 دجنبر 1632م.[1188]

ابتدأ القاضي محمد العربي بردلة طلب العلم، وأقبل على الدراسة منذ صباه، وواصل القراءة والتعلم بجهد واجتهاد، فأقبل على تعلم علوم الوسائل وعلوم المقاصد، وتلقى عن

[1187] سلوة الأنفاس (211/3).

[1188] سلوة الأنفاس (211/3) التقاط الدرر (ص 320)، الهامش 3.

أعلام شيوخ فاس وفقهائها، فأخذ بالقرويين عن كثير من الأعلام وفطاحل العلماء الكبار، حفاظ المذهب المالكي المتأخرين، من رجال المعرفة وأهل العلم والبصر به، الذين كان يزخر بهم في عهده جامع القرويين؛ ومن أبرزهم مرتبين حسب وفياتهم: **أبو عبد الله محمد بن محمد بن أبي القاسم بن سودة** (ت 1076 ه).[1189] **وأبو العباس سيدي أحمد بن محمد بن حمدون بن الحاج المزوار الفاسي** (ت 1084 ه).[1190] **وأبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي المحاسن الفاسي** (ت1084ه).[1191] **وعبد القادر بن علي بن أبي المحاسن يوسف الفاسي** (ت1091ه).[1192]

وبعد أن أنهى القاضي بردلة دراسته وتمكن من العلوم وتضلع فيها، وأجازه علماء فاس وشيوخها، تصدى للتدريس وإفادة الطلبة بما حصله من المعارف والفنون، فتتلمذ عليه في جامع القرويين تلامذة كثر جدا صاروا فيما بعد من أبرز فقهاء أهل فاس؛ ومنهم: **أبو عبد الله محمد بن قاسم بن زاكور الفاسي** (ت 1120ه).[1193] **وأبو محمد عبد السلام بن أحمد جسوس الفاسي** (ت1121ه).[1194] **وأبو عبد الله محمد بن الشيخ أحمد**: المعروف بابن الحاج (ت1129ه).[1195] **وأبو العباس أحمد بن محمد بن الشيخ أحمد** (ت 1133ه).[1196] **وأحمد بن محمد بن أحمد بن العربي ابن الحاج**

[1189] نشر المثاني (150/2). التقاط الدرر (ص 166) شجرة النور الزكية (449/1).

[1190] نشر المثاني (205/2). التقاط الدرر (ص 195). سلوة الأنفاس (120/3). شجرة النور الزكية (452/1).

[1191] نشر المثاني (205/2). التقاط الدرر (ص 194). سلوة الأنفاس (230/2). شجرة النور الزكية (452/1).

[1192] نشر المثاني (270/2). التقاط الدرر (ص 217). شجرة النور الزكية (455/1).

[1193] نشر المثاني (201/3). التقاط الدرر (ص 304). شجرة النور الزكية (476/1).

[1194] نشر المثاني (207/1). التقاط الدرر (ص 306). سلوة الأنفاس (17/2). شجرة النور الزكية (477/1).

[1195] شجرة النور الزكية (479/1). فهرس الفهارس (841/2).

[1196] سلوة الأنفاس (97/1). التقاط الدرر (ص 321). شجرة النور الزكية (479/1).

السلمي (ت1133هـ).[1197] **وأحمد بن الخياط الدكالي** (ت1160 هـ).[1198] **وأبو عبد الله محمد بن عبد السلام البناني الفاسي** (ت1163هـ).[1199]

وقد لمع نجم القاضي بردلة سواء لدى الدولة أو داخل المجتمع الفاسي، وبرز في المجال الفقهي بصفة واضحة إذ كان "له صيت عند أهل وقته، وينسبون له أمورا منها ما تناسب حاله من العلم ومنها ما لا تناسبه، والظن به أنه بريء مما لا يناسبه، ولولا الإطالة لأوردنا من ذلك أشياء كثيرة."[1200]

قال العلامة عبد الكبير الفاسي في حقه: " شيخ الجماعة وإمام العصر، شهير الديانة والدراية، قاضي الجماعة بفاس ومفتيها وخطيب جامعها الأعظم، بل آخر قضاة العدل بها."[1201]

لقد تولى رحمه الله منصب القضاء في عهد المولى إسماعيل، وكان منصب القاضي من أعلى المناصب في هرم الدولة. واشتهر بتوليه لهذه الوظيفة التي لا يترشح لها إلا من حذق علم الفقه واستوعب مسائله، واستطاع تنزيل الأحكام على الوقائع المستجدة حتى يلبي حاجة الناس إلى معرفة الحكم الشرعي في معاملاتهم ومنازعاتهم، فيسيروا على المنهج الصحيح والسليم. وقد كانت تسند إلى قاضي مدينة فاس رئاسة جامع القرويين الذي يمنح الأساتذة الكراسي العلمية بعد الرجوع للسلطان، كما أنه يراقب ناظر الأوقاف ويصادق على الميزانية، وإليه يرجع الرأي الأخير في الإصلاحات التي تدخل على مباني المسجد وتسمية الأئمة والخطباء والمدرسين ورجال الحسبة.

وكان توليه للقضاء على مراحل استغرقت ثلاثين سنة، أو يزيد، وذلك من (سنة 1088هـ) إلى (سنة 1119هـ)، وكانت ما بين تولية وعزل، حيث " إنه عزل أربع مرات

[1197] نشر المثاني (251/3). سلوة الأنفاس (156/1).

[1198] سلوة الأنفاس (114/2).

[1199] سلوة الأنفاس (146/1). شجرة النور الزكية (507/1). الفكر السامي (344/2).

[1200] نشر المثاني (247/3).

[1201] تذكرة المحسنين بوفيات الأعيان وحوادث السنين، ضمن موسوعة أعلام المغرب (1973/5).

وقيل ست مرات."[1202] وعلى كل؛ فهو لم يشذ عن قاعدة التولية والعزل المتكررين والتي كان ولاة الدولة يتعرضون لها خلال عهد المولى إسماعيل.

وبالرغم من غزارة علم القاضي محمد العربي بردلة فإنه لم يهتم كثيرا بالتأليف، ولم يكن مشتغلا بالتصنيف بخلاف بعض معاصريه مثل الحسن بن رحال المعداني[1203]. ومع قلة اهتمامه بالتأليف، فقد كان " ذا صيت كبير، ووجاهة عظيمة. حتى صار شيخ الجماعة بفاس، وأحد كبراء علمائها، مرجوعا إليه في المعضلات، معتمدا على ما يقول في النوازل والمشكلات."[1204] وما ألفه عبارة عن نوازل ورسائل ومؤلفات قليلة.

ومما خلفه رحمه الله من تصانيف تميزت بالتحرير والإفادة، ودالة على ما له من اليد الطولى في العلم، لا يزال أغلبها مخطوطا، أودعها كثيرا من الفوائد العلمية والتحقيقات المفيدة، منها:

– " النوازل" وهي المسماة ب" الأجوبة"، وهي التي سنستخلص منها القضايا المرتطبة بموضوع هذه الورقة العلمية، وهي أشهر تآليفه؛ جمعها تلميذه أحمد بن محمد الخياط الدكالي الفاسي، وطبعت على الحجر بفاس سنة (1344هـ/1925م)، قال عنها القادري: " وله أجوبة دالة على ما له من اليد في العلم"[1205]؛

[1202] ينظر: [التقاط الدرر (ص321). زهر الآس (1/ 127–128). ومعلمة المغرب (1148/4).]

[1203] أبو علي الحسن بن رحال المعداني: الإمام العلامة المفضال الفقيه النظار خاتمة العلماء المحققين الأخيار كان من أهل الفضل وقضاة العدل. أخذ عن الشيخ محمد بن عبد القادر الفاسي والقاضي ابن سودة والمجاصي واليوسي وغيرهم وعنه التادلي وابن عبد الصادق وجماعة. له شرح حافل على مختصر خليل المسمى: " فتح الفتاح على مختصر الشيخ خليل" يحتوي على جميع نصوص المذهب، وله حاشية على شرح ميارة على التحفة، واختصار شرح الشيخ الأجهوري على مختصر خليل، ويتيمة العقدين في منافع اليدين، وتأليف في الأدعية، ورفع الالتباس على الخماس في المزارعة، والإرفاق في مسائل الاستحقاق، وغير ذلك. (ت 1140 هـ/1727م). [ينظر ترجمته في: نشر المثاني (3/ 294 – 295). التقاط الدرر (ص 338 – 340). شجرة النور الزكية (ص 334). الفكر السامي (2/ 276).]

[1204] زهر الآكام (ص 199). سلوة الأنفاس (212/3). زهر الآس (1/ 129).

[1205] نشر المثاني (247/3).

– "رسائل وجهها إلى السلطان المولى إسماعيل في قضايا مختلفة"، ومن جملتها مسألة الحراطين؛

– "جواب عن سؤال من مولاي إسماعيل حول حديث: "ستغربلون حتى تصيروا في حثالة من الناس". توجد نسخة منه في مكتبة آل سعود تحت رقم 369/3؛

– " دعوى الانتساب إلى البيت النبوي الشريف"، توجد نسخة في خزانة آل سعود تحت رقم 329/8؛

"وفي سنة ثلاث وثلاثين ومائة وألف يوم الاثنين خامس عشر رجب منها توفي الفقيه العلامة خاتمة المحققين وآخر قضاة العدل بفاس الشيخ أبو عبد الله محمد العربي بن أحمد بردلة الفاسي."[1206] وقال صاحب التقاط الدرر:" دفن خارج باب الجيسة قرب وادي المالح."[1207] و" روضته مشهورة إلى الآن بطرف فدان الغرباء يدور بها حوش على البناء، وعلى ضريحه بها قوس كبير وهو مشهور مزار معظم إلى الآن."[1208]

المطلب الثاني: حماية القاصر من الزواج

نصت مدونة الأسرة على سن الزواج في المادة 19 حيث حددته " بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشر سنة شمسية." وهي بهذه المادة تمنع تزويج القاصر؛ لأن المكان الطبيعي للقاصر هو المؤسسة التعليمية من أجل استكمال تعليمها وتكوينها، ثم إن القاصر لا يمكنها القيام برعاية الأسرة كأتم ما تكون الرعاية. لذلك فإن "الهدف الذي توخاه المشرع من وراء توحيد السن القانونية بالنسبة للجنسين ورفعها إلى ثمان عشر هو الحيلولة دون الأضرار التي يتسبب فيها زواج القصّر، خاصة منها ما

[1206] الاستقصا (113/3).

[1207] التقاط الدرر (ص 321).

[1208] سلوة الأنفاس (212/3-213).

يتعلق بصحة الأم والطفل، كما أنه يهدف إلى المساهمة في ضمان حق التمدرس للأطفال دون سن الأهلية."[1209]

وإذا كان في تحديد سن الزواج عدة مصالح لا يمكن إنكارها، فإن المبالغة في مراعاته تضييق على بعض الحالات وإضرار بها، لذلك فإن المدونة استثناء فتحت المجال لتزويج القاصر، وأجازته وفق ضوابط وشروط، حيث نصت في المادة 20 على أن "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي."

وتسجل النوازل الواردة على القاضي بردلة ظاهرة تزويج بعض الأولياء لبناتهم قبل سن البلوغ، وهو ما قد تترتب عنه مشاكل بين الزوجين قد تنتهي بالطلاق أو بأن تعيش الزوجة حياة زوجية صعبة وغيرها من المشاكل التي تلحق الضرر بطفولة الفتاة وبحياتها عموما، ولذلك فقد منع القاضي العربي بردلة تزويج القاصرات خصوصا إذا لم تتم استشارة القضاء حتى يأذن في الحالات الاستثنائية، وذلك لتفطنه لمعضلة تزويج القاصر لما قد ينتج عنه من تأثير سلبي على حياتها الأسرية والشخصية.

فقد جاء في نازلة: " أن صبية زوجها شقيقها ووالدتها قبل البلوغ وقبل إطاقتها الوطء من غير مشورة قاض، ولا خوف ضياع عليها ولا فساد، وبغير إذن الصبية، هل النكاح مفسوخ، ولا تجبر الصبية على النكاح ولا موجب من خوف فساد أو ضياع، أو يمضي؟

فأجاب: بأن النكاح أعلاه مفسوخ، إذ لا جبر على الصغيرة التي لا أب لها ولا وصي، لاسيما مع عدم خوف الضياع والفساد. والله أعلم."

[1209] 10 سنوات على تطبيق مدونة الأسرة، أي تغيرات في تمثلات ومواقف وممارسة المواطنين والمواطنات؟ دراسة ميدانية، تقرير 2016، وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، (ص 101).

ويشير سؤال النازلة إلى أنه تم استبعاد طلب الحصول على إذن القاضي الذي يقوم بالرقابة القضائية القبلية لزواج القاصر، للتأكد من قدرتها على الزواج وتوفرها على القدرات الجسدية والعقلية لتحمل أعباء ومسؤولية الزواج، وكذا احتياجها إليه بسبب ظروفها الصعبة اجتماعيا وماليا.

المطلب الثالث: حماية المرأة من الإكراه على الزواج.

إن المقصد من الولاية على الفتاة في الزواج هو حفظ حقوقها وصونها؛ لأن عقد الزواج أهم من أي عقد آخر كونه يؤسس نواة المجتمع، وبصلاحه يصلح المجتمع وبفساده يفسد، فإن كان للمرأة الحق في إبرام العقود التجارية، لكن الزواج له طبيعة خاصة لذلك كان الولي حاضرا لحمايتها، قال ابن الأثير: " وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك لم يطلق عليه اسم الوالي."[1210] فالقصد من الولاية القيام بشؤون المرأة وتدبير أمورها وحماية مصالحها وحفظ حقوقها. بالإضافة إلى أن "مسألة اختيار شريك العمر تعتبر في مجتمعنا مسألة عائلية تهم الأسرة كلها."[1211]

والأصل في مشروعية إعلام المرأة بالزواج واستئذانها وطلب موافقتها وعدم إكراهها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن."[1212]

ولقد عانت المرأة من مشكلة الإكراه على الزواج وإجبارها خصوصا إذا كانت صغيرة، وقد تصدى القاضي بردلة لمعضلة إجبار البنت الصغيرة على الزواج، حماية لكرامة الفتاة في حرية الاختيار وعدم الإكراه والإجبار، وإعمالا لمبدأ مراعاة مقاصد الشريعة في حفظ النفس والعرض، ودفع الضرر والظلم عن الفتاة، وذلك بسبب التأثير السلبي على

[1210] النهاية في غريب الحديث، لابن الأثير (227/5).

[1211] 10 سنوات على تطبيق مدونة الأسرة، تقرير 2016، وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، (ص105).

[1212] أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث (رقم 5136).

حياتها الشخصية، ثم إن الإجبار على الزواج ينتفي معه عنصر الرضائية في إنشاء العقود.

فقد سئل القاضي بردلة عن: " رجل زوج بنتا من آخر ثم ادعى أن النكاح كان بإكراه الجماعة وضغطها... ولم يكن اختياريا، فهل يفسخ أم لا؟ وعلى الفسخ، فهل يلزم نصف الصداق أم لا؟

فأجاب: بأنه إذا ثبت الجبر والضغط والإكراه على ما ذكر في السؤال، فالنكاح غير لازم، وإذا فسخ قبل الدخول لما ذكر من الإكراه، فلا يلزم فيه شيء من الصداق، وإن لم يثبت الإكراه، فالنكاح المذكور لازم. والله أعلم."

كما وردته مسألة وهي: "إذا دعيت البنت لمن هو كفؤ لها ودعي أبوها لكفء آخر، وصورة النازلة "**أن** بكرا زوجها أبوها من رجل، وبقيت تحته نحو العام، ثم غاب عنها وانقطع خبره، فرفعت أمرها إلى الحاكم فطلقها عليه، ثم أرادت التزوج مع كفء لها، ومنعها أبوها مدعيا بقاءها في ولايته، وهي تدعي أن الزوج قد أصابها وأزال بكارتها.

فأجاب: بأن الأمر إذا كان على ما وصف أعلاه فلا جبر لأبيها عليها، ولا تتزوج إلا برضاها، وكفؤها أولى إذا تشاحت مع الولي بأن دعا لكفء، ودعت هي لكفء آخر، فكفؤها أولى، فتزوج منه، فإن امتنع وليها زوجها القاضي. والله أعلم."

ومما نستنتجه من خلال أجوبة القاضي بردلة أن قضية تزويج الآباء لبناتهم لا يمكن أن تكون قسرا، فلا تزوج البنت إلا بإذنها وموافقتها لإتمام العقد عليها، وقد نص على هذا الإمام التُّجيبي في نوازله أنه: " ليس لأحد أن يجبر أحدا على النكاح."[1213] وفي وثائق ابن مغيث في شأن تزويج الصغيرة: " قال مالك: لا تتزوج اليتيمة حتى تبلغ وترضى."[1214]

[1213] نوازل ابن الحاج التجيبي (441/3).

[1214] المقنع في علم الشروط، (ص 45).

المطلب الرابع: حماية حق المرأة في الصداق.

الصداق من أركان الزواج، وهو من الحقوق المالية للمرأة، وليس لأحد حق فيه، فهو حق مضمون أحاطه الفقه بحماية شديدة، وكانت قيمة الصداق تناقش عند الاستعداد للزواج مع ولي الزوجة، وقد عرف المجتمع ظاهرة استيلاء بعض الأولياء على جزء من صداق المرأة أو مطالبتهم الزوج ببعض الهدايا مستغلين ولايتهم على الزواج.

وقد حارب القاضي بردلة هذه الظاهرة، **فقد سئل** " عن ما يشترطه الولي لنفسه من المأكلة[1215]، هل للزوج متكلم إذا أراد أن يقوم عليه فيها؟

فأجاب: بأن للزوجة الرجوع على وليها، ولا كلام لزوجها في رد ذلك ولو زاد على الثلث؛ لأنه رضي بدفعه أولا للولي، فلا حق له فيه لا في التمتع ولا غيره، وإنما الحق للزوجة ترجع فيه أو تتركه."

كما سئل بما نصه: "جوابكم سيدي في مسألة وهي رجل عقد النكاح مع رجل في ابنته البكر وهما بقبيلة بني وليد[1216] على صداق معلوم، وهدية اشترطها الأب لنفسه، ثم إن الزوج المذكور أراد البناء بزوجه فطالبه الأب المذكور بأن يمكنه من الهدية المذكورة، ويأخذ أيضا لنفسه مع الهدية شيئا من مقدم الصداق، فمنعه الزوج من الأخذ من ذلك، فهل سيدي لا يجوز له الأخذ من الصداق؛ لأن العرف عندهم تجهيز المرأة بصداقها أو يجوز له ما ذكر؟ وهل يلزمه دفع الهدية المشترطة عليه أم لا؟ أجب مأجورا والسلام.

فأجاب بما نصه: الحمد لله الهدية المشترطة يلزمه دفعها، ولا كلام للزوج فيها، وإنما الكلام فيها للزوجة، وإذا كان العرف عندهم أنها تجهز بصداقها، فهذا العرف موافق لما نص عليه أهل المذهب."

[1215] المأكلة هي: الموضع الذي منه تأكل يقال اتخذت فلانا مأكلة. [ينظر: مختار الصحاح (ص20).]

[1216] بني وليد قبيلة من قبائل جبالة قريبة من فاس، يرجع أصلهم إلى أمازيغ أوربة، ينظر: [تاريخ ابن خلدون (284/6).]

وفي إنكار القاضي بردلة لاشتراط الولي الاستبداد بنصف الصداق؛ فقد وردته نازلة؛ وهي: "أن الرجل يعطي ابنته أو أخته أو غيرهما، ويشترط على الزوج أن يستبد هو بنصف الصداق، ثم تقوم عليه البنت أو الأخت في ذلك أو ورثتهما، فهل يكون لهما سيدي شيء من ذلك مع أنهما لم يسترعيا عليه؟

فأجاب: بأن لها القيام في النصف الذي يأخذه الولي، وكذلك لأولادها وورثتها من بعدها."

كما وردته نازلة مركبة من عدة مسائل، " فقد **سئل** عن رجل له أولاد أربعة، فزوج أحدهم وهو الأكبر، وتحمل عنه الصداق ودفع بعضه، ولما طالبه الابن والزوجة بالبعض الآخر، أراد إسقاطه عن نفسه بما ظهر من الابن من العقوق، وأنه إنما واساه بدفع الصداق لما كان يراه من حاله من البرور، ولما تبدلت الطبيعة المعتادة منه لا يدفع عنه شيئا، وأيضا الأولاد الباقون منعوا أباهم من دفع الباقي، قالوا: لأنه بدفعه يصير فقيرا تلزمهم نفقته، فلا يتركونه يعطي ماله؛ لأن المضرة تلحقهم بذلك، فهل يسمع منهم ذلك؟

ومسألة أخرى: وهي أن الرجل يعطي ابنته أو أخته أو غيرهما، ويشترط على الزوج أن يستبد هو بنصف الصداق، ثم تقوم عليه البنت أو الأخت في ذلك أو ورثتهما، فهل يكون لهما سيدي شيء من ذلك مع أنهما لم يسترعيا عليه؟

فأجاب: عن **الأولى**؛ بأن ما تحمل به لازم له لحق **الزوجة**، وإن عقد ولده المتحمل عنه.

وعن الثالثة؛ بأن لها القيام في النصف الذي يأخذه الولي، وكذلك لأولادها وورثتها من بعدها.

وأما **الثانية:** فلا أذكر فيها نصا، ولا يبعد أن يقال فيها أن المعتبر يوم التحمل، فإذا كان يوم التحمل مليا لا يخشى عليه أن يبقى فقيرا بحيث يلزمهم الإنفاق عليه وعلى

زوجته حالة التحمل، فلا متكلم لهم، لا ما إذا كان يوم التحمل عديما يخشى عليه ما ذكر، فلهم التكلم. والله أعلم."

ويتضح من هذه النوازل أن المرأة كانت تدافع عن صداقها، وتصر على ذلك باللجوء إلى الفقيه النوازلي حتى تستعين بجوابه لإرجاع حقها.

المطلب الخامس: حماية حق المرأة في اختيار بلد السكن

السكن من ضرورات الحياة لتوفير الارتياح للرجل والمرأة، وبالتالي استقرار وأمن الحياة الزوجية، وقد أكد القاضي بردلة على حق المرأة في اختيار بلد السكن الذي ترتاح فيه، وعدم ترحيلها من بلدها مكرهة وبطريقة تعسفية من قبل الزوج.

ونجد في بعض النوازل أن للمرأة حق المطالبة في اختيار السكن؛ " فقد **سئل** عن رجل تزوج امرأة من حاضرة فاس، وبقي معها مدة، ثم خرج بها إلى البادية، وأقام بها في البادية نحو اثنتي عشرة سنة، ثم لما وردت على فاس بقصد الزيارة امتنعت من الخروج إلى البادية، فهل سيدي تمكن من ذلك أم تجبر على الخروج؟

فأجاب: بأنها إن كان عليها في الخروج معرة أو مضرة أو كان الموضع لا تجري فيه الأحكام الشرعية على ما ينبغي، فلا تلزم بالخروج، وإلا ألزمت به، والله أعلم."

وهذا ما أكده الونشريسي قبله، فقد ورد في المعيار نقلا عن كتب الوثائق والشروط قولهم: " وألا يرحلها من دارها... إلا بإذنها ورضاها، فإن رحلها مكرهة فأمرها بيدها، وإن طاعت له بالرحيل فرّحلها ثم سألته الرجعة فلم يرجعها من يوم تسأله إلى انقضاء ثلاثين يوما، فأمرها بيدها، وعليه مؤونة انتقالها ذاهبة وراجعة."[1217]

وقد ذكر الإمام الوزاني شروط نقل الزوج لزوجته لبلد آخر وهي: " الشرط الأول: أن لا تكون المسافة بعيدة جدا؛ الثاني: إذا كان الزوج حرا؛ الثالث: إذا كانت الزوجة حرة؛ الرابع: إذا لم يكن عليه شرط الرحلة؛ الخامس: إذا علم أنه كان يحسن إليها؛

[1217] المعيار المعرب للونشريسي (4/16-17).

السادس: أن تكون الزوجة صحيحة؛ السابع: أن تكون قادرة على الركوب؛ الثامن: أن تكون الطريق مأمونة؛ التاسع: أن ينتقل إلى بلد مأمون؛ العاشر: أن يكون إلى بلد فيه الحاكم؛ الحادي عشر: ألا يجاوز بها البحر؛ الثاني عشر: أن يكون قد دخل، وأما إذا لم يدخل بها، فلأهلها المنع حتى تزف."[1218] والهدف من هذه الشروط هو توفير الضمانات الكافية والظروف اللازمة لحماية المرأة في البلد الذي ستسكن فيه.

المطلب السادس: حماية الحقوق العاطفية والنفسية للزوجة

تتعرض المرأة أحيانا لبعض التصرفات المشينة التي ينتج عنها خلل عاطفي، ويضفي على العلاقة الزوجية جوا من التوتر والقلق، بسبب الضرر المعنوي المتعلق بالغيرة، ولهذا لم تخجل المرأة، ولم تتردد في اللجوء إلى الفقيه النوازلي وترفع شكواها إليه، ولقد انتصر بردلة لقضية مراعاة الحقوق العاطفية والأبعاد النفسية والشعورية للمرأة.

"**فقد سئل** عمّن له زوجتان اتخذ إحداهما لما تتخذ له النساء، وأعد لها لذلك واستخدم الأخرى، وجعلها كالأمة تتصرف له تصرف الإماء ولا حظ لها في حقوق الزوجية، ثم إنه مع هذا يلاعب الأخرى ويجامعها بمرآى من هذه ومسمع، فلا يستتر عنها ولو بحائل أيا كان؟

فأجاب: بأن فعل هذا الزوج محرم مسقط لعدالته، قال الشيخ الحطاب على قول المختصر: " في المبيت."[1219] ما نصه: "(تنبيه) قال أبو الحسن الصغير: سئل أبو عمر[1220] عمن يجور بين نسائه ولا يعدل هل ذلك جرحة له؟ قال: نعم، إن تابع ذلك

[1218] النوازل الصغرى للوزاني (38/2).

[1219] مختصر خليل (ص 110).

[1220] أحمد بن عفيف، أبو عمر القرطبي، برع في الفقه والوثائق ولم يكن في عصره أعلم منه بها.حدث عنه الدلائي وغيره وكان يعظ الناس في مجلسه عالما بالخبر والشعر وله تآليف في علم الشروط حسن مفيد وألف كتاب المعلمين وكتاب اختلاف علماء الأندلس وله كتاب سماه بكتاب الجنائز. وله شعر حسن وتولى قضاء لورقة فحمدت سيرته بها (ت410). [ينظر ترجمته في: الديباج المذهب (ص 157)]

وداوم عليه. انتهى. وقال الجزولي: هو جرحة في إمامته وشهادته، والله أعلم."[1221] هـ نص الحطاب.

وفي أبي الحسن شارح الرسالة على قول الرسالة: "وليعدل بين نسائه."[1222] ما نصه: " دل على وجوبه الكتاب قال تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً﴾[1223]، والسنة قال صلى الله عليه وسلم : «**إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط.**»[1224] رواه أصحاب السنن الأربعة.

وأجمعت الأمة على وجوبه، فمن لم يعدل بين نسائه فهو عاص لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم، لا تجوز إمامته، ولا شهادته، ومن جحد وجوبه يستتاب ثلاثا، فإن لم يتب فهو كافر.– ثم قال في آخر كلامه– ومنع مالك جمعهما في فراش واحد من غير وطء ولو رضيتا، ولا يجوز وطء إحداهن بحضرة الأخرى اتفاقا."[1225] هـ بحروفه، والله أعلم."

[1221] مواهب الجليل شرح مختصر خليل (9/4).

[1222] رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ص 92).

[1223] سورة النساء الآية 3

[1224] سنن الترمذي (أبواب النكاح، باب: ما جاء في التسوية بين الضرائر حديث رقم (1141). سنن أبي داود (كتاب النكاح، باب: في القسم بين النساء حديث رقم (2133). سنن ابن ماجه (كتاب النكاح، باب: في القسم بين النساء حديث رقم (1969). سنن النسائي (كتاب عشرة النساء، باب: ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض حديث رقم (3940). مستدرك الحاكم (كتاب النكاح حديث رقم (2759)، وقال: صحيح على شرط الشيخين) وقال الخطابي في معالم السنن (3/ 218 – 219): في هذا دلالة على توكيد وجوب القسم بين الضرائر الحرائر، وإنما المكروه من الميل هو ميل العشرة الذي يكون معه بخس الحق دون ميل القلوب، فإن القلوب لا تملك فكان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يسوى في القسم بين نسائه

[1225] كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أبو الحسن علي بن خلف المنوفي المالكي المصري (135–137/3).

ويدل هذا الجواب على حرص القاضي بردلة على ضرورة تحلي الزوجين بالأدب في العلاقات الزوجية، وأن مثل ما ورد في النازلة سيؤدي إلى إضعاف المودة والرحمة وبالتالي انفصام عرى الزوجية.

المطلب السابع: حماية المرأة من تسلط الزوج لدفعها للخلع

لقد كان القاضي بردلة حريصا على إنصاف المرأة والدفاع عن حقوقها، ومنها ما كانت تشكوه من تجاوزات الزوج في حقها بشكل لا يحتمل مما يدفعها للخلع نتيجة الضرر المادي لعدم الإنفاق عليها أو الاعتداء عليها. وقد تضمنت بعض النوازل التي عرضت على بردلة بعض تلك الأسباب التي كانت تدفع المرأة لتملك أمرها بنفسها والخلع من زوجها.

فقد سئل "عن امرأة اختلعت من زوجها بموافقة أبيها ثم بعد ذلك قامت عليه فيما اختلعت به مدعية أنه كان يضر بها، فهل ترجع عليه بالضرر ولو لم يستمر، أو يشترط الاستمرار؟

فأجاب: بأنه إذا ثبت أنه كان يضر بها ولو بالسماع، فإنه يرد عليها ما خالعته به، ولا يشترط استمرار الضرر، بل إذا أضر بها بضرب أو إيثار عليها أو مشاررة[1226] ولم يذكروا الاستمرار فيما رأينا، إلا في ضرر الشتم، فإذا ثبت أنه كان يضر بها ولو بالسماع، ولو كان السماع من غير الثقات رد ما خالعت به. والله أعلم."

وتسجل نوازل القاضي بردلة أن المرأة قد تضطر لتقديم تنازلات وتضحيات في مقابل مخالعة الزوج، بحيث لا يقتصر الخلع على إرجاع الصداق، وإنما قد تتنازل عن حق الحضانة. فقد سئل القاضي بردلة "عن رجل سمع في جانب زوجه سماعا مستنكرا، فضربها ضربا وجيعا، ثم إن أباها خالع عنها برضاها، بأن رد الصداق كله للزوج،

[1226] قال ابن منظور: المشارة المخاصمة. [ينظر: لسان العرب، لابن منظور: (4/ 400)] والمشاررة: " مفاعلة من الشر أصلها: مشارة، ففك الإدغام ففي الحديث: (اياكم ومشارة الناس) أي لا تفعل بهم شرا تحوجهم إلى أن يفعلوا بك مثله." [ينظر: "التيسير بشرح الجامع الصغير" لعبد الرؤوف المناوي، (ت 1031هـ)، (403/1)]

وأسقطت حضانة ولدها، ثم إنها أرادت الرجوع فيما سلمت فيه من صداقها وحضانتها، فهل لها شيء من ذلك؟

فأجاب: بأنه إذا ثبت ضربه إياها الضرب الوجيع، وكان ابتداؤها منه؛ لأجل تسلطه عليها بالضرب الوجيع، فلها الرجوع عليه في جميع ما سلمت فيه من مالها، ولها حضانة ولدها، لا يلزمها شيء مما أبرأت فيه. والله أعلم."

كما نجد أن القاضي بردلة يؤكد على حق المرأة عند مراجعة الزوج لها بإرجاع كل ما خالعت به وليس بأقل منه، وهذا ما نلمسه من جوابه عندما سئل أيضا بما نصه: "الحمد لله سيدي رضي الله عنكم جوابكم في نازلة؛ وهي امرأة اختلعت من زوجها بموافقة والدها لكونها في حجره، ثم راجعته على أقل مما تخالعا عليه، فامتنع والدها المذكور من المراجعة المذكورة إلا إن رد لها جميع ما وقع الخلع عليه، فهل سيدي يقضى للزوج بالمراجعة المذكورة من غير موافقة والدها على ذلك، أو لا يقضى بها إلا على ما أراد والدها؟ جوابا شافيا. ولكم الأجر من الله سبحانه والسلام.

فأجاب بما نصه: الحمد لله، الجواب أن الزوج لا حق له على أبي الزوجة حتى يقال ويسأل؛ هل يقضى له أو لا يقضى له؟ فالزوج لا يقضى له على أب الزوجة بحال، وليس له أن يلزمه بأن يراجع له ابنته، وإنما الكلام للإبنة، فلو فرضنا أن الزوجة أرادت المراجعة للزوج المذكور، وشهد عليها بذلك فلا يكون للزوج كلام مع أبيها، ولا مطالبة له بأن يقول له: إن ابنتك رضيت بي فاعقد لي عليها. وإنما الكلام في المسألة للزوجة، أي لها أن تقبض والدها إذا امتنع وأراد عضلها، على أن ما قاله أبوها له وجه، إذ العرف العام عند الناس في المراجعات أن الزوج إذا خالع الزوجة ثم بدا له وأراد مراجعتها أنه يرد عليها جميع ما خالعته عليه، والله أعلم بالصواب. وكتب عبيد الله تعالى العربي بن أحمد بردلة كان الله له هـ."

المطلب الثامن: حق المرأة في الحضانة

من الحقوق التي أقرتها الشريعة للطفل حق الرعاية والذي اصطلح عليه بالحضانة، فهي واجبة على الزوجين "ما دامت العلاقة الزوجية قائمة" كما جاء في المادة 164 من المدونة.

والحضانة كما هي واجبة فهي في نفس الآن "حق للحاضن والمحضون."[1227] وتعتبر حقا للأم بالدرجة الأولى في حالة الطلاق، استجابة لحاجتها الفطرية والطبيعية في الأمومة؛ فالشريعة تراعي العلاقة الوطيدة بين الأم والطفل، خصوصا في السنوات الأولى، تكون أقوى وأوثق من علاقته بالأب، بسبب طبيعة الأم والمرأة. قال بعض العلماء: " الأم أشفق وأحن على الولد من أبيه؛ لأن ماء الأم يخرج من ترائبها قريبا من القلب، وهو محمل الشفقة والرحمة، والأب يخرج ماؤه من الصلب وهو بعيد من القلب."[1228]

وقد سئل القاضي بردلة بما نصه: "سيدي رضي الله عنكم جوابكم عن رجل أعطى بنتا له قبل بلوغها لأم زوجه تحضنها مع حياة الزوجة أم الصبية، وبقائها في عصمة أبيها ورضاها بما فعل زوجها والد الصبية، وبقيت لدى جدتها إلى أن بلغت، ولما مات والدها أراد إخوتها وأمها نزعها من الجدة المذكورة، فهل لهم ذلك؛ لأن الحضانة لأمها، أو لا؟ لأنها رضيت بإعطاء مَالَهَا من الحضانة لأمها جدة الصبية، فليس لها إذ ذاك الرجوع في ذلك قبل تزويج البنت المذكورة. جوابا موضحا ولكم الأجر والسلام.

فأجاب بما نصه: الحمد لله، إعطاء الأب ابنته للجدة لا يمضى على الأم؛ لأن الحضانة لها لا له، وإذا كان كذلك فلها أن تأخذها من أمها؛ لأن الأم أولى من الجدة."

وبما أن القصد من الحضانة كما في تعريف الرصاع: "حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه" وهو ما أكدت عليه مدونة الأسرة في المادة

[1227] نظرة الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقهاء وقضاة، مصطفى الرافعي، ص 31

[1228] حاشية العلامة البقري على الرحبية في علم الفرائض، ص 43.

163 بأنه " حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه. وعلى الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه." كما نصت المادة 173 على أن من شروط الحاضن: "القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته دينا وصحة وخلقا." فقد أكد القاضي بردلة على حماية محضونة من ضرب والدها وتعنيفه أثناء استفادته من حق زيارته ورؤيته.

فقد سئل "عن رجل له ابنة صغيرة لها حاضنة تحضنها، وسنها عام وسبعة أشهر، فضربها أبوها ثنتي عشرة ضربة أبقت في جسمها آثارا زرق، فهل تمنعه سيدي الحاضنة من رؤيتها أم لا؟

فأجاب: بأن هذه الصغيرة لا يمنع من رؤيتها، لكن بمحضر من يمنعه من إذايتها وضربها، ما دام يخشى منه ذلك. والله أعلم."

ومن الإشكالات المطروحة في نقاش تعديل المدونة بخصوص قضية من قضايا الحضانة: هي مسألة إسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة بعد زواجها من أجنبي عن المحضون كما نصت عليها المادة 175 مع استثناء بعض الحالات حصرا، مما دفع أغلبية المطلقات إلى عدم الزواج مرة أخرى لئلا يتم انتزاع أبنائهن منهم، وهي قضية أثارت جدلا فقهيا، حيث اختلف حولها الفقهاء.

وقد ذهب القاضي العربي بردلة إلى عدم إسقاط الحضانة، وذلك ما نلمسه في جواب له، يرى فيه عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة بعد زواجها، فقد "سئل عن جدة كان حفيدها في حضانتها، والتزم بنفقته زوجها، ثم طلقها، فهل تبقى النفقة التي كان التزمها لازمة له؟ وأيضا فلما طلقها أرادت التزويج من غيره، فاعتل أبو ذلك الحفيد بأنها غير صالحة للحضانة؛ لأنها دخالة خراجة، فهل يقدح ذلك؟

فأجاب: بأن الملتزم إذا طلق الجدة، عادت النفقة على أبيه أي أب الولد، وليس له أن يتعلل بالدخول والخروج بعد إبقائه لها وسكوته عن ذلك، إلا إذا كان فيها ما يدعيه. والله أعلم."

ففي هذا الجواب لم يسقط بردلة الحضانة عن الجدة بالرغم من أنها كانت متزوجة، وليست أما للمحضون، وقد طلقت ثم أرادت الزواج، فما بالنا إن كانت الحاضنة أما للمحضون، ولعل هذا أخذ بقول مالك كما جاء في المتيطية: " أنه ليس للوالد أخذ الولد من الأم، وإن تزوجت ودخل بها زوجها إذا كان الابن في كفاية."[1229]

كما أكد القاضي بردلة أن حق الأم في الحضانة لا يسقط بمجرد ادعاء الأب عدم أهليتها للحضانة بل عليه إثبات ما يدعيه، فقد **سئل** "عن رجل طلق امرأته، ولها ثلاث بنات، ثم غاب نحو الثلاثة أشهر من يوم الطلاق، فلما عاد وجد البنات في حضانة الأم، فهل له أن ينتزعهن منها؟ وهل عليها إثبات الأهلية لذلك؟

فأجاب: بأن الحضانة للأم، وبعد أن طالت المدة وهن عندها مع كونها أما لا أذكر من قال إنها تثبت الأهلية بعد أن تحضن زمانا، فإن ادعى طرو مسقط، فالمدعي يثبته. والله أعلم."

خاتمة:

بعد عرض عدد من الأجوبة الفقهية المتعلقة بالأسرة يتبين دور الاجتهاد الفقهي في حماية الأسرة وحفظ حقوق أطرافها سيما المرأة والطفل المحضون، فقد كرّس الاجتهاد النوازلي حماية حقوق المرأة قبل زواجها، وأثناء زواجها، وعند انفصام عرى زواجها.

وقد عمل القاضي بردلة في أجوبته على تعديل السلوكات وتصحيح العادات المجحفة في حق المرأة، من خلال الإفتاء بأجوبة تحقق مصلحتها وتثبت حقوقها الكاملة، حال كونها ضحية تعرضت للتعسف، بحيث تصدى للآباء في اعتدائهم على حقوق بناتهم وكذا تسلط أزواجهن.

[1229] التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى (175/5).

ومن هنا يظهر بطلان زيف الادعاءات التي تتهم الفقه بكونه ذكوريا، يتحيز للذكور ويتعدى على حقوق المرأة ولا يحفظ مصالحها. كما تسقط الدعوى القائلة بأن المرأة لم تكن لها منزلة اجتماعية وقيمة معتبرة في الأسرة المغربية في ظل الفقه الإسلامي.

وختاما نستنتج ما يلي:

- إن الفقيه النوازلي كان له دور في حماية حقوق الزوجة من صداق وحضانة؛
- تمتعت المرأة في أجوبة القاضي العربي بردلة بوضع حقوقي متميز يؤكد تطبيق مبدأ العدل والإنصاف ومراعاة الشريعة في جلب المصالح ودفع الأضرار عن المرأة؛
- إن أجوبة القاضي بردلة يمكن الاستفادة منها في تصويب وتسديد نظر القائمين على التعديلات المرتقبة؛
- إن قضية إسقاط الحضانة من الحاضنة بعد زواجها مسألة اجتهادية؛ والأصل في المسألة مراعاة مصلحة المحضون أصالة، وحق الحاضنة بالتبع؛

كما نوصي في الختام بما يلي:

- ضرورة الاحتكام للمرجعية الإسلامية؛ على اعتبار أنها الضامنة لاستقرار الأسرة، وقد بيّنت الأجوبة الفقهية عن النوازل، قدرة الفقه على مواكبة المستجدات وإيجاد الحلول؛
- ينبغي للتعديلات المرتقبة لمدونة الأسرة أن تهدف إلى سد الثغرات وتجاوز العيوب، باعتماد تعديلات جوهرية تصون كرامة الرجل وتدافع عن المرأة وتحمي حقوق الأطفال، وتعزز المسؤولية المشتركة للزوجين على الأسرة؛
- الأجوبة الفقهية تحتاج إلى تعميق الدراسة، والاستفادة منها في تحصين الأسرة قيميا وقانونيا، والنهل منها لايجاد الحلول والمشاكل الأسرية في انسجام مع هوية المجتمع؛
- إعادة النظر في مسألة إسقاط الحضانة عن المطلقة بعد زواجها، وتمكينها من الاحتفاظ بالمحضون، خصوصا إذا كان بقاؤه معها يحقق المصلحة الفضلى للطفل.

المصادر والمراجع:

– القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

– إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، عبد الرحمن ابن زيدان العلوي المكناسي، مطابع إديال، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، (1990م).

– الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، أحمد بن خالد الناصري الدرعي، تحقيق وتعليق ولدي المؤلف: جعفر الناصري ومحمد الناصري، دار الكتاب، الدار البيضاء، (الطبعة الأولى 1956م).

– التقاط الدرر ومستفاد المواعظ والعبر، محمد بن الطيب القادري، تحقيق هاشم العلوي القاسمي، دار الآفاق الجديدة، بيروت (1403هـ/1983م).

– الإكليل والتاج في تذييل كفاية المحتاج، لمحمد بن الطيب القادري، دراسة وتحقيق مارية دادي، تقديم الدكتور محمد بنشريفة، الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر، الرباط (2009م).

– الأجوبة، للقاضي محمد العربي بردلة (ت1133هـ)، تحقيق رضوان اخرفي، إشراف الدكتور عبد السلام الزياني، أطروحة دكتوراه نوقشت سنة (2024م)، مكتبة كلية الشريعة بفاس.

– تذكرة المحسنين بوفيات الأعيان وحوادث السنين، عبد الكبير الفاسي (ت1296هـ)، ضمن موسوعة أعلام المغرب، تحقيق محمد حجي وأحمد التوفيق، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، (1414هـ/1996م).

– تاريخ ابن خلدون المسمى ب (ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر" عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ابن خلدون الحضرمي الإشبيلي (ت808هـ)، حققه خليل شحادة، دار الفكر، بيروت الطبعة الثانية (1408هـ/1988م).

– التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي لابن الحاجب، لخليل ابن اسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت776هـ)، تحقيق د أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى (1429هـ/2008م).

– التيسير بشرح الجامع الصغير، لعبد الرؤوف المناوي، (ت 1031هـ)، مكتبة الإمام الشافعي الرياض، الطبعة الثالثة (1408هـ/1977م).

– حاشية العلامة البقري على الرحبية في علم الفرائض، علق عليها وخرج أدلتها الدكتور مصطفى ديب البغا، دار القلم، الطبعة الثامنة (1419هـ/1998م).

– الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون برهان الدين اليعمري (ت799هـ)، تحقيق د محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة (د–ت).

– الرسالة، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي (ت386هـ)، دار الفكر (د–ت).

– زهر الأكم، عبد الكريم بن موسى الريفي (ت1153هـ)، مساهمة في تاريخ الدولة العلوية من النشأة إلى عهد المولى عبد الله بن إسماعيل، دراسة وتحقيق آسية بنعدادة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى (1992م).

– زهر الآس في بيوتات أهل فاس، للإمام النسابة الشريف عبد الكبير بن هاشم الكتاني (ت1350هـ)، تحقيق الدكتور علي بن المنتصر الكتاني، منشورات مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى (1422هـ/2002م).

– سلوة الأنفاس ومحادثة الأكياس ممن أقبر من العلماء والصالحين بفاس، تأليف شيخ الإسلام الشريف أبي عبد الله محمد بن جعفر الكتاني (1274 – 1345 هـ)،

تحقيق عبد الله الكامل الكتاني، ومحمد حمزة بن علي الكتاني، وحمزة بن محمد الطيب الكتاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى (1425 هـ/2004م).

– شرح حدود ابن عرفة، الموسوم ب" الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، لأبي عبد الله الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المالكي، (ت894هـ)، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1993م).

– شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف، تحقيق عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية لبنان الطبعة الأولى (1424هـ/2003م).

– صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم البخاري (ت256هـ)، تحقيق جماعة من العلماء، الطبعة السلطانية بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر وعناية محمد زهير الناصر، الطبعة الأولى (1422هـ)، دار طوق النجاة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.

– عشر سنوات على تطبيق مدونة الأسرة، أي تغيرات في تمثلات ومواقف وممارسة المواطنين والمواطنات؟ دراسة ميدانية، تقرير 2016م، وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، طبعة AZ.EDITIONS أكدال، الرباط ، طبعة 2016.

– الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى (1416هـ/1995م).

– فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات، محمد عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني (ت1382هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية (1982م).

– الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى (1416هـ/1995م).

– كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تأليف العلامة علي بن خلف المنوفي المالكي المصري (939هـ)، وبالهامش: حاشية العدوي للشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي المصري، تحقيق أحمد حمدي إمام ومراجعة السيد علي الهاشمي، مطبعة المدني، مصر، الطبعة الأولى (1407هـ/1987م).

– لسان العرب، محمد بن مكروم، تحقيق أمين عبد الوهاب ومحمد العبيدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة (1419هـ/1999م).

– المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى وعلماء افريقيا والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي (ت914هـ)، تحقيق جماعة بإشراف د محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان (1981م).

– المقنع في علم الشروط، لابن مغيث، دار الكتب العلمية، بيروت الكطبعة الأولى (2000م).

– مدونة الأسرة، صيغة محينة بتاريخ 29 يوليوز 2021 صادرة عن مديرية التشريع بوزارة العدل، المملكة المغربية.

– معلمة المغرب، (قاموس مرتب على حروف الهجاء يحيط بالمعارف المتعلقة بمختلف الجوانب الحضارية والجغرافية والبشرية والحضارية للمغرب الأقصى)، من إنتاج الجمعية المغربية للتأليف والترجمة والنشر، نشر مطابع سلا (1411هـ/1991م).

– مختصر خليل، خليل بن اسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت776هـ)، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى (1426هـ/2005م).

– مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت954هـ)، دار الفكر الطبعة الثالثة (1412هـ/1992م).

– المنزع اللطيف في مفاخر المولى اسماعيل ابن الشريف، مؤرخ الدولة العلوية مولاي عبد الرحمن بن زيدان، تقديم وتحقيق د عبد الهاديء التازي، مطبعة إديال، الدار البيضاء. الطبعة الأولى (1413هـ/1993م).

– نشر المثاني لأهل القرن الحادي عشر والثاني، محمد بن الطيب القادري (ت1187هـ)، تحقيق محمد حجي وأحمد التوفيق، مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر (1397هـ)..

– نوازل ابن الحاج التجيبي، للقاضي الشهيد محمد بن أحمد بن الحاج التجيبي القرطبي (ت 529هـ)، دراسة وتحقيق الدكتور أحمد شعيب اليوسفي، منشورات الجمعية المغربية للدراسات الأندلسية، مطبعة تطوان، الطبعة الأولى (1439هـ/2018م).

– نظرة الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقهاء وقضاة، مصطفى الرافعي، الشركة العالمية للكتاب، دار الكتاب العالمي، الدار الافريقية العربية، مكتبة الاسكندرية، الطبعة الأولى 1990م.

– النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت606هـ)، تحقيق طاهر أحمد الزاوي – محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، (1391هـ/ 1979م).

فهرس الموضوعات

تقديم عميد كلية الشريعة بفاس. الدكتور عبد المالك اعويش 4

تقديم مدير المختبر. الدكتور الحسين العمريش..... 7

توظيف أحمد ابن عرضون لفتاوى الفقهاء في تحريم هروب الرجال بالنساء

ذ: عبد السلام الزياني بالاشتراك مع ذ: رشيد الوراك..... 9

زواج الفاتحة في النوازل الفقهية والاجتهاد القضائي

ذ. محمد مصمودي أستاذ التعليم العالي بكلية الشريعة..... 25

" سكنى الزوجة أثناء فترة النـــزاع بين النوازل الفقهية والقوانين المغربية"

الأستاذ: رشيد الوراك..... 47

نوازل الأسرة المسلمة في تراث العلامة سيدي محمد التاويل رحمه الله

ذ. محمد العمراوي 69

نوازل الأسرة والدراسات المقارنة: كشف الاثر وتجديد النظر

ذ. عبد السلام العمراني 79

زواج الفاتحة بين ضوابط الشرع ومحاذير الواقع: دراسة في ضوء النوزال الفقهية والمقاصد الشرعية

الدكتور: بدر الدين ن الحميدي..... 95

إثبات النسب أثناء الخطبة في ضوء النوازل الفقهية ومدونة الأسرة

ذ. نبيل البكوري..... 141

اجتهادات المالكية في تحديد نفقة الزوجة من خلال رسالة العلامة عبد السلام بن عبد الله حركات السلاوي(ت1230هـ)

ذ: رشيد قباظ..... 159

حق الزوجة في المال المكتسب بناء على عملها المنزلي: دراسة على ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة

ذ. عبد الحق الحوتة 175

نوازل الأسرة ودورها في حفظ مقومات الاجتماع الأسري

ذ: سعيد الشوية 203

أثر إعمال المقاصد ضمن نوازل الخصومات الأسرية في حفظ حقوق المرأة "أجوبة ابن عظوم المالكي (ت 1009هـ) أنموذجا"

د. عبد الحليم القبي 231

انتقال الحضانة بين الأبوين في ظل النوازل الفقهية

ذ. كريم شكري - ذ. رشيد الوراك 257

عمل المرأة في ظل النوازل الفقهية وأثره في تحقيق التنمية

ذ. عبد الحفيظ اربيح..... 283

المقاصد القرآنية المؤطِّرة لحقّ المرأة في الكدّ والسعاية

ذة: عائشة الغفولي 305

"الحضانة والنفقة في ضوء نوازل المعيار ومدونة الأسرة المغربية

شروق راقد 355

حق الحضانة للأب في حال زواج الأم دراسة على ضوء النوازل الفقهية والمستجدات المعاصرة

ذ. محمد ياسين لعبيد 377

الأسرة المسلمة في المهجر بين الحفاظ على الثوابت الدينية والاندماج (نوازل فقهية وقضايا عصرية)

ذ. الباحث محمد الحراق..... 413

مبدأ القِوَامة في الأسرة: مقاربة شرعية واجتماعية في ضوء النوازل الفقهية المالكية.

ذ: محمد خداش. 439

انعكاسات نتائج الإحصاء العام للسكان 2024 على تعديل مدونة الأسرة: نحو رؤية فقهية وتشريعية تستجيب للتحولات المجتمعية

ذ. منير شماع..... 457

"تسديد النظر في النوازل الأسرية بالقواعد والضوابط الفقهية"

ذ: خالد بن سليمان 469

أثر العرف في النوازل الفقهية والتطبيقات القضائية: قضايا الأسرة نموذجا

ذ. بدر الحافيضي..... 519

"مسائل من الشروط في النوازل الفقهية أجوبة الشيخ أبي علال عبد الواحد بن عبد السلام الفاسي الفهري المتوفى سنة 1361 هـ نموذجا"

ذ. محمد النويوير 541

حماية حقوق المرأة من خلال أجوبة القاضي العربي بردلة (ت1133هـ)

رضوان اخرفي 571