

أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير - دراسة في نوازل الزواج والطلاق ببلاد المهجر -

بقلم

أ.د. الطيب المنوار

أستاذ بدار الحديث الحسنية - جامعة القرويين - المملكة المغربية

tayebblamnaouar@hotmail.fr



مقدمة

تُدرج أحكام الأسرة في المجتمعات الإسلامية ضمن قضايا النظام العام؛ مما يجعلها قضايا دينية صرفة؛ بالنظر إلى كونها تتناول أحكاماً تمس حقوق الله تعالى في الغالب الأعم. ونظراً لجلال قدرها فإن الاجتهاد عموماً أو الفتوى خصوصاً في هذا المجال، محفوف بالمحاذير الشرعية؛ لاسيما النوازل المستجدة ببلاد المهجر (غير الإسلامية)، سواء تلكم التي سبق فيها نص شرعي أو قول فقهي؛ مثل إسلام أحد الزوجين وأثره على استمرار الزواج، أو تلكم النوازل التي لم يسبق فيها نص شرعي ولا قول فقهي؛ مثل تاريخ بداية العدة في حكم الطلاق القاضي بالتفريق بين زوجين مسلمين متعددي الجنسية أو بين زوجين أحدهما مسلم والآخر كتابي، الصادر عن محكمة أجنبية ببلاد المهجر والمذلل بالصيغة التنفيذية بالبلاد الأصلية الإسلامية.¹

آثرت أن أعالج في هذه الورقة المقدمة بالخصوص للمشاركة في أشغال ملتقى " المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة " إشكالية النوازل المستجدة للمسلمين بالبلاد غير الإسلامية؛ لأنه لا يقبل ولا يعقل أن يدعو علماء الإسلام غير المسلمين ببلاد المهجر إلى اعتناق الإسلام، حتى إذا أسلم أحد الزوجين دون الآخر يُفتى بالتفريق بينهما. فالشريعة الإسلامية لم تأت لبناء الأسرة المسلمة وتخريب الأسر غير المسلمة أو الأسر المختلطة.

يهدف البحث إلى إثارة بعض التساؤلات ذات الصلة بالفتوى المعاصرة في قضايا الأسرة المستجدة التي تحتم على المجتهد مراعاة مبدأ " الثابت والمتغير " في أحكام الفقه الإسلامي مع ضرورة الموازنة بين مقاصد

¹ - في الطلاق الصادر عن المحكمة الأجنبية والمذلل بالصيغة التنفيذية بمحكمة البلد الإسلامي الأصلي في موضوع شاركت به في أشغال اليوم الدراسي المنظم حول " عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة: الحصيلة والآفاق " بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور، شعبة القانون الخاص بتاريخ 10 يناير 2015 لقد سبق أن عاجلت مسألة تاريخ بداية العدة المعتر.

نصوص الشريعة وبين مقتضيات القوانين الأجنبية قصد تحقيق التعايش الفعلي بين الأجناس المختلفة وضمان استمرار الحياة الزوجية بينها.

ومن أجل الإحاطة بعناصر الموضوع المقترح أفضل بداية تناوله في محورين أساسيين على الشكل الآتي:

المحور الأول: الثابت والمتغير في أحكام الأسرة (المفهوم والضوابط)

المحور الثاني: الاجتهاد المعاصر في نوازل الزواج والطلاق في البلاد غير الإسلامية

المحور الأول

الثابت والمتغير في أحكام الأسرة (المفهوم والضوابط)

إن الكلام عن الثابت والمتغير في أحكام الأسرة، يقتضي تحديد مفهوم الثبات والتغير؛ لأن مدلولهما العام يفضي مبدئياً إلى تصور أنواع ثلاثة من الأحكام الفقهية وهي:

✓ النوع الأول: أحكام فقهية ثابتة لا تتغير؛ مثل الزنى حرام.

✓ النوع الثاني: أحكام فقهية متغيرة ليست ثابتة؛ مثل الولاية في الزواج.

✓ النوع الثالث: أحكام فقهية تتحول من الثبات إلى التغير حسب الظروف والأحوال؛ مثل الزواج بالكتابة.

ونظراً إلى خطورة سوء فهم هذه الأنواع من الأحكام الفقهية، وما يترتب عنها من آثار وخيمة في الواقع العملي، يجب معالجة إشكالية الحكم الثابت والمتغير معالجة أصولية؛ قصد تحديد المفهوم ووضع الضوابط.

أولاً: مفهوم الحكم الثابت والمتغير.

يجدر التنبيه مسبقاً إلى أن الكلام عن الثابت والمتغير في أحكام الشريعة محفوف بالمخاطر؛ لأنه موضوع تعرض للاختراق الفلسفي والكلامي قديماً وحديثاً في سياق تناوهم لإشكالية ثبات الدين وتغير العالم، يقول الأستاذ حسن علي أكبريان " لا يمكن غض الطرف عن الأثر الذي تركته النزعة الكلامية والمعرفية على مسألة معيار معرفة الثابت من المتغير في الأحكام"¹.

وقد أحييت التنبيه إلى القضية أعلاه من أجل تفادي الخوض فيها من جهة، ومن أجل التأكيد على أن مفهوم الثابت والمتغير في الدراسات الشيعية مفهوم ملغوم، يختلف جملة وتفصيلاً عن مفهوم الثابت والمتغير في الأحكام الفقهية عند علماء السنة؛ لأن المفهوم الأصولي للثبات والتغير وإن كان لا يتعارض مع قول الإمام الصادق الشيعي "حلال محمد حلال أبداً إلى يوم القيامة وحرامه حرام أبداً إلى يوم القيامة لا يكون غيره ولا يجيء غيره"² فإن انطلاق الشيعة من النص أعلاه أدى بهم إلى تحديد مفهوم مغاير لمفهوم الثابت والمتغير عند

¹ - الثابت والمتغير بالأدلة النصية. دراسة في آليات الاجتهاد الفقهي. ترجمة زين العابدين شمس الدين، صفحة 20

² - الكافي: محمد يعقوب الكليشي، ج 1 صفحة 58 حديث 19

السنّة. ويرى أعلام الشيعة أن الحكم الثابت هو الحكم الديني المعتبر لكل زمان ومكان وأن الحكم المتغير هو الحكم الظرفي¹. وهذا المعنى يؤكد تأثر واضعي هذا المفهوم بتحليل الفلاسفة والمتكلمين لقضية الثبات والتغير في الأحكام الدينية، مع العلم أن هذا التأثير لا يحتاج إلى تثبيت؛ لأنهم يعترفون بأثر هذه النزعة بخصوص هذا الموضوع.

وجل الذين بحثوا مسألة الثبات والتغير في الأحكام الفقهية من أعلام السنّة لم يخلصوا قط إلى الفصل بين أحكام الدين وأحكام الفقه، ولم يتجرأ أحد منهم على اعتبار الدين شيء والفقه شيء آخر، وإنما أبدعوا مصطلحات أصولية دقيقة تنأى عن احتمال الفصل والتفريق بين الدين والفقه؛ مثل مصطلح القطع والظن، والأصلي والتبعي، واجتهدوا في دائرة النص الشرعي باعتباره مصدراً للحكم ففرقوا بهذا الاعتبار بين الحكم الشرعي والحكم الفقهي، مع ما لهذا التفريق من تبعات وما عليه من انتقادات. كما فرق بعضهم بسبب اعتبار القطعي والظني بين أدلة الأحكام وأصول الفقه، وهذا ما أشار إليه الطاهر بن عاشور بقوله: "وأنا أرى أن سبب اختلاف الأصوليين في تقييد الأدلة بالقواطع هو الحيرة بين ما ألفوه من أدلة الأحكام، وبين ما راموا أن يصلوا إليه من جعل أصول الفقه قطعية كأصول الدين السمعية، فهم قد أقدموا على جعلها قطعية فلما دونوها وجمعوها ألفوا القطعي فيها نادراً نادرة كادت تذهب باعتباره في عداد مسائل علم الأصول كيف وفي معظم أصول الفقه اختلاف بين علمائه"².

وأمام استشكال كبار علماء الأمة لمفهوم القطع في الأدلة والأصول، فإن القول بالقطع في الأحكام الفقهية يستلزم الحيطه والحذر من باب أولى؛ لا من حيث وجود القطع وعدمه، ولكن من حيث مفهومه وكيفية تطبيقه. فالحكم الفقهي القطعي له آثار وتبعات أكبر من الحكم الفقهي الظني.

ولعل أول مدخل إلى التمييز بين الأحكام الثابتة والأحكام المتغيرة هو ضبط مفهوم القطع والظن في مجال أحكام الفقه ضبطاً أصولياً محكماً.

ومفهوم الحكم القطعي لا يحمل معنى آخر غير معنى اليقين، كما لا يحمل مفهوم الحكم الظني معنى آخر غير معنى عدم اليقين؛ وعليه فالحكم الفقهي نوعان: إما قطعي يقيني، وإما ظني غير يقيني.

غير أن ما ينبغي التنبيه إليه هو أن القطع والظن مرتبطان غالباً بدلالة النص الشرعي وليس بمقتضاه؛ بمعنى أن المجتهد يفرغ الوسع في النظر إلى دلالة النص، فينتهي به نظره واجتهاده إلى القول بأن دلالة النص قطعية أو ظنية، فالقطعية تعني "ما قطع فيها بموجب الحكم المنصوص عليه فوجوده يكون كذلك في المسكوت عنه الذي يراد تعدية الحكم إليه" أما دلالة النص الظنية فهي "التي لم يقطع فيها بموجب الحكم

1 - الثابت والمتغير في الأدلة النصية. دراسة في آليات الاجتهاد الفقهي. صفحة 41

2 - مقاصد الشريعة الإسلامية: صفحة 6

المنصوص عليه، أو لم يكن القطع بوجوده في المسكوت عنه لاحتمال أن يكون غيره هو المقصود¹.

والحكم الفقهي محمول على الظن أصلاً؛ لأن أحوال الفقه ظنية والفقه ظنون كما تقرر عند الأصوليين. والقول بأن الفقه ظني لا يعني أنه مجرد عن القطع، وإنما المراد بالحكم الفقهي القطعي هو الحكم الذي دل الاستقراء التام على قطعته ويقينته، شأنه شأن أصول الفقه. فدليل وجوب الصلاة مثلاً ليس قطعياً في حد ذاته، وإنما الذي يدل على قطعته هو مجموع الأحكام الأخرى الدالة بمجموعها عن طريق الاستقراء أن الصلاة واجبة قطعاً يقول الشاطبي " فنحن إذا نظرنا في الصلاة فجاء فيها (أقيموا الصلاة . البقرة 43) على وجوه وجاء مدح المتصفين بإقامتها وذم التاركين لها وإجبار المكلفين على فعلها قياماً وقعوداً وعلى جنوبيهم وقتال من تركها أو عاند في تركها إلى غير ذلك مما في هذا المعنى... لهذا علمنا يقيناً وجوب الصلاة... وهكذا سائر الأدلة في قواعد الشريعة، وبهذا امتازت الأصول من الفروع، فبقين على أصلها من الاستناد إلى الظن؛ بخلاف الأصول فإنها مأخوذة من استقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق لا من آحادها على الخصوص².

وهكذا فإن الحكم القطعي لا يتقرر عند الأصوليين بمجرد الدليل الشرعي؛ سواء كان آية قرآنية أو حديثاً صحيحاً، وإنما يتقرر القطع في الحكم الفقهي بالاستقراء التام، وبموجب هذا النوع من الاستقراء أصبح الحكم الفقهي لا اكتسي صبغة القطع إلا إذا كان متداولاً ومشهوراً يجري به العمل بدون انقطاع ولا إنكار.

وبهذا المعنى فإن الحكم الفقهي المتعلق بمسألة معينة غير مشهورة يكون ظنياً، ولما يتكرر العمل بالمسألة ويحظى بمباركة العلماء، ولم يعترض عليه أحد، يصبح حكم المسألة محل إجماع، فيصير حيثئذ هذا الحكم قطعياً.

ولعل التواتر والمعلوم من الدين بالضرورة³ والإجماع، كلها من مستلزمات الاستقراء التام المفيد للقطع؛ لأنها أدلة على انتفاء الاحتمال. يشرح شهاب الدين القرافي صورة القطع في الأصول والأحكام " قلنا الإجماع قطعي لأجل دلالة كل عموم، لا بالنظر إلى ذلك العموم وحده، بل جميع أصول الفقه مسائله المشهورة قطعياً، ومدرك القطع فيها يحصل لمن حصل له الاستقراء التام في نصوص الشريعة وأقضية الصحابة في فتاواهم ومناظراتهم، والاطلاع على كثرة واردات السنة في أعيان تلك المسائل ليحصل القطع حيثئذ، أما بمجرد آية أو خبر فلا، فهذا هو معنى قول العلماء: مسائل أصول الفقه قطعياً، وليس من الممكن أن يوضع في كتاب جميع تلك الأمور التي تحصل العلم... فوضع العلماء في كتب أصول الفقه أصول المدارك دون نهاياتها تنبيهاً عليها⁴.

1- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي: محمد أديب الصلح، المجلد الأول، صفحة 428

2 - الموافقات: ج 1 صفحة 35

3- يعرف الجويني في البرهان ج 1 صفحة 216 والقرافي في تنقيح الفصول في اختصار المحصول صفحة 324 التواتر بأنه " خبر جمع يمتنع توأطوهم على الكذب عادة عن ما علموه ضرورة"

4 نفائس الأصول في شرح المحصول: مجلد 6 صفحة 2697

وقد أوضح الغزالي بشكل جلي صورة القطع في الأحكام الفقهية فقال: " والقطعيات ثلاثة أقسام: كلامية وأصولية وفقهية... أما الفقهية فالقطعية منها وجوب الصلوات الخمس والزكاة وكل ما علم قطعا من دين الله فالحق فيها واحد... ثم ينظر فإن أنكر ما علم ضرورة من مقصود الشارع كإنكار تحريم الخمر والسرقة... فهو كافر لأن هذا الإنكار لا يصدر إلا عن مكذب بالشرع، وإن علم قطعا بطريق النظر لا بالضرورة ككون الإجماع حجة وكون القياس حجة وخبر الواحد حجة وكذلك الفقهيات المعلومة بالإجماع فهي قطعية فمكفرها ليس بكافر لكنه أثم مخطئ، فإن قيل: كيف حكتم بأن وجوب الصلاة والصوم ضروري ولا يعرف ذلك إلا بصدق الرسول وصدق الرسول نظري؟ قلنا: نعني به أن إيجاب الشارع له معلوم تواترا أو ضرورة، أما ما أوجبه فهو واجب فذلك نظري يعرف بالنظر في المعجزة... ومتى ثبت عنده صدقه فلا بد أن يعترف به، فإن أنكر فذلك لتكذيبه الشارع ومكذبه كافر فلذلك كفرناه به"¹.

يستتج مما سبق أن الاستقراء التام هو السبيل إلى معرفة القطعي من الأحكام الفقهية، وبموجبه قيل بأن دلالة الإجماع قطعية وبأن دلالة المعلوم من الدين بالضرورة قطعية وبأن التواتر يفيد القطع يقول الغزالي " الاستقراء إن كان تاما صلح للقطعيات وإن لم يكن تاما لم يصلح إلا للظنيات"².

ونظرا لكون الإجماع والمعلوم من الدين بالضرورة والمتواتر، قضايا علمية دينية تستند على النص الشرعي وتنطلق من الوحي، فإن الحكم القطعي هو حكم شرعي والحكم الظني هو حكم فقهي. وهذا الاعتبار يمكن التمييز بين ما هو شرعي وما هو فقهي، والقاسم المشترك بينهما هو وحدة المصدر، وهو الدليل الشرعي الذي يكون تارة قطعيا وتارة ظنيا. وقد حدد الأصوليون ضوابط الدليل القطعي فقالوا بأن الدليل الشرعي يفيد القطع إذا كان نصا متواتر السند لا يحتمل التأويل، واتفقوا على أن الإجماع يكون قطعيا إذا وقع على مسألة قطعية لما مستند قطعي.³ يقول أبو يحيى زكرياء الأنصاري الشافعي " إن الحكم القطعي ما كان دليله قطعيا من كتاب أو سنة متواترة أو إجماع قطعي"⁴.

وخلص الزركشي إلى وضع معيار للتمييز بين الإجماع القطعي والإجماع الظني فقال: " والحق التفصيل بين ما اتفق عليه المعتبرون فحجة قطعية وبين ما اختلفوا فيه كالسكوتي، وما ندرى مخالفه فحجة ظنية"⁵.

وإذا تحدد مفهوم الحكم القطعي بجلاء واتضح الفرق بينه وبين الحكم الظني، فإن مفهوم الثبات والتغير في مجال الأحكام الفقهية مرتبط بالقطع وبالظن؛ بمعنى أن الحكم القطعي هو حكم ثابت لا يتغير، والحكم الظني

1 - المستصفي من علم الأصول: ج 2 صفحة 537 وما بعدها

2- المستصفي من علم الأصول: ج 1 صفحة 124

3- الموافقات: الشاطبي، ج 1 صفحة 362

4 - غاية الوصول شرح لب الأصول: صفحة 208

5- البحر المحيط في أصول الفقه: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، تحقيق محمد محمد تامر، ج 3
صفحة 493

حكم غير ثابت متغير مبدئياً ما لم يقع الإجماع عليه، فإن وقع الإجماع على الحكم الظني صار حكماً قطعياً، فأصبح بموجب ذلك الإجماع حكماً ثابتاً لا يتغير.

وعلى هذا الأساس نخلص إلى أن مقتضى الدليل القطعي لا يكون ثابتاً دائماً، كما أن مقتضى الدليل الظني لا يكون متغيراً دائماً، وإنما الضابط في الثابت والمتغير من الأحكام الفقهية المستنبطة من الأدلة الشرعية هو النظر إلى الدليل من حيث مقتضاه الأصلي والتبعي، فإذا كان الدليل قطعياً فإن مقتضاه الأصلي ثابت غير قابل للتغير مطلقاً، ومقتضاه التبعي غير ثابت متغير. أما إذا كان الدليل ظنياً فإن مقتضاه الأصلي متغير ومقتضاه التبعي متغير. يقول الشاطبي في هذا الصدد " اقتضاء الأدلة للأحكام من حيث نسبتها إلى محالها على وجهين: أحدهما: الاقتضاء الأصلي قبل طرور العوارض وهو الواقع على المحل مجرداً عن التوابع والإضافات، كالحكم بإباحة الصيد والبيع وسن النكاح... وما أشبه ذلك والثاني: الاقتضاء التبعي وهو الواقع على الأصل مع اعتبار التوابع والإضافات كالحكم بإباحة النكاح لمن لا أرب له في النساء ووجوبه على من خشي العنت وكراهية الصيد لمن قصد فيه اللهو وكراهية الصلاة لمن حضره الطعام أو لمن يدفعه الأخبثان، وبالجملة كل ما اختلف حكمه الأصلي لاقران أمر خارجي"¹.

ومما سبق يمكن استنتاج الصور الآتية:

- ✓ الحكم الفقهي المستنبط عن طريق الاقتضاء الأصلي للدليل القطعي هو حكم ثابت لا يتغير.
 - ✓ الحكم الفقهي المستنبط عن طريق الاقتضاء التبعي للدليل القطعي هو حكم متغير، وإذا تحول إلى حكم ثابت بسبب الإجماع فإنه يصبح غير قابل للتغير.
 - ✓ الحكم الفقهي المستنبط عن طريق الاقتضاء الأصلي للدليل الظني هو حكم متغير، وإذا تحول إلى حكم ثابت بسبب الإجماع يصبح غير قابل للتغير.
 - ✓ الحكم الفقهي المستنبط عن طريق الاقتضاء التبعي للدليل الظني هو حكم متغير، وإذا تحول إلى حكم ثابت بسبب الإجماع يصبح غير قابل للتغير.
- عند إنعام النظر في الصور أعلاه يلحظ أن الحكم الثابت لا يوصف به إلا الحكم المستنبط من الدليل القطعي عن طريق الاقتضاء الأصلي، وهذا يدل على أن مساحة الأحكام الثابتة تكون ضيقة بالمقارنة مع مساحة الأحكام المتغيرة.

ثانياً: ضوابط الحكم الثابت والمتغير.

إن القول بأن الحكم ثابت أو متغير هو مجرد وصف يطلق على حكم فقهي، غير أن هذا الوصف يمكن أن يجيد عن مفهومه الحقيقي فيؤثر في عملية تشريع الأحكام وتكون له نتائج غير محمودة العواقب؛ لأنه كثيراً ما يقال بأن لكل زمان حكمه، وهو كلام معيب وفي نفس الوقت خطير؛ لما يتضمنه من اعتقاد بأن أحكام

¹- الموافقات: ج 3 صفحة 71

الشريعة صالحة لزمان دون زمان، أو أنها تتغير بتغير الزمان والمكان، وهذا الاعتقاد غير سليم من الناحية الشرعية، وقد علل فساده بدر الدين الزركشي " فلا نقول إن الأحكام الفقهية تتغير بتغير الزمان بل باختلاف الصور الحادثة... وكل ذلك فإنما هو استنباط من قواعد الشرع لا أنه خارج عن الأحكام المشروعة فاعلم ذلك فإنه عجيب"¹.

وحتى لا يتوسع في مفهوم الثابت والمتغير فيسأى إلى الشرع الحكيم، فإن علماء الشريعة وضعوا ضوابط لاستيعاب مفهوم الثبات والتغير في الأحكام الفقهية، أذكر منها على سبيل الاستتاج ما يلي:

(1) قوة تعلق الحكم الفقهي بمقصده الشرعي: كلما كان الحكم الفقهي شديد التعلق بالمقصد الكلي كان أقرب إلى الثبات وأبعد عن التغير.

فكل حكم فقهي يتعلق برفع الحرج هو حكم قطعي ثابت غالباً، يقول الشاطبي " الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع كقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج .الحج 78). وسائر ما يدل على هذا المعنى"².

(2) كون الحكم الفقهي محل اتفاق بين العلماء: الحكم الفقهي المتفق عليه يكون حكماً ثابتاً والحكم الفقهي المختلف فيه يكون متغيراً³.

وهذا الضابط يسري على القول المتفق عليه ولا يسري على قول جمهور العلماء، هناك فرق بينهما ؛ لأن الحكم المتفق عليه يكون بمثابة الحكم المجمع عليه والاجماع يفيد القطع ما لم يكن سكوتياً، بخلاف قول الجمهور فإنه يعني قول أغلبية أئمة المذاهب الأربعة، وهو لا يفيد القطع ؛ لأن التطبيق العملي لأحكام الفقه أبان عن اعتبار قول الجمهور قولاً متغيراً في كثير من المسائل الفقهية منها: مسألة الولاية في الزواج، ومسألة الطلاق الثلاث باللفظ والفعل، ومسألة ميراث ذوي الأرحام وغيرها كثير.

(3) الدلالة اللفظية للنص الشرعي الدالة على نفي الاحتمال: هذه الدلالة تفيد القطع واليقين بقرائن ملموسة أو متواترة؛ لأن الوضع اللغوي المتواتر يتنفي معه الاحتمال، يقول عضد الدين الإيجي في سياق حديثه عن قطعية الدلالة اللفظية " والحق أنها تفيد اليقين بقرائن مشاهدة أو متواترة تدل على انتفاء الاحتمالات، فإننا نعلم استعمال لفظ الأرض والسماء ونحوهما في زمن الرسول ﷺ في معانيها التي تراد منها الآن والتشكيك فيه سفسطة"⁴. ويقول الرازي " واعلم أن الإنصاف أنه لا سبيل إلى استفادة اليقين من هذه الدلائل اللفظية إلا إذا اقترنت بها قرائن تفيد اليقين سواء كانت تلك القرائن مشاهدة أو كانت منقولة إلينا بالتواتر"⁵.

ويرى القرافي أن الوضع اللغوي يمكن أن يطرقه الاحتمال، ولكنه يؤكد على أن هذا الاحتمال يتنفي إذا

1- البحر المحيط: راجعه سليمان الأشقر، ج 1 صفحة 166

2- الموافقات: راجعه عبد الله دراز، ج 1 صفحة 302

3- الثابت والمتغير في الأدلة النصية. دراسة آليات الاجتهاد الفقهي. حسن علي أكبريان صفحة 51

4- الموافقات: مجلد 2 صفحة 56

5- المحصول في علم أصول الفقه: مجلد 1 صفحة 408

اقرن باللفظ من القرائن ما يفيد القطع " الوضع بما هو وضع تنطرق إليه هذه الاحتمالات ومع القرائن بقطع بأن المراد ظاهر اللفظ ثم القرائن تكون بتكرار الألفاظ إلى حد يقبل القطع، أو سياق الكلام، أو بحال المخبر الذي هو الرسول ﷺ والقرائن لا تفي بها العبارات ولا تنحصر تحت ضابط لذلك قطعنا بقواعد الشرائع وقواعد الوعد والوعيد وغيرها بقرائن الأحوال والمقال وهو كثير في الكتاب والسنة فلو قال قائل في قوله تعالى: ﴿ محمد رسول الله ﴾ (الفتح 29) أو ﴿ شهر رمضان ﴾ (البقرة 181) أو ﴿ يا بني إسرائيل ﴾ (البقرة 40) المراد غير محمد بن عبد الله أو غير الشهر المخصوص أو غير إسرائيل الذي هو يعقوب، لم يخرج أحد على ذلك وقطع ببطلانه بسبب قرائن التكرار وقرائن الأحوال وكذلك بقية القواعد الدينية¹.

(4) الحكم الفقهي المعلوم من الدين بالضرورة: هذا الحكم قطعي؛ لأنه متواتر ووقع عليه الإجماع القطعي، والمراد بالمعلوم من الدين بالضرورة " ما كان علمه من الدين حاصلًا بدون فكر ونظر في الدليل"². وقد نعت الطاهر ابن عاشور المعلوم من الدين بالضرورة بأنه " الشرع المتواتر"³. والشرع المتواتر يفيد القطع، وسمي بالشرع المتواتر احترازًا من الفقه الظني يقول الرازي " وقولنا: بحيث لا يعلم كونها من الدين ضرورة احتراز عن العلم بوجوب الصلاة والصوم، فإن ذلك لا يسمى فقها؛ لأن العلم الضروري حاصل بكونها من دين محمد ﷺ"⁴.

(5) كل حكم فقهي يخالف أصلاً كلياً أو قاعدة فقهية فهو حكم متغير غير قطعي: فالأصول الكلية والقواعد الفقهية مسلمات فقهية دلالتها قطعية. ويجدر التنبيه إلى أن هذا الضابط لا يفيد أن كل حكم فقهي متناغم مع أصل كلي فهو قطعي، وإنما الذي يجعل الحكم الفقهي الجزئي قطعياً هو الإجماع القطعي وليس صفة التناغم مع الكلي.

(6) كل حكم فقهي مرتبط بالعادات والأعراف فهو حكم غير ثابت قابل للتغير: وعليه يجب التفريق بين الحكم الشرعي الثابت بالنقل وبين الحكم الفقهي الثابت بناء على اجتهادات الفقهاء التي راعت عوائد الناس وأعراف البلد، وهذا النوع من الأحكام الفقهية الاجتهادية لا ينطبق كثير منها على مجتمعاتنا المعاصرة؛ مثل أحكام الخطبة والكفاءة في الزواج، يقول القرافي: " إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفها دارت وتبطل معها إذا بطلت كالتقود في المعاملات والعيوب في الأعراض والبياعات ونحو ذلك. فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً في الثياب في العادة رددنا به البيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تتغير جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق

¹ - فنائس الأصول في شرح المحصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ)، تحقيق، عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، 3 صفحة 1083

² - الثبات والتغير في الحكم الفقهي: صفية الجفري صفحة 49

³ - التحرير والتنوير: ج 4 صفحة 52 تفسير سورة آل عمران

⁴ - المحصول في علم أصول الفقه: مجلد 1 صفحة 79

مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا؟ وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك".¹

بمقتضى هذا الكلام يتعين التمييز بين أحكام الأسرة الثابتة بالشرع الذي لا تجوز مخالفته وبين الثابت بالاجتهاد الفقهي الذي يحتمل المخالفة والتغير تبعاً لتغير المصلحة أو العرف. وخلاصة هذا المحور أن الأحكام الفقهية الظنية قابلة للتغير وأن الحكم القطعي المستفاد من النص القطعي قابل للتغير أيضاً، ولكنه لا يتغير بتغير الزمان وإنما يتغير باختلاف الصورة الحادثة.²

وتغير الحكم الثابت بتغير الصورة النازلة لا يعني التبدل والتغيير في الحكم القطعي، وإنما الأصل يبقى ثابتاً نظرياً والحكم المنزل على الصور الحادثة يصبح ظنياً بالتطبيق العملي؛ لأن التنزيل أو التطبيق مرتبط بالظن ومزيل لصفة القطع؛ هذا ما تعنيه الدكتورة صفية الجفري بقولها "ولا بد لنا من التفريق بين مستويين: أحدهما القطعيات الفقهية كقانون كلي والآخر: القطعيات الفقهية عند تنزيلها على واقع المكلف".³

المحور الثاني

الاجتهاد الفقهي المعاصر في نوازل الزواج وحل ميثاقه في البلاد غير الإسلامية
يروم هذا المحور دراسة مدى مراعاة مفهوم الثبات والتغير في أحكام الأسرة من خلال بعض النوازل الحادثة بالبلاد غير الإسلامية الخاصة بالزواج وحل ميثاقه.

وقبل الشروع في تناول صلب الموضوع أود التنبيه إلى أمر مهم وهو:

• خصوصية أحكام الأسرة: لا يخفى أن أهمية الأسرة هي نواة المجتمع، ومن ثم فإن التشريع الإسلامي اعتبر معظم الحقوق المرتبطة بالأسرة من حقوق الله تعالى ﴿وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون﴾ (البقرة: 228). وبموجب هذا الاعتبار الشرعي، دأبت معظم القوانين بالبلاد الإسلامية على جعل أحكام الأسرة من النظام العام، وهذا الاعتبار يقتضي أن لأحكام الأسرة خصوصية تشريعية تتجلى في حضور البعد العقدي عند تشريعها، وفي وجوب مراعاة الجزاء الأخروي عند تطبيقها؛ ولذلك وصف الشرع الحكيم التطاول على أحكام الأسرة بصفة الاعتداء على حدود الله تعالى.

ولعل هذه الخصوصية هي التي أسهمت في جعل أحكام الأسرة في درجة أعلى في سلم المقاصد. بيد أن هذه الخصوصية لا تعني انتهاء جميع أحكام الأسرة إلى زمرة الأحكام القطعية ولا دخولها تحت لواء حدود الله. فأين يتجلى الثبات والتغير في أحكام الأسرة؟ وكيف تخضع هذه الأحكام لمنطق الثبات والتغير؟ سأحاول معالجة التساؤل المطروح في ضوء المسألتين الآتيتين:

1 - الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، ج 1 صفحة 176

2- الثابت والمتغير في الحكم الفقهي: صفية الجفري صفحة 46

3- الثابت والمتغير في الحكم الفقهي: صفحة 78

- المسألة الأولى : الزواج بدون ولي .

إن السبب الرئيس في تعدد الآراء الفقهية بخصوص حكم الولاية في الزواج، هو التفاوت في فهم النصوص الشرعية والاختلاف في تصنيف مقتضيات هذه النصوص إلى قطعية وظنية بناء على النظر المعتمد في مبدأ الثبات والتغير. وبالرغم من كون جمهور الفقهاء يشترط وجوب الولي في الزواج، فإن جل قوانين الأسرة بالبلاد الإسلامية نحت منحى مخالفا لرأي الجمهور؛ حيث تميز الزواج بدون ولي، وهذا ما يدعو إلى التساؤل الآتي: هل خرجت هذه القوانين عن جادة الصواب، وولت ظهرها لنصوص الشرع وأحكام الدين؟ أم أنها اختارت من الأقوال الفقهية ما يناسب أوضاع الأسرة وظروف مجتمعاتها؟

سأحاول تحليل هذا الاختيار في ضوء مفهوم الثبات والتغير وعلاقته بالقطع والظن، معتمدا منهج النظر الكلي في التعليل والإقناع، ومن أجل تأمين التحليل الفقهي وعدم الخروج عن نطاق تداول الفقهاء للموضوع محل التناول، فضلت استدعاء نصين فقهيين أساسيين للفقهاء ابن رشد الحفيد، الذي استقرأ النصوص الشرعية الواردة في الولاية وانتهى إلى تقرير مايلي:

➤ النص الأول: يقول ابن رشد الحفيد " لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك"¹.

➤ النص الثاني: يقول ابن رشد الحفيد " الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، فإن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فإذا كان لا يجوز عليه ﷺ تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين: إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح، وإنما للأولياء الحسية في ذلك، وإما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب"².

وبناء على كلام ابن رشد في النصين أعلاه يبدو أن كل من يصف قوانين الأحوال الشخصية بالبلاد الإسلامية بالعلمنة تارة، وبالمرور عن الدين تارة أخرى سيظل مجرد ادعاء أو دعوى لا أساس لها.

وإذا تأمل الباحث المتجرد في موضوع الولاية على المرأة في أمر زواجها، لوجد أن هذا الموضوع له تعلق بأهلية المرأة وحريتها في مباشرة حقوقها الأساسية في الحياة والمجتمع.

فمن الناحية العقلية لا يمكن قبول القيد المفروض على المرأة في أقدس حق لديها وأعظمه، وهو اختيار شريك حياتها وفق ما يطمئن إليه قلبها ويرتاح إليه بالها وضميرها.

والإشكال المطروح في حدود نظري لا يتعلق بتقييد حرية المرأة في الزواج؛ لأن حقها في ذلك ثابت بدليل

¹ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج 2 صفحة 6

² - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ج 2 صفحة 14

النهى الوارد في القرآن الكريم عن عضل الأولياء للراغبات في الزواج، وبين القرآن أنه في حالة تعسف الأولياء في إعمال حقهم في الولاية أو في حالة الشطط في استعمال هذا الحق فإن المرأة المتضررة من هذا التعسف والشطط الحق في تجاوز سلطة الولي برفع أمرها إلى الحاكم، فتزوج حيثئذ بقوة الشرع رغماً عن أنف الولي؛ فالنهى على العضل يدل على ضعف حجج الإيجاب، والإجبار لا يتناغم مع مبدأ الرضائية وحرية التعاقد، ولا ينسجم مع مقصد استمرارية الزواج ومبدأ المساكنة الشرعية.

وإذا كان الركن الوحيد للزواج المتفق عليه بين جميع المذاهب هو الصيغة؛ والذي يعني الإيجاب والقبول، وهو أساس الرضائية، فإن هذا الاتفاق وحده يؤول إلى عدم وجوب الولاية في الزواج؛ لأنها تؤثر على مبدأ الرضائية القائم على الإيجاب والقبول معاً.

وهكذا يبدو أن الإشكال الأساس في قضية الولاية يكمن في التكييف الفقهي لنصوص الشريعة، والاختلاف الناتج عن التأويل وما ترتب عن ذلك من أحكام مختلفة التعليل، مع العلم القاطع بأن الفقهاء لم يختلفوا كثيراً في الولاية على المال مثل اختلافهم في الولاية على النفس، وهو أمر طبيعي؛ لأن النفس الإنسانية لها علاقة بالحرية باعتبارها قيمة من القيم الإنسانية الكبرى إلى جانب قيمة العدل والكرامة والمساواة.

وللإشارة فالولاية في الزواج مظهر من مظاهر نظام الأسرة في الشرائع القديمة؛ حيث كان في العصور الغابرة اتفاق الأسرتين يشكل عنصر الرضا الذي يعد ركناً لانعقاد الرابطة الزوجية، ولكن مع تطور الحريات الفردية أصبح الرضا في الزواج يطلق على رضا الزوج وليس على رضا الأسرتين.¹

والسؤال المراد طرحه في هذا الصدد هو: هل الولاية عند تأسيسها بالنص الشرعي نشأت كحق للمرأة أم كواجب عليها؟ وهل الولاية تقررت كسلطة للولي على المرأة كما كانت قبل الإسلام؟

قبل الجواب على السؤال المطروح يمكن أن نقرر مبدئياً أنه لا ينكر أحد من الفقهاء أن عقد المكره لا ينعقد في مطلق المعاملات فأحرى في عقد الزواج، يقول ابن جزى: "إذا أكره أحد الزوجين أو الولي على النكاح لم يلزم وليس للمكره أن يجيزه لأنه غي معتقد".²

انطلاقاً من المبدأ أعلاه لا يمكن أن نعالج إشكالية الولاية في الزواج في معزل عن مفهوم الحق؟ وعلى هذا الأساس فبعد استقصاء النظر في نصوص الشريعة الواردة في الولاية، يمكن أن نفترض الاحتمالات الآتية:

- الاحتمال الأول: الولاية سلطة للولي على المرأة، من حقه أن يمارس هذه السلطة في النطاق المسموح به، وفي هذه الحالة يكون واجباً على المرأة أن تخضع لهذه السلطة، وهو مقتضى حديث أبي موسى وعائشة وابن عباس "لا نكاح إلا بولي"³. وذكر ابن المنذر إجماع الصحابة على وجوب الولي.⁴

¹- الزواج عند العرب: عبد السلام الترماني صفح 71

²- القوانين الفقهية: صفح 133

³- رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد، وصححه الألباني.

⁴- سعدي أبو جيب: "موسوعة الإجماع"، 1067/2.

- الاحتمال الثاني: الولاية تحمل طابعا استشاريا بالنسبة للمرأة، فيكون من الواجب عليها أن تستشير الولي قبل الزواج، وهذا الاحتمال اقتضاه النص الشرعي: عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"¹.

- الاحتمال الثالث: الولاية تارة تكون سلطة، وتارة تكون ذات طابع استشاري؛ حسب أهلية المرأة من حيث البلوغ، ومن حيث كونها بكرا أو ثيبا، ومن حيث كونها ذات أب أو يتيمة، ومن حيث وضعها الاجتماعي (شريفة أو دينية).

- الاحتمال الرابع: الولاية تحمل طابعا استشاريا بالنسبة للولي، فيكون من الواجب عليه أن يستشير مع المرأة التي تحت ولايته قبل تزويجها، وهذا الاحتمال اقتضاه النص الشرعي: عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"².

- الاحتمال الخامس: الولاية تتطلب إذن الولي فقط وليست سلطة للولي، وينبغي على هذا المقتضى أن المرأة لا يجوز لها أن تتزوج بدون إذن الولي، ولكن إن تزوجت بدون إذنه فالزواج صحيح، غير أنه متوقف على إجازة الولي. وهذا مذهب الإمام الأوزاعي³ وسنده مقتضى حديث عائشة رضي الله عنها: "أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت عائشة: اجلسي حتى يأتي النبي ﷺ، فجاء رسول الله صل الله عليه وسلم فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم هل للنساء من الأمر شيء" وفي رواية "ولكن أردت أن تعلم النساء أنه ليس للأباء من الأمر شيء"⁴.

وقد انتهى نظر المالكية في نصوص الشريعة الخاصة بالولاية إلى وجود قولين وهما:

- القول الأول: الولاية حق للولي. وعلل عبد الملك بن حبيب هذا القول بأنه لو كانت حقا للمرأة لجاز لها أن توكل وتفوض من تشاء في تزويجها، ولكن لما كانت حقا للولي لم يجز لها أن تفوض أحدا غير الولي.

- القول الثاني: الولاية حق للمرأة. ويعلل ابن القاسم هذا القول بأنه لا يجوز للولي أن يعقد عليها بدون إذنها، كما أن للولي أن يزوجه بالكف الذي ترضاه هي وإن لم يرضه هو⁵. يقول القاضي عبد الوهاب معللا حكم الولاية في الزواج "الولي شرط في صحة عقد النكاح فلا يجوز لإمرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على

¹- رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه الألباني وقال فيه الترمذي "حديث حسن"

²- رواه البخاري ومسلم.

³المغني: ابن قدامة، ج 7/7. فتح الباري، 187/9.

⁴- سنن البيهقي الكبرى وسنن النسائي وابن ماجه وقال البصري المحدث في كتابه مصباح الزجاجة "هذا إسناد صحيح رجاله ثقات".

⁵- شرح الزرقاني على خليل: ج 3 صفحة 183

وجه خلافا لأبي حنيفة... ولأنها ناقصة بالأنوثة كالأمة ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد كالعقد على الصغيرة، ولأن الولي شرط في النكاح وحيطة للفروج لثلاث تحمل المرأة شهوة النكاح وميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير كفاء فتلحق عارا بأوليائها¹.

والولاية في الزواج إنما شرعت من أجل مراعاة الكفاءة، يقول القاضي عبد الوهاب " إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفاء فليس لوليها الامتناع لقوله تعالى: ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ ولأن ذلك حق للنساء على الأولياء كما أن منعهن من غير الكفاءة حق عليهن للأولياء، فإذا لم يكن ذلك لمن لأجل حق الأولياء فكذلك ليس للأولياء الامتناع من حقوقهن في إجابتهن إلى الأكفاء"².

وعند تأمل الآراء الفقهية على مستوى المذاهب المختلفة، يلحظ أن مناقشة الفقهاء للنصوص الشرعية عموماً، اقتصر على الأحكام الجزئية التي تقتضيها الأدلة التفصيلية؛ مما يفيد أن الولاية نفسها هي حكم جزئي في الزواج، وليست أصلاً كلياً، ولا مقصداً ضرورياً؛ وهو ما يفسر إدراج الأصوليين الولاية في درجة التحسينيات (التمات) التي تأتي في الرتبة الثالثة من سلم المقاصد. يقول أبو حامد الغزالي موضحاً الوصف المناسب في حكم الولاية " فجميع المناسبات ترجع إلى رعاية المقاصد إلا أن المقاصد تنقسم مراتبها...المرتبة الثالثة: ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة ولكن يقع موقع التحسين والترتيب والتوسعة والتيسير للمزايا والمرتبات...ومثال ذلك... قيد النكاح بالولي ولو أمكن تعليقه بكون المرأة في مظنة الغباوة لقصور العقل والنظر ووفور الشهوة والمبادرة إلى سوء الاختيار بأنواع الخداع والاعتزاز لوقع هذا المناسب في الرتبة السابقة ولكن لا يستتب ذلك في سلب عبارتها ولا في الترويح من الكفاء فيقال في تعليقه لو ثبت ذلك بنص مثلاً لكان اللائق بذوات المروءات الحياء والانزواء عن مباشرة النكاح ففي إظهار الشمق والمجاهرة بالتشوف إلى الرجال، والشرع يحمل على محاسن الأخلاق وفي مباشرتها النكاح بنفسها ما يناقض ذلك فنقدر محاسن الأخلاق مقصوداً من جهة الشرع ونقدر الاستقلال مناقضاً له فيتراثي منه نوع من المناسبة"³.

وبعد الاطلاع على جملة من الأحكام الفقهية المرتبطة بالولاية على المرأة في الزواج وتعليقاتها وتحديد موقع الولاية في سلم المقاصد، يمكن استنتاج ما يلي:

أولاً: عدم وجود سلطة للولي على المرأة في الزواج.

ثانياً: الولاية حق للمرأة عندما تريد أن تتزوج بكفاء.

ثالثاً: الولاية حق للولي عندما تكون المرأة صغيرة، بشرط عدم إجبارها على الزواج وعدم منعها من الزواج بكفاء.

رابعاً: الولاية مشروعة من أجل مراعاة الكفاءة؛ دفعا للمعرة في حالة زواجها بغير كفاء.

1- المعونة: ج 1 صفحة 480

2- المعونة: ج 1 صفحة 490

3- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسائل التعليل: صفحة 80 وما بعدها

وبالرجوع إلى مفهوم الثبات والتغير، يتبين أن حكم الولاية حكم ظني لا قطعي؛ لأنه حكم جزئي مختلف فيه، ومن ثم فهو حكم غير ثابت، ولا يتوفر فيه أي ضابط من ضوابط الحكم الثابت المحددة في المحور السابق.

وبموجب هذا الاستنتاج فإن أي انتقاد موجه إلى قوانين الأسرة بالبلاد الإسلامية بخصوص تشريع الزواج بدون ولي، فهو انتقاد خارج عن دائرة الصواب، كما أن أي تعليق على الفتاوى الصادرة بشأن الزواج بدون ولي بالبلاد غير الإسلامية يظل تعليقا واهيا لا يرتكز على أساس مشروع؛ وخاصة قرار رقم 53 (14/3) المتعلق بالولاية في النكاح الصادر عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته الرابعة عشرة حيث جاء في القرار الثاني منه "ليس شرطا يصح بدونه العقد إذا تزوجت من كفاء وهو مذهب بعض الفقهاء الحنفية"¹.

- المسألة الثانية: إسلام أحد الزوجين وأثره على العلاقة الزوجية.

تشكل هذه المسألة إحدى النوازل الشائكة في الأوساط المسلمة بالبلاد غير الإسلامية، وقد ثار بإزائها نقاش حاد وما زال كذلك، ويتعلق صلب الإشكال بالأثر الذي يترتب به إسلام أحد الزوجين الكتابيين على علاقتها الزوجية. وصورة المسألة أنه إذا أسلم أحد الألمانين المسيحيين مثلا، فهل يجوز أن تستمر الحياة الزوجية بينهما أم لا يجوز ذلك؟

قبل معالجة حكم المسألة من حيث كونه حكما ثابا أو متغيرا، أفضل شد الانتباه إلى خطورة ما يترتب عن حكم التفريق بين الزوجين في هذه الحالة من زاوية بعد النظر إلى روح التشريع الإسلامي، لا من زاوية صحة الأحكام الفقهية وعدمها؛ ذلك أن من مقاصد فقه الدعوة إلى الإسلام احترام غير المسلمين وعدم التشويش على قوانينهم التنظيمية، ولا النباش في ماضيهم العقدي والسلوكي. فلا يعقل عقلا ولا يقبل شرعا أن يقلد الدعاة مهمة التبليغ والدعوة إلى الإسلام ويقومون بواجبهم خارج البلاد الإسلامية، حتى إذا اقتنع أحد الزوجين غير المسلمين بهدي الإسلام وقرر الدخول فيه، فنطق بالشهادتين والتزم القيام بأركان الإسلام الأخرى ثم يقال له بعد ذلك "عليك أن تفارق زوجتك من أجل أن يكتمل دونك ويستوي على سوك امتثالا لقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ (المسنة 10)، ولقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ (البقرة 209).

من المعلوم أن الوحي قرآنا وسنة فيه العام والخاص، وفيه المطلق والمقيد، وفيه القطعي والظني، وفيه الثابت والمتغير، فلا يسمح لغير الفقيه الأصولي أن ينقض على النصوص فيغترف منها الأحكام عارية عن مقاصد الشارع الحكيم، فليس من هدي الإسلام أن يُدعى غير المسلم إلى الإسلام، حتى إذا أسلم يقال له فارق زوجتك؟ لأن الإسلام لا يدعو إلى التفريق بين الأزواج، ولا إلى تخريب البيوت، ولا إلى زعزعة تماسك الأسر والعائلات غير المسلمة، وإنما يدعو الإسلام إلى ضمان الوحدة بين الناس، وبناء الجماعة واستمرار المناكحات واستقرار المعاملات واحترام المعتقدات المسالمة والأعراف النبيلة. ومن رشد الإسلام ومنتهى

¹- القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث صفحة 129

حكيمته أن يُراعى في تنظيم العلاقات بين الناس عموماً، وبين الأزواج خصوصاً، البعد المقاصدي في التشريع، هذا البعد الذي من أجله أبدع الفقهاء قواعد فقهية ذات أهمية تشريعية كبرى منها:

- قاعدة: " يتجاوز في الاستمرار ما لا يتجاوز في الابتداء "

- قاعدة: " الابتداء ليس كاللداوم والاستمرار "

ومن الفروع التطبيقية للقاعدتين، ثبوت حكم استمرار عقد الزواج بين من أسلم من الزوجين وعدم الإسراع إلى فسخه، يقول ابن القيم " إن المرأة إذا أسلمت وتأخر إسلام زوجها إن نكاحها لا يفسخ بمجرد ذلك بل تتخير بين أن تتزوج غيره أو تترىص إلى أن يسلم فيستمر عقده عليها، فهي زوجته ما لم تتزوج"¹.

وما يدل على جواز استمرار العلاقة الزوجية التي بدأت بين زوجين غير مسلمين ثم تحولت إلى علاقة زوجية أحد طرفيها مسلم والآخر غير مسلم، قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب؛ حيث خير رضي الله تعالى عنه وأرضاه المرأة التي أسلمت في الحيرة ولم يسلم زوجها فقال: " إن شاءت فارقت وإن شاءت قرت عنده"². ويقضاء عمر رضي الله تعالى عنه أخذ علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث ثبت عنه قوله " إذا أسلمت النصرانية امرأة اليهودي أو النصراني كان أحق بيضعها لأن له عهداً"³.

ومن كبار الفقهاء التابعين الذين كانوا يفتون بحكم الخليفين عمر وعلي رضي الله عنهم أجمعين إبراهيم النخعي (ت 96هـ) وعامر الشعبي (ت 104هـ) وحمام بن أبي سليمان (ت 120هـ).

وبصرف النظر عن مدى صحة أو ضعف الرواية عن عمر بن الخطاب⁴ وعن علي بن أبي طالب⁵ فإن ما استنبطه الفقهاء من الروايتين وغيرهما هو عدم الإسراع إلى التفريق بين الزوجين عند إسلام أحدهما، يقول ابن القيم موضحاً طبيعة الحكم المستنبط من قضاء عمر السابق " وليس معناه أنها تقيم تحته وهو نصراني، بل تنتظر وتترىص، فمتى أسلم فهي امرأته ولو مكثت سنين"⁶.

يلحظ من كلام ابن القيم أنه يجب على المرأة التي أسلمت قبل زوجها التريث والانتظار وعدم الإسراع إلى طلب التفريق بينها وبين زوجها غير المسلم، وعليه فحكم التريث والتريص هو المستنبط من الروايات الحديثية الواردة في موضوع المسألة، وهو حكم لا يتعارض ومضمون الحديث الذي رواه الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما " رد النبي ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بعد ست سنين بالنكاح الأول ولم يحدث

¹- زاد المعاد في هدي خير العباد: ج 5 صفحة 113

²- مصنف عبد الرزاق: كتاب أهل الكتاب، النصرانيان تسلم المرأة قبل الزوج رقم الحديث 10083

³- مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الطلاق، من قال: إذا أسلمت ولم يسلم لم تنزع منه رقم الحديث 11867

⁴ - للاطلاع على ما قيل في نقد الرواية عن عمر بن الخطاب ينظر: شرح علل الترمذي ج 1 صفحة 612 وتهذيب التهذيب ج 10 صفحة 245 وجامع التحصيل في أحكام المراسيل صفحة 162

⁵- ينظر ما قيل في نقد الرواية عنه كرم الله وجهه: العلل الواردة في الأحاديث النبوية ج 4 صفحة 97 والجرح والتعديل لابن أبي حاتم الرازي ج 6 صفحة 322

⁶- أحكام أصل الذمة: المجلد الأول صفحة 646

نكاحاً¹ لأن هذا الحديث يفيد استمرار العلاقة الزوجية وعدم الإسراع إلى التفريق بين الزوجين؛ لاسيما وأن حكم الانتظار يتعلق به أمل إسلام الطرف الآخر، فيبقى أصل النكاح صحيحاً ويستمر الزواج. روى الإمام مالك أن زوجة عكرمة بن أبي جهل أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة من الإسلام، حتى قدم اليمن، فارتحل أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن، فدعته إلى الإسلام فأسلم، وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح، فلما رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحاً وما عليه رداء حتى بايعه فثبنا على نكاحها ذلك².

يستفاد من الحديث تحقيق مقصد استمرار الزواج بين زوجين أحدهما مسلم والآخر غير مسلم بسبب حكم الانتظار وعدم الإسراع إلى الفسخ بمجرد دخول أحدهما في الإسلام.

وفي المقابل فإن رواية عبد الله بن عباس رضي الله عنهما " إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها بساعة حرمت عليه³ تقتضي حرمة العلاقة الزوجية بينها.

بين الروايات السابقة ورواية ابن عباس تعارض ملحوظ؛ لأن رواية ابن عباس تقتضي الحرمة وحل رابطة الزواج، والروايات الأخرى تقتضي استئناف الزواج وعدم حله ابتداءً، ووجود التعارض بين النصين الشرعيين يفيد الظن لا القطع، والظن يؤدي إلى الاختلاف في الاستنباط بين الفقهاء، وحصول الاختلاف بين الفقهاء في حكم المسألة يدل على عدم الثبات وعلى قابلية الحكم المستنبط للتغير.

وعلى هذا الأساس فإن أي فتوى تميز عدم فسخ عقد الزواج بين زوجين أسلم أحدهما دون الآخر، يكون لها حظ من عمق النظر ونصيب من قوة التعليل؛ لوجود ما تستند عليه من نصوص الشرع وأقوال الصحابة والتابعين؛ ولهذا فإن الفتوى الصادرة عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته العادية الثامنة قرار رقم 8/3 بنيت على أسس متينة، ولها تعلق وارتباط بنصوص الشريعة؛ ومن أجل البيان والإيضاح، أذكر النص الكامل للقرار: " بعد اطلاع المجلس على البحوث والدراسات المختلفة في توجهاتها والتي تناولت الموضوع بتعميق وتفصيل في دورات ثلاث متتالية واستعراض الآراء الفقهية وأدلتها مع ربطها بقواعد الفقه وأصوله ومقاصد الشرع ومع مراعاة الظروف الخاصة التي تعيشها المسلمات الجديديات في الغرب حين بقاء أزواجهن على أديانهم فإن المجلس يؤكد أنه يحرم على المسلمة أن تتزوج ابتداءً من غير المسلم وعلى هذا إجماع الأمة سلفاً وخلفاً أما إذا كان الزواج قبل إسلامها فقد قرر المجلس في ذلك ما يلي:

أولاً: إذا أسلم الزوجان معا ولم تكن الزوجة ممن يحرم عليه الزواج بها ابتداءً (كالمحرمة عليه حرمة مؤبدة بنسب أو رضاع) فهما على نكاحهما.

ثانياً: إذا أسلم الزوج وحده ولم يكن بينها سبب من أسباب التحريم وكانت الزوجة من أهل الكتاب فهما على نكاحهما.

1- الجامع الكبير، باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما رقم الحديث 1143 وقال الترمذي: " حديث ليس بإسناده بأس"
2- الموطأ: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ج 2 صفحة 543
3- صحيح البخاري: كتاب الطلاق باب إذا أسلمت المشركة أو النصرانية تحت الذمي أو الحربي

ثالثا: إذا أسلمت الزوجة وبقي الزوج على دينه فيرى المجلس:

- (أ) إن كان إسلامها قبل الدخول بها فتجب الفرقة حالا.
(ب) إن كان إسلامها بعد الدخول وأسلم الزوج قبل انقضاء عدتها فهما على نكاحهما.
(ج) إن كان إسلامها بعد الدخول وانقضت العدة فلها أن تنتظر إسلامه ولو طالت المدة فإن أسلم فهما على نكاحهما الأول دون حاجة إلى تجديد له.

(د) إذا اختارت الزوجة نكاح غير زوجها بعد انقضاء العدة فيلزمها طلب فسخ النكاح عن طريق القضاء. خامسا: لا يجوز للزوجة عند المذاهب الأربعة بعد انقضاء عدتها البقاء عند زوجها أو تمكينه من نفسها. ويرى بعض العلماء أنه يجوز لها أن تمكث مع زوجها بكامل الحقوق والواجبات الزوجية إذا كان لا يضرها في دينها وتطمع في إسلامه وذلك لعدم تنفير النساء من الدخول في الإسلام إذا علمن أنهن سيفارقن أزواجهن ويتركن أسرهن...¹!

وأخيرا، فإن الإشكال الذي ندندن حوله لا يتعلق بالحرمة ولا بالحلية، وإنما يتعلق بالانتظار والترصص، وعدم الإسراع إلى التفريق بين الزوجين عن طريق فسخ الزواج، وهذا الحكم له طبيعة خاصة؛ لأنه يتعلق بتأمين العلاقة الزوجية التي تترتب عن فسخها نتائج متعددة، تسهم في هدم بيت أسري بني على أساس صحيح، وهذا الأساس لا يصطدم بمقصد كلي من مقاصد الزواج مثل:

- إقامة نظام الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى لبناء المجتمع.
 - توثيق العلاقة بين أفراد المجتمع بروابط النسب والمصاهرة ودرء أسباب التنازع.
 - إضفاء السكينة والرحمة والمودة في الأسرة ثم في المجتمع².
- وهذه المقاصد مطلوبة شرعا ومرغوب فيها فطريا؛ لذلك وجب مراعاتها والحفاظ على بقائها بصرف النظر عما طرأ على وسائلها وأسبابها من تحولات وتغيرات.

خاتمة:

إن أصعب ما يواجه الباحث في الفقه هو الجزم في الحكم الفقهي، وادعاء الصواب في الاجتهاد والسلامة في التعليل. وقد خلصت الدراسة إلى أن معيار القول بالثبات والتغير في الأحكام الفقهية، هو التمييز بين ما هو قطعي وبين ما هو ظني من الأدلة الشرعية، والنظر بعد ذلك إلى ما يقتضيه كل صنف من هذه الأدلة من المقتضى الأصلي والتبعي.

كما حدد البحث جملة من ضوابط الثبات والتغير، التي من شأنها أن توجه الباحثين في نصوص الشريعة إلى إعادة النظر في مدارك الاستنباط، وعدم التسرع إلى ادعاء القطع والثبات في الأحكام من جهة، وإلى التريث وأخذ الحيطة والحذر من القول بتغير الأحكام حسب الزمان والمكان من جهة ثانية.

¹- القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: صفحة 79

²- نظام الأسرة في التشريع الإسلامي: عبد القادر داودي، صفحة 78

وقد أبان البحث على أن حكم الولاية في الزواج ليس قطعياً ولا ثابتاً، وأن التبرص والانتظار هو الحكم الأصلي الذي تقتضيه النصوص الشرعية الواردة في مسألة إسلام أحد الزوجين قبل الآخر وليس التفريق بينهما ولا فسخ عقدهما.

لائحة المراجع:

- أحكام أهل الذمة: ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، تحقيق أبي براء يوسف البكري وأبي أحمد شاکر العاروري الطبعة الأولى سنة 1997م رمادي للنشر الدمام
- البحر المحیط في أصول الفقه: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، تحقيق محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ / 2000م
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ابن رشد الحفید ت 595هـ)، الطبعة 10 دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1988.
- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، طبعة الوفاء مصر، الطبعة الرابعة، 1418هـ
- التحرير والتنوير. الطبعة التونسية: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - 1997م
- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي: محمد أديب الصلح، المجلد الأول، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الخامسة سنة 2008م
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: يوسف بن عبد البر القرطبي (ت 463هـ) تحقيق سعيد أعراب طبعة وزارة الأوقاف المغربية سنة 1983م.
- تنقيح الفصول في اختصار المحصول: القرافي، المكتبة الأزهرية للتراث سنة 2005
- تهذيب التهذيب: أحمد بن حجر العسقلاني (ت 852هـ) مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية حيدر آباد الهند الطبعة الأولى 1327هـ
- الثابت والمتغير بالأدلة النصية. دراسة في آليات الاجتهاد الفقهي. ترجمة زين العابدين شمس الدين، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى سنة 2013م
- الثبات والتغير في الحكم الفقهي. خروج الزوجة من المنزل وما يجب عليها ستره أمام الأجانب. (دراسة أصولية فقهية): صفية الجفري، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، الطبعة الأولى سنة 2014م.
- جامع التحصيل في أحكام المراسيل: صلاح الدين بن خليل العلائي (ت 761هـ) تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي عالم الكتب مكتبة النهضة العربية بيروت، الطبعة الأولى سنة 1986م.
- الجرح والتعديل: عبد الرحمن ابن أبي حاتم محمد الرازي (ت 327هـ) دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى سنة 1952هـ.

زاد المعاد في هدي خير العباد:

- الزواج عند العرب في الجاهلية وفي الإسلام: عبد السلام الترماني، سلسلة عالم المعرفة، سنة 1984م
- شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل: عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (ت 1099هـ) ومعه حاشية البناني دار الكتب العلمية الطبعة الأولى سنة 2002م
- شرح علل الترمذي: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (ت 795هـ)، حققه نور الدين عتر دار الملاح للطباعة والنشر تشرين سنة 2010م بتنسيق عبد الله بن يوسف الجديع الإدارة والتحرير دبلن إيرلندا.
- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: أبو حامد الغزالي (ت 505 هـ) تحقيق أحمد الكبيسي مطبعة الإرشاد بغداد سنة 1971م
- العلل الواردة في الأحاديث النبوية: علي بن عمر الدارقطني (ت 385هـ) تحقيق محفوظ الرحمن زين الله السلفي دار طيبة الرياض المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى سنة 1986م
- غاية الوصول في شرح لب الأصول: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيني (ت 926هـ)، دار الكتب العربية الكبرى، مصر (أصحابها: مصطفى الباي الحلبي وأخوه).
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت 852هـ): اعتنى به عبد العزيز بن باز وفؤاد عبد الباقي، دار المعرفة بيروت
- الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث منذ تأسيسه سنة 1997م إلى الدورة العشرين سنة 2010م بتنسيق عبد الله بن يوسف الجديع، الإدارة والتحرير دبلن، إيرلندا.
- القوانين الفقهية: أبو القاسم محمد أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي (ت 741هـ)، طبعة، دار القلم، بيروت.
- الكافي: محمد يعقوب الكليشي، تصحيح علي أكبر غفاري، الطبعة 3 دار صعب ودار التعارف، بيروت سنة 1401هـ،
- كتاب المواقف: عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، تحقيق عبد الرحمن عميرة، دار الجليل - بيروت، الطبعة الأولى سنة 1997م
- المحصول في علم أصول الفقه: فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت 606هـ)، تحقيق طه جابر فياض العلواني، الطبعة الثانية سنة 1992 مؤسسة الرسالة بيروت.
- المستصفى في علم الأصول: أبو حامد الغزالي (ت 505 هـ)، صححه محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
- المصنف: عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت 211هـ): تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي المكتب الإسلامي

- بيروت، الطبعة الثانية سنة 1983م
- المصنف: عبد الله بن أبي شيبة (ت 235هـ) تحقيق محمد عوامة دار القبلة للثقافة الإسلامية، مؤسسة علوم القرآن الطبعة الأولى سنة 2006م
 - المعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422هـ) تحقيق عبد الحق حميش، المكتبة التجارية مكة المكرمة
 - المغني: عبد الله بن قدامة المقدسي (ت 620هـ) تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو دار عالم الكتب الرياض الطبعة الثالثة سنة 19
 - مقاصد الشريعة الإسلامية: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت 1393هـ)، تحقيق محمد الحبيب ابن الخوجة، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، سنة 2004م.
 - الموافقات: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (ت 790هـ)، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة - بيروت، سنة 2004م.
 - موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: سعدي أبو جيب، مطبعة دار العربية - بيروت، بدون تاريخ.
 - الموطأ: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، دار إحياء التراث العربي، مصر
 - نظام الأسرة في التشريع الإسلامي: عبد القادر الداودي، الطبعة الأولى سنة 2015 دار ابن حزم بيروت
 - نفائس الأصول في شرح المحصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ)، تحقيق، عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى سنة 1995م.
 - زاد المعاد في هدي خير العباد: محمد ابن قيم الجوزية (ت 751هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، سنة 1986م.