التعسف بالكفاءة في عقد النكاح

بين المقاصد الشرعية وقانون الأحوال الشخصية الأردني

– تطبيقات معاصرة

إعداد:

د/ أسامة رضوان الجوارنة

أستاذ مساعد - جامعة البلقاء التطبيقية

د/ ضرار مفضي إبراهيم بركات

مدرس في وزارة التربية والتعليم – الأردن

د/ ماجد أمين العمري

وزارة الأوقاف - الأردن

الملخص:
لقد أظهرت هذه الدراسة مسألة هامة من مسائل فقه الأحوال الشخصية, وإسقاطها على الواقع, وذلك بإتباع المنهج الاستقرائي, والمنهج الاستنباطي, وهذه الدراسة الموسومة بعنوان: (التعسف بالكفاءة في عقد النكاح بين المقاصد الشرعية وقانون الأحوال الشخصية الأردني – تطبيقات معاصرة).
قد قدمت فيها بيان لحقيقة التعسف في اللغة والاصطلاح والقانون, و حدود الحق وصلته بنشوء التعسف باستعماله الحق, وبيان التكييف الفقهي والقانوني له, ثم بيان لماهية و حقيقة النكاح , و مقوماته, والكشف عن الشرائط اللازمة لإتمام عقد النكاح ولتحقيق مقاصد الزواج ومنها: الكفاءة , ثم الأثر السلبي للتغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الدينية على الزواج : كزواج المريض بقصد الإضرار بالزوجة, وزواج المريض بقصد التحليل, وزواج اللوطي والمدمن على الكحول والخمر والمخدرات, وكذلك التأثير السلبي للتغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الصحية مقاصد الزواج : كزواج من به جذام, وبرص , ثم بيان ماهية و حقيقة المقاصد الشرعية,و المصطلحات ذات الصلة بالمقاصد , وبيان وجه العلاقة بين مقاصد التشريع الإسلامي ومسألة : اشتراط الكفاءة في التزويج .
الكلمات المفتاحية :
- الكفاءة, التعسف, المقاصد, فقه الأحوال الشخصية.
المقدمة:
الحمدُ لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم، على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسانٍ إلى يوم الدين، وبعد:
فإن من يستقرئ أحكام شريعتنا يجد أنها قامت على رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، وتحقيق أقصى الخير لهم، ومن ذلك الحقوق التي هي منح إلهية تستند إلى أصولها التي تستنبط منها الأحكام الشرعية فلا يوجد حقٌ شرعي من غير دليل يدلُ عليه، فالحقوق منشئها الله تعالى، فلا حكم إلا حكمه، ولا شرع إلا شرعه.
كما جعلت شريعتنا مبدأ عاماً لهذا: أن ليس للفرد من سلطة في التصرف بحقوقه إلا بما منحهُ إياه الشارع وفي الحدود التي رسمها له، مُتجنباً للضرر بكافة أنواعه وأشكاله، ومن ذلك استعمال الحق لأجل الإضرار بالغير أو تحقيق غرض غير مشروع من استعمال الحق.

والصحيح أن الحديث في موضوع استعمال الحق واسع ومتنوع، لذلك جاءت الدراسة هنا مقتصرة على تعسف المريض باستعمال حقه في باب الأحوال الشخصية.

أهمية الموضوع:

ترجع أهمية هذا البحث إلى القدرة على التعامل مع قضايا الحقوق واستعمالاتها على وجهٍ يتحقق به مقصود الشارع عز وجل منها في تصرفات مأذونٍ فيها شرعاً لكنها مقيدة بعدم الإضرار، فلا يضر المستعمل لحقهِ بنفسه أو بالآخرين، وهذا ركن بحثي في هذا الموضوع....كما لو كان المريض الممتنع مصاباً بمرض وبائي فإن امتناعه يكون سبباً لانتقال الأمراض للمجتمع.. أو كان المريض زوجاً مصاباً بمرض يفوت حق الزوجة بالمعاشرة فتتضرر، فهذه الاستعمالات للحق وغيرها سيتم دراستها تحت عنوان: " التعسف بالكفاءة في عقد النكاح بين المقاصد الشرعية وقانون الأحوال الشخصية الأردني – تطبيقات معاصرة".

أسباب اختيار الموضوع:

١. لم نجد في حدود اطلاعنا على من أفرد أحكام الاستعمالات التعسفية للحق في باب الكفاءة، بصورة مستقلة على الوجه المطلوب.
٢. الحاجة لمعرفة أحكام اعتبار الكفاءة بين الزوجين وعلاقتها بالتعسف في استعمال الحقِ.
٣. ولما كانت هذه الاستعمالات للحق لا تخلو من قصد الإضرار بالنظر إلى الباعث أو المفاسد الناجمة عن تلك الاستعمالات، كانت الحاجة لمعرفة أحكام تلك الاستعمالات للحق، وبيان وجوه التعسف فيها.

مشكلة الدراسة وأسئلتها :-

تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة الآتي:-

السؤال الأول : ما هي حقيقة التعسف في اللغة والاصطلاح والقانون؟ وما هي حدود الحق وصلته بنشوء التعسف باستعماله الحق؟ وما هو التكييف الفقهي والقانوني له ؟

السؤال الثاني : ما هي حقيقة النكاح ؟ وما هي مقوماته؟ وهل تعتبر الكفاءة من الشرائط اللازمة لإتمام عقد النكاح وتحقيق مقاصد الزواج ؟ وهل يؤثر التغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الدينية على الزواج ؟ كزواج المريض بقصد الإضرار بالزوجة؟ وزواج المريض بقصد التحليل؟ وزواج اللوطي والمدمن على الكحول والخمر والمخدرات؟

وهل يؤثر التغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الصحية على الزواج؟ كزواج من به جذام وبرص؟

السؤال الثالث: ما هي حقيقة المقاصد الشرعية, وما هي المصطلحات ذات الصلة بالمقاصد ؟ وما هي علاقة مقاصد التشريع الإسلامي بمسألة: اشتراط الكفاءة في التزويج؟وما علاقتها بالمصلحة؟

أهداف البحث :

تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة الآتي:

١. بيان حقيقة التعسف في اللغة والاصطلاح والقانون, وحدود الحق وصلته بنشوء التعسف باستعماله الحق, وبيان التكييف الفقهي والقانوني له.
٢. بيان ماهية و حقيقة النكاح, و مقوماته, والكشف عن أن توافر الكفاءة هي من الشرائط اللازمة لإتمام عقد النكاح وتحقيق مقاصد الزواج, ثم الأثر السلبي للتغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الدينية على الزواج: كزواج المريض بقصد الإضرار بالزوجة, وزواج المريض بقصد التحليل, وزواج اللوطي والمدمن على الكحول والخمر والمخدرات, وكذلك التأثير السلبي للتغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الصحية مقاصد الزواج: كزواج من به جذام, وبرص .
٣. بيان ماهية و حقيقة المقاصد الشرعية,و المصطلحات ذات الصلة بالمقاصد , وبيان وجه العلاقة بين مقاصد التشريع الإسلامي ومسألة : اشتراط الكفاءة في التزويج .

منهج الدراسة :-

لقد استخدمت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي : وذلك بتتبع النصوص الشرعية بموضوع الدراسة : من خلال استقصاء الاستعمالات التي يتعسف فيها المقبل على الزواج بالكفاءة بكونها باباً من أبواب الأحوال الشخصية، مع بيان الحكم الشرعي لكل استعمال، ومبيناً رأي قانون الأحوال الشخصية الأردني في ذلك, والمنهج الاستنباطي : بمحاولة استخراج آراء العلماء في المسائل المطروحة في الدراسة : إيجاد حلول مقنعة لكل حالة من منظور إسلامي, وبيان مدى الأضرار التي ستلحق بالفرد والمجتمع من جراء إهمال دور الكفاءة المعتبرة بين الزوجين.

خطة البحث :-

وفيما يلي خطة البحث:

المبحث الأول: بيان حقيقة التعسف, وحدوده, والتكييف الفقهي لـه, وفيـه مطالب :-
المطلب الأول: التعريف بحقيقة التعسف لغة واصطلاحاً وقانوناً .
المطلب الثاني : حدود الحق وصلته بنشوء التعسف باستعماله الحق.
المطلب الثالث : التكييف الفقهي والقانوني للتعسف .
المبحث الثاني: التعريف بالنكاح ومقوماتـه, ومدى اعتبار الكفاءة من الشرائط اللازمة لإتمام عقد النكاح, وفيه مطالب :
المطلب الأول : التعريف بالنكاح لغة واصطلاحاً .
المطلب الثاني : مقومات عقد النكاح.
المطلب الثالث : الكفاءة من الشرائط اللازمة لإتمام عقد النكاح وتحقيق مقاصد الزواج, وفيه فروع:
الفرع الأول: التغرير بالكفاءة من ناحية الاستقامة الدينية وفيه :
الحالة الأولى : زواج المريض بقصد الإضرار بالمرأة من طريق تطليقها.
الحالة الثانية : زواج المريض بقصد التحليل.
الحالة الثالثة : زواج اللوطي والمدمن على الكحول والمخدرات.
الفرع الثاني: التغرير بالكفاءة من الناحية الصحية, وفيه :
مسألة : زواج من به جذام أو برص.
المبحث الثالث : بيان حقيقة المقاصد وعلاقتها بضرورة حفظ النفس , وفيه مطالب :
المطلب الأول : التعريف بحقيقة المقاصد لغة واصطلاحاً والألفاظ ذات الصلة .
المطلب الثاني : أقسام المقاصد من حيث قوتها وتأييدها في ذاتها .
المطلب الثالث : علاقة اشتراط الكفاءة في الزوجين بضرورة حفظ النفس, ومقاصد الشريعة الإسلامية .
الخاتمة .

المبحث الأول

حقيقة التعسف وحدودها والتكييف الفقهي له

لقد جعلت الشريعة الإسلامية للحقوق غايات، وهي تحقيق المصالح الشرعية، بعيداً عن المفاسد والمضار، وهذا هو مقصود الشارع من تشريع الأحكام, وهو تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

المطلب الأول

التعريف بحقيقة التعسف لغة واصطلاحا وقانوناً

أ. التعسف لغةً، مأخوذ من الفعل الثلاثي (عَسَفَ)، والعسف: يعني السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، والعسيف: الأجير المستهان به، والعسوف: الظلوم.[1]

ب. أما التعسف في الاصطلاح الفقهي والقانوني:

وردت تعريفات عدة للتعسف اصطلاحاً منها: أنه استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع [2] وكذلك عرفه بعض القانونيين بأنه: استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً يضر بالغير[3].

وعليه فإن كل ما قيل في تعريف التعسف لا يخرج عن القول بأن لصاحب الحق السلطة في استعمال حقه، غير أنه لا يجوز له أن يستعمله على نحو مناقض لمقصود الشارع من الحق، وهو تحقيق المصلحة المشروعة، بعيداً عن الإساءة والإضرار بالغير، أو لأجل تحقيق مصلحة قليلة بمقابل ضرر كبير. وإن من أدق تعاريف التعسف التي يتبلور فيها فكرة التعسف، تعريف الدكتور فتحي الدريني بقوله: التعسف هو: مُناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل [4].

---

[1] ابن منظور، محمد جمال الدين، لسان العرب،ج١٠، ص٤٩ - مرعشلي، نديم وأسامة مرعشلي،الصحاح في اللغة والعلوم، صحاح العلامة الجوهري، ط٢، دار الحضارة العربية، بيروت، د.ت، ص١١٣.

[2] يحيى، عبد الودود، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٢٤٤.

[3] المرجع السابق وبنفس الصفحة.

[4] الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٣١٣.

وفي شرح التعريف جاء ما يلي:

١- (المناقضة): ويُقصد بها مُخالفة مقصود الشارع وغايته من الحق، وهو: تحقيق المصلحة الشرعية، وقد تأتي هذه المناقضة مقصودة أو غير مقصودة ، وبيان ذلك على النحو الآتي :-

فأما المناقضة المقصودة: فهي كأن يقصد المُكلف في استعمال حقه هدم الشارع عيناً، من طريق تحقيق مصلحة غير مشروعة، كتحليل محرم، كنكاح التحليل، أو إسقاط واجب: كهبة المال تحايلاً لإسقاط الزكاة، أو إلحاق الضرر المحض بالغير: كوصية الضرار؛ إضراراً بالورثة، أو لتحقيق مصلحة و نفع تافه أو لمجرد العبث[١]، وفي هذه المناقضة المقصودة إشارة واضحة إلى أنَّ التعسف يكون نتيجة نية المستعمل لحقه.

ويُسند ما تقدم من حيث المنع ومخالفة مقصود الشارع من الحقوق إلى ما يسمى بـ(الحيل)، قال الشاطبي[٢]فيها: ((فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز، لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فآل العمل فيها إلى خرم قواعد الشريعة)). كالذي يتزوج بنية التطليق أو يراجع زوجته مُتحايلاً عليها استئناف الحياة الزوجية وفي نيته إمساكها إضراراً بها، أو يُطلقها؛ لأجل حرمانها من الميراث.

وأما المناقضة غير المقصودة: فتتمثل بالنظر في مآلات الأفعال الجزئية من حيث مَخالفتها للأصل العام في الشرع كجلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح[٣]، كالاحتكار: فان للمحتكر نفعاً باحتكاره كزيادة ربحه في بيع السلع بأكثر من ثمنها، لكن هذا النفع مدفوع، لما يترتب عليه من ضرر يلحق بالناس،وبالتالي لما كانَ مقصود الشارع من الحقوق مبنياً على جلب المصالح أو درء المفاسد، كانَ كل ما يؤدي إلى مُخالفة هذا المقصود من الحقوق غير مشروع، وهذا من باب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة

---

(١) أبو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، ص١٩.

(٢) إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي، (ت٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، ط٢، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج٤/ص٢٠١.

(٣) البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط٥، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨م، ص٢٦٥.

في حالة التعارض، لقاعدة: " يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".[١]

وعلى ما تقدم من تقسيم المناقضة لمقصود الشارع إلى مقصودة وغير مقصودة، فإن في ذلك إشارة واضحة للمعايير التي ينضبط من خلالها التعسف[٢] التي سيأتي بيانها في موضعها.

٢- (في تصرف ...): وفي هذا شمول للتصرفات بنوعيها القولية والفعلية: فالتصرفات القولية: كالعقود، وما يترتب عليها من حقوق وواجبات. وهذه العقود: إما أن تكون ناشئة عن اتفاق إرادتين: كعقد الزواج، أو ناشئة عن إرادة واحدة: كالوصية. وأما التصرفات الفعلية: فكاستعمال حق ملكية العقار ببيعها مثلاً، أو كاستعمال حق الولاية على النفس والمال.[٣]

ولا تخلو تلكم التصرفات القولية والفعلية من الايجابية أو السلبية:

فالتصرفات القولية الايجابية: كصدور القبول بعد الإيجاب في عقد الزواج أو البيع.

والتصرفات القولية السلبية: [٤]كامتناع التاجر عن بيع بضائعه؛ رفعاً لسعرها.

---

(١) تعد هذه القاعدة من القواعد المهمة المبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد، فالشرع إنما جاء ليحظ الناس على دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضرة وجب إزالتها ما أمكن، فأوجب الشرع حد القطع حماية للأموال، وحد الزنا والقذف صيانة للأعراض، وحد الشرب حفظاً للعقول، والقصاص صيانة للأنفس والدين، ومنه أيضاً قتل الساحر المضر، والكافر المضل؛ لان أحدهم يفتن الناس والآخر يدعوهم إلى الكفر، فيتحمل الضرر الأخص ويرتكب، لدفع الضرر الأعم - البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص٢٦٣ .

(٢) للتعسف معياران أساسيان، وآخر مختلط كما يلي:

المعيار(الشخصي أو الذاتي) والمعيار(الموضوعي أو المادي) ومعيار مختلط، كتحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة، يستعان بها كقرينة للكشف على نية قصد الإضرار.. الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٨٦ -وأيضاً الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،ص٣١٦ وص٤٧٨- وأبو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق..، ص٣٥.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) الترك: فعل كفعل التفويت، قيل: ينفي الضمان، وقيل: لا ينتفي الضمان عن التارك– الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر،بيروت، د.ط.ت، تحقيق: محمد عليش،ج٢/ص١١٠.

وأما التصرفات الفعلية الايجابية: كمن يستعمل ملكية عقاره بقصد الإضرار بجيرانه، أو كالزوج الذي يستعمل سلطته في حق التأديب متعسفاً، وغيرها.

وأما التصرفات الفعلية السلبية: كامتناع المريض عن العلاج بعد تأكيد الطبيب على ضرورة التداوي (بالعقاقير أو بالجراحة)، ففي ذلك إضراراً بالنفس، أو إضراراً بالغير لاسيما إذا كانً مرضه مُعدياً أو مضعفاً يفوت حق الزوجة بالمعاشرة.

٣- (مأذونٍ فيه شرعاً) : وهذا قيد يُخرج الاستعمالات غير المشروعة لذاتها؛ لأنها تكون من باب التعدي[١] لا من باب التعسف في استعمال الحق [٢]. كمن استعمل حق غيره من غير إذنه وتسبب بأضرار، فإن المستعمل لحقه هنا يكون مُتعدياً يلزمه الضمان لصاحب الحق، وللجهة المتضررة أيضاً... وتقريراً على ما تقدم يتضح أمران مهمان هما:

أ- أن التعسف في استعمال الحق قد يقع في التصرفات القولية أو الفعلية، سواءً كان التعسف نتيجة المناقضة لمقصود الشارع مقصودة أم غير المقصودة. وفي هذا رسمٌ واضح للمسار التطبيقي لنظرية التعسف، قال العز بن عبد السلام: " كل تصرفٍ تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل " [٣] أي متى كان التصرف القولي أو الفعلي لا يتحصل منه المصلحة الشرعية التي قصدها الشرع من ذلك التصرف، كان باطلاً وغير مشروع.

ب- أيضاً توضيح لفكرة التعسف التي تعتمد على وجود الحق المأذون فيه شرعاً، وأن الشارع تكفل بحماية هذا الحق من الاعتداء، وأعطى صاحب الحق كامل الصلاحيات باستعماله وفق ما رسمه الشارع له تحقيقاً للمصلحة الشرعية، على أساس صحة النوايا وبواعث الاستعمال، أو من حيث الموازنة بين تلك المصالح عند التعارض، كما

---

(١) التعدي: هو الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه الفعل الضار بدون حق أو جواز شرعي، ومعياره عند الشرعيين في الغالب، هو المعيار الموضوعي ..الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، د.ط.ت، ص١٨.

(٢) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٨٧ .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط٢، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٠م، ج٢/ص١٤٣ .

هو مقرر في الفقه الإسلامي، فالأولوية تقديم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد الشخصية.

المطلب الثاني

حدود الحق

وصلته بنشوء التعسف باستعماله الحق

الحقوق فيما تقدم في أصلها منح إلهية المصدر، فجعلت الشريعة الإسلامية لصاحب الحق الصلاحية والسلطة في استعمال حقه، لكن ضمن الحدود التي رسمتها الشريعة، وهي تحقق المصلحة المشروعة دون أي اعتداء، أي لا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوز الحدود المرسومة له، وهذا من القواعد الكلية التي ترمي إلى تحقيق التوازن والعدل والإنصاف، بغية إقامة الاستقرار، وتحقيق التراحم، بحيث يسود التعامل عامل المحبة والابتعاد عن الإيذاء، وعدم المغالاة في استعمال الحقوق؛ تحقيقاً للمصلحة العامة، ذلك أن المغالاة في استعمال الحقوق قد تهدف أحياناً إلى الإضرار، فضلاً عما إذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من استعمال حقه.[1]

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن الشريعة الإسلامية لا تعرف الحقوق المطلقة، ولا تقر استعمال الحق خلافاً لمصلحة المجتمع، فالفقه الإسلامي ينظر إلى الحق نظرة اجتماعية، فقيد التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً فيما يتعلق بصاحبه أو بالغير فرداً كان أم جماعة بقيود مؤداها الحفاظ على مقصود الشارع والمحافظة على حق الغير، فمنع الاعتداء المجاوز لحدود الحق، كما منع التعسف داخل حدود الحق .[2]

فالشريعة تنظر إلى الحقوق على أساس أنها ذات طبيعة مزدوجة: فردية واجتماعية، فهي ليست فردية محضة، ولا اجتماعية محضة، كما أن مصلحة الفرد مصونة كما هي الحال في مصلحة المجتمع، غير

---

[1] أبو حجير، محمد محمود سعيد، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة،ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٢، ص١٨،١٩.- والتونجي، عبد السلام، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، د.ط، جمعية الدعوة الإسلامية، بنغازي، ١٩٩٧م. ج٣/ص١٤٥.

[2] الحديثي، عمر فخري، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة(دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١م، ص٤٥-٤٦ .

أنه إذا تعارضت تلكم المصالح مع بعضها البعض، كانت أولوية التقديم لمصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، وقد يقع التعارض في الحقوق الفردية أيضاً، ولأجل إقامة الموازنة فيما تقدم، نشأة نظرية التعسف في استعمال الحق.[1]

المطلب الثالث

التكييف الفقهي والقانوني للتعسف

سنعرض التكييف الفقهي والقانوني للتعسف تدرجاً على النحو الآتي:-

أولاً: ان (نظرية التعسف في استعمال الحق) [2] تعبير وارد عن الحقوقيين الغربيين، ولقد درجت كلمة (التعسف) في بعض البلاد العربية كمصر والسعودية، والبعض الآخر آثر بما يقابلها ككلمة (إساءة) مثل لبنان[3]. والأردن[4]

فالشريعة الإسلامية كانت سباقة في هذا المجال؛ فقد أرست دعائم فكرة التعسف، ورد في بعض كتب الأصول والفقه عبارات تقابل كلمة التعسف مثل: عبارة: " الاستعمال المذموم" وهو التعسف بعينه؛ لأن أصل المباح مشروع وغير مذموم، ومأتى الذم هو كيفية هذا الاستعمال وتوجيهه؛ إذ

---

[1] الحديثي، عمر فخري، تجريم التعسف في استعمال الحق، ص٤٥-٤٦ والدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨م، ص٧٩-٨٠ .

[2] تعد نظرية التعسف من النظريات القديمة، فقد كانت معروفة في القانون الروماني ومنه انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، لكنها انكمشت وتقلصت بعد ذلك في القرون الوسطى بسبب سيادة المذهب الفردي والمذهب الحر، وقد تأثرت الثورة الفرنسية بهذا المذهب وما تنادي به من ضرورة عدَّ الفرد هو الغاية في المجتمع وعدَّ حقوقه حقوقاً مطلقة مقدسة، غير أن تطورات الحياة من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية واختراع الآلة وإنشاء المصانع، كل ذلك وغيره، أدى في بداية القرن العشرين إلى ظهور الصيحات المنادية بضرورة وجوب استعمال الحقوق على نحو لا يضر بالآخرين وكانت هذه الصيحات بداية لظهور نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد ألف جوسران آن سنة ١٩٠٥ كتاباً اسماه (التعسف في استعمال الحقوق) –انظر: الحكيم، عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، ، في مصادر الالتزام، ط٥، مطبعة نديم، بغداد، ١٩٧٧م، ج١/ص٥١٢-٥١٣ -وأبو السعود، رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، د.ط، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٢م، ص٦٤٧ .

[3] الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٤٤ .

[4] المكتب الفني، المذكرات الإيضاحية، ج١/ص٨٦ .

فيه الخروج عن الاعتدال والاقتصاد في التصرف، وقد وردت في الاقتصاد والاعتدال والإنصاف وذم الغلو والإجحاف نصوص كثيرة[1].

وعبارة " المضارة بالحقوق" كالمضارة بالنفقة والكسوة والمضارة بين الضرائر والمضارة بتطويل العدة[2]. والمضارة بالضرب والتضييق والمنع من الحقوق لكي يؤول الأمر للافتداء والخلع[3]،والمضارة بالورثة من طريق الوصية[4].

قال الجويني:(إ ذا كانت تعتد في مسكن النكاح، فليس للزوج مساكنُها، إذا كانت المساكنة تؤدي إلى المضارّة، والمضارّة إنما تُتَلقَّى من المرافق، والمرافقُ التي هي العماد، وعليها التعويل: بيتُ الماء، والمطبخ، وبئر الماء. هذه المرافقُ؛ فإذا اتَّحدت، فليس للزوج أن يسكن قُطْراً من الدار))[5] ,ومن المعاصرين من أطلق لفظ " المضارة " على التعسف[6].

ثانياً: الضرر ليس دائماً علة التعسف أو الإساءة باستعمال الحق.

قال الدكتور الدريني: ((ليس الضرر دائماً هو علة التعسف، بل وقد يبطل التصرف الشرعي القولي من العقود، ولا تترتب عليه آثاره، دون النظر إلى واقعة الضرر إطلاقاً أو احتمال وقوعه، كما في نكاح التحليل، فإنه على رأي المحققين باطل، لمخالفته للغرض الاجتماعي الذي من أجله شُرِعَ النكاح))[7].

وجاء في المذكرات الإيضاحية: " ومبدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن الالتزامات، بل يمتد إلى الحقوق

---

(1) الشاطبي، الموافقات في أصول التشريع، ج3/ص ٥٠٧ .

(2) السرخسي، المبسوط، ج٥/ص٢٢٤- والسيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج3/ص٢١٨- والجويني، عبد الملك بن عبدالله، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٤/ص٤٥٠ .

(3) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥/ص٢١٣ .

(4) النجدي، عبد الرحمن بن محمد، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج٦/ص٤٤ .

(5) الجويني، عبد الملك بن عبدالله، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج١٥/ص٢٢٦.

(6) كالشيخ محمد أبي زهرة .. أيضاً نقلاً عن المرجع السابق نفس الصفحة.

(7) ويبطل التصرف القولي في عقود السفيه، إذ يحجر عليه لتعسفه في حق نفسه، ولو لم يلحق بالغير ضرراً مباشراً، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص٣١، وللدريني أيضاً في: نظرية التعسف، ص٤٢.

العينية، وروابط الأحوال الشخصية، وإلى القانون التجاري، وقانون المرافعات...". [1]

ثالثاً: المفارقة الواضحة بين التعسف باستعمال الحق وبين مجاوزة الحق.

فبالرغم من أن كلاً من التعسف والمجاوزة فيهما ارتكاب لأمر محظور شرعاً، نتيجة المخالفة لمقصود الشارع من الحقوق(المصالح الشرعية)، إلا أن وحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف والمجاوزة لا يمنع من وجود الاختلاف في حقيقة كل منهما[2]كما يلي:-

أولاً: الفرق بين التعسف والمجاوزة من حيث طبيعة كل منهما.

١- يعتمد التعسف في الأصل على وجود الحق، وهذا يقتضي مشروعية الفعل اللازم لاستعماله ابتداءً؛ لأنَّ ما تفرعَ عن المشروع مشروع بالضرورة، وبالتالي متى كانَ الاستعمال نفسه مُخلاً من حيث الباعث عليه، أو من حيث ما يلزم عنه من نتيجة، خرجَ عن وصفه الشرعي بكون المستعمل لحقه مُتعسفاً، ومتى تجرد الفعل عن ذلك عاد الفعل إلى وصفه من المشروعية... وأما الفعل في مجاوزة الحق أو الاعتداء فهو غير مشروع لعيب في ذاته؛ وذلك لعدم استناده إلى حق أصلاً، فالفعل هنا محظور، إلا ما وقعَ عليه الاستثناء، كما في حالة الضرورة [3] , أو في حال إباحته بسبب شرعي آخر.[4]

---

(١) بل ويشمل القانون العام أيضاً إذ يمكن القول بأن هناك إساءة استعمال حق الحريات أو حق الاجتماعات وغيره.. انظر: المذكرة، إعداد: المكتب الفني، ج١/ص٨٦ .

(٢) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٤٧-٤٨ .

(٣) كمن اضطر إلى أخذ طعام غيره لدفع أذى الجوع عن نفسه، ولكنه لا يعفى من ضمان البدل بالمثلي أو القيمي، وهذا رأي الجمهور من غير المالكية؛عملاً بقاعدة: " الاضطرار لا يبطل حق الغير" - نقلاً عن الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، ص٢٠-٢١ .

(٤) كما لو كان مأذوناً به شرعاً كحالة الدفاع عن النفس أو المال أو العِرض أو عند الاطلاع على بيت الآخرين من السطح، أو كان مأذوناً بحق صادر من ولي الأمر (الحاكم) كهلاك المحدود والمعزور حين إقامة العقوبات الشرعية، أو كان أمراً بالإتلاف من صاحب المال نفسه أو كان الفعل ناتجاً عن استعمال وممارسة الحق بدون تعسف، ففي هذه الحالات الأربع: لا يكون الفعل

٢- الحق يُخول صاحبه باستعماله، وأوجب الشرع الحماية له شريطة أن لا يقصد الإضرار بالغير، أو يقصد تحقيق مصالح غير مشروعة، وأما المجاوز لحدود الحق، فإنه يمنع ولو قصد إحداث نفع، كمن زرع أرض غيره، أو بنى فيها، أو غرس بدون إذنه تبرعاً.

٣- استعمال الحق يُصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير[١]. ولو كان دونَ قصد، أي لا يمنع إلا لهذا القدر من الضرر، أما المجاوزة لحدود الحق فإنه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره.[٢]

فهذه فوارق حاسمة بين حقيقة كلّ من التعسف والمجاوزة، وبالمثال تتضح تلكم الفوارق:

مثاله: الوصية: هي حق للمورث منحهُ إياهُ الشارع، فله أن يستعملها على وجه مشروع في حدود الثلث؛ تحقيقاً لمصلحةٍ مشروعة: كالبر والثواب، وبالتالي إذا أوصى بما زاد عن الثلث، يُعد مُتجاوزاً لحدود حقه، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق، فهو إذن متعدٍ لا متعسف.. وأما إذا أوصى بالثلث أو بما دونه، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد، اعتبرَ متعسفاً؛ لأنَّ أصل الفعل مشروع، لاستناده إلى حق ثابت له في الشرع، لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق له، ولكن استعمله لا بقصد تحقيق تلك الحكمة، بل للإضرار بالورثة. وبهذا اتضح الفرق بين حقيقة كل من التعسف والمجاوزة.[٣]

ثانياً: الفرق بين التعسف والمجاوزة من حيث الجزاء.

مستوجباً لضمان المال أو النفس؛ عملاً بقاعدة: " الجواز الشرعي يُنافي الضمان " - انظر: المرجع السابق، ص٢١.

(١) عرفت مجلة الأحكام العدلية الضرر الفاحش مادة (١١٩٩): هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية، أي المنفعة الأصلية المقصودة من البناء،كالسكنى أو يضر البناء، أي يجلب عليه وهناً ويكون سبب انهدامه" وهذا الضرر ممنوع بغض النظر عن نية صاحب الحق- أو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف، ص٤٨ .

(٢) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٤٧-٤٨.

(٣) الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، ط١، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، ١٩٨٤م، ص١٢٧-١٣٢ .

١- مجاوزة الحق: اعتداء وظلم، ويترتب عليه جزاءان:
دنيوي؛ بإزالة آثار التعدي، والتعويض، وقطع سبب الضرر..
وأخروي؛ يتمثل بالإثم والعقاب، وقد يكون دنيوياً فقط إذا وقع الاعتداء على المال خطأ دون قصد.
٢- جزاء التعسف في التصرفات القولية والفعلية ، على قسمين هما :-
القسم الأول : بصورة عامة .
أ- التعسف في التصرفات القولية، نتيجة لباعث غير مشروع، ولتحقيق مصلحة غير مشروعة، كهبة المال (صورياً) قرب نهاية الحول؛ لإسقاط الزكاة، فهذا له جزاءان: أخروي، هو الإثم، ودنيوي؛ بإبطاله، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف[١].
ب- التعسف في التصرفات الفعلية، فإذا قصد الإضرار فله جزاءان: الدنيوي؛ بإزالة الضرر بالتعويض، لأن الواقع لا يرفع، وبقطع سببه؛ منعا لاستمراره في المستقبل.. وأخروي؛ لقصده الإضرار ولو لم يقع الضرر فعلاً, فهذا مخالف لمقاصد الشارع في تشريع الأحكام .
القسم الثاني: بالنظر إلى مآل التصرف.
أ- التصرف الفعلي ونتيجته، دون قصد إلى ذلك المآل الممنوع، فالجزاء دنيوي فقط، بمنع مباشرة سببه، وبإزالة آثار الضرر عيناً أو تعويضاً حسب الأحوال.
ب- وأما التصرف القولي فيبطل، كنكاح التحليل[٢].
رابعاً: قصور ضابط التعدي والخطأ عند القانونين عن استيعاب حالات التعسف:[٣]
نرى في ذلك ترجيح ما ذهب إليه الدكتور فتحي الدريني، من حيث القول باستقلالية نظرية التعسف، وأن ليس للتعدي بطريق التسبب في الفقه أو (الخطأ) القانوني دوراً في هذه الحالة؛ وذلك للاعتبارات الآتية:-

---

(١) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق،ص٤٩– وعيسوي، أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، سنة(٥) جامعة عين شمس، ١٩٦٣م، عدد(١)ص٧١ .
(٢) المراجع السابقة.
(٣) هذا ما تبناهُ الدكتور فتحي الدريني، في تأصيل التعسف انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص٢٨ .

١- إن نظرية التعسف قائمة على الموازنة بين المصالح المتعارضة بالنظر إلى المقاصد، والموازنة بين المصالح والمفاسد بالنظر للواقع فإذا غلبت المفاسد وجب منع الفعل.
٢- التعسف يكون في فعل مشروع في الأصل لذاته، وهو بخلاف التعدي الكائن في فعل غير مشروع في الأصل، وبخلاف الخطأ؛ إذا يقع التعسف حتى ولم يتحصل عنه أضرار[١].

وبعد هذا العرض المتقدم في تكييف التعسف فإن ما يقابله هو المضارة بالحقوق من الناحية الفقهية أو الاستعمال المذموم من الناحية الأصولية، وليس التعسف من قبيل مجاوزة الحد إذ ثمت فروقاً بين التعسف والمجاوزة، كما أنه ليس من باب التعدي، لأن التعسف يكون في فعل مشروع في الأصل لذاته، خلافاً للتعدي الكائن في فعل غير مشروع في الأصل، وهو بخلاف الخطأ عند القانونيين لأن التعسف قد يقع ويترتب عليه أضرار وقد يقع التعسف من غير أضرار كما هو الحال في نكاح التحليل.

وذلك يدلل على استقلالية نظرية التعسف وجعلها من باب المضارة أو الاستعمال المذموم، ومأتى الذم هو كيفية هذا الاستعمال وتوجيهه بالنظر إلى نية المستعمل لحقه أو بالنظر إلى مآلات الاستعمال كما سيأتي بيانه في المعايير التي ينضبط بها التعسف.

---

(١) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق،ص٦٤-٦٨.

المبحث الثاني

التعريف بالنكاح : حقيقته ومقوماته

المطلب الأول

التعريف بحقيقة النكاح لغةً واصطلاحاً

أ. النِّكَاحُ لغةً: هو التَّزْويْجُ. وهو الضم والجمع، ومنه تناكحت الأشجار، أي انضم بعضها إلى بعض[1]. والنكاح يأتي بمعنى الوطءُ والعقد [2].ومنه الزواج: فيقال: زَوْجُ المرأة: بعلها. وزَوجُ الرجل: امرأته، وهو الاقتران[3].قال الله تعالى:(اسْكُنْ أنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ)[4]. أي قرناهم فيها...

ب. وأما النكاح اصطلاحاً: فهو: حل الوطء [5].وقيل هو: الاستباحة والتزويج.[6]

وقيل هو: عقد الرجل على امرأة تحل شرعاً، بحيث يفيد حل استمتاع المرأة بالرجل. [7]

هذا وقد عرف قانون الأحوال الشخصية الأردني الزواج بنص المادة (٥) : (الزواج: عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، لتكوين أسرة وإيجاد نسل).

---

(١) الصاحب بن عباد، المحيط في اللغة، ج١/ص١٧٤ . الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط١، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت، ج٢/ص١٩٤ .

(٢) الفيروز آبادي، محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج١/ص٣١٤، فصل (النون).

(٣) الجوهري، الصحاح في اللغة، ج١/ص٢٩٥ .

(٤) سورة البقرة: الآية رقم (٣٥) .

(٥) الكاساني، علاء الدين أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢/ص٢٦٩ .

(٦) الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، ج٩، ص٢٣٨ .

(٧) تاج، عبد الرحمن، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص١٣ .

وهذا تعريف جيد للزواج حيث أنه أشار إلى صيغة العقد، كما أشار إلى الغاية من العقد وهي تكوين أسرة وإيجاد نسل من طريق ديمومة الزواج.

المطلب الثاني

مقومات عقد النكاح

بعد أن يستكمل الرجل المُقدم على الزواج مقدمات النكاح من خِطبة ورؤية المخطوبة وحصول التعارف، ويكون التوفيق بالاختيار الصحيح لكل من الخاطبين الآخر، تأتي مقومات عقد النكاح حتى يدخل كل منهما في حيز الشرعية من طريق إبرام عقد النكاح وهي:-

العاقدان والمعقود عليه وصيغة العقد [1] ,وتعد الصيغة (الإيجاب والقبول):هي ركن عقد الزواج[2].

وذلك لأن بهما يرتبط أحد العاقدين بالآخر, والركن: هو جزء من ماهية الشيء، أو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكانَ داخلاً في حقيقته[3].

المطلب الثالث

---

(1) الخرشي، أحمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، ط١، دار الفكر، بيروت، د.ت، ج٣/ص١٧٤.- الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٨/ص١١- الجزيري، عبد الرحمن بن محمد، الفقه على المذاهب الأربعة، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٤/ص٢٣ .

(2) لما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه اقتصر أكثر الفقهاء في بيان أركان الزواج على قولهم أركان الزواج هي (الإيجاب والقبول)- انظر: خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص٢١.

(3) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (توفي: ٧٩٣هـ)، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، د.ط،ت، ج٢/ص١٠٥ .

الكفاءة من الشرائط اللازمة لإتمام عقد النكاح

وتحقيق مقاصد الزواج

يأتي معنى لزوم العقد وشرائطه بكون عقد الزواج عقداً لازماً، ليس لأحد أن ينفرد بفسخه [١] ,لأنه لا يمكن تحقيق مقاصد الزواج الشرعية إلا إذا كان عقد الزواج لازماً، فحل الاستمتاع وما ينتج عنه من نسل، وما يترتب على ذلك لا يكون إلا مع لزوم العقد، والرضا عنصر أساسي في إنشاء عقد الزواج، فإذا تخلل الرضا إكراه أو خديعة أو تدليس، كان الرضا في هذه الحالة غير تام، وكان للعاقد الآخر الحق بالفسخ، فمن هنا نفهم معنى شروط اللزوم في عقد الزواج، فهي الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد واستمراره بحيث لا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما الحق بفسخ العقد بعد أن توفرت شروط انعقاده وشروط صحته ونفاذه. [٢]

وإن من الشروط اللازمة لإتمام العقد (الكفاءة) , والكفاءة : هي المساواة والمماثلة، وفي النكاح يقصد منها: المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة، يعد الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية[٣]. والكفاءة في النكاح معتبرة بين الزوجين وخاصة في الزوجة والأولياء سواءً اعتبارها من النواحي الدينية أو الاجتماعية أو الصحية وغيرها، ومن أدلة اعتبارها ما يلي:

قوله صلى الله عليه وسلم:" تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم"[٤].

---

(١) ويُقصد بالفسخ: نقض العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن .
(٢) سمارة، محمد، أحكام وآثار الزوجية،ص١١٢.
(٣) أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، ص١٥٦ .
(٤) الحاكم، المستدرك على الصحيحن، ج١٧٠٦/٢، رقم (٢٦٨٧) كتاب النكاح. وقال: الألباني في السلسلة الصحيحة الحديث (صحيح).

وقوله عليه السلام :" ثلاثة لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤا"[1].

وجه الدلالة : حيث إنَّ في نكاح غير الكفء عاراً يدخل على الزوجة والأولياء وعضاضة تدخل على الأولاد يتعدى إليهم نقصاً، فكان لها وللأولياء دفعه عنهم وعنها.[2]

قال الشيخ زكريا بن محمد: ((والكفاءة المعتبرة في النكاح لدفع العار والضرار وهي في السلامة من العيوب المثبتة للخيار وفي الحرية والنسب والدين والصلاح والحرفة))[3].

وسأتناول شرط لزوم عقد النكاح (الكفاءة) من الناحية الدينية والصحية في فرعين هما:-

الفرع الأول

التغرير بالكفاءة

من ناحية الاستقامة الدينية

يقول ابن قدامة : ((فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أنها في الدين معتبرة[4].

وقال: ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر، وبالجملة من فاسق - أن لها أن تمنع نفسها من النكاح[1].

---

(1) المقدسي، ضياء الدين محمد بن عبد الله، الأحاديث المختارة مما لم يخرجاه مسلم والبخاري في صحيحيهما، ط3، دار خضر، لبنان، ج2/ص313، رقم(643) وقال: رواه النسائي عن قتيبة بن سعد (إسناده حسن).

(2) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (توفى: 450هـ) الحاوى الكبير، ط1، دار الفكر، بيروت، د.ت، ج9/ص249 .

(3) زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج3/ص137 .

(4) إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين.. انظر: ابن قدامة، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3/ص42 .

وبناءً على ما تقدم فإن من الأوصاف المعتبرة في الكفاءة ناحية الاستقامة الدينية، وهذا يقتضي سلامة نية المقبل على الزواج من أن دلالة حاله يقصد من زواجه الاستقرار والسكن وبناء الأسرة، وهذا يعرف من كون الخاطب سويٌ من الناحية الدينية والأخلاقية من خلال سؤال أهل الفتاة عنه، تفادياً من الإضرار بسمعة الفتاة وأهلها.

وقد جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني تحت عنوان الكفاءة في الزواج المواد من ٢١ – ٢٣ ما نصه:(٢)

(المادة : ٢١):

أ- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في التدين والمال ، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة.

ب- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي ، وتراعى عند العقد ، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.

(المادة ٢٢) :

أ. إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض .

ب.إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤٌ ثم تبين أنه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج فإن كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ.

(المادة ٢٣) : يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج.

غير أن المريض[٣] , قد يتعسف بزواجه مناقضاً مقصود الشارع من الزواج وهو حصول ديمومته واستقراره، ومن ذلك: زواجه بنية التطليق أو بنية التحليل، وهذا يجعل من المريض غير سوي من الناحية الدينية، لمخالفته مقصود الشارع من الزواج ,وفي ذلك حالات :-

---

(١) المرجع السابق نفسه .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل لسنة ٢٠١٠م.

(٣) مثل هذه الحالات يشترك فيها الصحيح والمريض في التعسف باستعمال الحق.

الحالة الأولى
زواج المريض بقصد الإضرار بالمرأة
من طريق تطليقها

يجب على المقدم على الزواج أن يكون مقصوده الاستقرار وإقامة المودة والألفة في الزواج بتحصيل مقاصد الزواج الشرعية، غير أنه هناك من يستعمل حقه بالزواج متعسفاً بمناقضة مقصود الشارع من الزواج، كالزواج بنية الطلاق؛ لأجل الإضرار بها أو أهلها، والعمل الذي لا يحصل به المقصد الشرعي، أو يحصل به ما يخالف قصد الشارع فهو غير مطلوب ولو كان في ظاهره صحيحاً، إذ العبرة بالمعاني دون المباني ولذا يقول العز بن عبد السلام: (كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل)[1].

ويؤكد ذلك الشاطبي عندما قرر في الموافقات [2],حيث إن عملَ المكلف إذا خالف قصد الشارع يعتبر باطلاً[3].

فالشرع أباح الزواج لمقصد حفظ النسل، وبقاء نوع الإنسان فإذا أراد الإنسان تحقيق القصد التابع وهو قضاء الشهوة بصورة تناقض المقصد الأصلي وهو بقاء النسل فعمله حينئذ مردود وباطل، وهذا حال فيمن تزوج بنية الطلاق سواءً قصدَ الإضرار بالزوجة أو بأهلها أو لم يقصد، وذلك بالنظر إلى مآل التصرف بكونه مناقضاً لمقصود الشارع من الزواج، وهو حصول ديموته بالاستقرار والسكن والإنجاب، وهذا منتفي، فيكون استعمال المريض حقه في الزواج بنية الطلاق من باب التعسف في استعمال الحق، والذي يجب أن يعامل بنقيض عمله، إذ الناظر والمتأمل يجد عدم توافق هذا الزواج بوضعه المعاصر مع مقاصد الشارع وما جاء باعتباره، فلا يختلف حال من أراد من زواجه التطليق عن حال الفاسق شارب الخمر وغيره، ولذلك يجب على الولي قبل الموافقة على تزويج الفتاة أن ينظر إلى حال الخاطب نظرة متفحصة، تفادياً من لحوق الضرر بهم, وبهذا يقول ابن عرفة:"وإنه

---

(1) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأيام، ج٢/ص١٤٣ .

(2) الشاطبي، الموافقات، ج٣٣٣/٢ .

(3) الزواج بنية التطليق جائز على رأي جمهور الفقهاء .. أنظر: آل منصور، صالح بن عبد العزيز، الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة الإسلامية، ط١، دار ابن الجوزي، السعودية، ١٤٢٨ هـ.

كفؤها في الدين، أي التدين والعمل بالأحكام الشرعية بحيث لا يكون فاسقاً"[1].

الحالة الثانية

زواج المريض بقصد التحليل

إن الشريعة الإسلامية لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرر ذلك الحق من أجلها لأنه تعسف، ومن ذلك استعمال حق الزواج لأجل تحليل الزوجة لمطلقها الأول[2]. فهذا تعسف؛ لتحريم نكاح التحليل وإبطاله على الرأي الراجح [3].واستناداً لحديث النبي –صلى الله عليه وسلم-: " لعن الله المحلل والمحلل له " [4].

فهذا دليلٌ على أن استعمال الحق يجبُ أن يكون في الغرض الذي شرعَ لأجله، ولو لم يترتب عليه ضررٌ بأحد، وإبطاله إنما جاء من جهة أنه مخالف للحكمة الغائية التي قررت له، وهي الغرض الاجتماعي الذي تقرر لأجله عقد الزواج، فالتعسف حقيقة المناقضة لمقصود الشارع، سواء ترتب عليه ضرر بالغير أم لا. [5]

قال ابن تيمية في بيان وجه مناقضة قصد المحلل لقصد الشارع، وأن المناقضة هي علة الإبطال ((وقصد المحلل ليس بقصد الشارع، فإنه إنما قصد الرد إلى الأولى، وهذا لم يقصده الشارع، فقد قصد ما لم يقصده الشارع، ولم يقصد ما قصده، فيجب إبطال قصده بإبطال وسيلته

---

(1) ابن عرفة، محمد بن أحمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢/ص٢٢٦ .

(2) الشاطبي، الموافقات في أصول التشريع، ج٣/ص٣١ .

(3) برأي جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة ومن وافقهم وخلافاً للحنفية ومن وافقهم من كون العقد صحيح وأما شرط التحليل ففاسد..وللتفصيل في المسألة انظر: الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق،ص٢٥٩- ٢٦٢.

(4) الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ج٢،٩٠٨،رقم(٥٠٩٧) وقال: الحديث صحيح.- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج٧/ص٣٢٩، رقم(١٤١٨٦) باب: ما جاء في نكاح المحلل .

(5) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص٢٦٢.

)) [1]. وقال الدكتور فتحي الدريني: ((ليس الضرر دائماً هو علة التعسف، بل وقد يبطل التصرف الشرعي القولي من العقود، ولا تترتب عليه آثاره، دون النظر إلى واقعة الضرر إطلاقاً أو احتمال وقوعه، كما في نكاح التحليل، فإنه على رأي المحققين باطل، لمخالفته للغرض الاجتماعي الذي من أجله شُرِعَ النكاح)). [2]

الحالة الثالثة

زواج اللوطي

والمدمن على الكحول والمخدرات

كما تقدم الزواج حق للمسلم البالغ العاقل، لكن لو كان الرجل فيه خصلة اللواط أو الإدمان، ولم يتب عن فعله، فإنه بلا شك يكون قد استعمل حقه بالزواج مُتعسفاً؛ لأن فعله سينعكس سلباً على الحياة الزوجية، بالذي يهدد استقرارها وبقائها, لذلك جاءت المادة (٢١) بفرعيها (أ، ب) تقرر اشتراط الكفاءة, كما سبق.

وجاء في الفتاوى واستشارات الإسلام اليوم: فإذا تزوج المرأةَ رجلٌ خفيف الدين، وخفة هذا الدين تضرها، كما لو كان يتعاطى الخمر أو المسكرات والمفترات، فالعقد صحيح إذا كان عفيفًا مصليًا، لكن إذا كانت تتضرر فلها الفسخ[3].

وهذا في حال إذا اشترطت الزوجة أو وليها أن يكون الزوج كفؤاً، وتبين أنه ليس بكفء أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم اتضح أنه غير كفء، كان للزوجة أو الولي حق الاعتراض وفسخ الزواج[4].

أما إذا لم تشترط وتزوجها غير الكفء، فإن حقها وحق الولي بالاعتراض يسقط، لأنهما قصرا في البحث عن كفاءته، كما يسقط الحق بالاعتراض متى حملت منه، وعلى هذا جاءت نصوص قانون الأحوال الشخصية الأردني،السابقة الذكر.

---

(١) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج٣/ص٥٧ .

(٢) ويبطل التصرف القولي في عقود السفيه، إذ يحجر عليه لتعسفه في حق نفسه، ولو لم يلحق بالغير ضرراً مباشراً، انظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص٣١، وللدريني أيضاً في نظرية التعسف، ص٤٢.

(٣) العدد ١١ من المجلة، ص١٦٢ .

(٤) السرطاوي، محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص١١٧ .

الفرع الثاني
التغرير بالكفاءة من الناحية الصحية
مسألة :
زواج من به جذام أو برص

إن الأصل أن يكونَ الزوجان خاليين من العيوب التي لا يمكن أن يتحقق الغرض من عقد الزواج مع وجودها، لكن هل هذا يمنع من الزواج؟

اختلف الفقهاء في قضية الكفاءة ومنها السلامة من العيوب على قولين:-

القول الأول: جمهور الفقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والحنابلة[٣]:

فقالوا: السلامة من العيوب كالجذام [٤],والبرص[٥], وغيره، ليست شرطاً في الكفاءة.

قال ابن عابدين:"ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يُفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر"[٦].

وقال ابن قدامة:" وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فأنه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء لأن ضرره مختص بها ولوليها منعها من نكاح

---

(١) السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج٣/ص٢٩٥ .- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٣/ص٩٣ .

(٢) الخرشي، محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج٣/ص٢٠٥ .-الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢/ص٢٢٦ .

(٣) أبي القاسم، عبد الرحمن بن عمر البصري الضرير، الواضح في شرح الخرقي، ج٢/ص٥٦٠.- ابن قدامة، المغني، ج٧/ص٣٧٤.- الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على متن الخرقي، ج٣/ص١٤٥ .

(٤) الجذام: هو مرض يصيب الجلد فيتشقق الجلد ويتقطع اللحم ويتساقط.. انظر: السيدابي، ناصر المكارم الخوارزمي، توفي ٦١٠ هـ، المُغرب في ترتيب المُعرب، د.ط.ت، دار الكتاب العربي، بيروت، ج١/ص٧٨ .

(٥) البرص: هو مرض يصيب الجلد فيطبق عليه بياضاً .. انظر: أبي الفتح، محمد الحنبلي، المطلع على أبواب الفقه، د.ط، المكتب الإسلامي ، بيروت، ١٤٠١هـ، تحقيق: د. بشير الأدلبي، ج١/ص٢٠٥ .

(٦) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٣/ص٩٣ .

المجذوم والأبرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة"[1].

القول الثاني : الشافعية[2] ,حيث قالوا: السلامة من العيوب تقتضي براءة الرجل من العيوب التي توجب الخيار للمرأة في الزواج كالجذام والبرص وهذا شرط عندهم ,لأن النفس تعاف من به عيب منها، كما أن وجودها يحدث خللاً في مقصود الزواج من حيث السكن... قال الماوردي:" والسلامة من العيوب من الشروط التي تعتبر بها الكفاءة السلامة من العيوب"[3].

وقال النووي:" وأما السلامة من العيوب فهي معتبرة في الكفاءة، والعيوب في الرجال الجنون والجذام والبرص والجب والعنة"[4].

والذي أذهب إليه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن السلامة من العيوب كالجذام والبرص وغيره، ليست شرطاً في الكفاءة، فيصح معها الزواج ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء لأن ضرره مختصٌ بها.

وبناءً على ما تقدم فإن الزواج على رأي جمهور الفقهاء حقٌ للمريض المصاب بمرض الجذام أو البرص، غير أن ممارسة هذا الحق يجب أن تكون بعد تعاطي أسباب الشفاء من تلك الأمراض، والتي يصعب التعايش معها، حرصاً على ديمومة الزواج واستقراره فيما بعد، لأن مرض الجذام مرض منفر للحديث: " فر من المجذوم فرارك من الأسد"[5].

ولأن مرض البرص مرض معدي وقد يسري للأولاد، لذلك لابدا من ضرورة العلاج المتاح طبياً ابتداءً قبل الزواج، غير أن المريض قد يستعمل حقه بالزواج قبل العلاج ومستغلاً نفوذه أو أمواله وظروف الفتاة المعيشية الصعبة فيدفعها للموافقة على الزواج، فيكون المريض بذلك قد تعسف باستعمال حقه، لما سيلحق بالزوجة من أضرار.

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج٧/ص٣٧٤.-

(2) أبو الحسين، يحيى بن أبي الخير اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج٩/ص٢٠٣ .- الماوردي، علي بن محمد، الحاوى الكبير، ج٩/ص٢٥١ .- النووي، يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، ج١٦/ص١٨٩ .

(3) الماوردي، علي بن محمد، الحاوى الكبير، ج٩/ص٢٥١ .

(4) النووي، يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب، ج١٦/ص١٨٩ .

(5) الإمام أحمد، المسند، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، ج٢/ص٤٤٣، رقم(٩٧٢٠)تعليق شعيب الأرنؤوط: صحيح.

المبحث الثالث

حقيقة المقاصد وعلاقتها بضرورة حفظ النفس والمصلحة الشرعية

المطلب الأول

التعريف بحقيقة المقاصد لغة واصطلاحاً

أولا : المقاصد لغة

فالمقصد لغة يعني: الاعتزام؛ والتوجه، والنهوض نحو الشئ، على اعتدال كان، أو جور، فقصدت الشئ له، واليه، قصدا، من باب(ضرب) طلبته بعينه وإليه قصدي، ومقصدي، بفتح الصاد، والجمع مقاصد[١].

فنظرية " المقاصد " تبحث في المضامين القيمية للخطاب الشرعي؛ واختص المقصد بهذا المعنى باسم " الحكمة": وهو ضد الفعل " لها "[٢].

وهذا هو المراد في هذا البحث .

ثانياً :المقاصد اصطلاحاً

أما اصطلاحا فالمقاصد اصطلاحا؛ فقد كان قدامى العلماء يعبرون عن كلمة " مقاصد الشريعة "بتعبيرات مختلفة، وكلمات كثيرة، تتفاوت من حيث مدى تطابقها مع مدلول المقاصد الشرعية ومعناها ومسماها، لهذا لم يبرز على مستوى البحوث والدراسات الشرعية، والأصولية، تعريف محدد ومفهوم دقيق للمقاصد، يحظى بالقبول والاتفاق، من قبل كافة العلماء أو اغلبهم، أما المعاصرون؛ فقد ذكروا تعريفات تتفاوت في جملتها من حيث الدلالة على معنى المقاصد ومسماها. [٣]

---

(١) – ابن منظور : لسان العرب ، مادة قصد ، ج ٧ ص ٣٥٥ . الفيومي ، احمد بن محمد : المصباح المنير ، ، ج ٢ ص ٥٠٤ ، مطبعة مصطفى حلبي.

(٢) – أنظر : عبد الرحمن ، طه : تجديد المنهج في تقويم التراث ، ص ٩٨ ، ط ٢ ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء . جحيش ، بشير بن مولود : في الاجتهاد التنزيلي ، ص ٧٠ و ٧١ .

(٣) – الخادمي : الاجتهاد المقاصدي حجيته وضوابطه ، ج ١ ، ص ٤٧ . سانو : معجم مصطلحات أصول الفقه ، ص ٤٣١ – ٤٣٤.

لهذا فالمتتبع لمن كتب في المقاصد من الأوائل، لا يكاد يقف على تعريف محدد لمصطلح المقاصد، كأمثال العز بن عبد السلام، والشاطبي، حيث حرم هذا المصطلح عند قدماء الأصوليين، من إعطاء حد له، حتى من الشاطبي نفسه، ويعود ذلك إلى عدم تبلور علم المقاصد كمبحث مستقل في أصول الفقه في زمنهم، حيث كان مبثوثا في ثنايا مباحث المناسبة، والمصلحة، والاستحسان، وسد الذرائع، أما الشاطبي، فرغم كونه صاحب النقلة النوعية لعلم المقاصد، بما قعد له، وفصل فيه وجعله مبحثا مستقلا من مباحث أصول الفقه، لا يقل عن المباحث الأخرى إن لم يفقها، إلا أن الرجل لم يكن معنيا بالحدود والرسوم، بل كان يرنو إلى مشروع تجديدي لأصول الفقه موجه للعلماء، فهو إذا لم يعمد إلى وضع حد، أو رسم للمقاصد، بل بدأ مباشرة ببيان المقاصد من خلال بيان أقسامها، وقسمها إلى قسمين: قصد الشارع، وقصد المكلف، وهذا التقسيم عند الشاطبي: يجمع مدلول المقاصد الذي يمتد ليشمل المقاصد المصلحية والدلالية للخطاب الشرعي والمرتبطة في تحققها واقعا بامتثال المكلف(١).

لهذا يقول الشاطبي : " ألا ينظر فيه نظر مفيد أو مستفيد حتى يكون ريان في علوم الشريعة، أصولها وفروعها منقولها ومعقولها، غير مخلد إلى التقليد والتعصب للمذهب"(٢).

غير أن المحدثين ممن انتهضوا لتناول المقاصد، وصياغة نظريتها بقالب حديث، لم يفوتهم أن يعرفوا المقاصد الشرعية، وعلى رأس هؤلاء يأتي محمد الطاهر بن عاشور، وعلال الفاسي، وأحمد الريسوني، ونور الدين الخادمي، وأحمد بوعود وغيرهم من علماء المقاصد، حيث أن جميع هذه التعريفات للمقاصد الشرعية تدور حول : المعاني، والحكم، والأهداف، والغايات، والأسرار الملحوظة في الأحكام الشرعية، المترتبة عليها سواء أكانت تلك المعاني حكما جزئية، أم

---

(١) – جحيش ، بشير بن مولود : في الاجتهاد التنزيلي ، ص ٧١ – ٧٢ ، كتاب الأمة العدد رقم ٩٣، ط ١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، ١٤٢٤هـ -٢٠٠٣م .

(٢) – الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة ، ج ١ ، ص ٢ .

مصالح كلية، أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد، وهو تقرير عبودية الله تعالى، ومصلحة الإنسان في الدارين[١].

يقول الزرقا عند حديثه في – روح الشريعة الإسلامية وواقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي:- " هذه هي الخطوط التي تصور لنا روح الشريعة الإسلامية استيحاء من أصولها ومنهجها التطبيقي وأحكامها، خطوط ثلاث، تلقي الظلال والألوان على الصورة، فتكسبها وضوحا، وبروزا، وهي: الاستحسان، والمصالح المرسلة، ثم المبادئ الإنسانية، ثم التمسك بالمقاصد، والتسامح بالوسائل المتطورة، فقال:(المراد بالمقاصد معناها الاجتماعي وهو كل ما هو ضروري لإقامة الحياة الصالحة – هذه هي الخطوط الرئيسية لروح الشريعة الإسلامية الدالة على أصالة وثبات واستجابة لحاجات الزمن وعمق بالجذور، لكن ضيعه وعزله عن الحياة اليوم أبناء عققة جهلوا تراثهم والمرء عدو لما جهل)[٢].

ويقول الغزالي:" مقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وهذه الأصول الخمسة، حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح"[٣].

ويقول الشاطبي : " إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا، وتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام، أن تكون ضرورية، أو حاجية، أو تحسينية"[٤].

ويقول محمد الطاهر بن عاشور: " مقاصد التشريع العامة؛ هي المعاني الملحوظة للشارع بجميع أحوال التشريع أو معظمها، ولا

---

(١) – أنظر : الشاطبي: الموافقات , ج ٢ ، ص ١٠.ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص٥١ . الفاسي ، علال : مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص ٣ ، الدار البيضاء ، مكتبة الوحدة العربية . الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ١٩ . الخادمي : الاجتهاد المقاصدي حجيته ضوابطه ، ج ١ ، ص ٥٢ – ٥٣. بوعود ، أحمد : فقه الواقع ، أصول وضوابط ، ص ١٤٤ – ١٤٨ ، كتاب الأمة ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، العدد ٧٥ ، ١٤٢١ هـ .

(٢) – الزرقا : روح الشريعة الإسلامية ، ص ١١ – ١٦ .

(٣) – الغزالي : المستصفى ، ج ١ ، ص ٢٨٧ .

(٤) – الشاطبي : الموافقات ، ج ٢ ، ص ٦ و ٧ .

تختص ملاحظتها بالكون بنوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل بها أوصاف الشريعة، وغايتها العامة؛ والمعاني التي يلاحظها التشريع، ومعاني ليست ملحوظة بسائر أنواع الأحكام لكنها ملحوظة بأنواع أخرى، ومنها حفظ نظام الأمة، واستدامة صلاحه بصلاح الإنسان"[١].

أما مقاصد التشريع الخاصة فهي: الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة، كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة، إبطالا عن غفلة، أو استرسال هوى، وباطل شهوة، ويدخل في ذلك: كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس، ومقصود الناس في تصرفاتهم في المعاني التي لأجلها تقاضوا أو تصالحوا.[٢]

والمقاصد هي: المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها[٣].

وعرفها محمد الزحيلي فقال:"المقاصد هي الغايات والأهداف والنتائج والمعاني التي أتت بها الشريعة الغراء وأثبتتها الأحكام الشرعية، وسعت إلى تحقيقها في كل مكان وزمان"[٤].

كما عرفها بشير بن جحيش, فقال:"القيم المصلحية المغيَّاة من الأحكام الشرعية، والمرتبطة في تحققها واقعا بالقصد الإرادي من المكلف"[٥].

وعرف العالم الأهداف بالمقاصد, فقال: "المراد بأهداف الشريعة، مقاصدها التي شرعت الأحكام لتحقيقها، ومقاصد الشارع هي: المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم، سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع، أو عن طريق دفع المضار"[٦].

كما عرفها الخادمي بقوله : " المقاصد هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية، والمترتبة عليها، سواء أكانت تلك المعاني حِكما جزئية، أم مصالح كلية، أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد، هو: تقرير عبودية الله، ومصلحة الإنسان في الدارين"[٧].

---

(١) – ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص٥١ و ٦٣ .
(٢) – المرجع السابق نفسه ، ص ١٤٦ . .
(٣) – المرجع السابق نفسه ، ص ١٤٥ .
(٤) – الزحيلي ، محمد : مقاصد الشريعة ، ص ٣٠١.
(٥) – جحيش : في الاجتهاد التنزيلي ، ص ٧٥ .
(٦) – العالم : المقاصد العامة للشريعة ، ص ٧٩ .
(٧) – الخادمي : الاجتهاد المقاصدي ، ج ١، ص ٥٢ – ٥٣.

هذا ويمكن تعريف المقاصد بأنها:مجموعة من المؤيدات الغائية, التشريعية, والعلمية, والتي تخلق في نفوس المكلفين سهولة الانقياد للأحكام الشرعية, والالتزام بها.

حيث نستطيع القول بأن المقاصد التشريعية الغائية هي مؤَيِّدات ومؤَيَّدات في آن واحد :-

فالمقاصد هي مؤَيِّدات تشريعية, جاءت لتأييد الأحكام النظم الإسلامي ,بمعنى أن تلك المقاصد التشريعية جاءت مؤيِّدة ومقويِّة لمنظومة الأحكام الإسلامية عموماً , مما يخلق في نفس المكلف سهولة الالتزام, والانقياد .

كما أن تلك المقاصد التشريعية , تأتي مؤَيَّدة من قبل تلك المنظومة من الأحكام التشريعية.

وبالنتيجة , فأحكام النظام التشريعية الإسلامية : هي لتأييد المقاصد , وكذلك فالمقاصد جاءت لتأييد تلك النظم والأحكام الشرعية.

لهذا ومن خلال التعريف السابق للمؤيدات التشريعية , فإنه يمكن أن أضيف إلى هذا التعريف عبارة : لتعطي تلك الأحكام الشرعية قوة التأييد لتلك المقاصد الغائية , فيسهل التنفيذ , والالتزام.

ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة بالمقاصد

لقد أشار الخادمي في كتابه " الاجتهاد المقاصدي " إلى التعبيرات والاستعمالات لكلمة المقاصد التي استعملها العلماء قديما وحديثا ليعنوا بها مراد الشارع، ومقصود الوحي، ومصالح الخلق، وليسهموا بها في تكوين مادة هذا الفن الجليل، وصياغة نظريته العامة، وبنائه المتناسق، وهذه التعبيرات والاستعمالات لكلمة المقاصد هي:[1]

أولا: الحكمة المقصودة بالشريعة من الشارع.

ثانيا: مطلق المصلحة.

ثالثا: نفي الضرر ورفعه وقطعه.

رابعا: دفع المشقة ورفعها.

خامسا: رفع الحرج والضيق وتقرير التيسير والتخفيف.

---

(١) – أنظر : الخادمي : الاجتهاد المقاصدي ، ج ١، ص ٤٧ – ٥١ . الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ،ص ٢١ و ٢٥ و ٢٦ و ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ . الزرقا : روح الشريعة الإسلامية وواقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، ص ١١ – ١٦ .

سادسا: الكليات الشرعية الخمس الشهيرة؛ حفظ الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال.
سابعا: العلل الجزئية للأحكام الفقهية.
ثامنا:معقولية الشريعة، وتعليلاتها، وأسرارها.
تاسعا: المعاني.
عاشرا: الغرض، والمراد، والمغزى.
حادي عشر: روح الشريعة الإسلامية[١].

لهذا فمن المصطلحات الوثيقة الصلة بالمقاصد: - [٢]

١- العلة؛ حيث يطلق لفظ العلة بإزاء مفهومين: -

الأول : الحكمة الباعثة على تشريع الحكم، وهي مصلحة يطلب بها جلبها، أو تكميلها، ومفسدة يطلب درؤها أو تقليلها، ولما كان المراد بالعلة تعريف الحكم، والمعرف لا بد من أن يكون ظاهرا، منضبطا، كثير من هذه الحكم قد يكون خفيا، وقد لا يكون منضبطا، فلا يصلح أن يكون معرفا، مست الضرورة إلى اعتبار شئ آخر للتعريف يكون وجوده مظنة لوجود تلك الحكمة، وهي المفهوم الثاني لكلمة علة فتكون الوصف الظاهر المنضبط الذي يكون مظنة وجود الحكمة.

الثاني: الوصف الظاهر المنضبط الذي يكون مظنة وجود الحكمة والمقصد[٣].

وقال الإسنوي في تعريفه للعلة: " هي المعرف للحكم"[٤].

وقد عرفها عبد الوهاب خلاف فقال: " العلة هي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل، وبناء على وجوده في الفرع يسوى بالأصل في حكمه "[١].

---

(١) – أنظر : الخادمي : الاجتهاد المقاصدي ، ج ١، ص ٤٧ – ٥١ . الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ٢١ و ٢٥ و ٢٦ و ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ . الزرقاء : روح الشريعة الإسلامية وواقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، ص ١١ – ١٦.

(٢) – احميدان ، زياد محمد : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص ٢٣ – ٢٦ ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م .

(٣) – الخضري بك ، محمد : أصول الفقه ، ص ٢٩٨ ، دار الفكر ، بيروت لبنان ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨ م .

(٤) – الاسنوي : نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي ، تحقيق : الدكتور شعبان محمد إسماعيل ، ج ٢ ، ص ٨٨٣ ، دار ابن حزم .

٢- الحكمة، وهي المعنى المقصود من شرع الحكم، و المصلحة التي قصد الشارع من تشريع الحكم جلبها أو تكميلها، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم درأها، أو تقليلها، وهو المعنى المناسب من تشريع الحكم والمقتضى لتشريعه[٢].

والحكمة هي العلم بحقائق الأشياء، وهي ما يترتب على التشريع من جلب مصلحة، أو تكميلها، أو دفع مفسدة، أو تقليلها[٣].

٣- المناسبة، والمناسب هو ما يجلب للإنسان نفعا، أو يدفع عنه ضررا [٤].

وهو المعنى المناسب من تشريع الحكم والمقتضى لتشريعه، والذي يترتب عليه منفعة المكلف ومصلحته[٥].

المطلب الثاني

أقسام المقاصد

من حيث قوتها وتأييدها في ذاتها

تنقسم المقاصد والمصالح المقصودة من التشريع الإسلامي بحسب قوة ذاتها إلى أقسام ثلاثة أو إلى درجات ثلاث هي: -

- الضروريات.
- الحاجيات.
- التحسينات (التكميليات) .

---

(١) – خلاف : علم أصول الفقه ، ص ٦٠ – ٦٣ ، ط ١٤ ، دار القلم ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م .

(٢) – الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ٢٢ ؛ نقلا عن عبد العزيز الربيعة : السبب عند الأصوليين ، ج ٢ ، ص ١٧ . بني ملحم ، بركات احمد : مقاصد الشريعة الإسلامية في الشهادات ، ص ٣٥ ، ط ١ ، دار النفائس ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م .

(٣) – سانو : معجم مصطلحات أصول الفقه ، ص ١٨٤.

(٤) – الاسنوي : نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي ، ج ٢ ، ص ٨٥١ .

(٥) – الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ٢٢ نقلا عن عبد العزيز الربيعة : السبب عند الأصوليين ، ج ٢ ، ص١٧ . بني ملحم : مقاصد الشريعة الإسلامية في الشهادات ، ص ٣٥ . سانو : معجم مصطلحات أصول الفقه ، ص ٤٤٧ بتصرف .

فالضروريات: هي التي لا بُدّ منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد، وتهارج، وفوت حياة، وحل الفساد وعمت الفوضى، واختل نظام الحياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين؛ أي لا تقوم الحياة الناس بدونها فهي ضرورية لوجود الناس ولاستمرار بقائهم ووجودهم، حيث إن فقدانها جميعا، أو فقدان أحدها يحول الحياة من إنسانية بشرية، إلى حيوانية شهوانية دنيئة.(١)

وقد ذُكرت الضروريات الخمس, بحسب ترتيب الغزالي , إلا أن بعض العلماء : كابن السبكي, والرازي, والشاطبي,قد استبدلوا ضرورة حفظ (النسب) بالنسل, ومنهم من أضاف (العِرض)سادسة إليها : كابن السبكي كذلك , والشوكاني , ودلَّلوا على هذه الإضافة أن من عادة العقلاء أن يبذلوا أنفسهم , وأموالهم دون أعراضهم , وما فدي بالضروري فهو بالضرورة أولى , وهو أحق بالحفظ من غيره ,لأن الإنسان قد يتجاوز عمن جنى على نفسه , أو ماله , ولا يتجاوز عمن جنى على عرضه , فنزولا بمفهوم الضروريات للحياة البشرية , رَجَّحَ (العِرض) كضرورة سادسة توضع إلى جانب الضرورات.(٢)

---

(١) – أنظر : الشاطبي ، الموافقات : ج ٢ , ص ٨ . ابن قدامة : روضة الناظر ، مجلد ٢ ، ص ٥٣٩ . أبو زهره ، أصول الفقه ، ص ٢٩٤ – ٢٩٥ . العالم : المقاصد العامة للشريعة، ص ٧٩ -٨٠- ٨١ . الخياط : المؤيدات التشريعية ، ص ٢٣ و ٢٤ . ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص ٧٩ - ٨٣ . جحيش ، بشير بن مولود : في الاجتهاد التنزيلي ، ص ٧٨ ، كتاب الأمة العدد رقم ٩٣ ، ط ١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، ١٤٢٤هـ -٢٠٠٣م . بوعود ، احمد : فقه الواقع ، ص ١٤٤ – ١٤٩ ، كتاب الأمة العدد رقم ٧٥ ، ط ١ ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م . أبو غده ، عبد الستار : بحوث في الفقه الطبي والصحة النفسية من منظور إسلامي ، ص ١٨٦ ، ط١ ، دار الأقصى ، ١٤١١هـ - ١٩٩١م . الريسوني ، أحمد : محاضرات في مقاصد الشريعة ، ص ١٤٩ – ١٦٤ ، ط ١ ، دار السلام ، دار الأمان ، الرياض ، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩ م . البوطي : ضوابط المصلحة ، ص ٧٢.

(٢) – انظر في ذلك : ابن السبكي , تاج الدين : جمع الجوامع (بحاشية البناني وتقريرات الشربيني) ,جزء ٢ , ص ٢٨٠ ,دار إحياء الكتب العربية . والقرافي : شهاب الدين : شرح تنقيح الفصول , تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد , ص ٣٩١ , ط١, , مكتبة الكليات الازهرية , ودار الفكر . الشوكاني : إرشاد الفحول , ص ٢١٦ . الغزالي : المستصفى , ج١ , ص ١٣٩ . ابن قدامة المقدسي : روضة الناظر , مجلد ٢ , ص ٥٣٧ . الرازي : المحصول في علم أصول الفقه , ج٢ , ص ٢١٨ . الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي , ص ٦٣ .

وأما الحاجيات فمعناها: وهي التي يحتاج إليها الناس ليعيشوا بيسر وسعة بعيدا عن المشقة والحرج والضيق، وهي مفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج، والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع تلك الحاجيات دخل المكلفين على الجملة الحرج والمشقة. (١)

ويمكن أن نُمثل لها بالرفق والتخفيف المترتبان على تشريع الرخص.

وأمّا التحسينيات فمعناها: الأخذ بمحاسن العادات، ومكارم الأخلاق، وتجنب الأحوال المدنّسات التي تأنفها العقول الراجحات، وإذا فاتت، فلا يختل نظام الحياة، ولا يصيب الناس حرج، ولكن تخرج حياتهم عن النهج الأقوم وما تستدعيه الفطر السليمة والعادات الكريمة؛ أي أن حياة الناس توجد بدونها، ولا يكون هناك عسر ومشقة إذا تخلفت، ولكن وجود هذه المصالح تجعلهم في بحبوحة من الحياة، وفي حال من النعمة؛ تجعل حياتهم كاملة. (٢)

وهي مرتبة هكذا ترتيبا اجتهاديا بحسب سلَّم الأولويات، ثم إن العلاقة بين المقاصد الإنسانية الكبرى فهي علاقة تكاملية، لا تستقيم حياة الإنسان إلا بوجودها جميعها معا فهي مرتبطة ببعضها البعض – رغم أن الضروريات أكدها، ثم تليها الحاجيات، ثم التحسينيات – لهذا كان في إبطال الأخف جرأة على ما هو آكد منه ومدخل للإخلال به، فصار الأخف أنه حمى للآكد، والراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه، للوصول إلى تقرير النتيجة الهامة وهي أن لأجل حفظ الضروري لا بد من المحافظة على الحاجيات والتحسينيات بصفة عامة .

---

(١) – أنظر : الشاطبي ، الموافقات : ج٢ , ص ١٠ . ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص ٧٩ – ٨٣ . أبو زهره ، أصول الفقه ، ص ٢٩٥ .العالم : المقاصد العامة للشريعة، ص ٧٩ -٨٠- ٨١ . الخياط : المؤيدات التشريعية ، ص ٢٣ و ٢٤ . . جحيش : في الاجتهاد التنزيلي ، ص ٨١ . بوعود ، احمد : فقه الواقع ، ص ١٤٤ – ١٤٩ .

(٢) – أنظر : الشاطبي ، الموافقات : ج٢ , ص١٠. ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص ٧٩ – ٨٣ . أبو زهره ، أصول الفقه ، ص ٢٩٦. العالم : المقاصد العامة للشريعة، ص ٧٩ -٨٠- ٨١ . الخياط : المؤيدات التشريعية ، ص ٢٣ و ٢٤.. جحيش : في الاجتهاد التنزيلي ، ص ٨٢ . بوعود : فقه الواقع ، ص ١٤٤ – ١٤٩. زهران ، فرج : المسكرات أضرارها وأحكامها دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية ، ص ٩ – ١٧ ، دار مصر للطباعة ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

المطلب الثالث

ضرورة حفظ النفس وعلاقتها بالكفاءة في الزواج

أولاً : التعريف بحقيقة النفس لغة واصطلاحاً

تحتل حماية الحياة، المركز الثاني من الضروريات بعد حماية الدين، وحرية العقيدة، وحق حماية النفس، أو ما دون النفس للأفراد، واجب على المجتمع، وعلى الدولة، توفير كافة المستلزمات لهذه الحماية، فحرم الإسلام القتل بغير حق، واعتبره من الجرائم الكبيرة، كما حرم الإسلام الانتحار، أيا كان سببه، لأن حياة الشخص، ليست ملكا خالصا له، وإنما مشتركة بينه وبين المجتمع[١]، قال تعالى: (من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا)[٢]،وقال سبحانه: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)[٣].

أ . النفس لغة : فالنفس لغة من نفس الشيء و هي جملة الشيء، وحقيقته، تقول: قتل فلان نفسه، وأهلك نفسه، أي أوقع الإهلاك بذاته كلها، وحقيقته، والجمع: أنفس، ونفوس، والنفس، يعبر بها عن الإنسان جميعه[٤].

ب . أما حقيقة النفس اصطلاحاً:-

- يقول الجرجاني فهي من الجوهر البخاري اللطيف الحامل لقوة الحياة والحس والحركة الإرادية، وسماها الحكيم الروح الحيوانية، فهو جوهر مشرق للبدن، فعند الموت ينقطع ضوئه عن ظاهر البدن وباطنه، وأما في وقت النوم فينقطع عن ظاهر البدن دون باطنه، فثبت أن النوم والموت من جنس واحد، لأن الموت هو الانقطاع الكلي والنوم هو الانقطاع الناقص"[٥].

---

(١) – الزلمي ، مصطفى إبراهيم : حقوق الإنسان وضماناتها في الإسلام ، ص ١٧ – ١٨ .

(٢) – (المائدة : ٣٢) .

(٣) – (النساء : ٣٩) .

(٤) – ابن منظور : لسان العرب ، مجلد ٦ ، مادة (نفس) ، ص ٢٣٣ – ٢٣٤ .الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر : مختار الصحاح ، ص ٦٧٢ – ٦٧٣ ، طبعة شركة مصطفى الحلبي ، مصر ، ١٩٧٦م.

(٥) – الجرجاني : التعريفات ، ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .

- والنفس هي ذات الإنسان؛ وهي مقصودة بذاتها في الإيجاد والتكوين، وفي الحفظ والرعاية، وان الله تعالى خلق الإنسان في أحسن تقويم، وصرح القرآن الكريم بنعمة خلق الإنسان، وقدرة الله تعالى في تكاثره وتناسله، فقال تعالى :(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة)[1]،وحيث إن العادات بجملتها راجعة إلى حفظ النفس من جانب الوجود، كتناول المأكولات، والمشروبات، والملبوسات، والمسكونات، فإن المعاملات كذلك راجعة إلى حفظ النفس من جانب الوجود بواسطة العادات. [2]

وقد شرع الإسلام لحفظ النفس وحمايتها , منع الاعتداء عليها: بتحريم قتلها بغير حق، وبين عظم المسؤولية الجنائية على القاتل، أوالمعتدي على ما دون النفس،فشرع عقوبة القصاص (الإعدام),كما أن لكل ضرورة من الضروريات الخمس متمماً ، ومكملاً لا بد من مراعاته كمراعاته؛ حيث يشترط في عمل المكمل هذا بالنسبة للأصل، أن لا يعود اعتباره على الأصل بالإبطال، لأن كل تكمله يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها، لا يصح اشتراطها؛ وذلك لأن التكملة مع ما كملته، كالصفة مع الموصوف؛ فإذا كان اعتبار الصفة يؤدي إلى ارتفاع الموصوف، لزم من ذلك ارتفاع الصفة أيضا، فاعتبار هذه التكملة على هذا الوجه، مؤد إلى عدم اعتبارها، وهذا محال لا يتصور. [3]

يقول الطاهر بن عاشور:" بضرورة حفظ الكليات الضرورية الخمسة بالنسبة لآحاد الأمة، وبالنسبة لعموم الأمة بالأولى،لأن العالم مركب من أفراد الإنسان، وفي كل نفس خصائصها التي بها بعض قوام العالم، لهذا جاء الإسلام لحفظ النفوس المحترمة، والمراد بالنفوس المحترمة في نظر الشريعة هي المعبر عنها بالمعصومة الدم، حيث

---

(١) – (النساء : ١) .
(٢) – الزحيلي : مقاصد الشريعة ، ص ٣٢٠ . الشاطبي : الموافقات ، ج ٢ ، ص ٨ – ٩ .
(٣) – الشاطبي : الموافقات ، ج ٢ ، ص ٨ و ١٤ و ٢٥ . الزحيلي : مقاصد الشريعة ، ص ٣٢١و ٣٢٢ . الخياط : المؤيدات التشريعية ، ص ٢٥ و ٨٩-١٠٨ . جناية ، أميره : ضمانات حقوق الإنسان دراسة مقارنه ، ص ٣٥ – ٤٠ .

شرع لحفظها من جانب العدم، القصاص، فهو تدارك بعض الفوات، مع إمكانية حفظها قبل التلف، بمقاومة الأمراض مثلا ". [١]

فحفظ النفس حاصله : في حفظ بقائه بعد خروجه من العدم إلى الوجود,بما يحفظه من الداخل، وبما يحفظه من الخارج؛ ومكمله ثلاث أشياء، وهي: حفظه عن وضعه في حرام كالزنى، وحفظ ما يتغذى به أن يكون مما لا يضر أو يقتل أو يفسد، وإقامة ما لا تقوم هذه الأمور إلا به، من شرعية الحدود.[٢]

ثانياً : التعريف بالمصلحة والمصلحة المعتبرة شرعاً

كل ما سبق بيانه غايته تحقيق المصلحة المعتبرة شرعاً بشروطها, في البيت المسلم, فما معنى المصلحة المعتبرة, وما هي شروطها ؟

أ. المصلحة لغة : كالمنفعة، وهي بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع، وإمّا اسم للواحدة من المصالح كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع، والمصلحة الصّلاح، و تطلق على ذات الفعل الجالب للنفع، والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة، لأنها ضدان لا يجتمعان، و الصلاح ضد الفساد، وأصلحه ضد أفسده" والمصلحة واحدة المصالح، واستصلح نقيض استفسد صلح الشيء صلوحا من باب قعد، وهو خلاف فسد، وفي الأمر مصلحة: إي خير والجمع مصالح".[٣]

ب. أما المصلحة في الاصطلاح الشرعي: -

المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة.(٤)

---

(١) – ابن عاشور : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص ٨٠. وانظر في ذلك أيضاً : الجرجاني : التعريفات ، ص ٢٤٣ . أبو غدة : بحوث في الفقه الطبي ، ص ١٢٧. احميدان : مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص ١٠٨ .

(٢) – الريسوني : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ١٧٦ .

(٣) – ابن منظور : لسان العرب ، المجلد ٢ ، ص ٥١٦ - ٥١٧ ، مادة (صلح) . الفيروزبادي ، محمد بن يعقوب : القاموس المحيط ، ص ٢٩٣ ، ط ٢، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٧ م. الفيومي ، أحمد بن علي : المصباح المنير ، ص ١٣٢ ، ط (بلا) ، مكتبة لبنان .

(٤) – الغزالي : المستصفى ، ج ١ ، ص ١٣٩ – ١٤٠. ابن قدامه المقدسي ، موفق الدين عبد الله بن احمد : روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام احمد بن حنبل ، مجلد ٢ ، ص ٥٣٧ ، ط ٥ ، مكتبة الرشد ، الرياض ، شركة الرياض ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م بتصرف .

وقيل : هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها .(١)

وعرّف الطوفي المصلحة من حيث الحد , ومن حيث الشرع ، فقال: " وأمّا حدُّها بحسب العرف؛ فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع، كالتجارة المؤدية إلى الربح ,وبحسب الشرع؛ هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع، عبارة، أو عادة " .(٢)

فالمصلحة عند المتقدمين من أسلافنا : هي ما كانت راجعة إلى قصد الشارع، ومقصود الخلق المطابق لمقاصد الشارع الحكيم؛ أما ما يتعلق بالمصلحة التي قصدها الخلق والمبنية على أهوائهم وشهواتهم، فهي غير معتبرة أصلا، وغير معتبرة أيضا في بناء الأحكام؛ لعدم مطابقتها لمقصود الشارع، ولا شك أن المصالح المبنية على أهواء الناس وشهواتهم هي مفاسد في نظر الشرع.

كما تتفق المصلحة في معناها الأصلي - العرفي أو اللغوي - والذي يعني جلب النفع ودفع الضرر، ولما كانت المنفعة والمضرة نقيضين، كان دفع المضرة مصلحة أيضا.

كما يتفق تعريف الطوفي للمصلحة مع ما ذهب إليه الغزالي، لأنه بيّن الإطلاق العرفي للمصلحة بقوله : " تطلق على السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع "، وهذا ما عبّر عنه الإمام الغزالي بأنّ المصلحة في الأصل عبارة عن طلب منفعة، أو دفع مضرة، ثم بعد ذلك اتفقا في أن المصلحة الشرعية هي ما كان مؤديا إلى حفظ مقصود الشارع.

أما العلماء المعاصرون – أيضا – فقد اعتمدوا في تعريفهم للمصلحة على تعريف الإمام الغزالي لها، منهم:-

- عرفها محمد سعيد البوطي بقوله : " هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعبادة، من حفظ دينهم ".(٣)

---

(١) – الرازي ، فخر الدين : المحصول في علم أصول الفقه ، ج ٢ ، ص ٢١٨ ، ط ١ ، تحقيق الدكتور طه جابر ، الرياض ، ١٣٥٦هـ.

(٢) – الطوفي، رسالة في تقديم المصلحة في المعاملات على النص، ص ١٤ ، مطبعة جامعة الأزهر ، ١٩٦٦م .

(٣) – البوطي ، محمد سعيد رمضان : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٧ ، ط ٤ ، دار الفكر ، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥ م .

- وعرّفها يوسف العالم بقوله : "المصلحة الشرعية هي الأثر المترتب على الفعل بمقتضى الضوابط الشرعية التي ترمي إلى تحقيق مقصود الشارع من التشريع جلبا لسعادة الدارين". (١)

- وتكلم الزرقا عن الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة فقال :" إنّ المصالح و المفاسد التي تعتبر مقياسا للأمر والنهي في الشرع الإسلامي؛ هي التي تتفق مع مقاصد الشرع، وإن أول مقاصدها صيانة الضروريات الخمس".(٢)

ج. أما المصلحة المعتبرة فهي : فهي المصلحة التي ثبت اعتبارها بأحد مصادر التشريع، بنص، أو إجماع، بأن ورد دليل معين بخصوصها في بناء الحكم عليها، وقد عبر عنها الأصوليون: بالمصلحة المعتبرة، أو المناسب المعتبر، وهذا النوع من المصالح يجوز التعليل به، وبناء الأحكام عليه، بإجماع القائلين بحجية القياس.(٣)

وقد أشار الشاطبي إلى ذلك بقوله: " المعنى المناسب الذي يربط به الحكم لا يخلو من ثلاثة أقسام؛ أحدها: أن يشهد الشارع بقبوله، فلا

---

(١) – العالم ، يوسف حامد : المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، ص ١٤٠ ، ط٢، ١٩٩٤، المعهد العالمي للفكر الإسلامي – الرياض.

(٢) – الزرقا , مصطفى : الاستصلاح والمصالح المرسلة في المذاهب الفقهية والفقه الاباضي ، ص ٦٦٥ ، ندوة الفقه الإسلامي المنعقد بعمان ، جامعة السلطان قابوس ، ط١ ، عمان ، ١٩٩٠م .

(٣) – أنظر : الزركشي ، بدر الدين محمد بن يهادر بن عبد الله : البحر المحيط في أصول الفقه ، ج ٤ ، ص ٣٧٧ – ٣٨٢ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م . الأسنوي : نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي ، حققه الدكتور شعبان محمد إسماعيل ، ج ٣ ، ص ٥٧ ، دار ابن حزم . فواتح الرحموت بشرح مسلم ، ج ٢ ص ٢٦٧ ، مطبوع بهامش المستصفى ، دار الفكر بيروت . ابن قدامه المقدسي : روضة الناظر وجنة المناظر ، مجلد ٢ ، ص ٥٣٧ . سانو ، قطب مصطفى : معجم مصطلحات أصول الفقه ، ص ٤٤٨ ، ط ١، دار الفكر المعاصر بيروت ، دار الفكر دمشق ، ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠ . لحساسنه ، أحسن : معالم التجديد في أصول التشريع الإسلامي ، دراسة تحليلية نقدية لأطروحة الشاطبي الأصولية ، ص ١٦٢ ، ط ١ ، دار السلام ، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠ م .

إشكال في صحته، ولا خلاف في إعماله، وإلاّ كان مناقضة للشريعة، كشريعة القصاص حفظا للنفوس والأطراف وغيرها ". (١)
ويدخل في هذا النوع؛ جميع المصالح التي جاءت أحكام الشريعة لتحقيقها :-
▪ كحفظ العقل الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم الخمر، وإيجاب الحد على شاربها.
▪ وحفظ المال الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم السرقة، وقطع يد السارق والسارقة، وعن طريق هذا النوع من المصالح المعتبرة، جاء دليل القياس، فإنه مبني على النظر في الأحكام المشروعة، هذه المصلحة في واقعة أخرى حكم الواقعة المصرح بحكمها بالقياس عليها. (٢)
▪وهنا شرع الإسلام الكفاءة في الزواج حفظاً للنفس والأسر من العدم, فشرع لإيجادها الزواج والتناسل, وشرع لحفظها بعد الوجود مجموعة من الأمور منها : تشريع العقوبات عند الاعتداء عليها , ولا شك أن الشارع الكريم قد اشترط الكفاءة بين الزوجين في طائفة من النصوص والتي تدل دلالة واضحة على اعتبار المصلحة الموجودة في شرط الكفاءة , وقد ذكرت سابقاً, منها :-
قوله صلى الله عليه وسلم-: " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم ". (٣)
وقوله عليه السلام :" ثلاثة لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت كفؤا".(٤)

ثالثاً : العلامات الدالة
على وجود المصلحة المعتبرة شرعاً

لما كانت الحيطة في الأمور واجبة، احتاط الفقهاء في ترجيح المصلحة ,وذلك بوضع ضوابط لها، إذا توافرت جاز الأخذ بها، وإلا فلا.

---

(١) – الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى : الاعتصام ، ج ٢ ، ص ١٠٠ ، ط (بلا) ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٧٠م.
(٢) – اللخمي ، التعليل بالمصلحة عند الأصوليين ، ص ١٥١ .
(٣) الحاكم، المستدرك على الصحيحن، ج٢/١٧٠٦، رقم (٢٦٨٧) كتاب النكاح. وقال: الألباني في السلسلة الصحيحة الحديث (صحيح).
(٤) المقدسي، ضياء الدين محمد بن عبد الله، الأحاديث المختارة مما لم يخرجاه مسلم والبخاري في صحيحيهما، ط٣، دار خضر، لبنان، ج٢/ص٣١٣، رقم(٦٤٣) وقال: رواه النسائي عن قتيبة بن سعد (إسناده حسن).

وهذه العلامات يمكن إجمالها على النحو الآتي :-

١- الملائمة بينها وبين مقاصد الشريعة(١),بحيث لا يكون هناك منافاة بينها وبين أصل من أصول الشريعة، ولا دليلا من أدلتها، بل تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها، أو قريبة منها، وليست غريبة عنها.

وبناء على هذا الشرط: فالمصلحة المناقضة لمقصود الشريعة، المعارضة لأصل من أصولها، ودليل من أدلتها، المصادمة لها مردودة بالاتفاق غير مقبولة.

٢- معقولية المعنى في ذاتها, بحيث لو عرضت على العقول السلمية لتلقتها بالقبول, وهذا حاصل بشكل جلي وواضح بمسألة اشتراط الكفاءة في الزواج.

قال الشاطبي: " إنّ عامة النظر فيها إنما هو فيما عقل منها وجرى على المناسبات المعقولة، والتي إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول".(٢)

٣- إنّ يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري، ورفع حرج لازم في الدين، والمراد بالضرورية أن تكون من الضروريات الخمس.(٣)

فرجوعها إلى حفظ الضروري للقاعدة : (ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب) , فهي من الوسائل، لا من المقاصد، ورجوعها إلى رفع

---

(١) – الشاطبي ، إبراهيم اللخمي : الاعتصام ، ج ٢ ، ص ١١٣، مكتبة الأسرة ، ٢٠٠٩ . الشوكاني ، محمد بن علي : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ج ٢، ص ٢٦٥ ، دار الكتبي ، تحقيق الدكتور سفيان محمد إسماعيل . البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ، ص ٥٨و ٥٩ . زيدان ، عبد الكريم : الوجيز في أصول الفقه ، ص ١٩١ ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠٧ م . لحساسنه : معالم التجديد في أصول التشريع الإسلامي ، ص ٢٣٠ ، ط ١ ، دار السلام ، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠ م .

(٢) – أنظر : الشاطبي : الاعتصام ، ج ٢، ص ١١٣ . البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٨و ٥٩ . زيدان : الوجيز في أصول الفقه ، ص ١٩١ . لحساسنه : معالم التجديد في أصول التشريع الإسلامي ص ٢٣٠ .

(٣) – أنظر : الغزالي : المستصفى ، ج ١، ص ٢٩٤ . الشوكاني : إرشاد الفحول ، ج ٢ ، ص ٢٦٥. الشاطبي : الاعتصام ، ج ٢ ، ص ١١٦ . البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ، ص ٥٨ . زيدان ، عبد الكريم ، الوجيز في أصول الفقه ، ص ١٩٢ . . لحساسنه : معالم التجديد في أصول التشريع الإسلامي ، ص ٢٣٠ .

الحرج من باب التخفيف والتيسير؛ لقوله تعالى: (وما جعل عليْكُمْ فِي الدِّين مِنْ حرج).(١)

ومع هذا فإن هذا الشرط فيه نظر , من حيث أنه في النتيجة إذا طال فقدان التحسيني, أو تضرر مثلا , تضرر بذلك الحاجي , ثم لحق الضرر بالضروري , وذلك ضمن القواعد المقاصدية الآتية :-

١. الضروري أصل لما سواه من الحاجي، والتكميلي (التحسيني).

٢. اختلال الضروري يلزم منه اختلال الباقين بإطلاق.

٣. لا يلزم من اختلال الباقين، اختلال الضروري.

٤. قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق، أو الحاجي بإطلاق، اختلال الضروري بوجه ما.

٥. ينبغي المحافظة على الحاجي والتحسيني للضروري " , أي لحماية الضروري.(٢)

٤- أن تكون المصلحة التي تترتب على تشريع الحكم مصلحة حقيقية لا وهمية ,والمراد بهذا الشرط؛ هو أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعا، أو يدفع ضررا، وأمّا مجرد توهم أن التشريع يجلب نفعا من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر فهذا بناء على مصلحة وهمية.

٥- أن تكون المصلحة عامة، وليست خاصة بالبعض. بمعنى: أن يكون تحقيق المصلحة المرتجاة، من جلب المنافع، أو درء المفاسد، والمترتب على تشريع الحكم هو عام لجميع الأمة، أو لأكثر أفرادها، فإذا ظهر في تشريع الحكم مصلحة خاصة بالبعض، فلا يجوز بناء الحكم عليها، لاختلال الشرط. (٣)

٦- ألاّ تعارض المصلحة في بناء الحكم عليها نصا، أو إجماعا، أو قاعدة مقررة في الدين ,فإذا خالفت المصلحة في بناء الحكم عليها ما ثبت بالنص، أو الإجماع أو الأصول العامة كانت باطلة، وبناء الحكم عليها يكون باطلا، فلا يجوز التعليل بها.

---

(١) – (الحج : ٧٨) .

(٢) – الشاطبي : الموافقات ، ج ٢ ، ص ٣٩٤. الخادمي : الاجتهاد المقاصدي ، ج ١، ص ٦٢ .الريسوني ، أحمد محاضرات في مقاصد الشريعة ، ص ١٦٥ .

(٣) – الغزالي : المستصفى ، ج ١، ص ٢٩٤ ، الشوكاني : إرشاد الفحول، ج ٢، ص ٢٦٥ .

يقول الغزالي: " وكل ذلك حجة بشرط أن لا يكون غريبا بعيدا، وبشرط ألاّ يصدم نصا ولا يتعرض له بالتغيير"(١).

رابعاً : علاقة اشتراط الكفاءة في الزواج بمقاصد الشريعة الإسلامية

فبالنظر إلى ما سبق, نلاحظ مدى الارتباط الوثيق، والعلاقة القوية، بين مقاصد التشريع الإسلامي بتحقيق المصلحة للعباد, واشتراط الكفاءة في الزواج , حيث إن اشتراط الكفاءة شرعاً وقانوناً في عقد الزواج يحقق المقصد الشرعي وهو استقرار العقد, وهو شرط مستحسن, ويحقق المصلحة, ويؤيده استقراء الوقائع.

هذا وقد ذكرت سابقا فإن المصالح تنقسم باعتبار قوتها في ذاتها، وحاجة الناس إلهيا، إلى:- الضروريات, الحاجيات, والتحسينات.

وبما أنّ مقصد الشريعة من التشريع هو حفظ مصالح الناس، وضبط تصرفاتهم على وجه يعصم من الوقوع في المفاسد، فذلك يكون بتحصيل المصالح، واجتناب المفاسد، ومن المعروف أنّ المصالح بحسب حاجة الناس إليها، وتأثيرها في المجتمع والإفراد هي ما صدّرت بها هذه المصلحة، وهذا كله متحقق في اشتراط شرط الكفاءة في كلا الزوجين , تحقيقا لمصلحة الأسرة المسلمة, حتى تقوم على أسس متينة .

فالشارع الكريم يؤيد اشتراط الكفاءة بين الزوجين, كما أن قانون الأحوال الشخصية كذلك يؤيد ذلك , وذلك باعتبار هذا الشرط من المؤيدات الترغيبية الإرشادية التي تدعو الناس إلى أعمال الخير، و إتباع الأخلاق الفاضلة، وإيثار المصلحة العامة على الخاصة، وتوضح ما للدين والنفس والدماء، والأعراض والعقول والأموال، من حرمة عظيمة في الإسلام، وتقدير كبير يدعو إلى المحافظة عليها وصيانتها. (٢)

يقول الشاطبي : " تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام , والحفظ لها يكون بأمرين :-

---

(١) – الغزالي : شفاء الغليل ، ص ٢٠٩- ٢١٠ .

(٢) – الزرقا : المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ٥٩٧ . الخياط :المؤيدات التشريعية ، ص ٢٠ .

أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.
الثاني : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم، فالجنايات ترجع إلى حفظ الجميع – النفس، والعقل، والنسل، والمال – من جانب العدم".[١]

فهذه المؤيدات الترغيبية الإرشادية ما هي إلا أحكام شرعية تحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية[٢], هذا وقد اصطلح العلماء على تسمية الأحكام التي تضمن الالتزام بالشرع بالمؤيدات الشرعية، لأنها تؤيد التشريع وتكسبه قوة التنفيذ.[٣]
وتجعله مهيبا مطاعا.[٤]

والله تعالى أعلم

---

(١) – الشاطبي : الموافقات ، المجلد ٢ ص ٨ و ٩ و ١٠ .
(٢) – الزرقا ، مصطفى احمد : المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج ٢ ، ص ٥٩٦ ، ط ١٠ ، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م . الخياط ، عبد العزيز : المؤيدات التشريعية ، ط ٢، دار السلام ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م ، ص ١٩
(٣) – المراجع السابقة نفسها .
(٤) – الزرقا : المدخل الفقهي العام ،ج ٢ ، ص ٥٩٤.

الخاتـــمة

لقد توصلت هذه الدراسة إلى نتائج عدة هي :

أولاً: نجد أن التعسف هو مناقضة مقصود الشارع في تصرف مأذونٍ فيه شرعاً، وهذه المناقضة تُعد معياراً عاماً للتعسف، ولا تخلو المناقضة لمقصود الشارع من أن تكون مقصودة: كقصد الإضرار، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، لمجرد العبث أو لنفع تافه. أو تكون غير مقصودة: كالأفعال التي تكون نتائجها منافية للأصل العام في شريعتنا، ومن ذلك درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

ثانياً: وجود المفارقة الواضحة ما بين التعسف في استعمال الحق وما بين المجاوزة في استعمال الحق، فالتعسف يكون في استعمال الحق ضمن حدود الحق ونطاقه غير أن في استعماله تعسف وظلم لما يترتب عليه من نتائج- أما مجاوزة الحق فيكون الاستعمال للحق خارج دائرته ونطاقه بحيث يوصف استعماله بالتعدي.

ثالثاً: أن المريض قد يتعسف بزواجه مناقضاً مقصود الشارع من الزواج وهو حصول ديمومته واستقراره، ومن ذلك: زواجه بنية التطليق أو بنية التحليل، وهذا يجعل من المريض غير سوي من الناحية الدينية، لمخالفته مقصود الشارع من الزواج.

رابعاً: أن الزواج حقٌ للمسلم البالغ العاقل، لكن لو كان الرجل فيه خصلة اللواط أو الإدمان، ولم يتب عن فعله، فإنه بلا شك يكون قد استعمل حقه بالزواج مُتعسفاً؛ لأن فعله سينعكس سلباً على الحياة الزوجية، بالذي يهدد استقرارها وبقائها.

خامساً: أن الزواج على رأي جمهور الفقهاء حقٌ للمريض المصاب بمرض الجذام أو البرص، غير أن ممارسة هذا الحق يجب أن تكون بعد تعاطي أسباب الشفاء من تلك الأمراض، وإلا كان المريض متعسفاً بهذا الحق، لأن هذه الأمراض يصعب التعايش معها، وتمنع من ديمومة الزواج واستقراره .

سادساً : الكشف عن أن اشتراط الكفاءة بين الزوجين هو شرط محقق لمصلحة الأسرة عموماً, لما لهذا الشرط من تحقيق أحد مقاصد التشريع الإسلامي الضرورية من جانب العدم,وهي ضرورة حفظ النفوس والأسرة, لأن عدم اشتراطه, أو التفريط في ذلك قد يودي بالأسرة المسلمة خصوصاً إلى الضياع.

وآخر دعوانا أن الحمدُ لله رب العالمين.