سد الذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء على أحكام المرأة

بحث مقدم استكمالا للحصول على درجة الدكتوراة في الدرسات الإسلامية

إعداد

عبير صفوت محمد سيد عمران

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده, ونستعينه ,ونستغفره ,ونعوذ بالله من شرور انفسنا ,وسيئات أعمالنا ,من يهده الله فلا مضل له ,ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا ,وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمد عبده ورسوله .

أما بعد

فمن سمات عقيدتنا الغراء ,وشريعتنا السمحة ,أنها بجانب كونها ربانية,لا دخل للبشر فيها محفوظة الأصول ,صالحة لكل زمان ,ومكان , وجاءت أحكامها ميسرة لكل شخص ذكرا كان , أوانثى ,متبعة ,ومستندة بالأدلة على هذه الأحكام الفقهية المختلفة ,ولقد كان سد الذرائع أصل من أصول التشريع قائم بذاته ,ودليل معتبر من أدلة الأحكام تبنى عليه الأحكام ,وقد جاء في القرآن الكريم ما يجيز العمل به قال تعالى" ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن﴾ [النور: 31].

فالله سبحانه وتعالى نهى النساء عن الضرب بالأرجل ,حتى لا يكون سببا في سماع الرجل صوت الخلخال ,فيثير عندهم دواعي الشهوة وهذا المقصد الشرعي من سد الذرائع (1).

فسد الذرائع هى الموصل إلى الشئ الممنوع المشتمل على مفسدة,أو الشئ المشروع على مصلحة (2).

وقاعدة سد الذرائع تقوم على المقاصد والمصالح، فهي تقوم على أساس أن الشارع ما شرع أحكامه إلا لتحقيق مقاصدها من جلب المصالح ودرء المفاسد، فإذا أصبحت أحكامه تستعمل ذريعة لغير ما شرعت له، ويتوسل بها إلى خلاف مقاصدها الحقيقية، فإن الشرع لا يُقرُّ إفساد أحكامه ,وتعطيل مقاصده (3).

لذا أردت في هذا البحث القاء الظلال حول الأحكام الفقهية التى كان لسدالذرائع سببا فى اختلاف الفقهاء فيها ,وذلك من خلال الأحكام الفقهية للمرأة ,وقد قسمت هذا البحث إلى مبحثين :

المبحث الأول :سد الذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين في حج القضاء بعد حج أفسده الجماع.

المبحث الثاني: سدالذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء في مسألة صحة النكاح مع التواصي بكتمان الشهود له.

المبحث الأول :سد الذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين في حج القضاء بعد حج أفسده الجماع.

أجمع الفقهاء على أن الحج لا يفسد بإتيان شئ في حال الإحرام إلا الجماع ,وأن من جامع عامدا في حجه قبل وقوفه بعرفات أن عليه حج مقبل والهدى(4).

ولكنهم اختلفوا فى الزوجين أذا حجا وفسد حجهما بالجماع هل يتفرقان أم لا ؟إذا رجعا وحجا في القابل على قولين:

القول الأول يقول بأنهما إذا أحرما بالقضاء ,وبلغا الموضع الذي وطئها فيه فرق بينهما وبه قال المالكية–والشافعية–والحنابلة –والزيدية–والإمامية (5).

القول الثاني لا يلزمهما الإفتراق وبه قال الحنفية– والظاهرية (6).

ويرجع سبب اختلافهم إلى أن من أخذ بالإفتراق فسدا للذريعة ,وعقوبة ,ومن لم يؤاخذهما به فجريا على الأصل(7).

واستدل القائلين بالإفتراق بما روي عن ابن عباس "ويتفرقان من حيث يحرمان حتى يقضيا حجهما(8).

وجه الدلالة من ألأثرالقول بالتفريق ؛لأنالتفريق خوف المحظور ,وهوالوقوع في الجماع ثانيا,فيجب التحرزعنه بالإفتراق(9).

فبفراقهما يأمن عليها من الشهوة في وطئها سدا للذريعة ,وليكون عقوبة زاجرة لهما ,وتندما عما فعلاه (10).

وقد رد الحنفية على ذلك بأن مايقصده الصحابة رضوان الله عليهم بقولهم الافتراق بين الزوجين معناه أن يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه(11).

واستدل القول الثاني القائل بعدم الافتراق من القياس بأنه يقاس ذلك على أنه لو وطئها في الصوم ,ثم دخل في القضاء لم يفرق بينهما ,ولم يمنعها من الإجتماع في الموضع الذي وطئها فيه ,كذلك في قضاء الحج(12).

وقد رد الشافعية على ذلك بأن الصوم مخالف للحج ؛لأن قضاء الحج كأصله في إفساده بالوطء ,ووجوب الكفارة فيه ,وقضاء الصوم أخف من أصله؛لأن الكفارة في إفساده بالوطء لا تجب فيه فافترقا (13).

الترجيح

يترجح هنا في هذه المسالة القول القائل بالإفتراق بين الزوجين إذا حجا حج قضاء بعد حج فسد بجماعهما ,وذلك للمرجحات الآتية :

1- إبراز محاسن الشريعة الإسلامية ,ومقاصدها الغراء فى القول بالافتراق الذى مقصده اجتناب الوطء ,وهو الأصح ؛ لأنه الواجب ,والافتراق احتياطا , وسدا لذريعة الوقوع في المحظور (14).

وحصول التفريق عندهم بأن لا يركب معها في خيمة ,وما أشبه ذلك بل يكون قريبا ,فيراعي أحوالها ؛لأنه محرمها (15).

2- إجماع الصحابة الذى لم يعلم في عصرهم مخالف (16) , ففي حديث ابن عباس :"يتفرقان من حيث يحرمان حتى يقضيا حجهما"(17).

يقول ابن المنذر :قول ابن عباس أعلى شئ روي فيمن وطأ في حجمه(18).

3- قول الحنفية القائلون بالمنع من الإفتراق يعودون عنه :

أ. يقولون "لكنهما إن خافا المعاودة يستحب لهما أن يفترقا (19).

ب. يقولون إن مراد الصحابة رضى الله عنهم أنهما يفترقان على سبيل الندب أن خافا على أنفسهم الفتنة لا أن يكون ذلك واجبا عليهما ,كما يندب الشاب إلى

الامتناع عن التقبيل في حال الصيام إذا كان لا يامن على نفسه ما سوى ذلك (20).

المبحث الثاني: سدالذرائع وأثره في اختلاف الفقهاء في مسألة صحة النكاح مع التواصي بكتمان الشهود له.

اتفق الفقهاء على أن الشهادة لابد منها في النكاح (21),ولكنهم اختلفوا إذا أشهد شاهدين ,ووصيا بالكتمان هل هو يعتبر نكاح سري ,أم لا؟ اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول إن عقد النكاح بولي , وشاهدين ,فأسروه ,أو تراضوا بكتمانه ,لم يكره ذلك ,وصح النكاح وبه قال الحنفية–والشافعية–ورواية للحنابلة– والظاهرية– والإمامية– والإباضية (22).

القول الثاني : إن عقد النكاح بولي,وشاهدين ,فأسروه,أو تواصوا بكتمانه ,كره ذلك ,وبطل النكاح وبه قال المالكية– ورواية للحنابلة –والزيدية (23).

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء إلى هل الشهادة في ذلك حكم شرعي ,أم المقصود منها سد ذريعة الاختلاف ,أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ,ومن قال توثق كان من شروط التمام (24).

واستدل أصحاب القول الأول بما روي عن عمران بن حصين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال" لا نكاح إلا بولى, وشاهدي عدل "(25).

وجه الدلالة من الحديث أنه لا ينعقد النكاح إلا بالشهادة ,وإن لم يوجد الإظهار(26).

وقد أجاب المالكية على حديث عمران بن حصين أن فيه عبدالله بن محرز ,وهو متروك ,وعلى تسليم صحته ,فإن معناه لا نكاح يثبت في الحكم عند المنازعة إلا بشاهدين,وإذا ثبت أن الإشهاد ليس شرطا في صحة العقد ,فهو شرط في تمامه (27).

ويرد على ذلك بأن لا تسليم أن المعنى للنكاح يثبت في الحكم عند المنازعة بل معناه لا نكاح يصح إلا بشاهدين ؛لأن نفي الصحة أقرب إلى نفي الوجود, وإذا ثبت أن النكاح لا يصح إلا بشاهدين كانت الشهادة شرطا في صحته (28) .

واستدل أصحاب القول الثاني بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنه نهى عن نكاح السر" (29) .

وجه الدلالة من الحديث النهى عن السر يكون أمرا بالإعلان ؛ لأن النهي عن الشئ أمر بضده (30) .

وقد أجاب الحنفية على ذلك بأن ما روي أنه نهى عن نكاح السر , فنقول بموجبه لكن نكاح السر , فهو مالم يحضره شاهدان , فأما ما حضره شاهدان ,فهو نكاح علانية لا نكاح سر, إذ السر إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرا (31) .

كما أن الزنا لما كان يقع مستترا مكتتما ,وجب أن يقع النكاح على خلافه ,وإلا كان ذريعة إلى إباحته ؛لأن كل من وجد مع امرآة ادعى أنها زوجته , وأن شهوده غيبت , فوجب حسم الباب فيه (32).

الترجيح

يترجح هنا في هذه المسالة القول القائل إن عقد النكاح الذي يكون بولي , وشاهدين ,وأسروه ,أو تراضوا بكتمانه ,لم يكره ذلك ,وصح النكاح ,وذلك للمرجحات الآتية :

1- إبراز محاسن الشريعة الإسلامية ,ومقاصدها الغراء في أن تمام النكاح يتم بأمرين :

الأول : بولي لحفظ كرامة المرآة أمام الزوج .

الثاني : وبشاهدين أى جمهور وإعلان , وهو الحد الأدنى للإعلان , والمعرفة كى لا يكون هناك سرا ,وشبهة .

الخاتمة

أولا النتائج

1- أقرت الدراسة الاحتجاج بالأدلة المختلف فيها والتى منها سد الذرائع فى الأحكام الفقهية المختلفة وخاصة على أحكام المرأة .

2- أوضحت الدراسة القول بالإفتراق بين الزوجين إذا حجا حج قضاء بعد حج فسد بجماعهما ؛ وذلك سدا لذريعة الوقوع في المحظور.

3- اوضحت الدراسة إن عقد النكاح الذي يكون بولي , وشاهدين عدل ,وأسروه ,أو تراضوا بكتمانه ,لم يكره ذلك ,وصح النكاح .

التوصيات

1- توصي الدراسة بدراسة الأحكام الفقهية التى يوجد فيها سد الذرائع سببا فى اختلاف الفقهاء فى جميع أبواب الفقه ,وليس على أحكام المرأة فقط .

2- توصى الدراسة بتعميم دراسة علم أصول الفقه كي يتسنى للشخص أن يفهم الأحكام بطريقة صحيحة على قواعد علم أصول الفقه.

3- توصي الدراسة طلبة العلم الشرعي بإعداد بحوث فقهية تطبيقية لأهم المستجدات ,والمستحدثات في الإطار الشرعي التى تساعد على تسهيل ما حرم من أحكام .

4- توصى الدراسة بعقد مؤتمرات حوارية توعوية ، يديرها علماء من الأزهر, أو الأوقاف,تبين للناس معنى الأدلة الشرعية المتفق عليها ,والمختلف فيها ,وخاصة الأحكام الخاصة للمرأة ,والأدلة المستندة إليها ,ومدى قوتها ,أو ضعفها .

5- توصى الدراسة بأن كل باحث قام بعمل أبحاث ,وخاصة فى أحكام المرأة أن يقوم بتطبيقها على طالبات المدارس ,وتوعيتهم من صغرهم بكل ما يجوز لهم ,وما يحرم عليهم من الأحكام ,وخاصة من بداية التكليف بهذه الأحكام أى من سن البلوغ حتى يسلمنا جميعا من الوقوع فيما لايحمد عقباه.

الهوامش

(1) أصول الفقه للبرديسي ص 358.

(2) أصول الفقه للبرديسي ص 354.

(3) أعلام الموقعين لابن القيم الطبعة الأولى 1423هـ 4\554, البحر المحيط للزركشي الطبعة الثانية 1413هـ –1992م 6\85–86 ,.الوجيز لوهبه الزحيلي الطبعة الأولى 1419هـ –1999م ص 109 .

(4) الإجماع لابن منذر الطبعة الثانية 1420هـ –1999م ص 63 .

(5) المدونة الكبرى لابن سحنون طبعة وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف 2\142 , الحاوى الكبير للماوردي طبعة دار الكتب العلمية 4\222, كشاف القناع للبهوتي طبعة 1403هـ –1983م 2\443, السيل الجرار للشوكاني الطبعة الأولى 1405هـ – 1985م 2\227 , المبسوط في فقه الإمامية للطوسي طبعة 1412هـ – 1992م 1\336 .

(6) بدائع الصنائع للكاساني الطبعة الثانية 1424هـ –2003م 3\285 , المحلى لابن حزم الطبعة الأولى 1384هـ 7\ 190 .

(7) بداية المجتهد لابن رشد الطبعة الأولى 1415هـ 2\314.

(8) المغنى لابن قدامة طبعة دار الحديث 4\466.

(9) بدائع الصنائع 3\286 ,كشاف القناع 2\445 .

(10) بداية المجتهد 2\314 ,الحاوي الكبير 4\222 .

(11) المبسوط للسرخسي طبعة دار المعرفة ,4\118 .

(12) المبسوط 4\119 , الحاوي الكبير 4\222 .

(13) الحاوي الكبير 4\222–223 .

(14) المجموع شرح النووى 7\406 , الحاوي الكبير 4\222.

(15) الإنصاف للمرداوي 3\448 ,كشاف القناع 2\445 .

(16) المغني 4\466 .

(17) الإقناع لابن منذر الطبعة الأولى 1408 هـ 1\211 .

(18) الإقناع 1\211 , المغني 4\466 .

(19) بدائع الصنائع 3\285 .

(20) المبسوط 4\119 , بدائع الصنائع 3\286 .

(21) رد المحتار طبعة 1423هـ – 2003 م 4\88.

(22) بدائع الصنائع 3\389 ,الأم للشافعي طبعة1422هـ – 2001م 59\6 , الإنصاف للمرداوي الطبعة الأولى 1418هـ – 1997م 99\8 , المحلى 9\465 , المبسوط في فقه الإمامية 4\163 , المصنف للكندي 32\51 .

(23) المدونة الكبرى 4\44, السيل الجرار 2\270 .

(24) بداية المجتهد 3\35.

(25) أخرجه الدارقطني 3\152 ح 3477\21 كتاب النكاح , سنن البيهقي 7\203 ح13721 كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين .

(26) المغني 9\234.

(27) رد المحتار 4\89 , المصنف 6\169ح 10473 , نيل الأوطار 4\ 1194 ح 2678 .

(28) رد المحتار 4\89 .

(29) أخرجه مالك في الموطأ 2\535 ح 26 كتاب النكاح باب جامع مالا يجوز من النكاح .

(30) بدائع الصنائع 3\393.

(31) بدائع الصنائع 3\393 , المحلى 9\465.

(32) رد المحتار 4\88– 89 .