

التطبيقات الفقهية لأساس النسب ودورها في حماية الأسرة Jurisprudential applications of the basis of lineage and its role in protecting the family

أ/ رجاء الهادي سكيب

الصفة: محاضر مساعد

بكلية القانون/ قسم الشريعة الإسلامية

جامعة طرابلس- ليبيا

عنوان البريد الإلكتروني:

rjaa0345@gmail.com

تاريخ النشر: 2023-04-26

تاريخ القبول: 2023-04-22

تاريخ الإرسال: 2023-04-11

ملخص:

إن الحديث فني مسألة حماية الأسرة يتطلب الغوص في عديد مسائل، من أهمها منظومة الزواج والذي يعد من أهم آثارها النسب، والتي أتت هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء عليه من خلال جزئية التطبيقات الفقهية المعنية بأساسها ودورها في حماية الأسرة. حيث إنه ومن خلال القراءة الأولية للفقه الإسلامي- أو فهمنا الظاهر لآراء الفقه الإسلامي- ظهر لنا أن النسب أساسه الوطء المعتبر، أي إن الماء يعتبر بالعقد ويهدر بالزنا، وهذا تقعيد أساس النسب في الفقه الإسلامي، ولهذا ارتبط وجود النسب من حيث المبدأ بالزواج، وانتفاؤه بحدّ الزنا؛ إلا أن التطبيقات الفقهية المعنية بالنسب قد خرجت عن هذا المعنى العام، بأن تم ترتيب النسب على ألا عقد تارة، وعلى ألا ماء تارة أخرى، وهذا اضطراب واضح عما قُعد في هذا الخضم من تقعيد لأساس النسب، واستبان هذا الخروج في مخالفة قواعد البطلان في الفقه الإسلامي، والخروج عن قاعدة " عدم اجتماع حد ونسب " والتي بدورها تمثل مبدأ من المبادئ التي يؤسس عليها النسب.

لذلك حاول الفقهاء تبرير هذا الخروج بإيجاد معان، منها إحياء الوالد، وصيانة ماء الرجل وغيرها، إلا أن هذه المعاني إن أخذ بها على إطلاقها فلن تصلح كتوجيه للإشكالية الواقعة، لتناقضها عند التزام، كما أن المعايير الفقهية الواردة في الفقه كاللعان، وقاعدة عدم اجتماع حد ونسب هي الأخرى لم تؤت دورها الفاعل في حماية الأسرة إذ أخذت على إطلاقها، لذلك كان لزاماً من إيجاد رابط يربط كل هذه المعاني، وقد خلصتُ ومن خلال

القراءة المجملّة لما أورده الفقهاء في مسألة النسب، وما قادني إليه تصوري في أن الرابط هو المعنى المقاصدي من خلال إعمال فقه الموازنات حيث جلب المصلحة ودرأ المفسدة، أو الموازنة بين مصلحتين، بتغليب المصلحة الأولى بالرعاية، لهذا كان لهذه التطبيقات دور فاعل في حماية الأسرة، من حيث إعمال المصلحة، وكعلاج لما قد يستجد من نوازل وانعكاس ذلك على مسلك مشرع الأحوال الشخصية، بأن يجعل النص القانوني المعني بأساس النسب مرناً، بأن يحوي كل النوازل والاحتمالات المستحدثة، والخروج بأفضل احتمالات الترجيح التي من شأنها الإبقاء على أسرة متماسكة في وجه التحديات التي قد تعصف بكيانها. **كلمات مفتاحية:** التطبيقات الفقهية ، النسب ، اللعان ، حماية الاسرة .

المؤلف المرسل: رجاء الهادي سكيب، rjaa0345@gmail.com

مقدمة:

لقد حظي النسب بعناية الفقهاء والأئمة المجتهدين، الذين تناولوا أساس النسب عند حديثهم عن اللعان⁽¹⁾، وأحكام العقد عموماً⁽²⁾، حيث أن ظاهر عبارات الفقهاء المعنية بأساس النسب تفيد بأن المبدأ المُرسخ بهذا الصدد هو ارتباط النسب بالعقد وجوداً وعدماً، وانتفاء بحدّ الزنا، وهذا هو المعنى العام والمتفق عليه عند علماء الفقه الإسلامي⁽³⁾، وبطبيعة الحال، فإن لهذه القاعدة تطبيقات فقهية مجسّدة لها؛ إلا أن السؤال الذي يُثار بهذا الخضم هو:

● هل كل التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب جاءت موافقة لقاعدة النسب المشار إليها في اعتبار أن أساس الوطء المشروع هو عقد الزوجية؟

إنه ومن خلال الاستقراء المبدئي تبين أن الفقهاء قد خرجوا عن قاعدة أساس النسب، ولعل أسباب خروجهم لا يتسع المقام للخوض فيها بشكل مفصّل⁽⁴⁾؛ لأن حبكة هذا البحث هو الكشف عن خروج التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب، وكيف يمكن أن يكون له دور في حماية الأسرة؟.

ومن هنا كانت الرغبة ملحة للإجابة عن عديد التساؤلات أهمها:

1. أن أساس النسب قد جاء الحديث عنه في باب أحكام اللعان وربطه بقاعدة "عدم اجتماع حدّ ونسب"، فهل يمكن أن نجعل كلا الأمرين معياراً لهذه التطبيقات التي خرجت عن مساق قاعدة أساس النسب.

2. إن كان اعتبارهما أوجب المعايير التي بُنيت عليها هذه التطبيقات "المخالفة للقاعدة" فهل نأخذ بهما على إطلاقهما؟ أم أن الفقهاء قد أتوا بمعانٍ أخرى؟.
3. وفي سياقٍ متّصلٍ بما ذكر سلفاً، نقول، ما هي المعاني التي أتى بها فقهاؤها العظام كتبرير لهذا الخروج؟
4. كيف كان لهذه المعاني دورٌ في حماية الأسرة؟

أولاً: أسباب هذا البحث:

1. إشكالية إثبات الأبوة والأمومة والنبوة، والتي هي نتاج إشكالية تطبيقات النسب.
2. تَضُمُّنُ الفقه الإسلامي لعديد العبارات والتطبيقات التي من شأنها أن تصل بنا إلى نظرية متكاملة في كل موضوعاته – لاسيما التطبيقات التي جاءت مخالفة لقاعدة النسب
3. تعدّد النوازل والوقائع المتعلقة بأساس النسب، والتي هي وجه من التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب "المخالفة للقاعدة"، والحاجة لإيجاد علاج لها بما يقضي حماية الأسرة من التفكك والتصدّع، حماية تشريعية أدواتها القضاء.

ثانياً: أهمية البحث:

1. تبيان التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب والتي جاءت على خلاف قاعدة النسب المعتمدة.
2. إن الغاية المرجوة من تبيان هذه التطبيقات هي معرفة دورها في تحقيق مصلحة الأسرة، وعندما يكون الحديث عن المصلحة فغالباً ما يتمّ إعمال فقه الموازنة بين جلب المصلحة ودرء المفسدة، أو الموازنة بين مصلحتين متعارضتين.

3. بيان دور التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب على مسلك المشرع، من حيث إمكانية صياغة نصوص مرنة غايتها جلب مصلحة الأسرة، من خلال الطرح الفقهي لهذه التطبيقات، وإعمال كل المعاني على النص القانوني المراد صياغته.

ثالثاً: الدراسات السابقة:

فيما توفّر لديّ من مصادر لم أجد دراسة حديثة لهذا الموضوع بصورة مستقلة تتضمن كافة جوانبه، اللهم إلا بعض الدراسات تضمنت قليلاً من جوانبه، وبحوثاً جامعية غير معمقة، إلا أن هناك بحثاً من قبل أستاذي الدكتور ضوء أبو غرارة في مجلة إدارة القضايا، بعنوان نظرة في أساس النسب.

رابعاً: منهجي في البحث:

تعتمد هذه الدراسة بصورة أساسية على المنهج الوصفي من خلال وصف التطبيقات الفقهية المعنية بالنسب، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي حاولت فيه ربط خروج الفقهاء عن ما اعتُمد من قاعدة لأساس النسب بالمعاني التي أتى بها الفقهاء كمبرر للخروج، وإعمالها بما يحقق مصلحة الأسرة.

خامساً: خطة البحث:

سأتناول هذا الموضوع من خلال مبحثين وخاتمة.

المبحث الأول:

التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب ومبررات خروجها عن قاعدة النسب.

المبحث الثاني:

دور التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب في حماية الأسرة.

سابعاً: الخاتمة:

أسلط الأضواء من خلالها على ما قد يتمخض عن هذا البحث من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب

ومبررات خروجها عن قاعدة النسب

على اعتبار أن التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب قد خرجت عن قاعدة النسب كما بينت آنفاً- والتي تقضي أن ((الماء المعتبر بعقد الزواج) هو المعتمد عليه كمؤسس للنسب؛ ومن كل بدّ كان على الفقهاء إيجاد مبررات خروجهم عن نهج القاعدة من خلال عديد معان طرحوها، لذلك سنُفردُ في هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: التطبيقات الفقهية المعنية بالعقد كأساس للنسب

إن أهم عنصرين قد قام عليهما النسب هما ((العقد والماء))، لذلك سيتم تفرّيع هذا المطلب إلى :

الفرع الأول: التطبيقات الفقهية المعنية بالعقد كأساس للنسب

لقد اتّفقت المصادر الفقهية على ربط النسب بالعقد وانتفائه بحدّ الزنا، واستتباع العقد بالماء، لذلك سأسوق بعض العبارات التي وردت كتأكيد لهذا المعنى ليتسنى لي تبيان خروج التطبيقات الفقهية بهذا الصدد عن ما ورد في العبارات، مؤكدة للمعنى العام:

(أ) عبارات الفقهاء عن ربط العقد بالماء كأساس للنسب:

لقد ورد في البدائع عند حديثه عن العقد الفاسد ما نصّه: (وأما النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش)⁽⁵⁾. والوطء هنا كناية عن الماء. وما جاء في تبين الحقائق قوله: (لأن النسب يعتمد على قيام الملك أو الحق في المحل، لأنه لا يثبت بدون الفراش)⁽⁶⁾، والحق في المحل إشارة فيه للماء. ولم يختلف الفقه الشافعي والحنبلي عن نظيره الحنفي في تعزيز ظاهر هذا المبدأ، حيث جاء في نهاية المحتاج قوله: (والمرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء)⁽⁷⁾.

كما جاء في المغني ما نصّه: (الأساس في لحوق النسب واللعان هو ثبوت ماء الرجل من عدمه مع قيام الزوجية) (8).

ب) التطبيقات الفقهية المعنية بالنسب المخالفة لربط العقد بالماء في ترتيب النسب:

إن تطبيقات الفقهاء المعنية بأساس النسب أتت في أكثر من موضع مخالفة لمعنى ربط الماء بالعقد، من ذلك نذكر ما جاء في المغني قوله: (ولو تزوّج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول، فزُفّت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى، فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطئ؛ لأنه يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء (في نكاح فاسد) (9)، إن الشق الأول من العبارة لم يجعل للعقد أي دور في تأسيس النسب، وتبريره: الحل استناداً على صورة العقد والتي يمكن اعتبارها شبهة يُدْرَأُ بها الحد؛ إلا أن لهذا الاعتماد على صورة العقد هو في حد ذاته خروج عن القاعدة العامة المرسّخة للبطلان في الفقه الإسلامي عموماً، والفقه الحنبلي خصوصاً على اعتبار أن هذه العبارة مستقاة من أحد كتب فقهم، من حيث أن الغلط الذي شأب عقد الزواج هو الغلط في ركن المعقود عليه، ومن ثم فهو غلط مؤثر يجعل عقد الزواج عقداً باطلاً، ومع ذلك رُتّب النسب، وهذا خروج واضح عن قاعدة البطلان، التي تقضي عدم ترتيب أي أثر على العقد الباطل، لأنه كالعدم.

كما أن تباين الفقهاء في الحكم على كل نوع من أنواع الشبهة عند الحديث عن وطء الرجل مطلقة طلاقاً بانئنا توجييه من حيث أنهم اتفقوا على أن عدم العلم بالحرمة من شأنه أن يسقط الحد، وبالتالي يثبت النسب، إلا أن الإمام أبو حنيفة قد خرج عن ذلك، و أسس النسب على ألا عقد أي عن الماء المجرد عنه حتى مع العلم بحرمة المحل أو الفعل، مما زاد الأمر تعقيداً..

كما أن مذهب الإمام أبي حنيفة في هذا الشأن يقضي بكفاية العقد وحده للنسب لمن يأتي بعده في المدة المشروعة، وممن يتصور كون الولد من مائه، وَيُثَبِّتُ

النسب ولو لم يكن الدخول ممكناً، بأن طلقها في المجلس عُقِب تزوجها، أو كان أحد الزوجين بأقصى المشرق والآخر بأقصى المغرب⁽¹⁰⁾، ولم يلتقيا وبينهما مسافة سنة! فولدت لسته أشهر من تاريخ العقد، ثبت نسبه، لاحتمال أن الزوج من أصحاب الكرامات ممن تُطوى لهم المسافات!! فأين افتراض وقوع الوطء (الماء) من ذلك؟!

إن اعتبار العقد هو أساس النسب ينقضه ترتيب النسب على العقد الفاسد، فإذا أمكن توجيه النسب في العقد الفاسد المختلف فيه بعد الدخول، أي ما يعرف عند الأحناف بالفساد، فلا يصلح أصلاً للمتفق على فساد، وهو ما يطلق عليه الأحناف (بالبطلان)، تفرقة بينه وبين الفاسد، أو المتفق على فساد عند الجمهور، كالعقد على الخامسة، أو العقد المحرمة تحريماً مؤبداً، كالعقد على الأخت، فقد اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في الصور السابقة⁽¹¹⁾ وغيرها في حالة الجهل، واختلفوا في حالة العلم، فذهب الجمهور إلى أنه زنا، ولا يترتب عليه النسب، وخالفهم الأحناف، وقالوا بثبوت النسب ودرء الحد، وأوجبوا التّعزير⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: عبارات الفقهاء عن الماء كأساس للنسب:

إن الخوض في العبارات الفقهية الواردة عن الماء كأساس للنسب يستلزم بدءاً بالتطرق إلى المبدأ المرسخ عند الفقهاء في الماء المؤسس للنسب من خلال هذه العبارات، ومن ثمّ عرض التطبيقات الفقهية بهذا الخضم، والتي أتت على خلاف القاعدة.

أولاً: العبارات الفقهية المعنية بالماء المؤسس للنسب المرسخة للمبدأ العام:

إن المبدأ العام المنتهج من قبل الفقه الإسلامي للماء المؤسس للنسب، هو أن الماء لا يعتبر إلا بعقد الزواج – كما أسلفت سابقاً- وأتت العديد من العبارات الفقهية مؤكدة لهذا المعنى، نذكر منها، قول ابن القيم: (فلا تصير المرأة فراشاً إلا بعد دخول محقق)⁽¹³⁾، وصاحب هذه العبارة من فقهاء المذهب الحنبلي الذي يؤسس النسب على الدخول المحقق⁽¹⁴⁾.

وقال صاحب بلغة السالك: (حكى ابن عبد السلام قولين في هذا حيث قال: اختلف هل هو حقيقة في كل واحد من العقد والوطء أو في أحدهما، وما هو محل الحقيقة، قال والأقرب أنه لغة حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وفي الشرع على عكس ذلك) (15).

لقد ذهب فقهاء المالكية على تأسيس النسب على العقد مع إمكان الوطء (الماء)، بالإضافة إلى ذلك يجب التطرق إلى شرط جدّ مهم، وهو الذي يقضي بأن يولد لمثل العاقد، وهو أن يكون الزوج كأن يمكن الحصول معه على الولد، إذ إن مجرد النكاح الصحيح لا يكفي، لينسب الولد إلى الزوج، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء (16).

وجاء في البدائع قوله: (وأما النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد في حق الفراش) (17).

ثانياً: التطبيقات الفقهية المعنية بالماء المؤسس للنسب المخالفة للمبدأ المرسخ:

لقد جاء عديد تطبيقات فقهية معنية بالماء المؤسس للنسب على خلاف ما انتهج بربطه بالعقد، نذكر منها، ما ورد في المغني قوله: (إذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا، فلا يشرع له طريق لنفيه) (18)، ومنها أيضاً ما ذكره القرطبي: (إذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه، فلم يكن له نفيه بعد سكوته ... لأن سكوته بعد العلم به رضاً، فإنه لا يقبل منه، ... نحن نقول، لهذا فهو راضٍ به، ليس له نفيه، وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة، وأبو يوسف ومحمد) (19).

وما ورد في مغني المحتاج قوله: (ولو علم زناها واحتمل، على السواء كون الولد منه ومن الزنا حرم النفي، رعاية للفراش كما مر) (20). وعليه، فإن تطبيقات الفقهاء قد خرجت عن قاعدة الماء المؤسس للنسب تجسّدت في باب اللعان، من حيث ثبوت النسب برضا الزوج إذا أتت به قبل أقل من مدة

الحمل، فقد نقل عن المالكية والشافعية وأبي حنيفة القول بثبوت النسب إذا لم يلاعن الزوج زوجته بعد علمه بأن الحمل ليس منه، وسكوته خلال مدة معينة اختلف الفقهاء في تحديدها، قد أسس النسب على الماء المجرّد عن العقد، وبالتالي فإن التطبيقات السابقة تظهر بجلاء الماء المجرّد عن العقد واستناد الفقهاء إليه كمؤسس للنسب في أكثر من واقعة وتطبيق.

إن هذا النقض لم يكن غائباً عن أذهان الفقهاء، ودليل ذلك محاولة تبريره بالتوجيه من خلال عديد معاني، وهذا ما سنورده في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مبررات خروج التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب

أن نصوص الفقهاء اتفقت على ثبوت النسب، ولظهور معارضة بين ذلك وقاعدة البطلان في الأذهان حاول الفقهاء توجيه التعارض بعدة توجيهات⁽²¹⁾، ومعانٍ ومعايير.

أولاً: المعاني التي قامت عليها مبررات الخروج: ما برر به فقهاء الشريعة الخروج عن القاعدة المعنية بأساس النسب، الاستناد إلى الحاجة وتنوعها، كحاجة الرجل لصيانة مائه، وحاجة الجنين للحياة، وحاجة الورثة للحماية⁽²²⁾.

نذكر نماذج من العبارات الفقهية التي تؤكد ذلك، منها قول الزيلعي: (يثبت النسب في النكاح الفاسد؛ لأن النسب يحتاج في إثباته إحياءً للولد)⁽²³⁾ ، وفي المجموع قوله: (النكاح الفاسد لحق بالنكاح الصحيح في حق المنافع المستوفاة مع قيام المنافع لحاجة الناكح لذلك)⁽²⁴⁾، وقول الكاساني في ثبوت النكاح الفاسد بعد الدخول: (وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح لدرء الحدّ وصيانة لمائه من الضياع لثبات النسب)⁽²⁵⁾.

ولكن السؤال الذي يتبادر بهذا الصدد هو كيف يمكن إعمال هذه المعاني ، وما هي المعايير التي قد تستند عليها؟.

ثانياً: المعايير الفقهية التي يمكن إعمالها على مبررات مخالفة قاعدة النسب:

إنه ومن خلال الاستقراء وجدت أن الفقهاء قد أشاروا إلى معنى هو الأقرب لإعمال هذه المعاني، لكي تكون توجيهاً لإشكالية التطبيقات الفقهية المعنية

بأساس النسب، وهو: معنى اللعان، والذي يعنيني هو القدر المرتبط بالإشكالية فقط، وهل هذا المعيار كتوجيه نستطيع أن نأخذ به على إطلاقه أم لا بد من ربطه بمعنى آخر؟

أ- معنى اللعان: إن مكن تحديد معنى اللعان – بما يخدم الإشكالية – متأت من معرفة أحكامه وهي:

1. ينتفي نسب الولد عن الزوج ويلحق بالزوجة، ويتطلب نفي الولد ذكره صراحة في اللعان، وفي هذا الحكم حماية مصلحة الزوج الملاح من أن ينسب له من ليس منه، وصيانة مائه من دنس الغير، وصيانة شرفه من المسبة والعار.

2. التفريق: فإن فرق بينهما الحاكم قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة، وهو قول الجمهور، أما القول الثاني: إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفرقة.

ب- أحكام فلسفة اللعان في إطار إشكالية تطبيقات النسب: إن فلسفة هذا الحكم – من وجهة نظري- تكمن في جانبين مختلفين، ولكنهما يحققان ذات النتيجة: أما الجانب الأول: وهو أن عنصر التشهير بين الخلائق قد تم بتمام اللعان، لذلك كان الأولى أن يفترقا، تحقيقاً لمصلحة الأسرة، لأن استمرار الحياة بينهما مدعاة لحدوث الأزمات والمشاكل الأسرية، والتي ستتم بمرأى الأولاد، مما سيعصف بنفسيتهم وسلوكهم، وما قد يلحق الزوج من المسبة والمهانة إذا استمر في مناكحة من قدحها وولدها،

أما الجانب الثاني: فهو إذا أتى الملاحان بشهادتين، فقد تكون ثمة فرصة لاستمرار الحياة الزوجية، لأن اللعان لم يتجاوز نصفه ولم يبلغ من التشهير مبلغاً.

من خلال الطرح، يمكن الخروج بفلسفة اللعان في إطار أحكامه إلى أن حماية حق الزوج في صيانة مائه من دنس الغير، قد جاءت متعارضة مع مصلحة

إحياء الولد، مما اقتضى الرجوع إلى دور المصلحة في التشريع، بما يحقق حماية للأسرة بالرجوع إلى القاعدة عند تعارض المصالح.

المبحث الثاني

دور التطبيقات الفقهية لأساس النسب في حماية الأسرة

إن دور التطبيقات الفقهية المؤسسة للنسب و"المخالفة للقاعدة"، والمعاني التي أوردها الفقهاء كتبرير للخروج، لكي يكون لها دورٌ فاعلٌ في حماية الأسرة لا بد أولاً من ربطها بالمقاصد، لأنها لا تخرج عن إطار الموازنة بين مصلحة ومفسدة، أو مصلحتين تغلب فيها كفة إحدهما على الأخرى، ويكون الترجيح هو مناط أعمال هذه المعاني، ودور هذه المعاني وانعكاسها على مسلك المشرع لمعرفة أسرار التشريع ومقاصده، والوقوف على اعتبارين هما: أن يكون المشرع من أهل الفقه، أو لا يكون كذلك، وعليه سيكون هذا المبحث على منحين:

الأول: الدور المقاصدي للتطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب.
أما الثاني فسيكون منصباً على: دور التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب على مسلك المشرع.

المطلب الأول: الدور المقاصدي للتطبيقات الفقهية بأساس النسب

إن الدور المقاصدي للتطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب سيأخذ اتجاهين: جاء الأول من خلال ربط معيار اللعان بالمعنى المقاصدي كمعيار لتوجيه إشكالية الماء المؤسس للنسب، ومن ربط المعنى المقاصدي على إشكالية العقد ومعيارها ارتباط نفي النسب بالزنا.

الفرع الأول: الربط بين معيار اللعان والمعنى المقاصدي

إن اللعان وكما هو معروف أساسه قيام العلاقة الزوجية بين رجل وامرأة، وكما هو معروف أيضاً فإن عقد الزواج جاء لحفظ كيان الأسرة في المنظومة الاجتماعية الإسلامية، حيث يدخل تحت هذا المعنى حفظ النسل الذي هو من الضرورات الخمس في الشريعة الإسلامية، وعدم اختلاط الأنساب، وما يخرج عن هذه الفلسفة تعتبر مفسدته أكثر - من حيث المبدأ - لكن فلسفة اللعان في إطار إشكالية التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب، وما ينضوي تحتها من معنى صيانة ماء الرجل تهدم المصلحة المرجوة من عقد الزواج، من حيث إنه ويتحقق اللعان فإن التفكك الأسري سيقع نتاجاً له، ذلك لأن من أحكام اللعان التفريق، وبإعمال هذا المعيار على الإشكالية، وتحديدًا إشكالية الماء، فإن المعنى المقاصدي - والتي أتى به علماء المقاصد - تقضي الموازنة بين المصلحة التي يُرجى من خلالها التفريق، والمفسدة التي قد تحصل جرّاء هذه الفرقة، فإنه - ومن وجهة نظري - قد تغلب المصلحة من الفرقة على المفسدة التي قد تنجم عنها، لعدم استقامة الحياة الزوجية في ظل لعان مشهر، مما تكون له انعكاساته السيئة على الأسرة خصوصاً الأولاد.

أما فيما يخص فرضية علم الزوج وسكوته عند لعان الزوجة، فإن المصلحة في بقاء النسب على ما هو عليه تغلب مصلحة لعان الزوج لها، ولذلك جعل اللعان متوقفاً على إرادة الزوج، وليس أدل على ذلك من عبارة الشنقيطي التي ذكر فيها : (لا ينتفي الولد إلا بلعان، ولو صدقته الزوجة، لأن للولد حقاً في لحوق النسب فلا يسقط إلا بلعان) (26).

وبناء على الطرح المقدم آنفاً، والمتمثل في الموازنة بين مصلحة ومفسدة أو الموازنة مصლحتين، تكون الإجابة ذات طابع مزدوج: فللمجيز أن يقول: بأن الشارع مُتَشَوِّفٌ إلى إثبات النسب، نظراً إلى مصلحة الولد، ومصلحة الولد في أن يكون انتماءه إلى أب أولى من معاقبة الزاني بنفي نسب الولد عنه، لأن معاقبة الزاني بنفي الولد غير قاصرة عليه، بل تشمل الولد، وهو لا ذنب له استناداً إلى قوله تعالى : (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) (27)، فكان حقه أولى

بالتقديم، لاسيما في هذه الأزمان التي صار يُعدُّ فيها الولد عباً يتهرب أكثر الزناة منه، لا مكافأة يبحثون عن الحصول عليها. وللمانع أن يقول: بأن إلزام الزاني بالمسؤولية نسباً ونفقةً على التولّد من مائه يشجّع على انتشار الزنا من جهتين: إحداهما: لأن في ذلك تشجيعاً على إعلان الفاحشة، وأن يقول الناس أن فلاناً ابن فلانٍ من الزنا، لما يكون في ذلك من وقع سيء على نفسية الولد، وما يلحقه من العار، وما قد يسبب في انحرافه وسوء سلوكه.

والجهة الثانية: أن كثيراً من النساء اللاتي تسوّل لهن أنفسهن فعل الزنا يتركه خوفاً من الولد، فإثبات نسبه والمسؤولية عنه على الزاني يبعد عنهن هذا الخوف، فيكثر الزنا، بل قد تلجأ ضعيفات الدين وفاقدات المعيل وبائعات الهوى إلى إغواء الرجل حتى يحملن منهن، فيشكل ذلك مصدراً لرزقهن ورزق أولادهن عن طريق النفقة والميراث، فيقدم دفع هذه المفسدة العامة " وهي انتشار الزنا"، على مصلحة الولد في النسب، والمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة، إذا تعدّر الجمع بينهما.

لقد أتى هذا الربط بالجانب المقاصدي متناغماً مع ما أورده الفقهاء في هذا الصدد⁽²⁸⁾، وباستحضار مقاصد الشريعة - لاسيما فقه الموازنات - سيكون لهذه التطبيقات المعنية بأساس النسب دورٌ في حماية الأسرة، من خلال استجلاب الأصلح والأنسب لما يوائم مقتضيات كل نازلة وأخرى تدخل في أحكام الأسرة لاسيما النسب.

المطلب الثاني: دور التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب على مسلك

المشرع

لقد وضعت الشرائع لجلب المصالح ودرء المفاصد في القديم والحديث لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، ومن هنا تظهر أهمية الموازنة بين مصلحة ومفسدة باعتبارها أداة لضبط الحكم وربطه بالمعاني والمصالح، وهذه الأخيرة غاية للحكم بها تعرف موارده ومصادره، مما يجعل الطريق أمام المشرع مثلاً

لصياغة نصوص قانونية أكثر مرونة بما يحقق مصلحة الأسرة في جزئية النسب، وعليه فإننا سنقف أمام اعتبارين .
الأول: أن يكون المشرع من أهل الفقه، الثاني: أن يكون المشرع من غير أهل الفقه.

الفرع الأول: مسلك المشرع الفقيه في سن النصوص المعنية بأساس النسب
إن كان المشرع من أهل الفقه فإنه يتوجب عليه استحضار البعد المقاصدي، والالتفاف إليه في عملية التشريع، وفي بيان الأحكام وتطويرها، أو الترجيح بينها على الأقل، لذلك اشترط الإمام الشاطبي لمبدأ المقاصد والمصالح لمن يبلغ درجة الاجتهاد شرطين: الأول: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني: التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها⁽²⁹⁾.

ولم يفعل كما فعل أصحاب المصلحة النفعية في فلسفة القانون، في اعتبار المنافع والمبالغة في تعظيم مكانتها، مع أن قياس الأمور بمعيار الفائدة والمصلحة ركن من أركان الإنسانية الأساسية، ومن ذلك الشرع الإسلامي، حيث إنه مبني على طلب المصلحة، ودفع المضرة، فمن هذه الزاوية تلتقي الشريعة بالفلسفة النفعية العامة، وبالتالي على المشرع أن يبحث في المقاصد والمصالح في صورتها العامة الجماعية، دون الوقوف عند الاهتمام بها في صورتها الخاصة الفردية⁽³⁰⁾.

لذلك على المشرع الفقيه أن يستحضر أمرين:

1. الاجتهاد في فهم الخطاب الشرعي، من خلال الربط بين كلياته وجزئياته، ودلالة نصوصه على معانيها.
2. الاجتهاد في تنزيل الأحكام التي تم التوصل إليها في المرحلة الأولى من مراحل الفهم، وذلك بتحقيق المناط من كل واقعة⁽³¹⁾.

الفرع الثاني: مسلك المشرع غير الفقيه في سن النصوص المعنية بأساس النسب

إذا لم يكن المشرع من أهل الاجتهاد في الفقه، ففي هذه الحالة لن يستطيع أن يبيت في أمر القاعدة الفقهية -التي هي مستند النص القانوني- بالتالي فإن أمر الموازنة بين المصالح المتعارضة، أو الموازنة بين جلب مصلحة أو درء مفسدة وإمكانية الترجيح بينها سيستشكل عليه، لعدم اكتسابه أدوات الترجيح؛ كذلك يجب عليه أن يستند إلى مرجعية متخصصة في هذا المجال، كالرجوع إلى دار الإفتاء، أو الدعوة إلى قيام نواتٍ متخصصة بهذا الصدد، من شأنها أن تربطه بالشرعيين أو رجال الأحوال الشخصية، لكي يستطيع صياغة نصوص محددة ومتسقة مع الاتجاه المقاصدي، لطبيعة النصوص القانونية المعنية بالنسب، بما تحقق مصلحة الأسرة.

لكن هناك إشكالٌ يطرح، مفاده: ما هي الأولويات التي يجب أن يراعيها المشرع بصدد تنظيم المصالح المتعارضة في مسألة النسب، لتحقيق المصلحة المرجوة، لقد قيل بمعيار المصلحة العامة -كما أسلفت- فكلما كانت المصلحة الفردية أقرب إلى المصلحة العامة، كانت هي التي لها الأولوية في التقديم على غيرها، غير أنه وإن كان معياراً ذو مفهوم مرن، إلا أنه غامضٌ وغير منضبط، وكبدل له يقترح الفقيه "روسكو باوند" معياراً عملياً علمياً، وهو وجوب اشتغال الحل على أكبر قدر من المصالح بأقل تضحية ممكنة، واعتماداً على هذا المعيار، فإن جميع المصالح يمكن النظر إليها على أنها مستوى واحد، أو أنها لا تخضع للمعايرة من حيث ترتيب الأهمية⁽³²⁾،

غير أن هذا المعيار غير ممكن التطبيق؛ لأن وضع الحقوق والمصالح في مستوى واحدٍ غير ممكن، لأنها تحمل صفة التعارض بطبيعتها، يقول الشاطبي: (إذا تعارض أمر كلي وأمر جزئي، فالكلي مقدم، لأن الجزئي يقتضي مصلحة جزئية، والكلي يقتضي مصلحة كلية، ولا ينحزم نظام في العالم بانحزام المصلحة الجزئية، بخلاف ما إذا قُدم اعتبار المصلحة الجزئية، فإن المصلحة الكلية ينحزم نظام كليتها)⁽³³⁾.

وهنا - وفق تصوّري - هو الميزان الأمثل لتقاس أهمية مصلحة على أخرى وفق مقتضيات نازلة وأخرى.

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث، أعرض كل النتائج التي تبلورت بناءً على طرح مقدمته ومنتته:

1. إن تأسيس النسب على العقد المستتبع للماء وانتفائه بحد الزنا من حيث المبدأ، لا خلاف فيه، ولو أن الأمر لم يخرج عن هذين الاحتمالين لقضي الأمر، إلا أن الوقائع والتطبيقات أوجدت لنا مرحلة وسطاً، أي لا عقد ولا زنا، وقد أسس النسب على ماء مجرد عن العقد، والذي هو في حقيقته ماء مدرّ بحسب القاعدة.
2. إن اعتبار العقد أو الماء لذاتهما، دون ارتباطهما بمعنى معين أساساً لنسب، أساس مضطرب، وذلك لنقض هذا المعنى العام بالتطبيقات الفقهية الواردة بهذا الخصوص، ولما يترتب على هذا من خرق للمبادئ العامة للبطلان.
3. لقد حاول الفقهاء تبرير خروج تطبيقاتهم المعنية بأساس النسب بعدة معانٍ، منها إحياء الولد، وصيانة ماء الرجل، وحماية الورثة، إلا أن هذه المعاني التي ذكرها الفقهاء كتوجيه لإشكالية أساس النسب إذا حُملت على إطلاقها فإنها لن تصلح كتوجيه لتناقضها عند التزاحم، فمثلاً مراعاة إحياء الولد نقض لمراعاة مصلحة الورثة.
4. إن المعايير الفقهية والتي أتى بها الفقه الإسلامي كاللعان، وقاعدة عدم اجتماع حد ونسب تصلحان كتوجيه لإشكالية التطبيقات الفقهية الخارجة عن قاعدة النسب من حيث المبدأ، إلا أنها هي الأخرى لا يمكن أن تؤتي دورها الفاعل في حماية الأسرة، إلا إذا ارتبطت بمعنى آخر.
5. إن ربط المعنى المقاصدي على معيار اللعان وعلى كل المعاني التي جاء بها الفقهاء كتوجيه للتطبيقات المعنية بالنسب (والمخالفة للقاعدة)، قد صلّح

وتماشى مع طبيعة المصالح المتعارضة التي تكتنف جزئية النسب، وما يتمخض عنها من حماية الأسرة لتحقيق المصلحة المرجوة وإن كانت بأقل الأضرار.

6. إن التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب والمخالفة للقاعدة قد أتت كعلاج للنوازل؛ التي تحدث خارج نطاق قاعدة النسب، والتي تقضي وجود ماء معتبر بعقد الزوجية، فليس كل الأناس سيأتون بالأمر كما يجب، فنحن نتحدث عن بشر لا يُعصمون من كبائر الذنوب وصغائرها، لذلك لا بد من إيجاد حلول لتدارك ما وقع وما قد يقع.

7. إن التطبيقات الفقهية المعنية بأساس النسب والمخالفة للقاعدة كان لها دورٌ فاعل في حماية الأسرة، ولهذا الدور جاء مبنياً على مقاصد ترجع الأمور فيها إلى إعمال المصلحة، وانعكاس هذا الإعمال على مسلك المشرع، وذلك بأن يجعل النص القانوني المعني بأساس النسب مرناً بأن يحوي كل النوازل والاحتمالات المستحدثة، وهذا ما يجب أن يسير المشرع – لاسيما مشرّع الأحوال الشخصية- على نهجه عند إعادة صياغة نصوص قوانين الأحوال الشخصية.

8. إن ما عرضته من فكرة لخروج التطبيقات الفقهية عن قاعدة النسب المعتمدة يبين أن أساس النسب يحتاج إلى إعادة قراءة من المتخصصين، للخروج بنظرية متكاملة تحوي كل ذيوله ومسائله، للوقوف على أفضل احتمالات التريج التي من شأنها المحافظة على بقاء الأسرة متماسكة في وجه التحديات والمشكلات التي قد تعصف بكيانها.

هوامش البحث

- (1) ابن قدامة، المغني، 403/7.
- (2) الخرشي، الشرح الخرشي على مختصر خليل، 318/5. - ابن الهمام، شرح فتح القدير، 147/4. - الحطاب، مواهب الجليل، 291/6.
- (3) الكاساني بدائع الصنائع، 395-394/7. - ابن رشد، البيان والتحصيل، 413-412/6. - ابن قدامة، المغني، 395-394/7. - النووي، المجموع، 408-401/17. - ابن حزم، المحلى، 640/6.
- (4) انظر: سكيب، إشكالية أساس النسب وأثرها على القانون رقم 10 لسنة 1884م، ص13-19.
- (5) الكاساني، بدائع الصنائع، 35/4.
- (6) الزيلعي، تبين الحقائق، مجلد3، ص180.
- (7) الرملي، نهاية المحتاج، 377-376/8.
- (8) ابن قدامة، المغني، 403/7.
- (9) ابن قدامة، 171/11.
- (10) الكاساني، بدائع الصنائع، 332/2.
- (11) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 458/2. - الماوردي، الحاوي الكبير، 49/14. - ابن قدامة، المغني.
- (12) ابن عابدين، حاشية رد المختار، 144/3. - ابن قدامة، المغني، 432/7.
- (13) ابن القيم، زاد المعاد، 141/4.
- (14) ابن تيمية، الاختبارات العلمية، ص165.
- (15) الصاوي، بلغة السالك، 374/1.
- (16) الزيلعي، تبين الحقائق، 39/3. - مالك، المدونة، 29/2. - البهوتي، كشف القناع، 407/5. - عlish، منح الجليل، 276/4.
- (17) الكاساني، البدائع، 336/4.
- (18) ابن قدامة، المغني، 403/7.
- (19) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 190/12.
- (20) الشربيني، مغني المحتاج، 476/3.

- (21) أبو غرارة، نظرة في أساس النسب، ص 7.
- (22) ينظر: جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية، محاضرة 211/2.
- (23) الزيلعي، تبيين الحقائق، 152/2.
- (24) النووي، المجموع، 20/20 وما بعدها.
- (25) الكاساني، بدائع الصنائع، 495/2.
- (26) الشنقيطي، أضواء البيان، 103/6 .
- (27) سورة فاطر، آية 18 .
- (28) الشاطبي، الموافقات، 277/3-278 . - ابن تيمية، أعلام الموقعين، 61/1 . - ابن نجم، الأشباه والنظائر، ص89.
- (29) الشاطبي، الموافقات، 42-41/2.
- (30) العوا، دور المقاصد في التشريع الوضعي، ص 279.
- (31) زايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط، ص 260-261 .
- (32) عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، ص36.
- (33) الشاطبي، الموافقات، 498/1.

مصادر ومراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: تفسير القرآن الكريم

1. الشنقيطي، محمد الأمين محمد مختار الحنكي، (2000م) أضواء البيان في إيضاح القرآن، خرج آياته محمد عبد العزيز الخالدي، ب ط، بيروت، دار الكتب العلمية.
2. القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن الكريم، تصحيح أبو إسحاق إبراهيم أطفيش، ب ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ثالثاً: كتب الحديث وشروحه:

1. الإمام مالك، مالك بن أنيس الأصبحي، مدونة مالك، برواية الإمام سحنون، تصحيح وتحقيق عامر الخراز وعبد الله المنشاوي، القاهرة، دار الحديث.

رابعاً: كتب أصول الفقه:

1. الشاطبي، أبو إسحاق بن موسى اللخمي الغرناطي، (1417هـ)، الموافقات في أصول الأحكام، تح: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، ط1، دار ابن عفان.
2. العوا، محمد سليم، دور المقاصد في التشريع الوضعي، بيروت، دار المعرفة.
3. الغزالي، محمد بن محمد بن أحمد المكنى بأبي حامد، إحياء علوم الدين، بيروت، دار المعرفة.

خامساً: كتب الفقه الإسلامي:

أ- الفقه الحنفي

1. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (1316هـ)، طبعة جديدة، بيروت، دار الفكر .
2. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (1316هـ)، شرح فتح القدير (شرح الهداية)، ط1، بولاق مصر، المطبعة الأميرية الكبرى.
3. السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد ، المبسوط، ب ط، بيروت، دار المعرفة.
4. الزيلعي، فخر الدين عثمان، تبين الحقائق بشرح كنز الدقائق، ط3، بيروت، دار المعرفة.
5. الكاساني، علاء الدين أبو بكر محمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط7، مصر، مطبعة الجمالية.

ب- الفقه المالكي:

1. ابن رشد، (أبو الوليد) محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، (1887م)، تر: أحمد الحبابي، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي.
2. التسولي، أبو الحسن محمد، البهجة في شرح التحفة، ط2، بيروت، دار الفكر.
3. الحطاب، أبو عبدالله محمد ، (1978م)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط2، بيروت، دار الفكر.
4. الخرشي، أبو عبدالله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، (فتح الجليل على مختصر خليل)، ط1، بدون ناشر ولا تاريخ.
5. عليش، أبو عبدالله محمد بن محمد، منح الجليل على مختصر خليل، وبهامشه حاشية التسهيل لمنح الجليل للشيخ عليش نفسه، ب ط، مكتبة النجاح، ليبيا.

ج- الفقه الشافعي:

1. الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (1938م)، ب ط، مصر، مطبعة الحلبي وأولاده.
2. الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ب ط، بيروت، دار الفكر.
3. الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، (2003م)، الحاوي الكبير، ب ط، بيروت، دار الفكر.

د- الفقه الحنبلي:

1. ابن تيمية، تقي الدين أحمد، الاختبارات العلمية، (1950م)، تح: محمد جاد الفقي، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية.
2. ابن قدامة، أبو محمد عبدالله، المغني، ب ط، بيروت، عالم الكتب.
3. ابن القيم، شمس الدين أبو عبدالله، زاد المعلا في هدي خير العباد، راجعه وقد له طه عبد الرؤوف طه، ب ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

سادساً: رسائل الدكتوراه والماجستير:

1. حسن، عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه نوقشت بكلية دار العلوم، جامعة القاهرة، لم تنشر.
2. سكيب، رجاء الهادي محمد، (2017م)، إشكالية أساس النسب وأثرها على القانون رقم 10 لسنة 1984، جامعة طرابلس، كلية القانون.

تاسعاً: المقالات والبحوث العلمية:

1. أبو غرارة، ضو مفتاح، (2009م)، نظرة في أساس النسب، مجلة إدارة القضايا، العدد 16، 8 ديسمبر.
2. جاد الحق، جاد الحق علي، (2005م)، بحوث وفتاوى إسلامية معاصرة، القاهرة، دار الحديث، ب ط.