"إشكاليات تنفيذ توابع التفريق القضائي بين قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد الفقهي "

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

نطاق الاجتهاد القضائي في فقه الأسرة بين ثوابت النص ومقتضيات الواقع

أد. دليلة شايب

Chaib_d@hotmail.com

الملخص:

إن الدول الإسلامية كغيرها من الأنظمة تجتهد في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة متأثرة في ذلك بالتحولات العالمية التي ترتقي بالمرأة، وتفعيل دورها السياسي والاجتماعي والثقافي، واكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل انطلاقا مما تفرضه القوانين العالمية لحقوق الإنسان، بخلاف قوانين الشريعة الإسلامية التي تحكم العلاقة بين الرجل والمرأة والقائمة على القوامة المسؤولة للرجل والتي من شأنها توفير الحماية والاستقرار للمرأة أيا كانت صفتها وموقعها، مما فرض على المشرع ابتكار حلول قانونية تسعى للتوفيق بين توجيهات وأحكام الشريعة الإسلامية والعلاج القانوني والعلمي لهذه الأوضاع الجديدة وربطها بمقتضيات الواقع، حيث يقع على عاتق القاضي مسؤولية الاجتهاد وإيجاد الحلول القانونية لهذه المستجدات وتحقيق التوازن بين النص الشرعي الثابت ومتغيرات الواقع التي كثيرا ما تكون غير منصوص عليها في الكتاب أو السنة، مما يستدعي استحضار النظر المصلحي ومقاصد الشريعة من دون التفريط في ثوابت النص.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، مقاصد الشريعة، مقتضيات الواقع، ثوابت النص

Like other systems, Islamic countries strive to maintain their family-related legislation, influenced by global changes that elevate women, activate their political, social, and cultural roles, and grant them equal rights with men based on international human rights laws. This is in contrast to Islamic Sharia law, which governs the relationship between men and women and is based on the responsible guardianship of men, which provides protection and stability for women regardless of their status or position. This has forced lawmakers to devise legal solutions that seek to reconcile the directives and provisions of Islamic law with legal and scientific remedies for these new situations and link them to the requirements of reality. The judge is responsible for exercising his discretion and finding legal solutions to these new developments and striking a balance between the fixed legal text and the changing realities that are often not mentioned in the Qur'an or Sunnah, which requires consideration of the interests and objectives of Sharia without compromising the constants of the text.

Keywords: Judicial ijtihad, objectives of Sharia, realities of life, constants of the text

Abstractmm

مقدمة

الزواج في الإسلام عقد مبارك بين الرجل والمرأة يمثل الصلة الربانية في أوثق وشائجها، يعقده رب العزة بين نفسي الزوجين، ويحرص على بناء أسرة قوية متماسكة جادة، متعاونة، باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع. لهذا نجد الكثير من الآيات في القرآن الكريم بشأنها ، وكثيرة كذلك هي التشريعات التي تتناول تنظيم العلاقة بين أفرادها ، لأن حفظ الأسرة هو حفظ للدين وللإنسان ، وتوجيه لمسار العمران بأكمله.

ومكانة الأسرة في الإسلام تعتمد على ثوابت ثلاثة:

1- التقيّد بضوابط الشريعة الإسلامية وآدابها وأحكامها.

2- الإحساس الإنساني المرهف بمسؤوليات الحياة المشتركة من كلا الزوجين والأولاد

3- العمل على تحقيق الاستقرار الدائم النابع من فضيلة الوفاء وبناء كيان الأسرة الخاص لرفد المجتمع بأطيب الثمار وأنضجها وأقواها تربية رصينة[1].

ونظام الأسرة المسلمة القائم على التعاون والتراحم والتسامح بقيم الأخلاق الفاضلة ، بدء من الزواج إلى انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق الاضطراري أو الموت، نظام وسطي معتدل، يضم بين أجنحته إذا التزمت آداب الإسلام وروعيت ضوابط أحكامه وشرائعه ، كل ما يحقق الخير والتقدم والسعادة لقيامه على قواعد العدل والمساواة والحرية المنظمة والضرورة أو الحاجة أو الحالات الاستثنائية التي لولاها لأصبحت الحياة الزوجية جحيما لايطاق.يشير إلى هذا قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ٢١ ﴾ (سورة الروم، 21)، كذلك قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ١٩ ﴾ (سورة النساء، 19). والمعروف يعني التوسط في المعاملة بحسب العرف والعادة الصحيحة وضمن موازين الشرع[2].

لذلك حرص الإسلام على دوام هذه الرابطة والبعد عن هدمها، فسماها بالميثاق الغليظ، أي الشديد المؤكد الصلة أو العلاقة، ووجوب الوفاء بالحقوق والواجبات فيها، في قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ٢١ ﴾ (سورة النساء،21).

وقضايا الأسرة وأحكامها من المواضيع الفقهية المتجددة في عديد مسائلها الجزئية، مما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في شتى المجالات، وهي كذلك من المواضيع الاجتماعية التي كثر الحديث فيها وانعقدت حولها الندوات والملتقيات الوطنية والدولية.

وبالنظر لأهمية فقه الأسرة في بناء المجتمع، فإن الدول الإسلامية كغيرها من الأنظمة تجتهد في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة متأثرة في ذلك بالتحولات العالمية التي ترتقي بالمرأة، وتفعيل دورها السياسي والاجتماعي والثقافي، واكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل انطلاقا مما تفرضه القوانين العالمية لحقوق الإنسان، بخلاف قوانين الشريعة الإسلامية التي تحكم العلاقة بين الرجل والمرأة والقائمة أساسا على القوامة المسؤولة للرجل والتي من شأنها توفير الحماية والاستقرار للمرأة أيا كانت صفتها وموقعها.

---

[1] - وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر،ج3، ص 189.

[2] - المرجع نفسه، ج3، ص 556.

مما فرض على المشرع ابتكار حلول قانونية تسعى للتوفيق بين توجيهات وأحكام الشريعة الإسلامية والعلاج القانوني والعلمي لهذه الأوضاع الجديدة، حيث يقع على عاتق القاضي مسؤولية الاجتهاد وإيجاد الحلول القانونية لهذه المستجدات وتحقيق التوازن بين النص الشرعي الثابت ومتغيرات الواقع التي كثيرا ما تكون غير منصوص عليها في الكتاب أو السنة، مما يستدعي استحضار النظر المصلحي ومقاصد الشريعة من دون التفريط في ثوابت النص.

والإشكال المطروح هو: كيف يوازن القضاء بين الالتزام بالنصوص الشرعية الثابتة وبين الاستجابة لمتغيرات الواقع؟

وللإجابة على هذا السؤال جاءت هذه المداخلة الموسومة ب: **<<نطاق الاجتهاد القضائي في فقه الأسرة بين ثوابت النص ومقتضيات الواقع>>، حيث تم تناول الموضوع في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها.**

المبحث الأول: ثوابت النص الشرعي في فقه الأسرة

المطلب الأول: مفهوم النصوص القطعية وأهميتها في فقه الأسرة

المطلب الثاني: الثوابت الإسلامية في قضايا الأسرة

المطلب الثالث: دور النصوص القطعية في ضبط الاجتهاد القضائي

المبحث الثاني: مقتضيات الواقع وأثرها في الاجتهاد القضائي الأسري

المطلب الأول: مفهوم مقتضيات الواقع

المطلب الثاني:أهمية مراعاة الواقع في فقه الأسرة

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي كوسيلة لتحقيق المقاصد الشرعية في ضوء المتغيرات

المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد القضائي في فقه الأسرة

المطلب الأول: شروط الاجتهاد القضائي الصحيح

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية معاصرة

المطلب الثالث: التحديات التي تواجه الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة

الخاتمة

المبحث الأول: ثوابت النص الشرعي في فقه الأسرة

يحتل فقه الأسرة مكانة مركزية في التشريع الإسلامي، لارتباطه المباشر بحفظ النسل، وصيانة الكرامة الإنسانية، وتحقيق السكن والاستقرار الاجتماعي، لذلك أولى الشرع الحنيف هذا المجال عناية خاصة، فجاءت النصوص الشرعية المنظمة لشؤون الأسرة في كثير من جوانبها **نصوصًا قطعية** قصد بها وضع ضوابط ثابتة تمنع الاضطراب التشريعي، وتحدّ من التوسّع غير المنضبط في الاجتهاد القضائي، خاصة في مسائل التفريق القضائي وتوابعه. ومن ثمّ فإن الوقوف على مفهوم النص الشرعي، وبيان الثوابت الأسرية المستمدة منه، يشكل مدخلا ضروريا لتحديد حدود الاجتهاد القضائي في القوانين الوضعية المعاصرة، ومنها قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم النصوص القطعية وأهميتها في فقه الأسرة

تُعدّ النصوص القطعية من أهم مرتكزات التشريع الإسلامي، لما لها من دور حاسم في تثبيت الأحكام الشرعية ومنع الاضطراب في التنزيل الفقهي والقضائي، ويُقصد بالنصوص القطعية تلك النصوص التي توافرت فيها قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، أو إحداهما على الأقل على وجهٍ يمنع التأويل المعتبر.

وهذا المعنى مؤصَّل عند الأصوليين، وقد قرره الإمام الشاطبي عند حديثه عن الأحكام القطعية بوصفها أساس النظام الشرعي والاجتماعي، حيث قال»:الأحكام القطعية هي التي لا مدخل للاجتهاد فيها، وهي أصل التشريع، وبها ينتظم أمر الدين والدنيا.[1]«

كما قرر ابن القيم أن النص القطعي هو المرجع الأعلى في القضاء والفتوى، وأن تجاوزه سبب الاضطراب في الأحكام، فقال: <<فإن الشريعة مبناها على النصوص، وما كان قطعيًّا منها لم يسغ الخروج عنه باجتهاد ولا رأي>> [2].

والنصوص القطعية هي تلك النصوص التي توافرت فيها قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، أو إحداهما على الأقل على وجهٍ يمنع التأويل المعتبر، وهو ماقرره الآمدي بقوله: « الدليل إن كان قطعي الثبوت والدلالة، أو كان أحدهما قطعيًّا، وجب العمل به ولم يجز مخالفته» [3]، ويؤكد وهبة الزحيلي هذا المعنى بقوله : << »النص القطعي هو ما كان قطعي الثبوت أو قطعي الدلالة، ولا يقبل الاجتهاد المخالف له[4]>>.

مثال على نص قطعي:قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ البقرة: 229.

وتظهر أهمية النصوص القطعية في فقه الأسرة: تكتسي النصوص القطعية أهمية خاصة في فقه الأسرة، لكون هذا المجال وثيق الصلة بمقاصد الشريعة الكلية، وعلى رأسها :حفظ النسل، وحفظ العرض، وحفظ المال، فضلًا عن تنظيم العلاقة بين الزوجين، ورعاية مصلحة الأبناء.

ومن ثمّ، فإن اعتماد النصوص القطعية مرجعًا أعلى في الاجتهاد القضائي يحقق جملة من المقاصد، من أبرزها:

- منع الانحراف في الأحكام القضائية الناتج عن التوسع غير المنضبط في السلطة التقديرية.
- تحقيق التوازن والعدالة بين أطراف الأسرة، وعدم تغليب مصلحة طرف على آخر بغير مسوغ شرعي.
- التحصين من تأثير الأعراف الفاسدة أو الضغوط الاجتماعية المتغيرة التي قد تصادم ثوابت الشريعة.

يقول الإمام الشاطبي":الأحكام القطعية لا تقبل الاجتهاد، وهي الأصل في بناء النظام الاجتماعي[5]".

المطلب الثاني: الثوابت الإسلامية في قضايا الأسرة

قبل بيان الثوابت الأساسية في قضايا الأسرة في الفقه الإسلامي، نعرف مفهوم ثوابت النص ومصادر هذه الثوابت على النحو التالي:

---

[1] – الشاطبي، *الموافقات*، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص 302.

[2] – ابن القيم، *إعلام الموقعين عن رب العالمين*، دار الجيل، بيروت، ج1، ص 87.

[3] - الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، ج1، ص 168.

[4] – وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ج1، ص 324

[5] – الموافقات، المرجع السابق، ج4، ص 337

أولا– مفهوم ثوابت النص الشرعي

الثوابت الشرعية : هي الأحكام التي وردت في نصوص **قطعية الثبوت والدلالة**، فلا تقبل الاجتهاد أو التغيير بتغير الزمان أو المكان، وتُعد من المسائل التي أُحكمت أحكامها في الكتاب والسنة لأنها تمثل مقاصد قطعية لحفظ الدين والنفس والنسل والعِرض.

قال الإمام الشاطبي: "القطعيات هي التي لا مجال للرأي فيها، لأنها جاءت على وجه لا يحتمل التأويل[1]" وهذه الثوابت تُشكل الإطار الصلب الذي لا يجوز تجاوزه في الاجتهاد القضائي، خصوصًا في فقه الأسرة.

ثانيا– مصادر ثوابت النص في فقه الأسرة: تنبع ثوابت النص في قضايا الأسرة من:

1. **القرآن الكريم**
2. **السنة النبوية الصحيحة**
3. **الإجماع**

وتُعد هذه النصوص مرجعًا قطعيًا لأهم المسائل التي تضبط العلاقة بين الزوجين، وبين الأبوين وأولادهما، ولها دلالة مباشرة على الأحكام.

أما الثوابت الأساسية في قضايا الأسرة في الفقه الإسلامي: تتمثل في:

1– الزواج مؤسسة شرعية قائمة بين رجل وامرأة

- الزواج في الشريعة الإسلامية مؤسسة شرعية بين الرجل والمرأة تقوم على المودة والسكن والطمأنينة والرحمة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ الروم: 21،نستشف من هذه الآية أن **أساس العلاقة الإنسانية في الإسلام** هو الانسجام بين الزوجين وحفظ النفس والنسل والمال والعِرض، وهو مقصد شرعي أصيل لذلك علق ابن عاشور في تفسيره بقوله : "الزواج نظام فطري جعله الإسلام وسيلة لحفظ النسل وصيانة العرض[2]" .

وعليه فإن الزواج في الإسلام محصور بين الذكر والأنثى، وهو من الثوابت التي لا تقبل الاجتهاد لتوسيع دائرته إلى أشكال "الزواج المثلي" أو ما شابهه.

2– اشتراط الولي في عقد النكاح

قال النبي ﷺ:« **لا نكاح إلا بولي[3]**»

مذهب جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة) على أن الولاية شرط صحة.

وقد قرر ابن قدامة أن وجود الولي شرط في صحة النكاح، فلا يصح بدونه.[4] "

3– حصر المحرمات من النساء

---

[1] – الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص 15

[2] - محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج21،ص 33.

[3] -

[4] - ابن قدامة، *المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3، 1417هـ ج7، ص 11*

قال تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ وَبَناتُكُمْ وَأَخَواتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخالاتُكُمْ وَبَناتُ الْأَخِ وَبَناتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعَةِ وَأُمَّهاتُ نِسائِكُمْ وَرَبائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ وَحَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كانَ غَفُوراً رَحِيماً(٢٣) ﴾ *النساء: 23*

هذه المحرمات حرمة مؤبدة أو مؤقتة، وهي محددة بنص قطعي لا يقبل الزيادة أو النقصان.

وقد قال القرطبي في تفسير هذه الآية أنها أصلٌ في بيان المحرَّمات من النساء، وهي من الأحكام المحكمة المقطوع بها، التي لا مجال للاجتهاد في خلافها، ولا مدخل للنسخ فيها[1]" ، وهذا يدل على أن الآية:

- تُعد **أصلًا كليًا** في باب تحريم النكاح.
- تندرج ضمن **الأحكام المحكمة** التي ثبت حكمها بدليل قطعي.
- تُعد من **القطعيات** التي لا يسوغ فيها الخلاف الاجتهادي ولا تقبل التأويل أو التخصيص بغير دليل قطعي.
- تُشكّل أساسًا تشريعيًا تُبنى عليه أحكام فقه الأسرة في باب المحارم والنكاح.

ويظهر أثر ذلك في

- ضبط نطاق الاجتهاد القضائي في مسائل الزواج.
- منع التوسع في التأويل المخالف للنصوص القطعية.
- ترسيخ مبدأ **ثوابت الأحكام الأسرية** في مقابل المتغيرات.

3- الطلاق حق شرعي للرجل (مع تنظيمه وضبطه)

قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ *البقرة: 229*

الطلاق من الأحكام الثابتة، ولكن الشريعة نظّمته بشروط وعدد وعدّة وإشهاد.

قال ابن القيم» ":والطلاق إنما أبيح للحاجة، فإذا لم تدعُ إليه حاجة كان مكروهًا؛ لأنه إضرار بنفسه وبزوجته، وإعدام لمصلحة النكاح من غير حاجة داعية إليه ".وقال أيضًا في موضع آخر مؤكِّدًا أصل الحق: «والطلاق من الحقوق التي جعلها الله بيد الزوج، فلا يُمنع منها إلا إذا استُعملت على وجهٍ محرَّم أو تعسُّفٍ ظاهر[2]. »

وعليه يبقى الطلاق **حقًا ثابتًا للزوج** مقيدًا ب:

- بعدم التعسف،
- وبمراعاة المقاصد،
- وبانتفاء الضرر.

4- العدة بعد الطلاق أو الوفاة

قال تعالى:﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ البقرة: 228

وقال أيضا: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ *البقرة: 234*

---

[1] - القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1384هـ/1964م ،ج5، ص 99

[2] - ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 27، 1418هـ/1998م، **ج 5، ص 215**.

العدة من الأحكام القطعية التي لا تقبل الاجتهاد في أصلها، وإن كانت كيفية التحقق منها خاضعة لتطور الوسائل.

قال النووي» ":**والعِدَّةُ واجبةٌ على المرأة، وهي عبادةٌ بدنيَّةٌ محضة**.«[1]"

5- أنصبة المواريث المفصّلة في القرآن

قال تعالى:﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ...﴾ *النساء: 11*

المواريث أحكام مفصلة بآيات قطعية، لا يجوز الاجتهاد في تغيير أنصبتها أو تأويلها وفق الأهواء أو الأعراف.

قال الإمام السرخسي:« وأسبابُ الميراث ومقاديرُه توقيفيَّةٌ، لا مجالَ للرأي والاجتهاد فيها»[2]

6- النفقة واجبة على الزوج تجاه زوجته وأولاده

قال تعالى:﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ...﴾ *الطلاق: 7*

النفقة واجبة شرعًا على الزوج، وتُقدّر بحسب حاله، وهي من الثوابت التي لا يمكن رفعها إلا بعذر شرعي (إعسار، أو نشوز).

قال الشافعي:« ونفقةُ الزوجةِ واجبةٌ على زوجها إذا سلَّمت نفسها، وهي حقٌّ لازمٌ له، لا يسقط إلا بنشوزٍ أو فرقةٍ بينهما.» [3]"

7- الولاية على الأولاد مسؤولية شرعية للأب

قال النبي ﷺ « **كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته؛ فالإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته، والرجل راعٍ في أهله ومسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راعٍ في مال سيده ومسؤول عن رعيته** »[4] .

الأصل في الولاية أنها للأب، حفاظًا على المصلحة الشرعية للأسرة، وهي مسؤولية شرعية وليست سلطة مطلقة.

قال ابن حزم» ":والولايةُ على البنتِ فرضٌ على أبيها، وهي أمانةٌ في عنقه، لا يحلّ له التفريطُ فيها ولا تضييعُها .[5]"

و الحكمة من ثبات هذه الأحكام

- **حفظ الأنساب** وعدم خلط الحقوق.
- **تحقيق العدل** بين أفراد الأسرة (مثل المواريث).
- **تثبيت معالم الأسرة المستقرة**.
- **تحقيق مقاصد الشريعة** في حفظ العرض والنسل.

قال الشاطبي: "الثوابت لا تُجاري التغيرات، لأنها جاءت لحفظ الكليات، وهي مناط المصالح الدائمة [6]"

---

[1] - النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ط بدون، ج 18، ص 144

[2] - السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت ، دط، **ج 29، ص 147** .

[3] - الشافعي، *الأم، ج5، ص 163*

[4] - أخرجه **البخاري** في صحيحه، كتاب الأحكام، باب *قول الله تعالى: أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم*، حديث رقم) **893** روايات و**مسلم** في صحيحه، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر، حديث رقم .**1829**

[5] - ابن حزم، المحلى بالآثار ، *دار الفكر، بيروت، دط.*

[6] - الشاطبي، *الموافقات، ج2، ص 295.*

المطلب الثالث: دور النصوص القطعية في ضبط الاجتهاد القضائي

يُعد النص الشرعي القطعي – سواء في ثبوته أو دلالته – المصدر الأعلى في سلم التشريع الإسلامي، وهو الذي يُحسم به القول، وتُرَد إليه الاجتهادات، ويُبنى عليه القضاء. وفي مجال فقه الأسرة، تتجلى أهمية النصوص القطعية في ضبط مسار الاجتهاد القضائي، ومنع انحرافه عن مقاصد الشريعة، مثال ذلك قوله تعالى:﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ (النساء: 11) ، فهذا نص **قطعي الثبوت والدلالة** لا يجوز الاجتهاد بخلافه.

ويظهر دور النصوص القطعية في ضبط الاجتهاد القضائي في:

1- رسم الحدود التي لا يجوز تجاوزها

الاجتهاد القضائي يجب أن يجري داخل حدود النصوص القطعية، لا أن يتعداها.

قال الإمام الشافعي« : **إذا ورد النص فليس للاجتهاد فيه مجال**» .فورود النص الشرعي القطعي يمنع الاجتهاد فيه، فلا يجوز للفقهاء الخروج على الدليل الثابت والقصد من ذلك تحديد حدود الاجتهاد في الأحكام القطعية كالفرائض، المحرمات، وأحكام المواريث، وهو ما له أثر مباشر في الفقه القضائي والأسري، فلا يجوز لقاضٍ أن يقضي بميراث متساوٍ بين الذكر والأنثى خلافًا للنص القطعي.

2- ضبط الاجتهاد بالرؤية المقاصدية الصحيحة

- النصوص القطعية تحدد المقاصد الكبرى للشريعة، مثل حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.
- فالقاضي لا يجوز له أن يجتهد بما يناقض مقاصد النصوص القطعية، وإن وافق ظاهر المصلحة.

ابن القيم: "الشريعة مبناها على الحكم والمصالح، وكل ما خرج عن العدل إلى الجور، فليس من الشريعة[1]"، يوضح هذا القول قاعدة مقاصدية هامة، وهي أن شرعية الأحكام مرتبطة بتحقيق المصالح العامة والعدالة.

كما يربط بين العدالة والشرعية، وهو أساس مهم في فقه الأسرة والقوانين المعاصرة التي تسعى لمراعاة المصلحة ودرء المفاسد.

3 – تقييد الاجتهاد في المسائل الخلافية

- الاجتهاد مشروع ومعتبر ما لم يصادم نصًا قطعيًا، أما ما خالفه فاجتهاد فاسد وباطل ففي المسائل المختلف فيها، ترجع الأولوية إلى ما يوافق النص القطعي، مثال ذلك مسألة حضانة الطفل بعد سن معينة، قد تختلف الآراء الفقهية، لكن يُرجح ما لا يخالف النصوص القطعية المتعلقة بمصلحة الطفل ورعاية الأم، وهو ما أشار إليه السبكي بقوله: « الاجتهاد لا يُعتبر إلا فيما لم يصادم نصًا قطعيًا، وإن اجتهد فيما خالف نصًّا قطعيًّا، كان اجتهاده باطلًا.» [2] ،
- **وفيما يلي نماذج لمسائل فقهية منع فيها الاجتهاد لورود النصوص القطعية بشأنها:**

[1] - ابن القيم، *مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين*، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1414هـ.
[2] - السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ، **ص 112**

المسألة	النص القطعي	منع الاجتهاد فيه
الإرث	{لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ} (النساء: 11)	لا يجوز المساواة المطلقة بين الجنسين في الإرث
عدة المطلقة	{وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ...} (البقرة: 228)	لا يجوز إسقاط العدة لأسباب اجتماعية أو سياسية
تحريم نكاح المحارم	{حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...} (النساء: 23)	لا يجوز تخفيف التحريم تحت أي ظرف

المبحث الثاني: مقتضيات الواقع وأثرها في الاجتهاد القضائي الأسري

نتناول في هذا المبحث التعريف بمقتضيات الواقع، ثم أهمية مراعاة الواقع في فقه الأسرة، وبعدها الاجتهاد القضائي كوسيلة لتحقيق المقاصد الشرعية في ضوء المتغيرات.

المطلب الأول: مفهوم مقتضيات الواقع

مقتضيات الواقع تُشير إلى:جملةُ الظروف والمتغيرات الاجتماعية، الاقتصادية، القانونية، والنفسية التي تطرأ على حياة الناس، وتُؤثر في فهم وتطبيق الأحكام الشرعية، خصوصًا في القضايا المستجدة التي لم يرد فيها نص صريح.

ويُقصد بها أيضًا":الاعتبار الواجب للواقع المعاش عند تنزيل الأحكام الشرعية، بشرط عدم الإخلال بالثوابت القطعية من الدين."

ويظهر الفرق بين الواقع ومقتضياته في أن الواقع هو الحال القائم والموجود، أما مقتضيات الواقع فهي ما يترتب على ذلك الواقع من **حاجات**، ضرورات، مصالح، أو مشكلات تتطلب حُكمًا شرعيًا يُناسبها دون مصادمة للنصوص القطعية.

يقول الإمام الشاطبي":**المجتهد مطالب بتحقيق المناط، أي معرفة الواقع وتفصيله بدقة قبل إصدار الحكم الشرعي**[1]"،

لأن اعتبار الواقع ضرورة أصولية في فهم مناط الأحكام، ووسيلة **لفهم الوقائع الجزئية المعاصرة وهو كذلك شرط لصحة الاجتهاد القضائي**؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

قال القرافي":**الفقيه الحقيقي هو الذي يُنزل النصوص على الوقائع بعد فقهها، لا من حفظ المسائل وكررها**[2]".

وعليه فإن مراعاة الواقع تعني **فهم التغيرات الاجتماعية والنفسية والاقتصادية التي تحيط بالعائلة المسلمة، واستحضارها عند تنزيل الأحكام الشرعية، والاجتهاد القضائي، دون مصادمة للنصوص القطعية**، أي أن القاضي أو الفقيه لا يفتي في مسائل الأسرة بمعزل عن:

- تطور أنماط الحياة الزوجية.
- تغير دور المرأة.

[1] - الشاطبي، الموافقات ، ج4، ص 359

[2] - القرافي، الفروق، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1412هـ، ص 28 .

- الأحوال المعيشية.
- المستجدات التقنية) كإثبات النسب وتحليل.(DNA
- تأثير القوانين الوضعية.
- وقد بيّن الشاطبي بأن ":الحكم الشرعي تابع للمصالح والمفاسد الواقعة، وجودًا وعدماً[1]" أي أن الأحكام الشرعية تتوقف على المصالح والمفاسد الواقعية، سواء كانت موجودة أو معدومة، فالشرع يهدف إلى تحقيق المصلحة ودرء المفسدة .

المطلب الثاني: : أهمية مراعاة الواقع في فقه الأسرة

تظهر أهمية مراعاة الواقع في:

1- **تحقيق المقاصد الشرعية:** تهدف أحكام الأسرة إلى حفظ:**النسل، العِرض،السكينة الزوجية،الرحمة والمودة**

ولا تتحقق هذه المقاصد إلا إذا نُزلت الأحكام وفق **واقع الحياة الأسرية الفعلي**، لا وفق تصورات مثالية أو تاريخية جامدة.

يقول العز بن عبد السلام":**الاجتهاد لا يكون صحيحًا حتى يُعلم الحال الذي شُرع له الحكم**[2]"

2- **ضمان عدالة القضاء الأسري:**مراعاة الواقع تُعطي القاضي قدرة على:

- تكييف الوقائع.
- ضبط الأدلة.
- ترجيح المصلحة الشرعية.

مثال: رجل غني يُنفق نفقة زهيدة على أولاده.للقاضي أن يُلزمه بزيادة النفقة، مراعيًا دخله الفعلي، لا الحد الأدنى في العرف.لقوله تعالى:﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِن سَعَتِهِ﴾ *الطلاق: 7*

3- الاستجابة للمستجدات المعاصرة: مثل:**العمل النسائي** وتأثيره على حقوق النفقة والحضانة.

- **الهجرة والانفصال الأسري.**
- **ظهور جرائم إلكترونية أسرية.**
- **تأخر سن الزواج، والعزوف عنه.**

مما يستدعي اجتهادًا جديدًا مقيدًا بالضوابط الشرعية.

4-تفعيل فقه الموازنات والمقاصد: أحكام الأسرة كثيرًا ما تتعارض فيها مصلحتان:

- مصلحة الزوج.
- مصلحة الزوجة.
- مصلحة الأولاد.

[1] - الشاطبي، *الموافقات، ج 1، ص 55.*
[2] - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1413هـ، ص 34.

مراعاة الواقع تساعد القاضي على تحقيق **المصلحة الراجحة** دون ظلم. **مثال:** عند تعارض رغبة الأب في الحضانة مع مصلحة المحضون (كضعف التربية، السفر المتكرر، أو زواج الأم من رجل صالح)، يُقدم الأصلح للمحضون.

- **حماية مؤسسة الأسرة من التفكك والانهيار**:إذا أُهملت مقتضيات الواقع في الاجتهاد، فإن كثيرًا من الأحكام ستُطبق بطريقة جامدة تُنفر الناس من الشريعة، وتؤدي إلى نتائج عكسية: عنف أسري، ظلم المرأة.،ضياع الأولاد.انفصال عاطفي رغم استمرار الزواج ظاهريًا، يقول ابن القيم: **":الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد[1]"**

وعليه يمكن تحديد ضوابط مراعاة الواقع على النحو التالي:

1. **ألا تُخالف النصوص القطعية.**
2. **أن تُبنى على معرفة دقيقة بالواقع**)لا بالتصورات أو الشكاوى فقط.(
3. **أن تُوازن بين المصلحة الخاصة والعامة.**
4. **أن تكون منضبطة بالمقاصد الشرعية.**

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي كوسيلة لتحقيق المقاصد الشرعية في ضوء المتغيرات

الاجتهاد القضائي وسيلة لتحقيق المقاصد الشرعية خاصة في ضوء المتغيرات وذلك من خلال:

1– الاجتهاد القضائي يُمكِّن من تنزيل الأحكام على الوقائع الجديدة

فالوقائع لا تُشابه دائمًا ما ورد في النصوص، فيجتهد القاضي لتحقيق المقصد لا مجرد الظاهر.

مثال ذلك قوله تعالى:﴿ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا﴾ البقرة: 231 فالنص يمنع الضرر، أما تحديده فيختلف باختلاف الزمان والمكان، حيث يجتهد القاضي في تحديد الضرر المعاصر (مثل الإهمال العاطفي أو النفسي)، ويُثبت به الخلع أو الطلاق القضائي، مراعيًا مقصد **رفع الضرر**.

2– الاجتهاد يُتيح مراعاة تغير الأعراف والمصالح: قال ابن القيم» **":تتغيَّر الفتوى واختلافُها بحسب تغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد.**« [2]"، فقي موضوع النفقة يجتهد القاضي في تقديرها حسب المستوى المعيشي والأسعار، لا على قدر الحاجة المجردة، تحقيقا لمقصد **العدل والمعاشرة بالمعروف**.

- **الاجتهاد يُحقق مبدأ التيسير ورفع الحرج:** ففي ظل المتغيرات المعيشية كالفقر، الهجرة، العنف الأسري، يُراعي القاضي الظروف لا الشكل الظاهري فمثلا في حال الخلع المرأة تطالب به للمعاناة النفسية الشديدة التي تعيشها في

الزواج، مع عدم وجود ضرر مادي ظاهر، القاضي هنا يجتهد في قبول الخلع لتحقيق مقصد السكن النفسي ورفع الحرج، قال تعالى:﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ *البقرة: 185*

المبحث الثالث: ضوابط الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة

[1] - ابن القيم، *إعلام الموقعين، ج1، ص 10*

[2] - ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1411هـ، ج 3، ص 3.

الاجتهاد القضائي في فقه الأسرة، رغم ضرورته في مواكبة التغيرات الاجتماعية، لا بد أن يخضع لجملة من **الضوابط** التي تضمن ضبطه بالشريعة وعدم انحرافه عن مقاصدها. وفيما يلي أبرز هذه الضوابط:

1- عدم مخالفة النصوص القطعية

القاعدة الأصولية الكبرى أن "**لا اجتهاد مع وجود النص القطعي** "في ثبوته ودلالته. فلا يجوز للقاضي الاجتهاد في الأحكام التي ورد فيها نص شرعي قطعي، مثل:

- أنصبة المواريث (النساء: 11–12، 176).
- عدد الطلقات التي يقع بها الطلاق.
- المحرمات من النساء.

قال الإمام الشافعي: "إذا ورد نص من كتاب الله أو سنة رسوله، فلا اجتهاد مع النص[1]" ، *يعد هذا النص أصلا في ضبط حدود الاجتهاد في الأحكام القطعية* ويؤسس لقاعدة أصولية كبرى وهي لا اجتهاد مع النص، ويؤكد على ذلك الشاطبي بقوله: "الاجتهاد لا يكون إلا في الظني، أما القطعي فلا مجال للرأي فيه[2]".

2- الالتزام بمقاصد الشريعة

من أهم ضوابط الاجتهاد القضائي أن يكون متوافقًا مع **مقاصد الشريعة الإسلامية** التي تدور حول حفظ الكليات الخمس:الدين، النفس،العقل،النسل (العرض)،المال ، وفي قضايا الأسرة، يبرز **حفظ النسل والعِرض** ومراعاة **الرحمة والاستقرار والعدل** كأهم المقاصد.قال الشاطبي: "الشريعة كلها إنما هي مصالح، إما تَجْلِب نفعًا أو تدفع ضررًا[3]"

3 – الاعتماد على الأدلة والأصول الشرعية المعتبرة

يجب أن يُبنى الاجتهاد على أدوات صحيحة، لا على الأهواء أو الأعراف الباطلة، ومن أهم الأدلة والأصول:

- القياس الشرعي، الاستحسان،المصلحة المرسلة،سد الذرائع،العُرف الصحيح،الاستصحاب

مثاله تقدير النفقة بحسب العُرف والمصلحة المرسلة[4].الاجتهاد في الحضانة استنادًا إلى قاعدة "المصلحة الراجحة للمحضون.[5]"

4 – اعتبار الواقع وتغير الزمان والمكان

من ضوابط الاجتهاد القضائي أن يراعي **تغير الأحوال والبيئات** الاجتماعية، فلا يُفتى للبدو بما يُفتى به للحضر، ولا يُحكم على أسرة حضرية بحكم مجتمع ريفي. قال ابن القيم: "الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال والنيات والعوائد[6]"

ومن الأمثلة على ذلك الاجتهاد في حضانة الأطفال في حال سفر أحد الأبوين إلى الخارج وتعديل مقدار النفقة بناءً على تغير الأسعار.

---

[1] - الشافعي، الرسالة، دار التراث، القاهرة، ط 1، 1358هـ/1940م، **ص 507.**
[2] - الشاطبي، الموافقات، ج4، ص 105
[3] - المرجع نفسه، *ج2، ص 9*
[4] - ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص 3
[5] - الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص 185
[6] - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3، ص3

5- مراعاة القواعد الفقهية الكبرى

من أبرز هذه القواعد التي تؤطر الاجتهاد القضائي:

القاعدة	دلالتها
الضرر يُزال	.يُعمل بها في الطلاق للضرر، أو منع الحضانة إذا ثبت ضرر على المحضون
العادة محكّمة	.العرف المحلي يُراعى في تقدير المهر أو النفقة
المشقة تجلب التيسير	.مراعاة ظروف الزوج المعسر في النفقة
درء المفاسد مقدم على جلب المصالح	.منع زواج قد يُفضي إلى مفسدة أكبر

المطلب الأول: شروط الاجتهاد القضائي الصحيح

تتمثل شروط الاجتهاد القضائي في التالي:

1- الأهلية العلمية للقاضي المجتهد

لا يكون الاجتهاد القضائي مشروعًا إلا إذا كان القاضي **مؤهلًا علميًا**، وملمًّا بالعلوم اللازمة، وأهمها:

- العلم بالقرآن الكريم (خاصة آيات الأحكام).
- العلم بالسنة النبوية الصحيحة.
- العلم بأقوال العلماء وأوجه الاختلاف.
- العلم بأصول الفقه (القياس، الاستصحاب، الاستحسان،...).
- فقه الواقع وتطبيقاته.

والدليل على ذلك عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له حين بعثه إلى اليمن: «بِمَ تَقْضِي؟ «قال: بكتابِ الله، قال» :فإن لم تجد؟ «قال: فبسنةِ رسولِ الله ﷺ، قال» :فإن لم تجد؟ «قال: أجتهدُ رأيي ولا آلو، قال : »الحمدُ للهِ الذي وفَّق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسولَ الله» [1]" وهذا يدل على أن الاجتهاد لا يُمارسه إلا من له علم واستعداد.

2- **القدرة على فهم الواقع وتحقيق المناط:** المجتهد القضائي يجب أن يكون قادرًا على:

- تصور القضية محل النزاع بدقة.
- فهم الملابسات الاجتماعية والاقتصادية والنفسية.
- تحقيق المناط: أي معرفة مدى انطباق الحكم الشرعي على الواقعة المعروضة.

قال القرافي":**تحقيق المناط هو ركن الاجتهاد، فلا يصح بدونه،** [2]" والحكم على الشيء فرع عن تصوره، خاصة في القضايا الأسرية المتشابكة.

---

[1] - أخرجه **أبو داود** في *سننه*، كتاب الأقضية، باب *اجتهاد الرأي في القضاء*، حديث رقم .**3592** و الترمذي في *سننه*، كتاب الأحكام، باب *ما جاء في القاضي كيف يقضي*، حديث رقم .**1327**

[2] - القرافي، *الفروق، ج1، ص 177*

3 – عدم مصادمة النصوص القطعية

الاجتهاد القضائي لا يجوز أن يكون في الأمور التي ورد فيها **نص قطعي الثبوت والدلالة**، كأحكام المواريث أو تحريم الزنا أو عدد الطلقات، فلا اجتهاد في مورد النص القطعي، وقرّر ابن قدامة أن الاجتهاد لا يكون معتبرًا إذا عارض نصًا صريحًا من الكتاب أو السنة.[1]" ، وقال النبي ﷺ":إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر[2]" وهذا يُفهم في حدود ما لا نص فيه أو ما يحتمل وجهًا.

4 –مراعاة مقاصد الشريعة

الاجتهاد القضائي يجب أن يُحقق المقاصد الكلية للشريعة:

- رفع الحرج.
- جلب المصالح ودفع المفاسد.
- تحقيق العدالة.

قال الشاطبي: **المقاصد هي روح الأحكام، ومن ضيعها فقد ضيع الشريعة**[3]" ، **مثال ذلك** الترخيص بالخلع للمرأة المظلومة تحقيقًا لحفظ النفس والكرامة، كذلك تغيير مقدار النفقة بحسب تغير المعيشة حفاظًا على المال والنفس.

5- **التجرد والعدل في إصدار الحكم**: القاضي المجتهد يجب أن:

- لا يُجامل.
- لا يتبع الهوى أو الميول الشخصية.
- لا يتأثر بضغوط أو مصالح.

لقوله تعالى:﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾ *ص: 26*، فالتجرد شرط أساس لسلامة الاجتهاد القضائي.

6- **الرجوع إلى المذهب الفقهي أو الاجتهاد الجماعي عند الحاجة:** إذا كان القاضي غير مجتهد مطلقًا، فعليه أن يعمل ضمن مذهب فقهي معتبر، أو يُحيل المسائل الدقيقة لمجالس الإفتاء أو الاجتهاد الجماعي، قال النووي":من لم يبلغ درجة الاجتهاد فعليه اتباع المذاهب المعتبرة، ولا يُفتي بهواه[4]"

المطلب الثاني: تطبيقات قضائية معاصرة للاجتهاد في فقه الأسرة

1- **الخلع بدون رضا الزوج:** طلب المرأة الخلع من الزوج بدون أن يُوافق الزوج، مع غياب الضرر الحسي المباشر.

الاجتهاد القضائي المعاصر:

قضت محاكم عديدة (مثل محاكم الأحوال الشخصية في مصر والمغرب) بجواز **الخلع دون رضا الزوج** متى تعذر استمرار الحياة الزوجية، ولو لم يُثبت ضررٌ مادّي، والدليل المعتمد في ذلك :قوله تعالى:﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ *البقرة: 229*

---

[1] - ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1423هـ/2002م، **ص 204**.

[2] - أ خرجه **البخاري** في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب *أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ*، حديث رقم .**7352** و **مسلم** في صحيحه، كتاب الأقضية، باب *بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ*، حديث رقم .**1716**

[3]

[4] - النووي، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر، بيروت،د ط ، **ج 1، ص 93**.

فالفقهاء اعتبروا أن **كراهة المرأة للحياة الزوجية** قد تكون ضررًا معنويًا معتبرًا يُبرر الخلع[1].

تحقيق المقصد:

- رفع الضرر.
- حفظ الكرامة النفسية.
- منع النزاع المستمر.

2- إثبات النسب بالتقنيات الحديثة(DNA)

إثبات النسب لأبٍ يُنكره، باستعمال تحليل الحمض النووي.(DNA)

الاجتهاد القضائي المعاصر:

أجازت محاكم في عدة دول عربية اعتماد فحص DNA لإثبات النسب، مع ضوابط شرعية.

والدليل المعتمد في ذلك حديث النبي ﷺ" :**الولد للفراش، وللعاهر الحجر**" [2] لكن متى انتفى الفراش، أمكن إثبات النسب بوسائل العلم اليقيني،لذلك عد الحديث أصلًا في **إثبات النسب**، وتقديم الفراش الشرعي على دعوى الزنا، وهو من النصوص المؤسسة لأحكام النسب في فقه الأسرة والقضاء الشرعي، وله حضور في التشريعات الأسرية المعاصرة.

كذلك *قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، دورة 16 (2002م)*":يُستأنس بتحليل الحمض النووي DNAفي إثبات النسب، مع الاحتياط في النفي".

تحقيق المقصد:

- حفظ الأنساب.
- إثبات الحقوق المالية والمعنوية للأولاد.
- رد الظلم في حالة الإنكار.

3- النفقة وفق تغير الأسعار والمستوى المعيشي

تحديد النفقة الزوجية أو نفقة الأولاد بحسب متغيرات الأسعار والعملة ومستوى المعيشة.

الاجتهاد القضائي المعاصر:قضت المحاكم بربط النفقة بالحد الأدنى للأجور، أو بمؤشر الأسعار.

والدليل على ذلك قوله تعالى:﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ *الطلاق: 7* [3]

تحقيق المقصد:

- ضمان الكفاية للمرأة والأولاد.
- تحقيق العدل في التقدير.
- تكييف النص مع الواقع المتغير.

---

[1] - *الموسوعة الفقهية الكويتية، ج19، ص 201*

[2] - أخرجه **البخاري** في صحيحه، كتاب الفرائض، باب *الولد للفراش*، حديث رقم .**6749** و **مسلم** في صحيحه، كتاب الرضاع، باب *الولد للفراش وللعاهر الحجر*، حديث رقم .**1457**

[3] - الماوردي، الحاوي الكبير، *ج11، ص 362*

4- الولاية في زواج المرأة الراشدة

هل يجوز للمرأة الراشدة أن تُباشر عقد زواجها بنفسها، دون إذن الولي؟

الاجتهاد القضائي المعاصر:

بعض الدول (مثل تونس والمغرب) أجازت للمرأة الراشدة تزويج نفسها، بينما تمسكت دول أخرى بوليّ الأمر.

لأن المسألة محل خلاف بين الجمهور (المالكية والحنابلة والشافعية): الذين ذهبوا إلى عدم صحة الزواج دون ولي.﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ *البقرة: 232*

بينما يرى الحنفية أن **للمرأة البالغة العاقلة أن تُبرم عقد زواجها بنفسها دون ولي،** إذا كان الزوج **كفئًا** وبمهر المثل[1]. قال السرخسي : «وللمرأة العاقلة البالغة أن تزوّج نفسها؛ لأنها من أهل التصرف، إلا أنه يُشترط الكفاءة دفعًا للعارو"[2].»للراشدة أن تُزوج نفسها، لكن يُستحب الرجوع للولي صيانة للعرف."

تحقيق المقصد (في بعض السياقات):

- حماية المرأة من التعسف أو تحكُّم الأولياء.
- مراعاة ظروف المرأة المستقلة أو المعنَّفة من قِبل وليها.

5- تعليق الطلاق على الرسائل الإلكترونية أو الرسائل النصية(SMS)

هل يقع الطلاق إذا أرسله الزوج في رسالة إلكترونية أو عبر "واتساب" أو غيره؟

الاجتهاد القضائي المعاصر:

قضت محاكم عديدة باعتبار الطلاق بالرسائل النصية صحيحًا **إن توفرت نية الطلاق وثبوت الرسالة،** أما في حالات الغضب الشديد أو المزاح، فلا يقع. والدليل على ذلك قول النبي ﷺ":ثلاثٌ جدُّهن جد، وهزلُهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة[3]"

كما قضت *الهيئة العامة للشؤون الإسلامية بالإمارات (2021م):* "يُشترط في الطلاق عبر الرسائل ثبوت العزم والتوثيق، ويُنظر في نية الزوج وظروف الرسالة."

تحقيق المقصد:

- صيانة الأسرة من طلاق غير مقصود.
- حفظ حقوق الزوجة والأولاد.
- التثبت من إرادة الطلاق لا مجرد اللفظ العارض.

6- العنف الزوجي المعنوي كسبب للتفريق

طلب الزوجة الطلاق بسبب الإيذاء النفسي أو اللفظي، دون وجود ضرب أو هجر مادي.

الاجتهاد القضائي المعاصر:

---

[1]- ابن عابدين، رد المحتار على الذر المختار، ج3، ص 37

[2] - السرخسي، المبسوط، ار المعرفة، بيروت، د ط، **ج 5، ص 10**.

[3] - رواه **أبو داود** في *سننه*)كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، رقم 2194.
و**الترمذي** في *سننه*)كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، رقم 1184

قضت المحاكم بإثبات "الضرر المعنوي" سببًا للطلاق للضرر أو للخلع، بدليل حديث النبي ﷺ":**لا ضرر ولا ضرار**" [1] *رواه مالك في الموطأ*

تحقيق المقصد:

- حفظ الكرامة الإنسانية.
- منع الظلم والاستضعاف في الأسرة.
- ضمان المودة والسكن.

المطلب الثالث: التحديات التي تواجه الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة

يُعد الاجتهاد القضائي أحد أدوات تطوير الفقه الإسلامي وتفعيله في الواقع العملي، ولا سيما في **فقه الأسرة**، الذي يمس حياة الأفراد والمجتمعات بصورة مباشرة. ومع تطور الحياة المعاصرة وتغير السياقات الاجتماعية والاقتصادية، برزت تحديات عديدة أمام القضاة الشرعيين، في كيفية تنزيل النصوص الشرعية الثابتة على واقع متغير، دون الإخلال بمقاصد الشريعة أو التفريط في النصوص.

أولًا :تغير الواقع الأسري وتشعب قضاياه

أصبحت الأسرة المعاصرة تواجه مشكلات مستجدة لم تكن مطروحة بهذا الشكل في العصور السابقة، مثل:

- زيادة معدلات الطلاق بسبب أسباب معنوية (كالملل، والانفصال العاطفي).
- الزواج العرفي أو الإلكتروني.
- النزاع حول الحضانة بين أبوين في دول مختلفة.
- ارتفاع كلفة المعيشة وتأثيره على النفقة.

التأصيل الفقهي:

قال الشاطبي":المجتهد لا يكون مجتهدًا حتى يعرف الوقائع وتنزيل الأحكام عليها[2]"

ثانيًا :الاصطدام مع النصوص القطعية

بعض الاجتهادات القضائية المعاصرة قد تحاول التخفيف من وقع بعض الأحكام الشرعية القطعية –كأحكام الإرث، أو العدة – بحجة التطور المجتمعي أو الحقوق الدولية، مما يُعرض القضاء الشرعي للطعن.

القاعدة الأصولية:

"لا اجتهاد مع النص القطعي[3]"

الثَّالث :التدخلات الإعلامية والسياسية

- انتشار قضايا الأسرة في وسائل الإعلام يؤدي إلى ضغط شعبي أو تحيّز اتجاه طرف دون الآخر.

[1] - رواه **مالك** في *الموطأ*)كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق. و **ابن ماجه** في *سننه* ،كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم 2340

[2] - الشاطبي، **الموافقات**، ج4، ص 293

[3] - الآمدي، **الإحكام**، ج4، ص 125

- في بعض الدول، تتدخل السلطة التنفيذية أو التشريعية في صياغة قوانين تخالف قواعد الشريعة، مما يقيد القاضي الشرعي.

قال ابن القيم": إذا فسد الرأي، فسد الحكم، وإذا دخل الهوى بطل العدل [1]"

رابعًا :التفاوت في التأهيل العلمي والفقهي للقضاة

- ضعف التكوين الأصولي أو المقاصدي لبعض القضاة الشرعيين.
- اعتماد بعضهم على النقل الحرفي من كتب الفقه، دون مراعاة تغير الزمان والمكان.

الشافعي": لا ينبغي لمن لا يعرف الناسخ من المنسوخ، ولا العام من الخاص، أن يُفتي أو يقضي[2]"

خامسًا :غياب الاجتهاد الجماعي المؤسسي

- غالب الاجتهاد القضائي يتم على المستوى الفردي، دون الرجوع إلى هيئات فقهية جماعية تساعد في الاجتهاد الرشيد.مما يؤدي إلى تفاوت الأحكام، وضعف الاتساق القضائي. *قرار المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي (دورة 15)*: "الاجتهاد الجماعي هو الطريق الأمثل لضمان فقه ناضج وقرارات مدروسة في القضايا المعاصرة."

سادسًا :الصراع بين المرجعية الشرعية والقانون الوضعي

في بعض الدول الإسلامية، يتم فرض قوانين وضعية على القاضي الشرعي، كإلزامه بتطبيق قوانين مدنية تتعارض مع أحكام الشريعة.

- مثل: السماح للمرأة بتزويج نفسها دون ولي، أو إسقاط أحكام العدة، أو تقنين الإرث المتساوي.

سابعًا :تعدد المذاهب واختلاف الفتاوى

- في بعض الدول، يسمح النظام القضائي بالأخذ من أكثر من مذهب، مما يؤدي إلى تباين الأحكام.
- في قضايا مثل الحضانة أو الطلاق أو النفقة، قد يُرجع القاضي إلى رأي المالكية أو الحنفية أو غيرهما.

القرافي":التلفيق بين المذاهب من غير ضوابط قد يؤدي إلى نقض الأحكام[3] .

الخاتمة:

بعد هذه الجولة الماتعة في الحديث عن الجتهاد القضائي في فقه الأسرة توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

- ضبط الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة من الفهم العميق للنصوص القطعية وضوابط التعامل معها مع إعطاء مرونة في التفاصيل التي تتعلق بالظروف الواقعية للأطراف.
- ضرورة الموازنة **بين النص والمصلحة وإبراز دور المقاصد الشرعية والمصلحة المحققة** في تكييف الأحكام مع متطلبات الحياة المعاصرة، دون الإخلال بالثوابت الشرعية.
- الاجتهاد الملتزم بضوابط الشريعة يقوي **ثقة المجتمع بالقضاء** ويمنع تضارب الأحكام أو نقضها، كما أشار القرافي حول التلفيق بين المذاهب بدون ضوابط.

---

[1] - ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج1، ص 85

[2] - الشافعي، الرسالة، ص 509

[3] - القرافي، الفروق، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1987، ص. 112.

- **ضرورة توظيف القواعد الفقهية مثل** قاعدة: «**لا ضرر ولا ضرار**»، وقاعدة«الضرورات تقدر بقدرها» والتي تساعد القاضي على تكييف الأحكام بما يتوافق مع الواقع دون الخروج عن النص الشرعي.

توجيه التشريع العملي

- النتائج المتوقعة تشير إلى أهمية صياغة **سياسات قانونية مرنة** تأخذ بعين الاعتبار تعدد الآراء الفقهية مع ضمان تطبيق شرعي ثابت، مما يسهم في تحديث قانون الأسرة بما يتناسب مع الواقع الاجتماعي.
- حماية القضاة من الضغوط السياسية والإعلامية لتحقيق المصلحة ودرء المفسدة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت .

البخاري ، صحيح البخاري، (دار ابن كثير، دار اليمامة) – دمشق، ط 1414،5هـ-1993م.

الترمذي، سنن الترمذي، دار الرسالة العالمية، ط 1، 1430هـ-2009م

ابن حزم، المحلى بالآثار ، *دار الفكر، بيروت، دط*

أبو داود، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت

ابن عابدين، رد المحتار على الذر المختار، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط 2، 1382هـ-1966م.

الطبعة: الثانية، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1413هـ

السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ

السرخسي، المبسوط، ار المعرفة، بيروت، د ط

الشاطبي، الموافقات، ت: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت

الشافعي، الرسالة، دار التراث، القاهرة، ط 1، 1358هـ/1940م

ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، ط 3، 1417هـ

القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1384هـ/1964م

ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 27، 1418هـ/1998م

ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت

. ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1411هـ

ابن القيم، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1414هـ.
القرافي، الفروق، دار الفكر، ط 1، 1987
مسلم ، صحيح مسلم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، دار إحياء التراث العربي ببيروت، د1955م. ط، 1374هـ-
مالك، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، د ط، 1406هـ-1985م.
ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي
الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، مطابع دار الصفوة – مصر، بين 1404_1427هـ
النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت
وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق

.