سد الذرائع وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

دراسة تأصيلية تطبيقية على قسمي الزواج والطلاق

إعداد

د. عبدالرحمن إبراهيم الخراز

أستاذ مساعد في قسم الفقه المقارن والدراسات الإسلامية

كلية القانون الكويتية العالمية

سد الذرائع وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية الكويتي
دراسة تأصيلية تطبيقية على قسمي الزواج والطلاق

عبدالرحمن إبراهيم الخراز
قسم الفقه المقارن والدراسات الإسلامية، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت.
البريد الإلكتروني: al.kharaz@hotmail.com

الملخص:

تناولت في هذا البحث مفهوم سدّ الذريعة في الشريعة الإسلامية، فبيّنت تعريفه اللغوي وكذا الاصطلاحي، ومن ثم ذكرت أقوال العلماء في حجيته والاعتداد به، وبعد ذلك تطرقت لمفهوم الأحوال الشخصية، ومن ثم ذكرت مواطن سد الذريعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فأذكر المادة أولا ومن ثم أعرج على بيان المسألة من الناحية الشرعية، وبعدها أبيّن وجه سد الذريعة فيها، ونظراً لأهمية وطبيعة الموضوع فقد تناولت فيه المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي.

وخلص البحث للعديد من النتائج؛ أهمها: بيان المفاهيم المتعلقة بمشكلة البحث، وخلص إلى مشروعية العمل بسد الذريعة بشروطه، وخلص كذلك إلى أن دليل سدّ الذريعة معمول به في قانون الأحوال الشخصية حتى وإن لم يُذكر صراحة، وذكر البحث عدة قوانين أُعمل فيها بسد الذريعة.

الكلمات المفتاحية: الذرائع، الوسائل، الزواج، الطلاق.

Bridging pretexts and its applications in the Kuwaiti personal status law - an applied study on the marriage and divorce sections

Abdul Rahman Ibrahim Alkharraz
Department of Comparative Jurisprudence and Islamic Studies, Kuwait International Law School, Kuwait
Email: al.kharaz@hotmail.com

Abstract:

In this research, I dealt with the concept of bridging the pretext in Islamic law, I showed its linguistic definition as well as terminology, and then I mentioned the statements of scholars in its authenticity and reliability, and then I touched on the concept of personal status, and then I mentioned the citizens of bridging the pretext in the Kuwaiti Personal Status Law, I mention the article first and then I refer to the statement of the issue from a legal point of view, and then I show the face of bridging the pretext in it, and given the importance and nature of the subject, it dealt with the inductive approach and the analytical method.

The research concluded for many results, the most important of which are: a statement of concepts related to the research problem, and concluded the legality of working to block the pretext on its terms, and also concluded that the evidence of bridging the pretext is in force in the Personal Status Law, even if it is not explicitly mentioned, and the research mentioned several laws in which I work to block the pretext.

Keywords: Pretexts, Means, Marriage, Divorce.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ثم أما بعد:

الشريعة الإسلامية جاءت بمصالح الإنسان، قال تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾ [سورة الأنبياء:١٠٧]. قال ابن القيم في ذلك: " الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها"[(١)]، فهذا هو شأن الشريعة مراعاة المصالح والمفاسد، يقول ابن تيمية: " الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها "[(٢)]، ومن ذلك مبدأ سدّ الذريعة إذ هو قائمٌ على درء المفسدة، فيمنع المباح الذي يوصل إلى مفسدة، وهي قاعدة عظيمة تبيّن مرونة الشريعة، إذ أنها تتكيف بحسب ميزان المصالح والمفاسد، وتؤكد على مدى السعة في الاجتهاد الفقهي.

ومما يمس حاجة الناس، ولا يخلو بيتٌ منه هي مسائل النكاح، أو ما يعرف الآن باسم الأحوال الشخصية، فالدول الإسلامية ومنها الكويت فيها قانون للأحوال الشخصية، وكثير ما يستند هذا القانون على مبدأ سدّ الذريعة، فمن المهم معرفة مفهوم سدّ الذريعة، والقوانين التي بُنيت على مفهوم سدّ الذريعة.

لذلك كانت هذه الدراسة وهو بعنوان:

سد الذرائع وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

أهمية الدراسة:

إن أهمية البحث مستمدة من أهمية موضوعه، وهو الموازنة بين المصالح والمفاسد كما هو الحال في مبدأ سدّ الذريعة، وإلى قانون وموضوع الأحوال

(١) محمد بن أبي بكر ابن القيم، "إعلام الموقعين" (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ) ج٣: ١١.

(٢) أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية، "مجموع الفتاوى". (ط٢، الرياض: مجمع الملك فهد، ١٤١٦هـ، ج١: ٢٦٥.

الشخصية، إذ هي من الأهمية بمكان، وبناء على ذلك تظهر الأهمية، في النظر لبعض المفاهيم التي بنيت عليها بعض النصوص في قانون الأحوال الشخصية، حتى يكون المطلع على القانون على دراية بذلك، وحتى يستفاد من هذه النظرات في حال إجراء أي تغيير على مواد القانون، فإن النظر ينصب إلى الموازنة بين المصالح والمفاسد، تحقيقاً للمصلحة، ودرءا للمفسدة، وحفاظاً على الأسرة.

أسئلة البحث:

لا يخفى أننا نعيش في زمن كثرت فيه الحوادث والنوازل، وتطورت فيه الأنظمة والتشريعات، فكان لابدّ من ضبط الاجتهاد، وحتى لا يكون بعيداً عن الواقع، فيحلل ما فيه مفاسد، ويحرم ما فيه مصالح، لذلك كانت النظرة والحاجة لمفهوم سد الذريعة، لا سيما في قانون الأحوال الشخصية، وبناء على ذلك، فإن إشكالية البحث تتمحور حول السؤال الرئيس التالي:

ما تطبيقات سدّ الذريعة في قانون الأحوال الشخصية؟

ويتفرع عنه سؤالان:

- ما سد الذريعة وما مشروعيتها؟
- ما تطبيقات سد الذريعة في قانون الأحوال الشخصية؟

هدف البحث:

يهدف البحث إلى بيان مفهوم سد الذرائع، ومشروعيته، وإظهار تطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية الكويتي. وتضمن البحث التعريف بمفهوم سد الذرائع، وأدلة مشروعيته، وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وتتلخص الأهداف في التالي:

- توضيح لمفهوم سد الذريعة وبيان مشروعيته.
- إظهار بعض التطبيقات لسدّ الذريعة في قانون الأحوال الشخصية.

الدراسات السابقة

- بحث بعنوان: العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، للباحث: أحمد شليبك، والمنشور في كلية القانون الكويتية العالمية،

السنة الثامنة، العدد٤، ديسمبر ٢٠٢٠، وقد قسّم البحث إلى مبحثين، تناول فيهما العرف وتعريفه وحجيته وأركانه، وبعد هذا تطرق للعرف وأثره في الأحوال الشخصية، وقد حرص فيه الباحث على بيان شروط العرف وضوابطه، وكيف عمل بهذا العرف في باب الأحوال الشخصية في الفقه والقانون، وخلص للعديد من النتائج أهمها: أن العرف مصدر في الفقه والقانون، وأن للعرف تأثيراً على بعض أحكام الأسرة، وأن قانون الأحوال الشخصية اعتمد على العرف في كثير من مسائله.

وتختلف دراستي عنه: في أنها منصبةٌ حول مفهوم سدّ الذريعة، فأخالفه في التأصيل، وإن كنت أوافقه في جهة التطبيق، وهو تطبيقها على الأحوال الشخصية لا سيما الكويتي، فلا أتطرق للعرف لا من حيث التأصيل ولا التطبيق، وإنما دراستي مختصة في باب المصالح والمفاسد والموازنة بينهما، أو ما يُعرف بمبدأ سدّ الذريعة.

- رسالة ماجستير بعنوان: سدّ الذرائع في الشريعة الإسلامية، للباحث محمد هشام البرهاني، قدمت في جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، ١٩٨٥م، تناول فيها الباحث، مفهوم الاجتهاد بالشريعة الإسلامية، وصور الاجتهاد، وأدلته، ومن ذلك سدّ الذريعة عند الفلاسفة والفقهاء والأصوليين، وبيّن حجيته ومنزلته عند العلماء، ومن ذلك تطرق لشروطه وأركانه، وبعد ذلك ذكر عددا من التطبيقات عند المذاهب الأربعة عملا بسد الذريعة، وخلصت الدراسة للعديد من النتائج أهمها أن مفهوم سدّ الذريعة معمول به عند الكثير من الاتجاهات الإسلامية وغيرها، وأن سدّ الذريعة يمثل حاجة في الموازنة بين المصالح والمفاسد، وذكر عددا من التطبيقات الفقهية التي خرّجها بناء على سد الذريعة.

وتختلف دراستي عنه: بأن دراسته تأصيلية لمفهوم سدّ الذريعة، ببيان مفهومه ومناقشة المنكرين له، بذكر كل حججهم والرد عليها، فتدور رسالته حول التأصيل لسد الذريعة، بينما في بحثي أتطرق لحجية ومفهوم سد الذريعة، ولكن الإضافة في ذلك أنها مركزة ومنصبة في التطبيقات حول قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وهذا الجانب التطبيقي هو المختلف عنه كليّا.

- بحث محكم بعنوان: قاعدة سدّ الذريعة وأثرها في منع وقوع الزنا، للدكتور

خالد سليمان بني أحمد، مجلة جامعة دمشق العلوم الاقتصادية،٢٠٠٩م، العدد الثاني، وتطرق فيه الباحث إلى مفهوم سدّ الذريعة وبيان ذلك في منع الشريعة كل الطرق الموصلة إلى فاحشة الزنا، وخلص للعديد من النتائج أهمها: حجية مفهوم سدّ الذريعة، وأن الشريعة أعملت قاعدة سدّ الذريعة في منع جريمة الزنا بكل الوسائل الموصلة لتلك الفاحشة.

وتختلف دراستي عنه: في أن بحثه ركّز على جانب واحد من تطبيقات سد الذريعة وهو منع كل الطرق الموصلة إلى الزنا، بينما تختلف دراستي في أنها منصبة في التطبيق لمفهوم سدّ الذريعة في القانون، وتحديداً في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

- **بحث محكم بعنوان:** سدّ الذريعة وأثره في الفتاوى المعاصرة، الأحوال الشخصية نموذجاً، للباحث: فاتح سعيدي، والمنشور في مجلة الشهاب التابعة لجامعة الوادي في الجزائر، وتطرق البحث لمفهوم سدّ الذريعة ببيان المصطلحات ذات الصلة، وذكر حجيته وشروط العمل به، وبعد هذا ذكر عددا من التطبيقات المعاصرة التي تمس الأحوال الشخصية، كالزواج عبر الإنترنت، وزواج المسيار، والزواج العرفي، والزواج من أجل الامتيازات المالية، وخلص البحث للعديد من النتائج أهمها: أن سدّ الذريعة قاعدة معتبرة، وأن الأصل في الزواج هو بناء الأسرة، فلمّا خرج عن مقصوده مُنع في بعض المسائل التي ذكرها في بحثه.

وتختلف دراستي عنه: في أن دراسته منصبة على المسائل المعاصرة للأحوال الشخصية، دون تقييدها بمذهب أو قانون، أو بلد، وإنما مسائل معاصرة مختارة، بينما في بحثي أختلف معه في الجانب التطبيقي وهو التطبيق على قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

- رسالة دكتوراة بعنوان: الترجيح بالمصلحة في مسائل الأحوال الشخصية؛ قانون الأحوال الشخصية الكويتي نموذجا، للدكتورة عبير الشهاب، الجامعة الأردنية ٢٠١٩م، وقسمت الرسالة إلى ثلاثة فصول، تناولت فيه الترجيح بالمصلحة تأصيلا، ثم بيان أثر الترجيح في الأحوال الشخصية، في فصلين.
- **وتختلف دراستي عن ذلك:** في أنها مختصة في سد الذريعة بالنظر إلى جانب

المفسدة في المسائل، بينما اختصت دراستها في الجانب الآخر، بالنظر إلى المصلحة والترجيح بها.

الإضافة العلمية: أنه لم يسبق البحث في موضوع سدّ الذريعة بتطبيقها على قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ببيان أثر هذا المفهوم في بناء بعض القوانين واختيارها من بين أقوال الفقهاء المعتبرة في ذلك.

حدود الدراسة: تجري هذه الدراسة على قانون الأحوال الشخصية في دولة الكويت، في قسمه الأول المتعلق بالزواج والطلاق، دون الميراث والوصية.

منهجية الدراسة:

- **المنهج الاستقرائي:** وذلك باستقراء قانون الأحوال الشخصية في دولة الكويت، بالنظر في قوانينه التي بُنيت على مفهوم سدّ الذريعة، إما تصريحا أو تضمينا.
- **المنهج التحليلي:** وذلك بتحليل بعض الاختيارات الفقهية المختارة لقانون الأحوال الشخصية كما جاءت في المذكرة الإيضاحية للقانون، والتماس جانب سدّ الذريعة فيه.

خطة البحث:

ينقسم البحث إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين.

المبحث الأول: سد الذريعة ومشروعيته.

المطلب الأول: تعريف سد الذريعة.

المطلب الثاني: مشروعية سد الذريعة.

المبحث الثاني: تطبيقات سد الذريعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

المطلب الأول: التعريف بقانون الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: سد الذريعة في الأحوال الشخصية.

الخاتمة

النتائج

المبحث الأول
سد الذريعة ومشروعيته.

تطرقت في هذا المبحث لبيان مفهوم الذرائع، من حيث اللغة ومن حيث الاصطلاح، وما المعنى المقصود في الاستدلال عند الأصوليين، وفي المطلب الثاني سأتطرق لبيان مشروعية العمل بمبدأ سدّ الذريعة ببيان خلاف العلماء فيه وذكر الراجح منه.

المطلب الأول
تعريف مفهوم سدّ الذريعة

مصطلح سد الذريعة مركب إضافي من كلمتين من سدّ، وذريعة، وحتى يتبين المعنى الإجمالي للمصطلح أعرّف كلمتي سدّ وذريعة أولاً، جاء في مقاييس اللغة أن معنى سد: " السين والدال أصل واحد، وهو يدل على ردم شيء وملاءمته، من ذلك سددت الثلمة سداً، وكل حاجز بين الشيئين سد"[(١)]، وأما الذريعة: فإنها " الوسيلة، وقد تذرّع فلان بذريعة أي توسل بوسيلة والجمع الذرائع"[(٢)].

وأما مصطلح سد الذريعة كلقب، وباعتباره علماً لهذا المسلك، فإن له معنيين عامٌ وخاصٌ، فالعام كما قال ابن القيم: " ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء" [(٣)]، وهو تعريف يقارب المعنى اللغوي ولا يخالفه، فيطلق في المعنى العام على كل وسيلة موصلة إلى الأحكام الشرعية، حتى قال بعضهم بأنها الوسيلة المفضية إلى الأحكام الشرعية الخمسة[(٤)]، وهنا في المعنى العام تشمل المتفق عليه والمختلف فيه، ويتصور

---

(١) أحمد بن زكريا القزويني، "مقاييس اللغة". (ط١، دمشق: دار الفكر، ١٣٩٩هـ) ج٣:١.

(٢) محمد بن أبي بكر الرازي، "مختار الصحاح". (ط٥، القاهرة: المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ) ج١: ١١٢.

(٣) محمد بن أبي بكر ابن القيم، "إعلام الموقعين"، (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية،١٤١١هـ)، ٣:١١.

(٤) انظر: صالح بن عبدالعزيز آل منصور، "أصول الفقه ابن تيمية". (ط١، الرياض: دار ابن الجوزي، ١٤٢٥ه) ص٤٠٩.

فيها الفتح، كما يتصور فيها السد[١]، ويقول القرافي:" واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ويكره، ويندب ويباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة "[٢].

أما عن معنى سدّ الذريعة الخاص، فقد قال القرافي في ذلك: " حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها "[٣]، وقيل أيضا في معناها بأنها: منع ما يجوز خشية الوصول إلى ما لا يجوز[٤]، والمعنى الخاص هو الأشهر وهو المراد عند الأصوليين في البحث، وإذا أطلق مصطلح سدّ الذريعة فهو المراد غالبا.

(١) انظر: مصطفى ديب البغا، "الأدلة المختلف فيها" (ط١، القاهرة: دار مصطفى١٤٣٠هـ)، ص٥٦٦.

(٢) احمد بن إدريس القرافي، "شرح تنقيح الفصول" (ط١، القاهرة: شركة الطباعة الفنية، ١٣٩٣هـ)، ص٤٤٩.

(٣) أحمد بن إدريس القرافي، "الفروق". (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ) ج٢: ٥٩.

(٤) علي بن محمد المازري، "شرح التلقين" (ط١، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ٢٠٠٨م)، ج٢: ٣١٧.

المطلب الثاني
مشروعية سد الذريعة.

الأدلة في أصول الفقه تنقسم إلى عدة أقسام، لاعتبارات عدة، ومن تلك الأقسام والاعتبارات المتفق عليه والمختلف فيه، فعند القول بأن القرآن والسنة والإجماع والقياس من الأدلة المتفق عليها إجمالا، فإن سدّ الذريعة يكون من القسم الآخر وهو من الأدلة المختلف فيها، ومن التقسيمات الأخرى للأدلة، كونها نقلية أو عقلية، والنقلية يذكرون منها القرآن والسنة والإجماع وقول الصحابي، والأدلة العقلية كالمصلحة المرسلة والقياس، ويذكرون منها سدّ الذريعة.

وعلى هذا فإن العلماء اختلفوا في مشروعية سدّ الذريعة على قولين:

القول الأول: يرى بمشروعية سدّ الذريعة وأنها دليلٌ من الأدلة.

القائلون به: المالكية والحنابلة.[١]

حجتهم: قال تعالى ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [سورة الأنعام:١٠٨] فحّرم الله سب آلهة المشركين، لكونه ذريعة لسبّ الله تبارك وتعالى[٢]، وقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا﴾ [سورة البقرة:١٠٤] فنهى الله المؤمنين عن قول راعنا لئلا يكون ذريعة لليهود لسبّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قولهم ولغتهم[٣]، وأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يكف عن قتل المنافقين مع أن في قتلهم مصلحة لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس[٤]، ومما ورد في السنة أيضاً من تحريم الخلوة بالأجنبية وتحريم قليل ما يسكر خشية

---

(١) انظر: إبراهيم بن موسى الشاطبي، "الموافقات". (ط١، القاهرة: دار ابن عفان، ١٤١٧هـ)، ج٣،:٦، ابن القيم، "إعلام الموقعين". ج١:٢، أحمد بن إدريس القرافي، "شرح تنقيح الفصول"، (ط١، القاهرة: شركة الطباعة الفنية، ١٣٩٣هـ)، ٣٣٢ص، محمد بن علي الشوكاني، "إرشاد الفحول". (ط١، بيروت: دار الكتاب العربي،١٤١٩هـ) ج٢،:١٩٣، سليمان بن عبد القوي الطوفي، "شرح مختصر الروضة". (ط١، عمّان: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ)، ج٢: ١٤٠.

(٢) انظر: ابن القيم، "إعلام الموقعين". ج٣: ص١١٠.

(٣) انظر: "الموافقات". ج٢: ١١، "الجامع لأحكام القرآن". ج٢: ٥٧.

(٤) انظر: ابن القيم، "إعلام الموقعين" ج٣: ١١١.

الكثير وغير ذلك[١].

القول الثاني: يرى عدم مشروعية سدّ الذريعة وأنه ليس بدليلٌ من الأدلة.

القائلون به: الحنفية والشافعية[٢].

حجتهم: أن أحكام الله تجري على الظاهر فما كان مباحاً يبقى كذلك، ولا يتغير حكمه بالنيات والمآلات، وفي ذلك يقول الشافعي: "الأحكام على الظاهر والله ولي المغيب، ومن حَكم على الناس بالأزكان جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، لأن الله عز وجل إنما يولي الثواب والعقاب على المغيب؛ لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه، وكلّف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة، كان ذلك لرسول صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ "[٣]، وأيضاً لأن سدّ الذريعة هو من الاجتهاد بالرأي وهو غير مقبول، وفي ذلك يقول الشافعي أيضاً: " ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علمٍ مضى قبله، وجهة العلمِ بعد الكتاب والسنة والإجماع والآثار، وما وصفتُ من القياس عليها" [٤].

ويجدر التنبيه إلى أن الكتب الأصولية تنص على أن الحنفية لم يقولوا بسد الذريعة، وذلك لأنهم لم يجعلوها ضمن الأدلة ولم يصرحوا بها أيضاً، والناظر في مذهبهم وكبتهم يجد أن كثيراً من التطبيقات في سد الذريعة هي ذاتها في الفقه الحنفي مما يجعلها داخلة في الاستحسان إذ بابه واسعٌ عندهم[٥].

ويقول الشاطبي موضحاً هذه الجزئية: "وأما أبو حنيفة، فإن ثبت عنه جواز

(١) انظر: عبدالرحمن بن أحمد ابن رجب، "جامع العلوم والحكم". (ط٧، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٢هـ)، ج١: ص٢٠٩.

(٢) انظر: سليمان بن خلف الباجي، "الإشارة في أصول الفقه". (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ)، ص٨٠، "إرشاد الفحول". ج٢، ص١٩٣، بدر الدين محمد الزركشي، "البحر المحيط" (ط١، عمّان: دار الكتبي، ١٤١٤هـ)، ج٨: ٨٩، محمد بن إدريس الشافعي، "الأم. (ط٢، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٠هـ)، ج٤: ١٢٠، تاج الدين عبدالوهاب السبكي، "الأشباه والنظائر". (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ) ج١: ١١٩.

(٣) محمد بن إدريس الشافعي، "الأم" ج٤: ٢٠.

(٤) محمد بن إدريس الشافعي، "الرسالة". (ط١، بيروت: مكتبة الحلي، ١٣٥٨هـ)، ج١: ٥٠٧.

(٥) انظر: محمد أبو زهرة، "أصول الفقه". (ط١، بيروت: دار الفكر العربي، ١٩٨٢م)، ص٢٩٤.

إعمال الحيل؛ لم يكن من أصله في بيوع الآجال إلا الجواز، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع، وهذا واضح؛ إلا أنه نقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها، وإن خالفه في بعض التفاصيل، وإذا كان كذلك؛ فلا إشكال"[١].

ويلزم التنويه أخيراً إلى أن هناك صوراً هي محل وفاق، وهي الطرق التي توصل إلى المفسدة قطعاً فإنها محرمة بالاتفاق كالحفر في طريق المسلمين وإلقاء السم في طعامهم، وصوراً ملغية أيضاً كمنع زراعة العنب خشية عصره خمراً، أو منع الجوار في السكن خشية وقوع الزنا، وإنما الخلاف فيما كان يحتمل وقوعه وهو ما بين الرتبتين[٢].

ما سبق هو من الناحية الفقهية التأصيلية في علم الأصول، إلا أن الناظر لمفهوم سد الذريعة، يجد أنه يدور بين المصالح والمفاسد، وكل العلوم التطبيقية – أي التي لها جانب تطبيق – كالطب والتربية، ومن ذلك أيضاً القانون، تنظر بعينين، عينٌ نحو المصلحة، وعينٌ نحو المفسدة، فإشارة المرور مثلاً تمنع السائق من السير عند طلب التوقف، وما ذلك إلا تنظيما للسير وخشية المفسدة المتحققة والمتوقع حدوثها في حال تجاوز الإشارة، فالموازنة بينهما في القانون أمرٌ مهم، فقد يُمنع الشيء لترتب المفاسد عليه، لا أنه هو بذاته مفسدة، بل لما يترتب عليه، وهذا هو سدّ الذريعة، ونلحظ في قانون الأحوال الشخصية تحديداً، لاسيما في المذكرة الإيضاحية كثيراً ما يُذكر أن سبب المنع في مادة ما، هو المفسدة المتوقعة منه، أو سبب اختيار هذا القول الفقهي من بين تلك الأقوال هو بسبب ترتب بعض المفاسد عليها.

مثلا، ما جاء في المادة (٩٢) من قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بدعاوى الزواج وتوثيقها، فقد نصت أنها اختارت جانب التوثيق للعقود بسبب " إظهاراً لشرف عقد الزواج، وبعداً عن الجمود، ومنعاً لمفاسد جمة "[٣]، فالنظر في القانون لجانب المفسدة وترتبها على العمل أمرٌ مهم، لا سيما ما تمس له الحاجة كالأحوال الشخصية، وكذلك في المادة (٤٠) المتعلقة بالشروط، ذكرت أنها اختارت قولاً من

(١) الشاطبي، "الموافقات". ج٤: ٦٨.

(٢) انظر: "شرح مختصر الروضة". ج٣: ٢١٢، السبكي، "الأشباه والنظائر" ج١: ١٢٠.

(٣) قانون الأحوال الشخصية، الكويت، طبعة وزارة العدل، ط١، ٢٠١١م، ص١٩٦.

بين الأقوال الفقهية والسبب في ذلك " راعت اللجنة فيما أخذت به تحقيق المصلحة "[١]، وغير ذلك العديد من المواضع التي هي محل الدراسة.

(١) قانون الأحوال الشخصية، ص١٢٥.

المبحث الثاني
الأحوال الشخصية، مفهومها، وتطبيقات سدّ الذريعة فيها

سأتطرق في هذا المبحث لبيان مفهوم الأحوال الشخصية، وذلك لأنه مصطلح معاصر، ليس له حضور في الكتب الفقهية، وعرضتُ نبذة عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، هذا في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني ذكرت عدداً من التطبيقات لسدّ الذريعة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

المطلب الأول
التعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي

إن مصطلح الأحوال الشخصية في أصله مصطلح غربي، يطلقه الغربيون على العلاقات التي تنظم شؤون الأسرة وما يترتب عليها من أحكام، فهو يقابل عندهم الأحكام المدنية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم، ولم يُعرف في المدونات الإسلامية قبل أواخر القرن التاسع عشر، وأول من عرف عنه استعمال هذا المصطلح من المعاصرين محمد قدري باشا (١٣٠٦هـ) فهو مصطلح حديث على الفقه الإسلامي، لكن موضوعاته بلا شك ليست جديدة؛ بل هي قديمة، لكنه ضم العديد من الأبواب تحت باب واحد وهو مصطلح الأحوال الشخصية[١]، فيشمل النكاح والرضاع والطلاق والإيلاء، والخلع، والظهار، واللعان.. الخ وجميع المسائل المتعلقة بذلك تكون في باب واحد يجمعها وهو الأحوال الشخصية.

أما عن تعريف الأحوال الشخصية:

المسائل الشرعية المتعلقة بالأسرة، كأحكام الزواج والطلاق[٢].

وأما عن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فإنه قانون صدر بصفة رسميَّة في الثامن من شوال من عام ١٤٠٤هـ، الموافق السابع من يوليو من عام ١٩٨٤م،

(١) انظر: عمر بن سليمان الأشقر، "الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني،" (ط٥، عمّان: دار النفائس، ٢٠١١م)، ص١١.

(٢) انظر: أحمد مختار عبدالحميد، "معجم اللغة العربية المعاصرة"، (ط١، بيروت: عالم الكتب، ١٤٢٩هـ)، ج٢: ص١١٧٤

وذلك بعد تشكيل لجنة في عام ١٩٧٩م لوضع مشروع قانون في الأحوال الشخصية في دولة الكويت.

ويتألف القانون من (٣٤٧) مادة، ويتكون القانون من قسمين رئيسين هما: الزواج وكل ما يتعلق به، والميراث والوصية وما يتعلق بهما، ففي قسم الزواج تطرق القانون لمقدمات الزواج والخطبة ومسائلها، وشروط العاقدين، والزواج وأنواعه، والمهر وأحكامه وآثاره، والجهاز والنفقة، والمسكن، والحقوق بينهما، ودعوى الزواج ونحو ذلك، وبعده تطرق لفرقة الزواج من طلاق وخلع، والتفريق بسبب القضاء والضرر، ولعدم الإنفاق، وبعد ذلك لباقي المسائل كالإيلاء والظهار، والفسخ ومسائله وما يتعلق به من أحكام.

ومما يناسب ذكره هنا؛ أن اللجنة التي شُكّلت من أجل مشروع قانون الأحوال الشخصية، كما يذكر أحد أعضائها وهو الأستاذ أحمد الغندور، ذكر أن أصل العمل هو ما جاء في مذهب الإمام مالك، إلا أن ذلك جعل بعض القضاة يستشكلون بعض الآراء فيه غير المناسبة لهذا الزمان، وبما أن مذهب مالك فيه آراء عدة، وأن الشريعة تراعي المصلحة، فقد ارتأت اللجنة أن تعمل بما جاء في مذهب مالك وتأخذ من غيره بما يحقق الحفاظ على الأسرة وبما يكون مناسباً للأعراف المعاصرة.[١]

هذا وإن الناظر في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ليجد كثيراً ما يذكر أن الأصل في العمل في هذا الجانب - بحسب المادة - هو ما جاء عن مذهب مالك، مثاله ما جاء في المادة (٣٤٣): "كل مالم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبّق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المبادئ العامة في المذهب"، وأحياناً لا يأخذ بمذهب مالك بل بغيره من المذاهب المحققة للمصلحة في تلك الجزئية، مثاله ما جاء في المادة (١٤٦ -١٤٨) المتعلقة بغيبة الزوج، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه ينظر بحسب الحال إن كان الزوج في حالة متوقع فيها السلامة ينتظر أربع سنوات أخذاً بمذهب

(١) أحمد الغندور، "الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي". (ط٥، الكويت: مكتبة الفلاح، ٢٠١٣م)، ص٢٢.

أحمد، وفي الحالة الثانية التي يتوقع فيها الهلاك والضرر يقدّر أمره للقاضي أخذاً بمذهب أبي حنيفة.[١]

ومن المهم معرفة أن القانون قد توسّع في أخذ الآراء ولم يتقيّد بكل مواده بما جاء عن مالك، وهذا الأمر جعل المقنن يتوسّع في مصادر أحكامه واختيارته الفقهية، فتارة يكون النص وهو الآية أو الحديث، وتارة يكون القياس، وتارة تكون المصلحة عملا بالمصالح المرسلة، وتارة تكون بسبب النظر للمفاسد عملاً بمفهوم سدّ الذريعة، وهذا ما سأتطرق له في المطلب التالي.

(١) انظر: "قانون الأحوال الشخصية". ص١٧٢.

المطلب الثاني
سد الذريعة في الأحوال الشخصية

قد ذكر بعض العلماء صوراً لسدّ الذريعة في باب الأحوال الشخصية، لكن عند تتبعها وتفحصها فإنها لا تدخل في مسألة سدّ الذريعة، فمما يذكر أنه جاء النهي للرجال عن النكاح بأكثر من أربع بأن في ذلك ذريعة إلى الجور، أو النكاح بلا ولي فإنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ نهى عن ذلك سداً لذريعة وغير ذلك[١]، لأن هذ الصور وغيرها هي في أصلها محرمة جاءت نصوص بتحريمها، قد يكون ما ذكر من الحكم في التحريم، لكن ليست من سدّ الذرائع، لأن سدّ الذريعة قائم على أن الأصل فيها أن تكون مباحة وتؤدي إلى مفسدة، فالذي سأذكره هنا، هو ما كان في أصله حلال ومُنع بسبب توقع ترتب المفسدة، أو كان قولا مختاراً من بين أقوال فقهية أخرى، وكان سبب الاختيار هو توقع ترتب المفسدة، أي بسبب سد ذريعة الفساد.

فسأذكر أولا عنوان المسألة، وبعد ذلك أبيّن الرأي الشرعي فيها بإيجاز - إذ ليس المراد بحثها بتوسع - وإنما الإشارة إلى جانب الذريعة فيها، وبعد ذلك أذكر المادة القانونية ووجه الذريعة إن نصّ عليه القانون في مذكرته الإيضاحية أو تضمنه بمفهومه ودلالته.

الفرع الأول: زواج من خبّب زوجة على زوجها

حتى تتضح المسالة، لابدّ من توضيح معنى التخبيب، والتخبيب كما جاء في لسان العرب: "الخب هو الخداع وهو الجربز الذي يسعى بين الناس بالفساد؛ ورجل خب وامرأة خبة.. والتخبيب: إفساد الرجل عبدا أو أمة لغيره؛ يقال: خببها فأفسدها، وخبب فلان غلامي أي خدعه"[٢] وقد ورد النهي عن تخبيب الزوجة على زوجها، بمعنى أنه ينهى أن يقوم رجل بتخبيب المرأة وإفساد علاقتها بزوجها بغرض الزواج منها لاحقا، وهذا فيه ما فيه من المفاسد ودمار الأسر، لذلك قال النبي

(١) انظر: "إعلام الموقعين" ج٣: ١١١.
(٢) محمد بن مكرم ابن منظور، "لسان العرب". (ط٣، بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ)، ج١: ٣٤٢.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ليس منَّا من خبب امرأة على زوجها)[١] والتخبيب هنا بأن يذكر مساوئ الزوج عند امرأته، حتى يفسد علاقتهم.

ما سبق هو الحكم العام للتخبيب، أو بمعنى آخر هو الحكم التكليفي من حيث الحل والحرمة، أما حكمه الوضعي عند الأصوليين من حيث الصحة والفساد، فقد ذهب جماهير أهل العلم[٢]، إلى أن المخبّب إن عقد عليها بعد طلاقها من زوجها الأول فإن العقد صحيح – مع اتفاقهم على أنه فعله محرم – وسبب ذلك أنهم نظروا لأركان العقد وشروطه، وأنه مستوفٍ لشروط الصحة بعيداً عن ملابساته وظروفه، فقالوا بالصحة، بينما ذهب بعض المالكية[٣]، ورواية عند أحمد[٤]، إلى عدم صحة العقد سداً للذريعة.

هذا من جانب الشريعة، أما من جانب القانون – وأعني قانون الأحوال الشخصية – فنجد المادة (٢٣) من القانون أغلقت الباب على كل من حاول تخبيب المرأة للزواج منها لاحقا، بأنه في حال ثبوت ذلك، فإن القانون يمنع الزواج حينئذ، نص المادة: لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة أفسدها على زوجها إلا إذا عادت إلى زوجها الأول ثم طلقها، أو مات عنها، وقد بيّنت المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها: " حرص المشروع على ما في التشريع القائم من صيانة الأسرة، فأبطل عمل الذين يسعون في التفريق بين المرء وزوجه، بتحريض الزوجة عل مضارة زوجها "[٥].

فيظهر هنا مفهوم سد الذريعة، وهو منع ما يجوز خشية الوصول إلى ما لا

(١) سيلمان بن أشعث السجستاني، "سنن أبي داود". (ط٤، بيروت: دار الكتاب العربي، لا يوجد تاريخ نشر)، ج٢: ٢٢٠.

(٢) والجمهور على أصلهم وهو أن النكاح صحيح لم يطرأ على العقد ما يخله، فكثير منهم لا يتطرق لهذه المسألة وإنما يكتفي ببيان حكم التخبيب من الناحية التكليفية.

(٣) انظر: محمد بن عبدالله الخرشي، "شرح مختصر خليل". (ط١، بيروت: دار الفكر، بدون سنة نشر)، ج٣: ١٧٣، أحمد الصاوي، "بلغة السالك". (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ)، ج٢: ٢٢٠.

(٤) انظر: مرعي بن يوسف الكرمي، "غاية المنتهى". (ط١، الكويت: مؤسسة غراس، ١٤٢٨هـ)، ج٢: ١٨٧.

(٥) قانون الأحوال الشخصية، ص١١٢.

يجوز، فأصل العقد بعيدا عن ظروفه المتلبسة فيه، فإن العقد كامل الأركان ومستوف للشروط، وما كان ذلك صح العقد ونفذ، إلا أن القانون منع ذلك خشية انتشار المفاسد المترتبة على ذلك، وهذا هو مفهوم سدّ الذريعة.

الفرع الثاني: منع توثيق عقد الزواج لمن هم دون العمر المقرر

وهنا مسألتان لا واحدة، وهما التوثيق، وتحديد السن، أما الثانية فقد بحثت كتب الفقه مسألة العمر في الزواج، - وجواز العقد لا يلزم منه جواز الدخول -، فيقولون بأنه يصح عقد الزواج من الصغير – من خلال وليه – وكذا الصغيرة، وذكر بعضهم الإجماع على ذلك[١]، وذكر بعض العلماء كالنووي، أنه: يستحب أن لا يزوج الأب والجد البكرَ حتى تبلغ[٢]، ومما ينبغي ملاحظته هنا، هو أن الفقهاء يبحثون المسألة من حيث الجواز وعدمه، لا من حيث الوجوب، فبالاتفاق لا يجب زواجها في حال الصغر، وإنما كلامهم عن الجواز فقط، وذكر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره بأنه يجوز لولي الأمر تحديد سن الزواج، بما يراعي المصلحة[٣].

وأما عن توثيق عقد الزواج، فإنه من المعلوم أن كتب الفقه المتقدمة، لم تتطرق لتوثيق العقود كما في الزمن الحاضر، وذلك لأن العقد كامل الأركان ومستوف للشروط، وإنما تطرقوا لأمر مقارب له وهو الشهادة، سواء في النكاح أو الطلاق والرجعة، لكن نظرا للتطور الحالي، فقد ذهب كثير من المعاصرين إلى أن " للحاكم المعاقبة على عدم توثيق عقد الزواج"[٤]، فقد يؤدي غياب هذه الوثيقة إلى مفسدة، ووجود الوثيقة يسهل الرجوع لها عند التنازع، والزواج دون هذه الوثيقة في أصله الجواز إذ العقد كمُل أركانه، ولكن في غيابها الآن " سببٌ في ترتب

(١) انظر: محمد بن إبراهيم النيسابوري، "الإجماع لابن المنذر". (ط١، القاهرة: دار الآثار، ١٤٢٥هـ)، ص٣٤٩.

(٢) انظر: يحيى بن شرف النووي، "المنهاج شرح مسلم". (ط٣، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٩٢هـ)، ج٩: ٢٠٨

(٣) موقع مجمع الفقه الإسلامي: **https://iifa-aifi.org/ar/4867.html**، تمت زيارته بتاريخ: ١١/ ١١/ ٢٠٢١م.

(٤) عبدالله بن محمد الطيار، "الفقه الميسر". (ط١، الرياض: الوطن للنشر، ١٤٤٢هـ)، ج١١: ٢٨.

المفاسد الكبيرة "[١]، فذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى وجوب توثيق عقد الزواج[٢]، وسبب ذلك المفسدة المترتبة على عدم التوثيق.

ما سبق بيانه هو من الناحية الشرعية، أما من ناحية قانون الأحوال الشخصية، فنجد بأن القانون حدّد سناً للزواج ومنع التوثيق دون ذلك الشرط، كما جاء في المادة (٢٦): يمنع توثيق عقد الزواج، أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة، ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق.

ونلحظ هنا بأن القانون منع ما دون هذا السن من التوثيق، وهو من باب سد الذريعة، الذي هو منع ما يجوز - وهو الأصل في صحة هذا الزواج شرعاً - خشية الوصول إلى ما لا يجوز، وكما بيّن القانون في مذكرته الإيضاحية، أن المنع في ذلك هو ما للزواج من أهمية في بناء الأسرة[٣].

الفرع الثالث: إجبار الأب ابنته البكر ما دون الخامسة والعشرين على الزواج

لقد بحث الفقهاء موضوع الولاية عموماً، وفي الزواج خصوصاً، والناظر لكلامهم، يلحظ أنه ثمة أمور هي محل وفاق بل وإجماع، ففي الأولى أجمعوا أنه يجوز للأب إجبار ابنته البكر الصغيرة على النكاح، وأجمعوا كذلك أنه لا يجوز للأب إنكاح ابنته الثيب جبراً[٤]، فالعلة عند الجمهور هي البكارة[٥]، أي أن علة الإجبار بسبب كونها بكراً، وعليه فيجوز للأب إجبار البكر الكبيرة، بينما عند الحنفية فعلة الإجبار هي الصغر[٦]، فلا يجوز إجبار البكر الكبيرة لكبرها، مع الاتفاق على أنه

(١) عبدالرحمن إبراهيم الكيلاني، "تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في الأحوال الشخصية". (جامعة مؤتة، مجلة الشريعة والقانون، العدد٢٧، ٢٠٠٦م)، ص٢٠٩.

(٢) انظر: بدر بن ناصر السبيعي، "المسائل الفقهية المستجدة في النكاح". (الكويت: مجلة الوعي، ١٤٣٥هـ)، العدد ٣٦، ص١٦٤.

(٣) انظر: قانون الأحوال الشخصية، ص١١٤.

(٤) محمد بن إبراهيم ابن المنذر، "الإجماع". (ط١، مصر: دار الآثار، ١٤٢٥ه)، ص٣٤٩.

(٥) "بداية المجتهد". ج٣: ٣٣، "الحاوي الكبير". ج٩: ٥٣، "المغني". ج٧: ٤٣.

(٦) انظر: محمود بن أحمد العيني، "البناية شرح الهداية". (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ)، ج٥: ٨٠، عثمان بن علي الزيلعي، "تبيين الحقائق". (ط١، القاهرة: المطبعة الأميرية =

يستحب أن يستأذنها لا أن يجبرها[١]، ولكل قول أدلته ليس هذا موضع بسطها، لكن المهم هنا هو معرفة مجمل الأقوال في المسألة.

وأما ولاية الإجبار في قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فقد نصت المادة (٢٩): "الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس.. " وفي المادة (٣٠): "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها "[٢]، فتلحظ أن القانون لم يأخذ بكامل قول الجمهور في أن البكر تُجبر صغيرة كانت أم كبيرة، ولم يأخذ كذلك بتمام قول الحنفية في أنه لا تجبر البكر وإنما الصغيرة، وجاء في المذكرة الإيضاحية حول هذه النقطة تحديداً، قال: " وإطلاق الحرية في هذه الفقرة، بتطبيق الراجح في الفقه الحنفي أو إجبارهن على الزواج بمن يختاره الولي كما جاء في مذهب مالك، كان من جرائه الكثير من المآسي "[٣]، القانون ذهب إلى القول بإجبار البكر، ولكنه قيّدها بعمر الخامس والعشرين، ونصّت المذكرة على أن ذلك درء للمفاسد، فقال: "درءاً لذلك كله، وإقامة للأسرة على أساس حكيم، اختار المشروع أن زواج الفتاة ما بين بلوغها الطبيعي وتمام الخامسة والعشرين يشترط فيه اجتماع رأيها ورأي الولي"[٤]، فالقانون اختار قولاً وسطاً بين هذه الأقوال، وسبب اختياره كما ذكر، هو درء المفاسد المترتبة على ذلك، فهو منع إجبار من بلغت أكثر من الخامسة والعشرين، - وفي أصله الجواز بناء على قول الجمهور – وسبب ذلك خشية الوصول إلى ما لا يجوز من المفاسد، وهذا هو صميم مفهوم سدّ الذريعة.

= الكبرى،١٣١٣ه)، ج٢: ١١٨.

(١) انظر: المغني، ج٧، ص٤٣.

(٢) قانون الأحوال الشخصية، ص٢١.

(٣) قانون الأحوال الشخصية، ص١١٨.

(٤) المرجع السابق.

الفرع الرابع: عدم إسكان الزوجة مع ضرّتها

لقد بحث الفقهاء موضوع السكن في الحياة الزوجية، واتفقوا على أن السكن يجب أن يكون مهيّئا للسكنى، ويختلف ذلك باختلاف الأزمان، وبحثوا مسألة إسكان غيرها معها، فذهب الجمهور إلى أن لها الحق في طلب السكن لوحدها[١]، قال الكاساني: "ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها أو مع أحمائها كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه أن يسكنها في منزل مفرد"[٢]، بينما فرّق المالكية بين كون المرأة شريفة ذات قدر أم لا[٣].

أما من ناحية قانون الأحوال الشخصية، فقد منع القانون السكن مع الضرة بمجرد رفض الزوجة، سواء اشترطت ذلك أم لا، فقد نصت المادة (٨٥): ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها.

ويظهر هنا مفهوم سد الذريعة، فأصل عقد الزواج باق، والزوج وفر لها مسكناً شرعيا صالحا للسكنى، إلا أن وجود الضرة معها فيه ذريعة إلى مفاسد أخر، فلذلك أخذ القانون بإغلاق هذا الأمر، خشية الوصول إلى تلك المفاسد.

الفرع الخامس: الحاضنة غير المسلمة

الحاضنة، هي التي تقوم برعاية الطفل، ولقد بحث الفقهاء موضوع الحاضنة، وتطرقوا لشروطها، واختلفوا في شرط الديانة، فهل يشترط إسلامها أم لا، فذهب الجمهور إلى أنه لا تصح حضانة الفاسقة، وكذا الكافرة[٤]، بينما ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط اتحاد الدين، بين الحاضن والمحضون، فقد جاء في بدائع الصنائع قوله: "هذا الحق إنما يثبت نظرا للصغير وإنه لا يختلف بالإسلام

---

(١) انظر: علي بن سليمان المرداوي، "الإنصاف". (ط٢، بيروت: دار إحياء التراث العربي)، ج٨: ١٥٦، علي بن محمد الماوردي، "الحاوي الكبير". (ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ)، ج٩: ٥٨٣، "الموسوعة الفقهية الكويتية". ج٧: ٢٤.

(٢) علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع". (ط٢، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٢م)، ج٤: ٢٤.

(٣) انظر: محمد بن أحمد ابن رشد، "البيان والتحصيل". (ط٢، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ) ج٤: ٣٣٧.

(٤) انظر: النووي، محيي الدين يحيى، "المجموع المهذب". دار الفكر، ١٨/ ٣٤٢.

والكفر، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم "[١].

وعلى هذا أخذ القانون في الأحوال الشخصية، فقد جاءت في المادة (١٩٢): " الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم " وتظهر سد الذريعة هنا في تتمة نص القانون، فقد جاء فيه: " حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان "، وهذا هو عين سد الذريعة، فالقانون أخذ بالجواز، بأن تكون الحاضنة غير مسلمة، وفي نفس الوقت منع هذا الجواز في حال خشية تحقق مفسدة، وهو أن يألف غير الإسلام، وهذا هو سد الذريعة من منع ما يجوز خشية الوصول إلى ما لا يجوز.

الفرع السادس: عدم فسخ نكاح الزوجة المرتدة

اتفق الفقهاء أن الزواج لا ينعقد بمرتد ولا مرتدة، لقوله تعالى: ﴿لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾ [سورة الممتحنة:١٠]، وكما ذكر الجويني: "المرتد لا ينكح أبداً مسلمة.. والمرتدة لا ينكحها أحد"[٢]، وكذا إن كانت الردة من قبل المرأة قبل الدخول، فإذا " ارتد أحد الزوجين قبل الدخول، انفسخ النكاح، في قول عامة أهل العلم "[٣]، وقد وقع الخلاف فيما إذا ارتدت الزوجة بعد الدخول، هل ينفسخ مباشرة كما في القول الأول "لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده"[٤]، والقول الآخر كما عند الشافعية أن ينتظر لحين الانتهاء من عدتها[٥]، وفي قول عند المالكية كما ذكر الدسوقي: "وروى علي بن زياد عن مالك إذا ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح لا يكون ذلك طلاقا وتبقى على عصمته"[٦]، وهذا القول مبني على سدّ الذريعة.

---

(١) الكاساني، علاء الدين دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ،٤/ ٤٦.

(٢) الجويني، عبدالملك بن عبدالله، "نهاية المطلب". (ط١، الرياض: دار المنهاج، ١٤٢٨هـ) ١٢: ٣٦٩.

(٣) ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، "المغني". (ط٣، بيروت: عالم الكتب، ١٤١٧هـ)، ١٠: ٣٩.

(٤) المرجع السابق.

(٥) انظر: الماوردي، علي بن محمد، "الحاوي الكبير". (ط١، بيروت: دار عالم الكتب، ١٤١٩هـ) ٩: ٢٣١.

(٦) الدسوقي، محمد بن أحمد، "حاشية الدسوقي". (ط١، بيروت: دار الفكر)، ٢: ٢٧٠.

وقد نص القانون على ذلك فقال: " إذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ الزواج " وذلك عملاً بنقيض قصدها، لأنها أرادت من الردة فسخ العقد والخلاص من الزوج، والذي يهمنا هنا هو الجانب التشريعي في سد الذريعة، فكون المرأة ارتدت هذا من أكبر المفاسد بلا شك، لكن الشاهد هنا، هو وقوع الفسخ بتلك الردة في الأصل، لكن منع القانون تحقق الفسخ كما هي الرواية عند المالكية، إغلاقاً لمفسدة الكفر والردة، ومنعاً للحيل في فسخ عقد الزواج.

الفرع السابع: إرجاع هدايا الخطبة

لقد بحث الفقهاء مسألة الهدايا وقت الخطبة، وتختلف الخطبة عن النكاح، أنها وعد لا عقد، ولا يجب فيها المهر، فلذلك قالوا بإرجاع المهر في حال الخطبة إن تم العدول عنها، ولكن بحث العلماء مسألة الهدايا التي تهدى في وقت الخطبة، فذهب الحنفية كما يذكر ابن عابدين إلى النظر إن كانت الهدايا قائمة وقت العدول فترجع، وإن لم تكن قائمة فلا رجوع فيها[١]، وجاء في حاشية القليوبي عند الشافعية: "رجع الدافع أو وارثه بجميع ما دفعه إن كان قبل العقد مطلقا"[٢]، بينما ذهب المالكية في قول عندهم إلى التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فإن كان العدول منه فلا يرجع، وإن كان العدول منها فله الرجوع، " إن كان الرجوع من جهتها فله الرجوع عليها"[٣].

ما سبق عرض موجز لأقوال الفقهاء في ذلك، بينما اختار القانون الكويتي في مادته (٥) أنه إذا عدل أحدهما، وليس ثمة شرط وعرف، فإن كان عدوله بغير مقتض، لم يسترد، وإن كان العدول بمقتض استرد ما أهداه، الملاحظ هنا أن القانون نظر إلى سبب العدول وكذا جهته، فإن عدل الخاطب دون مسوغ فلا رجوع للهدية، بخلاف إن وُجد المسوغ والسبب، وفي هذا ملحظ أن القانون أغلق باب التحايل والخداع والاتهام، في حال ما أخذت المخطوبة الهدايا – خاصة إن كانت ثمينة – ثم عدلت عن الخطبة – لعدم رغبتها أساساً بالارتباط وإنما من أجل

(١) انظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٣/ ١٥٣.

(٢) القليوبي، أحمد سلامة، حاشية القليوبي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ٣/ ٢١٦.

(٣) حاشية الصاوي، ٢/ ٣٤٨.

الهدايا فقط – فقد أغلق باب الخداع بأن الهدايا ترجع، والملاحظ هنا مفهوم سد الذريعة، وهو جواز استخدامها للهدايا التي أهديت لها، ولكن تمنع من ذلك إغلاقا لباب الفساد المتوقع من استخدم ذلك للتحايل فإن كان بمسوغ لزمها رده.

هذه أبرز النصوص القانونية التي وقفت عليها - ويصعب الإحاطة بجميعها - والتي فيها العمل بمفهوم سدّ الذريعة، وهذا إن دل فإنه يدل على أن القانون ينظر إلى الواقع وماله من مصالح وما عليه من مفاسد، فيدرأ المفاسد قدر المستطاع، وذلك على قسمين كما تقدم، إما أنه يبني النص القانوني على مبدأ سدّ الذريعة، فيكون هو السبب الرئيسي له، وإما أنه يكون سبباً في الاختيار من بين أقوال الفقهاء.

الخاتمة

أهم النتائج

- الذريعة بالمعنى العام هي المفضية إلى الأحكام التكليفية الخمسة.
- الذريعة بالمعنى الخاص هي منع ما يجوز خشية الوصول إلى ما لا يجوز.
- المالكية والحنابلة قالا بمشروعية سد الذريعة.
- الشافعي أشهر من ألغى الاعتبار بسد الذريعة ولم يعتبره دليلاً.
- نقُل عن الحنفية موافقتهم للشافعية بعدم الأخذ بسد الذريعة، ولكن تطبيقاتهم فيها سدّ الذريعة بمسميات أخر كالاستحسان.
- الأحوال الشخصية هي:

  المسائل الشرعية المتعلقة بالأسرة، كأحكام الزواج والطلاق والميراث.

- العمل بسدّ الذريعة في القانون، على نوعين، إما أن يكون هو الأساس في البناء التشريعي للمادة، وإما أن يكون موجهّاً في الاختيار بين الأقوال الفقهية.
- من مسائل سدّ الذريعة في قانون الأحول الشخصية:

- منع زواج من خببّ امرأة على زوجها.
- منع توثيق العقد لمن هم دون العمر المقرر.
- إجبار الأب ابنته البكر ما دون الخامسة والعشرين على النكاح.
- عدم إسكان الزوجة مع ضرتها.
- منع الحاضنة المسلمة في حالات معينة.
- عدم فسخ العقد في حال ردة الزوجة.

توصية

- يوصي البحث المختصين بعلم الأصول والفقه، باستخراج الأحكام التي بنيت

على المصلحة المرسلة، في القانون، وبيان أثر المصلحة في ذلك.

- يوصي البحث بالنظر في المنهجية التي بُنيت عليها نصوص القانون، ولا أقصد الاختيارات المذهبية، بل المفاهيم والأسس التي بنيت عليها نصوص قانون الأحوال الشخصية، والمرجح للمقنن في الاختيار من بين الآراء الفقهية.

المراجع

١. القرآن الكريم.
٢. إبراهيم بن موسى الشاطبي الموافقات، دار ابن عفان، القاهرة، الطبعة ١، ١٤١٧هـ.
٣. أحمد الصاوي، بلغة السالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ.
٤. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط٥، ٢٠١٣م.
٥. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
٦. أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية، القاهرة، ط١، ١٣٩٣هـ.
٧. أحمد بن زكريا القزويني، مقاييس اللغة، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٣٩٩ه.
٨. أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد، الرياض، ط٢، ١٤١٦ه.
٩. بدر الدين محمد الزركشي، البحر المحيط، دار الكتبي، عمّان، الطبعة١، ١٤١٤هـ.
١٠. بدر بن ناصر السبيعي، المسائل الفقهية المستجدة في النكاح، مجلة الوعي، الكويت، العدد ٣٦، ١٤٣٥هـ.
١١. تاج الدين عبدالوهاب السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٥، ١٤٢٨هـ.
١٢. الجويني، عبدالملك بن عبدالله، نهاية المطلب، دار المنهاج، الرياض، ط١، ١٤٢٨هـ.
١٣. سليمان بن خلف الباجي، الإشارة في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ.
١٤. سليمان بن عبد القوي الطوفي، شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، عمّان، ط١، ١٤١٩هـ.
١٥. سيلمان بن أشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٤، لا يوجد تاريخ نشر.
١٦. شمس الدين محمد الحطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، دمشق، ط٢ ، ١٤١٢هـ.
١٧. صالح بن عبد العزي آل منصور، أصول الفقه وآل تيمية، دار ابن الجوزي، الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ.
١٨. عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة٧، ١٤٢٢هـ.
١٩. عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب، دار المنهاج، الرياض، ط١، ١٤٢٨هـ.
٢٠. عبدالرحمن إبراهيم الكيلاني، تطبيقات معاصرة للمصالح المرسلة في المجال الأسري، جامعة مؤتة، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٢٧، ٢٠٠٦م.
٢١. عبدالله بن محمد الطيار، الفقه الميسر، الوطن للنشر، الرياض، ط١، ١٤٤٢هـ.

٢٢. عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.
٢٣. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢م.
٢٤. علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، بدون تاريخ نشر.
٢٥. علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١، ١٤١٧هـ.
٢٦. عمر بن سليمان بن عبدالله الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس، الأردن، ط٥، ٢٠٠١م،
٢٧. قانون الأحوال الشخصية، الكويت، طبعة وزارة العدل، ط١، ٢٠١١م.
٢٨. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، ط١، ١٩٨٢م.
٢٩. محمد بن أبي بكر ابن القيم، إعلام الموقعين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ.
٣٠. محمد بن أبي بكر الرازي ر، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، القاهرة، ط٥، ١٤٢٠هـ.
٣١. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٤١٩هـ.
٣٢. محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة، مكتبة الحلبي، بيروت، ط١، ١٣٥٨هـ.
٣٣. محمد بن عبدالله الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.
٣٤. محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ
٣٥. محمد بن علي المازري، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ٢٠٠٧م.
٣٦. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.
٣٧. محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ.
٣٨. مصطفى ديب البغا، القاهرة، الأدلة المختلف فيها، دار مصطفى، ط١، ١٤٣٠هـ.
٣٩. معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٢٩هـ.
٤٠. يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٣، ١٣٩٢هـ.

References

- **alquran alkarim.**
- 'iibrahim bin musaa alshaatibii almuafaqati, dar abn eafan, alqahirati, altabeat 1, 1417h.
- 'ahmad alsaawi, bilughat alsaalika, dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta1, 1415h.
- 'ahmad alghandur, al'ahwal alshakhsiat fi altashrie al'iislamii, maktabat alfalahi, alkuayti, ta5, 2013m.
- 'ahmad bin 'iidris alqarafi, alfuruqu, dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta1, 1418h.
- 'ahmad bin 'iidris alqarafi, sharah tanqih alfusuli, sharikat altibaeat alfaniyati, alqahiratu, ta1, 1393h.
- 'ahmad bin zakariaa alqazwini, maqayis allughati, dar alfikri, dimashqa, ta1, 1399h.
- 'ahmad bin eabdalhalim abn taymiati, majmue alfatawaa, mujmae almalik fahad, alrayad, ta2, 1416h.
- badar aldiyn muhamad alzarkashi, albahr almuhita, dar alkatibi, emman, altabeatu1, 1414h.
- bdar bin nasir alsubayei, almasayil alfiqhiat almustajidat fi alnikahi, majalat alwaei, alkuayt, aleadad 36, 1435h.
- taj aldiyn eabdalwahaab alsabiki, al'ashbah walnazayir, dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta5, 1428h.
- aljuini, eabdalmalik bin eabdallah, nihayat almatlabi, dar alminhaji, alrayad, ta1, 1428h.
- sulayman bn khalaf albaji, al'iisharat fi 'usul alfiqhi, dar alkutub aleilmiati, ta1, 1424h.
- sulayman bin eabd alqawii altuwfiu, sharah mukhtasar alrawdata, muasasat alrisalati, emman, ta1, 1419h.
- silman bin 'asheath alsajistani, sunan 'abi dawud, dar alkutaab alearabii, bayrut, ta4, la yujad tarikh nushri.
- shams aldiyn muhamad alhatabi, mawahib aljalili, dar alfikri, dimashqa, ta2 , 1412h.
- salih bin eabd aleazi al mansurin, 'usul alfiqh wal taymiatu, dar abn aljuzi, alrayad, ta1, 1425h.
- eabd alrahman bin 'ahmad aibn rajaba, jamie aleulum walhakmi, muasasat alrisalati, bayrut, altabeatu7, 1422h.
- eabd almalik bin eabd allh aljuayni, nihayat almatlabi, dar alminhaji, alrayad, ta1, 1428h.
- eabdalrahman 'iibrahim alkilani, tatbiqat mueasirat lilmasalih almursalat fi almajal al'usari, jamieat mutat, majalat alsharieat walqanuni, aleadad 27, 2006m.
- eabdallah bin muhamad altayaar, alfiqh almuysari, alwatan lilnashri, alriyad, ta1, 1442h.
- ethaman bin eali alziylei, tabyin alhaqayiqi, almatbaeat al'amiriat alkubraa, alqahirati,

ta1, 1313h.

- eala' aldiyn alkasani, badayie alsanayiea, dar alkitaab alearabii, bayrut, ta2, 1982m.
- eali bin sulayman almardawi, al'iinsafi, dar 'iihya' alturath alearabii, bayrut, ta2, bidun tarikh nashra.
- eali bin muhamad almawardi, alhawiu alkabira, dar alkutub aleilmiati, bayrut , ta1, 1417h.
- eumar bin sulayman bin eabdallah al'ashqara, alwadih fi sharh qanun al'ahwal alshakhsiat al'urduniyu, dar alnafayisi, al'urduni, ta5, 2001m,
- qanun al'ahwal alshakhsiati, alkuaytu, tabeat wizarat aleadli, ta1, 2011m.
- muhamad 'abu zahrata, 'usul alfiqahi, dar alfikr alearabii, bayrut, ta1, 1982m.
- muhamad bin 'abi bakr abn alqayami, 'iielam almawqieini, dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta1, 1411h.
- muhamad bin 'abi bakr alraazi ra, mukhtar alsahahi, almaktabat aleasriatu, alqahirati, ta5, 1420h.
- muhamad bin 'iidris alshaafieii, al'umu, dar almaerifati, bayrut, ta2, 1419h.
- muhamad bin 'iidris alshaafieii, alrisalatu, maktabat alhalbi, bayrut, ta1, 1358h.
- muhamad bin eabdallah alkharshi, sharah mukhtasar khalila, dar alfikri, bayrut, bidun sanat nashira.
- muhamad bin ealiin alshuwkani, 'iirshad alfuhula, dar alkitaab alearabii, bayrut, ta1, 1419hiz
- muhamad bin ealiin almazri, sharah altalqini, dar algharb al'iislamii, bayrut, ta1, 2007m.
- muhamad bin makram abn manzurin, lisan alearabi, dar sadir, bayrut, ta3, 1414h.
- mahmud bin 'ahmad aleaynii, albinayat sharh alhidayati, dar alkutub aleilmiati, bayrut, ta1, 1420h.
- mistafaa dib albugha, alqahiratu, al'adilat almukhtalif fiha, dar mustafaa, ta1, 1430h.
- maejam allughat alearabiat almueasirati, ealim alkutab, bayrut, ta1, 1429h.
- yhyaa bin sharaf alnawawii, alminhaj sharh muslima, dar 'iihya' alturath alearabii, bayrut, ta3, 1392h.

فهرس الموضوعـات

الموضـــــوع **الصفحة**

المقدمة..... ١١٥٣
المبحث الأول سد الذريعة ومشروعيته. ١١٥٨
المطلب الأول تعريف مفهوم سدّ الذريعة ١١٥٨
المطلب الثاني مشروعية سد الذريعة. ١١٦٠
المبحث الثاني الأحوال الشخصية، مفهومها، وتطبيقات سدّ الذريعة فيها ١١٦٤
المطلب الأول التعريف بقانون الأحوال الشخصية الكويتي..... ١١٦٤
المطلب الثاني سد الذريعة في الأحوال الشخصية..... ١١٦٧
الخاتمة..... ١١٧٦
المراجع..... ١١٧٨
فهرس الموضوعـات ١١٨٢