البعد المقاصدي عند المالكية في حفظ النسب

الباحث اسماعيل قشميح
أستاذ مادة: التربية الإسلامية بالسلك الثانوي الإعدادي
أستاذ العلوم الشرعية بمعهد الفقيه المنوني للتعليم العتيق بمكناس
طالب باحث في سلك الدكتورة بالكلية المتعددة التخصصات بالراشدية
المغرب

الملخص:

تتمثل مشكل البحث وأهميته في ظهور مستجدات اجتماعية متنوعة اقتضت تعديل مدونة الأسرة في المغرب، وتعالت بعض الأصوات تطالب بإزالة الفقه الإسلامي في كل ما هو مرتبط بالأسرة، لأنه فقه جامد ليست له القدرة على مسايرة العصر والتقدم.

وهذا يحتاج إلى إبراز رأي الشارع الحكيم في بعض المسائل المتعلقة بالنسب وحقوق الطفل، ليعلم الناس أن الفقه الإسلامي أسمى من القوانين الوضعية ذات المرجعية العلمانية، وخصوصا المذهب المالكي الذي شدد في باب المحافظة على النسب حذرا من اختلاطها وحرصا على نظافتها وطهارتها، وكل ذلك مراعاة لحق الطفل في ثبوت نسبه وحق الأب في حماية نسبه، ولهذا جاءت أحكام النسب في المذهب المالكي متوازنة بين النفي والإثبات.

وبهذا الاعتبار، فإن الأمر يقتضي الكشف عن خصائص المالكية ومسالكهم في حفظ النسب.

الكلمات المفتاحية: المقاصد، المالكية، النسب.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحابته أجمعين، وعلى كل من اهتدى بهديهم وتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد، فلقد أصبح الناس يجهلون أحكام الفقه الإسلامي بصفة عامة، والفقه المالكي بصفة خاصة، ولم يعدوا يعرفون شيئا عنه وعن دوره في حياة المجتمع، نتيجة إقصائه من كل مجالات الحياة العامة، مما جعل البعض ينظر إليه أنه فقه جامد، ليست له القدرة على مسايرة العصر والتقدم، وهذا الذي جعل بعض الفئات تطالب بإزالة الفقه الإسلامي في كل ما له علاقة بالأسرة.

وجهل هؤلاء أو تجاهلوا أنه شرع الله وأن أحكامه مستنبطة من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بواسطة الاجتهاد العلمي الصحيح الذي لا يخضع لهوى النفس ولا يتأثر بإملاء أحد، ولهذا فالفقه الإسلامي أسمى من القوانين الوضعية ذات المرجعية العلمانية.

ويجب أن يعلم هؤلاء أن الفقه الإسلامي هو الذي قاد العام الإسلامي مآت السنين، وأوصله إلى قمة العز والمجد في كل مجالات الحياة، في العلوم والثقافة والعمران والسياسة وخصوصا مجال الأسرة، حيث كانت الأسرة متماسكة بفضل الفقه الإسلامي، وخصوصا المذهب المالكي الذي شدد في باب المحافظة على النسب حذرا من اختلاطها وحرصا على نظافتها وطهارتها، وكل ذلك مراعاة لحق الطفل في ثبوت نسبه وحق الأب في حماية نسبه، ولهذا جاءت أحكام النسب في المذهب المالكي متوازنة بين النفي والإثبات.

الإشكالية:

تكمن إشكالية الموضوع في الكشف عن مسلك المالكية في حفظ النسب، وعن خصائصهم في حماية حق الطفل في ثبوت نسبه، وحق الأب في نسب طاهر، ذلك أن أحكام النسب عند المالكية مترددة بين النفي والإثبات.

وعليه، فإلى أي حد ساهم النظر المقاصدي عند المالكية في التماسك الأسري داخل المجتمع المغربي؟

ما ضوابط المالكية في حفظ النسب؟

الأهمية:

تتجلى أهمية الموضوع في:

- كونه جاء في سياق تعديل مدونة الأسرة.
- إظهار دور الفقه المالكي في الحفاظ على الأسرة. وحماية النسب، في ظل التشتت الأسري نتيجة الابتعاد عن الفقه الإسلامي.
- كون الفقه المالكي قابلا للتجدد والتطور من خلال قاعدة الوسطية والاعتدال
- انفتاح الفقه المالكي على المذاهب الفقهية الأخرى عند الحاجة

الأهداف:

يهدف الموضوع إلى إظهار خصائص الفقه المالكي في المحافظة على النسب.

وإبراز اهتمام الفقه المالكي بحقوق الطفل من خلال النظر المصلحي.

وكل هذا لأجل أن يعلم خصوم الفقه الإسلامي أن التماسك الأسري وحماية حقوق الطفل من خلال مراعاة مصلحته الفضلى يتجلى في الاعتماد على أحكام الفقه الإسلامي عامة والفقه المالكي على وجه الخصوص.

وقد انتظم البحث في مقدمة ومبحثين وخاتمة.

- المبحث الأول: التعليل المصلحي عند المالكية في حماية النسب.

- المبحث الثاني: خصائص الفقه المالكي في مجال الأسرة.

المبحث الأول: التعليل المصلحي عند المالكية في حماية النسب

المطلب الأول: مفهوم التعليل المصلحي

التعليل المصلحي: هو إظهار المجتهد المصالح الشرعية، وربطها بالأحكام الشرعي، وهذا يقتضي أن يكون التعليل بالمصلحة هو: بناء الحكم على معنى كلي ملاحظ من جملة أدلة الشرع

يقول عبد القادر بن حرز الله في مفهوم التعليل المصلحي:(هو اسم جامع لكل أنواع التعليل

التي تعود إلى قواعد المقاصد الشرعية سواء كانت هذه الأنواع من التعليل داخلة تحت أصل من الأصول المقاصدية المعروفة كالمصالح المرسلة والاستحسان وسد الذرائع، ... وغيرها، أو لم تدخل تحت أصل من هذه الأصول)[1].

والمصلحة لا تكون دليلا إلا بالرجوع إلى استقراء جزئيات الشريعة وكلياتها؛ لأن من خصائص المصلحة عن المالكية أنها تعبدية، أي يرجع تحديدها إلى الشارع، يقول الشاطبي: (مصالح الناس تجري على حسب ما أجراها الشارع لا على حسب أنظارهم)[2] ولهذا فإن ضابط المصلحة ليس موكولا إلى الناس بل إلى الشرع، وكون الشريعة الإسلامية جارية على مقتضى العقول، يقصد به أن العقول الراجحة تصدقها، وليس معناه أن العقول حاكمة عليها.

والمصلحة والمقاصد بمعنى واحد، كما قرر ذلك الغزالي في قوله: (ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع)[3] ولهذا فالنظر المصلحي والنظر المقاصدي أسماء مترادفة لها مدلول واحد باعتبارين مختلفين:

الاعتبار الأول: هي مقاصد باعتبار النظر إليها من جهة الله تعالى

الاعتبار الثاني: هي مصالح باعتبار النظر إليها من جهة الخلق، أي أنها مصالح الخلق.

المطلب الثاني: النظر المصلحي عند المالكية في حفظ النسب

من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على أنساب الناس وأعراضهم وستر عوراتهم ما أمكن، وهذا نجده في حديث: (من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله)[4].

والحفاظ على النسل لا يتم إلا بالحفاظ على التوالد الشرعي، ولهذا فقد ضبط الشرع الحكيم العلاقة بين الرجل والمرأة حفاظا على هذا النسل من جانب الوجود، ومن جانب العدم، فأما من جانب الوجود فقد شرع النكاح ورغب فيه، وأما من جانب العدم فقد حرم الزنا، ونهى عن التبني، يقول الولاتي: (حفظ الضروريات الست يكون تارة بدرء الفساد والاختلال الواقع أو المتوقع عنها وذلك هو حفظها من جانب العدم، فإقامة الحد على الزاني واللائط راجعة إلى حفظ النسب من جانب العدم)[5] وكل هذا حفاظا على النسل، ولأن الزنا يتنافى مع مفهوم الأسرة، إذ مفهوم الأسرة مرتبط أساسا بالزواج الشرعي، وهو شرط أساسي لقيام الأسرة؛ لأن مؤسسة الأسرة لا تتم إلا عن طريق النكاح الشرعي.

والزنا فعل قبيح يترتب على وقوعه مجموعة من المفاسد، من اختلاط الأنساب وإيقاع العداوة والبغضاء بين الناس، ولأجل هذا حرمه الشرع وحرم كل الوسائل التي تؤدي إليه، يقول ابن عاشور: (فالزنى مئنة لإضاعة الأنساب ومظنة للتقاتل والتهارج فكان جديرا بتغليظ التحريم قصدا وتوسلا)[6].

فمن باب تحريم الوسائل منع الشرع نظرة شهوة وتلذذ إلى الأجنبية، وهذا شرع تكميلا للمقصد الضروري الذي هو حفظ النسب من الجهل؛ إذ لو لم يمنع لجر إلى الزنا المفسد للنسب.

وحرم اختلاء الرجل بالمرأة الأجنبية، وإنْ كانت ملتزمة باللباس الساتر، إلاَّ بوجود أحد محارمها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم)[7]

وحماية للنسب والأعرض في الفقه المالكي نجده قد حدد أقل مدة الحمل في ستة أشهر، وأقصى أمد الحمل في خمسة أعوام، وهي حالات نادرة أو أكثر من نادرة، ولكن رغبة في الستر على المرأة وحماية لنسب ولدها.

يقول ابن العربي: (إذا قال الرجل الأجنبي: إن زوجته قد زنت من غير تفسير يلزمه الحد)[8] وهذا نظر مصلحي حماية لأنساب الناس من القذف، والشرع يسعى إلى ستر الناس، ولهذا شدد في باب الزنا.

وبناء على أن ماء النكاح له حرمة، فإن من الأمور التي يجب أن يعلمها الداعون إلى إلحاق ولد الزنا بأبيه أن ذلك يؤدي إلى التسوية بين النكاح والسفاح في ثبوت النسب ولحوق الولد، وبهذا الاعتبار فلا يبقى فرق بين الحلال المشروع والحرام المنوع، ولا تبقى فائدة في تحريم الزنا والنهي عنه والمعاقبة عليه، والحث على النكاح والترغيب فيه، ولا تبقى حاجة إلى المحافظة على الأنساب. ولهذا فإن المصلحة الملوح بها من إنقاذ أطفال أبرياء، وأن الشرع متشوف إلى إثبات النسب، من المصالح الملغاة التي دل الدليل على إلغائها وعدم اعتبارها لقوله صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[9].

ومن القواعد أن المصالح الملغاة لا يجوز الأخذ بها وبناء الحكم عليها، ثم إن هذه المصلحة زيادة على أنها مصلحة ملغاة فإنها معارضة بمفسدة راجحة عليها، وهي أن الاعتراف بنسبهم يؤدي إلى انتشار الزنا وتشجيع قليل العفة عليه، ومن القواعد أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وأن ذرائع الفساد يجب سدها.

إضافة إلى أن الشارع متشوف إلى نسب طاهر لا إلى نسب مدنس، لأن الشارع المتشوف إلى ثبوت نسب طاهر هو نفسه الذي قطع نسب ابن الزنا وأبطله وألغاه، وبالتالي فالشارع لا رغبة له في ثبوت هذا النسب. وعليه فإن العمل بقاعدة تشوف الشارع للنسب هو في حالة ما إذا كان الأمر ممكنا وكان ذلك محتملا أن يكون الولد للفراش ولو احتمالا بعيدا، كما في حالة الزوجة الزانية يظهر بها حمل بعد زناها يحتمل كونه من الزنا ويحتمل كونه من الزوج. ففي هذه الحالة يعمل بهذه القاعدة ويلحق بالزوج. وكذلك الزوجة التي يغب عنها زوجها سنوات ثم يعود فيجدها ولدت أولادا، فإنه يحتمل كونهم من الزوج ويحتمل كونهم من الزنا وهو الاحتمال الأقوى، ولكن الشارع ألحق الأولاد بالزوج في الحالتين لاحتمال أن يكون الحمل من الزوج في الأولى، واحتمال مجيئه إليها سرا في الثانية، فغلب الشارع احتمال كون الأولاد من الزوج وألحقهم به، إلا أن ينفيهم بلعان لعموم الولد للفراش[10].

المبحث الثاني: خصائص المالكية في حفظ النسب

المطلب الأول: مسلك المالكية في الحفاظ على النسب

من خلال النظر في أصول الفقه المالكي وقواعده نجد أن المذهب المالكي من أعمق المذاهب الفقهية فهما لروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وأكثرها التزاما بمراعاة حكمها وأسرارها عند استنباط الأحكام من نصوصها، وتفريع الفروع عليها، يقول الإمام الذهبي: (فإلى فقه مالك المنتهى، فعامة آرائه مسددة، ولو لم يكن له إلا حسم مادة الحيل، ومراعاة المقاصد لكفاه)[11]

ففي مجال المحافظة على النسب فإن الفقه المالكي أشد المذاهب حذرا من اختلاط الأنساب، وأكثرها حرصا على نظافتها وطهارتها، ومراعاة لحق الطفل في ثبوت نسبه وحق الأب في حماية نسبه، ولتحقيق هذه العلاقة التي تحكم أحكام النسب، جاءت أحكامه متوازنة بين النفي والإثبات، بين حق الأب في نسب طاهر، وحق الطفل في التمتع بنسب ثابت.

وأهمية النسب تظهر في قوله صلى الله عليه وسلم: (الولاء لحمة كلحمة النسب لا يوهب ولا يباع)[12] وهو دليل على أن النسب لا يكتسب لا بهبة ولا بشراء.

يقول ابن العربي: (النسب عبارة عن مرج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خلقا مطلقا، ولم يكن نسبا محققا)[13].

وحاصل كلام ابن العربي أن الأنساب ولحوق الأبناء بالآباء في الإسلام تابعة للشريعة الإسلامية وحدها، وليست تابعة للنطف الفاسدة، لأن أنساب الإنسان ليس كأنساب الحيوان، ولهذا كان النسب في الإسلام تابعا للفراش لا للنطف.

ويفهم من كلام ابن العربي أن النسب في المنظور الإسلامي هو حق لله تعالى والأب والابن،

يقول ابن عاشور: (النسل المعتبر شرعا هو الناشئ عن اتصال الزوجين بواسطة عقدة النكاح المتقدمة المنتفي عنها الشك في النسب، واستقراء مقصد الشريعة في النسب أفادنا أنها تقصد إلى نسب لا شك فيه ولا محيد به عن طريقة النكاح بصفاته التي قررناها)[14].

وعليه فمن أراد أن يتكلم في النسب وفي الأسرة بمفهومها الشرعي فعليه أن يستحضر أن النسب في الشريعة الإسلامية مبني على نكاح صحيح، وأنه تتداخل فيه الحقوق الثلاث – حق الله–حق الزوجين–حق الطفل– وهذا يقتضي إعطاء كل ذي حق حقه؛ لأنها متلازمة ولا تنفك. ولهذا فالمحافظة على النسب في الشريعة الإسلامية من أوجب الواجبات، وهي إحدى الكليات الخمس، والمقاصد الضرورية التي بنيت عليها الشريعة الإسلامية، ومن أجل ذلك:

حرم الله كل ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وضياعها، فحرم الزنا وكل ما يدعو إليه، وشرع العدة والاستبراء لحكمة وهي: الحفاظ على النسب، ودفع مفسدة اختلاطه. ومنع النكاح قبل انقضاء مدتهما، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[15]

ولما كان النسب يرجع إلى حق الله وحق الأب وحق الطفل، كان الأصل في الأبضاع التحريم، بناء على مبدأ الاحتياط، ولا يخفى أن الاحتياط ليس معنى ذاتيا في اللفظ، بل هو معنى خارج عن ماهية اللفظ يرجع إلى ما تطمئن إليه النفس في كل محل وقع فيه التردد بين

النهي والإباحة، يقول ابن العربي: (الفروج إذا تعارض فيها التحليل والتحريم، غلب التحريم)[16] أي أن الأصل في النكاح الحرمة والحظر، وأُبيح لضرورة حفظ النسل؛ ولذلك لم يبحه الله تعالى إلا بأحد طريقين: العقد، وملك اليمين، وما عداهما فهو محظور.

وهذا يقتضي أن تكون أحكام النسب مبنية على الفراش الصحيح، فنشوء الولد لا يعلل بالجماع، وإنما يعلل بعقد صحيح، لأنه وصف ظاهر منضبط؛ إذ لو جعلت العلة هي تخلق الطفل من ماء الرجل، كانت العلة خفية غير ظاهرة، وقد تقرر عند الأصوليين أن الوصف المعلل به يجب أن يكون ظاهرا منضبطا، وتعليله بالفراش وصف ظاهر، أما علوق رحم المرأة يقينا من ماء زوجها فهو أمر خفي لا يمكن الاهتداء إليه، وفي تحديده مشقة.

ومن خصائص المالكية في هذا الباب أنهم فرقوا بين تصرف المرأة في بضعها بالزواج، وتصرفها في مالها؛ لأن الأبضاع أعظم خطرا من المال، ولأن حق الغير تعلق به، فالمرأة ليست مالكة أمرها لهذه العلة.

يقول القرافي: (والفرق من وجوه: أحدها: أن الأبضاع أشد خطرا وأعظم قدرا فناسب أن لا تفوض إلا لكامل العقل ينظر في مصالحها والأموال خسيسة بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها إذ الأصل أن لا يتصرف في المال إلا مالكه

وثانيها: أن الإبضاع يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القوية التي يبذل لأجلها عظيم المال ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يرديها في دنياها وأخراها، فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد ولا يحصل في المال مثل هذا الهوى والشهوة القاهرة، التي ربما حصل الجنون وذهاب العقل بسبب فواتها

وثالثها: أن المفسدة إذا حصلت في الإبضاع بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر وتعدى للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء وإذا حصل الفساد في المال لا يكاد يتعدى المرأة وليس فيه من العار والفضيحة ما في الإبضاع والاستيلاء عليها من الأرذال الأخساء)[17]

والحكمة من تشريع الولاية هي حفظ النسب، يقول القرافي: (الولاء شرع لحفظ النسب فلا يدخل فيه إلا من يكون له نسب حتى تحصل الحكمة لمحافظته على مصلحة نفسه فذلك يكون أبلغ في اجتهاده في نظره في تحصيل الإكفاء ودرء العار عن النسب)[18]

وحاصل ما قرره القرافي أن شأن الفروج أعظم من شأن المال؛ لأن المفسدة الحاصلة في الأبضاع تتعدَّى المرأة إلى غيرها من الأولياء، والمفسدة في المال لا تتجاوز المعتدى على ماله، ونظرا لهذه المفسدة وهذا الضرر شدد المالكية في أمر الولي. بناء على قاعدة: الأمور تحل وتحرم بمآلاتها ولا تحرم وتحل لذاتها، وهذه مسألة دقيقة تبين حكمة جعل الشريعة الإسلامية الولي ركنا من أركان النكاح.

واعتمادا على مبدأ المالكية في سد الذرائع المؤدية للحرام، اكتفى الفقه المالكي في إقامة الحد بظهور الحمل بامرأة لا زوج لها، سدا لكل أبواب الزنا، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (الرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال والنساء، إذا قامت عليه البينة أو كان الحبل أو الاعتراف)[19].

وأوجب المالكية على الزوجة الاعتداد إذا وطئت بزنا أو غصب أو شبهة، ومنع الزوج من وطئها خلال عدتها خشية اختلاط الأنساب، لحديث: (لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة)[20].

يقول ابن العربي: (كان ابن مسعود يرى أن الرجل إذا زنى بالمرأة ثم نكحها أنهما زانيان ما عاشا..... وأخذ مالك بقول ابن مسعود، فرأى أنه لا ينكحها حتى يستبرئها من مائه الفاسد. وروى الشافعي وأبو حنيفة أن ذلك الماء لا حرمة له، ورأى مالك أن ماء الزنا وإن

كان لا حرمة له فماء النكاح له حرمة، ومن حرمته ألا يصب على ماء السفاح فيخلط الحرام بالحلال، ويمزج ماء المهانة بماء العزة، فكان نظر مالك أشد من نظر فقهاء الأمصار)[21]

فالمالكية منعوا نكاح المستبرأة من زنا أو غصب أو شبهة مخافة اختلاط الأنساب، قياسا على نكاح المعتدة من طلاق أو وفاة.

وعليه فإن المالكية يوجبون الاستبراء، فإذا استبرئت جاز له نكاحها، دفعا لمفسدة اختلاط الأنساب، لأن الرحم إذا كان مشغولا بالماء الفاسد فلا يجوز نكاح المرأة عندئذ لمظنة اختلاط الأنساب، ومن فعل ذلك فهو زنا إلا أنه لا يحد. وهذا نظر مصلحي اعتمده المالكية في باب المحافظة على الأنساب، حتى لا تختلط الأنساب ويختل نظام المجتمع، وحاصل مذهب مالك في هذه المسألة أنه لا يجوز العقد على المرأة ورحمها مشغول، لما فيه من مفسدة اختلاط الأنساب.

وحفاظا للطفل من الضياع والفساد، قرر المالكية عدم اعتماد البصمة الوراثية، لأن فيها حرجا للطفل وجرحا له؛ ولأن من حقوق المرأة في الإسلام سترها وعدم فضحها وهذا لا يتأتى مع البصمة الوراثية، التي تهدف إلى فضح أعراض الناس.

وتطبيقا لقاعدة: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وأن الذرائع المؤدية للفساد يجب سدها، فإنه يقتضي منع اعتماد البصمة الوراثية لنفي نسب ثابت شرعا، أو إثبات نسب كان منفيا شرعا؛ ذلك أنه إذا كان الغرض من الخبرة ثبوت النسب فهو ثابت شرعا بمقتضى الفراش، وإن كان الغرض نفيه عنه فقد أعطاه الشرع الحق في نفيه بلعان الذي يضمن له الحق في الحفاظ على طهارة نسبه، ويحفظ للزوجة كرامتها وسترها، وعليه فالخبرة لم تأت بجديد، واعتمادها يناقض مقاصد الشريعة في الحفاظ على النسب، ذلك أنه من شأنها تهديد الأسرة والتلاعب بأنساب الأطفال وتعريض الكثير منهم إلى حرمانهم من نسبهم[22].

وحاصل الأمر أن المذهب المالكي وضع ضوابط دقيقة ومقاييس سليمة لثبوت النسب ونفيه، حتى لا ينفى ولد عن أبيه إلا بحجة شرعية، ولا يلحق ولد بأب إلا بوجه مشروع ودليل مقبول، بناء على أن المطلوب من المجتهد هو تنزيل شرع الله كما نزل.

وحفاظا على طهارة النسب منع الفقه المالكي التبرع بالمني لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ولا يتوقف عليه إنقاذ نفس، بخلاف التبرع بالدم فهو لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ولا يساهم في إنقاذ حياة موجودة، ويمكن الحصول عليه دون ارتكاب المحرمات[23].

ومن قواعد المالكية في باب النسب، قاعدة: النسب والحد لا يجتمعان.

وبناء على هذه القاعدة فإن كل نكاح يحد فيه الزوج إذا كان عالما بالتحريم، لا يلحقه الولد، يقول التسولي: (محل اللحوق إذا لم يثبت علمه بالتحريم قبل نكاحه لها أو وطئه إياها، وإلا بأن ثبت ببينة على إقراره أنه عالم به قبل ذلك فهو محض زنا لا يلحق به الولد)[24] لأنه تقرر أن لحوق الوعد بفاعل المحرم مشروط بالعلم بالتحريم.

يقول ابن عاصم[25]:

وحيث درء الحد يلحق الولد في كل ما من النكاح قد فسد.

ومفهوم كلام ابن عاصم أنه إن لم يدرأ الحد لا يلحق الولد بأبيه لأنه محض زنا، قالوا إلا في ست مسائل، أشار صاحب المنهج إلى خمس منها بقوله:

ونسب والحد لن يجتمع إلا بزوجات ثلاث فاسمعا

مبتوتة خامسة ومحـــرم وأمتين حرتين فاعلـــــــم[26]

المطلب الثاني: حق الطفل في النسب

المقصود بعقوبة الزنا وقطع النسب أصالة وبالذات ليس هو ابن الزنا، بل الزاني نفسه كما يدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (وللعاهر الحجر)[27]. أي الحرمان أو الرجم بالحجارة. فالزاني هو الذي يحرم من ابنه ويعاقب، وخير شاهد على هذا هو أن المالكية قرروا رفع الحد عن المرأة الزانية إذا ظهر بها حمل حتى تضع حملها، من باب قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[28] يقول اللخمي: إن شهد على امرأة بالزنا منذ أربعين يوما أخرت ولم تضرب ولم ترجم حتى تتم لها ثلاثة أشهر من حين زنت فينظر أحامل هي أم لا، ولا يستعجل الآن لإمكان أن تكون حملت، وإن لم يمض لها أربعون يوما جاز تعجيل حدها جلدا أو رجما إلا أن تكون ذات زوج فيسأل، فإن قال كنت استبرأتها فيها حدت ورجمت، وإن قال لم استبرئها خير بين أن يقوم بحقه في الماء الذي له فيها فتؤخر لينظر هل تحمل منه أم لا أو يسقط حقه فتحد)[29]

وزاد المالكية على هذا أن إقامة الحد مشروط بعد الوضع بوجود من يرضع الطفل، يقول الداسوقي عند قول خليل: (–وتؤخر المتزوجة لحيضة–: فإن كانت ظاهرة الحمل أخرت لوضعه ووجود من يرضع الطفل)[30].

ويفهم من هذا أنها إذا لم تجد من يرضع طفلها، فإن إقامة الحد يتأخر إلى حين الفطام.

روي عن عمر رضي الله عنه أنه أمر برجم امرأة حملت وزوجها غائب غيبة طويلة، فقال له معاذ رضي الله عنه: (يا أمير المؤمنين إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل فاتركها حتى تضع)[31] فتركها عمر وحبسها حتى وضعت.

وهذا دليل على تحريم قتل الأجنة وإسقاطهم ولو كانوا من زنا، ومن هنا قال المالكية: لا يقام على حامل حد؛ لأن الرجم قتل لولدها، والجلد يخشى منه عليه وعليها، وهذا الذي تدل عليه قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، بل ذهب فقهاء المالكية إلى أن الزانية لا يقام عليها الحد، وإن لم يتبين حملها، حتى تستبرأ بحيضة واحدة لاحتمال حملها من الزنا، فيؤدي إقامة الحد عليها إلى قتل الجنين.

وبما أن النسب فيه حق للطفل، ومن أجل مصلحته وحماية حقه في نسب معترف به، قرر المالكية ما يلي:

- لحوق الولد بالزوج في النكاح الفاسد المختلف في فساده، والمتفق عليه إذا لم يجب عليه الحد.

يقول البهجة: (الخلاف ولو خارج المذهب يدرأ الحد، ويلحق فيه الولد)[32]، والنسب يثبت هنا للشبهة، والذي يقوي هذه الشبهة هو تشوف الشارع إلى النسب.

وكذلك يلحق الولد بأبيه في وطء الشبهة والنكاح الفاسد ونحو ذلك من الحالات التي يحتمل كون الولد فيها من الزوج ولو احتمالا بعيدا، فهنا تأتي قاعدة تشوف الشارع للنسب لإنقاذ الولد والستر على الزوجة وعلى الزوج أيضا، لأن فضيحة زوجته فضيحة له، أما عندما لا يكون هناك عقد نكاح ولا شبهة نكاح فلا يمكن القول بلحوق الولد بالواطئ لتشوف الشارع للنسب؛ لأن الشارع لا يتشوف لهذا النسب الملوث.

يقول ابن الحارث في أصول الفتيا: (كل نكاح كان فيه اختلاف ودخلت في تحريمه الشبهة فالولد فيه يلحق)[33].

وهذا يقتضي أنه إذا كان هناك نكاح ثابت معلوم صحيح أو فاسد مختلف في فساده أو كان مجمعا على فساده ولا يعلم الزوج بفساده فالولد لاحق بالزوج في الحالات الثلاث بقوة الشرع، ونص الحديث المتفق عليه: (الولد للفراش)[34] ولا سبيل لنفيه إلا بلعان.

وقد أفتى المالكية بلحوق الولد بأبيه في حالة الطلاق أو الوفاة، إذا أتت به لأقل من خمس سنوات، وكذلك المطلقة والمتوفى عنها زوجها تلد بعد انقضاء العدة بكثير، وقبل مضي أقصى أمد الحمل الذي هو سنتان أو أربع أو خمس على الخلاف في ذلك، فإنه يحتمل كونه من الزوج ويحتمل كونه من الزنا، وهو احتمال قوي جدا، إذا جاءت به قبل مضي خمس سنوات بيوم أو يومين من تاريخ الطلاق والوفاة، ومع ذلك فإن الشارع يلحقه بالزوج ولو سبق اعترافها بالحيض وعدم الحمل، كل ذلك لتشوف الشارع للنسب ولحقن دماء الزوجات بدرء حد الرجم عنهن مع الاحتفاظ بحق الزوج في نفيه بلعان إذا توفرت شروطه[35].

يقول الإمام مالك في المدونة: وكل معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن تأتي بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر، فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس سنين فأدنى، إلا أن ينفيه الحي بلعان ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه، ولا يضرها ما أقرت به من انقضاء العدة، لأنها تقول: حضت وأنا حامل ولا علم لي بالحمل، وقد تهراق المرأة الدم على الحمل)[36]

ويفهم من هذا أنه إذا تعارض الفراش الفاسد مع الفراش الصحيح قدم الفراش الصحيح لحديث: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[37]. وكذلك لأن الشارع متشوف لإثبات النسب. فلذلك قدم الصحيح مراعاة لحق الطفل في النسب.

ومن المسائل التي تمس حق الطفل هو الإجهاض، وقبل كونه مضرا بالطفل، فهو مضاد لمقاصد الشريعة الإسلامية التي تعتبر المحافظة على النسل من إحدى الضروريات الخمس التي بنيت عليها هذه الشريعة المطهرة.

ومن هنا يظهر لنا اهتمام الفقه المالكي بالحفاظ على النسب، من خلال استحضارهم مصلحة الطفل في تقرير وبناء أحكام النسب، فحتى لا يضيع الولد قالوا بأن حمل الزوجة من الزنا يلحق الولد بالزوج إلا أن ينفيه بلعان، وكل هذا حفاظا على الأسرة،

والشريعة الإسلامية حمت الملاعنة وولدها من القذف في حديث ابن عباس رضي الله عنه: أنه صلى الله عليه وسلم: (قضى أن لا ترمى الملاعنة ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد)[38]. لأنه لا يعرف من الكاذب؟ الزوج أو الزوجة إذا التعنا.

إضافة إلى ما سبق فإن الاستلحاق شرع لحماية الطفل من الضياع، وهو وسيلة شرعية أقرتها الشريعة الإسلامية للزوج، إلا أنه لا يصح إلا بشروط، أهمها: أن يكون الولد المستلحق مجهول النسب لا يعرف له أب، فلا يصح استلحاق معلوم النسب، ولا مقطوع النسب، وهو المحقق ولادته من زنا، ولهذا يقول خليل رحمه الله: (وإنما يستلحق الأب مجهول النسب)[39].

وعليه فقد أجاز المالكية استلحاق الأب مجهول النسب صغيرا كان أو كبيرا، وولد الزنا لا يلحق بالزاني ولا يصح استلحاقه، للأحاديث الدالة على المنع. كحديث الترمذي أنه صلى الله عليه وسلم قال: (أيما رجل عاهر بحرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث)[40].

والاستلحاق دليل على أن الشارع يتشوف إلى ثبوت النسب، ولهذا فإن الرجوع في النسب لا يقبل ولا يؤثر على النسب؛ لأن النسب من الحقوق التي لا يقبل التنازل عنها لتعلق حقوق الأبناء به.

خاتمة:

بناء على ما سبق، تلخص أن:

1- أن من خصائص المالكية في حفظ النسب أنهم فسروا النصوص الشرعية المتعلقة بالأسرة تفسيرا مصلحيا.
2- أن النسب فيه حق لله وحق الزوج وحق الطفل.
3- أن الستر على أعراض الناس من المقاصد الشرعية التي يجب أن تراعى في باب الأسرة.
4- أن المالكية شددوا في ولاية في النكاح؛ لأن مفسدته تتعدى إلى الأسرة كلها، ذلك أنه في غياب الولي قد حيث يلحق العار الأسرة كلها، ولهذا فهم يفرقون بين ولاية المال وولاية النكاح، وهذا سر بديع أدركه المالكية في باب الأسرة.
5- أن مشروعية اللعان دليل على أن أمر النسب يهم الزوج والزوجة دون غيرهما، ولهذا فهو وسيلة أقرها الشرع للزوج للدفاع عن نسبه وحمايته.
6- أن مصلحة الطفل من الأمور التي اعتمدها المالكية في تقرير أحكام النسب.
7- أن أحكام النسب تتردد بين المنع والجواز، حسب درجاتها في المصلحة والمفسدة، فما ترجحت مصلحته جاز، وما ترجحت مفسدته منع، بناء على قاعدة المصالح.
8- أن بناء أحكام الأسرة على المصالح الملغاة وجعلها قانونا ملزما للمجتمع، هو إفساد للناس في دينهم، وتشجيع كل من سولت له نفسه على الزنا، وتهديد أمن واستقرار الأسرة.
9- أن مجموعة من المشاكل التي تعيشها الأسرة، يكمن حلها في اعتماد مبادئ الشريعة الإسلامية، التي تسعى إلى حسم مادة الفساد من أصلها، من خلال قاعدة سد ذرائع الفساد.
10- أن الشريعة الإسلامية ينبغي أن ينظر إليها عند سن القوانين على أنها حل لمجموعة من المشاكل، وليس خصما.

الهوامش:

1 التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان في التصرفات الشرعية وأثره الفقهي، لعبد القادر بن حرز الله، الناشر: مكتبة الرشد بالسعودية، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م، ص 29

2 الموافقات للشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م ج 4/ص252

3 المستصفى للغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م، ص174

4 موطأ الإمام مالك تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، 1406 هـ - 1985م ج825/2

5 نيل السول على مرتقى الوصول إلى علم الأصول لمحمد يحيى الولاتي، تحقيق: أبو محمد بن محمد الحسن، الناشر: مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي- نواكشوط، موريتانيا. الطبعة الثالثة، 1427هـ/2006م ، ص93

6 التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، للطاهر ابن عاشور، الناشر: الدار التونسية للنشر – تونس، 1984هـ ص 92/15

7 صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، باب: سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره. رقم: 1341

8 القبس في شرح موطأ ابن أنس، لأبي بكر ابن العربي المعافري، تحقيق: أيمن نصر الأزهري، وعلاء إبراهيم الأزهري، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 129/3

9 الموطأ، للإمام مالك بن أنس، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي – الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م، باب: القضاء بإلحاق الولد بأبيه، رقم: 2736.

10 موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، لمحمد التاويل، 100

11 سير أعلام النبلاء، شمس الدين الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1405 هـ / 1985 م، ج3/ص92

12 المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 – 1990، كتاب الفرائض، رقم: 7990

13 أحكام القرآن لابن العربي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان–الطبعة: الثالثة، 1424 هـ -2003 م ج3/ص447

14 مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور، الناشر: دار السلام، مصر– الطبعة الخامسة: 1433هـ/2012م، ص 180

15 سورة البقرة الآية :233

16 أحكام القرآن لابن العربي، ج1/ص496

17 الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، للقرافي، الناشر: عالم الكتب. ج3/ص136

18 نفس المصدر، ج3/ص102

19 موطأ الإمام مالك، كتاب الحدود، رقم: 1765

20 سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، باب في وطء السبايا، رقم: 2157

21 أحكام القرآن لابن العربي، الأحكام ج3/ص364

22 موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه لمحمد التاويل، 41-44 (بتصرف)

23 شذرات الذهب فيما جد في قضايا النكاح والطلاق والنسب، لمحمد التاويل، 251

24 البهجة في شرح التحفة للتسولي على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم، الناشر: دار الفكر ج1/ص453

25 نفس المصدر، ج1/ص452

26 شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، لأبي العباس المنجور، تحقيق: عبد الله السفياني، الناشر: مطبعة أميمة-فاس، الطبعة الأولى: 1432هـ/2010م ج2/ص894

27 سبق تخريجه.

28 سورة الإسراء الآية: 15

29 التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله المواق، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م، ج8/ص398

30 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4/ص322

31 سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ-2004 م، باب المهر، رقم: 3876.

32 البهجة في شرح التحفة للتسولي، ج1/ص452

33 شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم، تحقيق: مصطفى شتات، الناشر: المكتبة التوفيقية، ج1/ص433

34 سبق تخريجه

35 موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه. للتاويل، 101

36 التهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن أبي القاسم البراذعي، تحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م ج2/ص425

37 سبق تخريجه

38 سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، باب في اللعان، رقم: 2256

39 مختصر الشيخ خليل، لخليل بن إسحاق، تحقيق: أحمد جاد، الناشر: دار الحديث/القاهرة الطبعة: الأولى، 1426هـ/2005م، ص 185

40 سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت 1998 م، باب ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا، رقم: 2113