IUGJEPS
Vol 28, No 1, 2020, pp 336 -352

ISSN 2616-2148

مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية

تاريخ الإرسال (3-11-2018)، تاريخ قبول النشر (22-12-2018)

التلفيق المصلحي في قانون الأحوال الشخصية الكويتي دراسة تأصيلية تطبيقية

اسم الباحث الأول: عبير جاسم الشهاب [1] *

اسم الباحث الثاني : أ.د محمد أحمد القضاة [2]

[1] اسم الجامعة والبلد (للأول) الجامعة الأردنية- كلية الشريعة-قسم

[2] اسم الجامعة والبلد (للثاني) الجامعة الأردنية- كلية الشريعة - قسم

* البريد الالكتروني للباحث المرسل:

E-mail address: Um.rasheed85@hotmail.com

الملخص:

يهدف البحث إلى بيان مفهوم التلفيق وعلاقته بالمصلحة، ومدى تأثيره على قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وبيان الأسس المصلحية التي قامت عليها تطبيقات التلفيق في القانون. وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث؛ تناولت فيها معنى التلفيق وأنواعه وحكمه، ثم بيان العلاقة بين مفهوم التلفيق والمصلحة، وابراز الأسس المصلحية التي استند عليها التقنين في باب الأحوال الشخصية، وختاما بذكر تطبيقات مختارة من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وبيان مصالحها الشرعية.

والتلفيق المراد في بحثنا التلفيق في التشريع والتقنين، وقد استهدف اختيار المقنن للتلفيق بين أحكامه في بعض المواد القانونية تحقيق مصلحة التيسير ورفع الحرج، ومراعاة العرف وتقاليد المجتمع، والعمل على استقرار الأسرة والمحافظة عليها، ومقصد الاحتياط، ورفع الضرر، وصيانة المرأة وإكرامها، وحفظ حقوقها، وهي مقاصد شرعية معتبرة جملةً.

كماجاءت الخاتمة ببيان وقوع التلفيق الفقهي في القانون لتحقيق مقاصد ومصالح معتبرة شرعًا جملة؛ تحصيلًا لأكبر قدر من المصالح التي لا يحققها الاعتماد على مذهب فقهي واحد في التقنين.

الكلمات المفتاحية: (التلفيق، أصول الفقه، التقنين، قانون، المصلحة).

Reformal fabrication in the Kuwaiti personal status law Applied Structural Study

The purpose of the research is to explain the concept of fabrication, its relation to the interest, its impact on the Kuwaiti personal status law, and what are the basis of the interest on which the fabrication applications were based in the law. The interest on which the rationing was based, and selected applications of the Kuwaiti Personal Status Law and its interests.

The selection of the codifier is based on the fabrication of its provisions in some legal articles to achieve the interest of facilitation and lifting of the embarrassment, taking into account the custom and traditions of society, and work on the stability and maintenance of the family, and the purpose of reserve, and raise Harm, and the maintenance and honor of women and the preservation of their rights.

The conclusion came in a statement of the occurrence of jurisprudential fabrication in the law, in order to achieve the aims and interests of the legitimate view of the whole, the achievement of the greatest number of interests, which is not achieved by relying on one doctrine in codification

Keywords: (fabrication, principles of jurisprudence, codification, law, interest)

المقدمة

الحمد لله رب العالمين حمدًا يوافي نعمه، ويكافئ مزيده، وأصلي وأسلم على سيد النبيين محمدٍ صلاةً يشملنا نورها من جميع الجهات، في جميع الأوقات، وتلازمنا في الحياة وبعد الممات، وعلى آله الأطهار وأصحابه الأخيار، وسلِّم تسليمًا كثيرًا طيبًا، وبعد:

فقد تفضل سبحانه بإرسال الرسل لهداية الناس وتعليمهم شريعة ربانية صالحة لكل زمان ومكان، محققة غاية المصالح والحكم العلية على اختلاف الاحوال والأعيان، فراعت في تفاصيلها اختلاف أحوال المُكلَّفين، وما يعترض لهم في طريق تطبيقها؛ رفعًا للحرج عنهم، وتيسيرًا عليهم، ودفعًا للضرر عنهم، فوضعت لذلك قواعد تنسيقية تراعى عند تعارض المصالح والمفاسد في طريق تطبيق النصوص الشرعية على أرض الواقع.

ومما يعتريه تداخل المصالح وتعارضها أحكام الأحوال الشخصية، وقد سلك تقنين هذه الأحكام سبيل الترجيح المصلحي في الاختيار الفقهي؛ مراعاة للعرف والعادة والتيسير ومصلحة الأسرة، وغيرها من المصالح، ولو أدى ذلك إلى التلفيق بين الأقوال الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة؛ تحصيلًا لمقاصدَ عدَّةٍ، والشرع الإسلامي باختلاف مذاهبه رحمة وتيسير، والاقتصار في التقنين على مذهب واحد قد يقصُر عن استيعاب بعض المصالح والمقاصد التي تتأكد الحاجة إليها وتُطلب؛ لذا توجهت التشريعات والقوانين في التقنين لأحكام الأحوال الشخصية إلى الأخذ من المذهب الإسلامي الكبير، بدايةً بأقوال الصحابة والتابعين والمذاهب الأربعة، وانتهاء بالاجتهاد المصلحي فيما لا نص فيه بما يحقق مراعاة العرف، ورفع الضرر، ومصلحة المجتمع.

ونعرض في بحثنا هذا تأصيلًا لأحكام التلفيق المصلحي ومقاصده، وتطبيقًا؛ بإظهار اختيارات بعض المواد القانونية التي وقع فيها التلفيق، ومستندها من المقاصد والمصالح.

مشكلة البحث: تتمثل مشكلة البحث في امكانية تحديد مدى تأثير التلفيق المصلحي على أحكام الأحوال الشخصية، وامكانية تحديد الأسس والمقاصد التى اعتبرها المشرع ليستند الى التلفيق المصلحي في الأحكام.

أهداف البحث: معرفة حقيقة التلفيق المصلحي، ونبذة عن أحكامه ومقاصده، وتحديد مدى تأثير التلفيق المصلحي على أحكام الأحوال الشخصية، وما هي الأسس والمقاصد التي اعتبرها ليستند إلى التلفيق المصلحي في الأحكام.مما يعزز العمل بقانون الأحوال الشخصية الكويتي، كما يخضعه لاعادة النظر في المصالح المتجددة أو المتغيرة ،اذا تغيرت بحسب الواقع وتجدد الحاجات، ويؤصل لقواعد ضابطة في مجال تقنين فقه الأسرة بحسب مقاصده وغاياته ومآلاته، يمكن القياس عليها والاستفادة منها، ويعين الفقيه والأصولي والقانوني في فهم حكم التلفيق وتطبيقاته كل في مجاله.

كما تبرز أهمية البحث أيضًا في ربط المباحث والقواعد الأصولية بأمثلتها التطبيقية الفرعية الفقهية؛ مما يوسع المجال للتمثيل والتطبيق والتخريج عليها، وذلك بربط القواعد الأصولية المتعلقة بالترجيح بالمصلحة بالواقع العملي التطبيقي المعاصر، كما في قانون الأحوال الشخصية الكويتي انموذجًا.

منهج البحث: اتبعت المنهج الاستقرائي في تعريف معنى التلفيق المصلحي وأحكامه، وكذلك المنهج التحليلي في تحليل نصوص القانون وموادّه، ومواطن التلفيق، وإبراز ما استندت إليه من مصالح ومقاصد.

الدراسات السابقة: جاءت الدراسات السابقة من عدة جهات: **الجهة الأولى في دراسة قانون الأحوال الشخصية والمذاهب الفقهية التي استند إليها**، ومنها: كتاب (الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي) للدكتور أحمد الغندور، وكتاب (شرح قانون الأحوال الشخصية) لأشرف كمال مصطفى، و(الأحوال الشخصية في القانون الكويتي) للدكتور أحمد نصر الجندي.

ومن جهة أخرى: ما تناولته المؤلفات في بيان التلفيق وحكمه؛ مثل: كتاب (خلاصة التحقيق في بيان حكم التقليد والتلفيق) لعبد الغني النابلسي، وكتاب (عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق) للشيخ الباني الحسني، و(بحث التلفيق في الاجتهاد والتقليد)

للدكتور عبد الله الميمان، مجلة العدل، العدد 11، وبحث (التلفيق وعلاقته بتيسير الفتوى) للدكتور غازي العتيبي، بحث لمؤتمر الفتوى العالمي، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 8، وبحث (التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي) للدكتور عبد الله السعيدي، بحث مقدم لمؤتمر الفتوى العالمي، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، وغيرها في مجالها.

كذلك من جهة أخرى ما أُلّف في بيان الأسس التي قام عليها قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ مثل: (فقه الأسرة والمقاصد الشرعية المؤثرة فيها في ضوء القانون والقضاء الكويتي) للدكتور عبد العزيز عدنان العيدان، وهي دراسة مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لنيل درجة الدكتوراه سنة (1436هـ–2015م) دراسة فقهية تأصيلية، وبحث بعنوان (منهج الاختيار من أقوال المذاهب الفقهية في قانون الأحوال الشخصية الكويتي– دراسة تطبيقية على مسائل النكاح والطلاق والنفقات) للدكتور إبراهيم السبيعي، منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت.

ومن جهة أخرى، كل ما كُتب وأُلّف في المصلحة الشرعية والمقاصد الشرعية والترجيح بها، ومنها: (مقاصد الشريعة وأثرها في الجمع والترجيح بين النصوص) ليمينية ساعد بوسعادي، دار ابن حزم، 2007م، و(الترجيح بالمقاصد ضوابطه وآثاره الفقهية) لمحمد عاشوري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 1429هـ–2008م.

ويتميز بحثي عما سبق بتناوله مصطلح التلفيق المصلحي، أي التلفيق المبني على المصلحة وبيان أنواعها؛ من خلال تطبيقاته على قوانين الأحوال الشخصية بموادها، وتحليل ما استند عليه المقنن من مصالح في هذا الاختيار بين المذاهب الفقهية المتنوعة، وهو ما لم أقف عليه مستقلًّا بدارسة منفصلة، مع بيان أسسه وقواعده وتطبيقاته.

خطة البحث: يتكون هذا البحث من: ثلاثة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

المبحث الأول: بيان مفهوم التلفيق المصلحي وحقيقة الترجيح به.

المبحث الثاني: الأسس المصلحية التي استند إليها المقنن في اختيار التلفيق الفقهي.

المبحث الثالث: نماذج من تطبيقات التلفيق في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

المبحث الأول: بيان مفهوم التلفيق المصلحي وحقيقة الترجيح به

أولًا: في مفهوم التلفيق لغة: مأخوذ من لفق يلفق، ومادته تدور على عدة معانٍ؛ منها: الملاءمة؛ حيث جاء في مقاييس اللغة: "اللام والفاء والقاف أصل يدل على ملاءمة الأمر، وتلافق أمرهم، أي تلاءم[1]، ومنها معنى الجمع والضم، ولفق بين الأمرين: إذا جمع بينهما، ومنها: التركيب، أي تركيب الشيء وتجميعه من أشياء مختلفة، فالتلفيق هو جمع أو ضم الأشياء والملاءمة بينها لتكون شيئًا واحدًا، أو لتسير على وتيرة واحدة[2]. وهذه المعاني هي التي استعملها الفقهاء والأصوليون لكلمة التلفيق، فقصروا التلفيق على بعض مدلوله اللغوي، وجعلوه مصطلحًا على معنى الضم والجمع.

ثانيًا: التلفيق اصطلاحًا: للتلفيق استخدام عند الأصوليين والفقهاء[3]، كلٌّ يتناوله على معنى الضم والجمع، ولكن باعتبارات متعددة، والذي يعنينا هنا التلفيق الأصولي، وقد بحثه الأصوليون في كتب الأصول عند حديثهم عن موضوعات التقليد، وحكم لزوم التمذهب، وانتقال المقلد عن مذهبه، وتتبع الرخص إذا اجتمع من ذلك حقيقة مركبة لا يقول بها أحدهم بتمامها[4]، على

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة (257/5).

(2) انظر: الرازي، مختار الصحاح (1550/4)، الفيروزآبادي، القاموس المحيط (281/3) الزبيدي، تاج العروس (62/7)، لسان العرب (10–330)، أبو حبيب، د. سعدي، القاموس الفقهي، ص331.

(3) يطلق التلفيق في الفقه على ضم أيام الطهر أو الحيض المتقطع، أو ضم أنواع الكفارة لبعضها؛ كالجمع بين الإطعام والكسوة، كما يطلق على ضم أيام الإفاقة والجنون المتقطع إلى بعضها في سبيل تحديد ما إذا كان الذمي مكلفًا تضرب عليه الجزية أو لا. انظر: الدردير، الشرح الكبير (170/1–174، 133/2)، مغني المحتاج (119/1، 245/4)، المهذب (252/2)، المبدع (288/1).

(4) انظر: الفتوحي، شرح الكوكب المنير (574/4 وما بعدها)، والزركشي، البحر المحيط (319/6 وما بعدها).

صورة الجمع بين أكثر من مذهب، مع عدم تنصيصهم عليه نصًّا، وإنما صورة. كما أن له تعلقًا بمسألة إحداث قول ثالث الأصولية باعتبار الجمع بين أقوال المجتهدين السابقين وإخراج قول جديد.

وأما التلفيق الاصطلاحي فقد ظهر متأخرًا وكثر الحديث عنه في القرن العاشر وما بعده، حتى تطور مصطلح التلفيق ضمن مدارس فقهية ومراحل زمنية واستقر على عدة أنواع: تلفيق في التقليد، وتلفيق في الاجتهاد، وتلفيق في التقنين.

فيعرف التلفيق في التقليد بأنه: "التقليد المركب من المذاهب الفقهية المختلفة في مسألة واحدة"، كما هو مقصود التلفيق حقيقة[1].

فالتقليد المركب هو بيان حقيقة التلفيق كونه مكونًا من مذهبين فأكثر في مسألة واحدة. وبهذا يفترق عن التقليد المنفرد، وتقييده بالمركب – وهو معنى التلفيق اللغوي والفقهي: احترز به عن غيره من المذاهب، وتحرير محل التلفيق. والمختلفة: تدل على شرط التلفيق، فهو لا يطلق إلا على صورة اختلاف المذاهب لا اتفاقها فيما أرى. أما صورة الإيجاب والاتفاق فلا تكون تلفيقًا وإن تركبت من مذاهب عدة.

وفي أجزاء الحكم الواحد: قيد لإخراج التقليد على وجه الانتقال بين المذاهب في مسائل متعددة، ومسألة تتبع الرخص بلا تلفيق، وقصر التلفيق على بعض أفراده، وهو أجزاء الحكم الواحد، وهو المقصود بالاصطلاح.[2]

والنوع الثاني مما يعنينا في محل بحثنا هو التلفيق في التشريع، وهو: "تخير ولي الأمر أحكامًا من مختلف المذاهب الفقهية ليجعل قانونًا تسير عليه البلاد الإسلامية".[3]

ويقصد بهذا النوع: الاختيار الفقهي في المسائل بكيفية لا يقول بها المجتهد الواحد في هذه المسائل مجتمعة، ولا تخرج عن مجموع أقوال المجتهدين فيها.

فالتلفيق بهذه الصورة يؤدي إلى الأخذ بتفاصيل المسائل المترابطة بجزئية من كل مذهب، حتى يَخرُج قول لا يقول به أحدهم بتمامه، ولا يَخرُج عن مجموع أقوالهم جملة.

وحقيقة هذا النوع، وهو التلفيق في التقنين، إذا كان في أجزاء الحكم الواحد لمسألة واحدة بتفاصيلها، كان تلفيقًا أصوليًّا حقيقيًّا بحسب المعنى الاصطلاحي.

وأما إن كان على صورة أخذٍ من بين مسائل متعددة تقنينًا، وكل مسألة من مذهب بجملتها مغايرة لمسألة أخرى من مذهب آخر مختلف، فهو انتقال صرف بين المذاهب وتخير بينها بلا تلفيق فيه حقيقة، لكن يصدق عليه صورة فقط إذا جاء القانون على هيئة الجمع بين المذاهب، وأخذ القانون في كل مسألة برأي واحد منها انتقالًا[4]، حتى عاد التقنين بهذا المعنى يشمل كل مجالات الفقه في العبادات، أو المعاملات، أو العقوبات، أو مجال أحكام الأسرة – وهو محل تطبيقنا.

ثالثًا: مصطلح التلفيق المصلحي:

لم أجد من تناول هذا المصطلح المركب، وإن كان الأصوليون تناولوه بحسب أجزائه كلٌّ على حدة، وقد أسلفنا تعريف التلفيق اصطلاحًا.

---

(1) الشهاب، عبير جاسم، التلفيق وعلاقته بالاجتهاد والتقليد والمسائل الأصولية، أطروحة ماجستير، جامعة الكويت، مايو 2012م. وانظر: السعيدي، عبد الله، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي، مؤتمر الفتوى العالمي، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج13، مصطلح (تلفيق).

(2) انظر: السعيدي، د. عبد الله، بحث التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي، المؤتمر العالمي للفتوى ص11–12.

(3) انظر: السنهوري، الشيخ محمد، التلفيق في المذاهب، المقدم لمجمع البحوث الذي ألقي بالمؤتمر الإسلامي عام 1964م، وهو أول من أضافه وجعله فردًا من أفراد التلفيق.

(4) انظر: الشافعي، جابر، التلفيق الفقهي، ص29.

أما المصلحة، فأشهر من عرّفها وتبعه من بعده من الأصوليين هو الإمام الغزالي، الذي عرفها بقوله: "المحافظة على مقصود الشارع"[1].

ومقصود الشارع من الخلق حفظ المقاصد الكلية الخمسة، فما يعود على هذه المقاصد الخمسة بالحفظ كان مصلحة شرعية، وبذلك تكون المصلحة الشرعية: "هي كل منفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم ونسلهم وعقولهم ومالهم، أو كانت ملائمة مقصودة وفق شروط معينة"[2].

وهو تعريف مطلق المصلحة الشرعية موافق لتعريف الغزالي وموضح له، والمصلحة تشمل المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية بحسب ترتيب بينها، فلا تقتصر على أحدها، ولها أنواع عديدة بحسب متعلقاتها من حيث أولويتها، أو عمومها وخصوصها، أو اعتبارها وغيره.

ومحل بحثنا في المصالح المعتبرة أو المرسلة، والتي يمكن تعريفها جملة بأنها: "كل مصلحة داخلة في مقاصد الشرع ولم يرد دليل على استبعادها، وشهد الشارع باعتبارها إما بعينها[3] أو جنسها"[4].

وإذا أردنا تركيب أجزاء الاصطلاح وضم بعضها لبعض، يكون تعريف **التلفيق المصلحي** باعتباره علمًا مركبًا هو: "**التقليد المركب من المذاهب الفقهية المختلفة في مسألة واحدة لمقصد رعاية المصلحة المعتبرة بنوعها أو جنسها**". على معنى أن التلفيق له عدة مقاصد وأغراض نشير إليها في المبحث القادم، ولكنا قصرناه على التلفيق المبني على أساس قصد المصلحة، وذلك باعتباره شاملًا لغيره من مقاصد التلفيق وغاياته، كما أنه أكثرها عملًا واقعًا وتطبيقًا، وغيره داخل فيه.

وأما الترجيح باعتبار التلفيق المصلحي، فنعني به: الترجيح المنبني على أساسه. **واصطلاحًا يمكننا أن نطلق عليه: "تقديم أعظم المصالح والحكم المعتبرة شرعًا عن طريق اختيار الاستناد للجمع بين الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة، بما يحقق مقصود الشارع من الأحكام حالًا أو مآلًا"**.

فالمجتهد هو المرجح، ومحل الترجيح هو أولى المعاني المصلحية الملاحظة في النصوص الشرعية – تقنينًا أو فتوى – والاجتهادات الفقهية، وكيفيته بطريق التلفيق، وتعلقه بالمسألة حكمًا، وبالمكلف تطبيقًا.

المبحث الثاني: الأسس المصلحية التي استند إليها المقنن في اختيار التلفيق الفقهي

للتلفيق عامةً مسوغات ومقاصد إجمالية تسوغ اللجوء إليه كحلٍّ فقهي في الأحكام الشرعية للمكلف يقتضيه تغير أحواله أو حاجته، نجملها فيما يلي:

1- مراعاة مقصد التيسير في الشريعة الإسلامية، والرفق بالمكلفين، ورفع الحرج عنهم، وهو مقصد شرعي تتأكد الحاجة إليه كلما عرض للناس ضيق وحرج، بحيث يكون التيسير لحاجة للناس.

2- باعتباره مخرجًا شرعيًّا: ويقصد به التوسل بالطرق المشروعة للتخلص من الحرام، والتوصل للحلال، ويعني تذرع الإنسان للتخلص من الحرام بسائق دفع الضرر، أو سد الذرائع، أو جلب المصالح، بشرط الاحتفاظ بكيان التشريع ومقاصده من الأحكام وعللها التي بُني عليها الحكم، فلا يناقضها[5].

3- تصحيح عبادات المستفتين ومعاملاتهم ما أمكن: وذلك بالتوازي مع مراعاة مقصد مراعاة ضبط الأحكام وتطبيقها.

---

(1) الغزالي، المستصفى (416/1).

(2) أبو الركاب، محمد، المصالح المرسلة، ص30.

(3) بأن قام النص التفصيلي أو الإجماع على رعايتها، فهي مصلحة معتبرة.

(4) انظر: الزرقا، مصطفى، الاستصلاح، ص39.

(5) انظر: الباني، عمدة التحقيق، ص 253 وما بعدها.

4- التسهيل على المكلفين في التقاضي، والتيسير على القضاة، وذلك من خلال التلفيق في التقنين بما يراعى أعرافهم وأحوالهم؛ تمكيناً لمادة الفقه من مواكبة العصر واحتياجات الناس بما يصلح أمورهم.[1]

ومن خلال استقراء قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومواطن التلفيق فيه، لوحظ استناده في اختياراته الفقهية على أسس مصلحية، وهي مقاصد يمكن اعتبارها خاصة، باعتبار التصاقها بقانون الأحوال الشخصية وخصوصيته في معالجة أحوال الأسرة وما يعتريها من أحكام ومقاصد تستوجب الحفاظ عليها ورعايتها في أحكامه وتفاصيله، واعتمد فيها ما صحَّ تعميمه؛ كرفع الحرج، ومقصد العدل، والعرف وغيره، وذلك بحسب الباب المراد الترجيح فيه، ونعرضها فيما يأتي، ثم نذكر خلاصة القاسم المشترك بينها، وهي بالإضافة لما سبق ذكره:

1- مقصد مراعاة أعراف المجتمع وتقاليده.
2- مقصد مراعاة المصلحة في رعاية الأسرة واستقرارها.
3- مقصد رفع الضرر وتقليله ما أمكن.
4- مقصد الجمع بين المصالح المتعارضة ما أمكن.
5- مقصد مراعاة الكليات الخمس بمراتبها.
6- مقصد الاحتياط للأنساب.
7- المعاملة بنقيض المقصود سياسة وزجرًا.
8- مقصد العدل والإنصاف.
9- مقصد صيانة المرأة وإكرامها وحفظ حقوقها.
10- مقصد مراعاة المآل وسد الذرائع.

والتلفيق في التقنين في أحكام الأحوال الشخصية ينبغي أن يُتورع فيه، وأن يحقق سعادة الزوجين واستقرار الحياة الزوجية، بشرط ألا يغفل عن القواعد والمقاصد الشرعية فيه، ومنها: أن الأصل في الأبضاع التحريم، فلا يتخذ التلفيق ذريعة للحرام، كما لا تتبع الأقوال الشاذة أو المصادمة للنص بحجة التيسير.

وحاصل ما سبق من المقاصد التي راعاها، واستند عليها القانون في اختياراته الفقهية فيما استُنتج بالنظر فيها، اعتبار المصلحة الشرعية جملة ورجحانها، وهي تشمل: مصلحة التيسير، ومراعاة العرف، ومصلحة الاحتياط للأنساب، والزجر، وهكذا.

فعاد مناط استعمال التلفيق في الاختيار الفقهي لقانونٍ في أحكام الأحوال الشخصية هو مراعاة المصلحة الشرعية بعمومها وتنوعها؛ لذا وجب أن نعرج هنا على ماهية التلفيق المصلحي، ومواصفات وضوابط هذه المصلحة بعمومها التي راعاها المقنن، بما يشمل جميع الأسس السابقة، وعلى أي أساس جاءت اعتبارات الترجيح بها.

أولًا: ماهية التلفيق المصلحي الإجمالية هي: "**الملاءمة**" **ما** بين مصلحة الأسرة المنظور فيها، والحفظ لمقاصد الشرع الخمسة، ومدى اعتبار الشرع لها، ومعناه كون المصلحة المراد بناء الأحكام عليها ترجيحًا في التلفيق المصلحي مصلحة راجعة إلى حفظ مقصود شرعي من المقاصد الخمسة؛ وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال؛ وذلك لدرء مفسدة اختلاف الأنظار في تحديد ما يعتدّ به من المصالح في بناء الأحكام وإثبات مصدريتها، وهي تنتظم في ثلاث مراتب: الضروري ثم الحاجي ثم التحسيني، وما يخالف هذه المقاصد **فعلًا**؛ كالتحلل من العبادات، والاعتداء على النفس، **أو قصدًا** بأن ينقلب الفعل الشرعي بسوء القصد إلى وسيلة لهدم تلك المقاصد، فهو مرفوض؛ لأنه مفسدة ومناقضة[2].

(1) يعد أول تقنين ظهر فيه التلفيق الفقهي قانون حقوق العائلة العثماني في تركيا عام 1326هـ–1917م. وانظر: الشافعي، جابر، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول، ص99.

(2) انظر: حسونة، عارف، مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، ص200.

فإذا تحققت هذه الملاءمة بأن أمِنت هذه المصلحة من الإلغاء، واعتُبر جنسها، فصارت داخلة في جنس المصالح المعتبرة التي تشهد لها جملة النصوص الدالة على اعتبار المصلحة، انطلق بعدها للنظر في تحقق بقية الشروط والضوابط الحاكمة لعملية الترجيح التي أثمرت التلفيق المصلحي.

ثانيًا: ينبغي مراعاة مستند التلفيق المصلحي، وهو المصلحة المراد الترجيح على أساسها، بأن تشتمل على بعض الشروط والضوابط التي نعرضها فيما يلي:

أولًا: شروط المصلحة المستند إليها التلفيق: المناسبة[1] والمعقولية[2]، الظهور والانضباط[3]، والمظنة، ونعني بها الوصف المشتمل على علة الحكم، أي المتضمن والحامل للعلة، وبهذا يشترط الظن الراجح الغالب، والمصلحة المحققة أو الغالبة لا الموهومة[4].

ثانيًا: ضوابط الترجيح بالمصلحة في التلفيق الفقهي[5]، وهي على الترتيب التالي:

1- الضابط العملي أو المجالي: بتحديد مجال الترجيح أهو مصالح أو مفاسد أو مختلط بينهما؟
2- الضابط الرتبي: بتحديد رتبة المصلحة في سلم الكليات: أهي ضرورية أو حاجية أو تحسينية؟
3- الضابط النوعي: بتحديد نوع المصلحة من المصالح الخمس: حفظ الدين أو النفس أو العقل أو النسل أو المال.
4- الضابط الكمي: بتحديد مقدار عموم المصلحة وشمولها.
5- الضابط التحققي: بقياس مدى تحقق المصلحة من عدمه، وتتنوع إلى حقيقية أو مظنونة أو متوهمة.
6- الضابط المتعدي: ونعني به مراعاة المآل.

رابعًا: حكم التلفيق الفقهي: اختلف الفقهاء في حكم التلفيق بين المنع مطلقًا[6]، والجواز مطلقًا[7]، وبين مجيز بشروط[1]، وهو اختيارنا في هذا البحث.

---

(1) وتعني اصطلاحًا: "أنه الذي يفضي إلى ما يوافق الإنسان تحصيلًا وإبقاء". والتحصيل جلب المصلحة، والإبقاء دفع المفسدة. الرازي، المحصول (282/2). وانظر: الأرموي، سراج الدين، التحصيل من المحصول (273/2-274).

(2) وهو نسبة للمعقول، ونعني به جلب المصلحة ودفع المفسدة المناسبة التي يفهمها العقل، بأن قصر معناه على ما عقل معناه وكان جاريًا على ذوق المناسبات، من المعاملات والعبادات. انظر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، ط1، (1412هـ-1992م)، ص627-635، ابن عبد السلام، العز، قواعد الأحكام (19/1)، الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الناشر: الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2، ص185-232.

(3) ويقصد به: وضوح الوصف المنوط به الحكم الشرعي، والانضباط بكونه وصفًا ثابتًا لا يتغير بتغير الأفراد والأحوال. انظر: الرهوني، أبو زكريا يحيى بن موسى، تحفة المسئول في شرح مختصر منتهى السول، تحقيق: د. يوسف الأخضر القيم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، (1422هـ-2002م)، (98/4).

(4) انظر: القرافي، نفائس الأصول (142/3)، ابن عاشور، مقاصد الشريعة (234-235)، الشاطبي، الموافقات (2664/2)، ابن النجار، شرح الكوكب المنير (751/4).

(5) هذه المعايير والضوابط مستفادة من: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الريسوني، أحمد، نظرية التقريب والتغليب، ص347-355، تيسير، إبراهيم، بحث تخصيص النص بالمصلحة، مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، 2015م، المجلد 17، العدد 2ب، ص224 وما بعدها.

(6) وبه قال بعض الحنفية. انظر: ابن عابدين، العقود الدرية (109/1)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (75/1) الباني الحسيني، عمدة التحقيق، ص68، وأكثر المالكية. انظر: الدردير، الشرح الكبير (319/4)، والمعتمد عند الشافعية، انظر: الزركشي، البحر المحيط (322/6)، فتاوى السبكي (147/1)، الهيتمي، الفتاوى الكبرى (251/1، 325/4-329)، الميلباري، فتح المعين (358/4)، وبعض الحنابلة. انظر: الإنصاف (172/2)، السفاريني، التحقيق في بطلان التلفيق، ص171-172.

(7) أي من غير شرط، سواء أدى إلى تتبع الرخص أم لا، وهو قول بعض الحنفية والمالكية. انظر: المورو، القول السديد، ص79-84، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (20/1).

المبحث الثالث: نماذج من تطبيقات التلفيق المصلحي في قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومستندها

أولًا: تطبيق على الأساس المصلحي المستند لمقصد رعاية أعراف المجتمع وتقاليده في الولاية في الزواج:

جاء في المادة (29): (أ– الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي، ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكرًا كان أو أنثى. ب– يشترط اجتماع رأي الولي والمولَّى عليها).

المادة (30): (الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تُباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها. واستثناء من الفقرة السابقة، يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه).[2]

المادة (31): (إذا عضل الولي الفتاة؛ فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعًا أو اختلفوا).

الاختيار الفقهي:

قسم المقنن أحكام الولاية في الزواج إلى أقسام:

القسم الأول: زواج البكر من البلوغ إلى سن الخامسة والعشرين.

القسم الثاني: من بلغت الخامسة والعشرين أو الثيب.

القسم الثالث: ثيِّب ترغب في العودة لزوجها الأول، فتطلب من القاضي أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه.

والملاحظ في هذه الأقسام جانبان: الرضا ومدى اعتباره، واشتراط الولي في مباشرة العقد.

اختار المقنن في القسم الأول جزءًا من مشهور مذهب مالك، والشافعية، والحنابلة في الراجح[3]؛ حيث إن المذهب إجمالًا هو ثبوت ولاية الإجبار للأب الرشيد على ابنته البكر البالغة العاقلة، وعلتها البكارة[1]، لكنه اختيار مقيد لا مطلق، فمن ناحية السن

---

(1) وهو رأي بعض الحنفية. انظر: ابن عابدين، العقود الدرية (109/1)، علي حيدر، درر الحكام (622/4)، الباني، عمدة التحقيق ص224–252، ابن الهمام، الكمال، التحرير في أصول الفقه، ص551، مسلم الثبوت (407/2)، وكذلك قول بعض المالكية. انظر: شرح تنقيح الفصول، ص432، ابن جزي، تقريب الوصول، ص450، الموافقات (148/4)، شرح مراقي السعود (682/2)، وبعض الشافعية. انظر: إعانة الطالبين (359/4–361)، وبعض الحنابلة. انظر: المرداوي، الإنصاف (172/20)، رسالة الشطي في التقليد ص12، رسالة الشيخ مرعي الحنبلي في التلفيق، ص160، مطالب أولي النهى (391/1). ونص المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بشأن تتبع الرخص والتلفيق في مجلة المجمع (ع8، ج1، ص41) قرار رقم: 70 (8/1) المنعقدة ببروناي، دار السلام، (1414هـ–1993م) بشأن الرخصة، وحكمه:

- أن حقيقة التلفيق في تقليد المذاهب هي أن يأتي المقلد في مسألة واحدة ذات فرعين مترابطين فأكثر بكيفية لا يقول بها مجتهد ممن قلدهم في تلك المسألة.
- يكون التلفيق ممنوعًا في الأحوال التالية:

أ– إذا أدى إلى الأخذ بالرخص لمجرد الهوى، أو الإخلال بأحد الضوابط المبينة في مسألة الأخذ بالرخص.

ب– إذا أدى لنقض حكم القضاء.

ت– إذا أدى إلى نقض ما عمل به تقليدًا في واقعة واحدة.

ث– إذا أدى إلى مخالفة الإجماع أو ما يستلزمه.

ج– إذا أدى إلى حالة مركبة لا يقرها أحد من المجتهدين، والله أعلم" ا.هـ.

(2) الفقرة الثانية مضافة بالقانون رقم 29 لسنة 2004.

(3) فيما يرى الحنفية وابن القيم وابن تيمية أن علة ولاية الإجبار الصغر، ولا يجوز إجبار البكر البالغة العاقلة. بدائع الصنائع (241/2)، القوانين الفقهية، ص203، الشرح الصغير مع الصاوي (351/2–357–366–369–396)، الدسوقي (244/2–248)، المهذب (38/2)، مغني المحتاج

اقتصر على اعتباره من سن البلوغ إلى سن الخامسة والعشرين لا مطلقًا، ومن ناحية الولاية لم يجعلها مطلقة، بل قيدها باجتماع رضا الولي مع المولَّى عليها في الزواج، وهو التفات جزئي لمذهب الحنفية[2] الذي لابد فيه من اعتبار رضا البكر البالغة، ووجوب استئمارها ورضاها، ولا يملك أحد إجبارها على الزواج، فتوسط المقنن في الأخذ من كل مذهب بجزئية، فجعل الثابت بعد البلوغ ولاية المشاركة لا ولاية الاستبداد، فلابد من الرضا كما في الثيب البالغة.[3]

أما من ناحية اشتراط الولي في مباشرة العقد، فيرى الجمهور أن البالغة العاقلة لا يصح أن تتزوج إلا بولي، ولا تملك تزويج نفسها، وليس لها مباشرة عقد نكاحها بنفسها، ويرى أبو حنيفة، وزفر، وأبو يوسف – في ظاهر الرواية[4] – أنها تتولى عقد زواجها بنفسها، بكرًا كانت أو ثيبًا، دون ولي، وينفذ زواجها ويلزم إن كان بمهر المثل ولكفءٍ.

فاشترط المقنن اجتماع رضا المرأة مع الولي، ولكن ليس لها أن تباشر بنفسها استقلالًا – كما في مذهب الحنفية[5] – وذلك مراعاة للأعراف والتقاليد، وحفظًا لمكانة الولي.

وأما القسم الثاني: وهو في زواج الثيب، صغيرة كانت أو كبيرة، أو البكر البالغة خمسًا وعشرين سنة، فاختار المقنن رأي الحنفية في حقها بالانفراد برأيها دون الولي[6]، لكن المقنن منعها من مباشرة العقد بنفسها، واشترط مباشرة الولي للعقد أخذًا من مذهب الجمهور، وتحديده السن بخمس وعشرين للمصلحة.

كما اختار المقنن رأي الحنفية، والشافعية، والمالكية، عدا ابن القاسم، والمروي عن عثمان وشريح[7]، في توكيل الأمر في حالة العضل للقاضي؛ ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، لا إلى الولي الأبعد، فالولاية تنتقل إلى السلطان لقول النبي ﷺ: "فإن اشتجروا؛ فالسلطان ولي من لا ولي له"[8].

(3/149–150–159–168–169–172–173)، روضة الطالبين (7/53–55، 94–95)، المبدع (7/23)، شرح منتهى الإرادات (3/14)، المغني (9/398–402)، زاد المعاد (5/97–98)، ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، (3/135)، طبعة الريان.

(1) انظر: المغني (9/345)، المذكرة الإيضاحية، ص114.

(2) يرى الحنفية اعتبار رضا البكر البالغة، ولا يملك أحد إجبارها على الزواج، كما يرون أن الولاية شرط نفاذ وجواز، والولاية على البالغة، بكرًا كانت أو ثيبًا، ولاية ندب واستحباب، وتنحصر ولاية الإجبار على الصغيرة، بكرًا أو ثيبًا، وكذا الكبيرة المعتوهة، ويرى أبو حنيفة في الرواية عنه جواز مباشرة العاقلة البالغة نكاح نفسها وغيرها مطلقًا من كفء وغيره، إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب، واستدلوا بقوله تعالى: {وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها} [سورة الأحزاب: 50]، وهو نص في انعقاد النكاح بعبارتها، وقوله تعالى: {فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره} [سورة البقرة: 230]، فأضاف النكاح لها، كما أضاف إلى الزوجين {أن يتراجعا} من غير ذكر الولي، وغيره من المواضع في الاستدلال القرآني، وقوله ﷺ: "ليس للولي مع الثيب أمر". أخرجه أبو داود في سننه (2/578–579)، طبعة حمص، والنسائي (6/85)، الطبعة التجارية. انظر: السرخسي، المبسوط، (5/4)، الكاساني، بدائع الصنائع (2/504، 2/232–237)، ابن الهمام، شرح فتح القدير (3/170–157)، الدر المختار (2/395).

(3) بدائع الصنائع (2/242).

(4) انظر: السرخسي، المبسوط (5/4)، الكاساني، بدائع الصنائع (2/504)، ابن الهمام، شرح فتح القدير (3/170).

(5) انظر: المذكرة الإيضاحية، بتصرف، ص114–115.

(6) وذلك لقوله ﷺ: "ليس للولي مع الثيب أمر". رواه أبو داود في سننه (2/597)، والنسائي في سننه (6/85)، ولقوله ﷺ: "الأيم أحق بنفسها من وليها". مشكاة المصابيح (2/167)، رقم (3127) – الأيم: من لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا – ولقوله ﷺ: "الثيب أحق بنفسها من وليها". السنن الكبرى (7/119)، وانظر: بدائع الصنائع (2/241–247).

(7) انظر: روضة الطالبين (7/77)، فتح الوهاب (2/36).

(8) أخرجه الترمذي (3/399)، من حديث عائشة – رضي الله عنها – وقال: "حديث حسن".

التأثير المصلحي للاختيار الفقهي:

توسط المقنن في الاختيار الفقهي بما يُراعى فيه الجانب الاجتماعي وعادات وتقاليد المجتمع، وبما يحفظ للمرأة كيانها وصونها عن التبذُّل، وهو ما يمكن إجماله بمراعاة العرف، كما راعى مصلحة المرأة باعتبارها عضوًا في عقد غير مؤقت تتصل بها مباشرة منافعه ومضاره، وباعتبارها مستقلة معتبرة الرأي كاملة الإرادة.

كما لاحظ المقنن درء المفاسد في الأخذ جملةً بمذهب المالكية والجمهور في ولاية الإجبار، وما قد يسببه من مفاسد ومآسٍ للمرأة، وإلغاء لمصالحها في عقد له حساسيته وقدسيته الخاصة.

هذا بالتوازي أيضًا مع درء المفاسد التي قد يسببها الأخذ بمذهب الحنفية بإطلاق؛ حيث اشتراطُ مباشرة الولي للعقد فيه صونٌ للمرأة، وحفظٌ لها من حضور مجالس الرجال، وتعظيمٌ لشأنها.

ثانيًا: تطبيق على الأساس المصلحي المستند لمقصد التيسير ورفع الحرج

في الجهاز ومتاع البيت:

جاء في المادة (72): (لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية، فإذا أحضرت شيئًا منه كان ملكًا لها. ب– للزوج أن ينتفع بما تحضره الزوجة من جهاز ما دامت الزوجية قائمة، ولا يكون مسئولًا عنه إلا في حالة التعدي).

الاختيار الفقهي:

اختار المقنن رأي الحنفية الذي يرى أن إعداد البيت على الزوج لوجوب النفقة عليه بكل أنواعها، ومنها: إعداد البيت، والمهر ليس عوضًا للجهاز، وإنما هو ملك خالص للزوجة من غير أي مقابل، فإذا أحضرت الجهاز فهي متبرعة، ولا يستعمله الزوج إلا بإذنها[1]، ولكن المقنن اختار رأي المالكية القائل بجواز انتفاع الزوج بالجهاز واستعماله دون حاجة إلى استئذان الزوجة.[2]

فأخذ المقنن من الفقه الحنفي عدم إلزام المرأة بشيء من جهاز منزل الزوجية، وعدل عن جزئية الاستئذان فيه إلى ما يوافق مذهب مالك القائل بانتفاع الزوج بما تحضره من جهاز دون تقييد بمدة أو حاجة إلى الاستئذان، ولكن بغير مساس بملكيتها لأعيان جهازها، أو حقها في التصرف فيه بالبيع أو غيره[3]، فصيغت مواد القانون بجزء من مذهب الحنفية ومَن وافقهم، وجزء وجزء من مذهب المالكية.

التأثير المصلحي للاختيار الفقهي:

اختار المقنن التلفيق بين القولين في المسألة تحقيقًا للمصلحة باستدامة حسن العشرة بين الزوجين، وتيسيرًا، ورفعًا للحرج عن الزوج في تصرفه ذلك، مع مراعاة العرف الجاري بالمسامحة بذلك ما دامت العشرة قائمة بينهما، ولكن مع ذلك راعى حق المرأة في ذلك، ودفع الضرر عنها باختياره عدم جواز انتقال الملكية والتصرف بأملاكها إخراجًا إلا بإذنها، وهو التفات لجانب تحسيني في مراعاة مكارم الأخلاق وما يجري فيه المسامحة في التعامل بين الزوجين.

ثالثًا: تطبيق على الأساس المصلحي المستند لمقصد رفع الضرر وتقليله ما أمكن في التفريق للغيبة أو الحبس:

جاء في المادة (136): (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول؛ جاز لزوجته أن تطلب تطليقها إذا تضررت من غيبته، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

والمادة (137): (أ– إن أمكن إعلان الغائب، ضرب له القاضي أجلًا، وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبدِ عذرًا مقبولًا، فرَّق القاضي بتطليقة بائنة. ب– وإن لم يمكن إعلان الغائب فرَّق القاضي بلا إعذار ولا أجل).

---

(1) انظر: البحر الرائق (193/4)، حاشية ابن عابدين (652/2).

(2) انظر: مواهب الجليل (186/4)، حاشية الدسوقي (321/2)، بلغة السالك (391/1).

(3) انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (72)، ص132.

والمادة (138): (إذا حُبس الزوج تنفيذًا لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطليق عليه بائنًا بعد مُضي سنةٍ من حبسه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

الاختيار الفقهي للمواد القانونية:

اختار المقنن في هذه المسألة التلفيق ما بين مذهب المالكية والحنابلة[1] من جواز التفريق للغيبة، وذلك على تفصيل:

حيث ذهب المالكية إلى أن غيبة الزوج تصلح لأن تكون سببًا للتفريق بين المرأة وزوجها، سواء أكانت الغيبة بعذر أم بغير عذر، حتى وإن تيسرت لها النفقة، واشترطوا لتكون الغيبة سببًا في التفريق: أن تكون لمدة سنة فأكثر؛ لأن إقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة أمرٌ لا تحتمله في الأعم الأغلب، وأن تتضرر الزوجة من هذه الغيبة، وأن يكتب القاضي إلى الزوج إذا كان في مكان معلوم ويصل إليه الكتاب، بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه، أو أن ينقلها إلى البلد الذي هو فيها، ويضرب له القاضي أجلًا لتنفيذ ذلك، فإذا حضر ونقل زوجته؛ فلا يفرق القاضي بينهما. أما إن امتنع وانتهى الأجل وأصرت المرأة على التفريق، أجابها القاضي إلى طلبها وحكم بالتطليق، وإن كان الزوج في مكان مجهول، أو لا يُوصَل إليه، فرَّق القاضي دون إمهال، وكانت طلقة بائنة[2].

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الغيبة التي تصلح أن تكون سببًا في التفريق يشترط فيها: أن تكون غيبة بغير عذر، وأن تكون لمدة ستة أشهر فأكثر.[3]

وقد اختار المقنن في المادتين السابقتين التلفيق بين الرأيين، فأخذ من المالكية مدة الغيبة بأن تكون سنة فأكثر، وأن تكون الفرقة بها طلاقًا بائنًا لا فسخًا كما يرى الحنابلة[4]، واختار من الحنابلة شرط الغيبة أن تكون بغير عذر حتى تكون مسوغًا للتفريق، وإلا لم يجز التفريق؛ لعدم قصد الأذى.

والمراد هنا بالغيبة في غير البلد الواحد، فإن كانت في بلد واحد تناولتها أحكام التفريق للضرر.

كما اختار المقنن في الزوج المحبوس للعقوبة، فيما لو كان ثلاث سنين فأكثر، أنه يمكن للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنة، فيلحق حكمه بالغائب المجهول، فيطلق القاضي عليه طلقة بائنة بلا إعذار أو أجل؛ لأن المحبوس لا يستطيع الخروج عن تنفيذ الحكم، والضرر يستحكم إذا بقيت في عصمته لنهاية المدة الطويلة، ومناط التفريق للزوجة متحقق في تضرر الزوجة من بُعد زوجها عنها.[5]

التأثير المصلحي للاختيار الفقهي:

يحقق الاختيار الفقهي للمواد السابقة مقصد رفع الضرر عن المرأة المتغيب زوجها عنها، من حيث عدم تحقق مقاصد النكاح من تحقيق العفة للمرأة في علاقتها الزوجية مع زوجها، فضلًا عن تضررها بالإيحاش وفقدان المعاشرة بالمعروف، والسكن النفسي والألفة، إلى غير ذلك من ضررِ تحمُّلِها وحدها مسئوليات البيت والأولاد وغيرها، فقصَد الشارعُ رفعَ ذلك الضرر عنها، وإعطاءها الخيار بين البقاء أو التفريق للضرر.

وتحديد أمد السنة، بحسب العرف، في الأعم الأغلب، فيما تستطيع الزوجة أن تصبر عن زوجها، وقد يقل أو يزيد بحسب اختلاف الطاقة والقدرة، فحدده المقنن ليضبط فيه الاختلاف والتفاوت، مع مراعاة جانب العدل حسب حال الزوج من غيبةٍ في معلوم أو مجهول، أو لعذر.

---

(1) منح الجليل شرح مختصر خليل (12/4)، مواهب الجليل (196/4 وما بعدها)، المغني (235/7).

(2) انظر: الحطاب، مواهب الجليل (496/5–497)، الدردير، الشرح الكبير (431/2)، حاشية الدسوقي (431/2).

(3) انظر: ابن قدامة، المغني (142/8 وما بعدها).

(4) انظر: الشهاب، عبير جاسم، التلفيق وعلاقته بالاجتهاد والتقليد والمسائل الأصولية، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة الكويت، مايو 2012م، ص229–232، الشافعي، جابر، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، ص131–137.

(5) انظر: المذكرة الإيضاحية للمواد (136–137–138)، ص166–167.

ووقوع الطلقة بائنة لأنها هي التي يتحقق معها المراد من إمكان زواج الزوجة بغيره، وقطع علائق الزوجية الأولى.
أما لو كان رجعيًّا، فلا يتحقق المقصد من الحكم؛ لكونها لا زالت في حكم الزوجة للزوج الأول، فلم يزل الضرر عنها.

رابعًا: تطبيق على الأساس المصلحي المستند للمعاملة بنقيض المقصود سياسة وزجرًا في أحوال المنع من استحقاق الوصية:

المادة (227): (يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدًا، سواء أكان القاتل فاعلًا أصليًّا، أم شريكًا، أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق، وبلا عذر، وكان القاتل مسئولًا جنائيًّا، ويُعدُّ من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي).

الاختيار الفقهي:

ذهب الحنفية، والحنابلة في المذهب، والشافعية في مقابل الأظهر، والثوري إلى أنه يشترط في الموصى له ألا يكون قاتلًا للموصي؛ لقوله ﷺ: "ليس لقاتل وصية"[1]، ولأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية أولى بالمنع، ومعاملة له بنقيض مقصوده؛ ولأن الوصية أخت الميراث، ولا ميراث لقاتل؛ لما روى سيدنا عمر وعلي – رضي الله عنهما – أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثًا[2]، وهو خلاف ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في القول الأظهر، والحنابلة في إحدى الروايتين[3].

واختار في نوع القتل المانع القتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة، مباشرة أو تسببًا، وأما الحنفية فاشترطوا المباشرة فقط.

كما أخذ بقول الحنابلة[4] في اعتبار القتل بالتسبب، الذي يشمل شهادة الزور التي تؤدي للقتل، مانعًا من استحقاق الوصية، وأخذ برأي أبي يوسف، من الحنفية[5]، في اعتبار القتل مانعًا من الاستحقاق مطلقًا، سواء أجاز الورثة أو الموصي أم لم يجيزوا بعد القتل وقبل الموت، ومن يمنع هو المسئول حسب القانون الكويتي.[6]

وأخذ المقنن بكون القتل بغير حق وبغير عذر من مذهب أبي يوسف وسائر الأئمة؛ فقد اتفق الفقهاء[7] على أن القتل بحق لا يمنع نفاذ الوصية؛ كالقتل قصاصًا أو دفاعًا عن النفس إن تعين الإنقاذ بذلك، أو القتل حدًّا، أو قتل العادل مورثه الباغي؛ لأنه ليس بقتل حرام.

كما اتفق الفقهاء على أن العقل إذا فقد أو غاب لعارض لا يعتبر قتلًا في هذه الحالة، وكذا لو كان لعذر؛ كقتل من يفاجئه مع أهله، وقتل ذي رحم محرم منه في حالة الزنى.[8]

التأثير المصلحي للاختيار الفقهي:

حقق الاختيار الفقهي للمقنن مقصد المعاملة بنقيض المقصود سياسة وزجرًا؛ وذلك وفقًا لقاعدة: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"، فكما أن الموصى له استعجل استحقاق الوصية بقتل الموصي، عوقب بحرمانه من الوصية، فالمقنن سدَّ كل أبواب ذلك الاستعجال بمنع كل ذريعة ووسيلة يتوصل بها إلى الوصية بطريق غير مشروع، فتوسع في القتل المانع من ذلك بمنع القاتل الأصلي، أو الشريك، أو المتسبب؛ كما في شهادة الزور المؤدية للموت؛ وذلك سدًّا للذريعة، ونظرًا للمآل، وتغليظًا

(1) أخرجه الدارقطني (237/4) من حديث علي بن أبي طالب، ثم قال الدارقطني عن أحد رواته: "متروك الحديث، يضع الحديث"، طبعة دار المحاسن.
(2) بدائع الصنائع (339/7).
(3) انظر: المغني (521/8).
(4) المرداوي، الإنصاف (232/7–233)، كشاف القناع (358/4).
(5) بدائع الصنائع (339/7)، السمناني، روضة القضاة (685/2، 685/2)، حاشية ابن عابدين (416/5).
(6) وذلك لأن المانع من الجواز هو القتل، والإجازة لا تمنع القتل.
(7) بدائع الصنائع (339/7)، روضة القضاة (685/2)، حاشية ابن عابدين (416/5)، الإنصاف (232/7–233)، كشاف القناع (358/4).
(8) انظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (227)، ص214.

على القاتل، وزجرًا لغيره من ارتكاب مثل فعله، وفيه تلفيق بين المذاهب الفقهية بما يحقق المصلحة المقصودة للمقنن، وهي الزجر والعقوبة، وصيانة حياة الموصي أو المورث عن الاعتداء عليها؛ استعجالًا لغنم الميراث أو الوصية، فيرجع على مقصد حفظ النفس والمال، وهو ترجيح لمصلحة ملائمة، مناسبة معقولة، ظاهرة منضبطة، متحققة، في رتبة الضروري لحفظ النفس إذا علم أن قتله سيمنع من استحقاق الوصية.[1]

الخاتمة

أولًا: النتائج:

- التلفيق المصلحي مصطلح مركب مرتبط بالتلفيق، وهو: "التقليد المركب من المذاهب الفقهية المختلفة في مسألة واحدة"، والمصلحة هي: "المحافظة على مقصود الشارع".
- يطلق التلفيق المصلحي باعتباره علما مركبا على : "التقليد المركب من المذاهب الفقهية المختلفة لمقصد رعاية المصلحة المعتبرة بجنسها أو نوعها حالًا أو مآلًا".
- الترجيح باعتبار التلفيق المصلحي هو الترجيح المبني على أساس تقديم أعظم المصالح على هيئة التلفيق في الحكم الشرعي.
- استند قانون الأحوال الشخصية الكويتي في اختياراته الفقهية على أسس ومقاصد مصلحية تعود على الأسرة بالحفظ والرعاية، وتجمع بين المقاصد العامة والجزئية الخاصة بالأسرة،وذلك بمراعاة العرف ،ورفع الضرر، ومراعاة الكليات الخمس بمراتبها،ومراعاة مقصد الاحتياط،والسياسة الشرعية ،والعدل ،وحفظ حقوق المرأة واكرامها ،وغيرها.
- مناط التلفيق المصلحي هو ملاءمة مصلحة الأسرة المستجدة لمقاصد الشرع الخمسة الكلية ومصالحها.
- تستلزم عملية التلفيق المصلحي في الترجيح توفُّر شروط وضوابط لصيانة عملية الترجيح من الفوضى والمناقضة.
- للتلفيق المصلحي المستند على مراعاة الأسس المصلحية تطبيقات كثيرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ثانيًا: التوصيات: استكمال استقراء آثار التلفيق المصلحي في بقية قوانين الأحوال الشخصية، وجمع القواسم المشتركة بينها لتكون منهاجًا للتقعيد المصلحي في باب الأحوال الشخصية، وميزاناً للتنقيح بحسب ما يستجد من مصالح ومفاسد، بالإضافة لدراسة القوانين الأخرى كالقانون المدني والجنائي، والقوانين الفرعية الأخرى؛ كقانون الطفل والاتصالات وغيره؛ مما يعين على تأمل تطبيقات التلفيق المصلحي، ويثرى موضوعه تقنيناً وفتوى.

(1) هذه بعض التطبيقات والأمثلة على التلفيق المصلحي من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وللتوسع فهناك تطبيقات كثيرة في القانون على سبيل المثال: المواد 11–15–17–37–38–61–72–75– والمواد المتعلقة بالفسخ بالعيب كالمواد 139–142، والمواد 146–148، وأحكام العدة في المواد من 155–157، وأحكام النسب في المواد 166 إلى 169، وأحكام اللعان المواد 176–179، باب الحضانة في المواد (190–195) وغيرها في النفقة والولاية والوصية والميراث والوقف.

المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية:

- الأرموي، سراج الدين، سراج الدين محمود بن أبي بكر، التحصيل من المحصول، تحقيق: الدكتور عبد الحميد علي أبو زنيد، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الأولى، 1408هـ – 1988م.
- البكري، عثمان بن شطا (1415ه)، إعانة الطالبين، بيروت: دار الكتب العلمية.
- البهوتي، منصور بن يونس (1394ه)، شرح منتهى الإرادات، بيروت: دار عالم الكتب.
- البهوتي، منصور بن يونس (1394ه)، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1.
- تيسير، إبراهيم، بحث تخصيص النص بالمصلحة، مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، 2015م، المجلد 17، العدد 2ب.
- ابن تيمية، أحمد بن تيمية الحراني (1988م)، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطاء وصاحبه. القاهرة: دار الريان للتراث. الطبعة الأولى.
- ابن جزي، محمد بن أحمد (1423ه)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمد المختار الشنقيطي، ط2.
- ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.
- الجهادي، محب الله بن عبد الشكور (1322ه)، مسلم الثبوت، مطبعة بولاق.
- ابن حبيب، سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، دمشق: دار الفكر، ط2.
- بو الركاب، محمد أحمد ، المصالح المرسلة وأثرها في الفقه الاسلامي،ط1 ،دار البحوث للدراسات الاسلامية ،دبي،1423ه–2002م.
- حسونة، عارف، مناهج الاجتهاد الفقهي المعاصر، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية.
- الحسيني، محمد الباني (1418ه)، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، دمشق: دار القادري، ط2.
- الحطاب، محمد عبد الرحمن (1423ه)، مواهب الجليل، الرياض، دار عالم الكتب.
- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت: مكتبة دار النهضة.
- الدارقطني، علي بن عمر (1417ه)، سنن الدارقطني، علق عليه وخرج أحاديثه: مجدي بن منصور بن سيد، بيروت/لبنان: دار الكتب العلمية.
- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (1389هـ)، سنن أبي داود، تحقيق عزت عبيد دعاس، مكتبة محمد علي السيد – حمص، الطبعة الأولى.
- الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي الدردير(1986م)، الشرح الصغير على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك: القاهرة: دار المعارف.
- الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي وشركاه.
- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الخامسة، 1420هـ / 1999م.
- الرازي، محمد بن عمر (1418ه)، المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3.
- الرحيباني، مصطفى السيوطي (1380ه)، مطالب أولي النهى، دمشق: المكتب الإسلامي.

- الرهوني، أبو زكريا يحيى بن موسى، تحفة المسئول في شرح مختصر منتهى السول، جـ 1، 2/ الدكتور الهادي بن الحسين شبيلي، جـ 3، 4/ يوسف الأخضر القيم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبي، الإمارات، الأولى، 1422هـ – 2002م.
- الريسوني، د. أحمد، نظرية التقريب والتغليب (2010م)، القاهرة، مصر، دار الكلمة، ط1 (2010م–1431ه).
- الريسوني، د. أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، سلسلة الرسائل الجامعية (1416ه–1995م)، تقديم: د. طه جابر علواني.
- الزبيدي، محمد بن محمد، تاج العروس. تاج العروس من جواهر القاموس. (ط.1). مجموعة من المحققين. دار الهداية.
- الزرقا، مصطفى، الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها، دار القلم، دمشق، ط1 (1408ه–1988م).
- الزركشي، بدر الدين (1413ه)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: د. عبد الستار أبو غدة، مراجعة: الشيخ عبد القادر العاني، الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط2.
- زكريا الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر للطباعة والنشر، 1414هـ/1994م.
- السبكي، علي عبد الكافي، فتاوى السبكي، بيروت: دار المعرفة، ط2.
- السرخسي، محمد بن سهل (1406ه)، المبسوط، بيروت: دار المعرفة.
- السعيدي، عبد الله(1430ه)، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي، مؤتمر الفتوى العالمي، مكة المكرمة.
- السفاريني، محمد بن أحمد (1418ه)، رسالة السفاريني في التلفيق، تحقيق: عبدالعزيز الدخيل، الرياض: دار الصميعي.
- السلمي، أبو محمد عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بيروت/لبنان: دار المعرفة.
- السمناني، علي بن محمد بن أحمد، روضة القضاة وطريق النجاة، مؤسسة الرسالة، بيروت، الثانية، 1404هـ – 1984م.
- السنهوري، محمد أحمد فرج (1383ه)، التلفيق بين أحكام المذاهب، بحث مقدم إلى المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية– الأزهر عام 1964م.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (1411ه)، الاعتصام، ضبطه وصححه: أ. أحمد عبدالشافي، بيروت/ لبنان: دار الكتب العلمية، ط2.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (1411ه)، الموافقات في أصول الفقه وحكم الشريعة وأسرارها، مصر: المكتبة التجارية الكبرى، (د.ت).
- الشافعي، جابر عبد الهادي (2005م)، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، مصر/الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- الشربيني، الخطيب (1377ه)، مغني المحتاج، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الشطي، حسن (1328ه)، رسالة في التقليد والتلفيق، دمشق: روضة الشام.
- الشنقيطي، محمد الأمين (1426ه)، شرح مراقي السعود، تحقيق: علي العمران، مكة: دار عالم الفوائد.
- الشهاب، عبير جاسم، التلفيق وعلاقته بالاجتهاد والتقليد والمسائل الأصولية، أطروحة ماجستير، جامعة الكويت، مايو 2012م.

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم (1379ه)، المهذب، بيروت، دار المعرفة، ط2.
- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، دار المعارف.
- ابن عابدين، محمد أمين أفندي (1386ه)، العقود الدرية، بيروت: دار المعرفة، ط2.
- ابن عابدين، محمد أمين أفندي (1386ه)، حاشية رد المحتار، مصر: مطبعة البابي الحلبي، ط2.
- الغزالي، أبو حامد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر، بدون سنة طبع.
- ابن فارس، أبو الحسين أحمد (ت: 1368ه)، معجم مقاييس اللغة، مصر: دار إحياء الكتب العربية.
- الفتوحي، أحمد عبد العزيز (1372ه)، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد حامد الفقي، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية.
- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (1424ه)، القاموس المحيط، إعداد: عبد الله المرعشلي، دار إحياء التراث العربي، ط2.
- القاري، ملا علي (1309ه)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، مصر: المطبعة الميمنية.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي (1999م)، والمذكرة الايضاحية معه، ط5.
- القرافي، أحمد بن إدريس (1393ه)، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرءوف، القاهرة: دار الفكر.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الأولى، 1416هـ – 1995م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، السابعة والعشرون ، 1415هـ /1994م.
- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط المكتبة العلمية، بيروت، الثانية، 1406هـ – 1986م.
- الكرمي، مرعي بن يوسف (1418ه)، رسالة الكرمي في التلفيق، تحقيق: عبد العزيز الدخيل، الرياض: دار الصميعي.
- ابن الهمام، محمد عبدالواحد بن عبدالحميد، كمال الدين الشهير بابن الهمام (1351هـ)، التحرير في أصول الفقه، مصطفى البابي الحلبي. مصر.
- المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بشأن تتبع الرخص والتلفيق في مجلة المجمع (ع8، ج1، ص41)، قرار رقم :70 (8/1).
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، طبعة إحياء التراث العربي، الطابعة الثانية.
- المرداوي، علي (1416ه)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله التركي، هجر للطباعة والنشر.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد (1388ه)، المبدع، المكتب الإسلامي.
- المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني شرح الخرقي، بيروت: دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد (1392هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، المطبعة الأميرية بولاق مصر.
- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- الموروي، محمد عبد العظيم (1408ه)، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، تحقيق: جاسم الياسين وزميله، الكويت: دار الدعوة.

- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية.
- الميلباري، زين الدين بن عبد العزيز (1415ه)، فتح المعين بشرح قرة العين، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم (1418ه)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت: دار الكتب العلمية.
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (1412ه)، سنن النسائي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث الإسلامي، بيروت/لبنان: دار المعرفة، ط2.
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي والشيخ إبراهيم عوض، القاهرة، مصر: دار الحديث.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (1319ه)، شرح فتح القدير ومعه العناية والكفاية، مصر: المطبعة الميمنية.
- الهيتمي، ابن حجر، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار صادر.