**عنوان المداخلة: فقه الواقع ودوره في ضبط الفتوى ، فصل الأطفال عن ذويهم أنموذجا**

**د/ نادية سخان**

**في إطار ندوة وطنية حول فصل الأطفال عن ذويهم بين الضرورة والقيود– المنظمة من قبل مخبر البحث في الدراسات القانونية والفقهية المقارنة**

**وقسم الشريعة والقانون بكلية الشريعة والاقتصاد جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية**

**وبالشراكة مع مجلس قضاء قسنطينة، ومديرية النشاط الاجتماعي والتضامن قسنطينة**

**بتاريخ 1 ذو القعدة 1443 الموافق لـ 1جوان 2022**

# فقه الواقع ودوره في ضبط الفتوى ، فصل الأطفال عن ذويهم أنموذجا

**د/ نادية سخان**

**أستاذة محاضرة أ**

**كلية الشريعة والاقتصاد-جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة**

nsekhane@yahoo.fr

**ملخص :**

أكد الفقهاء على أهمية إبقاء الأبناء مع والديهم ، و بشكل عام مع أفراد الأسرة الكبيرة ، لكن في حالة عجز الوالدين عن تقديم الرعاية الكاملة لهم ، بسبب عدم صلاحيتهم لممارسة الولاية على الأبناء ، أو الفقر الشديد الذي يمنعهم من توفير أدنى متطلبات الحياة ، هل يمكن القول بفصل الأطفال عن أهلهم وإعطائهم لأسرة بديلة ؟ .

هذه المسألة نازلة معاصرة تطلبت فتوى كان أبرز متعلقاتها تنزيل الواقع على أحكام الناس ، وقد توصل البحث إلى ضرورة ذلك ، دون أن نغفل قواعد الشريعة الناظمة لأحكام الأسرة في مراعاة مقاصدها واستحضار ثوابتها مع إمكان التساهل ضمن متغيراها في أحكام الحضانة والولاية ، التي تحكمها نصوص ظنية تراعى من خلالها قواعد التنزيل على أحكام العائلة .

**ABSTRACT**

Jurists confirmed the importance of keeping children with their parents, and more generally with members of the extended family ,But in the event that the parents are unable to provide them with full care , Because they are not fit to exercise guardianship over childre, Is it possible to say that the children should be separated from their parents and given to an alternative family? .

This issue is a contemporary issue that required a fatwa, the most prominent of which was the application of reality to the rulings of people, The research concluded that this is necessary, Without neglecting the rules governing family

provisions, its purposes and constants with the possibility of leniency in what is changing, Such as the provisions of custody and guardianship that are governed by presumptive texts that accept diligence in family rulin.

**مقدمة :**

إن حماية الأطفال هي مسؤولية تقع على عاتق الوالدين أساسا ، فيجب رعاية الأطفال وتوفير احتياجاتهم الأساسية المعنوية والمادية ، تجسيدا لمفهوم الحفاظ على وحدة الأسرة ، ولقد أكد الفقهاء على أهمية إبقاء الأبناء مع والديهم ، و بشكل عام مع أفراد نفس الأسرة الكبيرة ، فهناك إطار معين للحقوق والالتزامات لأفراد الأسرة وبخاصة العناية بالأطفال ، ولكن الإشكال الأكبر هو وضع الأطفال حالة فقد الوالدين ، أو كونهم في حالة عجز عن تقديم الرعاية الكاملة لهم ، بسبب عدم صلاحيتهم لممارسة الولاية على الأبناء أو الفقر المدقع الذي يمنعهم من توفير أدنى متطلبات الحياة ، فمن المؤكد أن الشريعة الإسلامية تولي أهمية بالغة للأطفال في مثل هذه الأوضاع الإستثنائية ،كما هو الحال في الأوضاع العادية ، وبالنظر إلى أن هذا الأمر طارئ فلابد أن تتجسد أحكامه ضمن أطر محددة تفي بالغرض وبما يحقق كامل الحماية للأطفال ، فكيف يملك لنا بيان حكم هذا الوضع الاستثنائي ؟ وأين يجد أساسه ؟ .

جوابا على ذلك يمكن التأكيد أن ما نتناوله هو نازلة معاصرة حلّت لأسباب عدة أبرزها التطور المادي للحياة وانفتاح المجتمع الإسلامي على المجتمعات الغربية ، مما جعل الواقع المعيش أحد العناصر الأساسية لحكم هذه المسألة ، فتطلب منا جعل هذا العنصر هو المنطلق لإبراز حكما ،كما أن جواب هذه النازلة ارتبط بفتاوى لجهات معينة ومن ثم ظهرت عناصر هذه المداخلة كما يلي :

**المطلب الأول : مفهوم فقه الواقع**

**المطلب الثاني : مفهوم الفتوى**

**المطلب الثالث : فصل الأطفال عن ذويهم الدلالات والمحددات**

وفيما يلي بيان ذلك .

**المطلب الأول : مفهوم فقه الواقع**

**الفرع أول : تعريف فقه اواقع**

**أولا–تعريف الفقه :**

**–الفقه لغة" :**العلم بالشيء والفهم له [1] و يعني الفطنة، وغلب على علم الدين لشرفه[2] .

**– الفقه اصطلاحا :" :**العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها ، التفصيلية " [1] .

---

1– ابن منظور، لسان العرب، ط3 ، دار صادر، بيروت ،ج 13 ، ص522 .

2– الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8 ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،2005 ، ص1250 .

**ثانيا– تعريف الواقع :**

**–الواقع لغة:** يدل على سقوط شيء .يقال :وَقَعَ الشيء وُقُوعًا فهو وَاقِعٌ، أي نازل ، ووقَع على الشيء ومنه يقَعُ وَقْعاً .ووُقُوعاً :سقط [2].

**–الواقع اصطلاحا** : هناك عدة تعريفات لمصطلح الواقع نختار منها تعريف عبد المجيد النجار **"**ماتجري عليه حياة الناس، في مجالاتها المختلفة، من أنماط في المعيشة، وما تستقر عليه من عادات وتقاليد وأعراف، وما يستجد فيها من نوازل وأحداث " [3] .

**ثالثا– تعريف المركب الإضافي :**

فقه الواقع هو" الفهم العميق لما تدور عليه حياة الناس وما يعترضها وما يوجهها" [4] ،كما يمكن تعريفه بأنه : **"**الفهم الدقيق النافذ إلى أعماق ما يجري في الظرف المعيش والمجال المحيط "[5] .

إن فقه الواقع يجعلنا نقف على ما يهم المسلمين مما يتعلق بشؤونهم فهذا كلام على المصالح، والمصالح إنما يحددها فقه الواقع، أو هو نتيجة الدراسة المستفيضة لهذا الواقع [6] .

يقول عمر عبيد حسنه: "فالنزول إلى الميدان وإبصار الواقع الذي عليه الناس، ومعرفة مشكلاتهم ومعاناتهم واستطاعاتهم وما يعرض لهم، وما هي النصوص التي تتنزل عليهم في واقعهم، في مرحلة معينة، وما يؤجل من التكاليف لتوفير الاستطاعة، إنما هو فقه الواقع، وفهم الواقع، إلى جانب فقه النص" .

فتنزيل النصوص إنما هو ثمرة فقه الواقع وتفاعل النص مع الواقع، أو هو فقه التنزيل، كما سنرى لاحقًا، وإنما يطلق عليه فقه الواقع تجاوزًا.

ويرى الدكتور القرضاوي أن فقه الواقع "مبني على دراسة الواقع المعيش، دراسة دقيقة مستوعبة لكل جوانب الموضوع، معتمدة على أصح المعلومات وأدق البيانات والإحصاءات"[7] .

---

1– مُحَمَّد بن الحسن الجعفري ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ط1 ، دار الكتب العلمية، .بيروت، لبنان، 1995م، ج1 ، ص61 .

2 –أحمد ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 1399 م، ج6 ، ص133 .

3 –عبد المجيد النجار، فقه التدين فهما وتنزيلا، ط3 ، منشورات قرطبة، المحمدية، الجزائر ، 2006 ، ص55

4 أحمد بوعود، فقه الواقع أصول وضوابط، دار السلام، القاهرة، 2006 م، ص42 .

5 الشاهد البوشيخي، فقه واقع الأمة دراسة في المفهوم، مجلة حراء، ع 33 ،) نوفمبر–ديسمبر 2012 ، ص13 .

6 فاطمة زوهيري، فقه الواقع لدى المرشدات الدينيات في الجزائر– دراسة ميدانية على عينة من مرشدات ولاية قسنطينة– ، مجلة المعيار ، العدد 42 ، 2017 .

7 يوسف القرضاوي، أولويات الحركة الإسلامية في المرحلة القادمة، ط2 ، مكتبة وهبة، القاهرة، 1991 م، ص30 .

هذا التعريف يجعل من دراسة الواقع أساسا لبناء فقه الواقع، إلا أننا يمكن أن نعتبر فقه الواقع دراسة له[1] .

**الفرع الثاني:العناصر الأساسية لفقه الواقع**

إن فهم الواقع وتقويمه يستدعى استدعاء مجموعة جملة من الأمور المناسبة والقادرة على اختراق هذا الواقع، وتمهيد الطريق أمام فهم مجرياته، فمن ذلك :

**– إدراك التأثيرات البيئية الطبيعية:** أي كل ما يتعلق بالمنطقة التي يعيش فيها الإنسان، من تكوين، وموقع جغرافي، وتضاريس، وما يحيط بها من ظروف طبيعية ومناخية فإن البيئة لها الدور البارز في تشكيل الأحكام والتصورات.

**– فقه الحركة الاجتماعية:** أي تلك العلاقات التي تربط الإنسان بغيره ، بغض النظر عن نوع العلاقة : دينية، اقتصادية، سياسية، عائلية، ثقافية...، فكلها لها تأثير على صيرورة العلاقات ، وتشكل الأحكام ، والحركة الاجتماعية، ومبلغ نشاط الأمة في شتى فروع الحياة، كل ذلك ينعكس على الفرد، ويطبعه بطابعه، ويؤثر أيما تأثير في إدراكه ونزوعه ، وأفعاله وأقواله ، ومواجهته لمشكلات الحياة .

**– سبر أغوار النفس البشرية:** إن الإنسان ببشريته هو المحور الذي عليه يدور الواقع، منه يبدأ وإليه ينتهي، ولا يمكن أن نتكلم عن واقع بدون إنسان ، ذلك لعلاقة التحكم بين الطرفين ، فيتكيف الإنسان معه أو يكيفه طبقًا لحاجياته ومقتضيات التشريع بما وهبه الله عز وجل من استعدادات فطرية تختلف من إنسان إلى آخر، كل حسب طبعه ومزاجه وخصائصه [2].

**–استثمار نتائج العلوم الإنسانية ومناهجها** :فهي تشكل طريقة مهمة لفهم الواقع، وذلك لارتباطها به ارتباطا مباشرا، فعلم النفس والاجتماع والاقتصاد والإحصاء، وغيرها من العلوم ضرورية ولابد من أخذها بعين الاعتبار والاستفادة منها في تشخيص الواقع، تمهيدا لإصلاحه وتغييره نحو الافضل.
والاستفادة عادة تكون من النتائج التي توصلت إليها هذه العلوم، ومن مناهجها البحثية، كالملاحظة والمقارنة والإحصاء والاستبيانات والمقابلة واختبار العينات ، وتبقى هذه الاستفادة مرهونة بمدى موافقة ما تحويه هذه العلوم لشريعتنا [3] ، فالباحث يقرؤها ليأخذ منها مالا يتعارض مع دينه، وينسجم مع الوضع الذي يعيشه، والحالة التييريد علاجها [4].

---

1 أحمد بوعود ، فقه الواقع أصول وضوابط ، ص 20- 21 .

2 أحمد بوعود ، فقه الواقع أصول وضوابط ، ص 22- 29 .

3 –فاطمة زوهيري، فقه الواقع لدى المرشدات الدينيات في الجزائر، ص 264 .

4– الطيب برغوث، الدعوة الإسلامية والمعادلة الاجتماعية، ط1 ، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ص 131 .

" فعلم الاقتصاد، وعلم الاجتماع، وعلم النفس، وغيرها من العلوم الإنسانية، تشتمل على قوانين هي أقرب إلى الحقيقة العلمية الموضوعية، وهو ما يرشحها لأن تكون وسيلة صالحة لتحديد ما فيه خير الإنسان ونفعه. ومن ثمة فإنها تصبح أداة مهمة للمسلم في اجتهاده" [1] .

**المطلب الثاني :تعريف الفتوى الفتوى وأهميتها**

**الفرع الأول : تعريف الفتوى**

**أولا: تعريف الفتوى**

**–الفتوى لغة:** مدار الفتوى في اللغة: على البيان و الإيضاح و الإظهار ، يقال: أفتاه في الأمر إذا أبانه له ، وأصل الفتوى من الفتى، وهو الشاب الحدث الذي شب و قوي [2] فكأنه – المفتي– يقوي ما أشكل ببيانه وجوابه فيكسبها قوة كقوة الفتى 3 .

**– الفتوى اصطلاحا** : هي الإخبار بحكم شرعي لا على وجه الإلزام[4].

**ثانيا : أهمية الفتوى**

الإفتاء مسؤولية عظيمة ، وأمانة ثقيلة ،كما أنه منصب جليل ، ووظيفة شريفة ، والحاجة إليه من أمس الحاجات ، بل تبلغ مبلغ الضرورات ، وبخاصة في النوازل المستجدة التي ليس لها نص في كتاب الله أو سنة نبيه ﷺ ، ومن هنا جاء الأمر بطلب الحكم ، قال تعالى:" **فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون**" (النحل، 43 );وقال أيضا " **فاستفتهم أهم اشد خلقا أم من خلقنا**" ( الصافات، 11) وقال جلّ شأنه : " **يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة**" (النساء، 176)

لعظيم شأن الفتوى اهتم العلماء بأمرها ، والتفتوا في كل عصر إلى دورها العظيم منذ عهد سيد المرسلين عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم ، فكانوا بحق حماة للعقيدة وحراسا للدين وقد بين ابن القيم هذه الأهمية فقال" فقهاء الإسلام ومن دارت الفتيا على أقوالهم بين الأنام، الذين خصوا باستنباط الأحكام وعنوا بضبط قواعد الحلال والحرام، هم في الأرض بمنزلة النجوم في السماء، بهم يهتدي الحيران في الظلماء، وحاجة الناس إليهم أعظم من حاجتهم الى الطعام والشراب، وطاعتهم فرض عليهم من طاعة الأمهات والآباء بنص الكتاب" [5].

---

1 –عبد المجيد النجار ، في فقه التدين فهما وتنزيلا ، ص 58 .

2 – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق :عبد السلام مُحَمَّد هارون، بيروت، دار الفكر، 1979 ،ج7، ص473 .

3 – ابن منظور، لسان العرب المحيط، إعداد: يوسف خياط، بيروت، دار الجيل، 1988،4 /1051؛ الرازي، مختار الصحاح، بيروت، دار الفكر،1981، ص 191 .

4 – الحطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، ط3، 1992، ج1، ص 32.

5 ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ،دار الكتب العلمية ، ج 1 ، ص 9 .

ولا يخلو زمان من قائم لله بحجة ، ولا يزال ربنا سبحانه يقيض لهذا الدين من العلماء الأكفاء ، من يبلغ هذا الدين ، وينصح للمسلمين ، ويكون مرجعا للأمة في معرفة دينها ، وحل مشكلاتها .

قال الشاطبي :" فإن المفتي قائم مقام النبي ﷺ فهو خليفته ووارثه، وفي الحديث:(**الْعُلَمَاءَ هُمْ وَرَثَةُ الأَنْبِيَاءِ**)[1] ، وهو نائب عنه في تبليغ الأحكام، وتعليم الأنام، وإنذارهم بها لعلهم يحذرون، وهو إلى جوار تبليغه في المنقول عن صاحب الشريعة، قائم مقامه في إنشاء الأحكام في المستنبط منها بحسب نظره واجتهاده، فهو من هذا الوجه شارع، واجب اتِّبَاعه، والعمل على وفق ما قاله، وهذه هي الخلافة على التحقيق" [2] .

فالفتوى التي تدور مع أدلة الشريعة الإسلامية وتستند إليها، وتتعاطى المستجدات وفق شروط وضوابط وقيود الإخبار الشرعي الصحيح، لها تأثير واضح في إصلاح حال المجتمع وانتظام معاشه ، لذلك كان من المهم معرفة واقع المجتمع محل الإفتاء، وضرورة الاطلاع على شؤونه وأحواله، وعوائده وأعرافه، وكذا تقدير السبيل الأمثل لبيان الحكم بعيدًا عن والتوهم والظنون [3]،

**المطلب الثالث : فصل الأطفال عن ذويهم الدلالات والتنزيل**

**الفرع الأول : تعلق فصل الأطفال بأحكام الحضانة والولاية**

فصل الاطفال عن ذويهم من النوازل الاسريه كونها من المسائل المستجدة على المجتمع ليس فيها نص تشريعي ومباشر او اجتهاد فقهي من الموروث الفقهي المعروف ، فهي نازلة احتاجت إلى فتوى ارتبطت ترتبط بمدل الطفل الذي هو دون سن البلوغ وكذا بمصطلح " الذوي" الذي يتقاطع في جمله تمنع المصطلحات والمفاهيم هي **القرابه الكفاله الوصايه القوامه الحضانه الولايه** والمصطلحان الاخيران هما الاكثر تعلقا بموضوعنا وحصر ما يحدد المقاربه المفاهيميه لاان الفقهاء قالوا ان الطفل منذ ولادته تثبت له ثلاث ولايات .

**وتعرف الولاية بأنها** : قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، وعلى نفس الغير وماله" [4] .

---

1 أخرجه أبوداود في سننه ، ج 3 ، ص 317 ، رقم 2641.

2 الشاطبي ، الموافقات، تحقيق : عبد الله دراز، بيروت، دار المعرفة، ج4، ص 244-246 .

3 عبد المنعم نعيمي ، أهمية الفتوى الشرعية الصحيحة في تصحيح مفهوم التغيير ، https://www.alukah.net/sharia/0/104929 ، تاريخ الزيارة : 13 / 5 / 2022 .

4 زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1 ، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993 ،ج 6 ، ص 339 .

الولايات عند الاحناف هي تنفيذ القول على الغير شاء ام ابى ، الولايه عند المالكيه والحنابله هي توكيل شرعي والاصل في الولايات ولايه الزواج والمراد بالولي اذا اطلق ولي المرأة . الولايات عند الشافعيه هي القدره الشرعيه على التصرف الصحيح النافذ سواء تصرف الانسان بنفسه او لغيره نيابه من الشارع او من الانسان مع اقرار كالوصايه والوكاله الولايه على النفس تكون في

قال الإمام أبو زهرة أن الإنسان تثبت عليه منذ ولادته ثلاث ولايات :فالأولى هي: ولاية التربية الأولى المتمثلة في الحضانة الخاصة بالأم، والثانية؛ هي الولاية على النفس وهذه تثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى البلوغ، كما تثبت على المجنون والمعتوه، والبكر من النساء والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها، والثالثة هي الولاية على المال، [1] ويمكن بيانها كالتالي :

– **ولايه تربيه وحفظ** : تختص بمن لا يستقل بنفسه عما يؤذيه برعايه شؤونه وتسيير طعامه وملبسه ونحو ذلك وتكون للنساء في المدة التي لا يستغني عنهن وهي الحضانه وقد رتب الفقهاء الحواضن بحسب مصلحه المحضون فجعلوا الأنثى أليق بها لأنهن أشفق وأصبر فتكون أصاله للام ثم للأقرب من النساء ، ويرى أكثر الفقهاء أنها وجوبيه عليهن .

– **ولايه على النفس** : وهي تتميم تربيه الطفل التي بدات بالحضانه وكذا الحفظ والصون بعد البلوغ ان لم يكن رشيدا وكذا تولي عقد الزواج لمن كان قاصرا ويتولاها العصبه من الذكور على خلاف في ترتيب هؤلاء لكنها تبدا بالبنوه والابوه اذا انتهت الحضانه تضم الطفل الى وليه علما انه للفقهاء تفصيلات وتقسيمات للولايه فيقولون هي طبيعيه ومكتسبه ونحو ذلك والطبيعيه اما على مال او نفس ويقسمونها الى اصليه تسمى ولايه النيابيه من غسالفه
– **الولايه على المال**: وتثبت على المحجور عليهم لصغر او سفع او جنون وقد تكون اصليه مستمده من الشارع وقد تكون نيابيه مكتسبه من الولي الطبيعي ، حال وفاته او سقوط الولايه عنه بالحجر، ومنها الوصايه والقوامه ضمن ما يقرره الفقهاء ومبنى كل ما تقدم نصوص الشرع واجتهادات وفقاء والمساله فيها تفصيلات مبينه على مبنيه مبنيه على اجتهادات في النصوص التي منها ما هو قطعي ومنها ما هو ظني[2] .

---

الامور المتعلقه بشخص مولى عليه وهي القيام بالاشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه من ولايه حتى بلوغه بحيث يدخل في نطاقها ثلاثه انواع الحفظ والرعايه وهي ما يسمى بالحضانه وولايه التربيه والتأذيب واخيرا ولايه التزويج . . . . . الولايه على المال تشمل كل ما يتصل بمال القاصر بحيث يلتزم الولي القيام بالاشراف على المال رعايتهاوحفظه وصيانته من التلف والضياع والعمل على تنميته باستغلاله . انظر : الرفعي عبد السلام ، الولايه على المال في الشريعه الاسلاميه ، مطابع افريقيا الشرق ، 1996، ص 52 .

1 مُحَّد أبو زهرة ، الولاية على النفس ، دار الفكر العربي ، ص 6. مُحَّد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، 1957 ، ص 458 .

2 راضية قصباية ، عبد الرحمان رداد، مشكلات الولاية على الصغير في ضوء المقاصد المتعلقة بحفظ النسل – إسناد الحضانة أنموذجا– مجلة الشريعة والاقتصاد ، المجلد الثامن، العدد الخامس عشر ، جوان 2019 م ، ص 83– 84 .

**– و تعرف الحضانة بأنها** : نوع ولاية تربية، لذلك يمكن أن تختص بالرجال ، لكنّ الإناث أليق بها لأنّهان أشفق و أهدى إلى ملازمة للأطفال، ففي المرحلة الأولى تثبت للأم أو من يحل محلها من النساء و تسمى ولاية الحضانة أو ولاية التربية الأولى، أما في المرحلة الثانية فتثبت للأب ويطلق عليها ولاية الحفظ و الرعاية[1]

على أن الدارس لموضوع الحضانة في خصوص مستحقيها ضمن أحكام الفقه الإسلامي يصل إلى أنه لا يوجد في النص الشرعي كتابا وسنة تحديدا لأصحاب الحق فيها، عدا الأم، استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: " **أنت أحق به"** لذلك اتفق الفقهاء على أن الأولوية في الحضانة إنما هي من حق النساء قبل الرجال باعتبار النساء أكثر حنانا وصبرا وشفقة وأهدى إلى التربية وأشد ملازمة للأطفال [2].

تميّز الأم دون غيرها بقدرة عاطفية على تولي الحضانة من حيث الحنان والعطف، وهي مُحدّدات ينبغي مراعاتها، فالأم أحقّ بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها من الصّبر والوقت والحنان والعطف والرحمة ما لا يمكن أن يتوفّر لدى غيرها من أقارب الطفل .

لقد اتفق الفقهاء الأربعة على أن الأولى بالحضانة النساء، لكنهم اختلفوا في ترتيب هؤلاء بعد الأم وأم الأم في ممارسه الحضانه حيث اختلف الفقهاء في ذلك خلافا واسعا متشعبا مبسوطا في المراجع الفقهيه [3] ، ومن هنا يقع الإشكال في المسألة التي بين أيدينا .

كما اختلفوا في شروط ممارسه الحضانه ولهم تفصيلات كثيره فكل مذهب يختص بشروط معينه[4]

والخلاصه في اختلاف في تلك الشروط انها لدافع واحد هو حمايه الطفل ورعايته وتوفير السبل التي من شأنها ان ينشا تنشئه صحيحة ، تحقيقا لمقصد الاستقرار الأسري [5].

**الفرع الثاني : فقه الواقع تنزيلا على مسألتنا**

إن تحديد مصلحة الطفل المحضون أو المولى عليه ، من أصعب المواضيع طرقا، لأن الأمر يتعلق بأمر وثيق الصلة بالحياة، والحياة مشكّلة من ملامح وذاتيات، لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقا، بعيدا عن البيئة الأصلية والمحضن الأول ألا وهو الأسرة ، فاستحضار مصلحة الطفل ليست مصلحة مالية فقط ، فقبل كل شيئ

---

1 عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، ط 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007 ، ص 365 .

2 وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط 2، ج7 ، ص 718 ،. 719

3 المرجع نفسه ،ج 7 ، ص 724 .

4 عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعه ،ط 2 دار الكتب العلميه ، لبنان 2003 ، ج 4 ، ص 522

5 الحسني الطرازي ، المرأة وحقوقها في الإسلام ط 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1984 ، ص 45 .

فإن المنفعة الأولى هي الجانب المعنوي حبا وحنانا ورأفة ورحمة واستقرارا نفسيا ، وكل ذلك لا يتجسد متكاملا إلا في كنف الوالدين ، ومن ثمّ حيث ما استطعنا توفير هذا المحضن فلا حديث عن بيئة أفضل ولو ماديا ولكن المشكلة حال فقد هذه الشروط – المعنوية والمادية – هل لنا أن نفصل الأطفال عن والديهم لتوفير ما ينبغي أن يشكل البيئة السوية لهؤلاء الأطفال ؟ .

إن هذه المسألة نازلة حديثة ، لم تجر على عهد سابق ، ارتبطت بالمكان كخاصية بارزة ، حيث ظهر هذا الإشكال على مستوى الجاليات المقيمة خارج ديار الإسلام ، باعتبار غير المسلمين لهم قوانين خاصة يحتكمون إليها ، يرون جوهرها تجسيد حقوق الإنسان على أرض الواقع حسب زعمهم ، ومن ثم فهم يهتمون بمصلحة الطفل المحضون حتى ولو كان ذلك على حساب الأسرة وعلى حساب أوليائه ، ومن ثم فهم يطبقون قوانينهم على المسلمين المقيمين على أراضيهم ، مما قد يشكل تعارضا مع أحكام الشريعة الإسلامية ، التي نظمت شؤون الأسرة في أحكام وإن كان أغلبها محل اجتهاد إلا أنها لا تخرج عن مقاصد الأسرة ، فالموضوع محل نظر من جهة إسقاطه على واقع الحال في بلاد الغرب من جهة ، ومن ناحية أخرى فإن الأمر قد يحدث في بلاد الإسلام مما يستدعي بيانا للحكم ، لذلك احتاجت النازلة إلى فتوى ، والجزم بحكمها ليس في مقام تحرير النازلة ها هنا وإنما هي محاولة لضبط ما يشكل أساسا لإعطاء الحكم من طرف المفتي ، ومن ثم يمكن لنا ان نعمل الضوابط التي تحدثنا عنها سابقا ومتمثله في مايلي:

**– التحقيق في تحصيل المصالح** [1] بمعنى النظر في واقع الأسر ماديا ومعنويا ، من حيث صلاحية الأولياء لرعاية لأبنائهم ، – وهو الأصل – المعتمد والمصلحة الغالبة ، باعتماد منهج الموازنة بين المصالح والمفاسد ، وهنا يستحضر الغلبة أي رجحان المصلحة على المفسدة فأيهما غلب اعتمده ، فإن كان في إبقاء الطفل مع والديه مفسدة غالبة ،كأن ظهر منهم ما يشكل خطرا على رعاية الأبناء لفسق وسوء أخلاق ، فهل مصلحه فصل الأطفال عن ذويهم تربو على إبقائهم ؟ هل يتحقق هذا المقصد في آحاد الصور بمعنى لكل فرد او غالبيتهم ، و عاجلا وآجلا و ذلك يتطلب من المفتي دراسة حالة الأطفال تحليلا فيأخذ بعين الاعتبار كل الحيثيات والملابسات مع مراعاة الإبعاد ألنفسيه والاجتماعية والدينية وكل عامل له تأثير على الحكم عند تطبيقه وهذا يتطلب أهل اختصاص من علماء نفس واجتماع وأطباء فضلا عن فقهاء الشريعة .

كما تجدر الإشارة هنا أنه على الناظر في النازلة وهو يقوم بالموازنة ، أن يعمل القواعد الفقهية لأنها تساعد على إدراك مقاصد الأحكام ، فالقواعد الأصولية ترتكز على جانب الاستنباط وتلاحظ جوانب التعارض

1 قبلي بن هني ، ضابط التحكيم المقاصدي ومسالكه التعليلية في استصلاح قضايا الأسرة المستجدة دراسة النصوص الشرعية في ضوء فقه المقاصد ، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 24 / 25 أكتوبر 2018 ، جامعة الوادي ، ص 48 .

والترجيح وما شابها ذلك من القواعد التي ليس ففيها شيء من ملاحظة مقاصد الشرع، أمّا القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الترابط بينها ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها[1] ، يقول الإمام الشاطبي :" المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة إنّما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث تقام الحياة الدنيا العادية أو درء مفاسدها العادية " [2] .

إذا فتحديد المصلحة راجع للمنظور الشرعي لا العقلي أو هوى النفوس لأن العقل لا يستقل بدرك المصلحة فإذا لم يشهد لها الشرع بل عارضها فهي مردودة ، لأن الشرع لا يقر مصلحة تتضمن مفسدة مساوية لها أو راجحة عليها ظهر أمرها أو خُفي على باحثها لأنّ الشرع حكيم عليم [3].

كما ينبغي على المفتي أن يستحضر هل هذا المسلك هو من باب المصلحة أم هو من باب الوسيلة

فمقاصد الوسائل هي مصالح ، ولكنها ليست مصالح في ذاتها ، بالنظر إليها في ذاتها لا يحصل بها نفع ، وإنما هي مصالح باعتبار أنها تؤدي إلى تحقيق مصالح أصليه تتوقف عليها ، فهل فصل الطفل عن عائلته مصلحة في ذاته ، أم أنها وسيلة إلى المطلوب طلبا تبعيا ، فقد تتخلف الوسيلة إذا لم تكن مؤديه لغرضها فعلي المفتي أن يفرق إذا كان نزع الأطفال هو من باب المصلحة ام هو من باب الوسيلة ، لان المصالح مطلوبة في ذاتها أما وسائلها فهي مطلوبة طلبا تبعيا ، فقد تتخلف الوسيلة إذا لم تكن مؤديه لغرضها ، الوسيلة ومقصدها مختلفان في التأثير فالمصالح أولى بالاعتبار من الوسائل فالوسائل خادمه للمقاصد وقد تكون أدنى رتبه فهي ليست مقصوده لذاتها بل لتحصيل أحكام أخرى ، لذلك فالمفتي يستحضر أن فصل الأطفال هو وسيله لتحصيل مصلحه ، فانه يقدم حاله تعارض حكم المصلحة على حكم الوسيلة باعتبار الوسيلة غير مطلوبة لذاتها ، فهي مكمله وخادمه ولان الوسيلة يغتفر فيها ما لا يغتفر فيه مقصدها وهو صون الصغير وحمايته .

كما يستحضر اعتبارات الزمان والمكان لأن المصلحة قد تتحقق في زمن دون زمن فما كان مصلحة بالأمس حيث كان الولي صالحا لم نفصل الطفل عن والديه وقد يصير مفسده يوم ما هو مصلحه يوم قد في فصله عن ولي قد يكون حاله نفسيا و أدبيا فالحكم لا يتغير ولا يتبدل ولكن غلبة ألمصلحه باعتبار الزمان وقد يكون المكان أيضا كما هو الحال بالنسبة للأطفال في الغرب إذا ألحق بأوصياء غير مسلمين .

1 الشاطبي ، الموافقات ، ج 5 ، ص 49 .

2 الشاطبي ، الموافقات ، ج1 ، ص 139 .

3 العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، 1991 ، ج1 ، ص 12.

**ثانيا: مراعاة التغيرات** :إن لمقاصد الشريعة من المرونة والقابلية للتطور بما يناسب العصر وعلى هذا الأساس جاءت قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغيّر الأزمان، فلا مانع من حدوث أحكام جديدة لم تكن معروفة لأنّ إذا كانت الفتوى مبنية على أساس مراعاة لمصلحة ما إذا تغيّرت المصلحة ، وجب الرجوع عن الفتوى[1] و تغيير الفتوى في هذا المقام هو تغير في حيثيات الحكم لا تغيير في الشرع ، لأنّ الحكم الشرعي ملازم لعلته ، فعند اختلاف أحوال الزمان تختلف علّة الحكم و سببه، فيتغيّر الحكم بناءًا عليه .[2]

بمعنى الوقوف على الثابت والمتغير في إحكام هذه المسالة فالأحكام التفصيلية لها أكثر من تطبيق فمسألتنا مبنية على مصلحه مؤقتة وهي حاجة الصغير الذي آلت إليه وضعيته ومن هنا لابد إن نستحضر مسالة الولاية والوصاية والحضانة والشفقة والرعاية وعدل وعدم الخروج على احتمالاتي النص الذي يستدعي ان تكون الولايات والوصايات و الحضانة ضمن إبعادها واعتباراتها اللازمة . . ..

فالأحكام « ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيرا وعلاجا ناجعا لبيئة في زمن معين فأصبح بعد جيل أو أجيال يفضي إلى عكسه، بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق [3]، وقد اعتبر القرافي إصدار الفتوى دون مراعاة هذه التغيرات جهالة في الدين فقال :« إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع و جهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة »[4]، فالأحكام قد تتغيّر بسبب تغير مصالح الناس أو لمراعاة الضرورة أو لفساد الأخلاق وضعف الوازع الديني أو لتطور الزمن وتنظيماته الاجتماعية والاقتصادية و السياسية المستحدثة، فيجب تغير الحكم لتحقيق المصلحة ورفع المفسدة [5].

إن المتتبع لفتاوى الفقهاء المتأخرين، يجدها تختلف عن تلك الفتاوى التي نقلت عن أئمتهم، لمّا جدت الحاجة إلى التغيير ، فقالوا عن مثل هذا الاختلاف إنه اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حجة وبرهان.

---

1 بدر الدين زواقة ، شهرزاد عزوزة ، فتاوى النوازل الأسرية المعاصرة ومدى اعتبارها لفقه الموازنات ، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 24 / 25 أكتوبر 2018 ، جامعة الوادي ، ص 1090 .

2 المصالح المرسلة، مُحَمَّد الأمين بن مُحَمَّد الشنقيطي، الجامعة الاسلامية، المدينة المنورة،ط( 1 1410هـ، ج1 ، ص – 5 . ص 1090 .

3–الزرقا ، المدخل الفقهي العام،ج 2، ص 941 .

4 القرافي ، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان ، 1995 ، ص 231 ، 232.

5 دريد الزواوي ، منهجية الفتوى في المدرسة المالكية الأندلسية الإمام الشاطبي نموذجا ، ص 56 .

**ثالثا : اعتبار المآلات**[1] : أي نتيجة الفعل وثمرته و يكون النظر في المآلات بأنّ لا يتسرع بالحكم و الفتيا إلاّ بعد النظر إلى ما تؤول إليه الأفعال والتصرفات [2]وهذه قاعدة ثابتة في الشريعة، يقول الإمام الشاطبي" :النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالأقدام أو بالأحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه اتستجلب أو المفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف مما قصد فيه ، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به و لكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية " [3].

ولنا في ذلك قواعد وأسس منها الأخذ بالاستحسان الذرائع مراعاة الخلاف فهذه القواعد تؤكد أنه لا معزل عن الحكم دون أخذ الفقيه بها فالفقيه قد يستعين بالاستحسان فيفصل طفل عن بيئته ويلحقه بأسرة بديلة لأنها أولى بالرعاية وتحقق مصلحته مراعيا في ذلك خلاف الفقهاء في ترتيب الأولياء واختيار الأفضل منهم ولو في ذلك وسائل ومسالك منها استقراء الواقع واستبصار المستقبل والاستشهاد بمقصد المراد تحقيقه .

**الخاتمة :**

فصل الأطفال عن ذويهم نازلة معاصرة ، ارتبط حكمها بفقه الواقع تنزيلا ، لا يمكن تعميم حكمها كاجتهاد يعطى لعموم الناس إنما هي فتوى ترتبط بالزمان والمكان ، تراعى فيها خصوصيات الحالات ، هي أكثر ارتباطا بأحكام المسلمين في بلاد الغرب ، كونهم يحتكمون إلى قوانين غير إسلامية في شؤون المعاملات ، مما يقتضي منهم التزام قوانين تلك البلدان ، التي تغلب الحقوق الفردية ومنها حقوق الأطفال على حساب مؤسسة الأسرة ومن ثم ينبغي التحرز في بيان الفتوى التي تعطى للناس ولئن كان فهم الواقع جوهرها إلا أن استحضار المقاصد وخاصة في مسالة تحصيل المصالح ودفع المفاسد ، وكذا اعتبار المآلات ، و مراعاة التغيرات مما يؤدي إلى إعطاء الحكم المناسب

1 قبلي بن هني ، ضابط التحكيم المقاصدي ومسالكه التعليلية في استصلاح قضايا الأسرة المستجدة دراسة النصوص الشرعية في ضوء فقه المقاصد ، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 24 / 25 أكتوبر 2018 ، جامعة الوادي ، ص 49 .

2 بدر الدين زواقة ، شهرزاد عزوزة ، فتاوى النوازل الأسرية المعاصرة ومدى اعتبارها لفقه الموازنات ، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 24 / 25 أكتوبر 2018 ، جامعة الوادي ، ص 1089 .

3 الموافقات في اصول الشريعة، الشاطبي، ج 4 ، ص 43 .

**قائمة المراجع :**


- أحمد بوعود، فقه الواقع أصول وضوابط، دار السلام، القاهرة، 2006 .

– بدر الدين زواقة ، شهرزاد عزوزة ، فتاوى النوازل الأسرية المعاصرة ومدى اعتبارها لفقه الموازنات ، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 24 / 25 أكتوبر 2018 ، جامعة الوادي .

- الحسني الطرازي ، المرأة وحقوقها في الإسلام ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1984.

- الحطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، ط3، 1992 .

-دريد الزواوي ، منهجية الفتوى في المدرسة المالكية الأندلسية الإمام الشاطبي نموذجا ، رسالة ماجستير، مركز ودود للمخطوطات ، 2008 .

-راضية قصباية ، عبد الرحمان رداد، مشكلات الولاية على الصغير في ضوء المقاصد المتعلقة بحفظ النسل – إسناد الحضانة أنموذجا– مجلة الشريعة والاقتصاد ، المجلد الثامن، العدد الخامس عشر، جوان 2019 م .

-الرفعي عبد السلام ، الولاية على المال في الشريعة الاسلامية ، مطابع افريقيا الشرق ، 1996

- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1 ، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

- الشاطبي، الموافقات، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

-الشاهد البوشيخي، فقه واقع الأمة دراسة في المفهوم ، مجلة حراء العدد 33 ، نوفمبر–ديسمبر 2012 .

- الطيب برغوث، الدعوة الإسلامية والمعادلة الاجتماعية، ط1 ، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1985 .

- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ،ط 2 دار الكتب العلميه ، لبنان ، 2003 .

- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، حسب آخر تعديل له ، ط 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007 .

- عبد المجيد النجار، فقه التدين فهما وتنزيلا، ط3 ، منشورات قرطبة ، المحمدية، الجزائر، 2006 .

– العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الآنام،مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، 1991 .

- فاطمة زوهيري، فقه الواقع لدى المرشدات الدينيات في الجزائر– دراسة ميدانية على عينة من مرشدات ولاية قسنطينة– ، مجلة المعيار ، العدد 42 ، 2017 .

- قبلي بن هني ، ضابط التحكيم المقاصدي ومسالكه التعليلية في استصلاح قضايا الأسرة المستجدة ، دراسة النصوص الشرعية

في ضوء فقه المقاصد ، الملتقى الدولي الثاني المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة 24 / 25 أكتوبر 2018 ، جامعة الوادي .

- القرافي ، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، لبنان ، 1995 .

- ابن القيم ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ،دار الكتب العلمية .
- مُحَمَّد أبو زهرة ، الولاية على النفس ، دار الفكر العربي .
-مُحَمَّد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، 1957 .
- مُحَمَّد الأمين بن مُحَمَّد الشنقيطي ،المصالح المرسلة، الجامعة الاسلامية، المدينة المنورة،ط 1 ، 1983 .
- مُحَمَّد بن الحسن الجعفري ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ط1 ، دار الكتب العلمية، .بيروت، لبنان، 1995 .
- وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي، ط 2، دار الفكر، دمشق.
-يوسف القرضاوي، أولويات الحركة الإسلامية في المرحلة القادمة، ط2 ، مكتبة وهبة، القاهرة، 1991 .