جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بدمنهور
قسم الفقه المقارن

الأحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ، دراسة مقارنة

رسالة مقدمة من الباحث

عبد الحليم محمد منصور علي
المدرس المساعد بقسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالدقهلية

لنيل درجة العالمية (الدكتوراه) في الفقه المقارن

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور	الأستاذ الدكتور
سمير محمد محمود عقبي	رأفت عبد الفتاح محمد حلاوة
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن	أستاذ القانون الجنائي المساعد
بكلية الشريعة والقانون بدمنهور	بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

١٤٢٣ هـ /٢٠٠٢ م

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

(وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) الروم ، آية : (٢١)

(يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا)
النساء ، آية : (١)

الإهداء

******

- إلى صاحب المقام المحمود والحوض المورود سيدنا محمد ε لعلي أحظى بشفاعته يوم القيامة
- إلى من أمرني ربي أن أخفض لهما جناح الذل من الرحمة والدي أطـــال الله عمرهما ومتعهما بدوام الصحة وتمام العافية
- إلى من جعل الله بيني وبينها سكنا ومودة ورحمة زوجتي أم أحمد
- إلى قرة عيني ونبض قلبي وفلذات كبدي أولادي أحمد ومحمـــد وعلـــي الدين أرجو من الله عز وجل أن يجعلهم جميعا من أهل القرآن
- إلى رفيق الدرب والصاحب بالجنب والقريب من القلب أخي وصديقي أ / علي عثمان سائلا المولى عز وجل له التوفيق والنجاح في الدنيا والآخرة
- إلى شيوخي الأجلاء وأساتذتي الأفاضل في جميع مراحلي التعليمية إلـــى أصدقائي وأحبائي وكل من كان ذا فضل علي وإلى طلاب العلم أهـــدي إليهم جميعا هذا العمل المتواضع

الباحث

الشكر والتقدير

انطلاقا من قول الله تعالى (وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها)(١) وقوله ε (من أسدى إليكم معروفا فكافئوه) (٢)

وإيمانا مني بما للمعلم من فضل على تلميذه فإنني أتوجه بخالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان بالجميل

للأستاذ الدكتور / سمير محمد محمود عقبي أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بدمنهور ذلكم العالم الفاضل صاحب القلب الكبير والعلم الغزير على ما آثرني به من نصح وتوجيه وما بذله معي من جهد في هذه الرسالة فقد فتح لي بيته وقلبه وعاش معي في هذا البحث لحظة بلحظة وقرأه معي كلمة كلمة وكثيرا ما آثرني بوقت راحته حرصا منه على أن يخرج هذا البحث في صورة مرضية وتلك سمة العلماء فالله أسأل أن يجزيه عني خير الجزاء وأن يجعل ذلك في ميزان حسناته يوم القيامة وأن يمتعه بلذة النظر إلى وجهه الكريم إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير

كما أنني أتوجه بعظيم الامتنان إلى العالم الجليل والقانوني البارع الأستاذ الدكتور / رأفت عبد الفتاح حلاوة أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الشريعة والقانون بدمنهور ذو الخلق الرفيع والعلم الغزير الذي لمست فيه حنو الأب وكرم العلماء وذلك من خلال توجيهاته ونصحه فكنت أرى في نصحه نصح المحب المخلص وتوجيه العالم المتواضع فاللهم ارفع في الدنيا اسمه وفي الآخرة ذكره بقدر ما نصح وأرشد وبقدر ما علم وأفاد

---

(١) النساء ، آية : (٨٦)

(٢) كشف الخفاء ج٢ ص٢٩٤، برقم٢٣٦٨

(١)

نتائج البحث

```
ERROR: invalidfont
OFFENDING COMMAND: .type42execchar

STACK:

0.0
0.0
415
/fehinitial
12
-dictionary-
[387 191 143 110 154 128 189 143 237 107 143 143 182 0 ]
(               )
[387 191 143 110 154 128 189 143 237 107 143 143 182 0 ]
(               )
[387 191 143 110 154 128 189 143 237 107 143 143 182 0 ]
(               )
```

(٣)

وقال أيضا : " ولفقيه واحد أشد على الشيطان من ألف عابد " (١)

ولقد وفقني الله عز وجل في اختيار موضوع يعنى بحق من حقوق عقد الزواج هو حق الاستمتاع والتجاوز في استخدامه وهو بعنوان :

" الأحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ، دراسة مقارنة "

وقد قضت حكمة الله سبحانه وتعالى أن يجعل لكل من الرجل والمرأة طبائع وغرائز تدفع كلا منهما إلى الآخر بميل غريزي ورغبة في اتصال كل منهما بالآخر اتصالا يكون ثمرته التناسل حفظا للنوع البشري وتعميرا للكون ، ولم يترك الخالق الباريء المصور البشر يشبعون رغباتهم الجنسية حسب هواهم وإنما شرع الزواج ووضع له الأحكام والضوابط لكي يعيش الرجل مع زوجته في ظلال من المودة والرحمة في إطار لا يجوز للمسلم تعديه (٢)

وهذا البحث منه ما هو قديم قد أفاض فيه فقهاؤنا الأجلاء وذلك من خلال التجاوزات التي نص عليها القرآن الكريم صراحة وأظهروا عظمة فائقة في بيان حكم الشرع فيها ، ومنه ما هو جديد إذ ظهرت أمور وأحوال مع التقدم العلمي الحديث انعكست آثارها على العلاقة الزوجية لاسيما حق الاستمتاع بالزوجة وبدا معها بيان الحكم الشرعي لهذه القضايا والأحداث أمرا بالغ الأهمية

ذلك أن الرجل في سبيل استمتاعه بالمرأة قد يجنح إلى ما ليس له من أمور لا يحل إتيانها تتعلق بالإتيان في غير موضع الحرث أو الإتيان في وقت لا يجوز الاستماع بالمرأة فيه أو في ظروف تعرض للمرأة أو الرجل يكون الاستمتاع مع قيامها غير مشروع

لا سيما وأنه قد ظهرت أمور حديثة لم تكن موجودة قبل ذلك تتعلق بهذه القضية ويكتنفها الكثير من الغموض وتحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها فقد ظهر منذ فترة ليست بالقصيرة مرض الإيدز " مرض نقص المناعة المكتسب " الذي قد يصاب به أحد الزوجين وفي هذه الحالة يثور بعض التساؤلات التي تتعلق بأمور الاستمتاع من حيث الحل والحرمة وحكم نقل العدوى إلى الزوج الآخر ونحو ذلك من الفروض التي ثار الجدل حولها سواء من الناحية الشرعية أو القانونية التي حاولت معالجتها من خلال هذه الدراسة

---

(١) سنن الترمذي ، جـ٥ ، صـ٤٨ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، قال أبو عيسى : " هذا حديث غريب ولا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث الوليد بن مسلم

(٢) د/حسني الجدع ، تجاوز حق الاستمتاع بالزوجة دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ، صـ٢ ، طبعة ١٩٩٤ م

(٤)

كما أن هناك بعض الفروض الأخرى التي ظهرت حديثا ولم تكن موجودة أيام فقهائنا القدامى تلك التي تتعلق بما يبثه الغرب لنا عن طريق الأقمار الصناعية في ظل الإعلام المفتوح وعالم السماوات المفتوحة في عالم الفضائيات والأقمار الصناعية التي تبث ما يصدره لنا الغرب من أمور شاذة حتى يصدوا المسلمين عن دينهم ويفتنوهم في عقيدتهم

ومن ثم فإن من هذه الممارسات التي يصدرها الغرب للمسلمين أن يجتمع الرجل الواحد مع أكثر من امرأة ليمارس معهن الجماع قد يكن زوجاته وقد لا يكن كذلك فإن مثل هذا الأمر قد يثير بعض المسلمين ممن يهوون محاكاة الغرب في سلوكياتهم فيلجأون لمثل هذه التصرفات أو قد يأتي تساؤل من المسلمين الذين يعيشون في الغرب ويشاهدون مثل هذه التصرفات ويريدون محاكاتها ومن ثم فهذا الفرض يثير بعض المشاكل التي تتعلق بهذه المسألة سواء من الناحية الشرعية أو القانونية وقد حاولت جاهدا علاجها من خلال القواعد والأطر العامة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وقد ظهر حديثا في ظل هذا التقدم العلمي والتكنولوجي الذي نعايشه في هذه الأيام ما يفعله بعض الأزواج من تسجيل العملية الجنسية بينهما بطريق الفيديو بهدف الاستمتاع بها فيما بعد حتى يشاهد الزوجان أنفسهما على هذه الحالة فيزيد ذلك من فرص الاستمتاع فيما بينهما ويزيد من رغبتهما في ممارسة الجماع معا مرات ومرات

أو قد يلجأ الزوجان إلى مشاهدة الأفلام الجنسية وذلك بقصد الإثارة ليكون ذلك حافزا لهما على ممارسة الجماع

وظهر في مجتمع المسلمين ما يسمى بالرغبة في المحافظة على جمال البضع وذلك من خلال اللجوء إلى الولادة القيصرية في غير حالة الاضطرار حتى يستمتع الرجل بزوجته الاستمتاع الكامل بدعوى أن الولادة الطبيعية تؤثر بطريق أو بآخر على فرص الاستمتاع الكامل بالمرأة وربما يثور خلاف بين الزوجين بسبب هذا الأمر وربما تموت المرأة أثناء هذه العملية وربما تصاب بعاهة تظل مستديمة معها ونحو ذلك من أمور مستحدثة حاولت من خلال هذا البحث الإسهام في علاجها

هذه الفروض وغيرها تثير كثيرا من المشاكل والجدل حول معرفة الحكم الشرعي لها وموقف القانون الجنائي منها وقد حاولت من خلال هذا البحث المساهمة في علاج هذه المشكلات التي تهم المسلمين في هذه الحياة

(٥)

إضافة إلى ما تقدم فقد أظهر الطب الحديث بعض الأدوية والعقاقير المنشـــطة التي تستخدم في هذه الممارسات وقد يكون الرجل بحاجة إليها وقد لا يكـــون وهـــذه العقاقير قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة وقد حاولت الإسهام فـــي بيـــان بعض الحلول لهذه الفروض والمشاكل سواء من الناحية الشرعية أو القانونية .

وهكذا نجد شريعة الإسلام وفقهنا الإسلامي الزاخر قادر على مواجهة كافة الفروض والمشاكل التي تستجد في حياتنا وتحتاج إلى العلاج الملائم لها لاسيما وأن بيان الحكم الشرعي لهذه الأمور أمر بالغ الأهمية لأنه يهم كل مسلم في هذه الحياة يريد أن يكون على بصيرة بأمور دينه

وصفوة القول إن هذه الشريعة الغراء هي صرح شامخ تصلح لبناته لكل زمان ومكان " صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة ونحن له عابدون " البقرة (١٣٨)

(٦)

أسباب اختياري لهذا الموضوع

****

إذا كان موضوع هذه الدراسة هو (الأحكام الفقهية لتجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ، دراسة مقارنة) فإن ذلك يرجع إلى عدة أمور :

أولا ــ إبراز دور الشريعة الإسلامية من خلال مواجهتها للمشكلات المعاصرة التي تستجد والتي سبقت بها القوانين الوضعية بقرون عدة ومدى مرونتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان

ثانيا ــ تجميع ما تفرق في بطون الكتب وأمهاتها قديمها وحديثها فيما يتعلق بموضوع تجاوز الاستمتاع بالزوجة في كتاب واحد يسهل الرجوع إليه عند الحاجة إلى معرفة أمر من الأمور التي تتعلق بالاستمتاع والتجاوز فيه

ثالثا ــ المساهمة في حل الفروض والمشكلات التي تستجد في هذه الحياة والناتجة عن التقدم العلمي والتكنولوجي المعاصر والذي برز معها العديد من القضايا الحديثة التي يحتاج المسلمون مع قيامها إلى بيان الحكم الشرعي فيه حتى يكون المسلمون على بينة من أمور دينهم في هذه الحياة

رابعا ــ الرغبة الصادقة في تبيين بعض الحقائق للمسلمين وتوعيتهم بما ينفعهم في دينهم ودنياهم لعل ذلك ينير شمعة على طريق المعرفة والإرشاد في هذا المجتمع

خامسا ــ ما نسمع عنه من سعار شهواني في هذه الحياة يؤدي استمراره إلى خلل في موازين الحياة وطغيان للحيوانية المتمثلة في النهم الشهواني الدنيء على المثل والقيم الدينية العليا التي هي غاية للإنسان في هذه الحياة

(٧)

منهج الدراسة في هذا البحث

لقد اتبعت في هذا البحث منهجا يعتمد على التحليل والتأصيل والاستنباط في كل مسألة من مسائل هذا البحث وذلك ببيان موقف فقهاء المذاهب المختلفة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية في المسألة محل البحث ولقد عمدت في ذلك إلى الرجوع إلى المصادر الأصلية المعتمدة لكل مذهب من هذه المذاهب وكان منهجي في صياغة المسائل الفقهية المقارنة معتمدا على الخطوات التالية : ــ

١ ــ تحرير محل النزاع ما أمكنني ذلك

٢ ــ ذكر آراء الفقهاء في المسالة محل البحث

٣ ــ بيان سبب الخلاف ٤ ــ ذكر أدلة كل فريق ٥ ــ المناقشة

٦ ــ بيان الرأي الراجح معتمدا في ذلك على قوة الدليل دون ميل أو هوى

كما كنت شديد الحرص على نقل نصوص من أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة تؤيد كل مذهب من هذه المذاهب ،وقد حرصت على نسبة الآيات القرآنية إلى موضعها من السور في القرآن الكريم كما أنني رجعت إلى كتب التفسير وأحكام القرآن كلما اقتضى المقام ذلك ،كما قمت بتخريج الأحاديث النبوية تخريجا علميا وفق الأصول المعتمدة في ذلك ، كما أنني استعنت بكتب اللغة في بيان معاني المصطلحات والمفردات اللغوية الواردة في هذا البحث

وفي الجانب القانوني قمت بعرض الموضوع مبينا آراء فقهاء القانون فيه إن كان ثمة خلاف ، وأشرت في كثير من الأحيان إلى أحكام محكمة النقض التي تتعلق بمسألة من مسائل البحث كما أنه في حالة وجود خلاف بين فقهاء القانون الجنائي في المسألة محل البحث فإنني أعرض لوجهة نظر كل فريق كما قمت بترجيح ما رأيته أقرب إلى العدالة ومحققا لمصالح الناس وإن كان هذا الرأي مرجوحا لدى فقهاء القانون وفي بعض الأحيان كنت أقترح على المشرع الجنائي إضافة بعض المواد أو الفقرات التي رأيت أن في إضافتها تلافيا لقصور قائم وتحقيقا لمصلحة من مصالح الناس في المجتمع

وقد راعيت عند الكتابة سهولة العبارة وجزالة اللفظ ووضوح المعنى ما أمكن حتى يسهل على القاريء فهمها

وكان منهجي في عرض مسائل البحث في كل فصل من فصوله إفراد مبحث لبيان المسألة في الفقه الإسلامي وآخر في القانون الجنائي ثم أعقد مقارنة بينهما في مبحث ثالث أبين فيه أوجه الاختلاف وأوجه الاتفاق

وفي النهاية فهذا جهد المقل ولا أدعي أنني بلغت الكمال ولكن حسبي أنني بشر أصيب وأخطيء فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان ولكن حسبي أنني حاولت

(٨)

*** خطة البحث**

هذا البحث يشتمل على افتتاحية وفصل تمهيدي وأربعة أبواب وخاتمة

أما الافتتاحية فتناولت فيها

١ ــ مقـــــدمة البحـــــــث ٢ــ أسباب اختيار الموضـــــوع

٣ ــ منهـــــــــــــــج البحث ٤ ــ خطة الدراسة في هذا البحث

الفصل التمهيدي

وتناولت فيه التعريف بحق الاستمتاع وحكمه وحدوده في الفقه الإسلامي

وقسمته إلى ثلاثة مباحث : ــ

المبحث الأول : ــ التعريف بحق الاستمتاع وحكمه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ فضل الاستمتاع بالزوجة وآدآبه

المبحث الثالث : ــ التعريف بتجاوز حق الاستمتاع وحدوده

الباب الأول : الإتيان في غير الموضع المشروع

وقسمته إلى ثلاثة فصول : ــ

*** الفصل الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : حكم الإتيان في الدبر في القانون الجنائي

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

*** الفصل الثاني : حكم الإتيان في المكان العام في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه ثلاثة مباحث : ــ

المبحث الأول : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتـــب عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتـــب عليه في القانون الجنائي

المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام

*** الفصل الثالث : حكم الإتيان في الفم والآثار الناشئة عنه فـــي الفقـــه الإســـلامي والقانون الجنائي**

وفيه مباحث :

المبحث الأول : أحكام المباشرة في الفم وآثارها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : أحكام المباشرة في الفم وآثارها في القانون الجنائي

(٩)

المبحث الثالث : مقارنة ببين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في حكم المباشرة في الفم

الباب الثاني تجاوز حدود حق الاستمتاع بالجماع في وقت معين

وفيه أربعة فصول :

*** الفصل الأول : أحكام الجماع في نهار رمضان والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ــ أحكام الجماع في نهار رمضان والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من الجماع في نهار رمضان

المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

*** الفصل الثاني : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من الجماع أثناء الاعتكاف

*** الفصل الثالث: الجماع أثناء الإحرام بالحج والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : المباشرة أثناء الإحرام بالحج والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من المباشرة أثناء الإحرام بالحج

*** الفصل الرابع : أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مباحث :

المبحث الأول : أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة الميتة

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم مباشرة الميتة وآثارها

الباب الثالث: تجاوز حدود حق الاستمتاع بالإتيان في ظرف لا يحل الاستمتاع مع قيامه

وفيه فصول :

(١٠)

*** الفصل الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به ومدى حق الزوجين في التفريق بسببه

المبحث الثاني : أحكام الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث : موقف القانون الجنائي من الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين والآثار الناشئة

المبحث الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

*** الفصل الثاني : الجماع أثناء الحيض والنفاس والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مباحث :

المبحث الأول : أحكام مباشرة الحائض وآثارها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة الحائض

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في مباشرة الحائض

*** الفصل الثالث : الجماع المقترن بالعزل في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من منع الحمل أو تأخيره

*** الفصل الرابع : جماع المظاهر منها قبل التكفير والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير وآثارها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة المظاهر منها قبل التكفير

*** الفصل الخامس : حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحد والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مباحث :

المبحث الأول : حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحد والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة أكثر من زوجة في فراش واحد

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم مباشـــرة أكثر من زوجة في فراش واحد

*** الفصل السادس : حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفية ثلاثة مباحث : ــ

المبحث الأول : ــ حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين والآثـــار الناشـــئة عنة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من الجماع مع قيـــام مـــانع بأحـــد الزوجين

المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الباب الرابع تجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة بغير الوطء

وفيه فصول :

*** الفصل الأول : تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية مـــن أجـــل الإثارة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مباحث :

المبحث الأول :تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من تسجيل الجمـــاع بـــين الـــزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

*** الفصل الثاني : حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفية ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

*** الفصل الثالث : حكم رضاع الكبير والأثر المترتب عليـــه فـــي الفقـــه الإســـلامي والقانون الجنائي**

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من رضاع الكبير

(١٢)

*** الفصل الرابع : حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من المحافظة على جمال البضع (الفرج)

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري في حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج)

*** الفصل الخامس : حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي**

وفيه مباحث :

المبحث الأول : ــ حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع

المبحث الثالث : ــ مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم استخدام العقاقير الطبية عند الجماع

وأما خاتمة البحث فتناولت فيها

١ ــ نتائج البحث

٢ ــ فهارس الرسالة

(١٣)

الفصل التمهيدي
التعريف بحـــق الاستمتاع وحكمـــه
وحـــدوده فـــي الفقه الإسلامـــي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : ــ التعريف بحق الاستمتاع وحكمه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ فضـــــل الاستمتاع بالزوجـــــــــــة وآدآبه

المبحث الثالث : ــ التعريف بتجاوز حـــــــق الاستمتاع وحـــــدوده

****

المبحث الأول : ــ التعريف بحق الاستمتاع وحكمه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ــ التعريف بحـــــــــق الاستمتاع

المطلب الثاني : ــ حكم الاستمتاع فيما بين الزوجين

(١٤)

المطلب الأول : ــ التعريف بحق الاستمتاع

وتعريف حق الاستمتاع يقتضي تعريفه أولا باعتباره مركبا إضافيا ثم تعريفه بعد ذلك بالمعنى اللقبي باعتباره علما على هذا الأثر الناشيء عن عقد الزواج

أولا التعريف الإضافي لحق الاستمتاع

وتعريف حق الاستمتاع باعتباره مركبا إضافيا يستلزم تعريف كل طرف من طرفيه المضاف والمضاف إليه وهما كلمة " حق " وكلمة " استمتاع "

(أ) تعريف الحـــق :

الحق في اللغة : هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، والشيء الحق أي الثابت حقيقة ويستعمل في الصدق والصواب أيضا، يقال قول حق وصواب . والحق اسم من أسماء الله تعالى (١)

قال المناوي : الحق ما به الشيء حقا إذ لا حقيقة لشيء إلا به تعالى(٢)

وفي الاصطلاح : عرفه الجرجاني بأنه " الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل " (٣)

والمراد به هنا : ما ثبت شرعا للمكلف بحيث يحل له فعله

(ب) تعريف الاستماع :

الاستمتاع في اللغة : مصدر الفعل استمتع ، يقال استمتع بكذا : تمتع به ، والماتع : البالغ الجودة من كل شيء ، والمتاع : كل ما ينتفع به والاسم المتعة ، ويقال أمتعه الشيء : سره وأمتعه الله بكذا : أبقاه لينتفع به ، وتمتع بكذا : دام له ما يستمده منه (٤)

---

(١) كتاب التعريفات للجرجاني ، جـ١ ، صـ ١٢٠ ، دار الكتاب العربي ، ط ، الأولى ، ١٤٠٥ هـ ، تحقيق ، إبراهيم الإبياري ، الحدود الأنيقة ، جـ١ ،صـ٧٥، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ ، تحقيق د / مازن المبارك ، التعاريف للمناوي ، جـ١ ،صـ ٧٢٠ ، دار

الفكر المعاصر ــ دار الفكر بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١٠ هـ ، تحقيق د/ محمد رضوان الداية ، المعجم الوجيز ، صـ ١٦٣ ،مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، ط ، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعة جي ، صـ ١٢٥ ، دار النفائس ، ط، الأولى ، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .

(٢) التعاريف ، جـ١ ،صـ ٧٢٠

(٣) كتاب التعريفات للجرجاني ، جـ١ ، صـ١٢٠ ، الحدود الأنيقة ، جـ١ ،صـ٧٥ .

(٤) مختار الصحاح ، جـ١ ،صـ٢٥٦ ، المعجم الوجيزلمجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م ، صـ ٥٧١ .

(١٥)

وأما شرعا : فليس هناك تعريف فقهي للاستمتاع وإنما تكلم الفقهاء عنه باعتباره أثرا من آثار عقد الزواج عند كلامهم على الزواج وبيان أحكامه

قال الحصكفي معرفا عقد الزواج بأنه : " عقد يفيد ملك المتعة " أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي " (١)

وجاء في شرح فتح القدير: " حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا " (٢)

وعرف صاحب أنيس الفقهاء الزواج بأنه : " عقد موضوع لملك المتعة أي لحل استمتاع الرجل من المرأة " (٣)

وعرفه ابن عرفة بأنه : " عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية ..." (٤)

وقال الحطاب في المواهب : " ... النكاح والملك المبيح للوطء يبيح استمتاع كل من الزوجة والأمة ..." (٥)

وجاء في إعانة الطالبين : " المعقود عليه في النكاح حل الاستمتاع اللازم المؤقت بموت أحد الزوجين " (٦)

ومن خلال استعراض النصوص السابقة يتضح أن الفقهاء لم يتعرضوا لتعريف الاستمتاع بطريق مباشر وإنما تكلموا عنه باعتباره أثرا من آثار عقد الزواج ومن خلال أقوال الفقهاء السابقة يمكن تعريف الاستمتاع بأنه : " الأثر الناشيء عن عقد الزواج الذي يبيح لكل من الزوجين التمتع بالآخر شرعا "

ثانيا التعريف اللقبي لحق لاستمتاع

من خلال النظر في التعريفات السابقة للحق لغة واصطلاحا ولكلمة استمتاع لغة وشرعا ومن خلال النصوص الفقهية السابقة يمكن تعريف حق الاستمتاع باعتباره

أثرا ناشئا عن عقد الزواج بأنه : " حق يثبت للزوجين بمقتضى عقد الزواج أن يستمتع كل منهما بالآخر على النحو المقصود شرعا "

---

(١) **الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي ، جـ٣ ،صـ٣، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر**

(٢) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ، جـ٣ ،صـ ١٨٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان . البحر الرائق لابن نجيم ، جـ٣ ، صـ٨٣ ، الناشر ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

(٣) **أنيس الفقهاء ، جـ١ ،صـ١٤٥ ، الناشر ، دار الوفاء ، جدة ، السعودية ، ط ، الأولى ، ١٤٠٦ هـ تحقيق د/ عبد الرازق الكبيسي**

(٤) **الفواكه الدواني للنفراوي ، جـ٢ ،صـ٢١ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأودلاده بمصر ، ط ، الثالثة ، ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٥ م**

(٥) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٦

(٦) **إعانة الطالبين ، جـ٣ ، صـ ٢٥٥ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان**

(١٦)

ومن ثم فبناء على ما تقدم يجب على كل من الزوجين أن يتعاشرا بالمعروف وأن يحقق كل منهما رغبة الآخر عند الحاجة إليها حتى يحصن كل منهما نفسه ويقضي وطره من الآخر حتى لا يقع كل منهما أو أحدهما في المحظور لأن حق الاستمتاع من الحقوق المشتركة بين الرجل والمرأة وهو من أهم مقاصد الزواج لما يترتب عليه من حفظ النوع البشري بالتناسل ولما فيه من صيانة للدين والعرض وغض البصر وتحصين الفرج وتحصين الصحة بإخراج المني الذي يضر احتباسه في الجسم إن روعي فيه التوسط والاعتدال وفيه سرور للنفس وانشراح للصدر بحصول المتعة واللذة (١)

قال الكاساني : " وهذا الحكم وهو حل الاستمتاع مشترك بين الزوجين فإن المرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها قال تعالى : " لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن " (٢)

وللزوج أن يطالبها بالوطء متى شاء إلا عند اعتراض أسباب مانعة من الوطء وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء لأن حله لها حقها كما أن حلها له حقه " (٣)

(١) زاد المعاد ، جـ٣ ،صـ١٤٦
(٢) سورة الممتحنة ، آية : (١٠)
(٣) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٤٨٩ /٤٩٠

(١٧)

المطلب الثاني حكم الاستمتاع فيما بين الزوجين

تقدم القول بأن حق الاستمتاع يثبت لكل واحد من الزوجين أن يستمتع بالطرف الآخر على النحو المقصود شرعا وفيما يلي سوف أتناول حكم تمكين الزوجة زوجها من نفسها وكذلك حكم الاستمتاع بالنسبة للزوج إذا دعته إليه زوجته في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : حكم تمكين المرأة زوجها من نفسها

يجب على المرأة أن تلبي رغبة زوجها إذا دعاها إلى الفراش إذا لم يكن ثمة مانع يعوقها عن تمكينه من نفسها فإن امتنعت عن ذلك فإنها تكون آثمة وتلعنها الملائكة حتى تصبح أو ترجع وقد دلت على ذلك السنة النبوية المطهرة بأحاديث كثيرة منها : ـ

١ ـ ما روي عن زيد بن أرقم أن رسول الله ε قال : إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلتجب وإن كانت على ظهر قتب (١)
٢ ـ عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة قالت : يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته ؟ قال : لا تمنعه نفسها ولو كانت على ظهر قتب " (٢)

٣ ــ ما روي أن النبي ε قال : " لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها ولا تجد امرأة حلاوة الإيمان حتى تؤدي حق زوجها ولو سألها نفسها وهي على ظهر قتب (٣)

---

(١) مجمع الزوائد ، جـ٤ ، صـ ٣١٢ . قال : رواه البزار ورجاله رجال الصحيح خلا محمد بن ثعلبة بن سواد وقد روى عنه جماعة ولم يضعفه أحد " ، دار الريان للتراث ــ دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ ، المعجم الكبير للطبراني بنحوه ، جـ٥ صـ ٢٠٠ ، برقم ٥٠٠٨٤ ، مكتبة العلوم والحكم ، ط، الثانية ، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٣ م ، تحقيق / حمدي بن عبد المجيد السلفي . والقتب : إكاف البعير يقال : أقتب البعير إقتابا إذا شد عليه القتب وهو الخشب الذي يوضع على ظهر البعير ليركب عليه والجمع أقتاب ، لسان العرب ، جـ١ ،صـ٦٦١ ، طبعة ، دار المعارف ، معجم البلدان ، جـ٤ ،صـ٣١٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٠ هـ/١٩٩٠ م

(٢) مسند الطيالسي ، جـ١ ،صـ ٢٦٣ برقم ١٩٥١ ، دار المعرفة ، بيروت ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ ٥٥٧ ، برقم ١٧١٢٤ ، مكتبة الرشد الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤٠٩ هـ ، تحقيق / كمال يوسف الحوت

(٣) المستدرك على الصحيحين ، جـ٤ ، صـ ١٩٠ برقم ٧٣٢٥ قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م ، تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا ، مجمع الزوائد جـ٤ ، صـ ٣٠٩ ، قال : ورجاله رجال الصحيح ، مسند ابن أبي أوفى ، جـ١ ،صـ ٩٦ ، مسند الإمام أحمد بنحوه ، جـ٤ ،صـ٣٨١ ، برقم ١٩٤٢٢ ، مؤسسة قرطبة ، مصر ، المعجم الكبير بنحوه جـ ٥ ،صـ ٢٠٨ ، برقم ٥١١٧ ، تحفة الأحوذي ، جـ٤ ،صـ ٢٧٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

(١٨)

٤ ــ عن قيس بن طلق عن أبيه قال سمعت رسول الله ε **يقول** : إذا دعا الرجل زوجته لحاجته فلتجب وإن كانت على التنور (١)

٥ ــ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبيε قال : " إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح أو ترجع شك أبو داود " (٢)

فقد أفادت هذه الأحاديث بمجموعها وجوب تمكين المرأة زوجها من نفسها متى دعاها إلى الفراش وإن امتنعت عن ذلك فإن الملائكة تلعنها حتى تصبح واللعنة لا تكون في ترك شيء مباح أو مكروه فدل ذلك على حرمة ترك المرأة إجابة زوجها إذا دعاها إلى الفراش

قال النووي : ويحرم على الزوجة تحريما غليظا أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز (٣)

وجاء في إعانة الطالبين : " ويحرم عليها منعه من استمتاع جائز " (٤)

وقال ابن حزم : " وفرض على الأمة والحرة أن لا يمنعا الزوج والسيد متى دعاهما " (٥)
وجاء في النيل وشفاء العليل : " ولا تمنعه عن إن أرادها لأنه تزوجها للجماع وهو حق واجب عليها في الجملة كلما أرادها " (٦)
وقال ابن المرتضي : " وعليها تمكين الوطء " (٧)

لكل ما تقدم فإن المرأة مأمورة بالاستجابة لرغبة زوجها إذا دعاها إلى الفراش حتى يعف نفسه ويقضي وطره ويحصن فرجه عن الوقوع في الحرام

---

(١) سنن الترمذي ، جـ٣ ،صـ ٤٦٥ برقم ١١٦٠ قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق / أحمد محمد شاكر ، السنن الكبرى للبيهقي ، جـ ٧ ،صـ ٢٩٢ ، برقم ١٤٤٨٧، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م ، تحقيق / محمد عبد القادر عطا ، السنن الكبر للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣١٣ برقم ٨٩٧١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، تحقيق د/ سليمان عبد الغفار البنداري ، تحفة الأحوذي ، جـ٤ ،صـ٢٧٢
(٢) سنن البيهقي الكبرى بنحوه جـ ٧ ،صـ ٢٩٢ ، برقم ١٤٤٨٥ ، ١٤٤٨٦ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣١٣ برقم ٨٩٧٠ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ ٣ ،صـ٥٥٨ ،برقم ١٧١٣٣
(٣) روضة الطالبين ، جـ٥ ،صـ٣٤٥ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤٠٥ هـ
(٤) إعانة الطالبين ، جـ٣ ،صـ ٣٤١ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
(٥) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ، صـ ٤٠ ، م / ١٨٨٦، دار الجيل، بيروت ، لبنان .
(٦) النيل وشفاء العليل للشيخ الثميني ، جـ٦ ،صـ ٥٠٦ ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية
(٧) البحر الزخار لابن المرتضي ، جـ٤ ،صـ ٧٥ ، الناشر ، دار الكتاب الإسلامي .

(١٩)

الفرع الثاني : أراء الفقهاء في وجوب الجماع على الرجل

إذا كانت المرأة مأمورة بأن تمكن زوجها من نفسها متى دعاها إلى الفراش ويجب عليها أن تجيبه إلى طلبه فهل يجب الجماع على الرجل أيضا إذا دعته المرأة إليه
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ستة آراء : ـ

الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) إلى أن الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا طالبته به مرة واحدة والزيادة على ذلك فيما بينه وبين الله تعالى
الرأي الثاني : ذهب المالكية (٢) إلى أن الجماع واجب على الزوج بما يحصنها به فإن امتنع عنه يقضى لها في كل أربعة ليال بليلة

الرأي الثالث : ذهب الشافعية (٣) ورواية عند الحنابلة(٤) والزيدية (٥) إلى أن الجماع ليس واجبا على الرجل قال الشافعي : " فأما الجماع فموضع تلذذ ولا يجبر عليه أحد " (٦)
الرأي الرابع : ذهب الحنابلة في الراجح عندهم (٧) والإمامية (٨) إلى أن الوطء واجب على الرجل إن لم يكن له عذر وهو مقدر بأربعة أشهر نص عليه أحمد
الرأي الخامس : ذهب الظاهرية (٩) إلى أنه فرض على الرجل أن يجامع امرأته وأدنى ذلك مرة في كل طهر إن قدر على ذلك وإلا فهو عاص لله تعالى

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، للكاساني ، جـ٢ ، صـ٤٨٩ /٤٩٠ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ـ ١٤١٧ هـ /١٩٩٦ م .
(٢) الفواكه الدواني ، جـ٢ ، صـ٤٦ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ،جـ٤ ،صـ١١ ،دار الفكر ، ط ، الثالثة ، ١٤١٢ هـ /١٩٩٢ م . القوانين الفقهية لابن جزي ، جـ١ ، صـ ١٤١، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
(٣) المهذب للشيرازي ، جـ٢ ، صـ٦٦ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان . ، تكملة المجموع للمطيعي ، جـ١٨ ، صـ، ٩٩ ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية .
(٤) المبدع لابن مفلح ، جـ ٧ ،صـ ٢٠٠ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٨ هـ /١٩٩٧ م
(٥) البحر الزخار ، جـ ٤ ، صـ ٧٧ / ٧٨
(٦) الحاوي الكبير للماوردي ، جـ١٢ ، صـ٢١١ ، المكتبة التجارية ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤ هـ /١٩٩٤ م
(٧) المغني لابن قدامة ، جـ٩ ،صـ٧١٥ ، دار الحديث القاهرة ، ط، الأولى ، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦م ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٠ /٧١١ ، دار الحديث القاهرة ، ط، الأولى ، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦م ، كشاف القناع للبهوتي ، جـ ٥ ،صـ ١٩٢، دار الفكر ، ١٤٠٢ هـ/ ١٩٨٢ م ، الكافي في فقه الإمام أحمد لموفق الدين بن قدامة ، جـ٣ ،صـ ١٢٦ ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي
(٨) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ، جـ ٤ ، صـ ١٩٢ ، دار الزهراء بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤١٢ هـ /١٩٨٤ م
(٩) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٠ ، م / ١٨٨٦

الرأي السادس : ذهب بعض الحنابلة منهم ابن تيمية (١) وظاهر كلام الإباضية (٢) إلى أنه يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف بقدر حاجتها وقدرته كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته

الأدلة :
(أ) استدلال الرأي الأول :

لم أعثر لأصحاب هذا الرأي القائلين بوجوب الجماع على الرجل مرة واحـــدة علـــى دليل لهم يؤيد ما يقولون (٣)

مناقشة هذا الرأي :

هذا الرأي غير مسلم لأن الجماع كما هو حق للرجل يجب على المرأة أن تلبي حاجته إذا دعاها إلى الفراش فكذلك أيضا هو حق للمرأة يجب على الرجل أن يجيبهـــا إلـــى طلبها حتى يتحقق لها ما تريد ولئلا يفضي ذلك إلى مفسدة انحرافها كمـــا أن التقـــدير بمرة واحدة لم يدل عليه دليل فيكون غير مقبول

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بأن حق المرأة في الجماع يجب في كل أربع ليال ليلة بالأثر المـــروي عن الشعبي أن كعب بن سور كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله إنه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يـــا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها فقال وما ذاك ؟ قال إنها جاءت تشـــكوه إذا كانت هذه حاله في العبادة متى يتفرغ لها فبعث عمر إلى زوجها فجاء فقال لكعب : اقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم قال : فإني أرى كأنها امرأة عليهـــا ثلاث نسوة وهي رابعتهن فأقضي له ثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يـــوم وليلـــة فقال عمر : والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من رأيك الآخر اذهب فأنت قاض علـــى البصرة وفي رواية قال : نعم القاضي أنت " (٤)

وجه الدلالة : فقد أفاد هذا الأثر الوارد عن عمر بن الخطاب وكعب بن سور أن حق المرأة في الجماع يثبت مرة في كل أربع ليال فقد أقر عمر هذا القضاء ولم ينكر عليه أحد ذلك فدل على أن الجماع حق للمرأة في كل أربع ليال مرة

---

(١) مجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، جـــ٣٢ ، صـــ٢٧١ ، دار الرحمة للنشر والتوزيع

(٢) النيل وشفاء العليل ، جـــ٦ ، صـــ٤٩٤ / ٤٩٥

(٣) بدائع الصنائع ، جـــ٢ ،صـــ ٤٨٩ /٤٩٠

(٤) المغني ، جـــ٩ ،صـــ٧١٣ / ٧١٤ ، الشرح الكبير ، جـــ٩ ،صـــ٧١٠ /٧١١ ،

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم أن الجماع يجب على الرجل مرة واجدة في كل أربع ليال قال المـــاوردي : " يجوز أن يكون كعب توسط فيما حكم به بين الزوجين عن صلح ومراضاة " (١)

كما أن هذا القضاء لا يعدو أن يكون قول صحابي وهو ليس حجة على ما تقرر في علم الأصول فيكون غير مقبول (٢)

(ج) استدلال الرأي الثالث : استدل القائلون بأن الجماع لا يجب على الرجل تجاه المرأة بما يلي :

١ ــ من الكتاب قوله تعالى " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ " (٣)

وجه الدلالة : قال الشافعي معناه : " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء بما في القلوب من المحبة فلا تميلوا كل الميل في أن تتبعوا أهواءكم وأفعالكم " فتذروها كالمعلقة " (٤) وهي التي ليست بزوجة ولا مفارقة فدلت هذه الآية على أن عليه التسوية بينهن فيما يقدر عليه من أفعاله في القسم والإيواء وليس عليه التسوية بينهن فيما لا يقدر عليه من المحبة والشهوة فكذلك الجماع " (٥)

وقال الماوردي : " إن الجماع هو من دواعي الشهوة وخلوص المحبة التي لا يقدر على تكلفها بالتصنع لها " (٦)

٢ ــ من المعقول : إن الجماع حق للرحل فلا يجبر عليه قال الشيرازي : " ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حقه فجاز له تركه كسكنى الدار المستاجرة ولأن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن إيجابه " (٧)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم أن الجماع لا يجب على الرجل لأنه وإن كان حقا له فهو حق أيضا للمرأة يجب عليه الوفاء به لها كما يجب عليها الوفاء به له قال تعالى : " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ " (٨)

(د) أدلة الرأي الرابع : استدل القائلون بأن الجماع واجب على الرجل في كل أربعة أشهر مرة بما يلي :

 # أدلة وجوب الجماع

أولا من السنة : بما روي أن النبيε قال لعبد الله بن عمرو بن العاص : " يا عبد الرحمن ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت بلى يا رسول الله قال :

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ١٢ ،صـ ٢١٢ .

(٢) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٧٤ ، دار الفكر ، بيروت ، المسودة ، جـ١ ،صـ٣٣٧ ، دار النشر المدني ، القاهرة ، تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد

(٣) سورة النساء ، آية : (١٢٩)

(٤) سورة البقرة ، آية : (٢٢٨)

(٥) الحاوي الكبير ، جـ١٢ ،صـ ٢١٢

(٦) الحاوي الكبير ، جـ١٢ ،صـ ٢١٢

(٧) المهذب ، جـ ٢ ،صـ ٦٦ ، المبدع ،جـ٧ نصـ ٢٠٠ ، تكملة المجموع ، جـ١٨ ،صـ ٩٩

(٨) سورة البقرة ، آية : (٢٢٨)

" فلا تفعل صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقا وإن لعينك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا " (١)

فقد أخبر النبي ع أن للمرأة حقا على زوجها يجب عليه أن يفي به لهـا وهـو حق الجماع (٢)

ثانيا من الأثر : قصة كعب بن سور السابقة(٣)

قال ابن قدامة ــ تعليقا على هذا الأثر ــ : " وهذه قصة انتشرت فلم تنكـر فكانـت إجماعا " (٤)

ثالثا ــ المعقول بما يلي :

١ ــ إن الجماع لو لم يكن حقا للمرأة لم تستحق فسخ النكاح عند تعذره بالجب والعنة وامتناعـه بالإيلاء ، ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة لملك تخصيص إحدى زوجتيه به " (٥)

٢ ــ إن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما وهو مفض إلـى دفـع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بـذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا (٦)

٣ ــ لو لم يكن النكاح حقا للمرأة لما وجب استئذانها في العزل كالأمة (٧)

* **دليل التقدير بالأربعة أشهر :** وأما دليل التقدير بأربعة أشهر فقالوا : إن الله تعالى قدره في القرآن بأربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حـق غيـره لأن اليمـين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها فإن أصـر على ترك الوطء طالبت به المرأة .(٨)

مناقشة هذا الاستدلال :

نحن نسلم لكم الأدلة الدالة على وجوب الجماع على الرجل لأن حق الاستمتاع مشترك بينهما لكن لا نسلم لكم التقدير بأربعة أشهر لأن هذا تقدير لم يدل عليه دليـل كما أن القياس على المولي غير مسلم لأن تحديد الأربعة أشهر في حق المولي أنهـا مدة تتضرر فيها المرأة بترك الجماع فيجب عليه أن يفيء أو أن يطلق عنه القاضـي رفعا للضرر عن المرأة وليس في ذلك ما يدل على التحديد بالأربعة أشهر.

---

(١) تحفة الأحوذي ، جـ٧ ، صـ٨١

(٢) المغني ، جـ٩ ،صـ ٧١٣ ،

(٣) تحفة الأحوذي ، جـ٧ ،صـ٨١ .

(٤) المغني ، جـ٩ ،صـ٧١٤ ،

(٥) المغني ، جـ٩ ،صـ ٧١٤

(٦) المغني ، جـ٩ ،صـ ٧١٥ / ٧٥٦ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٠ /٧١١ ،

(٧) المغني ، جـ٩ ،صـ ٧١٥ / ٧٥٦ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٠ /٧١١ ،

(٨) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٥٦ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٠ /٧١١ ،

كما أن هذا التحديد ينافي أن الجماع حق للمرأة كما هو حق للرجل فكما أن حق الاستمتاع مطلق للرجل فكذلك المرأة بما لا يضر أحد الزوجين

(هـ) أدلة الرأي الخامس :

استدل القائلون بأن الجماع يجب على الرجل في كل طهر مرة بما يلي :

أولا ــ من الكتاب قوله تعالى : " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللهُ " (١)

وجه الدلالة : أفادت هذه الآية وجوب إتيان المرأة في كل طهر مرة لأن قوله " فأتوهن " أمر وهو يفيد الوجوب حيث لا صارف (٢) فيجب على الرجل أن يجامع زوجته في كل طهر مرة عملا بهذا الأمر

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن الآية تفيد وجوب الجماع في كل طهر مرة وإنما الآية إخبار من الله سبحانه وتعالى عن غاية انتهاء الوقت الذي يحرم فيه جماع الحائض وهو إلى انقطاع الدم والاغتسال فإذا انقطع الدم وتطهرت المرأة فقد دخل وقت الحل ومن ثم فقوله " فأتوهن " إخبار من الله عز وجل عن جواز الفعل وليس أمرا يفيد الوجوب

ثانيا من الأثر :

بما روي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال : إنا لنسير مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ عرضت له امرأة من خزاعة شابة فقالت يا أمير المؤمنين : إني امرأة أحب ما تحب النساء من الولد وغيره ولي زوج شيخ والله ما برحنا حتى نظرنا إليه يهوي شيخ كبير فقال لعمر: يا أمير المؤمنين إني لمحسن إليها وما آلوها فقال له عمر : أتقيم لها طهرها ؟ فقال نعم : فقال لها عمر : انطلقي مع زوجك ووالله إن فيه لما يجزي أو قال يغني المرأة المسلمة " (٣)

فقد أفاد هذا الأثر الوارد عن عمر بن الخطاب أن الجماع يجب في كل طهر مرة .

قال ابن حزم : " ويجبر على ذلك من أبى بالأدب لأنه أتى منكرا من العمل " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن الجماع يجب في كل طهر مرة لأن هذا الأثر لا يعدو أن يكون قول صحابي فلا يكون حجة في العمل به (٥)

---

(١) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

(٢) كتاب التقرير والتحبير ، جـ١ ،صـ٣٨٠ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ م ، ط ، الأولى ، مكتبة البحوث والدراسات ، الموافقات ، جـ٣ ،صـ٢١٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق / عبد الله دراز ، المعتمد ، جـ١ ،صـ٥٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق / خليل الميس ، المحصول ، جـ٢ ،صـ٩٩ ، دار النشر ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤٠٠ هـ ، تحقيق /طه جابر فياض العلواني

(٣) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٠ ، م / ١٨٨٦
(٤) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٠ ، م / ١٨٨٦
(٥) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٧٤ ، المسودة ، جـ١ ،صـ٣٣٧

(٢٤)

(و) استدلال الرأي السادس :

يمكن أن يستدل لأصحاب هذا الرأي القائلين بوجوب الجماع على الرجل بقدر حاجة المرأة وقدرة الرجل عليه بالأدلة السابقة الدالة على وجوب الجماع على الرجل دون تحديد ه بقدر معين

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي أن الجماع حق للمرأة كما هو حق للرجل يجب على كل منهما أن يلبي رغبة الآخر وحاجته في قضاء الوطر الجنسي أما ما ذهب إليه فقهاؤنا من التقدير بوجوب الجماع مرة واحدة أو مرة في كل أربع ليال أو في كل أربعة أشهر أو في كل طهر فهذا التقدير كله غير مسلم لأن الأدلة الدالة على وجوب الجماع جاءت مطلقة ولم تحدد هذا الأمر بشيء فيكون المصير إلى هذا التقدير قولا لم يدل عليه دليل لا سيما أن قولهε لعمرو بن العاص " إن لزوجك عليك حقا " لم يحدد مقدار هذا الحق فدل ذلك على أن هذا الحق مطلق يراعى فيه حال الزوجين قوة وضعفا ومدى حاجة كل منهما إلى ما يحصنه لأن أحوال الناس مختلفة وشهواتهم متباينة فربما لا تصبر المرأة على فراق زوجها أسبوعا او شهرا أو نحو ذلك ومن ثم فيجب عليه أن يفي لها بحقها بما يحقق لها العفاف المنشود ويحصنها عن الوقوع في الحرام وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة منهم ابن تيمية

جاء في الفتاوى الكبرى : " يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف وهو من أوكد حقها عليه أعظم من إطعامها والوطء واجب ...بقدر حاجتها وقدرته كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته وهذا أصح القولين " (١)

(١) مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ٣٢ ، صـ٢٧١

(٢٥)

المبحث الثاني : فضل الاستمتاع بالزوجة وآدآبه

وفيه مطلبان : ــ

المطلب الأول : فضل الاستمتاع بالزوجة

إذا كان الحق سبحانه وتعالى أباح لكل من الزوجين أن يستمتع بالآخر على النحو المقصود شرعا فإن من نعمه سبحانه وتعالى على المسلمين أنه جعل هذا الاستمتاع فيما بين الزوجين سببا لحصول الثواب من الله عز وجل يدل على ذلك ما روي عن أبي ذر رضي الله عنه أن ناسا من أصحاب النبي ε قالوا: يا رسول الله : ذهب أهل الدثور بالأجور يصلون كما نصلي ويصومون كما نصوم ويتصدقون بفضول أموالهم قال : أو ليس قد جعل الله لكم ما تصدقون ؟ إن بكل تسبيحة صدقة وكل تكبيرة صدقة وكل تحميدة صدقة وكل تهليلة صدقة وأمر بمعروف صدقة ونهي عن منكر صدقة وفي بضع أحدكم صدقة قالوا يارسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر ؟ قال أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه وزر فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر " (١)

وفي رواية أخرى يقول ε : " مباضعتك أهلك صدقة قلت يارسول الله: أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال : " أرأيت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر ؟ قلت : بلى قال : "أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير " (٢)

قال ابن قدامة : " ولأنه وسيلة إلى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو إلى بعض ذلك " (٣)

قال ابن رجب في تعليقه على حديث أبي ذر : " ظاهر السياق يقتضي انه يؤجر على جماعه لأهله بنية طلب الولد الذي يترتب الأجر على تربيته وتأديبه في حياته ويحتسبه عند موته . أما إذا لم ينو شيئا بقضاء شهوته فهذا تنازع الناس في دخوله في هذا الحديث ...والحديث يدل بظاهره على أنه يؤجر في إتيان أهله من غير نية فإن الباضع لأهله كالزارع في الأرض التي يحرث ويبذر فيها وقد ذهب إلى هذا طائفة من العلماء ومال إليه أبو محمد ابن قتيبة في الأكل والشرب والجماع " (٤)

(١) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٦٩٧ ، برقم ١٠٠٦ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٤ ، صـ١٨٨ ، برقم ٧٦١٢ ، عون المعبود ، جـ١٤ ،صـ١٠٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤١٥ هـ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٥ ،صـ١٦٨ ،برقم ٢١٥٢١
(٢) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ، صـ٨٢ ، برقم ١١٢٢٢ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٥ ،صـ١٦٧ ،برقم ٢١٥٠٧، حلية الأولياء ، جـ٤ ،صـ٣٨٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ، الرابعة ، ١٤٠٥ هـ
(٣) المغني ، جـ٩ ،صـ٧١٨ ،الشرح الكبير ، جـ٩ ، صـ ٧١٤ / ٧١٥
(٤) جامع العلوم والحكم ، جـ١ ،صـ٣٣٦ /٣٣٧ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٨ هـ

(٢٦)

وسئل الإمام أحمد ؟ يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال إي والله يحتسب الولد وإن لم يرد الولد يقول هذه امرأة شابة لم لا يؤجر ؟ (١)
وهذا من محاسن الإسلام وعظمته ورفعة مكانته إذ يؤجر المسلم على قضاء رغباته وشهواته عندما يؤديها في الحلال طلبا للعفة وتحصينا للنفس من الميل إلى المحرمات ورغبة في الحصول على الولد لما في ذلك من بقاء النوع الإنساني في هذه الحياة

(١) المغني ، جـ٩ ،صـ٧١٨ ،الشرح الكبير ، جـ٩ ، صـ ٧١٤ / ٧١٥

(٢٧)

المطلب الثاني آداب الاستمتاع بين الزوجين

إذا كان الإسلام قد أباح استمتاع كل من الزوجين بالآخر على النحو المقصود شرعا وجعل حق الاستمتاع مشتركا فيما بينهما إلا أن هناك مجموعة من الآداب يستحب للمسلم أن يراعيها عند معاشرته زوجته منها : ـ

١ ـ **التسمية عند الجماع** (١) بأن يقول بسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني فقد ورد عن النبي ε أنه قال : " لو أن أحدكم إذا أراد أن يأتي أهله قال : بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فإنه إن يقدر بينهما في ذلك ولد لم يضره شيطان أبدا " (٢)

قال القاضي : قيل : المراد بأنه لا يضره أنه لا يصرعه الشيطان وقيل : لا يطعن فيه الشيطان عند ولادته بخلاف غيره (٣)

وقال ابن دقيق العيد : يحتمل أن لا يضره في دينه وقال الداودي : معنى لم يضره : أي لم يفتنه عن دينه إلى الكفر (٥)

وقال المناوي : " العلة ليست حدوث الولد فحسب بل هو وإبعاد الشيطان حتى لا يشاركه في جماعه فقد ورد أنه يلتف حول إحليله إذا لم يسم ،والأهل والولد من رزق الله قال : والمراد لم يضره الشيطان في أهل التوحيد وفيه بشارة عظمى أن المولود الذي يسمى عليه عند الجماع الذي قضي بسببه يموت على التوحيد " (٦)

(١) نهاية الزين ، جـ١ ،صـ٣٠٠ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، إعانة الطالبين ، جـ٣ ، صـ٤٣٠ ، تكملة المجموع ، جـ١٨ ،صـ ١٠٠ ، المغني والشرح الكبير ، جـ ٩ ،صـ٧١٥ ، عمدة الفقه ، جـ١ ،صـ١٠٤ ، الفروع لابن مفلح ، جـ٥ ،صـ٢٤٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م ، دليل الطالب لمرعي بن يوسف الحنبلي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية

، ١٣٨٩ هـ ، جـ١ ، صـ٢٥٠ ، المبدع ، جـ٧ ،صـ٢٠٠ ، عمدة الأحكام ، جـ٤ ،صـ٤٣ ،البحر الزخار ، جـ٤ ، صـ ٧٨ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ١٠ ،صـ٥ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٣٩٢ هـ ، فتح الباري ، جـ٩ ،صـ٢٢٨ /٢٢٩ ، دار المعرفة ، بيروت ، طبعة ١٣٧٩ هـ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ، عون المعبود ، جـ١٣ ،صـ١٢٨ ، المعجم الكبير للطبراني ، جـ١١ ،صـ٤٢٢ ، برقم ١٢١٩٥ ، المعجم الأوسط ، جـ٧ ،صـ٢٩٤ ،برقم ٧٥٣٤ ، دار الحرمين ، القاهرة ، ١٤١٥ هـ ، تحقيق / طارق بن عوص الله ، مصنف عبد الرازق ، جـ٦ ،صـ١٩٤ ، برقم ١٠٤٦٦ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق / حبيب الرحمن الأرقمي ، مصنف أبي شيبة ، جـ٦ ،صـ٩٢ برقم ، ٢٩٧٣٢ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٢٧ ، برقم ٩٠٣٠

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ١٠ ، صـ ٥

(٤) فتح الباري ، جـ٩ ،صـ٢٢٨ /٢٢٩

(٥) فتح الباري ، جـ٩ ،صـ٢٢٨ /٢٢٩

(٦) فيض القدير للمناوي ، جـ٥ ، صـ٣٠٦ /٣٠٧ ، الناشر ، مكتبة نزار ، مصطفى الباز ، مكة المكرمة ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـ /١٩٩٨ م .

(٢٨)

٢ ــ **الاستتار عند الجماع** (١) لما روي عن عتبة بن عبد الله قال : قال رسول الله ε : " إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين " (٢)

٣ ــ **الملاعبة عند الجماع :** قال ابن قدامة : " ويستحب أن يلاعب امرأته عند الجماع لتنهض شهوتها لتنال من لذة الجماع مثل ما ناله " (٣)

وقد روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه عن النبي ε أنه قال : " لا تواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ قلت وذاك إلى ؟ قال " نعم إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعتها " (٤)

ولما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ε نهى عن المواقعة قبل الملاعبة " (٥)

---

(١) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٥ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٥ ، الفروع ، جـ٥ ،صـ٢٤٧ ، المبدع ، جـ٧ ، صـ٢٠٠ ، دليل الطالب ، جـ١ ،صـ٢٥٠ ، نهاية الزين ، جـ١ ، صـ٣٠٠

(٢) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٢٧ ، قال أبو عبد الله : هذا حديث منكر وصدقة بن عبد الله ضعيف ، الكامل في ضعفاء الرجال ، جـ٣ ،صـ٢٢٢، دار الفكر ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م ، تحقيق / يحيى مختار غزاوي ، مصنف عبد الرازق ، جـ٦ ، صـ١٩٥ ،برقم ١٠٤٧٠ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٤ ،صـ٤٥ ،برقم

١٧٦٢٥ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ١٩٣ ، برقم ١٣٨٧٣ ، قال : وليس بالقوي وهو وإن لم يكن ثابتا فمحمود الأخلاق ، مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١٠٩ ، قال : هذا إسناد ضعيف لضعف الأحوص بن حكيم العنسي ، دار العربية ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق محمد المنتقى الكشناوي ، مجمع الزوائد ، جـ٤ ،صـ٢٩٣ ، قال : البزار أخطأ مندل في رفعه والصواب أنه مرسل وبقية رجاله رجال الصحيح

(٣) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٧ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٦ / ٧١٧، المبدع ، جـ٧ ، صـ٢٠٠ ، دليل الطالب ، جـ١ ،صـ٢٥٠

(٤) هذا الحديث لم أقف عليه بعد طول بحث وإسناده منقطع حيث ذكره ابن قدامة عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ε

(٥) المغني في الضعفاء ، جـ١ ،صـ٢١٢ ، برقم ١٩٤٢ ، قال أبو يعلي : الخليلي خلط وهو ضعيف جدا وروى متونا لا تعرف ، ، تاريخ بغداد ، جـ١٢ ، صـ ٢٢٠، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، لسان الميزان ، جـ٢ ،صـ٤٠٤ ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٦ هـ /١٩٨٦ م ، تحقيق / دائرة المعارف النظامية ــ الهند

٤ ــ **عدم الإكثار من الكلام** : قال ابن قدامة : " ولا يكثر الكلام حال الوطء " (١) لما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ε قال : " لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفأة " (٢) قال ابن قدامة : " ولأنه يكره الكلام حال البول وحال الجماع في معناه " (٣)

٥ ــ **ألا ينزع الرجل إذا فرغ قبلها حتى تفرغ** :

لما روي عن أنس رضي الله عنه أن النبي ε قال : " إذا جامع الرجل أهله فليصدقها ثم إذا قضى الرجل حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها " (٤)

قال المناوي : " فإن ذلك من حسن المعاشرة والإعفاف والمعاملة بمكارم الأخلاق والألطاف ــ ثم قال ــ : ويؤخذ من هذا الحديث أن الرجل إذا كان سريع الإنزال بحيث لا يتمكن معه من إمهال زوجته حتى تنزل أنه يندب له التداوي بما يبطيء الإنزال فإنه وسيلة إلى مندوب وللوسائل حكم المقاصد لأنه من العدل والمعاشرة بالمعروف " (٥)

٦ ــ **ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة** تناولها الزوج بعد فراغه يتمسح بها (٦) لما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " ينبغي للمرأة إذا كانت

عاقلة أن تتخذ خرقة فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة " (٧)

٧ ــ **الوضوء بين الجماعين :** قال ابن القيم : " وشرع للمجامع إذا أراد العود قبل

---

(١) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٦ ، الفروع ، جـ٥ ،صـ٢٤٧ ، المبدع ، جـ٧ ، صـ٢٠٠ ، دليل الطالب ، جـ٥ ،صـ٢٥٠ ، شرائع الإسلام ،جـ٤ ،١٨٦ /١٨٧

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ وإنما وجدته بنحوه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ε "إذا جامع أحدكم فلا ينظر إلى الفرج فإنه يورث العمى ولا يكثر الكلام فإنه يورث الخرس " نصب الراية ، جـ ٤ ،صـ ٣٢٨ ، ثم قال : قال الأزدي : إبراهيم بن محمد بن يوسف ساقط ، فيض القدير ، جـ١ ،صـ٣٢٧

(٣) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٧ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٧

* يرى المالكية جواز الكلام حال الجماع ولا وجه لكراهته قال القرافي : " لا بأس أن يكلم الرجل امرأته عند الجماع ويعريها " الذخيرة للإمام القرافي ، جـ٤ ، صـ ٤١٨ ، دار الغرب الإسلامي، تحقيق الأستاذ / محمد بو خبزة ،
وجاء في البيان والتحصيل " وكذلك تكليم الرجل امرأته عند الوطء لا إشكال في جوازه ولا وجه لكراهته " البيان والتحصيل لأبي الوليد بن رشد القرطبي ، جـ٥ ، صـ٧٩ ، دار الغرب الإسلامي .

(٤) فيض القدير ، جـ١ ،صـ٣٢٥ /٣٢٦ ، قال : وإسناده حسن وقوله "فليصدقها " بفتح المثناه وسكون المهملة وضم الدال من الصدق في الود

(٥) فيض القدير ، جـ١ ،صـ٣٢٥ /٣٢٦

(٦) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٧ / ٧٠٨ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧١٧

(٧) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٢ ، صـ ٤١١ ، برقم ٣٩٣٧

(٣٠)

الغسل الوضوء بين الجماعين (١) وذلك لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ε قال : " إذا أتي أحدكم أهله ثم أراد أن يعاود فليتوضأ فإنه أنشط للعود " (٢)

جاء في شرح زيد بن رسلان : " والحكمة في ذلك تخفيف الحدث غالبا والتنظيف ودفع الأذى وقيل لعله ينشط للغسل ويزيد الجماع فإن ذلك أنشط له " (٣)

قال ابن القيم :" وفي الغسل والوضوء بعد الوطء من النشاط وطيب النفس وإخلاف بعض ما تحلل بالجماع وكمال الطهر والنظافة واجتماع الحار الغريزي إلى داخل البدن بعد انتشاره بالجماع وحصول النظافة التي يحبها الله

ويبغض خـــــلافها ما هو من أحسن التدبير في الجماع وحفظ الصحة والقــوى فيه " (٤)

---

(١) زاد المعاد لابن القيم ، جـ٣ ،صـ١٤٧ ، دار الكتب العلميـة ، بيـروت ، لبنـان ، ط، ١٣٧٩ هـ ، المطبعة المصرية ،ويراجع أيضا فـي نفـس المعنـى ، المبـدع ، جـ١ ،صـ٢٠٣ ،الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، للبهوتي ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، جـ١ ،صـ٨٢ ، كشاف القناع ، جـ١ ،صـ١٥٧ ، شرح زيد بن رسلان للرملي ، جـ١ ،صـ٤٨ ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، مغني المحتاج إلى معرفـة ألفـاظ المنهـاج ، للشربيني ، جـ١ ،صـ٦٣ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، طبعة ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٨ م ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ، جـ١ ،صـ٥٥ ، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط ، الثالثة ١٣١٨ هـ ، شرح الزرقاني ، جـ١ ، صـ١٥٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ /١٩٩٢ م

(٢) المستدرك على الصحيحين ، جـ١ ،صـ٢٥٤ ، قال الحاكم : " هذا حديث صحيح علـى شرط الشيخين ولم يذكرا فيه " فإنه أنشط للعود " وهذه لفظة تفرد بها شعبة عـن عاصـم والتفرد من مثله مقبول عندهما " ، صحيح ابن حبان ، جـ٤ ، صـ١٢ ، بـرقم ١٢١١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ، الثانيـة ، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م ، تحقيـق / شـعيب الأرناؤوط ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ، صـ١٩٢ ، برقم ١٣٨٦٥ ، عون المعبـود ، جـ ،١ ،صـ٢٥٥ ، تحفة الأحوذي ، جـ١ صـ٣٦٨ ، تلخـيص الحبيـر ، جـ١ ،صـ١٤١ ، برقم ١٨٨ ، المدينة المنورة ، ط ، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم ، سبل السلام ، جـ١ ،صـ٨٩ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

(٣) شرح زيد بن رسلان ، جـ١ ،صـ٤٨ .

(٤) زاد المعاد ، جـ٣ ، صـ١٤٧ .

المبحث الثالث : التعريف بتجاوز حق الاستمتاع وحدوده في الفقه الإسلامي وفيه مطلبان :

المطلب الأول : التعريف بتجاوز حق الاستمتاع

المطلب الثاني : حدود حق الاستمتاع بالزوجة

المطلب الأول : التعريف بتجاوز حق الاستمتاع

أولا : التعريف الإضافي لمفهوم تجاوز حدود حق الاستمتاع

وهذا التعريف يستلزم التعريف بهذه المفردات كلا على حده على النحو التالي :

(أ) **تعريف التجاوز** : التجاوز معناه في اللغة : الإفراط في الشيء وهو مصدر الفعل تجاوز أي أفرط ، ويعبر عنه بالغلو في الشيء أو الشطط فيه والإسراف في فعله وهو مذموم ، وفي التعاريف " كل شيء جاوز الحد فهو فاحش " (١) ويعبر عنه أيضا بالإسراف في كل فعل يفعله الإنسان ، ويعبر عنه أحيانا بالظلم الذي هو وضع الشيء في غير موضعه . (٢)

وفي الاصطلاح : لم أعثر فيما قرأت على تعريف للتجاوز في الاصطلاح ولكن يمكن القول بأنه " إتيان الشيء على غير الوجه المباح شرعا "

(ب) تعريف كلمة " حدود "

الحدود جمع جد والحد في اللغة : المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول في الدار ، أو هو الحاجز بين الشيئين وحد الشيء منتهاه تسمية بالمصدر وحد الشيء : الوصف المحيط بمعناه (٣) وحدود الله تعالى محارمه قال تعالى : " تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا" (٤) وحدود الله تعالى أيضا ما حده وقدره فلا يجوز أن يتعدى كالمواريث المعينة ونحو ذلك فما حده الشرع لا يجوز فيه الزيادة ولا النقصان قال تعالى : " تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا" (٥) والحدود العقوبات المقدرة سميت بذلك لأنها تمنع من الوقوع في مثل ذلك (٦)

---

(١) التعاريف ، جـ١ ،صـ٥٥١ ، الزاهر ، جـ١ ،صـ١٤٠ ، محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبو منصور ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت ، ١٣٩٩ هـ ، ط ، الأولى ، تحقيق د/ محمد جبر الألفي

(٢) التعريفات ، جـ١ ، صـ ١٨٦ .

(٣) أنيس الفقهاء ، جـ١ ، صـ١٧٣ ، الحدود الأنيقة ، جـ١ ، صـ ٦٥ .

(٤) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

(٥) سورة البقرة ، آية : (٢٢٩)

(٦) التعريفات ، جـ١ ، صـ ١١٢ ، أنيس الفقهاء ، جـ١ ، صـ١٧٣ ، الحدود الأنيقة ، جـ١ ، صـ ٦٥ ، التعاريف ، جـ١ ، صـ٢٦٩ /٢٧٠ ، المطلع ، جـ١ ، صـ٣٧٠ ، دار النشر ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م ، تحقيق / محمد بشر الأدلبي

وأما في الاصطلاح فالمراد به هنا فيما يبدو لي أنه : " الفاصل بين ما يحل وما لا يحل "

(ج) تعريف كلمة " حق "

الحق في اللغة : هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، والشيء الحق أي الثابت حقيقة ويستعمل في الصدق والصواب أيضا ، يقال قول حق وصواب ، والحق اسم من

أسماء الله تعالى (١) قال المناوي : " الحق ما به الشيء حقا إذ لا حقيقة لشـــيء إلا به تعالى " (٢)
وفي الاصطلاح : عرفه الجرجاني بأنه : " الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقــوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل " (٣)
والمراد به هنا : ما ثبت شرعا للمكلف بحيث يحل له فعله
(د) تعريف كلمة الاستمتاع
سبق تعريف كلمة الاستمتاع عند تعريف حق الاستمتاع

ثانيا : التعريف اللقبي لمفهوم " تجاوز حدود حق الاستمتاع "
بعد استعراض التعريفات السابقة لهذه المفردات يمكن تعريف تجاوز حق الاســتمتاع باعتباره علما على هذا المفهوم بأنه " تعدي الرجل حقه في الاستمتاع بزوجته الثابت شرعا بإتيانها على وجه لا يحل له الاستمتاع بها فيه شرعا أو طبعا أو عرفا أو نحو ذلك "

---

(١) التعريفات ، جـــ١ ، صـــ ١٢٠ ، الحدود الأنيقة ، جـــ١ ، صـــ ٧٥ ، التعاريف ، جـــ١ ، ٧٢٠ ،المعجم الوجيز جـــ١ ، صـــ١٦٣
(٢) التعاريف ، جـــ١ ، صـــ ٧٢٠
(٣) التعريفات ، جـــ١ ، صـــ ١٢٠ ، الحدود الأنيقة ، جـــ١ ، صـــ ٧٥

المطلب الثاني : حدود حق الاستمتاع بالزوجة

إن الإسلام قد أباح لكل واحد من الزوجين أن يستمتع بـــالآخر علـــى النحـــو المقصود شرعا حتى يتحقق العفاف والتحصين لكل واحد منهما وابتغاء للحصول على الولد لما في ذلك من بقاء النوع الإنساني في هذه الحياة

إلا إن الإسلام لم يجعل هذا الحق مطلقا وإنما قيده بقيود معينة وهذه القيود تتنوع إلى أربعة أنواع :

أولا : قيود تتعلق بمحل الاستمتاع

إذا كان الإسلام أباح للمسلم إتيان المرأة كيفما أراد قائمة وقاعدة وباركة ومستلقية إلا أن ذلك مقيد بأن يكون في محل الحرث وهو الفرج (١)

وعلى ذلك لا يجوز إتيان المرأة في الأماكن التالية :

١ ــ الإتيان في الدبر ٢ ــ الإتيان في المكان العام

٣ ــ الإتيان في المسجد ٤ ــ الإتيان في الفم

ثانيا ــ قيود تتعلق بزمان الاستمتاع :

ليس للرجل أن يأتي زوجته في جميع الأوقات وإنما ذلك مقيد بعدم الإتيان في أوقات معينة هي :ــ

١ ــ الإتيان في نهار رمضان ٢ ــ الإتيان أثناء الاعتكاف

٣ ــ الإتيان أثناء الإحرام بالحج والعمرة ٤ ــ الإتيان بعد الوفاة

ثالثاــ قيود تتعلق بظروف معينة :

وذلك لأن هناك ظروفا وأحوالا تعتري الرجل والمرأة تمنع من حل الاستمتاع فيمـــا بين الزوجين وهذه الظروف هي : ــ

١ ــ الجماع عند إصابة أحد الزوجين بمرض معد كالإيدز

٢ ــ الجماع أثناء الحيض والنفاس

٣ ــ الجماع أثناء الظهار وقبل التكفير

٤ ــ الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين كأن يكون الزوج عـــبلا أو تكـــون المـــرأة صغيرة أو نضوة الخلق لا تطيق الجماع

٥ ــ العزل عن المرأة الحرة بغير رضاها

٦ ــ مباشرة أكثر من زوجة في فراش واحد

---

(١) بدائع الصنائع ، جـــ٥ ، صـــ١٧٩ ، البحر الرائق ، جـــ٣ ، صـــ١٠٦ ، أحكـــام القـــرآن لابن العربي ، جـــ١ ،صـــ١٧٣ ، القرطبي ، جـــ١ ،صـــ١٠٠٥ ، الأم للإمام الشـــافعي ، جـــ٥ ، صـــ٨٤ ، طبعة مصورة عن طبعة بولاف ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، مفاتيح الغيب ، جـــ٣ ،صـــ٣٥٢ ، المغني ، جـــ٩ ،صـــ٦٩٨ ، الشرح الكبيـــر ، جـــ٩ ،صـــ٦٩٧ / ٦٩٨ ، المحلى ، جـــ ١٠ ،صـــ٦٩ ، البحر الزخار ، جـــ٤ ،صـــ٨٠ ، شرائع الإسلام ، جـــ٤ ،صـــ١٩١ /١٩٢ ، النيل وشفاء العليل ، جـــ٦ ، صـــ٤٥٦

(٣٤)

رابعا ــ قيود تتعلق بالاستمتاع بالزوجة بغير الوطء :ــ

وتتمثل هذه القيود فيما يلي : ــ

١ ــ رضاع الرجل من زوجته عند من يرى أن رضاع الكبير محرم
٢ ــ إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع
٣ ــ تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة
٤ ــ استخدام الأدوية والمنشطات من غير حاجة
٥ ــ المحافظة على جمال البضع عن طريق اللجوء إلى الولادة القيصرية من غير حاجة

وعلى هذا فإن استمتاع الرجل بزوجته مباح شرعا بشرط عدم وجود قيد من القيود السابقة والتي سوف أتناولها في ثنايا البحث بالتحليل والتفريع والشرح

وفيما يلي بعض لنصوص وأقوال الفقهاء التي تعالج حدود حق الاستمتاع بالزوجة

جاء في كشاف القناع " وللزوج الاستمتاع بزوجته في كل وقت على أي صفة كانت إذا كان الاستمتاع في القبل ولو كان الاستمتاع في القبل من جهة عجيزتها لقوله تعالى : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ " (١)

والتحريم مختص بالدبر دون سواه ما لم يشغلها عن الفرائض أو يضرها فليس له الاستمتاع بها إذن لأن ذلك ليس من المعاشرة بالمعروف وحيث لم يشغلها عن ذلك ولم يضرها فله الاستمتاع ولو كانت على التنور أو على ظهر قتب " (٢)

وجاء في كتاب الكافي في فقه الإمام أحمد " وله الاستمتاع بها في كل وقت من غير إضرار بها ولا منعها من فريضة "(٣)

وجاء في المحلى " وفرض على الأمة والحرة ألا يمنعا السيد والزوج متى دعاهما ما لم تكن المدعوة حائضا أو مريضة تتأذى بالجماع أو صائمة فرضا " (٤)

وقال الكاساني : ــ مبينا موانع الوطء ــ" ... أما المانع الحقيقي فهو أن يكون أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع أو صغيرا لا يجامع مثله أو صغيرة لا يجامع مثلها ... وأما المانع الشرعي فهو أن يكون أحدهما صائما صوم رمضان أو محرما بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة أو تكون المرأة حائضا أو نفساء لأن كل ذلك محرم للوطء فكان مانعا من الوطء شرعا ... وأما المانع الطبعي فهو أن يكون معهما ثالث لأن الإنسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحيي فينقبض عن الوطء بمشهد منه " (٥)

---

(١) سورة البقرة ، آية : (٢٢٣)
(٢) كشاف القناع ، جـ٥ ، صـ١٨٨ .

(٣) الكافي في فقه ابن حنبل ، جـ٣ ، صـ١٢٤ .
(٤) المحلى ، جـ١٠ ، صـ ٤٠ ، م / ١٨٨٧ .
(٥) بدائع الصنائع ، جـ٢ ، صـ ٤٣٢ / ٤٣٣ .

(٣٥)

الباب الأول

الإتيان في غير الموضع المشروع

وفيه فصول : ــ

الفصل الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثاني : حكم الإتيان في المكان العام في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثالث : حكم الإتيان في الفم في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

الفصل الأول :
حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : حكم الإتيان في الدبر في القانون الجنائي

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

المبحث الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي

وفيه مطالب :

المطلب الأول : الحكم الفقهي للإتيان في الدبر
المطلب الثاني : الأضرار الناشئة عن الإتيان في الدبر
المطلب الثالث : الآثار الفقهية الناشئة عن الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي

(٣٦)

المطلب الأول : الحكم الفقهي للإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي

تحرير محل النزاع

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للرجل أن يأتي امرأته قائمة وقاعدة مقبلة ومدبرة ، مستلقية أو على جنب إذا كان ذلك في الفرج كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز إيلاج الفرج بين الإليتين من غير إيلاج في الدبر

قال ابن المرتضي : " ويجوز الاستمتاع بحلقة الدبر لكن لا بإيلاج " (١)

وإنما وقع الخلاف بينهم في حكم الإتيان في الدبر

مذاهب الفقهاء في هذه المسألة :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين : ــ

(١) البحر الزخار ، جـ٤ ، صـ ٨٠ ، الناشر ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ويراجع في نفس المعنى الأم ، جـ ٥ ، صـ ١٥٦ ،طبعة مصورة عن طبعة بولاق ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ ١ ، صـ ١٧٣ ،تحقيق على محمد البجاوي ، الناشر ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م ، القرطبي ، جـ ١، صـ ١٠٠٥ ، دار الغد العربي ، القاهرة ، طـ الثانية ، ١٩٩٦ م / ١٥١٦ هـ ، مفاتيح الغيب ، جـ ٣، صـ ٣٥٢ وما بعدها ، الناشر ، دار الغد العربي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م ، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك ، جـ ٣ ، صـ ٣٢ / ٣٣ ، دار الغرب الإسلامي ، ط ، الثانية ، ١٩٩٥ م ، المحلى لابن حزم ، جـ ١٠ ، صـ ٦٩ ، مسألة ١٩٠٥، مكتبة دار التراث ، القاهرة ، زاد المعاد ، جـ ٣ ، صـ ١٤٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،ط ١٣٧٩ ، البحر الرائق لابن نجيم ، جـ ٣ ، صـ ١٠٦ ، الناشر ، دار المعرفة ، تكملة المجموع ، جـ ١٨ ، صـ ١٠٥ ،

محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية . الحاوي الكبير ، جـ١١ ، صـ ٤٣٩ ، الناشر ، المكتبة التجارية دار الفكر بيروت ، لبنان ، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ، جـ ٦ ، صـ٢٠٠، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ /١٩٦٧ م ، المغني ، جـ٩ ، صـ٧٠٢ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ ٧٠٠ ، الناشر ، دار الحديث ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦ ه/ ١٩٩٦ م ، الفقه على المذاهب الأربعة ، جـ ٥ ، صـ ١١٨ ، الناشر ، دار الحديث ، القاهرة .

(٣٧)

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) ورواية عند الإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى حرمة إتيان المرأة في دبرها

جاء في المغني : " ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمر وأبو هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وأبوبكر بن عبد الرحمن ومجاهد وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر " (٩)

وقال ابن نجيم : " .....إتيان المرأة في دبرها حرام بإجماع الفقهاء " (١٠)

الرأي الثاني : ذهب بعض الفقهاء إلى القول بإباحة إتيان الرجل زوجته في دبرها وممن نسب إليه هذا القول نافع وابن عمر فقد نقل نافع عن ابن عمر أنه كان يقول : المراد من الآية : " تجويز إتيان النساء في أدبارهن " (١١)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ ١٧٩ ، البحر الرائق ، جـ ٣ ، صـ ١٠٦، تبيين الحقائق ، جـ ٢ ، صـ ١٠٧ ، الناشر ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، حاشية الشلبي ، جـ٢ ، صـ ١٠٧ ، بهامش تبيين الحقائق السابق .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ ١ ، صـ ١٧٣ / ١٧٤ ، القرطبي ، جـ ١ ،صـ١٠٠٥ / ١٠٠٦ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ، صـ٢٨٦ ، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك ،جـ ٣ ،صـ٣٥ ، الناشر ، دار الكتاب لإسلامي ، ط ، الثانية ، ١٩٩٥ م مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، جـ ٤٠٦ / ٤٠٧ ، الناشر ، دار الفكر ، ط ، الثالثة ، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، جـ ٤٠٦ / ٤٠٧ بهامش مواهب الجليل السابق

(٣) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ، صـ ٣٥٢ /٣٥٣ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ ٤٣٣ ، الأم ،جـ ٥ ،صـ٨٤ ، صـ ١٥٦ ، روضة الطالبين ، جـ ٥ ،صـ٥٣٥ ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير للرافعي ،جـ٨ ،صـ١٧١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، تكملة المجموع ــ التكملة الثانية ــ جـ١٨ ، صـ١٠٠

(٤) المغني ، جـ٩ ، صـ ٦٨٩ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ، ٦٩٧ / ٦٩٨ ، زاد المعاد ،جـ ٣ ،صـ ١٤٨ / ١٤٩ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ، منشورات على بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، جـ ٨ ، صـ ٣٤٦ / ٣٤٧ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ٣٢ ، صـ٢٦٥ .

(٥) المحلى ، جـ ١٠ ، صـ ٦٩ / ٧٠ ، م ، ١٩٠٥ .
(٦) البحر الزخار ، جـ ٤ ، صـ ٧٨ / ٧٩ ، نيل الأوطار ، جـ ٦ ، صـ ٦٢٢، دار الفكر بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦ م ، الروضة الندية شرح الدرر البهية ، جـ ٢ ، صـ ٦٤ ، منشورات المكتبة العلمية ، بيروت لبنان ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ ٩ ، صـ ٦٨٤٧ ، الناشر ، دار الفكر بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦ م
(٧) المختصر النافع ، صـ ١٩٦ ، الناشر ، دار الأضواء بيروت لبنان ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ ، شرائع الإسلام ، جـ٤ ،صـ١٩١ /١٩٢
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ، صـ ٤٥٦ ، شرح النيل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ، جـ٦ ، صـ ٤٥٦ ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية .
(٩) المغني ، جـ ٩ ، صـ ٦٩٨ .
(١٠) البحر الرائق ،جـ ٣ ، صـ ١٠٦ .
(١١) مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ، صـ ٣٥٣ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ ٦٩ ، القرطبي ،جـ ١ ،صـ ١٠٠٥ / ١٠٠٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ ١ ، صـ ١٧٣ / ١٧٤ ، البحر الزخار ، جـ ٤ ،صـ ٧٩ / ٨٠ ، العزيز شرح الوجيز ، جـ ٨ ،صـ ١٧٣ ، المغني ، جـ ٩ ،صـ ٦٩٨ ، الشرح الكبير ، جـ ٩ ،صـ ٦٩٧ / ٦٩٨ ، الحاوي الكبير ، جـ ١١ ، صـ ٤٣٣ .

(٣٨)

وهو قول الشيعة الإمامية مع الكراهة (١) جاء في المختصر النافع " ووطء الزوجة في الدبر فيه روايتان : أشهرهما الجواز على الكراهة " (٢) ونسب هذا القول إلى الإمام مالك رضي الله عنه من روايات كثيرة (٣)
فقد روي عنه أنه قال : " إنه أحل من شرب الماء البارد " (٤)
قال ابن قدامة :"وروي عن مالك أنه قال : ما أدركت أحدا أقتدي به في ديني يشك في أنه حلال " (٥)
ونسب أيضا إلى الإمام الشافعي ــ رضي الله عنه ــ فقد حكى ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال :" لم يصح عن رسول الله في تحريمه ولا في تحليله شيء والقياس أنه حلال " (٦) وممن نسب إليه هذا القول سعيد بن المسيب ومحمد بن كعب القرظي ، قال الكيا الطبري : وروي عن محمد بن كعب القرظي أنه كان لا يرى بذلك بأسا وروي أيضا عن ابن الماجشون (٧) وهو اختيار السيد المرتضي من الشيعة والمرتضي رواه عن جعفر بن محمد الصادق ــ رضي الله عنه ــ(٨)

---

(١) المختصر النافع ، صـ١٩٦ ، شرائع الإسلام ، جـ٤ ،صـ١٩١ /١٩٢
(٢) المختصر النافع ، صـ١٩٦
(٣) نقل هذا القول عن مالك في كتاب له يسمى (كتاب السر) وفي كتاب (جماع النسوان وأحكام القرآن) القر طبي ، جـ ١ ،صـ ١٠٠٥ / ١٠٠٦ ، الذخيرة ، جـ ٤ ، ٤١٦ / ٤١٧ ، تبيين المسالك ، جـ ٣ ،صـ ٣٥ ،
(٤) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٧
(٥) المغني ، جـ ٩ ، صـ ٦٩٨ ، الشرح الكبير ، ، جـ ٩ ، صـ ٦٩٧ / ٦٩٨ ، أحكام القرأن لابن العربي ، جـ ١ ، صـ ١٧٣ / ١٧٤ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ، صـ١٠٧ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ، صـ٤٢٦ .البحر الزخار ، جـ٤ ، صـ٧٩ / ٨٠ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ،جـ٣٢ ،صـ ٢٦٥

(٦) تكملة المجموع للمطيعي ، جـ١٨ ، صـ ١٠٣ ، العزيز ، جـ ٨ ،صـ ١٧٣ ، وقد أخرج هذا القول عن الشافعي ابن أبي حاتم في مناقب الشافعي وأخرجه الحاكم في مناقب الشافعي عن الأصم وكذا الطحاوي عن ابن عبد الحكم عن الشافعي وروى الحكم عن محمد بن عبد الله بن الحكم عن الشافعي أنه قال : سألني محمد بن الحسن فقلت له : إن كنت تريد المكابرة وتصحيح الروايات وإن لم تصح فأنت أعلم وإن تكلمت بالمناصفة كلمتك على المناصفة قال : على المناصفة ، قلت : فبأي شيء حرمته ؟ قال: بقول الله تعالى (فأتوهن من حيث أمركم الله) وقال : (فأتوا حرثكم أنى شئتم) والحرث لا يكون إلا في الفرج وقلت : أفيكون ذلك محرما لما سواه ؟ قال : نعم قلت : فما تقول لو وطئها بين ساقيها أو في أعكانها أو تحت إبطيها أو أخذت ذكره بيديها أو في ذلك حرث ؟ قال : لا قلت : فيحرم ذلك ؟ قال : لا قلت : فلم تحتج بما لا حجة فيه ؟ قال : فإن الله قال : (والذين هم لفروجهم حافظون) قال : فقلت له : هذا مما يحتجون به للجواز أن الله أثنى على من حفظ فرجه من غير زوجته أو ما ملكت يمينه فقلت له : أنت تتحفظ من زوجتك وما ملكت يمينك !....)تكملة المجموع للمطيعي ، ج١٨ ، صـ ١٠٣ / ١٠٤ ، العزيز ، جـ ٨ ،صـ ١٧٣ ، الحاوي الكبير ، جـ ١١ ،صـ ٤٣٤ .

(٧) القرطبي ، جـ١ ، صـ ١٠٠٥ / ١٠٠٦ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ٣٢ ، ٢٦٥ .

(٨) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٣ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٦٩

(٣٩)

سبب الخلاف في هذه المسألة : يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أمرين :

الأول : اختلاف الفقهاء في معنى (أنى) الواردة في قوله تعالى" نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ " (١) هل هي بمعنى أين أو كيف ؟ فمن رأى من الفقهاء أنها بمعنى أين ذهب إلى حل إتيان الرجل لزوجته في دبرها ومن رأى أنها بمعنى كيف قال بعدم الجواز (٢)

الأمر الثاني : اختلافهم في إطلاق لفظ الحرث على المرأة هل هو من قبيل الحقيقة أم من قبيل المجاز ؟ فمن رأى أن إطلاق لفظ الحرث على المرأة من باب المجاز ذهب إلى عدم جواز إتيان المرأة في دبرها ومن رأى أن لفظ الحرث يطلق حقيقة على المرأة ذهب إلى حل إتيان المرأة في دبرها (٣)

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بحرمة إتيان المرأة في دبرها بما يلي : ــ

أولا من الكتاب : ــ

١ ــ قوله تعالى في آية المحيض :" وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ" (٤)

وجه الدلالة : إن الله عز وجل جعل قيام الأذى علة لحرمة إتيان موضع الأذى ولا معنى للأذى إلا ما يتأذى الإنسان منه وههنا يتأذى الإنسان بنتن روائح ذلك الدم وحصول هذه العلة في محل النزاع أظهر فإذا كانت تلك العلة قائمة هاهنا وجب حصول الحرمة .(٥)

٢ ــ قوله تعالى: " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ "(٦) وظاهر الأمر للوجوب ولا يمكن أن يقال : إنه يفيد وجوب إتيانهن لأن ذلك غير واجب فوجب حمله على أن المراد منه أن من أتى المرأة وجب أن يأتيها في ذلك الموضع الذي أمر الله تعالى به ، ثم هذا غير محمول على الدبر لأن ذلك بالإجماع غير واجب ، فتعين أن يكون محمولا على القبل وهو المطلوب (٧)

٣ ــ قوله تعالى : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ" (٨)

---

(١) سورة البقرة ، آية : (٢٢٣)

(٢) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٥ ، مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٤

(٣) مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ، صـ ٣٥٣ / ٣٥٤

(٤) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

(٥) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٣ ، بدائع الصنائع ، جـ٥ ، صـ١٧٩ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ، صـ ٤٣٤ / ٤٣٥ ، قال القرطبي : (وقد حرم الله الفرج في حال الحيض لأجل النجاسة العارضة فأولى أن يحرم الدبر لأجل النجاسة اللازمة) القرطبي ، جـ ١ ، صـ١٠٠٧

(٦) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

(٧) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ، صـ ٣٥٣

(٨) سورة البقرة ، آية : (٢٢٣)

وجه الدلالة من وجهين : ــ

الأول :إن سبب نزول هذه الآية ما روي عن جابر رضي الله عنه قال : كانت اليهود تقول من أتى امرأته في قبلها من دبرها جاء الولد أحول فنزلت هذه الآية(١)

قالت أم سلمة :عن النبي ε " يأتيها مقبلة ومدبرة إذا كان في صمام واحد " (٢)

الوجه الثاني : أن قوله " حرث لكم " يدل على أن الإتيان في غير المأتى حرام وقوله : (حرث) تشبيه لأنهن مزدرع الذرية فلفظ الحرث يعطي أن الإباحة لم تقع إلا في الفرج خاصة إذ هو المزدرع وأنشد ثعلب :

إنما الأرحام أرضون لنا محترثات ــ فعلينا الزرع فيها وعلى الله النبات

ففرج المرأة كالأرض والنطفة كالبذر والولد كالنبات فالحرث بمعنى المحترث (٣)

قال ابن عباس : (فَأْتُوا حَرْثَكُمْ) يعني : الفرج. (٤)

ثانيا من السنة : ــ

١ ــ قولهε:" إن الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن " (٥)

٢ــ ما روي عن أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهما أن النبي (ε) قال :

" لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها "(٦)

---

(١) سنن الدارمي ، جـ١ ،صـ٢٧٥ ، برقم (١١٣٢) معتصر المختصر ، لأبي المحاسن ، جـ١ ،صـ٣٠٢ ، المعجم الكبير للطبراني ، جـ ١٢ ، صـ ٢٣٦ ، المعجم الأوسط ، جـ ٣ ، ٣٢٠ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ، جـ ٣ ، صـ ٤١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٣٩٩ هـ ، تحقيق / محمد زهري النجار ، جـ ٣ ، ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ ٧ ، صـ ١٩٥ / ١٩٦ ، برقم ١٣٨٨١.

(٢) بنحوه ، فتح الباري ، جـ٢ ،صـ١٩٢ ، المعجم الأوسط ، جـ٨ ،صـ٨٣ ، برقم ٨٠٣٥ ، ابن حبان ، جـ٦ ، صـ٤٧٤ ، برقم ٤١٦٦

(٣) القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٥ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣٢ ، صـ ٢٦٧ / ٢٦٨ ،زاد المعاد ، جـ٣ ، صـ ١٤٩ .

(٤) زاد المعاد ، جـ٣ ، صـ ١٤٩ ، تبيين المسالك ، جـ٣ ، صـ ٣٥ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ ١ ، صـ ٤٢٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م .

(٥) كتاب السنن الكبرى للنسائي ، جـ ٥ ،صـ ٣١٧ ، برقم ٨٩٢٨/ ١ ، الفتح الرباني ، جـ ١٦ ،صـ ٢٢٤ / ٢٢٥ ، برقم ٢٤١ ، دار الشهاب ، القاهرة ، صحيح ابن حبان ، جـ ٩ ، صـ ٥١٢ / ٥١٣ ،برقم ، ٤١٩٨ ، المعجم الكبير للطبراني ، جـ٤ ، صـ٨٨ ، برقم ٣٧٣٥ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٥ ،صـ٢١٥ برقم ٢١٩٢٣ ، المعجم الأوسط ، جـ١ ،صـ٢٩٥ ، برقم ٩٧٧

(٦) مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ٣٤٤ ،برقم ٨٥١٣ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٣٠ ، برقم ١٦٨١١ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٦١٩ ، برقم ١٩٢٤ / مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١١٠ ، قال : هذا إسناد صحيح رجاله ثقات .

(٤١)

٣ ــ ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول اللهε " محاش* النساء حرام عليكم " (١)

٤ ــ ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ε " من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد " (٢)

٥ ــ ما روي أيضا عن أبي هريرة أن النبي ε قال :" ملعون من أتى امرأة في دبرها "(٣)

٦ ــ ما روي عن خزيمة بن ثابت الأنصاري أن رجلا سأل النبيε عن إتيان النساء في أدبارهن فقال رسول الله ε : حلال فلما ولى الرجل دعاه فقال : كيف قلت ؟ في أي الخربتين ؟ أو في أي الخرزتين أو في أي الخصفتين ؟ أمن قبلها في قبلها فنعم أمن دبرها في قبلها فنعم أمن دبرها في دبرها فلا ؟ إن الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أدبارهن " (٤)

٧ــ ما رواه الإمام أحمد في مسنده أن النبيε قال :" الذي يأتي امرأته في دبرها هي اللواطة الصغرى " (٥)

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أفادت هذه الأحاديث الواردة عن رسول الله ε حرمة إتيان الرجل لأهله في موضع الأذى على اختلافها واختلاف رواياتها وقد توعد رسول الله ε الذي يفعل ذلك باللعن ولا يلعن المسلم إلا على فعل كبيرة بل إن بعض الأحاديث صرحت بكفر من يأتي امرأته في دبرها مستحلا له .

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٣٠ ،برقم ١٦٨٠٧ ، سنن الدارمي ، جـ١ ، صـ٢٧٦ ، برقم ١١٣٧ ، سنن سعيد بن منصور ، جـ٣ ،صـ٨٦٣ ، برقم ٣٧٠ ، قال : وسنده ضعيف ، سنن البيقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ١٩٩ ، برقم ١٣٩٠٧ ، الكامل في ضعفاء الرجال ، جـ٣ ،صـ٣٣٦

* المحاش : جمع بفتح الميم وتشديد الشين جمع محشة أو محشاة وهو اسم لأسفل مواضع الطعام من الأمعاء كنى به عن الدبر والمراد به إتيانهن في أدبارهن . الترغيب والترهيب ، جـ٣ ،صـ١٩٩

(٢) مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ٤٤٦ ،برقم ١٠١٧٠ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٣٠ ، برقم ١٦٨٠٩ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٢٠٩ ، برقم ٦٣٩ ، سنن الترمذي ، جـ١ ،صـ٢٤٣ ، قال أبو عيسى : " لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم عن أبي تميمة الهجيمي عن أبي هريرة وإنما معنى هذا عند أهل العلم التغليظ

(٣) فيض القدير ، جـ٦ ،صـ٤ ، شرح النووي على صحيح مسلم ، جـ١٠ ،صـ٦ ، عون المعبود ، جـ٦ ،صـ١٤٠ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٢٣ ، برقم ٩٠١٥ ، سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٢٤٩ ، برقم ٢١٦٢

(٤) شرح معاني الآثار ، جـ٣ ،صـ٤٥ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٣٠ ، برقم ١٦٨١٠ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٢٤ /٣٢٥ ، برقم ٦٠٢٤

(٥) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ١٩٨ ، برقم ، ١٣٩٠٠ ، معتصر المختصر ، جـ١ ،صـ٣٠٣ ، تلخيص الحبير ، جـ٣ ،صـ١٨١

كما أن هذا العمل فيه تشبه بقوم لوط وقد سماه رسول الله ε اللوطية الصغرى وهذا كله يدل على حرمة إتيان الرجل لأهله في موطن القذر

ثالثا من الإجماع :

حيث أجمع علماء الأمة سلفا وخلفا ممن يعتد بقولهم على حرمة إتيان الرجل لامرأته في دبرها قال الماوردي :" ولأنه إجماع الصحابة وروي ذلك عن علي بن بي طالب وعبد الله بن عباس وابن مسعود وأبي الدرداء ....وليس لمن ذكرنا من الصحابة مخالف فصار إجماعا "(١)

رابعا ــ من الأثر :

١ ــ ما روي أن رجلا سأل عليا كرم الله وجهه عن إتيان المرأة في دبرها فقال : سفلت سفل الله بك (٢) ألم تسمع قول الله عز وجل ؟ " أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنْ الْعَالَمِينَ " (٣)

٢ ــ جاء رجل إلى إبن عباس رضي الله عنه وقال : كنت آتي أهلي في دبرها وسمعت قول الله تعالى " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ " فظننت أن ذلك حلال لي فقال : يا وكيع إنما قوله (فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) قائمة وقاعدة ومقبلة ومدبرة في أقبالهن لا تعدو ذلك إلى غيره (٤)

٣ ــ سأل رجل ابن عباس رضي الله عنه عن إتيان المرأة في دبرها فقال : تسألني عن الكفر ! (٥)

وجه الدلالة من هذه الآثار :

أفادت الآثار السابقة الواردة عن علي وابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ حرمة إتيان الرجل امرأته في الموضع المكروه وذلك لأنهم حضروا عصر النبوة وفهموا ذلك عن رسول الله ε وذلك مما يدعونا إلى العمل بهذه الآثار والقول بحرمة إتيان المرأة في دبرها

خامسا ــ المعقول من وجوه : ــ

الوجه الأول : ما ذكر أبو عمر بن عبد البر بقوله : إن العلماء لم يختلفوا في الرتقاء التي لا يوصل إلى وطئها أنه عيب ترد به ... لأن المسيس هو المبتغى بالنكاح وفي إجماعهم على هذا دليل على أن الدبر ليس بموضع وطء ولو كان موضعا للوطء ما ردت من لا يوصل إلى وطئها في الفرج (٦)

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ، صـ ٤٣٧

(٢) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ١٩٨ ، برقم ١٣٩٠٥ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٣٠ ، برقم ١٦٨١٢

(٣) سورة الأعراف آية : (٨٠)

(٤) سنن الدارمي ، جـ١ ،صـ٢٧٥ ، برقم ١١٣٥

(٥) تلخيص الحبير ، جـ٣ ،صـ١٨١

(٦) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٣ /٣٥٤

الوجه الثاني : إن الهدف من الزواج ليس الانغماس في الشهوات فقط وإنما هناك غايات وأهداف أخرى مطلوبة في هذه الحياة .

قال الكاساني :" ولأن حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لأن لقضاء الشهوات خاصة دارا أخرى وإنما يثبت لحق قضاء الحاجات وهي حاجة بقاء النسل إلى انقضاء الدنيا إلا أنه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضاء الحاجات " (١)

الوجه الثالث : إن الوطء في الحيض إذا كان قد حرم لأجل الأذى العارض فلأن يحرم الوطء في الدبر لأجل الأذى الدائم من باب أولى
قال ابن القيم : " وإذا كان الله عز وجل حرم الوطء في الفرج لأجل الأذى العارض فما الظن بالحش الذي هو محل الأذى اللازم مع زيادة المفسدة بالتعرض لانقطاع النسل والذريعة القريبة جدا من أدبار النساء إلى أدبار الصبيان ، وأيضا فللمرأة حق على الزوج في الوطء ووطؤها في دبرها يفوت حقها ولا يقضي وطرها ولا يحصل مقصودها ، وأيضا فإن الدبر لم يتهيأ لهذا العمل ولم يخلق له وإنما الذي هيء له الفرج (٢)
(ب) أدلة الرأي الثاني : ــ
استدل القائلون بجواز إتيان الرجل أهله في دبرها بما يلي : ــ
أولا من الكتاب : ــ
١ ــ قوله تعالى : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ" (٣)
وجه الاستدلال بهذه الآية من وجهين : ــ
الأول : إن الله تعالى جعل الحرث اسما للمرأة فقال تعالى (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ) فهذا يدل على أن الحرث اسم للمرأة لا للموضع المعين فلما قال تعالى بعده : (فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ) كان المراد فأتوا نساءكم أنى شئتم فيكون هذا إطلاقا في إتيانهن على جميع الوجوه فيدخل فيه محل النزاع (٤)
الوجه الثاني : أن كلمة (أَنَّى) معناها أين قال تعالى (أَنَّى لَكِ هَذَا) (٥) والتقدير: من أين لك هذا فصار تقدير الآية : فأتوا حرثكم أين شئتم وكلمة أين شئتم تدل على تعدد الأمكنة كقولك اجلس أين شئت ويكون هذا تخييرا بين الأمكنة
قال الرازي (٦) : إذا ثبت هذا ظهر أنه لا يمكن حمل الآية على الإتيان من قبلها في قبلها أو من دبرها في قبلها لأن على هذا التقدير المكان واحد والتعداد إنما وقع في طريق الإتيان واللفظ اللائق به أن يقال اذهبوا إليه كيف شئتم

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، صـ ١٧٩ .
(٢) زاد المعاد ، جـ ٣ ، صـ ١٤٩ ، تبيين المسالك ، جـ ٣ ،صـ ٣٦ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٤٣٧ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٢٣
(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٣)
(٤) مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ، صـ ٣٥٣ / ٣٥٤ .
(٥) سورة آل عمران ، الآية : (٣٧)
(٦) قول الرازي ههنا ليس استدلالا لوجهة نظره وإنما بيان لوجهة نظر المخالف

فلما لم يكن المذكور ههنا لفظة كيف بل لفظة (أَنَّى) وثبت أن لفظة أنى مشعرة بالتخيير بين الأمكنة ثبت أنه ليس المراد ما ذكرتم بل ما ذكرنا (١)
مناقشة هذا الاستدلال من وجوه : ــ

الأول : لا نسلم أن الحرث اسم للمرأة بل الحرث اسم لموضع الحراثة ومعلوم أن المرأة ليست بجميع أجزائها موضعا للحراثة فامتنع اطلاق اسم الحرث على ذات المرأة ويقتضي هذا الدليل أن لا يطلق لفظ الحرث على ذات المرأة إلا أنا تركنا العمل بهذا الدليل في قوله تعالى" نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ" لأن الله تعالى صرح بإطلاق لفظ الحرث على ذات المرأة فحملنا ذلك على المجاز المشهور من تسمية كل الشيء باسم جزئه وهذه الصورة مفقودة في قوله تعالى " فَأْتُوا حَرْثَكُمْ " فوجب حمل الحرث ههنا على موضع الحراثة على التعيين فثبت أن الآية لا دلالة فيها إلا على إتيان النساء في المأتى) (٢)

الوجه الثاني : إن قول الله تعالى :" قُلْ هُوَ أَذًى " مع قوله تعالى :" فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " فلو دلت هذه الآية على التجويز لكان ذلك جمعا بين ما يدل على التحريم وما يدل على التحليل في موضع واحد والأصل أنه لا يجوز (٣)

الوجه الثالث : الروايات المشهورة في أن سبب نزول هذه الآية اختلافهم في أنه هل يجوز إتيانها من دبرها في قبلها وسبب نزول الآية لا يكون خارجا عن الآية فوجب كون الآية متناولة لهذه الصورة ومتى حملناها على هذه الصورة لم يكن بنا حاجة إلى حملها على الصورة الأخرى فثبت بهذه الوجوه أن المراد من الآية ليس ما ذكروه (٤)

الوجه الرابع : ــ لا نسلم أن قوله تعالى :" أَنَّى شِئْتُمْ" معناه : أين شئتم ، فقد اختلف المفسرون في تفسيرها إلى عدة أقوال : قال الرازي : المشهور ما ذكرناه أنه يجوز للزوج أن يأتيها من قبلها في قبلها ومن دبرها في قبلها

والثاني : أن المعنى أي وقت شئتم من أوقات الحل يعني إذا لم تكن أجنبية أو محرمة أو صائمة أو حائضا

والثالث : أنه يجوز للزوج أن ينكحها قائمة وباركة أو مضطجعة بعد أن يكون في الفرج

الرابع : قال ابن عباس : إن شاء عزل وإن شاء لم يعزل وهذا منقول عن سعيد بن المسيب

---

(١) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ، صـ ٣٥٤ ، القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٥ ، تبيين المسالك ، جـ٣ ، صـ ٣٦ .البحر الزخار ، جـ ٤ ، صـ ، ٧٩

(٢) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ، صـ ٣٥٤ ، القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٥ ، المغني ، جـ٩ ، صـ ٦٩٨ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ، صـ ٦٩٨/٦٩٧

(٣) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ، صـ ٣٥٥

(٤) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ، صـ ٣٥٥

الخامس : متى شئتم من ليل أو نهار، وقد ظهر من أقوال المفسرين أن سبب نـــزول هذه الآية هو أن اليهود كانوا يقولون من أتى المرأة من دبرها في قبلها جـــاء الولـــد أحول فأنزل الله هذا لتكذيب قولهم فكان الأولى حمل اللفظ عليه وأما الأوقـــات فـــلا مدخل لها في هذا الباب لأن " أنَّى" يكون بمعنى متى ويكون بمعنى كيف وأما العـــزل وخلافه فلا يدخل تحت " أنَّى " لأن حال الجماع لا يختلف بذلك فلا وجه لحمل الكلام إلا على ما قلنا (١)

قال القرطبي : قوله تعالى : " أنَّى شِئْتُمْ" معناه عند الجمهور من الصحابة والتـــابعين وأئمـــــة الفتوى من أي وجه شئتم مقبلة ومدبرة (٢) وبهذا فـــإن حمـــل (أنَّـــى) وتفسيرها (بأين) غير مسلم لما ذكر

٢ ــ قوله تعالى : (إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ) (٣)

وجه الدلالة : إن الله عز وجل أمر المسلمين بحفظ فروجهم إلا على أزواجهم أو مـــا ملكت أيمانهم وهذا يقتضي إباحة وطء النساء في أدبارهن لورود الإباحة مطلقة غير مقيدة بشيء ولا مخصوصة بمكان دون آخر (٤)

قال الرازي : ترك العمل به في حق الذكور لدلالة الإجماع فوجب أن يبقى معمولا به في حق النسوان (٥)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم الاستدلال بهذه الآية لأن هذا العموم الذي تمسكتم به قد خصصه قوله تعالى : " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ الله " فقد أبانـــت هـــذه الآيـــة الموضع المأمور به شرعا وهو موضع الحرث الذي يأتي منه الولد .

وخصصه أيضا الأحاديث الواردة عن رسول الله ε التي تفيد حرمة إتيان النساء فـــي أدبارهن (٦) ومعلوم أن الخاص مقدم على العام كما هو معلوم في علم الأصول (٧)

٣ ــ قوله تعالى :" أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنْ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَـــقَ لَكُـــمْ رَبُّكُـــمْ مِـــنْ أَزْوَاجِكُمْ " (٨)

وجه الاستدلال بهذه الآية :قال محمد بن كعب القرظي: وتقدير الآية : تتركون مثـــل ذلك من أزواجكم ولو لم يبح مثل ذلك من الأزواج لما صح ذلك (٩) فدل على أنـــه

---

(١) مفاتيح الغيب ، جـــ٣ ، صـــ ٣٥٥ / ٣٥٦ ، نيل الأوطار ، جـــ ٦ ، صـــ ٦٢٢

(٢) القرطبي ، جـــ ١ ، صـــ١٠٠٥ .

(٣) المؤمنون ، الآية : (٦)

(٤) الفقه على المذاهب الأربعة ، جـــ٥ ،صـــ١١٩ .

(٥) مفاتيح الغيب ، جـــ٣ ، صـــ ٣٥٤

(٦) مفاتيح الغيب ، جـــ٣ ، صـــ ٣٥٥ ،الفقه على المذاهب الأربعة ، جـــ٥ ،صـــ١١٩ أحكام القرآن للجصاص ، جـــ١ ،صـــ ٤٢٧.

(٧) الموافقات ، الشاطبي ، جـ ٣ ، صـ١٤٩ وما بعدها ، نهاية السول ، الإسنوي ، جـ٢ ،صـ ٧٥ وما بعدها ، الإحكام في أصول الأحكام ، لابن حزم ،جـ٣ ،صـ ٣٨٨ وما بعدها .
(٨) سورة الشعراء ، الآية : (١٦٥ /١٦٦) (٩) القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٦ .
(٤٦)
أباح من الأزواج ما حظره من الذكران (١)
مناقشة هذا الاستدلال : قال القرطبي : ليس المباح من الموضع الآخر مثلا له حتى يقال تفعلون ذلك وتتركون مثله من المباح (٢)
وبهذا يظهر أن المباح من الأزواج ليس هو الدبر وإنما هو المأتى الذي أحله الله عز وجل وهو محل الولد كما دلت على ذلك النصوص القرآنية والآحاديث النبوية (٣)
قال الماوردي : المراد أتأتون المحظور من الذكران وتذرون المباح من فروج النساء (٤)
ثانيا من المعقول : قال الرازي : توافقنا على أنه لو قال للمرأة دبرك علي حرام ونوى الطلاق أنه يكون طلاقا وهذا يقتضي كون دبرها حلالا له (٥)
مناقشة هذا الاستدلال :
إن قول الرجل لامرأته دبرك علي حرام إنما صلح أن يكون كناية عن الطلاق لأنه محل لحل الملامسة والمضاجعة فصار ذلك كقوله يدك طالق (٦)
مناقشة ما نسب إلى بعض الصحابة والتابعين :
أولا : مناقشة ما نسب إلى ابن عمر
١ ــ أنكر كل من سالم بن عبد الله بن عمر ونافع مولاه ذلك
(أ) أما سالم فقد نفى أن يكون هذا رأي أبيه وقال " إنما قال ــ يعني أباه ــ لا بأس أن يؤتين في فروجهن من أدبارهن " وتكلم في نافع كلاما شديدا (٧)
قال سالم : كذب العبد على أبي وهذا مما يقوي غلط نافع على ابن عمر فإن الكذب كانوا يطلقونه بإزاء الخطأ (٨)
قال ابن تيمية : فمن الناس من يقول غلط نافع على ابن عمر أو لم يفهم مراده وكان مراده أنها نزلت في إتيان النساء من جهة الدبر فإن الآية نزلت في ذلك باتفاق العلماء (٩)

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ،صـ ٤٣٥ .
(٢) القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٦ .
(٣) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ،صـ ٤٣٨ ، قال القرطبي : وردت عن رسول الله أحاديث صحيحة حسان شهيرة رواها عنه اثنا عشر صحابيا بمتون مختلفة كلها متواردة على تحريم إتيان النساء في الأدبار ذكرها أحمد بن حنبل في مسنده وأبو داود والنسائي والترمذي وغيرهم وقد جمعها أبو الفرج بن الجوزي بطرقها في جزء سماه " إظهار إدبار من أجاز الوطء في الأدبار " قلت وهذا هو الحق المتبع والصحيح في المسألة ولا ينبغي لمؤمن بالله

واليوم الآخر أن يعرج في هذه النازلة على زلة عالم لبعد أن تصح عنه وقد حذرنا من زلة العالم . القرطبي ، جـ ١ ،صـ ١٠٠٧.
(٤) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ،صـ ٤٣٨ ،
(٦) مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ،صـ٣٥٤ .
(٧) مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ،صـ٣٥٥ .
(٨) فقه الإمام سعيد ، جـ٣ ،صـ٢٧٥ .
(٩) مجموع فتوى ابن تيمية ، جـ ٣٢ ، صـ ٢٦٦ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ ١ ، صـ ٤٢٦ .

(٤٧)

قال الرازي : وسائر الناس كذبوا نافعا في هذه الرواية (١)
(ب) **وأما نافع** فقد بين أن الناس قد وهموا فيما فهموه من نقله عن ابن عمر .
روى النسائي عن أبي النضر أنه قال لنافع مولى ابن عمر قد أكثر عليك القول أنك تقول عن ابن عمر أنه أفتى بأن يؤتى النساء في أدبارهن قال نافع لقد كذبوا علي ، ولكن سأخبرك كيف كان الأمر إن ابن عمر عرض علي المصحف يوما وأنا عنده حتى بلغ " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ " قال يا نافع هل تدري ما أمر هذه الآية ؟ قلت لا : قال : إنا كنا معشر قريش نجبي النساء فلما دخلنا المدينة ونكحنا نساء الأنصار أردنا منهن ما كنا نريد من نسائنا فإذا هن قد كرهن ذلك وكان نساء الأنصار إنما يؤتين على جنوبهن فأنزل الله سبحانه " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ" (٢)
(ج) كما أنه قد نقل عن ابن عمر خلاف ما نسب إليه فقد نقل عنه تكفير من فعله مستحلا له وهذا هو اللائق به رضي الله عنه روى الدارمي أبو محمد في مسنده عن أبي سعيد بن يسار أبي الحباب قال : قلت لابن عمر ما تقول في الجواري حين أحمض بهن ؟ قال : وما التحميض ؟ فذكرت له الدبر فقال هل يفعل ذلك أحد من المسلمين ؟ ! (٣)
(د) روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبيε أنه قال :" سبعة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ويقول ادخلوا النار مع الداخلين : الفاعل والمفعول به والناكح يده ، وناكح البهيمة ، وناكح المرأة في دبرها ، وجامع بين امرأة وابنتها ، والزاني بحليلة جاره ومؤذي جاره حتى يلعنه "(٤)
ومن خلال ما تقدم يظهر أن نسبة القول بإباحة وطء النساء في أدبارهن إلى ابن عمر غير صحيحة لأن ذلك هو اللائق به كما أن ابن عمر ورد عنه أثر بخلاف ما نسب إليه كما أنه الراوي لحديث (سبعة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة .....)
وعلى هذا فمن نسب إلى ابن عمر هذا القول فقد غلط عليه كما قال ابن القيم(٥)
ثانيا : مناقشة ما نسب إلى الإمام مالك :يناقش ما نسب إلى الإمام مالك بما يلي :
١ ــ لا نسلم لكم صحة نسبة هذا القول إلى الإمام مالك قال القرطبي : وما نسب إلى مالك وأصحابه من هذا باطل وهم مبرءون من ذلك . (٦)

(١) مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ،صـ ٣٥٢ .
(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي ، جـ ٣ ، صـ ٤٢ ، كتاب السنن الكبرى للنسائي ، جـ ٥ ، صـ ٣١٥ ، برقم ٨٩٧٩ / ٥
(٣) كتاب السنن الكبرى للنسائي ، جـ ٥ ، صـ ٣١٥ ، برقم ٨٩٧٩ / ٦ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ، جـ ٣ ، صـ ٤٢ ، معتصر المختصر ، جـ١ ،صـ٣٠٣
(٤) تلخيص الحبير ، جـ٣ ،صـ١٨٨ ، برقم ١٥٤٥ ، قال :" وإسناده ضعيف " ، الفردوس بمأثور الخطاب ، جـ٢ ،صـ٢٣٢ ،برقم ٣٤٧٩
(٥) زاد المعاد ، جـ ٣ ، صـ ١٤٨ .
(٦) القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٦ ، فقه الإمام سعيد ، جـ ٣ ، صـ ٢٧٧ / ٢٧٨ ، تبيين المسالك ، جـ ٣ ،صـ ٣٥ .

٢ ــ لا نسلم نسبة " كتاب السر" إلى الإمام مالك لأن حذّاق أصحاب مالك ومشايخهم ينكرون ذلك الكتاب ومالك أجل من أن يكون له كتاب سر (١)
ولقد حقق العلامة الحطاب في شرح مختصر خليل أن كتاب السر باطل عن الإمام مالك فلا اعتداد بما ينسب إليه من أقوال في هذا الكتاب (٢)
٣ ــ ورد عن الإمام مالك ــ رضي الله عنه ــ ما يفيد تكذيبه لما نسب إليه وقد قال مالك لابن وهب وعلى بن زياد لما أخبره أن ناسا بمصر يتحدثون عنه أنه يجيز ذلك فنفر من ذلك وبادر إلى تكذيب الناقل وقال كذبوا علي ، كذبوا علي ، كذبوا علي ، ثم قال ألستم قوما عربا ألم يقل الله تعالى ؟ (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ) وهل يكون الحرث إلا في موضع المنبت (٣)
٤ ــ على فرض صحة نسبة هذا القول إلى الإمام مالك وهو احتمال بعيد فهذا محمول على أنه كان يرى ذلك أولا ثم رجع عنه وقد حكي أن مالكا سئل عن ذلك فقال : الآن اغتسلت منه (٤)
هذا هو اللائق بالإمام مالك رضي الله عنه وأصحابه لم يثبتوا عنه الروايات التي تفيد نسبة هذا القول إليه وأفتوا بتحريمه كما أنكر العراقيون الأثر المروي عنه والذي يفيد إباحة الوطء في الموضع المكروه (٥)
مناقشة ما نسب إلى الإمام الشافعي :
١ ــ ما نسب إلى الإمام الشافعي من جواز إتيان المرأة في دبرها فقد كذبه أصحابه قال الربيع : ــ تعليقا على نسبة القول بالإباحة إلى الشافعي ــ كذب والذي لا إله إلا هو قد نص الشافعي تحريمه في ست كتب هذا هو الصحيح (٦)

---

(١) القرطبي ، جـ ١ ، صـ ١٠٠٦

(٢) مواهب الجليل ، جـ ٣ ، صـ ٤٠٧ ، البحر الزخار ، جـ ٤ ، صـ ٨٠ ، جاء في مواهب الجليل (...أما كتاب السر فمنكر قال ابن فرحون : وقفت عليه : فيه من الغض من الصحابة والقدح في دينهم خصوصا عثمان رضي الله عنه ومن الحط على العلماء والقدح فيهم ونسبتهم إلى قلة الدين مع إجماع أهل العلم على فضلهم خصوصا أشهب ما لا أستبيح ذكره وورع مالك ودينه ينافي ما اشتمل عليه كتاب السر) المواهب ، جـ ٣ ، صـ ٤٠٧ .

(٣) فقه الإمام سعيد ، جـ٣ ، صـ ٢٧٧ ، القرطبي ، جـ١ ، صـ ١٠٠٧ ، تبيين المسالك ، جـ٣ ، صـ٣٦ .

(٤) تكملة المجموع ــ الثانية ــ جـ ١٨ ،صـ ١٠٥ .

(٥) تكملة المجموع ــ الثانية ــ جـ ١٨ ،صـ ١٠٤ ، البحر الرائق ، جـ ٣ ، صـ١٠٦ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ ٤٣٤ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ ٦٢٣ .

(٦) العزيز شرح الوجيز ، جـ ٨ ، صـ ١٧٤ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ، صـ ٤٣٤ ، البحر الرائق ، جـ٣ ، صـ١٠٦ ، نيل الأوطار ،جـ ٦ ،صـ٦٢٣

٢ ــ إن ما نسب إلى الإمام الشافعي أساسه ما روي عن محمد بن عبد الحكم أنه سمع الشافعي يقول : " ما صح عن النبي ε في تحليله ولا تحريمه شيء والقياس أنه حلال " (١)

وما ذكره ابن عبد الحكم هو قول قديم كان الشافعي يقول به يدل على ذلك مناظرة جرت بينه وبين محمد بن الحسن تبين منها أن محمدا كان يقول بالتحريم والشافعي يقول بالحل لأنه لم يثبت عنده عن رسول الله ε في التحريم دليل فلما صح عنده عن رسول الله ε ما يدل على التحريم قال به ورجع عن قوله القديم (٢)

٣ ــ قال الحاكم : فأما الجديد فالمشهور أنه حرمه (٣)

وقال المزني : قال الشافعي : ذهب بعض أصحابنا إلى إحلاله وآخرون إلى تحريمه ولا أرخص فيه بل أنهى عنه (٤)

جاء في الأم " وإباحة الإتيان في موضع الحرث يشبه أن يكون تحريم إتيان في غيره فالإتيان في الدبر حتى يبلغ منه مبلغ الإتيان في القبل محرم بدلالة الكتاب ثم السنة " (٥)

ومن خلال ما تقدم يمكن القول : إن نسبة القول بحل إتيان الزوجة في دبرها إلى الإمام الشافعي عارية من الصحة وعلى فرض صحة نسبة ذلك إليه فإن ذلك قول قديم رجع عنه في الجديد وما نقل عنه ــ رضي الله عنه ــ يؤكد ذلك

مناقشة ما نسب إلى سعيد بن المسيب :

روى الطحاوي بسنده عن ابن شهاب قال : كان سعيد بن المسيب ينهى أن تؤتى المرأة في دبرها أشد النهي (٦)
وما نسب إليه من القول بالحل يحتمل أن يكون قولا كان يقول به ثم رجع عنه أو أنه كان يتكلم عن جواز إتيان المرأة في قبلها من دبرها فظن السامع أنه يقول بحل إتيان المرأة في دبرها فنقل ذلك عنه وإلا فهذه النسبة المجردة من الإسناد لا تقاوم الروايات المسندة الصحيحة (٧)

---

(١) العزيز شرح الوجيز ، جـ ٨ ، صـ ١٧٤ ،
(٢) فقه الإمام سعيد ، جـ٣ ،صـ ٢٧٨ ، العزيز شرح الوجيز ، جـ ٨ ، صـ ١٧٤ ،نيل الأوطار ،جـ ٦ ،صـ٦٢٣ ، تكملة المجموع ـ الثانية ـ جـ ١٨ ،صـ١٠٣ /١٠٤.
(٣) تكملة المجموع ـ الثانية ـ جـ ١٨ ،صـ ١٠٤ ، نيل الأوطار ،جـ ٦ ،صـ٦٢٣ ،
(٤) ، تكملة المجموع ـ الثانية ـ جـ ١٨ ،صـ ١٠٥، الأم ، جـ٥ ، صـ ٨٤ ، صـ ١٥٦ ، زاد المعاد، جـ٣ ، صـ ١٤٩ .
(٦) الأم ، جـ٥ ، صـ ٨٤ .
(٧) فقه الإمام سعيد ، جـ ٣ ، صـ ٢٧٤ .

* وأما محمد بن كعب القرظي فقد روي عنه القول بالحل وروي عنه أنه سئل عن ذلك فأعرض وسكت وما إعراضه وسكوته إلا لأنه قد استقبح هذه المسألة (١)

الرأي الراجح في هذه المسألة :

من خلال ما تقدم من عرض لأدلة الفريقين في مسألة وطء المرأة في دبرها يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز إتيان المرأة في دبرها وذلك نظرا لقوة الأدلة التي اعتمدوا عليها من الكتاب والسنة والأثر والمعقول وما ورد عليها من مناقشة أمكن دفعها ومناقشتها مناقشة تؤدي إلى بطلانها وما استند إليه المخالف من أدلة فقد تمت مناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم جواز الاعتداد بها
كما أن نسبة القول بالحل إلى نافع وابن عمر ومالك والشافعي وسعيد بن المسيب ومحمد بن كعب القرظي لم تصح نسبة هذا القول إليهم بل ورد عنهم ما يخالف ذلك من نهيهم عن إتيان النساء في أدبارهن أشد النهي لأن في هذا الفعل الكثير من المفاسد منها انقطاع النسل الذي هو المقصد الأسمى من مشروعية الزواج

فضلا عن خساسة هذا العمل ودناءته مما يفضي إلى التلذذ بما كان يتلذذ به قــوم لــوط وما يعد شذوذا في الشهوة يتنزه عنه المؤمنون الأطهار وأبناء الملة الأخيار. والله أعلم .

---

(١) فقه الإمام سعيد ، جـ ٣ ، صـ ٢٧٨ .

(٥١)

المطلب الثاني : الأضرار المترتبة على الإتيان في الدبر

لا شك أن نهي الإسلام عن إتيان الرجل لزوجته في دبرها أمــر فــي غايــة الأهمية لما في هذه المباشرة من الأضرار الصحية والنفسية التــي تصــيب الرجــل والمرأة وقد أثبت الطب الحديث أن إتيان المرأة في دبرها يضرها ضررا بالغا حيــث يفوت حقها على زوجها في النكاح والاستمتاع الذي لا يحققه وطؤها في دبرها كمــا أن الوطء في الدبر يضر بالرجل أيضا ذلك أن للفرج عضلات قادرة على اعتصــار قضيب الرجل المنتصب والعمل على الإنزال الكامل للمني فإذا لم يتم الإنزال الكامل للمني كما يحدث عندما يطأ الرجل زوجته في دبرها فإنه يحدث احتقان شديد في غدة البروستاتا والأعضاء التناسلية الأخرى مما يسبب آلاما شديدة فــي منطقــة العجــان والخصيتين ناهيك عن سرعة القذف وضعف الانتصاب الذي يسببه الاحتقان المزمن في حين أن الأمر غير ذلك عند إتيان المرأة في فرجها حيث إن المهبل يفرز ســائلا يساعد على تشحيم الفرج والمهبل معا مما يساعد على عملية الإيلاج (١)

ولقد ذكر ابن القيم كثيرا من الأضرار المترتبة على العدول عن الإتيان في الفرج إلى الدبر فقال " ... فالعادلون عنه ــ أي الفرج ــ إلى الدبر خارجون عن حكمة الله وشرعه جميعا وأيضا فإن ذلك مضر بالرجل ولهذا ينهى عنه عقلاء الأطباء من الفلاسفة وغيرهم لأن للفرج خاصية في اجتذاب الماء المحتقن وراحة الرجل منه والوطء في الدبر لا يعين على اجتذاب جميع الماء ولا يخرج كل المحتقن لمخالفته للأمر الطبيعي وأيضا يضر من وجه آخر وهو إحواجه إلى حركات متعبة جدا لمخالفته للطبيعة وأيضا فإنه محل القذر والنجو فيستقبله الرجل بوجهه ويلابسه وأيضا فإنه يضر بالمرأة جدا لأنه وارد غريب بعيد عن الطباع منافر لها غاية المنافرة وأيضا فإنه يحدث الهم والغم والنفرة عن الفاعل والمفعول وأيضا فإنه يسود الوجه ويظلم الصدر ويطمس نور القلب ويكسو الوجه وحشة تصير عليه كالسماء يعرفها من له أدنى فراسة وأيضا فإنه يوجب النفرة والتباغض الشديد والتقاطع بين الفاعل والمفعول ولابد . وأيضا فإنه يفسد حال الفاعل والمفعول فسادا لا يكاد يرجى بعده صلاح إلا أن يشاء الله بالتوبة النصوح وأيضا فإنه يذهب بالمحاسن منهما ويكسوهما ضدها كما يذهب بالمودة بينهما ويبدلهما بها تباغضا وتلاعنا " (٢)

ومن الأمراض التي يسببها الإتيان في الدبر مرض الزهري والتهاب الكبد الوبائي والدسنتاريا والحساسية ورضوض مختلفة في المستقيم وفتحة الشرج والسيلان والالتهاب الحبيبي واللمفاوي والقرحة الرخوة والدورة الدبوسية والأمراض الفطرية واللؤلؤة المعدية ونحو ذلك . (٣)

---

(١) الإعجاز العلمي في السنة النبوية ، د/ محمد كامل عبد الصمد ، صـ ٣٩ / ٤٠ ، مدخل إلى الطب الإسلامي د/ علي محمد مطاوع ، صـ ٧٢ وما بعدها ، الموسوعة الجنسية ، د/ سليم حسن ، صـ ٦٤.

(٢) زاد المعاد ، جـ٣ ، ١٤٩ / ١٥٠

(٣) د/ عبد الحميد محمد عبد العزيز ، الطب والإسلام ، جـ١ ،صـ٨٤ ، مؤسسة أخبار اليوم ، كتاب اليوم الطبي ، العدد (٧٣) ١٥ إبريل ١٩٨٨ م

وفيه فروع :

الفرع الأول : حكم وجوب الحد
الفرع الثاني : التعزير
الفرع الثالث : حكم التفريق بين الزوجين
الفرع الرابع : حق المرأة في الطلاق للضرر
الفرع الخامس : حكم إيجاب الكفارة على هذا الفعل

****

الفرع الأول : حكم وجوب الحد

اختلف الفقهاء في حكم وجوب الحد على من أتى زوجته في دبرها على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية(٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) ومفهوم كلام الزيدية (٦) والإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى أن من أتى امرأته أو أمته في دبرها وترك القبل فلا يقام عليه حد حيث لم يرد من الشارع الحكيم حد في هذه الحالات ولكنهم قالوا بأن من يعمل هذا العمل الشنيع يكون آثما مستوجبا للعقاب الأخروي حيث ارتكب فعلا ممنوعا شرعا غير مسموح به بل منهي عن الوقوع فيه والالتجاء إليه (٩)

قال ابن قدامة : " ... وكذلك إن وطيء امرأته في دبرها أو جاريته فهو محرم ولا يجب به الحد لأن المرأة محل للوطء في الجملة وقد ذهب بعض العلماء إلى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد " (١٠)

وقال الشافعي:" وإن ذهبت إلى الإمام نهاه فإن أقر بالعودة له أدبه دون الحد" (١١)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٥ ، صـ١٧٩ ، البحر الرائق ، جـ٣ ، صـ ١٠٦

(٢) الفواكه الدواني ،جـ٢ ، صـ٢٨٦ .

(٣) الحاوي الكبير ، جـ١١ ، صـ ٤٤٢ ، الأم ، جـ ٥ ، صـ ٨٤ ، نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، صـ ٤٢٤ .

(٤) المغني ، جـ ١٢ ، صـ ٢٢١ ، الشرح الكبير ، جـ ١٢ ، صـ ٢٤٩ / ٢٥٠

(٥) المحلى ، جـ ١٠ ، صـ ٦٩/ ٧٠ .

(٦) البحر الزخار ، جـ ٦ ، صـ ١٥٠ /١٥١.

(٧) المختصر النافع ، صـ ١٩٦ .

(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ ٦ ، صـ ٤٥٦ / ٤٥٧ ، شرح النيل ، جـ ٦ ، صـ ٤٥٦ / ٤٥٧ .

(٩) الفقه على المذاهب الأربعة ، جـ ٥ ، صـ ١١٧ / ١١٨ .

(١٠) المغني ، جـ ١٢ ، صـ ٢٢١ ، الشرح الكبير ، جـ ١٢ ، صـ ٢٤٩ / ٢٥٠.

(١١) الأم ، جـ ٥ ، صـ ٨٤ .

الرأي الثاني : هناك وجه عند الشافعية مقابل للصحيح عندهم يرى وجوب الحد على من أتى امرأته في دبرها وهذا الوجه حكاه الرافعي في كتابه العزيز بقوله : " ....فإذا أتى أمته أو منكوحته في غير المأتى فالصحيح أنه لا يتعلق به الحد لوقوعه في المملوك الذي هو محل الاستمتاع وفيه وجه أنه يجب الحد وقرب ذلك من القول المنقول في وجوب الحد إذا وطيء أمته المحرمة عليه " (١)

الأدلة :

* **أدلة الرأي الأول :** يمكن أن يستدل لمذهب جمهور الفقهاء بالسنة والأثر والمعقول : ــ

أما السنة فقوله ε : " ادرأوا الحدود بالشبهات " (٢)

فقد أفاد هذا الحديث وجوب درء الحد إذا قامت شبهة من الشبهات (٣) يحتمل معها عدم استحقاق الفاعل للحد المحدد له والمرأة هنا محل للوطء والاستمتاع في الجملة فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة وإذا لم يكن له أن يباشرها في دبرها
إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليها يورث شبهة وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد أو الظن وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل عليه شرعا (٤)

---

(١) العزيز ، جـ ٨ ، صـ ١٧٥ .
(٢) تحفة الأحوذي ، جـ٤،صـ٥٧٣ /٥٧٤ ، قال : وفيه المختار بن نافع قال البخاري : وهو منكر الحديث ، وروي أيضا بنحوه عن أبي هريرة قال : قال ع : " ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا "مصباح الزجاجة ، جـ٣ ،صـ١٠٣ ، قال : هذا إسناد ضعيف .
(٣) الشبهة لغة : الالتباس ، المعجم الوجيز ، صـ ٣٣٥ .
وشرعا : هي ما يشبه الثابت وليس بثابت ، شرح فتح القدير ، جـ ٤ ، صـ ١٤٠
* لقد اهتم فقهاء الشافعية والحنفية بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة أما غيرهم من الفقهاء فقد اكتفوا بالتعرض لشبهة واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر ، شرح فتح القدير ، جـ ٤ ، صـ ١٤٠
* وقد قسم الشافعية الشبهة إلى ثلاثة أنواع : ١ ــ شبهة في المحل كإتيان الزوجة في دبرها ٢ ــ شبهة في الفاعل كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ٣ ــ شبهة في الجهة أو الطريق وهي الاشتباه في حل الفعل وحرمته ، شرح جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ ٤ ، صـ ١٧٩ /١٨٠ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، حاشية قليوبي على المنهاج ، جـ ٤ ، صـ ١٧٩ / ١٨٠، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه
* أما الحنفية فقد قسموا الشبهة إلى قسمين : الأول شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وتثبتت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ولم يكن ثمة دليل سمعي يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا في عدتها الثاني : شبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك . ، شرح فتح القدير ، جـ ٥ ، صـ ١٤٠ ، الهداية مع شرح فتح القدير ، جـ٥ ، صـ ١٤٠، العناية بهامش شرح فتح القدير ، جـ ٥ ، صـ ١٤٠ ، ، التشريع الجنائي الإسلامي ، عبد القادر عودة ، جـ ١ ،صـ ٢١٢ / ٢١٤ ،
(٤) التشريع الجنائي الإسلامي ، جـ١ ، صـ ٢١٢ .

وأما الأثر :

١ ــ فما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات " (١)

٢ ــ ما روي عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا : " إذا اشتبه عليك الحد فادرأه " (٢) فقد أفاد ذلك عدم إقامة الحد بالشبهة وبالتالي فلا يجب الحد على من جامع زوجته في دبرها

وأما المعقول : فإن الشارع الحكيم حدد الجرائم التي يحد مرتكبها تحديدا دقيقا ولم ينص الشارع على حد معين لهذا الفعل مع النص على تحريمه وجعله من الكبائر ومن ثم فإن إيجاب حد لهذا الفعل قول لم يدل عليه دليل من كتاب أو سنة أو إجماع فلا يعتد به وإنما يكون مرجع العقوبة في هذا الفعل إلى القاضي حيث يعزر الفاعل بما يزجره ويؤدبه عن هذا الفعل (٣)

(ب) استدلال الرأي الثاني : يمكن الاستدلال للرأي القائل بوجوب الحد على من أتى امرأته في دبرها بالقياس : وذلك بقياسهم من أتى امرأته في دبرها على من وطيء أمته المحرمة في وجوب الحد . قال الرافعي : " وقرب ذلك من القول المنقول في وجوب الحد إذا وطيء أمته المحرمة عليه " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : يبدو لي أن هذا القياس غير مسلم من وجهين :

الأول : أن القياس لا يجري في الحدود كما ذهب إلى ذلك جمهور الأصوليين ومن ثم فقياس الوطء في الدبر على جماع الأمة المحرمة في وجوب الحد غير مسلم(٥)

الوجه الثاني : سلمنا أن القياس يجري في الحدود كما يرى البعض(٦) ولكن لا نسلم أن هذا القياس صحيح لأن العلة الموجودة في الأصل ليست بعينها العلة الموجودة في الفرع ومن ثم فالقياس مع الفارق فيكون غير صحيح

وبيان الفرق : أن الأصل وهو الأمة المحرمة لا يجوز لسيدها أن يستمتع بها بأي وجه من الوجوه بخلاف الأمة فإن لزوجها الاستمتاع بجميع جسدها بما في ذلك دبرها ما عدا الإيلاج فيه إذا ثبت هذا تبين أن هذا القياس غير صحيح

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لأراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو عدم وجوب الحد على من أتى امرأته في دبرها عملا بالأصل العام المقرر في الشريعة والذي يقضي أن الحدود تدرأ بالشبهات كما أن ما استدل به المخالف من أدلة لا ينهض حجة في إثبات دعواه فيكون غير مقبول

---

(١) مصنف أبي شيبة ، جـ٥ ،صـ٥١١ ،برقم ٢٨٤٩٣

(٢) مصنف أبي شيبة ، جـ٥ ،صـ٥١١ ،برقم ٢٨٤٩٤

(٣) الفواكه الدواني،ج٢، ص٢٨٦، الأم ، جـ٥ ، ص٨٤،التشريع الجنائي الإسلامي ،ج١،ص٢١٢

(٤) العزيز شرح الوجيز ، جـ٨ ، صـ١٧٥ ، قال الرافعي : " وقرب ذلك من القول المنقول في وجوب الحد إذا وطيء أمته المحرمة عليه "

(٥) نهاية السول للإسنوي ، جـ٣ ، صـ٤٩ ، المحصول للرازي ، جـ ٥ ، صـ ٣٤٥ .

(٦) نهاية السول للإسنوي ، جـ٣ ، صـ٤٩.

التعزير لغة : التأديب واللوم يقال عزره أي لامه وأدبه وعزر القاضي المذنب عاقبه بما دون الحد الشرعي . ويأتي التعزير بمعنى الإعانة والتقوية والنصرة يقال : أعانه وقواه ونصره ومنه قوله تعالى " وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ" (١) ثم اشتهر معنى التعزير في التأديب والإهانة دون الحد (٢)

وشرعا : هو العقوبة المشروعة على معصية أو جناية لا حد فيها ولا كفارة سواء أكانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أم على حق العبد كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج (٣)

موجب التعزير : قال الكاساني : " أما سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع سواء أكانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن آذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق .....إلخ " (٤)

ومن موجبات التعزير أيضا الجناية التي لا قصاص فيها كوطء الزوجة في الدبر ونحو ذلك (٥)

وعلى هذا فمن وطء امرأته في دبرها فقد ارتكب فعلا محرما شرعا يستوجب الزجر والتأديب قال ابن تيمية : ومن وطيء امرأته في دبرها وجب أن يعاقبا على ذلك عقوبة تزجرهما " (٦)

ومحل هذا العقاب إذا كان الواطيء عالما بالتحريم مختارا أما إذا لم يكن عالما بتحريمه فلا يعزر جاء في الإنصاف " ويعزر العالم بالتحريم منهما " (٧)

---

(١) سورة الفتح ، الآية : (٩)

(٢) المعجم الوجيز ، صـ ٤١٦ .

(٣) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ ٩٤ ، المهذب ، جـ ٢ ، صـ ٣٠٦ ، أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ، جـ ٢ ، صـ ١٠٣، دار الحديث القاهرة ، ط ، الثالثة ، ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٧ ، صـ ٥٥٩١ ، التشريع الجنائي الإسلامي ، جـ١ ،صـ١٢٦

(٤) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ ٩٤ .

(٥) الفقه الإسلامي ، جـ ٧ ، صـ ٥٥٩١ .

(٦) مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ ٣٢ ، صـ ٢٦٨ .

(٧) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، جـ ٨ ،صـ ٣٤٧ .

قال ابن القيم : " المعاصي ثلاثة أنواع : نوع فيه الحد ولا كفارة فيه ونوع فيه الكفارة ولا حد فيه ونوع لا حد فيه ولا كفارة فالأول : كالسرقة والشرب والزنا والقذف والثاني : كالوطء في نهار رمضان والوطء في الإحرام والثالث : كوطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره وقبلة الأجنبية والخلوة بها ودخول الحمام بغير مئزر وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير ونحو ذلك فأما النوع الأول فالحد فيه مغن عن التعزير وأما النوع الثاني فهل يجب مع الكفارة فيه تعزير أم لا ؟ على قولين وهما في مذهب أحمد وأما النوع الثالث ففيه التعزير قولا واحدا " أعلام الموقعين ، جـ ٢ ، صـ ١٠٣ .

وقال ابن تيمية : " ومتى وطئها في الدبر وطاوعته عزرا جميعا " (١)

وعلى هذا فإن طاوعت المرأة زوجها فإنها تعاقب وتؤدب لمشاركتها له في هذا الفعل المحرم أما إذا أكرهها الزوج على إتيان هذا الفعل المحرم فلا عقاب عليها

حكم اشتراط العود :

بعد الرجوع لمصادر الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإباضية يبدو لي أنهم لم يشترطوا العود ــ أي اعتياد الرجل على إتيان المرأة في دبرها ــ كسبب للتعزير (٢)

وذهب الشافعية إلى اشتراط العود كسبب للتعزير ويكون ذلك بعد نهي الامام له عن إتيان زوجته في دبرها فإن لم ينته وتكرر منه هذا الفعل فإنه يعزر قال الشافعي : " " وينهاه الإمام فإن عاد عزره " (٣)

وقال الماوردي : " أما فاعل ذلك في زوجته فإنه ينهى ويكف لإقدامه على حرام وارتكابه المحظور ولا يعالج في أول فعله بأكثر من النهي فينهى الزوج عن الفعل وتنهى الزوجة عن التمكين فإن عاودا ذلك بعد النهي عزرا تأديبا وزجرا " (٤)

والذي يبدو لي في هذه المسألة أن اشتراط العود كسبب من أسباب التعزير متروك لولي الأمر على حسب ما يراه من حال الشخص الذي يقع في هذا الفعل ومدى علمه بتحريمه وعدمه فإذا رأى ولي الأمر استحقاقه للعقاب من أول مرة عاقبه وإذا رأى الاكتفاء بالنصح واللوم فله ذلك ، مرجع ذلك الشخص محل العقاب حسب ما يراه القاضي في هذا الأمر .

مقدار التعزير :

من المعلوم شرعا أن التعزير يكون مجاله ارتكاب المعاصي التي لم يوجب الشرع فيها حدا أو كفارة ، وعقوبة التعزير مردها إلى الإمام أو القاضي ، وفي مسألة إتيان المرأة في دبرها نجد أن الفاعل قد أتى فعلا عده الشرع كبيرة من الكبائر واستحق فاعله اللعنة الواردة على لسان سيدنا محمدε بل جعل مستحله كافرا لأنه أنكر معلوما من الدين بالضرورة

---

(١) مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ ٣٢ ، صـ ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، صـ ١٧٩ ، البحر الرائق ، جـ ٣ ، صـ ١٠٦ ، مواهب الجليل ، جـ ٣ ، صـ ٤٠٧ ، الفواكه الدواني ، جـ ٢ ،صـ ٢٨٦ ، المغني ، جـ ٩ ،صـ ٧٠١ ، الإنصاف ، جـ ٨ ،صـ ٣٤٧ ، موجوع الفتاوى الكبرى ، جـ ٣٢ ،صـ ٢٦٧ / ٢٦٨ ، المحلى ، جـ ١٠ ، صـ ٦٩ / ٧٠ ، البحر الزخار جـ ٦ ، صـ ١٥٠ /١٥١، النيل وشفاء العليل ، جـ ٦ ، صـ ٤٥٦ / ٤٥٧ ، شرح النيل ، جـ ٦ ، صـ ٤٥٦ / ٤٥٧ .

(٣) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ، صـ ٤٤٢ .

(٤) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ، صـ ٤٤٢ ، جاء في حاشية الشبراملسي على المنهاج : " إن إتيان حليلته في دبرها أي زوجة أو أمة لا حد فيه وإن تكرر مرارا وإنما يجب فيه التعزير فقط إن تكرر على ما يأتي من أنه يعزر إن عاد بعد نهي الحاكم عنه " جـ ٧ ، صـ ٤٢٤ ، حاشية الجمل جـ ٥ ، صـ ١٢٩ ، الناشر ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان

ومن ثم فإذا كان إتيان هذا الفعل محرما على النحو السابق فإن على القاضي أن يقوم بتأديب وتعزير الفاعل والمفعول به بعقوبة تزجرهما عن ارتكاب هذا الفعل

قال ابن تيمية : " ومن وطيء امرأته في دبرها وجب أن يعاقبا على ذلك عقوبة تزجرهما " (١)

وعلى هذا فإن تحديد مقدار العقوبة التي يوقعها القاضي على الفاعل مردها إلى القاضي وحده بناء على ما يراه من حال الفاعل ومدى صلاحه وعدمه ومن ثم فيختار العقوبة الملائمة لإصلاح الفاعل إما بالنصح والإرشاد أو بالزجر والتغليظ في القول أو بالحبس أو بالضرب أو بالصفع أو ما شابه ذلك من أمور يرى القاضي أنها تصلح لزجر الفاعل وتأديبه (٢)

الفرع الثالث : حكم التفريق بين الزوجين

يبدو لي بعد مطالعتي لمراجع المذاهب المختلفة أن فقهاء الحنفية(٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥) والظاهرية (٦) والزيدية (٧) والإمامية (٨) لم يتكلموا عن التفريق بين الزوجين اللذين تطاوعا على الإتيان في الدبر وإنما غاية ما أوجبوه هو التعزير على نحو يزجرهما ويؤدبهما حتى يمتنعا عن إتيان هذه الكبيرة

ولعل ذلك يرجع إلى أن في التفريق بينهما تحريما لكل منهما على الآخر وهذا التحريم أمر لا دليل عليه فمن ثم لا يقال بالتفريق بينهما

ويرى الحنابلة (٩) والإباضية (١٠) التفريق بين الزوجين على خلاف بينهما في ذلك ، حيث يرى الحنابلة وجوب التفريق بين الزوجين اللذين تطاوعا على الإتيان في الدبر ولم تزجرهما عقوبة التعزير ويكون التفريق بينهما من القاضي

---

(١) مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ ٣٢ ، صـ ٢٦٨ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ ٧ ، صـ ٥٦٠٠ ، التشريع الجنائي الإسلامي ، جـ ١ ،صـ ١٢٦

(٣) بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، صـ١٧٩ ، البحر الرائق ، جـ ٣ ، صـ ١٠٦ .

(٤) مواهب الجليل ، ج٣ ،صـ٤٠٧ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٢٨٦ .

(٥) الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٤٤٢ ،الأم ،جـ٥ ،صـ٨٤ ،

(٦) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٦٩ /٧٠

(٧) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٧٩ /٨٠

(٨) المختصر النافع ، صـــ١٩٦ .
(٩) الإنصاف ، جـــ٨ ،صـــ٣٤٧ ،
(١٠) النيل وشفاء العليل ، جـــ٦ ،صـــ ٤٥٦ ، شرح النيل ، جـــ٦ ،صـــ٤٥٦
ويرى بعض الإباضية : أنها لا تحرم عليه ولو تعمد ذلك مرارا إذ لا فرق عند التحقيـــق بين المرة والأكثر " ، شرح النيل ، جـــ٦ ،صـــ٤٥٦ .

(٥٨)

قال ابن تيمية : " فإن لم ينتهيا وإلا فرق بينهما كما يفرق بين الرجل الفاجر ومن يفجر به " (١) وفـــي موضع آخر " فإن علم أنهما لا ينزجران فإنه يجب التفريق بينهما " (٢)

أما فقهاء المذهب الإباضي فيرون أن من أتى امرأته في دبرها فإنه يجـــب التفريـــق بينهما بمجرد إتيان هذا الفعل لأنهم يرون أنها قد حرمت عليه على التأبيد بمجرد هذا الإتيان ومن ثم فيتفرقان فورا وتقع الحرمة بينهما بإتيانهما هـــذا الفعـــل المحـــرم ولا يحتاج ذلك إلى أن يسبق بالنصح أو التعزير أو حكم من القاضي وإنما تقـــع الحرمـــة بين الزوجين بمجرد الإتيان في الدبر

جاء في كتاب النيل " تحرم بتأبيد منكوحة وتبين بلا طـــــلاق إن مسها بعمد في دبر" (٣) ويقول الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " تحرم بتأبيد منكوحة أي معقـــود عليها وتبين بلا طلاق إن مسها بعمد وغيوب حشفة في دبر " (٤)

ومن خلال ما تقدم يبدو لي أن ما ذهب إليه فقهاء المذهب الإباضي من تحريم المرأة التي يأتيها زوجها في دبرها على التأبيد أمر لا دليل عليه وتشدد لا مبرر لـــه ومن ثم فلا يمكن الأخذ بهذا الرأي لأنه يؤدي إلى تحريم أحد الزوجين علـــى الآخـــر دون سند شرعي والحق سبحانه وتعالى يقول " وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمْ الْكَـــذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ " (٥)

أما ما ذهب إليه الحنابلة من وجوب التفريق بين الزوجين اللذين تطاوعا على فعل هذه الكبيرة واعتادا على فعل هذا العمل القبيح فيبدو وجيها لا سيما إذا لم تـــؤثر فيهما عقوبة التعزير والتأديب التي يوقعها القاضي عليهما فإذا لم ينزجرا فإنه يفـــرق بينهما كما قال ابن تيمية : " فإن لم ينتهيا وإلا فرق بينهما كما يفـــرق بـــين الرجـــل الفاجر ومن يفجر به " (٦)

الفرع الرابع : حق المرأة في طلب الطلاق

تقدم الكلام في المسألة السابقة على وجوب التفريق بين الزوجين إذا تطاوعا على الوطء في الدبر وفي هذه المسألة نتكلم عن حق المرأة في طلب الطلاق إذا ما أكرهها زوجها على فعل هذه الفاحشة وإتيان هذه الكبيرة

لقد ذكر ابن القيم أضرارا لا حصر لها تقع على من يأتي زوجته في الدبر (٧) وقد أثبت ذلك الطب الحديث (٨) والزوج مأمور بحسن العشرة مع زوجته وعدم

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ، جـ٣٢ ،صـ ٢٦٧ .

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ، جـ٣٢ ،صـ ٢٦٧ .الفقه الإسلامي ، جـ٩ ،صـ٦٨٤٧ .

(٣) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ ٤٥٦

(٤) شرح النيل ، جـ٦ ،صـ٤٥٦

(٥) سورة النحل ، آية : (١١٦)

(٦) مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ٣٢ ، صـ٢٦٧

(٧) زاد المعاد ، جـ٣ ، صـ١٤٩ / ١٥٠

(٨) الإعجاز العلمي في السنة النبوية ، صـ٣٩ / ٤٠ ، مدخل إلى الطب الإسلامي، صـ٧٢ وما بعدها .

الخروج عن أداء الحق الواجب عليه وعلى هذا فإذا أساء الزوج عشرة زوجته وأصر على أن يعاشرها في دبرها وعلى ارتكابه لهذه الكبيرة فهنا يجوز للمرأة أن ترفع الأمر للقاضي ليأمر الزوج بحسن العشرة فإن لم ينتصح فإنه يعزره ويؤدبه بما يراه أصلح له فإن لم يفلح هذا التعزير في تقويمه وإصلاحه فهنا يجوز للقاضي أن يطلق هذه المرأة نظرا لهذا الضرر الذي يمكن أن يلحق بها سواء في بدنها أو في دينها

ولقد نص على ذلك المرسوم بقانون رقم ٢٥ / ١٩٢٩ م والذي أخذ فيه المشرع بمذهب الإمام مالك في التطليق للشقاق وسوء العشرة وهو ما يسمى بالتطليق للضرر في المواد (٦ / ٧ / ٨ / ٩ / ١٠ / ١١) ولقد قضت المادة السادسة من هذا القانون بأنه " إذا ما ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها فيجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي بائنا إذا توافر شرطان : أولهما : أن يثبت الضرر والثاني أن يعجز عن الإصلاح بينهما " (١)

والذي يبدو لي أن القاضي إذا كان يجب عليه أن يفرق بين الزوجين إذا تطاوعا على إتيان هذه الكبيرة كما ذهب إلى ذلك الحنابلة فمن باب أولى يجوز له أن يتدخل ليفرق بين الزوجين بالطلاق ليرفع الضرر الواقع على المرأة وهذا من مباديء الشريعة الإسلامية التي لا تقر الضرر وتعمل على رفعه بكل الوسائل حيث يقول ع : " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٢)

الفرع الخامس : حكم إيجاب الكفارة على هذا الفعل

الذي يبدو لي بعد النظر والتأمل في كتب الحنفية (٣) والمالكية (٤)والشافعية (٥) والحنابلة (٦) والظاهرية (٧) والزيدية (٨) والإمامية (٩) لم أجد مذهبا من هذه المذاهب السابقة نص على إيجاب كفارة معينة على من

---

(١) د / محمد أحمد مكين ، إنهاء عقد النكاح ، صـ١٤٧ / ١٥١
(٢) ابن ماجة ، جـ٢ ،صـ٧٨٤ ،برقم ٢٣٤٠ عن ابن عباس ، فيض القدير للمناوي ، جـ١٢ ،صـ٦٤٨٤ ، برقم ٩٨٩٩ ، سنن الدرقطني ، جـ٣ ، صـ٧٧ ، برقم ٢٨٨ عن أبي سعيد الخدري بزيادة " من ضار ضار الله به "
(٣) بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، صـ١٧٩ ، البحر الرائق ، جـ ٣ ، صـ ١٠٦
(٤) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٧ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٢٨٦
(٥) الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٤٤٢ ،الأم ،جـ٥ ، صـ٨٤
(٦) الإنصاف ، جـ٨ ، صـ٣٤٧ ، مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ٣٢ ، صـ٢٦٧ / ٢٦٨ المغني ، جـ٩ ، صـ ٧٠١ ، صـ٨٤
(٧) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٦٩ /٧٠
(٨) البحر الزخار ، جـ ٤ ،صـ ٧٩ /٨٠
(٩) المختصر النافع ، صـ١٩٦ .

(٦٠)

أتى زوجته في دبرها وذلك لعدم ورود نص من كتاب أو

سنة أو إجماع أو قياس ونحو ذلك ومن ثم فلا يمكن إلزام مرتكب

هذا الفعل بغرم مالي لم يوجبه الشارع الحكيم لأن الأصل حرمة

مال المسلم بغير حق

* ويرى بعض فقهاء المذهب الإباضي (١) أن على من أتى زوجته في دبرها كفارة تلزم كلا من الرجل والمرأة مقدارها خمسة دنانير على كل منهما يتصدقان بها على

أهل الولاية من أرحامهما ويجوز أن تكون الكفارة ثلاثة دنانير فقط ينفقانها على أقربائهما من الفقراء والمحتاجين ، جاء في شرح النيل " وألزم كل منهما خمسة دنانير يصدقان على أهل الولاية من أرحامهما ورخص أن ينفق كل منهما ثلاثة كذلك " (٢)

ويبدو لي أن هذا الرأي غير مسلم من وجهين : ـ

الأول : إن إيجاب كفارة معينة على من أتى زوجته في دبرها مقدارها خمسة دنانير أو ثلاثة أمر لم يوجبه الشرع ومن ثم فلا يمكن القول به إذ لو كان واجبا لبينه الشرع وحيث لم يوجبه الشرع فلا يمكن القول به

الوجه الثاني : إن هذا التحديد لمقدار الكفارة وهو خمسة دنانير أو ثلاثة ليس له نظير في الشرع حتى يمكن إلحاقه به عن طريق القياس فمن ثم لا يعتد به

وعلى هذا يكون الراجح في هذه المسألة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم إيجاب كفارة على من أتى زوجته في دبرها لأن هذا الغرم المالي لم يوجبه شرع من كتاب أو سنة ونحوهما كما أن الأصل حرمة مال المسلم بغير حق فلا ينتقل عن هذا الأصل إلا بدليل وحيث لم يوجد هذا الدليل فيبقى الأمر على مقتضى الأصل السابق

والله أعلم

---

(١) شرح النيل ، جـ٦ ، صـ٤٥٦ .

(٢) شرح النيل ، جـ٦ ، صـ٤٥٦ .

(٦١)

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي المصري من الإتيان في الدبر

****

وفيه مطالب :

المطلب الأول : التكييف الفقهي للإتيان في الدبر

المطلب الثاني : الأركان المشتركة في هتك العرض

المطلب الثالث : هتك العرض بالقوة والتهديد

المطلب الرابع : ـ هتك العرض دون قوة أو تهديد

****

(٦٢)

المبحث الثاني

موقف القانون الجنائي المصري من الإتيان في الدبر

تمهيد : نصت المادة الثانية من الدستور على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومباديء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع (١) ونصت المادة (٦٠) من قانون العقوبات على أنه : " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة " (٢) وعلى هذا فالشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى الحقوق الزوجية وليس ثمة شك أن أظهر هذه الحقوق حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر في حدود ما تبيحه الشريعة الغراء (٣)

ولكن مهما بلغ مدى هذا الحق فإنه كسائر الحقوق ليس مطلقا بل تحده بعض القيود الشرعية فإذا كان لكل من الزوجين أن يستمتع بالآخر فإنه من الطبيعي أن يباح لهما كل فعل أو قول لم يحظره الشارع ما دام ذلك قد صدر في ظروف تجوز فيها الإباحة ومن ثم فبهذه الممارسة المشروعة لا يمكن أن يجرم هذا الفعل الواقع منهما ويستوي في ذلك وقوع هذا الفعل بالرضا أو بدونه (٤)

أما إذا صدر الفعل أو الممارسة من الزوج على زوجته في موضع لم يحله الشرع كأن وطأ زوجته في دبرها فإن هذا الفعل يلحقه وصف التجريم وإن كان من زوج على زوجته وتم ذلك دون رضاها كما سيتضح بعد قليل .

المطلب الأول

التكييف القانوني للإتيان في الدبر

تقدم القول إن للزوج أن يستمتع بزوجته على النحو المقرر في الشريعة الإسلامية سواء وقع هذا الاستمتاع برضا الزوجة أو بدونه مادام هذا الاستمتاع وقع وفق الحدود والضوابط التي شرعها الله عز وجل
أما وإن إتيان الزوجة في دبرها عمل محرم شرعا (٥) ــ كما تقدم ــ وبما أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق على الزوجين فإن هذا الفعل وفقا لقانون العقوبات يعد عملا مجرما .

---

(١) يراجع المادة ٦٦ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١ م
(٢) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات ، ط ، ٢٠٠٠ م
(٣) د/ حسني الجدع ، تجاوز حق الاستمتاع بالزوجة ، صـ٢٩ .
(٤) د/ حسني الجدع ، بحثه السابق ، صـ٣٧ / ٣٨ .
(٥) يراجع المبحث الأول ، صـ٥٥ /٥٧

ويكاد يجمع الفقه الجنائي على أن إتيان الزوجة في دبرها دون رضا منها تقوم به جريمة هتك العرض (١) لأن هذا الفعل لا يدخل في نطاق المباح شرعا ولا يقتضيه الغرض الاجتماعي للزواج وقد يترتب على الاعتياد عليه العزوف عن الصلة الطبيعية فينأى بالزواج عن غايته ويحول بينه وبين تحقيق وظيفته في الإنجاب وعصمة الزوجية أما إذا اجتنب ما لا يحل وطؤه ولم ينل من زوجته غير القبل فإن وطأه إياها ولو بغير رضاها لا يعد جريمة وقاع ولا يشكل جريمة
وجدير بالذكر أن إتيان المرأة من الخلف ــ ولو كان من زوج على زوج ــ في فرنسا بعد تعديل مفهوم الوقاع صار يشكل اغتصابا لا هتك عرض (٢)
وعلى هذا يمكن القول : إن إتيان الزوجة في دبرها يشكل في الفقه الجنائي المصري جريمة هتك عرض إذا وقع الفعل بدون رضاء الزوجة لما في هذا الفعل من اعتداء على الحرية الجنسية للمرأة

---

(١) هتك العرض هو الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه ويمس في الغالب عورة فيه . د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٧٣٩) صـ٥٤٥ ،ط ، الثانية ، ١٩٩٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، صـ٣١٠، ط، الثامنة ، ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د/ حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص ، صـ٦٥٢ ، طبعة ١٩٩١ م ، الناشر ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، د/ طارق سرور ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، فقرة (٢٣١) صـ٢٠٩ ، ط، الأولى ، ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د/ حسني الجدع ، الوجيز في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال

، صـــ١٤٤ ، ط ، ١٩٨٩ م د/ عبد التواب معوض ، دروس في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأسخاص ، صـــ٢٠٨ /٢٠٩ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٣١٤) صـــــ٨٠٢ ، ط، ١٩٨٩ م ، الناشـــر ، دار المطبوعـــات الجامعية ، الأسكندرية ، د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، صـــ٣٧٧ /٣٧٨ ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، د/ أحمد الألفي ، مذكرات في القسم الخـــاص مـــن قانون العقوبات ، صـــ٣٦٩ ، ط ، ١٩٨٩ م ، د/ عمر السعيد رمضان ، شـــرح قـــانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٣٢٤) صـــــ٣٤٠ /٣٤١ ، دار النهضـــة العربيـــة ، القاهرة ، ط ، ١٩٨٦ م ، د/ أحمد أمين ، شرح قـــانون العقوبـــات ، القســـم الخـــاص ، صـــ٤٥١ ، ط، الثالثة ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان .

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٣٢٠) صـــــ٨٢٢ / ٨٢٣، وله أيضا الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر ، فقرة (٣٣) صـــ ١٠٤ / ١٠٥، ط ، ١٩٨٤ م ، الناشر ، الفنية للطباعة والنشر ، ، د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٢٨٥) صـــ٣٢٣، د/ حســـن صـــادق المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص ، صـــ٦٤٥ ، د / أحمـــد أمـــين ، السابق ، صـــ ٤٤٢

(٦٤)

ويرى البعض أنه ما دام دبر الزوجة موضع اشتهاء من جانب الـــزوج كـــان لزاما أن تتقرر إباحة إتيان الزوج لها فيه إن رضا وإن كرها ما دام يباح له على هذا الوضع إتيانها من قبلها فهو يملك حل التمتع الجنسي الشامل على جسدها ممثلا فـــي جميع أعضائه ولا يقبل أن يكون حل التمتع بموجب عقـــد الـــزواج الـــذي حصـــل التراضي فيه بين الطرفين على إباحة وحل هذا التمتع مقصورا علـــــــى قبل المرأة (١)

ولا يخفى ما في هذا الرأي من شذوذ ودعوة إلى ممارسة الرذيلة الأمر يتنافى مع الشريعة الغراء التي تدعو إلى الطهر والعفاف وصيانة المرء عن ممارسة كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار به

أما إذا وقع الفعل برضا الزوجة فلا يعد هذا الفعل جريمة في القانون الجنـــائي المصري إذا كانت الزوجة أهلا لهذا الرضا أما إذا لم تكن المرأة أهلا لإصدار هـــذا الرضاء فيبدو لي أن هذا الفعل تطبق عليه القواعد الخاصة بالرضـــا فـــي القـــانون الجنائي

ويرى بعض فقهاء القانون الجنائي أن جريمة هتك العرض لا تقع مـــن زوج على زوجته إذا وقع الفعل برضا الزوجة سواء كانت المرأة أهلا لهذا الرضا أم لا ؟ ومن ثم فكل ما يأتيه عليها برضائها مباح له شرعا بغض النظر عن سنها (٢)

ويبدو لي أن هذا الرأي غير مسلم من وجهين : ــ

الأول : ليس كل ما يأتيه الزوج من زوجته برضاها مباح شرعا كما لو رضيت بوطئها في الدبر فرضاؤها هنا لا يقلب الحرام حلالا

الوجه الثاني : إن نص المادة (٢٦٩) ع الذي يقضي بأن : " كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس " فهذا النص تناول حالة هتك العرض بالرضاء ومع ذلك لم يستثن من ذلك أحدا فيبقى النص على عمومه حتى يدل دليل على خلافه

وبناء على ما تقدم فإن وطء الزوجة في دبرها يمثل جريمة في القانون الجنائي كما ذهب إلى ذلك غالبية الفقهاء إذا تم الفعل بغير رضا الزوجة أو برضا غير معتبر قانونا

وعلى هذا فإنني سوف أتناول بصدد معالجة هذه المسألة هتك عرض الزوجة بالقوة والتهديد وكذلك إذا تم هتك عرضها بغير قوة أو تهديد فيما يلي : ــ

---

(١) د / محمد عطية راغب ، الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي المصري صـ٢٣٤ ، ط ، ١٩٥٧

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٢٨٥) صـ٣٢٣،

المطلب الثاني

الأركان المشتركة في هتك العرض

من الملاحظ أن هتك العرض سواء تم بالقوة أو بغيرها فإنه يجب لتوافر هذا الفعل في صورتيه السابقتين ركنين أساسيين هما : الركن المادي والركن المعنوي

(أ) الركن المادي :

إذا كانت القواعد العامة لجريمة هتك العرض تتطلب لقيام الركن المادي لهذه الجريمة أن يصدر عن الجاني فعل يمس في صورة ما جسم المجني عليه وينطوي

على إخلال جسيم بحيائه ومن ثم فلكي يكون الفعل هاتكا للعرض لا بد أن يمس جسم المجني عليه وأن يكون مخلا بحيائه (١)
وبالتالي فإن الركن المادي لقيام جريمة الوطء في الدبر أو هتك عرض الزوجة يحصل بإتيان الرجل امرأته في دبرها لا بغيره وهذا الفعل يشتمل على مساس بجسم المجني عليه هنا وهو الزوجة وإخلال جسيم بحيائها

(ب) الركن المعنوي :

يتمثل الركن المعنوي في جريمة هتك عرض الزوجة في قصد الزوج إتيان زوجته في دبرها مع علمه بكونه محرما رغما عن إرادة زوجته واعتداء على حريتها الجنسية (٢)

وينتفي القصد الجنائي إذا كان مراد الزوج إتيان الزوجة من دبرها في قبلها أو كان قصده مجرد الاستمتاع بالإليتين أو كان يعتقد حل هذه الممارسة فإذا توافرت الأمور السابقة فإنه ينتفي القصد الجنائي لدى الزوج والمكون لجريمة هتك العرض في هذه الحالة

---

(١) د / هلالي عبد اللاه أحمد ، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، صـ٣٠٢ ، ط ، ١٩٩٦ م ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٣١٤) صـ٨٠٢ د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٧٤٣) صـ٥٤٦ ، نقض جنائي ، طعن رقم ١٤٥١ س ، ٥٧ ق جلسة ٢٠ / ١٠ / ١٩٨٧ م ، طعن رقم ١٤٧١ س ، ١٢ ق جلسة ٢٢ / ٦/ ١٩٢٤ م ، طعن رقم ٩٦٢ س ، ٢٤ ق جلسة ٤ / ١٠ / ١٩٥٤، طعن رقم ٦٤١٢ س ، ٢٨ ق جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٥٨ م ، م/ مصطفى هرجة ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، التعليق على قانون العقوبات المجلد الثاني ، صـ٣٤٣ / ٣٤٥ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٦ م

(٢) د/ أحمد الألفي ، مذكرات في القسم الخاص من قانون العقوبات ، صـ٣٧٨/ ٣٧٩ ، د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٣٢٥) صـ٣٤٣، د/ أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، صـ٤٥٢ ، وقد قضت محكمة النقض " الأصل أن القصد الجنائي في هتك العرض يتحقق بانصراف إرادة الجاني إلى الفعل ولا عبرة بما يكون قد دفع الجاني إلى فعلته أو بالغرض الذي توخاه منها " نقض جنائي طعن رقم ، ٦٠٠٥ ، س ٥٣ ق ، جلسة ١٢ / ٢ / ١٩٨٤ م ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، المرجع السابق ، جـ٢ ، صـ٣٤٢

المطلب الثالث

هتك العرض بالقوة أو التهديد

لكي يكون الفعل الهاتك للعرض جناية ويعاقب مرتكبها بالعقوبة المقررة في المادة (٢٦٨) ع فإنه لا بد أن يتوافر بالإضافة إلى الركنين السابقين ــ الركن

المادي والمعنوي ــ ركن ثالث هو القوة أو التهديد ولا يشترط لقيام هذا الركن استعمال القوة المادية بل يكفي حصول الفعل بغير رضاء المجني عليه سواء باستعمال الجاني في سبيل تنفيذه مقصده وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر في المجني عليه فيعدمه الإرادة ويفقده المقاومة ، أو بمجرد مباغتة المجني عليها أو انتهاز فرصة فقدانها شعورها واختيارها إما لجنون أو عاهة في العقل أو لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أو لأي سبب آخر كالاستغراق في النوم . (١)

ولهذا جعل المشرع المصري من هتك العرض دون رضاء المجني عليه أي الواقع على المجني عليه رغما عن إرادته جناية وقرر لها عقوبة الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين وهذه هي الجريمة الأم أو الجناية الأصلية للعرض في القانون المصري ومن ثم فهي تقوم بالفعل المتضمن عدوانا على العرض بخصائصه الثلاث المساس بالعرض وعدم مشروعية الفعل وعدم رضائية الفعل (٢)

ومن خلال ما تقدم يمكن القول إن جناية هتك العرض أو إتيان الزوجة في دبرها تتحقق بإجبار الزوجة على ممارسة هذا الفعل بكل الوسائل المادية والمعنوية التي من شأنها أن تعدم إرادة الزوجة وتجبرها على إتيان هذا الفعل وبهذا يستحق الزوج الذي يرتكب هذه الجناية العقوبة التي نصت عليها المادة (٢٦٨) ع وهي الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين

---

(١) الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، فقرة (٣٩) صـ١٢٠ وما بعدها ، د/ هلالي عبد اللاه السابق ، صـ٢٠٥ ، م/ مصطفى الشاذلي ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار صـ٧٥ وما بعدها ، الناشر ، المكتب العربي الحديث ، د/ عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٢٧) صـ٣٤٥ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ ٤٥٣ /٤٥٥ وقد قضت محكمة النقض بأنه : " من المقرر أنه يكفي لتوافر ركن القوة في جريمة هتك العرض أن يكون الفعل قد ارتكب رغم إرادة المجني عليها وبغير رضائها " طعن رقم ، ٥٦١١ ، س٥٣ ق ، جلسة ٣ /١ / ١٩٨٤ م ، طعن رقم ، ١٤٧١ ، س١٢ ق ، جلسة ٢٢ /٦ / ١٩٢٤ م ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، جـ٢ ، صـ ٣٤٢ / ٣٤٥

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٣٢٩) صـ٨٤٦ /٨٤٧ د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٧٥٨ / ٧٦٧) صـ٥٦٣ /٥٦٥ ، رمسيس بهنام ، السابق ، صـ٣٩٠ ، د / طارق سرور ، السابق ،فقرة (٢٣٦ /٢٣٧) صـ ٢١٨ /٢٢٣ ، د/ المرصفاوي ، السابق ، صـ ٦٥٩ /٦٦٤ ، د/ إدوار غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية ، صـ١٧٨ وما بعدها ، ط ، الثانية ، ١٩٩٧ م

الشروع في هتك العرض بالقوة أو التهديد

نص المشرع صراحة على تجريم الشروع في هتك العرض بالقوة أو التهديد وجعل عقوبته معادلة للجريمة التامة

وللشروع في هتك العرض صورتان : ــ

الصورة الأولى : تفترض إتيان فعل غير مخل بالحياء في ذاته ولكن مرتكبه يهدف إلى التمهيد به للفعل الذي تقوم به الجريمة (١) مثال ذلك ضرب المجني عليه أو تهديده

الصورة الثانية : تفترض إتيان المتهم فعلا مخلا بالحياء على نحو يسير بحيث لا يكفي ليقوم به هتك العرض ولكنه يمهد به إلى فعل مخل بالحياء على نحو جسيم مثال ذلك الإمساك بيد امرأة أو تقبيلها تمهيدا لأفعال أشد فحشا (٢)

ولكن هل يتصور الشروع في إتيان الزوجة في دبرها بالقوة أو التهديد ؟

نعم يتصور الشروع في إتيان المرأة في دبرها إذا ما قام الزوج بضرب زوجته وتهديدها بهدف تمكينه من هذا الفعل ثم محاولته إجبارها على إتيان هذا الفعل من خلال تجريده لملابسها ومحاولته الإيلاج في الدبر لكن مقاومة الزوجة واستغاثتها حالت دون ذلك فيعد هذا شروعا في إتيان هذا الفعل المجرم بحيث يستوجب العقاب المقرر لجريمة الشروع في هتك العرض .

عقوبة هتك العرض بالقوة أو التهديد أو الشروع فيه :

حدد المشرع عقوبة هذه الجريمة فجعلها الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين سواء في ذلك هتك العرض بالقوة أو التهديد أو الشروع فيه حيث نصت على ذلك المادة (٢٦٨) ع " كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين "

---

(١) قضت محكمة النقض بأنه : " يكفي لاعتبار الجاني شارعا في جناية هتك العرض أن يأتي فعلا سابقا على تنفيذ الركن المادي لها ومؤديا إليه حالا وكان الثابت في الحكم المطعون فيه أن الطاعن أمسك بالمجني عليها من يدها بقصد جذبها إليه واقترب منها محاولا تقبيلها كرها عنها ... واستخلص من ذلك أنه إنما ارتكب تلك الأفعال بقصد التوغل في أعمال الفحش واعتبر بالتالي شارعا في تنفيذ جريمة هتك عرض بالقوة " طعن رقم ، ١٧٣٩ ، س٦٢ ق ، جلسة ، ٥ / ١٠ / ١٩٩٣ م ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، المرجع السابق ، جـ٢ ، صـ ٣٣٨ / ٣٣٩ .

(٢) د / عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، فقرة (٣٣٧) صـ٦٩٨ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، " بدون تاريخ " ، د/ محمود نجيب حسني ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٧٠٨) صـ ٤٧١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، ١٩٩٣ م ، د/ طارق سرور ، السابق ، فقرة (٢٣٤) صـ ٢١٥ /٢١٦ ، د/ حسني الجدع ، الوجيز في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ،السابق ، صـ١٤٩ ، د/ إدوار غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية ، السابق ، فقرة (٧٩) صـ١٦٩ / ١٧٠ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ ٢١٨ / ٢١٩ ، د/ أحمد الألفي ، السابق ، صـ ٣٧٦ / ٣٧٧

ويلاحظ هنا أن المشرع جعل للقاضي سلطة تقديرية في توقيع العقوبة الملائمة على الجاني وفقا للاعتبارات التي يراها ومن بين الاعتبارات التي يستعين بها القاضي في استعماله سلطته التقديرية درجة فحش الفعل الذي صدر عن المتهم ومقدار جسامة العنف أو التهديد الذي استعان به وعلى هذا فالقاضي له سلطة تقديرية

واسعة في هذا الشأن له أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى مراعاة لكون الفاعل زوجا للمرأة التي أتاها في دبرها ونحو ذلك وله أن يرتفع إلى حدها الأقصى بناء على الاعتبارات التي يراها في هذا الشأن (١)

هتك العرض بالقوة أو التهديد في صوره المشددة

حدد المشرع ظرفين شدد فيهما عقوبة هتك العرض وذلك إذا كان المجني عليه صغيرا لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة وكان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه وقد نص المشرع على هذين الظرفين صراحة في المادة ٢٦٨ ع بقوله : " وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة أو كان مرتكبها ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ ع ــ بأن كان الجاني " من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم عليه سلطة أو خادما بالأجرة عنده أو عند من تقدم ذكرهم " ــ يجوز إبلاغ العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للأشغال الشاقة المؤقتة " (٢)

(أ) صغر المجني عليه :

يرجع تشديد المشرع في هذا الظرف إلى ضعف المجني عليه الراجع إلى صغر سنه سواء في ذلك الضعف البدني الذي يحول بينه وبين مقاومة أعمال العنف والتغلب عليها كما أن الجاني يستغل مجنيا عليه ضعيفا فيرتكب جريمة سهلة ويعبر عن خطورة شخصيته والتشديد الذي يترتب على توافر هذا الظرف هو جواز إبلاغ مدة الأشغال الشاقة إلى حدها الأقصى العام وهو خمس

---

(١) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٨٠) صـ٣١٩ ، م/ مصطفى الشاذلي ، السابق ، صـ ٨٠ /٨١ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ ٤٥٥

(٢) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٥٩) صـ ٥٦٣ ، د/ هلالي عبد اللاه ، السابق ، صـ ٢٠٦ ، د/ عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٢٩

) صـــ ٣٤٦ ، د/ إدوار غالي ، السابق ،فقرة (٩٣) صـــ/١٨٥، م/ مصطفى الشاذلي ، السابق ، صـــ ٨١ ، د/ أحمد أمين ، صـــ ٤٥٥ / ٤٥٦ ،

عشرة سنة أما حدها الأدنى وهو ثلاث سنوات فيبقى دون تعديل وهذا التشديد جوازي (١)

(ب) صفة الجاني :

ويتوافر هذا الظرف إذا كان الجاني له سلطة على المجني عليه كـــأن يكـــون مدرسا له أو ممن نص عليهم المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ ع والتشـــديد الذي يترتب على توافر هذا الظرف هو بعينه التشديد المترتب على تـــوافر الظـــرف السابق (٢)

حكم اجتماع الظرفين السابقين .

إذا اجتمع الظرفان السابقان فكان المجني عليه دون السادســـة عشـــرة وكـــان الجاني ذا سلطة على المجني بأن كان مدرسا له أو من المتولين رقابته وتربيته ونحو ذلك فإنه يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة وهذا التشديد وجوبي حيث نص المشرع على ذلك في المادة ٢٦٨ ع بقوله : " وإذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة " (٣)

وبنظرة سريعة إلى الأحكام السابقة في هتك العرض في صوره المشددة يمكن القول إن إتيان المرأة في دبرها يمكن أن يتوافر له الظرفان السابقان في صورتيهما المشددتين ، ولعل ذلك يرجع إلى أن الشريعة الإسلامية لم تحدد سنا معينة للزواج فيمكن أن تكون المرأة المتزوجة أقل من ست عشرة سنة بل يمكن أن تكون صبية ويتم العقد عليها والفقه الإسلامي يتناول معالجة مثل هذه الأمور ويثبت خيار البلوغ عندما يكون أحد الزوجين أو كلاهما دون البلوغ

---

(١) الموجز في قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧١١) صـــ٤٧٢ /٤٧٣، د/ أحمد الألفي ، السابق ، صـــ٣٨٠ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٤١) صـــ٧٠٢ /٧٠٣ ، د/ عبد التواب معوض ، صـــ ٢٢٧ ، د/ المرصفاوي ، السابق ، صـــ٦٦٣ / ٦٦٤

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٨٣) صـــ٣٢٢ ، د/ حســـني الجـــدع ، الوجيز ، السابق ، صـــ ١٥٣ ، د/ طارق سرور ، السابق ، فقرة (٢٣٨) صـــــ٢٢٣ ، نقض جنائي ، طعن رقم ، ١٨٢٩٥ ، س٦٥ ق ، جلسة ، ١٣ /١١ /١٩٩٧ م ، الموسوعة الفريدة في مباديء النقض الجديدة ، د/ علي عوض حســـن ، صـــــ ، دار المطبوعـــات الجامعية ، الأسكندرية ، ط، ٢٠٠٠ م

(٣) د / عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٢٩) صـــ ٣٤٧ ، عبـــد المهـــيمن بكـــر ، السابق ، فقرة (٣٤١) صـــ٧٠٤ ، د/ أحمد الألفي ، السابق ، صـــ ٣٨٠ ،

(٧٠)

وإذا كان قانون الأحوال الشخصية اشترط في المرأة التي يعقد عليها في الزواج ألا تقل عن ست عشرة سنة (١) فإن كثيرا من الزيجات تحدث في المجتمع المصري وغيره والفتاة دون هذه السن ، وكثيرا ما يترك الآباء توثيق العقود عند الموظف المختص ــ المأذون ــ حتى يبلغ أبناؤهم السن التي حددها القانون ، فهنا في الواقع العملي يمكن أن تكون المرأة زوجة وهي أقل من ست عشرة سنة كاملة والشارع الحكيم لا يمنع ذلك طالما أن المرأة قادرة على الوفاء بواجبات الزواج ومسئولياته

ومن ثم فإذا ما أجبر الزوج زوجته على الإتيان في الدبر وهي دون السادسة عشرة واستعمل في سبيل تحقيق هدفه وسائل إكراه معينة ليصل إلى غرضه الخبيث فقد توافر في حقه الظرف الأول ، إضافة إلى ذلك فإن الوصف الخاص بالجاني وهو كونه ممن حددتهم الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ ع فإن هذا الوصف أيضا متوفر في حق الزوج الذي يكره زوجته ويهددها حتى ترضخ لإتيان هذا الفعل لأن للزوج سلطة على زوجته ويعبر عنها في الفقه الإسلامي " بالقوامة "

وبالتالي فإذا توافر لهذا الفعل وهو الإتيان في الدبر الوصفان السابقان صغر الزوجة وكون الزوج ذا سلطة عليها فإن ذلك يدعو إلى تطبيق العقوبة في ظرفها المشدد الوجوبي وهو الأشغال الشاقة المؤبدة

أسباب الإباحة وموانع المسئولية في هتك عرض الزوجة (٢)

ليس لأسباب الإباحة في خصوص جرائم العرض دور مختلف عن دورها في النظرية العامة للقانون الجنائي فهي أسباب من شأن توافر أحدها تجريد الوقائع المستكملة لأركان جريمة في القانون من صفتها الإجرامية لانتفاء العلة من تجريمها ويقف استعمال الحق على رأس هذه الأسباب ... كذلك فإن الفقه متفق على أنه لا يكفي أن يعترف النظام القانوني للشخص بالحق حتى تكون ممارسته له متجردة من

الصفة الإجرامية بل يلزم لتجرد الفعل من تلك الصفة أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته إياه بقيدين :

---

(١) المادة (٣٣) (أ) من لا ئحة المأذونين والمضافة بقرار وزير العدل في ٢٤ / ٥ / ١٩٥٦ ، الوقائع المصرية ، العدد (٤١) يراجع ، قانون الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات ، صـ ١٢٣، ط ، السابعة ، ١٩٩٩ م

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٣٢٠) صـ ٨٢١ وما بعدها ، د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٥٦) صـ ٥٦١ / ٥٦٢ ، د/ إدوار غالي ، السابق ، فقرة (٨٠) صـ ١٧٠ / ١٧٢ ، د/ حسني الجدع ، الوجيز ، السابق، صـ ١٥٢ / ١٥٣

(٧١)

القيد الأول : أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته سائر الحدود والقيود المقررة على ممارسة هذا الحق وإلا اتسمت ممارسته له بالتجاوز ولم يكن مرتكبا بنية سليمة واتصف بالتالي بالعدوان فلا وجود للحق إلا في الحدود وبالقيود والشروط التي يتطلبها النظام القانوني (١)

القيد الثاني : هو توفر حسن نية صاحب الحق في ممارسته إياه ويتوفر حسن النية في كل حالة يكون فيها ممارسة الحق من جانب صاحبه قد تم بهدف تحقيق ذات الغاية التي دفعت النظام القانوني إلى الاعتراف بهذا الحق وصيرورة الفعل مشروعا فإذا انحرف صاحب الحق في ممارسته إياه إلى غاية أخرى ــ لو لم تكن مرذولة في ذاتها ــ غير التي يستهدفها القانون عادت للفعل صفته المؤثمة ومن هنا فإن التصرف المتضمن مساسا بالعرض سواء أخذ صورة المواقعة أو هتك العرض والواقع من الزوج على زوجته بالإكراه أو التحيل يكون مشروعا باعتباره ممارسة لحق يخوله عقد الزواج لكل من الزوجين هو حل الاستمتاع كل ذلك بشرط أن يلتزم الزوج في ممارسته إياه بسائر الحدود والقيود المقرة على ممارسته وأن يتغيا في ممارسته ذات الغاية التي من أجلها شرعه القانون فإذا نال الزوج من زوجته ما هو حقه إن أتاها من أمام بغير رضاها ــ حيلة أو كرها ــ كان ممارسا لحقه الذي يستمده من عقد الزواج ولا يكون على مسلكه من مثالب إلا إذا تجاوز في وسيلة الإكراه التي أتبعها حدود حقه ويظل الوطء في حد ذاته حتى في هذه الحالة مشروعا لأن من حق الزوج إتيان زوجته شرعا ولو بغير رضاها ما دامت في حله ولو كانت مطلقة طلاقا رجعيا ما دامت في العدة ... أما إتيان الزوجة في غير حل كما لو أتى الزوج زوجته في دبرها بغير رضاها كان هاتكا لعرضها وبديهي أن جميع الأفعال التي تعد هتكا للعرض كالمساس بالعورات والاحتضان وغيره مباح للزوج على زوجته وللزوجة على زوجها رضي به من وقع عليه أم لم يرض لأنه إذا كان الوطء بين الزوجين

مشروعا ولو بغير رضا من وقع عليه كان ما دون الوطء من أفعال تمس العرض مشروعا من باب أولى (٢)

وعلى هذا فإن العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تقوم معها جريمة هتك العرض إلا إذا كان الفعل غير مشروع كالوطء في الدبر ومن ثم فإن اتصال الزوج بزوجته التي يقل عمرها عن الثامنة عشرة لا تقوم به جريمة ولكن شرط ذلك أن يكون الزواج صحيحا وأن يكون الفعل في نطاق ما ترخص به العلاقة الزوجية (٣)

---

(١) د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٣٢٠) صـ٨٢٢ /٨٢٣ ، الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، فقرة (٣٣) صـ١٠٣ /١٠٦، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، صـ٣٧٧ ، د/ إدوار غالي ، السابق ، صـ١٧١ /١٧٢

(٢) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٦٤) صـ٥٦٦ هامش (٣) ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ٤٤٣ .

(٣) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٦٤) صـ٥٦٦، أحمد أمين ، السابق ،صـ٤٤٣

المطلب الرابع :
هتك العرض دون قوة أو تهديد .

الفعل الهاتك للعرض والواقع على المجني عليه دون قوة أو تهديد له صورة بسيطة وصورتان مشددتان إذا توافرت ظروف معينة

هتك العرض دون قوة أو تهديد في صورته البسيطة .

يتطلب الفعل الهاتك للعرض في صورته البسيطة حتى يتحقق عدة أمور :

أولا ــ الركن المادي

ثانيا ــ الركن المعنوي وقد تقدم الحديث عنهما عند الكلام على الأركان المشتركة لجريمة هتك العرض

ثالثا ــ سن المجني عليه :

يفترض هتك العرض في صورته البسيطة أن المجني عليه لم يبلغ عمره ثماني عشرة سنة كاملة هذا الركن هو أهم أركان الجريمة لاتصاله بعلة تجريمها باعتبار أن صغر سن المجني عليه يعني أن إرادة المجني عليه بالرضاء بالفعل غير ذات قيمة قانونية كاملة

وعلى هذا فإذا ما أراد الزوج إتيان زوجته من الخلف وكانت سنها أقل من ثماني عشرة سنة كاملة فإنه وفقا لنص المادة ٢٦٩ ع لا يعتد بهذا الرضاء لأنه صدر ممن لا يملكه حيث تنص المادة ٢٦٩ ع على أنه : " كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس " ومن ثم فإذا توافر الفعل السابق من الزوج على زوجته وكانت دون السن التي حددها المشرع فإنه يتوافر له وصف التجريم السابق (١)

رابعا ــ انتفاء القوة أو التهديد :

تفترض هذه الجريمة ركنا سلبيا هو انتفاء القوة أو التهديد أو ما يعادلهما من الحالات التي تزول فيها عن الإرادة القيمة القانونية كالجنون أو التدليس ... فالفرض أن المجني عليه راض عن الفعل لولا صغر سنه لما كان لجريمة هتك العرض محل (٢)

رضاء المجني عليه بالفعل الهاتك للعرض وأثره

إن المشرع عندما جرم الفعل الهاتك للعرض فإن ذلك يرجع لما في هذا الفعل من اعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليه ومن ثم فإذا توافر الرضا من المجني عليه

---

(١) د/ المرصفاوي ، السابق ، صـ٦٦٤ /٦٦٥ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ،صـ٢٣٣ /٢٣٤ ، د/ طارق سرور ،فقرة (٣٣٩) صـ٢٢٥ /٢٢٦ ، م/ مصطفى الشاذلي ، السابق ،صـ٩٥ وما بعدها د/ عمر السعيد رمضان ، فقرة (٣٣١) صـ٣٤٨ ،د/ حسني الجدع ، الوجيز في شرح قانون العقوبات ، السابق ،صـ١٥٥ /١٥٦ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٤٢) صـ٧٠٤ /٧٠٥ ،

(٢) د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٧٧٠) صـ٥٦٩ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ ٤٤٣ ، د/ إدوار غالي ، السابق ، فقرة (١٠٢) صـ ١٩٩ /٢٠٠، الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧١٥) صـ٤٧٤ / ٤٧٥ ،

فإن وصف التجريم يزول عن الفعل لا لأن الرضا بالفعل إباحة له وإنما لأن الفعل الإجرامي لم يتحقق أصلا إذ المبدأ أن توافر الرضاء المعتبر قانونا يمنع من قيام الركن المادي للجريمة إذا كان سابقا على اتخاذ الفعل أو معاصرا له (١)

ضوابط الرضاء المانع من قيام جريمة هتك العرض

أولا ــ سن الرضاء :

بعد استقراء النصوص المقررة للجرائم الماسة بالعرض يظهر أن سن الأهلية للتصرف في العرض في القانون المصري هو ثماني عشرة سنة كاملة وهو ما يفهم من نص المادة ٢٦٩ ع التي جرمت الفعل الهاتك للعرض الواقع على صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة ولو كان ذلك بغير قوة أو تهديد أي بالرضا إذ بهذا النص يكون المشرع قد أقام قرينة قانونية قاطعة على انعدام الرضاء إذا كان المجني عليه لم يبلغ ثماني عشرة سنة كاملة وبالتالي فإن الفعل الجنسي الواقع

عليه يكون دائما غير مشروع من الناحية الجنائية ولو كان واقعا برضائه وإلحاحه على طلبه ويعاقب مرتكبه بالعقوبة المقررة لجنحة هتك العرض في القانون م٢٦٩ ع أما إذا كان من تحمل هذا الفعل قد بلغ هذه السن كاملة ورضي بوقوعه عليه فليس في نصوص القانون الجنائي ما يسمح بمؤاخذة مرتكبه لأنه نال أمرا برضاء صاحب الحق في التصرف فيه (٢)

ثانيا ـ أن يكون الرضا سابقا على وقوع الفعل أو على الأقل معاصرا له

فإذا وقع الفعل رغما عن المجني عليه ثم أمتعه أو أصاب هوى في نفسه فرضي به بعد وقوعه فإن هذا الرضا اللاحق لا يؤثر على قيام الجريمة واستحقاق المسئولية (٣) وعلى هذا فإذا أجبر الرجل زوجته على الإتيان في الدبر رغما عنها ثم تلذذت بهذا الفعل بعد ذلك فإن هذا الرضاء غير معتبر قانونا ولا يمنع من قيام جريمة هتك العرض

---

(١) الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، فقرة (٣٤) صـ١٠٧ /١٠٨ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٣٢١) صـ٨٢٤ /٨٢٥ ، د/كمال عبد الرازق فلاح ، رضاء المجني عليه ودوره في المسئولية الجنائية ، صـ٣٥٠ وما بعدها ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الأسكندرية ١٤١٣ هـ/ ١٩٩٣ م

(٢) قضت محكمة النقض بأنه : " إذا كان من وقع عليه فعل هتك العرض صغيرا لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة ، وعدم بلوغ الصغير السابعة من عمره إنما هو ركن مميز لجريمة خاصة ...لأن الرضا في سن الطفولة لا يعتد به بتاتا لانعدام التمييز والإرادة " نقض جنائي طعن رقم ، ٢١١٩ ،س ٣٢ ق ، جلسة ١٤ /٤ / ١٩٦٤ م ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، جـ٢ ،صـ٣٤٧ .

(٣) د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٣٢٥) صـ٨٢١، الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، فقرة (٣٧) صـ١١٦ ، إدوار غالي ، السابق ، فقرة (٩١) صـ١٨٣ /١٨٤، الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، فقرة (٣٧) صـ١١٨

ثالثا ــ أن يكون الرضا صادرا عن شخص يحوز الملكات العقلية والذهنية القادرة على فهم المغزى الحقيقي لرضائه وتقدير دلالته فإذا كان المجني عليه فاقدا لهذه

الملكات بأن كان مجنونا أو معتوها أو أبلها فلا يمكن قانونا القول بأن الفعل وقع عليه بإرادته وهو لا يملك الملكات التي تنتج تلك الإرادة (١)

أثر توفر الرضا السابق على جرائم العرض :

إذا قام الرضاء بالجريمة بالمعنى السابق وتوافرت له الضوابط اللازمة للاعتداد به قانونا فإن هذا الرضاء يقف مانعا من قيام جناية هتك العرض م (٢٦٧) ع ما دام سن المجني عليها قد تجاوز السابعة باعتبار أن الرضاء الصادر من هم دون تلك السن غير معتبر قانونا لكن هذا الرضاء لا يحول دون قيام جنحة هتك العرض إذا كان المجني عليه فيها لم يبلغ عمره ثماني عشرة سنة كاملة م٢٦٩ ع وهذه الجريمة قابلة لأن تضم كل ممارسة جنسية غير مشروعة تشكل هتكا للعرض (٢)

عقوبة هتك العرض في صورته البسيطة

حدد المشرع عقوبة هذه الجريمة بالحبس بين حديه الأدنى والأقصى العامين فيكون للقاضي إعمالا للقواعد العامة أن ينزل بالمتهم عقوبة الحبس من يوم واحد وحتى ثلاث سنوات حسبما يترائى له من ظروف الجريمة وملابساتها
ولما كانت جريمة هتك العرض بغير قوة أو تهديد من الجنح فإنه لا عقاب على الشروع فيها حيث جاء نص المادة ٢٦٩ ع خاليا من العقاب على الشروع (٣)

---

(١) الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، فقرة (٣٧) صـ١١٨ ، د/ إدوار غالي الذهبي ، السابق ، فقرة (٨٧) صـ١٨٠ /١٨١

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق فقرة (٢٨٢) صـ٣٢٠ /٣٢١ ، د/ حسني الجدع بحثه السابق ، صـ٣٩ /٤٠ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات السابق ، فقرة (٣٢٦) صـ٨٣٤

(٣) د/محمود نجيب حسني السابق ، فقرة (٧٧٢) صـــ٥٧١ /٥٧٢ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـــ٢٣٥ ، د/ طارق سرور ، السابق ، فقرة (٢٤١) صـــ٢٢٧ ، د/ عمـــر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٣٢) صـــ٣٤٨ /٣٤٩ ، د/أحمد أمـــين ، الســـابق ، صـــ٤٥٨

(٧٥)

هتك العرض دون قوة أو تهديد في صورتيه المشددتين

نص المشرع على تشديد العقاب في الفعل الهاتك للعرض فـــي ظـــرفين كـــل منهما مستقل عن الآخر

الأول : ـــ مصدره سن المجني عليه وكونه لم يبلغ من عمره سبع سنين كاملة

والثاني : ـــ مرده إلى صفة الجاني وكونه من أصول المجني عليه أو من المتـــولين تربيته أو ملاحظته أو ممن له سلطة عليه .....الخ (١)

وهتك العرض في صورتيه السابقتين لا يمكن تحققه عملا في إتيان الزوجة في دبرها لأن الواقع العملي أنه لا يوجد زواج قبل سن السابعة وإن وجد العقد فإن الدخول يتأخر حتى تبلغ المرأة السن التي تطيق فيها معاشرة الرجال ، ولكن هذا الفرض محتمل نظريا لأن العقد على المرأة وهي لا تزال صغيرة السن ودون السابعة معتبر شرعا ـــ وإن كان مجرما قانونا ـــ ومن ثم فقد يقع هذا الفرض مع بعض الشواذ وبالتالي يكون قد توافر في حقه الظرفان المشددان الأول كون المجني عليه دون السابعة والثاني كون الجاني ممن له سلطة على المجني عليه

العقوبة المقررة لهتك العرض في صورتيه المشددتين

العقوبة التي يقررها القانون لهتك العرض دون قوة أو تهديد إذا توافر له أحـــد الظرفين السابقين هي الأشغال الشاقة المؤقتة بين حديها الأقصى والأدنى العامين من ثلاث وحتى خمس عشرة سنة

ولم ينص المشرع على مزيد من التشديد إذا اجتمع هذان الظرفان على نســـق ما فعل بالنسبة لهتك العرض بالقوة أو التهديد وبناء على ذلك فالعقوبة عنـــد اجتمـــاع الظرفين السابقين هي ذاتها العقوبة إذا لم يتوافر سوى ظرف واحد (٢)

---

(١) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٨٦)صـــ ٣٢٤ ، د/ حسني الجدع السابق ، صـــ ١٦٠ /١٦١ ، م/ مصطفى الشاذلي ، السابق ، صـــ٩٨ /٩٩ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٣٤) صـــ٧٠٥ /٧٠٦ ، د/أحمد أمين ، السابق ، صـــ٤٥٨ ، نقـــض جنائي ، طعن رقم ، ٤٠٩ ، س٤٢ ق ن جلسة ٢٩ / ٥ / ١٩٧٢ م ، الموسوعة الجنائيـــة الحديثة ، جـــ٢ ، صـــ٣٤٨ .

(٢) الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٢٥) صـــ٤٨١ ، د/رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٢٤١) صـــ٢٢٨ ، د/ عمر السعيد رمضان ، الســـابق ، فقـــرة (٣٣٢) صـــ٣٤٨ /٣٤٩

(٧٦)

المبحث الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم الإتيان في الدبر

من خلال ما تقدم من عرض لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة إتيان الرجل زوجته في دبرها نجد أن ثمة خلافا بينا بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في الوصف الشرعي والقانوني لهذا الفعل وفي البناء الشرعي والقانوني لهذه المسألة والآثار المترتبة عليها

أما من حيث الوصف الشرعي والقانوني لإتيان الرجل زوجته في دبرها
نجد أن الشريعة الإسلامية حرمت هذا الفعل وجعلته من الكبائر إذ يقول النبيε : " لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها " كما أن مرتكب هذا الفعل ملعون لقولهε : " ملعون من أتى امرأة في دبرها " وقد تواترت الأدلة من الكتاب والسنة على تجريم هذا العمل

وعلى هذا فإن الوصف الشرعي السابق وهو تحريم إتيان الزوجة في دبرها راجع إلى أن هذه الممارسة تؤدي إلى الإضرار بالرجل والمرأة على السواء وذلك لمباشرتهما محل القذر والنجو
قال ابن القيم : " وإذا كان الله قد حرم الوطء في الفرج لأجل الأذى العارض فما الظن بالحش ــ أي الدبر ــ الذي هو محل الأذى اللازم مع زيادة المفسدة بالتعرض لانقطاع النسل "

وعلى هذا يمكن القول إن الفقه الإسلامي قد جرم هذا الفعل وحرمه وعده من الكبائر لكونه مؤديا إلى إلحاق الأذى بالرجل والمرأة على السواء ولكونه تعديا على الحدود التي شرعها الله عز وجل لممارسة هذا الحق

أما في القانون الجنائي فنجد أنه تارة يصف الفعل بالتجريم وتارة بالإباحة فيعد الفعل مجرما لدى فقهاء القانون الجنائي إذا تم دون رضا من الزوجة أو كان المجني عليه أقل من ثماني عشرة سنة كاملة سواء تم هذا الفعل بالرضا أو بغيره

أما إذا وقع الفعل بالرضا بين الرجل وزوجته التي بلغت ثماني عشرة سنة كاملة فإن الفعل يتصف بالإباحة

ويبدو لي أن مسلك القانون الجنائي في وصفه للفعل تارة بالإباحة وأخرى بالتجريم بناء على رضاء الزوجة وعدمه منتقد لما يلي :ـ

(٧٧)

١ ـ إن فقهاء القانون الجنائي عندما جرموا هذا الفعل الذي تم بغير رضا من الزوجة بنوا ذلك على أساس أن الإتيان في الدبر غير مشروع بعقد الزواج ومن ثم فإنه ليس من حق الزوج فإذا أتى زوجته فيه بدون رضاها كان هاتكا لعرضها أما إذا اجتنب منها ما يحل وطؤه ولم ينل من زوجته غير القبل فإن وطأه إياها ولو بغير رضاها لا يعد جريمة

ومن ثم فهذا الكلام منتقد لأن وصف التجريم السابق لا يزول شرعا عن الفعل إذا رضيت الزوجة به وبما أن عقد الزواج لا يحل هذا الفعل ويجرمه القانون في حالة عدم رضاء الزوجة لأنه غير مشروع بعقد الزواج فرضاء الزوجة بهذه الممارسة لا يقلب الحرام حلالا

ومن هنا فإن فقهاء القانون الجنائي عندما يجرمون هذا الفعل ويجعلونه من قبيل هتك العرض لأن فيه مخالفة للشريعة الإسلامية ثم يبيحون هذا الفعل نفسه المخالف للشريعة الإسلامية إذا تم برضاء الزوجة كلام غير مقبول .

٢ ـ إن الدستور نص في المادة الثانية منه على " أن الإسلام دين الدولة " والإسلام لم يبح هذا الفعل بل حرمه أشد التحريم وجعله من الكبائر ولعن فاعله وبالتالي فكان لزاما على المشرع أن يتدخل لعلاج هذا القصور التشريعي بما ينسجم مع ما نص عليه الدستور

٣ ـ إن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في العلاقات والحقوق الزوجية وليس ثمة شك أن أظهر هذه الحقوق حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر في حدود ما تبيحه الشريعة الغراء

٤ ـ إن المشرع الجنائي سلب عن الفعل وصف التجريم وجعله من أسباب الإباحة إذا التزم فاعله بقيدين : ـ

الأول : ـ أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته سائر الحدود والقيود المقررة على ممارسة هذا الحق وإلا اتسمت مارسته له بالتجاوز

القيد الثاني : ـ توافر حسن النية

ومع ذلك فإن القانون الجنائي يبيح إتيان الزوجة من الخلف إذا تم برضا الزوجة المعتبر قانونا مع أنه خارج عن الحدود والقيود المقررة على ممارسة هذا الحق

٥ ــ إن الطب الحديث قد أثبت أن الممارسة الجنسية من الرجل لزوجته في الدبر تسبب كثيرا من الأمراض التي يؤثر سلبا على كيان الإنسان وتعمل على الإضرار به أشد الضرر ولاشك أن القانون يهدف إلى حماية الكيان الإنساني من كل مساس أو تعد وفي إباحة هذا الفعل بإرادة الطرفين المعتبرة قانونا ما ينافي الغاية التي يهدف إليها القانون في المجتمع وهي حماية الكيان البشري والإنساني في المجتمع

وأما من حيث البناء الشرعي والقانوني لهذه المسألة والآثار المترتبة عليها فنجد البون شاسعا بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

(٧٨)

ففي الفقه الإسلامي نجد أنه وهو بصدد معالجته لهذه المسألة قد رتب على إتيان الزوجة في دبرها مجموعة من الآثار هي : ــ

١ ــ إن الوطء في الدبر من الجرائم التي لم ينص فيها الشرع الإسلامي على حد معين أو عقوبة معينة لمرتكبها ومن ثم فقد أوجب الفقهاء التعزير على مرتكب هذه الجريمة وإن كان بعض الفقهاء نص على أن في إتيان الرجل زوجته في دبرها الحد لكنه رأي مرجوح كما تقدم

ولقد أعطى الفقه الإسلامي للقاضي سلطة تقديرية واسعة النطاق وهو بصدد تعزير مرتكب هذا الفعل فله أن يبدأ باللوم والتأديب والزجر وله أن يبدأ بالضرب أو الحبس كل ذلك حسب حال كل شخص ومدى إدراكه ومدى تأثير العقاب فيه

فمثلا يكون عقاب الجاهل بخلاف الشخص العالم ، والشخص الذي ينزجر بالتوبيخ بخلاف الذي لا يرتدع إلا بالضرب كل ذلك مرده إلى القاضي

٢ ــ إن للقاضي كما يرى بعض الفقهاء أن يفرق بين الزوجين اللذين تطاوعا على الإتيان في الدبر ولم تزجرهما عقوبة تعزيرية وذلك لأنهما تطاوعا على إتيان الحرام فيجب التفريق بينهما كما يفرق بين الرجل الفاجر ومن يفجر به

٣ ــ كما أن الفقه الإسلامي أباح للمرأة التي يكرهها زوجها على إتيان الحرام وممارسة هذا الفعل الضار أن تطلب الطلاق للضرر وهنا يطلق القاضي المرأة التي يجبرها زوجها على الإتيان في الدبر رفعا للضرر الذي لحق بها

٤ ــ إضافة إلى ما تقدم فإن بعض فقهاء المذهب الإباضي يوجبون كفارة على من أتى زوجته في دبرها تكفيرا عن إتيانه لهذا الفعل الحرام

هذه الآثار رتبها الفقه الإسلامي على إتيان المرأة في دبرها حفاظا على الكيان الإنساني في هذا المجتمع من الانحراف وحفاظا على السلوك العام للفرد المسلم في هذه الحياة

أما القانون الجنائي في معالجته لمسألة الإتيان في الدبر باعتباره فعلا هاتكا للعرض فقد سلك في سبيل هذه المعالجة عدة مسالك : ــ

المسلك الأول : ــ إذا تم هذا الفعل بالقوة أو التهديد يكون الفعل الهاتك للعرض في هذه الحالة جناية يعاقب مرتكبها أو من شرع في إتيانها بالأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين .

المسلك الثاني : ــ إذا تم الفعل الهاتك للعرض بالقوة أو التهديد وكان المجني عليه أقل من ست عشرة سنة كاملة وكان الجاني ممن نص عليهم في المادة ٢٦٧ / ٢ فهنا يجوز للقاضي أن يصل بالعقوبة إلى الأشغال الشاقة في حدها الأقصى العام وهو خمس عشرة سنة وإذا اجتمع الظرفان السابقان يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة وجوبا

المسلك الثالث : ــ إذا وقع الفعل الهاتك للعرض بغير قوة أو تهديد وكانت المجني عليها لم تبلغ ثماني عشرة سنة كاملة فإن الجاني يكون قد ارتكب جنحة هتك عرض ويعاقب بالحبس من يوم واحد وحتى ثلاث سنوات

المسلك الرابع : ــ إذا كان المجني عليه لم يبلغ سبع سنين كاملة وتم هتك العرض دون قوة أو تهديد ــ أي بالرضا غير المعتبر قانونا ــ وكان الجاني ممن نص عليهم في المادة ٢٦٧ /٢ ففي هذه الحالة تكون العقوبة هي الإشغال الشاقة من المؤقتة من ثلاث إلى خمس عشرة سنة بين حديها الأدنى والأقصى العامين ولم ينص المشرع على مزيد من التهديد إذا اجتمع الظرفان السابقان

تقدير موقف المشرع السابق

إن مسلك المشرع في معالجته لجرائم هتك العرض مسلك منتقد من جانب فقهاء القانون الجنائي وذلك لما يلي : ــ

١ ــ إن المشرع وزع أحكام هتك العرض الواقع على صبي أو صبية بين نصوص مواد القانون الجنائي

٢ ــ إن هتك العرض الواقع على صبي أو صبية لم يبلغ أي منهما سبع سنوات كاملة والواقع بالرضا ــ غير المعتبر قانونا ــ وكان الجاني ممن نص عليهم في المادة ٢٦٧ /٢ يخضع لحكم المادة ٢٦٩ ع وتكون العقوبة هي الأشغال الشاقة

المؤقتة وهذا التشديد وجوبي ولم ينص المشرع على مزيد من التشديد إذا اجتمع وصف الصغر بالمجني عليه وكان الجاني ممن نص عليهم في المادة ٢٦٧ /٢

٣ ــ إذا وقع الفعل على أي منهما بغير رضاه كان خاضعا لحكم المادة ٢٦٨ ع وشددت العقوبة على الفاعل باعتبار أن المجني عليه لم يبلغ ست عشرة كاملة وهو ظرف مشدد للجريمة ويكون تشديد العقوبة جوازيا للقاضي

وبهذا يكون المشرع قد جانبه الصواب مرتين : ــ

الأولى : ــ حين عول في أحكامه على الرضاء الصادر من الصغير وهو أصلا لا يملكه

الثانية : ــ في جعله عقوبة هتك العرض الواقعة بالرضا الأشغال الشاقة المؤقتة وجوبا فإذا وقعت بغير الرضاء كان تشديد العقوبة إلى أقص الحد المقرر للأشغال الشاقة المؤقتة جوازيا (١)

ويبدو لي أن عدم تجريم إتيان الزوجة في دبرها برضاها ــ المعتبر قانونا ــ أمر منتقد لأن رضاء الزوجة لا يقلب الحرام حلالا لا سيما وأن الشريعة الإسلامية هي قانون الزوجين الواجب التطبيق في مثل هذه الأمور كما تقدم

---

(١) د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات السابق ، صـ٨٤٧ /٨٤٨

الفصل الثاني
حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام
في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث : ــ

المبحث الأول : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتب عليه في القانون الجنائي

المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام

****

المبحث الأول
حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : ــ الأثر المترتب على المباشرة في المكان العام في الفقه الإسلامي

****

المطلب الأول
حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام في الفقه الإسلامي

وفيه فرعـــان :

الفرع الأول : حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بطبيعته

الفرع الثاني : حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بالتخصيص " الإتيان في المسجد "

الفرع الأول : حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بطبيعته

تمهيد : إن هذا الفرض وهو مباشرة الرجل زوجته وإتيانها في المكان العام أو حيث يطلع عليهما الناس أمر لا يتفق والفطرة السليمة والذوق المعتدل ، ولمـــا كـــان الناس ليسو على درجة واحدة من الذوق فمنهم ذو الذوق الرفيع ومنهم الشاذ ومن ثم فقد يصدر هذا الفعل من بعض الشواذ الذين يسلكون مسلك الغرب ومن نحـــا نحوهم في هذا الشذوذ وفي إباحيته المطلقة للممارسات الجنسية دون قيود وأصـــبحت هذه الأفعال الفاضحة التي تخدش حياء المجتمع وأفراده أمرا واقعا في مجتمعنا مـــن بعض الشواذ الذين يقلدون الغرب في كل شيء

الحكم الفقهي لهذه المباشرة

قبل بيان الحكم الفقهي لهذه المسألة لابد من التفريق بين أمرين : ــ

الأمر الأول : ــ فعل المباشرة في حد ذاته وهو الجماع ، فهذا الفعل مشروع بأصـــله بمقتضى عقد الزواج الذي يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بـــالآخر علـــى النحـــو المقصود شرعا

الأمر الثاني : ــ الحال الذي وقعت عليه المباشرة وهي كون المباشرة في المكان العام أو حيث يطلع الناس عليهما فيكون هذا الفعل غير مشروع باعتبار الحال أو الوصف الذي اكتنف هذا الفعل وهو كون الفعل في المكان العام أو بحيث يراه الناس ومن ثم فيكون إتيان الرجل زوجته في المكان العام عملا محرما ويمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي : ــ

أولا ــ إن هذه الممارسة مظنة لكشف العورات أمام الناس

عندما يمارس الرجل الجماع مع زوجته أمام الناس أو في المكان العام فإن هذه مظنة لكشف عورة كل منهما أمام الناس والمسلم مأمور بستر عورته عن الناس ففي ارتكابه لهذا الفعل ارتكاب للمحظور بكشف المسلم عورته أمام الغير وفيه تعريض للغير أن ينظر إلى الحرام فيكون غير مشروع لما يلي : ــ

١ ــ قوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا" (١)

وجه الدلالة : ــ إن الله تعالى حرم دخول بيوت الغير بدون استئذان لئلا يقع بصر المسلم على ما حرم الله وعلى ما يكرهه الإنسان

قال القرطبي : " لما خصص الله سبحانه ابن آدم الذي كرمه وفضله بالمنازل وسترهم فيها عن الأبصار وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد وحجر على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير إذن أربابها أدبهم بما يرجع إلى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة (٢)

---

(١) سورة النور ، آية : (٢٧)

(٢) القرطبي ، جـ٥ ،صـ٧٤٣٤ وسبب نزول هذه الآية ما رواه الطبري وغيره عن عدي بن ثابت أن امرأة من الأنصار قالت يا رسول الله : إني أكون في بيتي على حال لا أحب أن يراني عليها أحد لا والد ولا ولد فيأتي الأب فيدخل علي وإنه لا يزال يدخل علي رجل من أهلي وأنا على تلك الحال فكيف أصنع ؟ فنزلت الآية " القرطبي ، جـ٥ ، صـ٧٤٣٤

وقال الرازي ــ مبينا الحكمة من الاستئذان على أرباب البيوت ــ : " إذ لا يأمن من يهجم عليها بغير استئذان أن يهجم على ما لا يحل له أن ينظر إليه من عورة أو على ما لا يحب القوم أن يعرفه غيرهم من الأحوال وهذا من باب العلل المنبه عليها بالنص " (١)

وعلى هذا فإذا كان عدم الاستئذان في الدخول على الغير محرما لأنه مظنة للاطلاع على العورات التي أمر الله بسترها فإن الكشف عنها أمام الناس أوفي مكان يظن فيه اطلاع الغير دون قيد من خلال ممارسة الجماع يكون محرما من باب أولى إذ المسلم مأمور بأن يستتر عن أعين الغير لا سيما عند الجماع

جاء في المحلى : " والاستتار بالجماع فرض (٢) لقول الله عز وجل " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ (٣)

٢ ــ قوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ... الآية "

قال العلماء : " هذه الآية خاصة والتي قبلها عامة لأنه قال : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا " ثم خص هنا فقال : " لِيَسْتَأْذِنْكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ" فخص في هذه الآية بعض المستأذنين وكذلك يتأول القول في الأول في جميع الأوقات عموما وخص في هذه الآية بعض الأوقات فلا يدخل فيها عبد أو أمة وغدا كان أو ذا منظر إلا بعد الاستئذان " (٤)

فإذا كان الطفل والعبد مأمورين بالاستئذان لئلا يقع بصرهما على عورات الغير فإن الجماع في المكان العام الذي هو مظنة لاطلاع الغير على العورات محرم من باب أولى .

قال ابن عباس : " إن الله رفيق بجميع المؤمنين يحب الستر وكان الناس ليس لبيوتهم ستور وحجال فربما دخل الخادم أو ولده أو يتيمه والرجل على أهله فأمر الله بالاستئذان في تلك العورات " (٥)

٣ ــ قوله تعالى : " يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ ....." (٦)

---

(١) مفاتيح الغيب ، جـ١١ ، صـ٥٢٦ ، النسفي ، جـ٣ ،صـ١٣٩، ط ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر ، في ظلال القرآن ، جـ٤ ،صـ ٢٥٠٧، محاسن التأويل ، جـ١٢ ، صـ٤٥٠١ ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي

(٢) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧٦ ، م ١٩٥١ م

(٣) سورة النور ، آية : (٥٨)

(٤) القرطبي ، جـ٥ ،صـ٤٨٢٦ ، مفاتيح الغيب ،جـ١١ نصـ ٦٢٨ /٦٢٩ ، النسفي ، جـ٣ ،صـ١٥٣ ، أبو الأعلى المودودي ، تفسير سورة النور ، صـ٢٢١ /٢٢٢

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ٣ ،صـ١٣٩٦ ، محاسن التأويل ، جـ١٢ ،صـ٤٩٠٨

(٦) سورة الأحزاب ، آية :(٥٩)

فقد أفادت هذه الآية وجوب ستر المسلم عورته رجلا كان أو امرأة قال ابن العربي : " معناه : قيل تغطي به رأسها فوق خمارها وقيل تغطي به وجهها حتى لا يظهر منها غير عينها اليسرى " (١)

وإذا كان الإسلام يبالغ في الستر محافظة على الأعراض وعلى كيان المجتمع المسلم من الانتهاك فلأن تحرم مباشرة الرجل لزوجته في المكان العام أو أمام الناس من باب أولى

(ب) من السنة : ــ

إن السنة النبوية حرصت هي الأخرى على الحفاظ على كيان المجتمع المسلم من خلال دعوتها إلى ستر عورة المسلم عن الغير وعدم النظر في بيوت الغير دون استئذان وذلك فيما يلي : ــ

١ ــ قول النبي ε : " من اطلع في بيت قوم من غير إذنهم حل لهم أن يفقأوا عينه " (٢) فقد أفاد هذا الحديث حرمة النظر في بيوت الغير بدون إذن حتى لا يقع بصر المسلم على عورات الغير ومن ثم فحرمة مباشرة الزوجة في المكان العام الذي هو مظنة اطلاع الناس عليه من باب أولى

٢ ــ ما روي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : قلت يا رسول الله : عوراتنا ما نأتي منها وما نذر ؟ قال : احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك فقال : الرجل يكون مع الرجل قال : إن استطعت ألا يراها أحد فافعل قلت : فالرجل يكون خاليا قال : الله أحق أن يستحيا منه " (٣)

٣ ــ ما روي أن النبي ε قال : " إياكم والتعري فإن معكم من لا يفارقكم إلا عند الغائط وحين يفضي الرجل إلى أهله " (٤)

٤ ــ ما روي عن خالد بن دريك عن عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ε وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها وقال يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح لها أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه " (٥)

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ٣ ،صـ١٥٨٦ ، محاسن التأويل ، جـ١٢ ،صـ٤٩٠٨

(٢) معتصر المختصر ، جـ٢ ، صـ١٢٨ ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٧ ،صـ٢٩٨ ، برقم ٣٦٢٥٦، فيض القدير ، جـ٢ ، صـ٥٧٤

(٣) سنن الترمذي ، جـ٥ ، صـ٩٧ قال أبو عيسى هذا حديث حسن ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٢ ،صـ٢٢٥ ، مصنف عبد الرازق ، جـ١ ، صـ٢٨٧ ، برقم ١١٠٦ ، سنن أبي داود ، جـ٤ ، صـ٤٠ ، دار الفكر ، تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد .

(٤) نصب الراية ، جـ٤ ، صـ٢٤٧ ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٣٥٧ هـ ، تحقيق محمد يوسف ، سنن الترمذي ، جـ٥ ، صـ١١٢ ، برقم ٢٨٠٠ ، قال أبو عيسى : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، تحفة الأحوذي ، جـ٨ ،صـ٦٩ ، فيض القدير ، جـ٣ ،صـ١٢٦ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٨٦ ، برقم ١٣٢٧٥ قال : وإسناده ضعيف ، عون المعبود ، جـ١١ ،صـ١٠٩ ، الكامل في الضعفاء ، جـ٣ ،صـ٣٧٣ .

(٥) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٨٦ ، برقم ١٣٢٧٥ ، قال : وإسناده ضعيف .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أفادت الأحاديث السابقة الواردة عن رسول الله ε حرمة الاطلاع على عورات الغير وكذلك حرمة التعري حتى لا يطلع أحد على عورة غيره
قال الرازي : " ولا يجوز للرجل أن يجلس عاريا في بيت خال وله ما يستر عورته " (١)

ثانيا ــ في هذه الممارسة دعوة إلى ما حرم الله عز وجل النظر إليه

إن المسلم مأمور بغض بصره عما حرم الله رجلا كان أو امرأة وفي ممارسة الرجل الجماع مع زوجته في المكان العام أو حيث يراه الناس دعوة إلى أن ينظر الناس إلى ما حرم الله النظر إليه وذلك حرام لما يلي : ــ

١ ــ قوله تعالى : " قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ" (٢) وقوله تعالى : " وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ" (٣)
قال ابن العربي : " إن غض الأبصار مستعمل في التحريم لأن غضها عن الحلال لا يلزم وإنما يلزم غضها عن الحرام " (٤)

٢ ــ قولهε : " لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة " (٥) فقد أفاد هذا الحديث حرمة نظر الرجل إلى عورة غيره وكذا المرأة ، ومن ثم فجماع الرجل زوجته بحيث يراه الناس فيه نظر إلى العورات التي أمر الله بسترها فيكون محرما

٣ ــ ما روي عن جرير قال : سألت رسول الله ε عن نظر الفجأة فقال :" اصرف بصرك " (٦) فقد أفاد هذا الحديث وجوب صرف البصر عما يقع فجأة ومن ثم فعدم صرف البصر يكون محرما قال الشوكاني : " وفيه دليل على أن النظر الواقع فجأة ودون قصد وتعمد لا يوجب إثم الناظر لأن التكليف به خارج عن الاستطاعة وإنما الممنوع منه النظر الواقع على طريقة التعمد أو ترك صرف البصر بعد نظر الفجأة وقد استدل بذلك من قال بتحريم النظر إلى الأجنبية (٧)

---

(١) مفاتيح الغيب ، جـ١١ ،صـ٥٣٦
(٢) سورة النور ، آية : (٣٠)
(٣) سورة النور ، آية : (٣١)
(٤) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ٣ ، صـ١٣٦٥
(٥) الترمذي ، جـ٥ ، صـ١٠٩ ، قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب .
(٦) سنن الدارمي ، جـ٢ ،صـ٣٦١ ، برقم ٢٦٤٣ ، سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٢٤٦ برقم ٢١٥٢

(٧) نيل الأوطار جـ٦ ، صـ٥٢٣

(٨٥)

قال العلامة أبو الأعلى المودودي : " الذي يجب ألا يغيب عن بالنا في هذا الصدد هو أن الشريعة الإلهية عندما تحرم شيئا فإنها لا تكتفي بتجريمه فحسب بل إنها تودي في الوقت نفسه بكل ما يرغب الناس في إتيانه أو يهيء لهم فرصه أو يكرههم عليه من الأسباب والدواعي فلهذا إن الشريعة عندما تحرم الجريمة فإنها تحرم معها أسبابها ودواعيها ووسائلها حتى تستوقف المرء على مسافة بعيدة قبل أن يفضي إلى حد الجريمة الأصلية وهي لا تحب دوما أن يبقى الناس يمشون على حدود الجرائم فيؤاخذون وينالون العقوبة لأنها ليست بمحتسبة للناس فحسب بل هي ناصحة لهم ومصلحة لمفاسدهم ومساعدة لهم على تذليل مشاكلهم أيضا فتستخدم كل ما يؤثر فيهم من التدابير التعليمية والخلقية والاجتماعية حتى تأخذ بأيدي الناس في اجتناب السيئات والموبقات (١)

ثالثا ــ في هذه الممارسة في المكان العام أو أمام الناس عمل على إشاعة الفاحشة في المجتمع

والإسلام حرم إشاعة الفاحشة في المجتمع وتوعد القرآن الكريم الذين يشيعون الفاحشة بالعذاب الأليم في الدنيا والآخرة قال تعالى :" إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ " (٢)

وفي ممارسة المسلم لهذا الفعل واقترافه هذا الذنب تهييج للغرائز بين الناس لا سيما الشباب والفتيات وفي ذلك دعوة لإشاعة الفاحشة بين الناس في المجتمع والذين يعملون على إشاعة الفاحشة في المجتمع ووصم أخلاق الأمة المسلمة يستأهلون العقاب إلا أن ألفاظ القرآن الكريم شاملة لجميع صور إشاعة الفاحشة والانحلال الخلقي فمن واجب كل دولة مسلمة ان تبذل جهدها في استئصال جميع هذه الوسائل والأسباب لإشاعة الفاحشة وتقرر جميع هذه الأفعال جرائم مستلزمة للعقوبة تؤاخذ عليها الناس (٣)

رابعا ــ في هذه الممارسة إيذاء لمشاعر الناس وهتك لأعراضهم

وإيذاء المسلمين وهتك أعراضهم وحيائهم أمر محرم لقوله تعالى : " وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " (٤)

قال القرطبي :" إذاية المؤمنين المؤمنات هي أيضا بالأقوال والأفعال القبيحة "(٥)

كما أن في هذا الفعل خدشا للحياء العام بين المسلمين في المجتمع والرسولε يقول : " الإيمان بضع وسبعون شعبة والحياء شعبة من الإيمان " (٦)

---

(١) أبو الأعلى المودودي ، تفسير سورة النور ، صـ١٣٣ ، مؤسسة الرسالة ، ط ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م

(٢) سورة النور ، آية : (١٩)
(٣) أبو الأعلى المودودي ،السابق ، صـــ١٤١ /١٤٢
(٤) سورة الأحزاب ، آية : (٥٨)
(٥) القرطبي ، حـــ٦ ، صـــ٥٤٧٤ .
(٦) صحيح مسلم ، جـــ١ ، صـــ٦٣ ، ابن حبان ، جـــ١ ، صـــ٣٨٤ .

خامسا ــ في ممارسة الإنسان للجماع في المكان العام أو حيث يراه الناس شـــذوذ وخروج على الطبع الإنساني .

إذ إن طبيعة البشر أن ينقبض الإنسان عن هذا العمل أمام الناس أو إذا كان في مكان مظنة الاطلاع عليه من أحد ولذلك لم يعتد الفقهاء بالخلوة بين الرجل والمـــرأة في الطريق العام أو أمام الناس ومن ثم لا يرتبون عليها حكما لوجود مـــانع طبعـــي يمنع الوطء في هذه الحالة

جاء في البدائع " وأما المانع الطبعي فهو أن يكون معهما ثالث لأن الإنسان يكـــره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث ويستحيي وينقبض عن الوطء بمشهد منه وســـواء كـــان الثالث بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا رجلا أو امرأة أجنبية أو منكوحة لأن الأعمى إن كان لا يبصر فيحس والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فينقبض الإنسان عن الوطء مع حضوره والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الإنسان منه كما يحتشـــم من الرجل ... والإنسان يحتشم من المرأة الأجنبية ويستحيي وكذا لا يحل له النظـــر إليهما فينقبضان لمكانها ولا خلوة في ... الطريق العام والصحراء وعلى سطـــــح لا حجاب عليه ... فالطريق ممر الناس لا تخلو عنهم عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء وكذا الصحراء والسطح من غير حجاب لأن الإنسان ينقبض عن الـــوطء فـــي مثله لاحتمال أن يحصل هناك ثالث أو ينظر أحد معلوم ذلك بالعادة " (١)

وجاء في الفتاوى الهندية " ... والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يكونا آمنـــين من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما كالدار والبيت ... ولا تصح الخلوة في الصحراء وليس بقربهما أحد إذا لم يأمنا مرور إنسان وكذا لو خلا على الســـطح لـــيس علـــى جوانبه ستر أو كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يقـــــع بصـــره عليهما (٢)

كما أن بعض الفقهاء ينهى أن يجامع الرجل زوجته ومعهما أحد في البيت دون أن يراهما أو يطلع عليهما قال الحطاب : " ولا يجوز للرجل أن يصـــيب زوجتـــه أو أمته ومعه أحد في البيت يقظان أو نائما وقال ابن عرفة :" ومنع الوطء وفـــي البيـــت نائم ونحوه عسير إلا لأهل السعة " قال الجزولي : وقد روي عن ابن عمـــر إذا أراد أن يطأ يخرج من كان في البيت من البهائم وغيرهم حتى الصبي في المهد وهـــذا لا يكاد يتخلص منه أحد " (٣)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ، صـ٤٣٣ /٤٣٤ ، جـ٥ ،صـ١٨٦ /١٨٧ ، باب الاستحسان ، المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٥ /٧٠٦ ، الشرح الكبير ، حـ٩ ، صـ٧١٥ ، تبيين الحقائق ، جـ٢ ،صـ١٤٣ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٣ ،صـ١٢٧، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٣٨٣٦ .

(٢) الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، جـ١ ،صـ٣٠٥ ، دار الفكر ، ط ، الثانية ، ١٤١١ هـ /١٩٩١ م

(٣) مواهب الجليل ، جـ٤ ،صـ١٤

وقال ابن قدامة : " ولا يجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما " (١)
وجاء في النيل وشفاء العليل " وحرم بمرأى الناس وتمنعه فيه (٢) وقال الشيخ محمد بن أطفيش في شرحه على النيل : " وحرم بمرأى ... أي موضع رؤية الناس لأشخاصهما ولو لم يروا عورتهما أو جسدهما وتمنعه فيه " (٣)

سادسا ــ إن في هذا السلوك تقليدا للغرب ولسلوكياته في ممارستهم الجنسية حيث يبيحون للفرد أن يفعل ما يشاء وفي أي مكان دون قيد أو شرط ، وفي ممارسة المسلم لهذا الفعل في المكان العام تشبه بأفعال الغرب وذلك أمر نهى عنه الإسلام لاسيما في مثل هذه الأمور الخاصة حيث يقول النبي ε فيما رواه ابن عمر : " من تشبه بقوم فهو منهم " (٤)

سابعا ــ في هذا الفعل ذريعة لاقتداء الغير بهذا السلوك المشين لاسيما ضعاف الإيمان والساقطون من المستهترين في هذا المجتمع والرسولε يقول فيما رواه جرير بن عبد الله : " من سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة لا ينقص من أوزارهم شيء " (٥)

ثامنا ــ في مباشرة الرجل لزوجته في المكان العام مظنة للتهمة وإساءة الظن به

والمسلم مأمور بأن يبتعد عن الشبهات ومواطنها وعن أماكن التهم لقولهε : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم " (٦)
وفي ممارسة المسلم لهذا الفعل مظنة لأن يتهمه الناس في دينه ويرتابون في سلوكه والنبيε يقول : " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك " (٧)

---

(١) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٥

(٢) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٤ /٤٧٥
جاء في كتاب وسائل الشيعة ما نصه " باب كراهة جماع المرأة والجارية وفي البيت صبي أو صبية ترى وتسمع أو خادم واستحباب زيادة التستر بالجماع " .. لا يجامع الرجل ولا جاريته وفي البيت صبي فإن ذلك مما يورث الزنا .. قال أبو جعفر : إياك والجماع حيث يراك صبي يحس أن يصف حالك .. فإنك إن رزقت ولدا كان شهرة علما في الفسق والفجور " جـ١٤ صـ٩٧ /٩٩

(٣) شرح النيل ، جـ٦ ،صـ٤٥٧

(٤) مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ٩٢ ،برقم ٥٦٦٧ ، المعجم الأوسط ،جـ٨ ،صـ١٧٩ ، برقم ٨٣٢٨ ، سنن أبي داود ، جـ٤ ،صـ٢٤٤ ،برقم ٤٠٣١
(٥) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٢٠٥٩ ،برقم ١٠١٧ ، ابن خزيمة ، جـ٤ ،صـ١١٢ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٠ م ، تحقيق د/ محمد مصطفى الأعظمي ،ابن حبان ، جـ٨ ،صـ١٠١
(٦) كشف الخفاء ، جـ٢ ،صـ٣٣٣ ،برقم ٢٥٠١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٥ ، ط ، الرابعة ، تحقيق / أحمد القلاش
(٧) صحيح ابن خزيمة ، جـ٤ نصـ٥٩ ،برقم ٢٣٤٨ ، صحيح ابن حبان ، جـ٢ ،صـ٤٩٨ ، برقم ٧٢٢ ، المستدرك على الصحيحين ، جـ٢ ، صـ١٥ ، برقم ٢١٦٩ ، قال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه

(٨٨)

وقد ورد في الحديث عن علي بن الحسين عن صفية قالت : كان رسول اللهε معتكفا فأتيته أزوره ليلا فحدثته ثم قمت فانقلبت فقلم معي ليقلبني ــ وكان مسكنها في دار أسامة بن زيد ــ فمر رجلان من الأنصار فلما رأيا النبيε أسرعا فقال عليه السلام على رسلكما ! إنها صفية بنت حيي " قالا : سبحان الله يا رسول الله قال : " إن الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم فخشيت أن يقذف في قلوبكما شيئا أو قال شرا " (١)

وإذا كان الأمر كذلك فالمسلم يجب عليه أن يبتعد عن مواطن إساءة الظن به ويحافظ على الحياء العام في المجتمع وعلى مشاعر المسلمين فلا يؤذيهم بأي أذى اقتداء بفعله ε

الفرع الثاني

حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بطريق التخصيص في الفقه الإسلامي

" الإتيان في المسجد "

لا شك أن المساجد لها في نفوس المسلمين حرمة عظيمة ويرجع ذلك إلى أنها بيوت الله عز وجل في الأرض وفيها يجتمع المسلمون ليؤدوا صلواتهم ومن ثم فالمسجد ليس كأي بقعة في الأرض وإنما هو مكان ذو خصوصية معينة في نفوس المسلمين وبالتالي فإن مباشرة الرجل زوجته في هذا المكان محرمة لحرمة هذا المكان ويمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي :

أولا ــ الأدلة السابقة الدالة على حرمة جماع الرجل لزوجته في المكان العام أو أمام الناس لأن المسجد مكان عام ولكنه خصص ليكون مصلى المسلمين (٢)

ثانيا ــ هناك أدلة أخرى خاصة بحرمة جماع الرجل زوجته في المسجد من الكتاب والسنة والمعقول

(أ) من الكتاب : قوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ" (٣)

وجه الاستدلال بهذه الآية :

إن الله عز وجل نهى عن مباشرة الرجل زوجته حالة الاعتكاف في المسجد والقاعدة الأصولية أن النهي للتحريم ما لم يصرفه صارف (٤)
وليس ثمة صارف له عن التحريم إلى غيره فتكون المباشرة في المسجد محـــــرمة

---

(١) بنحوه ، صحيح مسلم ، جـ٤ ،صـ ١٧١٢ ، برقم ٢١٧٤ ، صحيح البخاري ، جـ٢ ،صـ٧١٥ ، برقم ١٩٣٠
(٢) يراجع الفرع السابق ، صـ ٨١ وما بعدها
(٣) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)
(٤) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ١٩٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٢ هـ/١٩٩٢ م ، البرهان في أصول الفقه ، جـ١ ، صـ٢٨٠ ،

مناقشة هذا الاستدلال : يمكن أن يناقش الاستدلال السابق بالآية بما يلي : ـ

١ ـ لا نسلم أن الجماع في المسجد حرام لأن في الآية قيدا وهو حرمة المباشرة في المسجد حالة الاعتكاف وفي حالة عدم الاعتكاف تكون المباشرة في المسجد مشروعة

٢ ـ إن الجماع في حد ذاته أمر مشروع ويؤجر المسلم عليه لقولهε : " وفي بضع أحدكم صدقة " (١) ومن ثم فيجوز فعله في المسجد قياسا على الأكل والشرب والنوم في المسجد

الجواب على هذه المناقشة : ـ

١ ـ لا نسلم حرمة المباشرة في المسجد حالة الاعتكاف وعدم الحرمة في حال عدمه لأن القيد المذكور في الآية جاء لبيان الغالب وهو أن المسلم المعتكف في المسجد عرضة للوقوع في هذا الأمر بخلاف غيره ومن ثم فالقيد الوارد في هذه الآية لا مفهوم له فلا يكون حجة

٢ ـ لا نسلم القياس على الأكل والشرب والنوم في المسجد لأن شرط العمل بالقياس عدم وجود نص وقد وجد وهو الآية السابقة فيكون القياس غير مقبول

(ب) من السنة : قوله ε : " لا أحل المسجد لجنب ولا حائض " (٢)
وجه الدلالة : إن الذي يجامع زوجته في المسجد يترتب على جماعه حدوث الجنابة له لأنه بمجرد التقاء الختانين يكون المرء جنبا ومن ثم فيترتب على ذلك مكث الجنب في المسجد مع وجود الجنابة فيكون حراما ٠ ولقوله تعالى : " وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ" (٣) فقد أفادت الآية حرمة مكث الجنب في المسجد إلا إذا كان عابرا له والذي يجامع في المسجد ليس عابر سبيل كما وصفت الآية فيكون محرما
(ج) من المعقول : ـ

١ ــ إن المسجد بيت الطاعة جعله الله عز وجل مكانا للعبادة والجماع فيه يتنافى مع ذلك قال الرافعي : " واعلم أن جماعه في المسجد حرام مطلقا إذا أدى إلى مكث فيه " (٤)
وقال الرملي : " وعلى كل قول هي حرام مطلقا " (٥)

---

(١) سبق تخريجه ، صـــ٢٥
(٢) سنن البيهقي الكبرى ، جـــ٧ ،صـــ٦٥ ، تلخيص الحبير ، جـــ٣ ،صـــ١٣٦
(٣) سورة النساء ، آية : (٤٣)
(٤) العزيز شرح الوجيز ، جـــ٣ ،صـــ٥٣ ، روضة الطالبين للنووي ، جـــ٢ ،صـــ٢٥٨ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤٠٥ هـــ ، نهاية المحتاج ، جـــ٣ ، صـــ٢١٩
(٥) نهاية المحتاج ، جـــ٣ ،صـــ ٢٢٠ ، حاشية الشرواني ،جـــ٣ ،صـــ ٤٦٨ ، مواهب الجليل ، جـــ٢ نصـــ٤٥٩ ، حاشية الجمل ، جـــ٢ ،صـــ٣٦٢

وجاء في إعانة الطالبين : " واعلم أن الوطء والمباشرة بشهوة حرام في المسجد مطلقا ولو من غير معتكف (١)
٢ ــ إن المسجد مجتمع الناس للصلاة فلا يمأن من الدخول عليه ساعة فساعة جاء في حاشية ابن عابدين : " قوله كمسجد بطريق أي لا تصح الخلوة فيه لان المسجد مجتمع الناس فلا يأمن من الدخول عليه ساعة فساعة وكذلك الوطء فيه حرام " (٢) لقوله تعالى " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ" (٣)

المطلب الثاني
الأثر المترتب على المباشرة في المكان العام في الفقه الإسلامي

من خلال ما تقدم بعد العرض الفقهي السابق لموقف الفقه الإسلامي من مباشرة الرجل زوجته في المكان العام تبين أن هذا العمل محرم لما ينطوي عليه من إخلال بمشاعر المسلمين وإشاعة للفاحشة فيما بينهم بالإضافة إلى كشف العورات والنظر إلى ما حرم الله والإخلال بواجب الستر الذي يوجبه الإسلام عند الجماع كما أن في الجماع في المسجد تعديا على مشاعر المسلمين وانتهاك بيوت الله ومجتمع المسلمين للصلاة ومن ثم فهذه الممارسة الجنسية غير مشروعة وتنطوي على

معصية الله عز وجل والواجب فيها حينئذ هو التعزير حيث يعزر الإمام أو القاضي مرتكب هذه المعصية بما يزجره عن اقترافها مرة أخرى وبما يحمي مشاعر المسلمين من انتهاكها

مع ملاحظة أن الفقه الإسلامي لم يحدد عقوبة معينة توقع على مرتكب هذا السلوك المنحرف وإنما مرد ذلك كله إلى القاضي حيث يختار العقوبة الملائمة لفاعل هذه المعصية بما يردعه عن معاودتها مرة أخرى (٤)

---

(١) إعانة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٢٦٣ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٥٢ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ ٣٠١ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ٩٦ ، الأم ،جـ٢ ،صـ٩١ ، بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٤٣٤ ، تبيين الحقائق ، جـ٢ ،صـ١٤٣

(٢) حاشية ابن عابدين ، جـ ٣ ،صـ١٢٧ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٣٠٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٦٨٣٦

(٣) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

(٤) يراجع في هذه المسألة مطلب التعزير ، الفصل السابق ، صـ٥٥ /٥٧

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من مباشرة الرجل زوجته في المكان العام

وفيه مطالب :

المطلب الأول : التكييف القانوني لهذا الفعل

المطلب الثاني : أركان الفعل الفاضح في القانون الجنائي

المطلب الثالث : عقوبة الفعل الفاضح في القانون الجنائي

****

(٩٢)

المبحث الثاني

موقف القانون الجنائي من مباشرة الرجل زوجته في المكان العام

تمهيد : تقدم القول أن الفقه الإسلامي لا يقر مباشرة الرجل زوجته في المكان العام أو حيث يراه الناس سواء كان المكان عاما بطبيعته كالشوارع أو الطرقات العامة أو كان المكان عاما بطريق التخصيص كالمسجد لما في ذلك من انتهاك لمشاعر المسلمين وتعد على حرماتهم وانتهاك لمقر العبادة وهو المسجد (١)

وهنا لابد من بيان موقف القانون الجنائي من هذه الممارسة

المطلب الأول :

التكييف القانوني لهذا الفعل

لا شك أن المشرع يهدف دائما من خلال تشريعاته المختلفة إلى حماية النقاء الأخلاقي للأماكن وحماية الشعور العام بالحياء في المجتمع ومن ثم فإن مباشرة الرجل لزوجته في المكان العام بطريق الجماع أو عن طريق التقبيل أو الاحتضان أو

ما شابه ذلك من أفعال لها دلالتها الجنسية فهذا الفعل يمثل في فقه القانون الجنائي فعلا فاضحا (٢) يستحق مرتكبه العقوبة التي حددها المشرع لمرتكب الفعل الفاضح في المادة (٢٧٨) ع

وذلك لما في هذا الفعل من اعتداء على حماية الشعور العام بالحياء في المجتمع ولهذه الحماية جوانب متعددة فهي حماية للحرية الجنسية لمن شهدوا الفعل اضطرارا إذ يوحي إليهم هذا الفعل بصورة معينة لما يمكن أن يكون عليه استعمالهم لحريتهم الجنسية مما يعني تدخلا فيها وأنهم لم يتركوا وشأنهم في كيفية استعمالها وبالإضافة إلى ذلك فهذا التجريم يتضمن حماية القيم الأخلاقية الجنسية في المجتمع وصيانتها ذات أهمية بالغة في كل مجتمع متحضر

ومن ثم فيهدف هذا التجريم إلى استقرار الأمن في المجتمع إذ يخشى أن يستثار من يشهدون الفعل فيندفعون إلى الانتقام ممن اقترفه (٣)

---

(١) في المبحث السابق قمت ببيان حكم الفقه الإسلامي في المباشرة في المكان العام في مطلب والمباشرة في المسجد في مطلب آخر وذلك نظرا لوجود أدلة خاصة بتحريم المباشرة في المسجد بالإضافة إلى الأدلة العامة الدالة على حرمة المباشرة في المكان أما هنا فالأحكام الخاصة بالتجريم واحد بالنسبة للمكان العام بطبيعته والمكان العام بالتخصيص ومن ثم فليس ثمة حاجة إلى فصل أحدهما عن الآخر كما هو الشأن في المبحث السباق

(٢) الفعل الفاضح قسمان : علني وغير علني والأخير غير متصور بين الرجل وزوجته ومن ثم سيقتصر الكلام على الفعل الفاضح العلني لارتباطه بالمسألة محل البحث

(٣) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون اعقوبات ، السابق ، فقرة (٧٧٦) صـ٥٧٥ ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٢٨) صـ٤٨٣ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ن فقرة (٣٤٥) صـ٧٠٨ ،د/عمر السعيد رمضان ، السابق ،فقرة (٣٣٣)صـ ٣٤٩

المطلب الثاني

الفعل الفاضح العلني وأركانه في القانون الجنائي

تعريف الفعل الفاضح :

الفعل الفاضح : هو سلوك عمدي يخل بحياء من تلمسه حواسه (١)

ومن خلال هذا التعريف لجريمة الفعل الفاضح يمكن القول إنه يلزم لقيام هذه الجريمة ثلاثة أركان : ـ

١ ـ الركن المادي ٢ ـ العلانية ٣ ـ القصد الجنائي (٢)

الركن المادي المكون لجريمة الفعل الفاضح

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بكل فعل فاضح من شأنه الإخلال بالحياء العام أو الشعور العام كما نصت على ذلك المادة ٢٧٨ ع ومن ثم فالفعل المخل بالحياء هو جوهر الركن المادي في الجريمة وهو الصورة الوحيدة للسلوك المكون له

فلا يتحقق الركن المادي بما عدا هذه الصورة من أقوال أو كتابات تصدر عن الجاني حتى لو مست الشعور العام أو آذته مهما بلغت درجة الإيذاء

ولقد سكت المشرع عمدا عن بيان مفهوم الفعل الفاضح المخل بالحياء وتركه للقاضي على أساس أنه قابل لأن يتنوع ويتفاوت بتفاوت البيئات والأوساط واستعداد الناس وعاطفة الحياء عندهم للتأثر (٣)

كما أن مفهوم الفعل الفاضح يختلف باعتبار الوقت فما كان بالأمس فاضحا للحياء قد يكون اليوم مقبولا عند الناس وما يكون كذلك في مجتمع قد لا يكون كذلك في غيره وبالتالي فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديده لتلك الأفعال مستهديا في ذلك بأمرين : ــ

الأول : ــ مشاعر المجموع دون التفات لمشاعره هو شخصيا أو لمشاعر قلة متزمتة

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٧٤)صـــ٥٧٤ ، د/ المرصفاوي ، السابق ، صـــ٦٦٧ ،

(٢) قضت محكمة النقض بأن : " البين من نص المادة ٢٧٨ ع من قانون العقوبات أن الجريمة لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة : الأول فعل مادي يخدش المرء في حياء العين أو الأذن ، الثاني العلانية ، ولا يشترط لتوافرها أن يشاهد الغير عمل الجاني بل يكفي أن تكون المشاهدة محتملة ، والثالث القصد الجنائي وهو تعمد إتيان الفعل " نقض جنائي ، طعن رقم ١٣٤٨ ، س٤٥ ق ، جلسة ٢٩ /١٢ / ١٩٧٥ م ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، جـ٢ ،صـ٣٧٤ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٤٦) صـ٧١٥ .

(٣) قضت محكمة النقض بأن : " القانون يعاقب على كل فعل فاضح مخل بالحياء وتقدير الأفعال التي من هذا القبيل يختلف باختلاف الأوساط والبيئات واستعداد أهليهما وعاطفة الحياء عندهم للتأثر ، ويعتبر فعلا مخلا بالحياء ما تأتي به المرأة في محل عمومي من الحركات البدنية التي تثير فكرة التمازج الجنسي كترقيص البطن " نقض جنائي ، طعن رقم ٢٣١ ، جلسة ١٨ /٤ / ١٩٢٩ م ، مجموعة القواعد والقوانين ، جـ١ ،صـ٢٧٠ ، المكتب الفني ، م / عبد الحكم فودة ، الموسوعة الجنائية الحديثة في التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء وأحكام النقض ، صـ١٩٦٦ ، طبعة ٢٠٠٠ م

والثاني : هو ألا يتنازل في تقديره لتلك الأفعال عن مجموعة المعتقدات الدينية والأخلاقية المستمدة من الواقع المصري باعتبارها الإطار العام للمجتمع وباعتبار أن القضاء لا يجوز له هو نفسه مهما قلت عاطفة الحياء عند الناس أن يتراخى في تثبيت الفضيلة فما يعد فاضحا ومخلا بالحياء في قرية لا يعد كذلك في مدينة وما يعد كذلك في الأخيرة فاضحا في داخلها قد لا يكون كذلك على شواطئها

وعلى هذا فكل مباشرة بين الرجل وزوجته في المكان العام لها دلالتها الجنسية كالجماع أو الكشف عن العورات أو التقبيل أو الاحتضان أمام الناس كل هذه الأفعال

تكون الركن المادي لقيام جريمة الفعل الفاضح ولا يشترط لذلك وقوع هذه الجريمة فعلا أمام الناس ورؤيتهم لها وإنما يكفي لإسباغ وصف التجريم السابق على الفعل إمكانية رؤية الناس لهذه المباشرة وإن لم تتم بالفعل (١)

وبناء على ذلك فإن تقبيل المرأة أو التربيت على خدها ونحو ذلك من أفعال مخلة بالحياء تقوم بها جريمة الفعل الفاضح إذا ارتكبت علنا ولكن الفعل السابق قد يؤتى في ظروف تنفي عنه دلالته الجنسية وتجعله تعبيرا عن عاطفة أو شعور مقبول اجتماعيا فتقبيل الرجل زوجته توديعا لها لحظة السفر أو تهنئة لها بنجاتها من كارثة أو لفوزها في امتحان أو مسابقة أو الإمساك بيدها لإنقاذها من خطر أو مساعدة لها على اجتياز طريق ونحوه هذه الأفعال تتجرد من الإخلال بالحياء العام وهذا يعني أن صفة الإخلال بالحياء في الفعل تتحدد بالنظر إلى جميع الظروف التي يرتكب فيها (٢)

معيار الإخلال بالحياء العام

يلزم لتوافر الفعل المكون لجريمة الفعل لفاضح أن يكون من شأنه الإخلال بالحياء العام ويستنبط هذا المعيار من خلال المصلحة التي يستهدف القانون حمايتها وهي الأخلاق العامة وهذه يلزم لصيانتها أن يتدثر كل فرد في المجتمع بالحياء والحشمة في سائر صنوف الممارسات الجنسية وذلك بإخفائها عن أعين الآخرين وآذانهم وإلا كان مخلا بمقتضيات الحياء العام

---

(١) نقض جنائي ، طعن رقم ١٣٤٨ ، س٤٥ ق ، جلسة ٢٩ /١٢ /١٩٧٥ م ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـ٢ ،صـ٣٧٤ ، د/ عمر السعيد رمضان ، السابق ن فقرة (٣٣٤) صـ٣٥٠ /٣٥١ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٤٧) صـ٧٠٩ /٧١١ ،

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٢٩٤) صـ٧٤٩ /٧٥٠ ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٣٣) صـ٤٨٥ ، د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، صـ٦٥٩ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ ٢٤٠ /٢٤١ ، د/ سامح جاد ، دروس في شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، طبعة ١٤٠٧ هـ /١٩٨٧ م ، صـ٩٨ /٩٩ ، د/ منصور ساطور ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، طبعة ، ١٩٩٥ م ، صـ٣١٤ د/طارق سرور ، السابق ، فقرة (٢٤٣) صـ٢٣٠ وما بعدها

وعلى هذا الأساس فإن مفهوم الممارسة الجنسية يستوعب ليس فقط أفعال الاتصال الجنسي الكامل طبيعية كانت أو غير طبيعية وإنما يشمل كذلك سائر الأفعال

الممهدة له والمسلسلة إليه كالمضاجعة بالملابس والمعانقة والملامسة والتقبيل والمساس بالعورات كما يشمل كذلك سائر الأفعال المثيرة لنداء الجنس كالتعري والكشف عن العورات والإشارة إليها بل إنها تشمل كل فعل يصل إليه خيال الفاسق ما دامت دلالته الاجتماعية محددة في كونه استجابة لنداء الجنس

ومن هنا يمكن وضع المعيار الذي يستهدي به القضاء في الكشف عن الفعل لفاضح المخل بالحياء بأنه " كل فعل ترتبط دلالته الاجتماعية بفكرة الممارسة الجنسية اتصالا أو تمهيدا أو إثارة بصرف النظر عن درجة فحشه أو مشروعيته أو تقدير الفعل أو المفعول أمامه ما دام قد صدر عن الجاني علنا (١)

الركن الثاني : العلانية

العلانية هي :" العنصر الجوهري في هذه الجريمة وحجر الزاوية في بيان أحكامها لأن فيها تكمن العلة الحقيقية في تجريم الأفعال المخلة بالحياء لأنها النفي المباشر لواجب الخفاء الذي تفرضه الأخلاق العامة فالقانون لا يعاقب على الفعل المخل بالحياء لذاته وإنما لعلانيته التي تخدش حياء العين أو الأذن (٢)

معيار العلانية : إذا كان القانون لم يحدد المقصود بالعلانية اللازمة لقيام الركن المادي للجريمة فإن القضاء قد وضع في هذا الصدد معيارا يتلاءم مع مقتضيات تلك الحماية حيث تتحقق العلانية بوقوع الفعل في مكان عام بطبيعته في أي وقت من ليل أو نهار أو في مكان عام بالتخصيص أو بالمصادفة في الوقت المباح للجمهور فيه ارتياد هذا المكان أوفي مكان خاص إذا أدرك الغير الفعل بداخله أو كان في استطاعته إدراكه ومن ثم فإنه لا يشترط لتوافر العلانية أن يشاهد الغير عمل الجاني فعلا بل يكفي أن تكون المشاهدة محتملة (٣)

---

(١) الحماية الجنائية للعرض ، السابق ،صـ٤٢ /٤٣ ، د/ أحمد فتحي سرور ، السابق ، صـ٦٥٨ ، د/ المرصفاوي ،السابق ، صـ٦٦٨ ، م/ مصطفى هرجة ، السابق ، صـ٣٧٠ ، د/ إدوار غالي الذهبي ، السابق ،فقرة (٢٣٢) صـ ٣٧٦ /٣٧٧ ، د /عبد التواب معوض ، السابق ، صـ٢٤٤ /٢٤٥ ، د /طارق سرور ،السابق ، فقرة (٢٤٧ /٢٤٨) صـ٢٣١ ، د/أحمد محمد بدوي ، جرائم العرض ، صـ٢٢٧ ، الناشر مكتبة سعد سمك ، لواء خبير م أبو بكر عبد اللطيف عزمي ، الجرائم الجنسية وإثباتها مع مباديء أصول علم الأدلة في مجال إثباتها ، صـ٢٠١ وما بعدها ، دار المريخ للنشر ، الرياض ، السعودية .

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر شرح قانون العقوبات ، فقرة (٢٩٦) صـ٧٥٣ /٧٥٤ ، م / عبد الحكم فودة ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، السابق ، صـ١٩٦٨ م

(٣) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٨٧) صـ٥٨١ وما بعدها ،الحماية الجنائية للعرض ، السابق ، صـ٤٣ وما بعدها ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٣٦) صـ٤٨٧ ، د /محمود محمود مصطفى السابق ، فقرة (٢٩١) صـ٣٢٩ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٩٩ /١٠٠ ، د/ منصور ساطور ،

السابق ، صـــ٣١٥ وما بعدها ، د/ هلالي عبد اللاه أحمد ، الحماية الجنائية للأخلاق مـــن ظاهرة الانحراف الجنسي ، صـــ٢٨٩

(٩٦)

العلانية في الأماكن العامة

الأماكن العامة ثلاثة أنواع : ــ

١ ــ أماكن عامة بطبيعتها٢ ــ أماكن عامة بالتخصيص٣ ــ أماكن عامة بالمصادفة

أولا ــ الأماكن العامة بطبيعتها

المكان العام بطبيعته هو كل مكان يستطيع أي شخص أن يرتاده باعتبار أنـــه مخصص أساسا لحركة الجمهور وتنقلاته فتعد أماكن عامة بطبيعتها الطـــرق العامـــة الزراعية والصحراوية والشوارع والميادين والحدائق العامة والمتنزهات (١)

ويعتبر المكان عاما إذا جرى عرف جمهور الناس على الدخول فيه ولو لم يستند ذلك إلى تخصيص رسمي كممر يخترق ملكية خاصة واعتاد الناس سلوكه

وتعد أماكن عامة كل مكان مجاور للمكان العام إذا لم تكن ثمة عقبة بين مـــن يوجد في المكان ومشاهدة ما يجري في ذلك المكان المجاور مثـــال ذلـــك الحقـــل أو الحديقة الواقعة على الطريق العام إذا لم يعزلها عنه فاصل يحجب الرؤيـــة ويســـتمد الفعل الواقع في هذه الأماكن علانيته من صفة المكان الذي وقع فيه

ومن هنا لا يلزم لتوافر العلانية أن يكون أحد قد أدرك العمل فعـــلا لأن هـــذا الإدراك بسبب صفة المكان محتمل مطلقا ومن ثم فلا يجدي الفاعل في نفي العلانيـــة أن يثبت أن أحدا لم يدرك فعله أو أنه اتخذه في وقت لا يمكن لأحد أن يراه فيه أو في زمن لا يمكن بسبب الظلام مشاهدته (٢)

ثانيا ــ الأماكن العامة بالتخصيص

الأماكن العامة بالتخصيص هي : أماكن يباح للجمهور الدخول فيهـــا خـــلال أوقات معلومة ويحظر عليهم فيما عدا هذه الأوقات سواء أكان دخولهم بغيـــر قيـــد أم نظير استيفاء شروط محددة وذلك كالمســـاجد والكنـــائس والمـــدارس والمستشـــفيات والمسارح ودور السنيما ومقار المرافق العامة التي تتصل بأعمال الجمهور ويسمح له خلال وقت العمل بارتيادها فهذه الأماكن ونحوها عامة خلال الوقت الذي يرتادها فيه جمهور الناس وخاصة فيما عدا هذا الوقت

---

(١) نقض جنائي ، طعن رقم ١٣ س١٤ ق ، جلسة ٢٩ /١ /١٩٦٣ م ، مجموعة أحكام النقض ، صـــ٥٨

(٢) نقض ، طعن رقم ٢١٦٩ س٣٢ ق ، جلسة ٢٩ /١ / ١٩٦٣ م ، طعن رقم ١٧٨٢ س ٢٩ ق ، جلسة ٨ /٢ / ١٩٧٠ م ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـــ٢ ،صـــــ٣٧٢ /٣٧٧ د/

المرصفاوي ، السابق ، صـــ٦٦٨ ، د/سامح جاد ، السابق ، صـــ١٠٠ ،د/ إدوار غالي ، السابق ، قرة (٢٣٥) صـــ٣٧٩ /٣٨٠ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقـــرة (٣٤٨) صـــ٧١٢ /٧١٣ ، م/ مصطفى هرجة ، السابق ، جـــ٢ ،صـــ٣٧٢

ومن ثم فإن العلانية تتوافر للفعل إذا باشر الرجل زوجتـــه فـــي المســـجد أو المدرسة أو المستشفى خلال الوقت الذي يسمح فيه لجمهور الناس بارتياد هذه الأماكن (١)

ثالثا ــ الأماكن العامة بالمصادفة

المكان العام بالمصادفة هو مكان خاص في الأصل ولكن قد يجتمع فيه عـــدد من الناس بطريق المصادفة كالسجون والنوادي والمطاعم والمحال التجارية وعربات النقل العام فهذه الأماكن ونحوها تأخذ حكم الأماكن العمومية بطبيعتها وقت اجتمـــاع الجمهور بها ومن ثم فمباشرة الرجل زوجته في هذه الأماكن في هذا التوقيـــت يعـــد عملا مجرما

أما في غير هذا الوقت فتنتفي العلانية عن مباشرة الرجل لزوجته فـــي هـــذه الأماكن إذا اتخذت الاحتياطات الكافية ولم يكن ثمة شهود اضطراريون وبالتالي ينتفي وصف التجريم عن هذا الفعل (٢)

العلانية في الأماكن الخاصة :

المكان الخاص : هو مكان لا يحق لغير شخص أو أشخاص معينين الـــدخول فيه أو الاطلاع على ما يجري فيه أي لا يحق لغيرهم ذلك إلا بإذن منهم كالمســـاكن الخاصة مثل المنزل أو الشقة أو الفيلا ونحو ذلك وعلى هذا فليست عمومية المكـــان شرطا في توافر ركن العلانية في الفعل الفاضح بل قد تتوافر العلانية فيه ولو ارتكب في مكان خصوصي متى كان محتملا مشاهدة ما يقع فيه

---

(١) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٩٢) صـــ٣٣٠ ، د/عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٣٧)صـــ ٣٥٤ ، د/المرصفاوي ،السابق ، صـــــ٨٦٦ ،د/ منصـــور ساطور ، السابق ، صت ٣١٦ /٣١٧ ، د/طارق سرور ، السابق ، فقـــرة (٢٥٤) صـــــ ٢٣٧ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ن فقرة (٣٤٨) صـــ٧١٣ ،

(٢) قضت محكمة النقض بأنه : " لما كان المكان العام بالمصادفة كالمستشفيات هـــو بحســـب الأصل مكان قاصر على أفراد أو طوائف معينة ولكنه يكتسب صفة المكان العام في الوقت الذي يوجد فيه عدد من أفراد الجمهور بطريق المصادفة أو الاتفاق فتتحقق العلانيـــة فـــي الفعل الفاضح المخل بالحياء وقت اجتماع الجمهور بالمكن ولو لم يره أحد أما في غير هذا الوقت فإنه يأخذ حكم الأماكن الخاصة وبحيث تتوافر العلانية متى شاهد الفعل الفاضح أحد أصحاب المكان أو نزلائه أو كان من المستطاع رؤيته بسبب عدم احتياط الفاعل " نقـــض

جنائي ، طعن رقم ٧٤٤ ن س٤٣ ق ، جلسة ١٤ /١٠ /١٩٧٣ م ، طعن رقم ١٤١١ ، س٣٨ ق ، جلسة ٣٠ /١٢ /١٩٦٨ م ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـ٢ ،صـ٣٧٥ ،طعن رقم ٢٢٩ ،س١٩ ق ، جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٦٨ م ، مجموعة أحكام النقض ، صـ١١٢١ ، طعن رقم ١٧٥ ، س٢٤ ق ، جلسة ١٤ /٧ /١٩٧٣ م ، مجموعة أحكام النقض ، صـ٨٤٧ ، م/ مصطفى هرجة ، السابق ، صـ٣٧٢ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ٢٤٨ ، د/إدوار غالي ، السابق ، فقرة (٢٣٥) صـ٣٨٠ /٣٨١ ، م / عبد الحكم فودة ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، السابق ، صـ١٩٦٩

(٩٨)

ومن ثم فتتوافر العلانية للفعل الفاضح إذا باشر الرجل زوجته في مكان خاص معرض لنظر الجمهور بوقوعه على طريق عام بحيث يستطيع من كان في الطريق العام أن يشاهد ما يجري في ذلك المكان ، أو أن يباشرها في المزارع المجاورة أو المطلة على الطريق العام أو عربات الترام والسيارات العمومية أو الخاصة أثناء وجودها في الطرق العمومية أو الميادين دون أن يكون فيها جمهور بشرط ألا يكون الفاعل قد اتخذ من وسائل الحيطة ما يحول دون اطلاع الغير عليه

وكذلك ينطبق نفس الحكم على من يظهر من شباك منزله وهو في وضع مخل مع زوجته متى أمكن الغير الاطلاع عليهما وكذلك إذا كان الفعل قد وقع في سيارة خاصة أثناء وقوفها أو سيرها في الطريق العام إلا إذا كان قائدها قد اتخذ الاحتياطات الضرورية لحجب الرؤية عن الآخرين

كما تتوافر العلانية إذا ارتكب الفعل في مكان خاص وكان من المحتمل مشاهدته من مكان خاص آخر وذلك كمن يباشر زوجته في مكان مشترك بين عدد من الأشخاص كفناء منزل وحديقته ونحو ذلك (١)

وسائل العلانية :

وسائل العلانية التي من خلالها يمكن اطلاع الجمهور على الفعلي العين والأذن ليس إلا كما قررت ذلك محكمة النقض في قولها:" إن الفعل العمد المخل بالحياء الذي يخدش في المجني عليه حياء العين والأذن ليس إلا هو فعل فاضح "(٢)

بيان العلانية في الحكم

على القاضي أن يبين بطريقة واضحة في الحكم الصادر بالإدانة أن الفعل الفاضح قد ارتكب علنا وأن يوضح الظروف التي استنتج منها هذا الركن وإلا كان حكمه ناقص البيان واستخلاصه لهذا الركن من ظروف الواقعة يعتبر فصلا في مسألة قانونية فيخضع لرقابة محكمة النقض (٣)

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ،شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٩٧١)صـــ٥٨٣ ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٢٩٦) صـــ٧٥٦ /٧٥٧ ، د/ أحمد فتحي سرور ، السابق ، صـــ٦٦٢ ، د/أحمد أمين ، السابق ، صـــ٤٨٤ ، د/ المرصفاوي ، السابق ، صـــ ٨٦٦ ،د/ عمر السعيد رمضان ، السبق ، فقرة (٣٣٧) صـــ ٣٥ ، د/ منصور ساطور ، لسابق ، صـــ٣١٧ /٣١٩ ، سامح جاد ، السابق ، صـــ١٠١ .

(٢) د/ محمد زكي ابو عامر ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٢٩٧) صـــ٧٥٩ /٧٦٠ ، د/ عبد التواب معوض السابق ، صـــ٢٤٦ ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٣٧) ، صـــ٤٨٨

(٣) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٩٤) صـــ٢٣٢ /٣٣٣ ،د/ منصور ساطور ، السابق ، صـــ٣١٩

(٩٩)

الركن الثالث ــ القصد الجنائي

يقوم القصد الجنائي في هذه الجريمة تطبيقا للقواعد العامة على العلم والإرادة فيتعين أن يحيط علم الجاني باركان الجريمة وأن تتجه إرادته إلى الفعل العلني المخل بالحياء

أولا العلم :

يتعين لإسباغ وصف التجريم على الفعل الفاضح أن يدرك المتهم أن فعله من شأنه أن يخدش الحياء العام فإن جهل ذلك فلا يتوافر لديه القصد الجنائي كما يلزم أن يعلم المتهم أن فعله علني

ولما كانت العلانية تعتبر متحققة بمجرد احتملا مشاهدة شخص للفعل ولو لم يشهده حقيقة فإن القصد الجنائي يعد متوافرا إذا دار في ذهن المتهم احتمال أم يراه شخص ولو كان هذا الاحتمال ضئيلا جدا أي مجرد إمكان فحسب (١)

أما إذا اعتقد المتهم أنه ليس ثمة احتمال في أن يشهد شخص فعله أو ثبت جهله بكل احتمال من هذا القبيل فإن القصد لا يتوافر لديه ولو ثبت أنه كان في استطاعته أن يتوقع ذلك فمن يأت الفعل في مكان خاص بعد أن أحكم إغلاق بابه لا يتوافر لديه القصد ولو كان في استطاعته أن يتوقع أن ينظر بعض الناس من ثقب الباب أو من نافذة من أعلى الحائط ونحو ذلك

ثانيا ــ الإرادة

يتعين أن تتجه إرادة الفاعل إلى الفعل الفاضح العلني فإذا كانت الإرادة لم تتجه إلى فعل فاضح على الإطلاق فلا يتوافر القصد ويتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى علانية الفعل وتنتفي هذه الإرادة إذا كان المتهم لم يتوقع إمكان أن يطلع الغير على فعله وتطبيقا لذلك فمن أتى فعله في مكان خاص أحكم إغلاق بابه لا تتوافر لديه هذه الإرادة إذا حطم شخص هذا الباب وصير الفعل معرضا لأنظار عديد من الأشخاص ومتى قام القصد الجنائي لدى المتهم فلا عبرة في القانون بالبواعث التي حدت بالفاعل

إلى إتيان فعلته يستوي أن تكون قد صدرت عنه لرغبة منه في الانتقام أو من باب الفضول أو لإرضاء شهوته الجنسية أو بسبب انحطاطه الأخلاقي ومن ثم فالبواعث ليست من عناصر القصد الجنائي فلا يشترط أن تكون غاية المتهم من فعله هي تحدي الشعور بالحياء فقد يكون هدفه الانتقام أو نحو ذلك (٢)

---

(١) نقض جنائي طعن رقم ٧٥٧ ، س١٣ ق ،١٩٤٣ ، طعن رقم ٦٤٤ ، س٤٣ ق ، جلسة ١٤ /١٠ / ١٩٧٣ م ، الموسوعة لقضائية الحديثة ، جت٢ ،صـ٣٧٥ ، طعن رقم ٢٢٣ ،س٩ ق ، جلسة ١٠ / ١١ / ١٩٥٨ م مجموعة أحكام النقض ، صـ٩١٣ ، طعن رقم ٢٢٩ س١٩ ق ، جلسة ٣٠ /١٢ /١٩٦٨ م ، مجموعة أحكام النقض ، صـ١١٢١ ، طعن رقم ١٧٥ ، س٢٤ ق ، جلسة ١٤ / ١٠ / ١٩٧٣ م ، م مجموعة أحكام النقض ، صـ٨٤٧ ، م / عبد الحكم فودة ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، السابق ، صـ١٩٤٣ م

(٢) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ن السابق ، فقرة (٧٩٨) صـ٧٩٩ ، د/ هلالي عبد الاه أحمد ، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، صـ٢٨٩ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ٤٨٦ ، د/إدوار غالي ، السابق ، فقرة (٢٣٧) صـ ٣٨٧ /٣٩١ ، د/المرصفاوي ، السابق ، صـ٦٧٠ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ١٠١ /١٠٢

المطلب الثالث :
عقوبة الفعل الفاضح العلني في القانون الجنائي

حدد المشرع عقوبة الفعل الفاضح العلني بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تجاوز ثلاثمائة جنيه م ٢٧٨ ع

ومن الاعتبارات التي يسترشد بها القاضي في تحديد العقوبة مدى ما ينطوي عليه الفعل من إخلال بالحياء ومقدار العلانية الذي أتيح له يجعل القاضي من هذه الأمور ساسا للارتفاع بالعقوبة أو الهبوط بها حسبما يراه القاضي في هذا الشأن مع ملاحظة أن المشرع لم ينص على ظرف مشدد لعقوبة هذه الجريمة ولم يجعل عقابا على الشروع فيها (١)

(١) الموجز في شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٥٤) صـــ٤٩٧ ، د/عبد المهـــيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٥٠) صـــ٧١٨ ، د/عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٣٩) صـــ٣٥٦ ،د/منصور ساطور ، السابق ، صـــ٣٢٠ ، م/ مصطفى هرجـــة ، الســـابق ، صـــ٣٦٩ ، د/طارق سرور ، لسابق ، فقرة (٢٥٧) صـــ٢٤٠

(١٠١)

المبحث الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ــ أوجه الاتفاق

المطلب الثاني : ــ أوجه الاختلاف

****

(١٠٢)

المطـــلب الأول
أوجـــه الاتفـــاق

من خلال ما تقدم من عرض لأحكام مباشرة الرجل لزوجته في المكان العـــام في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي يبدو لي أن هناك اتفاقا في بعض الأمور ســـوف أذكرها على النحو التالي :

١ ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في أن مباشرة الرجل زوجته في المكـــان العام عمل مؤثم سواء في القانون أو في الفقه الإسلامي وإن اختلفـــت الأســـس التي بني عليها تجريم هذا الفعل في كل منهما

٢ ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في أن الرجل والمرأة يجـــب عليهمـــا أن يأخذا الاحتياطات اللازمة لممارسة هذا العمل حتى لا يراهما أحد وإن كان الفقه الإسلامي يبالغ في واجب التستر فبالإضافة إلى واجب الاستتار عن أعين الناس

يأمر الإسلام الرجل عندما يأتي أهله أن يستترا ولا يتجردا حتى وإن كانا في مكان لا يراهما فيه أحد حيث يقول " إياكم والتعري فإن معكم من لا يفارقكم إلا عند الغائط وحين يفضي الرجل إلى أهله " (١)
وقد روي عن ابن عمر أنه كان إذا أراد أن يأتي أهله يخرج كل من كان في البيت من البهائم وغيرهم حتى الصبي في المهد كل ذلك مبالغة في التستر والاحتياط في مثل هذه الأمور

٣ ــ لا يشترط لتجريم هذا الفعل في الفقهين الإسلامي والجنائي الوضعي أن تقع مباشرة الرجل زوجته أمام الناس وإنما يكفي لتجريم هذا الفعل أن يكون مظنة اطلاع الناس عليهما وإن لم يروهما بالفعل

٤ ــ يتفق الفقهان الإسلامي والجنائي في أن تجريم الممارسة الجنسية بين الرجل وزوجته في المكان العام ليس لذاته وإنما لما تنطوي عليه هذه الممارسة من الإخلال بالحياء العام والأخلاق في المجتمع فالفعل في حد ذاته مباح ولكن مجرم لكونه مظنة اطلاع الناس عليه لما في ذلك من تعد على حياء الناس وشعورهم

---

(١) سبق تخريجه

المطلب الثاني
أوجه الاختلاف

يختلف الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في البناء الفقهي لمعالجة هذه الممارسة وتبدو أوجه الاختلاف فيما يلي : ــ

١ ــ إن القانون الجنائي عندما جرم الممارسة الجنسية في المكان العام وجعلها فعلا فاضحا فإنه يؤصلها حينئذ على أساس أن فيها مساسا بالحياء العام والبناء الأخلاقي في المجتمع وهذا التأصيل يبدو وجيها من هذه الوجهة لكنه فيما يبدو لي تأصيل قاصر إذ ليس التعدي على الحياء العام فقط هو ما يبنى عليه تجريم هذا العمل ولذلك نجد الفقه الإسلامي في تأصيله لتجريم هذا الفعل يؤصله على عدة نواح تهدف كلها إلى حماية الكيان الأخلاقي في المجتمع وحماية المسلمين من الوقوع في الحرام فبالإضافة إلى كون الفعل تعديا على الحياء العام في

المجتمع فغن فيه إشاعة للفاحشة بين أفراد المسلمين والحق سبحانه وتعالى يقول : " إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ" (١)

كما أن فيه إيذاء للمسلمين ولمشاعرهم في المجتمع والله عز وجل يقول : " وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينً (٢)

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن في هذا السلوك تقليدا للغرب في لإباحيته المطلقة وانحلاله الأخلاقي والنبي ε يقول : " من تشبه بقوم فهو منهم " (٣)

كما أن في هذه الممارسة كشفا لعورات المسلمين رجالا ونساء والمسلم مأمور بأن يستر عورته عن غيره من الناس لقوله ε : " احفظ عورتك إلا من زوجتك او ما ملكت يمينك " (٤) وفي هذه الممارسة أيضا مظنة لاطلاع الناس على عورات غيرهم ونظرهم إلى ما حرم الله حيث يقول الله عز وجل : " قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ" (٥) ويقول: " وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ" (٦) إلى غير ذلك من الأمور التي تقدم ذكرها والتي تهدف في جملتها إلى حماية الكيان الإسلامي من الخلل في هذه الحياة وهذا يظهر تكامل البناء الفقهي في الإسلام في معالجته للقضايا والأحداث

---

(١) سورة النور ، آية : (١٩)
(٢) سورة ، الأحزاب : (٨٥)
(٣) سبق تخريجه ، صـ٨٧
(٤) سبق تخريجه ، صـ٨٣
(٥) سورة النور ، آية : (٣٠)
(٦) سورة النور ، آية : (٣١)

أما في الفقه الإسلامي منجد أن الممارسة في المسجد وهو مكان عام بطريق التخصيص له مزيد من الحرمة والتأثيم في الفقه الإسلامي فبالإضافة إلى كونه مكانا عاما تحرم الممارسة فيه نظرا للأدلة الدالة على حرمة الممارسة الجنسية في المكان العام إلا أن الفقه الإسلامي نص على مزيد من التأثيم للممارسة الجنسية التي تقع في المسجد بأدلة خاصة تؤثم هذا العمل لما ينطوي عليه من تعد على مشاعر المسلمين بانتهاك بيت العبادة المقدس في نفوسهم ومن تعد على بيت الله عز وجل في الأرض الذي هو مجتمع المسلمين للصلاة وغيرها من العبادات ولهذا يقول الحق سبحانه وتعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " (١) وقولهε : " لا أحل المسجد لجنب ولا حائض " (٢)

ومن ثم فالفقه الإسلامي في معالجته لهذه المسألة أعم وأشمل لما في ذلك من حماية لمشاعر المسلمين من التعدي على أماكن العبادة بانتهاكها ومن بيوت الله في الأرض

٣ ــ نص المشرع الجنائي على عقوبة الفعل الفاضح في المادة ٢٧٨ ع بالغرامة التي لا تزيد على ثلاثمائة جنية أو الحبس مدة لا تزيد على سنة وهذا العقاب فيما يبدو مرنا حيث يختار القاضي العقوبة الملائمة لحال الجاني والتي تزجره عن ممارسة هذا الفعل واقترافه مرة أخرى ومن ثم فله أن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى وله أن يهبط بها إلى حدها الأدنى

أما الفقه الإسلامي فإنه أكثر مرونة في هذه الناحية إذ إنه لم ينص على عقوبة محددة لمرتكب هذا الفعل وإنما ترك الأمر للقاضي يختار العقوبة الملائمة ليعزر بها الجاني أيا كان نوعها كالضرب أو التوبيخ والشتم أو الغرامة أو الحبس ونحو ذلك بما يزجر الفاعل عن سلوكه المشين

ومن ثم فقد يرى القاضي أن الجاني لن يصلحه إلا الحبس سنة أو أكثر فله ذلك حسبما يترائى له من حال الفاعل بخلاف الأمر في القانون الجنائي فإن العقوبة محددة وقد تكون غير كافية لزجر الجاني ومع ذلك لا يجوز للقاضي الزيادة عليها وبهذا يظهر عظمة الفقه الإسلامي ومرونته وصلاحيته لمعالجة قضايا المسلمين في كل زمان ومكان والله أعلم

---

(١) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)
(٢) سبق تخريجه ، صـ٨٩

الفصل الثالث
أحكام المباشرة في الفم وآثارها

وفيه مباحث :

المبحث الأول : أحكام المباشرة في الفم وآثارها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : أحكام المباشرة في الفم وآثارها في القانون الجنائي

المبحث الثالث : مقارنة ببين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في حكم المباشرة في الفم

****

المبحث الأول
أحكام المباشرة في الفم وآثارها في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول :ـ : أحكام المباشرة في الفم في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : ـ الآثار الفقهية المترتبة على المباشرة في الفم في الفقه الإسلامي

****

المطلب الأول
أحكام المباشرة في الفم في الفقه الإسلامي

تمهيد : إن العالم اليوم أصبح يعيش في قرية صغيرة وذلك بسبب وسائل الاتصال والبث الحديثة ومن ثم فغدت الثقافات المختلفة في كل بلدان العالم تتبادل عن طريق الأقمار الصناعية والقنوات الفضائية وذلك من خلال البث المباشر
وفي مجال العلاقات الجنسية أصبح الغرب يبث هذه الممارسات الجنسية عبر الفضائيات والأقمار الصناعية وهذه الممارسات يكتنفها الكثير من الشذوذ في طرق الجماع وأساليبه المختلفة ومن هذه الممارسات المباشرة في الفم ، وأصبح الكثير من المسلمين يتأثرون بهذه الممارسة ويقلدونها تأثرا بما يبثه الغرب ومن ثم بدأ يكثر السؤال عن حكم هذه الممارسة من الرجال والنساء على السواء لاسيما وأن فقهاءنا القدامى لم يتناولوا مثل هذه الممارسة بالبحث والدراسة ربما لعدم تصور حدوثها أو لخروجها عن السلوك المعتدل والطبع الإنساني القويم
لذا أصبح بحث هذه المسألة ضروريا لبيان الحكم الفقهي لها لأن العلم لا حياء فيه إذ تقول السيدة عائشة رضي الله عنها : " نعم النساء نساء الأنصار لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن في الدين " (١)
وعلى هذا الأساس سوف أبحث هذه المسالة معتمدا على القواعد العامة في الفقه الإسلامي وآراء بعض المحدثين في الفرعين التاليين على هذا النحو :

الفرع الأول : أحكام المباشرة في الفم بما دون الوطء

الفرع الثاني : أحكام المباشرة في الفم بالوطء

****

الفرع الأول : أحكام المباشرة في الفم بما دون الوطء

اختلف الفقهاء في حكم هذه الممارسة على رأيين :

الرأي الأول : يرى جواز المباشرة في الفم بما دون الوطء كاللمس والتقبيل ونحو ذلك (٢)

الرأي الثاني : يرى حرمة المباشرة في الفم بما دون الوطء وعدم مشروعيتها(٣)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بجواز مباشرة الرجل زوجته في الفم بما دون الوطء بالمعقول من وجهين : ــ

---

(١) ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٢١٠ /٢١١ ، برقم ٦٤٢ .
(٢) ممن قال بهذا الرأي د/ يوسف القرضاوي ، مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦ /١٧ ، برنامج الشريعة والحياة ، قناة الجزيرة ، بتاريخ ٢٥ / ١٠ /١٩٩٨ م ، د/ سعيد أبو الفتوح ، مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٨ ، س٨ ، صـ١٦
(٣) ممن قال بهذا الرأي د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٤ ،صـ٢٦٤١ ، د/ نصر فريد واصل مفتي الجمهورية ، مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦

الوجه الأول : إن الأصل في الأشياء الإباحة ولم يرد في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة دليل يفيد حرمة هذه الممارسة ولا ينبغي أن يقال في شيء بالحرمة إلا أن يوجد في القرآن أو السنة الصحيحة النص الصريح الدال على الحرمة وإلا فالأصل الإباحة ولا نجد هنا النص الصحيح الدال على حرمة هذا السلوك فمن ثم يقال بالإباحة (١)

الوجه الثاني : القياس على الإيلاج بين الإليتين من غير إدخال في الدبر فكما يجوز للرجل أن يستمتع بإليتي المرأة وحلقة دبرها (٢) فكذلك يجوز له أن يباشرها في فمها بما دون الوطء كأن تقبله أو تمسكه بيدها لينتشر عليها ونحو ذلك ، ولقد سئل الإمام أبو حنيفة عن حكم إمساك المرأة فرج زوجها لينتشر عليها فقال :" أرجو أن يكون أعظم للأجر " (٣)

ومن ثم فإذا ما باشر الرجل زوجته في فمها بما دون الوطء لهذا القصد ونحوه فإنه يكون بهذه المثابة

(ب) استدلال الرأي الثاني : ــ

استدل القائلون بحرمة مباشرة الرجل زوجته في فمها بما دون الوطء بالمعقول أيضا فقالوا : إن في هذه الممارسة شذوذا وخروجا على الطبع الإنساني في هذه الحياة فالدين الإسلامي دين العفة والطهارة والنزاهة وقد جاء لتهذيب الطباع البشرية والسلوك الإنساني وحمايته من الانحراف وليس فيه هذا التهتك والتبذل الذي يأنف المسلم من ذكره ومن ثم فهذه المباشرة غير مشروعة لخروجها عن الطبع الإنساني المعتدل (٤)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد عرض الرأيين السابقين وأدلتهما في هذه المسألة أن الرأي الراجح هو الرأي الأول القائل بجواز مباشرة المرأة في فمها دون الوطء كالتقبيل واللمس والإمساك ونحو ذلك لاسيما وأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم دليل التحريم ولم يوجد فيبقى الأمر على أصل الحل ، كما أنه ليس في هذا الشيء إضرار بالرجل أو المرأة ونحو ذلك وربما يكون فيه إرضاء لغريزة كل منهما وإثارتها حتى يقضي كل منهما وطره من الآخر كاملا والله أعلم

---

(١) مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦

(٢) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨٠ ، القرطبي ، جـ١ ، صـ١٠٠٥ ، مفاتيح الغيب ، جـ ٣ ،صـ٣٥٤

(٣) حاشية ابن عابدين ، جـ٦ ،صـ٦٨٣ ، تبيين الحقائق ، جـ٦ ،صـ١٩ ، حاشية الشلبي ، جـ ٦ ،صـ١٨ قال الزيلعي : " وعن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي أنه قال : سالت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك ؟ قال : إني لأرجو أن يعظم الأجر " تبيين الحقائق ، جـ٦ ،صـ١٩

(٤) مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦

(١٠٨)

الفرع الثاني

حكم المباشرة في الفم بالوطء

اختلف الفقهاء في حكم هذه المباشرة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ــ يرى حرمة المباشرة في الفم وبه قال جمهور الإباضية (١) وبعض المحدثين (٢)

الرأي الثاني : ــ يرى القائلون به جواز المباشرة في الفم بالوطء وبه قال بعض المحدثين (٣) وبعض الإباضية (٤)

قال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل ــ عند الكلام على مباشرة الحائض ــ : " وأبيح منها غير ذلك ــ أي الوطء في الحيض ــ ...وغيره وهو الوطء في البدن وهو مباح ولو في الفم " (٥)

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة المباشرة في الفم بالوطء بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : ــ

١ ــ قوله تعالى : " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " (٦)

قال الرازي : " وظاهر الأمر للوجوب ولا يقال إنه يفيد وجوب إتيانهن لأن ذلك غير واجب فوجب حمله على أن المراد منه أن من أتى المرأة وجب أن يأتيها في ذلك الموضع الذي أمر الله تعالى به ...فيتعين أن يكون محمولا على القبل وهو المطلوب (٧)

٢ ــ قوله تعالى : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ " (٨)

وجه الدلالة : ــ إن قوله تعالى حرث لكم يدل على أن الإتيان في غير المأتى حرام ، وقوله " حَرْثٌ " تشبيه لأنهن مزدرع الذرية فلفظ الحرث يعطي أن الإباحة لم تقع إلا في الفرج خاصة إذ هو المزدرع (٩)

---

(١) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٥٦ ، شرح النيل ، جـ٦ ، صـ٤٥٧

(٢) ممن قال بهذا الرأي د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٤ ،صـ٢٦٤١ ، د/نصر فريد واصل مفتي الجمهورية ، مجلة عقيدتي ، عدد ، ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦

(٣) ممن قال بهذا الرأي د/ القرضاوي ، د/ سعيد أبو الفتوح ، (٤) مجلة عقيدتي ، عدد ، ٤٠٨ ، ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦ / ١٧

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٤٨ ، شرح النيل ، جـ١ ، صـ٣٤٨

(٥) شرح النيل ، جـ١ ، صـ٣٤٨

(٦) سورة البقرة ، آية (٢٢٢)

(٧) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٣

(٨) سورة البقرة ، آية (٢٢٣)

(٩) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٥ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ٣٢ ،صـ٢٦٧ /٢٦٨ ، زاد المعاد لابن القيم ، جـ٣ ،صـ١٤٩، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٤٢٥

(١٠٩)

وإذا كانت الإباحة لا تصح إلا في الفرج فيكون ما عداه غير مباح قال ابن عباس :" فَأْتُوا حَرْثَكُمْ " يعني الفرج (١)

وقال الجصاص : " فأتوا حرثكم أنة شئتم " يدل على أن إباحة الوطء مقصورة على الجماع في لفرج لأنه موضع الحرث " (٢)

ثانيا من السنة بما يلي : ــ

١ ــ قوله : " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٣)

وجه الدلالة : ــ أفاد هذا الحديث حرمة الإضرار بالغير إذ النهي للتحريم ، وفي إتيان الرجل زوجته في فمها أضرار كثيرة حيث إن دخول الفرج في الفم وخروجه تتضرر به المرأة لأنه أمر غير طبيعي وغير معهود وربما يسبق الرجل ماؤه فينزل في فم زوجته فيؤدي إلى أضرار صحية كثيرة بها حيث يؤدي ذلك إلى التهابات في جلد الفم وتؤدي إلى سرطان الجلد على المدى الطويل وإذا ثبت ضرر هذه الممارسة يتأتى القول بالحرمة لحرمة الإيذاء والإضرار بالغير (٤)

٢ ــ قولهε : " من تشبه بقوم فهو منهم " (٥)

وجه الدلالة : ــ إن هذه الممارسات وافدة إلينا عن طريق الغرب من خلال الأقمار الصناعية والفضائيات وفي إتيان المسلم لهذا السلوك تشبه بالغرب ومحاكاة لهم في شذوذهم وسلوكهم غير المعتدل والمسلم مأمور بمخالفة الكفار لا سيما إذا كانت المخالفة في أمر غير مشروع

---

(١) زاد المعاد لابن القيم ، جـ٣ ،صـ١٤٩ ، تبيين المسالك ، جـ٣ ،صـ٣٥ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٤٢٥

(٢) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٤٢٥

(٣) ابن ماجة ، جـ٢ ،صـ٧٨٤ ،برقم ٢٣٤٠ عن ابن عباس ، فيض القدير للمناوي ، جـ١٢ ،صـ٦٤٨٤ ، برقم ٩٨٩٩ ، سنن الدرقطني ، جـ٣ ، صـ٧٧ ، برقم ٢٨٨ عن أبي سعيد الخدري بزيادة " من ضار ضار الله به "

(٤) مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٨ ، س٨ ، صـ١٧ . وعن رأي الطب في الإفرازات التي تخرج من الأعضاء التناسلية للزوجين وتأثيره إذا ما انتقل إلة ف أحدهما يقول د/ محمود إمام استشاري أمراض النساء والتوليد : " ما يخرج من الذكر عبارة عن حيوانات منوية وسائل من الحويصلة المنوية يحتوي على مواد كيماوية ضارة ومواد مغذية تساعد الحيوانات المنوية على العيش في نشاط حتى يحدث الإخصاب للبويضة لأن هذه المواد الكيماوية تساعد على انقباضات الرحم إلا إنها لو انتقلت إلى الفم فإنها تؤدي إلى أمراض والتهابات بجلد الفم والشفتين بل إنها قد تؤدي إلى سرطان الجلد على المدى الطويل .. وأوضح أن ما يخرج من العضو الأنثوي عبارة عن إفرازات من غدة عنق الرحم وغدة برسولين وهذه

الإفرازات وظيفتها تسهيل دخول العضو الذكري وفيها أيضا مواد كيماوية ضارة تؤدي إلى التهابات وأمراض خطيرة تصيب الرجل "مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٨ ، س٨ ، صـ١٧

(٥) فيض القدير للمناوي ،جـ١١ ،صـ٥٧٤٣ ، سنن أبي داود ، جـ٢ ، صـ٤٤١ ، برقم ٤٠٣١

ثالثا ــ من المعقول من وجوه: ــ

الوجه الأول : ما ذكره الكاساني بقوله : " ولأن حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لأن لقضاء الشهوات خاصة دارا أخرى وإنما يثبت لحق قضاء الحاجات وهي حاجة بقاء النسل إلى انقضاء الدنيا إلا إنه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضاء الحاجات " (١)

الوجه الثاني : إن في هذه الممارسة شذوذا وخروجا على مقتضيات الطبع الإنساني (٢) وما دعا إليه الإسلام من العفة والطهارة والنزاهة وليس فيه هذا التهتك والتبذل (٣)

---

(١) البدائع ، جـ٥ ، صـ١٧٩

(٢) يرى الطب النفسي أن في هذه الممارسة شذوذا اضطرابا في التكوين النفسي لمن يمارس هذا السلوك حيث يقول د/ أحمد عكاشة أستاذ الطب النفسي : " .. ونستطيع تلخيص بعض اضطرابات التعبير عن الجنس في الآتي :

١ ــ الفمية وهي الحصول على اللذة الجنسية من ملامسة الفم للأعضاء التناسلية وهو انحراف منتشر سواء في الجنسية المختلفة أو المثلية ويرى البعض في أبحاثه في الولايات المتحدة الأمريكية أن مدى شيوع الفمية يعتمد على درجة التعلم فينتشر بين الطبقات العليا أكثر من السفلى وقد وجد أن ملامسة فم الرجل لأعضاء المرأة التناسلية يصل إلى ٤٠ ./. من المتعلمين بينما لا تزيد النسبة عن ٤ ./. في الفئات الدنيا وتتراوح النسبة في ملامسة فم المرأة لأعضاء الرجل التناسلية من ٧ ــ ٤٢ ./. ويبدو أن للفمية علاقة مباشرة بمرحلة الرضاعة بحيث إذا أرضيت هذه المرحلة أو أشبعت إشباعا شديدا يثبت النضوج الجنسي للفرد عند هذه المرحلة ومن ثم يقاوم أي لذة لا تأتي عن طريق الفم ويحتمل العكس أي أن هذه المرحلة أحبطت في طفولة الفرد الذي يحاول جاهدا تعويضها بالملامسات الفمية أي إن الطفل إن لم يشبع غريزة الرضاعة والامتصاص في طفولته أو إن أشبعها باستغراق فستنطلق هذه الطاقة في النضوج على هيئة نشاط جنسي فمي وتعتبر في بعض المجتمعات أحد وسائل المداعبات الشبقية للوصول إلى درجة أعلى من الارتواء الجنسي قبل أو أثناء الجماع أي أنها تعلم شرطي حسب البيئة وتوافق الطرفين " د/ أحمد عكاشة ، الطب النفسي المعاصر ، صـ٥٢٥ ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ١٩٩٨ م

(٣) "مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦

فتوى د/ نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية . سئل فضيلته ؟ هل يجوز للزوجة التمتع بعضو زوجها التناسلي من خلال تقبيله وهي بكامل رضاها وتحس بمتعة جنسية من خلال ذلك ؟ فأجاب فضيلته بما يلي : الدين الإسلامي دين العفة والطهارة والنزاهة وقد جاء لتهذيب الطباع البشرية والسلوك الإنساني وحمايتها من الانحراف وليس فيه هذا التهتك والتبذل الذي يأنف المسلم من ذكره ، والإسلام حريص كل الحرص على أن تكون العلاقات الجنسية بين الزوج وزوجته محوطة بالسرية والكتمان لما فيها من الأحاسيس والمعاني التي لا يطلع عليها إلا الله تعالى كما أنها يجب أن تكون في أضيق الحدود ، فالشهوات الجنسية الحلال والمباحة وإن كانت أباحها الله إلا إنه لم يجعلها الهدف الأسمى والغرض المنشود من الزواج وليست هي كل أهداف الزواج بل هناك من أهداف الزواج ما هو أعظم من الشهوة ــ وأضاف فضيلته ــ إن الإسلام رسم الطريق الصحيح للمعاشرة الزوجية وخصص مكانا لقضاء الشهوة البهيمية فمن انحرف عن هذا المكان الذي هيأه الله لهذا الغرض فقد أصيب بالشذوذ والانحراف عن فطرة الله التي فطر الناس عليها ، والإسلام لا يمنع أن يتمتع الرجل بزوجته أو الزوجة بزوجها ولكن هذا التمتع يجب أن يكون بالطرق المشروعة والتي تتفق مع الذوق الإنساني السليم والطبع البشري المستقيم الذي يجعل الإنسان إنسانا ذا إحساس ومشاعر . والزوجة التي تتمتع بزوجها بالطريقة المسئول عنها مصابة بمرض خطير هو شذوذ

جنسي يجب علاجها منه قبل أن يستفحل أمرها " هذه الفتوى منشورة بمجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ ١٦ يوم الثلاثاء ١٤ من جمادى الآخرة ١٤٢١ هـ الموافق ١٥ /٩ /٢٠٠٠ م

الوجه الثالث : ـ في الممارسة عن طريق الفم تفويت لحق المرأة في الاستمتاع الكامل على النحو المقصود بعقد الزواج وهذا لا يجوز

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بجواز مباشرة الرجل زوجته في الفم بما يلي :

أولا من الكتاب :

١ ـ قوله تعالى : " وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ(٥)إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ(٦) " (١)

وجه الدلالة : ـ إن الآية الكريمة أفادت إباحة الاستمتاع بالزوجة مطلقا من غير تحديد موضع معين للاستمتاع به ومن ثم فتجوز المباشرة في الفم لورود الإباحة مطلقة غير مقيدة ولا مخصوصة (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال بأن عموم الآية السابقة قد خصه قوله تعالى : " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " (٣) بالفرج كما قال ابن عباس (٤) ومن ثم فلا حجة في الاستدلال بهذه الآية (٥)

٢ ـ قوله تعالى : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ "(٦)

وجه الاستدلال بهذه الآية من وجهين : ـ

الأول : ـ إن الله تعالى جعل الحرث اسما للمرأة فقال : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ " فهذا يدل على أن الحرث اسم للمرأة لا للموضع المعين فلما قال تعالى بعده : " فأتوا حرثكم أنى شئتم " كان المراد فأتوا نساءكم أنى شئتم فيكون هذا إطلاقا في إتيانهن على جميع الوجوه فيدخل فيه محل النزاع (٧)وهو المباشرة في الفم

الوجه الثاني : ـ إن كلمة " أَنَّى " معناها أين قال تعالى " أَنَّى لَكِ هَذَا"(٨) والتقدير من أين لك هذا فصار تقدير الآية : فأتوا حرثكم أين شئتم وكلمة أين شئتم تدل على تعدد الأمكنة كقولك اجلس أين شئت ويكون هذا تخييرا بين الأمكنة (٩)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين : ـ

الأول : ـ لا نسلم أن الحرث اسم للمرأة بل الحرث اسم لموضع الحراثة وهو الفرج فثبت أن الآية لا دلالة فيها إلا على إتيان النساء في المأتى (١٠)

---

(١) سورة المؤمنون ، آية : (٥ / ٦)
(٢) أحكام الجصاص ، جـ١ ،صـ٤٢٧ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٥
(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)
(٤) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٥
(٥) أحكام الجصاص ، جـ١ ،صـ٤٢٧/ ٤٢٨
(٦) سورة البقرة ، آية : (٢٢٣)
(٧) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٣ /٣٥٤
(٨) سورة آ ل عمران : (٣٧)
(٩) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٤
(١٠) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ٣٥٤

الوجه الثاني : ــ لا نسلم أن " أَنَّى " بمعنى أين قال القرطبي : " أَنَّى شِئْتُمْ " معناه عند الجمهور من الصحابة والتابعين وأئمة الفتوى : من أي وجه شئتم مقبلة ومدبرة .(١)

ثانيا من السنة بما يلي : ــ

١ ــ قوله ε : " أقبل وأدبر واتق الحيضة والدبر " (٢)

وجه الدلالة : ـــ إن النبي ε أجاب عمن سأله عما يحل له من امرأته بأن عليه أن يجتنب الحيضة والدبر فيبقى ما عداه على أصل الحل عملا بالمفهوم المخالف لهذا الحديث

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال من وجهين : ــ

الأول: ــ إن هذا الاستدلال استدلال بالمفهوم المخالف وهو ليس حجة(٣) فيكون غير مقبول

الوجه الثاني : ـــ سلمنا أن المفهوم المخالف حجة لكن يشترط للعمل به ألا يعارضه ما هو أقوى منه من منطوق ونحوه (٤) وهنا قد عارضه قوله تعالى : " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " فيكون غير مقبول

٢ ــ ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت سئل رسول الله ε عما يحل للرجل من امرأته وهي حائض ؟ فقال : " له ما فوق الإزار " (٥)

وجه الدلالة : ــ أن النبي ε أباح لمن يريد مباشرة زوجته وهي حائض أن يباشرها بما فوق الإزار ومنه الفم فيدخل فيما أخله الله عز وجل (٦)

مناقشة هذا الاستدلال

هذا استدلال بالمفهوم المخالف وعلى فرض حجيته فهو ليس صالحا للاستدلال به هنا لمعارضته قول الله عز وجل " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " فلا يعتد به ههنا

ثالثا من المعقول : إن الأصل في الأشياء الإباحة (٧) حتى يقوم دليل الحرمة ولم يوجد دليل على حرمة إتيان المرأة في الفم فدل ذلك على الإباحة

---

(١) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٥

(٢) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، جـ٦ ،صـ٣١٩ عن ابن عباس ، ابن حبان ، جـ٩ ،صـ٥١٦ ،برقم ٤٢٠٢ ، الترمذي ، جـ٥ ،صـ٢١٦ ، قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب .

(٣) تيسير التحرير ، جـ١ ، صـ١٠١

(٤) د/ محمد مصطفى محمد ، إيضاح المنقول في علم الأصول ،صـ٥٤ /٥٨

(٥) نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٩ ، الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٩ ، كتاب الحيض ، برقم ١٥ ، سنن أبي داود ، جـ١ ،صـ٥٥ ، برقم ٢١٢ ، سنن الدارمي ،جـ١ ،صـ٢٦١ ،برقم ١٠٤٩

(٦) شرح النيل وشفاء العليل ، جـ١ ، صـ٣٤٨

(٧) اللمع في أصول الفقه ، جـ١ ،صـ١٢٢ ، التبصرة ، جـ١ ،صـ٤٠

(١١٣)

قال د/ القرضاوي : " ولا نجد هنا النص الصحيح الدال على حرمة هذا السلوك مع الأزواج "(١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم عدم وجود دليل على حرمة مباشرة المرأة في فمها حيث إن قوله تعالى : " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " نص في محل النزاع والمراد به : الفرج كما قال ابن عباس فيدل على حرمة ما عداه كما أن قوله تعالى : " فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ " تحديد للموضع الذي يجب الإتيان فيه وهو موضع الحرث ولا يكون الحرث إلا في الفرج فيحرم ما عداه .

---

(١) مجلة عقيدتي ، عدد ٤٠٧ ، س٨ ، صـ١٦/١٧

* نص فنوى د/ القرضاوي سئل فضيلته من أحد العرب المقيمين في أمريكا عن قيام الزوجين بتقبيل ومص الأعضاء التناسلية فيما بينهما مثل الجماع كما هو في المجتمعات الغربية فأجاب فضيلته : " الإسلام لم يهمل العلاقة الجنسية بين الزوجين فلم يجعلها " رجس من عما الشيطان " كما يتوهم البعض بل وضع لها قواعد وأحكاما وتوجيهات لأداء الوظيفة غلو ولا كبت ولا انحراف ومن هنا أطالب الإخوة الغيورين الذين يسارعون إلى الإفتاء بالمنع والتحريم فيما لم يألفوه أو تستسغه أنفسهم بحكم نشأتهم وتربيتهم الخاصة أن يتبينوا قبل الجزم بالحكم وخصوصا عند الإيجاب أو التحريم وألا يأخذوا الأحكام من كتب الوعظ والرقائق ولا من ألسنة أهل الوعظ والترغيب والترهيب فكثيرا ما ينقصها التحقيق والتدقيق وقلما تخلو من التويل والمبالغات " إلا من رحم ربك " ... وفي مجتمع مثل المجتمع الأمريكي وغيره من المجتمعات الغربية نجد أن لهم عادات في اللقاء الجنسي بين الزوجين تخالف ما درجنا عليه في أوطاننا مثل التعري عند الجماع أو نظر الرجل إلى فرج امرأته أو لعب المرأة بذكر زوجها وتقبيله ونحو ذلك مما يدفعهم إليه ما أصيبوا به من برود جنسي نتيجة لانتشار الإباحية والتحلل والعري مما يجعل المرأة وربما الرجل أيضا في حاجة إلى مثيرات غير عادية . فهذه أشياء قد تنكرها أنفسنا وتستخفها عقولنا ولكن هذا شيء وتحريمها ــ باسم الدين ــ شيء آخر ولا ينبغي أن يقال في شيء حرام إلا أن يوجد في القرآن أو السنة الصحيحة النص الصريح على حرمتها وإلا فالأصل الإباحة . ولا نجد هنا النص الصحيح الدال على حرمة هذا السلوك مع الأزواج وهذا ما جعلني في زياراتي لأمريكا في مؤتمرات اتحاد الطلبة المسلمين وزياراتي للمراكز الإسلامية في عدد من الولايات وإذا سئلت عن هذا الأمر ــ وهو غالبا ما يأتي من المسلمات الأمريكيات ــ أن أميل إلى التيسير لا التعسير والتسهيل لا التشديد والإجازة لا المنع . نشرت هذه الفتوى بمجلة عقيدتي ، العدد ٤٠٧ ، س ٨ ، صـ ١٦ /١٧ ، في يوم الثلاثاء الموافق ١٤ من جمادى الآخرة ١٤٢١ هـ الموافق / ١٢ / ٩ / ٢٠٠٠ م

(١١٤)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لأراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي ــ والله أعلم ــ رجحان الرأي الأول القائل بحرمة المباشرة في الفم بالوطء وذلك لما يلي :

١ ــ قوة أدلة هذا الرأي وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي

٢ ــ كما أن الحق سبحانه وتعالى رسم للمسلم طريقا لقضاء الوطر الجنسي فلا يجوز تعديه

٣ ــ في هذه الممارسة شذوذ وخروج عن المألوف من طبع البشر ومن ثم يجب على من يفتي الناس أن يفتيهم بما يتفق مع الطبع الإنساني المعتدل والسلوك الإنساني القويم

٤ ــ قد يسبق الرجل ماؤه فيقذف منيه في فم المرأة وهذا المني يسبب كثيرا من الأمراض الصحية التي تقدم ذكرها وفي هذا ضرر لا يقره الشرع .

٥ ــ إن الإنسان مخلوق كرمه الله بالعقل فلا بد أن يرتقي بنفسه عن مثل هذه الرذائل لا سيما وأن الحيوانات التي هي أحط من الإنسان لم تخرج عن فطرتها في هذه الممارسة فكيف بالإنسان الذي كرمه الله وحمله أمانة التكليف

٦ ــ كما أن في هذه الممارسة تقليدا للغرب في سلوكياته المنحرفه وأخلاقه الشاذة وبعدا عن منهج الإسلام

٧ ــ وما استند إليه القائلون بالإباحة من أدلة عامة قد دخلها التخصيص ومن ثم فلا تنهض حجة في الاحتجاج بها

٨ ــ لكل ما تقدم تميل النفس ويطمئن القلب إلى القول بحرمة هذه الممارسة وشذوذها وعدم مشروعيتها

والله أعلم

(١١٥)

المطلب الثاني

الآثار الفقهية المترتبة على المباشرة في الفم في الفقه الإسلامي

إن هذه الممارسة إذا وقعت بين الزوجين وكان ذلك بالتراضي فيما بينهما فإنها ستظل بعيدة عن أعين وآذان الغير وبالتالي فلا يثير هذا الفرض أية آثار

أما إذا وقعت المباشرة بغير رضا من أحد الزوجين وعلم عنهما هذا الأمر فهذا الفرض هو الذي يثير هذا التساؤل عن الآثار المترتبة على المباشرة في الفم

ووفقا لما تقدم فإن هذه المسألة يكتنفها رأيان في الفقه الإسلامي : أحدهما يرى إباحة هذه المباشرة وبالتالي فلا يثير هذا الرأي أية آثار على هذه الممارسة

أما الرأي الآخر الذي يحرم هذه المباشرة ويجرمها فإنه يترتب عليها مجموعة من الآثار هي : ــ

١ ــ التعزير

٢ ــ التفريق بين الزوجين

٣ ــ حق المرأة في التطليق للضرر

وسوف أتناول كل واحد من هذه الآثار في فرع مستقل على النحو التالي

الفرع : الأول التعزير

وفقا للاتجاه الذي يحرم هذه الممارسة فإن هذا العمل يعد معصية وحراما والشارع لم ينص على عقوبة محددة لهذا السلوك ومن ثم فيكون عقاب مرتكب هذا الفعل هو التعزير حيث يعزر القاضي أو ولي الأمر من يرتكب هذا العمل بما يزجره عن فعل مثل هذه الممارسات القبيحة التي ثبت ضررها وقبح فعلها شرعا وذوقا لاسيما وأن في هذه الممارسة إضرارا بالمرأة والإسلام يحرم الإضرار بالغير وبالتالي فإن الفقه الإسلامي يعطي القاضي سلطة تقديرية واسعة النطاق في علاج هذه السلوكيات بما يراه رادعا لمرتكب هذا العمل مع مراعاة أن ما يصلح تعزيرا لشخص لا يصلح لآخر فمن يعزر بالتأنيب واللوم لا يعزر بالضرب ومن يعزر بالضرب لا يعزر باللوم ونحو ذلك ومن ثم فلا بد من مراعاة أحوال الناس في مثل هذه الأمور حتى تؤتي العقوبة ثمارها المرجوة في هذا الصدد (١)

الفرع الثاني : التفريق بين الزوجين

تقدم القول أن الزوجين إذا تطاوعا على الممارسة عن طريق الفم وتراضيا على ذلك فإن هذا السلوك لن يثير جدلا لا سيما وأن هذا الأمر سيكون سرا فيما بينهما أما إذا لم ترض المرأة بذلك فإن هذا الفرض يثير بعض المشاكل حيث يجوز للمرأة في هذه الحالة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليقرر ما يراه في هذا الصدد ومن ثم يثور فرض التفريق بين الزوجين فقه من حق القاضي أن يفرق بينهما أم لا ؟
خلاف في هذه المسألة على رأيين : ــ

---

(١) يراجع مطلب التعزير في الفصل الأول صـ٥٥ /٥٧

الأول : ــ لم يقل أحد من جمهور الفقهاء فيما أعلم ــ بوجوب التفريق بيتن الزوجين اللذين وقعا في هذه الممارسة

الرأي الثاني : ــ ذهب بعض فقهاء المذهب الإباضي إلى القول بحرمة المرأة التي أتاها زوجها في فمها على التأبيد حيث إنها تبين منه بينونة كبرى بلا طلاق ومن ثم فإذا حرمت المرأة على زوجها على هذا النحو فإنه يجب التفريق بينهما

جاء في كتاب النيل : " ... تحرم بتأبيد منكوحة وتبين بلا طلاق إن مسها بعمد في دبر أو فم " (١)

وقال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " قوله أو فم " كأنه مقيس على الدبر لأنه لا يكون منه النسل " (٢)

وجه هذا الرأي :

القياس على الإتيان في الدبر فكما أن الإتيان في الدبر محرم لأنه إتيان في غير الموضع الذي أحله الله فكذلك الإتيان في الفم (٣) وإذا كانت المرأة التي أتاها زوجها في دبرها تبين منه فكذا هذه .

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين : ــ

الأول : ــ لا نسلم لكم الأصل في هذا القياس وهو حرمة المرأة التي أتاها زوجها في دبرها على التأبيد وإذا كان الحكم غير مسلم في المقيس عليه ففي المقيس من باب أولى

الوجه الثاني : ــ إن هذا التحريم على التأبيد قول لا دليل عليه من كتاب أو سنة ونحو ذلك فيكون غير مقبول

* ومن الممكن أن يقال إنه يتأتى هنا ما قاله ابن تيمية في الإتيان في الدبر إذا تطاوعا الزوجان على هذه الممارسة ولم تزجرهما عقوبة تعزيرية وجب على القاضي أن يفرق بينهما كما يفرق بين الرجل الفاجر ومن يفجر به

قال ابن تيمية في حكم الإتيان في الدبر : " فإن علم أنهما لا ينزجران فإنه يجب التفريق بينهما " (٤)

(١) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ، صـ٤٥٦ /٤٥٧
(٢) شرح النيل ،جـ٦ ،صـ٤٥٧ ويرى بعض الإباضية أنها لا تحلام إلا بالإنزال في الفم قال الشيخ أطفيش : " وقيل لا ما لم ينزل فيه ...وإن مسها في الفم بلا عمد لم تحرم وسواء في التحريم بالفم غيوب الحشفة وعدمها وقيل : لا تحرم إلا إن غاب وحد الفم حمرة الشفة فمن حرمها بلا غيوبة حرمها بحصول أول ذكره في تلك الحمرة بين الشفتين " شرح النيل ،جـ٦ ،صـ٤٥٧
(٣) شرح النيل ،جـ٦ ،صـ٤٥٧
(٤) مجموع الفتاوى الكبرى ، جـ٣٢ ، صـ ٢٦٨ ، الإنصاف ن جـ٨ ،صـ٣٤٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ ٦٨٤٧ .

(١١٧)

الفرع الثالث : حق المرأة في التطليق للضرر

تقدم القول بأن الزوج مأمور بحسن العشرة مع زوجته وعدم الخروج عن أداء الحق الواجب عليه ومن ثم فإذا أساء الزوج عشرة زوجته وأصر على إتيانها في الفم مع ثبوت حرمة هذه المباشرة وثبوت ضررها على المرأة عقلا وذوقا وعرفا فهنا يجوز للمرأة أ، ترفع إلى القاضي أمرها ليأمر الزوج بحسن العشرة فإن لم يأتمر بذلك فإنه يزجره ويعزره بما هو أردع له فإن لم يرجع عن ذلك فهنا يجوز للقاضي أن يطلق هذه المرأة للضرر الذي يلحقها من جراء هذه الممارسة (١)
ولقد نص على ذلك المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م (٢) حيث نص المشرع على ذلك في المادة ٦ بقوله : " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما " (٣)

وبالتالي فلا بد أن يتوافر شرطان حتى يحكم القاضي بالتطليق : أحدهما أن يبت الضرر والثاني أن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما (٤)
وعلى هذا فإذا ما ادعت المرأة أن زوجها يصر على معاشرتها في الفم ملم يفد معه نصح أو زجر ونحو ذلك فإن على القاضي أن يطلق هذه المرأة بسبب هذا الضرر الذي لحق بها لا سيما وقد ثبت طبيا ضرر هذه الممارسة على المرأة حيث إنها تؤدي إلى سرطان الجلد على المدى الطويل (٥)
والإسلام دين الرحمة والعدالة لا يقر الضرر ولا الإضرار بالغير حيث يقول ε: " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٦)

كما أن هذا العمل فيه إضرار بالمرأة من ناحية أخرى هي تفويت حقها في الاستمتاع الكامل بزوجها على النحو الذي بينه الحق سبحانه وتعالى في قوله : " فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " (٧)

---

(١) د/ محمد أحمد مكين ، إنهاء عقد النكاح صـ١٤٧ /١٥١
(٢) نشر هذا القانون في الوقائع المصرية في ٢٥ مارس ١٩٢٩ م صـ٢ من العدد ٧
(٣) قانون الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات صـ٥ ، ط ، السابعة ، ١٩٩٩ م ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية
(٤) د/ محمد أحمد مكين ، إنهاء عقد النكاح ، وحقوق الأولاد والأقارب في الفقه الإسلامي صـ١٤٧ /١٥١ ، ط ، الأولى ١٩٩٦ /١٩٩٧ م
(٥) د/ أحمد عكاشة ، السابق ، صـ٥٢٥ ، مجلة عقيدتي ، العدد (٤٠٨) س (٨) صـ١٧
(٦) سبق تخريجه ، صـ٥٩
(٧) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من مباشرة الرجل زوجته في الفم

تقدم الكلام في المبحث السابق على حكم مباشرة الرجل زوجته في فمها في الفقه الإسلامي وسبق عرض خلاف الفقهاء في هذه المسألة حيث ذهب البعض إلى القول بالإباحة وذهب البعض الآخر إلى القول بالحرمة
* وتجدر الإشارة أولا إلى القول بأنه يجب التفريق بين ما إذا تمت هذه الممارسة عن طريق الرضا بين الزوجين أو تمت بغير رضا بينهما

أولا ــ الممارسة الرضائية

إذا تمت المباشرة في الفم بين الزوجين بطريق الرضا الصادر ممن يعتد برضاه قانونا فإنه لا يمكن القول طلقا بتجريم هذا الفعل لأنه لا يعدو أن يكون استعمالا للحرية الجنسية لكلا الزوجين التي يهدف القانون الجنائي إلى حمايتها لجميع الأفراد في المجتمع على السواء
ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن هذه الممارسة في هذه الحالة تعد عملا مجرما إذ لا يعدو ذلك أن يكون الأمر استعمالا لحق مقرر قانونا وفقا لحرية الزوجين الجنسية التي يحميها القانون الجنائي (١)

ثانيا ــ الممارسة غير الرضائية

إذا تمت المباشرة في الفم بين الزوجين بغير رضا من أحد الزوجين فوفقا للاتجاه الذي يرى إباحة مباشرة الرجل زوجته في فمها شرعا لا يقوم بشأن هذا الفعل

أي نوع من أنواع التجريم لأن الرجل أتى عملا مشروعا ــ وفقا لهذا الرأي ــ على زوجته سواء كان برضاها أو بغير رضاها لأن هذا الفعل جاء وفقا لما ترخص بـــه العلاقة الزوجية

ولذلك فإذا اجتنب الرجل من زوجته ما لا يحل له فإن وطأه إياها ولو بغير رضاها لا يعد جريمة وقاع ولا يشكل جريمة (٢)

وتفريعا على الاتجاه الآخر الذي يرى حرمة مباشرة الرجل زوجته في فمهـــا والذي سبق القول برجحانه بأن هذا العمل يعد عملا محرما شرعا وبالتالي فهل يقـــوم بشأنه تجريم وفقا لنصوص القانون الجنائي أم لا ؟

---

(١) د/ منصور ساطور ، السابق ، صـــ ٢٨٦ /٢٨٨ ، د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، صـــ ٤٦٤ ، حجية الدليل المادي في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ، صـــ٩٨ رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشـــريعة والقانون بالقاهرة

(٢) د / محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، صـــ٨٢٢ وله أيضا الحماية الجناية للعرض ، فقرة (٣٣) صـــ١٠٤ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، صـــ ٣٧٧

الذي يبدو لي بعد النظر في نصوص القانون الجنائي ومواده والاطلاع علـــى كتب القانون الجنائي لم أجد أحدا من فقهاء القانون الجنائي تنـــاول هـــذه المســـالة أو تعرض لها وفقا لقواعد القانون الجنائي العامة

ولكن يبدو لي أنه يمكن تأصيل هذه المسألة وفقا لجرائم هتـــك العـــرض فـــي القانون الجنائي وذلك باعتبار أن الجاني أتى عملا غير مشروع من الناحية الشـــرعية رغما عن إرادة المجني عليه وحريته في هذه الناحية التي يعمل القانون الحنائي على حمايتها وإذا كان الفقه الجنائي يكاد يجمع على أن إتيان الزوجة في دبرها دون رضا منها تقوم بشأنه جريمة هتك العرض لأن هذا الفعل لا يدخل في نطاق المباح شـــرعا ولا يقتضيه الغرض الاجتماعي للزواج وقد يترتب على الاعتياد عليه العزوف عـــن الصلة الطبيعية فينأى بالزواج عن غايته ويحول بينه وبين تحقيق وظيفته في الإنجاب وعصمة الزوج

وبالنظر في هذا الأساس الذي جرم فقهاء القانون الجنائي الإتيان فـــي الـــدبر باعتباره لا يدخل في نطاق المباح شرعا وبالتالي فإذا أكره الرجـــل زوجتـــه علـــى الإتيان في الدبر فإنه يقوم بشأن هذه الممارسة جريمة هتك العرض

وبالنظر إلى مسألة الإتيان في الفم فوفقا للاتجاه الذي حرمه في الفقه الإسلامي وأنه عمل غير مباح شرعا فإذا أكره الرجل زوجته على إتيان هذه الممارسة فإنه يعد أيضا هتكا لعرض الزوجة مثل الإتيان في الدبر لنفس الاعتبارات السابقة

وبالتالي يمكن القول إن هذه الممارسة التي تتم عن طريق الفم بين الزوجين إذا تمت بغير رضا من الزوجة وأجبر الرجل زوجته على هذه الممارسة فإن هذا الفعل تقوم بشأنه جريمة هتك العرض لأنه عمل غير مشروع في الفقه الإسلامي وتم رغما عن إرادة الزوجة وذلك كما هو الشأن في الإتيان في الدبر فقد أجمع فقهاء القانون الجنائي على أن الإتيان في الدبر تقوم بشأنه جريمة هتك العرض لأنه عمل غير مشروع تم رغما عن إرادة الزوجة ، لاسيما وأن الأحكام المتعلقة بنطاق العلاقات الزوجية يرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي كما تقدم .

ووفقا للاتجاه الراجح في هذه المسألة فإن هذا العمل يعد عملا غير مشروع شرعا وبالتالي يمكن القول بأنه يسري على الإتيان في الفم ما يسري على الإتيان في الدبر من أحكام لأن الأساس الذي بني عليه الحكم في الأولى موجود بعينه في الثانية

(١٢٠)

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم الإتيان في الفم

من خلال ما تقدم من عرض لموقف الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري في مسألة المباشرة في الفم يتضح الآتي : ــ

أولا ــ إن هذا العمل وفقا للراجح في الفقه الإسلامي يعد عملا محرما شرعا سواء تم بالرضا بين الزوجين أو بغير رضا إذ لا قيمة للرضا في هذه الحالة لأن المحرم لا يحل برضا الزوجين ويترتب على هذا الحكم في الفقه الإسلامي الآثار التالية : ــ

١ ــ التعزير

٢ ــ حق المرأة في التطليق للضرر

٣ ــ التفريق بين الزوجين وفقا لبعض المذاهب الفقهية كالإباضية وغيرهم لأن بهذه الممارسة ــ وفقا لما يرون ــ تحرم على زوجها على التأبيد ومن ثم فيجب على القاضي التفريق بينهما

ثانيا ــ إن هذه الممارسة إذا تمت بالرضا المعتبر قانونا بين الزوجين فلا يثور بشأن هذه الممارسة أي تجريم على الإطلاق لأنه لا يعدو أن يكون استعمالا للحرية الجنسية بين الزوجين وهذا يتفق مع الرأي الذي يرى حل إتيان الرجل زوجته في فمها شرعا

ولكن يؤخذ في هذه المسألة أن القانون الجنائي يجعل الرضاء الصادر بين الزوجين أساسا لكون العمل مشروعا ومن ثم لا يكون مجرما أو غير مشروع وبالتالي يعد عملا مجرما (١)

ثالثا ــ إذا تمت هذه الممارسة بغير رضا من الزوجة فإن هذا العمل يمكن القول إنه تقوم بشأنه جريمة هتك العرض قياسا على الإتيان في الدبر بجامع أن كلا منهما عمل غير مشروع

---

(١) يراجع في هذا الاستدراك وغيره مسألة الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

رابعا ــ إن الشريعة الإسلامية بما تتسم به من مرونة تجعلها صالحة لكل زمان ومكان وضعت نظما عقابية مرنة تتفق وكل حالة على حده إذ إنها أوكلت إلى القاضي أو ولي الأمر سلطة التعزير لمن يأتي عملا غير مشروع لم ينص الشرع على عقوبة محددة له وبالتالي فهذه العقوبة غير محددة فللقاضي أن يشدد فيها أو يخفف حسب حال الجاني وحسب حجم الجرم الذي ارتكبه فله أن يبدأ باللوم والتوبيخ وله أن يصل بالعقوبة إلى القتل وفقا لما يراه البعض في الفقه الإسلامي

أما في القانون الجنائي فقد حدد المشرع الجنائي عقوبة محددة بحد أدنى وحد أقصى (١)
ومن ثم فإن مجال المرونة في هذا الشأن أقل من نظيره في الفقه الإســـلامي وبذلك يظهر مدى عظمة الشريعة الإسلامية ومرونتها وصلاحيتها للتطبيـــق في كل زمان ومكان

---

(١) يراجع في هذا الشأن بشيء من التفصيل الفصل الأول في مسألة الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي صـــ ٣٥ /١٢١

الباب الثاني
تجاوز حدود حق الاستمتاع بالجماع في وقت معين

وفيه فصول :

الفصل الأول : أحكام الجماع في نهار رمضان والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثاني : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثالث: الجماع أثناء الإحرام بالحج والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الرابع : أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

الفصل الأول
أحكام الجماع في نهار رمضان
والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ــ : أحكام الجماع في نهار رمضان والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من الجماع في نهار رمضان

المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

المبحث الأول
أحكام الجماع في نهار رمضان
والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم الجماع في نهار رمضان

المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن الجماع في نهار رمضان في الفقه الإسلامي

(١٢٣)

المطلب الأول
حكم الجماع في نهار رمضان

لا خلاف بين الفقهاء في أن الإفطار في نهار رمضان عمدا بجماع أو غيره حرام وكبيرة من الكبائر ويستدل على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب فآيات منها : ــ

١ ــ قوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الصِّيَامُ.... الآية " (١)

٢ ــ قوله تعالى أيضا : " فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ..." (٢)

وجه الدلالة : أن الصيام معناه في الشرع : إمساك عن المطر على وجه مخصوص (٣)

ومن ثم فالجماع في نهار رمضان ينافي الصوم المفروض بقوله تعالى : " كتب " أي فرض فيكون محرما

٣ ــ قوله تعالى : " أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ" (٤) فق أفادت الآية أن حل الرفث في رمضان مقيد بوقت الليل فيكون ما عداه وهو النهار محرما

٤ ــ قوله تعالى : " ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ" (٥) قال القرطبي : " جعل الله جل ذكره الليل ظرفا للأكل والشرب والجماع والنهار ظرفا للصيام فبين أحكام الزمانين وغاير بينهما فلا يجوز في اليوم شيء مما أباحه في الليل " (٦)

وأما السنة فأحاديث كثيرة منها : ــ

١ ــ ما روي عن أبي هريرة أن النبيε قال لمن أفطر في نهار رمضان بالجماع : " استغفر الله وصم يوما " (٧) فقد أفاد هذا الحديث حرمة التعدي على حرمة هذا الشهر الكريم لذا أمر النبي ε من انتهك حرمة الصوم بالإفطار في نهار رمضان بالجماع بالقضاء والاستغفار

---

(١) سورة البقرة ، آية : (١٨٣)
(٢) سورة البقرة ، آية : (١٨٥)
(٣) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٢٠
(٤) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)
(٥) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

(٦) القرطبي ، جـ٢ ، صـ٣٢١
(٧) سن البيهقي الكبرى ، جـ٤ ،صـ٢٢٦ ، برقم ٧٨٤٥ قال البيهقي : " ورواه أيضا عبد الجبار بن عمر الأيلي وليس بالقوي " ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٥٣٤ ، برقم ١٦٧١ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٢ ،صـ٣٤٧ ، برقم ٩٧٧٤ ، شرح معاني لآثار ، جـ٣ ، صـ١١٨

٢ ــ ما روي عن أبي هريرة أن النبيε قال : " من أفطر يوما في رمضان من غير رخصة رخصها الله لم يقض عنه صيام الدهر كله وإن صامه " (١)

٣ ــ قوله ε: " بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمدا رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ... الخ الحديث " (٢)
فقد جعل رسول الله ε صيام رمضان ركنا من أركان الإسلام ومن جامع في نهار رمضان فقد انتهك هذه الحرمة وهدم ركنا من أركان الإسلام لا يتم إسلام المرء إلا به

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على حرمة الجماع في نهار رمضان قال النووي : " أجمعت الأمة على تحريم الجماع في القبل والدبر على الصائم " (٣)

---

(١) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٢ ،صـ٢٤٤ ، برقم ،٣٢٧٨ ، مصنف عبد الرازق ، جـ٤ ، صـ١٩٨ ، برقم ٧٤٧٥ ، عون المعبود ، جـ٧ ، صـ٢١ ، قال صاحب عون المعبود : قال البخاري : " تفرد أبو الطوس بهذا الحديث ولا نعرف له غيره ولا أدري سمع أبوه من أبي هريرة أم لا ؟ وقال أبو الحسن على بن خلف فهو حديث ضعيف لا يحتج بمثله "

(٢) صحيح البخاري ، جـ١ ،صـ١١ ، كتاب الإيمان ، باب الإيمان ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م ، تحقيق د/ مصطفى الديب ، صحيح ابن خزيمة ، جـ١ ،صـ١٥٩ ، برقم ٣٠٨ ، صحيح ابن حبان ، جـ١ ، صـ٣٧٤ ن برقم ١٥٨

(٣) المجموع للنووي ، جـ٦ ،صـ٣٤٨ ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية .

(١٢٥)

المطلب الثاني :
الآثار المترتبة على الجماع في نهار رمضان في الفقه الإسلامي وفيه فروع :

الفرع الأول : ــ القضاء وآراء العلماء فيه
الفرع الثاني : ــ الكفارة

****

الفرع الأول : ــ القضاء وآراء العلماء فيه

اختلف الفقهاء في حكم قضاء اليوم المجامع فيه في نهار رمضان على ثلاثة آراء

الرأي الأول : ــ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١)والمالكية (٢) والشافعية في الصحيح عندهم (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية(٧) والإباضية (٨) إلى القول بوجوب القضاء على من تعمد جماع زوجته في نهار رمضان

الرأي الثاني : ــ ذهب الأوزاعي(٩) ووجه للشافعية (١٠) ورواية للإمام أحمد (١١) إلى القول بإن المجامع في نهار رمضان إن كفر بالصوم فلا قضاء عليه واختاره الآجري وأبو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين وصاحب الفائق(١٢)

الرأي الثالث : ــ لا يجب القضاء مطلقا وهو وجه عند الشافعية (١٣)

---

(١) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٤٨ ، البناية في شرح الهداية ، جـ٣ ،صـ٦٥٧ /٦٥٨ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، الهداية ، جـ١ ،صـ١٢٤ ، البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٢٩٧ ، المبسوط ، جـ٣ ، صـ٧١ .

(٢) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٦٧ /٣٦٨ ، رسالة أبي زيد ، جـ١ ، صـ ٣٦٩ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الذخيرة ، جـ٢ ،صـ٥١٨

(٣) قال الخطيب الشربيني : " وفي الروضة الأصح " مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤ ، المهذب ، جـ١ ،صـ١٨٣ .

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٢ ، الكافي ، جـ١ ،صـ ١٢٥ .
(٥) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٧١ ، م ، ٧٧٤ .
(٦) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ ٢٤٨ .
(٧) المختصر النافع ، صـ٩٠
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٣٩٩ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٣٩٩
(٩) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٤٨ ، المبسوط ، جـ٣ ،صـ ٧١
(١٠) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٢ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤ ، حلية العلماء للقفال ، جـ٣ ،صـ ١٦٧ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، تحقيق د/ ياسين أحمد إبراهيم دراكة ، ط ، الأولى ، ١٤٠٠ هـ
(١١) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ ٢٨١
(١٢) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ ٢٨١
(١٣) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٦٢ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : ــ

استدل القائلون بوجوب القضاء على من جامع في نهار رمضان بما يلي : ــ

أولا من السنة : بما رواه أبو داود بإسناده وأبو هريرة أن رسول الله ε قال للمجامع : " استغفر الله وصم يوما مكانه " (١)

وجه الدلالة : ــ أن الرسول ε أمر المجامع في نهار رمضان بالاستغفار وبصيام يوم آخر مكانه فيدل ذلك على وجوب القضاء وإلا لم يكن لأمره ε معنى

ثانيا ــ من المعقول من وجوه :

الأول : القياس على إفساد الصوم بالأكل والشرب قال أبن قدامة : " ولأنه أفسد يوما من رمضان فلزمه قضاؤه كما لو أفسده بالأكل " (٢)

الوجه الثاني : إن الصوم وجب عليه بشهود الشهر وقد انعدم فلزمه القضاء كما لو كان معذورا بمرض أو سفر ونحو ذلك (٣)

الوجه الثالث : ما ذكره صاحب الهداية تعليلا للقول بوجوب القضاء بقوله : " استدراكا للمصلحة الفائتة " وعلق عليه صاحب البناية بقوله : " يعني لأجل لاستدراك للمصلحة التي فاتت بإفساده الصوم لأن الشارع الحكيم لا يأمره بالإمساك إلا لحكمة فإذا فوت هذه الحكمة والمصلحة بالإفساد يجب القضاء ليدركها قلت هذه الحكمة لمصلحة قهر النفس الأمارة بالسوء فبالجماع يفوت قهر النفس للتنافي بينهما فيجب القضاء للاستدراك " (٤)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بعدم وجوب القضاء إذا كفر المجامع بالصيام بالمعقول ووجهته : أن الصومين يتداخلان ومن ثم فإذا كفر بصيام شهرين متتابعين فيكون القضاء داخلا فيهما (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال الكاساني : " وهذا غير سديد لأن صوم الشهرين يجب تكفيرا وزجرا عن جناية الإفساد أو رفعا لذنب الإفساد وصوم القضاء يجب جبرا للفائت فكل واحد منهما شرع لغير ما شرع له الآخر فلا يسقط صوم القضاء بصوم شهرين كما لا يسقط بالإعتاق " (٦)

---

(١) سبق تخريجه ، صـ١٢٣

(٢) المغني ، جـ ٤ ، صـ١٩٣ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٣ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٦٥٨

(٣) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤ البناية ، جـ٣ ،صـ٦٥٨

(٤) البناية ، جـ٣ ،صـ٦٥٨

(٥) البدائع ، جـ٢ ، صـ١٤٨ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٢ ،، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤ ، المبسوط للسرخسي ، جـ٣ ، صـ٧١، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط ، ١٤٠٦ هـ

(٦) البدائع ، جـ٢ ، صـ١٤٨

(ج) استدلال الرأي الثالث : ــ

استدل القائلون بسقوط القضاء مطلقا بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة بما يلي : ــ

١ ــ قوله ε : " من أفطر في رمضان فعليه مثل ما على المظاهر " (١)

وجه الدلالة :

إن النبي ε أخبر أن من أفطر في رمضان بغير عذر فكفارته كفارة الظهار والمظاهر ليس عليه قضاء إنما عليه الكفارة (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : ــ

لا نسلم لكم أن المجامع في نهار رمضان ليس عليه قضاء وإنما المراد بقولهε : " فعليه ما على المظاهر " بسبب الفطر وبه نقول لكن وجوب القضاء عند تفويت الأداء غير مشكل (٣)

٢ ــ حديث الأعرابي الذي جامع في نهار رمضان (٤)

وجه الدلالة : أن النبي ε لم يأمر الأعرابي بالقضاء ولأنه بين حكم الكفارة ولم يبين حكم القضاء وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم الاستدلال بالحديث السابق في عدم وجوب الكفارة بأن النبيε لم يذكر للأعرابي وجوب القضاء وإنما بين حكم الكفارة فقط وهذا الكلام غير مسلم فقد ورد في بعض روايات الحديث أن النبيε قال للأعرابي : " استغفر الله وصم يوما مكانه " (٦) وهذا يدل على وجوب قضاء اليوم المجامع فيه .

---

(١) نصب الراية ، جـ٢ ،صـ٤٤٩ ، قال : " حديث غريب "
(٢) صـ٤٤٤ البناية ، جـ٣ ،صـ٦٥٨
(٣) البناية ، جـ٣ ،صـ٦٥٨
(٤) جاء رجل إلى النبي ε فقال : هلكت يا رسول الله قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتي في رمضان قال : هل تجد ما تعتق رقبة ؟ قال : لا قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال : لا قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا ؟ قال : لا ثم جلس فأتي النبي ص بعرق فيه تمر فقال : تصدق بهذا فقال : على أفقر منا فما بين لابتيها هل بيت أحوج إليه منا فضحك النبي ص حتى بدت أنيابه ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك " صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٧٨١ ، برقم ١١١٠ ، الترمذي ، جـ٣ ،صـ١٠٢ ، برقم ٧٢٤ قال أبو عيسى ك " حديث أبي هريرة حسن صحيح والعمل على هذه الحديث عند أهل العلم فيمن أفطر في رمضان متعمدا من جماع
(٥) المغني ، جـ٤ ، صـ١٩٢ ،البناية ، جـ٣ ،صـ٦٥٨
(٦) سبق تخريجه ، صـ١٢٣

ثانيا من المعقول : ـــ

إن الخلل الحاصل بالجماع قد انجبر بالكفارة ومن ثم فلا يجب القضاء (١)

مناقشة هذا الاستدلال : ـــ

هذا الكلام غير مسلم وغير سديد كما قال الكاساني: " لأن صوم الشهرين يجب زجرا عن جناية الإفساد أو رفعا لذنب الإفساد وصوم القضاء يجب جبرا للفائت(٢) ومن ثم فلا يغني أحدهما عن الآخر

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بوجوب القضاء على من جامع عمدا في نهار رمضان وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي
وما ذهب إليه المخالفون من أدلة أمكن مناقشتها مناقشة تؤدي إلى بطلانها وعدم صلاحيتها للاحتجاج بها الأمر الذي يؤدي إلى القول بالاطمئنان في ترجيح الرأي الأول والعمل بموجبه والله أعلم

---

(١) المجموع ، جـ ٦ ، صـ٣٦٢ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤
(٢) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٤٨

الفـــــرع الثاني : الكـــــفارة
وفيه أغصان :

الغصن الأول : حكم إيجاب الكفارة على من جامع في نهار رمضان
الغصن الثاني : حكم إيجاب الكفارة على المرأة
الغصن الثالث : حكم تكرار الكفارة بتكرار الجماع في اليوم الواحد
الغصن الرابع : حكم تكرار الكفارة في يومين أو أكثر من رمضان
الغصن الخامس : حكم جماع الجاهل والناسي والمكره

الغصن السادس : حكم إيجاب الكفارة على من جامع في قضاء رمضان

الغصن السابع : هل الكفارة مرتبة أو مخيرة ؟

الغصن الثامـــن : حكم العجز عن الكفـــــــارة

الغصن التاسع : حكم المباشرة بما دون الوطء

الغصن العاشر : حكم إيجاب الكفارة في المباشرة بمـــــــا دون الوطء

****

الغصن الأول : حكم إيجاب الكفارة على من جامع في نهار رمضان

اختلف الفقهاء في حكم وجوب الكفارة على من جامع في نهار رمضان على رأيين:ـ

الرأي الأول : ـ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(١)والمالكية(٢) والشـــافعية(٣) والحنابلة (٤) والظاهـــــرية (٥) والإمـــــامية (٦) والإباضية (٧) إلى أن من

---

(١) البناية في شرح الهداية ، جـــ٣ ،صـــ٦٥٨ ، البدائع ، جـــ٢ ،صـــ١٤٧ ، الهداية ، جـــ١ ،صـــ١٢٥ ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولـــى ـ ١٤٠٥ ، جـــ١ ،صـــ٣٦١ ، شرح فتح القدير ، جـــ٤ ،صـــ٣٤١ ، البحـــر الرائـــق ، جـــ٢ ،صـــ٢٩٧ ، المبسوط ، جـــ٣ ،صـــ٧١

(٢) **الذخيرة ، جـــ٢ ،صـــ٥١٧ ، القرطبي ، جـــ١ ،صـــ٨٠٥ ، شرح الزرقاني علـــى مختصر خليل ، جـــ٢ ،صـــ٢٣٢ ، بداية المجتهد لابـــن رشـــد ، جـــــ١ ،صـــ٢٢٠ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٩ هـــ /١٩٩٨ م ، القوانين الفقهية ، صـــ٨٣ ، المدونة للإمام مالك ، جـــــ١ ،صـــ١٩٩ ، ، دار صادر**

(٣) المجموع ، جـــ٦ ،صـــ٣٨١ /٣٨٢ ، الحاوي الكبير ، جـــ٣ ، صـــ ٣٧٦ ، نهاية المحتاج ، جـــ٣ ،صـــ٢٠١ /٢٠٢ ، مغني المحتـــاج ،جـــــ١ ،صـــــ٤٤٤ ، المهـــذب ، جـــــ١ ،صـــ٢٤٧ ، العزيز ، جـــ٣ ،صـــ٢٢٦ وما بعدها ، حلية العلماء ، جـــ٣ ،صـــ١٦٥

(٤) الإنصاف ، جـــ٣ ،صـــ٢٨٠ ، المغني ، جـــ٤ ،صـــ١٩٢ ، الكافي ، جـــــ١ ،صـــ٣٦٧ ، الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ١٩٣ /١٩٤ ، كشاف القناع ، جـــــ٢ ،صـــ٣٢٤ ، منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ، جـــ١ ،صـــــ٢١٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـــ / ١٩٩٧ م

(٥) المحلى ، جـــ٦ ،صـــ١٨٥ ، م ٧٣٧ (٦) المختصر النافع ، صـــ٩٠

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـــ٣ ،صـــ٩٩ ، شرح النيل ، جـــ٣ ،صـــ٩٩ /١٠٠

جامع زوجته في نهار رمضان عامدا يجب عليه الكفارة

الرأي الثاني : ــ ذهب الزيدية (١) ورواية للحنابلة (٢) والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير وقتادة (٣) والزهري وابن سيرين (٤) إلى أنه لا كفارة على من جامع زوجته في نهار رمضان

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بوجوب الكفارة على من جامع في نهار رمضان بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة بما يلي : ــ

١ ــ ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه ــ أن أعرابيا جاء إلى النبيε وهو يلطم نحره وينتف شعره ويقول هلكت وأهلكت فقال له النبيε : ما الذي أهلكك ؟ فقال ؟ وقعت على امرأتي وأنا صائم في شهر رمضان فقال : اعتق رقبة فقال : لا أجد فقال : صم شهرين متتابعين فقال : لا أستطيع فقال :أطعم ستين مسكينا مدا مدا قال : لا أجد فدعا رسول الله ε بعرق فيه تمر وروي مكتل فقال أطعم ستين مسكينا فقال : يا رسول الله والذي بعثك بالحق نبيا ما بين لابتيها أحوج إليه منا بيتا فتبسم رسول الله ε حتى بدت نواجذه وقال : خذه فكله " (٥)

وجه الدلالة : أفاد الحديث السابق عن رسول الله ص وجوب الكفارة على من جامع عامدا في نهار رمضان إذ لو لم تجب لما أمر النبي ε الأعرابي بها فدل أمره للأعرابي على وجوبها

٢ ــ قوله ε : " من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر (٦)

---

(١) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٤٩

(٢) **الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨١ ، المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٣ ، الكافي ، جـ١ ،صـ٣٦٧ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٣ /١٩٤**

(٣) **المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٢ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ، صـ ٣٧٦ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٥ ، المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧١**

(٤) البناية في شرح الهداية ، جـ٣ ،صـ ٦٥٨ ، المحلى ، جـ٦ ،صـ١٨٨ /١٨٩ م٧٣٧ ، المغني ، جـ٤ ،صـ ١٩٣ ، الكافي ، جـ١ ،صـ٣٦٧ الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٣ /١٩٤

(٥) الترمذي ،جـ٢ ،صـ١٠٢ ،برقم ٧٢٤ ، قال أبو عيسى : " حديث أبي هريرة حسن صحيح والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم فيمن أفطر في رمضان متعمدا من جماع " البخاري ، في الصيام ، جـ٢ ،صـ٦٨٤ ، برقم ١٨٣٤ ، مسلم في الصيام ، جـ٢ ،صـ٧٨١ ، برقم ١١١١ ، مصنف عبد الرازق ، جـ٤ ،صـ١٩٤ ، برقم ٧٤٥٧ ، مصنف أبي شيبة ، جـ٢ ،صـ٣٤٨ ، برقم

،٩٧٨٦ ، السنن الكبرى للبيهقي ،جـ٤ ،صـ٢٢١ ،برقم ،٧٨٢ ، الدار قطني أجـ٢ ، صـ١٩٠ باب الصيام برقم ٤٨ ، ابن ماجة ، ج،١ ، صـ٥٣٤ ، برقم ،١٦٧١

(٦) سبق تخريجه ، صـ١٢٧.

وجه الدلالة : ـ

أفاد هذا الحديث وجوب كفار الظهار على من أفطر متعمدا في نهار رمضان وكفارة الظهار هي عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا (١) ومن ثم فمن أفطر متعمدا بالجماع في نهار رمضان تكون عليه هذه الكفارة بعينها

(ب) أدلة الرأي الثاني : ـ

استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على من جامع في نهار رمضان بما يلي : ـ

أولا من السنة : بحديث الأعرابي السابق (٢)

وجه الدلالة : أن النبي ε قال في آخر حديث الأعرابي : " خذه فكله " فانتسخ بهذا حكم الكفارة (٣)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين : ـ

الأول : ـ لا نسلم لكم دعوى النسخ لأن النسخ لا يثبت بالادعاء حيث لم يقم دليل عليه ومن ثم فتكون دعوى النسخ غير مقبولة

الوجه الثاني : أن قول الرسول ε للأعرابي : " خذه فكله " إذن منه في تأخير إخراج الكفارة لكونه معسرا (٤)

ثانيا من المعقول : بالقياس على الصلاة

قال ابن قدامة : " لأن الصوم عبادة لا تجب الكفارة بإفساد قضائها فلا تجب في أدائها كالصلاة " (٥)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : ما ذكره صاحب المغني بقوله : " ولا يجوز اعتبار الأداء في ذلك بالقضاء لأن الأداء يتعلق بزمن مخصوص يتعين به والقضاء محله الذمة والصلاة لا يدخل في جبرانها المال بخلاف مسألتنا " (٦)

الوجه الثاني : قال الماوردي في رد الاستدلال بهذا القياس : " وهذا خطأ والإجماع منعقد على خلافه فلا معنى للاحتجاج عليه مع حديث الأعرابي " (٧)

---

(١) وذلك أخذا من قوله تعالى في سورة المجادلة : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ(٣)فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا " الآيتان : (٣ / ٤) من سورة المجادلة

(٢) سبق تخريجه ، صـ١٣٠ .

(٣) المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧١

(٤) المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧١

(٥) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٣ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٣ /١٩٤ ، الكافي ، جـ١ ،صـ٣٦٧ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٢ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٦

(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٣ /١٩٤ ،

(٧) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٦ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٢٠

الرأي الراجح

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بوجوب الكفارة على من جامع متعمدا في نهار رمضان عملا بحديث الأعرابي الذي جاء إلى النبيε يخبره بما حدث له من الجماع في نهار رمضان فأخبره النبي ص بما عليه من الكفارة وهذا الحديث غاية في الصحة إذ هو كما قال الترمذي حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم فيمن أفطر في رمضان متعمدا بالجماع (١)

وما استند إليه المخالف من أدلة أمكن مناقشتها وردها الأمر الذي يؤدي إلى القول برجحان رأي جمهور الفقهاء في هذه المسألة والله أعلم

الغصن الثاني : حكم إيجاب الكفارة على المرأة المطاوعة

تحرير محل النزاع :لا خلاف بين الفقهاء في وجوب إمساك بقية النهار إذا أفطر الرجل أو المرأة في نهار رمضان بالجماع بغير عذر ، كما لا خلاف بين الفقهاء في عدم وجوب الكفارة على المرأة إذا جامعها زوجها في نهار رمضان وكانت فاطرة بحيض أو غيره أو لم يبطل صومها لكونها نائمة مثلا وإنما الخلاف بينهم في وجوب الكفارة عليها إذا كانت صائمة ومكنته طائعة عالمة (٢)

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أراء :

الرأي الأول : ذهب الشافعية في الراجح عندهم (٣) والرواية الثانية للإمام أحمد (٤) وقول للإمام مالك (٥) وظاهر مذهب ابن حزم (٦) والحسن البصري (٧) إلى أن الكفارة لا تجب على المرأة الموطوءة في نهار رمضان مطلقا طاوعت أو لم تطاوع

الرأي الثاني : ذهب الزيدية (٨) وقول للشافعية (٩) ورواية للحنابلة (١٠)

---

(١) الترمذي ، جـ٢ ،صـ١٩٠ ، باب الصيام ، برقم ، ٤٨
(٢) **د/ السيد رضوان ،كفارة الإفطار في نهار رمضان ، صـ١٣٤٤ ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور ، العدد (١٥) جـ٢ ، ١٤٢٠ /٢٠٠٠ م**
(٣) **مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٣ /٤٤٤ ، الأم ،جـ٢ ،صـ٨٥ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢٠١ ، الحاوي الكبير ،جـ٣ ،صـ٢٧٧ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٦٣ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٧**
(٤) **المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٦٩ /١٩٧ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٢ ، الكافي ، جـ١ ،صـ١٢٥ ، شرح العمدة لابن تيمية ، جـ١ ،صـ٤٧٠ ، مكتبة العبيكان الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤١٣ هـ**
(٥) الذخيرة ، جـ٢ ،صـ٥١٩
(٦) المحلى ، جـ٦ ،صـ١٨٥ وما بعدها ، م٧٣٧
(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٦
(٨) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٣٦٣
(٩) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٣٦
(١٠) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٦ /١٩٧ ، شرح العمدة ، جـ١ ،صـ٤٧٠

إلى القول بوجوب الكفارة على المرأة الموطوءة مطلقا طاوعت أو لم تطاوع
الرأي الثالث : ذهب الحنفية (١) وقول للحنابلة (٢) ومذهب الإمامية (٣) والإباضية (٤) إلى أن الكفارة تدب على المرأة إن كانت مطاوعة ولا تجب إن لم تكن مطاوعة
الرأي الرابع : وهو قول للإمام مالك (٥) ووجه للشافعية (٦) ورأي لبعض الحنابلة (٧) بأن الكفارة تجب على المرأة الموطوءة ويتحملها عنها الزوج
سبب الخلاف : يرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى معارضة ظاهر الأثر للقياس وذلك أنه ε لم يأمر المرأة في حديث الأعرابي بكفارة ، والقياس أنها مثل الرجل إذا كان كلاهما مكلفا . (٨)
الأدلة : ــ
(أ) أدلة الرأي الأول : ــ
استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على المرأة مطلقا بما يلي : ــ
أولا ــ من السنة : بحديث الأعرابي السابق

وجه الدلالة : ــ أنه لم يؤمر بها في الخبر السابق إلا الرجل المواقع مع الحاجة إلى البيان فدل ذلك على اختصاص وجوبها بالرجل دون المرأة إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة (٩)

ثانيا من المعقول من وجهين :

الأول : ــ إن وجوب الكفارة عرف نصا والنص ورد في الرجل دون المرأة وكذا ورد بالوجوب بالوطء وأنه لا يتصور من المرأة فإنها موطوءة وليست بواطئة فبقي الحكم فيها على أصل القياس (١٠)

الوجه الثاني : ــ إن الكفارة غرم مالي يتعلق بالجماع كالمهر فلا تجب على الموطوءة .(١١)

---

(١) **بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٤٧ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٦٦٠ ، الهداية ، جـ١ ،صـ١٢٤ ، المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧٢**

(٢) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٣ ، شرح العمدة ، جـ١ ،صـ٤٧٠

(٣) **المختصر النافع ، صـ٩١ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٣٢ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٢ ،صـ١٠٠ /١٠١ ، ط ، العالم الإسلامي ، بيروت ، لبنان .**

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٠١ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٤٠١

(٥) الذخيرة ، جـ٢ ،صـ٥١٩

(٦) **الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٩ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٧ حواشي الشرواني ، جـ٣ ،صـ٤٥٠**

(٧) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٢ ، شرح العمدة ، جـ١ ،صـ٤٧٠

(٨) د / السيد رضوان ، بحثه السابق ، صـ١٣٤٦ .

(٩) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٣ /٤٤٤ .

(١٠) البدائع ، جـ ٢ ،صـ١٤٧

(١١) **مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٣ /٤٤٤ ، المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٦ /١٩٧ ، الأم ،جـ٢ ،صـ٨٥ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢٠١ ، البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥٠ ، د/ السيد رضوان ، بحثه السابق ، صـ١٣٥٠ /١٣٥١ .**

(ب) أدلة الرأي الثاني :

استدل القائلون بوجوب الكفارة على المرأة مطلقا بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة : بحديث الأعرابي السابق

وجه الدلالة : ــ إن الكفارة تجب على المرأة كالرجل لأنها اشتركا في سبب تجب به الكفارة فوجب أن يلزم كل واحد منهما ككفارة القتل (١)

ثانيا من المعقول من وجهين :

الأول : إنهما اشتركا في سائر موجبات الوطء من المأثم والقضاء ووجوب الغسل والعقوبة ومن ثم فيلزم أن يشتركا في الكفارة أيضا ويجب على كل واحد منهما كفارة (٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال الماوردي : " وأما ما احتجوا به من اشتراكهما في الإثم والقضاء فجمع بلا معنى على أن الكفارة لا يعتبر بها الفعل وإنما يعتبر بها الفاعل وقد يجوز أن يشتركا في الفعل ويختلف أحكامهما باختلاف أحوالهما كالزنا " (٣)

الوجه الثاني : ــ إن الكفارة إنما وجبت على المرأة بسبب فعل الرجل فوجب عليهما التحمل كثمن ماء الاغتسال (٤)

(ج) أدلة الرأي الثالث :

استدل القائلون بأن الكفارة تجب على المرأة المطاوعة دون غيرها بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ حديث الأعرابي السابق

وجه الدلالة : إن النبي ε لم يأمرها بالكفارة لأنها كانت مكرهة لقول الأعرابي هلكت وأهلكت ولو كانت مطاوعة لأمرها النبيε بالكفارة (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم أنها كانت مكرهة ومن ثم لم يأمرها النبي ε بالكفارة لأن المكرهة لا تهلك بفعل ما أكرهت عليه ولا يلحقها فيه إثم فلما ذكر أنه أهلكها علم أنه سألها فطاوعته فهلكت بمطاوعته (٦)

٢ ــ قوله ε: " من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر " (٧)

وجه الدلالة : ــ إن كلمة " من " تنتظم الإناث والذكور قال تعالى : " ومن

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٧

(٢) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٧ ، البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥٠

(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٨

(٤) البدائع ، جـ ٢ نصـ ١٤٧

(٥) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٨

(٦) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٨

(٧) سبق تخريجه ، صـ١٢٧ .

يقنت منكن " (١) ولأن السبب أي ــ سبب الكفارة ــ جناية الإفساد أي إفساد الصوم لا نفس الوقاع ولهذا إذا حصل الوقاع ولم يوجد الإفساد لا تجب الكفارة كما في الوقاع في ليالي رمضان وقد شاركته فيها أي في جناية الإفساد فشاركته في الكفارة فتجب عليها كما تجب عليه (٢)

ثانيا من المعقول من وجهين :

الأول : إن النص ورد في الرجل لكنه معلول بمعنى يوجد فيهما وهو إفساد صوم رمضان بإفطار كامل حرام محض متعمدا فتجب الكفارة عليهما بدلالة النص وبه تبين أنه لا سبيل إلى التحمل بأن الكفارة وجبت عليهما بفعلهما وهو إفساد الصوم(٣)

الوجه الثاني : ــ إنهما اشتركا في هتك الحرمة فوجب أن يشتركا في الكفارة (٤)

(د) استدلال الرأي الرابع : ــ

يمكن الاستدلال للرأي القائل بوجوب الكفارة على المرأة ويتحملها الزوج عنها بأن الكفارة وجبت عليها بسبب فعل الرجل فوجب أن يتحملها عنها (٥)

مناقشة هذا الاستدلال : إن المرأة إذا كانت مطاوعة فقد وجبت عليها الكفارة بفعلها هي وليس بفعل الزوج لأنها شاركته في هتك حرمة الصوم فوجب أن تشاركه في العقوبة وهي الكفارة

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان الرأي القائل بأن الكفارة تجب على المرأة المطاوعة دون غيرها لأن المكرهة لا تجب عليها الكفارة لأن القلم مرفوع عنها فإذا كانت مطاوعة فقد شاركته في هتك حرمة الصوم فوجب عليها إخراج الكفارة كالرجل ، لأن الشارع الحكيم لا لا يفرق بين الرجل والمرأة في تقريره للعقوبات ومن ثم فلا فرق بينها وبين الرجل في تقرير عقوبة الكفارة عليها طالما كانت من أهلها ولا يتحملها عنها الزوج ما دامت طائعة مختارة في الوطء لأن الله عز وجل يقول " ولا تزر وازرة وزر أخرى " (٦) فهذا كما لو زنا بها طائعة يقام عليهما الحد معا فكذلك الكفارة تلزم كل واحد منهما لا نتهاك حرمة الشهر (٧) ولهذا فإن ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم هو الأولى بالقبول والله أعلم

---

(١) الأحزاب ، آية : (٣١)
(٢) البناية ، جـ٣ ، صـ٦٦١ /٦٦٢
(٣) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٤٧
(٤) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٩
(٥) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٩
(٦) سورة الإسراء ، آية : (١٥)
(٧) د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ١٣٥٨

الغصن الثالث

حكم تكرار الكفارة بتكرر الجماع في اليوم الواحد

تقدم القول بوجوب الكفارة على من جامع زوجته متعمدا في نهار رمضان وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ولكن هل تتكرر الكفار بتكرر الجماع في اليوم الواحد أو لا ؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ــ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) ورواية للحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) ورأي للإباضية (٧) إلى أن من جامع في نهار رمضان مرارا تجب عليه كفارة واحدة

الرأي الثاني : ــ ذهب الحنابلة (٨) والإباضية (٩) إلى القول بأنه إذا جامع الرجل ثم كفر ثم جامع في يومه فعليه كفرة ثانية

الأدلة : ــ

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل جمهور الفقهاء على أن الكفارة لا تتكرر بتكرر الجماع في اليوم الواحد : بأن هذا الجماع لم يصادف صوما منعقدا فلم تجب به كفارة بخلاف الأول

قال النووي : " دليلنا أنه لم يصادف صوما منعقدا بخلاف الجماع الأول " (١٠)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بتكرر الكفارة بتكرر الجماع في اليوم الواحد إذا كان قد كفر عن الجماع الأول بما يلي :

١ ــ القياس على الحج بجامع أن كلا منهما عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها فتكررت بتكرر الوطء إذا كان بعد التكفير (١١)

---

(١) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٥٢

(٢) الذخيرة ، جـ٢ ،صـ٥٢١ ، كفاية الطالب ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ، ١٤١٢ هـ ، جـ١ ،صـ٥٧٤ ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ، جـ١ ،صـ٣٠٨ ، الناشر ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، لبنان .

(٣) الأم ، جـ٢ ،صـ٨٤ ، مغني المحتاج ، جـ١نصـ٤٤٤ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٤٩ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٧٠ /٣٧١

(٤) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٨ ،

(٥) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٦٦ ، م ٧٧١

(٦) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥٠

(٧) شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٤٠١

(٨) **الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٨ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٢١١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠١**

(٩) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٠١

(١٠) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٧١ .

(١١) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠١

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم القياس على الحج لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا **وبيان الفرق :** أن الحج لا يخرج منه بالفساد فكانت حرمته باقية وليس كذلك الصيام (١)

٢ ــ القياس على الجماع الأول بجامع أم كلا منهما وطء محرم لحرمة رمضان فأوجب الكفارة كالأول .

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم أيضا بصحة هذا القياس لأن الوطء الأول تضمن هتك الصوم وهو مؤثر في إيجاب الكفارة فلا يصح قياس غيره عليه (٢)

الجواب على هذه المناقشة :

يجاب عن هذه المناقشة بعدم التسليم بأن الكفارة تجب لهتك حرمة الصوم لأن هذا منتقض بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام فإنه يلزمه الكفارة مع أنه لم يهتك الصوم (٣)

الرد على الجواب السابق : لا نسلم بأن من جامع قبل الفجر ثم استدام الجماع بعد طلوعه لم يهتك حرمة الصوم لأنه بمجرد طلوع الفجر عليه يجب عليه أن ينزع ومن ثم فاستدامته الجماع بعد طلوع الفجر تعد هتكا لحرمة الصوم وبالتالي فإيجاب الكفارة لأجل هذا المعني

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان رأي جمهور الفقهاء القائل بعدم تكرر الكفارة بتكرر الجماع في اليوم سواء كفر عن الجماع الأول أو لم يكفر إذ إن الجماع الثاني لم يصادف صوما منعقدا فلم تجب به كفارة بخلاف الجماع الأول كما أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من القول بتكرر الكفارة في الجماع الثاني إذا كان قد كفر عن الأول كلام غير مسلم وغير مقبول لأنه لم يقم عليه دليل شرعي ومن ثم فلا يعتد به لهذا فالراجح في هذه المسألة قول جمهور الفقهاء لقوة دليله وضعف دليل المخالف . والله أعلم .

****

الغصن الرابع

حكم تكرار الكفارة بالجماع في يومين أو أكثر من رمضان

اختلف الفقهاء في حكم من جامع في أكثر من يوم من أيام رمضان هل تجب عليه كفارة واحدة أم تجب عليه لكل يوم كفارة مستقلة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين : ــ

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ٢ ،صـ٢٨١

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠١

(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠١

الرأي الأول : ذهب مهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والرواية الأولى عند الحنابلة (٣) والظاهرية (٤) والإمامية (٥) إلى أن من جامع في أكثر من يوم من أيام رمضان تجب عليه لكل يوم كفارة مستقلة واختاره القاضي والليث بن سعد وروي عن عطاء ومكحول (٦)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٧) والرواية الثانية عند الحنابلة (٨) والزيدية(٩) إلى أن من جامع في أكثر من يوم من رمضان تجب عليه كفارة واحدة

قال ابن قدامة : " وهو اختيار بي بكر والقاضي وإليه ذهب الزهري والأوزاعي وأصحاب الرأي " (١٠) وبه قال الإباضية ما لم يكفر عن الأول فإن كفر عنه لزمه كفارة أخرى على المشهور عندهم (١١)

منشأ الخلاف : يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى التساؤل التالي : هل الكفارات تشبه الحدود أم لا ؟ فمن شبهها بالحدود قال : كفارة واحدة تجزيء في ذلك على أفعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وإن زنى ألف مرة إذا لم يجلد لواحد منها . ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الأيام حكما مفردا بنفسه في هتك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة قالوا : والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوعى من القربة والحدود زجر محض (١٢)

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن من جامع في أكثر من يوم في رمضان عليه لكل يوم كفارة مستقلة بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة : بحديث الأعرابي السابق :

وجه الدلالة : ــ إن الرسول ε أمر الذي وطيء امرأته في رمضان بالكفارة فصح أن لذلك اليوم الكفارة المأمور بها وكل يوم فلا فرق بينه وبين ذلك اليوم لأن الخطاب بالكفارة واقع عليه فيه كما وقع في اليوم الأول ولا فرق (١٣)

ثانيا ــ القياس من وجوه : ــ

الوجه الأول : ــ القياس على سائر الكفارات ككفارة القتل واليمين والظهار فهذه

---

(١) الذخيرة ، جـ٢ ،صـ٥٢١ ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ، جـ١ ،صـ٣٠٨

(٢) **الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٠ ،حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٨ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٧١**

(٣) **الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٧ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٠**

(٤) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٦٦ ، م ٧٧١

(٥) شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٣٠ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٢ ،صـ٩٩

(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٠

(٧) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٥٢ /١٥٣ ، الدر المختار ، جـ٦ ،صـ٧٣٤

(٨) **الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٧ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٠**

(٩) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥٠

(١٠) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ /٢١١

(١١) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٠١ /٤٠٢ ، شرح النيل ، جـ٤ ،صـ٤٠١ /٤٠٢

(١٢) د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ١٤٠١ /١٤٠٢

(١٢) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٦٦ ، م ٧٧١

الكفارات تتكرر بتكرر أسبابها فكذلك كفارة الجماع في نهار رمضان يلزم أن تتكرر بتكرر سببها في كل يوم وهو الجماع (١)

الوجه الثاني : القياس على الجماع في رمضانين أو حجتين

قال ابن قدامة : " لأن كل يوم عبادة مفردة فإذا وجبت الكفارة بإفساده لم يتداخل كرمضانين وكالحجتين " (٢)

وقال الخطيب الشربيني : " لأن كل يوم عبادة مستقلة فلا تتداخل كفارتاهما سواء أكفر عن الجماع الأول قبل الثاني أم لا ؟ كحجتين جامع فيهما "(٣)

ثالثا ــ من المعقول : إن لكل يوم من الشهر حرمة يتميز بها عن الآخر لما يلزمه من تحديد النية ولا يتعدى فساد اليوم إلى غيره فوجب أن يلزمه بهتك حرمة كل يوم كفارة مجددة " (٤)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن من جامع في أكثر من يوم في رمضان تلزمه كفارة واحدة بما يلي : ــ

أولا من السنة : بحديث الأعرابي السابق .

وجه الدلالـــة : أن الأعرابي لما قال واقعت امرأتي أمره النبيε بإعتاق رقبة واحـــدة بقوله : " أعتق رقبة " وإن كان قوله يحتمل المرة والتكرار ولم يستفسر النبي ε فـــدل أن الحكم لا يختلف بالمرة والتكرار (٥)

ثانيا ـــ القياس من وجوه : ـــ

الوجه الأول : القياس على التكرار في اليوم الواحد فكما أن المجامع أكثر من مرة في يوم من رمضان لا يلزمه إلا كفارة واحدة فكذلك من جامع في أكثر من يـــوم يلزمـــه كفارة واحدة (٦)

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا القياس غير سديد لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا

وبيان الفرق : أن من جامع أكثر من مرة في يوم واحد فقد هتك حرمة يـــوم واحـــد بخلاف من جامع في أكثر من يوم فقد هتك حرمة اليوم المجامع فيه وبما أن لكل يوم من الشهر حرمة يتميز بها عن الآخر فوجب أن يلزمه بهتك حرمة كل يـــوم كفـــارة مجددة (٧)

---

(١) الذخيرة ، جـــ٢ ،صـــ٥٢١ ، البدائع ، جـــ٢ ،صـــ١٥٣

(٢) المغني ، جـــ٤ ،صـــ٢١٠ /٢١١ ، الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٢٠٠

(٣) مغني المحتاج ، جـــ١ ،صـــ٤٤٤ ، المهذب ، جـــ١ ،صـــ٢٤٩ ، الأم ،جـــ٢ ،صـــ٨٥

(٤) الحاوي الكبير ، جـــ٣ ،صـــ٢٨١ ، د/ السيد رضوان ، السابق ، صـــ١٤٠٣ وما بعدها

(٥) البدائع ،جـــ٢ ،صـــ١٥٣

(٦) البحرالزخار ، جـــ٣ ، صـــ٢٥٠

(٧) الحاوي الكبير ، جـــ٣ ،صـــ٢٨١

الوجه الثاني : القياس على الحدود بجامع أن كلا منهما جناية تكرر سببها قبل استيفائها فيجب أن تتداخل (١)

مناقشة هذا الاستدلال : هذا القياس غير سليم لأنه قياس مع الفارق

وبيان الفرق من وجوه :

الأول : أن الحدود يقيمها الإمام على المرء كرها ولا يحل للمرء أن يقيمها على نفسه بخلاف الكفارة التي إنما يقيمها المرء على نفسه وهو مخاطب بها على نفسه ولـــيس مخاطبا بإقامة الحدود على نفسه (٢)

الثاني : إن الحدود المعنى فيها أنها حق الله تعالى وليس لآدمي فيهـــا نصـــيب فلـــذلك تـــداخلت والكفارات تتعلق بحقوق الآدميين فلم تتداخل فصـــــح أن عليه لكل يوم كفارة (٣)

الثالث : إن الحدود مبنية على الدرء والإسقاط فتداخلت بخلاف كفارة الجماع في نهار رمضان فإنها عبادات فلم تتداخل (٤)

الوجه الثالث : القياس على الحج بجامع أن كلا منهما عبادة واحدة وركن من أركان الإسلام (٥)

مناقشة هذا الاستدلال من وجوه :

الأول : لا نسلم أن رمضان كالعبادة الواحدة ومن ثم فاسم الشهر يجمعه لأنه وإن كان عبادة واحدة فإنه يجمع عبادات واحدة كالصلاة وهي ركن واد وعبادة واحدة ثم يجمع خمس صلوات في اليوم والليلة ولكل صلاة حكم نفسها في الصحة والفساد فكذلك الصيام يجب أن يختص كل يوم بحكم نفسه (٦)

الثاني : كما أننا لا نسلم المقيس عليه وهو أن تكرار الجماع في الحج يلزمه كفارة واحدة إذ يلزمه لكل وطء كفارة فسقط هذا الاعتبار (٧)

الثالث : سلمنا لكم أنه يلزم بتكرر الوطء في الحج كفارة واحدة لكنه هناك فرق بينه وبين الصيام من عدة نواح :

الأولى : إن للحج إحراما واحدا يجمع أركانه ويتعدى فساد آخره إلى صحة أوله وليس كذلك صيام اليومين

الثانية : إن الحج يلزمه إتمام فاسده وتستوي حرمة جميعه فإذا وجبت الكفارة لحرمة بعضه فهي نائبة عن حرمة جميعه وليس كذلك صيام اليومين (٨)

الثالثة : قال الشافعي ــ في الجواب عن قياس الصيام على الحج ــ : " قلنا : وأي

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ /٢١١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٠

(٢) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٦٦

(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨١ ، وأيضا يراجع بتوسع د/ السيد رضوان السابق ص١٤٠٦

(٤) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٧١

(٥) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٠/٢٨١

(٦) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٠/٢٨١

(٧) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٠/٢٨١

(٨) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٠/٢٨١

شيء الحج من الصوم الحج شريعة والصوم أخرى قد يباح في الحج الأكل والشرب ويحرم في الصوم ، ويباح في الصوم اللبس والصيد والطيب ويحرم في الحج ...والحج إحرام واحد لا يخرج أحد منه إلا بكماله وكل يوم من شهر رمضان كماله بنفسه ونقصه فيه ألا ترى أنه يصوم اليوم من شهر رمضان ثم يفطر وقد كمل اليوم وخرج من صومه ثم يدخل في آخر فلو أفسده لم يفسد الذي قبله والحج متى أفسده عندهم قبل الزوال من يوم عرفه فسد كله (١)

ثالثا ــ المعقول : قال الكاساني : " ولأن معنى الزجر لازم في هذه الكفارة أعني كفارة الإفطار بدليل اختصاص وجوبها بالعمد المخصوص في الجناية الخالصة

الخالية عن الشبهة بخلاف سائر الكفارات والزجر يحصل بكفارة واحدة بخلاف ما إذا جامع ثم كفر ثم جامع لأنه لما جامع بعد ما كفر علم أن الزجر لم يحصل بالأول " (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان الرأي الأول القائل بتكرر الكفارة بتكرر الوطء في كل يوم من أيام رمضان لأن كل يوم عبادة مستقلة وحرمة يتميز بها عن الآخر وبالتالي فيجب أن يلزم المجامع بهتك حرمة كل يوم كفارة مجددة لأن الخطاب بالكفارة واقع عليه فيه كما وقع في اليوم الأول ولا فرق (٣) وهذه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وأما ما استدل به أصحاب الاتجاه الثاني فلم تسلم استدلالاتهم من الطعن والمناقشة مما يؤدي إلى الاطمئنان في القول بترجيح الرأي الأول والله أعلم

---

(١) الأم ، جـ٢ ،صـ٨٥

(٢) البدائع ، جـ٢ ، صـ١٥٣

(٣) د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ١٤٠٧ .

(١٤٢)

الغصن الخامس

حكم إيجاب الكفارة بجماع الجاهل والناسي والمكره *

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بوجوب الكفارة على من جامع متعمدا في نهار رمضان أن عليه القضاء والكفارة

ولكن هل يجب القضاء الكفارة على من جامع ناسيا أو جاهلا أو مكرها في نهار رمضان أو لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء : ـ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والشافعية (٢) وقول للإمام أحمد (٣) والظاهرية (٤) والإمامية (٥) والإباضية (٦) إلى أن من جامع ناسيا في نهار رمضان فصيامه صحيح وليس عليه قضاء أو كفارة وهو قول الحسن ومجاهد والثوري وأصحاب الرأي (٧) وابن المنذر وإسحاق (٨)

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة في الراجح عندهم (٩) إلى أن من جامع ناسيا في نهار رمضان يجب عليه القضاء والكفارة وهو قول عطاء وابن الماجشون (١٠)

الرأي الثالث :ذهب المالكية (١١) والزيدية (١٢) والأوزاعي الليث ابن سعد(١٣) إلى أن من جامع ناسيا في نهار رمضان يجب عليه القضاء دون الكفارة

منشأ الخلاف : يرجع السبب في اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى معارضة ظاهر الأثر للقياس (١٤) وأما القياس فهو تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة ، وأما الأثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو قوله ص " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه " (١٥)

---

* يراجع بتوسع في هذه المسألة ، د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ ١٣٥٩ وما بعدها

(١) البناية ، جـ٣ ،جـ٣ ،صـ٦٥٧ /٦٥٨

(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٢ ، الأم ، جـ٢ ،صـ٨٥ ،نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢٠١ الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٤ ،المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٥٢ /٣٥٣ ، المهذب ، جـ١ ،صـ١٨٣ .

(٣) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨١ ، المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ ،قال ابن قدامة : " نقل أحمد بن القاسم عنه ــ أي الإمام أحمد ــ كل أمر غلب عليه الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره قال أبو الخطاب : هذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه والنسيان وروى أبو داود عن أحمد أنه توقف عن الجواب وقال : أجبن أن أقول فيه شيئا وأن أقول ليس عليه فيه شيء قال : سمعته غير مرة لا ينفذ له فيه قول " المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ .

(٤) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٢٢ .

(٥) المختصر النافع ، صـ٩٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ١٧ .

(٦) النيل وشفاء العليل ، جـ ٣ ،صـ٣٤١ ، شرح النيل ، جـ٣ ، ٣٤١

(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ (٨) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٠٦

(٩) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤،الشرح الكبير، ج٤،ص ١٩٤(١٠) حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٤

(١١) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٠٦ (١٢) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥٠

(١٣) حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٤ (١٤) د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ١٣٦٠

(١٥) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٨٠٩ ، برقم ١١٥٥ ، صحيح البخاري ، جـ٢ ،صـ٦٨٢ ، برقم ، ١٨٣١

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن من جامع جاهلا أو ناسيا أو مكرها في نهار رمضان ليس عيه قضاء ولا كفارة وصيامه صحيح بما يلي : ــ

أولا من السنة بما يلي : ــ

١ ــ بما روي عن أبي هريرة أن النبيε قال : " من أفطر في نهار رمضان ناسيا فلا قضاء عليه ولا كفارة " (١)

فقد أفاد هذا الحديث بصريح لفظه عدم وجوب الكفارة على من أفطر ناسيا في نهار رمضان بجماع أو غيره وكذا القضاء

٢ ــ ما روي عن أبي هريرة ــ أيضا ــ أن النبي ε قال : " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه " (٢)

وجه الدلالة : ــ أفاد هذا الحديث صحة صيام الناسي بالأكل والشرب ويقاس عليه المجامع فلا يجب عليه قضاء ولا كفارة

٣ ــ ما روي عن ابن عمر ــ رضي الله عنهما ــ أن النبي ε قال : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٣)

فقد أفاد هذا الحديث أن المكره والناسي والمخطيء لا إثم عليهم بهذا النسيان وبالتالي فلا كفارة لأنها وجبت لمحو الإثم وهو مرفوع عنهم

ثانيا ــ من المعقول : إن الكفارة وجبت لمحو الإثم عن المجامع بانتهاكه حرمة الشهر ولا إثم علي الجاهل والناسي والمكره لأن الشارع رفع الإثم عنهم قال الخطيب الشربيني : " إن الكفارة تجب لمحو الإثم عن المجامع بانتهاكه حرمة الشهر ولا إثم عليه لأن الشارع رفع الإثم عن الناسي كما أن صيام الناسي صحيح لم يفسد بالنسيان فلا يجب عليه القضاء أيضا " (٤)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن من جامع جاهلا أو ناسيا في نهار رمضان عليه القضاء والكفارة بما يلي :

أولا ــ من السنة : بحديث الأعرابي السابق .

وجه الدلالة : إن النبي ε لم يسأله عن العمد ولو افترق الحال لسأل واستفصل لأن ترك الاستفصال في مقام البيان يفيد العموم

---

(١) فيض القدير ، جـ٦ ،صـ٧٨ ،عون المعبود ، جـ٧ ،صـ٢٣ ، قال : قال الدارقطني : " تفرد به محمد بن مرزوق وهو ثقة عن الأنصاري " ، فتح الباري ، جـ٤ ،صـ١٥٧

(٢) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٨٠٩ ، برقم ١١٥٥ ، صحيح البخاري ، جـ٢ ،صـ٦٨٢ ، برقم ، ١٨٣١

(٣) **سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ،صـ٨٤ ، برقم ١١٢٣٦ ، موارد الظمآن بنحوه عن ابن عباس ، جـ١ ،صـ٣٦٠ ، برقم ١٤٨٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق / محمد عبد الرازق حمزة .**

(٤) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٢

قال ابن قدامة : " ولأنه يجب التعليل بما تناوله لفظ السائل وهو الوقوع على المرأة في الصوم ولأن السؤال كالمعاد في الجواب فكأن النبيε قال : " من وقع على أهله في رمضان فليعتق رقبة " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم أن الحديث السابق يشمل بعمومه العامد والناسي ففي الحديث ما يدل على العمد وهو قول الرجل : " هلكت وأهلكت " وروي " احترقت " فيكون الحديث مرادا به العامد دون غيره (٢)

الجواب عن هذه المناقشة : قال ابن قدامة : " قلنا : يجوز أن يخبرعن هلكته فيما يعتقده في الجماع مع النسيان من إفساد من إفساد الصوم وخوفه من غير ذلك"(٣)

ثانيا من المعقول بما يلي :

أولا : إن الصوم عبادة تحرم الوطء فاستوى فيها عمده وسهوه كالحج (٤)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين : ــ

الوجه الأول : إن القياس على الحج غير مسلم لأن للصيام أحكاما تخالف أحكام الحج فيكون القياس غير مسلم

الوجه الثاني : إن قوله ε : " من أفطر في شهر رمضان ناسيا فلا قضاء عليه ولا كفارة " (٥) أفاد عدم وجوب القضاء والكفارة على من أفطر في نهار رمضان ناسيا بجامع أو غيره وشرط العمل بالقياس عدم وجود النص وقد وجد فيكو غير مقبول (٦)

ثانيا : إن إفساد الصوم ووجوب الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع فاستوى فيهما العمد والسهو (٧) قال الماوردي : " لأنه جماع تام صادف صوما فوجب أن يفطر به كالعامد " (٨)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم استواء العمد والسهو في الجماع لأن الساهي قد خرج من وجوب الكفارة بالأحاديث السابقة عن الرسولε (٩) التي تفيد رفع الحرج والإثم عن الناس وعدم وجوب القضاء والكفارة عليه كما تقدم

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٥ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٤ /١٩٥ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٠

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٥ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٤ /١٩٥

(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٥

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٥ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٠
(٥) سبق تخريجه ، صـ١٤٣ .
(٦) كشف الأسرار للنسفي ، جـ٢ ،صـ٢٣٨، إرشاد الفحول للشوكاني ، صـ٢٠٦
(٧) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٠ ، المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٥ ،
(٨) الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٨٣
(٩) يراجع استدلال الرأي الأول من السنة

ثالثا : إن عمد الحدث وسهوه سواء في نقض الطهارة لتنافيهما فكذلك الأكل والجماع في الصوم يجب أن يستوي الحكم في عمده وسهوه لتنافيهما (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم هذا القياس لأنه في مقابلة النص فيكون غير مقبول وهذا النص هو قوله ε: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ...الخ " وغيره من الأحاديث

رابعا : إن النسيان في الجماع غير متصور فيستوي فيه العامد والساهي

قال عطاء : " ولأن مثل هذا لا ينسى " (٢)

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بوجوب القضاء دون الكفارة على من جامع ناسيا بما يلي :

١ ــ إن ركن الصيام هو الإمساك عن المفطرات ولم يتحقق هذا في حق الناسي فيجب عليه القضاء قال ابن المرتضي : " إذ لا إمساك (٣) وقد قال تعالى : " فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ" (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : نسلم أن ركن الصيام هو الإمساك عن المفطرات لكن دل الشرع على أن صيام الناسي في الأكل والشرب والجماع صحيح فيكون هذا الاستدلال غير صحيح

٢ ــ إن الكفارة تجب لمحو الإثم وهو محطوط عن الناسي (٥)

الرأي الراجح : من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان الرأي الأول القائل بصحة صيام من جامع ناسيا في نهار رمضان وعدم وجوب القضاء والكفارة عليه وذلك لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي

الغصن السادس : حكم إيجاب الكفارة على من جامع في قضاء رمضان

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء على عدم وجوب الكفارة على من جامع في صوم التطوع وإنما الخلاف بينهم في وجوبها على من جامع عامدا في صوم قضاء رمضان (٦)

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٧) والمالكية (٨) والشافعية (٩) والحنابلة (١٠) والظاهرية (١١) والزيدية (١٢) وظاهر كلام الإباضية (١٣) إلى عدم وجوب الكفارة على من جامع في قضاء رمضان

(١) الحاوي الكبير ، جـ ٣،صـ٢٨٥ (٢) القرطبي ،جـ١ ،صـ٨٠٦
(٣) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥١ (٤) سورة البقرة ، آية : (١٨٥)
(٥) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ /١٩٥ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٤ .
(٦) د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ١٣٩٥ .
(٧) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٥٣ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٦٧١ ، الهداية ،جـ١ ،صـ١٢٥ ، البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٢٩٩
(٨) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٦٧ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٦٩ ، كفاية الطالب ، جـ١ ،صـ٥٧٤ ، الثمر الداني ، جـ١ ،صـ٣٠٨
(٩) مغني المحتاج ، جـ٢ ،صـ٤٤٢ ، الأم ، جـ٢ ،صـ٨٥ ، نهاية المحتاج ، جـ٢ ،صـ٢٠١ ، الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٧٧ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٧٨ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٧١
(١٠) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٠ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٩ /٢٩٠
(١١) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٧١ ،م ٧٧٤ (١٢) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥٠
(١٣) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ، صـ ٣٤١ وما بعدها

الرأي الثاني : ذهب الإمامية (١) ورواية مرجوحة عند الحنابلة (٢) وقتادة ومجاهد وأبو ثور (٣) إلى ان من جامع في قضاء رمضان تجب عليه كفارة لهذا الجماع

الأدلة :

(ا) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على من جامع في قضاء رمضان بما يلي :

١ ــ إن وجوب الكفارة بإفساد صوم رمضان عرف بالتوقيف وإنه صوم شريف في وقت شريف لا يوازيهما غيرهما من الصيام والأوقات في الشرف والحرمة فلا يلحق به في وجوب الكفارة (٤)
وجاء في مغني المحتاج " لأن النص ورد فيه وهو أفضل الشهور ومخصوص بفضائل لم يشاركه فيها غيره فلا يصح قياس غيره عليه " (٥)

٢ ــ إن الإفطار في رمضان بالجماع أبلغ في الجناية من غيره فلا يلحق به غيره (٦)

٣ ــ قال ابن قدامة : " ولنا أنه جامع في غير رمضان فلم تلزمه كفارة كما لو جامع في صيام الكفارة " (٧)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب الكفارة على من جامع في قضاء رمضان بالقياس على الجماع في أداء رمضان بجامع أن كلا منهما عبادة تجب الكفارة في أدائها فوجبت في قضائها كالحج (٨)

مناقشة هذا الاستدلال : قال ابن قدامة : " و يفارق القضاء الأداء لأنه متعين بزمان محترم فالجماع فيه هتك له بخلاف لقضاء " (٩)
وقال الماوردي : " وهذا مذهب يفارق قول الجماعة لأن الكفارة إنا وجبت في شهر رمضان لتأكد حرمته وتعيين زمانه وإن الفطر لا يتخلله والقضاء مخالف له "(١٠)

الرأي الراجح : يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هـذه المسـألة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بعدم وجوب الكفارة على من جامع فـي قضاء رمضان وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وضعف مـا استند إليه إليه أصحاب الرأي الثاني والله أعلم

---

(١) شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٣٢ ، المختصر النافع ، صـ٩٠
(٢) الإنصاف ، جـ٣ نصـ٢٩٠
(٣) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٦٧ ، المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٧١ ، الحـاوي ، جـ٣ ،صـ٢٧٧ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٠ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٦٧١
(٤) البدائع ،جـ٢ ،صـ١٥٣
(٥) مغني المحتاج ، جـ ١ ، صـ٤٤٢ ، العزيز ، حـ٣ ،صـ٢٢٧
(٦) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٧٨
(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠١ ، بتوسع يراجع د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ١٣٩٧
(٨) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٠
(٩) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠١ (١٠) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٧٧

(١٤٧)

الغصن السابع
هل الكفارة مرتبة أو مخيرة ؟

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بوجوب الكفارة على من جامع متعمدا في نهـار رمضان في ان هذه الكفارة هي عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام سـتين مسكينا ولكنهم اختلفوا في هذه الكفارة من حيث الترتيب والتخيير إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) وأحد القولين عند المالكية (٢) والشافعية (٣) والمشهور من مذهب الحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيديـة (٦) إلى أن كفارة الجماع في نهار رمضان واجبة على الترتيـب وبـه يقـول الثـوري والأوزاعي وأصحاب الرأي (٧)

الرأي الثاني : ذهب المالكية في أح القولين (٨) ورواية للإمام أحمد (٩) وهو قول للإمامية (١٠) والإباضية (١١) بأن كفارة الجماع في نهار رمضان واجبة علـى التخيير

الرأي الثالث : ذهب الحسن البصري إلى ان من جامع في نهار رمضان فهو مخيـر بين عتق رقبة ونحر بدنة (١٢)

---

(١) البناية ، جـ٣ ،صـ٦٦٩ /٦٧٠ ، الهداية ، جـ١ ،صـ١٢٥ ، المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧١ ،
(٢) الذخيرة ، جـ٣ ،صـ٥٢٦ ،
(٣) الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٨٦ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٦٦ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٦٨ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٤ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٥٤٨ ، دار السلام ، القاهرة ، الأم ،جـ٢ ،صـ٨٤
(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٥ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٣٧ ،الإنصاف ،جـ٣ ،صـ٢٩٠ ،
(٥) المحلى ، جـ٦ ، صـ١٩٧ ، م٧٣٩
(٦) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٤٩
(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٥
(٨) الذخيرة ، جـ٣ ،صـ٥٢٦ ، شرح الزرقاني ، جـ٢ ،صـ٢٣٠ ، التمهيد لابن عبد البر الناشر ، وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية ، المغرب ، ط ، ١٣٨٧ هـ ، تحيق / مصطفي بن أحمد العلوي ، جـ٧ ،صـ١٦١ ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ، جـ١ ،صـ٣٠٧
(٩) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٩٠ ، المغني ، جـ٢٠٥
(١٠) المختصر النافع ، صـ٩٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٠
(١١) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٣٩٩ /٤٠٠ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٣٩٩ /٤٠٠
(١٢) المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧٢ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٢ ، البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٤٩ .

(١٤٨)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن الكفارة الواجبة بسبب الجماع في نهار رمضان على الترتيب بما يلي :

أولا من السنة : بحديث الأعرابي السابق .

وجه الدلالة : ــ إن هذا الحديث جاء بصيغة الترتيب فتكون الكفارة واجبة كما وردت في الحديث (١)

ثانيا ــ القياس على الظهار والقتل بجامع أن كلا منهما كفارة مرتبة فتكون كفارة الجماع كذلك ولرواية أبي هريرة أن رسول الله ε أمر الذي أفطر في رمضان بكفارة الظهار (٢) وقد اجمعوا على ترتيبها (٣) قال ابن قدامة : " ولأنها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكانت على الترتيب ككفارة القتل والظهار " (٤)

ثالثا ــ المعقول من وجوه : ــ

الأول : ــــ إن كفارة الجماع في نهار رمضان تجب بضرب من المأثم فوجب أن تكون على الترتيب (٥)

قال الماوردي : " ولأنه نوع تكفير يجب بضرب من المأثم فوجب أن يكون على الترتيب " (٦)

الوجه الثاني : ما قاله ابن قدامة :" بأن الترتيب زيادة والأخذ بالزيادة متعين" (٧)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن كفارة الجماع في نهار رمضان واجبة على التخيير بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة : بما روى مالك وابن جريج عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رجلا أفطر في رمضان فأمره رسول الله ε أن يكفر بعتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا (٨)

وجه الدلالة : أن " أو " حرف يفيد التخيير في اللغة العربية وهذا يفيد أن الكفارة واجبة على سبيل التخيير وليس الترتيب

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦ ، الشرح الكبير ،جـ٤ ،صـ٢٠٥ /٢٠٦

(٢) سبق تخريجه ، صـ١٢٧ .

(٣) الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٨٧

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦ ، الشرح الكبير ،جـ٤ ،صـ٢٠٥ /٢٠٦

(٥) الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٨٧

(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦

(٧) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٢ ،صـ٢١٢ ،برقم ٣١١٥ ، الدار قطني ، جـ٢ ،صـ٢٠٩ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ٥١٦ برقم ١٠٦٩٨ ، موطأ الإمام مالك ، جـ١ ،صـ٢٩٦ برقم ٦٥٧ ، دار إحياء التراث العربي ، مصر ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي .

(٨) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٤٩ ،المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦ ، الشرح الكبير ،جـ٤ ،صـ٢٠٥ /٢٠٦

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم هذه الرواية الواردة بلفظ التخيير " أو " والأولى رواية الترتيب قال ابن قدامة : " وهذا لفظ الترتيب والأخذ به أولى من رواية مالك لأن أصحاب الزهري اتفقوا على روايته بصيغته هكذا أي بصيغة الترتيب سوى مالك وابن جريج فيما علمنا واحتمال الغلط فيهما أقوى من احتماله في سائر أصحابه (١)

ويحتمل أن الراوي رواه " بأو " لاعتقاده أن اللفظين سواء (٢)

ثانيا ــ المعقول : إن كفارة الجماع في نهار رمضان تجب بالمخالفة فكانت على التخيير ككفارة اليمين (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم القياس على كفارة اليمين لأن تشبيه كفارة الجماع في نهار رمضان بكفارة الظهار أولى من غيرها لقولهε : " من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر " (٤)

(ج) أدلة الرأي الثالث :

استدل أصحاب هذا الاتجاه القائلون بأن المجامع في نهار رمضان مخير بين عتق رقبة ونحر بدنه بما يلي :ـ

أولا ـ من السنة : بما روي أن رسول الله ε أمر من جامع عمدا في نهار رمضان بأن يعتق رقبة أو ينحر بدنة " (٥) فقد أفاد هذا الحديث أن كفارة الجماع في نهار رمضان مخيرة بين عتق رقبة أو نحر بدنة

مناقشة هذا الاستدلال : هذا الحديث غير صحيح فلا يكون حجة في الاستدلال به قال ابن المرتضي في الجواب عن هذا الحديث : " قلنا : ليس في الصحيحين "(٦) وقال النووي : " وأما حديث الحسن فضعيف جدا " (٧)

ثانيا ـ القياس على الجماع في الإحرام تجب به بدنة فكذلك الجماع في الصيام(٨)

مناقشة هذا الاستدلال : قال السرخسي : " لا مدخل للقياس في ما تتأدى به الكفارة إنما طريق معرفته النص وليس في شيء من النصوص ذكر البدنة في كفارة الفطر فكما لا مدخل للقياس فيما تتأدى به العبادات فكذا فيما يجب بالجناية فيها " (٩)

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٥ /٢٠٦
(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٥ /٢٠٦
(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٠٥ /٢٠٦
(٤) سبق تخريجه ، صـ١٢٧ .
(٥) فتح الباري ، جـ٤ ، صـ١٦٧ قال ابن حجر: ووصفه ابن المسيب بالكذب
(٦) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٤٩
(٧) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٢
(٨) المبسوط ، جـ٣ ،صـ٧٢
(٩) المبسوط ، جـ٣ ، صـ٧٢

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان رأي جمهور الفقهاء القائلين بوجوب كفارة الجماع في نهار رمضان على الترتيب وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وأما ما استدل به المخالف من أدلة أمكن دفعها ومناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم الاعتداد بها والتعويل عليها والله أعلم

الغصن الثامن : حكم العجز عن الكفارة

لا خلاف بين الفقهاء في ان الكفارة لا تسقط عن القادر على إخراجها بحال من الأحوال وإنما وقع الخلاف بينهم فيمن عجز عن إخراج هذه الكفارة هل تسقط بالعجز أ تستقر في الذمة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب المالكية في أحد أقوالهم (١) والشافعية في الأظهر عندهم(٢) والرواية الثانية للإمام أحمد (٣) إلى أن الكفارة لا تسقط بالعجز وإنما تثبت في الذمة وهو قول الثوري وأبي ثور والزهري (٤)

الرأي الثاني : ذهب المالكية في أحد أقوالهم (٥) والراجح عند الحنابلة (٦) وبعض الشافعية (٧) وظاهر كلام الزيدية (٨) والإمامية (٩) إلى أن الكفارة تسقط بالعجز وهو قول الأوزاعي (١٠)

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بعدم سقوط الكفارة من جامع في نهار رمضان وعجز عن إخراجها بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة : بحديث الأعرابي السابق .

---

(١) شرح الزرقاني ، جـ٢ ،صـ٢٣١

(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ، صـ٤٤٥ ، المهذب جـ١ ،صـ٢٤٩ /٢٥٠ ، الأم ، جـ٢ ،صـ٨٤ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٨

(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٩١ ، المبدع ، جـ٣ ، صـ٣٧ ، شرح العمدة ، جـ١ ،صـ٤٧٠

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠

(٥) الذخيرة ، جـ٢ ،صـ٥٢٤

(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٢٠٩ ، الإنصاف جـ٣ ،صـ٢٩١ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٣٧ ، شرح العمدة ، جـ١ ،صـ٤٧٠

(٧) المجموع ، جـ٦ ،صـ٢٨٠ ، الحاوي الكبير ، جـ٢ ،صـ٢٨٨ ،

(٨) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٤٩

(٩) شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٣٣

(١٠) شرح الزرقاني ، جـ٢ ،صـ٢٣١ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٣٧

وجه الدلالة : أن الأعرابي لما أخبر النبي ε بعجزه عن أجناس الكفارة لم يبين له سقوطها عنه بل أمر له بما يكفر به من التمر فدل على ثبوتها في ذمته وإن عجز عنها (١)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم ان النبي ε لم يسقط الكفارة عنه قال ابن قدامة : " ...قد أسقطها عنه بعد ذلك وهذا آخر الأمرين من رسول الله ε " (٢)

ثانيا ــ القياس من وجهين : ــ

الوجه الأول : القياس على جزاء الصيد فكما أن جزاء الصيد لا يسقط بالإعسار فكذلك كفارة الجماع في نهار رمضان . قال الماوردي : " وقياسا على جزاء الصيد يلزمه وإن أعسر به " (٣)

الوجه الثاني : القياس على سائر الكفارات فكما أن سائر الكفارات الأخرى لا تسقط بالعجز فكذلك هذه . جاء في المغني " ولأنها كفارة واجبة فلم تسقط بالعجز عنها كسائر الكفارات " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال بأنه قياس في مواجهة النص ــ وهو حديث الأعرابي ــ فيكون غير مقبول قال ابن قدامة : " لا يصح القياس على سائر الكفارات لأنه إخراج للنص بالقياس والنص أولى " (٥)

الجواب عن هذه المناقشة : لا نسلم لكم أن النبي ε نص في حديث الأعرابي على سقوط الكفارة بالعجز بل العكس هو الصحيح لأن النبي ε أمر للأعرابي بما يكفر به من التمر فدل ذلك على ثبوتها في ذمته وإن عجز عنها . (٦)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بسقوط كفارة الجماع في نهار رمضان بما يلي : ــ

أولا من السنة : بحديث الأعرابي السابق .

وجه الدلالة أن رسول الله ε أذن للأعرابي في أكل التمر حين أخبره بحاجته ولم يأمره بإخراجها إذا قدر عليها مع الجهل بالحكم فيها فدل ذلك على سقوطها عنه بالعجز (٧) جاء في المجموع " أنه ε قال : " أطعم أهلك " ومعلوم أن الكفارة لا تصرف إلى الأهل فلو كانت واجبة لبينها ص إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة " (٨)

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٨ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٠

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠

(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٨

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٣٧

(٥) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠

(٦) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٨ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٠

(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ٢١٠

(٨) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٠

مناقشة هذا الاستدلال من وجوه : ــ

الوجه الأول : قال النووي ــ في مناقشة الاستدلال السابق ــ : " وأما إطعامه أهله فليس هو على سبيل الكفارة وإنما معناه أن هذا الطعام صار ملكا له وعليه كفارة

بإخراجه عنها فلما ذكر حاجته إليه أذن له في أكله لكونه في ملكه لا عن الكفارة وبقيت الكفارة في الذمة وتأخيرها لمثل هذا جائز بلا خلاف " (١)

الوجه الثاني : أن النبي ε قد بينها له بقوله :" تصدق بهذا " بعد إعلامه بعجزه ففهم الأعرابي وغيره من هذا أنها باقية عليه

الوجه الثالث : إن تأخير البيان إلى وقت الحاجة جائز وهذا ليس وقت الحاجة (٢)

ثانيا ــ القياس من وجهين : ــ

الوجه الأول : القياس على زكاة الفطر جاء في الحاوي : " وقياسا على زكاة الفطر إذا عدمها وقت الوجوب ثم وجدها فيما بعد لتعلقها بطهرة الصوم " (٣)

الوجه الثاني : القياس على صلاة المغمى عليه قال الشافعي : " ويحتمل أن تكون الكفارة ساقطة عنه إذا كان مغلوبا ما تسقط الصلاة عن المغمى عليه إذا كان مغلوبا " (٤)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب غليه أصحاب الرأي الأول القائلون بعدم سقوط الكفارة بالعجز بل تستقر في الذمة لحين القدرة على إخراجها وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي والله أعلم

الغصن التاسع : حكم المباشرة بما دون الوطء

اختلف الفقهاء في حكم مباشرة الرجل زوجته في نهار رمضان والتلذذ بها بما دون الوطء كالتقبيل والمباشرة باللمس ونحوه على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب الحنفية (٥) وبعض المالكية (٦) وإحدى الروايتين عند الحنابلة (٧) إلى أنه تكره مباشرة النساء بما دون الوطء لمن لا يأمن على نفسه ولا يملكها ولا يكره لغيره

---

(١) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٠

(٢) المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٨٠/٣٨١ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٣٧

(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٨٨

(٤) الأم ، جـ٢ ،صـ٨٤

(٥) الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٠٥ ، فتاوى قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية ، دار الفكر ، ط ، الثانية ، ١٤١١ هـ /١٩٩١ م ، جـ١ ،صـ٢٠٩ /٢١٠

(٦) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٠٨

(٧) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢١٥ /٢١٦

الرأي الثاني : ذهب المالكية (١) والشافعية (٢) ورواية عند الحنابلة (٣) والزيدية (٤) والإمامية (٥) والإباضية (٦) إلى كراهة مباشرة الرجل زوجته في نهار رمضان بما دون الوطء مطلقا

الرأي الثالث : ذهب الظاهرية (٧) إلى أن المباشرة بما دون الوطء كالقبلة ونحوها سنة حسنة

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بكراهة مباشرة النساء في نهار رمضان لمن لا يأمن على نفسه وعدم الكراهة لغيره بما يلي : ــ

أولا من السنة :

١ ــ بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا سال النبي ε عن المباشرة للصائم فرخص له فأتاه آخر فنهاه فإذا الذي رخص له شيخ والذي نهاه شاب "(٨)

وجه الدلالة : أفاد هذا الحديث كراهة المباشرة بما دون الوطء كما فعل النبيε مع الشاب الذي نهاه عن المباشرة في نهار رمضان لأن الشباب مظنة للشهوة ولا يأمن مع الشهوة على نفسه من الجماع

أما إذا أمن الشخص على نفسه من الجماع فيباح له ذلك كما فعل النبي ص عندما أذن للشيخ في المباشرة

٢ ــ بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : "كان رسول الله ε يقبل وهو صائم ويباشر وهو صائم ولكنه كان أملككم لإربه " (٩)

فقد أفاد هذا الحديث جواز المباشرة لمن يملك السيطرة على نفسه كما فعل النبيε مع نسائه

ثانيا المعقول : إنها مباشرة بغير شهوة فأشبهت لمس اليد لحاجة (١٠)

---

(١) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٦٨ ، رسالة أبي زيد ، جـ١ ،صـ٣٦٩

(٢) الأم ، جـ٢ ،صـ٨٦ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٤٩ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٩٠ /٢٩١

(٣) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٤١٦ /٤١٧

(٤) البحر الزخار ،جـ٣ ،صـ٢٥١

(٥) المختصر النافع ، صـ٩٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٣٣ /٣٤

(٦) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٢ ، شرح النيل ، نفس الموضع السابق

(٧) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢٠٥

(٨) سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٣١٢ ، برقم ٢٣٨٧ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٤ ،صـ٢٣١ ،برقم ٧٨٧٢ ، تحفة الأحوذي ،جـ٣ ،صـ٣٥٠ قال ابن الهمام : سنده جيد ، الكامل في الضعفاء ، جـ١ ،صـ٤٢٤

(٩) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٧٧٧ ،برقم ١١٠٦ ، صحيح البخاري ، جـ٢ ،صـ٦٨٠ برقم ١٨٢٧

(١٠) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢١٦ /٢١٧

(١٥٤)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بكراهة مباشرة النساء بما دون الوطء في نهار رمضان مطلقا بما يلي : ــ

١ ــ إن قرب النساء ذريعة إلى إفساد الصوم ولأن من يباشر وهو صائم يعرض صومه للفطر ولا يأمن عليه الفساد فيكون مكروها (١)

٢ ــ إن العبادة إذا منعت الوطء منعت دواعيه كالإحرام (٢)

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل ابن حزم على أن المباشرة بما دون الوطء كالقبلة ونحوها سنة حسنة بما يلي : ــ

١ ــ بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنه ε كان يقبلها وهو صائم (٣)

فقد أفاد هذا الحديث جواز المباشرة بما دون الوطء كما فعل الرسول ص ولو كان منهيا عنه لما فعله ε فدل ذلك على الجواز

٢ ــ بما روي عن عائشة ــ أيضا ــ أنه ε كان يباشر وهو صائم (٤)

وقد قال الله تعالى : " لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ " (٥)

فقد أفاد هذا الحديث جواز المباشرة بما دون الوطء أسوة بما كان يفعله الرسول ε

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة أن الرأي الراجح هو الرأي الأول القائل بجواز المباشرة دون الفرج لمن كان مالكا لإربه وبالكراهة لمن لا يسيطر على شهوته لئلا يكون ذلك ذريعة إلى فساد الصوم لذا كان هذا الرأي هو الأولى بالقبول

والله أعلم

---

(١) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٦٨ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٠٨ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢١٥ /٢١٦

(٢) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢١٥ /٢١٦
(٣) صحيح مسلم ، جـ١ ،صـ٣٢ ، ابن حبان ، جـ٨ ،صـ٣١٠ ،برقم ٣٥٣٩
(٤) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٧٧٧ ،برقم ١١٠٦ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٤ ،صـ٢٣٢ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٢ ،صـ٢٠٧ ،برقم ٣٠٩٣ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٢ ،صـ٣١٦ ، برقم ٩٤٢٨
(٥) سورة الأحزاب ، آية : (٢١)

(١٥٥)

الغصن العاشر : حكم إيجاب الكفارة على من استمتع دون الوطء

لا خلاف بين الفقهاء في أن من باشر زوجته دون الوطء كالتقبيل واللمس ونحوه ولم ينزل فلا كفارة عليه بذلك ولكن فيه الخلاف السابق من كراهة هذا الفعل أو إباحته كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في عدم وجوب الكفارة إذا قبل أو باشر فأمذى أو أنعظ أو التذ وإنما وقع الخلاف بينهم في إيجاب الكفارة على من أنزل بهذه المباشرة فهل تجب عليه كفارة أو لا ؟ (١)

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والشافعية (٣) والرواية الثانية للإمام أحمد (٤) والزيدية (٥) إلى أن من باشر دون الوطء فأنزل فعليه القضاء دون الكفارة وبه قال المالكية فيمن لم يتعمد الإمناء (٦)

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين عن الإمام أحمد (٧) والإباضية (٨) إلى أن من باشر زوجته دون الوطء فأنزل عليه القضاء والكفارة وبه قال عطاء والحسن وابن المبارك وإسحاق واختاره الخرقي والقاضي وأبو ثور والحسن بن صالح (٩) وإليه ذهب المالكية فيمن تعمد الإمناء (١٠)

الرأي الثالث : ذهب الظاهرية (١١) ورواية مرجوحة عند الحنابلة (١٢) إلى أن من باشر زوجته بالتقبيل واللمس ونحو ذلك فأنزل فإن صومه صحيح سواء تعمد الإنزال أو لا ولا قضاء عليه ولا كفارة

---

(١) يراجع بتوسع في هذه المسألة ، د/ السيد رضوان جمعة ، كفارة الإفطار في نهار رمضان ، السابق ، صـ١٣٤٠ وما بعدها
(٢) الفتاوى الهندية ، جـ١ ، صـ٢٠٥ ، فتاوى قاضيخان ، جـ١ نصـ٢٠٩ /٢١٠ ، الهداية ، جـ١ ،صـ١٢٥ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٦٧٠ ، البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٢٩٩ ،
(٣) الأم ،جـ٢ ،صـ٨٦ ، الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٩١ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٧١
(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٥ ، المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤
(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٥١

(٦) رسالة أبي زيد ، جـ١ ،صـ٣٦٩
(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٥
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٢
(٩) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٥ ، المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٩١ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٤٩
(١٠) رسالة أبي زيد ، جـ١ ،صـ٣٦٩
(١١) المحلى ، جـ٦ ،صـ٢١٣
(١٢) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٢٨٤

(١٥٦)

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بأن من باشر دون الوطء فأنزل عليه القضاء فقط دون الكفارة بما يلي :

* إن هذا فطر بغير جماع تام أشبه القبلة ولأنه لا نص فيه ولا إجماع ولا هو في معنى المنصوص لأن الجماع في الفرج أبلغ بدليل تعلق الكفارة به من غير إنزال ويجب به الحد ويتعلق به اثنا عشر حكما " (١)

وقال الماوردي : " ودليلنا : إنه إفطار بغير جماع فوجب أن لا تلزمه الكفارة ...والمعنى في الجماع في الفرج الإيلاج لا الإنزال " (٢)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب القضاء والكفارة على من أنزل بسبب المباشرة دون الفرج بما يلي :

١ ــ **القياس** على المباشرة في الفرج لأنه إنزال عن مباشرة قال ابن قدامة : " لأنه إنزال عن مباشرة أشبه الإنزال بالوطء " (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم بصحة هذا القياس لأن العلة في الأصل الجماع بدون الإنزال والجماع ههنا بدون إنزال غير موجب فلا يصح الاعتبار " (٤)

٢ ــ إن العلة في إيجاب الكفارة هي هتك حرمة الصوم وهي موجودة في الإنزال بالمباشرة دون الوطء فتكون واجبة (٥)

(ج) استدلال الرأي الثالث : استدل القائلون بأن من باشر زوجته بالتقبيل واللمس ونحو ذلك فإن صومه صحيح ولا قضاء عليه ولا كفارة بما يلي : ــ

١ ــ بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ε : كان يباشر وهو صائم " (٦) وقد قال الله تعالى : " لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِمَنْ كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ" (٧)

فقد أفاد هذا الحديث أن المباشرة بما دون الوطء سنة عن رسول الله ε سواء أنزل أو لم ينزل وبالتالي فلا قضاء ولا كفارة على من أنزل بسبب هذه المباشرة

مناقشة هذا الاستدلال : نسلم ان المباشرة دون الوطء منقولة عن رسول الله ε ولكنها مقيدة بعدم الإنزال لقول السيدة عائشة رضي الله عنها : " كان رسول الله ε يقبل وهو صائم ويباشر وهو صائم وكان أملككم لإربه " (٨)

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤
(٢) الحاوي ، جـ٣ ،صـ٢٩١ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٦٧٠
(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ١٩٩
(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ١٩٤
(٥) البناية ، جـ٣ صـ٦٧٠
(٦) سبق تخريجه ، صـ١٥٣
(٧) الأحزاب ، آية : (٢١)
(٨) سبق تخريجه ، صـ١٥٣

الرأي الراجح :

يترجح لدي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن من باشر زوجته دون الوطء فأنزل فعليه القضاء فقط دون الكفارة وذلك لقوة دليلهم وضعف دليل المخالف

والله أعلم

الفرع الثالث : التعزير

يجب على الإمام تعزير من انتهك حرمة الشهر المعظم بالجماع بما يزجره عن العودة لمثل هذا العمل قال الخطيب الشربيني : " تجب الكفارة مع التعزير كما قاله البغوي ... على كل مكلف بإفساد صوم يوم من رمضان بالفطر بصوم نفسه بجماع أثم به بسبب الصوم ولا شبهة " (١)

وجاء في اللمعة الدمشقية : " والتعزير المقدر على الوطء بخمسة وعشرين سوطا " (٢)
ويبدو لي أن هذا التحديد لا دليل عليه وإنما الأمر متروك للإمام أو القاضي يعزر الفاعل بما يزجره عن معاودة هذا الإثم (٣)

(١) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٤٢ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ وما بعدها ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٣٤٨

(٢) اللمعة الدمشقية ، جـ٢ ،صـ١٠٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٣٢

(٣) يراجع مطلب التعزير صـ٥٥ /٥٧

(١٥٨)

المبحث الثاني :

موقف القانون الجنائي من الجماع في نهار رمضان

تقدم بيان موقف الفقه الإسلامي من تعمد الإفطار في نهار رمضان بطريق الجماع حيث إن الإسلام يجرم هذا العمل ويجعله من الكبائر ويوجب على مرتكب هذا العمل عدة أمور : منها التوبة من هذه المعصية ، ثم قضاء هذا اليوم المجامع فيه ، ثم الكفارة ، ثم يوجب على ولي الأمر أن يعزر الجاني الذي ارتكب هذا الفعل بعقوبة تعزيرية تزجره عن معاودة هذا الفعل .

وبما أن الصوم عبادة بين العبد وربه فإن جميع القوانين الجنائية الوضعية للدول الإسلامية لم تنص بحال من الأحوال على عقوبة لمن تعمد الإفطار سرا ــ بصفة عامة ــ في نهار رمضان وإنما تركت العقاب في هذه الحالة لله عز وجل .

ولكن بعض الدول الإسلامية حرصت على تضمين تشريعاتها العقابية بعض النصوص التي تجرم الإفطار في نهار رمضان والمجاهرة به أو تحريض الغير عليه (١) وفيما يلي نماذج لبعض هذه التشريعات : ــ

أولا ــ التشريع العماني :

نصت المادة ٣١٢ /١٠ من قانون الجزاء العماني على أن " يعاقب بالسجن التكديري وبالغرامة من ريال إلى خمسة أو بإحدى هاتين العقوبتين من نقض الصيام علنا في شهر رمضان من قبل المسلمين بدون عذر شرعي " (٢)

ثانيا ــ التشريع الكويتي :

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٨ م في شأن المجاهرة بالإفطار في رمضان على أن " يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائة دينار وبالحبس مدة لا تجاوز شهرا أو بإحدى هاتين العقوبتين :

١ ــ كل من جاهر في مكان عام بالإفطار في نهار رمضان

٢ ــ كل من أجبر أو حرض أو ساعد على تلك المجاهرة مع جواز إضافة غلق المحل العام الذي يستخدم لهذا الغرض لمدة لا تجاوز شهرين " (٣)

ثالثا ــ التشريع المغربي :

نص الفصل ٢٢٢ من القانون الجنائي على أن " كل من عرف باعتناقه الدين الإسلامي وتجاهر بالإفطار في نهار رمضان في مكان عمومي دون عذر شرعي يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من اثني عشر إلى مائة وعشرين درهما " (٤)

---

(١) د/ حسني الجدع ، بحثه السابق ، صـ٦٦ وما بعدها

(٢) قانون الجزاء العماني الصادر في ١٦ فبراير لسنة ١٩٧٤ م

(٣) قانون الجزاء الكويتي رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٨ م

(٤) القانون الجنائي المغربي الصادر بالظهير رقم ٤١٣ / ٥٩ / ١ / بتاريخ ٢٦ /١١ /لسنة ١٩٦٢ م والمعدل بعدة تشريعات آخرها الظهير رقم ٢٨٣ / ٨١ / ١ / بتاريخ ٦ /٥ / ١٩٨٢ م

رابعا التشريع القطري :

نصت المادة ٣١١ من قانون العقوبات القطري على أ، " كل من أفطر علنا في شهر رمضان يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز شهرا أو بغرامة لا تزيد على مائة ريال أو بالعقوبتين معا " (١)

وبالنظر في هذه التشريعات العقابية لهذه الدول فإننا نلاحظ أن التجريم الذي يوصف به الإفطار في نهار رمضان يقتصر على حالتي المجاهرة بالإفطار أو التحريض عليه

أما من تعمد الإفطار ولم يجاهر به أو من عرف عنه تعمد الإفطار مع عدم المجاهرة فلا يعد سلوكه هذا عملا مجرما ولا يدخل نطاق التجريم الذي نصت عليه هذه القوانين

كما أن هذه التشريعات السابقة قصرت نطاق التجريم على الإفطار المعلن كالأكل والشرب ونحوهما أما ما عدا ذلك كالإفطار بطريق الجماع في نهار رمضان فلا يعد عملا مجرما وفقا لما تقدم

وهذا بلا شك يعد قصورا في هذه التشريعات العقابية السابقة يجب تداركه (٢)

موقف التشريع المصري وقصوره

إذا كانت هناك بعض التشريعات العقابية لبعض الدول الإسلامية والعربية تعالج بعض حالات الإفطار في نهار رمضان وتدخلها ضمن نطاق التجريم كتعمد الإفطار علناً والتحريض عليه ونحو ذلك

فإن المشروع الجنائي المصري- للأسف – لم يشر من قريب أو بعيد إلى أي نوع من أنواع التجريم تجاه تعمد انتهاك حرمة هذا الشهر الكريم سراً او علناً كما يحدث في بعض الأماكن العامة من المجاهرة بالإفطار وتعمد الاعتداء على مشاعر المسلمين بالإساءة لهذا الشهر الكريم مع إننا بلد إسلامي أصيل يعتنق الإسلام ويعد قبله للعالم أجمع في تعليم الإسلام ونشر صحيحه

ومع ذلك وقف الشرع مكتوف الأيدي إزاء هذه القضية المهمة التي تهمنا جميعاً في هذه الحياة

فمتى يهتم الشرع إذن إذا لم يجرم الاعتداء على حرمه هذا الشهر الكريم وإيذاء مشاعر المسلمين

---

(١) القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧١ م الصادر في ٢٥ /٨ /١٩٧١ م

(٢) د/حسني الجدع ، بحثه السابق ، صـ٦٦ /٦٧

اقتراح:

بعد بيان موقف الشرح السابق وتلافياً للقصور التشريعي القائم في معالجة هذه القضية فإنني أقترح إضافة نص أرجو أن يُضمن في نصوص قانون العقوبات المصري مؤداة

(كل من انتهك حرمة شهر رمضان بالإفطار عمداً أو بالتحريض علية يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة شهور وبغرامه لا تقل عن " ٣٠٠ جنيه مصري ولا تزيد عن ٥٠٠ جنيه مصري") وبالنظر إلي هذا النص نلاحظ أنه يتضمن الآتي : ــ

١ــ تجريم تعمد الإفطار في نهار رمضان يشمل تعمد الإفطار سراً او علا نية وبذلك نتلافى القصور التشريعي في التشريعات العربية التي تجرم حالت العلانية فقط

٢ ــ الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة وجوبي على القاضي لان الحبس عقوبة تعزيرية تقع على الجاني والغرابة عقوبة مالية وفى ذلك اقتراب من التشريع الإسلامي الذي يوجب التغرير كعقوبة بدنية والكفارة كعقوبة تجمع بين البدنية والمالية

٣ــ القاضي له سلطة تقديرية في إنزال هذه العقوبة على الجاني من خلال الصعود بها إلي حدها الأعلى أو النزول بها إلى حدها الأدنى وذلك من خلال ما يترائى له من حال الجاني وما يلائمه.

٤ــ إن النص على تجريم تعمد الإفطار بهذه الصورة يتضمن جميع صور الإفطار سواء كان ذلك بالأكل والشرب أو الجماع ونحو ذلك .

٥ــ تجريم الإفطار في نهار رمضان بهذه الصورة يتلافى القصور التشريعي القائم مع المحافظة على مشاعر المسلمين من الإيذاء وعلى حرمة هذا الشهر من الانتهاك

(١٦١)

المبحث الثالث :
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

بعد العرض السابق لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة الجماع في نهار رمضان يتضح الآتي : ــ

أولا ــ إن التشريع الإسلامي تشريع مرن ومتطور يصلح لكل زمان ومكان يعالج كل القضايا التي تقع في المجتمع المسلم ويضع الحلول الملائمة لها والجزاءات الرادعة لمرتكبها وعلى هذا فمن جامع زوجته في نهار رمضان يجب عليه وفقا لنظام التشريع الإسلامي قضاء اليوم الذي أفسده بالجماع والكفارة التي

نص عليها القرآن الكريم وهي على الترتيب : عتق رقبة ، صيام شهرين متتابعين ، إطعام ستين مسكينا ، ثم يجب على ولي الأمر بعد كل هذا أن يعزر المتعدي على حرمة الشهر الكريم بعقوبة تزجره

وبالنظر إلى السياسة العقابية للتشريع الجنائي الإسلامي في هذه المسألة نجد أ الجزاء المحدد لهذه المسألة ينقسم إلى قسمين :

الأول : ــ جزاء بدني يتمثل في التعزير الذي يوقعه ولي الأمر على الجاني ثم قضاء اليوم الذي أفسده بالجماع ثم صيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة المؤمنة وقدر على الصيام

القسم الثاني : ــ جزاء مالي يتمثل في العتق لمن وجد الرقبة والإطعام لمن لم يقدر على الصيام

ثانيا ــ التشريعات الجنائية العقابية لبعض الدول العربية التي نصت على تجريم الإفطار في نهار رمضان قصرت نطاق التجريم على حالتي المجاهرة والتحريض فقط وأغفلت الإفطار بالجماع ونحو ذلك

ثالثا ــ التشريع الجنائي المصري ــ للأسف ــ لم يشر بأي وجه من الوجوه من قريب أو بعيد بأي نص على علاج الإفطار في نهار رمضان بصفة عامة والإفطار بالجماع بصفة خاصة وهذا ن القصور البين في نصوص التشريع الجنائي القائم الذي يجب على المشرع تلافيه بالنص على تجريم صور الاعتداء على حرمة هذا الشهر وقد اقترحت نصا على المشرع يعالج هذا المسألة حبذا لو عمل به

(١٦٢)

الفصل الثاني
الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من الجمـــــاع أثناء الاعتكـــــاف

****

المبحث الأول : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان : ــ

المطلب الأول : ــ المباشرة أثناء الاعتكاف بالوطء وآثارها
المطلب الثاني : ــ المباشرة بما دون الوطء وآثارهـــــــا

****

المطلب الأول : ــ المباشرة أثناء الاعتكاف بالوطء وآثارها
وفيه فرعان : ــ

الفرع الأول : حكم المباشرة أثناء الاعتكـــــــــــاف بالوطء

الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن المباشرة بالوطء أثناء الاعتكاف

(١٦٣)

الفرع الأول : حكم الجماع أثناء الاعتكاف

لا خلاف بين فقهاء المذهب الثمانية ــ فيما أعلم ــ الحنفية (١) والمالكية

(٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإماميـــة(٧) والإباضية (٨) في حرمة الجماع بين الرجل وزوجته أثناء فترة الاعتكاف سواء كان منذورا أو تطوعا

واستدلوا على ذلك بما يلي : ــ

أولا من الكتاب : قوله تعالى " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ" (٩)

وجه الدلالة : إن الله عز وجل نهى السلم في حالة الاعتكاف أن يجامع أحـد مـنهم زوجته والقاعدة الأصولية أن النهي للتحريم ما لم يصرفه صارف (١٠) ولم يوجـد فبقي على مقتضى الأصل وهو التحريم فيكون الجماع أثناء الاعتكاف حراما

---

(١) البناية في شرح الهداية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ ، الدر المختار ، جـ٢ ،صـ٤٩٥ ، حاشـية ابن عابدين ، جـ٢ ،صـ٤٩٥ ، تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٣٥٢ ، حاشـية الشـلبي ، جـ١ ، صـ٣٥٢ /٣٥٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢١٣ ، الهداية مع فتح القـدير ، جـ٢ ،صـ٣١٣ ، البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ، تحفة الفقهاء ، جـ١ ،صـ٣٧٥

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ٩٦ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤ ، الفواكه الدواني ،جـ١ ،صـ٣٧٤ ، رسـالة أبـي زيـد ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، مواهب الجليل ، جـ٢ ،صـ٤٥٦ ، التاج والإكليـل ، جـ٢ ،صـ٤٥٦ /٤٥٧ ، الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، جـ١ ،صـ٥٥٢ ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ، جـ٣ ،صـ٥٥

(٣) المهذب ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٥٥٤ ، مغنـي المحتـاج ، جـ١ ،صـ٤٥٢ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ ، مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ١١٥ ، العزيز شرح الوجيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢١٩ ، جلال الدين المحلي على المهاج ، جـ٢ ،صـ٧٧ /٧٨ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣ .

(٤) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٥ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤ ، الشـرح الكبيـر ، جـ٤ ،صـ٣٠٥ /٣٠٧ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، الكافي في فقـه الإمـام أحمـد ، جـ١ ،صـ١٣٢

(٥) المحلى ، جـ٥ ،صـ١٨٧ م ٦٢٦

(٦) البحر الزخار ، جـ٥ ، صـ٢٦٩

(٧) المختصر النافع ، صـ٩٨

(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦

(٩) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

(١٠) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ١٩٣ ، البرهان في أصول الفقه ، جـ١ ،صـ٢٨٠

قال قتادة : " كان الناس إذا اعتكفوا خرج الرجل منهم فباشر أهله ثم رجع إلى المسجد فنهاهم الله عز وجل عن ذلك بقوله : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " (١)

وقال الرازي : " إن الأصل في لفظ المباشرة ملاقاة البشرتين فقوله " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ " منع من هذا الحقيقة فيدخل فيه الجماع وسائر هذه الأمور لأن مسمى المباشرة حاصل في كلها (٢)

ثانيا ــ الإجماع :

أجمع العلماء على حرمة الجماع أثناء الاعتكاف نص على ذلك ابن المنذر (٣) وابن قدامة (٤) وغيرهم (٥) فدل ذلك على حرمة مباشرة الرجل زوجته أثناء فترة الاعتكاف

الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن المباشرة بالوطء أثناء الاعتكاف

وفيه أغصان : ــ

الغصن الأول : فساد الاعتكاف

الغصن الثاني : حكم جماع الناسي للاعتكاف

الغصن الثالث : الكفارة

الغصن الرابع : المراد بالكفارة عند القائلين بها

الغصن الخامس : القضاء

الغصن الأول فساد الاعتكاف

اتفق الفقهاء على أن المعتكف متى جامع زوجته أثناء اعتكافه بطل هذا الاعتكاف ويستدل على بطلان الاعتكاف بالجماع بما يلي : ــ

أولا ــ قوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " (٦)

وجه الدلالة : إن الآية جاءت بصيغة النهي عن مباشرة النساء أثناء فترة الاعتكاف والقاعدة الأصولية أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه فيفسد الاعتكاف بهذه المباشرة (٧)

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٣٠٦ /٣٠٧ ، الحاوي ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ ،العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، المحلى ، جـ٥ ،صـ١٨٧

(٢) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ١١٥

(٣) الإجماع لابن المنذر ، جـ١ ــصـ ٤٨

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤

(٥) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٥٢ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤

(٦) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

(٧) اللمع ، جـ١ ،صـ٢٥ ، إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ١٩٤ ، التبصرة ، جـ١ ،صـ١٠٣ ، المعتمد ، جـ١ ،صـ١٧٠

(١٦٥)

وقال القرطبي عد تفسيره قول الله عز وجل " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " بين جل شأنه أن الجماع يفسد الاعتكاف وأجمع هل العلم على أن من جامع امرأته وهو معتكف عامدا لذلك في فرجها أنه مفسد لاعتكافه (١)

ثانيا ــ الإجماع :

أجمع الفقهاء على أن من جامع متعمدا في اعتكافه فإنه يبطل وقد حكى هذا الإجماع ابن قدامة (٢) وابن المنذر (٣) والخطيب الشربيني (٤) والقرطبي (٥) وابن رشد (٦)

جاء في الحاوي " قال المزني قال الشافعي : لا يباشر المعتكف فإن فعل أفسد اعتكافه " (٧)

وفي مغني المحتاج " ويبطل بالجماع من عالم بالتحريم ذاكرا للاعتكاف " (٨) وقال ابن قدامة " ومن وطيء فقد أفسد اعتكافه " (٩)

وقال الرافعي : " ولو جامع بطل اعتكاف" (١٠)

الغصن الثاني : حكم جماع الناسي للاعتكاف

اختلف الفقهاء في حكم من جامع زوجته في مدة اعتكافه ناسيا له على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب الشافعية (١١) وقول عند الحنابلة (١٢) والظاهرية (١٣) إلى أن من جامع زوجته ناسيا اعتكافه فإنه لا يبطل

---

(١) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤

(٣) الإجماع لابن النذر ، جـ١ ،صـ٤٨ ، دار الدعوة ، الأسكندرية ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٢

(٤) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٥٢

(٥) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦

(٦) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤

(٧) الحاوي الكبير ، جـ٣٢ ،صـ٣٧٣

(٨) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٥٢

(٩) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤

(١٠) العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، ويراجع في هذا المعنى ، البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ، المبسوط للشيباني ، الناشر ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي ، تحقيق / أبو الوفا الأفغاني ، جـ٢ ،صـ٢٧٨ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٣٦١ ، الروض المربع ، جـ١ ،صـ٤٥١ ، نهاية الزين ، جـ١ ،صـ١٩٩ ، إعانة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٢٦٣ ، المنهج القويم للهيثمي ، جـ١ ، صـ٥٤٧ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٨٨

(١١) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٤٥٢، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ ، حلية العلماء ، جـ٣ ،صـ١٨ ، المنهج القويم للهيثمي ، جـ١ ،صـ٥٤٧ ، الأم ، جـ٢ ،صـ٩١

(١٢) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٣ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩

(١٣) المحلى ، جـ٣ ،صـ١٩٢

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والحنابلة في الصحيح عندهم (٣) والإباضية (٤) إلى أن المعتكف إذا جامع ناسيا فإن اعتكافه يبطل بهذا الجماع

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بعدم فساد الاعتكاف إذا جامع الجرل زوجته ناسيا بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة : قولهε : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"(٥) فقد أفاد هذا الحديث بعمومه رفع الإثم عن الناسي مطلقا فيدخل في هذا العموم من جامع ناسيا في اعتكافه

مناقشة هذا الاستدلال : نسلم أن الناسي مرفوع عنه إثم هذا النسيان لكن رفع الإثم لا يستلزم صحة اعتكاف المجامع أثناء مدة الاعتكاف فهذا غير مسلم لكم .

ثانيا ــ القياس على الصوم : فكما أن من جامع ناسيا وهو صائم لا يفسد صيامه فكذلك المعتكف قال ابن قدامة : " لأنها مباشرة لا تفسد الصوم فلم تفسد الاعتكاف " (٦) وقال الماوردي : " ولأن الصوم مع تعليقه بالكفارة لا يبطل بوطء الناسي فكان الاعتكاف بذلك أولى " (٧)

مناقشة هذا الاستدلال : قال الكاساني : " والنسيان لم يجعل عذرا في باب الاعتكاف وجعل عذرا في باب الصوم والفرق من وجهين : ــ

أحدهما : أن الأصل أن لا يكون عذرا لأن فعل الناسي مقدور الامتناع عنه في الجملة إذ الوقوع فيه لا يكون إلا لنوع تقصير ولهذا كان النسيان جابر المؤاخذة عليه عندنا وإنما رفعت المؤاخذة بركة دعاء النبي ε بقوله : " ربنا لا توآخذنا إن نسينا أو أخطأنا " ولهذا لم يجعل عذرا في باب الصلاة إلا أنه جعل عذرا في باب الصوم بالنص فيقتصر عليه .

---

(١) البناية على الهداية ،جـ٣ ،صـ٧٥٥ ، تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٣٥٢ ، حاشية الشلبي ، جـ١ ،صـ٣٥٢ /٣٥٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢١٣ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، العناية مع شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ، جـ١ ،صـ٤٦٤

(٢) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤ ، رسالة أبي زيد ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، الشرح الكبير للدردير، جـ١ ،صـ٥٤٤ ،

(٣) كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٣٦١ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٣ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٢٧٩ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤
(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦
(٥) سبق تخريجه ، صـ١٤٣
(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٥
(٧) الحاوي ، جـ٣ ،صـ٣٧٤

والثاني : أن المحرم في الاعتكاف عين الجماع فيستوي فيه العمد والسهو والمحرم في باب الصوم هو الإفطار لا عين الجماع أو حرم الجماع لكونه إفطارا لا لكونه جماعا فكانت حرمته لغيره وهو الإفطار " (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بفساد الاعتكاف إذا جامع الرجل زوجته ناسيا بما يلي : ــ

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " فدلت الآية على حرمة مباشرة الزوجة مطلقا وفساد الاعتكاف به سواء كان بطريق العد أو النسيان ويفهم ذلك من عموم النهي في قوله : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ "

حيث إنه يقتضي فساد المنهي عنه مطلقا قال ابن قدامة : " إن ما حرم في الاعتكاف استولى عمده وسهوه في إفساده " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم فساد الاعتكاف إذا جامع الرجل زوجته ناسيا لأن هذا العموم المستدل به قد خصصته لسنة في قوله ε : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٣)

ثانيا ــ القياس على الإحرام : قال الزيلعي : " لأنه محظور بالنص فكان مفسدا له كيفما كان كالجماع في الإحرام " (٤)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بعدم فساد الاعتكاف إذا جامع فيه الرجل زوجته ناسيا وذلك عملا بالأصل العام المقرر في الشريعة الإسلامية في قوله ε: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ولما في الأخذ بهذا الرأي من رفع الحرج عن المكلفين كما هو الشأن في الصيام ونحوه والله أعلم

الغصن الثالث : الكفارة

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة مباشرة الرجل زوجته أثناء فترة الاعتكاف ومن جامع زوجته في هذه الفترة فقد فسد اعتكافه ولكنهم اختلفوا في وجوب الكفارة عليه وعدم وجوبها على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب الحنفية (٥) والمالكية (٦) والشافعية (٧) وظاهر مذهب

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٧٤ /١٧٥
(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦
(٣) سبق تخريجه ، صـ١٤٣
(٤) تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٣٥٢ ، الهداية مع شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣
(٥) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٧٧
(٦) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٢٥٤
(٧) الحاوي الكبير ، جـ ٣ ،صـ٣٧٣ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٥٥٧

الحنابلة (١) والظاهرية (٢) إلى أن من جامع زوجته أثناء مدة اعتكافه ليس كفارة وهو وقل عطاء والنخعي وأهل المدينة وأهل العراق وأهل الشام والأوزاعي والخرقي (٣)

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة في روية للإمام أحمد رواها عنه حنبل وختارها القاضي (٤) والإمامية (٥) والإباضية (٦) وهو قول الحسن البصري والزهري (٧) إلى أن من جامع زوجته يجب عليه كفارة

سبب الخلاف في هذه المسألة :

قال ابن رشد : " وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا ؟ والأظهر أنه لا يجوز ..." (٨)

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن من جامع زوجته أثناء مدة اعتكافه ليس عليه كفارة لما يلي : ــ

أولا ــ القياس من وجهين : ــ

الأول : القياس على الصلاة بجامع أن كلا منهما عبادة لا يتعلق وجوبها بمال ولا ينوب عنها المال قال الماوردي : " لأن الاعتكاف عبادة لا يتعلق وجوبها بمال ولا ينوب عنها المال فوجب أن لا تلزم الكفارة بإفسادها كالصلاة " (٩)

الوجه الثاني : القياس على سائر النوافل : قال ابن قدامة : " ولنا أنها عبادة لا تجب بأصل الشرع فلم تجب بإفسادها كالنوافل " (١٠)

ثانيا ــ المعقول : إن الأصل براءة ذمة المكلف حتى يقوم دليل من الشرع بشغله ولم يرد في الشرع دليل على وجوب الكفارة على من جامع زوجته أثناء الاعتكاف فتبقى الذمة على الأصل الذي هو عدم شغلها بشيء

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٣٠٥ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٣٦١ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ٢٢٦ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ، صـ ٣٤٣
(٢) المحلى ، جـ٥ ،صـ١٧٨ وما بعدها
(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٣٠٥
(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٣٠٥ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٣
(٥) المختصر النافع ، صـ٩٨
(٦) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٦ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ ٤٤٦
(٧) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣ ، حلية العلماء ، جـ٣ صـ١٨٨
(٨) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤
(٩) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩
(١٠) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦

جاء في المغني " ولأن وجوب الكفارة إنما يثبت بالشرع ولم يرد الشرع بإيجابها فتبقى على الأصل " (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب الكفارة على من جاع زوجته أثناء الاعتكاف بما يلي :

القياس على الصيام والحج : بجامع أن كلا منهما عبادة يفسدها الوطء لعينه فتجب الكفارة بالوطء فيها كما تجب في الصيام والحج

قال ابن قدامة : " لأنه عبادة يفسدها الوطء لعينه فوجبت الكفارة بلوطء فيهما كالحج وصوم رمضان " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال بالقياس على الصيام والحج بما يلي :

١ ــ لا نسلم لكم صحة القياس على الصيام والحج في إيجاب الكفارة لأن القياس لا يجري في الكفارات كما هو الراجح عند جمهور الأصوليين (٣)

٢ ــ سلمنا لكم جريان القياس في الكفارات كما يراه البعض (٤) ولكن لا نسلم لكم صحة القياس على الصيام ونحوه قال ابن قدامة : " وما ذكروه ينتقض بالصلاة وصوم غير رمضان ... وأما القياس على الصوم فهو دال على نفي الكفارة لأن الصوم كله لا يجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان والاعتكاف أشبه بغير رمضان لأنه نافلة لا يجب إلا بالنذر فلا قياسه على رمضان أيضا لأن الوطء فيه أوجب الكفارة لحرمة الزمان " (٥)

٣ ــ كما أن القياس على الحج غير مسلم أيضا جاء في المغني : والقياس على الحج لا يصح لأنه مباين لسائر العبادات ولهذا يمضي في فاسده ويلزم بالشروع فيه ويجب بالوطء فيه بدنة بخلاف غيره ولأنه لو وجبت الكفارة ههنا بالقياس عليه

يلزم أن تكون بدنة لأن الحكم في الفرع يثبت على صفة الحكم في الأصل إذ كان القياس إنما هو توسعة مجرى الحكم فيصير النص الوارد في الأصل واردا في الفرع فيثبت فيه الحكم الثابت في الأصل بعينه " (٦)

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم وجوب الكفارة على من جامع زوجته في الاعتكاف لأن هذا القول هو الأقرب إلى قواعد الشرع من عدم شغل ذمة المكلف بشيء حتى يقوم دليل على ذلك ولم يوجد فيبقى الأمر على مقتضى هذا الأصل وما استدل به المخالف من القياس على الصيام والحج غير سديد وتمت مناقشته مناقشة تؤدي إلى عدم حجيته والاعتماد عليه والله أعلم

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٣ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩

(٣) نهاية السول ، جـ٣ ، صـ٤٩ ، المحصول ، جـ٥ ،صـ٣٤٥

(٤) نهاية السول ، جـ٣ ،صـ٤٩

(٥) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ /٣٠٧ (٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ /٣٠

الغصن الرابع : المراد بالكفارة عند القائلين بها

اختلف الفقهاء القائلون بوجوب الكفارة على من جامع زوجته في الاعتكاف في المراد بالكفارة على خمسة آراء :

الرأي الأول : ذهب الإباضية (١) والحسن البصري (٢) إلى أن كفارة الجماع في الاعتكاف ككفارة الجماع في نهار رمضان

الرأي الثاني : ذهب مجاهد (٣) إلى أن الكفارة في الاعتكاف هي التصدق بدينارين

الرأي الثالث : ذهب الحنابلة في رواية للإمام أحمد رواها عنه حنبل (٤) فإنه روى عن الزهري أنه قال : من أصاب في اعتكافه فهو كهيئة المظاهر وهذه الرواية اختارها القاضي من الحنابلة ونسب هذا القول إلى الحسن البصري والزهري (٥)

الرأي الرابع : ذهب البعض إلى القول بأن كفارة الجماع في الاعتكاف هي عتق رقبة فإن لم يجد أهدى بدنة فإن لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر وممن نسب إليه هذا القول الحسن البصري (٦)

الرأي الخامس : حكي عن أبي بكر من الحنابلة أنه قال : من جامع في الاعتكاف عليه كفارة يمين (٧) وذلك إذا كان الاعتكاف منذورا

الأدلة :

(أ) **استدلال الرأي الأول :** يمكن أن يستدل لهذا الرأي بن الكفارة هي ككفارة الجماع في نهار رمضان بالقياس على الصوم بجامع أن كلا منهما عبادة يفسدها الوطء لعينه فوجبت الكفارة بالوطء فيها (٨)

مناقشة هذا الاستدلال : إن القياس لا يجري في الكفارات كما هو الراجح عند الأصوليين وعلى فرض جريانه في الكفارات فهو منتقض كما قال ابن قدامة بالصلاة وصوم غير رمضان (٩)

(ب) **استدلال الرأي الثاني :** لم أجد لما ذهب إليه مجاهد من القول من التصدق بدينارين على من جامع في الاعتكاف دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس وهذا الكلام ليس له نظير يقاس به فلا يعتد به

---

(١) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٦ ، شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٤٤٦

(٢) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤

(٣) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ صـ ٤٤٦

(٤) الشرح الكبير،جـ٤ ،صـ٣٠٩ ،الإنصاف ،جـ٣ ،صـ٣٤٣ ،المبدع ،جـ٣ ،صـ٧٩

(٥) المجموع ، جـ٦ ،صـ٥٥٧ ، النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٦

(٦) المجموع ، جـ٦ ،صـ٥٥٧ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤

(٧) المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٤ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٧ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٣٠٥ /٣٠٧

(٨) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ ، الحاوي الكبير ، جـ٣٢ نصـ٣٧٣

(٩) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٦ /٣٠٧

(ج) **استدلال الرأي الثالث :** يمكن ن يستدل لهذا الرأي القائل بأن كفارة الجماع في الاعتكاف هي مثل كفارة الظهار قال ابن مفلح : " لأنها كفارة وطء أشبه المظاهر " (١)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش استدلال هذا الرأي بما نوقش به استدلال الرأي الثالث القائل بالقياس على كفارة الجماع في نهار رمضان

(د) **استدلال الرأي الرابع :** لم أقف على دليل لما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي من القول بأن الكفارة هي عتق رقبة أو بدنه أو التصدق بعشرين صاعا ومن ثم فهذا القول عار عن الدليل وطالما لم يوجد فالذمة بريئة حتى يقوم دليل على شغلها

(هـ) **استدلال الرأي الخامس :** يمكن أن يستدل لهذا الرأي القائل بأن كفارة الجماع في الاعتكاف إذا كان منذورا هي كفارة اليمين بما ورد في السنة عن عقبة بن عامر عن النبي ε أنه قال : " كفارة النذر كفارة يمين "(٢)

وجه الدلالة : أن من جامع في الاعتكاف المنذور لم يؤد ما أوجبه على نفسه على النحو المشروع فيكون قد ترك النذر الواجب عليه فيجب عليه كفارة اليمين حينئذ

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي أنها آراء ضعيفة عارية عن الدليل المعتبر فتكون غير مقبولة مطلقا لأن الأصل عدم وجوب كفارة على المكلف لم يوجبها عليه الشرع إذ الذمة بريئة حتى يقوم دليل على شغلها ولم يوجد فيبقى الأمر على عدم الوجوب

وما استند إليه القائلون بالكفارة من أقيسة فهي أقيسة فاسدة لأن القياس لا يجري في الكفارات كما أنها أقيسة معارضة بمثلها فتكون غير معتبرة

والله أعلم

---

(١) المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٤

(٢) مسند أبي عوانة ، جـ٤ ،صـ١٥ برقم ٥٨٦٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٩٩٨ م ، تحقيق / أيمن بن عارف الدمشقي ، مصباح الزجاجة بنحوه، جـ٢ ، صـ١٣٧ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ١٠ ،صـ٤٥ برقم ١٩٦٩٨ ، المعجم الكبير للطبراني ، جـ١٧ ،صـ٣١٣ ، برقم ٨٦٦

الغصن الخامس : القضاء

وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإن من جامع زوجته أثناء الاعتكاف لا يجب عليه كفارة لهذا الجماع وكذلك لا يجب عليه قضاء هذا الاعتكاف مرة أخرى .

ولكن هل يجب القضاء إذا كان الاعتكاف منذورا ــ أي واجبا ــ أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية(٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والإباضية (٦) إلى أن من جامع في اعتكافه الواجب عليه كان عليه قضاؤه قال الماوردي : " فإن وطيء عامدا في قبل أو دبر فقد بطل اعتكافه أنزل أو لم ينزل لقوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " وكان عليه القضاء إن كان واجبا " (٧)

وجاء في البدائع " فإن كان واجبا يقضي إذا قدر على القضاء " (٨)

وفي شرح النيل " ... ومن تعمده أي الجماع ولو ليلا لزمه البدل ... وقيل البدل لما مضى ويومه فقط كواطيء بنسيان في اعتكافه يبدل يومه وما مضى " (٩)
وقال الخرقي : " ومن وطيء فقد أفسد اعتكافه ولا قضاء عليه إلا أن يكون واجبا " (١٠)
الرأي الثاني : يمكن أن يفرع على رأي القاضي أبي بكر بأن من جامع في الاعتكاف المنذور عليه كفارة يمين بأن القضاء ليس واجبا علي المجامع وإنما الواجب كفارة اليمين (١١)
الأدلة :
(أ) استدلال الرأي الأول : يمكن أن يستدل لما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بوجوب قضاء الاعتكاف الواجب إذا أفسده المعتكف بالجماع بما يلي : ــ
١ ــ **المعقول :** قال الكاساني : " ولأنه إذا فسد ــ أي الاعتكاف الواجب ــ التحق بالعدم فصار فائتا معنى فيحتاج إلى القضاء جبرا للفوات " (١٢)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٧٧
(٢) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، الثمر الداني ، جـ١ ،صـ٥٥٢
(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣
(٤) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٤ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩
(٥) المحلى ، جـ٥ ،صـ١٨٧
(٦) شرح النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦
(٧) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣
(٨) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٧٧
(٩) شرح النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦
(١٠) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٤
(١١) المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٤ ،المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٧ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٣٠٥
(١٢) البدائع ، جـ٢ ،صـ١٧٧

٢ ــ **القياس :** استدل الإباضية على ما ذهبوا إليه من القول بوجوب قضاء ما مضى من الاعتكاف ويومه الذي جامع فيه بالقياس على من وطيء ناسيا في اعتكافه فإنه يجب عليه قضاء يومه وما مضى من أيام اعتكافه قال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " ... وقيل البدل لما مضى ويومه فقط كواطيء بنسيان في اعتكافه يبدل يومه وما مضى " (١)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : ــ لا نسلم لكم المقيس عليه وهو وجوب القضاء على من وطيء ناسيا في اعتكافه لأنه وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإن اعتكافه صحيح لا يفسد بذلك وبالتالي لا يجب عليه القضاء

الوجه الثاني : ــ كما أن ما مضى من أيام الاعتكاف لا يجب قضاؤه مرة أخرى إذا انقضى صحيحا وإنما الذي يجب قضاؤه فقط هو ما أفسده المعتكف بجماعه

(ب) استدلال الرأي الثاني : يمكن أن يستدل للرأي الثاني القائل بوجوب كفارة اليمين على من جامع في اعتكافه بالحديث السابق " كفارة النذر كفارة يمين " (٢) لأنه لم يف بما التزم به وأوجبه على نفسه وتخلف نذره فيجب عليه كفارة اليمين

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لوقف الفريقين السابقين أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ــ غير الإباضية ــ هو الأولى بالقبول فحيثما أفسد المسلم اعتكافه المنذور بالجماع وأمكن قضاؤه فعليه ذلك أما إذا لم يتمكن من ذلك فيكون الواجب عليه إخراج كفارة يمين عن نذره عملا بقوله ε : " كفارة النذر كفارة يمين "

والله أعلم

---

(١) شرح النيل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦

(٢) سبق تخريجه

(١٧٤)

المطلب الثاني : المباشرة أثناء الاعتكاف بما دون الوطء

وفيه فرعان : ــ

الفرع الأول : ــ حكم المباشرة بما دون الوطء بغير شهـــوة
الفرع الثاني : ــ حكم المباشرة بما دون الوطء بشهوة وآثارها وفيه غصنان : ــ

الغصن الأول : ــ حكم المباشرة بما دون الوطء بشهوة
الغصن الثاني : ــ الأثر المترتب على هذه المباشرة

الفرع الأول : ــ حكم المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة

اختلف الفقهاء في حكم مباشرة الرجل زوجته وهو معتكف بغير شهوة علـــى ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلـــة(٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) ومفهوم كلام الإمامية (٦) وظاهر كلام الإباضية (٧) إلى أنه لا بأس أن يباشر الرجل زوجته وهو معتكف بغير شـــهوة وهـــو قـــول عطاء وابن المنذر (٨)

قال ابن قدامة : " فأما المباشرة دون الفرج فإن كانت بغير شهوة فلا بأس بها مثل أن تغسل رأسه أو تفليه أو تناوله شيئا " (٩)

---

(١) مواهب الجليل ، جـــ٢ ،صـــ٤٥٦ /٤٥٧ ، التاج والإكليل ، جـــ٢ ،صـــــ٤٥٦ /٤٥٧ ، القرطبي ، جـــ١ ،صـــ٨١٦

(٢) الأم ، جـــ٢ ،صـــ٩١ ، مغني المحتاج ، جـــ١ ،صـــ٤٥٢ ، المهذب ، جـــ١ ،صـــ٢٦١ ، حاشية الجمل ، جـــ٣ ،صـــ٣٦٣ ، شرح المنهج ، جـــ٢ ،صـــ٣٦٢ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، نهاية المحتاج ، جـــ٣ ،صـــ٢١٩ ، جلال الدين المحلي على المنهـــاج ، جـــــ٢ ،صـــ٧٧ /٧٨ ، الحاوي الكبير ، جـــ٣ ،صـــ٣٧٣ ، روضة الطالبين ، جـــ٢ ،صـــ٣٩٢ ، إعانة الطالبين ، جـــ٢ ،صـــ٢٦٣ ، الوسيط ، جـــ٢ ،صـــ٥٦٢ ، المجمـــوع ، جـــــ٦ ،صـــ٥٥٤

(٣) المغني ، جـــ٤ ،صـــ٣٠٨ ، الإنصاف ، جـــ٣ ،صـــ٣٤٥ ، كشـــاف القنـــاع ، جـــــ٢ ،صـــ٣٦١

(٤) المحلى ، جـــ٥ ،صـــ١٨٧

(٥) البحر الزخار ، جـــ٣ ،صـــ٢٦٩

(٦) المختصر النافع ، صـــ٩٨

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـــ٣ ،صـــ٤٤٥ /٤٤٦ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٨) مفاتيح الغيب ، جـــ٣ ،صـــ١١٥ ،

(٩) المغني ، جـــ٤ ،صـــ٣٠٨

وقال القرطبي : " فأما المباشرة من غير جماع ... إن لم يقصـــد بها التلذذ لم يكره " (١)
وقال الرافعي : " ولا بأس للمعتكف أن يقبل على سبيل الشفقة والإكرام ولا بـأس أن يلمس بغير شهوة " (٢)
الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٣) في ظاهر كلامهم إلـى القـول بتحـريم مباشـرة المعتكف زوجته بما دون الوطء وإن بغير شهوة وهو قول عند الحنابلة ذكره القاضي احتمالا بالتحريم وعلق عليه المرداوي بقوله : " وما هو ببعيد " (٤)
الرأي الثالث : ذهب الماوردي من الشافعية إلى القول بكراهـة المباشـرة بمـا دون الوطء وإن بغير شهوة (٥) وهو قول الميرغيناني من الحنفية (٦)
الأدلة :
(أ) استدلال الرأي الأول :
استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن مباشرة الرجل زوجته بما دون الوطء بغير شهوة مباحة بما ورد عن النبي ε أنه كان يدني رأسه إلى السيدة عائشة فترجله " (٧) فقد أفاد فعل النبي ε جواز لمس المرأة ومباشرتها أثناء الاعتكاف إذا كان ذلك بغير شهوة
(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بتحريم المباشرة بمـا دون الـوطء إذا كانت بغير شهوة بما يلي : ــ
أولا من الكتاب : قوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَـاجِدِ " (٨) فقد أفادت هذه الآية بعمومها تحريم المباشرة أثناء مدة الاعتكاف وهذا يعم المباشـرة مطلقا بشهوة أو بغير شهوة فيكون ذلك محرما (٩)
مناقشة هذا الاستدلال :
يمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأن العموم الذي استندوا إليه مخصوص بفعل النبـي ε حيث كان يدني رأسه للسيدة عائشة وهو معتكف فترجله " فيحمل العموم الوارد فـي الآية على ما عدا المباشرة بغير شهوة

---

(١) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦
(٢) العزيز شرح الوجيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣
(٣) بدائع الصنائع ، جـ٢ ، صـ١٧٥ ، البناية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ /٧٥٦
(٤) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٣٤٥
(٥) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٣ ، المجموع ، جـ٦ ،صـ٥٥٤
(٦) البناية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ /٧٥٦
(٧) مسند أبي عوانة ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، خلاصة البدر المنير لابن الملقن الأنصاري ، جـ١ ،صـ٣٤٠ برقم ١١٨٠ ، قال : متفق عليه ، مكتبة الرشـد ، الريـاض ، ط ، الأولـى ، ١٤١٠ هـ ، تحقيق / حمدي عبد المجيد إسماعيل .
(٨) سورة البقرة ، آية (١٨٧)

(٩) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٧٥ ، البناية على الهداية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ /٧٥٦

(١٧٦)

ثانيا من المعقول :

قال صاحب البناية في شرحه على الهداية : " وكذا اللمس والقبلة لأنه من دواعيه فيحرم عليه إذ هو محظوره كما في الإحرام " (١)

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا الاستدلال غير مسلم لأنه في مواجهة النص الذي هو فعل النبي ε فيكون غير مقبول ومن ثم فيحمل على ما إذا كانت المباشرة بشهوة جمعا بين الدليلين

(ج) استدلال الرأي الثالث :

يمكن أن يستدل لصحاب الرأي الثالث القائلين بكراهة المباشرة بما دون الوطء إذا كانت بغير شهوة بأن هذه المباشرة ذريعة إلى التلذذ بالنساء والوقوع في المحرم الذي هو الجماع ودواعيه

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بما نوقش به استدلال الرأي السابق وهو أنه قياس في مواجهة نص فيكون غير مقبول .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بجواز مباشرة الرجل زوجته بما دون الوطء إذا كانت هذه المباشرة بغير شهوة عملا بفعل الرسول ε حيث كان يدني رأسه للسيدة عائشة وهو معتكف فترجله وهذا مخصص لعموم قوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " وفي الأخذ بهذا الرأي إعمال للدليلين معا لأن إعمال الأدلة معا خير من إعمال أحدها وإهمال الآخر والله أعلم

(١) البناية على الهداية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ /٧٥٦ .

(١٧٧)

الفرع الثاني : حكم المباشرة بما دون الوطء بشهوة وآثارها

وفيه غصنان : ــ

الغصن الأول : ــ حكم المباشرة بما دون الوطء بشهوة
الغصن الثاني : ــ الأثر المترتب على هذه المباشرة

****

الغصن الأول : ــ حكم المباشرة بما دون الوطء بشهوة

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة(٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى القول بتحريم المباشرة بشهوة للنساء في أثناء فترة الاعتكاف

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولا من الكتاب ــ عموم قوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " (٩)

(١) البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ، تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٣٢٥ ، البناية على الهداية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ /٧٥٦ ، حاشية الشلبي ، جـ١ ،صـ٣٢٥ /٣٥٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢١٣ ، الهداية مع شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣، العناية مع شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، الدر المختار ، جـ٢ ،صـ٤٩٥ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٢ ،صـ٤٩٥ ، بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ١٧٥ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ، صـ٣٠٦ /٣٠٧ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ، جـ١ ،صـ٤٦٤ ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ، جـ١ ،صـ٣٧٥ .

(٢) بداية المجتهد ، جـ١ صـ٢٥٤ ،الفواكه الدواني ،جـ١ ،صـ٣٧٤ ، مواهب الجليل ، جـ٢ ،صأ٤٥٧ ، التاج والإكليل ، جـ٢ ،صـ٤٥٧ ، الثمر الداني ، جـ١ ،صـ٥٥٢ /٥٥٣ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦

(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ ، تحفة المحتاج ، جـ٣ ،صـ٤٦٨ ، حاشية الشرواني وابن القاسم ، دار الفكر ، جـ٣ ،صـ٤٦٨ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٤ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، حاشية الجمل ، جـ٣ ،صـ٣٦٣ ، مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ١١٥ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٨ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٣٦١ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ٢٢٦ ، الروض المربع ، جـ١ ،صـ٤٥١ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩
(٥) المحلى ، جـ٥ ،صـ١٨٧
(٦) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٦٩
(٧) المختصر النافع ، صـ٩٨ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٩٣ /٩٤
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٤٤٥ /٤٤٦ ، شرح النيل ، الموضع السابق
(٩) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

فقد أفادت هذه الآية بعمومها تحريم مباشرة النساء بالجماع أو بمقدماته إذا كانت بشهوة لأنها نوع من المباشرة فتدخل في عموم الآية وخرج منها المباشرة بغير شهوة بفعل النبي ε (١)

ثانيا من السنة : بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " السنة ألا يعود المعتكف مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها " (٢)

فقد أفاد ذلك حرمة المباشرة للنساء في الاعتكاف إذا كانت بطريق الجماع أو بمقدماته عن شهوة وتلذذ لأن هذا ينافي الاعتكاف كما تقدم

ثالثا من المعقول ــ بما ذكره ابن قدامة بقوله : " فأما المباشرة دون الفرج ... وإن كانت عن شهوة فهي محرمة ...ولأنه لا يأمن إفضاءها إلى فساد الاعتكاف وما أفضى إلى الحرام كان حراما " (٣)

الغصن الثاني : الأثر المترتب على هذه المباشرة

اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على المباشرة بشهوة من حيث فساد الاعتكاف وعدمه إلى ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٤) وقول عند الشافعية (٥) والحنابلة (٦) والزيدية (٧) وظاهر كلام الإمامية (٨) والإباضية (٩) إلى أن المباشرة بشهوة لا تفسد الاعتكاف إن لم يترتب عليها إنزال وتفسده مع الإنزال

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٨ ، البناية شرح الهداية ، جـ٣ ،صـ٧٥٥ /٧٥٦ ، البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٦٩
(٢) نصب الراية ، جـ٢ ، صـ٤٨٦ ، قال : " وقد اختلف في وقفه على عائشة أو الزهري أو إرساله إلى النبي ε، البيهقي ، جـ٤ ،صـ٣١٥ /٣٢١ برقم ٨٣٧٧
(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٨
(٤) البحر الرائق ، جـ٢ ،صـ٣٢٨ ، تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٢٥٣ /٣٥٣، ، حاشية الشلبي ،جـ١ ،صـ٣٥٢ /٣٥٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢١٣ ، الهداية مع شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣، العناية مع شرح فتح

القدير ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ، صـ٣٠٦ /٣٠٧ ، ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ،جـ١ ،صـ٣٧٥

(٥) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٤ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، دليل الطالب ، جـ١ ،صـ٨٣ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٥٦٣ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ ، المنهج القويم للهيثمي ،جـ١ ،صـ٥٤٧ ، إعانة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٢٦٣ ، نهاية الزين ،جـ١ ،صـ١٩٩

(٦) المبدع ، جـ٣ ،صـ٧٩ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٣٠٨ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ٢٢٦ ، الروض المربع ، جـ١ ،صـ٤٥١ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٣٦١ .

(٧) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٦٩

(٨) المختصر النافع ، صـ٩٨ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٩٣ /٩٤ .

(٩) النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، شرح النيل الموضع السابق .

الرأي الثاني : ذهب المالكية (١) وقول عند الشافعية (٢) والظاهرية (٣) إلى أن المباشرة بشهوة تفسد الاعتكاف مطلقا أنزل أو لم ينزل

الرأي الثالث : ذهب الشافعية في قول عندهم (٤) إلى أن الاعتكاف مع المباشرة بشهوة صحيح مطلقا أنزل أو لم ينزل

سبب الخلاف في هذه المسألة :

قال ابن رشد : " وسبب خلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم أم لا ؟ وهو أحد أنواع الاسم المشترك فمن ذهب إلى أن له عموما قال : إن المباشرة في قوله تعالى " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " ينطلق على الجماع وعلى ما دونه فإذا قنا إنه يدل على الجماع بإجماع بطل أن يدل على غير الجماع لأن الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معا . ومن أجرى الإنزال بمنزلة الوقاع فلأنه في معناه ومن خالف فلأنه ينطلق على الاسم حقيقة " (٥)

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن المباشرة بشهوة لا تفسد الاعتكاف إلا مع الإنزال بالقياس على الصوم والحج

قال ابن قدامة : " ولنا أنها مباشرة لا تفسد صوما ولا حجا فلم تفسد الاعتكاف كالمباشرة لغير شهوة وفارق التي أنزل بها لأنها تفسد الصوم " (٦)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأن المباشرة بشهوة تفسد الاعتكاف مطلقا أنزل أو لم ينزل بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فقوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ " (٧)

وجه الدلالة ــ كما قال الرازي ــ : " إن الأصل في لفظ المباشرة ملاقاة البشرتين فقوله تعالى : " وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ ..." منع من هذه الحقيقة فيدخل فيه الجماع وسائر هذه الأمور لأن مسمى المباشرة حاصل في كلها " (٨)

---

(١) مواهب الجليل ، جـ٢ ،صـ٤٥٦ /٤٥٧ ، التاج والإكليل ، جـ٢ ،صـ٤٥٦ /٤٥٧ ، الثمر الداني ، جـ١ ،صـ٥٥٢ /٥٥٣ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٨١٦ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤

(٢) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٥٦٣ ، حلية العلماء للقفال ، جـ٣ ،صـ١٨٩ ، التمهيد لابن عبد البر ، جـ٨ ،صـ٣٣١ ، مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ١١٥

(٣) المحلى، جـ٥ ،صـ١٩٢ م ٦٣٠

(٤) الأم ، جـ٢ ،صـ٩١ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٥٦٣ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣

(٥) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٥٤

(٦) المغني ، جـ٣ ،صـ٣٠٨

(٧) سورة البقرة ، آية : (١٨٧)

(٨) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ١١٥ ، المغني ، جـ٣ ،صـ٣٠٨

وأما المعقول فمن وجهين : ــ

الأول : ــ قال الماوردي : " ووجهه ــ أي القول بالإفساد ــ أنها مباشرة محرمة في الاعتكاف فوجب أن تبطله كالوطء " (١)

الوجه الثاني : ــ أنها عبادة تختص بمكان فوجب أن يكون للمباشرة تأثير فيها كالحج (٢)

(ج) استدلال الرأي الثالث :

استدل من قال بأن المباشرة بشهوة لا تؤثر في الاعتكاف مطلقا أنزل أو لم ينزل بالقياس على الصوم والحج والحد

قال الماوردي : " ووجهه : أنها عبادة تعلق بمكان مخصوص فوجب ألا تبطلها المباشرة فيما دون الفرج كالحج والصوم والحد فلو بطل الاعتكاف في المباشرة كما بطل بالوطء كان في ذلك تسوية بين حكم المباشرة والوطء وهذا خلاف الأصول " (٣) وقال الرافعي : " لانها مباشرة لا تبطل الحج فلا تبطل الاعتكاف كالقبلة لغير شهوة " (٤)

وجاء في مفاتيح الغيب " وحجة من قال أنها لا تبطل الاعتكاف : أجمعنا على أن هذه المباشرة لا تفسد الصوم والحج فوجب أن لا تفسد الاعتكاف لأن الاعتكاف ليس أعلى درجة منها " (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

يمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأنه قياس في مواجه النص فيكون غير مقبول والنص هو النهي الوارد في قوله تعالى : " ولَا تُبَاشِرُوهُنَّ .. " والنهي يقتضي فساد المنهي عنه فيحمل هذا على ما إذا نتج عن هذه المباشرة إنزال لأنها في معنى الوطء ز وإذا لم يترتب عليها إنزال فلا فساد لأنها ليست وطأ ولا في معناه فلا يترتب عليها إفساد .

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن المباشرة بشهوة إن نتج عنها إنزال فإنها تكون مفسدة للاعتكاف وإن لم ينتج عنها إنزال فلا فساد وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي والله أعلم

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ /٣٧٥

(٢) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ /٣٧٥

(٣) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ٣٧٤ ، الأم ، جـ٢ ،صـ٩١ ، روضة الطالبين ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ ، الوسيط ، جـ٢ ، صـ ٥٦٣ .

(٤) العزيز ، جـ٣ ،صـ٢٥٣ .

(٥) مفاتيح الغيب ، جـ٣ ،صـ١١٥ .

المبحث الثاني :
موقف القانون الجنائي من المباشرة أثناء الاعتكاف

بعد الاطلاع على كتب القانون الجنائي المختلفة والرجوع إلى نصوص القانون الجنائي يتبين لي أن القانون الجنائي لم يعالج مثل هذه المسائل وإنما هي تدخل ضمن نطاق قانون الأحوال الشخصية المستمد من الشريعة الإسلامية
ومن ثم فلا حاجة إلى دراستها من الناحية القانونية

(١٨٢)

الفصل الثالث
المباشرة أثناء الإحرام بالحج
والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مبحثان : ــ

المبحث الأول : المباشرة أثناء الإحرام بالحـــــج والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من المباشرة أثناء الإحرام بالحج

****

المبحث الأول : المباشرة أثناء الإحرام بالحج والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان : ــ

المطلب الأول : ــ المباشرة أثناء الإحـــــــرام بالوطء وآثارها
المطلب الثاني : ــ المباشرة أثناء الإحرام بما دون الوطء وآثارها

****

المطلب الأول : ــ المباشرة أثناء الإحرام بالوطء وآثارها
وفيه فرعان : ــ

الفرع الأول : ــ حكم المباشرة أثناء الإحرام بالوطء
الفرع الثاني : ــ الآثار المترتبة على وطء المحرم

****

الفرع الأول : ــ حكم المباشرة أثناء الإحرام بالوطء

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة جماع الرجل زوجته أثنـــاء الإحـــرام بـــالحج والعمرة وقد ثبتت هذه الحرمة بالكتاب والسنة والإجماع
أما الكتاب فقوله تعالى : " الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَـــا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ " (١)

وجه الدلالة :
إن قوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ " نهي بصيغة النفي فيكون حراما قال السرخسي : " هو نهي بصيغة النفي وهذا آكد ما يكون من النفي " (٢)
والرفث : المراد به الجماع قال ابن عباس وابن جبيـــر والســـدي وقتـــادة والحســـن وعكرمة والزهري ومجاهد ومالك : الرفث الجماع أي فلا جماع لأنه يفسده (٣)
وقال الرافعي في قوله تعالى: " فَلَا رَفَثَ " أي لا ترقثوا والرفث مفســـــــر بالجماع(٤)

---

(١) سورة البقرة ، آية : (١٩٧)
(٢) المبسوط ، جـ٤ ،صـ٦ ، الهداية ، جـ٢ ،صـ١٣٨
(٣) **يراجع للحنفية** : فتح القدير للشوكاني ، جـ١ ،صـ٢٠٢ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ٦ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ، صـ ،
وللمالكية : بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٦٤ ، رسالة بي زيد ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩ القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٨٨ /٨٨٩ ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، جـ٢ ،صـ٤٤٨ ، الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٥٨ ، دلر الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤٠٧ هـ
وللشافعية : العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٧٩ ، المجموع ، جـ٧ ،صـ١٠٥ ، فتح الوهاب للشيخ زكريا الأنصاري ، جـ١ ،صـ٢٦٣ ، فتح المعين لزين الدين بن عبد العزيز المليباري ،صـ٣١٧ ، دار الفكر بيروت ، لبنان ، الإقناع للشربيني ،جـ١ ،صـ٢٦١ ، المنهج القويم للهيثمي ،جـ١ ،صـ٦١٠ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢١٠ ، ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢
وللحنابلة : كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٤٤٣ ،الكافي في فقه الإمام أحمد ،جـ١ ،صـ٤٠٣ ، الرزض المربع ، جـ١ ،صـ٤٨١ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ٢٤٠ ، شرح العمدة لابن تيمية ،جـ٣ ،صـ٥٧٤ ، الفروع لابن مفلح ، جـ٣ ،صـ١٠٨ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ١٦١ ،
وللظاهرية : المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩ ،م ٨٥٥
وللإباضية : النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦
(٤) العزيز شرح الوجيز للرافعي ،جـ٣ ،صـ٤٧٩

وأما السنة فقوله ε : " لا ينكح المحرم ولا ينكح " (١)
وجه الدلالة : أفاد النهي الوارد عن رسول الله ε حرمة النكاح الواقع من المحرم أثناء فترة الإحرام فيكون محرما
وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على أن وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم وقد حكى هذا الإجماع ابن المنذر (٢) وابن رشد (٣) والخطيب الشربيني قال : " الرابع من المحرمات ــ أي محرمات الإحرام ــ الجماع بالإجماع " (٤) والسرخسي (٥) والرملي (٦) وغيرهم

الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن وطء المحرم أثناء الإحرام

وفيه أغصان : ــ

الغصن الأول : فساد الحج
الغصن الثاني : حكم المضي في فاسده

الغصن الثالث : حكم القضاء من قابل
الغصن الرابع : الهدي (الكـــفارة)
الغصن الخامس : التفـــــــــــرق

****

الغصن الأول : فساد الحج

وفيه مسائل :

المسالة الأولى : حكم الجماع قبل الوقوف بعـــــرفة
المسألة الثانية : حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل التحلل الأصغر
المسألة الثالثة : حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل طواف الإفاضة
المسالة الرابعة : حكم جماع الجاهل والناسي والمكره

---

(١) صحيح مسلم ، جـ٣ ،صـ١٠٣٠ ، برقم ١٤٠٩، ، صحيح ابن خزيمة ، جـ٤ ،صـ١٨٣ برقم ٢٦٤٩ ، صحيح ابن حبان ،جـ٥ ،صـ٤٨٤ ، سنن الدارمي ،جـ٢ ،صـ٥٨ برقم ١٨٣٢ ، موارد الظمآن ، جـ١ ،صـ٣١٠ ، برقم ١٢٧٤
(٢) الإجماع لابن المنذر ، جـ١ ،صـ٤٩
(٣) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٦٤
(٤) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، الإقناع ، جـ١ ،صـ٢٦١
(٥) المبسوط ، جـ٤ ،صـ٦
(٦) نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢

المسالة الأولى : حكم الجماع قبل الوقوف بعرفة

لا خلاف بين الفقهاء فيما ــ أعلم ــ في أن الجماع قبل الوقوف بعرفة مفسد للحج قال القرطبي : " أجمع العلماء على أن الجماع قبل الوقوف بعرفة مفسد للحج " (١) وقال ابن رشد : " ... واتفقوا على أن من وطيء قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه " (٢)

وقال ابن المنذر : " أجمعوا على أن من جامع عامدا قبل وقوفه بعرفة أن عليه حج قابل والهدي " (٣)

وذلك لأن قوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ " نفي بمعنى النهي كما تقدم أي فلا ترفثوا والأصل في النهي اقتضاء فساد المنهي عنه (٤) فيفسد الحج بهذا الجماع قبل الوقوف بعرفة ويستوي في فساد الحج بالجماع الرجل والمرأة لاستوائهما في المعنى الموجب للفساد (٥)

---

(١) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٨٩
(٢) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٦٤
(٣) الإجماع لابن المنذر ، جـ١ ،صـ٤٩ ، ويراجع في هذا المعنى أيضا :
للحنفية : بدائع الصنائع ، ج٢، ،صـ٣٢٥ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ٥٧ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، مختصر اختلاف العلماء للجصاص ، جـ٢ ،صـ٢٠٣ ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ،جـ١،صـ٤٢٩ ، المبسوط للشيباني ،جـ٢ ،صـ٤١٨ ، الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني ، جـ٢ ،صـ٢٩٧ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ، جـ ، صـ فتاوى السغدي جـ١ ، صـ٣١٣ ، مؤسسة الرسالة ، دار الفرقان ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤٠٤ هـ ، تحقيق / صلاح الدين الناهي ،تحفة الملوك ، جـ١ ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١٧ هـ ، تحقيق / عبد الله نذير أحمد ، البحر الرائق ، جـ٣ ،صـ٧١ .
وللمالكية : مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٦٧ ، المدونة ، جـ٢ ،صـ٣٨٢ ، التمهيد لابن عبد البر ، جـ١٠ ،صـ٢٤ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ١٦٨ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ٢ ،صـ٤٨
وللشافعية : مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، فتح الوهاب للأنصاري ، جـ١ ،صـ٢٦٣ ، فتح المعين ، صـ٣١٧ ، الإقناع ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، المنهج القويم ، جـ١ ،صـ٦١٠ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢١٠ ، حواشي الشرواني ، جـ٤ ،صـ٢١٣ ، حلية العلماء للقفال ،جـ٣ ،صـ٢٧٠ ،
وللحنابلة : المغني ،جـ٤ ،صـ٥٣٠ ، الكافي لابن قدامة ، جـ١ ،صـ٤٢٧ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٢ /٥٣٣ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٤٤٣ ، الروض المربع ، جت١ ،صـ٤٨١ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ٢٤٠ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ١٦١
وللظاهرية : المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩
وللزيدية : البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٣
وللإمامية :المختصر النافع صـ١٠٩
وللإباضية : كتاب النيل ، جـ٤ ،صـ٩٦ شرح النيل الموضع السابق
(٤) المنهج القويم للهيثمي ،جـ١ ،صـ٦١٠
(٥) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢

المسألة الثانية : حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل التحلل الأصغر

اختلف الفقهاء في حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل التحلل الأصغر هل يعد مفسدا للحج أم لا ؟ على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة(٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والإباضية (٦) إلى أن الجماع بعد الوقوف بعرفة مفسد للحج ما لم يتحلل الحاج التحلل الأصغر وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه قال ابن المسيب وعطاء والنخعي والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي (٧)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٨) والإمامية (٩) إلى أن الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل التحلل الأصغر ليس مفسدا للحج

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بفساد الحج بعد الوقوف بعرفة ما لم يتحلل التحلل الأصغر بما يلي :

أولا من الكتاب : قوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ " أي لا ترفثوا قال الشيخ الشربيني : " فلفظه خبر ومعناه النهي إذ لو بقي على الخبر امتنع وقوعه في الحج لأن إخبار الله تعالى صدق قطعا مع أن ذلك وقع كثيرا والأصل في النهي اقتضاء الفساد " (١٠)

ثانيا ــ من الأثر: بما روي عن ابن عمر ــ رضي الله عنهما ــ أن رجلا سأله فقال : إني وقعت على امرأتي ونحن محرمان ؟ فقال : أفسدت حجك انطلق أنت وأهلك مع الناس فاقضوا ما يقضون وحل إذا حلوا فإذا كان العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا هديا فإن لم تجد فصوما ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم(١١)

---

(١) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩

(٢) الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٧٩

(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٦ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٢ /٥٣٣ .

(٤) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩

(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٢٢٣ /٢٢٤

(٦) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦

(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١

(٨) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥ ، المبسوط للسرخسي ، جـ٤ ، صـ١١٨ /١١٩

(٩) المختصر النافع صـ١٠٩

(١٠) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢

(١١) شرح العمدة لابن تيمية ، جـ٣ ،صـ٢٣٠ ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ط ، الأولى ١٤١٣ هـ ، المغني ، جـ٣ ، صـ ،١٥٩ ، المكتب الإسلامي ، بيروت .

وجه الدلالة من هذا الأثر : أن هذا الأثر مطلق في المحرم إذا جامع لا فرق فيه بين ما إذا كان الجماع قبل الوقوف أو بعده فيكون حكمهما واحدا وهو فساد الحج

ثالثا ــ من المعقول : قال الشربيني : " لأنه وطء صادف إحراما صحيحا لم يحصل فيه التحلل الأول فأشبه ما قبل الوقوف " (١)

وجاء في المغني " ولنا : أن قول الصحابة الذين روينا قولهم مطلق فيمن واقع محرما ولأنه جماع صادف إحراما تاما فأفسده كما قبل الوقوف " (٢)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن الجماع بعد الوقوف بعرفة لا يفسد الحج بما يلي :

أولا من السنة بما يلي :

١ ــ قوله ε : " فمن وقف بعرفة ليلا أو نهارا فقد تم حجه " (٣)

٢ ــ قوله ε : " الحج عرفة " (٤)

وجه الدلالة من هذين الحديثين : إن النبيε بين أن الحج لا يتم إلا بعد الوقوف بعرفة فإذا حصل ذلك فقد تم الحج ومعنى تمام الحج هنا أمن من الفساد لا يحمل التمام على إطلاقه إلا بعد طواف الإفاضة

قال الكاساني : " ولنا : أن الركن الأصلي للحج هو الوقوف بعرفة لقول النبي ε " الحج عرفة " أي الوقوف بعرفة فمن وقف بعرفة فقد تم حجه أخبر عن تمام الحج بالوقوف ومعلوم أنه ليس المراد منه التمام الذي هو ضد النقصان لأن ذا لا يثبت بنفس الوقوف فعلم أن المراد منه خروجه عن احتمال الفساد والفوات " (٥)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال من وجهين : ــ

الأول : قال ابن قدامة : " وقوله عليه السلام :" الحج عرفة " يعني معظمه أو أنه ركن متأكد فيه ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد " (٦)

الوجه الثاني : قال ابن حزم : " ولا حجة لهم في هذا لأن الذي قال هذا هو الذي أخبرنا عن الله تعالى بأنه قال : " وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ" (٧) وبأنه قال :

---

(١) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٢ /٥٣٣

(٣) شرح معاني الآثار للطحاوي ، جـ٢ ،صـ٢٠٨ ، مصنف ابن أبي شيبة بنحوه ، جـ٣،صـ٢٢٦ ، برقم ١٣٦٨٢ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٥ ،صـ١١٦ برقم ٩٢٥١

(٤) المستدرك على الصحيحين ، جـ١ ،صـ٦٣٥ برقم ١٧٠٤ ، قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . ، سنن الترمذي ،جـ٣ ،صـ٢٣٧ برقم ٨٩٠ قال أبو عيسى : ...وسمعت الجارود يقول سمعت وكيعا أنه ذكر هذا الحديث فقال : هذا الحديث أم المناسك .

(٥) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥

(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٢ /٥٣٣

(٧) سورة الحج ، آية : (٢٩)

" فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ" (١) وهو الذي أمر برمي الجمرة فلا يجوز الأخذ ببعض قوله دون بعض وقد قال تعالى : " وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا " (٢) فكان الطواف بالبيت هو الحج كعرفة ولا

فرق وقوله عليه السلام : " الحج عرفة " لا ينع من أن يكون الحج غير عرفة أيضا وقد وافقنا المخالف على أن امرءا لو قصد عرفة فوقف بها فلم يحرم ولا لبى ولا طاف ولا سعى فلا حج له فبطل تعلقهم بقوله عليه السلام : "الحج عرفة " (٣)

ثانيا ــ المعقول من وجهين :

الأول : إن الوقوف بعرفة معنى يأمن به الفوات فأمن به الفساد كالتحلل (٤)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا يلزم من أمن الفساد أمن الفوات قال ابن قدامة : " ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد " (٥)

الوجه الثاني : إن الوقوف بعرفة ركن مستقل بنفسه وجودا وصحة لا يقف وجوده وصحته على الآخر وما وجد ومضى على الصحة لا يبطل إلا بالردة ولم توجد . وإذا لم يفسد الماضي لا يفسد الباقي لأن فساده بفساده (٦)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم أن ما مضى على الصحة من أفعال الحج لا يبطل إلا بالردة ولا يبطل بالجماع لأن الجماع في هذه الحالة صادف إحراما تاما فأفسده كما قبل الوقوف كما قال ابن قدامة (٧)

وقولهم إذا لم يفسد الماضي لا يفسد الباقي بالجماع في غاية الغرابة إذ كيف يحكم على شيء بصحته لأن ما سبقه كان صحيحا !!! إذ من الممكن أن يعرض له ما يفسده

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بفساد الحج بالجماع بعد الوقوف بعرفة ما لم يتحلل الجامع التحلل الأصغر وذلك لقوة دليلهم وضعف ما استدل به المخالف لذا يتأتى القول برجحان الرأي الأول والله أعلم

---

(١) سورة البقرة ، آية : (٢٠٠)
(٢) سورة آل عمران ، آية : (٩٧)
(٣) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩
(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٠
(٥) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٢ /٥٣٣
(٦) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥
(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٢ /٥٣٣

المسألة الثالثة : حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل طواف الإفاضة

اختلف الفقهاء في حكم الجماع بين التحليلين الأصغر والأكبر هل يعد مفسدا للحج أو لا ؟ على رأيين : ـ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية(٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية(٦) وبعض الإباضية (٧) إلى أن الجماع بين التحليلين لا يفسد الحج

قال ابن قدامة : " وهو قول ابن عباس وعكرمة وعطاء والشعبي وربيعة وإسحاق وأصحاب الرأي " (٨)

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية (٩) ورأي عند الحنابلة (١٠) وبعض الإباضية (١١) إلى القول بأن الحج يفسد بالجماع بعد التحلل الأصغر وقبل طواف الإفاضة وهو قول ابن عمر وإليه ذهب النخعي والزهري وحماد (١٢)

سبب الخلاف في هذه المسالة :

قال ابن رشد : " وسبب الخلاف أن للحج تحللا يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الأكبر وهو طواف الإفاضة وتحللا أصغر وهل يشترط في إباحة الجماع تحللان أو أحدهما ؟ " (١٣)

فمن اشترط في إباحة الجماع التحليلين قال بحرمة الجماع وفساد الحج به بعد التحلل الأصغر وقبل طواف الإفاضة ومن لم يشترط التحللين قال إن الجماع بعد التحلل الأصغر لا يفسد الحج

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بعدم فساد الحج بالجماع بعد التحلل الأول بما يلي :

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨ /١١٩ ،
(٢) التمهيد لابن عبد البر ، جـ١٠ ،صـ٢٤ ، الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٥٨ ، رسالة أبي زيد ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ،
(٣) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٥ ، الأم ،جـ٢ ،صـ١٨٤ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٦٨٩ ،
(٤) الإنصاف ، جـ٤ ،صـ٤٥٠ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨ ،
(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٣ /٣٢٤
(٦) المختصر النافع صـ١٠٩
(٧) النيل وشفاء العليل ن جـ٤ ،صـ٩٦ ، شرح النيل ، حجـ٤ ،صـ٩٦
(٨) الشرح الكبير لابن قدامة ، جـ٤ ،صـ٥٣٨
(٩) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩
(١٠) الإنصاف ، جـ٤ ،صـ٤٥٠
(١١) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦ ، شرح النيل ، حجـ٤ ،صـ٩٦
(١٢) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٦٤

(١٣) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٦٤

(١٩٠)

أولا ــ من السنة بقوله ε : " من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى نـدفع ووقـف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى نسكه " (١)

فقد أفاد هذا الحديث أن الحاج متى رمى جمرة العقبة وتحل التحلل الأصـغر فقد تم حجه والمراد بالتمام هنا هو أمنه من عروض المفسد له ومن ثم فيكون الجماع بعد ذلك ليس مفسدا للحج

ثانيا ــ من الأثر : بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في رجل أصـاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر ينحران جزورا بينهما وليس عليه الحج من قابـل"(٢) قال ابن قدامة " ولا نعرف له في الصحابة مخالفا " (٣) فلو فسد الحج بهذا الجماع لذكر ذلك ابن عباس لكنه لم يذكره فدل على عدم كونه مفسدا في هذه الحال

ثالث من المعقول :قال الرافعي : " إن عروض المفسد بعد التحلل من العبادة لا يؤثر " (٤) ألا ترى أنه إذا سلم التسليمة الأولى من الصلاة ثم أتى بمفسد لم تفسد صلاته وجاء في الشرح الكبير " ولأنها عبادة لها تحللان فوجود المفسد بعد تحللهـا الأول لا يفسدها كما بعد التسليمة الأولى في الصلاة وبهذا فارق ما قبل التحلل الأول(٥)

(ب) أدلة الرأي الثـاني : استدل القائلون بأن من جامع بعد التحلل الأول يفسد حجه بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : بقوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ " (٦)

وجه الدلالة : إن المحرم متى جامع بعد التحلل الأول وقبل طواف الإفاضة فلم يكتمل حجه فيكون فاسدا قال ابن حزم : " فصح أن من رفث ولم يكمل حجه فلم يحج كمـا أمر " (٧)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم فساد الحج بالجماع بعد التحلل الأول لأن الحـاج بعد التحلل الأول قد أصبح حجه في مأمن من الفساد ومن ثم فعروض المفسد بعده لا يؤثر فيه شيئا كعروض المفسد للصلاة بعد التسليمة الأولى

ثانيا ــ من المعقول : إن الوطء بعد التحلل الأصغر صادف إحرامـا تامـا بـالحج فأفسده كالوطء قبل الرمي (٨)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال على فساد الحج بالوطء بعد التحلـل قياسـا على الوطء قبل التحلل من وجهين : ــ

---

(١) سبق تخريجه ، صـ١٨٧ .
(٢) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨
(٣) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨
(٤) العزيز ، جـ٤ ،صـ٤٨٥
(٥) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨ /٥٣٩

(٦) سورة البقرة ، آية : (١٩٧)
(٧) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩
(٨) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨

(١٩١)

الوجـــه الأول : إنه قياس في مواجهة نص فيكون غير مقبول والنص هو وقوله ε : " من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع ووقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا فقـد تم حجه وقضى نسكه " (١)

الوجه الثاني : قياس الجماع بعد التحلل الأول على الجماع قبلـه غيـر مسـلم لأن الجماع بعد التحلل الأصغر غير مفسد للحج قياسا على عروض المفسد للصلاة بعـد التسليمة الأولى كما أن الحج بعد التحلل الأصغر في مأمن من عروض المفسد إليه أذا من قوله عليه السلام : " فقد تم حجه وقضى نسكه " بخلافه قبل التحلل الأصغر فهـو جناية على إحرام تام فافترقا

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان مـا ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن الجماع بعد التحلل الأصغر لا يفسد بـه الحـج وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي والله أعلم

المسألة الرابعة : حكم جماع الجاهل والناسي والمكره

سبق بيان حكم من جامع في إحرامه عالما عامدا مختارا من حيث فساد الحـج وذكرنا حكم الجماع قبل الوقوف بعرفة وبعده وحكم فساد الحج به وفيما يلـي بيـان لحكم جماع الجاهل والناسي والمكره وهل يؤثر هذا الجماع في فساد الحج أم لا ؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسالة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية (٢) ورواية للإمـام أحمـد (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) إلـى أن جمـاع الناسـي والمكـره والجاهل لا يفسد قال الرافعي : " ...لو كانت المرأة محرمة نظر : إن جامعها وهـي نائمة أو مكرهة لم يفسد حجه " (٧)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٨) والمالكية (٩) وقول للشافعية (١٠) ورواية

---

(١) سبق تخريجه ، صـ١٨٧ .
(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٤٠ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤ ، شرح زيد بن رسلان للرملـي الأنصـاري ، جـ،صـ١٧٩
(٣) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٦ /٤٤٧
(٤) المحلى ، جـ٧ ،صت١٨٩

(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٥
(٦) المختصر النافع صـ١٣٠
(٧) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤
(٨) الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ٢٢١ ، البحر الرائق ، جـ٣ ،صـ١٦ ، الدر المختار ، جـ٢ ،صـ٥٥٨ ، شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٤٤ ، مختصر اختلاف العلماء للجصاص ، جـ٢ ،صـ٢٠٢
(٩) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ،
(١٠) المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٤٠

للحنابلة (١) والإباضية (٢) إلى أن من جامع وهو محرم يفسد حجه لو كان جاهلا أو ناسيا أو مكرها

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بأن جماع الناسي والجاهل والمكره لا يفسد الحج بما يلي :

أولا ــ من السنة : قوله ε: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٣) فقد أفاد هذا الحديث رفع الخطأ والنسيان والإكراه عن المكلف وحيث لو يؤاخذ الشارع المكلف بهذه الأفعال فدل ذلك عدم فساد الحج بها

ثانيا ــ القياس على الصوم : فكما أن الصوم لا يفسد بجماع الناسي والمكره فكذا الحج بجامع أن كلا منهما عبادة (٤)

ثالثا المعقول من وجهين : ــ

الأول : ــ إن فساد الحج لا يثبت إلا بفعل محظور والحظر لا يثبت مع الخطأ والنسيان (٥)

مناقشة هذا الاستدلال : قال الكاساني : " قلنا: نحن يثبت ــ أي الفعل المحظور الذي يفسد الحج ــ وإنما المرفوع هو المؤاخذة عليها ...ويستوي فيه الطوع والإكراه لأن الإكراه لا يزيل الحظر " (٦)

الوجه الثاني : عن الإكراه متى أباح الإقدام أعدم أصل الفعل من المكره في الأحكام والنوم يعدم أصل الفعل من النائم (٧)

مناقشة هذا الاستدلال : قال السرخسي : " وعندنا تأثير الإكراه والنوم في دفع المأثم لا في إعدام أصل الفعل ألا ترى أنه يلزمه الاغتسال ويثبت به حرمة المصاهرة فكذلك يتعلق به فساد النسك " (٨)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بفساد الحج بالجماع لمن جامع ناسيا أو مكرها أو جاهلا بما يلي :

---

(١) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٦ /٤٤٧ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٠

(٢) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٥/٩٦
(٣) سبق تخريجه ، صـ١٤٣
(٤) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤، المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٤٠ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ٢٢١
(٥) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١٢١ ، بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥
(٦) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥
(٧) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤، المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٤٠ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ٢٢١
(٨) ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ٢٢١

أولا ــ من الأثر :

بما روي عن ابن عمر أن رجلا سأله أني وقعت بامرأتي ونحن محرمان فقال : أفسدت حجك انطلق أنت وأهلك مع الناس فاقضوا ما يقضون وحل إذا حلوا فإذا كان في العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا هديا فإن لم تجدا فصوما ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم " وروي مثله عن ابن عباس وعبد الله بن عمرو (١)

وجه الدلالة :

إن ابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو أفتوا من جامع امرأته مهما محرمان بفساد حجهما ولم يستفصلوا منه عما إذا أكره زوجته أو لا فدل ذلك على استوائهما في الحكم

مناقشة الاستدلال بالأثر من وجهين : ــ

الأول : لا نسلم لكم الاستدلال بالأثر السابق لأنه لا يعدو أن يكون قول صحابي وقول الصحابي ليس حجة عند جمهور الأصوليين (٢)

الوجه الثاني : على فرض حجية قول الصحابي فإنه معارض بحديث النبي ε : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٣)

ثانيا ــ من المعقول : إن حال العمد يستوي مع حال الإكراه والنسيان في المعنى الموجب للفساد وهو الجناية على الإحرام فاستويا قال الكاساني : " لاستوائهما في المعنى الموجب للفساد " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم استواء العامد مع الناسي والمكره في الجناية على الإحرام فإن المخطيء والمكره مرفوع عنهما الخطأ والنسيان بخلاف غيرهما فافترقا

الرأي الراجح

يبدو لي أن الرأي الراجح في هذه المسالة هو الرأي الأول لن فيه تيسيرا على المسلمين ورفعا للحرج عنهم وانسياقا مع روح التشريع الإسلامي التي تعمل على رفع الحرج عن المكلفين ما أمكن

والله أعلم

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٠

(٢) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٧٤ ، المسودة ، جـ١ ،صـ٣٣٧

(٣) سبق تخريجه ، صـ١٤٣ .

(٤) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٥

الغصن الثاني : حكم المضي في فاسده

اختلف الفقهاء في حكم الحج إذا فسد هل يجب المضي في فاسده أم لا ؟ على ثلاثة آراء : ـ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية(٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) وقول للإباضية (٧) إلى أن من أفسد حجه بالجماع يجب عليه المضي في فاسده وروي ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم (٨) وقال الماوردي والعبدري : هو قول عامة الفقهاء (٩)

الرأي الثاني : ذهب المالكية في قول عندهم للإمام مالك والحسن البصري (١٠) إلى القول بأن من أفسد حجه بالجماع عليه أن يجعل الحج عمرة ولا يقيم على حجة فاسدة

الرأي الثالث : ذهب الظاهرية (١١) والإباضية في الراجح عندهم (١٢) إلى أن من أفسد حجه بالجماع لا يجب عليه المضي في فاسده وحكاه الماوردي عن ربيعة وعطاء (١٣)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول :

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ، الفتاوى الهندية ،جـ١ ،صـ٢٤٤ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٢ ،صـ٥٩٤

(٢) الكافي لابن عبد البر ، جـ٦ ،صـ١٥٩ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ١٦٨ ، الفواكه الدواني ، جـ١، ،صـ٤٢٩

(٣) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٨٨ ، الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٠ ، المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٥٠ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٦٨٩ ، حواشي الشرواني ، جـ٤ ،صـ٥١ ، حلية العلماء للقفال ، جـ٣ ،صـ٢٦٦
(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٤٤٤ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، جـ١ ،صـ٤٥٨، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤١٣ هـ ، تحقيق د/ سعود صالح العبيكان ، عمدة الفقه لابن قدامة ، جـ١ ،صـ٤١ ، شرح العمدة لابن تيمية ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ ، المبدع ، جـ٣،صـ١٦٢
(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤
(٦) المختصر النافع صـ١٣٠
(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦
(٨) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤
(٩) المجموع ،جـ٧ ،صـ٣٥١
(١٠) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٦٨
(١١) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩ /١٩٠
(١٢) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦
(١٣) المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٥٠

(١٩٥)

استدل جمهور الفقهاء القائلون بوجوب المضي في فاسد الحج بما يلي :

أولا من الكتاب : قوله تعالى : " الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ " (١)

وجه الدلالة :

إن الأمر بوجوب إتمام الحج ورد مطلقا لم يفصل بين الصحيح والفاسد وعليه فيجب على من أفسد حجه بالجماع المضي في فاسده عملا بهذه الآية (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم وجوب المضي في الحج الفاسد عملا بهذه الآية لأن المسلم لا يستفيد من الإقامة على عمل فاسد لا يجزيء عنه فلا يجب عليه المضي فيه (٣)

ثانيا من السنة : بما روي عن النبي ε أنه سئل عن من واقع امرأته مهما محرمان بالحج قال : يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل (٤) فقد أفاد هذا الحديث وجوب المضي في الحج الفاسد

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم صحة هذا الحديث لأنه حديث مرسل (٥) فلا تقوم به حجة وقال البيهقي (٦) : " إنه حديث منقطع " (٧) وقال ابن القطان : " هذا حديث لا يصح فإن زيد بن نعيم مجهول " (٨) وإذا كان الحديث بهذه المثابة فلا تقوم به حجة ولا يمكن التعويل عليه

ثالثا ــ من الأثر : بما روي أن عمر وعليا وأبا هريرة سئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا : ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهما ثم عليهما الحج من قابل (٩)

(١) البقرة ، آية : (١٩٧)
(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٠ ،
(٣) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩ /١٩٠
(٤) نصب الراية ، جـ٣ نصـ١٢٥ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر ، جـ٢ ،صـ٤٠، دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم .
(٥) الحديث المرسل : هو الذي يرويه المحدث بأسانيد متصلة إلى التابعي فيقول التابعي قال رسول الله ε وأكثر ما تروى المراسيل من أهل المدينة عن سعيد بن المسيب ومن أهل مكة عن عطاء بن أبي رباح ومن أهل مصر عن سعيد بن أبي هلال ومن أهل الشام عن مكحول ومن أهل البصرة عن الحسن بن أبي الحسين ومن أهل الكوفة عن إبراهيم النخعي . معرفة علوم الحديث ، جـ١ ،صـ٢٥ ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٩٧ هـ/١٩٧٧ م ط ، الثانية ، الكفاية في علم الرواية ، جـ١ ،صـ٢١ ، المكتبة العلمية ، المدينة المنورة
(٦) نصب الراية ، جـ٣ ،صـ١٥٢
(٧) الحديث المنقطع : هو ما لم يتصل إسناده على أي وجه كان . تدريب الراوي ، جـ١ ، صـ٢٠٧ ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ،
(٨) نصب الراية ، جـ٣ ،صـ١٢٥
(٩) نصب الراية ، جـ٣ ،صـ١٢٥ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر ، جـ٢ ،صـ٤٠

فقد أفاد هذا الأثر الوارد عن هؤلاء الصحابة وجوب المضي في فاسد الحج قال ابن قدامة : " ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا "(١) وقال الشربيني : " وروي ذلك عن إفتاء جمع من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : لا نسلم لكم هذا الاستدلال لأنه لا يعدو أن يكون قول صحابي وهو ليس حجة كما هو الراجح عند الأصوليين

الوجه الثاني : قال ابن حزم : وهذا مرسل عن عمر لأنه عن مجاهد عن عمر ولم يدرك مجاهد عمر(٣)

رابعا المعقول من وجهين :

الأول : قال الكاساني : " إن الإحرام عقد لازم لا يجوز التحلل عنه إلا بأداء أفعال الحج أو لضرورة الإحصار ولم يوجد أحدهما فيلزمه المضي فيه فيفعل جميع ما يفعله في الحجة الصحيحة ويجتنب جميع ما يجتنبه في الحجة الصحيحة " (٤)

الوجه الثاني : إن فساد الحج معنى يجب به القضاء فلا يجوز الخروج منه إلا بإتمامه كمن فاته الوقوف بعرفة قال ابن قدامة : " ولأنه معنى يجب له القضاء فلم يخرج منه كالفوات " (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم ما ذكرتم من لزوم الإحرام ووجوب المضي في الحج الفاسد كمن فاته الوقوف لأن ذلك منقوض بالصلاة والصوم فكما لا يجب المضي في فاسد الصوم والصلاة فكذا هذا (٦)

(ب) استدلال الرأي الثاني : لم أعثر فيما قرأت على دليل للقائلين بأن من أفسد حجه بالجماع يجعل الحجة عمرة ولا يقم على حجة فاسدة

مناقشة هذا الرأي :

قال ابن قدامة : " ونخص مالكا بأنها حجة لا يمكنه الخروج منها بالإحرام فلا يخرج منها إلى عمرة كالصحيحة " (٧)

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بعدم وجوب المضي في الحج الفاسد بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " إِنَّ اللَّهَ لَا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ "(٨)

---

(١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤
(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣
(٣) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٩٠
(٤) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧
(٥) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤ ، المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٥٠
(٦) المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٥٠
(٧) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤
(٨) سورة يونس ، آية (٨١)

وجه الدلالة : أخبرهم عز وجل أن المفسد لا يصلح عمله فمن الخطأ تماديه على عمل لا يصلحه الله عز وجل لأنه مفسد بلا خلاف فالله تعالى لا يصلح عمله بنص القرآن (١)

ثانيا من السنة : بما روي عن النبي ε أنه قال : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " (٢)

وجه الدلالة : أفاد هذا الحديث أن من أتى عملا من الأعمال مخالفا لما أمر به الكتاب والسنة فهو مردود ولا فائدة منه ومن ثم فليس على من أفسد حجه أن يتمادى على عمل فاسد باطل لا يجزيء عنه (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم الاستدلال بالحديث السابق قال ابن قدامة : " والخبر لا يلزمنا لأن المعنى فيه بأمر الله وإنما وجب القضاء لأنه لم يأت به على الوجه الذي يلزمه بالإحرام " (٤)

قال النووي في الجواب عن الاستدلال بهذا الحديث : " والجواب عن الحديث أن الذي ليس عليه أمر صاحب الشرع إنما هو الوطء وهو مردود وأما الحج فعليه أمر صاحب الشرع " (٥)

ثالثا القياس:وذلك بقياس الحج الفاسد على الصلاة والصوم فكما أن من أفسد صلاته أو صومه لا يجب عليه المضي فيه فكذلك الحج بجامع أن كلا منهما عبادة (٦)

رابعا ــ المعقول : إن الحج إنما يجب مرة واحدة ومن ألزمه التمادي على ذلك الحج الفاسد ثم ألزمه حجا آخر فقد ألزمه حجتين وهذا خلاف أمر رسول اللهε (٧)

الرأي الراجح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان الرأي الثالث القائل بعدو وجوب المضي في الحج الفاسد وهو ما ذهب إليه داود وابن حزم الظاهريان والإباضية في الراجح عندهم ومن وافقهم من الفقهاء وذلك لأنه ليس ثمة فائدة من المضي في الحج حيث لا يجزيء عن المكلف فلا حاجة إلى الاستمرار في المضي فيه وذلك كالصلاة والصيام وغيرهما من العبادات وما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أدلة لم تنهض حجة في الدلالة على المطلوب ولم تسلم كلها من الطعن والمناقشة لذا أجد في نفسي ميلا لترجيح ما ذهب إليه ابن حزم ومن وافقه من الفقهاء وذلك لقوة دليله وضعف دليل المخالف والله أعلم

---

(١) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩

(٢) صحيح مسلم بنحوه عن عائشة ن جـ٣،صـ١٣٤٣ ، برقم ١٧١٨ ، صحيح البخاري ، جـ٢ ،صـ٧٥٣ برقم ٢٠٣٤

(٣) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩ /١٩٠

(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤

(٥) المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٥٠

(٦) المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٥٠

(٧) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩

الغصن الثالث : القضاء من قابل

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : حكم القضاء

المسألة الثانية : صفة القضاء عند القائلين به

****

المسألة الأولى : حكم القضاء

اختلف الفقهاء في حكم من أفسد حجه بالجماع هل يجب عليه قضاء الحج في عام قابل أو لا ؟ على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) إلى أن من أفسد حجه بالجماع وجب عليه قضاؤه في عام قابل سواء أكان الحج واجبا أم مندوبا

الرأي الثاني : ذهب المالكية في قول عندهم (٧) ورواية للحنابلة (٨) إلى أن من أفسد حجه بالجماع يجب عليه القضاء إن كان الحج الذي أفسده واجبا أما إذا كان الحج مندوبا فلا يجب قضاؤه وإنما يندب

الرأي الثالث : ذهب ابن حرم (٩) وبعض الإباضية (١٠) إلى أن من أفسد حجه بالجماع عليه أن يحرم من موضعه فإن أدرك تمام الحج فلا شيء عليه غير ذلك وإن لم يدرك تمام الحج فلا شيء عليه إلا أن يكون لم يحج قط فعليه الحج والعمرة

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بوجوب القضاء على من أفسد حجه مطلقا فرضا أو نفلا بما يلي : ــ

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨

(٢) الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٥٩ ، المدونة ، جـ٢ ،صـ٣٨٢ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٩٩ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ١٦٨

(٣) مغني المحتاج ، جـ١ صـ٥٢٣ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٨٨ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٢

(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٤ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٧ ،

(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤ (٦) شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٤

(٧) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٩٩

(٨) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٧

(٩) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩ /١٩٠

(١٠) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦

أولا ــ من الأثر : بما روي عن علي وعمر وأبي هريرة أنهم قالوا في من جامع زوجته وهو محرم :" ..ثم يقضيا الحج من قابل " (١)

فقد أفاد هذا الأثر المروي عن أولئك الصحابة وجوب القضاء على من أفسد حجه مطلقا دون فرق بين كون الحج واجبا أو مندوبا إذ لو كان هناك فارق بينهما

لسألوا الرجل المجامع عن حجه هل هو واجب أو مندوب وحيث لم يسألوا فدل ذلك على استوائهما في الحكم

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال كما تتقدم بأنه قول صحابي فلا يكون حجة في الاستدلال به كما أن هذا الأثر مرسل عن عمر لأنه عن مجاهد عن عمر ولم يدرك مجاهد عمر ومن ثم فلا ينهض حجة في الاستدلال به (٢)

ثانيا ــ المعقول من وجهين :

الأول : إن المجامع لم يأت بالمأمور به على الوجه الذي أمر به لأنه أمر بحج خال عن الجماع ولم يأت به فبقي الواجب في ذمته فيلزمه تفريغ ذمته عنه (٣)

الوجه الثاني : إن الإحرام يلزم بالشروع فيه وإن كان تطوعا فصار فرضا بخلاف باقي العبادات (٤)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب قضاء الحج الذي أفسده صاحبه إذا كان واجبا أما إذا كان مندوبا فيندب قضاؤه بما استدل به أصحاب الرأي الأول من الأدلة الدالة على وجوب القضاء في حق من أفسد حجا واجبا عليه وحملوا الأدلة على الندب في حق من كان حجه تطوعا

(ج) استدلال الرأي الثالث : ذهب ابن جزم ومن وافقه إلى أن من أفسد حجه بالوطء فقد عصى الله عز وجل وأمره إلى الله ولا شيء عليه من قضاء ونحوه إلا أن يكون لم يحج قط فيجب عليه الحج واستدل على ذلك بما يلي :

أنه قد صح عن رسول الله ε إن الحج إنما يجب مرة واحدة (٥) ومن ألزمه التمادي على ذلك الحج الفاسد ثم ألزمه حجا آخر فقد ألزمه حجتين وهذا خلاف أمر رسول الله ε (٦)

---

(١) نصب الراية ، جـ٣ ،صـ١٢٥ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٠

(٢) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٩٠

(٣) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ،

(٤) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٢ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨

(٥) عن بي هريرة رضي الله عنه قال : خطبنا رسول الله ε فقال : أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا فقال رجل أكل عام يارسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثا فقال رسول الله ε : لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ثم قال ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه " صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٩٧٥

(٦) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٩٠

الرأي الراجح :

يبدو لي أن الراجح في هذه المسالة أن الحج الذي يجب قضاؤه بالإفساد هو الحج الواجب دون غيره كالمندوب وذلك كغيره من العبادات كالصلاة والصوم ونحوهما وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية وبعض الحنابلة أما القول بوجوب القضاء مطلقا سواء أكان الحج واجبا أ مندوبا فغير مسلم لا سيما أن الأدلة الواردة لا تنهض حجة في إثبات وجوب القضاء في المندوب فتحمل على الواجب دون غيره وهذا هو الأولى بالقبول والله أعلم

المسألة الثانية : صفة القضاء عند القائلين به

تفريعا على ما تقدم ترجيحه من القول بوجوب قضاء الحج الواجب دون غيره فهل يجب هذا القضاء على الفور أم على التراخي ؟ اختلف الفقهاء القائلون بوجوب القضاء في هذه المسالة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والأصح عند الشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) إلى وجوب قضاء الحج الفاسد على الفور

الرأي الثاني : ذهب الشافعية (٦) في مقابل الأصح عندهم وظاهر كلام الإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى وجوب قضاء الحج الفاسد على التراخي

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بوجوب قضاء الحج الفاسد على الفور بما يلي : ــ

أولا ــ إن فريضة الحج الأصل تجب على الفور فهذا أولى لأنه تعين بالدخول فيه (٩)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧

(٢) التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ١٦٨ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٩٩ ، الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ، صـ١٥٩

(٣) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٢ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ، صـ٣٤٢ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٢٨٨

(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٥ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٧

(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤

(٦) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٢ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣

(٧) المختصر النافع ، صـ ١٣٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٤ فيمن جامع زوجته في الفرج قبلا أو دبرا عامدا عالما بالتحريم فسد حجه وعليه إتمامه وبدنة والحج من قابل "

(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦ ، شرح النيل ، جـ٤ ،صـ٩٦

(٩) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٥

(٢٠١)

ثانيا ــ بما روي عن الصحابة فيمن جامع وهو محرم أنه يقضي من قابل وظاهر هذا أنه يكون على الفور قال الرافعي : " وأصحهما أنه على الفور لأنه لزم وتضيق بالشروع فيه ويدل عليه ظاهر قول الصحابة أنه يقضي من قابل " (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب قضاء الحج الفاسد على التراخي بما يلي : إن أداء فريضة الحج واجب على التراخي فكذا هذا قال الرافعي : " إنه على التراخي كما كان الأداء على التراخي " (٢)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بوجوب قضاء الحج الفاسد على الفور لأنه لزم وتضيق بالشروع فيه وحتى تبرأ ذمة المكلف مما شغلها والله أعلم

الغصن الرابع : الهدي (الكفارة)

وفيه مسائل :

المسالة الأولى : حكم وجـــــــوب الهدي
المسالة الثانية : حكم إيجاب الهدي على المرأة
المسالة الثالثة : حكم تكرر الهدي بتكرر الجماع
المسألة الرابعة : الهدي الواجب بإفساد القارن نسكه بالجماع
المسالة الخامسة : الهدي الواجب بإفساد العـــــــمرة
المسألة السادسة : الهدي الواجب بإفساد المتمتع نسكـــــه

****

المسالة الأولى : حكم وجوب الهدي

يترتب على إفساد الحج بالجماع وجوب الهدي أو الكفارة على المجامع لذا اختلف الفقهاء في المراد به على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الشافعية (٣) والحنابلة في رواية (٤) والزيدية (٥)

---

(١) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٢
(٢) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٢
(٣) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٠

(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح االكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٩ /٥٤٠ ، الإنصاف ، جـ٣ ، صـ٤٥١
(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٣

والإمامية (١) والإباضية (٢) إلى أن من أفسد حجه بالجماع يجب عليه أن يهدي بدنة وبه قال ابن عباس وعطاء والشعبي وأصحاب الرأي والثوري وإسحاق (٣)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٤) والمالكية (٥) والحنابلة في الراجح عندهم (٦) إلى أن من أفسد حجه بالجماع يجب عليه أن يهدي شاة وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود (٧)

الرأي الثالث : ذهب الظاهرية (٨) إلى أن من جامع في إحرامه وأفسده ليس عليه هدي وإنما هو عصى الله عز وجل وأمره إلى الله تعالى

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن من أفسد حجه بالجماع يجب عليه أن يهدي بدنة بما يلي : ــ

أولا ــ الأثر : بما روي عن ابن عباس وغيره (٩) أنه قضى بالبدنة على من جامع وهو محرم بالحج قال الخطيب الشربيني :" ... لقضاء الصحابة رضي الله عنهم بذلك " (١٠) وقال ابن قدامة : " ولأنه قول من سمينا من الصحابة " (١١) فدل ذلك على أن الهدي الواجب على من أفسد حجه بالجماع هو البدنة

ثانيا ــ المعقول : إن الجماع بعد الوقوف إنما أوجب البدنة لتغليظ الجناية والجناية قبل الوقوف بعرفة أغلظ لوجودها حال قيام الإحرام المطلق لبقاء ركني الحج وأما بعد الوقوف بعرفة فلم يبق إلا أحدهما وهو طواف الإفاضة فإذا وجبت البدنة بعد الوقوف بعرفة فلأن تجب قبله من باب أولى

قال ابن قدامة :" إنه جماع صادف إحراما تاما فوجبت به البدنة كبعد الوقوف"(١٢)

---

(١) المختصر النافع ، صـ١٣٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٤
(٢) يرى الإباضية : أن من أفسد حجه يجب عليه بدنة فإن لم يجد فشاة ، النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٦
(٣) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٩ /٥٤٠
(٤) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٦ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨
(٥) الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٦٣ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ١٦٦ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٩٨
(٦) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٩ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٥١ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، جـ١ ،صـ٤٩٦
(٧) المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨
(٨) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩

(٩) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٩ /٥٤٠
(١٠) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٢
(١١) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠
(١٢) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٦ ، المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

مناقشة هذا الاستدلال :

قال الكاساني : " واعتباره بما قبل الوقوف غير سديد لأن الجناية قبل الوقوف أخف من الجناية بعدة لأن الجماع قبل الوقوف أوجب القضاء لأنه أوجب فساد الحج والقضاء خلف عن الغائب فيجبر معنى الجناية فتحف الجناية فيوجب نقصان الموجب وبعد الوقوف لا يفسد الحج عندنا لما ذكرنا فلم يجب القضاء فلم يوجد ما تجب به الجناية فبقيت الجناية متغلظة فتغلظ الموجب (١)

الجواب على هذه المناقشة :

لا نسلم لكم التفرقة بين قبل الوقوف وبعده من حيث تغليظ الجناية على من جامع بعد الوقوف دون من جامع قبله لأن الجماع مفسد قبل الوقوف وغير مفسد بعده هذه التفرقة غير مسلمة حيث لا يوجد دليل عليها فتكون غير مقبولة كما أن الجماع قبل الوقوف صادف إحراما تاما فأفسده كما بعد الوقوف

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن من أفسد حجه بالجماع عليه أن يهدي شاة بما يلي :ـ

أولا ـ من السنة :ـ

١ ـ بما روي عن النبي ε أنه سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما " (٢)

وجه الدلالة : إن اسم الهدي وإن كان يقع على الغنم والإبل والبقر ولكن الشاة أدنى والأدنى متيقن به فحمله على الغنم أولى (٣)

٢ ـ بما روي عن رسول الله ε أنه سئل عن الهدي فقال : " أدناه شاة " (٤) فقد أفاد هذا الحديث أن أدنى الهدي شاة فيصح أن يقع على من أفسد حجه بالجماع

ثانيا ـ من الأثر :

بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : " البدنة في الحج في موضعين : أحدهما: إذا طاف للزيارة جنبا ورجع إلى أهله ولم يعد والثاني : إذا جامع بعد الوقوف " (٥)

فقد أفاد ذلك أن الرجل متى جامع زوجته قبل الوقوف بعرفة لم تجب عليه البدنة وإنما يجزيء عنه شاة

(١) بدائع الصنائع ،جـ٢ ،صـ٣٢٦
(٢) سبق تخريجه ، صـ١٩٥
(٣) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٦
(٤) نصب الراية ، جـ٣ ،صـ١٦٠ ، قال : قلت : غريب ولم أجده إلا من قول عطاء .، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، جـ٢ ،صـ٥١ ، قال : لم أجده مرفوعا وهو عند الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عطاء قال : " أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة "
(٥) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٦

مناقشة هذا الاستدلال : هذا الاستدلال غير مسلم فقد روي عن ابن عباس (١) خلاف ذلك وهو قضاؤه بوجوب البدنة على من أفسد حجه بالجماع بعد الوقوف فيكون هذا معارضا بمثله

ثالثا ــ من المعقول : إن الجماع أثناء الإحرام قبل الوقوف يفسد الحج ويترتب عليه القضاء من قابل فلم تجب به بدنة كمن فاته الوقوف بعرفة ، قال ابن قدامة : " ...لأنه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء فلم تجب به بدنة كالفوات " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم التفرقة بين الجماع قبل الوقوف فتوجبون شاة وبعده فتوجبون بدنة وهذه التفرقة لا دليل عليها فتكون غير مقبولة ، وحيث لا دليل على التفرقة والجميع متفقون على وجوب البدنة على من جامع بعد الوقوف فيكون ما قيل الوقوف كذلك من باب أولى لأن هذا الجماع جناية على إحرام تام فتجب به بدنة كما بعد الوقوف

كما أن الجناية بعد الوقوف أخف لأنها بعد الوقوف بعرفة ، وقبله أشد حيث لم يقف الحاج بعرفة ولا طاف للزيارة فيكون المعنى الموجب للبدنة لمن جامع قبل الوقوف أشد من غيره

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل ابن حزم اظاهري على ما ذهب إليه من القول بعدم وجوب هدي على من أفسد حجه بالجماع بما يلي : ــ

بما ورد في السنة عن رسول الله ε أنه قال : " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام " (٣) قال ابن حزم : " فلا يجوز أن يوجب هدي بغير قرآن ولا عهد من رسول الله ε " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : لا نسلم لكم عدم وجوب شيء على من أفسد حجه بالجماع فقد دل على وجوب الهدي سنة رسول الله ε وقضاء الصحابة رضوان الله عليهم بذلك ومن فهذا قول غير مقبول

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بوجوب البدنة على من أفسد حجه بالجماع ومما يقوي هذا الترجيح أني وجدت الفقهاء جميعهم ــ فيما أعلم عدا ابن حزم ــ يوجبون البدنة على من جامع بعد الوقوف بعرفة والجناية على الإحرام بالجماع قبل الوقوف أشد من الجناية بعده وليس ثمة دليل على التفرقة بين ما قبل الوقوف وبعده فتجب البدنة على من جامع قبل الوقوف أيضا من باب قياس الأولى وهذا ما تطمئن إليه النفس وما ذهب إليه المخالف من أدلة لم تسلم من الطعن والمناقشة فتكون غير مقبولة والله أعلم

---

(١) الشرح الكبير ، جـ٤ ، صـ٥٣٩ /٥٤٠
(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣١ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ، صـ ٥٤٠
(٣) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٨٨٩ ، صحيح البخاري ، جـ٥ ،صـ٢١١٠ ، برقم ٥٢٣٠
(٤) المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨٩

(٢٠٥)

المسالة الثانية : حكم إيجاب الهدي على المرأة

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بوجوب الكفارة أنها تجب على الرجل المجامع لزوجته أثناء الإحرام ولكن هل تجب هذه الكفارة على المرأة الموطوءة أم لا ؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والشافعية في الصحيح عندهم(٢) والحنابلة في قول (٣) والظاهرية (٤) إلى أنه لا كفارة على المرأة الموطوءة أثناء الإحرام بالحج وإنما الكفارة على زوجها فقط
الرأي الثاني : ذهب الشافعية في وجه عندهم (٥) أن على المرأة الفدية مطلقا
الرأي الثالث : ذهب المالكية (٦) والحنابلة (٧) والزيدية (٨) والإمامية (٩) والراجح عند الإباضية (١٠) إلى أن الكفارة تجب على المرأة المطاوعة دون المكرهة

الأدلة :
(أ) استدلال الرأي الأول :

يمكن أن يستدل للقائلين بعدم وجوب الكفارة على المرأة مطلقا بما يلي :
١ ــ إن الهدي وجب على الرجل بنفس الإفساد ومواقعة المحظور فوجب إخراجه عليه كسائر الدماء الواجبة بفعل المحظورات (١١)

(١) الفتاوى الهندية جـ١ ،صـ٢٤٤ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٩
(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤
(٣) شرح العمدة لابن تيمية ،جـ٣ ،صـ٢٥٩
(٤) يلاحظ أن ابن حزم يرى عدم وجوب الكفارة مطلقا على الرجل والمرأة . المحلى ، جـ٧ ،صـ١٨
(٥) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤
(٦) الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٦٠ ، المدونة ، جـ٢ ،صـ٣٨٢ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٦٩
(٧) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٠ ، الروض المربع ، جـ١ ،صـ٤٨٨ /٤٨٩ ، شرح العمدة لابن تيمية ، جـ٣ ،صـ٢٥٩
(٨) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤
(٩) المختصر النافع ، صـ١٠٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٥
(١٠) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩
(١١) شرح العمدة لابن تيمية ، جـ٣ ،صـ٢٥٩

(ب) استدلال الرأي الثاني : يمكن أن يستدل لأصحاب هذا الرأي القائلين بوجوب الكفارة على المرأة مطلقا بما يلي : ــ

بالأدلة الدالة على وجوب الكفارة على من أفسد حجه بالجماع لأن الأدلة وردت مطلقة لم تفرق بين المرأة والرجل فتجب عليها كالرجل

(ج) استدلال الرأي الثالث : يمكن أن يستدل للقائلين بوجوب الكفارة على المرأة المطاوعة دون غيرها بالأدلة الدالة على وجوب الهدي مطلقا حيث لم تفرق بين الرجل والمرأة لكن يستثنى من وجوب الكفارة على المرأة ، المرأة المكرهة فلا تجب عليها الكفارة لأن القلم مرفوع عنها قال ε : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (١)

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء في هذه المسالة يترجح لدي ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث وهم المالكية ومن وافقهم القائلون بوجوب الكفارة على المرأة المطاوعة دون المكرهة لما في الأخذ به من إعمال الأدلة كلها بحيث تحمل الأدلة الموجبة للكفارة على المرأة على ما إذا كانت مطاوعة والأدلة المانعة من ذلك على المكرهة وهذا هو الأولى بالقبول والموافق لروح الإسلام وقواعده العامة والله أعلم

المسألة الثالثة : حكم تكرار الكفارة بتكرار الجماع المفسد للإحرام

تفريعا على رأي القائلين بوجوب الكفارة على من جامع في إحرامه فهل تتكرر الكفارة بتكرر الجماع أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء : ــ
الرأي الأول : ذهب المالكية (٢) والشافعية (٣) إلى أن من جامع في إحرامه أكثر من مرة لا يجب عليه إلا كفارة واحدة وهو قول عطاء (٤)
الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٥) إلى أن الوطء إذا تكرر في مجلس واحد فكفارة واحدة وإن تكرر في مجالس كان عليه لكل وطء كفارة
الرأي الثالث : ذهب الحنابلة (٦) في الصحيح عندهم والشافعية في قول(٧)وقول للإباضية (٨) إلى أن المجامع إن لم يكن قد كفر عن الأول فكفارة واحدة وإن كان قد كفر عن الأول فعليه للجماع الثاني كفارة ثانية وهو قول محمد بن الحسن (٩)

---

(١) سبق تخريجه ، صـ١٤٣
(٢) الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٦٠ ، المدونة ، جـ٢ ،صـ٣٨٢ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٩٧
(٣) الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨١
(٤) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٥
(٥) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٦ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٥
(٦) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٤ ، الروض المربع ، جـ١ ،صـ٤٨٩
(٧) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨١
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩ ، شرح النيل ، جـ٤ ،صـ٩٩
(٩) بدائع الصنائع ، جـ٢ ، صـ٣٢٦

الرأي الرابع : ذهب الشافعية في قول (١) عندهم ورواية للحنابلة (٢) والزيدية (٣) والإباضية (٤) إلى أن من جامع أكثر من مرة وهو محرم بالحج عليه لكل وطء كفارة
الأدلة :
(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن من جامع أكثر من مرة في إحرامه لا يجب عليه إلا كفارة واحدة بما يلي : ــ
 # القياس على الصوم : فكما أن من جامع زوجته أكثر من مرة في نهار رمضان لا يجب عليه إلا كفارة واحدة فكذلك الحج بجامع أن كلا منهما جناية واحدة على العبادة (٥)
(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بان من جامع اكثر من مرة في مجلس واحد فإن عليه كفارة واحدة وإذا جامع في أكثر من مجلس فلكل كفارة بما يلي : ــ
قال الكاساني : " إن أسباب الوجوب اجتمعت في مجلس واحد أو من جنس واحد فيكتفى بكفارة واحدة لأن المجلس الواحد يجمع الأفعال المتفرقة كما يجمع الأقوال المتفرقة كالإيلاجات في جماع واحد إنها لا توجب إلا كفارة واحدة وإن كان كل إيلاجة لو انفردت أوجبت الكفارة كذا هذا (٦)

ـ **واستدلوا على تعدد الكفارة بتعدد المجلس :** بأن الكفارة تجب بالجناية على الإحرام وتعددت الجناية فيتعد الحكم وهو الأصل إلا إذا قام دليل يوجب جعل الجنايات المتعددة حقيقة متحدة حكما وهو اتحاد المجلس ولم يوجد هنا (٧)

(ج) استدلال الرأي الثالث : استدل القائلون بعدم تكرار الكفارة إذا لم يكفر عن الجماع الاول وبتكرارها إذا كان قد كفر عن الجماع الأول بما يلي :

قال الكاساني : " إن الكفارة إنما وجبت بالجماع الأول جزاء لهتك حرمة الإحرام والحرمة حرمة واحدة إذا انتهكت مرة لا يتصور انتهاكها ثانيا كما في صوم شهر رمضان وكما إذا جامع ثم جامع في مجلس واحد وإذا كفر فقد جبر الهتك فالتحق بالعدم وجعل كأنه لم يوجد فلم يتحقق الهتك ثانيا (٨)

وجاء في المغني " ولنا على وجوب البدنة إذا كفر أنه وطيء في إحرام ولم يتحلل منه ولا أمكن تداخل كفارته في غيره فأشبه الوطء الأول ولأن الإحرام الفاسد كالصحيح في سائر الكفارات فكذلك في الوطء ولأنه إذا لم يكفر عن الأول فتتداخل كفارته كما تداخل حكم المهر والحد " (٩)

---

(١) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨١

(٢) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٤

(٣) البحرالزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٥

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٥) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨١

(٦) بدائع الصنائع ، جـ ٢، ،صـ٣٢٦ /٣٢٧

(٧) بدائع الصنائع ، جـ ٢، ،صـ٣٢٦ /٣٢٧

(٨) بدائع الصنائع ، جـ ٢، ،صـ٣٢٦ /٣٢٧ (٩) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٦

(د) استدلال الرأي الرابع : يمكن أن يستدل لأصحاب الرأي الرابع القائلين بأنه يجب لكل وطء كفارة بأن المجامع إذا جامع في إحرامه فقد أفسده بهذه الجناية فإذا جامع ثانيا فقد كرر الجناية ومن ثم فيجب كفارة لكل جماع لأنه جناية مستقلة على الإحرام

قال ابن قدامة : " لأنه سبب الكفارة فأوجبها كالأول " (١)

الرأي الراجح :

يبدو لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بأن الكفارة لا تتكرر بتكرر الجماع أثناء الإحرام وإنما يجب كفارة واحدة وما ذلك إلا لأن الجماع وإن تكرر فهو جناية على إحرام واحد فيكون جزاؤه كفارة واحدة وهذا هو الأولى بالقبول والموافق لروح التشريع الإسلامي ولما في تكرار الكفارة بتكرار الجماع من إيقاع الناس في حرج ومشقة وهذا ما يتنافى وتعاليم الإسلام السمحة والله أعلم

المسألة الرابعة : الهدي الواجب بإفساد القارن نسكه

اختلف الفقهاء في ما يجب على القارن إذا أفسد نسكه بالجماع على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب المالكية (٢) والشافعية (٣) والإباضية (٤) إلى أن القارن إذا أفسد نسكه بالجماع يجب عليه هدي للجماع وهدي للقران وبه قال عطاء وابن جريج وإسحاق وأبو ثور (٥)

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة في رواية (٦) والزيدية (٧) وقول للإباضية (٨) إلى أن القارن عليه هديان لحجه وعمرته وعليه دم آخر للقران

الرأي الثالث : ذهب الحنفية (٩) ووجه عند الشافعية(١٠) ورواية للحنابلة (١١) وقول للإباضية (١٢) إلى أن القارن يجب عليه دمان للحج والعمرة ويسقط عنه دم القران

---

(١) المغني ، جـ٤ ،صـ٥٣٤

(٢) الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٦٠

(٣) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، نهاية المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤ /٤٨٥ ، روضة الطالبين ، جـ٣ ،صـ١٤١ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٦٩٠ ، المجموع ، جـ٧ ،صـ٣٣٨ ، حواشي الشرواني ، جـ٤ ،صـ١٧٧

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٥) الشرح الكبير ،جـ٤ ،صـ٥٣٧

(٦) الشرح الكبير ،جـ٤ ،صـ٥٣٧ ، المحرر في الفقه لابن تيمية الحراني ، جـ١،صـ٢٣٧ ، مكتبة المعارف ، الرياض ــ ط ، الثانية ، ١٤٠٤ هـ .

(٧) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٦

(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٩) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٨ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤

(١٠) الوسيط ، جـ٢ ،صـ٦٩٠ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤ /٤٨٥

(١١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨

(١٢) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩ ، شرح النيل ، الموضع السابق

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بأن القارن إذا أفسد نسكه بالجماع يجب عليه هدي واحد لحجه وعمرته ولا يسقط عنه دم القران بما يلي :

أما إنه يلزمه هدي واحد فلانغمار العمرة في الحج (١)

وأما عدم سقوط دم القران فلأنه لزم بالشروع فلا يسقط بالإفساد (٢)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بأن القارن إذا أفسد نسكه يجب عليه هديان ولا يسقط عنه دم القران بما يلي :

قال ابن قدامة : " ويتخرج لنا أنه يلزمه هديان بدنة للحج وشاة للعمرة إذا قلنا يلزمه طوافان وسعيان " (٣) ومن ثم فالقول بوجوب هديين مفرع على أنه يجب طوافان وسعيان لكل من الحج والعمرة ولا تدخل العمرة في الحج
وأما عدم سقوط دم القران فلأن ما وجب في النسك الصحيح وجب في النسك الفاسد كالأفعال ولأنه دم وجب عليه فلم يسقط بالإفساد كالدم الواجب لترك الميقات (٤)
(ج) استدلال الرأي الثالث :
استدل القائلون بأن القارن يجب عليه إذا أفسد نسكه يجب عليه دمان ويسقط عنه دم القران بما يلي :
أما وجوب هديين فلإفساده نسكين الحج والعمرة وأما سقوط دم القران فلأن وجوبه ثبت شكرا لنعمة الجمع بين قربتين وبالفساد بطل معنى القربة وسقط الشكر (٥)
وقال الرفعي : " .. لأنه لم يحصل الترفه بسقوط أحد السفرين (٦)
الرأي الراجح :
بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبد لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول بأن القارن إذا أفسد نسكه يجب عليه هدي واحد وذلك لانغمار العمرة في الحج
ويبدو لي أيضا أن القول بسقوط دم القران هو الأولى بالقبول وذلك لأن القارن لم يحصل له الترفه بجمع نسكين في إحرام واحد كما أن دم القران ثبت شكرا لنعمة الجمع بين النسكين معا في إحرام واحد وقد بطل معنى القربة بالفساد فسقط الشكر
والله اعلم

---

(١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٧
(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤ /٤٨٥ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٧
(٣) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٧ ، المحرر في الفقه لابن تيمية الحراني ، جـ١ ،صـ٢٣٧
(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٨
(٥) الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٨
(٦) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤ /٤٨٥ ، الوسيط ، جـ٢ ،صـ٦٩٠

المسألة الخامسة : الهدي الواجب بإفساد العمرة

اختلف الفقهاء فيما يجب بإفساد العمرة على رأيين :
الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والحنابلة (٣) إلى أن المحرم متى أفسد عمرته بالجماع فلا يجب عليه إلا شاة

الرأي الثاني : ذهب الشافعية (٤) والزيدية (٥) وظاهر كلام الإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى أن من أفسد عمرته بالجماع يجب عليه بدنه

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بأنه يجب بإفساد العمرة شاة بما يلي :

١ ــ إن العمرة دون الحج فيجب أن يكون حكمها دون حكمه

٢ ــ ولنقص حرمة إحرامها عن الحج لنقص أركانها ودخول أفعالها فيه إذا اجتمعت معه والنقص يمنع كمال الكفارة (٨)

(ب) استدلال الرأي الثاني : يمكن أن يستدل للقائلين بوجوب البدنة بإفساد العمرة بالجماع بأنه جماع صادف إحراما تاما فأفسده فيجب فيه بدنة كالحج ولأن النصوص الواردة بإيجاب البدنة لم تفرق بين العمرة والحج

مناقشة هذا الاستدلال : قال ابن قدامة : " إنها عبادة لا وقوف فيها فلم تجب فيها بدنة كما لو قرنها بالحج " (٩)

الرأي الراجح :

يبدو لي رجحان ما ذهب إليه القائلون بوجوب بدنة على من أفسد العمرة بالجماع لأنه جماع صادف إحراما تاما فأوجب فيه بدنة كالحج كما أن النصوص الواردة بإيجاب البدنة لم تفرق بين الحج والعمرة فيكون هذا هو الأولى بالقبول والله أعلم

---

(١) قال أبو حنيفة : " إن وطيء قبل أن يطوف أربعة أشواط عليه شاة وإن وطيء بعد ذلك لم تفسد عمرته وعليه شاة " الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١٢١ /١٢٢

ويناقش قول أبي حنيفة : بأن الجماع بعد أربعة أشواط غير مفسد للعمرة كلام غير مسلم لأن الجماع من محظورات الإحرام فاستوى فيه ما قبل الطواف وبعده كسائر المحظورات ولأنه وطء صادف إحراما تاما فأفسده كما قبل الطواف

(٢) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩

(٣) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٧ ، الفروع ، جـ٣ ،صـ٢٩٤ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٩ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ،جـ١ ،صـ٤١٨

(٤) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٤ /٤٨٥ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٥٢٣ وما بعدها

(٥) البحر الزخار ،جـ٣ ،صـ٣٢٦

(٦) المختصر النافع ، صـ١٠٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٧ /٢٩٨

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٩ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٨) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٧

(٩) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٧

(٢١١)

المسألة السادسة : حكم إفساد المتمتع نسكه

المتمتع إذا جامع فحكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة لأنه يحرم بعمـــرة أولا ثم يحرم بحجة فإذا أفسد عمرته فإنه يجب عليه ما يجب على المفرد بالعمرة وإذا أفسد حجه يجب عليه ما يجب على المفرد بالحج
قال الكاساني : " .. وأما المتمتع إذا جامع فحكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بـــالعمرة لأنه يحرم بعمرة أولا ثم يحرم بحجة " (١)
وقد تقدم ما يجب على كل منهما فلا حاجة للإعادة مرة أخرى

****

الغصن الخامس : التفرق

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : صفة التفرق
المسالة الثانية : مكان التفرق

****

المسألة الأولى : صفة التفرق

تفريعا على القول الذي يرى وجوب إعادة الحج الفاسد في عـــام قابـــل فـــإن القائلين بذلك يرون أنه على الرجل أن يفارق زوجته في الحج حتى يقضـــيا نســـكهما وهل هذا التفرق واجب أو مسنون ؟
اختلف الفقهاء في حكم التفرق هل هو واجب أو مسنون على رأيين : ــ

(١) بدائع الصنائع ، جـــ٢ ، صـــ٣٢٩

الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) وقول للمالكية(٢) والشافعية في القديم عندهم(٣) والراجح عند الحنابلة (٤) إلى أن التفرق مستحب

الرأي الثاني : ذهب المالكية في ظاهر المذهب (٥) والشافعية في الجديد (٦) ورواية عند الحنابلة (٧) إلى أن التفرق بين الزوجين واجب حتى يقضيا حجهما وهو ظاهر مذهب الإمامية (٨)

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن التفرق مستحب بما يلي : ــ

١ ــ إنه لا يجب التفريق بين الزوجين في قضاء رمضان إذا أفسده فكذلك الحج

٢ ــ قال الكاساني : " ولنا أنهما زوجان والزوجية علة الاجتماع لا الافتراق "(٩)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب التفرق بما يلي :

١ ــ **من الأثر :** بما روي عن علي وابن عباس وغيرهما ...فإذا أتيا المكان الذي أصابا فيه ما أصابا تفرقا " فقد أفاد هذا الأثر وجوب التفرق بين الزوجين حتى يقضيا نسكهما . (١٠)

٢ ــ **من المعقول :** يجب على الزوجين الافتراق لئلا تدعوه الشهوة إلى المعاودة فإن معهد الوصال شوق . (١١) وقال ابن قدامة : " ولأن الاجتماع في ذلك الموضع يذكر الجماع فيكون من دواعيه " (١٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال الكاساني : " وأما ما ذكروه من خوف الوقوع يبطل بالابتداء فإنه لم يبطل الافتراق في الابتداء مع خوف الوقوع وقول الشافعي يتذكران ما فعلا فيه فاسد لأنهما قد يتذكران وقد لا يتذكران إذ ليس كل من يفعل فعلا في مكان يتذكر ذلك الفعل إذا وصل إليه ثم إن كانا يتذكران ما فعلا فيه يتذكران ما لزمهما من وبال فعلهما فيه أيضا فيمنعهما ذلك عن الفعل ثم يبطل هذا بلبس المخيط

---

(١) المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨ ، بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧

(٢) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٦٩ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٩٧ ، الموطأ ، جـ١ ،صـ٣٨٢

(٣) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٣

(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦ ، الفروع ، جـ٣ ،صـ٢٨٦ /٢٨٧ ، شرح العمدة ، جـ٣ ، صـ٢٦٣ /٢٦٤ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٨ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، جـ١ ،صـ٤٥٨ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ١٦٤

(٥) مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ١٦٩

(٦) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٣

(٧) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦ ، الفروع ، جـ٣ ،صـ٢٨٦ /٢٨٧ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٨ ، جـ٣ ،صـ١٦٤

(٨) المختصر النافع ، صـ١٠٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ صـ٢٩٤ /٢٩٥

(٩) البدائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧

(١٠) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦ ، العزيز ، جـ٣ ، صـ٤٨٣

(١١) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٣
(١٢) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦

والتطيب فإنه إذالبس المخيط أو تطيب حتى لزمه الدم يباح له إمساك الثوب المخيط والطيب وإن كان ذلك يذكره لبس المخيط والتطيب فدل أن الافترق ليس بلازم لكنه مندوب إليه ويستحب عند خوف الوقوع فيما وقعا فيه وعلى هذا يحمل قول الصحابة رضوان الله عليهم " يفترقان " (١)

الرأي الراجح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في حكم التفرق يبدو لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون باستحباب التفرق لأن القول بوجوب التفرق يستلزم خطابا من الشارع يطلب هذا الفعل طلبا جازما ولم يوجد فدل ذلك على عدم وجوبه وما ورد عن الصحابة من القول بالتفرق فإنه محمول على الندب خوفا من معاودة الفعل ولا يمكن حملها على الوجوب بحال لأنها لا تعدو أن تكون قول صحابي لا غير والله أعلم

المسألة الثانية : مكان الافتراق

معنى التفرق : أن لا يركب الرجل مع زوجته في محمل ولا ينزل معها في فسطاط ونحو ذلك قال الإمام أحمد : " يتفرقان في النزول والفسطاط والمحمل ولكن يكون بقربها وذلك ليراعي أحوالها فإنه محرمها " (٢)

واختلف الفقهاء في المكان الذي يتفرق فيه الزوجان على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب الشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) إلى أن الزوجين يفترقان في قضاء النسك الذي أفسداه بالجماع من الموضع الذي جامعها فيه قال ابن قدامة : " وهو مروي عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي " (٦)

الرأي الثاني : ذهب المالكية (٧) وزفر من الحنفية (٨) ورواية للإمام أحمد (٩) إلى أن مكان التفرق يكون من وقت الإحرام

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٧ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٩
(٢) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٨ ، الإنصاف ،جـ٣ ،صـ٤٤٨
(٣) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٣
(٤) الفروع ، جـ٣ ،صـ٢٩٠ ، الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٤٨ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦

(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٥
(٦) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦
(٧) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٩٧
(٨) الموطأ ، جـ٤ ،صـ١١٩
(٩) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن مكان تفرق الزوجين يبدأ من موضع الجماع بما يلي :

أولا ــ من الأثر :

بما روي عن عمر وابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ فروى سعيد بن المسيب والأثرم أن عمر سئل عن رجل وقع بامرأته وهما محرمان فقال : أتما حجكما فإذا كان عام قابل فحجا واهديا حتى إذا بلغتما المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا حتى تحلا وروي عن ابن عباس مثل ذلك "(١)

فقد أفاد هذا الأثر أن المكان الذي يتفرق منه الزوجان هو مكان الجماع الذي أفسد فيه الزوجان حجهما بالجماع

ثانيا ــ من المعقول : إن ما قبل موضع الإفساد كان إحرامهما فيه صحيحا فلم يجب التفريق فيه كالذي لم يفسد وإنما اختص التفريق بموضع الجماع لأنه ربما يذكره برؤية مكانه فيدعوه ذلك إلى فعله (٢)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن التفرق يبدأ من وقت الإحرام بما يلي

١ ــ إن الافتراق نسك بقول الصحابة وأوان أداء ما هو نسك بعد الإحرام (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : قال السرخسي : " وهذا ليس بقوي فإن الافتراق ليس بنسك في الأداء فلا يكون نسكا في القضاء لأن القضاء بصفة الأداء (٤)

٢ ــ إن التفريق بين الزوجين في قضاء النسك الذي أفسداه بالجماع يكون خوفا من معاودة المحظور وهو يوجد في جميع إحرامهما (٥)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة أمران :

الأول : إن ما قاله الفقهاء من التفريق بين الزوجين سواء من مكان الجماع المفسد للحج أو من وقت الإحرام مبني على أن السفر لآداء هذه الفريضة كان بالوسائل القديمة التي يستمر فيها الزوجان فترة طويلة في السفر يمكن خلالها المواقعة

أما في هذه الأيام فإن السفر لأداء هذه الفريضة يتم في وقت سريع بالطيران والبواخر أو في عربات بها جمع كبير من الناس الأمر الذي يتعذر معه المواقعة في هذه الأماكن العامة

الأمر الثاني : إن التفرق المنشود هو التفرق في الإقامة من حيث السكن وأماكن الإقامة بحيث لا يقيم الزوج مع زوجته في غرفة واحدة وإنما يقيم بجوارها ليراعي أحوالها لأنه محرمها والله أعلم

---

(١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦
(٢) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦
(٣) المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٩
(٤) المبسوط ، جـ٤ ،صـ١١٩
(٥) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٣٦

المطلب الثاني : المباشرة أثناء الإحرام بما دون الوطء وآثارها

وفيه فرعان :

الفرع الأول : حكم المباشرة بما دون الوطء أثناء الإحرام
الفرع لثاني : الآثار الناشئة عن المباشرة بما دون الوطء أثناء الإحرام

****

الفرع الأول : حكم المباشرة بما دون الوطء أثناء الإحرام

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة مباشرة الرجل المحرم زوجته بالجماع أثناء إحرامه بالحج والعمرة ولكنهم اختلفوا في حكم المباشرة بما دون الوطء هل هي محرمة كالوطء أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسالة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى حرمة المباشرة بما دون الوطء كالتقبيل بشهوة والمفاخذة ونحو ذلك

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية(٨) إلى أن المباشرة بما دون الوطء مباحة فللمحرم أن يقبل امرأته ويباشرها ما لم يولج

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بحرمة المباشرة بما دون الوطء بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ " (٩)

---

(١) المبسوط ، جـ٤ ،صـ٦ .

(٢) القرطبي ، جـ١ ،صـ٨٨٨ /٨٨٩ ، شرح الزرقاني علـى مختصـر خليـل ، جـ٢ ،صـ٤٤٨ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٦٤ ، رسالة أبي زيد ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩ ، الكافي لابن عبد البر ، جـ١ ،صـ١٥٨
(٣) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٧٩ ، المجموع ـ جـ٧ ،صـ١٠٥ ، فتح الوهاب للشيخ زكريا الأنصاري ، جـ١ ،صـ٢٦٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـ ، الإقناع للشربيني ، جـ١ ،صـ٢٦١ ، المنهج القويم للهيثمي ، جـ١ ،صـ٦١٠ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٣١٧
(٤) كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ٤٤٣ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، جـ١ ،صـ٤٠٣ ، الروض المربع ، جـ١ ،صـ٤٨١ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ٢٤٠ ، الفروع ، جـ٣ ،صـ١٠٨ ، المبدع ، جـ٣ ،صـ١٦١
(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٣ وما بعدها
(٦) المختصر النافع ، صـ١٠٨ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٤
(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ١٩٦ ، شرح النيل ، الموضع السابق
(٨) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤
(٩) سورة البقرة ، آية : (١٩٧)

والرفث الجماع أو هو الكلام بالجماع قال النووي : " والمراد به هنا التعرض للنساء بالجماع وذكره بحضرتهن " (١) فيكون كل ذلك محرما ومنهيا عنه

ثانيا ـ من المعقول :

إن المباشرة بما دون الوطء كالتقبيل والمفاخذة ونحو ذلك مقدمة إلى الجماع الذي هو محرم في الإحرام فكان محرما (٢)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن المباشرة بما دون الوطء مباحة للمحرم بما يلي :

أولا ـ من الكتاب : قوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ " والرفث هو الجماع فلا يحرم إلا الجماع فقط وما عداه يكون مباحا (٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم تخصيص الرفث بالجماع فقط دون غيره فإن الرفث مراد به الجماع أوذكره بحضرة النساء كما تقدم (٤) فتكون المباشرة بما دون الوطء داخلة في مفهوم الرفث

ثانيا ـ من المعقول : إن الأصل في الأشياء الحل ما لم يقم دليل على الحرمة وحيث لم يوجد دليل من كتاب أو سنة على حرمة المباشرة بما دون الوطء فإنها تكون مباحة (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم عدم وجود دليل على حرمة المباشرة بما دون الوطء وقد وجد وهو قوله تعالى : " فَلَا رَفَثَ " كما أنه مقدمة للحرام الذي هو الجماع فيكون محرما لأن ما أدى إلى الحرام يكون حراما

الرأي الراجح :

يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بحرمة المباشرة بما دون الوطء وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما استند إليه المخالف من أدلة أمكن دفعها ومناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم صلاحيتها والاعتداد بها والله أعلم

---

(١) المجموع ، جـ٧،صـ١٠٥
(٢) المراجع السابق للجمهور
(٣) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤
(٤) المراجع السابقة للجمهور
(٥) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤

الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن المباشرة بما دون الوطء أثناء الإحرام

وفيه غصنان :

الغصن الأول : أثر المباشرة المقترنة بالإنزال
الغصن الثاني : أثر المباشرة غير المقترنة بالإنزال

****

الغصن الأول : أثر المباشرة المقترنة بالإنزال

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : الفساد
المسالة الثانية : الهدي

****

المسألة الأولى : الفساد

اختلف الفقهاء في حكم فساد النسك بالمباشرة المقترنة بالإنزال على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية(١)والشافعية(٢)والحنابلة في الصحيح في عندهم (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) وقول للإباضية (٦) إلى أن المباشرة بما دون الوطء والتي اقترن بها إنزال لا تفسد الحج

الرأي الثاني : ذهب المالكية (٧) والحنابلة في رواية (٨) وظاهر مذهب الإمامية (٩) والإباضية (١٠) إلى فساد الحج بالمباشرة بما دون الوطء التي اقترن بها إنزال وهو قول الحسن البصري وعطاء والقاسم بن محمد وإسحاق (١١)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٤ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤ ، المبسوط ، جـ٤ ،صـ١٢٠

(٢) الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٧ ، تحفة المحتاج ، جـ٤ ،صـ١٧٤ ، حاشية الشرواني وابن القاسم ، جـ٤ ،صـ١٧٤ /١٧٥ ، شرح المنهج ، جـ٢ ،صـ٥١٧ ، حاشية الجمل ، جـ٢ ،صـ٥١٦

(٣) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٥٣ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

(٤) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤

(٥) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤

(٦) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٨ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٧) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٩٧ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ٤٢٩

(٨) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٥٣ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

(٩) المختصر النافع ، صـ١٠٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ٢٩٥

(١٠) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٨ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(١١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بعدم فساد الحج بالمباشرة بما دون الوطء المقترنة بالإنزال بما يلي : ــ

١ ــ إن هذه المباشرة استمتاع لا يجب بنوعه الحد فلم يفسد الحج كما لو لم ينزل (١)

٢ ــ إنه ليس ثمة نص من كتاب أو سنة أو إجماع يدل على فساد الحج بهذه المباشرة ولا يصح قياسه على المنصوص (٢)

٣ ــ قال ابن قدامة : " لأن الوطء في الفرج يجب بنوعه الحد ولا يفترق الحال فيه بين الإنزال وعدمه بخلاف المباشرة " (٣)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بفساد الحج بهذه المباشرة بما يلي :

القياس على الصيام : بجامع أن كلا منهما عبادة يفسدها الوطء فأفسدها الإنزال عن مباشرة جاء في المغني :" لأنها عبادة يفسدها الوطء فأفسدها الإنزال عن مباشرة كالصيام " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم القياس على الصيام لأن الصيام بخلاف الحج في المفسدات ولذلك يفسد إذا أنزل بتكرر النظر وسائر محظوراته والحج لا يفسد بشيء من محظوراته غير الجماع فافترقا (٥)

الرأي الراجح :

يبدو لي أن الأولى بالقبول في هذه المسألة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بعدم فساد الحج بالمباشرة بما دون الوطء المقترنة بالإنزال لأن هذه المباشرة لا يجب بها الحد فلم يفسد بها الحج كما أن القياس على الصيام غير سديد لأنه قياس مع الفارق فيكون غير مقبول

وما ذهب إليه المخالف من أدلة لم تسلم من الطعن والمناقشة الأمر الذي يؤدي إلى عدم الاعتداد بها والتعويل عليها مع ملاحظة أن المرأة في هذا إذا كانت ذات شهوة وإلا فلا شيء عليها كالرجل إذا لم يكن له شهوة (٦)

والله أعلم

---

(١) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٧

(٢) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

(٣) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠ ، الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤

(٤) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

(٥) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠

(٦) المرجع السابق ، نفس الموضع

المسالة الثانية : الهدي

اختلف الفقهاء في حكم وجوب الهدي على من باشر زوجته دون الوطء فأنزل هل عليه هدي أو لا ؟

على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنابلة (١) والإمامية (٢) والإباضية (٣) إلى أن من وطيء فيما دون الفرج أو قبل أو لمس بشهوة فأنزل فعليه بدنة وبذلك قال الحسن البصري وسعيد بن جبير وأبو ثور(٤)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٥) والشافعية (٦) والحنابلة في رواية (٧) والزيدية (٨) إلى أنه يجب بهذه المباشرة شاة وهو قول ابن المنذر (٩)

الرأي الثالث : ذهب الظاهرية (١٠) إلى أنه لا يجب شيء بهذه المباشرة مطلقا

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بوجوب البدنة بهذه المباشـــرة بالقيـــاس وذلك بقياس هذه المباشرة بما دون الوطء على الوطء في الفرج بجامع أن كلا منهما مباشرة أوجبت الغسل فأوجبت بدنة (١١)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم القياس على الوطء في الفرج لأنه يترتب على الوطء في الفرج فســـاد الحج بخلاف هذه المباشرة فلا يفسد بها الحج فلم قستم وجوب البدنة على الجماع في الفرج ؟ ولم تقولوا بذلك في فساد الحج !!

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب شاة بهذه المباشرة بما يلي :

* إن هذه مباشرة دون الفرج فأشبه ما لم ينزل (١٢)

قال الكاساني:" لكن تلزمـــــه كفارة سواء أنزل أو لم ينزل لوجود استمتاع مقصـــود" (١٣)

---

(١) الإنصاف ، جـــ٣ ،صـــ٤٥٢ ، الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٥٤٠

(٢) المختصر النافع ، صـــ١٠٩ ، شرائع الإسلام ، جـــ٢ ،صـــ٢٩٥

(٣) النيل وشفاء العليل ، جـــ٤ ،صـــ٩٩ ،شرح النيل ، الوضع السابق

(٤) الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٥٤٠

(٥) بدائع الصنائع ، جـــ٢ نصـــ٣٢٤ ، الفتاوى الهندية ،جـــ١ ،صـــ٢٤٤

(٦) الأم ، جـــ٢ ،صـــ١٨٤ ، العزيز ، جـــ٣ ،صـــ٤٨٧

(٧) الإنصاف ، جـــ٣ ،صـــ٤٥٢ ، الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٥٤٠

(٨) البحر الزخار ، جـــ٣ ،صـــ٣٢٤

(٩) الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٥٤٠

(١٠) المحلى ، جـــ٧ ،صـــ٢٥٤

(١١) الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٥٤٠

(١٢) الشرح الكبير ، جـــ٤ ،صـــ٥٤٠

(١٣) بدائع الصنائع ، جـــ٢ ،صـــ٣٢٤

(ج) استدلال الرأي الثالث :

استدل القائلون بأنه لا يجب شيء بهذه المباشرة مطلقا بما يلي : ــ

* قال ابن حزم : " إيجاب الدم في ذلك قول لم يوجبه قرآن ولا سنة ولا قيـــاس ولا قول مجمع عليه " (١)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان مـــا ذهب إليه القائلون بأنه يجب بهذه المباشرة شاة لأنه ارتكب محرمـــا مـــن محرمـــات الإحرام فيجزئه في ذلك شاة ولأنه دون الجماع في الوطء فلم يجب به بدنة لذا كان هذا الرأي هو الأولى بالقبول والله أعلم

الغصن الثاني : أثر المباشرة غير المقترنة بالإنزال

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : الفساد
المسألة الثانية : الهدي

****

المسألة الأولى : الفساد

اختلف الفقهاء في فساد الحج بالمباشرة بما دون الوطء دون إنزال على رأيين :
الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى عدم فساد الحج بهذه المباشرة
الرأي الثاني : روي عن ابن عباس (٩) والإمام مالك (١٠) القول بفساد الحج بهذه المباشرة وروي ذلك عن سعيد بن جبير (١١)

---

(١) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤
(٢) بدائع الصنائع ، جـ ٢، ،صـ٣٢٤ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤
(٣) الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٧
(٤) الإنصاف ، جـ٣ ،صـ٤٥٢ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠
(٥)المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤
(٦) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤
(٧) المختصر النافع ، صـ١٠٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٢ ،صـ ٢٩٥
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٨ ، شرح النيل ، الموضع السابق
(٩) العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٧
(١٠) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٢٩٧
(١١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤١

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بعدم فساد الحج بهذه المباشرة بما يلي :
قالوا : إن هذه المباشرة عارية عن الإنزال فلم يفسد به الحج قياسا على الصوم (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بفساد الحج بهذه المباشرة بما يلي :

بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لرجل قبل زوجته " أفسدت حجك " (٢)
فقد أفاد هذا الأثر فساد الحج بالمباشرة بما دون الوطء والتي لم يقترن بها إنزال

مناقشة هذا الاستدلال :
لا نسلم لكم فساد الحج بهذه وما روي عن ابن عباس فمحمول على ما إذا اقترن بهذه المباشرة إنزال (٣)

الرأي الراجح :
يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بعدم فساد الحج بالمباشرة بما دون الوطء التي لم يقترن بها إنزال لأن هذه المباشرة لا يجب بها الحد ولا يفسد بها الصوم فلم يفسد بها الحج والله علم

****

---

(١) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤٠
(٢) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ ٢٩٧ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٧
(٣) الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٥٤١

(٢٢٢)
المسألة الثانية : الهدي

اختلف الفقهاء في الهدي الواجب بهذه المباشرة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) والشافعية (٢) والزيدية (٣) والإباضية (٤) ومن وافقهم إلى أن الهدي الواجب بهذه المباشرة شاة

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية (٥) إلى أن هذه المباشرة لا يجب بها شيء مطلقا

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : يمكن أن يستدل لأصحاب هذا الرأي بما يلي :

* إن هذه المباشرة ترتب عليها استمتاع مقصود في الإحرام فيجب بها شاة

قال الكاساني : " لكن تلزمه كفارة سواء أنزل أو لم ينزل لوجود استمتاع مقصود" (٦)

وقال الشافعي : " وما تلذذ به من امرأته دون ما وصفت من شيء من أمر الدنيا فشاة تجزيه " (٧)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل الظاهرية على عدم وجوب هدي على هذه المباشرة بما سبق ذكره بأن " إيجاب الدم في ذلك قول لم يوجبه قرآن ولا سنة ولا قياس ولا قول مجمع عليه " (٨)

الرأي الراجح :

يترجح عند ي ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بوجوب شاة بهذا الاستمتاع وذلك لأنه نوع من الاستمتاع المقصود أثناء الإحرام فيجب به شاة

والله أعلم

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٤ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٢٤٤

(٢) الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤ ، العزيز ، جـ٣ ،صـ٤٨٧

(٣) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٣٢٤ وما بعدها

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٤ ،صـ٩٨ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٥) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤

(٦) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٢٤

(٧) الأم ، جـ٢ ،صـ١٨٤

(٨) المحلى ، جـ٧ ،صـ٢٥٤

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من المباشرة أثناء الإحرام بالحج

القانون الجنائي ومواده المختلفة لم تتعرض لمسألة الجماع أثناء الإحرام بالحج والعمرة ومن ثم فمن جامع أثناء الإحرام بالحج لا يسأل جنائيا عن هذا الصنيع
لكن إذا أجبر الرجل زوجته على الجماع أثناء الإحرام بالحج فإنه يترتب على ذلك كما سبق فساد الحج وإعادته من قابل والهدي وكل هذه الآثار يترتب عليها غرم مالي يلحق الزوجة بسبب هذه الأمور

وهذا لا شك إضرار بها يمكن للزوجة أن ترجع عليه مدنيا للمطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار التي لحقت بها بسبب هذا الإجبار
أما من الناحية الجنائية فلا يمكن مساءلة الرجل المجامع زوجته أثناء الإحرام بالحج لأن القانون الجنائي لم يتعرض لهذه المسألة

(٢٢٤)

الفصل الرابع
أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني : موقـــــــف القانون الجنائـــــي من مباشـــــــرة الميتة
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي في حكم مباشرة الميتة وآثارها

****

المبحث الأول
أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أحكام مباشرة الميتة فـــــي الفقه الإسلامـــــــــي
المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن مباشرة الميتة في الفقه الإسلامي

****

المطلب الأول : أحكام مباشرة الميتة في الفقه الإسلامي

وفيه فرعان :

الفرع الأول : حكـــــــــم مباشرة الميتة بالوطء
الفرع الثاني : حكم مباشرة الميتة بما دون الوطء

****

(٢٢٥)

الفرع الأول : حكم مباشرة الميتة بالوطء

لا خلاف بين الفقهاء في أن الموت هادم لأساس التكليف لأنه عجز عن أداء العبادات أداء وقضاءا ولأن الميت قد ذهب من دار الابتلاء إلى دار الجزاء " (١)
وقال ابن نجيم : " إن الموت ينافي أحكام الدنيا ما فيه تكليف لأن التكليف يعتمد القدرة والموت عجز كله " (٢)
وبناء على هذا فإن الذي عليه جمهور الفقهاء ــ فيما أعلم ــ أن الزوجية تنقضي حقيقة بالموت وإن بقيت حكما إلى حين ،وانقضاء الزوجية بالوفاة يستلزم حرمة الجماع فيما بينهما وفيما يلي بعض النصوص والأقوال الفقهية التي تؤكد هذا المعنى
قال الكاساني : " ... ولأن النكاح ارتفع بموتهما فلا يبقى حل المس والنظر كما لو طلقها قبل الدخول ودلالة الوصف أنها صارت محرمة على التأبيد والحرمة على التأبيد تنافي النكاح ابتداء وبقاء ولهذا جاز للزوج أن يتزوج بأختها وأربع سواها وإذا زال النكاح صارت أجنبية فبطل حل المس والنظر" (٣)
وفي حاشية الشلبي " لأن في الموت انقطع النكاح وفات محل التحليل " (٤)
وقال السرخسي : " ...وإنما ينتهي النكاح الصحيح بالموت " (٥)
وقال الزيلعي : " ...فإذا مات أحدهما ــ أي الزوجين ــ فقد انتهى النكاح " (٦)
وفي الشرح الكبير للدردير " وحل لهما أي لكل من الزوجين في نكاح صحيح مبيح للوطء نظر كل جزء من جسد صاحبه حتى نظر الفرج " (٧)
وتفريعا على قول الشيخ الدردير : أن الزوجية إذا انقضت فمفهوم كلامه حرمة النظر والمس من أحدهما لصاحبه لعدم وجود نكاح صحيح بينهما
وجاء في المهذب " ... لأن النكاح إلى الموت فإذا ماتت انتهى النكاح " (٨)
وجاء في حاشية الجمل " ... المعقود عليه في النكاح حل الاستمتاع اللازم المؤقت بموت أحد الزوجين ويجوز رفعه بالطلاق وغيره " (٩)
وقال الشيخ جلال الدين المحلي في شرحه على المنهاج : " ... والنكاح ينتهي بالموت " (١٠)

---

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ، جـ١ ،صـ١٧٥ ، دار الفكر العربي
(٢) فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم جـ٣ ، ص،٩٨ ، نقلا عن موسوعة الكويت الفقهية، جـ٣٩ ، صـ٢٥٥ ، الناشر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .

(٣) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٣٣١
(٤) حاشية الشلبي ، جـ٢ ،صـ١٤٢
(٥) المبسوط ، جـ٥ ،صـ١٣
(٦) تبيين الحقائق ، جـ٢ ،صـ١٢٥
(٧) الشرح الكبير ، جـ٢ ،صـ٢١٥
(٨) المهذب ، جـ٢ ،صـ٥٧
(٩) حاشية الجمل ، جـ٤ ،صـ١١٥
(١٠) جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ١ ، صـ٣٢٦

وقال الماوردي : " ... والنكاح في الدنيا يرتفع بالموت ألا ترى أن عليا تزوج أمامة بنت أبي العاص بعد فاطمة وهي بنت زينب بنت رسول الله ε وتزوج عثمان بنتي رسول الله ε واحدة بعد أخرى فلو كان سبب النكاح باقيا لحرم على علي تزوج أمامة وعلى عثمان تزوج أم كلثوم بعد رقية " (١)

وقال ابن تيمية : " ... وإنما انقضاء النكاح بانقضاء الأجل " (٢)

وجاء في الشرح الكبير " ... الزوج قد زالت زوجيته بالموت فصار أجنبيا " (٣)

وبناء على ما تقدم من أقوال الفقها فإن الزوجية تنقضي بالوفاة وتصبح الزوجة أجنبية عن الزوج ومن ثم يحرم عليه وطؤها ، وكذا لو مات الزوج يحرم عليها استدخال فرجه في فرجها ونحو ذلك

ويبدو لي أنه يمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي :

أولا ــ من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى : " وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ(٥)إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ(٦)فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ(٧)"(٤)

وجه الدلالة :

إن الله عز وجل وصف المؤمنين بأنهم يحفظون فروجهم عن الحرام إلا ما أحله الله لهم من إتيان نسائهم وإمائهم ثم بين الحق سبحانه وتعالى بعد ذلك أن من تجاوز إلى غير زوجته أو أمته فإنه من العادين ، والعادون هم الكاملون في العدوان المتناهون فيه (٥) قال البغوي : " العادون : الظالمون المتجوزون من الحلال والحرام " (٦)

وعلى هذا فإن الله عز وجل حرم إتيان غير الزوجة ووصفه بالاعتداء وأخبر أنه لا يحب المعتدين بقوله تعالى : " وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ" (٧) والميتة ليست زوجة لأن النكاح انقضى بالوفاة فيحرم إتيانها لأنها داخلة في نطاق هذه الآية

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ١ ، صـ٣٢٦
(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، جـ٣ ،صـ٢٦٨ ، إغاثة اللهفان ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، جـ١ ،صـ٣٧٣

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ، جـ٣ ،صـ٢١٩
(٤) سورة المؤمنون ، الآيات : (٥ / ٦ /٧)
(٥) روح المعاني ، جـ١٨ ،صـ٧ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تفسير النسفي ، جـ٣ ،صـ١١٧ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ٥ ،صـ٩٣ ،القرطبي ، جـ١٢ ،صـ١٠٦ ،صـ أحكام القرآن للشافعي ، جـ١ ،صـ١٩٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ ، تحقيق / عبد الغني عبد الخالق ، فتح القدير للشوكاني ، جـ٣ صـ٤٧٤ ، دار الفكر ، بيروت ، تفسير البيضاوي ، جـ٤ ،صـ١٤٧ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٦ هـ /١٩٩٦ م ، تحقيق / عبد القادر عرفان حسونة .
(٦) تفسير البغوي ، جـ٣ ،صـ٣٠٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م
(٧) سورة المائدة ، آية : (٨٧)

(٢٢٧)

قال الشيخ الجمل في حاشيته على شرح المنهج ــ أثناء الكلام على جواز نظر الرجل لزوجته ــ : " قوله نظر كل بدنها ... محل هذا في الحياة أما بعد الموت فالحليل كالمحرم " (١)
وقال الشيخ قليوبي في حاشيته ــ بعد أن تكلم عن حكم نظر كل من الزوجين إلى الآخر ــ : " تنبيه هذا الحكم مقيد بالحياة " (٢)
وقال الشيخ الرملي : " ... وخرج بالنظر المس فلا خلاف في حله ولو للفرج ، وبحال الحياة ما بعد الموت فلا يحل بشهوة " (٣)
وقال ابن المرتضي في البحر : " ... تحريم الوطء بالموت كالأجنبية " (٤)
٢ ــ قوله تعالى : " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ" (٥) ومن مقتضيات التكريم ألا تنتهك حرمته أو يعتدى على كيانه بعد موته
قال القرطبي : " كَرَّمْنَا " أي جعلنا لهم كرما أي شرفا وفضلا وهذا هو كرم نفي النقصان لا كرم المال وهذه الكرامة يدل فيها خلقهم على هذه الهيئة في امتداد القامة وحسن الصورة " (٦)
وجاء في تفسير الجلالين عند تفسير هذه الآية " كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ" أي بالعلم والنطق واعتدال الخلق وغير ذلك ومنه طهارتهم بعد موتهم " (٧)
وعلى هذا فإن جماع الميتة ينافي التكريم الذي خص به بني آدم أحياء وأمواتا فيكون محرما

٣ ــ قوله تعالى : " نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ " (٨)
وجه الدلالة :
إن الله عز وجل شبه النساء بالحرث في هذه الآية قال القرطبي : " وقوله : " حَرْثٌ " تشبيه لأنهن مزدرع الذرية (٩) والمرأة الميتة ليست حرثا وليست

منبتا للولد فيفيد هذا حرمة جماع الميتة لأنها ليست زوجة وليست مزدرعا للذرية فيكون إتيانها حراما

---

(١) حاشية الجمل ، جـ٤ ،صـ١٢٧
(٢) حاشية قليوبي ، جـ٣ ،صـ٢١٣
(٣) نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ٢٠٠
(٤) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٩٩
(٥) سورة الإسراء ، آية : (٧٠)
(٦) تفسير القرطبي ، جـ١٠ ،صـ٢٩٣
(٧) تفسير الجلالين ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، دار الحديث ، القاهرة ، ط ، الأولى .
(٨) سورة البقرة ، آية : (٢٢٣)
(٩) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٥

(٢٢٨)

ثانيا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ بما روي أن النبي ε " نهى عن المثلة " (١)
والنهي للتحريم حيث لا صارف فتكون المثلة بالميت حراما . وفي إتيان الرجل الميتة تمثيل بها من خلال تجريد ملابسها واعتلائها والإيلاج بفرجها حيث لا حراك لها وفي هذا تمثيل بها فيكون محرما .
ويؤيد هذا ما ورد في كتب الشافعية حيث أجازوا إزالة شعور الميت (٢) عدا شعور الوجه لما في إزالتها من المثلة جاء في حواشي الشرواني " ... وإنما لم يتعد لشعر الوجه لما في إزالتها المثلة " (٣)
وإذا كان حلق بعض شعيرات من وجه الميت مثلة به كما يرى الشافعية فما بالنا بالجماع إنه أشد مثلة من حلق الشعر فيكون محرما

٢ ــ بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبيε قال : " كسر عظم الميت ككسره حيا " (٤)
فقد أفاد هذا الحديث حرمة التعدي على الميت لأن حرمته باقية بعد موته ومن ثم فإن جماع الميتة ينافي هذا التكريم قال ابن حجر تعليقا على هذا الحديث : " ويستفاد منه أن حرمة المؤمن بعد موته باقية كما كانت في حياته " (٥)
وقال ابن القيم : " وبالجملة فاحترام الميت في قبره بمنزلة احترامه في داره التي كان يسكنها في الدنيا فإن القبر قد صار داره " (٦)

وقال ابن عبد البر : " يستفاد منه ــ أي الحديث السابق ــ أن الميت يتألم بجميع ما يتألم به الحي " (٧) لذا فإن إتيان الميتة يعد تعديا على المرأة ومنافيا للتكريم فيكون محرما

---

(١) صحيح البحاري ، جـ٤ ،صـ١٥٣٥ عن قتادة ، ابن حبان ، جـ١٠ ،صـ٣٢٤ برقم ٤٤٧٣ ، المستدرك على الصحيحين ، جـ٤ ،صـ٣٤٠ ، برقم ٧٨٤٣ ، سنن الترمذي ، جـ٤ ،صـ٢٢ ، برقم ١٤٠٨ ، قال أبو عيسى : " حديث حسن صحيح " ، الدارمي ، جـ١ ،صـ٤٧٨ ،برقم ١٦٥٦ ، مجمع الزوائد ، جـ٤ ،صـ١٨٩ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ،صـ٣٢٤ ، برقم ١٢٦٣٩

(٢) حواشي الشرواني ، جـ٢ ،صـ٤٦٨

(٣) حواشي الشرواني ، جـ٢ ،صـ٤٦٨

(٤) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٤ ،صـ٥٨ ، برقم ٦٨٧١ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٥١٦ ، مسند الإمام أحمد ،جـ٦ ،صـ١٠٥ برقم ٢٤٧٨٣ ، شرح سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ١١٦ ،برقم ١٦١٦

(٥) فتح الباري ، جـ٩ ،صـ١١٣

(٦) حاشية ابن القيم ، جـ٩ ،صـ٣٨ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤١٥ هـ /١٩٩٥ م

(٧) شرح سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ١١٦

٣ ــ ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ε : " لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير من أن يجلس على قبر " (١)

وجه الدلالة : أفاد هذا الحديث حرمة الجلوس على قبر الميت وقد صور النبي ε من يجلس على قبر بأنه يجلس على جمر من نار وهذا الوعيد لا يكون إلا على فعل محرم ، وإذا كان الجلوس على القبر بهذه المثابة فما بالنا بمن يعتلي الميتة أو الميت بقصد الجماع ونحوه ، إن هذا الفعل أشد قبحا من ذلك وأشد انتهاكا واعتداء على حرمة الميت فيكون محرما من باب أولى

ثالثا ــ من المعقول :

إن مثل هذه الأفعال إن صدرت فإنها لا تصدر إلا عن أناس شواذ لأن الفطرة السليمة والطبع السليم يأبيان هذا الفعل وكل ما كان بهذه المثابة بحيث يخرج المسلم عن طبعه المعتاد وفطرته السليمة فإنه يكون محرما

كما أن النفس عند وفاة الزوجة أو الزوج تكون منقبضة ويكون السلم أو المسلمة في حزن وألم شديدين وهذا ينافي الشهوة والجماع وإذا حدث ذلك فإنه يدل

على قبح النفس وشذوذ الطبع وسيء الفعال وكل ما يؤدي بالمسلم إلى هذا المستوى من الانحطاط فسبيله التحريم والله أعلم

****

الفرع الثاني : حكم مباشرة الميتة بما دون الوطء

مباشرة الميتة أو الميت بما دون الوطء كالتقبيل والنظر واللمس ونحو ذلك وهذه إما أن تكون بشهوة أو غير شهوة ولكل حالة منهما حكمها وسوف أتناول كل حالة من هاتين الحالتين على النحو التالي كل واحدة في غصن مستقل

الغصن الأول : المباشرة بما دون الوطء بشهوة

الغصن الثاني : المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة

****

الغصن الأول : المباشرة بما دون الوطء بشهوة

تقدم بيان حرمة مباشرة الميتة أو الميت بالوطء ويبدو لي أيضا أن المباشرة بما دون الوطء إذا كانت بشهوة كالتقبيل والنظر والتفخيذ ونحو ذلك فإنها محرمة أيضا لنفس الاعتبارت والأدلة التي سبق ذكرها عند الكلام على جماع الميتة وفيما يلي بعض النصوص لفقهائنا القدامى الذين تناولوا هذه المسألة:

---

(١) صحيح مسلم ، جـ٢ ،صـ٦٦٧ برقم ٩٧١ ، صحيح ابن حبان ، جـ٧ ،صـ٤٣٦ ، برقم ٣١٦٦ ، السنن الصغرى للنسائي ، جـ١ ،صـ٣٦٦ ، برقم ٦٢٦ ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، جـ٢ ،صـ٨٣ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٤ ،صـ٧٩ ،برقم ٧٠٠٦ ، سنن أبي داود ، جـ٣ ،صـ٢١٧ ، برقم ٣٢٢٨ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٤٩٩ ، برقم ١٥٦٦ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ٣١١

جاء في البدائع " ولأن النكاح ارتفع بموتها فلا يبقى حل المس والنظر كما لو طلقها قبل الدخول ودلالة الوصف أنها صارت محرمة على التأبيد " (١)

وقال الشيخ الجمل في حاشيته : " إن الموت محرم للنظر بشهوة في حق الزوجين ولو فيما عدا ما بين السرة والركبة " (٢)

وفي حاشية عميرة " فائدة : مذهبنا أن الموت محرم للنظر بشهوة في حق الزوجين " (٣)

كما أن الرابطة الزوجية قد انقطعت بالوفاة وحل النظر والتمتع بالمرأة فرع هذه الرابطة فإذا انتفت الزوجية انتفى حل التمتع بالمرأة والله أعلم

****

الغصن الثاني : المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة

تقدم بيان حكم مباشرة الميتة أو الميت بما دون الوطء بشهوة وفيما يلي بيان حكم المباشرة بما دون الوطء إذا كانت بغير شهوة كالمس والنظر ونحو ذلك

ويبدو لي أن هذه المسالة مخرجة على حكم غسل أحد الزوجين للآخر فمن أجاز ذلك قال بجواز المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة ، ومن لم يجز غسل أحد الزوجين للآخر قال بعدم جواز المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة .

وفيما يلي بيان لأقوال الفقهاء في حكم غسل أحد الزوجين للآخر.

اختلف الفقهاء في هذه المسالة على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (٤) والشافعية (٥) والمشهور عند الحنابلة (٦) والظاهرية (٧) والزيدية (٧) والإمامية (٩) والإباضية (١٠) إلى أنه يجوز لكل واحد من الزوجين أن يغسل الآخر بعد وفاته

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ١ ،صـ٤٥٣

(٢) حاشية الجمل ، جـ٢ ،صـ١٥٠

(٣) حاشية عميرة ، جـ١ ،صـ٣٢٦

(٤) مواهب الجليل ، جـ٢، ٢١٠ /٢١١ ، التاج والإكليل ، جـ٢ ،صـ٢١٠ /٢١١

(٥) المجموع ، جـ٥ ،صـ١٢٢ ، الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ١٧٧ /١٧٨ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٣٤ ، حاشية الجمل ، جـ٢ ،صـ١٤٥ ، جلال الدين المحلي ، جـ١ ،صـ٣٢٦

(٦) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢٠ ، منار السبيل ، جـ١ ،صـ١٦٠ ، دليل الطالب ، جـ١ ،صـ٥٩

(٧) المحلى ، جـ٥ ،صـ١٧٤ /١٧٥ ، م ٦١٧

(٨) البحر الزخار ، جـ٣ ،صـ٩٨ وما بعدها ، سبل السلام ، جـ٢ ،صـ٩٨ /٩٩

(٩) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٩٧

(١٠) النيل وشفاء العليل ، جـ٢ ،صـ٥٧٢ /٥٧٣ ، شرح النيل ، جـ٢ ،صـ٥٧٢ /٥٧٣

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (١) ورواية عند الحنابلة والثوري (٢) إلى أن المرأة تغسل زوجها ولا يغسلها

الرأي الثالث : ذهب الحنابلة في رواية (٣) وقول للإباضية (٤) إلى أنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يغسل الآخر مطلقا

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بجواز غسل أحد الزوجين للآخر بعد وفاته بما يلي :

أولا ــ الاستدلال على جواز غسل المرأة للرجل :

استدلوا على ذلك من الأثر بما يلي : ــ

١ ــ بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لو استقبلنا من أمرنا ما استدبرنا ما غسل رسول الله ε إلا نساؤه " (٥) فدل ذلك على جواز غسل المرأة زوجها

٢ ــ ما روي عن سعيد بن المسيب قال : " أوصى أبو بكر ــ رضي الله عنه ــ أن يغسله زوجته أسماء بنت عميس وقال : " إن كنت صائمة فأفطري " ويعينك عبد الرحمن بن أبي بكر قالت عائشة ــ رضي الله عنها ــ : " فغسلته وهي صائمة ثم ذكرت عزمة أبي بكر فدعت بماء فشربته وقالت : كدت أتبعه معصية " (٦)

وهذا يفيد حل غسل المرأة لزوجها وإلا لما أمر أبو بكر أسماء بذلك

ثانيا ــ الاستدلال على جواز غسل الرجل المرأة :

١ ــ **من السنة :** بما روي أن النبي ε قال لعائشة : " لو مت قبلي لغسلتك وكفنتك " (٧)

---

(١) المبسوط ، جـ٢ ،صـ٧١ ، شرح فتح القدير ، جـ١ ،صـ٤٥٢ ، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ، جـ١ ،صـ٣٧٥ /٣٧٦ ، بدائع الصنائع ، جـ١ ،صـ٤٥١ /٤٥٢

(٢) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢٠

(٣) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢٠

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٢ ،صـ٥٧٢ /٥٧٣ ، شرح النيل ، جـ٢ ،صـ٥٧٢ /٥٧٣

(٥) تلخيص الحبير ، جـ٣ ، صـ٢٣٦ ، برقم ١٦٤٣ ، قال : " وإسناده صحيح " مسند أبي يعلي ، جـ٧ ،صـ٤٦٨ ، درا المأمون للتراث ، دمشق ، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م، ط ، الأولى ، تحقيق / حسن سليم ، مسند الإمام أحمد ، جـ٦ ،صـ٢٦٧ ، برقم ٢٦٣٥٠ ، سنن أبي داود ، جـ٣ ،صـ١٩٦ ، برقم ٣١٤١

(٦) سبل السلام ، جـ٢ ،صـ٩٩

(٧) سنن الدارمي ، جـ١ ،صـ٥١ ، برقم ٨٠ ، تلخيص الحبير ، جـ٢ ،صـ١٠٧ ،برقم ٧٤٣ ، خلاصة البدر المنير ، جـ١ ،صـ٢٥٦ ، برقم ٨٨٨ ، قال : " ومال إلى تصحيحه ابن الجوزي "

وجه الدلالة : قال الماوردي : " فلما أخبرنا أنها لو ماتت قبله لغسلها وقد أخبره الله تعالى أنه سيموت دل على أنه قصد بذلك بيان حكم غيرها من الأزواج مع غيرها من الزوجات " (١)

٢ ــ **من الأثر :** بما رواه ابن المنذر أن عليا ــ رضي الله عنه ــ غسل فاطمة عليها السلام (٢) واشتهر ذلك فلم ينكر فكان إجماعا " (٣) وحيث إن غسل على

كرم الله وجهه للسيدة فاطمة قد بلغ حدا من الشهرة ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك فدل فعله على الجواز

٣ ــ القياس على المرأة :فكما أن المرأة تغسل زوجها فكذلك يجوز للزوج أن يغسل زوجته قال ابن قدامة:" ولأنه أحد الزوجين فأبيح له غسل صاحبه كالآخر"(٤)

٤ ــ **المعقول :** قال ابن قدامة : " والمعنى في ذلك أن كل واحد من الزوجين يسهل عليه اطلاع الآخر على عورته لما كان بينهما في الحياة ويأتي بالغسل على ما يمكنه لما كان بينهما من المودة والرحمة " (٥)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن المرأة تغسل الرجل ولا يغسلها بما يلي :

أولا ــ الاستدلال على جواز غسل المرأة زوجها :

استدلوا على جواز غسل المرأة زوجها بما سبق ذكره من أدلة لما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول

ثانيا ــ الاستدلال على عدم جواز غسل الرجل زوجته بما يلي : ــ

١ ــ **من السنة :** بما روي عن ابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ أن النبي ε سئل عن امرأة تموت بين رجال فقال : " تيمم بالصعيد " (٦)

فقد أفاد هذا الحديث بعمومه أن المراة إذا ماتت بحضرة الرجال تيمم لأن النبي ε لم يفصل في الحكم بين أن يكون فيهم زوجها أو لا فدل ذلك على عمومه (٧)

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ٣ ،صـ١٧٨

(٢) العلل المتناهية لابن الجوزي ، جـ١ ،صـ٢٦٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق / خليل الميسي ، التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ، جـ٢ ،صـ٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١٥ هـ ، تحقيق / سعد عبد الحميد محمد

(٣) الإجماع لابن المنذر ، جـ١ ،صـ٧٧ .

(٤) المجموع ، جـ٥ ،صـ١٢٢ ، الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢١

(٥) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢١

(٦) هذا الحديث لم أقف عليه بعد طول بحث ولكن وجدت أثرا عن الأحوص عن سعيد بن المسيب أنه قال : إذا ماتت المرأة مع الرجال ليس معهم امرأة قال : ييممونها بالصعيد ولا يغسلونها " مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٢ ،صـ٤٥٥ ، برقم ١٠٩٦٤ . أما الحديث المذكور بنصه فموجود في بعض كتب الحنفية مثل بدائع الصنائع ، جـ١ ، صـ٤٥٢ ، المبسوط ، جـ٢ ،صـ٧١ ، مختصر اختلاف العلماء ، جـ١ ،صـ١٧٨ .

(٧) بدائع الصنائع ، جـ١ ،صـ٤٥١ /٤٥٢

٢ ــ من المعقول :

قال الكاساني : " ولأن النكاح ارتفع بموتها فلا يبقى حل المس والنظر كما لو طلقها قبل الدخول ودلالة الوصف أنها صارت محرمة على التأبيد والحرمة على التأبيد تنافي النكاح ابتداء وبقاء ولهذا جاز للزوج أن يتزوج بأختها وأربع سواها وإذا زال النكاح صارت أجنبية فبطل حل المس والنظر بخلاف ما إذا مات الزوج لأن هناك ملك النكاح قائم لأن الزوج مالك والمرأة مملوكة والملك لا يزول عن المحل بموت المالك ويزول بموت المحل كما في ملك اليمين " (١)
وجاء في الشرح الكبير " ليس للزوج غسلها ... لأن الموت فرقة تبيح أختها وأربعا سواها فحرمت اللمس والنظر كالطلاق " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال :
قال ابن قدامة ــ مناقشا الاستدلال بالقياس على الطلاق بقوله ــ : " وما قاسوا عليه لا يصح لأنه لا يمنع الزوجة من النظر بخلاف هذا ولأنه لا فرق بين الزوجين إلا بقاء العدة ولو وضعت حملها عقيب موته كان لها غسله وقد انقضت عدتها " (٣)
وقال الماوردي : " وأما الجواب عن قولهم إنه لما كان له أن ينكح غيرها لم يحل له أن يغسلها فدعوى لا برهان عليها وليس تفردها بالعدة موجبا لتفردها لعصمة الزوجية لأن العدة لا مدخل هلا في إباحة النظر وحظره ألا ترى أنه لو طلقها ومات في عدتها لم يحل لها النظر إليه وإن كانت في عدة منه " (٤)

(ج) **استدلال الرأي الثالث** : يمكن الاستدلال للقائلين بعدم جواز غسل أحد الزوجين للآخر بالقياس على الطلاق ، فكما أن الطلاق يمنع ذلك فكذلك الموت
جاء في الشرح الكبير : " ... لأنها فرقة بين الزوجين أشبهت الطلاق " (٥)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ١ ،صـ٤٥١ /٤٥٢
(٢) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢١
(٣) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢١
(٤) الحاوي الكبير ، ـ٣ ،صـ١٧٩ / ١٨٠
(٥) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢٠ /٢٢١

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بما نوقش به سابقا في أدلة الرأي الثاني (١)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بجواز غسل أحد الزوجين للآخر بعد وفاته وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما استند إليه المخالف من أدلة من أدلة لم تسلم من الطعن والمناقشة

وعلى هذا فيخرج على القول بجواز بجواز غسل أحد الزوجين للآخر بعد وفاته حل المس والنظر والمباشرة بما دون الوطء إذا كان ذلك بغير شهوة ولا يوصف هذا الفعل حالتئذ بالتجاوز

أما على رأي من ذهب إلى القول بعدم جواز جواز غسل أحد الزوجين لصاحبه فيتخرج القول بعدم جواز المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة ويوصف الفعل حينئذ بالتجاوز وفقا لهذا الرأي وقد تقدم بيان ضعفه وعدم قبوله في العمل به والله أعلم

---

(١) الشرح الكبير ، جـ٣ ،صـ٢٢٠ /٢٢١

(٢٣٥)

المطلب الثاني : الأثر المترتب على مباشرة الميتة في الفقه الإسلامي

١ ــ وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بجواز غسل أحد الزوجين للآخر بعد وفاته وما تفرع على ذلك من حل مباشرة أحد الزوجين للآخر في هذه الحال بما دون الوطء وبغير شهوة كاللمس والنظر ونحو ذلك فإن هذا لا يعد عملا محرما ومن ثم فلا يستوجب أي عقوبة

٢ ــ أما إذا كانت المباشرة بما دون الوطء بشهوة فقد تقدم أن هذا عمل محرم شرعا يستوجب مرتكبه العقوبة .
وحيث لم ينص الشارع على عقوبة محددة لهذا الفعل فإن مرد هذه العقوبة إلى ولي الأمر أو القاضي حيث يعزر الفاعل بعقوبة تزجره عن معاودة هذا العمل المحرم مرة أخرى

٣ ــ أما في حالة مباشرة الميتة بالوطء فقد اختلف الفقهاء في عقوبة مرتكب هذه الجريمة هل يجب بها الحد أو التعزير ؟ على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) ووجه عند الشافعية (٣) ورواية للحنابلة (٤) وظاهر مذهب ابن حزم (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) إلى أن جماع الميتة لا يجب به الحد وإنما يكتفى فيه بالتعزيز فقط

---

(١) جاء في البدائع " وكذا وطء المرأة الحية لا يوجب الحد ويوجب التعزيز " جـ٧ ، صـ٥١

(٢) مذهب المالكية : أن من وطيء ميتة فعليه الحد على المشهور إلا إذا كانت زوجة جاء في التاج والإكليل " قال في الموازية : من زنا بميتة أو نائمة أو مجنونة في حال جنونها حد غير زوج نقل هذا بهرام عن عياض عن أكثر المحققين " التاج والإكليل ، جـ٦ ،صـ٢٩١ ، مواهب الجليل ، جـ٦ ،صـ٢٩١ ، تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلي المالك ، جـ٢ ،صـ٢٥٨ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م

(٣) المهذب ــ جـ٢ ،صـ٣٤٥ ، نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٤٢٥ ، حاشية الشبراملسي مع نهاية المحتاج ، جـ٢ ،صـ٤٢٦

(٤) المغني ، جـ١٢ ،صـ٢٠٨ ، الإنصاف ، جـ١٠ ،صـ١٧١ ، الشرح الكبير ، جـ١٢ ،صـ٢٥٢

(٥) المحلى ، جـ١١ ، صـ ٣٨٦ وما بعدها

(٦) جاء في البحر الزخار " وفي وطء الميتة التعزير فقط كلو أتى جمادا " جـ٦ ،صـ١٤٧

(٧) جاء في شرائع الإسلام " وطء الميتة من بنات آدم كوطء الحية في تعلق الإثم والحد واعتبار الإحصان وعدمه وهنا الجناية أفحش فتتغلظ العقوبة زيادة عن الحد بما يراه الإمام ولو كانت زوجة اقتصر في التأديب على التعزيز ويسقط الحد بالشبهة " جـ٨ ،صـ١١٩ /١٢٠

(٢٣٦)

الرأي الثاني : ذهب الشافعية في وجه (١) والحنابلة في رواية (٢) إلى أن جماع الميتة يجب به الحد

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بأن جماع الميتة يجب به التعزير فقط دون الحد بما يلي : ــ

١ ــ إن الميتة غير مشتهاة طبعا وتعافها النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها قال ابن قدامة : " ... لأن الوطء في الميتة كلا وطء لأنه عضو مستهلك ولأنها لا يشتهى مثلها وتعافها النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها والحد إنما وجب زجرا . (٣)

٢ ــ إن بقاء الزوجية حكما بعد الوفاة إلى حين يعد شبهة في درء الحد عن مرتكب هذا الفعل . (٤)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب الحد على من وطيء ميتة بما يلي : ــ

١ ــ إن هذا الوطء حدث في فرج آدمية فأشبه وطء الحية قال الشيرازي : " لأنه إيلاج في محرم ... فأشبه إذا كانت حية " (٥)

٢ ــ في هذا الفعل هتك لحرمة الميت فيجب أن تتغلظ فيه العقوبة قال ابن قدامة : " ...ولأنه أعظم ذنبا وأكثر إثما لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة " (٦)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لهذه المسالة رجحان رأي جمهور الفقهاء القائلين بوجوب تعزير من جامع زوجته الميتة ولا يجب بهذا الوطء حد ، وذلك لأن هذا العمل يأباه الطبع السليم والذوق المعتدل فلا يحتاج إلى الزجر عنه فضلا عن وجود الشبهة التي تدرأ هذا الحد وهي بقاء الزوجية حكما بدليل التوارث والعدة لذا كان هذا الرأي هو الأولى بالقبول والله أعلم

---

(١) المهذب ، جـ٢ ،صـ٣٤٥
(٢) المغني ، جـ١٢ ،صـ٢٠٨ ،الشرح الكبير ، جـ١٢ ،صـ٢٥٢ ، الإنصاف ، جـ١٠ ،صـ١٧١
(٣) المغني ، جـ١٢ ،صـ٢٠٨ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ٣٤٥
(٤) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ١١٩ /٢٢٠ ، التاج والإكليل ، جـ٦ ،صـ٢٩١
(٥) المهذب ، جـ٢ ،صـ٣٤٥ ، المغني ، جـ١٢ ،صـ٢٠٨ ،الشرح الكبير ، جـ١٢ ،صـ٢٥٢ ،
(٦) المغني ، جـ١٢ ،صـ٢٠٨

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من مباشرة الميتة

تقد م في المبحث السابق بيان حرمة إتيان الميتة في الفقه الإسلامي سواء كان ذلك الإتيان في صورة الوطء الكامل أو دون الوطء بشهوة كالمفاخذة والمعانقة ونحو ذلك لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بالوفاة ومن ثم فيحرم على الرجل إتيان زوجته بعد الوفاة على النحو السابق لأن الرابطة الزوجية قد انقطعت فيما بينهما وأصبح كل منهما أجنبيا عن الآخر ولما في ذلك من تعد وانتهاك لحرمة الميت .

أما معالجة هذه المسألة في القانون الجنائي فلم يتعرض لها بطريق مباشر وإنما يوجد في النصوص العامة متسع لعلاج هذه المسألة .

ويبدو لي بعد النظر في نصوص قانون العقوبات ومواده أن إتيان الميتة بالوطء أو بما دون الوطء يمكن تكييفه في الصورة الأولى على أنه مواقعة أنثى بغير رضاها.

وفي الصورة الثانية يشكل الفعل جريمة هتك العرض ، وذلك لأن في ممارسة هذا السلوك وذاك تعديا على الميتة حيث لم تعبر عن إرادتها في قبول هذا الفعل أو رفضه فيعد ذلك تعديا على إرادتها ، كما أن الشأن في الميت أو الميتة أن يحترم من التعدي عليه

كما أن نص المادة ٢٦٧ ع والذي عالج فيه المشرع المصري جريمة الوقاع لم يشترط أن تكون المرأة المعتدى عليها حية

وكذلك نص المادة ٢٦٨ ع والذي عالج فيه المشرع جرائم هتك العرض جاء عاما أيضا فيحمل كل منهما على عمومه بحيث يشمل الاعتداء على الميتة

* ويمكن أيضا اعتبار هذا السلوك جنحة تتعلق بانتهاك حرمة القبور والجبانات

* ويرى جمهور فقهاء القانون الجنائي أن جريمة الوقاع (١) وجريمة هتك العرض (٢) لا بد أن يكون المعتدى عليه فيهما امرأة حية لما في ذلك من اعتداء على حريتها الجنسية والمرأة الميتة ليس لها إرادة حتى يعتدى عليها

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٧١٩) صـ٥٢٩ /٥٣٠ ، د/محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٦٩) صـ٣٠٣ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٨٨،
(٢) د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٣١٧) صـ٨١٦

ومن ثم فلا يشكل هذا الفعل بصورتيه السابقتين جريمة وقاع أو هتك عرض وفقا لما ذهب إليه هؤلاء

ويبدو لي أن هذا الكلام منتقد إذ إن عدم قدرة المجني عليها على التعبير عن إرادتها لا يعني عدم قيام الجريمة في حقها كما هو الشأن فيمن لا تستطيع التعبير عن إرادتها لنوم إو إغماء أو سكر ونحو ذلك ومع ذلك يعد الاعتداء عليها بالجماع مشكلا لقيام جريمة الوقاع وبما دون الجماع مشكلا لقيام جريمة هتك العرض فكذلك الميتة أو الميت وعلى هذا سوف أعالج مسالة إتيان الميته بصورتيه السابقتين وفقا لجريمة الوقاع وهتك العرض في القانون الجنائي على النحو التالي

أولا ــ جريمة الوقاع :

مفهوم الوقاع : هو اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها بذلك . وهذا المفهوم ينطبق على إتيان الميتة بالجماع إذ إنه اتصال بامرأة دون رضاء صحيح منها

أركان هذه الجريمة :

هذه الجريمة تقوم على أركان ثلاثة هي :

١ ــ الركن المادي

٢ ــ انعدام الرضا

٣ ــ الركن المعنوي

الركن المادي :

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة إذا قام الجاني بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى ومجرد الإيلاج في حد ذاته كاف في قيام هذه الجريمة فلا يشترط لتمامها أن يشبع الجاني رغبته بإنزال المادة المنوية ، وإنما يكتفي لقيام هذه الجريمة بمجرد

إدخال الذكر في فرج الأنثى بغير رضها مع كون هذه المعاشرة عملا غير مشروع (١)

ويشترط أيضا أن يحدث الوقاع بين رجل وامرأة فالفاعل الأصلي في هذه الجريمة لا بد أن يكون رجلا مع ملاحظة أن المرأة قد تكون شريكة في هذه الجريمة كما إذا حرضت الجاني أو اتفقت معه أو ساعدته على مواقعة أنثى بغير رضاها ويشترط في الفاعل الأصلي أن يكون قادرا على القيام بالاتصال الجنسي قلا تقع الجريمة أو الشروع فيها ممن ليست لديه هذه القدرة إما لصغر سنه أو لمرض فيه والمجني عليه في هذه الجريمة لا بد أن يكون امرأة فلا وقاع من رجل على رجل وكذا إذا حدث الاعتداء على طفلة قرر الطبيب الشرعي استحالة حصول الإيلاج في عضوها التناسلي (٢)

---

(١) د / منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٨٧ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ١٨٩ وما بعدها ، د/سامح جاد ، السابق ، صـ٨١ /٨٢ ، د/ حسني الجدع ، السابق ،صـ١٣٣ / ١٣٤ ، د/ أحمد محمد بدوي ، جرائم العرض ، السابق ، صـ١٧

(٢) د / منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٨٨

وبتطبيق هذا الكلام على إتيان الميتة بالجماع نجد أنه متوافر فالعلاقة بين الرجل والمرأة تنقضي بالوفاة وإتيانها في هذه الحال محرم شرعا لأن المرأة أصبحت أجنبية عن الرجل ومن ثم فيقوم الركن المادي في هذه الجريمة بإدخال الرجل ذكره في فرج المرأة الميتة .

انعدام الرضا :

يتحقق عدم رضاء المجني عليها إذا لم تتجه إرادتها إلى قبول الاتصال الجنسي وذلك باستعمال الإكراه معها أو بسبب عوامل أخرى في حكم الإكراه تسلب إرادتها

ومن ثم فانعدام رضاء المجني عليها هو جوهر جريمة الوقاع فإذا حصل الوقاع برضا الأنثى فلا جريمة فيه ، ويتكون هذا الركن في جريمة الوقاع كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضا الأنثى يستوي في ذلك أن يكون الفعل وقع بالإكراه البدني أو المعنوي أو غير ذلك مما يؤثر في المجني عليها فيعدمها الإرادة ويقعدها عن المقاومة أو انتهاز فرصة فقدانها لشعورها واختيارها كأن تكون مجنونة أو مستغرقة في النوم أو في السكر ونحو ذلك وكل هذه الأمور تشكل ركن انعدام الرضا المكون لجريمة الوقاع (١)

ويتحقق الإكراه المادي بارتكاب فعل من أفعال القوة والعنف على جسم المرأة مما يؤثر في المجني عليها فيعدمها معها الإرادة ويقعدها عن المقاومة . ولا يشترط في القوة أن تصل إلى حد معين من الجسامة أو تترك أثر جروح في المجني عليها إذ

العبرة بالقدر اللازم لشل مقاومة المجني عليها وهو أمر يتوقف على ظروفها الشخصية ومدى احتمالها الصحي (٢)

ويتحقق الإكراه الأدبي بطريق التهديد بإلحاق شر مستطير بجسم المجني عليها أو مالها أو سمعتها أو بشخص عزيز عليها وغير ذلك مما من شأنه أن يشل إرادتها ويخضعها إلى رغبة الجاني . وتقدير تأثير هذا الإكراه بنوعيه أمر متروك لمحكمة الموضوع تقدره في حدود سلطتها الموضوعية .

أما العوامل الأخرى التي تعتبر في حكم الإكراه فإنها تشترط معه في أثرها على المجني عليها وهو عدم إرادتها وإن اختلف عنه في طبيعته منها المباغتة والخداع وغيره من سبل الغش ، وانتهاز فرصة فقد المجني عليها شعورها أثناء النوم أو الإغماء أو خضوعها لتنويم مغناطيسي (٣)

---

(١) د/ محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٧١) صـ٣٠٥ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٧٢٣) صـ٥٣٣ وما بعدها ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ١٩٦ /١٩٧ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـ١٣٧ /١٣٨

(٢) د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٩٠

(٣) د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، صـ٦٧٨ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٩٠

وهذا الكلام ينطبق على إتيان الميتة إذ لا يعدو ذلك أن يكون انتهازا لفرصة فقدانها القدرة على المقاومة والتعبير عن إرادتها كما هو الشأن في المرأة النائمة والسكرى أو المخدرة لاستوائها في عدم القدرة على التعبير عن الإرادة

القصد الجنائي :

القصد الجنائي المتطلب في هذه الجريمة قصد عام إذ يقوم بانصراف العلم والإرادة إلى الوقائع التي تقوم عليها هذه الجريمة وهي الفعل الذي تقوم به الصلة الجنسية (١)

ومن ثم فينتفي القصد الجنائي إذا ثبت أن الجاني كان معتقدا في مشروعية الصلة الجنسية التي باشرها مع المجني عليها ومن ذلك أن يجهل الجاني بسبب بطلان عقد زواجه بالمجني عليها أو ظن من ظروف الحال أن من يتصل بها جنسيا هي زوجته فلم يحفل باعترافها إذ كانت قد أبدت اعتراضا أو اعتقد خطأ بأن مطلقته رجعيا لا تزال في فترة الحضانة

وينتفي القصد الجنائي كذلك إذا اعتقد الجاني أن المجني عليها راضية بفعل الوقاع وإن ما تبديه من اعتراض ليس إلا من قبيل التمنع والتدلل وكانت ظروف الحال تعضد من اعتقاده هذا

ومثال ذلك من يواقع عشيقة له اعتادت التمنع سعيا وراء الحصول على منفعة مادية من عشيقها أو إمعانا في الإثارة الجنسية أو لغير ذلك من أسباب لا صلة لها بانعدام الرضاء الصحيح (٢)

وفي جريمة الاعتداء على الميتة يجب أن يعلم الجاني أنه يمارس عملا غير مشروع ويعتدي على امرأة لا تحل له وأن تتجه إرادته إلى هذا العمل دون نظر إلى البواعث الدافعة إلى ارتكابه .

العقوبة :

يعاقب المشرع على جريمة الوقاع بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة نص على ذلك المشرع الجنائي في المادة ٢٦٧ ع بقوله : " من واقع أنثى بغير رضائها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ..." (٣)

---

(١) د/ محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٧٢) صـ٣٠٨ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٧٢٩) صـ٥٣٩ وما بعدها ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٩١ /٢٩٢ ، د/ أحمد محمد بدوي ، جرائم العرض ، السابق ، صـ٢٩

(٢) د/ عبد التواب معوض ، صـ٢٠١ / ٢٠٢

(٣) قانون العقوبات ، السابق ، صـ١٦١

ثانيا ــ جريمة هتك العرض :

إذا كان الفعل الواقع على المرأة الميتة يتخذ صورة المباشرة بما دون الوطء بشهوة كالمعانقة والتفخيذ والتقبيل والعبث بالأعضاء التناسلية فهذا الفعل يشكل جريمة هتك عرض

وفيما يلي بيان لأركان هذه الجريمة :

هذه الجريمة تقوم على ثلاثة أركان هي : ــ

١ ــ الركن المادي

٢ ــ الركن المعنوي

٣ ــ انعدام الإرادة

الركن المادي :

الركن المادي لجريمة هتك العرض : هو الفعل الهاتك للعرض المنافي للآداب والذي يقع مباشرة على جسم المجني عليها ويخدش حياءها كالمعانقة والتقبيل والعبث بعورة المجني عليه أو المجني عليها ونحو ذلك (١)

ويتمثل الركن المادي في جريمة مباشرة الميتة بما دون الوطء في التقبيل بشهوة أو المفاخذة أو العبث بعورتها أو تذييها وكذلك العبث بعورة الرجل ونحو ذلك فهذه الأفعال وما ماثلها يشكل الركن المادي لجريمة هتك عرض الميتة

الركن المعنوي :

يلزم طبقا للقواعد العامة أن تتجه إرادة الجاني إلى الفعل بأن تنصرف إرادته إلى المساس بحياء المجني عليها دون نظر إلى الباعث الذي دفع الجاني إلى ارتاب هذا الفعل (٢)

ويتحقق هذا الركن في مباشرة الميتة بانصراف إرادة الجاني إلى الاعتداء على هذه المرأة الميتة دون نظر إلى قصده سواء كان الشهوة أو الاعتداء عليها أو غير ذلك .

---

(١) د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ٤٥١ وما بعدها ، د/ أحمد الألفي ، السابق ، صـ٣٧٢ ، د/عمر السعيد رمضان ، صـ٣٤٠ ، د/ هلالي عبد اللاه أحمد ، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، السابق ، صـ ٢٠٣ ، م / مصطفى هرجة ، الموسوعة الجنائية الحديثة ، جـ٢ ، صـ٣٤١

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٧٩) صـ٣١٨ ، د/ حسن صادق المرصفاوي ، السابق ، صـ٦٥٦ /٦٥٧ ، طارق سرور ، السابق ، فقرة (٢٣٥) صـ٢١٦ /٢١٧ ، رمسيس بهنام ، السابق ، صـ٣٩٣ ، د/أحمد الألفي ، السابق ، صـ٣٧٨ /٣٧٩

انعدام الرضا :

وذلك بأن يكون هتك العرض قد تم بالقوة أو التهديد أو بمباغتة المجني عليها أو انتهاز فرصة فقدانها لشعورها واختيارها لجنون أو عاهة في العقل أو غيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أو أي سبب آخر كالاستغراق في النوم .

وهذا الركن موجود في مباشرة الميتة إذ إن الجاني استغل فرصة كون المجني عليها جثة هامدة لا تتحرك وفعل جريمته كمن يعتدي على المرأة النائمة أو المخدرة فانعدام الرضا المكون لهذه الجريمة موجود في كل (١)

العقوبة :

عقوبة هتك العرض بغير رضا من المجني عليه هي الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين نص على ذلك المشرع الجنائي بقوله : " كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى سبع "م ٢٦٨ ع (٢)

ثالثا ــ جنحة انتهاك حرمة القبور والجبانات

يمكن إضافة إلى ما تقدم اعتبار مباشرة الميتة بالوطء أو بما دونه جنحة تتعلق بانتهاك حرمة القبور والجبانات وفقا لما نص عليه المشرع الجنائي في المادة ١٦٠ ع ولا بد لقيام هذه الجنحة من توافر ركنين أساسيين هما الركن المادي والركن المعنوي

الركن المادي : ويتمثل في سلوك يصدر عن الجاني يمثل اعتداء وانتهاكا لحرمة القبور والجبانات ويعد إتيان الميتة ومباشرتها محققا لهذا الركن

الركن المعنوي : ويتمثل في قصد الجاني إلى انتهاك حرمة الميتة أو حرمة الجبانات مع علمه بأن هذا العمل مجرم قانونا فإذا انتفى هذا القصد لدى الجاني فلا يعد مرتكبا لجنحة انتهاك القبور والجبانات

العقوبة :

نص المشرع الجنائي على عقوبة انتهاك حرمة القبور والجبانات في المادة ١٦٠ ع بقوله : " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ...كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها "

ومن ثم فمن يعتدي على الميتة منتهكا حرمتها بوطئها ونحوه يعاقب بالعقوبة السابقة بالحبس أو الغرامة أو بهما معا حسبا يراه القاضي في هذا الأمر وبحسب الجرم الذي ارتكبه الجاني .

---

(١) د/ نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٧٥٠ /٧٥٣) صـ٥٥٥ /٥٥٨ ، المرصفاوي ، السابق ، صـ٦٥٩ /٦٦٣ ، د/حسني الجدع ، السابق ،صـ١٥١ /١٥٣ ،د/ عبد التواب معوض السابق ، صـ ٢٢٦ /٢٢٧ ، م/ مصطفى الشاذلي ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار ، صـ٧٥ وما بعدها ، د/ عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٣٢٧) صـ٣٤٥ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ٤٥٣ /٤٥٥ ، د/رمسيس بهنام ، السابق ، صـ٣٩٠ /٣٩١ ، الجرائم الجنسية وإثباتها مع مباديء أصول علم الأدلة في مجال إثباتها ، لواء / أبو بكر عبد اللطيف عزمي ، صـ١٩٧ /١٩٨

(٢) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات ، ٢٠٠٠ م صـ١٦١ ، م/ مصطفى الشاذلي ، السابق ، صـ٨٠ /٨١ ، د/ إدوار غالي الذهبي ، السابق ، فقرة (٩٢) صـ١٨٤ /١٨٥ ، د/ طارق سرور ، فقرة (٢٣٦) صـ٢١٨ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ٢٢٦ /٢٢٧ ، د/ أحمد أمين ، السابق ،صـ٤٧٥

المبحث الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

بعد العرض السابق لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة مباشرة الميتة بالوطء أو بما دون الوطء يتضح الآتي : ــ

أولا ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في أن إتيان الميتة والاعتداء عليها بالوطء أو بما دون الوطء عمل مجرم شرعا وقانونا

ففي الفقه الإسلامي يعد هذا الفعل محرما لأنه انتهاك لحرمة الميت أو الميتة وينافي تكريم الله سبحانه وتعالى للإنسان ونظرا لانقضاء العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة بالوفاة ومن ثم فيصبح هذا الفعل عملا غير مشروع ولذلك يرى بعض الفقهاء أن في هذا الفعل الحد إذا كانت المباشرة بطريق الجماع

ويرى جمهور الفقهاء أن العقوبة هنا تعزيزية فقط لوجود شبهة في المحل وهي بقاء الزوجية حكما
أما إذا اتخذ إتيان الميتة شكل المباشرة بما دون الوطء بشهوة فإن هذا الفعل محرم يستوجب عقوبة تعزيرية من ولي الأمر تزجر الفاعل عن معاودة هذا الفعل مرة أخرى

أما في القانون الجنائي فوفقا لما سبق ترجيحه فإن هذا السلوك وهو إتيان الميتة يمثل جريمة وقاع إذا اتخذ الفعل شكل الجماع الكامل يستوجب عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة
وإذا اتخذ الفعل شكل المباشرة بما دون الوطء كالمعانقة والتفخيذ ونحو ذلك فإنه يمثل جريمة هتك عرض ويستوجب العقوبة التي نص عليها المشرع وهي الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين
* وكذلك يمكن اعتبار هذا السلوك جنحة تتعلق بانتهاك حرمة القبور والجبانات ويعاقب الجاني بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ثانيا ــ يتفق أيضا الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في أن مباشرة الميتة بما دون الوطء إذا كان بغير شهوة كالتقبيل للرحمة والشفقة والغسل ونحو ذلك فإنه مباح شرعا كما هو رأي جمهور الفقهاء حيث إن هذا الفعل مباح شرعا فلا يسأل عنه الفاعل جنائيا إذا فعله بحسن نية لأن المادة ٦٠ ع تنص على أنه : " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة "

الباب الثالث:
تجاوز حدود حق الاستمتاع بالإتيان في ظرف لا يحل الاستمتاع مع قيامه

وفيه فصول :

الفصل الأول : ــ
الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثاني :
الجماع أثناء الحيض والنفاس والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثالث :
الجماع المقترن بالعزل في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الرابع :
جماع المظاهر منها قبل التكفير والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الخامس :
حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحد والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل السادس :
حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الأول :
الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في
الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

تمهيد : لاشك أن مرض الإيدز يعد طاعون العصر كما يسميه العلماء في هذه الأيام نظرا لآثاره المدمرة لحياة الإنسان وغدا أعداء الإسلام يعملون على تصدير هذا المرض إلى أبناء المسلمين حتى يفتكوا بهم لذا فإنني سوف أقصر مجال البحث وأركز الضوء على الجماع الناقل لمرض الإيدز بين الزوجين دون غيره من الأمراض لما له من آثار خطيرة على الإنسان في هذه الحياة الأمر الذي يتطلب خصه بمزيد من البحث والدراسة

ومن ثم سوف أتناول هذا الموضوع في المباحث التالية على النحو التالي :

المبحث الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به ومدى حق الزوجين في طلب التفريق بسببه
المبحث الثاني : أحكام الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في الفقه الإسلامي
المبحث الثالث :موقف القانون الجنائي من الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين والآثار الناشئة
المبحث الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

المبحث الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به ومدى حق الزوجين في التفريق بسببه

وفيه مطلبان : ــ

المطلب الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به وآثاره على المريض به
المطلب الثاني : مدى حق الزوجين في طلب التفريق بسبب الإصابة به

****

المطلب الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به وآثاره على المريض به

وفيه فرعان :

الفرع الأول : التعريف بمرض الإيدز وكيفية الإصابة به
الفرع الثاني : آثار مرض الإيدز علـــــى المريض به

(٢٤٦)

الفرع الأول : التعريف بمرض الإيدز وكيفية الإصابة به

الإيدز كما يسمى باللغة الإنجليزية أوسيدا كما يسمى باللغـــة الفرنســـية هـــو مرض نقص المناعة المكتسب (١)

كيفية الإصابة بمرض الإيدز :

دلت أبحاث العلماء على أن فيروس الإيدز ينتقل من المرضى إلى الأصحاء بواحـــد من الطرق التالية

أولا : الاتصال الجنسي

يتم انتقال مرض الإيدز عن طريق الاتصال الجنسي بين شخصين أحدهما مصاب بالعـــدوى أو المرض سواء كان هذا الاتصال بين رجلين أو بين رجل وامرأة وذلك لأن السائل المنوي لمريض الإيدز مليء به الفيروس فإذا وصلت كمية منه إلى إنسان آخر فإنه في هذه الحالة يكون فريسة سهلة لهذا الداء(٢)

وينتقل السائل المنوي من شخص لآخر بعدة طرق منها

١ ــ الاتصال الجنسي الشاذ (اللواط) (٣) ٢ــ التلقيح الصناعي (٤)

٣ ــ الاتصال الجنسي الطبيعي

ومما تجدر الإشارة إليه أن معاشرة واحدة قد تكون كافية لنقـــل المـــرض وأن المرض كما ينتقل من الرجل إلى المرأة ينتقل أيضا من المرأة إلى الرجل

ثانيا : انتقال العدوى عن طريق الدم :

وتتم العدوى عن طريق الدم إما بنقله مباشرة من إنسان مريض إلى آخـــــر

---

(١) د/ محمد صادق صبور ، مرض نقص المناعة المكتسب إيدز ، صـــ ١٩، مركز الأهرام للترجمة والنشر ، ١٤١٤ هـــ/١٩٩٣م

عرف هذا المرض لأول مرة عام ١٩٨١ م واجتذب انتباه العالم بأسره في وقـــت قصـــير ويؤكد العلماء الدارسون لهذا المرض أن ما نشاهده الآن هو قمة جبل الجليد الغاطس تحت مياه المحيط أي أن الحقيقة أكثر كثيرا من هذه الأرقام التي نسمعها أننا سنشاهد في الأعوام القليلة المقبلة أعدادا متزايدة من المرضى به الفيروس المميت . د / محمد صادق صبور ، السابق صـــ ١٩

(٢) د/ مدحت عزيز شوقي ، الإيدز مرض العصر صـ ٧٩ وما بعدها ط ، الأولى ، ١٩٨٥ م ، د/ إبراهيم الصياد عشرون سؤالا وجوابا عن الإيدز ، صـ٨ ، وزارة الصحة الكويت ، أ / إبراهيم عبد الحميد الشرقاوي ، الإيدز طاعون العصر ، صـ ٤١ وما بعدها ،الجمعية الكويتية للبحوث والدراسات التخصصية ،ط ، الأولى ، ١٩٩٣ م ، د/ رفعت كمال ، الإيدز ، صـ ١٠ ، ط ، الأولى ، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع الأسكندرية ، ١٤٠٤ هـ/١٩٨٣ م

(٣) ثبت أن الإيدز ينتقل بين الشواذ جنسيا وأن فرصة انتقاله تكون أكثر في الشاذ السلبي منه في الشاذ الإيجابي

(٤) التلقيح الصناعي هو نقل السائل المنوي من الرجل إلى رحم المرأة بقصد الإنجاب وبالطرق المعروفة لدى علماء الطب يراجع ، المراجع السابقة ، نفس الأماكن ،

(٢٤٧)

سليم أو بواسطة استخدام الإبر الملوثة بفيروس الإيدز (١)

ثالثا : عن طريق الحمل : ــ

ينتقل فيروس الإيدز من الأم إلى الطفل بإحدى الوسائل التالية :

١ــ بواسطة الدورة الدموية من المشيمة ٢ــ بحقن أو ابتلاع الدم أو أحد سوائل الجسم الأخرى المصابة بالمرض أثناء عملية الولادة

٣ ــ بواسطة حليب الأم (٢)

رابعا عن طريق اللعاب : ــ ذكرت بعض المصادر الطبية أنه تم في أواسط عام ١٩٨٥ م عزل هذا الفيروس في اللعاب البشري من بعض أشخاص ظهر عليهم أعراض الإيدز وقد دعم هذا من الافتراضات القائلة بإمكانية نقل الفيروس عند تقبيل مريض أو ناقل للمرض (٣)

الفرع الثاني : ــ تأثير مرض الإيدز على المريض به

بمجرد أن يغزو فيروس الإيدز جسم الإنسان يتجه إلى الخلايا التي يعيش بها وهي : ــ

١ ــ الخلايا اللمفاوية المساعدة

٢ ــ الخلايا الملتهمة التي تلتهم الجراثيم والأجسام الغريبة التي تغزو الجسم

٣ ــ الخلايا العصبية في المخ والنخاع الشوكي

بعد ذلك يتمكن الفيروس من دخول نواة الخلية اللمفاوية وتفتيت حمضها النووي وبهذا تتحطم الخلية وتتحول إلى مزرعة لفيروسات الإيدز ثم يلي ذلك انفجار في غلاف الخلية اللمفاوية المصابة وخروج فيروسات الإيدز الجديدة التي تكونت داخلها على حساب مادتها النووية وكل فيروس جديد يهاجم خلية لمفاوية جديدة

وخاصة الخلايا المساعدة ومع تكرار عملية الهجوم هذه يقل عدد الخلايا المناعية في الجسم فتتحطم مناعته

وبما أن خلايا المناعة تقوم بدور الرقابة على الخلايا السرطانية في الجسم وتقضي عليها في مهدها فإن غياب الخلايا المناعية هذه يتيح الفرصة لنمو السرطان في العديد من الأنسجة كالجلد والدم والغشاء المخاطي للجهاز الهضمي وفي غياب مناعة الجسم تهاجمه الفيروسات والطفيليات والفطريات وبعض أنواع البكتريا منتهزة الفرصة لتصيب الجسم بأنواع غريبة من العدوى تسمى العدوى الانتهازية مثل السل الذي يصيب الطيور والتهاب الأمعاء الذي يصيب البقر

---

(١) د/ شكري إبراهيم صالح ، مرض الإيدز وأثره على حق طلب التفريق بين الزوجين ، صـ ٣٠٨ ، مجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور ، العدد (١١) ١٤١٧ هـ/١٩٩٦ م .
، د/ مصطفى عرجاوى ، أحكام نقل الدم ، صـ٤٥ وما بعدها ، دار المنار ، ١٩٩٢ م

(٢) د/ رفعت كمال ، الإيدز ، صـ ١٠ ، د / محمد صادق صبور ، السابق ، صـ ٥٠ وما بعدها ،

(٣) أ / إبراهيم عبد الحميد الشرقاوي ، الإيدز طاعون العصر ، صـ ٤٨ وما بعدها ، د / إبراهيم الصياد ، عشرون سؤالا وجوابا عن الإيدز ، صـ ٨ / ٩

والتهاب الدماغ الذي يصيب القطط وهذه الأمراض لا يصاب بها إلا إنسان محطم المناعة وكل ما يستطيعه جهاز المناعة في هذه الظروف أن يولد نوعا من الأجسام المضادة تكفي فقط للكشف عن المرض ولكنها لا تكفي لقتله (١)

ويقول د / مدحت عزيز شوقي : ــ إن الإيدز مرض يفضي إلى الموت وليس لدى الاطباء ولا في المعامل أدوية مضادة له حتى الآن والإصابة به ترتبط في غالب صورها بممارسة الجنس في ظروف معينة وبأساليب خاصة وفي بعض الحالات يؤدي مرض الإيدز إلى إصابة الجلد بنوع خطير من السرطان يسمى كابوزي ساركوما والذي ينتهي بصاحبه إلى الموت المحقق (٢)

ويرى البعض : أن مرض الإيدز ينتهي بالموت المحتم خلال فترة لا تزيد على ثلاث سنوات حيث تظهر على المريض أعراض عامة غير وصفية كالوهن والضعف والحمى والتعرق الليلي ونقص الوزن والإسهالات ثم تحدث تضخمات في العقد اللمفاوية وفي الغالب يصاب المريض بنو ع خاص من السرطان الذي يصيب الجلد والعقد اللمفاوية والأحشاء وكما أسلفنا فإن الأمر ينتهي بالموت خلال وقت قصير (٣)

ويشبه مرض الإيدز كما يصوره البعض الدولة التي فقدت جيوشها وحصونها وخطوط دفاعها فاستباح الغزاة من كل صنف ومن أدنى جنس حرماتها وعاثوا فيها فسادا حتى يقضى عليها ولا حول ولا قوة لها (٤)

ومن ثم فيرى الأطباء انه للآن لم يتوصل العلم إلى لقاح ضد الإيدز يقي من يتعرض للفيروس من الإصابة بالمرض وللآن لم يتعرض العلم إلى علاج هذا المرض غير

أن الجهود تبذل بأقصى جهد وأشد سرعة في مراكز الأبحاث العالمية لتحقيق هذا الهدف (٥)

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن لهذا المرض الخطير آثارا أخرى اقتصادية(٦) واجتماعية تترتب على الإصابة بهذا المرض تصيب الفرد والمجتمع على السواء (٧)

---

(١) د/ مدحت عزيز شوقي ، الإيدز مرض العصر ، صـ ٩٥ /٩٦ ، أ / السيد جويل ، عقاب الله إيدز صـ ١٢ / ١٣ ، دور الدين والاخلاقيات في الوقاية من الإيدز ومكافحته ، منظمة الصحة العالمية ، صـ ١ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز صـ١٧ ، د/ أحمد سعيد الزقرد ، تعويض ضحايا مرض الإيدز ، صـ٢٥ /٢٦

(٢) د/ مدحت عزيز شوقي ، الإيدز مرض العصر ، صـ ٩٥ /٩٦

(٣) د/ محمد زهير صقر الحلبي ، الإيدز الخطر الداهم ،صـ ٥٣ /٥٤ ، مقال منشور بمجلة الأمة العدد (٦٤) ١٤٠٦ هـ/١٩٨٥ م .

(٤) د/محمد صادق صبور ، مرض نقص المناعة المكتسب إيدز، صـ ١٩

(٥) د / محمد صادق صبور ، السابق ، صـ ٢١ ، المراجع السابق ، نفس الأماكن

(٦) ففي مدينة نيويورك تبلغ تكاليف العلاج في المستشفى لمريض الإيدز حوالي ١٣٤ ألف دولار في السنة وفي انجلترا تتراوح هذه التكاليف ما بين ١٠ / ٢٠ ألف جنيه استرليني في العام

(٧) حيث يؤدي انهيار الجهاز المناعي للإنسان إلى تشوهات في الجسم الأمر الذي يؤدي إلى نفور المحيطين بهذا المريض وخوفهم منه يضاف إلى ذلك أن الضعف العام والألم الذي ينتج عن الإصابة بهذا المرض يفقد المريض القدرة على التكفل بالذات وما يصاحب ذلك من انعزال الفرد عن المجتمع المحيط به أو انعزال المجتمع المحيط به عنه الأمر الذي يفقد المريض قيمته الذاتية وثقته بنفسه . د/ جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، صـ١٧ /١٨

المطلب الثاني

مدى حق الزوجين في طلب التفريق بسبب الإصابة بهذا المرض

كما تقدم فإن مرض الإيدز هو طاعون العصر ويؤدي بصاحبه إلى الموت المحقق لا محالة وينتقل بالمعاشرة الجنسية بين الزوجين وبالتالي فهل يجوز للطرف السليم أن يطلب فسخ النكاح بسبب إصابة الطرف الآخر بهذا المرض أم لا ؟

الفقهاء المثبتون لخيار الفسخ بسبب العيب اختلفوا في المرض الذي يفسخ به النكاح ويمكن حصر هذا الخلاف في اتجاهين : ــ

الاتجاه الأول : ــ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى أن العيوب التي يثبت بها خيار الفسخ في النكاح محددة على سبيل الحصر ومن ثم فلا يلحق بها غيرها

وقد اتفق هؤلاء الفقهاء فيما بينهم على ثبوت الخيار بسبب الجنون (٨)

(١) المبسوط ، جـ ٥ ، صـ ٩٧ ، الفتاوى البزازية ، جـ ٣ ، صـ ٤١٣ بهامش جـ ٢ ، من الفتاوى الهندية ، دار الفكر ، بيروت ،لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤١١ هـ /١٩٩١ م ، الدر المختار ،جـ ٣ ، صـ ٥٤٣ ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٣ ،صـ ٥٤٤ ، تبيين الحقائق ، جـ ٣ ، صـ ٢٥ ، حاشية الشلبي ، جـ ٣ ، صـ ٢٥ .

(٢) الذخيرة ، جـ٤ ، صـ ٤١٩ ، القوانين الفقهية ، صـ ١٤٢ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٨٥ ، التاج والإكليل ، جـ ٣ ،صـ٤٨٥ ، المدونة ، جـ٣ ، صـ٢١١ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، جـ ١ ،صـ ٣٩٣ / ٣٩٤ ، الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ، جـ ١ ،صـ٣٩٣ /٣٩٤ ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٣) الحاوي الكبير ، جـ ١١ ،صـ٤٦٣ ، المجموع ،جـ ١٧ ،صـ ٣٧٦ ، العزيز ، جـ٨ ، صـ١٣٤ ، نهاية المحتاج ، جـ ٦ ، صـ ٣٠٩ /٣١٠ ، روضة الطالبين ، جـ ٥ ، صـ ٥١٠ /٥١٢ .

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ، جـ ٣٢ ،صـ ١٧١ ، منتهى الإرادات ، جـ ٢ ،صـ ١٨٦ / ١٨٩، ط ، عالم الكتب ، تحقيق / عبد الغني عبد الخالق ، الإنصاف ، جـ ٨ ، صـ١٩١ / ١٩٢ ، كشاف القناع ، جـ ٥ ، صـ ١٠٥ / ١٠٦ .

(٥) البحر الزخار ، جـ٤ ، صـ ٦٠ ، السيل الجرار ، جـ ٢ ،صـ ٢٨٩ .

(٦) شرائع الإسلام ، جـ ٤ ، صـ٣٢٣ / ٣٢٧ ، اللمعة الدمشقية ، جـ ٥ ، صـ ٣٨٠ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، جـ٥ ، صـ ٣٨٠ وما بعدها دار العالم الإسلامي ، بروت ، لبنان

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ ٦ ، صـ٣٨٦ / ٣٨٨ ، شرح النيل ، جـ ٦ ، صـ ٣٨٦ / ٣٨٨

(٨) **الجنون : زوال العقل أو فساد فيه.المعجم الوجيز صـ ١٢٢ ،معجم لغة الفقهاء صـ ١٤٧**

والجذام (١) والبرص (٢) ولكنهم اختلفوا فيما عدا هذه العيوب الثلاثة (٣)

الاتجاه الثاني :يرى القائلون به أن العيوب التي يثبت بها الخيار في عقد النكاح ليست محددة ولا معلومة ومن ثم فكل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار دون تقيد بعدد معين من العيوب وهذا ما ذهب إليه ابن القيم والقاضي حسين والزهري إلا أنه قال :" يرد النكاح من كل داء عضال " (٤)

(١) الجذام : داء يتآكل منه اللحم ويتساقط ، ، معجم لغة الفقهاء ، صـ ١٤٠ ، محمد رواس قلعة جي ، دار النفائس ، ط ، الأولى ، ١٤١٦ هـ /١٩٩٦ م

(٢) البرص:بياض يقع في الجسم لعلة ،المعجم الوجيز،صـ ٤٥ ،معجم لغة الفقهاء ، صـ ٨٧

(٣) فذهب الحنفية إلى أن عيب الرجل الذي يثبت به الخيار لزجته ، الجب والعنة

والجب : بفتح الجيم هو قطع الذكر أو بعضه دون الحشفة ، المعجم الوجيز صـــ ٩٠ ، الحاوي الكبير ، جـ ١١ ، صـ ٤٦٣ ،معجم لغة الفقهاء ، صـ١٣٨ .
و العنة بضم العين وتشديد النون : العجز عن الوطء لضعف جنسي ، المعجم الوجيز ، صـ ٤٣٨ .
* وذهب المالكية إلى أن المرأة ترد من الجنون والجذام والبرص والعيب في الفرج وعيب الفرج هو القرن والرتق والبخر والعذيطة والعفل والإفضاء وعيوب الرجل الخصاء والجب والعنة .
القرن : هو انسداد موضع الجماع من الفرج بعظم ، معجم لغة الفقهاء ، صـ ٣٢٩ .
والرتق : قطعة من اللحم أو العظم تقف في مجرى الجماع فتكون مانعة من النكاح ، معجم لغة الفقهاء ، صـ ١٩٦ / ١٩٧ .
والبخر : نتن الفرج ، المعجم الوجيز ، صـ ٣٨ ، معجم لغة الفقهاء صـ ٨٤ .
والعذيطة : حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع ، الشرح الصغير ، جـ ١ ، صـ ٣٩٤ ، بلغة السالك ، جـ ١ ،صـ ٣٩٤ .
والعفل : رخوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، الشرح الصغير ، جـ ١ ، صـ ٣٩٤ / ٣٩٥
والإفضاء : اختلاط مسلكي الذكر البول والغائط ، معجم لغة الفقهاء ، صـ ٦١ / ٦٢ .
والخصاء : سل الخصيتين ، معجم لغة الفقهاء ، صـ ١٧٤
* وذهب الشافعية إلى أن عيوب المرأة الجنون والبرص والجزام والقرن والرتق وعيوب الرجل الجنون والجزام والبرص والجب والعنة
* وذهب الحنابلة إلى أن العيوب التي يفسخ بها النكاح هي : الجنون والجذام والبرص
* وذهب الزيدية إلى أن العيب الذي يفرق به بين الزوجين هو الجنون والجذام والبرص والقرن والرتق والعفل .

* وذهب الإمامية إلى أن عيوب المرأة سبعة : الجنون والجذام والبرص والإفضاء والعرج والعمى وعيوب الرجل : الجنون والخصاء والعنة
* وذهب الإباضية إلى أن عيوب الرجل : الجنون والجذام والبرص الفاحش والعنة وعيوب المرأة : الجنون والجذام والبرص والعفل والفتل والقرن . يراجع فيما تقدم المراجع السابقة ، نفس الأماكن
(٤) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٣١

(٢٥١)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يبدو لي ــ والله أعلم ــ أن سبب الخلاف في تحديد العيوب المثبتة لخيار الفسخ في النكاح هو أنه ورد في بعض الأحاديث الواردة عن رسول الله ε التنصيص على بعض العيوب دون غيرها ومن ثم فهل النص على هذه العيوب لذاتها أم لعلة فيها ؟ وهي عدم استيفاء حقوق النكاح مع وجودها .
فمن ذهب إلى أن التنصيص على هذه العيوب لذاتها قال بعدم ثبوت الخيار في غير المنصوص عليه .

ومن ذهب إلى أن التنصيص على بعض هذه العيوب إنما هو لعلة وهي عدم استيفاء حقوق النكاح قال بالقياس على العيوب المذكورة فيما ساواها أو كان أشد نفرة منها ولا يستقيم معها عقد النكاح .

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل الجمهور على مدعاهم بأن عيوب النكاح محصورة بعدد معين بما يلي : ــ

أولا من السنة :ــ

١ ــ بما روي عن زيد بن كعب بن عجرة أن النبي ε تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها (١) بياضا فردها وقال دلستم على " (٢)

٢ ــ بما روى أبو جعفر المنصور عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عباس قال : قال رسول الله ε: " اجتنبوا من النكاح أربعة : الجنون والجذام والبرص والقرن " (٣)

وجه الدلالة : أفاد الحديثان السابقان جواز فسخ النكاح بالعيب وحدد النبي ε أربعة أنواع من العيوب هي : الجنون والجذام والبرص والقرن ، فيقتصر عليها ولا يفسخ النكاح بغيرها .

ثانيا من الأثر بما يلي :

١ ــ بما روي عن يحيى بن سعيد بن منصور قال : " قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما والصداق لها لمسيسه إياها ، وهو له على وليها قال : قلت: أنت سمعته ؟ قال : نعم " (٤)

---

(١) الكشح : ما بين الخاصرة والضلوع ، المعجم الوجيز ، صـ٥٣٥

(٢) البيهقي ، جـ٧ ،صـ٣٤٨ ،برقم ٤٢١٩ ، سنن سعيد بن منصور ، جـ١ ،صـ٢١٣ ، برقم ٨٢٩ ، دار العصيمي ، الرياض ١٤١٤ هـ ، الرياض ، تحقيق / سعد بن عبد الله بن عبد العزيز ، مسند الإمام أحمد ، جـ٣ ،صـ٤٩٣

(٣) الدار قطني ، جـ٣ ،صـ٢٦٦ ، برقم ٨٠

(٤) الدار قطني ، جـ٣ ،صـ٢٦٧ ، برقم ٨٣ ، البيهقي ، جـ٧ ،صـ٣٤٩ ، برقم ١٤٢٢٣

٢ ــ ما روي عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب قال : أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها وصداق الرجل على وليها الذي غره " (١)

وجه الدلالة :

أفاد هذان الأثران أن العيوب المثبتة لخيار الفسخ محددة بعدد معين ومن ثم فيجب الاقتصار على مورد النص دون غيره

(ب) استدلال الاتجاه الثاني : استدل القائلون بعدم حصر العيوب التي يثبت بها حق التفريق بين الزوجين بالقياس على المنصوص عليه من العيوب .

قال ابن القيم : " والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء ن شروط البيع وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط ولا مغبونا بما غر به وغبن به ومن تدبر مصادر الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة " (٢)

الرأي الراجح :من خلال ما تقدم من عرض للاتجاهين السابقين وأدلتهما يبدو لي رجحان الاتجاه الثاني الذي ذهب إليه ابن القيم ومن وافقه بعدم حصر العيوب التي يثبت بها حق التفريق بين الزوجين فإن كثيرا من العيوب التي سكت عنها الفقهاء منها ما هو أولى بثبوت الخيار مما ذكروه كبعض الأمراض المعدية التي لا شفاء منها كمرض الإيدز مثلا ، ولذلك يقول ابن القيم : " ومن تدبر مصادر الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة " (٣)

لكن يشترط في العيب الذي يثبت به حق الخيار ما يلي : ــ

١ ــ أن يكون العيب مما يؤدي إلى نفرة الشخص العادي

٢ ــ أن يكون العيب مرضا يتضرر به الزوج الآخر لنحو عدوى بأن يكون مرضا معديا بشهادة العدول من أهل الخبرة

٣ ــ أن يثبت بشهادة العدول من أهل الخبرة كون العيب مرضا لا يرجى شفاء صاحبه منه أو لا يحصل ذلك إلا بعد مدة طويلة يتضرر بمثلها الزوج الآخر عادة وذلك جريا على القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية التي عبر عنها المعصوم ε بقوله : " لا ضرر ولا ضرار " (٤)

٤ ــ أن يثبت كون العيب مرضا يخل بمقصود من مقاصد النكاح ولو بقي إمكان الاستمتاع وذلك كالعقم ونحوه . (٥)

---

(١) الدار قطني،جـ٣ ،صـ٢٦٦ /٢٦٧، برقم ٨٢،البيهقي ، ج٧ ،صـ٣٤٢ ، برقم ١٤٢٢٢

(٢) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٣١ (٣) المرجع السابق ، نفس الموضع (٤) سبق تخريجه

(٥) د/ علي مرعي ، بحوث في البيع دراسة فقهية مقارنة ، صـ٣٢٥ ، ط، الأولى ، ١٤١٣ هـ /١٩٩٢ م

حكم التفريق بين الزوجين بسبب مرض الإيدز

تقدم القول:إن مرض الإيدز " مرض نقص المناعة المكتسب " من الأمـــراض المعدية بل والقاتلة حيث إنه مرض يؤدي إلى الموت حتما (١) كما أن مخالطة أحد الزوجين للآخر ومعاشرته له معاشرة الأزواج ناقلة للعدوى لا محالة (٢)

وبتطبيق الأحكام الفقهية الواردة في العيب المثبت للخيار بين الزوجين ووفقا للرأي الراجح فـــي عدم حصر العيوب التي يثبت بها الخيار في عدد معين من العيوب كما يرى ابن القيم فإنه يثبـــت بمـــا لا يدع مجالا لأدنى شك أن مرض نقص المناعة المكتسب " الإيدز " يثبت به حق الخيار بين الزوجين فـــي طلب الفرقة بسبب هذا المرض وذلك من باب قياس الأولى حيث إنه أشد خطرا من الأمراض التي نـــص عليها الفقهاء كالجذام والبرص ونحو ذلك لأن مرض الإيدز يعد أحد أهم عيوب العصر المجوزة للتفريق بين الزوجين وذلك لما يلي :

١ ــ إن هذا المرض ثبت أنه معد عن طريق المعاشرة الزوجية والمســـلم مـــأمور بالابتعاد عن أي وباء ناقل للعدوى وذلـــك أخـــذا مـــن قولـــه ε: " إذا ســـمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها " (٣) والحكمة من هذا التوجيه واضحة جلية وهي المنع من نقل العدوى ونشرها وإذا كان الأمر كذلك فإن القول بجواز التفريق بسبب مرض الإيدز يتفـــق مـــع مقاصد الشريعة وقواعدها العامة .

٢ ــ قياس هذا المرض " الإيدز " على الجذام والبرص من باب قياس الأولـــى إذ إن كلا من الإيدز وهذين المرضين يثير نفرة النفس فضلا عن كون الإيدز مؤديـــا للوفاة حتما

٣ ــ إن بعض الفقهاء نص على أن من العيوب المجوزة للتفريق بين الزوجين تلـــك التي تتعدى إلى النسل ولذا يقول الشافعي في معرض حديثه عن الجذام والبرص : " ...ويخاف منها العدوى إلى الآخر وإلى النسل " (٤) ويقول الزهـــري : " يفسخ النكاح من كل داء عضال " (٥) ومرض الإيدز ينتقل بالعدوى من خلال الاتصال الجنسي بين الزوجين ، كما ينتقل من الأم إلى الجنين داخـــل الـــرحم وأثناء الولادة هذا بالإضافة إلى انتقاله بواسطة المخالطة عن طريـــق اللعـــاب والدم (٦) ونحو ذلك مما يصعب الاحتراز عنه

---

(١) د/ مدحت عزيز شوقي ، السابق ، صـــ٩٥ /٩٦

(٢) د/ مدحت صادق صبور ، السابق ، صـــ١٩

(٣) فتح الباري ، جـــ١٠ ،صـــ١٧٩

(٤) المجموع ، جـــ١٦ ،صـــ٢٩٩

(٥) زاد المعاد ، جـــ٤ ،صـــ٣١

(٦) د/ إبراهيم الصياد ، السابق ، صـــ٨ /٩ ، د/ مصطفى عرجاوي ، السابق ، صـــ٤٥ وما بعدها

٤ ــ في القول بعدم ثبوت حق الخيار في طلب التفريق بين الزوجين بسبب مــرض الإيدز تفويت لمقصد هام من مقاصد الشريعة وهو المحافظة على النفس إذ لــو لم يثبت هذا الحق لكان ذلك عرضة للإصابة بهذا المرض وانتقاله من المصاب به إلى السليم فضلا عن انتشاره بين الناس وذلك يتنافى مع مقاصد الشريعة

٥ ــ في إجبار أي من الزوجين على معاشرة الطرف المصاب بالإيدز دعوة إلى عدم الاستقرار والثبات لأن السليم في كل لحظة يتوجس خيفة من صاحبه بل وربما أدى ذلك إلى محاولة الشخص الســليم إلى التخلص من صاحبه بحيلة أو بأخرى الأمر الذي يرفضه الشــارع الحكــيم ويترتــب عليــه الفوضى وعدم الاستقرار في المجتمع (١)

٦ ــ قرر مجمع الفقه الإسلامي اعتبار مرض نقص المناعة المكتسب " الإيدز " مرض موت شــرعا إذا اكتملت أعراضه وأقعد المريض عن ممارسة الحياة العادية واتصل به الموت ــ كما قرر أيضا ــ حق المرأة في طلب الفرقة من الزوج المصاب باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسب " الإيدز " مرضا معديا تنتقل عدواه بصفة رئيسية بالاتصال الجنسي (٢)

لكل ما تقدم تطمئن النفس إلى القول باعتبار مرض الإيدز أحد الأمراض التي يثبت بها حق فســخ عقد النكاح لكل من الزوجين في حالة إصابة الطرف الآخر بهذا المرض وهذا ما يتفق مع مقاصد الشريعة وقواعدها العامة

والله أعلم

---

(١) د/ شكري صالح ، السابق ، صــ ٣٤٠ /٣٤٣
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ، جــ٧ ،صــ٥٢٥٦

المبحث الثاني :

الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين
والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان : ــ

المطلب الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد والآثار المترتبة عليه

المطلب الثاني : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ والآثار المترتبة عليه

****

المطلب الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد والآثار المترتبة عليه

وفيه فرعان :

الفرع الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمـــد
الفرع الثاني : الآثار الفقهية المترتبة على تعمد نقل عدوي الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

****

الفرع الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد

وفيه أغصان :

الغصن الأول : حكم الجماع بين الزوجين أثناء الإصابة بمـــرض الإيدز
الغصن الثاني : حكم تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع
الغصن الثالث : التكييف الفقهي لتعمد نقل عـــــدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع
الغصن الرابع : حكم القتل بالسبب في الفقه الإسلامي

الغصن الأول : حكم الجماع بين الزوجين أثناء الإصابة بمرض الإيدز

من أهم الآثار التي يولدها عقد النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على النحو المقرر شرعا ومن ثم فهذا الحق ليس مطلقا وإنما مقيد ببعض القيود التي تحد من إطلاق هذا الحق حماية للزوجين في هذه الحياة ، من ذلك مثلا ، حرمة الجماع أثناء فترة الحيض نظرا للأذى الذي يلحق الطرفين بسبب الجماع في ذلك الوقت .

وقد تقدم القول بأن مرض نقص المناعة المكتسب " الإيدز " من الخطورة بمكان إذ إنه يؤدي إلى قتل جهاز المناعة لدى الإنسان المصاب به ويؤدي به حتما إلى الهلاك (١)

كما أن من وسائل انتقال العدوى بين الأفراد في هذه الحياة المخالطة الجنسية بصفة عامة أو بين الزوجين أو عن طريق الدم أو اللعاب (٢) ونحو ذلك

وعلى هذا فما هو الحكم الفقهي لمباشرة أحد الزوجين المصاب بهذا المرض للطرف الآخر السليم ؟

يبدو ــ والله أعلم ــ أن الجماع بين الزوجين إذا كان أحدهما مريضا والآخر صحيحا محرم في هذه الحالة حتى لا تنتقل العدوى من المريض إلى الصحيح ويمكن أن يؤصل هذا الحكم على الأدلة التالية :

أولا ــ من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى : " وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ" (٣) وفي جماع الصحيح للسليم إهلاك له لأن العدوى ستنتقل إليه حتما وستؤدي به إلى الهلاك لا محالة

٢ ــ قوله تعالى : " وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" (٤) وفي المباشرة بين الزوجين في هذه الحالة نقل لهذا المرض من المريض إلى السليم وهذا المرض يؤدي إلى الوفاة حتما فيكون ذلك إلقاء بالنفس إلى التهلكة فيكون محرما .

٣ ــ قوله تعالى : " وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " (٥) وفي الجماع أثناء إصابة أحد الزوجين بهذا المرض الخطير إذاية من المريض للسليم فيكون حراما

قال القرطبي:" إذاية المؤمنين والمؤمنات هي أيضا بالأقوال والأفعال القبيحة " (٦)

ثانيا ــ من السنة : ــ قوله ε : " لا ضرار ولا ضرار " (٧)

---

(١) د/ مدحت عزيز شوقي ، السابق ، صـ٩٥ /٩٦ ، أ / السيد جويل ، السابق ، صـ١٢ /١٣

(٢) يراجع مبحث مرض الإيدز والآثار المترتبة على الإصابة به ، صـ

(٣) سورة البقرة ، آية : (١٩٥)

(٤) سورة النساء ، آية : (٢٩)
(٥) سورة الأحزاب ، آية : (٥٨)
(٦) القرطبي ، جـ٦ ، صـ ٥٤٧٤
(٧) سبق تخريجه ، صـ٥٩ .

(٢٥٧)

وجه الدلالة :

إن النبي ε قد نفى الضرر والضرار ، والضرر ضد النفع يقال ضره يضره ضرا وضرارا وأضر به يضر إضرارا ، ومعناه لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه قال ابن رجب الحنبلي : " فالمعنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع وإدخال الضرر بغير حق كذلك . وقيل : الضرر أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع ورجح هذا القول طائفة منهم ابن الصلاح . وقيل : الضرر أن يضر به من لا يضره والضرار: أن يضر بمن قد أضر به على وجه غير جائز ، وبكل حال فالنبي ε إنما نفى الضرر والضرار بغير حق (١)

وعلى هذا فقد دل الحديث على تحريم الضرر لأنه إذا نفى ذاته

دل على النهي عنه لأن النهي هو طلب الكف عن الفعل وهذا يلزم

منه عدم ذات الفعل فاستعمل اللازم في الملزوم وتحريم الضرر

معلوم عقلا وشرعا ...وقد جاء النفي الذي يفيد النهـــــي

والتحريم في الحديث عاما ليشمل تحريم كل صور الضرر

وأنواعه(٢)

وقد ثبت أن مرض الإيدز يؤدي إلى الهلاك حتما وينتقل بالجماع بين الزوجين فيكون محرما لأجل هذا المعنى وهو إلحاق الضرر بالغير

ثالثا ــ من المعقول من وجهين : ــ

الأول ــ القياس على الوطء في الحيض :

بجامع الأذى في كل منهما والجماع في الحيض محرم لقوله تعالى : " وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" (٣) فالجماع ههنا محرم لأجل الأذى العارض في فترة الحيض فما الظن بالأذى القاتل والمستمر إلى الوفاة والمفضي إلى الموت حتما فيكون محرما من باب قياس الأولى .

الوجه الثاني :

في القول بإباحة الممارسات الجنسية بين الزوجين في هذه الحالة إخلال بمقصد عظيم من مقاصد الشريعة وهو الحفاظ على النفس لأن في الجماع مع الإصابة بهذا المرض إفضاء بنفس السليم إلى الهلاك حتما فيكون محرما .

---

(١) جامع العلوم والحكم ، صـ ٣٧٠ ، د/ عبد الله النجار ، الضرر الأدبي ومدى ضمانه ، دراسة مقارنة ، صـ ٣٦٢ /٣٦٣ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ /١٩٩٠ م

(٢) د/ عبد الله النجار ، السابق ، صـ ٣٦٢ /٣٦٣

(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

الغصن الثاني

حكم تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

تقدم القول بحرمة الجماع أثناء إصابة أحد الزوجين بمرض الإيدز حتى لا تنتقل العدوى إلى الطرف السليم لاسيما وقد ثبت بما لا يدع مجالا لأدنى شك خطورة هذا المرض على الإنسان وأنه يؤدي إلى الموت حتما وعلى هذا فإن قصد أحد الزوجين وتعمده إصابة الزوج السليم يكون حرما لما في ذلك من الإضرار به بغير حق ، وإهلاك للنفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق ، والشريعة تقرر رفع الضرر عن كاهل المكلفين في هذه الحياة

لكل ما تقدم يمكن القول : إن تعمد نقل العدوى عمل محرم في هذه الحياة لما فيه من الاعتداء على الغير بغير حق

الغصن الثالث

التكييف الفقهي لتعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

سبق القول إن مرض الإيدز مرض مخوف (١) وإنه يؤدي إلى هلاك الشخص المصاب به ، ويلاحظ أن الهلاك هنا ليس بسبب فعل الجاني المباشر وإنما بسبب العدوى التي تعمد الطرف الآخر إصابته بها من خلال الجماع كما أن الوفاة الناتجة عن الإصابة بهذا المرض إنما تقع بعد فترة من الزمن بسبب هذا المرض الذي يسبب فقد المناعة في الجسم من ثم يؤدي ذلك به إلى الوفاة .

وعلى هذا فيمكن القول إن تعمد نقل العدوى من الشخص المصاب إلى السليم والتي يترتب عليها الوفاة تعتبر قتلا بالتسبيب لأن الوفاة مسببة عن هذا المرض وهو سبب لها

وسوف أتناول فيما يلي حكم القتل بالتسبيب وأقوال الفقهاء فيه في الغصن التالي

الغصن الرابع

حكم القتل بالسبب (٢) في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم القتل بالسبب واعتباره جريمة عمدية على رأيين : ــ

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٧ ،صـ٥٢٥٦

(٢) يعرف الفقهاء السبب المؤدي إلى القتل بأنه : ما أثر في التلف ولم يحصله أي ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذلك وإنما بواسطة ... والسبب على ثلاثة أنواع : ١ ــ حسي كالإكراه فإنه يولد في المكره داعية القتل . ٢ ــ شرعي كشهادة الزور على القتل فإنها تولد في نفس القاضي دواعي الحكم بالإعدام . ٣ ــ ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف . روضة الطالبين ، جـ٧ ،صـ١٠ /١١ ، عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، جـ٢ ،صـ٣٦ /٣٧ ، د/ سيف قزامل ، الجنايات في الفقه الإسلامي ، صـ٣٧ ،د/ سعد الدين مسعد الهلالي ، الواضح في الجنايات ، صـ٥٢

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة(٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى أن القتل بالسبب والقتل مباشرة متساويان فكلا الجنايتين عقوبتها القصاص إذا كان القتل عمدا

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٨) إلى أن القتل بسبب ــ أيا كان نوعه ــ لا يكون عمدا موجبا للقصاص

ووجهتهم في ذلك :

أن القتل بالسبب لا يساوي القتل مباشرة لأن القتل بسبب قتل معنى لا صورة حيث لم يؤثر فعل الجاني في إحداث القتل إلا بواسطة ، والقتل مباشرة قتل معنى وصورة حيث إن فعل الجاني أثر في إهلاك المجني عليه دون واسطة والجزاء

الموضوع لهذه الجريمة هو قتل مباشرة فكانت الجناية بهذه الكيفية والعقوبة غير متساويتين لذلك قالوا : إن القتل بسبب لا يكون قتلا عمدا موجبا للقصاص إذ القصاص هو المساواة ولا مساواة في هذه الحالة . (٩)

---

(١) الذخيرة ، جـ١٢ ،صـ٢٨٢ ، الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٢٤٢ ، حاشية الدسوقي ، جـ٤ ،صـ٢٤٢ ، تبيين المسالك ، جـ٤ ،صـ٣٩٦ /٣٩٧ ، بلغة السالك ، جـ٢ ،صـ٣٥٥ ، الشرح الصغير ، جـ٢ ،صـ٣٥٥ ، الخرشي على مختصر خليل ، جـ٨ ،صـ٩ دار الفكر للطابعة والنشر ، حاشية العدوي ، جـ٨ ،صـ٩ ، بهامش الخرشي ، دار الفكر .

(٢) الحاوي الكبير ، جـ ١٥ ،صـ١٨٥ ، نهاية المحتاج ، جـ ٧ ، صـ ٢٥٦ روضة الطالبين ، جـ ٧ ، صـ ١١

(٣) الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٤٦٢ ، كشاف القناع ، جـ٥ ،صـ٥٠٨ ، المبدع شرح المقنع ، جـ٧ ،صـ١٩٦

(٤) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٧٠ /٣٧١

(٥) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢١٦

(٦) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ١٣٦ /١٣٧ ، اللمعة الدمشقية ، جـ١٠ ،صـ١٨ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، جـ١٠ ،صـ١٨

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ٢١٩ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٨) البناية في شرح الهدية ، جـ١٢ ،صـ٩٨ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٧ ،صـ٩٤ /٩٥ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٥٤ ، الفتاوى الهندية ، جـ٦ ،صـ٦ ، المبسوط ، جـ٢٦ ، صـ٦٨ ، ملتقى الأبحر ، جـ٤ ،صـ٣١٢ /٣١٣ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، جـ٤ ،صـ٣١٢ /٣١٣، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، للحصكفي ، جـ٤ ،صـ٣١٢ /٣١٣ ،بهامش مجمع الأنهر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨

(٩) البناية في شرح الهدية ، جـ١٢ ،صـ٩٨ ، تكملة رد المحتار ، جـ٧ ،صـ٩٤ /٩٥ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٧ ،صـ٩٤ /٩٥ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٥٤ ، الفتاوى الهندية ، جـ٦ ،صـ٦ ، المبسوط ، جـ٢٦ ، صـ٦٨ ، وما بعدها

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لري الفريقين السابقين يبدو لي ــ والله أعلم ــ رجحان مذهب جمهور الفقهاء القائل بأن القتل بسبب كالقتل مباشرة لأن كلا من المباشر والمتسبب أدى فعله إلى إزهاق روح المجني عليه فهما متساويان في النتيجة ، وكون القتل بسبب حدث بفعل من الجاني أدى إلى ذلك بواسطة لا يؤثر في أن

الفعل هو الذي نسب إليه القتل لأن الواسطة إذا كانت لا تصلح لإضافة الحكم إليها كانت لغوا

ــ كما أن القول بعدم مساواة القتل بالسبب للقتل بالمباشرة يؤدي إلى انتشار الجرائم بهذه الكيفية التي تعفي الجاني من القصاص وحينئذ ينتشر التفاني بين الناس وهذا يتنافى مع الحكمة التي شرع من أجلها القصاص والتي نصت عليها الآية الكريمة " وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاأُوْلِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ" (١)

ــ كما أنه يشترط لإسباغ وصف القتل العمد على القتل بالسبب توافر رابطة السببية بين الفعل والنتيجة وألا يفصل بين الفعل الذي أدى إلى النتيجة وهي القتل سبب آخر يصح إضافة النتيجة إليه فإذا وجد هذا السبب انقطع تأثير السبب الأول في النتيجة وأصبح القتل مضافا إلى السبب الثاني الذي اتصلت به النتيجة . (٢)

****

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

وفيه أغصان :

الغصن الأول : فيما يوجبه القتل العمـــــــد

الغصن الثاني : حكـــــــم قتل الذكر بالأنثى

الغصن الثالث : رضاء المجني عليه وأثره على عقوبة الجاني

الغصن الرابع : الدية في حالة سقوط القصاص

الغصن الخامس : الكفارة

الغصن السادس : الحرمان من المـــــــيراث

---

(١) سورة البقرة ، آية : (١٧٩)
(٢) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢١٦

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

وفقا لما سبق ترجيحه من إسباغ وصف القتل العمد على القتل بالسبب كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء فإنه يترتب على اعتبار القتل بالسبب قتلا عمدا مجموعة من الآثار، ففضلا عن الجزاء الأخروي الوارد في قوله تعالى : " وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا "(١) هناك آثار أخرى تترتب على هذا الفعل في الحياة الدنيا سوف أتناولها فيما يلي :

الغصن الأول : فيما يوجبه القتل العمد

وفقا للتكييف الفقهي السابق الذي اعتبر تعمد نقل عدوى الإيدز عن طريق الجماع بين الزوجين قتلا بالسبب وإسباغ وصف القتل العمد على القتل بالسبب كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء ، فإن الفقهاء اختلفوا فيما يوجبه القتل العمد على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنابلة في أصح الروايتين (٢) وبعض الشافعية (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والإباضية (٦) إلى أن ولي الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن لم يرض القاتل ، ومن ثم فموجب القتل العمد القصاص أو الدية وفقا لما يختاره ولي الدم وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن ورواه أشهب عن مالك وبه قال الليث والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور (٧)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٨) والمالكية (٩) وأحد قولي الشافعي (١٠)

---

(١) سورة النساء ، آية : (٩٣)

(٢) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٢٢ /٥٢٣ ، منار السبيل ، جـ٢ ،صـ٢١٥ ، المبدع ،جـ٧ ،صـ٢٤١ /٢٤٢

(٣) نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٣٠٩ ، الحاوي الكبير ، جـ١٥ ،صـ٢٤٥

(٤) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٦٠ وما بعدها

(٥) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢١٥ ، نيل الأوطار ،جـ٧ ،صـ٧ /٨

(٦) شرح النيل ، جـ١٥ ،صـ٩٥

(٧) القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٣٨ ، أحكام القرآن للجصاص ، صـ١٨٣

(٨) الفتاوى الهندية ، جـ٦ ،صـ٧ ، ملتقى الأبحر ، جـ٤ ،صـ٣١٠ ، مجمع الأنهر ، جـ٤ ،صـ٣١٠ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، جـ٤ ،صـ٣١٠

(٩) الذخيرة ، جـ١٢ ، صـ٣١٧ /٣١٨ ، الشرح الكبير للدردير ، جـ٤ ،صـ٢٣٩ ، حاشية الدسوقي ، جـ٤ ،صـ٢٣٩ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، بلغة السالك ، جـ٢ ،صـ٣٥٤ ، الشرح الصغير ، جـ٢ ،صـ٣٥٤

(١٠) نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٣٠٩

ورواية للإمام أحمد (١) والإمامية (٢) إلى أن موجب القتل العمد القصاص عينا ومن ثم فلا يكون لولي الدم أن يلزم الجاني الدية جبرا عنه وإنما له أن يقتص أو

يعفو مجانا . وإليه ذهب إبراهيم النخعي وابن شبرمة وأبو الزناد وسفيان الثوري والحسن بن صالح (٣)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول :

استدل القائلون بأن موجب القتل العمد أحد شيئين القصاص أو

الدية والخيار في ذلك لولي الدم بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ .. " الآية (٤)

وجه الدلالة :

قال مجاهد سمعت ابن عباس يقول : كان القصاص في بني إسرائيل ولم يكن فيهم الدية فقال الله لهذه الأمة : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى " إلى قوله تعالى " فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ " فأخبر ابن عباس أن الآية نزلت ناسخة لما كان على بني إسرائيل من حظر قبول الدية وأباحت للولي قبول الدية تخفيفا من الله علينا ورحمة بنا (٥)

ثانيا ــ من السنة :

١ ــ بما روي عن أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ أن النبي ε قال : " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفتدي وإما أن يقتل " ولفظ الترمذي "إما أن يعفو وإما أن يقتل " (٦)

---

(١) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٢٢ /٥٢٣ ، المبدع شرح المقنع ، جـ٧ ،صـ٢٤٢

(٢) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ١٣٤ ، وسائل الشيعة ، جـ١٩ ،صـ٣٧ وما بعدها

(٣) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٨٣

(٤) سورة البقرة ،آية : (١٧٨)

(٥) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٨٤ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٣٠ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٧ ، النسائي ، جـ٨ ،صـ٣٣ ، الدار قطني ، جـ٣ ،صـ٨٦ ، برقم ١٥

(٦) سنن النسائي ، جـ٨ ،صـ٣٤ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط ، الأولى ، ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م ، ابن ماجة ، جـ٢ ،صـ٨٧٦ برقم ٢٦٢٤ ، الترمذي ، جـ٤ ،صـ١٤ ، برقم ١٤٠٥ ، سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٥٧٩ ، برقم ٤٥٠٤ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٦ / ٧

٢ ــ ما روي عن أبي شريح الخزاعي قال : سمعت رسول الله ε يقول : " من أصيب بدم أو خبل ــ أي جراح ــ فهو بالخيار بين إحدى ثلاث : إما أن يقتص ، أو يأخذ العقل ، أو يعفو ، فإن أراد رابعة فخذوا على يديه " (١)

٣ ــ ما روي عن وائل بن حجر قال : كنت عند رسول الله ε إذ جيء بقاتل في عنقه النسعة (٢) فقال ε لولي المقتول : " أتعفو ؟ " قال : لا قال : " أتأخذ الدية ؟ " قال : لا قال : " أفتقتل ؟ " قال : نعم " (٣)

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أفادت الأحاديث السابقة الواردة عن رسول الله ε أن ولي الدم مخير بين القتل أو الدية أو العفو كل ذلك لولي الدم وهذا يفيد أن موجب القتل العمد القصاص أو الدية أو العفو وفقا لما يختاره ولي القتيل

ثالثا ــ من الأثر :

بما روي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب في امرأة قتلت رجلا " إن أحب الأولياء أن يعفوا عفو وإن أحبوا أن يقتلوا قتلوا وإن أحبوا أن يأخذوا الدية أخذوها وأعطوا امرأته ميراثها من الدية " (٤)

فقد أفاد هذا الأثر المروي عن عمر بن عبد العزيز أن ولي القتيل بالخيار بين القصاص أو الدية أو العفو مطلقا

رابعا ــ المعقول من وجوه :

الأول : في تخيير ولي القتيل بين القصاص أو الدية تيسير على هذه الأمة وذلك لما في الإلزام بالقتل فقط من المشقة ، فخفف الله عن أمة محمد وخيرها بين الأمرين (٥)

الوجه الثاني :

ما ذكره ابن قدامة بقوله : " ولأن الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلا عنها لا عن بدلها كالقصاص (٦)

الوجه الثالث :

إن ضمان القتل يجب حقا للمقتول لأن الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها حقا له وحق العبد ما ينتفع به والمقتول لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال لأنه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه (٧)

---

(١) ابن ماجة ، جـ٢ ،صـ٨٧٦ ، برقم ٢٦٢٣ ، سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٥٧٦ ، برقم ٤٤٩٦ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٧ ، الدار قطني ، جـ٣ ،صـ٩٦ ، برقم ٦٥

(٢) النسعة : قطعة من الجلد تجعل زماما للبعير . المعجم الوجيز ، صـ٦١٣

(٣) سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٥٧٦ /٥٧٧ برقم ، ٤٤٩٩ ، مسند أبي عوانة ، جـ٤ ،صـ١٠٥ ، برقم ٦١٨٦

(٤) مصنف عبد الرازق ، جـ١٠ ،صـ٨٦ ، برقم ١٨٤٥٢

(٥) مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٤٨

(٦) المغني ، جـ١١ ، صـ٥٢٢ ، الحاوي الكبير ، جـ١٥ ،صـ٢٤٧

(٧) بدائع الصنائع ، جـ٧ ، صـ٣٥٦

(ب) أدلة الرأي الثاني :

استدل القائلون بأن موجب القتل العمد القصاص عينا بما يلي :

أولا ــ من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى " (١)

وجه الدلالة :

إن الآية الكريمة نصت على أن الواجب بالقتل القصاص ولم تذكر الدية فتعين هذا موجبا للقتل العمد ومن ثم لا يمكن العدول عنه إلى غيره لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي (٢)

مناقشة هذا الاستدلال

لا نسلم لكم تعين القصاص موجبا للقتل العمد وذلك لقوله تعالى : " فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ " والمراد به كما قال ابن عباس : أن يقبل في العمد الدية .(٣) فأفاد ذلك حق ولي الدم في الخيار بين القصاص أو الدية أيها شاء فعل

٢ ــ قوله تعالى : " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِــهِ " (٤) وقولــه :" فَمَــنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ " (٥)
فقد أفادت الآيتان السابقتان وجوب العقاب بالمثل وكذا رد الاعتداء وليس مثــل القتل إلا القتل ومن ثم فلا مدخل للدية ههنا إلا برضا القاتل

مناقشة هذا الاستدلال :

سلمنا لكم وجوب العقاب بالمثل وكذا رد الاعتداء كما ذكر القرآن الكريم ولكن السنة النبوية أفادت حق ولي القتيل في القتل أو قبول الدية ومن ثم فلا تعارض بين ما ورد في القرآن والسنة لأن ولي الدم إن اختار القصاص فقد عمل بالقرآن وإن اختار الدية فقد عمل بالسنة فلا تنافي (٦)

ثانيا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ قوله ε: " من قتل عمدا فهو قود " (٧)

---

(١) سورة المائدة ، آية : (١٧٨ / ١٧٩)
(٢) أحكام القرآن للجصاص ، جــ١ ،صــ١٨٣ وما بعدها
(٣) أحكام القرآن للجصاص ، جــ١ ،صــ١٨٤
(٤) سورة النحل ، آية : (١٢٦)
(٥) سورة البقرة ، آية : (١٩٤)
(٦) د/ حسن الشاذلي ، الجنايات في الفقه الإسلامي ، صــ١٥٧
(٧) ابن ماجة ، جــ٢ ،صــ٨٨٠ برقم ٢٦٣٥ ، مجمع الزوائد ، جــ٦ ،صــ٢٨٦ ، قــال : وإسناده منقطع بين ابن أبي ليلى وابن مسعود ورجاله إلى ابن أبي ليلى رجال الصحيح " ، سنن البيهقي الكبيرى ، جــ٨ ،صــ٤٥ ، برقم١٥٧٨٠ ، قال : " وهذا مرســل " ، ســنن الدار قطني ، جــ٣ ،صــ٩٣ ،برقم ٤١

وجه الدلالة :

إن هذا الحديث دل على أن موجب القتل العمد القصاص عينا ولو كان ثم شيء آخر لذكره ε وحيث لم يذكر النبي ε الدية فدل على أنه كل الواجب

٢ ــ ما روي عن أنس أن الربيع بنت النضر كسرت ثنية جارية فطلبوا إليها العفــو فأبوا فعرضوا الأرش فأبوا فأتوا رسول الله ε فأبوا إلا القصاص فأمر رســول الله ε بالقصاص فقال أنس بن النضر يارسول الله أتكسر ثنية الربيع ؟ لا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله ε: " يا أنس كتاب الله القصــاص " فرضي القوم فعفوا ، فقال رسول الله ε : " إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره " (١)

وجه الدلالة : إن النبي ε قال : " كتاب الله القصاص " ولم يخير المجني عليه بين القصاص والدية فثبت أن الذي يجب بكتاب الله ورسوله ε في العمد القصاص عينا

ثالثا ــ من القياس :

إن القود بدل جنس متلف متعين جنسه كسائر المتلفات والدية أو الأرش بدل عنه عند سقوطه بعفو أو غيره كموت الجاني (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم يبدو لي أن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بأن موجب القتل العمد القصاص أو الدية رضي القاتل أو لم يرض وذلك أخذا من قوله ε: " من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إن أحب أخذ العقل وإن أحب فله القود " (٣)

ولما في الأخذ بهذا الرأي من إعمال الكتاب والسنة معا في هذه المسألة والقول بغير ذلك يؤدي إلى إعمال أحدهما وإهمال الآخر كما أن هذا الرأي هو الأولى من طريق النظر والمصلحة إذ إن القاتل مفروض عليه أن يحيي نفسه ويحرم عليه أن يهلكها لأن في آدائه الدية دون رضاء منه صيانة لنفسه عن الهلاك وهو واجب عليه (٤) لقوله تعالى" وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ" (٥) وقوله : " وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ " (٦) وههنا قد أتيحت له فرصة النجاة بنفسه فيجب عليه أن يقبلها وهذا الوجوب يمليه الشرع والعقل (٧)

---

(١) فتح الباري ، جـ١٢ ، صـ٢٣٣ ، برقم ٦٨٩٤ ، ابن ماجة ، جـ٢ ،صـ١٤٣ ، سنن أبي داود ، جـ٢ ،صـ٦٠٧ ، برقم ٤٥٩٥ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٢٣ /٢٤ ، النسائي ، جـ٨ ،صـ٢٤

(٢) مغني المحتاج ،جـ٤ ،صـ٤٨

(٣) سبق تخريجه

(٤) البدائع ، جـ٧ ، صـ٣٥٦

(٥) سورة البقرة ، آية : (١٩٥)

(٦) سورة النساء ، آية : (٢٩)

(٧) د/ حسن الشاذلي ، السابق ، صـ١٥٨

الغصن الثاني : حكم قتل الذكر بالأنثى

تقدم تكييف تعمد نقل العدوى بين الزوجين إذا أدى إلى موت المنقول إليه العدوى بأنه قتل بالسبب يجب فيه القصاص وفقا لرأي الجمهور ومن ثم فإذا تعمدت المرأة نقل العدوى لزوجها ومات بسببها فلا خلاف أنها تقتل به (١)

ولكن هل يقتل الزوج إذا تعمد نقل العدوى لزوجته وماتت بسبب نقل عدوى الإيدز إليها هذا الفرض يدعو لبحث مسألة قتل الذكر بالأنثى في الفقه الإسلامي فيما يلي :

آراء الفقهاء في قتل الذكر بالأنثى :
اختلف الفقهاء في قتل الذكر بالأنثى على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب جمهر الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) وظاهر كلام الظاهرية (٦) إلى القول بأن الرجل يقتل بالمرأة ولا يجب مع القصاص شيء وهذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز وأهل المدينة وإسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم (٧)

الرأي الثاني : ذهب الليث بن سعد إلى أنه إذا قتل الرجل امرأته وجبت عليه ديتها ولا يقتص منه (٨)

---

(١) ذهب عثمان البتي ورواية للإمام أحمد إلى القول بأن المرأة تقتل بالرجل ويكون في مالها نصف ديته وهذا القول يرده ظاهر الآيات الموجبة للقصاص اكتفاء دون زيادة والقول به يوجب حكما زائدا على النص . أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٧٠ ، البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢١٧ ، المبدع ، جـ٧ ،صـ٢١٥

(٢) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٥٢ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٦٩ ، ملتقى الابحر ، جـ٤ ،صـ٣١٤ ، مجمع الأنهر ، جـ٤ ،صـ٣١٤ /٣١٥ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، جـ٤ ،صـ٣١٤ /٣١٥

(٣) القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٣٤ ، رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٢٦٦ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٢٦٦ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، جـ٢ ،صـ٣٥٧ ، الشرح الصغير ، جـ٢ ،صـ٣٥٧

(٤) مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ١٦ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ٢٢١ /٢٢٢ ، الحاوي الكبير ، جـ١٥ ،صـ١٤٨ /١٤٩ ، روضة الطالبين ، جـ٧ ،صـ٣٤

(٥) المغني ، جـ١١ ،صـ٣٩٩ ، المبدع ، جـ٧ ،صـ٢١٥

(٦) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٧٢

(٧) المغني ، جـ١١ ،صـ٣٩٩

(٨) القرطبي ، جـ١،صـ٧٣٥

الرأي الثالث : ذهب الزيدية (١) والإمامية (٢) والإباضية (٣) إلى القول بأن الرجل يقتل بالمرأة ويدفع إلى أوليائه نصف ديته إذا اختار ولي المرأة القصاص وهو مروي عن علي بن أبي طالب (٤) ورواية للإمام أحمد وحكي عن الحسن وعطاء (٥)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول :

استدل الجمهور القائلون بقتل الرجل بالمرأة دون أن يجب مع القصاص شيء بما يلي : ــ

أولا ــ من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى : " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ" (٦)

٢ ــ وقوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ " (٧)

٣ ــ قوله تعالى : " وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا" (٨)

فهذه الآيات أفادت بعمومها وجوب استيفاء القصاص ، النفس بالنفس والحر بالحر دون تفرقة بين الرجل والمرأة ومن ثم فالآيات بعمومها تدل على وجوب قتل الرجل بالمرأة

ثانيا ــ من السنة :

١ ــ ما روي عن أنس أن يهوديا رض رأس جارية بين حجرين فقيل لها: من فعل بك ؟ هذا فلان أو فلانة حتى سمى اليهودي فأومأت برأسها فجيء به فاعترف فأمر به النبي ε فرض رأسه بين حجرين " (٩) فقد أفاد هذا الحديث أن الرجل يقتل بالمرأة وقد حكى ابن المنذر الإجماع عليه (١٠)

---

(١) البحرالزخار ، جـ٦ ،صـ٢١٧ ، نيل الأزطار ، جـ٧ ،صـ١٧ /١٨

(٢) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ١٦٢

(٣) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ، صـ٩٥ ، شرح النيل ، جـ١٥ ،صـ٩٥

(٤) القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٣٣ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٧٠ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ١٧

(٥) المغني ، جـ١١ ،صـ٣٩٩ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ١٧

(٦) المائدة ، آية : (٤٥)

(٧) البقرة ، آية : (١٧٨)

(٨) الإسراء ، آية : (٣٣)

(٩) سنن أبي داود ، جـ٢ ، صـ٥٨٧ /٥٨٨ برقم ٤٥٢٧ ، ابن ماجة ، جـ٢ ،صـ٨٨٩ ، برقم ٢٦٦٥ ، الترمذي ، جـ٤ صـ٩ ، برقم ١٣٩٤ ،نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ١٦ ،

(١٠) نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ١٦ /١٧

٢ ــ ما روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ε كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن جاء فيه " وأن الرجل يقتل بالمرأة " (١)

٣ ــ قوله ε حينما كسرت الربيع ثنية الجارية : " كتاب الله القصاص " (٢)

فهذه الأحاديث السابقة الواردة عن النبي ε تفيد وجوب قتل الرجل بالمرأة قصاصا دون أن يجب مع القصاص شيء إذ لو وجب شيء لصرحت به الأحاديث

ثالثا ــ من الأثر :

١ ــ روى قتادة عن سعيد بن المسيب أن عمر قتل نفرا من أهل صنعاء بامرأة أقادهم بها (٣)

٢ ــ روي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود قالا : إذا قتل الرجل المرأة متعمدا فهو بها قود (٤)

وجه الدلالة :

أفاد الأثران السابقان المرويان عن عمر وعلي وابن مسعود أن الرجل يقتل بالمرأة دون أن يجب مع القصاص شيء

رابعا ــ من المعقول : إن المرأة كالرجل في حد القذف فكانت كالرجل في القصاص قال ابن قدامة : " ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين " (٥)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل الليث بن سعد على دعواه بأن الرجل لا يقتل بالمرأة بأن النكاح يورث شبهة في درء القصاص عن الزوج إذ النكاح ضرب من الرق (٦)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال بعدم التسليم بأن النكاح يورث شيهة في درء القصاص عن الزوج إذ لو أورث شبهة لأورثها من الجانبين (٧)

(ج) استدلال الرأي الثالث :

استدل القائلون بأن الرجل يقتل بالمرأة ويستوفي أولياؤه نصف الدية من ولي الدم بالأثر المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث يقول : " ولأن عقلها نصف عقله فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله " (٨)

---

(١) النسائي جـ٨ ،صـ٥٢ برقم ٤٨٦٧ ، الحاكم في المستدرك ، جـ١ ،صـ٣٩٧ ، البيهقي في السنن الكبرى ، جـ٨ ،صـ برقم ٢٧ /٢٨ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٥٧

(٢) سبق تخريجه

(٣) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٧٠

(٤) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٧٠

(٥) المغني ، جـ١١ ،صـ٤٠٠ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ٢٢٢ ، المبدع ، جـ٧ ، صـ٢١٥

(٦) القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٣٥
(٧) القرطبي ، جـ١ ،صـ٧٣٥
(٨) المغني ، جـ١١ ،صـ٣٩٩ ، البيهقي في السنن الكبرى ، جـ٧ ،صـ برقم ٢٧ /٢٨
(٢٦٩)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال الجصاص : قال أبو بكر : وما روي عن علي من القولين في ذلك مرسل لأن أحدا من رواته لم يسمع من علي شيئا ولو ثبتت الروايتان كان سبيلهما أن يتعارضا وتسقطا فكأنه لم يرو عنه في ذلك شيء وعلى أن رواية الحكم في إيجاب القود دون المال أولى لموافقتها لظاهر الكتاب (١) وهو قوله تعالى : " كتب عليكم القصاص في القتلى " (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي أن الراجح في هذه المسالة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بوجوب القصاص من الرجل إذا قتل المرأة دون أن يجب مع القصاص شيء وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض

قال ابن قدامة : " ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما " (٣) وما استند إليه المخالفون من أدلة أمكن مناقشتها ودفعها الأمر الذي يؤدي إلى عدم قبولها والاعتداد بها والله أعلم

الغصن الثالث :

رضاء المجني عليه وأثره على عقوبة الجاني

تقدم القول إن تعمد نقل عدوى الإيدز عن طريق الجماع قتل بالسبب ومن ثم فالواجب فيه القصاص أو الدية وفقا لما يختاره ولي الدم ولكن قد يكون أحد الزوجين مصابا بمرض الإيدز ويطلب منه الطف الآخر أن يعاشره جنسيا مع علمه بخطورة هذا المرض وأثره على حياته فهذا الرضاء بالمعاشرة في هذه الحالة يعد إذنا من المجني عليه بنقل العدوى إليه وبالتالي فهذا الفرض يثير أمرا مهما هو أثر إذن المقتول أو رضائه بالقتل هل يعد هذا الرضاء مسقطا لحق القصاص أو الدية أو هما معا هذا ما سوف أتناوله في هذه المسالة

اختلف الفقهاء حول رضاء المجني عليه بالجناية وأثره على العقوبة المقررة لجناية القتل العمد هل يعتبر رضاء بالقتل ظرفا من الظروف المخففة يسقط معه

القصاص عن الجاني أم أن الجاني يظل مسئولا عن القتل حتى ولو رضي المجني عليه بهذه الجناية ؟ للفقهاء في هذه المسألة رأيان :

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ١٧٠
(٢) سورة البقرة ، آية : (١٧٨)
(٣) المغني ، جـ١١ ،صـ٤٠٠

الرأي الأول : ذهب المالكية (١) والشافعية في قول (٢) والحنابلة في احدى الروايتين عندهم (٣) والظاهرية (٤) والإباضية (٥) وزفر من الحنفية (٦) إلى أن الرضا بالقتل أو الإذن فيه لا يسقط القصاص عن القاتل

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٧) والشافعية في الأظهر (٨) والحنابلة في الصحيح عندهم (٩) والزيدية (١٠) والإمامية (١١) إلى أن الرضاء بالقتل أو الإذن فيه من المقتول يسقط القصاص عن القاتل وهو قول طاووس وقتادة والأوزاعي والحسن البصري والشعبي (١٢)

ـ وأصحاب هذا الاتجاه وإن اتفقوا في سقوط القصاص عن الجاني إلا إنهم اختلفوا فيما بينهم في ثبوت الدية على الجاني

ـ فذهب بعض الحنفية(١٣) والأظهر عند الشافعية (١٤) والصحيح عند الحنابلة (١٥) والزيدية (١٦) إلى أن الدية لا تلزم الجاني في هذه الحالة وتسقط عنه

---

(١) الشرح الكبير للدردير ، جـ٤ ،صـ٢٤٠ ، حاشية الدسوقي ، جـ٤ ،صـ٢٤٠ ، الخرشي على مختصر خليل ،المجلد الرابع ، جـ٨ ، صـ٥، بلغة السالك لأقرب المسالك ، جـ٢ ،صـ٣٥٤ ، الشرح الصغير للدردير ، جـ٢ ،صـ٣٥٤
(٢) نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٢٦٠ /٢٦١ ، شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع ، جـ٢ ،صـ٢٠٧ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ٢٠٧ ، روضة الطالبين ، جـ٧ ،صـ١٨ /١٩ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٠٢ ، حاشيتا قليوبي وعميرة على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٠٢ ، مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ١١ ، الحاوي الكبير ، جـ١٥ ،صـ٣٦٣ وما بعدها
(٣) الإنصاف،جـ٩ ،صـ٤٧٨،المغني ،جـ١١ ،صـ٥٢٠ ،منار السبيل ، جـ٢ ،صـ٢١٧
(٤) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٨٩ /٤٩٠
(٥) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ٢٠٨
(٦) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٤٩ /٣٥٠
(٧) تكملة رد المحتار ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٦٧ /٣٦٨ ، الفتاوى الهندية ، جـ٦ ،صـ٢٠ /٢٣

(٨) نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٢٦٠ /٢٦١ ، روضة الطالبين ، جـ٧ ،صـ١٨ ، جـلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٠٢ ، مغني المختاج ، جـ٤ ،صـ١١
(٩) الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٤٧٨ ، المغني ،جـ١١ ،صـ٥٢٠
(١٠) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٢٢
(١١) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ١٤٩
(١٢) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٨٦ ، المغني ، جـ١١ ،صـ٥٢٠
(١٣) تكملة رد المحتار ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٦٨
(١٤) نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٢٦٠ /٢٦١
(١٥) الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٤٧٨ ، المغني ،جـ١١ ،صـ٥٢٠
(١٦) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٢٢

ـ وذهب الشافعية في القول المقابل للأظهر (١) ورواية للحنابلة (٢) وبعض الحنفية (٣) إلى ثبوت الدية على الجاني وعدم سقوطها عنه

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بوجوب القصاص على الجاني ولا عبرة برضاء المجني عليه بما يلي : ـ

أولا ـ إن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلا إلا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم يصح (٤)

ثانيا ـ ما ذكره ابن حزم بقوله : " ... صح بكلام الله وحكمه الذي لا يرد أن الله تعالى جعل لولي المقتول سلطانا وجعل إليه القود وحرم عليه أن يسرف ومن الباطل البحت إنفاذ حكم المقتول في خلاف أمر الله تعالى وهذا هو الحيف والإثم من الوصية ، وكذلك جعل الله على لسان رسوله ε لأهل المقتول الخيار في القود أو الدية أو المفاداة فنشهد بشهادة الله تعالى على لسان رسوله ε أنه لا يحل للمقتول أن يبطل خيارا جعله الله ورسوله عليه الصلاة والسلام لأهله بعد موته وأنه لا يحل لأحد إنفاذ حكم المقتول في ذلك وإن هذا خطأ متيقن عند الله تعالى .. ولم يأت قط نص من الله تعالى ولا من رسوله ε على أن للمقتول سلطانا في القود في نفسه ولا أن له خيارا في دية أو قود .. فبطل أن يكون له في شيء من ذلك حق أو رأي أو نظر أو أمر " (٥)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بسقوط القصاص والدية عن القاتل إذا أذن له المقتول بالجناية أو عفا عنه بما يلي : ـ

أولا ـ القياس على إسقاط حق الشفعة بعد البيع : قال ابن قدامة : " ولنا : أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع " (٦)

ثانيا ــ إن إذن المقتول للقاتل أسقط حقه في القصاص والدية بسبب هذا الإذن فدمه هدر لرضائه بالقتل . (٧)

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٢٦٠ /٢٦١
(٢) الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٤٧٨
(٣) تكملة رد المحتار ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٦٨
(٤) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٦٧ . قال الشيخ الدردير : " وكذا إن قال له .. أبرأتك من دمي فلا يبرأ القاتل بذلك بل للولي القود لأنه أسقط حقا قبل وجوبه " الشرح الكبير للدردير، جـ٤ ، صـ٢٤٠ ، حاشية الدسوقي ، جـ٤ ،صـ٢٤٠ ، الخرشي على مختصر خليل ، جـ٨ ، صـ٥
(٥) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٨٩ /٤٩٠
(٦) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٢٠
(٧) الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٤٧٨ ، نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٢٦٠ /٢٦١ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٧ ،صـ١١٤

واستدل القائلون بسقوط القصاص عن القاتل إذا أذن له المقتول لكن لا تسقط الدية بما يلي : ــ

ــ إن المقتول حينما رضي بالقتل أو أذن فيه تمكنت في عصمة دمه شبهة الإباحة والشبهة في باب القصاص لها حكم الحقيقة وإذا سقط القصاص لوجود الشبهة لكنها لا تمنع وجوب المال فتجب الدية (١)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي ــ والله أعلم ــ أن الرأي الراجح هو الأول القائل بعدم سقوط القصاص عن القاتل حتى ولو رضي المقتول أو أذن بالجناية وذلك لما يلي : ــ

١ ــ إن نفس المقتول ليست ملكا له وبالتالي فلا يجوز له التصرف فيها كيف يشاء
٢ ــ إنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ومن ثم فإذن المقتول لا يبيح الفعل للقاتل لأن الحرام لا يصير حلالا بالإذن ههنا
٣ ــ إن الحق في القصاص أثبته الله عز وجل لولي القتيل دونه ومن ثم فهو ليس حقا له حتى يمكنه التصرف فيه
٤ ــ إن المقتول حينما رضي بالقتل فقد أسقط حقا قبل ثبوته فيكون غير معتبر

والله أعلم

الغصن الرابع

الدية في حالة سقوط القصاص

الدية لغة : مصدر ودى القاتل القتيل وديا ودية أعطى وليه ديته (٢)
وشرعا : المال الواجب بالجناية على حر في نفس أو غيرها (٣)
وفيما يلي سوف أتناول في حديثي عن الدية بيان جنسها ومقدارها وأنواعها

الأجناس التي تجب فيها الدية :

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل (٤) وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأجناس التي تجب فيها الدية على ثلاثة آراء : ــ

---

(١) شرح ابن قاسم على متن أبي شجاع ، جـ٢ ،صـ٢٠٧ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٧ ،صـ٢٠٧ ، نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٢٦٠ /٢٦١ ، المغني ، جـ١١ ،صـ٥٢٠ ، تكملة رد المحتار ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٧ ،صـ١١٤ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٤٩ /٣٥٠
(٢) المعجم الوجيز ، صـ٦٦٤
(٣) حاشية قليوبي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٢٩
(٤) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٣١ ، منار السبيل ، جـ٢ ،صـ٢٣٠ ، الفروع ، جـ٦ ،صـ١٥ ، الحاوي الكبير ، جـ١٦ ،صـ١٨

الرأي الأول : يرى أن الدية تجب في ستة أجناس هي الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل وهو ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد (١) والمشهور عن الإمام أحمد (٢) وهو مذهب الزيدية (٣) والإمامية (٤) والإباضية (٥) وهو قول عمر وعطاء وطاووس وفقهاء المدينة السبعة وبه قال الثوري وابن أبي ليلى (٦)

الرأي الثاني : يرى أن الدية تجب في أحد أجناس ثلاثة هي : الإبل والذهب والفضة وإليه ذهب أبو حنيفة (٧) والمالكية (٨) والشافعي في القديم (٩)

الرأي الثالث : يرى أن الدية تجب في جنس واحد فقط هو الإبل فإن عدمت فقيمتها من الذهب أو الفضة وهو قول الشافعي الجديد (١٠) ورواية للإمام أحمد (١١) ومذهب الظاهرية (١٢)

الأدلة :

(أ) **أدلة الـــرأي الأول :** استدل القائلون بأن الدية تجب في واحد من ستة أجناس بما يلي :

أولا ــ من السنة :

١ ــ بما ورد في كتاب عمرو بن حزم أن رسول الله ε كتب إلى أهل الـــيمن " وأن في النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار " (١٣)

---

(١) الهداية ، جـــ٩ ،صـــ٢٠٨ /٢٠٩ ، تكملة فتح القدير ، جـــ٩ ،صـــ٢٠٨ /٢٠٩ ، الكفايـــة على الهداية ، جـــ٩ ،صـــ٢٠٨ /٢٠٩ ، العناية على الهداية ، جـــ٩ ،صـــ٢٠٨ /٢٠٩ ، حاشية السغدي ، جـــ٩ ،صـــ٢٠٨ /٢٠٩

(٢) المغني ، جـــ١١ ،صـــ٥٣١ ، منار السبيل ، جـــ٢ ،صـــ٢٣٠ ، المبدع شـــرح المقنـــع ، جـــ٧ ،صـــ٢٨٤ /٢٨٥

(٣) البحر الزخار ، جـــ٦ ،صـــ٢٧٢

(٤) شرائع الإسلام ، جـــ٨ ، صـــ٢٧٢ /٢٧٣

(٥) النيل وشفاء العليل ، جـــ١٥ ،صـــ١٢٥ /١٣٠ ، شرح النيل ، جـــ١٥ ،صـــ١٢٥ /١٣٠

(٦) المغني ، جـــ١١ ،صـــ٥٣٢

(٧) المراجع السابقة للحنفية ، نفس الأماكن ، بدائع الصنائع ، جـــ٧ ،صـــ٣٧٥

(٨) رسالة أبي زيد ، جـــ٢ ،صـــ٣٥٧ ، الفواكه الدواني ، جـــ٢ ،صـــ٣٥٧ ، الشرح الصغير ، جـــ٢ ،صـــ٣٦٧ ، بلغة السالك ، جـــ٢ ،صـــ٣٦٧

(٩) مغني المحتاج ، جـــ٤ ،صـــ٥٦ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـــ٤ ،صـــ١٣١ /١٣٢

(١٠) مغني المحتاج ، جـــ٤ ،صـــ٥٦ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـــ٤ ،صـــ١٣١

(١١) المغني ، جـــ١١ ،صـــ٥٣٢

(١٢) المحلى ، جـــ١٠ ،صـــ٣٨٨

(١٣) نيل الأوطار ،جـــ٧ ،صـــ٥٧ ، النسائي ، جـــ٨ ،صـــ٥٢ /٥٣ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـــ٤ ،صـــ٨٩

٢ ــ ما روي عن ابن عباس أن رجلا من بني عدي قتل فجعل فيه النبي ε ديته اثني عشر ألفا " أي من الدراهم وهي من الفضة (١)

ثانيا ــ من الأثر : بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمـــر قـــام خطيبا فقال : " ألا إن الإبل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينـــار وعلـــى أهـــل الورق اثني عشر ألفا وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلـــى أهل الحلل مائتي حلة " (٢)

وجه الدلالة من الحديث والأثر :

أفاد الحديثان الأولان أن الدية تكون من الإبل والذهب والفضة وأفاد الأثر المروي عن عمر بن الخطاب أن الدية بالإضافة إلى هذه الثلاثة تكون من البقرة والشاة والحلل وهذا يفيد أن أجناس الدية ستة

(ب) **استدلال الرأي الثاني** : استدل القائلون بأن الدية تكون في أحد أجناس ثلاثة هي الإبل والذهب والفضة بالحديثين السابقين عن ابن عباس وعمرو بن حزم فقد أفادا أن الدية في أجناس ثلاثة هي : الإبل والذهب والفضة

(ج) **استدلال الرأي الثالث** : استدل القائلون بأن الدية الأصل فيها الإبل فقط فإن عدمت فقيمتها بالغة ما بلغت بحديث عمرو بن حزم فقد جعل فيه النبي ε الدية مائة من الإبل ثم جعل على أهل الذهب عند عدم الإبل القيمة وهي ألف دينار

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بأن الدية تكون في واحد من أجناس ستة : هي الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل طبقا لأحوال البلدان فمن كثرت عندهم الإبل حددت عليهم الدية من جنسها ومن كثرت عندهم البقر حددت عليهم الدية منه وكذا الذهب والفضة والغنم لما في الأخذ بهذا الرأي من مسايرة جميع البلدان والأزمان ولما في العمل به من اعتبار كل الأدلة الواردة في هذه المسألة والله أعلم

---

(١) نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٨٠ ، الدار قطني ، جـ٣ ،صـ١٣٠ ، برقم ١٥١ ، النسائي ، جـ٨ ،صـ٣٩ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٥ ،صـ٣٤٤ ، برقم ٢٦٧٧٥ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٤ ،صـ٢٣٤ برقم ، ٧٠٠٧ قال أبو عبد الرحمن بن مسلم : ليس بالقوي والصواب مرسل وابن ميمون ليس بالقوي

(٢) نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٧٩ ، مجمع الزوائد ، جـ٦ ،صـ٢٩٧ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٨ ،صـ٧٧ برقم ١٥٩٥٠ ، سنن أبي داود ، جـ٤ ،صـ١٨٤ برقم ٤٥٤٢ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٥ ،صـ٣٤٤ برقم ٢٦٧٢٧

وعلى هذا فمن تعمد نقل عدوى مرض الإيدز إلى الطرف الآخر من الزوجين وأدى ذلك إلى وفاته وسقط عنه القصاص فإن الدية تجب في مال القاتل وذلك لما روي أن النبي ε قال : " لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا " (١)

وهذه الدية تكون حالة كما ذهب إلى ذلك الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) والظاهرية (٦)

وذهب الإمامية (٧) إلى أنها تؤدى في سنة واحدة
ويرى الزيدية (٨) أنها تؤدى مؤجلة في ثلاث سنين
ويرى الإباضية (٩) أنه لا وقت لها إلا ما وقت آخذها

ويبدو لي أن الأولى بالقبول ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من كون الدية حالة في مال القاتل لأن هذا هو الذي يلائم حال القاتل من التشديد ولأن في تأجيل الدية تخفيفا على القاتل عمدا وهو لا يستحق مثل هذا التخفيف

والله أعلم

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ، جـ٨ ،صـ١٠٤
(٢) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٩
(٣) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٣٣٥
(٤) مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٥٦
(٥) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٤١ ، المبدع ، جـ٧ ،صـ٢٦٩
(٦) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٨٨
(٧) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ٢٧٣
(٨) البحر الزخار ،جـ٦ ،صـ٢٧٤ /٢٧٥
(٩) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ١٣١ ، شرح النيل ، جـ١٥ ،صـ١٣١

* اختلف الفقهاء في صفة إخراج الدية فذهب المالكية الحنابلة والزيدية إلى أنها تخرج أرباعا : خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض وذهب الشافعية إلى أنها تخرج أثلاثا : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وذهب الإباضية إلى أنها مثلثة : ثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وأربعون جذعة وذهب الظاهرية إلى أنها مخمسة : عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وذهب الإمامية إلى أنها أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفة يراجع المراجع السابقة للمذاهب الثمانية نفس الأماكن

(٢٧٦)

الغصن الخامس : الكفارة *

لا خلاف بين الفقهاء في أن الكفارة واجبة في القتل الخطأ لقوله تعالى : " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ" (١) ولكنهم اختلفوا في وجوبها في القتل العمد على ثلاثة آراء : ــ

الـــرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والحنابلة في المشهور عندهـــم (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) إلى أنه لا تجب كفارة في القتل العمد وبه قـــال الثوري وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي (٦) وإليه ذهب الإباضـــية إن قتـــل الجاني (٧)

الرأي الثاني : ذهب الشافعية (٨) ورواية للإمام أحمد (٩) والإمامية (١٠) إلـــى القول بوجوب الكفارة في القتل العمد وحكي هذا القول عن الزهري (١١) وبه قـــال الإباضية إن سقط القصاص عن الجاني (١٢)

الرأي الثالث : ذهب المالكية (١٣) إلى القول بأنه يندب إخراج الكفارة فـــي القتـــل العمد

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على القاتل عمدا بما يلي : ــ

---

* يراجع في هذه المسألة بتوسع د/ السيد رضوان ، كفارة القتل دراسة مقارنـــة فـــي الفقـــه الإسلامي ، صـــ٥٩٣ وما بعدها ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بـــدمنهور ، العدد (١١) ١٤١٧ هـــ/١٩٩٦ م

(١) سورة النساء ، آية : (٩٢)

(٢) بدائع الصنائع ، جـــ٧ ،صـــ٣٧١ ، المبسوط ، جـــ٢٥ ، صـــ٦٧ ، تبيين الحقائق ، جـــ٦ ،صـــ٩٩ ، ملتقى الأبحر ، جـــ٤ ،صـــ٣١١ ، مجمع الأنهر ، جـــ٤ ،صـــ٣١١ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، جـــ٤ ،صـــ٣١١

(٣) المغني ، جـــ١٢ ،صـــ٥٣ ، كشاف القناع ، جـــ٦ ،صـــ٦٥ ، الفروع ، جـــ٦ ،صـــ٤٤

(٤) المحلى ، جـــ١٠ ،صـــ٥١٦

(٥) البحر الزخار ، جـــ٦ ،صـــ٢٥٩ ، السيل الجرار ، جـــ٤ ،صـــ٤٢٦

(٦) المغني ، جـــ١٢ ،صـــ٥٣

(٧) شرح كتاب النيل ، جـــ١٥ ،صـــ١٢٠

(٨) مغني المحتاج ،جـــ٤ ،صـــ١٠٧ ، الحاوي الكبير ، جـــ١٦ ،صـــ٣٠٨ وما بعدها ، روضة الطالبين ، جـــ٧ ،صـــ٢٢٨

(٩) المغني ، جـــ١٢ ،صـــ٥٣

(١٠) شرائع الإسلام ، جـــ٨ ،صـــ٣٨٦

(١١) المغني ، جـــ١٢ ،صـــ٥٣

(١٢) شرح كتاب النيل ، جـــ١٥ ،صـــ١٢٠

(١٣) بداية المجتهد ، جـــ٢ ،صـــ٣٤١ ، رسالة أبي زيد ، جـــ٢ ،صـــ٢٧٣ ، الفواكـــه الدواني ، جـــ٢ ،صـــ٢٧٣ ، مواهب الجليل ، جـــ٦ ،صـــ٢٦٨ ، حاشية الدسوقي ، جـــ٤ ،صـــ٢٨٦

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ"(١)

فقد أفادت الآية بمنطوقها وجوب الكفارة في القتل الخطأ وتفيد بمفهومها عدم وجوبها في غيره كالعمد كما أن الله تعالى ذكر القتل العمد بعد ذلك ولم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه

ثانيا ــ من السنة :

بما روي أن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين كانا في عهد النبي ε فوداهما النبي ε ولم يوجب كفارة ولم يأمر بكفارة " (٢)

وجه الدلالة : إن النبي ε ودى الرجلين الذين قتلهما عمرو بن أمية الضمري ولم يوجب عليه شيئا آخر فدل ذلك على عدم وجوب الكفارة في القتل العمد

ثالثا ــ من المعقول (٣) من وجهين :

الأول : إن القتل العمد يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن (٤)

الوجه الثاني : ما ذكره الكاساني بقوله : " إن الكفارة في الخطأ إنما وجبت شكرا للنعمة حيث سلم له أعز الأشياء في الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخذة بالقصاص وهذا لم يوجب في العمد لأن الذنب فيه أعظم وفي الخطأ أخف . (٥)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب الكفارة في القتل العمد بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ" (٦)

وجه الدلالة : إن الكفارة وجبت لمحو الذنب والإثم في القتل الخطأ وهو في العمد أعظم فتجب فيه الكفارة من باب قياس الأولى

ثانيا ــ من السنة : ما روي عن واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي ε في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار " (٧) فقد أفاد هذا الحديث وجوب الكفارة في القتل العمد

مناقشة هذا الاستدلال : إن هذا القتل الوارد في الحديث يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أي فوت النفس بالقتل ويحتمل أنه كان شبه عمد ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعا ولذلك أمر غير القاتل بالإعتاق . (٨)

---

(١) سورة النساء ، آية : (٩٢)

(٢) الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، جـ٢ ،صـ٢٦٢، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، جـ٦ ، صـ١٢٩

(٣) يراجع في الاستفاضة بالاستدلال من المعقول ، د/ السيد رضوان ، بحثه السابق صـ ٥٩٩ وما بعدها

(٤) المغني ،جـ١٢ ،صـ٥٤

(٥) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٢ بتصرف يسير

(٦) سورة النساء ، آية : (٩٢)

(٧) أبو داود ، جـ٤ ،صـ٤٢٤ ، برقم ٣٩٦٤ ، الحاكم في المستدرك ، جـ٢ ،صـ٢٣١ برقم ٢٨٤٤،البيهقي في السنن الكبرى ،جـ٨ ،صـ١٣٣، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٥١

(٨) المغني ،جـ١٢ ،صـ٥٤

ثالثا ــ من المعقول :

إن الكفارة وجبت في قتل الخطأ ففي العمد أولى لأنه أعظم إثما وأكبر جرما وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم . (١)

مناقشة هذا الاستدلال : قال ابن قدامة وما ذكروه من المعنى لا يصلح لأنها وجبت في الخطأ فتمحوا إثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الإثم فيه بحيث لا يرتفع بها . (٢)

(ج) استدلال الرأي الثالث : استدل القائلون بندب إخراج الكفارة في القتل العمد بأن الفعل الذي ارتكبه عظيم الإثم فهو كاليمين الغموس الذي لا يكفره إلا النار أو عفو الباري فالمطلوب منه المبادرة إلى التوبة والتقرب إلى الله بالكفارة وبكل ما استطاع من أنواع الخير . (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : طالما أن الكفارة ليست واجبة فليس هناك فرق بينها وبين سائر أعمال الخير التي بسببها يتقبل الله عمله ويزيل إساءته (٤)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان رأي جمهور الفقهاء القائل بعدم وجوب الكفارة في القتل العمد وذلك لأنها لو كانت واجبة لأمرنا بها الحق سبحانه وتعالى وحيث لو يأمرنا بها يظهر عدم وجوبها كما أن قياسها على القتل الخطأ غير مسلم لأن القياس لا يجري في الكفارات كما هو الراجح عند الأصوليين كما أن الأدلة التي استند إليها القائلون بوجوب الكفارة أمكن مناقشتها ودفعها الأمر الذي يؤدي إلى القول برجحان الرأي الأول لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض (٥) والله أعلم

الغصن السادس

الحرمان من الميراث

من العقوبات التي قررتها الشريعة الإسلامية على القاتل عمدا عدوانا الحرمان من الميراث فمن قتل شخصا حرم من ميراثه لأنه بيده الآثمة قطع ما أمر الله به أن يوصل .

ولقد اختلف الفقهاء في حكم حرمان القاتل عمدا من الميراث على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(٦) والمالكية(٧) والشافعية (٨)

---

(١) المغني ، جـ١٢ ،صـ٥٤ ، د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ٦٠٢ وما بعدها

(٢) المغني ، جـ١٢ ،صـ٥٤ ، د/ السيد رضوان ، السابق ، صـ٦٠٣

(٣) رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٢٧٣ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٢٧٣

(٤) د/ سيف قزامل ، الجنايات في الفقه الإسلامي ، صـــ١٨٥
(٥) د/ السيد رضوان ، السابق ، صـــ٦١٨ /٦١٩
(٦) بدائع الصنائع ، جـــ٧ ،صـــ٣٧١ ، ملتقى الأبحر ، جـــ٤ ،صـــ٣١٣ ، مجمع الأنهـــر ، جـــ٤ ،صـــ٣١٣ ، الدرالمنتقى ، جـــ٤ ،صـــ٣١٣ ،
(٧) رسالة أبي زيد ، جـــ٢ ،صـــ٣٤٣ ، الفواكه الدواني ، جـــ٢ ،صـــ٣٤٣
(٨) مغني المحتاج ــ جـــ٣ ،صـــ٢٥

والحنابلة (١) والزيدية (٢) والإمامية (٣) والإباضية (٤) إلى أن قاتل العمد لا يرث من القتيل .

الرأي الثاني : حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أن قاتل العمد يرث من تركـــة المجني عليه (٥) وهو مذهب الظاهرية (٦)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمان القاتل عمدا من الميراث بما يلي :

١ ــ بما روي عن عمر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ε يقـــول : " لـــيس لقاتل شيء " (٧)

٢ ــ بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ε : " من قتـــل قتيلا فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس للقاتل ميراث " (٨) فقد أفاد هذا الحديث والذي قبله أن القاتل لا يرث شيئا من مـــال من قتله

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأن القاتل يرث من مال قتيله بأن آيات المواريـــث جـــاءت عامة لم تفرق بين القاتل وغيره فهي تتناول بعمومها هذا القاتل فيجب العمل بها (٩)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال بأن آيات المواريث وإن جاءت عامة إلا أن السنة النبوية خصصت هذا العموم وبينت أن القاتل لا يـــرث والقاعـــدة أن العـــام يحمل على الخاص كما يقول علماء الأصول

الرأي الراجح :

الراجح في هذه المسألة هو رأي جمهور الفقهاء القائلين بعدم ميراث القاتل من قاتله لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض ولقد أخذ قانون المواريث رقـــم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م بجمهورية مصر العربية بهذا الرأي ونص علـــى ذلـــك فـــي المـــادة الخامسة منه وعلى هذا فإذا تعمد الزوج أو الزوجة نقل عدوى الإيدز إلـــى الطـــرف الآخر وأدى ذلك إلى وفاة من نقلت إليه العدوى فإن متعمد نقل العدوى لا يرث مـــن الشخص الآخر لأنه يعد قاتلا عمدا للطرف الآخر والله أعلم

---

(١) الكافي لابن قدامة ، جـــ٢ ، صـــ٣٧٥ ، المغني ، جـــ٨ ، صـــ٥٥٧
(٢) البحر الزخار ، جـــ٦ ،صـــ٣٦٧
(٣) شرائع الإسلام،ج٧،صـــ٢٣،اللمعة الدمشقية،ج٨ ،صـــ٣١،الروضة البهية ،ج٨ ،صـــ٣١

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ٣٥٢ ، شرح النيل ، جـ١٥ ،صـ٣٥٢ وما بعدها
(٥) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٧
(٦) المحلى ، جـ٩ ،صـ٣٠٦
(٧) السنن الكبرى للبيهقي ، جـ٨ ،صـ٧٢ ،برقم ١٥٩٢٠ ، سنن الدار قطني بنحوه ، جـ٤ ،صـ٩٥ ،برقم ٨٣ ،٨٤
(٨) مصنف عبد الرازق ، جـ٩ ،صـ٤٠٦ ، برقم ١٧٧٩٨ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ، صـ٢٢٠ ، برقم ١٢٠٢٠
(٩) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٧

المطلب الثاني :
الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ
والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي

وفيه فرعان :

الفرع الأول : التكييف الفقهي للجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ في الفقه الإسلامي

****

الفرع الأول
التكييف الفقهي للجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ في الفقـــه الإسلامـــي

تقدم الحديث عن حرمة الجماع بين الزوجين إذا كان أحدهما مصابا بمـرض نقص المناعة المكتسب وعلى هذا فإذا تعمد أحد الزوجين نقل عدوى هذا المرض إلى الزوج الآخر وترتب على ذلك حدوث الوفاة للمنقول إليه العدوى فتم تكييف هذا العمل على أنه قتل بطريق التسبيب يجب فيها القصاص على النحو المتقدم ولكن قـد يعلـم الزوج أنه مصاب بهذا المرض ولكنه لا يعلم آثاره الخطيرة فيقدم على جماع الطرف الآخر أو يجامع ناسيا ونحو ذلك دون أن تنصرف إرادته إلى إصابة الطرف الآخـر بهذا المرض القاتل

فيبدو لي ــ والله أعلم ــ أنه إذا ترتب على إصابة الطرف السليم بهذا المرض الوفاة فإنه يعد قتلا خطأ بطريق التسبيب لأن العدوى المنقولة إلـى الصـحيح مـن

المريض هي سبب الوفاة والوفاة مسببة عن العدوى وذلك لأن فعل الجماع في هـذه الحالة يوصف بالتعدي لأنه تقدم القول بحرمة الجماع في هذه الحالة وبالتـالي فـإن حدوث الجماع يوصف بالتعدي من الطرف المصاب ولكنه لا يقصد النتيجة المترتبـة عليه وهي الوفاة فيوصف بالقتل الخطأ لكنه يشترط أن يتصل هذا السبب بالنتيجة وألا يوجد سبب آخر يمكن إضافة النتيجة إليه كما تقدم في القتل العمد بطريق السبب وفيما يلي بيان للآثار المترتبة على اعتبار نقل العدوى بطريق الخطأ قتلا بطريق الخطأ

(٢٨١)

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ في الفقه الإسلامي

وفيه أغصان :

الغصن الأول : الـــــــــــــــدية

الغصن الثاني : الكفـــــــــــــارة

الغصن الثالث : الحرمان من الميراث

****

الغصن الأول : الدية

يجب علي من ارتكب القتل آن يخرج دية القتل آلي أوليائه لقوله تعالي "ومـن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبه مؤمنه ودية مسلمة إلي أهلة "

وقد تقدم تعريف الدية والأجناس التي يجب فيها أثناء الكلام على آثـار القتـل العمد وفيما يلي سوف أتناول علي من تجب دية القتل الخطأ ووصـفها مـن حيـث الحلول والتأجيل

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : علي من تجب الدية؟

اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه دية القتل الخطأ على رأيين : ــ

الرأي الأول :ذهب جمهورالفقهاء من الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافـــــــعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والامامية(٧) والإباضيـــــة (٨) إلي أن دية الخطاء علي العاقلة (٩)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٧ ، ملتقى الأبحر ، جـ٤ ،صـ٣١٢ ، مجمع الأنهـر ، جـ٤ ،صـ٣١٢ /٣١٣ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، جـ٤ ، صـ٣١٢ /٣١٣
(٢) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٣٣٧
(٣) مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٩٥ ، الحاوي الكبير ، جـ١٦ ،صـ١٥٦ ، روضة الطالبين ، جـ٧ ،صـ٢٠٠
(٤) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ ، المبدع شرح المقنع ، جـ٧ ،صـ٢٠١
(٥) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٨٨
(٦) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٧٣
(٧) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ٢٧٦
(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ١٣٣ ، شرح النيل ، جـ١٥ ، صـ١٣٣
(٩) اختلف الفقهاء في المراد بالعاقلة على رأيين :
الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية والمالكية في أحد الرأيين إلى أن العاقلة بالنسبة للقاتل هم عصبته وهم القرابة من الأب الذكور البالغون العقلاء الأقرب فالأقرب ==

الرأي الثاني : ذهب أبو بكر الأصم (١) إلي أن دية الخطاء يتحملها الجاني دون غيره

الأدلة

(١)أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن دية الخطأ تتحملها العاقلة عن الجاني بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة:ــ

بما روى عن أبى هريرة أنة قال "قضى رسول الله ε في جنين امرأة من بنى لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التي قضي عليها بالغرة توفيت فقضي رسول الله ε بأن ميراثها لبنيها وزوجها وأن العقل على عصبتها (٢) فقد أفاد هذا الحديث بأن النبي ε قضى بالغرة علي عاقلة الضاربة وبالتالي فهذا يفيد أن دية الخطأ تتحملها العاقلة عن الجاني

ثانيا ــ من الأثر: ــ

ما روي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنة قضى بالدية علي العاقلة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم فيكون إجماعا (٣)
قال ابن المنذر: "أجمع علي هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم (٤)
وقال ابن قدامة : " لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن دية الخطأ علي العاقلة "(٥)

ثالثا ــ المعقول من وجهين :ــ

الأول : ــ ما ذكره ابن قدامة بقوله : " والمعنى في ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها علي الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها علي العاقلة علي سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفا عنه إذا كان معذورا في فعله (٦)

=

الرأي الثاني : ذهب الحنفية والمالكية في رأي عندهم إلى أن عاقلة الحر هم أهل ديوانه إن كان من أهل الديوان وهو المقاتلة من الرجال البالغين الأحرار العاقلين تؤخذ منهم عطاياهم .

يراجع في بيان معنى العاقلة ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٨ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٣٣٧ ، مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٩٥ ، المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٨٨ ، البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٧٣ ، شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ٢٧٦ النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ١٣٣ ، شرح النيل ، جـ١٥ ، صـ١٣٣.

(١) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٧ /٣٧٨ .

(٢) النسائي ، جـ٨ ،صـ٤٢

(٣) البدائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٨ ، المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣

(٤) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣

(٥) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣

(٦) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣

الوجه الثاني :ــ

ما ذكره صاحب البدائع بقوله :" ولأن القاتل إنما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل كما أن حفظ القاتل واجب علي عاقلته فإذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم ذنب " (١)

أدلة الرأي الثاني : ــ

استدل القائلون بأن دية الخطأ يتحملها القاتل وحده دن العاقلة بما يلي : ــ

أولا من الكتاب : قولة تعالي "وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا " (٢) وقوله : "وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى" (٣) فقد أفادت الآيتان أنه لا يجوز أن يؤاخذ أحد بذنب غيرة (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : ــ

نسلم لكم القول بموجب الآية لكن لا نسلم لكم أن في تحميل العاقلة الدية أخذا بذنب الغير لأن القاتل إنما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين في القتل (٥)

ثانيا ــ من القياس : إن العاقلة لا تتحمل ضمان الأموال ولا ما دون نصف عشر الدية وإنما يتحملها الجاني فكذلك دية الخطأ قياسا علي ضمان الأموال وما دون نصف عشر الدية (٦)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال بالقياس بأنه قياس غير صحيح لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا

وبيان الفرق : أن ضمان الأموال وما دون نصف عشر الدية لا يكثر غالبا فلا تقع الحاجة معه إلى التخفيف بخلاف الدية فهي مال كثير (٧)

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان مذهب جمهور الفقهاء القائل بأن العاقلة تحمل دية الخطأ عن الجاني لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وأما دليل المخالف فلم يلسم من الطعن والمناقشة فلا يكون حجة والله أعلم

المسألة الثانية : الحلول والتأجيل في دية الخطأ

تقدم القول إن دية القتل العمد حالة في مال الجاني كما هو الراجح في الفقه على النحو الذي تقدم ولكن الفقهاء اختلفوا في دية الخطأ من حيث كونها حالة أو مؤجلة على رأيين :

---

(١) البدائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٨

(٢) سورة الأنعام آية : (١٦٤)

(٣) سورة الأنعام ، آية : (١٦٤)

(٤) بدائع الصنائع ، جـ٧ ، صـ٣٧٧ /٣٧٨

(٥) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٨

(٦) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٨

(٧) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٨

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين (٨)

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية إلى أن دية الخطأ حالة قال ابن حزم : " وهي أي الدية في حالة العمد والخطأ سواء لا أجل في شيء منها " (٩)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن دية الخطأ مؤجلة إلى ثلاث سنين بما يلي :

أولا ــ من الأثر :

بما روي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين (١٠)

فقد أفاد هذا الأثر الوارد عن عمر وعلي أن دية الخطأ مؤجلة إلى ثلاث سنين

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٩ ، مجمع الأنهر ، جـ٤ ،صـ٣١٣

(٢) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٣٣٨

(٣) مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٩٧

(٤) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ /٥٥٤

(٥) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٧٤

(٦) شرائع الإسلام ، جـ٨ ، صـ٢٧٥ /٢٧٦

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ١٢٦ /١٢٧ ، شرح النيل ، جـ١٥ ،صـ١٢٦ /١٢٧

(٨) اختلف الفقهاء القائلون بأن دية الخطأ مؤجلة إلى ثلاث سنين في كيفية إخراجها على النحو التالي :

ــ ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإباضية إلى أن دية الخطأ تخرج أخماسا ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في هذه الأخماس فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة

ــ وذهب المالكية والشافعية والظاهرية والزيدية والإباضية إلى أنها كالتالي : عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة

ــ وذهب الإمامية إلى أن دية الخطأ تخرج أرباعا كالتالي : عشرون بنت مخاض وعشرون ابن لبون وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة . يراجع في بيان هذه الأصناف في دية الخطأ ، بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٩ ، مجمع الأنهر ، جـ٤ ،صـ٣١٣ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٣٣٨ ، مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٩٧ ، المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ /٥٥٤ ، البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٧٤ ، شرائع الإسلام ، جـ٨ ، صـ٢٧٥ /٢٧٦ ،النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ١٢٦ /١٢٧

(٩) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٨٨

(١٠) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣

ثانيا ــ الإجماع :

إن عمر وعلى قضيا بتأجيل الدية في الخطأ إلى ثلاث سنين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهم أحد ذلك فيكون إجماعا (١)

ثالثا ــ المعقول :

إن في مشاركة العاقلة في حمل الدية عن الجاني نوعا من المواساة فلم يجب حالا كالزكاة

قال ابن قدامة : " ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة "(٢)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

يمكن الاستدلال لأصحاب الرأي الثاني القائلين بأن دية الخطأ حالة وليست مؤجلة بأنه لم يرد عن رسول الله ε في تأجيلها شيء فيبقى الأمر على مقتضى الأصل وهو الحلول (٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم عدم وجود دليل على التأجيل في دية الخطأ حيث وجد وهو إجماع الصحابة على قضاء عمر وعلي في تأجيل الدية إلى ثلاث سنين وعدم إنكارهم على هذا القضاء فيكون إجماعا والإجماع دليل شرعي معتبر

الرأي الراجح :

يبدو لي في هذه المسالة رجحان مذهب الجمهور القائلين بأن دية الخطأ مؤجلة إلى ثلاث سنين لأنه الأقوى من حيث الدليل أما المخالف فليس ثمة دليل معتبر يمكن النظر إليه والتعويل عليه الأمر الذي يؤدي إلى القول برجحان الرأي الأول والاطمئنان إليه والله أعلم

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧٧ /٣٧٨ ، المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ /٥٥٤

(٢) المغني ، جـ١١ ،صـ٥٥٣ /٥٥٤

(٣) د/ حسن الشاذلي ، السابق ، صـ٤٢٦

الغصن الثاني : الكفارة *

الكفارة هي العقوبة الثانية التي تجب في القتل الخطأ وقد نص القرآن الكريم على وجوب الكفارة في القتل الخطأ بقوله : " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا" (١) قال ابن قدامة : " أجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكرا أو أنثى وتجب في قتل الكبير والصغير" (٢)

ولقد استدلوا على ذلك بما يلي

أولاــ من الكتاب :

قوله تعالى : "وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ " فقد أفادت الآية الكريمة وجوب الكفارة في القتل الخطأ

ثانيا ــ المعقول من وجهين :

الوجه الأول :

إن القاتل قد سلمت له الحياة في الدنيا وهي من أعظم النعم ورفعت عنه المؤاخذة في الآخرة مع جواز المؤاخذة وذلك لأنه كان في وسع المخطيء في الجملة حفظ نفسه عن الوقوع في الخطأ وهذا أيضا نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية ليقدر العبد على أداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضيد العقل (٣)

الوجه الثاني :

ولأن فعل الخطأ جناية ولله تعالى المؤاخذة عليه بطريق العدل لأنه مقدور الامتناع عن الوقوع فيه بالتكلف والجهد وإذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعلت الكفارة توبة عن القتل الخطأ بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات إلا إنه جعل التحرير أو الصوم توبة له دون التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطأ إذ الخطأ معفو عنه في الجملة وجائز العفو عن هذا النوع فخففت توبته لخفة في الجناية فكان تحرير الرقبة في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنايات (٤)

---

* يراجع في هذه المسألة بتوسع د/ السيد رضوان ، كفارة القتل دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ، صـ٥٩٣ وما بعدها ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور ، العدد (١١) ١٤١٧ هـ/١٩٩٦ م

(١) سورة النساء ، آية : (٩٢)

(٢) المغني ، جـ١٢ ، صـ٤٩ /٥٠ ، المبدع شرح المقنع ، جـ٧ ،صـ٢٠١ ، الحاوي الكبير ، جـ١٦ ، صـ٣٠٨ بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٢٧٢ /٢٧٣ ، رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٢٧٣ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٢٧٣ ، مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ١٠٧ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥١٤ ، البحر الزخار ،جـ٦ ،صـ٢٥٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ٣٨٦ /٣٨٧

(٣) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٢٧٣ ، د/ حسن الشاذلي ، السابق ، صـ٤٤١

(٤) د/ حسن الشاذلي ، السابق ، صـ ٤٤١ ، ملقتى الأبحر، جـ٤ ،صـ٣١٢

مجمع الأنهر ، جـ٤ ،صـ٣١٢ ، ٣١٣ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، جـ٤ ،صـ٣١٢ /٣١٣

(٢٨٧)

الغصن الثالث : الحرمان من الميراث

سبق القول إن القاتل عمدا لا يرث شيئا من قاتله كما هو رأي جمهور الفقهاء ولكن هل يحرم القاتل خطأ من ميراث قاتله اختلف الفقهاء في هذه المسالة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) وقول مرجوح للإمامية (٤) إلى أن قاتل الخطأ لا يرث من قاتله مطلقا لا من المال ولا من الدية وروي ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنه وبه قال شريح وعروة وطاووس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي (٥)

الرأي الثاني : ذهب المالكية (٦) والزيدية (٧) والإمامية في الأظهر عندهم(٨) إلى أن قاتل الخطأ يرث من مال قاتله دون ديته وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروي نحوه عن علي (٩)

الرأي الثالث : ذهب الإمامية في قول مرجوح عندهم (١٠) وظاهر كلام ابن حزم الظاهري (١١) إلى أن قاتل الخطأ يرث مطلقا من مال قاتله سواء من ماله أو من ديته

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٧ ،صـ٣٧١ ، ملتقى الأبحر ، جـ٤ ،صـ٣١٣ ، مجمع الأنهر ، جـ٤ ،صـ٣١٣ ، الدر المنتقى في شرح الملتقى ، جـ٤ ،صـ٣١٣

(٢) مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢٥ ، الحاوي الكبير ، جـ١٦ ،صـ٣١٨

(٣) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٩ /٥٦٠

(٤) الروضة البهية ، جـ٨ ،صـ٣٤ ، شرائع الإسلام ، جـ٧ ،صـ٢٣ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٨ ،صـ٣٤

(٥) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٩ /٥٦٠

(٦) رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٣٤٣ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٣٤٣

(٧) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٣٦٧
(٨) الروضة البهية ، جـ٨ ،صـ٣٢ ، شرائع الإسلام ، جـ٧ ،صـ٢٣ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٨ ،صـ٣٢
(٩) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٩ /٥٦٠
(١٠) الروضة البهية ، جـ٨ ،صـ٣٤ ،اللمعة الدمشقية ، جـ٨ ،صـ٣٤
(١١) المحلى ، جـ٩ ،صـ٣٠٦

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بأن قاتل الخطأ لا يرث مطلقا من المقتول سواء من المال أو من الدية بما يلي :

أولا ــ من السنة بما يلي: ــ

١ ــ قوله ε : " لا يرث القاتل شيئا " (١)
٢ ــ وقوله ــ أيضا ــ : " ليس لقاتل ميراث (٢) فهذان الحديثان يفيدان حرمان القاتل من الميراث مطلقا سواء كان القتل عمدا أو خطأ

ثانيا ــ المعقول من وجوه : ــ

الوجه الأول : إنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بالقتل فاقتضت المصلحة حرمانه (٣)
الوجه الثاني : إن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل (٤)
الوجه الثالث : وإن القتل قطع الموالاة وهي سبب الإرث (٥)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن القاتل خطأ يرث من مال المقتول دون ديته بما يلي : ــ
أولا ــ من السنة : قوله ε : " والمرأة ترث من دية زوجها وماله وهو يرث من ديتها ومالها ما لم يقتل أحدهما صاحبه عمدا فإن قتل أحدهما صاحبه عمدا لم يرث من ماله ولا من ديته وإن قتله خطأ ورث من ماله ولم يرث من ديته " (٦)
وجه الدلالة : إن هذا الحديث يفيد أن قاتل الخطأ يرث من مال قاتله دون ديته

ثانيا ــ المعقول :

إن القاتل لو ورث من الدية لم تدفع كاملة إلى أهلة حيث إنه سيستحق بعض الدية باعتباره وارثا فيدفع إلى الورثة نصيبهم ويدفع إلى نفسه نصيبه ودفع القاتل إلى نفسه لا يعقل إذ إنه يؤدي إلى أن توجب الجناية دفع شيء إلى الجاني والمعقول أن توجب دفع شيء إلى المجني عليه (٧)

---

(١) البيهقي ، السنن الكبرى ، جـ٦ ،صـ٣٦١ ،برقم ١٢٢٤٠
(٢) السنن الكبرى للبيهقي ، جـ٦ ،صـ٣٦١ بنحوه برقم ١٢٢٤١
(٣) مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢٥
(٤) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٩
(٥) مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٢٥
(٦) الدر قطني ، جـ٤ ،صـ٧٢ /٧٣ برقم ١٦ ، كتاب الفرائض
(٧) د/ حسن الشاذلي ، السابق ، صـ٤٥٥ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٨ ،صـ٣٣ ، الروضة البهية ، جـ٨ ،صـ٣٣

(ج) **أدلة الرأي الثالث** : استدل القائلون بتوريث القاتل خطأ من مال المقتول وديته بما يلي:

أولا ــ عموم آيات المواريث حيث إنها لم تفرق بين القاتل وغيره (١)

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا بأنه قد خصص عموم هذه الآيات الأحاديث الواردة عن رسول الله ε بعدم توريث القاتل

ثانيا ــ من الأثر :

بما روي عن جعفر الصادق رضي الله في رجل قتل أمة أيرثها ؟ قال : إن كان خطأ ورثها وإن كان عدا لم يرثها " (٢)

قالوا : وترك التفصيل في مقام الاحتمال يفيد العموم فيرث القاتل خطأ من الدية كما يرث من المال

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بأنه لا يعدو أن يكون أثرا عن جعفر الصادق وهو لا يقوى على معارضة الأحاديث الواردة في هذا الشأن فلا يكون حجة

الرأي الراجح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان الرأي الأول القائل بعدم توريث القاتل خطأ مطلقا لا من المال ولا من الدية وذلك لأن الأحاديث الواردة عن رسول الله ε في منع القاتل من الميراث لم تفرق بين العمد والخطأ في القتل كما أن في القول بتوريث القاتل بطريق الخطأ من المقتول ذريعة إلى التحايل على الدين والقتل بوسائل معينة تؤدي إلى المقصود وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة الغراء في هذه الحياة

والله أعلم

---

(١) المغني ، جـ٨ ،صـ٥٥٧ ، المحلى ، جـ٩ ،صـ٣٠٦
(٢) الروضة البهية ، جـ٢ ،صـ٢٩٧

المبحث الثالث
موقف القانون الجنائي من الجماع الناقل للإيدز والآثار المترتبة عليه

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : موقف القانون الجنائي من تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

المطلب الثاني : موقف القانون الجنائي من نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ

(٢٩١)

المطلب الأول

موقف القانون الجنائي من تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع

تمهيد : من المعلوم شرعا أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على النحو المقصود شرعا (١) فإذا خرج الاستمتاع عن النحو المقصود به شرعا فإنه يكون محرما

وقد تقدم القول ــ في المبحث السابق ــ بحرمة الجماع بين الزوجين إذا كان أحدهما مصابا بمرض الإيدز لما يترتب على ذلك من إلحاق ضرر بالغير يترتب عليه الهلاك وإهلاك النفس بغير حق محرم شرعا

ــ وتعمد نقل عدوى الإيدز في القانون الجنائي اختلف شراح القانون الجنائي في تكييفه

ـ فذهب البعض إلى أن هذا العمل تقوم بشأنه جناية التسميم
ـ وذهب البعض الآخر إلى أن تعمد نقل عدوى الإيدز تقوم بشأنه جريمة إعطاء مواد ضارة
ـ وذهب فريق ثالث إلى أن هذا الفعل تقوم بشأنه جناية قتل عمد في صورته البسيطة

وفيما يلي سوف أتناول تكييف تعمد نقل عدوى الإيدز وآثاره الجنائية وفقا للتكييفات السابقة في الفروع التالية : ـ

الفرع الأول

جناية التسميم

ذهب فريق من فقهاء القانون الجنائي في فرنسا إلى أن تعمد نقل عدوى الإيدز إلى الغير يدخل تحت جناية التسميم وفاعله يستحق العقوبة المقررة لهذه الجناية ويستند هذا الفريق على ما ذهب إليه بالحجج التالية :

١ ـ إن نقل عدوى الإيدز عمدا تتوافر بشأنه جميع العناصر المادية والمعنوية لجناية التسميم
٢ ـ إن الحكمة من تشديد العقاب في جريمة القتل بالتسميم متوافرة في حالة تعمد نقل فيروس الإيدز من حيث سهولة ارتكاب الفعل بأسلوب خفي يعجز معه المجني عليه من الدفاع عن نفسه
٣ ـ إن نقل عدوى الإيدز أخطر من القتل بالسم لأنه لا يمكن تلافي أثره بإعطاء ترياق

---

(١) شرح فتح القدير ، جـ٣ ، صـ١٨٧ ، البحر الرائق ، جـ٣ ،صـ٨٣

٤ ـ المشرع الفرنسي جعل جناية التسميم جريمة شكلية العبرة فيها باستخدام المادة القاتلة بقصد إحداث الوفاة ولو لم تترتب الوفاة بالفعل (١)
٥ ـ ويرى بعض فقهاء القانون الجنائي (٢) في مصر أنه لا مانع من الاعتداد بالتكييف السابق لتعمد نقل عدوى الإيدز واعتباره جناية تسميم

وتبدو وجهة نظر هذا الاتجاه في أن المراد بالمادة السامة غير محدد ومن ثم فيمكن أن يعتبر من قبيل المواد السامة فيروسات الأمراض القاتلة ومنها فيروس الإيدز ومن ثم يعد قاتلا بالسم من يتعمد نقل فيروس الإيدز إلى المجني ولا يغير من هذا النظر أن النتيجة قد تتراخى زمنا قد يطول أو يقصر إذ القانون لا يتطلب أن تحدث الوفاة فور نقل فيروس الإيدز إلى الغير بل يستوي بالنص الصريح أن " يتسبب عنها الموت عاجلا أو آجلا "

كما أن القضاء المصري قد استقر على أنه لا أهمية لوقت تحقق النتيجة في القتل طالما ثبتت علاقة السببية بين فعل الاعتداء على الحياة وبين تحقق الوفاة ولم تنقطع بأي عامل شاذ وتوافر قصد القتل لدى المتهم

ويعني ذلك أن نقل العدوى بطريق التعمد على أنه قتل بالسم يستوجب تطبيق عقوبة الإعدام وذلك يقتضي أن يكون المتهم قد نقل إلى المجني عليه بأي وسيلة فيروس الإيدز بقصد إزهاق روحه إذا حدثت الوفاة بالفعل وتوافرت رابطة السببية بين سلوك المتهم والوفاة .

أما إذا توافر قصد القتل عند إتيان المتهم للسلوك لكن الفيروس لم ينتقل إلى المجني عليه بسبب لا دخل لإرادة المتهم فيه توقفت مسئوليته عند حد الشروع في القتل (٣)

---

(١) د/ فتوح الشاذلي ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، دراسة مقارنة في القانون المصري وقانون الإمارات العربية المتحدة صـ١٢١ ، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون المنعقد بمدينة العين الإماراتية في الفترة من ٣ / ٥ مايو ١٩٩٨ م ، هذا البحث منشور ضمن مجموعة أبحاث بعنوان القانون الجنائي والإيدز ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ٢٠٠١ م ، د/ فتوح الشاذلي أيضا ، دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز صـ٧٠ ، بحث مقدم إلى مؤتمر حق المواطن في التثقيف الصحي ، المنعقد في الأسكندرية ، في الفترة من ١٩ إلى ٢١ إبريل ١٩٩٤ م ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، صـ٣٢ /٣٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ م

(٢) يرى هذا الرأي د/ فتوح الشاذلي

(٣) د/ فتوح الشاذلي ، دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز ، صـ٧٠ /٧١

(٢٩٣)

موقف فقهاء القانون الجنائي المصري من هذا التكييف

يرى جمهور فقهاء القانون الجنائي في مصر أنه لا يمكن الأخذ بهذا التكييف لأن القتل بالسم جريمة مادية لا تتم إلا بوفاة المجني عليه فهي جريمة تستلزم لقيامها تحقق نتيجة معينة تتمثل في إزهاق روح إنسان حي (١)

وقد نصت المادة (٢٣٣) من قانون العقوبات المصري على أن " كل من قتل أحدا عمدا بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلا أو آجلا يعد قاتلا بالسم أيا كانت كيفية استعمال تلك الجواهر ويعاقب بالإعدام " (٢)

ومن ثم فيلزم ان تكون المادة المستخدمة سامة من الناحية الفنية وهو معنى مستفاد من وصف القانون للقاتل " يعد قاتلا بالسم " (٣)

وقد نصت محكمة النقض على أن " التسميم وإن كان صورة من صور القتل المقصود إلا أن الشارع المصري قد ميزها عن الصور العادية الأخرى بجعل الوسيلة التي تستخدم فيها لإحداث الوفاة ظرفا مشددا للجريمة لما تتسم به من غدر وخيانة لا مثيل لها في صور القتل الأخرى (٤)

وعلى هذا يجب أن تكون المادة سامة بطبيعتها وهي تكون كذلك إذا كان من شأنها إحداث الموت وذلك لأنها تملك خاصية إماتة الخلايا أو شل الأعصاب ما يفضي في النهاية إلى الموت (٥)

---

(١) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٣٥ /٣٦ ، د/محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات السابق ، فقرة (٤٩٦) صـ٣٧٤ ، د/ فتوح الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، صـ٥١٦ ، طبعة ١٩٩٦ م ، د/ رؤف عبيد ،جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي ، طبعة ١٩٨٥ م ، صـ٦٨ /٧٢ ، د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط ، الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٠ م ، فقرة (٤٣٦) ، صـ٣٨٩ ، د/ رمسيس بهنام ، قانون العقوبات ، جرائم القسم الخاص ، فقرة (٧٣٤) صـ٨٣٥ وما بعدها ، د/ رفعت محمد رشوان ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الاعتداء على الأشخاص ، صـ٣٧٠ /٣٧١ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط ، ٢٠٠٠ / ٢٠٠١ م

(٢) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠

(٣) د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، السابق ، فقرة (٢٠٣) صـ٥٠٥ /٥٠٨ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، صـ٧٩ ، د/ أحمد فتحي سرور ، السابق ، صـ٤٥٦ ، د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات السابق ، فقرة (٤٩٤) صـ٣٧٢ /٣٧٣ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٣٨ /٢٣٩ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ٧٠ /٧١

(٤) نقض جنائي ، طعن رقم ٤٣٥ بتاريخ ١٢ / ٦ / ١٩٣٠ م مجموعة أحكام النقض

(٥) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـــ٣٥ /٣٦ ، د/ المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون العقوبات ، صـــ١٨٦ ، محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة(٤٩٦) صـــ٣٧٤ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٤٣٧) صـــ٣٩٠

(٢٩٤)

الفرع الثاني : جناية إعطاء مواد ضارة (١)

يرى بعض الفقهاء أن تعمد نقل عدوى الإيدز يمكن أن يكيف على أنه يدخل تحت جرائم الإيذاء وهي : الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة ومن ثم فنصوص المواد التي تعالج هذه الجـرائم تفـي بمعالجة تعمد نقل عدوى الإيدز وفيما يلي إلقاء الضوء على جرائم الضرب والجـرح وإعطـاء المـواد الضارة لنرى مدى انطباق هذه القواعد على تعمد نقل عدوى الإيدز

المقصود بالجرح : هو تمزيق أنسجة الجسد وبالتالي فإن فعل الجرح هو كـل سلوك من شأنه إحداث التمزيق بحسد المجني عليه (٢)

والمقصود بالضرب : هو الضغط على أنسجة المجني عليه ، وترجع الحكمـة من تجريم الضغط على جسد المجني عليه باعتباره ضربا إلى ما يسببه هذا الضـغط من إعاقة للحالة الطبيعية للجسم باعتبار اعتراضا علي الاسترخاء الطبيعي للأنسـجة وهى إعاقة تسبب بطبيعتها ألما للجسم ولهذا جرمه الشرع مطلقا (٣)

---

(١) ممن ذهب إلى هذا التكييف د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم الخاص ،فقرة (٢٥١) صـــ٥٩٦ ، د/ المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون العقوبات ، صـــ٢١٩ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـــ٣٤٦ ، محمـود نجيـب حسـني ، السـابق ، فقـرة(٥٩٥) صـــ٤٣٢ ،

(٢) محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، فقرة (٢٤٨) صـــ٥٩٠ ، د/ عوض محمد ، في جرائم الأشخاص والأموال ، صـــ١٤٨ ، طبعة ١٩٨٥ م

(٣) د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم الخاص ، فقرة (٢٤٩) صـــ٥٩١ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٥٩٦) صـــ٤٣٣ ، د/ عوض محمد ، السـابق ، صـــ١٤٧ /١٤٨ ، عمر السعيد رمضان ، فقرة (٢٥٩) صـــ٣٠٣ ، د/ عبد المهيمن بكر ، فقرة (٢٨٢) صـــ٦١٣ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـــ٣٤٦ ، م/ عدلي خليل ، جنح وجنايات الضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشـرعي ، صـــ١٧ ، دار الكتـب القانونية ، المحلة الكبرى ، طبعة ١٩٩٩ م

والمقصود بإعطاء المواد الضارة : كل مادة تحدث اختلالا في السير الطبيعي لوظائف الأعضاء في الجسم بشرط أن تراعي كافة الظروف الواقعية التي أعطيت فيها المادة مثل سن المجني عليه وحالته الصحية وكمية المادة ونوعها (١) ولذلك فإن العبرة في وصف المادة بأنها ضارة إنما تكون بالأثر النهائي الذي تحدثه علي صحة المجني علية ويتحقق معني الإعطاء بكل عمل يأتيه الجاني يمكن به المادة الضارة من أن تحدث بالفعل تأثيرها السيىء علي أجهزة الجسم سواء عن طريق الفم أو الحقن أو بأي طريقة أخري

وتشترك جرائم الضرب والجرح والمواد الضارة في ركنين : ــ

١ ــ الركن المادي ٢ ــ الركن المادي

الركن المادي : ويتكون من ثلاث صور هي :

١ ــ السلوك

٢ ــ النتيجة

٣ ــ رابطة السببية

السلوك : يتحقق بالضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة

النتيجة : تتمثل في الأذى الذي ينال جسد المجني علية في عنصر أو أكثر من عناصره كأثر مترتب على فعل الاعتداء (٢)

وأما علاقة السببية : فتعد عنصرا أساسيا من عناصر الركن المادي في جرائم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة فإذا انتفت السببية انتفي الركن المادي للجريمة ولم يكن ثمة محل لمساءلة المتهم عن الأذى (٣)

---

(١) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٥٧ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٢٨٢) صـ٦١٦ ، د/ د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم الخاص ، فقرة (٢٥١) صـ ٥٩٤ / ٥٩٥ ، د/ جلال ثروت ، نظم القسم الخاص ، الجزء الأول ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، فقرة (٢٣٥) صـ٣٤٧ ، طبعة ، ١٩٧١ م ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٥٩٧) صـ٤٣٥ / ٤٣٦ ، د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ٣٥٠ ، م/ عدلي خليل ، جنح وجنايات الضرب ، صـ١٨/١٧

(٢) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٥٧/ ٦١، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٦٠٤) صـ٤٤٥ ،د/محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢١٨ / ٢٢٠) صـ٢٤١ /٢٤٤ ، ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٦٧ /٢٦٨ ، د/ جلال ثروت ، نظم القسم الخاص ، السابق ،صـ٣٤٨ ، حسني الجدع ، السابق ، صـ٩٢ ، عبد التواب معوض ، السابق ، صـ٩٤ ، د/ عبد المهيمن بكر ، فقرة (٢٨٣) صـ٦١٦ .

(٣) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ ٥٧ /٦١ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٦٠٧) صـ٤٤٧ /٤٥٠ ،د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٢٥٥) صـ٦٠١ /٦٠٣ ، م/ مصطفى هرجة ،السابق ، صـ٩٧٠ ، د/ جلال ثروت ، السابق ، صـ٣٥٤ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـ٩٣ ، عبد التواب معوض ، السابق ، صـ٩٥ ، م / عدلي خليل ، السابق ، صـ٢٨ /٣٢ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٥٠٤) صـ٤٥٧ /٤٦١ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٥٦) صـ٨٥٧ /٨٦٢

وبتطبيق عناصر الركن المادي لهذه الجرائم علي جريمة تعمد نقل عدوي الإيدز نلاحظ أن السلوك الإجرامي يتمثل في قيام الجاني بنقل عدوي الإيدز إلي المجني علية بأي طريقة كان بالاتصال الجنسي أو الحقن أو نحو ذلك وهذا السلوك يدخل ضمن صور الاعتداء علي الحق في سلامة الجسم بل ويفوقها خطورة ذلك أن فيروس الإيدز يصيب جهاز المناعة في الجسم في مقتل ويعرض المصاب به الهلاك المحتم لا محالة

وتتمثل النتيجة في إصابة الجني علية بفيروس الإيدز والذي يؤدي نقله إلي تدمير جهاز المناعة بالجسم وجعله عاجزا عن مقاومة سائر الأمراض

وبالنسبة لرابطة السببية : فلابد أن يكون السلوك الذي اتبعه الجاني هو الذي أدي إلي الإصابة بالإيدز وذلك كما لو تعمد نقل الإيدز عن طريق الاتصال الجنسي وكان هذا السلوك هو الذي أحدث النتيجة بالمجني علية وهي الإصابة بمرض الإيدز

الركن الثاني : ــ القصد الجنائي

جرائم الجرح أو الضرب أو إعطاء المواد الضارة جرائم عمدية ويكفي لتحققها القصد الجنائي العام ،ويتوافر هذا القصد متي ارتكب الجاني هذا السلوك بإرادته وكان عالما بأثر هذا السلوك علي جسم المجني عليه أو صحته وكذلك يجب أن يكون الجاني عالما بحقيقة نشاطه وبما تؤدي إليه من نتيجة معينة هي المساس بحق الإنسان في سلامة جسمه أو صحته

ويلزم لتوافر القصد الجنائي لدي الجاني في مسالة تعمد نقل عدوي الإيدز أن يكون الجاني عالما بأنه مصاب بالإيدز كما يجب أن يكون الجاني عالما علي وجه أكيد بأنه ينقل عدوي فيروس الإيدز إلي جسم الغير وأن يكون من شأن ذلك المساس بسلامة جسم المجني عليه ويتعين كذلك أن يتوقع الجاني النتيجة الإجرامية التي يمكن أن تترتب علي فعله .

ويجب أخيرا أن تتجه إرادة الجاني إلى نقل عدوى الإيدز إلى المجني عليه وإلى إحداث النتيجة التي تترتب على ذلك وهي إلحاق الأذى بالمجني عليه بنقل العدوى (١)

---

(١) د/عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٢٨٥) صـ٦١٨ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٦٢ ،، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٢٥٦) صـ٦٠٥ وما بعدها ، محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ،فقرة (٢٢١) صـ٢٤٤ /٢٤٥ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٦١١ /٦١٤) صـ٤٥١ /٤٥٣ ، رمسيس بهنام ، السابق ، صـ٣١٨ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٧٠ /٢٧١ ، حسني الجدع ، السبق ، صـ٩٤ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٦٠ ،م/عدلي حسين ، السابق ، صـ٣٥ /٣٧ ، محمود نحيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، صـ٥٥ وما بعدها

الفرع الثالث : جناية القتل العمد

القتل العمد هو كل سلوك إرادي يزهق به الجاني روح إنسان آخر
ولم يضع المشرع المصري وصفا ولا تحديدا لهذا الفعل ومن ثم فكل سلوك في نظره يصلح ليكون فعلا في الركن المادي للقتل ما دام قد أدى إلى إزهاق روح إنسان آخر (١)
وتقوم هذه الجريمة على أركان ثلاثة :

الركن الأول : محل القتل

تفترض هذه الجريمة أن يكون المجني عليه إنسانا حيا علي قيد الحياة بصرف النظر عن سنه أو حالته الاجتماعية أو حالته الصحية ولو كان مريضا علي وشك الوفاة
وعلي هذا فإن محل القتل العمد يتوافر في حق من تعمد نقل عدوي الإيدز إلي الغير بشرط أن لا يكون المجني عليه مصابا بصفة مسبقة بمرض الإيدز وإلا كنا بصدد جريمة مستحيلة (٢)

---

(١) د/ محمد زكي أبو عامر قانون العقوبات القسم الخاص ، السابق ، فقرة (١٧١) صـ٢١٢ وما بعدها ، جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، السابق ، صـ٤٩ ، د/ محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٣٤٤) صـ٣٢٠ ، سامح جاد السابق ، صـ٣ ، د/ حسني الجدع ، الوجيز في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، السابق ، صـ٥ ، د/ عبد التواب معوض السابق ، صـ٣١٢ ، د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧١) صـ٢٠٠ ، د/ رؤف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال صـ١١ /١٢ ، د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، السابق ، فقرة (٣٩٤) صـ٣٣٩ ، د/ رمسيس بهنام ، قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٧٢٨) صـ٧٩١

(٢) د/ محمد زكي أبو عامر قانون العقوبات القسم الخاص ، السابق ، فقرة (١٧١) صـ٤١٢، د/ محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٤٣٧) صـ٣٢١، جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، السابق ، صـ٤٩ ،د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧٣) صـ٢٠٠ / ٢٠١ ، د/ رؤف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال صـ٤٦ ، د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، السابق ، فقرة (٣٩٧) صـ٣٤٠ /٣٤١ ،منصور ساطور ، السابق ، صـ٢١٥ /٢١٦ ، سامح جاد ، السابق ، صـ٤ /٥

الركن الثاني :الركن المادي

يقوم الركن المادي في جريمة القتل العمد علي عناصر ثلاثة هي :

١ــ نشاط مادي :

يقع من الجاني ويتمثل هذا النشاط في أي سلوك إرادي يصلح لإحداث الوفاة والأفعال التي من شأنها إحداث الوفاة لا تقع تحت حصر كالضرب والجرح ٠٠٠٠ الخ (١)

وينطبق هذا السلوك المكون للركن المادية لجريمة القتل العمد علي قيام الجاني بتعمد نقل العدوي إلي المجني علية طالما كان هذا المرض كافيا لإحداث النتيجة وهي الوفاة ذلك أنة إذا كانت العدوى بهذا المرض من شأنها أن تؤدي إلي الوفاة وفقا للمجري العادي للأمور ومن ثم فلا يوجد ما يمنع قانونا من صلاحية هذه الوسيلة للقتل باعتبار أن سلوك القتل إنما يتحدد في شكله القانوني بمدي فاعلية السببية لإحداث النتيجة

٢ ــ النتيجة :

النتيجة التي تتم بوقوعها جريمة القتل هي إزهاق الروح وهذه النتيجة قد تتحقق إثر النشاط المادي وقد يتراخى تحققها زمنا إلا أن ذلك لا يمنع إن تحققت النتيجة

من اعتبار الفعل قتلا عمدا طالما أن علاقة السببية قائمة بين النشـــاط والنتيجـــة ومادام قصد القتل قائما (٢)
وفي تعمد نقل عدوي الإيدز يلاحظ أن الشخص الذي ينتقل إلية فيـــروس الإيـــدز ينتظره الموت عاجلا أو آجلا فهو يقتل المصاب به من خلال القضاء علي فاعلية جهازه المناعي فيصبح غير قادر علي مقاومة الأمراض الأخرى فالوفاة حينئـــذ حتمية بالنسبة للمجني علية الذي نقلت إليه عدوى الإيدز وإن كانت ستحدث بعـــد فترة ليست بالقصيرة (٣)

---

(١) د/ محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٤٤٣) صـــ٣٢٦ ومـــا بعدها ،د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧٤) صـــ٢٠١ ، د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص ، السابق ، فقـــرة (١٧١) صـــــ٢١٢ /٢١٣ ، د/منصور ساطور ، السابق ، صـــ٢١٧ /٢١٨،د/ سامح جـــاد ، الســـابق ، صـــــ٧/٦ ، د/حسني الجدع ، السابق ، صـــ١٥ وما بعدها ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـــ٧ /٩ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٢٣٦) صـــ٥٥٣، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـــ١١ /١٤ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقـــرة (٤٠٠) صـــــ٣٤٥ /٣٤٧ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٣٠) صـــ٧٩٢ /٧٩٧
(١) د /محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٤٤٨) صـــ٣٣٥ ومـــا بعـــدها ، د/ محمـــود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧٦) صـــ٢٠٤) د/ عبد المهيمن بكر ، الســـابق ، فقرة (٢٣٧) صـــ٥٥٧ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـــ٥٠ ، د/ محمـــد زكي أبو عامر ، السابق ، فقـــرة (١٧٦) صـــــ٤٣٥ /٤٣٧ ، د/ منصـــور ســـاطور ، السابق،صـــ٢٢٠ /٢٢١،د/ سامح جاد،السابق،صـــ١٥،د/ حسني الجدع ،السابق ،صـــ٢٠
(٢) يراجع مبحث الإيدز ، السابق ، صـــ وما بعدها

٣ ــ علاقة السببية بين السلوك والنتيجة

يلزم أيضا لتوافر عناصر الركن المادي لجريمة القتل العمد أن يكـــون نشـــاط الجاني وسلوكه المرتكب هو الذي نتج عنة وفاة المجني عليه ويتحقق ذلك متي كانت هناك علاقة سببية مادية بين السلوك الصادر عن الجاني والنتيجة (١)
ومن ثم فإن تعمد نقل عدوي الإيدز إلي المجني عليه تقوم بشأنه رابطة السببية إذا ترتب علي سلوك الجاني إحداث الوفاة بالمجني عليه

لكن إثبات علاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة في حالة تعمد نقل عـــدوي الإيـــدز يثور بشأنه عدة صعوبات ذلك أنه من الثابت طبيا أنة لا يمكن اكتشاف العدوى لـــدي المجني علية إلا بعد فترة تبدأ من ٤/ ١٢ أسبوعا من حدوث العدوى كمـــا أن وفـــاة المجني علية لا تحدث إلا بعد فترة طويلة قد تتجاوز عشر سنوات
وهذا يعني أن النتيجة (الوفاة) قد لا تتحقق إلا بعد فترة طويلة من تاريخ الإصـــابة وفي هذه الحالة قد تسقط الدعوى بالتقادم وقد يتوفى المتهم بدون عقاب (٢)

ويبدو فرض إقامة علاقة السببية بين السلوك والنتيجة أكثر صعوبة إذا تم نقل عدوي الإيدز عن طريق الجماع بين غير زوجين وكان هناك اكثر من شخص أثناء هذه الممارسة لاسيما وأن العلوم الطبية لا تستطيع حتى الآن تحديد لحظة الإصابة بهذا المرض بأثر رجعي (٣)

أما في حالة تعمد نقل العدوى بين الزوجين بطريق الجماع فهذا الفرض يبدو سهلا في إسناد النتيجة المترتبة علي الإصابة بهذا المرض إلي سلوك الجاني وعلاقة السببية في هذا الفرض تبدو أقل صعوبة من سابقه

---

(١) د/محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٤٥٠) صـ٣٣٦ وما بعدها ، د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧٧) صـ٢٠٤ وما بعدها د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٢٤٣) صـ٥٦١ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٥٢ /٥٥ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (١٧٩) صـ٤٤٠ /٤٤٢ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٢١ /٢٢٣ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ١٦ ، د/ حسني الجدع ، السابق ،صـ٢١ وما بعدها د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ١٤ /١٥ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ٢٢ /٢٤ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٤٠٤ / ٤٠٥) صـ٣٥٢ /٣٥٤ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٣١) صـ٧٩٧ /٨٠٠ ، نقض جنائي ، طعن رقم ١٥٦٣ ، س ٢٩ ق ، جلسة ١٠ /٥ /١٩٦٠ م

(٢) نشرت جريدة الوفد المصرية بتاريخ ٧ / ٤ / ١٩٩٤ م نبأ عن حالة زوج أصيب بفيروس الإيدز أثناء عمله في الخارج وأخفى هذا الأمر عن زوجته ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لوقايتها فانتقل فيروس الإيدز إليها وإلى وليدها واكتشفت الزوجة حالة زوجها بعد ثلاثة أشهر من الزواج فرفعت دعوى تطليق لهذا السبب ونظرا لوفاة المتهم انقضت الدعوى الجنائية ضده بالوفاة

(٣) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٥٢ /٥٥ ، د/ فتوح الشاذلي ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز صـ١٣٠

الركن الثالث : ــ القصد الجنائي

يلزم لتحقيق القصد الجنائي لدي الجاني أن يكون سلوكه اتجه إلي إزهاق روح المجني عليه بهذا الفعل وأن يكون عالما بأن سلوكه يترتب عليه إزهاق روح المجني عليه ومن ثم فيلزم لتوافر القصد الجنائي في نقل عدوي الإيدز أن يكون الجاني عالما علي نحو أكيد أنه يحمل فيروس الإيدز وأنه ينقله إلي إنسان حي كما يجب أن يكون عالما أنة نقل هذا الفيروس إلي المجني علية ليؤدي بحياته وأن تتجه إرادته إلي ذلك (١)

الفرع الرابع: ــ رأي الباحث

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء و تكييفهم لتعمد نقل عدوي الإيــدز يبدو لي أن الأقرب من هذه التكييفات هو تكييف هذا الفعل علي أساس أنه قتل عمــد إذا تعمد الجاني نقل عدوي الإيدز إلي الطرف الأخر عالما بأثر هذا المرض وقاصدا لإحداث الوفاة بالمجني عليه لاسيما وأن القانون الجنائي المصري يحدد فعــل القتــل بآثاره لأن جريمة القتل في مصر من الجرائم ذات القالب الحــر حيــث لا يتطلــب القانون في الفعل سوي أن يكون صالحا لإحداث الوفاة

وعلي هذا جاء نص المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات المصــري المقــررة لجناية القتل العمد علي وجه حر طليق من كل قيد أو وصف " كل من قتل نفسا عمدا " فلا يشترط في فعل القتل أن يقع بوسيلة معينة وهذا معناه أن يســتوي فــي نظــر القانون أن يقع القتل بأية كيفية (٢)

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قــانون العقوبــات ، الســابق ، فقــرة (٤٦١ /٤٦٣) صــ٣٤٤ /٣٤٧ ، د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧٩) صــ٢٠٦ /٢٠٧ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقــرة (١٨٩) صــــ٤٦٤ /٤٦٦ ، د/ منصــور ساطور ، السابق ، صــ٢٢٥ /٢٢٦ ، د/سامح جاد ، السابق ، صــ١٩ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صــ٣١ وما بعدها ، د/ عبد التواب معوض ، الســابق ، صــــ٢٠ /٢١ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٤١٣ / ٤١٥) صــ٣٦٤ /٣٦٦ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٣٤) صــ٨١١ /٨١٢ ، د/ محمود نجيب حســني ، النظريــة العامــة للقصد الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية ، صــ٤٥ /٤٦ ، ط ، الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٨٨ م ، د/ رفعت محمد رشــوان ، السابق ، صــ٣٤١ /٣٤٣

نقض جنائي ، طعن رقم ٤٩٩١ ، س ٥٢ ق ، جلسة ٣ /٥ /١٩٨٣ م ، نقض جنائي طعن رقــم ، ٩١١ ، س٥٢ ق ، جلســة ٦ /٤ / ١٩٨٢ م ، م / مصــطفى هرجة،الســابق ، صــ٩٥٥ /٩٥٦

(٢) د/ منصور ساطور ، السابق ، صــ٢١٨ /٢١٩ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صــ٦ / ٧ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صــ١١ /١٢

وعلي هذا الأساس فإنه متي ثبت طبيا وبما لا يدع مجالا لأدني شك أن مرض الإيدز قاتل لحامله لا محالة وإن تأخرت الوفاة قليلا ولا يمنع من قيام رابطة الســببية

بين الفعل والنتيجة تأخر وفاة المجني عليه عن الفعل لمدة قد تطول أو تقصر إلا أن ذلك لا يمنع من إسناد النتيجة إلى فعل الجاني في هذه الحالة وقيام جريمة القتل العمد في حقه

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بأن نصوص القتل العمد في صورته البسيطة تغني عن الحاجة إلي تكييف تعمد نقل الفيروس علي أنه قتل بالتسميم أو أنه يدخل تحت جرائم الإيذاء الضرب والجرح أو إعطاء مواد ضارة وفي عقوبة القتل العمد ما يكفي في حالة ثبوت مسئولية المتهم عن وفاة المجني عليه الذي انتقل إليه فيروس المرض القاتل لردع الجاني (١)

****

الفرع الخامس

رضاء المجني عليه وأثره في المسئولية الجنائية

القانون الجنائي يكفل الحماية الجنسية للزوجين في المجتمع حتى ولو كان الفعل الذي يمارسه الزوجان غير مشروع كالوطء في الدبر مثلا إلا أنهما تراضيا علي ذلك وكان سن الزوجة يسمح بهذا الرضاء فلا يعد هذا العمل مجرما قانونا حماية للحرية الجنسية للزوجين ولكن في حالة إصابة أحد الزوجين بمرض الإيدز يترتب على ذلك أنه إذا جامع الرجل زوجته وأحدهما مصاب بالإيدز أن ينتقل هذا المرض إلى الطرف الآخر ويترتب على ذلك قتل خلايا المناعة لديه الأمر الذي يؤدي حتما في النهاية إلى وفاة المصاب بهذا المرض

وههنا يثور تساؤل مؤداه هل يعد رضاء الزوج السليم بممارسة الجماع مع الطرف المصاب مانعا من المسئولية الجنائية لدى الجاني أم لا ؟

(١) د/ فتوح الشاذلي ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، صـــ١٢٧

(٣٠٢)

الحماية القانونية للحق في الحياة

يحمي القانون الحق في الحياة مجردا فكل حي جدير بحماية القانون فلا فـــرق بين حياة في بدايتها وحياة أوشكت على نهايتها كما أنه لا عبـــرة بالحالـــة الصـــحية للمجني عليه فالمريض الذي يعاني من مرض خطير يحميه القانون حمايته لصـــحيح البدن ويحمي القانون أيضا حياة كل إنسان بصرف النظر عن جنســـيته أو دينـــه أو مركزه الاجتماعي فالناس متساوون في هذا الشأن أمام القانون مساواة مطلقة (١)

الصفة الاجتماعية للحق في الحياة

على الرغم من أن الحق في الحياة هو لفرد بالذات فإن له صفة اجتماعية غالبة سواء فـــي ذلـــك أقلنا إنه حق للمجتمع إلى جانب كونه حقا للفرد أم إنه يظل حقا فرديا ولكن تمتد إليه في كل نطاقه ارتفاق المجتمع بحيث لا يجوز لصاحبه التصرف فيه

وتعليل الصفة الاجتماعية للحق في الحياة هو أهميته البالغة فهو بالنسبة للفـــرد الشرط لإمكان تمتعه بأي حق آخر أو تحمله لمصلحة المجتمع بأي التزام وهو بالنسبة للمجتمع شرط لاحتفاظه بكيانه واستمراره وازدهاره

والنتيجة القانونية المترتبة على هذه الصفة الاجتماعية هـــي إنكـــار أن يعـــد الرضاء بالقتل سببا لإباحته إذ الرضاء صادر عن غير ذي صفة في التصـــرف فـــي الحق أو هو متضمن مساسا بارتفاق المجتمع على حياة أفراده (٢)

(١) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٤٣٨) صـــ٣٢٢ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة ، (١٦١) صـــ٣٩٨ /٣٩٩ ، د/ محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (١٧٣) صـــــ٢٠٠ /٢٠١ / د/ سامح جاد ، السابق ، صـــ٤ / ٥ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـــ٢١٥ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، فقرة (١)صـــ٤ /٥ ، د/ حسن الجدع الوجيز ، السابق ، صـــ٧ ، م/ مصطفى هرجة ، السابق ، صـــ٩٠٦ ، د/ مأمون سلامة قانون العقوبات ، القسم العام ، صـــ٢٥٥ ،، دار النهضة العربية ، القـــاهرة ، طبعـــة ١٩٩٠ /١٩٩١ م د/ سليمان عبد المعنم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، صـــــ٤٦٢ /٤٦٣ ، دار الجامعـــة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، طبعة ٢٠٠٠ م ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٣٣) صـــ٨٠٥ /٨١٠ / د/ رفعت محمد رشوان ، شرح قانون العقوبـــات ، القســـم الخـــاص ، صـــ٣٠٧ وما بعدها ، د/رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، صـــ٢٥٢ ومـــا

بعدها ، د/أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، فقـرة (١٦٨) صـ ٢٦٦ /٢٦٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ م

(٢) محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٤٣٩) صـ٣٢٢ /٣٢٣ ، د/ مـأمون سـلامة ، قانون العقوبات القسم العام ، السابق صـ٢٥٥ /٢٥٦ ، د/ محمود محمـود مصـطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، فقرة (١٢٥) صـ١٩٣ /١٩٤ ، د / رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، صـ٢٥٢ / ٢٥٣ ، د/ سليمان عبد المـنعم ، السـابق ، صـ٤٦٢ / ٤٦٣ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٦ ، د/ منصور سـاطور ، السـابق ، صـ٢٢٨ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـ٦ ،

(٣٠٣)

الأثر القانوني للرضاء الصادر بالجماع الناقل للإيدز

تأصيلا على ما تقدم يمكن القول : إن الحرية الجنسية للزوجين ليست مطلقـة وإنما يأتي عليها بعض القيود منها المسالة محل البحث لا سيما وأن الرضاء بالجماع حالتئذ يترتب عليه ــ كما تقدم ــ نقل الإيدز المسبب للوفاة حتما فكأن هذا إذن بالقتل فيكون غير معتبر لأن الحق في الحياة يمثل قيمة اجتماعية هامة إلى الحد الذي يمكن معه القول بأنه حق للمجتمع الذي يعنيه محافظة أفراده على حياتهم تمكينـا لـه مـن الاحتفاظ بكيانه والسير في طريق ازدهاره

والنتيجة الحتمية لذلك أن رضاء المجني عليه بقتله هو تصرف في حق لـيس له ومن ثم فهو تصرف من غير ذي صفة ومجرد تبعا لذلك من الأثر القانوني بل إن طلب المجني عليه وإلحاحه في ذلك لا يبيح فعل القتل الذي يرتكب اعتداء على حياته (١)

الفرع السادس
مدى كفاية نصوص القانون الجنائي لعلاج هذه المشكلة

سبق في المطلب السابق أن تكييف تعمد نقل عدوى الإيدز على أنه قتل عمـد هو أقرب هذه التكييفات إلى الواقع وهل يعني ذلك أن نصوص القانون الجنائي فـي علاج هذه المشكلة كافية أم أن بها قصورا ؟ هذا ما سيتم بحثه في هذا المطلب

ــ فيرى بعض فقهاء القانون الجنائي أن النصوص الجنائية الموجـودة فـي قـانون العقوبات تكفي لإسباغ التكييف الجنائي على سلوك من يتعمد نقل فيروس الإيدز إلـى غيره بأي وسيلة كانت سواء كان عن طريق الدم أو العلاقة الجنسية وسواء كانت هذه العلاقة مشروعة أو غير مشروعة ، ولا نعتقد أن الحاجة ماسة إلى نص جديد يقـرر جريمة خاصة يرتكبها كل شخص يعلم أنه مصاب بفيروس الإيدز ويتعمد بأي طريقة كانت نقل هذا الفيروس إلى الغير (٢)

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٤٧١) صـــ٣٥٦ /٣٥٧ ، د/ المرصـــفاوي ، السابق ، صـــ١٤٩ ، د/ مأمون سلامة ، السابق ، صـــ٢٥٤ / ٢٥٦ ، د/ أحمـــد فتحـــي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام ، فقرة (١٦٩) صـــــ٢٦٣ /٢٦٥ ، د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الســـابق ، فقـــرة (١٢٥) صـــ١٩٣ / ١٩٤ د/ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، السابق ، صـــ٢٥٢ /٢٥٣ ، رفعت محمد رشوان ، السابق ، صـــ٣٠٧ /٣٠٨ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـــ٢٢٨ ، م/ مصطفى هرجة ، السابق ، صـــ٩٠٨ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـــ٥ ، د/ حسني الجدع السابق ، صـــ٦ ، د/ سليمان عبد المنعم ، السابق ، صـــ٤٦٢ /٤٦٣

(٢) د/ فتوح الشاذلي ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ،صـــ١٢٩ /١٣٠

(٣٠٤)

في حين يرى البعض الآخر أنه دفعا لأي خلاف يمكـــن أن يثـــور فـــي هـــذا الخصوص ضرورة النص على جريمة خاصة يرتكبها كل شخص يعلم أنه مصـــاب بفيروس الإيدز ويتعمد نقل فيروس الإيدز إلى غيره بأي طريق (١)

وعلى سبيل المثال : فقد اقترح البعض في فرنسا إدخال فكرة " وضع حيـــاة الغيـــر عمدا في خطر " في التشريع الجنائي لمواجهة بعض الفروض المتعلقة بمرض الإيدز ، ويعني ذلك تجريم هذا السلوك باعتباره جريمة خاصة وهو ما يقطع دابر الخـــلاف حول التكييف القانوني للسلوك في حالة من يتعمد نقل فيروس الإيدز دون أن تســـعف نصوص التجريم الموجودة سالفا في تغطية هذا الفرض (٢)

تعليق واقتراح

تعليقا على ما سبق يمكن القول : إنه ما من شك في أن القواعد العامـــة فـــي القانون الجنائي من السعة بحيث يندرج تحتها تجريم تعمد نقل عدوى الإيدز إلى الغير سواء عن طريق تكييف هذا السلوك على أنه جريمة قتل بالتسميم كما يرى البعض أو ضمن جرائم الإيذاء : الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة كما يـــرى الـــبعض الآخر ، أو القتل العمد ، وإن كان التكييف الأخير أقربها إلى الواقع كما تقدم بيان ذلك .

لكن يبدو لي أن تدخل المشرع للنص على تجريم هذا السلوك بـــنص خـــاص يحسم الخلاف في هذه المسألة لا سيما وأن اختلاف تكييف الفعل لدى فقهاء القـــانون الجنائي يترتب عليه اختلاف العقوبة تخفيفا أو تشديدا

إضافة إلى ما تقدم فإن من شأن عدم النص على تجريم هذا الســـلوك بـــنص خاص ألا يقع مرتكب هذه الجريمة تحت عقاب أبدا

ويظهر ذلك من خلال التكييفات الثلاثة المتقدمة أنه يشترط لتجريم هذا السلوك وفقـــا لأي أساس من الأسس السابقة تحقق رابطة السببية بين الفعل والوفاة ووفاة المجنـــي

عليه قد تتأخر زمنا يمكن أن يصل إلى عشر سنين يمكن أن تتقادم معه الدعوى الجنائية هذه واحدة .

---

(١) د/ فتوح الشاذلي ، دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز ، صـ، ٧١ /٧٢

- نصت تشريعات بعض الدول على تجريم هذا السلوك بنصوص صريحة ففي كوريا الجنوبية صدر قانون للإيدز في ١٩٨٧ م يجرم نشر الفيروس ويعاقب على السلوك بالسجن ٣ سنوات
- وفي روسيا يعاقب على السلوك ذاته بالحبس خمس سنوات إذا كان الشخص يجهل حمله للفيروس وبالحبس ٨ سنوات إذا توافر لديه العلم بحمله للفيروس
- وفي الولايات المتحدة صدر قانون بفرض عقوبة السجن ١٠ سنوات والغرامة ١٠ آلاف دولار على كل طبيب أو جراح أو ممرض إذا كان مصابا بمرض الإيدز ولم يبلغ مريضه بذلك . د / فتوح الشاذلي ، أضواء على الجوانب القانونية لمرض الإيدز ، صـ٢٥ ، تقرير مقدم إلى ندوة القانون والإيدز التي نظمتها الجمعية المصرية للطب والقانون بالأسكندرية سنة ١٩٩١ م

(٢) د / فتوح الشاذلي ، أضواء على الجوانب القانونية لمرض الإيدز ، صـ٢٤ /٢٥

يضاف إلى ذلك أن الجاني الذي نقل عدوى الإيدز إلى غيره مصاب هو الآخر بالإيدز وهذا يعني أنه أسبق من المجني عليه في الإصابة بهذا المرض ومن ثم فوفاته محتمة نظرا للإصابة بهذا المرض القاتل

ومن ثم فلكونه أسبق من المجني عليه في حمل فيروس الإيدز تكون فرصة قضاء المرض عليه قبل المجني عليه كبيرة وبالتالي يموت الجاني قبل المجني عليه ومن ثم فلا وجه لإقامة الدعوى الجنائية حالتئذ نظرا لوفاة الجاني

لذا يبدو تدخل المشرع الجنائي للنص على عقاب محدد يناله الجاني إثر سلوكه المشين هذا أمرا مهما وبالغ الخطورة حتى ينال كل مجرم عقابه في المجتمع إذ من شأن هذه العقوبة أن تحقق الردع العام في هذه الحياة

اقتراح :

يمكن لي ــ بعد الدراسة السابقة ــ أن أقترح إضافة مادة ضمن نصوص مواد القانون الجنائي ويكون نصها كالتالي :

" كل من تعمد نقل فيروس الإيدز إلى الغير عمدا يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة "

وعلى هذا فإذا ثبت أن أحد الزوجين المصاب بفيروس الإيدز قد قام بنقل فيروس الإيدز إلى الطرف الآخر عمدا فإنه يجب أن يعاقب بهذه العقوبة التي تحقق الزجر العام في المجتمع حتى يأمن المجتمع شر هذا المرض القاتل لذا يبدو فرض هذه العقوبة أمرا بالغ الأهمية

(٣٠٦)

المطلب الثاني

موقف القانون الجنائي من نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ

تمهيد : قد يحدث أن يكون أحد الزوجين مريضا بالإيدز ثم تنتقل عدوى الإيدز إلى الطرف الآخر دون قصد منه أو تعمد سواء كان ذلك عن طريق الجماع أو غيره وهذا الخطأ قد يترتب عليه موت المجني عليه أو عدمه

ومن ثم فيرى بعض الفقه أنه يمكن تكييف هذا السلوك على أنه قتل بطريق الخطأ إذا أدى إلى وفاة المجني عليه وإذا لم يؤد إلى موت المجني عليه فيكيف على أساس هذا الفعل إصابة بطريق الخطأ

ووفقا للتكييف السابق فإن نصوص القانون الجنائي المتعلقة بالقتل خطأ أو الإصابة خطأ تكفي لمواجهة مثل هذه الحالات كما يرى ذلك بعض الفقه

وفيما يلي أتناول كل تكييف مما سبق في الفروع التالية :

الفرع الأول : القتل خطأ

إذا أدى انتقال فيروس الإيدز خطأ إلى وفاة المجني عليه فإن هذا الفعل يوصف بالقتل خطأ كما يرى ذلك البعض .

وتقوم جريمة القتل الخطأ على ثلاثة أركان هي :ـ

الأول ــ السلوك الخاطيء : وهو يشمل الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز ومخالفة القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات

الثاني ــ النتيجة : ويشترط لقيام جريمة القتل خطأ تحقق نتيجة معينة هي وفاة المجني عليه ومن ثم فإذا لم تحدث هذه النتيجة فلا تقوم جريمة القتل الخطأ مهما توافر الخطأ في مسلك الشخص ومهما كان جسيما (١)

الركن الثالث : علاقة السببية :

لا يكفي لقيام جريمة القتل الخطأ أن يثبت وقوع نشاط خاطيء من جانب المتهم وأن يترتب على ذلك موت إنسان وإنما لابد أن يكون بين السلوك الخاطيء وبين النتيجة التي حدثت علاقة السبب بالمسبب وتتوافر علاقة السببية إذا كان نشاط الجاني الخاطيء قد أدى بمفرده إلى النتيجة ودون أن تتدخل معه عوامل أخرى في إحداثها

---

(١) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، السابق ، صـ٦٤ /٦٦ ، د/ فتوح الشاذلي دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز ، السابق ، صـ٧٢ /٧٣ ، د/ فتوح الشاذلي مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، السابق ، صـ١٣٠ /١٣٣ ، د/ مأمون سلامة ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، السابق ، صـ٩١ /٩٢ ، د/ عبد المهيمن بكر السابق ، فقرة (٣٠٨) صـ٦٥١ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٥٤٤) صـ٤٠٠ /٤٠٣ ، د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٤٢) صـ٢٦٥ /٢٦٨ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٢٣٤ / ٢٣٩) صـ٥٧١ / ٥٧٧ ، د/ منصور ساطور السابق ، صـ٢٥٩ / ٢٦٢ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٤٧ /٥١ ، عبد التواب معوض ، السابق ، السابق ، صـ٧٠ /٧٧ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـ٧٣ /٧٤ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٤٧١) صـ٤٢٥ وما بعدها ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٧٨) صـ٨٩٨ /٩٠٤

لأنه في هذه الحالة قد تكون النتيجة مترتبة عليه مباشرة (١)

وبتطبيق هذه القواعد على نقل عدوى الإيدز بين الزوجين يمكن القول إن السلوك الخاطيء في هذه الحالة يتمثل في عدم الاحتراز من الزوج في حالة إصابته بمرض الإيدز فيقوم بجماع زوجته دون علم بأضرار هذا الجماع وبالأثر المترتب عليه وتتحقق النتيجة بموت المجني عليه في هذه الجريمة وهي الزوجة

كما يجب ثالثا أن تكون الوفاة مسببة عن سلوك الجاني حتى يمكن أن يوصف هذا السلوك بالقتل الخطأ

الأثر المترتب على القتل الخطأ :

وفقا للتكييف السابق لنقل عدوى الإيدز إلى الغير خطأ بأن هذا الفعل إذا أدى إلى وفاة المجني عليه يوصف بالقتل خطأ فإن الجاني ههنا يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات والتي تنص على أنه : " كل من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئا عن إهماله أو رعونته أو عدم مراعاته

للقوانين واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشـــهر وبغرامـــة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " (٢)

الفرع الثاني : الإصابة خطأ (الإيذاء خطأ)

إذا لم تحدث وفاة المجني عليه نتيجة نقل فيروس الإيدز خطأ إليه من الجـــاني فيرى بعض الفقه تكييف هذا العمل على أنه إيذاء بطريق الخطأ وجريمة الإيذاء خطا تتطلب لقيامها ثلاثة أركان :ــ

١ ــ **السلوك الخاطيء** :ولا يختلف السوك الخطيء في جريمة الإيذاء خطأ عنه فـــي جريمة القتل الخطأ ومن ثم فهو يشمل الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز

٢ ــ **النتيجة** : يشترط لقيام جريمة الإيذاء خطأ أن تتحقق نتيجة معينة تتمثل في إيذاء المجني عليه في سلامة جسمه أو صحته فإذا لم تحدث هذه النتيجة فـــلا تقـــوم جريمة الإيذاء خطأ

٣ ــ **علاقة السببية** : لا بد لقيام جريمة الإيذاء خطأ قيام رابطة السببية بين الســـلوك الخاطيء والنتيجة الناشئة عنه وهي الإيذاء بحيث يكون الأول سببا في الثـــاني وإلا لا يمكن القول بقيام جريمة الإيذاء خطأ

---

(١) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـــ٦٤ / ٦٦ ، د/ فتـــوح الشـــاذلي ، مســـاهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، السابق ، صـــ١٣٠ /١٣٣ ، وله أيضا دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز ، السابق ، صـــــ٧٢ /٧٣ ، د/ مـــأمون سلامة ، السابق ، صـــ٩١ ، ٩٢ ، عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٠٨) صـــ٦٥١ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٥٦٥) صـــ٤١٦ /٤١٧ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٢٤١) صـــ٥٧٩ ، د/ منصور ساطور ، الســـابق ، صـــــ٢٥٩ /٢٦٢ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـــ٤٩ /٥٠ ، د/ عبد التـــواب معـــوض، الســـابق ، صـــ٧٠ /٧٧ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـــ٧٥ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٨٠) صـــ٩١٩ وما بعدها

(٢) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات ، صـــ١٤٩ ط ، ٢٠٠٠ م

وعلى هذا فإذا أدى سلوك الجاني الخاطيء إلى نقل عدوى الإيدز إلى المجني عليه وترتب على ذلك إصابة المجني عليه في جسمه وصحته وكـــان هـــذا الإيـــذاء مسببا عن سلوك الجاني فإنه يعاقب بالعقوبة المقررة لجرائم الإيذاء خطأ (١)

الأثر المترتب على الإيذاء خطأ

وفقا للتكييف السابق إذا أدى سلوك الجاني إلى إيذاء المجني عليه في صـــحته أو جسمه فإنه يعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة الإيذاء خطأ وقد نصت المادة(٢٤٤) من قانون العقوبات على أنه : " من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن ذلـــك ناشئا عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقـــوانين والقـــرارات

واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " (٢)

رأي الباحث :

يبدو لي أن التكييف المناسب لنقل فيروس الإيدز إلى المجني عليه خطأ هو أن يوصف هذا الفعل ويكيف على أنه قتل خطا لأنه كما تقدم ثبت طبيا أن الإصابة بمرض الإيدز تؤدي إلى الموت لا محالة وإن كان ثمة مدة قد تطول أو تقصر بين سلوك الجاني وبين وفاة المجني عليه إلا أن ذلك لا يمنع من إسناد النتيجة وهي الوفاة إلى سلوك الجاني واعتباره قتلا بطريق الخطأ

كما يبدو لي أيضا أن العقوبة المقررة في حالة التسبب خطأ في نقل عدوى الإيدز إلى الغير لا تتناسب ألبتة مع خطورة النتيجة الإجرامية المتمثلة في نقل فيروس مرض قاتل لا علاج له في الوقت الحاضر إلى المجني عليه

---

(١) د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٦٤ /٦٦ ، د/ فتوح الشاذلي ، دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز ، صـ٧٢ /٧٣ ، وله أيضا ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، صـ١٣٣ /١٣٤ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٢٦٨ / ٢٧١) صـ٤٩٤ / ٤٩٦ ، د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٤٢) صـ٢٦٥ /٢٦٨ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٢٨١ / ٢٨٢) صـ٦٣٥ /٦٣٦ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٨٣ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٧٢ /٧٣ ، د/عبد التواب معوض ، السابق ، صـ١٢٥ /١٢٦ ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٠٩) صـ٦٥٢ وما بعدها ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٨٠) صـ٩٠٤ وما بعدها

(٢) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات صـ١٠٢ ، د/ محمود محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٥٣) صـ٢٨٢ /٢٨٤ ، د/ محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة (٢٨١) صـ٦٣٥ ، د/ منصور ساطور ،السابق ، صـ٢٨٣ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٧٢ ، د/ عبد التواب معوض ، السابق ، صـ١٢٦ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٨٣) صـ٩٣٣

(٣٠٩)

الفرع الثالث

مدى كفاية النصوص الموجودة في القانون الجنائي لعلاج هذه المسألة

يرى البعض أن النصوص الموجودة في قانون العقوبات المصري والمتعلقة بمسئولية الجاني عن القتل والإصابة الخطأ تكفي لمواجهة هذه الحالات فنقل فيروس

الإيدز إلى الغير خطأ يسأل فيه الجاني عن جناية قتل خطأ إذا أدت الإصابة به إلى الوفاة ويسأل عن جريمة الإيذاء خطأ إذا لم تؤد إلى الوفاة (١)

ويبدو لي أن النصوص الموجودة في قانون العقوبات المصري المتعلقة بالقتل أو الإصابة الخطأ لا تفي بمعالجة مثل هذه الأمراض الخطيرة وما يترتب عليها من مشاكل وأضرار اجتماعية كما أن من شأن إدخال نقل عدوى الإيدز خطأ تحت نصوص القتل الخطأ أو الإيذاء خطأ أن يفلت الجاني من العقاب في بعض الأحوال في حالة وفاة الجاني المصاب بالإيدز قبل المجني عليه ومن ثم فلا وجه لإقامة الدعوى الجنائية في هذه الحالة

وبالتالي فلا بد من التدخل التشريعي لمواجهة مثل هذه الأمور حتى يعاقب الجاني على سلوكه المشين حتى يتحقق الردع العام في المجتمع

اقتـــــراح :

يمكن لي أن أقترح إضافة هذه الفقرة لمعالجة القصور التشريعي القائم حول نقل عدوى الإيدز إلى الغير ونصها كالتالي : " كل من تسبب في نقل عدوى الإيدز إلى الغير بسبب إهماله أو رعونته أو تقصيره في أخذ الاحتياطات يعاقب بالحبس مدة لا تقل على سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه

ويبدو لي أنه في حالة التدخل التشريعي لمواجهة القصور القائم يؤتي ثماره من عدة نواح :

١ ــ عدم إفلات الجاني من العقاب في حالة انتظار ما يترتب عليه نقل العدوى إلى الغير الأمر الذي يترتب عليه إفلات الجاني من العقاب إذا توفي قبل أن يموت المجني عليه بسبب نقل عدوى الإيدز إليه أما في حالة النص على عقاب لمثل هذا السلوك فلا يفلت الجاني أبدا

٢ ــ في فرض غرامة على الجاني يمكن للدولة من خلالها كفالة المجني عليه وأولاده لا سيما وأن الإصابة بهذا المرض تقعد المجني عليه عن الوفاء باحتياجاته واحتياجات أسرته وفي ذلك حفاظ على تماسك المجتمع وكيانه في مثل هذه الأحوال

---

(١) د/ فتوح الشاذلي ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، صـ١٣١ ، وله أيضا دور القانون الجنائي في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز ،صـ ٧٢ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٦٣ /٦٨

المبحث الثالث
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
في حكم الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد

المطلب الثاني : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ

المطلب الأول
مقارنة بين الفقـــــه الإسلامي والقانون الجنائي في الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد

أوجه الاتفاق :

١ ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في تجريم تعمد نقل الإيدز بين الــزوجين بطريق الجماع وإن اختلفت طريقة معالجة هذا العمل في كل منهما

٢ ــ يتفق التكييف الذي يرى أن تعمد نقل الإيدز إلى المجني عليه يدخل تحت جريمة القتل العمد في صورته البسيطة ويستحق العقوبة المقررة لذلك ومن ثــم فيتفــق هذا التكييف القانوني مع الفقه الإسلامي في اعتبار هذا الفعل قــتلا عمــدا وإن اختلف كل منهما في الآثار المترتبة على هذا الوصف

٣ ــ لا خلاف أيضا بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في أن رضاء المجني عليه بالجماع الناقل للإيدز لا ينتج أثره وتظل مسئولية الجاني كاملة إزاء هذا السلوك لأن الحق في إنهاء الحياة لا يملكه الفرد وإنما هو بيد الله سبحانه وتعالى

أوجه الاختلاف :

١ ــ وفقا لتكييف تعمد نقل الإيدز إلى أحد الزوجين بطريق الجماع على أنــه قتــل بالسبب في الفقه الإسلامي يترتب على ذلك ما يلي :

أ ــ وجوب القصاص

ب ــ الدية عند سقوط القصاص

ج ــ الكفارة كما ذهب إلى ذلك الشافعية ورواية للإمام أحمد والإمامية والإباضية

د ــ الحرمان من الميراث

أما القانون الجنائي فلا يعتد بهذه الآثار في حالة تعمد نقل عدوى الإيــدز بــين الزوجين

٢ ــ إن عظمة شريعة الإسلام تكمن في أن كل تصرفات الإنسان في هذه الحيــاة لا تخلو شريعة الإسلام من علاج لها وفي هذه المسألة نجد أن كل ما يؤدي إلــى القتل يعتبر قتلا وتترتب عليه آثاره السابقة في الفقه الإسلامي

أما في القانون الجنائي فلا يوجد نص صريح يعالج هذه المسألة أو يمكن إدخال هذه المسألة تحت نطاقه ومن ثم ظهرت تكييفات كثيرة للفقهاء إزاء هذا السلوك مثل اعتباره جناية تسميم أو أنه يدخل في إطار جرائم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة ونحو ذلك

ويترتب على هذا الاختلاف اختلاف الآثار المترتبة على كل تكييف مما سبق .

(٣١٢)

٣ ــ لا يترتب على موت الجاني قبل إيقاع القصاص عليه سقوط الدعوى الجنائية وبالتالي سقوط العقوبة وإنما ينتقل إلى الدية التي يستحقها أولياء الدم ويسقط حقه في الميراث من المجني إن كان أحد الورثة

ومن ثم ففي تشريع الدية كفالة لأولاد الميت وصيانة لهم عما فقدوه بسبب موت أبيهم وتجب هذه الدية في مال القاتل حالة ومثلثة كما يرى ذلك بعض الفقهاء

أما في القانون الجنائي فإن الدعوى الجنائية تسقط بموت الجاني ولا وجه لإقامتها حينئذ وبالتالي يفلت الجاني من العقاب وينتشر هذا المرض القاتل بين أفراد الناس ولا يتحقق الردع العام في المجتمع .

٤ ــ لكل ما تقدم لا بد من المواجهة التشريعية لمثل هذه الأمور كما فعلت بعض الدول حلا لهذا الأمر وحسما لمادة الخلاف وصيانة للمجتمعات من أن تنالها أفعال العابثين وتحقيقا لردع العام في المجتمع .

(٣١٣)

المطلب الثاني :
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
في الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ

بعد العرض السابق لأحكام الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الجماع يتبين ما يلي : ــ

١ ــ إذا انتقل مرض الإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ وترتب عليه وفاة المجني عليه فإن هذا العمل تقوم بشأنه جناية القتل الخطأ في الفقه الإسلامي ويترتب على ذلك ما يلي : ــ

أ ــ وجوب الدية على الجاني وتحملها عنه عاقلته كما هو الراجح في الفقه الإسلامي وهذه الدية مؤجلة في ثلاث سنين كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء

ب ــ الكفارة

ج ــ الحرمان من الميراث على الراجح في الفقه الإسلامي

أما في القانون الجنائي : فقد اختلف في تكييف هذا الفعل إلى اتجاهين : ــ

الأول : يرى أن هذا العمل تقوم بشأنه جناية الإيذاء خطأ إذا لم يؤد إلى وفاة المجني عليه ويستحق الجاني العقوبة المقررة للإيذاء خطأ وهي الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين م ٢٤٤ ع

الاتجاه الثاني : يرى أن هذا السلوك تقوم بشأنه جناية القتل خطأ إن ترتب عليه وفاة المجني عليه ويستحق الجاني العقوبة المقررة للقتل الخطأ وهي ، الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين م ٢٣٨ ع

وبالنظر إلى عقوبة القتل الخطأ في الفقه الإسلامي نجد أنها تختلف عن نظيرها في القانون الجنائي

ففي الفقه الإسلامي (أ) عقوبة مالية محضة (ب) عقوبة تجمع بين المالية والبدنية

أما العقوبة المالية المحضة فتتمثل في الدية التي يستحقها أولياء المجني عليه وفيها كفالة لهم عن الاحتياج إلى غيرهم وصيانة لهم عن سؤال الناس وحرمان الجاني من الميراث من المجني عليه وهو في هذه المسألة الزوج أو الزوجة

(٣١٤)

أما العقوبة التي تجمع بين المالية والبدنية فتتمثل في وجوب الكفارة عليه وهي كما ذكر القرآن الكريم ، عتق رقبة مؤمنة أو صيام شهرين متتابعين لمن عجز عن العتق وفي إيجاب العتق عقوبة مالية وفي صيام شهرين متتابعين عقوبة بدنية

وهذا العقاب كما يظهر يحقق زجرا للجاني وردعا عاما في المجتمع ويتناسب مع حجم الخطأ الذي ارتكبه الجاني في الاعتداء على حق المجني عليه في الحياة

أما في القانون الجنائي فنجد أن العقوبة إما الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو الغرامة التي لا تجاوز مائتي جنيه ويجوز للقاضي الاكتفاء بإحدى العقوبتين السابقتين

وبالنظر إلى هذه العقوبة نجد أنها لا تتناسب ألبتة مع الجرم الذي ارتكبه الجاني حتى وإن كان خطأ لأن هذه العقوبة لا تتناسب مع الاعتداء على حق الحياة الذي منحه الخالق عز وجل للمجني عليه

لذلك لا بد من التدخل التشريعي بالنص على تجريم نقل عدوى الإيدز بنصوص خاصة في القانون الجنائي مع ضرورة النص على عقوبة مالية كبيرة يتحملها الجاني وتدفع إلى أولاد المجني عليه حماية لهم من الضياع .

(٣١٥)

الفصل الثاني
أحكام مباشرة الحائض وآثارها

وفيه مباحث :

المبحث الأول : أحكام مباشرة الحائض وآثارها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي مـــــــن مباشرة الحائض

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في مباشرة الحائض

****

المبحث الأول : أحكام مباشرة الحائض وآثارها في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أحكام مباشرة الحائض

المطلب الثاني : الآثار الفقهية المترتبة على مباشرة الحائض

****

المطلب الأول : أحكام مباشرة الحائض

وفيه فروع :

الفرع الأول : حكم مباشرة الحائض عمدا مع العلم بالتحريم
الفرع الثاني : حكـــم استحـــــــــلال مباشـــــرة الحائض
الفرع الثالث : حكم مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة
الفرع الرابع : حكـــم مباشرة الحائض بمـــا بين السرة والركبة
الفرع الخامس : حكـــــم مباشرة الحائـــض قـــبل التطـــهر
الفرع السادس : المراد بالطهر
الفرع السابع : حكم تطهر الكتابية لزوجها المسلم
الفرع الثامن : حكـــــــم وطء المستحـــاضة

(٣١٦)

الفرع الأول : حكم مباشرة الحائض عمدا مع العلم بالتحريم

أجمع الفقهاء على أن مباشرة الحائض مع العلم بالتحريم حرام ومعصية كبيرة يجب على من ارتكبها التوبة والرجوع إلى الله سبحانه وتعالى
جاء في المجموع " أجمع المسلمون علـــى تحـــريم وطء الحـــائض للآيـــة الكريمـــة والأحاديث الصحيحة قال المحاملي في المجموع : قال الشافعي رحمه الله : من فعـــل ذلك فقد أتى كبيرة " (١)

ولكن الفقهاء اختلفوا في تكفير المجامع لزوجته عمدا في الحيض على رأيين : ــ
الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) والظاهرية (٦) والزيدية (٧) والإمامية (٨)وبعض الإباضـــية(٩) إلى أن من جامع زوجته وهي حائض عامدا مختارا مع العلم بالتحريم فإنه لا يكفـــر بهذا الفعل

قال الشوكاني : " ... وغير المستحل إن كان جاهلا أو ناسيا لوجود الحيض أو جاهلا لتحريمه أو مكرها فلا إثم عليه ولا كفارة وإن وطئها عالما بالحيض والتحـــريم فقـــد ارتكب معصية كبيرة نص على كبرها الشافعي ويجب عليه التوبة " (١٠)

وجاء في شرح النيل " والوطء في الفرج وهو كبيرة للنهي عنه في الآية والأحاديـــث وهو للتحريم ما لم تصرفه قرينة وللتغليظ في الأحاديث " (١١)

(١) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٨٩
(٢) البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧
(٣) الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ١٤١
(٤) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، الإقناع ، جـ١ ،صـ١٥٤ ، المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٨٩
(٥) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٠ وما بعدها
(٦) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٦ وما بعدها
(٧) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨
(٨) المختصر النافع ، صـ٣٤ ، مسالك الأفهام شرح شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ١٤١
(٩) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٤٧ /٣٤٨
(١٠) نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨
(١١) شرح كتاب النيل ، محمد بن يوسف أطفيش ، جـ ١،صـ٣٤٧

الرأي الثاني : ذهب بعض الإباضية (١) والحسن البصري وعطاء (٢) إلى أن من جامع زوجته في الحيض عامدا عالما بالتحريم فقد كفر بما أنزل على محمد جاء في شرح النيل " والصحيح أنه يكفر وأن ذلك كبيرة " (٣)
استدلال هذا الرأي : استدل أصحاب هذا الرأي القائلون بكفر من جامع زوجته في الحيض من السنة بقوله ε : " من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما قال فقد كفر بما أنزل على محمد " (٤)
وجه الدلالة : أفاد هذا الحديث بمنطوقه كفر من جامع زوجته في الحيض فيكون نصا في الموضوع لا يجب العدول عنه إلى غيره
مناقشة هذا الاستدلال :
يناقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين : ــ
الأول : لا نسلم لكم صحة هذا الحديث فقد ضعفه البخاري ومن ثم فلا تقوم به حجة (٥)
الوجه الثاني : سلمنا لكم صحة هذا الحديث وصلاحيته للاحتجاج به ولكنه محمول على من استحل جماع الحائض دون غيره (٦)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض للرأيين السابقين يبدو لي أن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بعدم تكفير من باشر زوجته في الحيض عالما عامدا وأنه يجب عليه التوبة والاستغفار لأنه أتى ذنبا عظيما وكبيرة من الكبائر نص على كبرها الشافعي

كما أن ما استند إليه المخالف من أدلة أمكن دفعها ومناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم صلاحيتها للاحتجاج بها الأمر الذي يدعو إلى القول برجحان الرأي الأول

والله أعلم

---

(١) هو الشيخ محمد بن يوسف أطفيش ، شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٤٧ /٣٤٨

(٢) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧

(٣) شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٤٧ /٣٤٨ ، وجاء فيه في موضع آخر " فمن فعله لا باعتقاد لحله فإن فعله بنسيان أو جهل بحيضتها لم تلزمه كفارة ولا إثم ولزماه والكفر بعلم به أي بحيض وعمد " شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥٥

(٤) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ صـ٣٢٣ ، برقم ٩٠١٧ /٧ ، سنن الترمذي ، جـ١ ،صـ٢٤٣ ، برقم ١٣٥ ، قال أبو عيسى : لا نعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم الأثرم عن تميمة الهجمي عن أبي هريرة . ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٢٠٩ ، برقم ٦٣٩ ، الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٥ ، كتاب الحيض ، برقم ٥ ، فيض القدير جـ١١ ،صـ٥٥٦٧ ، برقم ٨٢٨٨ ،

(٥) الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠

(٦) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ .

الفرع الثاني : حكم استحلال مباشرة الحائض

لا خلاف بين الفقهاء في أن جماع الحائض كبيرة من الكبائر وأن مرتكبها آثم إثما عظيما ولكنهم اختلفوا في مستحل هذا الفعل هل يحكم بكفره أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) والاباضية (٨) إلي أن من استحل مباشرة زوجته الحائض فقد كفر بما أنزل علي محمد ε

قال النووي: " قال أصحابنا وغيرهم : من استحل وطء الحائض حكم بكفره " (٩)

وقال ابن نجيم في البحر: " فإن كان مستحلا له ــ أي الوطء في الحيض ــ فقد جزم صاحب المبسوط والاختيار وفتح القدير وغيرهم بكفره " (١٠)

الرأي الثاني : فرق هذا الرأي بين مستحل الحرام لذاته وبين مستحل الحرام لغيره فإذا اعتقد الحرام لذاته حلالا فإنه يكفر إذا ثبتت حرمته بدليل مقطوع به أما إذا اعتقد الحرام لغيره حلالا فإنه لا يكفر سواء ثبتت حرمته بدليل مقطوع به أو لا وبناء علي

هذه التفرقة فإن من جمع زوجته الحائض معتقدا حل مباشرتها فإنه لا يكفر لأن الحرمة هنا ليست لذات الجماع وإنما لكونه أذى في هذه الحال فالحرمة هنا ثبتت بدليل مقطوع به هو القرآن الكريم ولكن نظرا لكونه حراما لغيره فلا يكفر مستحله ونسب ابن نجيم في البحر هذا القول لصاحب الخلاصة (١١)

الأدلة

١ــ أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بكفر مستحل الجماع في الحيض من السنة بقوله ε "من أتي حائضا أو أمراه في دبرها أو كاهنا فصدقه بما قال فقد كفر بما أنزل علي محمد " (١٢)

فقد أفاد هذا الحديث كفر من استحل مباشرة الحائض فيكون نصا في محل النزاع

---

(١) البحر الرائق ،جـ١،صـ٢٠٧ ، حاشية ابن عابدين ، جـ١ ،صـ٣٢١

(٢) الفواكه الدوانى ، جـ١،صـ١٤١

(٣) المجموع ،جـ٢،صـ٣٨٩ /٣٩٠ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، الإقناع ، جـ١ ، صـ١٥٤

(٤) المغني ،جـ١ ،صـ٤٦٠ وما بعدها

(٥) المحلي ، جـ٢،صـ١٧٦ و ما بعدها

(٦) البحر الزخار ،جـ١،صـ١٣٧، نيل الأوطار ،جـ١،صـ٢٧٨

(٧) مسالك الأفهام ،جـ١،صـ١٤١

(٨) شرح النيل ،جـ١،صـ٣٥٥

(٩) المجموع ،جـ٢،صـ٣٨٩ /٣٩٠

(١٠) البحر الرائق ،جـ١،صـ٢٠٧

(١١) البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧

(١٢) سبق تخريجه

٢ــ استدلال الرأي الثاني :

مستند هذا الرأي هو التفرقة بين الحرام لذاته الذي ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فيكفر مستحله وبين الحرام لذاته الذي ثبتت حرمته بدليل ظني كأخبار الآحاد وكذا الحرام لغيره لا يكفر مستحله

جاء في البحر الرائق " وصحح أنه لا يكفر صاحب الخلاصة لأن من اعتقد الحرام حلالا يكفر إذا كان حراما لعينه وثبتت حرمته بدليل مقطوع به أما إذا كان حراما لغيره بدليل مقطوع به أو حراما لعينه كأخبار الآحاد لا يكفر إذا اعتقده حلالا " قال ابن نجيم : معلقا على هذا الكلام : " فعلى هذا لا يفتى بتكفير مستحله لما في الخلاصة أن المسألة إذا كان فيها وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنع فعلى المفتي إن يميل إلى ذلك الوجه " (١)

مناقشة الرأي الثاني :

يبدو لي أن ما استند إليه الرأي الثاني من التفرقة بين مستحل الحرام لذاته ومستحل الحرام لغيرة تفرقة لا دليل عليها فتكون غير مقبولة كما أنها تعارض الحديث الوارد في محل النزاع والذي لم يفرق بين مستحل الحرام لذاته ومستحل الحرام لغيره

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء في هذه المسألة يتضح لي أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من كفر مستحل الجماع في الحيض لأنه الأقوى من حيث الدليل ولقوله ε : " من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما قال فقد كفر بما أنزل على محمد " (٢)

كما أن ما ذهب إليه المخالف من التفرقة بين مستحل الحرام لعينه ومستحل الحرام لغيره حيث ذهب إلى تكفير الأول دون الثاني فهذه التفرقة لا دليل عليها فتكون غير مقبولة الأمر الذي يؤدي إلى القول برجحان الري الأول والاطمئنان إلى العمل به

والله أعلم

---

(١) البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧ ، حاشية ابن عابدين ، جـ١ ،صـ٣٢١

(٢) سبق تخريجه ، صـ

الفرع الثالث :حكم مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة

اختلف الفقهاء في حكم مباشرة الحائض والاستمتاع بها بما فوق السرة وتحت الركبة على رأيين : ـ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى أن الاستمتاع من الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة حلال بإجماع المسلمين نقل الإجماع فيه الشيخ أبو حامد و المحاملي في المجموع وابن الصباغ والعبدري وآخرون (٩)

الرأي الثاني : نقل عن ابن عباس وعبيدة السلماني ــ الإمام التابعي ــ (١٠) أنهما قالا : لا يباشر الرجل المرأة الحائض شيء من بدنه بشيء من بدنها ونقل عن ابن عباس أنه قال : يجب أن يعتزل الرجل فراش زوجته إذا حاضت . (١١)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء في المراد بالاعتزال الوارد في قوله تعالى : " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ"(١٢) إذ ورد فيه تأويلان:

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ١٧٨ ، تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٥٨ /٥٩ ، حاشية الشلبي ، جـ١ ،صـ٥٨ /٥٩ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٤٠٨

(٢) مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ٣٧٣ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ ، الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٦

(٣) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ١ ،صـ١٠٠ ، منهاج الطالبين ، صـ٨ ، منهج الطلاب ، صـ٧ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، حاشية البيجوري على ابن القاسم ، جـ١ ،صـ١١٩ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٥٩ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ، صـ٤٦٥ /٤٦٦ ، حاشية فتح المعين ، جـ١ ،صـ٧٠ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٥ ، إعانة الطالبين ، جـ١ ،صـ٧٠ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، جـ١ ،صـ٣٨٩ ، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٨٩ ، نهاية المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٣٠ /٣٣١ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، جـ١ ،صـ٢٤٠ /٢٤١ .

(٤) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٠ ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، جـ١ ،صـ٩٤ .

(٥) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٦ /١٧٧ .

(٦) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ وما بعدها .

(٧) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠ .

(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٤٩ /٣٥٠ ، شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥٠

(٩) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣

(١٠) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٦٥ /٤٦٦ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨ ، المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٦ /١٧٧

(١١) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ ، المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٦ /١٧٧ ، الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٢

(١٢) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

الأول : اعتزال جميع بدنها أن يباشره بشيء من بدنه استعمالا لعموم اللفظ

التأويل الثاني : المراد اعتزال وطئها دون غيره (١)

قال القرطبي : " قوله تعالى" فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" أي في زمن الحيض إن حملت المحيض على المصدر ، أو في محل الحيض إن حملته على اسم المكان " (٢)

وعلى هذا فمن حمل لفظ المحيض على المصدر ذهب إلى القول باعتزال جميع بدن الحائض كما نقل عن ابن عباس وعبيدة السلماني ، ومن حمل لفظ المحيض على اسم المكان ذهب إلى القول باعتزال محل الحيض أو اعتزال وطئها دون غيره

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بجواز مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب فقوله تعالى : " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" فالمراد بالمحيض في الآية اعتزال وطئها دون غيره ومن ثم فيجوز مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة كما تجوز مؤاكلتها ومشاربتها والمكث معها في البيت (٣)

وأما السنة فبما يلي :

١ ــ ما روي عن أنس بن مالك أن اليهود كانت إذا حاضت منهم المرأة أخرجوها من البيت ولم يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجامعوها في البيت فسئل رسول الله ε عن ذلك فأنزل الله عز وجل " وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" فقال ε :" جامعوهن في البيوت (٤) واصنعوا كل شيء إلا النكاح " فقالت اليهود : ما يريد هذا الرجل أن يدع شيئا من أمرنا إلا خالفنا فيه (٥) فقد أفاد هذا الحديث جواز الاجتماع مع المرأة في البيت وجواز مباشرتها ما عدا الجماع

٢ ــ عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ε : ناوليني الخمرة من المسجد قالت : قلت إني حائض ، قال : " إن حيضتك ليست في يدك " (٦)

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٦٥ /٤٦٦

(٢) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٤٠٧

(٣) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٦٦ ، المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩

(٤) قوله ε جامعوهن في البيوت المراد به اجتمعوا معهن وجالسوهن في البيوت وليس المراد به الجماع في الفرج

(٥) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٤٥ ، برقم ١/٩٠٩٧ ، ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٢١١ ، برقم ٦٤٤ ، الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٢ ، برقم ١ ، صحيح ابن حبان ، جـ٤ ،صـ١٩٥ /١٩٦ ، برقم ١٣٦٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ٣ ،صـ٢١١ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨ ، سبل السلام ، جـ١ ،صـ١٣٨

(٦) الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٦٤ ، برقم ٢٧ ، صحيح ابن حبان ، جـ٤ ،صـ١٩١ ، برقم ١٣٥٧ ، صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ٣ ،صـ٥٠٩ ،

٣ ــ عن أم سلمة عن عائشة رضي الله عنها قالت : كنت أنام مع رسول الله ε على فراش واحد وأنا حائض وعلي ثوب " (١)

٤ ــ عن ميمونة زوج النبي ε أن رسول الله ε كان يباشر المرأة من نسائه وهي حائض إذا كان عليها إزار يبلغ أنصاف الفخذين أو الركبتين محتجزة به (٢)

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أفادت الأحاديث السابقة الواردة عن رسول الله ε جواز مؤاكلة الحائض ومجالستها والنوم معها في فراش واحد ومباشرتها بما فوق السرة وتحت الركبة كما هو واضح من حديث عائشة وأم سلمة وميمونة

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة نقل الإجماع على ذلك الشيخ أبو حامد والمحاملي في المجموع وابن الصباغ والعبدري وآخرون (٣)

قال الشوكاني : " المباشرة فيما فوق السرة وتحت الركبة بالذكر أو القبلة والمعانقة أو اللمس أو غير ذلك حلال باتفاق العلماء وقد نقل الإجماع على الجوازجماعة(٤)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بعدم جواز مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة بالكتاب والسنة

أما الكتاب فعموم قوله تعالى : " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" ولفظ المحيض مصدر حاضت المرأة حيضا ومحيضا ومن ثم يكون المراد اعتزال جميع بدنها أن يباشره بشيء من بدنه استعمالا لعموم اللفظ (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن المراد من الآية اعتزال جميع بدن الحائض ومن ثم عدم جواز مباشرتها فيما بين السرة والركبة لأن قوله تعالى : " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" يحتمل معنيين :

أحدهما : اعتزال جميع بدنها

والثاني : اعتزال موضع الدم فقط (٦)

والراجح هو المعنى الثاني لأمرين :

الأول : أنه لو أراد الحيض أي المصدر لكان أمرا باعتزال النساء في مدة الحيض بالكلية والإجماع بخلافه

---

(١) الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٨ ، برقم ١٢ ، كتاب الحيض

(٢) صحيح ابن حبان ، جـ٤ ،صـ٢٠١ ، برقم ١٣٦٥ ، الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٩ ، كتاب الحيض ، برقم ١٦

(٣) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣

(٤) نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨

(٥) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٦٥ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩

(٦) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٦٦

الأمر الثاني : إن سبب نزول الآية أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة اعتزلوها فلم يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجامعوها في البيت فسأل أصحاب النبي ε النبي ε فنزلت هذه الآية فقال ε: " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (١) وهذا تفسير لمراد الله تعالى ولا تتحقق مخالفة اليهود بحملها على المصدر وهو إرادة الحيض لأنه يكون موافقا لهم (٢)

وأما السنة فقد استدلوا بحديث روي عن أبي اليمان عن أم ذرة عن عائشة أم المؤمنين قالت : " كنت إذا حضت نزلت عن المثال ــ أي الفراش ــ على الحصير فلم نقرب رسول الله ε ولم ندن منه حتى نطهر " (٣)

فهذا الحديث يفيد عدم جواز الاقتراب من الحائض ومن ثم عدم مباشرتها والاستمتاع بها بما فوق السرة وتحت الركبة

مناقشة هذا الاستدلال :

قال ابن حزم وأما هذا الخبر فإنه من طريق أبي اليمان كثير بن اليمان الرحال وليس بالمشهور عن أم ذرة وهي مجهولة فسقط (٤)

مناقشة ما نسب إلى ابن عباس وأبي عبيدة السلماني

(أ) مناقشة ما نسب إلى ابن عباس : يناقش ما نسب إلى ابن عباس بوجهين :

الأول : لا نسلم صحة ما نسب إلى ابن عباس من القول بعدم جواز مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة

وعلى فرض صحته فقد روي عنه رضي الله عنهما الرجوع عن قوله فقد قالت له خالته ميمونة : أراغب أنت عن سنة محمد ε ؟ فرجع عن قوله (٥)

الوجه الثاني : أنه ورد عن ابن عباس أثر بخلاف ما نقل عنه فقد روى عن كريب عن ابن عباس أنه سئل عما يحل من المرأة وهي حائض لزوجها ؟ قال : سمعنا والله أعلم إن كان قاله رسول الله ε فهو كذلك : " يحل ما فوق الإزار " (٦)

---

(١) سبق تخريجه

(٢) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٠ / ٤٦١ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩

(٣) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٧ ، ولم أقف عليه في كتب السنن بعد طول بحث .

(٤) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٧

(٥) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ . قال ابن العربي : " قد روي عن بدرة مولاة ابن عباس قالت بعثتني ميونة بنت الحارث وحفصة بنت عمر إلى امرأة ابن عباس رضي الله عنها وكانت بينهما قرابة من جهة النساء فوجدت فراشه معتزلا فراشها فظننت أن ذلك عن الهجران فسألتها فقالت : إذا طمثت اعتزل فراشي فرجعت فأخبرتها بذلك ــ أي ميمونة ــ فردتني إلى ابن عباس وقالت : تقول لك أمك : أراغب عن سنة رسول الله ε ؟ لقد كان

رسول الله ε ينام مع المرأة من نسائه وإنها حائض وما بينها وبينه إلا ثوب لا يجاوز الركبتين ثم قال : وهذا إن صح عن ابن عباس فإنما كان ذلك على معنى الراحة من مضاجعة المرأة في هذه الحالة " أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٣

(٦) الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٩ ، برقم ١٥ ، كتاب الحيض بنحوه عن عائشة .

(ب) مناقشة ما نسب إلى أبي عبيدة السلماني

وما روي عن أبي عبيدة السلماني فهو كما قال النووي : غير معروف ولا مقبول ولو صح لكان مردودا بالأحاديث الصحيحة وبإجماع المسلمين قبل المخالف وبعده (١)

وقال عنه القرطبي : " هذا قول شاذ خارج عن قول العلماء وإن كان عموم الآية يقتضيه فالسنة الثابتة بخلافه " (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لأدلة الفريقين يبدو لي أن الرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء نظرا لقوة الأدلة التي استندوا إليها وضعف ما استدل به المخالف وما ورد على أدلة الجمهور من مناقشات أمكن ردها ودحضها كما أن النقل عن ابن عباس روي عنه خلافه كما أن خالته ميمونه روت رجوعه عن قوله هذا ، كما أن قول أبي عبيدة السلماني قول شاذ خارج عن علماء المسلمين كما قال النووي ومخالف لإجماع الأمة والله أعلم

الفرع الرابع

حكم الاستمتاع بالحائض بما بين السرة والركبة من غير وطء

اختلف الفقهاء في حكم مباشرة الرجل زوجته الحائض من غير وطء على ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب الحنفية (٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥) والحنابلة في رواية (٦) إلى حرمة مباشرة المرأة الحائض فيما بين السرة والركبة وهو قول أكثر العلماء منهم سعيد بن المسيب وشريح وطاووس وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة وحكاه البغوي عن أكثر أهل العلم (٧) قال القرطبي : " وهو قول جماعة عظيمة من أهل العلم " (٨)

---

(١) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨

(٢) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩

(٣) بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ١٧٨ ، البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧

(٤) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٤٩ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ١٤١

(٥) المجموع ، جـ٢ ، صـ٣٩٢ /٣٩٣ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٢ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٥٩ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، المنهاج ،صـ٩ ، منهج الطلاب ، صـ٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ١ ،صـ١٠٠ ، حاشية البيجوري على ابن القاسم ، جـ١ ،صـ١٩٩ . البيجرمي على الخطيب ، صـ٥٣٧ وما بعدها ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٧ هـ /١٩٩٦ م

(٦) الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠ ،

(٧) نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨

(٨) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة في الراجح عندهم (١) والظاهرية (٢) والزيدية(٣) والإمامية (٤) وبعض أصحاب الشافعي (٥) ومحمد بن الحسن (٦) إلى القول بجواز مباشرة الحائض فيما بين السرة والركبة من غير وطء وهو قول أبي إسحاق المروزي وحكاه صاحب الحاوي عن أبي علي بن خيران وهو قول عكرمة ومجاهد والشعبي والنخعي والحكم والثوري والأوزاعي وأصبغ وأبي ثور وإسحاق بن راهويه وابن المنذر وداود (٧)

الرأي الثالث : حكاه الماوردي عن أبي الفياض البصري (٨) قال إن وثق المباشر تحت الإزار بضبط نفسه عن الفرج لضعف شهوة أو شدة ورع جاز وإلا فلا وبه قطع الأزجي في نهايته (٩)

سبب الخلاف في هذه المسالة :

قال ابن رشد : "وسبب اختلافهم ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك أنه ورد في الأحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام كلن يأمر إذا كانت إحداهن حائضا أن تشد عليها إزارها ثم يباشرها (١٠)

---

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٠ ، الكافي لابن قدامة ، جـ١ ،صـ٨٦ ، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠ نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، صـ٦٩ ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي

(٢) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٦

(٣) البحر الزخار ، جـ١ نصـ١٣٧

(٤) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠

(٥) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣ /٣٩٤ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٢ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٧

(٦) بدائع الصنائع ، جـ١ ،صـ٢٠٧ /٢٠٨ ، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨

(٧) الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠

(٨) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٢ /٤٧٣، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٧

(٩) الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠

(١٠) فتح الباري ،جـ١،صـ٤٨٤/٤٨٥ ،برقم ٣٠٢ /٣٠٣بنحوه ،صحيح مسلم بشرح النووي ،جـ٣،صـ٢٠٣، الفتح الرباني ،جـ٢،صـ١٥٧/١٥٨ ،ابن حبان ،جـ٤،صـ١٩٩،برقم ١٣٦٤

(٣٢٦)

وورد أيضا من حديث ثابت ابن قيس عن النبي ε أنه قال اصنعوا كل شيء بالحائض إلا النكاح " (١) وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله ε قال لها وهي حائض اكشفي عن فخذك قالت : فكشفت ، فوضع خده وصدره علي فخذي وحنيت عليه حتى دفيء وكان قد أوجعه البرد (٢)

وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو تردد قوله تعالي " قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" (٣) بين أن يحمل علي عمومه إلا ما خصصه أو أن يكون من باب العام الذي أريد به الخاص بدليل قوله تعالي " قُلْ هُوَ أَذًى " والأذى إنما يكون في موضع الدم فمن كان المفهوم عنده العموم أعني إذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول علي عمومة حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الإزار بالسنة إذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام الذي أريد به الخاص رجح هذه الآية علي الآثار المانعة مما تحت الإزار وقوي ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الإزار(٤)

الأدلة :ـ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة مباشرة المرأة فيما بين السرة والركبة بالكتاب والسنة والمعقول :ـ

أولا ـ من الكتاب قولة تعالي " وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ " (٥)

وجه الدلالة : ـ

إن قولة تعالي " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" من باب العام الذي يبقي علي عمومة إلا ما خصه الدليل وقد وردت أحاديث من السنة تفيد تخصيص هذا العام واستثنت من ذلك ما فوق الإزار وعلي هذا فما يباح مباشرته من الحائض ما فوق السرة وتحت الركبة لأن السنة جاءت مخصصة لعموم الكتاب (٦)

مناقشة هذا الاستدلال

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : لا نسلم لكم أن قوله تعالي " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" من باب العام الذي يبقي عمومة إلا ما خصه الدليل لأن معني " فاعتزلوا النساء في المحيض " اعتزال جميع بدنها إن حملنا الآية علي المصدر واعتزال وطئها دون غيره إن

---

(١) سبق تخرجه

(٢) الأدب المفرد للبخاري ، جـ١ ،صـ٥٥ ، دار البشائر الإسلامية ، بيرقت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٩ هـ/ ١٩٨٩ م ، تحقيق /محمد فؤاد عبد الباقي

(٣) سورة البقرة آية (٢٢٢)

(٤) بداية المجتهد ،جـ١،صـ٤٩

(٥) سورة البقرة آية (٢٢٢)

(٦) بداية المجتهد ،جـ١،صـ٤٩

حملنا الآية علي اسم المكان وترجيح المعني الأول وتخصيصه بالسنة غير مسلم لأن إرادة مكان الدم أرجح لأمرين : ــ

الأمر الأول : ــ أنه لو أراد الحيض لكان أمرا باعتزال النساء في مدة الحيض بالكلية والإجماع بخلافه

الأمر الثاني : ــ إن سبب نزول الآية أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة اعتزلوها فلم يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجامعوها في البيت فسأل أصحاب النبي ε النبي ε فنزلت هذه الآية فقال ε : " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (١) وهذا تفسير لمراد الله تعالي ولا تتحقق مخالفة اليهود بحملها علي إرادة الحيض لأنه يكون موافقا لهم (٢)

الوجه الثاني : ــ سلمنا أن قوله تعالي " فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" من باب العام الذي دخله التخصيص ولكننا لا نسلم لكم التخصيص بالمفهوم المخالف لأن شرط العمل بالمفهوم المخالف ألا يعارضه ما هو أقوي منه من منطوق أو مفهوم موافق (٣)

وهنا قد عارض هذا المفهوم منطوق حديث " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (٤)

ثانيا من السنة بما يلي : ــ

١ــ ما روى عن أنس ابن مالك أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجامعوها في البيوت فسال أصاحب النبي ε النبي ε فأنزل الله عز وجل " " ويسلونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض " فقال رسول الله ــ ε " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " وفي لفظ " إلا الجماع " (٥

) فهذا الحديث يدل علي جواز الاستمتاع من الحائض بما بين السرة والركبة لتصريحه ε بحل كل شيء ما عدا النكاح

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : لا نسلم لكم أن المراد بقوله ε : " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (٦) حقيقة في جواز الاستمتاع بالمرأة بما بين السرة والركبة فهذا محمول على القبلة ولمس الوجه واليد ونحو ذلك مما هو معتاد في غالب الناس فإن غالبهم إذا لم يستمتعوا بالجماع استمتعوا بما ذكرناه لا بما تحت الإزار (٧)

---

(١) سبق تخرجه

(٢) المغني ،جـ١،صـ٤٦٠/٤٦١ ، القرطبي ،جـ١،صـ٩٩٩

(٣) د / محمد مصطفى محمد ، إيضاح المنقول في علم الأصول ، صـ٥٤ /٥٨

(٤) سبق تخريجه

(٥) النسائي ، جـ١ ،صـ١٢٥ ،سبق تخريجه

(٦) سبق تخريجه

(٧) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٢ /٣٩٣

الجواب عن هذه المناقشة :

إن حملكم قول النبيε : " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " على القبلة ولمس اليد والوجه ونحو ذلك غير مسلم لأنه مجاز والأصل في الكلام أن يحمل على الحقيقة ما لم توجد قرينة تصرفه عن الحقيقة إلى المجاز وهنا ليس ثم قرينة تصرفه إلى ما قلتم فتعين الحمل على الحقيقة

الوجه الثاني : إن هذا الحديث الذي يفيد جواز الاستمتاع بما بين السرة الركبة من باب العام الذي دخله التخصيص (١) والمخصص هنا المفهوم المخالف في حديث أبي داود أنه ε سئل عما يحل للرجل من امرأته وهي حائض فقال : " لك ما فوق الإزار " (٢) فمفهوم هذا الحديث أن ما تحت الإزار ليس له وهذا مخصص لعموم حديث أنس " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (٣) الذي يفيد جواز الاستمتاع بما بين السرة والركبة

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم لكم تخصيص حديث أنس السابق بالمفهوم المخالف في حديث أبي داود لأن شرط العمل بالمفهوم المخالف ألا يعارضه ما هو أقوى منه من منطوق ونحوه وحديث أنس منطوق والمفهوم لا يصلح مخصصا له (٤)

ثالثا ــ من الأثر : بما روي عن مسروق بن الأجدع قال : سألت عائشة رضـــي الله عنها ما للرجل من امرأته إذا كانت حائضا قالت : " كل شيء إلا الفرج " (٥)

فقد أفاد هذا الأثر حل الاستمتاع بما بين السرة والركبة عدا الإتيان في الفرج

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم هذا الاستدلال لأنه لا يعدو أن يكون قول صحابي وهو ليس حجة على ما تقر في علم الأصول فيكون غير مقبول (٦)

الجواب عن هذه المناقشة :

هذا الاستدلال وإن كان قول صحابي إلا إنه قد أيده وقواه حديث أنس الســـابق الذي يفيد حل الاستمتاع بما بين السرة والركبة عدا الإتيان في الفرج

رابعا ــ المعقول :

إن المعني في النهي عن جماع الحائض هو كونه أذى فـــالأولى أن يخـــتص مكانه بالتحريم وهو الفرج كالإتيان في الدبر

قال ابن قدامة : " ولأنه منع الوطء لأجل الأذى فاختص مكانه كالدبر " (٧)

---

(١) مغني المحتاج ، جـــ١ ،صـــ١١٠ ، نيل الأوطار ، جـــ١ ،صـــ٢٧٩

(٢) سبق تخريجه

(٣) سبق تخريجه

(٤) د / محمد مصطفى محمد ، إيضاح المنقول في علم الأصول ، صـــ٥٤ /٥٨

(٥) نيل الأوطار ، جـــ١ ،صـــ٢٧٩

(٦) إرشاد الفحول ، جـــ١ ،صـــ٢٧٤ ، المسودة ، جـــ١ ،صـــ٣٣٧

(٧) المغني ، جـــ١ ،صـــ٤٦١ ، الكافي ، جـــ١ ،صـــ٨٦

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بحرمة الاستمتاع بالحائض بما بين الســـرة والركبة بالكتاب والسنة والمعقول

أولا ــ من الكتاب قوله تعالى : " وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ " (١)

وجه الدلالة :

إن هذه الآية من قبيل العام الذي يبقى على عمومه إلا ما خصه الـــدليل وقـــد وردت أحاديث من السنة تفيد تخصيص هذا العام واستثنت من ذلك مـــا فـــوق الإزار وعلى هذا فما يجوز الاستمتاع به من الحائض هو ما فوق السرة وتحت الركبـــة لأن جاءت مخصصه لعموم الكتاب (٢)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الأول : إن غاية ما يفيده الاستدلال بالأحاديث المذكورة أنها مفهوم والمفهوم لا يصلح مخصصا لعموم الكتاب

الوجه الثاني : إن هذه الآية من قبيل العام الذي أريد به الخاص فيكون المراد اجتناب موضع الدم فقط وهذا ما يتفق مع الأحاديث التي تفيد جواز الاستمتاع بالمرأة بما عدا الفرج (٣)

ثانيا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ε يأمرني فأتزر فيباشرني وأنا حائض " (٤)

٢ ــ ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سألت رسول الله εعما يحل للرجل من امرأته وهي حائض ؟ فقال : " فوق الإزار " (٥)

٣ ــ ما روي عن حكيم بن حزام عن عمه أنه سأل رسول الله ε عما يحل للرجل من امرأته وهي حائض قال : " لك ما فوق الإزار " (٦)

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

هذه الأحاديث تفيد جواز الاستمتاع من الحائض بما فوق الإزار وعدم جوازه بما عداه ومن ثم فيكون الاستمتاع بما بين السرة والركبة غير جائز

مناقشة الاستدلال بهذه الأحاديث من وجوه :

الأول : لا نسلم لكم صحة الأحاديث التي استندتم إليها فأما حديث عائشة فقد روي من طريق عمرو بن أبي سلمة وقد ضعفه شعبة ولم يوثقه أحد . وأما حديث عمر فإن أبا إسحاق لم يسمعه من عمير مولى عمر .

---

(١) سورة البقرة ،آية : (٢٢٢)

(٢) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٤٩

(٣) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٠ /٤٦١ ، بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٤٩

(٤) صحيح البخاري ، جـ١ ،صـ١١٥ ،برقم ٢٩٥ ، عون المعبود ، جـ١ ،صـ٣١٠ ، تحفة الأحوذي ، جـ٢ ،صـ٧

(٥) سبق تخريجه

(٦) سبق تخريجه

وأما حديث حرام بن حكيم فلا يصح أيضا لأن حرام بن حكيم ضعيف . (١)

الوجه الثاني : سلمنا لكم صحة هذه الأحاديث ولكنها تدل على حل ما فوق الإزار لا على تحريم غيره وقد يترك النبي ε بعض المباح تقذرا كتركه أكل الضب والأرنب . (٢)

الوجه الثالث : إن غاية ما تفيده هذه الأحاديث أنها مفهوم وهذا المفهوم يعارضه حديث أنس " اصنعوا كل شيء إلا النكاح " (٣) والمنطوق مقدم على المفهوم لأنه أقوى (٤)

الجواب على هذه المناقشة : يجاب على هذه المناقشة بجوابين :

الأول : لا نسلم لكم أن دليلنا مفهوم بل يحتمل أن يكون منطوقا فإن السائل سأل عن جميع ما يحل له من امرأته الحائض فقوله ε: " لك ما فوق الإزار " معناه : جميع ما يحل لك ما فوق الإزار ليطابق الجواب السؤال

الجواب الثاني : سلمنا أنه مفهوم ولكن هذا المفهوم أقوى من المنطوق لأنه يدل على المفهوم بطريق اللزوم لوجوب مطابقة جوابهε لسؤال السائل ولو كان هذا المفهوم غير مراد لم يطابق فكان ثبوته واجبا من اللفظ على وجه لا يقبل تخصيصا ولا تبديلا لهذا المعارض والمنطوق من حيث هو منطوق يقبل ذلك فلم يصح الترجيح في خصوص المادة بالمنطوقية ولا المرجوحية وقد كان فعله εعلى ذلك فكان لا يباشر إحداهن وهي حائض حتى يأمرها أن تأتزر . (٥)

٤ ــ لا نسلم لكم أن مباشرة النبي ε فوق الإزار تدل على حرمة المباشرة تحت الإزار لأن مباشرة النبي ε فوق الإزار محمولة على الاستحباب جمعا بين قوله وفعله (٦)

٥ ــ سلمنا لكم أن مباشرة ما تحت الإزار ممنوعة ولكن المراد بالإزار هنا هو الفرج بعينه ونقلوه عن اللغة وأنشدوا فيه شعرا وهو مشهور أنهم يكنون بالفرج عن الإزار قال الأخطل :

قوم إذا حاربوا شدوا مآزرهم دون النساء ولو باتت بأطهار (٧)

ومن ثم فليست مباشرة النبي ε فوق الإزار تفسيرا للإزار في الأحاديث المذكورة بل هي محمولة على الاستحباب (٨)

---

(١) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٨٠ /١٨١

(٢) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦١

(٣) سبق تخريجه

(٤) التقرير والتحبير ، جـ١ ،صـ٣٥٠

(٥) بدائع الصنائع ، جـ١ ،صـ٢٠٨

(٦) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣

(٧) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٢

(٨) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٣ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ١ ،صـ٤٧٢

(٣٣١)

الجواب عن هذه المناقشة :

إن الإزار حقيقة فيما تأتزر يه المرأة من لباس يستر عورتها مجاز في غيره والأصل في الكلام أن يحمل على الحقيقة ما أمكن حتى يقوم دليل على المجاز(١)

ثالثا ــ من المعقول :
إن في القول بالحرمة سدا للذريعة لأن الحوم حول الحمى مظنة الوقوع فيه لما ثبت في الصحيحين من حديث النعمان بن بشير مرفوعا بلفظ : " من رتع حول الحمى يوشك أن يواقعه " (٢)

(ج) أدلة الرأي الثالث :
يمكن أن يستدل لهذا الرأي القائل بجواز مباشرة الحائض فيما بين السرة والركبة إذا كان المباشر يملك إربه وبعدم الجواز إذا كان المباشر غير مالك لإربه بما استدل به القولان السابق ذكرهما على أنه تحمل أدلة الرأي القائل بحرمة المباشرة فيما بين السرة والركبة على ما إذا كان المباشر لا يملك إربه ولا يستطيع السيطرة على نفسه فهذا يقال بالحرمة في حقه لأن من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه
وتحمل أدلة الرأي الثاني القائل بجواز المباشرة بما بين السرة والركبة على ما إذا وثق المباشر بنفسه وكان مالكا لإربه

الرأي الراجح

من خلا ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة في حكم الاستمتاع من المرأة الحائض بما بين السرة والركبة يبدو لي أن الراجح في هذه المسألة هو الرأي الثالث القائل بجواز الاستمتاع بالحائض بما بين السرة والركبة إذا وثق المباشر بضبط نفسه عن الفرج لضعف شهوة أو شدة ورع أو كبر سن

أما إذا لم يثق المباشر بضبط نفسه عن الفرج لشدة شهوة أو لكونه شابا فهنا يتأتى القول بالتحريم لأن من حام حول الحمى يوشك أن يواقعه ولما في ترجيح هذا الرأي من إعمال أدلة الفريقين معا والإعمال أولى من الإهمال والله أعلم

---

(١) اللمع في أصول الفقه ، جـ١ ،صـ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط، الأولى ، ١٤٠٥ هـ /١٩٨٥ م ، المحصول ، ج٣ ،صـ٢٥٣ ، الإحكام للآمدي ، جـ٢ ،صـ٢٤١
(٢) صحيح البخاري ، جـ٢ ،صـ٧٢٣ ، صحيح مسلم ، جـ٣ ،صـ١٢١٩

الفرع الخامس : حكم مباشرة الحائض قبل التطهر

تحرير محل النزاع :
لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز مباشرة الحائض التي انقطع دمها وتطهرت بالاغتسال ولكنهم اختلفوا فيما لو انقطع دمها ولو لم تتطهر هل يجوز مباشرتها أو لا يجوز على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى أنه لا يجوز مباشرة الحائض التي انقطع دمها ما لم تتطهر

قال ابن المنذر : " هذا كالإجماع منهم " (٨) وقال أحمد بن محمد المروزي : " لا أعلم في هذا خلافا " (٩)

الرأي الثاني : ذهب أبو حنيفة (١٠) إلى أنه إذا انقطع دمها لأكثر الحيض وهو عشرة أيام حل له وطؤها وإن لم تغتسل وإن انقطع لدون ذلك لم يبح حتى تغتسل أو تتيمم

جاء في البناية " وإن انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل وكذا لو لم ينقطع (١١) وجاء في الهداية " وإن انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل لأن الحيض لا مزيد له على العشرة " (١٢)

سبب الخلاف في هذه المسالة :

قال ابن رشد : وسبب اختلافهم الاحتمال الذي في قوله تعالى : " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " (١٣) هل المراد به الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ؟

وقد رجح الجمهور مذهبهم بأن صيغة التفعل إنما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى : " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ " أظهر

---

(١) مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ٣٧٣ ، الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٧ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٥ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٠

(٢) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١١ ، العزيز شرح الوجيز ، جـ١ ،صـ٢٩٥ ، نهاية المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٣٣ ،شرح المنهج ، جـ١ ،صـ٢٤١

(٣) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤

(٤) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧١

(٥) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ ، السيل الجرار ، جـ١ ،صـ١٤٧

(٦) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠ ، المختصر النافع ، صـ٣٤

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٥٢ ، شرح النيل ، الموضع السابق

(٨) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤

(٩) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤

(١٠) البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧ /٢٠٨ ، الهداية ، جـ١ ،صـ٦٥٣

(١١) البناية في شرح الهداية ، جـ١ ،صـ٦٥٣

(١٢) ، الهداية ، جـ١ ،صـ٦٥٣ مطبوع بهامش البناية

(١٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والأظهر يجب المصير إليه حتى يدل الدليل على خلافه
وقد رجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن في قوله تعالى : " حَتَّى يَطْهُرْنَ " هو أظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر بالماء (١)
وعلى هذا فمن ذهب إلى أن المراد بالطهر هو التطهر بالماء قال : لا يجوز وطؤها حتى تغتسل وهم الجمهور
ومن ذهب إلى أن المراد بالطهر هو انقطاع دم الحيض قال : يجوز وطؤها وإن لم تغتسل إذا انقطع دمها لأكثر الحيض وهو أبو حنيفة
الأدلة :
(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بحرمة وطء الحائض حتى تتطهر بالكتاب والمعقول .
أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله " (٢)
قال ابن عباس في معنى قوله تعالى : " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ " أي اغتسلن وهذا واضح في اشتراط الطهارة قبل الجماع ولأن الله تعالى قال بعد ذلك : " إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ " (٣) فأثنى عليهم فيدل على أنه فعل منهم وفعلهم هو الاغتسال دون انقطاع الدم فشرط لإباحة الوطء شرطين : انقطاع الدم والاغتسال فلا يباح إلا بهما " (٤)
جاء في مغني المحتاج : " وما عدا ذلك من المحرمات غير ــ الصوم والطلاق ــ فهو باق إلى أن تطهر ... وأما الاستمتاع فلقوله تعالى : " ولا تقربوهن حتى يطهرن " وقد قريء بالتشديد والتخفيف في السبع وأما قراءة التشديد فصريحة فيما ذكر ، وأما التخفيف فإن كان المراد به أيضا الاغتسال كما قال ابن عباس وجماعة لقرينة قوله " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ " فواضح وإن كان المراد به انقطاع الحيض فقد ذكر بعده شرطا آخر وهو قوله " حَتَّى يَطْهُرْنَ " فلا بد منهما معا (٥)
ثانيا ــ من المعقول : إن الحائض ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض فكذلك يمنع وطؤها لأجل هذا الحدث وكذلك هي ممنوع وطؤها إذا انقطع دمها لأقل الحيض فيقاس عليه إذا انقطع دمها للأكثر
قال ابن قدامة : " ولأنها ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض فلم يبح وطؤها كما لو

---

(١) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٥٠
(٢) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)
(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)
(٤) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٦ /١٦٧ ، الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٧ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ /١٠٠٠ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٥

(٥) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠

(٣٣٤)

انقطع لأقل الحيض " (١)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بجواز وطء الحائض إذا انقطع دمها لأكثر الحيض دون أن تتطهر بالكتاب والمعقول

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ "

قال أبو حنيفة : إن معنى الآية الغاية في الشرط هو المذكور في الغاية قبلها فيكون قوله "حتى يطهرن " هو بمعنى قوله " يطهرن " مشددا بعينه ولكنه جمع بين اللغتين في الآية... ونحن نحمل كل واحدة منها على معنى فتحمل المخففة على ما إذا انقطع دمها للأقل فلا يجوز وطؤها حتى تغتسل لأنه لا يؤمن عوده وتحمل القراءة الأخرى على ما إذا انقطع دمها للأكثر فيجوز وطؤها وإن لم تغتسل (٢)

مناقشة هذا الاستدلال من وجوه :

الوجه الأول :

إن قولهم " إن الغية في الشرط هو المذكور في الغاية قبلها " غير مسلم قال ابن العربي : " إن ذلك ليس من كلام الفصحاء ولا ألسن البلغاء فإن ذلك يقتضي التكرار في التعداد وإذا أمكن حمل اللفظ على فائدة مجردة لم يحمل على التكرار في كلام الناس فكيف في كلام العليم الحكيم " (٣)

الوجه الثاني :

إن كل واحد منهما محمول على معنى دون معنى الأخر فيلزمهم إذا انقطع الدم ألا يحكم لها بحكم قبل أن تغتسل الرجعة وهو لا يقولون ذلك كما بيناه فهي إذا حائض والحائض لا يجوز وطؤها اتفاقا . (٤)

الوجه الثالث :

إن ما قالوه أيضا يقتضي إباحة الوطء عند انقطاع الدم للأكثر وما قلناه يقتضي بالحظر وإذا تعارض ما يقتضي وما يقتضي الإباحة ويغلب باعثاهما غلب باعث الحظر كما قال علي وعثمان في الجمع بين الأختين بملك اليمين أحلتهما آية وحرمتهما أخرى والتحريم أولى . (٥)

ثانيا ــ من المعقول :

إن المرأة الجنب كما لا تمنع الجنابة وطأها مع وجوب الغسل عليها فكذلك الحائض لا تمنعها الجنابة من الجماع مع كون الغسل واجبا عليها

جاء في المغني " .. وقال أبو حنيفة وإن انقطع دمها لأكثر الحيض حل وطؤها .. لأن وجوب الغسل لا يمنع من الوطء بالجنابة " (٦)

---

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤

(٢) العناية على الهداية ، جـ١ ،صـ٦٥٣
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٦ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠١ /١٠٠٢
(٤) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٦
(٥) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠١ /١٠٠٢
(٦) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤

(٣٣٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم القياس على الجنابة لأنه قياس غير سليم قال ابن قدامة : " وما ذكروه من المعنى منقوض بما إذا انقطع دمها لأقل الحيض ولأن حدث الحيض آكد من حدث الجنابة فلا يصح قياسه عليه " (١)

الرأي الراجح

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي أن رأي جمهور الفقهاء الذي يرى عدم جواز وطء الحائض قبل أن تطهر هو الراجح لأن العرب تقول في معنى لا تقرب بالفتح أي لا تلبس بالفعل ، وبالضم لا تدن منه (٢)
قال ابن العربي سمعت الشاشي في مجلس النظر يقول : " إذا قيل لا تقرب بفتح الراء كان معناه لا تلبس بالفعل وإن كان بضم الراء كان معناه لا تدن منه (٣)
ومما يؤيد هذا الرأي ويرجحه ما جاء في مصحف أنس ابن مالك " ولا تقربوا النساء في محيضهن واعتزلوهن حتى يطهرن " وفي مصحف أبي وعبد الله " يتطهرن " ورجح الطبري قراءة تشديد الطاء وقال هي بمعنى يغتسلن لإجماع الجميع على أن حراما على الرجل أن يقرب امرأته بعد انقطاع الدم حتى تطهر(٤)
وأما ما استند إليه أبو حنيفة من أدلة فلم تقو على مواجهة أدلة الجمهور وأمكن مناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم قبولها والتعويل عليها

والله أعلم

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٤
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٤
(٣) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٠
(٤) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٠

الفرع السادس : المراد بالطهر

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في أن المرأة التي انقطع عنها دم الحيض واغتسلت أنه يحل وطؤها وإنما وقع الخلاف بينهم فيما لو لم تغتسل المرأة بأن تيممت أو توضأت أو غسلت فرجها هل يعد ذلك تطهرا يحلها لزوجها أو لا ؟

قال الطبري : " وإنما الخلاف في الطهر ما هو ؟ فقال قو هو الاغتسال بالماء وقال قوم هو وضوء كوضوء الصلاة وقال قوم : هو غسل الفرج وذلك يحلها لزوجها وإن لم تغتسل من الحيضة " (١)

آراء الفقهاء في هذه المسالة :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على خمسة آراء :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) إلى أن المراد بالطهر في قوله تعالى :" فإذا تطهرن " هو الاغتسال بالماء كطهور الجنب وبه قال ابن عباس والزهري وربيعة والليث وإسحاق وأبو ثور والطبري ومحمد بن مسلمة وأهل المدينة وغيرهم (٨)

قال الخرقي :" فإن انقطع دمها فلا توطأ حتى تغتسل " ثم قال ابن قدامة تعليقا على ذلك : " وجملته أن وطء الحائض قبل الغسل حرام وإن انقطع دمها في قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر هذا كالإجماع منهم وقال أحمد بن محمد المروزي : لا أعلم في هذا خلافا " (٩)

الرأي الثاني : ذهب أبو حنيفة إلى أن المراد بالطهر هو الاغتسال أو التيمم وذلك إذا انقطع دم الحيض لأقل المدة قال أبو حنيفة : " إن انقطع الدم لأكثر الحيض حل وطؤها وإن انقطع لدون ذلك لم يبح حتى تغتسل أو تتيمم أو يمضي عليها وقت صلاة " (١٠)

(١) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٠/ ١٠٠١

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٥ ، مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ٣٧٣ ، التاج والإكليل ، جـ١ ،صـ٣٧٤ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠١
(٣) العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٥ ، نهاية المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٣٣ ، شرح المنهج ، جـ١ ،صـ٢٤١ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١١ ،
(٤) المغني ، جـ١ ، صـ٤٦٤ ،
(٥) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ ، الروض النضير ، جـ١ ،صـ١٤٧
(٦) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠ ،
(٧) شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥١
(٨) المغني ، جـ١ ، صـ٤٦٤ ،القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠١ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٥
(٩) المغني ، جـ١ ، صـ٤٦٤
(١٠) البناية شرح الهداية ، جـ١ ،صـ٦٥٢ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٥

الرأي الثالث : ذهب يحيى بن بكير ومحمد بن كعب القرظي إلى أنه إذا طهرت الحائض وتيممت حيث لا ماء حلت لزجها وإن لم تغتسل (١)

الرأي الرابع : ذهب مجاهد وعكرمة وطاووس إلى أن انقطاع دم الحائض يحلها لزوجها ولكن بأن تتوضأ (٢) وبه قال الإمامية مع الكراهة (٣)

الرأي الخامس : ذهب الظاهرية (٤) إلى أن التطهر الذي تحل به المرأة لزوجها هو الغسل أو التيمم أو الوضوء أو غسل الفرج فإذا فعلت واحد مما سبق حل وطؤها قال ابن حزم : " وأما وطء زوجها أو سيدها لها إذا رأت الطهر فلا يحل إلا بأن تغسل جميع رأسها وجسدها بالماء أو بأن تتيمم إن كانت من أهل التيمم فإن لم تفعل فبأن تتوضأ وضوء الصلاة فإن لم تفعل فبأن تغسل فرجها بالماء ولا بد أي هذه الوجوه الأربعة فعلت حل وطؤها " (٥)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أن لفظ الطهر لفظ مشترك بين الغسل والتيمم والوضوء وغسل الفرج .

قال ابن حزم : " وقوله تعالى : " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ " هو صفة فعلهن وكل ما ذكرنا يسمى في الشريعة واللغة تطهرا وطهورا وطهرا فأي ذلك فعلت فقد تطهرت قال تعالى : " فِيهِ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُطَّهِّرِينَ" (٦)

فجاء النص والإجماع بأنه غسل الفرج والدبر بالماء وقال عليه الصلاة والسلام : " جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا " (٧) فصح أن التيمم للجنابة وللحدث طهور وقال تعالى: " وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا" (٨) وقال عليه السلام :" لا يقبل الله صلاة بغير طهور " (٩) يعني الوضوء (١٠)

وعلى هذا فمن ظهر له أن معنى قوله تعالى : " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ " أظهر في الغسل فقد رجح هذا الاحتمال كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء

---

(١) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠١
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٥، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠١
(٣) جاء في شرائع الإسلام " .. إذا طهرت جاز لزوجها وطؤها قبل الغسل على كراهية " جـ ١ ،صـ٧٧
(٤) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧١
(٥) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧١
(٦) سورة التوبة ، آية : (١٠٨)
(٧) صحيح البخاري ، جـ١ ،صـ١٦٨ ، برقم ٤٢٧ ، سنن الترمذي ، جـ٢ ،صـ١٣١ ، برقم ٣١٧ ، مجمع الزوائد ، جـ٨ ،صـ٢٥٨ .
(٨) سورة المائدة ، آية : (٦)
(٩) صحيح ابن خزيمة ، جـ١ ،صـ٨ ، صحيح ابن حبان ، جـ٤ ،صـ٦٠٤ ، برقم ١٧٠٥ ، سنن الدارمي ، جـ١ ،صـ١٨٥
(١٠) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٢

ومن لم يترجح لديه احتمال على آخر قال : إن التطهر يقع بفعل واحد مما يقع عليه لفظ التطهر لا سيما وأنه ليس ثمة مرجح لأحد الاحتمالات على الآخر ومن ثم فإن التطهر يحصل بكل المعاني والاحتمالات التي يشملها لفظ التطهر كما ذهب إلى ذلك ابن حزم ومن وافقه .

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه ابن حزم ومن نحا نحوه من أن التطهر الذي تحل به المرأة لزوجها يتحقق بكل من الاغتسال والتيمم والوضوء وغسل الفرج لأن لفظ الطهر يشمل ذلك كله وليس ثمة رجح لأحد هذه المعاني على الآخر

قال ابن حزم : " ولو أن الله تعالى أراد بقوله " تطهرن " بعض ما يقع عليه اللفظ دون بعض لما أغفل رسول الله ε بيان ذلك فلما لم يخص عليه الصلاة والسلام ذلك وأحالنا على القرآن أيقنا قطعا بأن الله عز وجل لم يرد بعض ما يقتضيه اللفظ دون بعض فإن قالوا قولنا أحوط قلنا : حاشا لله بل الأحوط ألا يحرم عليه ما أحله الله عز وجل من الوطء بغير يقين " (١)

الفرع السابع : حكمن تطهر الكتابية لزوجها المسلم

تقدم القول بأن المرأة المسلمة التي انقطع عنها دم الحيض أو النفاس يجب عليها التطهر قبل أن يجامعها زوجها المسلم ولكن يبدو فرض آخر مؤداه هل يجب على المرأة الكتابية التطهر قبل أن يجامعها زوجها المسلم أو لا ؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :
الرأي الأول : ذهب الشافعية (٢) والحنابلة في إحدى الروايتين (٣) والمالكية في رواية ابن القاسم (٤) إلى أن المرأة الكتابية يجب عليها الاغتسال حتى تحل لزوجها المسلم فإن امتنعت أجبرها عليه لتوقف حقه في الاستمتاع بها على الغسل
جاء في المغني " وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو مملوكة " (٥)

---

(١) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٤
(٢) نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ٢٩٢ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٣١٢ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٣ ،صـ٢٥٢ ، حاشية عميرة على المنهاج ، جـ٣ ،صـ٢٥٢ ، تحفة المحتاج ، جـ٧ ،صـ٣٢٤ /٣٢٥ ، حواشي الشرواني وابن القاسم ، جـ٧ ،صـ٣٢٤ /٣٢٥ ، حاشية الجمل ، جـ٥ ،صـ١١٩ ، شرح المنهج ، جـ٥ ،صـ١٩٧
(٣) المغني ، جـ٩ ،صـ٦٩٤ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧٠٥
(٤) الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٨ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٢ ، مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ٣٧٣ ، البيان والتحصيل ، جـ١ ،صـ١٢١
(٥) المغني ، جـ٩ ،صـ٦٩٤

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (١) والمالكية في رواية أشهب (٢) والحنابلة في الرواية الثانية للإمام أحمد (٣) والإمامية (٤) إلى أن المرأة الكتابية لا تجبر على الاغتسال من الحيض والنفاس
جاء في الفتاوى الهندية " وله أن يجبرها على الغسل من .. الحيض والنفاس إلا أن تكون ذمية " (٥)

الأدلة :
(أ) أدلة الرأي الأول : استدل أصحاب الرأي الأول القائلون بوجوب اغتسال الكتابية لزوجها المسلم بالكتاب والمعقول
أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللَّهُ " (٦)
وجه الدلالة :
هذه الآية عامة في وجوب تطهر المرأة لزوجها قبل الجماع ولم تخص مسلمة دون غيرها ومن ثم فيجب على المرأة الكتابية التطهر قبل أن يجامعها زوجها المسلم

عملا بعموم هذه الآية وفي هذه الحالة تقوم نيته مقامها حيث ينوي عنها الوجوب قبل الغسل كما ينوي المغسل عن الميت . (٧)

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بأن الغسل الذي هو شرط المعاشرة الزوجية هو الغسل الشرعي وهو متعذر منها لأنها لا تنوي الوجوب ، وبأن غسل الميت فعل الناوي فلذلك صحت نيته فإن نية الإنسان فإنما تخصص فعله دون فعل غسل غيره وغسل الذمية ليس فعل الزوج فنيته له كنيته لصلاة غيره ، وأما غسل الميت ففعل الناوي فظهر الفرق وعلم أن الممكن من الذمية ليس هو شرط الوطء ، وشرط الوطء ليس ممكنا منها حالة الكفر . (٨)

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم لكم أن الغسل الشرعي هو المراد ههنا لأن في غسل المرأة من الحيض والنفاس حقين : أحدهما لله تعالى لا يصح إلا بنية والآخر للزوج يصح بغير نية فكان له إجبارها في حق نفسه لا في حق الله تعالى

---

(١) الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٣٤١ ، شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ٥١٩

(٢) الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٨ ، القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٢ ، البيان والتحصيل ، جـ١ ،صـ١٢١ ،

(٣) الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧٠٥

(٤) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٢٦٥

(٥) الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٣٤١

(٦) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

(٧) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٢ ، الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٨

(٨) الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٨

قال الماوردي : " أما إجبار الذمية على الغسل من الحيض فهو من حقوق الزوج لأن الله تعالى حرم وطء الحائض حتى تغتسل بقوله : " وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ " فكان للزوج إذا منعه الحيض من وطئها أن يجبرها عليه ليصل إلى حقه منها فإن قيل : الغسل لا يصح عندكم إلا بنية قيل : في غسلها من الحيض حقان : أحدهما لله تعالى لا يصح إلا بنية والآخر للزوج يصح بغير نية فكان له إجبارها في حق نفسه لا في حق الله تعالى فلذلك أجزأ بغير نية (١)

ثانيا ــ من المعقول :

إن كمال حق الزوج في الاستمتاع بالمرأة يقف على الغسل من الحيض أو النفاس فإن امتنعت كان له إجبارها لأن النفس تعاف من لا يغتسل من الجنابة

قال ابن قدامة : " فأما الذمية ففيها روايتان : إحداهما له إجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة " (٢)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بأن الذمية لا تجبر على الاغتسال من الحيض قبل أن يطأها زوجها بقوله تعالى : " وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ " (٣)

قال القرطبي : " وهو الحيض والحمل وإنما خاطب الله عز وجل بذلك المؤمنات وقال : " لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ" (٤) وبهذا كان يقول محمد بن عبد الحكم وعلى هذا فلا تجبر الكتابية على الاغتسال من المحيض لأنها غير معتقدة لذلك (٥)

رأي الإمام القرافي :

قال الإمام القرافي : " وكشف الغطاء عن هذه المسألة أن نقول ..خطاب الشرع قسمان : خطاب وضع لا يفتقر إلى علم المكلف ولا قدرته ولا إرادته ولا نيته وهو الخطاب بالأسباب والشروط والموانع . وخطاب تكليف يفتقر إلى ذلك .. والغسل من الحيض فيه لله تعالى خطابان : خطاب وضع من جهة أنه شرط وخطاب تكليف من جهة أنه عبادة والخطاب الثاني هو المحتاج إلى النية فعدم النية يقدح فيه دون الأول فيبطل كون هذا الغسل عبادة ويبقى كونه شرطا ولا يلزم إباحة المسلمة إذا اغتسلت من غير نية لأنها مكلفة بخلاف الذمية وكان الأصل إباحتها خولف الدليل ثمت فيبقى ههنا على مقتضى القاعدة " (٦)

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٣١٢
(٢) الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧٠٥
(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٨)
(٤) سورة البقرة ، آية : (٢٥٦)
(٥) القرطبي ، جـ١ ،صـ١٠٠٢
(٦) الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٨

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء وأدلتهم في هذه المسألة ومن خلال ما تقدم من أن لفظ الطهر الوارد في قوله تعالى " فَإِذَا تَطَهَّرْنَ " يشمل الاغتسال والتيمم والوضوء وغسل الفرج وليس ثمة مرجح لأحد هذه الاحتمالات على الآخر فإن التطهر المأمور به في الآية الكريمة يحصل بكل المعاني والاحتمالات التي يشملها

لفظ التطهر كما ذهب إلى ذلك ابن حزم الظاهري ومن وافقه وقد تقدم ترجيح هذا الرأي عند بيان خلاف الفقهاء في المراد بالطهر

وإذا كانت العلة من النهي عن الجماع في الحيض هي كونه أذى فإن المرأة الكتابية يمكنها أن تطهر نفسها بغسل الفرج وتنظيفه وبذلك يحصل المقصود من التطهر الذي دعت إليه الآية الكريمة كما أن فيه إزالة للأذى لا سيما وأنه ليس هناك ثمة مرجح لأحد الاحتمالات المذكورة في المراد بالتطهر على الآخر

كما أن المرأة الكتابية ليست مخاطبة بشريعتنا وغير معتقدة لهذا الفعل وهو الغسل فلا يمكن إلزامها به وإكراهها عليه لأنه " لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ" (١) وعلى هذا فإن في القول بغسلها للفرج تيسيرا عليها وعدم إلزام لها بما هي ليست معتقدة له

والله أعلم

---

(١) سورة البقرة ، آية : (٢٥٦)

(٣٤٢)

الفرع الثامن : حكم وطء المستحاضة

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب علي المستحاضة أن تصلي وأن تصوم في الزمن المحكوم علية بأنه طهر(١) ولكنهم اختلفوا في حكم وطئها هل يجوز أولا ؟ علي ثلاثة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) ورواية عند الحنابلة (٥) والظاهرية (٦) والزيدية (٧) والامامية (٨) والإباضيه (٩) إلي جواز وطء المستحاضة في الزمن لمحكوم علية بأنه طهر

الرأي الثاني : ذهب بعض الإباضية (١٠) و النخعي والحكم وابن سيرين والسيدة عائشة (١١) إلي أن المستحاضة لا يأتيها زوجها

الرأي الثالث : روى عن الإمام أحمد أن المستحاضة لا يأتيها زوجها إلا أن يطول ذلك بها أو يخاف علي نفسه (١٢)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

قال ابن رشد " وسبب اختلافهم هل إباحة الصلاة لها ــ أي المستحاضة ــ هي رخصة لمكان تأكيد وجوب الصلاة أم إنها أبيحت لها الصلاة لأن حكمها حكم الطاهر ؟ فمن رأي ذلك رخصة لم يجز لزوجها أن يطأها ومن رأي ذلك لأن حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهي بالجملة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان (١٣)

---

(١) الفواكه الدواني ،جـ١، صـ١٤٠ ،بداية المجتهد ، جـ١، صـ٥٤

(٢) حاشية ابن عابدين ،جـ١،صـ٣٢٢

(٣) الفواكه الدواني ،جـ١، صـ١٤٠ ، بداية المجتهد ، جـ١، صـ٥٤ ، الذخيرة ،جـ١، صـ٣٩٠

(٤) المجموع ،جـ٢، صـ٣٩٩ ، مغني المحتاج ،جـ١، صـ١١٢، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، صـ٤١٥ وما بعدها ، دار النشر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م

(٥) المغني،جـ١، صـ٤٦٥،الإنصاف ،جـ١،صـ٣٥٧

(٦) المحلي ،جـ٢ ، صـ ٢١٧ /٢١٨

(٧) البحر الزخار ،جـ١، صـ١٤٤، السيل الجزار،جـ١، صـ١٤٨/١٤٩ ، نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٤

(٧) شرائع الإسلام ،جـ١، صـ٩١/٩٢ ، المختصر النافع ، صـ٣٤/٣٥

(٩) شرح النيل وشفاء العليل ،جـ١،صـ٣٤٨/٣٤٩

(١٠) شرح النيل وشفاء العليل ،جـ١،صـ٣٤٨/٣٤٩

(١١) المجموع ،جـ٢، صـ٣٩٩ /٤٠٠ ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، صـ٤١٥ وما بعدها ، نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٤

(١٢) المغني ،جـ١، صـ٤٦٥ ، الإنصاف ،جـ١، صـ٣٥٧

(١٣) بداية المجتهد ،جـ١، صـ٥٤

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : ــ استدل القائلون بجواز وطء المستحاضة بما يلي : ــ

أولا من الكتاب : ــ قولة تعالي " وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ " (١) والمستحاضة طاهر لأنها مأمورة بالصلاة التي هي أعظم فلو لم تكن طاهرا لما جازلها أن تصلي لكنها خوطبت بالصلاة فدل ذلك علي كونها طاهر وإذا ثبت كونها طاهرا جاز وطؤها للآية السابقة (٢)

ثانيا من السنة بما يلي : ــ

١ ــ بما روي عن عكرمة عن حمنة بنت جحش أنها كانت تستحاض وكان زوجها يجامعها (٣)

٢ ــ بما روي عنه ــ أيضا ــ قال كانت أم حبيبة تستحاض وكان زوجها يغشاها (٤)

وجه الدلالة :

إن أم حبيبة كانت زوجة لعبد الحمن بن عوف وكانت حمنة تحت طلحة بن عبيد الله وقد سألتا عن أحكام المستحاضة رسول الله ε فلو كان جماعهما حراما لبينه لهما ε فدل ذلك علي كونه مباحا (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

إن الاحتجاج بالروايتين السابقتين عن عكرمة فيه نظر لأن غاية ما تفيدانه أنهما فعل صحابي ولم ينقل فيه التقرير من النبيε ولا الإذن له بشيء ومن ثم فلم يكن في هذا حجة (٦)

ثالثا ــ من المعقول من وجوه : ــ

الأول :

إن التحريم إنما يثبت بدليل ولم يرد في ذلك شرع يقتضي المنع فدل ذلك علي الإباحة (٧)

الوجه الثاني :

إن المستحاضة كالطاهر في الصلاة والصوم والاعتكاف والقراءة وغيرها فكذا في الوطء (٨)

---

(١) سورة البقرة آية (٢٢٢)

(٢) الذخيرة ،جـ١، صـ٣٩٠

(٣) سنن أبي داود ،جـ١،صـ١٣٦ ، برقم ٣١٠ ، سنن البيهقي الكبرى ،جـ١، صـ٣٢٩، برقم ١٤٥٩

(٤) سنن البيهقي الكبرى ،جـ١، صـ٣٢٩، برقم ١٤٥٨

(٥) المغني ،جـ١، صـ٤٦٥ ،الشرح الكبير ،جـ١، صـ٤٨٢/٤٨٣ ،نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٤

(٦) نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٤

(٧) نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٤ ، المجموع ،جـ٢، صـ٤٠٠
(٨) المجموع ،جـ٢، صـ٤٠٠

(٣٤٤)

الوجه الثالث :

إن دم الاستحاضة دم عرق فلا يمنع من الوطء كالناسور ونحوه قال النووي : " ولأنه دم عرق فلم يمنع الوطء كالناسور " (١)

الوجه الرابع :

ما ذكره الإمام القرافي بقوله : " ولأن مطلق المستحاضة لا يجبر على الرجعة فتوطأ قياسا على موضع الإجماع " (٢)

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بعدم جواز وطء المستحاضة بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" (٣) والمستحاضة بها أذى وهو الدم الخارج منها فيحرم وطؤها كالحائض لأن الحق سبحانه أمر باعتزالهن عقب الأذى مذكورا بفاء التعقيب ولأن الحكم إذا ذكر مع وصف يقتضيه ويصلح له علل به كقوله تعالى : " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا " (٤) والأذى يصلح أن يكون علة فيعلل به فهو موجود في المستحاضة فيثبت التحريم في حقها (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال النووي : " والجواب عن قياسهم على الحائض : إنه قياس يخالف ما سبق من دلالات الكتاب والسنة فلم يقبل ولأن المستحاضة لها حكم الطاهرات في غير محل النزاع فوجب إلحاقه بنظائره لا بالحيض الذي لا يشاركه في شيء (٦)

ثانيا ــ من الأثر : بما روى الخلال عن عائشة أنها قالت : " المستحاضة لا يغشاها زوجها " (٧)

فقد أفاد هذا الأثر الوارد عن السيدة عائشة عدم جواز مباشرة المستحاضة فدل ذلك على التحريم

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش الاستدلال بالأثر السابق المروي عن السيدة عائشة بما ذكره البيهقي وغيره أن النقل عن السيدة عائشة ليس بصحيح عنها بل هو قول الشعبي أدرجه بعض الرواة في حديثها (٨)

(ج) استدلال الرأي الثالث : القائل بعدم جواز وطء المستحاضة إلا أن يطول ذلك بها أو يخاف على نفسه فيمكن أن يستدل لهذا الرأي على عدم الجواز بما استدل به أصحاب الرأي الثاني

---

(١) المجموع ،جـ٢، صـ٤٠٠
(٢) الذخيرة ،جـ١، صـ٣٩٠
(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٢٢)

(٤) سورة المائدة ، آية : (٣٨)
(٥) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٥
(٦) المجموع ، جـ٢ ،صـ٤٠٠
(٧) نيل الأوطار ،جـ١ ،صـ٢٨٤ ، المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٥
(٨) المجموع ، جـ٢ ،صـ٤٠٠

أما الاستدلال على التفريق بين الطول وعدمه فبالاستحسان كما قال ابن رشد (١)

مناقشة استدلال هذا الرأي :

يمكن مناقشة هذا الرأي بما يلي :

١ ــ إن هذه التفرقة لا دليل عليها فلا تكون مقبولة

٢ ــ على فرض استنادهم في هذه التفرقة إلى الاستحسان كما قال ابن رشد : " وأما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان (٢) فإن الاستحسان ليس دليلا شرعيا معتبرا كما قال الإمام الشافعي : " من استحسن فقد شرع " (٣)

٣ ــ على فرض التسليم بأن الاستحسان دليل شرعي معتبر فإنما يكون العمل به حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة وقد وجد وهو قوله : " حَتَّى يَطْهُرْنَ " والمستحاضة طاهر طالت المدة أو لم تطل ومن ثم فيجوز وطؤها

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء في هذه المسألة وبيان أدلة كل فريق يبدو لي أن الرأي الراجح في هذه المسالة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بجواز وطء المستحاضة وذلك نظرا لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما ورد عليها من مناقشة أمكن دفعها

وما استند إليه المخالف من أدلة أمكن مناقشتها مناقشة تؤدي إلى بطلانها وعدم التعويل عليها والاعتداد بها الأمر الذي يؤدي إلى الاطمئنان إلى ترجيح الرأي الأول والعمل بمقتضاه

والله أعلم

(١) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٥٤
(٢) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٥٤
(٣) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٤٠٢ ،الإحكام ، جـ٤ ،صـ١٦٢ ، المستصفى ، جـ١ ،صـ١٧١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٣ هـ ، روضة الناظر وجنة المناظر ، جـ١ ،صـ١٦٨ ، الناشر ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، ط ، الثانية ، ١٣٩٩ هـ

(٣٤٦)

المطلب الثاني
الآثار الفقهية المترتبة على مباشرة الحائض

وفيه فروع :

الفرع الأول : التعـــــــزير

الفرع الثاني : الكفـــــــارة

الفرع الثالث : حكم التفريق بين الزوجين

****

الفرع الأول : التعزير

تقدم القول بحرمة إتيان الحائض لما فيه من الأذى اللاحق بالرجل والمرأة على السواء كما أن في إتيان الحائض عصيانا لأوامر الله عز وجل وهذه المعصية لم ينص الشارع على عقوبة محددة

لمرتكبها ومن ثم فالواجب هنا هو التعزير لمرتكب هذا الفعل بما

يزجره عن معاودة هذا العمل المؤثم (١)

****

الفرع الثاني : الكفارة

وفيه أغصان :

الغصن الأول : آراء الفقهاء في كفارة المباشرة في الحيض
الغصن الثاني : المـــراد بالكفارة
الغصن الثالث : مقدار الكفـــــارة

الغصن الرابع : حكـــــم وجـــــوب الكفارة علـــى المرأة

الغصن الخامس : حكم وجوب الكفارة على من باشر زوجته
بعـــد انقطـــاع الدم وقبـــل الاغتســـــــال
الغصن السادس : حكم وجوب الكفارة على الجاهل والناسي والمكره

---

(١) يراجع مطلب التعزير بشيء من التفصيل في الباب الأول ، صـــ٥٥ /٥٧

الغصن الأول

آراء الفقهاء في كفارة المباشرة في الحيض

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة وطء الحائض فإنه يجب علـــى مـــن وطـــيء زوجته حائضا أن يستغفر الله عز وجل وأن يتوب إليه من هذه العصية ولكنهم اختلفوا فيما يجب على من وطيء زوجته في الحيض وهو عالم بالحرمة فهل يجـــب عليـــه كفارة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعي في الجديد (٣) والحنابلة في إحدى الروايتين عن الإمام أحمد (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) ورواية عند الإمامية (٧) إلى أنه ليس على من جامع زوجته حائضا كفارة وإنما يجب عليه أن يتوب ويستغفر الله ولا شيء عليه

قال النووي :" الصحيح الجديد لا يلزمه كفارة بل يعزر ويستغفر الله ويتوب " (٨)

وقال القرطبي : " واختلفوا في الذي يأتي امرأته وهي حائض ماذا ؟ عليه فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وهو قول ربيعة ويحي ابن سعيد وبه قال داود (٩)

الرأي الثاني : ذهب الشافعي في القديم (١٠) والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه (١١) ورواية عند الإمامية (١٢) والإباضية (١٣) إلى أنه يجب على من

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ١ ،صـ٣٢١ /٣٢٢ ، البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧ ، بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ١٧٨ ،

(٢) القرطبي ،جـ١ ،صـ٩٩٩ ،الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٧ ،بداية المجتهد ، جـ١ صـ٥١

(٣) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، نهاية المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٣٢ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١١ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٥ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٤ ،

(٤) المغني ،جـ١ ،صـ٤٦١ ، الإنصاف، جـ١ ،صـ٣٣٠

(٥) المحلى ، جـ١ ،صـ١٨٧

(٦) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٨٠

(٧) المختصر النافع ، صـ٣٤ ، شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠

(٨) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٥

(٩) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩

(١٠) العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٦ ، المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠

* في نسبة هذا القول إلى الشافعي في مذهبه القديم نظر : قال الماوردي : قال الشافعي في القديم : إن صح هذا الحديث قلت به لأنه واقف فيه فكان أبو حامد الإسفراييني وجمهور البغداديين يجعلونه قولا في القديم ومذهبا " الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٤

(١١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦١ ، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠

(١٢) المختصر النافع ، صـ٣٤ ،، قال الشيخ الحلي:" وفي وجوب الكفارة بوطئها على الزوج روايتان :أحوطهما الوجوب"شرائع الإسلام،ج١،صـ٨٠ ،مسالك الأفهام ، ج١ ،صـ١٤١ /١٤٢

(١٣) كتاب النيل ، جـ١ ،صـ٣٥١ قال الشيخ الثميني : " وجوز بينهما في مطاوعة دينار"

جامع زوجته في الحيض كفارة وإلى هذا الرأي ذهب ابن عباس والحسن البصري وسعيد بن جبير وقتادة والأوزاعي وإسحاق (١)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

قال ابن رشد : " وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الأحاديث الواردة في ذلك أو وهيها وذلك أنه روي عن ابن عباس عن النبي ε في الذي يأتي امرأته وهي حائض أنه يتصدق بدينار وروي عنه بنصف دينار وكذلك وري أيضا في

حديث ابن عباس هذا أنه إن وطيء في الدم عليه دينار وإن وطيء في انقطاع الدم فنصف دينار وروي في هذا الحديث بخمسي دينار " (٢)
وبه قال الأوزاعي فمن صح عنده شيء من هذه الأحاديث صار إلى العمل به ومن لم يصح عنده شيء منها وهم الجمهور عمل على الأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت الدليل ." (٣)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بعدم وجوب الكفارة على من جامع زوجته حائضا بالسنة والأثر والقياس

أولا ــ السنة بما يلي :

١ ــ قوله ε فيما روته فاطمة بنت قيس " ليس في المال حق سوى الزكاة " (٤)
فقد أفاد هذا الحديث بعمومه عدم وجوب شيء في مال المسلم سوى ما أوجبه الله عز وجل فيه من الزكاة ومن ثم فلا يجب على من جامع زوجته حائضا كفارة

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بأن هذا الحديث عام قد خصصه حديث ابن عباس الذي رواه عن النبي ε في الذي يأتي امرأته وهي حائض أنه يتصدق بدينار " (٥) فهذا الحديث قد خصص عموم الحديث السابق والقاعدة أن العام يحمل على الخاص ويبنى عليه وإن كان متأخرا عنه (٦)

٢ ــ قوله ε: " من أتى كاهنا فصدقه بما قال أو أتى امرأة في دبرها أو أتى حائضا فقد كفر بما أنزل على محمد " (٧)

---

(١) نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٧٨ ، الذخيرة ، جـ١ ،صـ٣٧٧
(٢) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٤٦ ،برقم ٩٠٩٨ /١ ، سنن الترمذي ، جـ١ ،صـ٢٤٥ ، برقم ١٤٦ /١٣٧ ، ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٢١٠ ، برقم ٦٤٠ ، الدار قطني ،جـ٣ ،صـ٢٨٧ ، برقم ١٥٦ ، النسائي ، جـ١ ،صـ١٢٥ ، الفتح الرباني ، جـ٢ ،صـ١٥٦ /١٥٧ ، فيض القدير ، جـ١١ ،صـ٥٥٦٩ ، برقم ٨٢٩١
(٣) بداية المجتهد ، جـ١ ،صـ٥١
(٤) سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٥٧٠ ،برقم ١٧٨٩ ، فيض القدير ،جـ٥ ،صـ٣٧٥
(٥) سبق تخريجه
(٦) اللمع ، جـ١ ،صـ٣٥
(٧) سبق تخريجه

فهذا الحديث أفاد كفر من أتى امرأة حائضا مستحلا لهذا الفعل ولكنه لم يذكر كفارة لذلك ولو كانت هناك كفارة لبينها النبي ε ولكنه لم يفعل فدل ذلك على عدم وجوبها

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الحديث بأن عموم هذا الحديث قد خصصه حديث ابن عباس السابق فيحمل عليه

ثانيا ــ الأثر :

ما روي أن رجلا قال لأبي رضي الله عنه رأيت في منامي كأني أبول دما فقال : يوشك أن تطأ امرأتك وهي حائض قال : نعم استغفر الله ولا تعد(١) ولم يوجب عليه كفارة

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال من وجوه :

الوجه الأول :

إن الأثر المروي عن أبي بكر رضي الله عنه ما هو إلا قول صحابي فلا حجة فيه (٢)

الوجه الثاني :

سلمنا أنه حجة ولكن عند عدم وجود معارض أقوى منه وقد وجد وهو حديث ابن عباس السابق المروي عن النبيε (٣)

الوجه الثالث :

إن أبا بكر لم يوجب على الرجل الكفارة ولم يذكرها له ربما لأنه عالم بالحكم وربما لأن أبا بكر لم يصله حديث ابن عباس ومن ثم فعدم ذكر أبي بكر للكفارة لا يستدل به على عدم وجوبها

ثالثا ــ القياس :

وذلك بقياس الوطء في الحيض على الوطء في الدبر بجامع أن كلا منهما وطء محرم لأجل الأذى والوطء في الدبر لا كفارة فيه فكذلك الوطء في الحيض لاشتراكهما في نفس العلة وهي الأذى (٤)

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش الاستدلال بالقياس على الوطء في الدبر بأن شرط العمل بالقياس هو عدم وجود نص (٥) وقد وجد وهو حديث ابن عباس السابق ومن ثم فلا يقوى هذا القياس على معارضة الحديث السابق ذكره

---

(١) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٤

(٢) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٧٤ ، المسودة ، جـ١ ،صـ٣٣٧

(٣) نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٨٠

(٤) الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٤ قال الماوردي : " ولأن الوطء إذا حرم لأجل الأذى لم يوجب الكفارة كالوطء في الدبر " وقال ابن قدامة : " ولأنه وطء نهي عنه لأجل الأذى فأشبه الوطء في الدبر " المغني ، جـ١ ،صـ٤٦١ .

(٥) كشف الأسرار للنسفي ، جـ٢ ،صـ٢٣٨ ،إرشاد الفحول للشوكاني ،جـ، صـ٢٠٦

(ب) أدلة الرأي الثاني :

استدل القائلون بوجوب الكفارة على من جامع امرأته حائضا بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ε في الذي يأتي امرأته وهي حائض يتصدق بـــدينار أو بنصف دينار" رواه الخمسة قال أبو داود هكذا الرواية الصحيحة دينار أو نصـــف دينار " وفي رواية لأحمد " ان النبي ε جعل في الحائض تصاب دينارا فإن أصـــابها وقد أدبر الدم عنها ولم تغتسل فنصف دينار كل ذلك عن النبي ε" (١)

وجه الدلالة :

إن هذا الحديث على اختلاف رواياته يفيد وجوب الكفارة وهي التصدق بدينار أو نصفه على اختلاف الحال الذي أصابها فإن كان في أول الدم فدينار وإن كان فـــي آخره فنصف دينار

قال الشوكاني : " والحديث يدل على وجوب الكفارة على من وطيء امرأتـــه وهـــي حائض " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول :

إن هذا الحديث غير صحيح لأن به اضطرابا كثيرا في المتن والسند ومن ثـــم فلا تقوم به حجة

قال ابن حجر : " والاضطراب في هذا الحديث ومتنه كثير جدا " (٣)

الوجه الثاني :

إن هذا الحديث مختلف في رفعه ووقفه وإرساله ونحو ذلك

قال النووي : " قلت : واتفق المحدثون على ضعف حديث ابن عباس هذا واضطرابه وروي موقوفا ومرسلا وألوانا كثيرة .. وقد قال الشافعي في أحكام القـــرآن : " هـــذا حديث لا يثبت مثله " وقد جمع البيهقي طرقه وبين ضعفها بيانا شافيا وهو إمام متفق على إمامته وتحقيقه " (٤)

الجواب على هذه المناقشة من وجوه :

الوجه الأول :

الجواب عن دعوى الاضـــطراب قـــال الشـــوكاني : " ويجـــاب عنـــه ـــ أي الاضطراب في إسناد هذا الحديث ـــ بما ذكره أبو الحسن بن القطان وهو ممن قـــال بصحة الحديث . إن الإعلال بالاضطراب خطأ ، والصواب أن ينظر إلى كل روايـــة كل راو بحسبها ويعلم ما خرج عنه فيها فإن صح من طريق قبل ولا يضره أن يروى من طريق آخر ضعيفة فهم إذا قالوا روي : روي فيه بدينار وروي بنصـــف دينـــار وروي باعتبار صفات الدم وروي دون اعتبارها وروي باعتبـــار أول الحيض

---

(١) سبق تخريجه

(٢) نيل الأوطار ، جـــ١ ، صـــ٢٨٠

(٣) نيل الأوطار ، جـ١ ، صـ٢٨٠
(٤) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩١ ، نيل الأوطار ، جـ١ ، صـ٢٨٠/ ٢٨١

وآخـــره وروي دون ذلك وروي بخمسي دينار وهذا عند التدوين والتحقيق لا يضر " (١)

الوجه الثاني :

الجواب عن دعوى الاختلاف في رفعه ووقفه قال الشوكاني : " ويجاب عن دعوى الاختلاف في رفعه ووقفه بأن يحيى بن سعيد ومحمد بن جعفر وابن أبي عدي رفعوه عن شعبة وكذلك وهب بن جرير وسعيد بن عامر والنضر بن شميل وعبد الوهاب بن عطاء والخفاف وقال ابن سيد الناس : " من رفعه عن شعبة أجل وأكثر وأحفظ ممن وقفه " وأما قول شعبة أسنده إلى الحكم مرة ووقفه مرة فقد أخبر عن المرفوع والموقوف أن كلا عنده ثم لو تساوى رافعوه مع واقفيه لم يكن في ذلك ما يقدح فيه

قال أبو بكر الخطيب : " واختلاف الروايتين في الرفع والوقف لا يؤثر في الحديث ضعفا وهو مذهب أهل الأصول لأن إحدى الروايتين ليست مكذبة للأخرى والأخذ بالمرفوع أخذ بالزيادة وهي واجبة القبول " (٢)

الوجه الثالث :

قد صحح هذا الحديث الحاكم وابن القطان وابن دقيق العيد قال الحاكم : " وهو حديث صحيح " وقال الإمام أحمد : " ما أحسن حديث عبد الحميد عن مقسم عن ابن عباس فقيل : تذهب إليه قال : نعم " (٣)

من خلال ما تقدم يتضح صحة حديث ابن عباس الوارد في وجوب الكفارة على من جامع امرأته حائضا وصلاحيته للحجية وسقوط الاعتلالات الواردة عليه

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفريقين يبدو لي أن الرأي الأولى بالقبول هو الرأي الثاني القائل بوجوب الكفارة على من جامع امرأته حائضا نظرا لثبوت صحة حديث ابن عباس الذي استندوا إليه إذ إنه وارد في محل النزاع

أما ما استند إليه جمهور الفقهاء من أحاديث فهي عامة قد خصصها هذا الحديث ، كما أن المناقشات الواردة على حديث ابن عباس لم تضعفه وقد أمكن دفعها وردها

لاسيما أن هذا الحديث قد صححه الحاكم في المستدرك والإمام أحمد في مسنده الأمر الذي يجعل النفس تميل إلى هذا الرأي وترجيح العمل به والله أعلم

---

(١) نيل الأوطار ، جـ١ ، صـ٢٨٠
(٢) نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٠
(٣) نيل الأوطار ،جـ١، صـ٢٨٠ ، المجموع ،جـ٢، صـ٣٩١

الغصن الثاني : المراد بالكفارة

تقدم القول برجحان الرأي القائل بوجوب الكفارة علي من جامع امرأته حائضا ولكن أصحاب هذا الرأي اختلفوا يما بينهم في المراد بالكفارة علي ثلاثة آراء : ـ

الرأي الأول : ذهب الشافعي في القديم (١) والأمام أحمد في إحدى الروايتين (٤) إلي أن الكفارة الواجبة علي من جامع في الحيض هي أن يتصدق المجامع بدينار أو نصفه وقال الإمامية دينار في أول الدم ونصف في وسطه وربع في آخره (٣)

الرأي الثاني : ذهب الحسن البصري إلى أن كفارة الوطء في الحيض هي عتق رقبة ، وقد روي عنه أيضا أن الكفارة هي عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا وهذا هو المشهور عنه . (٤)

الرأي الثالث : ذهب سعيد بن جبير إلى أن الكفارة هي عتق رقبة (٥)

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بأن الكفارة الواجبة على من جامع في الحيض هي التصدق بدينار أو نصفه بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ε في الذي يأتي امرأته وهي حائض يتصدق بدينار أو نصف دينار (٦) فقد أفاد هذا الحديث أن الكفارة الواجبة على المجامع في الحيض هي دينار أو نصفه على حسب حال المجامع إن كان في أول الدم فدينار وإن كان في آخره فنصف دينار

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل الحسن البصري على أن كفارة الجماع في الحيض هي كفارة الجماع في نهار رمضان بالقياس وذلك بقياس الجماع في الحيض على الجماع في نهار رمضان بجامع أن كلا منهما وطيء فرجا حلالا في الأصل حراما بصفة ترد فتجب الكفارة وهي العتق أو الإطعام أو الصيام على المجامع في الحيض كما وجبت على المجامع في نهار رمضان

---

(١) العزيز ،جـ١، صـ٢٩٦/٢٩٧ ،المجموع ،جـ٢، صـ٣٩١ ،مغني المحتاج ،جـ١،صـ١١١ ،حاشية الجمل ،جـ١، صـ٢٤١ ، تحفة المحتاج ،جـ١، صـ٣٧٩/٣٨٠ ،حواشي الشرواني وابن القاسم ،جـ١ ، صـ٣٨٩/٣٩٠
(٢) المغني ، جـ١ ، صـ٤٦١ ، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠ /٣٣١
(٣) المختصر النافع ، صـ٣٤ ، شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠ ، مسالك الأفهام ، جـ١ ،صـ١٤١ /١٤٢
(٤) المحلى ، جـ ٢ ، صـ١٧٨ ، جاء في المجموع ، " وعن الحسن البصري عليه ما على المجامع في نهار رمضان وهذا هو المشهور عن الحسن وحكى ابن جرير عنه قال : يعتق رقبة أو يهدي بدنة أو يطعم عشرين صاعا " جـ٢ ،صـ٣٩١
(٥) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩١
(٦) سبق تخريجه

قال ابن حزم : " واحتج من أوجب عليه العتق أو الصيام أو الإطعام بقياسه على الوطء في نهار رمضان " (١)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول : إن هذا القياس مع الفارق فيكون باطلا

وبين الفرق : أن حرمة الوطء في نهار رمضان لحرمة الوقت ، وحرمة الوطء في الحيض للأذى ومن ثم فلا يصح الاحتجاج به (٢)

الوجه الثاني : إن هذا قياس في مقابلة نص وشرط العمل بالقياس عدم وجود نص وقد وجد فلا يعتد بهذا القياس (٣)

(ج) استدلال الرأي الثالث :

استدل القائلون بأن كفارة الجماع في الحيض عتق رقبة بما روي عن ابن أبي الوليد بن مسلم عن ابن جابر عن على بن بذيمة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رسول الله ε أمر رجلا أصاب حائضا بعتق نسمة (٤)

فقد أفاد هذا الحديث أن الكفارة الواجبة على من جامع في الحيض هي عتق رقبة لأن النبي ε أمر من جامع في الحيض بذلك فيكون هو الواجب

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا حديث ضعيف لا تقوم به حجة ومن ثم فهو غير صالح في الاستدلال به قال ابن حزم : " إن حديث الوليد بن مسلم روي من طريق موسى بن أيوب وهو ضعيف فلا تقوم به حجة " (٥) فضلا عن أنه لا يقوى على معارضة حديث ابن عباس السابق

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في المراد بكفارة الجماع في الحيض يبدو لي رجحان ما ذهب إليه الإمام أحمد فيما روي عنه والشافعي في مذهبه القديم ومن وافقهما أن كفارة الجماع في الحيض هي التصدق بدينار أو نصفه كما هو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في الرواية الصحيحة عنه وضعف ما استدل به الحسن البصري وسعيد بن جبير مما يقوي هذا الرأي ويرجحه الأمر الذي يجعل النفس تطمئن إليه وإلى العمل بموجبه

والله أعلم

---

(١) المحلى ، جـ٢ ،صـ٢ ،صـ١٨٩

(٢) قال ابن حزم وأما قياس الواطيء حائضا على الواطيء في نهار رمضان فالقياس باطل . المحلى ، جـ٢ ،صـ٢ ،صـ١٨٩

(٣) كشف الأسرار للنسفي ، جـ٢ ،صـ٢٣٨ ، إرشاد الفحول للشوكاني ، جـ ،صـ٢٠٦

(٤) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٤٩ برقم ٩١١٦ /٨

(٥) المحلى ، جـ٢ ، صـ١٨٩

الغصن الثالث

آراء الفقهاء في صفة الكفارة

اختلف الفقهاء في مقدار الكفارة التي تجب على من جامع زوجته حائضا هل يجب دينار أو نصفه ولكن هل هذا الوجوب على التخيير أو لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن مقدار الكفارة هو دينار أو نصفه على سبيل التخيير أيها أخرج فقد أجزأه وبهذا الرأي قال ابن عباس (١)

الرأي الثاني : ذهب الشافعي في القديم (٢) وأحمد في الرواية الثانية (٣) إلى أن الكفارة هي دينار إن كان الدم أحمر وإن كان أصفر فنصف دينار وهو قول إسحاق قال النخعي : إن كان في فور الدم فدينار وإن كان في آخره فنصف دينار (٤) قال النووي : والكفارة الواجبة في القديم دينار إن كان الجماع في إقبال الدم ونصف إن كان في إدباره والمراد بإقبال الدم زمن قوته واشتداده وبإدباره ضعفه وقربه من الانقطاع هذا هو المشهور الذي قطع به الجمهور (٥)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يبدو لي أن السبب في الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى اختلاف الفقهاء في فهم المراد من حديث ابن عباس الذي روي عن النبي ε في الذي يأتي ارأته وهي حائض يتصدق بدينار أو بنصف دينار (٦)

فمن الفقهاء من فهم من هذا الحديث التخيير لأن أو في اللغة تفيد التخيير .ومن الفقهاء من جمع بين هذه الرواية والروايات الأخرى التي تفيد وجوب إخراج دينار إن كان الجماع في أول الدم ونصف دينار إن في آخره ، ومن ثم فقال بوجوب إخراج دينار إن كان الجماع في إقبال الدم ونصف دينار إن كان في إدباره (٧)

---

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦١

(٢) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، حاشية الجمل ، جـ١ ،صـ٢٤١

(٣) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦١

(٤) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦١

(٥) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ وزاد الإمامية فقالوا : دينار في أول الدم ونصف في وسطه وربع في آخره . المختصر النافع ، صـ٣٤ ، شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٨٠ ، مسالك الافهام جـ١ ، صـ١٤١ / ١٤٢

(٦) المستدرك على الصحيحين ، جـ١ ،صـ٢٧٨ برقم ٦١٢، قال الحاكم: هذا حديث صحيح ، سنن الدارمي ، جـ١ ،صـ٢٧٠ برقم ١١٠٦، سنن أبي داود ،جـ٢ ،صـ٢٥١ ، برقم ٢١٦٨

(٧) مسند الإمام أحمد ، جـ١ ،صـ٣٦٧

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بان كفارة الجماع في الحيض دينار أو نصفه على التخيير بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ε في الذي يأتي امرأته وهي حائض يتصدق بدينار أو بنصف دينار . (١)

فقد أفاد هذا الحديث أن الكفارة هي دينار أو نصفه وأو في اللغة العربية تفيد التخيير فأيهما أخرج فقد أتى بالواجب

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بأن الكفارة الواجبة على المجامع في الحيض هي دينار إن كان الدم أحمر ونصف دينار إن كان أصفر بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ε جعل في الحائض تصاب دينار فإن أصابها وقد أدبر الدم عنها ولم تغتسل فنصف دينار كل ذلك عن النبي ε (٢)

ولما روي عنه أيضا عن النبي ε إن كان دما أحمر فدينا وإن كان أصفر فنصف دينار (٣)

فقد أفادت هذه الروايات المذكورة عن ابن عباس أن الكفارة دينار إن كان الجماع في أول الدم أو كان الدم أحمر وإن كان الجماع في انقطاع الدم أو كان أصفر فنصف دينار

الرأي الراجح :

من ما تقدم من عرض لأدلة الفريقين يبدو لي أن الرأي الراجح هو الرأي الأول الذي يرى أن الكفارة هي دينار أو نصفه على التخيير أيها أخرج المجامع فقد أجزأه نظرا لقوة الرواية التي استند إليها أصحاب هذا الرأي والمروية عن ابن عباس (٤)

قال أبو داود : الرواية الصحيحة يتصدق بدينار أو نصفه . (٥) وقال ابن قدامة : ولأنه حكم تعلق بالحيض فلم يفرق بين أوله وآخره كسائر أحكامه فإن قيل : فكيف تخيير بين الشيء ونصفه ؟ قلنا : كما تخير المسافر بين قصر الصلاة وإتمامها فأيهما فعل كان واجبا كذا ههنا (٦)

---

(١) سبق تخريجه
(٢) مسند الإمام أحمد ، جـ١ ،صـ٣٦٧
(٣) تلخيص الحبير ، جـ١ ،صـ١٦٤ /١٦٥ ، برقم ٢٢٧ ، تحفة الأحوذي ، جـ١ ،صـ٣٥٧ ، عون المعبود ، جـ١ ،صـ٣٠٨
(٤) سبق تخريجه
(٥) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٢ ، نيل الأوطار ، جـ١ ،صـ٢٨٠
(٦) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٢

الغصن الرابع : حكم وجوب الكفارة على المرأة

لا خلاف ــ فيما أعلم ــ بين الفقهاء القائلين بوجوب الكفارة في جماع الحائض في أن المرأة الحائض التي واقعها زوجها أثناء أنه لا كفارة عليها إن أكرهها زوجها على الجماع وإنما الخلاف بينهم فيما لو طاوعته في الجماع أثناء الحيض هل يجب عليها الكفارة أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنابلة (١) والإباضية (٢) وظاهر كلام الزيدية (٣) إلى أن المرأة إذا طاوعت زوجها فجامعها وهي حائض أو أغرته بالجماع فجامعها فعليها الكفارة

جاء في المغني " وهل تلزم المرأة كفارة ؟ المنصوص أن عليها الكفارة قال أحمد : في امرأة غرت زوجها أن عليه الكفارة وعليها " (٤)

وجاء في النيل وشفاء العليل " فإن طاوعته تصدق كل بدينار وإلا فلا عليها " (٥)

الرأي الثاني : ذهب الشافعية (٦) والحنابلة في رواية (٧) وظاهر كلام الإمامية (٨) إلى أنه ليس على المرأة كفارة سواء طاوعت الرجل أو لم تطاوعه جاء في المجموع " ومن أوجب دينارا أو نصفه فهو على الزوج خاصة " (٩) وفي موضع آخر " وإذا ارتكبت المرأة شيئا من المحرمات المذكورة ــ أي أثناء الحيض ــ أثمت وتعزر وعليها التوبة ولا كفارة عليها بالاتفاق صرح به الماوردي وغيره (١٠)

---

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣ ، الشرح الكبير ، جـ١ ،صـ٤٢١ /٤٢٢ ، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣١

(٢) النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٥٠ ، شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥٠ /٣٥١

(٣) البحر الزخار ،جـ١ ،صـ١٣٧

(٤) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

(٥) النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٥٠ وقال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " فإن طاوعته تصدق كل منهما بدينار وإلا تطاوعه بل قهرها أو نسيت أو في حال نومها أو سكر حيث تعذر في سكر فلا عليها " ، شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥٠

(٦) المجموع ،جـ٢، صـ٣٩١/٣٩٣ ، العزيز ،جـ١، صـ٢٩٦

(٧) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣١

(٨) جاء في المختصر النافع : " وفي وجوب الكفارة بوطئها علي الزوج روايتان " صـ٣٤ ، شرائع الإسلام ،جـ١، صـ٨٠ ، جواهر الكلام ،جـ٣٣، صـ١٨٨ ، مسالك الإفهام ،جـ١،صـ١٤١

(٩) المجموع ،جـ٢، صـ٣٩١ ، جاء في الإنصاف " يلزم المرأة كفارة إن طاوعته على الصحيح من المذهب وعنه لا كفارة عليها " الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣١

(١٠) المجموع ،جـ٢، صـ٣٩٩ ، حاشية الجمل ، جـ١ ،صـ٢٤٠ /٢٤١

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

استدل القائلون بوجوب الكفارة على المرأة في حال المطاوعة بالقياس على الوطء في الإحرام بجامع أن كلا منهما وطء محرم

قال ابن قدامة : " وذلك لأنه وطء يوجب الكفارة فأوجبها على المرأة المطاوعة ككفارة الوطء في الإحرام " (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على المرأة بان الأصل في الإنسان براءة الذمة حتى يقوم الدليل على شغلها وليس ثمة دليل ههنا فلا تجب عليها لأن الشرع لم يرد بإيجابها عليها وإنما يتلقى الوجوب من الشرع (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لاستدلال الفريقين السابقين يبدو لي أن الرأي الأول الذي يوجب الكفارة على المرأة المطاوعة هو الأولى بالقبول لأن المعنى الذي حرم من أجله الوطء في الحيض هو الأذى مشترك بينهما كما أن المجامعة مفاعلة لا تتحقق إلا بهما وقد ورد النص بإيجابها على الرجل فتقاس المرأة عليه

الغصن الخامس :

حكم إيجاب الكفارة على من جامع بعد انقطاع الدم وقبل التطهر

اختلف الفقهاء في حكم من وطيء زوجته بعد انقطاع الدم وقبل التطهر هل يجب عليه كفارة أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنابلة في الصحيح عندهم (٣) والإمامية (٤) إلى أن الرجل إذا وطيء زوجته قبل التطهر فلا كفارة عليه

الرأي الثاني : ذهب بعض الشافعية (٥) وبعض الحنابلة (٦) إلى أن من جامع زوجته قبل التطهر عليه الكفارة وبه قال قتادة والأوزاعي

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على من جامع زوجته قبل التطهر بما يلي :

---

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

(٢) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٩ ، المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

(٣) الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣١ ، المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٢

(٤) شرائع الإسلام ، جـ١ ،صـ٧٧

(٥) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، حاشية الجمل ، جـ١ ،صـ٢٤١ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٦

(٦) الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣١ ،المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٢

١ ــ إن وجوب الكفارة إنما يثبت بالشرع وقد ورد بها حديث ابن عباس السابق ذكره في الحائض التي لم ينقطع دمها وغيرها لا يساويها ومن ثم فلا يجب على من وطيء بعد انقطاع الدم وقبل التطهر كفارة

٢ ــ إن العلة في النهي عن جماع الحائض هي الأذى وقد زالت بانقطاع الدم ومن ثم فلا كفارة على من وطيء في هذه الحال

قال ابن قدامة : " إن وجوب الكفارة بالشرع وإنما ورد بها الخبر في الحائض وغيرها لا يساويها لأن الأذى المانع من وطئها قد زال بانقطاع الدم " (١)

(ب) استدلال الرأي الثاني :

استدل القائلون بوجوب الكفارة على من جامع زوجته قبل التطهر بأن إيجاب الكفارة حكم تعلق بالوطء في الحيض فيثبت قبل الغسل كالتحريم

قال ابن قدامة : " لأنه حكم تعلق بالوطء في الحيض فثبت قبل الغسل كالتحريم " (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لأدلة الفريقين السابقين يبدو لي رجحان الرأي الأول الذي يرى عدم وجوب الكفارة على من وطيء زوجته بعد انقطاع الدم وقبل التطهر وذلك لأن العلة في تحريم الوطء في هذه الحالة هي الأذى وقد زالت العلة بانقطاع الدم ومن ثم فليس ثمة مبرر لإيجاب الكفارة في هذه الحالة

والله أعلم

---

(١) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

(٢) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

الغصن السادس : حكم إيجاب الكفارة على الجاهل والناسي والمكره

اتفق الفقهاء القائلون بوجوب الكفارة على العالم بالتحريم المختار ولكنهم اختلفوا في وجوب الكفارة على الجاهل والناسي والمكره على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الشافعية (١) والحنابلة في وجه (٢) والإمامية (٣) إلى أنه لا كفارة على الجاهل والناسي والمكره

جاء في المجموع " ومن فعله ــ أي الجماع ــ جاهلا وجود الحيض أو تحريمه أو ناسيا أو مكرها فلا إثم عليه ولا كفارة " (٤)

الرأي الثاني : ذهب الشافعي في القديم (٥) ووجه عند الحنابلة (٦) إلى وجوب الكفارة على الجاهل والناسي والمكره

جاء في المغني " وهل تجب الكفارة على الجاهل والناسي ؟ على وجهين : أحدهما تجب والثاني لا تجب " (٧)

وقال النووي : " وحكى الرافعي عن بعض الأصحاب أنه يجيء قول على القديم أنه يجب على الناسي كفارة كالعامد " (٨)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بعدم وجوب الكفارة على الجاهل والناسي المكره بالسنة والمعقول :

أولا ــ من السنة : قوله ε : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٩) فهذا الحديث واضح الدلالة في رفع إثم الخطأ والنسيان والإكراه ومن ثم فلا يؤاخذ العبد بما فعل في هذه الحالة وبناء على ذلك فإن جامع الرجل زوجته حائضا وهو جاهل أو ناس وجود الحيض أو مكرها فلا كفارة عليه لما تقدم

ثانيا من المعقول :

إن الكفارة التي تجب على المجامع في الحيض إنما تجب لمحو الإثم عن الفعل الذي ارتكبه المجامع والجاهل والناسي والمكره مرفوع عنه الإثم كما هو واضح من الحديث السابق وبالتالي فلا تجب عليه الكفارة

قال ابن قدامة: "ولانها تجب لمحو الإثم فلا تجب مع النسيان ككفارة اليمين "(١٠)

---

(١) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، الإقناع ، جـ١ ،صـ١٥٤ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٦ ، حاشية الجمل ، جـ١ ،صـ٢٤١

(٢) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣ ، الشرح الكبير ، جـ١ ،صـ٤٢١

(٣) جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٨٨

(٤) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٦

(٥) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٧

(٦) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣ ، الشرح الكبير ، جـ١ ،صـ٤٢١

(٧) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

(٨) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٠

(٩) سبق تخريجه

(١٠) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣ ، الشرح الكبير ، جـ١ ،صـ٤٢١

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بوجوب الكفارة على من جامع زوجته حائضا ناسيا أو جاهلا أو مكرها بالسنة والمعقول .

أولا ــ من السنة : حديث ابن عباس السابق عن النبي ε في الذي يأتي امرأته وهي حائض يتصدق بدينار أو بنصف دينار " (١)

فهذا الحديث يفيد بعمومه وجوب الكفارة على من جامع حائضا سواء كان عالما أو ناسيا أو مكرها أو مختارا ومن ثم فتجب الكفارة على من وطيء في الحيض وهو جاهل أو ناس أو مكره لعموم الخبر السابق (٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش الاستدلال بعموم حديث ابن عباس السابق بأن هذا الحديث عام قد خصصه حديث " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٣)

فيحمل حديث ابن عباس على ما عدا المخطيء والناسي والمكره لما هو معلوم من أن العام يبنى على الخاص ويحمل عليه (٤)

ثانيا من المعقول :

إن هذه الكفارة تجب بالوطء فأشبهت كفارة الوطء في الصوم والإحرام

قال ابن قدامة:" ولأنها كفارة تجب بالوطء أشبهت الوطء في الصوم والإحرام"(٥)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الأول :

لا نسلم وجوب الكفارة على الناسي في الصوم وفي الإحرام لحديث " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " (٦)

الوجه الثاني :

سلمنا لكم وجوب الكفارة مع النسيان ونحوه في الأصل المقيس عليه وهو الصوم والإحرام ولكن شرط العمل بالقياس ألا يوجد نص وقد وجد وهو حديث " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ومن ثم فلا عبرة بما استدلوا به

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي أن الرأي الراجح هو الرأي الأول القائل بعدم وجوب الكفارة على الجاهل والناسي والمكره وذلك لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي والله أعلم

---

(١) سبق تخريجه

(٢) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣ ، المجموع ، جـ٢ صـ٣٩٠

(٣) سبق تخريجه

(٤) اللمع في أصول الفقه ، جـ ١ ،صـ٣٥

(٥) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٣

(٦) سبق تخريجه

الفرع الثالث
حكم التفريق بين الزوجين بسبب المباشرة في الحيض

تمهيد : إن من جامع زوجته حائضا فإن عليه أن يستغفر الله ويتوب إليه وأن عليه التصدق بكفارة دينار أو نصفه على الخلاف الذي تقدم في ذلك ولكن لم يقل أحد منهم بوجوب التفريق بين الزوج وزوجته التي باشرها في الحيض
ومن ثم فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والظاهرية (٥) والزيدة (٦) والإمامية (٧) إلى عدم التفريق بين الزوجين بسبب الجماع في الحيض

الرأي الثاني : ذهب فقهاء المذهب الإباضي إلى القول بمفارقة الزوج زوجته المجامعة في الحيض على خلاف بينهم في حكم هذه المفارقة

أ ــ فذهب البعض إلى أنه يندب لمن جامع زوجته في الحيض ألا يعود إليها مرة أخرى

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ١٧٨ ، أحكام القرآن للجصاص ، جـ١ ،صـ٤٠٨ ، تبيين الحقائق ، جـ١ ،صـ٥٨ /٥٩ ، حاشية الشلبي ، جـ١ ،صـ٥٨ /٥٩ ، البحر الرائق ، جـ١ ،صـ٢٠٧ ، حاشية ابن عابدين ، جـ١ نصـ٣٢١ ،

(٢) القرطبي ، جـ١ ،صـ٩٩٩ وما بعدها ، الذخيرة ، جـ١ ، صـ٣٧٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ١٦٢ ، مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ٣٧٣ ، الفواكه الدواني ، جـ١ ،صـ١٤١ ،

(٣) المجموع ، جـ٢ ،صـ٣٩٢/ ٣٩٣ ، الحاوي الكبير ، جـ١ ،صـ٤٧٢ ، المهذب ، جـ١ ،صـ٥٩ ، مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ١١٠ ، العزيز ، جـ١ ،صـ٢٩٧ ، المنهاج ، صـ٩ ، منهج الطلاب ، صـ٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ١ ،صـ١٠٠

(٤) المغني ، جـ١ ،صـ٤٦٠ وما بعدها ، الكافي ، جـ١ ،صـ٨٦ ، الإنصاف ، جـ١ ،صـ٣٣٠ ، الفتاوى الكبرى ، جـ١ ،صـ٩٤

(٥) المحلى ، جـ٢ ،صـ١٧٦ وما بعدها

(٦) البحر الزخار ، جـ١ ،صـ١٣٧ ، نيل الأوطار ، جـ٢ ،صـ٢٧٨ وما بعدها

(٧) المختصر النافع ، صـــ٣٤ ، شرائع لإسلام ، جـــ١ ،صـــ٨٠ ، جواهر الكلام ، جـــ٣٣ ،صـــ١٨٨

جاء في النيـــل " وإن وطئت في حيض أو صفرته ندب فراقها بتأبيد عدم العود عنـــد أبي عبيدة رحمه الله مع توقفه في التحريم والتحليل لها " (١)

ب ــ وذهب جمهور المذهب الإباضي إلى القول بتحريم المرأة التي جامعها زوجهـــا في الحيض
جاء في شرح النيل " والأكثر منا على التحريم لها عن زوجها " (٢)

ج ــ وقيل : إن المرأة التي جامعها زوجها في الحيض تحرم عليه إذا جامعهـــا فـــي الحيض للمرة الرابعة
قال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل " وقال بعض أصحابنا إن وطـــيء فـــي الحيض تاب واستغفر، وإن عاد تاب واستغفر، وإن عاد تاب واستغفر وإن عاد في الرابعة حرمت لأن هذا معاند فأحرى أن تحرم عليه " (٣)

الرأي الراجح :

الذي يبدو لي أن ما ذهب إليه فقهاء المذهب الإباضي من القول بتحريم المرأة على زوجها أو بندب مفارقتها مع عدم تحريمها عليه أو القول بالتحريم مع المعـــاودة إلى الفعل إلى المرة الرابعة كل هذه الأقوال لا عبرة بها لأنها لا تستند إلى دليل مـــن كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس ومن ثم فلا عبرة بها ويكون قول جمهور الفقهاء هو الراجح في هذه المسالة

والله أعلم

(١) النيل وشفاء العليل ، جـ١ ،صـ٣٤٩ /٣٤٥
(٢) شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥١
(٣) شرح النيل ، جـ١ ،صـ٣٥١ /٣٥٢

(٣٦٣)

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من المباشرة في الحيض والنفاس

تقدم القول بحرمة المباشرة في الحيض والنفاس في الفقه الإسلامي لقوله تعالى : "وَيَسْأَلُونَكَ عَنْ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ" (١) وذلك نظرا لما يكتنف هذه الممارسة من الأذى الذي يلحق بالرجل والمرأة على السواء
وفيما يلي بيان لموقف القانون الجنائي من هذه الممارسة .
أولا : إذا تمت هذه الممارسة بطريق الرضا بين الزوجين فإنه لا تقوم بهذه الممارسة أي نوع من أنواع التجريم لما في ذلك من استعمال للحرية الجنسية بين الزوجين (٢)

أما إذا تمت هذه الممارسة بغير الرضا فإنه يمكن تأصيلها وفقا لأحد أمرين :
الأول : جريمة هتك العرض
الثاني : جرائم الإيذاء العمدية

جريمة هتك العرض :

تقدم القول بأن فقهاء القانون الجنائي يكادون يجمعون على أن الإتيان في الدبر إذا تم بغير تراض بين الزوجين فإنه يمثل جريمة هتك عرض لأنه عمل غير مباح شرعا وهذا التكييف ينطبق على الإتيان في الحيض والنفاس لأن الجماع أثناء وجودهما محرم شرعا
ومن ثم فإذا أجبر الرجل زوجته على الجماع في هذه الحالة عد هاتكا لعرضها ويسري في شأنه نصوص وأحكام هتك العرض في قانون العقوبات (٣)

---

(١) سورة البقرة :، آية (٢٢٢)
(٢) د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٨٦ /٢٨٨ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، صـ٤٦٤ ، شحاتة عبد المطلب حسن ، حجية الدليل المادي في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ، صـ٩٨ ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .
(٣) يراجع في هذه المسألة بشيء من التفصيل فصل الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ، صـ٣٥ /١٢١

ثانيا جرائم الإيذاء العمدية

وتتكون جرائم الإيذاء العمدية من ركنيين أساسيين هما : ــ
١ ــ الركن المادي
٢ ــ الركن المعنوي

أولا ــ الركن المادي

ويتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر :
الأول : فيتمثل في سلوك يصدر عن الجاني في صورة ضرب أو جــرح أو إعطــاء مواد ضارة
ويراد بالجرح : كل قطع أو تمزيق بالجسم أو في أنسجته ويحصل الجرح بفعل شيء مادي يلامس الجسم أو يصدمه (١)
وأما الضرب : فيراد به كل تأثير يقع علي جسم الإنسان ولا يشترط للعقاب عليــة أن يحدث جرحا أو يتخلف عنة أثر أو يستوجب علاجا (٢)
وأما إعطاء المواد الضــارة : فيتوافر الركن المادي بشأنها تناول المجني عليه مــادة ضارة فنشأ عنها مرض أو عجز وقتي عن العمل وقد نصت المادة (٢٦٥) ع علي أن " كل من أعطي عمدا لشخص جواهر غير قاتلة فنشأ عنها مرض أو عجز وقتــي عن العمل يعاقب طبقا لأحكام المواد (٢٤٠/٢٤١/٢٤٢) علي حسب جسامة ما نشأ عن الجريمة "

ومن خلال ما تقدم يتضح أن الجريمة لا تقوم بشأن إعطاء المواد الضــارة إلا إذا اتخذ العدوان علي سلامة الجسد شكل " إعطاء مواد غير قاتلــة تضــر بالصــحة لتسببها في المرض أو العجز الوقتي " (٣) والإعطاء لا يعني كما يفهم من ظــاهر الكلمة مجرد مناولة الشخص أو تسليمه المادة الضارة وإنما الإعطاء المجرم هو الفعل الذي يترتب عليه اتصال الجواهر الضارة بمادة الجسم بطريقة مباشرة أيا ما كانــت كيفية هذا الاتصال بدليل أن المشرع قد علق التجريم علي نشوء مــــرض أو

---

(١) د/محمود محمود مصطفي ،السابق ، فقرة ،(٢١٩) ، صــ٢٤١

(٢) د/جلال ثروت ،نظم القانون الخاص ، جرائم الاعتداء علي الأشخاص ، فقـرة ، (٢٤١) ،صـ٣٥٨، د/ رمسيس بهنام ،السابق ، فقرة ،(٧٥٥)، صـ٨٥٦

(٣) د/محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة ، (٢٥١) ، صـ٥٩٤/٥٩٥ ،د/أحمد أمين ، السـابق ، صـ٣٤٥

(٣٦٥)

عجـز وقتي عن العمل نتيجة هذا الإعطاء بمـا لا يمكـن أن يتحقـق إلا إذا تـم الاتصال فعلا بين المادة الضارة وجسم المجني علية (١)

وعلي هذا الأساس فإن المادة التي يتحقق بإعطائها النموذج القانوني للجريمة لا يلـزم أن تكون ضارة بطبيعتها وإنما يكفي أن تكون المادة ضارة بحسب الظروف أعطيت فيها يستوي في ذلك أن تكون المادة صلبة أم سائلة أم غازية ويستوي أيضا إيصالها حسد المجني عليه عن طريق البلع أو الحقن أو الاستنشاق أو الملامسة أو حتى الاتصال الجنسي أو أي نوع من الميكروبـات لأن القانون لم يتطلب أن تكون المادة جسما متحيزا قـابلا للـوزن طالمـا أن المسـلم بـه أن الميكروبات والفيروسات شيء مادي يحوزه المصاب به و بإمكانه نقلة لغيرة بطريـق الاتصـال الجنسي (٢)

وبتطبيق عناصر الركن المادي سالفة الذكر علي الجماع في الحيض والنفاس يتضـح أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في قيام الزوج بجماع زوجته في هذا الظرف الذي يترتب عليه إلحاق الأذى بها وبه لاسيما وأن الطب الحديث أثبت أن الممارسة الجنسية التي تتم فـي فتـرة الحيض والنفاس تؤدي إلي كثير من الأمراض الجسمية المادية والمعنوية أيضا

وبالتالي فإن مدلول " إعطاء المواد الضارة " الذي عبر بـه المشـرع يتسـع ليشمل تحريم الجماع في الحيض الذي يلحق الأذى بالمجني عليـه والجـاني علـى السواء

وعلي هذا في قيام جريمة الإيذاء ــ كما يري فقهاء القانون الجنائي ــ ليست بطبيعة المادة ولا بكيفية إعطائها للمجني عليه وإنما بأثرها فإذا ترتب عليها اضـطراب فـي حالة الجسم الصحية وإخلالا بالسير الطبيعي لوظائف أجهزته سواء أكان هذا الإخلال جسميا كفقد حاسة أم حدوث مرض طبي أو فقد وعي أم كان وقتيا كالقيء والـدوار والإغماء أو غياب الوعي ولو كان ممكنا علاجه أو كان البرء منـه لا يحتـاج إلـي علاج وحتى يتأتي القول بتجريم الممارسة في الحيض وفقا لمدلول " إعطـاء المـواد الضارة " الذي عبر به المشرع لابد أن ينتج عن هذه الممارسة أذى يلحـق الجسـم ويؤثر علي السير الطبيعي لوظائف أجهزته سواء أكان هـذا الإخـلال جسـميا أم لا مؤبدا أم مؤقتا (٣)

(١) د / فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٥١٠) ، صـــ٤٦٢ ، د/ عمر السعيد رمضان ، السابق ، فقرة (٢٦٨) ، صـــ٢٩٥ وما بعدها ، د/ محمد رفعت رشوان ،شـــرح قـــانون العقوبات ، القسم الخاص ، صـــ٤٢٢/٤٢٤

(٢) د/ منصور ساطور ، السابق ، صـــ٢٦٩ /٢٧٠ ، د / فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٥١٠) ، صـــ٤٦٢ وما بعدها

(٣) د / أحمد أمين ، السابق ، فقرة ، صـــ٣٤٥

العنصر الثاني : من عناصر الركن المادي وهو النتيجة

والنتيجة في جرائم الإيذاء هي المساس بسلامة الجسم والذي يعبر عنه بالإيذاء البدني الذي يلحق بالجسم كأثر ترتب عليه فعل الإيذاء
لذلك لابد من ترتب الأذى علي الممارسة في الحيض وهذا ما يسميه فقهـــاء القـــانون الجنائي بالنتيجة حتى يمكن تجريم هذا العمل (١)

العنصر الثالث : علاقة السببية

يلزم لقيام الركن المادي في جرائم الإيذاء أن ترتبط النتيجة بالفعل بحيث يعتبر الفعل سببا للنتيجة ــ كأثر علي الفعل ــ مما تجري به عادة الأمور مهمـــا التبســـت بالفعل عوامل أخري سابقة أو معاصرة أو لاحقة بشرط هام هو ألا تكون هذه العوامل السابقة أو المعاصرة أو اللاحقة من العوامل الشاذة آي من قبيل العوامل الكافية بذاتها لإحداث النتيجة .

وعلي هذا فحتى يتأتي القول بتجريم الممارسة في الحيض لأبد أن ينشأ عـــن هذه الممارسة أذى يلحق المجني عليه في بدنه وأن تكون الممارسة الجنسية في هـــذا الظرف هي السبب المؤدي إلي هذا الضرر اللاحق بالمجني عليه بحيث يرتبط فعـــل الممارسة الجنسية بنتيجة الإيذاء (٢)

ثانيا الركن المعنوي : ــ

يتوافر الركن المعنوي في جرائم الإيذاء متي أرتكب الجاني فعلـــه عـــن إرادة وعلم بأن هذا الفعل يترتب علية المساس بسلامة جسم المجني عليه ويتوافر القصـــد الجنائي في صورة المواد الضارة إذا قصد الجاني المساس بصحة المجني عليه وهذا يقتضي :

أولا : أن يكون الجاني عالما بأن المادة التي يناولها للمجني عليه أو يضـــعها تحـــت تصرفه من المواد الضارة

وثانيا : أن يهدف إلي المساس بصحة المجني عليه فإذا كان يجهل أن المادة ضـــارة ولم يقصد المساس بصحة المجني عليه فإن القصد الجنائي يكـــــــــون منتفيا لديه (٣)

ويتحقق القصد الحنائي في الجماع في الحيض بعلم الجاني بأثر هذا الجماع في هذا الظرف وأن تتجه إرادته إلي المساس بجسم الجني عليه

فإذا لم يعلم الزوجان أن الجماع في هذا الظرف يترتب عليه أذى أو يعلم أنه مؤذ لكنه لم يقصد المساس بحسم زوجته فلا يتحقق في حقه القصد الجنائي

---

(١) المستشار ، عدلي خليل ، جنح وجنايات الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعي ، صـــ٢٨ /٢٩

(٢) د / رؤف عبيد ، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، صـــ٤٩ ، ط ، الرابعـــة ١٩٨٤ م ، دار الفكر العربي .

(٣) د/ رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة (٧٥٧) صـــ٨٦٠ ، د/ محمد رفعت رشوان ، السابق ، صـــ٥١٧ ، م / عدلي خليل ، السابق ، صـــ٣٥ وما بعدها ، د/ جلال ثروت ، السابق ، فقرة (٢٤٢) صـــ٣٥٩

وفقا للتكييف السابق الذي اعتبر جماع الزوجة في فترة الحـــيض ضـــمن مـــا يسميه المشرع جرائم الإيذاء العمدية لا سيما " إعطاء المواد الضـــارة " فقـــد نـــص المشرع في المادة (٢٦٥) ع على أن : " كل من أعطى عمدا لشخص جواهر غير قاتلة فنشأ عنها مرض أو عجز وقتي عن العمل يعاقب طبقا لأحكام المـــواد (٢٤٠ / ٢٤١ / ٢٤٢) على حسب جسامة ما نشأ عن الجريمة ووجود سبق الإصرار علـــى ارتكابها أو عدمه

وتنص المادة (٢٤٠) ع على أن : " كل من أحدث بغيره جرحا أو ضـــربا نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصـــر أو فقـــد إحـــدى العينين أو نشأت عنه أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث إلـــى خمس سنين أما إذا كان الضرب أو الجرح صادرا عن سبق إصـــرار أو ترصـــد أو تربص فيحكم بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى عشر سنين "

وتنص المادة (٢٤١) ع على أن : " كل من أحدث بغيره جرحا أو ضـــربا نشأ عنه مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية مدة تزيد على عشرين يوما يعاقـــب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تقل عن عشـــرين جنيهـــا مصـــريا ولا تجاوز ثلاثمائة جنيه أما إذا صدر الجرب أو الجرح عن سبق إصـــرار وترصـــد أو حصل باستعمال أية أسلحة أو عصي أو آلات أو أدوات أخـــرى فتكـــون العقـــوبة الحبس "

وتنص المادة (٢٤٢) ع على أنه : " إذا لم يبلغ الضرب أو الجـــرح درجـــة الجسامة المنصوص عليها في المادتين السابقتين يعاقب فاعله بالحبس مـــدة لا تزيـــد

على سنة أو بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائتي جنيه فإذا كان صادرا عن سبق إصرار أو ترصد تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز ثلاثمائة جنيه مصري وإذا حصل الضرب أو الجرح باستعمال أية أسلحة أو عصي أو آلات أو أدوات أخرى تكون العقوبة بالحبس " (١)

---

(١) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

في حكم جماع الحائض والنفساء والآثار الناشئة عنه

بعد العرض السابق لأحكام إتيان الحائض والنفساء في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي يتضح أن هناك أوجه اتفاق وأوجه اختلاف

أولا ــ أوجه الاتفاق :

إن القانون الجنائي فيما وصل إليه من أحكام يمكن أن يتفق مع الفقه الإسلامي فيما يلي : ــ

١ ــ **إن إتيان الرجل زوجته في فترة الحيض والنفاس عمل محرم شرعا ومجرم قانونا وإن اختلف أساس التحريم والتجريم في كل منهما .**

٢ ــ **العقوبة المترتبة على إتيان المرأة في الحيض في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي بدنية ومالية :**

والبدنية تتمثل في التعزير والمالية في الكفارة

وفي القانون الجنائي العقوبة البدنية تتمثل في الحبس أو السجن والمالية تتمثل في الغرامة

٣ ــ **لا بد لقيام هذه الجريمة من توافر الركن المادي والمعنوي في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي .**

ثانيا ــ أوجه الاختلاف :

١ ــ **الإتيان في الحيض والنفاس بين الزوجين عمل محرم شرعا سواء تم بالرضا أم بغيره حفاظا على المسلمين من الأذى الناشيء عن هذه الممارسة**

أما في القانون الجنائي فإن هذه الممارسة إذا تمت بالرضا المعتبر قانونا بين الزوجين يكون عملا مباحا أما إذا تم بغيره فههنا يتأتى القول بالتجريم

٢ ــ يتمثل الركن المادي في الإتيان في الحيض والنفاس في الفقه الإسلامي في جماع الرجل زوجته في الفرج فقط كما يرى البعض ، أو المباشرة فيما بين السرة والركبة كما يرى البعض الآخر

وأما الركن المعنوي فيتمثل في قصد الرجل وإرادته الجماع في هذه الحالة وأن يكون عالما بكونه محرما فإن كان ناسيا أو جاهلا أو مكرها فلا يتحقق التجريم في حقه ولا يعد عمله مجرما

وبالتالي فلا يشترط لتجريم هذا الفعل في الفقه الإسلامي أن يترتب عليه المساس بجسد الطرف الآخر وإنما الجماع في الفرج أو المباشرة فيما بين السرة والركبة في حد ذاته في هذه الظروف يعد عملا مجرما ويتحقق به الركن المادي لهذا العمل المحرم دون نظر إلى الآثار أو النتائج المترتبة عليه

(٣٦٩)

أما في القانون الجنائي فلا يتحقق التجريم في جرائم الإيذاء إلا إذا ترتب على سلوك الجاني نتيجة معينة هي الإيذاء اللاحق لجسم المجني عليه وأن تكون هناك رابطة سببية بين الفعل والنتيجة

٣ ــ إن الفقه الإسلامي فقه موضوعي في معالجته لمعظم قضاياه ومسائله لا سيما التي تهم المسلم في دنياه وآخرته فينص عليها إما بالكتاب أو بالسنة أو بهما معا أو بغيرهما ومن ثم فنجد القرآن الكريم والسنة النبوية ينصان صراحة على تحريم الإتيان في الحيض وكذلك إجماع الأمة

أما في القانون الجنائي فليس هناك نص مباشر يعالج مثل هذه القضايا وإنما يتم تأصيلها وفقا للقواعد العامة في القانون الجنائي فيمكن تكييفها تارة إذا تمت بغير الرضا على أساس أنها تدخل ضمن جرائم هتك العرض كما تقدم وتارة أخرى يمكن تكييفها على أساس أنها تدخل ضمن جرائم الإيذاء العمدية تحت ما يسمى بإعطاء المواد الضارة وإن كان التأصيل الأخير فيما يبدو لي هو الأقرب إلى الواقع من الأول

٤ ــ الآثار الناشئة عن الإتيان في الحيض تتمثل فيما يلي : ــ

١ ــ التعزير وهذه العقوبة موكولة إلى الإمام أو القاضي ليعاقب الفاعل بما يزجره عن هذا الفعل

٢ ــ الكفارة الواردة في حديث ابن عباس وهي دينار أو نصفه كما تقدم
٣ ــ التفريق بين الزوجين بسبب هذه الممارسة لأنها حرمت على التأبيد على زوجها كما ذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الإباضي

وهذه الآثار أو العقوبات في الفقه الإسلامي تجب بمجرد الجماع في الفرج والمباشرة فيما بين السرة والركبة دون نظر إلى الآثار التي تترتب على هذه الممارسة

أما في القانون فلا يتأتى القول بالتجريم إلا إذا ترتب على هذه الممارسة أذى يلحق المجني عليه في جسمه ومن ثم فإن العقوبة تكون وفقا للأذى الناشيء عن الجريمة وبحسب جسامته تكون العقوبة فإذا لم يكن هناك أذى ناشيء عن الفعل فلا تجريم

والعقوبة البدنية في القانون الجنائي تتمثل إما في الحبس أو السجن أو الأشغال الشاقة حسب جسامة ما نشأ عن الجريمة ووجود سبق الإصرار على ارتكابها أو عدمه .

والعقوبة المالية تتمثل في الغرامة وهي أيضا تختلف بحسب جسامة الفعل الناشيء عن سلوك الجاني وما اكتنفه من ظروف وملابسات

الفصل الثالث
أحكام منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من منع الحمل أو تأخيره

****

المبحث الأول : أحكام منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : العزل وأحكامه فـــــــــي الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : حكم استعمال وسائل منع الحمل المستحدثة

في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : أحكام منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي

تمهيد : في سبيل رغبة الزوج في الحفاظ على رشاقة زوجته وجمالها لمتعة جسدية يتوخاها قد يلجأ الزوج إلى تأخير أو منع حمل زوجته بأية وسيلة قد تكون مشروعة أو غير مشروعة وفي سبيل تحقيق هذا الهدف الذي يقصد الزوج إلى تحقيقه فقد يلجأ إلى عزل مائه عن زوجته أو قد يلجأ إلى إعطائها وسائل أخرى حديثة تؤدي إلى منع الحمل وذلك كإعطائه حبوب منع الحمل أو استعمالها لما يسمى باللولب الذي يؤدي إلى منع الحمل ونحو ذلك

وفيما يلي سوف أتناول كل مسالة من هاتين المسألتين في مطلب مستقل على النحو التالي :

****

المطلب الأول : العزل وأحكامه في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : حكم استعمال وسائل منع الحمل المستحدثة في الفقه الإسلامي

****

المطلب الأول : العزل وأحكامه في الفقه الإسلامي

تعريف العزل :

العزل لغة : الإبعاد والتنحية يقال : عزله عزلا أبعده ونحاه ، ويقال : عزله عن منصبه أي أبعده ، ويقال : عزل المرضى عن الأصحاء أنزلهم في مكان منعزل اتقاء العدوى . (١)

وشرعا : معناه أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجا من الفرج . (٢)

وقيل : العزل النزع بعد الإيلاج لينزل خارج الفرج . (٣)

وعزل الرجل عن امرأته يتخذ إحدى ثلاث صور هي :

الصورة الأولى : عزل الرجل عن زوجته الحرة

الصورة الثانية : عزل الرجل عن زوجته الأمة

الصورة الثالثة : عزل الرجل عن أمته

وفيما يلي سوف أتناول حكم كل صورة من الصور الثلاث السابقة كل واحدة في فرع مستقل

---

(١) المعجم الوجيز ،صـ٤١٧ ، المصباح المنير، صـ١٥٥ ، مكتبة ، لبنان

(٢) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٢

(٣) نيل الأوطار ،جـ٦ ،صـ٦١٦ ، روضة الطالبين ، جـ٥ ،صـ٥٣٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٦٦٠٠

الفرع الأول : حكم عزل الرجل عن زوجته الحرة

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأولى أن يترك الرجل العزل عن امرأته لما في ذلك من تحقيق الاستمتاع الكامل للمرأة بالرجل وفي العزل عنها تفويت لكمال استمتاعها بالرجل ولكنهم اختلفوا في الوصف الشرعي للعزل على أربعة آراء :

اختلف الفقهاء في حكم عزل الرجل عن زوجته الحرة على أربعة آراء :

الرأي الأول : ذهب الظاهرية (١) وقول للإمامية (٢) إلى أنه لا يجوز للرجل أن يعزل عن زوجته الحرة مطلقا وإن فعل ذلك فيوصف فعله بالحرمة وإلى هذا الرأي ذهب الحسن البصري (٣)

الرأي الثاني : ذهب الحنفية (٤) والحنابلة في رواية (٥) والإباضية (٦) إلى كراهة عزل الرجل عن امرأته الحرة بغير إذنها

قال الكاساني : " وأما المنكوحة فإن كانت حرة يكره له العزل من غير إذنها بالإجماع " (٥) وهذا القول مروي عن عمر وعلى وابن عمر وابن مسعود وروي ذلك عن أبي بكر الصديق أيضا (٨)

الرأي الثالث : ذهب الشافعية في الصحيح عندهم (٩) وقول للإمامية (١٠) إلى أن العزل مباح مطلقا

قال الغزالي : " والصحيح عندنا أن ذلك مباح " (١١) وإلى هذا الرأي ذهب الإمام يحيى حيث قال عن العزل : " يجوز مطلقا إذ ليس بأعظم من ترك الوطء " (١٢) واختاره ابن المرتضي في البحر الزخار (١٣)

---

(١) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧٠ ، م / ١٩٠٧

(٢) شرائع الإسلام ، جـ٤ ،صـ١٩٢ ، المختصر النافع ، صـ١٩٦

(٣) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٧

(٤) الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ /٤٩٥ ، شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ / ٤٩٥ ، العناية على الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ / ٤٩٥ ، الدر المختار ،جـ٣ ،صـ١٩٢ ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ٣ ،صـ١٩١ /١٩٣

(٥) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٣

(٦) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦ ، شرح النيل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦

(٧) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٤٩٥ ، جـ٥ ،صـ١٨٨ باب الاستحسان ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٣٣٥ ، تبيين الحقائق ، جـ٢ ،صـ١٦٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٦٦٠٠

(٨) المغني ، جـ٩ ،صـ٣٩٨

(٩) روضة الطالبين ، جـ٥ ،صـ٥٣٧ ، المهذب ، جـ٢ ، صـ٨٥

(١٠) إحياء علوم الدين ، جـ٢ ،صـ٥٣

(١١) شرائع الإسلام ، جـ٤ ،صـ٢٩٧

(١٢) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨١

(١٣) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨١

(٣٧٣)

ورويت الرخصة في العزل عن عشرة من الصحابة : عن علي وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الأرت وأبي أيوب وابن مسعود (١)

الرأي الرابع : ذهب المالكية (٢) وقول للحنفية (٣) وقول للشافعية (٤) وظاهر كلام الإمام أحمد (٥) وظاهر مذهب الزيدية (٦) إلى أن العزل يباح بإذن الزوجة ولا يباح بدون إذنها

الأدلة : ــ

(أ)أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة عزل الرجل عن زوجتة الحرة بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة بما روي عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب قالت : " حضرت رسول الله ε في أناس فسألوه عن العزل ؟ فقال رسول اللهε " ذلك الوأد الخفي "(٧) وقرأ : " وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ " (٨)

وجه الدلالة : إن النبي ε لما سئل عن العزل سماه بالوأد الخفي والوأد محرم فيكون العزل محرما .

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش هذا الاستدلال من وجوه :

الوجه الأول :

إن حديث جدامة ضعفه طائفة من العلماء وقالوا كيف يصح أن يكون النبي ε كذب اليهود عند ذلك ثم يخبر به كخبرهم هذا من المحال البين . (٩)

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم لكم تضعيف حديث جدامة لأن حديث تكذيب اليهود فيه اضطراب وحديث جدامة هو الصحيح (١٠)

قال ابن حزم :" عن حديث جدامة هذا خبر في غاية الصحة " (١١)

---

(١) شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ ، المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٢ /٧٠٣ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٧

(٢) فتح العلي المالك ، جـ١ ،صـ٣٩٨ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٧١ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ٤٧٦ ، الذخيرة ، جـ٤ ،صـ٤١٨ ،

(٣) البحر الرائق ، جـ٣ ،صـ٢١٤ قال ابن نجيم : " والإذن في العزل عن الحرة لها ولا يباح بغيره "

(٤) الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٤٣٩

(٥) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٣ ،زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٦

(٦) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨١

(٧) الفتح الرباني ،جـ١٦، صـ٢١٨ برقم٢٢١، مسلم ،جـ١٠، صـ١٧

(٨) سورة التكوير آية (٨)

(٩) زاد المعاد ،جـ٤، صـ١٧

(١٠) زاد المعاد ،جـ٤، صـ١٧

(١١) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧٠ ، م/ ١٩٠٧

ـ وجمعت طائفة أخرى من العلماء بين حديث جدامة وحديث تكذيب اليهود فقالت : " إن اليهود كانت تقول إن العزل لا يكون معه حمل أصلا فكذبهم رسول الله ε في ذلك ويدل عليه قوله ε : " لو أراد الله أن يخلقه لما استطعت أن تصرفه " (١) وقوله : " إنه الوأد الخـــفي " (٢) وإن لم يمنع الحمل بالكلية كترك الوطء مؤثر في تقليله" (٣)

الوجه الثاني :

ذكره ابن القيم بقوله : " وقد أجيب عن حديث جدامة بأنه على طريق التنزيه " (٤)

الوجه الثالث :

إن قوله ε : " الوأد الخفي " لا يدل على التحريم لأنه كقوله : " الشرك الخفي " (٥) وذلك يوجب كراهة لا تحريما " (٦)

ثانيا ـ من الأثر بما يلي :

١ ـ بما روي عن ابن عمر قال : " لو علمت أحد من ولدي يعزل لنكلته " (٧)
قال ابن حزم : " لا يجوز أن ينكل عن شيء مباح عنده " (٨)

٢ ـ ما روي عن سليمان بن عامر قال سمعت أبا أمامة الباهلي يقول وقد سئل عن العزل فقال : " ما كنت أرى مسلما يفعله " (٩)
فقد أفاد هذا الأثر عدم العزل من الصحابة وعدم الفعل يدل على عدم الجواز إذ لو كان جائزا لورد فعله عن الصحابة

٣ ـ ما روي عن نافع عن ابن عمر قال : " ضرب عمر على العزل بعض بنيه " (١٠) ولا يضرب عمر على فعل شيء مباح فدل ذلك على حرمته

مناقشة الاستدلال بهذه الآثار :

يناقش الاستدلال بهذه الآثار من وجوه :

الوجه الأول :

إن هذه الآثار الواردة عن الصحابة لا تصلح للاستدلال بها على حرمة العزل وذلك لأن غاية ما تفيده أنها أقوال للصحابة وقول الصحابي ليس حجة كما هو الراجح عند الأصوليين (١١)

---

(١) مسند الإمام أحمد ، جـ٣ ،صـ٥٣ ،برقم ١١٥٢ ، السنن الكبرى للنسائي ،جـ٥ ،صـ٣٤١ ، برقم ٩٠٧٩ .

(٢) سبق تخريجه (٣) زاد المعاد ،جـ٤، صـ١٧ (٤) زاد المعاد ،جـ٤، صـ١٧

(٥) هذا جزء من حديث عن النبي ε يقول فيه : " إن أخوف ما أخاف عليكم الشرك الخفي " مجمع الزوائد ، جـ٧ ،صـ٥٤ ، مصباح الزجاجة ، جـ٤ ،صـ٢٣٧

(٦) إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي ، جـ٢ ،صـ٥٣ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسي البابي الحلي وشركاه

(٧) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧١ (٨) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧١

(٩) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧١
(١٠) المحلى ، جـ١٠ ، صـ٧١ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٧
(١١) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٧٤ ، المسودة ، جـ١ ،صـ٣٣٧

الوجه الثاني :

إن هذه الآثار معارضة بمثلها عن علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وغيرهم (١)

الوجه الثالث :

إن هذه الآثار معارضة بما ورد عن جابر رضي الله عنه وغيره من الأحاديث التي تفيد إباحة العزل ومن ثم فلا يمكن الاعتداد بها والتعويل عليها

ثالثا ــ الاستدلال بالمعقول من وجوه :

الأول :

إن في العزل قطعا للنسل المطلوب من النكاح وقطع النسل محرم فيكون العزل محرما لأن ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام

الوجه الثاني :

إن فيه إساءة للعشرة بين الزوجين والزوج مأمور بأن يحسن عشرة زوجته فيكون هذا العمل محرما لما ينطوي عليه من إساءة للعشرة

الوجه الثالث :

في العزل قطع للذة الوقاع عند استدعاء الطبيعة لها (٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم صحة ما ذكرتم من المعقول لأنه معارض بما ورد عن رسول الله ε من أحاديث صريحة في جواز العزل ومن ثم فلا ينهض ما ذكرتم حجة في مواجهتها فيكون غير مقبول .

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بكراهة عزل الرجل عن زوجته الحرة من السنة بحديث جدامة السابق (٣)

فقد حملوا هذا الحديث على الكراهة (٤) لأن قوله ε : " الوأد الخفي " كقوله : " الشرك الخفي " وذلك يوجب كراهة لا تحريما (٥)

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بجواز العزل مطلقا بما يلي :

أولا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ بما ورد في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال : " كنا نعزل والقرآن ينزل " وفي لفظ آخر " كنا نعزل فبلغ ذلك رسول الله ε فلم ينهنا " (٦)

فقد أفاد هذا الحديث إقرار النبي ε للصحابة في العزل وهذا الإقرار يدل على إباحة هذا الفعل إذ لا يجوز أن يقرهم على فعل محرم

(١) سوف يأتي ذكر هذه الآثار عند ذكر أدلة القائلين بالإباحة
(٢) زاد المعاد ،جـ٤، صـ١٧
(٣) سبق تخريجه
(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٦٦٠٠
(٥) إحياء علوم الدين ، جـ٢ ،صـ٥٣
(٦) صحيح مسلم ، جـ١٠ ،صـ١٤ ، ابن حبان ، جـ٩ ،صـ٥٠٧ ،برقم ٤١٩٥ ، الفتح الرباني ،جـ١٦ ،صـ٢١٩ ،برقم ٢٢٥

٢ ــ ما روي عن أسامة بن زيد أن رجلا جاء إلى النبي ε فقال يا رسول الله إني أعزل عن امرأتي فقال له رسول الله ε لم تفعل ذلك فقال الرجل أشفق على ولدها أو قال على أولادها فقال ε لو كان ضارا لضر فارس والروم " (١)
فقد أفاد هذا الحديث الإقرار من النبي ε لفعل هذا الصحابي وعدم الإنكار عليه فدل ذلك على إباحة العزل

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش الاستدلال بالأحاديث الدالة على الإباحة بأنها منسوخة بحديث جدامة السابق فإنه ناقل عن الأصل وأحاديث الإباحة على وفق البراءة الأصلية وأحكام الشرع ناقلة عن البراءة الأصلية (٢)

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم أن أحاديث الإباحة منسوخة بحديث جدامة لأن دعوى النسخ تحتاج إلى تأريخ محقق يبين تأخير أحد الحديثين عن الآخر وهذا ليس موجودا ومن ثم فتكون دعوى النسخ غير مقبولة (٣)

ثانيا ــ من الأثر :

بما رواه القاضي أبو يعلي وغيره بإسناده عن عبيد بن رفاعة عن أبيه قال جلس عمر وعلي والزبير بن العوام وسعد بن أبي وقاص ــ رضي الله عنهم ــ في نفر من أصحب رسول الله ε وتذاكروا العزل فقالوا :لا بأس به فقال رجل : إنهم يزعمون أنها الموءودة الصغرى فقال علي ــ رضي الله عنه ــ :لا تكون موءودة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون من سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر فقال عمر رضي الله عنه : أطال الله بقاءك " (٤) فقد أفاد هذا الأثر نفي الوأد عن العزل وإقراره من عمر وعلي رضي الله عنهما وهذا يدل على إباحته

---

(١) الفتح الرباني ، جـ١٦ ،صـ٢٢١ ، برقم ٢٣٢
(٢) زاد المعاد ،جـ٤، صـ ١٦ /١٧ قال أبو محمد بن حزم : " يعارضها كلها ــ أي أحاديث الإباحة ــ خبر حدامة الذي أوردناه وقد علمنا بيقين أن كل شيء فأصله الإباحة لقوله تعالى : " الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا " سورة البقرة آية : (٢٩) وعلى هذا كان كل

شيء حلالا حتى نزل التحريم قال تعالى : " وقد فصل لكم ما حرم عليكم " الأنعام آية : (١١٩) فصح أن خبر جدامة بالتحريم هو الناسخ لجميع الإباحات المتقدمة التي لاشك في أنها قبل البعث وبعد البعث وهذا أمر متيقن لأنه إذ أخبر عليه الصلاة والسلام أنه الوأد الخفي والوأد محرم فقد نسخ الإباحة المتقدمة بيقين فمن ادعى أن تلك الإباحة المنسوخة قد عادت وأن النسخ المتيقن قد بطل فقد ادعى الباطل وقفا ما لا علم له به وأتى بما لا دليل له عليه قال تعالى : " قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنتُمْ صَادِقِينَ" سورة البقرة ، آية : (١١١) وقد جاءت الإباحة للعزل صحيحة عن جابر وابن عباس ... وصح المنع منه عن جماعة " المحلى ، جـ١٠ ،صـ٧١ ، م/ ١٩٠٧ .

(٣) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٧ / ١٨

(٤) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ ١٨

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش الاستدلال بهذا الأثر المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما والذي يفيد جواز العزل بأنه معارض بمثله عنهما ومن ثم فالآثار الواردة عنهما متعارضة ومن ثم تسقط كلها ولا يمكن الاحتجاج بها (١)

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم إسقاط الآثار الواردة في شأن العزل عن عمر وعلي رضي الله عنهما وغيرهما وذلك لأنه يمكن حمل الآثار المانعة من جواز العزل على الكراهة إذا كان العزل دون إذن الزوجة وتحمل الآثار التي تفيد إباحة العزل إذا ما كان بإذن الزوجة رفعا لتوهم التعارض الذي يبدو من هذه الآثار

ثالثا ــ من المعقول :

إن الزوج له ترك الوطء بالكلية فلأن يجوز له العزل فمن باب أولي لان العزل دون وطء كما أن العزل لا يمنع الاستمتاع الذي هو حق المرأة وبالتالي فيجوز للزوج فعله (٢)

(د) أدلة الرأي الرابع : استدل القائلون بجواز العزل بإذن الزوجة بما استدل به أصحاب الرأي الثالث وحملوا الأحاديث الدالة علي جواز العزل علي ما إذا كان العزل بإذن الزوجة

واستدلوا علي عدم جواز العزل بدون إذن الزوجة بما يلي :

أولا ــ من السنة :

١ــ الأحاديث التي استدل بها أصحاب الرأي الأول والتي تفيد حرمة عزل الرجل عن امرأته فقد حملوا الحرمة الواردة في هذه الأحاديث علي ما إذا كان العزل دون إذن الزوجة

٢ــ بما رواه أحمد وابن ماجة من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه ــ قال " نهي رسول الله ε أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها " " (٣)

وجه الدلالة : إن النبي ε نهي عن العزل عن الزوجة إلا بإذنها والقاعدة الأصولية أن النهي للتحريم (٤) فيكون العزل دون إذن الزوجة محرما

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن النهي الورد في الحديث السابق يفيد التحريم وذلك لما يلي

١ ــ إن النهي لم يأتي بصيغة الجزم كما هو معلوم عند الأصوليين (٥)

---

(١) تقدم ذكر بعض هذه الآثار عند ذكر دلة القائلين بالحرمة

(٢) البحر الزخار ،جـ٤، صـ٨١

(٣) الفتح الرباني ،جـ (١٦) ، صـ٢١٨ ، برقم ٢٢٠

(٤) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ١٩٣ ، البرهان في أصول الفقه ، جـ١ ،صـ٢٨٠ ،

(٥) لأن التحريم هو خطاب الله تعالي الطالب للترك طلبا جازما ، المحصول ، جـ١ ،صـ١١٣

٢ ــ إنه قد وردت أحاديث أخري عن النبي ε تفيد جواز مطلقا كحديث جابر السابق وغيره ومن ثم فحمل النهي الوارد في حديث عمر على الكراهة أولى من حمله على التحريم لأن أحاديث الإباحة صرفت النهي عن التحريم ‘لى الكراهة ولما في الحمل علي الكراهة من إعمال الدليلين معا وإعمال الدليلين معا خير من إعمال أحدهما وإهمال الأخر كما هو معلوم عند الأصوليين (١)

ثانيا ــ من المعقول :

إن للمرأة حق في الولد كما للرجل حق فيه فيجب استئذانها في العزل ولهذا كانت أحق بحضانته من الرجل (٢)

رأي الباحث :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يتبين لي ما يلي : ــ

أولا : صحة الأحاديث الواردة عن رسول الله ε سواء التي تفيد إباحة العزل كحديث جابر وغيره الذي استدل به لبعض علي الإباحة وحديث جدامة الذي استدل به البعض علي حرمة العزل مطلقا وكحديث عمر الذي يفيد النهي عن العزل إلا بإذن الزوجة

ثانيا : يحمل حديث جدامة الوارد في العزل علي الكراهة لا التحريم لأن قوله ε : الوأد الخفي كقوله الشرك الخفي وذلك يوجب كراهة لا تحريما كما قال الإمام الغزالي

ويحمل حديث عمر الذي يفيد النهي عن العزل بدون إذن الزوجة علي الكراهة أيضا وقد صرفه عن التحريم إلي الكراهة حديث جابر " كنا نعزل فبلغ ذلك رسول الله ε فلم ينهنا " وغيره من الأحاديث

ثالثا : يبدو لي من خلال ما سبق ذكره أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من القول بكراهة عزل الرجل عن زوجته الحرة بغير رضاها وذلك لأن في الأخذ بهذا الرأي إعمالا للأحاديث الواردة عن رسول الله ε جميعها والواردة في هذه المسألة كما أن إعمال الأدلة معا خير من إعمال أحدها وإهمال الأخر لا سيما وأن دعوى النسخ التي ذهب إليها ابن حزم لم تثبت ومن ثم فتحمل أحاديث النهي عن العزل علي الكراهة إذا كان بدون استئذان الزوجة وأحاديث الإباحة علي ما إذا كان العزل برضا الزوجة وذلك لأنها رضيت بتفويت حقها في كمال الاستمتاع الذي يفوت بالعزل
والله أعلم

---

(١) التقرير والتحرير ، جـ١ ،صـ٣٥٠ ، التمهيد ، جـ١ ،صـ٤٠٩ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٠ هـ
(٢) زاد المعاد ،جـ٤، صـ١٨

الفرع الثاني
حكم عزل الرجل عن زوجته الأمة

اختلف الفقهاء في حكم عزل الرجل عن زوجته الأمة علي أربعة آراء : ـ

الرأي الأول : ذهب الظاهرية (١) إلي أنه لا يجوز للرجل أن يعزل زوجته الأمة

الرأي الثاني : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلي أنه يكره للرجل أن يعزل عن زوجته الأمة دون رضا أو إذن
وأصحاب هذا الرأي اختلفوا فيمن يعتبر إذنه أو رضاه في العزل
(أ) فذهب أبو حنيفة إلي الإذن في العزل لسيد الأمة
(ب) وذهب أبو يوسف ومحمد إلي أن الإذن في العزل للأمة (٢)

الرأي الثالث : ذهب الشافعية (٣) والحنابلة في رواية (٤) والراجح عند الزيدية (٥) إلي جواز عزل الرجل عن زوجته الأمة مطلقا وبه قال الأمامية (٦)

الرأي الرابع : ذهب المالكية (٧) والإمام أحمد (٨) في المنصوص عنه ورأي للزيدية (٩) والإباضية (١٠) إلي جواز عزل الرجل زوجته الأمة بشرط الإذن أو الرضا ويحرم بغير ذلك

وأصحاب هذا الرأي اختلفوا فيمن يعتبر إذنه أو رضاه في العزل :

---

(١) المحلي ،جـ١٠، صـ٧٠ ، م ، ١٩٠٧

(٢) بدائع الصنائع ،جـ٢ ، صـ٤٩٥ ،جـ ٥، صـ١٨٨ ، باب الاستحسان ، الفتاوى الهندية ، جـ١، صـ٣٣٥، تبين الحقائق ،جـ٢، صـ١٦٦ ، البحر الرائق ،جـ٣، صـ٢١٤، حاشية الشلبى ،جـ٢، صـ١٦٦، الدر المختار ،جـ٣، صـ١٩٢ /١٩٣ ، رد المحتار على الدر المختار، جـ٣ ،صـ١٩٢ /١٩٣ ، الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ /٤٩٥ ، فتح القدير ،جـ٢، صـ٤٩٤ ، العناية علي الهداية ،جـ٢، صـ٤٩٤/٤٩٥

(٣) إحياء العلوم الدين ،جـ٢، صـ٥٣ ، روضة الطالبين ، جـ٥ ، صـ٥٣٧ ، الحاوي الكبير ،جـ ١١ ، صـ٤٣٩ ،المهذب ،جـ٢ ، صـ٨٥

(٤) المغني ،جـ٩ ، صـ٧٠٤

(٥) البحر الزخار ،جـ ٤ ، صـ ٨١ ، نيل الأوطار ،جـ٦، صـ٦١٧

(٦) شرائع الإسلام ،جـ٤ ،صـ٢٩٧

(٧) فتح العلي المالك ،جـ١ ،صـ٣٩٨ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٧٦ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ٤٧٦ ، الذخيرة ، جـ٤ ،صـ٤١٨

(٨) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٦

(٩) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨١ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦١٧

(١٠) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦ ، شرح النيل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦

(٣٨٠)

أ ــ فذهب المالكية (١) وأحمد في المنصوص عنه(٢) ورأي للزيدية (٣) والإباضية (٤) إلى أن حل العزل يتوقف علي إذن السيد فقط دون الزوجة

ب ــ وذهب بعض الزيدية (٥) إلي أن الإذن في العزل للزوجة الأمة

الأدلة : ــ

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة عزل الرجل عن زوجته الأمة بما يلي : ــ

أولا ــ من السنة : بحديث جدامة السابق (٦)

فقد أفاد هذا الحديث حرمة العزل عن الزوجة مطلقا حرة كانت أو أمة كما أن هذا الحديث ناسخ لأحاديث إباحة العزل كحديث جابر وغيره

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم دعوى النسخ لأن القول بالنسخ يحتاج إلى معرفة تاريخ كل من الناسخ والمنسوخ وليس ثمة دليل على ذلك فتكون دعوى النسخ غير مقبولة (٧)

على أنه يمكن أن يدفع هذا التعارض بين حديث جدامة الذي استدل به على التحريم وحديث جابر الذي استدل به على الإباحة بأن يحمل النهي في حديث جدامة على الكراهة إذا كان العزل بدون إذن من الزوجة الأمة أو مولاها ويحمل حديث جابر الذي يفيد الإباحة على ما إذا كان العزل بإذن الزوجة الأمة أو مولاها

ثانيا ــ من الأثر : بالآثار المروية عن عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم والتي تفيد حرمة العزل عن الزوجة مطلقا حرة كانت أو أمة (٨)

مناقشة هذا الاستدلال :

هذه الآثار المروية عن الصحابة المذكورين ورد عنهم وعن غيرهم آثار بخلافها (٩) ومن ثم فيمكن أن تحمل الآثار المانعة من العزل على الكراهة إذا كان العزل دون إذن من الزوجة الأمة أو سيدها وتحمل الآثار التي تدل على إباحة العزل على ما إذا كان العزل بإذن من الزوجة الأمة أو مولاها

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بكراهة عزل الرجل عن زوجته الأمة دون إذن سيدها كما ذهب أبو حنيفة أو دون إذنها كما ذهب أبو يوسف ومحمد بما يلي : ــ

---

(١) فتح العلي المالك ، جـ١ ،صـ٣٩٨ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٧٦ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ٤٧٦ ، الذخيرة ، جـ٤ ،صـ٤١٨

(٢) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٦

(٣) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨١ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦١٧

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦ ، شرح النيل ، جـ٦ ، صـ٤٧٦

(٥) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨١ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦١٧

(٦) سبق تخريجه

(٧) زاد المعاد ، جـ٤ ، صـ١٧ /١٨

(٨) سبق ذكر هذه الآثار عند الكلام على أدلة القائلين بحرمة العزل عن الحرة

(٩) سبق ذكر هذه الآثار عند ذكر أدلة القائلين بإباحة العزل مطلقا عن الزوجة الحرة

أولا ــ من السنة : بحديث جدامة السابق (١)

فقد حملوا النهي الوارد فيه على الكراهة لا التحريم لوجود الصارف له عن التحريم إلى الكراهة وهو حديث جابر وغيره

ثانيا ــ من المعقول من وجهين :

الأول :

استدل به أبو حنيفة على كراهة عزل الرجل عن زوجته الأمة دون إذن سيدها بأن للمولى حقا في الولد فاعتبر إذنه في العزل دونها لأن بدل البضع يحصل للسيد كما يحصل للحرة فكان إذنه في العزل كإذن الحرة (٢)

قال الكاساني:" وجه قول أبي حنيفة ــ رضي الله عنه ــ أن الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى لا للأمة" (٣)

الوجه الثاني :

استدل به أبو يوسف ومحمد على كراهة عزل الرجل عن زوجته الأمـــة دون إذنها بأن قضاء الشهوة حقها والعزل يوجب نقصانا في ذلك (٤)

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بجواز العزل عن الزوجة الأمة مطلقا بمـــا يلي : ــ

أولا ــ من السنة :

١ ــ عموم حديث جابر السابق (٥) الذي أفاد إباحة العزل عن الزوجة مطلقا حـــرة كانت أو أمة دون أن يقيد الإباحة بشيء

٢ ــ ما رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قـــال : " نهى رسول الله ε أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها " (٦)

وجه الدلالـــة : أفاد هذا الحديث بمنطوقه جواز العزل عن الحرة بإذنها وأفاد بمفهومه جواز العزل عن غير الحرة أي الأمة دون إذنها فيكون هذا دليلا على إباحة العـــزل عن الزوجة الأمة مطلقا

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين : ــ

الأول :لا نسلم لكم حجية المفهوم المخالف إذ ليس كل الأصوليين قائلين بحجيته(٧)

الوجه الثـــاني : سلمنا لكم أن المفهوم المخالف حجة في العمل به ولكن يشترط للعمل به ألا يعارضه ما هو أقوى منه من منطوق ونحوه (٨) وهنا قد عارض مفهوم

---

(١) سبق تخريجه

(٢) زاد المعاد ، جـــ٤ ،صـــ١٨

(٣) بدائع الصنائع ، جـــ٥ ،صـــ١٨٨

(٤) بدائع الصنائع ، جـــ٥ ،صـــ١٨٨ ، الهداية ،جـــ٢ ،صـــ٤٩٤ ، شرح فتح القدير ، جـــ٢ ،صـــ٤٩٤ ، العناية على الهداية ، جـــ٢ ،صـــ٤٩٤

(٥) سبق تخريجه

(٦) سبق تخريجه

(٧) تيسير التحرير ، جـــ١ ،صـــ١٠١

(٨) د/ محمد مصطفى محمد ، إيضاح المنقول في علم الأصول ، صـــ٥٤ /٥٨

هذا الحديث حديث جدامة السابق فلا يكون المفهوم حجة

الجواب عن هذه المناقشة : يمكن أن يجاب عن هاتين المناقشتين بما يلي :

١ ــ لا نسلم لكم عدم حجية المفهوم المخالف بل هو حجة لأن جمهـــور الأصـــوليين قائلون بحجيته (١)

٢ ــ سلمنا لكم أن شرط العمل بالمفهوم المخالف ألا يعارضه منطوق ونحوه مما هو أقوى منه لكن لا نسلم لكم أن منطوق حديث جدامة السابق يعارض هذا المفهوم إذ غاية ما يفيده حديث جدامة السابق هو كراهة العزل عن الزوجة دون إذن أو رضا كما أن مفهوم هذا الحديث قد أيده منطوق حديث جابر ونحــوه وبالتــالي يكون حجة

(د) **أدلة الرأي الرابع :** استدل القائلون بحرمة العزل عن الزوجة الأمة دون إذن أو رضا بما يلي :

أولا ــ من السنة : بحديث جدامة السابق (٢) فقد حملوا النهي الــوارد فيــه علــى حرمة العزل عن الزوجة الأمة دون إذن من الزوجة أو مولاها

ثانيا ــ من المعقول :

١ ــ إن للمرأة حقا في الولد كما للرجل حــق فيه ولهذا كانت أحق بحضانته (٣)

٢ ــ إن في العزل نقصانا لحقها في قضاء الشهوة فإذا أذنت بذلك فقد سقط حقــــها(٤)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبــدو لــي رجحان الرأي القائل بكراهة عزل الرجل عن زوجته الأمة دون إذن أو رضا وبعض الفقهاء اعتبر إذن المولى كأبي حنيفة وبعضهم اعتبر إذن الزوجة الأمة والذي يبــدو لي أنه لا بد من اعتبار إذن الزوجة والمولى معا لأن للزوجة حقا في الــوطء وفــي العزل عنها دون إذنها نقصان لحقها في الوطء كما أن لمولاها حقا في الولد فــاعتبر إذنه أيضا وبالتالي يمكن القول بجواز العزل عن الزوجة الأمة بإذنهــا وإذن ســيدها ويكره فيما عدا ذلك والله أعلم

---

(١) تيسير التحرير ، جــ١ ،صــ١٠١ د/ محمد مصطفى محمد ، إيضاح المنقول فــي علــم الأصول ، صــ٥٤ /٥٨

(٢) سبق تخريجه

(٣) زاد المعاد ، جــ٤ ،صــ١٨

(٤) زاد المعاد ، جــ٤ ،صــ١٨

الفرع الثالث : حكم عزل الرجل عن أمته

اختلف الفقهاء في حكم عزل الرجل عن أمته أو سريته على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الظاهرية (١) إلى القول بحرمة العزل مطلقا سواء كانت المرأة حرة أو أمة

الرأي الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣)والشافعية (٤) والحنابلة (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) والإباضية (٨) إلى القول بجواز العزل عن الأمة أو السرية دون إذنها

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة العزل عن الأمة أو السرية بحديث جدامة السابق (٩) وحملوا النهي الوارد فيه على حرمة العزل مطلقا سواء كانت المرأة زوجة حرة أو أمة

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل جمهور الفقهاء القائلون بجواز عزل الرجل عن أمته أو سريته مطلقا بما يلي :

أولا ــ من السنة :

١ ــ ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه قال : سأل رجل النبي ε فقال : إن لي جارية وأنا أعزل عنها فقال ε : " إن ذلك لا يمنع شيئا أراده الله قال : فجاء الرجل فقال يا رسول الله إن الجارية التي كنت ذكرتها لك حملت فقال ε : أنا عبد الله ورسوله " (١٠)

---

(١) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٧٠ م / ١٩٠٧

(٢) بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ١٨٨ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٣٣٥ ، الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ ، شرح فتح القدير ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ ، العناية على الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ ، تبيين الحقائق ، جـ٢ ،صـ١٦٦ ، حاشية الشلبي ، جـ٢ ،صـ١٦٦ ، الدر المختار ، جـ٣ ،صـ١٩٢ /١٩٣ ، رد المحتارعلى الدرالمختار ، جـ٣ ،صـ١٩٢ /١٩٣

(٣) فتح العلي المالك ، جـ١ ،صـ٣٩٨ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٧٦ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ٤٦٧ ، الذخيرة ، جـ٤ ،صـ٤١٨ ،

(٤) إحياء علوم الدين ، جـ٢ ،صـ٥٣ ، روضة الطالبين ، جـ٥ ،صـ٥٣٧ ، الحاوي الكبير ، جـ١١ ،صـ٤٣٩ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ٨٥

(٥) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٨ ، المغني ، جـ ، صـ٧٠٣ / ٧٠٤

(٦) البحر الزحار ، جـ٤ ،صـ٨٠ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٣١٧

(٧) شرائع الإسلام ، جـ٤ ،صـ٢٩٧

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦ ، شرح النيل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦

(٨) سبق تخريجه

(٩) سبق مناقشة الاستدلال بهذا الحديث أكثر من مرة في المسألتين السابقتين

(١٠) السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٤٥ ، برقم ٩٠٩٦ /١٢ ، الفتح الرباني ، جـ١٦ ،صـ٢٢٠ ، برقم ٢٢٦

وجه الدلالة : إن النبي ε أقر الرجل على فعله في عزله عن جاريته وإقراره ε دليل على الجواز .

٢ ـ ما وري عن جابر أنه قال : إن رجلا أتى رسول الله ε فقال إن لي جارية هي خادمتنا وساقيتنا في النخل وأنا أطوف عليها ،أكره أن تحمل فقال : ε اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها فلبث الرجل ما شاء ثم أتاه فقال إن الجارية قد حملت فقال : قد قلت سيأتيها ما قدر لها " (١)

وجه الدلالة : إن قول النبي ε اعزل عنها إن شئت دليل على جواز العزل عن الأمة أو السرية مطلقا

ثانيا ـ من المعقول :

إن الأمة أو السرية لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولا تملك المطالبة بالقسم ولا بالفيئة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى (٢)

قال ابن القيم : " ولم يعتبروا إذن السرية فيه ـ أي العزل ـ لأنها لا حق لها في القسم ولهذا لا تطالب بالفيئة ولو كان لها حق في الوطء لطولب المولي منها بالفيئة " (٣)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لأدلة الفقهاء في هذه المسألة يبدو لي أن الرأي الراجح في هذه المسألة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بجواز عزل الرجل عن أمته أو سريته مطلقا وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي

قال الإمام الغزالي في الإحياء : " .. أقول : النيات الباعثة على العزل خمس : الأولى في السراري وهو حفظ الملك عن الهلاك باستحقاق العتاق وقصد استبقاء الملك بترك الإعتاق ودفع أسبابه ليس بمنهي عنه " (٤)

(١) بنحوه عن أبي سعيد ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٤١ ، برقم ٩٠٧٩ /٢ ، صحيح مسلم ، جـ١٠ ،صـ١٣ ،
(٢) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٣ ، الشرح الكبير ،جـ٩ ،صـ٧٠١ /٧٠٢
(٣) إحياء علوم الدين ، جـ٢ ،صـ٥٣
(٤) إحياء علوم الدين ، جـ٢ ،صـ٥٣

المطلب الثاني

حكم استعمال وسائل منع الحمل الحديث في الفقه الإسلامي

تقدم بيان حكم العزل في الفقه الإسلامي (١) في المطلب السابق وقد سبق القول بأن بعض الفقهاء حرمه مطلقا (٢) وبعضهم أباحه مطلقا (٣) والبعض أباحه بشرط إذن الزوجة (٤) والبعض الآخر قال بالكراهة دون إذنها (٥)
وإذا كان فقهاؤنا القدامى قد تكلموا عن العزل فقط باعتباره وسيلة منع الحمل وتأخيره في ذلك الوقت فلعل ذلك راجع إلى عدم ظهور وسائل أخرى لمنع الحمل في عصرهم وفي أيامنا هذه ظهرت وسائل حديثة ومتعددة لمنع الحمل وتأخيره وذلك باستعمال النساء حبوب منع الحمل أو اللوالب وكاستعمال الرجال العازل المطاطي الذي يمنع وصول ماء الرجل إلى رحم زوجته وهذه الوسائل كلها تشترك مع العزل في أنها تمنع الحمل مؤقتا أو حسبما يرى الزوجان في هذا الشأن

وتأصيلا على حكم العزل يمكن القول إن الوسائل الحديث لمنع الحمل ما يخص الرجال منها والنساء يأخذ حكم العزل من حيث الحل والحرمة فمن قال بحرمة العزل ينسحب ههنا هذا الحكم على الوسائل الأخرى لاشتراكها في نفس العلة وهي منع الحمل أو تأخيره ومن قال بالإباحة بإذن الزوجة ينسحب قوله ههنا على استعمال الوسائل الحديثة لأن للمرأة حقا في الولد كما للرجل ومن قال بالإباحة مطلقا في العزل ينسحب أيضا قوله على غيره من الوسائل الأخرى فليس ثمة ما يمنع من قياس مثيله عليه ما دام الباعث على العزل هو المنع المؤقت للحمل فلا ضير من سريان إباحة منع الحمل مؤقتا بكل وسيلة حديث تحقق ذلك دون تأثير على أصل الصلاحية للإنجاب أو تتسبب في ضرر يلحق أحد الزوجين أو كليهما فلا فرق إذا بين العزل باعتباره سببا وبين وضع حائل يمنع وصول ماء الرجل إلى داخل رحم الزوجة سواء كان هذا العازل يضعه الرجل أو تضعه المرأة ولا فرق بين هذا وبين أي دواء يقطع الطبيب المسلم بأنه يمنع الحمل مؤقتا ولا يؤثر في الإنجاب مستقبلا ولا يضر بأحد الزوجين (٦)

(١) يراجع تفصيل حكم العزل وأقوال الفقهاء فيه في المطلب السابق
(٢) كالظاهرية ومن وافقهم ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٧٠ ، م/ ١٩٠٧
(٣) كالشافعية ومن نحا نحوهم ، الإحياء ، جـ٢ ،صـ٥٣
(٤) مثل الحنفية والإباضية وغيرهم ، الهداية ، جـ٢ ،صـ٤٩٤ /٤٩٥ ، النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٦
(٥) مثل المالكية ومن وافقهم ، فتح العلي المالك ، جـ١ ،صـ٣٩٨ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٧١
(٦) الدليل الإسلامي لتنظيم الأسرة ، صـ١٨ ، يصدر عن المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية جامعة الأزهر ١٤١٩ / ١٩٩٨ م

وتفريعا على القول بإباحة العزل في الفقه الإسلامي ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى القول بإباحة استعمال وسائل منع الحمل قياسا على العزل

جاء في الفقه الإسلامي بعد الكلام عن حكم العزل " .. وبناء عليه يجوز استعمال موانع الحمل الحديثة كالحبوب وغيرها لفترة مؤقتة دون أن يترتب عليه استئصال مكان الحمل وصلاحية الإنجاب ، قال الزركشي : يجوز استعمال الدواء لمنع الحبل في وقت دون وقت كالعزل ولا يجوز التداوي بمنع الحبل بالكلية " (١)

وفي موضع آخر جاء فيه " وأما ما يبطيء الحمل مدة ولا يقطعه من أصله وهو المعروف بتنظيم الحمل فلا يحرم " (٢)

وقد أفتى فضيلة الشيخ جاد الحق شيخ الأزهر السابق بما يلي : " يباح استعمال الوسائل الوسائل الحديثة لمنع الحمل مؤقتا أو تأخيره مدة كاستعمال أقراص منع الحمل أو استعمال اللولب وغير ذلك من الوسائل التي يبقى معها الزوجان صالحين للإنجاب " (٣)

وجاء في فتح العلي المالك " وأما وضع شيء كخرقة في الفرج حال الجماع تمنع وصول الماء للرحم فألحق بالعزل في الجواز بشرطه " (٤)

وذهب الحنفية إلى عدم جواز ذلك بدون إذن الزوج قياسا على قولهم في العزل(٥)

ومن خلال ما تقدم من عرض لأقوال الفقهاء القدامى منهم والمحدثين يمكن القول إنه لا مانع شرعا من استعمال الوسائل الحديثة للحمل مؤقتا والتي لا يترتب عليها إضرار بأحد الزوجين ويبقى معها الزوجان صالحين للإنجاب وذلك قياسا على العزل من باب قياس الأولى وذلك لأن القول بإباحة العزل أو كراهيته مع ما فيه من تفويت كمال الاستمتاع على المرأة يدعو إلى القول بإباحة الوسائل الحديثة لمنع الحمل

من باب أولى لأنها لا يترتب علها كلها أو بعضها منع وصول الماء الذي يترتب عليه كمال استمتاع المرأة بالرجل على النحو المنشود لا سيما وأن بعض فقهاء الفقه الإسلامي (٦) يعللون القول بكراهة العزل أو حرمته بتفويت حق المرأة في الاستمتاع الكامل بالرجل فإذا تحقق كمال الاستمتاع مع استعمال هذه الوسائل المستحدثة فهنا يتأتى القول بالإباحة من باب أولى والله أعلم

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٤ ،صـ٢٦٤٨

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٤ ،صـ٢٦٤٨

(٣) فتوى فضيلة الشيخ / جاد الحق شيخ الأزهر منشورة في الدليل الإسلامي لتنظيم الأسرة ، صـ١٦ /١٧

(٤) فتح العلي المالك ، جـ١ ،صـ٣٩٩

(٥) قال ابن نجيم في البحر: " وينبغي أن يكون سد المرأة فم رحمها كما تفعله النساء لمنع الولد حراما بغير إذن الزوج قياسا على عزله عنها بغير إذنها " البحر الرائق ، جـ ٣ ،صـ٢١٥

(٦) من ذلك ما ذكره ابن القيم معللا قول الظاهرية في حرمة العزل ومبينا وجهة نظرهم في حرمة العزل بقوله : " .. لأن فيه ــ أي العزل ــ قطع اللذة عند استدعاء الطبيعة لها " زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ١٧

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من منع الحمل أو تأخيره

تقدم في المبحث السابق بيان ما يثيره منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي من أمور وتم بيان حكم العزل واستعمال وسائل منع الحمل المستحدثة وبعد استعراض نصوص القانون الجنائي ومواده لم أجد أن القانون الجنائي في مصر قد تعرض لمسالة عزل الرجل ماءه عن زوجته وكذلك لم يتعرض لحكم استعمال وسائل منع الحمل ونحو ذلك كما أن القواعد العامة في القانون الجنائي لا يمكن إدخال هذه الأمور تحت نطاق أحكامها

ومن ثم فإن معالجة هذه المسائل من الناحية الجنائية تبدو غير ذات قيمة أو أهمية قانونية لأن القانون الجنائي لم يتناولها من قريب أو من بعيد وبذلك يبدو لنا عظمة شريعة الإسلام وشمولها ومعالجتها لقضايا الفرد في جميع مناحي الحياة مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان وكذلك أيضا تبدو عظمة فقهاء الإسلام في معالجتهم لجميع القضايا التي تهم المسلمين في دينهم ودنياهم

والله أعلم

(٣٨٨)

الفصل الرابع
أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير
وآثارها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير وآثارها في

الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة المظاهر منها قبل التكفير

****

المبحث الأول : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير وآثارها في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : الآثار الفقهية المترتبة على مباشرة المظاهر منها قبل التكفير في الفقه الإسلامي

****

المطلب الأول : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير في الفقه الإسلامي

وفيه فروع :

الفرع الأول : حكم مباشرة المظاهر منها بما دون الوطء

الفرع الثاني : حكم مباشرة المظاهر منها قبل التكفير بالإطعام

الفرع الثالث : حكم مباشرة المظاهر منها أثناء التكفير بالصيام

الفرع الأول
حكم مباشرة المظاهر منها بما دون الوطء

آراء الفقهاء في هذه المسالة :

اختلف الفقهاء في حكم مسيس المظاهر منها بما دون الوطء على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعي في القديم (٣) ورواية عند الإمام أحمد (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية في ظاهر مذهبهم (٧) والإباضية (٨) إلى أن مسيس المظاهر منها بما دون الوطء كالقبلة واللمسة والاحتضان ونحو ذلك محرم

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٣ ،صـ٣٤١ /٣٤٢ ، البحر الرائق ، جـ٤ ،صـ١٠٤ ، تبيين الحقائق ، جـ٣ ،صـ٣ ، شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ /٢٢٧ ، العناية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ /٢٢٧ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٥٠٦ ، حاشية الشلبي ، جـ٣ ،صـ٢ ، الدر المختار ، جـ٣ ،صـ٥١٥ ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ٣ ،صـ٥١٥ الاختيار لتعليل المختار ، جـ٣ ،صـ١٦٢ ، دار الفكر العربي

(٢) التاج والإكليل ، جـ٤،صـ١٢٢ /١٢٣ ، مواهب الجليل ، جـ٤ ،صـ١٢٢ /١٢٣ ، المدونة ، المجلد الثاني ، جـ٦ ،صـ٦٠ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٨١ ، رسالة أبي زيد ، جـ٢ ، صـ٧٩ ، القرطبي ، جـ٧ ،صـ٦٦٤٠ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، الشرح الكبير ،جـ ،صـ٤٤٥ ، حاشية الدسوقي ، جـ٢ ،صـ٤٤٥

(٣) المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ، روضة الطالبين ، جـ٦ ،صـ٢٤٥ ، نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٨٨ وما بعدها ، حاشية الجمل ، جـ٥ ،صـ٤١١ /٤١٢ ، شرح المنهج ، جـ٥ ،صـ٤١١ /٤١٢ ، الأم ،جـ٥ ،صـ٢٦٥ وما بعدها ، الوسيط ، جـ٦ ،صـ٣٧ ، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، حـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧ ، تكملة المجموع ، جـ١٩ ،صـ٨٠/٨١ ، الحاوي الكبير ،جـ١٣ ، صـ٣٦٤

(٤) المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠٢ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦ /٥١٧ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٧ ، أعلام الموقعين ، جـ٤ ،صـ٢٨٨ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٨ ، منتهى الإرادات ، جـ٢ ،صـ٣٢٦ ، الروض المربع ، جـ، صـ٣٩٧ ، كشاف القناع ، جـ٥ ،صـ٣٧٤ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد ، جـ٤ ،صـ٨٥

(٥) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٠

(٦) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٣٢ ، نيل الأوطار ،جـ٦ ،صـ٦٩١ /٦٩٢ ، السيل الجرار ، جـ٢ ،صـ٤١٨

(٧) المختصر النافع ، صـ٢٢٩ /٢٣٠ ، شرائع الإسلام ، جـ٥ ،صـ١٤٣ /١٤٤ ، جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٩ ، وسائل الشيعة ، جـ١٥ ،صـ٥١١ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٣٧ /١٣٨ ، الروضة البهية ،شرح اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٣٧ ١٣٨

(٨) النيل وشفاء العليل ، جـ٧ ،صـ١٠٧ /١٠٨ ، شرح النيل جـ٧ ،صـ١٠٧ /١٠٨

الرأي الثاني : ذهب الشافعي في الجديد (١) والإمام أحمد في رواية عنه (٢) والثوري (٣) وهو أحد القولين للإمامية (٤) إلى أن مسيس المظاهر منها بما دون الوطء لا يحرم وإنما الذي يحرم على المظاهر هو الجماع في الفرج فقط

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يبدو لي بعد مطالعتي لمراجع المذاهب الفقهية المختلفة أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى اختلاف الفقهاء في المراد بلفظ التماس " الوارد في قوله تعالى " مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا" (٥) هل هو محمول على الحقيقة ومن ثم فيحرم الجماع وما دونه أم أنه مجاز في الجماع فقط فيبقى ما عداه على أصل الحل ، فمن حمل اللفظ على الحقيقة قال بحرمة المباشر بما دون الوطء ومن حمل اللفظ على المجاز ذهب إلى أن المباشر بما دون الوطء ليست محرمة (٦)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة مباشرة المظاهر منها بما دون الوطء بما يلي :

١ ــ من الكتاب : قوله تعالى : " مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا" (٧)

وجه الدلالة :

إن المس يطلق في اللغة على المس باليد وعلى الجماع فتكون الآية متناولة بعمومها للجماع وما دونه قال الكاساني : " وأخف ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد إذ هو حقيقة لهما جميعا أعني الجماع اللمس باليد لوجود معنى المس باليد فيهما " (٨)

---

(١) المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، حـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧ ، تكملة المجموع ، جـ١٩ ،صـ٨٠/٨١ ، الحاوي الكبير ،جـ١٣ ، صـ٣٦٤ ، منهج الطلاب ، صـ٩٨ ،منهاج الطالبين ،صـ١١٣ ، حاشية قليبوبي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ /١٩ ، شرح ابن القاسم على متن أبي شجاع ، جـ٢ ،صـ١٦٧

(٢) المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠٢ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٧ ، ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ،

(٣) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، البحر الزخار ،جـ٤ ،صـ٢٣٢

(٤) ، اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٣٧ /١٣٨ ، الروضة البهية ،شرح اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٣٧ ١٣٨

(٥) سورة المجادلة ، آية : (٣)

(٦) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٩

(٧) سورة المجادلة ، آية : (٣)
(٨) بدائع الصنائع ، جـ٣ ،صـ٣٤١ /٣٤٢ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣ ،صـ٣٦٤

(٣٩١)

وقال ابن رشد : " وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها " (١) ولأنه لا موجب فيه للحمل على المجاز وهو الوطء لإمكان الحقيقة (٢) والأصل عدم النقل والاشتراك (٣)

٢ ــ المعقول من وجوه :

الوجه الأول :

إن هذه الحرمة إنما حصلت بتشبيه امرأته بأمه فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الأم سواء وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا هذه (٤)

قال الشيخ النجفي : " وهل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة والملامسة ؟ .. نعم لأنه مماسة لغة .. ولأنه مقتضى تشبيهها بالأم التي يحرم فيها غير الوطء من الاستمتاع بها " (٥)

الوجه الثاني :

إن الظهار كان طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل إلى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح وتلك الحرمة تعم البدن كله كذا هذه (٦)

الوجه الثالث :

إن هذه المباشرة مقدمة إلى الجماع المتفق على تحريمه وما أدى إلى المحرم فهو محرم أيضا قال ابن نجيم : " إن الوطء إذا حرم حرم ما كان داعيا إليه لأن طريق المحرم محرم ." (٧)

وقال الإمام مالك : " ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها حتى يكفر لأن ذلك لا يدعوه إلى خير " (٨)

٣ ــ القياس على الطلاق :

بجامع أن كلا منهما قول يؤثر في تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة

قال ابن قدامة :" لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق"(٩)

وقال ابن رشد : " ولأنه لفظ حرمت به عليه فأشبه لفظ الطلاق " (١٠)

---

(١) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨
(٢) البحر الرائق ، جـ٤ ،صـ١٠٤
(٣) جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٩
(٤) البدائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ، الحاوي الكبير ،جـ ١٣ ،صـ٣٦٤

(٥) جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٩
(٦) البدائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٢
(٧) البحر الرائق ، جـ٤ ،صـ١٠٤
(٨) المدونة ، جـ٦ ،صـ٦٠
(٩) المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠١
(١٠) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٨

(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بجواز مباشرة المظاهر منها قبل التكفير بما دون الوطء بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا" (١)

وجه الدلالة :

إن التماس ههنا كناية عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع وإما أن تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع لقوله تعالى : " من قبل أن تمسوهن " (٢) فانتفى كونها دالة على ما فوق الجماع إذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا . (٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم بحمل التماس الوارد في قوله تعالى : " مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا" على الجماع لأن التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز ، كما أن قوله : " مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ" محمول على الجماع لأن الجماع خصها بذلك والآية التي معنا لم يخصها بالجماع دليل فتبقى على مقتضى الأصل (٤)

قال ابن المرتضي :" قلنا : خصه هناك بالمجاز الإجماع وهنا لا مانع من إرادة الحقيقة معه " (٥)

ثانيا ــ المعقول من وجهين:

الأول : إن وطء المظاهر منها قبل التكفير يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم (٦)

الوجه الثاني : القياس على الحائض والمرأة التي آلى زوجها منها والصائمة بجامع أن كلا منهن يحرم وطؤها دون دواعيه (٧)

---

(١) سورة المجادلة ، آية : (٣)
(٢) سورة الأحزاب ، آية : (٤٩)

(٣) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، الوسيط ، جـ٦ ،صـ٣٧ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣ ،صـ٣٦٤
(٤) شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ /٢٢٧ ، العناية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٦ /٢٢٧ ، جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٩
(٥) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٣٢
(٦) المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٨ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠٢ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١١ /٥١٢ ، تكملة المجموع ، جـ١٩ ،صـ٨١
(٧) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٨، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣،صـ٣٦٤

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم القياس على الحائض والصائمة والمرأة التي آلى منها زوجها لأن هذا القياس مع الفارق فيكون باطلا

وبيان الفرق :

١ ــ إن الاستمتاع بالحائض بما دون الفرج لا يفضي إلى الجماع بخلاف المظاهر منها لوجود المانع وهو استعمال الأذى فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي إلى الجماع (١)

٢ ــ لزوم الحرج بحرمة الدواعي في الحيض والصيام لكثرة وقوعهما بخلاف الظهار

قال ابن نجيم : " وحكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعهما بخلاف غيرهما " (٢)

٣ ــ إن المقيس عليه في الحيض هو الصوم إنما أبيح لوجود نص صريح وهو أنه ε كان يقبل بعض نسائه وهو صائم وكان يقبلها وهو حائض بخلاف المقيس عليه (٣)

٤ ــ إن المحرم في الإيلاء هو الحلف على عدم الوطء أما هو فليس محرما لا هو ولا دواعيه بخلاف الظهار

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفريقين السابقين وأدلتهما يبدو لي أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بحرمة دواعي الجماع والاستمتاع من المظاهر منها بما دون الوطء وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وضعف ما

استدل به المخالف الأمر الذي أمكن معه دفعها ومناقشتها مناقشة تؤدي إلى بطلانهـــا وعدم الاحتجاج بها

والله أعلم

---

(١) البدائع ، جـــ٣ ،صـــ٣٤٢
(٢) البحر الرائق ،جـــ٤ ،صـــ١٠٤
(٣) البحر الرائق ،جـــ٤ ،صـــ١٠٤

الفرع الثاني : حكم مباشرة المظاهر منها قبل التكفير بالإطعام

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يحرم علي المظاهر أن يطأ زوجته قبل التكفير إذا كنت كفارته العتق أو الصيام لقول الله عز وجل " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَـــائِهِمْ ثُـــمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُـــونَ خَبِيرٌ(٣)فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا .." (١) أي فليحرروا أو فليصوموا فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن للأمر بتقديم التحرير أو الصيام قبل المسيس معني (٢)

أما إذا كان التكفير بالإطعام فقد اختلف الفقهاء في حكم المسيس قبل التكفيـــر بالإطعام على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٣) والمالكية (٤) والشـــافعية (٥) والصحيح من مذهب الحنابلة (٦) والزيدية (٧) والإمامية (٨) والإباضـــية (٩) إلي عدم جواز وطء المرأة المظاهر منها إذا كانت كفارة المظاهر الإطعام

---

(١) سورة المجادلة آية (٣/٤)
(٢) البدائع ،جـــ٣، صـــ٣٤١ ، زاد المعاد ،جـــ٤ ، صـــ٨٧
(٣) البدائع ،جـــ٣، صـــ٣٤١ ، البحر الرائق ،جـــ٤، صـــ١٠٤، تبين الحقائق ،جـــ٣، صـــ٣، الفتاوى الهندية ،جـــ١، صـــ٥٠٦، الهداية مع فتح القدير جـــ٣ ، صـــ٢٢٦/٢٢٧، شرح فتح القدير جـــ٣ ، صـــ٢٢٦/٢٢٧ ، العناية مع فتح القدير ،جـــ٣، صـــ٢٢٦/٢٢٧
(٤) الفواكه الدواني ، جـــ٢، صـــ٨١ ، رسالة أبي زيد ،جـــ٢ ، صـــ٧٩ ، المدونة ، الجلد ٣، جـــ٦ ، صـــ٦٧ ، القرطبي ،جـــ٧، صـــ٦٦٤٠

(٥) المهذب ،جـ٢، صـ١٤٦ ، الوسيط في الذهب ،جـ٦، صـ٢٣٧ ، الأم ، جـ٥ ،صـ٢٦٥ ، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية قليوبي ، جـ٤ نصـ١٨ ، حاشية عميرة ، جـ٤ ،صـ١٨ / ١٩ ، منهاج الطالبين ،صـ١١٣ ، منهج الطلاب ، صـ٩٩ ، روضة الطالبين ، جـ٦ ، صـ٢٤٥ ، نهاية المحتاج ، جـ٧ ،صـ٨٨ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧ ، تكملة المجموع ، جـ١٩ ،صـ٨٠ /٨١ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣ ،صـ٤٤٦ /٤٤٧

(٦) الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٧ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠١ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١١ /٥١٢ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ، منتهى الإرادات ، جـ٢ ،صـ٣٢٦ ، الروض المربع ، جـ ،صـ٣٧٩ ، كشاف القناع ، جـ٥ ،صـ٣٧٤

(٧) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٣٢ /٢٣٣ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، الروضة الندية ، جـ٢ ،صـ٩٨

(٨) المختصر النافع ، صـ٢٢٩ ، شرائع الإسلام ، جـ٥ ،صـ١٤٣ ، جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٥ ، جاء في جواهر الكلام " يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفر سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الإطعام " جـ٣٣ ،صـ١٥٥، اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٤٢ ، الروضة البهية ، جـ٦ ،صـ١٤٢

(٩) النيل وشفاء العليل ، جـ٧ ،صـ١٠٧ ، شرح النيل ، جـ٧ ،صـ١٠٧

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية (١) ورواية عند الحنابلة (٢)وبعض الإباضية(٣) وأبو ثور (٤) والإسكافي من الإمامية (٥) إلى جواز وطء المرأة المظاهر منها إذا كانت كفارة المظاهر الإطعام

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء في فهم المراد من آية الظهار حيث ذكر الله عز وجل الكفارة في العتق والصيام مشروطة بكونها قبل التماس وأطلق في الإطعام فمن ير من الفقهاء حمل المطلق على المقيد قال بعدم جواز وطء المظاهر منها قبل الإطعام ومن لم ير حمل المطلق على المقيد قال بجواز الوطء قبل التكفير بالإطعام (٦)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بحرمة وطء المظاهر منها قبل التكفير بالإطعام بما يلي :

أولا ــ قوله تعالى : " وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ(٣)فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينا "(٧)

وجه الدلالة :

إن الله عز وجل قيد في الآية العتق والصيام بكونهما قبل التماس وأطلق في الإطعام ومن ثم فيحمل المطلق على المقيد لاتحاد الواقعة (٨)

قال ابن القيم : " ووجه المنع استفادة حكم ما أطلقه مما قيده إما بيانا على الصحيح أو قياسا قد ألغي فيه الفارق بين الصورتين وهو سبحانه لا يفرق بين المتماثلين"(٩)

ثانيا من السنة : ما روي عن عكرمه عن ابن عباس أن رجلا أتى النبيε فقال يا رسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر فقال : ما حملك

---

(١) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٠
(٢) المغني ،جـ١٠ ،صـ٥٠١ ، الإنصاف ،جـ٩ ،صـ٢٠٧
(٣) شرح النيل ، جـ٧ ،صـ١٠٩
(٤) المغني ،جـ١٠ ،صـ٥٠١ ، تكملة المجموع ، جـ١٩ ،صـ٨١
(٥) جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٥
(٦) بدائع الصنائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية قليوبي ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية عميرة ، جـ٤ ،صـ١٨ / ١٩ ، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ، المغني ،جـ١٠ ،صـ٥٠١ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١١ /٥١٢ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٠
(٧) المجادلة ، آية : (٣ / ٤)
(٨) بدائع الصنائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية قليوبي ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية عميرة ، جـ٤ ،صـ١٨ / ١٩ ، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ، المغني ،جـ١٠ ،صـ٥٠١، الإنصاف ،جـ٩ ،صـ٢٠٧، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١
(٩) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧

على ذلك يرحمك الله ؟ قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر قال فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " (١)

وجه الدلالة :

إن النبي ε نهي الرجل الذي وقع على امرأته التي ظاهر منها عن قربانها حتى يكفر والنهي للتحريم ما لم يصرفه صارف (٢) ولم يوجد فيبقى على حقيقته كما أنه ε لم يفرق بين الإطعام والصيام والعتق ولو كان حكم الإطعام مخالفا لغيره لنبه عليه ε إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة (٣)

ثالثا ــ من المعقول :

١ ــ إن المظاهر قد منع من الوطء حتى يكفر بالصوم مع طول زمنه فمنعه حتى يكفر بالإطعام أولى لقصر زمنه (٤)

قال ابن القيم : " وأيضا فإنه نبه بالتكفير قبل المسيس بالصوم مع تطاول زمنه وشدة الحاجة إلى مسيس الزوجة على أن اشتراط تقدمه في الإطعام الذي لا يطول زمنه أولى " (٥)

٢ ــ **القياس :** قال ابن قدامة : " ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها " (٦)

وقال الشيرازي : " فشرط في العتق والصوم أن يكونا قبل المسيس وقسنا عليهما الإطعام " (٧)

٣ ــ قال الكاساني : " ولنا : أنه لو أبيح له الوطء قبل الإطعام فيطؤها ومن الجائز أن يقدر على الإعتاق والصيام في خلال الإطعام فتنتقل كفارته إليه فتبين أن وطأه كان حراما فيجب صيانته عن الحرام بإيجاب تقديم الإطعام احتياطا"(٨)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بجواز وطء المظاهر منها قبل التكفير بالإطعام بقوله تعالى :" وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ(٣)فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينا "(٩)

---

(١) سنن أبي داود ، جـ١ ،صـ٦٧٥ ، برقم ٢٢٢١ ، النسائي ، جـ٦ ،صـ١٣٧ ، الترمذي ، جـ٣ ،صـ٥٠٣ ، برقم ١١٩٩ ، قال الترمذي : حديث حسن غريب صحيح

(٢) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ١٩٣ ، البرهان ، جـ١ ،صـ٢٨٠

(٣) البرهان ، جـ١ ،صـ١٢٨

(٤) مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، حاشية عميرة ، جـ٤ ،صـ١٩

(٥) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧

(٦) المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠١ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١١ /٥١٢ ، حاشية قليوبي ، جـ٤ ،صـ١٨

(٧) المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦

(٨) البدائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٢

(٩) المجادلة آية : (٣ ، ٤)

وجه الدلالة :

قال ابن حزم : " وشرط الله عز وجل في العتق والصيام قبل التماس ولم يشترط ذلك في الكفارة بالإطعام " (١)

وقال ابن القيم : " إن الله قيد التكفير بكونه قبل المسيس في العتق والصيام وأطلق في الإطعام ولكل منهما حكمه فلو أراد التقيد في الإطعام لذكره كما ذكر في العتق والصيام وهو سبحانه لم يقيد هذا ويطلق هذا عبثا بل لفائدة مقصودة ولا فائدة إلا تقييد ما قيده وإطلاق ما أطلقه " (٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

الوجه الأول :

لا نسلم لكم ما ذكرتم بأن الإطعام ذكر مطلقا عن شرط المسيس ومن ثم فيجوز الوطء قبل التكفير بالإطعام لأن الإطعام وإن ذكر مطلقا إلا أنه يحمل علي المقيد قبله كما هو معلوم عند علماء الأصول (٣)

الوجه الثاني :

قال ابن القيم : إن الله عز وجل ذكر " مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا "مرتين فلو أعاده ثالثا لطال به الكلام ونبه بذكره مرتين علي تكرار حكمه في الكفارات ولو ذكره في آخر الكلام مرة واحدة لأوهم اختصاصه بالكفارة الأخيرة ولو ذكر في أول مرة لأوهم اختصاصه بالأولي وإعادته في كل كفارة تطويل وكان أفصح الكلام وأبلغه وأوجزه ما وقع " (٤)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لأدلة الفريقين السابقين يبدو لي أن الرأي الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلي حرمة المسيس قبل التكفير بالإطعام وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما استدل به المخالف من أدلة أمكن دفعها ومناقشتها تؤدي إلي عدم قبولها والتعويل عليها

والله أعلم

---

(١) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٠، السيل الجرار ، جـ٢ ،صـ٤٢٢

(٢) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧ ، البدائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٢ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٠١ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١١ /٥١٢ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٧

(٣) اللمع ، جـ١ ، صـ٤٣ /٤٤ ، البرهان ، جـ١ ،صـ٢٨٨ ، التبصرة ، جـ١ ،صـ٢١٢ ، إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٨١

(٤) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٧

الفرع الثالث : ــ حكم مباشرة المظاهر منها أثناء التكفير بالصيام

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا كانت كفارة المظاهر هي الصيام فإنه يحرم عليه أن يمس زوجته قبل الانتهاء من هذه الكفارة لقوله تعالي " من قبل أن يتماسا " كما أنه لا خلاف بينهم أيضا في أنه مي أفطر المظاهر قبل الصوم بدون عذر بجمع أو نحوه في أنة يجب عليه أن يستأنف الصوم مرة أخري (١)

ولكن وقع الخلاف بينهم فيمن وطيء زوجته المظاهر منها ليلا أثناء مدة التكفير بالصيام هل يستأنف الصوم ؟ أم يبني علي ما سبق ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والحنابلة (٤) وفي رواية الظاهرية (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) وظاهر مذهب الإباضية (٨) إلي أنة متي وطيء المظاهر زوجته ليلا أثناء مدة التكفير بالصيام فإن شرط التتابع ينقطع ويجب عليه أن يستأنف الصيام من جديد

الرأي الثاني : وذهب الشافعي (٩) وأبو يوسف (١٠) وبعض الإمامية (١١) ورواية للإمام أحمد (١٢) إلي أن التتابع لا ينقطع بالوطء ليلا وبه قال أبو ثور وابن المنذر (١٣)

---

(١) الأم ،جـ٥، صـ٢٧٠، مغني المحتاج ،جـ٣، صـ٣٦٥/٣٦٦ ، حاشية قليوبى ،جـ٤، صـ٢٦ ، حاشية عميرة ،جـ٤، صـ٢٦ ، الحاوي الكبير ،جـ١٣، صـ٣٦٤

(٢) بدائع الصنائع ،جـ٥، صـ١٦٦ ، باب الكفارات ، الاختيار لتعليل المختار ،جـ٣، صـ١٦٥ ،

(٣) رسالة أبي زيد ،جـ٢، صـ٧٩ ، الفواكه الدواني ،جـ٢ ،صـ٨١ ، المدونة المجلد ٣ ،جـ٦،صـ٧٨ ،، الشرح الكبير للدردير، جـ٢ ،صـ٤٥١، حاشية الدسوقي ،جـ٢ ،صـ٤٥١

(٤) المغني ،جـ١٠، صـ٥٤٠/٥٤١ ، الشرح الكبير ،جـ١٠، صـ٥٥٥/٥٥٦ ، منتهى الإرادات ،جـ٢، صـ٣٣١ ، الروض المربع ،جـ،صـ٣٩٩ ،كشاف القناع ،جـ٥ ،صـ٣٨٤ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد ، جـ٤ ،صـ٩٢

(٥) المحلي ،جـ١٠، صـ٥٥/٥٦

(٦) البحر الزخار ،جـ٤، صـ٢٣٧/٢٣٨

(٧) شرائع الإسلام ،جـ٥، صـ١٤٣ ، اللمعة الدمشقية ،جـ٦، صـ١٤٢ ، الروضة البهية صـ١٤٢ ، جواهر الكلام ،جـ٣٣، صـ١٥٥/١٥٦

(٨) النيل ،جـ٧، صـ١٠٧، شرح النيل ،جـ٧، صـ١٠٩

(٩) حاشية قليوبي ،جـ٤، صـ٢٦، حاشية عميرة ،جـ٤، صـ٢٦ ، الأم ،جـ٥، صـ٢٦٥ ، تكملة المجموع ، جـ١٩ ،صـ٨٨ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣ ،صـ٣٦٤ /٣٦٥

(١٠) بدائع الصنائع ،جـ٥، صـ١٦٦ ، باب الكفارات ،

(١١) شرائع الإسلام ،جـ٥، صـ١٤٣ ، قال الشيخ الحلي : " ولو وطئها خلال الصوم استأنف وقال شاذ منا: لا يبطل التتابع لو وطيء ليلا وهو غلط " جـ٥ ،صـ١٤٣

(١٢) المغني ،جـ١٠، صـ٥٤١ ، الشرح الكبير ،جـ١٠، صـ٥٥٥

(١٣) المغني ،جـ١٠، صـ٥٤١ ، الشرح الكبير ،جـ١٠، صـ٥٥٥

الأدلة : ــ

(أ) **أدلة الجمهور** : استدل الجمهور القائلون بانقطاع تتابع الصيام بالوطء ليلا أثناء التفكير بما يلي : ــ

أولا ــ من الكتـــاب : قولة تعالي " فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا " (١)

وجه الدلالة :

إن الله سبحانه أمر في التفكير بالصيام بشهرين متتابعين قبل المســيس ولــم يوجد ولأن ذلك يتضمن النهي عن المسيس قبل إكمال الصيام وتحريمه وهو يوجــب عدم الاعتداد بالصوم لأنه عمل ليس عليه أمر رسول الله ε فيكون ردا قال ابن القيم : " وسر المسالة أنه سبحانه أو جب أمرين : أحدهما تتابع الشهرين ، والثاني : وقــوع صيامهما قبل التماس، فلا يكون قد أتى بما أمر به إلا بمجموع الأمرين" (٢)

قال ابن قدامة : " فأمر بهما أي الشهرين حاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطيء نهارا " (٣)

ثانيا ــ من المعقول : إنه تحريم للوطء لا يختص بالنهار فاستوى فيه الليل والنهــار كالاعتكاف " (٤)

(ب) **أدلة الرأب الثاني** : استدل القائلون بعدم انقطاع التتابع بــالوطء لــيلا أثنــاء التكفير بالصيام بالمعقول من وجوه :

الوجه الأول :

إن التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وإن وطيء ليلا (٥)

الوجه الثاني :

قال الشافعي : " إننا لو أوجبنا الاستئناف لوقع صوم الشهرين بعد التماس ولو لم نوجبه لكان بعضهما قبله وذلك أقرب إلى المأمور به من الأول"(٦)

الوجه الثالث:

القياس على الأكل ليلا وجماع غير المظاهرمنها بجامع أن كلا منهما عمــل لا يؤثر في الصوم فلا يؤثر في صفته (٧)

---

(١) المجادلة ، آية : (٤)

(٢) زاد المعاد ، جــ٤ ،صــ٨٧ ،بدائع الصنائع ، جــ٥ ،صــ١٦٦ ، الفواكه الدواني ، جــ٢ ،صــ٨١ ، رسالة أبي زيد ، جــ٢ ،صــ٧٩ ، المدونة ، المجلد الثالث ، جــ٦ ،صــ٦٠ ، شرح النيل ، جــ٧ ،صــ١٠٧

(٣) المغني ، جــ١٠ ، صــ٥٤٠ ، الشرح الكبير ، جــ١٠ ،صــ٥٥٥

(٤) المغني ، جــ١٠ ، صــ٥٤٠ ، الشرح الكبير ، جــ١٠ ،صــ٥٥٥

(٥) المغني ، جــ١٠ ، صــ٥٤٠ /٥٤١، الشرح الكبير ، جــ١٠ ،صــ٥٥٥

(٦) حاشية عميرة ، جــ٤ ،صــ٢٦

(٧) حاشية عميرة ، جــ٤ ،صــ٢٦

(٤٠٠)

قال ابن قدامة :" لأنه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها "(١)

وقال الكاساني : " إن هذا الجماع لا ينقطع به التتابع لأنه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى " (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم يبدو لي أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بانقطاع التتابع بالوطء ليلا لأن الله شرط كون الصوم متتابعا وكونه قبل المسيس وإذا لم يقع على هذه الصفة يكون على غير ما أمر الله به ولقوله ε لمن وقع على زوجته قبل أن يكفر " لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله "

كما أننا لا نسلم القياس على غير المظاهر منها لأنه قياس مع الفارق لأن غير المظاهر منها ليس منهيا عن وطئها فافترقا

كما أنه قياس في مواجهة نص وهو قوله : " مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا " فلا يعتد به وبذلك يظهر ضعف ما استدل به المخالف مما يؤدي إلى الاطمئنان في القول برأي جمهور الفقهاء

والله أعلم

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٥ ،صـ١٦٦، باب الكفارات

(٢) المغني ، جـ١٠ ، صـ٥٤٠ /٥٤١، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥٥٥

(٤٠١)

المطلب الثاني :
الآثار الفقهية المترتبة على مباشرة المظاهر منها قبل التكفير

وفيه فرعان :

الفرع الأول : آراء الفقهاء في كفارة الجماع قبل التكفير
الفرع الثاني : حكم التفريق بين الزوجين بسبب جماع المظاهر منها قبل التكفير

****

الفرع الأول : آراء الفقهاء في كفارة الجماع قبل التكفير

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة مسيس المظاهر منها قبل التكفير كما أنه لا خلاف أيضا في وجوب التوبة والاستغفار على من جامع زوجته قبل أن يخرج كفارة الظهار (١) وإنما وقع الخلاف بينهم في أنه هل يجب على المجامع قبل التكفير كفارة أخرى مع كفارة الظهار أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسالة على أربعة آراء : ــ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية(٢) والمالكية(٣)والشافعية (٤)

---

(١) تبيين الحقائق ، جـ٣ ،صـ٣ ، حاشية الشلبي ، جـ٣ ،صـ٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٥٠٦ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، رسالة أبي زيد ،جـ٢، صـ٧٩ ، الفواكه الدواني ،جـ٢ ،صـ٨١ ، المدونة المجلد ٣ ،جـ٦،صـ٧٨ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ،حاشية الجمل ، جـ٥ ،صـ٤١١ /٤١٢ ، شرح المهج ،جـ ، صـ٤١١ /٤١٢ ، المغني ،جـ١٠، صـ٥٦٩ ، الشرح الكبير ،جـ١٠، صـ٥١٦، المحلي ،جـ١٠، صـ٥٠ ، البحر الزخار ،جـ٤، صـ٢٣٢ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، جواهر الكلام ،جـ٣٣، صـ١٥٥/١٥٦ ، المختصر النافع ،صـ٢٢٩ ، وسائل الشيعة ، جـ١٥ ،صـ٥٢٦ ، النيل ،جـ٧، صـ١٠٧، شرح النيل ،جـ٧، صـ١٠٧

(٢) بدائع الصنائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٣ ، تبيين الحقائق ، جـ٣ ،صـ٣ الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، البحر الرائق ، جـ٤ ،صـ١٠٥ ، كنز الدقائق ،جـ٤ ،صـ١٠٥ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٥٠٦ الاختيار لتعليل المختار ، جـ٣ ،صـ١٦٢

(٣) رسالة أبي زيد ،جـ٢، صـ٧٩ ، الفواكه الدواني ،جـ٢ ،صـ٨١ ، المدونة المجلد ٣ ،جـ٦،صـ٦٠ ، مواهب الجليل ، جـ٤ ،صـ١٢٤ ، التاج والإكليل ، جـ٤ ،صـ١٢٢ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢ ، الشرح الكبير ، جـ٢ ،صـ٤٥١ ، حاشية الدسوقي ، جـ٢ ،صـ٤٥١

(٤) الأم ،جـ٥، صـ٢٦٥، مغني المحتاج ،جـ٣، صـ٣٥٧ ، حاشية قليوبى ،جـ٤، صـ١٨ ، حاشية عميرة ،جـ٤، صـ١٨ ، الحاوي الكبير ،جـ١٣، صـ٣٦٣ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ،، شرح ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ ، شرح ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧

والحنابلة (١) والظاهرية (٢) والزيدية (٣) والإباضية (٤) إلى أن المظاهر الذي وقع على زوجته قبل أن يكفر لا يجب عليه شيء بسبب هذا الجماع وإنما عليه فقط كفارة الظهار (٥)

الرأي الثاني : ذهب الإمامية إلى أنه لو وطيء المظاهر قبل التكفير فيجب كفارتان إحداهما للوطء والأخرى للعود (٦) وهو قول عبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الرحمن بن مهدي (٧) وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير والزهري وقتادة (٨) وابن شهاب (٩) ومجاهد (١٠)

الرأي الثالث : ذكر سعيد بن منصور عن الحسن البصري وإبراهيم النخعي في الذي يظاهر ثم يطأ قبل أن يكفر عليه ثلاث كفارات (١١)

الرأي الرابع : وذهب البعض إلى أن المظاهر الذي يطأ قبل أن يكفر لا شيء عليه (١٢) ونسب ابن القيم (١٣) والشوكاني (١٤) هذا الرأي إلى الزهري وسعيد بن جبير وأبي يوسف

---

(١) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٧ /٢٠٨ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ /٥٧٠ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦ ، كشاف القناع ، جـ٥ ،صـ٣٧٤ ، الإقناع في فقه الإمام أحمد ، جـ٤ ،صـ٨٥

(٢) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٥

(٣) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٣٣ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، الروضة الندية ، جـ٢ ،صـ٩٩ ، السيل الجرار ، جـ٢ ،صـ٤١٩

(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٧ ،صـ١٠٧ ، شرح النيل ، جـ٧ ،صـ١٠٧ /١٠٩

(٥) قال ابن القيم : " قال الصلت بن دينار سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر فقالوا كفارة واحدة قال : وهم الحسن وابن سيرين ومسروق وبكر وقتادة وعطاء وطاووس ومجاهد وعكرمة قال : والعاشر أراه نافعا " زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٥

(٦) المختصر النافع ، صـ٢٢٩ ، من لا يحضره الفقيه ، جـ٣ ،صـ٣٤٨ ، جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٦ /١٥٧ ، وسائل الشيعة ، جـ١٥ ،صـ٥٢٦ ، اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٣٩ /١٤٠ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، جـ٦ ،صـ١٤٠

(٧) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩

(٨) المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ /٥٧٠ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٥، شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧
(٩) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢ ، الروضة الندية ، جـ٢ ،صـ٩٩ ،
(١٠) القرطبي، ج٧ ،صـ٦٦٤٠،البحرالزخار،ج٤،صـ٢٣٣،الحاوي الكبيرج١٣ ،صـ٣٦٣
(١١) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٥ ، شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، الروضة الندية ، جـ٢ ،صـ٩٩
(١٢) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢، القرطبي ، جـ٢ ،صـ٦٦٤٠ ، ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ /٥٧٠ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦ ،
(١٣) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ،
(١٤) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، ، الروضة الندية ، جـ٢ ،صـ٩٩ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣ ،صـ٣٦٣

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بعدم وجوب شيء على من جامع قبل التكفير غير كفارة العود بما يلي :

١ ــ من السنة : بما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا أتى النبي ε فقال يا رسول الله : إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر فقال : ما حملك على ذلك يرحمك الله ؟ قال رأيت خلخالها في ضوء القمر قال : فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " (١)

وجه الدلالة :

إنه لو وجب على هذا الرجل كفارة أخرى لنبه عليه ε لأن هذا المقام مقام بيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة(٢)

قال ابن قدامة (٣) : " ولأنه وجد العود والظهار فيدخل في عموم قوله : " ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة " (٤)

فعلم من خلال ما تقدم أن الواجب على المظاهر كفارة العود لا غير فوجب الوقوف عند أمره ε كما قال ابن حزم . (٥)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأن على المظاهر كفارتين : إحداهما للظهار الذي اقترن به العود والثانية لوطء المحرم بالقياس على الوطء في نهار رمضان والوطء في حال الإحرام بجامع أن كلا منهما وطء يجب به الكفارة فكذا ههنا . (٦)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول :

لا نسلم لكم القياس على جماع الصائم والمحرم لأن القياس لا يجري في الكفارات كما يرى جمهور الأصوليين (٧)

الوجه الثاني :

سلمنا لكم أن القياس يجري في الكفارات كما يرى البعض (٨) لكن شرط العمل القياس عدم وجود نص (٩) وقد وجد وهو قوله : " ε للرجل الذي وقع على امرأته قبل أن يكفر " لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " فيكون القياس غير مقبول

---

(١) سبق تخريجه
(٢) شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، تبيين الحقائق ، جـ٣،صـ٣ ، حاشية الشلبي ، جـ٣ ،صـ٣
(٣) المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦
(٤) سورة المجادلة ، آية : (٣)
(٥) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٥ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢
(٦) زاد المعاد،جـ٤،صـ٨٩،المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ ،الشرح الكبير،جـ١٠ ،صـ٥١٦
(٧) نهاية السول للإسنوي ، جـ٣ ،صـ٤٩ ، المحصول ، جـ٥ ،صـ٣٤٥
(٨) نهاية السول ، جـ٣ ،صـ٤٩
(٩) المحصول ، جـ٥ ،صـ٣٧٢ ومابعدها

(ج) استدلال الرأي الثالث : يمكن أن يستدل للقائلين بوجوب ثلاث كفارات على المجامع قبل التكفير بأن ذلك من قبيل العقوبة لإقدام المظاهر على ارتكاب الحرام .
قال ابن القيم : " ولا يعلم لإيجاب الثلاث وجه إلا أن يكون عقوبة على إقدامه على الحرام " (١)
مناقشة هذا الاستدلال :
لا نسلم لكم إيجاب الكفارات الثلاث على المظاهر الذي جامع قبل أن يكفر لأن مصدر إيجاب الكفارات هو الشرع ولم ينص على شيء من ذلك فيكون غير مقبول ، بل إن النبي ε لم يوجب على من جامع قبل أن يكفر شيئا وهو نص في المسالة فلا يعتد بما سواه .
قال ابن القيم : " وحكم رسول الله ε يدل على خلاف هذه الأقوال " (٢)
(د) استدلال الرأي الرابع : إن الله عز وجل اشترط لصحة الكفارة أن تكون قبل المسيس فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد وذلك معدوم في هذه المسألة ومن ثم فلا كفارة مطلقا على المظاهر لفوات وقتها (٣)
مناقشة هذا الاستدلال :
لا نسلم لكم سقوط الكفارة لفوات وقتها وهو كونها قبل المسيس وإنما تثبت في ذمة المظاهر ويأتي بها قضاء كالصلاة والصيام وسائر العبادات
ومن ثم فالقول بسقوط الكفارة لفوات وقتها فيه شذوذ كما قال ابن رشد (٤)
وقال ابن القيم : " وجواب هذا : أن فوات وقت الأداء لا يسقط الواجب في الذمة كالصلاة والصيام وسائر العبادات " (٥)
الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم وجوب شيء على المظاهر الذي جامع قبل أن يكفر سوى كفارة الظهار والعود كما يجب عليه أيضا التوبة والاستغفار لمخالفته لأمر الله عز وجل .

كما أن هذه المسألة فيها نص واضح وهو قوله ε لمن جامع امرأته قبل أن يكفر : " لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " أما الأقوال الأخرى فقد تبت وهيها لعدم اعتمادها على أدلة قوية وأمكن مناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم الاعتداد بها والاعتماد عليها الأمر الذي يجعل النفس تطمئن إلى القول برجحان رأي الجمهور لقوة أدلته وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي والله أعلم

---

(١) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ (٢) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩

(٣) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢ ، القرطبي ، جـ٧ ،صـ٦٦٤٠ ، زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦

(٤) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢

(٥) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ، القرطبي ، جـ٧ ،صـ٦٦٤٠ ، ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦ ، الحاوي الكبير ، جـ١٣ ،صـ٣٦٣

الفرع الثاني : حكم التفريق بين الزوجين بسبب جماع المظاهر قبل التكفير

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة مسيس المظاهر منها قبل التكفير ومن وقع في هذا الأمر فإن عليه أن يتوب إلى الله ويستغفره من هذا الإثم (١)

ولكن هل يفرق بين الزوجين بسبب هذا الجماع أو لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسالة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤) والحنابلة (٥) والظاهرية (٦) والزيدية (٧) والإمامية (٨) وبعض الإباضية (٩) إلى أن من جامع زوجته قبل إخراج كفارة الظهار لا تحرم عليه زوجته بسبب هذا الجماع ومن ثم فلا يفرق بينهما

---

(١) تبيين الحقائق ، جـ٣ ،صـ٣ ، حاشية الشلبي ، جـ٣ ،صـ٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٥٠٦ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٨١ ، رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٧٩ ، المدونة ، جـ٦ ،صـ٦٠ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ١٤٦ ، حاشية الجمل ، جـ٥ ،صـ٤١١ /٤١٢ ، شرح المنهج ، جـ٥ ،صـ٤١١ /٤١٢ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٩٦ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦ ، المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٠ ، المختصر النافع ، صـ٢٢٩ ، جواهر الكلام ،

جـ٣٣ ،صـ١٥٦ /١٥٧ ، وسائل الشيعة ، جـ١٥ ،صـ٥٢٦ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٣٢

(٢) البدائع ، جـ٣ ،صـ٣٤٣ ، تبيين الحقائق ، جـ٣ ،صـ٣ ، حاشية الشلبي ، جـ٣ ،صـ٣ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٥٠٦ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، البحر الرائق ، جـ٤ ،صـ١٠٥ ، كنز الدقائق ، جـ٤ ،صـ١٠٥ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٥٠٦ .

(٣) الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٨١ ، رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٧٩ ، المدونة ، جـ٦ ،صـ٦٠ ، مواهب الجليل ، جـ٤ ،صـ١٢٤ ، التاج والإكليل ، جـ٤ ،صـ١٢٢ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٩٢

(٤) الأم ، جـ٥ ،صـ٢٦٥ ، المهذب ،جـ٢ ،صـ١٤٦ ، الوسيط ، جـ،نصـ٣٦ /٣٧ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية قليوبي ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية عميرة ، جـ٤ ،صـ١٨ ، حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧ ، مغني المحتاج ، جـ٣ ،صـ٣٥٧ ، شرح ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٦٧

(٥) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٨٩ ، الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٢٠٧ /٢٠٨ ، المغني ، جـ١٠ ،صـ٥٦٩ /٥٧٠ ، الشرح الكبير ، جـ١٠ ،صـ٥١٦

(٦) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٥٥

(٧) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٩١ ، البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٣٢ /٢٣٣

(٨) المختصر النافع ، صـ٢٢٩ ، جواهر الكلام ، جـ٣٣ ،صـ١٥٦ /١٥٧ ، وسائل الشيعة ، جـ١٥ ،صـ٥٢٦

(٩) شرح النيل ، جـ٧ ، صـ١٠٩

المذهب الثاني : يرى فقهاء المذهب الإباضي أن من جامع زوجته قبل أن يكفر فقد حرمت عليه ومن ثم فيجب التفريق بينهما

جاء في كتاب النيل " والمظاهر لا يرى من زوجته ظهرا ولا بطنا حتى يكفر وحرمت على المظاهر إن مس قبل أن يكفر " (١)

وقال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " وحرمت عندنا على المظاهر إن مس قبل أن يكفر ولو جهلا أو جبرا أو نسيانا .. ومن ظاهر حال وطء حرمت بجماعه بعد الظهار .... وقبل التكفير " (٢)

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول :

يمكن أن يستدل لرأي جمهور الفقهاء بما روي عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي ε فقال يا رسول الله : إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر فقال :ما حملك على ذلك يرحمك الله قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر قال : فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " (٣)

وجه الاستدلال بهذا الحديث من وجهين :

الأول :

إنه لو حرمت على هذا الرجل زوجته بهذا الجماع لأخبره بذلك رسول الله ε ولنبه عليه إذ المقام مقام بيان ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة . (٤)

الوجه الثاني :

إن المفهوم المخالف لقوله ε: " فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " يفيد جواز معاشرته لزوجته بعد أن يفعل ما أمره الله به وهو إخراج كفارة الظهار

(ب) استدلال الرأي الثاني : بعد مطالعتي لكتب المذهب الإباضي لم أجد لهم دليلا واحدا منقولا أو معقولا يستندون إليه في قولهم هذا سوى أنه قول مجرد عن أي دليل

مناقشة هذا الرأي :

لا نسلم بما ذهب إليه جمهور فقهاء المذهب الإباضي من القول بحرمة المرأة التي جامعها زوجها بعد الظهار وقبل التكفير مطلقا وذلك لما يلي :

ـ إن هذا القول لا يستند إلى دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو نحو ذلك

---

(١) النيل وشفاء العليل ، جـ٧ ، صـ١٠٧

(٢) شرح النيل ، جـ٧ ، صـ١٠٩

(٣) سبق تخريجه

(٤) شرح فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، الهداية مع فتح القدير ، جـ٣ ،صـ٢٢٧ ، تبيين الحقائق ، جـ٣ ،صـ٣ ، حاشية الشلبي ، جـ٣ ،صـ٣

ـ إن النبي ε قال للرجل الذي وقع على امرأته التي ظاهر منها قبل أن يكفر : " لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله " ويفهم من ذلك أنه إن فعل ما أمره الله به جاز له أن يقربها كما أنه ε لم يخبر الرجل بأكثر من ذلك ولو حرمت المرأة عليه لأخبره بذلك إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة

ـ إن هذا القول يتنافى مع القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لأن القول به يؤدي إلى الوقوع في الحرج والمشقة والله عز وجل يقول : " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " (١)

ـ إن من يقول بهذا الرأي ينطبق عليه قول الحق سبحانه وتعالى : وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمْ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ" (٢)

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لكلا الرأيين السابقين يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم تحريم المرأة التي جامعها زوجها قبل أن يخرج كفارة الظهار وذلك لقوة دليله وسلامته عن المعارض

أما ما ذهب إليه جمهور فقهاء المذهب الإباضي من القول بتحريم المرأة المظاهر منها التي وقع عليها زوجها قبل إخراج كفارة الظهار قول لا يستند إلى أي دليل من كتاب أو سنة أو غير ذلك فيكون غير مقبول

والله أعلم

---

(١) سورة الحج ، آية : (٧٨)
(٢) سورة النحل ، آية : (١١٦)

(٤٠٨)

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من جماع المظاهر منها قبل التكفير

تقدم في المبحث السابق بيان حكم جماع المظاهر منها قبل التكفير والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

أما في القانون الجنائي فبعد استعراض نصوص مواد القانون الجنائي وآراء فقهاء القانون الجنائي لم أجد نصا قانونيا أو رأيا فقهيا يعالج مثل هذه المسألة

وإنما هذه المسألة فيما يبدو لي إنما هي ضمن مسائل قـــانون الأحـــوال الشخصـــية المستنبطة من فقه الشريعة الإسلامية

وبالتالي فليس ثمة مبرر لمعالجتها من الناحية الجنائية لا سيما وأنه ليس ثمـــة علاقة لنصوص القانون الجنائي بهذه المسالة من قريب أو بعيد وإنما مجال معالجتها هو قانون الأحوال الشخصية المستمد من الشريعة الإسلامية

والله أعلم

حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحد
والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحـــد والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامـــــي

المبحث الثاني موقف القانون الجنائي مـــــن مباشـــــرة أكثر مـــــن زوجـــــة فـــــي فراش واحـــــــــد

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

المبحث الأول
حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحـــد والآثار المترتبة عليه فـــي الفقه الإسلامـــــــي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الحكم الفقهي لهذه المباشرة

المطلب الثاني : الأثر المترتب على هذه المباشرة

المبحث الأول

حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحـــد
والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامـــــي

تمهيد : في ظل عالم السماوات المفتوحة والإعلام المفتوح في عالم الفضائيات والأقمار الصناعية التي تبث ما يصدره لنا الغرب من أمـــور شـــاذة حتـــى يصـــدوا المسلمين عن دينهم ويفتنوهم في عقيدتهم

ومن ثم فإن من هذه الممارسات التي يصدرها الغرب للمســـلمين أن يجتمـــع الرجل الواحد مع أكثر من امرأة ليمارس معهن الجماع قد يكن زوجاته وقد لا يكـــن كذلك ومن هنا فإن مثل هذا الأمر قد يثير بعض المسلمين ممن يهوون محاكاة الغرب في سلوكياتهم فيلجأون لمثل هذه التصرفات

أو قد يأتي تساؤل من المسلمين الذين يعيشون في الغـــرب ويشـــاهدون مثـــل هـــذه التصرفات ويريدون محاكاتها

وبالتالي تحتاج هذه الممارسات إلى بيان الحكم الفقهي لها والأثر المترتب عليها حتى يكون المسلمون على بينة من أمور دينهم في هذه الحياة

المطلب الأول : الحكم الفقهي لهذه المباشرة

إن الدين الإسلامي دين الفطرة ومن ثم فكل ما فيه صلاح المســـلم واســـتقامته دعا إليه الإسلام وكل ما يهبط بالإنسان ويحط من قدره ويشينه ينهى عنه الإسلام اشد النهي ومن ثم فإنه فيما يبدو لي أن مباشرة الرجل لأكثر من زوجة معا فـــي فـــراش واحد عمل محرم وتصرف شاذ وسلوك قبيح لا يجوز للمسلم ممارسته وذلك لما يلـــي :

أولا ــ في ممارسة الرجل لهذا السلوك مع زوجاته كشف لعوراتهن ومظنة لاطـــلاع بعضهن على عورات بعض وهذا لا يجوز شرعا لأن الشارع يقـــيم المظنـــة وهـــي جماعهن معا مقام المظنون (١) وهو رؤية العورات فهو أي الزوج وإن كان يحل له النظر إلى عورات نسائه لكن لا يحل لهن أن ينظرن إلى عورات بعض لقولهε: " لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة " (٢)

---

(١) المستصفى ، جـــ١ ،صـــ٣٠٣ ، الإبهاج ، جـــ٣ ،صـــ٦١ ،

(٢) سنن الترمذي ، جـــ٥ ،صـــ١٠٩ ،قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب ، سنن البيهقـــي الكبرى ، جـــ٧ ،صـــ٩٨ ، برقم ١٣٣٤٢ ، سنن ابن ماجة ، جـــ١ ،صـــ٢١٧ برقم ٦٦٢ ، مصنف عبد الرازق ، جـــ١ ،صـــ٢٨٧ ، بـــرقم ١١٠٧ ، المعجـــم الأوســـط ، جـــــ٤

،صـــ٨٧ برقم ٣٦٨٠ ، مسند أحمد ، جـــ٣ ،صـــ٦٣ ،برقم ١١٦١٩ ، المعجم الكبيـــر ، جـــ٦ ،صـــ٣٦ ، برقم ٥٤٣٨ ، فتح الباري ، جـــ٩ ،صـــ٣٣٨ ، عون المعبود ، جـــ١١ ،صـــ٤٠ ،

(٤١١)

وقوله تعـــالى : " وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ" (١)
قال ابن العربي : " إن عض الأبصار مستعمل في التحريم لأن غضها عن الحلال لا يلزم وإنما يلزم غضها عن الحرام " (٢)

ولذلك نجد الفقهاء في أقوالهم يحرمون هذا الفعل ففي الإنصاف للمرداوي : " ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى " (٣) وفي كتاب النيل وشفاء العليل : " ولا يجامعهن في بيت واحد وواحدة والأخرى تراها " (٤)

ويقول الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " .. ولا يجامعهن في بيت واحد ولو في ظلمة أو كانتا عمياوين أو كانت إحداهما عمياء أو كانتا نائمتين أو إحداهما أو كانـــت إحداهما أو كلتيهما سكرى لإمكان حدوث ضوء بفتح الباب أو بغيره ولئلا تســـمع أو تستمع إلى صوت الجماع فإنه لا يجوز ولو لنفسه أو نفسها " (٥)

ويظهر من كلام الشيخ أطفيش السابق أنه يحرم الاستماع إلى صوت الجماع أو إلـــى نفس الرجل أو المرأة حالتئذ فلأن يحرم جماعهن معا من باب أولى كما أنـــه يـــرى حرمة جماع واحدة أمام الأخرى وإن كانت عمياوين أو نائمتين فلأن يحرم الجمـــاع بهن معا من باب أولى

ولذلك يقول الماوردي أثناء كلامه على حكم اجتماع الضرائر معا فـــي بيـــت واحد : " على الزوج أن يفرد لكل واحدة من نسائه مسكنا ولا يشتركن في المســـكن ولأن بين الضرائر تنافسا وتباغضا إن اجتمعن خرجن إلى الافتراء والقبح ولأنهن إذا اجتمعن شاهدت كل واحدة منهن خلو الزوج بضرتها وذلك مكروه وقـــد روي عـــن النبي ε أنه نهى عن الوجس " وهو أن يطأ بحيث يسمع حسه فلذلك لزمه أن يفرد لكل واحدة منهن مسكنا .. فلو تراضي جميع نسائه بسكنى منزل واحد يجتمعن فيه جـــاز ... ولم يكن له أن يخلو بواحدة منهن حذاء ضرتها فإن غاب عن أبصارهن جاز وإن علمن بخلوته " (٦)

وههنا نرى الإمام الماوردي ذهب إلى حرمة الخلوة بإحدى زوجاته والأخرى ترى ذلك فتكون حرمة مباشرتهن معا أشد وأقوى

وجا في كتاب الفقه الإسلامي : " ويطوف إلى نسائه في منازلهم اقتداء برسول الله ε ويمنع جمع المرأتين مع الرجل في فراش واحد وإن بدون وطء " (٧)

---

(١) سورة النور ، آية : (٣١)
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ٦ ،صـ٥٢٢
(٣) الإنصاف ، جـ٨ ،صـ٣٥٨ ، البدائع ، جـ٢ ،صـ٤٣٤ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٣ ،صـ٣٠٠ ،حاشية قليوبي ، جـ٣ ،صـ٣٠١
(٤) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٥٠٤
(٥) شرح النيل ، جـ٦ ،صـ٥٠٤ /٥٠٥
(٦) الحاوي الكبير، جـ١٢ ، صـ ٢١٦، تحفة المحتاج ، جـ٧ ،صـ٤٤٣ ، حاشية الشرواني ، جـ٧ ،صـ٤٤٣
(٧) الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٦٥٩٣ /٦٥٩٤

وإن كان الرجل ممنوعا من جمع نسائه معه في فراش واحد بغير وطء وفقا لما يراه د/ وهبة الزحيلي فلأن يمنع من جماعهن معا من باب أولى

ثانيا ــ في هذا السلوك سخف وشذوذ ودناءة وقلة مروءة وكل سلوك بهذه المثابة فإنه يكون محرما قال ابن قدامة : " ... وإن رضين بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز لأنه فيه دناءة وسخفا وقلة مروءة فلم يبح برضاهما " (١)

وقال الإمام القرافي : " قال مالك : ليس له جمعهن في بيت واحد إلا برضاهن ولا في فراش واحد وإن رضين لما فيه من قلة المروءة " (٢)

ولذلك فكل ما من شأنه أن يرتقي بسلوك المسلم إلى علياء القيم يدعو إليه الإسلام وكل ما من شأنه أن يهبط به إلى مستنقع الشهوات والبعد عن القيم والمروءات ينهى عنه الإسلام

ثالثا ــ في فعل مثل هذه الممارسات الشاذة محاكاة للغرب وتقاليدهم في سلوكياتهم غير الأخلاقية والمنحرفة وفيه تشبه بهم في فعل يحط بالمرء إلى حضيض الحيوانية والنبي ε يقول : " من تشبه بقوم فهو منهم " (٣)

رابعا ــ في مثل هذا السلوك إضرار من الرجل ببعض نسائه لا محالة والضرر محرم شرعا لقوله ε : " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٤)

وبيان الضرر :

أن الرجل مهما أوتي من قوة فهو ذو شهوة واحدة وإذا باشر أكثر من زوجة فكل واحدة ذات شهوة مستقلة عن الأخرى ومن ثم فهو لا يقدر على قضاء الوطر الجنسي لكل واحدة منهن الأمر الذي يؤدي إلى إيذاء النساء اللاتي لم تقض رغبتهن في الجماع كاملة في مشاعرهن ومن ثم يفضي هذا إلى الغيرة بين النساء وإشعال نار الحقد والكراهية بينهن وكل هذه الأمور محرمة وما يؤدي إلى الحرام فهو حرام أيضا وكما قال الإمام الماوردي : " .. ولأن بين الضرائر تنافسا وتباغضا إن اجتمعن خرجن إلى الافتراء والقبح " (٥)

وإذا كان هذا كلامه في حال اجتماعهن معا في بيت واحد فماذا يكون قوله حال اجتماعهن معا أثناء الممارسة الجنسية

---

(١) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٠٩ ، الشرح الكبير، جـ٩ ،صـ٧٠٨ /٧٠٩
(٢) الذخيرة ، جـ٤ ،صـ٤٦٠
(٣) مجمع الزوائد ، جـ١٠ ،صـ٢٧١ ، قال وفيه على بن غراب وقد وثقه غير واحد وضعفه بعضهم وبقية رجاله ثقات ، سنن أبي داود ، جـ٤ ،صـ٤٤ ، برقم ٤٠٣١ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٤ ،صـ٢١٢ ، برقم ١٩٤٠١ ،
(٤) سبق تخريجه
(٥) الحاوي الكبير ، جـ١٢ ،صـ٢٢٥

(٤١٣)

خامسا ـ في جماع الرجل زوجاته معا في فراش واحد إخلال منه بواجب القسم الواجب لهن عليه وذلك لأن الرجل مأمور في نوبة كل واحدة منهن أن يفي لها بحق القسم ولا يذهب إلى إحداهن ليلا إلا لضرورة كان تكون مريضة مرضا مخوفا ويذهب إلى غير صاحبة النوبة نهارا لوضع متاع ونحوه أما ما عدا ذلك من أمور الاستمتاع الأخرى فهي محرمة (١)
وبالتالي فعندما يباشر الرجل امرأتين معا في فراش واحد فيه إخلال بحق واحدة منهن لا محالة

جاء في حاشية البيجوري " .. ويعصي بالجماع وإن قصر الزمن وكان لضرورة وتحريم الوطء لا لذاته بل لإيقاع المعصية به وهو صرف الزمن لغير صاحبته فتحريم الجماع لا لذاته بل لأمر خارج " (٢)

قال الشافعي : " ولا يكون له أن يدخل في الليل على التي لم يقسم لها لأن الليل هو المقسم فلا بأس أن يدخل في النهار للحاجة لا ليأوي فإذا أراد أن يأوي إلى منزله أوى إلى منزل التي يقسم لها ولا يجامع امرأة في غير يومها " (٣)
وجاء في المغني " وأما الدخول على ضرتها في زمنها فإن كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي إليه أو ما لا بد منه .. وإن دخل عليها فجامعها في زمن يسير ففيه وجهان : أحدهما يلزمه قضاؤه .... " (٤)

وفي مغني المحتاج " ولو جامع من دخل عليها في ليلة غيرها عصى وإن قصر الزمن وكان لضرورة .. وحاصله أن تحريم الجماع لا لعينه بل لأمر خارج ، وله الدخول نهارا لوضع متاع ونحوه .. وينبغي ألا يطول مكثه " (٥)

ومن خلا استعراض أقوال الفقهاء السابق ذكرها يبدو جليا أن معاشرة الرجل لأكثر من زوجة له في فراش واحد فيه إخلال منه وتقصير بحق القسم الواجب لهن عليه لأن الرجل إذا كان ممنوعا من الدخول على المرأة غير صاحبة النوبة لغير ضرورة فلأن يحرم عليه جماعها في نوبة الأخرى من باب أولى

والله أعلم

---

(١) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٢١ /٧٢٢

(٢) حاشية البيجوري على ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٣٥ ، شرح ابن قاسم ، جـ٢ ،صـ١٣٤/١٣٥

(٣) الأم ، جـ ٥ ، صـ١٧٢ /١٧٣

(٤) المغني ، جـ٩ ،صـ٧٢١ /٧٢٢ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ٧٣١ /٧٣٣

(٥) مغني المحتاج ، جـ٣ ، صـ٢٥٤

المطلب الثاني

الأثر المترتب على مباشرة أكثر من زوجة في فراش واحد في الفقه الإسلامي

تقدم القول بحرمة إتيان الرجل المسلم لهذا السلوك لما فيه من الوقوع في الحرام كنظر الزوجات إلى عورات بعض والتشبه بالغرب ولما فيه من السخف والدناءة وقلة المروءة كما أن فيه إخلالا بحق القسم الواجب لهن على الرجل

ومن ثم فممارسة هذا السلوك يعد معصية لم ينص الشارع الحكيم على عقوبة معينة لمن يرتكبها وبالتالي فمردها إلى ولي الأمر يعزر الفاعل فيها بما يزجره عن إتيان مثل هذا السلوك من ضرب أو توبيخ أو حبس ونحو ذلك (١)

(١) يراجع الباب الأول مبحث التعزير ، صـــ٥٥ /٥٧

(٤١٥)

المبحث الثاني

موقف القانون الجنائي من مباشرة الرجل أكثر من زوجة في فـــراش واحد

تقدم في المبحث السابق بيان حرمة مباشرة الرجل أكثر من زوجـــة لـــه فـــي فراش واحد في الفقه الإسلامي وأن من يرتكب مع زوجاته مثـــل هـــذه الممارســـات الشاذة يعد فعله هذا عملا مجرما يستوجب عقوبة من ولي الأمر تزجره مرتكبها عن العودة إليها مرة أخرى وفيما يلي سوف أتناول موقف القـــانون الجنـــائي مـــن هـــذه الممارسة

فأقول : هذه الممارسة إما أن تتسم بالرضائية من الزوج وزوجاته وإما أن تتم بغيـــر رضا منهن ولكل من الحالتين حكم مستقل عن الأخرى

أولا ــ الممارسة الرضائية :

إذا تمت مباشرة أكثر من زوجة في فراش واحد وكان ذلك بطريق الرضا المعتبر قانونا منهن فإنه لا يمكن القول بأن هذا السلوك يتصف بالتجريم بأي حال من الأحوال لأنه لا يعدو أن يكون استعمالا للحق في الحرية الجنسية التي يكفل القانون الجنائي حمايتها للأفراد في المجتمع (١)

وإذا كان الأمر كذلك فما يتم بين الزوج وزوجاته من ممارسة الجماع معهن معا في فراش واحد بحيث يتناوب جماعهن معا واحدة تلو الأخرى أمام الأخريات فإن هذا الفعل إذا تم بطريق الرضا لا يدخل في نطاق التجريم المعاقب عليه قانونا

ثانيا ــ الممارسة غير الرضائية :

من المعلوم شرعا وقانونا أن للزوج الحق في الاستمتاع بزوجته على النحو المقصود شرعا ويجوز له أن يجبر زوجته على الجماع إن امتنعت منه ولا يعد هذا الإجبار سلوكا مجرما قانونا إذا كانت أفعال الإجبار غير مجرمة من الناحية القانونية ولكن إذا كانت أفعال الإكراه في ذاتها جريمة كالضرب فيما يجاوز به الزوج حدود حقه في التأديب كان مسئولا عن هذه الجريمة فقط . (٢)

ولكن هل يجوز للزوج أن يجبر زوجته على الجماع أمام زوجته الأخرى أو الأخريات وهل يدخل هذا العمل في نطاق التجريم المعاقب عليه قانونا أم لا ؟

ــ من المعلوم قانونا أنه لا يكفي أن يعترف النظام قانونا للشخص بالحق حتى تكون ممارسته له متجردة من الصفة الإجرامية بل يلزم لتجرد الفعل من تلك الصفة أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته إياه بقيدين :

---

(١) كمال عبد الرازق فلاح ، رضاء المجني عليه ودوره في المسئولية الجنائية ، صـ٣٥٦

(٢) د/ نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٧٢٠) صـ٥٣٠

القيد الأول : أن يلتزم صاحب الحق في ممارسته إياه سائر الحدود والقيود المقررة على ممارسة هذا الحق وإلا اتسمت مارسته له بالتجاوز واتصف بالعدوان

القيد الثاني : توافر حسن نية صاحب الحق في ممارسته إياه (١)

وبالنظر إلى من يكره زوجاته على أن يجامعهن معا في فراش واحد نجد أنه لم يلتزم في ممارسته لهذا الحق بالقيود التي أمر بها الشرع في ممارسة هذا الحق . وحيث إن حق الجماع بين الزوجين وممارسته يخضع فيه القانون الجنائي إلى ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المستمد من الفقه الإسلامي

والفقه الإسلامي ــ كما تقدم ــ جعل ممارسة الرجل الجماع مع زوجاته في فــراش واحد فعلا مجرما يستوجب العقاب وكذلك يعد أيضا عملا مجرما قانونا لأن فاعله لم يلتزم بالقيود التي نص عليها المشرع في العلاقة الجنسية

ويبدو لي أنه يمكن تجريم هذه الممارسة وفقا لأحد التكييفين الآتيين :

الأول ــ جريمة هتك العرض

الثاني ــ جريمة الفعل الفاضح

أولا : هتك العرض :

هتك العرض كما يعرفه فقهاء القانون الجنائي : هو الإخلال العمدي الجســيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب علي جسمه ويمس في الغالب عــورة فيــه وإجبــار الزوجة بالقوة علي الجماع أمام الزوجات الأخريات يمثل اعتداء صارخا علي حــق الزوجة في الحرية الجنسية إذ من حق الزوجة أن تصون نفسها وجسمها ومشــاعرها عن نظر الزوجات الأخريات إذ هن بالنسبة لها أجنبيات وإن كانت حـــــلالا للزوج وهذا يعد فعلا مخلا بالحياء والذوق العام على نحو جســيم ينطــوي علــي مســاس بالشرف وحضانة الجسم والحرية بصفة عامة وهذا السلوك يعد عملا مجرما قانونــا يستوجب عقاب فاعلة بعقوبة هتك العرض وذلك بحسب الأحوال التي ارتكب فيها هذا الفعل (٢)

---

(١) د/ محمد زكي أبو عامر ،شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٣٢٠) صـــ٨٢١ ، وله أيضا الحماية الجنائية للعرض ، فقرة (٣٣) صـــ١٠٢ /١٠٣ ، د/ أحمد أمين الســابق ، ٤٤٢ /٤٤٣ ، د/ رمسيس بهنام ، الســابق ، صـــــ٣٧٧ ، د/إدوار غــالي ، الســابق ، صـــ١٧١ /١٧٢

(٢) د / هلالي عبد اللاه أحمد ، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، صـــ٢٧٩ وما بعدها د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة ٣٣٤ ، صـــ٦٨٨ وما بعدها ، د/ رفعت محمد رشوان ، السابق ، صـــ٥١٠ ، أ / صلاح محمد علي عبد الرحمن ، حماية ، الوسيلة وأثرها علي العقوبة في جرائم الأشخاص ، دراسة مقارنة بين الفقــه الإســلامي والقانون الوضعي ، صـــ٢٨٧، وما بعدها ، رسالة ماجستير، مقدمة إلي كليــة الشــريعة والقانون بالقاهرة ، ١٤١٧ هـــ /١٩٩٧ م ، د/ أحمد محمد بــدوي ، جــرائم العــرض ، صـــ٣٥ وما بعدها

الفعل الفاضح : ــ

الفعل الفاضح : هو سلوك عمدي يخل بحياء من تلمسه حواسه (١)

وعندما يجامع الرجل إحدى زوجاته أمام الأخريات رغما عنهن

فإن في ذلك سلوكا عمديا بحياء الأخريات اللائى يرين الزوج

يجامع واحدة منهن وهن يشاهدن ذلك حيث يشاهدن عورة امرأة

أجنبية وإن كانت زوجة لزوجهن جميعا.

وفي هذا اعتداء علي فكرة الأخلاق العامة التي يستهدف المشرع لحمايتها ويلزم لصيانتها أن يتدثر كل فرد في المجتمع بالحياء والحشمة في سائر صنوف الممارسات الجنسية وذلك بإخفائها عن أعين الآخريات وآذانهن وإلا كان مخلا بمقتضيات الحياء العام وجماع الزوج إحدى زوجاته أمام الأخريات رغما عنهن جميعا عمل يتوافر له جميع أركان الفعل الفاضح وهي :

١ ــ الركن المادي المتمثل في الممارسة الجنسية الجماعية للزوج مع زوجاته

٢ ــ العلانية : وذلك من خلال مشاهدة الزوجات للزوج مع إحداهن أثناء الجماع حتى وإن كان ذلك في مكان خاص للزوج كشقة له أو منزل ونحو ذلك إذ عمومية المكان ليست شرطا في توافر العلانية في الفعل الفاضح بل قد تتوافر العلانية في الفعل ولو ارتكب في مكان خصوصي (٢)

٣ ــ القصد الجنائي : الذي يتمثل في العلم بأن هذا السلوك مجرم قانونا وأن تتجه إرادته إلى إحداثه (٣)

(١) د/نجيب حسني ، فقرة (٧٧٤) صـــ٥٧٤ ، المرصفاوي ، السابق، صـــ٦٦٧ ، د/ أحمد محمد بدوي ، السابق ، صـــ٢٢٥

(٢) سبق بيان معنى العلانية في المكان الخاص أثناء الكلام على المباشرة في المكان العام

(٢) د/ هلالي عبد اللاه أحمد ، السابق ، صـــ٢٨٩ وما بعدها ، د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٣٥١) صـــ٧١٨ / ٧٢٠ ، د/ رفعت محمد رشوان ، السابق ، صـــ٥٣٤ ، نقض جنائي ، طعن رقم ١٣٤٨ ، سنة ٤٥ ق ، جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٥ م ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـــ٢ ،صـــ٣٧٤ ، الجرائم الجنسية وإثباتها مع مباديء أصول علـــم الأدلة في مجال إثباتها ، لواء خبير / أبو بكر عزمي عبد اللطيف ، صـــ٢٠١ /٢٠٣

رأي الباحث :

الذي يبدو لي أن جماع الزوج لزوجاته معا في فراش واحد بغير رضا معتبر قانونـــا منهن يعد سلوكا مجرما ذا طبيعة مزدوجة ، إذ إن هـــذه الممارســـة تشـــتمل علـــى جريمتين معا في آن واحد :

أولا ــ جريمة هتك العرض للزوجة المواقعة رغما عنها أمام الزوجـــات الأخريـــات لأن جماعها أمامهن فيه مساس جسيم بحيائها واعتداء على حريتهـــا الجنســـية فضلا عن كونه عملا غير مباح شرعا ومن ثم فتقوم بشـــانه جريمـــة هتـــك العرض بالنسبة للزوجة المواقعة

ثانيا ــ جريمة الفعل الفاضح بالنسبة للزوجات الأخريات اللاتـــي يشـــاهدن عمليـــة الجماع لأن في ذلك سلوكا يخل بحياء من تلمسه حواسه لأنهن أجنبيات بالنسبة للزوجة المواقعة إضافة إلى أن هذا السلوك يمثل اعتداء صارخا علـــى فكـــرة الأخلاق العامة التي يستهدف المشرع حمايتها وعلى ذلك فإذا كان هذا الفعل ذا طبيعة إجرامية مزدوجة فإن مرتكب هذا الفعل فيما يبدو لي يجب أن يعاقـــب بالعقوبة الأشد منهما عقوبة هتك العرض بالقوة أو عقوبة الفعل الفاضح
وبما أن عقوبة الفعل الفاضح هي الحبس مدة لا تزيد علـــى ســـتة أشـــهر أو الغرامة التي لا تجاوز ثلاثمائة جنيه م ٢٧٨ ع

وعقوبة هتك العرض بالقوة هي الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين م ٢٦٦ ع
فيجب أن يعاقب مرتكب هذا السلوك بالعقوبة الأشد ههنا وهي عقوبة هتك العرض بالقوة وهي الأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين

(٤١٩)

المبحث الثالث :
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
في جماع أكثر من زوجة في فراش واحد

بعد العرض السابق لوقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة مباشرة أكثر من زوجة في فراش واحد يتضح الآتي :

أولا : ــ إن الفقهين يتفقان على تجريم هذا الفعل إذا تم بغير رضا من الزوجات ومن ثم يستوجب العقاب ولكنهما يختلفان في تأصيل هذا التجريم

ففي الفقه الإسلامي يعد هذا السلوك محرما لمخالفته لشرع الله عز وجل لما ينطوي عليه من كشف العورات أمام من لا يحل لهن النظر إليها ، كما أن فيه شذوذا وسخفا ودناءة وقلة مروءة وكل ما كان كذلك فسبيله التحريم شرعا
أما في القانون الجنائي فإن أساس التجريم في هذا السلوك أنه يمثل الاعتداء علي فكرة الحرية الجنسية للزوجات اللائي أكرهن علي هذا العمل وبذلك

نجد البون شاسعا والفرق كبيرا بين نظرة كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في علاج هذا السلوك

ثانيا : ــ يختلف الفقهان في حكم الممارسة الرضائية لهذا السلوك فإذا اعتاد الزوج مع زوجاته علي مثل هذه الممارسة برضاهن جميعا فإن هذا الفعل محرم شرعا يستوجب فاعلة العقاب
أما في القانون الجنائي فهو عمل مباح إذ هو لا يعدوا أن يكون استعمالا للحق في الحرية الجنسية

وهذا فيما يبدو لي مسلك منتقد من المشرع الجنائي إذ كيف يكون الفعل الذي يمثل اعتداء علي الحياء العام وفكرة الأخلاق العامة مرتبطا تجريمه برضا الممارسين له من عدمه مع أن السلوك هو في الحالين فكيف يكون اعتداء علي الحياء العام والأخلاق العامة في حال ثم لا يكون كذلك في حال آخر

أما في الفقه الإسلامي فالفعل مجرم لأنة محرم شرعا ولا عبرة برضا الممارسين له من عدمه وهذا هو سر عظمة شريعة الإسلام وخلودها وصلاحيتها لكل الأزمان والعصور

الفصل السادس : ــ
حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين
والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ــ حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

****

المبحث الأول
حكم الجماع مع قيام مانع بأحـــــد الزوجين والآثار الناشئة عنه في الفقــه الإسلامـــــي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم الجمـــــاع مع قيام مانع بأحـــــــد الزوجين

المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

****

المطلب الأول
حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

وفيه فرعان :

الفرع الأول : حكم الاستمتاع بما دون الوطء
الفرع الثاني : حكـــــــم الاستمتاع بالوطء

المطلب الأول
حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

لا خلاف بين الفقهاء ــ فيما أعلم ــ في جواز وطء الرجل زوجنه كيفما يريد ما دام ذلك على النحو المقصود شرعا وكانت الزوجة مطيقة لهذا الوطء
أما إذا كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع أو مريضـــة أو نضـــوة الخلــق ــ أي مهزولة الجسم ــ أو كان الزوج عبلا أي عظيم الآلة بحيث لا تحتمله الزوجة فهنا لا بد من بيان مدى حقه في الاستمتاع بالزوجة حينئذ وهل هو مطلق أو مقيــد ؟ وذلــك على النحو التالي : ــ

الفرع الأول
حكم الاستمتاع بما دون الوطء

إذا أراد الزوج الاستمتاع من زوجته الصغيرة أو المريضة بما دون الوطء كالتقبيل واللمس والتفخيذ والمعانقة ونحو ذلك فهذا الاستمتاع ليس في الشرع ما يحرمه لأنه لا يترتب على ذلك ضرر بالزوجة أو اعتداء عليها
وما دام الأمر كذلك فهو استمتاع مشروع من زوج بزوجته وليس ثمة ما يمنعه شرعا جاء في كتاب مستمسك العروة الوثقى : " ... . وأما الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوة والضم والتفخيذ فجائز في الجميع ولو في الرضيعة " (١)
وفي كشاف القناع " ... ويستمتع بها ــ أي الزوجة الصغيرة ــ كما يستمتع من الحائض أي بما دون الفرج " (٢)
وعلى ذلك فيمكن القول بإباحة الاستمتاع بالزوجة بما دون الوطء كما سبق لأنه لا يترتب عليه ضرر أو أي أذى بالزوجة .

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ، جـ١٢ ،صـ٦٣ وما بعدها
(٢) كشاف القناع ، جـ٣ ،صـ١١٠

الفرع الثاني
حكم الاستمتاع بالوطء مع وجود المانع

إذا كانت الزوجة صغيرة لا تقاوم الجماع ولا تقدر على إطاقته أو نضوة الخلق أو كان الزوج عبلا لا تحتمله الزوجة فهل يجب على الزوجة تمكين الزوج منها ؟ وما حكم جماع الزوج لها ؟ وهذا ما سوف أتناوله فيما يلي :

الغصن الأول : حكم تسليم الزوجة الصغيرة لزوجها

إذا عقد الرجل على امرأة صغيرة لا تحتمل الوطء ولا تطيقه فهنا لا يجب على المرأة أو وليها أن تسلم نفسها إلى زوجها بل يجب عليها الامتناع عن تمكينه من نفسها ويمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي :

أولا ــ من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى : " وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ" (١)
وفي تسليم المرأة نفسها وتمكين الزوج منها مع عدم قدرتها على الجماع مظنة للهلاك والتلف فيكون محرما

٢ ــ قوله تعالى : " وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا" (٢)
والجماع أثناء صغر الزوجة أو مرضها مظنة للإيذاء والهلاك فلا يجوز لها أن تسلم نفسها للزوج كذا وليها

٣ ــ قوله تعالى : " وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ" (٣)
وفي تسليم الولي الزوجة مع كونها لا تقدر على إطاقة الجماع لصغرها أو مرضها تعريض لها للتلف وهذا من التعاون على الإثم والعدوان فيكون محرما

ثانيا ــ من المعقول :

إن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح (٤) وفي تعريض المرأة التي لا تطيق الجماع للإيذاء مفسدة ودرء هذه المفسدة مقدم على مصلحة الزوج في الجماع وفيما يلي بعض النصوص لفقهاء المذاهب المختلفة التي تؤيد ما سبق : ــ

قال ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار : " ... وقد صرحوا عندنا بأن الزوجة إذا كانت صغيرة لا تطيق الوطء لا تسلم إلى الزوج حتى تطيقه " (٥)

وقال الرملي في نهاية المحتاج : " ولا تسلم صغيرة لا تحتمل الوطء ولا مريضة ولا هزيلة بهزال عارض لا يطيقان الوطء حتى يزول مانع الوطء لأنه ربما يحمله فرط الشهوة على الجماع فتتضرر به " (٦)

---

(١) سورة البقرة ، آية : (١٩٥)
(٢) سورة النساء ، آية : (٢٩)
(٣) سورة المائدة ، آية : (٢)
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ،صـ٨٧ ، ولابن نجيم ، صـ٤٤ وما بعدها
(٥) حاشية ابن عابدين ، جـ٣ ،صـ٢٢٣
(٦) نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ٣٠٤ /٣٠٥

وقال النووي في الروضة : " ولو كانت مريضة أو بها قرح يضرها الوطء فهي معذورة في الامتناع عن الوطء .. وكذا لو كان الرجل عبلا وهو كبير الذكر بحيث لا تحتمله " (١)

وفي موضع آخر " .. ثم إن خافت الإفضاء لو وطئت لعبالة الزوج فليس عليها التمكين من الوطء " (٢)

وجاء في الأم " فإذا كانت لا تحتمل أن تجامع فلأهلها منعها من الدخول حتى تحتمل الجماع .. فإن كانت مع هذا مضناة من مرض لا يجامع مثلها مهلت حتى تصير إلى الحال التي يجامع مثلها " (٣)

وجاء في البدائع " ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها منها ولا من غيرها لقيام المانع في نفسها من الوطء والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب " (٤)
وجاء في التاج المذهب " .. أما إن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها لمثله ولا تحتمل الاستمتاع لم يجب بل لا يجوز أن تمكنه منه ومثله ما إذا كانت مريضة تخشى من الوطء في تلك الحال التلف أو الضرر " (٥)

****

الغصن الثاني
حكم جماع الزوجة الصغيرة أو المريضة

تقدم القول بحرمة تسليم الزوجة الصغيرة التي لا تطيق الجماع أو المريضة التي لا تحتمله إلى الزوج إذا كان سيترتب على جماعه لها إفضاؤها أو إلحاق الأذى بها لكن قد يحدث أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها أو تجبر على التسليم ونحو ذلك فهل للزوج أن يجامعها أو يجبرها على الوطء إن امتنعت منه أم لا ؟
بعد الاطلاع على القواعد العامة والمراجع الفقهية للمذاهب المختلفة في الفقه الإسلامي يمكن القول : إنه يحرم على الزوج أن يجامع زوجته الصغيرة التي لا تطيق الجماع أو المريضة التي لا تحتمله
ويمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي :

---

(١) روضة الطالبين ، جـ٩ ،صـ٥٩
(٢) روضة الطالبين ، جـ٧ ،صـ٢٦١
(٣) الأم ، جـ٥ ،صـ٩٥
(٤) بدائع الصنائع ، جـ٤ ،صـ١٩
(٥) التاج المذهب ، جـ٢ ،صـ٧٢

أولاـ القرآن الكريم بما يلي :
١ ـ قوله تعالى : " وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ" (١)
فقد أفادت هذه الآية بعمومها حرمة الاعتداء على الغير وفي جماع الزوج لزوجته الصغيرة التي لا تطيق الجماع أو المريضة التي لا تحتمله اعتداء عليها وعلى سلامة جسدها فيكون محرما إذ النهي الوارد في الآية للتحريم حيث لم

يصرفه صارف عن الحرمة إلى الكراهة فبقي على مقتضى الأصل الذي هو التحريم

٢ ــ قوله تعالي " وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " (٢)

في هذه الآية وصف الحق سبحانه وتعالي من يتعمدون إيذاء المؤمنين والمؤمنات بأنهم فعلوا بهتانا كبيرا وإثما عظيما وفعل الإثم واحتمال البهتان أمر محرم

وفي قيام الزوج بإجبار زوجته الصغيرة على الجماع مع عدم إطاقتها له إيذاء لها واعتداء على آدميتها فيكون محرما

٣ ــ قوله تعالى : " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا" (٣) وقوله : " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا " (٤)

قال ابن العربي:"هذا أصل عظيم في الدين وركن من أركان شريعة المسلمين شرفنا الله سبحانه على الأمم بها فلم يحملنا إصرا ولا كلفنا في مشقة أمرا" (٥) وفي تكليف الصبية التي لا تتحمل الجماع والمريضة التي لا تطيقه تكليف بما ليس في الوسع فيكون محرما

ثانيا ــ السنة بما يلي :

١ ــ بما روي عن جاب بن عبد الله ــ رضي الله عنه ــ قال : قال رسول الله ε : " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٦)

وفي رواية عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ε قضى أن لا ضرر ولا ضرار " (٧)

---

(١) سورة ، آية : (١٩٠)

(٢) سورة الأحزاب ، آية : (٥٨)

(٣) سورة البقرة ، آية : (٢٨٦)

(٤) سورة الطلاق ، آية : (٧)

(٥) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ١ ،صـ٣٤٧ ، طبعة دار الكتب العلمية .

(٦) سبق تخريجه

(٧) مصباح الزجاجة ، جـ٣ ،صـ٤٨ ، وقال : هذا إسناد رجاله ثقات إلا إنه منقطع " ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ،صـ١٥٦ ، برقم ١١٦٥٧ ، مسند الشافعي ، جـ١ ،صـ٢٢٤ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على تحريم الضرر لأنه إذا انتفى ذاته دل على النهي عنه لأن النهي هو طلب الكف عن الفعل وهو يلزم منه عدم ذات الفعل فاستعمل اللازم في الملزوم وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا إلا ماد ل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة وذلك مثل إقامة الحدود وغيرها

وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة وقد جاء النهي الذي يفيد التحريم في الحديث عاما ليشمل تحريم كل صور الضرر وأنواعه لأن كلمة " ضرر " الواردة في صدر الحديث جاءت نكرة في سياق النفي فتفيد العموم لتعم كل أنواع الضرر وعليه فجماع الصغيرة التي لا تحتمل الجماع وتتضرر بالوطء يدخل في نطاق النهي السابق الذي يتناوله التحريم (١)

٢ ــ عن أبي صرمة رضي الله عنه أن رسول الله ε قال : " من ضار ضار الله به ومن شق شق الله عليه " (٢)

أفاد هذا الحديث أن من تعمد إضرار الغير أضره الله عز وجل بسبب هذا الفعل وهذا وعيد لمن يلحق الضرر بالغير وإذا أجبر الزوج زوجته المريضة أو الصغيرة التي لا تحتمله على الوطء فقد ضار بها وشق عليها يستحق الوعيد السابق

وهذا الوعيد لا يكون على فعل المكروه فتعين أن يكون الإضرار بالغير حراما

٣ ــ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ε قال : " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " (٣)

فقد دل هذا الحديث على حرمة الاعتداء على المسلم بما يسيل دمه أو يؤذيه وفي جماع المريضة أو الصغيرة تعريض لها للإيذاء والتلف فيكون محرما

ثالثا ــ المعقول :

بما سبق من أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح (٤) وإيذاء الزوجة المريضة والصغيرة بالجماع الذي لا تحتمله مفسدة فتدرأ وتقدم على مصلحة الزوج في الجماع ولذلك فإن أقوال الفقهاء تدل على حرمة جماع الصغيرة والمريضة

---

(١) سبل السلام ، جـ٣ ،صـ١١٨ ، د/ عبد الله مبروك النجار ، الضرر الأدبي ومدى ضمانه ، صـ٣٦٢ /٣٦٣

(٢) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ،صـ٧٠ برقم ١١١٦٨ ، الحاكم بنحوه ، المستدرك ، جـ٢ ،صـ٦٦ ،برقم ٢٣٤٥ ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه " سنن البيهقي الكبرى ، جـ٦ ،صـ٦٩ ، برقم ١١١٦٦ قال : " تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي

(٣) مسند الشهاب ، جـ١ ،صـ١٣٦ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ م ، تحقيق / حمدي بن عبد المجيد السلفي .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ، صـ٨٧ ، ولابن نجيم ، صـ٤٤ وما بعدها

(٤٢٦)

قال الكاساني عند الكلام على موانع الوطء : " .. أما المانع الحقيقي فهو أن يكون أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع أو صغيرا لا يجامع مثله أو صغيرة لا يجامع مثلها " (١)

وقال ابن عابدين : " ... فعلم من هذا كله أنه لا يحل له وطؤها بما يؤدي إلى إضرارها " (٢)

وفي مغني المحتاج : " فإن لم يمكن الوطء للزوجة إلا بإفضاء من زوجها إما لكبر آلته أو ضيق منفذها فليس للزوج وطؤها لإفضائه إلى الإفضاء المحرم وليس لها أن تمكنه في هذه الحالة " (٣)

وجاء في كشاف القناع : " .. ولو كانت نضوة الخلقة لكن إن خافت على نفسها الإفضاء من عظمه فلها منعه من جماعها " (٤)

وفي المحلى : " فرض على الأمة والحرة أن ألا يمنعا السيد والزوج من الجماع متى دعاهما ما لم تكن .. مريضة تتأذى بالجماع " (٥)

وفي شرح النيل وشفاء العليل : " .. وإن كانت لا تقدر على الافتضاض لزمه الكف .. وكذا المرض " (٦)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ٢ ،صـ٤٣٢

(٢) حاشية ، ابن عابدين ، جـ٣ ،صـ٢٢٣

(٣) مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ٧٥

(٤) كشاف القناع ، جـ٣ ،صـ١١٠
(٥) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٠
(٦) شرح النيل وشفاء العليل ، جـ٣ ،صـ٩٠ /٩١

(٤٢٧)

المطلب الثاني
الآثار الناشئة عن الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

إذا تبينت الزوجة بعد عقد النكاح أنها لا تطيق الزوج وذلك لكونه عبلا عظيم الآلة بحيث يؤذيها ويفضيها فيثبت لها حق الفسخ كما تقدم
وإذا جامع الزوج زوجته في هذه الحالة وأفضاها فإنه يضمن ما فعله وسوف أتناول هذه الآثار فيما يلي كل في فرع مستقل :

****

الفرع الأول : حق الفسخ

يترتب على وجود المانع السابق وهو كون الزوجة نضوة الخلق أو صغيرة لا تطيق الجماع مع كون الزوج عبلا أي كبير الذكر فهل يثبت لها بذلك حق الفسخ بسبب ذلك أم لا ؟
وفقا لما تقدم بعد عرض آراء الفقهاء في العيب الذي يثبت به خيار الفسخ فلا تعد العبالة سببا للفسخ عند جمهور الفقهاء (١)
ووفقا للرأي الذي تم ترجيحه وهو ما ذهب إليه ابن القيم والقاضي حسين والزهري أن النكاح يفسخ بكل داء عضال (٢) فإنه يثبت للمرأة حق فسخ النكاح بسبب عبالة الزوج
قال الخطيب الشربيني: " كما تتخير هي بكبر آلته بحيث يفضي كل موطوءة " (٣)

****

الفرع الثاني : الضمان

إذا جامع الرجل زوجته الصغيرة التي لا تتحمل الجماع أو المريضة التي لا تطيقه وأدى ذلك إلى إفضائها أو موتها فإنه يعد متجاوزا لحقه في الاستمتاع بها في هذه الحالة ويجب عليه أن يضمن ما فعل
وسوف أتناول هذا في الغصنيين التاليين :

(١) يراجع في هذه المسألة فصل الجماع الناقل للإيدز ومبحث العيب المثبت للخيار
(٢) زاد المعاد ، جـ٤ ،صـ٣١ ، د/ على مرعي ، بحوث في البيع ، صـ٣٢٥
(٣) مغني المحتاج ، جـ٦ ،صـ٣١٠

(٤٢٨)

الغصن الأول : الضمان الواجب بالإفضاء *

إذا جامع الزوج زوجته الصغيرة فأفضاها فقد اختلف الفقهاء في الضمان الواجب عليه في هذه الحالة علي ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) الزيدية (٣) والإمامية (٤) والإباضية (٥) إلي أن الرجل إذا جامع زوجته الصغيرة فأفضاها يجب علية الدية كاملة وهو قول أبو يوسف (٦)

الرأي الثاني : ذهب الحنابلة (٧) والظاهرية (٨) وقول للحنفية (٩) إلي أن من أفضي زوجته بالجماع علية ثلث الدية

الرأي الثالث : ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن (١٠) إلي أن الرجل إذا أفضي زوجته الصغيرة بالجماع فلا شيء علية مطلقا

الأدلة :

(أ)استدلال الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بوجوب الدية كاملة في الإفضاء بما يلي : ــ

١ــ إن الرجل أتلف منفعة عضو الجماع التي هي الوطء فلزمته الدية كما لو قطع اسكتيها (١١)

٢ ــ قال الكاساني : وجه قوله ــ أي قول أبي يوسف ــ : " أنه مأذون في الوطء لا في الإفضاء فكان متعديا في الافضاء فكان مضمونا عليه (١٢)

(*) الإفضاء هو: رفع الحاجز بين مسلك الجماع والدبر على الأصح . وقيل : رفع الحاجز بين مسلك الجماع ومخرج البول قال المتولي : الصحيح أن كلا منهما إفضاء موجب للدية لأن الاستمتاع يختل بكل واحد منهما ولأن كل واحد منهما يمنع إمساك الخارج من أحد السبيلين . روضة الطالبين ، جـ٩ ،صـ٣٠٣ ، المكتب الإسلامي بيروت ، ١٤٠٥ هـ ، ط ، الثانية .
(١) المدونة ،جـ١٦، صـ٢٥٣ ، التاج والاكليل ،جـ٢، صـ٢٦٣
(٢) الأم ،جـ٥، صـ٩٥، المهذب ،جـ٢، صـ٢٠٨
(٣) البحر الزخار ،جـ٦ صـ٢٨٧

(٤) جواهر الكلام ،جـ٤٣، صـ٢٧٥
(٥) النيل وشفاء العليل ،جـ١٥، صـ٨٧، شرح النيل الموضع السابق
(٦) بدائع الصنائع ،جـ٧، صـ٣١٩
(٧) المغني ،جـ١١، صـ٧٥٠/٧٥١
(٨) المحلي ،جـ١٠، صـ٤٥٦
(٩) بدائع الصنائع ،جـ٧، صـ٣١٩
(١٠) بدائع الصنائع ،جـ٧، صـ٣١٩ ، حاشية ابن عابدين ،جـ٦، صـ٥٦٥/٥٦٧ ، البحر الرائق ،جـ٨، صـ٣٥٠
(١١) المغني ،جـ١١، صـ٧٥٠/٧٥١ ، الاسكتان : هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم ، المغني ،جـ١١، صـ٧٣٥
(١٢) بدائع الصنائع ،جـ٧، صـ٣١٩

(ب) استدلال الرأي الثاني :استدل القائلون بأنه يجب بالإفضاء ثلث الدية بما يلي :

أولا ــ من الأثر : بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنة ــ أنة قضي في الإفضاء بثلث الدية (١)

فقد أفاد هذا الأثر أن دية إفضاء الزوجة هي ثلث الدية وقول الصحابي حجة فيكون هذا المقدار هو الواجب

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن قول الصحابي حجة كما هو الراجح عند الأصوليين ومن ثم فلا حجة في العمل به (٢)

ثانيا ــ إن قول عمر هذا قد اشتهر بين الصحابة ولم يخالفه أحد فدل ذلك علي كونه إجماعا سكوتيا

قال ابن قدامه : " ولم نعرف له في الصحابة مخالفا " (٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم دعوى الإجماع لوجود الخلاف في هذه المسألة ولو كان ثمة إجماع لما وجد الخلاف

ثالثا ــ المعقول:

قال ابن قدامه : ولأن هذه الجناية تخرق الحاجز ما بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة (٤)

ج ــ استدلال الرأي الثالث : استدل أبو حنيفة ومحمد علي أن الرجل لا يضمن شيئا بإفضاء زوجته بأن الوطء الذي كان سببا في إفضاء الزوجة مأذون فيه شرعا كالبكارة " (٥)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم لكم أن الإفضاء نتيجة لوطء مشروع فلا يجب به شيء لأن وطء الزوج زوجته الصغيرة التي لا تطيق الجماع ولا تحتمله عمل محرم شرعا فإذا أقدم عليه الزوج وأكرهها عليه فأفضاها فيجب أن يضمن ما أتلفه

الرأي الراجح :

يبدو لي في هذه المسألة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بوجوب الدية على من أفضى زوجته الصغيرة بالجماع وذلك لقوة دليلهم وضعف دليل المخالف حيث لم يسلم من الطعن والمناقشة والله أعلم

---

(١) المغني ،جـ١١، صـ٧٥٠/٧٥١

(٢) إرشاد الفحول ، جـ١ ،صـ٢٧٤ ، المسودة ، جـ١ ،صـ٣٣٧

(٣) المغني ،جـ١١، صـ٧٥٠/٧٥١

(٤) المغني ،جـ١١، صـ٧٥٠/٧٥١ ، الجائفة : هي ما أفضي إلي الجوف ولو بمغرز إبره ، المغني ،جـ١١، صـ٧٤٥

(٥) بدائع الصنائع ،جـ٧، صـ٣١٩

الغصن الثاني : الضمان الواجب بالقتل

إذا جامع الرجل زوجته الصغيرة أو المريضة التي لا تطيق الجماع فقتلها فقد اختلف الفقهاء في ضمانه على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (١) والشافعية (٢) وظاهر مذهب الحنابلة (٣) والظاهرية (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) والإباضية (٧) وأبو يوسف(٨)إلى أن الرجل إذا جامع زوجته الصغيرة فقتلها يجب عليه الدية

الرأي الثاني : ذهب أبو حنيفة ومحمد (٩) إلى أن الرجل إذا جامع زوجته الصغيرة فقتلها لا يجب عليه شيء بهذا الفعل

الأدلة :

(أ) استدلال الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بوجوب الدية على من جامع زوجته الصغيرة فأدى ذلك إلى موتها بما يلي :

إن الزوج مأذون له في الوطء لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه (١٠)

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بأنه لا يجب شيء بالقتل المتولد عن جماع الصغيرة أو المريضة بأن الوطء مأذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون مضمونا كالبكارة (١١)

مناقشة هذا الاستدلال :

إن هذا الجماع ليس مأذونا فيه لأن جماع الصغيرة التي لا تطيق الجماع ولا تحتمله غير مأذون فيه شرعا إلا أن تقدر عليه ومن ثم فيوصف فعل الزوج في هذه الحالة بالتجاوز فيكون مضمونا عليه

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بوجوب الدية على من قتل زوجته الصغيرة بالجماع الذي لا تطيقه لأن جماعه لها مع الصغر أو المرض يعد تجاوزا منه فيجب عليه أن يضمن تصرفه .

وما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد غير مسلم وأمكن الرد عليه ومناقشته مناقشة تؤدي إلى عدم الاعتداد بما ذهبا إليه والله أعلم

---

(١) المدونة ، جـ١٧ ،صـ٢٥٣ ، التاج والإكليل ، جـ٦ ،صـ٢٦٣
(٢) الأم ، جـ٥ ،صـ٩٥ ، المهذب ، جـ٢ ،صـ٢٠٨
(٣) المغني ، جـ١١ ،صـ٧٦٩ (٤) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤٥٦
(٥) البحر الزخار ، جـ٦ ،صـ٢٨٧ وما بعدها
(٦) جواهر الكلام ، جـ٤٣ ،صـ٢٧٥
(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ١٥ ،صـ٨٧ وما بعدها ، شرح النيل ، الوضع السابق
(٨) البدائع ، جـ٧ ،صـ٣١٩ /٣٢٠ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٦ ،صـ٥٦٧
(٩) البدائع ، جـ٧ ،صـ٣١٩ /٣٢٠ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٦ ،صـ٥٦٧
(١٠)البدائع ،ج٧ ،صـ٣١٩/٣٢٠ ، المدونة ،ج١٦،صـ٣٢٥،التاج والإكليل،ج٦ ،صـ٢٦٣ (
١١) البدائع ، جـ٧ ،صـ٣١٩ /٣٢٠ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٦ ،صـ٥٦٧

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

تقدم بيان حرمة الجماع شرعا مع قيام مانع بأحد الزوجين كأن يكون الزوج عبلا أو أن تكون المرأة صغيرة أو نضوة الخلق لا تطيق الجماع وفيما يلي بيان لموقف القانون الجنائي من هذه المسألة فأقول :

يجب التفرقة في هذه المسألة في جماع الصغيرة بين مسألتين :

الأولى : أن تكون المرأة دون السادسة عشرة

وفي هذه الحالة نجد أن الزواج حالتئذ وبالتالي الجماع باعتباره أثرا من آثاره عملا مجرما إذ إن قانون الأحوال الشخصية اشترط أن تكون المرأة المتزوجة قد بلغت ست عشرة سنة وأن يكون الزوج قد بلغ ثماني عشرة سنة (١)

ومن ثم فإن المأذون إذا خالف ما اشترطه القانون وأبرم عقد الزواج لمن هم دون هذه السن فإنه يعاقب تأديبيا

والعقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على المأذونين لمخالفتهم واجبات وظيفتهم هي :

١ ــ الإنذار
٢ ــ الوقف عن العمل لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر
٣ ــ العزل (٢)

أولا ــ جريمة العاهة المستديمة :

ويراد بالعاهة المستديمة : فقدان الجسم القدرة على أداء إحدى وظائفه الطبيعية فقدا كليا أو جزئيا لا يتوقع شفاؤه (٣)
وهذا المفهوم ينطبق على حالة إفضاء الرجل زوجته حيث يؤدي ذلك الفعل إلى فقدان الجسم القدرة على أداء وظائفه على النحو الطبيعي

---

(١) مادة ٣٣ / أ من لائحة المأذونين ،قانون الأحوال الشخصية للمسلمين ، صـــ١٢٣ /١٢٤
(٢) مادة ٤٣ من لائحة المأذونين ،قانون الأحوال الشخصية للمسلمين ، صـــ١٢٦ /١٢٧
(٣) د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، السابق ، فقرة (٦٣٨) صـــ٤٧٠

أركان هذه الجريمة :
هذه الجريمة تقوم على ركنين هما :
١ ــ الركن المادي
٢ ــ الركن المعنوي

أولا ــ الركن المادي :
يقوم الركن المادي لهذه الجريمة على عناصر ثلاثة هي : ــ
١ ــ فعل يصدر عن الجاني يمثل اعتداء على سلامة بدن المجني عليها سواء اتخذ الفعل شكل الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة
وينطبق هذا الفعل على سلوك الجاني عندما يتزوج امرأة دون السن المحددة قانونا للزواج ويجامعها ويؤدي جماعها إلى إفضائها الذي ينتج عنه عاهة مستديمة
٢ ــ أن يؤدي هذا الفعل إلى عاهة مستديمة بجسم المجني عليها وبالنسبة لجماع الصغيرة حتى يقال بالتجريم يجب أن يؤدي جماعة لها إلى إفضائها حتى يقال بالتجريم حينئذ

٣ ــ علاقة السببية بين الفعل والنتيجة : حيث يلزم لقيام هذه الجريمة توافر رابطة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة فيجب أن يكون جماع الزوج لزوجته الصغيرة هو الذي أدى إلى هذا الإفضاء حتى يوصف فعله بالتجريم (١)

ثانيا ــ الركن المعنوي :

لا يتطلب القصد الجنائي في هذه الجريمة أن تتجه إرادة المتهم إلي إحداث العاهة المستديمة وإنما يكفي اتجاهها إلى مطلق الإيذاء ولو كان يسيرا ثم حدوث العاهة نفسها ولو كان لم يتوقعها طالما كان في استطاعته ومن واجبه توقعه وعلى هذا فإن جماع الرجل لزوجته الصغيرة التي يفضيها يقوم بشأنه جريمة العاهة المستديمة إذا كان عليه أن يتوقع أن جماع الصغيرة مؤذ لها (٢)

---

(١) د / عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة ٢٩٥، صـ٦٢٥ /٦٢٨ ، المستشار / عدلي خليل ، السابق ، صـ١٠٥ /١١٤ ، د / رفعت رشوان ، السابق ، صـ٤٤٥ /٤٤٨ ، د / محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة ٢٧٢، صـ٦٢٥ ، وما بعدها ، د / رءوف عبيد ، جرائم الاعتداء علي الأشخاص والأموال ، صـ١٢٧

(٢) د / محمد نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، فقرة ، ٦٤٣ ، صـ٤٧٦ ، د / محمد زكي أبو عامر ، السابق ، فقرة ٢٧٤، صـ٦٢٩ /٦٣٠ ، د/ سامح السيد جاد ، السابق ، صـ٧١ ، د / منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٨١ ، د / رءوف عيد ، السابق ، صـ١٢٧ /١٢٨

العقوبة : ــ

حدد المشرع الجنائي للجرح أو الضرب المفضي إلي العاهة المستديمة عقوبة السجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين فإذا توافر سبق الإصرار والترصد كانت العقوبة الأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى عشر سنين (١)

ثانيا ــ جريمة القتل العمد :

إذا تزوج إنسان بامرأة أقل من ست عشرة سنة وأدى جماعة لها إلى وفاتها فإنه يسأل عن جريمة قتل عمد

أركان هذه الجريمة : تقوم هذه الجريمة على أركان ثلاثة هي :

الركن الأول ــ محل القتل

وهو أن يكون المجني عليه إنسانا حيا على قيد الحياة بصرف النظر عن سنه أو حالته الاجتماعية (٢)

الركن الثاني ــ الركن المادي

ويقوم هذا الركن علي ثلاثة عناصر هي :

١ ــ **نشاط مادي :** يقع من الجاني يصلح لإحداث الوفاة بالمجني عليه والأفعال التي من شأنها إحداث الوفاة لا تقع تحت حصر ويدخل في هذه الأفعال فعل الجماع إذا كان الرجل عبلا وكانت المرأة صغيرة لا تطيق الجماع

٢ ــ **النتيجة :** وهي إزهاق روح المجني عليه وهذه النتيجة قد تتحقق إثر وقوع النشط المادي وقد تتراخي زمنا إلا أن ذلك لا يمنع من إسناد النتيجة إلى الفعل

٣ ــ **علاقة السببية بين السلوك والنتيجة :** يلزم أن يكون سلوك الجاني هو الذي أدى إلى إحداث النتيجة ويتحقق ذلك متى كانت هناك علاقة سببية بين السلوك الصادر عن الجاني والنتيجة (٣)

وعلى هذا فلا بد لقيام لجريمة القتل في هذه المسالة أن يكون جماع الرجل لزوجته الصغيرة هو الذي أدى إلى إزهاق روحها حتى يسأل عن جريمة قتل

---

(١) قانون العقوبات حسب أخر التعديلات لسنة ٢٠٠٠ مادة ٢٤٠ ، صـ١٥٠

(٢) د / عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة ، ٢٣٠، صـ٥٤٢ /٥٤٣ ، د / رمسيس بهنام ، السابق ، فقرة ، ٧٢٩ ، صـ٧٩١ ، د / رفعت رشوان ،السابق، صـ٣٠٧ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٥ ، رؤف عبيد ، السابق ، صـ٤٦ ،

(٣) عبد التواب معوض ، السابق ، صـ٧ /١٤ ، د/منصور ساطور ، السابق ، صـ٢١٧ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـ١٥ وما بعدها ، عبد الحميد الشواربي ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، صـ٦٦١ ، ط ، ١٩٩٢ م ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٣٩٩) صـ٣٤٥ وما بعدها

يلزم لتحقق القصد الجنائي لدى الجاني أن يكون سلوكه اتجه إلى إزهاق روح المجني عليه بهذا الفعل وأن يكون عالما بأن سلوكه يؤدي إلى هذه النتيجة ومن ثم فيجب أن يدرك الزوج عند إقدامه على جماع زوجته الصغيرة أن فعله هذا يؤدي إلى إحداث الوفاة بزوجته حتى يمكن مساءلته عن جريمة القتل العمد (١)

العقوبة :

وفقا لما تقدم فإن الجاني يسأل عن عقوبة قتل عمد في صورته البسيطة وعقوبته هي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ولم يحظر على القاضي استخدام المادة (١٧) المقررة للرأفة وهذا معناه أن عقوبة القتل العمد البسيط الأصلية هي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والتي لا تقل عن ثلاث سنوات بل إن القاضي يستطيع أن

ينزل بالعقوبة إلى السجن أو الحبس الذي لا تنقص مدته عن ستة أشهر إذا رأى في ظروف ارتكابها أو ظروف فاعلها ما يستوجب استخدام الرأفة معه(٢)

المسألة الثانية : أن تكون المرأة قد بلغت سن السادسة عشرة

إذا كانت المرأة قد تجاوزت سن السادسة عشرة وجامعها زوجها وأدى ذلك إلى إفضائها فإنه وفقا لنصوص القانون الجنائي لا يعد مرتكبا لعمل مجرم قانونا
حيث تنص المادة (٦٠) ع على أنه : " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة " (٣)
ووفقا لهذا النص لا يعد هذا الفاعل متجاوزا في حقه بالاستمتاع بالزوجة المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية
فإذا أفضى الرجل زوجته أو أدى جماعه لها إلى وفاتها فلا تسري عليه أحكام قانون العقوبات لأنه فعل ارتكب عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة
ومن التطبيقات العملية لهذه المسألة أن قضية عرضت على القضاء العراقي مفادها أن شابا عبل الذكر خرق رحم زوجته ليلة دخوله بها فأدى ذلك إلى موتها وقد برأه القضاء العراقي مقررا عدم مسئوليته عن هذا الفعل وفقا لمادة (٤٤) من قانون

---

(١) د/ عبد المهيمن بكر ، السابق ، فقرة (٢٤٧) صـ٥٦٥ ، د/ جميل عبد الباقي الصغير ، السابق ، صـ٣٢ ، د/ رمسيس بهنام ، السببق ، فقرة (٧٣٤) صـ٨١١ وما بعدها ، د/سامح جاد، السابق ، صـ١٩ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ٤٦ /٤٧ ، د/ فوزية عبد الستار ، السابق ، فقرة (٤١٣) صـ٣٦٤ /٣٦٥ ،

(٢) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات لسنة ٢٠٠٠ م مادة ٢٣٤ ،صـ١٤٨ ومادة ١٧ ،صـ٩ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ٥٦ ، د/ عبد الحميد الشواربي ، السابق ،صـ٦٧٦ /٦٧٧ ،

(٣) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات ، مادة (٦٠) صـ٣٠

العقوبات العراقي وذلك على أساس أن قيام المتهم بهذا الفعل كان بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة وقد صدقت محكمة التمييز على هذا الحكم (١)
ويرى البعض (٢) أن هذا الحكم منتقد ويفرق بين فرضين :
الأول : عدم علم الزوج بما قد يؤدي إليه فعله
والثاني : عندما يعلم ويمضي في فعله
ففي الفرض الأول يتوافر حسن النية لدى الزوج حين ينتفي علمه بأن ظروفه وظروف زوجته تحول دون الممارسة الطبيعية المشروعة

وبالتالي لا يتوافر القصد لديه ليقوم الخطأ إذا مـــارس الفعـــل معتقـــدا عـــدم الإضرار بالزوجة ومن ثم يسأل على أساس الخطأ ولكنه إذا أدرك خـــلال المارســـة طبيعة ظروفها واستمر ولم يجتنب سئل عن جريمة عمدية
والذي يبدو لي في هذه المسألة أنه وفقا لنص المادة (٦٠) ع إذا ارتكب الزوج هذا الفعل بنية سليمة وبغير قصد الإضرار بالزوجة فلا يمكن مساءلته جنائيا عـــن هـــذا الفعل
أما إذا كان سيء النية خبيث القصد اتجهت إرادته إلى إلحاق الضرر بزوجته ولم يكن عمله بنية سليمة فإنه يسأل جنائيا عن هذا الفعل

أثر رضاء الزوجة بالجماع

إذا كانت الزوجة دون السن القانونية المحددة للزواج وهي ست عشرة سنة فلا يعتد برضاها في هذه الحالة لأنه رضاء غير معتد به قانونا لأن الحق في الحيـــاة ذو صفة اجتماعية ويعد الرضاء الصادر من المجني عليها غير ذي صفة فالتصـــرف أو المساس بالمجني عليها

وعلى هذا فإن رضاء الزوجة الصغيرة بجماع الزوج لها مـــع كونـــه عـــبلا وكونها صغيرة لا يعد سببا مبيحا لهذا الفعل لما له من أثر سيء على حيـــاة وجســـد المجني عليها (٣)

---

(١) د/ حسني الجدع ، بحثه السابق ، صـــ٥٩
(٢) يرى هذا الرأي د/ حسني الجدع ، بحثه السابق ، صـــ٥٩
(٣) د/ محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (١٧٣) صـــ ٢٠٠ / ٢٠١ ، د/ مأمون ســـلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، صـــ٢٥٥ ، د/ سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، صـــ٤٦٢ /٤٦٣ / د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، فقرة (١٦٨)صـــ ٢٦٢ / ٢٦٥ ، د/ عبد التواب معوض ، السبق ، فقـــرة (١) صـــ٤ / ٥ د / سامح جاد ، السابق ، صـــــ٤ / ٥ ، د/ منصـــور ســـاطور ، الســـابق ، صـــ٢١٥

أما إذا كان الرضاء صادرا من زوجة بلغت ست عشرة سنة فإنـــه يعتـــد بـــه قانونا لأن الجماع حينئذ حق لها كما هو حق للزوج فإذا سلمت المرأة نفسها للـــزوج وجامعها بنية سليمة بمقتضى حقه شرعا في الجماع فلا يعد هذا عملا مجرما
بل إن رضاء الزوجة هنا بالجماع يعد قرينة على حسن نية الزوج وعـــدم مســـاءلته جنائيا (١)

أما إذا رضيت الزوجة بالجماع وكانت نيته خبيثة وقصده سيئا فإن أحكام قانون العقوبات تسري عليه نظرا لسوء نيته وقصده في هذه الحالة ويسأل عن جريمة قتل عمد إن أدى فعله إلى الوفاة أو جريمة إحداث عاهة مستديمة إن لم يؤد إلى الوفاة وأدى إلى إفضائها

---

(١) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات لسنة ٢٠٠٠ م ، صـ ٣٠

المبحث الثالث :
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
في حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

بعد العرض السابق لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين يتبين الآتي :

أولا ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في الجملة على تجريم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين كأن يكون الزوج عبلا والمرأة صغيرة أو نضوة الخلق وإن اختلفت طرق المعالجة في كل منهما

ففي الفقه الإسلامي يعد هذا العمل محرما لما فيه من الإضرار بالزوجة لقوله تعالى : " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة " وقوله : " ولا تقتلوا أنفسكم " وقوله ε : " لا ضرر ولا ضرار " وغير ذلك من الأدلة فإذا جامع الرجل زوجته وترتب على ذلك إفضاؤها فيجب عليه الدية كاملة كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء وثلث الدية كما يرى بعض الفقهاء
أما إذا أدى فعله إلى الوفاة فيرى جمهور الفقهاء أن عليه الدية

أما في القانون الجنائي فإن الفاعل إذا أدى فعله إلى الإفضاء أو الوفاة وكانت المرأة دون السادسة عشرة فإنه يسأل عن جريمة شروع في القتل إن لم يؤد فعله إلى الوفاة فإن أدى ذلك الفعل الصادر عن الجاني إلى وفاة المجني عليها فإنه يسأل عن جريمة قتل عمد

ثانيا ــ لا يختلف الحكم في الفقه الإسلامي إذا أدى جماع الرجل زوجته إلى إفضائها أو وفاتها بين كون المرأة صغيرة أو لا

أما في القانون الجنائي فإذا كانت المرأة قد بلغت ست عشرة سنة وارتكب الزوج هذا العمل بنية سليمة بمقتضى حقه المقرر في الشريعة الإسلامية فلا يسأل عن ذلك قانونا إذا ارتكب عمله بنية سليمة وفقا للمادة (٦٠) ع
أما إذا ارتكب عمله بنية سيئة وسوء قصد فإنه يسأل عن فعله جنائيا وفقا لما تقدم والله أعلم

الباب الرابع
تجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة بغير الوطء

وفيه فصول :

الفصل الأول :
تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثـــارة فـــي الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثاني :
حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثالث :
حكم رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الرابع :
حكم استخدام الزوج لعقاقير معينة عند الجماع في الفقه الإسلامي والقـــانون الجنائي

الفصل الخامس :
حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) والآثار المترتبة عليه في الفقـــه الإسلامي والقانون الجنائي

(٤٣٩)

الفصل الأول :

تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية

من أجل الإثارة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة في الفقه الإسلامـــــي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفـــلام الجنسية من أجل الإثارة

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي فـــي حكـــم تســـجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة

****

المبحث الأول : تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدته

المطلب الثاني : حكم مشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة

المطلب الأول : حكم تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدته

تمهيد : في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي الذي نعايشه في هذه الأيام قد يلجأ الزوجان أثناء ممارسة الجماع فيما بينهما إلى تسجيل هذه العملية الجنسية بطريق الفيديو بهدف الاستمتاع بها فيما بعد حتى يشاهد الزوجان أنفسهما وهما على هذه الحالة فيزيد ذلك من الاستمتاع فيما بينهما ويزيد من رغبتهما في ممارسة الجماع مرات ومرات وعلى ذلك فإن هذا يدعونا إلى بيان الحكم الفقهي لتسجيل الزوجين للعملية الجنسية فيما بينهما ومعاودة مشاهدتها بعد ذلك وهل يعد ذلك عملا مشروعا وداخلا في نطاق ما ترخص به العلاقة الزوجية أم لا ؟

هذا ما سوف أتناوله فيما يلي

الفرع الأول : الحكم الفقهي لتسجيل الجماع بين الزوجين

الذي يبدو لي بعد البحث والرجوع إلى القواعد العامة في الفقه الإسلامي أنه يمكن القول بأنه ليس ثمة دليل يمنع قيام الزوجين بتسجيل عملية الجماع فيما بينهما حتى يمكنهما معاودة الاستمتاع بها بعد ذلك ولتكون هذه المشاهدة حافزا لهما على تحقيق الإشباع الكامل والرغبة التامة في العلاقة الجنسية وحيث إن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم دليل على المنع ولم يوجد هذا الدليل فيتأتى حينئذ القول بإباحة هذا العمل (١)

ولكن هذه الإباحة فيما يبدو لي مشروطة بعدة شروط :

الأول : أن يكون ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية

الثاني : أن يأمن الزوجان من اطلاع الغير على هذه الشرائط

الثالث : أن تكون المشاهدة حال حياتهما

الرابع : موافقة كلا الزوجين على هذا العمل

وعلى ذلك فإذا انقضت العلاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق أو كان ذلك غير مأمون الإطلاع من الغير فهنا يتأتى القول بالحرمة لأن هذا الأمر يؤدي حينئذ إلى كثير من المفاسد والأضرار غير مأمونة العواقب

أما إذا أمن الزوجان من اطلاع الغير عليهما في هذه الشرائط وكانت هناك ضوابط تمنع كلا منهما من استغلال هذه الشرائط فيما لو حدث انقضاء للعلاقة الزوجية استغلالا مضرا فهنا يمكن القول بالإباحة

ــ ويمكن أن يتأتى قول آخر بالتحريم سدا للذريعة وأمنا من اطلاع الغير على مثل ذلك

---

(١) قال د/ يوسف القرضاوي : " قد يقع هذا الشريط في يد أحد آخر فيشاهده أو يستخدمه فسدا للذريعة لا داعي لهذا " برنامج الشريعة والحياة ، قناة الجزيرة ، بقطر بتاريخ ٢٥ /١٠ / ١٩٩٨ م ، ويلاحظ أن عبارة " لا داعي لهذا " لا تفيد الحرمة وإنما تفيد الكراهة خوفا من الوقوع في يد الغير

(٤٤١)

الفرع الثاني

حكم مشاهدة الزوجين لهذه الأشرطة

لا خلاف بين الفقهاء في أن عقد النكاح يبيح لكل من الزوجين الاستمتاع بالآخر على النحو المقصود شرعا وإذا كان الجماع وهو أحد ثمار هذه العلاقة مباحا فهل يمكن لكلا الزوجين أن يشاهد الآخر حاسرا وهو يمارس الجماع مع الآخر وأن يطلع على عورته أم لا ؟

الذي يبدو لي أن هذه المسألة مفرعة على حكم نظر كل من الزوجين إلى عورة الآخر فهل يجوز للرجل أن ينظر إلى عورة زوجته وكذا المرأة أم لا ؟

وفيما يلي سوف أتناول حكم نظر كل من الزوجين إلى عورة الآخر على النحوالتالي:

اختلف الفقهاء في حكم نظر كل من الزوجين إلى عورة الآخر على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : ذهب الحنفية (١) والمالكية (٢) والحنابلة في الراجح عندهم (٣) وقول عند الشافعية (٤) والظاهرية (٥) والزيدية (٦) وقول عند الإمامية (٧) أنه يجوز لكلا الزوجين أن ينظر إلى عورة الآخر

الرأي الثاني : ذهب المالكية في قول عندهم (٨) والشافعية في الصحيح عندهم (٩) وقول للحنابلة (١٠) وقول للإمامية (١١) إلى أنه يكره لكل من الزوجين أن ينظر إلى عورة الآخر

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ٦ ،صـ٣٦٧ ، تبيين الحقائق ، جـ٦ ،صـ١٨

(٢) الشرح الكبير للدردير ، جـ٢ ،صـ٢١٥ ، الذخيرة ، جـ٤ ،صـ٤١٨ ، تبيين المسالك ، جـ٣ ،صـ٣٣ ، التاج والإكليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٦ ، مواهب الجليل ، جـ٣ ،صـ٤٠٦ ، القوانين الفقهية ، صـ٢٩٤

(٣) المغني ، جـ٩ ،صـ١٦٤ /١٦٥ ، الشرح الكبير ، جـ٩ ،صـ١٦٤ /١٦٥ ، الإنصاف ، جـ٨ ،صـ٣٢ ، الكافي ، جـ٣ ،صـ١٢٥ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ٣٢ ،صـ٢٧٢ ، كشاف القناع ، جـ٥ ،صـ١٩٤ ، الفروع ، جـ٥ ،صـ٢٧٤

(٤) المجموع ، جـ١٧ ، صـ٢٠٨ ، نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ١٩٩

(٥) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٣

(٦) البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨٠ ، السيل الجرار ، جـ٢ ،صـ٣٠٠

(٧) المختصر النافع ،صـ١٩٦

(٨) الذخيرة ، جـ٤ ،صـ١٩١ ، أحكام القرآن لابن العربي ، جـ٣ ،صـ١٣٧٠

(٩) المجموع ، جـ١٧ ، صـ٢٠٨ ، نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ١٩٩ ، الإقناع ، جـ٢ ،صـ٤٠٤ ، حواشي الشرواني ، جـ٧ ،صـ٢٠٦ ، جلال الدين المحلي على المنهاج ، جـ٣ ،صـ٢١٢ ، حاشية قليوبي على المنهاج ، جـ٣ ،صـ٢١٣ ، تحفة المحتاج ، جـ٧ ،صـ٣٠٦ /٣٠٧ ، شرح المنهج ، جـ٥ ،صـ١٢٧ ، حاشية الجمل ، جـ٥ ،صـ١٢٧

(١٠) الإنصاف ، جـ٢ ،صـ٣٢ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ٣٢ ،صـ٢٧٢

(١١) المختصر النافع ،صـ١٩٥

(٤٤٢)

الرأي الثالث : ــ **ذهب الشافعية في قول عندهم (١) إلي حرمه نظر كل من الزوجين إلي فرج الأخر**

الأدلة :

أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بجواز نظر كل من الزوجين ألي عورة الأخر بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قولة تعالي " وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ(٥)إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ(٦)" (٢)

وجه الدلالة :

أمر الله عز وجل المسلم بحفظ الفرج إلا علي الزوجة وملك اليمين فلا في ذلك فهذا عموم في رؤيته ولمسه ومخالطته (٣)

ثانيا ــ من السنة : بما يلي :

١ ــ بما روي عن بهز بن حكيم عن أبية عن جدة قال : يا رسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر ؟قال :احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك (٤) فقد أفاد هذا الحديث وجوب حفظ المسلم عورته من إطلاع الغير عليها إلا زوجته وما ملكت يمينه وهذا يفيد إباحة نظر كلا الزوجين إلي عورة الأخر

٢ ــ بما روي عن أمهات المؤمنين عائشة وأم سلمة وميمونة ــ رضي الله عنهن ــ أنهن كن يغتسلن مع رسول الله ε من الجنابة في إناء واحد وفي خبر ميمونة أنه ε كان بغير مئزر وأنه علية الصلاة والسلام أدخل يده في الإناء ثم أفرغ علي فرجه وغسله بشماله (٥)

فقد أفاد هذا الحديث أن النبي ε اغتسل مع نسائه في إناء واحد وكان بغير مئزر وهذا يستلزم رؤيتهن لعورته ε فدل ذلك على الجواز
قال ابن حزم : " فبطل بعد هذا أن يلتفت إلى رأي أحد " (٦)

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ١٩٩، حاشية عميرة ، جـ٣ ،صـ٢١٢
(٢) سورة المؤمنون ، آية : (٥ / ٦)
(٣) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٣
(٤) سنن الترمذي ، جـ٥ ،صـ١١٠ ، قال أبو عيسى : " هذا حديث حسن " سنن البيهقي الكبرى ، جـ٢ ،صـ٢٢٥ ، مصنف عبد الرازق ، جـ١ ،صـ٢٨٧ ،برقم ١١٠٦
(٥) صحيح ابن حبان ، جـ٤ ،صـ٧٤ ، صحيح ابن خزيمه ، جـ١ ،صـ١٢٤ ، صحيح البخاري ، جـ١ ،صـ١٠٥
(٦) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٣

ثالثا ــ من المعقول :
إن كلا من الزوجين يباح له الاستمتاع بفرج الآخر فجاز له النظر إليه
قال ابن قدامة : " ولأن الفرج يباح الاستمتاع به فجاز النظر إليه ولمسه كبقية البدن " (١)
(ب) أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بكراهة نظر كل من الزوجين إلى عورة الآخر بما يلي :
أولا ــ من السنة :
١ ــ بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها ما رأيت منه ولا رأى مني أي الفرج " (٢) فقد أفاد هذا الحديث عدم رؤية السيدة عائشة لفرج النبي ε وكذا هو لم ير منها ذلك
مناقشة هذا الاستدلال :
هذا حديث ضعيف لا يصلح أن يكون حجة في الاستدلال به
قال ابن ماجة : " هذا الحديث إسناده ضعيف لأن مولى عائشة راوي الحديث لم يسم " (٣)
وقال صاحب مصباح الزجاجة : " هذا إسناد ضعيف لجهالة تابعيه " (٤)
وقال عنه البيهقي : " ليس بالقوي " (٥) وقال ابن حزم : " وما نعلم للمخالف تعلقا إلا بأثر سخيف عن امرأة مجهولة عن أم المؤمنين " (٦)
٢ ــ ما روي أن النبي ε قال : " النظر إلى الفرج يورث الطمس " وفي رواية "إذا جامع أحدكم زوجته أو أمته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى " (٧)

فقد أفاد هذا الحديث النهي عن النظر إلى الفرج وأدنى درجات النهي أن يحمل على الكراهة

---

(١) المجموع ، جـ١٧ ،صـ٢٠٨ ، المغني ، جـ٩ ، صـ١٦٤ /١٦٥ ، البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٨٠ ،
(٢) ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٦٦٢ ، مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١٠٩ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ١٩٣ ، برقم ١٣٨٧٣
(٣) ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٦٢٢
(٤) مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١٠٩
(٥) ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ١٩٣ ،
(٦) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٣٣
(٧) ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٩٤ ، برقم ١٣٣١٨ ، فيض القدير ، جـ١ ،صـ٣٢٦ ، الكامل في ضعفاء الرجال ، جـ٢ ،صـ٧٥ ،

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا الحديث ضعيف فلا تقوم به حجة فقد رواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس هذا ويمكن أن يكون بقية قد سمعه من بعض شيوخه الضعفاء عن ابن جريج فدلسه

وقال ابن أبي حاتم في العلل: " سألت أبي عنه فقال : موضوع وبقية مدلس وضعفه النووي وغيره " (١)

وقال عنه الشيخ الدردير والشوكاني : " .. منكر لا أصل له " (٢) وقال عنه الشيخ الشربيني : " رواه ابن حبان وغيره في الضعفاء بل ذكره ابن الجوزي في الموضوعات " (٣) ثم قال ورد بأن أكثر المحدثين على ضعفه (٤)

٣ ــ بما روي أن النبي ε قال : " إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العيرين " (٥)

فقد أفاد هذا الحديث قبح التجرد عند الجماع وشبه من يفعل ذلك بالحمار وهذا في غاية الكراهة

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا حديث ضعيف لا يصلح للاستدلال به لأن فيه مندل بن علي وهو ضعيف (٦) وفيه الأحوص بن حكيم العنسي وهو ضعيف أيضا (٧)

٤ ــ ما روي عن ابن عمر أن النبي ε قال : " إياكم والتعري فإن معكم من لا يفارقكم إلا عند الغائط وحين يفضي الرجل إلى أهله فاستحيوهم وأكرموهم " (٨)

فقد حذر النبي ε من التعري لمكان الملائكة من الإنسان ملازمتها له وفي التعري إيذاء لها فيكون مكروها

---

(١) المجموع ، جـ١٧ ،صـ٢٠٨ ، تبيين المسالك ، جـ٣ ،صـ٣٣
(٢) الشرح الكبير ، جـ٢ ،صـ٢١٥ ، السيل الجرار ، جـ٢ ،صـ٣٠٠ ،
(٣) الإقناع ، جـ٢ ،صـ٤٠٤
(٤) نهاية المحتاج ، جـ٦ ،صـ١٩٩ /٢٠٠
(٥) مصنف أبي شيبة ، جـ٤ ،صـ٤٥ برقم ١٧٦٢٥ ، مصنف عبد الرازق ، جـ٦ ،صـ١٩٥ ، برقم ١٠٤٧٠ ، مجمع الزوائد ، جـ٤ ،صـ٢٩٣ ،مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١٠٩
(٦) مجمع الزوائد ، جـ٤ ،صـ٢٩٣ .
(٧) مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١٠٩ .
(٨) نصب الراية ، جـ ٤ ،صـ٢٤٧ ، الترمذي ، جـ٥ ،صـ١١٢ برقم ٢٨٠٠ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٣٤٥ ،

مناقشة هذا الاستدلال : هذا حديث ضعيف أيضا فلا ينهض حجة في الاستدلال به قال الترمذي : " هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه " (١)

ثانيا ــ من المعقول من وجهين :

الأول : إن النظر إلى الفرج يورث النسيان فيكون مكروها (٢)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم بأن النظر إلى الفرج يورث النسيان لأن هذا قول تعوزه الدقة ويفتقر إلى الدليل فيكون غير مقبول

الوجه الثاني : إن في النظر إلى الفرج سخفا ودناءة وقلة مروءة وهذا أمر يتنزه عنه المسلم (٣)

مناقشة هذا الاستدلال : هذا الكلام يعارض القرآن الكريم الذي يفيد حل النظر إلى الفرج من الزوجة وملك اليمين وكذا حديث بهز بن حكيم الذي يفيد حفظ العورة إلا من الزوجة وملك اليمين فيكون هذا قولا غير مقبول

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل القائلون بحرمة نظر كل من الزوجين إلي عورة الأخر بالأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي السابق وحملوا النهي الوارد في هذه الأحاديث على الحرمة

وقد سبق مناقشة هذه الأحاديث وبيان عدم حجيتها والاعتداد بها

الرأي الراجح :

من خلال ما تقدم من عرض لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بحل نظر كل من الزوجين إلى عورة الآخر وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي وما استدل به المخالف من أدلة أمكن مناقشتها مناقشة تؤدي إلى عدم صلاحيتها والتعويل عليها الأمر الذي يقوي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء

وتفريعا على الرأي الراجح القائل بجواز اطلاع كل من الزوجين على عورة الآخر فإنه يجوز لكل من الزوجين أن يشاهد عملية الجماع المسجلة لهما لأنها لا تعدو أن تكون اطلاعا على عورة زوج له وقد ثبت إباحة ذلك شرعا فيكون قيام الزوجين بمعاودة مشاهدة الممارسة الجنسية فيما بينهما مباحة كذلك إذا توافرت لها الضمانات السابقة والله أعلم

---

(١) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٣٤٥ ، الترمذي ، جـ٥ ،صـ١١٢

(٢) حاشية بن عابدين ، جـ٦ ،صـ٣٦٦ ، تبيين الحقائق ، جـ٦ ،صـ١٨

(٣) المجموع ، جـ١٧ ،صـ٢١٧

المطلب الثاني

حكم مشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة

تقدم بيان حكم تسجيل الجماع بين الزوجين ورؤيته منهما وفيما يلي بيان لحكم مشاهدة الأفلام الجنسية للغير كلون من ألوان الإثارة

فأقول : إن أحد ثمار المدنية الحديثة التي يصدرها الغرب للمسلمين عبر القنوات الفضائية والأقمار الصناعية الأفلام الجنسية التي تذاع عبر هذه القنوات لذا فلا بد من بيان الحكم الشرعي لمشاهدة هذه الأفلام حتى يكون المسلمون على بينة من أمور دينهم وعلى ذلك فيمكن القول إن مشاهدة هذه الأفلام التي تبث العلاقات الجنسية أمام المسلمين لا يجوز مشاهدتها أو النظر إليها وهي عمل محرم شرعا لا يجوز للمسلم النظر إليها بحال من الأحوال سواء كان ذلك بهدف الإثارة أو لا لأن الإثارة لها وسائلها وطرقها وأساليبها المشروعة فالناس عرفوا بالفطرة أنواعا من الإثارة فالرجل يستطيع أن يثير امرأته بالكلام ويستطيع أن يثير امرأته باللمس وتستطيع هي أن تثيره بالعطر وتستطيع أن تثيره بالكلمة وبالزي كل ذلك مباح لهما وليس في ذلك حرج (١) أما مشاهدة الأفلام الجنسية فحرام ويمكن تأصيل الحرمة على ما يلي :

أولا ــ من القرآن الكريم :

قوله تعالى : " قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ (٢) وقوله : " وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ"" (٣) فقد أمر الحق سبحانه وتعالى المؤمنين والمؤمنات بغض النظر عما حرم الله عز وجل

قال الشوكاني : " .. وفي هذه الآية دليل على تحريم النظر إلى غير من يحل النظر إليه .. إن المعنى غض البصر عما يحرم والاقتصار به عما يحل " (٤)
وقال ابن العربي : " إن غض البصر مستعمل في التحريم لأن غضها عن الحلال لا يلزم وإنما يلزم غضها عن الحرام " (٥)

وفي مشاهدة الأفلام الجنسية نظر إلى ما حرم الله عز وجل النظر إليه وأمر بالغض عنه كما أن فيه نظرا للعورات حيث ينظر الرجل إلى عورة رجل آخر وإلى عورة امرأة أخرى وتنظر المرأة إلى عورة رجل أجنبي وامرأة أجنبية وهذا فيه من المفاسد والأخطار التي يمكن معها فساد الدين والمجتمع عند هؤلاء الناس وكل ما كان كذلك كان محرما

---

(١) من كلام د/ القرضاوي في برنامج الشريعة والحياة ، السابق
(٢) سورة النور ، آية : (٣٠)
(٣) سورة النور ، آية : (٣١)
(٤) فتح القدير للشوكاني ، جـ٤ ،صـ٢٢
(٥) أحكام القرآن لابن العربي ، جـ٣ ،صـ١٣٦٥

(٤٤٧)

ثانيا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ بما روي عن أبي سعيد قال : " نهى رسول الله ε الرجلين أن يقعدا جميعا فيتبرزان ينظر أحدهما إلى عورة صاحبه فإن الله تبارك وتعالى يمقت على هذا (١)

فقد أفاد النهي الوارد عن رسول الله ε حرمة تبرز الرجلين معا ينظر أحدهما إلى عورة الآخر لأن النهي حقيقة في التحريم كما ذهب إلى ذلك جمهور الأصوليين فيكون النظر إلى عورة الغير محرما فضلا عن كونه يستجلب غضب الله عز وجل ومقته وهذا لا يكون في فعل المباح أو المكروه فتعين أن يكون ذلك حراما وإذا كان نظر الرجل إلى عورة الرجل وهما ليسا متجردين من ملابسهما تجردا كاملا على هذه الدرجة من الحرمة واستجلاب غضب الحق سبحانه وتعالى فإن مشاهدة الأفلام الجنسية المخلة بالحياء والأدب والتي فيها نظر إلى العورات فضلا عن النظر إليها حالة الجماع يستجلب اللعنة والمقت وغضب الله عز وجل من باب أولى

٢ ــ عن زيد بن أسلم عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن أبيه أن رسول الله ε قال : " لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا تنظر المرأة إلى عورة المرأة " (٢)

قال صاحب عون المعبود : " والحديث فيه تحريم نظر الرجل إلي عورة الرجل والمرأة إلي عورة المرأة هذا لا خلاف فيه وكذلك نظر الرجل إلي عورة المرأة ونظر المرأة إلي عورة الرجل حرام بالإجماع ونبه رسول الله ε بنظر الرجل إلي عورة الرجل علي نظره إلي عورة المرأة فذلك بالتحريم أولي وهذا التحريم في حق غير الأزواج (٣)

٣ ــ بما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله ε: " إن النظرة سهم من سهام إبليس مسموم من تركها مخافتي أبدلته إيمانا يجد حلاوته

---

(١) الأوسط للنيسابوري ،جـ١، صـ٣٢٣ ، صحيح ابن خزيمة،جـ١، صـ٤٠ ، برقم ٧٢ ، المستدرك علي الصحيحين ،جـ١، صـ٢٦٠ قال الحاكم هذا حديث صحيح

(٢) سنن الترمذي ،جـ٥، صـ١٠٩ ، قال أبو عيسي : هذا حديث حسن غريب صحيح ،سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٩٨ ، برقم ١٣٣٤٢ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٢١٧ ، برقم ٦٦٢ ، مصنف عبد الرازق ، جـ١ ،صـ٢٨٧ ، برقم ١١٠٧ ، المعجم الأوسط ، جـ٤ ،صـ٨٧ ،برقم ٣٦٨٠ ،مسند أحمد ،جـ٣ ،ص،٦٣ ،برقم١١٦١٩ ، المعجم الكبير ، جـ٦ ،صـ٣٦ ، برقم ٥٤٣٨ ، فتح الباري ، جـ٩ ،صـ٣٣٨ ،عون المعبود ، جـ١١ ،صـ٤٠ ،

(٣) عون المعبود ، جـ١١ ،صـ٤٠ ،

في قلبه " (١)

فقد أفاد هذا الحديث أن النظرة الصادرة عن الرجل إلى المرأة المحرمة عليه وكذا نظر المرأة إلى الرجل المحرم عليها بمثابة سهم مسموم من سهام إبليس ينفذ إلى القلب فيقتل فيه الإيمان مع ملاحظة أن النظرة الصادرة من الرجل أو المرأة إلى الآخر والتي عناها الحديث في حالة كونهما مستوري العورة وغاية ما فيها أن ينظر أحدهما إلى وجه صاحبه ومع ذلك جعلها النبي ε سهما مسموما ومن ثم فإن نظر الرجل والمرأة للأفلام الجنسية التي فيها نظر صريح إلى العورات حالة الجماع فإنه يكون محرما من باب أولى وهو قنبلة من قنابل إبليس تنفذ إلى قلب المسلم أو المسلمة فتفتك به وتقتل الإيمان فيه

٤ ــ بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ε : " كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا فهو مدرك ذلك لا محالة : العينان زناهما النظر ... " (٢)

فقد أفاد هذا الحديث أن نظر العين إلى المحارم بمثابة الزنا والزنا محرم فيكون النظر إلى المحرم حراما

٥ ــ عن أبي زرعة بن عمرو عن جرير عن أبية عن جدة قال :سألت النبي صلي الله علية وسلم عن نظر الفجأه فقال : " اصرف بصرك " (٣)

فقد أفاد هذا الحديث وجوب صرف البصر عما يقع عليه فجأه ومن ثم فقد صرف البصر يكون حراما

قال الشوكاني : " وفيه دليل علي أن النظر الواقع فجأه ودون قصد وتعمد لا يوجب أثم الناظر لأن التكليف به خارج عن الاستطاعة وإنما الممنوع منة النظر الواقع علي طريقة التعمد أو ترك صرف النظر بعد نظر الفجأه (٤)

---

(١) المعجم الكبير ، جـ١٠ ،صـ١٧٣ ، برقم ١٠٣٦٢ ، مسند الشهاب ، جـ١ ،صـ١٦٥/١٦٦ ، برقم ٢٩٢ / ٢٩٣ ، كشف الخفاء ، جـ٢ ،صـ٤٣٧ ، قال العجلوني : " رواه الحاكم وصححه وأقره العراقي " ، الترغيب والترهيب ، جـ٢ ،صـ٢٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١٧ هـ ، تحقيق / إبراهيم شمس الدين .

(٢) مسند الإمام أحمد ،جـ١، صـ٤١٢، برقم ٣٩١٢ ، فيض القدير ،جـ٤، صـ٣٩٨ ،سنن البيهقي الكبرى ،جـ٧، صـ٨٩، صحيح بن حبان ،جـ١٠، صـ٢٦٧ ، مجمع الزوائد ،جـ٦، صـ٢٥٦ ، سنن أبي داود،جـ٢، صـ٢٤٧، مصنف عبد الرازق ،جـ٧، صـ٤١٤ ، المعجم الكبير ،جـ٩، صـ١٣٤ ، مسند أبي يعلي ،جـ١١، صـ٣٨٧

(٣) سنن الدارمي ،جـ٢، صـ٣٦١، برقم ٢٦٤٣، سنن أبي داود،جـ٢، صـ٢٤٦، برقم٢١٥٢ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ،جـ٣، صـ١٥ ، مسند الأمام أحمد ،جـ٤، صـ٣٦١ ، برقم١٩٢٢٠ ، المعجم الكبير ،جـ٢، صـ٣٣٧، برقم ٢٤٠٧ ، عون المعبود ،جـ٦، صـ١٣١

(٤) نيل الأوطار ،جـ٦، صـ٥٢٣

وإذا كان ترك النظر بعد الفجأة حراما فإن النظر إلي عورات الأجانب حال الجماع محرما من باب أولي

٦ ــ بما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنة قال : قال ε : " لا تباشر المرأة المرأة حتى تنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها " (١)

وجه الدلالة :

فقد نهي النبي εالمرأة أن تنعت المرأة لزوجها والنهي حقيقة في التحريم حيث لا صارف فدل علي حرمة وصف المرأة المرأة لزوجها لأن الوصف يقوم مقام العيان

وإذا كان مجرد هذا الوصف محرما لأن الزوج الذي وصفت له المرأة الأجنبية كأنة يتخيلها في خاطرة عمل محرم فإن معاينة المرأة الأجنبية ورؤيتها عارية وهي تجامع وكذا رؤية المرأة الرجل عاريا وهو يجامع يعد أمرا محرما من باب أولي

٧ ــ قوله ε لعلي رضي الله عنة : " يا علي لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولي وليست لك الثانية " (٢)

قال الطحاوي : " فلما حرم رسول الله ε النظرة الثانية لأنها تكون باختيار الناظر وخالف بين حكمها وحكم ما قبلها إذا كانت بغير اختيار من الناظر دل ذلك علي أنه ليس لأحد أن ينظر إلي وجه المرأة إلا أن يكون بينه وبينها من النكاح أو الحرمة ما لا يحرم ذلك عليه منها " (٣)
وإذا كانت النظرة إلي وجه المرأة التي تتم باختيار الناظر وتستغرق لحظة واحدة عملا محرما يأثم فاعله فكيف بمن يجلس ساعات ليشاهد فيلما أو أفلاما جنسية ينظر فيها إلي المرأة والرجل حاسرين يمارسان الجماع معا إن ذلك عمل محرم من باب أولي

---

(١) سنن الترمذي ،جـ٥، صـ١٠٩، برقم ٢٧٩٢ ، وقال أبو عيسي : هذا حديث حسن صحيح ، المعجم الكبير ،جـ١٠ صـ١٤٠، برقم ١٠٢٤٧، المعجم الأوسط ،جـ٢، صـ١٥٦، برقم ١٥٦٢ ، شرح النووي علي صحيح مسلم ،جـ١٤، صـ١٦٣/١٦٤، تلخيص الحبير ،جـ٣، صـ٦، برقم ١١٣٠
(٢) شرح معاني الآثار ،جـ٣، صـ١٥، صحيح ابن حبان ،جـ١٢، صـ٣٨١، برقم ٥٥٧٠، المستدرك علي الصحيحين ،جـ٢، صـ٢١٢، برقم ٢٧٨٨، قال الحاكم : هذا حديث صحيح علي شرط مسلم ، سنن الترمذي ،جـ٥، صـ١٠١، برقم ٢٧٧٧، قال : أبو عيسي هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك ، سنن الدارمي ،جـ٢، صـ٣٨٦، برقم ٢٧٠٩، مجمع الزوائد ،جـ٤، صـ٢٧٧، مسند الإمام أحمد ،جـ١، صـ١٥٩، برقم ١٣٦٩
(٣) شرح معاني الآثار ،جـ٣، صـ١٥

ثانيا ــ المعقول من وجوه

الأول :

في مشاهدة هذه الأفلام الجنسية سخف ودناءة وانحطاط بالمرء إلي حضيض الحيوانية وكل ما يهبط بالمسلم إلي حد الإغراق في الحيوانية فسبيله التحريم

الوجه الثاني :

إن مشاهدة هذه الممارسات الجنسية مظنة لإفساد العلاقة فيما بينهما إذ قد تري المرأة في هذه الممارسات ما لا تراه من زوجها وربما لا يستطيع إشباع رغبتها بما تري وكذا الرجل وهذا يؤدي إلي هدم هذه الأسرة واستقرار هذا البيت وكل ما كان كذلك فسبيله التحريم

الوجه الثالث :

إن النظر إلي هذه الأفلام الهابطة يجعل القلب خاليا من الإيمان ويقتل المسلم حب الطاعة كما أن اعتياد رؤية هذه الأفعال يجعل المرء يدمن مشاهدتها والاعتياد علي رؤيتها وكل ذلك يبعد المسلم عن طاعة الله عز وجل .

قال المناوي : " من سرح ناظره اتعب خاطره ومن كثرت لحظاته دامت حسراته وضاعت أوقاته نظر العيون إلي العيون هو الذي جعل الهلاك إلي الفؤاد سبيلا " (١)

بكل ما تقدم من القرآن الكريم والأحاديث الواردة عن رسول الله ε وكذا المعقول ثبتت حرمة مشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الحصول علي الإثارة التي تدفع الزوجين إلي الجماع

وما يبثه الغرب وغيرهم للمسلمين عبر الأقمار الصناعية والقنوات الفضائية من أفلام مخلة يجب علي المسلمين مواجهته لأن هذه حرب جديدة يواجهنا بها الغرب حتى تقتل الدين في قلوبنا وحتى يصبح المسلمون قطيعا من الذئاب الشهوانية لا تبصر هدفا ولا تدعو إلي قيمة ويصبح الناس جثثا هامدة لا تنظر إلي حاضر الأمة المؤلم ولا إلي مستقبلها المظلم

لذا يجب علي المسلمين أن يفيقوا ويفطنوا إلي مخططات الغرب للقضاء علي الإسلام والمسلمين وحتى يستعبد المسلمون قوتهم ومجد آبائهم السالف

والله أعلم

---

(١) فيض القدير ،جـ٤، صـ٣٩٨

المبحث الثاني :
موقف القانون الجنائي من تسجيل الجماع بين الزوجين

تقدم بيان موقف الفقه الإسلامي من تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية بقصد الإثارة وفيما يلي بيان بموقف القانون الجنائي من هذه الممارسات

فأقول وبالله التوفيق :

بعد البحث الدقيق والإطلاع علي نصوص القانون الجنائي ومواده لم أجد فيه ما يمنع من قيام الزوجين بتسجيل عملية الجماع فيما بينهما ومعاودة مشاهدتها مرة أخري وكذا أيضا بالنسبة لمشاهدة الأفلام الجنسية التي تبث عبر الأقمار الصناعية والقنوات الفضائية وغير ذلك بقصد الإثارة فليس ثمة ما يمنع من مشاهدة هذه الأفلام قانونا

وقد نص قانون العقوبات المصري في المادة الخامسة منه علي أنه " يعاقب علي الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها " (١)
فتقررت بذلك ضمنا قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون وقد تقررت هذه القاعدة أيضا صراحة بنص الدستور في المادة ٦٦بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء علي قانون " (٢)

وهذه القاعدة أصبحت من الأمور البدهية والمسلم بها في الدساتير والقوانين الجنائية المختلفة فلا يكاد يخلو منها دستور وقانون جنائي في أي دولة (٣)
ومن ثم فلا يعاقب الفرد علي فعل ما إلا إذا كان هناك تشريع ينص علي معاقبة مرتكب هذا العمل وهذا يعبر عنه في القانون الجنائي بشرعية العقوبة.

---

(١) قانون العقوبات حسب أخر التعديلات ،ط ، ٢٠٠٠ م ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،
(٢) الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين المكملة له الصادر في٢١ رجب ١٣٩١ الموافق ١١/ ٩ / ١٩٧١م ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، الطبعة السادسة ،١٩٩٦ م
(٣) صلاح محمد حماية ، الوسيلة وأثرها علي العقوبة في جرائم الاعتداء علي الأشخاص ، صـ٦٥/٦٦ ، رسالة ماجستير مقدمة إلي كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ،١٤١٧ /١٩٩٦ م

والمقصود بشرعية العقوبة أنه لا يجوز توقيع عقوبة لم ترد بالنص الجنائي فيجب أن يتوافر النص الجنائي المتضمن بالعقوبة قبل توقيتها وليس هذا فقط بل وأن يكون الفعل المستوجب للعقوبة قد ارتكب في وقت لاحق علي وجود هذا النص وهذا هو مؤدى قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . (١)

وحيث لم يوجد نص أو تشريع في القانون الجنائي يعاقب علي تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدته منهما دون غيرهما وكذا مشاهدة الأفلام الجنسية بهدف الإثارة فوفقا لما تقدم يمكن القول :
إن هذه الأمور مباحة قانونا لأنها لا تعدو أن تكون استعمالا للحرية الجنسية التي كفل القانون الجنائي حمايتها للأفراد في المجتمع علي السواء .

(١) د / مأمون سلامة، قانون العقوبات ، القسم العام ، صـــــ٦١٦ ، دار النهضـــة العربيـــة ، القاهرة ، ط ، ١٩٩٠ /١٩٩١ م . د / أحمد فتحي سرور ، شرح قانون العقوبات القسم العـــام ، فقرة ٢٥، صـــ٣٨ /٣٩ ، ط ،١٩٩٩ /٢٠٠٠ م ، د / محمد عيد الغريب ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،صـــ٩٧٠ / ٩٧١ ، ط ١٩٩٩/٢٠٠٠ م

المبحث الثالث :
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة

بعد العرض السابق لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لعمليـــة تســـجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة يتبين ما يلي: ــ

أولا :

إن تسجيل عملية الجماع بين الزوجين ومعاودة الاطلاع عليها مرة أخري عمل مباح مطلقا دون أي قيود في القانون الجنائي عملا بقاعدة لا عقوبة ولا جريمة إلا بناء علي قانون

أما في الفقه الإسلامي فوفقا لما قلت بترجيحه هذا العمل مباح بشروط هي : ــ

١ ــ أن يكون ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية

٢ ــ أن يأمنا من إطلاع الغير علي هذه الشرائط

٣ ــ أن تكون المشاهدة لهذه الشرائط حالة حياتهما

٤ ــ موافقة كلا الزوجين علي هذا الأمر

فإذا انتفي شرط من هذه الشروط يتأتى القول بالتحريم

أما من حيث مشاهدة هذه الشرائط مرة أخرى فيتفق الرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يرى إباحة إطلاع كلا الزوجين على عورة الأخر مطلقا مع ما ذهب إليه القانون الجنائي من إباحة هذه المشاهدة لأنه لا يعدو أن يكون ذلك استعمالا للحرية الجنسية

ثانيا :

أما بالنسبة لمشاهدة الأفلام الجنسية بقصد الإثارة فقد تقدم بيان حرمة ذلك في الفقه الإسلامي وقد ثبتت هذه الحرمة بالكتاب والسنة والمعقول لما ينطوي عليه هذا العمل من الاطلاع على عورات الغير التي يحرم على المسلم النظر إليها كما أن فيه سخفا وقلة مروءة وهبوطا بالمرء إلى حضيض الحيوانية والله عز وجل يمقت المسلم على هذا كما سبق

أما في القانون الجنائي :

فإن مشاهدة الأفلام الجنسية بقصد الإثارة عمل مباح مطلقا لأنه لا يعدو أن يكون استعمالا للحرية الجنسية التي كفل القانون الجنائي حمايتها للأفراد في المجتمع كما أنه لا يوجد نص يعاقب علي ذلك وحيث لا عقوبة ولا جريمة إلا بناء علي قانون كما نصت علي ذلك المادة (٦٦) من الدستور فإن مشاهدة الأفلام الجنسية عمل مباح قانونا ولا عقاب علي فاعله

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا عظمة الفقه الإسلامي في حفاظه علي كيان المسلم وخلقه من الانحطاط والهبوط إلي حضيض الشهوة ومستنقعها الدنيء وارتقائه بالمسلم إلي أعلي درجات الرقي .

فنراه يحافظ علي غريزة الشهوة لدي المسلم ويهذبها ولكن دون إفراط أو تفريط وهذه هي وسطية الإسلام السمحة

بخلاف القانون الجنائي الذي يطلق العنان لممارسات الحريات الجنسية والشهوات دون أدني قيود علي ذلك وهذا فيه مساس بكرامة الفرد وخلقه في المجتمع .

والله أعلم

الفصل الثاني
حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع

٥٠٦

في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع فـــي الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكـــــم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع

المبحث الأول
حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع في الفقه الإسلامي

لاشك أن الممارسة الجنسية التي تقع بين الزوجين يسبقها شيء من المداعبات ويخرج فيها الإنسان عن حالة المعهود أثناء هذه العلاقة مع زوجته لذا فـــإن بعـــض الناس يحدثون بما يحدث بينهم من أمور أثناء الجماع أمام الغير وكذا بعض النســـاء وفيما يلي بيان لحكم إفشاء أسرار هذه العلاقة الخاصة بين الزوجين

الكلام عن إفشاء أسرار الجماع يتناول : ــ
١ ــ إفشاء التفاصيل المتعلقة بالجماع
٢ ــ ذكره للحاجة . وسوف أتناول هاتين المسألتين في المطلبين التاليين : ــ
أولا : إفشاء التفاصيل المتعلقة بالجماع :

بعد الرجوع إلي القواعد العامة في الفقه الإسلامي والمراجع الفقهية المختلفة يبدو لي أن إفشاء الجماع وتفاصيله عمل محرم ويمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي :
أولا من الكتاب : قولة تعالي " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ(٢٧) " (١)
وجه الدلالة :
في هذه الآية ينهي الحق سبحانه وتعالي المؤمنين عن خيانة الأمانة وفي إفشاء أحد الزوجين أسرار العلاقة الخاصة فيما بينهما للغير خيانة للزوج الآخر
قال ابن كثير : " والصحيح أن الآية عامة وإن صح أنها وردت علي سبب خاص فالأخذ بعموم اللفظ لا بخصوص السبب عند الجماهير من العلماء والخيانة تعم الذنوب الصغار والكبار اللازمة والمتعدية " (٢)
ثانيا ــ السنة بما يلي :
١ ــ بما روي عن أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي ε قال : " إن من أشر الناس منزلة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلي امرأته وتفضي إلية ثم ينشر سرها (٣) أفاد هذا الحديث قبح حال من يفشي سر زوجته عند الجماع يوم القيامة

---

(١) سورة الأنفال ،آية : (٢٧)
(٢) تفسير ابن كثير ،جـ٢، صـ٣٠٢
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ،جـ١٠، صـ٨ ، سنن أبي داود ،جـ٤، صـ٢٦٨ ، برقم ٤٨٧٠ ، مصنف أبي شيبة ،جـ٤، صـ٣٩ ، مجمع الزوائد ،جـ٤، صـ٢٩٤ ، عون المعبود ،جـ١٣ ، صـ١٤٩

وجه الدلالة :
قال النووي : " وفي الحديث تحريم إفشاء الرجل ما يجري بينه وبين امرأته من أمور الاستمتاع ووصف تفاصيل ذلك وما يجري من المرأة فيه من قول أو فعل ونحوه " (١)

وقال الصنعانى : " والحديث يدل علي تحريم إفشاء الرجل ما يقع بينه وبين امرأته من أمور الوقاع " (٢)

٢ ــ ما روي الحسن عن النبي ε قال : جلس رسول الله ε بين الرجال والنساء فأقبل علي الرجال فقال : لعل أحدكم يحدث بما صنع بأهله إذا خلا ؟
ثم أقبل علي النساء فقال : لعل إحداكن تحدث بما يصنع بها زوجها ؟ قال : فقالت امرأة : إنهم ليفعلون وإنا لنفعل
فقال : لا تفعلوا فإنما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون (٣)

وجه الدلالة :

أفاد هذا الحديث أن من يفشي سر زوجته أثناء الجماع كأنه شيطان يجامع زوجته أمام الناس ولا شك أن الجماع بمرأى من الناس محرم فكذلك إفشاء سره

قال الشوكاني ــ تعليقا علي هذين الحديثين ــ : " والحديثان يدلان علي تحريم إفشاء أحد الزوجين لما يقع بينهما من أمور الجماع وذلك لأن كون الفاعل لذلك من أشر الناس وكونه بمنزلة شيطان لقي شيطانة فقضى حاجته منها والناس ينظرون من أعظم الأدلة الدالة على تحريم نشر أحد الزوجين للأسرار الواقعة بينهما الراجعة إلى الوطء ومقدماته فإن مجرد فعل المكروه لا يصير به فاعله من الأشرار فضلا عن كونه من شرهم وكذلك الجماع بمرأى من الناس لا شك في تجريمه وإنما خص النبي ε في حديث أبي سعيد الرجل فجعل الزجر المذكور خاصا به ولم يتعرض للمرأة لأن وقوع ذلك الأمر في الغالب من الرجل " (٤)

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ،جـ١٠، صـ٨
(٢) سبل السلام ،جـ٣، صـ١٤٠
(٣) سنن أبي داود ،جـ٢، صـ٢٥٤، سنن البيهقي الكبرى ،جـ٧، صـ١٩٤، برقم ١٣٨٧٦ ، مجمع الزوائد ،جـ٤، صـ٢٩٤ ، مسند الإمام أحمد ،جـ٤، صـ٤٥٦
(٤) نيل الأوطار ،جـ٦، صـ٦١٩/٦٢٠

٣ ــ قوله ε : " إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها " (١)

فقد أفاد هذا الحديث أن نشر الرجل وإفشاءه ما جرى بينه وبين امرأته حال الاستمتاع بها من أعظم الخيانة (٢)

٤ ــ قوله ε : " المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده " (٣)

فقد أفاد هذا الحديث أن المسلم الذي كمل إسلامه هو الذي يحافظ على إخوانه المسلمين ويسلم الناس من شروره وهذا يعم سر الزوجة أثناء الجماع

ثالثا ــ من المعقول :

إن إفشاء الأمور المتعلقة بالجماع فيه سخف ودناءة وقلة مروءة وخيانة للأمانة (٤)

جاء في كشاف القناع " وحرمه في الغنية لأنه من السر وإفشاء السر حرام " (٥)

وفي الفروع " وحرم في الرعاية إفشاء السر المضمر " (٦)

وقال الشيخ أطفيش في شرحه على النيل : " ولا يتحدثان بسرهما فإن من حدث منهما بأمرهما في الجماع كمن جامع حراما في الوزر " (٧)

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ١٠ ،صـ٨ ، الفتح الرباني ، جـ١٦ ،صـ٢٢٣ ،برقم ٢٣٦ ، عون المعبود ، جـ١٣ ،صـ١٤٩

(٢) عون المعبود ، جـ١٣ ،صـ١٤٩

(٣) ابن حبان ، جـ١ ،صـ٤٢٤ ، مسند الشهاب ، جـ١ ،صـ١٣١، المعجم الأوسط ، جـ٤ ،صـ٥٦ ، المعجم الكبير ، جـ١٨ ،صـ٣٠٩

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ١٠ ،صـ٨ /٩

(٥) كشاف القناع ، جـ٥ ،صـ١٩٤ /١٩٥

(٦) الفروع ، جـ٥ ،صـ٢٤٨ ، القوانين الفقهية ، جـ١ ، صـ٢٨٣

(٧) النيل وشفاء العليل ، جـ٦ ،صـ٤٧٧ ، شرح النيل ، الموضع السابق

المطلب الثاني
حكم ذكر الجماع للحاجة

تقدم القول بأن إفشاء أسرار الجماع أمر محرم ومحل الحرمة فيما تقدم إذا لم يكن ثمة داع أو دافع لذكر هذه الأمور

أما إذا كان هناك دافع لذكر الجماع كأن ادعت المرأة على زوجها أنه لا يطؤها أو ادعت عجزه عن الجماع أو عنته ونحو ذلك فهنا يتأتى القول بالجواز

قال الشوكاني : " فإن كان إليه حاجة ــ أي ذكر الجماع ــ أو ترتبت عليه فائدة فلا كراهة في ذكره وذلك نحو أن تنكر المرأة نكاح الزوج لها وتدعي عليه العجز عن الجماع أو نحو ذلك " (١)

١ ــ روي عن عكرمة أن رفاعة طلق امرأته فتزوجها عبد الرحمن بن زيد قالت عائشة : " فجاءت وعليها خمار أخضر فشكت إليها أي إلى عائشة من زوجها وأرتها خضرة بجلدها فلما جاء رسول اللهε والنساء يبصرن بعضهن بعضا قالت عائشة : " ما رأيت ما يلقى المؤمنات لجلدها أشد خضرة من ثوبها وسمع زوجها فجاء ومعه ابنان لها من غيرها قالت : والله ما لي إليه من ذنب إلا أن ما معه ليس بأغنى عني من هذه وأخذت هدبة من ثوبها فقال : كذبت والله يا رسول الله إني لأنفضها نفض الأديم لكنها ناشزة تريد رفاعة " (٢)

فقد ذكر الرجل ما يحدث بينه وبين زوجته عند الجماع ولم ينكر عليه رسول الله ε فدل ذلك على الجواز عند الحاجة (٣)

٢ ــ وروي أيضا عن أنس بن مالك قال : كان ابن لأبي طلحة يشتكي فخرج أبو طلحة فقبض الصبي فلما رجع أبو طلحة قال : ما فعل الصبي قالت أم سليم : هو أسكن مما كان فقربت إليه العشاء فتعشى ثم أصاب منها فلما فرغ قالت واروا الصبي فلما أصبح أبو طلحة أتى رسول الله ε فأخبره فقال : أعرستم الليلة ؟ قال : نعم قال :" اللهم بارك لهما " (٤)

---

(١) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٢٠

(٢) فتح الباري ، جـ٩ ،صـ٤٦٦ ،سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٢٢٧ ، صحيح البخاري ، جـ٥ ،صـ٢١٩٢ ، عون المعبود ، جـ٦ ،صـ١٥٨ ، نصب الراية ، جـ٣ ،صـ٢٣٧

(٣) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٢٠

(٤) صحيح البخاري ، جـ٥ ،صـ٢٠١٠ ، صحيح مسلم ، جـ٣ ،صـ١٦٨٩ ، شرح النووي على صحيح مسلم ، جـ١٠ ،صـ٩ ، صفوة الصفوة ، جـ٢ ،صـ٦٧ ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، تحقيق / محمود فاخوري ، د/ محمد رواس قلعة جي

وجه الدلالة :

أفاد قوله ε لأبي طلحة : " أعرستم الليلة ؟ " جواز ذكر الجماع إذا كان ثمة حاجة تدعو إليه كدعاء النبي ε لأبي طلحة أن يبارك لهما في ليلتهما

٣ ــ ما روي عن جابر بن عبد الله عن أم كلثوم عن عائشة زوج النبي ε قالت :" إن رجلا سأل النبي ε عن الرجل يجامع أهله ثم يكسل هل عليهما الغسل ؟ وعائشة جالسة فقال رسول الله ε: " إنا لنفعل ذلك أنا وهذه ثم نغتسل " (١)

فقد أفاد هذا الحديث جواز ذكر أمر الجماع إذا كان ثمة داع إليه كما فعل النبي ε في قوله : " إني لأفعل ذلك أنا وهذه " لفائدة هي تعليم لسائل الجواب

* أما مجرد ذكر نفس الجماع دون ذكر تفاصيله من غير حاجة إليه فإنه مكروه قال الشوكاني : " وأما مجرد ذكر نفس الجماع فإن لم يكن فيه فائدة ولا إليه حاجة فمكروه لأنه خلاف المروءة ومن التكلم بما لا يعني " (٢) وقد ثبت في الصحيح عنه ε أنه قال: " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت " (٣)

---

(١) صحيح مسلم ، جـ١ ، صـ٢٧٢ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ١ ،صـ١٦٤ ، سنن الدار قطني ، جـ١ ، صـ١١٢ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٥ ،صـ٣٥٢

(٢) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٦٢٠

(٣) صحيح مسلم ، جـ١ ،صـ٦٨ ، صحيح البخاري ، جـ٥ ، صـ٢٢٤٠ ، صحيح ابن حبان ، جـ١٢ ،صـ٩٧ ، مجمع الزوائد ، جـ٨ ،صـ١٦٧، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٥ ،صـ٦٨ ، سنن أبي داود ، جـ٤ ،صـ٣٣٩ ، مسند الإمام أحمد ، جـ٢ ،صـ١٧٤

(٤٦١)

المبحث الثاني

موقف القانون الجنائي من إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع

تمهيد : بعد الرجوع إلى قانون العقوبات والاطلاع على نصوص مواده يبدو لي أن مظان معالجة إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع تدخل تحت إحدى جريمتين :

الأولى : جريمة إفشاء الأسرار

والثانية : جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة

أولا ــ إفشاء الأسرار :

إفشاء الأسرار : هو كشف عن واقعة لها صفة السر ممن علم بها بمقتضى مهنته ومقترن بالقصد الجنائي (١)

وقد نص المشرع على جريمة كشف الأسرار في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات على أن : " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته كخصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه فيها القانون بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه "

وبالنظر إلى نص المادة (٣١٠) السابق يتضح أن هذه الجريمة تقوم على أركان ثلاثة هي :

١ ــ الركن المادي :

ويتحقق هذا الركن بقيام الشخص المودع لديه هذا السر بإفشائه إلى الغير بأية طريقة وسواء كان الإفشاء كليا أو جزئيا . (٢)

٢ ــ صفة خاصة في الجاني :

والمراد بهذا الركن : أن يكون الجاني ذا مهنة معينة بأن يكون من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو غيرهم من أصحاب المهن التي يلتزم أفرادها بكتمان السر (٣)

٣ ــ الركن المعنوي :

والذي يتمثل الركن المعنوي في قصد الجاني لما أقدم عليه من إفشاء لهذه الأسرار

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (١٠١١) صـ ٧٥٠ ، دم رمسيس بهنام ، السابق ، صـ ٣٩٨ ، د/ محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٣٧٥) صـ ٤٢٥ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ ٢٩٥

(٢) د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ ٢٩٥ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ ٤٢٦ /٤٢٧

(٣) د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ ٤٢٢ /٤٢٥ ، د/ كمال عبد الرازق فلاح ، رضاء المجني عليه ودوره في المسئولية الجنائية ، صـ ٣٩٨

وهـــذا القصد الجنائي يقوم على عنصرين أساسيين :
هما العلم والإرادة ، بأن يكون الجاني عالما بأن ما ينقله إلى الغير هو سر لا يجـــوز إفشاؤه بمقتضى طبيعة وظيفته ، وأن تتجه إرادته إلى النتيجة المترتبة عليه وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر

نطاق التجريم :

بعد بيان أركان جريمة إفشاء الأسرار يمكن القول : إن القـــانون الجنـــائي لا يجرم أي سر ، وبعبارة أخرى فهو لا يعاقب كل شخص يفشي سرا
وإنما يقتصر التجريم على إفشاء أسرار تودع لدى من يمارسون مهنا تفتـــرض فـــي عملائهم اضطرارهم إلى إيداع أسرارهم لديهم ، وبشرط أن تقوم الصلة بـــين الســـر ومباشرة المهنة ، أي أن يكون السر مهنيا . (١)

وتطبيقا لذلك :

فإنه لا جريمة في إفشاء سر يصدر عن صديق أو قريب أودع لديه صديقه أو قريبه سره إذ لم يتلق السر باعتباره يمارس مهنة ما .
ولا جريمة كذلك في إفشاء يصدر عن خادم أو عامل في شـــأن ســـر أودعـــه لديـــه مخدومه أو رب عمل فمهنته ليست من المهن التي تفترض الإيداع الاضطراري للسر ، ويعني ذلك أن هذه الجريمة من جرائم ذوي الصفة الخاصة (٢)

وتفريعا على ما سبق يمكن القول :
إن قيام أحد الزوجين بإفشاء الأسرار والأحاديث المتعلقة بالجماع لا يدخل في نطـــاق التجريم السابق وذلك لانتفاء الصفة التي اشترطها المشرع الجنائي فيمن يفشي ســـرا للغير ، وهذه الصفة المشترطة في الجاني بأن يكون ذا مهنة معينة تفترض اضطرار العملاء إلى إيداع أسرارهم إلى هؤلاء الأشخاص كالأطباء والجـــراحين والمحـــامين وغيرهم .

أما الزوج أو الزوجة فليسا من ذوي المهن المعينة التي اشـــترطها المشـــرع لإضفاء وصف التجريم على واقعة إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع .
ومن ثم فقيام الزوج أو الزوجة بإفشاء أسرار الجماع وتفاصيله لا يدخل فـــي نطـــاق التجريم الذي أوردته المادة (٣١٠) ع المتعلقة بإفشاء الأسرار

---

(١) د/ نجيب حسني ، السابق ، فقرة (١٠١٣) صـــ٧٥٢

(٢) د/ محمود مصطفى ، فقرة (٣٧٧) صـ٤٢٧

(٤٦٣)

ثانيا ــ الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة :

يهدف المشرع الجنائي إلى حماية حق كل إنسان في أن تصان حياته الخاصة من الاعتداء عليها وأن تحاط بسياج من السرية ولعل أهم مظهرين أراد المشرع حمايتهما هما ما يدور فيها من حديث وما يتخذه الشخص من أوضاع اعتمادا على أنه لا يطلع عليه أحد وبذلك كان موضوع التجريم هما الحديث والصورة .
وقد حمل المشرع على هذا التجريم أن التقدم العلمي الحديث قد أنتج أجهزة تتيح الاطلاع على ما يجري في الحياة الخاصة دون علم من صاحب هذه الحياة ومن ثم فإن من شأن ذلك انتهاك حرمة هذه الحياة الخاصة

ومن ثم فإن اقتحام الحياة الخاصة بهذا الشكل أصبح يهدد جانبا أساسيا من قيم المجتمع الحضارية وتقاليده بالإضافة إلى الضرر المادي والمعنوي الذي يحيق بالمجني عليه بسبب التعدي على حرمته الخاصة (١)
لكل ما تقدم نص المشرع الجنائي في المادة (٣٠٩) مكرر على أنه : " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضا المجني عليه :

أ ــ استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون

ب ــ التقط أو نقل بجهاز أيا كان نوعه صورة شخص في مكان ما خاص

ومن خلال النص السابق يتضح أن جريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بصورتيها السابقتين تقوم على ركنين أساسيين هما :

---

(١) د / محمد نجيب حسني ، السابق ، فقرة ١٠٥٠ ، صـ٧٨٦/٧٨٧، د/ أحمد حسني طه ، حماية الحق في السرية والخصوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، صـ٣٩١ وما بعدها ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفنا الأشراف دقهلية ، العدد الأول ، جـ١ ، ١٤٢٢ هـ /٢٠٠١ م ، د/ مدحت رمضان ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت ، صـ١٠١ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، ٢٠٠٠ م ، د/ هشام فريد ، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته ، صـ١١٨ ، مكتبة الآلات الحديثة ، ط ، ١٩٨٦ م ، د/ محمود عبد الرحمن محمد ، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية ، دراسة مقارنة ، صـ٦٣ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ م ، م / محمد محمد الشهاوي ، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في مواجهة الصحافة ، صـ٨٦ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، الأولى ، ٢٠٠١ م ،

الركن المادي :

يقوم الركن المادي لجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة على استراق السمع أو تسجيل الحديث أو نقله أو التقاط صورة للغير ونقلها

والاستراق يعني الاستماع خلسة ، والتسجيل يعني حفظ الحديث على مادة معدة لذلك كي يستمع إليه فيما بعد

والنقل يعني إرسال الحديث من المكان الذي يجري فيه إلى مكان آخر سواء أكان قريبا أم بعيدا

والتقاط الصورة يعني ثبيت الصورة على مادة حساسة ، والنقل يعني تمكين شخص يوجد في مكان مختلف عن المكان الذي يوجد فيه المجني عليه من الاطلاع على صورته .

ومن ثم فقيام الجاني بأي فعل من الأفعال سالفة الذكر التي تمثل انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة يعد عملا مؤديا لقيام الركن المادي لهذه الجريمة

ولكن المشرع اشترط لقيام الركن المادي في الصورة السابقة أن يرتكب هذا الفعل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه ويعني المشرع بهذا التعبير" جهازا مما أنتجه التقدم العلمي الحديث " إذ الفعل لا تكون له الخطورة الإجرامية التي تقتضي تجريمه إلا إذا استعمل العلم الحديث في ارتكابه (١)

الركن المعنوي :

ويقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة على توافر عنصري العلم والإرادة فيجب أن يعلم المتهم بالصفة الخاصة للحديث أو الصورة وأن من شأن الجهاز الذي يستعمله نقل الحديث أو الصورة وأن تتجه إرادته إلى الحصول على الحديث أو الصورة ونقلها إلى الغير (٢)

وتفريعا على ما سبق فإن جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة لا تقوم إذا لم يستعن المتهم بجهاز ما في ارتكابها أو استعان بأداة بدائية لا يصدق عليها أنها جهاز

---

(١) د/ محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٣٨٣) صـــ٤٢٥ /٤٢٦ ، د/ أحمد فتحي سرور ، السابق ، صـــ٧٧٤ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، صـــ٤٠٧ ، د/ محود نجيب حسني ، السبق ، فقرة (١٠٥٧) صـــ٧٩٠ /٧٩١ ، د/ أحمد حسني ، السابق ، صـــ٣٩٣ /٣٩٤ ، ، أحمد فتي سرور ، الحق في الحماية الخاصة ،صـــ٦٧ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، ١٩٨٦ م ، د/ مدحت رمضان السابق ، صـــ١١٥ وما بعدها

(٢) د/ محمود نجيب حسني ، السابق ن فقرة (١٠٥٨) صـــ٧٩١ ، د/ فوزية عبد الســـتار ، السابق ، صـــ٦٤٤ ، د/ حسني الجدع ، السباق ، صـــ٢٠٨ / ٢٠٩ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـــ٤١٤ /٤١٥ ، د/ مدحت رمضان ، السابق ، صـــ١٢٠ /١٢١

ومن ثم فلا يعد مرتبا لجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة من تصنت بأذنيـــه على الحديث الخاص أو من سجله كتابة على الورق أو حفظه في ذاكرته ثم نقله إلى أشخاص آخرين (١)

وتطبيقا على ما سبق ذكره يمكن القول : إن قيام الزوج أو الزوجـــة بإفشـــاء أسرار الجماع بصوره وتفاصيله لا يعد تعديا على حرمة الحياة الخاصة ولا يدخل في نطاق التجريم الذي أورده المشرع في المادة (٣٠٩) مكرر

لأن المشرع الجنائي يشترط لإضفاء وصف التجريم على نقـــل الحـــديث أو التقـــاط الصورة وغيرهما أن يكون هذا النقل أو الالتقاط ونحوهما عن طريق جهاز مما أنتجه التقدم العلمي الحديث .

ومن ثم فإفشاء الزوج أو الزوجة أمام الغير ما دار بينهما مـــن أمـــور أثنـــاء الجماع لا يعد انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة التي كفل المشرع حمايتها لأن هذا لم يتم عن طريق جهاز مما أنتجه التقدم العلمي الحديث

تقدير موقف المشرع فيما سبق :

يبدو لي بعد العرض السابق لموقف المشرع الجنائي مـــن جريمتـــي إفشـــاء الأسرار والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة أن مسلك المشرع في معالجتـــه لهـــذه الأمور مسلك منتقد وذلك لما يلي :

أولا ــ بالنسبة لجريمة إفشاء الأسرار التي نص عليها المشرع فإن المادة (٣١٠) ع فقد ضيق المشرع من نطاق التجريم المتعلق بإفشاء الأسرار وجعلـــه قاصـــرا علـــى الأشخاص الذين يمارسون مهنا معينة تفترض في عملائهم اضطرارهم إلـــى إيـــداع أسرارهم لديهم ــ بشرط أن تقوم الصلة بين السر ومباشرة المهنة بمعنـــى أن يكـــون السر مهنيا ــ كالأطباء والجراحين والصيادلة والمحامين وغيرهم .

أما ما عدا ذلك من أسرار فإنها لا تدخل في نطاق التجريم الذي حدده المشرع ولـــو نظرنا إلى العلة التي من أجلها جرم المشرع إفشاء الأسرار وهي المحافظـــة علـــى أسرار الناس وخصوصياتهم من الانتهاك لما يلحقهم بسبب هذا الإفشاء من الضـــرر المادي والمعنوي وهذه العلة موجودة في حالة إفشاء السر من غير الأشخاص الـــذين نص عليهم المشرع في المادة (٣١٠) ع كما في حالة من يفشي أسرار زوجته عند الجماع ويذكر تفاصيل هذه العملية الخاصة أمام الغير حتى كأنهم يرونها بأعينهم ففي ذلك تعد على حق الزوجة في أن تحتفظ بسرية علاقتها مع زوجها

(١) د/ نجيب حسني ، السابق ، فقرة (١٠٦٤) صـــ ٧٩٤ /٧٩٥

ومن ثم فإن تقييد المشرع السابق بحصر نطاق التجريم على الأشخاص الـــذين يمارسون مهنا معينة دون غيرهم تقييد غير مبرر وغير منطقي ويترك مساحة كبيرة من حياة الناس معرضة للتعدي والانتهاك من الغير دون أي تجريم

ثانيا ــ بالنسبة للمادة (٣٠٩) ع مكرر والتي جرمت الاعتداء على حرمـــة الحيـــاة الخاصة بطريق استراق السمع أو النقل أو التسجيل أو التقاط الصور للآخرين
اشترط المشرع في تجريمه لهذه الأمور أن تتم عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه

ومن ثم فإن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بالأمور السابقة دون استخدام جهاز من الأجهزة لا يدخل في نطاق التجريم السابق ومن ثم فهو عمل مباح قانونا لا يناله أي تجريم وهذا مسلك منتقد من المشرع لأن في هذه الأعمال انتهاكـــا لحرمـــة الحياة الخاصة للغير كما في تلك

ومن ثم فلا مبرر لهذا التقييد الذي سلكه المشرع لذا كان لزاما على المشـــرع أن يضيف بعض العبارات التي تشمل الصور السابقة وغيرها والتي لا تـــدخل فـــي نطاق التجريم الذي نصت عليه المادة (٣١٠) والمادة (٣٠٩) مكرر

ولذا فإنني أقترح لتفادي هذا القصور التشريعي القائم أن تضاف عبـــارة (أو بأي وسيلة أخرى) في نهاية المـــادة (٣٠٩) مكـــرر وأن تضـــاف إلـــي المـــادة (٣١٠) عبارة " أو بأي صفة أخري " وذلك بأن يكون نص المادة (٣١٠) كالتالي " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو غيرهم مودعا إليه بمقتضـــى صناعته أو وظيفته (أو بأي صفة أخري) كخصوصي .. .. الخ المادة
وبإضافة هاتين العبارتين السابقتين إلي المادة (٣٠٩) والمادة (٣١٠) يتسع نطاق التجريم ليشمل إفشاء جميع الأسرار وكذا جميع صور التعدي علـــي حرمـــة الحيـــاة الخاصة .

(٤٦٧)

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع

بعد العرض السابق لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة إفشاء أسرا الجماع يتضح الأتي : ــ

أولا ــ إن قيام الزوجين أو أحدهما بإفشاء أسرار الجماع أمام الآخرين عمل محرم شرعا وصوره النبي ε بأنه " مثل الشيطان لقي شيطانه فغشيها والناس ينظرون "

وقد أوجب الإسلام علي ولي الأمر أن يعاقب مرتكب هذا السلوك المحرم تعزيرية تزجره عن معاودة هذا العمل المحرم

أما إذا كان هذا الإفشاء لأسرار الجماع لحاجة كأن تتدعي المرأة على زوجها أنه عنين أو لا يقدر على جماعها فيجوز حينئذ في مجلس القضاء كما حدث من الرجل الذي ادعت عليه امرأته أن ما معه مثل هدبة الثوب أي لا ينتشر عليها فقال : يا رسول الله إني لأنفضها نفض الأديم "

ثانيا ــ إن القانون الجنائي في معالجته لجريمة إفشاء الأسرار وجريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة قد ضيق من نطاق التجريم في كل منهما بحيث لا تدخل جريمة إفشاء أسرار الجماع في نطاق التجريم في أي منهما

ومن ثم فإن إفشاء أسرار الجماع وتفاصيله وذكر أوضاعه عمل مباح قانونا لا ينال فاعله أي نوع من أنواع العقاب

لذا كان لزاما على المشرع أن يضيف عبارة (أو بأي وسيلة أخرى) إلى المادة ٣٠٩ مكرر ع وعبارة (أو بأي صفة أخرى) إلى المادة ٣١٠ ع كما تقدم لتلافي القصور التشريعي القائم

ثالثا ــ بهذه المقارنة يظهر لنا عظمة شريعة الإسلام وعظمة فقهنا الإسلامي وشموخه وتفرده في معالجته لجميع القضايا التي تهم المسلم في جميع شئون حياته فالإسلام لم يترك صغيرة أو كبيرة تهم المسلم إلا وضع لها العلاج الملائم لها حتى ينعم الناس في ظل الإسلام بالحياة الهانئة والهادئة والآمنة من التعدي والانتهاك من الآخرين

بخلاف القوانين الوضعية التي هي من صنع البشر والتي تتسم بالقصور الدائم والمعالجة المستمرة حتى يمكن أن تفي ببعض حاجات البشر
وفي ذلك دعوة للمسلمين في كل مكان إلى العودة إلى شريعة الإسلام وجعلها قانون البشر في هذه الحياة حتى ننعم بالفوز في الدنيا والآخرة

(٤٦٨)

الفصل الثالث
أحكام رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أحكام رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من رضاع الكبير

****

المبحث الأول : أحكام رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم رضاع الكبير في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : الأثر المترتب على رضاع الكبير في الفقه الإسلامي

(٤٦٩)

المطلب الأول : حكم رضاع الكبير في الفقه الإسلامي

تمهيد : إن الإسلام أباح للرجل أن يستمتع بزوجته كيفما يشاء طالما أن استمتاعه في نطاق المرخص به شرعا .

وإذا كان الإسلام قد طلب من الرجل أن يقدم للجماع بأن يلاعب زوجته أو يقبلها وما شابه ذلك تحقيقا لرغبة الزوجين في تحقيق الاستمتاع الكامل بينهما فقد يلجأ الرجل في إطار هذه الملاعبة إلى أن يداعب ثديي زوجته باللمس أو التقبيل أو المص وحالتئذ قد يصل شيء من اللبن إلى حلق الزوج وجوفه فهل يثبت بذلك المص والالتقام لهذا الثدي التحريم أو لا ؟ لا سيما إذا تكرر من الزوج ذلك الصنيع

سأتناول فيما يلي بيان آراء الفقهاء في هذه المسالة على النحو التالي

فأقول : لا خلاف بين الفقهاء ــ فيما أعلم ــ في أن رضاع الصغير (١) يثبت به التحريم ولكنهم اختلفوا في رضاع الكبير هل يثبت به التحريم أو لا ؟ على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢)

---

(١) اختلف الفقهاء في حد الصغر الذي يثبت به التحريم على أقوال :

الأول : ذهب أبو حنيفة إلى أن حد الصغر الذي يثبت به التحريم ثلاثون شهرا . بدائع الصنائع ، جـ٤ ،صـ٨ ، تحفة الفقهاء ، جـ٢ ،صـ٢٣٧

الثاني : ذهب المالكية إلى أن حد الصغر حولان وشهر أو حولان وشهران . المدونة ، جـ٥ ،صـ٤٠٧ ، رسالة أبي زيد ، جـ٢ ،صـ٨٨ ، الفواكه الدواني ، جـ٢ ،صـ٨٨

الثالث : ذهب الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية والإباضية إلى أن حد الصغر حولان فقط وبه قال أبو يوسف من الحنفية .

للشافعية : الوسيط ، جـ٦ ،صـ١٨٢ ،المهذب ، جـ٢ ،صـ١٩٩ ، وللحنابلة : الإنصاف ، جـ٩ ،صـ٣٤٨ ، المغني ، جـ١١ ،صـ١٦٥ ، الشرح الكبير ، جـ١١ ،صـ١٦٠ /١٦٢ وللزيدية : البحر الزخار ، جـ٤ ،صـ٢٦٦ ، وللإمامية : شرائع الإسلام ، جـ٤ ،صـ٢٣٤ ، وللإباضية : النيل وشفاء العليل ، جـ٧ ،صـ١٢ ،وللحنفية : بدائع الصنائع ، جـ٤ ،صـ ٨، تحفة الفقهاء ، جـ٢ ،صـ٢٣٧

الرابع : ذهب زفر من الحنفية إلى أن حد الصغر ثلاث سنين . تحفة الفقهاء ، جـ٢ ،صـ٢٣٧ ، بدائع الصنائع ، جـ٤ ،صـ ٨ .

(٢) بدائع الصنائع ، جـ٤ ،صـ٦ ، الفتاوى الهندية ، جـ١ ،صـ٣٤٢ ، الدر المختار ، جـ٣ ،صـ٢٣٠ ، حاشية ابن عابدين ، جـ٣ ،صـ٢٣٠ /٢٣١ ، البحر الرائق ، جـ٣

،صـــ٣٣٨ /٣٣٩ ، الهداية مع فتح القدير ، جـــ٣ ،صـــ٤ /٥ ، شرح فتح القدير ، جـــ٣ ،صـــ٤ / ٥ ، العناية مع شرح فتح القدير، جـــ٣ ،صـــ٤/٥ ، تحفـــة الفقهـــاء ، جـــــ٢ ،صـــ٢٣٦ ، مختصر اختلاف العلماء ، جـــ٢ ،صـــ٣١٥ /٣١٦ ، تبيين الحقائق ، جـــ٢ ،صـــ١٨٢ ، حاشية الشلبي ، جـــ٢ ،صـــ١٨٢

(٤٧٠)

والمالكية (١) والشـــافعية (٢) والحنابلـــة (٣) والزيديـــة (٤) والإماميـــة (٥) والإباضية (٦) إلى أن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم وروي هذا القول عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبيε وإليه ذهـــب الشعبي وابن شبرمة والأوزاعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور (٧)

الرأي الثاني : ذهب الظاهرية (٨) إلى أن رضاع الكبير يثبت به التحريم وهو قول السيدة عائشة رضي عنها والليث بن سعـــــــــد وعلي بن أبي طالب وهو مـــروي عن عطاء (٩)

سبب الخلاف في هذه المسألة :

قال ابن رشد : " وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك أنه قد رود في ذلك حديثان: أحدهما: حديث سالم والثاني : حديث عائشة فمن ذهب إلى ترجيح هـــذا الحـــديث ــ حديث عائشة ــ قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغـــذاء إلا أن حـــديث سالم نازلة عين وكان سائر أزواج النبي ε يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة أنها لم تعمل به قال يحرم رضاع الكبير " (١٠)

---

(١) التمهيد لابن عبد البر ، جـــ٨ ،صـــ٢٦٣ ، مواهب الجليل ، جـــ٤ ،صـــــ١٧٨ /١٧٩ ، التاج والإكليل ، جـــ٤ ،صـــ١٧٨ /١٧٩ ، رسالة أبي زيـــد ، جـــــ٢ ،صـــــ٨٨ /٨٩ ، الفواكه الدواني ، جـــ٢ ،صـــ٨٨ /٨٩ ، المدونة ، جـــ٥ ،صـــ٤٠٧ ، الذخيرة ، جـــــ٤ ،صـــ٢٧٢ ، القرطبي ، جـــ٢ ،صـــ١٧٧٤ ، بداية المجتهد ، جـــ٢ ،صـــ٢٧ .

(٢) المهذب ، جـــ٢ ،صـــ١٩٩ ، الوسيط ، جـــ٦ ،صـــــ١٨٢ ، حاشـــية الجمـــل ، جـــــ٥ ،صـــ٤٧٦ ، شرح المنهج ، جـــ٥ ،صـــ٤٧٦ ، الأم ، جـــ٥ ،صـــ٢٤ ، روضة الطالبين ، جـــ٦ ،صـــ٤٢٢ /٤٢٣ ، نهاية المحتاج ، جـــ٧ ،صـــ١٧٥ /١٧٦ ، .

(٣) الإنصاف ، جـــ٩ ،صـــ٣٤٨ ، المغني ، جـــ١١ ،صـــ١٦٥ ، الشرح الكبيـــر ، جـــــ١١ ،صـــ١٦٠ /١٦٢ .

(٤) البحر الزخار ، جـــ٤ ،صـــ٢٦٥ .

(٥) شرائع الإسلام ، جـــ٤ ،صـــ٢٣٤ /٢٣٥ .

(٦) النيل وشفاء العليل ، جـــ٧ ، صـــ١٢ ، شرح النيل الموضع السابق .

(٧) المغني ، جـــ١١ ،صـــ١٦٥ ، الشرح الكبير ، جـــ١١ ،صـــ١٦٠ /١٦٢ .

(٨) المحلى ، جـــ١٠ ،صـــ١٧ .

(٩) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٢٠ ، القرطبي ، جـ٢ ،صـ١٧٧٤ ، البدائع ، جـ٤ ،صـ٦ ،المغني ، جـ١١ ،صـ١٦٥ ، الشرح الكبير ، جـ١١ ،صـ١٦٠ /١٦٢ ، الوسيط ، جـ٦ ،صـ١٨٣ ، بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٢٧ ، التمهيد ، جـ٨ ،صـ٢٦٣ ، نيل الأوطار ، جـ٧ ،صـ٧٥٠ ، سبل السلام ، جـ٣ ،صـ٢١٥ .

(١٠) بداية المجتهد ، جـ٢ ،صـ٢٧ بتصرف يسير .

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم بما يلي :

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالى : " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ" (١)

وجه الدلالة : إن الله عز وجل جعل تمام الرضاعة في الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين

قال ابن قدامة" فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدها "(٢)

مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :

الوجه الأول :

قال ابن حزم : " .. أمر تعالى الوالدت بإرضاع المولود بما بين وليس في هذا تحريم الرضاعة بعد ذلك ولأن التحريم ينقطع بتمام الحولين وكان قوله تعالى : " وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنْ الرَّضَاعَةِ.." (٣) ولم يقل تعالى في حولين ولا في وقت دون وقت زائدا على الآيات الأخر وعموما لا يجوز تخصيصه إلا بنص يبين أنه مخصص له لا بظن ولا بمحتمل لا بيان فيه ــ وقال أيضا ــ إن الرضاعة التي تتم بتمام الحولين أو بتراضي الأبوين قبل الحولين إذا رأيا في ذلك صلاحا للرضيع أنها هي الموجبة للنفقة على المرضعة والتي يجبر عليها الأبوان أحبا أم كرها " (٤)

الوجه الثاني : إن هذه الآية مخصصة لحديث قصة سالم الصحيح فدل ذلك على أن رضع الكبير يحرم (٥)

ثانيا ــ من السنة بما يلي :

١ ــ بما روي أن رسول الله ε دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه النبي ε فقال من هذا الرجل ؟ فقالت عائشة : " هذا عمي من الرضاعة فقال النبي ε: " انظرن من إخوانكن من الرضاعة إنما الرضاعة من المجاعة " (٦)

---

(١) سورة البقرة ، آية : (٢٣٣)

(٢) المهذب ، جـ٢ ،صـ١٩٩ ، المغني ، جـ١١ ،صـ١٦٥ ، الشرح الكبير ، جـ١١ ،صـ١٦٠ /١٦٢
(٣) النساء آية (٢٣)
(٤) المحلي ،جـ١٠، صـ٢٢
(٥) نيل الأوطار ،جـ٦، صـ٧٥٣
(٦) صحيح مسلم ،جـ٢، صـ١٠٧٨، صحيح الخاري ،جـ٢، صـ٩٣٦، مسند أبي عوانة ،جـ٣، صـ١٢٣، برقم ٤٤٣٥، سنن الدارمي ،جـ٢، صـ٣١٠، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧، صـ٤٥٦، سنن أبي داود ،جـ٢، صـ٢٢٢

وجه الدلالة : أشار النبي ε في هذا الحديث إلي أن الرضاع في الصغر هو الرضاع المحرم إذ هو الذي يدفع الجوع فأما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع . (١)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال ابن حزم : " .. إذا كان الأمر كما ذكرتم من استواء الصغير الكبير فما الفائدة في الحديث ــ ثم قال ــ وتخلصوا عن ذلك بأن فائدته إبطال تعلق تحريم بالقطرة من اللبن والمصة التي لا تغني عن جوع ولا يخفي ما في هذا من التعسف ولا يخفي أن سد الجوعة باللبن الكائن في ضرع المرضعة إنما يكون لمن لم يجد طعاما ولا شرابا غيره فأما من كان يأكل ويشرب فهو لا يسد جوعته عند الحاجة بغير الطعام والشراب وكون الرضاع مما يمكن أن يسد به جوعة الكبير أمر خارج عن محل النزاع فإنه ليس النزاع فيمن يمكن أن تسد جوعته به إنما النزاع فيمن لا تسد جوعته إلا به " (٢)

٢ ــ بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ε : " لا رضاع إلا ما كان في الحولين " (٣) فقد أفاد هذا الحديث أن الرضاع المحرم والذي يثبت به التحريم ما كان واقعا في الحولين فما عداه لا تثبت به حرمة

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا الحديث موقوف ولا حجة في الموقوف وهو من طريق الهيثم بن جميل وهو مشهور بالغلط وهو المتفرد برفعه (٤)

الجواب على هذه المناقشة : قال الشوكاني : " .. ولا يخفى أن تصحيح الترمذي والحاكم لهذا الحديث يدفع علة الانقطاع فإنهما لا يصححان ما كان منقطعا إلا وقد صح لهما اتصاله لما تقرر في علم الأصول أن المنقطع من قسم الضعيف " (٥)

٣ ــ قوله ε : " الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم " (٦)

قال الكاساني : " وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لأن إرضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم " (٧)

---

(١) بدائع الصنائع ،جـ٤، صـ٦

(٢) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٢١ /٢٢
(٣) الدار قطني ، جـ٤ ،صـ١٧٣ ، السنن لابن منصور الخراساني ، جـ١ ،صـ٢٨٠ ، برقم ٩٨٠ ، مصنف أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٥٠ ، فتح الباري ، جـ٩ ،صـ١٤٦ ،
(٤) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٧٥٣
(٥) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٧٥٤
(٦) عون المعبود ، جـ٦ ،صـ٥٤٣ ، تحفة الاحوذي ، جـ٤ ،صـ٢٦٤
(٧) بدائع الصنائع ، جـ٤ ،صـ٦

(٤٧٣)

٤ ــ قوله ε: " الرضاع ما فتق الأمعاء " (١)

وجه الدلالة :

إن الرضاع الذي يفتق الأمعاء هو رضاع الصغير لا رضاع الكبير لأن أمعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها إلا اللبن لكونه من ألطف الأغذية كما وصفه تعالى في كتابه العزيز بقوله عز وجل : " لَبَنًا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ" (٢) فأما أمعاء الكبير فمنفتقة لا تحتاج إلى الفتق باللبن " (٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

قال ابن حزم : " هذا خبر منقطع لأن فاطمة بنت المنذر لم تسمع من أم سلمة أم المؤمنين لأنها كانت أسن من زوجها هشام باثني عشر عاما وكان مولد هشام سنة ستين فمولد فاطمة على هذا سنة ثمان وأربعين وماتت أم سلمة سنة تسع وخمسين وفاطمة صغيرة لم تلقها فكيف أن تحفظ عنها ولم تسمع من خالة أبيها عائشة أم المؤمنين شيئا وهي في حجرها إنما أبعد سماعها من جدتها أسماء بنت أبي بكر الصديق " (٤)

الجواب عن هذه المناقشة :

قال الشوكاني : " ... ولا يخفى أن تصحيح الترمذي والحاكم لهذا الحديث يدفع علة الانقطاع فإنهما لا يصححان ما كان منقطعا إلا وقد صح لهما اتصاله لما تقرر في علم الأصول أن المنقطع من قسم الضعيف " (٥)

٥ ــ قوله ε: " لا رضاع بعد فصال " (٦) فقد أفاد هذا الحديث أن الرضاع المحرم ما كان قبل الفصال أما ما كان واقعا بعده فلا تحريم فيه

مناقشة هذا الاستدلال :

قال ابن حزم : " هذا خبر لا يجوز التشاغل به لأنه عن جويبر عن الضحاك وجويبر ساقط والضحاك ضعيف " (٧)

---

(١) بنحوه ، المعجم الأوسط للطبراني ، جـ٧ ،صـ٢٨٩ ، برقم ٧٥١٧ ، مصنف ابن أبي شيبة ، جـ٣ ،صـ٥٤٨ ، برقم ١٧٠٢٨ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٦٢٦ ،برقم

١٩٤٦ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٣ ،صـ٣٠١ ، برقم ٥٤٦٥ ، السنن الكبى للبيهقي ، جـ٧ ،صـ٤٥٦ ، برقم ١٥٤١٢

(٢) سورة النحل ، آية : (٦٦)

(٣) بدائع الصنائع ، جـ٦ ،صـ٤

(٤) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٢١

(٥) نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٧٥٤

(٦) مصباح الزجاجة ، جـ٢ ،صـ١١٣ ، سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٤٦١ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٦٢٦ ، مصنف عبد الرازق ، جـ٧ ،صـ٤٦٤

(٧) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٢١

ثالثا ــ الأثر

١ ــ بما روي عن يحيي بن سعيد أن رجلا قال : لأبي موسى الأشعري إني مصصت من ثدي امرأتي لبنا فذهب في بطني قال أبو موسى : لا أرها إلا قد حرمت عليك فقال : عبد الله بن مسعود : انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى فماذا تقول أنت ؟ قال : عبد الله لا رضاع إلا ما كان في الحولين قال أبو موسى : لا تسألوا عن شيء مادام هذا الحبر بين أظهركم (١)

فقد أفاد هذا الأثر الوارد عن ابن مسعود أن الرضاع المحرم ما كان في الحولين دون غيره

٢ ــ ما روي عن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء إلي عمر رضي الله عنه ــ فقال : كانت لي وليده أطؤها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر : رضي الله عنه واقعها فهي جاريتك فإنما الرضاعة عند الصغر (٢)

أفاد هذا الأثر الوارد عن عمر رضي الله عنه أن الرضاع المحرم ما كان في الكبر

ب ــ أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بإن رضاع الكبير يثبت به التحريم بما يلي:

أولا ــ الكتاب : قوله تعالي " وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنْ الرَّضَاعَةِ" (٣)

وجه الدلالة : هذه الآية جاءت مطلقه لم تفرق بين الصغير والكبير فدل ذلك علي الحرمة (٤)

ثانيا ــ السنة :

بما روي عن عائشة رضي الله عنها ــ قالت : جاءت سهله بنت سهيل إلي النبي ε :فقالت يا رسول الله إني أري في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال : أرضعيه فقالت : كيف أرضعه وهو رجل كبير ؟ فتبسم رسول الله ε وقال : "علمت أنه رجل كبير" وفي رواية " قالت سهيلة للنبي ε إن سالما قد بلغ ما يبلغ

الرجال وعقل ما عقلوه وإنه يدخل علينا وإني أظن أن في نفس أبي حذيفة من ذلك شيئا فقال ε : أرضعيه تحرمي عليه ويذهب الذي في نفس أبي حذيفة (٥)

---

(١) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٤٦٢ ، برقم ١٥٤٤٢
(٢) سنن البيهقي الكبرى ، بنحوه،جـ٧، صـ٤٦١، برقم ، ١٤٥٣٨
(٣) النساء ، آيه ، (٢٣)
(٤) المحلي ،جـ١٠، صـ٢٢، نيل الأوطار ،جـ٧، ص٧٥٠ ، سبل السلام ،جـ٣، صـ٢١٥
(٥) سنن البيهقي الكبرى ، جـ٧ ،صـ٤٥٩ ، برقم ١٥٤٢٥ ، سنن النسائي ، (المجتبى) جـ٦ ،صـ١٠٤ ، برقم ٣٣١٩ ، سنن ابن ماجة ، جـ١ ،صـ٦٢٥ ، برقم ١٩٤٣ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٣ ،صـ٣٠٣ ، مصنف عبد الرازق ، جـ٧ ،صـ٤٥٨ ، برقم ١٣٨٨٤

وجه الدلالة :

أفاد هذا الحديث السابق أن رضاع الكبير يثبت به التحريم لأن النبي أمر سهله أن ترضع سالما الذي بلغ مبلغ الرجال حتى تحرم عليه وتكون أما له فدل ذلك على ثبوت التحريم برضاع الكبير

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين : ــ

الوجه الأول :

إن هذا الرضاع كان خاصا بسالم دون غيره قال الكاساني : " يحتمل أنه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ما روي أن سائر أزواج الرسول ε أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال وقلن : ما نري الذي أمر به رسول الله ε سهله بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده فهذا يدل علي أن سالم كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعني لا نعقله لا يحتمل القياس ولا نترك به الأصل المكرر في الشرع (١)

قال الشافعي : " وأبي سائر أزواج النبي ε أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله ε سهله بنت سهيل إلا ــ رخصه في سالم وحده من رسول الله ε لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحد فعلى هذا الخبر كان أزواج النبي ε في رضاعه الكبير وإذا كان لسالم خاصة فالخاص لا يكون مخرجا إلا من حكم العام فالخاص غير العام ولا يجوز في العام إلا أن يكون رضاع الكبير لا يحرم قال الشافعي : " وإني قد حفظت عن عدة ممن لقيت من أهل العلم أن رضاع سالم خاص (٢)

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم لكم أن هذا خاصا بسالم دون غيره لأن دعوى الاختصاص تحتاج إلي دليل كما أنه لا حجة في أقوال أزواج النبي ε ــ غير عائشة ــ ولهذا سكتت أم سلمه لما قالت لها عائشة أما لك في رسول الله أسوة حسنه ؟ ولو كانت هذه السنة مختصة بسالم لبينها رسول الله ε كما بين أبي برده بالتضحية بالمعز واختصاص خزيمة بأن شهادته كشهادة رجلين (٣)

---

(١) بدائع الصنائع ،جـ٤، صـ٨/٧ ، المجموع ،جـ١٧، صـ٣٢٠ ، المغني ،جـ١١، صـ١٦٥، الشرح الكبير ،جـ١١، صـ١٦٢/١٦٠ ، البحر الزخار ،جـ٤، صـ٢٦٥، نيل الاوطار ،جـ٦، صـ٧٥٠، سبل السلام ،جـ٣، صـ٢١٥

(٢) الأم ، جـ٥ ،صـ٢٤

(٣) نيل الأوطار ،جـ٦، صـ٧٥٠، سبل السلام ،جـ٣، صـ٢١٥

الوجه الثاني:

إن رضاع الكبير كان ومحرما ثم صار منسوخا بالأحاديث الدالة علي تحريم رضاع الكبير وأما عمل عائشة رضي الله عنها ــ فقد روي عنها ما يدل علي رجوعها فقد روي عنها أنها قالت : لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم والدم وروي أنها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن أبي بكر أن ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها إذا صاروا رجالا (١)

الجواب عن هذه المناقشة :

لا نسلم بأن قصة سالم منسوخة لأن قصة سالم كانت في أول الهجرة عند نزول قوله تعالى : " ادعوهم لآبائهم " وقد ثبت اعتبار الصغر من حديث ابن عباس ولم يقدم المدينة إلا قبل الفتح ومن حديث أبي هريرة ولم يسلم إلا في فتح خيبر (٢) كما أن دعوى النسخ تحتاج إلي معرفة تاريخ الناسخ والمنسوخ وحيث لم يوجد فدل ذلك علي بطلان دعوى النسخ .

مسلك ابن تيميه وابن القيم :

قال ابن القيم : " وفي قصة سالم مسلك آخر وهو أن هذا كان موضع حاجة فإن سالما كان قد تبناه أبو حذيفة ورباه ولم يكن له منه ومن الدخول علي أهله بد فإذا دعت الحاجة إلي مثل ذلك فالقول به مما يسوغ فيه الاجتهاد ولعل هذا أقوي المسالك وإليه شيخنا يجنح "

وقال الشوكاني : " إن الرضاع يعتبر فيه الصغر إلا فيما دعت إليه الحاجة كرضاع الكبير الذي لا يستغني عن دخوله علي المرأة ويشق احتجابها منه وإليه ذهب شيخ الإسلام ابن تيميه وهو الراجح عندي وبه يحصل الجمع بين الأحاديث(٣)

وقال الصنعاني :" والأحسن في الجمع بين حديث سهلة وما عارضه كلام ابن تيمية فإنه يعتبر الصغر في الرضاعة إلا إذا دعت الحاجة إليه كرضاع الكبير الذي لا يستغني عن دخوله علي المرأة وشق احتجابها عنه كحال سالم مع امرأة أبي حذيفة فمثل هذا الكبير إذا أرضعته للحاجة أثر رضاعه وأما من عداه فلابد من الصغر فإنه جمع بين الأحاديث حسن وإعمال لها من غير مخالفة لظاهرها باختصاص ولا نسخ ولا إلغاء لما اعتبرته اللغة ودلت له الأحاديث " (٤)

---

(١) بدائع الصنائع ،جـ٤، صـ٨/٧ ، المجموع ،جـ١٧، صـ٣٢٠ ، المغني ،جـ١١، صـ١٦٥، سبل السلام ،جـ٣، صـ٢١٥

(٢) سبل السلام ،جـ٣، صـ٢١٥

(٣) نيل الأوطار، جـ٦، صـ٧٥٠

(٤) سبل السلام ،جـ٣، صـ٢١٥ /٢١٦

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم وذلك لأنه الأقوى من حيث الدليل وما ذهب إليه القائلون بأن رضاع الكبير محرم قول غير مسلم لأنه يصادم كثيرا من النصوص والقواعد العامة في الفقه الإسلامي إذ كيف يدخل رجل أجنبي على امرأة أجنبية مأمورة بالاستتار عنه والاحتجاب منه ثم كيف تكشف عن صدرها لتقلم هذا الكبير ثديها كي يرضع منه ويمتص اللبن إن هذا الكلام غير مستقيم شرعا وعرفا وذوقا :

أما شرعا :

فلأنه يؤدي إلى كشف المرأة عن جزء من جسمها هو عورة أمام رجل أجنبي عنها وهو أمر لا تؤمن عواقبه ونتائجه إذ من الممكن أن يؤدي هذا إلى كثير من المفاسد والأضرار الاجتماعية بسبب رفع الحجب وإزالة الأستار أمام رجل أجنبي لا يحل لهذه المرأة

وأما عرفا :

فإن أعراف المسلمين تأبى هذا الأمر بل إن فطرة الناس التي فطرهم الله عز وجل عليها لا تقبل ذلك على الإطلاق فكيف يقبل رجل ذو مروءة ونخوة ورجولة أن يلتقم رجل ثدي زوجته أمامه هكذا ؟ !!!! إن دونها ودونه الموت قبل أن يحدث هذا

وأما ذوقا :

فإن ذوق المرأة والرجل يأبيان هذا السلوك الذي يتعارض مع القواعد والمباديء العامة في الإسلام التي تأمر بالتستر والاحتجاب أمام الغير

* إضافة إلى ما تقدم فإن هذا السلوك يمكن أن يتخذ ذريعة لضعاف النفوس بأن يجعلوا هذا منهجا لهم وسلوكا في المجتمع حتى يستبيحوا دخول الرجال على النساء الأمر الذي لا تؤمن معه العواقب
* ثم إن الرضاع الذي يثبت به التحريم مظنة البعضية بحيث يصير الرضيع جزءا من المرضعة لأن لحمه نبت من لبنها ومنه نشز عظمه فكأنه أصبح بعضا وجزءا منها فلهذا ينشر الحرمة بين الرضيع والمرضعة
* ثم ما الذي يكفي هذا الكبير من اللبن حتى يشبعه خمس رضعات متفرقات مشبعات (١) إنه يحتاج إلى قدر كبير من اللبن لا تستطيع أن تفي به المرأة لأن الكبير ليس كالصغير . إذ يكفي الصغير من اللبن القليل منه أما الكبير فما الذي يكفيه ؟ !

---

(١) تفريعا على أن المقدار المحرم هو خمس رضعات متفرقات مشبعات

* وعلى فرض أن المرأة تستطيع أن تشبع الرجل خمس رضعات متفرقات فإن هذا الرضاع لا تثبت به البعضية بين المرأة والرجل الرضيع فلم ينبت لحما ولم ينشز عظما فالبعضية التي هي مناط التحريم منتفية ومن ثم فينتفي بذلك التحريم برضاع الكبير
* كما أن مسلك ابن تيمية والذي تابعه عليه ابن القيم واستحسنه الشوكاني والصنعاني وآخرون (١) مسلك منتقد فيما يبدو لي وغير مسلم بحال من الأحوال لأن القول بأن رضاع الكبير يثبت به التحريم فيمن يحتاج إلى دخوله على المرأة ويشق احتجابها عنه قول غير دقيق لأنه ذريعة إلى أن يطوع الناس قواعد الإسلام ومبادئه حسب رغباتهم وأهوائهم فمن الذي يحكم بحاجة هذه المرأة أو تلك في دخول هذا أو ذاك عليها هل هي ؟ أم هو ؟ أم من ؟

لا شك أن ذلك يفتح المجال إلى الرغبات والشهوات بدعوى أن المرأة يشق احتجابها من هذا الرجل أو ذاك أو أن هذا الرجل يشق احتجابه عن تلك المرأة

إن المرأة الفاجرة يشق احتجابها عمن يفجر بها فهل يعد هذا مبررا للقول برضاعه منها حتى يستبيح الدخول عليها لا سيما أن الحاجة التي بني عليها هذا القول مطلقة وغير محددة ؟ !!

إن القول بذلك يفتح المجال لضعاف النفوس للنيل من الإسلام والإفساد في مجتمع المسلمين بسبب هذا الأمر لكل ما تقدم يترجح لدي القول بأن رضاع الكبير لا يثبت به التحريم بحال من الأحوال

* أما القول في حديث سهلة بنت سهيل مع صحته فإنه يحمل على أنه خاص بسالم وحده دون غيره والمخصص لذلك هو أن أزواج النبي ε ــ غير عائشة ــ كن يرين ذلك رخصة خاصة بسالم دون غيره ولا بد أن يكون طريق هذا العلم هو رسول الله ε
* كما أن هذا ما ذهب إليه كبار الصحابة كعمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وأبي هريرة وابن عباس وغيرهم والعمل عليه عند جمهور فقهاء المذاهب الثمانية
* وأما مخالفة السيدة عائشة فلا تنفي هذا التخصيص ربما لأنه لم يصلها شيء عن رسول الله ε يفيد عدم التخصيص وعدم العلم لا يدل على عدم التخصيص
* كما أن في القول بأن حديث سالم خاص به دون غيره إعمالا للأحاديث كلها الواردة في هذا الأمر وموافقة قواعد ومباديء الإسلام العامة التي تحرم الاطلاع على عورات النساء وظهور النساء أمام الرجال ولذلك قال الشافعي : " إني قد حفظت عن عدة ممن لقيت من أهل العلم أن رضاع سالم خاص " (٢)

فهذا هو المسلك الذي تميل إليه النفس ويطمئن إليه القلب والله اعلم

---

(١) أعلام الموقعين ، جـ٤ ،صـ٢٨٤ ، سبل السلام ، جـ٣ ،صـ٢١٥ /٢١٦ ، نيل الأوطار ، جـ٦ ،صـ٧٥٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، جـ٩ ،صـ٦٦٣٩ /٦٦٤٠

(٢) الأم ، جـ٥ ،صـ٢٤

المطلب الثاني
الأثر المترتب على رضاع الكبير في الفقه الإسلامي

وفقا لما تقد ممن عرض آراء الفقهاء في رضاع الكبير يتبين ما يلي :

١ ــ وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن رضاع الكبير لا يثبت به تحريم فإن هذا الرضاع لا يترتب عليه أثر ومن ثم فإذا داعب الرجل زوجته ومص ثديها مرة أو مرات متعددة ووصل اللبن إلى جوفه فلا يثبت بذلك أي تحريم وتصير الزوجة حلالا لزوجها ولا ينشأ عن ذلك تحريم بين الرجل وزوجته

٢ ــ ووفقا للاتجاه الثاني الذي يرى أن رضاع الكبير يثبت به التحريم فإذا ما مص الرجل ثدي امرأته ورضع من لبنها فإنها تحرم عليه لأنها أصبحت بهذا الرضاع أما له ويتفرع على ذلك أنه يحرم عليه أن يجامعها بعد ذلك لأنها تحرمت عليه بهذا الرضاع وإذا جامعها بعد ذلك يكون متجاوزا لما شرعه الله عز وجل ويكون قد ارتكب عملا محرما يجب به التعزير لأنه عمل عملا محرما عليه شرعا وفقا لهذا الاتجاه لكن لا يجب بهذا الجماع الحد لوجود الخلاف في رضاع الكبير هل هو محرم أو لا ؟

فهذا الخلاف يعد شبهة تدرأ الحد كل هذا تفريعا على ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني
أما وفقا لما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول فلا تحرم المرأة بهذا الرضاع ويحل له جماعها وسائر حقوق الاستمتاع الواجبة له عليها

٣ ــ وخروجا من هذا الخلاف يندب للرجل أن يلاعب امرأته كيفما شاء وأن يمص ثديها ما يريد لكن لا يبتلع اللبن الذي يدخل فمه خروجا من هذا الخلاف والله أعلم

(٤٨٠)

المبحث الثاني
موقف القانون الجنائي من رضاع الكبير

بعد البحث والرجوع إلى كتب القانون الجنائي ومصادره المختلفة تبين لي أن القانون الجنائي لم يعالج هذه المسألة ولم يشر إليها من قريب أو بعيد وإنما هي تدخل ضمن نطاق قانون الأحوال الشخصية المستمد من الفقه الإسلامي ومن ثم فلا خلاف في هذه الناحية بين قانون الأحوال الشخصية المستمد من الفقه الإسلامي وبين ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية

(٤٨١)

الفصل الرابع
حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج)
والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من المحافظة على جمـــال البضع (الفرج)

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكـــم المحافظـــة على جمال البضع (الفرج)

****

المبحث الأول :
حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج)
والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) فـــي الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن المحافظة على جمال البضع في الفقه الإسلامي

****

المطلب الأول
حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء ــ فيما أعلم ــ أن عقد الزواج يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر علي النحو المقصود شرعا كيفما أرادا ما دام الاستمتاع داخلا فـــي نطاق المشروع .

ولكن قد يلجأ الرجل في تحقيق أكبر قدر من الاستمتاع بـــالمرأة إلـــي إجبـــار زوجته على الولادة القيصرية بهدف المحافظة علي جمال الفرج بدعوى أن الـــولادة الطبيعية ونزول الطفل من المحل المعتاد ــ الذي هو محل الاستمتاع ــ يـــؤدي إلـــي اتساع الفرج الأمر الذي يقل معه تحقيق الاستمتاع الكامل من الرجل بالمرأة ومن ثـــم فإذا أراد الزوج أن يجبر زوجته علي ذلك هل لها أن تجيبه إلى هذا الأمر وما مـــدي مشروعية هذا الفعل من الرجل هذا ما سوف أتناوله فيما يلي :

فأقول:لا خلاف بين الفقهاء ــ فيما أعلم ــ أنه إذا تعذرت الولادة الطبيعيـــة للمرأة ولم يمكنها الولادة إلا عن طريق شق البطن وهو ما يسمي بالولادة القيصـــرية وكان هذا هو السبيل الوحيد للحفاظ علي حياة المرأة وجنينها فإن هذا جـــائز اســـتنادا إلي قواعد الضرورة في الفقه الإسلامي حفاظا علي حياة المرأة .(١)

ولكن هل يجوز اللجوء إلي هذا الطريق في غير حالة الضرورة بأن يجبـــر الرجـــل زوجته علي ذلك أم لا ؟

الذي يبدو لي بعد الرجوع إلي القواعد العامة في الفقه الإسلامي والمراجع الفقهية لمذاهب الفقه الإسلامي أنه لا يجوز للرجل أن يجبر زوجته علي الولادة غير الطبيعية ــ الولادة القيصرية ــ ولا يجوز لها أن تجيبه إلي طلبه ويمكن لي تأصيل هذا الحكم علي ما يلي : ــ

أولا من الكتاب :

١ ــ قوله تعالي " وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ" (٢) فقد أفادت هذه الآية حرمة تعريض المرء نفسه للهلاك وفي اللجوء إلي الولادة غير الطبيعية ــ القيصرية ــ تعريض المرأة للهلاك والتلف فيكون محرما

٢ ــ قوله تعالي " وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ" (٣) ففي هذه الآية الكريمة نهي الحق سبحانه وتعالي عن الاعتداء وفي إجبار الرجل زوجته علي الولادة غير الطبيعية بهدف الحفاظ علي كمال الاستمتاع تعد منه علي حق المرأة في سلامة جسدها فيكون محرما

---

(١) الأشباه والنظائر ، ٣٨٦ ، الموافقات ، جـ٤ ، صـ١٤٥

(٢) سورة البقرة آية (١٩٥)

(٣) سورة المائدة آية (١٩٠)

٤ــ قوله تعالي "وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا" (١) وفي لجوء الزوجين أو أحدهما إلي الولادة القيصرية من غير حاجة إيذاء لها في جسدها فيكون محرما

٤ــ قوله تعالي "وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ" (٢)

وجه الدلالة : إن الله سبحانه وتعالي خلق المرأة وجعلها وعاء للجنين الذي يستقر في أحشائها وهيأ له المكان المناسب الذي يولد منه وفي ذلك عناية من الله سبحانه وتعالي بالمرأة وبالجنين معا وعندما يقوم الرجل والمرأة بتغيير الطريق الطبيعي الذي حدده الله عز وجل للولادة فإنه يكون تغيرا لسنة الله وخلقه في هذا الأمر وكل ما كان كذلك فسبيله التحريم

قال الطبري : " دخل في ذلك فعل كل ما نهي الله عنه ... وغير ذلك من المعاصي ودخل فيه كل ما أمر الله به لأن الشيطان لا شك يدعو إلي جميع معاصي الله وينهي عن جميع طاعته " (٣)

ثانيا ــ السنة :

١ ــ قوله ε : " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " (٤)

فقد أفاد هذا الحديث حرمة الضرر بجميع أنواعه لأن كلمة " ضرر " المذكورة في صدر الحديث جاءت نكره في سياق النفي " لا " فتفيد العموم لتعم تحريم كل أنواع الضرر (٥)

ومن ثم فإن شق جسد المرأة لاستخراج الجنين من أحشائها من غير حاجة إلي ذلك ضرر بالمرأة واعتداء علي جسمها بغير حق فيكون محرما

٢ ــ قوله ε : " من ضار ضار الله به ومن شق شق الله عليه " (٦)

ولا شك أن تعريض المرأة للخطر بشق بطنها من غير ضرورة به ضرر بالمرأة فيكون إضرارا بها يستجلب غضب الله عز وجل فيكون حراما

٣ ــ قوله ε : " كل المسلم علي المسلم حرام دمه وماله وعرضه " (٧)

---

(١) سورة الأحزاب آية (٥٨)
(٢) سورة النساء ، آيه ، (١١٩)
(٣) تفسير الطبري ،جـ٥، صـ٢٨٥
(٤) سبق تخريجه
(٥) الضرر الأدبي ومدي ضمانه ، السابق ، صـ٣٦٢/٣٦٣ ، سبل السلام ،جـ٣،صـ١١٨
(٦) سبق تخريجه
(٧) سبق تخريجه

فقد دل هذا الحديث علي حرمة الاعتداء علي بدن الغير بما يسيل دمه أو يؤذيه وفي تعريض بدن المرأة للشق إيذاء لها واعتداء علي حرمة دمها وبدنها فيكون حراما

ثالثا ــ المعقول :

١ ــ إن إجبار الرجل زوجته علي الولادة القيصرية بهدف المحافظة علي جمال البضع لتحيق الاستمتاع الكامل بالمرأة فهذه مصلحة ملغاة فهي ليست مصلحة معتبرة شهد لها الشارع بالاعتبار حتى يقال بها ولا مصلحه مرسله حتى يمكن الاعتداد بها أو التعويل عليها كما يري بعض الأصوليين

وإنما هي ــ فيما أعلم ــ مصلحه ملغاة لأنها تعارض نصوص الشرع ومن ثم فكل مصلحه تعارض قواعد الشرع ونصوصه فهي مصلحه ملغاة لا اعتبار لها والمصلحة التي يبغيها الزوج تعارض الآيات التي تحرم الاعتداء علي الغير والأحاديث التي تحرم الضرر فتكون مصلحه غير معتبرة

٢ــ إن المصلحة التي يتغياها الزوج في هذا الشأن تقابلهما مفسدة أخرى هي الاعتداء علي سلامة المرأة وقواعد الشرع الحنيف تقضي بأن "درء المفاسد أولى من جلب المصالح " (١)

قال السيوطي :" فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات " (٢)

وتقضي قواعد الشرع أيضا بأنه " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرارا بارتكاب أحفهما "(٣)
وفي الاعتداء علي بدن المرأة بشق بطنها مفسدة أعظم من غيرها مما يبغيه الرجل فتكون أولى بالمراعاة من غيرها

٣ ــ إن فرج المرأة إذا كان يتسع قليلا عند الولادة بفضل الله عز وجل حتى يخرج الجنين فإنه يعود كما كان قبل الولادة وهذا هو الشأن والغالب في أحوال النساء وإذا كانت بعض النساء يعتريهن هذا الاتساع فإن هذا الأمر قليل ونادر الحدوث في المجتمع وأحكام الشرع تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر

لكل ما تقدم فإن إجبار المرأة على الولادة القيصرية مع قدرتها على الولادة الطبيعية عمل محرم شرعا لا يجوز للزوج ذلك ويجب على المرأة الامتناع عما يريده الزوج منها في مثل هذه الأحوال والله أعلم

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٦/٩٧، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ،صـ٢٠٥، دار القلم دمشق ط الرابعة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي صـ٩٦/٩٧
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ،صـ٦٩/٩٧، شرح القواعد الفقهية ،السابق ،صـ٢٠١

المطلب الثاني

الآثار الناشئة عن إجبار الزوجة على الولادة القيصرية في الفقه الإسلامي

مما لاشك فيه أن اللجوء إلى عملية الولادة القيصرية في غير حالة الضرورة بدعوى المحافظة على جمال البضع فيه تعد على حق المرأة في سلامة جسدها ، وأن هذا الفعل يوصف بالحرمة سواء تراضيا على ذلك أم لا كما تقدم .

وعلى هذا فإن شق بطن المرأة من أجل استخراج الجنين من رحمها من غير ضرورة تدعو إلى ذلك يدخل تحت ما يسميه الفقهاء بالجائفة وهي الجرح الذي يصل إلى الجوف (١)

على أنه يمكن القول :إن الزوجين إذا تراضيا على هذا الفعل فلا يتأتى القول بالقصاص حينئذ لأن رضاء الزوجة يعد شبهة تدرأ الحد حينئذ ومن ثم ينتقل إلى الدية أما إذا كان هذا الفعل بطريق الإجبار فهنا يتأتى القول بوجوب القصاص كما يراه البعض أو الانتقال إلى الدية كما يراه البعض الآخر

وفيما يلي سوف أتناول الأثر المترتب على هذا الفعل من حيث وجوب القصاص أو الدية على النحو التالي كل في فرع مستقل

الفرع الأول : القصاص

اختلف الفقهاء في حكم الجائفة من حيث وجوب القصاص وعدمه على رأيين :

الـــرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعيـــــة (٤) والحنابلة (٥) والزيدية (٦) والإمامية (٧) إلى أنه لا قصاص فـــي الجائفـــة التي تصل إلى الجوف وهو قول مكحول والزهري والشعبي وعطاء والنخعي (٨)

---

(١) بدائع الصنائع ، جـــ٧ ،صـــ٤٥٦ ، المبسوط للشيباني ، جـــ٤ ،صـــ٤٩٧ ، مواهب الجليل ، جـــ٦ ،صـــ٢٤٧ ، التاج والإكليل ، جـــ٦ ،صـــ٢٤٧ ، بدايـــة المجتهـــد ، جـــ٢،صـــ٣١٤ ، المدونة ، جـــ٦ ،صـــ٣١٦ ، مغني المحتاج ، جـــ٤ ،صـــ٢٦ ، المغني ، جـــ١١ ،صـــ٤٥٣ ، المحلى ، جـــ١٠ ،صـــ٤٦١ ، البحر الزخار ، جـــ٦ ،صـــ٢٨٩ ، شرائع الإسلام ، جـــ٨ ،صـــ٣٦٢ ، المختصر النافع ، صـــ٣٢٤

(٢) بدائع الصنائع ، جـــ٧ ،صـــ٤٥٦ ، المبسوط للشيباني ، جـــ٤ ،صـــ٤٩٧

(٣) ، مواهـــب الجليـــل ، جـــــ٦ ،صـــــ٢٤٦ / ٢٤٧ ، التـــاج والإكليـــل ، جـــــ٦ ،صـــ٢٤٦/٢٤٧ ، بداية المجتهد ، جـــ٢،صـــ٣١٤ ، التمهيد لابـــن عبـــد البـــر ، جـــ١٧ ،صـــ٣٦٥

(٤) مغني المحتاج ، جـــ٤ ،صـــ٢٦ /٢٧ ، الأم ، جـــ٧ ،صـــ٤

(٥) المغني ، جـــ١١ ،صـــ٤٥٣ / ٤٥٤

(٦) ، البحر الزخار ، جـــ٦ ،صـــ٢٨٩ ، نيل الأوطار ، جـــ٧ ،صـــ٢١٦

(٧) شرائع الإسلام ، جـــ٨ ،صـــ٣٦٢ ، المختصر النافع ، صـــ٣١٥

(٨) المغني ، جـــ١١ ،صـــ٤٥٣ / ٤٥٤

الرأي الثاني : ذهب ابن حزم من الظاهري (١) وابن الزبير (٢) إلي أن الواجب في الجائفة هو القصاص

الأدلة :

أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن بعدم وجوب القصـــاص فـــي الجائفة بما يلي :

أولا ــ السنة : بما روي أن النبي (قال : " لا قود في المأمومة (٣) ولا الجائفـــة ولا في المنقلة(٤) " (٥) فقد أفاد هذا الحديث عدم وجوب القصاص في الجائفـــة وما ماثلها

ثانيا ــ الإجماع : قال ابن رشد : " وأما الجائفة فلا خلاف أنه لا يقاد منهـــا إلا مـــا حكي عن ابن الزبير " (٦)

مناقشة هذا الاستدلال :

لا نسلم دعوى الإجماع لوجود الخلاف القائم في هذه المسألة من ابـــن حـــزم وابن الزبير فتكون دعوى الإجماع غير مقبولة

ثالثا من المعقول :

إن استيفاء القصاص في الجائفة غير مأمون الزيادة فلا يجب فيه القصاص قال ابن قدامة : " إن الجائفة جرح لا تؤمن الزيادة فيه فلم يجب قصاص ككسر العظام " (٧)

ب ــ استدلال الرأي الثاني : استدل ابن حزم الظاهري وابن الزبير علي وجوب استيفاء القصاص في الجائفة بما يلي : قوله تعالي : " وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ" (٨)

---

(١) المحلي ،جـ١٠، صـ٤٦١

(٢) بداية المجتهد ،جـ٢، صـ٣١٥

(٣) المأمومة هي : شجاج الرأس التي تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لأنها تجمعه فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ . المغني ، جـ٨ ،صـ٢٥٦ ، ط ، دار الفكر ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٥ .

(٤) المنقلة هي : التي تنقل العظم من موضع إلى موضع ويقال هي التي تكسر وتنقل وثقال : هي التي تكسر العظم حتى يخرج منها فراش العظام والفراشة كل عظم رقيق . روضة الطالبين ، جـ٩ ،صـ١٨٠ .

(٥) مصباح الزجاجة ،جـ٣، صـ١٢٤ ، قال : إسناد ضعيف ، سنن البيهقي الكبرى ،جـ٨، صـ٦٥، برقم ، (١٥٨٧٨) ، سنن ابن ماجة ،جـ٢، صـ٨٨١ ، برقم، (٢٦٣٧) ، مصنف عبد الرازق ،جـ٩، صـ٤٦٠، برقم (١٨٠١٥)

(٦) بداية المجتهد ،جـ٢ ، صـ٣١٥

(٧) المغني ،جـ١١، صـ٤٥٤ (٨) سورة المائدة ، آيه (٤٥)

وجه الدلالة :

أفادت هذه الآية بعمومها وجوب استيفاء الجروح بالقصاص وحيث لا يوجد دليل يخصص هذا العموم فتكون الجائفة داخلة في نطاق العموم السابق ويجب فيها القصاص

قال ابن حزم : " فلو علم الله تعالي أن شيئا من ذلك لا تمكن فيه المماثلة لما أجمل لنا أمره بالقصاص في الجروح جملة ولم يخص شيئا فنحن نشهد بشهادة الله تعالي التامة الصادقة ونقطع قطع الموقن المصدق بكلام ربه تعالي أن ربنا عز وجل لو أراد تخصيص شيء من الجروح بالمنع من القصاص في العمد لبينها لنا كما أخبر تعالي عن كتابه أنه أنزله " تبيانا لكل شيء " فإذا لم يفعل ذلك فنحن نقسم بالله قسما برا أنه تعالي ما أراد قط تخصيص شيء من الجروح بالمنع من القصاص منه إلا في الاعتداء به " (١)

مناقشة هذا الاستدلال :

يناقش هذا الاستدلال بعموم الآية السابقة بأن الحديث السابق الوارد عن رسول الله ε والذي يفيد نفي القصاص في الجائفة مخصص لعموم هذه الآية فيحمل العموم الوارد في الآية علي ما لم يخصصه النبي ε في الحديث السابق وعلى ما تحقق فيه المماثلة

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بعدم وجوب القصاص في الجائفة عملا بحديث النبي ε المخصص لعموم قوله تعالي " وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ" (٢) لما في ذلك من إعمال الدليلين معا وهذا خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر كما هو الشأن عند جمهور الأصوليين والله أعلم

---

(١) المحلي ،جـ١٠، صـ٤٦١

(٢) المائدة ، آيه (٤٥)

الفرع الثاني : الدية

تفريعا علي رأي جمهور الفقهاء السابق القائل بعدم وجوب القصاص في الجائفة فإنهم يرون أن الواجب في ذلك هو الدية ولكنهم اختلفوا في تحديد المقدار الواجب في الجائفه علي رأيين : ـ

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (١) والمالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) والزيدية (٥) والإمامية (٦) إلي أن الواجب في الجائفة هو ثلث الدية

الرأي الثاني : روي عن مكحول أنه قال : إن كانت الجائفة عمدا ففيها ثلثا الدية(٧)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن الواجب في الجائفة هو ثلث الدية بما يلي : ـ

أولا من السنة : قوله ε : في حديث عمر بن حزم " وفي الجائفه ثلث الدية " (٨) فقد أفاد هذا الحديث تحديد المقدار الواجب في الجائفة بثلث الدية سواء كانت عمدا أو خطأ

(١) البدائع ،جـ٧، صـ٤٦٩، المبسوط للشيباني ،جـ٤، صـ٤٩٧
(٢) المدونة ،جـ٦، صـ٣١٦، بداية المجتهد ،جـ٢، صـ٣١٥، شرح الزرقاني ،جـ٤، صـ٢٢١ ، التمهيد لابن عبد البر ،جـ١٧، صـ٣٣٨، مواهب الجليل ، التاج والإكليل ،جـ٦، صـ٢٥١
(٣) مغني المحتاج ،جـ ٤، صـ٥٩، الأم ،جـ٦، صـ١١٨
(٤) المغني ،جـ١١، صـ٧٤٤ ، الشرح الكبير ، جـ١١ ،صـ٧٢٠
(٥) البحر الزخار ،جـ٦، صـ٢٨٩ ، نيل الأوطار ،جـ٧، صـ٢١٦
(٦) شرائع الإسلام ،جـ٨، صـ٢٦٣ ، المختصر النافع ، صـ٣٢٤
(٧) المغني ،جـ١١، صـ٧٤٤ ، الشرح الكبير ، جـ١١ ،صـ٧٢٠ ، البحر الزخار ،جـ٦، صـ٢٨٩
(٨) المستدرك ،جـ١، صـ٥٥٣، برقم (١٤٤٥) قال الحاكم : هذا حديث صحيح كبير ، صحيح ابن حبان ، جـ١٤، صـ٥١٠، موارد الظمآن ،جـ١، صـ٢٠٣ ، برقم (٧٩٣) ، سنن الدارمي ،جـ٢، صـ٢٥٣ ، برقم (٢٣٦٤) ، مجمع الزوائد ،جـ٦، صـ٢٩٦، مصباح الزجاجة ،جـ٣، صـ١٥٤، سنن البيهقي الكبرى ،جـ٤، صـ٨٩، برقم (٧٠٤٧) الدار قطني ،جـ٣، صـ٢٠٩، برقم (٣٧٧) موطأ مالك ،جـ٢، صـ٨٤٩ برقم (١٥٤٧) سنن النسائي المجتبى ،جـ٨، صـ٥٧ ، برقم (٤٨٥٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

حديث عمرو بن حزم ضعيف فلا تقوم به حجة

قال ابن حزم :" أما حديث ابن حزم فإنه صحيفة ولا خير في إسناده لأنه لم يسنده إلا سليمان بن داود الحزري وسليمان بن قرم وهما لا شئ وقد سئل يحيى بن معين عن سليمان الحزري عن الزهري فقال : ليس بشيء ، وأما سليمان بن قرم فساقط بالجملة " (١)

الجواب عن هذه المناقشة :

هذا الحديث صححه الحاكم في المستدرك وقال : " هذا حديث صحيح كبير مفسر في هذا الباب يشهد له أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز وإمام العلماء في عصره محمد بن مسلم الزهري بالصحة كما تقدم ذكري له وسليمان بن داود الدمشقي الخولاني معروف بالزهري وإن كان يحيى بن معين قد غمزه فقد عدله غيره " (٢)

ثانيا ــ من الأثر : بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : " في الجائفة ثلث الدية " (٣) فقد أفاد هذا الأثر أن الواجب في الجائفة هو ثلث الدية فلا يزاد عليه

ثالثا ــ من المعقول : قال ابن قدامة : " ولأنها جراحة فيها مقدار فلم تختلف أرش مقدارها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قلع الأعضاء وكسر العظام مقدارا غير الجائفة " (٤)

(ب) **استدلال الرأي الثاني** : لم أعثر لهذا الرأي الذي روي عن مكحول أن الجائفة إن كانت عمدا ففيها ثلثا الدية على دليل يعتد به ومن ثم فيكون قولا غير معتبر ولا ينهض على ساق واحدة فلا يعول عليه لأنه يعارض ما ورد عن النبي ع والصحابة في هذا الشأن فيكون غير مقبول

الرأي الراجح :

يبدو لي بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن الواجب في الجائفة هو ثلث الدية وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها وخلوها عن المعارض القوي والله أعلم

---

(١) المحلى ، جـ١٠ ،صـ٤١٢ /٤١٣

(٢) المستدرك ، جـ١ ،صـ٥٥٣

(٣) مصنف أبي شيبة ، جـ٥ ،صـ٣٧٥ ، برقم ٢٧٠٧٢

(٤) المغني ، جـ١١ ،صـ٧٤٥ ، الشرح الكبير، جـ١١ ،صـ٧٢٠

المبحث الثاني

موقف القانون الجنائي من المحافظة على جمال البضع (الفرج)

تقدم بيان موقف الفقه الإسلامي من رغبة الزوجين أو أحدهما في المحافظة على جمال الفرج عن طريق ترك الولادة الطبيعية من غير حاجة إلى الولادة القيصرية وتقدم بيان حرمة هذا العمل لما فيه من الاعتداء على جسد المرأة بغير حق

وفيما يلي بيان لموقف القانون الجنائي من هذا العمل فأقول :

إن هذا الفعل وهو اللجوء إلى الولادة القيصرية من غير حاجة إلى ذلك إذا تم بالرضا بين الزوجين أو بالإجبار من الزوج يمكن تكييفه على أنه يدخل في نطاق جرائم الإيذاء العمدية (الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة) وبالتالي تختلف العقوبة بحسب أثر الجرح الحادث في جسد المرأة ومدى تأثيره عليها

وهذه الجرائم تقوم على ركنين أساسيين هما :

الركن الأول : الركن المادي

الركن الثاني : الركن المعنوي

الركن الأول : الركن المادي

ويتكون الركن المادي لجرائم الإيذاء من عناصر ثلاثة هي :

العنصر الأول : سلوك يصدر عن الجاني يأخذ صورة الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة ويتمثل السلوك في المحافظة على جمال البضع في قيام الزوج بنفسه أو بغيره بجرح بطن الزوجة بهدف استخراج الجنين بطريق الولادة القيصرية

العنصر الثاني : النتيجة

وهي أن يترتب على سلوك الجاني جرح في جسم المجني عليه يؤذيه في جسمه وسلامته

العنصر الثالث : علاقة السببية بين الفعل والنتيجة وذلك بأن يكون الفعل الصادر عن الجاني هو السبب في إحداث الأذى بجسم المجني عليه وأن تسند النتيجة إلى فعل الجاني (١)

الركن الثاني : الركن المعنوي

يتوافر الركن المعنوي في جرائم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة متى ارتكب الجاني هذا الفعل عن إرادة وعلم بأن هذا الفعل يترتب عليه المساس بسلامة

---

(١) د/ أحمد أمين ، السابق ، صـ٣٤٦ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٥٩٥) صـ٤٣٢ ، د/ المرصفاوي ، السابق ، صـ٢١٩ ، د/ عوض محمد ، السابق ،صـ١٤٨ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ١٢٧ وما بعدها

المجني عليه أو بصحته أو إيلامه ألما شديد أو خفيفا (١)
وفي اللجوء إلى الولادة القيصرية من غير حاجة وشق بطن المرأة فيه مساس بسلامة المجني عليها فيجب أن تتصرف إرادة الجاني إلى هذا العمل وأن يكون عالما بأثره على المجني عليها حتى يسأل عن جريمة إيذاء عمدية كما تقدم

العقوبة :

الفعل الصادر عن الجاني تجاه المجني عليه إما أن يؤدي إلي عجز المجني عليه عن أعماله وأشغاله الشخصية مدة أقل من عشرين يوما وإما أن يؤدي إلي عجزه أكثر من عشرين يوما وتختلف العقوبة في هذه الحالة عن تلك .
ففي حالة الجرح البسيط الذي يؤدي إلي عجز المجني عليه عن الأشغال أقل من عشرين يوما تكون العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد علي " سنه " أو غرامه لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائتي جنيه م (٢٤٢ / ١) ع
أما إذا كان الجرح يؤدي إلي عجز المجني عليه أكثر من عشرين يوما فإن العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد علي سنتين أو بغرامه لا تقل عن عشرين جنيها مصريا ولا تجاوز ثلاثمائة جنيها م (٢٤١) ع
وفقا لما تقدم في حالة لجوء الزوجين إلي الولادة القيصرية أو إجبار الرجل زوجته علي هذا العمل فإنه يعاقب باعتباره فاعلا أصليا إذا كان طبيبا أو كان شريكا في ارتكابها وفقا لأثر هذا الجرح علي المجني عليها ومدي عجزها فإن كان الجرح يعجزها عن العمل مدة أقل من عشرين يوما فإنه يعاقب وفقا للمادة (٢٤٢ / ١) ع وإن كان الجرح يعجزها عن العمل أكثر من عشرين يوما فإنه يعاقب وفقا للمادة (٢٤١) ع (٢)
ولا يعتبر رضا الزوجة في هذه الحالة سببا من أسباب الإباحة حتى يفلت الزوج من العقاب لأن الحق في سلامة الجسم والحق في الحياة حق ذو صفة اجتماعية للفرد والمجتمع علي سواء .

---

(١) د/ عبد المهيمن ، بكر ، السابق ، فقرة (٢٨٥) صـ٦١٨ ، د/ محمود مصطفى ، السابق ، فقرة (٢٢١) صـ٢٤٤ /٢٤٥ ، د/ محمود نجيب حسني ، السابق ، فقرة (٦١١ /٦١٤) صـ٤٥١ /٤٥٣ ، د/ رمسيس بهنام ، السابق ، صـ٣١٨ ، د/ منصور ساطور ، السابق ، صـ٢٧٠ /٢٧١ ، د/ حسني الجدع ، السابق ، صـ٩٤ ، د/ سامح جاد ، السابق ، صـ٦٠ ، م/ عدلي خليل ، السابق ، صـ٣٥ /٣٧ ، د/ رؤف عبيد ، السابق ، صـ١٢٨
(٢) قانون العقوبات حسب أخر التعديلات لسنة ٢٠٠٠ م ، صـ١٥٠

(٤٩٢)

المبحث الثالث :

مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

بعد العرض السابق لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسألة المحافظة علي جمال الفرج يتبين الأتي : ــ

أولا : اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في تجريم هذا السلوك الذي يعد تعديا علي حق المرأة في الحياة وفي سلامة جسدها لا سيما وأنة يقضي إلي موتها وإن اختلف الفقه الإسلامي عن القانون الجنائي في معالجته لهذه المسألة

ففي الفقه الإسلامي يعتبر الفقهاء اتفاق الزوجين علي الولادة القيصرية أو إجبار الرجل زوجته علي ذلك عملا محرما شرعا ويكيف هذا الفعل وفقا لما ذهب إلي فقهاء الشريعة الإسلامية علي أنه جائفة تنفذ إلي جوف المجني عليه وهذا يستوجب القصاص كما يري ذلك بعض الفقهاء لقوله تعالي " والجروح قصاص " ويستوجب ثلث الدية كما يري ذلك جمهور الفقهاء .

أما في القانون الجنائي فإن هذا الفعل يدخل تحت جرائم الإيذاء العمدية وهي جرائم الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة ومن ثم فإن العقوبة التي يستوجبها هذا الفعل تكون بحسب عجز المجني عليه وأثر هذا الفعل علي أدائه لأعماله الشخصية فإن عجز عن أداء أعماله أقل من عشرين يوما فإن العقوبة التي يستوجبها هذا الفعل هي الحبس مدة لا تزيد علي " سنة " أو بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائتي جنيه م / ٢٤٢ / ١ ع وإن كان عجز المجني عليه عن أدائه لأعماله الشخصية أكثر من عشرين يوما فإن العقوبة المحددة لذلك هي الحبس مدة لا تزيد علي " سنتين " أو بغرامه لا تقل عن عشرين جنيها ولا تجاوز ثلاثمائة جنيه . م / ٢٤١ ع .

ثانيا : يتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في عدم الاعتداد برضا الزوجة في هذه الحالة لأن الحق في الحياة وفي سلامة البدن له صفة اجتماعية لا يمكن للفرد التنازل عنه ولا يؤثر علي سقوط العقوبة علي الجاني سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الجنائي

وإن كان هذا الرضاء في الفقه الإسلامي يعد مسقطا لعقوبة القصاص عند من ذهب إليه من الفقهاء وينتقل إلي الدية وهي في الجائفة ثلث الدية كما تقدم

(٤٩٣)

الفصل الخامس

حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ــ حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع في الفقه الإسلامـــــــــــي
المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجمـــــــــــاع
المبحث الثالث: ــ مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم استخدام الزوج لعقاقير طبيـــة عند الجماع

****

المبحث الأول
حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع
المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن تناول العقاقير عنـــد الجماع

****

المطلب الأول
حكم استخدام الزوج لعقاقير معينة عند الجماع

وفيه فرعان :

الفرع الأول : حكم استخـــــــــدام الزوج عقاقير طبية مباحة
الفرع الثاني : حكم استخدام الزوج عقاقير محرمة عند الجماع

****

الفرع الأول
حكم استخدام الزوج عقاقير طبية مباحة

وفيه غصنان :

الغصن الأول : حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع بقصد العلاج
الغصن الثاني : حكم استخدام العقاقير الطبية عند الجماع مـــــن غير حاجة

****

الغصن الأول
حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع بقصد العلاج

اختلف الفقهاء في حكم استعمال الأدوية والعقاقير الطبية عند الجماع على أربعة آراء:

الرأي الأول : ذهب بعض الحنفية (١) وبعض الشافعية (٢) ووجه عند الحنابلة (٣) والظاهرية (٤) إلى وجوب استعمال الأدوية لقطع المرض ومن ثم فمن كان به ضعف جنسي لا يقدر على الجماع معه يجب عليه استعمال هذه الأدوية أو العقاقير وفقا لهذا الرأي

الرأي الثاني : ذهب بعض الصوفية (٥) إلي أنه لا يجوز استعمال الأدوية للعلاج وهذا الرأي حكاه العيني (٦) عن بعض الصوفية ووصفه الإمام النووي (٧) بغلاة الصوفية

الرأي الثالث : يري أصحابه جواز التداول من الأمراض ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في أيهما أفضل التداوي أم تركه ؟

---

(١) بدائع الصنائع ،جـ٥، صـ١٢٧، المبسوط ،جـ٣٠، صـ٢٤٩/٢٥٠، الكسب لمحمد بن الحسن الشيباني ، جـ١ ،صـ٤٣ /٤٤

(٢) تحفة المحتاج ،جـ٣، صـ١٨٢ /١٨٣ ، مغني المحتاج ،جـ١، صـ٣٥٧

(٣) الفروع ،جـ٢، صـ١٣١، المبدع ،جـ٢، صـ٢١٤

(٤) المحلي ،جـ٧، صـ٤١٨

(٥) القرطبي ،جـ١٠، صـ١٣٨ ، الكسب ،جـ١، صـ٤٣/٤٤ ، المبسوط ،جـ٣٠، صـ٢٤٩/٢٥٠

(٦) عمدة القاريء ،جـ٢١، صـ٢٣٠ ، مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .

(٧) صحيح مسلم بشرح الووي ، جـ١٤، صـ١٩١

فذهب الحنفية (١) ومالك (٢) فيما روي عبه وبعض الشافعية (٣) ورواية عند الحنابلة(٤) اختارها القاضي وأبو الوفاء وابن الجوزي إلي أن التداوي أفضل(٥) وذهب بعض الشافعية (٦) وبعض الحنابلة (٧) إلي أن ترك التداوي أفضل

الرأي الرابع : ذهب بعض الفقهاء من الحنفية (٨) والشافعية (٩) إلي أنه يندب استعمال الأدوية للتداوي

قال الكاساني : " ولا بأس بالحقنة لأنها من التداوي وهو أمر مندوب إليه " (١٠)

وقال النووي : " ويستحب أن يتداوى " (١١) وقال الشربيني : " ويسن للمريض التداوى " (١٢)

الأدلة :

(أ) أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بوجوب التداوي بما يلي : ــ

أولا ــ من الكتاب : قوله تعالي : "وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ" (١٣)

---

(١) بدائع الصنائع ،جـ٥، صـ١٢٧ ، بداية المبتدي،جـ١، صـ٢٢٤ ، الهداية شرح البداية، جـ٤، صـ٩٧ ، الجامع الصغير ،جـ١، صـ٤٨٤ ، لمحمد بن الحسن ، عالم الكتب ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٦ هـ ، المبسوط ،جـ٣٠، صـ٢٤٩/٢٥٠ ، البحر الرائق ،جـ٨، صـ٣٢٧

(٢) شرح الزرقاني ،جـ٤، صـ٤١٨، التمهيد لابن عبد البر ،جـ٥، صـ٢٧٤ ، القوانين الفقهية ،جـ١، صـ٢٩٥ ، القرطبي ،جـ١٠، صـ١٣٩

(٣) المجموع ،جـ٥، صـ٩٦/٩٨، مغني المحتاج ،جـ١، صـ٣٥٧

(٤) كشاف القناع ،جـ٢، صـ٧٦ ، الفروع ،جـ٢، صـ٢٣١

(٥) كشاف القناع ،جـ٢، صـ٧٦ ، الفروع ،جـ٢، صـ٢٣١
(٦) المجموع ،جـ٥، صـ٩٨/٩٦ ، قال الشيرازي : " ومن مرض استحب له أن يصبر " المهذب ،جـ١، صـ١٢٦ ، مغني المحتاج ،جـ١، صـ٣٥٧ ، فتح الوهاب ،جـ١، صـ١٥٥ ، وقال النووي : " في المجموع " وإن ترك التداوي توكلا فهو فضيلة " المجموع ،جـ٥، صـ٩٨/٩٧
(٧) الفروع ،جـ٢، صـ١٣١، جاء في المبدع : " التداوي مباح وتركه أفضل نص عليه واختاره القاضي وجماعه " جـ٢، صـ٢١٣ ، وفي الداري المضية : " يجوز التداوي والتفويض أفضل لمن يقدر علي الصبر "، محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧ م جـ١، صـ٣٩٣ ، المغني ،جـ٣، صـ٢٨ ، الشرح الكبير ،جـ٣، صـ٢٠٨
(٨) البدائع ،جـ٥، صـ١٢٧
(٩) المجموع ،جـ٥، صـ٩٦ ، المهذب ،جـ١، صـ١٢٦
(١٠) المرجعان السابقان ، نفس الموضع
(١١) المرجعان السابقان ، نفس الموضع
(١٢) مغني المحتاج ،جـ١، صـ٣٥٧ ،
(١٣) البقرة ، آيه ، (١٩٥)

وجه الدلالة :

نهي الحق سبحانه وتعالي المسلم أن يلقي بنفسه إلي الهلاك وفي ترك المداواة عندما يكون المسلم مريضا غير قادر علي الجماع إتلاف لمنفعة هذا العضو فيكون حراما والمحافظة علي أعضاء الجسم من الهلاك والتلف أمر واجب فما كان سبيلا إليه ــ وهو استعمال الأدوية والعقاقير المعالجة ــ يكون واجبا كذلك

ثانيا ــ السنة :

١ ــ بما روي عن أسامه بن شريك قال : " قالت الأعراب: ألا نتداوى يا رسول الله ؟ قال نعم يا عباد الله تداووا فإن الله لم يضع داءً إلا وضع له شفاءً أو دواءً إلا داءً واحدا قالوا يا رسول الله : وما هو ؟ قال الهرم (١)

٢ ــ بما روي عن أبي الدرداء أن النبي ε قال : إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواءً فتداووا ولا تتداووا بالحرام " (٢)

وجه الدلالة من هذين الحديثين :أفاد الأمر السابق الوارد عن رسول الله ε في الحديثين السابقين في قوله : " تداووا " وجوب المداواة من المرض لأن الأمر حقيقة في الوجوب حيث لا صارف فيكون استعمال الأدوية عند العجز عن الجماع واجبا

ثالثا ــ القياس : قالوا : إن التداوي إذا تعين وسيلة للبرء من المرض وكان مقطوعا به وبنفعه للمريض وجب فعله قياسا على الأكل من الميتة للمضطر وإساغة اللقمة بالخمر ونحو ذلك . (٣)

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا القياس غير مسلم لأنه قياس مع الفارق فيكون باطلا

وبيان الفرق : أنه يقطع بنفع الأكل من الميتة للمضطر وكذا إساغة اللقمة بالخمر حفاظا على النفس من الهلاك بخلاف التداوي من المرض فإنه لا يقطع بنفعه . (٤)

قال الشيخ الشربيني : " ... فإن قيل هلا وجب كأكل الميتة للمضطر وإساغة اللقمة بالخمر ؟ أجيب بأنا لانقطع بإفادته بخلافهما " (٥)

---

(١) سنن الترمذي ،جـ٤، صـ٣٨٣ ، برقم ، (٢٠٣٨) ، قال أبو عيسي هذا حديث حسن صحيح
(٢) مجمع الزوائد ،جـ٥، صـ٨٦ ، قال رواه الطبراني ورجاله ثقات ، المعجم الكبير للطبراني ،جـ٢٤، صـ٢٥٤ ، برقم (٦٤٩) ، نصب الراية ، جـ٤ ، صـ٢٨٤
(٣) د/ عبد الفتاح إدريس ، حكم التداوي بالمحرمات ، السابق ، صـ١٨
(٤) د/ عبد الفتاح إدريس ، حكم التداوي بالمحرمات ، السابق ، صـ١٨
(٥) مغني المحتاج ، جـ١ ،صـ٣٥٧

رابعا ــ المعقول :

عندما يكون الرجل مريضا وغير قادر على الجماع يكون في ذلك تفويت لحق المرأة في الاستمتاع الذي هو حق من حقوق المرأة ومن ثم فيجب عليه التداوي باستعمال الأدوية والعقاقير اللازمة لعلاج هذا المرض

(ب) استدلال الرأي الثاني : استدل القائلون بعدم جواز التداوي واستخدام الأدوية اللازمة لمن عجز عن الجماع بما يلي : ــ

قالوا : إن نزول البلاء بالمرء هو نوع ابتلاء من الله سبحانه وتعالى يجب على المسلم أن يرضى به

قال القرطبي : " يرى الصوفية أن الولاية لا تتم إلا إذا رضي المكلف بجميع ما نزل به من البلاء ولا يجوز له مداواة " (١)

مناقشة هذا الاستدلال :

هذا الكلام غير مسلم لأنه يعارض ما ورد عن رسول الله ε من الأمر بالتداوي في حديث أبي الدرداء السابق

قال العيني في تعليقه على هذا الحديث : " فيه إباحة التداوي وجواز الطب وهو رد على الصوفية أن الولاية لا تتم إلا إذا رضي بجميع ما نزل به من البلاء ولا يجوز له مداواته وهو خلاف ما أباحه الشرع " (٢)

(ج) أدلة الرأي الثالث : استدل أصحاب الرأي الثالث القائلون بإباحة التداوي بما يلي

*** الاستدلال على جواز التداوي بما يلي :**

أولا من السنة :

١ ــ بما روي عن أسامة بن شريك قال : قالت الأعراب : " ألا نتداوى يا رسول الله ؟ قال : نعم يا عبد الله تداووا فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء أو دواء إلا داء واحد قالوا يا رسول الله وما هو ؟ قال : " الهرم "(٣)

٢ ــ بما روي عن خزامة عن أبيه قال : سألت رسول الله ε فقلت يا رسول الله أريت رقى نسترقيها ودواء نتداوى به وتقاة نتقيها هل ترد من قدر الله شيئا ؟ قال : " هي من قدر الله " (٤)

---

(١) القرطبي ، جـ١٠ ،صـ١٣٨
(٢) عون المعبود ، جـ١٠ ،صـ٢٣٩ /٢٤٠ ،
(٣) سبق تخريجه

(٤) سنن الترمذي ، جـ٤ ،صـ٣٩٩ ، برقم ٢٠٦٥ ، قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح

فقد أفاد الحديث الأول جواز التداوي من الأمراض قال صاحب عون المعبود : " الظاهر أن الأمر ـ في قوله تداووا ـ للإباحة والرخصة وهو الذي يقتضيه المقام فإن السؤال كان عن الإباحة قطعا فالمتبادر في جوابه أنه بيان للإباحة ، وقال الخطابي : في هذا الحديث إثبات الطب والعلاج وأن التداوي مباح ... وقال العيني فيه إباحة التداوي وجواز الطب " (١)

وأفاد هذا الحديث الثاني جواز التداوي واستعمال الرقى وأنها من قدر الله عز وجل وهذا يفيد الإباحة

*** الاستدلال على أن ترك التداوي أفضل بما يلي :**

أولا من السنة :

١ ـ بما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ε قال : " يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغر حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولايكتوون وعلى ربهم يتوكلون " (٢)

فقد أفاد هذا الحديث أن على المسلم أن يترك التداوي اعتصاما بالله وتوكلا عليه وثقة به وانقطاعا إليه فإن الله قد علم أيام المرض وأيام الصحة فلو حرص الخلق على تقليل ذلك أو زيادته ما قدروا (٣) قال تعالى : " مَا أَصَابَ مِنْ مُصِيبَةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي أَنْفُسِكُمْ إِلَّا فِي كِتَابٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَبْرَأَهَا إِنَّ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ " (٤)

مناقشة هذا الاستدلال : يناقش الاستدلال بهذا الحديث بما يلي :

١ ـ قال النووي : " المدح في ترك الرقى المراد بها ، الرقى التي هي من كلام الكفار والرقى المجهولة والتي بغير العربية وما لا يعرف معناه فهذه مذمومة لاحتمال أن معناه كفر أو قريب منه وأما الرقى بآيات القرآن وبالأذكار المعروفة فلا نهي فيه بل هو سنة (٥)

٢ ـ قال المازري : " جميع الرقى جائزة إذا كانت بكتاب الله أو بذكره ومنهي عنها إذا كانت باللغة العجمية أو بما لا يدري معناه لجواز أن يكون فيه كفر " (٦)

٣ ـ قال الطبري وطائفة : " إن هذا الحديث محمول على من يعتقد أن الأدوية تنفع بطبعها كما كان أهل الجاهلية يعتقدون " (٧)

---

(١) عون المعبود ، جـ١٠ ،صـ٢٣٩ /٢٤٠ ،

(٢) صحيح مسلم ، جـ١ ،صـ١٩٨ ، برقم ٢١٧ ، صحيح البخاري ، جـ٥ ،صـ٢١٥٧ ، برقم ٥٣٧٨ ، صحيح ابن حبان ، جـ٢ ،صـ٥٠٥ ، برقم ٧٢٦

(٣) القرطبي ، جـ١٠ ،صـ١٣٩

(٤) سورة الحديد ، آية : (٢٣)

(٥) نيل الأوطار ، جـ٩ ،صـ٩١ /٩٢

(٦) نيل الأوطار ، جـ٩ ،صـ٩١ /٩٢

(٧) نيل الأوطار ، جـ٩ ،صـ٩١ /٩٢

٤ ـ وقال الداودي وطائفة : " إن المراد بالحديث الذين يجتنبون فعل ذلك في الصحة خشية وقوع الداء وأما من يستعمل الدواء بعد وقوع الداء فلا " (١)

٥ ــ وأجاب الحليمي بأنه يحتمل أن يكون بهؤلاء المذكورين في الحديث من غفل عن أحوال الدنيا وما فيها من الأسباب المعدة لدفع العوارض وهم لا يعرفون الاكتواء ولا الاسترقاء وليس لهم ملجأ فيما يعتريهم إلا الدعاء والاعتصام بالله والرضا بقضائه (٢)

٢ ــ بما روي عن ابن عباس أن امرأة سوداء أتت النبي ε فقالت : إني امرأة أصرع وإني أتكشف فادع الله لي فقال : " إن شئت صبرت ولك الجنة وإن شئت دعوت الله أن يعافيك فقالت : أصبر " (٣)

فقد أفاد هذا الحديث أن ترك التداوي أفضل قال النووي في المجموع : " قال أصحابنا وغيرهم : يستحب للمريض ومن به سقم وغيره من عوارض الأبدان أن يصبر وقد تظاهرت دلائل الكتاب والسنة على فضل الصبر " (٤)

(د) أدلة الرأي الرابع :

استدل القائلون بأن التداوي مندوب بالأحاديث التي استدل بها أصحاب الرأي الأول ولكنهم حملوا الطلب الوارد فيها على الندب وليس على الوجوب

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة يبدو لي أنه لا بد من التفرقة بين المرض الذي يقتصر أثره على المريض به فقط وبين المرض الذي يتعدى أثره إلى الغير فإذا كان الشخص مريضا مرضا لا يتعدى أثره إلى الغير فهنا يمكن أن يقال فيه بعدم وجوب التداوي وهذا يصدق بالجواز والندب

أما إذا كان المرض يتعدى أثره إلى الغير كأن كان الرجل مريضا بمرض يعجزه عن جماع زوجته ويفوت حقها في الاستمتاع الذي هو حقها فهنا يتأتى القول بالوجوب كما ذهب إلى ذلك أصحاب الرأي الأول حيث يؤدي ترك العلاج إلى هلاك منفعة عضو من الأعضاء وتضييع حق المرأة في الاستمتاع بالرجل لذا يبدو لي رجحان الرأي الأول القائل بوجوب العلاج وذلك في حالة ما إذا كان المرض يتعدى أثره إلى الغير بشرط أن يكون الدواء المستخدم مباحا وأن يصفه طبيب حاذق مسلم ، أما إذا لم يكن أثر المرض متعديا إلى الغير فيمكن أن يقال بعدم الوجوب

والله أعلم

---

(١) نيل الأوطار ، جـ٩ ،صـ٩١ /٩٢

(٢) نيل الأوطار ، جـ٩ ،صـ٩١ /٩٢

(٣) صحيح مسلم ، جـ٤ ،صـ١٩٩٤ ، برقم ٢٥٧٦ ، صحيح البخاري ، جـ٥ ،صـ٢١٤٠ ، برقم ٥٣٢٨ ، السنن الكبرى للنسائي ، جـ٤ ،صـ٣٥٣ ، برقم ٧٤٩٠

(٤) المجموع ، جـ٥ ،صـ٩٦

الغصن الثاني

حكم استخدام العقاقير الطبية عند الجماع من غير حاجة

تقدم بيان حكم استخدام الزوج لبعض الأدوية والعقاقير الطبية عند الجماع بقصد العلاج إذا كان الزوج مريضا لا يقاوم الجماع وتم ترجيح الرأي القائل بوجوب التداوي واستخدام هذه الأدوية حتى لا يفوت حق المرأة في الاستمتاع بالرجل بشرط أن يكون الدواء المستخدم مباحا وأن يصفه طبيب مسلم عدل حاذق بالطب

أما إذا كان الزوجان صحيحين وليست هناك علة تدعوهما أو أحدهما لاستخدام هذه العقاقير أو الأدوية فهل يجوز للزوج استخدام هذه الأدوية بقصد الاستمتاع الزائد عن حد الاعتدال أم لا ؟ لا سيما أن هناك بعض الأدوية ظهرت حديثا تعالج القصور الجنسي كالعقار الذي يسميه الأطباء بالفياغرا فهل يباح ذلك شرعا أم لا ؟

الذي يبدو لي بعد الرجوع إلى القواعد العامة في الفقه الإسلامي والمراجع المختلفة لمذاهب الفقه الإسلامي أنه لا يجوز للرجل الصحيح الذي ليس به علة تمنعه من الاستمتاع الكامل بالمرأة أن يستخدم هذه الأدوية عند الجماع من غير حاجة إليها ويمكن تأصيل هذا الحكم على ما يلي :

أولا من الكتاب :

١ ــ قوله تعالى : " وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ" (١)

وجه الدلالة : أفادت هذه الآية حرمة الإسراف وهي وإن كانت واردة في مجال الأكل والشرب والإنفاق إلا أنها بعمومها تعم كل إسراف

قال القرطبي : " والمعنى المقصود من الآية : لا تأخذوا الشيء بغير حقه ثم تضعوه في غير حقه قال إياس بن معاوية : ما جاوزت به أمر الله فهو سرف وإسراف وقال عطاء : السرف في كل شيء " (٢)

وقال الطبري : " والصواب من القول في ذلك عندي أن يقال: إن الله تعالى ذكره نهى بقوله ولا تسرفوا عن جميع معاني الإسراف ولم يخصص منها معنى دون معنى " (٣) ومن ثم فإن استخدام هذه الأدوية ونحوها عند الجماع من غير حاجة يدخل في نطاق الإسراف المنهي عنه

٢ ــ قوله تعالى : " وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا" (٤) أفادت هذه الآية حرمة التبذير وهي وإن كانت واردة في إنفاق المال كما قال ابن مسعود وابن عباس وقتادة (٥)

---

(١) الأنعام ، آية : (١٤١) ، الأعراف ، آية (٣١)

(٢) القرطبي ، جـ٧ ،صـ١١٠

(٣) الطبري ، جـ٨ ،صـ٦١

(٤) سورة الإسراء ، آية (٢٦)

(٥) أحكام القرآن للجصاص ،جـ٥ ،صـ٢١ ، فتح القدير للشوكاني ،جـ٣ ،صـ٢٢٢،زاد المسير في علم التفسير ، جـ٥ ،صـ٢٧ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤١٤ ه (٥٠١)

إلا إنها تعم كل تبذير وفي استعمال هذه الأدوية عند الجماع من غير حاجة إسراف في الشهوة وتبذير للصحة في الجماع المتكرر والمستمر فيكون داخلا في نطاق هذه الآية

٣ ــ قوله تعالى : " وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ" (١)

قال الطبري : " إن معنى الاعتداء تجاوز المرء ماله إلى ما ليس له في كل شيء " (٢) وقال الرازي : " إن من المعلوم أن حب الدنيا مستول على الطباع والقلوب فإذا توسع الإنسان في اللذات والطيبات اشتد ميله إليها وعظمت رغبته فيها وكلما كانت تلك النعم أكثر وأدوم كان ذلك الميل أقوى وأعظم وكلما ازداد الميل قوة ورغبة ازداد حرصه في طلب الدنيا واستغراقه في تحصيلها وذلك يمنعه عن الاستغراق في معرفة الله وفي طاعته ويمنعه عن طلب سعادات الآخرة " (٣)

ومن ثم فإن تناول هذه الأدوية من غير حاجة إليها فيه تعد على حد الاعتدال الذي أمر به الإسلام فيكون منهيا عنه

ثانيا ــ من السنة : قوله ع : " لا ضرر ولا ضرار " (٤) فقد أفاد هذا الحديث حرمة الضرر وفي تناول هذه العقاقير إضرار بالرجل والمرأة على السواء فيكون محرما

ثالثا ــ المعقول من وجهين :

الوجه الأول :

إن استعمال هذه الأدوية من غير حاجة إليها فيه استهلاك للأعضاء التناسلية من كثرة الاستعمال غير المعتاد وفيه تعريض لها للتلف فيكون ذلك محرما

الوجه الثاني :

إن الإسراف في استخدام هذه الأدوية من غير داع إليها ربما يؤدي إلى الاعتياد عليها وإضعاف القدرة الجنسية عند الرجل فيكون ذلك حراما

والله أعلم

---

(١) سورة المائدة ، آية : (٨٧)

(٢) الطبري ، جـ٧ ،صـ١٢ ، دار الفكر ، بيروت ، " ، ١٤٠٥ هـ .

(٣) مفاتيح الغيب ، جـ٦ ،صـ١١٧

(٤) سبق تخريجه

الفرع الثاني : حكم استخدام عقاقير محرمة عند الجماع

فيما سبق تم بيان حكم تناول الزوج لعقاقير معينة مباحة عند الجماع وتم بيان حكم استخدامها إذا كان ذلك بقصد العلاج والتداوي وكذلك بيان حكمها إذا كان تناولها بغير قصد العلاج .

وفيما يلي سوف أتناول حكم تناول الزوج أمورا معينة عند الجماع كتناول الخمر والمسكر أو الحشيش والأفيون ونحو ذلك من هذه الأمور المحرمة سواء كان ذلك بقصد العلاج أو بغير قصد العلاج على النحو التالي :

الغصن الأول : حكم تناول العقاقير المحرمة من غير حاجة

لا خلاف بين الفقهاء (١) ــ فيما اعلم ــ في حرمة تناول العقاقير المخدرة والمسكرة من غير حاجة إلى تناولها كالخمر والحشيش والأفيون وغير ذلك من العقاقير المستحدثة التي ظهرت حديثا لأنها كلها في معنى الخمر وقد ثبتت هذه الحرمة بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب : فقوله تعالى : " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ(٩٠)إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنْ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنتَهُونَ(٩١) " (٢) فقد أفادت هذه الآية أن الخمر رجس من عمل الشيطان وأمرنا الله عز وجل بالاجتناب عنها والأمر للوجوب ومن ثم فمخالفته تكون حراما

وأما السنة فأحاديث منها :

١ ــ ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : " كل مسكر خمر وكل خمر حرام " وفي رواية كل مسكر خمر وكل مسكر حرام : (٣)

أفاد هذا الحديث حرمة تناول جميع المسكرات لأنها يصدق عليها وصف الخمر فتكون محرمة

---

(١) البناية في شرح الهداية ، جـ٦ ،صـ٣٠٩ ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ٦ ،صـ٤٧٦ ، مواهب الجليل ، جـ٦ ،صـ٣١٧ ، التاج والإكليل ، جـ٦ ،صـ٣١٧ ، الذخيرة ، جـ١٢ ،صـ٢٠٠ ، الحاوي الكبير ، جـ١٧ ،صـ٣١٥ وما بعدها ، نهاية المحتاج ، جـ٨ ،صـ١١ ، مغني المحتاج ، جـ٤ ،صـ١٨٦ ، ، كشاف القناع ، جـ٦ ،صـ١١٣ ، المحلى ، جـ٧ ،صـ٤٧٨ ، البحر الزخار ، جـ٥ ،صـ٣٥١ ، السيل الجرار ، جـ٤

،صـــ٣٤٦ /٣٤٧ ، شرائع الإسلام ، جـــ٨ ،صـــ٦٢ /٦٣ ، الروضة البهية فـــي شـــرح اللمعة الدمشقية ، جـــ٩ ،صـــ١٩٧ وما بعدها
(٢) المائدة ، الآيتان : (٩٠ /٩١)
(٣) صحيح مسلم ، جـــ٣ ،صـــ١٥٨٧ ، برقم ٢٠٠٣ ، صحيح ابن حبان ، جـــ١٢ ،صـــ١٨٨ ، برقم ٥٣٦٦

٢ ــ ما روي أن رسول الله ﷺ قال : " ما أسكر كثيره فقليله حرام " (١)
أفاد هذا الحديث حرمة تناول قليل المسكر وكثيره ومن ثم فتناول هذه الأمور مـــن أجـــل زيـــادة الجماع عمل محرم

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة سلفا وخلفا على تحريم الخمر قال ابن قدامـــة : " أجمعـــت الأمـــة علـــى تحريمه أي شرب الخمر " (٢)
وجاء في شرائع الإسلام " والخمر محرمة إجماعا " (٣) وما كان في معناها كالحشيش ونحوه يكـــون كذلك

وعلى هذا فما يفعله الحشاشون وشاربو الخمر من تناول هذه المحرمات والمسكرات بهدف زيادة الاستمتاع عند الجماع أمر محرم شرعا ولا يجوز بأي حال من الأحوال ومن يفعل ذلك يكون متجـــاوزا في الاستمتاع الذي أباحه الله عز وجل لأنه يريد أن يصل إلى ذلك عن طريق الوسائل المرحمة كـــالخمر التي ثبتت حرمتها بالكتاب والسنة والإجماع

---

(١) المستدرك على الصحيحين ، جـــ٣ ،صـــ٤٦٦ ،برقم ، ٥٧٤٨ ، سنن الترمذي ، جـــــ٤ ،صـــ٢٩٢ ، برقم ١٨٦٥ ، قال أبو عيسى : " هذا حديث حسن غريب من حديث جابر " ، سنن البيهقي الكبرى ، جـــ٨ ،صـــ٢٩٦ ، برقم ١٧١٦٦
(٢) المغني ، جـــ١٢ ،صـــ٤٣٥ ، الشرح الكبير ، جـــ١٢ ،صـــ٤٣٥
(٣) شرائع الإسلام ، جـــ٨ ،صـــ٦٢ /٦٣

الفصل الثاني : حكم استخدام العقاقير المحرمة عند الجماع بقصد العلاج

قد يلجأ بعض الناس في سبيل علاج القصور الجنسي الذي اعتـــراهم إلـــى اســـتخدام العقـــاقير المحرمة مثل تناول الخمور ونحوها عند الجماع فهل يعد ذلك جائزا أم لا ؟

وقبل بيان الحكم الفقهي لهذه المسألة يمكن القول بأن العلوم البشرية لا سيما الطب منها تقدمت بشكل ملحوظ وملفت للنظر عن ذي قبل وأصبح هناك تخصصات لعلاج الأمراض التناسلية وأمراض الذكورة ونحو ذلك وغدت الوسائل المشروعة والمباحة في علاج هذه الأمراض من الكثرة بمكان بحيث يمكن القول : إنه لا يجوز لمن به ضعف أو قصور في الناحية الجنسية أن يتناول الخمور ونحوها بقصد العلاج بأي حال من الأحوال وذلك نظرا لوجود البدائل المباحة والمشروعة والتي أصبحت من الكثرة بحيث لا يعدم المرء وسيلة مباحة ومشروعة في العلاج (١)
وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) والشافعية (٤)

---

(١) يرى الحنفية في قول وقول عند المالكية وقول عند الشافعية والظاهرية وابن المرتضى إلى جواز التداوي بالخمر ونحوها إلى لم يجد الرجل وسيلة مباحة للعلاج فحينئذ يجوز له التداوي بالمحرم
قال ابن نجيم : " التداوي بالخمر إذا أخبره طبيب حاذق أن الشفاء فيه جاز فصار حلالا " البحر الرائق ، جـ٨ ،صـ٢٣٣ ، مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ١٢٠ ، حاشية العدوي ، جـ٢ ،صـ٥٥٠ ، وجاء في مغني المحتاج : " .. والثاني : يجوز التداوي بها أي بالقدر الذي لا يسكر كبقية النجاسات " جـ٤ ،صـ١٨٨ ، روضة الطالبين ، جـ١٠ ،صـ١٧١ ، المحلى ، جـ١ ، صـ١٧٥ /١٧٦
وقال ابن المرتضي : " والأقرب عندي جواز التداوي حيث خشي تلفه أو عضو منه وقطع بحصول البرء " البحرالزخار ، جـ٥ ،صـ٣٥١

- وما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء من القول بجواز التداوي بالخمر ونحوها مبني على أنه لا توجد وسيلة أخرى مباحة أما وقد انتشرت وتقدمت علوم الطب ووسائله المباحة فأصبح القول بجواز التداوي بها غير ذي معنى

(٢) قال ابن عابدين : " ولا يجوز التداوي بها على المعتمد " رد المحتار ، جـ٦ ،صـ٤٧٦ وجاء في الهداية " إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام " جـ٤ ،صـ٩٧

(٣) جاء في الذخيرة " يحرم التداوي بالخمر والنجاسات " الذخيرة ، جـ١٢ ،صـ٢٠٢ وقال الشيخ الدردير في شرحه على مختصر خليل : " لا يجوز استعمال الخمر لأجل الدواء ولو لخوف الموت " الشرح الكبير ، جـ٤ ،صـ٣٥٣ ، مواهب الجليل ، جـ١ ،صـ١١٩ /١٢٠ ، حاشية العدوي ، جـ٢ ،صـ٥٥٠

(٤) جاء في مغني المحتاج " والأصح تحريمها أي تناولها على مكلف لدواء " جـ٤ ،صـ١٨٨ ، الوسيط ، جـ١ ،صـ١٥٦ ، روضة الطالبين ، جـ١٠ ،صـ١٧١

والحنابلة (١) والزيدية (٢) والإمامية (٣)
ويمكن تأصيل القول بالتحريم على ما يلي :
أولا من السنة :

١ ــ ما روي عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداوا ولا تتداووا بالحرام " (٤)

فقد أفاد هذا الحديث حرمة التداوي بالمحرم والخمر وما كان في معناها محرمة بالكتاب والسنة والإجماع فلا يجوز التداوي بها

قال البيهقي : " هذا الحديث محمول على النهي عن التداوي بالحرام من غير ضرورة " (٥)

٢ ــ ما روي عن أم سلمة قالت : اشتكت ابنة لي فنبذت لها في نور فدخل النبي ε وهو يغلي فقال ما هذا ؟ فقلت : إن ابنتي اشتكت فنبذت لها هذا فقال : " إن الله عز وجل لم يجعل شفاءكم في حرام " (٦)

أفاد هذا الحديث حرمة التداوي بالخمر كما هو ظاهر من قوله ε لأم سلمة : " إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام "

٣ ــ عن وائل بن حجر أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ε عن الخمر فنهاه عنها فقال : إنما أصنعها للدواء قال : إنه ليس بدواء ولكنه داء " (٧)

قال الشوكاني : " قوله : " ليس بدواء ولكنه داء فيه التصريح بأن الخمر ليست بدواء فيحرم التداوي بها كما يحرم شربها " (٨)

---

(١) جاء في المغني " أو شربها للتداوي لم يبح له ذلك وعليه الحد " جـ١٢ ،صـ٤٤٣ ، وفي الشرح الكبير " ولا يجوز شربه للذة أو التداوي " جـ١٢ ،صـ٤٤٠ ، الفروع ، جـ٢ ،صـ١٣٢ ، كشاف القناع ، جـ٢ ،صـ١٧٦ /١٧٧

(٢) جاء في البحر الزخار " فأما التداوي بها فمحرم " جـ٥ ،صـ٣٥١

(٣) شرائع الإسلام ، جـ٨ ،صـ٦٢ /٦٣ ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، جـ٩ ،صـ١٩٧ وما بعدها

(٤) عون المعبود ، جـ١٠ ،صـ٢٥١

(٥) عون المعبود ، جـ١٠ ،صـ٢٥١

(٦) مجمع الزوائد ، جـ٥ ،صـ٨٦ ،قال : رواه أبو يعلي والبزار إلا أنه قال : " في كوز " بدل " نور " ورجال أبي يعلي رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق وقد وثقه ابن حبان

(٧) صحيح مسلم ، جـ٣ ،صـ١٥٧٣ ،برقم ١٩٨٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ١٣ ،صـ١٥٣ ، تحفة الأحوذي ، جـ٦ ،صـ١٦٨ ، المعجم الكبير ، جـ٨ ،صـ٢٢٣ ، مسند أحمد ، جـ٥ ،صـ٢٩٢ ، برقم ٢٢٥٥٥ ،

(٨) نيل الأوطار ، جـ٩ ،صـ٩٣ /٩٤

وقال النووي : " هذا دليل على تحريم اتخاذ الخمر وتخليلها وفيه التصريح بأنها ليست بدواء فيحرم التداوي بها لأنها ليست بدواء فكأنه يتناولها بلا سبب وهذا هو الصحيح عند أصحابنا أنه يحرم التداوي بها " (١)

وقال ابن حجر : " والتحقيق أن الأمر باجتناب المنهي عنه على عمومه ما لم يعارضه إذن في ارتكاب منهي عنه كأكل الميتة للمضطر " (٢)

ثانيا ــ المعقول :

إن تناول الخمر وما كان في معناها من شأنه أن يؤثر على العقل الذي هو مناط التكليف ويفقد الإنسان القدرة على ضبط تصرفاته كما أنها تؤثر سلبا على جميع أعضاء الجسم حيث تؤدي إلى الشلل والصرع والجنون والهذيان وتؤثر على الجهاز الهضمي والمعدة والكبد وتؤدي إلى حدوث أورام خبيثة قد تؤدي إلى الوفاة وكل ما كان كذلك فسبيله التحريم قطعا (٣) وصدق الله العظيم إذ يقول : " وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا " (٤)

ثالثا ــ سدا للذريعة :

في القول بإباحة التداوي بالخمر لعلاج القصور الجنسي ذريعة إلى تناولها للشهوة واللذة لا سيما إذا عرفت النفوس أنه نافع لها في بعض الأحيان فحينئذ يستمريء الناس شربها بهذا القصد لذا حرم الإسلام قربانها واقتنائها حسما لذلك وهذا من أبلغ السبل لسد الذرائع (٥)

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ، جـ١٣ ،صـ١٥٣

(٢) فتح الباري ، جـ١٣ ،صـ٢٦١

(٣) د/ نبيل صبحي الطويل ، الخمر ومضارها على الجسم والعقل ، صـ١٥ وما بعدها ، ط، الرابعة ، ١٣٩٩ هـ ، المخدرات أوهام وأخطار ، صـ٢١ وما بعدها المجلس القومي لمكافحة وعلاج الإدمان ، ، م عزت حسنين ، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، صـ٢٣٢ / ٢٣٦ ، ط ، الأولى ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م

(٤) سورة البقرة ، آية : (٢١٩)

(٥) د / عبد الفتاح إدريس حكم التداوي بالحرمات ، السابق ، صـ٧٩ /٨٠

المطلب الثاني :

الآثار الناشئة عن تناول العقاقير عند الجماع في الفقه الإسلامي

من خلال ما تقدم يمكن القول : إن الإنسان إذا كان مريضا أو به ضعف جنسي ثم تناول العقاقير الطبية المباحة عند الجماع بقصد العلاج فلا شيء عليه حالتئذ لأن عمله ههنا يوصف بالندب أو الإباحة أو الوجوب على النحو الذي سبق ذكره

* أما إذا استخدم هذه العقاقير بغير قصد العلاج وإنما بقصد الإسراف في هذا الأمر فإن فعله يوصف حينئذ بالحرمة ويستوجب العقوبة من ولي الأمر المتمثلة في التعزير
* أما إذا كانت العقاقير المستخدمة عند الجماع محرمة كالخمر وما كان في معناها فإن تناولها يوصف بالحرمة سواء كان ذلك بقصد العلاج أو بغير قصد العلاج ويجب بذلك الحد

وفيما يلي سوف أتناول التعزير والحد كل واحد منهما في فرع مستقل على النحو التالي :

الفرع الأول : التعزير

يجب على ولي الأمر أن يعاقب من يتناول العقاقير المنشطة عند الجماع من غير حاجة أو ضرورة تدعو إلى تناولها وإنما استخدمها بقصد الإفراط في تحصيل اللذة والشهوة لأن فعله حينئذ يوصف بالحرمة وحيث لم ينص الشارع الحكيم على عقوبة لهذه المخالفة فإن مردها إلى ولي الأمر يعاقب مرتكبها بعقوبة تزجره عن معاودة هذا الفعل المحرم مرة أخرى (١)

الفرع الثاني : الحـــــد

وفقا لما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء القائلون بعدم جواز التداوي بالخمر وما كان في معناهـا فإنه يجب على من شربها للتداوي ــ مع وجود بديل مباح لها ــ الحد

ولكنهم اختلفوا في مقداره على رأيين :

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٢) والمالكية (٣) ورواية للحنابلة (٤) والإماميـة (٥) إلى أن حد الشرب ثمانون جلدة

---

(١) يراجع مبحث التعزير ، في الباب الأول ، صـ٥٥ /٥٧

(٢) النيابة في شرح الهداية ،جـ٦، صـ٣١٨ ، رد المحتار ،جـ٤، صـ٤٤

(٣) الذخيرة ،جـ٢، صـ٢٠٠ ، مواهب الجليل ،جـ٦، صـ٣١٨ ، التاج والإكليل ،جـ٦، صـ٣١٨ ، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ،جـ٤، صـ٣٥٣ ، الشرح الكبير ،جـ٤، صـ٣٥٣

(٤) المغني ،جـ١٢، صـ٤٤١، الشرح الكبير ،جـ١٢، صـ٤٤٢

(٥) شرائع الإسلام ،جـ٨، صـ٦٦/٦٥ ، الروضة البهية شرح اللمعـة الدمشـقية ،جـ٩، صـ٢٠٣

الرأي الثاني : ذهب الشافعية (١) ورواية للحنابلة (٢) والظاهـرية (٣) والزيدية (٤) إلي أن حد الشرب أربعون جلده وما زاد عليها إلي الثمانين تعزير موكول إلي اجتهاد الإمام

الأدلة : ــ

أ ــ أدلة الرأي الأول : استدل القائلون بان حد شارب الخمر ثمانون جلده بما يلي :

١ ــ بما روي عن أنس أن رسول الله ε " أتي برجل شرب الخمر بجريدتين نحو الأربعين " (٥)

٢ ــ ما روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ε " جلد في الخمر أربعين بنعلين فلما كان زمن عمر جلد بدل كل نعل سوطا " (٦)

وجه الدلالة : أفاد الحديثان السابقان أن النبي ε جلد أربعين بجريدتين وكذا بنعلين لأن الأربعـين بالنعلين والجريدتين ثمانون فدل ذلك علي أن حد الشرب ثمانون وهذا ما فهمه عمر مـن فعلـه ε فضرب بدل كل نعلا سوطا

مناقشة هذا الاستدلال :

قال الماوردي : فأما الجواب عن حديثي أنس وأبي سعيد فمن وجهين :

أحدهما : اضطراب الحديثين لأنه لو كان في حد الخمر نص ما اجتهد فيه الصحابة ولعملوا فيـه علي النقل

الثاني : تحمل الرواية بجريدتين ونعلين علي أن إحداهما بعد الأخر لأن الأولـي تقطعـت فأخـذ الثانية (٧)

٣ ــ روي محمد بن علي بن الحسين عن أبيه أن رسول الله ε " جلد شارب الخمر ثمانين " (٨)

---

(١) مغني المحتاج ،جـ٤، صـ١٨٩ ، الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٧

(٢) المغني ،جـ١٢، صـ٤٤١ ، ، الشرح الكبير ،جـ١٢، صـ٤٤٢

(٣) المحلي ،جـ١١، صـ٣٦٥

(٤) البحر الزخار ،جـ٦، صـ١٩٥، السيل الجرار ،جـ٤، صـ٣٤٦/٣٤٧

(٥) مسند أبي عوانه ،جـ٤، صـ١٥٠ ، برقم (٦٣٣٠) ، سنن الترمذي ،جـ٤، صـ٤٨، برقم (١٤٤٣) ، قال أبو عيسي حديث أنس حديث حسن صحيح والعمل علي هذا عند أهل العلم وغيرهم أن حد السكران ثمانون " سنن أبي داود ،جـ٤، صـ١٦٣ ، برقم (٤٤٧٩)
(٦) الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٨
(٧) الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٧
(٨) نصب الراية ، جـ٣ ،صـ٣٥٢ ، قال : وأشار إليه بالتضعيف صاحب التنقيح فقال : وروي بإسناد غريب لا يثبت عن عمرو مرفوعا . ، تلخيص الحبير ، جـ٤ ،صـ٧٦ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، جـ٢ ،صـ١٠٦ .

وهذا الحديث نص في المسألة فدل علي أن حد الشرب ثمانون جلده. (١)
مناقشة هذا الاستدلال : هذا الحديث مرسل فلا يصح الاستدلال به ولا ينهض حجة في إثبات الدعوى (٢)
ثانيا ــ الأثر :
١ ــ بما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استشار الناس في حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف :اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين (٣)
٢ ــ روي أن عليا ــ رضي الله عنه ــ قال في المشورة إذا سكر هذى وإذا سكر هذى افتري فحده حد المفتري
وجه الدلالة : أفاد فعل الصحابة السابق أن الحد ثمانون في الشرب فدل ذلك علي أن حد شارب الخمر ثمانون جلده وإلا لما فعلوا ذلك
مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :
الأول : هذا لا يعد وأن يكون قول صحابي فلا يكون حجه علي ما تقرر في علم الأصول .
الوجه الثاني : علي فرض حجية قول الصحابي فإن فعل الصحابة السابق يحمل علي أن ما زاد على الأربعين تعزير من الإمام وهو جائز

ثالثا ــ القياس :
وذلك بقياس حد الشرب علي حد القذف . جاء في الحاوي : " ومن الاعتبار : أنه حد يجب علي شارب الخمر فلم يتقدر بالأربعين كالقذف لأن حد القذف أخف وحد الشرب أغلظ لما في النفوس من الدواعي إليه وغلبة الشهوة عليه فكان إن لم يزد عليه فأولي أن لا ينقص عنه"(٤)
مناقشة هذا الاستدلال من وجهين :
الأول : لا نسلم المساواة بين القذف وشرب الخمر قال الماوردي : إن اختلاف أسباب الحدود يمنع من تساويها
الوجه الثاني : لا نسلم أن حد القذف أضعف من حد الشرب بل العكس صحيح لأن القذف متعد والشرب غير متعد وحد القذف من حقوق العباد وحد الشرب من حقوق الله تعالي وما تعلق بالعباد أغلظ . (٥)

---

(١) الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٧
(٢) الحاوي ،جـ١٧، صـ٣١٩
(٣) سنن أبي داود ،جـ٤، صـ١٦٣، برقم (٤٤٧٩) ، مسند الإمام أحمد ،جـ٣، صـ١٧٦

(٤) الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٧
(٥) الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٩

(٥١٠)

ب ــ أدلة الرأي الثاني : استدل القائلون بأن حد الشرب أربعون جلده وما زاد عليها إلي الثمانين تعزير موكول إلي اجتهاد الإمام بما يلي : ــ

١ ــ بما روي أن علي بن أبي طالب جلد الوليد بن عقبه أربعين ثم قال جلد رسول الله ε أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلي " (١)

وجه الدلالة :

أفاد جلد النبي ε وعلي وأبو بكر ــ رضي الله عنهما ــ أن حد شارب الخمر ثمانون جلده لا يجوز الإنقاص عنها وما فعله عمر فإنه تعزير وهو موكول للإمام

قال الماوردي : وهذا نص من وجهين :

الأول : ما أخبر به عن رسول الله ε من اقتصاره علي الأربعين

الثاني : إخباره بأن كلا العددين سنة يعمل بها ويصح التخيير فيها (٢)

٢ ــ بما روي عن أنس قال : أتي رسول الله ε برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحواً من أربعين ثم أتي به أبو بكر فصنع مثل ذلك ثم أتي به عمر فاستشار الناس في الحدود فقال ابن عوف :أقل الحد ثمانون فضربه عمر (٣)

قال ابن قدامه : وفعل النبي ε حجة لا يجوز تركه بفعل غيرة ولا ينعقد الإجماع علي ما خالف فعل النبي ε وأبي بكر وعلي رضي الله عنهما فتحمل الزيادة من عمر علي أنها تعزير يجوز فعلها إذا رآه الإمام (٤)

ثانيا ــ القياس :

قال الماوردي : إنه سبب يوجب الحد فوجب أن يختص بعدد لا يشاركه غيره فيه كالزنا والقذف (٥)

ثالثا ــ المعقول :

إن الحدود تترتب بحسب اختلاف الأجرام فما كان جرمه أغلظ كان الحد فيه أكثر لأن الزنا لما غلظ جرمه للاشتراك فيه غلظ حده والقذف لما اختص بالتعدي إلي واحد كان أخف من الزنا والخمر لما اختص بواحد لم يتعد عنه وجب أن يكون أخف من القذف (٦)

الرأي الراجح :

بعد العرض السابق لآراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسالة يبدو لي رجحان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائل بأن حد الشرب أربعون جلدة ويجوز للإمام الزيادة عليها إلي ثمانين إذا رأي ذلك لما في هذا الرأي من إعمال الأدلة كلها وهو أولى من إعمال بعضها وإهمال البعض الآخر والله أعلم

---

(١) سنن الدارمي ،جـ٢، صـ٢٣٠،برقم ٢٣١٢ السنن الكبرى للنسائي ،جـ٣، صـ٢٤٨ ، برقم (٥٢٦٩) ، سنن ابن ماجة ،جـ٢، صـ٨٥٨ ، شرح معاني الآثار ،جـ٣، صـ١٥٢
(٢) الحاوي الكبير ،جـ١٧، صـ٣١٨

(٣) سبق تخريجه
(٤) المغني ،جـ١٢، صـ٤٤٢
(٥) الحاوي الكبير ، جـ١٧، صـ٣١٨ (٦) الحاوي الكبير ، جـ١٧، صـ٣١٨

المبحث الثاني :

موقف القانون الجنائي من استخدام الزوج لعقاقير معينه عند الجماع

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حكم استخدام الزوج عقاقير طبيه مباحة عند الجماع

تقدم القول بأن الفقه الإسلامي يري إباحة استخدام الزوج الأدوية والعقاقير الطبية عند الجماع إذا كانت مباحة ووصفها طبيب مختص وكانت بهدف التداواي والعلاج أما إذا كانت بغير قصد للعلاج فإن تناولها يعد عملا محرما وفيما يلي بيان لموقف القانون الجنائي من استخدام هذه الأدوية والعقاقير فأقول : إن الأدوية والعقاقير التي يستخدمها الزوج عند الجماع بقصد العلاج إذا كانت عقاقير طبية مباحة قانونا ووصفها طبيب مختص فإن هذا العمل لا يدخل في نطاق التجريم لأنه لا يعدو أن يكون نوعا من العلاج الذي يكفله القانون للأفراد في المجتمع أما إذا كان استخدام هذه الأدوية المباحة بغير قصد العلاج ــ بقصد الإسراف في استعمال المباح ــ فلا يمكن أن يوصف هذا الفعل بالتجريم قانونا إذا ليس في نصوص القانون الجنائي ما يجرم هذا العمل لأنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص (١)

وحيث لا يوجد نص يجرم هذا الفعل فإن استعمال الأدوية الطبية المباحة بقصد الإسراف في تناول المباح يعد عملا مباحا قانونا

ولكن إذا تضررت المرأة بهذا السلوك من الرجل فهنا يحق لها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التطليق للضرر رفعا للأذى الواقع عليها من جراء تناول الزوج لهذه الأدوية من غير حاجة

وقد نص المشرع على ذلك في المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية بقوله : " إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما " (٢)

---

(١) د/ أحمد فتحي سرور ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، فقرة (٢٥) صـ٣٨ /٣٩ ، د/ مأمون سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، صـ٦١٦ ، د/ محمد عيد الغريب ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، صـ٩٧٠ /٩٧١ ، طبعة ١٩٩٩ / ٢٠٠٠ م

(١) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحدث التعديلات ، ط ، السابعة ، ١٩٩٩ م صـ٥

المطلب الثاني

حكم استخدام الزوج لعقاقير حرمة عند الجماع

يلجأ بعض الأفراد لعلاج القصور الجنسي الذي لحق بـه إلـى تنـاول الخمـور والمسـكرات والمخدرات تاركين الوسائل الطبية المباحة وطرق العلاج التي يصفها الأطباء إلى تناول هذه المحرمـات وهذا الفعل يدخل في نطاق الأفعال المجرمة قانونا ويعاقب مرتكب هذه الأفعال بعقوبة تعاطي المخدرات وهذه الجريمة تقوم على ركنين أساسيين :

١ ــ **الركن المادي** : ويتمثل الركن المادي في جريمة تعاطي المخدرات في قيام الزوج بتعـاطي هـذه المحرمات مثل الحشيش والأفيون وباقي أنواع المخدرات المجرمة قانونا فقيام الزوج بتعاطي هذه الأنواع يمثل الركن المادي لهذه الجريمة

٢ ــ الركن المعنوي : يجب لقيام الركن المعنوي لقيام هذه الجريمة أن يكون الجاني على درايـة وعلـم بأن هذه الأمور التي يتناولها ويتعاطاها مجرمة قانونا وأن تنصرف إرادته إلى ارتكاب هذا الفعـل الإجرامي والقصد الجنائي في هذه الجريمة هو قصد خـاص أي قصـد التعـاطي أو الاسـتعمال الشخصي فهي من الجرائم ذات القصد الخاص (١)

العقوبة :

عملا بنص المادة (٣٧) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ م والمعدلة بالقانون رقم ١٢٢ لسـنة ١٩٨٩ م فإن عقوبة جريمة تعاطي الجواهر المخدرة هي الأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

---

(١) يراجع في ذلك المستشار / مصطفى هرجة ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـ٤ ،صـ ، جرائم المخدرات وأسباب البراءة والأدلة في ضوء الفقه والقضاء ، صـ٧٥٨ /٧٦٠ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، م / حسن عبده ، في موسوعة القوانين الجنائية الخاصة في ضوء الفقه والقضاء ، جـ١ ،صـ٣٠٤ ، طبعة ١٩٨٧ م ، د/رؤف عبيد ، في شـرح قانون العقوبات التكميلي ، صـ٥٥ ، طبعة ١٩٧٩ م د/ إدوار غالي الذهبي ، في جـرائم المخدرات ، صـ٧٤ ، ط، الثانية ، ١٩٨٨ م ، د/ مجدي محب حافظ ، قانون المخـدرات معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا ، صـ٢٤٢ /٢٤٣ ، ط، الثالثة ، ١٩٩٧ م
م/ معوض عبد التواب ، جرائم المخدرات ، صـ٣٢١ ، منشأة المعارف ، الأسـكندرية ، ط، ١٩٨٦ م ، د/ محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبـات ، السـابق ، فقـرة (٦٢٩)صـ٧٣٣ وما بعدها ، م /عزت حسنين ، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، صـ٢٨٩ وما بعدها ، ط ، الأولى ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م

وإذا رأت المحكمة من أحوال الجريمة استعمـال الرأفة مع المتهم فإنها عملا بالمادة (١٧) من قانون العقوبات (١) فإن عقوبة الأشغال المؤقتة يجوز أن تنزل إلى عقوبة السجن أو الحبس الـذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور
وذلك لأن نص المادة (٣٦) من قانون المخدرات الذي يحظر النزول درجتين واكتفى بـالنزول درجـة واحدة لم يشمل المادة (٣٧) من قانون المخدرات
ومن ثم فإنه وفي مجال المادة (٣٧) من قانون المخدرات الخاصة بالتعاطي يجوز دائما إعمالا لنص المادة (١٧) عقوبات ، النزول بالعقوبة درجتين .
أما الغرامة فلا يجوز تبديلها بل يتعين الالتزام بالحدين الأدنى والأقصى (٢)

التدابير الاحترازية

يجوز للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة النصوص عليها في هذه المادة أن تأمر بإيداع من يثبت إدمانه تعاطي المخدرات إحدى المصحات التي تنشأ لهذا الغرض ليعالج فيها إلى أن تقرر اللجنة المختصة ببحث حالة المودعين بالمصحات المذكورة الإفراج عنه ولا يجوز أن تقل مدة البقاء بالمصحة عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنتين (٣)

---

(١) قانون العقوبات حسب آخر التعديلات ، لسنة ٢٠٠٠ م ، صـ٩

(٢) د/ محمود مصطفى ، السابق ، صـ٧٣٨ ،م / مصطفى هرجة ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـ٤ ،صـ ، جرائم المخدرات وأسباب البراءة والأدلة في ضوء الفقه والقضاء ، صـ٧٥٨ /٧٦٠ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، م / حسن عبده ، في موسوعة القوانين الجنائية الخاصة في ضوء الفقه والقضاء ، جـ١ ،صـ٣٠٤ ، طبعة ١٩٨٧ م ، د/رؤف عبيد ، في شرح قانون العقوبات التكميلي ، صـ٥٥ ، طبعة ١٩٧٩ م د/ إدوار غالي الذهبي ، في جرائم المخدرات ، صـ٧٤ ، ط، الثانية ، ١٩٨٨ م ، د/ مجدي محب حافظ ، قانون المخدرات معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا ، صـ٢٤٢ /٢٤٣ ، ط، الثالثة ، ١٩٩٧ م
م/ معوض عبد التواب ، جرائم المخدرات ، صـ٣٢١ ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ط ، ١٩٨٦ م ، د/ محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، السابق ن فقرة (٦٢٩) صـ٧٣٣ وما بعدها

(٣) م / السيد خلف محمد ، قضاء المخدرات وقواعد الضبط والتفتيش وتسبسب الأحكام ، صـ٨٧ ، ط، الأولى ، ١٩٨٤ م ، ، م عزت حسنين ، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، صـ٢٨٩ وما بعدها ، ط ، الأولى ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م ، محمود مصطفى ، السابق ، صـ٧٣٨ /٧٣٩ ، ويراجع أيضا المراجع السابقة نفس الأماكن .

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

بعد العرض السابق لوقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي لمسالة تناول الزوج لعقاقير معينة عند الجماع يتبين ما يلي :

أولا ــ يتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في جواز استخدام الزوج للأدوية والعقاقير الطبية المباحة عند الجماع بقصد العلاج للقصور الجنسي الذي اعتراه

ثانيا ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي أيضا في أنه إذا استخدم الزوج الأدوية والعقاقير الطبية عند الجماع بغير قصد العلاج وإنما بقصد الإسراف في المباح فإنه يجوز للمرأة إذا تضررت بذلك أن تطلب التطليق للضرر وفقا للمادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية

ثالثا ــ يختلف الفقه الإسلامي مع القانون الجنائي في حكم استخدام الأدوية والعقاقير الطبية المباحة بغير قصد العلاج ــ وإنما بقصد الإسراف في استعمال المباح ــ حيث يرى الفقه الإسلامي حرمة

هذا الاستعمال لما فيه من الإسراف في استخدام المباح لقوله تعالى " ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين " وقوله " ولا تبذر تبذيرا " إلى غير ذلك من الأدلة التي سبق ذكرها والتي تحرم الإسراف في استخدام المباح ومن ثم يجوز لولي الأمر أن يعاقب الفاعل بعقوبة تعزيرية تردعه عن معاودة هذا الفعل وارتكابه مرة أخرى

أما في القانون الجنائي فليس في نصوص القانون الجنائي ما يجرم هذا الفعل وحيث إنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فإن هذا العمل يعد مباحا قانونا ومن ثم فيجوز للزوج أن يتناول هذه العقاقير الطبية المباحة عند العلاج حتى وإن كان ذلك بغير قصد العلاج ولا يوصف فعله بالتجريم

رابعا ــ يتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في تجريم تناول المخدرات والمسكرات المحرمة شرعا وقانونا كالحشيش والأفيون وما ماثلهما وإن اختلفت معالجة كل منهما لهذه الأفعال

ففي الفقه الإسلامي يجب على من تناول الخمر والمسكرات الحد وهو أربعون أو ثمانون جلدة على خلاف بين الفقهاء في مقداره

أما في القانون الجنائي فإن العقوبة هي الأشغال الشاقة المؤقتة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه ويجوز أن تنزل هذه العقوبة عملا بنص المادة (١٧)ع إلى السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور

(٥١٥)

خاتمة البحث

بعد العرض السابق لأبواب هذه الرسالة وفصولها تبين لنا أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي قد ساهم في علاج مسألة تجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة وأن القانون الجنائي قد تلاقى والفقه الإسلامي في كثير من المسائل وإن كان هناك خلاف بينهما في بعض المسائل الأخرى

وعلى ذلك يمكن إجمال نتائج البحث في النقاط التالية

١ ــ حق الاستمتاع هو حق يثبت للزوجين بمقتضى عقد الزواج أن يستمتع كل منهما بالآخر على النحو المقصود شرعا ، ويجب على الزوجة أن تجيب الزوج إلى طلبه متى دعاها إلى الفراش ولو كانت على ظهر قتب ما لم يكن ثمة مانع يمنعها من إجابته

ويجب على الزوج أيضا أن يفي لزوجته بحق الاستمتاع بما يحقق لها العفاف المنشود بالمعروف وبما يحصنها عن الوقوع في الحرام وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة منهم ابن تيمية وظاهر كلام الإباضية

٢ ــ تجاوز حدود حق الاستمتاع هو " تعدي الرجل حقه في الاستمتاع بزوجته الثابت شرعا بإتيانها على وجه لا يحل له الاستمتاع بها فيه شرعا أو طبعا أو عرفا أو نحو ذلك "

٣ ــ بالنسبة لإتيان الرجل زوجته في دبرها فإن هذا عمل محرم شرعا وفاعله ملعون لأنه أتى كبيرة من الكبائر وهذا الفعل يستوجب التعزيز من ولي الأمر بما يزجر مرتكبه عن معاودة هذا الفعل مرة أخرى

كذلك يجوز التفريق بين الزوجين اللذين تطاوعا على الإتيان في الدبر كما يفرق بين الرجل الفاجر ومن يفجر به ، ويجوز للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التطليق متى أتاها الزوج على هذا النحو ، ويرى جمهور فقهاء المذهب الإباضي أن الرجل إذا أتى زوجته في دبرها فإنها تحرم عليه على التأبيد ويوجبون عليه كفارة وقد تقدم بيان مرجوحية هذا الرأي

* أما في القانون الجنائي فإنه يصف الفعل تارة بالتجريم وتارة بالإباحة ، فيعد الفعل مجرما لدى فقهاء القانون الجنائي إذا تم دون رضاء الزوجة أو كان المجني عليه أقل من ثماني عشرة سنة كاملة ويعاقب فاعله وفقا لنص المواد (٢٦٧ ــ ٢٦٨ ــ ٢٦٩)

أما إذا وقع الفعل بالرضا بين الزوج وزوجته التي بلغت ثماني عشرة سنة كاملة فإن الفعل يتصف بالإباحة

٤ ــ بالنسبة لمسألة إتيان الرجل زوجته في المكان العام فإن هذا العمل تقدم بيان حرمته شرعا وهذه الحرمة ليست لذات الفعل وإنما للحال الذي اكتنفه وهو كون الفعل مظنة الاطلاع عليه من الغير لما فيه من كشف للعورات أمام الغير ونظر

(٥١٦)

إلى ما حرم الله النظر إليه وعمل على إشاعة الفاحشة في المجتمع ، وإيذاء لمشاعر المسلمين ، إضافة إلى كون هذا العمل شذوذا وخروجا عن الطبع الإنساني المعتدل ، وما سبق ينطبق على حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بطريق التخصيص وهو المسجد .

ومن يقترف هذا السلوك يجب على ولي الأمر أن يزجره عن معاودة هذا العمل بعقوبة تعزيرية تلائم حال الفاعل

* أما في القانون الجنائي فإن هذا الفعل يمثل فعلا فاضحا في المجتمع لما فيه من اعتداء على فكرة الأخلاق والآداب العامة التي يهدف المشرع حمايتها يستوي في ذلك أن يكون المكان عاما بطبيعته أو عاما بطريق التخصيص أو بالمصادفة أو أن يكون الفاعل قد أتى فعله في مكان خاص ولم يتخذ الاحتياطات التي تمنع الناس من الاطلاع عليه

* لذلك فقد نص المشرع الجنائي على عقوبة الفعل الفاضح في المادة ٢٧٨ ع بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تجاوز ثلاثمائة جنيه

٥ ــ المباشرة في الفم إذا كانت بما دون الوطء من التقبيل واللمس ونحو ذلك بهدف أن ينتشر الرجل على زوجته فقد اختلف فيها الفقهاء على رأيين وتقدم القول برجحان الرأي القائل بالحل

أما إن اتخذت المباشرة في الفم شكل الوطء الكامل فقد تقدم القول برجحان الرأي القائل بالحرمة لما في هذا الفعل من الشذوذ والسخف والدناءة والتعدي عن محل الحرث ، ومن ثم فإن فاعل هذا السلوك يستحق عقوبة تعزيزية من ولي الأمر .

ويجوز لولي الأمر التفريق بينهما إذا تطاوعا على هذا العمل ويرى بعض الإباضية حرمة الزوجة على التأبيد في هذه الحالة ، كذلك يجوز للمرأة التي تتضرر بهذا العمل أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التطليق للضرر

- أما في القانون الجنائي فإنه يفرق بين الممارسة الرضائية لهذا العمل والممارسة غير الرضائية
- ففي الأولى لا ينطوي الفعل على أي نوع من التجريم لأنه لا يعدو أن يكون استعمالا للحرية الجنسية التي يهدف القانون الجنائي إلى حمايتها
- أما إذا تم بغير رضا فوفقا للاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي الذي يرى حرمة هذا العمل يكيف هذا الفعل على أنه هتك عرض يستوجب فاعله العقوبة المقررة لجرائم هتك العرض

٦ ــ الإفطار في نهار رمضان عمدا بالجماع حرام وكبيرة من الكبائر وقد ثبتت هذه الحرمة بالكتاب والسنة والإجماع ويجب على مرتكب هذا الفعل القضاء والكفارة كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء

(٥١٧)

وتجب الكفارة على المرأة المطاوعة دون المكرهة على الراجح في الفقه الإسلامي ، وإذا جامع الرجل زوجته أكثر من مرة في اليوم الواحد فليس عليه إلا كفارة واحدة ، أما إذا جامع في أكثر من يوم فيجب عليه لكل يوم كفارة كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء

أما إذا جامع ناسيا أو جاهلا أو مكرها فلا قضاء عليه ولا كفارة عند الجمهور من الفقهاء ، ومن جامع في قضاء رمضان فلا كفارة عليه أيضا عند الجمهور كما تقدم بيان ذلك ، والكفارة الواجبة بسبب الإفطار في نهار رمضان هي على الترتيب ، عتق رقبة ، صيام شهرين متابعين ، إطعام ستين مسكينا وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، ومن عجز عن هذه الكفارة فإنها تستقر في ذمته ولا تسقط عنه بالعجز

- المباشرة في نهار رمضان بما دون الوطء كالتقبيل ونحوه مكروهة لمن لا يملك إربه ومباحة لمن يملك إربه ويسيطر على شهوته على النحو الذي سبق ترجيحه
- ومن باشر زوجته دون الوطء فأنزل فعليه القضاء فقط دون الكفارة كما سبق ترجيح هذا الرأي
- ومن اقترف شيئا من ذلك في نهار رمضان يجب بالإضافة إلى القضاء والكفارة على ولي الأمر أن يعزر مرتكب هذا السلوك بما يزجره عن معاودته مرة أخرى
- أما القانون الجنائي المصري فلم يتعرض لهذه المسألة من قريب أو بعيد بخلاف بعض التشريعات الجنائية العربية مثل التشريع العماني والكويتي والمغربي والقطري فهذه التشريعان جرمت هذا السلوك ونصت على جزاء لمرتكب هذا الفعل ، أما التشريع الجنائي المصري فلم ينص على ذلك ولذا فقد اقترحت على المشرع المشرع المصري تلافيا لهذا القصور التشريعي القائم إضافة هذا النص ضمن مواد القانون الجنائي مؤداه : " كل من انتهك حرمة شهر رمضان بالإفطار عمدا أو التحريض عليه يعاقب بالحبس من سنة إلى ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تقل عن خمسمائة جنيه مصري "

٧ ــ المباشرة أثناء الاعتكاف بالوطء حرام باتفاق فقهاء المذاهب الثمانية وهذه الحرمة ثبتت بالكتاب والسنة والإجماع ، ويترتب على هذه المباشرة فساد الاعتكاف والكفارة كما يرى البعض في رأي مرجوح وهذه الكفارة هي ككفارة الجماع في نهار رمضان كما يرى البعض أو التصدق بدينارين كما يرى البعض ، أو هي ككفارة المظاهر كما يرى البعض ، ويجب قضاء الاعتكاف الواجب ، أما إن كان الاعتكاف تطوعا فلا يجب قضاؤه على الراجح الذي تقدم ذكره

- ومن جامع ناسيا في الاعتكاف لا يفسد اعتكافه ولا قضاء عليه ولا كفارة كما
- ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء

- المباشرة أثناء الاعتكاف بما دون الوطء إذا كانت بغير شهوة فهي جائزة اقتداء برسول الله ε أما إن كانت بشهوة فهي محرمة لأنها مقدمة إلى الجماع المحرم وما أدى إلى الحرام فهو حرام وهذه المباشر إن نتج عنها إنزال فإنها تكون مفسدة للاعتكاف على الراجح في الفقه الإسلامي
- أما في القانون الجنائي فإنه لم يتعرض لمثل هذه المسألة من قريب أو بعيد

٨ ــ المباشرة بالوطء أثناء الإحرام بالحج والعمرة محرمة بالكتاب والسنة والإجماع ويترتب عليها الآثار التالية

ــ فساد الحج قبل الوقوف بعرفة وبعده ما لم يتحلل التحلل الأصغر أما إن كان الجماع بعد التحلل الأصغر فلا يفسد الحج بذلك كما إلى ذلك جمهور الفقهاء

ــ المضي في فاسده كما يرى جمهور الفقهاء ، ويرى البعض أنه لا يجب المضي في فاسد الحج كابن حزم ومن وافقه وهو ما سبق ترجيحه

ــ القضاء من قابل سواء كان حجه مندوبا أو تطوعا كما يرى ذلك جمهور الفقهاء ، ويرى البعض أنه لا يجب القضاء إلا إذا كان حجه واجبا وهو الرأي الذي سبق ترجيحه ، وهذا القضاء عند القائلين به على صفة الأداء فمن رأى أن الحج يجب على الفور قال بوجوب القضاء على الفور ، ومن قال إن الحج واجب على التراخي قال بوجوب القضاء على التراخي ، والراجح الأول

ــ الهدي حيث يجب على من أفسد حجه بالجماع بدنة كما يرى جمهور الفقهاء أو شاة كما يرى البعض والأصح هو الأول ، والهدي يجب على المرأة المطاوعة دون المكرهة ، وهذه الكفارة لا تتكرر بتكرر الجماع في الإحرام على الراجح

* والقارن إذا أفسد نسكه بالجماع يجب عليه هدي واحد على الراجح لانغمار العمرة في الحج ويسقط عنه دم القران لأنه لم يحصل له الترفه بجمع نسكين في إحرام واحد
- أما من أفسد عمرته بالجماع فيجب عليه بدنة كما يرى البعض أو شاة كما يرى البعض الآخر والراجح الأول ،
- والمتمتع إذا أفسد نسكه بالجماع فحكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة لأنه يحرم بعمرة أولا ثم يحرم بحجة ثانيا فيجب عليه ما على المفرد بالعمرة والمفرد بالحج كما تقدم

ـ التفريق : فيجب على الرجل والمرأة عند القائلين بوجوب القضاء من قابل أن يتفرقا أثناء أداء النسك وهذا التفرق واجب كما يرى البعض ومسنون كما يرى البعض الآخر والراجح الثاني ، ومكان التفريق يبدأ من الموضع الذي جامعها كما يرى البعض ، أو من وقت الإحرام عند البعض الآخر

(٥١٩)

والذي يبدو لي أن التفرق المنشود في هذه الحالة هو التفرق في مكان الإقامة بحيث لا يقيم معها في غرفة واحدة وإنما يقيم بجوارها ليراعي أحوالها لأنه محرمها
أما من جامع ناسيا أو مكرها أو جاهلا فلا يفسد حجه ولا يجب عليه شيء على النحو الذي سبق ترجيحه

- أما إذا كانت المباشرة أثناء الإحرام بالحج والعمرة بما دون الوطء كالتقبيل والمفاخذة ونحو ذلك فهي محرمة أيضا لأنها مقدمة إلى الوطء المحرم وهذه المباشرة إن اقترن بها إنزال فإنها لا تفسد الحج على الراجح في الفقه الإسلامي ويجب على من ارتكب ذلك بدنة أو شاة والراجح هو الثاني ، أما إذا لم يقترن بها إنزال فلا يفسد بها الحج كما يرى جمهور الفقهاء ويجب بها شاة
- أما القانون الجنائي فلم يتعرض لهذه المسألة ولا يمكن مساءلة الرجل جنائيا عن هذا الفعل لكن إذا أجبر الرجل زوجته على الوطء أثناء الإحرام فإنه يجوز لها أن تطالبه بتعويض عن الأضرار المادية التي لحقت بها من جراء فساد النسك وقضائه من قابل عند القائلين به

٩ ـ مباشرة أحد الزوجين للآخر بعد وفاته عمل محرم شرعا ثبتت حرمته بالكتاب والسنة ويجب على من ارتكب هذا العمل الحد كما يرى البعض أو التعزير كما يرى البعض الآخر والراجح هو الثاني لوجود الشبهة المتمثلة في بقاء الزوجية حكما إلى حين ، أما إذا كانت المباشرة بما دون الوطء بشهوة فهي عمل محرم أيضا يجب به التعزير على من ارتكبه
أما إذا كانت هذه المباشرة بغير شهوة كالتقبيل واللمس والغسل فيرى الجمهور جوازها ويرى البعض الآخر عدم جوازها والراجح الأول

- أما في القانون الجنائي فإن مباشرة الميتة بالوطء تقوم بشأنه جريمة الوقاع ويعاقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة وفقا للمادة ٢٦٧ ع
- أما إن اتخذ الفعل شكل المباشرة بما دون الوطء بشهوة كالتقبيل والتفخيذ والمعانقة فإنه تقوم بشأنه جريمة هتك العرض ويعاقب الفاعل بالأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين وفقا للمادة ٢٦٨ ع
- وإذا كانت المباشرة بغير الوطء وبغير شهوة كالتقبيل للرحمة والوداع والغسل
- ونحو ذلك فلا يقوم بشأنه أي تجريم لأنه عمل مباح شرعا

١٠ ـ الجماع أثناء الإصابة بمرض الإيدز من أحد الزوجين ناقل للعدوى لا محالة للطرف الآخر وإذا ثبت إصابة أحد الزوجين بهذا المرض فإنه يثبت للطرف الآخر الحق في فسخ النكاح بسبب هذا العيب وفقا للاتجاه الذي يرى فسخ النكاح من كل داء عضال وهو ما سبق ترجيحه

(٥٢٠)

- الجماع بين الزوجين أثناء الإصابة بمرض الإيدز محرم بالكتاب والسنة والقياس ومن تعمد نقل عدوى الإيدز إلى الطرف الآخر بطريق الجماع فهذا العمل تم تكييفه على أنه قتل بطريق السبب في الفقه الإسلامي ويترتب على ذلك مجموعة من الآثار هي :
  - وجوب القصاص سواء كان الفاعل الرجل أو المرأة على الراجح في الفقه
  - الدية
  - الكفارة عند البعض
  - الحرمان من الميراث
- وإذا رضي المجني عليه بهذا الفعل وترتب عليه موته فلا يعد رضاؤه مسقطا لعقوبة القصاص كما يرى ذلك جمهور الفقهاء
- أما إذا تم نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ فتم تكييفه على أنه قتل خطأ بطريق السبب ويجب به ، الدية ، الكفارة ، والحرمان من الميراث على الراجح في الفقه الإسلامي
- أما في القانون الجنائي فقد اختلف في تكييف تعمد نقل عدوى الإيدز إلى عدة اتجاهات
  - فيرى البعض أن هذا الفعل تقوم بشأنه جميع العناصر المادية والمعنوية لجناية التسميم
  - ويرى البعض أنه يمكن تكييفه على أنه يدخل تحت جرائم الإيذاء وهي الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة
  - ويرى البعض أن هذا العمل تقوم بشأنه جناية قتل عمد في صورته البسيطة وهذا التكييف هو أقرب هذه التكييفات إلى الواقع
- أما من حيث مدى كفاية نصوص القانون الجنائي لعلاج هذه المشكلة
- فيرى البعض أن النصوص الجنائية الموجودة في قانون العقوبات تكفي لإسباغ التكييف الجنائي على من يتعمد نقل فيروس الإيدز إلى الغير بأي وسيلة
- ويرى البعض الآخر أنه دفعا لكل خلاف يمكن أن يثور في هذا الخصوص لا بد من النص على هذه الجريمة أسوة ببعض الدول الأخرى مثل فرنسا وغيرها
- وقد اقترحت على المشرع إضافة مادة لنصوص مواد القانون الجنائي نصها كالتالي : " كل من تعمد نقل فيروس الإيدز إلى الغير عمدا يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه "
- أما إذا كان نقل فيروس الإيدز إلى الزوج الآخر بطريق الخطأ فيرى البعض على أنه جريمة قتل خطأ إن أدى إلى وفاة المجني عليه ، وإذا لم تحدث وفاة المجني عليه فيرى البعض تكييف هذا الفعل على أنه إيذاء بطريق الخطأ

(٥٢١)

- وقد اقترحت على المشرع إضافة مادة إلى نصوص مواد القانون الجنائي نصها : " كل من تسبب في نقل عدوى الإيدز إلى الغير بسبب إهماله أو رعونته أو تقصيره في أخذ الاحتياطات يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه "

١١ ــ الجماع أثناء الحيض والنفاس عمدا مع العلم بالتحريم كبيرة عظيمة ثبتت حرمته بالكتاب والسنة والإجماع ويكفر مستحله

أما مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة فهي مباحة عند جمهور الفقهاء وقد نقل البعض الإجماع على الحل

أما المباشرة بين السرة والركبة من غير وطء فالراجح أنه إن وثق المباشر تحت الإزار بضبط نفسه عن الفرج لضعف شهوة أو شدة ورع جاز وإلا فلا

ويحرم مباشرة الحائض بالوطء إلى أن تتطهر لقوله تعالى " ولا تقربوهن حتى يطهرن " وقد اختلف الفقهاء في المراد بالطهر ما هو ؟ هل هو الاغتسال بالماء أو الوضوء أو غسل الفرج والراجح أن الطهر الذي تحل به المرأة لزوجها يتحقق بكل ذلك لأن لفظ الطهر يشمل ذلك كله وليس ثمة مرجح لأحد هذه المعاني على الآخر وهذا ما ذهب إليه ابن حزم
والمرأة الكتابية في ذلك كالمسلمة بحيث لا يحل لزوجها مباشرتها قبل التطهر وتطهرها يحصل بما سبق من غسل الفرج ونحوه لأن القول بوجوب اغتسالها تكليف لها بما هي ليست معتقدة به
أما وطء المستحاضة فالراجح الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء أنه يجوز وطؤها لأنها طاهر تصلي وتصوم وتجامع

* ويترتب على مباشرة الحائض بالوطء مجموعة من الآثار هي :

ـ وجوب التعزير إذ يجب على ولي الأمر أن يعزر مرتكب هذه المعصية بما يزجره عن معاودة هذا الفعل

ـ الكفارة وهي دينار أو نصفه على التخيير أيها أخرج فقد أجزأه وهذه الكفارة تجب على الرجل والمرأة المطاوعة أما المكرهة فلا يجب عليها شيء ولا تجب هذه الكفارة أيضا على من جامع ناسيا أو جاهلا أو مكرها على الراجح في الفقه الإسلامي

ـ التفريق بين الزوجين يرى ذلك بعض الإباضية إذ يرون أن من جامع زوجته حائضا يجب عليه مفارقتها لأنها قد حرمت عليه على وقد سبق بيان ضعف هذا الرأي وعدم الاعتداد به

- أما في القانون الجنائي فقد تم تكييف هذا الفعل وفقا لأحد أمرين :

الأول ـ جريمة هتك العرض لأن الفاعل أتى فعلا لا يحل له بغير رضا من زوجته فيعد هاتكا لعرضها ويعاقب وفقا لنص المادة ٢٦٨ ع ، أما إذا تم هذا الفعل

بالرضا فلا يقوم بشأنه أي نوع من التجريم لأنه استعمال للحرية الجنسية للزوجين

الثاني ـ جرائم الإيذاء العمدية وهي الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة لأن الجماع أثناء الحيض يسبب كثيرا من الأمراض التي تصيب كلا الزوجين فيدخل في نطاق إعطاء المواد الضارة ويعاقب وفقا لنص المادة ٢٦٥ ع

١٢ ـ الجماع المقترن بالعزل إذا كانت الزوجة المعزول عنها حرة فلا بد من اشتراط إذنها فإن لم تأذن فلا يجوز للرجل ذلك ويعد عمله محرم شرعا وفقا للاتجاه الراجح في الفقه الإسلامي
أما إذا كانت الزوجة أمة فإنه يكره عزل الرجل عنها دون إذن أو رضا وبعض الفقهاء اعتبر إذن المولى والبعض الآخر اعتبر إذن الأمة ويبدو لي أنه لا بد من اعتبار إذنهما معا لأن لها حقا في الوطء وفي العزل عنها نقصان لحقها ولمولاها حق في الولد فاعتبر إذنه أيضا
أما العزل عن الأمة أو السرية فجائز مطلقا دون إذن منها لأنه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولا تملك المطالبة بالقسم ولا بالفيئة فلأن لا تملك المنع من العزل أولى

- أما إذا لم يقترن الجماع بالعزل واقترن باستعمال مواد معينة تمنع من الحمل فحكمها حكم العزل من حيث الإباحة أو الكراهة ونحو ذلك

- أما في القانون الجنائي فلا يعد هذا العمل مجرما لأن القانون الجنائي لم يتعرض له من قريب أو من بعيد

١٣ ـ إذا ظاهر الرجل من زوجته فيحرم عليه مباشرتها بالوطء وبما دونه حتى يكفر لقوله تعالى " من قبل ن يتماسا "

- وقد اختلف الفقهاء في حكم مباشرة المظاهر منها قبل التكفير بالإطعام فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم الجواز وذهب البعض إلى جواز ذلك والراجح هو الأول

- واختلف الفقهاء في حكم مباشرة المظاهر منها أثناء التكفير بالصيام حيث يرى الجمهور من الفقهاء أنه لا يجوز مباشرة المرأة أثناء التكفير بالصيام وإن حدث ذلك ينقطع التتابع
وذهب البعض الآخر إلى عدم انقطاع التتابع إذا تمت المباشرة بالوطء ليلا والراجح الأول

* وإذا جامع الرجل زوجته قبل التكفير فقد رتب بعض الفقهاء على ذلك ما يلي :

ـ الكفارة حيث يجب كفارة أخرى بالإضافة إلى كفارة الظهار أما عند الجمهور فلا يجب إلا كفارة الظهار فقط وهو ما سبق ترجيحه

ـ التفريق بين الزوجين حيث يرى ذلك الإباضية أن من جامع زوجته قبل التكفير فإنها تحرم عليه على التأبيد وسبق بيان ضعف هذا الرأي وعدم الاعتداد به

* أما القانون الجنائي فلم يتعرض لهذه المسالة لأنها ضمن نطاق قانون الأحوال الشخصية المستمد من الشريعة الإسلامية

١٤ ـ إذا جمع الرجل نسائه وجامعهن معا في فراش واحد فإن هذا فعل محرم لأن فيه كشفا لعورات النساء أمام بعضهن كما أن فيه سخفا وشذوذا وفيه محاكاة لتصرفات الغرب في مثل هذه الأمور وتشبه بهم كما أن فيه إخلالا بواجب القسم الواجب لهن عليه ومن يفعل ذلك يجب على ولي أو القاضي أن يعزره بعقوبة تزجره عن معاودة هذا السلوك مرة أخرى

- أما في القانون الجنائي فإنه يجب التفريق بين أمرين

أولا ـ الممارسة الرضائية لهذا الفعل فإذا تراضى الرجل وزوجاته على هذا السلوك لا يقوم بشأنه أي نوع من التجريم

ثانيا ـ أن تتم هذه الممارسة بغير رضا من الزوجات وهذا الفعل يمكن تكييفه وفقا لما يلي : ـ

أ ـ جريمة هتك العرض لأن الزوج أتى فعلا لا يحل له شرعا بغير إذن زوجاته فيعد هاتكا لعرضهن ويعاقب وفقا لجرائم هتك العرض

ب ـ جريمة الفعل الفاضح لأن ممارسة الجماع مع إحدى الزوجات أمام الأخريات فعل فاضح مخل بالحياء والذوق العام وبالتالي يمكن أن يعاقب وفقا لجريمة الفعل الفاضح

- وإذا كان هذا الفعل تقوم بشأنه جريمتا هتك العرض والفعل الفاضح فإنه يعاقب حينئذ بالعقوبة الأشد وهي عقوبة هتك العرض كما تقدم

١٥ ـ إذا كانت الزوجة صغيرة أو مريضة أو نضوة الخلق وباشرها زوجها بما دون الوطء كالتقبيل واللمس ونحو ذلك فإن هذا السلو مباح لا يقوم بشأنه أي تجريم
أما إذا كانت الزوجة صغيرة أو مريضة أو نضوة الخلق وأراد زوجها أن يطاها فلا يجوز له ذلك ولا يجب على وليها أن يسلمها له لأن في ذلك اعتداء عليها وإتلافا لنفسها وإذا حدث أن جامع الرجل زوجته الصغيرة أو المريضة وأفضاها أو قتلها فإنه يضمن فعله

- فإن أفضى الرجل زوجته الصغير بالجماع فإنه يجب عليه الدية كاملة كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء وكذا إن أدى جماعه لها إلى قتلها

- أما في القانون الجنائي فإنه يجب التفريق بين فرضين

الأول ـ أن تكون المرأة دون السادسة عشرة : فإذا جامعها الزوج في هذه الحالة وأفضاها فإنه يعاقب على جريمة شروع في قتل

الفرض الثاني : أن يترتب على جماعه لها قتلها وفي هذه الحالة يسأل عن جريمة قتل عمد في صـــورته البسيطة ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ويجوز للقاضي استخدام المادة ١٧ ع المقـــررة للرأفة حيث يجوز له أن ينزل بالعقوبة إلى السجن أو الحبس الذي لا تنقص مدته عن ستة أشـــهر إذا رأى من ظروفها أو من ظروف فاعلها ما يستوجب الرأفة

* أما إذا كانت المرأة قد بلغت سن السادسة عشرة فإذا جامعها الزوج في هذه الحالة وأفضاها أو قتلها فلا يقوم بشأن فعله هذا أي نوع من التجريم لأن المادة ٦٠ ع تنص على أنه : " لا تسري أحكـــام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق بمقتضى الشريعة "

١٦ ــ يجوز للزوجين القيام بتسجيل عملية الجماع فيما بينهما من أجل معاودة مشاهدتها بشرط أن يكون ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجين ، وأن يأمنا من اطلاع الغير على هذه الشرائط وأن تكون المشاهدة حال حياتهما ، وأن يوافق كلا الزوجين على ذلك فإذا انتفى شرط من هذه الشروط يتـــأتى القـــول بالتحريم

ويمكن أن يجيء قول آخر بالتحريم سدا للذريعة وأمنا من اطلاع الغير على هذه الشرائط

- أما بالنسبة لمشاهدة الأفلام الجنسية بهدف الإثارة فهذا عمل محرم ثبتت حرمته بالكتاب والسنة لما ينطوي عليه من اطلاع على العورات التي حرم الله النظر إليها
- أما في القانون الجنائي فليس هناك نص يمنع الزوجين من تسجيل العلاقة الخاصة فيمـــا بينهمـــا وكذلك مشاهدة الأفلام الجنسية بهدف الإثارة لأنه لا يوجد نص يعاقب على ذلك وحيث لا عقوبـــة ولا جريمة إلا بناء على قانون كما نصت على ذلك المادة ٦٦ من الدستور فإن مشاهدة هذه الأفلام عمل مباح قانونا ولا عقاب على فاعله

١٧ ــ لا يجوز شرعا للرجل أو المرأة إفشاء أسرار العلاقة الخاصة فيما بينهما إلا إذا كان ثمـــة حاجـــة تدعو إلى ذلك كأن تدعي المرأة على زوجها أنه لا يطؤها أو ادعت عجزه عن الجمـــاع أو عنتـــه فيجوز أمام القاضي أن يذكر ذلك

أما مجرد ذكر الجماع دون ذكر تفاصيله فمكروه كما تقدم بيانه

- أما في القانون الجنائي فلا يوجد نص عام أو خاص يمكن من خلاله تجريم إفشاء الأسرار المتعلقـــة بالجماع ومن ثم فقيام الزوجان أو أحدهما بإفشاء هذه الأسرار لا
- يدخل تحت نطاق جريمة إفشاء الأسرار التي نص عليها المشرع في المادة ٣١٠ ع أو الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وفقا لنص المادة ٣٠٩ مكرر

- لذا فقد اقترحت على المشرع لتفادي القصور التشريعي القائم أن تضاف عبارة " أو بـــأي وســـيلة أخرى " إلى المادة ٣٠٩ مكرر وأن تضاف إلى المادة ٣١٠ ع عبارة " أو بأي صفة أخرى "
- وبإضافة هاتين العبارتين إلى المادة ٣٠٩ مكرر والمادة ٣١٠ ع يتسع نطاق التجريم ليشمل إفشاء جميع الأسرار وكذا جميع صور التعدي على حرمة الحياة الخاصة

١٨ ــ إذا داعب الرجل امرأته أثناء الجماع وقام بمص ثدييها ونزل إلى جوفه شيء من لبنها قل أو كثر فلا يثبت به التحريم كما هو الراجح عند جمهور الفقهاء

أما ما ذهب إليه البعض من القول بأن رضاع الكبير يثبت به التحريم وبالتالي تصبح المـــرأة أما لزوجها من الرضاع ويحرم عليه جماعها بعد ذلك فقد سبق بيان ضعف هذا الرأي ومرجوحيته في العمل به

- أما القانون الجنائي فلم يتعرض لمسائل الرضاع ونحوها لأنها تدخل في نطاق قانون الأحوال الشخصية المستمد من الشريعة الإسلامية

١٩ ــ لا يجوز للزوجين في غير حالة الاضطرار الاتفاق على اللجوء إلى الولادة قيصرية بهدف المحافظة على جمال البضع (الفرج) وإذا حدث هذا فإن هذا العمل يعد جائفة يجب فيها القصاص إذا أجبر الرجل زوجته على هذا العمل

أما في حالة الاتفاق من الزوجين على ذلك فيعد الرضا الصادر منها شبهة في درء الحد عن الزوج ويجب على الزوج ثلث الدية كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء

- أما في القانون الجنائي فإن هذا الفعل يدخل تحت جرائم الإيذاء العمدية الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة ومن ثم فالعقوبة هنا إذا كان الزوج فاعلا أصليا إذا كان طبيبا مختصا أو شريكا تكون بحسب عجز المجني عليه عن أداء عمله فإن كان العجز أقل من عشرين يوما تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائتي جنيه م ٢٤٢ ع
- وإن كان عجز المجني عليه عن أداء أعماله الشخصية أكثر من عشرين يوما فإن العقوبة المحددة لذلك هي الحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد عن عشرين جنيها ولا تجاوز ثلاثمائة جنيه م ٢٤١ ع

(٥٢٦)

٢٠ ــ يجوز للزوج إذا كان مريضا أو به عجز يمنعه عن مقاومة الجماع أن يستخدم الأدوية المعالجة إذا كانت مباحة ووصفها طبيب مسلم عدل ثقة حاذق بالطب حتى لا يفوت حق المرأة في الاستمتاع بالرجل ويرى البعض وجوب التداوي في هذه الحالة بهذه الأمور وهو ما سبق ترجيحه

- أما إذا كان الزوج سليما وأراد استعمال هذه الأدوية بهدف الإسراف في استعمال المباح فإن فعله حينئذ يوصف بالحرمة لأن القرآن الكريم يحرم الإسراف بقوله " ولا تسرفوا " والتبذير بقوله"ولا تبذر تبذيرا "
- كما أنه لا يجوز للرجل في سبيل علاج القصور الجنسي الذي اعتراه أن يلجأ إلى تناول الأدوية المحرمة في ظل وجود البديل المباح لاسيما وقد تقدمت علوم الطب وتخصصاته المختلفة ومن ثم فلجوء البعض إلى تناول المحرمات كالمسكرات والمخدرات ونحو ذلك عمل يستوجب الحد من ولي الأمر وهو إما أربعون جلدة أو ثمانون على الخلاف المتقدم في ذلك
- أما في القانون الجنائي فإنه يتفق مع الفقه الإسلامي في جواز العلاج من القصور الجنسي ولكن إذا استعمل الرجل الأدوية والعقاقير الطبية من غير حاجة إليها فلا يعد عمله مجرما لأنه ليس ثمة نص يجرم هذا السلوك
- أما إذا تعاطى الرجل المسكرات والمخدرات وغيرها من العقاقير المجرمة بهدف العلاج فإن هذا العمل مجرم قانونا ويعاقب فاعله وفقا لنص المادة ٣٧ من قانون المخدرات بالأشغال الشاقة المؤقتة أو الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه ويجوز أن تنزل هذه العقوبة عملا بنص المادة ١٧ ع إلى السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور

- وفي نهاية هذه الرسالة لا يفوتني أن أسجل أن كل عمل بشري لا بد أن يوجد فيه من النقص والهفوات التي يسبق إليها القلم أو يزل عنها الفكر فإن كنت قد أحسنت فمن الله وإن كنت قد أسأت فمني ومن الشيطان

- أسأل الله عز وجل أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم إنه علـــى كـــل شـــيء قـــدير وبالإجابة جدير

والحمد لله أولا وآخرا

(٥٢٧)

فهارس الرسالة

****

* فهرس المراجـــــــــع

* فهرس الصفـــــــحـــات

فهرس المراجع

أولا ــ القرآن الكريم

ثانيا ــ كتب اللغة :

١ ــ أنيس الفقهاء ، قاسم بن عبد الله بن أمير على القونوي ، الناشر ، دار الوفاء ، جدة ، ط ، الاولى ، ١٤٠٦ هـ ، تحقيق د / أحمد بن عبد الرازق الكبيسي

٢ ــ التعاريف ، محمد عبد الرءوف المناوي ، دار الفكر المعاصر ــ دار الفكر ، بيروت ، دمشق ، ط الأولى ، ١٤١٠ هـ ، تحقيق / محمد رضوان الداية

٣ ــ التعريفات ، على بن محمد بن على الجرجاني ، دار الكتاب العربي ، ط ، الأولى ، ١٤٠٥ هـ ، تحقيق / إبراهيم الإبياري

٤ ــ الحدود الأنيقة ، زكريا محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط الأولى ، ١٤١١ هـ ، تحقيق / مازن المبارك .

٥ ــ الزاهر ، جـ١ ،صـ١٤٠ ، محمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبو منصور ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت ، ١٣٩٩ هـ ، ط ، الأولى ، تحقيق د/ محمد جبر الألفي

٦ ــ لسان العرب ، جلال الدين محمد بن جلال الدين بن منظور الإفريقي المصري ، طبعة دار المعارف .

٧ ــ المطلع ، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله ، دار النشر ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠١ هـ /١٩٨١ م ، تحقيق / محمد بشير الأدلبي

٨ ــ المصباح المنير ، للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، مكتبة لبنان ،

٩ ــ المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، ط ، ١٤١٥ هـ /١٩٩٤ م

١٠ ــ معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعة جي ، دار النفائس ، ط ،الأولى ، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م

١١ ــ معجم البلدان ، الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي البغدادي ، ط ، الأولى ، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، تحقيق ، فريد عبد العزيز

١٢ ــ مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، عيسى البابي الحلبي ، القاهرة

ثالثا ــ كتب التفسير :

١٣ ــ أحكام القرآن لابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ط ، ١٩٩٨ م ، تحقيق / علي محمد البجاوي

١٤ ــ أحكام القرآن للجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٥ هـ /١٩٩٤ م .

١٥ ــ أحكام القرآن للشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٠ هـ تحقيق / عبد الغني عبد الخالق

١٦ ــ تفسير البيضاوي ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٦ هـ /١٩٩٦ م ، تحقيق / عبد القادر عرفات حسونة

١٧ ــ تفسير البغوي " معالم التنزيل " الحسين بن مسعود الفراء البغوي أبو محمد ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧ م

١٨ ــ تفسير الجلالين ،العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي والعلامة جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، دار الحديث ، القاهرة .

١٩ ــ تفسير القرطبي " الجامع لأحكام القرآن " لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصاري القرطبي ، دار الغد العربي ، ط ، الثانية ، ١٤١٦ هـ /١٩٩٦ م ، طبعة دار الشعب ،

٢٠ ــ تفسير النسفي ، للإمام الجليل العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ، ط ، دار إحياء الكتب العربية ،عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر

٢١ ــ تفسير القاسمي " المسمى محاسن التأويل " ، محمد جمال الدين القاسمي ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي

٢٢ ــ تفسير القرآن العظيم ، الشهير بتفسير ابن كثير : أبو الفداء إسماعيل بن كثير ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ، ١٤٠١ هـ

٢٣ ــ تفسير الطبري ، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ، ١٤٠٢ هـ

٢٤ ــ روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، للعلامة محمود الألوسي أبي الفضل ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

٢٥ ــ زاد المسير في علم التفسير ، عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤١٤ هـ

٢٦ ــ في ظلال القرآن ، للشيخ سيد قطب ، دار الشروق ، ط ، الخامسة عشرة ،

٢٧ ــ فتح القدير ، الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، محمد بن على بن محمد الشوكاني ، دار الفكر ، بيروت .
٢٨ ــ مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ، للإمام فخر الدين بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الرازي الشافعي ، الناشر ، دار الغد العربي ، ط ، الأولى ، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م

رابعا : كتب الحديث وعلومه :

٢٩ ــ الأدب المفرد ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٩ هـ/١٩٨٩ م ، تحقيق /محمد فؤاد عبد الباقي
٣٠ ــ تحفة الأحوذي ، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٣١ ــ التحقيق في أحاديث الخلاف ، عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١٥ هـ تحقيق / سعد عبد الحميد محمد
٣٢ ــ تلخيص الحبير ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني ، المدينة المنورة ، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم
٣٣ ــ الترغيب والترهيب ، عبد العظيم بن عبد القوي المنذري أبو محمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١٧ هـ ، تحقيق / إبراهيم شمس الدين .
٣٤ ــ تاريخ بغداد ، أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان
٣٥ ــ تدريب الراوي ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، تحقيق / عبد الوهاب عبد اللطيف .
٣٦ ــ جامع العلوم والحكم ، أبو العز عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٨ هـ
٣٧ ــ حلية الأولياء ، أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ، الرابعة ، ١٤٠٥ هـ
٣٨ ــ حاشية ابن القيم ، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤١٥ هـ /١٩٩٥ م

٣٩ ــ خلاصة البدر المنير ، عمر بن علي بن الملقن الأنصاري ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤١٠ هـ ، تحقيق / حمدي عبد المجيد إسماعيل
٤٠ ــ الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل ، دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق / السيد عبد الرحمن هاشم
٤١ ــ الدراري المضية ، محمد بن علي الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٧ هـ/ ١٩٨٧ م
٤٢ ــ سنن الترمذي ، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق / أحمد محمد شاكر
٤٣ ــ سنن الدارمي ،عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٧ هـ ، تحقيق /فؤاد أحمد زمرلي
(٥٣١)
٤٤ ــ سنن ابن ماجة ، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي
٤٥ ــ سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ، دار الفكر ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد
٤٦ ــ سنن الدار قطني ، علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني ، البغدادي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٦ هـ /١٩٦٦ م ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم
٤٧ ــ سنن النسائي ، الحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط ، الأولى ، ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م
٤٨ ــ سنن النسائي (المجتبى) الحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب ، ط ، الثانية ، ١٤٠٦ هـ /١٩٨٦ م ، تحقيق / عبد الفتاح أبو غدة
٤٩ ــ سنن البيهقي الكبرى ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، مكتبة ، دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ هـ /١٩٩٤ م ، تحقيق / محمد عبد القادر عطا .
٥٠ ــ سنن سعيد بن منصور ، دار العصيمي ، الرياض ١٤١٤ هـ ، الرياض ، تحقيق / سعد بن عبد الله بن عبد العزيز
٥١ ــ السنن الكبرى للنسائي ، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م ، تحقيق د / سليمان عبد القار البنداري
٥٢ ــ سبل السلام ، محمد بن إسماعيل الصنعاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت

٥٣ ــ شرح معاني الآثار ، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٣٩٩ هـ، تحقيق / محمد زهري النجار
٥٤ ــ شرح النووي على صحيح مسلم ، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٣٩٢ هـ
٥٥ ــ صحيح ابن حبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤١٤ هـ /١٩٩٣ م ، تحقيق / شعيب الأرناؤوط
٥٦ ــ صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، دارإحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي

٥٧ ــ صحيح ابن خزيمة ، محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٠ م ، تحقيق د/ محمد مصطفى الأعظمي
٥٨ ــ صحيح البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ط، الثالثة ، ١٤٠٧ هـ /١٩٨٧ م ، تحقيق د/ مصطفى ديبا
٥٩ ــ صفوة الصفوة ، عبد الرحمن بن علي بن محمد أبو الفرج ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٣٩٩ هـ /١٩٧٩ م ، تحقيق / محمود فاخوري ،د/محمد رواس قلعة جي
٦٠ ــ عون المعبود ، محمد شمس الحق العظيم أبادي أبو الطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤١٥ هـ
٦١ ــ عمدة القاريء بشرح صحيح البخاري ، محمد بن أحمد العيني ، مصطفي البابي الحلبي ، القاهرة
٦٢ ــ العلل المتناهية ، عبد الرحمن بن علي بن الجوزي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، تحقيق / خليل الميسي
٦٣ ــ فيض القدير شرح الجامع الصغير ، شمس الدين محمد المعروف بعبد الرءوف المناوي ، الشافعي ، الناشر ، مكتبة نزار ، مصطفى الباز ، مكة المكرمة ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـ /١٩٩٨ م
٦٤ ــ فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩ هـ ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي .

٦٥ ــ الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ترتيبب وتأليف ، أحمد عبد الرحمن البنا ، دار الشهاب ، القاهرة
٦٦ ــ الكامل في ضعفاء الرجال ، عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد أبو أحمد الجرجاني ، دار الفكر ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م ، تحقيق / يحيى مختار غزاوي ،
٦٧ ــ كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الحديث على ألسنة الناس ، إسماعيل بن محمد العجلوني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ، الرابعة ، ١٤٠٥ هـ ، تحقيق / أحمد القلاش
٦٨ ــ الكفاية في علم الرواية ،أحمد بن علي بن ثابت أبو بكر الخطيب البغدادي ، المكتبة العلمية ، المدينة المنورة

(٥٣٣)

٦٩ ــ لسان الميزان ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ط ، الثالثة ، ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م ، تحقيق / دائرة المعارف النظامية ، الهند .
٧٠ ــ مسند الطيالسي ، سليمان بن داود أبو داود الفارسي البصري الطيالسي ، دار المعرفة ، بيروت ،
٧١ ــ مسند الإمام أحمد ، الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني ،مؤسسة قرطبة ، مصر ،
٧٢ ــ مسند أبي يعلي ، أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلي الموصلي التميمي ، دار المأمون للتراث ، دمشق ، ط ، الأولى ، ١٤٠٤ هـ /١٩٨٤ م ، تحقيق / حسين سليم أسد
٧٣ ــ مسند الشافعي ، محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٧٤ ــ مسند الشهاب ، محمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القصاعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ /١٩٨٦ م ، ط ، الثانية ، تحقيق / حمدي بن عبد المجيد السلفي
٧٥ ــ مسند أبي عوانة ، أبو عوانة يعقوب بن إسحاق الإسفراييني ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٩٩٨ م ، تحقيق / أيمن بن عارف الدمشقي .
٧٦ ــ المستدرك على الصحيحين ، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤١١ هـ /١٩٩٠ م ، تحقيق /مصطفى عبد القادر عطا

٧٧ ــ مصنف ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤٠٩ هـ ، تحقيق /كمال يوسف الحوت
٧٨ ــ مصنف عبد الرازق ، أبو بكر عبد الرازق بن همام الصنعاني ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق / حبيب الرحمن الأعظمي
٧٩ ــ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، علي بن أبي بكر الهيثمي ، دار الريان للتراث ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ
٨٠ ــ مصباح الزجاجة ، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني ، دار العربية ، بيروت ، ط ، الثانية ، ١٤٠٣ ، تحقيق / محمد المنتقى الكشناوي
٨١ ــ معتصر المختصر ، يوسف بن موسى الحنفي أبو المحاسن عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ،
٨٢ ــ موطأ الإمام مالك ، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ، دار إحياء التراث العربي ، مصر ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي

٨٣ ــ موارد الظمآن ، علي بن أبي بكر الهيثمي أبو الحسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق / محمد عبد الرازق حمزة
٨٤ ــ المعجم الكبير للطبراني ، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني ، مكتبة العلوم والحكم ، الموصل ، ط ، الثانية ، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٣ م ، تحقيق / حمدي عبد المجيد السلفي
٨٥ ــ المعجم الأوسط للطبراني ، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، دار الحرمين ، القاهرة ، ١٤١٥ هـ ، تحقيق / طارق بن عوض الله
٨٦ ــ المغني في الضعفاء ، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي ، تحقيق نور الدين عتر
٨٧ ــ المجروحين ، أبو حاتم محمد بن حبان البستي ، دار الوعي ، حلب ، تحقيق / محمود إبراهيم زايد
٨٨ ــ معرفة علوم الحديث ،أبو عبد الله محمود بن عبد الله الحاكم النيسابوري ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٣٩٧ هـ/١٩٧٧ م ط ، الثانية ، تحقيق / السيد معظم حسين
٨٩ ــ نصب الراية ، عبد بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي ، دار الحديث ، مصر ، ١٣٥٧ هـ ، تحقيق / محمد يوسف
٩٠ ــ نيل الأوطار ، محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣ م

خامسا ــ كتب الفقه :

(أ) كتب الحنفية :

٩١ ــ الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود بن مودود بن الموصلي النفي دار الفكر العربي

٩٢ ــ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن السعود الكاساني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولي ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م

٩٣ ــ بداية المبتدي ، العلامة الشيخ برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني الميرغيناني ، طبع على نفقة ، حامد إبراهيم كرسون وأخيه محمود إبراهيم كرسون .

٩٤ ــ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة زيد الدين بن نجيم الحنفي دار المعرفة

٩٥ ــ البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

٩٦ ــ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، الناشر دار الكتاب الإسلامي ، ط ، الثانية

٩٧ ــ تحفة الفقهاء محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ١٤٠٥هـ ، ط ، الأولي

٩٨ ــ تحفة الملوك محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار النشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٤١٧هـ ، ط ، الأولي تحقيق د/ عبد الله نذير أحمد

٩٩ ــ تكملة رد المحتار على الدر المختار ، لسيدي محمد علاء الدين أفندي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م ،بيروت ، لبنان

١٠٠ ــ تكملة فتح القدير " نتائج الأفكار في كشف الأمور والأسرار " للمولي شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان

١٠١ ــ الجامع الصغير ،جـ١، صـ٤٨٤ ، لمحمد بن الحسن الشيباني ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤٠٦ هـ

١٠٢ ــ الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني عالم الكتب ،بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣هـ ، ط ، الثانية تحقيق ، مهدي حسن الكيلاني القادري

١٠٣ ــ حاسية الطحطاوي علي مراقي الفلاح أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، مكتبة البابي الحلبي بمصر ، ١٣١٨هـ ، ط ، الثانية

١٠٤ ــ حاشية الشلبي للشيخ شهاب الدين احمد الشلبي بهامش تبين الحقائق الناشر دار الكتاب الإسلامي ، ط ، الثانية
١٠٥ ــ الدر المنتقي في شرح المتلقي ، للشيخ محمد بن علي بن محمد الحضي المعروف بالعلا الحصكفي مطبوع من مجمع الأنهر دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط ، الأولي ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م
١٠٦ ــ الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، لمحمد علاء الدين الحصكفي ، دار الفكر للطباعة والنشر
١٠٧ ــ رد المحتار علي الدار المختار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
١٠٨ ــ شرح فتح القدير للشيخ كمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بابن الهمام دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،
١٠٩ ــ شرح العناية علي الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي بهامش شرح فتح القدير دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان
١١٠ ــ الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند دار الفكر، ط ، الثانية ١٤١١هـ / ١٩٩١م

(٥٣٦)

١١١ ــ الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز للشيخ الإمام الحافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي دار الفكر ، ط ، الثانية ١٤١١هـ /١٩٩١م
١١٢ ــ فتاوى قاضيخان ، لفخر الملة والدين محمود الأوز جندي ، الفكر ، ط ، الثانية ١٤١١هـ /١٩٩١م
١١٣ ــ فتاوى السغدي عي بن حسين بن السغدي ، مؤسسة الرسالة ، دار الفرقان ، ، بيروت ١٤٠٤هـ ، ط ، الثانية ، تحقيق د/ صلاح الدين ، القاهرة
١١٤ ــ الهداية شرح بداية المبتدي علي بن أبي بكر بن شرح الجليل الميرغباني أبوالحسن
١١٥ ــ الكفاية علي الهداية لجلال الدين الخوازرمي الكرلاني مطبوع مع شرح فتح القدير ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان
١١٦ ــ الكسب لمحمد بن الحسن الشيباني ، الناشر، عبد الهادي حرصوني ، دمشق ، ط ، الأولي ١٤٠٠هـ
١١٧ ــ المبسوط محمد بن أحمد السرخسي دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٦هـ ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان
١١٨ ــ المبسوط لمحمد بن الحسن بن فرقد الشيباني أبو عبد الله ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي ، تحقيق : أبو الوفاء الأفغاني

١١٩ ــ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر اعبد الرحمن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولي ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨
١٢٠ ــ ملتقى الأبحر للإمام إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي مطبوع مع مجمع الأنهر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ،الأولي ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م
١٢١ ــ مختصر اختلاف العلماء للجصاص أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الجصاص

(ب) كتب المالكية :
١٢٢ ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد أبو الوليد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد بن رشد ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م
١٢٣ ــ البيان والتحصيل لأبي البيان بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي ، الناشر ، دار المغرب العربي ،

١٢٤ ــ التمهيد لابن عبد البر أبو يوسف عمر بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية ، طبعة ١٣٨٧هـ ، تحقيق مصطفي بن أحمد العلوي
١٢٥ ــ التاج والإكليل لمختصر الخليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي عبد القاسم العبدري الشهير بالمواق ، مطوع بهامش مواهب الجليل ، دار الفكر ، ط ، الثالثة ١٤١٢هـ /١٩٩٢م
١٢٦ ــ تبين المسالك شرح تدريب السالك إلي أقرب المسالك لعلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحساني شرح محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني ، الناشر دار المغرب الإسلامي ، ط ، الثانية ، ١٩٩٥م
١٢٧ ــ الثمر الداني شرح رسالة القيرواني للشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهري دار النشر المكتبة الثقافية ، بيروت ، لبنان
١٢٨ ــ حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية عيسي الباني الحلبي وشركاه
١٢٩ ــ حاشية الشيخ العدوى بهامش الخرشي ، دار الفكر للطباعة والنشر

١٣٠ ــ الخرشي علي مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد الخرشي، دار الفكر للطباعة والنشر
١٣١ ــ الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، دار المغرب الإسلامي ، تحقيق الأستاذ محمد أبو خبزة
١٣٢ ــ رسالة أبي زيد للشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي مطبوع بهامش الفواكه الدواني شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م
١٣٣ ــ الشرح الكبير لأبي البركات بن أحمد الدردير دار إحياء الكتب العربية ، عيسي الباني الحلبي وشركاه
١٣٤ ــ الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير ، بهاش ملتقى المسالك ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
١٣٥ ــ شرح الزرقاني علي مختصر خليل ، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ١٤١١هـ / ١٩٩١م ، ط ، الأولي
١٣٦ ــ الفواكه الدواني أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي ، مطبعة ومكتبة مصطفي البالي الحلبي وأولاده بمصر ، ط ، الثالثة ، ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م
١٣٧ ــ فتح العلي المالك في الفتوى علي مذهب الإمام مالك ، لأبي عبد الله الشيخ محمد عيسي الطبعة الأخيرة ١٣٧٨هـ / ١٩٥٨م شركة مكتبة ومطبعة مصطفي الياس الحلبي وأولاده بمصر

١٣٨ ــ القوانين الفقهية ، الإمام أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ، مكتبة أسامة ، بيروت لبنان .
١٣٩ ــ الكافي لابن عبد البر أبو يوسف عمر بن عبد الله بن عبد البر القرطبي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ١٤٠٧ هـ ، ط ، الأولي
١٤٠ ــ كفاية الطالب لأبي الحسن المالكي ، دار الفكر بيروت ، لبنان ١٤١٢هـ
١٤١ ــ مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب دار الفكر ، ط ، الثالثة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م
١٤٢ ــ المدونة ، أبو عبد الله الإمام مالك بن أنس ، دار الصادر .
١٤٣ ــ ملتقى السالك لأقرب المسالك ، للشيخ احمد الصاوي ، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع

(ج) كتب الشافعية :

١٤٤ ــ الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس طبعة مصورة عن طبعة بولاق الدار العربية للتأليف والترجمة
١٤٥ ــ إحياء علوم الدين أبي حامد الغزالي ، دار إحياء الكتب العلمية عيسي البابي الحلبي وشركاه
١٤٦ ــ الإجماع لابن المنذر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر دار الدعوة الأسكندرية ١٤٠٢، ط ، الثالثة تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم
١٤٧ ــ إعانة الطالبين السيد بكري بن السيد شطا الدمياطي أبو بكر ، دار الفكر بيروت ، لبنان
١٤٨ ــ البيان في مذهب الإمام الشافعي ، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير سالم الغمراني الشافعي اليمني ، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م
١٤٩ ــ تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي ، دار الفكر
١٥٠ ــ تكملة المجموع شرح المهذب ، محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جده السعودية
١٥١ ــ الحاوي الكبير للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المكتبة التجارية ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م
١٥٢ ــ حاشية العلامة الشيخ سليمان الجمل علي شرح المنهج دار الفكر
١٥٣ ــ حاشية الشيخ شهاب القليوبي علي جلال الدين المحلي علي المنهاج ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسي إلياس وشركاه
١٥٤ ــ حاشية الشيخ عميرة علي جلال الدين المحلي علي المنهاج ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسي إلياس الحلبي وشركاه

(٥٣٩)

١٥٥ ــ حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري علي بن قاسم ، مصطفي إلياس الحلبي وأولاده بمصر
١٥٦ ــ حاشية فتح العين زين الدين بن عبد العزيز المليباري ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان
١٥٧ ــ حواشي الشرواني علي تحفة المحتاج ، للشيخ عبد الحميد الشرواي والشيخ أحمد بن قاسم العبادي ، دار الفكر
١٥٨ ــ حلية العلماء محمد بن أحمد الشاشي القفال ، مؤسسة الرسالة بيروت ، لبنان ١٤٠٠هـ ، ط ، الأولي تحقيق د / ياسين أحمد إبراهيم
١٥٩ ــ حاشية الشبراملسي ، أبو الضياء نور الدين على بن علي الشبراملسي مع نهاية المحتاج شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٨٦ هـ /١٩٦٧ م

١٦٠ ــ حاشية البيجرمي على الخطيب ، حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجرمي الشافعي المسماة " تحفة الحبيب على شرح الخطيب " دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م
١٦١ ــ روضة الطالبين للإمام زكريا يحيي بن شرف النووي ، المكتبة الإسلامية بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤٠٥هـ
١٦٢ ــ شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري ، بهامش حاشية الجمل ، دار الفكر
١٦٣ ــ شرح جلال الدين الحلي علي منهاج الطالبين ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسي البابي الحلبي وشركاه
١٦٤ ــ شرح العلامة ابن قاسم الفزي علي متن أبي شجاع ، مصطفي البابي الحلبي وشركاه بمصر ، ط ، ١٣٤٣هـ
١٦٥ ــ شرح زيد سلامة للرملي الأنصاري ، محمد بن أحمد الرملي الأنصاري ، دار المعرفة بيروت ، لبنان
١٦٦ ــ العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان
١٦٧ ــ فتح الوهاب ، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ١٤١٨ هـ ، ط ، الأولي
١٦٨ ــ فتح المعين لزين الدين بن عبد العزيز المليباري ، دار الفكر بيروت ، لبنان
١٦٩ ــ منهاج الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر
١٧٠ ــ منهج الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري بهامش منهاج الطالبين شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي وأولاده بمصر

(٥٤٠)

١٧١ ــ مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، ط ، ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م شركة مكتبة ومطبعة مصطفي البابي وأولاده بمصر
١٧٢ ــ المجموع زكريا يحيي الدين بن شرف النووي / مكتبة الإرشاد جده السعودية ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م
١٧٣ ــ المهذب إبراهيم بن علي بن يوسف الشبرازي أبو إسحاق دار الفكر بيروت ، لبنان
١٧٤ ــ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٨٦ هـ /١٩٦٧ م
١٧٥ ــ نهاية الزين محمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي ، دار الفكر بيروت ، لبنان ، ط ، الأولي

١٧٦ ــ الوسيط في المذهب لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي ، دار السلام ، القاهرة

(د) كتب الحنابلة :

١٧٧ ــ أعلام الموقعين عن رب العالمين ، للإمام ابن قيم الجوزية ، الناشر ، دار الحديث ، القاهرة ، ط ، الثالثة ، ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م
١٧٨ ــ الإقناع في فقه الإمام أحمد ، لشيخ الإسلام شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ، الناشر ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
١٧٩ ــ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، منشورات محمد على بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
١٨٠ ــ إغاثة اللهفان ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية ، مكتبة التراث ، القاهرة .
١٨١ ــ دليل الطالب ، لمرعي بن يوسف الحنبلي ، دار النشر ، المكتب الإسلامي ، بيروت لبنان ، ١٣٨٩ هـ ، ط ، الثانية .
١٨٢ ــ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، للعلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، الناشر ، دار الفكر ، طبعة ، ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م
١٨٣ ــ زاد المعاد في هدي خير العباد للإمام ابن قيم الجوزية ، الناشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، طبعة ١٣٧٩ هـ ، المطبعة المصرية
١٨٤ ــ شرح العمدة في الفقه لابن تيمية الحراني ، أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني ، مكتبة العبيكان الرياض ، ١٤١٣ هـ ، ط ، الأولى ، تحقيق ، د/ سعود صالح العبيكان ١٨٦
١٨٥ــ الشرح الكبير على متن المقنع ، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة ، دار الحديث ، القاهرة ، ط ، الأولى ، ١٤١٦ هـ ١٩٩٦ م .

(٥٤١)

١٨٦ ــ عمدة الفقه ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الناشر ، مكتبة الطرفين ، الطائف ، تحقيق / عبد الله العبدلي ، محمود العتيبي
١٨٧ ــ الفروع ، لأبي عبد الله محمد بن مفلح ، تحقيق أبي الزهرتء حازم القاضي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م
١٨٨ ــ كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، الناشر ، دار الفكر ، طبعة ، ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م

١٨٩ ــ الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد لشيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسي ، تحقيق ، أحمد بن محمد عبد الحميد ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي
١٩٠ ــ منتهى الإرادات لتقي الدين الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار ، تحقيق / عبد الغني عبد الخالق ، الناشر ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان .
١٩١ ــ منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، طبعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط، الأولى ، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م
١٩٢ ــ مجموع فتاوى ابن تيمية ، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، دار الرحمة للنشر والتوزيع
١٩٣ ــ المبدع شرح المقنع ، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم محمد بن محمد عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م
١٩٤ ــ المغني ، الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ، الناشر ، دار الحديث ، القاهرة ، ط، الأولى ، ١٤١٦ هـ /١٩٩٦ م .
١٩٥ ــ المحرر ، للشيخ عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٤٠٤ هـ ط ، الثانية .
١٩٦ ــ نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، للشيخ الإمام عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني الحنبلي ، دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي .

(هـ) كتب الظاهرية :

١٩٧ ــ المحلى ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، تحقيق الشيخ / أحمد محمد شاكر

(و) كتب الزيدية :

١٩٨ ــ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضي دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .

(٥٤٢)

١٩٩ ــ التاج المذهب ، لأحمد بن قاسم الصنعاني ، ط ، الأولى ، ١٣٦٦ هـ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة
٢٠٠ ــ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، للحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد ب سليمان بن صالح السياغي الحليمي الصنعاني ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان .

٢٠١ ــ الروضة الندية شرح الدرر البهية ، لأبي الطيب صديق بن حسن بن علي بن الحسين القنوجي البخاري ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان .
٢٠٢ ــ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني ، ط، الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، تحقيق / محمود إبراهيم زايد ، ، ١٤٠٥ هـ /١٩٨٥ م

(ز) كتب الإمامية :

٢٠٣ ــ جواهر الكلام للشيخ محمد حسن النجفي ، تحقيق محمود القوجاني ، دار إحياء التراث العربي ، ط ، السابعة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١ م
٢٠٤ ــ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ، دار العالم الإسلامي ، بيروت ، لبنان
٢٠٥ ــ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي الحلي ، دار الزهراء ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثانية ، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩١م
٢٠٦ ــ اللمعة الدمشقية ، للشهيد السعيد محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، ط، العالم الإسلامي ، بيروت ، لبنان
٢٠٧ ــ مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام ، لزين الدين بن علي العاملي الجبعي ، مؤسسة الوفاء ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤٠٤ هـ /١٩٨٤ م
٢٠٨ ــ من لا يحضره الفقيه ، لأبي جعفر محمد بن على بن الحسين بن بابويه ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م
٢٠٩ ــ مستمسك العروة الوثقى ، للطباطبائي ، طبع مطبعة النجفة ، ط ، الثانية ، ١٣٧٧ هـ
٢١٠ ــ المختصر النافع في فقه الإمامية ، لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الهذلي الحلي ، دار الزهراء ، بيروت ، لبنان ، ط ، الثالثة ، ١٤١٩ هـ /١٩٩٨ م
٢١١ ــ وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، للشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، تحقيق الشيخ / عبد الرحيم الرباني الشيرازي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩١ م

(٥٤٣)

(ح) كتب الإباضية :

٢١٢ ــ شرح النيل وشفاء العليل ، للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية .

٢١٣ ــ كتاب النيل وشفاء العليل ، للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية .

سادسا : كتب أصول الفقه وقواعده الكلية

٢١٤ ــ الأشباه والنظائر ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه
٢١٥ ــ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة ، لزين العابد ين بن إبراهيم بن نجيم تحقيق وتعليق / عبد العزيز محمد الوكيل ، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٨ م
٢١٦ ــ إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الحق من علم الأصول ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
٢١٧ ــ الإحكام في أصول الأحكام ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
٢١٨ ــ الإبهاج ، علي بن عبد الكافي السبكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٤ هـ
٢١٩ ــ الإحكام للآمدي ، علي بن محمد الآمدي أبو الحسين ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط، الأولى ، ١٤٠٤ هـ تحقيق د/ سيد الجميلي
٢٢٠ ــ البرهان في أصول الفقه ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي ، الناشر ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، ط ، الرابعة ، تحقيق د/ عبد العظيم محمود الديب
٢٢١ ــ التبصرة ، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي ، دار الفكر ، دمشق ، ط ، الأولى ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق د/ محمد حسن هيتو
٢٢٢ ــ التمهيد ، عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي أبو محمد ، مؤسسة ، الرسالة ، بيروت ، ط، الأولى ، ١٤٠٠ هـ
٢٢٣ ــ روضة الناظر وجنة المناظر ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، الناشر ، جامعة الإمام محمد بن سعود ، الرياض ، ط ، الثانية ، ١٣٩٩ هـ ، تحقيق د/ عبد العزيز عبد الرحمن السعيد
٢٢٤ ــ شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، دار القلم دمشق ط الرابعة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م

(٥٤٤)

٢٢٥ ــ فواتح الرحموت ، للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه للشيخ محب الله بن عبد الشكور ، طبعة دار

الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، مطبوع مع كتاب المستصفى للإمام الغزالي
٢٢٦ ــ كشف الأسرار في شرح المصنف على المنار ، للإمام الجليل عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ، ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط، ١٤٠٨
٢٢٧ ــ كتاب التقرير والتحبير ، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦ م ، ط ، الأولى ، مكتبة البحوث والدراسات ،
٢٢٨ ــ اللمع في أصول الفقه ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط، الأولى ، ١٤٠٥ هـ /١٩٨٥ م ،
٢٢٩ ــ الموافقات في أصول الأحكام ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، دارإحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي وطبعة ، دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق / عبد الله دراز ،
٢٣٠ ــ المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، مؤسسة الرسالة ، ط، الثالثة ، ١٤١٨ هـ/ ١٩٩٨ م . ، وطبعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض ، ط ، الأولى ، ١٤٠٠ هـ ، تحقيق /طه جابر فياض العلواني
٢٣١ ــ المستصفى ، محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط ، الأولى ، ١٤١٣ هـ ، تحقيق / محمد عبد السلام الشافعي .
٢٣٢ ــ المعتمد ،محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ، الأولى ، ١٤٠٣ هـ ، تحقيق / خليل الميس
٢٣٣ ــ المسودة ، لابن تيمية ، احمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، دار النشر ، المدني ، القاهرة ، تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد
٢٣٤ ــ نهاية السول شرح منهاج الوصول في علم الأصول ، للإمام جمال الدين عبد الرحمن الإسنوي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان

سابعا ــ المراجع الحديثة في الفقه الإسلامي

٢٣٥ ــ أبو الأعلى المودودي ، تفسير ، سورة النور، مؤسسة الرسالة ، ط ، ١٣٩٩ هـ /١٩٧٩ م
٢٣٦ ــ د/ حسن الشاذلي ، الجنايات في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، الناشر ، دار الكتاب الجامعي

٢٣٧ ــ د/ سيف رجب قزامل ، الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، ط ، الأولى ، ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٦ م

٢٣٨ ــ سعد الدين مسعد هلالي ، الواضح في الجنايات وموجبها ، دراسة فقهية مقارنة ، " بدون تاريخ "
٢٣٩ ــ أ / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، ط ، الرابعة عشرة ، ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٧ م .
٢٤٠ ــ عبد الله مبروك النجار ، الضرر الأدبي ومدى ضمانه ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، الأولى ، ١٤١١ هـ/١٩٩٠ م
٢٤١ ــ عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الحديث القاهرة .
٢٤٢ ــ د / علي أحمد مرعي ، بحوث في البيع ، دراسة فقهية مقارنة ، ط ، الأولى ، ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢ م .
٢٤٣ ــ د/عبد الفتاح محمود إدريس ، حكم التداوي بالمحرمات ، بحث فقهي مقارن ، ط ، الأولى ، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣ م
٢٤٤ ــ د/ مصطفى عرجاوي ، أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار المنار ، ١٩٩٢ م
٢٤٥ ــ د/ محمد أحمد مكين ، إنهاء عقد النكاح وحقوق الأولاد والأقارب في الفقه الإسلامي والقانون المصري ، ط ، الأولى ، ١٩٩٦ /١٩٩٧ م
٢٤٦ ــ د/ وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، ط ، الرابعة ، ١٤١٨ هـ/ ١٩٩٧ م
٢٤٧ ــ الدليل الإسلامي لتنظيم الأسرة يصدر عن المركز الدولي والبحوث السكانية ، جامعة الأزهر

ثامنا ــ الرسائل العلمية والدوريات :

٢٤٨ــ د/ أحمد حسني طه ، حماية الحق في السرية والخصوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، صـ٣٩١ وما بعدها ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفنا الأشراف دقهلية ، العدد الأول ، جـ١ ، ١٤٢٢ هـ /٢٠٠١ م ،
٢٤٩ ــ د/ السيد رضوان جمعة ، كفارة القتل دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي ، مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، كلية الشريعة والقانون بدمنهور العدد (١١) ١٤١٧ هـ /١٩٩٦ م

٢٥٠ ــ د/ السيد رضوان جمعة ، كفارة الإفطار في نهار رمضان ،مجلة البحوث الفقهية والقانونية ، كلية الشريعة والقانون بدمنهور العدد (١٥) جـ٢ ، ١٤٢٠ هـ /٢٠٠٠ م
٢٥١ ــ شكري إبراهيم صالح ، مرض الإيدز وأثره على حق الزوجين في طلب التفريق بينهما ، مجلة كلية الشريعة والقانون بدمنهور ، العدد (١١) ١٤١٧ هـ /١٩٩٦م

٢٥٢ ــ شحاتة عبد المطلب حسن ، حجية الدليل المادي في الإثبات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ، صـ٩٨ ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .
٢٥٣ ــ صلاح محمد علي حماية ، الوسيلة وأثرها على العقوبة في جرائم الاعتداء على الأشخاص ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م
٢٥٤ ــ كمال عبد الرازق فلاح ، رضاء المجني عليه ودوره في المسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراه ، مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الأسكندرية

تاسعا ــ مراجع القسم القانوني :

٢٥٥ ــ د/ أحمد عبد العزيز الألفي ، مذكرات في القسم الخاص في قانون العقوبات طبعة ، ١٩٨٨ م
٢٥٦ ــ د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦م
٢٥٧ ــ د/ أحمد فتحي سرور ، الحق في الحماية الخاصة ، بحث مقدم إلي مؤتمر الحق في الحياة الخاصة مقدم بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٨٧م
٢٥٨ ــ أحمد محمد بدوي ، جرائم العرض ، الناشر مكتبة سعد سمك
٢٥٩ ــ أحمد حسني طه ، حماية الحق في السرية والخصوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف دقهلية ، ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١م العدد الأول
٢٦٠ ــ ، د/ إبراهيم عيد نايل ، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي ، " الحماية الجنائية للحديث والصورة " دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ، ٢٠٠٠ م
٢٦١ ــ لواء خبير / أبو بكر عزمي عبد اللطيف ، الجرائم الجنسية وإثباتها مع مباديء أصول علم الأدلة في مجال إثباتها ، دار المريخ للنشر ، الرياض ، السعودية
٢٦٢ ــ م / السيد خلف محمد ، قضاء المخدرات وقواعد الضبط والتفتيش وتسبب الأحكام ، صـ٨٧ ، ط، الأولى ، ١٩٨٤ م
٢٦٣ ــ د/ أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ، ط، الثالثة ، مكتبة النهضة ، بيروت ، لبنان
٢٦٤ ــ د/ إدوارد غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية ، ط ، الثالثة ، ١٩٩٧م

٢٦٥ ــ د/ إدوارد غالي الذهبي ، في جرائم المخدرات ، ط ، الثانية ١٩٨٨م
٢٦٦ ــ د/ جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥
٢٦٧ ــ د/ جلال ثروت ، نظم القسم الخاص ، جرائم الاعتداء علي الأشخاص ، طبعة ، ١٩٧١ م

٢٦٨ ــ د/ حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص ، طبعة ١٩٩١ م ، الناشر ، منشأة المعارف بالأسكندرية ،
٢٦٩ ــ د/ حسني الجدع ، الوجيز في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ، ط ، ١٩٨٩ م
٢٧٠ ــ د/ حسني الجدع ، تجاوز حق الاستمتاع بالزوجة دراسة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ، طبعة ، ١٩٩٤ م
٢٧١ ــ د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، منشأة المعارف بالأسكندرية
٢٧٢ ــ د/ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، طبعة ١٩٩٧م
٢٧٣ ــ د/ رؤف عبيد ، في شرح قانون العقوبات التكميلي ، صـ٥٥ ، طبعة ١٩٧٩
٢٧٤ ــ د/ رءوف عبيد جرائم الاعتداء علي الأشخاص والأموال ، الفكر العربي ، طبعة ، ١٩٨٥م
٢٧٤ ــ د/ رءوف عبيد السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٤ م ، دار الفكر العربي
٢٧٥ ــ د/ سامح السيد جاد ، دروس في شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، طبعة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م
٢٧٦ ــ د/ سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠ م
٢٧٧ ــ د/ طارق سرور ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ط، الأولى ، ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية ، القاهرة
٢٧٨ ــ د/ عبد التواب معوض الشوربجي ، دروس في قانون العقوبات جرائم الاعتداء علي الأشخاص ، طبعة ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م
٢٧٩ ــ عبد الحميد الشواربي ، شرح قانون العقوبات ، القس الخاص ، صـ٦٦١ ، ط ، ١٩٩٢ م ، منشأة المعارف بالأسكندرية ،

٢٨٠ ــ د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ
٢٨١ ــ د / عوض محمد ، في جرائم الأشخاص والأموال ، طبعة ١٩٨٥ م
٢٨٢ ــ د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ، ١٩٨٦ م
٢٨٣ ــ م /عدلي خليل ، جنح وجنايات الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعي ،الشرعي ، ط ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، طبعة ١٩٩٩ م

٢٨٤ ــ م / عزت حسنين ، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، ط ، الأولى ، ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م
٢٨٥ ــ د / فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط، الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ م
٢٨٦ ــ د/ فتوح الشاذلي ، مساهمة القانون الجنائي في الحد من انتشار فيروس الإيدز ، دراسة مقارنة في القانون المصري وقانون الإمارات العربية المتحدة صـ١٢١ ، بحث مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون المنعقد بمدينة العين الإماراتية في الفترة من ٣ / ٥ مايو ١٩٩٨ م ، هذا البحث منشور ضمن مجموعة أبحاث بعنوان القانون الجنائي والإيدز ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ٢٠٠١ م ،
٢٨٧ ــ د/ فتوح الشاذلي أيضا ، دور القانون في الوقاية من انتشار فيروس الإيدز صـ٧٠ ، بحث مقدم إلى مؤتمر حق المواطن في التثقيف الصحي ، المنعقد في الأسكندرية ، في الفترة من ١٩ إلى ٢١ إبريل ١٩٩٤ م ،
٢٨٨ ــ فتوح الشاذلي ، أضواء على الجوانب القانونية لمرض الإيدز ، تقرير مقدم إلى ندوة القانون والإيدز التي نظمتها الجمعية المصرية للطب والقانون بالأسكندرية ، ١٩٩١ م
٢٨٩ ــ د/ محمد رفعت رشوان ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الاعتداء علي الأشخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ، ٢٠٠٠/٢٠٠١م
٢٩٠ ــ د/ محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دراسة تأصلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية ،ط، الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٨٨م
٢٩١ ــ د/ محمود نجيب حسني ، الموجز في شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٩٣م
٢٩٢ ــ د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، الثانية ١٩٩٤م

٢٩٣ ــ د/ مأمون سلامة قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٩٠/١٩٩١م
٢٩٤ ــ د/ محمد عطية راغب الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي المصري ، طبعة ١٩٥٧م
٢٩٥ ــ م / محمد محمد الشهاوي ، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في مواجهة الصحافة ، صـ٨٦ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط، الأولى ، ٢٠٠١ م

٢٩٦ ــ د/ محمود عبد الرحمن محمد ، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية ، دراسة مقارنة ، صـ٦٣ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ م ،
٢٩٧ ــ د/ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ، ط، ١٩٨٩ م ،الناشر ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ،
٢٩٨ ــ د/ محمد زكي أبو عامر الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر ، ط ، ١٩٨٤ م ، الناشر ، الفنية للطباعة والنشر
٢٩٩ــ محمد عيد الغريب ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، طبعة ١٩٩٩ /٢٠٠٠ م
٣٠٠ ــ د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط، الثامنة ، ١٩٨٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
٣٠١ ــ د/ مصطفي الشاذلي ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والأدب ، المكتب العربي الحديث
٣٠٢ ــ د/ منصور السعيد ساطور ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ،طبعة ١٩٩٥م
٣٠٣ ــ د/ محمود عبد الرحمن محمد ، نطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية ، دراسة مقارنة ، صـ٦٣ وما بعدها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ م ،
٣٠٤ ــ د/ مدحت رمضان ، جرائم الاعتداء علي الأشخاص والإنترنت دار النهضة العربية القاهرة طبعة ٢٠٠٠م
٣٠٥ ــ د/ مجدي محب حافظ ، قانون المخدرات معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا ، صـ٢٤٢ /٢٤٣ ، ط، الثالثة ، ١٩٩٧ م
٣٠٦ ــ م/ معوض عبد التواب ، جرائم المخدرات ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ط ، ١٩٨٦ م

٣٠٧ ــ / هلالي عبد اللاه أحمد ، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٩٦ م

٣٠٨ ــ د/ هشام فريد ، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته ، صـ١١٨ ، مكتبة الآلات الحديثة ، ط ، ١٩٨٦ م ،

عاشرا ــ الموسوعات

٣٠٩ ــ م / حسن عبده ، في موسوعة القوانين الجنائية الخاصة في ضوء الفقه والقضاء ، طبعة ١٩٨٧ م ،

٣١٠ ــ د/ على عوض حسن ، الموسوعة الجديدة في مباديء النقض الفريدة ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ، ط، ٢٠٠٠ م

٣١١ ــ م/ عبد الحكم فودة ، الموسوعة الجنائية الحديثة التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه وأحكام النقض ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، طبعة ٢٠٠٠ م

٣١٢ ــ م / مصطفى هرجة ، الموسوعة القضائية الحديثة ، جـ٤ ،صـ ، جرائم المخدرات وأسباب البراءة والأدلة في ضوء الفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ،

٣١٣ ــ الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والقوانين المكملة له الصادر في ٢١ رجب ١٣٩١ هـ الموافق ١١ / ٩ / ١٩٧١ م ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، ط ، السادسة ، ١٩٩٦ م

٣١٤ ــ مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة النقض ، المكتب الفني ، مطبعة دار القضاء العالي ، المصرية القاهرة

حادي عشر ــ الكتب الطبية

٣١٥ ــ أ /إبراهيم عبد الحميد الشرقاوي ، الإيدز طاعون العصر ، الجمعية الكويتية للدراسات والبحوث التخصصية ، ط ، الأولى ، ١٩٩٣ م .

٣١٦ ــ د/ أحمد عكاشة ، الطب النفسي المعاصر ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٩٨ م
٣١٧ ــ أ / السيد جويل ، عقاب الله إيدز ، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع ، الأسكندرية ، ط ، الأولى ، ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٣ م
٣١٨ ــ د/ رفعت كمال ، الإيدز ، مؤسسة أخبار اليوم ، كتاب اليوم الطبي ، العدد (٤٣) ١٩٨٥ م
٣١٩ ــ د/ سليم حسن ، الموسوعة الجنسية ، دار أسامة للنشر والتوزيع
٣٢٠ ــ د/ علي مطاوع ، مدخل إلى الطب الإسلامي ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، وزارة الأوقاف ، العدد الخامس ، ديسمبر ١٩٨٥ م
٣٢١ ــ د/ عبد الحميد محمد عبد العزيز ، الطب والإسلام ، مؤسسة أخبار اليوم ، كتاب اليوم الطبي ، العدد (٨٥) ١٩٨٨ م والعدد (٨٦) ١٩٨٩ م
٣٢٢ ــ د/محمد كامل عبد الصمد ، الإعجاز العلمي في السنة النبوية
٣٢٣ ــ د، محمد صادق صبور ، مرض نقص المناعة المكتسب إيدز ، مركز الأهرام للترجمة والنشر ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٣ م .
٣٢٤ ــ مدحت عزيز شوقي ، الإيدز مرض العصر ، ط ، الأولى ، ١٩٨٥ م
٣٢٥ ــ محمد زهير صقر الحلبي ، الإيدز الخطر الداهم ، مقال منشور بمجلة الأمة ، العدد (٦٤) ربيع الآخر ، ١٤٠٦ هـ/١٩٨٥ م
٣٢٦ ــ د/ نبيل صبحي الطويل ، الخمر ومضارها على الجسم والعقل ، ط، الرابعة،
٣٢٧ ــ دور الدين والأخلاقيات في الوقاية من الإيدز ومكافحته ، منظمة الصحة العالمية ، المكتب الإقليمي لشرق البحر المتوسط ، ١٩٩٢ م ١٣٩٩ هـ .
٣٢٨ ــ المخدرات أوهام وأخطار ، المجلس القومي لمكافحة وعلاج الإدمان ،

فهرس الصفحات

العنـــــــــــــــــــــوان

رقم الصفحة

افتتاحية البحث ١
١ ــ مقـــــدمة البحـــــث ٢ /١٢
٢ ــ أسباب اختيار الموضـــوع ٦
٣ ــ منهـــــــــــج البحث ٧
٤ ــ خطة الدراسة في هذا البحث ٨
١٣ /٣٤
١٣
١٤
١٧
٢٥
٣١
١٢١/٣٥

وحـــدوده فـــي الفقه الإسلامـــي

المبحث الأول : التعريف بحق الاستمتاع وحكمه في الفقه الإسلامي
المطلب الأول : ــ التعريف بحـــــــــق الاستمتاع
المطلب الثاني : ــ حكم الاستمتاع فيما بين الزوجين
المبحث الثاني : فضـــــل الاستمتاع بالزوجـــــــــة وآدآبه
المبحث الثالث : ــ التعريف بتجاوز حـــــــق الاستمتاع وحـــــدوده
الباب الأول : الإتيان في غير الموضع المشروع
الفصل الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامـــي والقانون الجنائي
المبحث الأول : حكم الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامـــي
المطلب الأول : الحكم الفقهي للإتيان في الدبر
المطلب الثاني : الأضرار الناشئة عن الإتيان في الدبر
المطلب الثالث : الآثار الفقهية الناشئة عن الإتيان في الدبر في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي المصري من الإتيان في الدبر
المطلب الأول : التكييف الفقهي للإتيان في الدبر
المطلب الثاني : الأركان المشتركة في هتك العرض
المطلب الثالث : ــ هتك العرض بالقوة والتهديد
المطلب الرابع : ــ هتك العرض دون قوة أو تهديد
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
الفصل الثاني : حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

(٥٥٢)

المبحث الأول : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي ٨٠
المطلب الأول : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام في الفقه الإسلامي ٨٠
الفرع الأول : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بطبيعته ٨١
الفرع الثاني : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام بالتخصيص ٨٨
٩٠
٩١

" الإتيان في المسجد "
المطلب الثاني : ــ الأثر المترتب على المباشرة في المكان العام في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني : ــ حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام والأثر المترتب عليه في القانون الجنائي
المطلب الأول : التكييف القانوني لهذا الفعل
المطلب الثاني : أركان الفعل الفاضح في القانون الجنائي
المطلب الثالث : عقوبة الفعل الفاضح في القانون الجنائي
المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في حكم إتيان الرجل زوجته في المكان العام
المطلب الأول : أوجه الاتفاق
المطلب الثاني : أوجه الاختلاف
الفصل الثالث : حكم الإتيان في الفم والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
المبحث الأول : أحكام المباشرة في الفم وآثارها في الفقه الإسلامي
المطلب الأول : أحكام المباشرة في الفم في الفقه الإسلامي
الفرع الأول : أحكام المباشرة في الفم بما دون الوطء
الفرع الثاني : أحكام المباشرة في الفم بالوطء
المطلب الثاني : الآثار الفقهية المترتبة على المباشرة في الفم في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني : أحكام المباشرة في الفم وآثارها في القانون الجنائي
المبحث الثالث : مقارنة ببين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في حكم المباشرة في الفم
الباب الثاني تجاوز حدود حق الاستمتاع بالجماع في وقت معين
الفصل الأول : أحكام الجماع في نهار رمضان
والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
المبحث الأول : ــ : أحكام الجماع في نهار رمضان والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي
المطلب الأول : حكم الجماع في نهار رمضان
(٥٥٣)
المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن الجماع في نهار رمضان ١٢٥
في الفقه الإسلامي ١٢٥
١٢٩
١٢٩
١٣٢
١٣٦
١٣٧

الفرع الأول : القضاء وآراء العلماء فيه
الفرع الثاني : الكفارة
الغصن الأول : حكم إيجاب الكفارة على من جامع في نهار رمضان
الغصن الثاني : حكم إيجاب الكفارة على المرأة
الغصن الثالث : حكم تكرار الكفارة بتكرر الجماع في اليوم الواحد
الغصن الرابع : حكم تكرار الكفارة في يومين أو أكثر من رمضان
الغصن الخامس : حكم جماع الجاهل والناسي والمكره
الغصن السادس : حكم إيجاب الكفارة على من جامع في قضاء رمضان
الغصن السابع : هل الكفارة مرتبة أو مخيرة ؟
الغصن الثامن : حكم العجز عن الكفارة
الغصن التاسع : حكم المباشرة بما دون الوطء
الغصن العاشر : حكم إيجاب الكفارة في المباشرة بما دون الوطء
الفرع الثالث : التعزير
المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من الجماع في نهار رمضان
المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
الفصل الثاني : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
المبحث الأول : الجماع أثناء الاعتكاف والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي
المطلب الأول : المباشرة أثناء الاعتكاف بالوطء وآثارها
الفرع الأول : حكم المباشرة أثناء الاعتكاف بالوطء
الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن المباشرة بالوطء أثناء الاعتكاف
الغصن الأول : فساد الاعتكاف
الغصن الثاني : حكم جماع الناسي للاعتكاف
الغصن الثالث : الكفارة
الغصن الرابع : المراد بالكفارة عند القائلين بها
الغصن الخامس : القضاء
المطلب الثاني : المباشرة أثناء الاعتكاف بما دون الوطء
الفرع الأول : حكم المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة
الفرع الثاني : حكم المباشرة بما دون الوطء وآثارها

الغصن الأول : حكم المباشرة بما دون الوطء بشهوة
الغصن الثاني : الأثر المترتب على هذه المباشرة
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من الجمـــاع أثناء الاعتكـــاف (٥٥٤)
الفصل الثالث: الجماع أثناء الإحرام بالحج والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ١٨٢
المبحث الأول : المباشرة أثناء الإحرام بالحـــــــج والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي ١٨٢
المطلب الأول : المباشرة أثناء الإحرام بالوطء وآثارها ١٨٢
الفرع الأول : حكم المباشرة أثناء الإحرام بالوطء ١٨٣
الفرع الثاني : الآثار المترتبة على وطء المحرم ١٨٤
الغصن الأول : فساد الحج ١٨٤
المسألة الأولى : حكم الجماع قبل الوقوف بعرفة ١٨٥
المسألة الثانية : حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل التحلل الأصغر ١٨٦
المسألة الثالثة : حكم الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل طواف الإفاضة ١٨٩
المسالة الرابعة : حكم جماع الجاهل والناسي والمكره ١٩١
الغصن الثاني : حكم المضي في فاسده ١٩٤
الغصن الثالث : القضاء من قابل ١٩٨
المسألة الأولى : حكم القضاء ١٩٨
المسالة الثانية : صفة القضاء عند القائلين به ٢٠٠
الغصن الرابع : الهدي (الكفارة) ٢٠١
المسألة الأولى : حكم الهدي ٢٠١
المسألة الثانية : حكم إيجاب الهدي على المرأة ٢٠٥
المسألة الثالثة : حكم تكرار الهدي بتكرار الجماع ٢٠٦
المسألة الرابعة : الهدي الواجب بإفساد القارن نسكه بالجماع ٢٠٨
المسألة الخامسة : الهدي الواجب بإفساد العمرة ٢١٠
المسألة السادسة : الهدي الواجب بإفساد المتمتع نسكه بالجماع ٢١١
الغصن الخامس : التفرق ٢١١
المسألة الأولى : صفة التفرق ٢١١
المسألة الثانية : مكان التفرق ٢١٣
المطلب الثاني : المباشرة أثناء الإحرام بما دون الوطء وآثارها ٢١٥
الفرع الأول : حكم المباشرة بما دون الوطء أثناء الإحرام ٢١٥
الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن المباشرة بما دون الوطء أثناء الإحرام ٢١٧
الغصن الأول :أثر المباشرة المقترنة بالإنزال ٢١٧
المسألة الأولى : الفساد ٢١٧
المسألة الثانية : الهدي ٢١٩
٢٢٠
٢٢٠
٢٢٢

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من المباشرة أثناء الإحرام بالحج ٢٢٣
الفصل الرابع : أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٢٢٤
المبحث الأول : أحكام مباشرة الميتة والآثار الناشئة عنها في الفقه الإسلامي ٢٢٤
المطلب الأول : أحكام مباشرة الميتة في الفقه الإسلامي ٢٢٤
الفرع الأول : حكم مباشرة الميتة بالوطء ٢٢٥
الفرع الثاني : حكم مباشرة الميتة بما دون الوطء ٢٢٩
الغصن الأول : المباشرة بما دون الوطء بشهوة ٢٢٩
الغصن الثاني :المباشرة بما دون الوطء بغير شهوة ٢٣٠
المطلب الثاني : الأثر المترتب على مباشرة الميتة في الفقه الإسلامي ٢٣٥
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة الميتة ٢٣٧
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي في حكم مباشرة الميتة وآثارها ٢٤٣
الباب الثالث: تجاوز حدود حق الاستمتاع بالإتيان في ظرف لا يحل الاستمتاع مع قيامه ٢٤٤
الفصل الأول الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٢٤٥
المبحث الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به ومدى حق الزوجين في التفريق بسببه ٢٤٥
المطلب الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به وأثره على المريض به ٢٤٥
الفرع الأول : مرض الإيدز وكيفية الإصابة به ٢٤٦
الفرع الثاني : آثار مرض الإيدز على المريض به ٢٤٧
المطلب الثاني : مدى حق الزوجين في طلب التفريق بسبب الإصابة بهذا المرض ٢٤٩
المبحث الثاني : أحكام الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين في الفقه الإسلامي ٢٥٥
المطلب الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد والآثار المترتبة عليه ٢٥٥
الفرع الأول : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق التعمد ٢٥٥
الغصن الأول : حكم الجماع بين الزوجين أثناء الإصابة بمرض الإيدز ٢٥٦
الغصن الثاني : حكم تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع ٢٥٨
الغصن الثالث : التكييف الفقهي لتعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع ٢٥٨
الغصن الرابع : حكم القتل بالسبب في الفقه الإسلامي ٢٦٠
٢٦١

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع في الفقه الإسلامي
الغصن الأول : عقوبة القتل العمد
(٥٥٦)
الغصن الثاني : حكم قتل الذكر بالأنثى ٢٦٦
الغصن الثالث : رضاء المجني عليه وأثره على عقوبة الجاني ٢٦٩
الغصن الرابع : الدية في حالة سقوط القصاص ٢٧٢
الغصن الخامس : الكفارة ٢٧٦
الغصن السادس : الحرمان من الميراث ٢٧٨
المطلب الثاني : الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي ٢٨٠
الفرع الأول : التكييف الفقهي للجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ في الفقه الإسلامي ٢٨٠
الفرع الثاني : الآثار المترتبة على الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ في الفقه الإسلامي ٢٨١
الغصن الأول : الدية ٢٨١
المسألة الأولى : على من تجب الدية ٢٨١
المسألة الثانية : الحلول والتأجيل في دية الخطأ ٢٨٣
الغصن الثاني : الكفارة ٢٨٦
الغصن الثالث : الحرمان من الميراث ٢٨٧
المبحث الثالث :موقف القانون الجنائي من الجماع الناقل للإيدز بين الزوجين والآثار الناشئة عنه ٢٩٠
المطلب الأول : موقف القانون الجنائي من تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الجماع ٢٩١
الفرع الأول : جناية التسميم ٢٩١
الفرع الثاني : جناية إعطاء مواد ضارة ٢٩٤
الفرع الثالث : جناية القتل العمد ٢٩٧
الفرع الرابع : رأي الباحث ٣٠٠
الفرع الخامس : رضاء المجني عليه وأثره في المسئولية الجنائية ٣٠١
الفرع السادس : مدى كفاية نصوص القانون الجنائي لعلاج هذه المشكلة ٣٠٣
المطلب الثاني : موقف القانون الجنائي من تعمد نقل عدوى الإيدز بين الزوجين بطريق الخطأ ٣٠٦
الفرع الأول : القتل خطأ ٣٠٦
الفرع الثاني : الإصابة خطأ " الإيذاء خطأ " ٣٠٧
الفرع الثالث : مدى كفاية النصوص الموجودة في القانون الجنائي لعلاج هذه المشكلة ٣٠٩
٣١٠
٣١١

المبحث الرابع : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
المطلب الأول : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
في الجماع الناقل للإيدز بطريق التعمد

(٥٥٧)

المطلب الثاني : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٣١٣
في الجماع الناقل للإيدز بطريق الخطأ
الفصل الثاني : الجماع أثناء الحيض والنفاس والآثار المترتبة عليه ٣١٥
في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
المبحث الأول : أحكام مباشرة الحائض وآثارها في الفقه الإسلامي ٣١٥
المطلب الأول : أحكام مباشرة الحائض في الفقه الإسلامي ٣١٥
الفرع الأول : حكم مباشرة الحائض عمدا مع العلم بالتحريم ٣١٦
الفرع الثاني : حكم استحلال مباشرة الحائض ٣١٨
الفرع الثالث : حكم مباشرة الحائض بما فوق السرة وتحت الركبة ٣٢٠
الفرع الرابع : حكم مباشرة الحائض بما بين السرة والركبة ٣٢٤
الفرع الخامس : حكم مباشرة الحائض قبل التطهر ٣٣٢
الفرع السادس : المراد بالطهر ٣٣٦
الفرع السابع : حكم تطهر الكتابية لزوجها المسلم ٣٣٨
الفرع الثامن : حكم وطء المستحاضة ٣٤٢
المطلب الثاني : الآثار الفقهية المترتبة على مباشرة الحائض ٣٤٦
الفرع الأول : التعزير ٣٤٦
الفرع الثاني : الكفارة ٣٤٦
الغصن الأول : آراء الفقهاء في كفارة المباشرة في الحيض ٣٤٧
الغصن الثاني : المراد بالكفارة ٣٥٢
الغصن الثالث : آراء الفقهاء في صفة الكفارة ٣٥٤
الغصن الرابع : حكم وجوب الكفارة على المرأة ٣٥٦
الغصن الخامس : حكم وجوب الكفارة على من باشر زوجته بعد انقطاع
الدم وقبل الاغتسال ٣٥٧
الغصن السادس : حكم وجوب الكفارة على الجاهل والناسي والمكره ٣٥٩
الفرع الثالث :حكم التفريق بين الزوجين بسبب المباشرة في الحيض ٣٦١
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة الحائض ٣٦٣
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٣٦٨
في مباشرة الحائض ٣٧٠
الفصل الثالث : الجماع المقترن بالعزل في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٣٧١
المبحث الأول : أحكام منع الحمل أو تأخيره في الفقه الإسلامي ٣٧١
٣٧٢
٣٧٩
٣٨٣

المطلب الأول : العزل وأحكامه فـــــــــــي الفقه الإسلامي
الفرع الأول : حكم عزل الرجل عن زوجته الحرة
الفرع الثاني : حكم عزل الرجل عن زوجته الأمة
الفرع الثالث : حكم عزل الرجل عن أمته

(٥٥٨)

المطلب الثاني : حكم استعمال وسائل منع الحمل المستحدثة في الفقه الإسلامي ٣٨٥
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من منع الحمل أو تأخيره ٣٨٧
الفصل الرابع : جماع المظاهر منها قبل التكفير والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٣٨٨
المبحث الأول : : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير وآثارها في الفقه الإسلامي ٣٨٨
المطلب الأول : أحكام مباشرة المظاهر منها قبل التكفير في الفقه الإسلامي ٣٨٨
الفرع الأول : حكم مباشرة المظاهر منها بمـــــا دون الــوطء ٣٨٩
الفرع الثاني : حكم مباشرة المظاهر منها قبل التكفير بالإطعــام ٣٩٤
الفرع الثالث : حكم مباشرة المظاهر منها أثناء التكفير بالصيام ٣٩٨
المطلب الثاني : الآثار الفقهية المترتبة على مباشرة المظاهر منها قبل التكفير في الفقه الإسلامي ٤٠١
الفرع الأول : آراء الفقهاء في كفارة الجماع قبل التكفير ٤٠١
الفرع الثاني حكم التفريق بين الزوجين بسبب جماع المظاهر منها قبل التكفير ٤٠٥
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من مباشرة المظاهر منها قبل التكفير ٤٠٨
الفصل الخامس : حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحد والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٠٩
المبحث الأول : حكم جماع أكثر من زوجة في فراش واحد والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي ٤١٠
المطلب الأول : الحكم الفقهي لهذه المباشرة ٤١٠
المطلب الثاني : الأثر المترتب على هذه المباشرة ذ ٤١٤
المبحث الثاني موقف القانون الجنائي من مباشرة أكثر من زوجة في فراش واحد ٤١٥
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤١٩
الفصل السادس : حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٢٠
المبحث الأول : ــ حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين والآثار الناشئة عنة في الفقه الإسلامي ٤٢٠
المطلب الأول : حكم الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين ٤٢١
الفرع الأول : حكم الاستمتاع بما دون الوطء ٤٢١
٤٢٢
٤٢٢
٤٢٣
٤٢٧

الفرع الثاني : حكم الاستمتاع بالوطء
الغصن الأول : حكم تسليم الزوجة الصغيرة لزوجها
الغصن الثاني : حكم جماع الزوجة الصغيرة أو المريضة
المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين

(٥٥٩)

الفرع الأول : حق الفسخ ٤٢٧
الفرع الثاني : الضمان ٤٢٧
الغصن الأول : الضمان الواجب بالإفضاء ٤٢٨
الغصن الثاني : الضمان الواجب بالقتل ٤٣٠
المبحث الثاني : ــ موقف القانون الجنائي من الجماع مع قيام مانع بأحد الزوجين ٤٣١
المبحث الثالث : ــ مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٣٧
الباب الرابع تجاوز حدود حق الاستمتاع بالزوجة بغير الوطء ٤٣٨
الفصل الأول : تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٣٩
المبحث الأول : تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة في الفقه الإسلامي ٤٣٩
المطلب الأول : حكم تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدته ٤٤٠
الفرع الأول : الحكم الفقهي لتسجيل الجماع بين الزوجين ٤٤٠
الفرع الثاني حكم مشاهدة الزوجين لهذه الأشرطة ٤٤١
المطلب الثاني : حكم مشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة ٤٤٦
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من تسجيل الجماع بين الزوجين ومشاهدة الأفلام الجنسية من أجل الإثارة ٤٥١
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٥٣
الفصل الثاني : حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٥٥
المبحث الأول : حكم إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع في الفقه الإسلامي ٤٥٦
المطلب الأول : حكم إفشاء التفاصيل المتعلقة بالجماع ٤٥٦
المطلب الثاني : حكم ذكر الجماع للحاجة ٤٥٩
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من إفشاء الأسرار المتعلقة بالجماع ٤٦١
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٦٧
الفصل الثالث : حكم رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٦٨
المبحث الأول : أحكام رضاع الكبير والأثر المترتب عليه في الفقه الإسلامي ٤٦٨
المطلب الأول : حكم رضاع الكبير في الفقه الإسلامي ٤٦٩
المطلب الثاني : الأثر المترتب على رضاع الكبير في الفقه الإسلامي ٤٧٩
٤٨٠
٤٨١

المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من رضاع الكبير
الفصل الرابع : حكم المحافظة على جمال البضع في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

(٥٦٠)

المبحث الأول : حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي ٤٨١
المطلب الأول : حكم المحافظة على جمال البضع (الفرج) في الفقه الإسلامي ٤٨٢
المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن المحافظة على جمال الفرج في الفقه الإسلامي ٤٨٥
الفرع الأول : القصاص ٤٨٥
الفرع الثاني : الدية ٤٨٨
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من المحافظة على جمال البضع (الفرج) ٤٩٠
المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي المصري ٤٩٢
الفصل الخامس : حكم استخدام العقاقير الطبية عند الجماع والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٤٩٣
المبحث الأول : حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع والآثار الناشئة عنه في الفقه الإسلامي ٤٩٣
المطلب الأول : حكم استخدام الزوج لعقاقير طبية عند الجماع في الفقه الإسلامي ٤٩٣
الفرع الأول : حكم استخدام الزوج عقاقير طبية مباحة ٤٩٤
الغصن الأول : حكم استخدام الزوج عقاقير طبية مباحة بقصد العلاج ٤٩٤
الغصن الثاني : حكم استخدام الزوج عقاقير طبية مباحة من غير حاجة ٥٠٠
الفرع الثاني : حكم استخدام الزوج عقاقير محرمة عند الجماع ٥٠٢
الغصن الأول : حكم استخدام الزوج عقاقير محرمة عند الجماع من غير حاجة ٥٠٢
الغصن الثاني : حكم استخدام الزوج عقاقير محرمة عند الجماع بقصد العلاج ٥٠٤
المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن تناول هذه العقاقير عند الجماع في الفقه الإسلامي ٥٠٧
الفرع الأول : التعزير ٥٠٧
الفرع الثاني : الحد ٥٠٧
المبحث الثاني : موقف القانون الجنائي من استخدام الزوج لعقاقير معينه عند الجماع ٥١١
المبحث الثالث: مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ٥١٤
وأما خاتمة البحث فتناولت فيها ٥١٥
٥٢٧
٥٢٨
٥٥١

١ ــ نتائج البحث
٢ ــ فهارس الرسالة
فهرس المراجع
فهرس الصفحات