

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

مديرية ما بعد التدرج والبحث

العلمي والعلاقات الخارجية



قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في أحكام الأسرة - دراسة مقارنة في الشريعة والقانون -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية - تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطالب:

فواز سلامي

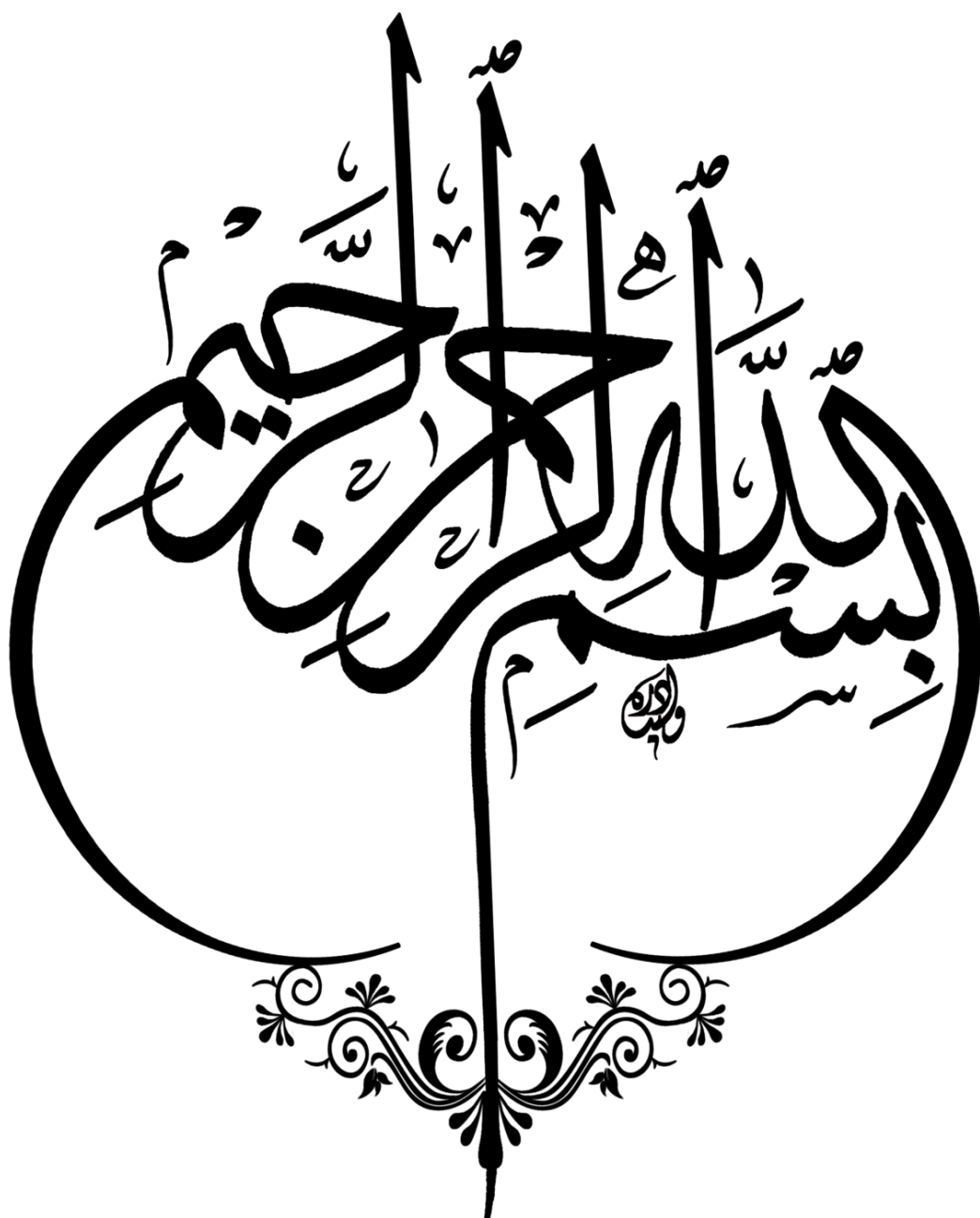
إشراف الأستاذ الدكتور:

نبيل موفق

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة الأصلية	الصفة
عبد القادر مهاوات	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
نبيل موفق	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
نور الدين مناني	أستاذ محاضر - أ -	جامعة الوادي	عضوا مناقشا
زيان سعيدي	أستاذ محاضر - أ -	جامعة الوادي	عضوا مناقشا
عبد الرؤوف دبابش	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
عز الدين كيجل	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 1442-1443 هـ / 2021-2022 م



إهداء

✓ إلى كنز الرضا وينبوع الحنان، هي العريضة التي لازمتني بركات وعائها، كل مراحل الدراسة؛ حفظها الله ورعاها.

✓ إلى الذي توفاه الله تعالى وهو يكد في جلب لقمة الحلول لنا ونحن صغار أبي العزیز صاحب القلب الطيب والإطلاقة المشرقة؛ عليه من الله شائب الرحمة وسحاب الغفران.

✓ إلى شريكة الروح وأُم الأولاد وسيدة البيت، زوجتي الحبيبة؛ أبقاها الله سندا ومولداً.

✓ إلى فذات كبدي، وقرّة عيني، وسيداء قلبي، بتول وعبد الرحمن ورتان؛ سَلِّمَهُمُ اللهُ.

✓ إلى دشقائي وشقيقائي في الرحم، أدام الله عزهم؛ وجعلهم ذخراً لنا.

✓ إلى إخواني في الله وزملائي في المحنة؛ وَفَقَّحَهُمُ اللهُ.

✓ إلى طلاب العلم الذين يبتغون وجه الله تعالى ويرومون المجد للأمة الإسلامية؛ بَلِّغَهُمُ اللهُ.

وهدي هذا العمل المتواضع

فواز

شُكْرٌ وَعِزَّةٌ

أحمد الله تعالى حمدا كثيرا وأشكره شكرا مزيدا، على التوفيق والإعانة في الإفصاح عن مراد البحث والإبانة وبعد،

فقد جاء قوله ﷺ في الحديث الشريف:

«لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ» (رواه أحمد في مسنده)

- في البدء أذجي شكري الجزيل، وثنائي الجميل للأخي وأستاذي الأديب الأريب الأستاذ الدكتور نبيل موفق الذي نلت الخطوة عنده بإشرافه على هذه الأطروحة التي حلّوها بتوجيهاته الثمينة، ونمّاها بتوصياته القيومية، ورّكّأها بملاحظاته الدقيقة؛ التي أصابت صميم البحث، أيده الله.

- أنّي بتقديم أسمى عبارات الشكر والامتنان والتجّلة والعرفان لأعضاء لجنة المناقشة الموقرين كل باسمه وجميل وسمه، على قبولهم مناقشة أطروحتي، وأنا على يقين تام أنكم لن يخلوا عليّ بكل ما يُقوّم ويُصوّب الأخطاء الموجودة فيها، فجزاهم الله كل خير.

- أنلّث بتقديم أصدق مشاعر التقدير والتوقير لأساتنتي في كل أطوار التعليم، وخاصة في معهد العلوم الإسلامية، فعلمهم وفضلهم تاج فوق رأسي، فجزاهم الله خير ما يجزي به أستاذنا عن تلميذه.

- كما لا أنسى تقديم الشكر لكل من كان له في هذا البحث أثر ظاهر من قريب أو بعيد مهما قلّ أو جلّ، إسداءً للنصيحة، أو طرحا لكل فكرة تخدم موضوع البحث حتى يبلغ مداه في الإتمام والإلمام، وأخص بالذكر الأخ الدكتور الجموعي هاني، والأستاذ المفضل أبو القاسم بن الزين، والإمام الفقيه الشيخ كمال حمير، والإمام الشيخ مسعود سعيدي، والأديب الشاعر سعد السعوي شخاب، باركهم الله.

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه؛ أما بعد:

فالشريعة الإسلامية الغراء صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان؛ لأن أحكامها العملية تتضمن مادة حقوقية خصبة يستطيع الناظر فيها أن يؤلف قانوناً يُنظَّمُ جميع مجالات الحياة الفردية والجماعية.

وإن من بين أحكامها العملية أحكام الأسرة؛ حيث عَمَدَتْ أغلب الدول العربية إلى استمداد أحكام قوانينها الأسرية من الشريعة الإسلامية، وقد سَلَكَتْ هذه التقنياتُ اتجاهين متباينين بين الأحادية والتعددية المذهبية؛ فالاتجاه الأول يمثله التقنين المغربي والسوري اللذين تَبَنَّا المذهب المالكي والحنفي، أما الاتجاه الثاني فيمثله التقنين الجزائري والمصري إذ لم يلتزما بأي مذهب فقهي.

وقانون الأسرة الجزائري قانون إسلامي بامتياز؛ لأن المشرع اسْتَمَدَّ أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء، سواء أثناء إصداره لأول مرة سنة 1984، أو في مرحلة تعديله سنة 2005، ومن المعلوم قطعاً أن الشريعة الإسلامية تتضمن إرثاً فقهيّاً زاخراً تتشكل منه منظومة الأحكام الشرعية العملية التي تنضبط بها تصرفات المكلفين في كل مجالات الحياة سواء العلاقات الفردية أو الأسرية أو المجتمعية، والأحكام الشرعية في العلاقات الأسرية منها ما هو متفق عليه بين فقهاء المذاهب، ومنها ما هو مختلف فيه، وعلى هذا الأساس جاءت كثير من المواد التي احتواها قانون الأسرة الجزائري تتضمن أحكاماً خلافية تنطلق من تجسيد القاعدة المشهورة في المذاهب الفقهية عامة، والمذهب المالكي على وجه الخصوص ألا وهي قاعدة مراعاة الخلاف التي هي من محاسن هذا المذهب، حيث لم يجمد المشرع على مذهب فقهي واحد بعينه في تقنين أحكام الأسرة في الجزائر، بل انفتح على كل المذاهب بما يتفق مع هذه القاعدة المشهورة، وقد أعمل كذلك رأي المخالفين تَمَثُّلاً مع روح الشريعة ومقاصدها في اليسر، ورفع الحرج، ودفع الضرر في باب النكاح والعلاقات الأسرية، إدراكاً منه لفقه الخلاف ونبذ التعصب المذموم، ومن ناحية أخرى نقول إن الاجتهاد القضائي جاء متوافقاً مع هذه القاعدة في مجال الأسرة أيضاً، إذ لا يقل أهمية عن التشريع نفسه؛ لأنه يضيف على النص القانوني طابعه العملي بتطبيقه على الوقائع العينية الخاصة؛ لذلك سار قضاة المحكمة العليا في مضماره ونسجوا على منواله، فهم بدورهم لم يَتَقَيَّدُوا في اجتهاداتهم القضائية بمذهب واحد؛ بل ظلُّوا منفتحين على المذاهب الفقهية، منسجمين مع منطوق النصوص، وإرادة المشرع.

وهذا منهج قويم ومسلك سديد في وظيفة التشريع والقضاء لمعالجة القضايا الأسرية، ونوازها ومستجداتها الآنية؛ حيث إنه لا يكفي مذهب واحد يصلح كقانون عام يُطبَّق على مجتمع متعدد المشارب، متنوع الاحتياجات، متجدد التحديات، وعليه فكثير من مواد هذا القانون تستهوي قارئها، والمتمعن فيها إلى أن تنهض همته لكي يدرس مسائلها الخلافية، ويستنبط الرأي الفقهي الذي قَنَّه المشرع الجزائري واجتهد في تكريسهِ وإلزام المجتمع به ولو كان هذا الرأي خارجاً عن المذهب المالكي. وبناءً على ذلك كله يتبلور عنوان أطروحتي للدكتوراه موسوماً بـ: "قاعدة مراعاة الخلاف، وتطبيقاتها في أحكام الأسرة - دراسة مقارنة في الشريعة والقانون".

أولاً - أهمية الموضوع:

يكسِّي هذا الموضوع أهمية بالغة أُخِصَّ لها في النقاط الآتية:

- 1- موضوع الأطروحة له اتصال بالمذهب المالكي المنتشر في بلادنا، والذي كان له حضور بالغ الأهمية في تقنين أحكام الأسرة منذ بداياتها، ومقارنة هذا المذهب بالمذاهب الفقهية الأخرى من خلال تفعيل الإطار المفاهيمي لقاعدة مراعاة الخلاف المعروفة في أصول المالكية من الناحية الشرعية، وتطبيقها على مواد قانون الأسرة الجزائري بما يتيح بيان مدى موافقة اجتهاد المشرع والقاضي للقاعدة من الناحية القانونية، مع إجراء مقارنة مع قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية.
- 2- الدراسة تتعلق بأهم قانون له تأثيره في المجتمع ألا وهو قانون الأسرة، وقد كان من نِعَمِ الله تبارك وتعالى على المجتمع الجزائري أن يَحْكُمَ قضاياه الأسرية هذا القانون المستمد من الشريعة الإسلامية الغراء التي يدين بها هذا المجتمع في أغلبيته الساحقة؛ حيث اهتدى واضعوه أول مرة إلى استلهامه من شريعتنا رغم ما اعترضه من عقبات واعتراه من ثغرات.
- 3- الموضوع عبارة عن دراسة نظرية لقاعدة مراعاة الخلاف مُسْتَوْعِبَةً أهم مباحثها الأصولية، كما يَعْقُبُ الدراسة النظرية دراسة تطبيقية تتمثل في بيان تطبيقات هذه القاعدة في تقنين أحكام الأسرة الجزائري من خلال استقراء المواد التي تضمنت المسائل التي روعي فيها الخلاف عند فقهاء المالكية بمعناها العام والخاص، وملاحظة مدى حضور القاعدة بالمعنيين المنوه بهما في التشريع والقضاء.

4- موضوع الدراسة يعالج المواد التي وافق فيها المشرع قاعدة مراعاة الخلاف، كما يتناول مضامينها بالتحليل والتدليل، مع التركيز على إبراز الاختيارات الفقهية المتعلقة بأحكام الأسرة في بابي الزواج والطلاق نصا وتطبيقا، وترجيح المذهب الفقهي دون الجمود على مذهب واحد.

5- الموضوع كذلك يسهم في تجسيد مقاربة علمية بين المباحث الأصولية الفقهية، والدراسات القانونية؛ على اعتبار أن قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد الأصولية المهمة في المذهب المالكي التي لها دور وظيفي في تضيق هُوة الخلاف الفقهي، والاستفادة من الاجتهادات الفقهية في أحكام الأسرة الذي أقرته المادة 222 من ق أ ج، لاسيما المتعلق بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

ثانيا- إشكالية الموضوع:

انطلاقا من المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تجعل أحكام الشريعة الإسلامية بكل مذاهبها إطارا مرجعيا للتقنين والقضاء من دون التقيد بمذهب فقهي معين، ومعلوم بالضرورة أن أحكام الشريعة الإسلامية متأثرة في جلها بظاهرة الخلاف الفقهي بين مجتهديها، وبالتالي فالناظر في مواد هذا القانون يلمس حضور مراعاة الخلاف بمفهومه الذي يعني اعتبار الخلافات الفقهية في المسألة الاجتهادية للخروج بمذهب راجح، وعليه ترتكز إشكالية موضوعنا على طرح السؤال الرئيس الآتي: ما مدى حضور قاعدة مراعاة الخلاف في تقنين الأسرة الجزائري، والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا؟

هذا باعتبار أن القاعدة تتضمن منهجا علميا ضابطا للخلاف الفقهي الذي تتسم به جل أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي التي تُعدُّ المرجع الأساس للتقنين الأسري نصا وتطبيقا.

ويتفرع عن هذا الإشكال الرئيس جملة من التساؤلات الفرعية، نذكر منها ما يلي:

1- ما هي الأسس العلمية والتاريخية للخلاف الفقهي في الشريعة الإسلامية ؟ باعتبار أن قاعدة مراعاة الخلاف لا يمكن إعمالها إلا في المسائل الخلافية، فلا بد من إلقاء الضوء على موضوع الخلاف الفقهي عموما قبل الخوض في مراعاته.

2- ما حقيقة قاعدة مراعاة الخلاف، وأنواعها وحجيتها وضوابط الأخذ بها ومقتضياتها المقاصدية؟

3- فيما تتمثل تطبيقات القاعدة في قانون الأسرة الجزائري، والاجتهاد القضائي الذي كرسه قرارات المحكمة العليا؟

4- ما وجه موافقة المشرع الجزائري لقاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة والاجتهاد القضائي سواء بمفهومها العام، أم بمفهومها الخاص.

ثالثا- أسباب اختيار الموضوع:

تتمثل أسباب اختياري لهذا الموضوع في أسباب ذاتية، وأخرى موضوعية هي كالاتي:

1- الأسباب الذاتية: وهي:

- اهتمامي الدائم بدراسة أحكام قانون الأسرة الجزائري لأهميته التطبيقية والواقعية.
- رغبتني في بحث موضوع ذي علاقة بقانون الأسرة الجزائري من زاوية فقهية مقارنة بطريقة موسعة إثراءً له، بعدما سبق لي أن قمت بإنجاز عمل مماثل في طور الماستر موسوم بـ: "التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري".

2- الأسباب الموضوعية: أخصها في النقاط الآتية:

- تتبُّع المواد المتضمنة أحكاما فقهية خلافية ودراستها بمنهجية علمية مقارنة؛ لأن المشرع استقى غالب أحكام الأسرة من الفقه المالكي، ولم يمنعه من الخروج عن المذهب مرجحا آراء فقهاء آخرين.
- التَّعَرُّفُ على المذاهب الفقهية التي راعاها المشرع ومقارنتها بغيرها، لكون من إيجابيات قانون الأسرة الجزائري ثراؤه بالآراء الفقهية المنبثقة عن المذاهب الباقية أو المندثرة.
- تَبَيُّنُ الاجتهادات القضائية التي جَسَّدَهَا المشرع عمليا وإلزاميا في واقع الناس موافقةً منه لقاعدة مراعاة الخلاف؛ لأن النصوص القانونية لا تنفك عن التطبيقات القضائية.

رابعا- أهداف البحث:

كان من وراء الخوض في دراسة هذا الموضوع تحقيق لهدف من الأهداف نُعَدِّدُ منها ما يلي:

- 1- التعريف بقاعدة مراعاة الخلاف وبيان أهم أحكامها النظرية، وكذلك التعريف بالتقنين وبيان حكمه من الناحية الشرعية والتعريف بالاجتهاد القضائي وبيان مجالاته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، باعتبار هذه المصطلحات تُشَكِّلُ أساسات البحث.
- 2- الربط بين قاعدة مراعاة الخلاف من الناحية النظرية، وبين تطبيقاتها في أحكام الأسرة بمنهج علمي يركز على المقارنة، سواء في المجال الفقهي أم القانوني.

- 3- دراسة المسائل الفقهية التي أعمل فيها المشرع الجزائري قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة دراسة علمية مقارنة بين المذاهب الفقهية.
- 4- إبراز منهج الاجتهاد القضائي الأسري في العمل بالقاعدة من خلال قرارات المحكمة العليا في الجزائر في ذات المسائل الفقهية المدروسة.
- 5- بيان الأثر الذي أحدثته قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري، وذلك من خلال الانفتاح على المذاهب الفقهية، وعدم الجمود على واحد منها بعينه في معالجة المتغيرات الأسرية في المجتمع وتوفير الرصيد الفقهي الكافي الذي يستند إليه المشرع الجزائري في تقنيناته، وكذا القاضي باجتهاداته في الشؤون الأسرية التي تمتاز بالتجديد والتعقيد.
- 6- إظهار تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في الشريعة والقانون بحيث يمكن اكتساب منهج فقهي وأصولي لِلْمُشَرِّعِينَ وفقهاء القانون يستعينون به على معالجة أحكام قانون الأسرة تعديلا وإثراء.
- 7- إعطاء أهمية بالغة لقاعدة مراعاة الخلاف بحيث يمكن توظيفها في الدراسات القانونية بمنهجية مقارنة وعدم الاقتصار على الدراسات الشرعية.

خامسا- الدراسات السابقة في الموضوع:

لم أجد فيما اطلعت عليه من دراسات سابقة سوى بحث واحد؛ وهو عبارة عن مقال تناول الموضوع تناولا مستقلا، وما عدا ذلك فهي معالجات للموضوع تضمنتها مؤلفات، وبحوث ماجستير ودكتوراه، ومقالات علمية مُحَكَّمَةٌ بطريقة تأصيلية للقاعدة أساسا، مع التعرّيج على بعض التطبيقات في الفروع الفقهية تبعا، والآن نذكر أهم هذه الدراسات على كثرتها كما يلي:

- 1- "قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، بحث مُحَكَّمٌ من إعداد الدكتور: رصاع موسى، منشور في مجلة التراث، دورية مُحَكَّمَةٌ تصدرها جامعة الجلفة، ع 08، سنة 2009م؛ حيث قام الباحث مشكورا بدراسة قاعدة مراعاة الخلاف من الجانب النظري عن طريق تعريفها، وبيان حالات مراعاة الخلاف، وذكر شروط إعمالها، ثم أورد بعض النماذج التطبيقية لمراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري كجانب تطبيقي للبحث، ولقد قمت بذكر هذه الدراسة على رأس الدراسات السابقة؛ لأن مضمونها يتصل بأطروحتي اتصالا مباشرا، ورغم ما يتسم به المقال من الجِدَّة والدقة حيث نحا بالقاعدة منحى

مقارنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (قانون الأسرة الجزائري) إلا أن صاحبه اعتمد فيه التركيز والاختصار إذ وقع في 14 صفحة؛ حيث أغفل أهم المسائل النظرية المتعلقة بحقيقة هذه القاعدة، كما ذكر ثلاث مسائل تطبيقية في باب الزواج بشكل مختصر جدا، وما تتميز به أطروحتي عن هذا البحث توسعها في الجانب النظري والتطبيقي، حيث أتيت على كافة المسائل المُكَوِّنة لحقيقة القاعدة نظريا وتطبيقيا؛ واستقرأت جميع المواد التي وافق فيها المشرع قاعدة مراعاة الخلاف بمفهومها العام والخاص؛ بحيث لم أكتف بأهم المسائل التقليدية المذكورة في كتب المالكية كتصحيح نكاح الشغار مثلا؛ باعتبار القاعدة تتضمن منهجا يُستَفَادُ منه في البحث القانوني.

2- "مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده"، كتاب مطبوع من تأليف الدكتور مُحَمَّد الأمين ولد مُحَمَّد سالم بن الشيخ، وأصله دراسة نال بها صاحبها درجة الدكتوراه؛ ويحتوي الكتاب على تمهيد وأربعة فصول وخاتمة؛ تناول الباحث أكرمه الله في التمهيد - الذي قَسَّمَهُ إلى ثلاثة مباحث - الخلاف الفقهي من حيث نشأته وأنواعه ومشروعيته والموقف السليم منه، وعن المذهب المالكي مدلوله ومكانته، وعن أصول المذهب المالكي ومكانة مراعاة الخلاف بينها، ثم تَعَرَّضَ لبيان مدلول مراعاة الخلاف في الفصل الأول، وقَسَّمَهُ إلى ثلاثة مباحث، وفي الفصل الثاني عالج علاقة مراعاة الخلاف ببعض أصول المذهب المالكي وقواعده، حيث قَسَّمَهُ إلى أربعة مباحث، ثم انتقل إلى الفصل الثالث الذي عنوانه بـ: العمل بمراعاة الخلاف عند المالكية، وقد قَسَّمَهُ إلى خمسة مباحث، أما الفصل الرابع والأخير الذي كان عنوانه: بعض التطبيقات الفقهية لمراعاة الخلاف في المذهب المالكي وقد احتوى على مبحثين تناول فيهما التطبيقات في قسم العبادات، والتطبيقات في قسم المعاملات، ورغم أن الدراسة محاولة جادة وجيدة لاستجلاء مدلول مراعاة الخلاف وبيان الفرق بينها وبين بعض الأصول والقواعد الأصولية، وتوضيح تطبيقاتها في الفروع الفقهية، لكن رَكَّزَ الباحث جهده على المذهب المالكي دون المذاهب الأخرى، كما أغفل بيان علاقة مراعاة الخلاف بالقواعد الفقهية والمقاصدية رغم أهميتها، وهو ما قمت بتداركه في دراستي.

3- "مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية"، كتاب مطبوع من تأليف الدكتور مُحَمَّد أحمد شقرون، وأصله دراسة نال بها صاحبها درجة الماجستير؛ حيث قام الباحث وَقَّفَهُ الله بتقسيم بحثه إلى باين رئيسين، تَطَرَّقَ في الأول إلى دراسة مراعاة الخلاف من الناحية النظرية وقَسَّمَهُ إلى خمسة

فصول، ثم نَعَرِّضُ في الباب الثاني إلى أثر مراعاة الخلاف في الفروع الفقهية، وقام بتقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول، ورغم أن البحث دراسة فيها نَوْعُ تأصيل وتفصيل عميق ودقيق لمراعاة الخلاف؛ حيث إضافةً إلى تناول القاعدة نظريا من وجهة نظر المالكية إلا أنه عقد فصلا كاملا لبيان موقف المذاهب الأربعة من هذه القاعدة وقد حالفه التوفيق في ذلك، أيضا عقد بابا لبيان أثر القاعدة في الفروع الفقهية، وما يُحْسَبُ له تَعَرُّضُهُ لجل أبواب الفقه ابتداءً بالعبادات وانتهاءً بالحدود والجنايات، لكن هذا لا يُحْصِيُهُ من سهام النقد؛ حيث ما يُلَاخِظُ على الدراسة في جانبها النظري خلوها من بيان أثر مراعاة الخلاف في الاجتهاد الفقهي المعاصر خاصة في مجال التقنين والقضاء، ومن الناحية التطبيقية جاءت الدراسة خالية كذلك من التفصيل في المسائل الفقهية المذكورة من حيث إيراد أقوال الفقهاء وأدلتهم والمقارنة والترجيح بينها، وهو ما زُمنّا بيانه من خلال دراستنا للمسائل الفقهية بطريقة مقارنة، وبيان تطبيقات القاعدة في قانون الأسرة الجزائري باعتبارها مظهرا لتقنين الفقه الإسلامي.

4- "قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي"، هذه الدراسة عبارة عن رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في جامعة وهران، من إعداد الباحث: العيد عباس، وإشراف: د. أحسن زقور، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، نوقشت سنة 2006م/2007م؛ حيث قام الباحث جزاه الله خيرا بتقسيم بحثه إلى فصل تمهيدي ضَمَّنَهُ مبحثين تناول فيهما نشأة الخلاف ومشروعيته وأنواعه وأسبابه والموقف السليم منه، كما تناول كذلك أصول المذهب المالكي وموقع مراعاة الخلاف منها، أما الفصل الأول فدرس فيه معنى مراعاة الخلاف ومذاهب الأصوليين في حجيته وقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أما الفصل الثاني فعالج فيه أثر مراعاة الخلاف في الفقه الإسلامي وفي عمل المجتهد والمفتي، واقتصر في بيان أثر مراعاة الخلاف على باب الأحوال الشخصية فقط دون غيرها من أبواب الفقه، أما بالنسبة لأثر هذه القاعدة في عمل المفتي والمستفتي فقد رَكَّزَ على بيان أضرار التعصب والجمود الفقهي والمنهج المتبع في نبذ الخلاف بتفعيل هذه القاعدة، ورغم الإضافة القِيَمَة التي جاءت بها هذه الدراسة في بحث القاعدة خاصة في جوانبها التربوية، لكنَّ صاحبها لم يتعرض للمقارنة في المسائل الفقهية بين الأقوال والأدلة والموازنة بينها، وهذا ما عملنا جهدنا عليه في دراسة المسائل الفقهية فضلا على ما أضفناه من الدراسة القانونية المقارنة.

ومن الدراسات ذات الأهمية في الموضوع؛ كونها لها اتصال بأطروحتي على أساس أن مراعاة الخلاف من أنواع الاستحسان، كتاب مطبوع بعنوان: "الاستحسان وأثر العمل به على مسائل الأحوال الشخصية -دراسة فقهية مقارنة"⁽¹⁾، من تأليف الدكتور عروة عكرمة صبري، وأصله أطروحة دكتوراه، وقد بذلت ما في وسعي للحصول على نسخة منها مطبوعة أو إلكترونية حتى أتي راسلت صاحبها عبر بريده الإلكتروني لكنني لم أظفر بشيء، بَيَدَ أنني تحصلت على ملخص لها عبر الشبكة العنكبوتية؛ وقد قَسَمَ المؤلف أكرمه الله دراسته إلى بابين، الباب الأول تناول فيه التعريف بالاستحسان وأنواعه، وَضَمَّنَهُ فصلين، أما الباب الثاني فدرس فيه أثر العمل بالاستحسان على مسائل الأحوال الشخصية وتضمن هذا الباب ثلاثة فصول، والدراسة جيدة في بابها أفدت منها.

سادسا- منهج البحث:

استدعت طبيعة الموضوع توظيف عدة مناهج في البحث أذكرها في النقاط التالية:

1- المنهج الاستقرائي: استخدمته بتتبع المسائل الفقهية على مستوى مواد قانون الأسرة الجزائري، وكذا استقرائها من المراجع والمصادر الأساسية المعتمدة في هذا البحث.

2- المنهج الوصفي: وَظَفْتُهُ في تصوير المسائل الفقهية وإيراد التعريفات العلمية للمصطلحات، وذكر تكييفها، وحكمها الشرعي عند الفقهاء، وحكاية أقوال الفقهاء وآرائهم ومذاهبهم، وبيان وجه موافقة هذه المسائل لقاعدة مراعاة الخلاف وموقف المشرع من ذلك.

3- المنهج التحليلي النقدي: استعنت به في تحليل المواد القانونية، وشرحها باختصار مع بيان تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي، وقوانين الأحوال الشخصية في مصر وسوريا والمغرب وتونس مع بيان المذهب المختار لدى المشرع الجزائري، وكذا بيان دوافع مراعاة الخلاف.

4- المنهج المقارن: وهو الأهم باعتبار الدراسة مقارنة بين الشريعة والقانون؛ حيث استخدمته عند المقابلة بين المذاهب الفقهية، وكذا دراسة أدلتهم وبيان أوجه الاستدلال منها ومناقشتها والترجيح

⁽¹⁾ الكتاب تم طبعه في دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1432هـ/2011م.

الترمت في أطروحتي باتباع منهجية معينة ارتضيته في كتابة البحث، أذكر كما يأتي أهم عناصرها:

1- عَزُّ الآيات القرآنية يكون في المتن بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، وأجعل الآية القرآنية بين الرمزین المزهّرين: ﴿﴾، مع تخخين خطها، تمييزاً لكلام الله عن كلام سائر الناس.

2- جَعَلَ الأحاديث النبوية الشريفة في المتن بين مزدوجين بالشكل الآتي: «» بخط ثخين، تمييزاً لكلام المعصوم ﷺ عن كلام سائر الناس، على أن يكون تخريجها في الهامش على النحو التالي: ذَكَرَ صاحب المصنف الحديثي وعنوانه، الكتاب والباب إن وجد، رقم الحديث إن وجد، رقم الجزء إن وجد، والصفحة، وعندما كنت بصدد مناقشة الأدلة والآراء لم أُخَرِّج الحديث اكتفاءً بتخرجه الأول.

3- إذا كان الحديث في الصحيحين أو الموطأ، اكتفيت بالعزو إليهما دون زيادة التخريج من مصنفات حديثية أخرى إلا من باب بيان اختلاف ألفاظ الحديث فذكرت صاحب اللفظ مع التصريح بأنه له، أما إذا لم أجده فيهما خاصة خَرَجْتُهُ من مصدره مع بيان درجته معتمدا على أهل الصناعة الحديثية قدامى أو محدثين، وإذا لم أجد تخريجا اجتهدت رأيي في بيان سندها دون الحكم عليها كأهل الفن؛ لأنني لست في مَصَاقِفِهِمْ، أما تخريج الآثار فبنفس الطريقة.

4- إذا كان النقل عن قائله حرفيا جعلته بين المزدوجين التاليين: " ، ولم أُصَدِّرْهُ بكلمة: يُنْظَرُ عند تهميشه، أما ما نقلته بالمعنى أو التصرف في عبارته، فإن الإحالة في هذه الحالة على الهامش باستعمال كلمة يُنْظَرُ.

5- ترجمتُ لجميع الأعلام الواردة أسماؤهم في المتن باستثناء الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة المتبوعين والفقهاء المعاصرين من الأحياء والميتين، ولعدم إثقال الهوامش بكثرة التراجم لم أُحلّ على موضع الترجمة إذا تكرروا لاحقا في المتن.

6- إذا حذف كلاً من النصوص وضعت ثلاث نقاط (...).

7- قمتُ بشرح غريب الأحاديث، وبيان معاني الألفاظ، وجعله في الهامش محالا إلى مصدره.

8- توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش كان كالآتي:

- عند ذكر المصدر، أو المرجع لأول مرة: المؤلف (إذا كانوا أكثر من واحد ذكرت أول اسم ثم أردفه بكلمة: "آخرون"، المؤلف (مع اختصار عنوانه إذا كان طويلاً)، رقم الجزء إن وجد، رقم الصفحة؛ ثم ذكر سائر معلومات الكتاب في فهرس المصادر والمراجع وفقاً للترتيب التالي: المؤلف، المحقق إن وجد، دار النشر، مكان النشر، رقم الطبعة إن وجد، سنة الطبع بالهجري والميلادي إن وجد، وعند عدم وجود دار النشر أو رقم أو سنة الطبع رمزت لذلك باختصار كالتالي: د ش لدار النشر، د م لمكان دار النشر، د ر لرقم الطبع، د س لسنة الطبع.
- إذا كان المرجع رسالة علمية أكاديمية، فالتوثيق في فهرس المصادر والمراجع كالتالي: الباحث، عنوان الرسالة، المشرف، الجامعة، مكانها، سنة المناقشة.
- إذا كان المرجع مقالا في مجلة، فالتوثيق كالتالي: صاحب المقال، عنوانه مع الإشارة بين قوسين أنه مقال، رقم الصفحة، مع ذكر معلومات المقال في فهرس المصادر والمراجع كالتالي: صاحب المقال، عنوانه، اسم المجلة، رقم العدد، سنة الصدور، جهة الإصدار إن وُجدت ومكانها.
- إذا كان المرجع نصاً قانونياً، فالتوثيق كالتالي: أمر أو قانون أو مرسوم، رقمه، تاريخه، الجريدة الرسمية، عددها، الصفحة، ثم ذكر مضمون القانون في فهرس المصادر والمراجع بعد التاريخ.
- إذا كان المرجع قراراً قضائياً، فالتوثيق في الهامش كالتالي: رقم القرار، تاريخه، المجلة القضائية، عددها، سنة الصدور، الصفحة.
- إذا كان المرجع معلومة من الشبكة العنكبوتية، فإن توثيقها في الهامش كالتالي: اسم الكاتب وعنوان الموضوع إن وجد، ذكر اليوم والساعة اللذين أُخِذَتْ فيهما المعلومة، الرابط باللغة الأجنبية.
- إذا كان المرجع من تأليف هيئة علمية، فإن التوثيق في الهامش كالتالي: عنوان المؤلف، والجزء إن وُجد، والصفحة، ثم ذكر معلومات الكتاب كاملة كما ذكرنا في فهرس المصادر والمراجع.
- 9- التوثيق من المعاجم، والقواميس اللغوية كالتالي: ذكرت فيه المعلومات السالفة الذكر بنفس المنهجية مع إضافة: مادة كذا، قبل رقمي الجزء والصفحة.
- 10- عند استعمال الكتاب في موضعين متتاليين لا يُفصّل بينهما بكتاب آخر في نفس الصفحة، أوردت العبارة الآتية: المرجع نفسه، أما إذا كان الأول في صفحة والثاني في صفحة أخرى أوردت عبارة: المرجع السابق مع إردافها برقم الجزء، والصفحة عند الاقتضاء.

11- عند استفادة المعلومة من عدة مراجع أو مصادر لمؤلفين قدامى دون المحدثين، فإنني قمتُ بتوثيقها على أساس المعيار الزمني بتقديم المؤلف السابق مولداً، أما المسائل الفقهية فالمعيار المعتمد هو التسلسل الزمني لظهور المذاهب؛ بحيث يُقَدَّم المذهب الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي.

12- عند دراسة المسائل الفقهية في الفصلين التطبيقيين التزمت المنهجية التالية:

- اقتصر في الدراسة الشرعية لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في أحكام الأسرة على المقارنة بين المذاهب الأربعة إلا في بعضها حسب طبيعة الخلاف المأثور، أما بالنسبة للدراسة القانونية فاعتمدت أساساً على قانون الأسرة الجزائري مع المقارنة بينه وبين قوانين الأسرة لمصر وسوريا والمغرب وتونس.
- إيراد مذاهب وأقوال الفقهاء في المسألة واقتصر على أصحاب المذاهب الأربعة، وما ذكرته عن غيرهم من الفقهاء فهو ممن له قول منفرد فذكرته باسمه.
- إيراد أدلة الفقهاء في المسألة مهما كان نوعها مع عزو الآيات وتخريج الأحاديث النبوية وآثار الصحابة عليهم السلام، وبيان أوجه الدلالة منها.

- المناقشة والترجيح، وذلك عن طريق إيراد جملة من المناقشات والانتقادات والاعتراضات الموجهة للأدلة والاستنباطات بين الفقهاء المختلفين في كل مسألة، وكذا الإجابات التي ردُّوا بها على الانتقادات بينهم، كذلك ذكرتُ عند الاقتضاء سبب الخلاف بين الفقهاء على عادة دارسي الفقه المقارن، كما قمتُ باختيار ما أظنه راجحاً في المسألة من الأقوال والمذاهب، مع ذكر أسباب الترجيح.

- بالنسبة لترتيب المسائل الفقهية في الفصلين التطبيقيين راعيتُ فيه تسلسل المواد القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري على حسب ترقيمها.

- دُكِّرُ المادة القانونية من قانون الأسرة الجزائري المرتبطة بكل مسألة فقهية مدروسة، وذلك عقب دراستها دراسة مقارنة، مع شرحها بشكل مختصر مُنبِّهاً إلى وجه موافقة المشرع لقاعدة مراعاة الخلاف في اختياره المذهب الفقهي لكل مادة قانونية، كما التزمتُ بعزو كل مادة قانونية إلى المرسوم الخاص بها في الجريدة الرسمية، مع الاكتفاء باعتماد رمز: "ق أ ج"، لاختصار جملة: قانون الأسرة الجزائري.
- دُكِّرُ القرار القضائي للمحكمة العليا المرتبط بكل مسألة فقهية إن وُجِدَ باعتبارها تتكفل بتوحيد الاجتهاد القضائي مع شرحه باختصار وبيان وجه موافقة قضاة المحكمة العليا لقاعدة مراعاة الخلاف.

ثامنا - خطة البحث:

قمتُ بتقسيم البحث إلى قسمين: قسم نظري تناولتُ فيه تأصيل مصطلحات البحث ومفرداته، وقسم تطبيقي تناولتُ فيه دراسة المسائل الفقهية الخاصة بتطبيقات القاعدة في قانون الأسرة الجزائري كجانب قانوني مع المقارنة ببعض القوانين العربية المعينة حصرا (المصري والسوري والمغربي والتونسي).

وقد تضمنتُ الخطة إجمالا مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة وفهارس فنية، والآن تفصيلها بإيجاز:

- **المقدمة:** وتضمنتُ تقديمًا لموضوع البحث، وبيانًا لأهميته، وطرحًا لإشكاليته، وذكرًا لأسباب اختياره، والأهداف المرجوة منه، وأهم الدراسات السابقة، والمنهج العلمي المتبع، والمنهجية المختارة في الدراسة، وعرض الخطة باختصار، والإشارة للصعوبات المعترضة في البحث.

- **الفصل الأول:** خَصَّصْتُه لتأصيل مصطلحات البحث ومفرداته، ويحتوي على ثلاثة مباحث؛ المبحث الأول عنوانه: نشأة الخلاف الفقهي، وأحكامه، وموقف العلماء منه، ويحتوي على أربعة مطالب، والمبحث الثاني عنوانه: حقيقة قاعدة مراعاة الخلاف، ومقتضياتها المقاصدية، ويحتوي على أربعة مطالب، أما المبحث الثالث فعنوانه: أحكام الأسرة وصلتها بالتقنين والاجتهاد القضائي، ويحتوي على أربعة مطالب.

- **الفصل الثاني:** تناولتُ فيه تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الزواج وآثاره، ويحتوي هذا الفصل على ثلاثة مباحث، فالمبحث الأول درستُ فيه تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل مقدمات ومقومات عقد الزواج، وتضمن ستة مطالب، أما المبحث الثاني فتَعَرَّضْتُ فيه إلى تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الولاية والصدّاق في عقد الزواج وانطوى على ستة مطالب كذلك، أما بالنسبة للمبحث الثالث فتطرقتُ فيه لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الصيغة وآثار عقد الزواج واحتوى على خمسة مطالب.

- **الفصل الثالث:** عُنِيْتُ فيه بتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل انحلال الزواج، وانطوى على ثلاثة مباحث، حيث رَكَّزْتُ في المبحث الأول على تطبيقات القاعدة في مسائل الطلاق والتطليق والمتعة، وقد قَسَّمْتُه إلى أربعة مطالب، أما المبحث الثاني فَوَضَّحْتُ فيه تطبيقات القاعدة في مسائل الخلع والتحكيم والحضانة، واحتوى كذلك على أربعة مطالب، أما بالنسبة للمبحث الثالث فَبَيَّنْتُ فيه تطبيقات القاعدة في مسائل نفقة المبتوتة والميراث والوقف، وَضَمْتُ أربعة مطالب.

- **الخاتمة:** ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث، كذلك عَدَدْتُ جملة من التوصيات الجديرة بالاهتمام، والتي فيها مزيد خدمة لموضوع البحث.

- **الفهارس:** دَيَّلْتُ البحث بفهارس فنية خاصة بـ: الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة، وآثار الصحابة عليهم السلام، والأعلام المترجم لهم، والمواد القانونية الخاصة بقانون الأسرة الجزائري، والقرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، والمصادر والمراجع، والمحتويات.

تاسعا- صعوبات البحث:

مما لا مرية فيه أن البحث العلمي تعترض ممارسه معوقات وصعوبات، وقد اعترضتني صعوبات في إنجاز أطروحتي، منها ما هو خارجي لا دخل له في موضوع البحث، كالانشغالات العائلية والالتزامات المهنية، ومنها ما له علاقة وثيقة بموضوع البحث وماهيته.

فمن بين أهم الصعوبات التي واجهتني مما له علاقة بموضوع البحث؛ ندرة شروح قانون الأسرة الجزائري المحتوية على مادة فقهية ثَرِيَّة خاصة فيما يتعلق بالخلاف الفقهي، كذلك صعوبة الحصول على تعليقات فقهية كافية على القرارات القضائية للمحكمة العليا تتعلق ببعض المسائل المدروسة، كذلك تَشَعُّبُ المسائل الفقهية بين عدة علوم تنضاف إلى الفقه، كعلم التفسير والحديث والمقاصد والقواعد الفقهية والأصولية، كذلك من الصعوبات عدم الحصول على بعض القرارات القضائية المتعلقة بالمحكمة العليا مما أضطر إلى الإشارة إليه في موضعه.

ورغم ذلك فقد يَسَّرَ الله تعالى لي إتمام البحث في وقته فله الفضل والمنة، وأرجو أنني قد وُقِّفْتُ فيما كنت قد سَطَرْتُهُ لدراسة هذا الموضوع بطريقة علمية مقبولة، فكل الشكر مَزَجِيَّ بعد المولى عز وجل إلى فضيلة الأستاذ المشرف الدكتور نبيل موفق الذي كان له الفضل في الوصول بالبحث إلى هذا المستوى، والذي لم يَضِئْ عَلَيَّ بتوجيهاته الكريمة وتصويباته السديدة وملاحظاته القيمة.

الفصل الأول:

تأصيل وتعريف مصطلحات البحث ومفرداته

ويحتوي على ثلاثة مباحث هي على النحو الآتي:

المبحث الأول: نشأة الخلاف الفقهي، وأحكامه، وموقف العلماء منه.

المبحث الثاني: حقيقة قاعدة مراعاة الخلاف، ومقتضياتها المقاصدية.

المبحث الثالث: أحكام الأسرة وصلتها بالتقنين والاجتهاد القضائي.

المبحث الأول: نشأة الخلاف الفقهي، وأحكامه، وموقف العلماء منه.

ويحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب هي:

المطلب الأول: نشأة الخلاف الفقهي.

المطلب الثاني: مشروعية الخلاف الفقهي.

المطلب الثالث: أنواع الخلاف الفقهي.

المطلب الرابع: أسباب الخلاف الفقهي وموقف العلماء منه.

المطلب الأول: نشأة الخلاف الفقهي.

الخلاف أو الاختلاف على تغاير لفظي بين الكلمتين ليس مصطلحا مجموعا في الدراسات الفقهية التي أرّخت له، بل له جذور تاريخية دفعت لظهوره، وذلك منذ العهود الأولى لتاريخ التشريع الإسلامي، والتي يُقَسَّمُهَا بعض المؤرخين له إلى أربعة عهود: عهد الرسول ﷺ من بعثته حتى وفاته، وعهد الصحابة الكرام رضوان الله عنهم من وفاته ﷺ حتى أواخر القرن الأول الهجري، وعهد التدوين والأئمة المجتهدين من سنة 100هـ إلى سنة 350هـ، وعهد التقليد من أواسط القرن الرابع الهجري حتى عصرنا الحاضر⁽¹⁾، ولقد كان لهذه العهود أثر في مسيرة الخلاف الفقهي، نستعرضها كما يلي:

الفرع الأول: الخلاف الفقهي في عصر النبي ﷺ.

يُقَدَّرُ عصر النبوة زمنيا بثلاث وعشرين سنة، وقَسَّمَهُ بعض الباحثين إلى مرحلتين أساسيتين⁽²⁾:

- **المرحلة الأولى في مكة:** مدتها ثلاث عشرة أعوام تقريبا، وكانت جهود النبي ﷺ فيها مُنْصَبَةً على الدعوة لتوحيد الله تعالى، ومحاربة العادات الجاهلية المرذولة كالقتل، ووأد البنات... إلخ

- **المرحلة الثانية في المدينة:** مدتها عشر أعوام تقريبا شُرِعَتْ فيها أحكام العبادات، والمعاملات، والجهاد، وشؤون الأسرة إلى غير ذلك، لم يترك جانبا من جوانب الحياة إلا وتناوله التشريع.

في هذا العصر كان النبي ﷺ هو المرجع الوحيد لبيان الأحكام، فكان القرآن الكريم والسنة النبوية هما أصْلاً الفقه، وكان الصحابة رضي الله عنهم في حالة وقوع خلاف بينهم يردونه إلى النبي ﷺ، فقد كان ﷺ مرجعهم في كل ما يحدث بينهم من نزاع، ومردهم في كل ما يَحْزُبُهُمْ من أمر، ومفزعهم في كل ما ينزل بهم من شدة، ورأدهم في كل شأن، وهاديهم في كل حيرة، ومرشدهم من كل ضلالة؛ إذا اختلفوا في أمر ردهم إلى الصواب فيه، وإذا خفي عليهم حق أظهره لهم⁽³⁾؛ ومن أمثلة هذه الحالات المذكورة ما جاء عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: "خرج رجلان في سفر، فحضرت الصلاة وليس معهما ماء، فتيما صعيدا طيبا، فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الصلاة والوضوء، ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا ذلك له، فقال للذي لم يعد: "أَصَبْتَ السُّنَّةَ وَأَجَزْتَكَ صَلَاتُكَ"، وقال

(1) عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص 08.

(2) محمد شريف مصطفى، الاختلاف الفقهي، ص 17.

(3) علي الخفيف، أسباب اختلاف الفقهاء، ص 10؛ محمد شريف مصطفى، المرجع السابق، ص 14.

للذي توضحاً وأعاد: "لَكَ الْأَجْرُ مَرَّتَيْنِ"⁽¹⁾؛ والشاهد في هذا الحديث أن النبي ﷺ أَقَرَّ الصحابيين المختلفين في أداء الصلاة بالتييم بعد وجود الماء فأعاد الأول ولم يعد الثاني، ولولا جواز ذلك لأنكر النبي ﷺ على أحدهما، أو كليهما.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي في عصر الصحابة رضي الله عنهم.

يُقَدَّرُ عصر الصحابة رضي الله عنهم زمنياً بمئة وعشرة أعوام؛ لأن آخر الصحابة وفاةً هو أبو الطفيل عامر بن واثلة الكناني الليثي الذي توفي سنة 110هـ⁽²⁾؛ وَيُقَسَّمُ بعض الباحثين هذا العصر إلى مرحلتين⁽³⁾:
- المرحلة الأولى: هي مرحلة الخلفاء الراشدين، وتبدأ من وفاته ﷺ إلى تنازل الإمام الحسن بن علي رضي الله عنهما عن الخلافة لمعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما سنة 40هـ؛ وتُسمَّى تاريخياً بعام الجماعة.
- المرحلة الثانية: وتبدأ من تَسَلُّم معاوية رضي الله عنهما الحكم إلى سنة 110هـ.

فبعد انتقال النبي ﷺ إلى الرفيق الأعلى ترك لأُمَّته شيئين لن يضلوا ما إن تمسكوا بهما كتاب الله الكريم، وسنته الشريفة لقوله ﷺ فيما رواه الإمام مالك بلاغا: «تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ، لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا: كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ»⁽⁴⁾؛ إلى جانب هاذين قد ترك أصحابا له عاشروه في حياته في سفره وحضره، شاهدوا أفعاله، واستمعوا إلى أقواله، وشهدوا نزول الوحي، واطلعوا على أسبابه ومقتضياته، فحصل لهم من ذلك ملكة فقهية يتعرفون بها حكم الله فيما يَجِدُ من أمور من خلال كتابه وسنة نبيه⁽⁵⁾، وقد تفاوتت هذه الملكات بين الصحابة رضي الله عنهم بطبيعة تركيبتهم البشرية مما أدى ذلك إلى بروز مناهج متعددة في الاجتهاد كانت هي النواة الأولى لنشوء الخلاف الفقهي في هذا العصر والعصور المتلاحقة بعده؛ حيث كان اختلافهم من عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية؛ ومن أهم خصائص الخلاف الفقهي عند الصحابة رضي الله عنهم في هذا العصر ما يلي:

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب في المتيمم يجد الماء بعدما يصل في الوقت، حديث رقم 338، 254/1؛ قال محققاه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "رجاله ثقات".

(2) ابن حجر، الإصابة، 193/7.

(3) مُجَدِّد شريف مصطفى، المرجع السابق، ص 17.

(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب القدر، باب النهي عن القول بالقدر، حديث رقم: 3338، 1323/5؛ قال ابن عبد البر: "وهذا أيضا محفوظ معروف مشهور عن النبي ﷺ عند أهل العلم شهرة"، ينظر: التمهيد، 331/24.

(5) مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، ص 35.

- أن نطاقه ظلَّ ضَيِّقًا نسبيًا إلى حد كبير في هذا العصر وسبب ذلك راجع إلى القرب من عهد النبوة، وحرص الصحابة على التَّقَلُّل من الرواية والتَّثَبُّت فيها، وقلة الجرأة على الفتوى⁽¹⁾.

- غلبة الطابع الجماعي والشوري على كثير من مسائل الخلاف خاصة في عهد الخليفين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما؛ قال ميمون بن مهران: "كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ فإن وجد فيها ما يقضي به قضى به، فإن أعياه ذلك سأل الناس: هل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى فيه بقضاء؟ فرمى قام إليه القوم فيقولون: قضى فيه بكذا وكذا، فإن لم يجد سُنَّةَ سَنِّهَا النبي ﷺ جمع رؤساء الناس فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به، وكان عمر يفعل ذلك، فإذا أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة سأل: هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء؟ فإن كان لأبي بكر قضاء قضى به، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به"⁽²⁾.

ثم بدأت دائرة الخلاف الفقهي تتسع في الأمصار، فَاتَّبَعَ أهل المدينة في الأكثر فتاوى عبد الله بن عمر، وأهل الكوفة فتاوى عبد الله بن مسعود، وأهل مكة فتاوى عبد الله بن عباس، وأهل مصر فتاوى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما⁽³⁾، ومن أمثلة الخلاف الفقهي في هذا العصر ما يلي:

1- الخلاف في موضع دفن النبي ﷺ: أراد أهل مكة دفنه بها؛ لأنها مسقط رأسه، وأراد أهل المدينة دفنه بها؛ لأنها دار هجرته، وأرادت جماعة دفنه بالقدس؛ لأنها موضع دفن الأنبياء، ثم اتفقوا على دفنه بالمدينة⁽⁴⁾، حتى روى لهم الصديق رضي الله عنه قوله ﷺ: «مَا قُبِضَ نَبِيٌّ إِلَّا دُفِنَ حَيْثُ يُقْبَضُ»⁽⁵⁾.

2- الخلاف في قتال مانعي الزكاة: انتقل النبي ﷺ إلى الرفيق الأعلى، وبايع الصحابة رضي الله عنهم أبا بكر الصديق بالخلافة فامتنعت بعض القبائل العربية عن أداء الزكاة، فاختلف أبو بكر رضي الله عنه على قتالهم مع عمر رضي الله عنه؛ روى أبو هريرة رضي الله عنه قوله: "والله لأقاتلن من فَرَّقَ بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال،

(1) مُجَدِّدُ الأَمِين ولد مُجَدِّدُ سَالِم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 23.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، 49/1.

(3) أحمد باشا تيمور، نظرة تاريخية في حدود المذاهب الفقهية الأربعة، ص 48.

(4) الشهرستاني، الملل والنحل، 22/1.

(5) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الجنائز، باب ذكر وفاته ودفنه ﷺ، حديث رقم: 1628، 550/2؛ قال محققه شعيب

الأرنؤوط وآخرون: "صحيح لغيره."

والله لو منعوني عَنَّا⁽¹⁾ كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعها"، وعندها قال عمر رضي الله عنه: "فوالله ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبي بكر رضي الله عنه، فعرفت أنه الحق"⁽²⁾.

الفرع الثالث: الخلاف الفقهي في عصر التابعين وتابعيهم والأئمة المجتهدين.

يبدأ هذا العصر من سنة 110هـ إلى أواسط القرن الرابع الهجري؛ حيث نبغ فيه علماء التابعين، فهم ورثة علم الصحابة رضي الله عنهم الذين تتلمذوا على أيديهم، وقاموا بالعمل الذي قام به الصحابة رضي الله عنهم من تعليم الناس الإسلام ونشره وتفقيهم في دينهم⁽³⁾، ثم جاء بعد التابعين تابعوهم الذين نَحَوْا نَحْوَهُمْ في منهج استنباط الأحكام واستثمار الأدلة، إلى أن استقر علمهم عند الأئمة المجتهدين رحمهم الله في الأمصار، فهم من حازوا قصب السبق في تدوين علوم الصحابة والتابعين وتابعيهم، وكذا تقعيد مناهج الاستنباط، وطرق الاستدلال، وأصول الاجتهاد والفتوى؛ حيث أفرز ذلك نشوء المذاهب الفقهية التي كانت مدارس علمية للتشريع بعد ذلك، فكان رجال التشريع في كل مصر من أمصار المسلمين طبقات، وكل طبقة يُعَدُّ رجالها تلاميذ لسلفهم، وأساتذة لخلفهم، وبهذا اتصلت حركة التشريع في الأمصار⁽⁴⁾، ففي المدينة أشهر أساتذة التشريع من الصحابة عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، وأشهر تلاميذهم من التابعين فقهاء المدينة السبعة⁽⁵⁾، وأشهر تلاميذهم من تابعي التابعين ابن شهاب الزهري، وأشهر من حَلَفَ هؤلاء من الأئمة المجتهدين مالك بن أنس، وفي مكة أشهر أساتذة التشريع من الصحابة عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وأشهر تلاميذهم من التابعين عكرمة، وأشهر تلاميذهم من تابعي التابعين سفيان بن عيينة⁽⁶⁾، وأشهر من جاء بعد هؤلاء من أئمة الفقه مُجَدِّد بن إدريس الشافعي، وفي الكوفة أشهر أساتذة التشريع

(1) العَنَّا: هي الأنثى من أولاد المعز مالم يَمِّ لها سنة، ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 3/311.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، حديث رقم: 1400، 2/105.

(3) مُجَدِّد الشريفة مصطفى، الاختلاف الفقهي، ص 24.

(4) عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص 62؛ لعل الشيخ خلاف يقصد بمصطلح التشريع الاجتهاد.

(5) فقهاء المدينة السبعة هم: سعيد بن المسيب، عروة بن الزبير، القاسم بن مُجَدِّد، خارجة بن زيد بن ثابت، أبو سلمة بن عبد الرحمن، وعبيد الله بن عبد الله، وسليمان بن يسار، وجعل ابن المبارك سالم بن عبد الله بدل أبي سلمة، وجعل أبو الزناد بدلها أبا بكر بن عبد الرحمن؛ ينظر: السيوطي، تدريب الراوي، 2/699.

(6) هو: سفيان بن عيينة أبو مُجَدِّد بن أبي عمران الهلالي، أصله من الكوفة، ونقله أبوه إلى مكة، كان إماماً عالماً ثبتاً حجة زاهداً ورعاً، مُجَمَّعاً على صحة حديثه وروايته، توفي سنة 198هـ؛ ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، 2/393.

من الصحابة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وأشهر تلاميذه من التابعين علقمة بن قيس، وإبراهيم النخعي، وأشهر تلاميذهم حماد بن أبي سليمان أستاذ أبي حنيفة وأصحابه، وفي مصر أشهر أساتذة التشريع من الصحابة عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، وأشهر تلاميذه من التابعين مفتي مصر يزيد بن أبي حبيب، وتلمذ عنه من الأئمة الليث بن سعد⁽¹⁾، وأقرانه من بني عبد الحكم، وأشهر من خلف هؤلاء الشافعي في حياته الأخيرة⁽²⁾ لما انتقل من بغداد إلى مصر وعيّر مذهبه، وقد اتسم الخلاف الفقهي في هذا العصر بعدد الخصائص منها:

- ازدياد اتساعه، وكثرة أسبابه نظرا لتجدد الوقائع والقضايا، وتعدد مناهج الصحابة رضي الله عنهم في الفتوى والاجتهاد، وظهورها كمسالك فقهية لها أتباعها من التابعين وتابعيهم، حتى انتهى إلى أئمة المذاهب.
- الخلاف الفقهي في هذا العصر أنتج ظهور مدرستين متباينتين في مناهج الاستنباط هما مدرسة الحديث والأثر، وروادها فقهاء المدينة السبعة، ومدرسة الرأي والقياس، وروادها فقهاء العراق⁽³⁾، وظلّ الخلاف في عهد الأئمة المجتهدين يتسم بالمرونة والموضوعية وعدم التعصب، فلم يكن أحد منهم يرغب في تقليد الناس له سواء من غلب عليه الرأي والنظر كأبي حنيفة، أو من غلبت عليه الرواية والأثر، كمالك⁽⁴⁾، وقد رُوِيَتْ عنهم أقوال في النهي عن تقليدهم؛ فقد جاء عن الإمام أبي حنيفة قوله: "عَلِمْنَا هذا رأيي، وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قَبِلْنَاهُ منه"⁽⁵⁾، كما قال الإمام مالك: "إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فانظروا في رأيي، فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه"⁽⁶⁾، وقال الإمام الشافعي أيضا: "كل ما قلت فكان عن النبي صلى الله عليه وسلم خلاف قولي مما يصح، فحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى، فلا تقلدوني"⁽⁷⁾، وجاء عن الإمام أحمد

(1) هو: أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي المصري، شيخ مصر وعالمها، أخذ عن يزيد بن أبي حبيب وغيره، استقل بالفتوى في زمانه، توفي سنة 175هـ؛ ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، 710/4.

(2) عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص 63-64.

(3) محمد مصطفى شليبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص 127.

(4) محمد الأمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 25-28.

(5) الذهبي، مناقب أبي حنيفة وصاحبيه، ص 34.

(6) عياض، ترتيب المدارك، 182/1.

(7) ابن كثير، طبقات الشافعية، 46/1.

قوله كذلك: "لا تقلدني، ولا تقلد مالكا، ولا الثوري، ولا الأوزاعي"⁽¹⁾، وخذ من حيث أخذوا"⁽²⁾.

الفرع الرابع: الخلاف الفقهي في عصر التقليد إلى القرن الرابع عشر الهجري.

ابتدأ هذا العصر من منتصف القرن الرابع الهجري بالتقريب، حيث طرأت على المسلمين عدة عوامل سياسية وعقلية وخلقية واجتماعية أثَّرت في كل مظهر من مظاهر نهمهم، ووقفت حركة الاجتهاد، ورضوا أن يكونوا عالة على فقه الأئمة السابقين أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وأقرانهم⁽³⁾، وقد تميَّز الخلاف الفقهي في هذا العصر بعدة خصائص منها⁽⁴⁾:

- عكوف أتباع كل إمام على جمع أقواله واجتهاداته وتحريرها، وتوثيق روايتها، واستنباط أصولها وبناء فروعها، وتدعيم مسائلها، فتحررت بذلك المذاهب الفقهية وتقررت.

- مسائل الخلاف تَعَيَّنَتْ في كل باب من أبواب الفقه من عبادات ومعاملات، وبدأ أتباع كل مذهب ينتصرون لمذهبهم ببيان قوة دليله وضعف دليل خصمه، فَوُضِعَتْ بذلك اللبنات الأولى للمناظرات في مسائل الخلاف والتأليف فيها.

- ابتكار فقهاء المذاهب الأربعة منهجا في التأليف كان له الفضل في نشأة الفقه المقارن، حيث كانوا يقابلون ويوازنون بين أقوال الأئمة وأدلتهم المختلف فيها، ويناقشون ويشرحون ويرجحون، فألف محمد بن الحسن الشيباني⁽⁵⁾ من الحنفية كتابه "الحجة على أهل المدينة"، وألف محمد بن عبد الحكم⁽⁶⁾ من المالكية كتابه "الرد على الشافعي فيما خالف فيه الكتاب والسنة".

- الالتزام بأدب الخلاف بين الفقهاء، وتقديم التقوى على الهوى، وإقامة الحجج والبراهين على الأقوال والآراء في جو يسوده البحث العلمي، في بداية هذه الفترة إلا أن الانتصار للمذاهب لم يلبث

(1) هو: أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الدمشقي الأوزاعي، الحافظ شيخ الإسلام، حدث عن عطاء بن أبي رباح والزهري وخلق، كان فقيها أهل الشام على مذهبه ثم فني، توفي 157هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 134/1.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، 139/2.

(3) عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص 95-96.

(4) محمد الأمين ولد محمد سالم، المرجع السابق، ص 29.

(5) هو: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صحب أبا حنيفة وعنه أخذ الفقه ثم عن أبي يوسف، وروى عن مالك، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، كان مقدما في علم العربية، توفي سنة 189هـ؛ ينظر: ابن قُطُوبُغَا، تاج التراجم، ص 237.

(6) هو: محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، سَمِعَ من أبيه وابن وهب وأشهب وابن القاسم من أصحاب مالك وصحب الشافعي، وأخذ عنه، فقيه مصر في عصره على مذهب مالك، توفي سنة 282هـ؛ ينظر: عياض، ترتيب المدارك، 165/4.

في أواخر مراحل هذه الفترة حتى انقلب إلى تعصب مقيت وتقليد أعمى، وقد وصل الحال بالخلاف الفقهي في القرن الرابع عشر الهجري إلى أن برزت بشأنه حركة اجتهادية بمنهجية حديثة تُصَحِّح مساره، وتُقَوِّمُ أخطاء الفقهاء السابقين في التعامل معه؛ كالتعصب المذهبي والمغالاة في التمسك والتقليد، وقد كان من ثمار ذلك إصدار الدولة العثمانية مجلة الأحكام العدلية سنة 1293هـ/1876م⁽¹⁾ عَمَلَهَا مجموعة من كبار العلماء، وكانت عبارة عن قانون في المعاملات المدنية تكون مأخذه من الفقه الإسلامي بصياغة قانونية حديثة ولو من غير المذاهب المعروفة، متى كان الحكم يتمشى وروح العصر، واحتوت على 1851 مادة مقسمة إلى مقدمة و16 كتاباً⁽²⁾.

وما يمكن ملاحظته على هذه المجلة كجانب مُنْتَقَدٍ في وضعها وصياغتها أنها اقتصرَت في أحكامها على المذهب الحنفي دون الخروج عليه قيد أنملة إلا في نادر، وفي المقابل تعتبر أول عمل تقنيي للفقه الإسلامي في العصر الحديث، حيث كانت مُلْهِمَةً لكثير من كبار العلماء لينتهجوا منهجاً حديثاً للتأليف في الفقه الإسلامي بطريقة القانونيين منها صنيع الدكتور عبد الرزاق السنهوري السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي.

(1) عبد الوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص103؛ ذكر الشيخ خَلَّافُ أن تاريخ إصدارها هو 1292هـ، والصواب ما أثبتناه، ينظر: سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص109؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 227/1؛ صبحي محمدي، فلسفة التشريع في الإسلام، ص72.

(2) صبحي محمدي، فلسفة التشريع في الإسلام، ص73.

المطلب الثاني: مشروعية الخلاف الفقهي.

لقد اتضح جليا من خلال السرد التاريخي لتطور الخلاف الفقهي في الفروع أنه كان واقعا معيشا سواء في زمن الوحي أم بعده أو خلال عصور الاجتهاد والتقليد إلى العصر الحديث، فهو أمر مستساغ شرعا وطبعاً، أُمِلَّتْهُ طَبِيعَةُ نصوص الشريعة، ومدارك الناظر فيها، مما أكسب الفقه الإسلامي الثراء التشريعي بتعدد الآراء وكثرة وجهات النظر التي لا غضاضة في التعبد بأي منها دون حجر أو إنكار، وسنفصل القول بإيراد أدلة مشروعية الخلاف الفقهي بين المجتهدين من المنقول والمعقول.

الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلاف الفقهي من القرآن الكريم.

نصوص القرآن الكريم أجازت الخلاف الفقهي؛ وذلك من خلال وجود كثير من الآيات التي أَصَلَّتْ لمشروعية وقوعه بين المسلمين سواء في مجال العلم أم العمل، نورد أهمها كما يلي:

أولاً- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [النساء: 59]، والشاهد أن التنازع في الآية معناه الاختلاف، وهي توجب الرد إلى الكتاب والسنة؛ والصحيح عند أهل العلم أن الرد إلى الله هو الرد إلى كتابه، والرد إليه ﷺ بسؤاله في حياته، أو بالنظر في سنته بعد وفاته⁽¹⁾.

ثانياً- قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: 78-79]، واضح في هذه القصة أن داود وسليمان عليهما السلام قد اختلفا في الحكومة، والفصل بين صاحب الحرث وصاحب الغنم، ومع ذلك فقد أقرهما الله تعالى معاً، ولم ينكر على داود شيئاً، ولا عَنَّفَهُمَا على الاختلاف في هذه الجزئية بل مدحهما بقوله: ﴿وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾، فدل على أن الاختلاف في الفروع جائز ما دام مأتاه الإخلاص لله، والقصد إلى ما يُظَنُّ أنه الحق⁽²⁾.

ثالثاً- قوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾ [الحشر: 05]؛ استدلل بها العلماء على مشروعية الخلاف الفقهي الفروع، قال ابن تيمية⁽³⁾: "وقد دل القرآن

(1) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 261/5.

(2) مجد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، ص 195.

(3) هو: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن مجد الدين ابن تيمية الحراني، أحد الأعلام، امتحن وأوذى مرات وحبس بقلعة مصر والقاهرة والإسكندرية وبقلعة دمشق مرتين، وبها توفي سنة 728هـ؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ، 192/4.

على حمد كل واحد من الطائفتين في مثل ذلك إذا لم يحصل بغى كما في قوله: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾ [الحشر: 05]، وقد كانوا اختلفوا في قطع الأشجار فقطع قوم وترك آخرون⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الخلاف الفقهي من السنة النبوية الشريفة.

ورد في السنة النبوية الشريفة الكثير من الأحاديث الصحيحة في ثبوتها الصريحة في دلالتها تدل على مشروعية وقوع الخلاف، وسنكتفي بإيراد جملة منها بشيء من الاختصار نظراً لكثرتها كما يلي:

أولاً- عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»⁽²⁾، فالحديث صريح في جواز الاجتهاد، وفتح بابه للحكام والقضاة وسائر المفتين من الفقهاء والمجتهدين، ومن المعلوم أن هؤلاء عرضة للخطأ والصواب ثم هم عرضة للاختلاف فيما يصلون إليه نتيجة اجتهاداتهم لتفاوت مداركهم واختلاف مناحيهم في الاجتهاد وإعمال الرأي، وقد رتب النبي ﷺ على اجتهادهم ثواباً أصابوا أو أخطأوا⁽³⁾.

ثانياً- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: "قال رسول الله ﷺ يوم الأحزاب: «لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُ الْعَصْرِ إِلَّا فِي بَنِي قُرَيْظَةَ» فأدرك بعضهم العصر في الطريق، فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيها، وقال بعضهم: بل نصلي، لم يُرَدِّ مِنَّا ذَلِكَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَلَمْ يُعَنَّفْ وَاحِدًا مِنْهُمْ»⁽⁴⁾؛ قال ابن حجر⁽⁵⁾ تعليقا على الحديث: "في هذا الحديث من الفقه أنه لا يعاب على من أخذ بظاهر حديث أو آية ولا على من استنبط من النص معنى يخصه وفيه أن كل مُخْتَلَفَيْنِ في الفروع من المجتهدين مصيب"⁽⁶⁾.

(1) ابن تيمية، اقتضاء الصراط المستقيم، 152/1.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم: 108/9، 3752.

(3) مُجَدِّدُ الرُّوْكِ، المَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 197.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب مرجع النبي ﷺ ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إيها، حديث رقم: 112/5، 419.

(5) هو: شيخ الإسلام قاضي القضاة شهاب الدين أحمد بن علي بن مُجَدِّدِ الكِنَانِيِّ العسقلاني ثم المصري الشافعي طلب الحديث وبرز فيه وتقدم في جميع فنونه، من مصنفاته: تهذيب التهذيب، توفي سنة 852هـ؛ ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، ص 552.

(6) ابن حجر، فتح الباري، 409/7.

ثالثاً- عن أبي قتادة رضي الله عنه قال: "خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى إذا كنا بِالْقَاحَةِ⁽¹⁾، فَمِنَّا المحرم ومنا غير المحرم، إذ بَصُرْتُ بأصحابي يَتَرَاءَوْنَ شيئاً، فنظرت فإذا حِمَارٌ وحشٍ، فَأَسْرَجْتُ فرسي وأخذت رمحي، ثم ركبت فسقط مني سوطي، فقلت لأصحابي: وكانوا محرمين: ناولوني السوط، فقالوا: والله، لا نعينك عليه بشيء، فنزلت فتناولته، ثم ركبت، فأدركت الحمار من خلفه وهو وراء أكمة، فطعنته برمحي ففقرته، فأتيت به أصحابي، فقال بعضهم: كلوه، وقال بعضهم: لا تأكلوه، وكان النبي ﷺ أماناً فحركت فرسي فأدركته"، فقال: «هُوَ حَلَالٌ، فَكُلُوهُ»⁽²⁾، قال النووي⁽³⁾ معلقاً على هذا الحديث: "فيه دليل على جواز الاجتهاد في مسائل الفروع والاختلاف فيها، والله أعلم"⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: أدلة مشروعية الخلاف الفقهي من آثار الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين.

دَلَّتْ اجتهادات الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين رضي الله عنهم على أن الخلاف الفقهي مشروع، وسنذكر جملة من أقوالهم وفتاويهم في مسائل فقهية تُبَيِّنُ سَعَةَ أفقهم في مراعاة الخلاف؛ منها ما يأتي:

أولاً- آثار الصحابة رضي الله عنهم الدالة على مشروعية الخلاف الفقهي:

- 1- أشهر مسألة فقهية اختلف فيها الصحابة رضي الله عنهم هي إرث الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب؛ فذهب بعضهم إلى أنهم لا يرثون ويحجبون به؛ ومن قال بذلك من الصحابة رضي الله عنهم أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما، بينما ذهب جماعة منهم إلى أن الجد لا يحجب الإخوة بل يرثون معه؛ ومن قال بذلك عمر وعثمان رضي الله عنهما⁽⁵⁾، وقد كان الخلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة كبيراً حتى عُلِّقَ عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله: "إني قد قضيت في الجد قضايا مختلفة، كلها لا آلو فيه عن الحق"⁽⁶⁾، وحفظ عنه عبيدة السلماني⁽⁷⁾ مئة قضية في هذه المسألة، كلها ينتقض بعضها بعضاً⁽⁷⁾.
- 2- كذلك من بين المسائل التي اختلف فيها الصحابة رضي الله عنهم مسألة قتل الجماعة بالواحد؛ إذ ذهب

(1) الْقَاحَةُ: هو واد على نحو ميل من السقيا وعلى ثلاث مراحل من المدينة؛ ينظر: النووي، المنهاج، 108/8.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب تحريم الصيد للمحرم، حديث رقم: 1196، 851/2.

(3) هو: محي الدين يحيى بن شرف بن مري النووي الشافعي، الحافظ الفقيه أحد العباد والعلماء، أخذ عن الكمالين المغربي والإربلي، تتلمذ عنه المزني وغيره، من مؤلفاته: روضة الطالبين، توفي سنة 676هـ؛ ينظر: ابن كثير، طبقات الشافعية، 825/1.

(4) النووي، المنهاج، 111/8.

(5) البغوي، شرح السنة، 342/8-343.

(6) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الفرائض، جماع أبواب الجد، أثر رقم 12413، 401/6.

(7) البيهقي، السنن الكبرى، 401/6.

أكثرهم إلى أن الجماعة تقتل بالواحد إذا قتله، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم، بينما ذهب فريق آخر إلى أن الجماعة لا تقتل بالواحد بل يُكْتَفَى بقتل واحد وأخذ الدية من الباقيين؛ وهو قول معاذ بن جبل وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما⁽¹⁾.

ثانياً- آثار التابعين، والأئمة المجتهدين الدالة على مشروعية الخلاف الفقهي:

- 1- سئل القاسم بن محمد عن القراءة خلف الإمام فيما لم يجهر فيه، فقال: إن قرأت فلَكَ في رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إسوة، وإذا لم تقرأ فلَكَ في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إسوة⁽²⁾.
- 2- وقال عمر بن عبد العزيز⁽³⁾: "ما أحب أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا؛ لأنه لو كان قولاً واحداً كان الناس في ضيقٍ، وإنهم أئمة يُقْتَدَى بهم، ولو أخذ رجل بقول أحدهم كان في سعة"⁽⁴⁾.
- 3- كما قال الإمام مالك: "لا تجوز الفتيا إلا لمن علم ما اختلف الناس فيه، قيل له: اختلاف أهل الرأي، قال: لا، اختلاف أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم"⁽⁵⁾.
- 4- كذلك قال الإمام الشافعي: "إذا جاء عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أقاويل مختلفة يُنْظَرُ إلى ما هو أشبه بالكتاب والسنة فَيُؤْخَذُ به"⁽⁶⁾.

الفرع الرابع: أدلة مشروعية الخلاف الفقهي من أصول التشريع وقواعده.

اختلف الفقهاء في الفروع مشروع بنصوص الشريعة الإسلامية، ومشروع بأصولها العامة وقواعدها الكلية؛ ومن هذه الأصول المقررة أن الحرج مرفوع واليسر أساس التكليف، وقد دَلَّ على ذلك استقراء نصوص الشريعة وتتبع مبانيها ومعانيها، ومن هذه النصوص قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء: 28]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78]، وإذا كان التيسير ورفع الحرج أصلاً من أصول الشريعة وقواعدها العامة، فإن الاختلاف في الفروع داخل

(1) ابن قدامة، المغني، 290/8.

(2) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 902/2.

(3) هو: عمر بن عبد العزيز ابن مروان ابن الحكم الأموي أمير المؤمنين أمه أم عاصم بنت عاصم ابن عمر ابن الخطاب ولي إمرة المدينة للوليد وولي الخلافة بعده فعد مع الخلفاء الراشدين، توفي سنة 101هـ، ينظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ص 415.

(4) المرجع نفسه، 901/2.

(5) الشاطبي، الموافقات، 123/5.

(6) الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، 44/1.

في ذلك ومشروع بمقتضاها؛ لأن الشارع لما أجاز للفقهاء أن يجتهدوا فيما هو غير منصوص لم يلزمهم بأن لا يختلفوا؛ لأنه يعلم أنهم عرضة للاختلاف، ولو ألزمهم بذلك لكان تكليفا بما لا يطاق ولكان مُوقِعًا بهم حرجا شديدا، وهذا ليس من مقاصده⁽¹⁾، لاسيما وأنه مأثور ما يؤكد مبدأ الرحمة واليسر في الخلاف وهو حديث: «اِخْتِلَافُ أُمَّتِي رَحْمَةٌ»⁽²⁾، وإن كان لا يثبت سنداً، لكنه صحيح في معناه ومقتضاه⁽³⁾؛ إذ تؤيده المقولة السائرة على ألسنة الفقهاء حول اختلاف الأئمة أن اتفاقهم حجة قاطعة واختلافهم رحمة واسعة، قال ابن قدامة⁽⁴⁾: "وأما بالنسبة إلى إمام في فروع الدين، كالطوائف الأربع (المذاهب الأربعة) فليس بمذموم، فإن الاختلاف في الفروع رحمة، والمختلفون فيه محمودون في اختلافهم، مثابون في اجتهداتهم، واختلافهم رحمة واسعة واتفاقهم حجة قاطعة"⁽⁵⁾، كذلك يؤيده قول أحد الفقهاء السبعة بالمدينة مُبَيَّنًا مبدأ الرحمة في الخلاف الفقهي: "كان اختلاف أصحاب رسول الله رحمة للناس"⁽⁶⁾.

ويمكن القول من خلال ما سبق أن رحمة الأمة في اختلاف الأئمة واختلاف أمتي رحمة أصبحت قواعد يستأنس بها من يريد الاستدلال على آرائه ووجهات نظره عند محاجة غيره في مسائل الفقه، ولا غرو أن نجد الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة سنة 1408هـ/1987م يصدر قراره حول موضوع الخلاف الفقهي بين المذاهب؛ ويثبت مشروعيته بالنظر لأسبابه العلمية التي اقتضته، وأنه ثروة تشريعية عظمت له مزيته على الأمة الإسلامية⁽⁷⁾.

(1) مُجَدِّدُ الرُّوْكِ، نظرية التقعيد الفقهي، ص 201-202.

(2) الحديث ضَعْفُهُ من القدامى الحافظ العراقي، وأبو زرعة الرازي، وقال فيه السبكي: "وليس هذا الحديث بمعروف عند المحدثين، ولم أقف له على سند صحيح ولا ضعيف ولا موضوع"؛ ينظر: ابن الأثير: جامع الأصول، 182/1، وقال فيه الألباني من المعاصرين: "لا أصل له"؛ ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة، 141/1.

(3) ينظر: السيوطي، جزيل المواهب، ص 25.

(4) هو: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُجَدِّدِ بن قدامة المقدسي، ثم الدمشقي، الصالحى الفقيه، الزاهد الإمام، شيخ الإسلام، وأحد الأعلام، ألف المغني شرح الخرقي في فقه الحنابلة؛ ينظر: ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، 281/3.

(5) ابن قدامة، لمعة الاعتقاد، 42/1؛ كذلك كررها في كتابه المغني، 04/1.

(6) ابن سعد، الطبقات الكبرى، 189/5.

(7) ينظر: مجلة الجمع الفقهي الإسلامي، ص 203.

المطلب الثالث: أنواع الخلاف الفقهي.

بعد استعراض المسار التاريخي للخلاف الفقهي وإيراد الأدلة على مشروعيته، نتناول في هذا المطلب أنواعه؛ حيث سنبين أن الخلاف الفقهي الذي يعيننا في البحث هو ما كان سائغا مقبولا يتعلق بالمسائل الاجتهادية في الفروع، وهو قسيم للخلاف المردود الذي يتعلق بالعقائد وعلم الكلام وما ثبت بدليل قطعي فهذا خارج عن بحثنا، وعليه فالذي يبدو هو تقسيم الخلاف الفقهي إلى خلاف تنوع وخلاف تضاد⁽¹⁾؛ لأنني لاحظت تقسيم الخلاف الفقهي عند بعض الباحثين إلى مقبول ومردود؛ وهذا التقسيم ينطبق على الخلاف بصفة عامة سواء كان اعتقاديا أم فقهيًا، أما الخلاف الفقهي فهو خلاف مقبول وسائغ، علاوة على ذلك ذكر بعض الباحثين أن الخلاف الاعتقادي سائغ وموجود في بعض المسائل التي تعتبر من قبيل فروع العقيدة دون أصولها⁽²⁾.

الفرع الأول: خلاف التنوع.

نتناول هذا النوع من الخلاف من خلال تعريفه وبيان حكمه وبعض الأمثلة التي تُوضِّحُ تعامل فقهاء السلف معه، وذلك في النقاط التالية:

أولاً- تعريف خلاف التنوع:

- 1- عرفه ابن تيمية بتعاريف منها: "ما يكون كل واحد من القولين أو الفعلين حقا مشروعاً"⁽³⁾.
- 2- كما عرفه بعض الباحثين المعاصرين بأنه ما لا يكون فيه أحد الأقوال مناقضا للأقوال الأخرى، بل كل الأقوال صحيحة، وهذا النوع يكون في الأمور التي شرعت متنوعة⁽⁴⁾.
- نستنتج أن هذا الخلاف يستجمع خصيصتين هما عدم المناقضة، واكتساب المشروعية في الأقوال المختلفة؛ دون تمييز بينها في القوة أو الضعف⁽⁵⁾، فالمخالفة لا تقتضي إلغاء أحد القولين أو إبطاله.

(1) أثبت هذا التقسيم من القدامى: ابن تيمية، وابن أبي العز، ومن المعاصرين: محمود إسماعيل بازمول، ومحمود إسماعيل مشعل، وخالد الخشلان؛ ينظر: ابن تيمية، منهاج السنة، 121/6؛ ابن أبي العز، شرح العقيدة الطحاوية، 778/2؛ محمود بازمول، الاختلاف ما إليه، ص19؛ محمود مشعل، أثر الخلاف الفقهي، ص66؛ خالد الخشلان، اختلاف النوع، ص29-32.

(2) محمد أبو الفتوح البيانوني، دراسات في الاختلافات العلمية، ص25.

(3) ابن تيمية، اقتضاء الصراط المستقيم، 149/1.

(4) محمد شريف مصطفى، الاختلاف الفقهي، ص35.

(5) ينظر: خالد الخشلان، المرجع السابق، ص56.

ثانيا- حكم خلاف التنوع وبعض الأمثلة عنه:

1- حكمه:

هذا النوع من الخلاف ليس فيه المذمة، وإنما الذم فيبغي الناس بعضهم على بعض بسببه، فكل الأقوال المختلفة سائغة صحيحة جائز العمل بها؛ لأنها ثبتت عن النبي ﷺ، فيجوز فعل أي منها من غير إنكار؛ فالكل فيها مصيب محسن⁽¹⁾؛ قال ابن تيمية: "وهذا القسم الذي سميناه اختلاف التنوع كل واحد من المختلفين مصيب فيه بلا تردد، لكن الذم واقع على من بغى على الآخر فيه"⁽²⁾.

2- بعض الأمثلة عنه:

توجد لهذا النوع من الخلاف صور عديدة في الفقه الإسلامي نذكر منها، الخلاف في صيغ الأذان؛ فالأولى منها تثنية التكبير مع ترجيع الشهادتين⁽³⁾، ثم تثنية باقي الأذان، هذه الصيغة رواها عن النبي ﷺ الصحابي الجليل أبو محذورة رضى الله عنه واختارها الإمام مالك⁽⁴⁾، أما الكيفية الثانية فهي تربع التكبير الأول مع ترجيع الأذان مع ترجيع الشهادتين وتثنية باقي الأذان، وهذه الكيفية رواها الصحابي الجليل أبو محذورة رضى الله عنه وارتضاها الإمام الشافعي⁽⁵⁾، والكيفية الثالثة فهي تربع التكبير الأول وتثنية باقي الأذان دون ترجيع الشهادتين، وهذه الصيغة رجَّحها الإمامان أبو حنيفة وأحمد⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: خلاف التَضَادِّ.

أولاً- تعريف خلاف التَضَادِّ:

1- قال ابن أبي العز⁽⁷⁾: "هو القولان المتنافيان إما في الأصول، وإما في الفروع"⁽⁸⁾.

(1) عبد الله الطريقي، فقه التعامل مع المخالف، ص12؛ مُجَدِّد شريف مصطفى، الاختلاف الفقهي، ص46.

(2) ابن تيمية، اقتضاء الصراط المستقيم، 1/152.

(3) ترجيع الأذان: هو أن يذكر المؤذن الشهادتين مرتين، يخفض بذلك صوته، ثم يعيدهما رافعا بهما صوته، ينظر: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، 1/144.

(4) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 1/197.

(5) النووي، المجموع، 3/90.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، 1/147؛ ابن قدامة، المغني، 1/293.

(7) هو: علي بن علي بن مُجَدِّد بن أبي العز، الحنفي الدمشقي، فقيه، كان قاضي القضاة بدمشق، ثم بالديار المصرية، ثم بدمشق،

له كتب منها: التنبيه على مشكلات الهداية، ينظر: الزركلي، الأعلام، 4/313.

(8) ابن أبي العز، المرجع السابق، 2/779.

2- كما عرفه بعض الباحثين المعاصرين بأنه ما كانت الأقوال في المسألة المختلف فيها متضادة ومتعارضة كل قول يناقض القول الآخر وَيُبَايِنُهُ وَيُنَافِيهِ؛ كمن يوجب شيئاً والآخر يجرمه، أو كمن يستحب شيئاً والآخر يُكْرَهُهُ⁽¹⁾.

نستنتج من التعريفين أن خلاف التضاد يرتكز على أمرين: أولهما تعدد الأقوال في المسألة الواحدة والثاني وهو المهم تنافياها؛ بحيث إذا قابلناها مع بعضها لا يمكن الجمع بينهما، وعليه لا يمكن الجمع بين قولين أحدهما محرم والآخر جائز أو واجب.

ثانياً- حكم خلاف التضاد وبعض الأمثلة عنه:

1- حكمه:

هذا النوع من الخلاف لم تأت نصوص في الشرع بتقريره، وإنما هو واقع في نظر واستنباط المجتهدين؛ قال ابن القيم مُبَيَّنًا حكم هذا النوع: "اختلاف ينقسم أهله إلى محمود ومذموم، فمن أصاب الحق فهو محمود، ومن أخطأه مع اجتهاده في الوصول إليه فأسئ الذم موضوع عنه، وهو محمود في اجتهاده معفو عن خطئه"⁽²⁾، وكلام ابن القيم هنا يراد به خلاف التضاد؛ لأنه هو الذي منه حق وباطل وخطأ وصواب⁽³⁾.

2- بعض الأمثلة عنه:

هناك كثير من المسائل الفقهية التي تدخل تحت هذا النوع؛ منها الخلاف في تحريم ربا التفاضل في الجنس الواحد بعد إجماع الأمة على تحريمه إذا اجتمع مع النساء، فإنه كان فيه خلاف قديم بين تحريمه عند جماهير العلماء، وصح إباحته عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما، وكذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما مع رجوعه عنه، ورُوي عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه وأسامة بن زيد رضي الله عنه وفيه عن معاوية شيء محتمل وزيد بن أرقم والبراء بن عازب من الصحابة رضي الله عنهم، أما التابعون فَصَحَّ ذلك أيضا عن عطاء بن أبي رباح والفقهاء المكيين⁽⁴⁾.

(1) خالد الخشلان، اختلاف التنوع، ص 31.

(2) ابن القيم، الصواعق المرسلة، 515/2.

(3) عبد الوهاب الحميقاني، معالم فقه الخلاف في الشريعة الإسلامية، ص 80.

(4) النووي، المجموع، 26/10.

المطلب الرابع: أسباب الخلاف الفقهي وموقف العلماء منه.

مرَّ معنا أن الخلاف الفقهي مشروع بالأدلة النقلية والعقلية؛ وأنه وقع في القرون الثلاثة الأولى، وقد كانت له أسبابه التي سَوَّغته وبررت ظهوره، ولم يكن عن هوى مطاعٍ أو نزوة مشتتهة، بل كان مبنيًا على أسس علمية وقواعد موضوعية استرعت اهتمام العلماء في النظر إلى مآلاته والحكم على مُسَبِّبَاتِهِ؛ لأن انعكاساته كانت وخيمة على الأمة الإسلامية بسبب التعصب المذهبي الذي أوردها المهالك حتى وصل بها الحال إلى الاقتتال بين أتباع المذاهب الفقهية بسبب عدم استحضار أسبابه وآدابه، وسنتناول في هذا المطلب أسباب الخلاف الفقهي ثم موقف العلماء منه في فرعين رئيسين.

الفرع الأول: أسباب الخلاف الفقهي.

معرفة أسباب الخلاف من الضرورة بمكان أن يعلمها أهل العلم خاصة المجتهدين منهم؛ لأن من شروط تأهّلهم لهذا المنصب هو العلم بمواضع الخلاف؛ لذلك قرر الإمام الشاطبي أن من لم يعرف مواقع الخلاف لم يبلغ درجة الاجتهاد⁽¹⁾؛ وعليه فيمكن إجمال أهمها مع التمثيل في النقاط التالية:

أولاً - الخلاف الفقهي بسبب تعدد أوجه القراءات القرآنية:

1- تعريف القراءات:

عَرَّفَهَا أهل هذا الفن بقولهم: "القراءات علم بكيفية أداء كلمات القرآن واختلافها بِعَزْوِ الناقلة"⁽²⁾، ويظهر من خلال التعريف أن القراءات القرآنية بهذا المعنى اختلفت القراء في نقلها تبعاً لتلقيهم لها رَوَايَةً عن النبي ﷺ لأن القراءة سنة متبعة⁽³⁾؛ أي أنه رواية مأثورة لا مدخل للرأي فيها، فكانت بذلك سبباً في اختلاف الأئمة الفقهاء.

2- مثال تطبيقي لهذا السبب:

قال تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾ [البقرة: 222]؛ حيث قرأ بعض القراء العشرة "يَطْهُرْنَ" بفتح الطاء والهاء مع تشديدهما، وقرأ

(1) الشاطبي، الموافقات، 5/121.

(2) ابن الجزري، منجد المقرئين، ص 09.

(3) المرجع نفسه، ص 78.

الجمهور "يَطْهَرْنَ" بسكون الطاء وضم الهاء مع تخفيفهما⁽¹⁾، وقد انبنى على هذا الاختلاف في القراءات اختلاف بين الفقهاء في عدة مسائل فقهية منها مسألة هل يجوز للزوج أن يجامع زوجته بمجرد انقطاع الحيض، أم يجب عليه الاغتسال قبل ذلك؟ فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز مجامعة الزوجة الطاهر من دم الحيض قبل اغتسالها أخذاً بقراءة "يَطْهَرْنَ"؛ لأن الفعل مضارع أصله يَتَطَهَّرْنَ ماضيه تَطَهَّرَ وهي صيغة مبالغة تدل على ضرورة اتيان الفعل من المكلفين، فمراده الطهر المكتسب ويكون بالغسل⁽²⁾، وذهب الحنفية إلى أنه يجوز للزوج أن يجامع زوجته بمجرد انقطاع دم الحيض ولو لم تغتسل، والغسل مندوب أخذاً بقراءة "يَطْهَرْنَ" بالتخفيف؛ لأنها عندهم تدل على مجرد انقطاع الدم لا الاغتسال⁽³⁾.

ثانياً- الخلاف الفقهي بسبب ثبوت الحديث النبوي من عدمه:

تفاوتت أنظار الأئمة في نقد الأحاديث وَخَلَّهَا وَفَقًا لقواعد علم المصطلح؛ وذلك بسبب تفاوتهم في الاجتهاد في الحكم على الأحاديث؛ لأن تضعيف الرجال وتوثيقهم، وتصحيح الأحاديث وتحسينها أمر اجتهادي؛ لجواز أن يكون الحديث ضعيفاً عند بعضهم صحيحاً أو حسناً عند البعض الآخر⁽⁴⁾؛ قال ابن تيمية موضحاً ذلك: "السبب الثالث: اعتقاد ضعف الحديث باجتهادٍ قد خالفه فيه غيره مع قطع النظر عن طريق آخر سواء كان الصواب معه أم مع غيره ... ولذلك أسباب منها أن يكون المحدث بالحديث يعتقد أحدهما ضعيفاً؛ ويعتقده الآخر ثقة، ومعرفة الرجال علم واسع"⁽⁵⁾. ومثاله اختلاف الفقهاء في كفارة جماع الحائض؛ حيث ذهب جمهور الأئمة⁽⁶⁾ إلى أنه لا شيء على فاعله إلا التوبة، وذهب أحمد إلى أنَّ على فاعله كفارة التصدق بدينار أو نصف دينار⁽⁷⁾.

(1) بعض القراء العشرة هم: عاصم برواية شعبة وحمزة والكسائي وخلف العاشر، والجمهور هم باقي القراء؛ ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 88/3.

(2) الخطاب، مواهب الجليل، 373/1؛ الشربيني، مغني المحتاج، 281/1؛ ابن قدامة، المغني، 245/1؛ الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، 367/2.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، 423/1؛ الحصكفي، الدر المختار، 44/1.

(4) ظفر أحمد التهانوي، قواعد في علوم الحديث، ص 49.

(5) ابن تيمية، رفع الملام عن الأئمة الأعلام، ص 19.

(6) الحصكفي، المرجع السابق، 44/1؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 31؛ الشربيني، المرجع السابق، 281/1.

(7) المرداوي، الإنصاف، 351/1.

وسبب الخلاف في هذه المسألة اختلافهم في تصحيح الأحاديث الواردة فيها، منها حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض قال: "يَتَصَدَّقُ بِدِينَارٍ أَوْ بِنِصْفِ دِينَارٍ"⁽¹⁾، فمن صح عنده شيء من هذه الأحاديث سار إلى العمل بها، ومن لم يصح عنده شيء منها؛ وهم الجمهور عمل على الأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت الدليل⁽²⁾.

ثالثاً- الخلاف الفقهي بسبب دلالة النص الشرعي:

دلالة النصوص الشرعية سواء كانت قرآناً أم سنة على الأحكام متنوعة إما تدل بمنطوقها وتكون بذلك واضحة الدلالة على أحكامها بتفاوت في هذا الوضوح بين الظاهر والنص والمفسر والمجمل والمبني والعام والخاص، أو تدل بمفهومها سواء كان مفهوم موافقة أم مفهوم مخالفة، فهذا التنوع في البيان والدلالة جعل الفقهاء يختلفون في تفسير النصوص واستنباط الأحكام منها، ونذكر للتمثيل على ذلك مثالين، الأول من القرآن الكريم، والثاني من السنة النبوية على النحو الآتي:

1- مثال من القرآن الكريم:

اختلف الفقهاء في حكم الزواج بالزانية تبعاً لقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرَكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 03]، على مذهبين رئيسين؛ حيث ذهب الجمهور إلى الجواز بشرط الاستبراء، أما الحنابلة فاشتروا انقضاء العدة والتوبة من الزنا، بينما ذهب البعض إلى منعه مطلقاً منهم الحسن البصري، وسبب الخلاف هل النهي للدم أو للتحريم؟ فالجمهور حملوها على الدم، وغيرهم على التحريم⁽³⁾.

2- مثال من السنة النبوية الشريفة:

اختلف الفقهاء حول مسألة فطام المولود ثم ارتضاعه من أمه، هل يثبت التحريم بهاته الرضاعة أم لا؟؛ فذهب المالكية إلى أن الحرمة لا تثبت بهذا الرضاع، بينما ذهب الجمهور إلى ثبوت الحرمة به⁽⁴⁾.

(1) أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب الطهارة، حديث رقم: 612، 278/1؛ قال: "هذا حديث صحيح"، ووافقه الذهبي.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 121/1.

(3) المرغيناني، الهداية، 190/1؛ ابن جزى، المرجع السابق، ص139؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 1003/3؛ الشيرازي، المهذب، 440/2؛ ابن قدامة، المغني، 140/7.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 07/4؛ البغدادي، الإشراف، 508/2؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 22/16؛ ابن قدامة، المغني، 178/8.

وسبب الخلاف بينهم يكمن في دلالة قوله ﷺ في حديث عائشة رضي الله عنها: «أَنْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ، فَإِنَّمَا الرِّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ»⁽¹⁾، فإنه يُحْتَمَلُ أن يريد ﷺ بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة، ويُحْتَمَلُ أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم، فإن قُطِمَ في بعض الحولين لم يكن رضاعاً من المجاعة⁽²⁾.

رابعاً- الخلاف الفقهي بسبب طرق دفع التعارض بين النصوص:

لقد كان للتعارض بين الأدلة أثر كبير في الاختلاف في الفروع الفقهية، إذ قلَّما تَطَرَّقُ باباً من أبواب الفقه إلا وتجد فيه مسألة بل مسائل كان الاختلاف فيها ناجماً عن التعارض بين الأدلة ثم الترجيح بما يترأى للمجتهد؛ وقد وقع الإجماع بين الأصوليين على استحالة التعارض بين الأدلة القطعية وجوازه بين الأدلة الظنية⁽³⁾، ولهم في كيفية دفع التعارض بين النصوص مسلكان هما:

1- مسلك الجمهور: ذهبوا إلى دفع التعارض بالجمع بين النصوص ثم النسخ ثم الترجيح⁽⁴⁾.

2- مسلك الحنفية: ذهبوا إلى دفع التعارض بالنسخ ثم الترجيح ثم الجمع ثم ترك العمل بالدليلين⁽⁵⁾. ومن الأمثلة على هذا السبب مسألة نكاح المُحْرَم، فقد اختلف فيها الفقهاء على قولين؛ إذ ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يَنْكِحُ المحرم ولا يُنْكِحُ أي يتولى النكاح لغيره أو يطلب من غيره تولي نكاحه، بينما ذهب الحنفية إلى القول بالجواز⁽⁶⁾.

وذكر الفقهاء أن سبب الخلاف هو التعارض بين حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرَمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ»⁽⁷⁾، وحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم⁽⁸⁾، قال ابن عبد البر موضحاً: "وما أعلم أحداً من الصحابة رُوي عنه أنه عليه السلام نكح ميمونة وهو محرم إلا بن عباس، وحديثه بذلك صحيح ثابت من نكاح ميمونة إلا أن يكون متعارضاً مع رواية غيره، فيسقط الاحتجاج بكلام الطائفتين، وتُطْلَبُ الحجة من غير قصة ميمونة، وإذا كان

⁽¹⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من قال: لا رضاع بعد حولين، حديث رقم: 5102، 10/7.

⁽²⁾ ابن رشد، بداية المجتهد، 61/3.

⁽³⁾ الشوكاني، إرشاد الفحول، 260/2 - 261.

⁽⁴⁾ السمعاني، قواطع الأدلة، 404/1.

⁽⁵⁾ ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، 03/3.

⁽⁶⁾ الغنيمي، اللباب، 07/3؛ البغدادى، الإشراف، 487/1؛ النووي، المجموع، 213/16؛ المرداوي، الإنصاف، 492/3.

⁽⁷⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث رقم: 1409، 1030/2.

⁽⁸⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث رقم: 1410، 1031/2.

ذلك كذلك فإن عثمان بن عفان قد روى عن النبي ﷺ أنه نهي عن نكاح المحرم وقال لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا معارض له؛ لأن حديث بن عباس في نكاح ميمونة قد عارضه في ذلك غيره⁽¹⁾.

خامسا- الخلاف الفقهي بسبب حجية المصادر التبعية للتشريع:

المصادر التبعية للتشريع هي تلك الأدلة التي اختلف الفقهاء والأصوليون حول حجية العمل بها في استنباط الأحكام الشرعية، وقد تفاوتت أنظارهم في حصرها وضبطها بين مضيق وموسع، فنجد الشيخ عبد الوهاب خلاف قد صرح بأنها ستة أدلة⁽²⁾، في حين ذكر الدكتور محمد الزحيلي أنها سبعة مصادر⁽³⁾، أما الدكتور مصطفى البغا فقرر بأنها عشرة مصادر هي: الاستصلاح، الاستحسان، الاستصحاب، العرف، مذهب الصحابي، إجماع أهل المدينة، شرع من قبلنا، سد الذرائع، الأخذ بأقل ما قيل، الاستقراء⁽⁴⁾، وهذه المصادر التبعية اختلف الفقهاء والأصوليون في حجيتها، وترتب على هذا الخلاف اتساع رقعته في الفروع الفقهية التي انبنت عليه، ومن أبرز الأدلة التي يمكن إيرادها هاهنا للتمثيل إجماع أهل المدينة؛ حيث قد جاء في تعريفه بأنه ما اتفق عليه أهل المدينة من الصحابة والتابعين وعملوا به سواء كان توقيفيا أم رأيا واستدلالا لهم⁽⁵⁾، واختلفت آراء الفقهاء في حجيته؛ فمالك وأصحابه يرون أنه حجة شرعية، بينما يرى الجمهور أنه ليس بحجة⁽⁶⁾، ومن الفروع الفقهية الخلافية التي انبنت على هذا الدليل مسألة توريث ذوي الأرحام، فالمالكية يرون عدم توريث ذوي الأرحام وحجتهم إجماع أهل المدينة، بينما يرى الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة توريثهم⁽⁷⁾.

سادسا- الخلاف الفقهي بسبب عدم وجود نص في المسألة:

هناك من المسائل الفقهية ما لم يُنصَّ على حكمها لا في الكتاب ولا في السنة؛ إذ من الثابت أن الوحي قد انقطع بانتقال النبي ﷺ إلى جوار ربه، واستجدت وقائع بعده كان للصحابة رضي الله عنهم لا محالة رأي فيها، فالنصوص متناهية والوقائع غير متناهية، وبهذا ارتسم لدى الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم منهج

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 117/4.

(2) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص25.

(3) محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، 245/1.

(4) مصطفى البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص24.

(5) موسى إسماعيل، عمل أهل المدينة أثره في الفقه الإسلامي، ص238.

(6) الآمدي، الإحكام، 243/1؛ المشاط، الجواهر الثمينة، ص208.

(7) الزيلعي، تبين الحقائق، 242/6؛ النووي، روضة الطالبين، 07/6؛ ابن قدامة، المغني، 319/6.

استنباطي أجمعوا عليه؛ حيث إذا أعوزتهم النصوص أمام النوازل وأرادوا معرفة حكمها اجتهدوا وأعملوا رأيهم بعد النظر في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ؛ وهذا ما سنَّه لهم النبي ﷺ عندما أقرَّ عليه معاذ بن جبل رضي الله عنه في حديثه المشهور؛ فعنه أن رسول الله ﷺ حين بعثه إلى اليمن قال له: «كَيْفَ تَصْنَعُ إِنْ عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟»، قال: «أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ»، قال: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟» قال: «فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ»، قال: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟»، قال: «أَجْتَهِدُ رَأْيِي لَا آلُو»، قال: «فَضْرِبْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَدْرِي، ثُمَّ قَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ»⁽¹⁾، وقد تَرْتَّبَ على هذا السبب خلاف في عدة مسائل فقهية منها مثلاً مسألة تأييد حرمة الزواج بالمدخول بها في عدة طلاقها من آخر؛ إذ بعدما اتفق الفقهاء على عدم جواز النكاح في العدة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ﴾ [البقرة: 235]، اختلفوا في حكم من تَزَوَّجَ امرأةً في عدتها ودخل بها على قولين؛ فذهب مالك وأحمد في رواية إلى أنه لا تحل له أبداً ويجب التفريق بينهما، بينما ذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد في القول الصحيح إلى وجوب التفريق بينهما لكن يجوز الزواج بينهما بعد انقضاء عدتها، وقد بَيَّنَّ الفقهاء بأن الأصل في هذه المسألة عدم التحريم حتى يقوم دليل من القرآن أو السنة أو غيرها⁽²⁾.

الفرع الثاني: موقف العلماء من الخلاف الفقهي.

نجد مواقف العلماء من الخلاف الفقهي متباينة قد يُفْهَمُ منه رفضه وإطراحه؛ انطلاقاً من كونه سبباً في تفريق الأمة وإيقاع الفتنة بينها، وعليه فمن الضروري بيان مواقف العلماء من الخلاف الفقهي، مع ذكر معايير التعامل معه، لكن قبل ذلك لا بد من تأصيل الخلاف الفقهي في علم أصول الفقه.

أولاً- الأساس الأصولي لتسوية الخلاف الفقهي:

إذا كان ينحصر مجال الخلاف الفقهي فيما كان دليله ظنيا قابلاً للاجتهاد، فإن من آثار الاجتهاد

(1) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 22007، 333/36، قال شعيب الأناؤوط وآخرون: "إسناده ضعيف"؛ لكن مال إلى القول بصحته من القدامى: الخطيب البغدادي وابن العربي وابن تيمية وابن كثير وابن القيم والشوكاني، ومن المعاصرين: الكوثري؛ ينظر: الفقيه والمتفقه، 471/1؛ المسالك، 243/6؛ مجموع الفتاوى، 364/13؛ تفسير القرآن العظيم، 09/1؛ إعلام الموقعين، 155/1؛ فتح القدير، 270/3؛ مقالات الكوثري، ص74.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 147/6؛ ابن عبد البر، الكافي، 531/2؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 1014/3؛ الشافعي، الأم، 249/5؛ ابن قدامة، المغني، 125/8.

تعدد الآراء وكثرة أقوال المجتهدين، وهذا ما دفع الأصوليين إلى بحث مسألة الخطأ والصواب في هذه الآراء، ومنها نشأت فكرة التصويب والتخطئة في الاجتهاد؛ وعليه فإن الخلاف الفقهي ينبنى في أساسه وفلسفته على هذه المسألة⁽¹⁾، ولذلك لا بد من معرفة رأي الأصوليين فيها؛ وبيانه كما يلي⁽²⁾:

1- مذهب المخطئة: قالوا أن المصيب في الاجتهاد واحد وغيره مخطئ، والحق لا يتعدد وحكم الله لا يتعدد كذلك، وهذا رأي مالك والشافعي وأحمد، وقول لأبي حنيفة ولا بن قورق⁽³⁾ والإسفراني⁽⁴⁾.

2- مذهب المصوبة: وهم القائلون بأن كل مجتهد مصيب، وأن الحق يتعدد بين أقوال المجتهدين، وهو رأي أبي الحسن الأشعري⁽⁵⁾ والمعتزلة، والباقلاني⁽⁶⁾ من المالكية والغزالي⁽⁷⁾ من الشافعية.

ثانيا- تحرير موقف العلماء من الخلاف الفقهي:

يجد المتتبع لمواقف العلماء القدامى والمعاصرين من هذا الخلاف الفقهي الذي حدث عند السلف والخلف ما قد يُفهم منه التعارض في مواقفهم، فيحتار في كيفية الجمع بين ما ورد عنهم في ذلك، حيث قد عقد الإمام ابن عبد البر في كتابه "جامع بيان العلم وفضله" بابا خاصا عنوانه "باب جامع بيان ما يلزم الناظر في اختلافات الفقهاء"، وأورد شرحا مفصلا لمواقف العلماء المختلفة حول الخلاف الفقهي؛ إذ قال: "اختلف الفقهاء في هذا الباب على قولين؛ أحدهما أن اختلاف العلماء من الصحابة ومن بعدهم من الأئمة رحمهم الله رحمة واسعة، جائز لمن نظر في اختلاف أصحاب

(1) ينظر: الزركشي، البحر الحيط، 282/8؛ فيصل العنزي، التوفيق والسداد، ص54؛ يرى بعض الباحثين أن القاعدة مبناها على الخلاف الفقهي، وهذا وارد لأن المراعاة يبررها الخلاف، ينظر: صالح سندي، مراعاة الخلاف تأصيلا وتطبيقا، ص147.

(2) أبو يعلى، العدة، 1541/5؛ الزركشي، البحر الحيط، 284/8؛ الشوكاني، إرشاد الفحول، 231/2.

(3) هو: محمد بن الحسن بن فورك أبو بكر الأنصاري، الإمام الجليل فقها وأصولا وكلاما، درس بالعراق مذهب الأشعري على أبي الحسن الباهلي، بلغت تصانيفه المائة، توفي سنة 373هـ؛ ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 127/4.

(4) هو: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني، أحد أئمة الدين الشافعية كلاما وأصولا وفروعا، سمع من الإسماعيلي، وعنه أخذ البيهقي والباقلاني، من تأليفه: الجامع في أصول الدين، توفي سنة 418هـ؛ ينظر: المرجع نفسه، 256/4.

(5) هو: إمام المتكلمين، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن أبي بشر اليماني البصري، من ذرية أبي موسى الأشعري، كان عجبا في الذكاء، برع في الاعتزال ثم تبرأ منه، من تأليفه: كتاب الصفات، توفي سنة 324هـ؛ ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، 85/15.

(6) هو: القاضي أبو بكر محمد بن الطيب الباقلائي الأشعري، شيخ السنة ولسان الأمة، المتكلم على مذهب أهل السنة، انتهت إليه رئاسة المالكيين بالعراق، له: التعريف والإرشاد، توفي سنة 403هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 138/1.

(7) هو: محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي الطوسي ويُلقَّبُ بزين الدين وحجة الإسلام، أحد أئمة الشافعية، من مؤلفاته: إحياء علوم الدين، المنحول من علم الأصول، توفي سنة 505هـ؛ ابن كثير، طبقات الشافعية، 510/2.

رسول الله ﷺ أن يأخذ بقول من شاء منهم، كذلك الناظر في أقاويل غيرهم من الأئمة ما لم يعلم أنه خطأ... وهذا قول يُروى معناه عن عمر بن عبد العزيز، والقاسم بن مُجَدٍّ، وعن سفيان الثوري إن صح عنه، وقال به قوم، ومن حجتهم على ذلك قوله ﷺ: «أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ فَبِأَيِّهِمْ اقْتَدَيْتُمْ اهْتَدَيْتُمْ»⁽¹⁾، وهذا مذهب ضعيف عند جماعة من أهل العلم، وقد رفضه أكثر الفقهاء وأهل النظر، ونحن نُبَيِّنُ الحجة عليهم في هذا الباب إن شاء الله تعالى على ما شَرَطْنَاهُ من التقريب والاختصار ولا قوة إلا بالله العلي العظيم على أن جماعة من أهل الحديث متقدمين ومتأخرين يميلون إليه⁽²⁾.

ثم ذكر القول الثاني: "وأما مالك والشافعي رضي الله عنهما ومن سلك سبيلهما من أصحابهما وهو قول الليث بن سعد، والأوزاعي، وأبي ثور وجماعة أهل النظر أن الاختلاف إذا تدافع فهو خطأ وصواب، والواجب عند اختلاف العلماء طلب الدليل من الكتاب والسنة والإجماع والقياس على الأصول على الصواب منها، وذلك لا يعدم فإن استوت الأدلة وجب الميل مع الأشبه بما ذكرنا بالكتاب والسنة، فإذا لم يَرَيْنِ ذلك وجب التوقف ولم يَجْزِ القطع إلا بيقين، فإن اضطر أحد إلى استعمال شيء من ذلك في خاصة نفسه جاز له ما يجوز للعامة من التقليد"⁽³⁾.

بعد هذه النقول المستفيضة للإمام ابن عبد البر تُسَجَّلُ إزاءها بعض الملاحظات المنهجية؛ هي:

1- يتلخص من موقف علماء السلف حول الخلاف الفقهي مذهبان:

- **المذهب الأول:** يمثله كل من الخليفة الراشد الفقيه عمر بن عبد العزيز، والقاسم بن مُجَدٍّ بن أبي بكر أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، وسفيان الثوري وأحمد بن حنبل، ومفاده قبول الخلاف الفقهي بِرُؤْيَاهُ دون تمييز بين الأقوال وتمحيص الخطأ والصواب منها إلا ما خالف دليلاً قطعياً يَبَيِّنُهُ العالم،

⁽¹⁾ هذا الحديث يذكره الأصوليون كثيراً في كتبهم لكنه ضعيف بهذا اللفظ، أخرجه أهل الحديث بأسانيد مختلفة، كلها إما ضعيفة أو موضوعة؛ ينظر: الدارقطني، **المؤتلف والمختلف**، 4/1778؛ ابن عبد البر، **جامع بيان العلم وفضله**، 2/294؛ الخطيب البغدادي، **الكفاية في علم الرواية**، ص48؛ ابن حزم، **الإحكام**، 6/82؛ البيهقي، **المدخل إلى السنن الكبرى**، 1/162؛ الزيلعي، **تخريج أحاديث الكشاف**، 2/229؛ العجلوني، **كشف الخفاء**، 1/150؛ ناصر الدين الألباني، **سلسلة الأحاديث الضعيفة**، 144/1-146-147-149.

⁽²⁾ ابن عبد البر، **جامع بيان العلم وفضله**، 2/898-899؛ وتجدر الإشارة إلى أن ابن عبد البر ذكر أن ممن قال بأن اختلاف الأمة رحمة أحمد بن حنبل، ينظر، **المرجع نفسه**، 2/907.

⁽³⁾ **المرجع نفسه**، 2/903-904.

فإذا لم يهتد له عُدَّ من المقلدين الذين يجوز لهم التقليد في خاصة نفسه دون أن يفتي به الناس؛ لأنه لا يجوز له الإفتاء إلا عن اجتهاد، وهو من باب التوسعة والرحمة.

- **المذهب الثاني:** يمثله جمهور السلف من الأئمة كمالك والشافعي وأبو حنيفة والليث وغيرهم؛ ومفاده وجوب تمحيص الأقوال والترجيح بينها وعدم العمل بما تعدد منها جملة؛ لأن الحق واحد لا يتعدد واختيار أحادها ترجيح بلا مرجح وجمع بين المتناقضين؛ وهما باطلان نقلاً وعقلاً⁽¹⁾.

2- لا بد من فهم القول الأول في سياقه دون تَكَلُّفٍ أو تَعَسُّفٍ؛ ذلك أن رأي من قالوا: إن في اختلاف الصحابة والعلماء رحمة وتوسعة، إنما أرادوا بالتوسعة أنهم اجتهدوا في الأحكام الشرعية فاختلَفوا فيها، فكان اختلافهم واجتهادهم توسعة على من بعدهم، فيجب على من جاء بعدهم أن يجتهدوا كما اجتهد من سبقهم وبذلك يَختَلَفوا في استنباط الأحكام كما اختلف صحابة رسول الله ﷺ؛ فَيَسَّعَ الأخلاف ما وَسَّعَ الأسلاف.

وهذا المعنى في التوسعة لا يتعارض بتاتا مع قول القائل أن المصيب في المسائل الخلافية واحد؛ إذ على العالم أن يجتهد في الأقوال المختلفة، ويتبنى منها ما يظهر له أنه الصواب، سواء وافقه أم لا⁽²⁾، وهو ما مال إليه القاضي إسماعيل بن إسحاق⁽³⁾؛ فقد ذكر عنه ابن القاسم قال: "سمعت مالكا والليث بن سعد، يقولان في اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ وذلك أن أناسا يقولون: في ذلك توسعة، فقال: ليس كذلك إنما هو خطأ وصواب، قال إسماعيل القاضي: إنما التوسعة في اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ توسعة في اجتهاد الرأي، فأما أن يكون توسعة لأن يقول الناس بقول واحد منهم من غير أن يكون الحق عنده فيه فلا، ولكن اختلافهم يدل على أنهم اجتهدوا فاختلَفوا"⁽⁴⁾، عَلَّقَ ابن عبد البر ها هنا: "كلام إسماعيل هذا حسن جدا"⁽⁵⁾.

3- لا بد من حمل قول من أنكر أن الخلاف الفقهي رحمة وتوسعة كما نُقِلَ عن أصحاب القول الثاني على أن الإنكار مُنْصَبٌّ على التقليد في حق المجتهد، وأخذه بالأقوال المختلفة دون الاجتهاد في

(1) ينظر: الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، 114/2 وما بعدها.

(2) مُجَدُّ أبو الفتح البيانوني، دراسات في الاختلافات العلمية، ص 66-67.

(3) هو: أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن حماد بن زيد الجهضمي، أصله من البصرة واستوطن بغداد، تفقه به أهل العراق من المالكية، من تأليفه: المبسوط في الفقه، توفي سنة 282هـ؛ ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 282/1.

(4) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 906/2-607.

(5) المرجع نفسه.

الترجيح بينها، فيكون الإنكار عندهم من قبيل منع التقليد في حق المجتهد الذي غلب على ظنه وجه الحكم الشرعي، حيث قد منعه الأصوليون بالاتفاق⁽¹⁾، ثم إن سيرة الفقهاء في اختلافاتهم ومناظراتهم فيما بينهم تؤكد هذا المعنى الذي حملنا عليه أقوال العلماء المتعارضة في الظاهر؛ إذ أخذ كل منهم بما ارتضاه ووصل إليه باجتهاده، مع احترامهم لآراء الآخرين ولو كانوا مخطئين في اجتهادهم، وأقروا المقلدين على تقليد أهل العلم من دون نكير⁽²⁾؛ قال سفيان الثوري: "إذا رأيت الرجل يعمل العمل الذي قد اختلف فيه وأنت ترى غيره فلا تنهه"⁽³⁾.

ثالثاً- معايير منهجية في التعامل مع الخلافات الفقهية:

- من خلال ما سبق أود أن أستخلص بعض المعايير المنهجية التي ينبغي للباحث أن يتحرَّرها في التعامل مع كل خلاف يعرض له في دراساته العلمية المقارنة للمذاهب الفقهية والقانونية؛ وهي:
- 1- إخلاص النية وتجريد القصد لله تعالى لمعالجة المسائل الخلافية على بساط البحث العلمي الحر.
 - 2- استصحاب قاعدة أنه لا إنكار في المسائل العلمية الخلافية في الفروع الفقهية⁽⁴⁾، بل كل عالم يجب عليه العمل بما أدَّاهُ إليه اجتهاده الصادر من أهله الواقع في محله.
 - 3- وجوب التحلي بالأدب الجم والاحترام الكبير أثناء التعامل مع الأقوال والآراء والمذاهب الفقهية للأئمة المجتهدين ومناقشتها والرد عليها والترجيح بينها في إطار علمي محض دون تنقيص أو تبخيس.
 - 4- عدم التعصب للآراء والمذاهب الفقهية إلى حد التقديس وإنما التقديس كائن للنصوص المعصومة من الوحي كتاباً وسنة، أما نصوص أهل العلم فهي غير معصومة يؤخذ منها ويترك بالاجتهاد المشروط بآلياته المعلومة عند علماء الأصول.
 - 5- الاجتهاد واجب على من تأهَّلَ له للنظر في خلاف الفقهاء، وهو جارٍ إلى يوم القيامة لا ينغلق.
 - 6- الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله⁽⁵⁾؛ إلا إذا خالف قواطع الشريعة، بل كل فقيه يعمل ويفتي على حسب اجتهاده، ولا يجوز الإنكار على المجتهدين وإن أخطأوا؛ لأن الإثم محطوط عنهم.

(1) الغزالي، المستصفى، ص 368.

(2) مُجَدُّ أبو الفتح البيانوني، المرجع السابق، ص 67.

(3) الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، 136/2.

(4) قاعد فقهية ذكرها السيوطي بلفظ "لا يُنكَرُ المختلف فيه وإنما يُنكَرُ المجمع عليه"، ولا مشاحة في الاصطلاح؛ ينظر:

السيوطي، الأشباه والنظائر، 158/1.

(5) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 89/1.

- 7- حكم الحاكم يرفع ويقطع الخلاف⁽¹⁾؛ فإذا قضى ولي الأمر في مسألة اجتهادية برأي واتبع مذهبا مقبولا عند عموم الأمة لا يجوز الإنكار عليه؛ لأنه أمر واجب الطاعة في غير معصية.
- 8- يمكن لعلماء الشريعة والقانون في إطار تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الاستفادة من الخلاف الفقهي فيها عن طريق مسلكين أساسيين:
- أ- مسلك مراعاة الخلاف الفقهي عن طريق الترجيح بين الأقوال والأدلة المتعددة واستثمارها في مجالات التقنين والقضاء.
- ب- مسلك التلفيق التشريعي الذي يعني تحير ولي الأمر من أحكام مختلف المذاهب الفقهية المعتبرة مجموعة من الأحكام لتكون قانونا يُقضى، ويُفتى به بين من يخضعون له⁽²⁾.

(1) ابن السمناني، روضة القضاة، 2/780.

(2) محمد فرج السنهوري، التلفيق بين أحكام المذاهب، ص 956.

المبحث الثاني: حقيقة قاعدة مراعاة الخلاف، ومقتضياتها المقاصدية.

ويحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب هي:

المطلب الأول: مفهوم مصطلحي القاعدة ومراعاة الخلاف.

المطلب الثاني: حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف.

المطلب الثالث: ضوابط العمل بقاعدة مراعاة الخلاف.

المطلب الرابع: أقسام قاعدة مراعاة الخلاف، ومقتضياتها المقاصدية.

المطلب الأول: مفهوم مصطلحي القاعدة ومراعاة الخلاف.

تعتبر قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد التي تأسست عليها المنظومة الاجتهادية لبعض المذاهب الفقهية؛ وخصوصا المذهب المالكي الذي كان له الفضل في تأصيل وتفصيل ماهيتها، وسنتناول في هذا المطلب بيان ماهيتها؛ وذلك بالتطرق إلى التعريف بمصطلحي القاعدة ومراعاة الخلاف، ثم بيان علاقة مراعاة الخلاف ببعض المصطلحات التي تتقاطع معها في المفهوم ولو بوجه من الوجوه.

الفرع الأول: تعريف القاعدة، وبيان أنواعها بوجه عام.

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف القاعدة ، ثم نقوم ببيان أنواع القواعد في التشريع الإسلامي بوجه عام حيث سنبين بأنها تنقسم إلى أصولية وفقهية ومقاصدية؟.

أولاً- تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً:

1- لغة:

القاعدة مفرد جمعه قواعد، ومعناها في لغة العرب: أصل الأسس، والقواعد الأسس، وقواعد البيت أساسه وفي التنزيل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: 127]، والقواعد أساطين البناء التي تَعْمِدُهُ، وقواعد السحاب أصولها المعترضة في آفاق السماء⁽¹⁾. وإذا أَجَلْنَا النظر في هذه المعاني ألفيناها تؤول إلى معنى واحد يجمعها ألا وهو الأصل والأساس، سواء كان في الأشياء الحسية كقواعد البناء أم المعنوية كقواعد الدين وهي دعائمه⁽²⁾.

2- اصطلاحاً:

ذكر العلماء للقاعدة بمفهومها العام عدة تعاريف اصطلاحية تتضمن معاني متعددة منها⁽³⁾:

- أ- القاعدة هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها.
- ب- القاعدة بمعنى القانون الذي هو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته.
- ج- القاعدة بمعنى الأصل الذي ينبني عليه ما فوقه⁽⁴⁾.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة قعد، 109/5؛ ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة قعد، 1/ 172؛ ابن

منظور، لسان العرب، مادة قعد، 361/3.

(2) ينظر: أحمد الندوي، القواعد الفقهية، ص39.

(3) الجرجاني، التعريفات، ص171؛ نكري، دستور العلماء، 39/3.

(4) ينظر: الكفوي، الكليات، ص702.

د- القاعدة هي حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لِيَتَعَرَّفَ أَحْكَامُهَا مِنْهُ⁽¹⁾.

وإذا تأملنا في هذه التعاريف يمكننا الخروج بالنتائج التالية:

- يجد المتعمّن اختلافًا في تحديد مدلول القاعدة بين أنّها قضية، أو أصل أو قانون أو حكم، أو أمر.
- تعريف القاعدة بأنّها أمر فيه من التعميم ما ليس في القضية، لكون بعض المفردات الكلية التي تعتبر من القواعد خارجة عن مفهوم الأمر كقضايا الكون الخفية حيث يجهل كنهها، فالتعبير عن القاعدة بأنّها قضية أتم وأشمل لتناولها جميع الأركان على وجه الحقيقة⁽²⁾.
- هذه التعاريف اهتم فيها أصحابها بالقاعدة من حيث أصلها، فقرروا بأنّها كلية غير ملتفتين إلى ما قد يصيبها من استثناءات؛ لأن الأصل في القاعدة أن تَطَّرَدَ وتنطبق على جميع جزئياتها، فالاطراد فيها أصل، أما الشذوذ والاستثناء فهو طارئ، وهذا الوصف ظاهر بوجه ما في القواعد الأصولية فهي كلية، أما القواعد الفقهية فهي أكثرية أغلبية⁽³⁾، فيبدو لي أن التعريف الأول هو الراجح في الموضوع.

ثانياً- أنواع القواعد بوجه عام في التشريع الإسلامي:

تنقسم القواعد بوجه عام في التشريع الإسلامي إلى ثلاثة أنواع نتناولها على النحو الآتي⁽⁴⁾:

1- القواعد الأصولية:

عرّفها الدكتور مصطفى سعيد الخن بأنها الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نُصِبَ عينيه عند البدء والشروع في الاستنباط، يضعها لِيُشِيدَ عليها صرح مذهبه، ويكون ما يَتَوَصَّلُ إليه ثمرة ونتيجة لها، كما عرفها بعض الباحثين بأنها قضية كلية يتوصل بها الفقيه إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية⁽⁵⁾، ويمكن التمثيل لها بقاعدة الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة، والمقصود بها عند الأصوليين؛ إذا نهانا الشارع عن شيء، ثم أمرنا به، فهل هذا الأمر للوجوب، كما لو كان ابتداءً، أم أنه له حكم جديد، بسبب تقدم الحظر عليه قبل الأمر به؟⁽⁶⁾.

(1) التفنازاني، شرح التلويح على التوضيح، 1/ 34.

(2) خالد قرقور، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 13.

(3) الحموي، غمز عيون البصائر، 1/ 51، مُجَدِّدُ الرُّوكِّي، المرجع السابق، ص 38.

(4) ينظر: عبد الرحمن الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 31 وما بعدها.

(5) مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية، ص 117؛ عبد الرحمن الكيلاني، المرجع السابق، ص 33.

(6) مُجَدِّدُ هَيْتُو، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، ص 98.

2- القواعد الفقهية:

لا يخفى على متفقهة الشريعة الإسلامية مكانة هذا النوع من القواعد في الفقه والتفقه؛ ذلك أن فيها تصويرا بارعا وتنويرا رائعا للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفا لآفاقها ومسالكها العامة، وضبطا لفروع الأحكام العملية وتوحيد مناطها وتجميع جهة ارتباطها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها، ويسمى أمثالها في الاصطلاح القانوني مبادئ جمع مبدأ، وقد عرّفها مصطفى الزرقا بقوله: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها"⁽¹⁾، ومن أبرز الأمثلة التي يمكن إيرادها لهذا النوع قاعدة الأمور بمقاصدها، والمقصود بها أحكام الأمور بمقاصدها؛ ولذا فُسِّرَتْ بأنها تعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر⁽²⁾.

3- القواعد المقاصدية:

عرفها الدكتور مُجَّد عثمان شبير: "هي قضية كلية تُعَبَّرُ عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام، وَتُسْتَفَادُ عن طريق الاستقراء للأحكام الشرعية"⁽³⁾، كذلك عرفها الدكتور الكيلاني بقوله: "ما يُعَبَّرُ به عن معنى عام، مستفاد من أدلة التشريع المختلفة، اتجهت إرادة الشارع إلى إقامته من خلال ما بُنِيَ عليه من أحكام"⁽⁴⁾، كما قدم أستاذنا الدكتور نبيل موفق تعريفا وافيا لهذا النوع من القواعد؛ حيث قال: "هي مجموع المبادئ الإجمالية العامة والاستقرائية المستندة لأدلة الشرع النصية أو الاجتهادية التي تُبْنَى عليها الغايات والأهداف الكبرى للشريعة الإسلامية، وما يتفرع عنها من توابع ومكملات"⁽⁵⁾، ومن أمثلتها قاعدة النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، حيث وَضَّح معناها الإمام الشاطبي⁽⁶⁾؛ بأن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 965/2 - 967.

(2) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 47.

(3) مُجَّد شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 31.

(4) عبد الرحمن الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 55.

(5) نبيل موفق، أثر التعليل بالقواعد المقاصدية في بناء الفتاوى المعاصرة (مقال)، ص 138.

(6) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي، العلامة المحقق الفقيه الأصولي المفسر المحدث، أخذ عن أئمة منهم الشريف التلمساني والقباب، له: الاعتصام، توفي سنة 790 هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 332/1.

المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف مراعاة الخلاف، وتكييفها أصولياً.

هذا المصطلح مركب إضافي يتكون من جزأين مضاف ومضاف إليه ولا بد من تعريفهما؛ لأن العلم بالمركب يتوقف على العلم بأفراده وأجزائه المتكونة منه، كذلك نقوم بتكييف مراعاة الخلاف في القواعد التي مر بيان أنواعها؛ هل هي قاعدة أصولية أم فقهية أم مقاصدية؟.

أولاً- تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتبار أفراده:

1- تعريف المراعاة لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

المراعاة والرعي كلمتان جاءتا في اللغة العربية على عدة معانٍ، وما يعنينا منها الآتي⁽²⁾:

- **الحفظ والإبقاء:** يقال: رَعَيْتُ الْإِبِلَ أَرْعَاهَا رَعِيًّا وَرَعَاهُ يَرَعَاهُ رَعِيًّا وَرِعَايَةً؛ حفظتها، وكل من وَلِيَ أمر قوم فهو رَاعِيهِمْ وهم رَعِيَّتُهُ، والمراعاة المحافظة والإبقاء من الإرعاء الذي هو الإبقاء على أخيك.
- **التأمل والمراقبة في عاقبة الأمر:** يقال: راعيت فلاناً مراعاةً ورِعَاءً إذا راقبته وتأملت فعله
- **الملاحظة والاعتبار:** رَاعَيْتُهُ مراعاةً لاحظته محسناً إليه، ومنه مراعاة الحقوق⁽³⁾، وجاء في القواميس المعاصرة ما يفيد معنى الاعتداد والاعتبار؛ يقال: راعى الدِّقَّةَ وآدابَ السُّلُوكِ لَزِمَهَا وَعَمِلَ بِمَقْتَضَاهَا ووضعها في اعتباره وحُسابانه⁽⁴⁾؛ وقد أكد هذا المعنى من علماء المالكية الذين أَصَلُّوا لهذه القاعدة الرِصَاعُ⁽⁵⁾؛ إذ قال: "والرعي معناه اعتبار الشيء كما تقول راعى فلان فلاناً معناه اعتبره وقام له"⁽⁶⁾.

(1) الشاطبي، المرجع السابق، 144/5.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة رعي، 327/14، نشير إلى أن الرعي والمراعاة لفظان مستعملان في الاصطلاح؛ ينظر: الولائي،

إيصال السالك، ص 188؛ الرِصَاع، الهداية الكافية الشافية، ص 177.

(3) الزبيدي، تاج العروس، مادة رعي، 164/38.

(4) أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة رعي، 909/2.

(5) هو: محمد بن قاسم الرِصَاع الأنصاري التونسي قاضي الجماعة بها، وإمام جامعها الأعظم، أخذ عن البرزلي وقاسم العقباني،

وعنه أخذ الشيخ زروق، من تصانيفه: الفقه الكبير، توفي سنة 894 هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 375/1.

(6) الرِصَاع، المرجع السابق، ص 178.

ب- اصطلاحا:

المراعاة في اصطلاح الفقهاء هي: ملاحظة الوضع في الاعتبار⁽¹⁾، وهي كذلك إعمال الدليل في الاستنباط أو الفتوى⁽²⁾، فالفقهاء يقصدون بها عموما اعتبار مذهب المخالف، وملاحظة وضعه والتأمل في أثره وعواقبه، ويبدو أن استعمال الفقهاء لهذا المصطلح يقترب كثيرا من المعنى اللغوي؛ ذلك أن المعاني المشتركة لكلمة الرعي والمراعاة ينبنى عليها المدلول الاصطلاحي من حيث إن المجتهد يَعتدُّ برأي مخالفه، ويأخذه بعين الاعتبار في استنباط الأحكام حفظا لمقاصد التكليف.

2- تعريف الخلاف لغة واصطلاحا:

أ- لغة:

الخاء واللام والفاء أصول ثلاثة: أحدها أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني خلاف قدام، والثالث التَّعْيِيرُ، والخلاف هنا يتصل بالمعنى الأول من قولهم اختلف الناس في كذا، والناس خِلْفَةٌ أي مختلفون؛ لأن كل واحد منهم يُنَجِّي قول صاحبه، ويقيم نفسه مقام الذي نَحَاهُ، وجاء الخلاف كذلك بمعنى المُضَادَّةِ⁽³⁾، وهو ضد الاتفاق⁽⁴⁾.

ب- اصطلاحا:

الخلاف اصطلاحا هو منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو لإبطال باطل⁽⁵⁾، كذلك هناك من عَرَفَهُ كعلم قائم بذاته؛ وهو مُحَمَّدٌ صديق خان القنوجي⁽⁶⁾ حيث قال: "علم يُعْرَفُ به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشُّبُه، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية، وهو الجدل الذي هو قسم من أقسام المنطق إلا أنه حُصِّنَ بالمقاصد الدينية"⁽⁷⁾.

(1) مُحَمَّدٌ قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص420.

(2) فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص498.

(3) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة خلف، 210/2 - 213؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة خلف، 90/9.

(4) الفيومي، المصباح المنير، مادة خلف، 179/1.

(5) الجرجاني، التعريفات، ص101.

(6) هو: مُحَمَّدٌ صديق خان بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، من رجال النهضة الإسلامية المجددين، من مؤلفاته: الروضة الندية، حصول المأمول، توفي سنة 1307هـ/1890م؛ ينظر: الزركلي، الأعلام، 167/6.

(7) القنوجي، أبعاد العلوم، ص392.

ويجدر التنبيه في هذا المقام إلى أن الخلاف والاختلاف في اللغة لا يوجد بينهما كبير فرق في المعنى، إلا من حيث البنية الصرفية للكلمتين، أما في الاصطلاح فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وجود فرق بين الخلاف والاختلاف قياساً على المعنى اللغوي فهما من المشترك اللفظي⁽¹⁾، بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى إثبات وجود فرق بين المصطلحين⁽²⁾، لأن الخلاف عندهم مصطلح يُستعمل فيما لا دليل عليه، أما الاختلاف فيستعمل في كل قول بُني على دليل، والراجح هو القول بعدم وجود فرق بين المصطلحين؛ إذ لا فرق بينهما في لغة العرب، ولكثرة استعمالهما عند الفقهاء⁽³⁾.

ثانياً- تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتباره مركباً إضافياً:

هذا المصطلح مُتَدَاوِلٌ في كتب المالكية خاصة، وهو من أصولهم؛ وسأذكر جملة من التعاريف التي اختلفت في مبانيها وتعددت في معانيها، مع شرحها ومناقشتها، ثم بيان المفهوم المختار في البحث.

1- عَرَفَهُ الإمام ابن عبد السلام⁽⁴⁾ بقوله: "هو إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض"⁽⁵⁾، ونشير إلى أن الإمام المقري⁽⁶⁾ ساق عن ابن عبد السلام تعريفاً ليس كاللفظ الذي أوردناه هنا حيث قال: "قال صاحبنا القاضي أبو عبد الله ابن عبد السلام المراعاة في الحقيقة إعطاء كل من دليلي القولين حكمه"⁽⁷⁾، ويبدو أن ابن عبد السلام تعدد النقل عنه في تعريف مراعاة الخلاف لا سيما أن المقري هو أحد من تتلمذ عنه مباشرة، وهذا يؤكد ما قرره بعض الباحثين أن أول من وضع لمصطلح مراعاة الخلاف حدّاً هو الإمام ابن عبد السلام الهواري⁽⁸⁾.

(1) عبد الله شعبان، ضوابط الاختلاف في ميزان السنة، ص 15.

(2) العيني، البناية شرح الهداية، 15/9.

(3) التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، 116/1؛ حسن العصيمي، الخلاف أنواعه وضوابطه، ص 53.

(4) هو: مُجَدُّ بن عبد السلام بن يوسف الهواري قاضي الجماعة بتونس، كان عالماً متفناً، عالماً بالحديث له أهلية الترجيح بين الأقوال من تلاميذه ابن عرفة، له: شرح مختصر ابن الحاجب، توفي سنة 749هـ؛ ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 330/2.

(5) ابن ناجي، شرح على متن الرسالة، 17/2؛ خليل، التوضيح، 14/1؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب، 255/1.

(6) هو: أبو عبد الله مُجَدُّ بن مُجَدُّ القرشي التلمساني الشهير بالمَقْرِي، الفقيه الأصولي الحجة النظار، أخذ عن ابن عبد السلام، وعنه الشاطبي، له: حاشية على مختصر ابن الحاجب الفرعي، توفي سنة 756هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 334/1.

(7) المقري، القواعد، 236/1.

(8) يوسف حميتو، أصل اعتبار المال في البحث الفقهي، ص 385.

- شرح ومناقشة التعريف:

يُسْتَنْتَج من تعريف الإمام ابن عبد السلام ما يلي⁽¹⁾:

أ- أن مراعاة الخلاف أخذ بمقتضى الأدلة، لا مراعاة للأقوال المجردة.

ب- أن هذا التعريف يذكر شرطاً للخلاف المراعى وهو ما قَوِيَ دليله؛ حيث ليس كل دليل معتبر للمراعاة، وهو ما جاء عن الإمام مالك رحمه الله تعالى أنه كان يراعى من الخلاف ما قَوِيَ دليله⁽²⁾.

ج- عدم بيان التعريف للمحل الذي يُعْتَبَرُ إعمال المراعاة فيه، هل هو قبل وقوع الفعل أو بعده، لكنَّ المتبادر إلى الذهن عموم المحل في مراعاة الخلاف أي سواء قبل أم بعد الفعل.

د- هذا التعريف فيه إشارة إلى أن القول بمراعاة الخلاف فيه مسلك ترجيحي بين الأدلة المتعارضة، فيلجأ الفقيه إلى هذا الأصل لدفع التعارض، ومثاله لو أن المسبوق دخل مع الإمام بتكبيرة الركوع من دون أن يُكَبِّرَ للإحرام، فالواجب عليه التماذي في الصلاة مع الإمام من دون قطعها بعد الدخول فيها مراعاةً لخلاف من صَحَّحَهَا اكتفاءً بتكبيرة الركوع⁽³⁾؛ وترجيحاً لدليل عدم جواز إبطال العمل بعد الشروع فيه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [مُحَمَّد: 33] على دليل المذهب الذي يقرر وجوب تكبيرة الإحرام لقوله ﷺ في حديث المسيء صلاته: «إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلَاةِ فَكَبِّرْ»⁽⁴⁾.

2- عَرَّفَهُ ابن عرفة⁽⁵⁾ بأنه إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليل آخر⁽⁶⁾.

- شرح ومناقشة التعريف⁽⁷⁾:

- قوله: "إعمال"، جنس لرعي يصدق على رعي الخلاف وغيره، والرعي هو الملاحظة والاعتبار.

- قوله: "دليل"، فصل أُخْرِجَ به غير الدليل، والدليل هو ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري.

(1) حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص 579.

(2) ابن ناجي، شرح على متن الرسالة، 17/2.

(3) ابن رشد، المقدمات والمهمدات، 106/1.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأذان، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم، حديث رقم: 757، 152/1.

(5) هو: مُجَدُّ بن مُجَدُّ بن عرفة الورغمي التونسي، الإمام العلامة المقرئ الفروعى الأصولي البياني المنطقي شيخ الشيوخ وبقية أهل الرسوخ، أخذ عن ابن عبد السلام، له: المختصر الفقهي، توفي سنة 803هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 327/1.

(6) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 35/4.

(7) الرصاع، الهداية الكافية الشافية، ص 178.

- وقوله "في لازم مدلوله" أُخْرِجَ به إعمال الدليل في مدلوله، وهذا ليس مراعاة للخلاف، وإنما هو عمل بالدليل من حيث أصل الاستدلال به دون مراعاة عوارضه الموجبة للمراعاة، والضمير في مدلوله يعود على الدليل، والضمير في نقيضه يعود على المدلول الذي هو أقرب مذكور⁽¹⁾.

ونضرب مثالا ننتحي به مزيد شرح لتعريف ابن عرفة؛ حيث أعمل الإمام مالك رحمه الله دليل خصمه القائل بعدم فسخ صريح الشغار في لازم مدلوله ومدلوله عدم فسخه، ولازمه ثبوت الإرث بين الزوجين، وهذا المدلول وهو عدم الفسخ أعمل في نقيضه وهو الفسخ دليل آخر وهو دليل فسخه؛ وحاصله أن الدليل هو الحديث أو القياس، والمدلول هو الفسخ أو عدمه، فمالك استدل لفسخه بنص حديث⁽²⁾ أو قياس⁽³⁾، وأبو حنيفة استدل بعدم فسخه بنص حديث أو قياس؛ فأعمل مالك رحمه الله دليله في الفسخ، وأعمل دليل خصمه في لازم مدلوله فقال بتوارثهما ويكون الفسخ طلاقا مع أن قياس دليله هو عدم توارثهما، وعدم كون الفسخ بطلاق، إذ عدم صحة النكاح تستلزم عدم الإرث وعدم الطلاق⁽⁴⁾.

ما يُلَحَظُ على تعريف ابن عرفة أنه غير جامع ولا مانع؛ ذلك أنه لم يذكر فيه صفة المراعي للخلاف هل هو المجتهد الناظر في الدليلين أم المقلد الصِّرْفُ، كذلك نوع الدليل المراعى قوةً ورجحاناً⁽⁵⁾، كذلك اعْتَرَضَ عليه أن الملزوم موجود بدون لازمه⁽⁶⁾ وهو مستحيل؛ ووجهه أن لزوم النهي عن نكاح الشغار هو الفسخ ولازمه عدم التوارث، لكن بإثبات الإمام مالك التوارث أوجد الملزوم بدون لازمه، وهذا باطل ضرورة، وأُجِيبَ على هذا الاعتراض بأن انتفاء الملزوم بانتفاء لازمه مستحيل عقلا أما شرعا فجائز، ونظيره انتفاء اللازم مع بقاء ملزومه في التوارث بسبب قرابة البنوة؛ حيث يُمنَعُ الابن من الإرث بسبب القتل أو الكفر لكن علاقة البنوة باقية، وكذلك وجود ثمرات العقد الصحيح في الزواج الفاسد كالنسب والإرث⁽⁷⁾، كما انْتَفَدَ هذا التعريف كذلك بالتضييق في سياقه

(1) التسولي، البهجة، 21/1.

(2) الحديث ما جاء ابن عمر رضي الله عنهما: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الشِّغَارِ»؛ سيأتي تحريجه عند دراسة مسألة نكاح الشغار.

(3) المقصود بالقياس هنا: قاعدة النهي يقتضي الفساد، هل بمعنى الفساد أو البطلان؛ ينظر: الشوشاوي، رفع النقاب، 47/3.

(4) التسولي، المرجع السابق.

(5) مُجَدِّ شَقْرُون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 63-64.

(6) اللازم: هو ما يمتنع انفكاكه عن الشيء؛ ينظر: الجرجاني، التعريفات، ص 190.

(7) اللقاني، منار أصول الفتوى، ص 358-366؛ مُجَدِّ أَمِين ولد مُجَدِّ سَالِم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 92.

الذي يُفهمُ اقتصار الأخذ بمراعاة الخلاف على حالة ما بعد وقوع الفعل لا قبله؛ أي المباينة بين مدلول الخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف، وهذا كان حاملا لبعض العلماء المعاصرين على تصور مراعاة الخلاف دليلا خاصا بالمالكية⁽¹⁾، وقد قام بعض الباحثين بإعادة صياغته بعبارات واضحة على النحو الآتي: "أخذ المجتهد بلازم مدلول دليل المخالف؛ مع مدلول دليله هو"⁽²⁾.

3- وعَرَفَهُ القَبَاب⁽³⁾ بقوله: "وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"⁽⁴⁾.

- شرح ومناقشة التعريف:

تَكْفَّلَ الإمام القباب نفسه بشرح تعريفه بعبارة واضحة حيث قال: "وبسطه أن الأدلة الشرعية منها ما تبين قوته تبينا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين، والعمل بإحدى الأمرتين فهانئا لا وجه لمراعاة الخلاف ولا معنى له، ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين، وتترجح فيها إحدى الأمرتين قوة ما ورجحاناً لا ينقطع معه تردد النفس وتَشَوُّفُهَا إلى مقتضى الدليل الآخر، فهانئا تحسن مراعاة الخلاف، فيقول الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة؛ لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتباراً، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس، فهذا معنى قولنا إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه، فيقول ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة؛ فهو توسط بين موجب الدليلين، فإذا أخذته هذه المآخذ ذهب التناقض؛ لأنه لو كان يراعي الخلاف مطلقاً لما ثبت له مذهب بوجه ولأصبح أيضاً يراعي القائلين، فإنه تارة يراعي قول ابن المسيب وابن شهاب، وتارة يَطْرَحُ الجميع ويقول كل كلام فيه مقبول ومردود إلا كلام صاحب هذا القبر"⁽⁵⁾، وما يُلْحَظُ على هذا التعريف محاكاته تعريف الإمام ابن عبد السلام السابق مع حذف عبارة "مع وجود المعارض"، وهذا

(1) فتحى الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص180؛ عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، ص321-322.

(2) مُجَدِّ هِنْدُو، محتكمات الخلاف الفقهي، ص263.

(3) هو: أحمد بن قاسم بن عبد الرحمن، أبو العباس، الشهير بالقَبَّاب، الإمام الحافظ الزاهد، تولى الفتيا بفاس، أخذ عن ابن فرحون، وعنه أخذ الشاطبي، له: اختصار أحكام النظر لابن القطان، توفي سنة 779؛ ينظر: التنبكي، نيل الابتهاج، ص103.

(4) الونشريسي، المعيار المغرب، 388/6.

(5) المرجع نفسه.

يؤكد ما تقرر آنفاً أن هذا التعريف كان أصلاً لكل التعاريف المصوغة بعده؛ فهو أولها⁽¹⁾، وما أُخِذَ على تعريف الإمام القباب كونه يتضمن مسلماً ترجيحياً مشابهاً لقاعدة إعمال الدليلين أولى من إهمالهما عند الأصوليين، وهي لا علاقة لها بحقيقة مراعاة الخلاف عند المالكية⁽²⁾.

4- ورد عن الإمام الشاطبي التعريفان⁽³⁾ الآتيان: "إعطاء كل واحد منهما (دليلي القولين) ما يقتضيه الآخر، أو بعض ما يقتضيه"، كذلك قال: "فإن قيل فما معنى مراعاة الخلاف المذكورة في المذهب المالكي؟ فإن الظاهر فيها أنها اعتبار للخلاف، فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفاً فيها؛ رُوِيَ فيها قول المخالف، وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكي"⁽⁴⁾، وقد اجتهد بعض الباحثين في صياغة تعريف الشاطبي الأول بأسلوب آخر تَحَرَّى فيه الوضوح والدقة مع ترجيحه على سائر التعاريف فقال: "هو إعطاء المستدل كل واحد من دليلي القولين ما يقتضيه الآخر، أو بعض ما يقتضيه في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر؛ لمسوغ شرعي من احتياط أو تيسير"⁽⁵⁾، وبذلك يكون قد جمع بين مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل وبعده، وهو ما يميل إليه الإمام الشاطبي خاصة بعدما استفاد من القاعدة في تنظيره لفقه المآلات.

- شرح ومناقشة التعريف:

قال الإمام الشاطبي شارحاً: "وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف؛ فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر؛ فالأول فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله"⁽⁶⁾، وقال كذلك: "وهذا المعنى (مراعاة الخلاف) كثير جداً في المذهب، ووجهه أنه راعى دليل المخالف في بعض الأحوال لأنه ترجح عنده، ولم يترجح عنده في بعضها فلم يراعه"⁽⁷⁾، وبيان ذلك أن العمل بمراعاة الخلاف هو عمل بدليل المذهب، وبمقتضيات دليل المخالف كلها أو بعضها؛

(1) فلة زردومي، فقه مآلات الأفعال وأبعاده المقصدية، ص 136.

(2) محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 65.

(3) الشاطبي، الموافقات، 106/5-107.

(4) المرجع نفسه، 106/5.

(5) إبراهيم الجنابي، قاعدة مراعاة الخلاف شروطها وتطبيقاتها، ص 442.

(6) الشاطبي، الموافقات، 108/5.

(7) الشاطبي، الاعتصام، 646/2.

فمن تَوْضُأً بالماء الذي فيه النجاسة، ولم تغير من أوصافه شيئاً، فحكمه عند المالكية الكراهة لكن يُصَحِّحُونَ وضوءه أخذاً بقول من أجاز الوضوء بهذا الماء وعملاً بمقتضى دليله جملة، وقد يُعْمَلُ ببعض ما يقتضيه الدليل؛ كإبطال نكاح الشغار رأساً ثم تصحيح بعض آثاره كنبوت الميراث، لاسيما وقد ورد عن صاحبه في بعض كتبه بيان مراعاة الخلاف بأنها مراعاة دليل المخالف⁽¹⁾؛ وقد أبدع عند تناوله لحيثيات القاعدة من وجهة النظر المآلي للأفعال والموازنة بينها فيما تُنتِجُهُ من المصالح والمفاسد تلافياً لمناقضة قصد الشارع في التكليف، كذلك يجعل الشاطبي مراعاة قول المخالف من قبيل مراعاة الخلاف، وليس فقط مراعاة دليله، كذلك تعريف القاعدة بأنها اعتبار للخلاف، يُعَدُّ إبداعاً جادت به قريحته؛ حيث لم يكن حبيساً لتعاريف سابقه من المالكية ناقلاً أو شارحاً لها، بل كان منتقداً ومُطَوِّراً لصياغة مفهومها.

كما نشير إلى أن الإمام الشاطبي حدث له إزاء مراعاة الخلاف نضج اصطلاحى على حد تعبير بعض الباحثين⁽²⁾؛ حيث كان من أشد المنكرين للعمل بمقتضاه في أول أمره، ثم تَغَيَّرَ موقفه بعد ذلك، وكان هذا بسبب مراسلاته⁽³⁾ لبعض علماء المالكية كابن عرفة والقباب بمطارحات علمية حول المسألة تتضمن استشكاله لها؛ فأجابوه بما أزال هذا الاستشكال حتى أصبح من المُتَظَرِّين لهذه القاعدة⁽⁴⁾.

5- عَرَفَهُ الدكتور زين العابدين مُجَدُّ النور بقوله: "هو ترك دليل راجح لدليل مرجوح ابتغاء رفع المشقة والخرج"⁽⁵⁾، هذا التعريف ينحو فيه صاحبه بيان هذه القاعدة بما يفيد غايتها الاجتهادية، وهي رفع المشقة والخرج الواقع فيه المكلف بعد الموازنة والترجيح بين المفاسد المترتبة على الحادثة بعد وقوعها.

6- عَرَفَهُ مُجَدُّ الزحيلي بقوله: "مراعاة الخلاف يعني العمل بدليل المخالف في المسألة من المذاهب الفقهية المعتمدة، بما لا يبطل دليل المستدل بالكلية، وذلك لرجحان الدليل المراعى وقوته"⁽⁶⁾، وهو

(1) الشاطبي، الفتاوى، ص 119.

(2) فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص 515.

(3) الشاطبي، الاعتصام، 2/646؛ الونشريسي، المعيار المغرب، 6/387؛ أحمد الريسوني، نظرية المقاصد، ص 124.

(4) مُجَدُّ الأمين ولد مُجَدُّ سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 95؛ العيد عباس، قاعدة مراعاة الخلاف، ص 108.

(5) زين العابدين مُجَدُّ النور، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة، 2/338.

(6) مُجَدُّ الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/673.

تعريف سَوَى بين مدلول مراعاة الخلاف والخروج منه دون الإشارة إلى التفرقة بينهما في وقت المراعاة قبل أو بعد وقوع، كما أن العمل بدليل المخالف ليس على إطلاقه، بل قد يعمل به أو يُلَازمه.

7- قال الدكتور مُحَمَّد حسان خطاب في تعريفه: "الاعتداد بالرأي المعارض لمُسَوِّغ"⁽¹⁾، كذلك هذا التعريف لا يسلم من النقد؛ لأنه غير جامع ولا مانع في حيثية المسوغ كسابقه، كذلك اعتبر صاحبه الاعتداد برأي المخالف من قبيل مراعاة الخلاف وهو رأي للشاطبي كما أسلفنا، ورغم ذلك فقد اختاره الدكتور وليد الحسين تعريفا راجحا من جملة التعريفات التي ساقها لِتَبَيُّنِ فكرة أن مراعاة الخلاف لا تكون في حالة وقوع الفعل فقط بل يمكن اعتبار حالة الخروج من الخلاف قبل وقوع الفعل احتياطا وورعا من قبيل مراعاة الخلاف على حد سواء فلا مشاحة في الاصطلاح⁽²⁾.

8- عَرَّفَهُ الدكتور موسى فاديغا قائلا: "إعطاء المستدل كلا الدليلين المتعارضين ما يقتضيه الآخر، أو بعض ما يقتضيه في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر لمسوغ شرعي من احتياط أو تيسير"⁽³⁾، وقد قصر صاحبه المراعاة على ما بعد وقوع الفعل، وهو مَلَحَظٌ مُنْتَقَدٌ لعامة النُّظَارِ.

9- وذكر الدكتور الكيلاني في تعريفه الآتي: "اعتبار رأي المخالف في الحكم رغم مرجوحية دليله؛ نظرا لما يلزم عن التقيد بالراجح من بعض الوقائع من مآل ممنوع"⁽⁴⁾، هذا التعريف يتسم بالعموم فلم تنقيد المراعاة فيه بحالة معينة؛ لأنه مبني على المآل، وفيه أن مراعاة رأي المخالف معتبر.

10- عَرَّفَهُ الدكتور مُحَمَّد شقرون بالتعريف التالي: "ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة، وإعطاؤه ما يقتضيه، أو بعض ما يقتضيه"⁽⁵⁾، ما يُعْتَرَضُ على هذا التعريف المختار عنده وقوع صاحبه في المناقضة من حيث إنه انتقد من يرى قصر مراعاة الخلاف على ما بعد الوقوع، وَرَجَّحَ كون المراعاة قبل وبعد وقوع الفعل قال: "والراجح أن المالكية راعوا الخلاف قبل الوقوع كما راعوه بعد الوقوع"⁽⁶⁾، ودَلَّلَ على كلامه بأدلة من فروع المذهب، وهو ما لم يلتزم به في هذا التعريف.

(1) مُحَمَّد خطاب، مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي، ص 63.

(2) وليد الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، 388/1.

(3) موسى فاديغا، المرجع السابق، 357/1؛ وقد أورد الدكتور فاديغا في ذات السياق تعريفا يبدو لي سليما أشار إلى أنه مستنتج

من حاشية الدسوقي ونصه كالتالي: "انتقال المجتهد إلى قول غيره من المجتهدين لمسوغ".

(4) عبد الرحمن الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 370.

(5) مُحَمَّد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 73.

(6) المرجع نفسه، ص 48.

- 11- كما عَرَّفَهُ الدكتور عبد الرحمان السنوسي بقوله: "اعتبار خلاف من يعتد بخلافه، عند قوة مأخذه بامتنال ما اُخْتُلِفَ فيه"⁽¹⁾، وهذا التعريف لم يُبَيَّنْ فيه صاحبه حقيقة القاعدة كما جاء عن نُظَّارِ المالكية في تأصيل مفهومها، وإنما هو بيان لمفهوم القاعدة بالمعنى العام كما جاء عن الشاطبي.
- 12- كما قال الدكتور حاتم باي في تعريفه: "عمل المجتهد بدليل المخالف في مدلوله أو بعضه، في حالة بعد الوقوع، لترجحه على دليل الأصل"⁽²⁾، وهذا التعريف غير جامع لأن صاحبه اقتصر فيه على بيان مفهوم القاعدة في حالة ما بعد وقوع الفعل، وأهمل بيان مفهومها في حالة ما قبل الوقوع.
- 13- كذلك عَرَّفَهُ الدكتور مُجَدُّ هِنْدُو بالتعريف الآتي: "الأخذ ببعض مقتضى دليل المخالف بسبب قوته سواء قبل وقوع الفعل أو بعد وقوعه"⁽³⁾، وما يؤخذ على التعريف أنه جعل الأخذ ببعض مقتضى دليل المخالف يكون قبل وبعد الفعل؛ لأن الأخذ ببعض مقتضى الدليل يكون بعد وقوع الفعل.

- ملاحظات على التعاريف المذكورة:

- من خلال ما تم إيراده من التعاريف المختلفة لبيان مدلول قاعدة مراعاة الخلاف، يمكننا أن نسجل إزاءها جملة من الملاحظات التي يَتِمَّحُضُّ بها ترجيح المفهوم المختار للقاعدة في البحث كما يلي:
- 1- بعض التعاريف تفيد أن من معاني مراعاة الخلاف اعتبار قول المخالف لمسوغ مهما كان نوعه سواء كان شرعياً كالتيسير والاحتياط والمصلحة وغيرها، أم عقلياً كالعرف والضرورة والحاجة، وكلها معتبرة شرعاً، وهذا المفهوم أَصْلُهُ الإمام الشاطبي كما أوضحنا في تعريفه، وسنستفيد منه كمنهج لاستقراء المسائل التطبيقية؛ فسنذكر عدة مسائل في قانون الأسرة والاجتهاد القضائي رُوِّعِيَتْ فيها أقوال الفقهاء من غير المالكية مطلقاً، بالإضافة إلى المسائل القديمة التي روعي فيها دليل المخالف.
- 2- مراعاة الخلاف معنى خاص عند المالكية؛ وهو كما صَوَّرَهُ الإمام الشاطبي عبارة عن إعادة النظر من المجتهد في الحكم لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظراً جديداً يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف، فيبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه، وإن كان مرجوحاً في أصل نظره باعتبار أن الأمر وقع على وفقه، فَرُوعِيَ جانب آثار الفعل وما يترتب عليه من نتائج، فَتَجَدَّدَ عنده الاجتهاد بنظر جديد وأدلة جديدة، لذلك أَلْفِينَا بعضاً من فقهاء المالكية من يرى قصر الأخذ بمراعاة

(1) عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، ص322.

(2) حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص591.

(3) مُجَدُّ هِنْدُو، محكمات الخلاف الفقهي، ص263.

الخلاف على ما بعد وقوع الفعل وتلبس المكلف به⁽¹⁾، وقد نقل الإمام الرصاص عن الشيخ المغربي⁽²⁾ ذلك في سياق تعليقه على قول ابن رشد الجد⁽³⁾ بعد ذكره الخلاف في المسبوق هل هو قاضٍ أو بآنٍ؛ حيث قال ابن رشد الجد: "وقول مالك رحمه الله إنه إذا سَلَّمَ الإمام وأدرك ركعة من الظهر يقرأ بأَم القرآن وسورة فإذا ركع وسجد جلس فإذا قام قرأ بأَم القرآن وسورة، إنما أجب بأن ما أدرك مع الإمام أولها ورأى أن يحتاط بزيادة السورة في السورة رعيًا للخلاف"⁽⁴⁾، علقَّ الشيخ المغربي بقوله: "وفيه إشكال لكونه راعى الخلاف قبل الوقوع وإنما يراعى بعد الوقوع"⁽⁵⁾.

3- مراعاة الخلاف كذلك معنى آخر أعم من المعنى الخاص بالمالكية الذي أسلفنا بيانه؛ وهو مطلق اعتبار الخلاف وهو من تعريفات الإمام الشاطبي كما نقلنا عنه، وهذا النوع من مراعاة الخلاف هو توسط بين الدليلين وقول بحكم ثالث بين الحكمين؛ كأن يترجَّح في المذهب حكم الجواز ويكون حكم المذهب المخالف التحريم، فيتوسط رأي ثالث في المذهب بين الرأيين ويحكم بالكراهة اعتباراً لمطلق الخلاف الحاصل في المسألة احتياطاً وورعاً، ومثال ذلك من فروع المذهب حكم البسمة في الصلاة الجهرية؛ فالمالكية يقولون بكراهتها من حيث الدليل الأصلي، لكن مراعاة لخلاف الشافعية القائلين بوجوبها قالوا باستحباب قراءتها سرا⁽⁶⁾.

4- مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف مصطلحان مترادفان تماماً لا يغني أحدهما عن الآخر في الدلالة على مراد القاعدة من دون استصحاب الآخر، ومنشأ الفرق بينهما كما سنرى هو في حجم التعقيد الاصطلاحي، فالمالكية اهتموا بمراعاة الخلاف أكثر من اهتمامهم بالخروج من الخلاف، وهذا راجع للاتفاق بين المذاهب الفقهية على استحباب الأخذ بهذا الأخير دون الآخر.

(1) مُجَّد الأمين ولد مُجَّد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 99-100.

(2) هو: علي بن عبد الحق الزرويلي الشهير بإفريقيا بالمغربي انتهت إليه رئاسة الفقه والأصول، أحد الأقطاب الذين دارت عليهم الفتيا، ولي القضاء بتازا ثم بفاس، له: شرح على التهذيب للبرادعي، توفي سنة 719هـ؛ ينظر: الحجوي، الفكر السامي، 2/278.

(3) هو: مُجَّد بن أحمد بن رشد المالكي قاضي الجماعة بقرطبة، يكنى أبا الوليد، كان فقيهاً حافظاً للفقه، عازفاً بالفتوى على مذهب مالك، تقلد القضاء بقرطبة، من تصانيفه: البيان والتحصيل، توفي سنة 520هـ؛ ينظر: ابن بشكوال، الصلة، ص 547.

(4) الرصاص، الهداية الكافية الشافعية، ص 178.

(5) المرجع نفسه.

(6) الآبي، جواهر الإكليل، 1/53؛ النووي، المجموع، 3/333؛ مُجَّد الأمين ولد مُجَّد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 102.

5- أن مراعاة الخلاف إنما يستساغ إعمالها فيما كان مختلفا فيه من أحكام الشريعة مما تتعدد فيه الأفهام وتباين فيه الآراء وتختلف فيه وجهات النظر سواء في المذهب الواحد، أم في المذاهب المتعددة، أما ما كان متفقا عليه من الأحكام بين الأئمة الأعلام، فلا يراعى فيه غير دليلها.

- التعريف المختار:

بعد أن أوردنا ما جاء من تعاريف لمصطلح مراعاة الخلاف، والتي من خلالها يتكون لدينا مفهوم هذه القاعدة، كذلك من خلال ما تقدّم بيانه من محددات يتبين لنا أن تعريف قاعدة مراعاة الخلاف هو انتقال المجتهد إلى قول غيره من المجتهدين ترجيحاً لدليله لمسوّغ شرعي أو عقلي.

فنقول أن انتقال المجتهد إلى قول غيره منطلقه ملاحظة دليله ومبعثه الترجيح بين الأقوال الفقهية المختلفة، واختيار أنسبها لامتنال المكلف قبل أو بعد الفعل والتصرف، واختيار أليقها بتحقيق مقاصد التكليف كرفع الحرج وجلب المصالح ودرء المفاسد وغيرها، وهي مسوغات للانتقال؛ فمنها المسوغات الشرعية التي هي الأدلة والقواعد الشرعية الملحوظة في عملية الانتقال، ومنها المسوغات العقلية التي هي القواعد الاجتهادية كمراعاة المصلحة والعرف والضرورة والحاجة وغيرها.

وسبب اختيار هذا التعريف كما يبدو لي هو الجمع بين المدلولين العام والخاص اللذين يشكّلان المفهوم الاصطلاحي لهذه القاعدة، وهو ما يسمح بتوظيفها كمنهج استدلالي يعين في الفهم والترجيح، وليس كدليل قد يطاله النقد أو يعتريه القبول والرد.

ثالثاً- التكييف الأصولي لقاعدة مراعاة الخلاف:

بالنظر إلى معنى القاعدة من الناحية اللغوية والذي هو أساس الشيء وأصله، نجد أنها تتفق مع مدلول مراعاة الخلاف؛ لأنه أصل تتأسس عليه مجموعة من الأحكام الفقهية حيث أوردنا لها عدة تعاريف ثم رجحت تعريفاً يبدو لي مختاراً يؤسس لمفهوم وظيفي لمراعاة الخلاف باعتباره منهجاً استدلالياً ترجيحياً، فيصح من هذه الحيثية إطلاق اسم القاعدة على مراعاة الخلاف لغة واصطلاحاً؛ لأنها تنطبق على جزئياتها وتستمد هذه الجزئيات أحكامها منها⁽¹⁾، فإذا كان الأمر كذلك فإنه يجمل بنا أن نبين تصنيف مراعاة الخلاف؛ أي قاعدة أصولية أم قاعدة فقهية أم قاعدة مقاصدية؟، ولاستبانة تكييف قاعدة مراعاة الخلاف يجب أولاً معرفة أهم الفروق بينها من خلال ما يلي:

(1) محمد أمين ولد محمد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص114.

1- الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية والمقاصدية:

من خلال التعاريف التي تم إيرادها في بيان مدلول كل قاعدة من هذه القواعد، يمكننا أن نستنتج جملة من الفروق الجوهرية التي تتميز بها كل قاعدة عن الأخرى، نجملها في العناصر التالية⁽¹⁾:

أ- القواعد الأصولية موضوعة لضبط طرق الاستنباط ومناهج الاستدلال، أما القواعد الفقهية فموضوعة لربط جزئيات الأحكام المتشابهة بأصل واحد يعتبر حكما كلياً تنفرع عليه، أما القواعد المقاصدية فهي مفاهيم تشريعية كلية إلتفت إليها الشارع لتعليل الأحكام وتسبيحها.

ب- القواعد الأصولية سابقة في الوجود على الفروع الفقهية العملية، أما القواعد الفقهية فمتأخرة عنها، أما القواعد المقاصدية فهي مُقَدِّمَةٌ عليهما جميعاً؛ لأن المقاصد مقدمة على الوسائل أبداً، فالقاعدة الفقهية تُعَبِّرُ عادة عن الحكم، والأصولية تُعَبِّرُ عادة عن دليله، والمقاصدية تُعَبِّرُ عن غايته.

ج- القواعد الأصولية موضوعها الدليل السمي وأعراضه كخبر الآحاد هو دليل وعرضه إفادته الظن، أما القواعد الفقهية فموضوعها أعمال المكلفين، والقواعد المقاصدية موضوعها أسرار التشريع.

د- القواعد الأصولية كلية تستغرق جميع جزئياتها، أما القواعد الفقهية فهي أغلبية لا تندرج فيها جميع جزئياتها، أما القواعد المقاصدية فهي كلية أيضاً.

2- تصنيف مراعاة الخلاف في أنواع القواعد السابقة:

بالنظر إلى ما تتميز به كل واحدة من القواعد عن الأخرى، نجد أن مراعاة الخلاف يغلب عليها أنها قاعدة أصولية⁽²⁾، كما أنها تأخذ من كلا النوعين الآخرين بِطَرَفٍ؛ وذلك للاعتبارات التالية:

أ- بالنسبة إلى اعتبار مراعاة الخلاف قاعدة أصولية، فذلك بالنظر إلى أن وجودها سابق على الفروع المندرجة تحتها، إذ اعتبرها فقهاء المالكية أصلاً ودليلاً انبنت عليه كثير من الفروع الفقهية⁽³⁾.

ب- بالنسبة إلى اعتبار مراعاة الخلاف قاعدة فقهية فذلك بالنظر إلى كونها قاعدة أغلبية وليست كلية مطردة في كل أبواب الفقه؛ لذلك نجد أن الإمام مالك تارة يراعي الخلاف وتارة لا يراعيه⁽⁴⁾.

(1) عبد الرحمن الكيلاني، المرجع السابق، ص 71-79؛ مُحَمَّد أمين ولد مُحَمَّد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 126.

(2) مُحَمَّد أمين ولد مُحَمَّد سالم، المرجع السابق، ص 129.

(3) التسولي، البهجة، 219/2؛ المشاط، الجواهر الثمينة، ص 115؛ مُحَمَّد أمين ولد مُحَمَّد سالم، المرجع السابق، ص 130.

(4) عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص 251.

كذلك نلاحظ في مراعاة الخلاف أن الفقهاء أعملوها في الفروع الفقهية من خلال ضبط الأقوال المختلفة والترجيح بينها على أساس المراعاة الكلية لكل خلاف كما سنرى في أنواع هذه القاعدة. ج- أما بالنسبة إلى اعتبارها قاعدة مقاصدية فلكونها ناشئة عن ملاحظة أسرار التشريع من حيث وضع المكلفين تحت أعباء التكليف، ومن حيث أن قصد الشارع منها جلب المصالح للمكلفين ودرء المفاسد عنهم⁽¹⁾، ونظرا للأهمية المقاصدية لمراعاة الخلاف سنتناول لاحقا بعض مقتضياته المقاصدية.

الفرع الثالث: تمييز مصطلح مراعاة الخلاف عن المصطلحات ذات الصلة به.

نتطرق في هذا الفرع إلى بيان العلاقة بين جملة من المصطلحات التي تتقاطع في المدلول ولو بوجه مع مراعاة الخلاف وتمييزها عنه، وهي: الخروج من الخلاف، والاستحسان، والنظر في المآلات، الاحتياط، سد الذرائع، المصلحة المرسله، الاجتهاد الترجيحي، التلفيق الفقهي، وتحول العقود.

أولا- علاقة مراعاة الخلاف بالخروج من الخلاف:

ذكر الفقهاء في بيان معنى الخروج من الخلاف عدة تعاريف منها ما ذكره الدكتور آل بورنو حيث قال: "إتيان ما هو أحوط للدين في مسألة اجتهادية اختلفت فيها أنظار الفقهاء واجتهاداتهم"⁽²⁾، كذلك عرّفه الدكتور حسن الشاذلي بقوله: "اختيار العمل بالرأي الأحوط من بين آراء الفقهاء عند اختلافهم في حكم مسألة معينة"⁽³⁾، وقد عدّ بعض أهل العلم هاتين القاعدتين شيئا واحدا؛ وقد أسلفنا القول أنهما يتفقان في الاستعمال الاصطلاحي لكن هذا لا يمنع من وجود فروق معتبرة؛ والذي أوقع الالتباس وجود التشابه بينهما من حيث إن المجتهد يلاحظ قول المخالف ويعتبره فيما يرتبه من عمل؛ إما فعلا أو تركًا أو آثارا، وقد أجمل بعض الباحثين فروقا بين هاذين الأصلين منها⁽⁴⁾:

- 1- الخروج من الخلاف في حقيقته هو الأخذ بما هو أحوط في حال تقارب الأدلة من جهة القوة والاعتبار؛ طلبا للسلامة وحذرا من الإثم، ومراعاة الخلاف هو العمل بذلك بعد الفعل تيسيرا وتخفيفا.
- 2- قاعدة الخروج من الخلاف متفق على استحباب إعمالها، وقاعدة مراعاة الخلاف مختلف فيها.
- 3- غاية إعمال الخروج من الخلاف الورع والاحتياط، أما غاية مراعاة الخلاف فالتيسير ورفع الحرج.

(1) مُجَدِّ أمين ولد مُجَدِّ سالم، المرجع السابق، ص 130.

(2) مُجَدِّ آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 278/3.

(3) حسن الشاذلي، الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات، ص 107.

(4) خالد المصلح، مراعاة الخلاف في الفتوى تأصيلا وتطبيقا (مقال)، ص 36.

4- أن قاعدة الخروج من الخلاف تفضي إلى الاتفاق والاجتماع بارتفاع الخلاف، أما قاعدة مراعاة الخلاف فلا يرتفع بها الخلاف، بل هو باق، وإنما تُقَرَّر آثار القول المخالف ولوازمه.

ثانياً- علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان:

الاستحسان أصل من أصول الشريعة الإسلامية عند جمهور الأصوليين انبنت عليه كثير من أحكامها الفقهية العملية، حيث تم تعريفه بأنه العمل بأقوى الدليلين⁽¹⁾، ويُعرِّفُه الشاطبي بأنه إثارة ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والتَّخْصُّص؛ لمعارضة ما يُعَارَضُ به في بعض مقتضياته⁽²⁾، وبهذا يتقرر أن الاستحسان لا يخرج عن العمل بمقتضيات الأدلة إلا أنه نَظَرٌ في لوازمها ومآلاتها⁽³⁾، أما علاقة الاستحسان بمراعاة الخلاف فتتمثل في أن هذا الأخير بمعناه الضيق هو نوع من أنواع الاستحسان؛ لأن حقيقته ثابتة فيه إذ هو من باب العدول عن الدليل الراجح عند المجتهد إلى غيره لسبب معتبر، ولذلك اعتبره جَلَّةُ المالكية نوعاً من أنواع الاستحسان، ووردت عنهم أقوال نذكر منها ما يلي⁽⁴⁾:

- ما ذكره الإمام الشاطبي في تعداد أنواع الاستحسان قال: "العاشر: أنهم قالوا: إن من جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل في مذهب مالك ينبغي عليه مسائل كثيرة".
- ما نقل عن أصبغ⁽⁵⁾ قوله: "ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب".

ثالثاً- علاقة مراعاة الخلاف بالنظر في مآلات الأفعال:

المقصود بالنظر في مآلات الأفعال الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق مقاصد التشريع⁽⁶⁾، وذلك بمراعاة الأحوال والملابسات التي تَحْتَفُّ بالواقعة المراد بيان حكمها، أو بالسائل المراد تنزيل الحكم عليه، ومراعاة الخلاف مبنية على اعتبار النظر في المآلات؛ لأن المجتهد بعد أن يتبين له

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 2/278.

(2) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، 1/132؛ الشاطبي، الموافقات، 5/196؛ هذا التعريف من الإمام الشاطبي في حقيقته هو تفسير لعبارة ابن العربي التي أوردها في المحصول على سبيل التعليق على مذهب مالك في الاستحسان وليس تعريفاً له.

(3) الشاطبي، الموافقات، 5/199.

(4) ابن رشد، البيان والتحصيل، 4/157؛ الشاطبي، الاعتصام، 3/56.

(5) هو: أصبغ بن الفرغ بن سعيد بن نافع المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث، سمع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب وتفقه معهم، وكان كاتباً لابن وهب، له تأليف منها: كتاب الأصول، توفي سنة 225؛ مخلوف، المرجع السابق، 1/99.

(6) وليد الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، 1/37.

الحكم المختلف فيه في المسألة ينظر إلى عواقب تطبيقه، وانعكاسات تنزيهه على آحاد الأفراد، فيحكم بقول غيره اعتباراً لما تؤول إليه المسألة، وقد ذكر هذا المعنى الإمام الشاطبي في معرض بيانه لقاعدة مراعاة مآل الأفعال، فقال: "وهذا الأصل ينبنى عليه قواعد ... منها قاعدة مراعاة الخلاف"⁽¹⁾.

وعليه فتبدو العلاقة بين مراعاة الخلاف والنظر في مآلات الأفعال ملحوظة في النقاط التالية:

- 1- مراعاة الخلاف قاعدة متفرعة على مبدأ النظر في المآلات لانبنائها عليها.
- 2- مراعاة الخلاف والنظر في مآلات الأفعال هما قاعدتان من قواعد الفقه التنزيلي.
- 3- مراعاة الخلاف من أصول الفقه المالكي أما النظر في مآلات الأفعال فهو مبدأ اجتهادي.

رابعاً- علاقة مراعاة الخلاف بالاحتياط:

الاحتياط مسلك استدلالي بالغ الأهمية في بابه يلجأ إليه فقهاء الشريعة في تنظيراتهم الأصولية وتطبيقاتهم الفروعية، قال الشاطبي مبرزاً مكانته: "والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم"⁽²⁾، وقد جاء عن ابن تيمية في تعريفه أنه: "اتقاء من يخاف أن يكون سبباً للدم والعذاب عند عدم المعارض الراجح"⁽³⁾، كذلك عرفه الدكتور منيب شاكر بقوله: "الاحتراز من الوقوع في منهي، أو ترك مأمور عند الاشتباه"⁽⁴⁾.

والعلاقة بين مراعاة الخلاف والاحتياط علاقة العموم والخصوص المطلق، فكل خروج من الخلاف احتياط، وليس كل احتياط خروج من الخلاف⁽⁵⁾، واعتبر بعض العلماء أن الاحتياط ومراعاة الخلاف لا انفكاك بينهما؛ قال الفاداني: "والخروج من الخلاف فرد من أفراد الاحتياط"⁽⁶⁾، وبيانه من وجهين:

- 1- أن الاحتياط المعتبر الخالي من شائتي الشك والاشتباه سواء في مقام الاستنباط والاستدلال بالنسبة للمجتهد، أم مقام التطبيق والامتنال بالنسبة للمقلد، له مسالك متعددة منها البناء على اليقين، وترك التوسع في المباح وغيرها، والخروج من الخلاف مسلك من تلك المسالك⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ الشاطبي، الموافقات، 188/5.

⁽²⁾ المرجع نفسه، 85/3.

⁽³⁾ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 138/20.

⁽⁴⁾ منيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص 48.

⁽⁵⁾ محمد الشامي، الأخذ بالاحتياط عند الأصوليين، ص 50.

⁽⁶⁾ ياسين الفاداني، الفوائد الجنية، 171/2.

⁽⁷⁾ محمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص 136 - 150.

2- أن طائفة من الأدلة المذكورة لشرعية الخروج من الخلاف راجعة إلى أدلة مشروعية الاحتياط، كذلك أطلق بعض الفقهاء على الخروج من الخلاف تعبير الاحتياط من الخلاف⁽¹⁾.

خامسا- علاقة مراعاة الخلاف بسد الذرائع:

من بين القواعد التي كان لها أثر ظاهر في الفقه الإسلامي قاعدة سد الذرائع؛ حيث كان للمالكية عظيم الفضل في تأصيلها والتفريع عليها حتى غدا مذهبنا رائد الاجتهاد الذرائعي؛ قال أبو زهرة: "هذا أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رحمه الله"⁽²⁾.

وتعريف سد الذرائع عند الأصوليين له معنيان عام وخاص؛ فالمعنى العام يعني الوسيلة الموصلة إلى شيء آخر مطلقا، ومعنى سدها أي منعها⁽³⁾، وبالمعنى الخاص جاء للعلماء تعاريف عديدة منها⁽⁴⁾:

- تعريف الإمام القرطبي⁽⁵⁾ وهو: "عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يُخَافُ من ارتكابه الوقوع في ممنوع".

- وتعريف الدكتور التمسamani وجاء فيه: "أمر ظاهره الإباحة يفضي إلى مكروه أو محرم في الباطن".

وهكذا تبدو العلاقة بين مراعاة الخلاف وسد الذرائع في أن كليهما مبني على النظر في مآلات الأفعال؛ إذ يُحَوَّلُ للمجتهد أن يُحَقِّقَ المناط، ويوازن بين المصالح والمفاسد، وينظر إلى النتائج والآثار، فإذا رأى أن حكما أو فعلا تترتب عليه مفسدة أو يلحق بسببه ضرر لم يُقَرَّرْ ذلك الحكم ولم يمحض ذلك الفعل، وإنما يُرْتَبُّ عليه ما يخفف من وطأته ويقلل من ضرره، فيعترف بالآثار الناتجة عنه؛ مراعاةً لخلاف غيره في هذا المآل بالذات، أو سداً للوسيلة المؤدية إلى هذا الضرر ولو كانت مشروعة من باب سد ذرائع الفساد الذي يؤول إليه الفعل⁽⁶⁾، وقد يكون السد من موجبات العمل بالقاعدة.

سادسا- علاقة مراعاة الخلاف بالمصلحة المرسلة:

المصلحة المرسلة أو الاستصلاح أصل اجتهادي معتبر عند جمهور فقهاء الشريعة، وهي تدل على مرونة التشريع الإسلامي وخصوبته؛ لأنها من أهم الطرق الملائمة لمقاصد الشارع من وضع الشريعة

(1) مُجَدِّ المَبَارَك، الخروج من الخلاف حقيقته وأحكامه (مقال)، ص326.

(2) مُجَدِّ أبو زهرة، مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية، ص431.

(3) ينظر: مُجَدِّ التمسamani، الاجتهاد الذرائعي، ص65-67، إبراهيم رحامي، ضوابط الاجتهاد الذرائعي (مقال)، ص7.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 2/57؛ مُجَدِّ التمسamani، الاجتهاد الذرائعي، ص94.

(5) هو: أبو عبد الله مُجَدِّ بن أحمد بن فرح، بفتح الفاء وسكون الراء، الأنصاري القرطبي العالم الإمام الجليل الفاضل الفقيه المفسر

الحاصل المحدث القرطبي، من تأليفه التذكرة في أحوال الآخرة، توفي سنة 671هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/282.

(6) مُجَدِّ الأمين ولد مُجَدِّ سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص194.

للتكليف في المسكوت عنه؛ فأحكام الوقائع لا حصر ولا عدّ لها والأصول الجزئية محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذاً من طريق آخر لإثبات الأحكام الجزئية، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى الشرع ومقاصده على نحو كلي وإن لم يستند إلى أصل جزئي⁽¹⁾.

وقد ساق العلماء عدة تعاريف للمصلحة المرسلة، لكن نذكر منها تعريفاً واحداً للدكتور محمد بوركاب إذ قال: "هي كل منفعة لم يشهد لها نص خاص بالاعتبار أو الإلغاء، وكانت ملائمة لمقصود الشارع، وما تفرّع عنه من قواعد كلية استُقرّت من مجموع النصوص الشرعية"⁽²⁾.

ووجه العلاقة بين الاستصلاح⁽³⁾ ومراعاة الخلاف يكمن في أن هذه الأخيرة إنما يصار إليها في جلب مصلحة أو درء مفسدة تترتب على اعتبار القول المخالف أو عدم اعتباره، وإن كان ذلك القول مرجوحاً في أصل النظر عند المجتهد، لكنه لما صار يترتب على اعتبار هذا القول جلب مصلحة أو تكميلها، وكذا دفع مفسدة أو تقليلها؛ صار من اللازم الاعتداد بالقول المرجوح والاعتراف بالآثار الناتجة عن الفعل الواقع على مقتضاه؛ فمثلاً النكاح بدون ولي يعتبره الإمام مالك باطلاً أصلاً ويوجب فسخه، لكنه يمضيه ويصح آثاره على مقتضى مذهب الأحناف إذا حدث فيه الدخول بين الزوجين وأثمر الأولاد، وترجيح مذهب الأحناف بعد الدخول إنما روعي لما فيه من ترتب مفسدة عظيمة قد تكون أقوى من مجرد النهي جزاءً فسخ الزواج، وهذا درءاً للمفاسد وجلباً للمصالح⁽⁴⁾.

سابعاً- علاقة مراعاة الخلاف بالاجتهاد الانتقائي (الترجيحي):

من بين أنواع الاجتهاد المعاصر التي اهتم بها الفقهاء المعاصرين تنظيراً وتطبيقاً الاجتهاد الانتقائي أو الترجيحي⁽⁵⁾، حيث يُستفادُ به في بعث وظيفة الاجتهاد الفقهي في الأمة الإسلامية الذي توقف ردحا من الزمن بزعم غلق باب الاجتهاد وإشاعة مقولتي ما ترك الأول للآخر شيئاً وليس في الإمكان

(1) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص322.

(2) محمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، ص64.

(3) الاستصلاح: عند الأصوليين هو استنباط الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع، بناء على مصلحة عامة لا دليل على اعتبارها ولا إلغائها، ويعبر عنه أيضاً بالمصلحة المرسلة؛ ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 3/324.

(4) محمد أمين ولد محمد سالم، المرجع السابق، ص213-214.

(5) مصطلح الاجتهاد الانتقائي ابتكره الدكتور القرضاوي، أما مصطلح الاجتهاد الترجيحي فقد استعمله الدكتور وهبه الزحيلي وكذلك الدكتور القرضاوي؛ ينظر: يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص150، فقه الطهارة، ص08؛ وهبه الزحيلي، الاجتهاد الفقهي الحديث منطلقاته واتجاهاته، ص29..

أبدع مما كان التي ظاهرهما الرحمة وفي طياتهما النعمة، فاهتدى كثير من فقهاء العصر إلى ابتكار منهج في الاجتهاد يجمع بين الاستنباط من التراث الزاخر للفقهاء الإسلامي، والتجديد في الإسقاط على النوازل والحوادث المستجدة في واقعنا المعاصر، وقد رودت لهذا النوع من الاجتهاد عدة تعاريف نذكر طَرَفًا منها نظرا لتقاطعها في المفهوم مع قاعدة مراعاة الخلاف وهي على النحو الآتي:

- عرفه الدكتور القرضاوي قائلا: "اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به، ترجيحاً له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى"⁽¹⁾.
- كما جاء عن الدكتور وهبه الزحيلي بأنه اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي دون تعصب لمذهب أو رأي معين⁽²⁾.

من خلال هذه التعاريف يَتَمَهَّدُ لنا وجه العلاقة بين مراعاة الخلاف والاجتهاد الترجيحي؛ ذلك أن مراعاة الخلاف تنفرع عن النظر في مآلات الأفعال فتنبني عليه وترجع إليه، وقد عَدَّها الإمام الشاطبي من المرجحات التي يجب على المجتهد النظر فيها قبل إطلاق الحكم على الفعل قال في ذلك: "المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل"، وبالتالي فقاعدة مراعاة الخلاف تعد مرجحاً من المرجحات التي ينبغي للمجتهد الالتفات إليها عند تعارض الأدلة⁽³⁾، وتأسيساً على هذا الكلام فالاجتهاد الترجيحي وثيق الصلة بمراعاة الخلاف من حيث إن هذه الأخيرة وظيفة اجتهادية قوامها اعتبار المجتهد فقط دون المقلد، كذلك تتضمن مسلماً ترجيحاً يجمع بين النظر في فعل المكلف قبل وقوعه، وما يستجد له من مآلات غير متوقعة بعده تستدعي من المجتهد استئناف اجتهاد يبرره المسوغ الشرعي أو العقلي.

ثامناً- علاقة مراعاة الخلاف بالتلفيق الفقهي:

من المناهج التي دعا إليها بعض الفقهاء المعاصرين⁽⁴⁾ باعتبارها الحل الأمثل والأُنْجَع لمعالجة المشكلات الفقهية والتشريعية المستجدة، التلفيق الفقهي بين المذاهب الاجتهادية، والتلفيق الفقهي عَرَفَهُ متأخرو الفقهاء والأصوليين بتعاريف متعددة منها أنه التَحْيُزُ بين أحكام المذاهب ما يعمل

(1) يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 150.

(2) وهبه الزحيلي، الاجتهاد الفقهي الحديث منطلقاته واتجاهاته، ص 29.

(3) الشاطبي، الموافقات، 177/5؛ مني المعيزر، التعارض والترجيح عند الإمام الشاطبي، ص 620.

(4) منهم الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري في بحثه بعنوان "التلفيق بين أحكام المذاهب"، ينظر: مجلة الأزهر، ص 956.

به سواء أكان ذلك بين جزئيات المسألة الواحدة، أو بين عدة مسائل⁽¹⁾، ووجه العلاقة بين مراعاة الخلاف والتلفيق وجود تشابه من حيث إن بعض الباحثين فسَّره كتفسير مراعاة الخلاف في بعض صوره، وعَرَّفَهُ بعض الفقهاء بنفس تعريف مراعاة الخلاف، وفي مدلولهما اعتبار لمذهبين فأكثر⁽²⁾.

وهذا لا يعني أنه ليس بينهما اختلاف ملحوظ بل يكمن ذلك في النقاط التالية:

- 1- أن مضمون مراعاة الخلاف ترجيح بين دليلين فأكثر، أما التلفيق فهو محض اختيار لآراء فقهية.
- 2- أن مجال مراعاة الخلاف اعتبار الأدلة ومقتضياتها، أما التلفيق فمجاله التركيز على آراء المجتهدين.
- 3- أن المؤهل لعملية مراعاة الخلاف هو الفقيه المجتهد، أما التلفيق فهو من عمل المقلدين إلا في نوعه المسمى بالتلفيق في الاجتهاد⁽³⁾، فهو من اختصاص العالم المجتهد.

تاسعا- علاقة مراعاة الخلاف بِتَحَوُّلِ العقود والتصرفات:

من المسائل ذات الأهمية التي كانت محل اهتمام الفقهاء في القديم والحديث الفساد والبطلان في العقود والتصرفات، فَتَقَوُّتْ به على المتعاقدين أو أحدهما مصالح معتبرة يجنونها من وراء إبرامهم للعقود ومباشرتهم للتصرفات، وبذلك ابتكر الفقهاء مناهج للتخفيف قدر الإمكان من آثار العقود الباطلة والفاصلة، فذهب فريق منهم إلى تصحيح عقود الزواج الفاسد من منطلق إمكانية تصحيحها لكون سبب البطلان ليس في ماهيته فيكون العقد قابلا للتصحيح وهو منهج الحنفية، بينما سلك الجمهور منهجا يقضي بقلب العقد وتحويل صورته من نوع إلى آخر لتفادي الضرر الحاصل⁽⁴⁾.

والتحول في باب المناكحات تزداد أهميته لكثرة حصول الفساد في الزواج، وكذا مخاطر الآثار المترتبة على الحكم على العقود والتصرفات المبرمة فيه، سواء على أطرافه أم على المجتمع؛ فمثلا في حالة عدم وجود الولي الأقرب يتحول التصرف إلى الولي الأبعد لمصلحة، ويُنتِج العقد آثاره؛ وبذلك نُخَفِّفُ من غُلُوِّ فساد وبطلان العقود والتصرفات، ويمكن الاستفادة من هذه النظرية القانونية في هذا المجال، فقد عَرَّفَهَا السنهوري بأن المقصود بها كون التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف

(1) عبد الهادي الشافعي، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول، ص 26.

(2) هو الشيخ الوردغي المغربي؛ ينظر: سعد الشوموس، ص 238؛ غازي العتيبي، التلفيق بين المذاهب الفقهية، ص 211-223.

(3) ذكر العلماء أن للتلفيق الفقهي ثلاثة أنواع هي: التلفيق في الاجتهاد، التلفيق في التقليد، التلفيق في التشريع؛ ينظر: موسى توانا،

الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، ص 548 وما بعدها.

(4) رضا غمور، تحول العقود في الفقه الإسلامي، ص (ب).

آخر، فيتحول التصرف الذي قَصَدَ إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح؛ وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونيا عرضيا لا أصليا⁽¹⁾، وقد ذهب جانب كبير من الفقه القانوني إلى تأسيس التحول بالاستناد إلى كونه يمثل أثرا من آثار العقد، وإن كانوا قد اختلفوا حول طبيعة هذا الأثر بين فريق وهم الغالبية يقول بأنه أثر عرضي غير مقصود، وفريق آخر يقول بأنه أثر استثنائي أنشأه المشرع بنص خاص⁽²⁾، ولم أجد من ذكر تعريفا دقيقا لهذه النظرية في الفقه الإسلامي فيما وسعني اطلاعي لكن ما دُكِرَ من بحث في هذا المجال هو تطبيقات في قواعد الفقه لما يحمل معنى التحول في القانون؛ كقاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله وقاعدة يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء وقاعدة احتمال الصحة مقدم على احتمال البطلان وغيرها⁽³⁾، وتظهر العلاقة بين مراعاة الخلاف وتحول العقود والتصرفات من خلال النظر في مآلات الأفعال باعتبارها جزء منها، فإذا وقع فعل المكلف باطلا وترتب على سريان البطلان ضرر شديد أو فوات مصلحة راجحة فإن للمفتي أو المجتهد أن يفتي بجواز ذلك الفعل رفعا لذلك الضرر واستجلابا لتلك المصلحة الراجحة، والتحول في العقود إنما يقع على العقود الباطلة في الغالب، ويترتب على سريان البطلان فيها ضرر يلحق أحد المتعاقدين أو كليهما، فيكون تصحيح تصرف المتعاقدين بتحول العقد إلى عقد آخر هو الحل الأمثل والأنسب، وهو الأرفق بهما مع محافظته على مصلحة الطرفين⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 1/498.

(2) سفيان سوام، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري (مقال)، ص 138-139.

(3) ينظر: علي الراشد، التحول في الأشياء والتصرفات والعقود، ص 17-18.

(4) رضا غمور، المرجع السابق، ص 183-184.

المطلب الثاني: حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف.

اختلفت أنظار الفقهاء والأصوليين خاصة المالكية منهم في حكم العمل بهذه القاعدة، واعتبارها من الأصول الاجتهادية في التعامل مع الخلاف الفقهي، حيث أوغل فريق منهم في إعمالها واعتبارها أصلاً، وأحجم فريق آخر عن ذلك، وسنتناول في هذا المطلب حجية العمل بها؛ من حيث بيان أقوال العلماء فيها رفضاً وقبولاً، وكذا إيراد أدلتهم مع مناقشتها والموازنة بينها، وهذا في الفروع التالية:

الفرع الأول: القائلون بحجية قاعدة مراعاة الخلاف وأدلتهم.

نتناول في هذا الفرع أقوال العلماء الذين يميزون العمل بالقاعدة، ثم نستعرض أدلتهم مع مناقشتها.

أولاً- إيراد أقوال العلماء المحتجين بقاعدة مراعاة الخلاف:

أكثر المذاهب أخذاً بالقاعدة وتعويلاً عليها المالكية والشافعية، ثم الحنفية والحنابلة؛ وقد عدّه جمهور المالكية أصلاً من أصول مذهبهم⁽¹⁾؛ قال الشاطبي: "إن مالكا وأصحابه رحمهم الله يجري كثيراً في فتاويهم ومسائلهم مراعاة الخلاف، وبينون عليها فروعا جمّة، ويُعَلِّلُ به شيوخ المذهب الشارحون له أقوال من تقدم من أهل مذهبهم من غير توقف"⁽²⁾، كذلك نصّ جماعة من الشافعية على أخذ فقهاءهم بهذه القاعدة وعَبَّرُوا عنها بالخروج من الخلاف؛ قال الزركشي⁽³⁾: "قد راعى الشافعي وأصحابه خلاف الخصم في مسائل كثيرة"⁽⁴⁾، بل إنهم اعتبروا شهرة الأخذ بها عند جمهور الأئمة إجماعاً⁽⁵⁾، كذلك اعتبرها الحنفية حجة، حيث ذكر الدكتور شلبي أنها من أنواع الاستحسان، ومثلوا لها بمس المرأة، وأكل لحم الجزور، والرجعة بالقول⁽⁶⁾، واحتج بها الحنابلة أيضاً⁽⁷⁾.

ثانياً- إيراد أدلة العلماء المحتجين بقاعدة مراعاة الخلاف:

استدل المحتجون بقاعدة مراعاة الخلاف بعدة أدلة من المنقول والمعقول نذكر أهمها فيما يأتي:

(1) عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، ص323، حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص609.

(2) الونشريسي، المعيار المغرب، 366/6-367.

(3) هو: بدر الدّين مُحمَّد بن بهادر بن عبد الله المصري الزّركشي الشافعي الإمام العلامة المصنّف المحرّر أخذ عن الشيخين الإسنوي، والبلقيني، من مؤلفاته: شرح جمع الجوامع للسبكي، توفي سنة 794هـ؛ ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، 572/8.

(4) الزركشي، البحر المحيط، 310/8.

(5) السبكي، الأشباه والنظائر، 111/1.

(6) الحموي، غمز عيون البصائر، 44/2؛ مُحمَّد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، ص356.

(7) الرحيباني، مطالب أولي النهى، 447/6.

- 1- عن عائشة رضي الله عنها أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا - وَفِي رِوَايَةٍ وَلِيَّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ - ثَلَاثًا - وَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَإِنَّ السُّلْطَانَ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ»⁽¹⁾، والنبي صلى الله عليه وسلم حكم على العقد بالبطلان، وأثبت المهر فيه بالدخول، وهو صحيح للمنهي عنه من وجه؛ لذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح وحرمة المصاهرة وغيره دليل على الحكم بصحته، وإلا كان في حكم الزنا، وليس كذلك باتفاق⁽²⁾.
- 2- قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها؛ حيث اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إليّ فيه، فقال عَبْدُ بَنِي زَمْعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنِي زَمْعَةَ»، ثم قال صلى الله عليه وسلم: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»، ثم قال لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: «اِخْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعَتَبَةَ فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ⁽³⁾، ووجه الاستدلال به أن النبي صلى الله عليه وسلم راعى الْحُكْمَيْنِ؛ أي حكم الفراش فألحق الولد بصاحبه، وحكم الشبه فأمر بنت صاحب الفراش بالاحتجاب من الولد، والحديث أصل للمالكية⁽⁴⁾.
- ج- ثبت عن ابن مسعود رضي الله عنه خلافة مع عثمان رضي الله عنه في شأن إتمام الصلاة بمنى، وكان يقول: "صليتُ مع النبي صلى الله عليه وسلم ركعتين، ومع أبي بكر ركعتين، ومع عُمر ركعتين ومع عثمان صدرًا من إمارته، ثم أتمّها، ثم تفرّقت بكم الطرقُ فَلَوَدِدْتُ أَنْ لِي مِنْ أَرْبَعِ رَكَعَاتِ رَكَعَتَيْنِ مُتَقَبَّلَتَيْنِ، قَالَ الْأَعْمَشُ: فَحَدَّثَنِي مُعَاوِيَةُ بْنُ قُرَّةٍ عَنْ أَشْيَاخِهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ صَلَّى أَرْبَعًا، قَالَ: فَيَقِيلُ لَهُ: عِبْتُ عَلَى عُثْمَانَ، ثُمَّ صَلَّيْتُ أَرْبَعًا، قَالَ: "الْخِلَافُ شَرٌّ"⁽⁵⁾، فصلاة ابن مسعود رضي الله عنه خلف عثمان رضي الله عنه نوع من مراعاة الخلاف.
- 3- إعمال الخلفاء الراشدين وجماهير الصحابة رضي الله عنهم لهذا الأصل في فتاويهم وأقضيته منها قضاء عمر رضي الله عنه في الْوَلِيِّينِ يُنْكَحَانِ الْمَرْأَةَ، ولا يعلم أحدهما بصاحبه أنها للذي دخل بها، وإلا فهي للأول⁽⁶⁾.

(1) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 25326، 199/42، قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

(2) الشاطبي، الموافقات، 191/5.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير الْمُسْتَبْهَاتِ، حديث رقم: 2053، 54/3.

(4) المشاط، الجواهر الثمينة، ص239؛ الولاقي، إيصال السالك، ص191.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب الصلاة بمنى، حديث رقم: 1960، 328/3، قال محققاه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(6) مالك، المدونة، 111/2؛ الشاطبي، الاعتصام، 59/3.

4- العمل بقاعدة مراعاة الخلاف هو إعمال كل واحد من الدليلين المختلفين، وإعمال الدليلين أولى من إهمالهما أو إهمال أحدهما، وبيانها من وجهين؛ أحدهما أن المجتهد يعمل بمقتضى ما تَرَجَّحَ عنده من دليله حتى إذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى دليل مخالفه أعمله مستأنفا اجتهدا جديدا، والآخر هو توسط المجتهد بين الدليلين فيعطي لكليهما بعض أثره في بناء الحكم⁽¹⁾، كذلك المراعاة عمل بالدليل الراجح قبل أو بعد وقوع الفعل، والعمل بالراجح واجب عند جمهور الأصوليين⁽²⁾.

الفرع الثاني: الرافضون لحجية قاعدة مراعاة الخلاف وأدلتهم.

نتعرض هنا إلى أقوال العلماء الرافضين لحجية العمل بالقاعدة، ثم نذكر أدلتهم مع مناقشتها.

أولاً- إيراد أقوال العلماء الرافضين لحجية قاعدة مراعاة الخلاف:

ذهب بعض فقهاء المالكية والشافعية إلى هذا القول بعدم حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف؛ وهم⁽³⁾: اللخمي⁽⁴⁾، والقاضي عياض⁽⁵⁾، وأبو عمران الفاسي⁽⁶⁾، وابن عبد البر⁽⁷⁾، وابن الأنباري⁽⁸⁾ والمزني⁽⁹⁾.

(1) اللقاني، منار أصول الفتوى، ص 359؛ مُجَدِّدُ الأَمِينِ ولد مُجَدِّدُ سَالِمٍ، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 252-253.

(2) العراقي، الغيث الهامع، ص 666؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب، ص 258/1.

(3) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، 2/922؛ الوئشريسى، المعيار العربى، 12/37؛ الهيمى، الفتاوى الفقهية الكبرى، 314/313/4.

(4) هو: أبو الحسن علي بن مُجَدِّدِ الربعى، المعروف باللخمي القيرواني، الإمام الحافظ العالم رئيس الفقهاء في وقته، تفقه بآبن محرز، والكلاعى، من تأليفه: تعليق على المدونة سماه التبصرة، توفي سنة 478 هـ، ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/173.

(5) هو: أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي الشيخ، الإمام القاضي وشيخ الإسلام وقدوة العلماء أخذ عن جلة منهم وابن رشد والطروشى وابن العربى، من مؤلفاته: إكمال المعلم والشفاء، توفي سنة 544 هـ، ينظر: المرجع نفسه.

(6) هو: أبو عمران موسى بن مُجَدِّدِ بن معطي العبدوسى الفاسى عالمها ومفتيها الإمام الحافظ العلامة كان آية في معرفة المدونة أقرأها نحواً من 40 سنة، له: تقييدان على المدونة والرسالة، توفي سنة 776 هـ، ينظر: المرجع نفسه.

(7) هو: أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري، الإمام الحافظ النظَّار، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها، الشهير الذكر في الأقطار شهرته، من مؤلفاته: الاستيعاب والكافي، توفي سنة 463 هـ؛ ينظر: المرجع نفسه، 12/36.

(8) هو: عبد الرحمن بن مُجَدِّدٍ، أبو البركات ابن الأنباري النحوي، له الورع المتين والصلاح، تفقه وقرأ النحو واللغة وصار شيخ العراق في الأدب، ألف في فقه الشافعية بداية الهداية، توفي سنة 577 هـ، ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 7/156.

(9) هو: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني الإمام الجليل، كان جبل علم، مناظراً ورعاً متقللاً، أخذ عن الشافعي ونصر مذهبه، أشهر مصنفاته المختصر، توفي سنة 264 هـ، ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 2/93.

ثانيا- إيراد أدلة العلماء الرافضين لحجية قاعدة مراعاة الخلاف:

استدل أصحاب هذا القول بعدة حجج أغلبها عقلية، وهي في أصلها استشكالات أوردوها على هذه القاعدة نذكرها مع إيراد مناقشة وإجابات الجمهور عليها:

1- القول بمراعاة الخلاف مخالف للقياس، لأن القياس يقتضي أن يسير المجتهد على مقتضى دليله، قال القاضي عياض: "القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس، وكيف يترك العالم مذهبه الصحيح عنده، ويفتي بمذهب غيره المخالف لمذهبه، هذا لا يسوغ إلا عند عدم الترجيح وخوف فوات النازلة، فيسوغ له التقليد"⁽¹⁾، وأجاب الجمهور بأنه لا مخالفة للقواعد في القول بمراعاة الخلاف؛ لأنه لا يتضمن ترك راجح واتباع مرجوح، وإنما يتضمن ترك راجح في محله، والأخذ بالأرجح منه في محله؛ لأن ما كان مرجوحا قبل الوقوع، صار راجحا بما احتفَّ به من الأمارات المَقْوِيَّة لاعتباره بعد الوقوع⁽²⁾.

2- القول بمراعاة الخلاف يؤدي إلى الجمع بين المتنافيين، قال الإمام الونشريسي: "ووجهه بأن دليلي القولين لا بد أن يكونا متعارضين، كل واحد منهما يقتضي ضد ما يقتضيه الآخر، وهو معنى مراعاة الخلاف، وهو جمع بين متنافيين"⁽³⁾، وأُجِيبَ عليه بأن مراعاة الخلاف لا تؤدي إلى الجمع بين المتنافيين، لتباين محل الإعمال بين الدليلين، وبيان ذلك أن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر، فالأول فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان، فليس جمعا بين متنافيين ولا قولاً بهما معا⁽⁴⁾؛ فتكون الحالة الأولى قبل الوقوع، والثانية بعده.

3- أن رعي الخلاف غير مطرد في كل مسألة خلافية، فتارة يراعيه الإمام مالك وتارة لا يراعيه، ولو كان حجة لعمَّ جميع المسائل المختلف فيها، لكنه لم يعم، فهو ليس بحجة؛ وبيان ذلك أن تخصيص رعي الخلاف ببعض مسائل الخلاف دون بعض تحكّم أو ترجيح بدون مرجح وهو باطل⁽⁵⁾.

(1) الونشريسي، المعيار المعرب، 36/12.

(2) حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص 650.

(3) الونشريسي، المعيار المعرب، 37/12.

(4) الشاطبي، الموافقات، 108/5.

(5) مُجَدِّد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 158.

والجواب على هذا أن ضابط المراعاة هو قوة الدليل ورجحانه في نظر المجتهد وهو نسبي، فما يكون عنده راجحاً قد يكون عند غيره مرجوحاً، فهو راجع إلى الخلاف في تحقيق المناط وتقدير المال⁽¹⁾؛ قال ابن عرفة مبيناً ذلك: "فالجواب... أن نقول هو حجة في موضع دون آخر"⁽²⁾.

4- إن الخلاف ليس بحجة إنما الحجة في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ؛ قال ابن عبد البر مقررًا ذلك: "وأظن قائل هذا القول من أصحابنا... راعى اختلاف العلماء في ذلك، ولا يجوز أن يراعي الاختلاف... والاختلاف يجب طلب الدليل عنده من الكتاب والسنة"⁽³⁾.

ونوقش هذا من حيث إن المُرَاعَى في الخلاف ليس هو الخلاف لذاته، بل قوة دليل المخالف الذي لا يمكن إطرأه بالكلية لما فيه من الوجاهة الْمُحْتَمَلَة للصواب⁽⁴⁾؛ قال الرصاع: "والمُرَاعَى في الحقيقة إنما هو الدليل لا قول القائل كما حَقَّقَهُ الشيخ ابن عبد السلام"⁽⁵⁾.

5- أن الخلاف الذي هو علة للحكم متأخر عن تقرير الحكم، والحكم لا يجوز أن يتقدم على علته؛ وبيانه أن الحكم يُسْتَخْرَج من الأدلة الشرعية، والخلاف إنما ينشأ بعد توصل المجتهدين إلى أحكام مختلفة كنتيجة لنظرهم في أدلة الشرع، فكيف يكون الخلاف متقدماً على علته؟ فهذا لا يجوز⁽⁶⁾، وقد أجاب أبو الوليد الباجي⁽⁷⁾ عن ذلك بأن التعليل بالمتأخر غير مُمْتَنِعٍ قياساً على الإجماع، فإن الحكم يثبت بالإجماع، وإن حدث الإجماع في عصر متأخر⁽⁸⁾، إذن فمراعاة الخلاف ينتفي تعليل الحكم فيه بالخلاف، وإنما علته دليل المخالف الذي تَرَجَّح عند المجتهد في الجزئية التي راعى فيها الخلاف، فحينئذ يُسْتَبَعَدُ القول بتقدم المعلول على علته هنا⁽⁹⁾.

(1) مُجَدِّ هِنْدُو، مُحْتَكَمَاتُ الْخِلَافِ الْفَقْهِي، ص 277.

(2) عَلِيْش، فَتْحُ الْعَلِيِّ الْمَالِكِ، 60/2.

(3) ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، التَّمْهِيْدُ، 143/1.

(4) مُجَدِّ هِنْدُو، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ص 276.

(5) الرِّصَاعُ، الْهُدَايَةُ الْكَافِيَةُ الشَّافِيَّةُ، ص 177.

(6) الشَّاطِبِيُّ، الْمَوَافَقَاتُ، 5/111؛ مَخْتَارُ قَوَادِرِي، مِرَاعَاةُ الْخِلَافِ وَآثَرُهُ فِي الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ، ص 114.

(7) هُوَ: الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ سَلِيْمَانُ بْنُ خَلْفِ التَّمِيْمِيِّ الْبَاجِي، الْفَقِيْهُ الْحَافِظُ النَّظَارُ، رَوَى عَنْهُ الْخَطِيْبُ وَابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ، وَتَفَقَّهَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الطَّرُوشِيُّ، لَهُ: التَّسْدِيْدُ، الْإِشَارَةُ فِي أَصُوْلِ الْفَقْهِ، تُوْفِيَ سَنَةَ 474هـ، مَخْلُوْفٌ، شَجَرَةُ النُّوْرِ الزُّكِّيَّةُ، 178/1.

(8) الْبَاجِي، إِحْكَامُ الْفُصُوْلِ، 652/2.

(9) فَاتِحُ زَقْلَامٍ، الْأَصُوْلُ الَّتِي اشْتَهَرَ أَنْفَرَادُ إِمَامِ دَارِ الْمَجْرَةِ بِهَا، ص 400.

الفرع الثالث: الموازنة والترجيح بين الأقوال والأدلة.

بعد عرض أقوال العلماء في حجية مراعاة الخلاف، وذكر أدلتهم وكذا إيراد الاعتراضات عليها، وبيان المناقشات التي سبقت في رد هذه الاعتراضات، يبدو أن القول الأول المتضمن الاحتجاج بقاعدة مراعاة الخلاف أولى بالترجيح؛ ذلك لقوة أدلة أصحابه النقلية والعقلية، وضعف أدلة الفريق الثاني التي هي في أصلها عبارة عن مجموعة من الاعتراضات أبْدَوْهَا على القاعدة سرعان ما كشفت عن ضعفها في إجابات الفريق الأول عليها، وهذا الترجيح ذهب إليه جماعة من أئمة المالكية المحققين كابن عبد السلام، وابن عرفة، والقباب، والشاطبي، وعزاه بعض شيوخهم إلى ابن العربي⁽¹⁾ وأبي عمران الفاسي⁽²⁾؛ قال ابن عبد السلام: "والذي تدل عليه مسائل المذهب أن الإمام رحمه الله تعالى إنما يُرَاعِي من الخلاف ما قَوِيَ دليله"⁽³⁾، وأفاد الإمام القباب الشاطبي بقوله: "فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب"، وقد استحسنته الشاطبي⁽⁴⁾.

ومن بين المرجحات كذلك للعمل بهذه القاعدة أنها تعد من المناهج التي ينبغي التعويل عليها في تضيق هُؤَوة الخلاف المذهبي في عصرنا الحاضر الذي ضاق المسلم به دَرْعًا؛ خاصة وأن العمل بها موافق لمقاصد التشريع في جلب المصالح ودرء المفسدات، وملائم لأحوال المكلفين في امتثال التكليف. كذلك مما يعزز القول بحجية مراعاة الخلاف ما يلي⁽⁵⁾:

1- ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أن حكم الحاكم يرفع الخلاف، وهذا نوع من مراعاة الخلاف؛ قال القرافي⁽⁶⁾: "اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب

⁽¹⁾ هو: القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي الإشبيلي الإمام الحافظ المتبحر خاتمة علماء الأندلس، أخذ عن الغزالي، وعنه عياض، من تأليفه: عارضة الأحوذى، توفي سنة 543هـ، ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 199/1.

⁽²⁾ عlish، المرجع السابق، 82/1؛ الصحيح من قول أبي عمران إجازته لمراعاة الخلاف، والنقل بمنعه غير صحيح، وهو ما أكدته الشاطبي ورجحه الدكتور شقرون؛ ينظر: الشاطبي، الموافقات، 108/5؛ محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص152.

⁽³⁾ عlish، المرجع السابق، 82/1.

⁽⁴⁾ الونشريسي، المعيار المغرب، 388/6.

⁽⁵⁾ خالد المصلح، مراعاة الخلاف في الفتوى (مقال)، ص45.

⁽⁶⁾ هو: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، الإمام العلامة عمدة أهل التحقيق، أخذ عن بن الحاجب، من تأليفه: التنقيح في أصول الفقه، الفروق، توفي سنة 684هـ، ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 270/1.

العلماء"⁽¹⁾، ولا ينقض حكم الحاكم لمصلحة الفصل في الخصومات، وإن أدى إلى الحكم بما ليس بمشروع، ولو كان حكمه خطأ، إلا إذا خالف إجماعاً، أو نصاً، أو قاعدة شرعية⁽²⁾.

2- ما ذهب إليه جمهور العلماء أنه لا إنكار في مسائل الخلاف أو الاجتهاد، وهذا نوع من مراعاة الخلاف؛ قال الماوردي⁽³⁾: "وأما ما اختلف الفقهاء في حظره وإباحته فلا مدخل في إنكاره"⁽⁴⁾.

كذلك رجح بعض الباحثين المعاصرين الذين أصَّلُوا للقاعدة في دراساتهم العلمية القول بالجواز؛ وهم⁽⁵⁾: الدكتور شقرون، والدكتور مُجَّد الأمين ولد مُجَّد سالم، والأستاذان العيد عباسه وصالح سندي.

ومما يفيدنا في إعمال قاعدة مراعاة الخلاف أن له أهمية بالغة في معالجة المستجدات الأسرية في الاجتهاد القضائي، حيث قد يضطر القضاة إلى ترك المذهب المالكي بعد وقوع الفعل من المكلفين في عدة وقائع قضائية، فعلى سبيل المثال الزواج العرفي الذي شهد عليه رجل وامرأتان كما سندرس في الفصل الموالي؛ وقد قرر قضاة المحكمة العليا تصحيح هذا الزواج خروجاً عن المذهب المالكي بالكلية بدافع الضرورة والمصلحة.

(1) القرافي، الفروق، 103/2.

(2) الشاطبي، الموافقات، 374/1.

(3) هو: الإمام علي بن مُجَّد بن حبيب أبو الحسن الماوردي كان من وجوه الفقهاء الشافعيين، أخذ عن الصيمري والأسفراييني، من تأليفه: الحاوي، توفي سنة 450هـ، ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 267/5.

(4) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص45.

(5) مُجَّد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص174؛ مُجَّد الأمين ولد مُجَّد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص414؛ العيد عباسه، قاعدة مراعاة الخلاف، ص112؛ صالح سندي، مراعاة الخلاف تأصيلاً وتطبيقاً، 139.

المطلب الثالث: ضوابط العمل بقاعدة مراعاة الخلاف.

نقصد بضوابط العمل بقاعدة مراعاة الخلاف هنا شيان؛ تحديد ضابط الخلاف الذي ينبغي استصحابه في إعمال هذه القاعدة، بالإضافة إلى تحديد شروط إعمالها حتى يتمحض لدينا النظر الصحيح السالم من المعارضة في أن قاعدة مراعاة الخلاف من الأصول التي يحسن التعويل عليها في تقرير الأحكام وتصحيح العقود والتصرفات الأسرية، وتتناول ذلك في فرعين هما كالتالي:

الفرع الأول: ضابط الخلاف الذي يجب مراعاته.

الخلاف الذي ينبغي مراعاته في القاعدة ليس على إطلاقه، بل وضع له علماء المالكية ضابطا يرجعون إليه ويعتمدون عليه، وهو كل خلاف قَوِيّ دليله؛ وقد جاء عن بعض المالكية في تأصيل هذا الضابط عدة أقوال منها جاء عن صاحب التحفة قوله: "إن المشهور ما قَوِيّ دليله، وقيل ما كثر قائله، والصحيح الأول، ومقابل المشهور شاذ، ومقابل الأشهر مشهور؛ دونه في الشهرة قاله في التوضيح، قال ابن خويز منداد⁽¹⁾: "مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قَوِيّ دليله، وأن مالكا رحمه الله كان يراعي من الخلاف ما قَوِيّ دليله لا ما كثر قائله"⁽²⁾، فمقتضى مذهب المالكية هو العمل بالدليل القوي عند الخلاف وهو مرادف للراجح⁽³⁾، ولذلك فالذي عليه أغلب محققي المالكية أنه لا يُرَاعَى كل خلاف، وإنما يُرَاعَى المشهور منه ويقصدون بهذا الأخير ما قَوِيّ دليله⁽⁴⁾.

ونشير إلى أن المعتمد في تشهير الأقوال عند المالكية ما شَهَرَهُ الفقهاء المغاربة والمصريون دون غيرهم من العراقيين أو المدنيين أو الأندلسيين؛ قال ابن فرحون⁽⁵⁾: "والمشهور في اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدونة، والعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور، ويُشَهَرُونَ بعض الروايات، والذي جرى به عمل المتأخرين واستمر، تشهير ما شَهَرَهُ الْمَصْرِيُّونَ والمغاربة"⁽⁶⁾.

(1) هو: مُحَمَّد بن أحمد بن عبد الله، أبو بكر، الفقيه المعروف بابن خواز منداد، أو خويز منداد، له اختيارات في المذهب أنكرها الخُذَّاقُ، أُلْفَ في الخلاف والأصول، توفي سنة 390هـ، ينظر: قاسم سعد، *جمهرة تراجم الفقهاء المالكية*، 1006/2.

(2) التسولي، *البهجة*، 40/1.

(3) ينظر: عبد العزيز الخليلي، *الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي*، ص 177.

(4) الولاقي، *إيصال السالك*، ص 192.

(5) هو: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون المدني، الإمام العمدة قاضي المدينة المنورة، أخذ عن والده وابن عرفة، من تآليفه: *الديباج*، ودرة الغواص في محاضرة الخواص، توفي سنة 799هـ، ينظر، مُجَدِّ مخلوف، *المرجع السابق*، 319/1.

(6) ابن فرحون، *تبصرة الحكام*، 71/1.

الفرع الثاني: شروط إعمال قاعدة مراعاة الخلاف.

وضع أهل العلم لإعمال قاعدة مراعاة الخلاف جملة من القيود والشروط بحيث لا تقتصر على حالة دون أخرى أو نوع دون آخر، وإنما تشمل جميعها، ويمكن أن تُعَدِّدَهَا في النقاط التالية:

1- أن لا يكون مراعاة الخلاف مفضيا بالضرورة إلى صورة فيها خرق الإجماع؛ كمن تزوج بغير ولي ولا شهود وبأقل من ربع درهم، مقلدا أبا حنيفة في انعدام الولي ومالك في انعدام الشهود والشافعي في أقل من ربع درهم، فهذا النكاح لو عرض على كل واحد من هؤلاء الأئمة لا يُصَحِّحُهُ⁽¹⁾، وقد حَطَّ بعض الشافعية ابن سريج⁽²⁾ في جمعه مسح الأذنين مع غسل الوجه، ومسح الرأس مراعاةً لخلاف من اعتبرهما جزءا من الرأس، فَشَكَّلَ صورة لم يقل بها أحد من العلماء⁽³⁾.

2- أن يكون الخلاف المراعى قويا من ناحية المُدْرِك ودليل الاستنباط⁽⁴⁾، لا شاذاً أو ضعيفاً؛ كتحریم الظاهرية الصوم أثناء السفر في رمضان، وتقريرهم مشروعية الزواج بأكثر من أربع، وقصر بعضهم تحریم الربا على ما كان أضعافا مضاعفة دون الربا اليسير، أو تجويزهم ربا الاستهلاك دون ربا الإنتاج فلا شك خلاف كهذا لا ينبغي مراعاته، وإذا حكم به حاكم يجب نقض حكمه⁽⁵⁾.

3- أن يكون الجمع بين الآراء المذهبية ممكناً، وهذا في حالة مراعاة الخلاف قبل الوقوع (الخروج من الخلاف)، فإن لم يكن الجمع ممكناً فلا يترك المجتهد قوله الراجح لمراعاة المرجوح؛ لأن ذلك يعتبر عدولاً عما وجب عليه من اتباع غلبة الظن المستفاد من القول الراجح، ومثاله قول الشافعية إن من تَقَدَّمَ الإمام بقراءة الفاتحة وجب عليه إعادتها، فإن القائل بهذا الوجه، لا يمكن معه مراعاة القائل بأن تكرار الفاتحة مرتين مبطل، إلا أن ينخص البطلان بغير العذر⁽⁶⁾، ويبدو لي أن الجمع بين المذاهب كذلك يجب أن يكون ممكناً بعد وقوع الفعل وهو ما يقصده الفقهاء بعدم جواز الإتيان بصورة مخالفة للإجماع أو الجمع بين الآراء الشاذة أو الضعيفة.

(1) المشاط، الجواهر الثمينة، ص236.

(2) هو: القاضي أحمد بن عمر بن سريج أبو العباس البغدادي الباز الأشهب إمام أصحاب الشافعي، سَمِعَ من الزعفراني، وأبا داود السجستاني، وعباس بن نُجْدٍ الدوري، وتفقه عليه عدّة أئمة، توفي سنة 306 هـ، ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، 99/7.

(3) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، 131/2.

(4) المنجور، شرح المنهج المنتخب، 255/1.

(5) مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، ص117.

(6) الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، 133/2.

4- أن لا يترك المراعي للخلاف مذهبه من كل الوجوه⁽¹⁾، ومثاله إذا تزوج مالكي زواجا فاسدا على مذهبه صحيحا على مذهب غيره، ثم طلق ثلاثا، فإن ابن القاسم يرى طلاقه لازم عليه، مراعاة لمن يقول بصحته، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فلو تزوجها قبل أن تتزوج غيره، فلا يفرق بينهما عند ابن القاسم؛ لأن التفريق بينهما حينئذ إنما هو لاعتقاد فساد نكاحهما عند غيره بناء على صحته أولا ونكاحها عنده صحيح، وعند المخالف فاسد، فلو روعي الخلاف في الحالتين معا، لكان تركا للمذهب من كل الوجوه؛ فأولها في القول بتصحيحه بعد الوقوع رعايا للخلاف، وثانيها في القول بفسخه لاعتقاد فساده عند غيره، ومراعاة الخلاف مرتين تؤدي إلى ترك المذهب بالكلية، ولا يمكن للمرء ترك مذهبه جملة مراعاة لمذهب غيره⁽²⁾.

وهذا الشرط ليس محل اتفاق بل هو لبعض المالكية، والذي يظهر أن المجتهد قد يراعي قول غيره بتركه رأي مذهبه، ولا يُعَدُّ مخطئاً، ولا تاركاً لمذهبه بالكلية، وذلك أن المصير إلى قول الغير في سياق المراعاة ليس هو ترجيحاً له على رأيه، لأن الراجح يتعين الأخذ به، بل هو ضرب من الورع، والأخذ بما فيه التوسعة والاحتياط، ولذلك تجد المراعي يقرر مذهبه لغيره، ويفتي به في النوازل، ويأخذ بالورع في خاصة نفسه، ولو كان تاركاً له لما فعل ذلك، وقد تقدم قول الشاطبي في تعريف المراعاة بأنها إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه، فجعل الخروج من الخلاف رأساً نوعاً من المراعاة، فلا يبدو مع هذا أن هذا الشرط في محله⁽³⁾.

5- أن ينبري لهذه العملية من كان له في علوم الشريعة قدم راسخة قد تبوأ فيها رتبة الاجتهاد؛ وقد سئل الإمام الشاطبي عن صفة من يتصدى للمراعاة فأجاب: "مراعاة الأقوال الضعيفة، أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء؛ إذ مراعاة الخلاف إنما معناها مراعاة دليل المخالف حسبما فسره لنا بعض شيوخنا المغاربة، ومراعاة الدليل أو عدم مراعاته ليس إلينا معشر المقلدين"⁽⁴⁾.

(1) خليل، التوضيح، 241/4.

(2) عليش، فتح العلي المالک، 83/1.

(3) عبد الحميد بنعلي، أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، ص 197.

(4) الشاطبي، الفتاوى، ص 119.

المطلب الرابع: أقسام قاعدة مراعاة الخلاف ومقتضياتها المقاصدية.

رأينا سابقا أن عملية المراعاة لدليل المخالف ليست على هيئة واحدة بل هناك مراعاة يُجْرِيهَا المجتهد قبل تَلَبُّسِ المكلف بالفعل، وأخرى بعد تَلَبُّسِهِ بالفعل، وبناء على ذلك قَسَمَ الفقهاء والأصوليون مراعاة الخلاف إلى قسمين؛ مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل أو المراعاة الكلية كما سَمَّاهَا بعض الباحثين، ومراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل أو المراعاة الجزئية، ولهاذين القسمين أهمية كبيرة لاستثمار أقوال الفقهاء في تقنين أحكام الأسرة والاجتهاد القضائي كما سنوضح، وهذه العملية لها مسوغات مقاصدية تقتضيها ومبررات مصلحية تستدعيها، وهذا المطلب مُخَصَّصٌ لتجلية هذه المسائل.

الفرع الأول: أقسام قاعدة مراعاة الخلاف.

من خلال التعاريف التي مرت معنا يمكن تقسيم القاعدة إلى قسمين رئيسين هما: مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل (المراعاة الكلية)، ومراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل (المراعاة الجزئية)؛ وبيانه كما يلي:

أولاً- مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل (المراعاة الكلية):

1- تعريفه:

عرَّفَ العلماء مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل؛ بأنه الجمع بين دليلين بوجه من وجوه الجمع، والعمل بمقتضى كل واحد منهما فعلاً أو تركاً احتياطاً وورعاً، كذلك هو نفسه تعريف مصطلح الخروج من الخلاف؛ فإنه جَمْعٌ للمجتهد بين مقتضى دليله ومقتضى دليل المخالف بالتوسط بينهما⁽¹⁾؛ إذن فمراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل والخروج من الخلاف مصطلحان مترادفان تماماً ليس بينهما فرق⁽²⁾، فنستنتج من خلال التعريفين أن مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل عبارة عن جمع بين أدلة المُخْتَلَفَيْنِ، والعمل بمقتضى كل منها، كذلك هو توسط بين الدليلين احتياطاً⁽³⁾.

وقد قام بعض الباحثين بإطلاق مصطلح المراعاة الكلية على هذا النوع، وقد عرَّفَهَا بأنها إهمال المجتهد بالكلية وعدول إلى مقتضى مذهب آخر وخروج إليه، وهذه هي قاعدة الخروج من الخلاف التي يذكرها عامة الفقهاء من مختلف المذاهب⁽⁴⁾، وهو المقصود ببيان مدلول القاعدة بالمعنى العام.

(1) نجد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، 74؛ عبد الرحمن السنوسي، مراعاة الخلاف، ص 67.

(2) نجد هندو، محتكمات الخلاف الفقهي، ص 265.

(3) ابن فرحون، كشف النقاب الحجاب، ص 168.

(4) عبد الغفور الصيادي، مراعاة الخلاف والخروج منه، ص 69.

ويمكن للمشرعين الاستفادة من منهج مراعاة أقوال ومذاهب الفقهاء قبل وقوع الفعل أو المراعاة الكلية للخلاف في تقنينهم لأحكام الأسرة، وذلك عندما يحتاطون في بعض المسائل الفقهية لدواعٍ اجتماعية أو اقتصادية أو عرفية أو غيرها، فيضطرون إلى الأخذ بمذهب مخالف للمالكية، ويبدو أن المشرع الجزائري في اختياراته وترجيحاته لأقوال غير المالكية قد وافق هذا النوع من القاعدة من وجه، وقد عَمَلْنَا على إبراز هذا المنهج واستنباطه من نصوص قانون الأسرة والاجتهاد القضائي.

2- حكمه:

أجمع الفقهاء والأصوليون على استحباب العمل بقاعدة الخروج من الخلاف؛ قال النووي: "فإن العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف"⁽¹⁾، وقد أصْلَوْا في ذلك قاعدة مأثورة مشهورة أن الخروج من الخلاف مستحب وأولى وأفضل⁽²⁾، وتجدد الإشارة إلى مسألة مهمة تتمثل في أن هناك من علماء المالكية كالإمام الزرويلي المغربي يرى أن المعتمد في المذهب أن مراعاة الخلاف ما كان بعد وقوع الفعل إبراء وإنفاذاً، أما المراعاة قبل وقوع الفعل احتياطاً وورعاً فليست مسلماً معتبراً لهم، لكن الراجح أنهم راعوا الخلاف قبل وقوع الفعل وبعده، وهو ما رَجَّحَهُ من كبار أئمة المالكية المقرئ والرصاع وقاسم العقباني⁽³⁾⁽⁴⁾، وهو ما يترجح لي في البحث، لثلاثة اعتبارات هي: أ- أن أكثر الأئمة القائلين برعي الخلاف لا يقيّدونه من حيث فعله بحالة دون أخرى، وإنما ينضبط عندهم بحسب قوته ووجاهته⁽⁵⁾.

ب- ورود فتاوى عن فقهاء المالكية راعوا فيها الخلاف قبل الوقوع، منها مثلاً⁽⁶⁾: عدم الوضوء في الماء الذي ولغ فيه الكلب إذا وُجِدَ غيره مراعاةً لخلاف من قال بنجاسته، كذلك كراهة الوضوء بالماء المستعمل لإزالة الحدث مراعاةً للخلاف، وقراءة الفاتحة في صلاة الجنازة، وغيرها من الفروع الفقهية.

(1) النووي، المنهاج، 23/2.

(2) السبكي، الأشباه والنظائر، 111/1؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، 136/1.

(3) هو: قاضي تلمسان أبو الفضل قاسم بن سعيد العقباني، الحافظ المجتهد، أخذ عن والده، وعنه أخذ القلصادي، حضر إماماً ابن حجر وأجازته، له تعليقة على ابن الحاجب الفرعي، توفي سنة 854 هـ، ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 367/1.

(4) ينظر: المقرئ، القواعد، 236/1؛ الرصاع، الهداية الكافية الشافعية، ص 177؛ مُجَدِّد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 48.

(5) السنوسي، اعتبار المآلات، ص 329.

(6) القراني، الذخيرة، 173/1؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 125/1-297.

ثانيا- مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل (المراعاة الجزئية):

1- تعريفه:

عَرَّفَهُ الدكتور مُحَمَّد شَقْرُون بأنه: "ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة، وإعطائه ما يقتضيه، أو بعض ما يقتضيه"⁽¹⁾.

الجانب المهم في هذا التعريف هو الإشارة إلى الحالة التي يجب إعمال القاعدة فيها وهي ما بعد وقوع الفعل، وهو ما يميزه عن قسميه المقابل ألا وهو الخروج من الخلاف، وقد يَعْنِي في ذهن سؤال عن سبب اهتمام المالكية بهذا النوع تأصيلاً وتفصيلاً، وإقلاهم من الخوض في بيان قاعدة الخروج من الخلاف أو مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل، والجواب يكمن في أن الخروج من الخلاف اشتركت كل المذاهب في التأصيل له عكس قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع، فإنها مما اختص المالكية ببيان مضامينها في الغالب منها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الباحثين أطلق على هذا النوع اسم المراعاة الجزئية، وعَرَّفَهَا بأنها اعتبار المذهب المخالف من وجه، وَأَخَذَ بمذهب نفسه من وجه آخر، وهي مراعاة الخلاف المقصودة عند المالكية، ولا يعرفها الجمهور⁽³⁾، وهو المقصود ببيان مدلول القاعدة بالمعنى الخاص عند المالكية، وقد ذكرنا جملة من المسائل الفقهية لهذا النوع في الفصلين التاليين، مع المعالجة القانونية والقضائية.

2- حكمه:

قال الإمام الرضا في بيان حكمها ما يلي: "فإن قُلْتَ إذا كان كذلك فهل تجب مراعاة الدليل أو تجوز، قلت يظهر وجوب ذلك عند المجتهد"⁽⁴⁾؛ ويستفاد من هذا القول أن المجتهد يجب عليه أن يعمل بما أَدَّاهُ إليه اجتهاده، فإذا كان يرى أن مراعاة الخلاف دليل يصلح بناء الأحكام عليه، فإنه يجب عليه العمل بما أداه إليه اجتهاده من الأحكام المبنية على هذا الدليل إذا توفرت الشروط المقتضية لذلك وانتفت الموانع المانعة منه، وهذا منسجم مع الأصول والقواعد العامة⁽⁵⁾.

(1) مُحَمَّد شَقْرُون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 73.

(2) المرجع نفسه.

(3) عبد الغفور الصيادي، مراعاة الخلاف والخروج منه، ص 69.

(4) الرضا، المرجع السابق، ص 183.

(5) مُحَمَّد الأمين ولد مُحَمَّد سالم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 337.

الفرع الثاني: المقتضيات المقاصدية لقاعدة مراعاة الخلاف.

هناك بعض المقتضيات والأبعاد المقاصدية الملحوظة في عملية مراعاة الخلاف الفقهي من طرف المجتهد؛ ذلك أنه لا ينطلق من فراغ ليترك دليله ويقول بدليل المذهب المخالف ؛ وإنما الأخذ بهذه القاعدة سواء قبل وقوع الفعل أم بعده له مسوغات مقاصدية تقتضيه ومبررات مصلحة تستدعيه، نذكرها على النحو الآتي:

أولاً- مقصد الإبراء من عهدة التكليف:

من المقتضيات المقاصدية التي تكون سببا قويا للمجتهد لترجيح دليل المخالف، وموجبا مؤثرا في العدول عن أصل دليله في المسألة قبل الوقوع مقصد إبراء المكلف من عهدة التكليف، وإفراغ ذمته من شغلها، فكثير من مسائل النكاح المختلف فيها بين المالكية والمذاهب الأخرى يصححون إيقاعها على مقتضى دليل المذهب المخالف دون المطالبة بقضاءها؛ تغليبا لجانب إبراء الذمة على شغلها، ولا شك أن هذا المَنزَع للمالكية فيه رفع الحرج والمشقة عن المكلفين⁽¹⁾؛ قال المقرئ موضحا ذلك: "أقول إنه يراعى المشهور والصحيح قبل الوقوع خلافا لصاحب المقدمات توقيا واحترازا كما في الماء المستعمل وفي القليل بنجاسة خلافا للمدنيين، وبعده تبرأ وإنفاذا كأنه وقع عن قضاء أو فتيا"⁽²⁾، كذلك يدخل في هذا المقصد مصلحة البناء على اليقين في إيقاع الأفعال والتصرفات على وجه يقطع بصحة الامتثال، ويجزم بكون الفعل موافقا للشرع بإتيانه صحيحا عند جميع الفقهاء⁽³⁾.

وقال القراني كذلك: "فائدة الورع وسبب مشروعيته؛ الجمع بين أدلة المختلفين والعمل بمقتضى كل دليل، فلا يبقى في النفوس توهم أنه قد أهمل دليلا لَعَلَّ مقتضاه هو الصحيح فبالجمع ينتفي ذلك، فأثر الجمع بين المذاهب في جميع مقتضيات الأدلة، في صحة العبادة والتصرف فتأمل ذلك"⁽⁴⁾.

ثانيا- مقصد تلافي الضرر:

من الأسباب المقتضية للعدول عن الدليل الأصلي إلى دليل المخالف ملاحظة مقصد تلافي الضرر الذي قد يقع فيه المكلف بعد إتيانه الفعل والتلبس به، فرمما التمسك بالدليل الأصلي عند المجتهد

(1) ينظر: حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص 630-631.

(2) المقرئ، القواعد، 236/1 - 237.

(3) وليد الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، 395/1.

(4) القراني، الفروق، 218/4.

يعود على المكلف بالضرر البالغ جرّاء البقاء على التزام مقتضى هذا الدليل والعمل به، فهذا الوضع يضطر المجتهد أن يعيد النظر في أدلة المسألة لِمَا اسْتَجَدَّ فيها من نشوء الضرر فاستوجب العدل المقرر في الشريعة أن لا تعامل المسألة قبل الوقوع كعاملتها بعد الوقوع؛ قال الشاطبي مُقَعِّداً هذا الأصل: "فمن وَاَقَعَ منها عنة، فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مُؤَدِّ إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فَيُتْرَكُ وما فعل من ذلك، أو نُحِيزُ ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرا إلى أن ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلا على الجملة، وإن كان مرجوحا، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجحة"⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على أعمال النظر المقاصدي في مراعاة الخلاف بسبب الضرر، تصحيح الملكية بعض الأنكحة المختلف فيها إذا عُثِرَ عليها بعد الدخول، أما قبل الدخول فلا؛ لأن عدم الإقرار بعد الدخول ينشئ ضررا بالغاً يَتَحَتَّمُ معه تعديل مشروعية النكاح بما يراعي الضرر الطارئ؛ قال الشاطبي كذلك: "فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عُثِرَ عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي تُرَجِّحُ جانب التصحيح، وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مقتضى النهي أو تزيد"⁽²⁾.

ثالثا- مقصد التيسير ورفع الحرج:

ومن حِكْمِهِ بعد وقوعه التيسير والتخفيف، وذلك عندما يكون عمل المجتهد باجتهاده يؤدي إلى أمر أشد على المكلف من مقتضى النهي، فيعمل المجتهد باجتهاد غيره مما قَوِيَ مأخذه، وفي ذلك تحقيق للمصالح الشرعية وتوثيق لأصل العدالة في الشريعة، ولملح مقصد التيسير في مراعاة الخلاف انبناؤه على أن كلا القولين معتبران عند المجتهد، وأن كل قول منهما يحتمل أن يكون هو المقصود للشارع⁽³⁾، وقد كان لهذا المقصد الحضور اللافت في العديد من المسائل القديمة في أحكام الأسرة التي ذكرها المالكية كمسألة نكاح الشغار أو نكاح السر، والتي سندرسها لاحقا.

(1) الشاطبي، الموافقات، 190/5 - 191.

(2) المرجع نفسه.

(3) وليد الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ص 396.

رابعاً- مقصد الاحتياط:

من المقاصد كذلك التي يلحظها المجتهد في مراعاته للخلاف مقصد الاحتياط، فمن جملة الأمور التي يُخْتَنَاطُ لها في هذا المضمار الفروج انطلاقاً من قاعدة أن الأصل في الأبضاع التحريم⁽¹⁾، فحفظها يقتضي أن لا تعامل الأنكحة المختلف فيها كمعاملة الأنكحة الباطلة المجمع عليها؛ لأن آثارها بمنزلة الزنا، فبمقتضى الاحتياط للفروج والصون لها أجريت على الأنكحة المختلف في بطلانها بعض آثار النكاح الصحيح، وبهذا الملحظ كان جواب القاضي الفشتالي⁽²⁾ للشاطبي حيث وَضَّحَ له أن موجب العمل بالدليل الأصلي في نكاح الشغار وغيره من الأنكحة المختلف في فسادها يستدعي انعدام الطلاق والميراث فيها، لكن لما عارض دليل الاحتياط للفروج الدليل الأصلي في النهي ابتداءً، تَرَجَّحَ دليل المخالف فصار أقوى بعد الوقوع؛ فاعتمد المالكية التصحيح الجزئي مراعاة للخلاف اعتباراً بأن الترجيح يقع بأدنى محرك للظن على حد قوله⁽³⁾، والاحتياط كما قد يكون قبل الوقوع خروجاً من الخلاف، قد يكون بعد الوقوع دفعا للشبهة الناشئة عن قوة الخلاف الذي يستتبعه دليل المخالف القوي في المسألة؛ فبمراعاته ترتفع الشبهة وتستقر التصرفات الشرعية وتسكن لها نفوس المكلفين، ومن الأمثلة على ذلك ما قاله ابن أبي زيد⁽⁴⁾ في مسألة فسخ نكاح المريض: "وأما قوله يفسخ بطلاق، فإنما احتاط على الزوج الثاني - إن تزوجت غيره - وعليها، لِمَا في نكاح المريض من الاختلاف، فجعل بذلك الاختلاف شبهة أوجبت الصداق بالمسيس وألحق بها الولد"⁽⁵⁾.

خامساً- مقصد تضيق دائرة الخلاف:

من المقاصد التي ترمي إليها قاعدة مراعاة الخلاف تضيق دائرة الخلاف وحسم أسباب الفرقة، وتقليل مسائل الخلاف بين الاجتهادات المتباينة في المذاهب الفقهية، للتقارب فيما بينها وتأليف القلوب، مع أن الخلاف في ذاته لا يوجب الفرقة والشقاق، وإنما ذلك ناتج عن استحكام الهوى

(1) مُجَدَّ آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 117/1.

(2) هو: القاضي أبو عبد الله محمد بن أحمد الفشتالي الفاسي، الفقيه الخطيب الفرضي الموثق، أخذ عن ابن آجروم، وعنه القباب وغيره، له تأليف في الوثائق، ورسالة في الدعاء بعد الصلاة، توفي سنة 779 هـ، ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 339/1.

(3) الونشريسي، المعيار المعرب، 385/1؛ حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص 636.

(4) هو: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي القيرواني، الفقيه النظار الحافظ الحجة إمام المالكية في وقته، وأخذ عن الأيباني وجماعة، من تأليفه: النوادر والزيادات على المدونة، توفي سنة 386 هـ، ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 143/1.

(5) ابن أبي زيد، الذب عن مذهب الإمام مالك، 413/1.

واستشراء التعصب للرأي بين أتباع المذاهب جهلاً ومعاندة⁽¹⁾، ولذلك جاء عن بعض أهل العلم قوله: لو سكت من لا يعلم عَمَّا لا يعلم سقط الاختلاف⁽²⁾، يقول الدكتور العسري: "وننبه إلى أن في عمل مالك بأصل مراعاة الخلاف عدة فوائد علمية وعملية، منها أنه يحاول بواسطتها الجمع بين الآراء المختلفة مستفيداً من آراء مخالفيه التي تعتبر ضعيفة عنده، وفي ذلك ما لا يخفى من دعم تقريب الشقة بين المختلفين في المسائل"⁽³⁾.

وفائدة معرفة هذه المقاصد تأصيلاً لقاعدة مراعاة الخلاف هو تأكيد مدى ارتباطها الوثيق بضمان استقرار عقد الزواج والمحافظة على تماسكه، خاصة إذا تم تفعيل هذه القاعدة في معالجة بعض المستجدات الأسرية في مجال الاجتهاد القضائي تحقيقاً لهذه المقاصد الملحوظة استنباطاً أو الملفوظة تنصيماً، حيث وعلى سبيل التمثيل قرر قضاة المحكمة العليا تصحيح الزواج العرفي الذي شهد عليه رجل وامرأتان كما سنرى في الفصل الأول، وهو تفعيل لهذه القاعدة والاستفادة منها في إيجاد الحلول القانونية للوقائع القضائية المستجدة.

(1) وليد الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ص 397.

(2) الحموي، معجم الأدباء، 2244/5.

(3) محمد العسري، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك، ص 504.

المبحث الثالث: أحكام الأسرة وصلتها بالتقنين والاجتهاد القضائي.

ويحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب هي:

المطلب الأول: مفهوم الأسرة، ومقاصدها، ومراحل تطور أحكامها.

المطلب الثاني: مفهوم التقنين، ومشروعيته، ومعالم تقنين أحكام الأسرة.

المطلب الثالث: مفهوم الاجتهاد القضائي، ومجالاته، وضوابطه العامة.

المطلب الرابع: مصادر قانون الأسرة الجزائري الشرعية والقانونية.

المطلب الأول: مفهوم الأسرة، ومقاصدها، ومراحل تطور أحكامها.

ما دمتُ سأتناول أحكام الأسرة بين الشريعة والقانون كجانب تطبيقي في البحث مما سيأخذ الحجم الكبير فيه، فإنه من اللازم تخصيص مساحة في البحث أتطرق فيها إلى بيان بعض المصطلحات وتأصيل بعض المفاهيم التي لا بد منها؛ حيث سأقوم ببيان مفهوم للأسرة باعتبارها واسطة العقد في دراستنا، كما سأذكر أنواعها ومقاصدها، كذلك سأعرض لتطور القوانين النازمة لأحكام الأسرة في بعض الدول العربية وخصوصا الجزائر، وهذا في الفرعين الآتين.

الفرع الأول: تعريف الأسرة، وبيان أنواعها ومقاصدها.

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الأسرة، مع بيان أنواعها في الدراسات الحديثة باعتبارها ذات أهمية من الجوانب القانونية، ثم أذكر أهم المقاصد التي تأسست عليها أحكامها في الفقه الإسلامي.

أولاً- تعريف الأسرة لغة واصطلاحاً:

1- لغة:

الأسرة مشتقة من الفعل أَسَرَ يَأْسِرُ أَسْرًا وَإِسَارَةً وَإِسَارًا بمعنى الشَّدِّ والحبس والإمساك والقوة، ومنه الإِسَارُ وهو الرِّباط والقيْد، والأسرة الدرْع الحصينة وهي كذلك عشيرة الرجل وأهل بيته⁽¹⁾. بالتأمل نستنتج أن هذه المعاني وثيقة الصلة بالمعنى العام للأسرة الذي هو الجماعة التي تربطها علاقة مشتركة مادية أو معنوية كالقربة، فأسرة الرجل عشيرته وأهل بيته، أو العمل كالأسرة التربوية، أو العلم كالأسرة الجامعية، وكأن العلاقة هي رباط أو قيد يجمعهم ويشد تماسكهم ويقوي تآزرهم.

2- اصطلاحاً:

استرعى مصطلح الأسرة اهتمام الباحثين في مختلف التخصصات كعلوم التربية والاجتماع والنفس وحتى فقهاء الشريعة، فغدا كل منهم يدلي بدلوه في تحديد مفهومها، وسأكتفي بذكر أهمها كما يلي: أ- تعريف الدكتور وهبة الزحيلي من وجهة فقهية: "هي الجماعة المعتبرة نواة المجتمع، والتي تنشأ برابطة زوجية بين رجل وامرأة ثم تتفرع عنها الأولاد وتظل ذات صلة وثيقة بأصول الزوجين من أجداد وجدات، وبالحواشي من إخوة وأخوات، وبالقربة القريبة"⁽²⁾.

⁽¹⁾ ابن منظور، لسان العرب، مادة أسر، 19/4 - 20؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة أسر، 107/1.

⁽²⁾ وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص20.

ب- تعريف الباحث إحسان مُجَّد الحسن من وجهة اجتماعية: "الأسرة عبارة عن منظمة اجتماعية تتكون من أفراد يرتبطون ببعضهم بروابط اجتماعية وأخلاقية ودموية وروحية وهذه الروابط هي التي جعلت العائلة البشرية تتميز عن العائلة الحيوانية"⁽¹⁾.

ج- تعريف الباحث خليل مصطفى أبو العينين من وجهة تربوية بأنها: "الوعاء الاجتماعي الذي يتلقى الطفل، ويتفاعل معها ويشعر بالانتماء إليها"⁽²⁾.

ثانيا- أنواع الأسرة:

للأسرة أنواع كثيرة تختلف أشكال بُنْيَتِهَا الاجتماعية باعتبار العلاقة بين الأفراد المكونين لها وطبيعة هذه العلاقة؛ كالأسرة الديمقراطية والاستبدادية، وذات الشريك الواحد والمتعددة الشركاء؛ وقد قام جورج ميردوك أحد علماء الإجماع بمقارنة الأسرة في 250 مجتمعا إنسانيا، فلاحظ وجود شكلين رئيسين للأسرة هما: **الأسرة النووية** باعتبارها النواة الأساسية للمجتمع الإنساني وأحيانا تسمى الأسرة الزوجية ويسمى البعض الأسرة الصغيرة، والشكل الثاني **الأسرة الممتدة**⁽³⁾، وفيما يلي بيان مفهوم هاذين النوعين:

1- الأسرة النووية: هي بُنْيَةٌ مكونة من الرجل والمرأة وأطفالهما غير المتزوجين، والذين يعيشون في بيت واحد، ويعد هذا النوع من الأسرة هو نواة المجتمع الحالي، وأصغر وحدة اجتماعية متعارف عليها⁽⁴⁾، وتسمى كذلك بالأسرة النواة أو الأسرة الصغيرة والضَّيْقَةُ⁽⁵⁾، وهي أساس المنظومة التشريعية لنظام الأسرة في الإسلام، ومجال دراستها فقه الأسرة أو الأحوال الشخصية بالمفهوم الحديث.

2- الأسرة الممتدة: هي تركيبة مكونة من عائلتين أو أكثر يقيمون جميعا في بيت واحد، وغالبا ما يكونون على صلة قرابة ببعضهم، وغالبا ما يجمع بينهم عمل معين كما في المجتمعات الزراعية، وتبقى الأسرة في هذا النمط على الاتصال بين الأجيال، وتسمى الأسرة النواة المتصلة⁽⁶⁾.

(1) الحسن إحسان وآخرون، مدخل إلى علم الاجتماع، ص188.

(2) خالد الحازمي، أصول التربية الإسلامية، ص308، نقلا عن علي أبو العينين، القيم الإسلامية والتربية، ص387.

(3) مُجَّد درفوف، المرجعية الفقهية المعاصرة للخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص363.

(4) أحمد الكندري، علم النفس الأسري، ص34.

(5) يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريد الإسلام، ص06.

(6) أحمد الكندري، المرجع السابق، ص36.

والأسرة الممتدة وتسمى الموسعة كذلك تشمل الآباء والأمهات والأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم وهم الذين يسميهم القرآن أولي القربى أو ذوي الأرحام ورُتّب لهم حقوق وجعل عليهم واجبات ما يجعلهم في دائرة واحدة تربطها شبكة من الأحكام مثل: أحكام نظام الموارث ونظام النفقات ونظام العاقلة في دفع ديات القتل الخطأ وشبه العمد⁽¹⁾.

ثالثاً- مقاصد الأسرة:

إن المستقرى لمجمل الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة المسلمة يدرك انطوائها على مقاصد سامية يرنو الشارع الحكيم إلى تحقيقها في هذه المؤسسة الاجتماعية عند كل اجتهاد فقهي أو كل تشريع قانوني متعلق بالأسرة مستمد من التشريع الإسلامي، وعليه سنذكر أبرزها في النقاط التالية:

1- مقصد حفظ النوع الإنساني:

هذا هو المقصد الأسمى الذي يأتي على رأس كل المقاصد؛ لأنه غاية الله من الإيجاد البشري مصداقاً لقوله تعالى: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: 61]، وقوله ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مَكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ»⁽²⁾، وقد اصطلح عليه الفقهاء بحفظ النسل وهو أحد الكليات الخمس التي جاءت الشريعة لتحقيقها وصونها، ووسيلة الحفظ تكون بالزواج الشرعي الذي يثمر الأولاد، قال الإمام الغزالي مبيناً ذلك: "وفيه (النكاح) فوائد خمسة الولد وكسر الشهوة وتديير المنزل وكثرة العشيرة ومجاهدة النفس بالقيام بهن؛ الفائدة الأولى الولد وهو الأصل وله وُضِعَ النكاح، والمقصود إبقاء النسل، وأن لا يخلو العالم عن جنس الإنس"⁽³⁾.

2- مقصد الاستقرار الأسري:

مما تَتَشَوَّفُ إليه الشريعة الإسلامية في تأسيس الأسرة مقصد تحقيق الاستقرار والسكينة الزوجية والمودة والرحمة بينهما عن طريق التفاهم والتكامل والتعاون في بناء الأسرة ورعاية حاجيات الأولاد وحمايتها من التفكك، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: 21]، وفي ذات السياق

(1) يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريد الإسلام، ص 06.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في تزويج الأبكار، حديث رقم: 2050، 3/395، قال محققه شعيب الأرنؤوط

وآخرون: "إسناده قوي".

(3) الغزالي، إحياء علوم الدين، 2/24.

جاءت كل التشريعات والأحكام تتلاءم مع هذا المقصد كأحكام المواريث مثلا التي حَدَّدَهَا التشريع الإسلامي تحديدا دقيقا معطيا كل فرد في الأسرة نصيبه الذي يتكافأ مع دوره وحجم مسؤولياته في الأسرة منعا للتنازع والتفكك الأسري هذا بعد الوفاة، أما في الحياة فأوجبت الشريعة العدل بين الأولاد في كل تصرف مالي منعا للشقاق والفرقة بينهم، قال ﷺ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ»⁽¹⁾، وهو ما أكدته الإمام الشاطبي حيث جعل مقصد السكن بعد مقصد التناسل وصنفه ضمن المقاصد الأصلية⁽²⁾.

3- مقصد التماسك الاجتماعي:

لا يقتصر أثر الزواج على طرفيه فقط، وإنما تنشأ عنه روابط اجتماعية متعددة، وصِلَاتٌ مجتمعية مُتَمَدِّدَةٌ، فمنه القرابة النسبية والسببية، ومنه الرضاعة والمصاهرة، وكلها علائق تَتَفَصَّى عنها شبكة من علاقات البنية الاجتماعية؛ يقول المولى تبارك وتعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [الفرقان: 54]، ومن ضمن أحكام الأسرة أن يكون تأسيسها ابتداءً بإشراف اجتماعي؛ فالزواج من شروطه الولي والشهود والإعلان وأثناءً عند حدوث تصدعات في البيت الأسري يتدخل الحكمان، وهي وظائف اجتماعية ذات بُعْدٍ مُسْنَهٍمٍ في تحقيق مقصد التماسك الاجتماعي، كذلك مجمل الخطابات الشرعية المتعلقة بالشؤون الأسرية جاءت بصيغة الجماعة كقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: 03]، وقوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]، وقوله أيضا: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: 32]، فهذا الخطاب القرآني المُطَرِّدُ في شؤون الأسرة لجماعة المسلمين يدل على أن في أحكام الأسرة مقصدا اجتماعيا أساسيا⁽³⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الإشهاد في الهبة، حديث رقم: 2587، 158/3.

(2) الشاطبي، الموافقات، 139/3.

(3) ماهر حصوة، مقاصد الأسرة وأسس بنائها في الرؤية الإسلامية (مقال)، ص 15-16.

الفرع الثالث: التطور التاريخي لأحكام الأسرة في الجزائر وبعض الدول العربية.

لقد حدثت حركة تشريعية كبيرة في البلاد العربية في العصر الحديث أفضت إلى إصدار مجموعة من القوانين الخاصة بأحكام الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الفقهية، وفي هذا الفرع سنتناول بعضها بالتعريف والتوصيف، ويتعلق الأمر بالجزائر ومصر وسوريا والمغرب وتونس.

أولاً- في الجزائر:

كانت أحكام الأسرة في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي سنة 1930 غير مدونة في قانون يجمع أحكامها بل كان القضاة يستمدون اجتهاداتهم من أحكام الفقه المالكي أو الفقه الحنفي السائدين آنذاك في ظل حكم الخلافة العثمانية للجزائر⁽¹⁾، وبعد الاحتلال الفرنسي للجزائر حاول هذا الأخير توحيد أحكام الأسرة ولم يفلح؛ لكون أغلب الشعب الجزائري يَتَقاضُونَ على المذهب المالكي وسكان الجزائر العاصمة يَتَّبِعُونَ المذهب الحنفي، والجماعة الإباضية يتمذهبون باجتهاد عبد الله بن إباح التميمي⁽²⁾، فكان أول من قام بذلك عميد مدرسة الحقوق بالجزائر مارسيل موران بتكليف من دومينيك لوسيان مدير الشؤون الأهلية بحكومة الاحتلال، فَتَأَلَّفَتْ لذلك لجنة برئاسة موران مكونة من 16 فرنسيا و5 جزائريين سنة 1906⁽³⁾؛ حيث قاموا بوضع مشروع كامل متكامل نُظِّمَتْ فيه مسائل الزواج والطلاق وآثارهما في 263 مادة، ومسائل الهبة والحبوس والميراث والوصايا في 229 مادة، ووسائل الإثبات في 79 مادة، وكان هذا التقنين بعنوان "مجلة الأحكام السارية الجزائرية"، ولها بالفرنسية عنوان معناه "مجموعة القوانين الدينية الجزائرية"، وصدرت سنة 1907 في شكل مجلدات باسم عالمين جزائريين هما: مصطفى بن أحمد الشرشالي وعبد الرزاق بن مُحمَّد الأشرف، واستمر صدورها إلى غاية 1913⁽⁴⁾، وبالرغم من أن هذا المشروع لم يصدر كقانون إلا أن القضاء الفرنسي كان يُطَبِّقُهُ على الجزائريين المسلمين، واستمر الوضع على ذلك حتى اندلاع الثورة التحريرية المباركة سنة 1954؛ فالزمت قيادة الثورة الشعب الجزائري على الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية في كل

(1) أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، 104/07.

(2) هو: عبد الله بن إِبَاضِ المِقَاعِي المُرِّي التميمي، رأس الإباضية وإليه نسبتهم، كان معاصرا لمعاوية، عاش إلى أواخر أيام عبد الملك بن مروان، وكان كثير النصح له، كان يميل إلى فقه جابر بن زيد، توفي سنة 86هـ، ينظر: الزركلي، الأعلام، 61/4.

(3) أبو القاسم سعد الله، المرجع السابق، 532/4 - 533.

(4) المرجع السابق، 104/7.

نزاعاته ومنها الأحوال الشخصية، عندئذ أصدر المستعمر أول قانون مكتوب بشكل ينتظم شؤون الأسرة كاملة وهو القانون رقم 787/57 الصادر في 11 جويلية 1957⁽¹⁾.

وغداة الاستقلال سنة 1962 سعت الدولة الجزائرية المستقلة إلى تنظيم الأحوال الشخصية؛ وذلك بالإبقاء على التشريعات الصادرة إبان الحقبة الاستعمارية، ومنها القانون رقم 787/57 الأنف الذكر، وذلك سداً للفراغ التشريعي الحاصل في البلاد، واستمر الأمر كذلك إلى غاية إلغاء المشرع العمل بالقوانين الاستعمارية ابتداء من 01 جويلية 1975، ولم يمنع خلال هذه الحقبة إصدار المشرع الجزائري بعض النصوص الخاصة ببعض مسائل الأسرة منها مثلاً: إصدار القانون المؤرخ في 29 جوان 1963 المتضمن تنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، حيث نص على تحديد سن الزواج بـ 16 سنة بالنسبة للمرأة و18 سنة بالنسبة للرجل، وبعد ذلك شرعت الدولة الجزائرية في إصدار عدة مشاريع لقانون الأسرة نذكر منها مشاريع سنوات: 1966 و1973 و1981 لكنها بقيت متوقفة حتى طواها النسيان إلى غاية سنة 1984؛ حيث قام المشرع الجزائري بإصدار قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 تضمن 220 مادة، وهو مُقسَّم إلى أربعة كتب: الأول منها حول الزواج والطلاق اشتمل على المواد من 04 إلى 80، والكتاب الثاني حول النيابة الشرعية اشتمل على المواد من 81 إلى 125، والكتاب الثالث حول الميراث اشتمل على المواد من 126 إلى 183، والرابع والأخير حول التبرعات؛ واشتمل على المواد من 184 إلى 220، وقد أقدم المشرع على تعديله مرة واحدة بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005⁽²⁾.

ثانياً- في بعض الدول العربية:

نشير ابتداء إلى أن أول تنظيم لأحكام الأسرة ظهر على مستوى العالم العربي في شكل قانون مكتوب هو ما أصدرته الدولة العثمانية تحت اسم قانون حقوق العائلة سنة 1917⁽³⁾، مع العلم أنه غير شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية، بل بقيت أحكام الموارث والوصايا والأوقاف والنفقات غير خاضعة للتقنين⁽⁴⁾، وقد طُبِّقَ هذا القانون بعض الدول العربية مدة من الزمن كسوريا ولبنان

(1) الجيلالي تشوار، مقياس قانون الأسرة، ص10؛ الصادق عبد المالك، المحاكمات العسكرية، ص66.

(2) الجيلالي تشوار، المرجع السابق، ص11-12.

(3) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1/260.

(4) حسن موسى، القضاء الشرعي السني تنظيمه واختصاصاته، ص38-39.

والأردن⁽¹⁾، وستناول هنا بعض الدول العربية التي تعتبر قوانين الأحوال الشخصية فيها على صلة وثيقة بقانون الأسرة الجزائري باعتبارها مصدرا له، وهي: مصر وسوريا والمغرب وتونس.

1- في مصر:

عرف أحكام الأسرة في مصر بتجاذبات كبيرة خلال عهود متتالية من تاريخ مصر الحديث، حيث كانت أول مبادرة للتقنين في مصر في عهد محمد علي باشا حاكم مصر في أواخر العهد العثماني بإعطاء الأوامر لبعض علماء الأزهر بوضع قانون للأحوال الشخصية لكن لم يفلحوا في ذلك، ثم جاء القرن العشرين وبالتحديد أوائل سنة 1915 أين تَشَكَّلَتْ في مصر لجنة من كبار العلماء في المذاهب الأربعة كُلفت بصياغة قانون للأحوال الشخصية مستمد من المذاهب الأربعة وموافق لروح العصر وتطوره، لكن اللجنة فشلت في مهامها بعد إعداد مشروع القانون وعرضه للنقاش؛ بسبب الانتقادات والمقترحات من طرف رجال القضاء والمحامين وفقهاء الشريعة التي عصفت به⁽²⁾، ثم في سنة 1920 تَشَكَّلَتْ لجنة أخرى لإنجاز قانون للأحوال الشخصية على منوال مشروع سنة 1915 السالف الذكر تحت رقم 35 وكان مأخوذا من الفقه المالكي في كل مواده فتلقاه الناس بارتياح لما فيه من انفتاح على سائر المذاهب، وتم تعديل ثلاث مواد منه (03-07-12) سنة 1929 بالقانون رقم 25، وفي سنة 1923 صدر قانون رقم 56 مؤلف من مادتين يمنع سماع دعوى الزوجين إذا كان يقل سن الزوج عن 18 سنة وسن الزوجة عن 16 سنة يوم العقد، ومنع الموثقين من إبرام العقود المخالفة لهذين الشرطين، ثم جاء القانون رقم 78 الصادر سنة 1931 لتعديل شرط بلوغ السن وقت التقاضي لا وقت العقد، وكان هذا القانون الذي يحدد سن الزواج محل انتقاد ثار عليه صَحَبٌ وَلَجَبٌ لعدم اعتماده على أي في اجتهاد المذاهب الأربعة بل هو انتقاء لرأي بعض فقهاء السلف لكن كُتِبَ له البقاء في ساحة التطبيق واستساغته عامة الناس⁽³⁾، وفي سنة 1929 أُلْفَتْ لجنة من كبار العلماء جُلُّهُمْ تلاميذ الشيخ محمد عبده الذين تأثروا بأفكاره الإصلاحية لإصدار مشروع قانون لأحوال الشخصية، فقامت بوضع اقتراحاتها لكنها ثارت عليها ضجة شديدة أرغمت وزارة العدل آنذاك إلى

(1) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 33-34.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 9-10.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 10 وما بعدها، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 37.

استبعاده وصرف النظر عنه، لكن أعيد إحيائه سنة 1929 بإصدار المرسوم رقم 25 الذي أخذ بالمقترحات السابقة مع تعديلها والتزم الأخذ من المذاهب الأربعة فقط⁽¹⁾.

وآخر مبادرة للتقنين في مصر كانت سنة 1936، حيث التمسست وزارة العدل تأليف لجنة من كبار العلماء لوضع قانون شامل لأحكام الأسرة سواء في جوانبها الشخصية أم التنظيم المالي لثروتها، ووافق مجلس الوزراء على ذلك وسارت اللجنة بخطى ثابتة؛ فبدأت بتقنين العلاقات المالية للأسرة المتمثلة في الموارث والأوقاف والصايا، حيث صدر قانون الميراث تحت رقم 77 سنة 1943، ثم قانون الوصية تحت رقم 71 سنة 1946، ثم قانون الوقف تحت رقم 71 سنة 1946 كذلك⁽²⁾، وفي مجال أحكام الأسرة من زواج وطلاق وغيرها بقي العمل بقانون سنة 1929، وأدخلت عليه كثير من التعديلات كان آخرها القانون رقم 100 الصادر سنة 1985، والقانون رقم 01 الصادر سنة 2000، كما جرت تعديلات على قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية سنة 2000، وأنشئت محاكم للأسرة بموجب القانون رقم 04 سنة 2004⁽³⁾.

2- في سوريا:

كانت في بداية الأمر أحكام الأسرة في المجتمع السوري غير مدونة كلية، وخاضعة لاجتهاد القضاة المستندين على قانون حقوق العائلة العثماني المطبق آنذاك في البلاد والشريعة الإسلامية عند انعدام النص كما هو حال المجتمعات العربية، فاستصعب المشتغلون بوظائف القضاء الشرعي ومحاكمه هذا الوضع لقصور القانون وعسر الرجوع إلى الأرجح من آراء المذاهب الفقهية، هذا ما جعلهم يجمعون على ضرورة إيجاد تقنين مُدَوَّنٍ ينتظم مباحث الأسرة ومسائلها كبديل يُستعاضُ به عن قانون حقوق العائلة العثماني المطبق آنذاك في البلد؛ لعدم إعطائه الحلول الناجعة لمشاكلهم الأسرية بسبب تقييده بالمذهب الحنفي في أغلب مواده⁽⁴⁾، استجابت وزارة العدل السورية لهذه الحاجة الملحة فقامت سنة 1951 بتشكيل لجنة من كبار العلماء في القضاء الشرعي والحقوق لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصية، فتمّ ذلك وصدر أول قانون ينتظم أحكام الأسرة في سوريا سنة 1953 وقد استمدت

(1) مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص13 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه، ص15-16.

(3) جابر عبد الهادي الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، ص20-21.

(4) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص10 وما بعدها.

اللجنة مصادر هذا القانون من قانون حقوق العائلة العثماني ومختلف قوانين الأحوال الشخصية المصرية، ومشروع الأحوال الشخصية لقاضي دمشق الشيخ علي الطنطاوي، والأحوال الشخصية للعلامة محمد قنبري باشا، بالإضافة إلى اجتهادات اللجنة، وقد صدرت قوانين تضمنت تعديلات عديدة مَسَّتْ هذا القانون نستعرضها كالآتي⁽¹⁾:

- القانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية
- القانون رقم 19 الصادر بتاريخ 2000/11/20.
- القانون رقم 18 الصادر بتاريخ 2003/10/25.
- القانون رقم 31 الصادر في 2006.

3- في المغرب الأقصى:

أول تقنين مكتوب لأحكام الأسرة كان غداة استقلال المغرب الأقصى من الحماية الفرنسية والإسبانية سنة 1956، فصدرت بعد ذلك مباشرة مدونة الأحوال الشخصية بواسطة خمسة ظهائر ملكية كان أولها بتاريخ 1957/11/22 المنظم لأحكام الزواج والطلاق، ثم ظهير بتاريخ 1957/12/18 المنظم لأحكام الولادة ونتائجها، ثم ظهير بتاريخ 1958/01/25 خاص بالوصية، وآخرها ظهير بتاريخ 1958/04/03 متعلق بأحكام الموارث⁽²⁾، واعتمد واضعوها على المذهب المالكي كما رجعوا في بعض المسائل إلى المذاهب السنية الأخرى والمذهب الظاهري، والمسكوت عنه يُرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل في المذهب المالكي⁽³⁾. وعلى إثر الانتقادات الكثيرة التي انهالت على المدونة مع بداية الثمانينات لأسباب متعددة منها أن المدونة لم تلتزم بالمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب التي تخص حقوق المرأة، ومنها أنها اعتمدت على اجتهادات فقهية بعيدة عن روح العصر، وعليه جاءت أول تعديلات لهذه المدونة سنة 1993 بموجب القانون الصادر في 1993/09/10، فما لبثت هذه التعديلات حتى وُجِّهَتْ إليها سهام الانتقادات اللاذعة التي مست جوهرها، وطالب المنتقدون بإعادة النظر فيها بصفة جذرية⁽⁴⁾.

(1) حسن ومصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص19.

(2) محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ص09.

(3) محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ص11.

(4) محمد الكشور، المرجع السابق، ص11.

منذ سنة 1993 لم تعرف مدونة الأحوال الشخصية المغربية أي تعديلات رغم الانتقادات السالفة الذكر، حتى انعقدت عدة مؤتمرات عالمية عالجت حقوق المرأة كمؤتمر الإسكان والتنمية سنة 1994 ومؤتمر بكين سنة 1995، فبادرت جمعيات نسوية مغربية بتقديم خطة لإدماج المرأة في التنمية كانت محل نقاش حاد بين المؤيدين والمعارضين أفرز صراعاً أيديولوجياً محتدماً استهلكته وسائل الإعلام بقوة وتُوِّجَ بمسيرة ضخمة سنة 2000، فكل هذه الظروف وضعت الملك المغربي أمام تحدٍّ دفع به إلى تشكيل لجنة من كبار فقهاء الشريعة والقضاة لإعادة النظر في مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية في أبريل سنة 2001، ورسم لها منهاج عملها الرامي إلى احترام أحكام الشريعة الإسلامية وفقَّ اجتهد يتلاءم مع متطلبات التوجه الحداثي، وقد عملت هذه اللجنة لمدة سنتين لتتمكن من تقديم نتائج أشغالها بتاريخ 2003/09/12 ليعلم الملك المغربي عن هذه التعديلات التي خَلَصَتْ إليها اللجنة في خطاب افتتاح الدورة البرلمانية يوم 2003/10/10⁽¹⁾، ومن بين مظاهر التجديد فيها من حيث الشكل تعديل تسميتها بمدونة الأسرة بدلا من مدونة الأحوال الشخصية.

4- في تونس:

بعد استقلال تونس ورفع الانتداب الفرنسي عنها بتاريخ 20 مارس 1956 كان تقنين أحكام الأسرة بالنسبة للدولة من أولوياتها، وتبعاً لذلك شُكِّلَتْ في السنة نفسها لجنة لوضع مجلة الأحوال الشخصية، وكان من تَوَجُّهَاتِ هذه الأخيرة العمل بفكرة المساواة بين الجنسين وتحقيق حرية المرأة، وهما اللذين كان ينادي بهما آنذاك الرئيس الحبيب بورقيبة وقد دعم موقفه بعاملين أساسيين هما⁽²⁾:

- الانتشاء بالانتصار ونيل الاستقلال الذي كان يرى نفسه من صُنَائِعِهِ بتأييد شعبي كرمز للثورة.
- فقدان المحافظين للكثير من امتيازاتهم وقوتهم وممارسة ضغوطات خارجية عليهم.

والجدير بالذكر أن اتجاه عصرنة الأسرة في تونس لم يكن وليد تلك اللحظة بل كانت لها خلفيات تاريخية تعود جذورها إلى بدايات القرن العشرين وبالتحديد إلى سنة 1931 عندما نشر الطاهر الحداد وهو سياسي ونقابي كتاباً بعنوان "امراتنا في الشريعة والمجتمع" ضَمَّنَهُ دعوة صارخة لتنوير المرأة معارضا بعض أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالحجاب وتعدد الزوجات وانفراد الزوج بإرادة الطلاق، ونسب إلى هذه الأحكام القصور وتضييع مصالح المرأة، وقامت في هذه المرحلة عدة تيارات

(1) نَجْدُ الأَزهَر، المرجع السابق، ص 09.

(2) نَوَارَةُ العَشِي، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي (مقال)، ص 303.

تدافع عن حقوق المرأة، وتدعو إلى مناقشة مسائل شائكة بزعمهم؛ مثل الزواج المبكر وحرية المرأة والولاية عليها والتمييز بين الجنسين، وأمام هذه الحركية المعادية لأحكام الإسلام في مسائل الأسرة قام شيخ الإسلام المالكي محمد العزيز جعيط سنة 1947 بتشكيل لجنة تضم قضاة شرعيين وعلماء من جامع الزيتونة ومحامين وبعض المثقفين والأعيان تقوم بإعداد مشروع قانون الأحوال الشخصية، وقد أنجزت عملها سنة 1948 في إطار المذهب المالكي مع التوفيق بينه وبين المذهب الحنفي، ثم أصبح معروفاً بلائحة الشيخ جعيط غير أن هذا المشروع لم يرى النور لمعارضة السلطة الاستعمارية له⁽¹⁾.

صدرت مجلة الأحوال الشخصية في 13 أوت 1956 دون معرفة أعمالها التحضيرية ولا أعضاء اللجنة التي قامت بإعدادها، وقد خرجت هذه المجلة في بعض فصولها عن عدد من أحكام الشريعة الإسلامية تحت مبرر العصرية والدولة المدنية مع ملاحظة اعتمادها في مواد أخرى على لائحة الشيخ جعيط، وعند إصدار المجلة اعتبرها الشيخ جعيط بعيدة عن مشروعه في بعض موادها ووجه رسالة إلى وزير العدل طالبا منه تنقيح بعض فصولها التي خالفت الشريعة الإسلامية منها الفصل 14 الذي أغفل ذكر زواج المسلمة بغير المسلم في موانع الزواج، والفصل 18 الذي منع التعدد كلية، والفصل 19 الذي منع تزوج الرجل مطلقة ثلاثاً دون ذكر شرط زواجها بغيره وطلاقها منه⁽²⁾.

لم يتقيد المشرع التونسي بمذهب معين بل أخذ من فقه المذاهب الأربعة حتى أنه استمد بعض أحكام الأسرة من المذهب الجعفري الشيعي ومن الآراء الشاذة لبعض الفقهاء هذا لموافقتها سياسته في العصرية والتنوير المتعلقين بالمرأة، ومن أمثلة ذلك: أنه حكم بتوريث الفروع من الإناث فرضاً وتعصياً بعد أصحاب الفروض تناسبا مع المذهب الجعفري، وقد كتب الشيخ جعيط لوزير العدل فتوى ببطالان الاستناد إلى الفقه الجعفري الشيعي وعدم تقليده فيما قامت الأدلة من السنة والإجماع عند العلماء على بطلانه؛ فتوريث التركة يكون لأقرب رجل ذكر من العصبة بعد توزيعها على ذوي الفروض⁽³⁾، والظاهر أن المشرع التونسي استعمل مصطلح مجلة الأحوال الشخصية تأثراً بمجلة الأحكام العدلية، ولقد تم استعمال هذا المصطلح لتسمية مختلف القوانين التي صدرت إبان عهد

(1) محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص 21-22.

(2) المرجع نفسه.

(3) عماد بن خاطر، ميراث الأحماد في مجلة الأحوال الشخصية، ص 47.

الحماية الفرنسية على تونس، فمنها المجلة العقارية سنة 1885م، ومجلة الالتزامات والعقود سنة 1906، ومجلة المرافعات المدنية والتجارية سنة 1910⁽¹⁾.

واحتوت مجلة الأحكام العدلية في بداية وضعها على 170 فصلا ضمن 10 كتب في مواضيع الزواج والطلاق وآثار الطلاق من عدة ونفقة وحضانة ونسب وأحكام اللقيط والمفقود، إضافة إلى الميراث والحجر والرشد، ثم أضيف الكتاب 11 في الوصية المتضمن الفصول من 171 إلى 199، وذلك بمقتضى القانون رقم 77 لسنة 1959، وأضيف بعد خمس سنوات الكتاب 12 في الهبة المتضمن للفصول 200 إلى 213 بمقتضى القانون المؤرخ في 28 ماي 1964 في حين لم يدرج المشرع التونسي أحكام الوقف والأحباس في المجلة رغم اعتباره من عقود التبرع مثله مثل الهبة والوصية؛ لأن السلطة السياسية باشرت بإلغائه مباشرة بعد الاستقلال مصدرة القانون المؤرخ في 31 ماي 1956 بحل الوقف العام وتصفية جمعية الأوقاف، ثم تلاه بعد سنة تقريبا الأمر المتعلق بإلغاء الوقف الخاص والمشترك، وبذلك تكون تونس قد ألغت نظام الوقف أو الأحباس بصنفيه العام والخاص⁽²⁾.

وقد توالى التعديلات على المجلة ففي 1958 أجاز التبرع وتم تحريم التعدد، وفي سنة 1959 أضيفت أحكام الرد في الميراث، وتواصلت التعديلات في سنوات 1962، و1964، و1966، وفي سنة 1981 تم فرض دفع مبلغ مالي يفرضه القاضي على الزوج المطلّق بعد انتهاء عدة المرأة مع تحريم عدم دفع هذا المبلغ ولو لمدة شهر⁽³⁾، ثم في سنة 2017 تم إباحة زواج المسلمة بغير المسلم وإلغاء المنشور الصادر سنة 1973 والقرارات المتعلقة به المانعة لهذا الزواج؛ بحجة تعارضها مع الدستور التونسي ومع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية، كما باشرت الدولة التونسية تعديل أحكام الميراث وذلك بمساواة المرأة مع الرجل، وَقَدَّمتُ اللجنة المختصة بذلك تقريرها في جوان 2018، وبتاريخ 23 نوفمبر 2018 أعلنت رئاسة الجمهورية مصادقة مجلس الوزراء على مشروع القانون الأساسي المتعلق بإتمام الكتاب التاسع من مجلة الأحوال الشخصية بباب سابع مكرر تحت عنوان "أحكام تتعلق بالتساوي في الميراث" من خلال مبادرة تشريعية رئاسية⁽⁴⁾.

(1) محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص24.

(2) بسمة نويوة، المؤسسات الإسلامية الرسمية في تونس من 1956 إلى اليوم، ص50.

(3) العشي نواره، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي (مقال)، ص303.

(4) المرجع نفسه.

المطلب الثاني: مفهوم التقنين، ومشروعيته، ومعالم تقنين أحكام الأسرة في التشريع الجزائري.

يعتبر قانون الأسرة الجزائري عملاً قانونياً يمتدح في مجال الجهود الرامية إلى جمع مختلف أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وصياغتها صياغة فنية منضبطة، وهذا العمل اصطلاح المختصون من فقهاء الشريعة والقانون على تسميته بالتقنين، وهو مصطلح مُستَجَدُّ أضحى شائعاً في الأوساط العلمية والأكاديمية له إطاره النظري وبعده الفلسفي من حيث المعرفة الشرعية والقانونية، ولما كان قانون الأسرة في بلادنا مستمداً من الفقه الإسلامي؛ بات لا بد علينا من بيان موقف الفقهاء من هذا مصطلح التقنين، وكذلك تحديد معالم تقنين أحكام الأسرة في مختلف فروع القانون الجزائري.

الفرع الأول: مفهوم التقنين.

نخص هذا الفرع للحديث عن مفهوم التقنين؛ حيث سنتناول تعريفه في اللغة العربية واصطلاح فقهاء الشريعة والقانون، كذلك نتعرض لبيان علاقة هذا المصطلح ببعض المصطلحات المشابهة له.

أولاً- تعريف التقنين لغة واصطلاحاً:

1- لغة:

التقنين في لغة العرب مشتق من الفعل قَنََّ بمعنى وضع القوانين؛ يقال: قَنََّ المشرعُ أي وَضَعَ القوانين ودَوَّنَهَا⁽¹⁾، والقوانين جمع مفردة القانون، وهو مقياس كل شيء وطريقه، أو هو الأصل فالقوانين هي الأصول، والقانون كلمة مُؤَلَّدَةٌ دخيلة في اللسان العربي اختلف المعجميون في أصلها؛ ف قيل رومية وقيل فارسية⁽²⁾، وقيل لاتينية تُطْلَقُ على القاعدة أو التنظيم⁽³⁾، وقيل سريانية بمعنى المسطرة⁽⁴⁾، وقد جاء في المعجم الفرنسي لاروس أن كلمة قانون يونانية الأصل، وَنُقِلَتْ إلى اللاتينية ومنها إلى الفرنسية ومعناها القاعدة، وَذُكِرَ أن من معانيها مجموعة الكتب المعتمدة وحيا إلهيا، وكلمة قانون استعملها العلماء في تأليفهم؛ كالقانون في الطب، وقانون التأويل، والقوانين الفقهية⁽⁵⁾.

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة قنن 763/2؛ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة قنن، 1867/3.

(2) الزاوي، مختار الصحاح، مادة قنن، 261/1؛ الزبيدي، تاج العروس، مادة قنن، 24/36.

(3) عبد الباقي البكري وآخرون، المدخل لدراسة القانون، ص 19.

(4) الكفوي، الكليات، ص 734.

(5) محمد جبر الألفي، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ص 95-96.

2- اصطلاحا:

وردت تعاريف لهذا المصطلح في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي نذكر أهمها كما يلي:

أ- في الفقه الإسلامي:

- عَرَّفَهُ الدكتور عبد الرحمن الحميضي بقوله: "اختيار القول الراجح في المذهب أو اختيار أحد أقوال المذهب أو أحد أقوال المذاهب الأخرى الذي يعتمد على الدليل الأقوى أو اختيار القول الذي يحقق مقاصد الشريعة في تحقيق المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج والمشقة عن الناس وتخفيف العبء عنهم وتسهيل أعمالهم ومصالحهم، وتُجْمَعُ هذه الاختيارات وتُوضَعُ في قانون مدون مسطور مرتب"⁽¹⁾.

- وقال الدكتور وهبه الزحيلي في تعريفه بأنه: "صياغة أحكام المعاملات وغيرها من عقود ونظريات مُمَهَّدَةٍ لها، جامعة لإطارها، في صورة مواد قانونية، يسهل الرجوع إليها"⁽²⁾.

- كما عَرَّفَهُ الدكتور القرضاوي بقوله: "أن تصاغ الأحكام (الشرعية) في صورة مواد قانونية مرتبة ومرفقة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية"⁽³⁾.

- كذلك عَرَّفَهُ الشيخ الطنطاوي أنه: "صياغة الأحكام الفقهية في مواد مرفقة على هيئة القوانين بعد اختيار أصحابها وأقواها دليلا على أن لا يُبَدَّلَ فيها شرع الله ولا يُشَرَّعَ فيها ما لم يأذن به الله"⁽⁴⁾.

ب- في الفقه القانوني:

- عَرَّفَهُ الدكتور السنهوري من الناحية القانونية: "هو إدماج القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد أن تُرتَّبَ وتُبوَّبَ ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض في مدونة واحد تصدر من الهيئة صاحبة التشريع في شكل قانون سواء كان مصدر تلك القواعد عرفا أو تشريعا أو غير ذلك"⁽⁵⁾.

- كذلك عَرَّفَهُ مصطفى الزرقا بقوله: "يُقَصَّدُ بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها، وصياغتها بعبارات آمرة واضحة

(1) عبد الرحمن الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ص 304.

(2) وهبه الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 304.

(3) يوسف القرضاوي، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، ص 259.

(4) مجاهد ديرانية، فتاوى علي الطنطاوي، ص 132-133.

(5) عبد الرزاق السنهوري وآخرون، أصول القانون، ص 191.

في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون عام، أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس" (1).

- كما عرّفه الدكتور محمد علي إمام بأنه: "تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة، وهذا بعد مراجعة هذه القواعد وتنسيقها ورفع التناقض منها، وتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها والمجموعة تظهر في شكل مواد" (2).

- وعرّفه الدكتور محمد زكي عبد البر بقوله: "التقنين عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض - في مدونة واحدة بعد إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة" (3).

تأسيساً على ما سبق إيراده من تعاريف للتقنين سواء في الشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي، وفي ضوء ما انطوت عليه من مفاهيم، يتبين لنا أن التقنين يُرَاعَى فيه العناصر التالية (4):

- 1- الصياغة: وهي ميزة التقنين عن الفقه المدون.
 - 2- الترتيب والترقيم: وهي ميزة تجعل الرجوع للأحكام سهلاً.
 - 3- كون التقنين بصيغ أمرة: أي الإلزام بالأحكام من ولي الأمر، ويتبع ذلك جزاءات عقابية لتمييزها عن مجرد البيان لها، وهي طبيعة القوانين بحيث لا تُتْرَك لاختيارات الناس وأمزجتهم.
 - 4- التبويب: أي أن يكون التقنين ذا موضوع واحد كالأحوال الشخصية والجنايات والمعاملات المالية وغيرها؛ لأن القوانين عادة تفصل بين موضوع وآخر.
 - 5- الصبغة الشرعية للتقنين أي أن يكون مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة فيما يتعلق بقسم المعاملات دون قسم العبادات والعقائد فهي لا تقبل التقنين (5).
- كذلك يلاحظ على تعاريف فقهاء الشريعة أنها ركزت على تعريف التقنين باعتبار موضوعه بأنه اختيار للأحكام الفقهية وصياغتها وتجميعها في قالب إلزامي، أما تعاريف فقهاء القانون فغلب عليها

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 313/1.

(2) محمد علي إمام، محاضرات في نظرية القانون، ص 243.

(3) محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، 313/1.

(4) شويش المحاميد، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملاحمه، ص 361.

(5) عز الدين كحل وآخرون، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية (مقال)، ص 334.

الجانِب التقني الإجرائي في تعريف التقنين حيث أوردوا أنه عملية تجميع للقواعد القانونية وتنسيقها وتبويبها وترتيبها وترقيمتها في مواد، وضبط صياغتها لتلافي التناقض أو الغموض فيها.

ثانياً- مصطلحات ذات علاقة بالتقنين:

1- التشريع: تفيد هذه الكلمة معنيين: أولهما هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام والتشريع بهذا المعنى هو ما يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، ثانيهما النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسنّهِ في الدولة المتضمن قاعدة قانونية أو أكثر صيغت في النص صياغة فنية مكتوبة، والتشريع بهذا المعنى يفيد ما يفيد القانون بمعناه الخاص، ويتضح من ذلك أن التشريع بمعناه الأول يعني عملية سن النص الذي يخرج بها إلى حيز الوجود والإلزام، ومعناه الثاني يعني النص في حد ذاته الذي يعتبر صورة من صور القانون⁽¹⁾.

ويتضح من خلال المعنيين الواردين في مدلول التشريع أنه على علاقة وثيقة بالتقنين من حيث معناه الأول الذي يفيد وضع القواعد القانونية في قالب مكتوب مع إعطائها صفة القوة والإلزام من الدولة، ورغم التشابه بينهما قانوناً لا يمكن استعمال مصطلح التشريع في الشريعة الإسلامية، فلا نقول مثلاً تشريع الفقه الإسلامي على غرار تقنين الفقه الإسلامي؛ لأن التشريع من الله تعالى وحده⁽²⁾، فالكلمة لها مدلولها وفلسفتها الخاصة في التصور الإسلامي من حيث المصدر والمنهج والغاية⁽³⁾، ولذلك يُكْتَفَى بمصطلح التقنين لشيوعه بين العلماء والباحثين المعاصرين.

2- التدوين: التدوين هو جمع كل القواعد المُشْتَتَّة أو الأحكام الخاصة بنوع من المجالات الحقوقية في داخل نظام حقوقي، وقد استعمل الدكتور صبحي المحمصاني هذا المصطلح كبديل عن مصطلح التقنين؛ وعَلَّلَ ذلك بأن مصطلح التدوين عربي ومصطلح التقنين غير عربي؛ حيث أن أصلها مشتق من القانون أخذته العرب من اللغة السريانية من كلمة (كانون) اليونانية، لاسيما وأنه عرّف التقنين بأنه تدوين القوانين وقال عنه بأنه اصطلاح حقوقي جديد⁽⁴⁾.

(1) عبد الباقي البكري وآخرون، المدخل لدراسة القانون، ص 84-85.

(2) أبان الشيخ عبد الوهاب خلاف في ذات السياق أن من معاني التشريع بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة أي أنه بمعنى الاجتهاد؛ ينظر: السلطات الثلاث في الإسلام، ص 81.

(3) يحيى الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 29.

(4) صبحي محمصاني، الأوضاع التشريعية، ص 149؛ يونس الأقطوغي، حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي، ص 260.

ورغم وجاهة الرأي الذي تَبَنَّاهُ الدكتور المحمصاني لكن لا يمنع هذا من كون استعمال مصطلح التقنين هو الأكثر شيوعاً في الأوساط العلمية والهيئات الرسمية، أما احتجاجه بأن كلمة القانون ليست عربية فَيُسْتَعَاضُ عنها بمصطلح التدوين، وهذا التعليل مبالغ فيه لأن هذه الكلمة ليست عربية لكنها عَرَبِيَّةٌ، واستعملها الفقهاء كالغزالي وابن جزري، فلا ضير في استعمالها إذ لا مشاحة في الاصطلاح.

الفرع الثاني: مشروعية التقنين في الشريعة الإسلامية.

لقد عالج فقهاء الشريعة هذه المسألة واعتبروها من المستجدات التي لا بد من بيان حكمها وتأصيلها من مختلف نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها، وفي هذا الفرع سنتناول أقوالهم بشيء من التفصيل مع إيراد الأدلة التي بَنَوْا عليها أقوالهم على النحو التالي:

أولاً- إيراد أقوال فقهاء الشريعة في مشروعية تقنين أحكام الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعية التقنين منذ بداية ظهور فكرة التقنين كنازلة من نوازل العصر الحديث واستمرت تتجاذبها أنظار فقهاء العصر، وتلخصت آراؤهم في قولين رئيسيين:

القول الأول: تقنين أحكام الفقه الإسلامي مشروع وجائز عند جمهور علماء العصر وأبرزهم⁽¹⁾: مُحَمَّد عبده وتلميذه مُحَمَّد رشيد رضا، والطاهر بن عاشور، وأبو الأعلى المودودي، ومُحَمَّد أبو زهرة، وأحمد شاکر، ومصطفى الزرقا، ومُحَمَّد سلام مذكور، ويوسف القرضاوي، ووهبة الزحيلي، ومُحَمَّد زكي عبد البر، وعبد الكريم زيدان، وبدران أبو العينين، ومُحَمَّد مصطفى شلبي، ومُحَمَّد يوسف موسى، من هيئة كبار العلماء بالسعودية⁽²⁾: عبد الله خياط، وعبد الله بن منيع، وصالح بن حميد، وعبد العزيز آل الشيخ.

⁽¹⁾ مُحَمَّد رشيد رضا، مجلة المنار، 264/16؛ صلاح الدين المنجد وآخرون، فتاوى الإمام مُحَمَّد رشيد رضا، 167/1؛ الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 196/3. عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص286، ص132-133؛ أحمد شاکر، الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدرا للقوانين، ص44 مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ص318؛ مُحَمَّد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص115؛ يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص30؛ وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص29؛ مُحَمَّد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، ص62؛ عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص251؛ بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي، ص215؛ مُحَمَّد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ص219؛ مُحَمَّد يوسف موسى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص221-222.

⁽²⁾ أبحاث هيئة كبار العلماء، 271-243/3؛ صالح بن حميد، الجامع في فقه النوازل، ص66؛ عبد العزيز آل الشيخ، أحكام الشريعة بين التطبيق والتدوين، ص13.

القول الثاني: تقنين أحكام الفقه الإسلامي غير جائز، وهو رأي أغلب أعضاء هيئة كبار العلماء بالسعودية الذين لا يرون جواز إلزام القاضي بمذهب معين على رأي مذهبهم الحنبلي كما سنبين عند إيراد أدلتهم لاحقاً، وأبرزهم⁽¹⁾: محمد الأمين الشنقيطي، وعبد العزيز بن باز، وعبد الرزاق عفيفي، ومن المانعين من غيرهم⁽²⁾: بكر أبو زيد، وعطية سالم، وعبد الله البسام، وعمر سليمان الأشقر.

ثانياً- إيراد أدلة فقهاء الشريعة في مشروعية تقنين أحكام الفقه الإسلامي:

1- أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول على الجواز بعدة أدلة من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والقياس وأصول القضاء الشرعي وقواعده، ونستعرض أهمها نظراً لكثرتها كالآتي:

أ- من الكتاب العزيز:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 59]، ووجه الاستدلال بالآية أن ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية ولا فيه ما يتعارض مع أحكام الشريعة وجبت طاعته لهذه الآية، والإلزام بالتقنين ليس فيه معصية وإلزام تنفيذ القضاة له هو التزام بالطاعة للمأمور بها في هذه الآية⁽³⁾، قال الشيخ محمد رشيد رضا: "إن الدين الإسلامي لم يأت بقوانين وأحكام مفصلة لجميع ما تحتاجه الأمة في معاملاتها الدنيوية، وإنما جاء ببعض القواعد العامة والأحكام التي احتيج إليها في عصر التنزيل، وفوّض القرآن فيما يُحتاج إليه من أمور الدنيا السياسية والقضائية والإدارية إلى أهل الرأي والمعرفة بالمصالح من الأمة بقوله: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: 38]، وقوله تعالى كذلك: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: 83]، ولهذا أمر بطاعة هؤلاء الذين سماهم أولي الأمر وهم أهل الشورى في الآية الأخرى فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 59]، فهذا ما جاء به الإسلام، وهو هداية تامة كاملة لا تعمل بها أمة إلا وتكون مستقلة في أمورها، مرتقية في سياستها وأحكامها، يسير بها أهل الرأي والمعرفة في كل زمان ومكان بحسب

⁽¹⁾ تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، ص 60.

⁽²⁾ بكر أبو زيد، فقه النوازل، 98/1؛ محمد المجذوب، علماء ومفكرون عرفتهم، 212/2؛ عبد الله البسام، تقنين الشريعة

أضراره ومفاسده، ص 09؛ عمر الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، ص 201.

⁽³⁾ شويش المحاميد، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملاحمه، ص 363.

المصلحة التي يقتضيها الزمان والمكان، ومن ذلك أن يضعوا القوانين وينشروها في الأمة، ويلزم القضاة والحكام باتباعها والحكم بها⁽¹⁾، ونوقش هذا الاستدلال بأن طاعتهم فيما وضح حكمه واتفقت عليه الأمة، أما ما اشتباه أمره واختلف فيه العلماء فالمرجع في فصل النزاع فيه الكتاب والسنة بدليل قوله تعالى في نفس الآية: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: 59]، ولذا استدل علماء الأصول بهذه الآية على حجية الإجماع، وبذلك تكون الآية دليلاً على المنع لا على الجواز، أما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: 159]، وقوله: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: 38]، فأمر تعالى رسوله ﷺ أن يستشير أصحابه في الأمر ينزل به أو بالمسلمين، وأثنى على خيار المؤمنين بأن من شأهم أن يتشاوروا بينهم، وقرن ذلك بثنائه عليهم بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، وبالتناصر عند البغي عليهم رداً للعدوان ونصرة للحق، وغير هذا من الأفعال الواجبة والصفات الحميدة، ولا شك أن القضاء والفصل في الخصومات من أهم شؤون المسلمين فينبغي تعاون القضاة مع كبار العلماء في حل مشاكل القضاء⁽²⁾.

ب- من السنة النبوية المشرفة:

استدلوا بقوله ﷺ في حديث أنس بن مالك رضي الله عنه: «اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنْ اسْتَعْمِلَ حَبَشِيٌّ كَانَ رَأْسَهُ زَبِيَّةً»⁽³⁾، وقوله ﷺ كذلك في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ حَقٌّ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِالْمَعْصِيَةِ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ، فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ»⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال بهذه النصوص أن على القاضي أن يلتزم بمقتضى التقنين الذي يصدره ولي الأمر، فإن وجد فيه ما يخالف أو معصية فلا يطبقه⁽⁵⁾، ونفس الاعتراضات الموجهة للاستدلال بالآيات وجهها المانعون للاستدلال بالأحاديث.

ج- ومن آثار الصحابة ما روي عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه كان يحكم في مسألة الجد مع الإخوة بإعطاء الجد السدس، وهذا في خلافة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد كان رأيه من رأيه ثم أعطى الجد الثلث في خلافة سيدنا عثمان رضي الله عنه موافقة له، فلما سئل عن ذلك أجاب بقوله: "إنما

(1) صلاح الدين المنجد وآخرون، فتاوى الإمام محمد رشيد رضا، 167/1.

(2) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، 44/32.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأذان، باب إمارة العبد والمولى، حديث رقم: 693، 140/1.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد، باب السمع والطاعة للإمام، حديث رقم: 2955، 49/4.

(5) عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص 294.

نقضي بقضاء أئمتنا⁽¹⁾، فالتأمل يُلحظ أن ابن مسعود رضي الله عنه إنما كان يلتزم بقضاء الخليفين نظراً لما استقر عنده من أن طاعتهم واجبة فيما أمرا به وقضيا فيه⁽²⁾.

د- قياس مشروعية التقنين على إجماع الصحابة رضوان الله عنهم على مشروعية جمع القرآن وتوحيد قراءته وتدوين السنة، بالنظر إلى المصلحة المترتبة على ذلك، فإذا كان هذا الجواز بناءً الصحابة بالنظر إلى أهمية جمع القرآن الكريم، فإن جواز تقنين أحكام الشريعة يمكن قياسه على ذلك، وتدوين السنة هو التقنين بعينه مع فارق عدم جواز تغيير الألفاظ إضافة إلى مكانة الحديث وقديسيته⁽³⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأن القرآن كان مكتوباً بأمر النبي صلى الله عليه وسلم، والأمة مأمورة بحفظ الدين وإبلاغه بالنصوص المتواترة، ولم يزد الصحابة على أن جمعوا ما كان مفرقاً عملاً بمقصد ضروري من مقاصد الشريعة، وهو وجوب حفظ الدين وإبلاغه بخلاف إلزام القضاة بالحكم الراجح من أقوال الفقهاء، فإنه مخالف لمقتضى النصوص ولما جرى عليه العمل في القرون التي شهد لها الرسول صلى الله عليه وسلم بالخير⁽⁴⁾.

هـ- كما استدلو ببعض أصول القضاء الشرعي وقواعده ومنها:

- عدم تقنين الأحكام الفقهية مسبقاً يتنافى مع مبدأ علنية التشريع الذي يوجب أن يكون المكلف في كل مجتمع نظامي (دولة) على علم مسبق بمصير أعماله وتصرفاته في حكم النظام الذي سيقضي به القاضي له أو عليه، وإلا كان القضاء فوضى، والمكلف لا يعرف كيف يتصرف مطيعاً للنظام؛ لأنه لا يستطيع أن يتنبأ مسبقاً بموقف القضاء ما دام القاضي سيقضي باجتهاده هو واختياره⁽⁵⁾.

(1) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الفرائض، باب قول عمر في الجدة، أثر رقم: 61، 67/1؛ ابن حزم، المحلى، 311/8، قلت: سند هذا الأثر ذكره البخاري في التاريخ الكبير وأثبت أن الهيثم هو بن بدر وليس بن زيد، أما هشيم فهو بن بشير السلمي ثقة لكنه يدللس وقد صرح بالتحديث، أما مغيرة فهو بن مقسم الضبي وثقه جمهور الأئمة، أما الهيثم بن زيد فالصحيح أنه الهيثم بن بدر الضبي اختلف فيه ذكره ابن حبان في الثقات وضعفه البخاري، وشعبة بن التوأم هو الضبي تابعي معروف، سكت عنه البخاري وابن أبي حاتم، وذكره ابن حبان في الثقات، ينظر: ابن خلفون، المعلم بشيوخ البخاري ومسلم، 515/1؛ المزني، تهذيب الكمال، 398/28؛ ابن حجر، لسان الميزان، 352/8؛ الفالوجي، المعجم الصغير، 238/1.

(2) عبد الناصر أبو البصل، المرجع السابق، ص 295.

(3) يحيى الخاليلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 190 وما بعدها.

(4) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، 47/32.

(5) مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي ومدارسه، ص 87.

- اعتبار القاضي وكيلًا عن ولي الأمر لأنه صار قاضيا بإذنه، والوكيل مقيد بشروط مُؤَكِّله، فإذا أُلْزِمَ بالأحكام المقننة وجب عليه التقيد بها⁽¹⁾؛ قال الشيخ الخفيف جوابا على سؤال في هذا السياق: "لولي الأمر أن يختار من المذاهب ما تطمئن إليه نفسه، ويرى المصلحة في اختياره حسب تقديره، ولأن ولاية الحكم له ابتداءً، فإن الحكم يكون على وفق ما اختاره، ولأن القضاة نوابه وخلفاؤه، فله إلزامهم به، لأن ولايتهم مستمدة من ولي الأمر، فهم وكلاؤه، والوكيل يتقيد بما يقيد به موكله"⁽²⁾.
- جواز تقيد ولي الأمر بالقضاء بالزمان كوقت معين، والمكان كإقليم معين، ونوع القضايا كالمناكحات مثلا فيجب على القاضي طاعته⁽³⁾، فيؤخذ منه جواز تقيد القاضي بتقنين معين.
- أجاز الفقهاء لمن تَوَلَّى القضاء ممن لم يبلغ رتبة الاجتهاد تقليد واستشارة المجتهدين⁽⁴⁾، وعليه فجائز للقاضي أن يعمل برأي غيره في تقنين مكتوب من باب أولى في عصرنا الحاضر.
- و- من أدلة جواز التقنين الموازنة فيما يحققه من المصالح بالمقارنة مع المفسدات المترتبة عليه ومعلوم أن تصرفات ولي الأمر على الرعية منوطة بالمصلحة⁽⁵⁾، فمن محاسن التقنين ومصلحه ما يلي⁽⁶⁾:
 - التيسير على القضاة والمتقاضين معرفة الحكم الشرعي، خصوصا وقد أصبح القضاة الآن غير مجتهدين، كما لا يخفى ما يلقاه الباحث فضلا على القاضي في كتب الفقه من عناء لمعرفة الحكم الشرعي فهذا يجعل وقت القاضي يضيع في البحث أمام كثرة القضايا وتزاحم الشكاوى المعروضة أمامه وبه تضيع مصالح الناس وتكثر مشاكلهم، بسبب التأخر في الفصل في الخصومات.
 - توحيد الأحكام في الدولة فلا يُحْكَمُ برأي في ناحية، ويحكم برأي مخالف في ناحية أخرى، فمثلا تحرم الفروج والدماء في ناحية وتحل في أخرى في نفس الدولة؛ وهو مدعاة للفوضى في الأحكام.
 - طمأنينة المتقاضين وحماية مركز القضاة من كل شبهة وقالة بالسوء كالميل والحيث وغيرها.
 - معرفة الحكم ابتداء حتى يُرْتَبَ المتعاملون أمورهم عند التعامل على الحكم الذي سَيُفْصَلُ به.

(1) علي حيدر، درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، 4/598.

(2) القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام، ص33-34؛ نقلا عن، مُجَدِّد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، ص57،

(3) ابن قدامة، المغني، 10/92.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكماء، 1/65.

(5) مُجَدِّد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 2/307.

(6) مُجَدِّد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص49.

- كذلك من مصالح التقنين إبعاد هيمنة القوانين الوضعية التي حَلَفَهَا الاستعمار الحديث الذي جثم على البلدان العربية سنين طويلة، بحجة أن الفقه الإسلامي تقليدي لا يساير الواقع وغير مقنن ومدون على شاكلة التأليف القانوني الحديث كما يزعم العلمانيون والمتغريبون، فالتقنين يُفَوِّتُ الفرصة على دعاة التغريب والعلمنة المتمسكون بصعوبة تطبيق الشريعة الإسلامية لعدم تقنينها⁽¹⁾.

ونوقش هذا الاستدلال بأن المصلحة في تحكيم الشريعة بالأسلوب السائد في العصور السابقة كالعهد العباسي مثلاً حيث لم يُعَرَفْ عن واحد من الأئمة آنذاك وجوب الإلزام بمذهب معين، كما أن التقنين لا يُوجِّدُ الأحكام بدليل وجود الاختلاف بين القضاة في تفسير القوانين الوضعية، ولذلك أُنْشِئَتْ المحاكم الاستئنافية، وبالنسبة لندرة القضاة المجتهدين فإن الجمهور الذين اشتروا صفة الاجتهاد في القاضي لم يقصدوا علمه كل قضية بعينها بل يكفيه العلم بأصول الأحكام، ومن ثمَّ يمكن تولية القضاء للأمثل فالأمثل ولا يُلتَجَأُ للتقنين، كذلك القوانين الوضعية يجهلها كثير من الناس إلا المتخصصين منهم، وهذا ما يفسر كثرة مكاتب المحامين في الدول التي تطبق القوانين الوضعية⁽²⁾.

ز- كذلك من أدلتهم القول بجواز إلزام القاضي بمذهب معين كون التقنين مبنياً عليه؛ وهو مذهب أبي حنيفة دون صاحبين، وَرَجَّحَهُ من كبار فقهاء المالكية المحققين؛ الإمامين سحنون⁽³⁾ والمازري⁽⁴⁾، ونقل الماوردي من الشافعية جوازه، ورُوي عن القاضي ابن سريج أحد كبار فقهاء الشافعية أنه التزم بمذهب أبي حنيفة لما وَلِيَ قضاء بغداد، وبه أفتى تقي الدين السبكي⁽⁵⁾.

2- أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه على منعهم لتقنين الفقه الإسلامي بعدة أدلة المنقول والمعقول؛ نورد كما يلي⁽⁶⁾:

(1) يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 259.

(2) سعد الشثري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، ص 23 وما بعدها.

(3) هو: أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد التنوخي أصله من حمص، وسحنون لقب له بمعنى طائر، رأس المالكية بالقيروان

سمع من ابن القاسم وأشهب وغيرهم، ألف المدونة، توفي سنة 240هـ، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 39/2.

(4) هو: مُحَمَّد بن علي بن عمر التميمي يكنى أبا عبد الله ويعرف بالإمام، لم يكن في عصره للمالكية في أقطار الأرض في وقته أفقه

منه، له: شرح كتاب مسلم وكتاب التلقين والبرهان للجويني، توفي سنة 536هـ، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 252/2.

(5) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 115؛ ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص 98؛ الخطاب، مواهب الجليل، 98/6؛ الهيثمي،

الفتاوى الفقهية الكبرى، 317/4؛ الحصكفي، الدر المختار، 96/6؛ جعيط، الطريقة المرضية، ص 289-290.

(6) تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، 36/32.

أ- من الكتاب العزيز:

- قال الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: 105]، فأوجب سبحانه على رسوله ﷺ أن يحكم فيما شجر بين الناس بما أعلمه الله في كتابه، وما فهمه من الوحي المنزل عليه، ومن المعلوم أنه يجب على ولاية الأمر بعده أن يحكموا بما حكم به، وإلزام القاضي ونحوه أن يحكم بما دونه من القول الراجح، أو بمذهب معين - وإن كان على خلاف ما اقتنع به - يتنافى مع ذلك، فوجب رده عملاً بمقتضى الآية.

- قال الله تعالى كذلك: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: 48]، والأقوال الراجحة في مسائل الخلاف إنما هي راجحة في نظر مرجحها، فلا يتعين أن تكون هي الحق الذي أنزله الله، وأمر بالحكم به بين الناس، فلا يلزم القاضي ونحوه الحكم بها على اجتهاده، ولا يصح أن يُشترط عليه ذلك حين التولية.

- كما قال الله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: 26]، فأمر تعالى من تولى الفصل في الخصومات أن يحكم فيها بين الناس بالحق، والحق لا يتعين في مذهب أو رأي بعينه، ولا في قول رجحه بعض الفقهاء، فلا يلزم القاضي ونحوه الحكم أو الفتوى به، ولا يصح أن يشترط عليه ذلك في التولية أو بعدها؛ لجواز أن يفهم غير هذا الراجح ويقتنع به أو يقتنع به ثقةً بمن رجحه من المجتهدين، فيكون حكمه بما ألزم به حكماً بغير ما اعتقده حقاً، وهو حرام.

- وقال أيضاً: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: 10]، فأوجب سبحانه

الرجوع إلى حكمه الموحى إلى رسوله دون الرجوع إلى الراجح لبعض المجتهدين في مسائل الخلاف.

- وقال تبارك تعالى كذلك: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: 59]، فأوجب سبحانه طاعته وطاعة رسوله في كل الأمور، وأوجب طاعة أولي الأمر من الحكام والعلماء فيما وَضَحَ أمره وظهر حكمه دون اشتباه والتباس بدليل المقابلة بقوله: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾، ولقوله ﷺ: «إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ»⁽¹⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم: 7145، 63/9.

ب- من السنة النبوية المشرفة:

استدلوا بما جاء عن النبي ﷺ في قوله: «الْقُضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ، فَهُوَ فِي النَّارِ»⁽¹⁾، ومن عرف الحق حسب اجتهاده واقتنع به، واعتقده ثقة بمقلده وتحسينا للظن به، ثم حكم بغير ما ظهر له أنه الحق فقد جار وأثم، وكان من أهل النار، فلا يصح أن يشترط عليه في التولية، أو يؤمر بعدها أن يحكم بغير ما ظهر له أنه الحق⁽²⁾.

ج- من الإجماع:

قالوا أنه جرى العمل في تولية رسول الله ﷺ القضاة، بناء على اختلاف فهم المجتهدين في المسائل النظرية التي يعذر في مثلها من أخطأ، ثم جرى العمل على هذا في عهد الخلفاء الراشدين، ومن تبعهم من ولاية وعلماء القرون المشهود لها بالخير، فكان هذا إجماعاً عملياً يلزم الوقوف معه والعمل بمقتضاه، فلا يصح أن يُلْزَمَ من تولى الفصل في الخصومات أن يحكم فيها بغير ما رجع عنده عن اجتهاده.

ويجاء على هذا بما نقلناه عن ابن مسعود رضي الله عنه وما التزم به من القضاء في مسألة الجد مع الإخوة مقلداً قول عمر رضي الله عنه، ومعلقاً بقوله: "إنما نقضي بقضاء أئمتنا"، فلا يسلم لهم ادعاء الإجماع.

د- استدل هؤلاء لقولهم بمذهب الجمهور على عدم جواز إلزام القضاة بمذهب معين؛ وهو قول صاحبي أبي حنيفة والمفتي به عندهم، وقول عند المالكية منقول عن أبي بكر الطرطوشي⁽³⁾، ورجحه الشافعية، وهو المعتمد عند الحنابلة، والظاهرية، ورجحه الشوكاني⁽⁴⁾ (5).

(1) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الأقضية، باب القاضي يخطئ، حديث رقم: 3573، 426/5، قال محققا شعيب الأرناؤوط وآخرون: "حديث صحيح بطرقه وشواهده".

(2) يحيى الخالصة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ص 203.

(3) هو: محمد بن الوليد بن محمد الفهري المعروف بالطرطوشي، أصله من بلدة طرطوشة بالأندلس رحل إلى المشرق وسمع عن كثير كالشاشي، تقدم في الفقه مذهباً وخلفاً، توفي سنة 520هـ، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 244/2.

(4) هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولي قضاء صنعاء إلى أن توفي سنة 1250هـ، من مؤلفاته: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ينظر: الزركلي، الأعلام، 298/6.

(5) الحصكفي، الدر المختار، 471/1؛ الخطاب، مواهب الجليل، 98/6؛ الشيرازي، المهذب، 379/3؛ ابن قدامة، المغني، 93/10؛ ابن حزم، المحلى، 490/8؛ الشوكاني، السيل الجرار، ص 818؛ محمد جعيط، الطرق المرضية، ص 289-290.

هـ- تقنين أحكام الشريعة الإسلامية له سيئات، فهو يجمد الأحكام القانونية ويوقف الاجتهاد؛ لأنه يلزم القضاة والناس جميعاً باتباع مذهب واحد أو مادة واحدة أو فصل واحد، وهو أيضاً من نوع الحجر على الأحكام؛ لأنه يمنع من النظر في غير ما قُنِّنَ، كما أن التقنين ينقل العلماء من النظر في الأحكام من خلال النصوص في الكتاب والسنة إلى دائرة ضيقة هي القواعد القانونية المقننة، ويجعل النصوص الشرعية مجرد مصدر تاريخي للقانون الإسلامي المقنن، وهذا يجعل الفقهاء الأتقياء يتخرجون من التقنين، خاصة وأن المقنن يجزم بنسبة الأحكام إلى الله، وقد لا يكون الأمر كذلك⁽¹⁾.

ويجاء على هذا بأنه إن كان للإلزام بالحكم بقول معين بعض المآخذ التي قد يكون من أهمها تَبَلُّدُ الفكر، والجمود بالبحث، فإن من المصالح العامة العائدة على الضروريات الخمس بالعناية والرعاية والحفاظ مدعاة للتغاضي عن هذه المآخذ؛ لقاعدة ارتكاب أدنى المفسدتين لتفويت أعلاهما⁽²⁾.

ثالثاً- ترجيح القول الجدير بالاعتبار مع ذكر ومسوغاته:

بعدما ذكرت أقوال علماء الشريعة في العصر الحديث في نازلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي، وقلت بأنها تلخص في قولين رئيسيين، وأردفت ذلك بإيراد أدلة كل فريق، ننتهي الآن إلى اختيار أرجح الآراء في المسألة مشفوعاً بمسوغاته ودواعي اختياره.

وعليه فمن خلال الأدلة المذكورة يظهر أن القول الأول أولى بالترجيح والاختيار نظراً لوجهة أدلته خاصة ما تعلق منها بدليل المصلحة المرسله، وأثر سيدنا ابن مسعود رضي الله عنه فإنه أصرح دليل في المسألة؛ لأن سياقه مما تعم به البلوى فلا نعتبره مذهباً اجتهادياً انفرد به لشيئين: أولهما كونه حكماً قضائياً لم يثبت من نقضه وثانيهما كون رأيه تقليداً لأمر المؤمنين عمر رضي الله عنه مما يعني أنها سياسة عامة للدولة؛ لكن وحتى نتلافى المزالق التي ربما تنتج عن التقنين خاصة العيوب التي اخترتمته كالحجر على القضاة، ووقف آلة الاجتهاد، فإنني أُرَجِّحُ جواز تقنين الفقه الإسلامي بقيود وضوابط أذكرها كما يلي⁽³⁾:

1- ألا يلتزم واضعو التقنين مذهباً واحداً بعينه - فضلاً عن الراجح فيه - لا يخرجون عنه، ففي ذلك تحجير لما وَسَّعَ الله تعالى من شرعه، وتضييق دائرة الفقه الرحبة التي يمتاز بالخصوبة والثراء؛ ففي مذاهبه الاجتهادية الظاهري الوَقَّافِ عند حرفية النصوص، والمقاصدي العَوَّاصِ في عللها ومعانيها،

⁽¹⁾ عمر الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، ص 201-202.

⁽²⁾ تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، 46/33.

⁽³⁾ يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة، ص 269 وما بعدها.

ففي وَسَطِ هذا البحرِ الرَّخَّارِ من مذاهب علماء الأمصار يجد من يريد الانتقاء والاختيار مَهْيَعًا ومُتَّسَعًا؛ حتى إذا ضاق مذهب إنداخ آخر من عديد المذاهب المعتبرة سواء الأربعة الباقية أم البائدة أو مذاهب الصحابة والتابعين وتابعيهم، فكلها متساوية في نسبتها للشيعة الغراء.

2- أن يختار واضعو التقنين من بين مذاهب الفقه الإسلامي - ابتداء من مذاهب الصحابة ثم التابعين فمن بعدهم - ما يرونه أرجح دليلاً وأوفق بمقاصد الشريعة، وأليق بمصالح الناس ودفع الحرج والعنت عنهم، ولنا في فقهاؤنا عبر مختلف أدوار الفقه الإسلامي أسوة حسنة، فكثيراً ما رجحوا رأياً على مقابله بقولهم: هذا أرفق بالناس، وهذا ما جعلهم يصححون كثيراً من العقود استحساناً على خلاف ما يقضي بهم القياس الصارم أو القواعد الجامدة كعقد الاستصناع⁽¹⁾ عند الحنفية.

3- ومن الضوابط كذلك أن ينظر في التقنين كلما مضت مدة معقولة في ضوء التطبيق العملي، والنظر في ملاحظات القضاة والمحامين والمهتمين بشؤون القانون بصفة عامة؛ لتعديل ما يحتاج إلى تعديل وإضافة ما يحتاج إلى إضافة؛ ذلك أن الأحكام الاجتهادية قابلة للتعديل والإضافة والحذف دائماً كذلك كان الصحابة مثل عمر رضي الله عنه يفتي في مسألة برأي وفي العام القابل برأي آخر، فإذا سئل في ذلك أجاب بقوله: "ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي"⁽²⁾، وكان للشافعي مذهباً قديماً في العراق وجديد في مصر، وعُرفَ عن أتباعه قولهم قال الشافعي في القديم وقال في الجديد، وإذا كانت الفتوى تتغير بعوامل الزمان والمكان والأشخاص والعوائد والنيات، فكذلك القانون هو أولى وأحرى.

الفرع الثالث: معالم تقنين أحكام الأسرة في التشريع الجزائري.

تقنين أحكام الأسرة في التشريع الجزائري الحالي لا ينحصر فقط فيما احتوته نصوص قانون الأسرة، بل جاءت كثير من أحكامه مبثوثة في الدستور وبعض القوانين كقانون العقوبات والقانون المدني وقانون الحالة المدنية، وباستقراءها تعتبر في مجموعها نصوصاً مكملية للقانون الأم، وبيان ذلك كالاتي:

أولاً- معالم تقنين أحكام الأسرة في غير القانون الأم:

1- في الدستور:

نص الدستور الجزائري باعتباره القانون الأساسي للدولة على بعض الأحكام المتعلقة بالأسرة سواء

(1) الاستصناع: هو العقد على مبيع موصوف في الذمة اشترط فيه العمل، ينظر: محمد قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص 62.

(2) ابن كثير، مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه، 54/1.

ما تعلق منها بتكفل الدولة بترقيتها أم بإضفاء الحماية عليها بشتى أنواعها؛ وقد جاء ذلك في المادة 17 من دستور 1963⁽¹⁾؛ حيث نصت على ما يلي: "تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع"، ونصت المادة 65 من دستور سنة 1976 على التالي: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع، تحمي الدولة الأمومة والطفولة"⁽²⁾، كما نصت المادة 55 من التعديل الدستوري سنة 1989⁽³⁾: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع"، والملاحظ على هذه المادة بالمقارنة مع سابقتها في دستور سنة 1976 أنها مقتضبة جدا كما حذفت منها العبارة التي تُعرّف بالأسرة؛ لأن من طبيعة النصوص الدستورية أنها تأسيسية تتجنب إيراد التعاريف وما شاكلها، كذلك جاءت المادة 58 من التعديل الدستوري سنة 1996⁽⁴⁾ بنفس العبارة، وبقيت أحكام هذه المادة على حالها لم يحدث فيها أي تغيير حتى جاء التعديل الدستوري سنة 2016⁽⁵⁾؛ حيث نصت مادته 72 في الفقرة 02 على عدة أحكام تتعلق بالأسرة كبعض الأحكام المتصلة بالطفولة والمسننين جاء فيها ما يلي: "تحظى الأسرة بحماية المجتمع، تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل، يقيم القانون العنف ضد الأطفال، تعمل الدول على تسهيل الفئات الضعيفة ذات الاحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بها لجميع المواطنين وإدماجها في الحياة الاجتماعية، تحمي الأسرة والمجتمع الأشخاص المسنين".

كذلك نصت بعض المواد على بعض أحكام الأسرة كالمادة 49 من دستور سنة 1989، والمادة 52 من التعديل الدستوري سنة 1996 على حق الإرث والاعتراف بالأملأك الوقفية وتربية الأولاد حيث جاء في المادة 49: "الملكية الخاصة مضمونة، وحق الإرث مضمون، الأملأك الوقفية وأملأك الجمعيات الخيرية معترف بها"⁽⁶⁾، وجاء في المادة 65 من التعديل الدستوري سنة 1996 على أن تربية الأبناء واجب على آبائهم: "يجازي القانون الآباء على واجب القيام بتربية أبنائهم ورعايتهم"⁽⁷⁾.

(1) دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، ص 34.

(2) الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22/11/1976، الجريدة الرسمية، ع 94، ص 1304.

(3) مرسوم رئاسي رقم 18/89 مؤرخ في 28/02/1989، الجريدة الرسمية، ع 09، ص 241.

(4) مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 07/12/1996، الجريدة الرسمية، ع 76، ص 14.

(5) القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06/03/2016، الجريدة الرسمية، ع 14، ص 15.

(6) مرسوم رئاسي رقم 18/89 مؤرخ في 28/02/1989، الجريدة الرسمية، ع 09، ص 240.

(7) مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 07/12/1996، الجريدة الرسمية، ع 76، ص 15.

2- في القوانين بشق فروعها العامة والخاصة:

أ- قانون العقوبات:

لقد وردت في قانون العقوبات الجزائري عدة نصوص تشريعية قننت أحكام الأسرة من وجهة نظر جزائية، وذلك بغية إضفاء الحماية الجنائية على العلاقات الأسرية، وقد انتظمها الفصل الثاني من الباب الثاني واشتمل على المواد من 304 إلى 349 مكرر؛ حيث صَنَّفَ هذا القانون الأفعال التي توصف بأنها جرائم أسرية، كما أتبع ذلك بتقرير الجزاءات العقابية المناسبة، ونستعرض الآن بعضا من هذه الأحكام باختصار، ودون التفصيل فيها لطولها على النحو التالي⁽¹⁾:

- الجرائم الواقعة على الرابطة الزوجية: وتتمثل في جريمة ارتكاب الزنا من الزوجين وقد عاقب عليها المشرع الجزائري في المادة 339 من قانون العقوبات إذ جاء النص فيه على ما يلي: " يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا وتطبق العقوبة ذاتها على من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي ارتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته ...".

- الجرائم الواقعة على رابطتي الأبوة والبنوة: وتتمثل في جريمة ارتكاب الفاحشة بين المحارم وقد حدد المشرع الجزائري على سبيل الحصر في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المحرمية وهم الأصول والفروع الذين تربطهم علاقة القرابة بالأبوة والبنوة وعلاقة الأمومة معتبرة في البنوة، وعاقب عليها بعقوبات قاسية نظرا لبشاعتها؛ حيث جاء في المادة 337 مكرر ما يلي: " تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1- الأقارب من الفروع أو الأصول... تكون العقوبة السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة ... ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/أو الكفالة".

(1) هذا التقسيم مستفاد من أطروحتي دكتوراه هما كالتالي:

1- "الجرائم الأسرية -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" إعداد الطالب: عبد الحليم بن مشري، إشراف: د. الزين عزري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2007/2008.

2- "الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغربية - دراسة تحليلية مقارنة" إعداد الطالب: المبروك منصوري، إشراف: أ.د. محمد بن عمارة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013/2014.

- جرائم الإخلال بالالتزامات العائلية:

- جريمة الإهمال الأسري سواء كان في جانبه المادي ويتمثل في الامتناع عن تسديد النفقة وهو المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات كما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ... كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه وأصوله أو فروعه..."، أم في جانبه المعنوي، فيتمثل في عدة صور منها جريمة ترك مقر الأسرة من طرف أحد الزوجين دون سبب جدي؛ وهي المنصوص والمعاقب عليه في المادة 330 الفقرة 1 من قانون العقوبات، ومنها جريمة ترك امرأة حامل من طرف الزوج في المادة 330 الفقرة 2، ومنها أيضا جريمة تعريض صحة الأولاد للخطر من طرف أحد الوالدين في المادة 330 الفقرة 3؛ ونص المشرع عليها بالكامل كالآتي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر الأسرة لمدة تتجاوز الشهرين...

2- الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل...

3- أحد الوالدين الذي يُعَرِّضُ صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم، أو يُعَرِّضُ أمنهم..."

- جريمة مخالفة أحكام الحضانة وهي عدم تسليم الطفل القاصر من طرف من يتولى الإشراف على تربيته إلى من حكم القضاء بإسناد الحضانة إليه، وهي المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات؛ حيث جاء فيها: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة ... الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضائته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به..."

- جريمة الاستيلاء على أموال التركة قبل قسمتها بطريقة غير شرعية ولا قانونية، وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 363 من قانون العقوبات؛ حيث نصت على التالي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات ... الشريك أو المدعي بحق في تركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته..."

ب- في القانون المدني:

كان للقانون المدني في منظومة التشريع الجزائري فضل السبق في تقنين بعض الأحكام المتعلقة بالأسرة حيث وردت فيه كثير من النصوص أشارت من قريب أو بعيد إلى مسأله؛ ونذكر منها على

سبيل المثال لا الحصر ما ورد في المواد من 404 إلى 407 من القانون المدني، والتي تناولت بالبيان والتفصيل أحكام بيع التركة، ومن هذا المنطلق تعتبر من قبيل النصوص المكملّة لما ورد في قانون الأسرة في مسائل الميراث؛ حيث جاءت موادّه خالية من ذكر هذا الموضوع، كذلك تناول القانون المدني المسائل المتعلقة بقسمة الأملاك الشائعة ومنها التركة؛ حيث نصت المادة 181 من ق أ ج على أن قسمة التركات يجب أن يراعى فيها أحكام القانون المدني في هذا الشأن، كما نُظِّم القانون المدني ما يتعلق بملكية الأسرة سواء كانت تركة موروثّة أم أموال مشتركة وذلك في المواد من 738 إلى 742 من القانون المدني، كذلك نص القانون المدني على أحكام الأهلية كسن التمييز المحدد بـ 13 سنة، وسن البلوغ المحدد بـ 19 سنة، وأحكام ناقص الأهلية وفاقدها، وأحكام الحالة المدنية للأشخاص الطبيعيين كأحكام الولادة والاسم والقرابة، وهي الواردة في المواد من 25 إلى 48 من القانون المدني، كذلك قَرَّر القانون المدني أن من بين طرق اكتساب الملكية الميراث في المادتين 773 و774 من القانون المدني، وتناول أحكام الوصية في المواد من 775 إلى 777 من القانون المدني.

ج- في قانون الحالة المدنية:

قانون الحالة المدنية يُنظِّم بعض أحكام الأسرة في قواعد قانونية تحدد مركز الفرد اتجاه أسرته⁽¹⁾، وتطبق هذه القواعد على مسائل تحرير عقد زواج وكيفية تسجيله وتقييده في سجلات الحالة المدنية، وحالة الشهود، والموظف المؤهل لتحرير هذه العقود، وتسجيل الولادات التي تعتبر من آثار الزواج بحيث يثبت بها نسب الولد، وتتناول من أحكامه ما تعلق بعقد الزواج تمثيلا في النقاط التالية:

- **بيانات عقد الزواج:** نصت عليها المادتان 30 و73 من قانون الحالة المدنية وتتمثل في وجوب أن تتضمن وثيقة عقد الزواج اسم ولقب وصفة ضابط الحالة المدنية، وأسماء وألقاب الزوجين والأبوين وتواريخ وأمكنة الولادة، والإشارة إلى الرخصة أو الإذن بالزواج عند الاقتضاء، وغيرها.

- **إثبات وتقييد عقد الزواج:** بما أن قانون الحالة المدنية سبق قانون الأسرة فالمادة 39 منه تبقى سارية المفعول بشأن تقييد وإثبات عقود الزواج التي وقعت في الفترة ما بين قانونين، ولم تكن قد قيدت في سجلات الحالة المدنية، أما المادة 22 من قانون الأسرة لا تطبق إلا بشأن عقود الزواج التي وقعت بعد صدوره في 1984/06/09.

(1) عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، ص 10.

- مركز الشهود عقد الزواج: نصت عليهم المادة 33 من قانون الحالة المدنية على أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا أقارب أم من غيرهم دون تمييزهم من حيث الجنس ويختارهم الأشخاص المعنيون، وبمقتضى المادة 222 من ق أ ج يجب أن يشترط في شهود عقد الزواج الرشد والعقل والعدالة والبلوغ والإسلام، والذكورة عند الجمهور وأجاز الحنفية شهادة رجل وامرأتين⁽¹⁾.

ثانيا- معالم تقنين أحكام الأسرة في القانون الأم (قانون الأسرة):

تحتل أحكام الأسرة في المنظومة التشريعية الجزائرية مكانة حساسة لارتباطها المباشر بالقاعدة الأساسية لبناء كل مجتمع قديم أو جديد ألا وهي الأسرة، وهذا ما يفسر تأخر تقنين أحكامها في الجزائر مدة طويلة غداة الاستقلال ناهزت الثنتين والعشرين سنة، وبقاءها رهينة التجاذبات الأيدلوجية بين تيار الأصالة المتشبث بقيم المجتمع الجزائري، وتيار الحداثة المتشبع بأفكار العصرية الغربية، رغم المحاولات المتكررة لوضع مشاريع لقانون الأسرة لكنها مُنيت بالفشل؛ حيث تم وضع مشروع قانون للأسرة بين سنتي 1964 و1965 استخلصت أحكامه من قانون مارسيل موران الاستعماري لسنة 1906 السالف الذكر لكن أسقطته المناقشات الحادة بين تيار المحافظين والحدائين، ثم تم تقديم مشروع ثان في فيفري 1966 ومشروع ثالث خلال سنوات 1971 و1973 لكنها باءت كلها بالفشل، ثم بعد فترة وتحديد سنة 1981 وضعت مسودة قانون للأسرة لكنها لم تحظى بإجماع أعضاء البرلمان حينذاك وتسببت في خروج مظاهرات عارمة تعبيرا عن رفضه، فاضطرت السلطات إلى سحبه نهائيا⁽²⁾، وبقيت أحكام الأسرة خاضعة لقواعد المذهب المالكي وبدون تقنين جامع إلا بعض القوانين الجزئية الصادرة لتقنين أحكام تنظيمية للأسرة كتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية الصادر في 29 جوان 1963، والأمرين الصادرين في 1966 و1971 المتعلقين بكيفية إثبات الزواج، وظل موضوع العمل على إيجاد قانون للأسرة الجزائرية محل أحد ورد وجدال ونقاش استغرق مدة لم يستغرقها قانون غيره⁽³⁾، وبمجيء سنة 1982 تم تشكيل لجنة بإشراف الشيخ عبد الرحمان شيبان وزير الشؤون الدينية آنذاك ضُمَّت أساتذة مختصين في الشريعة الإسلامية وفي العلوم القانونية،

(1) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6569/9.

(2) عبد الرحمان هرنان، محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، ص55-61.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 19/1-20.

وقضاة ومحامين وممثلين للإتحاد النسوي، وكان من منهج عملها البحث والتعمق في مسائل أحكام الأسرة من مختلف المذاهب الفقهية والقوانين الصادرة في الدول العربية ودراساتها ومقارنتها للخروج بمشروع قانون للأسرة يراعي مصلحة الأسرة بما يتلاءم مع مبادئ التشريع الإسلامي ومقاصده السامية⁽¹⁾، وانتهت اللجنة إلى وضع هذا المشروع الذي تم عرضه على البرلمان لمناقشته في دورته الربيعية لسنة 1984 فوافق عليه في 29 ماي 1984، وصدر في 09 جوان من نفس السنة⁽²⁾.

لقد كان لصدور قانون الأسرة عظيم الأثر في الحقل التقني ذلك أنه إضافة إيجابية ومكسب مهم للقضاة والمتقاضين والمحامين؛ لأنه ملأ الفراغ التشريعي في مجال تنظيم أحكام الأسرة، وأنهى فوضى الأحكام المتضاربة التي عاشها القضاء الجزائري زمنا طويلا في مادة الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما، كان خلاله مقيدا بنماذج لأحكام موروثة بعيدة المعالم عن الصياغة القانونية، وعليه فقد وَحَّدَ قانون الأسرة المرجعية القانونية بعد سلسلة من المحاولات التشريعية التي لم تظفر بالنجاح⁽³⁾.

أما بالنسبة لمعالم تقنين أحكام الأسرة في هذا القانون فهي ظاهرة الوضوح بارزة الصروح؛ إذ جمع هذا القانون كل المسائل المتعلقة بالأسرة من مرحلة تأسيسها إلى مرحلة إنهائها مع النص على آثار هذا الإنهاء سواء كان بالطلاق أم الوفاة، ويَحْسُنُ بنا أن نستظهر ذلك من خلال بيان ما تضمنه هذا القانون من أحكام وتشريعات على النحو التالي:

- 1- أحكام عامة: من المادة 01 إلى المادة 03 تضمنت موضوع القانون، وتعريف الأسرة ودعائمها.
- 2- الكتاب الأول: تضمن أحكام الزواج وانحلاله من المادة 04 إلى المادة 80، واحتوي على بابين؛ الباب الأول: عنوانه الزواج وقُسِّمَ إلى خمسة فصول؛ الفصل الأول عنوانه: الخطبة والزواج، وانطوى على مسائل رُيِّبَتْ حسب العناوين الآتية: الخطبة، أركان الزواج، عقد الزواج وإثباته، والفصل الثاني عنوانه: موانع الزواج، والفصل الثالث عنوانه: النكاح الفاسد والباطل، والفصل الرابع عنوانه: حقوق وواجبات الزوجين، أما الفصل الخامس فعنوانه: النسب، والباب الثاني: عنوانه انحلال الزواج، احتوي على ثلاثة فصول؛ الفصل الأول عنوانه الطلاق، والفصل الثاني: آثار الطلاق، تضمن: العدة، الحضانة، النزاع في متاع البيت، أما الفصل الثالث فعنوانه: النفقة.

(1) معروف عرابي، قانون الأسرة بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية (مقال)، ص 10-11.

(2) نواره العشي، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي (مقال)، ص 296.

(3) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 11.

3- الكتاب الثاني: تناول أحكام النيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125، انطوى على سبعة فصول معنونة كالتالي؛ **الأول:** أحكام عامة تتضمن بعض مسائل الأهلية، **والثاني:** الولاية، **والثالث:** الوصاية، **والرابع:** التقديم، **والخامس:** الحجر، **والسادس:** الغائب والمفقود، **والسابع:** الكفالة.

4- الكتاب الثالث: تطرق إلى أحكام الميراث من المادة 126 إلى المادة 183، وقُسِّمَ إلى سبعة فصول معنونة كالتالي؛ **الأول:** أحكام عامة تمحورت حول أسباب وشروط وموانع الإرث، **والثاني:** أصناف الورثة، **والثالث:** العصبية، **والرابع:** أحوال الجد، **والخامس:** الحجب، **والسادس:** العول والرد والدفع، **والسابع:** التنزيل، **والثامن:** الحمل، **والتاسع:** المسائل الخاصة وهي الأكدرية، المشتركة، الغراوين، المباهلة، المنبرية، **والعاشر:** قسمة التركات.

5- الكتاب الرابع: وقد خُصِّصَ لموضوع التبرعات (الوصية- الهبة- الوقف)، وتَفَرَّعَتْ عنه أربعة فصول معنونة كالتالي: **فالأول:** الوصية، **الثاني:** الهبة، **والثالث:** الوقف، **الرابع:** أحكام عامة نصت على مجال تطبيق القانون، ووجوب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النص، وإلغاء جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة.

ونشير إلى أنه رغم الإيجابيات التي تضمنها هذا القانون إلا أنه قد اعتراه النقص ككل عمل بشري، ولذلك طاله التعديل سنة 2005⁽¹⁾ في جملة من مَوَادِّه سواء بالإضافة أم بالإلغاء، وكان ذلك لسببين حسب ما جاء في مشروع التعديل هما: الضغوط الأيدلوجية والمستجدات القانونية؛ فمن الأول التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري التي أصبح هذا القانون قاصرا عن مجاراتها كتحرير المرأة من قيود العادات والتقاليد البالية، ومساواتها بالرجل كما كان يتنادى بها العلمانيون، ومن الثاني مواءمة هذا القانون للاتفاقيات الدولية التي انخرطت فيها الدولة الجزائرية سواء منها المتعلقة بالقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، أو المتعلقة بحقوق الطفل⁽²⁾، لكن جاءت هذه التعديلات رغم أهميتها دون الطموحات وعُزُزَةُ للانتقادات؛ حيث لم تَحُلَّ الإشكالات المجتمعية التي طرحتها بل زادتْ ضِعْفًا على إِبَّالَةٍ، وقد كانت محل دراسة وبحث من طرف الباحثين الأكاديميين كشفوا عَوَارِهَا من الناحية الشرعية والقانونية وأثبتوا أن هذه التعديلات لا ترقى إلى العمل العلمي والفني شرعا وقانونا، ولا يتسع المقام

⁽¹⁾ صدر التعديل في الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 42، مؤرخة في 27 فيفري 2005.

⁽²⁾ نواة العشي، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي (مقال)، ص 298.

للتفصيل فيها⁽¹⁾، لكن لا مانع من إعطاء نظرة إجمالية عليها؛ حيث مَسَّ التعديل 41 مادة قانونية بين الحذف والإضافة والإثراء⁽²⁾؛ فالمواد المضافة هي: 3 مكرر، و7 مكرر، و8 مكرر و8 مكرر¹، و9 مكرر، و45 مكرر، و53 مكرر، و57 مكرر، أما المواد المحذوفة فهي: 12، و20، و38، و39، و63⁽³⁾.

(1) يمكن الرجوع إلى مذكرتي ماجستير:

1- غير مطبوعة بعنوان: التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- من المادة 01 إلى المادة 31 نموذجا، إعداد الطالب: فيصل بلحاج، إشراف: د. عبد المجيد جمعة، كلية العلوم الإسلامية، قسم، الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، السنة الدراسية: 1433هـ/1434هـ، 2012م/2013م؛

2- مطبوعة بعنوان: قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات- دراسة فقهية ونقدية مقارنة، تأليف: أحمد شامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، 2010م.

(2) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص233.

(3) للتفصيل ينظر: نورة العشي، المرجع السابق، ص298.

المطلب الثالث: حقيقة الاجتهاد القضائي، ومجالاته، وضوابطه في أحكام الأسرة.

لما كان لموضوع الدراسة علاقة بالاجتهاد القضائي في الجزائر، وهو الذي تجسده قرارات المحكمة العليا باعتبارها تطبيقاً عملياً للنصوص القانونية، وانطلاقاً من أهمية الاجتهاد القضائي في التأسيس للقاعدة القانونية في مجال أحكام الأسرة، فإنه من اللازم علينا تخصيص هذا المطلب لبيان مفهوم الاجتهاد القضائي وتوضيح مجالاته، وضوابطه، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع؛ حيث يدرس الأول مفهوم الاجتهاد القضائي، ويتناول الثاني مجالاته، ويتطرق الثالث إلى ضوابطه.

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي.

مصطلح الاجتهاد القضائي مركب وصفي لا بد من تعريف جرائه؛ حتى يتمهّد لنا إعطاء التعريف اللغوي المناسب مع تحري الممازجة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني؛ لأن هذا المصطلح له بعده القانوني الذي لا يمكن إغفاله⁽¹⁾، وبيان ذلك كما يلي:

أولاً- تعريف مصطلح الاجتهاد القضائي باعتبار أجزائه:

نتناول تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً أولاً ثم تعريف القضاء لغة واصطلاحاً على النحو التالي:

1- تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

مشتق من الجَهْد بالفتح وهو الطَّاقَةُ والوُسْعُ وقد يُضْمُّ، والجَهْدُ بالفتح فقط المشقة، وكلاهما مقروء به في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾ [التوبة: 79]، فالمتواتر بالضم، والفتح قراءة شاذة عن الإمام نافع⁽²⁾، وَجَهْدَ الرجلُ فهو مجهود من المشقة، ويقال: أصابهم قُحُوطٌ من المطر فَجَهِدُوا جَهْدًا شديداً، وَجَهْدَ عَيْشُهُ بالكسر؛ أي نَكَدَ وَاشْتَدَّ، وَالْجَهْدُ وَالْتِّجَاهُ بذل الوسع

(1) للفقه القانوني مزية السبق في التأصيل لهذا المصطلح، علماً أنه موجود بمعناه في النظام القضائي الإسلامي؛ حيث إن أهم شرط في القاضي الشرعي الاجتهاد، فكان الأولى بمن كتب من المعاصرين في موضوع الاجتهاد أن يعده قسيماً مستقلاً للاجتهاد الفقهي؛ لأن فقه القضاء الشرعي هو نفسه الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، وقد وجدت من العلماء من أشار إليه في معرض حديثه عن الاجتهاد - حسب ما اطلعت - وهو الدكتور مُجَدِّد سلام مذكور حيث قال: "والاجتهاد الآن بالنسبة للقضاء يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاء في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص." كذلك أشار إليه الدكتور محمضاني بنفس المعنى، ينظر: مُجَدِّد سلام مذكور، **مناهج الاجتهاد في الإسلام**، 338/2؛ مدخل للفقه الإسلامي، ص 383؛ صبحي محمضاني، **فلسفة التشريع في الإسلام**، ص 164.

(2) ينظر: الهذلي، **الكامل في القراءات**، ص 563.

والمجهود؛ وهو افتعال من الجُهد أي الطاقة⁽¹⁾، فأما في المشقة والغاية فالفتح لا غير، وزيادة التاء في اجتهد تدل على المبالغة وإتيان الشيء بإقبال شديد، نحو اكتسب فهو أبلغ من كَسَب⁽²⁾.

ب- اصطلاحا:

اختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الاجتهاد اصطلاحا، لكنها لا تبتعد في معناها عن مدلوله اللغوي، وسننتخب بعضها عند القدامى منهم والمحدثين كالتالي:

- قال الآمدي⁽³⁾ في حده: "استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يُحسُّ من النفس العجزُ عن المزيد فيه"⁽⁴⁾.

- وعرفه الشوكاني بأنه: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي، بطريق الاستنباط"⁽⁵⁾.

- وقد عرفه محمد أبو زهرة فقال: "استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في استنباط الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها"، وشبيهه به تعريف فتحي الدريني إذ يقول: "بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصا وروحا، والتَّبَصُّر بما عسى أن يسفر تطبيقه من نتائج على ضوء من مناهج أصولية مشتقة من خصائص اللغة وقواعد الشرع أو روحه العامة في التشريع"⁽⁶⁾.

- كما عرفه عبد الكريم زيدان بقوله: "هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط"⁽⁷⁾.

والملاحظ على هذه التعاريف التقارب في معانيها، غير أن تعريف أبي زهرة والدريني أضاف جديدا إلى المدلول الاصطلاحي للاجتهاد؛ وهو تقسيمه إلى اجتهاد في استنباط الأحكام وتَقَهُمَهَا تأصيلا،

(1) الزبيدي، تاج العروس، مادة: جهد، 534/7؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة: جهد، 135/3؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة: جهد، 112/1.

(2) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 319/1-320؛ القرافي، نفائس الأصول، 9788/9.

(3) هو: علي بن أبي علي بن سالم الثعلبي سيف الدين الآمدي، شيخ المتكلمين في زمانه، كان حنبليا ثم تحول شافعيًا، تفنن في علم النظر والكلام، له: إنكار الأفكار، ودقائق الحقائق، توفي سنة 631هـ، ينظر، ابن كثير، طبقات الشافعية، 762/2.

(4) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 162/4.

(5) الشوكاني، إرشاد الفحول، 205/2.

(6) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص 379؛ فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ص 22.

(7) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 441.

واجتهاد في تطبيقها وتحقيق مناطاتها على وقائع المكلفين تنزيلا، ولهذا التعريف بُعدٌ مقاصدي يُستفاد من تنظير الإمام الشاطبي لمبحث الاجتهاد⁽¹⁾.

2- تعريف القضاء لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

القضاء مصدر من الفعل قَضَى يَقْضِي وجمعه أقضية، والاسم قَضِيَّةٌ وجمعها قضايا⁽²⁾، ويأتي في اللغة على معانٍ عديدة نذكر أهمها مع توضيح أقربها إلى المعنى المقصود ها هنا:

- الحكم والفصل: يقال: قَضَى يَقْضِي قَضَاءً فهو قاضٍ إذا حَكَمَ وفَصَلَ⁽³⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: 23].

- الأداء والإنهاء والوفاء والإتمام: يقال: قَضَى دَيْنَهُ أي أَدَّاهُ، وقضى عليه أي أنهى حياته، وقضى حاجته فرغ منها، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَادْكُرُوا اللَّهَ﴾ [النساء: 103]؛ أي أَدَّيْتُمُ الصَّلَاةَ، ومنه قوله كذلك: ﴿فَوَكَرَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: 15]؛ أي أنهى حياته، وقوله أيضاً: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى الْأَجَلَ﴾ [القصص: 29]؛ أي أوفاه وأتمه⁽⁴⁾.

- الإبلاغ والإعلام: يقال: قضى إليه الأمر أبلغه به، ومنه قوله تعالى: ﴿وَفَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ﴾ [الحجر: 66].

- الإحكام والإتقان والإنفاذ: يقال: قضيتُ هذه الدارَ أي أحكمت وأتقنت عملها، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [فصلت: 12]، وقَضُوا بينهم مَنَايَا؛ أي أنفذوها⁽⁵⁾.

هذه أهم المعاني اللغوية لكلمة القضاء، والتي لها علاقة بالحكم والفصل والإنفاذ، وقد نقل بعض اللغويين أن الفعل قَضَى في اللغة على ضروب؛ كُلُّهَا ترجع إلى معنى انقطاع الشيء وتمامه⁽⁶⁾.

(1) فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص 293؛ سيف الشامسي، نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، ص 62.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: قضي، 186/15.

(3) المرجع نفسه.

(4) ابن منظور، المرجع السابق، مادة: قضي، 187/15؛ الرازي، مختار الصحاح، ص 255.

(5) الأزهري، تهذيب اللغة، مادة: قضي، 170/9؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: قضي، 99/5؛ الجوهري، الصحاح،

مادة: قضي، 2463/6.

(6) الأزهري، المرجع السابق، مادة: قضي، 169/9.

2- اصطلاحا:

يمكن تمييز تعاريف العلماء للقضاء اصطلاحا باعتباره وظيفة للقاضي؛ الذي هو تعريف قريب من المدلول اللغوي بمعنى الحكم والإلزام، وباعتباره سلطة وصفة حكمية ملازمة لمنصب القضاء⁽¹⁾.

أ- تعريف القضاء باعتباره وظيفة:

جاء تعريفه عند فقهاء المذاهب الأربعة كما يلي⁽²⁾:

- عَرَّفَهُ الأحناف بأنه فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص، وقول ملزم يصدر عن ولاية عامة.

- وعَرَّفَهُ المالكية كذلك بأنه الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.

- كما عَرَّفَهُ الشافعية بأنه إلزام من له الإلزام بحكم الشرع.

- وعَرَّفَهُ الحنابلة بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات.

- وعَرَّفَهُ بعض المعاصرين بأنه فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام⁽³⁾.

ب- تعريف القضاء باعتباره سلطة:

من أهم التعاريف التي نحت هذا المسلك ما ورد لابن عرفة أنه: "صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين"⁽⁴⁾، كما عَرَّفَهُ من المعاصرين مُحَمَّدُ الزحيلي بقوله: "هو سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية"⁽⁵⁾. فمن خلال ما سردناه من تعاريف اصطلاحية للقضاء سواء كان باعتباره منصبا أم باعتباره سلطة يمكن ملاحظة العناصر الآتية⁽⁶⁾:

- أن أصل وظيفة القضاء هو الفصل في الخصومات وقطع المنازعات بين الناس فهي أعمال قضائية

(1) مُحَمَّدُ نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص21-22؛ مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، ص28.

(2) ابن عابدين، رد المختار، 352/5؛ البلخي، الفتاوى الهندية، 306/3؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 11/1؛ الرملي، نهاية المحتاج، 535/8؛ البهوتي، كشف القناع، 285/6.

(3) مُحَمَّدُ نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص28.

(4) الرصاع، الهداية الكافية الشافية، ص433.

(5) مُحَمَّدُ الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص61.

(6) مراد كاملي، المرجع السابق، ص29 وما بعدها.

بمجة تصدر في صورة أحكام، أما ما يصاحب وظيفة القضاء من مهام إدارية، فهي أعمال ولائية تصدر في شكل أوامر أو قرارات إدارية ليست من صميم العمل القضائي بل قد تدعو إليها الضرورة. - أن القضاء في الشريعة الإسلامية يحمل طابع الإلزام، وهو ما يميزه عن الفتوى التي هي إخبار عن حكم شرعي بدون إلزام⁽¹⁾.

- أن القضاء ولاية شرعية وسلطة قائمة بذاتها، ومنصب معلوم من ضمن ولايات الدولة. - أن القضاء ولاية آتية من الإمام إذ أنه يُؤلَّى القضاة للقيام بهذه الوظيفة الشرعية، وهم نُواب عنه. - أن ولاية القضاء تعطي للمؤلَّى سلطة إصدار الحكم القضائي، وإنفاذه في كل ما تعلق بالفصل في النزاعات والخصومات القائمة بما في ذلك ما يحتاجه للفصل في تعديل بَيِّنَةٍ أو تجريحها.

ثانيا- تعريف الاجتهاد القضائي باعتباره مركبا وصفيا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

مصطلح الاجتهاد القضائي بهذا الاعتبار مصطلح مستحدث من ابتكار الفقه القانوني، وعليه لا نجد له تعريفا محددًا لدى فقهاء الشريعة القدامى لأنه لم يكن في أبجدياتهم قضاء بدون اجتهاد، ولذلك ما سنورده من تعاريف هو للفقهاء المعاصرين، وكذا في الفقه القانوني على النحو التالي:

1- في الفقه الإسلامي:

- عَرَفَهُ قطب الريسوني بقوله: "استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية، وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"⁽²⁾. - وعَرَفَهُ مهدي العجلوني قائلا: "استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها وملزم لأطرافها"⁽³⁾. - كما عَرَفَهُ كمال الصمادي بقوله: "المسلك الذي يتبعه القضاة في استنباط الأحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليهم، وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية على الوقائع والحوادث، وتفسير نصوص القانون والوقائع وتفريعها على أصولها، والسير بإجراءات التقاضي حتى صدور الحكم"⁽⁴⁾. - كذلك عَرَفَهُ محفوظ بن صغير بقوله: "استفراغ القاضي جهده لتنزيل الحكم الشرعي على القضية

(1) البناي، حاشية شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع، 397/2.

(2) قطب الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر، ص11.

(3) مهدي العجلوني، قواعد تفسير النصوص، ص16.

(4) كمال الصمادي، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية، ص08.

المطروحة أمامه عند عدم وجود النص الذي يستند إلى الكتاب أو السنة، وذلك بالاستدلال له بالقياس أو بأحد الأدلة الاجتهادية الأخرى، كما يكون عند وجود النص الظني الثبوت أو الدلالة، فيجتهد القاضي في فهم مراد النص وتحقيق مناطه⁽¹⁾.

عند التَّمَعُّن في هذه التعاريف نجد أن أصحابها وإن تفاوتت قرائحهم الذهنية في صياغة تعريف لقبي يجمع خصائص الجمع والمنع لأفراده، إلا أن تعاريفهم صدرت عن مورد واحد، بحيث كانت مزجا بين المدلول الاصطلاحي للاجتهاد وضميمه في القضاء، وسأحاول في ضوئها صوغ مفهوم لهذا المصطلح؛ وعليه أقول بأن الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي صاحب الملكة الفقهية والقانونية جهده العقلي في الفصل في الخصومة القضائية المترافع بها أمامه، سواء باستنباط الحكم الشرعي الواجب التطبيق أم تفسيره عند التعارض بالنظر في منطوق النصوص الشرعية والقانونية أو مفهوما.

2- في الفقه القانوني:

عرّف فقهاء القانون الاجتهاد القضائي كمصطلح قانوني على أساس مدلولين؛ مدلول عام وشامل ومدلول خاص وضيق، وعليه سنتناول كلا المعنيين على النحو الآتي:

أ- المدلول العام والشامل للاجتهاد القضائي:

أصل مصطلح الاجتهاد القضائي مستعمل وشائع في النظام القانوني الفرنسي؛ وهي كلمة يعود أصلها إلى اللغة اللاتينية *jurisprudencia* وتعني علم القانون؛ ذلك أن *juris* تعني القانون، و*prudencia* تعني المعرفة أي العلم وباللغة الفرنسية *la jurisprudence*، ويقابل هذا المصطلح في النظام الأنجلوساكسوني⁽²⁾ كلمة السوابق القضائية وباللغة الإنجليزية *precedents* *juridicial*، وتجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا لا يستخدم مصطلح السابقة القضائية فتمت الاستعاضة عنه بمصطلح الاجتهاد القضائي⁽³⁾، ونذكر الآن جملة من التعاريف كالآتي:

– عرّفه الفقه الفرنسي بأنه علم تطبيق القانون⁽⁴⁾.

(1) محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث (مقال)، ص 91.

(2) هو نزعة فقهية تسود القوانين الحديثة منها بريطانيا وأمريكا وأستراليا وغيرها، ومن خصائص هذا النظام أنه لا يقيم وزنا كبيرا للفقه بل يأخذ بالقضاء، ويجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون، ينظر: عبد الرزاق السنهوري وآخرون، أصول القانون، ص 136.

(3) حامد الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني (مقال)، ص 04.

(4) المرجع نفسه.

- كذلك عَرَّفَهُ عبد المنعم البدرأوي بأنه مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة⁽¹⁾.
- وقيل في تعريفه كذلك بأنه عبارة عن مجموع القرارات القضائية المطبقة في ميدان معين، والتي تُمَكِّنُنَا من استنباط المبادئ، والحلول المطبقة في ميدان ما⁽²⁾.
- ويطلق هذا المصطلح بحسب هذا المعيار أيضا على القضاء لا بجميع أحكام محاكمه بل الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات تستوجب الفصل فيها⁽³⁾.

ب- المدلول الخاص والضيق للاجتهاد القضائي:

- عَرَّفَهُ الفقيه الفرنسي جيرارد كورنو بقوله: "مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون أو عند تفسير القانون عندما يعتريه الغموض"⁽⁴⁾.
- كما عَرَّفَهُ عمار بوضياف بأنه البحث العلمي الذي يقوم به القاضي قصد إيجاد الحلول المناسبة من دون التغاضي عن جوهر التشريع، وكذلك هو طريقة يعتمد عليها القاضي للقياس وربط الأحكام بهدف تحقيق النتيجة المرجوة⁽⁵⁾.
- وعَرَّفَهُ محمد أمقران بوبشير حيث قال: "هو الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها في حال عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته"⁽⁶⁾.
- بعد إيراد هذه التعاريف نلاحظ أن للاجتهاد القضائي في الفقه القانوني جملة من الخصائص منها⁽⁷⁾:

- الاجتهاد القضائي بالمعنى العام كالوظيفة القضائية؛ إذ القاضي وفقه يفصل في النزاع بناء على نص قانوني واضح لا يحتاج فيه إلى اجتهاد، بل قصارى جهده تطبيق القاعدة القانونية على النزاع.
- الاجتهاد القضائي بمدلوله الخاص والضيق عمل يقوم به جميع القضاة في المحاكم على اختلاف درجاتها، فهو غير مقصور على قضاة محاكم القانون (المحكمة العليا ومجلس الدولة)، بل كل حكم

⁽¹⁾ عبد المنعم البدرأوي، مبادئ القانون، ص244.

⁽²⁾ يحيى بوري، الاجتهاد القضائي الجزائري (مقال)، ص28.

⁽³⁾ ياسين مُجْدِي، مبادئ العلوم القانونية، ص141.

⁽⁴⁾ (النص ترجمه إلى العربية حامد الطائي، المرجع السابق) G.CORNU, **vocabulaire juridique**, p16.

⁽⁵⁾ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، ص182.

⁽⁶⁾ محمد بوبشير، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق (مقال)، ص53.

⁽⁷⁾ دلال لوشن وآخرون، الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد، ص258.

فاصل في قضية بناء على تفسير نص غامض أو إكمال ما فيه من نقص أو تدارك فراغ تشريعي حاصل أو استنباط للأحكام من المصادر القانونية الأخرى، يُعدُّ اجتهادا قضائيا حتى ولو صدر من قضاة الجهات القضائية السفلى (المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية)، وفي الجزائر حددت المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الجهة القضائية المخولة حصرا لتوحيد الاجتهاد القضائي وهي المحكمة العليا في القضاء العادي ومجلس الدولة في القضاء الإداري؛ وبالتالي سلبت الجهات السفلى هذه الصلاحية، وهذا تطبيقا لمبدأ الأمن القضائي.

- عنصرا الاستقرار والتكرار لمدة زمنية معينة ليسا شرطا لنشأة الاجتهاد القضائي، حيث قد يصدر قرار يتضمن حلا قانونيا مستجدا وحاسما لإشكال قانوني معين، ومع ذلك يعتبر اجتهادا قضائيا بمعناه الضيق⁽¹⁾.

ونشير إلى أن المفهوم الذي التزمناه في دراسة الاجتهاد القضائي في المسائل الفقهية في الجزء التطبيقي من هذا البحث هو المدلول الواسع الذي يقرر أنه مجموع القرارات القضائية المطبقة في ميدان معين، وهذا ما يُمكنُنَا من استنباط المبادئ والحلول المطبقة في أحكام الأسرة.

الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي.

تعدد مجالات الاجتهاد القضائي في ظل كفاية النصوص القانونية للتطبيق على الوقائع المعروضة أمام القاضي؛ فالنصوص محصورة والوقائع غير محصورة فعندئذ يكون القاضي بصدد الاجتهاد في نطاق النص، كذلك يجتهد عند انعدامه، ويجتهد في تطبيقه لأنها وظيفته الأساسية؛ وهو ما سنتناوله بالبيان في الفقرات الآتية:

أولا- الاجتهاد القضائي في نطاق النص القانوني:

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني لأنه لا اجتهاد مع النص⁽²⁾، وإطلاق سلطته فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها، أو خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في إزالة العيوب التي حملتها صياغته؛ وأكثر العيوب شيوعا في النصوص القانونية ثلاثة هي⁽³⁾:

(1) عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني (مقال)، ص 03.

(2) ينظر: محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 39/1.

(3) عبد الرزاق السنهوري وآخرون، أصول القانون، ص 242-243؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 181 وما بعدها.

1- عند غموض النص، أو إبهامه.

2- عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل.

3- التناقض بين النصوص.

وغموض النص يعني أنه ليس له معنى واضح ومحدد، وإنما يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي أن يجتهد في هذه الحالة لفهم النص وتحديد معنا، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها، أما النقص في النص فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويُعْغِلُ في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها، ويحاول القاضي في هذه المسائل أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع في ذلك بطرائق التفسير المتاحة⁽¹⁾، كما يستعين في ذلك بالتفسير التشريعي والفقه⁽²⁾، والتناقض يكون بأن يصطدم نص بنص آخر، فعندئذ يجب التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة⁽³⁾.

ثانياً- الاجتهاد القضائي عند انعدام النص القانوني:

إذا لم يجد القاضي في نصوص القانون قاعدة يقضي بموجبها لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، واللجوء إلى المصادر الاحتياطية الأخرى، وذلك بعد الرجوع إلى مصادر القانون الرسمية، ومن أهم هذه المصادر وأبرزها مبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾، وقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني في مادته الأولى الفقرة الثانية على ذلك: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽⁵⁾، ويراد بمصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا النص عند أغلب فقهاء القانون الوضعي الأصول الكلية المتفق عليها للشريعة الإسلامية، والتي لا يختلف جوهرها

(1) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 234.

(2) تفسير التشريع: هو توضيح ما أُجْمِعَ من ألفاظه، وتكميل ما إقْتُضِبَ من نصوصه، وتخرج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة، وينقسم إلى تفسير تشريعي وهو الذي يصدر عن المشرع نفسه، وتفسير قضائي وهو الذي يقوم به القضاء عندما يطبق نصوص التشريع، وتفسير فقهي ويقوم به فقهاء القانون، ينظر: عبد الرزاق السنهوري وآخرون، أصول القانون، ص 238.

(3) عبد الرزاق السنهوري وآخرون، أصول القانون، ص 242.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 234.

(5) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، الجريدة الرسمية، ع 78، 1975م، ص 990.

باختلاف المذاهب الفقهية دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بل يختلف فيها فقهاء المذهب الواحد، وتتخذ من الكتاب والسنة مباشرة كالحراج بالضمان أو الأمر بالعدل والمساواة⁽¹⁾، كما أحالت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون حيث جاء فيها ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽²⁾، وفي هذا الصدد لم يُجمع شراح قانون الأسرة على تفسير واحد لمصطلح أحكام الشريعة الإسلامية الوارد في هذه المادة بل تردد مفهومه عندهم بين أربعة معان هي كما يلي⁽³⁾:

- 1- يقصد به مصادر الاستنباط؛ القرآن والسنة والإجماع والقياس وصولاً إلى المذاهب الأربعة، وهو تفسير بعيد؛ ذلك أن هناك فرقاً في الاصطلاح الأصولي بين أحكام الشريعة ومصادر الشريعة.
- 2- مجموع ما فيها من الحلول القانونية في مختلف المذاهب الفقهية دون التقيد بمذهب معين، وهذا هو التفسير الغالب عند الباحثين في قانون الأسرة؛ ومنه نستلهم توظيف قاعدة مراعاة الخلاف لاقتراب هذا التفسير من المفهوم الذي رجحناه في تعريف القاعدة.
- 3- المقصود به المذاهب الفقهية السنية وقال آخرون المذاهب الفقهية الأربعة فقط.
- 4- المقصود به المذهب المالكي، وذهب بعض الشراح إلى التضييق فقصره على الراجح من أقوال المذهب، وأغرق آخرون في التضييق بأن جعلوه منحصرًا في مشهور المذهب فقط، ومستندهم في هذا التفسير أنه مذهب جرى به العمل في الجزائر وهو المذهب السائد في تقنين أحكام الأسرة، وهو تفسير بعيد كذلك فلو كان المشرع قاصداً به ذلك لصرح ولم يكتف بالتلميح؛ لأن من القوانين التي استأنس بها المشرع في التقنين الأسري مدونة الأسرة بالمغرب، وقد صرحت باعتماد المذهب المالكي.

ثالثاً- الاجتهاد القضائي في تطبيق النص القانوني:

كما يكون الاجتهاد في نطاق النص بتوضيح غموضه وتكميل نقصه وإزالة تعارضه وتناقضه، وعند انعدامه بالتجاء القاضي إلى طرق التفسير لمأ الفراغ التشريعي، يكون الاجتهاد القضائي في تطبيق النص على الوقائع التي تأخذ شكل منازعات ومخاصمات يترافع بها الناس أمام القضاء فيكون

(1) بوجمة حمد، أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، ص 113-114.

(2) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984، الجريدة الرسمية، ع 24، 1984م، ص 994.

(3) شيخ إسماعيل، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ص 92.

القاضي أمام معضلة الفصل فيها، فإذا أسعفته النصوص بتوفرها ووضوحها لاستنباط الحكم وإيجاد الحلول القضائية، فإنه يجد أمامه خطوة ينبغي عليه تذليلها ألا وهي تحقيق مناط النصوص وتنزيلها على الوقائع، وهذا نوع من الاجتهاد لا يقل أهمية عن اجتهاد المفتي، يقول فتحي الدريني في أهمية الاجتهاد في تطبيق الأحكام: "فالاجتهاد في التطبيق لا يقل أهمية وخطورة عن الاجتهاد في الاستنباط... بل إن التطبيق ونتائجه هو ثمرة التشريع كله؛ لأن التشريع ليس عملا في فراغ"⁽¹⁾.

إن عمل القاضي في الفصل بين الخصومات يكون من خلال تطبيق نصوص القانون، ولهذا فَدَوْرُ القاضي يكون بتطبيق القانون في مختلف القضايا المتنازع فيها، وخلال عملية التطبيق تتم عملية التفسير حتى يتبين للقاضي أن هذه الواقعة محل النزاع يتناولها النص أم لا⁽²⁾.

الفرع الثالث: الضوابط العامة للاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة.

حتى يتحقق اجتهاد قضائي ناجح في مساره، وناجح في حلوله للشأن الأسري، ينبغي على القضاة التقيد ببعض الضوابط العامة التي يتأسس عليها هذا الاجتهاد، نَعَدُّهَا في النقاط التالية⁽³⁾:

أولاً: الفهم الصحيح والاستيعاب الكامل للفلسفة العامة التي تعامل بها الوحي السماوي مع الأسرة باعتبارها كيانا أخلاقيا وتربويا تسوده معاني المودة والرحمة ابتداء وانتهاء.

ثانياً: الاجتهاد وفق المبادئ النازمة للعلاقات الأسرية، والتي تتمحور حول ثنائية الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان.

ثالثاً: التمييز بين الثابت والمتغير في قضايا الأسرة، وإزالة الخلط بين الموروث الاجتماعي الذي أنتجته العادات والتقاليد، وبين الأحكام الشرعية الثابتة علمياً عبر فهم سليم يُنْتَجَحُ من النبع النبوي الصافي.

رابعاً: أن لا يخالف الحكم الاجتهادي القضائي مقاصد الشريعة العامة وقواعدها الكلية؛ ذلك أن المستقرى للأحكام والتوجيهات الشرعية المتعلقة بالأسرة يجد أنها محكومة كلها بمقاصد خاصة ينبغي الشارع تَحَقُّقُهَا في هذه المؤسسة الاجتماعية لتكون بدورها محققة للمقاصد السامية للتشريع.

(1) فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ص 35.

(2) مهدي العجلوني، قواعد تفسير النصوص، ص 36-37.

(3) مُجَدُّ توفيق الرقي، الاجتهاد في القضايا الأسرية: قواعد وضوابط (مقال)، مأخوذ يوم: 2020/08/11م، في الساعة: 22:25، من موقع العلوم القانونية المغربية على الشبكة العنكبوتية، عبر الرابط الآتي:

<https://www.marocdroit.com/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AC%D8%AA%D9%87%D8%A7%D8%AF-%D9%81%D9%8A->

خامسا: أن لا يخالف الحكم الاجتهادي القضائي النصوص القطعية في ثبوتها ودلالاتها؛ والتي تمثل نقطة ارتكاز لهذا الاجتهاد، فالمَعْوَلُ عليه في الاجتهاد القضائي القواطع الشرعية فهي الأصل في القياس عليها والرد إليها، فلا ينبغي أن يعود عليها هذا الاجتهاد بالنقض والإبطال.

سادسا: أن يكون الهدف من كل اجتهاد قضائي مراعاة استقرار الأسرة وسلامتها، وحمايتها من كل أشكال التفكك والتشظى، وصيانة هويتها وأصولها وثقافتها وعمقها الحضاري.

سابعا: الالتزام بالنصوص الشرعية الواردة في نظام الأسرة، والتقيّد بقواعد تفسيرها والتي عليها التعويل في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة والمختلفة⁽¹⁾.

ثامنا: وجوب استصحاب القاضي المجالات التي لا مساغ للاجتهاد فيها في أحكام الأسرة، والتي تُجْمَلُها في ثلاث مجالات أساسية هي⁽²⁾:

1- مجال المسائل المعلومة من الدين بالضرورة: كأركان الدين أو المعتقدات اليقينية أو الفواحيش والمنكرات القطعية؛ فمثلا لا يجوز للقاضي الاجتهاد في مسألة زواج المسلمة بالكافر أو ميراثه منها، كذلك لا يجوز للقاضي عدم اعتبار الخمر أو ترك الصلوات مثلا أسبابا موجبة لطلب التطلاق للمرأة وإرغامها على العيش مع الرجل الذي يقترفها.

2- مجال تطبيق قاعدة لا اجتهاد في مورد النص: فعلى سبيل المثال لا الحصر مسائل الأهلية أو الميراث أو المحرمات من النساء أو جعل الطلاق بيد الرجل أو النفقة من حق الزوجة أو حق الأم في الحضانة أو غيرها مما نص عليه قانون الأسرة صراحة لا يحتاج إلى تأويل أو تفسير؛ فهذه وغيرها مما وردت فيه النصوص لا يجوز للقاضي الاجتهاد فيها إلا من باب تطبيقها على الوقائع المعروضة أمامه.

3- مجال مواضع الإجماع: فالمسائل التي هي محل اتفاق بين العلماء سواء وردت فيها النصوص أم لم ترد لا يجوز للقاضي إعمال اجتهاده فيها كقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث أو قاعدة لا وصية لوارث أو وجوب بدل الخلع أو وجوب أخذ رضا المرأة العاقلة الراشدة في زواجها وعدم إكراهها، أو إباحة تعدد الزوجات في أصله وغيرها.

⁽¹⁾ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 271.

⁽²⁾ ينظر: مهدي العجلوني، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

المطلب الرابع: المصادر الشرعية والقانونية لقانون الأسرة الجزائري.

إن دراسة المصدر الشرعي والقانوني لقانون الأسرة الجزائري ضرورة منهجية؛ ذلك أن استنتاج تطبيقات مراعاة الخلاف في مواد هذا القانون لا بد من افتراض أن المشرع لم يقتصر على مذهب واحد، بل عَدَّدَ من النظر في المذاهب عموماً سواء الأربعة أم غيرها؛ ولذلك سنتناول في هذا المطلب هذه المصادر قبل التعديل وبعده؛ لأنهما محطتان فارقتان في تاريخ هذا القانون ومؤثرتان في أحكامه.

الفرع الأول: مصادر قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005.

استمد المشرع الجزائري أثناء إصدار قانون الأسرة سنة 1984 أكثر أحكامه من فقه الإمام مالك رحمه الله تعالى وبعض المذاهب الأربعة الأخرى، وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلك، كما اعتمد على بعض القوانين العربية التي سبقته مع بعض التعديل أحياناً، ومخالفتها أحياناً أخرى بما يوافق المصلحة المحلية والأعراف التي تعارف عليها الناس في المجتمع الجزائري⁽¹⁾. وقد جاء في المشروع التمهيدي لقانون الأحوال الشخصية الجزائري لسنة 1981 تبيان واضح للخطّة العلمية والعملية التي اعتمدتها اللجنة في وضع مشروع قانون الأسرة لسنة 1984 ما نصه: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، الإجماع، القياس، الاجتهاد، الفقه على المذاهب الأربعة، وعند غير الأربعة في بعض المسائل، وكذا على نصوص تشريعية أخرى لدول شقيقة وهي: تشريع الأسرة السوري، قانون الأحوال الشخصية المصري مع بعض شُرَاحِهِ، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مجلة الأحوال الشخصية التونسية"⁽²⁾، فمن خلال هذا النقل يتبين لي صراحة أن مصادر قانون الأسرة الجزائري يمكن تقسيمها إلى نوعين:

أولاً- المصادر الشرعية:

يمكن تقسيم هذه المصادر إلى مصادر نصية ومصادر غير نصية، وبيانها كما يلي:

1- المصادر النصية: المقصود بها المصادر التي نص عليها الفقهاء في علم الأصول كأدلة لاستنباط الأحكام، وهي المصادر المتفق عليها، وتتمثل في: القرآن الكريم، السنة النبوية، الإجماع، القياس.

⁽¹⁾ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص20.

⁽²⁾ فيصل بلحاج، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي، ص(ط).

2- المصادر غير النصية: المقصود بها المصادر التي لم ينص عليها علماء الأصول كأدلة لاستنباط الأحكام على شاكلة المصادر السابقة، وهي الاجتهاد والفقهاء على المذاهب الأربعة أو غيرها في بعض المسائل، وهذه المصادر بطبيعتها متغيرة تخضع لمؤثرات الزمان والمكان والإنسان. ويمكن القول بأن إعمال قاعدة مراعاة الخلاف في مواد قانون الأسرة الجزائري يَتَجَسَّدُ مجاله في المصادر غير النصية التي قررها واضعوه من أول يوم، والمتمثلة في الاجتهاد وفقه المذاهب الأربعة وغيرها من المذاهب المندثرة.

ثانيا- المصادر القانونية:

تتمثل في التشريعات القانونية- التي سبق لنا ذكرها - لأربع دول عربية هي مصر وسوريا والمغرب وتونس، التي استعان بها المشرع لوضع قانون الأسرة، وفي حقيقتها هي مصادر استثنائية تُعَيِّنُ المشرع على الاطلاع على التجارب الأخرى للدول العربية في مجال تقنين أحكام الأسرة خاصة التي جعلت الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا لتشريعاتهم الأسرية في غالبية أحكامها، ومما يُحَسِّبُ للمشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري أن المادة 222 منه لم تُقَيِّدِ الاجتهاد القضائي أو التشريعي بمذهب معين كما قَيَّدَهُ المشرع السوري بمذهب أبي حنيفة، أو المشرع المغربي بمذهب مالك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مصادر قانون الأسرة بعد تعديله سنة 2005.

منذ إصدار قانون الأسرة الجزائري عام 1984 لم تَطَّلُهُ يد التعديل أو التبديل حتى جاءت سنة 2005، فتنادت أصوات من هنا وهناك يرفع أصحابها عقائرهم بضرورة إعادة النظر في قانون الأسرة لِحَصَّهَا التقرير الصادر عن مجلس الأمة حيث ذكر أسباب التعديل؛ ومن بينها ما يلي⁽²⁾:

- 1- اختلال مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ودورها في المجتمع وتزايد ظاهرة خضوع المرأة للعبودية الاجتماعية، وهضم حقوقها المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية بصورة ملفتة للنظر.
- 2- استفحال ظاهرة الطلاق والتطليق وتفكك الأسرة والعنوسة وتشرد الطفولة والتسرب المدرسي.
- 3- انفتاح أبواب المغالطات والمزايدات السياسية والتطرف الأيديولوجي وسيادة فوضى الفتاوى الدينية الجاهلة في التعامل مع نظام الأسرة في الجزائر.

⁽¹⁾ نواة العشي، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر وباقي دول المغرب العربي (مقال)، ص 297.

⁽²⁾ ينظر: تقرير منشور في مجلة الفكر البرلماني بعنوان: أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية والسياسية والقانونية، ص 262.

- 4- ظاهرة تزايد الضغوط والمساومات والابتزازات الخارجية في نطاق العولمة والنظام الدولي الجديد على الجزائر من خلال ذرائع حماية وترقية حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق المرأة والطفل خاصة.
- 5- اتساع دائرة الثغرات والنقائص في أحكام الأسرة، وتَعَطُّل فاعلية دور القضاء في حماية الحقوق الزوجية والطفولة ومصالح المجتمع عامة.

وكنتيجة لهذه الأسباب جاء تعديل قانون الأسرة سنة 2005، وبقيت كثير من مواده لم يشملها التعديل خاصة ما تعلق منها بالثوابت كالمحرمات من النساء وزواج المسلمة بالكافر والتبني ومواد الميراث وغيرها المستمدة من النصوص القطعية للشريعة الإسلامية، أما ما كان مصدره الاجتهاد وفقه المذاهب الأربعة، فكان محلا للتعديل كمسألة الولي وزواج القاصرات والخلع والتطليق والحضانة وتعدد الزوجات وغيرها.

والملاحظ على هذه التعديلات من خلال الأسباب المذكورة سابقا إضافة مصدر آخر لهذا القانون؛ وهو الاتفاقيات الدولية المُوَقَّعة من طرف الدولة الجزائرية؛ ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة في 18/12/1979، والتي انضمت إليها الجزائر مع التحفظ على المادة 16 بتاريخ 22/01/1996؛ بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 51/96 المؤرخ في 22/01/1996⁽¹⁾؛ فمثلا من بين التعديلات التي استجاب فيها المشرع لهذه الاتفاقية توحيد سن الزواج بـ 19 سنة، كذلك إضافة عمل المرأة كحق من الحقوق التي تتمتع بها وأن هذا الحق لا يشكل عائقا في حضانتها للأولاد في حالة الطلاق⁽²⁾.

⁽¹⁾ مرسوم رئاسي رقم 51/96 مؤرخ في 22/01/1996، الجريدة الرسمية، ع 06، ص 09.

⁽²⁾ ينظر: بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص 127.

الفصل الثاني:

تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الزواج وآثاره.

ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في بعض مسائل

مقدمات عقد الزواج ومقوماته.

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في بعض مسائل

الولاية والصداق في عقد الزواج.

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الصيغة

وآثار عقد الزواج.

المبحث الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل
مقدمات عقد الزواج ومقوماته.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة الاشتراط في عقد الزواج.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة أركان عقد الزواج.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة الإشهاد في عقد الزواج.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة نكاح السر.

المطلب السادس: مراعاة الخلاف في مسألة إثبات الزواج العرفي
بشهادة رجل وامرأتين.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة.

الخطبة مقدمة من مقدمات عقد النكاح جعلها الشارع الحكيم مرحلة توضع فيها الأسس القوية لبناء الرابطة الزوجية، فإذا صَلَحَتْ صَلَحَ ما بعدها من المراحل وَتَحَقَّقَ مقصد الديمومة والاستمرارية الذي رَسَّخَهُ النبي ﷺ في قوله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أراد أن يتزوج امرأة، فقال له النبي ﷺ: «أَذْهَبَ فَاَنْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَكُمَا» ففعل، فتزوجها، فذكر من موافقتها⁽¹⁾، ولذلك جرت عادة الناس أن يتبادلوا في هذه المرحلة الهدايا ويعطون المهر توثيقاً لِعُرَى التقارب ودعمًا لقنوات التواصل، لكن في بعض الأحيان لا تتم لأطرافها ما يرغبون فتقع بينهم التفرقة المفضية إلى العدول عن إتمام الزواج.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في التعريف بهذه المسألة بيان معنى الخطبة ودليل مشروعيتها وحكمها والحكمة منها، وكذا حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائريان.

أولاً- تعريف الخطبة ودليل مشروعيتها وحكمها:

1- تعريف الخطبة لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

الْخِطْبَةُ مصدر بمنزلة الْخَطْبِ وهو الشأن أو الأمر، صَعُرَ أو عَظُمَ، وَالْخِطْبَةُ اسم للكلام الذي يتكلم به الخطيب، يقال: خَطَبَ المرأةَ يَخْطُبُهَا خُطْباً وَخِطْبَةً بِالْكَسْرِ طلبها للزواج⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً:

عَرَّفَ الإمام الشريبي من الفقهاء القدامى⁽³⁾ الخطبة بأنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة⁽⁴⁾، وعَرَّفَهَا الدكتور شلبي من المعاصرين بأنها التقدم من الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الجنائز، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، حديث رقم: 1866، 68/3؛ قال المحققون شعيب الأرنؤوط وآخرون: "صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات".

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: خطب، 160/1-161؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة: خطب، 243/1.

(3) هو: الشيخ العلامة محمد الخطيب شمس الدين الشريبي القاهري الشافعي، أخذ عن عميرة والمحلي والرملي وغيرهم وأجازوه بالإفتاء والتدريس، من تأليفه شرح كتابي المنهاج والتنبيه، توفي سنة 977هـ؛ ينظر: العزي، الكواكب السائرة، 73/3.

(4) الشريبي، معني المحتاج، 219/4.

أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها⁽¹⁾؛ وبالتالي نستنتج أن تكييف الخطبة فقها هي وعد بالعقد وليست عقداً.

2- دليل مشروعيتها:

الخطبة في الزواج مشروعة بنص الكتاب والسنة؛ أما دليلها من الكتاب العزيز فقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: 235]، ودليلها من السنة حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَتْرَكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ»⁽²⁾.

4- حكم الخطبة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأصل في الخطبة الاستحباب؛ قال مالك: "هي مستحبة وهي من الأمر القديم وليست بواجبة"⁽³⁾، وقد خالفهم داود الظاهري فقال بوجوبها⁽⁴⁾.

5- الحكمة من تشريع الخطبة:

أما الحكمة البالغة التي توخاها الشارع في الخطبة اعتبارها وسيلة متعينة إلى تحقيق مقاصد الزواج بتوفير أسبابه من دوام الألفة وبقاء المودة، وكما هو معروف أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد، فهي الطريقة الحسنة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة⁽⁵⁾.

ثانياً- حكم العدول عن الخطبة فقها وقانوناً وقضاء:

العدول هو أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة بعد تمامها وحصول الرضا منهما، وبناء على ذلك فإن الفقه والقانون يبحثان في آثاره المترتبة عليه، أما من حيث الأصل فإنه جائز ما لم يتعلق به حق الغير؛ لأن الخطبة وعد بالزواج، ولذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن هذا الوعد، ومع أن العدول عن الخطبة مكروه ديانة⁽⁶⁾؛ لأنه إخلاف بالوعد إلا أن الشريعة الإسلامية لم تلزم الخاطبين

(1) محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 67.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم: 5142، 19/7.

(3) الباجي، المنتقى، 264/3.

(4) ابن قدامة، المغني، 82/7.

(5) محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة، 461/2.

(6) الخطاب، مواهب الجليل، 411/3.

بإتمام العقد قضاءً؛ لأن ذلك إكراه لهما على الزواج، وهو عقد أبدي رضائي مُنَزَّهٌ عن الإكراه، والضرر الناتج عن الإكراه في الزواج أكبر من الضرر الناتج عن العدول⁽¹⁾، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 05 فقرة 02 من ق أ ج على ذلك بعبارة صريحة حول حكم العدول عن الخطبة جاء فيها: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"؛ حيث إن النص قرر جواز العدول مطلقاً دون قيد أو شرط لأن وجود ذلك مخالف لمبدأ الرضائية في عقد الزواج، وهو الاتجاه الذي انتهجته كثير من قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية منها⁽²⁾: مدونة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 06، وكذا قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 03، وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في القرار المؤرخ في 17/03/1992؛ حيث قضت بجواز العدول عن الخطبة من الخاطبين باعتبارها وعداً بالزواج لا يُرَتَّبُ التزامات بين الطرفين في الاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج⁽³⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتعرض إلى إيراد مذاهب الفقهاء في هذه المسألة، ثم إيراد أدلتهم، وذلك من خلال ذكر المناقشات والاعتراضات التي دارت بينهم، ثم نتناول وجه مراعاة الخلاف، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف فقهاء الشريعة في هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب أساسية نذكرها كما يلي:

- 1- **مذهب الأحناف**⁽⁴⁾: سحب فقهاء الحنفية أحكام الهبة على هدايا الخطبة، فساووا بينهما في الأحكام، فإن كانت موجودة جاز ردها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة لا يجوز ردُّها.
- 2- **مذهب المالكية**⁽⁵⁾: الأصل عند المتقدمين أن الخاطب لا يسترد شيئاً سواء كان العدول منه أم منها، لكن القول الأوجه عند المتأخرين أن العدول إذا كان من جهته لا يسترد شيئاً مما أهدها، وإن

(1) محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص22؛ مُجَدِّدٌ عقله، نظام الأسرة في الإسلام، 230/1.

(2) مُجَدِّدُ الشافعي، الزواج وانهلاله في مدونة الأسرة، ص26؛ مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص34.

(3) لعلّ سعادى، الزواج وانهلاله، ص31.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، 153/3.

(5) الخطاب، مواهب الجليل، 417/3؛ الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 219/2؛ التسولي، البهجة، ص448.

كان العدول من جهتها رَدَّتْ إليه الهدايا كلها شريطة انعدام شرط متفق عليه أو عرف معمول به، وهو الرأي الذي استظهره صاحب المعيار، وصححه ابن غازي⁽¹⁾.

3- مذهب الشافعية والحنابلة⁽²⁾: يرون أن الهدايا ترد مطلقا سواء كانت قائمة أم هالكة، وسواء كان العدول من الخاطب، أم من المخطوبة؛ لأنها من هبات الثواب التي يجوز ردها. **ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.**

القدر المشترك بين الأقول المذكورة آنفا أن أصحابها بنوا أحكام الرجوع في الهدايا بين الخاطبين على قواعد الهبة في الفقه الإسلامي⁽³⁾، حيث جاء لبعضهم ما يؤكد هذا المعنى في قوله: "وكذا يسترد ما بَعَثَ هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك لأنه في معنى الهبة"⁽⁴⁾؛ وعليه تأتي الأدلة كما يلي:

1- دليل الحنفية في أن الرجوع في الهبة جائز قوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِمَبْتِئِهِ مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا»⁽⁵⁾، ولأن المقصود بهذا العقد هو التعويض في غالب عادة الناس، فثبت للواهب ولاية الفسخ عند فواته، أما هلاك الهبة أو استهلاكها فهو من موانع الرجوع عندهم⁽⁶⁾.

2- دليل المالكية على عدم جواز الاعتصار⁽⁷⁾ في الهبة مطلقا قوله ﷺ في حديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»⁽⁸⁾، أما التفرقة عند المتأخرين فدليلها عندهم

(1) هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن غازي المكناسي ثم الفاسي، الإمام العلامة الحافظ الحجة المحقق، أخذ عن ابن مرزوق الكفيف وآخرين، من تأليفه: شفاء الغليل في حل مقفل خليل، توفي 919هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 399/1.

(2) الشافعي، الأم، 64/4؛ الرملي، الفتاوى، 175/3؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 10/32؛ ابن ضويان، منار السبيل، 198/2.

(3) عبد الناصر العطار، خطبة النساء، ص150.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، 153/3.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، الحديث رقم: 3، 461/2971؛ قال الألباني: "ضعيف"، ينظر: إرواء الغليل، 59/6.

(6) العيني، البناية، 187/10 - 188.

(7) الاعتصار: هو ارتجاع المعطي عطية عوض لا بطوع المعطي، والاعتصار مصطلح شائع في عبارات المالكية، أي بغير رضا الموهوب له، أما غيرهم فيعبرون عنه بالرجوع في الهبة؛ ينظر: الرصاع، الهداية الكافية الشافعية، 427/1؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 204/5.

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، الحديث رقم: 2589، 158/3.

قياس التمكين على الاستيفاء، فكأنها بعدم ردها للهدايا إذا كان العدول من الخاطب وقد مكنته من خطبتها في حكم من استوفت بدل ما قد يلحقها من ضرر جرّاء ذلك⁽¹⁾.

3- دليل الشافعية والحنابلة قول سيدنا عمر رضي الله عنه: "من وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها"⁽²⁾، كذلك قياس هبة الثواب على البيع في لزوم العوض، فيجوز الرجوع في هبة الثواب إذا لم يستوف الواهب العوض، قال ابن قدامة: "فإن شَرَطَ في الهبة ثوابا معلوما صح، نص عليه أحمد؛ لأنه تمليك بعوض معلوم، فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع، في ضمان الدرك"⁽³⁾.

ثالثا: المناقشة وال ترجيح.

1- المناقشة:

سبب الاختلاف في المسألة هو التعارض بين الأحاديث والآثار الواردة في هذا الباب، فمن رأى جواز الرجوع في الهبة، وهم الحنفية حملوا حديث النهي عن الرجوع على الكراهة لا التحريم؛ لأن تشبيه النبي صلى الله عليه وسلم العائد في هبته بالكلب يعود في قيئه فعل مستقذر وهو مكروه لا حرمة فيه، كذلك النهي عن الرجوع ديانة ومروءة⁽⁴⁾، أما استدلالهم بحديث أبي هريرة رضي الله عنه فلا يُسلّم لهم لضعفه، وأما التفرقة في جهة العدول بين الخاطب والمخطوبة عند المتأخرين من المالكية وموافقيهم؛ فهو تفريق مقاصدي لا دليل عليه فيما يبدو؛ بل الظاهر أن مركزهم الاستصلاح؛ لأنهم يواسون الطرف المتضرر حتى لا يجتمع عليه ضرران؛ ضرر العدول وضرر تغريم الهدايا جلبا للمصلحة ودفعاً للمفسدة.

2- الترجيح:

بعد عرض أقوال وأدلة الفقهاء في هذه المسألة، وعرض المناقشات، يظهر أن القول الجدير بالترجيح هو القول الأوجه عند متأخري المالكية، ومفاده أن العدول إذا كان من جهة الخاطب لا يسترد شيئا مما أهداه، وإن كان العدول من جهة المخطوبة ردّت إليه الهدايا كلها شريطة انعدام شرط أو عرف معمول به، وقد أفتى بهذا الرأي ابن حجر الهيتمي⁽⁵⁾ من فقهاء الشافعية، وهو كذلك قول

(1) التسولي، المرجع السابق، ص448.

(2) البيهقي، معرفة السنن والآثار، 68/9؛ قال الألباني: "صحيح موقوف"، ينظر: إرواء الغليل، 55/6.

(3) ابن قدامة، المغني، 67/6.

(4) العيني، الهداية، 189/10 - 190.

(5) هو: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري المكي الشافعي، كان بحرا في الفقه، من مؤلفاته: الزواجر والصواعق المحرقة وشرح همزية البوصيري، توفي سنة 974هـ؛ ينظر: العيدروس، النور السافر، ص258.

عند الحنابلة⁽¹⁾؛ لما فيه من العدل والإنصاف وتحقيق المصلحة ورفع الضرر والجمع بين الأدلة، وهي مقاصد شرعية وقواعد مرعية، ويتقوى هذا الاختيار من خلال توضيح الوجهين التاليين:

أ- أن الهدايا أثناء الخطبة لها خصوصية لكونها وسيلة موصلة للزواج، وما ينشأ عنها من التعلُّق العاطفي بين أطرافها وحسن النية بينهم لقوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «تَهَادُّوا تَحَابُّوا»⁽²⁾؛ فلو لا ذلك ما قدم الخاطب لمخطوبته شيئاً، والعدل يقتضي تحميل المتسبب نتيجة عمله⁽³⁾.

ب- أن هذا المسلك يحقق الجمع بين الأدلة المتعارضة والجمع مقدم على الترجيح ما أمكن، وإعمال الأدلة أولى من إهمالها، فَنُعْمِلُ دليل النهي عن الرجوع إذا تم الزواج، ودليل جوازه عند العدول⁽⁴⁾.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة ليست من المسائل القديمة التي تدخل ضمن قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها الخاص الذي ذكره المالكية، لكن بالمعنى العام الذي أَصْلَنَاهُ نستطيع القول بأن المشرع لم يأخذ بالمذهب المالكي في جزئية استهلاك الهدية، وخرج عنه مُتَبَيِّنًا المذهب الحنفي قد وافق قاعدة مراعاة الخلاف باعتبار المراعاة الكلية، ووجهه أن عدول المشرع عن رأي المالكية إلى رأي الأحناف سببه اعتبار أن جواز استهلاك الهدية من قِبَل المهداة إليه وهي المخطوبة أو وَلِيَّهَا منطلقه تَمَلُّكُهَا وحرية التصرف فيها؛ لأن الهبة تملك والموهوب له حق التَصَرُّف في ملكه، والمرء لا يضمن مِلْكَ نفسه عند هلاكه⁽⁵⁾، لا سيما والقاعدة الفقهية تقرر أن الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع هذه المسألة في المادة 05 من ق أ ج فقرة 3-4؛ حيث نص على ما يلي: "... لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك

(1) الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، 94/4؛ ابن ضويان، منار السبيل، 198/2.

(2) البخاري، الأدب المفرد، ص306؛ قال الألباني: "حسن"، صحيح الأدب المفرد، ص221.

(3) مُجَدِّ مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص84.

(4) مُجَدِّ الصفدي، التعسف في العدول عن الخطبة، ص92.

(5) عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص254.

(6) ينظر في شرح القاعدة: مُجَدِّ آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 58/3.

من هدايا أو قيمته"⁽¹⁾، نلاحظ أن هذه المادة متمشية مع المذهب المالكي إلا في عبارة "ما لم يستهلك"، فقد خرج فيها المشرع عن المذهب، وأخذ بالمذهب الحنفي في عدم رد ما استهلك من الهدايا⁽²⁾؛ لأنها من قبيل الهبات، والهبة لا يجوز الرجوع فيها إذا كانت مستهلكة عند الأحناف⁽³⁾. ووجه موافقة المشرع لقاعدة مراعاة الخلاف في المسألة يكمن في عبارة "ما لم يستهلك"؛ حيث وفي تقديري اعتبر المشرع الاستهلاك من موانع رد الهدايا وهو اختيار يتماشى مع رأي الحنفية. كذلك يبدو أن المسوغ في تبني المشرع لهذا الرأي هو تفعيل قاعدة: لا ضرر ولا ضرار⁽⁴⁾، وفي ذلك يعلق عبد القادر داودي قائلاً: "ونظر - المشرع - إلى مصدر الضرر، وحكم بعدم استرداد الهدايا متى كان العدول من قبل الخاطب المهدي؛ لكي لا نجتمع على المرأة بين ألم العدول، وألم استرداد الهدايا، أو تعويض ما استهلك، أما ما استهلك بالاستعمال، أو الأكل، أو من حلويات، أو لباس، أو غيرها، فلا تجبر على تعويضها؛ لأن ما أخذته يعد في الحقيقة تبرعاً منه، فلا يضرها رده؛ لأنه ممكن، ولئلا يضاعف الضرر على الخاطب، فجعل المشرع من شروط استرجاع الهدية أن يكون العدول من المخطوبة، وبقاء الهدية بلا استهلاك"⁽⁵⁾.

وهناك حالتان جاء النص خلوًا من التطرق لتنظيم أحكامهما؛ حيث تتعلق المسألة الأولى بحالة وفاة أحد الخاطبين أثناء قيام واستمرار مرحلة الخطبة، وأما الثانية فتتعلق بالعدول الاتفاقية الذي يحدث بين الطرفين أي بإرادة مشتركة وتراضٍ متبادل بسبب الاختلاف بين الخاطبين في وجهات النظر بينهما، فالمادة 05 اقتضت على ذكر العدول من أحد الطرفين دون الآخر، فأعطت حكمها لهذه الحالة دون غيرها، وعليه نقترح تعديل هذه المادة بإضافة أحكام الحالتين المذكورتين.

ونشير إلى أن بعض القوانين العربية قد أخذت بنفس الرأي الذي تبناه قانون الأسرة الجزائري مع بعض الاختلاف، ففي المادة 08 من مدونة الأسرة المغربية أن لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول من قبله، ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال؛

(1) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص19.

(2) نصر سلمان وآخرون، أحكام الخطبة والزواج، ص39.

(3) علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، 476/2.

(4) عبد القادر مهاوت، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ص35.

(5) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص48.

فمقتضى المادة أنها أخذت بالمذهب المالكي من جميع جوانبه⁽¹⁾، كذلك أخذ بهذا الرأي المشرع المصري والمشرع التونسي في الفصل الثاني من الكتاب الأول من مجلة الأحوال الشخصية⁽²⁾، بينما أخذ المشرع السوري بالمذهب الحنفي، وهو ما جاء منصوصا في المادة 04 ف3 من قانون الأحوال الشخصية حيث اعتبرت الهدايا في حكم الهبات⁽³⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

تعدد التطبيق القضائي للمادة 05 فقرة 3-4 على مستوى قرارات المحكمة العليا في الجزائر، فجاء في قرارها المؤرخ في 1991/04/23 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدها إذا كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يُستَوْجَبُ رفضه، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽⁴⁾.

وجاء في القرار المؤرخ في 1993/07/13: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يُسْتَهْلَكْ وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول، ولما ثبت - من قضية الحال - أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج؛ مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم، ويتوجب رفض الطعن"⁽⁵⁾.

من خلال القرارين يبدو جليا أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قد استقر على ما تَبَنَّاهُ المشرع في قانون الأسرة من اختيارات فقهية منسجمة مع المذهب الحنفي، وهذا الاجتهاد من المشرع يتوافق مع قاعدة مراعاة الخلاف في ذلك.

(1) مُجَدُّ الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص48.

(2) مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص40؛ مجلة الأحوال الشخصية، ص05.

(3) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص34.

(4) قرار رقم: 73919، بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، ع2، 1993م، ص58.

(5) قرار رقم: 92714، بتاريخ: 1993/07/13، المجلة القضائية، ع1، 1995م، ص128.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة الاشتراط في عقد الزواج.

الاشتراط بين الزوجين له اهتمام كبير من طرف المشرع، نظرا لوقوعه كثيرا في عقود الزواج مجعولا من أطرافه زائدا على ما حدده الشارع، خاصة في ظل المستجدات المعاصرة؛ حيث قد تشترط الزوجة عملها أو إكمال دراستها أو الاستقلال بسكن منفرد عن العائلة أو غير ذلك، وكثيرا ما تقع المشاكل وتثور المنازعات إذا لم يحترم الأزواج هذه الشروط الجعلية بينهم، خاصة إذا لم تُدَوَّن الشروط في العقد توثيقا وكانت مجرد وعود شفوية، وعليه فما مدى مشروعية هذا النوع من الشروط وحكم الوفاء بها فقها وقانونا، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشرط في اللغة العربية واصطلاح الأصوليين، وكذا تعريف الشرط كذلك إذا اقترن بعقد الزواج، وتتناول أنواع الشروط في الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولا- تعريف الشرط:

1- لغة:

الشَّرْطُ إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وقد شَرَطَ له يَشْرُطُ وَيَشْرُطُ شَرْطًا والشريطة كالشرط، والشَّرْطُ العلامة والجمع أشرط ومنه أشرط الساعة؛ قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: 18]، والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم، ومنه الشُّرْطَةُ ورجل شُرْطِيٍّ وشُرْطِيٌّ منسوب للشرطة والجمع شُرْطٌ؛ سُمُّوا بذلك لأنهم أُعِدُّوا لذلك وأَعْلَمُوا أنفسهم بعلامات⁽¹⁾.

2- اصطلاحا:

عَرَّفَهُ الأصوليون بأنه ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته⁽²⁾.

ثانيا- تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج:

هذا النوع من الشروط يُعَبَّرُ عنه بالشرط التقييدي، وأغلب الفقهاء لم يحدده بتعريف مستقل اكتفاء منهم بالتعريف اللغوي له؛ وهو الإلزام بالشيء والتزامه⁽³⁾.

(1) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة: شرط، 13/8 - 14؛ ابن منظور، لسان العرب، مادة: شرط، 329/7.

(2) الزركشي، البحر المحيط، 437/4.

(3) صالح آل علي، أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح، ص 62.

ثالثاً- أنواع الشروط في عقد الزواج:

نتناول هذه الأنواع في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي على النحو التالي:

1- أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي:

تنقسم الشروط باعتبار اقتراها بعقد الزواج في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أنواع⁽¹⁾:

النوع الأول: من الشروط ما هو محل اتفاق بين الفقهاء على وجوب الوفاء بها، وهي الشروط الصحيحة، سواء الموافقة لمقتضى العقد أم التي أجازها الشرع أم العرف؛ كاشتراط العشرة بالمعروف، أو اشتراط المرأة امتلاكها للعصمة، أو اشتراط تقديم المهر قبل الدخول كما جرى به العرف.

النوع الثاني: من الشروط ما هو محل اتفاق بين الفقهاء على عدم الوفاء بها، وهي الشروط الباطلة، أو الشروط المنافية لمقتضى العقد، وكذا الشروط المنهي عنها؛ كاشتراط الزوج عدم الإنفاق أو حرمان المرأة من الميراث، أو اشتراط عدم الإنجاب أو المعاشرة الزوجية، أو اشتراط خلو العقد من الصداق.

النوع الثالث: من الشروط ما هو محل خلاف بين الفقهاء حيث انقسمت آراؤهم فيها بين مجيز ومانع للوفاء بها، وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد، ولا ينافيها ولا تخل بمقصوده الأصلي، وكذلك الشروط التي فيها منفعة ومصلحة للمتعاقدين؛ كاشتراط الزوجة على زوجها عدم إخراجها من بلدها، أو أهلها، أو تملكها سكن الزوجية أو عدم الزواج عليها، وغيرها، وكذا اشتراط الزوج على زوجته عدم العمل، أو الانتقال معه إلى بلد معين، وهي المقصودة بالبحث في هذه المسألة.

2- أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج في القانون الوضعي:

لم يفرق فقهاء القانون بين الشروط بل تناولوها بدون النظر إلى مُتَعَلِّقَاتِهَا سواء ما تعلق منها بالأسرة أم بالمعاملات المدنية، ولذلك فتقسيمها في الفقه القانوني على نوعين هما كالتالي⁽²⁾:

أ- الشرط الواقف:

هو الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود؛ مثل ذلك أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج، فالزواج هنا شرط واقف، إذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد التزام الأب بالهبة، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب بإعطائها لابنه لا يوجد.

(1) محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص81؛ إيمان لعربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص6.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 27/3.

ب- الشرط الفاسخ:

هو الشرط الذي يتوقف تحقُّقه على زوال الالتزام، والالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ، ولكن زواله هو الذي يعلق على الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام بائناً.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

نتناول في هذا الفرع اختلاف الفقهاء في المسألة، وكذا أدلتهم مع مناقشتها وبيان الإجابات والردود عليها، كذلك بيان الرأي الراجح، كما سنبين وجه مراعاة الخلاف في المسألة باعتبارها من المسائل التي يذكرها فقهاء المالكية عند التمثيل لهذه القاعدة. أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في حكم الشروط المذكورة في النوع الثالث، وذلك على ثلاثة مذاهب: المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁾ من الحنفية، والشافعية إلى أن الأصل في هذا النوع من الشروط الفساد والبطالان مع صحة العقد، كما لا يجب الوفاء بها عندهم. المذهب الثاني: الأصل عند المالكية كراهة هذه الشروط وعدم لزومها واستحباب الوفاء بها⁽²⁾. المذهب الثالث: ذهب الحنابلة إلى أن الأصل جواز اشتراط مثل هذه الشروط في الزواج، وأنها صحيحة، ويجب الوفاء بها للزوجة، ولها فسخ النكاح إذا لم يلتزم بها الزوج⁽³⁾. ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة المذهب الأول:

استدلوا بقوله ﷺ في حديث طويل عن عائشة رضي الله عنها وفيه: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»⁽⁴⁾، وليس في كتاب الله مثل هذه الأنواع من الشروط، كما استدلوا بقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا

(1) الباقري، العناية، 350/3؛ الجويني، نهاية المطلب، 402/12.

(2) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 474/2؛ ابن رشد، المقدمات والمهمدات، 482/1 - 484.

(3) ابن قدامة، المغني، 93/7.

(4) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب العتق، باب المكاتب، حديث رقم 2521، 563/3، قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون:

"إسناده صحيح".

وَأَحَلَّ حَرَامًا»⁽¹⁾، ووجه الاستدلال أن هذه الشروط تُحَرِّمُ الحلال كالتزوج بغيرها والمسافرة بها والتَّسَرِّي ونحو ذلك فكانت مردودة⁽²⁾، كذلك استدلوا من آثار الصحابة بأن رجلاً تزوج امرأة على عهد عمر رضي الله عنه، وشرط لها ألا يخرجها من أرضها، فوضع عنه عمر هذا الشرط وقال: "المرأة مع زوجها"⁽³⁾، ورؤي كذلك عن علي رضي الله عنه في الرجل يتزوج امرأة وشرط لها دارها فقال علي رضي الله عنه: "شرط الله قبل شرطهم"، ولم ير لها شيئاً⁽⁴⁾؛ قال ابن عبد البر شارحاً ذلك: "معنى قوله شرط لها دارها أي شرط لها ألا يخرجها من دارها ولا يُرَحِّلَهَا عنها، ومعنى قول علي رضي الله عنه شرط الله قبل شرطها يريد قول الله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: 06]"⁽⁵⁾.

كما استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بأن آثار الشروط من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج عن الاضطراب، ومنعاً للناس من أن يُخَضِّعُوا الحياة الزوجية لأهوائهم، فتخرج عن معناها وما يُحَوِّطُهَا به الشارع من تقديس⁽⁶⁾.

2- أدلة المذهب الثاني:

استدل المالكية بالأدلة نفسها التي استدلت بها الحنفية والشافعية؛ منها قوله صلى الله عليه وسلم: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»⁽⁷⁾، ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم هنا في كتاب الله أي في حكم الله وحكم رسوله أو فيما دلَّ عليه الكتاب والسنة فهو باطل⁽⁸⁾، كذلك استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم:

(1) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير، حديث رقم: 30، 22/17، قلت: سند الحديث بهذا اللفظ فيه زاوٍ متهم بالضعف؛ هو كثير بن عبد الله بن عمرو المزني المدني؛ ينظر: المزي، تهذيب الكمال، 136/24.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، 149/2؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 389/9.

(3) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط في النكاح، أثر رقم: 670، 213/1؛ قلت: الأثر جَوَّدَ إسناده ابن حجر والشوكاني؛ ينظر: فتح الباري، 218/9؛ نيل الأوطار، 171/6.

(4) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الشرط في النكاح، أثر رقم: 667، 213/1؛ قلت: الأثر فيه راويان ضعيفان وهما: مُجَدُّ بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وعباد بن عبد الله الأسدي، ينظر: المزي، المرجع السابق، 138/14، 622/25.

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، 441/5.

(6) مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 159.

(7) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، حديث رقم 2893، 1134/5.

(8) ابن عبد البر، الاستذكار، 441/5.

«الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا وَحَرَّمَ حَلَالًا»⁽¹⁾، وَوَفَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَوْلِهِ ﷺ فِي حَدِيثِ عَقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤَقَّى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»⁽²⁾، فَقَالُوا بِاسْتِحْبَابِ الْوَفَاءِ بِهَذِهِ الشُّرُوطِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ، كَذَلِكَ اسْتَدَلُّوا بِعَمَلِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ قَالَ مَالِكٌ: "فَالْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ الرَّجُلُ لِلْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عِنْدَ عَقْدَةِ النِّكَاحِ أَنْ لَا أَنْكَحَ عَلَيْكَ، وَلَا أَتَسَرَّرَ، إِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ يَمِينٌ بِطَلَاقٍ، أَوْ عَتَاقَةٍ فَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَيُلْزِمُهُ"⁽³⁾، وَاسْتَدَلُّوا بِسَدِّ الذَّرَائِعِ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الشُّرُوطِ فِيهَا مِنْ أَسْبَابِ الْخُصُومَاتِ الْكَثِيرِ⁽⁴⁾.

3- أدلة المذهب الثالث:

اسْتَدَلَّ الْحَنَابِلَةُ مِنَ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 01]، وَبِقَوْلِهِ جَل وَعَلَا كَذَلِكَ: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: 34]، وَوَجَّهَ الدَّلَالَةَ بِالْآيَتَيْنِ أَنَّ الْوَفَاءَ بِالْعَقْدِ وَالْعَهْدِ يَتَضَمَّنُ الْوَفَاءَ بِهِ وَبِمَا تَضَمَّنَهُ مِنْ شُرُوطٍ وَصِفَاتٍ؛ لِأَنَّهُ كُلُّهُ دَاخِلٌ فِي الْعَقْدِ⁽⁵⁾.

وَاسْتَدَلُّوا مِنَ السُّنَنِ بِقَوْلِهِ ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤَقَّى بِهِ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»⁽⁶⁾، هَذَا الْحَدِيثُ هُوَ عَمْدَةُ الِاسْتِدْلَالِ عِنْدَهُمْ؛ لِأَنَّهُ نَصٌّ فِي أَنَّ الْأَصْلَ جَوَازُ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْوَفَاءَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا⁽⁷⁾، وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ كَمَا جَاءَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»⁽⁸⁾، وَقَالُوا بِأَنَّهُ قَوْلُ كَثِيرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ لَمْ يُعْلَمْ لَهُمْ مَخَالَفَ بَيْنَهُمْ، فَكَانَ إِجْمَاعًا⁽⁹⁾. كَمَا اسْتَدَلُّوا مِنْ آثَارِ الصَّحَابَةِ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَشَرَطَ لَهَا دَارَهَا، ثُمَّ أَرَادَ نَقْلَهَا، فَخَاصَمُوهُ إِلَى

(1) سبق تخريجه، ص 148.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، حديث رقم: 754، 191/3.

(3) ابن عبد البر، الاستذكار، 444/5؛ الزرقاني، شرح الموطأ، 207/3.

(4) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 130/9؛ القرائي، الذخيرة، 405/4.

(5) محمد بن عثيمين، الشرح الممتع، 164/12.

(6) سبق تخريجه، الهامش (2).

(7) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 165/32.

(8) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الأقضية، باب في الصلح، حديث رقم: 3594، 445/5؛ قال محققه شعيب

الأرنؤوط وآخرون: "إسناده حسن".

(9) ابن قدامة، المغني، 93/7.

عمر عليه السلام، فقال: "لها شرطها"، فقال الرجل: إِذَا يُطَلِّقُنَا، فقال عمر: "مقاطع الحقوق عند الشروط"⁽¹⁾؛ ودليلهم من القياس أن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراضي منه، ولا شك أن المرأة إذا لم ترض ببذل فرجها إلا بهذه الشروط، وشأن الفرج أعظم من المال، فإذا حُرِّمَ المال إلا بالتراضي، فالفرج أولى، واستدلوا أيضا من المعقول بأن هذه شروط فيها منفعة ومصلحة للزوجة لا تمنع المقصود من النكاح فكان لازما، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير ذلك⁽²⁾.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش الحنابلة استدلال الحنفية والشافعية بقوله عليه السلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» حيث يعتبر هذا الحديث عمدهم في المنع من الاشتراط؛ بأن معناه ليس في حكم الله وشرعه وهذه الشروط مشروعة وعلى من نفى ذلك الإتيان بالدليل، وناقشوا قولهم بأن إباحة الاشتراط يُحَرِّمُ الحلال، قالوا بأنه لا يحرم الحلال وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها الزوج بشروطها، وأما قولهم ليس الاشتراط من مصلحة العقد فَمُنْتَقَدٌ لأنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده قياسا على اشتراط الرهن والضمين، أما الأثر المروي عن عمر عليه السلام بإلغائه شرط المرأة وقوله: "المرأة مع زوجها"، فهو مُعَارَضٌ بأنه هو نفسه عليه السلام قد رُوِيَ عنه خلاف ذلك في قوله: "مقاطع الحقوق عند الشروط"، ويجاب عن هذا الاعتراض بأن المأثور عنه أن المرأة مع زوجها أشبه بالكتاب والسنة وهو قول غيره من الصحابة عليهم السلام⁽³⁾، كما ناقشوا قول المالكية في قولهم أن الوفاء بالشروط في عقد النكاح سنة وليس بواجب، أن هذا الرأي ضعيف ومخالف لقوله عليه السلام: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»، كما قالوا كذلك أن الصواب وجوب الوفاء بالشروط على الزوجين، وعلى كل من شَرَطَ عليه شرط أن يُؤَوَّى به استنادا إلى الآيات، وإلى هذا الحديث⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم: 14438، 407/7؛ قال الألباني:

"صحيح"؛ ينظر: إرواء الغليل، 303/6.

(2) ابن قدامة، المغني، 93/7؛ ابن مفلح، المبدع، 147/6.

(3) البيهقي، السنن الكبرى، 407/7، ابن قدامة، الشرح الكبير، 527/7؛ ابن مفلح، المرجع نفسه، 147/6.

(4) محمد بن عثيمين، المرجع السابق، 164/12 - 165.

ب- مناقشة أدلة الحنابلة:

نوقش استدلال الحنابلة بالقرآن الكريم بأن الآيات المذكورة تدل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والشروط التي صحت عن الشارع الحكيم، أما غيرها فداخل في إبطال النبي ﷺ لكل شرط خالف كتاب الله تعالى؛ وهو مقتضى ما جاء عنه: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»؛ لأنه لا فرق بين اشتراط المعصية كأكل الخنزير أو نكاح الأمهات، واشتراط ما يفضي إلى منع مباح أو إبطال حق⁽¹⁾، وأجيب بأن الشروط الباطلة المخالفة لحكم الله خارجة عن محل النزاع، وهي المقصودة في الحديث، أما ما عداها من الشروط المسكوت عن حكمها شرعا فيستغرقه عموم الآيات وتحريمها يعتبر تعدد على حدود الله⁽²⁾، ونوقش استدلالهم بقوله ﷺ: «إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»، أن هذا الحديث حملة الإمام الشافعي وأكثر العلماء على الشروط التي لا تنافي مقتضى النكاح، بل تكون من مقتضياته ومقاصده؛ كاشتراط العشرة بالمعروف والإنفاق عليها وكسوتها وسكنائها بالمعروف، وأما الشرط بما يخالف مقتضاه كشرط أن لا يُقَسَمَ لها ولا يَتَسَرَّى عليها ولا ينفق عليها ولا يسافر بها، فلا يجب الوفاء به؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»، وأجيب بأن الظاهر أن المراد به كل ما شَرَطَ الزوج ترغيباً للمرأة في النكاح من الشروط الجائزة ما لم يكن محظوراً كاشتراطها أن لا يخرجها من منزلها فهذا يتعين الوفاء به⁽³⁾.

2- الترجيح

أساس الخلاف في المسألة يتقرر حول دوران ثبوت أصل الاشتراط في الزواج بين الإباحة والمنع، فإذا قلنا بالإباحة فالأصل أن الشروط التي لا تنافي العقد ولا تقتضيه وفيها مصلحة من إنشاء المتعاقدين بمقدماتها ونتائجها، وهنا يمكن تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد، وإذا قلنا بالمنع فالأصل أن الاشتراط بمقدماته ونتائجه من إنشاء الشارع، وهذا أساس الخلاف ومبناه في نظري. والذي يبدو راجحاً في المسألة هو قول من يرى الأصل جواز الاشتراط في عقد الزواج؛ لأنه لا دليل صريح يقضي بمنع مثل هذا النوع من الشروط بل عمومات الأدلة شاهدة لها بالاعتبار، وعليه يتحرر لدينا وجوب موافقة البراءة الأصلية التي تتفرع عليها قاعدة الأصل في العقود والشروط الإباحة

(1) ابن حزم، الإحكام، 13/5؛ صالح آل علي، أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح، ص92.

(2) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 262/1.

(3) العظيم آبادي، عون المعبود، 124/4؛ الصنعاني، سبل السلام، 184/2.

إلا ما حرمه الشارع، فما كان من الشروط غير موافق لنصوص وأصول الشريعة ومقاصدها ومقتضيات التعاقد في باب الزواج فهو غير جائز، كما يجب الوفاء بالشروط بمقتضى التعاقد والتراضي ولولا الشرط لما تراضى الأطراف وركن كل منهم إلى الآخر، وعدم الوفاء يعود على أصل التراضي بالبطلان وهو ما تأباه الشريعة الإسلامية، كذلك من المُرَجِّحات أن باب الاشتراط غير متناهٍ خاصة في ظل المستجدات المعاصرة؛ فالقول بالعدم تضيق وإحراج منتفٍ في شريعتنا؛ لأنها سمحة صالحة لكل زمان ومكان، فكان لزاما ترجيح جواز الاشتراط موافقة لمبدأ التيسير ورفع الحرج المجمع عليهما.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

مسألة الاشتراط في عقد الزواج أعمل فيها المالكية قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها الخاص، حيث يرى مالك أن اشتراط شرط لا دليل عليه شرعا في عقد الزواج مكروه ولا يلزم الوفاء به، لكنه ثبت عنه الإلزام بالوفاء بها اعتبارا بدليل المخالف رعا لخلافه في باب الاشتراط، وعَلَّقَ ابن رشد الجد على قول مالك فيمن تزوج امرأة على أن لا يمنعها من المسجد، أنه ينبغي له أن يفي لها بذلك، فقال: " وكذلك ينبغي له أن لا يمنعها من المسجد وإن لم تشترط ذلك عليه لأنه مندوب إليه بقول النبي عليه السلام: «لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ»⁽¹⁾، وذلك عليه مع الشرط أؤكد لثلاثة أوجه: أحدها قول رسول الله ﷺ: «أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ»، والثاني الوفاء بالعهد، ... والثالث مراعاة الاختلاف، إذ قد ذهب جماعة من العلماء إلى أنها واجبة يقضى بها"⁽²⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

تناول المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 19 من ق أ ج وجاء فيها: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية... ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"⁽³⁾، ويظهر من خلال تحليل المادة أن المشرع فتح الباب واسعا أمام الزوجين؛

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان وغيرهم، حديث رقم: 900، 06/2.

(2) ابن رشد، البيان والتحصيل، 377/4.

(3) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص20.

ليشترطاً في عقد الزواج كل شرط يريانه ضرورياً، فتحديد الشروط خاضع لإرادة طرفي عقد الزواج⁽¹⁾، وفي هذا تأكيد لضرورة الالتزام بالاشتراط المفيد لكلا الزوجين، وواجب الوفاء بهذه الشروط ويجب إثباتها على أن إثباتها ليس عسيراً⁽²⁾، وقد قننَ المشرع مبدأ وجوب الوفاء بالشروط المجعولة بين الطرفين وإعطاء المرأة حق إنهاء الزواج كذلك في المادة 53 من ق أ ج حيث جاء فيها أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لعدة أسباب ومن أهمها مخالفة الشروط المتفق عليها وهذا تكميلاً لما جاء في المادة 19، ومن هنا نستنتج أن المشرع قد أخذ بمذهب الحنابلة بكامله مرجحاً له على سائر المذاهب بما فيها المذهب المالكي⁽³⁾، الذي يقرر جواز الاشتراط، ووجوب الوفاء بالشروط التي يراها الزوجان ضرورية، وتعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو لكليهما، وكذا إعطاء المرأة حق الفسخ إذا لم يلتزم الزوج بتنفيذ الشروط المتفق عليها، كذلك من الشروط التي ذكرها المشرع للتمثيل على الشروط التي لا تنافي العقد ولا تقتضيه ولا ورد نهي عنها وفيها مصلحة للزوجة شرط عدم الزواج عنها وهو مذكور عند الفقهاء القدامي، كذلك اشتراط عمل الزوجة، وهاذان الشرطان تضمنتهما المادة 19 نفسها المذكورة، وهذا الترجيح من المشرع موافق لقاعدة مراعاة للخلاف.

ويوضح عبد القادر داودي مسوغات المشرع لهذا الاختيار، حيث يقول: "وهذا الاختيار في محله؛ لأنه يتماشى مع طبيعة العقود، ويحقق مصلحة المتعاقدين، ويدراً التنازع، والاختلاف بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية"⁽⁴⁾.

وقد نَهَجَتْ بعض التشريعات العربية نفس ما تَبَنَّاهُ المشرع الجزائري، فنجد المشرع المصري قد ذكر الاشتراط في قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لكن تلميحاً لا توضيحاً؛ حيث جاء في المادة 11 مكرر فقرة 2 ما نصه: "... ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها"⁽⁵⁾، فيفهم من هذا النص أنه يجوز

(1) أحمد الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 62.

(2) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص 135.

(3) موسى رصاع، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية (مقال)، ص 306.

(4) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 16.

(5) أحمد صلاح الدين، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، ص 08.

الاشتراط من الزوجة أن لا يتزوج عليها زوجها فتطلب الطلاق به كذلك، ونوه أن المعمول به في مصر قبل ذلك هو مذهب الأحناف فنتيجة تراكم المشاكل بسببه إِسْتُعِيضَ عنه بمذهب الحنابلة لمرونته ومسايرته للظروف والمتغيرات، كذلك سار المشرع المغربي على نفس النهج؛ فقد نص على مبدأ حرية الاشتراط بين الزوجين ما لم تتعارض الشروط مع أحكام الزواج ومقاصده والقواعد الآمرة لمدونة الأسرة المغربية؛ حيث جاء في المادة 47 منها أن الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشتراطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين، كذلك جاء في المادة 40 منها صحة اشتراط المرأة على الرجل عدم الزواج عليها وأن هذا الشرط ملزم للرجل يجب عليه الوفاء به، كذلك نصت المادة 98 فقرة 1 على إعطاء الحق للزوجة في طلب التطليق إذا أخل الزوج بما التزم به اتجاهها من الشروط⁽¹⁾، ونفس الاتجاه تَبَنَّاهُ المشرع التونسي إذ نص في مجلة الأحوال الشخصية على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وقد جاء ذلك في الفصل 11 منها وفيها: "يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء"⁽²⁾، كذلك نص المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية على هذه الشروط في المادة 14 فقرة 2 منه وفيها: "... وإذا قُيِّدَ بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعا ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما..."⁽³⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

تعدد الاجتهاد القضائي في هذه المسألة حيث إن للمحكمة العليا قرارين مختلفين، الأول منهما صادر في 1971/03/30 أي قبل إصدار قانون الأسرة، والثاني صادر في 1988/06/20 أي بعد إصدار قانون الأسرة، وسنحاول مناقشة هاذين القرارين بعد إيراد نصيهما، فجاء في الأول ما نصه: "حيث إنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث إن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي

(1) محمد الشافعي، الزواج والخلاله في مدونة الأسرة، ص 40 - 41.

(2) مجلة الأحوال الشخصية، ص 06.

(3) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 160.

تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد⁽¹⁾، وواضح من خلال منطوق القرار أن حرية الاشتراط كانت مكرسة في الاجتهاد القضائي قبل إصدار قانون الأسرة عام 1984، ونستنتج من ذلك أن قضاة المحكمة العليا بذلك قد وافقوا قاعدة مراعاة الخلاف الحاصل في المسألة، ولم يجمدوا على المذهب المالكي الذي كان مستند القضاة في اجتهاداتهم الفقهية قبل تقنين أحكام الأسرة في شكل قانون مدون وصادر بصفة رسمية، كما اعتمدوا على مذهب الحنابلة في اختيارهم الفقهي، وكان هذا الاجتهاد القضائي في واقع الأمر مُؤَقَّفاً حسب ما أورده من تعليقات وحيهة ومعقولة.

أما بالنسبة للقرار الثاني فقد صدر في 1988/06/20 وجاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يُلْزَمُ الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما خالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء في العاصمة يكون بقضائهم كذلك قد خالفوا الشريعة وفرضوا عليه قيда هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁽²⁾، والملاحظ على هذا الاجتهاد مخالفته للاجتهاد القضائي السابق، علاوة على ذلك لَمَّا لم يُلْزَمُ الزوج بالتقيد بالشرط الوارد في عقد الزواج وحكَّم على ذلك بالكراهة فقد التزم بالمذهب المالكي، لكنه خالف صريح المادة 19 السابق ذكرها، وعليه فلا عبرة بهذا الاجتهاد الذي جاء في معرض ورود نص قانوني واضح⁽³⁾، كذلك هو معارض للمادة 222 من ق أ ج التي توجب على القضاة الاجتهاد إذا لم يرد في قانون الأسرة نص يُنْظَمُ واقعة معينة والأمر بخلاف ذلك في هذه الواقعة، فالقاعدة القانونية تقرر أنه لا اجتهاد مع النص.

(1) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 62.

(2) المرجع نفسه.

(3) عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج (مقال)، ص 108.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة أركان عقد الزواج.

تكتسي أركان الزواج أهمية بالغة في العقد؛ لتوقف إمضاء أو إبطال الزواج عليها، وقد كان للمشرع الجزائري والاجتهاد القضائي نظرة خاصة في معالجة هذه المسألة، وهذا منذ إصداره إلى غاية تعديله بين جعل بعض الشروط أركاناً وجعل بعض الأركان شروطاً والملاحظ أن مبناه كان الاجتهاد في النظر في الاختلافات الفقهية، ولذلك سنتناول المسألة فقهاً وقانوناً وقضاءً.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

قبل التطرق للمسألة لا بد من بيان المصطلحات التي تضمنتها؛ حيث إنه سيتم تعريف كل من الركن والعقد ثم نتعرض إلى تعريف الزواج، وهذا على النحو التالي:

أولاً- تعريف الركن لغة واصطلاحاً:

1- في اللغة:

الركن بضم الراء جمعه أركان، وله عدة معان منها: الجانب الأقوى في أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء، ويقوم عليها، والجزء من أجزاء الحقيقة، والجانب القوي للشيء، فيكون عينه⁽¹⁾.

2- في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفهم للركن على مذهبين⁽²⁾:

- أ- **مذهب الجمهور:** يرى جمهور الفقهاء أن الركن هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء، سواء أكان جزءاً منه، أم خارجاً عنه.
- ب- **مذهب الحنفية:** يرى فقهاء الحنفية أن الركن هو ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، وهو جزء من ماهيته كالقيام، والقعود، والركوع في الصلاة.

ثانياً- تعريف العقد لغة واصطلاحاً:

1- في اللغة:

يأتي لفظ العقد في لغة العرب على عدة معانٍ أختار منها ما له علاقة بالزواج وهي⁽³⁾:

(1) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة: ركن، 1/1201؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة: ركن، 1/370-371.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 36/7.

(3) الزبيدي، تاج العروس، 8/394.

- الشَّدُّ والربط: يقال: عَقَدَ الحبل والبيع والعهد يَعْقِدُهُ عَقْدًا فانعقد شَدَّةً.
 - نقيض الحل: وهو الذي صرح به أئمة الاشتقاق.
 - التوكيد والتغليظ: ومنه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَاقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: 33]، قرأ الكوفيون عقدت بغير ألف بعد العين، وقرأ الجمهور عَاقَدْتَ بإثباتها⁽¹⁾.
- 2- في الاصطلاح:**

سأقوم بتعريف العقد اصطلاحاً من جانب الفقه الإسلامي، وكذا القانون الوضعي كما يلي:

أ- العقد في اصطلاح الفقه الإسلامي:

هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، وهذا التعريف ينصرف إلى بيان مفهوم العقد بالمعنى الخاص وهو اختيار بعض الفقهاء⁽²⁾؛ كابن الهمام الحنفي⁽³⁾ ومُحَمَّدُ قَدْرِي باشا، وهناك من عَرَفَهُ بالمعنى العام الذي يدل على أنه كل تصرف شرعي ينعقد بكلام طرف واحد أو طرفين، وبهذا يكون مرادفاً لمعنى التصرف الشرعي وهو كل ما يصدر من الشخص قولاً بإرادته ويرتب أثراً شرعياً، والمشهور عند الفقهاء؛ أن التصرف أعم من العقد؛ فالعقد تصرف قولي مخصوص⁽⁴⁾.

ب- العقد في اصطلاح الفقه القانوني:

هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، وهو أخص من الاتفاق؛ لأن هذا الأخير هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه⁽⁵⁾.

الملاحظ في التعريفين أن كليهما يقرر مبدأ الرضائية في العقود التي تنشأ بالتعبير عن الإرادة إيجاباً وقبولاً بكل حرية، لكن يفترقان في أن التعريف الفقهي أدق تصوراً وأحكم منطقاً، أما التعريف القانوني فأوضح تصويراً وتعبيراً⁽⁶⁾.

(1) ابن مهران، المبسوط في القراءات العشر، ص 179.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 3/187؛ قدرى، مرشد الحيران، ص 27، بدران أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي، ص 363.

(3) هو: كمال الدين مُحَمَّدُ بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام السكندري السيواسي، كان إماماً نظاراً، أخذ عن والده، وعنه ابن

أمير الحاج، من تأليفه: التحرير في الأصول، توفي سنة 861هـ؛ ينظر: عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية، ص 180.

(4) مُحَمَّدُ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 175؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1/381.

(5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 1/137.

(6) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1/382.

ثالثاً- تعريف الزواج في الفقه الإسلامي:

1- في اللغة:

الزواج في لغة العرب معناه الاقتران، يقال: زَوَّجَ الشيءَ بالشيءِ وزَوَّجَهُ إليه قَرْنَهُ، وَفِي التَّنْزِيلِ الْحَكِيمِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ [الدُّخَان: 54]؛ أَي قَرَّنَاهُمْ، وَكُلُّ شَيْءٍ قُرْنٌ بِصَاحِبِهِ فَهُوَ زَوْجٌ لَهُ؛ يُقَالُ: زَوَّجْتُ بَيْنَ الْإِبِلِ أَي قُرْنْتُ كُلَّ وَاحِدٍ بِوَاحِدٍ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا الثُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾ [التَّكْوِين: 07] أَي قُرْنْتُ كُلَّ شَيْعَةٍ بِمَنْ شَاحِبَتِ، وَقِيلَ: قُرْنْتُ بِأَعْمَالِهَا⁽¹⁾، وَالزَّوْجُ مُرَادِفٌ لِلنِّكَاحِ عِنْدَ الْعَرَبِ كَمَا جَاءَ فِي أَشْعَارِهِمْ⁽²⁾.

2- في الاصطلاح:

تعددت تعاريف الزواج لفظاً، بينما اتَّحَدَتْ فيما بينها من حيث معناها ومرماها، نذكرها كالاتي:

أ- عَرَّفَهُ الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهُ: عَقْدٌ وَضِعَ لِيَتِمَّلَكَ الْمَتْعَةُ بِالْأُنْثَى قَصْداً⁽³⁾.

المراد بهذا التعريف جعل محل العقد ملك التمتع بالزوجة، فيستلزم حِلَّهَا من حيث القصد الأصلي لا ملك رقبته كالأمة بالقصد التبعية، كذلك هو من وضع الشارع لا من وضع المتعاقدين⁽⁴⁾.

ب- وَعَرَّفَهُ الْمَالِكِيَّةُ كَذَلِكَ بِقَوْلِهِمْ: عَقْدٌ عَلَى مَجْرَدِ مَتْعَةٍ التَّلَذُّذِ بِأَدَمِيَّةٍ غَيْرِ مُوجِبٍ قِيَمَتِهَا بَيْنَةً قَبْلَهُ، غَيْرِ عَالَمٍ عَاقِدِهَا حَرَمَتِهَا إِنْ حَرَمْتَ بِالْكِتَابِ عَلَى الْمَشْهُورِ أَوْ الْإِجْمَاعِ عَلَى الْآخِرِ⁽⁵⁾، يُخْرِجُ بَغِيرَ مُوجِبٍ قِيَمَتِهَا تَحْلِيلِ الْأُمَةِ، وَيُخْرِجُ بَغِيرَ عَالَمٍ عَاقِدِهَا حَرَمَتِهَا مِنْ تَحْرِمِ عَلَى الْعَاقِدِ⁽⁶⁾.

ج- كَمَا عَرَّفَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِعِبَارَةِ سَلْسَلَةٍ جَاءَ فِيهَا أَنَّهُ عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ إِبَاحَةَ وَطْءِ بَلْفِظِ إِنْكَاحٍ أَوْ تَزْوِيجٍ أَوْ تَرْجَمَتِهِ⁽⁷⁾، فَإِبَاحَةُ الْوَطْءِ قَيْدٌ يُخْرِجُ إِبَاحَةَ التَّصَرُّفِ أَوْ الْإِنْتِفَاعِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ، وَلَفْظُ الْإِنْكَاحِ أَوْ التَّزْوِيجِ قَيْدٌ يُخْرِجُ سَائِرَ الْأَلْفَافِ كَالْهَبَةِ أَوْ التَّمْلِيكِ أَوْ مَا قَامَ مَقَامَهُمَا.

(1) الزبيدي، المرجع السابق، مادة: زوج، 23/6.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: زوج، 625/2.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، 186/3.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 43.

(5) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 187/3.

(6) النفراوي، الفواكه الدواني، 03/2.

(7) الشرييني، مغني المحتاج، 200/4.

د- كذلك عَرَّفَهُ الحنابلة بأنه عقد يُعْتَبَرُ فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع⁽¹⁾، وهو قريب من تعريف الشافعية مَبْنًى وَمَعْنًى، فلا داعي لشرحه تجنباً للتكرار.

3- نقد التعاريف الفقهية:

وَجَّهَ بعض الفقهاء لهذه التعاريف انتقادات منها أنها قَصَرَتْ الغرض الوحيد من الزواج امتلاك المتعة الجنسية على الوجه المشروع، لكن الغرض الأسمى منه هو حفظ النوع الإنساني وابتغاء التناسل، ووجدان الأنس الروحي من المودة والرحمة بين المتعاقدين⁽²⁾، قال الإمام السرخسي: "وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بَيَّنَّا من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى عَلَّقَ به قضاء الشهوة أيضا لِيُرْغَبَ فيه المطيع والعاصي؛ المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة"⁽³⁾.

كذلك هذه التعاريف تفيد أن الاستمتاع بالزواج منحصر في الرجل دون المرأة لكن في الحقيقة أن المرأة كذلك؛ لَكِنَّ السبب في ذلك لكون الرجل هو المبادر إلى الزواج من المرأة غالباً⁽⁴⁾.

وتلافياً لهذه الانتقادات يمكن تعريف الزواج بأنه عقد يفيد حِلَّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات⁽⁵⁾.

رابعاً- تعريف الزواج في بعض قوانين الأسرة العربية:

عَرَّفَ قانون الأسرة الجزائري في المادة 04 عقد الزواج كما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽⁶⁾، كذلك جاء تعريفه في مدونة الأسرة المغربية في مادتها 04 كالتالي: "ميثاقٌ تَرَاضٍ وترابطٍ شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"⁽⁷⁾، وجاءت المادة 01 من قانون

(1) البهوتي، الروض المربع، ص 508.

(2) مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 17.

(3) السرخسي، المبسوط، 194/4.

(4) مُجَدُّ مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 46.

(5) مُجَدُّ أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 44.

(6) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 19.

(7) مُجَدُّ الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، ص 15.

الأحوال الشخصية السوري بتعريف الزواج: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"⁽¹⁾.

وما يُلحَظُ على هذه التعاريف القانونية اختلاف صياغتها عن تعاريف فقهاء الشريعة خاصة القدامى منهم؛ حيث ذكرت الطبيعة الرضائية لعقد الزواج انسجاما مع هذا المبدأ الهامّ المُكرَّس في القوانين الحديثة، أيضا بَيَّنَّتْ أهم مقاصده المتمثلة في حفظ النسل والنوع الإنساني والإحصان بين الزوجين والعفة والطهر الواجبان في المجتمع المسلم.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الزواج على اتجاهين، وإن كان منها قدر مشترك هو محل اتفاق فيما بينهم وهي الصيغة⁽²⁾ كما سنذكر، ونورد هنا أقوال الفقهاء وأدلتهم مع مناقشتها والترجيح بينها وبيان وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة؛ وذلك على النحو التالي:

أولا: إيراد أقوال الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج.

1- أركان عقد الزواج عند الجمهور.

- ذهب فقهاء المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي: الولي والصدّاق والمحل والصيغة⁽³⁾، والمقصود بالمحل هما الزوج والزوجة، وعليه فتكون أركان الزواج عند المالكية خمسة، وقد اعتبر بعض فقهاء المالكية أركان النكاح ثلاثة، وهي: المحل والولي والصيغة، أما بالنسبة للمهر، فلا يتوقف عليه العقد بالإجماع، فيكون شرطا في صحته أما بالنسبة للشهود، فقد اعتبرهم المالكية شرطا في جواز الدخول وليس في العقد لعدم توقف العقد عليهم⁽⁴⁾.

- وذهب فقهاء الشافعية إلى أن أركان الزواج خمسة كذلك وهي: الصيغة، والزوجة، والزوج، والشاهدان، والولي، أما بالنسبة للصدّاق، فقد جوزوا عدم ذكره في الزواج، كما يرى بعض الشافعية أن حضور الشاهدين شرط، ولكن تساهل فقهاؤهم في تسمية الشاهدين ركنا⁽⁵⁾.

(1) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 37.

(2) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 324.

(3) الجكني، مواهب الجليل من أدلة خليل، 22/3 - 24؛ الآبي، جواهر الإكليل، 277/1.

(4) الخطاب، مواهب الجليل، 419/3، الدردير، الشرح الكبير، 96/2 وما بعدها.

(5) الغزالي، الوسيط في المذهب، 53/5؛ الشريبي، مغني المحتاج، 226/4-367.

- كما ذهب فقهاء الحنابلة إلى أن أركان النكاح ثلاثة هي: الزوجان الخاليان من الموانع، والإيجاب مع القبول، أما بالنسبة للولي، والشاهدين فهما شرطان⁽¹⁾، والصدّاق يستحب تسميته في عقد الزواج دون اعتباره من الشروط⁽²⁾.

وخلاصة القول أن الجمهور متفقون على أن أركان عقد الزواج ثلاثة هي: المحل (الزوجان) والصيغة والولي، أما الشاهدان والصدّاق فقد اختلفوا فيهما؛ فاعتبر الشافعية والحنابلة الشاهدين من الشروط أما المالكية فاعتبروا الشهادة شرطاً في الدخول، كما اعتبر الشافعية وبعض المالكية الصدّاق من الشروط، أما الحنابلة فعده من المستحبات، واعتبروا الولي من الشروط كذلك، وقد اعتمد جمهور الفقهاء في التأسيس لآرائهم على أدلة سنّفصل القول فيها قريباً.

2- أركان عقد الزواج عند الحنفية.

يرى فقهاء الحنفية أن ركن الزواج هو الإيجاب والقبول فقط⁽³⁾، وقال بهذا الرأي بعض الحنابلة، وعَلَّلُوا ذلك بأن ماهية النكاح مركبة منهما، ومتوقفة عليهما⁽⁴⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في تحديد أركان الزواج.

إِسْتَدَلَّ جمهور الفقهاء عموماً والمالكية خصوصاً على أركان الزواج بعدة أدلة نذكر منها ما يلي:

1- استدلو على اعتبار الولي ركناً في الزواج من القرآن الكريم⁽⁵⁾؛ بقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232]، واستدلوا من السنة المطهرة بقوله ﷺ عن ابن عباس رضي الله عنهما: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»⁽⁶⁾، وقال ﷺ أيضاً عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ»⁽⁷⁾، وقال

(1) البهوتي، الروض المربع، ص 511.

(2) الرحيباني، مطالب أولى النهي، 174/5.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 229/2.

(4) ابن مفلح، المبدع، 94/6.

(5) ينظر: ابن رشد، المقدمات والمهمّات، 471/1؛ الشربيني، المرجع السابق، 239/4؛ ابن قدامة، المغني، 07/7.

(6) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، حديث رقم 1914، 749/3.

(7) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 19518، 280/32، قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

كذلك عن أبي هريرة رضي الله عنه: «لَا تُرَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا»⁽¹⁾، كما قال صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْ فَرْجِهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ»⁽²⁾، واستدلوا من آثار الصحابة بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ السُّلْطَانِ"⁽³⁾.

2- كما يُسْتَدَلُّ للأئمة الأربعة ومنهم المالكية على اعتبار الصيغة من الأركان بقوله تعالى: ﴿وَأَخْذُنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: 21]؛ حيث جاء في تفسير الميثاق الغليظ أنه كلمة النكاح التي استُجِلَّ بها الفرج⁽⁴⁾، باعتبار أنها محل إجماع، كذلك من أدلتهم قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: «فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةٍ اللَّهِ»⁽⁵⁾، وكلمة الله هي العقد نفسه الذي ينشأ من كلمتي إيجاب وقبول من الولي والزوج⁽⁶⁾.

3- أما بالنسبة للصدّاق الذي اعتبره المالكية ركناً على المشهور عندهم؛ استدلو له بقوله تعالى: ﴿وَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 04]، وبقوله عز وجل كذلك: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: 24]، ومعنى الأجور في الآية المهور⁽⁷⁾، وبقوله صلى الله عليه وسلم للرجل الذي طلب منه أن يزوجه المرأة التي وهبت نفسها له صلى الله عليه وسلم: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصَدِّقُهَا إِيَّاهُ؟»، فقال: "ما عندي إلا إزارى هذا"، فقال: «إِنْ أُعْطِيَتْهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا» فقال: ما أجد شيئاً، فقال له صلى الله عليه وسلم: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»⁽⁸⁾.

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1282، 80/3، قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح لغيره".

(2) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 24372، 435/40، قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

(3) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، أثر رقم: 3542، 328/4، قال الباكتاني: "صحيح"؛ ينظر: ما صح من آثار الصحابة في الفقه، 399/3.

(4) الطبري، جامع البيان، 128/8.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم: 1218، 886/2.

(6) ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، 366/8.

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 129/2.

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب السلطان ولي، حديث رقم: 5135، 17/7.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

سبب الخلاف بين الفقهاء في تحديد أركان الزواج يرجع إلى النقاط التالية⁽¹⁾:

أ- اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد الزواج؛ الجمهور اعتبروا الولي ركنا لأنه تتوقف عليه حقيقته، بينما لا يُعَدُّ الحنفية مما لا بد منه في هذا العقد، فأخرجوه عن دائرة الركنية إلى الشرطية.

ب- اختلافهم في تفسير المراد بالركن في هذا العقد بين حمله على حقيقته اللغوية التي هي جانب الشيء الذي يقوم عليه ويستند إليه، وحمله على حقيقته الشرعية التي هي المرادة في الوجود الشرعي للعقد؛ فمثلا بعض المالكية يعتبرون الزوج والزوجة ركنين لأن وجود العقد لا يكون إلا بهما، والولي والصيغة شرطان لخروجهما عن ذات النكاح، قال الزرقاني⁽²⁾: "قال ح (الخطاب): الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، أي لأن حقيقة النكاح إنما توجد بهما والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح"⁽³⁾، وعَلَّقَ مُحَشِّيه البناني⁽⁴⁾ بقوله: "والحق والله أعلم، أن المراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه فتدخل الخمسة التي ذكرها المؤلف كلها؛ لأن العقد لا يُتَصَوَّرُ إلا من عاقلين وهما شرعا الولي والزوج ومن معقود عليه وهو الزوجة والعوض، فلا بد من وجوده وإن لم يجب ذكره ولا يُتَصَوَّرُ العقد إلا بصيغة، وقد خَصَّصَهَا الشرع بما ذكره فتأمل، وما ذكره ح (الخطاب) إنما يتنزل على الحقيقة اللغوية وليس الكلام عليها اه"⁽⁵⁾.

ج- التَّجَوُّزُ في لفظ الركن من باب زيادة التَّعْلُقِ والاعتبار بالشيء حتى صار بمنزلة الجزء، ومنه ما ذكره الدسوقي⁽⁶⁾ حيث اعتبر الصداق ركنا، كما اعتبر الشرييني من الشافعية الشهادة ركنا.

(1) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 326.

(2) هو: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، فقيه مالكي، ولد ومات بمصر، من كتبه: شرح مختصر سيدي خليل، وشرح العزية، توفي سنة 1099هـ/1688م؛ ينظر: الزركلي، الأعلام، 3/272.

(3) الزرقاني، شرح مختصر خليل، 3/299.

(4) هو: أبو عبد الله محمد بن الحسن البَنَّانِي، الإمام المدقق العلامة، أخذ عن أعلام منهم أحمد بن مبارك، وعنه الرهوني والتاودي، من تأليفه: شرح على السلم المروني، توفي سنة 1194هـ/1780م؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 3/148.

(5) الزرقاني، شرح مختصر خليل، 3/299؛ الشنقيطي، لوامع الدرر، 6/52.

(6) هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهرى، العلامة المحقق، أخذ عن الدردير، وعنه أخذ الصاوي، من تأليفه: حاشية على مختصر السعد، توفي سنة 1230هـ/1814م؛ ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 1/520.

وبناء على ما سبق ذكره يمكن مناقشة أركان الزواج بين الجمهور والحنفية على أساس ما ذكرناه، فبالنسبة إلى الصيغة لا مجال للمناقشة فيها كونها محل اتفاق على أنها ركن في عقد الزواج كما رأينا؛ لأنها جزء من الوجود الحسي الزائد على الوجود الشرعي لعقد الزواج⁽¹⁾، وإنما الخلاف البارز بين الحنفية والجمهور ومنهم المالكية يكمن في الولي؛ حيث لم يعتبره الحنفية من الأركان لكون المرأة يجوز لها مباشرة عقد الزواج بنفسها كما سنرى لاحقاً، كذلك اعتبار الصداق داخلاً في تكوين الماهية الشرعية إذ لا يُتَصَوَّرُ وجود العقد شرعاً بدون إمهار المرأة فمن جعله شرطاً كبعض المالكية⁽²⁾، أو مستحباً تسميته كالحنابلة أو حكماً من أحكام العقد كالشافعية إنما قصدوا إخراجهم عن دائرة الركنية لعدم توقف الماهية اللغوية عليه، والأصل تقديم الماهية الشرعية على الماهية اللغوية، كذلك الأمر بالنسبة للمحل وهو الزوج والزوجة إذ يُعَدَّان عند الجمهور من الأركان؛ لأنهما عاقدان يتوقف الانعقاد عليهما، لكن إغْتَبِرَ الولي معبراً عن إرادة الزوجة رعاية لمصلحة حفظ حياة المرأة لكن في كل الأحوال يتوقف تمام العقد على موافقتها لقوله ﷺ عن ابن عباس رضي الله عنهما: «الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»⁽³⁾.

2- الترجيح:

الرأي الذي أميل إليه ترجيحاً اعتبار المحل (الزوجان) والولي والصداق والصيغة من الأركان لسببين: أ- تقديم الماهية الشرعية على الماهية اللغوية في اعتبار الركن؛ لأنها الأصل في كل تصرف شرعي قال البناي: "والحق والله أعلم، أن المراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية بدونه فتدخل الخمسة التي ذكرها المؤلف كلها؛ لأن العقد لا يُتَصَوَّرُ إلا من عاقدين وهما شرعاً الولي والزوج ومن معقود عليه وهو الزوجة والعوض فلا بد من وجوده وإن لم يجب ذكره، ولا يُتَصَوَّرُ العقد إلا بصيغة"⁽⁴⁾.

ب- خصوصية عقد الزواج وتَمَيُّزُهُ عن سائر العقود الشرعية والقانونية في الطبيعة والأسس والآثار؛ فطبيعة هذا العقد لا تَنْصَبُ على عين كالبيع أو على منفعة كالإجارة، فالزواج لا نستطيع إلحاقه

(1) أبو القاسم بن الزين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد، ص 45.

(2) هو الإمام الدردير؛ ينظر: الشرح الكبير على مختصر خليل، 220/2.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم: 1421،

1037/2.

(4) الزرقاني، شرح مختصر خليل، 299/3.

بهما، وإن كان من الفقهاء من قال بأنه عقد على منفعة الاستمتاع بالمرأة كالحنفية، لكن المنفعة بين الزوجين متبادلة لقوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]، كذلك هو عقد يتأسس على البعد الاجتماعي لأطرافه زيادةً في توثيقه وتدعيمًا لأسباب نجاحه، ويظهر ذلك في اعتبار الولي طرفًا ثالثًا، كذلك آثاره لا تشبه العقود الأخرى، فهي تجمع بين الجانب المادي والمعنوي في الحقوق والواجبات (الالتزامات) كالنفقة الزوجية والرضاع؛ ويوضح الشيخ الزرقا ذلك بقوله: "ويصفونه (النكاح) بأنه معاوضة غير مالية والأفضل أن يعد نوعًا خاصًا"⁽¹⁾.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

رغم أن المشهور في المذهب المالكي اعتبار أركان عقد الزواج خمسة وهي: الولي والصدّاق والمحل (الزوج والزوجة) والصيغة، لكنهم صحّحوا الزيجات التي انعقدت على خلاف هذا الرأي؛ فقرروا أن الزواج إذا انعقد مخالفاً لمذهبهم اعتبروه صحيحاً منتجاً لآثاره، وعللوا هذا التصحيح بإعمال قاعدة مراعاة الخلاف المخالفة لمذهبهم، واعتبروا حُلُّو الزواج من الولي أو الصدّاق أو الشهود فاسداً، وأصلُّوا قاعدة عامة أن الأنكحة الفاسدة يراعى فيها الخلاف؛ قال الحجوي: "واعلم أن مراعاة الخلاف ضابطه في المذاهب المالكية إذا كان القول قَوِيّ الدليل راعاه الإمام ككثير من الأنكحة الفاسدة"⁽²⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع الجزائري ركن عقد الزواج في المادة 9 من ق أ ج، فنص على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"⁽³⁾، الملاحظ من خلال المادة أن المشرع قد وافق قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة بمعناه العام فخرج عن مذهب المالكية وانتقل إلى مذهب الحنفية وبعض الحنابلة في جعل أركان الزواج ركناً واحداً فقط⁽⁴⁾؛ ألا وهو الرضا بعدما كان يعتبر أركان الزواج متكونة من الولي والمحل والشاهدين والصدّاق ورضا الزوجين وهو ما نصت عليه المادة 9 قبل تعديلها حيث كانت تنص على

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 580/1.

(2) الحجوي، الفكر السامي، 455/1.

(3) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص20.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص327.

الآتي: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق"⁽¹⁾، وفي حقيقة الأمر اعتبار المشرع الرضا ركنا في الزواج فيه تغليب؛ لأن الرضا أمر باطني لا يظهر إلا بالصيغة المتكونة من الإيجاب والقبول بتعبير الفقه الإسلامي؛ قال الغزالي: "الصيغة وهي الإيجاب والقبول الدالان على جزم الرضا دلالة صريحة قاطعة"⁽²⁾، وهو ما دلت عليه المادة 10 فقرة 1 بقولها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر"⁽³⁾.

ويبدو أن المسوغ لتبني هذا المسلك في هذه المسألة مبدأ الضرورة المتمثل في محاولة المشرع الجزائري تدارك التناقضات التي كانت تعترى أحكام قانون الأسرة رقم 84-11⁽⁴⁾، من خلال تعديله الذي جاء به بموجب الأمر رقم 02/05⁽⁵⁾، والذي أبقى في عقد الزواج ركنا وحيدا وأساسيا في عقد الزواج؛ وهو ركن الرضا أي الإيجاب والقبول؛ وهذا من خلال المادة 09 المعدلة بنصها على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، مسائرا بذلك المذهب الحنفي، واعتبر الباقي شروطا له ليضع حدا فاصلا بين ما يُعَدُّ ركنا، وما يُعَدُّ شرطا في عقد الزواج⁽⁶⁾.

جاء في بعض القوانين العربية ما يدل على تبني هذا الرأي وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية السوري أن الإيجاب والقبول ركن في العقد في المادة 05 منه التي جاء فيها: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر"⁽⁷⁾، كذلك المشرع المغربي في مدونة الأسرة حيث نص في المادة 10 فقرة 1 على أن الزواج ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الثالث: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين"⁽⁸⁾.

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص910.

(2) الغزالي، الوسيط في المذهب، 44/5.

(3) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص910.

(4) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص51.

(5) صدر قانون الأسرة بمقتضى القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/6/9، وُعِدَّ بمقتضى الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/2/27.

(6) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص55.

(7) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص44.

(8) محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، ص35، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص05.

ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

من القرارات الاجتهادية للمحكمة العليا في هذه المسألة التي تتوافق مع قاعدة مراعاة الخلاف قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005؛ والذي تضمن إعادة النظر في المادة التاسعة منه، واكتفى المشرع فيه بركن الرضا كأساس لتكوين عقد الزواج، فوقفنا على قرارين نفهم من سياقهما بدلالة الإشارة⁽¹⁾ أنهما يدلان على اعتبار الرضا من المرأة ركناً، وأنه يمكنها فسخ العقد بإرادتها المنفردة وهذا تضيق لدور الولي، ويظهر أن هذين القرارين كانا مُمَهِّدِينَ للتعديل المذكور حيث جاء في الأول منهما والمؤرخ في 2000/07/18 ما يلي: "يطل الزواج بانعدام ركن الرضا، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"⁽²⁾، كذلك القرار المؤرخ في 2001/02/21 والذي جاء فيه: "إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق لصحيح القانون"⁽³⁾.

⁽¹⁾ دلالة الإشارة: هي دلالة اللفظ على معنى ليس مقصوداً باللفظ في الأصل، ولكنه لازم للمقصود فكأنه مقصود بالتبع لا

بالأصل؛ كدلالة قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 15]، مع قوله: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: 14]

على أن أقل أمد الحمل ستة أشهر؛ ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص 283.

⁽²⁾ قرار رقم: 249120، بتاريخ: 2000/07/18، المجلة القضائية، ع 2، 2003م، ص 267.

⁽³⁾ قرار رقم: 255711، بتاريخ: 2001/02/21، المجلة القضائية، ع 2، 2002م، ص 424.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة الشهادة في عقد الزواج.

يحتل الإشهاد في عقد الزواج مكانة كبيرة، ولذلك كان لفقهاء الإسلام وخاصة المذاهب الأربعة منهم آراء متباينة في تحديد الحكم الشرعي له بين الشرطية والركنية؛ لأنه يُخْرِجُ الزواج من دائرة السرية والكتمان المُحَرَّمَيْنِ شرعا إلى دائرة الإعلان والفُشْوِ الَّذِيْنَ يَعْتَبِرَانِ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْمَلْحُوظَةِ الَّتِي تَنْتَفِي بِهَمَا كُلُّ شَبْهَةٍ وَرَبِيبَةٍ قَدْ تَعُودُ عَلَى مَشْرُوعِيَةِ الْعَقْدِ بِالْإِبْطَالِ، وَلِذَلِكَ سَنَبِزُ فِي هَذَا الْمَطْلَبِ مَوْقِفَ الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ وَقَانُونَ الْأُسْرَةِ الْجَزَائِرِيِّ وَالْمَقَارَنَ وَالْإِجْتِهَادَ الْقَضَائِيَّ مِنَ الْإِشْهَادِ.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف الشهادة وبيان حكمها والحكمة منها في الزواج، وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً- تعريف الشهادة وبيان حكمها والحكمة منها في الزواج:

1- تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

الشهادة عند العرب يراد بها معانٍ كثيرة وردت ناطقة بها آيات القرآن الكريم؛ فمن معانيها⁽¹⁾:

- العلم: ومنه قوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: 18]، بمعنى علم الله.
- الإدراك والحضور: كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: 185]، ومنه الشهيد؛ قيل أن الملائكة تحضر تغسيلة.
- الحلف: ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنَّ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: 08]، تشهد بمعنى تحلف.

- الحكم: ومنه قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا﴾ [يوسف: 26].

وأقرب التعاريف اللغوية إلى التعريف الاصطلاحي هو الحضور والإدراك؛ لأن الشهادة شرعا لا تجوز شرعا إلا لمن كان حاضرا في الواقعة ومدركا لمضمونها وملابساتها.

ب- اصطلاحاً:

نتناول في التعريف الاصطلاحي البعدين الفقهي والقانوني؛ فعند فقهاء الشريعة الشهادة هي إخبار

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة: شهد، ص292؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 6/347.

بحق للغير على الغير بلفظ مخصوص، والمقصود باللفظ المخصوص هو لفظ الشهادة، والإخبار لا يكون إلا أمام القضاء⁽¹⁾، والعلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للشهادة ظاهرة في أنها مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة أو الشهود وهو الحضور؛ لأن الشاهد يكون حاضرا أثناء تحمل وأداء الشهادة أمام القضاء⁽²⁾، أما تعريف الشهادة عند فقهاء القانون فهي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره⁽³⁾، وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف هو التشابه بينه وبين التعريف الفقهي؛ خاصة من حيث موضوعها وهو الحق، ولزومها عند القاضي.

أما الإشهاد في عقد الزواج فليس إخبارا فقط، وإنما هو تحمُّلٌ للشهادة أولا لصحة عقد الزواج، ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة إليها⁽⁴⁾.

ثانيا- بيان حكم الإشهاد:

تَحْمُلُ الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية؛ لقول تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: 283]، وإنما حصَّ الله القلب بالإثم؛ لأنه موضع العلم بها، ولأن الشهادة أمانة، فلزم أداؤها، كسائر الأمانات؛ إذا ثبت هذا، فإن من دُعِيَ إلى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الإجابة، وإن كانت عنده شهادة فدُعِيَ إلى أدائها لزمه ذلك، فإن قام بالفرض في التحمل أو الأداء اثنان، سقط عن الجميع، وإن امتنع الكل أثموا، وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر، وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الأداء، أو كان ممن لا تقبل شهادته، أو يحتاج إلى التَّبَدُّلِ في التزكية ونحوها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: 282] ⁽⁵⁾.

ثالثا- بيان الحكمة من الإشهاد في الزواج:

الحكمة من اشتراط الإشهاد على الزواج بيان خطورته وأهميته، وإظهار أمره بين الناس لدفع الظنِّة والتهمة عن الزوجين، ولأن في الشهادة على الزواج التمييز ما بين الحلال والحرام، فشأن الحلال الإظهار، وشأن الحرام التستر عليه عادة، ويتحقق بالشهادة التوثق لأمر الزواج والاحتياط لإثباته عند

(1) البيجوري، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم، 658/2.

(2) القونوي، أنيس الفقهاء، ص 87.

(3) عبد المنعم الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ص 228.

(4) أكلي زازون وآخرون، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 15.

(5) ابن قدامة، المغني، 128/10 - 129.

الحاجة إليه؛ لهذا كله ندب الشرع إلى إعلان النكاح والدعوة إلى وليمته⁽¹⁾، فقال ﷺ فيما رواه الزبير بن العوام رضي الله عنه: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ»⁽²⁾، وجاء عن سيدنا عمر رضي الله عنه قوله: "أعلنوا هذا النكاح وحصّنوا هذه الفروج"⁽³⁾، ومن حِكم الإِشهاد كذلك إبراز مقصد حفظ نسب الأولاد؛ قال الماوردي: "عقد النكاح لما خالف سائر العقود في تجاوزه عن المتعاقدين إلى ثالث هو الولد الذي يلزم حفظ نسبه خالفها في وجوب الشهادة عليه حفظا لنسب الولد الغائب (الذي لم يولد) لئلا ييطل نسبه"⁽⁴⁾، كذلك من حكمه ومقاصده درء مفسدة الوقوع في نكاح السر المحرم شرعا، فجاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قوله: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ نِكَاحِ السَّرِّ»⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتناول هنا اختلاف الفقهاء في هذه الإِشهاد في عقد الزواج من خلال إيراد الأدلة، مع بيان أوجه الاستدلال بها مع مناقشتها وكذا الترجيح بينها، وبيان وجه مراعاة الخلاف، وذلك على النحو التالي: أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في الشهادة هل هي شرط تمام، أم شرط صحة لعقد الزواج؛ على مذهبين رئيسين: المذهب الأول: ذهب المالكية والإمام أحمد في رواية عنه⁽⁶⁾ إلى عدم اعتبار الشهادة شرطا لصحة عقد النكاح، لكن عند المالكية لا يتم الدخول إلا بالإِشهاد، فالشهادة شرط في النفاذ لا في الصحة، كما استحَب المالكية إحضار الشهود في مجلس العقد⁽⁷⁾.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الرواية المشهورة عن الإمام أحمد إلى أن الإِشهاد شرط صحة في العقد يترتب البطلان بتخلفه⁽⁸⁾.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6561/9.

(2) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 16130، 53/26؛ قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "حسن لغيره".

(3) ابن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، 495/3.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 58/9.

(5) أخرجه الطبراني في معجمه الأوسط، حديث رقم: 6874، 68/7؛ قال الهيثمي: "رواه الطبراني في الأوسط عن مُجَدِّ بن عبد

الصمد بن أبي الجراح، ولم يتكلم فيه أحد، وبقيّة رجاله ثقات"، ينظر: مجمع الزوائد، 285/4.

(6) التتائي، جواهر الدرر، 11/4؛ ابن قدامة، المغني، 08/7.

(7) ابن الجلاب، التفريع، 369/1.

(8) المرغيناني، الهداية، 185/1؛ الشربيني، مغني المحتاج، 234/4؛ ابن قدامة، المغني، 08/7.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة أصحاب المذهب الأول:

أ- من المنقول:

إِسْتَدَلَّ المالكية بعمومات من القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 01]، ووجه الاستدلال بالآية أن النكاح يدخل في عموم العقود التي لم يُشترط انعقادها بالإشهاد عليها⁽¹⁾، كما استدلوا من السنة بقوله ﷺ: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ»⁽²⁾، وفي رواية عائشة رضي الله عنها، قال ﷺ أيضا: «أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْدُّفُوفِ»⁽³⁾، وروى ابن وهب عن عباد بن شيبان أن رسول الله ﷺ قال: «أَلَا أُنْكِحُكَ أُمَيْمَةَ بِنْتَ رَبِيعَةَ بِنِ الْحَارِثِ؟» قال: بلى، قال: «قَدْ أَنْكِحْتُهَا»، ولم يُشهد⁽⁴⁾، واستدلوا بفعله ﷺ حيث تزوج أم المؤمنين صفية بنت أخطب يوم خير من غير شهود⁽⁵⁾، كما استدلوا بفعل الصحابة منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه الذي زوّج ابنته أم كلثوم بعمر ﷺ ولم يُشهد، وفعله كذلك ابن عمر وابناه، والحسن بن علي، وابن الزبير رضي الله عنهم⁽⁶⁾.

ب- من المعقول:

استدل المالكية بالقياس ووجهه أن النكاح عقد مشابه لسائر العقود التي لا يشترط فيها الإشهاد كالبيع والإجارة، فمن باب أولى أن لا يشترط فيه؛ قال ابن عبد البر موضحا ذلك: "والحجة لمذهبه (مالك) أن البيوع التي ذكر الله فيها الإشهاد عند العقد قد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، فالنكاح الذي لم يذكر الله فيه الإشهاد أخرى بأن لا يكون الإشهاد فيه من شروط فرائضه

(1) البغدادى، الإشراف، 691/2.

(2) سبق تخريجه، ص 170.

(3) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، حديث رقم: 1089، 390/3؛ قال عبد القادر الأرناؤوط: "حديث حسن بشواهده"، ينظر: ابن الأثير، جامع الأصول، 439/11.

(4) ابن وهب، الجامع، ص 134؛ قلت: هذا الحديث أخرجه البخاري في تاريخه بنفس إسناد ابن وهب وقال فيه: "إسناده مجهول"، ينظر: التاريخ الكبير، 345/1.

(5) القصة أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، حديث رقم: 4213، 135/5.

(6) ابن قدامة، المغني، 08/7.

وإنما الفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب والإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي والاختلاف فيما ينعقد بين المتناكحين⁽¹⁾.

2- أدلة أصحاب المذهب الثاني:

أ- من المنقول:

استدل الجمهور لمذهبهم بأدلة كثيرة منها قوله ﷺ في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ، وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ، فَإِنْ تَشَاجَرُوا، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ»⁽²⁾، والحديث صريح في اشتراط الإشهاد، وعنهما كذلك أن النبي ﷺ قال: «لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ: الْوَلِيِّ وَالزَّوْجِ وَالشَّاهِدَيْنِ»⁽³⁾، كما استدلو بقوله ﷺ عن ابن عباس رضي الله عنهما: «الْبَغَايَا اللَّائِي يُنْكَحْنَ أَنْفُسُهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ»⁽⁴⁾، والبينة في الحديث هي الشاهد عند الجمهور⁽⁵⁾.

واستدلوا من آثار الصحابة بقول عمر رضي الله عنه: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽⁶⁾، كما جاء عنه رضي الله عنه أنه أتي له بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: "هذا نكاح السر، ولا أُجيزُهُ، ولو كنت تُقَدِّمْتُ فيه لرَجَمْتُ"⁽⁷⁾.

ب- من المعقول:

استدل الجمهور بأن اشتراط زيادة شيء في هذا العقد؛ لإظهار خطر البُضْع، فهو نظير اشتراط زيادة شيء في إثبات إتلاف ما يملك بالنكاح، وإنما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين

(1) ابن عبد البر، الاستدكار، 471/5.

(2) أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب النكاح، باب الولي: ذكر نفي إجازة النكاح بغير ولي وشاهدي عدل، حديث رقم: 4075، 386/9؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط: "إسناده حسن"

(3) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، حديث رقم: 3529، 321/4؛ قال الذهبي: "الخبر منكر جدا"، ينظر: تنقيح التحقيق، 169/2.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، حديث رقم: 1103، 402/2؛ قال الألباني: "ضعيف"، ينظر: إرواء الغليل، 261/6.

(5) المباركفوري، تحفة الأحوذى، 197/4-198.

(6) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، أثر رقم: 13727، 204/7-205؛ علّق البيهقي على هذا الأثر بقوله: "هذا إسناد صحيح".

(7) مالك، الموطأ، 767/3.

فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين، كذلك قالوا بأنه عقد خطير يترتب عليه مقاصد يُخْتَأَطُّ لها؛ فوجب صيانتها عن التجاحد، كذلك اشترط الشهادة في النكاح دون غيره من العقود، لما فيه من تعلق حق غير المتعاقدين، وهو الولد⁽¹⁾.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

يتأسس الخلاف بين الفقهاء على كون الشهادة هل هي حكم شرعي، أم مقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟؛ فمن قال بأنها حكم شرعي، قال هي شرط من شروط الصحة، ومن قال بأن المقصود منها التوثيق، قال بأنها من شروط التمام⁽²⁾.

وتمحورت مناقشة الفريقين للأدلة التي استندوا عليها في جانب ثبوتها إسناداً، وكذا في جانب صحتها قياساً ومعنى؛ حيث وجه كل منهما جملة من الانتقادات على استدلالات الفريق الخصم؛ وبيان ذلك على النحو الآتي:

أ- اعترض الفريق الأول على الأدلة التي اعتمد عليها الجمهور؛ بكونها غير منتهضة نظراً لأسانيدھا التي لا تخلو من مقال؛ فهناك من النُقَادِ من ضَعَّفَهَا على سبيل الإجمال؛ منهم الإمام أحمد فقد جاء عنه قوله: "لم يثبت عن النبي ﷺ في الشاهدين شيء"⁽³⁾، كذلك قال ابن المنذر⁽⁴⁾: "وليس يثبت عن النبي ﷺ شيء في إثبات الشاهدين في النكاح"⁽⁵⁾، أما تفصيلاً فقد ضَعَّفَ ابن عبد البر حديث عائشة بجميع طرقه⁽⁶⁾، كذلك حديثها الثاني ضعيف كما أشرنا، أما حديث ابن عباس فلا يثبت مرفوعاً، والصحيح وقفه عليه وهو ما رجحه الإمام الترمذي؛ حيث قد رواه بسندين مرفوع وموقوف

(1) السرخسي، المبسوط، 31/5؛ الجويني، نهاية المطلب، 52/12؛ الزركشي، شرح مختصر الخرقى، 22/5؛ ابن مفلح، المبدع، 120/6.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 964/3.

(3) الزركشي، شرح مختصر الخرقى، 23/5.

(4) هو: الإمام، الحافظ، العلامة، أبو بكر بن المنذر النيسابوري الفقيه، شيخ الحرم، روى عن الربيع بن سليمان وآخرون، كان مجتهداً، وعَدَّ الشيرازي من الشافعية، من تصانيفه: التفسير، والإجماع، توفي سنة 318هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 05/3.

(5) ابن المنذر، الإشراف، 31/5.

(6) ابن عبد البر، التمهيد، 89/19.

وصَحَّحَ الوقف⁽¹⁾، وقد أجاب الجمهور بأن حديث عائشة الأول أشار إلى صحته الإمام ابن حبان⁽²⁾ في صحيحه حيث قال: "ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر"⁽³⁾، وهذا كافٍ للاحتجاج به كما قال ابن حزم⁽⁴⁾: "لا يصح في هذا الباب شيء، غير هذا السند - يعني ذكر شاهدي عدل -، وفي هذا كفاية لصحته"⁽⁵⁾، كذلك أجابوا على الاحتجاج بأن النبي ﷺ تزوج السيدة صفية رضي الله عنها من غير إشهاد بكون هذا الفعل من خصائصه ﷺ⁽⁶⁾؛ بدليل تَزَوُّجُهُ منها بغير ولي، فهذا مُشْعَرٌ بأن تصرفه ﷺ كان حادثة عين لا عموم لها، فلا يُلْحَقُ بها غيرها.

ب- كما ناقش الفريق الأول أدلة الجمهور من جهة القياس والمعنى بأنه إذا كان البيع مشابهاً للنكاح فالأولى عدم اشتراط الإشهاد فيه؛ لأن الإشهاد غير مشترط في البيع، قال يزيد بن هارون⁽⁷⁾: "أمر الله عز وجلَّ الإشهاد على البيع فقال: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282]، وأمر بالنكاح ولم يأمر بالإشهاد عليه، وزعم أصحاب الرأي أن البيع جائز وإن لم يُشْهَدْ عليه، وأبطلوا النكاح الذي لم يأمر الله بالإشهاد عليه"⁽⁸⁾، ويجب أن الإشهاد شرط تقرر في السنة، وأفتى به من الصحابة رضي الله عنهم وعلى وابن عباس وعائشة، وما شُرِطَتْ الشهادة في النكاح إلا للحاجة إلى دفع الجحود والإنكار؛ وذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح بالسمع من العاقلين⁽⁹⁾.

(1) قال الترمذي: "هذا حديث غير محفوظ لا نعلم أحدا رفعه إلا ما رُوِيَ عن عبد الأعلى، عن سعيد، عن قتادة، مرفوعاً، وروى عن عبد الأعلى، عن سعيد هذا الحديث موقوفاً؛ ينظر: سنن الترمذي، 402/2.

(2) هو: العلامة أبو حاتم محمد بن حبان التميمي البُستِّي، سمع النسائي وأبا يعلى الموصلي وولي قضاء سمرقند، وكان من فقهاء الدين وحفاظ الآثار، صنف المسند الصحيح والتاريخ والضعفاء، توفي سنة 354هـ؛ ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، ص 376.

(3) ابن حبان، صحيح ابن حبان، 386/9.

(4) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل، ثم الأندلسي القرطبي، أبو محمد، كان شافعي المذهب، ثم انتقل إلى القول بالظاهر، من مؤلفاته: الفصل في الملل والنحل، توفي سنة 456هـ، ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، 74/3.

(5) ابن حزم، المحلى، 48/9.

(6) ابن قدامة، المغني، 09/7.

(7) هو: الإمام يزيد بن هارون بن زاذي، أبو خالد السلمي، قيل إنه بخاري الأصل، سمع من شعبة وشريك، وخلق كثير، روى عنه أحمد وابن المديني، وآخرون، كان حافظاً ثقة متقناً، توفي سنة 206هـ؛ ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، 358/9.

(8) ابن المنذر، الإشراف، 31/5.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، 253/2؛ ابن قدامة، المغني، 08/7.

2- الترجيح:

بعد إيراد الأدلة والمناقشات بين الفريقين يظهر والله أعلم أن اشتراط الإشهاد على عقد الزواج هو الرأي الأليق بالترجيح؛ نظرا لقوة أدلته، ومنها العقلية خاصة لِتَعَلُّقِهَا بالبعد المقاصدي المتمثل في المحافظة على الحقوق بين الزوجين ونسب الأولاد وصيانتها عن التناكر والتجاحد بين أطرافه، وهذا ما ينبغي ملاحظته في عقد الزواج؛ لأن جوهره يختلف عن غيره من العقود مهما كانت طبيعتها معاوضات أو تبرعات، إذ الأصل في الزواج انبناؤه على المودة والمكارمة بين أطرافه، بخلاف العقود الأخرى فهي تنبني على المكايسة والمساومة، ولذلك اعتبر بعض فقهاء المالكية من شروط الفرع في القياس أن لا يُبَيِّنَ مَوْضِعُ الأصل مَوْضِعَ الفرع، وهو الشريف التلمساني⁽¹⁾ ومثَّلَ له بالنكاح حيث قال: "كقياس البيع على النكاح أو بالعكس، فإن البيع مبني على المكايسة والمُشَاخَّة، والنكاح مبني على المكارمة والمساهلة"⁽²⁾، والشاهد في كلامه أن قياس الزواج على البيع قياس مع الفارق، وفي نفس السياق جاء عن الماوردي من الشافعية في تأصيل الفرق بين الزواج وسائر العقود قوله: "ولأن عقد النكاح لما خالف سائر العقود في تجاوزه عن المتعاقدين إلى ثالث هو الولد الذي يلزم حفظ نسبه خالفها في وجوب الشهادة عليه حفظا لنسب الولد الغائب لئلا ييطل نسبه فيجاهد الزوجين، وفي هذا انفصال عما ذكره من الاستدلال في إلحاقه إما بعقود الأعيان، أو بعقود المنافع"⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الإشهاد يشترط عند توثيق العقد رسميا، أما إذا لم يُوثَّق العقد أو تعذر الإشهاد عليه لظروف ما، كظروف الحجر الصحي التي عاشها المسلمون في زمن الكورونا؛ أين تعذر التوثيق في المصالح الإدارية أو حضور الشهود على المستوى الشعبي، فهنا يكفي الإعلان والإشهار.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

لم يثبت للمالكية نص خاص راعوا فيه الخلاف في الإشهاد في الزواج، لكن يمكننا أن نستنتج ذلك من خلال اعتبار عقد الزواج فاسدا إذا لم يتم الإشهاد عليه مما يعني أن فقهاء المالكية قد صَحَّحُوا الزواج إذا لم يتم الإشهاد عليه وحدث فيه الدخول من باب تصحيح النكاح المختلف فيه؛ حيث

(1) هو: أبو عبد الله مُحَمَّد بن أحمد العلوي الشريف الحسني المعروف بالشريف التلمساني، من العلماء والأئمة الفضلاء، أخذ عن المشذالي، وعنه ابن خلدون، ألف المفتاح وشرح جمل الخونجي، توفي سنة 771هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 337/1.

(2) التلمساني، مفتاح الوصول، ص711.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 58/9.

جاء عن بعض فقهاء المالكية في أعمال قاعدة مراعاة الخلاف في الأنكحة الفاسدة قوله: "ومن الاستحسان مراعاة الخلاف وهو أصل في المذهب، من ذلك قولهم في النكاح المختلف في فساد: إنه يفسخ بطلاق وفيه الميراث، وهذا المعنى أكثر من أن يحصى"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نص المشرع على هذه المسألة في المادة 9 مكرر فقرة 4 من ق أ ج قائلا: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: شاهدان"⁽²⁾، فبمقتضى المادة وافق المشرع قاعدة مراعاة الخلاف الحاصل بين الفقهاء في حكم الإشهاد بمعناه العام؛ فأخذ بمذهب الجمهور الذي يشترط الإشهاد عند العقد، واعتبره شرطا من شروط صحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصدّاق، وفي ظل قانون الأسرة القديم كان يعتبر الإشهاد ركنا في العقد⁽³⁾، ولم يكتف بل رتّب على تخلفه فساد عقد الزواج، فيفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل⁽⁴⁾، وهذا نص المادة 33 فقرة 2.

والمسوغ في تبني مذهب الجمهور يكمن فيما يكتسبه الزواج من الخصوصية عن سائر العقود، نظرا لآثاره بالنسبة للزوجين والأولاد في حماية الحقوق والأعراض والأنساب⁽⁵⁾، فكان لزاما أن يُحاطَ العقد بجملة إجراءات وشكليات يتحقق بها التأكيد والبعد عن التلاعب، حتى لا تُهتَظَمَ حقوق المرأة.

ومن بين القوانين التي انتهجت نهج المشرع الجزائري؛ المشرع السوري في المادة 12 من على اشتراط الشاهدين في صحة عقد الزواج، والمشرع المغربي حيث نصت المادة 13 على حضور الشاهدين وسماعهما التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين شرطا من شروط صحة عقد الزواج، كذلك نص التشريع التونسي في الفصل 03 على اشتراط إشهاد شاهدين من أهل الثقة لصحة عقد الزواج⁽⁶⁾.

(1) الشنقيطي، لوامع الدرر، 312/10.

(2) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص20.

(3) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص910.

(4) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديدة، ص06؛ نصر سلمان وآخرون، أحكام الخطبة والزواج، ص130.

(5) حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، ص138.

(6) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص63؛ نَجْد الشافعي، الزواج والخلاله في مدونة الأسرة، ص76؛ مجلة الأحوال الشخصية، ص05.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

بالنسبة إلى اجتهادات المحكمة العليا في مسألة اشتراط الشهود فقد ترددت بين الانطلاق من تطبيق نصوص القانون القديم للأسرة الصادر سنة 1984، وبين التعديل الذي تم سنة 2005، فقد جاء في القرار المؤرخ في 1989/01/02 ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان وهي: ولي - صداق - صيغة (رضا الزوجين) وشاهدين..."⁽¹⁾، كما جاء كذلك في القرار المؤرخ في 1984/11/05 ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده الشرعي، ومن ثم فإن القضاء بإثبات عقد الزواج اعتمادا على شهود لا تفيد انعقاده شرعا يُعدُّ خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية..."⁽²⁾، وهذا في ظل القانون الذي يعتبر الإشهاد ركنا في الزواج لا ينعقد إلا بتوفره ولا يوجد شرعا إلا به وهو تطبيق للمادة 09 من القانون 11/84.

أما بالنسبة للاجتهادات الصادرة بعد التعديل والتي تعتبر الإشهاد شرط صحة في الزواج فنجدها مكرسة في القرار الصادر في 2011/02/10، والذي يعتبر أن من شروط الصحة حضور الشاهدين طبقا للمادة 9 مكرر طبقا للأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة، حيث نصت: "طبقا للمادة 9 مكرر تنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ومن بينها الشاهدين والولي"⁽³⁾.

وسواء في ظل قانون الأسرة الأصلي أم المعدل نستنبط من قرارات المحكمة العليا أن الشهادة ترددت بين الركنية والشرطية حيث راعى فيها المشرع ومن بعده القضاة الخلاف الحاصل بين الفقهاء وتبنوا هذه الآراء موافقة لقاعدة مراعاة الخلاف، وبالرغم من ذلك توجد عدة اجتهادات للمحكمة العليا كَرَّسَتْ رأي المذهب المالكي القائل بالاكْتفاء بالعلنية والشهرة والتسامع المتواتر ولم تستبعده كلية؛ حيث جاء في القرار المؤرخ في 1990/04/30 ما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام أو قصور وتناقض الأسباب في غير محله"⁽⁴⁾، كما جاء في القرار المؤرخ في 2012/07/12 ما يدل كذلك على العمل بمبدأ العلنية والشهرة في إثبات الزواج من الناحية القضائية؛ وهذا تَمَسِّيًا مع

(1) قرار رقم: 51107، بتاريخ: 1989/01/02، المجلة القضائية، ع3، 1992م، ص53.

(2) قرار رقم: 34030، بتاريخ: 1984/11/05، المجلة القضائية، ع2، 1990م، ص82.

(3) قرار رقم: 600991، بتاريخ: 2011/02/10، المجلة القضائية، ع2، 2011م، ص276.

(4) قرار رقم: 75344، بتاريخ: 1990/04/30، المجلة القضائية، ع4، 1992م، ص65.

رأي المالكية ونصه كالاتي: "يجوز قضاء إثبات الزواج بالشهرة والتسامع، تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر حتى لو لم يحضر الشاهد مجلس العقد"⁽¹⁾.

نستنتج أن المحكمة العليا قررت مبدأ قضائيا هو الشهادة بالشهرة والتسامع في الإثبات في مجال الأحوال الشخصية دون غيرها، وإن كان القانون قد نص على اشتراط الشاهدين دون الشهرة والتسامع، وفي نظري قضاة المحكمة العليا في اجتهادهم القضائي هذا انتحوا منحى موسعا في تفسير المادة 9 مكرر؛ حيث فَرَّقُوا بين شروط انعقاد الزواج قانونا وقواعد إثباته قضاءً، ففي الحالات العادية يشترط القانون الإشهاد في مجلس العقد، أما في حالة التنازع والتجاحد أمام القضاء، فيُتَوَسَّعُ في إثبات الزواج ليشمل العلنية والتسامع المتواتر، حفاظا على مقاصد الأسرة من حفظ الأعراض والأنساب واستقرار العلاقات الأسرية.

⁽¹⁾ قرار رقم: 693621، بتاريخ: 2012/07/12، المجلة القضائية، ع2، 2012، ص269.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة إثبات الزواج العرفي بشهادة النساء.

تناولنا أن من بين شروط عقد الزواج إحضار الشهود لتوثيقه، ولوجوب توثيق الزواج بالإشهاد ملحظ مقاصدي يتمثل في نفي التهمة عن الزوجين من الوقوع في العلاقة غير المشروعة المتمثلة في نكاح السر، وقد استجدَّ في عصرنا أن اشترطت تقنينات أحكام الأسرة في المجتمعات العربية المسلمة توثيق عقود الزواج كتابةً أمام الجهات الرسمية سواء كانت إدارية أم قضائية لضمان حقوق الزوجين، وهذا للتقليل من الزواج العرفي الذي تعتبر مفسده أكثر من منفعه، ولذلك يلجأ القضاء في بعض الأحيان إلى توثيقه بشهادة رجلين كأصل عام، لكن أجاز توثيقه بشهادة رجل وامرأتين، كما سنبينه.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في التعريف بهذه المسألة بيان المقصود من الإثبات والزواج العرفي، أما تعريف الشهادة فقد سبق أن تعرَّضنا له، ونشرع الآن في بيان المراد من خلال النقاط التالية:

أولاً- تعريف الإثبات وبيان مشروعيته:

1- تعريف الإثبات لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

الإثبات مصدر من الفعل الرباعي أثبت أصله ثَبَتَ الشيءُ يَثْبُتُ ثَبَاتاً وَثُبُوتاً فَهُوَ ثَابِتٌ وَثَبِتَ وَثَبْتُ، وله معان متعددة من أهمها⁽¹⁾:

- الإقامة والاستقرار: يقال: ثَبَتَ فلان في المكان يَثْبُتُ ثُبُوتاً، فهو ثابت إذا أقام به ودام واستقر، ومنه إقامة الحجة وتوضيحها، كما يقال: الثَّبْتُ، بالتحريك: الحجة والبينة.

- التَّائِيَّ والتَّرَوِّي: يقال تَثَبَّتَ في الأمر والرأي، واستَثَبَّتْ تَأَيُّ فيهِ ولم يَعْجَلْ.

ومن بين المعاني التي لها علاقة بالتعريف الاصطلاحي الإقامة والاستقرار، فالإثبات إنما يكون عندما تتشابه وجوه الحق؛ فإثباتها يعني إقامة الحجة لاستقرار الحقوق قطعاً للنزاع فيها.

ب- اصطلاحاً:

نتناول تعريف الإثبات اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي كما يلي:

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: ثبت، 19/2 - 20؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة: ثبت، 80/1؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة: ثبت، ص 93.

- تعريف الإثبات عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

للإثبات معنيان عام وخاص عند فقهاء الشريعة؛ فالعام قريب من المعنى اللغوي الذي هو إقامة الحجة على شيء معين أمام القضاء أو غيره، أما المعنى الخاص فهو: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية⁽¹⁾.

- تعريف الإثبات عند فقهاء القانون الوضعي:

الإثبات عند فقهاء القانون يقصدون به الإثبات القضائي، وهو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها⁽²⁾.

2- مشروعية الإثبات:

الإثبات في الشريعة الإسلامية منصوص على مشروعيته بمقتضى مواردها ومقاصدها؛ فموارد الشريعة التي أسست لنظرية الإثبات تتمثل في الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول، أما مقاصد الشريعة الملحوظة في تشريع الإثبات فتتمثل في إقامة العدل وحفظ الحقوق ومنع الظلم والاعتداء وإنصاف الناس، فالدليل فدية أو جزية الحق ولولا الإثبات لضاعت الحقوق وزُهِقَت الأنفس⁽³⁾.

وأساس مشروعية الإثبات قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ﴾ [البقرة: 282]، والآية تأمر بالكتابة بقصد التوثق للحقوق وقطع أسباب الخصومات⁽⁴⁾.

كذلك من أدلة الإثبات آيات الأمر بالشهادة؛ لأنها من طرق تحقيق الإثبات منها قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]، كذلك قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاستَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: 15]، وقوله تعالى أيضاً: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 02].

(1) موسوعة الفقه الإسلامي المصرية، 2/136؛ نقلا عن: محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ص22-23.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 2/13-14.

(3) محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ص34.

(4) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 3/100.

ثانيا- تعريف الزواج العرفي:

من أجل تعريف هذا المصطلح المركب لا بد من تعريف جزأيه، أما بالنسبة لمصطلح الزواج فقد تم تعريفه في المطلب السابق فلا داعي لإعادته، أما الآن سنتناول تعريف العرف ثم تعريف الزواج العرفي باعتباره مصطلحا مركبا وهذا على النحو الآتي.

1- تعريف العرف لغة واصطلاحا:

أ- لغة:

العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة؛ فالأول العُرْفُ كَعُرْفُ الفرس؛ وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، والأصل الآخر المعرفة، يقال: عَرَفَ فُلَانٌ فُلَانًا عَرَفَانًا وَمَعْرِفَةً، وهذا أمر معروف، وهو يدل على سكونه إليه، والعُرْفُ: المعروف، سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه⁽¹⁾، والمعنيان قريبان من المعنى الاصطلاحي.

ب- اصطلاحا:

عَرَفَهُ فقهاء الشريعة بتعاريف كثيرة ننتقي منها ما جاء بأخصر عبارة أنه عادة جمهور قوم في قول أو فعل⁽²⁾، فَيُفْهَمُ من هذا التعريف أن العرف نوع من العادة التي أصلها التتابع والاتصال في الأقوال والأفعال، كذلك يشترط في العرف النصاب العددي أي أن يكون اعتاده أكثر القوم في مكان جريانه، كما أن العرف منه ما هو قولي ومنه ما هو فعلي.

2- تعريف الزواج العرفي:

الزواج العرفي من المستجدات المعاصرة في القضايا الأسرية، وقد اهتمت الدراسات الحديثة خاصة القانونية منها بأحكامه وآثاره، وقد تم تعريفه بأنه الزواج الذي يراد به التأييد لكن يتم بحضور الولي والشهود، ويجري فيه تبادل الإيجاب والقبول، لكنه لا يُوثَّقُ أو لا يُسَجَّلُ في سجلات الحكومة كالقضاء الشرعي أو دائرة الأحوال الشخصية مثلا⁽³⁾، فَيُفْهَمُ من هذا التعريف أن الزواج العرفي زواج شرعي لكن ينقصه التوثيق بالمعنى القانوني، فنستطيع بهذا المعنى أن نطلق عليه الزواج غير الموثق، غير المسجل في الدوائر الرسمية، وهذا حتى نصحح المفهوم الشائع أن الزواج العرفي هو زواج غير شرعي.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: عرف، 281/4.

(2) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 872/2 - 873.

(3) وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص 96.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

شهادة المرأة وحدها لا اختلاف في اعتبارها بين المذاهب الأربعة في المسائل التي لا يطالع عليها الرجال، كالاستهلال والحيض والولادة والبكارة وعيوب النساء، ولا اختلاف بينهم في عدم جواز شهادتهن في الحدود والقصاص⁽¹⁾، كما اتفقوا على جواز شهادتهن مع الرجال لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282]، لكن تفاوتت آراؤهم بعد هذا القدر المشترك في مسألة شهادة النساء في النكاح، وهو ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في حكم شهادة امرأتين مع الرجل في عقد الزواج؛ ونذكر مذاهبهم كالتالي:

1- مذهب القائلين بالجواز: ذهب الحنفية والحنابلة في قول إلى جواز شهادة امرأتين مع رجل في عقد الزواج، وحكموا على الزواج بالصحة⁽²⁾.

2- مذهب القائلين بالمنع: ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في المعول عندهم أن شهادة امرأتين مع الرجل لا تجوز ولا يصح العقد بذلك⁽³⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل الفريقان بجملة من أدلة من القرآن والسنة والآثار والإجماع والمعقول، نتناولها كما يلي.

1- أدلة مذهب القائلين بالجواز:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: 282]، ووجه الدلالة من الآية أن الله سبحانه وتعالى جعل لرجل وامرأتين شهادة على الإطلاق؛ لأنه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء، والشاهد المطلق من له شهادة على الإطلاق، فاقتضى أن يكون لهم شهادة في سائر الأحكام، إلا ما قُيِّدَ بدليل⁽⁴⁾.

(1) ابن حجر، فتح الباري، 266/5.

(2) السرخسي، المبسوط، 32/5؛ ابن قدامة، المغني، 131/10.

(3) ابن عبد البر، الكافي، 906/2؛ الشريبي، مغني المحتاج، 368/6؛ ابن قدامة، المغني، 131/10.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 280/6.

ب- من السنة النبوية المشرفة:

- استدلو بأبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في المرأة: «أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟»⁽¹⁾، وفيه دلالة على جواز شهادة المرأة في النكاح لأنه ﷺ أطلق ولم يُقَيِّدْ⁽²⁾.
- واستدلو كذلك بأن النبي ﷺ قال للمدعي الذي قال له: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»⁽³⁾، وما يشير إليه هذا الحديث أن المدعي لو أتى برجل وامرأتين حَكَمَ له ﷺ، فَعَلِمَ أن هذا يقوم مقام الشاهدين⁽⁴⁾.
- وجاء عن عمر رضي الله عنه موقوفا قال: "أجاز رسول الله ﷺ شهادة رجل وامرأتين في النكاح"⁽⁵⁾.

ج- من الإجماع:

- استدلو بما رُوِيَ عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة، ولم ينقل أنه أنكر عليه واحد من الصحابة فكان إجماعاً منهم على الجواز⁽⁶⁾.

د- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

- استدلو من بما رُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز شهادة النساء مع الرجل في النكاح⁽⁷⁾.

هـ- من القياس:

- قاسوا شهادة المرأة في عقد النكاح على شهادتها في عقود الأموال والمعاوضات؛ ذلك لأن العلة الجامعة بينهما أن شهادتهما لا تسقط بالشبهة في الأموال والنكاح بخلاف الحدود والقصاص⁽⁸⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب شهادة النساء، حديث رقم: 2658، 173/3.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، 74/1.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم، حديث رقم: 138، 123/1.

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين، 74/1.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت، حديث رقم: 4559،

415/5؛ قال العظيم آبادي: "الحديث في إسناده بقية والحجاج بن أرطاة وكلاهما مدلسان"، ينظر: التعليق المغني، ص 1040.

(6) الكاساني، المرجع السابق، 280/6.

(7) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في شهادة النساء في النكاح، أثر رقم: 875، 256/1؛ قال

البيهقي: "منقطع، والحجاج لا يحتج به"، ينظر: معرفة السنن والآثار، 57/10.

(8) ابن قدامة، المغني، 131/10.

و- من المعقول:

قالوا أن شهادة النساء حجة أصلية؛ والأصل فيها القبول لوجود ما تُبْنَى عليه أهلية الشهادة وهي الولاية، ومبنى هذه الأخيرة على الحرية والإرث، والنساء كالرجال فيه، كذلك أن النساء يكتسبن أهلية التحمل بالمشاهدة والضبط وهُنَّ كالرجال، ولهذا قُبِلَتْ روايتهن لأحاديث الأحكام⁽¹⁾.

2- أدلة مذهب القائلين بالمنع:

استدل الجمهور بعدة أدلة كذلك من القرآن والسنة والآثار والقياس والمعقول نذكرها كما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

قالوا أن الله تعالى نص في الشهادة فيما سوى الأموال على الرجال دون النساء في ثلاثة مواضع في الطلاق والرجعة والوصية، فقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 02]، وقال في الوصية: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: 106]، فنص على شهادة الرجال، فلم يجوز قبول شهادة النساء كالزنا، وقوله تعالى: ﴿ذَوَا عَدْلٍ﴾، لفظ لا يصلح إلا للمذكر، كما أن "ذواتي" لا تصلح إلا للمؤنث⁽²⁾.

ب- من السنة النبوية المشرفة:

استدلوا بحديث أم المؤمنين عائشة ؓ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»⁽³⁾، ووجه الدلالة بهذا الحديث مستمد من وجهين⁽⁴⁾ فلفظ "الشاهدين" يقع على ذكرين، وعلى ذكر وأنثى، والثاني غير مراد؛ فَتَعَيَّنَ الأول، أن الله تعالى نص في الشهادة فيما سوى الأموال على الرجال دون النساء.

ج- من آثار الصحابة ؓ:

استدلوا بما جاء عن علي ؓ قال: "لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، والنكاح، والحدود، والدماء"⁽⁵⁾.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 371/7؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 209/4.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 239/2؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 09/17.

(3) سبق تخرجه، ص 172.

(4) ابن الرفعة، كفاية النبيه، 70/13؛ ابن قاضي شعبة، بداية المحتاج، 500/4.

(5) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الشهادات، باب: هل تجوز شهادة النساء في الحدود والقصاص وغيره، أثر رقم: 15405، 329/8؛ قلت: الأثر في سننه الحسن بن عماره البجلي متروك، ينظر: ابن حجر: تقريب التهذيب، 162/1.

د- من القياس:

قياس عدم جواز شهادة النساء في النكاح على منع شهادتهن في القصاص؛ بجامع أن النكاح والقصاص ليس المقصود منهما المال، لعدم قبول شهادتهن على الأفراد فلا يقبلن مع الرجال⁽¹⁾.

هـ- من المعقول:

استدلوا بالمعقول من وجهين⁽²⁾:

- النكاح ليس من عقود الأموال، ولا مقصوده المال، ويطلع عليه الرجال، فليس للنساء فيه مدخل.
- أن الشهادة ولاية دينية وأمانة شرعية لا تُنال إلا بكمال الحال لما فيها من تنفيذ قول الغير على الغير، ولهذا لم تقبل شهادة النساء للغفلة ونقصان العقل، وقُبلت بإقامة شهادة اثنتين مقام رجل.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

أورد الفريقان على الأدلة جملة من الاعتراضات والانتقادات نذكرها فيما يلي:

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة مذهب القائلين بالجواز:

- مناقشة استدلالهم بالقرآن الكريم:

- معنى الآية أن المرأتين يقومان مقام الرجل في الحكم عند عدمه لا مطلقا؛ بدليل الرفع في لفظ رجل وامرأتين، وإلا لقال فرجلا وامرأتين بالنصب؛ لأنه خبر كان ويكون التقدير فإن لم يكن الشاهدان رجلين يكونا رجلا وامرأتين، فلما رُفِعَ على الابتداء كان تقديره فرجل وامرأتان يقومان مقام الشاهدين بحذف الخبر، وهذا ينبنى على قاعدة أن القرآن في الذكر لا يستلزم القرآن في الحكم، ويجاب عليه بأن القرآن بينهما يستلزم، وإلا لما كان للقرآن في الذكر فائدة⁽³⁾.

- أن الآية خاصة بالأموال ومنها المداينة؛ فآخرها مرتبط بأولها؛ فأولها قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾، وآخرها: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282]، وأجيب بأن هذا لا ينفي العموم لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁽⁴⁾.

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 09/17.

(2) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، 266/1؛ ابن قدامة، المغني، 131/10.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 09/17؛ القراني، الفروق، 157/4؛ مُجَدِّدُ الزَّحِيلِي، وسائل الإثبات، ص176.

(4) مُجَدِّدُ الزَّحِيلِي، المرجع نفسه، ص176.

- مناقشة استدلالهم بالسنة النبوية المشرفة وآثار الصحابة عليهم السلام:

الأحاديث لا تدل على أن لفظ الشهادة يشمل المذكر والمؤنث، بل يقتصر لفظ الشهادة على المذكر فقط؛ لأن الصيغة تقصده⁽¹⁾، أما الأثران عن عمر عليه السلام فهما لا يثبتان من حيث الإسناد⁽²⁾.

- مناقشة استدلالهم بالإجماع.

الاستدلال بالإجماع الذي مستنده الأثر المروي عن سيدنا عمر عليه السلام إغترضَ عليه بأن هذا الأثر ضعيف لضعف أحد رواته وبسبب الانقطاع كذلك⁽³⁾.

- مناقشة استدلالهم بالقياس والمعقول.

نوقش قياس شهادة النساء في النكاح على شهادتهن في الأموال بأنه قياس مع الفارق؛ لأن قواعد عقد النكاح كاشتراط الولاية تختلف عن قواعد عقود الأموال؛ ذلك أن عقود الأموال يدخلها الأجل والخيار والهبة، وكذلك يصح فيها الإبراء، وهذا كله لا يصح في عقد النكاح⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للمعقول من كون المرأة تكتسب أهلية الشهادة كما في الرواية، فنوقش بأن شهادة النساء ضرورية وليست أصلية؛ لأن النساء ناقصات عقل مع اختلال ضبطهن وقصور ولايتهن؛ لذلك لا تقبل شهادتهن منفردات ولا في القصاص إجماعاً، وإنما قبلت في الأموال على خلاف الأصل للضرورة؛ نظراً لكثرتها وقلة خطرهما بعكس غير الأموال كالنكاح فلا تقبل⁽⁵⁾.

ب- مناقشة أدلة مذهب القائلين بالمنع:

- مناقشة استدلالهم بالقرآن الكريم:

أما استدلال أنصار هذا المذهب بالآيات التي دلت على أن ألفاظ الشهادة للمذكر دون المؤنث، فنوقش بأنه قد استقر في عرف الشارع أن الأحكام المذكورة بصيغة المذكرين إذا أطلقت ولم تقترن بالمؤنث فإنها تتناول الرجال والنساء؛ لأنه يُغَلَّبُ المذكر عند الاجتماع كقوله: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: 11]، وقوله: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282]،

(1) أحلام إغبارية، شهادة النساء، ص 143.

(2) ينظر: البيهقي، معرفة السنن والآثار، 57/10؛ العظيم آبادي، التعليق المغني، ص 1040.

(3) البيهقي، معرفة السنن والآثار، 57/10.

(4) القراني، الفروق، 157/4.

(5) ابن الهمام، فتح القدير، 370/7.

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة: 183]، وأمثال ذلك، وعلى هذا فقوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 02] يتناول الصنفين⁽¹⁾.

أما كون لفظ ذوا عدل منكم في الآية يقتصر على المذكر فهو غير مُسَلَّم؛ لأن هذه اللفظة جاءت مطابقة للفظ "اثنان" فلا دلالة من الألفاظ على أن الاثنين يُقَصَّدُ بها الرجال، كما أن الشهادة في آتي الوصية والرجعة تُحْمَلُ على آية المدائنة من باب حمل اللفظ المجمل على المفسر⁽²⁾.

– مناقشة استدلالهم بالسنة النبوية المشرفة وآثار الصحابة عليهم السلام:

عُتِرَ على استدلال هذا الفريق بأن الشاهدين في الحديث مقتصر على الذكر دون الأنثى أن هذا غير مُسَلَّم لكون لفظ شاهدي عدل يتناول الذكور والإناث وإنما عُتِرَ بالمذكر للتغليب⁽³⁾.

أما رواية الزهري فهي مرسلة ومراسيل الزهري طعن فيها كبار النقاد، كذلك فيها رَأَوْ ضعيف⁽⁴⁾، ومن حيث المتن مضطربة؛ فمرة رُوِيَ: لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ومرة في الحدود والنكاح والطلاق، والاضطراب علة قاذحة في ثبوت الحديث⁽⁵⁾، أما أثر علي عليه السلام فضعيف كذلك.

– مناقشة استدلالهم بالقياس:

نوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن النكاح يثبت مع الشبهة والقصاص لا يثبت معها باتفاق⁽⁶⁾.

– مناقشة استدلالهم بالمعقول

نوقش الاستدلال بأن نقصان عقل المرأة واختلال ضبطها مؤثر في قبول شهادتها أن مناط حُكْمِ الشهادة وأدائها على المعاينة والعقل والأمانة وبذلك يحصل العلم للقاضي، وهي مثل الرجل في تحمل الرواية وأدائها، أما احتمال النسيان منهن فأنجبر بضم الأخرى إليها، وهو ما جاء به النص في قوله تعالى: ﴿أَنْ تَصِلَ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: 282]⁽⁷⁾، أما الاستدلال بأن

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، 73/1.

(2) محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ص 170 – 171.

(3) المرجع نفسه، ص 171.

(4) السيوطي، تدريب الراوي، 232/1؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 43/7.

(5) محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ص 172.

(6) المرجع نفسه، ص 173.

(7) ابن الهمام، المرجع السابق، 371/7 – 372.

النكاح لا مدخل لشهادة النساء فيه بسبب أنه ليس مالا ولا ملحقا بالمال ولندرة وقوعه، فلا يُجْتَنَب فيه للنساء، فنوقش بأنه لا يعني عدم قبول شهادتهن لثبوتها بعمومات النصوص وواضحات الأقيسة.

2- الترجيح:

المذهب الراجح في المسألة هو مذهب الحنفية نظرا لقوة أدلته وسلامتها من المعارضة، وضعف أدلة خصومهم خاصة القول برد شهادتهن في النكاح بسبب نقصان عقلهن لأنوثتهن وقلة ضبطهن، فقد بَيَّنَّا أن الشهادة مناطها المشاهدة والحفظ والضبط، وهو متحقق في النساء لكمال الأهلية واستواء التكليف عندهن، ونظرا لورود النسيان عند المرأة أضيفت معها واحدة احتياطا من باب مقابلة رجل بامرأتين لقطع الشبهة واللوث في الشهادة، كما أن الأنوثة ليست من عوارض الشهادة، وكذلك اعتبار الشهادة أخت الرواية، فكما جازت روايتهن جازت شهادتهن⁽¹⁾، كذلك شؤون الزواج يكتر اطلاق النساء عليها؛ لكونها طَرَفٌ فيها بخلاف شؤون التصرفات والمعاملات المالية، فمن باب أولى قبول شهادتهن في النكاح وتوابعه، وقبل هذا وذاك لا يوجد دليل صريح يمنع شهادة النساء في الزواج.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

الأصل العام عند المالكية تصحيح الزواج المختلف في فساد به بسبب فَقْدِ أحد شروطه ومنها حضور الشهود سواء في العقد أم في الدخول، إذا طال وأنتج أثره، والزواج بشهادة رجل وامرأتين من قبيل الأنكحة المختلف فيها، وهذا حفاظا على استقرار عقود الزواج؛ قال الرجراجي⁽²⁾: "وأما المختلف في فساد: مثل نكاح الشغار، ونكاح المحرم، ونكاح المريض، والنكاح والإمام يخطب يوم الجمعة، ونكاح من خطب على خطبة أخيه، وما أشبه ذلك، فهذا مما اختلف فيه المذهب، على ثلاثة أقوال كلها قائمة من "المدونة": أحدها: أن الفسخ فيه بغير طلاق، قبل الدخول وبعده، وهي رواية السماع، والثاني: أن الفسخ في ذلك كله بطلاق، وفيه الميراث، وهي رواية البلاغ، والثالث: التفصيل بين أن يُعْتَرَّ على ذلك قبل البناء أو بعده: فإن عثر عليه قبل البناء، فالفسخ فيه بغير

(1) جاء عن الإمام الذهبي كلام نفيس في تركية رواية النساء عموما؛ حيث قال: "وما علمت في النساء من اُتِّمَّت ولا من تركوها"، ينظر: الذهبي، ميزان الاعتدال، 604/4.

(2) هو: علي بن سعيد أبو الحسن الرجراجي، الشيخ الإمام الفقيه الحافظ الفروعى، كان ماهراً في العربية والأصليين، أخذ عنه كثير من أهل المشرق، من تأليفه: منهاج التحصيل في شرح المدونة، وفاته غير معروفة؛ ينظر: التنبكي، نيل الابتهاج، ص 316.

طلاق، وإن كان بعد البناء، فالفسخ فيه بطلاق، وهو أحد أقاويل مالك رحمه الله في الذي يتزوج امرأة على ألا صداق لها، وينبني الخلاف على الخلاف في الخلاف، هل يراعى أو لا يراعى؟⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

لا يوجد نص صريح في قانون الأسرة الجزائري يُعْتَمَدُ عليه في معرفة اتجاه المشرع في حكم المسألة؛ لأن الزواج العرفي واقعة مادية مخالفة لما قرره المشرع الجزائري من وجوب إثبات الزواج بالعقد الرسمي عن طريق الموثق أو ضابط الحالة المدنية بموجب **المادة 22 فقرة 1 من ق أ ج** التي نصت على ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"⁽²⁾، فإثبات الزواج العرفي من مهمة القضاء كما نصت المادة، أما بالنسبة للشهادة فهي شرط صحة في عقد الزواج كما عرفنا بمقتضى **المادة 9 مكرر فقرة 4 من ق أ ج** التي أوجبت أن يتوفر في عقد الزواج الشهادة، ويلاحظ عليها أنها لم تُعزَّ أي اهتمام للشروط الواجب توافرها في الشهادة، سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين يصلحان أو لا يصلحان شرعاً بشأن الزواج، رجلين أو رجل وامرأتين، كبيرين أو صغيرين، وهذا إهمال لا مبرر له⁽³⁾، وهو ما يجب استدراكه في التعديلات القادمة، مع أن قانون الحالة المدنية في **المادة 33** منه أشارت إلى بعض شروط الشهود في الزواج وجاء فيها: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز بين الجنس"⁽⁴⁾.

وبناء على ما تقدم نستطيع أن نقرر أنه لا يوجد مانع من الإشهاد على عقد الزواج سواء كان رسمياً أم عرفياً بحضور رجل وامرأتين بمقتضى **المادة 33** من قانون الحالة المدنية التي صرحت بعدم التمييز في الشهود بين جنسهم، كذلك في ظل عدم وجود نص صريح في المسألة فسنلجأ إلى تطبيق نص **المادة 222 من ق أ ج** المتضمنة أن كل ما لم يرد فيه نص، فالمرجع للشريعة الإسلامية بمختلف

(1) الرجاعي، مناهج التحصيل، 364/3.

(2) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص20.

(3) أكلي زازون وآخرون، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص386.

(4) القانون رقم: 08/14 المؤرخ في: 2014/08/09، الجريدة الرسمية، ع49، ص05.

مذاهبها، وهذا خطاب للقضاة في حال فصلهم في النزاع، وقد ثبت أن قضاء المحكمة العليا كرسوا جواز إثبات الزواج العربي برجل وامرأتين وهو ما سنراه لاحقا.

ومن بين القوانين العربية التي أخذت بشهادة الرجل والمرأتين في عقد الزواج بشكل صريح قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت المادة 12 منه على الآتي: "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما"، ويوافق هذا النص مذهب الحنفية في قبول شهادة الرجل مع المرأتين⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد اشترط الذكورة في الشهادة، والمشرع التونسي لم يورد في مجلة الأحوال الشخصية ما يدل على اشتراط الذكورة وهو ما تضمنه الفصل 03 منها⁽²⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لقد كان للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا فضل السبق في تكريس الحكم بجواز إثبات عقد الزواج العربي بشهادة رجل وامرأتين في القرار المؤرخ في 2007/02/14 وفيه: "يثبت الزواج العربي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب فقط"⁽³⁾.

وبهذا نجد أن المحكمة العليا أجازت الزواج الذي انعقد في مجلس حضره رجل وامرأتان⁽⁴⁾، وهو انتقال من المذهب المالكي إلى المذهب الحنفي موافقة لقاعدة مراعاة الخلاف بمعناها العام؛ لأن ما جرى به العمل في القضاء أن الزواج العربي لا يمكن إثباته إلا بحكم قضائي بعد الدخول بالزوجة عملا بالمادة 22 فقرة 1 من ق أ ج، وما دام القضاء مصدرا من مصادر القانون فإنني أقترح تعديل الفقرة 4 من المادة 9 مكرر بذكر جنس الشاهدين رجلا أو رجل وامرأتان مع شروط الشهادة.

(1) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 63.

(2) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 76، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص 05.

(3) قرار رقم: 381880، بتاريخ: 2007/02/14، المجلة القضائية، ع 2، 2007م، ص 483.

(4) أكلي زازون وآخرون، المرجع السابق، ص 386.

المطلب السادس: مراعاة الخلاف في مسألة نكاح السر.

من مقاصد الشهادة في الزواج كما ذكرناها في موضعها المحافظة على الحقوق بين الزوجين ونسب الأولاد وصيانتها عن التناكر والتجاحد بين أطرافه؛ لأن جوهره يختلف عن غيره من العقود مهما كانت طبيعتها معاوضات أو تبرعات، لأن الأصل في الزواج انبناؤه على المباداة والمكاملة، لكن قد يَشِدُّ أطرافه عن القاعدة العامة فيقومون بكتمان الزواج أو يتواصوا فيما بينهم مع الشهود على عدم إفشائه في الناس، وهذا ما يسميه الفقهاء بنكاح السر؛ وهو من المسائل التي روعي فيها الخلاف عند الملكية بالخصوص، وسنتناوله بالدراسة في الفقه الإسلامي، وفي قوانين الأسرة العربية خاصة الجزائر.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

سنتناول في هذا الفرع بيان مفهوم نكاح السر، حيث سَنُعَرِّفُ كلمة النكاح ثم كلمة السر لغة واصطلاحاً، ثم نُعَرِّفُ نكاح السر كمصطلح مركب عند فقهاء المذاهب وكذا أنواعه في النقاط التالية:

أولاً- تعريف النكاح لغة واصطلاحاً:

1- لغة:

النِّكَاحُ بالكسر في كلام العرب: الوطء في الأصل، وقيل: هو العقد له، وهو التزويج؛ لأنه سبب للوطء المباح، وكذلك النكاح: البضع، وذلك في نوع الإنسان خاصة، واستعماله في الوطء والعقد مما وقع فيه الخلاف، هل هو حقيقة في الكل أو مجاز في الكل، أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر، وقال بعض اللغويين لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد، لأنه في الوطء صريح في الجماع⁽¹⁾.

2- اصطلاحاً:

النكاح في الاصطلاح بمعنى التزويج لا فرق بينهما، فما ذكرناه من تعاريف للزواج سابقاً ينسحب على مصطلح النكاح هنا، وما يَهْمُنَا هو بيان حقيقة النكاح عند الفقهاء ونجمل آراءهم فيما يلي:

أ- الرأي الأول: وهو لفقهاء الحنفية في الصحيح عندهم أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد⁽²⁾.

ب- الرأي الثاني: وهو لفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء⁽³⁾.

(1) الزبيدي، تاج العروس، مادة: نكح، 195/7.

(2) الموصلي، الاختيار في تعليل المختار، 81/3.

(3) النفراوي، الفواكه الدواني، 03/2؛ الشربيني، معني المحتاج، 200/4؛ المرداوي، الإنصاف، 04/8.

ج- الرأي الثالث: وهو لبعض فقهاء المذاهب؛ حيث قرروا أنه حقيقة في العقد والوطء معا من قبيل المشترك اللفظي، ولا ينصرف إلى أي من المعنيين المذكورين إلا بقرينة⁽¹⁾.

ثانيا- تعريف السر لغة واصطلاحاً:

1- لغة:

السين والراء يجمع فروعه إخفاء الشيء، وما كان من خالصه ومُستَقَرِّه، لا يخرج شيء منه عن هذا، فالسر: خلاف الإعلان، يقال أسررتُ الشيء إِسْرَارًا، خلاف أعلنته، ومن الباب السر، وهو النكاح، وسمي بذلك لأنه أمر لا يعلن به⁽²⁾.

2- اصطلاحاً:

عرّف العلماء السر اصطلاحاً بأنه لطيفة مودعة في القلب كالروح في البدن، وهو محل المشاهدة كما أن الروح محل المحبة، والقلب محل المعرفة⁽³⁾.

ثالثاً- تعريف نكاح السر:

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تعريف نكاح السر بين مُوسِعٍ لدلوله ومُضَيِّقٍ له كما يلي:

1- تعريف الحنفية: عَرَّفُوهُ بأنه كل نكاح لم يحضره شاهدان، وما حضره شاهدان نكاح علانية⁽⁴⁾.

2- تعريف المالكية: نكاح السر في المشهور هو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة، ولو أهل منزل كما يأتي إذا لم يكن الكتم خوفاً من ظالم أو نحوه، وأما إيصال الولي فقط أو الزوجة فقط أو هما الشهود دون الزوج أو اتفق الزوجان والولي على الكتم دون إيصال الشهود لم يضر، وكذا إذا حصل الإيصال بكتم الشهود بعد العقد، وأدخل بعض المالكية في تعريفه النكاح الذي عُقِدَ بغير بينة وهي الشهادة، أو شهدت فيه امرأة أو رجل وامرأتين⁽⁵⁾.

3- تعريف الشافعية: قالوا هو النكاح الذي لم يشهده الشهود⁽⁶⁾.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، 206/41.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: سَرَّ، 67/3.

(3) الجرجاني، التعريفات، ص118.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 253/2.

(5) اللخمي، التبصرة، 1866/4؛ خليل، التوضيح، 574/3؛ الدردير، الشرح الكبير، 236/2.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، 59/9.

4- تعريف الحنابلة: قالوا بأنه النكاح الذي لم يظهره أطرافه واقتصروا في الزواج على الأولياء⁽¹⁾.

الملاحظ على التعاريف اشتراكها في أن نكاح السر يتمحور مدلوله في الإخفاء وعدم ظهور الزواج، لكن المالكية وسَّعُوا في المدلول فجعلوا شهادة المرأة أو الرجل معها أو استكتام الزوج للشهود من نكاح السر، أما الجمهور فضَيَّقُوا في المدلول إذ قالوا أن عدم الإشهاد في النكاح يعتبر نكاح سر.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

سنتناول في هذا الفرع إيراد أقوال الفقهاء في حكم نكاح السر، كذلك نذكر أدلتهم مع مناقشتها والترجيح بينها، كما سنركز على بيان وجه مراعاة الخلاف لكونه من مسائلها عند المالكية. أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء من الجمهور والمالكية في حكم نكاح السر إذا وقع، وتم بين أطراف العقد التواصي على كتمان الزواج مع الشهود الذين حضروا العقد، وبيان ذلك كما يلي:

1- مذهب الجمهور: يرى فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة أن النكاح إذا حضره شاهدان هو نكاح علانية لا نكاح سر؛ لأن ترك التواصي على الكتمان ليس شرطاً في الشهود، لكن كَرَّهَهُ الحنابلة⁽²⁾.

2- مذهب المالكية: يرون أن التواصي على كتمان الزواج وإن حضره الشهود يعتبر نكاح سر، فيفسخ بطلقة قبل الدخول وبعده على المشهور⁽³⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل فقهاء الشريعة من كلا الفريقين بجملة من الأدلة المتنوعة نوردتها على النحو التالي:

1- أدلة مذهب الجمهور:

استدل جمهور الفقهاء لمذهبهم بأدلة من السنة وآثار الصحابة والمعقول، نذكرها كما يلي:

أ- من السنة النبوية الشريفة:

عمدة ما استدلو به هنا قوله ﷺ في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال بالحديث أن مفهومه انعقاده بشاهدين وإن لم يوجد الإظهار، كذلك

(1) المروزي، مسائل الإمام أحمد، 4/1714.

(2) الكاساني، المرجع السابق، 2/253؛ الشافعي، الأم، 5/24؛ ابن قدامة، المغني، 7/83.

(3) القراني، الذخيرة، 4/398؛ الدردير، الشرح الكبير، 2/237.

(4) سبق تحريجه ص172.

الشرط لما كان هو الإظهار، يعتبر فيه ما هو طريق للظهور شرعاً، وذلك شهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سرا⁽¹⁾.

ب- من آثار الصحابة عليهم السلام.

استدلوا بما جاء عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أُتيَ بنكاح، لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تُقَدِّمْتُ فيه، لَرَجَمْتُ⁽²⁾.

ج- من المعقول:

استدلوا بما يلي⁽³⁾:

- الزواج عقد كالبيع، فليس من شروطه ترك التواصي بالكتمان، ولأنه معاوضة، فلا يشترط إظهاره.
- أن اشتراط زيادة شيء في هذا العقد؛ لإظهار خطر البُضْع هو نظير اشتراط زيادة شيء في إثبات إتلاف ما يُمْلِكُ بالنكاح، وإنما اخْتُصَّ ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين، فكذا ذلك هذا التملك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين.

2- أدلة مذهب المالكية:

استدل فقهاء المالكية بأدلة من السنة وآثار الصحابة والمعقول نوردها كما يلي:

أ- من السنة النبوية الشريفة:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ نِكَاحِ السِّرِّ»⁽⁴⁾.
- عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ»⁽⁵⁾، وجه الاستدلال بهذا الحديث أن التواصي بكتمان النكاح ضد لذلك⁽⁶⁾.
- كما جاء عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ مرَّ هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعباً فقال: ما

(1) السرخسي، المبسوط، 31/5؛ ابن قدامة، المغني، 84/7.

(2) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، جامع ما لا يجوز في النكاح، أثر رقم: 1960، 767/3؛ قال البيهقي: "هذا عن عمر منقطع" ينظر: معرفة السنن والآثار، 56/10.

(3) السرخسي، المرجع السابق، 31/5؛ النووي، المجموع، 200/16؛ ابن قدامة، المغني، 84/7.

(4) سبق تخريجه، ص 170.

(5) سبق تخريجه، ص 170.

(6) البغدادي، المعونة، 746/1.

هذا، قالوا نكاح فلان يا رسول الله، قال: «كَمَلْ دِينَهُ؛ هَذَا النِّكَاحُ لَا السِّفَاحُ، وَلَا نِكَاحُ السِّرِّ حَتَّى يُسْمَعَ دُفٌّ أَوْ يُرَى دُخَانٌ»⁽¹⁾.

ب- من آثار الصحابة عليهم السلام:

جاء عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: "لا يجوز نكاح السر حتى يُعْلَنَ به ويُشْهَدَ عليه"⁽²⁾.

ج- من المعقول:

قالوا الاستسرار بالنكاح ممنوع لمشابهة الزنا الذي يُتَوَاطَأُ عليه سرا، فيجب أن لا يجوز النكاح إلا على وجه يتميز عن الزنا، ولذلك شُرِعَ فيه ضرب من اللهو والوليمة لما فيه من الإعلان فيه، والتواصي بالكتمان من صفة الزنا، ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب⁽³⁾.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

أ- المناقشة:

قبل إيراد المناقشات والاعتراضات التي دارت بين أصحاب القولين في هذه المسألة، نذكر أولا سبب الخلاف فيها حتى نعرف أصله وسببه، وعليه يمكننا الترجيح في ضوء فهم ذلك. وعليه فسبب اختلافهم يتمثل في طرح التساؤل التالي: هل الشهادة حكم شرعي؟ أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال: حكم شرعي، قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال: أنها قصدت للتوثق، قال: هي من شروط التمام⁽⁴⁾.

ب- مناقشة المالكية لأدلة الجمهور:

ناقشوا الاستدلال بقوله عليه السلام: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ» من وجوه⁽⁵⁾: أحدها: أن النفي دائر بين القضاء والفتوى ولم يُنَصَّ على أحدهما فهو مطلق فيهما، وحمله المالكية على القضاء فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا بينة أما الحلُّ فثابت بدون البينة.

⁽¹⁾ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب، حديث رقم: 14700، 473/7؛ قال البيهقي: "حسين بن عبد الله ضعيف".

⁽²⁾ مالك، المدونة، 129/2.

⁽³⁾ البغدادي، المعونة، 746/1؛ الباجي، المنتقى، 313/3.

⁽⁴⁾ ابن رشد، بداية المجتهد، 44/3.

⁽⁵⁾ القرافي، الذخيرة، 399/4.

ثانيها: أن النكاح في الحديث دائر بين العقد والدخول وحمله المالكية على الدخول؛ لأن اللفظ فيه حقيقة وفيما ذكره مجاز، والحقيقة مُقَدِّمَةٌ على المجاز.

ثالثها: أن الصداق مذكور مع عدم شرطيته في العقد بدليل التفويض، فكذلك الشهادة قياساً عليه بطريق الأولى؛ لأن الصداق ركن داخل في الحقيقة والبيئة خارجة عن حقيقة العقد.

رابعها: يُحْمَلُ النفي على الكمال وهو متفق عليه، ويؤيده ذكر الصداق وهو معتبر في الكمال. ويُنَاقَشُ أثر سيدنا عمر رضي الله عنه الذي رواه مالك في الموطأ بأنه منقطع بسبب عدم سماع أبي الزبير المكي من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أما من جهة المعنى ففيه تأويلان: أحدهما: يعني لو تقدمت فيه فحولت، والثاني: يعني لو تقدمت بالواجب وتعدت إلى ما ليس بجائز لرجعت⁽¹⁾.

كما يُنَاقَشُ استدلالهم من جهة المعقول بأن النكاح من عقود المعاوضات وينقاس على عقد البيع خاصةً بأنه قياس مع الفارق، فالنكاح ليس من عقود المعاوضات المحضة كالبيع لأن بعض خصائص عقد البيع كقبوله التأجيل وجريان الربا فيه لا تنطبق على النكاح، كذلك الأصل في البيع المكايسة والأصل في الزواج المكارمة والمساهلة.

– مناقشة الجمهور لأدلة المالكية:

ناقش الجمهور استدلال المالكية بحديث: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ» كما يلي:

– إعلانه يكون بالشهادة، ولا يكون مكتوماً ما شهدته الشهود، ولا يكون معلناً ما خلا من الشهود، كما يحمل إعلانه على الاستحباب كما حُجِّلَ ضرب الدف في رواية على الاستحباب دون الإيجاب، وأما نفيه عن نكاح السر فهو النكاح الذي لم يشهده الشهود، بدليل أن عمر رضي الله عنه رد نكاحاً حضره رجل وامرأة، وقال: هذا نكاح السر ولا أجيزه⁽²⁾.

– أن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده، ولو كان شرطاً لاعتبر حال العقد، كسائر الشروط⁽³⁾.

كما ناقشوا استدلالهم من المعقول بأنه لا خلاف في اشتراط الإعلان، وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشترط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان، أو لا يحصل

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 59/9؛ ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، 261/6.

(2) الماوردي، المرجع نفسه، 59/9.

(3) ابن قدامة، المغني، 84/7.

بمجرد الإشهاد حتى يضر، ولو أعلن بدون الإشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد وعنده يصح، فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الإعلان، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس⁽¹⁾.

ب- الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة، ثم إيراد مناقشتهم لها من كلا الطرفين، نخلص الآن إلى بيان الراجح من الآراء، والذي أُرَجِّحُه في هذه المسألة بعد الجزم بأن النكاح بغير إشهاد وكذا التواصي على كتمانهم محرمان شرعا بالإجماع، هو قول الجمهور الذين قرروا أن نكاح السر هو الذي لم يحضره الشهود أثناء العقد، وأقلهم شاهدين فبحضورهما يفشو خبر الزواج؛ لأن ما جاوز الاثنين من الأخبار لا يبقى سرا، وهو ما رَجَّحَه يحيى بن يحيى الليثي⁽²⁾ والقرطبي من كبار فقهاء المالكية⁽³⁾، أما التواصي بكتمانهم فمحله يكون عند الدخول بالمرأة، وهو ما أشارت إليه سياقات الأحاديث المستدل بها عند المالكية، وقد جاء في بعض ألفاظها بطرق أخرى للزبير بن العوام رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْغُرْبَالِ - يَعْنِي الدَّفَّ -»⁽⁴⁾، وفيه ما يدل على مقارنة الإعلان بضرب الدف الذي هو وسيلته، ولا يكون ذلك إلا في مرحلة الدخول، وبذلك لا يمكننا إهمال اشتراط الإشهاد في قوله صلى الله عليه وسلم السالف الذكر: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»، وبذلك نجتمع بين الأحاديث لأن الجمع أولى من الترجيح، كما نستأنس برأي المالكية في حالة كتمان الزوج الثاني عن الزوجة الأولى وهي ظاهرة فاشية في مجتمعنا الآن؛ حيث اعتبروه من قبيل نكاح السر، وهذا من باب سد الذرائع، وفي ذلك قال ابن يونس⁽⁵⁾ من المالكية: "إذا قال لهم (الشهود) اكنموه عن امرأتي الأخرى أو في منزل العقد فقط أو ثلاثة أيام ثم أظهروه فهو نكاح السر"⁽⁶⁾.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 200/3.

(2) هو: أبو محمد يحيى بن يحيى الليثي القرطبي، الإمام الحجة الثبت، سمع الموطأ من شبوط ثم من مالك غير الاعتكاف وروايته أشهر الروايات، وبه وبعبسى بن دينار انتشر المذهب بالأندلس، توفي سنة 234هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 95/1.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 79/3.

(4) أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، حديث رقم: 1895، 90/3؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده ضعيف جدا".

(5) هو: أبو بكر محمد بن يونس التميمي الصقلي، أحد العلماء وأئمة الترجيح، الفقيه الفرضي أكثر النقل عن أبي عمران الفاسي وحَدَّثَ عن القابسي، ألَّفَ كتاباً في الفرائض وكتاباً حافلاً للمدونة، توفي سنة 451هـ؛ ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 165/1.

(6) القرافي، الذخيرة، 401/4.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة روعي فيها الخلاف بالمعنى الخاص للمالكية، ووجهه أن هذا النكاح في المذهب نكاح فاسد، يفسخ قبل الدخول وبعده؛ لأن الإعلان شرط في صحة النكاح بدليل الأحاديث التي أوردناها لهم في موضعها، لكن أهل المذهب قالوا: إذا حصل الدخول في هذا النكاح، وطال بحيث عُرِفَ واشْتُهِرَ، لم يُفْسَخْ ويتم إمضاؤه مراعاةً لخلاف الحنفية والشافعية الذين قالوا بصحته مطلقاً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

لم يأت ذكر لمسألة نكاح السر في قانون الأسرة بشكل صريح، لكن من خلال التَّمَعُّنِ في نص المادة 33 فقرة 2 من ق أ ج على مسألة الزواج بدون حضور الشهود، وهو نفسه تعريف نكاح السر عند الجمهور وجاء فيها: "إذا تم النكاح بدون شهود أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"⁽²⁾، ونلاحظ من مفهوم هذه المادة أن المشرع ذكر نكاح السر وَعَرَّفَهُ بتعريف الجمهور دون المالكية، ووافق قاعدة مراعاة الخلاف في تصحيحه بعد الدخول وترتيب آثاره كما عند المالكية، كذلك ذكره المشرع في الفصل الثالث الذي يتضمن أحكام النكاح فاسد، مما يعني اعتباره من الأنكحة الفاسدة، والقاعدة عند المالكية تصحيح جميعها إذا حصل الدخول بالزوجة أو طال زمن الزواج؛ تغليبا لمصلحة الأسرة وحفاظا على استقرارها. كذلك لم يعترف المشرع بأي زواج خارج الدوائر الرسمية المختصة بتسجيل عقود الزواج (المحاكم، البلديات، مكاتب التوثيق)، وذلك طبقا للمادة 18 من ق أ ج: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون"⁽³⁾، وما دام حضور الشاهدين شرطا عند المشرع فعدم حضوره يعتبر من قبيل زواج السر في نظر المشرع كذلك.

ولم نعثر فيما بحثنا لبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية - كما فعل المشرع الجزائري - على نص يذكر أحكام زواج السر أو الزواج المُسْتَكْتَمَ عند المالكية أو الخالي من الشهود كما عند الجمهور.

(1) مُجَدُّ الأَمِين ولد مُجَدُّ سَالِم، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص 390.

(2) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 21.

(3) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 411.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

جاء في الاجتهاد القضائي من خلال أحد قراراته ما يفيد عدم الاعتراف بنكاح السر واعتباره منعدم الأثر، وهو ما يخالف المنصوص عليه في المادة 9 من ق أ ج لعام 1984 الذي كان يعتبر الشهود من الأركان وعُدِّلَتْ إلى اعتبارها من الشروط عام 2005؛ حيث جاء في القرار المؤرخ 2003/07/03 ما يلي: "وحيث لا يوجد في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة زواج ظاهر وآخر سري بل هناك زواج واحد يقره الشرع والقانون وهو الذي تتوفر فيه الشروط والأركان المنصوص عليها في المادة 9 من قانون الأسرة المكرس للشريعة الإسلامية، ومتى انعدمت هذه الشروط في أي زواج، لا يعد شرعيا وما نتج عنه هو الآخر غير شرعي"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ قرار رقم: 261925، بتاريخ: 2003/07/03، المجلة القضائية، ع2، 2003م، ص273.

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الولاية والصداق في عقد الزواج

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة ولاية الإجماع على القاصرة.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة مقدار الصداق.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة حالات الصداق.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة زواج الشغار.

المطلب السادس: مراعاة الخلاف في مسألة وجوب كامل الصداق بالخلوة.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج.

لهذه المسألة أهمية بالغة في الفقه والقانون قديما وحديثا، فقديما اختلف فيها الفقهاء اختلافا واسعا كما سنرى، أما في العصر الحديث فقد كانت لها وضعيتها الخاصة منذ أن شرعت البلدان العربية في تقنين أحكام الأسرة التي استمدتها من الشريعة الإسلامية، فكان موضوع الولي بالنسبة للمرأة مثار جدل ومحل انتقاد دائم من بعض الأطراف الذين عقدوا له ألوية النضال؛ فأنشأوا الجمعيات النسوية للدفاع عن المرأة، وكان من مطالبهم قديما وحديثا إلغاء الولاية عن المرأة، وكأن الولاية على المرأة مَنَقَصَةٌ لها، فأبدؤوا في الموضوع وأعادوا، ولم يأتوا بجديد في ذلك بل بالقديم المتهالك، فالمسألة لها إطنارها النظري فقهيًا ومقاصديا لا بد من حسن تَفَهُّمِهِ؛ وهذا ما سندرسه في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى تعريف مصطلح الولاية، ثم بيان أقسامها وأسبابها ومقاصدها عموما، وبالأخص مقاصد الولاية في عقد الزواج؛ لأن عدم فهم مقاصدها في الزواج كان سببا في المطالبة بإلغائه من طرف بعض الأطراف المشتغلة بحقوق المرأة في الوطن العربي وخاصة الجزائر.

أولا- تعريف الولاية:

1- لغة:

الْوَلَاية والْوَلَاية، بفتح الواو وكسرهما مأخوذة من الفعل وَلِيَ الشيءَ وَلِيَ عليه، وتأتي بعدة معانٍ أهمها: النصر، والمحبة، والتبعية، وَلِيَ المرأة الذي يلي عقد نكاحها، فيسمى متولي العقد وَلِيًّا⁽¹⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282]، لأن إرادة المرأة في الزواج تتبع إرادة وليها.

2- اصطلاحا:

- عَرَّفَهَا الشيخ أبو زهرة بقوله: "الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذا"⁽²⁾.

فالولاية بالاستناد لهذا التعريف سلطة شرعية تُحَوَّلُ صاحبها القدرة على إنشاء العقود والتصرفات بشكل نافذ وبات، وسواء كان موضوع العقد أو التصرف يخص صاحبه أم خاص بمن تحت ولايته ممن هو تحت سلطته المستمدة من الغير، ومنها تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة⁽³⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 407/15.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 107.

(3) محمد سلام مذكور، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 170.

ثانيا- أقسام الولاية، وأسبابها، ومقاصدها:

1- أقسام الولاية:

قسّم الفقهاء الولاية إلى قسمين هما:

أ- الولاية القاصرة: هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه.

ب- الولاية المتعدية: هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع، وهي بدورها تنقسم إلى قسمين: ولاية على المال وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال، وولاية على النفس وهي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد، وهذه الولاية تنقسم إلى ولاية إجبار، وولاية اختيار⁽¹⁾.

2- أسباب الولاية:

ذكر الفقهاء أن الولاية تثبت بأربعة أسباب هي⁽²⁾:

أ- الأبوة: وهو أقوى أسباب الولاية؛ لأن الشفقة تبلغ درجات الكمال عند الأب، فمهما بلغت الشفقة عند غيره لا تتساوى غالبا مع شفقة الأب وَحُتُوهُ على ابنه أو ابنته، ويدخل في معناه الجد.

ب- العصوبة: وتكون من حاشية النسب كالأخ والعم وابن الأخ وابن العم.

ج- الإعتاق: وهو سبب كان موجودا في زمن الاسترقاق ثم زال، فكان السيد إذا أعتق أمته وجعلها حرة بعد ملكها، استحق ولاية تزويجها بسبب الإعتاق، ومرتبته في الولاية كمرتبة الأخ.

د- رئاسة الدولة (الإمامة): فرئيس الدولة له الولاية العامة على الرعية، التي تُخَوِّلُهُ الحق في التزويج في بعض الحالات، فله الحق بمقتضى ولايته العامة تزويج المرأة البالغة العاقلة بإذنها دون صغار السن.

3- مقاصد الولاية في عقد الزواج:

المُوَلَّى عليهم في النكاح إما أن يكونوا عاجزين عن إدراك مصالحهم لأنفسهم بأنفسهم، وإدراك درء المفسد عنها بأنفسهم، كالصغار والمجانين ذكورا وإناثا، فهؤلاء تكون الولاية عليهم أعم وأشمل لحفظ الأنفس والأموال ورعاية المصالح ودفع المفسد، وإما أن يكون المُوَلَّى عليها أنثى، فالولاية عليها في النكاح مقصدها رعاية حقها، وصيانة أدبها، وإيصالتها إلى مرادها على أتم وجه وأشرفه وأكملها، بشرط

(1) نجد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص108.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 3/255؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2/415.

مشاورتها وأخذ رضاها عن طيبٍ منها، ومن أهلها الذين يحمون هذا الاختيار منها⁽¹⁾، فبهذا لا يلحق المرأة إذا استقوت بأهلها احتقار، ولا يلحق أولياءها إذا شاوروها شؤم العار؛ قال الشيخ الطاهر بن عاشور: "أن يتولَّى عقدَ المرأة وليُّ لها خاصٌّ إن كان أو عامٌّ؛ ليظهر أن المرأة لم تتولَّ الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها؛ لأن ذلك أول الفروق بين النكاح وبين الزنا والمخادنة والبغاء والاستبضاع، فإنها لا يرضى بها الأولياء في عرف الناس الغالب عليهم، ولأنَّ تَوَلَّى الوَلِيَّ عقد مَوْلَاتِهِ يُهَيِّئُهُ إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها"⁽²⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتناول في هذا الفرع إيراد مذاهب الفقهاء في حكم الولاية على المرأة في عقد الزواج، وكذا أدلتهم في حكم هذا النوع من الولاية، كذلك سنقوم بمناقشة هذه الأدلة والترجيح بين الأقوال الواردة في المسألة، وسنركِّز على بيان وجه الخلاف في ذلك، لأن المسألة روعي فيها الخلاف.

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في حكم الولاية على المرأة في عقد الزواج.

وقع الخلاف بين الفقهاء في حكم الولي في عقد الزواج يحل محل المرأة في مباشرة عقد الزواج باسمها ولحسابها، وترجع أقوالهم في مجملها إلى ثلاثة مذاهب أساسية:

المذهب الأول: يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية في رواية عنه، عدم جواز انفراد المرأة بمباشرة عقد زواجها بنفسها⁽³⁾؛ فيشترطون الولي في صحة الزواج ويعتبرون ولايته ولاية إيجاب لا استحباب، بل عدَّة المالكية والشافعية من الأركان.

المذهب الثاني: يرى الحنفية في ظاهر الرواية، وهو قول زفر⁽⁴⁾، أنه يجوز انفراد المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بعقد زواجها بنفسها، فالنكاح بدون ولي ليس شرط صحة بل هو خلاف المستحب عندهم؛ لأنه من ولاية الاستحباب لا الإيجاب، وهي الرواية الراجحة لأبي يوسف من الحنفية⁽⁵⁾.

(1) عوض العوفي، الولاية في النكاح، 57/1 - 58.

(2) الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 427/3.

(3) الزيلعي، تبين الحقائق، 117/2؛ ابن رشد، المقدمات، 471/1؛ الشيرازي، المهذب، 426/2؛ المرداوي، الإنصاف، 66/8.

(4) هو: زفر بن الهذيل بن قيس البصري، كان أبو حنيفة يبجله ويعظمه، ويقول هو أقيس أصحابي، وقال الحسن بن زياد أن المقدم

في مجلس الإمام كان زفر، كان ثقة مأموناً، توفي سنة 158هـ؛ ينظر: اللكنوي، الفوائد البهية، 75/1.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، 247/2؛ ابن الهمام، المرجع السابق، 256/3.

المذهب الثالث: يتضمن التفصيل الآتي:

أ- اشتراط إذن الولي وإجازته⁽¹⁾: ذهب أبو الحسن الشيباني من الحنفية في ظاهر الرواية، وأبو يوسف في رواية وأحمد في رواية، إلى جواز تولي المرأة عقد الزواج بنفسها موقوفاً على إجازة وليها، كما أن أبا ثور⁽²⁾ يرى اشتراط إذن الولي وإجازته، لكن يكون قبل تولي المرأة عقد زواجها بنفسها⁽³⁾.

ب- اشتراط الكفاءة في الزوج من عدمها: ذهب أبو حنيفة في رواية الحسن بن زياد اللؤلؤي⁽⁴⁾، وأبو يوسف في رواية إلى جواز تولي المرأة عقد الزواج بنفسها بشرط الكفاءة، وإلا بطل الزواج؛ وهي الرواية المختارة للفتوى عند متأخري الحنفية نظراً لفساد الزمان⁽⁵⁾.

ج- التفريق بين الثيب والبكر: يرى داود الظاهري⁽⁶⁾ أنه إذا كانت المرأة بكرة لا يزوجه إلا وليها، وإن كانت ثيباً صح لها أن تُؤَيَّ أمرها من شاءت، فيزوجها بلا اعتراض من وليها⁽⁷⁾، وتُعَقَّب ابن عبد البر هذا الرأي بأن داود الظاهري خالف فيه من سلف قبله من العلماء⁽⁸⁾.

د- التفريق بين الشريفة وغيرها: روى ابن القاسم عن مالك أن المرأة الشريفة ذات الحسب والنسب والمال يُشْتَرَطُ لزواجها الولي، أما الدنيئة التي لا حسب ولا نسب ولا مال، فجائز زواجها بغير ولي⁽⁹⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في حكم الولاية على المرأة في عقد الزواج.

1- أدلة الجمهور:

استدلوا بأدلة مختلفة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول؛ نذكرها كما يلي:

(1) الشيباني، الأصل، 199/10؛ الكاساني، المرجع السابق، 247/2؛ ابن قدامة، المغني، 08/7.

(2) هو: أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي، البغدادي، يكنى أبا عبد الله، الإمام الحافظ الحجة المجتهد الفقيه، مفتي العراق، سمع من ابن عيينة ووكيع وغيرهما، وحدث عنه أبو داود وابن ماجه، توفي سنة 240هـ؛ ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، 75/12.

(3) ابن حجر، فتح الباري، ج9/ص187؛ عوض العوفي، المرجع السابق، 235/1.

(4) هو: الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة كان يقطاً فطنا فقيهاً نبيها، ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى وكان محباً للسنة واتباعها، له كتاب المجرى والأمالى، توفي سنة 204هـ؛ اللكنوي، الفوائد البهية، 60/1.

(5) السرخسي، المبسوط، 10/5.

(6) هو: أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني، كان زاهداً، أخذ عن إسحاق بن راهويه وأبي ثور وغيرهما، وكان متعصباً للإمام الشافعي، وكان صاحب مذهب مستقل يعرف بالظاهرية، توفي سنة 270هـ؛ ابن خلكان، وفيات الأعيان، 255/2.

(7) ابن حزم، المحلى، 33/9؛ تجدر الإشارة إلى أن ابن حزم خالف إمامه فأوجب الولي في النكاح.

(8) ابن عبد البر، الاستذكار، 399/5.

(9) المرجع نفسه، 394/5 - 399.

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

استدلوا بقول الله عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: 32]، وبقوله جلّ ذكره: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: 221]، وبقوله جل ثناؤه: ﴿فَأَنْكِحُوا هُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، ووجه الاستدلال بالآيات أنه تعالى لم يخاطب بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن⁽¹⁾؛ فالخطاب للأولياء على الصحيح من قول المفسرين⁽²⁾، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232]، ووجه الاستدلال بالآية أن النهي عن العضل فيها على الأصح مُوجَّهٌ للأولياء؛ لأنها نزلت في مَعْقِلِ بْنِ يَسَارٍ رضي الله عنه إذ منع أخته من مراجعة زوجها، فلو لم يكن له حق في التزويج ما نُهي عن العضل، وهي أبين آية على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها⁽³⁾، وقال تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ [القصص: 27]، والنكاح إلى الولي؛ لتوليه من شعيب عليه السلام⁽⁴⁾.

ب- الأدلة من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «لا نكاح إلا بولي»⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لا يصح النكاح إلا بولي؛ ووجهه أن الأصل في النفي نفي الصحة لا الكمال⁽⁶⁾. واستدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «لا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا»⁽⁷⁾، والنهي في الحديث يدل على الفساد المرادف للبطلان⁽⁸⁾، وقال صلى الله عليه وسلم أيضا في حديث عائشة رضي الله عنها: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ مِنْ فَرْجِهَا، وَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ»⁽⁹⁾.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 73/3.

(2) المرجع نفسه، 239 / 12.

(3) الشافعي، الأم، 178/5؛ الواحدي، أسباب النزول، ص 80؛ القرطبي، المرجع السابق، 158 / 3.

(4) القرطبي، المرجع السابق، 271/13.

(5) سبق تخريجه، ص 162.

(6) الصنعاني، سبل السلام، 172/2.

(7) سبق تخريجه، ص 162.

(8) الشوكاني، نيل الأوطار، 143/6.

(9) سبق تخريجه ص 162.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن إذن الولي معتبر في النكاح بعقده لها أو عقد وكيله⁽¹⁾.

ج- الأدلة من آثار الصحابة عليهم السلام:

استدلوا من آثار الصحابة بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لا تُنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"⁽²⁾، كذلك استدلو بقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن ولي فنكاحها باطل؛ لا نكاح إلا بإذن ولي"⁽³⁾، كما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "لا تُنكح المرأة المرأة، فإن البغي إنما تُنكح نفسها"⁽⁴⁾.

د- الأدلة من المعقول:

أجملها الإمام القراني قائلا: "أحدها: أن الأبضاع أشد خطراً وأعظم قدراً، فناسب ألا تفوض إلا لكامل العقل ينظر في مصالحها... ثانيها: أن الأبضاع يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القويّة التي يبذل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه، فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يريدها في دنياها وأخرها... وثالثها: أن المفسدة إذا حصلت في الأبضاع بسبب زواج غير الأكفاء حصل الضرر، وتعدى للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء"⁽⁵⁾.

2- أدلة الحنفية:

استدل فقهاء الحنفية كسابقهم بجملة أدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول؛ نذكرها كما يلي:

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة: 230]، ووجه دلالة الآية على مرادهم من وجهين: أحدهما إضافته عقد النكاح إليها في قوله حتى تنكح زوجا غيره، والثاني فلا جناح عليهما أن يتراجعا فنسب

(1) الصنعاني، المرجع السابق، 173/2.

(2) سبق تخريجه، ص 162.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، أثر رقم: 1375، 328/4؛ قال البيهقي: "صحيح".

(4) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، أثر رقم: 13549، 38/10؛ قال الباكستاني: "صحيح"، ينظر: ما صح من آثار الصحابة في الفقه، 992/3.

(5) القراني، الفروق، 136/3 - 137.

التراجع إليهما من غير ذكر الولي⁽¹⁾، كذلك من أدلتهم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232]، ووجه الاستدلال بالآية أنها دلت من وجهين على جواز النكاح إذا عقدت المرأة على نفسها بغير إذن وليها؛ أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، والثاني: نهي تعالى عن العضل إذا تراضى الزوجان⁽²⁾، ومنها قوله تعالى أيضاً: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البقرة: 234] ووجه دلالة الآية أنها أجازت فعل المرأة بعد انقضاء عدتها من وفاة زوجها في نفسها بالمعروف من غير شرط الولي، وفي إثبات شرط الولي في صحة العقد نفى موجب الآية⁽³⁾، كذلك استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50]؛ قالوا الآية نصٌ على انعقاد النكاح بعبارة المرأة لانعقاده بلفظ الهبة⁽⁴⁾.

ب- الأدلة من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم أثبت للأيم التي لا زوج لها؛ بكرةً كانت أم ثيباً، ومن الولي حقاً في ضمن قوله أحق، ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به⁽⁶⁾، كذلك من أدلتهم قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ، وَالْيَتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ، فَصَمْتُهَا إِقْرَارُهَا»⁽⁷⁾، وهذا صريح في أنه لا حاجة إلى الولي في نكاح الثيب⁽⁸⁾، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "جاءت فتاة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، قالت: فإني قد أجزت ما

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 101/2.

(2) المرجع نفسه، 100/2.

(3) المرجع نفسه، 101/2.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 248/2.

(5) سبق تخريجه، ص 161.

(6) ابن الهمام، فتح القدير، 259/3.

(7) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 3085، 206/5؛ قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

(8) السندي، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، 483/2.

صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء" (1)، قالوا بأن الحديث يدل بعمومه أنه ليس للولي في المباشرة حقاً ثابتاً بل استحباباً (2).

ج- الأدلة من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

من آثار الصحابة التي استدلت بها الحنفية ما جاء عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أجاز نكاح امرأة زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا بِرِضًا مِنْهَا (3)، قال السرخسي معلقاً على هذا الأثر: "وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يُزَوِّجَهَا فَزَوَّجَهَا جاز النكاح وبه أخذ أبو حنيفة" (4)، وجاء عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، أن عائشة زَوَّجَ النَّبِيَّ ﷺ، زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بنت عبد الرحمن، الْمُنْذِرَ بن الزبير، وعَبْدُ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ، فلما قدم عبد الرحمن قال: وَمِثْلِي يُصْنَعُ هَذَا بِهِ؟ وَمِثْلِي يُفْتَأْتُ عَلَيْهِ؟ فَكَلَّمْتُ عَائِشَةَ الْمُنْذِرَ بن الزبير، فقال المنذر: فَإِنْ ذَلِكَ بِيَدِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، فقال عبد الرحمن: مَا كُنْتُ لِأَزِدَّ أَمْرًا قَضَيْتِيهِ، فَقَرَّتْ حَفْصَةُ عِنْدَ الْمُنْذِرِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلَاقًا (5).

د- الأدلة من المعقول:

ساق الحنفية أدلة من القياس والمعقول تتلخص في النقاط الآتية:

- بالبلوغ عن عقل وحرية، صارت وَلِيَّةً نَفْسَهَا فِي الزَّوْجِ، فلا تبقى مُوَلِّيًا عَلَيْهَا كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ، كما أن ولاية الإنكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعاً؛ لكون النكاح تصرفاً نافعاً متضمناً مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالاً ومآلاً وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادراً عليه، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها؛ لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة فتزول بزوالها، كذلك الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة (6).

(1) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1874، 73/3؛ قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(2) ابن الهمام، المرجع السابق، 263/3.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، أثر رقم: 13648، 171/7.

(4) السرخسي، المبسوط، 10/5.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، ما لا يبين من التملك، أثر رقم: 2040، 796/4.

(6) الكاساني، المرجع السابق، 248/2.

3- أدلة من قالوا بالتفصيل.

أ- أدلة القائلين باشتراط إذن الولي وإجازته:

احتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»⁽¹⁾، قالوا بأن الباطل من التصرفات لا حكم له شرعاً كالبيع الباطل، واستدلوا من جهة المعقول بأن للولي حقاً في النكاح؛ بدليل ثبوت حق الاعتراض له والفسخ، ومن لا حق له في العقد لا يملك فسخه، والتصرف في حق إنسان إنما يقف جوازه على إجازة صاحب الحق، واحتج أبو ثور بهذا الحديث، واحتج من المعقول بأن الولي إنما يُرَادُّ ليختار كفؤاً لدفع العار وذلك يحصل بإذنه⁽²⁾.

ب- أدلة القائلين باشتراط الكفاءة في الزوج من عدمها:

استدل السرخسي لأصحاب هذا القول بالاحتياط ودفع الضرر فقال: "إِذَا زَوَّجْتَ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كَفءٍ لَمْ يَجْزِ النِّكَاحُ أَصْلاً، وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْإِحْتِيَاظِ، فَلَيْسَ كُلُّ وَلِيٍّ يَحْتَسِبُ فِي الْمُرَافَعَةِ إِلَى الْقَاضِي، وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ فَكَانَ الْأَحْوَطُ سَدُّ بَابِ التَّزْوِيجِ مِنْ غَيْرِ كَفءٍ عَلَيْهَا"⁽³⁾.

ج- أدلة القائلين بالتفريق بين الثيب والبكر:

استدل ابن عبد البر لداود الظاهري بحديث «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْذَنُ»⁽⁴⁾؛ إذ يدل أنه لا أمر للولي مع الثيب وجائز نكاحها بغير ولي، والبكر فلا يجوز إلا بإذن ولي عصبته⁽⁵⁾.

د- أدلة القائلين بالتفريق بين الشريفة وغيرها:

لا وجود لدليل نصي من الكتاب أو السنة على هذه التفرقة، لكن المالكية علَّلوا هذا القول بعدة أوجه منها: نفي الضرر عن المرأة الدنيئة؛ ويدل على ذلك قول الباجي: "ووجه رواية الإجازة أَنَّ الدَّيْنِيَّةَ (الدَّيْنِيَّة) يَتَعَدَّرُ عَلَيْهَا رَفْعُ أَمْرِهَا إِلَى الْحَاكِمِ، فَلَوْ كُفِّقَتْ ذَلِكَ لِأَضَرَّ بِهَا وَتَعَدَّرَ نِكَاحُهَا"⁽⁶⁾، كما علَّل ابن عبد البر هذه التفرقة فقال: "وَإِذَا زَوَّجَ الْمَرْأَةَ غَيْرُ وَلِيِّهَا بِإِذْنِهَا فَإِنْ كَانَتْ شَرِيفَةً، لَهَا فِي

(1) سبق تخريجه، ص 162.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 2/247، النووي، المنهاج، 9/205.

(3) السرخسي، المرجع السابق، 4/13.

(4) سبق تخريجه، ص 161.

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، 5/399.

(6) الباجي، المنتقى، 3/270.

الناس حال؛ كان وليها بالخيار في فسخ نكاحها أو إقراره، وإن كانت ذنيّة (دنيّة) كالمعتقة والسوداء والإسلامية ومن لا حال لها؛ جاز نكاحها ولا خيار لوليها؛ لأن كل أحد كفؤ لها⁽¹⁾.

ثالثاً: المناقشة والترحيح.

1- المناقشة:

نقوم أولاً ببيان سبب الخلاف بين الفقهاء في المسألة لتحديد محل النزاع؛ ذلك أن هذه المسألة من عيون مسائل النكاح التي اختلف فيها الفقهاء اختلافاً كبيراً؛ لا نقول بين مذاهبهم فقط بل بين فقهاء المذهب الواحد ذاته⁽²⁾، فسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلاً على أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها⁽³⁾.

أ- مناقشة أدلة الجمهور:

أورد الحنفية على أدلة الجمهور جملة من الاعتراضات والانتقادات، نوضحها على النحو الآتي:

- من القرآن الكريم:

- قالوا الاستدلال بأن خطاب الإنكاح في آيات البقرة والنساء والنور متوجه إلى الأولياء لا يدل على أن الولي شرط في النكاح، بل مقتضى العرف والعادة أن النساء لا يتولّين النكاح بأنفسهن لأنهن يخالطن الرجال، وفيه نسبتهن إلى الوقاحة، فالأولياء هم الذين يتولون ذلك بالنيابة عنهن وبرضاهن؛ فخرج الأمر بالإنكاح للأولياء مخرج العرف والعادة استحباباً لا إيجاباً⁽⁴⁾.

أجاب الجمهور عن ذلك بأن الخطاب في حقيقته متوجه بالوجوب إلى الأولياء، فحملة على العرف لصرفه عن الإيجاب إلى الاستحباب لا دليل عليه؛ لأن الواجب لا يترك إلا بواجب⁽⁵⁾.

(1) ابن عبد البر، الكافي، 528/2.

(2) جاء عن أبي حنيفة سبعة روايات في المسألة، وعن مالك روايتين لأشهب وابن القاسم تخرّج عليهما أربعة أقوال، وعن ابن حنبل روايتين؛ ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، 255/3؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 949/3؛ المرداوي، الإنصاف، 66/8.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 949/3.

(4) الكاساني، المرجع السابق، 248/2.

(5) نجلاء حسنين، إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، ص 244.

- اعترضوا على الاستدلال بآية العضل أن ظاهرها يقتضي أن يكون الخطاب للأزواج؛ لأن قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ إنما هو خطاب لمن طَلَّقَ، وجائز أن يكون عامًا للأولياء وللأزواج ولغيرهم، كذلك لم تنف الآية جواز عقدها بنفسها؛ لأن دلالتها أن معقلاً عليه السلام قام بالعضل فنهاه الله تعالى عنه فبطل حقه في العضل، كما أن حديث سبب النزول مرسل غير ثابت على مذهب أهل النقل⁽¹⁾.
أجاب الجمهور بأن السلف قد فهموا شرط إذنهم في النكاح منذ عصره عليه السلام، والدليل مبادرة من نزلت فيه الآية وهو معقل بن يسار عليه السلام إلى التكفير عن يمينه كما جاء عنه في بعض الروايات: "فَكَفَّرْتُ عَنْ يَمِينِي فَأَنْكَحْتُهَا إِيَّاهُ"⁽²⁾، ومباشرة عقد تزويج أخته بنفسه، ولو كان لغير الأولياء لأبانه الله تعالى⁽³⁾، أما تضعيفهم لحديث معقل عليه السلام فَرَدَّ الجمهور على ذلك بأن هذه الرواية قد أخرجها البخاري⁽⁴⁾ بسند موصول؛ قال ابن حجر موضحاً ذلك: "قوله حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه؛ هذا صريح في رفع هذا الحديث ووصله"⁽⁵⁾.

- كذلك أجابوا على الاستدلال بآية القصص التي تدل على تزويج شعيب عليه السلام ابنته بموسى عليه السلام أنها تدل على جواز عقد الزواج بدون المهر لا غير⁽⁶⁾.

- من السنة النبوية المطهرة:

- أبدى الحنفية اعتراضات كثيرة على دلالة الأحاديث التي تمسك بها الجمهور، فمن بينها ما يخص حديث النكاح بغير ولي عن أبي موسى عليه السلام؛ حيث قالوا بأنه ضعيف سنداً ومؤوَّلٌ متناً، ففي السند قالوا أن فيه اضطراباً بين وصله وانقطاعه وإرساله⁽⁷⁾؛ أما من حيث دلالاته ومعناه فَوَهْنُوهُ من جهة المعارضة والترجيح والجمع، فأما المعارضة فلكونه مُعَارَضٌ بحديث الأيم أحق بنفسها عن ابن عباس

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 103/2.

(2) هذه الزيادة أخرجها أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في العضل، حديث رقم: 2087، 230/2؛ قال الألباني: "إسناده حسن صحيح"، ينظر: صحيح سنن أبي داود، 324/3.

(3) الصنعاني، سبل السلام، 176/2.

(4) هو: شيخ الإسلام وإمام الحفاظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري صاحب الصحيح، صنف وحدث وما في وجهه شعرة، وكان رأساً في الذكاء والعبادة، حَدَّثَ عَنْهُ الترمذي وغيره، توفي سنة 256هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 104/2.

(5) ابن حجر، فتح الباري، 186/9.

(6) الجصاص، أحكام القرآن، 215/5.

(7) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 08/3؛ ابن الهمام، المرجع السابق، 259/3.

ﷺ؛ لأنه أثبت للمرأة حقاً زائداً على الولي، ومن جهة الترجيح هذا الأخير مَرُويٌّ في الصحيح والموطأ لا اختلاف في صحته، بعكس ما استدل به الجمهور فمختلف في ثبوت سنده كما قرره الأئمة⁽¹⁾؛ فَيُقَدَّمُ عليه بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته، أما من جهة الجمع فيكون بتأويل نفي النكاح بحمله على الكمال والسنة لا الصحة، وبذلك يتحقق الجمع بين الحديثين ببناء العموم على الخصوص⁽²⁾، أما حديث عائشة ؓ فَضَعَّفُوهُ من جهة سنده⁽³⁾، كذلك أوردوا أن السيدة عائشة ؓ عَمِلَتْ بخلاف روايتها عن النبي ﷺ عندما زَوَّجَتْ حفصة بنت عبد الرحمن بالمنذر بن الزبير، وعبد الرحمن أخوها غائب بالشام، فلما حضر أجاز ذلك، فدل هذا على ضعف رواية الزهري لهذه العلة؛ إذ يستحيل على زوجه ﷺ أن تعمل بخلاف ما روت عنه⁽⁴⁾.

وقد أجاب الجمهور على تضعيف حديث النكاح بغير ولي عن أبي موسى ؓ أنه صحيح ثابت بمجموع طرقه وشواهده، بل عَدَّهُ بعض العلماء من المتواتر⁽⁵⁾، وهو ما رَجَّحَهُ الترمذي⁽⁶⁾ والحاكم⁽⁷⁾، كما أجابوا على معارضته بحديث ابن عباس ؓ أن المراد بالأيم أحق بنفسها من وليها مجرد اعتبار الرضا منها جمعا بين الأخبار⁽⁸⁾، كذلك أجابوا على ترجيح حديث ابن عباس على حديث أبي موسى رضي الله عنهما بأنه مروي في صحيح مسلم⁽⁹⁾ وموطأ مالك؛ أن هذا لا يُعَدُّ تضعيفا للحديث لأنه صَحَّ من طرق أخرى كما رأينا، كذلك قالوا الترجيح بتخصيص عموم النص بالقياس

(1) قال الترمذي: "حديث أبي موسى حديث فيه اختلاف"؛ ينظر: سنن الترمذي، 399/2.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 259/3.

(3) هو: أحمد بن محمد بن سلامة، الأزدي المصري الطحاوي، أبو جعفر، كان ثقة نبيلاً فقيهاً إماماً، صحب المزني وتفقه به، ثم ترك مذهبه وصار حنفياً، من مؤلفاته: أحكام القرآن، العقيدة، توفي سنة 321هـ؛ ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم، 100/1.

(4) ينظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار، 08/3.

(5) السيوطي، قطف الأزهار المنتثرة، ص 238؛ الكتاني، نظم المنتثر، ص 147.

(6) هو: أبو عيسى محمد بن سورة السلمي الترمذي الضرير، الحافظ العالم الزاهد الورع، سمع من قتيبة بن سعيد وإبراهيم الهروي وغيرهم، وتفقه في الحديث بالبخاري، صَنَّفَ الجامع وكتاب العلل، توفي سنة 279هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 154/2.

(7) هو: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المعروف بابن البَيْع، الحافظ الكبير إمام المحدثين، حدث عنه الدارقطني، والبيهقي وغيرهم، له: معرفة علوم الحديث والمستدرک، توفي سنة 405هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 162/3.

(8) الشوكاني، نيل الأوطار، 143/6.

(9) هو: أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الإمام الحافظ حجة الإسلام، أكثر عن يحيى بن يحيى التميمي والقعنبي وأحمد بن حنبل وخلق كثير، من تصانيفه: كتاب العلل، توفي سنة 261هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 126/2.

جائز في الأصول؛ لكنه هنا قياس في مقابلة النص؛ إذ حديث معقل المذكور أبطل هذا القياس، كذلك قالوا أن الأصل في النفي نفي الصحة لا الكمال؛ لأن الصحة هي أقرب المجازين إلى الذات الشرعية، فيكون النكاح بغير ولي باطلا⁽¹⁾، وأجابوا على تضعيف الحنفية لحديث عائشة رضي الله عنها بحجة أن الزهري الذي رواه هو نفسه أنكره، بأن هذا الإنكار عن الزهري لا يثبت عن ابن جريج من طريق ابن علية⁽²⁾، لا سيما وقد رواها جمع من الثقات كلهم أثبتوا الحفظ عن الزهري، ومن حفظ حجة على الناسي، فإذا روى الخبر ثقة عن ثقة فلا يضره نسيان من نسيه⁽³⁾، كما أجابوا أنه قد صحَّ عن عائشة رضي الله عنها أنها أنكحت رجلا من بني أخيها فضربت بينهم بستر، ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلا فأنكح، ثم قالت: "ليس إلى النساء نكاح"⁽⁴⁾؛ كما أن العبرة بما روى الراوي لا بما رأى⁽⁵⁾؛ قال ابن حزم: "وأما اعتراضهم بأنه صحَّ عن عائشة رضي الله عنها عن الزهري أنهما خالف ما رواه فكان ماذا؟ إنما أمرنا الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم، وقامت حجة العقل بوجوب قبول ما صحَّ عندنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبسقوط قول من دونه"، وحديث تزويج عائشة رضي الله عنها ابنة أخيها الذي اعتمده الحنفية لم يصحبه عمل الصحابة بل جاء عمل عمر رضي الله عنه على خلافه إذ ردَّ النكاح بغير ولي⁽⁶⁾.

كما ناقش الحنفية حديث أبي هريرة رضي الله عنه في النهي عن زواج المرأة نفسها وغيرها؛ بأنه محمول على الكراهة لحضور المرأة مجلس الإملاك؛ ولأنه مأمور بإعلان النكاح، ولذلك يُجمع له الناس فُكْرَ للمرأة حضور ذلك المجمع⁽⁷⁾، وقد أُجيب بأن النهي ظاهر في عدم صحة انفراد المرأة بالنكاح، وليس المراد بالنهي الكراهة، لا سيما في بعض الروايات تشبيه لزواج نفسها بالزنا⁽⁸⁾.

(1) ابن حجر، فتح الباري، 187/9؛ الصنعاني، سبل السلام، 172/2؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 143/6.

(2) هو: إسماعيل بن إبراهيم بن مِقْسَم الأسدي مولاهم، أبو بشر البصري المعروف بابن عُليَّة، ثقة حافظ، من الطبقة الثامنة، مات سنة 193هـ؛ ابن حجر، تقريب التهذيب، ص 105.

(3) ابن عبد البر، التمهيد، 86/19؛ كذلك ردَّ رواية إنكار الزهري حديث عائشة رضي الله عنها الحاكم وابن حبان وابن عدي؛ ينظر: ابن حبان، صحيح ابن حبان، 384/9؛ ابن عدي، الكامل، 255/4؛ الحاكم، المستدرک، 182/2.

(4) ابن حجر، فتح الباري، 186/9.

(5) الشافعية قالوا أن الاعتبار بالرواية لا بالرأي، وخالفهم الحنفية في ذلك؛ ينظر: البرماوي، الفوائد السنية، 269/2.

(6) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 83/9؛ ابن حزم، المحلى، 30/9.

(7) الجصاص، أحكام القرآن، 103/2 - 104.

(8) البيهقي، السنن الكبرى، 178/7.

ب- مناقشة أدلة الحنفية:

أورد الجمهور على أدلة الحنفية لفيها من الاعتراضات والمناقشات، نذكر أهمها على النحو الآتي:

- من القرآن الكريم:

- ناقش الجمهور استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230] وقولهم أن النكاح هاهنا هو الوطء أن هذه الآية لا يصح الاستدلال بها؛ لأن تفسير النكاح بالوطء هنا عليه جمهور العلماء بما فيهم الحنفية إلا سعيد بن المسيب⁽¹⁾، وأجاب الحنفية بأن إضافة النكاح في الآية للمرأة كما سبق.

- كما ناقش الجمهور كذلك الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232] أن ما روي من سبب نزولها في معقل بن يسار رضي الله عنه، يوجب حمل الآية على الأولياء دون الأزواج⁽²⁾، وأجاب الحنفية على ذلك بتضعيف حديث معقل بن يسار رضي الله عنه.

- وناقشوا استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 234]، أن الخطاب فيها مُوجَّهٌ للأولياء من جهة أن الحق في التزويج لهن فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف من أي أمر جائز شرعاً، كاختيار الأزواج وتقدير الصداق دون مباشرة العقد؛ لأنه حق للأولياء⁽³⁾، وأجاب الحنفية بأن عموم اللفظ يشمل اختيار الأزواج وغيره، كذلك أن اختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح⁽⁴⁾.

- وناقشوا كذلك استدلال الحنفية بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50]، أن النكاح بلفظ الهبة وبغير ولي ولا صداق من خصائصه ﷺ في الآية؛ لأن الله تعالى بيّن له بعدها بأن ما اختصه به مما ذكرنا قد أوجبه على أمته في قوله بعدها: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: 50]، وأجاب الحنفية أن خصوصيته ﷺ في جواز استباحة البضع بلا بدل لا غير⁽⁵⁾.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 268/1.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 39/9.

(3) ابن العربي، أحكام القرآن، 284/1.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، 101/2.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، 237/5؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 212/14 - 214.

- من السنة المطهرة:

- رَدَّ الجمهور على استدلال الحنفية بحديث ابن عباس رضي الله عنه؛ أن المراد بالأيام في الحديث هي المرأة الثيب، وهذا ما جاء في بعض روايات هذا الحديث بلفظ «الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»، ورواية الثيب رواية مُفسَّرة، وهي أولى من رواية الأيام، لأنه قول مجمل، والمصير إلى الرواية المفسرة أشهر في الحجة، وكذلك قوله ﷺ: «وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ» فذكر البكر بعد ذكره الأيام؛ فدل على أن المقصود بها الثيب⁽¹⁾، كذلك قالوا أن معنى قول النبي ﷺ: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» عند أكثر أهل العلم أن الولي لا يزوجه إلا برضاها، فإن زَوَّجَهَا فإلناك مفسوخ، وكلمة أحق تدل على المشاركة بمعنى لها في النكاح حق، ولوليها حق، وحقها أوكد، وابن عباس رضي الله عنه راوي الحديث هو نفسه من روى لا نكاح إلا بولي، فليس فيه ما يصلح مستمسكا لما استدلو به⁽²⁾.

من بين إجابات الحنفية أن الأيام لفظ عام يتناول البكر والثيب والمطلقة والمتوفى عنها زوجها، ويجب العمل بعموم العام، وأنه يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً، وتخصيصه بالثيب هنا إخراج للكلام عن عمومها، كما أجابوا على أن رواية «الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» تُفسَّرُ رواية «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» أنه لا إجمال في هذه الأخيرة فلا تحتاج إلى تفسير، بل يُعْمَلُ بكل واحدة منهما على حدة، فيعمل برواية الأيام على عمومها، وبرواية الثيب على خصوصها، ولا منافاة بين الروایتين، وهذا بناء على أن أبا حنيفة رَجَّحَ العمل بالعام على الخاص، كذلك معنى حديث الأيام المشاركة بينها وبين الولي، ثم قدمها بقوله أحق وقد صح العقد منه فوجب أن يصح منها⁽³⁾.

- وناقشوا استدلال الحنفية بقوله ﷺ: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيْبِ أَمْرٌ» بأن الحديث من جهة سنده أَعْلَهُ الدارقطني⁽⁴⁾، ومن جهة دلالة فإن من قال بهذا الحديث وهم الحنفية الذين أجازوا عقد النكاح بغير ولي أخرى بهم أن يقولوا بحديث لا نكاح إلا بولي؛ لأن القائلين لا نكاح إلا بولي وهم الجمهور يقولون بمقتضى حديث ليس للولي مع الثيب أمر⁽⁵⁾، وأجاب الحنفية بأن معنى الحديث مطابق

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 387/5-388.

(2) المباركفوري، تحفة الأحمدي، 206/2.

(3) العيني، عمدة القاري، 116/20.

(4) الدارقطني، السنن، 348/4.

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، 468/5.

لحديث الأيم، لأن راويه وراوي الأيم أحق هو ابن عباس عليه السلام، وهذا دليل على أن الحديث واحد، وإنما الاختلاف في الألفاظ من الرواة؛ لأن بعضهم نقل بالمعنى، حسب ما فهم ولا حَجَر في مثله⁽¹⁾.
 - كما ناقشوا استدلال الحنفية بحديث عائشة رضي الله عنها الذي فيه شكوى البنت التي زَوَّجَهَا وليها وهي كارهة ليرفع بها خسيسته من جهة السند بأنه قد أعله بعض الحفاظ بالإرسال لأن عبد الله بن بُرَيْدَةَ لم يسمع من عائشة رضي الله عنها، أما من جهة الدلالة فقالوا بأن المراد بنفي الأمر عن الآباء حالة التزويج بالإكراه من غير كفاء - لأن السياق يدل عليه في قولها: ليرفع بي خسيسته-، فلا يقال هو عام لكل الحالات⁽²⁾، وأجاب الحنفية من جهة السند بأن المرسل حجة، وبعد التسليم بذلك فللحديث شاهد متصل رواه ابن ماجه⁽³⁾ في سننه بسند صحيح، ومن جهة المعنى فإن حملة على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب، والزواج كان ابن عمها⁽⁴⁾.

- ناقش الجمهور دليل الحنفية من القياس والمعقول بأنه قياس فاسد الاعتبار؛ لأنه قياس في مقابلة النص، كذلك يمكن القول بأنه قياس مع الفارق؛ لأن قياس استقلالها بعقد الزواج على استقلالها بالعقود المالية كالبيع مثلاً لا ينتهض حجة للحنفية؛ لكون العلة في ولاية النكاح عند الجمهور البكارة فاحتاط الشارع فيها، أما العلة في سائر العقود فهي الرشد وهو متحقق في المرأة والرجل، كذلك مفسد الزواج من غير كفاء تختلف عن مفسد التصرفات المالية من بيع وشراء وغيرها؛ فضرر الزواج يعود على المرأة وأسرتها، وضرر المال يعود عليها وحدها وغالباً أمره سهل وهين، وأجاب الحنفية بأنه لا ولاية للولي في التصرف بمال البكر إلا بإذنها وإجازتها، وبذلك لا يملك تزويجها قسراً بدون إذنها⁽⁵⁾.

ج- مناقشة الآراء التي قالت بالتفصيل:

- أما احتجاج من قال باشتراط إجازة الولي وإذنه بحديث عائشة رضي الله عنها فهو استدلال بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عند الحنفية ومنهم مُجَدُّ بن الحسن، كذلك قالوا أَنَّ قوله صلى الله عليه وسلم: «بغير إذن وليها»

(1) السندي، فتح الودود، 483/2.

(2) البيهقي، السنن الكبرى، 191/7؛ الصنعاني، سبل السلام، 180/2.

(3) هو: الحافظ الكبير المفسر أبو عبد الله محمد بن ماجه القزويني الربيعي صاحب السنن والتفسير والتاريخ، ثقة كبير متفق عليه محتج به له معرفة وحفظ، ارتحل إلى العراقين ومكة والشام ومصر، توفي سنة 273هـ؛ ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، 155/2.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 263/3؛ الساعاتي، بلوغ الأماني، 2604/2.

(5) ابن الهمام، المرجع نفسه، 263/3؛ الصنعاني، المرجع السابق، 172/2؛ مُجَدُّ مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص281.

خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له؛ والغالب أنَّ المرأة لا تُقدِّم على زواج نفسها إلا خفية عن وليِّها وهو غير آذن، والعادة قاضية بذلك، والوصف إذا خرج مخرج الغالب لا يكون حجة إجماعاً⁽¹⁾.

- ويُناقش ما استدل به القائلون باشتراط الكفاءة بأنه مبني على اشتراط الكفاءة في الزواج وهي مسألة مختلف فيها حتى عند الأحناف، فهذا القول لا دليل من المنقول عليه بل قصارى من أخذوا به بنوّه على العرف، فليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل؛ لفساد الزمان⁽²⁾.

- وأجاب الجمهور على استدلال داود الظاهري بقوله ﷺ: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تُسْتَأْذَنُ»، بأنه ناقض مذهبه في شرط الولي في البكر دون الثيب لأنه إحداث قول في مسألة مختلف فيها، ومذهبه أنه لا يجوز ذلك⁽³⁾؛ قال ابن عبد البر: "لا أعلم أحداً من العلماء فرّق بين الثيب والبكر في الولي ... إلا داود بن علي فإنه جاء بقول خالف فيه من سلف قبله من العلماء"⁽⁴⁾.

- انتقد الفقهاء تفريق الإمام مالك بين الشريفة وغيرها؛ حيث جاء عن القرطبي قوله: "ولم يفرقوا بين دَنِيَّةِ الحال وبين الشريفة، لإجماع العلماء على أن لا فرق بينهما في الدماء، لقوله عليه السلام: «الْمُسْلِمُونَ تَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ»⁽⁵⁾؛ وسائر الأحكام كذلك، وليس في شيء من ذلك فرق بين الرفيع والوضيع في كتاب ولا سنة"⁽⁶⁾، وقال ابن المنذر كذلك: "أما تفريق مالك بين المسكينة والتي لها قدر وغنى فغير جائز؛ لأن النبي ﷺ قد ساوى بين أحكامهن في الدماء"⁽⁷⁾.

2- الترجيح:

بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتهم في المسألة، والتي يتبدى لكل ذي لب من خلال معالجة دلائلها ومقارنة وجوه النظر فيها بين رادٍّ ومردود عليه أنها من معضلات المسائل في باب النكاح؛ ولذلك فإن ما يبدو راجحاً في المسألة والله أعلم؛ أن الولاية في الزواج شركة بين الولي

(1) القراني، الفروق، 137/3 - 138؛ نضال أبو سنيّة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص162.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، 117/2.

(3) النووي، المنهاج، 205/9.

(4) ابن عبد البر، الاستدكار، 399/5.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الجهاد، باب في السرية تردُّ على أهل العسكر، حديث رقم: 2751، 379/4؛ قال محققه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "صحيح لغيره وهذا إسناد حسن".

(6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 77/3.

(7) ابن المنذر، الإشراف، 15/5.

وَمُؤَلِّيَّتُهُ؛ فالولي واجب في عقد الزواج يتولاه باسم مُؤَلِّيَّتِهِ ولمصلحتها، لكن دون اهتضام حقها في أخذ إذنها ورضاها في قبول من تتزوج به، فهو واجب عليه كذلك؛ لأن الزواج مبني على المكارمة لا يجوز إرغام الزوجة فيه على التزوج بمن لا ترضاه، وإذا عقدته بنفسها استثناءً، فالعقد صحيح بشرط موافقة الولي مراعاة للخلاف، ولعدم وجود دليل مانع من ذلك، أما قول أبي هريرة رضي الله عنه: "الزانية هي التي تزوج نفسها" فمحمول على الكراهة لا البطلان⁽¹⁾، وسبب هذا الترجيح راجع للأسباب التالية:

أ- قوة أدلة الجمهور في أغلبها حتى عدّها ابن المنذر مما لا خلاف فيه بين الصحابة⁽²⁾، لكن مع مراعاة أدلة بعض أقوال الفقهاء كقول محمد بن الحسن الشيباني؛ فإنه أعطى للمرأة حق عقد الزواج بنفسها، لكن قيّدَه بإجازة الولي وموافقته، وهو مسلك سديد أخذت به بعض القوانين كما سيأتي، كذلك فيه ملاحظة عدم وجود دليل يمنع المرأة من مباشرة عقدها بنفسها وفساده بذلك⁽³⁾.

ب- أن اشتراط الولاية في النكاح يترجّح بقاعدتين من قواعد الترجيح المعروفة في الأصول وهما⁽⁴⁾:

- أن أدلة اشتراط الولاية ناقلة عن الأصل وهو براءة الذمة حتى يقوم الدليل، ومن أسقطها فهو متمسك بتلك البراءة؛ والدليل الناقل عن الأصل مقدّم؛ لأنه شرع زائد على المعهود.

- دليل الحظر مقدّم على دليل الإباحة، وما دل على التحريم مقدّم على ما دل على الإباحة؛ لأن ترك المباح أولى من ارتكاب المحرم؛ والأصل في الأبضاع التحريم فيؤخّط لها قدر الإمكان.

ج- من باب العدل أنه كما تُقيّد المرأة بوجوب مراعاة ولاية وليها حتى لا تستبد برأيها في أمر للولي فيه رأي مخافة الإضرار بمركزه الاجتماعي، كذلك يجب أن يُقيّد الولي بوجوب أخذ موافقة المرأة ورضاها في علاقة أبدية تعتبر فيها أسس البناء إذا دامت العلاقة اكتمل البناء وإذا اختزمت انهدم البناء؛ فيؤخّط للوليّ بتزويجه المرأة أو أخذ موافقته إذا زوجت نفسها، كما يؤخّط للمرأة بأخذ موافقتها.

د- هذا الترجيح يأخذ بمجامع المسألة من حيث مقاصدها ومواردها؛ فمن مقاصدها تحقيق مبدأ الرضاية في العقد، ورفع الضرر الواقع أو المتوقع عن الولي والمرأة، ومن مواردها مراعاة أدلة الفريقين والجمع بينهما، كذلك انبناء الولاية على أسباب أهمها الأبوة والعصوبة إجماعاً، وهذا يُعْمَل ولا يُهْمَل.

(1) محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة، 502/2.

(2) ابن حجر، فتح الباري، 187/9.

(3) محمود شلتوت وآخرون، مقارنة المذاهب في الفقه، ص 64.

(4) عوض العوني، الولاية في النكاح، 265/1.

هـ- أن هذا النكاح مختلف فيه، وأصل المالكية تصحيحه عملاً بقاعدتهم في الأنكحة الفاسدة.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

الأصل عند جمهور الفقهاء أن عقد النكاح بدون ولي فاسد يجب فسخه قبل الدخول وبعده، لكن مراعاة للخلاف الحاصل في المسألة - وهو من أقوى الخلافات - لكون النكاح صحيح عند الأحناف، فمذهب الحنفية وإن كان مرجوحاً في نظر المالكية إلا أنه تَرَجَّح بعد الدخول لمصلحة الزوجين واستقرار حياتهما ولتجنب آثار الفسخ، سئل مالك عن امرأة زَوَّجَهَا غَيْرُ وَلِيِّ ابْنِ عَمٍّ لَهُ، وأشهدت له على ذلك وَوَلِيُّهَا قَرِيبٌ يَعْرِفُونَ مَكَانَهُ، فقال له مالك: أَدَخَلَ بِهَا؟ فقال: نعم، قال: فالذي تزوجها كفؤ؟ قال: نعم، قال مالك: أرى تدع هذا وتدع الكلام فيه، قال مُحَمَّدُ بْنُ رِشْدٍ: فرأى إجازة النكاح لما وقع للحطمة التي كانت في الناس وما خشي على المرأة بسبب ذلك من الضيعة على أصله في مراعاة الخلاف، كذلك الشافعية والحنابلة صححوا هذا النكاح⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نصت المادة 11 من ق أ ج على هذه المسألة حيث جاء فيها: "تتعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"⁽²⁾، من خلال المادة أسند المشرع مباشرة الولاية للمرأة دون قيد أو شرط، وحضور الولي يدل دلالة واضحة على رضاه بالعقد الذي تباشره ابنته؛ مما يعني أنه أذن لها بالزواج، وإلا ما كان حضوره معها في مجلس العقد له مغزى، وعليه نجد أن المشرع قد راعى الخلاف الحاصل في هذه المسألة بين الجمهور، ومنهم المالكية، والحنفية، وكذا الآراء التي نقلنا عن أصحابها التفصيل، بل رَجَّحَ رأي مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِي، وأبي ثور، والرواية عن الإمام أحمد وأبي يوسف من الحنفية؛ الذين يرون صحة الزواج بصيغة وعبرة المرأة مع إحضار وليها، واشترط الولي من طرف المشرع في المادة 09 مكرر من ق أ ج يدل على أن الزواج موقوف على إجازته، وللإشارة ففي ظل القانون القديم في المادة 09 كان يعتبر الولي ركناً على رأي الجمهور، بينما أخذت بعض التشريعات العربية برأي الأحناف، من القوانين العربية نجد المشرع المصري أخذ برأي

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل، 364/3 - 368؛ النووي، المجموع، 146/16؛ ابن مفلح، المبدع، 105/6؛ مُحَمَّدُ شَقْرُون، مراعاة الخلاف عند المالكية، 447.

(2) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص20.

الحنفية في المفتي به⁽¹⁾، وكذا المشرع المغربي قد كرس هذا التوجه في المادة 24 من مدونة الأسرة، فأصبحت الولاية وفق هذه المادة من حق المرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها، فكما بيّنت المادة 25 من المدونة للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، كذلك سار المشرع التونسي على نفس التوجه حيث نصت المادة 09 من مجلة الأحوال الشخصية، كذلك فإن المشرعان المغربي والتونسي لم يُنصّا على اشتراط الولي، بل ألغياه تماما مستبعدان بذلك أي دور له في الزواج⁽²⁾، لكن المشرع السوري انتهج مسلكا مخالفا تماما حيث نص على أن المرأة لها الحق في تزويج نفسها بنفسها اعترافا لها بحق الولاية على نفسها، لكن قيّد هذا بوجود الكفاءة على المفتي به في مذهب الأحناف كما سبق بيانه، وهو مقتضى المواد: 20، 29، 32 من قانون الأحوال الشخصية⁽³⁾، وبمقارنة بسيطة بين هذه التشريعات نجد أنها قد تفاوتت في إعطاء المركز القانوني للولي؛ فمنهم من اشترطه وأوقف صحة الزواج عليه وهو المشرع الجزائري⁽⁴⁾، ومنهم من ألغى مركزه في

(1) رمضان الشرنباصي وآخرون، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ص 207.

(2) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 74؛ مجلة الأحوال الشخصية 2019، ص 09.

(3) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 107-110-114.

(4) ينظر: الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 52؛ بعض الباحثين وهو الدكتور لعلی سعادي انتقد صراحة هذا التفسير للدكتور أحمد الجندي لكني أوافق عليه باعتباره اجتهادا تفسيريا جامعا للنصوص القانونية؛ ذلك أن المشرع ما دام اشترط الولي في الزواج في المادة 9 مكرر، قد قرّر ضمنا الفسخ بغيباه ما لم يرض هو، والدليل أن المادة 11 نصت على حضور الولي فلا معنى لحضوره وهو شرط في صحة الزواج، فمراد المشرع أن مباشرة المرأة لعقد زواجها يكون موقوفا على حضور وليها إذا أوجبت حضوره، كما بيّنه الدكتور بن داود، ثم ذكر أصناف الأولياء وهنا الإشكال وليس في مركز الولي، بل أنزله المشرع من مركز الركنية إلى مركز الشرطية، أي من بطلان العقد مطلقا بغيباه إلى فساده بذلك، والمادة 33 اعتبرت الزواج فاسدا إذا غاب الولي في حالة وجوب حضوره، وكأن المشرع جعل مركز الولي شكليا وهذا مناقض للمادتين 9 مكرر و 11، فتفسير مركز الولي بأنه شكلي وغير مؤثر في العقد تفسير مجاني للمنقول مبين للمعقول، كذلك هذا التفسير لا يحترم المبدأ الدستوري القائل بضرورة مجازاة الآباء على تربية ورعاية أبنائهم المنصوص عليه في المادة 65 من الدستور الجزائري، ولا يحترم القواعد العرفية السارية في المجتمع الجزائري التي تجعل الولي طرفا أساسيا في الزواج بمقتضى واجب الطاعة والبر، ومعلوم قطعا أن من شروط التفسير احترامه للمبادئ الدستورية لأن القانون صادر تحت رقابتها، واحترامه للقواعد العرفية تجسيدا لاجتماعية القاعدة القانونية، فتفسير المادة 33 لا بد أن ينسجم مع المواد الأخرى؛ فأرى أن حالة وجوبه باختيار المرأة له يتوقف العقد على حضوره وموافقته فإذا لم يحضر فهنا يفسد العقد، وبمفهوم المخالفة أن هناك حالة لا يجب فيها حضوره وهي ما إذا لم تختّر المرأة حضوره أو أجازته دون حضور العقد باختياره، ولذلك نقترح تعديل هذه المادة لأنها محل انتقاد واسع، وحذف جملة "في حالة وجوبه" وضبط صياغتها ببيان شرط الكفاءة وحق الاعتراض من الولي، والله أعلم بالصواب؛ ينظر: لعلی سعادي، الزواج وانحلاله، ص 73؛ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص 36-37؛ غلال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهرة الصياغة اللفظية وحتمية التفسير (مقال)، ص 53.

عقد الزواج تماما وهو المشرع المغربي والتونسي، ومنهم من اعتبر مركزه مُهمًّا بإعطائه حق الاعتراض إذا تزوجت المرأة من غير كفاء، فالولاية في الزواج تتأرجح في المنظار القانوني بين الاعتداد والاستبعاد. وعليه نقترح تعديل المادة 11 من ق أ ج كما يلي: "تعقد المرأة العاقلة الراشدة زواجها بنفسها أو بتوكيل منها، مع حضور وليها وهو أبوها أو الأقرب فالأقرب، ولا ينفذ الزواج إلا بإجازته من الولي"، وتحذر الإشارة إلى ضرورة إلغاء عبارة: "أو أي شخص تختاره"؛ لأنه اجتهد لم يقل به أي فقيه مجتهد. ويبدو الدافع واضحا في عدول المشرع عن رأي المالكية، وترجيحه لمذهب غيرهم، وذهابه إلى أبعد من ذلك وهو نصُّه على رأي لم يقل به أحد من المجتهدين بإجازته حضور أي شخص تختاره المرأة⁽¹⁾، وهذا بسبب ما شهدته المسألة من نقاش حاد وطويل بين المعنيين بالموضوع من فقهاء الشريعة، ورجال القانون، والجمعيات النسوية الذين انتظمتمهم لجنة التعديل، حيث انقسموا بين إلغاء أي دور للولي وبين الإبقاء عليه مع بعض النظر في دوره، وكان ذلك لَمَّا طُرِحَ قانون الأسرة للتعديل سنة 2005، كما بيَّن ذلك الدكتور عبد القادر بن داود عضو لجنة التعديل⁽²⁾، وقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية، وهو الاختيار من قبل المرأة، ولم يراع الترتيب بين القرابة أو مع الأجانب، ومن أسباب مراعاة الخلاف مساقرة المشرع لبعض التشريعات كالتشريعين المغربي والمصري⁽³⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1999/06/29 الآتي: "حيث إن القرار المنتقد ركَّز في تسببيه على انعدام الولي في الزواج، وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختل ركن واحد، ويبتطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج"⁽⁴⁾. نستنتج من منطوق القرار أن القضاة في اجتهادهم قد صَحَّحُوا العقد بعد الدخول بسبب انعدام الولي ترجيحاً لمذهب الأحناف الذين يرون جواز انعقاد الزواج بدون ولي الزوجة، فمن هذا المنطلق صَحَّحَ المالكية هذا الزواج ورتبوا عليه آثاره، ولكن بشرط الدخول بالزوجة، اعتدادا برأي الحنفية.

(1) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص 89؛ هناك رأي منتقد أن الإمام مالك في رواية ابن القاسم

أجاز للمرأة الدنيئة والمسكينة أن تستخلف رجلا أجنبيا يعقد نكاحها، ينظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، 369/4.

(2) عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص 35.

(3) أحمد نصر الجندي، المرجع سابق، ص 52؛ لعل سعادتي، المرجع السابق، ص 74.

(4) قرار رقم: 4831 بتاريخ: 1999/06/29؛ نقلا عن: نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 40.

كما قضت المحكمة العليا بتاريخ 2001/01/23 بما يلي: "يثبت الزواج بعد الدخول بصداد المثل إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة، وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"⁽¹⁾، وظهر في هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا أخذت بقول الحنفية على صحة انفراد المرأة البالغة العاقلة في اختيار مؤنسها وشريك حياتها، فلها أن تعقد على نفسها بشكل عام، أو توكل من تشاء من الأولياء وفق المادة 11 من قانون الأسرة المعدل في 2005⁽²⁾.

كذلك جاء في القرار الأول بتاريخ 2009/04/08 نص على الآتي: "حيث من المقرر قانوناً وفقاً للمادة 18 من الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون ولما تبين من دعوى الحال أن الطرفين أبرما عقد زواجهما أمام موثق بتاريخ 2006/06/18 بحضور الزوجين وولي وصداد وشاهدين ... وبقيضاء قضاة الموضوع خلافاً لذلك يكونون قد خالفوا القانون، الأمر الذي يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁽³⁾.

أما القرار الثاني بتاريخ 2011/02/10 وفيه: "والذي جاء فيه أن القرار المطعون فيه جاء مخالفاً لأحكام المادة التاسعة التي تستوجب في عقد الزواج رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداد ... مع أن نص المادة المذكورة يستوجب بالإضافة إلى ولي الزوجة، شاهدين وهو الشيء الذي لم يتحقق في هذه القضية، حيث إن المادة 9 من قانون الأسرة في صياغتها القديمة تنص بأن عقد الزواج يتم برضا الزوجين وبولي وشاهدين وصداد، كما أن المادة 9 مكرر من نفس القانون طبقاً للأمر 02/05 تنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية من بينها الشاهدين والولي"⁽⁴⁾.

ويؤكد القضاة طبقاً لهاذين القرارين الأخيرين استقرار العمل القضائي على الجمع بين ولاية المرأة على نفسها واعتبار مركز الولي شرطاً مما يعني أن في إبداء موافقته كبير اعتناء إذا كان حضوره واجباً كما بينا؛ حيث يعتبر شرطاً لنفاذ العقد وترتيب آثاره طبعاً بإجازته وموافقته.

(1) قرار رقم: 253366 بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، ع2، 2002، ص440.

(2) العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص322.

(3) قرار رقم: 492299، بتاريخ: 2009/04/28، المجلة القضائية، ع2، 2009، ص304.

(4) قرار رقم: 600991، بتاريخ: 2011/02/10، المجلة القضائية، ع2، 2011، ص275-276.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة ولاية الإجماع على القاصرة.

تزويج الصغيرة التي لم تبلغ سن الزواج فيه كلام طويل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ ذلك لما للموضوع من تأثيرات قد تبدو سلبية في نجاح الزيجات التي تُبرم قبل بلوغ البنت سن النضج، وتَحُلُّ مسؤولية إقامة أسرة تستجمع كامل معاني المودة، وتُحَقِّقُ مجمل المقاصد الشرعية المطلوبة في تكوينها، وهذا النوع من الزواج رغم مخاطره الدافعة إلى منعه في بعض القوانين، وجد قبولاً في بعضها الآخر بحجة الاختلاف في وجهات النظر حوله، كل ذلك سندرسه مفصلاً في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف مصطلح ولاية الإجماع، وسنقتصر على مصطلح الإجماع بعدما عَرَّفْنَا الولاية سابقاً، كما سنقوم ببيان علة الإجماع لما لها من أهمية في فهم المسألة.

أولاً- تعريف ولاية الإجماع:

1- لغة:

الإجماع في اللغة من قولهم: جَبَرَ الرجل عَلَى الأمرِ يَجْبِرُهُ جَبْرًا وَجُبُورًا وَأَجْبَرَهُ؛ أكرهه، وجَبَرَهُ لغة تميم وحدها، وأجبرت لغة عامة العرب، أي أكرهته عليه، وتميم تقول: جَبَرْتُهُ؛ فهما لغتان جيدتان: جَبَرْتُهُ وَأَجْبَرْتُهُ، والنحويين استحباوا جبرت لجبر العظم بعد كسره، والإجماع مقصوراً على الإكراه⁽¹⁾.

2- اصطلاحاً:

عَرَّفَهَا الدكتور مُحَمَّدٌ سلام مذكور بقوله: "هي الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها؛ بمعنى أن من تثبت له هذه الولاية يملك الاستبداد بتزويج من في ولايته والجبر على ذلك، ويكون العقد نافذاً"⁽²⁾.

ثانياً- علة ولاية الإجماع:

لفهم مناط ولاية الإجماع وتحرير محل النزاع حولها، لابد من معرفة العلة التي أناطها الفقهاء بحكمها، وعليه فقد اختلفوا في تحديد علة ولاية الإجماع عموماً على قولين:

1- قول الحنفية⁽³⁾: قالوا أن علة ولاية الإجماع الصغر؛ بمعنى أن الإجماع سببه انعدام الأهلية أو نقصانها أصلاً لا بوصف الأنوثة، فهي تصلح مناطاً للتكليف، ومقتضى ذلك أن هذه الولاية لا

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: جبر، 116/4.

(2) مُحَمَّدٌ سلام مذكور، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 178.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، 118/3؛ مُحَمَّدٌ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 110.

تستمر بعد البلوغ لزوال العجز الذي وُجِدَتْ لسد النقص بسببه، فمعنى الإيجابار على أساس هذه العلة هو عدم تصوُّر الإذن والموافقة من الصغيرة لانعدامه شرعا وطبعاً.

2- قول الجمهور⁽¹⁾: ذهبوا إلى أن علة ولاية الإيجابار البكارة فقط للشافعية أو الصغر والبكارة للمالكية والحنابلة، فإذا طُلِّقَت الصغيرة المدخول بها لا يجوز لأييها تزويجها حتى تبلغ وتأذن عند الجمهور، وعند الحنفية يجوز لبقاء صغرها⁽²⁾، ومعنى ذلك أن سبب الإيجابار عندهم هو الأنوثة المانعة من حسن التصرف لا القدرة عليه؛ لأن شأن العلاقة بالرجال لا يفقهها إلا الرجال، كما أن مخالطتهم فيه وقاحة تَتَرَّو المرأة عنها صيانةً لعفتها، كذلك التعليل بالبكارة غير منضبط في رأيي؛ لعدم المناسبة بين البكارة كوصف جِلِّيٍّ، وبين ثبوت ولاية الإيجابار كحكم شرعي، كما أن زوال ولاية الإيجابار لهذه العلة هل يعتبر بفض البكارة عن طريق زواج صحيح أم باطل أم فاسد أم بزنا أم بجاذث عرضي، كذلك هو تعليل بالحكمة، وقد مال ابن رشد وابن تيمية إلى تعليل الحنفية⁽³⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

سيتم التطرُّق في هذا الفرع إلى إيراد أقوال الفقهاء ومذاهبهم والتعرُّض لأدلتهم مع ذكر المناقشات والإجابات التي دارت بينهم وصولاً إلى الترجيح الذي اختاره، كذلك أذكر وجه مراعاة الخلاف فيها. أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

مجمّل آراء الفقهاء الواردة في حكم هذه المسألة يتمثل في قولين أساسيين نستعرضهما كما يلي:

القول الأول: الجواز مطلقاً، وهو رأي الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة⁽⁴⁾.

القول الثاني: المنع مطلقاً؛ وهو مذهب عبد الله ابن شبرمة، وعثمان البتّي، وأبو بكر الأصم⁽⁵⁾⁽⁶⁾.

(1) ابن بزيمة، روضة المستبين، 728/1؛ الروياني، بحر المذهب، 48/9، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 23/32.

(2) ينظر: مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 110.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 944/2، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 23/32.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 241/2؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 176/3؛ النووي، روضة الطالبين، 53/7؛ ابن قدامة، الشرح الكبير، 386/7.

(5) هو: عبد الرحمان بن كيسان، أبو بكر الأصم، شيخ المعتزلة، كان دينا وقورا، صبورا على الفقر، منقبضا عن الدولة، فيه ميل عن الإمام علي، من مؤلفاته: الحجة والرسول، والرد على الملحدة، توفي سنة 201؛ ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، 402/9.

(6) السرخسي، المبسوط، 212/4؛ العيني، البناية، 90/5-91؛ قلت: هذا القول رَجَحَهُ كذلك الخطاب من المالكية لكن قصر الجواز في حالتين هما: خوف فسادها والحاجة إلى النفقة؛ ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 428/3.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة القول الأول:

استدل الجمهور بعدة أدلة من القرآن الكريم والسنة المشرفة والإجماع والآثار والقياس نذكرها على النحو التالي:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: 04]، ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن الله تعالى جعل للآئي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر، ولا تكون العدة بذلك إلا من طلاق في نكاح أو فسخ، فدل ذلك على أنها تُزَوَّج وتُطَلَّق، ولا إذن معتبر لها لكونها صغيرة، كما بيّن الله تعالى في الآية كذلك عدة الصغيرة، ومعلوم أن سبب العدة شرعا هو النكاح، فدل ذلك على تصور نكاح الصغيرة⁽¹⁾.

ب- من السنة المطهرة:

استدلوا بقوله ﷺ في حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»⁽²⁾، ووجه دلالة منه أنه ﷺ أخرج البكر البالغ والشيخ سواء صغيرة كانت أم كبيرة بعموم هذا الخبر من ولاية الأب، ذلك أن الاستئذان لا يكون إلا للبالغ العاقل، فلم يتبق إلا الصغيرة البكر⁽³⁾، كذلك استدلو بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "تزوجني رسول الله ﷺ لِسِتِّ سِنِينَ، وَبَنَى بِي وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ"⁽⁴⁾، فمؤكد أنها لم تكن في السن التي يعتبر فيها إذنها في الزواج فدل على جواز ذلك⁽⁵⁾.

ج- من إجماع:

قال ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز"⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، المرجع السابق، 212/4؛ ابن قدامة، المغني، 40/7.

(2) سبق تخريجه ص 161.

(3) ابن حزم، المحلى، 40/9.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، حديث رقم: 1422، 1038/2.

(5) ابن قدامة، المغني، 40/7.

(6) ابن المنذر، الإشراف، 19/5.

د- من آثار الصحابة عليهم السلام:

- ما جاء عن عمر رضي الله عنه أنه خطب إلى علي رضي الله عنه ابنته أم كلثوم، فزوجه إيّاها وهي صغيرة⁽¹⁾.
- ما رُوِيَ أنَّ قدامة بن مظعون رضي الله عنه تزوّج ابنة الزبير بن العوام رضي الله عنه وهي صغيرة⁽²⁾.

هـ- من القياس:

دوران حكم ولاية الإجماع على الصغر؛ لأنه سبب للعجز عن التصرف، فكلما ثبت الصغر تثبت الولاية، وكلما انعدمت انعدم الحكم المعلن بها⁽³⁾، وهذا خاص بالجمهور دون الحنفية.

2- أدلة القول الثاني:

استُدلّ لأصحاب القول الثاني ببعض الأدلة من القرآن الكريم والمعقول نذكرها كما يلي⁽⁴⁾:

أ- من القرآن الكريم:

جاء في قوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 06]، فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة، لأن الابتلاء والاختبار قبل النكاح في الأموال علته أن الصغر مَظَنَّةٌ لضياعها، فكذلك الزواج في الصغر مَظَنَّةٌ لفوات مقصوده من الاستمتاع والقيام بأعبائه، فجعل البلوغ بالنكاح مُشْعِرًا برشد صاحبه.

ب- من المعقول:

مقصود النكاح فطرةً قضاءً الشهوة، ولا شهوة لها، ومقصوده شرعاً النسل، ولا تناسل لهما في هذا النكاح، والعقد يُعَقَّدُ للعمر وَيُلْزَمُهَا أحكامه بعد البلوغ، ولا ولاية لأحد عليها بعد البلوغ حتى يُلْزَمُهَا أحكامه، من باب الإلزام بما لا يلزم.

ثالثاً: المناقشة وال ترجيح.

1- المناقشة:

⁽¹⁾ أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب معرفة الصحابة، أثر رقم: 4684، 153/3، قال الذهبي: "منقطع"؛ ينظر: ابن الملقن، مختصر تلخيص الذهبي، 1521/3.

⁽²⁾ أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب تزويج الجارية الصغيرة، أثر رقم: 639، 204/1؛ قال الباكستاني: "صحيح"، ينظر: ما صح من آثار الصحابة في الفقه، 991/3.

⁽³⁾ العيني، البناية، 92/5.

⁽⁴⁾ السرخسي، المبسوط، 212/4؛ العيني، البناية، 90/5.

لم يرد في مناقشة أدلة الفريقين مزيد تفصيل، لكن يمكننا استنتاجها من خلال ما ساقوه من بيان لدلالة النصوص على مراد كل منهم؛ حيث قيل اعتراضاً على الجمهور في استدلالهم بالآية أنها ليست نصاً في محل النزاع؛ لكونها ليس فيها تخصيص ذلك بالآباء ولا بالبكر فلا يتم لهم الاستدلال، وأجيب على ذلك بأن الأصل في الأبضاع التحريم إلا ما دل عليه الدليل، وقد ورد في حديث عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه زوّجها وهي دون البلوغ، فبقي ما عداه على الأصل⁽¹⁾، واعتُرض على الاستدلال بالحديث بأنه خارج عن محل النزاع كذلك؛ لكونه عاماً يتناول كل بكر صغيرة كانت أم كبيرة، بل لقد ورد النصُّ على استئذان الأب لابنته في بعض طرق هذا الحديث، منها قوله ﷺ: «الْتَيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكَرُ يَسْتَأْمَرُهَا أَبُوهَا فِي نَفْسِهَا، وَإِذَا صَمَاتُهَا»؛ فزاد فيه لفظ "الأب" وقد رواه بهذه الزيادة جمع من المحدثين⁽²⁾، وهذا نصٌّ في محل النزاع، وأجيب بأن الزيادة المذكورة غير محفوظة مما يدل على ضعفها، وأن هذا العموم أُخْرِجَتْ منه الصغيرة بالإجماع⁽³⁾، كما اعتُرض على حديث عائشة رضي الله عنها حين تزوجها النبي ﷺ وهي بنت ست سنين بأن ذلك من خصائصه ﷺ قياساً على نكاح الموهوبة، ونكاحه لأكثر من أربع، وأجيب على ذلك بأنه أمر مشهور غني عن إيراد الإسناد فيه، فمن ادعى أنه خصوص لم يُتَقَتْ لكلامه، لقوله عز وجل: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: 21]، فكل ما فعله عليه الصلاة والسلام، فلنا أن نتأسى به فيه، إلا أن يأتي نص بأنه من خصائصه⁽⁴⁾، كذلك اعتُرض بأن يكون من المحتمل أن قصة زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها كانت قبل ورود الأمر باستئذان البكر، وهو ما استظهره ابن حجر مُعَلِّلاً ذلك بأن القصة وقعت بمكة قبل الهجرة⁽⁵⁾، كما يمكن مناقشة ادعاء الإجماع بأن في المسألة خلاف مشهور، فلا يُسْتَسَاعُ القطع بالإجماع فيها، إلا من قبيل ترجيح إجماع الجمهور وهو مختلف فيه⁽⁶⁾، كذلك لا يُجْتَبُ بالإجماع في المسألة لأنه دَوْرٌ باطل عقلاً، ومن بين الاعتراضات الواردة على استدلالهم بأثر عمر رضي الله عنه في تزوجه أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه، زيادة على انقطاع سنده أنه لا يتضمن ما يدل صراحة على

(1) العيني، عمدة القاري، 126/20.

(2) ابن حجر، التلخيص الحبير، 330/3.

(3) ابن بزيمة، روضة المستبين، 72/1؛ عوض العوفي، الولاية في النكاح، 280/1.

(4) ابن حزم، المحلى، 39/9 - 40.

(5) ابن حجر، فتح الباري، 124/9.

(6) أكثر الأصوليين على عدم حجيته، والطبري والرازي وأحمد في رواية قالوا بأنه حجة؛ ينظر: الآمدي، الإحكام، 235/1.

أثما صغيرة لم تبلغ، بل ورد فيه ما يُشعرُ أنها قد بلغت سنا يُقبلُ منها الرأي في نفسها؛ بدليل سياق الرواية في بعض طرقها: "هي امرأة من النساء تختار لنفسها"⁽¹⁾، ورُدَّ على أصحاب القول الثاني استدلالهم بالآية أنها عورضت بآية صريحة في الباب التي اعتمد عليها الجمهور، ومن المعقول بأن النكاح لم يُشرعْ لقضاء الشهوة والتناسل فحسب، بل شرعَ لحسن العشرة والتعاون والخدمة والنفقة بل قد تكون الصغيرة يتيمة محتاجة إلى زوج يصونها⁽²⁾.

2- الترجيح:

بعد العرض الذي تقدم لأقوال وأدلة الفقهاء في حكم هذه المسألة، والمناقشات التي دارت بينهم يتبين لي أن الرأي الأول بالترجيح هو ما ذهب إليه الجمهور من جواز تزويج البنت الصغيرة بسبب قوة أدلتهم، كما يبدو أن للرأي المانع شيء من الوجاهة، لكن نؤكد أن المنع يجب أن يكون قضاءً لا ديانةً؛ أي يجب أن يصدر عن ولي الأمر قانون يمنع تزويج البنت القاصر بمقتضى السياسة الشرعية في تقييد المباح⁽³⁾، أما الإفتاء به فلا يجوز لمخالفته الأصول والعقول، كما نشير إلى أن تزويج الصغيرة يكون من طرف أبيها أو القاضي؛ ذلك لوفور رافة وشفقة الأب وصدقه في تحري المصلحة لابنته، وبموجب الولاية العامة للقاضي التي أناط الشارع المصلحة بها رأساً⁽⁴⁾، وتزويج الصغيرة ضابطه قيام المصلحة المحققة وانتفاء المفسدة المحققة، ولا بأس أن نورد جملة من المصالح والمفاسد سواء الاقتصادية أم الاجتماعية أم الصحية أم النفسية الناتجة عن ولاية الإجماع أو ما اصطُلح عليه بالزواج المبكر.

- أهم المصالح المتوخاة في الزواج المبكر:

- الزواج المبكر تحصين للشباب المسلم من الفاحشة كما يسهم في الحفاظ على طاقات الشباب العاطفية والنفسية والبدنية، والإحصائيات تشير إلى زيادة النشاط الجنسي للفتيات غير المتزوجات في سن المراهقة، ففي أمريكا ظاهرة حمل المراهقات مرتفعة، ففي عام 1982 حملت مليون فتاة مراهقة بين سن 15 و19 سنة انتهت نصفها إلى الولادة، والباقي إلى الإجهاض التلقائي أو المتعمد⁽⁵⁾.

(1) الرواية بهذا اللفظ أخرجها البيهقي والطبراني من قول الحسن والحسين رضي الله عنهما؛ ينظر: السنن الكبرى، 545/13-111/14؛ المعجم الأوسط، 357/6.

(2) العيني، عمدة القاري، 126/20.

(3) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص55، الحسين الموس، تقييد المباح، ص233-234.

(4) تزويج الأب والقاضي الصغيرة هو رأي المالكية، وقد رجحته لوجاهة تعليقه؛ ينظر: ابن بزيّة، المرجع السابق، 725/1.

(5) مجد البار، سياسة ووسائل تحديد النسل، ص140-141؛ نقلاً عن: مها الأبرش، الأمومة ومكانتها في الإسلام، 187/1.

- الزواج المبكر فيه وقاية للمرأة من الأمراض كما يقول الدكتور ستانوي، حيث يعتبر من بين وسائل الوقاية من سرطان الثدي إنجاب المرأة الأطفال في سن مبكرة تحت العشرين⁽¹⁾.

- الزواج المبكر يقلل من مشاكل الحمل، حيث قام الطبيب ديفد هارتلي مختص في أمراض النساء والتوليد بإجراء بحث في مستشفى أبها العسكري السعودي قارن فيه حالات الولادة في سن ما بين 12-17 سنة، كزواج مبكر جدا، وحالات الولادة في ما بين سن 20 و25 سنة كزواج مبكر عادي؛ فتَوَصَّلَ إلى أن حالات الحمل المبكر جدا أقل خطورة من حالات الحمل المبكر العادي⁽²⁾.

- أهم المفاسد المنتقاة في الزواج المبكر:

- الزواج في سن مبكر من المحتمل أن يتسبب في حرمان البنت من التعليم بسبب الأعباء الملقاة على عاتقها، كما أن عدم النضج العقلي بسبب المراهقة قد يكون سببا مباشرا في حالات الطلاق بحيث لا يمكنها إبداء رأيها في أمور حياتها الزوجية⁽³⁾.

- الزواج المبكر قد ينجم عنه أضرارا اقتصادية على الأفراد والمجتمعات كفقدان أو تعطيل طاقات بشرية، وتزايد الإنفاق على الخدمات الصحية والعجز عن تأمين الأعداد الهائلة من السكان⁽⁴⁾.

- تشير إحصائيات منظمة الصحة العالمية أن الفتيات التي تقل أعمارهن عن 15 سنة تزداد نسبة وفاتهن خمسة أضعاف، إذ يشكلن ربع الوفيات من نصف مليون امرأة تموت سنويا بسبب مضاعفات الحمل والولادة والتي منها: ارتفاع ضغط الدم، النزيف، عسر المخاض، ولادة أطفال ناقصي الوزن بسبب عدم اكتمال النمو الجسدي والفيسيولوجي للفتاة المراهقة⁽⁵⁾.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

إذا تم عقد النكاح بناء على مذهب ابن شبرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي في قضية سن المرأة فالأصل عند المالكية تصحيحه مراعاة للخلاف لأنه نكاح مختلف فيه، قال ابن القاسم: "وأصل هذا وهو الذي سمعته من قول من أرضى من أهل العلم أن كل نكاح اختلف الناس فيه ليس بحرام من الله

(1) شمسي باشا، الرضاعة من لبن الأم؛ نقلا عن: مها الأبرش، الأمومة ومكانتها في الإسلام، 181/1.

(2) محمد البار، تبه العرب وتبه بني إسرائيل، ص241؛ نقلا عن: مها الأبرش، الأمومة ومكانتها في الإسلام، 187/1.

(3) مصطفى القضاة، التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه (مقال)، ص458.

(4) عبد القادر البنا، الآثار الاقتصادية والتنموية لزواج الفتيات المبكر، ص18.

(5) مصطفى القضاة، المرجع السابق، ص458.

ولا من رسوله أجازة قوم وكرهه قوم أن ما طلق فيه يلزمه، مثل المرأة تتزوج بغير ولي أو المرأة تزوج نفسها... قال سحنون: وهو الذي قاله لرواية بَلَعَتْهُ عَنْ مَالِك⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

أورد المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 13 من ق أ ج، ونصها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"⁽²⁾. يتضح من خلال تحليل هذا النص أن المشرع الجزائري قد عدل عن رأي الجمهور القائلين بجواز إجبار الصغيرة على الزواج، وأخذ بالقول الثاني لابن شبرمة، أبي بكر الأصم وعثمان البتي المتضمن عدم ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة بأي شكل من الأشكال، وبمفهوم المخالفة أخذ بولاية الاختيار كما هو واضح من المادة⁽³⁾، وفي نفس السياق نصت المادة 07 من ق أ ج المعدلة على أن أهلية الزواج تكتمل من الزوج والزوجة ببلوغ كليهما سن 19 سنة مما يعني عدم الاعتداد بزواج القصر الذين تقل أعمارهم عن هذا السن إلا بترخيص قضائي استثناءً وللمصلحة، وكأن القاضي الذي تعتبر ولايته عامة حلَّ محلَّ الولي القريب أبا أو غيره الذين تعتبر ولايتهم خاصة في الزواج مبكراً، وبهذا خالف المشرع القاعدة الفقهية أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة⁽⁴⁾.

وقد أخذ بهذا الاجتهاد الفقهي كل من المشرع المصري حيث نصت المادة 99 من قانون المحاكم الشرعية رقم 78 الصادر بتاريخ 1931 والمعدل بين سنتي 1985 و2000 على أنه لا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن 16 سنة وسن الزوج يقل عن 18 سنة⁽⁵⁾، كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري ما يجسد هذا النهج؛ حيث نصت المادة 18 منه على اشتراط بلوغ الفتى 18 سنة والفتاة 17 سنة لكي تكون لهم أهلية الزواج مما يعني أن المشرع السوري قد ألغى ولاية الإجماع بتحديد سن الزواج فمن لم يبلغ السن المذكور لا يعد أهلاً لأن يكون محلاً للعقد⁽⁶⁾.

(1) مالك، المدونة، 121/2.

(2) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص911.

(3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص67.

(4) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص312.

(5) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص173؛ مصطفى القضاة، المرجع السابق، ص464.

(6) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص85-86.

كذلك منعت مدونة الأسرة المغربية تزويج الصغار مبكرا بمقتضى المادة 19 التي حددت سن 18 سنة كحد أدنى لإبرام العقد وهو ما كان مسموحا به، ونفس الأمر بالنسبة للقانون التونسي في الفصل 05⁽¹⁾.

ولعل ما اختاره المشرع دافعه النظر في مصلحة البنت القاصر بمنع زواجها قبل بلوغ السن القانونية؛ لأنها مازالت في حالة لا تسمح لها بإبداء إذنها لعدم نضج عقلها، فأولى بها أن لا تُزوّج لقصورها عن تحمل مسؤوليات حياة جديدة لها أثارها الخطيرة⁽²⁾، كما أجمعت الهيئات الدولية على مخاطر الزواج المبكر التي أسلفنا ذكرها، كذلك وجود اتفاقيات دولية أقرتها هيئة الأمم المتحدة تدعو إلى تحديد سن أدنى للزواج كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) في المادة 16 الفقرة 2 منها⁽³⁾، كذلك كان هذا الاختيار بدافع احترام المواثيق الدولية المصادق عليها من الدولة الجزائرية، والتي تدعو إلى المساواة بين الجنسين المبنية على أساس نظرية الجندرة في الفقه الغربي⁽⁴⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

صدر عن المحكمة العليا في هذه المسألة القرار المؤرخ في 1993/03/30 الذي يؤسس لمنع ولاية الإيجابار حيث جاء فيه ما نصه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها وللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أركانه"⁽⁵⁾. ويظهر من خلال منطوق القرار أن المحكمة العليا قد تَبَنَّتْ هذا الاجتهاد القضائي تطبيقا لنص المادة 13 من ق أ ج، وهذا يفيد أن القضاء قد وافق قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة، ولم يلتزم بمذهب المالكية ومن ورائهم جمهور الفقهاء الذين يرون الجواز كما ذكرنا، وفي هذا الاختلاف مُسَوِّغٌ لاختيار أنسب الأقوال وأصلحها تطبقا على الواقع.

(1) مُجَدُّ الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص43؛ مجلة الأحوال الشخصية، ص05.

(2) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص420.

(3) عبد المؤمن شجاع الدين، تحديد سن الزواج، ص29.

(4) ينظر: مُجَدُّ بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج، ص158، والجندر مصطلح انجليزي يعني النوع الاجتماعي، ويقابله الجنس الذي هو النوع البيولوجي، وعرفه المختصون بأنه عبارة عن الذكورة والأنوثة المُبَيَّنَّين اجتماعيا ومُشَكَّلَين ثقافيا ونفسيا، وهي نظرية خطيرة على المجتمعات الإسلامية تتأسس على المساواة الجنسية على خلفية الوظائف الاجتماعية بين الرجل والمرأة وصولا إلى إمكانية أخذ كل منهما وظيفة الآخر؛ ينظر: عصمت حوسو، الجندر الأبعاد الاجتماعية والثقافية، ص80.

(5) قرار رقم: 90468، بتاريخ: 1983/03/30، المجلة القضائية، ع3، 1994م، ص66.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة مقدار الصداق.

يتميز عقد الزواج في الإسلام بأنه عقد شكلي فضلا على أنه رضائي؛ حيث لا يعتمد فقط على التراضي والتوافق بين أطرافه، بل له أركان وشروط وأحكام يجب مراعاتها واحترامها وإلا طاله الفساد أو البطلان، ومن بين أركانه أو شروطه المهمة الصداق أو المهر؛ حيث يُعطى للمرأة بقصد المكارمة أصلا وبقصد المعاوضة تبعا، ومن بين أهم مسأله مسألة تحديد المقدار الأدنى والأعلى له، وستناول في هذا المطلب أحكامها في الفقه الإسلامي، وفي قانون الأسرة الجزائري وقوانين الأسرة المقارنة.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الصداق، وبيان مشروعيته وحكمه وحكمته، كذلك نتطرق إلى توضيح المقصود بمقدار الصداق في المسألة، ثم يأتي بيان وجه مراعاة الخلاف، في النقاط التالية:

أولا- تعريف الصداق، وبيان مشروعيته وحكمه وحكمته:

1- لغة:

فيه خمس لغات: الصَّدَقَةُ جمعها صَدَقٌ والصَّدَقَةُ جمعها صُدُقَاتٌ بضم الدال وسكونها والصَّدَقَةُ جمعها صُدُقَاتٌ والصَّدَاقُ والصَّدَاقُ جمعهما في أدنى العدد أَصْدَقَةٌ، وفي الكثير صُدُقٌ، وهو مهر المرأة، يقال: أَصْدَقَ المرأة حين تزوجها؛ أي جعل لها صداقا، وقيل: أَصْدَقَهَا سَمَّى لها صداقا، وفي قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 04]؛ الصَّدُقَات جمع الصَّدَقَةِ وهي لغة الحجاز المقروء بها تواترا، وقُرئ في غير العشرة صَدُقَاتِهِنَّ وهي لغة تميم⁽¹⁾، والصَّدَقَةُ مشتقة من الصَّدَقِ لأنها عطية يسبقها الوعد بها فَيَصْدُقُهُ الْمُعْطِي، وللصداق تسعة أسماء: الصداق، والصَّدَقَةُ، والمهر، والنَّحْلَةُ، والفريضة، والأجر، والعلائق، والعَقْرُ، والحَبَاءُ⁽²⁾.

2- اصطلاحا:

تعددت تعريفات الصداق عند الفقهاء القدامى والمعاصرين، وسنختار منها ما يأتي:

- عَرَفَهُ بعض الفقهاء القدامى بقولهم: "مُتَمَوِّلٌ يُمْلِكُ تحقيقا أو تقديرا لِمُحَقَّقَةِ الأنوثة ممن يجوز نِكَاحُهَا عند إرادة نِكَاحِهَا"، والمتمول جنس المال من الأعيان أو المنافع، وما يُمْلِكُ تحقيقا كالثمن وتقديرا كالهبة والعق، ومعنى مُحَقَّقَةِ الأنوثة لإخراج الخنثى المشكل فلا يُزَوَّجُ أو يتزوج، ومن يجوز

(1) ابن منظور، لسان العرب، 10/197؛ الفيومي، المصباح المنير، ص335-336، الهذلي، الكامل، 524.

(2) ابن قدامة، المغني، 7/209؛ بن عاشور، التحرير والتنوير، 4/230.

نكاحها هي الآدمية⁽¹⁾، وعَرَّفَهُ بعض الفقهاء بعبارة سلسلة أنه: "المال المُلتَزَمُ للمخطوبة لملك عصمتها"⁽²⁾، ويبدو التعريف الأخير واضحاً في مبناه دقيقاً في معناه، وهو ما ينبغي أن يكون عليه الحد، لأن التعريف الأول بعيد عن مقاصد الحدود لكونه ناقش البدهيات ككون الزوجة آدمية.

- وقد عَرَّفَهُ من المعاصرين الدكتور بدران أبو العينين بدران بقوله: "ما أوجبه الشارع من المال أو ما يقوم مقامه حقاً للمرأة على الرجل في عقد الزواج في مقابلة الاستمتاع بها"⁽³⁾.

وَلِي تَحْفُظَ على تعريف الصداق بأنه في مقابلة الاستمتاع؛ لأنه تشبيه له بعقود المعاوضات وليس هو كذلك من كل الوجوه؛ إذ الأصل فيه المكارمة لا المساومة؛ قال ابن الهمام الحنفى: "لم يُشَرِّعْ (الصداق) بدلاً كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته"، وقال الشيخ الطاهر بن عاشور نافياً ذلك: "وُثِّمَتِ الصَّدَقَاتُ نَحْلةً إِبْعَاداً لِلصَّدَقَاتِ عَنْ أَنْوَاعِ الْأَعْوَاضِ، وَتَقْرِيباً بِهَا إِلَى الْهَدِيَّةِ، إِذْ لَيْسَ الصَّدَاقُ عَوْضاً عَنْ مَنَافِعِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ التَّحْقِيقِ"⁽⁴⁾.

3- قانوننا:

عَرَّفَهُ المشرع الجزائري في المادة 14 من ق أ ج بقوله: "الصداق هو ما يُدْفَعُ نَحْلةً للزوجة من نقود، أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"⁽⁵⁾.

4- أدلة مشروعية الصداق وحكمه وحكمته.

أ- أدلة مشروعية الصداق.

الصداق مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، فدلّله من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 04]، وقوله عز وجل: ﴿فَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: 24]، وقوله كذلك: ﴿وَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 25]، أما دليله من السنة المشرفة؛ فقوله ﷺ كما تروي عنه عائشة رضي الله عنها: «إِنَّ مِنْ أَعْظَمِ النِّسَاءِ بَرَكََةً أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا»⁽⁶⁾، وجاء عن عبد

(1) النفراوي، الفواكه الدواني، 05/2.

(2) الآبي، جواهر الإكليل، 305/2.

(3) بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص 139-140.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 317/3؛ الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 230/4.

(5) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 911.

(6) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب ما يستحب من القصد في الصداق، حديث رقم: 14356، 384/7؛ قال العراقي: "إسناده جيد"، ينظر: المغني عن حمل الأسفار، ص 478.

الرحمن بن عوف أنه قال: "رأني رسول الله ﷺ وَعَلَيَّ بشاشة العرس، فقلت: تزوجت امرأة من الأنصار، فقال: «كَمْ أَصْدَقْتَهَا؟» فقلت: "نَوَاة"⁽¹⁾،⁽²⁾ كما أجمعت الأمة على مشروعيتها⁽³⁾.

ب- حكم الصداق وحكمته.

- حكم الصداق:

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ إلى عدم اعتباره ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروط صحته أو لزومه أو نفاذه، فأجازوا الزواج بدون تسميته وينعقد صحيحاً بمهر المثل، واستحب الشافعية والحنابلة تسميته في العقد وكرهوا تركها، أما حكم الصداق في المذهب المالكي ففيه خلاف؛ فهناك من فقهاءهم من اعتبره ركناً في الزواج⁽⁵⁾، ومنهم من اعتبره شرطاً⁽⁶⁾.

- الحكمة من مشروعية الصداق:

الحكمة من وجوب المهر هو إظهار خطر هذا العقد ومكانته، وإعزاز المرأة وإكرامها، وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة معها، وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف، ودوام الزواج، وفيه تمكين المرأة من التَّهَيُّؤِ للزواج بما يلزم لها من لباس ونفقة، وكون المهر واجباً على الرجل دون المرأة ينسجم مع المبدأ التشريعي في أن المرأة لا تُكَلَّفُ بشيء من واجبات النفقة⁽⁷⁾.

ثانياً- المقصود بمقدار الصداق في هذه المسألة:

لا خلاف بين الفقهاء قاطبة في أنه لا حد لأكثر الصداق؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: 20]، لكن استحبوا أن لا يتغالى الناس في المهور إلى حد إرهاق كاهل الزوج به

(1) النَوَاة: اسم لِقَدْرٍ معروف عند أكثر العلماء وَقَدَّرُوها بخمسة دراهم من الذهب؛ ينظر: النووي، المنهاج، 216/9.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، حديث رقم: 1427، 1043/2.

(3) ابن قدامة، المغني، 209/7.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، 274/2؛ الجويني، نهاية المطلب، 13/5؛ البهوتي، الروض المربع، ص543.

(5) المواق، التاج والإكليل، 42/5؛ ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص255، خليل، المختصر، ص96، النفراوي، الرجوع السابق، 04/2؛ الفقهاء القائلون بأنه ركن هم: ابن شاس وابن المواق وابن الحاجب وابن أبي زيد وهو اختيار خليل بن إسحاق.

(6) البغدادی، المعونة، 750/1؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص135؛ الدردير، الشرح الكبير، 220/2؛ الخطاب، مواهب الجليل، 419/3؛ الفقهاء القائلون بأنه شرط هم: القاضي عبد الوهاب وابن جزى والدردير وهو ما رجحه الخطاب.

(7) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6760/9.

فيتعذر عليه تسديده⁽¹⁾، ومصدق هذا قوله ﷺ: «إِنَّ مِنْ أَعْظَمِ النِّسَاءِ بَرَكََةً أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا»⁽²⁾، وهو عمل الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث قال: "ألا لا تُعَالُوا بِصَدُوقِ النِّسَاءِ، فَإِنَّمَا لَوْ كَانَتْ مَكْرُمَةً فِي الدُّنْيَا أَوْ تَقْوَى عِنْدَ اللَّهِ، لَكَانَ أَوْلَاكُمْ بِهَا النَّبِيُّ ﷺ مَا أَصْدَقَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ وَلَا أَصْدَقَتْ امْرَأَةً مِنْ بَنَاتِهِ أَكْثَرَ مِنْ ثِنْتِي عَشْرَةَ أُوقِيَةً"⁽³⁾، أما الحد الأدنى للمهر فقد اختلف الفقهاء في مقداره، وهو المقصود من بحث المسألة.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نورد في هذا الفرع مذاهب الفقهاء في هذه المسألة، ثم نتبعها بذكر الأدلة التي استدل بها كل فريق، مع مناقشتها وإيراد الإجابات عليها، ثم انتهاءً إلى ترجيح المذهب الذي يبدو أولى بالاختيار، ثم بيان وجه مراعاة الخلاف في المسألة باعتبارها من المسائل التي روعي فيها الخلاف عند المالكية خصوصاً. أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في تحديد المقدار الأدنى للمهر على مذهبين أساسيين هما:

المذهب الأول: يرى فقهاء الحنفية والمالكية تحديد أقل الصداق⁽⁴⁾، لكن اختلفوا في ثمنه، فعند الحنفية أقله عشرة دراهم فضة، أما المشهور عند المالكية فأقله ربع دينار ذهباً أو ثلاثة دراهم فضة⁽⁵⁾.
المذهب الثاني: يرى كل من فقهاء الشافعية والحنابلة أنه لا حد لأقل الصداق⁽⁶⁾، فيجوز بالقليل والكثير؛ وهو قول ابن وهب⁽⁷⁾، وَرَجَّحَهُ الْقُرْطُبِيُّ وابن عبد البر من المالكية، وابن المنذر⁽⁸⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، 212/7.

(2) سبق تحريجه، ص 237.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب الصداق، أثر رقم: 2106، 444/3؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده قوي".

(4) الكاساني، المرجع السابق، 275/7؛ ابن الجلاب، التفریع، 375/1.

(5) الرجراجي، مناهج التحصيل، 454/3.

(6) الشربيني، مغني المحتاج، 361/4؛ ابن مفلح، المبدع، 192/6.

(7) هو: عبد الله بن وهب بن مسلم أبو محمد القرشي الفهري مولاهم المصري، الفقيه، الإمام، الحافظ، روى عن مالك ولازمه، وتفقه به، وبالليث، والثوري، وروى عنه أصبغ، وسحنون، صنف تفسير الموطأ، توفي سنة 197؛ ينظر، قاسم سعد، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، 775/2.

(8) ابن المنذر، الإشراف، 35/5؛ ابن عبد البر، التمهيد، 413/5؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 31/2.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل الفريقان بلفيف من الأدلة النقلية والعقلية نورد أهمها على النحو التالي:

1- أدلة الفريق الأول:

استدل كل من الحنفية والمالكية بما يلي⁽¹⁾:

من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 24]، ووجه الاستدلال بالآية أنه سبحانه وتعالى اشترط أن يكون المهر مالا، والحبّة والدانق ونحوهما لا يعدان مالا فلا يصلح كونهم مهرا، كذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: 25]، ووجه الدلالة أن الطول في معنى هذه الآية المال ولا يقع اسم مال على أقل من ثلاثة دراهم، فوجب أن يمنع من استباحة الفروج باليسير الذي لا يكون طولا، كما استدلوا من السنة المشرفة بحديث جابر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَا صَدَاقَ دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ»⁽²⁾، كذلك استدلوا من آثار الصحابة بما رُوِيَ عن علي رضي الله عنه أنه قال: "لا صداق أقل من عشرة دراهم"⁽³⁾، وهو مَرُويٌّ عن عمر وابنه رضي الله عنهما⁽⁴⁾، كما استدلوا بالقياس على أقل ما يجب أن تقطع به يد السارق بجامع أن فرج المرأة عضو مستباح ببدل من المال يصلح قياسه على اليد في السرقة؛ فالحنفية أوجبوا القطع في عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فضة، والمالكية في ربع دينار ذهبا أو ثلاثة دراهم فضة وبنوا عليه أقل ما يجب في المهر ثمنا.

2- أدلة الفريق الثاني:

استدل كل من الشافعية والحنابلة بما يلي⁽⁵⁾:

من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 276/2؛ ابن عبد البر، الاستذكار، 410/5 - 411.

(2) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 3602، 358/4؛ قال الجوزقاني: "هذا حديث منكر"،

ينظر: الأباطيل والمناكير، 173/2.

(3) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، أثر رقم: 3604، 359/4؛ قال ابن عبد البر: "لا يصح"؛ ينظر:

التمهيد، 116/21؛ والأثر مستندٌ للحنفية في تحديد ثمن المهر، أما المالكية فلا مستند لهم إلا القياس؛ ينظر: الكاساني، المرجع

السابق، 276/2؛ الرجراجي، المرجع السابق، 457/3.

(4) الكاساني، المرجع السابق، 276/2.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، 398/9 - 399؛ ابن مفلح، المرجع السابق، 192/6.

فَنَصَفُ مَا فَرَضْتُمْ» [البقرة: 237]، ووجه الاستدلال بالآية من وجهين: أحدهما عام وهو قوله تعالى: ﴿فَنَصَفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ فكان على عمومها، من قليل المال أو كثيره، والثاني خاص وهو أنه إذا فَرَضَ لها خمسة دراهم وطلقها قبل الدخول اقتضى أن يجب لها درهمان ونصف، وعند أبي حنيفة يجب لها الخمسة كلها، وهذا خلاف النص، كما استدلوا من السنة المشرفة بقوله ﷺ في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: "قال ﷺ: «أَنْكِحُوا الْأَيَامَى»، ثلاثاً، قيل: ما العلائق بينهم يا رسول الله؟، قال: «مَا تَرْضَى عَلَيْهِ الْأَهْلُونَ، وَلَوْ قَضَيْتُ مِنْ أَرَاكِ»⁽¹⁾؛ فدلالته عامة فيما يترضى به أطراف العقد من قليل وكثير في المهر، وكذلك من أدلتهم قوله ﷺ لامرأة من بني فزارة تَزَوَّجَتْ على نعلين: «أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكِ بِهَاتَيْنِ النَّعْلَيْنِ؟» فقالت: "نعم، فأجازه"⁽²⁾، وكذلك حديث: "الْتَمَسَ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ"⁽³⁾، ووجهه أنه لا حد لأقله، وإنما يجوز بأقل ما يقع عليه اسم الأقل، إذ لو كان لأقله حد محدود لَبَيَّنَهُ ﷺ؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة⁽⁴⁾، واستدلوا من آثار الصحابة بقول جابر رضي الله عنه: "إنا كنا لَننكح المرأة على الحفنة والحفنتين من دقيق"⁽⁵⁾، وعن أنس رضي الله عنه أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه تزوج امرأة من الأنصار على وزن نواةٍ من ذهب⁽⁶⁾، واستدلوا من جهة القياس بأن كل ما صلح أن يكون ثمنا صلح أن يكون مهراً، ولأن ما يقابل البضع من البدل لا يتقدر في الشرع كالخلع، ولأن كل عوض لا يتقدر أكثره لا يتقدر أقله قياساً على جميع الأعواض.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

(1) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 3600، 357/4؛ قال ابن الملقن: "حديث ضعيف"، ينظر: البدر المنير، 677/7.

(2) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء في مهر النساء، حديث رقم: 1113، 412/3؛ قال الترمذي: "حديث حسن صحيح".

(3) سبق تخريجه، ص 167.

(4) الرجاعي، مناهج التحصيل، 455/3.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، أثر رقم: 3591، 353/4؛ قال ابن الملقن: "أخرجه أبو الشيخ بإسناد جيد"، ينظر: التوضيح لشرح الجامع الصحيح، 466/24.

(6) أخرجه أحمد في مسنده، أثر رقم 13864، 347/21؛ قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "إسناده صحيح على شرط الشيخين".

نذكر سبب خلاف الفقهاء في هذه المسألة لكي تساعدنا على الترجيح؛ حيث ذكروا اختلافهم في الصداق، هل هو من قبيل العادات أو من قبيل العبادات؟؛ فمن رأى أنه من قبيل العادات وأنه عوض من الأعواض، قال يجوز بما وقع عليه التراضي من قليل الأشياء أو جليلها، ومن رأى أنها من قبيل العبادات، قال إنه مؤقت بحد لا يجوز النقصان منه⁽¹⁾.

أ- مناقشة أدلة الفريق الأول:

استوفى الإمام الماوردي الشافعي الردود على جميع ما استدل به الحنفية والمالكية، فنوردها لدقتها وشمولها؛ قال: "أما الجواب عن الآية فمن وجهين:

- أحدها: أن ظاهرها متروك بالإجماع؛ لأنه لو نكحها بغير مهر حَلَّتْ.
- والثاني: أن ما دون العشرة مال؛ ألا تراه لو قال: له عَلَيَّ مال ثم بَيَّنَّ درهما أو دانقا قُبِلَ منه، فدلَّت الآية على جوازه في المهر، وأما الجواب عن حديث جابر فمن وجهين: أحدهما: أنه ضعيف، والثاني: أنه يستعمل إن صح، في امرأة بعينها كان مهر مثلها عشرة فَحَكَمَ لها فيه بالعشرة.
- وأما قياسهم على القطع في السرقة وقولهم: مال يستباح به البضع، ففاسد من أربعة أوجه:
- أحدها: أنه لا يستباح القطع في السرقة بالمال، وإنما يستباح بإخراجه.
- والثاني: أنه لو استباح بالمال لما لزم رد المال، ورد المال لازم.
- والثالث: أنه ليس يستباح به العضو وإنما يُقَطَّعُ به.
- والرابع: أن عقد النكاح لا يختص باستباحة عضو بل يستباح به جميع البدن، فبطل التعليل بما قالوه، ثم المعنى في قطع السرقة أنه عن فعل كالجنایات، فجاز أن يكون مقدرا كسائر الجنایات، والمهر عوض في عقد مرضاة فلم يتقدر كسائر المعاوضات⁽²⁾.

أجيب على ذلك⁽³⁾ بأنه جائز تخصيص الآية بالإجماع، وأن من كان له درهم أو درهمان لا يقال عنده أموال، فلم يصح أن يكون مهرا بمقتضى ظاهر الآية، وقالوا حديث جابر رضي الله عنه له شاهد يعضده وهو ما رُوِيَ عن علي رضي الله عنه، كذلك قالوا أن البضع عضو لا تجوز استباحته إلا بمال، فأشبهه القطع في السرقة لكون اليد عضوا لا تجوز استباحته إلا بمال، والمقدار المستباح به عشرة فكذلك المهر يعتبر به.

(1) الرجراجي، المرجع السابق، 455/3.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 399/9 - 340.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، 87/3؛ ابن الهمام، فتح القدير، 319/3.

ب - مناقشة أدلة الفريق الثاني:

نوقشت أدلة الشافعية والحنابلة بأن الواجب الجمع بين الأدلة؛ فيحمل كل ما أفاد ظاهره كونه أقل من عشرة دراهم على أنه من المهر المعجل، وذلك لأن العادة عندهم كانت تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئاً لها، ونقل هذا عن بعض الصحابة والتابعين تمسكاً بمنعه عليه السلام؛ كما رواه ابن عباس رضي الله عنه أنه لما تزوج بنت رسول الله ﷺ أراد أن يدخل بها، فمنعه ﷺ حتى يعطيها شيئاً، قال: "ما عندي شيء"، قال ﷺ: «أَيْنَ دِرْعُكَ الْخَطْمِيَّةُ؟»⁽¹⁾، ومعلوم أن الصداق كان أربعمئة درهم وهي فضة، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: "أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً"⁽³⁾، فيحمل المنع المذكور على ندب تقديم شيء إدخالاً للمسرة عليها تأليفاً لقلبها جمعاً بين الأحاديث، كذلك يحمل أمره ﷺ بالتماس خاتم من حديد⁽⁴⁾.

أجاب الشافعية والحنابلة أنه ﷺ في أمره بالتماس الخاتم من حديد إشارة إلى الأولى والأفضل بدليل ثبوت جواز نكاح المفوضة، وثبوت جواز النكاح على مسمى في الذمة، ومعلوم حُلُوهُمَا من ذكر المهر⁽⁵⁾.

2- الترجيح:

يبدو أن الراجح في المسألة هو قول الشافعية والحنابلة لقوة أدلتهم وضعف أدلة خصومهم، كذلك هذا الرأي هو مذهب فقهاء التابعين بالمدينة⁽⁶⁾، فضلاً على ترجيحه من بعض كبار فقهاء المالكية كابن وهب والقرطبي وابن عبد البر كما ذكرنا سابقاً، وهو موافق لمبدأ التيسير في عقد الزواج التي

(1) الْخَطْمِيَّةُ: منسوبة إلى حُطْمَةِ بطن من عبد القيس كانوا يعملون الدروع، ويقال إنها الدرع السابعة التي تحطم السلاح؛ ينظر: الخطابي، معالم السنن، 215/3.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، حديث رقم: 2125، 462/3؛ قال محققاه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح، وهذا إسناد رجاله ثقات".

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، حديث رقم: 2129، 465/3؛ قال محققاه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده ضعيف".

(4) ابن الهمام، المرجع السابق، 318/3 - 319.

(5) ابن حجر، فتح الباري، 212/9.

(6) ابن عبد البر، الاستذكار، 411/5.

نَوَّهَتْ به أدلة تشريعه المتكاثرة، وموافق لروحها ومعقولها، كقوله ﷺ: «إِنَّ مِنْ أَعْظَمِ النِّسَاءِ بَرَكَةً أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا»⁽¹⁾، كذلك قوله ﷺ عن ابن عباس رضي الله عنهما: «خَيْرُهُنَّ أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا»⁽²⁾، وكذلك قوله ﷺ عن عقبة بن عامر رضي الله عنه: «خَيْرُ الصَّدَاقِ أَيْسَرُهُ»⁽³⁾، وبذلك يظهر ضعف رأي من قال أن الصداق من قبيل العبادات المحضة التي شأنها التوقيف، لأن أدلة التوقيف غير صحيحة كما حُجِّجَتْ.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

إذا دفع الزوج أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم مهراً، فالأصل لا ينعقد العقد عند المالكية، ويجب فسخه قبل الدخول، أما إذا تم الدخول فلا يفسخ مراعاة لمن أجازه بأقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم، فمراعاة الخلاف سببها صون الزواج من الفسخ لتعلق حق الزوجين به ما دام يمكن تصحيحه، فلا يُلْجَأُ إلى فسخه⁽⁴⁾، قال ابن القاسم: "أقل الصداق ربع دينار، فمن نكح بدرهمين أو بما يساويهما فإن رَضِيَ الزوج أن يتم لها ثلاثة دراهم ثبت النكاح، وإن أبى فسخ النكاح قبل البناء، وإن كان قد دَخَلَ بها جُبِرَ على أن يتم لها ثلاثة دراهم، ولا يفسخ لاختلاف الناس في هذا الصداق"⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

لم يجعل المشرع الجزائري للصداق حداً أدنى وبالأولى حداً أعلى، مُقَضِّلاً في ذلك اختيار مذهب الشافعية والحنابلة⁽⁶⁾، حيث جاء في المادة 14 من ق أ ج ما نصه: "الصداق هو ما يُدْفَعُ نَحْلةً للزوجة من نقود أو غيرها، أو كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"⁽⁷⁾.

(1) سبق تحريجه، ص 237.

(2) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير، حديث رقم: 11100، 78/11؛ قال الهيثمي: "رواه الطبراني بإسنادين في أحدهما جابر الجعفي، وهو ضعيف، وقد وثقه شعبة والثوري، وفي الآخر رجاء بن الحارث ضعفه ابن معين، وغيره، وبقيته رجالهما ثقات"، ينظر: مجمع الزوائد، 4/281.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب النكاح ينعقد بغير مهر، حديث رقم: 14448، 477/14؛ قال الألباني: "صحيح"، ينظر: صحيح الجامع الصغير وزيادته، 1/621.

(4) مُجَدَّ شَقْرُون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 655-656.

(5) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 9/200.

(6) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 55.

(7) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 911.

تعبير المشرع كما هو مفهوم جاء بصيغة العموم في صلاحية اعتبار كل ما هو مباح شرعا من الصداق مهما كان مقداره دون تحديد لأكثره ولا لأقله، ويبدو أن التعبير بالعموم في هذه المادة لا يكفي بل نقترح تعديل المادة بإضافة عبارة: "لا حَدٌّ لأقل الصداق كما أنه لا حَدٌّ لأكثره"، وقد أشارت المادة 15 فقرة 2 من ق أ ج من نفس القانون إلى عدم اشتراط حد أدنى للصداق حيث جاء فيها: "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"⁽¹⁾، فنستنتج من منطوق المادة أن قيمة الصداق غير محددة؛ لأن المشرع سكت عن التحديد وعَبَّرَ بالعموم من دون تقييد، والقاعدة الفقهية والقانونية تقرر أنه لا يُنسَبُ لساكت قول، فما دام أن المشرع قد سكت عن التحديد، دَلَّ ذلك على مشروعية عدم تحديد قيمة الصداق قلةً وكثرةً.

وقد أخذ المشرع المغربي بنفس الرأي المعتمد في التشريع الأسري الجزائري حيث جاء في المادة 28 من مدونة الأسرة أن كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا، وبذلك يكون المشرع المغربي قد وسع من دائرة ما يصلح صداقا، ولم يجعل حداً لأكثر الصداق ولا لأقله، كما جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية اعتماد نفس الرأي الذي ذهب إليه المشرعان الجزائري والمغربي حيث نص الفصل 12 من المجلة على ما يلي: "كل ما كان مباحا ومقوَّما بالمال تصلح تسميته مهرا، وهو ملك للمرأة"⁽²⁾، كذلك نص المشرع السوري صراحة في قانون الأحوال الشخصية في المادة 54 أنه: "لا حد لأقل المهر ولا لأكثره"، أما المعمول به في مصر فهو مذهب الحنفية⁽³⁾.

ويبدو الدافع لدى المشرع في موافقة قاعدة مراعاة الخلاف هو اتخاذ موقف يتماشى وروح التشريع في التيسير ورفع الحرج، بما يناسب جميع طبقات المجتمع غنيها وفقيرها، أي أن عدم التحديد لا يُعْجِزُ الفقراء، ولا يقيد إرادة الأغنياء في الرفع من مبلغ الصداق⁽⁴⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

يبدو لي أن التطبيق القضائي لهذه المسألة لم يتعدد في القضايا التي تم عرضها على المحكمة العليا

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص911.

(2) مُجَدِّ الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص79-80؛ مجلة الأحوال الشخصية، ص06.

(3) مُجَدِّ أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص232؛ مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص134.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص349.

في حدود علمنا، لكنها فصلت في قضايا الصداق وقررت مبادئ قضائية من خلال التعبير بكلمة الصداق على إطلاقها دون تقييده بمقدار معين، وهذا ما وقفنا عليه مجسداً في القرار الصادر بتاريخ 1987/03/09 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول"⁽¹⁾، وبناء عليه نستنتج أن الاجتهاد القضائي يتبنى عدم تحديد مقدار معين للصداق مهما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً، وهذا ما يشير إليه القرار بطريق التضمن ومن طبيعة الفصل في النزاعات الزوجية تحري البيان والإيضاح خاصة من أعلى هيئة قضائية في هرم جهاز العدالة وهو المحكمة العليا؛ فما دامت هذه الأخيرة قد عَمَّمت ولم تخصص وأطلقت ولم تُقيّد الصداق بمقدار معين، فالأمر فيه متسع في التراضي على ثمنه دون تحديد.

⁽¹⁾ قرار رقم: 45301، بتاريخ: 1987/03/09، المجلة القضائية، ع3، 1992م، ص66.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة حالات إعطاء الصداق للزوجة.

سنتناول في هذا المطلب موقف الفقه الإسلامي، وكذا القانون الوضعي من حالات تقديم الصداق وتأخيرها؛ حيث قد يلجأ أطراف العقد في كثير من الأحيان إلى تأجيل الصداق بكامله إلى قرب الدخول أو بعد الدخول، وقد يقومون بتأجيل بعضه دون البعض، وهذا عادةً ما تحكمه الأعراف التي درجت عليها المجتمعات الإسلامية ومنها المجتمع الجزائري، وبناء على ذلك ينبغي لنا تأصيل هذه المسألة فقهيًا، وبيان علاقتها بقاعدة مراعاة الخلاف وبيان موقف المشرع في القوانين الأسرة العربية.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

المقصود بحالات الصداق في البحث هي الأوجه التي يكون فيها الصداق معجلاً كلياً، أو مؤجلاً كلياً، أو معجلاً في بعضه، أو مؤجلاً في بعضه الآخر⁽¹⁾، وعليه سنعرّف كلا منهما كما يلي⁽²⁾:

أولاً- تعريف الصداق المعجل:

وهو حالة من حالات الصداق، ويقصد به أن يدفع الزوج المهر كاملاً قبل الدخول أو بعد إبرام عقد الزواج مباشرة، وهو ما جاء منصوصاً عليه في المادة 15 من ق أ ج.

ثانياً- تعريف الصداق المؤجل:

وهو أن يتفق طرفا العقد على أن يؤجل الصداق بعد تسميته إلى ما بعد الدخول أو إلى تاريخ لاحق، وإذا لم يتفق الطرفان على التاريخ فإنه يستحق بعد الطلاق مباشرة أو بعد الوفاة.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

نتناول في هذا الفرع ذكر اختلاف الفقهاء في تعجيل وتأجيل الصداق كله أو بعضه، مع بيان أدلتهم وإيراد المناقشات والإجابات عليها والترجيح بينها، كذلك توضيح وجه مراعاة الخلاف.

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين نوردتهما على النحو التالي:

1- مذهب الجمهور: أجاز الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة تأجيل الصداق⁽³⁾، حسب اتفاق الزوج والزوجة كله أو بعضه أو عرفاً، مع اشتراط أن لا يكون الأجل مجهولاً جهالة فاحشة.

(1) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، 84/7.

(2) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 353.

(3) البابري، العناية، 370/3؛ مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي، 78/4؛ ابن قدامة، المغني، 222/7.

2- مذهب المالكية: لهم عدة أقوال في جعل الصداق معجلاً ومؤجلاً، ويمكن إجمالها كالآتي⁽¹⁾:

أ- الكراهة مطلقاً: وهو ظاهر قول إمام المذهب وتبعه ابن القاسم، وهو الأصل في المذهب.

ب- الجواز مطلقاً: وهو قول أصبغ وأشهب⁽²⁾، والقاضيان ابن الجلاب⁽³⁾ وعبد الوهاب⁽⁴⁾.

ج- الجواز بشروط في التأجيل: وتتمثل في كونه معلوماً وقريباً عادة كانتظار الجذاذ أو الحصاد، وكونه قبل الدخول، ولها الامتناع حتى تقبضه، ولا يطول الأجل إلى الموت أو الفراق مما يترتب عليه الفسخ.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة أصحاب المذهب الأول:

- استدلو بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾ [القصص: 27]، فقد تزوج موسى عليه السلام على منفعة رعي الغنم بالإجارة مقابل نكاح ابنة شعيب عليه السلام؛ وهي مهر مؤجل، ومن السنة النبوية بحديث الموهوبة كما جاء عن سهل بن سعد رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: «انْطَلِقْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَعَلِمَهَا مِنَ الْقُرْآنِ»⁽⁵⁾، قالوا بأن هذا دليل على انعقاد النكاح وتأخر المهر الذي هو التعليم⁽⁶⁾.

- كذلك استدلو بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: "أمرني رسول الله ﷺ أن أُدْخِلَ امرأةً على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً"⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ ابن الجلاب، التفريع، 377/1؛ البغدادي، المعونة، ص753؛ اللخمي، التبصرة، 411/1؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 475/2، خليل، التوضيح، 158/4. الزرقاني، شرح مختصر خليل، 09/4.

⁽²⁾ هو: أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، الفقيه العالم الجامع، انتهت إليه رئاسة مصر بعد موت ابن القاسم، روى عن مالك وبه تفقه، حُرِّجَ عنه أصحاب السنن، توفي سنة 204 هـ، ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 89/1.

⁽³⁾ هو: أبو القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاب، من أهل العراق الإمام الفقيه الأصولي العالم، تفقه بالأبهرى وغيره، وتفقه به القاضي عبد الوهاب وغيره، له كتاب في مسائل الخلاف وكتاب التفريع توفي سنة 378 هـ، ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 89/1.

⁽⁴⁾ هو: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي، الفقيه الحافظ النظار أخذ عن الأبهرى وحَدَّثَ عنه وأجازته وتفقه عن كبار أصحابه كابن القصار وابن الجلاب والباقلاني، له: الإفادة في الأصول، توفي سنة 422 هـ، ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 89/1.

⁽⁵⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، حديث رقم: 1425، 1041/2.

⁽⁶⁾ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 134/5.

⁽⁷⁾ سبق تخريجه، ص239.

- وعن عُقبة بن عامر رضي الله عنه قال: "إن رسول الله ﷺ زَوَّجني فلانة، ولم أفرض لها صداقاً ولم أُعطيها شيئاً، وإني أُشهدُكم أني أُعطيْتُها من صَدَاقِها سَهْمِي بخير" ⁽¹⁾.
- واستدلوا بقياس تأجيل المهر وتعجيله على الثمن في البيع؛ فإنه يجوز فيه كونه حالاً أو مؤجلاً ⁽²⁾.
- استدلو بالعرف؛ فإذا تزوج على العاجل والآجل لا يَحُلُّ إلا بموت أو فرقة؛ لأن كل لفظ مطلق يحمل على العرف، والعرف في الصداق ترك المطالبة به إلى حين الفرقة بالموت أو البينونة؛ فيحمل عليه ويصير حينئذ معلوماً بذلك، فإن جعل أجله مدة مجهولة كقدوم زيد لم يصح التأجيل لجهالته ⁽³⁾.

2- أدلة أصحاب المذهب الثاني:

- استدل الإمام الباقي للقول بالكراهة عند المالكية بحديث: «الْتَمَسَ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ» ⁽⁴⁾، فقال: "ومطالبته (أي النبي ﷺ) بذلك في الحين تقتضي أن من حكمه تعجيله أو تعجيل ما يصح أن يكون مهراً منه، ولو شرع تأخير جميعه لسأله هل يرجو أن يتكسب في المستقبل قدر الخاتم من الحديد بل الغالب تجويز ذلك كله، فكان يقول له زوجتكها على أن يكون لها هذا في ذمتك، ويضرب لذلك أجلاً يغلب على الظن تَكْسُبهُ لهذا، ولَمَّا نقله عن وجود المهر إلى المنافع دون واسطة ثبت أن من حكم المهر أن يتعجل منه قبل البناء ما يصح أن يكون مهراً" ⁽⁵⁾، كذلك صرح الإمام مالك بأن التأجيل مخالف لعمل أهل المدينة قائلًا: "لم يكن من عمل الناس" ⁽⁶⁾.
- كذلك استدلو بحديث علي رضي الله عنه في منعه ﷺ إياه على الدخول على ابنته فاطمة رضي الله عنها حتى يعطيها شيئاً، فأخبره بأنه ليس له شيء، فقال له ﷺ: «أَعْطِهَا دِرْعَكَ»؛ فأعطاهَا دِرْعَهُ، ثم دَخَلَ بِهَا ⁽⁷⁾.
- واستدلوا على الكراهة بقاعدتي سد الذرائع والعرف؛ فوجه الأولى أن لا يتذرع الناس إلى النكاح

⁽¹⁾ أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يُسَمَّ صَدَاقاً حتى مات، حديث رقم: 2117، 454/3؛ قال محققاه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح وهذا إسناد قوي".

⁽²⁾ ابن قدامة، المغني، 222/7.

⁽³⁾ البهوتي، كشف القناع، 135/5.

⁽⁴⁾ سبق تخريجه، ص 162.

⁽⁵⁾ الباقي، المنتقى، 277/3؛ المكناسي، شفاء الغليل، 465/1.

⁽⁶⁾ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، 460/1.

⁽⁷⁾ أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يُسَمَّ صَدَاقاً حتى مات، حديث رقم: 2126، 464/3؛ قال محققاه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "صحيح لغيره".

بغير صداق، وَيُظْهِرُوا أَنَّ هُنَاكَ صَدَاقًا، ثُمَّ يَسْقُطُ قَبْلَ الْقَبْضِ لِمَا عُلِّمَ مِنْ كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ مَخَالَفَةُ نِيَّتِهِمْ لِنَطْقِهِمْ فِي الصَّدَاقِ⁽¹⁾، ووجه الاعتماد على العرف عند القائلين بالجواز بشروط ما بَيَّنَّهُ الإمام الدردير بقوله: "جاز تأجيل الصداق أو بعضه إلى الدخول إن علم الدخول أي وقته بالعادة عندهم (كالنيل أي عند بعض فلاحي مصر وكالربيع عند أرباب الألبان والجداذ عند أرباب الثمار)، فإن لم يعلم فسد قبل الدخول أو تأجيله إلى الميسرة للزوج فيجوز إن كان الزوج مَلِيًّا كمن عنده سلع يرصد بها الأسواق أوله استحقاق في وقف ونحوه، فإن لم يكن مَلِيًّا فكمؤجل بمجهول"⁽²⁾.

ثالثا: المناقشة والترحيح.

1- المناقشة:

قبل التعرض لمناقشة أدلة الفريقين حرّياً بنا أن نتعرف على سبب اختلاف الفريقين، حيث ذكر ابن رشد الحفيد أن سبب اختلافهم يكمن في طرح السؤال التالي: هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه؟، فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت فراق، ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة⁽³⁾، وعليه اعترض المالكية على أدلة الجمهور بما يلي:

- بالنسبة للاستدلال بآية سورة القصص قالوا بأن شروع موسى عليه السلام في الخدمة برعي الغنم يعتبر بمثابة تقديمه للصداق حالاً⁽⁴⁾، فكونه قد أَجَّلَ الصداق إلى استنفاد المنفعة غير وجيه.

- بالنسبة لاستدلالهم بحديث الموهوبة فانقدوه بأنه مُعَارَضٌ بحديث ابن مسعود رضي الله عنه، وفيه زيادة تُبَيِّنُ ما احتج به مالك، وفيه فقال رسول الله ﷺ: «مَنْ يَنْكِحْ هَذِهِ؟»، فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، فقال: «أَلَيْكَ مَالٌ؟»، قال: لا يا رسول الله، قال: «فَهَلْ تَقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْئًا؟»، قال: نعم سورة البقرة وسورة المفصل، فقال رسول الله ﷺ: «قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُقْرِئَهَا وَتُعَلِّمَهَا وَإِذَا رَزَقَكَ اللَّهُ تَعَالَى عَوَّضَتْهَا»⁽⁵⁾، فتزوجها الرجل على ذلك؛ وهذا نص في اعتبار أن التعليم لا يكون

(1) اللخمي، التبصرة، 1945/4.

(2) الدردير، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، 297/2.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 48/3.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 274/13.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 3613، 366/4؛ قال الألباني: "منكر"، ينظر: سلسلة

الأحاديث الضعيفة، 413/2

صدقا⁽¹⁾، وأجيب بأن الحديث ضعيف، لأن فيه رجلا تكلم فيه النُّقَادُ بالتجريح، وحكموا عليه بأنه متروك، ومنهم من نسبته إلى الوضع⁽²⁾، ويمكن الاعتراض على استدلال المالكية بحديث الموهوبة بأنه مُعَارَضٌ بحديث عائشة ؓ بأن النبي أرخص لها إدخال امرأة على زوجها دون قبض المهر، ويجاب بضعف هذا الأخير، أما الاستدلال بعمل أهل المدينة فلا يحتج به عند الجمهور لأنه إلزام به لا يلزم.

2- الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين مع إيراد المناقشات والاعتراضات يبدو أن الرأي الأولي بالاختيار والترجيح هو الذي يذهب إلى جواز تأجيل المهر وتعجيله كله أو جزء منه مع استحباب تقديم شيء منه قبل الدخول تطيبا لخاطر الزوجة ومراعاة للخلاف، وهذا توسعة وتيسيرا في عقود الزواج إن اتفق الطرفان على التأجيل، لكن شريطة أن يكون الأجل معلوما مصرحا به في العقد أو بشهادة الشهود توثقا، وذلك حسما لمادة النزاع وتفاديا للتلاعب في المهر، وعند السكوت يُحْكَمُ العرف أو الأصل⁽³⁾.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

راعى المالكية الخلاف الواقع بين الفقهاء في تأجيل المهر وتعجيله، وبناء عليه أجازوا النكاح بصداق بَعْضُهُ معجل وبَعْضُهُ مؤجل إلى سنة أو أكثر إن وقع، رغم أن الأصل عندهم يفسخ هذا النكاح فأجازوه مراعاةً للخلاف⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

أخذ المشرع بمذهب الجمهور في جواز تعجيل وتأجيل المهر كله أو بعضه مطلقا ودون قيد أو شرط، وعدل عن رأي المالكية في كراهية ذلك على المشهور عندهم⁽⁵⁾، وهذا ما نص عليه في المادة 15 فقرة 1 من ق أ ج بقوله: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا، أو مؤجلا"⁽⁶⁾.

(1) القرطبي، المرجع السابق، 134/5.

(2) ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة، 413/2.

(3) ينظر: محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 389.

(4) محمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 659.

(5) محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري، ص 155.

(6) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 20.

وقد أخذت بمبدأ التعجيل والتأجيل في المهر عدة قوانين عربية نجد منها المشرع المغربي ينص صراحة على هذا الحكم في المادة 30 على أنه: "يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا، ويؤدى الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه"⁽¹⁾، كذلك نص المشرع السوري صراحة في المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضا وعند عدم النص يتبع العرف"⁽²⁾، أما المشرع التونسي فلم ينص صراحة كما فعل المشرعين المغربي والسوري بل قرّر أنه يجوز اعتبار المهر دينا في ذمة الرجل مما يعني أنه يجوز تأجيل المهر؛ وهو ما يفهم من الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيها: "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط، ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق"⁽³⁾.

والملاحظ أن التشريعين المغربي والسوري أكثر شمولاً وضبطاً مقارنةً بالتشريع الجزائري حيث نقترح أن تُعدّل المادة 15، ويضاف إليها التنصيص على ضرورة تحديد موعد تسليم المهر عند تأجيله كلا أو بعضا إن قبل الدخول أو بعده أو عند الطلاق أو الوفاة، وكذلك التنصيص على القاعدة المعتمدة في حالة سكوت المشرع عن ذلك فهل الأصل الحلول أو اللجوء إلى العرف، وتجدد الإشارة إلى أن العرف المتبع في المجتمع الجزائري عموماً هو تعجيل المهر وعدم تأجيله، إذ لا يُتَصَوَّر دخول الزوجة إلى بيت الزوجية دون أن تقبض صداقها⁽⁴⁾.

ويبدو سبب مراعاة المشرع للخلاف هنا هو إفساحه المجال لأطراف العقد أن يتفقوا حسب الأعراف والظروف، فقد يكون التأجيل له مبررات مادية تخدم مصلحة المتعاقدين، يقول الدكتور بن شويخ في ذلك: "والمهر يجوز أن يكون معجلاً بمجرد العقد، وقد يكون مؤجلاً كله، أو بعضه بحسب الاتفاق، وإذا لم يكن هناك اتفاق وجب اتباع العرف المتعامل به"⁽⁵⁾.

(1) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 83.

(2) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 138.

(3) مجلة الأحوال الشخصية، ص 07.

(4) سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 85.

(5) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 77.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

الاجتهاد القضائي لهذه المسألة جَسَّدَهُ القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 2001/10/17 ونصه: "مؤخر الصداق الثابت بعقد رسمي حق للزوجة، وعلى الزوج يقع عبء إثبات الوفاء به"⁽¹⁾، وبالتالي فإن التطبيق القضائي ينسجم مع النصوص التشريعية في تقسيم الصداق إلى معجل ومؤجل.

⁽¹⁾ قرار رقم: 264555، بتاريخ: 2001/10/17، المجلة القضائية، ع2، 2003م، ص282.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة نكاح الشغار.

من بين الأحكام المجمع عليها في باب الصداق أنه لا يجوز إسقاطه لكونه حقا خالصا للزوجة إلا إذا أسقطته بإرادتها المنفردة، أما أن يسقطه الولي من منطلق حرية التصرف فيه فغير جائز، ولذلك كان من مظاهر تصرف الولي في الصداق إسقاطا أو استبدالا ما سَمَّاهُ الفقهاء بنكاح الشغار وهو نكاح فاسد بسبب التصرف في المهر بطريقة فيها اعتداء على حق المرأة، وفي هذا المطلب سندرس أحكام هذا النوع من النكاح بشيء من التفصيل مع التركيز على اختلاف الفقهاء في مفهومه وتكييف نتائجه، ومدى تأثير قاعدة مراعاة الخلاف فيه فقها وقانونا وقضاء.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف نكاح الشغار وبيان أنواعه، وسيتم التركيز هنا على الاختلاف في مفهومه بين فقهاء المذاهب الأربعة؛ لأنه له علاقة بالمفهوم الذي تَبَنَّاهُ المشرع الجزائري.

أولا- تعريف نكاح الشغار:

سنقتصر على تعريف الشغار لغة واصطلاحا؛ لأنه قد مر معنا تعريف النكاح لغة واصطلاحا، فلا نعيده تجنباً للإطالة، وذلك كما يلي:

1- لغة:

الشين والغين والراء أصل واحد يدل على انتشار وخلو من ضبط، ثم يحمل عليه ما يقاربه، تقول العرب: اشْتَعَرَتِ الْإِبِلُ، إذا كثرت حتى لا تكاد تضبط، ويقولون: تفرقوا شَعَرَ بَعَرٍ، إذا تفرقوا في كل وجه، ومن الباب: شَعَرَ الْكَلْبُ، إذا رفع إحدى رجليه ليبول، وهذه بلدة شاغرة برجلها، إذا لم تمتنع من أحد أن يغير عليها، واشْتَعَرَ عَلَى فُلَانٍ حِسَابَهُ، إذا لم يهتد له، واشْتَعَرَ فُلَانٌ فِي الْفَلَاةِ، إذا دَوَّمَ فيها وَأَبْعَدَ، وشَعَرْتُ بَنِي فُلَانٍ مِنْ مَوْضِعٍ كَذَا، أي أَخْرَجْتُهُمْ⁽¹⁾.

بعد إيراد هذه المعاني المتعددة لكلمة الشغار في لغة العرب والتي تمحورت حول: الانتشار والخلو من الضبط والخروج والبعد وعدم الاهتداء والرفع، يُلاحظُ أن أقرب المعاني لنكاح الشغار في الاصطلاح هو الخلو من الضبط والخروج والرفع؛ ذلك أن المهر في هذا النوع من الزواج قد خلا من العقد ولم يُضَبَّطْ، وخرج عن مجال التفاهم بين الزوج أو وكيله وولي الزوجة وتم رفعه منهما.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: شغر، 196/3 - 197.

2- اصطلاحا:

وردت عن فقهاء المذاهب الأربعة عدة تعريفات لزواج الشغار نذكرها كما يلي:

أ- ورد عن فقهاء الحنفية بأنه النكاح الخالي عن العوض⁽¹⁾.

ب- كما عرّفهُ المالكية كما يلي: أن يُنكِحَ الرجلُ وَلِيَّتَهُ رجلاً على أن يُنكِحَهُ الآخرُ وَلِيَّتَهُ، ولا صداق بينهما إلا بُضِعَ هذه ببضع هذه⁽²⁾.

ج- كذلك جاء للشافعية في تعريفه: أن يُزَوِّجَ الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته، ويكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للآخرى⁽³⁾.

د- أما الحنابلة فقالوا في تعريفه: أن يُزَوِّجَ الرجلُ وَلِيَّتَهُ على أن يُزَوِّجَهُ الآخرُ وَلِيَّتَهُ، ولا مهر بينهما⁽⁴⁾.

يتبين من خلال التعاريف المذكورة أن جميع الفقهاء في المذاهب الأربعة مجمعون أن نكاح الشغار له معنى واحد وهو الزواج الذي خلا من المهر وكان هذا الخُلُوءُ مشروطاً، وهو عند المالكية والشافعية والحنابلة؛ أي ما كان من قولهم زَوَّجْنِي وليتك بشرط أن أزوِّجَكَ وَلِيَّتِي، ومؤدى هذا الشرط جعل فرج كل واحدة مهرًا للآخرى وهو صريح الشغار، أما الأحناف فجعلوا كل زواج خالٍ من المهر من قبيل زواج الشغار، وهو ما اختاره المشرع الجزائري في بيان حكم النكاح إذا تم بدون صداق، ولم يُقَيَّدَ ذلك بوجود تشارط بين أطرافه، وهو ما يُسْتَفَادُ من المادة 33 فقرة 2 من ق أ ج بقولها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"⁽⁵⁾.

ثانياً- أنواع نكاح الشغار:

قسّم فقهاء المالكية نكاح الشغار إلى ثلاثة أقسام رئيسية، وَبَيَّنُوا أن كل قسم منها يختلف عن الآخر في صحة العقد وبطلانه؛ وبيان ذلك كما يلي⁽⁶⁾:

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 278/2.

(2) ابن عبد البر، الاستذكار، 465/5.

(3) الشيرازي، المهذب، 446/2.

(4) البهوتي، دقائق أولي النهى، 666/2.

(5) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص21.

(6) المنوني، كفاية الطالب الرباني، 105/3.

- 1- **صريح الشغار:** وهو البضع بالبضع أي الفرج بالفرج، والأصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهي عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق⁽¹⁾.
- 2- **وجه الشغار:** أن يسمى لكل واحدة صداقا مثل أن يقول زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتي بخمسين.
- 3- **مركب بينهما:** أن يسمى لواحدة دون أخرى مثل أن يقول: زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتي بغير شيء.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

سنتناول في هذا الفرع مذاهب الفقهاء في هذه المسألة، كما سيتم التعرض لأدلتهم التي استندوا عليها مع إيراد المناقشات التي دارت بينهم، مروراً إلى ترجيح الرأي الذي اختاره، وصولاً إلى بيان وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة.

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلف فقهاء الشريعة فيما إذا وقع نكاح الشغار هل يصح الاستمرار فيه أم يفسخ العقد؟، وقد كان لهم في هذه المسألة مذهبان أساسيان؛ نستعرضهما كما يلي:

- 1- **مذهب الجمهور:** ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن نكاح الشغار باطل⁽²⁾.
- 2- **مذهب الحنفية:** نكاح الشغار عند الأحناف جائز صحيح، ولكل واحدة مهر مثلها⁽³⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

إِسْتَدَلَّ الفريقان في هذه المسألة بجملة من الأدلة من السنة والقياس والمعقول نذكرها كما يلي:

1- أدلة الجمهور:

أ- من السنة النبوية الشريفة:

- جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهي عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الشغار، حديث رقم: 5112، 12/7.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 136؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 323/9؛ ابن قدامة، المغني، 176/7.

(3) السرخسي، المبسوط، 105/5.

ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق⁽¹⁾، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النهي فيه يقتضي فساد المنهي عنه ما لم يصرف عنه دليل⁽²⁾.

- وعن أنس ابن مالك، أن النبي ﷺ قال: «لَا شِغَارَ فِي الْإِسْلَامِ»⁽³⁾، والنفي في الحديث ينصرف إلى نفي الحقيقة الشرعية، ويؤيده فعل الصحابة كعمر وزيد رضي الله عنهما حيث قد فَرَّقَا فيه⁽⁴⁾.

ب- من القياس:

اِسْتَدَلُّوا بِأَنَّ الَّذِي عَقَّدَ مَعَ غَيْرِهِ بِالشِّغَارِ قَدْ مَلَكَ بُضْعَ ابْنَتِهِ شَخْصِينَ النَّكَحِ وَابْنَتَهُ، وَذَلِكَ يوجب فساد العقد كما لو زَوَّجَ ابنته من رجلين، وهو التشريك في البُضْعِ، لأن الشيء إذا جُعِلَ صداقا اقتضى تملكه لمن جُعِلَ صداقا لها، فصار التشريك حاصلا في البُضْعَيْنِ فلم يصح⁽⁵⁾.

2- أدلة الحنفية:

أ- من السنة النبوية الشريفة:

- استدلو بحديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه ﷺ نَهَى عَنِ الشِّغَارِ، والشِّغَارُ أَنْ يَزُوجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يَزُوجَهُ الْآخَرُ ابْنَتَهُ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ⁽⁶⁾، ووجه دلالة الحديث أن النهي الوارد إنما كان من أجل خلائه عن تسمية المهر، وتركه بالكلية عادة الجاهلية لا لعين النكاح، فأشبه البيع وقت النداء، والنكاح لا يبطله خُلُوءٌ من تسمية المهر كَالْمُفَوَّضَةِ، ولا فساد تسميته كالصداق المجهول، وملك الغير والآبق ولا تسمية بما ليس بمال كالميتة والدم، ولا بتسمية ما ليس بِمُتَقَوِّمٍ كالخمر والخنزير⁽⁷⁾.

ب- من المعقول:

حجة الأحناف من جهة العقل أن المتعاقد سَمَّى بِمُقَابِلَةِ بُضْعِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَا لَا يَصْلَحُ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا، فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير، وهذا لأنه لَمَّا لم يكن في البضع صلاحية كونه

(1) سبق تخريجه ص 252.

(2) الباجي، المنتقى، 3/309؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 9/324.

(3) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 12686، 20/117؛ قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(4) ابن مفلح، المبدع، 6/130.

(5) الباجي، المنتقى، 3/309؛ النووي، المجموع، 16/248.

(6) سبق تخريجه ص 252.

(7) العيني، البناية، 5/157.

صداقا لم يتحقق الاشتراك فبقي هذا شرطا فاسدا، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، كما لو شرط أن يهبها لغيره أو نحوه⁽¹⁾.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

قبل الخوض فيما دار بين الفريقين من مناقشات وانتقادات حول هذه المسألة، أودُّ أولا أن أُبيِّن سبب اختلافهم؛ حيث يتمثل في طرح التساؤل التالي: هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل؟ فإن قلنا: غير معلل لَزِمَ الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم الصداق صَحَّ بفرض صداق المثل، مثل العقد على خمر أو على خنزير، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول، ويكون فيه مهر المثل، وكأن مالكا رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد، ففساد العقد هاهنا من جهة فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به، أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد، والنهي يدل على فساد المنهي⁽²⁾.

أ- مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش الحنفية أدلة الجمهور كما يلي:

بالنسبة لاستدلال الجمهور بأحاديث النهي عن الشغار، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، وكذلك نفي الشغار في الإسلام، وأنه منصرف إلى نفي الصحة، فناقش الحنفية ذلك من وجهين:

- أن النهي والنفي في الأحاديث يتعلق بخلو العقد عن الصداق وأن البضع صداق، وهذان المفهومان للشغار يقرهما الحنفية فلا يثبتون النكاح، بل يبطلونه ابتداء، أما الشغار بمعنى النكاح الذي سُمِّيَ فِيهِ ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير، وهذا دلت على صحته عمومات النصوص، فما تعلق به النهي في الأحاديث هو فساد الصداق دون أصل النكاح⁽³⁾.

- أن النهي في الأحاديث محمول على الكراهة، والكراهة لا توجب فساد المنهي عنه، أما بالنسبة لقياس نكاح الشغار على التشريك في التزويج أي كمن تتزوج برجلين عند الجمهور، فقالوا بأن

(1) السرخسي، المبسوط، 105/5.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 80/3.

(3) ابن عابدين، رد المختار، 80/3.

التشريك شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة كما إذا تزوجها على أن يطلقها وعلى أن ينقلها من منزلها ونحو ذلك⁽¹⁾.

ب- مناقشة أدلة الحنفية:

ناقش الجمهور أدلة الحنفية كما يلي:

قالوا أن استدلالهم بأن الفساد بالنهي عن الشغار في الحديث مُتَوَجِّهٌ إلى الصداق دون النكاح مُنْتَقَضٌ من ثلاثة أوجه⁽²⁾:

- أن النهي تَوَجَّهَ إلى النكاح مباشرة في حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
- أن عموم الدلالة في الحديثين منصرف إلى الصداق والنكاح.
- أنه لا يمنع إيجاب الصداق بعد العقد من أن يكون نكاح الشغار وقت العقد قد تَوَجَّهَ النهي إليه، فاقترضى فساد.

وناقشوا استدلالهم بأن التشريك شرط فاسد لا يبطل به عقد الزواج، أنه عقد فيه مثنوية، ومعناه: أن الولي مَلَكَ الزَّوْجَ بُضْعَ بِنْتِهِ بالنكاح أو ارتجعه منه بأن جعله ملكاً لبنت الزوج بالصداق، وهذا موجب لفساد النكاح، وتحريره: أنه جعل المقصود لغير المعقود له، فوجب أن يبطل قياساً على ما ذكرنا من قوله: زوجتك بنتي على أن يكون بضعها لفلان، ولأنه جعل المعقود عليه معقوداً به فوجب أن يكون باطلاً كما لو زَوَّجَ بنته بعبد على أن تكون رقبتة صداقها، ولأن العين الواحدة إذا جُعِلَتْ عِوَضًا وَمُعَوَّضًا، فإذا بطل أن تكون عوضاً بطل أن تكون مُعَوَّضًا كَالثَّمَنِ وَالْمُتَمَّنِّ في البيع، وهو أن يقول قد بعثك عبدي بألف على أن يكون ثمننا لبيع دارك عَلَيَّ⁽³⁾.

2- الترجيح:

بعد أن تناولنا المناقشات والردود التي أوردها الفقهاء من كلا الفريقين على حججهم وأدلتهم التي برهنوا بها على آرائهم، نخلص الآن إلى بيان الرأي الراجح في المسألة، وعليه فالذي يظهر من الآراء لائقاً بالاختيار رأي المالكية الذين يبطلون هذا العقد قبل الدخول ويصححونه بعده بصداق المثل لكون الشغار الذي هو إخلاء الزواج من المهر اشتراطاً يعتبر شرطاً فاسداً قابلاً للتصحيح فالمناسب

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 2/278.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 9/324-325.

(3) المرجع نفسه، 9/325.

جعل التصحيح بعد الدخول مراعاةً للخلاف في ذلك؛ لأن مسلك تصحيح هذا العقد بعد التلبس به المتمثل في الدخول بالزوجة يعتبر محققاً لمقصد جلب المصلحة ودفع الضرر عن الزوجين بسبب فسخ العقد، وما يترتب على ذلك من مفسدات كبيرة كتفكك الأسرة وضياع الأولاد وغيرها، أما ما يسميه المالكية صريح الشغار الذي هو البضع بالبضع فهو باطل سواء قبل الدخول أم بعده، لأن عقداً كهذا يؤثر في أهم مقومات العقد الذي هو الرضا والمحلية، ولا يُتَصَوَّرُ جعل بضع المرأة مهراً.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة من عيون المسائل التي تعتبر مرجع فقهاء المالكية في الاستدلال والتمثيل لهذه القاعدة كما رأينا الإمام الرضا في الفصل الأول أوردها مثلاً لتحرير وتقرير مراعاة الخلاف، فهي بمثابة المسألة الأم لباقي المسائل الفقهية المنتزعة من قاعدة مراعاة الخلاف⁽¹⁾، قال الرضا موضحاً وجه مراعاة الخلاف في نكاح الشغار: "نكاح الشغار دليل مدلوله تحريم نكاح الشغار، ولازم هذا المدلول فسخه ودل عليه دليل النهي؛ لأنه يدل على فساد المنهي عنه وفسخه، ونكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية وبغير طلاق في أخرى"⁽²⁾.

وعند المالكية هذا النكاح يفسخ بطلقة بائنة، ويثبت فيه الميراث بين الزوجين في القول المشهور مراعاةً للخلاف أي مراعاة لقول الحنفية وهو قول مالك في المدونة في كل نكاح مختلف فيه⁽³⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

تناول المشرع الجزائري مسألة نكاح الشغار في المادة 33 فقرة 2 من ق أ ج والتي نصت على ما يلي: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"⁽⁴⁾.

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر حكم الزواج بدون صداق، وهو المطابق لمعنى نكاح

(1) موسى رصاع، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية (مقال)، ص 307.

(2) الرضا، الهداية الكافية الشافية، ص 178.

(3) الرجراجي، مناهج التحصيل، 364/3 - 365؛ أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، ص 469.

(4) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 21.

الشغار الذي سبق تعريفه عند الحنفية الذي هو النكاح الخالي عن العوض، وقد قَرَّرَ المشرع أن العقد بدون الصداق يُفسَّخ قبل الدخول ولا صداق فيه لكونه يرى البطلان بتخلف الصداق ويثبت بعد الدخول بصداق المثل لكونه يرى إمكانية تصحيح ما شابه من فساد مراعاة لخلاف الحنفية على ما يراه المالكية في المشهور كما أسلفنا ذكره، كذلك شرط الشغار يعتبره قانون الأسرة الجزائري باطلا يؤثر في العقد برمته، ولتعارضه كذلك مع المادة 32 وفيها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"⁽¹⁾، وبذلك قضت ببطلان شرط عدم المهر وكذا نكاح الشغار⁽²⁾.

أما بالنسبة لموقف بعض القوانين العربية من نكاح الشغار، فنبدأ بقانون الأحوال الشخصية المصري؛ حيث يتبنى المذهب الحنفي في حكم هذا الزواج إذ يلغي شرط الشغار ويحكم بتصحيح الزواج، كذلك يرى القانون السوري أنه إذا اشترط الرجل على المرأة عدم المهر، وقبلت بذلك صح العقد وبطل الشرط والتزم الزوج بمهر المثل، كما اشترط المشرع المغربي ضرورة توفر شروط عقد الزواج والتي منها عدم الاتفاق على إسقاط الصداق كما نص على ذلك في المادة 13 الفقرة 2 من مدونة الأسرة المغربية، ورُتَّبَ الفساد على تخلف الصداق وعدم ذكره في العقد بالمرّة الذي اعتبره من شروط صحة الزواج، وهذه الأحكام منصوص عليها في المادة 60 من مدونة الأسرة المغربية، وكل ذلك يفيد أن زواج الشغار زواج فاسد لصداقه⁽³⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/11/17 ما نصه: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العربي، ما عدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه، فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج"⁽⁴⁾، والشاهد هو الفقرة الأخيرة التي تنص على أن عدم تحديد الصداق في الزواج وهو معنى نكاح الشغار كما رأينا لا يبطل الزواج، وبذلك فقد جَسَّدَ القرار الحكم بتصحيح زواج الشغار مراعاة لخلاف الحنفية وموافقة للقاعدة.

(1) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص21.

(2) إيمان عربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، ص185.

(3) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، 41 - 167.

(4) لعلّى سعادي، الزواج وانحلاله، ص97.

المطلب السادس: مراعاة الخلاف في مسألة وجوب كامل الصداق بالخلوة.

من حقوق الزوجة التي تجب لها بالزواج لحظة انعقاده المهر أو الصداق، وهذا الصداق منه ما يجب للزوجة كاملاً بمجرد الدخول الحقيقي بالزوجة، ومنه ما يجب لها نصفه إذا لم يتم الدخول بها بسبب الطلاق أو الوفاة أو الفسخ، وهذا مجمع عليه بين الفقهاء، لكن هناك حالة اختلف فيها الفقهاء هي حالة وجود خلوة بين الزوج وزوجته قبل أن تُزفَّ له، فما هو تأثير هذه الخلوة في استحقاق المرأة للصداق بين وجوبه كله أو نصفه، هذا ما سنتناوله في هذا المطلب من خلال فروعه.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في تعريف هذه المسألة تعريف الخلوة لغة واصطلاحاً، كما نتعرض لأنواع الخلوة عموماً، وشروط الخلوة الصحيحة التي هي معيار في الحكم على الخلوة في عقد الزواج في النقاط التالية.

أولاً- تعريف الخلوة:

أ- لغة:

خلا الشيء من باب سما، وَخَلَوْتُ بِهِ خَلْوَةً وَخَلَاءً، وخلا إليه اجتمع معه في خلوة⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿وَإِذَا خَلَوْا إِلَى شَيَاطِينِهِمْ﴾ [البقرة: 14]، ومن معانيها الفراغ وعدم وجود شيء؛ كما يقال: خلا المكان واستخلى⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً:

- المقصود بالخلوة عند الحنفية هي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع، وتسمى الخلوة الصحيحة أو الحقيقية أو الإفضاء، والمانع عندهم ثلاثة أنواع: شرعي كالإحرام بحج أو عمرة، أو صوم رمضان، وطبعي كوجود ثالث عاقل أو الحيض والنفاس، وحسي كالترق والقرن والعفل⁽³⁾.

- وعند المالكية أنها اجتماع الزوجين في مكان تُرَخَّى فيه الستور إن وجدت؛ بحيث لا يصل لهما أحد، وهو ما يعرف عند المالكية بخلوة الاهتداء⁽⁴⁾.

(1) الرازي، مختار الصحاح، مادة: خلا، 96/1.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: خلا، 1652/1.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 292/2؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 142/2.

(4) الخطاب، مواهب الجليل، 433/3؛ فاطمة الأهدل، مؤكدات المهر، ص 4287.

- كذلك عَرَّفَهَا الشافعية بأنها اجتماع الزوجين في مكان تُغْلَقُ أبوابه وتُرْخَى ستوره حيث لا مانع حسي كَرْتَقٍ ولا شرعي كحيض⁽¹⁾.

- وعَرَّفَهَا الحنابلة بقولهم: معنى الخلوة أن يخلو بها (الزوج بزوجه بعد عقد صحيح أو فاسد) بحيث لا يحضرهما مميز مسلم، ولو أنه أعمى أو نائم⁽²⁾.

ثانيا- أنواع الخلوة عموما:

1- الخلوة الصحيحة: هي وجود المرأة مع الرجل في مكان لا يمكن أن يطلع عليهما فيه أحد، كغرفة أغلقت أبوابها ونوافذها وأرخت ستورها⁽³⁾، وهي أنواع عند المالكية: منها خلوة الاهتداء من الهدوء والسكون لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وهي المعروفة بإرخاء الستور، سواء كان هناك إرخاء ستور أم غلق باب أم غيره، ومنها خلوة الزيارة أن تزوره في بيته ويخلو بها أو أن يزورها في بيتها ويخلو بها، أو أن يكونا زائرين في بيت الغير وخلا بها، ومنها خلوة البناء وتكون عندما يبني بها ليلة الزفاف⁽⁴⁾.

2- الخلوة الفاسدة: هي الاختلاء وغلق الرجل الباب على منكوحته مع وجود مانع من الوطء حساً أو طبعاً أو شرعاً⁽⁵⁾.

ثالثا- شروط الخلوة الصحيحة:

للخلوة الصحيحة شروط يجب توافرها لتكون منتجة لآثارها الشرعية؛ وهي على النحو التالي⁽⁶⁾:

1- حصول الخلوة بعد العقد:

إن الخلوة دون وجود العقد ولو كان فاسداً، تعتبر خلوة بين رجل وامرأة أجنبية لا أثر لها، فالخلوة بين الخاطبين لا اعتبار لها في إثبات صحة الخلوة، لأن المرأة في تلك الفترة أجنبية يحرم الاختلاء بها،

(1) الرملي، نهاية المحتاج، 341/6؛ سمر أبو يحيى، أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي، ص15.

(2) الزركشي، شرح مختصر الخرقي، 316/5.

(3) مُجَدِّ قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص200.

(4) ينظر: خليل، التوضيح، 217/4؛ الخطاب، المرجع السابق، 433/3؛ الخرشي، شرح مختصر خليل، 83/4؛ الشنقيطي،

لوامع الدرر، 409/6.

(5) البركتي، التعريفات الفقهية، ص89.

(6) عثمان إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول، ص212.

وقد نص الحنفية على أن الخلوة في الزواج الفاسد لا أثر لها؛ لأن الوطء في النكاح الفاسد محرم باعتباره مانعا شرعيا فتحرم الخلوة تبعا له⁽¹⁾، بينما ذهب الحنابلة إلى أن الخلوة في النكاح الفاسد منتجة لأثرها؛ لأن الابتذال (التمكين) يحصل بالخلوة في العقد الفاسد، كما في الصحيح⁽²⁾.

2- مدة الخلوة:

وذلك بأن تكون المدة التي يختلي فيها الرجل بالمرأة مدة كافية لحصول الوطء أو إمكانية حصوله، أما الخلوة في مدة أقصر من زمن الوطء، كالخلوة للحظة من الزمن فلا اعتبار لها في عقد النكاح⁽³⁾.

3- مكان الخلوة:

حتى تقع الخلوة صحيحة لا بد من حصولها في مكان يأمنان فيه عدم اطلاع أحد عليهما، فالضابط في ذلك كما قال السرخسي: "المكان الذي لا تصح الخلوة فيه أن يأمنان فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير إذن كالدار والبيت وما أشبه ذلك، ولهذا لا تصح الخلوة في المسجد والطريق الأعظم"⁽⁴⁾.

4- أن يكون الزوجان بالغين ولهما القدرة على الوطء:

إذا كان الزوجان أو أحدهما غير بالغ أو غير مطيق للوطء، فإن الخلوة غير معتبرة، لأن الوطء يترتب عليه بعض الأحكام كالإحصان والعدة وغيرها، فلا تجب إلا بالقدرة عليه، وتنتفي بالصغر⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

سَنَبِّئُ في هذا الفرع مسألة وجوب كامل المهر بالخلوة الصحيحة من خلال ذكر مذاهب الفقهاء، مع إيراد الأدلة التي استندوا عليها، كما سأقوم بمناقشتها والترجيح بينها، كذلك نَوْضِحُ وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة، على النحو التالي:

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في مسألة وجوب المهر للزوجة إذا اختلى بها الزوج خلوة اعتداء دون وجود موانع للوطء بين قائل بوجوب كامل المهر وقائل بِتَنْصُفِهِ، وسأذكر أقوالهم على النحو التالي:

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 3/293.

(2) الزركشي، شرح مختصر الخرقى، 5/316.

(3) الصاوي، بلغة السالك، 1/498.

(4) السرخسي، المبسوط، 5/150.

(5) ابن قدامة، المغني، 7/252.

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعي في القديم والحنابلة في الصحيح عندهم⁽¹⁾؛ إلى أن الصداق يستقر كله ويتأكد حقاً للزوجة على زوجها بمجرد الخلوة بها خلوة صحيحة، حيث اعتبروها كالوطء تماماً، وهناك قول للمالكية يقرر أن المهر يجب بكامله إذا اختلى الزوج بالزوجة وأقاما مع بعضهما لمدة سنة، فاعتبروا طول المدة بمنزلة الدخول لما يترتب عليها من التلذذ والاستمتاع⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعي في الجديد والأظهر عند الشافعية ورواية لأحمد⁽³⁾ إلى أن الصداق لا يتأكد بالخلوة بل لا بد من الدخول الحقيقي، ويجب بالخلوة الصحيحة نصف المهر.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة القول الأول:

استدل فقهاء الحنفية والحنابلة بجملة من الأدلة من القرآن والسنة الإجماع وآثار الصحابة والمعقول:
أ- دليلهم من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: 21]، ووجه الاستدلال بالآية أن الإفضاء هو الخلوة كما ذكر الفراء⁽⁴⁾، حيث قال: "الإفضاء أن يخلو بها وإن لم يجامعها"⁽⁵⁾؛ أي وإن لم يقع دخول حقيقي، وقول الفراء حجة فيما يحكيه من اللغة فإذا كان اسم الإفضاء يقع على الخلوة فقد منعت الآية أن يأخذ منها شيئاً بعد الخلوة والطلاق؛ لأن قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج قد أفاد الفرقه، والإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو المكان الذي ليس فيه بناء حاجز عن إدراك ما فيه؛ فَسُمِّيَتْ الخلوة إفضاءً لزوال المانع من الوطء والدخول⁽⁶⁾، كذلك استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 04]، ووجه الاستدلال بالآية أن الأمر بإعطاء المهر للزوجة عام في كل الأحوال⁽⁷⁾.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق، 142/2؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 540/9؛ المرداوي، الإنصاف، 283/8.

(2) الباجي، المنتقى، 293/3؛ الزرقاني، شرح مختصر خليل، 17/4.

(3) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 135؛ النووي، روضة الطالبين، 263/7؛ ابن قدامة، المغني، 249/7.

(4) هو: الإمام البار النحوي يحيى بن زياد الفراء الكوفي، أجل أصحاب الكسائي، كان رأساً في النحو واللغة، أبرع الكوفيين وأعلمهم بفنون الأدب، ألف بأمر المأمون كتاب المعاني وكتاب الحدود، توفي سنة 207هـ؛ ينظر: اليافعي، مرآة الجنان، 29/2.

(5) الفراء، معاني القرآن، 259/1.

(6) الجصاص، أحكام القرآن، 49/3.

(7) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، 391/4.

ب- دليلهم من السنة النبوية المشرفة:

استدلوا بما جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ وَنَظَرَ إِلَيْهَا فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا»⁽¹⁾، وجاء في رواية عنه ﷺ: «مَنْ كَشَفَ امْرَأَةً فَنَظَرَ إِلَى عَوْرَتِهَا فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ»⁽²⁾، ووجه الدلالة أن مجرد الخلوة الصحيحة يقرر كمال المهر كالوطء⁽³⁾.

ج- دليلهم من إجماع الصحابة رضي الله عنهم:

أجمع الصحابة رضي الله عنهم على أن الصداق يجب كاملاً بالخلوة الصحيحة واعتبروها كالدخول الحقيقية، كما نقله الجصاص⁽⁴⁾، وحكى الطحاوي إجماع الصحابة⁽⁵⁾، واستندوا على ما جاء عن زُرَّارَةَ بن أوفى أنه قال: "قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً، وأرخى ستراً، فقد وجب عليه المهر، ووجبت العدة"⁽⁶⁾، وقالوا هذه قضايا تُشْتَهَرُ، ولم يخالفهم أحد في عصرهم، فكان إجماعاً⁽⁷⁾.

د- دليلهم من آثار بعض الصحابة رضي الله عنهم:

- عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أُرْخِيَتِ الستور فقد وجب الصداق⁽⁸⁾.
- عن عمر وعلي رضي الله عنهما قالوا: "إذا أغلق باباً وأرخى ستراً فلها الصداق كاملاً وعليها العدة"⁽⁹⁾.

(1) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 3824، 473/4؛ قال الألباني: "ضعيف"، ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة، 86/3.

(2) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق وما روي في معناه، حديث رقم: 14603، 554/14؛ قال الألباني: "وهذا سند رجاله كلهم ثقات"، ينظر: المرجع نفسه، 86/3.

(3) الجعبري، رسوخ الأخبار، ص446.

(4) هو: أحمد بن علي، أبو بكر الرازي، المعروف بالجصاص، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، تفقه على الكرخي، وكان زاهدا ورعا، من تآليفه: شرح مختصر الكرخي وشرح الجامع الصغير والكبير، توفي سنة 370هـ؛ ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم، ص96.

(5) ابن الهمام، فتح القدير، 332/3.

(6) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب من قال إذا أغلق باباً وألقى الستر فقد وجب الصداق، حديث رقم: 17528، 352/9؛ قال محققه الشثري: "منقطع؛ زرارة لم يدرك الخلفاء الراشدين".

(7) ابن قدامة، المغني، 249/7.

(8) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب إرخاء الستور، أثر رقم: 1931، 756/3.

(9) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق وما روي في معناه، أثر رقم: 14478، 416/7؛ قال الألباني: "رجالهم ثقات"، ينظر: إرواء الغليل، 357/6.

- وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه إذا دخل الرجل بامرأته فأرخت عليهما الستور فقد وجب الصداق⁽¹⁾.
هـ- دليلهم من المعقول:

قالوا أن المعقود عليه وهو منافع البضع إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر بدونه؛ لكن المعتبر أنها سَلَّمَتِ الْمُبْدَلِ عَلَى حسب مقدورها، والمقدور للمرأة يكون برفع موانع التمكين منها، وقد وَجِدَ ذلك بالخلوة فيتأكد حقها في البذل كما في البيع لأن التخلية برفع موانع تسليمه يعتبر تسليمًا، كذلك التسليم الْمُسْتَحَقُّ من طرف الزوجة وَجِدَ من جهتها بمجرد الخلوة بها من الزوج، فيستقر به البذل، كما لو وطئها، أو كما لو أَجَرَتْ دارها، أو باعها وَسَلَّمَتَهَا⁽²⁾.

2- أدلة القول الثاني:

استدل فقهاء المالكية والشافعية بجملة من الأدلة من الكتاب وآثار الصحابة والمعقول كما يلي:

أ- دليلهم من القرآن الكريم:

- استدلو بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237]، ووجه الاستدلال أن المطلقة قبل المسيس لها نصف المهر، وإن خلا بها، ولا تضر الخلوة بالمهر، إلا أن يقتن بها مسيس، والمسيس هاهنا كناية عن الوطء بالإجماع⁽³⁾.
 - استدلو بقوله تعالى ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: 21]، والإفضاء في الآية الجماع، قال ابن عباس رضي الله عنه: "الإفضاء في هذه الآية الجماع، وَلَكِنَّ اللَّهَ كَرِيمٌ يَكْنِي"⁽⁴⁾.

ب- دليلهم من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

- عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيخلوها بها ولا يمسهها ثم يطلقها ليس لها إلا نصف الصداق؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237]⁽⁵⁾.

(1) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب إرخاء الستور، أثر رقم: 1932، 756/3.

(2) الباقري، العناية، 331/3؛ ابن قدامة، المغني، 249/7.

(3) ابن العربي، أحكام القرآن، 292/1.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 102/5.

(5) أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب النكاح، باب الطلاق قبل المس ونصف الصداق، أثر رقم: 1273، 110/3؛ قال ابن

حجر: "في إسناده ضعف"، ينظر: التلخيص الحبير، 390/3.

- وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفا في رجل تزوج امرأة فأغلق الباب وأرخى الستر ثم طلقها ولم يمسه؛ قال: "لها نصف الصداق وإن جلس بين رجلها" ⁽¹⁾.

ج- دليلهم من المعقول:

قالوا أن الموجب في كمال الصداق البناء؛ وهو الوطء بمغيب الحشفة، ووجه ذلك أن الأحكام إنما تتعلق بمغيب الحشفة كوجوب الغسل ووجوب الحد وإحلال المطلقة وإفساد الحج والصوم وغيرها، فأما الخلوة والتلذذ فلا تتعلق به هذه الأحكام فلا اعتبار بها، كذلك وجه قولهم لها نصف المهر أنه نكاح غربي عن المسيس فلم يجب فيه بالطلاق غير نصف المهر؛ أصله إذا طلق قبل البناء ⁽²⁾.

ثالثا: المناقشة والترحيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة القول الأول:

أورد المالكية والشافعية على أدلة أصحاب القول الأول عدة مناقشات نذكرها كما يلي:

- مناقشة استدلالهم بالقرآن الكريم:

- لا حجة في تفسير الإفضاء بالخلوة لكون الإفضاء مختلفا في تفسيره، وأن الآية لم يصدق فيها شيء من هذا المعنى، والكناية عند العرب إنما تستعمل فيما يُستَحَى من التصريح بذكره، فكُنِيَ بالإفضاء عنه، والخلوة لا يُستَحَى من ذكرها، فلا تحتاج إلى كناية، وعليه فالظاهر أن الإفضاء بمعنى الجماع، ولا يُعَدَّلُ عنه إلا بدليل، وهو قول ابن عباس رضي الله عنه وهو مُقَدَّمٌ على قول الفراء؛ إذ هو خبر الأمة وترجمان القرآن مع أنه قد نُقِلَ عن الفراء مثل قوله، كما يُحْتَمَلُ أن يكون اشتقاق الآية من فضاء، أي مختلط، وقوم فوضى أي مختلطون، وكيفما تأوَّلنا معناه إن من الفضاء أو من فضاء؛ فهو يدل على المجامعة ⁽³⁾.

- أما الاستدلال بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: 04]، فخصَّصَهُ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [البقرة: 237]، فوجب الوقوف عنده ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتابا لصداق، باب الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس، أثر رقم: 14478،

416/7؛ قال ابن حجر: "هو منقطع" ينظر: التلخيص الحبير، 390/3.

⁽²⁾ الباجي، المنتقى، 293/3.

⁽³⁾ ابن الفرس، أحكام القرآن، 115/2.

⁽⁴⁾ ابن حزم، المحلى، 79/9.

- مناقشة الاستدلال بالسنة النبوية المشرفة:

أما الاستدلال بحديث: «مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ وَنَظَرَ إِلَيْهَا»، فنوقش بأنه لا حجة فيه لوجوه⁽¹⁾:

- أولها: أنه مرسل ولا حجة في المرسل.

- الثاني: أنه من طريق راويين ضعيفين.

- الثالث: أنه ليس فيه للدخول ذكر ولا أثر، وإنما فيه كشفها والنظر إلى عورتها، وقد يفعل هذا بغير مدخول بها، وقد لا يفعله في مدخول بها فهو مخالف لقول جميعهم، ثم ليس فيه أيضا بيان أنه في المتزوجة فقط، بل ظاهره عموم في كل زوجة وغيرها، فبطل أن يكون لهم مُتَعَلِّقٌ بالجملة. كما يجاب على هذه الاعتراضات بما يلي:

- من حيث أن الرواية ضعيفة، يجاب بأنه قد رُوِيَ الحديث من طريق صحيح بسند رجاله ثقات⁽²⁾.

- أن الإرسال ليس من القوادح التي تضر في قبول الحديث، لذلك اختلف الفقهاء في حجية الحديث المرسل؛ فأكثر الفقهاء والأصوليين ومنهم أبو حنيفة ومالك وأحمد في أشهر الروايتين عنه يقبلون الاحتجاج بالمرسل إذا أرسله التابعي العدل من أهل القرون الثلاثة، وهو ما اختاره الآمدي⁽³⁾، كما نتصور أن هذه الرواية من قبيل هذا النوع من الحديث المرسل، كيف وقد عَضَّدَتْه آثار بعض الصحابة المذكورة فتجعله يرتقي إلى درجة القبول، وهو مذهب الشافعي في قبول المرسل، ولذلك عَلَّقَ الإمام الذهبي على هذا الحديث بقوله: "هذا مرسل، والمرسل عندنا حجة"⁽⁴⁾.

- مناقشة الاستدلال بالإجماع:

نوقش استدلال أصحاب هذا القول بالإجماع من وجهين:

- الأثر المروي عن زُرَّارَةَ بن أوفى مرسل لأنه لم يدرك الخلفاء الراشدين هكذا حكم عليه البيهقي⁽⁵⁾، ويجاب على ذلك بأن هذا لا يضر؛ لأنه قد جاء في الآثار ما يعضد هذه الرواية؛ منها ما جاء عن الأحنف بن قيس عن عمر وعلي رضي الله عنهما قالا: "إذا أغلق بابا وأرخی سترا فلها الصداق

(1) ابن حزم، المحلى، 80/9.

(2) ابن حجر، التلخيص الحبير، 391/3.

(3) الآمدي، الإحكام، 123/2.

(4) الذهبي، تنقيح التحقيق، 199/2.

(5) البيهقي، معرفة السنن والآثار، 245/10.

كاملا وعليها العدة"، وعَلَّقَ الطحاوي على أثر زرارة والأحنف بقوله: "ففي هذا زيادة على ما قبله مما روينا عن عمر وعلي، وإدخال بقية الخلفاء الراشدين المهديين في القول بهذا القول أيضا"⁽¹⁾.
- هذا الإجماع مردود لأنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ⁽²⁾، ويحاج عنه بأن عمل الخلفاء الراشدين من قبيل السنة المتبعة، وهذا بأمر رسول الله ﷺ فيما جاء عنه من حديث العرباض بن سارية رضي الله عنه: «فَعَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ الْمَهْدِيِّينَ، عَصُوا عَلَيْهَا بِالتَّوَّاجِدِ»⁽³⁾؛ قال ابن القيم في ذلك: "وبالجملة فما سَنَةُ الخلفاء الراشدون أو أحدهم للأمة فهو حجة"⁽⁴⁾.

- مناقشة الاستدلال ببعض آثار الصحابة رضي الله عنهم:

حَمَلَ المالكية ما اسْتَدَلَّ به هذا الفريق من آثار عمر وعلي وزيد رضي الله عنهم أنه إذا أرخى الرجل الستور وأغلق الباب فقد وجب المهر على حالة التخاصم فيما إذا ادعت المرأة على زوجها أنه مَسَّهَا في بيته، فالقول قولها في إيجاب كامل المهر؛ قال مالك: "أرى ذلك في المسيس إذا دخل عليها في بيتها، فقالت قد مسني، وقال لم أمسها صُدِّقَ عليها، فإن دخلت عليه في بيته، فقال لم أمسها صُدِّقَتْ عليه"⁽⁵⁾، فكأن الخلوة في نظرهم بمثابة بينة وشهادة لها في وجوب الصداق، ولم يرد أن الصداق يجب بنفس الخلوة إن خلا من المسيس⁽⁶⁾.

- مناقشة الاستدلال بالمعقول:

نوقش دليل هذا الفريق من المعقول بأنه لا يمكن المشابهة بين الخلوة والوطء وإعطائها حكمه؛ لأنها لا يمكن إلحاقها به في سائر الأحكام من حد وغسل وإحلال المطلقة ثلاثا وإبطال حج وعمره ونحوهما⁽⁷⁾، وأجيب عن ذلك بأنه لا يُرَخَّى الستر غالبًا إلا للوطء؛ فَجُعِلَتْ الخلوة دلالة عليه⁽¹⁾.

(1) الطحاوي، شرح مشكل الآثار، 111/2.

(2) ابن حزم، المحلى، 80/9.

(3) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب السنة، باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين، حديث رقم 42، 28/1؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح بطرقه وشواهده".

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين، 173/2.

(5) ابن عبد البر، الاستدكار، 533/5.

(6) الباجي، المنتقى، 292/3.

(7) الشربيني، مغني المحتاج، 374/4.

(1) ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، 374/4.

ب- مناقشة أدلة القول الثاني:

أورد الحنفية والحنابلة على أدلة أصحاب هذا القول جملة اعتراضات ومناقشات نذكرها كما يلي:

- مناقشة الاستدلال بالقرآن الكريم:

نوقش الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237]، بأن المجاز فيه متحتم؛ لأنه إن حُمِلَ المس على الوطاء كما يقول هؤلاء، فهو من باب إطلاق اسم السبب على المُسَبَّب، وإن حُمِلَ على الخلوة فهو من باب إطلاق المُسَبَّب على السبب إذ المس مُسَبَّبٌ عن الخلوة عادة، وحمل الآية على الجماع والخلوة ممكن، لكن ما يُرَجَّح حملها على التأويل الثاني هو قوله ﷺ: «مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ وَنَظَرَ إِلَيْهَا وَجَبَ الصَّدَاقُ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ»، وكذلك الإجماع⁽¹⁾، كما ناقشوا الاستدلال بقوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: 21]، أن معنى الإفضاء في الآية فيه قولان الخلوة والجماع، فكما يحتمل الأول يحتمل الثاني، كذلك تفسير ابن عباس رضي الله عنهما بأن الإفضاء هو الجماع ليس حجة لأنه قد رُوِيَ عنه أنه فسره بمعنى الخلوة⁽²⁾.

- مناقشة استدلالهم بآثار بعض الصحابة رضي الله عنهم:

ما جاء عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما موقوفا عليهما بأن الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسه ثم يطلقها ليس لها إلا نصف الصداق، لا يثبت شيء عنهما في ذلك⁽³⁾.

- مناقشة استدلالهم بالمعقول:

قولهم أن أحكام الوطاء تختلف عن أحكام الخلوة كتحويل المرأة في طلاق الثلاث مثلاً، إذ الخلوة لا تُحِلُّهَا، فنوقش هذا بأن إيجاب كامل المهر بالخلوة الصحيحة، من باب إقامة الخلوة مقام الوطاء وما قارب الشيء أُعْطِيَ حكمه؛ لكونها مَظِنَّةُ الدخول الحقيقي باعتبار أن المرأة سَلَّمَتْ نفسها للرجل، وَمَكَّنَتْهُ من نفسها لاستيفاء حقه منها، فعدم استيفاء حقه بالوطاء بسبب منه لا يمنعها حقها في المهر، وهذا قياساً على وجوب بدل الإيجار للمستأجر مع عدم استيفاء المنفعة من المؤجر⁽⁴⁾.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 3/332.

(2) ابن الجوزي، زاد المسير، 1/387، الآلوسي، روح المعاني، 2/452.

(3) ابن حجر، التلخيص الحبير، 3/390.

(4) محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 396.

2- الترجيح:

نخلص الآن إلى بيان القول الراجح في المسألة حسب ما انقذ لي، وقبل ذلك نُبيِّن سبب اختلافهم؛ حيث يكمن في معارضة حكم الصحابة رضي الله عنهم في ذلك لظاهر الكتاب⁽¹⁾.

وبناء عليه يظهر والله أعلم أن القول الراجح هو ما قرره فقهاء الحنفية والحنابلة أن الخلوة الصحيحة تقتضي وجوب الصداق كاملاً للمرأة، وسبب ترجيحي لهذا القول يرجع للأسباب التالية:

أ- قوة أدلة الحنفية والحنابلة من حيث الثبوت والدلالة، ذلك أن استدلالهم بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية كان له من الوجاهة والاستقامة ما يجعل الناظر فيها يقتنع بما ذهبوا إليه.

ب- أن استقرار المهر بالخلوة الصحيحة قد اعتضد بإجماع الخلفاء الراشدين المهديين؛ وهو بذلك من قبيل ما جرى به العمل لديهم، فيترجح بهذا الاعتبار على كل أدلة أصحاب المذهب المخالف.

ج- القول بوجوب المهر كاملاً بالخلوة الصحيحة قد رَجَّحَهُ جمع من فقهاءنا المالكية كالقرطبي وابن العربي⁽²⁾، حتى أنهم لم يهملوا اعتبار الخلوة بإطلاق بل أثبتوا وجوب المهر بالخلوة إذا حدثت خلال مدة زمنية طويلة قَدَّرُوهَا بسنة، وهذا التقدير أظنه اجتهادي لبيان الحد الأقصى ولا يعني نفي أقل من السنة؛ فقد جاء عن عروة بن الزبير أنه سئل عن الرجل ينكح المرأة فتمكث عنده الأشهر والسنة يصيب منها ما دون الجماع ثم يطلقها قبل المسيس قال: "لها الصداق كاملاً وعليها العدة كاملة"⁽³⁾.

د- ترجيح القول بكمال المهر واستقراره بالخلوة الصحيحة يوافق مقاصد الشريعة في حفظ الأنساب والأعراض؛ ذلك أن الاختلاء بعيداً عن أنظار الناس سواء الأقارب أم الأبعد دليل على وجود تَلَاقٍ بين الزوجين، مما يُشَكِّلُ تصوراً لدى الناس أن المُخْتَلِئَيْنِ قد وقع بينهما اتصال بوجه ما، فلحفظ عرض وشرف الزوجين نجعل هذا التلاقي والاختلاء بمنزلة الوطء والدخول الحقيقي ما لم يتجاحدا، فعندئذ نلجأ إلى إجراءات التداعي، ولذلك حَذَّرَتْ شريعتنا السمحة تحذيراً شديداً من الخلوة بدون علاقة شرعية ولو كان الغرض شريفاً في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لَا يَخْلُونَّ

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 48/3.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 473/1؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 102/5.

(3) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق، أثر رقم: 10879، 289/6؛ قلت: هذا الأثر رجال سنده ثقات؛ أخرجه عبد الرزاق بن همام الصنعاني وهو من هو في الحفظ والعلم، عن عبد الملك بن جريج ثقة من أهل مكة، عن هشام بن عروة ثقة كذلك، عن أبيه عروة بن الزبير بن العوام وهو تابعي ثقة، ينظر: العجلي، الثقات، ص 310-331-459.

أَحَدُكُمْ بِامْرَأَةٍ، فَإِنَّ الشَّيْطَانَ ثَالِثُهُمَا»⁽¹⁾؛ لكون الخلوة من الشبهات التي تطعن في الأنساب والأعراض وهي مقدمة للاتصال غير الشرعي، فالأخذ بالخلوة في إيجاب كل الصداق على الرجل هو من باب الاحتياط للفروج والأنساب وسدا لذريعة الفساد الواقع أو المتوقع الذي قد ينجم عنها شرعا، وأخذا بالتدابير الاحترازية في شؤون الأسرة قانونا⁽²⁾.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

لم يثبت للمالكية نص خاص راعوا فيه الخلاف في هذه المسألة، لكن يمكننا أن نستشف ذلك من خلال اعتبار عقد الزواج فاسدا إذا وجب الصداق فيه كاملا بالخلوة الصحيحة تحريجا على أصل المالكية في اعتبار العقد فاسدا إذا اختل فيه أحد شروطه؛ حيث جاء عن بعض فقهاء المالكية قوله: "ومن الاستحسان مراعاة الخلاف وهو أصل في المذهب، من ذلك قولهم في النكاح المختلف في فساد: إنه يفسخ بطلاق وفيه الميراث، وهذا المعنى أكثر من أن يحصى"⁽³⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

لم يأت ذكر لهذه المسألة في قانون الأسرة الجزائري، بل نجد المشرع أخذ بمذهب جماهير الفقهاء في وجوب كامل المهر بالدخول الحقيقي، وهو ما نص عليه في المادة 16 من ق أ ج التي جاء فيها: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"⁽⁴⁾، وفي تقديري هذا نقص يجب تداركه في أي تعديل؛ خاصة وأن ظاهرة الخلوة بين المتزوجين قبل إجراء الزفاف موجودة في مجتمعاتنا، وخروجهما سوياً بحجة أنهما مرتبطان بعقد سواء شرعي أم رسمي وهو من ذرائع الفساد التي يجب سدها، ويلاحظ أن المادة لم تبين معنى الدخول، هل هو الدخول الحقيقي (الوطء)، أو الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة)، لكن القضاء فَرَّقَ بين الدخول الحقيقي والدخول الحكمي وأخذ بالدخول الحكمي في وجوب المهر كاملا⁽¹⁾، كذلك يرى

(1) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 114، 269/1؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(2) بوعلام سي ناصر، القواعد الضابطة لأحكام الأسرة، ص 378.

(3) الشنقيطي، لوامع الدرر، 312/10.

(4) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 911.

(1) لعلّ سعادتي، الزواج والخلوة، ص 90.

بعض الشراح والباحثين أن المادة تشتمل على معنى الخلوة كأحمد شامي، والجيلالي تشوار، والغوثي بن ملح⁽¹⁾ لكن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كان صريحاً في اعتبار الخلوة كالدخول الحقيقي، فعمل اجتهاده قد يكون مقدمة لتعديل هذه المادة مستقبلاً⁽²⁾، خاصة أنه قد استقر العمل في المحاكم اعتبار الخلوة من قبيل الدخول الحكمي الذي يَتَكَمَّلُ به الصداق عملاً بمذهب الحنفية والحنابلة⁽³⁾؛ فضلاً على أن بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية قد أخذت بإيجاب كامل المهر بالخلوة عملاً بمذهب الحنفية والحنابلة، حيث نجد قانون الأحوال الشخصية المصري قد أخذ بها حيث كان القانون الواجب التطبيق قبل تعديل القانون 25 لسنة 1929 هو أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، كما أن المعمول به في المحاكم المصرية أن الخلوة تترتب عليها آثارها ولو كانت فاسدة⁽⁴⁾، كذلك أخذ بها المشرع السوري في المادة 58 من قانون الأحوال الشخصية: "إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر"، وأكدته محكمة النقض السورية⁽⁵⁾، أما فيما يخص موقف مدونة الأسرة المغربية، فإنها لم تشر إلى الخلوة الصحيحة كمناط لاستحقاق الصداق بكامله، وذلك بالرغم من أن المادة 130 اعتبرت الخلوة سبباً للعدة، أما الاجتهاد القضائي فأقر بالخلوة؛ إذ قضت محكمة النقض المغربية أن مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهداً عرفياً يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة والقول قولها في ادعاء المسيس بعد يمينها⁽¹⁾.

(1) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص 54، شيخ إسماعيل، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222، ص 67.

(2) لقد عمّد المشرع المصري إلى اقتراح تعديل في قانون الأحوال الشخصية بإضافة الخلوة كسبب لاستحقاق الزوجة المهر كاملاً، حيث تضمن نصاً مستحدثاً يبين حالة وجوب المهر للزوجة بمجرد انعقاد العقد الصحيح، ويستحق المهر كاملاً بالدخول أو الخلوة الشرعية أو الوفاة، وهو تطور تشريعي جدير بأن يحذو المشرع الجزائري حذوه؛ ينظر: تقرير بعنوان: للمرأة الحق الكامل في المهر بعد الخلوة.. نص مستحدث بقانون الأحوال الشخصية - خاص، كتبه أسامة علي، منشور بتاريخ: 2021/02/05 في

موقع مصرأوي، أخذته يوم: 2021/08/06 في الساعة: 22:21، منشور على الشبكة العنكبوتية عبر الرابط:

https://www.masrawy.com/news/news_egypt/details/2021/3/5/1981849

(3) عدلان مطروح، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 142.

(4) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، ص 175؛ رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 157.

(5) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 141.

(1) محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، ص 85 - 86.

أما بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية فلم تنص على حكم الخلوة مما يعني أنها لا تأخذ بها، أما الاجتهاد القضائي في تونس فجرى به العمل على اعتبارها بمنزلة الدخول والبناء؛ حيث حكمت محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 2003/05/22 بأن الخلوة بين الزوجين تؤكد الدخول، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته⁽¹⁾، كذلك جاء في قرار تعقيبي مدني عدد 27651 مؤرخ في 04 ديسمبر 2008 اعتبرت فيه محكمة التعقيب أنه لئن لم يُعرّف المشرع البناء أو الدخول وهو المصطلح المستعمل في مجلة الأحوال الشخصية فقد استقر فقه القضاء على تعريف الدخول بأن تكون الزوجة قد التحقت بمحل الزوجية لمساكنة الزوج والقيام بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة، مما يستوجب توفر الخلوة بين الزوجين وهو ما عبر عنه فقه قضاء محكمة التعقيب بإرخاء الستائر في حين أن عقد الزواج يستوجب الإشهار وهو ما يُؤمّنهُ المشرع باشتراط شهادة شاهدين من أهل الثقة لانعقاد الزواج، وبناء على ذلك يمكن القول أن القضاء قد استقر على أن الدخول لا يحتاج إلى الإشهار فالدخول والبناء يتم بحصول الخلوة بين الزوجين⁽²⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

كان للمحكمة العليا كثير من القرارات التي أشارت فيها إلى أن الخلوة الصحيحة توجب جميع المهر وذلك منذ إصدار قانون الأسرة لأول مرة سنة 1984، وهو ما جاء في القرار المؤرخ في 1984/09/11 الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء (المحكمة العليا) أعلى هيئة قضائية في التنظيم القضائي في الجزائر آنذاك حيث نص على ما يلي: "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى"⁽³⁾، ويعاب على هذا القرار عدم دقته حيث اعتبر مسألة الخلوة مجمعا عليها بين الفقهاء وهو مجانب للصواب، كذلك جاء في القرار المؤرخ في 1989/10/02: "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا (بإرخاء الستور) أو (خلوة الاهتداء) يعتبر دخولا، وفعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال

(1) العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 372.

(2) تعريف الدخول، موضوع لم يذكر اسم صاحبه، أُخذتْهُ يوم: 2021/08/07، في الساعة 21:42، من حساب فيسبوكي

بعنوان: قانون الطلاق في تونس، منشور على الشبكة العنكبوتية عبر الرابط:

/https://fr-fr.facebook.com/1577302085700287/posts/1788446581252502

(3) لعلّى سعادي، الزواج والخلاله، ص 90.

الزوجة كامل صداقها"⁽¹⁾، كذلك جاء في القرار المؤرخ في 18/06/1991: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح، وتأكدت الخلوة بين الزوجين أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول، ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير السديد"⁽²⁾، كما جاء في القرار المؤرخ في 08/05/2002 ما يمكن اعتباره مبدأً قضائياً في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ونصه: "الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا"⁽³⁾.

لقد كَرَّسَ قضاة المجلس الأعلى للقضاء سابقا والمحكمة العليا حاليا اجتهادا قضائيا صحيحا وسليما وذلك سدا للذرائع في وقتنا الحالي ودفعاً للقليل والقال⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ قرار رقم: 55116 بتاريخ: 1989/10/02؛ نقلا عن: نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص51.

⁽²⁾ قرار رقم: 74375، بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، ع1، 1993م، ص61.

⁽³⁾ قرار رقم: 289545، بتاريخ: 2002/05/08، المجلة القضائية، ع2، 2004، ص373.

⁽⁴⁾ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص372.

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الصيغة وآثار عقد الزواج.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة المهر بالإيجاب والقبول.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها الزواج.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة مدة استحقاق النفقة الزوجية.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة حكم نفقة علاج الزوجة المريضة.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة تحديد علامات حياة الجنين.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة المراد بالإيجاب والقبول.

للإيجاب والقبول أهمية بالغة في عقد الزواج لأنهما يحققان مبدأ الرضائية في هذا العقد المؤبد، وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، وهو شيء باطني كامن في النفس، لا يمكن الاطلاع عليه إلا بمظهر ملموس تنوب الصيغة في إظهاره؛ لأنها هي المعبرة عنه تتخذ شكل الإيجاب والقبول⁽¹⁾، وقد نسج المشرع الجزائري على منوال الفقه الإسلامي، فاعتبر الرضا أمراً جوهرياً في عقد يرتبط فيه شخصان رباطاً مؤبداً⁽²⁾، وفي هذا المطلب نتطرق إلى بيان المراد بهما في الزواج عند فقهاء الشريعة والقانون.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نظراً لتضمن الرضا معنى الإيجاب والقبول لابد أولاً من بيان طبيعة الرضا، ثم تحديد أطرافه في عقد الزواج شرعاً وقانوناً باعتبار أن هذا الأخير من العقود الرضائية، وهذا في النقاط التالية:

أولاً- تحديد طبيعة الرضا في عقد الزواج:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الصيغة المُجَسَّدَة في الإيجاب والقبول والمُعَبَّرَانِ عن الرضا يُعْتَبَرَانِ أركاناً في عقد الزواج بل عَدَّةُ الحنفية ركناً وحيداً فيه لكن اختلفوا في تحديد طبيعة الرضا فيه؛ فالأحناف يرون أن الرضا المقصود في الزواج هو الرضا الظاهري المتمثل في التعبير (الإيجاب والقبول) دون الرضا الباطني الحقيقي، جاء عن ابن عابدين⁽³⁾: "قوله (صاحب الدر المختار): ليتحقق رضاها أي ليصدر منهما ما من شأنه أن يدل على الرضا إذ حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح لصحته مع الإكراه والهزل"⁽⁴⁾، وأسَّسُوا رأيهم على قاعدة التفريق بين الرضا والاختيار؛ فالرضا قصد الأثر وليس ركناً في الزواج، أما الاختيار فهو قصد التعبير وهو ركن فيه⁽¹⁾، بينما يرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن المقصود بالرضا في عقد الزواج هو قصد التعبير والأثر المترتب عليه، فالإيجاب والقبول يعتبر عندهم ركناً في الزواج، ولا أثر لهذا العقد ما لم يكن مطابقاً للرضا النفسي، ومبنى رأيهم

(1) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، 73/1.

(2) محمد محدة، الخطبة والزواج، ص128.

(3) هو: محمد أمين بن عمر عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق، من مؤلفاته: رد

المختار على الدر المختار، ورفع الأنظار، توفي سنة 1252هـ/1836م، ينظر: الزركلي، الأعلام، 42/6.

(4) ابن عابدين، رد المختار، 21/3.

(1) علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، 224/1.

عدم التفرقة بين الرضا والاختيار، وهذا المعنى وَضَّحَهُ ابن القيم بقوله: "فلا بد من إرادتين إرادة التكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجهة ومقتضاه، بل إرادة المعنى أكد من إرادة اللفظ؛ فإنه المقصود واللفظ وسيلة، هو قول أئمة الفتوى من علماء الإسلام"⁽¹⁾.

وفي القوانين الوضعية هناك اتجاهان متباينان لاتيني وجرماني في تحديد طبيعة الرضا كان لهما الأثر البالغ في الفقه والتقنين، فالقانون الفرنسي أخذ بالإرادة الباطنة (الرضا الباطن) التي تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرته ذاتية، أما القانون الألماني فأخذ بالإرادة الظاهرة (الرضا الظاهر) التي تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرته موضوعية، أما القوانين العربية فقد وقفت موقفاً وسطاً بين الاتجاهين فأخذت بالإرادة الباطنة كأصل عام مع مراعاة الإرادة الظاهرة أحياناً لضمان استقرار المعاملات⁽²⁾.

ثانياً- تحديد أطراف الرضا في عقد الزواج:

المتعارف عليه في العقود أنها تتكون من طرفين يُعَبَّرَان عن إرادة التعاقد، لكن في عقد الزواج ولخصوصيته يُطَلَّب الرضا فيه من زوجين وولي الزوجة⁽³⁾؛ فَنَبِّئُ ذلك فقها وقانوناً على النحو التالي:

1- رضا الزوج:

الأصل العام هو الاعتداد برضا الزوج وأخذ موافقته في عقد الزواج إذا كان بالغاً عاقلاً، أما المجنون والصغير فلا قيمة للرضا منهما، وإنما يقوم وليهما بتزويجهما، وهو متفق عليه عند جمهور الفقهاء⁽⁴⁾، كما أجاز قانون الأسرة الجزائري تزويج الصغار والمجانين، وكذا القانونين المغربي والتونسي وذلك بإجراءات استثنائية يضمنها القضاء باعتبار أن هذا الزواج تكتفه المخاطر لا يضمنها إلا القضاة⁽¹⁾.

2- رضا الزوجة:

الأصل العام أيضاً الاعتداد برضا الزوجة بصفات معينة، وأخذ موافقتها باعتبارها طرفاً أصيلاً في عقد الزواج؛ لأنه لا يعقل عدالةً ومنطقاً إرغام الزوجة على العيش مع زوج لا ترضى به، ولم يؤخذ رأيها حوله في عقد سمي بالميثاق الغليظ وهي طرف فيه؛ وتفصيل ذلك على النحو التالي:

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، 55/3.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 179/1؛ بخوش رزيق، عيوب الرضا في عقد الزواج، ص 06.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 32/3.

(4) أسامة القحطاني وآخرون، موسوعة الإجماع، 136/3؛ محمود السراطوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 50-52.

(1) لعلّ سعادى، الزواج وانحلاله، ص 58؛ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 43؛ مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص 06.

- المرأة الثيب⁽¹⁾ البالغة العاقلة، يجب شرعا وباتفاق الفقهاء أخذ رضاها⁽²⁾، ودليله قوله ﷺ عن أبي هريرة رضي الله عنه: «لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ الْبَكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أَنْ تَسْكُتَ»⁽³⁾، أما المرأة البكر البالغة العاقلة، فاختلف الفقهاء في حكم أخذ رضاها؛ فذهب الحنفية إلى وجوب أخذ رضاها في الزواج، ودليلهم حديث أبي هريرة رضي الله عنه المتقدم، بينما ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم وجوب أخذ رضاها بل يستحب عند المالكية والحنابلة خروجها من الخلاف، ويجبرها أبوها أو جدُّها عند الشافعية؛ ودليلهم أن الثيب أحق بنفسها من وليها فمفهومه أن البكر أبوها أحق بها من نفسها⁽⁴⁾، وقد كَرَّسَتْ أغلب قوانين الأسرة العربية مبدأ أخذ رضا الزوجة واعتبرته ركنا؛ منهم القانون الجزائري في المادة 09.

3- رضا الولي:

للفقهاء في مراعاة رضا الولي حالتان؛ حالة متفق عليها وهي تزويجه الصغار والمجانين من الذكور والإناث فيجب أخذ رضاه لانعدام أهليتهم، وحالة أخرى وهي تزويجه المرأة العاقلة البالغة فالجمهور يرون رضاه واجبا، أما الأحناف فلا يرون ذلك بل يُجَوِّزُونَ الزواج بدون ولي، وقد فصلنا ذلك سابقا.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

سنورد في هذا الفرع أقوال الفقهاء في المسألة مشفوعة بأدلتها مع مناقشتها والترجيح بينها، كما سنقوم بذكر وجه مراعاة الخلاف، وذلك في النقاط التالية:

أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في تحديد معنى الإيجاب والقبول.

اختلف فقهاء الشريعة في تحديد معنى الإيجاب والقبول، وذلك على مذهبين هما كالأتي:

1- مذهب الحنفية: يرى أصحابه أن ما يصدر من أحد العاقلين هو الإيجاب، وصاحبه يسمى مُوجِبًا، والقبول هو الكلام الذي يصدر من العاقل الثاني، ويسمى القابل⁽¹⁾.

(1) الثَّيِّبُ: من أُزِيلَتْ بَكَارَتُهَا مِنَ النِّسَاءِ بِنِكَاحٍ؛ ينظر: مُجَدِّ قُلْعَجِي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص155.

(2) أسامة القحطاني وآخرون، المرجع السابق، 142/3.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم: 5136، 17/7.

(4) المرغيناني، الهداية، 191/1؛ خليل، التوضيح، 514/3؛ الجويني، نهاية المطلب، 42/12، ابن قدامة، المغني، 41/7.

(1) الغنيمي، اللباب، 03/3.

2- مذهب الجمهور: يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن الإيجاب هو ما يصدر من ولي المرأة في مجلس العقد، والقبول هو ما يصدر من الزوج⁽¹⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في تحديد معنى الإيجاب والقبول.

لم يستدل الفقهاء من كلا الفريقين بأدلة عقلية بل اعتمدوا على أدلة عقلية نوضحها كالاتي:

1- استدل الأحناف بقاعدة العرف اللغوي⁽²⁾؛ حيث إن الإيجاب مقدم على القبول في عرف اللغة والاستعمال؛ لأن العرف قاضٍ على الوضع ناقل للصيغة من معناها اللغوي إلى معناها العرفي، قال الكمال ابن الهمام: "لفظ النكاح في قوله (صاحب الهداية) النكاح ينعقد بمعنى العقد أي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى تتم حقيقته في الوجود بالإيجاب والقبول، والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً، ويستعقب الأحكام، وذلك بوقوع الثاني جواباً معتبراً مُحققاً لغرض الكلام السابق، ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه، والكلامان هما الإيجاب والقبول، فما قيل في تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور، بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أولاً والقبول هي بقيد وقوعها ثانياً من أي جانب كان كل منهما"⁽³⁾.

2- استدل الجمهور على ضرورة صدور الإيجاب والقبول من الزوج لكون الزوج تتعلق بزمته أحكام كدفع المهر وقبول الشروط والعلم بحل المنكوحة له، وهذه كلها تقتضي تصريح الزوج بقبولها صراحة ولا تكون إلا بعد إيجاب الولي، قال الشريبي: "وكون القبول بعد الفراغ من لفظ الإيجاب؛ أي وما يذكر معه مما يتعلق بالمهر كما في فتاوى القفال، قال المتولي ويشترط علم الزوج بحل المنكوحة"⁽¹⁾.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

يبدو أن المعول عند الحنفية في تحديد معنى الإيجاب والقبول هو وقت الصدور بصرف النظر عن الجهة التي أصدرته سواء كان الولي أم الزوج، أما الجمهور فلا عبرة عندهم بوقت الصدور بل المعتبر

(1) الدردير، الشرح الصغير، 96/2؛ الشريبي، مغني المحتاج، 226/4؛ البهوتي، الروض المربع، ص 511.

(2) يصطلح عليه علماء الأصول بالحقيقة العرفية أو العرف القولي؛ ينظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، 282/1.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، 189/3 - 190.

(1) الشريبي، المرجع السابق، 227/4؛ البهوتي، الروض المربع، ص 511.

عندهم جهة الصدور، فالأصل عندهم أن ولي الزوجة هو صاحب الإيجاب أولاً ثم الزوج أو وكيله يكون القبول منه ثانياً⁽¹⁾، ولذلك صَحَّح المالكية والشافعية العقد إذا تقدم لفظ الزوج القابل على الولي الموجب؛ لأنه لا يشترط الترتيب فيها كالبيع، أما الحنابلة فقالوا بعدم صحة تقدم القبول على الإيجاب؛ لعدم إفادته معنى القبول لو كان متقدماً، فيلزم الترتيب لإفادة معناه⁽²⁾.

2- الترجيح:

بعد استعراض أدلة الفريقين يظهر أن الرأي الجدير بالترجيح في تحديد معنى الإيجاب والقبول هو القول بصدور الإيجاب من أحد الطرفين سواء كان الولي أم الزوج، والقبول من الطرف الآخر مع اشتراط تقدم الإيجاب على القبول؛ لأن العرف اللغوي يقتضي ذلك، وتصحيح العقد إذا تقدم القبول على الإيجاب أحياناً؛ لحصول مقصود اقتران الإيجاب بالقبول وتحقيق ركن الرضا من الطرفين.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

مادام أن مسألة المراد بالإيجاب والقبول في عقد الزواج ليست من مسائل مراعاة الخلاف عند المالكية بالمعنى الخاص، فيمكن القول بأن المشرع الجزائري قد وافق قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها العام التي بَيَّنَّاها سابقاً، حيث أخذ بمقتضيات مذهب الحنفية القاضي بأن الإيجاب ما يصدر من أحد العاقدين، والقبول هو الكلام الذي يصدر من العاقد الثاني.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نص المشرع الجزائري على هذه المسألة في المادة 10 فقرة 1 من ق أ ج، والتي جاء فيها ما يلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر"⁽¹⁾، وبناء عليه فالمشرع في المادة لم يقصر الإيجاب على ولي المرأة، والقبول على الزوج كما هو رأي الجمهور، ومنهم المالكية، بل أخذ برأي الحنفية الذين يرون أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد الطرفين العاقدين، سواء كان الزوج أم الولي، والقبول هو ما صدر ثانياً من الطرف الآخر⁽²⁾، فعبارة القانون تفيد أن القبول قد يكون من

(1) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 327.

(2) الحرشي، شرح مختصر خليل، 174/3؛ الشريبي، المرجع السابق، 227/4؛ ابن قدامة، المغني، 80/7.

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 21، ص 910.

(2) عبد الكريم حامدي، التلقيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 210.

الزواج، أو من غيره كالزوجة، أو وليها لأنه لم يحدد مرتبة الصدور⁽¹⁾، ويظهر بذلك مراعاة المشرع خلاف الفقهاء في المسألة وترجيحه مذهب الحنفية، وبنفس الرأي أخذت بعض التشريعات العربية كمدونة الأسرة المغربية حيث جاء في مادتها العاشرة أن الزواج ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وبقبول من الآخر⁽²⁾، كذلك جاء في المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية السوري وفيها: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر"⁽³⁾.

ويبدو أن الدافع لهذا النهج في هذه المسألة من طرف المشرع هو النظر إلى مقصود الصيغة في عقد الزواج، وهو تطابق الإرادتين بالإيجاب والقبول بغض النظر عن ترتيب الجهة الصادر منها أهى الولي، أو الزوج؟؛ لأن العبرة في العقود بالمعاني، وركن الرضا يتحقق بهما، وبهذه الموافقة وذلك القبول يحدث التطابق بين الإيجاب والقبول، وينعقد العقد⁽⁴⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة خلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لم يَتَيَسَّرْ لي العثور على أي قرار للمحكمة العليا يعالج هذه المسألة مما يعني أن الاجتهاد القضائي الخاص بها لم يكرس أي مبدأ في الموضوع في حدود علمي.

(1) مُجَدَّ محدة، الخطبة والزواج، ص 143.

(2) مُجَدَّ الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 35.

(3) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 44.

(4) مُجَدَّ محدة، المرجع السابق، ص 141.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها الزواج.

اعتنت الشريعة بألفاظ الزواج عناية خاصة، فهي المعيار في إحلال الزوجة وإباحة التمتع بها، كما قال ﷺ في حجة الوداع مُبَيَّنًا مُؤَصِّلًا هذا المعنى في حديث جابر بن عبد الله ﷺ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»⁽¹⁾، فكما أن الفراق بين الزوجين يكون بكلمة تفيد معنى الطلاق تصريحاً أو تلميحاً، فكذلك ارتباط القران بين الزوجين يكون بكلمة تفيد معنى التزويج أو الإنكاح سواء بمادتهما اللفظية أم بما أفاد معناهما تضميناً وتورية.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

اتفق الفقهاء بأن الزواج ينعقد بألفاظ صريحة تفيد معنى الزواج أو النكاح، وهي التي وردت في القرآن الكريم مثل قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: 37]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 22]، قال ابن نجيم الحنفي: "أما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه"⁽²⁾، كما اتفقوا على أن الزواج لا ينعقد بألفاظ الإحلال أو الإباحة أو غيرها، قال ابن عبد البر: "وقد أجمعوا أن النكاح لا ينعقد بقوله: قد أبحت لك، أو قد أحللت لك"⁽³⁾، ونقل هذا الإجماع بعض فقهاء المالكية⁽⁴⁾؛ بسبب عدم تأديتها لمعنى النكاح والزواج حقيقة ولا تقتضي البقاء مدى الحياة⁽¹⁾، أما ما سوى ذلك فاختلف الفقهاء فيه، وهو ما سنبينه في هذا المطلب.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

سنتناول في هذا الفرع أقوال الفقهاء في هذه المسألة، كذلك سنقوم باستعراض أدلتهم مع ذكر المناقشات والاعتراضات التي أوردوها في شأنها، كذلك نبين وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة. أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في حكم الألفاظ التي ينعقد بها الزواج شرعاً. اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بغير لفظي الإنكاح والتزويج إلى عدة أقوال هي كالآتي:

(1) سبق تخرجه ص 162.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق، 91/3.

(3) ابن عبد البر، الاستذكار، 410/5.

(4) القراني، الذخيرة، 396/4؛ المواق، التاج والإكليل، 44/5؛ الخطاب، مواهب الجليل، 420/3.

(1) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، 81/6.

1- قول الحنفية: ذهب الحنفية إلى القول بأنه يصح الإيجاب والقبول بألفاظ الهبة والبيع والصدقة والتمليك، وبكل لفظ يفيد معنى النكاح بإزاء لَفْظَي التزويج والإنكاح⁽¹⁾.

2- قول الشافعية والحنابلة: ذهب الشافعية، والحنابلة إلى القول بانعقاد الزواج بِلَفْظَي التزويج والإنكاح فقط، ولا يصح الإيجاب والقبول بغيرهما⁽²⁾، وهذا القول مروى عن مالك⁽³⁾.

3- قول المالكية: قالوا أن ألفاظ عقد النكاح تنقسم إلى أربعة أقسام هي⁽⁴⁾:

أ- ألفاظ ينعقد بها النكاح مطلقا سواء سمي الصداق أم لا، وهي أنكحت وزوجت.

ب- ألفاظ ينعقد بها النكاح شريطة تسمية الصداق سواء حقيقة أم حكما، وهي وهبت فقط.

ج- ألفاظ مختلف فيها، وهي كل لفظ يقتضي التأيد دون التأقيت كألفاظ: بعث أو ملكت أو أحللت أو أعطيت أو منحت، فهل تنقاس على الهبة فينعقد النكاح بتسمية المهر أو لا؛ فابن القصار والقاضي عبد الوهاب والباجي وابن العربي؛ قالوا تنعقد، أما ابن رشد الجد؛ فقال بعدم الانعقاد.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في حكم الألفاظ التي ينعقد بها الزواج شرعا.

1- احتج فقهاء الحنفية بقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50]، ووجه استدلالهم بالآية أن الأصل ما كان مشروعاً في حق النبي ﷺ يكون مشروعاً في حق أمته، حتى يقوم دليل الخصوص⁽¹⁾، كذلك احتجوا بقوله ﷺ: «أَذْهَبَ فَقَدْ مَلَكَتُكُمَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ»⁽²⁾؛ ولأن من قاعدتهم أن كل لفظ يكون في اللغة تمليكا للرقبة يصلح لفظا للنكاح⁽³⁾.

2- كما احتج الشافعية والحنابلة بقول النبي ﷺ: «وَأَسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»⁽⁴⁾، ووجه استدلالهم بالحديث أن كلمة الله هي التزويج أو الإنكاح فإنه لم يذكر الله في القرآن سواهما كقوله

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 229/2.

(2) الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، ص 159 ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 20/3؛

(3) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 191/3.

(4) الصاوي، بلغة السالك، 380/1؛ البغدادي، الإشراف، 966/2؛ ابن العربي، أحكام القرآن، 496/3، الباجي، المنتقى، 276/3؛ ابن رشد، المقدمات والمهمدات، 480/1.

(1) الكاساني، المرجع السابق، 230/2.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، حديث رقم: 5087، 06/7.

(3) الكاساني، المرجع السابق، 230/2.

(4) سبق تخريجه، ص 162.

سبحانه: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: 37]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 22]، فوجب الوقوف معهما تعبدا واحتياطاً؛ ولأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود النذب له من الشرع، والشرع إنما ورد بلفظي التزويج والإنكاح⁽¹⁾.

3- أما المالكية فاحتجوا بنفس الحديث الذي استدل به الحنفية، ومن جهة القياس قالوا أن لفظ التملك يقتضي إطلاقه عقد تملك مؤبد، فجاز أن ينعقد به النكاح كلفظ النكاح والتزويج⁽²⁾.

ثالثاً: المناقشة وال ترجيح.

1- المناقشة:

أ- ناقش الحنفية أدلة الشافعية والحنابلة الذين قالوا بوجوب قصر ألفاظ النكاح على التزويج أو الإنكاح تعبداً لكونها كلمة الله في القرآن؛ بأن كلمة الله تعالى تحتل حكم الله عز وجل كقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ﴾ [يونس: 19]، وإضافة الكلمة إلى الله تعالى باعتبار أن الشارع هو الله تعالى فهو الجاعل للفظ سببا لثبوت الحكم شرعاً، فكان هذا الحكم كلمة الله تعالى من هذا الوجه، وذلك لا ينفي النكاح بغير الكلمات المسكوت عنها، كذلك قالوا بأن خلوص الهبة للنبي ﷺ من دون المؤمنين في الآية راجع إلى المهر لا إلى لفظ الهبة، بدلالة قوله تعالى بعد ذلك: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [الأحزاب: 50]⁽³⁾.

ب- كما ناقش الشافعية والحنابلة أدلة الحنفية والمالكية بأن الآية دليل لهم؛ لأن الله تعالى ذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح، كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال؛ ولأنه ليس بصريح في النكاح، فلا ينعقد به؛ لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تُعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية، لعدم إطلاعهم عليها، فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق النكاح بقية العقود والطلاق، وأما استدلالهم بالحديث، فقد روي بعدة ألفاظ كزوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها، من طرق صحيحة والقصة واحدة، والظاهر أن الراوي روى بالمعنى فلا تكون حجة، وإن كان النبي ﷺ جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه؛ لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة⁽⁴⁾.

(1) الشريبي، مغني المحتاج، 229/4؛ ابن قدامة، المغني، 78/7.

(2) الباجي، المنتقى، 276/3.

(3) الكاساني، المرجع السابق، 230/2.

(4) الشريبي، المرجع السابق، 229/4؛ ابن قدامة، المغني، 79/7.

2- الترجيح:

الرأي الذي أرجحه هو القول بانعقاد النكاح بألفاظ النكاح والتزويج والهبة إذا اقترنت بذكر المهر وَاخْتَفَتْ بِهَا الْقَرَأَنُ؛ وذلك للاعتبارات التالية:

- أ- أن لَفْظِي التزويج والإنكاح هما المادتان اللغويتان المستعملتان في القرآن الكريم للدلالة على معنى الزواج، فيقتضي لفت النظر إليهما في أنهما مخصوصان بعقد الزواج في أصل الوضع ودلالة الشرع.
- ب- أن لفظ الهبة جاء في القرآن الكريم في سياق التزويج كما مرَّ معنا في الآية؛ فَدَلَّ على الجواز.
- ج- أن ألفاظ التمليك والبيع وغيرها لا تدل على التزويج أو الإنكاح لا حقيقة ولا مجازاً ولا يوجد دليل نقلي لذلك، أما الاستدلال بحديث: «اذْهَبْ فَقَدْ مَلَكَتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، فقد ورد بألفاظ متعددة أرجحها: زَوَّجْتُكَهَا وَأَنْكَحْتُكَهَا كما قال فقهاء الحديث؛ ومنهم ما قاله ابن دقيق العيد⁽¹⁾: "وقوله ﷺ "زَوَّجْتُكَهَا" اُخْتَلِفَ فِي هَذِهِ اللَّفْظَةِ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ رَوَاهَا كَمَا ذَكَرَ، وَمِنْهُمْ مَنْ رَوَاهَا "مَلَكَتُكَهَا"، وَمِنْهُمْ مَنْ رَوَاهَا "مَلَكَتُكَهَا" ... وَالظَّاهِرُ الْقَوِي أَنَّ الْوَاقِعَ أَحَدُ الْأَلْفَافِ لَا كُلَّهَا، فَالضَّوَابُ فِي مِثْلِ هَذَا النَّظَرِ إِلَى التَّرْجِيحِ بِأَحَدِ وَجْهِهِ، وَنُقِلَ عَنِ الدَّارِقُطِيِّ⁽²⁾ أَنَّ الصَّوَابَ رَوَايَةَ مَنْ رَوَى "زَوَّجْتُكَهَا"، وَأَنَّهُ قَالَ وَهُمْ أَكْثَرُ وَأَحْفَظُ"⁽¹⁾، وَقَالَ ابْنُ حَجَرٍ: "جَاءَ فِي بَعْضِ طَرِيقِهِ: «مَلَكَتُكَهَا» وَ«مَلَكَتُكَهَا» وَ«أَمَكَّنَّاكَهَا» وَ«أَنْكَحْنَاكَهَا» وَ«زَوَّجْنَاكَهَا» وَ«أَبْجَحْنَاكَهَا»، وَغَيْرَ ذَلِكَ ... وَلَفْظُ التَّزْوِيجِ رَوَايَةُ الْأَكْثَرِ وَالْأَحْفَظُ فَهِيَ الْمَعْتَمَدَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ"⁽²⁾.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة ليست من مسائل مراعاة الخلاف بالمعنى الخاص عند المالكية، لكن يمكن اعتبارها كذلك بمعناها العام الذي هو اعتبار مطلق الخلاف والأخذ بالمذهب الفقهي المخالف؛ حيث خالف المشرع فقهاء المالكية ونص على أن الزواج ينعقد بكل ما يدل على النكاح شرعاً.

(1) هو: الشيخ الإمام تقي الدين محمد بن علي القشيري المصري ابن دقيق العيد، تفقه على والده المالكي المذهب ثم على الشيخ عز الدين بن عبد السلام، كان علامة في المذهبين عارفاً بالحديث وفنونه، من تصانيفه: الإمام والإقتران وشرح مختصر ابن الحاجب، توفي 702هـ؛ ينظر: ابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، 2/229.

(2) هو: الإمام شيخ الإسلام حافظ الزمان أبو الحسن علي بن عمر البغدادي الدارقطني سمع البغوي، وسمع منه الحاكم، انتهى إليه علم الأثر والعلل والرجال، ألَّفَ السنن والعلل والأفراد، توفي سنة 385هـ؛ ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، 1/393.

(1) ابن دقيق، إحكام الأحكام، 2/184.

(2) ابن حجر، التلخيص الحبير، 3/318.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نص المشرع في المادة 10 فقرة 1 من ق أ ج على هذه المسألة بقوله: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"⁽¹⁾.

يفهم من هذه المادة بدلالة منطوقها أن المشرع قد راعى الخلاف الحاصل بين الفقهاء، حيث إن حكمها دائر بين مضيق وهم الشافعية الحنابلة الذين يقتضون على لفظي التزويج والإنكاح لانعقاد الزواج دون غيرهما، وموسع وهم الحنفية والمالكية الذين يزيدون على اللفظين لفظ الهبة بشرط اقترانه بالمهر أثناء العقد في مشهور المالكية، وبكل لفظ يفيد معنى التملك المؤبد للأعيان بقصد الزواج وما يجري مجراها كألفاظ البيع والهبة والصدقة والجعالة عند الأحناف، ويظهر أن المشرع قد أخذ بمذهب الحنفية الذين يرون انعقاد الزواج بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً⁽²⁾.

وقد شابه المشرع الجزائري في هذا المشرع المصري، وكذا المشرع السوري حيث جاء في المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية أن الإيجاب والقبول في الزواج يكون بالألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة وعرفاً، كذلك تبنى المشرع المغربي هذا الرأي ونص على ذلك في مدونة الأسرة في مادتها العاشرة أن الزواج ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً⁽¹⁾.

والمسوغ الذي جعل المشرع يأخذ بمذهب الحنفية، ويعدل عن مذهب المالكية فيما يظهر هو التيسير على الناس، ورفع الحرج عنهم في ألفاظ عقد الزواج⁽²⁾، كذلك نظر المشرع إلى مقصود الزواج، فينعقد بكل عبارة تؤدي هذا المعنى؛ ولأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ⁽³⁾.

ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة خلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لم أجد في حدود بحثي قرارات للمحكمة العليا عاجلت هذه المسألة بما يكرس مبدأ قضائياً لذلك.

⁽¹⁾ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 21، ص 910.

⁽²⁾ عبد الكريم حامدي، التلقيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 210.

⁽¹⁾ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 101؛ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 38؛ مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 48.

⁽²⁾ عماد شريف، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، ص 106.

⁽³⁾ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 190.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة مدة استحقاق النفقة الزوجية.

النفقة الزوجية حق مادي أصيل ثابت للزوجة بمقتضى العقد عليها، وقد كَلَّفَت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الزوج للقيام بها لأن القوامة في يده، مصداقاً لقوله تبارك وتعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: 34]، كما أكدت السنة النبوية هذا المعنى فجاءت الأحاديث المتكاثرة عن النبي ﷺ تأمر الزوج بالإنفاق على زوجته؛ ومنها قوله ﷺ لما سئل عن حق الزوجة على زوجها: «أَنْ تُطْعَمَهَا إِذَا طَعِمْتَ، وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ - أَوْ اكْتَسَبْتَ...»⁽¹⁾، وإذا لم يقيم الزوج بأداء النفقة وكان موسراً، فهل تكون ديناً في ذمته أم يسقط الحق في المطالبة بها لمدة قد تطول أو قد تقصر؟، وبناء على ذلك سنبيّن موقف الفقه وقانون من ذلك.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نعالج في هذا الفرع تعريف النفقة عموماً عند فقهاء المذاهب، ونظراً لكون من أنواعها النفقة الزوجية، كذلك نقوم بتعريف النفقة الزوجية ثم بيان حكمها وحكمتها، ثم تُبيّن سبب وجوبها كمعيار لوجوب استحقاقها لدى أصحابها؛ وذلك على النحو التالي:

أولاً- تعريف النفقة الزوجية وبيان حكمها:

1- تعريف النفقة الزوجية:

سنقوم ابتداءً بتعريف النفقة لغة واصطلاحاً، ثم نورد تعريف النفقة الزوجية باعتبارها قسم من أقسام النفقة بحسب أسبابها التي هي القرابة والملك.

أ- لغة:

النفقة مشتقة من النَفَقَ بمعنى الهلاك، يقال: نَفَقَ الفرسُ يَنْفُقُ نَفْقاً مَاتَ، وَنَفَقَتِ السِّلْعَةُ تَنْفُقُ نَفْقاً بِالْفَتْحِ؛ عَلَتْ وَرُغِبَ فِيهَا، وَأَنْفَقَهَا صَاحِبُهَا وَنَفَقَهَا، وَنَفَقَ الْبَيْعُ نَفْقاً رَاجٍ، وَنَفَقَ الدَّرْهَمُ يَنْفُقُ نَفْقاً، وَأَنْفَقَ الرَّجُلُ إِذَا افْتَقَرَ؛ وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ﴾ [الإسراء: 100]؛ أَي خَشْيَةَ الْفَنَاءِ وَالنَّفَادِ، وَأَنْفَقَ الْمَالُ صَرْفَهُ، وَالنَّفَقَةُ مَا أُنْفِقَ، وَالْجَمْعُ نِفَاقٌ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، حديث رقم: 2142، 476/3؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده حسن".

⁽¹⁾ ابن منظور، لسان العرب، مادة: نفق، 10/ 357-358.

ب- اصطلاحاً:

نتناول تعريف النفقة في اصطلاح الفقهاء بوجه عام، ثم نتطرق إلى تعريف النفقة الزوجية:

- تعريف النفقة عموماً:

جاء عن بعض فقهاء المذاهب الأربعة تعاريف متقاربة نختار منها ما يأتي:

- عَرَّفَهَا الحنفية بقولهم هي اسم للشيء الذي ينفقه الرجل على عياله، وجاء عن مُحَمَّد بن الحسن لما سئل عن النفقة، قال النفقة هي الطعام والكسوة والسكنى⁽¹⁾.

- وعَرَّفَهَا المالكية بأن النفقة هي ما به قِوَامُ معتاد حال الآدمي دون سَرَفٍ⁽²⁾.

- كما جاء عن بعض المعاصرين أن النفقة هي اسم لما ينفقه الإنسان على نفسه أو على من تلزمه نفقته كالزوجة، أو الأولاد، أو الأقارب، ويشمل ذلك: الطعام والمسكن والملبس⁽³⁾.

ما يُلَحَظُ على هذه التعاريف اشتراكها في شيء واحد هو كون النفقة الزوجية جزءاً من النفقة عموماً؛ حيث تعتبر سبباً من أسبابها؛ فلذلك لم يفرد لها الفقهاء تعريفاً مستقلاً بل من فعل ذلك هم الفقهاء المعاصرون الذين كتبوا في أحكام الأسرة أو الأحوال الشخصية فقها وقانوناً.

- تعريف النفقة الزوجية:

النفقة الزوجية هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس، كذلك هي ما يُطَالَبُ به الزوج شرعاً نحو زوجته من طعام وشراب وملبس ومسكن وفراش وخدمة وما يتبع ذلك حسب العرف في إطار القواعد الشرعية، كذلك هي اسم للمال الذي يجب للزوجة على زوجها لأجل معيشتها من طعام وشراب وكسوة وخدمة وعلاج⁽¹⁾.

2- حكم النفقة الزوجية:

أجمع الفقهاء في كل المذاهب على وجوب النفقة للزوجة سواء كانت مسلمة أم كافرة المعقود عليها بنكاح صحيح، وهذا الحكم ثابت بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول:

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، 4/188.

(2) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 5/05.

(3) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، 207.

(1) مُحَمَّد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص437؛ جميل جانم، آثار عقد الزواج، ص223؛ مُحَمَّد عبيدي، أحكام النفقة الزوجية، ص21.

فمن القرآن قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، وقوله تعالى كذلك: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: 07]، أما من السنة فقد جاء عن النبي ﷺ قوله: «أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا، فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ فَلَا يُوطِئَنَّ فُرْشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كِسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ»⁽¹⁾، كذلك جاء عنه ﷺ في رواية أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ، بِالْمَعْرُوفِ»⁽²⁾، كما أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على وجوبها؛ قال أبو بكر ابن المنذر: "وقد أجمع أهل العلم على أن للزوجة نفقتها وكسوتها بالمعروف"⁽¹⁾، وأما من المعقول فالمرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج، ممنوعة من التصرف والاكتساب لتفرغها لحقه، فكان عليه أن ينفق عليها، لأن الغرم بالغنم والخراج بالضمان، فالنفقة جزاء الاحتباس، فمن احتبس لمنفعة غيره كالموظف والجندي، وجبت نفقته في مال الغير⁽²⁾.

ثانيا- الحكمة من إيجاب النفقة على الزوج وحده وسبب وجوبها:

1- الحكمة من إيجاب النفقة على الزوج وحده:

أوجب الشرع الحنيف على الزوج لزوجه النفقة لحكم سامية من أهمها⁽³⁾:

- أ- أن الزوجة بتمكينها للزوج من نفسها أصبحت محبوسة في بيت الزوجية لحقه، وهذا الاحتباس استوجب حقا لها في الإنفاق والكسوة والسكنى.
- ب- أن الزوجة بالتمكين من نفسها تكون قد فرغت نفسها للحياة الزوجية من حفظ النسل والقيام على تربية الأولاد ورعاية شؤون البيت، وخصصت نفسها لمنفعة زوجها، وهي بذلك لا

(1) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم: 1163، 458/2؛ قال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح".

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم: 5364، 65/7.

(1) ابن المنذر، الإشراف، 157/5.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7373/10.

(3) محمد قنديل، فقه النكاح والفرائض، ص 204.

تتمكن من الخروج للاكتساب والسعي على الرزق، فوجب لها نظير ذلك حق النفقة، عملاً بالقاعدة العامة "كل من حبس نفسه لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لأجله".

ج- اقتضت حكمة المولى - عز وجل - أن يودع في الرجل القدرة على العمل والتكسب والتفوق في التدبير وحسن الأداء وجعل له القوامه والزعامه على الأسرة، لذا كان واجبا عليه أن يكفي زوجته النفقة هي وأولادها وجعل الشرع نفقتها بابا من أبواب التقرب إلى الله؛ مصداقا لقوله ﷺ: «دِينَارٌ أَنْفَقْتُهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَدِينَارٌ أَنْفَقْتُهُ فِي رَقَبَةٍ، وَدِينَارٌ تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَى مِسْكِينٍ، وَدِينَارٌ أَنْفَقْتُهُ عَلَى أَهْلِكَ، أَعْظَمُهَا أَجْرًا الَّذِي أَنْفَقْتُهُ عَلَى أَهْلِكَ»⁽¹⁾.

2- سبب وجوب نفقة الزوجة:

نظرا للأثر البالغ الذي يكتسبه التعرف على سبب وجوب النفقة لكونه يلقي بضوء كاشف على الأصل الذي ابتنى عليه الخلاف في المسألة؛ وعليه فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن سبب وجوبها هو الاحتباس الثابت للزوج عليها بعقد الزواج الصحيح دون الزواج الفاسد، وهذا هو مذهب جمهور الحنفية⁽¹⁾، وَعَلَّلُوا ذلك بأن من كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه أَصْلُهُ القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي وغيرهم⁽²⁾.

القول الثاني: النفقة لا تجب على الزوج لزوجته إلا بالتمكين التام من نفسها بعد العقد الصحيح، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في الجديد والحنابلة، وهو رواية عن أبي يوسف⁽³⁾؛ وَعَلَّلُوا ذلك بأن العقد يوجب المهر ولا يوجب النفقة، فإيجاب النفقة بالعقد يقتضي الجمع بين عوضين مختلفين، كذلك النفقة معقود عليها فإيجابها بالعقد غير جائز شرعا⁽⁴⁾.

كما نختبل الفرصة للإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب الجمهور في المادة 74 من ق أ ج

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم، حديث رقم: 995، 692/2.

(1) ابن عابدين، رد المختار، 572/03.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، 51/3.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق، 575/03؛ الخطاب، مواهب الجليل، 182/4؛ المحلي، كنز الراغبين، 143/6؛ ابن قدامة، المغني، 228/8.

(4) الشريبي، مغني المحتاج، 167/5.

حيث جاء فيها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه..."⁽¹⁾، كذلك أخذ به المشرع المصري والمغربي والتونسي، وأخذ المشرعان الأردني والعراقي بقول الحنفية⁽²⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتطرق في هذا الفرع إلى عرض أقوال الفقهاء في حكم المسألة، ثم نتناول الأدلة التي أسسوا عليها آراءهم، مع ذكر المناقشات والاعتراضات التي أبدوها عليها، ثم الوصول إلى ترجيح الرأي الذي يظهر قويا في المسألة، ثم بيان وجه مراعاة الخلاف فيها.

أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلفت أنظار الفقهاء في هذه المسألة، ويمكن تقسيمها إلى مذهبين رئيسين نوردتهما كالتالي:

1- مذهب الجمهور: ذهب المالكية، والشافعية وأحمد في أظهر الروايتين عنه إلى أن النفقة الواجبة على الزوج تصير دينا في ذمته، ولا تسقط بمضي المدة سواء تركها لعذر أم لغير عذر⁽¹⁾.

2- مذهب الحنفية: ذهبوا إلى أن النفقة الماضية لا تجب إلا بحكم القاضي، أو بالتصالح بين الزوجين على مقدار منها، وتسقط إذا مضت عليها مدة، وهو رواية عند الحنابلة⁽²⁾، ولذلك فليس للمرأة في هذا المذهب أن تطالب بالنفقة الزوجية إلا في مدة شهر سابقة على رفع الدعوى⁽³⁾.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل الفريقان بأدلة متنوعة من المنقول والمعقول لتعزيد ما ذهبوا إليه، وسنذكر ذلك كما يلي:

1- أدلة الجمهور:

- استدلوا بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث كتب عمر إلى عُمَّالِهِ في الذي يغيب عن امرأته فلا يبعث بنفقة، فكتب أن ادْعُهُمْ، فَأَمْرُهُمْ أَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلَّقُوا، فإن لم يُطَلِّقُوا خذوهم بنفقة ما مضى، وما اسْتَقْبِلَ⁽⁴⁾، قال الشافعي: "وهذا يشبه ما وصفت قبله وإليه يذهب أكثر أصحابنا،

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص914.

(2) رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، ص252.

(3) الدردير، الشرح الصغير، 314/2؛ الشيرازي، المهذب، 155/3؛ ابن قدامة، المغني، 207/8.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق، 55/3؛ ابن مفلح، المبدع، 163/7.

(3) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص250.

(4) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، أثر رقم: 12347، 94/7؛ قال

ابن كثير: "إسناد جيد"، ينظر: مسند الفاروق، 245/2.

وأحسب عمر - والله تعالى أعلم - لم يجد بحضرته لهم أموالاً يأخذ منها نفقة نسائهم فكتب إلى أمراء الأجناد أن يأخذوهم بالنفقة إن وجدوها والطلاق إن لم يجدوها، وإن طَلَّقُوا فَوُجِدَ لهم أموال أخذوهم بالبعثة بنفقة ما حبسوا⁽¹⁾.

- كذلك قالوا أن إجماع الصحابة منعقد على عدم سقوطها لأنه لم يخالف أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في ذلك أحد منهم في القضاء الذي ذهب إليه؛ فثبت أنه إجماع لا يسوغ خلافه⁽²⁾.

- قياس النفقة الزوجية على عقود المعاوضات؛ ووجهه أنه مال يجب على سبيل البدل في عقد المعاوضة فلا يسقط بمضي الزمان كضمن المبيع والأجرة والمهر، بدليل أنه يصح ضمان ما استقر منها في الذمة بمضي الزمان، كما يصح ضمان سائر الديون⁽³⁾.

- أنها وجبت بمقتضى العقد الصحيح في مقابل قيام الزوجة بالبيت ومصلحه فهي عوض كالأجرة أوجبها الشارع على سبيل المقابلة، وإذا كانت عوضاً فهي تعتبر ديناً كسائر الديون⁽⁴⁾.

- أن النفقة الزوجية حق من الحقوق العينية التي لا تسقط بالتقادم، فتبقى ديناً قوياً في الذمة؛ وَعَلَّلُوا ذلك بأنها حق يجب مع اليسار والإعسار، فلا يسقط بمضي الزمان كالدين⁽⁵⁾.

2- أدلة الحنفية:

يُسْتَدَلُّ لرأي الحنفية بحديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، لما اشكت هند بنت عتبة رضي الله عنها فقال صلى الله عليه وسلم لها: «حُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ، بِالْمَعْرُوفِ»⁽⁴⁾؛ ووجه الدلالة منه أنه صلى الله عليه وسلم لم يفرض لها نفقة ما مضى، ولأنها نفقة تجب يوماً فيوماً، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم؛ كنفقة الأقارب⁽⁵⁾.

كذلك استدل الأحناف لمذهبهم بالمعقول، أن النفقة لا تصير ديناً إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي؛ لأنها قد استغنت عليها الزوجة بمضي وقتها كنفقة الأقارب، فهي صلة وليست معاوضة⁽⁶⁾،

(1) الشافعي، الأم، 98/5.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 455/11.

(1) الشيرازي، المهذب، 155/3.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 251.

(3) النووي، المجموع، 275/18.

(4) سبق تحريجه، ص 287.

(5) عبد العزيز العيدان وآخرون، الدلائل والإشارات، 277/3.

(6) محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 142.

وحجتهم في ذلك القياس على التبرعات التي لا يمكن أن تصير دينا في الذمة بحال، فالنفقة صلة والصلوات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكد ما وهو قضاء القاضي أو التراضي، كالهبة والصدقة من حيث إنها لا تتأكد إلا بالقبض، فلا يتأكد الوجوب في النفقة إلا بالقضاء أو بالتراضي بالتزام من قبل الزوج؛ لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي، كذلك النفقة ليست بعوض عن البضع بل المهر عوض عن البضع، ولا تستوجب عوضين عن شيء واحد بعقد واحد؛ ولأن ما يكون عوضا عن البضع يجب جملة؛ لأن ملك البضع يحصل للزوج جملة، ولا يجوز أن يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها؛ لأن ذلك تَصَرُّفٌ منه في ملكه فلا يوجب عليه عوضا؛ ولأنها نفقة مشروعة للكفاية فلا تصير دينا بدون القضاء، كنفقة الوالدين والأولاد لا تصير دينا بمجرد مضي الزمان⁽¹⁾.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

أساس الخلاف بين الجمهور والحنفية في المسألة هو الاختلاف في الوضع الفقهي لوجوب النفقة؛ فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس ولا وجه للتبرع فيها، والحنفية يرونها جزاء الاحتباس مع أن فيها معنى الصلة؛ لذلك قالوا هي عوض فيه نوع صلة، أو هي عوض وصلة معا⁽¹⁾. وعليه فقد نوقش استدلال الجمهور بأثر عمر عليه السلام أنه إنما أمر الأزواج إذا طَلَّقُوا أن يبعثوا بنفقة ما مضى، ولم يأمرهم إذا قَدِمُوا أن يفرضوا نفقة ما مضى، ولا يُعَرَّفُ ذلك عن صحابي أَبِي بَكْرٍ⁽²⁾، كذلك هذا الأثر مُعَارَضٌ بحديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن هند بنت عتبة رضي الله عنها، قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال صلى الله عليه وسلم: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ، بِالْمَعْرُوفِ»، فأباح لها أن تأخذ في المستقبل قدر الكفاية، ولم يُجَوِّزْ لها أخذ ما مضى⁽³⁾، كما ناقش الحنفية قياس الجمهور النفقة الزوجية على عقود المعاوضات، ومنها الإجارة بأن بين الإجارة والنفقة الزوجية فرقا؛ فالإجارة إنما تجب معلومة القدر في الأجرة، أما النفقة الزوجية فإنما تجب على قدر الكفاية، وليست معلومة قبل فرضها وتقديرها علما كافيا لاعتبارها

(1) السرخسي، المجموع، 18/275؛ العيني، البناية، 5/675.

(1) مُجَدُّ أَبُو زَهْرَةَ، الأحوال الشخصية، ص 250.

(2) ابن القيم، زاد المعاد، 5/454.

(3) المرجع نفسه.

دينا⁽¹⁾، وقياسها على المهر قياس مع الفارق كذلك؛ لأن الأصل في هذه النفقة إنما تجب باحتباس الزوجة في مصالح بيت الزوجية وتمكينها لزوجها من ذلك، وذلك يكون بالدخول والاستقرار البيتي، أما المهر فلا يجب إلا بمجرد العقد الصحيح قبل الدخول كذلك المهر لا يسقط بالموت والنفقة تسقط به، أما أن النفقة الزوجية تشبه العوض في كونها قابلة لأن تكون دينا كسائر الديون، فقد حَقَّقَ الكمال بن الهمام الحنفي ذلك بقوله: "هي عوض من وجه دون وجه وذلك لأنها جزاء الاحتباس، فمن حيث إنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض...، ومن حيث إنه لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة كإعفاف كُلِّ الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقوم التكليف الشرعية هي صلة"⁽²⁾.

ويمكن أن يجاب بأن التعارض بين أثر عمر وحديث هند رضي الله عنهما منتفٍ؛ لأن هند رضي الله عنها شكت إلى النبي ﷺ زوجها بأنه رجل شحيح لا يعطيها ما يكفيها وأولادها، ولم تدَّعِ عليه أنه امتنع مطلقاً عن الإنفاق عليها، وبذلك يكون ادعاء التعارض خارج عن محل النزاع.

وناقش الجمهور أدلة الحنفية بأن هذه النفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها، ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة وفارقت نفقة الأقارب، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له، فإذا مضى زمنها استغني عنها لإعساره، فأشبه ما لو استغني عنها بيساره، وهذه بخلاف ذلك إذا ثبت هذا، فإنه إن ترك الإنفاق عليها مع يساره، فعليه النفقة بكما لها، وإن تركها لإعساره، لم يلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزائد سقط بإعساره⁽¹⁾.

2- الترجيح:

يبدو لي أن رأي الجمهور القائلين بتحميل الزوج الموسر دين النفقة السابقة أولى بالاختيار وال ترجيح، وذلك لقوة أدلته ووجهاتها والتفاتاً إلى نظرية الاحتباس التي تتأسس عليها مقاصد النفقة الزوجية، كذلك نستطيع القول بأنه من باب الصلة التي يراها الحنفية أن لا يُجْمَع على المرأة ضرر الاحتباس وضرر هضمها حقها في النفقة التي قد تلجأ إلى الاستدانة لإعالة أولادها هذا ديانة، أما قضاء فإنه يجوز للقاضي أن يحتسب على الزوج الموسر المدة التي امتنع فيها عن النفقة، وهذا تحقيقاً

(1) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 250.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 393/4.

(1) ابن قدامة، المغني، 208/8.

للعادل ورفعاً للضرر عن الزوجة وعن الزوج مراعاة لخلاف الحنفية، كما أرى عدم تقييد القاضي بمدة معينة لإلزام الزوج بدين النفقة فيما مضى، وتركها لسلطته التقديرية فيما يتعلق بطول المدة أو قصرها فقد تحكمها الظروف والملابسات التي تقتضي نظراً من قاضي الموضوع تحقيقاً وتدقيقاً⁽¹⁾.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة ليست من المسائل القديمة التي تدخل ضمن قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها الخاص الذي تكلم عنه المالكية، لكن بالمعنى العام الذي أصْلَنَاهُ نستطيع القول بأن المشرع لم يأخذ بالمذهب المالكي، وخرج عنه مُتَبَيِّنًا المذهب الحنفي قد وافق قاعدة مراعاة الخلاف، من حيث جواز احتساب دين النفقة إذا حكم به القاضي ويدخل في مضمونه التشريع القانوني.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نص المشرع الجزائري في المادة 80 من ق أ ج على أن النفقة الزوجية واجبة على الزوج لزوجته بقوله: "تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بنية لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁽¹⁾، فنستنتج أن المشرع وضع نصاً يعطي للزوجة الحق في المطالبة بالنفقة الزوجية في مدة معينة، وهذا مذهب الحنفية، ورواية عن الحنابلة الذين يقولون بسقوط النفقة، إذا مضت عليها مدة، وحددوها بشهر إذا لم تطالب بها الزوجة⁽²⁾، وحددها المشرع بسنة.

وقد تفاوتت اتجاهات المشرعين في الدول العربية بين أخذ برأي الحنفية وأخذ برأي الجمهور فالمشرع المغربي قرر في المادة 195 من مدونة الأسرة بأنه يُحْكَمُ للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه وليس ابتداء من تاريخ الدعوى بها، كما لا تسقط النفقة بمضي التقادم إلا بالقضاء أو الإبراء⁽³⁾، وهذا كما جاء عن المشرع التونسي في الفصل 42 من مجلة الأحوال الشخصية أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي المدة بمعنى أنه يأخذ بمبدأ عدم تقادم المطالبة بها من طرف الزوجة⁽⁴⁾.

(1) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص 175.

(2) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 915.

(3) عبد الكريم حامدي، التلقيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص 212.

(4) محمد الشافعي، الزواج وانهلاله في مدونة الأسرة، ص 137.

(5) مجلة الأحوال الشخصية، ص 12.

كذلك نجد المشرع السوري أخذ برأي الحنفية في المادة 78 من قانون الأحوال الشخصية الذي نص على ما يلي: " - يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه. - لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للادعاء".

ف نجد أن الفقرة الثانية من المادة تحدد مدة أربعة أشهر كحد أقصى لاحتساب مخلفات النفقة كديون مستحقة للزوجة على زوجها⁽¹⁾.

والمسوغ إلى اختيار هذا المذهب من طرف المشرع الجزائري هو تحقيق مصلحتين⁽²⁾:

1- مصلحة الزوجة في اطمئنانها، وعدم خشيتها من فوات حقها في النفقة مدة سنة.

2- التخفيف عن الزوج وعدم إرهاقه بإطلاق المدة في المطالبة بحق النفقة دون تقييد، وهو إضرار به.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة خلاف المسألة في الاجتهاد القضائي.

بالنسبة إلى معالجة هذه المسألة في إطار الاجتهاد القضائي فقد جاء ذلك مكرسا في القرار المؤرخ في 1989/12/25 ونصه كالآتي: "من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسييب ليس في محله.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضية الموضوع لما قضا بدفع الزوجة لمطلقه نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسبَّبوا قرارهم تسببا كافيا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

من خلال منطوق هذا القرار نستنتج أن العمل القضائي كان منسجما مع المشرع في اشتراط الأجل في استحقاق النفقة المتأخرة للزوجة وهو سنة كاملة، وبذلك نكون بصدد إضفاء مبدأ التقادم المسقط على الحق في طلب النفقة قضاء.

(1) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص151.

(2) محمد محدة، الخطبة والزواج، ص372.

(1) قرار رقم: 57506، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، ع3، 1991م، ص65.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة حكم نفقة علاج الزوجة المريضة.

الفقهاء مجمعون على أن من أهم ثمرات الزواج بعد تمامه بالدخول بين الزوجين النفقة الشرعية، وهي بهذا الاعتبار لها مُشْتَمَلَاتٌ من غذاء وكساء ودواء وغطاء وغيرها، وقد كان للفقهاء وخاصة منهم أصحاب المذاهب الأربعة كثير تفصيل فيها، وإن من أبرز ما بحثه الفقهاء مسألة علاج الزوجة المريضة ومدى وجوبها على الزوج وكانت لهم آراء متباينة، وَسَنُجَلِّي في هذا المطلب أحكام هذه المسألة من الناحية الفقهية والقانونية.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

بعد القيام بتعريف مصطلح النفقة في مطلب سابق لا داعي لإعادته، وسيتم في هذا الفرع تعريف العلاج وبيان مشروعيته في الشريعة الإسلامية، ثم بيان المقصود بنفقة علاج الزوجة.

أولاً- تعريف العلاج لغة واصطلاحاً:

1- لغة:

كلمة عِلَاجٍ مشتقة من الفعل عالج يعالج علاجاً ومعالجة، وأصلها من عَلَجَ يدل على تَمَرُّسٍ ومزاولة، في جفاء وغلظ، والعِلْجُ الرَّجُلُ الشَّدِيدُ الْعَلِيْظُ والجمع أَعْلَاجٌ وَعُلُوجٌ، كما تطلق مادتها على عدة معان منها: المداواة والمعاونة والمزاولة والممارسة، وأقربها للمعنى الاصطلاحي هي المداواة، يقال: عالج الطبيب المريض؛ إذا داواه بالدواء، وقد جاء أن من معاني العلاج هو الطب⁽¹⁾.

2- اصطلاحاً:

وردت عن فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تعاريف لمصطلح العلاج نذكرها كما يلي:

أ- جاء عن بعض المالكية بأنه محاولة المريض الداء بدوائه⁽²⁾.

ب- كذلك جاء بأنها المداواة لدفع المرض⁽³⁾.

ج- وقال الطبيب أحمد كنعان: "العلاج وهو تعاطي الدواء بقصد معالجة المرض أو الوقاية منه"⁽⁴⁾.

(1) الهنائي، المنتخب من غريب كلام العرب، 517/1؛ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: عالج، 121/4؛ ابن منظور،

لسان العرب، مادة: عالج، 327/2؛ ابن عبد الهادي، الدر النقي، 768/3.

(2) المنوفي، كفاية الطالب الرباني، 427/4.

(3) نَجْدٌ قَلْعَجِي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص 319.

(4) أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ص 193.

بعد عرض هذه التعاريف يتبين أن المعنى اللغوي للعلاج هو المستعمل في الاصطلاح، فالتعلاج في حقيقته مداواة المرض الواقع أو المتوقع، مزولة وممارسة له ولو بالجراحة⁽¹⁾.

ثانياً- مشروعية العلاج في الشريعة الإسلامية:

العلاج والتداوي أمر مشروع في الجملة⁽²⁾، وعليه سندكر طرّفًا من الأدلة على ذلك:

- منها ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، أنه ﷺ قال: «الشِّفَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: شَرِبَ عَسَلٍ، وَشَرَطَ مَحْجَمٍ، وَكَيَّ نَارٍ، وَأَنْهَى أُمَّتِي عَنِ الْكَيِّ»⁽¹⁾.

- وعن زيد بن أسلم رضي الله عنه أن رجلا في زمان رسول الله ﷺ أصابه جرح فاحتقن الجرح الدم، وأن الرجل دعا رجلين من بني أنمار فنظرا إليه، فزعا أن رسول الله ﷺ قال لهما: «أَيُّكُمَا أَطْبُ؟»، فقالا: «أَوَ فِي الطَّبِّ خَيْرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟»، فزعم زيد أن رسول الله ﷺ قال: «أَنْزَلَ الدَّوَاءَ الَّذِي أَنْزَلَ الْأَدْوَاءَ»⁽²⁾.

- وعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالْدَّوَاءَ، وَجَعَلَ لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءً، فَتَدَاوَوْا، وَلَا تَدَاوَوْا بِحَرَامٍ»⁽³⁾.

- وجاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، أي الناس خير؟ قال: «أَحْسَنُهُمْ خُلُقًا»، ثم قال: يا رسول الله، أنتدأوى؟ قال: «تَدَاوَوْا، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يُنْزِلْ دَاءً، إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً، عَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ، وَجَهَلَهُ مَنْ جَهَلَهُ»⁽⁴⁾.

ثالثاً- بيان المقصود بنفقة علاج الزوجة:

الآن نحاول بيان المقصود بنفقة علاج الزوجة التي نعينها في البحث؛ ذلك أن علاج الزوجة إنما يستهدف حماية صحة الزوجة وسلامة بدنها من كل الأعراض المرضية التي قد تحول دون حصول

(1) فهد السنيدي، نفقة علاج الزوجة (مقال)، ص 285.

(2) أقصد بالمشروعية هنا الإباحة؛ وهو مذهب جماهير أهل العلم، وكرهه الحنابلة والظاهرية لمنافاته حقيقة التوكّل؛ ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 5/268-273؛ قيس آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية، ص 107 وما بعدها.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الشفاء في ثلاث، حديث رقم: 754، 7/122.

(2) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب العين، باب العلاج، حديث رقم: 3474، 5/1378.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطب، باب في الأدوية المكروهة، حديث رقم: 3874، 6/23؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "صحيح لغيره".

(4) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 18456، 30/398؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

الزوج على حقه في الاستمتاع بها، ولذلك تم تعريف نفقة علاج الزوجة بأنها تكاليف الرعاية الصحية للزوجة على قدر الكفاية بالمعروف، فالتكاليف يراد بها التبعات المالية اللازمة لتحقيق الرعاية الصحية، أما هذه الأخيرة فهي الإشراف والمتابعة الطبية للشخص المريض سواء كانت بالوقاية من الأمراض المتوقعة، أم كانت للشفاء مما وقع بالبدن من أمراض، والرعاية الصحية تشمل أجره الطبيب والمستشفى والعمليات الجراحية، وثن الدواء ونحو ذلك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

سيتم التعرُّضُ في تكيف هذه المسألة فقهيًا إلى إيراد أقوال الفقهاء في حكمها، ثم تناول الأدلة التي اعتمدوا عليها، مع إيراد المناقشات والاعتراضات على هذه الأدلة، ثم وصولاً إلى ترجيح الرأي الذي يظهر قويا في المسألة، ثم بيان وجه مراعاة الخلاف.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلفت آراء الفقهاء حول مسألة نفقة علاج الزوج لزوجته إلى قولين رئيسيين؛ باعتبارها أحد أنواع النفقة الزوجية، بين موجب لها على الزوج وغير موجب لها، وأقوالهم كالتالي:

القول الأول: ذهب أبو حفص ابن العطار⁽¹⁾ ومُحمَّد ابن عبد الحكم⁽²⁾ من المالكية والشوكاني ومُحمَّد صديق خان القنَّوْجي، إلى وجوب نفقة علاج الزوجة على زوجها⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب الأئمة الأربعة إلى عدم وجوب نفقة علاج الزوجة على زوجها⁽⁴⁾، بل تنفق من مالها أو من مال من تلزمه نفقتها قبل الزواج.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل الفقهاء من كلا الفريقين بجملة من الأدلة نوردتها على النحو التالي:

⁽¹⁾ فهد السنيدي، المرجع السابق، ص 287-288.

⁽²⁾ هو: أبو حفص عمر بن مُحمَّد التميمي، المشهور بالعطار، الفقيه الإمام العالم الصالح، أخذ عن أبي بكر بن عبد الرحمن وغيره، وكان من أقران ابن محرز ونظرائه، له تعليق على المدونة، توفي قبل سنة 432هـ؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 159/1.

⁽³⁾ هو: أبو محمَّد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، الفقيه الحافظ الحجة النظار، سمع الليث وابن عيينة، أفضت إليه الرئاسة بمصر بعد أشهب، له تأليف منها: المختصر الكبير والأوسط والصغير، توفي 214هـ؛ ينظر: مخلوف، المرجع السابق، 90/1.

⁽⁴⁾ عlish، فتح العلي المالک، 392/4؛ الشوكاني، السيل الجرار، ص 460؛ القنوجي، الروضة الندية، 78/2.

⁽⁵⁾ ابن عابدين، رد المختار، 575/3؛ المواق، التاج والإكليل، 545/5؛ الشيرازي، المهذب، 151/3؛ ابن قدامة، المغني، 199/8.

1- أدلة أصحاب القول الأول:

أ- دليلهم من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن قوله تعالى رزقهن صيغة عامة؛ لأنها مصدر مضاف وهي من صيغ العموم، كذلك صيغة رزقهن أي يشمل كل أنواع الإنفاق بما فيها الدواء ولا يختص بالطعام والشراب⁽¹⁾.

كذلك استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19]، ووجه الاستدلال بالآية أن إنفاق الزوج على معالجة زوجته بشراء الأدوية لها وعرضها على الطبيب، ودفع الأجرة له كل ذلك يعتبر من مظاهر العشرة بالمعروف التي أمر الله تعالى بها الأزواج في هذه الآية⁽¹⁾.

كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: 21]، ووجه الاستدلال بالآية أن من مظاهر المودة والرحمة أن يسارع الزوج إلى معالجة زوجته بعرضها على الطبيب كلما كان ذلك ضروريا لها، وشراء الأدوية، وليس من المودة ولا من الرحمة تركها دون عرضها على الطبيب⁽²⁾.

ب- دليلهم من السنة النبوية الشريفة:

استدلوا بما جاء عنه ﷺ، قوله لهند بنت عتبة ؓ، فقال: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ، بِالْمَعْرُوفِ»⁽³⁾، والحديث يدل على عدم اختصاص الطعام والشراب بل يُعْمُ جميع ما يُحتاج إليه، فيدخل تحته المكملات التي قد صارت بالاستمرار عليها مألوفة بحيث يحصل الضرر بمفارقة⁽⁴⁾.

كما استدلوا بما جاء عن عبد الله بن عمر ؓ لما سئل عن تَغْيِبِ سيدنا عثمان ؓ لحضور معركة بدر قال: وأما تَغْيِيهِ عن بدر، فإنه كانت تحته بنت رسول الله ﷺ، وكانت مريضة، فقال له رسول الله ﷺ: «إِنَّ لَكَ أَجْرَ رَجُلٍ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا، وَسَهْمُهُ»⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ لما

(1) القنوجي، المرجع السابق، 78/2 - 79.

(1) عبد الكريم زيدان، المفضل، 185/7.

(2) المرجع نفسه.

(3) سبق تخريجه ص 287.

(4) القنوجي، المرجع السابق، 78/2.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب أصحاب النبي ﷺ، باب مناقب عثمان بن عفان ؓ، حديث رقم: 3698، 15/5.

أَذِنَ لسيدنا عثمان رضي الله عنه في التخلف عن غزوة بدر الكبرى، والبقاء مع زوجته رقية ابنته رضي الله عنها لتطبيبها والقيام على شؤونها، وهي في حاجة إلى ذلك، دَلَّ ذلك على جواز العلاج والتطبيب من الزوج لزوجته، لا سيما وقد جعله رضي الله عنه أولى من الجهاد في سبيل الله⁽¹⁾.

ج- دليلهم من القياس:

قالوا أن نفقة العلاج واجبة للزوجة على زوجها قياساً على وجوب نفقة الطعام بجامع أن كلا النفقتين فيهما معنى حفظ النفس من الهلاك والمحافظة على الصحة وإدامة الحياة، كذلك أجروا قياساً على وجوب نفقة دواء الولد على والده لعله أن نفقته أصلية لافتقاره إليه، فكذلك نفقة علاج الزوجة واجبة على زوجها بسبب افتقارها إليه لاحتباسها في حقه⁽¹⁾.

د- دليلهم من العرف:

العرف في إيجابها معتبر هنا لقوله رضي الله عنه لهند رضي الله عنها: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ، بِالْمَعْرُوفِ»⁽²⁾؛ ولأن العرف في وقتنا الحاضر يقضي بإيجاب هذه النفقة على الزوج، بعكس ما كان في زمن الفقهاء المجتهدين حيث كان العلاج وقتئذ على كاهل الزوجة⁽³⁾.

هـ- دليلهم من المعقول:

قالوا أن وجوب نفقة العلاج على الزوج هي لحفظ صحة الزوجة، والدواء من جملة ما تحفظ به صحتها، فكان لا بد من العلاج، فحاجتها للعلاج أكبر من حاجتها للطعام والشراب، فلذلك وجب علاج الزوجة على زوجها؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽⁴⁾.

2- أدلة أصحاب القول الثاني:

أ- دليلهم من القرآن الكريم:

⁽¹⁾ فهد السنيدي، نفقة علاج الزوجة (مقال)، ص 343.

⁽¹⁾ عبد الكريم زيدان، المفضل، 185/7؛ وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7381/10؛ فهد السنيدي، المرجع نفسه، ص 343.

⁽²⁾ سبق تخريجه، ص 287.

⁽³⁾ وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7381/10؛ فهد السنيدي، المرجع السابق، ص 346.

⁽⁴⁾ الشوكاني، السيل الجرار، ص 460؛ محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، 330/1؛ فهد السنيدي، المرجع السابق، ص 346.

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، ووجه الاستدلال بالآية أن المراد بالرزق هنا الطعام الكافي المتعارف به بين الناس، والمراد بالكسوة ما يتعارفون به أيضاً، وفي ذلك دليل على وجوب ذلك على الآباء للأمهات المرضعات، وهذا يقتضي عدم دخول العلاج في معنى الرزق، وبالتالي لا يجب على الزوج⁽¹⁾.

ب- دليلهم من القياس:

لا يجب عليه شراء الأدوية، ولا أجره الطبيب؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم قياساً على المستأجر حيث لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار، وحفظ أصولها⁽¹⁾.

ج- دليلهم من المعقول:

قالوا العلاج ليس من الحاجات الضرورية المعتادة للزوجة، وإنما احتيج إلى ذلك لعارض فلا يلزمه، كذلك العلاج نادر والحكم للغالب، وهو لا يراد للاستمتاع، بل لحفظ الجسد⁽²⁾.

ثالثاً: المناقشة وال ترجيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة القول الأول:

نوقش الاستدلال بالآيتين أنهما خارجتان عن محل النزاع؛ فالأولى الرزق فيها خاص بالطعام الكافي فلا يعم، والثانية خطاب بحسن معاشرة الزوجة بتوفية حقها من المهر والنفقة وهو موجه للأزواج وغيرهم، وأجيب أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فتدخل نفقة العلاج في ذلك⁽³⁾.

كما نوقش الاستدلال بالحديث من جهة أنه وارد في وجوب نفقة الزوجة والأولاد، وأن الزوجة يجوز لها الأخذ من مال زوجها إذا كان مُقَصَّرًا في النفقة، وليس في الحديث ما يدل على وجوب نفقة العلاج وأن أمر النبي ﷺ لهند أن تأخذ كفايتها بالمعروف جاء على سبيل الإباحة لا الوجوب، والمعروف المقصود به في الحديث هو ما دلت عليه العادة أنه من الكفاية⁽⁴⁾، ووقتئذ كان العلاج غير

(1) الشوكاني، فتح القدير، 281/1؛ فهد السنيدي، المرجع السابق، ص346.

(1) ابن قدامة، المغني، 8/199.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 436/11؛ ابن النجار، معونة أولي النهي، 163/10.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 163/3 - 97/5؛ فهد السنيدي، المرجع السابق، ص442.

(4) ينظر: ابن حجر، فتح الباري، 509/9.

داخل في المعروف، ويجب على ذلك بأن المعروف الذي كان في وقت النبي ﷺ ليس هو المعروف الآن، وبالتالي إذا كان من المعروف في عصرنا الحاضر دخول نفقة العلاج في أنواع النفقة كان من المعروف المقصود في الحديث بدليل حرف ما الذي يفيد العموم.

ونوقش الاستدلال بحديث تخلف عثمان رضي الله عنه عن غزوة بدر لتمريض زوجته رقية رضي الله عنها، بأن تخلفه لم يكن لعلاجها وتمريضها وإنما كان لخشية أن يأتيها أجلها وهو غائب عنها في الغزو، وهو ما حدث حيث توفيت حينها قبل عودة النبي ﷺ من غزوة بدر، وقد كان معه أسامة ليعينه في ذلك، ويجب بأن هذا لا يمنع معالجتها وتمريضها قبل وفاتها فدل على جواز ذلك⁽¹⁾.

ونوقش قياس وجوب نفقة علاج الزوجة على وجوب الطعام والشراب والكسوة بأنه قياس مع الفارق ذلك أن نفقة هذه الأنواع تمتاز بالثبات والاستمرار، أما نفقة العلاج فهي طارئة وعارضة بطرء المرض، والقاعدة أن ما كان عارضا فالأصل فيه العدم⁽²⁾، وقد أجيب على هذا الاعتراض بأن اعتبار العلاج من الأمور الطارئة لا يمنع النفقة بحكم تحقيقه لمقصد كلي وهو حفظ النفس، ولا يستقيم اعتراضهم إذا اعتبرنا أن نفقة النظافة والزينة من الأمور الطارئة وهي كماليات وقد أوجبها الفقهاء، كذلك هناك بعض العلاجات التي أصبحت من قبيل الأمور المستمرة والثابتة؛ كعلاج الأمراض المزمنة ومنها مثلاً: غسيل الكلى أو علاج السكري والربو⁽³⁾.

ويناقش استدلال فقهاء هذا الفريق بكون حاجة الزوجة إلى نفقة العلاج قد تكون ذات أولوية أكثر من الطعام والشراب والكسوة وغيرها، أن نفقة العلاج لا علاقة لها بالاستمتاع والتلذذ بالمرأة الذي يرجع نفعه على الزوج باعتبارها من الأمور الأصلية التي ينصب عليها انعقاد الزواج معاوضة، وهو أساس مبدأ الإنفاق على الزوجة، أما العلاج فنفعه عائد على الزوجة لإصلاح جسدها⁽⁴⁾.

ويجب على ذلك بأن تكييف عقد الزواج من المعاوضات لا يسلم من جهتين؛ من جهة أركانه ومن جهة آثاره؛ فأركان عقد الزواج تختلف عن عقود المعاوضات كالمحل والصيغة والولي، وآثاره ليست

(1) فهد السنيدي، نفقة علاج الزوجة (مقال)، ص 343.

(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 227/3؛ محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 184؛ فهد السنيدي، المرجع نفسه، ص 343.

(3) فهد السنيدي، المرجع السابق، ص 343.

(4) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 436/11.

كآثار عقود المعاوضات، فمن آثار الزواج إنجاب الأولاد وإثبات النسب وانتشار الحرمة وغيرها.

ب- مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش الاستدلال بالآية الكريمة على أساس أن معنى كلمة الرزق مخصوص بالطعام وليس عاماً، أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كذلك الخطاب في الآية للإنفاق على المطلقات عند بعض المفسرين، فلا استدلال خارج عن محل النزاع، وأجيب بأن الخطاب للأزواج كما رجّحه القرطبي⁽¹⁾. أما الاستدلال بقياس عدم إيجاب نفقة العلاج على عدم وجوب نفقة إصلاح الدار من المستأجر، فنناقشه خصومهم من وجوه ثلاثة هي⁽¹⁾:

- أن قياس الزوج على المستأجر قياس مع الفارق؛ ذلك أن عقد الزواج وعقد الإيجار بينهما فروق منها عنصر الزمن فالزواج عقد يمتاز بالديمومة، والإيجار عقد مؤقت، كذلك عنصر المحل فمحل الزواج المرأة أما محل الإيجار الدار المستأجرة، فتشبيه المرأة بالدار لا يتناسب لأن المرأة آدمية والدار جماد.

- أن هذا القياس يقابله القياس على وجوب نفقة الطعام على الزوج، فالطعام فيه إصلاح للأصل، ومُتَعَلِّقُ نفقة الطعام والعلاج هو الزوجة؛ فكان أولى بالقياس على نفقة الدار المستأجرة.

- على فرض صحة هذا القياس، هو مُعَارِضٌ بأن المقيس يلحق بالمقيس عليه في الحكم، ومن أحكام الإجارة التأقيت، والتأقيت محرم في الزواج، كذلك جواز التصرف في المنفعة في الإجارة بالهبة أو المعاوضة، ولا يجوز التصرف في منفعة البضع بالمعاوضة أو الهبة.

ونوقش الاستدلال بكون نفقة العلاج ليست من الضروريات كالطعام والشراب؛ وأنه تفريق بين متلازمين وهو لا يصح، فإذا كان الطعام من الضروريات لحفظ الحياة فالعلاج ضروري لحفظ الصحة، كذلك لا يتم للزوجة القيام بواجباتها الشرعية إلا وهي سليمة، فكما تَعَيَّنَ الأول تَعَيَّنَ الثاني⁽²⁾.

2- الترجيح:

يظهر أن الراجح في المسألة هو وجوب نفقة علاج الزوجة على زوجها؛ وذلك للأسباب الآتية:

- قوة وصراحة أدلة أصحاب القول الأول، حيث تمسكوا بعمومات الآيات الكريمة والأحاديث النبوية ولا وجود لمخصص نصي في ذلك، كما أن القياس والمعقول يؤيدها.

(1) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 160/3.

(1) فهد السنيدي، المرجع السابق، ص 335 وما بعدها.

(2) عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، ص 97.

- القول بوجوب نفقة العلاج على الزوج اختاره كثير من الفقهاء المعاصرين بحجة تغير مناط المسألة باعتبارها مبنية على العرف والعادة⁽¹⁾.
- انبناء القول بعدم وجوب نفقة العلاج على العرف دون وجود دليل نصي صريح، وقد تغير هذا العرف في عصرنا الحاضر خاصة أن هناك الكثير من الأمراض الخاصة بالنساء سواء ما تعلق بالحمل أم بالولادة، أم العقم أم غيرها، والقاعدة الفقهية تقرر بأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان⁽¹⁾.
- اعتبار نفقات العلاج سواء التشخيصي أو التداوي أو الجراحي من المقاصد الحاجية الواجب رعايتها وجودا وعدما، وهي تؤدي إلى رعاية مقصد ضروري يتمثل في حفظ النفس.
- نفقة الدواء والتطبيب من الوسائل التي تأخذ حكم مقاصدها التي هي حفظ النفس وصحتها من الأمراض والأدواء، وهذا واجب فبالتالي ما أدى إليه يأخذ حكمه.
- ترك الزوجة دون علاجها في ظل احتباسها لحق زوجها وعدم وجود عائل لها يعتبر إضرارا بها وإحراجا لها، والضرر والخرج مرفوعان شرعا، استنادا إلى القواعد الفقهية المقررة في هذا الباب.
- القول بأن نفقة العلاج واجبة على الزوجة لعودة نفعه عليها، وأن الزوج لا ينفق إلا على ما كان داخلا في تحقيق التلذذ والاستمتاع بها من نفقة الزينة وغيرها، ضعيف باعتباره يبنّي على أساس تكييف عقد الزواج هنا كعقد معاوضة محض وتشبيهه بالإجارة، وهو بعيد في النظر؛ لأن عقد الزواج مبني على المكارمة لا المساومة، وفي جوهره مختلف تماما عن عقود المعاوضات وإن شابهها في بعض الأمور العارضة كتطبيق قواعد المعاوضات على الصداق.
- رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة ليست من المسائل التي تدخل ضمن قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها الخاص الذي عاجله المالكية، لكن بالمعنى العام الذي أَصْلَنَاهُ نستطيع القول بأن المشرع لَمَّا لم يأخذ بالمذهب المالكي، وخرج عنه مُتَبَيِّنًا غيره موافقة لقاعدة مراعاة الخلاف باعتبار المراعاة الكلية كان على صواب باعتبار أن اجتهاده محقق للمصلحة ومساير لمتطلبات الواقع ومقتضيات التطور المعاصر.

(1) من المعاصرين الذين يرون وجوب نفقة العلاج للزوجة على الزوج: الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور عبد الكريم زيدان؛ ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7381/10؛ عبد الكريم زيدان، المفضل، 175/7؛ فهد السنيدي، نفقة علاج الزوجة (مقال)، ص332.

(1) مُجَدَّ آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص310.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نصت المادة 78 من ق أ ج هذه المسألة حيث جاء فيها ما نصه: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"⁽¹⁾، وهذه المادة مكملتها للمادة 74 التي نصت على وجوب نفقة الزوجة على زوجها.

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع نص صراحة أن مصاريف العلاج تكون على عاتق الزوج لزوجته لأن ضرورة العلاج أكبر من ضرورة الطعام والشراب والزينة⁽²⁾، وبذلك يكون المشرع قد رجّح المذهب القائل بأن علاج الزوجة يدخل ضمن أنواع النفقة الواجبة، وهو اختيار تُسَوِّغُهُ قواعد العدالة لأنه كما يجب الغذاء والكساء والوطء للزوجة لحفظ حياتها، فوجوب علاجها من باب أولى لحفظ صحتها، وتقتضيه ضرورات الحياة الأسرية المعاصرة الملأى بصنوف أمراض النساء والتوليد.

ومسلك المشرع الجزائري هو نفسه ما سلكته معظم التشريعات العربية في أحكام الأسرة، منها القانون المصري؛ حيث جاء في المادة 01 الفقرة 03 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985 ما يلي: "وتشمل نفقة الغذاء والكسوة ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف"⁽³⁾، كذلك القانون السوري جاء في المادة 71 الفقرة 01 من قانون الأحوال الشخصية ما نصه: "النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم ويدخل فيها نفقة الولادة ويعود تقديرها للقاضي"⁽⁴⁾، كما جاء في مدونة الأسرة المغربية في المادة 189 ما يلي: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد"⁽⁵⁾، لكن مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تذكر صراحة العلاج في مشتملات النفقة كما جاء في الفصل 50 من على أنه: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكنى والتعليم وما

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص914.

(2) لعلّى سعادي، الزواج والحلاله، ص185.

(3) رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص175.

(4) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص155.

(5) محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، ص132-133.

يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، ويستنتج من النص أن أجره الدوا والطبيب من الضروريات في العرف والعادة⁽¹⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن مصاريف علاج الزوجة وحملها تقع على الزوج طبقا لأحكام المادة 78 من قانون الأسرة، وتعتبر هذه المصاريف مستقلة عن دفع النفقة الواجبة على الزوج نحو زوجته⁽¹⁾.

وهو ما جاء مكرسا في القرار المؤرخ في 2018/05/09 الذي نص على ما يلي: "لا يمكن الجمع بين النفقة الغذائية ومصاريف العلاج، كونهما شيئين مختلفين"⁽²⁾.

فَيُفْهَمُ من القرار أن نفقة العلاج من الحقوق الزوجية المستقلة في باب الحقوق المادية التي لا بد للزوج أن يعمل على توفيتها للزوجة، وهي من الالتزامات العينية الواقعة على عاتقه، ولا يمكن خلطها مع النفقة الغذائية بأي حال من الأحوال.

(1) رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، ص55.

(1) لعل سعادى، المرجع السابق، ص185.

(2) قرار رقم: 1185134، بتاريخ: 2018/05/09، المجلة القضائية، ع1، 2018م، ص86.

المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة تحديد علامات حياة المولود.

من بين ثمرات القرآن بين الرجل والمرأة الأولاد؛ لأنهم هم المقصد الأصلي للزواج، ولذلك قال الشاطبي: "والنكاح لا يخفى ما فيه مما هو مقصود للشارع؛ من تكثير النسل وإبقاء النوع الإنساني"⁽¹⁾، وبالتالي فالولد من أهم مقاصد تمتين العلاقة الأسرية فهم لحمتها سداها، ولذلك كان للتشريع الإسلامي مساحة واسعة في تقرير الكثير من الأحكام الخاصة بالأولاد سواء الجمع عليها أم المختلف فيها في جميع مراحل حياتهم ابتداءً من صرخة الوضع وانتهاءً بأنثة النزع، ومن بين أهم الأحكام المختلف فيها تحديد علامات حياة الجنين بعد ولادته حيا.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف المولود وبيان الفرق بينه وبين الجنين، وذلك حسب النقاط التالية:

أولاً- تعريف المولود:

1- لغة:

يقال: غلام مولود وجارية مولودة أي حين ولدته أمه، والولد اسم يجمع الواحد والكثير والذكر والأنثى، كذلك من تصاريف الكلمة الوليد وهو المولود حين يولد، فعيل بمعنى مفعول، وأصل الكلمة من التولّد، يقال: تولّد الشيء عن غيره نشأ عنه، ويقال للصغير مؤلّودٌ لقرب عهده من الولادة ولا يقال ذلك للكبير لبعد عهده عنها⁽²⁾، فالمولود هو الصبي بعد عملية توليد أمه وخروجه من بطنها.

2- اصطلاحاً:

جاء في تعريفه ما يلي:

- أنه من كان حديث الولادة⁽³⁾.

- أنه مصطلح يقال للصغير لقرب عهده من الولادة⁽⁴⁾.

ثانياً- بيان الفرق بين المولود والجنين:

بغية بيان الفرق بين المولود والجنين يجب أن نورد أولاً تعريف الجنين ليتمهّد لنا عقد الفرق بينهما:

⁽¹⁾ الشاطبي، الموافقات، 1/211.

⁽²⁾ ابن منظور، لسان العرب، مادة: ولد، 3/467-468؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة: ولد، 2/671.

⁽³⁾ محمد قلنجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ص470.

⁽⁴⁾ البركتي، التعريفات الفقهية، ص221.

1- تعريف الجنين:

أ- لغة:

الجنين الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه، وجمعه أجنَّة وأَجْنُنٌ⁽¹⁾.

ب- اصطلاحاً:

الجنين في الاصطلاح لا يخرج عن المعنى اللغوي، غير أن بعض فقهاء الشافعية نقل عن الإمام الشافعي: أن الاستعمال الحقيقي للجنين فيما يكون بعد مرحلة المضغة، واستعماله فيما قبل ذلك يكون من باب المجاز⁽²⁾.

2- الفرق بين المولود والجنين:

من خلال تعريف المولود والجنين يظهر لنا جلليا الفرق بينهما من الناحية الاصطلاحية؛ حيث إن المولود هو الولد بعد وضعه ولم تمض بينه وبين ولادته مدة طويلة، أما الجنين فهو الولد ما دام في بطن أمه، ولذلك فأحكام المولود كالميراث والتملك والهبة وغيرها تثبت له وجوداً وعدمًا وتترتب أحكامها بولادته حياً، أما الجنين فتوقف أحكامه حتى تثبت له الحياة بعد الولادة والوضع.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

حياة الجنين علامات تدل عليها، والقدر المشترك المجمع عليه في ذلك هو الاستهلال صارخاً، واختلف الفقهاء في غيرها كالبكاء والحركة، وفي هذا الفرع سيتم استعراض أقوالهم مع أدلتها، ثم نتناول المناقشة المتعلقة بها، ثم ترجيح القول الأقوى في المسألة مع بيان وجه مراعاة الخلاف.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين أساسيين؛ نوردتهما على النحو التالي:

القول الأول: يرى أصحابه أن المولود تتحقق حياته بكل ما دل عليها كالعطاس أو الصراخ أو البكاء أو التأثؤب أو الرضاع أو الحركة أو التنفس، وهو مذهب الحنفية والشافعية، ورواية لأحمد⁽³⁾.

القول الثاني: يرى المالكية والمشهور لأحمد أن الحياة لا تتحقق إلا باستهلال المولود صارخاً⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: جنن، 94/13.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، 117/16.

(3) الموصلي، الاختيار في تعليل المختار، 114/5؛ النووي، المجموع، 109/16؛ ابن قدامة، المغني، 385/6.

(4) ابن رشد، البيان والتحصيل، 299/14؛ ابن قدامة، المغني، 385/6.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحابه بأدلة من السنة وبعض آثار الصحابة والقياس والمعقول؛ نعرضها كما يلي:

أ- من السنة النبوية المطهرة:

- جاء عن جابر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إِذَا اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ صُلِّيَ عَلَيْهِ، وَوُرِّثَ»⁽¹⁾، وقال صلى الله عليه وسلم: «لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِحًا»⁽²⁾، وقال: «وَاسْتَهْلَاهُ أَنْ يَبْكِي، أَوْ يَصِيحَ، أَوْ يَعْطَسَ»⁽³⁾.
- عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ إِذَا لَمْ يَسْتَهْلَ، وَالِاسْتِهْلَالُ: الصِّيَاحُ أَوْ الْعَطَاسُ أَوْ الْبُكَاءُ وَلَا يُكْمَلُ دَيْتُهُ»⁽⁴⁾.

- عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اسْتِهْلَالُ الصَّبِيِّ الْعَطَاسُ»⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال بهذه الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نص على الاستهلال، لأن ذلك تُعْلَمُ به الحياة، فكل ما عُلِمَتْ به الحياة كالحركة والبكاء وغيرها قام مقامه⁽⁶⁾.

ب- من القياس:

قاسوا كل علامة تدل على حياة الجنين كالعطاس أو الحركة أو البكاء غير المنصوص عليهم على الاستهلال المنصوص عليه بجامع تحقق الحياة، فكل صوت يوجد منه وتُعْلَمُ به حياته هو استهلال؛ لأنه صوت عُلِمَتْ به حياته، فأشبهه الصراخ⁽⁷⁾.

(1) أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب الفرائض، ذكر الإخبار بأن من استهل من الصبيان عند الولادة وَرِثُوا وَوُرِّثُوا واستحقوا الصلاة عليهم، حديث رقم: 6032، 392/13؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط: "رجاله ثقات رجال الصحيح".

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الفرائض، باب إذا استهل المولود ورث، حديث رقم: 2750، 49/4؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

(3) هذه الزيادة من قول النبي صلى الله عليه وسلم، لكن لم يُخْرِجْهَا محققو سنن ابن ماجه، وقد أخرجها الطبراني بلفظ: «لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِحًا، وَاسْتِهْلَاهُ أَنْ يَصِيحَ، أَوْ يَعْطَسَ، أَوْ يَبْكِي»؛ ينظر: المعجم الأوسط، حديث رقم: 4599، 35/5، وقد صَحَّحَ الألباني إسناده؛ ينظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة، 284/1.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب ميراث الحمل، حديث رقم: 12486، 421/6؛ قال الألباني: "مرسل قوي" ينظر: إرواء الغليل، 148/6.

(5) أخرجه البزار في مسنده، حديث رقم: 5409، 32/12؛ وَضَعَفَ إسناده ابن حجر، ينظر: التلخيص الحبير، 269/2.

(6) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، 79/9.

(7) ابن قدامة، المغني، 385/6.

ج- من المعقول:

قالوا أنه لما استوى حكم قليل الاستهلال وكثيره في ثبوت الحياة، وجب أن يستوي حكم قليل الحركة وكثيرها في عدم الحياة، كذلك أن ما دل على حياة الكبير دل على حياة الصغير كالاستهلال؛ ولأن من دل الاستهلال على حياته دلت الحركة على حياته كالكبير⁽¹⁾.

2- أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل فقهاء القول الثاني بالسنة والمعقول كذلك؛ نعرضها كما يلي:

أ- من السنة النبوية المطهرة:

- عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «مَا مِنْ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ إِلَّا نَحَسَهُ الشَّيْطَانُ، فَيَسْتَهْلُ صَارِخًا مِنْ نَحْسَةِ الشَّيْطَانِ، إِلَّا ابْنُ مَرْيَمَ وَأُمُّهُ»⁽²⁾.

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن يُحْمَلَ على ظاهره؛ ذلك أنه لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث إذا كان لم يستهل، وإن تنفس وعطس ورضع؛ لأن نَفْسَهُ وعطاسه ورضاعه دون أن يستهل حَرْقٌ للعادة التي أجراها الله بما أخبر به النبي ﷺ من خرق هذه العادة في عيسى عليه السلام⁽³⁾.

- ما جاء عن رسول الله ﷺ: «لَا يَرِثُ الْمَوْلُودُ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِخًا، وَإِنْ وَقَعَ حَيًّا»⁽⁴⁾، عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اسْتَهَلَ الصَّبِيُّ صَبًى عَلَيْهِ، وَوَرِثَ»⁽⁵⁾، دل الحديثان بمفهوم المخالفة على أن الصبي لا يرث ولا يُصَلَّى عليه إذا لم يستهل صارخا، ولو ظهرت فيه علامات حياته⁽⁶⁾.

ب- من المعقول:

قالوا أن الاستهلال لا يكون إلا من حي، والحركة تكون من غير حي، فإن اللحم يختلج سِيِّمًا إذا خرج من مكان ضيق، فَتَضَامَّتْ أجزاؤه، ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من غير حياة فيه، ثم إن كانت فيه حياة، فلا نعلم كونها مستقرة، لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح، فإن الحيوانات تتحرك

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 400/12.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، باب ميراث الصبي، حديث رقم: 3171، 2007/4.

(3) ابن رشد، البيان والتحصيل، 300/14.

(4) أخرجه الدارمي في سننه، كتاب الفرائض، باب: ميراث الصبي، حديث رقم: 3171، 2007/4، قال محققه حسين أسد: "إسناده صحيح وهو مرسل".

(5) سبق تخريجه ص312.

(6) ينظر: المازري، شرح التلقين، 1178/1؛ ابن مفلح، المبدع، 395/5.

بعد الذبح حركة شديدة، وهي في حكم الميت، كذلك حركته في بطن أمه وليس له حكم الحياة⁽¹⁾.

ثالثاً: المناقشة والترحيح.

1- المناقشة:

لم تسلم الأدلة التي استند عليها الفريقان من النقد والاعتراض؛ حيث أورد فقهاؤهم عليها جملة من المناقشات نذكرها من خلال النقاط التالية:

أ- مناقشة أدلة القول الأول:

نوقشت الأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الأول من جهة سندها أنها لا تثبت؛ حيث ضَعَّفَ بعض الحفاظ حديث جابر رضي الله عنه، لكن أجيب على هذا بأن الصواب صحة إسناده، ولكن المُرَجَّح عند الحفاظ وقفه، وعلى طريق الفقهاء لا أثر للتعليل بذلك لأن الحكم للرفع لزيادته⁽²⁾، أما من جهة المعنى لا يمكن الاستدلال بهذه الأحاديث على أن كل ما دل على حياة المولود يتناوله معنى الاستهلال، لأنه بمعنى الصراخ حصراً فلا ينقاس عليه غيره مما أورده أصحاب هذا القول من معانٍ؛ لأن تسمية الصباح استهلالاً من قبيل المجاز؛ لأن الأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً فَسُمِّيَ الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً، ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً، فلو رضع الصبي أو عطس أو تحرك لا يحكم له بالحياة؛ لأنها محتملة فلا بد أن يستهل لأنه أغلب أموره⁽³⁾، ويجاب على هذا بأن الاستهلال مروي في تفسيره حديث مرفوع لكنه ضعيف كما سبق بأن الاستهلال العطاس، وروي فيه كذلك حديث صحيح وهو قوله عليه السلام: «وَأَسْتَهْلِلُهُ أَنْ يَبْكِي، أَوْ يَصِيحَ، أَوْ يَعْطِسَ»، فلم يرد تخصيص الاستهلال الذي هو الصوت دون غيره من أمارات الحياة من حركة وقبض وبسط ونحوها، فالمعنى إذا كان أوسع من الاسم كان الحكم للمعنى هذا من جهة الرواية⁽⁴⁾، أما من جهة اللغة فالاستهلال مقصود بمعناه؛ واستهل المولود إذا بكى عند ولادته، وهو كناية على حياته، وإن لم يستهل بل وُجِدَتْ منه أمارة تدل على حياته⁽⁵⁾.

(1) البغدادي، الإشراف، 357/1؛ ابن قدامة، المغني، 385/6.

(2) ابن حجر، فتح الباري، 489/11.

(3) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات، 489/11، ابن قدامة، الشرح الكبير، 135/7.

(4) السهارنفوري، بذل المجهود، 36/2.

(5) الصنعاني، سبل السلام، 148/2.

أما الاستدلال بالقياس فهو قياس مع الفارق، قالوا بأن الحركة هي بمنزلة الحركة في البطن لا يحكم له فيها بالحياة، أما العطاس فهو من الريح ليس بفعله، أما البول فهو من استرخاء الموائسك ويكون من الميت، والصراخ فعل الحي⁽¹⁾، يجاب على هذا بأن هذه العلامات منصوص عليها فهو من قبيل معارضة النص بالقياس المحض وهو باطل.

ب- مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش استدلال هذا الفريق بحديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «مَا مِنْ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ إِلَّا نَحَسَهُ الشَّيْطَانُ، فَيَسْتَهْلُ صَارِخًا مِنْ نَحْسَةِ الشَّيْطَانِ، إِلَّا ابْنُ مَرْيَمَ وَأُمُّهُ»، وأنه يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور، فإن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه، وعطاسه ضرب منه، فهو كصياحه⁽²⁾، أما تشبيه حركة الصبي بعد ولادته بحركة الحيوان المذبوح فهو بعيد؛ لأن من طبيعة المذبوح أنه يعالج خروج روحه بعد فَرْيٍ أوداجه، أما الصبي فروحه مستقرة في جسده، أما نفى قياس حركة الصبي بعد ولادته بحركة الصبي في بطن أمه فهو غير مسلم؛ لأن الصبي في بطن أمه لا يثبت له حكم، بل يبقى الأمر موقوفًا حتى ولادته.

2- الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين وبيان المناقشات والاعتراضات التي كانت بينهم يمكن الخلوص الآن إلى بيان الراجح في المسألة، وعليه فإنه يظهر أن المولود تتحقق حياته بكل ما دل عليها كالعطاس أو الصراخ أو البكاء أو الثأؤب أو الرضاع أو الحركة أو التنفس أولى بالترجيح، وذلك للأسباب التالية:

- قوة أدلة الفريق الأول سواء من جهة الرواية أم من جهة الدراية؛ لأنها ظاهرة في أن الاستهلال كناية على التحقق من حياة المولود، فكل علامة تدل على ذلك هي في حكم الاستهلال.
- لم يرد دليل يقضي بتخصيص الاستهلال بالصوت دون غيره من أمارات الحياة من حركة وقبض وبسط ونحوها، فالمعنى إذا كان أوسع من الاسم كان الحكم للمعنى.
- في ظل التقدم العلمي الحديث في ميدان الطب نستطيع تَبَيُّنَ حياة المولود ولو لم يستهل صارخا؛ لأن الجنين بعد نزوله من بطن أمه يخضع لفحوصات طبية دقيقة قد تنتهي إلى حساب نبضات قلبه، كإجراء أكثر دقة من طرف الأطباء، فاقتضى ذلك عدم التضييق.

(1) ابن أبي زيد، المرجع السابق، 489/11.

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير، 435/25.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة ليست من المسائل التي تدخل ضمن قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها الخاص، لكن بالمعنى العام الذي أصْلَنَاهُ نستطيع القول بأن المشرع لَمَّا لم يأخذ بالمذهب المالكي، وانتقل إلى المذهب الحنفي والشافعي، فكان بذلك موافقاً لقاعدة مراعاة الخلاف باعتبار المراعاة الكلية.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

تناولت المادة 134 من ق أ ج هذه المسألة حيث نصت على ما يلي: "لا يرث الحمل حتى يستهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"⁽¹⁾.

المفهوم من منطوق هذه المادة أنها تتوسع في اعتبار جميع العلامات التي تدل على حياة المولود بعد ولادته وانفصاله عن أمه حياً، بالإضافة إلى الاستهلال من حيث الأصل المتفق عليه يكون بالصراخ، أما الاستدلال على حياة الجنين بالحركة أو العطاس أو البكاء أو كل علامة محققة تدل على حياته، فهو ما لم يقل به المالكية وخالفه المشرع ولجأ إلى العمل بما قرره مذهب الأحناف والشافعية⁽²⁾، وأغفل المشرع الحديث عن خروج الجنين حياً ثم موته قبل نزوله بالكلية، فنقترح تعديل هذه المادة بالتعرض لهذه المسألة؛ لأنها أصبحت ظاهرة تحدث في المستشفيات فمن باب أولى تنظيمها⁽³⁾.

كما جاء في المادة 43 من قانون الموارث المصري رقم 77 لسنة 1943 أن من بين شروط توريث الجنين أن يولد حياً، وقد وَضَّحَتِ المذكرة الإيضاحية بأن حياة المولود تثبت للقاضي بثبوت أعراض ظاهرة للحياة اليقينية كاللبكاء والصراخ والشهيق⁽⁴⁾.

وعلى نفس المنوال سار قانون الأحوال الشخصية السوري؛ حيث نص في المادة 300 أن ميراث الحمل مشروط بولادته حياً، وتُعرفُ بظهور أمانة من أمارات الحياة، كالصراخ والعطاس ونحوهما⁽⁵⁾.

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص918.

(2) علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري (مقال)، ص109.

(3) ذهب الجمهور إلى أن الجنين لا يرث إذا خرج أكثره حياً ثم مات لأن التملك بالوجود الكامل وأخذ به المشرع المصري والسوري، أما الحنفية فقالوا بتوريثه إذا خرج أكثره لأن للأكثر حكم الكل؛ ينظر: مُجَدُّ الكشكي، الميراث المقارن، ص218-219.

(4) أحمد عويس، أحكام الموارث والوصية، ص373.

(5) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 10/7882.

كما نصت مدونة الأسرة المغربية على ذلك في المادة 331: "لا يستحق الإرث، إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراخ أو رضاع ونحوهما"، فالمادة واضحة في أنها أخذت بمذهب الحنفية والشافعية⁽¹⁾. أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 150 من مجلة الأحوال الشخصية اشتراط الحياة في ميراث الحمل لكن دون التعرض لعلامات حياة الجنين جاء فيها: "إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز العام"⁽²⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لا يوجد في الاجتهاد القضائي قرار عاج هذه المسألة بشكل صريح لكن يمكننا أن نستأنس ببعض القرارات التي أشارت إلى اكتساب المولود الحقوق القانونية بمجرد الولادة حيا، والتي منها الحق في الميراث، وهو القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/10/10؛ وقد جاء في فقرته الأولى ما يلي: "من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب، خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا"⁽³⁾.

الملاحظ على هذا القرار صدوره قبل قانون الأسرة الجزائري، وبذلك يكون قد فصل بمقتضى قواعد القانون المدني لاسيما المادة 25 منه التي تقرر أن أهلية اكتساب الحقوق ومنها الحق في الميراث تثبت للإنسان بمجرد الولادة حيا، وعليه فإنه إذا تحققت حياة المولود بصراخ أو رضاع أو نحوهما وُرِثَ وإلا فلا، وبالتالي فالمادة 134 من ق أ ج تتفق مع المادة 25 من القانون المدني، كما أن القرار لم يتطرق إلى مناقشة كيفية إثبات الحياة سواء بالصراخ أو غيره، بل اكتفى بإثبات الحياة بمجرد تسجيل ميلاده في سجلات الحالة المدنية كما جاء في حيثياته، ويقاس عليه إثبات ذلك من طرف أهل الخبرة كالأطباء أو من عاينوا الولادة كالقوابل أو الممرضات⁽⁴⁾.

(1) مدونة الأسرة المغربية، ص74.

(2) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص30.

(3) قرار رقم: 35511، بتاريخ: 1984/10/10، المجلة القضائية، ع1، 1989م، ص53.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 2/191.

الفصل الثالث:

تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل انحلال الزواج

وفيه ثلاثة مباحث نوردتها على النحو الآتي:

المبحث الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل
الطلاق والتطليق والمتعة.

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل
الخلع والتحكيم والحضانة

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل
نفقة المبتوتة والميراث والوقف.

المبحث الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل
الطلاق والتطليق والمتعة.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة الطلاق الثلاث.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة المتعة في الطلاق.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة النفقة في التطليق بسبب الغياب.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة التطليق بسبب العيوب

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة الطلاق الثلاث.

تعتبر هذه المسألة من أشهر مسائل الطلاق في الفقه الإسلامي، وقد كان لها أثر في التقنينات الحديثة على صعيد أحكام الأسرة، فبعض التقنينات نصّت على حكمها بصراحة كالتقنين المصري والسوري والمغربي، ومن التقنينات من نصّت عليها بطريقة غير مباشرة كالتقنين الجزائري، ومنها من لم تنص عليها كالتقنين التونسي، ولذلك سأتناولها بالدراسة مع بيان موقف التشريعات القانونية والاجتهاد القضائي من المسألة، وما هو المذهب الفقهي الراجح للمشرع بناء على مراعاة الخلاف.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

سنقوم في هذا الفرع بتناول تعريف الطلاق وبيان أنواعه وحكمه وحكمته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وذلك كما يلي:

أولاً- تعريف الطلاق وبيان أنواعه وحكمه وحكمته:

1- تعريف الطلاق:

أ- لغة:

الطلاق له عدة معان في اللغة أهمها⁽¹⁾:

- الفراق والترك: يقال: طَلَّقْتُ القوم أي تركتهم، وطَلَّقْتُ البلاد أي فارقتها.
- الإرسال والتخلية: الطالق من الإبل هي التي أُرْسِلَتْ في المرعى، وكذلك هي الخليّة.
- رفع القيد ونزعه: ومنه أَطْلَقْتُ الناقة من العقال فطَلَّقْتُ، وحبس السجين طَلَّقًا أي منزوع القيد.
- وقد جرى العرف على استخدام لفظ الطلاق، وما اشتق منه في رفع القيد المعنوي، واستعمال لفظ الإطلاق في رفع القيد الحسي⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً:

- عَرَّفَهُ الحنفية بقولهم: "رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح"⁽³⁾.
- وعَرَّفَهُ المالكية بقولهم: "حل العصمة الكائنة بين الزوجين بصيغة تقتضي ذلك"⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة طلق، 226/10.

(2) محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 159.

(3) الزيلعي، تبين الحقائق، 188/2.

(4) خليل، التوضيح، 274/4.

- كما عَرَّفَهُ الشافعية بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"⁽¹⁾.
- كذلك عَرَّفَهُ الحنابلة بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه"⁽²⁾.
- وعَرَّفَهُ من المعاصرين الدكتور عبد الرحمان الصابوني بقوله: "الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال، أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه"⁽³⁾.
- الملاحظ أن هذه التعريفات عَرَّفَت الطلاق بأنه عبارة عن رفع أو حل القيد الرابط بين الزوجين، لكن المالكية والشافعية أوردوا أنه يجب أن يكون بلفظ الطلاق لكن الحنفية والحنابلة لم يذكروا ذلك.

ج- قانونا:

عَرَّفَ المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من ق أ ج بقوله: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحلُّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"⁽⁴⁾، وفي واقع الأمر المادة ليس فيها ما يدل على معنى الطلاق حقيقة، وإنما هو بيان لطرق حل الرابطة الزوجية في حين نجد بعض المشرعين في الدول العربية عرف الطلاق تعريفا دقيقا، كما هو صنيع المشرع المغربي حيث عَرَّفَهُ في المادة 78 من مدونة الأسرة بأنه حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء⁽⁵⁾.

2- أنواع الطلاق:

للطلاق أنواع مختلفة تختلف بحسب النظر إليه، فهو من حيث الصيغة المستعملة فيه على نوعين: صريح وكنائي، ومن حيث الأثر الناتج عنه على نوعين: رجعي وبائن، والبائن على نوعين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى، ومن حيث صفتة الشرعية على نوعين: سني وبدعي، ومن حيث وقت وقوع الأثر الناتج عنه على ثلاثة أنواع: منجز، ومعلق على شرط، ومضاف إلى المستقبل⁽⁶⁾.

3- حكم الطلاق:

الأصل فيه الجواز عند الجمهور، ويرى بعض الحنفية ورواية للحنابلة أن الأصل فيه الحرمة، ورغم

(1) الشريبي، مغني المحتاج، 2/188.

(2) البهوتي، كشف القناع، 5/232.

(3) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 74.

(4) الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 21.

(5) نَجْد الشافعي، الزواج والانحلال في مدونة الأسرة المغربية، ص 175.

(6) الموسوعة الفقهية الكويتية، 26/29.

ذلك فالفقهاء متفقون على أنه تعثره الأحكام التكليفية، بحسب الظروف والأحوال التي ترافقه⁽¹⁾، قال الدردير: "واعلم أن الطلاق من حيث هو جائز، وقد تعثره الأحكام الأربعة: من حرمة وكراهة ووجوب وندب"⁽²⁾؛ وبيان ذلك كما يلي:

- أ - فيكون واجبا كالمؤلي إذا أبى القِيَّةَ إلى زوجته بعد التربص، عند الجمهور دون الحنفية.
- ب - ويكون مندوبا إليه إذا فَرَّطَتِ الزوجة في حقوق الله الواجبة عليها، مثل الصلاة ونحوها.
- ج - ويكون مباحا عند الحاجة إليه لدفع سوء خلق المرأة وسوء عشرتها، أو لأنه لا يجبها.
- د - ويكون مكروها إذا لم يكن ثمة من داع إليه مما تقدم، لما فيه من الإضرار بالزوجة بدون داع إليه.
- هـ - ويكون حراما وهو الطلاق في الحيض، أو في طهر جامعها فيه، وهو الطلاق البدعي.

4- الحكمة من الطلاق:

الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج عدة مراحل هي: المعاشرة بالمعروف والصبر وتحمل الأذى، ثم الوعظ والهجر والضرب اليسير، ثم إرسال الحكمين، ولا يلجأ إليه لأول وهلة ولأهون الأسباب، كما يفعل بعض الجهلة الذين يُقَدِّمُونَ عليه لطيش بَيْن، أو حماقة، أو غضب موقوت، أو شهوة جارفة أو هوى مستبد، فالطلاق إذن ضرورة لحل مشكلات الأسرة، ومشروع للحاجة ويكره عند عدم الحاجة⁽³⁾.

ثانيا- اقتران الطلاق بالعدد:

إذا طَلَّقَ الزوج زوجته تطليقة، أو تطليقتين منفصلتين، لا يثور أي إشكال؛ لأنه يمكنه مراجعتها سواء في عدتها، أو بعدها بعقد ومهر جديدين، لكن يثور الإشكال، وَيَتَعَقَّدُ الموقف إذا طَلَّقَهَا ثلاث مرات دفعة واحدة سواء تصريحاً أو تلميحاً، وهو ما يسمى بالطلاق المقترن بعدد سواء لفظاً أو إشارة أو مكرراً كقول الزوج لزوجته: أَنْتِ طالق ثلاثاً أو بالثلاث، أو يشير بأصابع يده ثلاثاً، أو أَنْتِ طالق، أَنْتِ طالق، أَنْتِ طالق يكررها ثلاثاً في مجلس واحد⁽⁴⁾.

(1) العيني، البناية، 280/5؛ ابن قدامة، المغني، 363/7؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، 09/29.

(2) الدردير، الشرح الكبير، 361/2.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6874/9 - 6875 - 6876.

(4) مُجَدِّ الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص 175.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتناول في هذا الفرع اختلاف الفقهاء في المسألة، وكذا أدلتهم مع إيراد المناقشات وبيان الردود عليها، وصولاً إلى بيان الرأي الراجح، كذلك سنبين وجه مراعاة الخلاف فيها.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

وقع الاتفاق بين الفقهاء في أن من طلق زوجته على ثلاث مرات متتاليات؛ فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، ولكن إذا أوقع التطليقات الثلاث مجموعات بلفظ واحد؛ فهل يقع وتحرم أو لا؟ فهنا وقع الخلاف رغم أن الطلاق بدعي⁽¹⁾ على ثلاثة أقوال رئيسية؛ نوردتها على النحو الآتي:

1- القول الأول⁽²⁾: ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن هذا الطلاق يجري وقوعه ثلاثاً، وتحرم به الزوجة على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره.

2- القول الثاني⁽³⁾: ذهب ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم والشوكاني ومُحمَّد صديق خان إلى أن هذا الطلاق يقع طلقة واحدة رجعية⁽⁴⁾، وقد أفتى بهذا القول بعض فقهاء المذاهب الأربعة منهم من الحنفية مُحمَّد بن مقاتل الرازي⁽⁵⁾، ومن المالكية مُحمَّد بن عبد السلام الخشني⁽⁶⁾، وحكاه الشريف التلمساني قولاً في المذهب، ومال إلى هذا القول كذلك ابن رشد الحفيد، ومن الشافعية ابن كثير⁽⁷⁾،

(1) ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن هذا النوع من الطلاق بدعي محرم لكنه يقع، بينما ذهب الشافعية وأحمد في رواية اختارها الخرقى إلى سنية وقوع هذا الطلاق؛ ينظر: ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، 167/2.

(2) ابن الهمام، فتح القدير، 468/3؛ البغدادي، الإشراف، 737/2؛ الرملي، نهاية المحتاج، 08/7؛ ابن قدامة، المغني، 370/7.

(3) عياض وولده مُحمَّد، مذاهب الأحكام، ص 289؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 1044/3؛ ابن كثير، البداية والنهاية، 170/17؛ خليل، التوضيح، 315/4؛ الونشريسي، 914هـ، المنهج الفائق، 716/2؛ العظيم آبادي، 1329هـ، عون المعبود، 199/6؛ ابن التوزري، توضيح الأحكام، 128/2؛ المعلمي، الحكم المشروع، ص 12-13.

(4) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 08/33؛ ابن القيم، زاد المعاد، 238/5؛ الشوكاني، فتح القدير، 273/1؛ القنوجي، الروضة الندية، 53/2.

(5) هو: مُحمَّد بن مقاتل الرازي، قاضي الري، من أصحاب مُحمَّد بن الحسن من طبقة سليمان بن شعيب وعلي بن معبد، روى عن أبي المطيع، قال الذهبي: وحدث عن وكيع وطبقته، توفي سنة 248هـ؛ ينظر: القرشي، الجواهر المضية، 134/2.

(6) هو: مُحمَّد بن عبد السلام بن ثعلبة الخشني أبو عبد الله، أقام 25 سنة متجولاً في طلب الحديث، رحل إلى العراق وأخذ عن ابن حنبل، كان عالماً حافظاً بالأندلس، توفي سنة 286هـ؛ ينظر: الميورقي، جذوة المقتبس، 68/1.

(7) هو: إسماعيل بن كثير القرشي البصريي الدمشقي، صاهر الحافظ أبا الحجاج المزني ولازمه وأخذ عنه وأقبل على علم الحديث وأخذ الكثير عن ابن تيمية، ألف البداية والنهاية، توفي سنة 774هـ؛ ينظر: ابن قاضي شعبة، طبقات الشافعية، 85/3.

وأبو القاسم ابن هبة الله⁽¹⁾، وَقَوَّى العمل بهذا القول مراعاةً للخلاف من المعاصرين عثمان بن المكي التوزري المالكي⁽²⁾.

3- القول الثالث: ذهب بعض الفقهاء إلى القول بوقوعه ثلاثاً في المدخول بها، وواحدة في غيرها، وهو قول ابن راهوية⁽³⁾، وجزم به زكريا الساجي⁽⁴⁾ من الشافعية، وَقَوَّاهُ ابن رجب من الحنابلة⁽⁵⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل الفقهاء من كل فريق بعدة أدلة، سنذكر أدلتهم ثم إيراد المناقشات والردود، والترجيح بينها.

1- أدلة القول الأول:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، قالوا أن في الآية ما يدل على وقوع الثلاث معاً مع كونه منهيها عنها، وذلك لأن قوله تعالى بأن الطلاق يقع مرتين قد أبان عن حكمه إذا أوقع الزوج اثنين معاً بأن يقول أنت طالق أنت طالق في طهر واحد، وذلك خلاف السنة فإذا كان في مضمون الآية الحكم بجواز وقوع الاثنتين على هذا الوجه دل ذلك على صحة وقوعهما لو أوقعهما معاً لأن أحداً من العلماء لم يفرق بينهما؛ لأن في الآية ما يدل على ذلك من وجه آخر وهو قوله تعالى بعد ذلك: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]، فَحَكَمَ بتحريمها عليه بالثالثة بعد الاثنتين ولم يفرق بين إيقاعهما في طهر واحد أو في أطهار، فوجب الحكم بإيقاع الجميع على أي وجه أوقعه الزوج من مسنون أو غير مسنون ومباح أو محظور، وهو عام كذلك يتناول إيقاع الثلاث دفعة واحدة، وقد دلت

(1) هو: الفقيه أبو عبد الله التكريتي مُحَمَّد بن القاسم بن هبة الله أبو عبد الله، الفقيه الشافعي من أهل نكريت، تَفَقَّهَ بها في صباه على قاضيهما يحيى بن القاسم، ثم قدم بغداد ودرس الفقه والخلاف، توفي سنة 624هـ؛ الصفدي، الوافي بالوفيات، 242/4.

(2) هو: عثمان بن المكي الزبيدي التوزري، من أعلام جامع الزيتونة، تولى القضاء ببلدة توزر، قبل أن يصير مدرّساً بجامع الزيتونة، من تأليفه: القلائد العنبرية في شرح البيهقيونية، توفي سنة 1348هـ/1930م؛ ينظر: مُحَمَّد محفوظ، تراجم المؤلفين التونسيين، 198/1.

(3) هو: إسحاق ابن راهويه بن إبراهيم أبو يعقوب المروزي، نزيل نيسابور أحد أئمة المسلمين وعلماء الدين اجتمع له الحديث والفقه والورع، أملى المسند والتفسير من حفظه، توفي سنة 238هـ؛ ينظر: السيوطي، طبقات الحفاظ، 192/1.

(4) هو: زكريا بن يحيى بن عبد الرحمن البصري أبو يحيى الساجي الحافظ، أخذ عن المزني والربيع، كان من الثقات الأئمة، له اختلاف الفقهاء واختلاف الحديث وأصول الفقه، توفي سنة 307هـ؛ ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 299/3.

(5) ابن حجر، فتح الباري، 363/9؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 274/6؛ ابن عبد الهادي، الدر النقي، ص 63.

الآية على ذلك من غير نكير خلافاً لمن لم يجز ذلك⁽¹⁾، كذلك مما استدل به أصحاب هذا القول أن بعض المفسرين ذهبوا إلى المقصود بالتسريح بإحسان في الآية هو الطلقة الثالثة؛ قال القرطبي: "والتسريح يحتمل لفظه معنيين: أحدهما تركها حتى تتم العدة من الطلقة الثانية، وتكون أملك لنفسها، وهذا قول السدي والضحاك، والمعنى الآخر أن يطلقها ثالثة فيسرحها، هذا قول مجاهد وعطاء وغيرهما، وهو أصح لوجوه ثلاثة: أحدها ما رواه الدارقطني عن أنس بن مالك قال: قال رجل للنبي ﷺ إني أسمع الله تعالى يقول: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: 229]، فَأَيُّ الثَّالِثَةِ؟ قَالَ: «فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ هِيَ الثَّالِثَةُ»⁽²⁾، ذكره ابن المنذر، الثاني إن التسريح من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه قد قرئ "إِنْ عَزَمُوا السَّرَاحَ"⁽³⁾، الثالثة أَنَّ فَعَلَ تَفْعِيلًا يعطي أنه أحدث فعلاً مكرراً على الطلقة الثانية، وليس في الترك إحداث فعل يعبر عنه بالتفعيل"⁽⁴⁾.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

فقد استدلوا بقوله ﷺ كما جاء عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجت فطلق، فُسئِلَ النبي ﷺ أتحل للأول؟ قال: «لَا، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا كَمَا ذَاقَ الْأَوَّلُ»⁽⁵⁾، دل الحديث على جواز ذلك لا سيما أنه لم ينكر عليه ﷺ، ولم يستفصل منه عن كيفية هذا الطلاق، فلما لم يستفصل ﷺ عُلِمَ قطعاً أنه لا فرق في لزوم الثلاث مجموعة أو مفرقة؛ لأن القاعدة تقرر أن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال⁽⁶⁾.
واستدلوا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما حيث قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم، فأمضاه عليهم"⁽⁷⁾.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 83/2؛ القسطلاني، إرشاد الساري، 132/8.

(2) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، حديث رقم: 3889، 07/5؛ والحديث صححه ابن القطان، ينظر: بيان الوهم والإيهام، 316/2.

(3) هي قراءة شاذة مروية عن ابن عباس رضي الله عنهما؛ ينظر: أبو داود، كتاب المصاحف، ص194.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 127/3.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث رقم: 5261، 43/7.

(6) ابن حجر، فتح الباري، 367/9؛ الحفناوي، الطلاق، ص125.

(7) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، حديث رقم: 1472، 1099/2.

كذلك استدلو بحديث عويمر العجلاني رضي الله عنه عندما لاعن زوجته قال: "كَذَّبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتَهَا"، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا، قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (1)، قالوا لو كان وقوع طلاق الثلاث المجتمعات لا يجوز لَبَيِّنُهُ ﷺ، وقال له كيف تطلق ثلاثًا في مرة واحدة وذلك لا يجوز في ديننا وشريعتنا، فلما لم ينكر عليه شيئًا من ذلك دَلَّ على جوازه، والسكوت في معرض الحاجة بيان (2).

وعن محمود بن لبيد رضي الله عنه قال: "أُخْبِرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ جَمِيعًا، فَقَامَ غَضَبَانًا ثُمَّ قَالَ: «أَيُلْعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ؟»، حَتَّى قَامَ رَجُلٌ وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلَا أَقْتَلُهُ؟" (3)، قالوا معنى هذا الحديث أنه أمضى ﷺ عليه الثلاث وألزمه إياها، وأن السائل كان يريد الإذن في مراجعتها، ولم يأمره بمراجعتها كما فعل مع ابن عمر حين طلق امرأته في الحيض تطليقة واحدة، فإنه عليه الصلاة والسلام مع تَعْيِظِهِ على ابن عمر أمره بمراجعتها، إذ لو كان له مراجعتها بعد هذا الطلاق الثلاث المجموع لأمره بالمراجعة، فلم يذكر في هذا الحديث أمره عليه الصلاة والسلام له بالمراجعة، ولو كان لَنَقِلَ كما نُقِلَ أمره لابن عمر بالمراجعة فلو كانت غير لازمة لَبَيَّنَ النبي صلى الله عليه وسلم أنها غير لازمة، لأن البيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة (4).

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

طلق رجل امرأته ثلاثًا قبل أن يمسه، قال عطاء: فقلت: إنما طلاق البكر واحدة، فقال لي عبد الله بن عمرو بن العاص: إنما أنت قاصٌّ، الواحدة تُبَيِّنُهَا، والثلاثة تُحَرِّمُهَا، حتى تنكح زوجًا غيره (5).

د- من الإجماع:

فقد قال ابن المنذر: "وأجمعوا أن من طَلَّقَ زوجته أكثر من ثلاثة، أن ثلاثًا منها تحرمها عليه" (6)، والجدير بالذكر أن مستند إجماعهم قضاء سيدنا عمر رضي الله عنه المذكور؛ قال ابن حجر: "فالراجح... إيقاع الثلاث للإجماع الذي انعقد في عهد عمر على ذلك، ولا يُحْفَظُ أن أحدًا في عهد عمر خالفه

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث رقم: 5261، 42/7.

(2) ابن عبد البر، الاستدكار، 101/6؛ الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، ص 183.

(3) أخرجه النسائي في سننه الصغرى، كتاب الطلاق، الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ، حديث رقم: 3401، 142/6؛ قال

ابن حجر: "رجاله ثقات"، ينظر: فتح الباري، 362/9.

(4) الشنقيطي، أضواء البيان، 110/1؛ سلامة العزامي، البراهين الساطعة، ص 42.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق البكر، أثر رقم: 2109، 820/4.

(6) ابن المنذر، الإجماع، ص 113.

في واحدة منهما، وقد دل إجماعهم على وجود ناسخ، وإن كان خفي عن بعضهم قبل ذلك حتى ظهر لجميعهم في عهد عمر، فالمخالف بعد هذا الإجماع منابذ له، والجمهور على عدم اعتبار من أحدث الاختلاف بعد الاتفاق⁽¹⁾.

هـ- من المعقول:

قالوا أن النكاح مِلْكٌ يصح إزالته متفرقا، فَصَحَّ مجتمعاً كسائر الأملاك، وكذلك يقاس على اللعان من جهة أنه معنى ذو عدد يقتضي البيونة، فوجب تحرمة كاللعان⁽²⁾.

2- أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بعدة حجج، من القرآن والسنة والإجماع والمعقول نذكرها كما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، ووجه الاستدلال بالآية أن العرب في لغتها لا تعقل وقوع المرتين إلا متعاقبتين، والدليل على أن المقصد فيه الأمر بتفريق الطلاق وبيان حكم ما يتعلق بإيقاع ما دون الثلاث من الرجعة أنه قال الطلاق مرتان وذلك يقتضي التفريق لا محالة؛ لأنه لو طَلَّقَ اثنتين معا لما جاز أن يقال طلقها مرتين⁽³⁾، ونظائره في القرآن كثيرة؛ كقوله تعالى: ﴿سَنُعَذِّبُهُمْ مَرَّتَيْنِ﴾ [التوبة: 101]، فهذا مرة بعد مرة، وقوله: ﴿لَتُفْسِدَنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ﴾ [الإسراء: 04]، وقالوا أنه مما يدل على أن الله لم يشرع الثلاث جملة واحدة قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ إلى أن قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 228]، فهذا يدل على أن كل طلاق بعد الدخول، المطلق أحق فيه بالرجعة سوى الثالثة المذكورة بعد هذا⁽⁴⁾.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

كما استدلوا من السنة النبوية بِعِدَّةِ أَحَادِيثٍ منها؛ ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "طَلَّقَ زَكَاةُ بن عبد يزيد أخو بني مُطَلِّبٍ امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فَحَزَنَ عليها حزناً شديداً، قال: فسأله

(1) ابن حجر، فتح الباري، 365/9.

(2) الباجي، المنتقى، 03/4؛ ابن قدامة، المغني، 370/7.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، 73/2.

(4) ابن القيم، زاد المعاد، 224/5.

رسول الله ﷺ: «كَيْفَ طَلَّقْتَهَا؟»، قال: طلقته ثلاثاً، قال: فقال: «فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ؟»، قال: نعم قال: «فَإِنَّمَا تِلْكَ وَاحِدَةٌ فَأَرْجِعْهَا إِن شِئْتَ»، قال: فَارْجَعَهَا⁽¹⁾، والحديث فيه دليل على أن إرسال الثلاث التطليقات في مجلس واحد يكون طلاقاً واحدة، وهو نص في المسألة لا يقبل التأويل⁽²⁾.

كذلك استدلو بما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أيضاً حيث قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم، فأمضاه عليهم"⁽³⁾، وفي رواية أخرى صريحة عن أبي الصهباء رضي الله عنه، قال لابن عباس رضي الله عنهما: "أتعلم أنما كانت الثلاث تُجَعَلُ واحدة على عهد النبي ﷺ، وأبي بكر، وثلاثاً من إمارة عمر؟، فقال ابن عباس: نعم"⁽⁴⁾، ومعنى الحديث أنه كان الطلاق الذي يوقعه الْمُطَلَّقُ الآن ثلاثاً يوقعه على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحدة، فهو إخبار عن الواقع، لا عن المشروع⁽⁵⁾، وبمعنى آخر حديث ابن عباس يدلُّنا على تغيير عادة لا تغيير حكم، وهذا الملحظ تأوَّله الباجي من المالكية وإلكيا الهراسي⁽⁶⁾ من الشافعية، وابن قدامة من الحنابلة⁽⁷⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

قال ابن القيم: "أفتى به حبر الأمة وترجمان القرآن عبد الله بن عباس، أفتى بهذا وهذا، وأفتى بأنها واحدة الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف، وعن علي كرم الله وجهه وابن مسعود روايتان كما عن ابن عباس"⁽⁸⁾، وعن أنس رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه كان إذا أُتِيَ برجل طَلَّقَ امرأته ثلاثاً أوجع ظهره⁽⁹⁾.

(1) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 2387، 91/3؛ قال محققه أحمد شاكر: "إسناده صحيح".

(2) ابن حجر، فتح الباري، 362/9؛ الصنعاني، سبل السلام، 256/2.

(3) سبق تخريجه، ص 325.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، أثر رقم: 1472، 1099/2.

(5) ابن القيم، زاد المعاد، 235/5.

(6) هو: علي بن محمد بن علي إلكيا، أبو الحسن الهراسي الطبرستاني، الفقيه الشافعي، تفقّه بنيسابور مدةً على إمام الحرمين، ولي

تدريس النظامية ببغداد، توفي سنة 504 هـ؛ ينظر: الذهبي، تاريخ الإسلام، 52/11.

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 130/3؛ ابن قدامة، المغني، 370/7؛ الشربيني، مغني المحتاج، 502/4.

(8) ابن القيم، إعلام الموقعين، 34/3.

(9) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق باب التعدي في الطلاق، أثر رقم: 1073، 302/1؛ قال ابن حجر: "سنده

صحيح"، ينظر: فتح الباري، 360/9.

ج- من الإجماع:

قال ابن القيم: "والمقصود أن هذا القول قد دل عليه الكتاب والسنة والقياس والإجماع القديم، ولم يأت بعده إجماع يبطله، ولكن رأى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة؛ فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم"⁽¹⁾.

د- من القياس:

أما دليلهم من القياس فقالوا بأن جمع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مقيس على طلاق الحائض والجامع بين الطلاقين أن كلا منهما ورد النهي عنه، فإذا كان الطلاق وقت الحيض لا يقع لأنه بدعي محرم، فكذلك الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع لكونه بدعي محرم، ولأنه طلاق محرم منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، فلو صحَّحْنَاهُ كان لا فرق بين المنهي عنه والمأذون فيه من جهة الصحة والفساد، كذلك النهي يدل على اشتغال المنهي عنه على مفسدة راجحة، والقول بالوقوع سعي في إدخال تلك المفسدة في الوجود وهو غير جائز، فوجب أن يُحْكَمَ بعدم الوقوع⁽²⁾.

3- أدلة القول الثالث:

الفقهاء الذين فرقوا بين المدخول بها وغير المدخول بها لهم حجتان⁽³⁾:

أ- ما جاء عن طاووس، أن رجلاً يقال له أبو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال: أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من إمارة عمر؟ قال ابن عباس رضي الله عنهما: "بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد النبي ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه وصدر من إمارة عمر رضي الله عنه، فلما أن رأى الناس قد تتابعوا فيها قال: أجزوهم عليهم"⁽⁴⁾.

ب- أن غير المدخول بها تَبَيَّنُ بقوله: أنت طالق، فيصادفها ذكر الثلاث بعد ذلك وهي بائن، فتعتبر

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، 34/3.

(2) ينظر: الرازي، مفاتيح الغيب، 442/6؛ ابن القيم، زاد الميعاد، 204/5؛ الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، ص 204.

(3) ابن القيم، زاد الميعاد، 230/5.

(4) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، حديث رقم: 2199، 524/3؛ قال الألباني: "هذا إسناد معلول"، ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة، 270/3.

الطلقتان من اللغو لعدم وقوعها على محل الطلاق، ولذلك رأى هؤلاء أن إلزام عمر بالثلاث هو في حق المدخول بها، وحديث أبي الصهباء في غير المدخول بها، وقالوا التفريق موافق للمنقول والقياس.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

سبب الخلاف في المسألة كونها هل الحكم الذي جعله الشرع من البيونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة، أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع؟⁽¹⁾.

أ- مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

يتجه على استدلال الجمهور بالآية الكريمة أن الطلاق المذكور هو الطلاق الرجعي الذي يكون فيه حق رد الزوجة فهو مرتان أي مرة بعد مرة، والله تعالى لم يقل: الطلاق طلقتان، بل قال: مرتان فإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً أو عشراً أو ألفاً، لم يكن قد طلقها إلا مرة واحدة⁽²⁾، وقياس جواز جمع الثلاثة دفعة على جمع الاثنين دفعة كما فهمه الجمهور لا يسلم لهم لأنه قياس مع الفارق؛ ووجهه أن جمع الثنتين لا يستلزم البيونة الكبرى بل تبقى له الرجعة إن كانت رجعية وتحدد العقد إن كانت بائناً بينونة صغرى بخلاف جمع الثلاث فهي تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره⁽³⁾، أما قولهم بأن التسريح بالإحسان هو الطلقة الثالثة كما فسره مجاهد وعطاء، وعَصَّدُوهُ بما جاء عن أنس بن مالك رضي الله عنه فهو تأويل مرجوح يردده السياق؛ لأن الطلقة الثالثة إنما تؤخذ من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]، وهو ما رَجَّحَهُ إلكيا الهراسي من الشافعية أخذاً بتفسير السدي والضحاك، أما حديث أنس رضي الله عنه عند الدارقطني فقد حكم عليه بعض النقاد بالشذوذ، كما أنه ورد من رواية أخرى بسند حسن لكنها رواية مرسل⁽⁴⁾، وأجاب الجمهور على الاعتراض على الآية بأنه ليس من لوازم المرتين التفريق بينهما، هل هو مرة بعد أخرى أو طلقتان اثنتان مجتمعتين أو متفرقتين، وأن الراجح بيان العدد لا إلزامية التفريق، وقالوا أن الأخذ بالحديث أولى فإنه مرسل حسن، ويعتضد بما أخرجه الطبري عن ابن عباس بسند صحيح قال: "إذا

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 1044/3.

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 11/33 - 12.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 365/9.

(4) إلكيا الهراسي، أحكام القرآن، 174/1؛ ابن حجر، فتح الباري، 366/9.

طلق الرجل امرأته تطليقتين فليتنق الله في الثالثة فإما أن يمسكها فيحسن صحبتها أو يسرحها فلا يظلمها من حقها شيئاً⁽¹⁾.

أما استدلالهم بما جاء عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، فيتجه عليه بأنه ليس في حديثها تصريح بأنه أوقع الثلاث في مجلس واحد، فلا يدل على المطلوب، وقالوا كذلك عدم استفصاله عليه السلام عن المجلس وعدد الألفاظ كما تَمَسَّكَ به الجمهور يمكن نقضه بأنه عليه السلام لم يستفصل لأنه كان الواقع في ذلك العصر غالباً عدم إرسال الثلاث كما روى ابن عباس رضي الله عنهما⁽²⁾.

أما استدلالهم بحديث عويمر العجلاني فلا حجة فيه؛ لأن الزوجة تَبَيَّنُ بنفس اللعان فطلاق الثلاث واقع من الزوج بعد ذلك على غير محل إذ بانَّت قبل الطلاق الثلاث فلا يجب إنكار مثل ذلك منه عليه السلام حتى يقال أن السكوت عنه تقرير وبيان للجواز⁽³⁾، وقد أجاب الجمهور بأن وقوع الفرقة بنفس اللعان فيه خلاف بين الفقهاء كما أنه لا دليل يدل أن الفرقة تقع بنفس اللعان إذا أوقعه صاحبه⁽⁴⁾.

أما استدلالهم بحديث محمود بن لبيد فقد وجهت إليه بعض الانتقادات، فمن حيث السند كونه على الرغم من أن رجاله ثقات لكنه من مراسيل الصحابة والمرسل لا حجة؛ لأن محمود بن لبيد وُلِدَ في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يثبت له منه سماع، وإن ذكره بعضهم في الصحابة فلأجل الرؤية، وقد ترجم له الإمام أحمد في مسنده، وأخرج له عدة أحاديث ليس فيها شيء صرح فيه بالسماع⁽⁵⁾، أما من حيث المعنى، فحديث محمود بن لبيد ليس فيه التصريح بأنه عليه السلام أنفذ الثلاث، وغضبه عليه السلام وتصريحه بأن ذلك الجمع للطلقات لعب بكتاب الله يدل على أنها لا تقع، وقد أجاب الجمهور بأن مراسيل الصحابة لها حكم الوصل، ومحمود بن لبيد المذكور جل روايته عن الصحابة كما قرره ابن حجر، وأما جوابهم من حيث المعنى فإن مخالفة المشروع لا تعني عدم وقوع الطلاق بدليل وقوع طلاق الحائض كما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق زوجته ورَدَّهَا النبي صلى الله عليه وسلم⁽⁶⁾.

(1) ابن حجر، فتح الباري، 9/366؛ سلامة الغزامي، البراهين الساطعة، ص 29.

(2) الصنعاني، سبل السلام، 2/256.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، 6/270.

(4) الشنقيطي، أضواء البيان، 1/106.

(5) ابن حزم، المحلى، 3/389؛ ابن حجر، فتح الباري، 9/362.

(6) ابن حجر، تقريب التهذيب، ص 522؛ الشنقيطي، أضواء البيان، 1/109؛ الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، ص 185.

وأما استدلالهم بأثر ابن عباس رضي الله عنه في إمضاء الواحدة ثلاثاً في عهد سيدنا عمر رضي الله عنه، فنوقش بأن هذا الخبر وقع عن اختلاف عادة الناس خاصة، لا عن تغيير الحكم في المسألة الواحدة⁽¹⁾.

كذلك استدلال الجمهور بالإجماع مُنتَقَضٌ من حيث إنه قد ثبت وجود المخالفين في المسألة من الصحابة والتابعين؛ كعبد الله بن عباس فيما رواه عكرمة عنه، وأفتى بأنها واحدة الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف من الصحابة، ومن التابعين عكرمة وعطاء ومُجَدِّد بن اسحق وغيرهم⁽²⁾، ومن فقهاء المذاهب خالف من قد ذكرناهم سابقاً، ولذلك عَلَّقَ ابن حجر على ترجمة الإمام البخاري في صحيحه: باب من جَوَّزَ الطلاق الثلاث، قال: "وفي الترجمة إشارة إلى أن من السلف من لم يُجْزَ وقوع الطلاق الثلاث"⁽³⁾، وأجاب الجمهور بأن نسبة جعل الثلاث بلفظ واحد واحدة إلى بعض الصحابة لم يثبت عن أحد منهم، ولم يقل بهذا القول أحد من الصحابة والتابعين، ولا من سلف الأمة⁽⁴⁾.

ب- مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش استدلال من قالوا أن الثلاث تقع واحدة بآية الطلاق مرتان أن مرتان أي مرة بعد مرة بدليل سياق الآية، ونظائره في الكتاب والسنة كما أوضحنا؛ وأجيب بأنه ليس من لوازم المرتين التفريق بينهما في التوقيت، ولهذا ترى أهل العلم بتفسير كتاب الله تعالى على رأيين في تفسير هذه الآية الكريمة، هل هي لبيان عدد الطلاق الذي يكون للرجل فيه الرجعة، والقدر الذي تَبَيَّنُ به زوجته، أو لبيان سنة الطلاق المباح وهي أن تُطَلَّقَ النساء اثنتين في كل طهر واحدة؛ أي طلقتين متفرقتين، وهو ما رجحه بعض المفسرين في ذلك أن الآية نزلت لبيان عدد الطلاق الذي يكون به التحريم⁽⁵⁾.

وقالوا كذلك بأن الملاءن لو قال: "أشهد بالله أربع شهادات إني لمن الصادقين" كان مرة واحدة، ولو قال الحالف في القسم: "أقسم بالله خمسين يمينا أن هذا قاتله" كان ذلك يمينا واحدة، ولو قال المقر بالزنا: "أنا أقر أربع مرات أي زني" كان مرة واحدة؛ فمن يعتبر الأربع لا يجعل ذلك إلا إقراراً واحداً، وقال النبي صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «مَنْ قَالَ: سُبْحَانَ اللَّهِ وَبِحَمْدِهِ، فِي يَوْمٍ مِائَةَ مَرَّةٍ، حُطَّتْ

(1) النووي، المنهاج، 71/10.

(2) القنوجي، الروضة الندية، 54/2.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 362/9.

(4) ابن المبرد، سير الحاث، ص 49؛ الشنقيطي، أضواء البيان، 138/1.

(5) الطبري، جامع البيان، 544/4؛ سلامة العزامي، البراهين الساطعة، ص 29.

خَطَايَاهُ، وَإِنْ كَانَتْ مِثْلَ زَبْدِ الْبَحْرِ»⁽¹⁾، فلو قالها لم يحصل له هذا الثواب حتى يقولها مرة بعد مرة، فالمعقول من اللغة والعرف في الأحاديث المذكورة، وهذه النصوص المذكورة وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: 229] كلها من باب واحد ومشكاة واحدة⁽²⁾.

أما بخصوص استدلالهم بحديث ركانة بن عبد يزيد رضي الله عنه، فانتقده الجمهور من أربعة أوجه هي⁽³⁾:
- أن الحديث فيه مُجَدِّد ابن إسحاق⁽⁴⁾ وشيخه مختلف فيهما، وأجيب بأن المحدثين احتجوا في عدة أحكام بهذا الإسناد؛ فاحتج أحمد به في حديث رد النبي ﷺ ابنته زينب على زوجها لما أسلم بالنكاح الأول⁽⁵⁾، وعليه ليس كل مختلف فيه مردوداً، وقد صرح ابن إسحاق في هذا الحديث بالتحديث عن شيخه فتزول شبهة التدليس.

- معارضته بفتوى ابن عباس بوقوع الثلاث كما جاء في رواية مجاهد وغيره عنه، قالوا فلا يُظَنُّ بابن عباس أنه كان عنده هذا الحكم عن النبي ﷺ ثم يفتي بخلافه إلا بمرجح ظهر له، وراوي الخبر أَخْبَرُ من غيره بما روى، وأجيب بأن الاعتبار برواية الراوي لا برأيه بسبب ما يتطرق إلى رأيه من احتمال النسيان، وأما كونه تمسك بمرجح فلا ينحصر هذا المرجح فيما هو من المرفوع عن النبي ﷺ بل يُحْتَمَلُ التمسك منه بتخصيص أو تقييد أو تأويل، وليس قول مجتهد حجة على مجتهد آخر.

- رَجَّحَ بعض المحدثين القول بأن ركانة إنما طَلَّقَ امرأته الْبَتَّةَ كما جاء من طريق آل بيت ركانة؛ لأنهم أهل بيته وهم أعلم به⁽⁶⁾، فَالْبَتَّةُ تفسير للثلاث، وأجيب بأن رواية الْبَتَّةِ مطعون فيها بالاضطراب سنداً وممتناً، وطرقها كلها ضعيفة.

- أنه مذهب شاذ لا يُعْمَلُ به، وأجيب بأنه نُقِلَ عن علي وابن مسعود وابن عوف وابن العوام رضي الله عنهم.
أما استدلالهم بحديث ابن عباس في أن الطلاق الثلاث كان في عهده ﷺ وأبي بكر وثلاث سنوات من عهد عمر يقع واحدة، فاعترض الجمهور عليه من عدة أوجه هي:

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الدعوات، باب فضل التسييح، حديث رقم: 6405، 86/8.

(2) سلامة العزامي، المرجع السابق، ص 29.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 363/9؛ ابن القيم، زاد المعاد، 241/5.

(4) هو: مُجَدِّد ابن إسحاق ابن يسار أبو بكر المظلي مولاهم المدني نزير العراق إمام المغازي صدوق يدلّس ورمي بالتشيع والقدر، من صغار الخامسة؛ ينظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ص 467.

(5) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 1876، 436/2؛ قال محققه أحمد شاكر: "إسناده صحيح".

(6) أبو داود، السنن، 531/3.

- أنه محمول على من فَرَّقَ اللفظ، فقال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، لقلة إرادتهم الاستئناف بذلك في أول الأمر، فَحُمِلَ على الغالب لإرادة التأكيد، فلما كان زمن عمر رضي الله عنه ورأى تَغْيِيرَ الأحوال وكثر استعمال الناس لهذه الصيغة لإرادة الاستئناف غالباً حُمِلَتْ عند الإطلاق على الثلاث فأمضاه عليهم، وَرَجَّحَ هذا التأويل النووي والسبكي والقرطبي وابن الهمام⁽¹⁾، وأجيب على ذلك بأنه تأويل لا يسعفه منطوق الحديث؛ لأن كلام سيدنا ابن عباس رضي الله عنه لا يلائم ذلك بل ينبو عنه، فظاهر قوله: طلاق الثلاث واحدة؛ أنه كان ذلك بأية عبارة وقعت⁽²⁾.

- أن هذا الحديث منسوخ بحديث آخر مروي عن ابن عباس نفسه قال: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ" [البقرة: 228] الآية، وذلك أن الرجل كان إذا طلق امرأته فهو أحق برجعته وإن طلقها ثلاثاً، فَنُسَخَ ذلك، وقال: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: 229]⁽³⁾، قال الشافعي مؤكداً ذلك: "يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئاً نَسَخَ ذلك"⁽⁴⁾، وأجيب من حيث السند أن حديث النسخ فيه راوٍ ضعيف⁽⁵⁾، ومن حيث المعنى أن عمر رضي الله عنه لا ينسخ ولو نسخ - وحاشاه منه - لبادرت الصحابة إلى إنكار ذلك عليه، فضلاً على أن النسخ لا يثبت بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكون الثلاث واحدة قد عُمِلَ به في خلافة الصديق كلها، وأول خلافة عمر رضي الله عنه، فمن المستحيل أن ينسخ بعد ذلك⁽⁶⁾.

- أن هذه الرواية شاذة نقلها طاوس بن كيسان، ودليل ذلك أنه خالف روايات كثيرة عن ابن عباس رواها جمع من أصحابه⁽⁷⁾ أثبتوا أنه أفتى أن طلاق الثلاث يقع ثلاثاً؛ لأنه لا يروي شيئاً ويفتي بخلافه

(1) النووي، المنهاج، 71/10؛ ابن الهمام، فتح القدير، 471/3؛ الشريبي، مغني المحتاج، 502/4.

(2) الصنعاني، سبل السلام، 253/2.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، أثر رقم: 2195، 517/3؛ قال محققه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "إسناد حسن".

(4) ابن حجر، فتح الباري، 363/9.

(5) هو علي بن الحسين بن واقد، قال فيه النسائي: ليس به بأس، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث، وَرَجَّحَ الذهبي أنه حسن الحديث؛ لأن البخاري أخرج له في الأدب ومسلم في مقدمته وأصحاب السنن؛ ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، 211/10.

(6) المازري، المعلم بفوائد مسلم، 192/2، ابن القيم، إغاثة اللهفان، 291/1.

(7) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 06/6.

فالترجيح متحتم، ويجب على ذلك بأن دعوى الشذوذ مردودة لكون طاوس إمام ثقة لا يضر تفرد به الرواية لا سيما وقد رواها الإمام مسلم في صحيحه، كذلك قد شاركه بعض أصحاب ابن عباس أنه أفتى بأنها واحدة موافقة لرواية أبي الصهباء ومجاهد وعكرمة، والحكم بشذوذ هذه الرواية مبناه مخالفتها لفتوى ابن عباس التي نقلها غير واحد من أصحابه لكن مناط الشذوذ غير قائم؛ لأن الشذوذ هو مخالفة الثقة من هو أوثق منه⁽¹⁾، وهؤلاء نقلوا فتوى ولم ينقلوا رواية وإذا تعارضاً تُقَدَّم الرواية قطعاً، وادعاء أن الرواية موقوفة على ابن عباس لا يستقيم؛ لأن قول الراوي كنا نفعل كذا في عهد رسول ﷺ له حكم الرفع على الراجح، كذلك العبرة بما روى الراوي لا بما رأى إذا تعارضاً⁽²⁾.

- يمكن أن يُعَارَض استدلال ابن القيم بالإجماع القديم، بأن المعتبر هو ما أجمعت عليه الأمة فيما بعد، وهذا ما صرح به ونقله الجم الغفير من أئمة الفتوى⁽³⁾، ويجب بأنه عارضه إجماع قبله وهو ما كان في عصر أبي بكر وثلاثة سنوات من عصر عمر، والمقرر عند الأصوليين أنه إذا تعارض إجماعان يُجْمَع بينهما ما أمكن وهو منتف هنا، أو يُرَجَّح بينهما، ومن طرق الترجيح أن يُرَجَّح أحدهما بقوة مستنده أو صفته، أو يُقَدَّم الإجماع النصي على القياسي، والنطقي على السكوتي⁽⁴⁾.

والذي يبدو لي سديداً أنه يُقَدَّم الإجماع القديم لقوة مستنده وموافقته للوضع الذي كان في زمن النبي ﷺ، ولأنه نصي ونطقي وصريح وهو الطلاق السني المشروع؛ لذلك قال ابن إسحاق في هذا الطلاق: "خالف السنة فَيُرَدُّ إلى السنة"⁽⁵⁾، كذلك شهادة ابن عباس في حديثه المتقدم، وهو احتساب الطلاق الثلاث واحدة، أما ما قضاه سيدنا عمر رضي الله عنه فهو من باب السياسة الشرعية كما أوضح ذلك بعض الفقهاء بقوله: "واعلم أن في صدر الأول إذا أرسل الثلاث جملة لم يحكم إلا بوقوع واحدة إلى زمن عمر رضي الله تعالى عنه، ثم حكم بوقوع الثلاث لكثرة بين الناس تهديداً"⁽⁶⁾.

(1) أحمد شاكر، الباعث الحثيث، ص 73.

(2) ابن حجر، فتح الباري، 365/9.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 129/3.

(4) الزركشي، البحر المحيط، 123/8.

(5) ابن القيم، زاد المعاد، 227/5.

(6) شيخنا زاده، مجمع الأنهر، 382/1.

ب- مناقشة أدلة القول الثالث:

أورد الفقهاء على أدلة أصحاب هذا المذهب القائلين بالتفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها بعض الاعتراضات منها أن استدلالهم بحديث ابن عباس رضي الله عنه عند أبي داود⁽¹⁾، وفيه تقييد وقوع الثلاث بالمدخول بها وعدمه في غيرها، فيتجه عليه أن التقييد بقبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الأخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول، وغاية ما في هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة في الباب، وكانت إجابةً على سؤال مخصوص، وذلك لا يوجب الاختصاص ببعض الذي وقع التنصيص عليه، ولا يفضي إلى قيام التعارض بينهما البتة⁽²⁾.

- أما استدلالهم بكون الطلقة الثانية والثالثة وقعتا على غير محل لانقطاع العصمة بالأولى في غير المدخول، يتجه عليه أن قوله: أنت طالق ثلاثا كلام متصل غير منفصل، فكيف يصح جعله كلمتين وتعطى كل كلمة حكماً⁽³⁾.

2- الترجيح:

بعد عرض أدلة أصحاب المذاهب وبسط المناقشات والإجابات التي دارت بينهم، فمن خلالها يمكن ترجيح مذهب القائلين بعدم وقوع الطلاق الثلاث إلا واحدة، وذلك لقوة ما استند إليه أصحاب هذا القول، وعمدتهم تصريح ابن عباس رضي الله عنه أن احتساب الطلاق الثلاث واحدة هو الأصل المشروع الواقع على السنة في زمن النبوة والخليفة أبي بكر رضي الله عنه وثلاث سنوات من خلافة عمر رضي الله عنه مما يعني أنه عمل به، أما إنفاذ عمر للثلاث فلا يعدو كونه من باب تَغْيِيرِ الفتوى بِتَغْيِيرِ الزمان وسياسة شرعية منوطة بقواعد الاستصلاح استجلاباً أو استدفاعاً⁽⁴⁾، وأما إجماع الأئمة بعده فهو سكوتي مستنده المصلحة قد عارضه الإجماع القديم الصريح المستند إلى عمل النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم، كما صرح ابن عباس رضي الله عنه، كذلك ترجيح هذا القول يحقق المصلحة المتمثلة في استقرار الأسرة والحفاظ على تماسكها ودفع مفسدة التحليل أو تَلْمُسِ الفتاوى الشاذة بفساد العقد الأول الذي قد يلجأ إليه من تورط في هذا النوع من الطلاق، وعلاوة على ذلك فإنه يمكن لولي الأمر أن يسن قانوناً يُجَرِّمُ

⁽¹⁾ هو: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، الإمام الثبت سيد الحفاظ، سمع خلقاً كثيراً بالحجاز والشام ومصر والعراق، حدث عنه الترمذي والنسائي وغيرهما، ألف السنن، توفي سنة 275هـ؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ، 2/127.

⁽²⁾ الشوكاني، نيل الأوطار، 6/277؛ محمود شلتوت وآخرون، مقارنة المذاهب في الفقه، 85.

⁽³⁾ العسقلاني، فتح الباري، 9/363.

⁽⁴⁾ ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/35؛ محمد بلتاجي، منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص 310-311.

التلاعب بألفاظ الطلاق ومنها الطلاق الثلاث سدا لذرائع الفساد والإفساد، كما كان يفعل عمر رضي الله عنه إذا أتى برجل طلق امرأته ثلاثاً أوجعه ضرباً، وقد رجّح القول بإيقاع الثلاث واحدة جم غفير من كبار الفقهاء المعاصرين⁽¹⁾.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

يرى بعض شيوخ المالكية جواز العمل بالقول الذي يعتبر الطلاق الثلاث طلبة رجعية مراعاةً للخلاف؛ إذ يقول الشيخ عثمان التوزري المالكي: "قد علمت أنه قول في المذهب (اعتبار الثلاث واحدة) لا أنه من قبيل الاجتهاد، اللهم إلا أن يقال المراد بالاجتهاد الأخذ بالقول المنقول عن الإمام وهو لزوم الواحدة، إذا تقرر هذا ظهر جلياً قوة هذا القول وأن تقليده وعمل الإنسان به في خاصة نفسه حيث لم تشهد عليه بينة خير من استعمال المحلل الصوري الذي لا يحللها اتفاقاً، قال صاحب المعيار وسئل أي سيدي قاسم العقباني عن الشخص تنزل به مسألة لا يجد فيها مندوحة في مذهب إمامه أو له مندوحة فيها إلا أنها على قوله شاذة أو له مندوحة في مذهب الشافعي أو الحنفي أو غيرهما من أهل المذاهب هل له تقليد الشافعي مثلاً أو القولة الشاذة في مذهب إمامه ولا حرج عليه في ذلك، وقد قال بعض الشيوخ إن نزلت به نازلة ومالك فيها قولان أنه يجوز الأخذ بأثقلهما أو بأخفهما ولا حرج عليه، وقد قالوا أن من أصل مذهب مالك مراعاة الخلاف"⁽²⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

لم يورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة نصاً صريحاً في المسألة كالمشرعين المصري والمغربي⁽³⁾، كما سنرى بعد حين، ولكن جاء في المادة 51 ق أ ج ما يلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتاليات إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء"⁽⁴⁾، وهذا النص

(1) العظيم آبادي، التعليق المغني، ص 894؛ المعلمي، الحكم المشروع، ص 150؛ محمود شلتوت وآخرون، مقارنة المذاهب في الفقه، ص 89؛ أحمد شاكراً، نظام الطلاق في الإسلام، ص 38؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 308؛ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص 109؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 273؛ عمر الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، ص 181.

(2) التوزري، توضيح الأحكام، 127/2 - 128.

(3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 178.

(4) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 913.

يكتنفه الإبهام وعدم الوضوح، لكن الشراح يشيرون إلى هذه المسألة عنده، حيث فهموا من نص هذه المادة عدم وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد⁽¹⁾؛ لأن هذه المادة حصرت الطلاق الذي تبيّن به الزوجة بينونة كبرى، ولا تحل لزوجها حتى تتزوج غيره في حالة واحدة وهي الطلاق الثلاث إذا جاءت مراته متتاليات أي متفرقات، فعلم بدلالة الإشارة أن الطلاق الثلاث المجموع في لفظ واحد أو المتتابع في مجلس واحد يقع طلاقاً واحدة وتبيّن الزوجة به بينونة صغرى⁽²⁾، كما أن المادتين 49 و50 تدلان ضمناً على أن الطلاق في عرف القانون لا يكون إلا رجعيًا ولو تَلَفَّظَ الزوج به ثلاثاً، حيث نصت المادة 49 من ق أ ج أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"، ونصت المادة 50 من ق أ ج بأن: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فمقتضى هاتين المادتين أن الطلاق إذا رُفِعَ أمام القضاء لا عبّره بلفظه إذا كان ثلاثاً، وإنما الأصل احتسابه واحدة رجعية؛ لأن المادة 50 أجازت إرجاع الزوجة أثناء محاولة الصلح أو بعد صدور الحكم، وما دام الحكم القضائي مرتبطاً بالصلح كإجراء جوهري طبقاً للمادة 49، فهو دليل على أن الحكم إذا صدر يجوز بعده إرجاع الزوجة، وبالتالي لا اعتبار بالطلاق الثلاث قانوناً وقضاءً.

وعليه نستخلص من ذلك أن المشرع آثر اختيار مذهب الفقهاء القائلين بوقوعه طلاقاً واحدة رجعية، وعدّل عن مذهب الجمهور، ومنهم المالكية⁽³⁾ الذين يرونه طلاقاً ثلاثاً تحرم به الزوجة على زوجها حرمة أبدية، وهذا من سديد الرأي له في عدم جموده على مذهب القائلين بالثلاث واختياره مذهب القائلين بالوقوع واحدة رجعية، ويبرر هذا فقهاً موافقة قاعدة مراعاة الخلاف التي تسمح باختيار ما يحقق المصلحة ويلبي الحاجة ويدراً المفسدة، وقد جَرَّبَتْهُ بعض الدول العربية كمصر فاضطرت إلى تعديله لاجتناب زواج التحليل أو إفساد العقد الأول بالفتوى عند بعض الفقهاء⁽⁴⁾.

وقد عملت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بالمذهب القائل باعتبار الثلاث واحدة رجعية⁽⁵⁾، فمنهم التشريع المصري الذي نص قانون الأحوال الشخصية رقم 25 الصادر سنة

(1) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 524

(2) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 296 - 297.

(3) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ص 233.

(4) محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، 510.

(5) الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 178.

1929 في المادة 03 على أن: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة"، كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 92 على نفس الحكم لفظاً ومعنى: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً وإشارة لا يقع إلا واحدة"⁽¹⁾، كما نصَّ المشرع المغربي على ذلك في المادة 92 من مدونة الأسرة: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحداً"، أما بالنسبة إلى المشرع التونسي فلم يصدر عنه نص صريح ينظم هذا النوع من الطلاق، لكن قرر في الفصل 30 من مجلة الأحوال الشخصية على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة مما يعني أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبة واحدة⁽²⁾، ومن خلال المواد المذكورة يبدو أن المشرع الجزائري لم يذكر بالتفصيل أحكام الطلاق الثلاث، وهذا بمثابة قصور تشريعي يجب تداركه في أي تعديلات قادمة.

ويبدو الدافع لتبني هذا الموقف من المشرع؛ اعتبار هذا النوع من الطلاق بدعة لا يقع لا شرعاً ولا فقهاً ولا قضاءً، وهذا ما أجاب به ممثل الحكومة (وزير العدل) النواب أثناء مناقشة مشروع قانون الأسرة لعام 1984، كذلك يتمشى هذا التوجه مع حكمة التشريع الإسلامي في جعل الطلاق واقعا على دفعات متعددة ليحرج الرجل نفسه بعد المرة الأولى، والثانية، ويروضها على الصبر، والاحتمال حتى إذا لم تفده التجارب وقع الطلاق في المرة الثالثة⁽³⁾.

ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

استقر العمل القضائي في الجزائر على اعتبار الطلاق المتعدد سواء لفظاً أو إشارة أو كتابة بالأحرى طلاقاً واحداً، ومثله الطلاق المتتابع أو المتكرر في مجلس واحد عملاً برأي الفقهاء القائلين بذلك مراعاة للخلاف، ذلك أن المشرع لم يشترع إيقاع الطلاق جملة واحدة، وإنما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق، وعليه فإن اللفظ المتكرر في مجلس واحد قبل المرور بدورة تجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد، وهو ما صدر به اجتهاد المحكمة العليا في القرارين غير المنشورين الصادرين بتاريخ 1984 / 12 / 17 و 1986 / 02 / 10⁽⁴⁾.

(1) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 260، مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 173.

(2) عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 260؛ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص 188.

(3) لعل سعادى، الزواج وانحلاله، ص 237.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 251-253؛ لعل سعادى، المرجع نفسه، ص 237.

ولم يقتصر العمل على هاذين القرارين بل جاء في القرار الصادر بتاريخ 1998/02/17 جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء؛ الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة، وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن"⁽¹⁾، يظهر في القرارات أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع واحدة في عرف الاجتهاد القضائي، وكذا في الدول العربية⁽²⁾.

⁽¹⁾ قرار رقم: 176551، بتاريخ: 1998/02/17، المجلة القضائية، ع1، 2000م، ص171.

⁽²⁾ عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، 265.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة المتعة في الطلاق.

لم يناع أحد من الفقهاء في أن المتعة إنما تترتب جبرا لما يقع على المرأة من ضرر بما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج⁽¹⁾، وعليه فقد تقرر في الشريعة الإسلامية حق المتعة للزوجة كأثر للطلاق التعسفي، ولذلك سنتطرق في هذا المطلب لبيان أحكام المتعة، فقها وقانونا، وما علاقتها بالطلاق التعسفي، مع بيان المذهب الفقهي الذي تبناه المشرع موافقة لمراعاة الخلاف.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

سنذكر في هذا الفرع تعريف المتعة لغة واصطلاحا، وما هي علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك على النحو الآتي:

أولا- تعريف المتعة:

1- لغة:

الميم والتاء والعين أصل يدل على المنفعة، يقال: مُتَّعت المطلقة بالشيء؛ لأنها تنتفع به، والمتعة اسم التمتع، ومنه متعة الحج ومتعة الطلاق⁽²⁾.

2- اصطلاحا:

ذكر الفقهاء تعاريف كثيرة للمتعة تبدو متقاربة في إفادة معنى تعويض المطلقة عن الضرر؛ منها⁽³⁾:

- ما جاء عن المالكية بأنها: "ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق، وتكون على قدر حال الزوج فقط".
- كذلك عرّفها بعض المعاصرين بقوله: "والمراد بالمتعة ما تمتع به الزوجة وَثُعْطَاهُ تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها؛ من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة، أو ما يعادلها من مال أو عوض".

ثانيا- علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي:

هناك تشابه كبير في المفهوم بين المتعة في الفقه الإسلامي، والتعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾، حتى أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين ذهبوا إلى أن الأساس

(1) محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، ص101.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: متع، 293/5؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة: متع، 562/2.

(3) النفراوي، الفواكه الدواني، 36/2؛ أحمد فتحي بجنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ص25.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص587-589.

الشرعي للتعويض في القانون هو المتعة، كما أن بعض قوانين الأسرة العربية قد أوردت لفظ المتعة بدل التعويض كما هو الحال في القانون المصري لسنة 1956م، كذلك تطبيقات القضاء الجزائري سَوّت بين المتعة والتعويض في المعنى، وهو ما جسده اجتهاد المحكمة العليا التي اعتبرت المتعة التي تُمنَح للزوجة تخفيفاً عن ألم الفراق لزوجها تعويضاً⁽¹⁾، وهذا ما قرّره بعض الباحثين في الشريعة والقانون في أحكام الأسرة أن المتعة والتعويض اسمان لمسمى واحد⁽²⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى إيراد مذاهب الفقهاء في هذه المسألة، ثم يتم إيراد أدلتهم مع المقارنة بينها، وذلك من خلال ذكر المناقشات والاعتراضات فيها، ثم نتناول وجه مراعاة الخلاف في المسألة. أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في حكم المسألة.

اختلف الفقهاء في حكم المتعة في الطلاق على مذهبين رئيسيين هما كالآتي:

- 1- **مذهب الجمهور:** ذهب فقهاء الحنفية، والشافعية في الجديد والأصح عند الحنابلة إلى أن متعة الطلاق واجبة، وقد رجّحه القرطبي من المالكية⁽³⁾، وَيَتَقَيَّدُ إيجابها بكونها في كل فُرْقَةٍ قبل الدخول تَسَبَّبَ فيها الزوج لا الزوجة، أما إذا تسببت فيها الزوجة فلا متعة لها، لا وجوباً ولا استحباباً⁽⁴⁾.
- 2- **مذهب المالكية:** ذهب فقهاء المالكية في المشهور والشافعي في القديم⁽⁵⁾ إلى القول بأن متعة الطلاق مستحبة لكل مطلقة سواء قبل أو بعد الدخول، وسواء قبل أو بعد تسمية المهر.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في حكم المسألة.

1- أدلة الجمهور:

أ- من القرآن الكريم:

استدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 241] فإن الله سبحانه

(1) نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، ص160.

(2) محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ص92؛ اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، ص163؛ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ص299.

(3) السرخسي، المبسوط، 61/6؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 200/3؛ الشرييني، مغني المحتاج، 4/ 398؛ ابن قدامة، المغني، 239/7.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، 3/158.

(5) القرافي، الذخيرة، 448/4؛ الشرييني، المرجع السابق، 4/ 398.

وتعالى أضاف المتعة إليهن فاللام للتمليك ثم قال حقا، وذلك دليل وجوبه وقال على المتقين وكلمة على تفيد الوجوب والمراد بالمتقين المحسنين⁽¹⁾، ومن أدلتهم قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236] وقال تعالى كذلك: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، حَوَتْ الآيتان الأخيرتان الدلالة على وجوب المتعة من وجوه: أحدها قوله تعالى فمتعوهن لأنه أمر والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة على الندب، والثاني قوله تعالى: ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وليس في ألفاظ الإيجاب أكد من قوله حقا عليه، والثالث قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ تأكيد لإيجابه إذ جعلها من شرط الإحسان وعلى كل أحد أن يكون من المحسنين، وكذلك قوله تعالى حقا على المتقين قد دل قوله حقا عليه على الوجوب، وقوله تعالى حقا على المتقين تأكيدا لإيجابها، وكذلك قوله تعالى فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا، قد دلَّ على الوجوب من حيث هو أمر⁽²⁾.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: "لما طَلَّقَ حفص بن المغيرة امرأته فاطمة، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لزوجها: «مَتَّعَهَا»، قال: لا أجد ما أمتعها، قال: "فإنه لا بد من المتاع"، قال: «مَتَّعَهَا وَلَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ»⁽³⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

استدلوا بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: "لكل مطلقة متعة، إلا التي تُطَلَّقُ، وقد فُرِضَ لها صداق، ولم تُمَسِّنْ، فحسبها نصف ما فرض لها"⁽⁴⁾، وجاء عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طَلَّقَ امرأته، فَمَتَّعَ بوليده⁽⁵⁾.

(1) السرخسي، المرجع السابق، 61/6.

(2) الجصاص، أحكام القرآن، 137/2.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب المتعة، حديث رقم: 14493، 420/7؛ قال الألباني: "هذا إسناد حسن، رجاله كلهم ثقات"، ينظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة، 351/5.

(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في متعة الطلاق، أثر رقم 2121، 825/4؛ قال ابن الملقن: "هذا الأثر صحيح"، ينظر: البدر المنير، 05/8.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في متعة الطلاق، أثر رقم 2120، 825/4؛ قال عبد القادر الأرناؤوط: "إسناده منقطع"، ينظر: ابن الأثير، جامع الأصول، 627/7.

د- من المعقول:

قالوا بأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً، فلم يَعرَ عن العوض، كما لو سَمِيَ مهراً⁽¹⁾.

2- أدلة المالكية:

أ- من القرآن الكريم:

استدل المالكية بقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236] وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، والتعبير بالإحسان صَرَفَ الحق عن الوجوب؛ لأن الوجوب لا يتقيد بالمحسنين ولا بالمتقين، وأيضاً الحق قد يُرادُّ به الثابت المقابل للباطل، ولما كانت لجبر ألم الفراق وغير المدخول بها لم تَتَأَنَسَ بالزوج حتى تتألم، ولو كانت المتعة واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين ولم يختص بها فئة المحسنين أو المتقين⁽²⁾.

ب- من المعقول:

احتجوا من المعقول بأن المتعة لو كانت فرضاً واجبا لكانت مُقَدَّرَةً معلومة كسائر الفرائض في الأموال، فلما لم تكن كذلك خرجت من حد الفرض إلى حد الندب، وصارت كالصلة والهدية⁽³⁾.

ثالثاً: المناقشة وال ترجيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة الجمهور:

نوقش استدلالهم بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 241]، أن المتاع في الآية هو كل ما ينتفع به، فمن كان لها مهر فمتاعها مهرها، ومن لم يكن لها مهر فمتاعها ما قُدِّرَ لها⁽⁴⁾، كما ناقشوا استدلالهم بقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236]، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، أن المراد بالحق الشيء الثابت المقابل للباطل والمندوب، والأمر المستفاد من حرف على للندب بقرينة التقييد بالمحسنين والمتقين؛ لأن الواجبات لا تتقيد بهما،

(1) ابن قدامة، المعنى، 239/7.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 200/3؛ النفراوي، الفواكه الدواني، 36/2.

(3) ابن عبد البر، الاستذكار، 121/6.

(4) ابن العربي، أحكام القرآن، 1/ 291، الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 425/ 2.

وأجيب بأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾، وإضافة الإمتاع إليهن بلام التمليك في قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ﴾ أَظْهَرَ في الوجوب منه في النذب، وقوله: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ تأكيد لإيجابها؛ لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله في الإشراف به ومعاصيه، وقد قال تعالى في القرآن: ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 02] ⁽¹⁾.

ويتجه على استدلالهم بحديث جابر رضي الله عنه من حيث السند أنه حديث ضعيف، ومن حيث المعنى أن فاطمة زوجة حفص بن المغيرة رضي الله عنه كانت مدخولا بها ⁽²⁾. أما استدلالهم بأثر ابن عمر وابن عوف رضي الله عنهما، فيُردُّ عليه بأنه قد جاء عن غيرهم من الصحابة خلاف ذلك كعلي وابنه الحسن رضي الله عنهما.

ب- مناقشة أدلة المالكية:

نوقش استدلالهم بتعليق الأمر بالإمتاع على المحسن والمتقي في الآيات دليل على صرف الأمر من الوجوب إلى النذب بأن الإحسان والتقوى لا يكونان صَارِفَيْنِ للأمر عن الوجوب؛ لأنه لا تنافي بينهما إضافة إلى ما انضم إلى السياق من لفظ حقا، كذلك إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيدا لوجوبها وليس تخصيصهم بالذكر نفيا على غيرهم، كما قال تعالى: ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 02]، هدى للمتقين وهو هدى للناس كافة، فلم يكن قوله تعالى هدى للمتقين موجبا لأن لا يكون هدى لغيرهم، كذلك تجب على المتقين والمحسنين بالآية، وتجب على غيرهم بقوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، وذلك عام في الجميع بالاتفاق، ولأن فقهاء الأمصار كما أوجبوها على المحسنين والمتقين وأوجبوها على غيرهم ⁽³⁾.

2- الترجيح:

يبدو أن القول الراجح في المسألة هو وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرها بشرط أن يكون الطلاق من قِبَلِ الزوج، وسبب ترجيح هذا الرأي يرجع إلى الأسباب التالية:

- أن الآيات التي دَلَّتْ على الوجوب ذكرت في سياقها المطلقة قبل الدخول أما المدخول بها التي لم يسم لها المهر فيجب لها مهر المثل لقاء الدخول عليها وهذا جمعا بين الأدلة.

⁽¹⁾ القرطبي، المرجع السابق، 200/03.

⁽²⁾ البيهقي، السنن الصغرى، 78/3؛ الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، 122/4.

⁽³⁾ الجصاص، أحكام القرآن، 138/2، ابن الهمام، فتح القدير، 326/3.

- أن الزوجة التي لم يسم لها مهرها قبل الدخول بها يصيبها الضرر من جهتين أولها أنها مطلقة مكسورة الخاطر لم يستمر لها ما كانت ترغب، ومن جهة أخرى لا تجد ما يجبر خاطرها ولو ماديا، ورفع الضرر واجب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لأن الحكمة من المتعة جبر إباحش الطلاق أي تعتبر تعويضا عن الضرر المعنوي من الطلاق التعسفي.

- أن الطلاق من قبيل الزوج بعد زواج لا يتم تسمية المهر فيه تحوم حوله شبهة التعسف من طرف الزوج لكون الزوج هو المستفيد، بفرض المتعة عليه كعنصر ردع له يجعله لا يقدم على الطلاق التعسفي وهذا سدا للذريعة وحسما للمفسدة الواقعة أو المتوقعة على المرأة.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة ليست من المسائل التي راعى المالكية فيها الخلاف بالمعنى الخاص الذي يفيد الأخذ ببعض دليل المخالف لمسوغ شرعي، أما بالمعنى العام الذي هو الانتقال إلى مذهب المخالف، والأخذ به كليا نستطيع أن نُصنّف هذه المسألة ضمن ما يراعى فيه الخلاف بهذا المعنى، وهو ما جاء موافقا لذلك في اجتهاد المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

الفرع الثالث: تطبيقات مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

لم يذكر المشرع الجزائري هذه المسألة بصريح العبارة كما فعلت بعض التشريعات العربية، ولكن بما أن التعويض في الطلاق التعسفي مقيس على المتعة لمن قال بجوازه⁽¹⁾، فيمكن اعتبار التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون يقابل نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية في التشريعات الأسرية كما يرى بعض الباحثين⁽²⁾، وبناء على ذلك نجد المادة 52 من ق أ ج ذكرت ذلك بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁽³⁾.

ومن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع أوجب الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وهو بمعنى المتعة عند بعض الفقهاء الذين يرون عدم وجود فرق بين المصطلحين حيث شاع قضاء استعمال

(1) التعويض في الطلاق التعسفي يختلف فيه عند الفقهاء المعاصرين؛ فأجازوه منهم السباعي والزحيلي قياسا على مشروعية المتعة، ومنعه عبد الكريم زيدان؛ ينظر: مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص 117؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، 358/7؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7066/9.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 306.

(3) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 21.

مصطلح المتعة في مجال التعويض عن الطلاق التعسفي⁽¹⁾؛ لأنهما يؤديان مدلولاً واحداً كما جرى به العمل في الاجتهاد القضائي كما سنرى، وبناء عليه يتبين لنا أن المشرع اختار مذهب الجمهور الذين أوجبوا الحكم بالمتعة للمطلقة تعسفياً كتعويض عن الضرر الناشئ⁽²⁾؛ موافقة لقاعدة مراعاة الخلاف. وقد أخذت بعض القوانين العربية بمبدأ المتعة في الطلاق، حيث نص قانون الأحوال الشخصية السوري عليها صراحة في المادة 61 ف2 من قائلًا: "إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلو الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة"⁽³⁾، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد صدر القانون رقم 44 لسنة 1979 نص في المادة 18 مكرراً الفقرة أ على أحكام المتعة كما يلي: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية..."⁽⁴⁾ والطلاق بدون سبب من قبل الزوجة أي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة بدون مبرر مقبول منه هو أحد المعايير التي يعتبر فيها الطلاق تعسفياً⁽⁵⁾، وعليه فإنّ إيجاب المتعة كالتعويض عليه سواء بسواء، ولذلك أقترح تعديل المادة 52 وإضافة أحكام المتعة لأهميتها في التعويض عن الطلاق التعسفي للمدخول بها وغيرها. ويبدو لي أن المسوغ لهذا الترجيح علاج إساءة استعمال الزوج لحقه في الطلاق بدون مبرر أو سبب جدي وشرعي، وكذلك للتخفيف مما أصاب المرأة من أضرار مادية ومعنوية بهذا الطلاق⁽⁶⁾.

ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

أرسى العمل القضائي مبدأ اجتهادياً مفاده اعتبار المتعة تعويضاً يعطى للزوجة تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها؛ حيث جاء في القرار المؤرخ في 1985/04/08 الصادر عن المحكمة العليا ما نصه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر أن للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي

(1) عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، ص72.

(2) عبد الكريم حامدي، التلقيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري (مقال)، ص214.

(3) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص247.

(4) أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ص71.

(5) عبد اللطيف يومبي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، ص44.

(6) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص589.

لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"⁽¹⁾، في هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا التعويض المنصوص عليه في المادة 52 متعة، وعلاوة على ذلك منعت منح تعويضين للمطلقة مما يعني أنها لا تقضي بتعويض عن الضرر المادي بموجب المادة 52⁽²⁾.

كما جاء في القرار المؤرخ في 1986/12/29: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير المبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة"⁽³⁾.
نستفيد من منطوق هذا القرار أن القضاة سوا بين التعويض والمتعة واعتبروا أنهما بمعنى واحد في الحكم بهما.

(1) قرار رقم: 35912، بتاريخ: 1985/04/08؛ نقلا عن: زكية غناي، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، ص40.

(2) زكية غناي، المرجع نفسه، ص40.

(3) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص160.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة التطلاق بسبب عيوب النكاح.

قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها لسبب من الأسباب، ومنها إصابة أحد الزوجين بمرض يعيب خلقته أو صحته يستحيل معه تحقيق مقاصد الزواج من دوام العشرة الطيبة وإنجاب الذرية الصالحة، ويجعل الزوجة تلجأ إلى الطرق الشرعية والقانونية لفك الرابطة الزوجية، وسنتناول في هذا المطلب مسألة التطلاق بسبب العيوب، ونُبيِّن من صاحب الحق في طلبه مع تحديد أنواع العيوب التي من أجلها يحق طلب التطلاق، وهذا عند فقهاء الشريعة وفي قانون الأسرة والاجتهاد القضائي.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع التعريف بمصطلحي التطلاق وعيوب النكاح، كذلك بيان حكم طلبه للعيوب الموجودة في الرجل، مع ذكر أنواع العيوب التي حددها فقهاء الشريعة المسوغة لطلب التطلاق.

أولاً- التعريف بمصطلحي التطلاق وعيوب النكاح:

1- تعريف التطلاق:

أطلق البعض على التطلاق التفريق القضائي، لشموله جميع أنواع الفُرق سواء الطلاق، أو الفسخ، أو الوفاة⁽¹⁾، كما أطلق عليه البعض، ومنهم الدكتور عبد القادر داودي مصطلح الطلاق القضائي، باعتبار القضاء هو السلطة الرقابية، والزجرية، المصلحة للأسرة⁽²⁾، كما عرّف الدكتور العربي بلحاج التطلاق بقوله: "هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويُفَرَّق بينهما عملاً بقواعد العدالة والإنصاف"⁽³⁾.

2- تعريف عيوب النكاح:

نتناول أولاً تعريف العيوب لغة أما النكاح فقد سبق تعريفه، ثم نُعرِّفُ عيوب النكاح اصطلاحاً.

أ- تعريف العيوب لغة:

عَابَ الشيءَ عَيْبًا وَعَابًا، صار ذا عيب والشيء جعله ذا عيب، فهو عائب والمفعول مَعِيْبٌ وَمَعْيُوبٌ، وفلانا نسبه إلى العيب، والعيب الوصمة وجمعه عيوب⁽⁴⁾.

(1) أشرف العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، ص12.

(2) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص308.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1/273.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة: عيب، 2/638.

ب- تعريف عيوب النكاح اصطلاحاً:

ورد عن بعض الفقهاء تعريف عيوب النكاح كما يلي:

- جاء تعريفها للشافعية بأنها: "وأما عيب النكاح فهو ما يُنْقَرُّ عن الوطاء من أمور مخصوصة"⁽¹⁾.

- كما جاء في تعريفها: "وهو ما يعده الناس عيباً، يفوت به الاستمتاع أو كماله"⁽²⁾.

إذن فعيوب النكاح بمقتضى التعريفين هي الأمراض الجنسية المنفرة من الوطاء، ومعيار اعتبارها هو ما تعارفه الناس كذلك؛ ومن ذلك ما اعتبره الطب المتخصص من الأمراض التي تحول دون استمرار الزواج أو تحقيقه لمقاصده كالإنجاب.

ثانياً- حكم طلب التطليق بسبب العيوب عند الفقهاء:

ذهب الجمهور إلى أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب عيب في أحدهم؛ قال الشوكاني: "وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة، ومن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب، وإن اختلفوا في تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح"⁽³⁾، بينما خالف الظاهرية فقالوا لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب⁽⁴⁾، والذي يعنينا هو مذهب الجمهور لأنه اختيار المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 53 ف 02، وقد استدلل الجمهور بما رواه الإمام مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب قال: "أبما رجل تزوج امرأة، وبه جنون، أو ضرر، فإنها تُخَيَّر، فإن شاءت قَرَّت، وإن شاءت فارقت"⁽⁵⁾.

ثالثاً- أنواع العيوب المسوغة لطلب التطليق:

نظراً لأهمية معرفة العيوب والأمراض الجنسية وضرورة إثبات خلو الزوجين منها قبل الزواج، مما له علاقة بتمام الزواج ودوامه، وعليه سنبين أنواع العيوب كما يلي⁽⁶⁾:

تنقسم العيوب بين الزوجين إلى أقسام ثلاثة:

1- ما يختص بالرجل من داء الفرج: وهو الجَبْتُ (قطع الذكر) والغُنَّةُ (العجز عن الجماع) والخِصَاءُ (قطع الخصيتين) والاعتراض (هو حالة الرجل الذي لا يقدر على الوطاء لعارض كمرض أو كبر).

(1) العجيلي، فتوحات الوهاب، 126/3.

(2) مُجَدِّد بن عثيمين، الشرح الممتع، 203/12.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، 187/6.

(4) ابن حزم، المحلى، 279/9.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، حديث رقم: 2076، 808/4.

(6) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7045/9.

- 2- ما يختص بالمرأة من داء الفرج: وهو الرَّتْق (كون الفرج مسدوداً)، والقَرْن (عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر)، والعَقْل (رغوة تمنع لذة الوطء)، وبَحْرُ الفرج (رائحة منتنة تثور في الوطء)، والإفضاء أو انخراق ما بين السبيلين من المرأة، وانخراق ما بين مخرج بول ومني وهو الفتق؛ لأنه يمنع لذة الوطء.
- 3- ما يشترك فيه الرجال والنساء: وهو الجنون والجذام والبرص، واستطلاق بول، واستطلاق غائط، وباسور (نتوء ظاهر في المقعدة) وناسور (نتوء داخل المقعدة يسيل منها صديد).

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نبين في هذا الفرع مذاهب الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطليق وكذا تحديد أنواع العيوب، كذلك أستعرض أدلة كل فريق من المختلفين، كما نتناول المناقشات والردود الواردة بينهم مع الترجيح، مع بيان وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة.

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطليق وتحديد أنواع العيوب.

1- مذاهب الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطليق بسبب العيوب.

تقدم أن الجمهور غير الظاهرية يرون أنه يجوز التفريق بين الزوجين بسبب عيب في أحدهما لكن وقع بينهم خلاف في تحديد الجهة التي تملك هذا الحق، وذلك على قولين هما كالآتي:

أ- المذهب الأولي: يرى الحنفية أن المرأة تملك طلب التطليق والرد بالعيب وحدها دون الرجل⁽¹⁾.

ب- المذهب الثاني: يرى الجمهور أن طلب التطليق يملكه الزوجان إذا وجد في صاحبه عيباً⁽²⁾.

2- مذاهب الفقهاء في تعديد العيوب المُجَوِّزَة لطلب التطليق بالعيوب.

اختلف الفقهاء في تعيين أنواع العيوب المُجَوِّزَة للحق في التطليق للزوجة على النحو الآتي:

1- مذهب المضيقين: ويمثله فقهاء المذاهب الأربعة القائلين بحصر العيوب في أنواع معينة وهي:

أ- الحنفية: قصرُوا عيوب الفرج على خمسة أنواع: الجُبُّ، وَالْعَنَّةُ وَالْخِصَاءُ وَالتَّأَخُّذُ وَالْخُنْثَةُ، وأضاف مُحَمَّد بن الحسن الجنون والجذام والبرص⁽³⁾.

ب- المالكية: ذكروا سبعة هي: الجنون، والجذام، والبرص، والاعتراض، والجب، والعنة، والخصاء⁽⁴⁾.

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 115/3.

(2) الدردير، الشرح الكبير، 277/2؛ النووي، المجموع، 265/16؛ ابن قدامة، المغني، 184/7.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، 327/2؛ الموصلي، المرجع السابق، 115/3.

(4) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص142.

ج- الشافعية والحنابلة: أنواع التطلق خمسة هي: الجنون، والجذام، والبرص، والحب، والعنة⁽¹⁾.

يبدو من خلال هذه العيوب عموماً أن الجذام، والبرص، والجنون أمراض مشتركة بين الرجال والنساء عند الأئمة الثلاثة ومُحمَّد بن الحسن، والجُبُّ، والعنة أمراض خاصة بالرجال عند الأئمة الثلاثة، والخصاء والاعتراض عند المالكية خصوصاً، والتَحَنُّثُ والتَّأَخُّذُ عند الأحناف خصوصاً.

2- مذهب الموسعين: وهو اتجاه تَبَنَّاهُ بعض الحنابلة منهم⁽²⁾ ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وأبو البقاء العكبري⁽³⁾؛ حيث يرون بأن المرأة لها الحق في طلب التطلق بكل عيب يُنْفَرُ من الاستمتاع.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطلق وتحديد أنواع العيوب.

1- أدلة الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطلق بسبب العيوب.

أ- أدلة الحنفية:

استدل الحنفية لقولهم أن المرأة تملك لوحدها طلب الرد بالعيب دون الرجل بأن الأصل العام أن الزوج يمكنه دفع الضرر من عيوب الزواج بالطلاق، وهذا لا يتأتى للزوجة إذ لا تملكه فاقتصر حق الرد بالعيب عليها لأنه وسيلة لدفع الضرر عنها، وفي هذا المعنى قال الإمام السرخسي: "فلو لم يثبت لها الخيار بقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فأثبتنا لها الخيار؛ لإزالة ظلم التعليق، وهذا لا يوجد في جانبه؛ لأنه متمكن من تحصيل مقصوده من جهة غيرها إما بملك اليمين، أو بملك النكاح، ومتمكن من التخلص منها بالطلاق"⁽⁴⁾، ودلَّلوا على هذا بما جاء من آثار عن بعض الصحابة منهم قول ابن مسعود رضي الله عنه: "لا ترد الحرة من عيب"⁽⁵⁾، وعن علي رضي الله عنه قال: "أبما رجل تزوج امرأة، فوجدها مجنونة

(1) الشرييني، مغني المحتاج، 339/4 - 340 - 341؛ ابن مفلح، المبدع، 165/6.

(2) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 464/5؛ ابن القيم، زاد المعاد، 166/5؛ المرداوي، الإنصاف، 198/8.

(3) هو: عبد الله بن الحسين بن عبد الله العكبري البغدادي أبو البقاء، المقرئ الفقيه المفسر الفرضي اللغوي النحوي، من مصنفاته:

البيان في إعراب القرآن، توفي سنة 616 هـ؛ ينظر: ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، 237/3.

(4) السرخسي، المبسوط، 97/5.

(5) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: كتاب النكاح، باب المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها، أثر رقم: 17086، 250/9؛ قلت: هذا الأثر رجال إسناده ثقات وهو مرسل، لأن إبراهيم النخعي لم يسمع من ابن مسعود لكن صَحَّح بعض الأئمة مراسيله، رواه ابن أبي شيبة عن حميد بن عبد الرحمان وهو الرؤاسي الكوفي ثقة من رجال البخاري ومسلم، عن زهير وهو ابن معاوية بن حديج ثقة، عن مغيرة وهو بن مقسم الضبي وثقه جمهور الأئمة، عن إبراهيم وهو بن يزيد النخعي الكوفي ثقة، عن عبد الله وهو عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل، ينظر: المزي، تهذيب الكمال، 375/7 - 420/9 - 398/28؛ ابن حجر، تهذيب التهذيب، 179/1، الولوي، قرة العين، ص 104.

أو مجذومة أو برصاء، فهي امرأته، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك⁽¹⁾، وما رُوِيَ عن عمر رضي الله عنه أنه أثبت الخيار فالمراد به خيار الطلاق، كذلك ما رُوِيَ عنه رضي الله عنه أنه ردَّ المرأة التي وجد بها بياضا أي ردها بالطلاق، وقال لها بأن تلحق بأهلها، وهو لفظ من كنايات الطلاق، وجاء عن سعيد بن المسيب: "أيما رجل تزوج امرأة، وبه جنون، أو ضرر، فإنها تُخَيَّر، فإن شاءت قَرَّت، وإن شاءت فارقت"⁽²⁾.

ب- أدلة الجمهور:

استدل الجمهور لقولهم بأن حق التفريق بالعيب يملكه الزوجان بعدة أدلة نذكرها كما يلي:

- عن سعد بن زيد الأنصاري قال: "تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من غفار، فدخل بها فأمرها فنزعت ثوبها، فرأى بها بياضا من برصٍ عند ثديها، فَأَتَمَّازَ⁽³⁾ رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: «خُذِي ثَوْبَكَ»، فأصبح وقال لها: «الْحَقِّي بِأَهْلِكَ»، فأكمل لها صداقه⁽⁴⁾، فَرَدَّ النبي صلى الله عليه وسلم بسبب العيب فيها دَلَّ على الجواز.

- ما ورد عن عمر رضي الله عنه قال: أيما امرأة تزوجت، وبها جنون، أو جذام، أو برص، فدخل بها، ثم اطلع على ذلك، فلها مهرها⁽⁵⁾.

- وَعَلَّلُوا اتجاههم من المعقول بأن العيوب سواء المتفق عليها أو المختلف فيها تمنع الوطاء فثبت الخيار، ولأن المرأة أحد العوضين في عقد النكاح، فجاز ردها بالعيب كالصداق، أو أن الزوج أحد العوضين في عقد النكاح، فجاز رده أو أحد الزوجين، فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة⁽⁶⁾.

2- أدلة الفقهاء في تعدد العيوب المَحْوَلَة للحق في طلب التطليق بالعيب.

أ- أدلة القائلين بمحصر العيوب في أنواع معينة:

- استدلو من القرآن بقوله عز وجل: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِخِي بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح

(1) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الوصايا، باب من يتزوج امرأة مجذومة أو مجنونة، أثر رقم: 820، 245/1؛ قال الطريفي: "إسناده منقطع"، ينظر: التحجيل، ص 374.

(2) سبق تحريجه، ص 350.

(3) إِمَّازَ: انفصل عنها وتباعد، ينظر: ابن الأثير، النهاية، 380/4.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصداق، باب من قال: من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه، حديث رقم: 14488، 418/7؛ قال ابن حجر: "ضعيف"، ينظر: التلخيص الحبير، 292/3.

(5) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب ما رد من النكاح، أثر رقم: 10679، 243/6.

(6) ابن قدامة، المغني، 184/7 - 185.

- بإحسان، ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، فَتَعَيَّنَ عليه التسريح بالإحسان، فإن سَرَّحَ بنفسه، وإلا ناب القاضي مَنَابَهُ⁽¹⁾.
- واحتجوا من السنة المطهرة بما جاء عن عائشة رضي الله عنها قالت: طَلَّقَ رجل امرأته، فتزوجت زوجا غيره فَطَلَّقَهَا، وكانت معه مثل الهدبة، فلم تصل منه إلى شيء تريده، فلم يلبث أن طلقها، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن زوجي طلقني، وإني تزوجت زوجا غيره فدخل بي، ولم يكن معه إلا مثل الهدبة، فلم يقربني إلا هَنَّةً واحدة، لم يصل مني إلى شيء، فَأَحِلُّ لزوجي الأول؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا تَحْلِينَ لِرِزْوَجِكَ الْأَوَّلِ حَتَّى يَذُوقَ الْآخَرَ عُسَيْلَتَكَ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ»⁽²⁾، ووجه الاستدلال أن المرأة بوصفها آلة زوجها بالهدبة يُفْهَمُ أنه كناية عما ادَّعَتْ عليه من العنة⁽³⁾.
- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «فَرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ فِرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ»⁽⁴⁾، وكان في وفد ثقيف رجل مجذوم، فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم: «ارْجِعْ فَقَدْ بَايَعْنَاكَ»⁽⁵⁾، فدل الحديثان أنه يثبت للمرأة الخيار في فسخ النكاح إذا وجدت زوجها مجذوما⁽⁶⁾.
- وجاء عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يُورِدَنَّ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ»⁽⁷⁾، ومعنى الحديث لا يُورِدُ صاحب الإبل المراضِ إِبْلَهُ على صاحب الإبل الصِّحَاحِ؛ فرمى أصابها المرض بفعل الله تعالى⁽⁸⁾.
- وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: "تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بني غفار، فلما أُدْخِلَتْ رَأَى بِكَشْحِهَا وَضَحًا"⁽⁹⁾ فردها إلى أهلها"، وقال: «دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ»⁽¹⁰⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 323/2.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من قال لامرأته: أنت علي حرام، حديث رقم: 5265، 43/7.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 282/10.

(4) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 9722، 449/15؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

(5) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الطب، باب المجذوم، حديث رقم: 3544، 565/04؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(6) النووي، المنهاج، 228/14.

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب لا عاهة، حديث رقم: 5771، 138/7.

(8) النووي، المنهاج، 217/14.

(9) الوَضَحُ: البياض من كل شيء؛ ينظر: ابن الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، 195/5.

(10) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب النكاح، باب: ما يرد به النكاح من العيوب، حديث رقم: 14219، 348/7؛ قال

الألباني: "وجملة القول أن الحديث ضعيف جدا"؛ ينظر: إرواء الغليل، 328/6.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه لما نقل ابن عمر العيب والرد وجب أن يكون الرد لأجل العيب⁽¹⁾.

- عن ابن عباس رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال: «اجْتَنِبُوا فِي النِّكَاحِ أَرْبَعَةً: الْجُنُونَ، وَالْجَذَامَ، وَالْبَرَصَ، وَالْقَرْنَ»⁽²⁾، دل الحديث بتخصيصه لهذه الأربعة من عيوب النكاح على اختصاصها بالفسخ⁽³⁾.

- واستدلوا كذلك بقضاء سيدنا عمر رضي الله عنه كما جاء عنه قوله: "أبما رجل تزوج امرأة وبها جنون، أو جذام، أو برص، فمسها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها"⁽⁴⁾.

- واستدلوا من جهة القياس أنه عيب يمنع غالب المقصود بالعقد، فجاز أن يثبت به خيار الفسخ كالجَبِّ، ولأن العقد الذي يلزم من الجهتين إذا احتمل الفسخ وجب أن يجري الفسخ في جنسه، ولأنه عيب مقصود بعقد النكاح فوجب أن يستحق الفسخ كالعيب في الصداق، ولأن كل من ملك رد عوض الملك، رد المَعْوَضَ كالثمن والمثمن في البيع⁽⁵⁾.

يَتَحَصَّلُ لدينا مما سبق أن العيوب التي تمنع ابتداء النكاح أو استدامته بالنسبة للمرأة عند الجمهور هي: الجنون والجذام والبرص وهو قول الأئمة الثلاثة ووافقهم مُحَمَّدُ بن الحسن من الحنفية، بينما خالف أبو حنيفة وأبو يوسف فاستبعدوا هذه العيوب من دائرة طلب التطليق، فقالوا بأن الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر فوات حقها الثابت بالعقد الذي هو الوطاء، وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب؛ لأن الوطاء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب الثلاثة ولا يمنعها، أما الجَبُّ والعُنَّةُ فهي محل اتفاق، وزاد عليها المالكية الاعتراض والخصاء⁽⁶⁾.

ب- أدلة القائلين بعدم حصر العيوب في أنواع معينة:

أدلة هذا الفريق تتمثل في بعض أقضية كبار الصحابة والتابعين والقياس والمعقول وهي كالآتي⁽⁷⁾:

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 339/9.

(2) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 3671، 398/4؛ وقد اقتصر على الثلاثة العيوب الأولى، لكن ابن الخراط ذكر أن العيب الرابع هو القرن قال: "كذا قال أربعة ولم يذكر غير ثلاث، أظن أن الرابعة هي القرناء"، ينظر: ابن الخراط، الأحكام الوسطى، 134/3، والحديث ضَعَفَهُ ابن القطان، ينظر: بيان الوهم والإيهام، 82/2.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 339/9.

(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، أثر رقم: 1921، 752/3.

(5) الماوردي، الحاوي الكبير، 339/9.

(6) علي الخفيف، فرق الزواج، ص 244.

(7) ابن القيم، زاد المعاد، 166/5.

- عن ابن المسيب أن عمر رضي الله عنه قال: "أبما امرأة تزوجت، وبها جنون، أو جذام، أو برص، قال ابن جريج: ما أدري بَأَيِّهِنَّ بدأ فدخل بها، ثم اطلَّع على ذلك، فلها مهرها"⁽¹⁾، وعن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، بعث رجلا على بعض السَّعَايَةِ فتزوج امرأة، وكان عقيما، فلما قدم على عمر ذكر له ذلك، فقال: "هل أعلمتها أنك عقيم؟" قال: لا، قال: "فانطلق فأعلمها ثم خَيَّرْهَا"⁽²⁾، فهذا يدل على أن سيدنا عمر رضي الله عنه لم يذكر تلك العيوب المتقدمة على وجه الاختصاص والحصر دون ما عداها.

- أما من جهة القياس؛ فوجهه أن كل عيب يُنْقَرُّ ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشتركة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع.

- أما من المعقول فمن تأمل فتاوى الصحابة والسلف علم أنهم لم يُخَصُّوا الرد بعيب دون عيب خاصة إذا اشترط الزوج السلامة أو شَرَطَ الجمال فبانت شوهاء، أو شَرَطَها شابة حديثة السن فبانت عجوزا شمطاء، أو شَرَطَها بيضاء فبانت سوداء، أو بكرا فبانت ثيبا؛ فله الفسخ، وإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم حَرَّمَ على البائع كتمان عيب سلعته، فكيف بالعيوب في النكاح، وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس رضي الله عنها حينما قامت باستشارته في نكاح معاوية أو أبي الجهم قال: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ أَنْكِحِي أُسَامَةَ»⁽³⁾، فَعُلِمَ أن بيان العيب في النكاح أولى وأوجب، فكيف يكون كتمان وتدليسه سببا للزومه، لا سيما مع شرط السلامة منه، والسكوت عنه من أقبح التدليس، وهو منافٍ للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

1- مناقشة أدلة الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطليق بسبب العيوب.

أ- مناقشة أدلة الحنفية:

ناقش الجمهور أدلة الحنفية من جهتين⁽⁴⁾:

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب ما رد من النكاح، أثر رقم: 10679، 244/6.

(2) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في العنين، أثر رقم: 2021، 81/2؛ قال الطريفي: "إسناده صحيح"، ينظر: التحجيل، ص 133.

(3) أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل، حديث رقم: 1132، 40/3، وسند هذا الحديث صحيح لأن أصله في موطأ مالك وصحيح مسلم، لا سيما وقد رواه الشافعي عن مالك، أما متنه فليس كما أورده الشافعي هنا مما يدل على أنه انفرد بروايته من طريقه؛ ينظر: الموطأ، 836/4، المسند الصحيح المختصر، 1114/2.

(4) ابن قدامة، المغني، 184/7، زيدان، المفصل، 21/9.

- الأدلة النقلية من جهة ثبوتها حيث لا يصح واحد منها مستمسكا لما ادَّعَوْهُ كما رأينا في تخريجها إلا أثر ابن مسعود رضي الله عنه، لكن يُردُّ على ذلك بأنها ترتقي بمجموعها إلى مرتبة القبول، كما أن تأويل الحنفية قول النبي ﷺ التي وجد بكشحتها بياضا الحقي بأهلك أنه طلاق، فَرُدُّ بأنه فسخ، أما إثبات عمر رضي الله عنه لخيار الفسخ بأنه طلاق، فنوقش بأن هذا التأويل لا يستقيم لأن الطلاق بيد الرجل أساسا.

- كما ناقشوا الحنفية في دليلهم العقلي بأن الرجل يملك الطلاق ولا تملكه المرأة، أن هذا لا يصلح دليلا لسلب الرجل حقه في الفسخ، لأن في إثبات حق الفسخ له من شأنه إسقاط المهر عنه إن كان ذلك قبل الدخول، فمنع الفسخ عنه إضرار له كما هو إضرار للزوجة، وكذلك امتلاك الرجل حق الطلاق بقوة الشرع لا يسلبه امتلاك الفسخ بقوة العقد.

ب- مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش الحنفية أدلة الجمهور من عدة أوجه نذكر منها ما يلي⁽¹⁾:

- الحديث الذي استدل به الجمهور لا يصح؛ لأنه من رواية متروك عن مجهول لا يُعْلَم، ولو سَلِمَ جاز أن يكون طلاقا، فإن لفظ الحقي بأهلك من كنايات الطلاق.

- أما قياس النكاح على البيع فيختلف فيه جزء المقتضي أو شرطه، فإن المقتضي بفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة كالبيع تجري فيه المشاححة والمضايقة بسبب كون المراد منه في الجانبين المال، والنكاح ليس كذلك، لأن المال فيه تابع غير مقصود، وإنما شُرِعَ إظهارا لخطر المحل، وفي النكاح لو شَرَطَ وصفا مرغوبا فيه كالْعُدْرَةِ والجمال والرشاقة وصغر السن، فظهرت بغير ذلك لا خيار له في فسخ النكاح به، وفي البيع يُفْسَخُ بدون ذلك، ولو هَزَلَ بالبيع لم ينفذ، وينعقد النكاح بالهزل.

2- مناقشة أدلة الفقهاء في تعديد العيوب المخولة للحق في طلب التطليق بالعيب.

أ- مناقشة أدلة المضيقين في تعديد العيوب.

نوقشت أدلة الفريق الذي يرى حصر العيوب التي تعطي للمرأة الحق في طلب التطليق في أنواع معينة عَدَّدُوها كَمَّا وَنَوَّعًا كما رأينا على النحو الآتي:

بالنسبة للاستدلال بالآية الكريمة فليس فيها ما يدل على أن النكاح يفسخ بعيوب معينة؛ لأنها نزلت لتشريع الطلاق وتحديد عدده ردا على ما اعتاده أهل الجاهلية، وليس فيها معنى الفسخ فهما

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 304/4 - 305.

مختلفان في المعنى؛ قال ابن عباس: "المراد بالآية التعريف بسنة الطلاق، أي من طلق اثنتين فليتنق الله في الثالثة، فإذا تَرَكَهَا غير مظلومة شيئاً من حقها، وإما أمسكها محسناً عشرتها"⁽¹⁾.

أما استدلالهم بالأحاديث فنوقشت من جهة سندها ومعناها على النحو التالي⁽²⁾:

- بالنسبة للاستدلال بحديث عائشة رضي الله عنها على عيب العنة فإن لفظة الهدبة ليست صريحة في دلالتها على العيب، قال الداودي⁽³⁾: "يحتمل تشبيهها بالهدبة انكساره وأنه لا يتحرك وأن شدته لا تشتد، ويحتمل أنها كُنْتُ بذلك عن نخافته أو وصفته بذلك بالنسبة للأول"⁽⁴⁾.

- أما بالنسبة لحديث تزوج رسول الله ﷺ بامرأة من بني غفار فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى بكشحها بياضاً فقال: «الْحَقَى بِأَهْلِكَ»، فهو مُطَرَّحٌ متروك لضعف بعض رجال سنده.

- أما الاستدلال بالخبر الذي فيه: «فَرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ فِرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ»، وغيره مما يدل على معناه، فقالوا بأنه ليس فيه ما يدل على الأمر بالفرار، ثم لو كان كذلك لزم فسخ النكاح بحدوثه وهو ما لا يقول به الجمهور.

أما الاستدلال بالآثار عن عمر رضي الله عنه فقد جاء عن ابن حزم في مناقشتهم ما يلي⁽⁵⁾:

- حكم عمر رضي الله عنه أن يرجع بصدقها على وليها، فقال: لا يرجع على وليها إلا أن يكون أبا أو أخاً، وخالف الشافعي فقال: لا يرجع على وليها بشيء أبا كان أو غيره،

- أن الجمهور لا يُرَدُّونَ من العمى وعمر قد سَوَّى بينه وبين البرص بالرواية التي جاءت عنه: أنه رد بالجدام، وبالجنون، والبرص، فإن كانت تلك حجة فهذه حجة.

- من أقدم على خلاف عمر رضي الله عنه في خمسة مواضع أيجوز له أن يقلده في موضع واحد مما جاء عنه، وهو الرجوع على بعض الأولياء؟ وأما الشافعي فلا، ولا في موضع واحد.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 123/3.

(2) ابن حزم، المحلى، 288/9.

(3) هو: أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي من أئمة المالكية بالمغرب، أصله من المسيلة، وقيل من بسكرة، كان فقيهاً متفنناً مؤلفاً مجيداً، ألف القاضي في شرح الموطأ، والواعي في الفقه، والنصيحة في شرح البخاري؛ عياض، ترتيب المدارك، 103/7.

(4) ابن حجر، فتح الباري، 282/10.

(5) ابن حزم، المحلى، 287-285/9.

- الاحتجاج بأن النكاح يشبه البيوع في الرد بالعيوب، هو قول لا يسوغ لمناقضة الجمهور له، لأنهم خصوا أربعة عيوب دون سائر العيوب وفي البيوع يرد الفسخ بكل عيب، ولأن البيع نقل ملك، وليس في النكاح ملك أصلاً، والنكاح جائز بغير ذكر صداق في عقده، ولا يجوز البيع بغير ذكر ثمن، والخيار جائز عندهم في البيع مدة مسماة، ولا يجوز في النكاح، فبطل تشبيه النكاح بالبيع جملة.

ب- مناقشة أدلة الموسعين في تعديد العيوب.

نوقشت أدلة هذا الفريق بأن المنصوص عليه في الأحاديث من العيوب قيس عليه غير المنصوص، فأُعْطِيَ غير المنصوص حكم المنصوص؛ فقالوا أن البرص منصوص عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع، وهذا الوصف وهو كونه منافراً للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباحة والفرار فإنه جنس الفسخ، قال النبي ﷺ: «فَرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ فِرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ»⁽¹⁾.

ثانياً: الترجيح.

بعد مناقشة أدلة الفريقين سواء في قضية صاحب الحق في طلب التطلق أو في تعديد العيوب التي تقتضي الفسخ بين مضيق وموسع، فإنه يظهر لي أن الرأي الأول بالترجيح في المسألة الأولى هو إعطاء المرأة الحق في التطلق بسبب العيوب لأنها لا تملك غيره، كذلك نرى عدم حصر العيوب التي تعطي الحق في التطلق؛ لا بنوع معين ولا بعدد معين، وهذا لكونها مما يستجد ويتغير حسب الظروف والبيئات والأشخاص، ويجب الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص تحت إشراف قضائي، والموضوع واسع تتجاذبه عدة اختصاصات زيادة على الفقه الإسلامي منها الطب سواء الجراحي أو الاستشفائي بالنسبة للعيوب التناسلية والجسمية والقانون والقضاء، ولذلك نقترح تخصيصه بدراسة مقارنة تجمع بين هذه الاختصاصات.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

ليست هذه المسألة مما راعى المالكية فيه الخلاف، ولكن بناء على المفهوم العام الذي أَصْلَنَاهُ في الفصل التمهيدي، يمكن القول بأنه واعتماداً على القاعدة لا غضاضة في اختيار الرأي القائل بحصر أحقية الزوجة في طلب التطلق بقوة العقد بسبب العيوب التي قد تظهر في الزوج، لكون الزوج له حق إيقاع الطلاق بقوة الشرع وهذا انتقالاً إلى مذهب الحنفية، كذلك الحال بالنسبة لمسألة أنواع العيوب وعدم حصرها في عدد معين أو نوع معين انتقالاً إلى رأي ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، 304/4؛ الماوردي، الحاوي الكبير، 340/9.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع مسألة التطليق بسبب العيوب في المادة 53 فقرة 2 من ق أ ج حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"⁽¹⁾، فتناولت المادة بمنطوقها القضيتين المذكورتين في الفرع الثاني من خلال سياق "يجوز للزوجة" فأعطت المادة الحق للزوجة دون الرجل في طلب التطليق، وهذا يتمشى مع رأي الحنفية خلافاً للجمهور، ومنهم المالكية⁽²⁾، كذلك يظهر أن المشرع بإيراده لصيغة العيوب بلفظ العموم دون تخصيصها بعدد محدد، أو بنوع معين ينجح إلى الرأي المفضل لمذهب التوسعة، وعدم حصر العيوب المجوزة للحق في طلب التطليق، وهو بذلك قد تأثر بمذهب ابن تيمية وابن القيم⁽³⁾، والمشرع الجزائري حاله التوفيق إلى حد ما في هذا النص لكن نقترح إضافة وجوب إجراء الخبرة الطبية قبل الحكم بالتطليق كما كرسه الاجتهاد القضائي؛ ولأن أغلب هذه العيوب هي عبارة عن أمراض إما تناسلية أو جسمية ومنها المعدية وغير المعدية، ومنها القابلة للشفاء ومنها المزمنة.

أما بالنسبة لموقف القوانين العربية من المسألة، فنبداً بقانون الأحوال الشخصية المصري حيث نصّ المشرع بموجب المواد 9-10-11 من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أحكام التفريق بالعيوب وأبقى عليها في القانون رقم 01 لسنة 2000 المعدل للقانون السالف الذكر⁽⁴⁾، فجاء في المادة 09 ما نصه: "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر، كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيوب، أو حدث العيب بعد العقد ولم ترض به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق"، كما نصت المادة 10 على أن الفرقة لهذا السبب تقع طليقة بائنة ونصت المادة 11 على وجوب الاستعانة بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، ويلاحظ من خلال النصوص

(1) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص21.

(2) عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، ص97.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص281.

(4) أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام، ص166.

الواردة في التشريع المصري أنه أخذ بمذهب مُجد بن الحسن والجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في تعديد العيوب المجوزة للفسخ⁽¹⁾، أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري فقد نص المشرع في المادة 105 على ما يلي: "للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

1- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

2- إذا جن الزوج بعد العقد".

فبمقتضى هذه المادة أعطى المشرع السوري للزوجة دون الزوج الحق في التفريق بسبب العيب وهو مأخوذ من المذهب الحنفي، كما أخذ بمذهب الجمهور في أنواع العيوب حيث لما نص على أن العلل المانعة من الدخول في الزوج، ويتناول العيوب الجنسية والجسمية المذكورة عند الجمهور⁽²⁾.

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 107 أن هناك عيوباً مؤثرة في الزواج وتخول طلب إنجائه:

1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة.

كما تناولت المادة 108 من نفس المدونة الشروط التي يجب مراعاتها في طلب إنهاء الرابطة الزوجية بسبب العيب من طرف أحد الزوجين، وبذلك نستنتج أن المشرع المغربي قد أخذ برأي ابن تيمية وابن القيم في قضية أنواع العيوب المجوزة لطلب التطليق كما ذهب المشرع الجزائري، وأخذ برأي الجمهور غير الحنفية في قضية صاحب الحق في طلب التطليق بسبب العيب لما ألزم الزوجة والزوجة بمراعاة بعض الشروط في التقدم بطلب التفريق بسبب العيب⁽³⁾.

أما المشرع التونسي فلم ينص على التفريق بسبب العيوب أو الأمراض رغم أن أكثر أحكام المجلة من المذهب المالكي باعتبار أن جميع حالات التفريق مردها إلى تقدير القاضي⁽⁴⁾.

ويبدو لي أن المسوغ لمراعاة الخلاف عند المشرع واضح وهو إعطاء الزوجة الحق في طلب التطليق، وذلك مؤسس لقاعدة متوازنة ينطلق منها كلا الطرفين في حق إنهاء الرابطة الزوجية، فكما أن للرجل حق الطلاق كذلك للزوجة حق طلب التطليق لقيام أسبابه، ومنه التطليق بسبب العيوب المتعارضة

(1) رمضان الشرنباوي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 308.

(2) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 205.

(3) مُجد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص 260؛ لعل سعاد، الزواج وانحلاله، ص 266.

(4) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، 697/2.

مع مقاصد الزواج، وإنشاء الأسرة السعيدة، أما قضية عدم حصر العيوب بعدد معين أو بنوع معين، فسببه أن الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة، ومن الصعب جدا حصرها وتحديدتها، كذلك تدخل في ذلك كل الأمراض العصرية كأنواع السرطان والسيدا⁽¹⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لقد تَكرَّسَ في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مبدأ جواز طلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج من دون تحديد نوعها أو عددها عملا بعموم المادة 53 من ق أ ج، فجاء في القرار المؤرخ في 1984/05/14 إقرار عيب العجز الجنسي وهو ما نصه: "من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم"⁽²⁾.

كما جاء في القرار المؤرخ في 1992/12/22 التنصيص على أن عدم الإنجاب عيب يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه وجاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين الأسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إنجاب الأولاد؛ استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية"⁽³⁾.

وكما سبق وأن ذكرنا يجب مراعاة إجراء الخبرة الطبية بصفة لازمة قبل الحكم بالتطليق وهو المكرس في القرار، وهو ما يجب العمل على إقراره والإلزام به في التعديلات القادمة للمادة 53 من ق أ ج.

(1) عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ص 66.

(2) قرار رقم: 33275، بتاريخ: 1984/05/14، المجلة القضائية، ع2، 1990م، ص 75.

(3) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص 181.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة قيد انعدام العذر والنفقة في التطليق للغياب.

يعتبر التطليق بسبب الغياب أحد أسباب التطليق في الفقه الإسلامي عند من يعتبرونه مسوغاً يعطي للزوجة الحق في طلب في ذلك، كما أنه في قانون الأسرة الجزائري وباقي القوانين المقارنة قد أخذت به مع تفاوت فيما بينها، وسندرس هذه المسألة من كل جوانبها الفقهية والقانونية والقضائية في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى التعريف بالغيبة كسبب للتطليق لغة واصطلاحاً، كذلك نقوم ببيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للغياب كسبب لإنهاء العلاقة الزوجية.

أولاً- التعريف بالغيبة كسبب للتطليق:

1- تعريف الغيبة لغة واصطلاحاً:

أ- لغة:

الْغَيْبُ فِي اللُّغَةِ الْبَعْدُ وَالتَّوَارِي؛ يُقَالُ: غَابَ الشَّيْءُ يُغَيِّبُ غَيْبًا وَغَيْبَةً وَغَيْبًا وَغَيْبًا وَغَيْبًا وَمَغِيْبًا بَعْدَ، فَهُوَ غَائِبٌ وَالْجَمْعُ غُيْبٌ وَغُيَّابٌ وَغُيْبٌ، وَغَابَ الْقَمَرُ غَيْبًا وَغُيُوبَةً وَتَغَيَّبَ مِثْلُ غَابَ⁽¹⁾، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي؛ لأن غياب الزوج يفترض فيه بعده وتواريه عن عائلته.

ب- اصطلاحاً:

يقصد بالغيبة أو الغياب أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القضاء، ومراجعته فيما تدعيه زوجته عليه سواء كان غائباً حقيقة، أو كان محتفياً في البلد نفسه⁽²⁾، وقد اشترط الفقهاء للغياب شروطاً، منها أن تمضي سنة تتضرر فيها الزوجة، وأن يكون الغياب المحيز للتفريق بغير عذر مقبول، فلا تفريق إذا لم يقصد الزوج بالغياب الأذى⁽³⁾.

ثانياً- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للغياب:

بعدما اتفق الفقهاء على وجوب التفريق بسبب العيوب الظاهرة في الزوجين بعد الزواج، اختلفوا في القول بسبب غياب الرجل عن زوجته على مذهبين رئيسيين كالآتي:

(1) الفيومي، المصباح المنير، مادة: غيب، 457/2.

(2) نجد سمار، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ص331.

(3) نجد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص366.

1- مذهب الحنفية والشافعية: قالوا بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج⁽¹⁾.

2- مذهب المالكية والحنابلة: قالوا بجواز التفريق بسبب غيبة الزوج، ولو لم تكن للزوجة نفقة، واختلفوا في مدة الغياب فعند المالكية سنة، وهو ما قرره القانون، وعند الحنابلة ستة أشهر⁽²⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نبين في هذا الفرع مذاهب الفقهاء في مسألة قيد انعدام العذر والنفقة في التطليق للغياب، كذلك نستعرض أدلة كل فريق من المختلفين، كما نتناول المناقشات والردود الواردة بينهم مع الترجيح، مع بيان وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

1- مذهب المالكية: لم يشترط المالكية هذا الشرط فَجَوَّزُوا للمرأة طلب التفريق بسبب غياب زوجها سواء كان غيابه بعذر أو بدونه، وذلك ظاهر من خلال أقوال فقهاءهم؛ ومنها قول الدردير: "لَكِنَّ الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر ولا بد من الكتابة إليه إما أن يحضر أو تَرَحَّلَ امرأته إليه أو يُطَلَّقَ، فإن امتنع تُلَوِّمُ"⁽³⁾ له بالاجتهاد وَطُلِّقَ عليه، ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن عُلِمَ محله وأمكن، ولا بد من خوفها على نفسها الزنا، وَيُعْلَمُ ذلك من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع"⁽⁴⁾، وَعَلَّقَ مُحَثِّيهِ الدسوقي بعبارات تدل على عدم اشتراط العذر في الغياب؛ قال: "قوله: لكن الغائب إلخ أي أنه لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة، وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن"⁽⁵⁾، وهو المعتمد وقال الغرياني⁽⁶⁾ وابن عرفة: السنتان والثلاثة ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها، ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها، ويعلم ذلك منها، وتصدق في دعواه حيث طالت مدة الغيبة، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها، ويزاد على هذين الشرطين شرط ثالث وهو

(1) ابن عابدين، رد المختار، 590/3؛ الشريني، مغني المحتاج، 177/5.

(2) البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، 122/1؛ البهوتي، كشف القناع، 193/5.

(3) التَّلَوُّمُ: هو الانتظار، ينظر: قلعجي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، ص 145.

(4) الدردير، الشرح الكبير، 431/2.

(5) لم تذكر شروح مختصر خليل فيما اطلعت أبا الحسن إلا مبهماً، إلا ما ذكره عlish بأن البرزلي هو أبو الحسن البرزلي، ولم أجد ترجمة للبرزلي ممن تَكَنَّى بأبي الحسن، وعند المالكية أبو القاسم البرزلي الفقيه المشهور؛ ينظر: عlish، فتح العلي المالک، 205/4.

(6) هو: أبو زيد عبد الرحمن الغرياني الطرابلسي التونسي، الفقيه العالم المطلع المحقق، أخذ عن أصحاب ابن عرفة منهم الزغبی؛ له حاشية على المدونة، وفاته غير معروفة؛ ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، 376/1.

الإرسال إليه إن علم محله، وأمكن الوصول إليه، وإلا فلا يعتبر هذا الشرط، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة⁽¹⁾.

2- مذهب الحنابلة: ورد عن كثير من فقهاء الحنابلة أقوال في المسألة لكننا نكتفي بِطَرَفٍ منها نظراً لكثرتها؛ ومنها ما قاله ابن قدامة: "وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة، سقط حقها في القسم والوطء، وإن طال سفره، ولذلك لا يصح نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع، فإن الإمام أحمد ذهب إلى توقيته ستة أشهر، فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال ستة أشهر يكتب إليه، فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما"⁽²⁾، وجاء في الإنصاف: "إن سافر عنها أكثر من ستة أشهر، فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر، فإن أبي شيئاً من ذلك، ولم يكن له عذر، فطلبت الفرقة، فُرق بينهما"⁽³⁾، وأوضح منهما ما قاله العلامة البهوتي: "ولو سافر الزوج عنها لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره للعذر بدليل أنه لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقتها، أو وجد له مال ينفق عليها منه أو من يفرضها عليه وإن لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع وغاب أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك"⁽⁴⁾.

ثانياً: إيراد أدلة أقوال فقهاء الحنابلة في حكم المسألة.

يستدل الحنابلة بحديث ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽⁵⁾، فالغياب يضر بالزوجة عادة، خاصة إذا كان من غير سبب، أما ما كان بسبب فلا ضرر على المرأة فيه؛ لأنه في مصلحة العائلة كطلب العلم أو العمل أو غيرها، وعن زيد بن أسلم، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج ليلة يحرس الناس، فمر بامرأة وهي في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه * وطال عليّ أن لا خليل لأعْبُهُ

فوالله لولا خشية الله وحده * لحَرَكْتُ من هذا السرير جوانبه،

فلما أصبح عمر أرسل إلى المرأة، فسأل عنها، فقيل: هذه فلانة بنت فلان، وزوجها غَازٍ في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة، فقال: كوني معها حتى يأتي زوجها، وكتب إلى زوجها، فأقفله، ثم ذهب إلى

(1) الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 431/2.

(2) ابن قدامة، المغني، 305/7.

(3) المرداوي، الإنصاف، 356/8.

(4) البهوتي، كشاف القناع، 192/5.

(5) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 2865، 55/5؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حسن".

حفصة بنته، فقال لها: يا بُنَيَّةُ، كم تصبر المرأة عن زوجها؟، فقالت له: يا أبة، يغفر الله لك أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال لها: إنه لولا أنه شيء أريد أن أنظر فيه للرعية، ما سألتك عن هذا، قالت: أربعة أشهر، أو خمسة أشهر، أو ستة أشهر، فقال عمر: يغزو الناس يسرون شهرا ذاهبين ويكونون في غزوهم أربعة أشهر، ويقفلون شهرا، فَوَقَّتَ ذلك للناس من سنتهم في غزوهم⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال أن الغياب الذي وَقَّتَهُ سيدنا عمر بـ 6 أشهر كان بعذر وهو الجهاد في سبيل الله، وما زاد على ذلك كان فيه ضرر بالمرأة، فَدَلَّ على اعتبار العذر في غياب الزوج عن زوجته.

ثالثا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

هذه المسألة إذا أعملنا قاعدة مراعاة الخلاف بمفهومها العام الذي هو الاعتداد بمطلق الخلاف واعتبار مذهب المخاف والانتقال إليه، فإنه يمكن ترجيح مذهب الحنابلة الذي يشترط العذر في غياب الزوج على مذهب المالكية الذين لم يشترطوا ذلك، وقد وافق المشرع الجزائري مذهب الحنابلة.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع هذه المسألة في المادة 53 فقرة 5 من ق أ ج حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"⁽²⁾.

لقد نصَّ المشرع في هذه المادة على شرط انعدام العذر، وهو موافق لرأي الحنابلة⁽³⁾ فيكون بذلك قد راعى الخلاف الموجود في المسألة مخالفا المذهب المالكي؛ لأن هذا الأخير لا يشترط هذا الشرط بل يقرر فقهاؤه أن التطليق محقق للزوجة بعذر أو بدون عذر من زوجها؛ فبناء على رأي الحنابلة يمنع التطليق إن كانت الغيبة بعذر كطلب العلم أو التجارة، أو الجندية، أو العمل خارج البلد.

أما بالنسبة لموقف قوانين الأحوال الشخصية العربية؛ فمنها قانون الأحوال الشخصية المصري حيث نص المشرع فيه على حكم هذه المسألة بموجب المادة 12 والتي جاء فيها: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بُعْدِهِ

(1) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الجهاد، باب الغازي يطيل الغيبة عن أهله، أثر رقم: 2463، 210/2، والأثر سكت عنه ابن حجر في التلخيص وما سكت عنه فحكمه القبول، ينظر: ابن حجر، التلخيص، 474/3؛ التهانوي، قواعد في علوم الحديث، ص 90.

(2) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع 15، ص 21.

(3) عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، ص 157.

عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، كما أخذ المشرع السوري بهذا الشرط كما جاء في المادة 109 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يلي: "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 03 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"⁽¹⁾، فَيُفْهَمُ من نص المادتين أن التطلاق مُقَيَّدٌ بانتفاء العذر أما النفقة فغير مشترطة، فحتى وإن ترك الزوج الغائب مَالاً للإنفاق فلا يبطل حق الزوجة في طلب التطلاق، وهو خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اشترط العذر في طلب التفريق؛ والحقيقة أن المرأة بغياب الرجل تتضرر معنويا هي وأولادها أكثر من تضررها ماديا فلا يُعْنِيهَا وفرة المال عن وحشة الفراق.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فلم يتعرض لشرط قيام العذر في غياب الزوج فيكون بذلك قد وافق المذهب المالكي وهو ما يفهم من نص المادة 104 من مدونة الأسرة، حيث لا يوجد فيهما ما يدل على اعتبار هذا الشرط حيث جاء فيها أن الزوجة يحق لها أن تطلب التطلاق إذا غاب عنها الزوج لمدة تزيد عن سنة⁽²⁾، أما المشرع التونسي فلم يشترط العذر في غياب الرجل كشرط لطلب الزوجة التطلاق كما فعل المشرع المغربي، فجاء في الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية ما يلي: "إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك"⁽³⁾. والدافع الذي حدا بالمشرع إلى ترجيح مذهب الحنابلة في اشتراط العذر هو الحفاظ على وحدة العائلات وحماية الأسر من التفكك⁽⁴⁾؛ لأنه عادة ما يكون الغياب المقرون بالأعذار كطلب الرزق أو طلب العلم فيه مصلحة العائلة فلا يعقل إنهاء رابطة الزواج بسببه لعدم توفر عنصر الضرر فيه.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لم نجد من القرارات القضائية المكرسة بصريح العبارة التأسيس لاجتهاد قضائي في هذه المسألة مبني على أساس المادة 53 في فقرتها 5 من ق أ ج، والمقررة لشرط مراعاة العذر في غياب الزوج عن

(1) عبلة عبد العزيز، الزواج في الشريعة الإسلامية، ص296؛ مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، 212.

(2) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص254.

(3) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص12.

(4) اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، ص128.

زوجته أخذاً بمذهب الحنابلة من باب موافقة مراعاة للخلاف، وربما يرجع السبب في ذلك حسب نظري إلى ندرة الوقائع المعالجة لهذا الموضوع التي تعرض على المحكمة العليا أو تضمين بعض الوقائع لأسباب أخرى واردة في المادة 53 كالتطبيق للشقاق مثلاً ومعالجتها من جهة الغياب أو غيره مثلاً وهو ما عثرنا عليه منطوقاً به في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والمؤرخ في 2002/02/22 والذي تتلخص وقائع قضيته فيما يلي:

"بعد أن غاب الزوج عن زوجته وطالت مدة غيابه، قامت الزوجة برفع دعوى من أجل طلب التطلق، وذلك على أساس الضرر المعتبر شرعاً المترتب عن الغياب بناء على المادة 53 من قانون الأسرة، وصدر حكم يقضي لصالحها بالتطبيق، فقام المطلق بالطعن بالنقض ضد هذا الحكم مستنداً إلى وجه يتمثل في انعدام الأساس القانوني بدعوى أن مطلقة المطعون ضدها لم تبرر طلبها، وأن الحكم المعاد استجاب إلى طلبها دون سائغ قانوني ودون الاستناد إلى أي حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 53، وقضى بالطلاق دون أن يبين الأساس القانوني الذي استند إليه وهو السبب المثار في النقد، كما ردت المحكمة العليا على مقالات الطاعن بما يلي: "الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني وفي بيان ذلك يقول الطاعن أن المطعون ضدها لم تؤسس طلبها على أي سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، إلا أن الحكم المطعون فيه قد استجاب إلى طلبها وقضى بالطلاق دون أن يبين الأساس الذي استند إليه، وهو ما يعيبه مما يستوجب نقضه"⁽¹⁾.

(1) سعادي، الزواج والانحلال، ص 283-284.

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الخلع والتحكيم والحضانة

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة مقدار بدل الخلع.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة سلطة الحكمين في التفريق.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة مقدار بدل الخلع.

أعطى الشارع الحكيم للمرأة حق مفارقة الزوج عن طريق الخلع زيادة في تعزيز مكانتها، وكان من فلسفة الشريعة الغراء في المسألة أن لا يُجْمَع على الرجل ضرران ضرر مفارقة الزوجة له وضرر إعطائها حق هذه المفارقة، فكان من عدالة الشارع أن يتم تعويض هذا الضرر بمقابل مالي تبذله المرأة لقاء فك عصمتها، ولذلك فإن دفع مقدار بدل الخلع يعتبر من بين أركانه الأساسية.

الفرع الأول: تعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الخلع لغة واصطلاحاً، وبيان المقصود من بدله مع بيان مشروعية أخذه على النحو الآتي:

أولاً- تعريف الخلع:

1- لغة:

للخلع عدة معانٍ في لغة العرب منها النزع، والتجريد، والإزالة، يقال: خَلَعَ الرجلُ ثوبَهُ أي أزاله⁽¹⁾، ومنه استمد الفقهاء المعنى الاصطلاحي وكأن المرأة تنزع نفسها من عصمة زوجها.

2- اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء للخلع نذكر أهمها⁽²⁾:

- عرفه صاحب الفواكه الدواني بقوله: "إزالة العصمة بعوض من الزوجة، أو غيرها".
- كما عرفه من الفقهاء المعاصرين الشيخ عبد الوهاب خلاف بقوله: "الخلع هو حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع، أو ما في معناه في مقابلة عوض تلتزم به الزوجة".
- فالمستفاد من هاذين التعريفين أن الخلع مشابه للطلاق في أنه حل للرابطة الزوجية وإنهاء لآثارها، لكن يختلف عنه في أنه لا يرتب آثاره إلا بدفع عوض من الزوجة لزوجها.

ثانياً- تعريف بدل الخلع، ومشروعيته:

1- تعريف بدل الخلع:

هو ما تلتزم ببذله الزوجة للزوج، وينعقد عليه الخلع، ولا يصح الخلع بدون عوض، أو بدل⁽³⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: خلع، 76/8.

(2) النفراوي، الفواكه الدواني، 34/2؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 157.

(3) عبد الكريم زيدان، المفصل، 171/8.

2- أدلة مشروعية أخذ البدل في الخلع:

وردت كثير من الأدلة من القرآن والسنة وإجماع تثبت مشروعية أخذ العوض نذكر منها ما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

عمدة الباب قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: 229]، وقد قرر علماء التفسير أن المراد بالآية أخذ العوض على الفراق⁽¹⁾.

ب- من السنة النبوية المشرفة:

عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس رضي الله عنه أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»⁽²⁾، والحديث يدل على جواز أخذ بدل الخلع وهو ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس رضي الله عنه.

ج- من الإجماع:

قال العلامة ابن عاشور في سياق بيان معنى الآية السالفة الذكر: "ولم يختلف علماء الأمة أن المراد بالآية أخذ العوض على الفراق، وإنما اختلفوا في هذا الفراق هل هو طلاق أو فسخ؟"⁽³⁾.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

سنتناول في هذا الفرع مذاهب الفقهاء في حكم الزيادة على المهر، كذلك نقوم باستعراض أدلة كل فريق، مع تناول المناقشات والردود مع الترجيح بينها، وبيان وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة. أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في جواز أن يكون بدل الخلع زائداً على المهر على قولين أساسيين هما كالآتي:

1- القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز أخذ الزيادة على المهر⁽⁴⁾.

(1) الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، 410/2.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم: 5273، 46/7.

(3) الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، 410/2.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 217/4؛ ابن جلاب، التفريع، 16/2؛ النووي، روضة الطالبين، 389/7؛ البهوتي، الروض المربع، ص555؛ ونُتَوَّه إلى أن أخذ الزيادة على المهر مكروه ديانة جائز قضاء؛ عامر الزبياري، أحكام الخلع، ص174.

2- القول الثاني: ذهب عطاء والزهري والحسن البصري والأوزاعي وأبو بكر الخلال⁽¹⁾ من الحنابلة والشوكاني، إلى عدم جواز أخذ الزوج أكثر من المهر الذي أعطاه لزوجته، فإن خالعه على ذلك بطل الزائد، ووقع الخلع بقدر المهر الذي أعطاه⁽²⁾.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بأدلة من القرآن والسنة والقياس والآثار وإجماع أهل المدينة والمعقول كما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، قال القرطبي في بيان معنى الآية: "دل على جواز الخلع بأكثر مما أعطاه"⁽³⁾.

ب- من السنة المشرفة:

عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: "كانت أختي تحت رجل من الأنصار تزوجها على حديقة وكان بينهما كلام، فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «تَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَيُطَلِّقُكِ؟» قالت: نعم وَأَزِيدُهُ، قال: «رُدِّي عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ وَزَيْدِيهِ»⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر الزيادة على مهرها المتمثل في الحديقة⁽⁵⁾.

د- من إجماع أهل المدينة:

سئل ابن القاسم هل يحل للزوج أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاه في الخلع؟ فقال: قال مالك: نعم، قال: وقال لم أزل أسمع من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا لم يصل للمرأة ولم يأت إليها ولم تؤت المرأة من قبله وأحبت فراقه فإنه يحل له أن يقبل منها ما افتدت به⁽⁶⁾.

(1) هو: أحمد بن محمد بن هانئ أبو بكر الخلال الطائي كان جليل القدر، إماما حافظا كثير الرواية عن الإمام أحمد من مصنفاته:

كتاب العلل، توفي سنة 261هـ؛ ينظر: ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، 66/1.

(2) ابن قدامة، المغني، 325/7؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 251/6؛

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 140/3.

(4) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، حديث رقم: 3627، 375/4؛ قال ابن الجوزي: "هذا إسناد لا

يصح"، ينظر: التحقيق في أحاديث الخلاف، 289/2.

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، 297/6.

(6) مالك، المدونة، 245/2.

هـ - من القياس:

قالوا أن بدل الخلع هو مال مبدول كعوض مستفاد بسبب العقد، فلم يَتَقَدَّرْ كالمهر والثلث⁽¹⁾.

و - من آثار الصحابة عليهم السلام:

- ما يروى أن الرُّبَيْعَ بِنْتَ مُعَوِّذٍ اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان، فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه⁽²⁾، وروى البخاري تعليقا كذلك: "أجاز عثمان، الخلع دون عِقَاصٍ"⁽³⁾ رأسها"⁽⁴⁾.

- ويروى أن امرأة نشزت، فأمر عمر رضي الله عنه بها إلى بيت كثير الزبل، فمكثت فيه ثلاثة أيام، ثم أخرجها فقال لها: كيف رأيت؟ قالت: ما وجدت الراحة إلا في هذه الأيام، فقال عمر رضي الله عنه: "إِخْلَعَهَا ولو من فُرْطَهَا"⁽⁵⁾.

- ويروى أن امرأة اختلعت من زوجها بكل شيء لها، فلم ينكر ذلك عبد الله بن عمر رضي الله عنه⁽⁶⁾.

ز - من المعقول:

قالوا أن للمرأة أن لا ترضى عند النكاح إلا بالصداق الكثير، فكذلك الزوج لا يرضى عند المخالعة إلا بالبذل الكثير، لا سيما وقد أظهرت الاستخفاف بالزوج، حيث أظهرت بغضه وكرهته⁽⁷⁾.

2- أدلة الفقهاء المانعين للزيادة:

احتج الفقهاء المانعون بعدة أدلة من القرآن الكريم والسنة المشرفة والقياس والمعقول نوردها كالاتي:

أ - من القرآن الكريم:

احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، ووجه الاستدلال أن الافتداء من الزوجة يجب أن

(1) النووي، المجموع، 08/17.

(2) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، أثر رقم: 14856، 515/7.

(3) العِقَاصُ: هي الضفيرة وقيل: هو الخيط الذي يعقص به أطراف الذوائب والأول أوجه؛ ينظر: العيني، عمدة القاري، 271/20.

(4) الأثر وصله ابن حجر العسقلاني؛ ينظر: فتح الباري، 397/9.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، أثر رقم: 14852، 515/7.

(6) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، أثر رقم: 2083، 811/15.

(7) الرازي، مفاتيح الغيب، 447/6.

يكون راجعا إلى ما آتاها الزوج من المهر، وإذا كان كذلك لم يدخل في إباحة الله تعالى إلا قدر ما آتاها⁽¹⁾.

ب- من السنة المشرفة:

- عن ابن عباس رضي الله عنه أن جميلة بنت سلول⁽²⁾ أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قالت: نعم، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد⁽³⁾، ووجه الاستدلال بالحديث أنه لو كان الخلع بالزائد جائزا لما جاز للنبي صلى الله عليه وسلم أن يمنعها منه⁽⁴⁾.
- وجاء عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لَا يَأْخُذُ مِنَ الْمُخْتَلَعَةِ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا»⁽⁵⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول: "لا يأخذ من المختلعة فوق ما أعطاها"⁽⁶⁾.

د- من القياس:

قالوا بأن المهر بدل في مقابلة فسخ العقد، فلا يمكن أن يُزَادَ على قدره كابتداء البيع، وهذا قياسا على الإقالة في البيع؛ لأنها لا تجوز بأكثر من ثمن البيع⁽⁷⁾.

هـ- من المعقول:

قالوا بأن الزوج استباح بُضْعَهَا، فلو أخذ منها أزيد مما دفع إليها لكان ذلك إجحافا بجانب المرأة وإلحاقا للضرر بها، وهو غير جائز⁽⁸⁾.

(1) الرازي، المرجع السابق، 447/6.

(2) اختلفت الروايات في هذه القصة، فقول المرأة الْمُخْتَلَعَةُ هي جميلة بنت أبي بن سلول، وقيل المختلعة هي حبيبة بنت سهل

الأنصارية، لكن المشهور هي الأولى؛ ينظر: النووي، تهذيب الأسماء، 337/2.

(3) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب الطلاق، باب المختلعة يأخذ ما أعطاها، حديث رقم: 2056، 208/3؛ قال محققوه شعيب الأرناؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(4) الرازي، المرجع السابق، 447/6.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، حديث رقم: 14846، 514/7؛ قال ابن حجر: "مرسل"، ينظر: إتحاف المهرة، 267/19.

(6) ابن جرير، جامع البيان، 575/4.

(7) الجصاص، أحكام القرآن، 94/2.

(8) الرازي، مفاتيح الغيب، 447/6.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة الجمهور:

نوقشت أدلة الجمهور من عدة أوجه، فبالنسبة لاستدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، فقد حملوا المعنى على من الذي أعطاها؛ لتقدم قوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾، وهكذا كان يقرؤها بعضهم: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ مِنْهُ"⁽¹⁾؛ ولهذا قال بعده: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽²⁾، وأجيب على ذلك بأن هذا الاستدلال باطل لا يحل حمل الآية عليه؛ لأنه ادعاء ما ليس موجوداً في كتاب الله، ولا موجوداً في مصاحف المسلمين رسمه⁽³⁾. أما الاستدلال بحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في إجازته ﷺ لزوجه ﷺ أخذ الزيادة على المهر، فمنقوض سنداً وممتناً، إذ مع كون إسناده ضعيفاً، ليس فيه حجة من جهة المعنى؛ لأنه ليس فيه أنه قَرَرَهَا ﷺ على دفع الزيادة، بل أمرها برد الحديقة فقط كما جاء في روايات أخرى⁽⁴⁾. أما الاستدلال بإجماع أهل المدينة فهو دليل مختلف فيه لم يستدل به إلا المالكية فلا يلزم به غيره؛ لأنه إلزام ما لا يلزم وهو باطل شرعاً.

أما الاستدلال بالقياس على الأعواض، فهو قياس مع الفارق لكون البدل في الخلع فيه معنى التبرع لأنه لا مقابل مالي له إلا افتداء المرأة نفسها، ولذلك يشترط في الْمُخَالَعَةِ أَنْ تكون أهلاً للتبرع، أما العوض في سائر العقود فيكون في نظير مال، فيكفي فيه أهلية التصرف⁽⁵⁾. أما ما استدلوا به من آثار الصحابة واعتبارها من قبيل الإجماع لأن الصحابة الذين قالوا بجواز أخذ الزيادة على المهر لم ينكر عليهم صحابة آخرون فكان بمثابة الإجماع، فهذا لا يسلم لهم لثبوت من خالفهم وهو سيدنا علي رضي الله عنه، لكن رَدَّ الجمهور بأن الإسناد عن علي رضي الله عنه لا يثبت لانقطاعه⁽⁶⁾.

(1) قراءة شاذة منسوبة للربيع بن أنس، ينظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 466/1.

(2) المرجع نفسه.

(3) ابن جرير، جامع البيان، 582/4 - 583.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، 297/6.

(5) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 623.

(6) ابن قدامة، المغني، 325/7.

ب- مناقشة أدلة الفقهاء المانعين للزيادة:

أورد الجمهور على ما استدل به المانعون عدة اعتراضات، فبالنسبة لاستدلالهم من القرآن الكريم فَيُنَاقِشُ بأن قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 229]، تُحْمَلُ على عمومها ذلك لأنه تعالى عَبَّرَ بما الموصولة في قوله: فيما افتدت به، وقد تقرر في الأصول أن الموصولات من صيغ العموم؛ لأنها تعم كل ما تشمله صلاتها، وعليه لا حجة يجب التسليم لها من أصل أو قياس بأن الآية مُرَادٌ بها بعض الفدية دون بعض، فهي على ظاهرها وعمومها⁽¹⁾.

أما بالنسبة للاستدلال بحديث ابن عباس رضي الله عنه على عدم الزيادة على الحديقة، فقالوا بأن لفظة "لا يزداد" في هذه الرواية غير محفوظة والحديث مرسل، كذلك الحديث في معناه عدم التعرض لغير الحديقة التي هي صداق ثابت بن قيس رضي الله عنه لزوجته، وعليه ليس في الحديث ما يدل على عدم جواز غير الصداق⁽²⁾، وأجيب عن ذلك بأن الإرسال لا يضر؛ لأن الحديث صحيح الإسناد ورؤي موصولا بأسانيد أخرى⁽³⁾، أما معناه فَدَلَّ على عدم جواز أخذ ما زاد على الحديقة التي هي صداق، فلو كان غيرها لفعل النبي صلى الله عليه وسلم نفس الشيء، فلا تَعَلُّقَ بغير الصداق لأنه خارج عن محل النزاع، أما الاستدلال بالأثر المروي عن سيدنا علي رضي الله عنه؛ فقد طعن فيه ابن حزم بالانقطاع⁽⁴⁾.

نوقش اعتبار الخلع فسخا للعقد بأنه طلاق مبتدأ كالطلاق العادي ومشترط فيه بدله، كما أنه ليس إقالة؛ لأنه لو حُلِّعَهَا على أقل مما أعطاهما جاز بالاتفاق، والإقالة غير جائزة بأقل من الثمن⁽⁵⁾.

2- الترجيح:

بعد عرض أقوال الفريقين بأدلتها، وكذا إيراد المناقشات والاعتراضات والردود نخلص إلى أن الرأي الأولي بالترجيح هو قول من ذهب إلى عدم الزيادة على المهر الذي ساقه الزوج لزوجته في بدل الخلع؛ وذلك للاعتبارات التالية:

- قوة أدلة الفريق الثاني من حيث الثبوت والدلالة، ذلك أن أوضح دليل وأقواه في الباب وهو نص في المسألة حديث ابن عباس رضي الله عنه في قصة جميلة بنت سلول مع زوجها ثابت بن قيس، ونستطيع

(1) الطبري، جامع البيان، 575/4؛ الشنقيطي، أضواء البيان، 143/1.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، 296/6؛ عامر الزبياري، أحكام الخلع، ص 172.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، 296/6.

(4) ابن حزم، المحلى، 519/9.

(5) الجصاص، أحكام القرآن، 94/2.

القول بأنه مخصص لعموم الآية التي اعتمدها الجمهور حجة في المسألة، حتى إن بعضهم قال بكراهة الزيادة وهم الحنابلة عملاً بالدليلين؛ العموم الوارد في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، وحديث ابن عباس رضي الله عنهما، ولم يقولوا بالتخصيص رغم أنه من أصولهم⁽¹⁾.

- أصل بدل الخلع أو الافتداء كما جاء في القرآن الكريم أن المرأة تدفعه بمثابة تعويض عن كرهها أو عدم تحمّلها للمعيشة مع زوجها، فهي المتسببة بإلحاق الضرر عليه وليس هو، فيقابله معاقبتها بإرجاعها ما أعطاه لها مهراً تعبيراً عن رغبته فيها وإرادته إيّاها، فليس من العدل الزيادة على هذا المهر وإلا كان من باب مقابلة ضرر بمثله أو بأكثر منه، ومن قواعد الشريعة السمحة لا ضرر ولا ضرار، ولأن شريعتنا عادلة جعلت الطلاق بيد الرجل مع نفقته، وجعلت الخلع بيد الزوجة مع بدله⁽²⁾.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

إذا استصحبنا قاعدة مراعاة الخلاف بمفهومها العام، فإن الانتقال إلى الرأي القائل بعدم الزيادة على المهر الذي بذله الزوج لزوجته كبذل الخلع له وجاهته وقوته، وهذا ترجيحاً لمذهب عطاء والزهري والحسن البصري والأوزاعي وأبو بكر الخلال من الحنابلة والشوكاني.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

تعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة في المادة 54 فقرة 2 من ق أ ج؛ حيث جاء فيها: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"⁽³⁾، يبدو أن المشرع خرج عما قرّره فقهاء المالكية الذين يرون ما يرى الجمهور من جواز أخذ أكثر من المهر المسمى وقت زواجها، وهو ما نفهمه من الإطلاق الذي ساقه المشرع في المقابل المالي عند الاتفاق ولم يقيد به بالأكثر أو الأقل، فدل على جوازه عند الاتفاق بين الزوجين على بدل معين ولو كان أكثر من صداقها⁽⁴⁾، أما عند الاختلاف بين الزوجين في تقدير بدل الخلع المستحق للزوج، فالرأي المقابل الذي ذهب إلى عدم الجواز عند غير الجمهور، وهو الذي تبناه المشرع بقوله في حالة

(1) ابن قدامة، المغني، 325/7؛ الشوكاني، نيل الأوطار، 297/6.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 1057/3.

(3) الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص22.

(4) عدلان مطروح، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص297.

عدم الاتفاق على بدل معين فيحكم القاضي بما لا يتجاوز مهر المثل أي ما أعطاه الزوج لزوجته وقت العقد، وكأن المشرع يريد تقسيم بدل الخلع إلى رضائي وقضائي في تقرير أحكامه، فأخذ بمذهب الجمهور ومنهم المالكية في جواز الزيادة في البديل الرضائي، وأخذ بالرأي المقابل في عدم جوازها في البديل القضائي وهو ما يهمننا في هذه المسألة.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة في الأحوال الشخصية، فنجد أن المشرع المصري نص في المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 على ما يلي: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وَرَدَّتْ عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثة أشهر"⁽¹⁾، ويفهم من المادة أن بدل الخلع الذي تبذله الزوجة مقابل ذلك يتمثل في الصداق الممنوح لها، وهو يقتضي عدم جواز البديل بأكثر من المهر وهو موافق لما ذهب إليه المشرع الجزائري، أما المشرع السوري فأخذ بالرأي الذي تبناه المشرع الجزائري في البديل الرضائي للخلع حيث جَوَّزَ أن يكون البديل ما أمهره الرجل لزوجته، أو مال متفق عليه وهذا ما نصت عليه المادة 98 من قانون الأحوال الشخصية بقولها: "إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية"⁽²⁾، أما المشرع المغربي فنحن نفس المنحى الذي تبناه المشرع الجزائري من حيث اعتبار المهر الذي دفعه الزوج لزوجته عند عدم الاتفاق على مبلغ معين هو بدل الخلع، فيرفع الطرفان ذلك إلى القضاء ويراعي القاضي عند الحكم تقدير مبلغ المهر الذي تم دفعه من قبل الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة، وهذا مقتضى ما نصت عليه المادة 120 في الفقرة 01 من مدونة الأسرة المغربية⁽³⁾.

فيما يظهر أن الدافع إلى مراعاة الخلاف في هذه المسألة هو الانسجام مع الاتجاه الجديد للمشرع في جعل الخلع من خالص حقوق الزوجة كما كَرَّسَهُ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984 إلى تعديله سنة 2005 الذي نص على ذلك بصراحة، كذلك الدافع إلى

(1) رمضان الشرنباوي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 298.

(2) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 197.

(3) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص 228.

تبني هذا التوجه هو منع الاستغلال والابتزاز بين الزوجين، ويحدث كثيرا إذا كان الخلع للزوج فيه يد من تعسف أو إضرار.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

جاءت بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا باجتهادات قضائية مفادها عدم جواز القضاء بأكثر من صداق المثل في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع بين الزوجين، ومنها ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/07/21 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديد على أن لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾، وبذلك نكون بصدد تكريس مبدأ عدم جواز الزيادة على بدل الخلع بأكثر من مهر المثل، كذلك عدم الالتفات إلى موافقة الزوج، ونظن أن تعديل هذه المادة سنة 2005 كان بسبب سلب الزوج حقه في الموافقة على الخلع في الاجتهاد القضائي ولو كان مخالفا قبل التعديل لمقتضيات النصوص القانونية.

(1) قرار رقم: 83603، بتاريخ: 1992/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001م، ص134.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء.

ما دام أن الخلع في الشريعة الإسلامية وسيلة شرعية لإنهاء الرابطة الزوجية، فهل يمكن أن يقع بواسطة القضاء أم يوقعه الزوج ويعتبر فراقاً تترتب عليه آثاره؟، وعليه فقد تناول فقهاء الشريعة هذا الموضوع في مدوناتهم الفقهية واختلفوا فيه بين موجب لإجراء الخلع عن طريق القضاء، وبين مُجَوِّزٍ له، كما كان للمشرعين العرب رأي في هذا الموضوع، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

إذا كان الأصل في الخلع أن صورته مغايرة لصورة الطلاق العادي حيث يعتبر المقابل المالي الذي تدفعه الزوجة ركناً فيه، وبالتالي هل يشترط إجراؤه عن طريق القضاء أم لا؟، وللتعريف بهذه المسألة لابد من بيان سلطة القاضي في إيقاع الخلع نظراً لتعلقها بموضوع هذه المسألة، حيث لا يوجد إشكال عند من اعتبر أن الخلع فسخاً⁽¹⁾، وأنه من حق القاضي إيقاعه ابتداءً من غير مراعاة إرادة الزوج؛ لأن الفسخ لا يقع عند معظم الفقهاء إلا بحكم القضاء، لافتقاره إلى فاسخ يملكه وهو ليس للزوج لأنه يملك الطلاق فقط، فكان مردّه إلى الحاكم⁽²⁾، ولذلك فالتوصيف الفقهي للخلع باعتباره فسخاً أن للقاضي سلطة واسعة في إيقاعه؛ لأنه لا يمكن للزوج إيقاعه فيحتاج إلى القضاء.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

نعالج في هذا الفرع حكم إجراء الخلع عن طريق القضاء، بين المجوزين والموجبين، كذلك نورد أدلة الفقهاء من كلا الفريقين مع مناقشتها والترجيح بينها، مع ذكر وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على آراء متعددة، يمكن حصرها في اتجاهين:

- 1- اتجاه الجمهور: ذهبوا إلى أن الخلع يصح بدون حكم القاضي، كما يجوز وقوعه أمامه⁽³⁾.
- 2- اتجاه بعض الفقهاء: يرى الحسن البصري وسعيد بن جبير ومُحَمَّد بن سيرين إلى اشتراط إجراء الخلع أمام القاضي⁽⁴⁾.

(1) الحنفية والمالكية يرون الخلع طلاقاً، أما الشافعية والحنابلة فيرونه فسخاً؛ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، 1057/3.

(2) الفندلاوي، تهذيب المسالك، 503/2.

(3) السرخسي، المبسوط، 173/6؛ الخطاب، مواهب الجليل، 19/4؛ الشيرازي، المهذب، 490/2؛ ابن قدامة، المغني، 324/7.

(4) ابن حزم، المحلى، 514/9؛ ابن حجر، فتح الباري، 396/9.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة جمهور الفقهاء:

استدل جمهور الفقهاء بعدة أدلة من القرآن وآثار الصحابة والقياس والمعقول؛ نوردتها كما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: 229]، واستدلوا كذلك بقوله: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [البقرة: 203]، ووجه الدلالة من الآيتين أن الله تعالى أباح الأخذ منها بتراضيهما ولم يذكر السلطان؛ مما يدل على جواز الخلع بدونه⁽¹⁾.

ب- من السنة المشرفة:

استدلوا بقول النبي ﷺ لامرأة ثابت بن قيس: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»⁽²⁾، فيدل الحديث على أنه لو كان الخلع إلى السلطان إذا علم أنهما لا يقيمان حدود الله لم يسألهما النبي ﷺ عن ذلك، ولا خاطب الزوج بقوله اخلعها بل كان ﷺ بنفسه يخلعها منه ويرد عليه حديثه، وإن أبيا أو أبي واحد منهما، وكذلك قياسا على فُرْقَةِ المتلاعنين إذ جُعِلَتْ إلى الحاكم ولم يقل للمتلاعنين خَلٍّ سبيلها بل فَرَّقَ بينهما بنفسه، إذ جاء في الأحاديث أن النبي ﷺ فَرَّقَ بين المتلاعنين، فثبت بذلك جواز الخلع دون السلطان⁽³⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

استدلوا بما رواه البخاري تعليقا أن عمر رضي الله عنه أجاز الخلع دون السلطان؛ أي بغير إذنه⁽⁴⁾، كذلك رُوي أن رجلا خَلَعَ امرأة له في ولاية عثمان رضي الله عنه عند غير سلطان، فأجازه عثمان رضي الله عنه⁽⁵⁾.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 95/2.

(2) سبق تخريجه ص 367.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، 95/2.

(4) ابن حجر، فتح الباري، 396/9؛ قلت: الأثر وصله ابن أبي شيبة في مصنفه وعلق عليه محققه الشري بقوله: "حسن عبد الله بن شهاب صدوق"، ينظر: المصنف، 280/10.

(5) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الخلع عند غير السلطان، أثر رقم: 14859، 516/7؛ قلت: هذا الأثر ضعيف لضعف حجاج بن أرطاة بسبب تدليس عن الزهري وسند هذا الأثر منه، ينظر: ابن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، 527/2.

د- من القياس:

قالوا بقياس الخلع على النكاح والطلاق من ناحية أنهما لا يحتاجان إلى حكم القاضي؛ لأنه فُرْقَةٌ تفتدي فيها المرأة نفسها بعوض، فالنكاح جائز عند غير السلطان فكذلك الخلع، كما قالوا أنه من أنواع الفُرْقِ التي لا تحتاج إلى حضور حاكم حال الفرقة؛ الطلاق والخلع⁽¹⁾.

هـ- من المعقول:

قالوا أنه عقد معاوضة، لم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولأن تَمْلُكَ البضع بالنكاح لا يفتقر إلى حكم الحاكم، فكذلك تملكه بالخلع أولى أن لا يفتقر إلى حكم الحاكم؛ لأن شروط النكاح أغلظ من شروط الخلع، ولأنه إنهاء عقد بالتراضي فأشبهه الإقالة، كذلك للزوج ولاية إيقاع الطلاق، ولها ولاية التزام العوض، فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد⁽²⁾.

2- أدلة الفقهاء القائلين باشتراط الخلع أمام القضاء:

استدل هؤلاء الفقهاء بجملة من الأدلة من القرآن الكريم والسنة والمطهرة والمعقول نوردها كالآتي:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: 229]، وبقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء: 35]، ووجه الدلالة بالآيتين أن الله تعالى جعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فإن خافا؛ ويَقْوِيه قراءة حمزة⁽³⁾ للآية إلا أن يُخَافَا بضم أوله على البناء للمجهول والفاعل محذوف وهو الولاية والحكام، فَجُعِلَ الخوف لغير الزوجين، ولو أراد الزوجين لقال: فإن خافا⁽⁴⁾.

ب- من السنة المشرفة:

عن ابن عباس رضي الله عنه، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟»، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»⁽⁵⁾، والحديث يدل أن

(1) السرخسي، المبسوط، 173/6؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 145/3؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 290.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 11/10، ابن قدامة، المغني، 324/7.

(3) هو: الإمام الحبر حمزة بن حبيب الكوفي الزيات أحد القراء السبعة، كان إماماً حجة قِيَمًا بكتاب الله بصيرا بالفرائض عارفا بالعربية

حافظا للحديث عابدا ورعا قانتا لله، توفي سنة 156هـ؛ ينظر: ابن الجزري، غاية النهاية، 263/1.

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 137/3.

(5) سبق تخرجه ص 367.

النبي ﷺ تولى الخلع بين الزوجين بوصفه حاكماً للمسلمين، ولو جاز لهما التفرد بذلك لوكله إليهما دون دون أن يتولاه بنفسه لا سيما وأن الطلاق بيده⁽¹⁾.

ج- من المعقول:

قالوا بأن الخلع إنما شرع لكونه مبنيًا على الشقاق وخوف عدم إقامة حدود الله تعالى بنص الآية الكريمة، فوجب فيه أن يكون بإذن السلطان لأنه موكول إليه شرعاً إقامة حدود الله⁽²⁾.

ثالثاً: المناقشة والترحيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة الجمهور:

نوقش استدلال الجمهور بالآية الكريمة على أنها خطاب للحكام وليس للزوجين وبأن المراد من الآية إذن الأئمة في الخلع إذا خافوا على الزوجين عدم القيام بالواجب فيما إذا ارتفعوا إليهم⁽³⁾.

أما استدلالهم بحديث ابن عباس في قوله ﷺ لثابت ابن قيس رضي الله عنه: «اقْبَلِ الْحَدِيثَةَ» على أن الأمر فيه محمول على الإرشاد، قالوا أن الظاهر في حقيقة الأمر هنا الوجوب لانعدام المعنى الصارف عنه إلى الإرشاد سواء في نفس السياق أم في غيره⁽⁴⁾.

أما الاستدلال بالأثر الذي رواه البخاري مُعَلَّقًا عن عمر رضي الله عنه في جواز الخلع دون السلطان فهو ضعيف، وأجيب بأن إسناده موصول من طرق أخرى⁽⁵⁾، أما أثر عثمان رضي الله عنه ففيه راوٍ ضعيف.

ونوقش الاستدلال بقياس الخلع على الزواج والطلاق في أنهما لا يحتاجان إلى إذن السلطان بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الزواج والطلاق لا يُشْتَرَطُ فيهما أهلية التصرف في المرأة كاشتراطها في الخلع، كذلك المعاوضة في المال في الزواج والطلاق تكون من الرجل، أما في الخلع فتكون من المرأة.

ب- مناقشة أدلة القائلين باشتراط الخلع عند السلطان:

نوقش استدلالهم بقراءة حمزة في القول أن الخلع للسلطان بأنه قول لا يساعده الإعراب ولا اللفظ

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، 11/10.

(2) ابن حجر، فتح الباري، 397/9.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، 215/4.

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، 294/6.

(5) ابن حجر، تغليق التعليق، 459/4.

ولا المعنى؛ فأما الإعراب فإن ابن مسعود رضي الله عنه قرأ: "إِلَّا أَنْ يَخَافَا" أي تخافوا، فهذا في العربية إذا رُدَّ إلى ما لم يسم فاعله قيل: إِلَّا أَنْ يَخَافَ، وأما اللفظ فإن كان على لفظ "يَخَافَا" وجب أن يقال: فإن خيفَ، وإن كان على لفظ "فإن خِفْتُمْ" وجب أن يقال: إِلَّا أَنْ تَخَافُوا، وأما المعنى فإنه يبعد أن يقال: لا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا، إلا أن يخاف غيركم ولم يقل عز وجل: فلا جناح عليكم أن تأخذوا له منها فدية ليكون الخلع إلى السلطان⁽¹⁾.

ونوقش استدلالهم بخلع النبي صلى الله عليه وسلم بين حبيبة وزوجها فلأنهما تخصما إليه قبل الخلع، فصار الخلع تبعا للتخاصم، ولأن بيان حكم الخلع شرعا مأخوذ عنه، فجاز أن يتولاه دون حكام أمته⁽²⁾.
كما نوقش استدلالهم بالمعقول أن اشتراط الشقاق وعدم إقامة حدود الله في الخلع هو خلاف مذهب الجمهور لأنهم قالوا بجواز الخلع ولو لم يكن هناك شقاق⁽³⁾.

2- الترجيح:

بعد ذكر الأدلة والمناقشات والإجابات بين الفريقين، يبدو لي أن القول باشتراط الخلع أمام القضاء هو الراجح في المسألة لاعتبارات عديدة هي:

- أن ما استدل به من قال بهذا الرأي سديد وقوي، وما وُجِّهَ لها من مناقشات لا يؤثر في اعتمادها.
- أن قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بين ثابت بن قيس رضي الله عنه وامراته في التخالع بينها هو العمدة في المسألة لصراحته في الباب، ولولا أن النبي صلى الله عليه وسلم تصرف باعتباره قاضيا في هذه الواقعة ما قال لثابت اقبل الحديقة وَطَلِّقْهَا تطليقة، وهو يعلم صلى الله عليه وسلم أن الطلاق بيد ثابت رضي الله عنه.
- أن اختيار هذا الرأي موافق للواقع ومُحَقِّقٌ للمصلحة في حفظ حقوق الأزواج والأولاد؛ إذ تكاد تُجْمَعُ القوانين العربية للأحوال الشخصية أن الخلع لا يمكن إيقاعه دون حكم قضائي؛ لأنه ضامن لحقوق الطرفين.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

إذا تحرر لدينا أن اتجاه المشرع الجزائري أخذ برأي القائلين باشتراط إجراء الخلع أمام القضاء، وعليه نكون بصدد إعمال قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها العام، وهي موافقة لمراعاة الخلاف من هذه الحيثية.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 138/3.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 11/10.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 397/9.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع الجزائري هذه المسألة في مادتين من قانون الأسرة الجزائري هما:

1- المادة 54 فقرة 2 من ق أ ج : " ... يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"⁽¹⁾، يفهم من هذه المادة أنه لا بد لإجراء الخلع وإنفاذه من الترافع أمام القضاء للحكم بوقوعه، وهو اتجاه ذهب إليه جماعة من التابعين مما يعني خروجاً عن المذهب المالكي⁽²⁾.

2- يظهر من منطوق المادة 57 فقرة 1 من ق أ ج بدلالة منطوقها أن الخلع لا بد فيه من حكم القاضي حيث جاء فيها: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"⁽³⁾.

كما نجد بعض التشريعات تتوافق مع المشرع الجزائري، فنجد المشرع المصري يقرر أن الخلع من قبيل التطليق الذي تطلبه الزوجة ويستجيب لها القاضي، وذلك كما جاء في المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 وفيها: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعاوها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وَرَدَّتْ عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه، ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون وبعد أن تقرر الزوجة"⁽⁴⁾، أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري فلم ينص على هذه المسألة وإنما نص عليها الاجتهاد القضائي في قرار محكمة النقض السورية والتي جاء فيها ما يلي: "الطلاق مقابل مال هو مخالعة لا تسمع فيه دعوى الرجعة"⁽⁵⁾.

المفهوم من القرار أن دعوى الخلع يجب عرضها أمام القضاء، أما بالنسبة للتشريع المغربي فيقع الخلع طلاقاً بائناً ويكون الحكم به غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن، وهذا طبقاً لما جاء في

(1) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص22.

(2) عدلان مطروح، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص275.

(3) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص22.

(4) رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص298.

(5) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص198.

المادة 128 من مدونة الأسرة، والتي تقضي بأن المقررات القضائية الصادرة بالخلع تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية⁽¹⁾.

ويبدو الدافع إلى الانتقال من المذهب واختيار مذهب بعض التابعين كما أوردنا ذكرهم هو اعتبار الخلع كالطلاق في مفهوم المشرع، ويظهر ذلك من خلال إدراج الخلع في الفصل الأول من الباب الثاني، والذي عَنَوَ له المشرع بـ: "الطلاق"، فإذا كان الطلاق لا يثبت، ولا ينتج أثره شرعا وقانونا إلا بحكم فكذلك الخلع مثلا بمثل، كذلك كان للقضاء - خاصة بعد سنة 1992 - سلطانه في إلزام المشرع بالعدول عن الرأي القائل بأن الخلع عقد اتفاقي بين الزوجين إلى الرأي القائل بأنه حق خالص للزوجة⁽²⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

تعددت الاجتهادات القضائية التي تفيد وجوب إعطاء دور مباشر لمعالجة قضايا الخلع عن طريق القضاء، وهو ما يعني تبني اتجاه الفريق القائل بوجوب إجراء الخلع عن طريق القضاء، وعدم الاكتفاء بما يتم من إجراءات رضائية بين الزوجين، ونعرض الآن جملة من قرارات المحكمة العليا التي تبين ما قررناه مع التركيز على دور القاضي في الخلع كآلي:

جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1984/06/11 ما نصه: "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع، وإذا كان الثابت من الحكم المستأنف ومن القرار المطعون فيه أن قضية الموضوع قد حكموا بالخلع، وبتحديد مبلغه دون وقوع أي اتفاق على ذلك بين الزوجين، وكان الزوج غير راض بمبلغ الخلع المحكوم به، وإن الزوجة طلبت من قضية المجلس إلغاء ذلك، فإن هؤلاء القضاة بقضائهم تلقائيا انتهكوا قواعد الشريعة الإسلامية"⁽³⁾.

وجاء في القرار الصادر بتاريخ: 1988/11/21 ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما

(1) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص 230.

(2) أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع، ص 90.

(3) قرار رقم: 33652، بتاريخ: 1984/06/11، المجلة القضائية، ع 3، 1989م، ص 38.

يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه⁽¹⁾، وجاء كذلك في القرار الصادر بتاريخ: 1996/07/30 ما مضمونه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق حَوَّلَتْهُ الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان ذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

(1) قرار رقم: 51728، بتاريخ: 1988/11/21، المجلة القضائية، ع3، 1990م، ص72.

(2) قرار رقم: 141262، بتاريخ: 1996/07/30، المجلة القضائية، ع1، 1998م، ص120.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين.

التحكيم في المجال الأسري له أهميته وأثره خاصة في التقريب بين الزوجين المتخاصمين، ولذلك كانت مشروعيته في الشريعة والقانون تصب في مصلحة الزوجين من حيث تقريب وجهات النظر بينهما وحل الخلافات بطرق ودية قبل اللجوء إلى القضاء حيث تكون مرحلة الإصلاح وقتئذ قد فاتت، وسنتناول في هذا المطلب مدى سلطة الحكمين في التفريق، وفك الرابطة الزوجية فقها وقانونا.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

سنتناول في هذا الفرع تعريف التحكيم عموماً ثم في فقه الأسرة خصوصاً، ثم نبين مشروعيته في الشريعة الإسلامية كما يلي:

أولاً- تعريف التحكيم بوجه عام:

1- لغة:

مصدر للفعل حَكَمَ بتشديد الكاف يقال: حَكَمَهُ في الأمر تحكيماً، أي جعله حَكَمًا، والحَكْم يُختار للفصل بين المتنازعين⁽¹⁾.

2- اصطلاحاً:

عَرَّفَهُ الفقهاء بتعاريف قريبة من المعنى اللغوي، ومنها:

- ما جاء في الدر المختار بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"⁽²⁾.
- وقد عَرَّفَهُ من المعاصرين الشيخ مصطفى الزرقا بقوله: "وهو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضا هما شخصاً آخر حاكماً بينهما للفصل في خصومتهم"⁽³⁾.

ثانياً- تعريف التحكيم في الزواج:

التحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو: "تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلها للإصلاح بينهما، والفصل في خصومتهم"⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مادة: حكم، ص 190.

(2) ابن عابدين، رد المختار، 428/5.

(3) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 619/1.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 656.

بناء على هذا التعريف نستنتج أن التحكيم في الزواج يختلف عن التحكيم عمومًا من حيث أطرافه وأهدافه، ذلك أن أطرافه في مجال الزواج هما الزوجان أو ولي الزوجة كطرف متدخل في النزاع بحكم الشرع بسبب ما يلحقه من العار على رأي الجمهور أو بطلب من الزوجة على رأي الأحناف إذا أَرادته الزوجة دفعا للوقاحة عن نفسها بسبب أعباء التقاضي، وهذا كله لفصل الخصومة الزوجية.

ثالثا- أدلة مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية:

أما الكتاب الكريم فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]، قال القرطبي تعليقا على الآية: "وفي هذه الآية دليل إثبات التحكيم"⁽¹⁾.

أما السنة فإن رسول الله ﷺ رَضِيَ بِتَحْكِيمِ سَعْدِ بْنِ مَعَاذٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي أَمْرِ الْيَهُودِ مِنْ بَنِي قُرَيْظَةَ؛ فَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ أَنَسًا نَزَلُوا عَلَى حَكْمِ سَعْدِ بْنِ مَعَاذٍ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ فَجَاءَ عَلَى حِمَارٍ⁽²⁾.

أما من الإجماع، فقد كان بين عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما منازعة في نخل، فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَاخْتَلَفَ عُمَرُ مَعَ رَجُلٍ فِي أَمْرِ فَرَسٍ اشْتَرَاهَا عُمَرُ بِشَرَطِ السُّومِ، فَتَحَاكَمَا إِلَى شَرِيكِ الْقَاضِي، كَمَا تَحَاكَمَ عُثْمَانُ وَطَلْحَةُ إِلَى جَبْرِ بْنِ مَطْعَمٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلَمْ يَكُنْ زَيْدٌ وَلَا شَرِيحٌ وَلَا جَبْرِ مِنْ الْقَضَاءِ، وَقَدْ وَقَعَ مِثْلُ ذَلِكَ لَجَمْعٍ مِنْ كِبَارِ الصَّحَابَةِ، وَلَمْ يَنْكَرْ أَحَدٌ فَكَانَ إِجْمَاعًا⁽³⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

ندرس في هذا الفرع إيراد مذاهب فقهاء الشريعة في المسألة، كما نورد أدلتهم مع ذكر المناقشات والإجابات التي تمت بينهم، مع الترجيح بينها، كذلك سيتم بيان وجه مراعاة الخلاف في المسألة. أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

لقد اختلف فقهاء الشريعة في تحديد مهمة الحكمين هل هي توكيل أم تحكيم على قولين هما:

1- القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية في القول الأظهر، الحنابلة في الصحيح عندهم⁽⁴⁾؛ إلى أنه ليس للحكمين التفريق بين الزوجين، ذلك لأن مهمتهما توكيلية متوقفة على الأطراف.

2- القول الثاني: يرى أصحابه أن للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين، لأن مهمتهما تحكيمية لا

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 5/179.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب ما قبل الأنصار، باب مناقب سعد بن معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حديث رقم: 3804، 5/35.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، 10/235.

(4) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، 4/456؛ الشربيني، مغني المحتاج، 4/429؛ المرداوي، الإنصاف، 8/380.

توكيلية⁽¹⁾، ومن أخذ بهذا الرأي المالكية وهو القول الثاني للشافعية وقول للحنابلة اختاره منهم ابن هبيرة⁽²⁾ وابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽³⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة القول الأول:

إِسْتَدَلَّ مَنْ قَالَ بِأَنَّ الْحَكَمِينَ وَكَيْلَانَ لَا حَكْمَانَ بِجُمْلَةٍ مِنَ الْأَدْلَةِ نَسْتَعْرِضُهَا فِيْمَا يَلِي:
أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: 35]، يدل قوله فابعثوا حَكَمًا من أهله وحَكَمًا من أهلها على أن الذي من أهله وكيل له والذي من أهلها وكيل لها كأنه قال فابعثوا رجلاً من قبله ورجلاً من قبلها، فهذا يدل على بطلان قول من يقول إن للحكمين أن يجمعا إن شاء وإن شاء فَرَّقَا بغير أمرهما، كذلك قالوا بأن الله تعالى لما ذكر الحكمين لم يضيف إليهما إلا الإصلاح، وهذا يقتضي أن يكون ما وراء الإصلاح غير مُفَوَّضٍ إليهما⁽⁴⁾.

ب- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

عن عبيدة السلماني قال: "جاء رجل وامرأته إلى علي رضي الله عنه مع كل واحد منهما فئام من الناس، فلما بعث الحكمين قال: رويدكما حتى أعلمكما ماذا عليكما هل تدریان ما عليكما؟ إنكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا ففرقتما، ثم أقبل على المرأة، وقال: أَرْضَيْتِ بِمَا حَكَمْنَا؟، قالت: نعم قد رَضِيتُ بكتاب الله عَلَيَّ وَلِيٍّ، ثم أقبل على الرجل، فقال: قَدْ رَضِيتِ بِمَا حَكَمْنَا، قال: لا ولكني أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، فقال له: كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بمثل الذي رَضِيتِ به"⁽⁵⁾، ووجه الدلالة بهذا الأثر أن قول علي رضي الله عنه يدل على أنه ليس للحاكم أن يبعث

(1) الباجي، المنتقى، 114/4؛ النووي، المجموع، 453/16؛ ابن قدامة، المغنى، 320/7.

(2) هو: الوزير العالم العادل، صدر الوزراء، أبو المظفر يحيى بن هبيرة الشيباني، قرأ القرآن بالروايات وسمع الحديث وقرأ الفقه، من مؤلفاته: الإفصاح عن معاني الصحاح، مات مسموما سنة 560هـ؛ ينظر: ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، 107/2.

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 25/32؛ ابن القيم، زاد المعاد، 172/5؛ المرداوي، المرجع السابق، 381/8.

(4) الجصاص، أحكام القرآن، 151/3؛ الرازي، مفاتيح الغيب، 74/10.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، أثر رقم: 3778، 451/4، قال ابن حجر: "إسناده صحيح"، ينظر:

التلخيص الحبير، 414/3.

حكمين دون رضا الزوجين بحكمهما، وعلى أن الحكمين إنما هما وكيلان للزوجين بالنظر بينهما في الجمع والفرقة؛ لأنه لو كان الحكم إلى علي عليه السلام دونهما لبعث هو حكمين، ولم يقل ابعثوا حكمين⁽¹⁾.

ج- من المعقول:

يدل على ما ذهبوا إليه من المعقول أن الله تعالى لم يجعل الطلاق إلا إلى الأزواج، فلم يجز أن يملكه غيرهم، ولأن الحاكم لا يملك إيقاع الطلاق والخلع بين الزوجين إلا عن رضاها، فلأن لا يملكه الحكمان من قبله أولى، كذلك قالوا بأن البضع حقه، والمال حقها، وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما⁽²⁾.

2- أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه بعدة أدلة من القرآن الكريم وآثار الصحابة والإجماع والمعقول نوردتها كما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35] ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه وتعالى نص أن بعث الحكمين قاضيان لا وكيلان؛ لأنه تبارك وتعالى سماهما حَكَمَيْنِ والحَكَم هو الحاكم وإذا جعله حاكما فقد مَكَّنَهُ من الحَكَم، ففعلهما ينفذ كما ينفذ فعل الحاكم في الأقضية، وكما ينفذ فعل الحكمين في جزاء الصيد كما في قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة: 95] وهي أختها⁽³⁾.

كذلك من وجوه الاستدلال أن الله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين، لقال: فليبعث وكيلًا من أهله ولتبعث وكيلًا من أهلها، وأيضًا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وأيضًا فإنه جعل الحكم إليهما فقال: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: 35]، والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكليهما، وأيضًا فإن الوكيل لا يسمى حَكَمًا في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام أو الخاص، وأيضًا فالحَكَم من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء⁽⁴⁾.

(1) الشافعي، الأم، 125/5.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 604/9؛ ابن قدامة، المغني، 320/7.

(3) ابن العربي، أحكام القرآن، 539/1 - 541؛ الرازي، مفاتيح الغيب، 74/10.

(4) ابن القيم، زاد المعاد، 172/5 - 173.

ب- من آثار الصحابة عليهم السلام:

استدلوا بأثر علي عليه السلام المذكور في أدلة الفريق الأول؛ حيث قال ابن عبد البر: "وكلا الطائفتين تحتج بقول علي عليه السلام"⁽¹⁾، الأثر يدل أن الأمر إلى الحكمين من غير أن يكون للزوجين أمر ولا نهي، فلو كانا وكيلين لم يقل لها: أتدريان ما عليكما؟ إنما كان يقول: أتدريان بما وُكِّلْتُمَا⁽²⁾.

كذلك استدلو بما أخرجه الإمام الشافعي أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة فقالت له: اصبر لي، وأنفق عليك، فكان إذا دخل عليها تقول له: أين عتبة وشيبة؟ فسكت عنها، فدخل يوما برماً فقالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة؟ فقال: "على يسارك في النار إذا دخلت، فَشَدَّتْ عليها ثيابها فجاءت عثمان بن عفان عليه السلام فذكرت له ذلك، فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لَأُفَرِّقَنَّ بينهما، وقال معاوية: "ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف"، قال: فأتياهما فوجداهما قد شَدَّا عليهما أثوابهما وأصلحا أمرهما⁽³⁾، وفي رواية عن ابن عباس عليه السلام قال: "بُعِثْتُ أنا ومعاوية حَكَمَيْنِ فقيل لنا: إن رأيتما أن تجمعما جمعتما، وإن رأيتما أن تُفَرِّقَا فَرَفَّقْتُمَا"⁽⁴⁾.

ج- من الإجماع:

قال ابن القيم: "فهذا عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية جعلوا الحكم إلى الحكمين، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف وإنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم والله أعلم"⁽⁵⁾.

د- من المعقول:

قالوا بأن للحاكم مدخلا في إيقاع الفرقة بالعيوب والعنة والإيلاء، فجاز أن يفوض إلى الحكمين، ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاها كما لو قذفها وتلاعنا⁽⁶⁾.

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 184/6.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 539/1.

(3) أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب عشرة النساء والإيلاء والخلع، باب النشوز، حديث رقم 1216، 84/3؛ والأثر صحَّحه ابن حجر، ينظر: الإصابة، 275/8.

(4) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب الحكمين، أثر رقم: 11885، 512/6؛ قلت: هذا الأثر رواه عبد الرزاق بسند كل رجاله ثقات وهم: معمر بن راشد البصري ثقة، عن عبد الله ابن طائوس بن كيسان ثقة، عن عكرمة بن خالد بن العاص المخزومي ثقة عن ابن عباس عليه السلام؛ ينظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ص 514 - 308 - 336.

(5) ابن القيم، زاد المعاد، 174/5.

(6) الماوردي، الحاوي الكبير، 603/9، الشيرازي، المهذب، 488/2.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة الفريق الأول:

نوقش استدلال هذا الفريق بالآية الكريمة في كون الحكمين ليس لهما سلطة التفريق بين الزوجين لأنهما من أهل الزوجين ولم يذكر في شأنهما إلا الإصلاح فهما وكيلان؛ بأن الله تعالى إنما خاطب الحُكَّامَ وولاية الأمور في بعث الحكمين وليس الزوجين على الصحيح من قول المفسرين⁽¹⁾، وهذا يدل على أنهما ليسا وكيلين لأن الوكالة لا تحتاج إلى أمر الأئمة والحكام، أما إرادة الإصلاح فالسياق راجع إلى الحكمين لا ينفك عنهما قال ابن عباس رضي الله عنهما: "هما الحكمان إذا أرادا الإصلاح وفق الله بينهما"⁽²⁾.

كما نوقش استدلالهم بأثر علي عليه السلام أنه حَمَّأُ أَوْجِهٍ؛ منها أنه يجوز حكمهما بتسمية الله إياهما حَكَمَيْنِ، كذلك هما كالشاهدين إذا رفعاً شيئاً إلى الإمام أنفذه عليهما، كذلك معناه دلوني على حكمين صالحين كما تدلوني على تعديل الشهود، وأجيب أن قول علي عليه السلام للزوج كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به يدل على أنه ليس للحكمين أن يحكما إلا بتفويض الزوجين ذلك إليهما⁽³⁾. كما نوقش استدلالهم بأن الطلاق حق خالص للزوجين لا يوقعه عنهما غيرهما، أن ولاية التطبيق إلى الحكمين هنا مستمدة من الشرع، فهو الذي جعل للحكمين ولاية التطبيق نيابة عن الرجل وبذل العوض في نظيره نيابة عن الزوجة⁽⁴⁾.

ب- مناقشة أدلة الفريق الثاني:

نوقش استدلال هذا الفريق بالآية الكريمة في أن الحكمين إنما سُمِّيَا كذلك في الآية لمعنى وجود ولاية القضاء والفصل في خصومة الزوجين إما بالجمع وإما بالتفريق وهذا إسْتَمْدَآهُ من سلطة نفاذ حكمهما ولزوم أمرهما على الزوجين؛ بأن هذا لا ينفي وجود معنى الوكالة لأنه لا يكون وكيلًا إلا ويجوز أمره عليه فيما وُكِّلَ به، فجواز وجريان أمر الحكمين عليهما لا يخرجهما عن حد الوكالة، وقد يحكم

(1) الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، 45/5.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 542/1؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 26/32؛ .

(3) الشافعي، الأم، 125/5.

(4) علي الخفيف، فرق الزواج، ص277.

الرجلان حكما في خصومة بينهما ويكون بمنزلة الوكيل لهما فيما يتصرف به عليهما، فإذا حكم بشيء لزمهما بمنزلة اصطلاحهما على أن الحكمين في شقاق الزوجين لا يختلف أمرهما عن معنى الوكالة في شيء، وتحكيم الحُكَم في الخصومة بين رجلين يشبه حُكَم الحاكم من وجه ويشبه الوكالة من وجه، والحكمان في الشقاق إنما يتصرفان بوكالة محضة كسائر الوكالات⁽¹⁾.

أما استدلالهم بأثر الإمام علي عليه السلام في ظهور النكير منه على الزوج وقوله ابعثوا، وأنه فيه إشارة إلى رفضه للتوكيل، نقش بأن هذا لا يسلم لهم من حيث إن إنكار سيدنا علي عليه السلام على الزوج كان بعد موافقة الزوجة على الفرقة، وهذا يدل على أخذه بالتوكيل؛ قال الجصاص: "وزعم (المخالف) أن عليا إنما ظهر منه النكير على الزوج؛ لأنه لم يرض بكتاب الله، قال ولم يأخذه بالتوكيل وإنما أخذه بعدم الرضا بكتاب الله وليس هذا على ما ذكر؛ لأن الرجل لما قال: أما الفرقة فلا، قال علي: كذبت أما والله لا تَنْقِلْتُ مني حتى تُقَرَّرَ كما أَقَرَّتْ، فإنما أنكر على الزوج ترك التوكيل بالفرقة وأمره بأن يوكل بالفرقة، وما قال الرجل لا أرضى بكتاب الله حتى ينكر عليه، وإنما قال لا أرضى بالفرقة بعد رضا المرأة بالتحكيم، وفي هذا دليل على أن الفرقة عليه غير نافذة إلا بعد توكيله بها"⁽²⁾.

كما نقش استدلالهم بأثر ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما لما أرسلهما عثمان عليه السلام للإصلاح بين عقيل وزوجته بأن هذا الأثر لا يصح لأنه لم يأت إلا منقطعاً⁽³⁾، وابن عباس يقول أُفْرِقُ بينهما ومعاوية يقول لا أُفْرِقُ بينهما وهما حكمان، فلما وجداهما قد اصطلحا رَجَعَا، وذلك أن اصطلاحهما يدل على أنهما وكيلين لأن رجوعهما يعتبر فسخاً لما وُكِّلَا به، ولو افترضنا أنهما حكمان لكان رجوعهما لا معنى له⁽⁴⁾، أما الاستدلال بالإجماع فبعيد؛ لأن من شرط الإجماع عدم وجود المخالف وقد وُجِدَ في هذه المسألة من الصحابة، فمنهم ابن عباس وعمر بن العاص رضي الله عنهما.

كما نقش استدلالهم من جهة المعقول بأنه انطلاقا من قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164]، فإنه لا يجوز أن يُطَلَّقَ أحد على أحد، ولا أن يُفَرَّقَ بين رجل وامرأته، إلا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فقط، ولا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ⁽⁵⁾.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 152/3.

(2) المرجع نفسه، 153/3.

(3) ابن حزم، المحلى، 247/9.

(4) الشافعي، المرجع السابق، 125/5.

(5) ابن حزم، المحلى، 248/9.

2- الترجيح:

نتهي الآن إلى ترجيح الرأي القائل بأن وظيفة الحكمين مقتصرة على النصح والإصلاح دون التفريق بين الزوجين سواء بالطلاق أو بالخلع، وترجيحنا لهذا الرأي يستند إلى جملة من الأسباب هي:

أ- وجاهة الاستدلال الذي استنبطه الفريق الأول كما رأينا حيث إنه استدلّ كلا الفريقين بنفس الأدلة لكن اختلفوا في أوجه الاستدلال والاستنباط، فكان للفريق الأول منها حظ السداد في ذلك.

ب- أن المقصد الشرعي من بعث الحكمين هو الإصلاح بل إرادته وهو منطوق الآية الكريمة، فإعطائهم حق التفريق بين الزوجين هو إبطال لهذا المقصد، وهو ما لم تنص عليه الآية الكريمة، وهذا لا يبطل ظاهر النص إذ دل على المعنى بالالتزام، ولأن تعليق الحكم على الوصف بصيغة الشرط والجزاء مُشعرٌ بالعلية والآية الكريمة منه.

ج- لم يثبت نص صريح من الكتاب أو السنة يدل على جواز تفريق الحكمين بين الزوجين، ولم تسلم الآثار من الطعن في ثبوتها سنداً وتأويلها متناً، فبقي الحكم على البراءة الأصلية وهو أن الأصل إيقاع الطلاق من الزوج أو ممن وكَّله الزوج أو إيقاعه من القاضي في حالات معينة كحالة الضرر أو الغياب أو غيرها، أما ما ثبت عن الصحابة في المسألة فهو اجتهاد منهم وليس تشريعاً توقيفياً، وعليه فليس قول واحد منهم حجة على قول الآخر⁽¹⁾.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة:

هذه المسألة لا تدخل في مجموع المسائل التي تناولتها الدراسات الأصولية لقاعدة مراعاة الخلاف عند فقهاء المالكية بالمعنى الخاص، لكن بإعمال المفهوم العام للقاعدة يمكن ترجيح عدم إعطاء الحق في التفريق بين الزوجين من طرف الحكمين واعتبار عملهما توكيلاً لاتحكيماً، وهو ترجيح المشرع.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع المسألة في المادة 56 من ق أ ج، وفيها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ويعين القاضي حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين"⁽²⁾، ويفهم أن سلطة الحكمين

(1) الآلوسي، روح المعاني، 27/3.

(2) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص913.

مقتصرة على التوفيق والإصلاح بين الزوجين لا تتعداهما للتفريق، وبذلك فإن المشرع قد خالف المذهب المالكي في هذه المسألة الذي يرى أن للحكمين الجمع والتفريق بحسب ما يريانه مناسباً لحال الزوجين، واختار مذهب الحنفية، وغيرهم في جعل سلطة الحكمين لا تتعدى التوفيق والإصلاح⁽¹⁾.

أما بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية، فنبداً بالقانون المصري حيث جاء في القانون رقم 01 لسنة 2000 في المادة 19 الذي نظم إجراءات تعيين الحكمين، وقد نصت في فقرتها الأخيرة على ما يلي: "للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى"، ويُفهم من هذه المادة أن القاضي له كامل الحرية في الأخذ بما انتهى إليه الحكمان من رأي في القضية إما بالجمع أو التفريق بين الزوجين، ويمكن له عدم الأخذ بذلك⁽²⁾.

كما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته 114 الفقرة 03 ما يلي: "للحكمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك، وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته"⁽³⁾، ومن خلال منطوق نص هذه المادة يتضح أنها أجازت للحكمين التفريق بين الزوجين.

وجاء في مدونة الأسرة المغربية ما يفيد عدم إعطاء الصلاحية للحكمين في التفريق بين الزوجين وهو مقتضى ما نصت عليه المادة 82 حيث قررت أنه إذا تعذر الإصلاح واستمر الشقاق فإن المحكمة تثبت هذا التعذر في محضر وتحكم بالتطبيق للشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر⁽⁴⁾.

ونصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية على هذه المسألة في الفصل 25 منها على ما يلي: "إذا شك أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له، وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال"⁽⁵⁾؛ يفهم أنه في كلا الحالتين سواء أصلح الحاكمان أو لا، لا يجوز لهما التفريق بين الزوجين.

(1) نصر سلمان وآخرون، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 133؛ عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ص 126.

(2) رمضان الشرنباوي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص 316 وما بعدها.

(3) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 216.

(4) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص 237.

(5) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص 09.

وقد وافقت مدونة الأسرة المغربية قانون الأسرة الجزائري في مسألة عدم تحويل الحكمين سلطة التفريق بين الزوجين لكنها فصلت كما في القانون المصري والسوري حالات محددة في ذلك، كحالة عدم حضور أحد الطرفين وحالة الاختلاف بين الحكمين وحالة ثبوت الإضرار من الزوج أو الزوجة، ولم ينص عليه قانون الأسرة الجزائري، ويا حبذا لو يتداركه المشرع في التعديلات القادمة.

وفي نظري المسوغ لمراعاة الخلاف عند المشرع هو تمكين القاضي من انتداب حكمين إذا لم يتبين عنده وجه الضرر، ومعرفة جذور المشكل بين الزوجين، وهذا حفاظا على سرية الحياة الزوجية، وكذلك الاستئناس بنتائج الحكمين في مساعي الإصلاح، ونظرا لأهمية دور الحكمين تناول قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعض أحكامه ومنها ما جاء بخصوص ما إذا اشتبه على القاضي تحديد المتسبب في المشكل داخل الأسرة؛ فنصت المادة 446 أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"⁽¹⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لم أعر على قرارات المحكمة العليا تؤسس لاجتهاد قضائي ينسجم مع مقتضيات المادة 56 من ق أ ج التي تقرر أن الحكمين دورهما إصلاحي وليس قضائي، ولكن وجدت في بعض قراراتها ما يدل على أنها تبنت المذهب القائل بأن للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين وهو ما جاء في القرار المؤرخ في 1989/12/25 الآتي نصه: "إذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطلاق، وقدمت للقاضي السبب الذي تدعم به طلبها وإثباتها، وكان من الأسباب الشرعية، حكم القاضي بتطليقها... فإن لم يثبت الضرر وعجزت عنه وبقيت مصرة على التطلاق عَيَّنَ القاضي حكمين، فإن اقترحا التفريق بين الزوجين جاز سواء بخلع أو بغير خلع، حكم القاضي بنتيجة اقتراحهما"⁽²⁾.

وفي نظري يرجع السبب في خلو الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا من قضايا تخص هذه المسألة؛ هو تطبيق حالة التطلاق بسبب الضرر والشقاق المنصوص عليه في المادة في فقرتها الثامنة على الحالات التي يفترض فيها إجراء عملية التحكيم بين الزوجين مما يعني أن المحكمة العليا لا تشترط للتطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة 56، وهو

(1) القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 2008/02/25، الجريدة الرسمية، ع21، ص38.

(2) لعلى سعادي، الزواج وانحلاله، ص300.

مخالف لما يقضي به الفقه الإسلامي من وجوب بعث الحكمين استنادا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ﴾ [النساء: 35]، ولا بأس أن نذكر بعض القرارات لذلك:

1- "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق بين الزوجين شرعا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

2- "من المستقر عليه فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة الإسلامية غير صحيح"⁽²⁾.

(1) قرار رقم: 139353، بتاريخ: 1996/09/24، المجلة القضائية، ع2، 1997م، ص96.

(2) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، ص189.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم.

الحضانة كأثر للطلاق تعتبر حقا أصيلا للأم، ولا يمكن تصوُّر أن يسندها القضاء لغيرها دون سبب شرعي أو قانوني إعمالا لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون ، ولقد اعتنت الاجتهادات الفقهية والتقنيات الأسرية ببيان مسألة الأحق بحضانة الأولاد بعد إسقاطه أو سقوطه عن الأم؛ لأنه لا يوجد من هو أشفق على المحضون منها، وعليه كيف يكون ترتيب مستحقها وما هو أساسه بعد الأم؟.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

ندرس في هذا الفرع تعريف الحضانة وبيان حكمها والحكمة من جعلها حقا للأم ومن يشاكلها، ولما كان موضوع المسألة معرفة من صاحب الحق في الحضانة بعد الأم سنبين حالات سقوطها عنها، وذلك كما يلي:

أولا- تعريف الحضانة:

1- لغة:

مأخوذة من الحُضْن، يقال: حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى صدرها أو جنبها، وهي بمعنى الحفظ والتربية⁽¹⁾، والحفظ والتربية هو المعنى الذي يتطابق مع المعنى الاصطلاحي كما هو مبين لاحقا.

2- اصطلاحا:

عرفها الفقهاء بتعاريف متعددة تشترك في معنى حفظ الولد شؤونه، وسنختار من ذلك تعريفين:

- عَرَّفَهَا المالكية بقولهم: "الحضانة، وهي حفظ الولد في مبيته، وذهابه، ومجيئه، والقيام بمصالحه من طعامه، ولباسه، وتنظيف جسمه، وموضعه"⁽²⁾.
- هي تربية الصغير، والقيام بشؤونه خلال مدة معينة، ممن له الحق في التربية، والرعاية⁽³⁾.

3- قانونا:

عَرَّفَهَا المشرع الجزائري في المادة 62 من ق أ ج بقوله: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا"⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: حضن، 123/13.

(2) الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، 526/2.

(3) محمد كمال الدين إمام وآخرون، مسائل الأحوال الشخصية، ص 489.

(4) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 913.

ثانيا- حكم الحضانة والحكمة من جعلها للأم ومن يشاكلها:

1- حكم الحضانة:

حضانة الطفل وكفالاته واجبة؛ لأنه يَهْلِكُ بتركها، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقربته، لأن فيها ولاية على الطفل واستصحابا له، فتعلق بها الحق⁽¹⁾، والأصل في مشروعيتها ما جاء عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طَلَّقَنِي، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»⁽²⁾.

2- الحكمة من جعل الحضانة للأم ومن يشاكلها:

الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتهم إلى غيرهم، فجعل ولاية التصرف في النفس والمال إلى الآباء؛ لأنهم أقوى رأيا مع الشفقة الكاملة، كما أوجب النفقة عليهم لكونهم أقدر عليها، وجعل الحضانة إلى الأمهات ومن شاكلهن؛ لأنهن أشفق وأرق وأقدر وأصبر على تحمّل المشاقّ لتربية الأولاد، وأفقر للقيام بخدمتهم، فكان في تفويض الحضانة إليهن زيادة منفعة على الصغير⁽³⁾.

ثالثا- حالات سقوط الحضانة عن الأم وغيرها:

تسقط الحضانة عن الأم وغيرها بوجود مانع، أو زوال شرط لاستحقاقها نذكر أهمها فيما يلي⁽⁴⁾:

- 1- سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع إلى مكان بعيد.
- 2- ضرر في بدن الحاضن؛ كالجنون أو الجذام أو البرص.
- 3- الفسق وقلة الدين والتَّصَوُّنُ بأن كانت الحاضنة غير مأمون لعدم تحقق مصلحة الحضانة.
- 4- اختلاف الدين، وهذا الشرط اتفق عليه الشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، أما الحنفية والمالكية فلا يشترطون الإسلام في الحاضنة⁽⁶⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، 237/8.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، حديث رقم: 2276، 588/3؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده حسن".

(3) الزيلعي، تبين الحقائق، 46/3.

(4) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص 673.

(5) الشرييني، مغني المحتاج، 195/3؛ البهوتي، الروض المربع، ص 629.

(6) الزيلعي، تبين الحقائق، 49/3؛ خليل، التوضيح، 177/5.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

ندرس في هذا الفرع إيراد مذاهب الفقهاء في أحقية الحضانة بعد الأب، كما نورد أدلتهم مع ذكر المناقشات والاعتراضات الواردة، مع الترجيح بينها، كذلك نُبيِّن وجه مراعاة الخلاف في المسألة. أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

إن تربية الصغير، والقيام بشؤونه يقوم به الوالدان في تعاون وتآزر حال قيام الحياة الزوجية، فإذا وقعت الفرقة بين الزوجين كان للأم الحظ الأولى والأوفى في الحضانة، وهذا بإجماع فقهاء الشريعة لوفور شفقتها إذا كانت صالحة للحضانة⁽¹⁾، وبعد إجماعهم اختلفوا فيمن يحق له ممارسة الحضانة بعد الأم من أقارب المحضون، وقد أجمعت مذاهبهم في اتجاهين أساسيين هما كالتالي:

1- اتجاه الجمهور الذين يرون تقديم الجدة أم الأم على الأب:

هذا الاتجاه لفقهاء المذاهب الأربعة الذين يرون تقديم الجدة لأم على الأب وبيانه كالتالي⁽²⁾:

أ- مذهب الحنفية: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هو كل من يدي من قبلها إلى المحضون وهم: الجدة لأم ثم الجدة لأب، ثم الأخوات ثم الخالات ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ ثم العمات ثم العصباء في الميراث ثم ذوو الرحم.

ب- مذهب المالكية: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم الأفضل من العصة.

ج- مذهب الشافعية: قالوا أن الأولى بعد الحضانة الأم هي الجدة لأم ثم جدة الأب، ثم الأخت، ثم الخالة ثم بنت الأخت ثم بنت أخ، ثم العمة.

د- مذهب الحنابلة: قالوا أن الأولى بالحضانة بعد الأم هي الجدة لأم في الرواية المشهورة.

2- اتجاه غير الجمهور الذين يرون تقديم الأب على الجدة أم الأم:

الإمام أحمد في رواية أخرى له يرى أن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم، فهو مقدم على الجدة لأم وهو خلاف الرواية المشهورة عند الحنابلة⁽³⁾.

(1) رمضان الشرنباصي وآخرون، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ص173.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 41/4؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص149؛ الأنصاري، فتح الوهاب، 149/2؛ ابن قدامة، المغني، 247/8.

(3) المرداوي، الإنصاف، 421/9.

ويلاحظ من خلال سرد المذاهب أن الإجماع بين المذاهب الأربعة منعقد على أن الأولى بالحضانة بعد الأم أمها إلا رواية عن الإمام أحمد فقدمت الأب على الجدة لأم.

ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- إيراد أدلة الجمهور القائلين بتقديم الجدة لأم على الأب:

ما دام اتجاه الجمهور ينصرف إلى إعطاء الأولوية في حضانة الصغير للأم ثم أمها من بعدها فسنتناول فيما يلي إيراد الأدلة التي تثبت حق الأم في حضانة ولدها أولا، ثم بعد ذلك نُردُّفُهَا بذكر الأدلة التي تعطي للجدة أم الأم الحق في الحضانة بعد ابنتها؛ لأن حق هذه الأخيرة مستمد من حق الأولى، وذلك على النحو التالي:

- استند الفقهاء على السنة النبوية في اتفاقهم على أن الأم لها الحق المطلق في حضانة ولدها، وذلك ما جاء واضحا في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه السابق: أن النبي ﷺ، قال للمرأة: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»⁽¹⁾، والحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها وأقرها ﷺ على ذلك وحكم له⁽²⁾، وهذا الحكم محل إجماع كما قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تنكح"⁽³⁾.

أما مستند الجمهور في تقديم الجدة أم الأم على الأب في الحضانة ما جاء في الموطأ عن القاسم بن محمد قال: "كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها، فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياه، حتى أتيا أبا بكر الصديق، فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر الصديق: حَلِّ بينها وبينه، قال: فما راجعه عمر الكلام"⁽⁴⁾، قال ابن عبد البر معلقا على هذا الأثر: "وفيه دليل على أن عمر كان مذهبه في ذلك خلاف مذهب أبي بكر، ولكنه سلَّم

(1) سبق تخريجه، ص 399.

(2) الصنعاني، سبل السلام، 330/2.

(3) ابن المنذر، الإشراف، 171/5.

(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، أثر رقم: 2838، 1114/4؛ قال ابن عبد البر: "هذا خبر منقطع في هذه الرواية ولكنه مشهور مروى من وجوه منقطعة ومتصلة تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل"، ينظر: الاستذكار، 289/7.

للقضاء ممن له الحكم والقضاء، ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويفتي، ولم يخالف أبا بكر في شيء منه ما دام الصبي صغيراً لا يميز، ولا يخالف لهما من الصحابة⁽¹⁾.

2- إيراد أدلة بعض الحنابلة القائلين بتقديم الأب على الجدة لأم:

لم أجد لهذا الرأي أدلة نصية معتبرة، لكن يتأسس على ضابط وضعه بعض فقهاء الحنابلة في تقديم الحواضن عند الاجتماع ألا وهو ضابط العصبية، ولذلك فإنه يقدم على كل امرأة هي أبعد منه، ويتأخر عن من هي أقرب منه، وإذا تساوى فعلى وجهين، فبناء على هذا الضابط يقدم الأب على أمه، وعلى أم الأم ومن معها، ويقدم الأخ على ابنته وعلى العمة، والعم على عمة الأب، وتقدم أم الأب على جد الأب⁽²⁾.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

قبل أن نناقش ما استدلل به كلا الفريقين، لا بأس أن نعرف سبب الخلاف بينهم في تحديد معيار الأسبقية في ترتيب النساء الحواضن على الرجال، وقد أجملها بعض الباحثين في معيارين⁽³⁾:

- الأول اعتبار الأنوثة وهو للجمهور؛ فتقديم الأم وأمها والخالة والعمة وغيرهن على الأب كان بسبب الأنوثة؛ لأنها صفة ملازمة للحنان والعطف المطلوبان في القيام بأعباء الحضانة حساً ومعنى.

- أما الثاني في التقديم اعتبار الأمومة في الحضانة؛ فالأم مقدمة كأصل، أما أمها وأختها وهي الخالة، فهن أمهات بحكم الشرع، وهذا المعيار اختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

أ- مناقشة دليل الفريق الأول:

أما دليل الجمهور في تقديم أم الأم على الأب فقد ناقشه ابن القيم بقوله: "فكيف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه وعلى قرابته، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل وأرعى لمصلحته من قرابة الأم؟ فإنه ليس إليهم بحال، ولا ينسب إليهم، بل هو أجنبي منهم، وإنما نسبه وولاه إلى أقارب أبيه، وهم أولى به، يعقلون عنه، وينفقون عليه عند الجمهور، ويتوارثون بالتعصيب، وإن بعدت القرابة بينهم بخلاف قرابة الأم، فإنه لا يثبت فيها ذلك، ولا توارث فيها إلا في أمهاتها، وأول درجة من

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 289/7.

(2) ابن القيم، زاد المعاد، 397/5.

(3) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد، 392/5؛ رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية، ص 608.

فروعها، وهم ولدها، فكيف تقدم هذه القرابة على الأب، ومن في جهته، ولا سيما إذا قيل بتقديم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه، فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها⁽¹⁾.

ب- مناقشة دليل الفريق الثاني:

أما ما علّل به الفريق الثاني قولهم في تقديم الأب على أم الأم باختيار ضابط العصبية بين الحاضن والمحضون؛ فَيُنَاقَشُ بأن المحضون يحتاج إلى الحنان والعطف في صغره كجانب معنوي، وهذا لا يقوم به إلا أقارب المحضون من النساء، أما الجانب المادي الذي يحتاجه المحضون فيمكن اعتبار عصبته أقدر عليه ولكن في سنٍّ متقدمة، ولذلك اختار الحنابلة منهم تخير المحضون بين والديه إذا بلغ سن التمييز.

2- الترجيح:

بعد استعراض أدلة الفريقين ومناقشتها، يظهر أن القول الأول بالترجيح اعتبار الحضانة حقا أصيلا للأم لا يجوز للأب أن ينازعها فيها أو أن يتقدمها عليه إلا بسبب مسقط كالزواج أو الوفاة أو فساد الخلق أو غيرها، وهذا ثابت لها بقوة الشرع من السنة والإجماع، أما سائر الحواضن فأرى أن الأمر محل اختلاف للرأي فيه مسرح للنظر والاجتهاد، ولذلك يجوز تقديم الأب على سائر الحواضن بحكم القضاء؛ لأنه أقدر على تحقيق المناط في ذلك لِتَعَلُّقِ المسألة بالأرحام فلا تكفي فيه الفتوى كونها غير ملزمة، وتبقى مراعاة مصلحة المحضون معيارا ثابتا ومناسبا لتغيير مناط الاجتهاد بين الفينة والأخرى.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

روعي الخلاف في هذه المسألة حيث أجاز المالكية تقديم الأب في الحضانة على أقارب المحضون إذا كانوا نصارى حفاظا على دين المحضون، ويمكن أن نقيسه على مراعاة كل ما يحقق مصلحة المحضون؛ ومن أقوال المالكية في هذا الشأن، ما جاء عن ابن رشد الجد في تأصيل هذه المسألة على قاعدة مراعاة الخلاف قوله: "ظاهر قول ابن القاسم هذا إن الأب أحق بالحضانة من الخالة، وإن كانت مسلمة، وقد روي ذلك عن مالك، ذكره ابن المواز عنه وهو خلاف المشهور في المذهب، وقد تُؤَوَّلُ أن معنى قول ابن القاسم في هذه الرواية: إن الأب أولى ببنيه من خالتهم، يريد النصرانية، مراعاة لقول من لا يرى للنصرانية حضانة"⁽²⁾.

(1) ابن القيم، زاد المعاد، 396/5.

(2) ابن رشد، البيان والتحصيل، 414/5.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع في المادة 64 من ق أ ج الأشخاص الذين لهم الحق في حضانة الصغير كالاتي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"⁽¹⁾.

اختيار المشرع واضح في نص المادة أنه أخذ بالرواية المرجوحة عند الحنابلة⁽²⁾، وذلك بتقديم الأب على الجدة لأم وجعله بعد الأم في الترتيب مباشرة، وهذا موافق لقاعدة مراعاة الخلاف بالمعنى العام وخروجاً من الرأي السائد في الفقه المالكي بدافع المصلحة الملحوظة للمحضون، ولقد كان القانون رقم 11/84 قبل تعديله يعطي الأولوية في الحضانة بعد الأم للنساء اللواتي يدلن بالقرابة للأم، ويجعل الأب في مرتبة متأخرة بعدهن، فبذلك كان على المشرع أن يراعي الظروف المعيشية للأسرة الجزائرية، لأن السواد الأعظم من الأزواج يقيمون مع الأبوين من جانب الزوج، وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة، ولهذا لا بد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل⁽³⁾.

أما بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية المقارنة، فنبداً بالقانون المصري حيث يلاحظ أن المعمول به في مصر هو المذهب الحنفي حيث يقدمون الأم ثم أمها وهكذا الأولى فأولى من عمود النسب من جهة الأم وما يدلي من قبلها من الحواضن من النساء المحارم⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 20 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، كما نجد المشرع السوري يذهب في نفس الاتجاه حيث يعتمد في ترتيب الحواضن على ما قرره المذهب الحنفي وذلك هو مقتضى المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية والذي جاء فيها ما يلي: "حق الحضانة للأم فلأمها وإن علت فلأم الأب وإن علت فلأخت الشقيقة فلأخت لأم فلأخت لأب فلبنت الشقيقة فبنت الأخت لأم فبنت الأخت لأب فللخالات فللعلمات بهذا الترتيب ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث"⁽⁵⁾.

(1) الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع15، ص22.

(2) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص678.

(3) لعلّ سعادى، الزواج وانحلاله، ص678.

(4) نجلد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص406.

(5) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص276.

أما مدونة الأسرة المغربية فعلى نفس خطى المشرع في قانون الأسرة الجزائري أخذت بمذهب بعض الحنابلة الذين ذهبوا إلى ترتيب الأب بعد الأم في استحقاق حضانة الصغير، وهو ما نصت عليه المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية فالأب أصبح في المرتبة الثانية بعد الأم لممارسة الحضانة على أولاده وهو تطور ملحوظ من المشرع المغربي⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتشريع التونسي فلم أقف له على نص صريح يُذكر في مجلة الأحوال الشخصية يؤسس لقاعدة قانونية ناظمة لترتيب الحواضن من النساء أو الرجال إلا أنه نصَّ على أن الحضانة تُسندُ إلى أحد الزوجين أو غيرهما عند انفصام الزواج وعلى القاضي البت بما يراعي مصلحة المحضون كما جاء في الفصل 67 الفقرة 2-3 من المجلة⁽²⁾، وهو بذلك يُحوِّل للقضاء السلطة التقديرية في إسناد الحضانة دون مراعاة الأولوية والأسبقية في العلاقة النسبية.

ويظهر لي أن الدافع في ترك المذهب في المسألة يكمن في أن المشرع يرى أن مصلحة المحضون تقتضي تقديم الأب بعد الأم في الحضانة في كل الأحوال في تعديله لهذه المادة سنة 2005 بعدما كان في قانون 11/84 يقدم الجدة لأم، ففي ظل هذا القانون صدرت عدة قرارات قضائية من المحكمة العليا تقضي بإسناد الحضانة إلى الأب بعد الأم في حالة سقوط حقها في الحضانة أو وفاتها، وقد عللت ذلك بأنه مراعاة لمصلحة المحضون، فيبدو أن هذه الاجتهادات القضائية من المحكمة العليا هي التي دفعت المشرع إلى اختيار هذا التوجه، فبذلك قام بتعديل المادة 64 سنة 2005م⁽³⁾.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

جاء الاجتهاد القضائي في هذه المسألة حافلا بالقرارات التي أسست للتوجه التشريعي الذي أرساه التعديل المنجز سنة 2005م، وفيما يلي نسرد جملة من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي تقرر ذلك وهي كالآتي:

- جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1997/02/18 ما نصه: "من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أُسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون، واعتمادا على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع

(1) محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة المغربية، ص 295.

(2) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص 16.

(3) محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 678.

إعمالاً لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون، مما يستوجب رفض الطعن⁽¹⁾، وفي هذا القرار أجاز قضاة المحكمة العليا مخالفة الترتيب الوارد آنذاك في المادة 64 قبل تعديلها بإسناد الحضانة إلى الأب مباشرة، وهذا إرساء لمبدأ كان له أثره البالغ في توجيه العمل القضائي في قضايا الحضانة ألا وهو مبدأ مراعاة مصلحة المحضون.

- كذلك جاء في القرار الصادر بتاريخ: 1998/03/17 التلميح بجواز مخالفة الترتيب الوارد في المادة 64 قبل تعديلها إذا كان في المخالفة إثبات لوجود الأجدر على القيام بالحضانة لمصلحة المحضون، ومما جاء في هذا القرار ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 من ق أ إلا إذا ثبت بالدليل من هو الأجدر بالقيام بدور الحضانة"⁽²⁾.

- كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/12/26 مؤكداً على ضرورة إسناد الحضانة للأب بعد الأم كونها من مصلحة المحضون، وقد نص القرار على ما يلي: "ولما كان في قضية الحال النزاع مطروحاً بين الجدة لأم والأب على حضانة الأولاد (س) تبلغ من العمر 16 سنة، (س) 11 سنة، (ي) 04 سنوات، وأن قضاة الموضوع قضوا برفض دعوى المدعية الرامية إلى طلب الحضانة، فإنهم يكونون قد فصلوا في النزاع المطروح عليهم، وبالنظر إلى سن البنيتين فإن مصلحتهما تكون ببقائهما تحت رعاية والدهما، ولما كانت الحضانة لا تتجزأ فإن الطفل الصغير من مصلحته العيش بين أخته (س وس) وتحت رعاية الأب، وهو ما يجعل الأوجه غير مؤسسة وما قضى به قضاة الموضوع قضاء سليم؛ الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن"⁽³⁾.

(1) قرار رقم: 153640، بتاريخ: 1997/02/18، المجلة القضائية، ع1، 1997م، ص39.

(2) رشيد عمري، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية، ص613.

(3) قرار رقم: 274683، بتاريخ: 2001/02/12، المجلة القضائية، ع2، 2004م، ص351.

المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل نفقة الطلاق والميراث والوقف.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكنى والنفقة.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة توريث ذوي الأرحام.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة الرد على الورثة.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة الوقف على النفس.

المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكنى والنفقة.

الطلاق إذا وقع من أهله في محله تَرْتَبَتْ عليه آثاره، ومن بين أهم آثاره وجوب توفير سكنى للحاضنة والإنفاق عليها تبعا لحضانة أولاده، ولا إشكال في المطلقة الرجعية أو البائن بينونة صغرى ما دامت في عدتها، أما البائن بينونة كبرى أو المبتوتة فقد اختلف الفقهاء في إثبات حقها في السكنى والنفقة اختلافا كبيرا، واستتبع ذلك وجود أثر لهذا الاختلاف في التشريع والقضاء، وهو ما سندرسه.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتعرض في هذا الفرع إلى بيان أقسام الطلاق ثم التعريف بالمطلقة المبتوتة، على النحو الآتي:
أولا- أقسام الطلاق:

ينقسم الطلاق فقها إلى عدة أقسام باعتبار ما تعلق به؛ فباعتبار لفظه إلى صريح وكناية وباعتبار مشروعيته إلى سني وبدعي، وما يهمنا هنا هو تقسيمه إلى طلاق رجعي وبائن وبينانه كما يلي:
1- الطلاق الرجعي: هو الذي يملك بعده الزوج إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلاق الأول، والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد⁽¹⁾، وهذا الطلاق لا يزيل الملك والحلَّ ما دامت العدة قائمة؛ فالمُطَلَّق في هذا النوع له حقوق وأحكام الزوج⁽²⁾.

2- الطلاق البائن: إذا لم يكن للزوج حق الرجعة على مطلقة فالطلاق بائنٌ، وهو نوعان:

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد، وهو يزيل الملك ولا يزيل الحلَّ⁽³⁾.

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الذي لا يستطيع الرجل معه أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها، أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث، وهو يزيل الملك والحلَّ معا⁽⁴⁾.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 432/07.

(2) مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص312.

(3) المرجع نفسه، ص316.

(4) مُجَدُّ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص316، رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص32.

ثانيا- التعريف بالمطلقة المبتوتة:

جاء تعريف المبتوتة في القاموس الفقهي كما يلي: "بعد بيان أن البتَّ في اللغة هو القطع، المبتوتة عند المالكية هي المطلقة بلفظ البت، وكذا بلفظ الثلاث في مرة، أو مرات، وهي المطلقة ثلاثاً للحر، أو اثنين للعبد، وعند الحنفية هي المطلقة ثلاثاً، أو واحدة بائة، والفرقة بخيار الجبِّ، والعنة ونحوها، وعند الحنابلة: هي البائن بالفسخ، أو الطلاق"⁽¹⁾.

إذن فالمبتوتة حسب هذه التعاريف لفقهاء المذاهب تشمل المطلقة البائن سواء بينونة صغرى أم بينونة كبرى، وبالتالي بعد زوال الملك والحل للمبتوتة، هل يثبت لها الحق في السكنى والنفقة؟.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتناول في هذا الفرع عرض مذاهب الفقهاء في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكنى والنفقة، كما نورد أدلتهم مع ذكر المناقشات والاعتراضات الواردة في ذلك، والترجيح بينها، كذلك نُبيِّن وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال يمكن استعراضها على النحو الآتي:

1- القول الأول: أن للمطلقة المبتوتة السكنى والنفقة ما دامت في العدة، وإليه ذهب الحنفية، وهو رواية للإمام أحمد⁽²⁾.

2- القول الثاني: لا نفقة ولا سكنى للمطلقة المبتوتة، وهو المذهب المعتمد عند الحنابلة⁽³⁾.

3- القول الثالث: يرى أصحابه التفريق بين النفقة والسكنى فأوجبوا لها السكنى دون النفقة، وهو مذهب المالكية والشافعية ورواية لأحمد⁽⁴⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من القرآن والسنة والآثار والمعقول نوردتها كما يلي:

(1) سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص31.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، 209/3؛ ابن قدامة، المغني، 165/8.

(3) المرادوي، الإنصاف، 361/9.

(4) الخرشي، شرح مختصر خليل، 192/4؛ الشيرازي، المهذب، 156/3؛ ابن مفلح، المبدع، 147/7.

أ- من القرآن الكريم:

قوله تبارك وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 06]؛ وجه الاستدلال بالآية الكريمة من عدة أوجه هي كما يلي⁽¹⁾:

1- أن السكنى لما كانت حقا في مال وقد أوجبها الله لها بنص الكتاب إذ كانت الآية قد تناولت المبتوتة والرجعية، فقد اقتضى ذلك وجوب النفقة إذ كانت السكنى حقا في مال وهي بعض النفقة.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾، والمضارة تقع في النفقة كما تقع في السكنى.

3- قوله تعالى: ﴿لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾، والتضييق قد يكون في النفقة أيضا، فعليه أن ينفق عليها ولا يضيق عليها فيها.

4- قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 01] قد تضمن البائن ثم قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، فوجب حمل ذلك للجميع من البائن والرجعي.

5- الأمر بالإسكان في الآية أمر بالإِنْفَاق؛ لأنها إذا كانت محبوسة وممنوعة عن الخروج لم تقدر على اكتساب النفقة، فلو لم تكن نفقتها على الزوج لهلك، وعَسَرَ الأمر عليها وهذا لا يجوز⁽²⁾.

6- قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وَجْدِكُمْ"، وقراءته لا بد أن تكون مسموعة من رسول الله ﷺ، فهي دليل على أن النفقة مستحقة لها بسبب العدة⁽³⁾.

كذلك قوله تعالى في إيجاب النفقة: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 06]، وفي الآية أمر بالإِنْفَاق على الحامل وهو لا ينفي وجوب الإِنْفَاق على غير الحامل ولا يوجبه أيضا، فيكون موقوفا على قيام الدليل، وقد قام دليل الوجوب وهو قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: 07]⁽⁴⁾.

ب- من السنة النبوية المطهرة:

استدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، قال عمر: "لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة، لا ندري لعلها حفظت، أو نسيت، لها السكنى

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 355/5 - 356.

(2) الكاساني، المرجع السابق، 210/3.

(3) السرخسي، المبسوط، 202/5.

(4) الكاساني، المرجع السابق، 210/3.

والنفقة"، قال الله عز وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: 01]⁽¹⁾، ووجه الاستدلال بهذا الخبر أن سيدنا عمر رضي الله عنه أثبت للمطلقة ثلاثاً حقها في السكنى والنفقة، وذلك في قوله: "وسنة نبينا" الذي يدل على أنه قد حفظ في ذلك شيئاً من السنة يخالف قول فاطمة رضي الله عنها، وقد تقرر في الأصول أن قول الصحابي: من السنة كذا، له حكم الرفع⁽²⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

جاء عن بعض الصحابة إنكار أن لا يكون للمطلقة البائن الحق في السكنى والنفقة، منهم: عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وأسامة بن زيد وأم المؤمنين عائشة رضي الله عنهم أجمعين، ومنها ما يلي⁽³⁾:

- روي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود، رضي الله عنهما قالاً في المطلقة ثلاثاً بأنها لها السكنى والنفقة.

- وكانت فاطمة رضي الله عنها تُحَدِّثُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها: «اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ»⁽⁴⁾، وكان محمد بن أسامة بن زيد يقول: كان أسامة إذا ذكرت فاطمة من ذلك شيئاً رماها بما كان في يده.

- وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما لفاطمة من خير في أن تذكر هذا الحديث؛ يعني قولها: لا نفقة ولا سكنى"، وَرُويَ عنها أنها عابت فاطمة، أشد العيب، وقالت: "إن فاطمة كانت في مكان وحش، فَخِيفَ عَلَى نَاحِيَتِهَا، فَلِذَلِكَ أَرْخَصَ لَهَا النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم"⁽⁵⁾.

د- من المعقول:

النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي للزوجة بالنكاح، والعدة حق من حقوق النكاح، فكما يبقى باعتبارها الحق استحقاق السكنى كذلك تبقى النفقة، وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة، وكما يثبت استحقاق النفقة بملك اليمين يثبت بملك اليد⁽⁶⁾.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم: 1480، 1118/2.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، 359/6.

(3) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 68/3 - 69.

(4) أخرجه أبو داود في سننه، أول كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة، حديث رقم: 2284، 593/3؛ قال محققه شعيب

الأرنؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(5) ابن حجر، فتح الباري، 479/9.

(6) السرخسي، المرجع السابق، 202/5.

2- أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة والآثار والمعقول نستعرضها كما يلي:

أ- من السنة النبوية المطهرة:

استدلوا بما جاء عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال في المطلقة ثلاثاً: «لَيْسَ لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةٌ»⁽¹⁾، وفي رواية عنها قالت: "طَلَّقَنِي زَوْجِي ثَلَاثًا فَلَمْ يَجْعَلْ لِي رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَكْنَى وَلَا نَفَقَةً"⁽²⁾، وحديث فاطمة مَرْوِيٌّ بِالْفَاضِ مَتَعَدَّةٌ مُسْتَوْفَاةٌ فِي مَطَاهَرٍ، كُلُّهَا تَفِيدُ مَعْنَى عَدَمِ ثُبُوتِ السَّكْنَى وَالنَّفَقَةِ لِلْمَبْتُوتَةِ، وَوَجْهُ الاسْتِدْلَالِ بِهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَجْعَلْ لَهَا النَّفَقَةَ وَالسَّكْنَى؛ لِأَنَّهَا أَصْبَحَتْ فِي حَكْمِ الْأَجْنَبِيَّةِ، وَالنَّفَقَةُ وَالسَّكْنَى إِنَّمَا تَجِبُ لِلزَّوْجَةِ أَوْ مَنْ فِي حَكْمِهَا كَالْمُطَلَّاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِذَا بَانَتْ مِنْ زَوْجِهَا لَمْ يَبْقَ عَلَيْهَا إِلَّا مَجْرَدُ اعْتِدَادِهَا مِنْهُ، وَذَلِكَ لَا يُوْجِبُ لَهَا نَفَقَةً كَالْمُطَوَّءَةِ بِشَبْهَةِ أَوْ بَزْنِ⁽³⁾.

ب- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

جاء عن بعض الصحابة رضوان الله عنهم ما يدل على أنهم يرون عدم استحقاق المبتوتة النفقة والسكنى منهم: عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما، ومن أقوالهم ما يلي⁽⁴⁾:

- عن ابن عباس رضي الله عنه، قال في المطلقة ثلاثاً: "ليس لها نفقة".

- وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: "المطلقة ثلاثاً لا تنتقل، وهي في ذلك لا نفقة لها".

ج- من المعقول:

النفقة تجب في مقابلة التمكن من الاستمتاع، ولا يمكن استمتاعه بها بعد بينونتها، ولو وجبت لها عليه لأجل عدتها لوجبت للمتوفى عنها من ماله ولا فرق بينهما ألبتة، فإن كل واحد منهما قد بانت عنه وهي معتدة منه تعذر منهما الاستمتاع، ولأنها لو وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة⁽⁵⁾.

3- أدلة القول الثالث:

استدل أصحابه بالقرآن والسنة والآثار، وَفَرَّقُوا بَيْنَ السَّكْنَى وَالنَّفَقَةِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَدْلَةِ كَمَا يَأْتِي:

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم: 1480، 1118/2.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم: 1480، 1120/2.

(3) ابن القيم، زاد المعاد، 470/5.

(4) البيهقي، معرفة السنن والآثار، 294/11.

(5) ابن القيم، زاد المعاد، 470/5.

أ- من القرآن الكريم:

- استدلو لإثبات السكنى بعموم قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 06]؛ فدل على أن الله سبحانه وتعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل، فدل على أن المطلقة البائن لا نفقة لها⁽¹⁾.

- كما استدلو بقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: 01]، فدل على استحقاق السكنى في عموم المطلقات⁽²⁾، كما استدلو لمنع النفقة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 06]، فمفهومه أن غير الحامل لا نفقة لها، وإلا لم يكن لتخصيصها بالذكر معنى والسياق يفهم أنها في غير الرجعية؛ لأن نفقة الرجعية واجبة لو لم تكن حاملاً⁽³⁾.

ب- من السنة النبوية المطهرة:

استدلو بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها لما طلقها زوجها البتة وهو غائب بالشام، فأرسل إليها وكيله بشعير فسَخَطَتْهُ، فقال: والله ما لكِ علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ، فذكرت ذلك له، فقال: «لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ»⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه ﷺ لما ذكر للمرأة أنه ليس لها على زوجها نفقة واجبة لم يذكر فيها إسقاط السكنى، فبقي ذلك على عمومته في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 06]⁽⁵⁾.

ج- من المعقول:

لا ارتباط بين النفقة والسكنى نفيًا أو إثباتًا؛ لأن النفقة تجب في نظير بقاء حق الرجعة للزوج فتكون للمطلقة طلاقاً رجعيًا، أو لإحياء الولد فتكون للحامل، والسكنى إنما تجب لتمكين المرأة المطلقة من إتمام التربص المطلوب كحق للزوج عليها، فتجب عندئذ لكل مطلقة⁽⁶⁾.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 286/4.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 247/11.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 480/9.

(4) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة، حديث رقم: 2155، 836/4.

(5) الرجراجي، مناهج التحصيل، 251/4.

(6) الحفناوي، الطلاق، ص 415.

ثالثاً: المناقشة والترجيح.

1- المناقشة:

لم تسلم أدلة الفقهاء المتنازعين في هذه المسألة من النقد والاعتراض، حيث أوردوا على استدلالاتهم بعضهم جملة من المناقشات والردود والإجابات نذكرها كما يلي:

أ- مناقشة أدلة القول الأول:

نوقش استدلال الحنفية بالآية الكريمة المذكورة سابقاً من عدة أوجه منها:

- أن سياق قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 06]، جاء في بيان حكم الرجعية وليست البائن؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 01]، فإنه لا يحدث بعد البينة أمر فيه معنى الرجعة، وهو ما فهمته فاطمة عليها السلام حينما احتجت على مروان بن الحكم حين بلغها إنكاره بقولها: "بيني وبينكم كتاب الله قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن إلى قوله يحدث بعد ذلك أمراً قالت هذا لمن كانت له مراجعة فأمر يحدث بعد الثلاث وإذا لم يكن لها نفقة وليست حاملاً فعلاً يحبسونها"، ومال لهذا التأويل بعض المفسرين كقتادة والسدي⁽¹⁾.

- أنه سبحانه وتعالى اشترط في إيجاب النفقة عليهن في الآية كونهن حوامل، والحكم المعلق على الشرط ينتفي عند انتفائه، فدل على أن البائن الحائل لا نفقة لها، وزد بأنها من دلالة مفهوم المخالفة التي ليست حجة عند الحنفية، وأجيب بأنه ليس ذلك من دلالة المفهوم المختلف فيه، بل هو من باب انتفاء الحكم عند انتفاء شرطه⁽²⁾.

كما نوقش استدلالهم برد عمر رضي الله عنه لكلام فاطمة بنت قيس وقوله: "لا نترك كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة، لا ندري لعلها حفظت، أو نسيت، لها السكنى والنفقة" من وجهين⁽³⁾:

- أن هذا القول قد ضَعَّفَهُ الإمام أحمد من حيث السند؛ لأنه من رواية إبراهيم النخعي عن عمر رضي الله عنه وهو لم يدركه ولم يسمع منه فالرواية منقطعة.

(1) ابن حجر، فتح الباري، 480/9.

(2) ابن القيم، زاد المعاد، 482/5.

(3) ابن حجر، فتح الباري، 481/9.

- قول سيدنا عمر رضي الله عنه: "وسنة نبينا" غير محفوظ، والمحفوظ لا ندع كتاب ربنا، وكأن الحامل له على ذلك أن أكثر الروايات ليست فيها هذه الزيادة، لكن ذلك لا يَرُدُّ رواية النفقة ولعل عمر رضي الله عنه أراد بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ما دلت عليه أحكامه من اتباع كتاب الله لا أنه أراد سنة مخصوصة، أما استدلالهم بآثار بعض السلف منهم قول عائشة رضي الله عنها في إنكارها حديث فاطمة رضي الله عنها، فنوقش بأن الرواية عن السيدة عائشة رضي الله عنها التي رواها الإمام البخاري معلقة⁽¹⁾ طعن فيها ابن حزم الظاهري وحكم عليها بالبطلان بسبب ضعف بعض روايتها، وأجيب عن ذلك بأن هؤلاء الرواة مختلف فيهم جرحا وتعديلا، كيف وقد جزم كثير من علماء الحديث بتعديل بعضهم⁽²⁾.

أما استدلالهم بالمعقول في أن السكنى تجب في نظير احتباسها لحقه في العدة وهو يقتضي وجوب النفقة؛ لأن باحتباسها لا تجب من ينفق عليها، فنوقش ذلك بأن النفقة إنما تجب في مقابلة التمكن من الاستمتاع، ولأن النفقة لو وجبت لها عليه لأجل عدتها لوجبت للمتوفى عنها من ماله، ولأنها لو وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة تباعا⁽³⁾.

ب- مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش استدلال الحنابلة بحديث فاطمة رضي الله عنها بأنه خبر آحاد، ومن شرط قبوله عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم المعارض الذي يجب تقديمه عليه، كذلك وروده لسبب خاص بفاطمة رضي الله عنها، والمتحقق في هذا الحديث تأكُّد ما ذكرنا؛ وبيان كل ذلك في النقاط التالية⁽⁴⁾:

- أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة والتابعين وأئمة الحديث مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولا كون الراوي أعرابيا، ومن رد الحديث أسامة بن زيد ومروان بن الحكم وعائشة وجابر رضي الله عنهم، ومن التابعين ابن المسيب وشريح والشعبي والحسن بن حي والأسود بن يزيد، ومن بعدهم أحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم.

- أما المعارضة فحديثها يعارضه ما قال عمر رضي الله عنه: "لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ

(1) ما علقه الإمام البخاري أسنده ابن حجر، فبذلك يرتفع الإشكال؛ ينظر: ابن حجر، تعليق التعليق، 4/4783.

(2) ابن حجر، فتح الباري، 9/480.

(3) ابن القيم، زاد المعاد، 5/470.

(4) ابن الهمام، فتح القدير، 4/405.

إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ [الطلاق: 01]، فقد أخبر أن سنة رسول الله ﷺ أن لها النفقة والسكنى، ولا ريب في أن قول الصحابي من السنة هو رفع للرواية، فكيف إذا كان قائله عمر رضي الله عنه، وهنا تُعَارَضُ روايتها بروايته، والمشهور وجوب النفقة والسكنى فَيُنَزَّلُ حديث فاطمة رضي الله عنها من ذلك منزلة الشاذ، والثقة إذا شَدَّ لا يُقْبَلُ ما شَدَّ فيه.

- وأما بيان الاضطراب فقد جاء في بعض الروايات أن زوجها طَلَّقَهَا وهو غائب، وفي بعضها أنه طلقها ثم سافر، وفي بعض الروايات أنها ذهبت إلى رسول الله ﷺ فسألته، وفي بعضها أن خالد بن الوليد ذهب في نفر فسأله ﷺ، وفي بعض الروايات سُمِّيَ الزوج أبا عمرو بن حفص، وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة، والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث.

- كذلك الحديث ورد لسبب خاص بفاطمة رضي الله عنها حين أمرها النبي ﷺ بعقد العدة في بيت ابن أم مكتوم رضي الله عنه كان ذلك بسبب بداءة لسانها وإذاية أحمائها أو لوحشة المكان والخوف عليها بانفرادها في بيت زوجها، فكل ذلك دفعها للظن بعدم وجوب سكنى المبتوتة ونفقتها، فالاستدلال حينئذ كان على أساس أن السكنى لم تسقط لذاتها وإنما سقطت للسبب المذكور⁽¹⁾.

أما الاستدلال ببعض آثار الصحابة كابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما؛ فيناقش بأن بعضهم ليس بأقوى حجة من بعض، خاصة وقد خالفهم عمر رضي الله عنه وقوله: "سنة نبينا" له حكم الرفع⁽²⁾.

أما استدلالهم بقياس المبتوتة على المعتدة من الوفاة في تقرير أنها لا تجب لها النفقة والسكنى في مدة عدتها؛ لكونها لا يجوز الاستمتاع بها، فَيُرَدُّ على ذلك بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المرأة في عدة الطلاق محتبسة لحق الزوج، وفي عدة الوفاة محتبسة لحق الشرع، لذلك شرعت خطبتها تعريضاً، وهذا المعنى غير موجود في المعتدة بطلاق⁽³⁾.

ج- مناقشة أدلة القول الثالث:

نوقشت أدلة أصحاب هذا المذهب بنفس الاعتراضات التي أوردناها بالنسبة لمسألة وجوب السكنى للمبتوتة، وكذا مسألة النفقة، لأنها نفسها التي استدلت بها الفريقان الأولان فلا داعي لإعادتها، فهؤلاء استدلوا بنفس أدلة الحنفية في إيجاب السكنى، كما استدلوا على منع النفقة بنفس

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، 202/5؛ ابن حجر، فتح الباري، 480/9.

(2) الصنعاني، سبل السلام، 290/2.

(3) العيني، البناية، 689/5.

أدلة الحنابلة، بقيت مسألة استدلالهم من المعقول فأصحاب هذا الفريق يُفَرِّقُونَ بين استحقاق السكنى للمبتوتة واستحقاقها النفقة، فيوجبون الأولى ولا يوجبون الثانية، وبناء على ذلك يُرَدُّ هذا الاستدلال بأن هناك تلازماً بين السكنى والنفقة، والدليل على ذلك أن الناشز إذا خرجت من بيت زوجها لا تستحق النفقة مع بقاء الزوجية لعدم تسليم نفسها في بيت الزوج، ومتى عادت إلى بيته استحققت النفقة؛ فثبت أن المعنى الذي تستحق به النفقة هو تسليم نفسها في بيت الزوج، فدلَّ على وجوب السكنى، ولما صارت بها مُسَلِّمَةً لنفسها في بيت زوجها وجب أن تستحق النفقة⁽¹⁾.

2- الترجيح:

نخلص الآن إلى ترجيح القول الذي يذهب إلى وجوب السكنى والنفقة للمبتوتة كما ذهب الحنفية وقول لأحمد، وذلك لقوة ما استدلووا به من حجج والتي تتلخص فيما يلي:

أ- من حيث الأدلة المنقولة، فالعمدة في وجوب السكنى قوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 06]، قال الجصاص في تفسير هذه الآية: "اتفق الجميع من فقهاء الأمصار وأهل العراق ومالك والشافعي على وجوب السكنى للمبتوتة"⁽²⁾، أما وجوب النفقة للمبتوتة فالعمدة فيها قوله تعالى في نفس الآية: ﴿وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 06]، لأن عدم الإنفاق على المطلقة المبتوتة مع مطالبتها بعدم مبارحة بيت الزوج لاحتباسها في حقه بالعدة يعتبر من المضارة بها والتضييق عليها للذات نحت عنهما الآية الكريمة، ومن السنة فالحجة في قول سيدنا عمر رضي الله عنه الذي رواه الإمام مسلم، لأن قوله له حكم الرفع كما قرر العلماء، كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر فاطمة رضي الله عنها بالاعتداد في بيت ابن أم مكتوم دلَّ ذلك على أن السكنى واجبة بسبب العدة⁽³⁾.

ب- من حيث الأدلة العقلية؛ فإن المرأة في عدة الطلاق البات محبوسة في حق الرجل لا تجوز خطبتها، فبذلك يجب على الزوج الإنفاق عليها، والسكنى من لوازم النفقة وتوابعها، فتجب لها تباعاً؛ لأنه لا يوجد لها عائل غير من حُسِبَتْ لحقه، لأن من حُسِبَ لأجل غيره وجبت نفقته عليه⁽⁴⁾.

(1) الجصاص، أحكام القرآن، 356/5.

(2) المرجع نفسه، 355/5.

(3) الباجي، المنتقى، 10/4.

(4) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7373/10.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

ليس لهذه المسألة علاقة بقاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية بمعناها الخاص الذي هو الأخذ ببعض مقتضى الدليل، أما بمعناها العام الذي هو الاعتداد بالرأي المخالف والانتقال إليه لمسوغ شرعي، ولذلك فالأخذ برأي الحنفية وبعض الحنابلة في المسألة من باب المراعاة الكلية، وقد وافق المشرع الجزائري ذلك، وحكم باستحقاق المرأة المبتوتة السكنى والنفقة في عدة طلاقها.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

ذكر المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 61 من ق أ ج بقوله: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"⁽¹⁾.

يفهم من المادة من خلال صيغة العموم الواردة في كلمة المطلقة وهي بعبارتها تتناول كل المطلقات بوائن أو رجعيات والمطلقة المبتوتة أي البائن لها الحق في السكن والنفقة بمقتضى هذه المادة⁽²⁾، مما يعني أن المشرع أخذ بالرأي القائل باستحقاقها لذلك، وهو مذهب الحنفية⁽³⁾، وهي كذلك رواية عن الإمام أحمد كما وضَّحنا، وهذا يدل على أن المشرع وافق قاعدة مراعاة الخلاف الحاصل في هذه المسألة، بعدم التزامه بالمذهب المالكي الذي أعطى لها الحق في السكن دون النفقة.

وقد سارت بعض القوانين العربية النازمة للأحوال الشخصية على هذا الرأي، فمنها قانون الأحوال الشخصية المصري حيث إن المعمول به في مصر مذهب الأحناف وهو ما جاء به القانون رقم 25 لسنة 1920 فإنه جعل نفقة العدة كنفقة الزوجية تثبت دينا بمجرد الامتناع مع الوجوب، وإذا صارت دينا لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء⁽⁴⁾، كذلك نص هذا القانون في مادته 17 الفقرة الأولى أن المطلقة لا تستحق نفقة لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق، فإذا مرت على النفقة أكثر من سنة كفت المطلقة عن المطالبة بحقوقها ولا تسمع دعواها حينذاك⁽⁵⁾، أما بالنسبة لقانون الأحوال

⁽¹⁾ القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص913.

⁽²⁾ نصر سلمان وآخرون، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص199.

⁽³⁾ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص343.

⁽⁴⁾ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص385.

⁽⁵⁾ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص157.

الشخصية السوري فقد نص المشرع فيه في المادة 83 على أن الرجل تجب عليه نفقة معتمدته من طلاق أو فسخ، وقد شمل هذا النص كل المعتدات الرجعية والبائن والوفاة، كذلك نفس الحكم ذكرته المادة 84 حيث جاء فيها: "نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن مدة أكثر من تسعة أشهر"⁽¹⁾، أما مدونة الأسرة المغربية فقد أخذت بمذهب المالكية والشافعية الذين ذهبوا إلى وجوب السكنى دون النفقة وهو ما نصت عليه المادة 196 الفقرة 2 منه حيث جاء فيها: "المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملاً يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها"، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نصت في الفصل 38 على أنه يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها لها في مدة العدة⁽²⁾، مما يعني أن المشرع التونسي قد أخذ برأي الأحناف في وجوب النفقة.

وفي رأيي يبدو الدافع إلى تبني رأي الحنفية هو مراعاة مصلحة المطلقة، حيث غلبها المشرع على مصلحة الزوج؛ لأنه بطلاقه البائن قد أنهى العلاقة الزوجية نهائياً، ولا مجال للعودة إلى استئنافها، لكنها تبقى له عليها حقوق في العدة تنتظر حتى اكتمالها؛ فكان من العدل مراعاة ضعفها؛ حيث إن الزوجة أثناء العدة لا عائل لها وممنوعة من بعض حقوقها كالخطبة والزواج لحساب الزوج المطلق.

ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

في نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع في القرار المؤرخ في 1984/10/22 وفيه: "متى كان من المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به، ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعاً إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه من حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁽³⁾، ويلاحظ أن الاجتهاد القضائي قرر نفقة العدة للمطلقة دون مراعاة نوع الطلاق الواقع عليها، فتشمل نفقة المبتوتة.

(1) مصطفى وحسن البغا، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، ص 249.

(2) مدونة الأسرة المغربية، ص 50؛ مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص 12.

(3) لعل سعادتي، الزواج وانحلاله، ص 354.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة توريث ذوي الأرحام.

مسألة توريث الأرحام من عيون المسائل الخلافية التي تجاذبتها أنظار الفقهاء القدامى بين مثبت لحقهم في التوريث وبين منكر له، فكان لهذا الخلاف أثره في التقنيات المعاصرة لأحكام الأسرة في المجتمعات المسلمة عموماً، وفي تقنين أحكام الأسرة في الجزائر بالخصوص، ومنذ إصداره لم يكن بمنأى عن التأثر بما أفرزته الاجتهادات التشريعية للمشرعين في البلاد العربية، ولذلك في هذا المطلب سنتناول بالبيان والدراسة هذه المسألة من جهة توضيح الرأي الفقهي للمشرع الجزائري بناء على قاعدة مراعاة الخلاف دون التطرق إلى كيفية توريث ذوي الأرحام أو أصنافهم.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف الميراث وبيان مشروعيته وحكمته، كما سيتم تعريف ذوي الأرحام المقصودين بالتوريث عند الفقهاء مع توضيح بعض الأحكام المتعلقة بهم في النقاط التالية:

أولاً- تعريف الميراث وبيان مشروعيته وحكمته:

1- تعريف الميراث:

أ- لغة:

الميراث أصله مؤرث، انقلبت الواو ياءً لكسر ما قبلها، تقول: وَرِثْتُ أَبِي، وَوَرِثْتُ الشَّيْءَ مِنْ أَبِي، أَرِثُهُ بالكسر فيهما، وَرِثًا وَوَرِثَةً وَإِرْثًا، الألف منقلبة من الواو، وهو أن يكون الشيء لقوم ثم يصير إلى آخرين بنسب أو سبب⁽¹⁾.

ب- اصطلاحاً:

لقد تم تعريف الميراث عند الفقهاء باعتبارين اثنين هما:

- باعتبار معناه اللغوي حيث جاء عند فقهاء الحنفية أنه: "انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، فكأن الوارث لبقائه انتقل إليه بقية مال الميت"⁽²⁾.

- باعتباره علماً قالوا بأنه: "علم يعرف به من يرث ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث"⁽³⁾.

وغالب التعاريف الحديثة تُعرِّف الميراث باعتباره علماً قائماً بذاته، بما يتناسب والدراسة الأكاديمية.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة ورث، 101/6؛ الجوهري، الصحاح، مادة ورث، 295/1.

(2) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 85/5.

(3) الدردير، الشرح الكبير، 277/2.

2- بيان مشروعية الميراث:

ثبتت مشروعية الميراث بمقتضى عدة أدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة وإجماع الأمة؛ وهي على النحو التالي:

أ- من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 07]، وقال كذلك بعدها: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: 11].

ب- من السنة النبوية المشرفة:

وردت كثير من الأحاديث تبين مشروعية التوارث بين المسلمين نذكر منها ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «أَحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوَّلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»⁽¹⁾. كذلك ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «مَا مِنْ مُؤْمِنٍ إِلَّا وَأَنَا أَوَّلَى النَّاسِ بِهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، أَفْرَعُوا إِنْ شِئْتُمْ: «النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» [الأحزاب: 06] فَإِنَّمَا مُؤْمِنٌ تَرَكَ مَالًا فَلْيَرِثْهُ عَصَبَتُهُ مَنْ كَانُوا، فَإِنْ تَرَكَ دِينًا، أَوْ ضِيَاعًا فَلْيَأْتِنِي فَأَنَا مَوْلَاهُ»⁽²⁾.

ج- من الإجماع:

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن مال الميت بين جميع ولده، للذكر مثل حظ الأنثيين إذا لم يكن بينهم أحد من أهل الفرائض، وإذا كان معهم من له فرض معلوم بُدِيََّ بفرضه فأعطيه"⁽³⁾.

3- الحكمة من تشريع الميراث:

شرع الله سبحانه وتعالى التوارث بين المسلمين لحكم بالغة نذكر منها ما يلي⁽⁴⁾:

أ- استمرار خلافة الإنسان لله على الأرض:

ومصدق ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ﴾ [الأنعام: 165].

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، حديث رقم: 6732، 150/8.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: 06]، حديث رقم: 4781، 116/6.

(3) ابن المنذر، الإجماع، ص 90.

(4) أحمد عويس، أحكام الموارث والوصية، ص 39 وما بعدها.

ب- تشجيع الإنسان للاجتهاد في العمل:

من المعروف أن الإنسان لن يجتهد في البحث عن كسبه ورزقه إذا ثبت لديه أن الأموال التي اكتسبها ستذهب إلى الخزينة العامة للدولة، ولن يستفيد منها أولاده وزوجته وأقاربه، وقد عادت الدول الشيوعية في عهدها إلى الأخذ بنظام الإرث بعدما ثبت لديها أن إلغاء هذا النظام تسبب في فتور العزائم والهمم عن العمل والإنتاج.

ج- تحقيق العدالة بين الناس:

مما لا شك فيه أن وضع المولى سبحانه وتعالى لنظام الموارث يحقق العدالة التامة بين الأفراد؛ لأن خالق البشر هو الأعلم بأصلح القواعد في توزيع التركة، فلا فرق بين كبير وصغير ولا بين رجل وامرأة، كما ألغت الشريعة الغراء بعض النظم الجائرة في الإرث كالإرث بالتبني، وتوريث ولد الزنا.

ثانيا- تعريف ذوي الأرحام:

1- لغة:

الرحم موضع تكوين الولد ويُحَقَّقُ بسكون الحاء مع فتح الراء وكسرهما أيضا في لغة بني كلاب وفي لغة لهم تكسر الحاء إتباعا لكسرة الراء ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاء رحما، فالرحم خلاف الأجنبي والرحم أنثى في المعنيين وقيل مذكر وهو الأكثر في القرابة⁽¹⁾.

2- اصطلاحا:

ذوو الرحم في اصطلاح الفرضيين: هو كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصبه، يحرز جميع المال عند الانفراد، مثل أولاد البنات، وأولاد الأخوات وبنات الإخوة والجد الرحي (غير الصحيح) والجدة الرحيمة (غير الصحيحة)، والخال والخالة، ونحوهم من كل قريب ليس عصبه ولا صاحب فرض⁽²⁾.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية اختلافا كبيرا في توريث ذوي الأرحام، وفي هذا الفرع سنبين بالدراسة والتحليل مذاهب الفقهاء وأدلتهم مع المناقشة والترجيح، وبيان وجه الخلاف في المسألة.

أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

للفقهاء في هذه المسألة رأيان متباينان نذكر كليهما على النحو التالي:

(1) الفيومي، المصباح المنير، مادة: رحم، 1/223.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 10/7850.

1- مذهب الحنفية والحنابلة: يرى هؤلاء الفقهاء بأن توريث ذوي الأرحام جائز، فإذا لم يوجد من الورثة بعد موت مُورِثِهِمْ من ذوي الفروض أو العصباء⁽¹⁾.

2- مذهب المالكية والشافعية: يرى أصحابه أن ذوي الرحم لا يرثون من حيث الأصل⁽²⁾، فإذا لم يوجد لِلْمُورِثِ وارث من ذوي الفرض أو التعصيب يرد المال إلى بيت مال المسلمين إذا كان مُنْتَظِمًا يصرفه في مصارفه، وأفتى متأخروا المالكية بغير المشهور والشافعية⁽³⁾ بتوريثهم إذا لم ينتظم بيت المال. **ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.**

استدل الفريقان بعدة أدلة من القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس والمعقول نذكرها كما يلي:

1- أدلة مذهب الحنفية والحنابلة:

أ- من القرآن الكريم:

- وقوله عز وجل: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 07]، ووجه الاستدلال أن قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون في الآية قد انتظمت هذه الجملة عموما ومجملا؛ فأما العموم فقوله تعالى للرجال وللنساء وقوله تعالى مما ترك الوالدان والأقربون فلذلك العموم في إيجاب الميراث للرجال وللنساء من الوالدين والأقربين دل من هذه الجهة على إثبات مواريث ذوي الأرحام، كذلك لما كان قوله تعالى نصيبا مجملا غير مذكور المقدار في الآية امتنع استعمال حكمه إلا أنه ورود بيان من غيره في آيات الميراث الأخرى إلا أن الاحتجاج بظاهر الآية في إثبات ميراث ذوي الأرحام سائغ⁽⁴⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: 75]، ووجه الاستدلال بالآية أنه قد اجتمع في ذوي الأرحام سببان القرابة والإسلام، فهم أولى ممن له سبب واحد وهو الإسلام، كذلك قوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله نَسَخَ به إيجاب التوارث بالهجرة وغيرها ولم يفرق فيه بين العصباء وغيرهم فهو حجة في ميراث ذوي الأرحام⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ الزيلعي، تبين الحقائق، 242/6 - 243؛ ابن قدامة، المغني، 319/6؛

⁽²⁾ البغدادي، الإشراف، 1020/2؛ الخلي، شرح الخلي على المنهاج، 190/2.

⁽³⁾ ابن عرفة، المختصر الفقهي، 530/10؛ الخطاب، مواهب الجليل، 414/6؛ الشربيني، مغني المحتاج، 12/4.

⁽⁴⁾ الجصاص، أحكام القرآن، 366/2؛ ابن ناجي، شرح على متن الرسالة، 419/2.

⁽⁵⁾ الجصاص، أحكام القرآن، 263/4؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 59/8.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

- عن أنس رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم دعا الأنصار فقال: «هَلْ فِيكُمْ أَحَدٌ مِنْ غَيْرِكُمْ» قالوا: لا، إلا ابن أخت لنا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ابْنُ أُخْتِ الْقَوْمِ مِنْهُمْ»⁽¹⁾، وفيه دليل على توريث ذوي الأرحام⁽²⁾.
- عن المقدم بن معدي كَرَبَ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «مَنْ تَرَكَ كَلًّا فَإِلَيَّ - قَالَ: وَرَبِّمَا قَالَ: إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ - وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَأَنَا وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، أَعْقِلُ عَنْهُ وَارِثُهُ، وَالْحَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، يَعْقِلُ عَنْهُ وَبِرْثُهُ»⁽³⁾، وفي الحديث دليل على توريث الخال عند عدم من يرث من العصبة، وذوي السهام والخال من ذوي الأرحام⁽⁴⁾.

- وَرُوي أن ثابت بن الدحداح كان رجلاً أَيْتًا⁽⁵⁾ في بني أنيف، أو في بني العجلان، مات، فسأل النبي صلى الله عليه وسلم: «هَلْ لَهُ وَارِثٌ؟»، فلم يجدوا له وارثاً، فدفع النبي صلى الله عليه وسلم ميراثه إلى ابن أخته⁽⁶⁾.

د- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى أنزلت ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75]، فتوارثوا بالنسب⁽⁷⁾، كذلك جاء كذلك أن عمر رضي الله عنه قضى في عمة وخالة؛ جعل للعممة الثلثان، وللخاله الثلث⁽⁸⁾.
- وعن علي رضي الله عنه كان يقول في العمة والخاله بقول عمر: "للعمة الثلثان، وللخاله الثلث"⁽⁹⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب: ابن أخت القوم ومولى القوم منهم، حديث رقم: 3528، 185/4.

(2) العيني، عمدة القاري، 84/16.

(3) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 17204، 435/28؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده جيد".

(4) الصنعاني، سبل السلام، 147/2.

(5) أَيْتًا: بفتح الهمزة وكسر التاء المثناة من فوق وتشديد الياء، معناه كان غريباً؛ ينظر: العيني، نخب الأفكار، 249/16.

(6) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، حديث رقم: 12217، 354/6؛

قال البيهقي: "هو منقطع"، وتعقبه العيني بقوله: "وحاصله: إنه مرسل صحيح"؛ ينظر: العيني، نخب الأفكار، 250/16.

(7) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض، أثر رقم: 4127، 156/5؛ قال الهيثمي: "رواه الطبراني، ورجاله رجال

الصحيح"، ينظر: مجمع الزوائد، 28/7.

(8) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الفرائض، باب العمة والخاله وميراث القرابة، أثر رقم: 19113، 282/10؛ قال العيني

في الحكم على هذا الأثر: "وهذا منقطع"، ينظر: العيني، نخب الأفكار، 267/16.

(9) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه: كتاب الفرائض، باب في الخالة والعمة من كان يورثهما، أثر رقم: 33193، 266/17؛ قال

محققه الشثري في الحكم على هذا الأثر: "مجهول لإبهام الراوي".

- عن ابن مسعود رضي الله عنه كذلك كان يقول في الخالة والعمة: "للعمة الثلثان، وللخالة الثلث" ⁽¹⁾.

هـ- من القياس:

قالوا بأن ذوي الأرحام أولى من المسلمين (أي في بيت ما لهم)؛ لأنهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والإسلام، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب، فمن اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد، كذلك شَبَّه بعضهم الإرث بالولاية، فقالوا بأنه لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوي الأرحام وجب أن يكون لهم ولاية الإرث ⁽²⁾.

و- من المعقول:

أن ذوي الأرحام إذا لم يأخذوا الميراث أعطي ذلك إلى بيت مال المسلمين أي جماعة المسلمين، وإذا نظرنا نظراً مجرداً لنعرف أيهما أحق بالميراث في حالة انعدام صاحب فرض أو تعصيب هل هم القرابة القريبة كالعمة والخالة أو الخال، أم جماعة المسلمين عامة، ألفينا أن كلا الفريقين يشتركان في وصف عام ألا وهو الإسلام، أما ذوو الأرحام فينفردون بوصف خاص هو وصف القرابة، فيقدم الوصف الخاص على العام وبالتالي فتكون القرابة مُرَجَّحَةً ⁽³⁾، قال ابن قدامة مُبَيَّنًا هذا المعنى: "ولأنه ذو قرابة، فيرث كذوي الفروض؛ وذلك لأنه ساوى الناس في الإسلام، وزاد عليهم بالقرابة، فكان أولى بماله منهم، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته، وبعد الموت بوصيته" ⁽⁴⁾.

2- أدلة مذهب المالكية والشافعية:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]، قال السرخسي: "نص الله تعالى فيها على بيان سبب أصحاب الفرائض والعصبات ولم يذكر لذوي الأرحام شيئاً، وما كان ربك نسياً وأدنى ما في الباب أن يكون توريث ذوي الأرحام زيادة على كتاب الله، وذلك لا يثبت بخبر الواحد والقياس" ⁽⁵⁾.

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: كتاب الفرائض، باب في الخالة والعمة من كان يورثهما، أثر رقم: 33200، 267/17؛ قال محققه الشري: "منقطع إبراهيم لم يدرك ابن مسعود".

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 1557/4.

(3) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ص 191.

(4) ابن قدامة، المغني، 319/6.

(5) السرخسي، المبسوط، 03/30.

ب- من السنة النبوية:

- حديث أبي أمامة رضي الله عنه أنه قال: "سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِرِوَاثٍ»⁽¹⁾، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لو كان ذا حق لكان له فرض في كتاب الله مسمى، فلما لم يكن كذلك لم يكن وارثاً⁽²⁾.

- وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ عن ميراث العمة والخالة، فقال: «لَا أَذْرِي حَتَّى يَأْتِيَنِي جَبْرِيلُ»، ثم قال: «أَيُّنَ السَّائِلُ عَنْ مِيرَاثِ الْعَمَّةِ وَالْخَالَةِ؟»، فَأَتَى الرَّجُلُ، فقال: «سَارِي جَبْرِيلُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُمَا»⁽³⁾.

- وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن النبي ﷺ ركب حماراً إلى قباء يستخبر في العمة والخالة، فأنزل الله تعالى أن «لَا مِيرَاثَ لَهُمَا»⁽⁴⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

روى مالك عن مولى لقريش كان قديماً يقال له ابْنُ مِرْسَى، قال: "كنت جالسا عند عمر بن الخطاب، فلما صلى صلاة الظهر قال: "يا يرفا، هَلُمَّ ذَلِكَ الْكِتَابَ، لِكِتَابٍ كَانَ كَتَبَهُ فِي شَأْنِ الْعَمَةِ يَسْأَلُ عَنْهَا، وَيَسْتَخِيرُ فِيهَا، فَأَتَى بِهِ يَرْفَا، فَدَعَا بِتَوْرٍ فِيهِ مَاءٌ أَوْ قَدَحٍ فِيهِ مَاءٌ، فَمَحَا ذَلِكَ الْكِتَابَ فِيهِ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ رَضِيَكَ اللَّهُ أَفَرَّكَ"⁽⁵⁾، وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ قَوْلُهُ: "عَجَبًا لِلْعَمَةِ! تَوْرَتْ، وَلَا تَرِثُ"⁽⁶⁾، وَوَجْهُ الدَّلَالَةِ مِنْ هَذِهِ الْآثَارِ أَنَّ قَوْلَ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي الله عنه فِيهِمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَنَعَ الْعَمَةَ الْمِيرَاثَ⁽⁷⁾.

(1) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب الوصايا، باب لا وصية لوارث، حديث رقم: 2713، 16/4؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح".

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 100/4.

(3) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض، حديث رقم: 4159، 174/5؛ قال الدارقطني: "لم يسنده غير مسعدة عن محمد بن عمرو وهو ضعيف والصواب مرسل".

(4) أخرجه الطبراني في معجمه الصغير، حديث رقم: 927، 141/2؛ قال ابن الملقن: "لا بأس بإسناده"، ينظر: البدر المنير، 200/7.

(5) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الفرائض، باب ما جاء في العمة، أثر رقم: 1882، 737/3؛ قال عبد القادر الأرناؤوط: "في سنده جهالة"، ينظر: ابن الأثير، جامع الأصول، 618/9.

(6) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الفرائض، باب ما جاء في العمة، أثر رقم: 1883، 738/3؛ قال ابن الترمذاني: "هذا منقطع أبو بكر لم يسمع من عمر"، ينظر: الجوهر النقي، 213/6.

(7) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 634/21.

د- من إجماع أهل المدينة:

هذا دليل خاص بالمالكية حيث استدلووا به على عدم توريث ذوي الأرحام، جاء عن مالك قوله: "الأمر المجتمع عليه، الذي لا اختلاف فيه، والذي أدركت عليه أهل العلم، ببلدنا: أن ابن الأخ للأم، والجد أبا الأم، والعم أخا الأب للأم، والخال، والجددة أم أبي الأم، وابنة الأخ للأب والأم، والعمة، والخالة؛ لا يرثون بأرحامهم شيئاً"⁽¹⁾.

وأهل العلم الذين أدركهم مالك هم التابعون فيبعد أن يجهلوا السنن مع قرب عهدهم بالرسول ﷺ، وبجمهور الصحابة رضوان الله عليهم ويعلمها غيرهم⁽²⁾.

هـ- من المعقول:

قالوا أن جماعة المسلمين وارث من لا وارث له، ولم يقم دليل من النصوص على توريث ذوي الأرحام، ولا قياس في هذا المقام يوجب الحمل على النص، وعلى ذلك يكون المال لجماعة المسلمين فيكون لبيت مالهم، كذلك قالوا أنهم لا يرثون لأنهم ليسوا بأهل فرض ولا تعصيب ولا يحجبون أهل الفرض والتعصيب⁽³⁾.

ثالثاً: المناقشة وال ترجيح:

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة:

أورد المالكية الشافعية على أدلة هذا الفريق الاعتراضات والمناقشات التالية:

- من القرآن الكريم:

ناقشوا قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: 75] من أربعة أوجه⁽⁴⁾:

أحدهما: أن المقصود بالآية نسخ التوارث بالحلف والهجرة، ولم يرد بهما أعيان من يستحق الميراث من المناسبين لنزولهما قبل آيات الموارث.

(1) مالك، الموطأ، 470/3.

(2) ابن يونس، المرجع السابق، 636/21.

(3) الباجي، المنتقى، 250/6؛ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، ص192.

(4) الروياني، بحر المذهب، 393/7.

والثاني: أن قوله تعالى: ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾، دليل على أن ما سوى ذلك البعض ليس بأولى؛ لأن التبعض يمنع من الاستيعاب.

والثالث: أنه قال: ﴿فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾، وكان ذلك مقصوراً على ما فيه وليس لهم فيه ذكر، فدل على أن ليس لهم في الميراث حق.

والرابع: أن قوله: ﴿أَوَّلَىٰ﴾، محمول على ما سوى الميراث من الحصانة وما جرى مجراها دون الميراث إذ ليس في الآية ذكر ما هم به أولى.

الخامس: أن الآية منسوخة بآيات توزيع الميراث المذكورة في سورة النساء الآيتين 11 - 12⁽¹⁾.

السادس: هذه آية مجملة في رحم قرب أو بعد، وآيات الميراث مُفَسِّرَةٌ والمُفَسِّرُ قاضٍ على المَجْمَلِ⁽²⁾.

كما ناقشوا قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: 07]، بأن الآية نزلت على سبب خاص هو أن أهل الجاهلية كانوا يُورَثُونَ الذكور دون الإناث فنزلت الآية، وقالوا: إن العرب كانت لا تُورَثُ إلا من طاعن بالرمح، فأنزل الله تعالى هذه الآية لإبطالاً لحكمهم فلا يصح اعتبار عمومها في غير ما وردت فيه⁽³⁾، وأجيب بأن الآية لو نزلت على سبب خاص لم يوجب ذلك تخصيص عموم اللفظ بل الحكم للعموم دون السبب، فنزولها على سبب ونزولها مبتدأة من غير سبب سواء⁽⁴⁾.

- من السنة النبوية المطهرة:

أما استدلالهم بحديث أنس في قوله ﷺ: «إِنَّ أُخْتِ الْقَوْمِ مِنْهُمْ»، فنوقش هذا الدليل بأن معنى الحديث أن ابن الأخت متصل بأقربائه في جميع ما يجب أن يتصل به كنصرة ومشورة ومودة لا في الإرث، فلا يدل على توريث ذوي الأرحام⁽⁵⁾.

كما ناقشوا قوله ﷺ: "وَالْحَالُ وَارِثٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ" من جهة الإسناد بأنه ضعيف⁽⁶⁾، وأجيب عن ذلك بأن الحديث بمجموع طرقه ناهض بالاستدلال ومُسْتَمْسَكٌ للتعويل لا يغني فيه الاستدلال

(1) البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، 394/7.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 59/8.

(3) الجصاص، أحكام القرآن، 367/2.

(4) المرجع نفسه.

(5) المناوي، التيسير بشرح الجامع الصغير، 18/1.

(6) الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، 123/6.

بالأفراد⁽¹⁾، أما من جهة المتن فناقشوا الحديث من وجهين⁽²⁾: أحدهما: أن هذا الكلام موضوع في لسان العرب للسلب والنفي لا للإثبات، وتقديره أن الخال ليس بوارث كما تقول العرب الجوع طعام من لا طعام له، والدنيا دار من لا دار له، والصبر حيلة من لا حيلة له، ويحاج عنه بأن المراد من لا وارث له سواه، ونظير هذا التركيب كثير في كلام العرب، على أن محل النزاع هو إثبات الميراث له، وقد أثبت له ﷺ وهو المطلوب⁽³⁾، والثاني: أنه جعل الميراث للحال الذي يعقل، وإنما يعقل إذا كان عصبه ونحن نورث الخال إذا كان عصبه وإنما الاختلاف في خال ليس بعصبه فكان دليل اللفظ يوجب سقوط ميراثه، ويحاج عن هذا بأنه تخصيص للعام من غير دليل يقتضي التخصيص وهو باطل، والثالث: المراد بالخال في الحديث السلطان، ويحاج بأنه تعسف في حمل الحديث على معنى بعيد⁽⁴⁾.

أما عن دفعه ميراث أبي الدحداح إلى ابن أخته؛ فنوقش بأنه أعطاه ذلك لمصلحة رآها لا ميراثاً؛ لأنه لما قيل لا وارث له دفعه إليه على أنها قضية عين، وقد يجوز أن يخفي سببها فلا يجوز ادعاء العموم فيها⁽⁵⁾، ويحاج عنه بأنه تأويل للحديث بدون دليل يُعْتَمَدُ عليه.

— من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

قالوا أن ما استدل به هذا الفريق من آثار لبعض الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم نجد معظمها ضعيفة الإسناد لا يحتج بها حيث قال ابن عبد البر في الرد على هذا الفريق: "واحتجوا بآثار كثيرة كلها ضعيفة، ومحتملة للتأويل لا تلزم بها حجة"⁽⁶⁾، ويحاج عن ذلك بأن هذا الكلام مجمل في تضعيف الآثار، وهو لا ينفي أن بعض الآثار قد ثبتت صحيحة عن بعض الصحابة رضي الله عنهم كالذي ثبت عن ابن مسعود رضي الله عنه كما وَضَّحْنَا في تخريج الأثر، كذلك اختلف النقل عن عمر رضي الله عنه في توريث الجدة، فالذي أَكَّدهُ الإمام الباجي أنه رضي الله عنه منع توريث ذوي الأرحام حيث قال: "إلا أن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث، وسيأتي في ميراث ذوي الأرحام من المسائل التي اختلف فيها

(1) ينظر: مُجَدُّ بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، 1363/3.

(2) الروياني، بحر المذهب، 394/7.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، 77/6.

(4) المباركفوري، تحفة الأحمدي، 236/6.

(5) الروياني، المرجع السابق، 394/7.

(6) ابن عبد البر، الاستذكار، 184/6.

الصحابة فالمشهور عن عمر منع ذلك⁽¹⁾، ويحاج عن ذلك بأن الكثير من الذين نقلوا عن سيدنا عمر رضي الله عنه إنما نقلوا عنه ذهابه إلى توريث ذوي الأرحام كما أوردنا سابقا، كذلك مما يدل على أنه من قضائه رضي الله عنه ما رواه الشعبي قال: "أتى زياد في رجل مات، وترك عمته وخالته، فقال: هل تدرون كيف قضى عمر فيها؟، قالوا: لا، قال: والله إني لأعلم الناس بقضاء عمر فيها، جعل العمة بمنزلة الأخ، والخالة بمنزلة الأخت، فأعطى العمة الثلثين، والخالة الثلث"⁽²⁾، فيدل هذا على أن ما استقر عليه رأي سيدنا عمر رضي الله عنه وقضائه توريث ذوي الأرحام كما نقله عنه التابعي زياد بن حدير.

2- مناقشة أدلة المالكية والشافعية:

أورد الحنفية والشافعية على أدلة هذا الفريق الاعتراضات والمناقشات والردود التالية:

أ- من القرآن الكريم:

بالنسبة لاستدلالهم بآية الموارث على أنها حددت أنصبة أصحاب الفروض والعصبات وما دام الأمر كذلك فإن الموارث إنما تثبت بالنص وحيث لا نص على توريث ذوي الأرحام لا يجوز ذلك ولو بالقياس، وناقشوا الاستدلال بأن توريث ذوي الأرحام قد ثبت بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75]، وكذلك وردت أحاديث وآثار تثبت توريث ذوي الأرحام إذا لم يوجد من الورثة صاحب فرض أو تعصيب يدلي إلى المتوفى بسبب من أسباب الميراث⁽³⁾.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

- نقوش استدلال المالكية والشافعية بحديث أبي أمامة رضي الله عنه بأن الله قد أعطى كل ذي حق حقه في الموارث ولا يوجد حق معروف في القرآن الكريم ثابت لذوي الأرحام، بأن الله تعالى أعطاهم حقهم من الميراث للأدلة السابقة التي ذكرها الفريق الأول فثبت بذلك لهم الحق بإعطاء الشرع⁽⁴⁾.

- بالنسبة لاستدلالهم بحديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي جاء فيه أن العمة والخالة لا ميراث لهما وهو ما سارّه جبريل للنبي صلى الله عليه وسلم، فنوقش هذا الدليل من جهة سنده بأنه حديث ضعيف أو مرسل⁽⁵⁾، والضعيف لا تقوم به الحجة فضلا على المرسل، وأجيب على هذا الاعتراض بأن الحديث وصله

(1) الباجي، المنتقى، 243/6.

(2) الطحاوي، شرح معاني الآثار، 399/4؛ قال الألباني: "إسناده صحيح"، ينظر: إرواء الغليل، 143/6.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، 319/6.

(4) ينظر: العبدان وآخرون، الفتوحات الربانية بشرح الدرة المضية، ص 219.

(5) تتبع بعض الدارسين المعاصرين طرق هذا الحديث وَضَعُوهُ؛ ينظر: ابن الملقن، مختصر استدراك الحافظ الذهبي، 3098/6.

الحاكم والطبراني⁽¹⁾ من طرق أخرى صحيحة⁽²⁾، لكن تعقب الشوكاني هذا الجواب بقوله: "كل هذه الطرق لا تقوم بها حجة"⁽³⁾، أما من جهة معناه فالحديث بطرقه المتعددة وارد في أن الخالة والعمة، لا ميراث لهما، وذلك لا يستلزم إبطال ميراث ذوي الأرحام، على أنه قد قيل: إن المراد بقوله: لا ميراث لهما: أي لا ميراث مقدر⁽⁴⁾.

- أما بالنسبة لحديث أبي سعيد رضي الله عنه الذي فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم استخار الله في ميراث العمة والخالة فأوحى الله إليه أن لا ميراث لهما، فنوقش بأنه حديث مطعون في سنده بالضعف⁽⁵⁾، كما أن هذا الحديث ساقه الحاكم شاهداً لأحاديث أخرى، لكن أعله الذهبي⁽⁶⁾.

ج- من إجماع أهل المدينة:

استدل المالكية على عدم توريث ذوي الأرحام بإجماع أهل المدينة؛ حيث اعتبره فقهاؤهم من أقوى أدلتهم قال ابن بزيّة⁽⁷⁾: "واعتمد مالك في منع ذوي الأرحام على عمل أهل المدينة، إنه لنعم الدليل"⁽⁸⁾، ويناقش هذا الاستدلال من منطلق أن الحنفية والحنابلة لا يعتبرون إجماع أهل المدينة حجة يعتمد عليها في استنباط الأحكام، قال الإمام الآمدي: "اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لا يكون حجة على من خالفهم في حالة انعقاد إجماعهم خلافاً لمالك"⁽⁹⁾.

د- من المعقول:

نوقش استدلال هذا الفريق المُقَرَّرُ بأنه لا نص ولا قياس يمكن التعويل عليه في إثبات توريث ذوي الأرحام فيبقى حق الميراث لجماعة المسلمين، بأنه استدلال منقوض بأمرين؛ أولهما أن ثبوت توريث

(1) هو: الحافظ الإمام العلامة الحجة بقية الحفاظ أبو القاسم سليمان بن أحمد اللخمي الشامي الطبراني مُسْنِدُ الدنيا، حَدَّثَ عَنْ أَلْفِ شَيْخٍ أَوْ يَزِيدُونَ، تَوَفَّى سَنَةَ 360 هـ، مِنْ تَأْلِيْفِهِ: دَلَالُ النَّبُوَّةِ، مَعْرِفَةُ الصَّحَابَةِ؛ يَنْظُرُ: الذَّهَبِيُّ، تَذَكُّرَةُ الْخَفَافِ، 3/85.

(2) الطبراني، المعجم الصغير، 2/141؛ الحاكم، المستدرک، 4/381.

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، 6/76.

(4) المرجع نفسه، 6/77.

(5) الهيثمي، مجمع الزوائد، 4/230.

(6) ابن الملقن، مختصر استدراك الحافظ الذهبي، 6/3101.

(7) هو: عبد العزيز بن إبراهيم القرشي التميمي التونسي، الإمام العلامة المحصل المحقق، اعتمده خليل في التشهير، كان في درجة الاجتهاد، له تأليف منها: الإسعاد في شرح الإرشاد، توفي سنة 662 هـ أو 663 هـ؛ ينظر، مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/272.

(8) ابن بزيّة، روضة المستبين، 2/1438.

(9) الآمدي، الإحكام، 1/243.

ذوي الأرحام بنصوص كثيرة قد سبق ذكرها في أدلة الحنفية والحنابلة، أما الثاني فإن إدلاء ذوي الأرحام لمُتَّبِعِهِمْ يكون بسببين الإسلام والقربة الرحمة أما جماعة المسلمين فَصَلَّتْهَا بالميت عن طريق سبب واحد هو الإسلام؛ فيقدم الإدلاء بسببين (الإسلام والقربة) لقوته، أما قولهم أن ذوي الأرحام ليسوا من أهل الفرض ولا من أهل التعصيب حتى يرثوا، فيجاب عنه بأن ذلك لا يقتضي إسقاط توريثهم لثبوته بالنص فيكون هذا من قبيل القياس في مقابلة النص فيبطل بطلانه⁽¹⁾.

2- الترجيح:

بعد عرض الأدلة التي تمسك بها الفريقان من الفقهاء في هذه المسألة، وكذا عرض المناقشات والاعتراضات والإجابات التي دارت بينهم نخلص الآن إلى ترجيح الرأي الأقوى؛ فنقرر بأن القول بتوريث ذوي الأرحام هو الأولى بالاختيار وذلك للأسباب التالية:

أ- قوة وكثرة أدلة الفريق الذي يتبنى الرأي القائل بتوريث ذوي الأرحام سواء من الكتاب أو السنة أو آثار الصحابة أو المعقول وهي الذي ذكرناها سابقا فلا داعي لإعادتها.

ب- أن القول بتوريث ذوي الأرحام هو مذهب أكثر أهل العلم⁽²⁾، وهو كذلك مذهب بعض كبار الفقهاء المجتهدين من فريق المانعين لتوريث ذوي الأرحام حيث يرون توريثهم بحجة فساد الزمان واختلال بيت مال المسلمين لجور أولياء الأمور، ومنهم من المالكية⁽³⁾: أبو بكر الطرطوشي، وإسماعيل القاضي، وابن يونس، كما أنه قد اتفق شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوي الأرحام والرد على ذوي السهام⁽⁴⁾، وقد قال ابن يونس معلقا على ترجيح ذلك كلاما نفيسا: "فإن لم يكن بيت مال فأولوا الأرحام لما في ذلك من الآثار المتقدمة لا سيما إذا كانوا ذوي حاجة، فيجب اليوم أن يتفق على توريثهم وإنما تكلم مالك وأصحابه إذا كان للمسلمين بيت مال، لأن بيت المال يقوم مقام العصبية إذا لم يكن عصبية"⁽⁵⁾، أما من فقهاء الشافعية، فَرَجَّحَ القول بتوريث ذوي الأرحام الإمامان المزني وابن سريج والماوردي والنووي، وهو مذهب محققي الشافعية، وبه أفتى أكابر متأخريهم⁽⁶⁾.

(1) ينظر: ابن قدامة، المغني، 319/6؛ مُجَدُّ بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، 1355/3.

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، 76/6.

(3) الخطاب، مواهب الجليل، 414/6 - 415.

(4) المرجع نفسه، 414/6.

(5) الشنقيطي، لوامع الدرر، 618/14.

(6) النووي، روضة الطالبين، 06/6.

- أن توريث ذوي الأرحام يحقق المصلحة المقصودة في توريثهم ألا وهي التَّشَوُّفُ لتقديم القرابة الخاصة على القرابة العامة عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75]، وذلك أن القرابة العامة تتمثل في جماعة المسلمين، أما القرابة الخاصة فتتمثل في قرابة الدم والرحم، فتقدم بهذا الاعتبار لتقدمها في أمور كثيرة كالدية والنفقات.

- ومما يدعون لترجيح توريث ذوي الأرحام على اعتبار عدم إمكانية الدفع لبيت المال في عصرنا ومنع القوانين الوضعية لذلك كما سترى في الفرع الموالي، وبناء عليه وبموجب القاعدة الفقهية التي تنص على أنه إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل؛ لأن المال مصروف سواء إلى أولي الأرحام أم إلى بيت المال جمعا بين القولين، فإذا تَعَدَّرَ أحدهما تَعَيَّنَ الآخر⁽¹⁾، وبالتالي يتحتم القول بتوريث ذوي الأرحام.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

ليست مسألة توريث ذوي الأرحام من مسائل مراعاة الخلاف عند المالكية، لكن إذا أجرينا عليها مفهوم القاعدة بالمعنى العام، نستطيع القول بأنه يمكن اعتبارها مما يتفق مع مراعاة الخلاف، حيث غَيَّرُوا مذهبهم وانتقلوا إلى مذهب مخالفينهم لمسوخ شرعي يتمثل في عدم انتظام بيت مال المسلمين، وفي هذا يقول القاضي إسماعيل من المالكية: "فمتى كان للميت عصابة من ذوي أرحامه فهم أولى، فإن لم يكونوا فالولاء، فإن لم يكن ولاء فبيت مال المسلمين، فإن لم يكن بيت فأولوا الأرحام؛ لما جاء في ذلك من الآثار المتقدمة لا سيما إن كانوا ذوي حاجة وفاقة"⁽²⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نص المشرع الجزائري على توريث ذوي الأرحام في المواد 139 و168 و180 من ق أ ج؛ حيث جاء في المادة 139 ما يلي: "ينقسم الورثة إلى:

(1) أصحاب فروض،

(2) أصحاب عصابات،

(3) ذوي أرحام"⁽³⁾.

(1) ينظر: النووي، روضة الطالبين، 6/06؛ آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/267.

(2) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 21/637.

(3) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 09/06/1984، الجريدة الرسمية، ع24، ص918.

كما جاء في المادة 168 ما نصه: "يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، فأولاهم بالميراث أقربهم للميت درجة فإن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم، وإن استووا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، اشتركوا في الإرث"⁽¹⁾.

كما جاء في المادة 180 في فقرتها الأخيرة ما مضمونه: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

(1) مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،

(2) الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

(3) الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت التركة إلى الخزينة العامة"⁽²⁾.

فنستنتج من خلال منطوق هذه المواد أن قانون الأسرة الجزائري قد أعطى لذوي الأرحام الحق في الميراث حيث جعلهم صنفاً من أصناف الورثة بنفس المستوى مع ذوي الفروض والعصبات إذا لم يوجدوا بعد وفاة مؤرثهم، وبذلك يتبين لنا أن المشرع تبني مذهب الحنفية والحنابلة⁽³⁾.

كذلك بيّن القانون أن هناك مستحقين من هذا الصنف منصوص عليهم حصراً، وهم أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، ونعتقد في هذا السياق أن المشرع قد ضيقّ واسعاً عندما اقتصر على هؤلاء المستحقين، وإذا كان المشرع منسجماً مع نهجه في العمل بمذهب الحنفية والحنابلة ومتأخري المالكية والشافعية ينبغي عليه توسيع دائرة الاستحقاق كما نص عليها هؤلاء الفقهاء، وبناء عليه نقترح تعديل المادة 168 بإضافة أصول وفروع المتوفى الذين يدلون بأنثى، وفروع أجداد الميت وجداته الذين تتوسطهم أنثى مع المتوفى.

كما يبدو لي أن الدافع إلى توريث ذوي الأرحام وتبني هذا المذهب من المشرع هو مسايرة قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية التي أعطت في أغلبها الحق لذوي الأرحام في الميراث⁽⁴⁾.

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص921.

(2) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص922.

(3) محمد محدة، التركات والموارث، ص312.

(4) نبيل سليمان، مسائل الخلاف في الموارث والتركات، ص234.

وقد نصت بعض القوانين في بعض الدول العربية على توريث ذوي الأرحام، فبداية بقانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1943 حيث نصت المادة 31 منه على الآتي: "إذا لم يوجد من العصبه بالنسب ولا من ذوي الفروض النسبية كانت التركة أو الباقي منها لذوي الأرحام"⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع السوري فقد نص على توريث ذوي الأرحام في المادة 289 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية وجاء فيه ما نصه: "1- إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ولا من العصبات النسبية كان ميراث الميت لذوي الأرحام"⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فمن خلال تتبعنا لمواد أحكام المواريث في مدونة الأسرة المغربية في الكتاب السادس منها في المواد من 321 إلى 395⁽³⁾، لم نجد ذكرا لأحكام تتعلق بذوي الأرحام وهذا يعني في نظري أن المشرع المغربي لا يرى توريثهم عملا بالمذهب المالكي.

كذلك الأمر بالنسبة للمشرع التونسي فلم ينص على أحكام توريث ذوي الأرحام في مجلة الأحوال الشخصية، وقد تتبعنا فصولها (موادها) المتعلقة بأحكام المواريث في الكتاب التاسع من الفصل 85 إلى الفصل 152⁽⁴⁾، فألفيناها خلواً من ذكر أحكام توريث ذوي الأرحام.

ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لقد استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على العمل على توريث ذوي الأرحام خروجاً مما هو المشهور في مذهب مالك وعملاً بالمذهب الحنفي والحنبلي موافقة لمراعاة للخلاف، وهذا ما ورد في بعض قراراتها تطبيقاً للنصوص القانونية المذكورة آنفاً، وقد جاء في القرار المؤرخ في 2001/04/18 ما يلي: "إن القضاء بحجب الأخت للأب بسبب الأحفاد المنزلين منزلة الأم في التركة يعد مخالفة للشرع وتفسير خاطئ للقانون لأن أبناء البنت المنزلين من ذوي الأرحام وهم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقاً لأحكام المادة 163 ق أ، وبذلك يكون نصيب الأخت للأب هو ثابت في التركة وترثه مع البنات السبعة في التركة عصبه"⁽⁵⁾.

(1) أحمد عويس، أحكام المواريث والوصية، ص 342.

(2) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 10/7852.

(3) مدونة الأسرة المغربية، من ص 73 إلى ص 86.

(4) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، من ص 19 إلى ص 30.

(5) قرار رقم: 256446، بتاريخ: 2001/04/18، المجلة القضائية، ع 1، 2003، ص 357.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة الرد على الورثة.

مسألة الرد على أصحاب الفروض من المسائل المهمة في الفقه الإسلامي التي دار حولها جدل كبير بين فقهاء الشريعة من حيث القول بمشروعية الرد من عدم القول به، وكان لهذا الخلاف بينهم أثره العملي في الواقع، حيث لولاه لما استطاع بعض المشرعين في المجتمعات التي تعتنق بعض المذاهب التي لا تقول بمشروعية الرد من الأخذ به واعتماده نظاما فقهيا في باب الموارث في التشريعات الحديثة لأحكام الأسرة في باب التركات، وعليه فنتناول هذا الموضوع في هذا المطلب من الناحية الفقهية والقانونية.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف الرد عند الفقهاء مع بيان شروطه، وذلك في النقاط التالية:

أولا- تعريف الرد:

1- لغة:

رَدَدْتُ الشَّيْءَ رَدًّا مَنَعْتَهُ فَهُوَ مُرَدُّودٌ، وقد يوصف بالمصدر فيقال: فهو رد، وَرَدَدْتُ عَلَيْهِ قَوْلَهُ وَرَدَدْتُ إِلَيْهِ جَوَابَهُ أَي رَجَعْتُ وَأَرْسَلْتُ، ومنه رَدَدْتُ عَلَيْهِ الْوَدِيعَةَ ورددته إلى منزله فارتد إليه، وترددت إلى فلان رجعت إليه مرة بعد أخرى وَتَرَادَّ الْقَوْمُ الْبَيْعَ رَدْوَهُ⁽¹⁾.

2- اصطلاحا:

عَرَّفَهُ علماء الفرائض بأنه: "دفع ما فضل من فروض ذوي الفروض النسبية إليهم بنسبة فروضهم عند عدم استحقاق الغير"⁽²⁾، إذن فالرد ضد العول في الاصطلاح لأن هذا الأخير تُنْتَقَصُ فيه سهام ذوي الفروض ويزداد أصل المسألة، أما في الرد فتزداد السهام وينقص أصل المسألة⁽³⁾.

ثانيا- بيان شروط الأخذ بالرد:

لا يصح الرد إلا إذا تحققت الشروط التالية⁽⁴⁾:

- 1- أن يكون الوارث صاحب فرض.
- 2- وجود فائض من التركة بعد أصحاب الفروض.

(1) الفيومي، المصباح المنير، مادة: رد، 224/1.

(2) محمد الكشكي، الميراث المقارن، ص190.

(3) الجرجاني، شرح السراجية، ص128.

(4) محمود عيسى، خلاف الأئمة الأربعة في مسائل الميراث، ص310.

3- عدم وجود عاصب سبي ولا نسي؛ لأنه إذا وجد يأخذ الباقي من التركة بالتعصيب.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة.

نتناول في هذا الفرع إيراد مذاهب الفقهاء في مسألة الرد إلى ذوي الفروض، كذلك نقوم بذكر أدلتهم مع مناقشتها وبيان الاعتراضات والأجوبة الواردة في ذلك، كما سيتم اختيار الرأي الراجح في هذه المسألة، وتوضيح وجه مراعاة الخلاف فيها.

أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة.

اختلفت وجهات النظر بين الفقهاء في مدى الأخذ بالرد الآراء في اتجاهين؛ وبيانهما كما يلي:

- 1- مذهب القائلين بجواز الرد: يرى فقهاء الحنفية والحنابلة أن الرد جائز على ذوي الفروض بقدر أنصبتهم باستثناء الزوج والزوجة⁽¹⁾، وهو ما رجحه متأخروا المالكية والشافعية إذا لم ينتظم بيت المال⁽²⁾.
- 2- مذهب القائلين بعدم جواز الرد: يرى فقهاء المالكية في المشهور والشافعية في أصل المذهب عدم جواز الرد على ذوي الفروض، فما بقي من التركة يصرف إلى بيت مال المسلمين⁽³⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

استدل الفقهاء من كلا الفريقين بلفيف من الأدلة نوردتها على النحو التالي:

1- أدلة الحنفية والحنابلة:

أ- من القرآن الكريم:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال: 75]، ووجه الاستدلال بالآية أن معناها بعضهم أولى بميراث بعض بسبب الرحم، ولذلك فهي توجب استحقاق جميع الميراث لكل واحد منهم يوصله الرحم، ثم يجعل ما بقي مستحقاً لهم بسبب الرحم بهذه الآية كذلك، ولهذا لا يُردُّ على الزوج والزوجة لانعدام الرحم في حقهما⁽⁴⁾.

ب- من السنة النبوية الشريفة:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه في قوله صلَّى الله عليه وآله: «أَنَا أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ تُوِّفِيَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ

(1) السرخسي، المبسوط، 192/29؛ ابن قدامة، المغني، 295/6.

(2) عليش، فتح العلي المالک، 633/9، الشربيني، مغني المحتاج، 12/4.

(3) الخرشي، شرح مختصر خليل، 207/8، الشيرازي، المهذب، 419/2.

(4) السرخسي، المرجع السابق، 194/29.

دَيْنًا، فَعَلَيْ قَضَائِهِ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ»⁽¹⁾، ووجه الاستدلال أن هذا عام في جميع المال⁽²⁾.

- وعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: "جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: «يَرْحَمُ اللَّهُ ابْنَ عَفْرَاءَ»، قلت: يا رسول الله، أوصي بمالي كله؟ قال: «لَا»، قلت: فالشطر، قال: «لَا»، قلت: الثلث، قال: «فَالثُلُثُ، وَالثُلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ فِي أَيْدِيهِمْ، وَإِنَّكَ مَهْمَا أَنْفَقْتَ مِنْ نَفَقَةٍ، فَإِنَّهَا صَدَقَةٌ، حَتَّى اللَّقْمَةُ الَّتِي تَرْفَعُهَا إِلَى فِي امْرَأَتِكَ، وَعَسَى اللَّهُ أَنْ يَرْفَعَكَ، فَيَنْتَفِعَ بِكَ نَاسٌ وَيُضَرَّ بِكَ آخَرُونَ»، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة⁽³⁾، ووجه الاستدلال أن سعدا رضي الله عنه اعتقد أن الابنة تكون وارثة في جميع المال ولم ينكر ذلك عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم منعه عن الوصية بما زاد على الثلث مع أنه لا وارث له إلا ابنة واحدة، فلو كانت لا تستحق الزيادة على النصف بالرد لجَوَّزَ له الوصية بنصف المال⁽⁴⁾.

- واستدلوا كذلك بحديث عمرو بن شعيب عن جده قال: "جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لأمه، ولورثتها من بعدها"⁽⁵⁾، ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم ورَّثَهَا جميع المال، ولا يكون إلا بطريق الرد⁽⁶⁾.
- وعن واثلة بن الأسقع الليثي رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ، عَتِيقَهَا وَلَقِيطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنْتَ عَلَيْهِ»⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال بالحديث أنه صلى الله عليه وسلم جعل للمرأة المُلَاعَنَةَ ميراث ولدها المنفي باللعان كله، فخرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالإجماع، وبذلك بقي الباقي على مقتضى العموم؛ ولأنها من وُرَّاثِهِ بالرحم، فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته⁽⁸⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت دين فليس له أن يرجع، حديث رقم: 2298، 97/3.

(2) ابن قدامة، المغني، 296/6.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، حديث رقم: 2742، 03/4.

(4) السرخسي، المرجع السابق، 195/29.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة، حديث رقم: 2908، 534/4؛ قال محققه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده حسن".

(6) السرخسي، المرجع السابق، 195/29.

(7) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 16004، 385/25، قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده ضعيف".

(8) ابن قدامة، المغني، 296/6.

- عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني تصدقت على أُمِّي بجمارية، فماتت أُمِّي وبقيت الجارية فقال: «قَدْ وَجِبَ أَجْرُكَ، وَرَجَعْتُ إِلَيْكَ فِي الْمِيرَاثِ»، قالت: فإنه كان على أُمِّي صوم شهر أفصوم عنها؟ قال: قالت: «نَعَمْ»، فإن أُمِّي لم تحج فأحج عنها؟ قال: «حُجِّي عَنْ أُمِّكَ»⁽¹⁾،

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه ﷺ جعل الجارية راجعة إليها بحكم الميراث؛ لأنها صاحبة فرض والباقي ردا، وهذا هو دليل الرد⁽²⁾.

ج- من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

- جاء عن علي رضي الله عنه أنه كان يرد على كل وارث الفضل بحصة ما وَرَثَ غير المرأة والزوج⁽³⁾.
- وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يرد على كل وارث الفضل بحساب ما وَرَثَ، غير أنه لم يكن يرد على بنت ابن مع ابنة الصلب، ولا على أخت لأب مع أخت لأب وأم، ولا على جدة، إلا أن يكون وارث غيرها، ولا على أخت لأم مع أم شيئا، ولا على الزوج، ولا على المرأة⁽⁴⁾.

د- من المعقول:

قالوا كما لا تجوز الزيادة على الحد المحدود شرعا لا يجوز النقصان عنه، وبالإجماع ينتقص حق كل واحد منهم عما سمي له بالعلو، وذلك جائز لأنه عمل بالنصوص بحسب الإمكان وكذلك الرد⁽⁵⁾.

2- أدلة المالكية الشافعية:

استدل فقهاء المالكية والشافعية بالقرآن الكريم والسنة النبوية وبالمعقول نوردها فيما يلي:

أ- من القرآن الكريم:

- قال الله تعالى: ﴿إِنْ أَمْرُو هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: 176]،
كما قال: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: 176]،

(1) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 23032، 140/38؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، 247/6.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الفرائض، باب من جعل ما فضل عن أهل الفرائض ولم يُخْلَفْ عصبه ولا مولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئا، أثر رقم: 12407، 399/6؛ قال الطريفي: "إسناده ضعيف"، ينظر: التحجيل، 311/1.

(4) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، كتاب الفرائض، باب ما جاء في الرد، أثر رقم: 116، 79/1؛ قال الطريفي: "إسناده منقطع"، ينظر: التحجيل، 312/1.

(5) السرخسي، المبسوط، 195/29.

وقال: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: 12]، وقال تعالى كذلك: ﴿وَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: 12]، وقال عز اسمه: ﴿وَلَأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: 11]، قال الشافعي في بيان وجه الاستدلال بهذه الآيات على منع الرد: "فهذه الآي في المواريث كلها تدل على أن الله عز وجل انتهى بمن سمى له فريضة إلى شيء، فلا ينبغي لأحد أن يزيد من انتهى الله به إلى شيء غير ما انتهى به ولا ينقصه، فبذلك قلنا: لا يجوز رد المواريث" (1).

- قوله تعالى: ﴿فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: 176]، ووجه الاستدلال بالآية أن الرد لو كان جائزاً لاقتضى السياق أخذهما كل المال، فلما لم يكن جائزاً كان الميراث في حالة فقدهم كلهم أو ما بقي في فقد بعضهم بعد الفروض لبيت المال (2).

ب- من السنة النبوية المشرفة:

استدلوا بحديث أبي أمامة رضي الله عنه في قوله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِّوَارِثٍ» (3)، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن فيه إشارة إلى أن من ذكره الله في كتابه هو الوارث وليس هؤلاء منهم، ولا يرد على أهل الفرض؛ أي بل يجعل المال لبيت المال، كما سبق؛ لأن الله تعالى جعل للأخ الكل، حيث جعل للأخت النصف، وفي الرد رفع الفرق (4).

ج- من المعقول:

قالوا أن الأخذ بالرد فيه مصادمة لنص القرآن الكريم، لأنه جعل للأخ الكل، وللابن الكل وجعل للأخت إذا انفردت النصف وكذلك البنت، فإذا أعطيت الكل فقد عورض النص، كما أن الرد لا دليل عليه لا من نص ولا من قياس؛ إذ الأدلة الشرعية إما أن تكون نصاً وإما أن تكون حملاً على النص، وإذ لم يكن دليل وتم تقديم الرد إلى بيت مال المسلمين، فهو تقديم لما لا نص على استحقاقه على ما ثبت بالإجماع والنصوص استحقاقه وهو بيت المال (5).

(1) الشافعي، الأم، 80/4.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، 12/4.

(3) سبق تخريجه 423.

(4) ابن الملقن، عجالة المحتاج، 1043/3.

(5) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، ص 177.

ثالثا: المناقشة والترجيح.

1- مناقشة أدلة الحنفية والحنابلة:

وَجَّهَ المالكية الشافعية جملة من الانتقادات والاعتراضات على ما استدل به هذا الفريق من الأدلة التي أوردناها لهم، نذكر ذلك كما يلي:

أ- مناقشة أدلتهم من القرآن الكريم:

- نوقشت الآية التي استدل بها أصحاب هذا الرأي وهي قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: 75]، بأنها لا تدل على جواز الرد؛ لأنها نزلت لتنسخ التوارث بالحلف وبالإسلام والهجرة، قال الشافعي موضحا هذا المعنى: "توارث الناس بالحلف والنصرة ثم توارثوا بالإسلام والهجرة، ثم نُسخ ذلك فنزل قول الله عز وجل: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: 06]، على معنى ما فرض الله عز ذكره وسن رسوله ﷺ لا مطلقا هكذا"، كما قالوا إنما عنى الله بهذه الآية ذوي الأرحام الذين ذكرهم في كتابه ونسخ بهم الموارثة بالهجرة والحلف، ونسخت قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال 72]، فالآية عندهم على الخصوص فيمن ذكر الله من ذوي الأرحام، وهم أصحاب الفروض في كتاب الله تعالى، والعصبات الذين نسخ بهم الميراث بالمعاقدة والحلف والهجرة⁽¹⁾، والآية كذلك مجملة بَيَّنَّتْهَا آية تقسيم الموارث في سورة النساء الآيتين: [11-12]، والقاعدة أن المجمل يحمل على المبين؛ قال القرطبي: "وآيات الموارث مُفَسَّرَةٌ وَالْمُفَسَّرُ قَاضٍ عَلَى الْمُجْمَلِ وَمُبِينٌ"⁽²⁾.

ب- مناقشة أدلتهم من السنة النبوية المطهرة:

- أما استدلالهم بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن من ترك مالا فلورثته بأن لفظ المال هنا عام سواء كان فرضا أو ردا، نوقش هذا بأن في قوله ﷺ: «وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ» تأويلان كلاهما يدل على أن المال هنا ليس على عمومته؛ أحدهما: معناه من ترك ديناً عليه ولا قضاء، فَعَلَيَّ قِضَاؤُهُ من مال الصدقات وسهم الغارمين، ومن ترك مالا لا دين عليه فهو لورثته، والثاني: معناه من ترك ديناً له ومالا فَعَلَيَّ اقْتِضَاءُ الدين واستخراجه ممن هو عليه حتى يصير مع ماله الذي تركه إلى ورثته⁽³⁾.

(1) الشافعي، المرجع السابق، 4/84؛ ابن عبد البر، الاستذكار، 5/355.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 8/59.

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، 6/432.

- أما استدلالهم بحديث وصية سعد رضي الله عنه، وأنه عليه السلام كان يعلم بأن من يرثه هو ابنته الوحيدة ونصيبها يكون بالفرض والرد؛ وهو تقرير منه على الجواز، فنوقش بأنه استدلال بعيد لأنه عليه السلام إنما عَبَّرَ له بلفظ الورثة، ولم يقل أن تدع بنتك مع أنه لم يكن له يومئذ إلا ابنة واحدة لكون الوارث حينئذ لم يتحقق؛ لأن سعدا إنما قال ذلك بناء على موته في ذلك المرض وبقائها بعده حتى ترثه، وكان من الجائز أن تموت هي قبله، فأجاب عليه السلام بكلام كلي مطابق لكل حالة وهو قوله ورثتك ولم يخص بنتا من غيرها⁽¹⁾.

- كما اعترضوا على حديث عمرو بن شعيب بأنه مرسل؛ لأنه له جدين الأول تابعي، والثاني صحابي، فإذا لم يُعَيَّنْ أحدهما لحَقَّ بالمرسل فلم يلزم الاحتجاج به، هذا من جهة السند أما من جهة المعنى؛ فقالوا بأن الحديث فيه احتمال لأنه عليه السلام جعل ميراثه لأمه إذا كان لها عليه ولاء، ثم لورثته ولأئها من بعدها⁽²⁾.
- كما اعترضوا على حديث واثلة بن الأسقع رضي الله عنه بأنه ضعيف قال الخطابي: "وهذا الحديث غير ثابت عند أهل النقل وإذا لم يثبت الحديث لم يلزم القول به"⁽³⁾، أما من جهة المعنى فقالوا بأنه يُحْمَلُ على أنها تحوز ميراثه وهو قدر فرضها، ويستفاد به أن لعانها عليه لا يؤثر في سقوط ميراثها منه⁽⁴⁾، وأجيب بأن هذا الحديث له شواهد تُقَوِّيه، والقياس يشهد له ولشواهد بالصحة، فإنَّ الولاء مُفَرَّغٌ على النسب وملحق به، والولاء في الأصل لموالي الأب، فإذا تَعَدَّرَ عَوْدُهُ إليهم صار لموالي الأم⁽⁵⁾.

ج- مناقشة أدلتهم من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

نُوقِشَ استدلالهم بالآثار المروية عن سيدنا علي وابن مسعود رضي الله عنهما بأنها لا تثبت من حيث السند إذ حكم عليها علماء النقد بالضعف كما وَضَّحْنَاهُ، وأجيب عن هذا بأن القول بجواز الرد مَرُويٌّ كذلك جمهور الصحابة منهم عمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم⁽⁶⁾.

د- مناقشة أدلتهم من المعقول:

نوقش الاستدلال بالمعقول بأن ما يزيد على سهام الموجودين المقدرة مال لا يستحقه أحد، فيكون

(1) ابن حجر، فتح الباري، 366/5.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 161/8.

(3) الخطابي، معالم السنن، 99/4.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 161/8.

(5) ابن عبد الهادي، تنقيح التحقيق، 274/4.

(6) الجويني، نهاية المطلب، 192/9.

لبيت مال المسلمين كما إذا لم يترك الميث وارثاً أصلاً اعتباراً للبعض بالكل⁽¹⁾، ويجاب عن ذلك بأن توريث بيت مال المسلمين مشروط بانتظامه واستقامته وجوه صرف أمواله، وهذا قد أفتى به متأخرو المالكية والشافعية الذين خرجوا عن مذاهب أئمتهم بدافع تغير مناط الحكم الفتوى بتغير الزمان كما أثبتناه في موضعه.

2- مناقشة أدلة المالكية والشافعية:

وجه الحنفية والحنابلة بدورهم عدة ردود وانتقادات على ما استدل به المالكية والشافعية؛ نوردها في النقاط التالية:

أ- مناقشة أدلتهم من القرآن الكريم:

- الاستدلال بآيات الموارث على أنها قد حددت الأنصبة الشرعية للميراث، ولا يجوز الزيادة عليها لأنه زيادة على النص، وقد قال الله تعالى بعد آية الموارث: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ﴾ [النساء: 14]، فهذا الاستدلال ناقشه الحنفية والحنابلة من جهة أن الرد على أصحاب الفروض ليس فيه زيادة على النص ولا تَعَدُّ لحدود الله، وإنما هو إعمال للنصوص بدل إهمالها؛ لأن التوريث بالرد كان بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: 75]، كما أن إعطاء أصحاب الفروض أنصبتهم كان بمقتضى آيات الموارث، فوجب الجمع بين الآيتين بأن يجعل لكل واحد فرضه بآية الموارث، ثم يجعل ما بقي رداً مستحقاً بسبب الرحم بنص الآية، ولهذا لا يُرَدُّ على الزوجين لانعدام الرحم في حقهما⁽²⁾.

- أما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: 176]، فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر، كقوله تعالى: ﴿وَلَأَبْوَاهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: 11]، لا ينفي أن يكون للأب السدس، وما فضل عن البنت يرثه من جهة التعصيب، وقوله: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: 12]، لم ينفي أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى، وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم، والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت مُعْتَقَّةً، كذا هاهنا تستحق الأخت النصف بالفرض والباقي بالرد⁽³⁾.

(1) الجرجاني، شرح السراجية، ص 129.

(2) المرجع نفسه، ص 130.

(3) ابن قدامة، المغني، 296/6.

ب- مناقشة أدلتهم من السنة النبوية المشرفة:

يُردُّ على استدلال المالكية والشافعية بحديث أبي أمامة رضي الله عنه أن الرد فيه تجاوز للأُنصبة المشروعة والحديث أوجب إعطاء كل ذي حق حقه، بأن إعطاء أصحاب الفروض ما زاد على فروضهم ردا ليس فيه زيادة على حقوقهم، بل هو جزء من حقهم فهم أولى بمال قريبهم من بقية المسلمين⁽¹⁾.

ج- مناقشة أدلتهم من المعقول:

القول بالرد قول بالنص الذي أثبتته في آية ذوي الأرحام، إذ ليس فيه مصادمة لنصوص المواريث بل هو إعمال للنصوص بأن يُعْمَلَ بِآية المواريث في إعطاء أصحاب الفروض ويُعْمَلُ بِآية الأرحام في إعطاء ما فضل على أصحاب الفروض ردا عليهم، فتساوق الآيتان ولا تختلفان ولا يذهب المال لجماعة المسلمين؛ لأن القرابة مع الإسلام أقوى الصلات على صلة الإسلام وحده.

ثانيا: الترجيح.

نُحْلُصُ الآن إلى بيان الرأي الذي نرجحه من قبلنا، فنرى أن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والحنابلة في القول بجواز الرد على أصحاب الفروض، وذلك للمبررات التالية.

- قوة الأدلة التي استند إليها الحنفية والحنابلة سواء كانت من القرآن الكريم أو السنة المطهرة أو القياس أو المعقول وقد بسطناها في موضعها فلا داعي لإعادتها، أما ما اعترض عليه المالكية الشافعية من أن آية الأرحام يُقْصَدُ بها المذكورون في آية المواريث، فهو تخصيص بلا مخصص وآية الأرحام عامة تبقى على عمومها، أما ما استدل به المالكية والشافعية بوجوب إعطاء كل ذي حق حقه بنص حديث أبي أمامة رضي الله عنه، فَيُجَابُ عليهم بأن الرد على أصحاب الفروض هو إعطاء لكل ذي حق حقه، ويمكن قياس الرد على العول، والعقل والنظر وقواعد العدالة لا يمنعان الرد على ذوي الفروض لأن المقدم في الدية والعقل هم القرابة والعصبة، فكذلك في الإرث هم أولى عملا بقاعدة الغرم بالغنم.

- الرد قال به متأخروا المالكية والشافعية كما نقله بعض فقهاءهم، وهو مذهب جمهور الصحابة والتابعين عموما؛ حيث قال ابن يونس الصقلي من فقهاء المالكية: "ولو أدرك مالك وأصحابه زماننا هذا لجعلوا المواريث لذوي الأرحام إذا انفردوا، ولرد الرد على من يجب له الرد من ذوي السهام"⁽²⁾، وقال النووي من فقهاء الشافعية: "وأفتى المتأخرون إذا لم ينتظم أمر بيت المال بالرد على أهل الفرض

(1) محمود عيسى، خلاف الأئمة الأربعة في مسائل الميراث، ص312.

(2) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 638/21.

غير الزوجين"⁽¹⁾، وذلك بسبب فساد بيت مال المسلمين وجور الحكام في صرف الأموال العامة في مصارفها الشرعية، فَتَحَصَّلَ من هذا شَبْهُ إجماع على القول بالرد.

- القول بالرد هو إعمال للأدلة من دون إهمالها؛ ذلك لأن آيات الموارث دَلَّتْ على أن من كانت أنصبتهم محصورة لا مدخل للاجتهاد فيها، أما آية الأرحام فَيُعْمَلُ بها في مشروعية الرد بسبب الرحم والقربة، وأن ذوي الرحم أولى من جماعة المسلمين والرد إلى بيت مالهم بسبب الإسلام.

- لا يوجد دليل يمنع أن يرث الشخص بسببين كعلاقة الزوجية والقربة؛ فمثلا يرث الزوج النصف عن زوجته ويُرَدُّ له الباقي بسبب قرابته منها إذا لم يوجد لها وارث من قرابتها النسبية.

رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

إذا أعملنا قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها العام، فنستطيع أن نقرر بأن الأخذ برأي الحنفية والحنابلة في جواز الرد على ذوي الفروض الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد وافق فيه هذه القاعدة، وخاصة أن من دواعي العمل بهذا الرأي جلب المصلحة المتوخاة من ورائه.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

نصَّ المشرع في المادة 167 فقرة 1 من ق أ ج حيث جاء فيها ما يلي: "إذا لم تستغرق التركة ولم يوجد عصبه من النسب رُدَّ الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم"⁽²⁾.

واضح بجلاء من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري سار على القول بجواز الرد مرجحا مذهب الحنفية والحنابلة، وجمهرة علماء الأمة مراعاةً للخلاف، أما بالنسبة للرد إلى بيت مال المسلمين (الخزينة العامة)، فنص عليه المشرع لكن جعله في مرحلة ينعدم فيها أصحاب الفروض أو ذوي الأرحام أو الزوجين حيث نصت المادة 180 فقرة 2 من ق أ ج، ويجب أن يتم احترام هذا الترتيب في توزيع التركة في هذه الحالة؛ لأن الاعتبار فيه شدة القرابة ووضعها ونوع الرابطة وسببها، فإذا لم يوجد صاحب القرابة النسبية ولا الرحمة ولا السببية أعطينا الأموال إلى الخزينة⁽³⁾.

(1) النووي، منهاج الطالبين، ص 180.

(2) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع 24، ص 921.

(3) مُجَدِّ محدة، التركات والموارث، ص 255.

كما أن القول بالرد قد قرره معظم قوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي، ومنها قانون الميراث المصري الذي حاز قصب السبق في ذلك، حيث جاء في المادة 30 من القانون رقم 77 لسنة 1943 ما يلي: "إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم يوجد عصبة من النسب، رُدَّ الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض، بنسبة فروضهم، ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب، أو أحد من أصحاب الفروض النسبية أو أحد من ذوي الأرحام"⁽¹⁾.

كذلك أخذ بالرد المشرع السوري حيث جاء في المادة 288 في شأن الرد على الزوجين، فأجاز الرد على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، إذا لم يوجد عصبة، كما أنه أجاز الرد على أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب، أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام، فيكون الرد على الزوجين مؤخراً في القانون عن ميراث ذوي الأرحام"⁽²⁾.

كما نصت مدونة الأسرة المغربية في الفقرة السادسة من المادة 349 بأنه: "تتولى السلطة المكلفة بأحكام الدولة حيازة الميراث إذا لم يكن هناك وارث فإذا وجد وارث واحد بالفرض رُدَّ عليه الباقي وإذا تعدد الورثة بالفرض ولم تستغرق الفروض التركة رُدَّ عليهم الباقي حسب نسبهم في الإرث"، كما جاء في الظهير الملكي الصادر 154-62-1 بتاريخ: 29 رجب 1382 الموافق 29 أكتوبر 1962م، المتعلق بالرد: "إذا كان للدولة حقوق إرثية بصفتها وارثة بالتعصيب فإن الحظ الذي ينوب بيت المال يتخلى عنه للورثة الفرضيين إن كانوا موجودين، ويوزع هذا الحظ بين الشركاء في الإرث بالنسبة للجزء الموروث المخصص لكل واحد منهم"⁽³⁾.

كما نص المشرع التونسي على الرد في الفصل 143 مكرر حيث جاء فيها: "عند فقد العصبة ولم تستغرق الفروض التركة يرد الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم"⁽⁴⁾.

ثانياً: تطبيقات مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

لم أعر على أي قرار للمحكمة العليا فيما بحثت يكرس أي اجتهاد قضائي يذكر في ذلك مما يعني أن العمل القضائي على مستوى الجهات القضائية لم تطرح عليها مسألة الرد.

(1) نصر فريد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، ص 197.

(2) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7828/10.

(3) كمال بلحركة، خصوصية نظام الموارث في القانون المغربي (مقال)، ص 09.

(4) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ص 29.

المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة الوقف على النفس.

الوقف وجه من وجوه البر التي شرعها الله تعالى تجري على الإنسان في حياته وبعد مماته، وهو منظومة تشريعية في الفقه الإسلامي لها أسسها وقواعدها المنضبطة، والتي استفادت منها التشريعات الأسرية المعاصرة في مجال الأحوال الشخصية، ومن بين المسائل التي نَظَّمَتَهَا قوانين الأسرة، ومنها قانون الأسرة الجزائري الوقف على النفس، والتي جاء عن فقهاء الشريعة في شروط الوقف بأن من بين شروط الوقف أن لا يعود بالنفع على الواقف، وقد اختلف الفقهاء فيه، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف بالمسألة.

نتناول في هذا الفرع تعريف الوقف وبيان مشروعيته والحكمة منه، كما سنوضح المقصود بالوقف على النفس، وذلك في النقاط التالية.

أولاً- تعريف الوقف وبيان مشروعيته والحكمة من تشريعه:

1- تعريف الوقف:

أ- لغة:

الواو والقفاء والفاء: أَصْلٌ واحد يدل على تَمَكُّثٍ في شيء ثم يقاس عليه، منه وَقَفْتُ أَقِفْ وَوُقُوفًا، وَقَفْتُ الدابةُ تَقِفُ وَقَفًا وَوُقُوفًا سكنت، وَوَقَفْتُهَا أنا يتعدى ولا يتعدى، وَوَقَفْتُ الدَّارَ وَقَفًا حَبَسْتُهَا في سبيل الله، وشيء مَوْقُوفٌ وَوَقِفٌ أيضا تسمية بالمصدر، والجمع أَوْقَافٌ مثل ثوب وأثواب، وَوَقَفْتُ الرجلَ عن الشيء وقفا منعه عنه، وأوقفت الدار والدابة بالألف لغة تميم، وأنكرها بعض اللغويين⁽¹⁾. وَيَتَلَخَّصُ لدينا أن الوقف بمعنى الحبس، والإمساك عن الحجة، وأقرب المعاني للمعنى الاصطلاحي هو الحبس، واللفظتان يطلقان ويراد بهما معنى واحد قال عياض: "الْوَقْفُ وَالْحَبْسُ بمعنى"⁽²⁾.

ب- اصطلاحاً:

وردت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تعريفات كثيرة للوقف من الناحية الاصطلاحية منها:

- تعريف الوقف في الفقه الإسلامي:

- عَرَّفَهُ الحنفية بأنه حبس المملوك عن التملك من الغير⁽³⁾.

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: وقف، 135/6؛ الفيومي، المصباح المنير، مادة: وقف، 669/2.

(2) عياض، مشارق الأنوار، 293/2.

(3) السرخسي، المبسوط، 27/12.

يفهم من هذا التعريف أن المملوك لا يخرج عن ملك صاحبه مثل العارية، لأن الوقف غير لازم على أصل الأحناف⁽¹⁾.

- وَعَرَّفَهُ المالكية بقولهم: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا".

فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى والعبد المُخْدَم حياته⁽²⁾.

- كما عَرَّفَهُ الشافعية بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"⁽³⁾.

- كذلك عَرَّفَهُ الحنابلة بأنه: "تحبس الأصل، وتسهيل الثمرة"⁽⁴⁾، وهذا التعريف رَجَّحَهُ كثير من الباحثين المعاصرين في مجال الأوقاف منهم مُجَدِّ عبيد الكبيسي وعكرمة صبري ومنذر القضاة⁽⁵⁾؛ لكونه مقتبساً من قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «أَحْبَسْ أَصْلَهَا، وَسَبِّلْ ثَمَرَهَا»⁽⁶⁾.

الملاحظ على هذه التعاريف أنها اتفقت في أغلبها أن الوقف هو التحبيس لأصل الملك وعينه ومنع التصرف فيها، وتسهيل منفعتها وإعطاء حق الانتفاع للذي أعطي له هذا الحق تبرعاً لله تعالى.

- تعريف الوقف في القانون الوضعي:

عرفته المادة 213 من ق أ ج بقولها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد والتصدق"⁽⁷⁾، كذلك جاء تعريفه في قانون الأوقاف في المادة 03: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"⁽⁸⁾.

ما يلاحظ في المادتين، أن التعريف القانوني للوقف جاء متكاملًا من حيث الصياغة القانونية؛ لجمعه ثلاث خصائص أساسية: الدوام والتأيد، وإسقاط الملكية عن العين الموقوفة، ونية التصديق⁽⁹⁾.

(1) السرخسي، المرجع السابق، 27/12.

(2) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 429/8.

(3) الشرييني، مغني المحتاج، 522/3.

(4) ابن قدامة، المغني، 03/6.

(5) مُجَدِّ الكبيسي، أحكام الوقف، 88/1؛ عكرمة صبري، الوقف الإسلامي، ص42؛ منذر القضاة، أحكام الوقف، ص46.

(6) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب الصدقات، باب من وقف، حديث رقم: 2397، 476/3؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "إسناده صحيح".

(7) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص924.

(8) القانون رقم: 10/91 المؤرخ في: 1991/04/27، الجريدة الرسمية، ع21، ص690.

(9) موسى قرعاني، عقد الوقف وطرق إثباته، ص13.

2- مشروعية الوقف:

ثبتت مشروعية الوقف في الشريعة الإسلامية بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع؛ وهي كالاتي:

أ- من القرآن الكريم:

يمكن الاستدلال على مشروعية الوقف من القرآن الكريم بكثير من الآيات؛ منها قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 280]، وقوله: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: 92]، وقوله أيضا: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: 77]، فالوقف يدخل في عموم هذه الآيات؛ لأن الصدقات مندوب إليها، والوقف في حقيقته صدقة وبر وخير ومعروف، فهو مندوب إليه⁽¹⁾.

ب- من السنة النبوية المشرفة:

من الأحاديث التي تعتبر أصلا في مشروعية الوقف قوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»⁽²⁾، فالصدقة الجارية في الحديث فسرها بعض العلماء بالوقف منهم النووي حيث علّق هاهنا بقوله: "وفيه دليل لصحة أصل الوقف وعظيم ثوابه"⁽³⁾.

كذلك من أصرحها دلالة على الوقف ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه قال: أصبت أرضا بخير فقلت: يا رسول الله إني أصبت أرضا ما أصبت مالا قط هو أنفس عندي منه، فقال رسول الله ﷺ: «إِنْ شِئْتَ تَصَدَّقْتَ بِهَا وَحَبَسْتَ أَصْلَهَا»، قال فجعلها عمر لا تباع ولا توهب ولا تورث، وتصدق بها على الفقراء والمساكين وابن السبيل والغزاة في سبيل الله وفي الرقاب والضيف⁽⁴⁾.

ج - من الإجماع:

انعقد إجماع الأمة الإسلامية على جواز الوقف من حيث الأصل، ونقل غير واحد من الفقهاء أن

(1) عكرمة صبري، المرجع السابق، ص 44.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، حديث رقم: 1631، 1255/3.

(3) النووي، المنهاج، 85/11.

(4) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الأحباس، باب كيف يُكْتَبُ الحبس؟، حديث رقم: 4414، 335/5؛ قال الدارقطني معلقا على سند الحديث: "هذا أجود حديث رواه أبو عون".

الأمة منذ عهد الصحابة أوقفوا العقارات والبساتين والكتب والمصاحف وغيرها؛ قال القرطبي: "فإن المسألة إجماع من الصحابة، وذلك أن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً وعائشة وفاطمة وعمرو بن العاص وابن الزبير وجابراً كلهم أوقفوا الأوقاف، وأوقفهم بمكة والمدينة معروفة مشهورة"⁽¹⁾.

3- الحكمة من تشريع الوقف:

من بين الحكيم المكنونة في تشريع الوقف ما يلي⁽²⁾:

- أ- فتح باب التقرب إلى الله في تسبيل المال في سبيل الله تعالى وتحصيل المزيد من الأجر والثواب.
- ب- الوقف دليل على الوحدة الاجتماعية القوية في الإسلام، واللحمة العظيمة التي أرسنها العقيدة في نفوس أتباعها فكانوا كالإخوة المتحابين؛ قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: 10].
- ج- إن في بعض أنواع الوقف دفع لعجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، والزراعية والصناعية، إذا ما أُحسن توجيه الوقف واستغلال تلك المجالات.

ثانياً- المقصود بالوقف على النفس:

صورة الوقف على النفس أن يقول الواقف:

- 1- وَقَفْتُ هذه الدار على نفسي.
 - 2- وَقَفْتُ هذه الدار على نفسي، ثم من بعدي على الفقراء.
 - 3- وَقَفْتُ هذه الدار على الفقراء، على شرط أن تكون الغلة لي مدة حياتي.
- هذه ثلاث صيغ لصور الوقف على النفس، لكن الفقهاء انقسموا إلى فريقين في التفريق بينها؛ ففريق يرى أن هذه الصيغ مؤداها واحد في الحكم، ذلك أنه لا فرق بين أن يجعل الواقف الغلة لنفسه أو أن يقفها على نفسه، لأن معنى الوقف التصديق بالمنفعة، وفريق آخر فَرَّقَ بين أن يجعل الواقف حكم الوقف لنفسه، وبين أن يجعل غلته لنفسه⁽³⁾.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة.

سندرس في هذا الفرع مذاهب الفقهاء في مسألة الوقف على النفس، مع تفصيل أدلتهم، كذلك نستعرض المناقشات والاعتراضات والإجابات الواردة، ثم الترجيح بينها، ثم بيان وجه مراعاة الخلاف.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 339/6.

(2) منذر القضاة، أحكام الوقف، ص46.

(3) محمد الكبيسي، أحكام الوقف، 430/1.

أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة.

اختلف الفقهاء في مسألة الوقف على النفس إلى عدة أقوال، تتلخص في مذهبين رئيسين هما:

- 1- قول المجيزين: يرى أبو يوسف من الحنفية وأحمد في رواية وبعض الشافعية جواز الوقف على النفس⁽¹⁾، وهو المذهب المفتى به عند الأحناف والحنابلة ترغيباً للناس في الوقف وتحقيقاً للمصلحة⁽²⁾.
- 2- قول المانعين: يرى المالكية والشافعية والأكثر الحنابلة ومُحمَّد بن الحسن بطلان هذا الوقف⁽³⁾.

ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة.

1- أدلة قول المجيزين:

استدل فقهاء هذا المذهب بأدلة كثيرة من المنقول والمعقول نسوق بعضها على النحو التالي:

أ- أدلتهم من السنة النبوية المشرفة:

استدلوا بقول ابن عمر رضي الله عنهما في حديث وقف عمر رضي الله عنه: "لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف"⁽⁴⁾، ويؤخذ من هذا الحديث أنه يجوز لمن يتولى الوقف أن يأكل منه بالمعروف، فلا فرق بين أن يكون الواقف هو المتولي نفسه أو غيره، علماً أن عمر رضي الله عنه كان يتولى وقفه بنفسه⁽⁵⁾. كما استدلوا بحديث عثمان رضي الله عنه في وقفه بئر رومة لما قال للخارجين عليه وهو محصور: "أَنْشُدْكُمْ بِاللَّهِ وَالْإِسْلَامِ هَلْ تَعْلَمُونَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَلَيْسَ بِهَا مَاءٌ يُسْتَعَذَّبُ غَيْرَ بَيْرِ رُومَةَ"⁽⁶⁾ فقال رسول الله ﷺ: «مَنْ يَشْتَرِي بِئْرَ رُومَةَ فَيَجْعَلَ دَلْوَهُ مَعَ دِلَاءِ الْمُسْلِمِينَ يَحْيِي لَهُ مِنْهَا فِي الْجَنَّةِ؟»⁽⁷⁾، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن فيه دليل على أنه يجوز للواقف أن يجعل لنفسه نصيباً

(1) الزيلعي، تبين الحقائق، 328/3؛ البهوتي، كشف القناع، 247/4.

(2) ابن مازة، الحبط البرهاني، 122/6؛ المرداوي، الإنصاف، 18/7.

(3) البغدادي، الإشراف، 673/2؛ الشيرازي، المهذب، 324/2؛ البهوتي، كشف القناع، 247/4، الزيلعي، تبين الحقائق، 328/3.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، حديث رقم: 2737، 198/3.

(5) عكرمة صبري، الوقف الإسلامي، ص 249.

(6) بئر رومة: هي بئر معروفة بالمدينة لصاحبها رومة الغفاري اليهودي، ورومة بضم الراء وسكون الواو؛ ينظر: العيني، عمدة القاري، 190/12.

(7) رواه الترمذي في سننه، أبواب المناقب، باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه، حديث رقم: 3703، 68/6؛ قال الترمذي: "هذا حديث حسن".

من الوقف⁽¹⁾، كذلك من أدلتهم قوله ﷺ: «مَا كَسَبَ الرَّجُلُ كَسْبًا أَطْيَبَ مِنْ عَمَلٍ يَدِهِ، وَمَا أَنْفَقَ الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ، فَهُوَ صَدَقَةٌ»⁽²⁾، فالحديث يدل على أن إنفاق الرجل على نفسه وزوجه وأولاده وخادمه صدقة، والصدقة لفظ شامل للوقف وغيره⁽³⁾.

وقال عليه الصلاة والسلام كذلك: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا»⁽⁴⁾، ظاهر الحديث يدل أن التَّصَدَّقَ على النفس جائز، والوقف من أنواع الصدقات، فجاز الوقف على النفس كذلك⁽⁵⁾.

ب- أدلتهم من آثار الصحابة رضي الله عنهم:

استدلوا بما جاء عن حُجْرٍ الْمَدَرِيِّ رضي الله عنه: "أن في صدقة النبي ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف غَيْرِ الْمُنْكَرِ"⁽⁶⁾، كذلك ثبت عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنهم أوقفوا واشتروا المنفعة لأنفسهم، وقد بَوَّبَ البخاري في صحيحه⁽⁷⁾ بقوله: "باب إذا وقف أرضاً أو بئراً، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين، وأوقف أنس داراً، فكان إذا قَدِمَهَا نزلها وتصدق الزبير بدوره، وقال: للمردودة من بناته أن تسكن غير مُضَرَّةٍ ولا مُضَرٍّ بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق، وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجة من آل عبد الله"، عَلَّقَ ابن حجر هاهنا بقوله: "هذه الترجمة معقودة لمن يشترط لنفسه مِنْ وَقْفِهِ مَنَفَعَةً"⁽⁸⁾.

ج- أدلتهم من المعقول:

استدلوا من جهة المعقول بما يلي:

- أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القرية، فإذا شَرَطَ الواقف البعض أو الكل لنفسه، فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه، وهذا جائز، كما إذا بنى

(1) الشوكاني، نيل الأوطار، 31/6.

(2) أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب التجارات، باب الحث على المكاسب، حديث رقم: 2138، 271/3؛ قال محققوه شعيب الأرنؤوط وآخرون: "حديث صحيح وهذا إسناد حسن".

(3) عكرمة صبري، المرجع السابق، ص 249.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، حديث رقم: 997، 692/2.

(5) مُجَدِّدُ الْكِبَرِيِّ، أحكام الوقف، 451/1.

(6) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: كتاب الرد على أبي حنيفة، أثر رقم: 38867، 225/20؛ قال محققه الشري: "مرسل؛ حجر المدري تابعي".

(7) البخاري، الجامع الصحيح، 13/4؛ وهذه الآثار وصلها ابن حجر، ينظر: فتح الباري، 407/5.

(8) ابن حجر، فتح الباري، 407/5.

خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة، وشَرَطَ أن ينزله أو يشرب منه أو يُدْفَنَ فيه، ويعتبر في الوقف كذلك شرط الواقف غير المنافي للقربة والشرع، وإذا شَرَطَ لنفسه فهو بذلك لا ينافي أصل الوقف⁽¹⁾.
- أن الواقف لما استوى هو وغيره في الوقف العام جاز أن يستوي هو وغيره في الوقف الخاص⁽²⁾.

2- أدلة قول المانعين:

من جملة أدلة هذا المذهب السنة النبوية المشرفة والقياس والمعقول وبيانها على النحو التالي:

أ- من السنة النبوية المشرفة:

دليلهم قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ»⁽³⁾، ووجه الدلالة بالحديث أن وقفه على نفسه لا يجوز؛ لأن تسبيل الثمرة يمنع أن تكون له فيها حق⁽⁴⁾.

ب- من القياس:

قاسوا الوقف على الصدقة، فلا تصح صدقة الإنسان على نفسه، ولا يصح وقفه على نفسه⁽⁵⁾.

ج- من المعقول:

قالوا أن الوقف عقد يقتضي زوال الملك فصار كالبيع والهبة، فلما لم تصح مبايعة نفسه ولا الهبة بها لم يصح الوقف عليها، ولأن استثناء منافع الوقف لنفسه كاستثنائه في العتق أحكام الرق لنفسه، فلما لم يجز هذا في العتق لم يجز مثله في الوقف، ولأن الوقف يوجب إزالة ملك واستحداث غيره؛ وهو إذا وقف على نفسه لم يُزَلْ بالوقف ملكا ولا استحدث به ملكا لغيره فلم يجز أن يصير وقفا⁽⁶⁾.

ثالثا: المناقشة وال ترجيح.

1- المناقشة:

أ- مناقشة أدلة القائلين بجواز الوقف على النفس:

أورد المانعون للوقف على النفس عدة اعتراضات وانتقادات؛ نذكرها كالتالي:

(1) المرغيناني، الهداية، 19/3؛ ابن الهمام، فتح القدير، 227/6.

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، 525/7.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الصغرى، كتاب البيوع، باب الوقف، أثر رقم: 2222، 336/02؛ قال ابن الملتن: "هذا الحديث

صحيح"، ينظر: البدر المنير، 99/7.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 525/7.

(5) المرجع نفسه.

(6) المرجع نفسه.

- ناقشوا الاستدلال بحديث عمر رضي الله عنه بأنه رضي الله عنه قد جعل لمن يلي صدقاته أن يأكل منها، ولكنه لم يلها ولم يأكل منها، فكيف يكون تصرفه حجة لمن يجيز اشتراط الغلات لنفسه⁽¹⁾.

- قول سيدنا عثمان رضي الله عنه في وقفه بئر رومة: "دلوي فيها كدلاء المسلمين" ليس على سبيل الشرط، بل إخبار بأن للواقف أن ينتفع بوقفه العام كالصلاة بمسجد وقفه، ولو وقف على نفسه وحكم به حاكم نَفَذَ حكمه ولم يُنْقَضْ؛ لأنها مسألة اجتهادية، وأجيب بأنه لما استوى الواقف وغيره في الوقف العام، فلا مانع من جواز ذلك في الوقف الخاص فلا دليل على التقييد⁽²⁾.

- أما الاستدلال بأحاديث الإنفاق على النفس، فناقشوها بأن إنفاق الإنسان على نفسه لا يسمى تصدقا بالمعنى المعروف على وجه الحقيقة ولا يسمى بحال من الأحوال تبرعا، فقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَبْدَأْ بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا»، لا يُسَيِّعُ للواقف أن يقف ويجعل الغلات لنفسه ما دام حيا⁽³⁾، ويجاب على ذلك بأن الأصل في الكلام حمله على حقيقته، وقد اشتهرت بين الصحابة أوقاف عمر رضي الله عنه واشترطه المنفعة كسكناه وسكنى ذريته من بعده كما أخبر ابنه عبد الله، ولم ينكر عليه أحد.

- أما آثار الصحابة رضي الله عنهم كسكنى عمر والزبير رضي الله عنهما لما وَقَفَاهُ، فقد يجوز أن تكون سكناهما بعد استطابة نفوس أربابه؛ لأن نفس من وَقَفَ عليه لا يأتي إرفاق الوقف به، ولو منعه لامتنع أو يكون قد استأجر ذلك من واقفه⁽⁴⁾، ويجب أن الدليل إذا تطرق إليه احتمال بطل به الاستدلال⁽⁵⁾.

ب- مناقشة أدلة القائلين بمنع الوقف على النفس:

يلاحظ على أدلة هذا الفريق إجمالا أنها اعتمدت على دليل واحد من المنقول، وما بقي منها فهي أدلة عقلية مبناها على الرأي والقياس، والنقد العام الذي يرد عليها أنه إذا تعارضت الأدلة النقلية والعقلية فالعبرة بالمنقول منها، أما تفصيل القول في مناقشتها واحدا تلو الآخر؛ فبيانها كالآتي:

- الاستدلال من المنقول بحديث عمر رضي الله عنه في أن تسبيل الثمرة يمنع من أن يكون للواقف على النفس حق، فَيُرَدُّ على ذلك بالقول أن استحقاق الشيء وقفا غير استحقاقه مِلْكًا، كذلك هو تخصيص بلا

(1) مُجَدُّ أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 185.

(2) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 525/7؛ عكرمة صبري، الوقف الإسلامي، ص 254.

(3) مُجَدُّ أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 186.

(4) الماوردي، الحاوي الكبير، 526/7.

(5) مُجَدُّ الكبيسي، أحكام الوقف، 454/1.

- مخصص ذلك أن أمر النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه بتسبيل الثمرة هو أمر بالتصدق على سبيل العموم، فجاز أن يتصدق على نفسه لقوله ﷺ في الحديث الآخر بأن يبدأ بنفسه فيتصدق عليها⁽¹⁾.
- كذلك يناقش قياس عدم جواز الوقف على النفس على عدم جواز التصديق على النفس، بأنه قياس في مقابلة النص، وهو قوله ﷺ: «ابْدَأْ بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا».
- ونوقش الاستدلال بأن الوقف عقد يقتضي زوال الملك فصار كالبيع والهبة هو جمع بين مختلفين، لأن البيع والهبة تمليك للعين والمنفعة، أما الوقف فهو تحبيس لأصل العين وتسبيل لمنفعته وثمرته.
- أما استثناء منافع الوقف لنفسه، فنوقش بأن المقصود من الوقف حصول القرية للواقف بوقفه، والاستثناء لنفسه من منافع وقفه لا ينفي أصل التحبيس لله، وهو جائز كجواز إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة، واشترط لنفسه أن ينزل الخان، أو يشرب من السقاية، أو يُدفن في المقبرة⁽²⁾.
- أما قولهم بأن الوقف يوجب إزالة ملك واستحداث غيره؛ فإذا وقف على نفسه لم يُزَلْ بالوقف ملكا ولا استحدث به ملكا لغيره فلم يجوز أن يصير وقفا، فيناقش بأن الوقف إزالة الملك الكائن بالعين وإسقاطه لا إلى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه غير المنافي للقرية والشرع، وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك⁽³⁾.

2- الترجيح:

- بعد إيراد أدلة المذهبين في المسألة، وكذا المناقشات والانتقادات، نخلص إلى بيان القول الراجح في المسألة؛ فيظهر والله أعلم أن القول بجواز الوقف على النفس أليق بالترجيح، نظرا للأسباب التالية:
- أ- أن الأدلة التي استند إليها هذا الفريق جُلُّها نقلية صحيحة صريحة تمتاز بالقوة والدقة، أما أدلة مخالفينهم فهي أدلة في جُلِّها عقلية، والقاعدة المعمول بها أصوليا أنه إذا تعارضت الأدلة النقلية والعقلية فالتقديم يكون للأدلة النقلية⁽⁴⁾.
- ب- أن اشتراط الواقف الغلة لنفسه لا ينافي أصل الوقف؛ ذلك أن القاعدة في هذا الباب أن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة⁽⁵⁾، والوقف على النفس من قبيل اعتبار شرط الواقف.

(1) ابن حزم، المحلى، 159/8.

(2) العيني، البناية، 449/7.

(3) ابن الهمام، فتح القدير، 227/6.

(4) عكرمة صبري، المرجع السابق، ص 249.

(5) محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 82/5.

ج- الوقف على النفس من قبيل الوقف الخاص، وتجويزه من قبيل تجويز الوقف العام، فمن وقف وقفاً عاماً ثم اشترط لنفسه منه شيئاً فلا ينافي أصل الوقف العام؛ لأنه لا دليل على التفريق بينهما بل الأدلة مُتَضَافَةٌ على جواز ذلك، ومنها وقف سيدنا عمر وعثمان رضي الله عنهما كما مرَّ معنا.

د- أن الوقف على النفس فيه مصلحة مرتجاة تتمثل في حث الناس على الإكثار من الأوقاف، وهذا فيه مقاصد عظيمة ومصالح عميمة تتمثل في تكثير أعمال البر والخير التي تعود بالنفع على الأمة، فالقول بالجواز مُحَقَّقٌ لهذه المقاصد.

رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.

المسألة إذا نظرنا إليها من زاوية المعنى العام لقاعدة مراعاة الخلاف وجدنا المشرع يتوافق معها في توجهه إلى اختيار جواز الوقف على النفس انتقالاتاً إلى مذهب الحنفية، وخروجاً عن مذهب المالكية.

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف بين التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.

أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.

قام المشرع الجزائري بمعالجة هذه المسألة في المادة 214 من ق أ ج حيث جاء فيها: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مآل ذلك الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية"⁽¹⁾، فالمادة أجازت الاحتفاظ بمنفعة الشيء الموقوف مدة حياة الواقف بشرط تسبيلها بعد وفاته، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالرأي الراجح عند الحنفية موافقة لقاعدة مراعاة الخلاف، وقد خرج عن المذهب المالكي الذي يعتبر من أشد المذاهب تشدداً في إبطال الوقف على النفس.

وقد تفاوتت التشريعات العربية في الأخذ بمبدأ الوقف على النفس، فالمشرع المصري قام بإلغائه، فتقاصر الناس عنه، مما اضطر المشرعين المصريين في وزارة الأوقاف إلى إعادة النظر في هذا الإلغاء، ورجع من كان يرى عدم جواز الوقف على النفس من العلماء إلى القول بجوازه⁽²⁾، أما في التشريع السوري فقد كانت الأوقاف الأهلية (الذرية) في سوريا قبل سنة 1949 تدار بيد النظار والقضاة على وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وفي سنة 1949 صدر مرسوم تشريعي يقضي بمنع الأوقاف الذرية⁽³⁾، أما بالنسبة لموقف المشرع المغربي من الوقف على النفس وسماه في مدونة الأوقاف المغربية

(1) القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، الجريدة الرسمية، ع24، ص924.

(2) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص187.

(3) أسامة الحموي، قانون الأحوال الشخصية 2، ص145.

بالوقف المشترك، ونص عليه في المادة 108 من مدونة الأوقاف، أما المشرع التونسي فلا نجده قد اعترف للوقف بوجود قانوني لما عَمَدَ إلى إلغائه بالكلية عندما قام بحلّ جمعية الأوقاف، والمنع من التحسيس مستقبلا ودمج الأملاك الوقفية في أملاك الدولة وإلحاق موظفيها بالوظيفة العمومية⁽¹⁾. ويبدو واضحا أن المسوغ في تبني هذا المذهب هو تحقيق المصلحة بفتح باب التشجيع على الوقف خاصة إذا علم الواقف أنه بإمكانه أن يحتفظ بغلة أوقافه كلها أو جزء منها مدة حياته.

ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.

تناول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا هذه المسألة في عديد القرارات، منها القرار المؤرخ في: 1984/12/13 وفيه ما يلي: "من المقرر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبس الذي يحجر وفقا للمذهب الحنفي يرخص بالتحسيس على النفس قيد الحياة أنه ولا يشترط فيه الحياة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أنه يجعل لهن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة ومن ثم فإن النعي على هذا القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب وانتهاك قواعد الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض"⁽²⁾.

ويستفاد من القرار أن القضاء كان يعتمد على المذهب الحنفي قبل صدور قانون الأسرة في مجال التحسيس على النفس ثم كرس ذلك بالتنصيص عليه صراحة عند إصدار هذا القانون عام 1984⁽³⁾. كذلك من بين القرارات التي تناولت هذه المسألة كذلك ما صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/12/18 وفيه: "من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية"⁽⁴⁾.

وجاء كذلك في القرار الصادر بتاريخ 1994/03/30 معالجة هذه المسألة ولكن تلميحا لا تصريحاً حيث نص القرار على الآتي: "من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها

(1) لمياء فاتي، قراءة مقاصدية في مدونة الأوقاف الجديدة (مقال)، ص 03؛ جمعة شيخة، الوقف بين التنظير والتطبيق والإلغاء التجربة التونسية نموذجا (مقال)، ص 14-15.

(2) قرار رقم: 35351، بتاريخ: 1984/12/13، المجلة القضائية، ع 4، 1989م، ص 95.

(3) جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، ص 366.

(4) موسى قرعاني، عقد الوقف وطرق إثباته، ص 18.

بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما وليس للمُحْبَسِ إلا حق الانتفاع⁽¹⁾، وجاء أيضا في حيثيات القرار الصادر بتاريخ 1999/11/16 ما يلي: "حيث أن عقد الحبس العرفي المؤرخ في فاتح جانفي 1973 قد اعتمد فيه واضعه المذهب الحنفي بصفة واضحة لأن المذهب المالكي لا يجيز التحبيس على النفس ولا يحرم البنات مما يعني أن المرحوم (ع م ب أ) المدعو (ب) الذي حبس كل أملاكه أولا على نفسه ثم على أولاده وليس للبنات إلا النفقة والكسوة إلخ وهذه الشروط خاصة بالمذهب الحنفي.

حيث أن القرار المنتقد قد ألغى الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يوضع في عقد رسمي طبقا للمادة 12 من الأمر المتضمن قانون التوثيق مع أن هذه المادة لا تنطبق على الحبس الذي يدخل في أعمال التبرع علما بأن أوجه البر المختلفة تعود إلى الشريعة الإسلامية، وبذلك لا يمكن تطبيق قانون الأسرة بمفعول رجعي على وقائع تمت سنة 1973، وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ودون الحاجة إلى مناقشة الوجه الثاني⁽²⁾.

من خلال منطوق هذه القرارات التي نَسْتَشِفُّ منها أنها أجازت لِلْمُحْبَسِ حق الانتفاع بالعين المُحْبَسَةِ، وقد أفادت هذا المعنى سواء صراحة كما في القرارات الأول والثاني والرابع، أو إيماءً كما هو واضح في القرار الثالث، وهذا تطبيقا للمادة 214 من ق أ ج.

(1) موسى قرعاني، المرجع السابق، ص 18.

(2) قرار رقم: 234655، بتاريخ: 1999/11/16، المجلة القضائية، ع 1، 2001م، 269.

خاتمة

وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات

الحمد لله في المبتدأ والاختتام، والشكر له وحده على التوفيق للإتمام، فبعد كل ما وقفنا عليه في هذا البحث على الصعيد النظري من تأصيل لقاعدة مراعاة الخلاف وبيان مفرداتها ومصطلحاتها وما تعلق بها من مباحث، وكذا على الصعيد التطبيقي الذي أبرزنا فيه تطبيقات القاعدة من الناحية القانونية مجسدة في قانون الأسرة الجزائري مع مقارنته ببعض القوانين العربية الأخرى وكذا اجتهادات المحكمة العليا؛ نخلص الآن إلى تعداد أهم النتائج المتوصل إليها، وكذا أهم التوصيات المقترحة كعناصر خادمة لموضوع البحث.

أولاً- النتائج:

يمكن حوصلة نتائج هذا البحث في النقاط التالية:

- 1- الخلاف الفقهي أمر مشروع في الفقه الإسلامي دلت عليه النصوص النقلية والقواعد العقلية، وقد وقع في الأزمنة المباركة وهو دليل على مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها في كل زمان ومكان.
- 2- توصلت إلى أن الخلاف الفقهي كله محمود لكنه ينقسم إلى نوعين؛ فمنه خلاف التنوع وهو ما لا يكون فيه أحد الأقوال مناقضا للأقوال الأخرى، ومنه خلاف التضاد وهو ما كانت الأقوال متضادة ومتعارضة في المسألة المختلف فيها، كل قول يناقض القول الآخر ويُبَايَنُهُ، أما تقسيمه إلى محمود ومذموم فهو لا ينطبق على هذا النوع من الخلاف.
- 3- يبدو من خلال الدراسة أن للخلاف الفقهي أسبابا متعددة منها ما يرجع إلى تعدد أوجه القراءات القرآنية، ومنها بسبب ثبوت الحديث النبوي من عدمه، ومنها بسبب دلالة النص الشرعي، ومنها بسبب طرق دفع التعارض بين النصوص، ومنها بسبب حجية المصادر التبعية للتشريع.
- 4- ما تَرَجَّحَ لي في بيان مدلول قاعدة مراعاة الخلاف أنها انتقال المجتهد إلى قول غيره من المجتهدين لمسوّغ، وذلك بهدف الترجيح بين الأقوال الفقهية المختلفة، واختيار أنسبها للتقنين التشريعي والتطبيق القضائي، وترجيح أليقها بتحقيق مقاصد التكليف كرفع الحرج وجلب المصالح ودرء المفاسد وغيرها، وهي بمثابة مسوغات للانتقال، وقد تم تقسيمها إلى نوعين مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل أو المراعاة الكلية، مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل أو المراعاة الجزئية.
- 5- تبين لي من خلال الدراسة أن لقاعدة مراعاة الخلاف معنى خاص عند المالكية؛ وهو عبارة عن إعادة النظر من المجتهد في الحكم لما يترتب عليه من آثار وإشكالات تستدعي نظرا جديدا يأخذ

بعين الاعتبار دليل المخالف، فيبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه، كذلك لها معنى آخر أعم من المعنى الخاص بالمالكية الذي أسلفنا بيانه؛ وهو مطلق اعتبار الخلاف والانتقال إلى مذهب المخالف لمسوغ، وهذا النوع من مراعاة الخلاف هو توسط بين الدليلين وقول بحكم ثالث بين الحكمين، وكلا المعنيين قد تم توظيفهما في دراسة المسائل الفقهية.

6- ما استقر عليه اختياري حول حكم العمل بقاعدة مراعاة الخلاف أنه جائز العمل بها في قول أغلب الفقهاء والأصوليين، وأن ذلك سائغ بضوابطه التي منها أن لا تكون مراعاة الخلاف مفضية بالضرورة إلى صورة فيها خرق الإجماع، وأن يكون الخلاف المراعى قويا من ناحية المُدْرِك ودليل الاستنباط، وأن يكون الجمع بين الآراء المذهبية ممكنا، وهذا في حالة مراعاة الخلاف قبل الوقوع.

7- مما تَحَرَّرَ لي أن لإعمال قاعدة مراعاة الخلاف مقتضيات مقاصدية ومسوغات مصلحة يجب ملاحظتها أثناء الاجتهاد في توظيف هذه القاعدة؛ ومن أهمها: مقصد تلافي الضرر، ومقصد التيسير ورفع الحرج، ومقصد الاحتياط، ومقصد تضيق دائرة الخلاف.

8- ما ظهر من خلال الدراسة أن تقنين الفقه الإسلامي جائز بشروط من أهمها ترك مجال لإعادة النظر فيه بين الفينة والأخرى، وهو من العوامل المساعدة للقضاة على توحيد أحكامهم وانتفاء الفوضى فيها، كذلك الاجتهاد القضائي له أصوله في الشريعة الإسلامية وهو عامل مهم في بقاء الأحكام الشرعية حية سائدة في المجتمع، وقصدنا في مفهومه القانوني في البحث إلى أنه مجموع القرارات القضائية المطبقة في مجال معين.

9- مما تقرر أن أحكام الأسرة في الجزائر تم تقنينها وفق المذهب المالكي، كذلك منها ما هو خارج عن المذهب المالكي وهذا الخروج لا يمكن تسويغه إلا في إطار تفعيل قاعدة مراعاة الخلاف وإن لم يأت نص قانوني صريح في ذلك، لكن المادة 222 من ق أ ج تجيز الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بكل مذاهبها، ومعلوم أن المذاهب الفقهية تتسم جل آرائها وأقوالها بالخلاف سواء العالي أو النازل، وفي كثير من الأحكام الفقهية يلجأ الفقهاء إلى قاعدة الترجيح فيما بينها، ولا ترجيح إلا بعد خلاف معتبر شرعا، ومن هنا نشأ علم الفقه المقارن.

10- انتهت في هذا البحث إلى تقسيم مصادر قانون الأسرة الجزائري إلى قسمين أساسيين؛ مصادر شرعية وهي المستمدة من الشريعة الإسلامية، وهي بدورها قَسَمْتُهَا إلى مصادر نصية وتتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث والإجماع والقياس، ومصادر غير

نصية وهي الاجتهاد والفقه على المذاهب الأربعة أو غيرها، أما المصدر الثاني فهي المصادر القانونية، وتتمثل في التشريعات القانونية لأربع دول عربية هي مصر وسوريا والمغرب وتونس، وقد استعان بها المشرع الجزائري لوضع قانون الأسرة.

11- توصلت في هذا البحث بعد استقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري وقرارات الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا إلى جمع جملة من المسائل الفقهية التي تعتبر كنماذج لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الزواج وآثاره، وهذه المسائل هي: العدول عن الخطبة، أركان الزواج، شهادة النساء، الحد الأدنى للصدّاق، مقدم الصّدّاق ومؤخره، ولاية المرأة في عقد الزواج، علاج الزوجة، نفقة الزوجة، تحديد علامات حياة الجنين، الألفاظ التي ينعقد بها الزواج شرعا، تحديد طرفي الإيجاب والقبول، نكاح الشغار، نكاح السر، وجوب كامل الصّدّاق بالخلوة الصحيحة، وقد يبدو للناظر فيها أن بعضها لا علاقة له بمراعاة الخلاف عند المالكية، لكن ما رجحته من مفهومها وتقسيماتها تراءى لي أن هذه المسائل تنطبق عليها هذه القاعدة.

12- توصلت كذلك في هذا البحث بعد استقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري وقرارات الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا إلى جمع لفي من المسائل الفقهية التي تعتبر كنماذج لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل انحلال الزواج و التي من بينها: الطلاق الثلاث والتطبيق بسبب العيب وعسر النفقة والغياب بدون عذر، بدل الخلع، المتعة، التحكيم، نفقة المطلقة المبتوتة، ترتيب مستحقي الحضّانة وميراث ذوي الأرحام والرد على الورثة والوقف على النفس، وقد يبدو للناظر فيها أن بعضها لا علاقة له بمراعاة الخلاف عند المالكية، لكن ما رجحته من مفهومها وتقسيماتها تراءى لي أن هذه المسائل تنطبق عليها هذه القاعدة.

ثانيا- التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

- 1- إدراج مادة الخلاف الفقهي في الدراسات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- 2- تسجيل دراسة تتناول بالبحث أثر الاجتهاد الترجيحي في تقنين أحكام الأسرة، كذلك في ذات السياق من الموضوعات الجديدة بالبحث أثر قاعدة مراعاة الخلاف في المستجدات الأسرية المعاصرة كدراسة تأصيلية تطبيقية، لأنني كنت أود إدراج الموضوع في أطروحتي لكن خشيت تضخمها.

- 3- تعديل المادة 05 من ق أ ج بإضافة حالتين جاء النص خلوًا منهما؛ حالة وفاة أحد الخاطبين أثناء قيام واستمرار مرحلة الخطبة، والحالة الثانية تتعلق بالعدول الاتفاقية الذي يحدث بين الطرفين أي بإرادة مشتركة وتراضٍ متبادل بسبب الاختلاف بين الخاطبين، كما هو الحال في الطلاق بالتراضي.
- 4- تعديل المادة 9 مكرر ف 4 من ق أ ج بإضافة الشروط الواجب توافرها في الشهادة والشهود، منها مثلاً: الإسلام، السن، سلامة الحواس، الجنس (رجلين أو رجل وامرأتين) وغيرها.
- 5- تعديل المادة 11 من ق أ ج كما يلي: "تعقد المرأة العاقلة الراشدة زواجها بنفسها أو بتوكيل منها، مع حضور وليها وهو أبوها أو الأقرب فالأقرب، ولا ينفذ الزواج إلا بإجازته من الولي"، كما تجدر الإشارة إلى ضرورة إلغاء عبارة: "أو أي شخص تختاره"؛ لأنه اجتهد لم يقل به أي فقيه معتبر، كذلك نقترح تعديل هذه المادة لأنها محل انتقاد واسع وحذف جملة "في حالة وجوبه" وضبط صياغتها ببيان شرط الكفاءة وحق الاعتراض للولي.
- 6- تعديل المادة 14 من ق أ ج بإضافة عبارة: "لا حدّ لأقلّ الصداق ولا لأكثره"، والمادة 16 من ق أ ج كما يلي: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، أو بالخلوة الصحيحة، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، أو الخلوة الصحيحة"، والمادة 52 من ق أ ج بإضافة أهم أحكام المتعة نظراً لأهميتها في مجال التعويض عن الطلاق التعسفي للمدخل بها، والمادة 53 من ق أ ج بإضافة وجوب إجراء الخبرة الطبية قبل الحكم بالتطليق كما كرّسه الاجتهاد القضائي؛ ولأن أغلب هذه العيوب هي عبارة عن أمراض إما تناسلية أو جسمانية ومنها المعدية وغير المعدية، ومنها القابلة للشفاء والمزمنة.
- 7- موضوع عيوب الزواج واسع تتجاوزه عدة اختصاصات زيادة على الفقه الإسلامي منها الطب سواء الجراحي أو الاستشفائي بالنسبة للعيوب التناسلية والجسمية القديمة منها والمستجدة في الفقه والقانون والقضاء، ولذلك نقترح تخصيصه بمادة تُفَصِّلُ أنواع العيوب المخولة لطلب الفرقة، وكذا التنصيص على أن كتمان الزواج الثاني عن الزوجة الأولى تعتبر من قبيل نكاح السر المحرم شرعاً كما هو مقرر للمالكية إعمالاً لقاعدة سد الذرائع.
- 8- تعديل قانون الأسرة الجزائري بالتفصيل في مسألة تحويل الحكّمين سلطة التفريق بين الزوجين كما فَصَّلَ القانون المصري والسوري ومدونة الأسرة المغربية في حالات محددة في ذلك، كحالة عدم حضور أحد الطرفين وحالة الاختلاف بين الحكّمين وحالة ثبوت الإضرار من الزوج أو الزوجة، كذلك تعديل

القانون بإضافة مادة صريحة وواضحة تقرر أن الطلاق بلفظ الثلاث نطقاً أو إشارة أو كتابة سواء مجموعة أو مُفَرَّقة في مجلس واحد ودفعة واحدة تقع واحدة رجعية.

9- نظراً لإغفال المشرع الحديث عن خروج الجنين حياً ثم موته قبل نزوله بالكلية، نقترح تعديل المادة 134 من ق أ ج بالتعرض لهذه المسألة؛ لأنها أصبحت تحدث كثيراً في المستشفيات، كذلك تعديل المادة 168 من ق أ ج بإضافة أصول وفروع المتوفى الذين يدلون بأنثى، وفروع أجداد الميت وجداته الذين تتوسطهم أنثى مع المتوفى في توريث ذوي الأرحام.

وختاماً هذا ما تيسر إيراده، وتَهَيَّأَ إعدادُه، لا أزعِمُ معه أنني وَقَّيْتُ الموضوع حقّه وأُتيت فيه بما استحقّه، وأنه خالٍ من الأخطاء والعثرات، وعارٍ عن المثالم والثغرات، فهو جهد المقل، فما كان فيه من صواب فهو من الله وحده، وما كان فيه من خطأ أو نسيان فهو من النفس والشيطان، والله ورسوله منهما بريئان، والله أسأل العفو والرشاد، والتوفيق والسداد، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد خير العباد، وعلى آله وصحبه المنتجبين الأمجاد.

والحمد لله رب العالمين

الفهارس

- 1- فهرس الآيات القرآنية
- 2- فهرس الأحاديث النبوية
- 3- فهرس آثار الصحابة عليهم السلام
- 4- فهرس المواد القانونية
- 5- فهرس القرارات القضائية
- 6- فهرس الأعلام المترجم له
- 7- فهرس المصادر والمراجع
- 8- فهرس المحتويات

1- فهرس الآيات القرآنية

الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ	البقرة	02	341
وَإِذَا خَلَوْا إِلَىٰ شَيَاطِينِهِمْ		14	258
وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ		127	44
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ		183	187
فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ		185	168
يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ		185	27
وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ		203	377
وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا		221	205
وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى		222	32
وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ		228	323 - 330 345
وَهُنَّ مِثْلُ اللَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ		228	165
وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا		228	323
الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ		229	320 - 321 323 - 329 330 - 349
وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْنَهُنَّ شَيْئًا		229	371 - 377
فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقِهَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ		229	367 - 368 369 - 371 372 - 373

378			
-214 -206 -326 -320 341	230		فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ
-205 -161 -211 -207 214	232		وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ
-298 -287 300	233		وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
214 -207	234		فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ
37	235		وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ
138	235	البقرة	وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ
340 -339	236		وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ
-237 -236 -264 -263 267	237		وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ
340 -338	241		وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ
446	280		وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
169	282		وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ
185 -174	282		وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ
185 -180	282		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى
182 -180	282		وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ
186	282		وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا
187	282		أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى
201	282		فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ

169	283		وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ
168	18	آل عمران	شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ
446	92		لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ
104	159		وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ
89	03		فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ
-232 -162 -261 -233 264	04	النساء	وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً
226	06		وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ
-420 -418 425	07		لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ
422 -418	11		يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ
443 -437	11		وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ
186	11		فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ
440 -437	12		وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ
437	12		وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ
440	14		وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ
180	15		وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ
298	19		وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
234	20		وَأَتَيْنَتْهُنَّ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا
-261 -162 -267 -263 279	21		وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ
			وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا
282 -280	22		وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ

171 - 162 236 - 233	24	النساء	وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً
236	25		وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ
205	25		وَأَتْوَهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
233	25		يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا
27	28		وَالَّذِينَ عَاقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ
157	33		الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمُ وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا
285	34		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ
-378 - 89 -386 - 385 394 - 387	35		فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ
-103 - 24 108 - 104	59		إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ إِنْ أَمَرُوا هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ
109 - 103	83		فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ
122	103		وَأِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ
108	105		يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
440 - 436	176		وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ
437	176		إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا
436	176		
171 - 149	01	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
108	48		وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ
387	95		إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا
184	106		
408 - 390	164	الأنعام	

418	165		وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ
438	72		وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ
-421 -420	75	الأنفال	وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ
-427 -424			
-434 -430			
440 -438			
120	79	التوبة	وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ
323	101		سَعَدَ بِهِمْ مَرَّتَيْنِ
282	19	يونس	وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ
88	61	هود	هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا
168	26	يوسف	وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا
122	66	الحجر	وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ
323	04	الإسراء	لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ
122	23		وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا
149	34		وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا
285	100		إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ
24	79 -78	الأنبياء	وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمَ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ، فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا
446	77	الحج	وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ
27	78		وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ
34	03	النور	الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا
168	08		وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنَّ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ
205 -89	32		وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ
92	54	الفرقان	وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا

122	15		فَوَكَرَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ
244 - 205	27	القصص	قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ
122	29		فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ
298 - 88	21	الروم	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا
167	14	لقمان	وَفِصَالُهُ فِي عَمَيْنِ
418	06		النَّبِيِّ أُولَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ
438	06		وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ
227	21		لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ
-282 - 280 294	37	الأحزاب	فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا
341 - 339	49		فَمَتَّعُوهُمْ وَزَوَّجُوهُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا
-214 - 207 285 - 284	50		وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ
282 - 214	50		قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ
108	26	ص	فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ
122	12	فصلت	فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ
108	10	الشورى	وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ
104 - 103	38		وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ
158	54	الدخان	وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينِ
167	15	الأحقاف	وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا
145	18	نجد	فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا
50	33		وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ
447	10	الحجرات	إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ
25 - 24	05	الحشر	مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِيْنَةٍ أَوْ نَزَعْتُمْ مِنْهَا فَائِمَةً عَلَى أَصُولِهَا
407	01		فَطَلِّقُوهُمْ لِعَدَّتِهِمْ

408 - 410 - 412 - 413	01	الطلاق	لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ
411	01		لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا
180 - 184 - 187	02		فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ
225	04		وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ
148 - 407 - 410 - 411 - 414	06		أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ
287 - 407	07		لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ
158	07	التكوير	وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ

2- فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
452 - 451 - 449	ابْدَأْ بِنَفْسِكَ فَتَصَدَّقْ عَلَيْهَا
425 - 421	ابْنُ أُخْتِ الْقَوْمِ مِنْهُمْ
370	أَتَرَدَّيْنِ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟
351	اجْتَنِبُوا فِي النِّكَاحِ أَرْبَعَةً: الْجُنُونَ، وَالْجَذَامَ
445	احْسِنْ أَصْلَهَا، وَسَبِّلْ ثَمَرَهَا
28	اِخْتِلَافُ أُمَّتِي رَحْمَةً
183	أَجَازَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ
309 - 308	إِذَا اسْتَهَلَ الصَّبِيُّ صُلِّيَ عَلَيْهِ
25	إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ
50	إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلَاةِ فَكَبِّرْ
446	إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ
137	اِذْهَبْ فَانْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ آخَرَى أَنْ يُؤَدَّمَ بَيْنَكُمَا
283 - 281	اِذْهَبْ فَقَدْ مَلَكَتْكَهَا
350	ارْجِعْ فَقَدْ بَايَعْنَاكَ
408	اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ
370	أَتَرَدَّيْنِ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟
237	أَرْضَيْتَ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ
308	اسْتِهْلَالُ الصَّبِيِّ الْعِطَاسُ
104	اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنْ اسْتُعْمِلَ حَبَشِيٌّ
17	أَصَبَتْ السُّنَّةُ، وَأَجْرُكَ صَلَاتُكَ
39	أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ
245	أَعْطَاهَا دَرْعَكَ

196 - 194 - 171 - 170	أَعْلِنُوا النِّكَاحَ
197	أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ
171	أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ
379 - 378 - 377 - 367	اقْبِلِ الْحَدِيثَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً
287	أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا
171	أَلَا أَنْكِحُكَ أُمَيْمَةَ بِنْتِ رَبِيعَةَ بْنِ الْحَارِثِ؟
245 - 237 - 162	الْتَمِسْ وَلَوْ حَاتِمًا
418	الْحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا
354 - 352	الْحَقِّي بِأَهْلِكَ
183	أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ
368 - 352	أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَضَعْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ
152 - 151 - 150 - 149	إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ
296	إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَنْزَلَ الدَّاءَ وَالِدَّاءَ
440 - 423	إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ
285	أَنْ تُطْعَمَهَا إِذَا طَعِمَتْ
253 - 252	أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الشُّغَارِ
446	إِنْ شِئْتَ تَصَدَّقْتَ بِهَا وَحَبَسْتَ أَصْلَهَا
298	إِنَّ لَكَ أَجْرَ رَجُلٍ
240 - 235 - 233	إِنَّ مِنْ أَعْظَمِ النِّسَاءِ بَرَكَةً
457 - 435 - 434	أَنَا أَوَّلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ
398 - 396	أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي
296	أَنْزَلَ الدَّوَاءَ الَّذِي أَنْزَلَ الْأَدْوَاءَ
244	إِنْطَلِقْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا
108	إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ
322	أَيُّلَعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ؟

161 - 207 - 209 - 215 238 - 225 - 217	الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبُكَرُ تُسْتَأْذَنُ
69	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلِيهَا
162 - 205 - 209 - 216 - 227	أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا
239	أَيْنَ دِرْعُكَ الْخُطْمِيَّةُ؟
172	الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكَحْنَ أَنْفُسَهُنَّ
296	تَدَاوُوا، فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يُنْزِلْ دَاءً، إِلَّا أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً
18	تَرَكْتُ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ، لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا
88	تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ
142	تَهَادُوا تَحَابُّوا
164 - 215 - 227 - 231	الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا
208	جَاءَتْ فِتْنَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ
450	حَبَسِ الْأَصْلَ وَسَبَلَ الثَّمَرَةَ
37	الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ
287 - 290 - 291 - 298 - 299	خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ، بِالْمَعْرُوفِ
240	خَيْرُ الصَّدَاقِ أَيْسَرُهُ
240	خَيْرُهُنَّ أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقًا
350	دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ
288	دِينَارٌ أَنْفَقْتَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَدِينَارٌ أَنْفَقْتَهُ فِي رَقَبَةٍ
368	رُذِّي عَلَيْهِ حَدِيثُهُ وَزَيْدِيهِ
423	سَارَّيْنِي جَبْرِيلُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لُهُمَا
104 - 110	السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ حَقٌّ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِالْمَعْصِيَةِ
183	شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ
296	الشِّفَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: شَرْبَةُ عَسَلٍ، وَشَرْطَةُ مَحْجَمٍ
140	العَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ

294 - 281 - 280 - 162	فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانٍ مِنَ اللَّهِ
89	فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ
435	فَالْتُلْتُ، وَالتُّلْتُ كَثِيرٌ
421	فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ هِيَ الثَّالِثَةُ
35	فَإِنَّمَا الرِّضَاعَةُ مِنَ الْمِجَاعَةِ
324	فَإِنَّمَا تِلْكَ وَاحِدَةٌ فَأَرْجِعْهَا إِنْ شِئْتَ
355 - 354 - 350	فِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ
266	فَعَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ الْمَهْدِيِّينَ
246	قَدْ أَنْكَحْتُكِهَا عَلَى أَنْ تُقْرِئَهَا وَتُعَلِّمَهَا
436	قَدْ وَجِبَ أَجْرُكَ، وَرَجَعْتَ إِلَيْكَ فِي الْمِيرَاثِ
109	الْقُضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ
151 - 150 - 147	كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ
234	كَمْ أَصْدَقْتَهَا
195	كَمَلْ دِينَهُ؛ هَذَا النِّكَاحُ لَا السِّقَاحُ
172	لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ
350	لَا تَحْلِلِينَ لِرِزْوَجِكَ الْأَوَّلِ حَتَّى يَذُوقَ الْآخِرُ
205 - 162	لَا تُزَوِّجِ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ
152	لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ
276	لَا تُنْكَحِ الْأَيِّمَ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ
253	لَا شِعَارَ فِي الْإِسْلَامِ
236	لَا صَدَاقَ دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ
361	لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ
423	لَا مِيرَاثَ لَهُمَا
205 - 161	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ
197 - 195 - 193 - 188 - 172	لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ

373	لَا يَأْخُذُ مِنَ الْمُخْتَلَعَةِ
269	لَا يَخْلُونَ أَحَدُكُمْ بِامْرَأَةٍ
308	لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ إِذَا لَمْ يَسْتَهْلَ
310 - 308	لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِحًا
309	لَا يَرِثُ الْمَوْلُودُ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِحًا، وَإِنْ وَقَعَ
25	لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُ الْعَصْرِ إِلَّا فِي بَنِي قُرَيْظَةَ
35	لَا يَنْكِحُ الْمُحْرَمُ، وَلَا يُنْكَحُ
350	لَا يُورَدَنَّ مُمْرِضٌ
321	لَا، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا كَمَا ذَاقَ الْأَوَّلُ
410	لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ
215 - 207	لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ
409	لَيْسَ لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةٌ
237	مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ الْأَهْلُونَ
19	مَا قُبِضَ نَبِيٌّ إِلَّا دُفِنَ حَيْثُ يُقْبَضُ
148	مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ
449	مَا كَسَبَ الرَّجُلُ كَسْبًا أَطْيَبَ مِنْ عَمَلٍ يَدِهِ
311 - 309	مَا مِنْ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ إِلَّا نَحَسَهُ الشَّيْطَانُ
418	مَا مِنْ مُؤْمِنٍ إِلَّا وَأَنَا أَوْلَى النَّاسِ بِهِ فِي الدُّنْيَا
338	مَتَّعَهَا وَلَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ
445 - 435	الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ
217	الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ
149	الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ
149 - 147	الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا
329 - 328	مَنْ قَالَ: سُبْحَانَ اللَّهِ وَبِحَمْدِهِ، فِي يَوْمٍ مِائَةَ مَرَّةٍ
262	مَنْ كَشَفَ امْرَأَةً فَنَظَرَ إِلَى عَوْرَتِهَا

267 - 265 - 262	مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ وَنَظَرَ إِلَيْهَا
448	مَنْ يَشْتَرِي بِئْرَ رُومَةٍ فَيَجْعَلْ دَلْوَهُ
138	نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ
194 - 170	نَهَى عَنْ نِكَاحِ السَّرِّ
421	هَلْ لَهُ وَاِرْثٌ؟
26	هُوَ حَالَالٌ، فَكُلُوهُ
310 - 308	وَاسْتِهْلَاكُهُ أَنْ يَبْكِي، أَوْ يَصِيحَ
438 - 425 - 421	وَالْحَالُ وَاِرْثٌ مَنْ لَا وَاِرْثَ لَهُ، يَغْقِلُ عَنْهُ وَيَرْتُهُ
441 - 421	وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ
140	الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ
69	الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ
34	يَتَصَدَّقُ بِدِينَارٍ أَوْ بِنِصْفِ دِينَارٍ

3- فهرس آثار الصحابة ﷺ

الصفحة	صاحبه	الأثر
208	علي بن أبي طالب	أجاز نكاح امرأة زَوَّجَتْهَا أُمُّهَا
369	عمر بن الخطاب	إحْلَعَهَا ولو من فُرْطِهَا
262	علي وعمر	إذا أغلق بابا وأرخى سترا فلها الصداق
327 - 326	عبد الله بن عباس	إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَتَيْنِ
170	عمر بن الخطاب	أعلنوا هذا النكاح وخصموا
235	عمر بن الخطاب	ألا لا تُعَالُوا بصدق النساء
244 - 239	عائشة أم المؤمنين	أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على
245	عقبة بن عامر	إن رسول الله ﷺ زَوَّجَنِي فُلَانَةَ، ولم أَفْرِضْ لها
237	أنس بن مالك	أن عبد الرحمن بن عوف ﷺ تزوج امرأة
408	عائشة أم المؤمنين	إن فاطمة كانت في مكان وحش
324 - 321	عمر بن الخطاب	إن الناس قد استعجلوا في أمر
237	جابر بن عبد الله	إنا كنا لننكح المرأة على الحفنة
322	عبد الله بن عمرو	إنما أنت قاصُّ الواحدة تُبَيِّنُهَا
109 - 105	عبد الله بن مسعود	إنما نقضي بقضاء أئمتنا
26	عمر بن الخطاب	إني قد قضيت في الجد قضايا مختلفة
352	عمر بن الخطاب	أيا امرأة تزوجت، وبها جنون، أو جذام
355 - 351	عمر بن الخطاب	أيا رجل تزوج امرأة، وبها جنون، أو جذام
206	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا امرأة نَكَحْتَ بغير إذن وليِّ فنكاحها باطل
349 - 348	علي بن أبي طالب	أَيُّمَا رجل تزوج امرأة، فوجدها مجنونة أو مجذومة
388	عبد الله بن عباس	بعثت أنا ومعاوية حكمين فقبل لنا: إن رأيتما
325	عبد الله بن عباس	بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا
225	عائشة أم المؤمنين	تزوجني رسول الله ﷺ لِسِتِّ سِنِينَ

69	عبد الله بن مسعود	الخلافة شرٌّ
148	علي بن أبي طالب	شرط الله قبل شرطهم
409	فاطمة بنت قيس	طَلَّقَنِي زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله ﷺ
442-423	عمر بن الخطاب	عجبا للعممة! تورث، ولا ترث
352	عمر بن الخطاب	فانطلق فأعلمها ثم حَيَّرَهَا
211	معقل بن يسار	فَكَفَّرْتُ عن يميني
325	عبد الله بن عباس	فلما أن رأى الناس قد تتابعوا فيها
262	زرارة بن أوفى	قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق
322	عويمر العجلاني	كَذَبْتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتها
184	علي بن أبي طالب	لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، والنكاح
348	عبد الله بن مسعود	لا ترد الحرة من عيب
206 - 162	عمر بن الخطاب	لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها
206	أبو هريرة	لا تُنكِحُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، فإن الْبُعْثَ
448	عبد الله بن عمر	لا جناح على من وَلِيَهَا أن يأكل منها
236	علي بن أبي طالب	لا صداق أقل من عشرة دراهم
-425 - 407 429 - 428	عمر بن الخطاب	لا نترك كتاب الله وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة
172	عمر بن الخطاب	لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل
370	علي بن أبي طالب	لا يأخذ من المختلعة فوق ما أعطاهما
195	أبو بكر الصديق	لا يجوز نكاح السر حتى يُعْلَنَ
338	عبد الله بن عمر	لكل مطلقة متعة، إلا التي تُطَلَّقُ
421	علي بن أبي طالب	للعمة الثلثان، وللخاله الثلث
422	عبد الله بن مسعود	للعمة الثلثان، وللخاله الثلث
264	عبد الله بن مسعود	لها نصف الصداق وإن جلس بين رجلها
423	عمر بن الخطاب	لو رَضِيَكَ اللهُ أَقَرَّكَ

213	عائشة أم المؤمنين	ليس إلى النساء النكاح
409	عبد الله بن عباس	ليس لها نفقة
408	عائشة أم المؤمنين	ما لفاطمة من خير في أن تذكر هذا الحديث
150 - 148	عمر بن الخطاب	المرأة مع زوجها
409	عبد الله بن عمر	المطلقة ثلاثا لا تنتقل، وهي في ذلك لا نفقة لها
150	عمر بن الخطاب	مقاطع الحقوق عند الشروط
145 - 141	عمر بن الخطاب	من وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته
194	عمر بن الخطاب	هذا نكاح السر، ولا أجيزه
228	الحسن والحسين	هي امرأة من النساء تختار لنفسها
19	أبو بكر الصديق	والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة
362 - 361	عمر بن الخطاب	يا بُنَيَّةُ، كم تصبر المرأة عن زوجها؟

4- فهرس المواد القانونية

المادة	طرفها	الصفحة
56	إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب	391 - 409
52	إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم	342
33 ف 2	إذا تم النكاح بدون شهود أو صداق أو ولي في حالة وجوبه	198 - 256 267
167 ف 1	إذا لم تستغرق التركة ولم يوجد عصبه من النسب رُدَّ	442
54 ف 2	إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع	373 - 381
64	الأم أولى لحضانه ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم	401
74	تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها	289 - 304
16	تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة	269
80	تستحق النفقة الزوجية من تاريخ رفع الدعوى	293
78	تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن	304
11	تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها	219
57 ف 1	تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق	381
62	الحضانه هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته	395
04	الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة	159
14	الصداق هو ما يُدفعُ نَحْلة للزوجة من نقود، أو غيرها	233 - 240
15 ف 2	في حالة عدم تحديد قيمة الصداق	241
61	لا تخرج الزوجة المطلقة، ولا المتوفى عنها زوجها من	415
49	لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح	334
13	لا يجوز للولي أبا كان، أو غيره أن يجبر القاصرة	230
134	لا يرث الحمل حتى يستهل صارخا أو بدت منه	312
05 ف 3 - 4	لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها	142

333	لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات	51
152	للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد رسمي	19
317	مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحلُّ عقد الزواج	48
334	من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد	50
445	الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص	213
198	يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف	18
189	يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية	22 ف1
176 - 197 - 198	يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط	09 مكرر ف4
362 - 356	يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب	53 ف2 - 5
453	يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة	214
247	يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا، أو مؤجلا	15 ف1
431	يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب	168
284 - 278	يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين	10 ف1
165	ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين	09
430	ينقسم الورثة إلى: (1) أصحاب فروض	139
431	يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي	180

5- فهرس القرارات القضائية

تاريخ القرار	طرفه	الصفحة
1985/04/08	إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر أن للزوجة	343
1989/12/25	إذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطليق، وقدمت للقاضي	393
2001/02/21	إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة	167
2001/04/18	إن القضاء بحجب الأخت للأب بسبب الأحفاد المنزليين	432
1998/11/17	إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج العرفي	257
2002/02/22	بعد أن غاب الزوج عن زوجته وطالت مدة غيابه	364
1999/06/29	حيث إن القرار المنتقد ركّز في تسببيه على انعدام الولي	221
1999/11/16	حيث أن عقد الحبس العرفي المؤرخ في فاتح جانفي 1973	455
1971/03/30	حيث إنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة	154
2009/04/08	حيث من المقرر قانونا وفقا للمادة 18 من الأمر رقم	222
2002/05/08	الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول	272
2011/02/10	طبقا للمادة 9 مكرر تنص على أنه يجب أن تتوفر	177
2018/05/09	لا يمكن الجمع بين النفقة الغذائية ومصاريف العلاج	305
1984/06/11	متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا	382
1984/10/22	متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة	416
1984/09/11	من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب	271
1996/09/24	من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين	394
1987/01/26	من المستقر عليه فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق	394
1997/02/18	من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة	402
1987/03/09	من المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي	242
1988/06/20	من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج	155
1989/10/02	من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية	271

358	من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية	1984/05/14
336	من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها	1998/02/17
177	من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية	1990/04/30
454	من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف	1994/03/30
177	من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان	1989/01/02
272	من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح	1991/06/18
231	من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته	1993/03/30
177	من المقرر شرعا وقانونا أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة	1984/11/05
344	من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر	1986/12/29
382	من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي	1988/11/21
454	من المقرر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبس الذي يحرم	1984/12/13
454	من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك	1992/12/18
313	من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته	1984/10/10
294	من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى	1989/12/25
403	من المقرر قانونا أنه لا يجوز مخالفة الترتيب المنصوص عليه	1998/03/17
144	من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه	1991/04/23
144	من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها	1993/07/13
392 - 375	من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها	1992/07/21
383	من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق حَوَّلَتْهُ الشريعة	1996/07/30
358	من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق	1992/12/22
249	مؤخر الصداق الثابت بعقد رسمي حق للزوجة	2001/10/17
222	والذي جاء فيه أن القرار المطعون فيه جاء مخالفا لأحكام	2011/02/10
199	وحيث لا يوجد في الشريعة الإسلامية ولا في قانون الأسرة	2003/07/03
403	ولما كان في قضية الحال النزاع مطروحا بين الجدة لأم والأب	2001/12/26
167	يطل الزواج بانعدام ركن الرضا، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة	2000/07/18

190	يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل	2007/02/14
222	يثبت الزواج بعد الدخول بصداد المثل إذا اختل ركن واحد	2001/01/23
178	يجوز قضاء إثبات الزواج بالشهرة والتسامع، تجوز الشهادة	2012/07/12

6- فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العلم
90	ابن إباح
83	ابن أبي زيد
30	ابن أبي العز
70	ابن الأنباري
244	ابن الجلاب
73	ابن العربي
173	ابن المنذر
157	ابن الهمام
428	ابن بزيعة
24	ابن تيمية
174	ابن حبان
25	ابن حجر العسقلاني
141	ابن حجر الهيتمي
174	ابن حزم
75	ابن خوير منداد
283	ابن دقيق
320	ابن راهويه
57	ابن رشد الجد
76	ابن سريج
274	ابن عابدين
70	ابن عبد البر
163	ابن عرفة الدسوقي

50	ابن عرفة الورغمي
213	ابن عُليّة
140	ابن غازي
75	ابن فرحون
38	ابن فورك
28	ابن قدامة
319	ابن كثير
216	ابن ماجة
319	ابن مقاتل
320	ابن هبة الله
386	ابن هبيرة
235	ابن وهب
197	ابن يونس
224	أبو بكر الأصم
204	أبو ثور
332	أبو داود
70	أبو عمران الفاسي
38	الإسفرائيلي
38	الأشعري
244	أشهب
61	أصبغ
324	إلكيا الهراسي
121	الأمدي
22	الأوزاعي

72	الباجي
38	الباقلاني
211	البخاري
163	البَتَّاني
212	الترمذي
320	التوزري
204	الحسن بن زياد
262	الخصاص
40	الجهضمي
212	الحاكم
378	حمزة الكوفي
319	الحشني
368	الخلال
283	الدارقطني
204	داود الظاهري
354	الداودي
188	الرجراجي
47	الرصاص
163	الزرقاني
68	الزركشي
61	الزرويلي
203	زفر
320	الساجي
107	سحنون

20	سفيان بن عيينة
46	الشاطبي
137	الشربيني
175	الشريف التلمساني
109	الشوكاني
22	الشيبياني
428	الطبراني
212	الطحاوي
109	الطرطوشي
297	عبد الله بن عبد الحكم
297	العطار
79	العقباني
348	العكبري
27	عمر بن عبد العزيز
360	الغرياني
38	الغزالي
261	القرّاء
83	الفشتالي
244	القاضي عبد الوهاب
70	القاضي عياض
52	القَبَّاب
73	القراي
63	القرطي
48	القنوّجي

70	اللمخي
21	الليث بن سعد
107	المازري
74	الماوردي
329	مُجّد ابن إسحاق
22	مُجّد بن عبد الحكم
70	المزني
49	المَقْرِي
212	مسلم
26	النووي
49	الهواري
197	يحي بن يحي الليثي
174	يزيد بن هارون

7- فهرس المصادر والمراجع

أولا- القرآن الكريم وعلومه:

* القرآن الكريم.

1. ابن الجزري مُجَدِّد،
- غاية النهاية في طبقات القراء، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1351هـ.
- منجد المقرئين ومرشد الطالبين، دار الكتب العلمية، ط1، 1420هـ/1999م.
2. ابن الجوزي عبد الرحمن، زاد المسير في علم التفسير، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1422هـ.
3. ابن العربي مُجَدِّد بن عبد الله، أحكام القرآن، خرج أحاديثه وعلَّق عليه: مُجَدِّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/2003م.
4. ابن الفرس عبد المنعم، أحكام القرآن، تحقيق: طه بوسريح وآخرون، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ/2006م.
5. ابن عاشور مُجَدِّد الطاهر، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد (التحرير والتنوير)، الدار التونسية، تونس، در، 1984هـ.
6. ابن كثير إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: مُجَدِّد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1419هـ.
7. ابن مهران أحمد، المبسوط في القراءات العشر، تحقيق: سبيع حاكمي، مجمع اللغة العربية، دمشق، در.
8. أبو داود سليمان بن الأشعث، كتاب المصاحف، تحقيق: مُجَدِّد بن عبده، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1، 1423هـ/2002م.
9. إلكيا الهراسي علي، أحكام القرآن، تحقيق: موسى علي وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.
10. الألوسي محمود بن عبد الله، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: علي عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ.
11. الجصاص أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م.

12. الرازي مُجَّد بن عمر، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ.
13. الشنقيطي مُجَّد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر، بيروت، در، 1415هـ/1995م.
14. الطبري مُجَّد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م.
15. الفراء يحيى بن زياد، معاني القرآن، تحقيق: أحمد النجات وآخرون، دار المصرية، مصر، ط1، دس.
16. القرطبي مُجَّد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وآخرون، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/1964م.
17. الشوكاني مُجَّد بن علي، فتح القدير، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1414هـ/1994م.
18. الهذلي يوسف بن علي، الكامل في القراءات العشر والأربعين الزائدة عليها، تحقيق: جمال بن السيد الشايب، مؤسسة سما، دم، ط1، 1428هـ/2007م.
19. الواحدي علي بن أحمد، أسباب نزول القرآن، تحقيق: عصام الحميدان، دار الإصلاح، الدمام، ط2، 1412هـ/1992م.
- ثانيا- كتب الحديث الشريف وعلومه:
20. ابن أبي شيبة عبد الله، المصنف، تحقيق: سعد الشثري، دار كنوز إشبيلية، الرياض، ط1، 1436هـ/2005م.
21. ابن الأثير المبارك،
- جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، مكتبة الحلواني، دم، ط1، 1389هـ/1969م.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر الزاوي وآخرون، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م.
22. ابن التركماني علي، الجوهر النقي على سنن البيهقي، دار الفكر، بيروت، در، دس.
23. ابن الجوزي عبد الرحمن، التحقيق في أحاديث الخلاف، تحقيق: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415م.
24. ابن الخراط عبد الحق، الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ، تحقيق: حمدي السلفي، وآخرون مكتبة الرشد، الرياض، 1416هـ/1995م.

25. ابن العربي مُجَد بن عبد الله، المسالك في شرح موطأ مالك، علّق عليه: مُجَد السُّلَيْماني وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1428هـ/2007م.
26. ابن القطان علي بن مُجَد، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، تحقيق: الحسين آيت سعيد، دار طيبة، الرياض، ط1، 1418هـ/1997م.
27. ابن الملقن عمر بن علي،
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، ط1، 1425هـ/2004م
- التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، دار النوادر، دمشق، ط1، 1429هـ/2008م.
- مختصر تلخيص الذهبي على مستدرک أبي عبد الله الحاكم، تحقيق ودراسة: سعد آل حميد وآخرون، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1411هـ.
28. ابن أنس مالك، الموطأ، تحقق: مُجَد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، 1425هـ/2004م.
29. ابن حبان مُجَد، صحيح ابن حبان، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414م/1995م.
30. ابن حجر أحمد بن علي،
- إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، تحقيق: مركز خدمة السنة والسير، مجمع الملك فهد، المدينة المنورة، ط1، 1415هـ/1994م.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: حسن بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط1، 1416هـ/1995م.
- تغليق التعليق على صحيح البخاري، تحقق: سعيد القرقي، دار عمار، عمان، ط1، 1405هـ.
- تقريب التهذيب، تحقيق: مُجَد عوامة، دار الرشيد، سوريا، ط1، 1406هـ/1986.
- تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، 1326هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
31. ابن حنبل أحمد بن مُجَد،
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ/1995م.

- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ/2001م.
32. ابن خلفون مُجَدِّد بن إسماعيل، المعلم بشيوخ البخاري ومسلم، تحقيق: عادل بن سعد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، دس.
33. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية، دم، در، دت.
34. ابن عبد البر يوسف بن عبد الله،
- الاستذكار، تحقيق: سالم مُجَدِّد عطا، مُجَدِّد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى العلوي وآخرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، در، 1387هـ.
35. ابن عبد الهادي مُجَدِّد، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تحقيق: سامي بن جاد الله وآخرون، أضواء السلف، الرياض، ط1، 1428هـ/2007م.
36. ابن عدي عبد الله، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: عادل عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
37. ابن كثير إسماعيل بن عمر، مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، تحقيق: عبد المعطي قلججي، دار الوفاء، القاهرة، ط1، 1411هـ/1991م.
38. ابن ماجة مُجَدِّد بن يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، د م، ط1، سنة 1430هـ/2009م.
39. ابن هبيرة يحيى بن مُجَدِّد، الإفصاح عن معاني الصحاح، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن، الرياض، در، 1417هـ.
40. ابن وهب عبد الله، الجامع، تحقيق: رفعت فوزي وآخرون، دار الوفاء، دم، ط1، 1425هـ/2005م.
41. أبو داود سليمان بن الأشعث، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، د م، ط1، 1430هـ/2009م.

42. الألباني مُجَّد بن الحاج نوح،
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ/1985م.
- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض، ط1، 1412هـ/1992م.
- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، دس.
- صحيح الأدب المفرد، دار الصديق، بيروت، ط4، 1418هـ/1997م.
- صحيح الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، دمشق، ط3، 1408هـ/1988م.
- صحيح سنن أبي داود، مؤسسة غراس، الكويت، ط1، 1423هـ/2002م.
43. الباجي سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332هـ.
44. الباكستاني زكريا، ما صح من آثار الصحابة في الفقه، دار الخراز، جدة، ط1، 1421هـ/2000م.
45. البخاري مُجَّد بن إسماعيل،
- الأدب المفرد، تحقيق: مُجَّد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1409هـ/1989م.
- التاريخ الكبير، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، در، دس.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تحقيق: مُجَّد زهير الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط1، 1422هـ.
46. البغوي الحسين بن مسعود، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، المكتب الإسلامي، دمشق، ط2، 1403هـ/1983م.
47. البيهقي أحمد بن الحسين،
- السنن الصغرى، تحقيق: عبد المعطي قلججي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ط1، 1410هـ/1989م.
- السنن الكبرى، تحقيق: مُجَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/2003م.
- المدخل إلى السنن الكبرى، تحقيق: مُجَّد الأعظمي، دار الخلفاء للكتاب الإسلامي، الكويت، در، دس.
- معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي قلججي، دار الوفاء، القاهرة، ط1، 1412هـ/1991م.

48. الترمذي مُجَّد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، در، 1998م.
49. التهانوي ظفر أحمد، قواعد في علوم الحديث، تحقيق: عبد الفتاح أبي غدة، دار القلم، بيروت، ط3، 1392هـ/1972م.
50. الجعبري إبراهيم بن عمر، رسوخ الأخبار في منسوخ الأخبار، دراسة وتحقيق: حسن مُجَّد مقبولي الأهدل، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 1409هـ/1988م.
51. الجوزقاني الحسين بن إبراهيم، الأباطيل والمناكير والصحاح والمشاهير، تحقيق وتعليق: عبد الرحمن الفريوائي، دار الصميعي، الرياض، ط4، 1422هـ/2002م.
52. الحاكم مُجَّد بن عبد الله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1990م.
53. الخراساني سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1403هـ/1982م.
54. الخطابي حمد بن مُجَّد، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ/1932م.
55. الخطيب البغدادي، الكفاية في علم الرواية، تحقيق: أبو عبد الله السورقي وآخرون، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، در، دس.
56. الدارقطني علي بن عمر،
- سنن الدارقطني، تحقيق وتعليق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/2004م.
- المؤلف والمختلف، تحقيق: موفق بن عبد القادر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1406هـ/1986م.
57. الدارمي عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق: حسين أسد، دار المغني، السعودية، ط1، 1412هـ/2000م.
58. الذهبي مُجَّد بن أحمد،
- تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/1998م.
- لسان الميزان، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2002م.
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي مُجَّد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، ط1،

- 1382هـ/1963م.
59. الزرقاني مُجَّد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424هـ/2003م.
60. الزيلعي عبد الله بن يوسف، تخریج الأحاديث الواقعة في تفسير الكشاف، تحقيق: عبد الله السعد، دار ابن خزيمة، الرياض، ط1، 1414هـ.
61. الساعاتي أحمد، بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، تحقيق: حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، الرياض، در، دس.
62. السندي أبو الحسن، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، تحقيق: مُجَّد الخولي، مكتبة أضواء المنار، المدينة المنورة، ط1، 1431هـ/2010م.
63. السهارنفوري أحمد، بذل المجهود في حل سنن أبي داود، اعتني به: تقي الدين الندوي، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية، الهند، ط1، 1427هـ/2006م.
64. السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر ،
- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، تحقيق: نظر مُجَّد الفاريابي، دار طيبة، دم در، دت.
- طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ.
- قطف الأزهار المتناثرة في الأخبار المتواترة، تحقيق: خليل الميس، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1405هـ/1985م.
65. الشافعي مُجَّد بن إدريس، مسند الإمام الشافعي (ترتيب سنجر)، تحقيق: ماهر فحل، شركة غراس، الكويت ط1، 1425هـ/2004م.
66. شاکر أحمد، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1435هـ.
67. الشوكاني مُجَّد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1413هـ/1993م.
68. الصنعاني عبد الرزاق، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403م.
69. الصنعاني مُجَّد بن إسماعيل، سبل السلام، دار الحديث، القاهرة، در، دت.

70. الطبراني سليمان بن أحمد،
- المعجم الأوسط، تحقيق: طارق عوض الله وعبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، در، دس.
- المعجم الصغير (الروض الداني)، تحقيق: مُجَدُّ شكور محمود الحاج أمير، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1405هـ/1985م.
- المعجم الكبير، تحقيق: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، دس.
71. الطحاوي أحمد بن مُجَدُّ،
- شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1415هـ، 1494م.
- شرح معاني الآثار، تحقيق: مُجَدُّ النجار وآخرون، عالم الكتب، القاهرة ط1، 1414هـ/1994م.
72. الطريفي عبد العزيز، التحجيل في تخريج ما لم يُخَرَّج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1422هـ/2001م.
73. العجلوني إسماعيل، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، ط1، 1420هـ/2000م.
74. العجلي أحمد بن عبد الله، معرفة الثقات من رجال أهل العلم والحديث ومن الضعفاء وذكر مذاهبهم وأخبارهم، تحقيق: عبد العليم البستوي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ط1، 1405هـ/1985م.
75. العراقي أحمد بن عبد الرحيم، المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار (مطبوع بهامش إحياء علوم الدين)، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1426هـ/2005م.
76. العظيم آبادي مُجَدُّ،
- التعليق المغني على سنن الدارقطني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1423هـ/2011م.
- عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1415هـ.
77. العيني محمود بن أحمد،
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، در، دس.
- نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1429هـ/2008م.
78. الفالوجي أكرم، المعجم الصغير لرواة ابن جرير، الدار الأثرية، الأردن، در، دس.
79. القسطلاني أحمد بن مُجَدُّ، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الأميرية، مصر، ط7، 1323هـ.

80. الكتاني مُجَد، نظم المتناثر من الحديث المتواتر، تحقيق: شرف حجازي، دار الكتب السلفية، مصر، ط2، دس.
81. المازري مُجَد بن علي، المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: مُجَد الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط3، 1988م.
82. المباركفوري مُجَد، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.
83. المروزي إسحاق بن منصور، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، ط1، 1425هـ/2002م.
84. المزى يوسف بن عبد الرحمن، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1400هـ/1980م.
85. المناوى عبد الرؤوف، التيسير بشرح الجامع الصغير، مكتبة الإمام الشافعى، الرياض، ط3، 1408هـ/1988م.
86. النسائى أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ/1986م.
87. النووى يحيى بن شرف، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ط1، 1392هـ.
88. النيسابورى مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تحقيق: مُجَد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربى، بيروت، در، دس.
89. الهيثمى نور الدين، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسى، مكتبة القدسى، القاهرة، در، 1414هـ/1994م.
90. الولوى مُجَد، قرّة العين في تلخيص تراجم رجال الصحيحين، دار المعراج، الرياض، ط2، 1421هـ/2000م.
91. اليحصبي عياض بن موسى، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، دار التراث، القاهرة، در، دس.
- ثالثاً- كتب الفقه المذهبي:
- الفقه الحنفى:
92. ابن الهمام مُجَد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، دم، در، دس.

93. ابن عابدين مُجَد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ/1992م.
94. ابن مازة محمود، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/2004م.
95. ابن نجيم زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، دس.
96. البابري أكمل الدين بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دم، در، دس.
97. البلخي نظام الدين، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1310هـ.
98. الجصاص أحمد بن علي، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق: عصمت الله عنایت الله وآخرون، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1431هـ/2010م.
99. الحصكفي مُجَد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1423هـ/2002م.
100. الزيلعي عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط1، 1313هـ.
101. السرخسي مُجَد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة بيروت، در، 1414هـ/1993م.
102. الشيباني مُجَد بن الحسن، الأصل، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، در، دت.
103. شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، در، دس.
104. العيني محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م.
105. الغنيمي عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: مُجَد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، در، دس.
106. الكاساني أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ/1986م.
107. المرغيناني علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، در، دس.

108. الموصلي محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، در، 1356هـ/1937م.

– الفقه المالكي:

109. ابن أبي زيد عبد الله،

– الذب عن مذهب الإمام مالك، تحقيق: نجلد العلمى، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، المملكة المغربية، ط1، 1432هـ/2011م.

– النوادر والزيادات على ما فى المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: عبد الفتاح الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامى، بيروت، ط1، 1999م.

110. ابن الجلاب عبيد الله، التفرع فى فقه الإمام مالك بن أنس، تحقيق، سيد كسروى حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1427هـ/2007م.

111. ابن الحاجب عثمان بن عمر، جامع الأمهات، تحقيق: الأخضر الأخضرى، اليمامة، دمشق، ط2، 1421هـ/2000م.

112. ابن أنس مالك، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م.

113. ابن بزيعة عبد العزيز بن إبراهيم، روضة المستبين فى شرح كتاب التلقين، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1431هـ/2010م.

114. ابن جزى نجلد بن عبد الله، القوانىن الفقهية، دش، د م، در، د س.

115. ابن رشد الجد نجلد بن أحمد،

– البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: نجلد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامى، بيروت، ط2، 1408هـ/1988م.

– المقدمات والممهديات، تحقيق: نجلد حجي، دار الغرب الإسلامى، بيروت، ط1، 1408هـ/1988م.

116. ابن شاس عبد الله، عقد الجواهر الثمينة فى مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: حميد لحر، دار الغرب الإسلامى، بيروت، ط1، 1423هـ/2003م.

117. ابن عبد البر يوسف بن عبد الله، الكافى فى فقه أهل المدينة، تحقيق: نجلد ولد مادىك، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1400هـ/1980م.

118. ابن عرفة نجلد بن نجلد، المختصر الفقهى، تحقيق: حافظ عبد الرحمن نجلد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، 1435هـ/2014م.

119. ابن ناجي قاسم بن عيسى، شرح على متن الرسالة، اعتنى به: أحمد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1428هـ/2007م.
120. ابن يونس محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، ط1، 1434هـ/2013م.
121. الآبي صالح، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، در، دس.
122. البغدادى عبد الوهاب بن علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: عبد الحق حميش، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، در، دس.
123. التتائي محمد بن إبراهيم، جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، حققه وخرج أحاديثه: نوري حسن المسلاقي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1435هـ/2014م.
124. الجكني أحمد بن أحمد، مواهب الجليل من أدلة خليل، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، در، 1404هـ/1986م.
125. الخطاب محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1412هـ/1992م.
126. الخرشي محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس.
127. خليل بن إسحاق،
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دم، ط1، 1429هـ/2008م.
- مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426هـ/2005م.
128. الدردير أحمد،
- الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، در، دس.
- الشرح الكبير مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، در، دس.
129. الدسوقي محمد بن عرفة، الحاشية على الشرح الكبير، دار الفكر، دم، در، دت.
130. الرجراجي علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي وآخرون، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1428هـ/2007م.

131. الزرقاني مُجَّد بن عبد الباقي، شرح مختصر خليل، تصحيح وتخریج: عبد السلام أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ/2002م.
132. الشنقيطي مُجَّد، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، تصحيح وتحقيق: دار الرضوان، راجع تصحيح الحديث وتخریجه: الیدالي بن الحاج أحمد، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 1436هـ/2015م.
133. الصاوي أحمد بن مُجَّد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، الرياض، در، دس.
134. عیش مُجَّد بن أحمد، فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالک، دار المعرفة، بيروت، در، دس.
135. الفندلاوي يوسف، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالک على منهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف، تحقيق وتعليق: أحمد البوشيخي، دار الغرب، تونس، ط1، 1430هـ/2009م.
136. القراني أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: مُجَّد بوخبزة، دار العرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
137. اللخمي علي بن مُجَّد، التبصرة، دراسة وتحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ/2011م.
138. المازري مُجَّد بن علي، شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2008م.
139. المشاط عبد الله بن نجم، الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق: حميد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1423هـ/2003م.
140. المكناسي مُجَّد بن غازي، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، دراسة وتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط1، 1429هـ/2008م.
141. المنوفي علي بن خلف، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد حمدي إمام، دار المدني، القاهرة، ط1، 1407هـ/1987م.
142. المواق مُجَّد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/1994م.
143. النفراوي أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، در، 1415هـ/1995م.

- الفقه الشافعي:

144. ابن الرفعة أحمد بن مُجَدِّد، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقيق: مجدي سرور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2009م.
145. ابن الملقن عمر بن علي، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، تعليق وتخرّيج: عز الدين البدراني، دار الكتاب، الأردن، 1421هـ/2001م.
146. ابن قاضي شهبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، اعتناء: أنور داغستاني، دار المنهاج، جدة، ط1، 1432هـ/2011م.
147. الأنصاري زكريا، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، در، 1414هـ/1994م.
148. البغوي الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
149. البيجوري إبراهيم، حاشية على شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع، تصحيح: مُجَدِّد عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.
150. الجويني عبد الملك، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة ط1، 1428هـ/2007م.
151. الحن مصطفى سعيد وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، ط4، 1413هـ/1992م.
152. الدميري مُجَدِّد، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، ط1، 1425هـ/2004م.
153. الرملي أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط أخيرة، 1404هـ/1984م.
154. الروياني عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب، تحقيق: طارق السيد، دار الكتب العلمية
155. الشافعي مُجَدِّد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، در، 1410هـ/1990م.
156. الشربيني مُجَدِّد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1994م.
157. الشيرازي إبراهيم بن علي،
- التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م.

- المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.
158. العجيلي سليمان، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، در، دس.
159. العمراني يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، 1421هـ/2000م.
160. الغزالي محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد إبراهيم وآخرون، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417م.
161. الماوردي علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/1999م.
162. المحلي محمد بن أحمد، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، عني به: محمود الحديدي، دار المنهاج، بيروت، ط3، 1434هـ/2013م.
163. النووي يحيى بن شرف،
- المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، در، دس.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1412هـ/1991م.
- الفقه الحنبلي:
164. ابن النجار محب الدين، معونة أولي النهى شرح المنتهى، دراسة وتحقيق: عبد الملك دهيش، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 1429هـ/2008م.
165. ابن ضويان إبراهيم، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الأردن، ط7، 1409هـ/1989م.
166. ابن عبد الهادي يوسف بن حسن، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، تحقيق: رضوان بن غريبة، دار المجتمع، جدة، ط1، 1411هـ/1991م.
167. ابن عثيمين محمد، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1422هـ/1428هـ.
168. ابن قدامة موفق الدين،
- الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ/1994م.

- المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، در، 1388هـ/1968م.
169. ابن قدامة شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، در، دت.
170. ابن مفلح إبراهيم، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
171. البهوتي منصور بن يونس،
- الروض المربع شرح زاد المستقنع، حَرَجَ أحاديثه: عبد القدوس مُجَد نذير، مؤسسة الرسالة، بيروت، در، دس.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب، در، ط1، 1414هـ/1993م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.
172. الرحيباني مصطفى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1415هـ/1994م.
173. الزركشي شمس الدين، شرح مختصر الخرقى، دار العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ/1993م.
174. العيدان عبد العزيز وآخرون، الدلائل والإشارات على أخصر المختصرات، دار الركائز، الكويت، ط1، 1439هـ/2018م.
175. المرادوي علي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، دس.
- رابعاً- كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية ومقاصد الشريعة:
176. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م.
177. ابن حزم علي بن مُجَد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، در، دس.
178. بن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: مُجَد ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، در، 1425هـ/2004م.
179. ابن فرحون إبراهيم علي، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، دراسة وتحقيق: حمزة أبو فارس وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1990م.

180. ابن نجيم زين الدين، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ/1999م.
181. أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دس.
182. أبو يعلى محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد المبارك، دش، دم، ط2، 1410هـ/1990م.
183. آل بورنو محمد،
- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1416هـ/1996م.
- موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
184. الآمدي سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، در، دس.
185. الأنصاري فريد، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، معهد الدراسات المصطلحية والمعهد العلمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط1، 1424هـ/2004م.
186. الباجي سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1415هـ/1995م.
187. باي حاتم، الأصول الاجتهادية التي يُبنى عليها المذهب المالكي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ط1 1432هـ/2011م.
188. البرماوي محمد بن عبد الدائم، الفوائد السنية في شرح الألفية، تحقيق: عبد الله رمضان موسى، مكتبة دار النصيحة، المدينة النبوية، ط1، 1436هـ/2015م.
189. البغا مصطفى، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق، در، دس.
190. البناني عبد الرحمن، حاشية شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع، دار الفكر، دم، در، 1402هـ/1982م.
191. بوركاب محمد، المصالح المرسله وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ/2002م.
192. بوساق محمد، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1421هـ/2000م.

193. التفتازاني مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، در، دس.
194. التلمساني محمد بن أحمد، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، تحقيق: محمد علي فركوس، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ط1، 1419هـ/1998م.
195. التمساني محمد، الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي وأثره في الفقه الإسلامي قديما وحديثا، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط، ط1، 1431هـ/2010م.
196. توانا سيد محمد، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، مطابع المدني، مصر، در، دس.
197. الحسين وليد، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، الرياض، ط2، 1430هـ/2009م.
198. حصوة ماهر، مقاصد الأسرة وأسس بنائها في الرؤية الإسلامية، بحث منشور ضمن كتاب عنوانه: الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، تحرير: رائد عكاشة ومنذر زيتون، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، أمريكا ودار الفتح، عمان، ط1، 1434هـ/2015م.
199. الحموي أحمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1405هـ/1985م.
200. حميتو يوسف، أصل اعتبار المال في البحث الفقهي، مسار للطباعة والنشر، دبي، ط2، 2018م.
201. خطاب محمد حسان، مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، در، 1982م.
202. الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، تحقيق: عادل الغرازي، دار ابن الجوزي، الرياض، ط2، 1421هـ.
203. خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، در، 1996م.
204. الحن مصطفى سعيد، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1418هـ/1998م.
205. الدريني فتحي،
- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1434هـ/2013م.
- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1429هـ/2008م.

206. الريسوني أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط4، 1415هـ/1995م.
207. الزحيلي محمد،
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، 1427هـ/2006م.
- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، ط2، 1427هـ/2006م.
208. الزحيلي وهبة،
- الاجتهاد الفقهي الحديث منطلقاته واتجاهاته، بحث منشور في كتاب بعنوان: الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد، تنسيق: محمد الروكي، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، ط1، 1996م.
- أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ/1986م.
209. الزرقا أحمد، شرح القواعد الفقهية، تعليق: مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، 1409هـ/1989م.
210. الزركشي بدر الدين،
- البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتي، عمان، ط1، 1414هـ/1994م.
- المنشور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف، الكويت، ط2، 1405هـ/1985م.
211. زقلام فاتح، الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها، أطروحة دكتوراه، إشراف: د. السيد صالح عوض، كلية الشريعة والقانون، قسم أصول الفقه، جامعة الأزهر، 1399هـ/1979م.
212. الزنجاني محمود بن أحمد، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1398هـ.
213. زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994م.
214. السبكي تاج الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ/1991م.
215. السمعاني منصور بن محمد، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1999م.
216. السنوسي عبد الرحمن،
- اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1424هـ.
- مراعاة الخلاف (بحث أصولي)، مكتبة الرشد، الرياض، در، 1999م.

217. سي ناصر بوعلام، القواعد الضابطة لأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، إشراف: أ.د. عبد القادر داودي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران1، أحمد بن بلة، 1440هـ/ 2019م.
218. السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1990م.
219. الشاطبي إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، دار ابن عفان، الأردن، ط1، 1417هـ/ 1997م.
220. الشامسي سيف، نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، إشراف: د. عبد الله الكيلاني، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، كانون الأول 2006م.
221. الشامي محمد، الأخذ بالاحتياط عند الأصوليين، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، إشراف: أحمد العنقري، كلية الشريعة، قسم أصول الفقه، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1435هـ/ 1436هـ.
222. شبير محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط2، 1428هـ/ 2007م.
223. شقرون أحمد محمد، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ/ 2002م.
224. شلبي محمد مصطفى، تحليل الأحكام، دار النهضة العربية، بيروت، در، دس.
225. الشنقيطي محمد الأمين، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5، 2001م.
226. الشوشاوي الحسين بن علي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، تحقيق: أحمد السراح وآخرون، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1425هـ/ 2004م.
227. الشوكاني محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1419هـ/ 1999م.

228. عباسه العبد، قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، إشراف: د. أحسن زقور، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2006م/2007م.
229. الصيادي عبد الغفور، مراعاة الخلاف والخروج منه في أصول المالكية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2008م.
230. العجلوني مهدي ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي، إشراف: د. عبد الله الكيلاني، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، كانون ثاني 2005م.
231. العراقي أحمد بن عبد الرحيم، الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، تحقيق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، ط1، 1425هـ/2004م.
232. العسري محمد، الفكر المقاصدي عند الإمام مالك وعلاقته بالمنظرات الأصولية والفقهية في القرن الثاني الهجري، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2009م.
233. عمري رشيد، الاجتهاد المبني على السياسة الشرعية وتطبيقاتها بالأحوال الشخصية، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه وأصوله، إشراف: د. عبد القادر داودي، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010م/2011م.
234. العنزي فيصل، التوفيق والسداد في مسألة التصويب والتخطئة في الاجتهاد، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الإصدار 22، 1432هـ/2011م.
235. الغزالي محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول، تحقيق: محمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ/1993م.
236. الفاداني محمد ياسين، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، اعتنى به: رمزي دمشقية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1417هـ/1996م.
237. فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، ط1، 1428هـ/2007م.
238. القرافي أحمد بن إدريس،
- نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، دم، ط1، 1416هـ/1995م

- أنوار البروق في أنواء الفروق (الفروق)، عالم الكتب، القاهرة، در، دس.
239. القرضاوي يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، ط1، 1417هـ/1996م.
240. قرقور خالد، قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الفقه وأصوله، إشراف: د. ماجد مُجد أبو رحية، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان.
241. قوادري مختار، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، إشراف: عطاء الله فيض الله، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد، باكستان، 1420هـ/2000م.
242. الكيلاني عبد الرحمن، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1421هـ/2000م.
243. اللقاني إبراهيم، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تحقيق: عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، در، 1423هـ/2002م.
244. سندي صالح، مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلاً وتطبيقاً، رسالة ماجستير، إشراف: د. عبد الرحمن الشعلان، 1419م، جامعة الإمام مُجد بن سعود الإسلامية، الرياض.
245. رحامي إبراهيم، ضوابط الاجتهاد الذرائعي في القضايا المعاصرة، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي حول مستجدات العلوم الشرعية، المنعقد في: 30/31 تموز 2019م، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان.
246. أبو النور زين العابدين مُجد، رأي الأصوليين في المصالح المرسلّة والاستحسان من حيث الحجية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1425هـ/2004م.
247. مذكور مُجد سلام، مناهج الاجتهاد في الإسلام، جامعة الكويت، الكويت، ط1، 1393هـ/1993م.
248. مشعل محمود، أثر الخلاف الفقهي في القواعد المختلف فيها ومدى تطبيقها في الفروع المعاصرة، دار السلام، القاهرة، ط1، 1428هـ/2007م.
249. المعيزر منى، التعارض والترجيح عند الإمام الشاطبي، رسالة ماجستير في أصول الفقه، إشراف: مُجد مصطفى رمضان، كلية الشريعة، قسم أصول الفقه، جامعة مُجد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1430هـ/1431هـ.
250. المَقْرِي مُجد، القواعد، دراسة وتحقيق: أحمد بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، در، دس.

251. المنجور أحمد، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، موريتانيا، در، دس.
252. مهاوات عبد القادر، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، مطبعة الرمال، الوادي، در، 2017م
253. الموس الحسين، تقييد المباح، أطروحة دكتوراه، شعبة الدراسات الإسلامية، إشراف: د. مولاي عمر بن حماد، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة الحسن الثاني، المغرب، 1433هـ-1434هـ/2012م-2013م.
254. إسماعيل موسى، عمل أهل المدينة وأثره في الفقه الإسلامي، دار التراث ناشرون- دار ابن حزم، الجزائر- بيروت، ط1، 1424هـ/2004م.
255. الندوي علي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط3، 1414هـ/1993م.
256. هندو محمد، محكمات الخلاف الفقهي من خلال القواعد والمقاصد الشرعية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، إشراف: عباس الباز، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، تموز 2008م.
257. هيتو محمد حسن، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي، مؤسسة قرطبة، بيروت، ط1، 1401هـ/1982م.
258. الولاتي محمد يحيى، إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك، تعليق: مراد بوضاية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ/2006م.
259. ولد محمد سالم محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ/2002م.
- خامسا- كتب الفقه المقارن وكتب القضاء والفتوى:
260. ابن السمناني علي بن محمد، روضة القضاء وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط2، 1404هـ/1984م.
261. ابن القيم محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1991م.
262. ابن المبرد يوسف بن حسن، سير الحاث إلى علم الطلاق الثلاث، تحقيق: محمد العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
263. ابن المنذر محمد بن إبراهيم، الإجماع، تحقيق: صغير أحمد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان، ط2، 1420هـ/1999م.

- الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1، 1425هـ/2004.
264. ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم،
- رفع الملام عن الأئمة الأعلام، طبع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية، الرياض، در، 1403 هـ/1983م.
- مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد، المدينة النبوية، در، 1416هـ/1995م.
265. ابن حزم علي بن مُجَدِّد، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، در، دس.
266. ابن رشد الحفيد مُجَدِّد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.
267. ابن فرحون إبراهيم بن علي، تبصرة الحكم في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ/1986م.
268. ابن هبيرة يحيى بن مُجَدِّد، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1423هـ/2002م.
269. أبو البصل عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، الأردن، در، دس.
270. الأشقر عمر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، عمان، ط2، 1418هـ/1997م.
271. الأقطوغياني يونس، حركة التجديد في تقنين الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2015م.
272. الألفي مُجَدِّد جبر، محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة: "نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة"، المنعقدة بتاريخ 8-10 شوال 1414هـ/ 20-22 مارس 1994م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، منشور على شبكة الألوكة.
273. البسام عبد الله، تقنين الشريعة أضراره ومفاسده، مطابع دار الثقافة، مكة، در، 1379هـ.
274. البغدادي عبد الوهاب بن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1420هـ/1999م.

275. بنعلي عبد الحميد، أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، رسالة ماجستير، إشراف: أ. د. عبد المحسن المنيف، كلية الشريعة، قسم الفقه، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1427هـ/1428هـ.
276. التسولي علي بن عبد السلام، البهجة شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.
277. التوزري عثمان، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، تونس، ط1، دس.
278. جعيط محمد، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مطبعة الاستقامة، تونس، ط2، دس.
279. الحميضي عبد الرحمن، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، ط1، 1409هـ/1989م.
280. حيدر علي، درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411هـ/1991م.
281. خلاف عبد الوهاب، السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم، الكويت، ط2، 1405هـ/1985م.
282. الخلايلة يحيى، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم لنيل درجة شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، إشراف: أ. د. سيد عواد علي عواد وأ. عمران نيازي، كلية الشريعة والقانون، قسم الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد، باكستان، 1423هـ/2002م.
283. ديرانية مجاهد، فتاوى علي الطنطاوي، دار المنار، جدة، ط1، 1405هـ/1985م.
284. الرملي أحمد بن حمزة، الفتاوى، جمعها: شمس الدين الرملي، المكتبة الإسلامية، دم، در، دت.
285. الزحيلي محمد،
- التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر، دمشق، ط1، 1400هـ/1980م.
- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، دار البيان، دمشق، ط1، 1402هـ/1982م.
286. الزحيلي وهبة،
287. - جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1987م.
288. - الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط4، دس.

289. زيدان عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1409هـ/1989م.
290. الشاطبي إبراهيم بن موسى، الفتاوى، جمعها وقدم لها: محمد أبو الأصفان، دش، دم، ط2، 1406هـ/1985م.
291. شاعر أحمد، الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدرا للقوانين، دار الكتب السلفية، القاهرة، ط3، 1407هـ.
292. الشثري عبد الرحمن، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، دار الصمعي، الرياض، ط1، 1428هـ/2007م.
293. شلتوت محمود والسايس محمد، مقارنة المذاهب في الفقه، دار المعارف، مصر، در، 1986م.
294. الشوكاني محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، بيروت، ط1، دس.
295. عبد البر محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط4، 1407هـ/1986م.
296. عياض وولده محمد، مذاهب الحكماء في نوازل الأحكام، تحقيق: محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1997م.
297. الغزالي محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، در، دس.
298. السيوطي عبد الرحمان بن أبي بكر، جزيل المواهب في اختلاف المذاهب، تحقيق: عبد القيوم البستوي، دار الاعتصام، دم، در.
299. الشفشاوني عبد القادر، سعد الشمسوس والأقمار وزبدة شريعة النبي المختار، تحقيق: عبد القادر الوردغي، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، ط1، 1829م.
300. الغزالي سلامة، البراهين الساطعة في رد بعض البدع الشائعة وبراهين الكتاب والسنة الناطقة على وقوع الطلقات المجموعة منجزة أو معلقة، مطبعة السعادة، مصر، در، دس.
301. القحطاني أسامة وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 1433هـ/2012م.
302. قدرى باشا محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية، مصر، ط2، 1308هـ/1891م.

303. القنوجي مُجد صديق خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة، بيروت، در، دس.
304. كاملي مراد، حجية الحكم القضائي، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، إشراف: د. سعيد فكرة، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 1429هـ/2008م.
305. الماوردي علي بن مُجد، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، در، دس.
306. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية من خلال مقاصد الشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصول، إشراف: د. عكاشة حوالف، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران1، أحمد بن بلة، 1436هـ/2015م.
307. المنجد صلاح الدين وآخرون، فتاوى الإمام مُجد رشيد رضا، دش، دم، ط1، 1426هـ/2005م.
308. الهيتمي أحمد بن مُجد، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: عبد القادر الفاكهي، المكتبة الإسلامية، دم، در، دس.
309. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1427هـ.
310. الونشريسي أحمد بن يحي،
- المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، حَرَجَهُ جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور مُجد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، در، 1401هـ/1981م.
- المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1426هـ/2005م.
311. ياسين مُجد نعيم،
- حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1436هـ/2015م.
- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.

سادسا- كتب الفقه الإسلامي المعاصر والفقه القانوني وكتب أخرى متنوعة:

312. ابن أبي العز محمد بن علاء الدين، شرح العقيدة الطحاوية، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط10، 1417هـ/1997م.
313. ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم،
- اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أهل الجحيم، تحقيق: ناصر عبد الكريم العقل، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1419هـ/1999م.
- منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية، تحقيق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط1، 1406هـ/1986م.
314. ابن عبد البر يوسف بن عبد الله، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1414هـ/1994م.
315. ابن قدامة موفق الدين، لمعة الاعتقاد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، ط2، 1420هـ/2000م.
316. ابن القيم محمد بن أبي بكر،
- إغاثة اللهفان من مصاديد الشيطان، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض، در، دس.
- الصواعق المرسلة في الرد على الجهمية والمعتلة، تحقيق: علي بن محمد الدخيل، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1408هـ.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1415هـ/1994م.
317. الأبرش مها، الأمومة ومكانتها في الإسلام في ضوء الكتاب والسنة، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، در، 1417هـ/1998م.
318. أبو العينين علي، القيم الإسلامية والتربية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1987م.
319. أبو زهرة محمد،
- الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957م.
- محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دس.
- أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دس.
- مالك حياته وعصره آراؤه الفقهية، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دس.
- محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، دس.

– الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دس.

320. أبو زيد بكر، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1416هـ/1996م.

321. أبو سنية نضال، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة، عمان، ط1، 1422هـ/2011م.

322. أبو يحيى سمر، أحكام الخلوة في الفقه الإسلامي، دار اليازوري العلمية، عمان، ط1، 1418هـ/1997م.

323. إدريس عثمان، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، إشراف: د. عدنان هاشم، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، جامعة الخليل، 1427هـ/2006م.

324. الأزهر مُجَدِّد، شرح مدونة الأسرة، دش، دم، ط7، 2015م.

325. إغبارية أحلام، شهادة النساء دراسة فقهية قانونية مقارنة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، إشراف: د. أيمن البدارين، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، جامعة الخليل، 1431هـ/2010م.

326. آل الشيخ مبارك قيس، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، دار الفارابي، الشارقة، ط3، 1427هـ/2006م.

327. آل علي صالح، أحكام الشروط المقترنة بعقد النكاح وآثارها، دار البر، دبي، ط1، 1435هـ/2014م.

328. إمام مُجَدِّد علي، محاضرات في نظرية القانون، مطبعة نخضة مصر، القاهرة، در، 1953م.

329. إمام مُجَدِّد كمال الدين وآخرون، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، دم، در، 2003م.

330. بازمول مُجَدِّد، الاختلاف وما إليه، دار ابن عفان، مصر، ط1، 1425هـ/2004م.

331. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1960م.

332. البدراوي عبد المنعم، مبادئ القانون، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، در، 1972م.

- 333.** بخوش رزيق، عيوب الإرادة في عقد الزواج، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، إشراف: د. عبد السلام عبد القادر، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 1439هـ/2018م.
- 334.** البغا مصطفى وحسن، قانون الأحوال الشخصية 1 زواج وطلاق، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، در، 2018م.
- 335.** البكري عبد الباقي والبشير زهير ، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري القانونية العلوم السياسية، القاهرة، ط1، 2015م.
- 336.** بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، در، 2000م.
- 337.** بلتاجي محمد،
- منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دار الفكر العربي، القاهرة، در، دس.
- دراسات في الأحوال الشخصية، دار السلام، القاهرة، ط1، 2006م.
- 338.** بلحاج العربي،
- أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، عمان، ط1، 1433هـ/2012م.
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005م.
- أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2013م.
- 339.** بلحاج فيصل، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي دراسة مقارنة من المادة 01 إلى المادة 31 نموذجاً، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، إشراف: د. عبد المجيد جمعة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 1434هـ/2013م.
- 340.** البنا عبد القادر، الآثار الاقتصادية والتنموية لزواج الفتيات المبكر، بحث نشره مركز الدراسات والبحوث اليمني، الجمهورية اليمنية، 2004م.
- 341.** بن الزين أبو القاسم، عقد الزواج المقتزن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، إشراف: أد. إبراهيم رحمان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014م/2015م.

342. بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، مذكرة ماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، إشراف: د. دليلة فركوس، كلية الحقوق، جامعة المجد بوقرة، بومرداس، 2014م.
343. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1428هـ/2007م.
344. بن حميد صالح، الجامع في فقه النوازل، الدار العربية للطباعة والنشر، الرياض، در، 1423هـ.
345. بن خاطر عماد، ميراث الأحفاد في مجلة الأحوال الشخصية، رسالة الماجستير المهني في قسمة الفريضة، إشراف: الحافي أحمد، المعهد العالي لأصول الدين، جامعة الزيتونة، تونس، السنة الجامعية 2009/2008.
346. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، در، 2004م.
347. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، ط1، 2008م.
348. بن صغير محفوظ،
- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، إشراف: د. عبد الكريم حامدي، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430هـ/2009م.
- أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، در، 2013م.
349. بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011م.
350. بن عومر محمد، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، أطروحة لنيل درجة شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، إشراف: أ.د. زكية حميدو تشوار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015م/2016م.
351. بن مشري عبد الحليم، الجرائم الأسرية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص: قانون جنائي، إشراف: د. الزين عزري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007م/2008م.

352. بهنسي أحمد فتحي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1408هـ/1988م.
353. بوشير محند، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، أعمال ملتقى الأمن القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012م.
354. بوجمعة حمد، أثر أحكام الفقه الإسلامي في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، إشراف: د. عبد القادر بن حرز الله، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة1، 1438هـ - 1439هـ/2017م - 2018م.
355. بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007م.
356. البيانوي محمد، دراسات في الاختلافات العلمية، دار السلام، القاهرة، ط2، 1428هـ/2007م.
357. تشوار الجيلاني، مقياس قانون الأسرة الجزائري، إصدار كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014م/2015م.
358. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، إشراف: د. الغوثي بن ملح، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006م/2007م.
359. تيمور أحمد باشا، نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الفقهية الأربعة، تقديم: محمد أبو زهرة، دار القادري، بيروت، ط1، 1411هـ/1990م.
360. جانم جميل فخري، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان، ط1، 2009م.
361. الجرجاني علي بن محمد، شرح السراجية، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، در، 1323هـ/1944م.
362. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، در، 2006م.
363. الجيدي عمر، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، دش، دم، ط1، 1993م.
364. حسانين نجلاء، إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، إشراف: أ. د. عبد اللطيف عامر، كلية دار العلوم، القاهرة، 2005م.
365. الحسن إحسان وعدنان الأحمد، مدخل إلى علم الاجتماع، دار وائل، الأردن، ط2، 2009م.

366. الحفناوي مُجَّد، الطلاق، مكتبة الإيمان، القاهرة، ط2، 2005م.
367. حمريش دليلة، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، إشراف: د. سعيد فكرة، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية والإسلامية، قسم العلوم الاجتماعية، شعبة علم الاجتماع والديمقراطية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013م/2014م.
368. الحموي أسامة، قانون الأحوال الشخصية 2، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، در، 2018م.
369. الحموي ياقوت، معجم الأدباء، تحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1414هـ/1993م.
370. الحميقاني عبد الوهاب، معالم فقه الخلاف في الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الماجستير، كلية الآداب، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة صنعاء، 1427هـ/2007م.
371. حوسو عصمت، الجندر الأبعاد الاجتماعية والثقافية، دار الشروق، عمان، ط1، 2009م.
372. الخشلان خالد، اختلاف التنوع حقيقته ومناهج العلماء فيه، دار كنوز اشبيليا، الرياض، ط1، 1429هـ/2008م.
373. الخفيف علي، - أسباب اختلاف الفقهاء، دار الفكر العربي، القاهرة، در، د ت.
- فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1429هـ/2008م.
374. خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط3، 1357هـ/1938م.
375. الخلفي عبد العزيز، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، دش، دم، ط1، 1414هـ/1994م.
376. داودي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، در، 2010م.
377. الدريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1408هـ/1988م.

378. الراشد علي، التحول في الأشياء والتصرفات والعقود وأثره في الحكم الشرعي، رسالة ماجستير، إشراف: أحمد يوسف سليمان، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، 1421هـ/2000م.
379. الروكي مُجَد، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1414هـ/1994م.
380. الريسوني قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2007م.
381. الزحيلي مُجَد، التعويض المالي عن الطلاق التعسفي، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1448هـ/1998م.
382. الزحيلي وهبة،
- الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط4، 1429هـ/2008م.
- قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط1، 1428هـ/2007م.
383. زردومي فلة، فقه مآلات الأفعال وأبعاده المقصدية، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه أصوله، إشراف: د. صالح بوبشيش، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة1، 1437هـ - 1438هـ/2016م-2017م.
384. الزرقا مصطفى،
- المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ/2004م.
- الفقه الإسلامي ومدارسه، دار القلم، دمشق، ط1، 1416هـ/1995م.
385. الزبياري عامر، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
386. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993م.
387. السباعي مصطفى،
- المرأة بين الفقه والقانون، دار الورق للنشر والتوزيع، بيروت، ط8، 1422هـ/2001م.
- شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الورق، المكتب الإسلامي، دمشق، در، دس.
388. السرطاوي محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون، عمان، ط3، 1431هـ/2010م.

389. سعادي لعلی، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، إشراف: أد. الغوثي بن ملح، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014م.
390. سعد الله أبو القاسم، تاريخ الجزائر الثقافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1998م.
391. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010م.
392. سلمان نصر وسطحي سعد،
- أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، در، 2002م.
- أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، در، 2003م.
393. سليمان نبيل، مسائل الخلاف في الموارث والتركات، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون إشراف: د. نصيرة دهينة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، 1438هـ/2017م.
394. سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الدار العلمية الدولية، الأردن، ط1، 2002م.
395. سماعي محمد، نظرية الاحتياط الفقهي، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه العلوم في أصول الفقه، إشراف: د. محمود جابر، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، أيار 2006م.
396. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، در، دس.
397. السنهوري عبد الرزاق وآخرون، أصول القانون، لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، در، 1950م.
398. الشاذلي حسن، الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، ط1، 1427هـ/2006م.
399. الشافعي جابر عبد الهادي،
- التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، 2002م.
- أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، 2007م.
400. الشافعي محمد،
- الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية 24، دم، در، دس.

- قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، ط1، 2009م.
401. الشاطبي إبراهيم بن موسى، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1412هـ/1992م.
402. شاكراً أحمد، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، القاهرة، در، دس.
403. شاكراً منيب، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، ط1، 1418هـ/1998م.
404. شامي أحمد،
- السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، إشراف: أد. محمد راييس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013م/2014م.
- قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، در، 2010م.
405. الشرنباصي رمضان، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الهدى للطبوعات، القاهرة، در، 2005م/2006م.
406. الشرنباصي رمضان وآخرون،
- أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2014م.
- أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، در، 2012م.
407. شريفى عماد، اعتبار العرف في مسائل الزواج وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص: قانون أسرة، إشراف: د. أحمد غرابي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014م/2015م.
408. شلبي محمد مصطفى،
- أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1403هـ/1983م.
- المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط10، 1405هـ/1985م.
409. الشهرستاني محمد بن عبد الكريم، الملل والنحل، مؤسسة الحلبي، دم، در، دس.

410. شيخ إسماعيل، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، إشراف: د. ليلي جمعي، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، السانية، 1434هـ/ 2013م.
411. الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1987م.
412. الصادق عبد المالك، المحاكمات العسكرية لبعض قيادات الثورة الجزائرية 1954-1962، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه الطور الثالث، تخصص تاريخ معاصر، إشراف: د. علي أجقو، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإنسانية، شعبة التاريخ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017م/2018م.
413. صبري عكرمة، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس، عمان، ط2، 1432هـ/2011م.
414. الصدة عبد المنعم، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط2، 1954م.
415. الصفدي محمد، التعسف في العدول عن الخطبة، بحث مقدم ماجستير في الفقه المقارن، إشراف: د. مؤمن شويده، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، شوال 1438هـ/ يوليو 2017م.
416. صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، در، 2006م.
417. صلاح الدين أحمد، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية المصرية، مطبوعة منشورة على موقع مكتبة نور.
418. الصمادي كمال، اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص في قانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، إشراف: د. عبد الناصر أبو البصل، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، عمان، 1424هـ/2003م.
419. الطريقي عبد الله، فقه التعامل مع المخالف، دار الوطن، الرياض، در، دس.
420. عابدي عبد الله، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، إشراف: د. ليلي جمعي، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 1427هـ/2006م.
421. عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1404هـ/1984م.

422. شعبان عبد الله، ضوابط الاختلاف في ميزان السنة، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1417هـ/1997م.
423. عبد العزيز عامر عبلة، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، در، 2010م.
424. عبيدي مُجّد، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الهدى المحمدي، مصر، در، 1425هـ/2004م.
425. العصيمي حسن، الخلاف أنواعه وضوابطه وكيفية التعامل معه، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1430هـ.
426. العطار عبد الناصر، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، مصر، در، دس.
427. عفيف اسمهان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون شؤون أسرة، إشراف: د. أحمد رحال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 1431هـ/2011م.
428. عقلة مُجّد، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، ط1، 1410م.
429. العمري أشرف، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، إشراف: د. محمود السرطاوي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، آب 2005م.
430. العوفي عوض، الولاية في النكاح، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 1423هـ/2002م.
431. عويس أحمد، أحكام الموارث والوصية في الفقه الإسلامي والقانون، مكتبة جامعة طنطا، مصر، در، دس.
432. العيدان عبد العزيز وآخرون، الفتوحات الربانية بشرح الدرّة المضية في علم القواعد الفرضية، دار الركائز، الكويت، ط1، 1439هـ/2018م.
433. عيسات اليزيد، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، إشراف: د. عمر بلمامي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002م/2003م.

434. غمور رضا، **تحول العقود في الفقه الإسلامي**، أطروحة مقدمة لنيل درجة شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، إشراف: د. مُجَدِّد سماعي، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 1436هـ - 1437هـ/2015م - 2016م.
435. غناي زكية، **حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة**، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، إشراف: أ.د. عبد الفتاح تقيّة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010م/2011م.
436. الغندور أحمد، **الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي**، طبعة جامعة الكويت، الكويت، ط2، 1970م.
437. فراج حسين أحمد،
- **أحكام الأسرة في الإسلام**، الدار الجامعية، بيروت، در، 1998م.
- **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، در، 1997م.
438. القرضاوي يوسف،
- **مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، المكتبة السلفية، القاهرة، در، دس.
- **الأسرة كما يريد الإسلام**، مكتبة وهبه، القاهرة، ط1، 1426هـ/2005م.
- **فقه الطهارة**، مكتبة وهبه، القاهرة، ط4، 1428هـ/2008م.
439. قرعاني موسى، **عقد الوقف وطرق إثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، إشراف: أ.د. نور الدين لمطاعي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013م/2014م.
440. القره داغي علي، **مبدأ الرضا في العقود**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط3، 2008م.
441. القضاة مُجَدِّد، **الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم 36 لسنة 2010**، المكتبة الوطنية، عمان، در، 1433هـ/2012م.
442. القضاة منذر، **أحكام الوقف**، دار الثقافة، عمان، ط1، 1432هـ/2011م.
443. قنديل مُجَدِّد عبد اللطيف، **فقه النكاح والفرائض**، دش، در، دس.
444. الكبيسي مُجَدِّد عبيد، **أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية**، مطبعة الإرشاد، بغداد، در، 1397هـ/1977م.
445. الكشور مُجَدِّد، **الوسيط في شرح مدونة الأسرة**، نادي الطلبة والباحثين في العلوم القانونية، المغرب، ط2، 2008م.
446. الكشكي مُجَدِّد، **الميراث المقارن**، دار النذير، بغداد، ط3، 1389هـ/1969م.

447. الكندري أحمد، علم النفس الأسري، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1412هـ/1992م.
448. كنعان أحمد، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م.
449. الكوثري محمد زاهد، مقالات الكوثري، المكتبة التوفيقية، القاهرة، در، دس.
450. لعربي إيمان، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون أسرة، إشراف: أد. نور الدين لمطاعي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013م/2014م.
451. المبروك منصوري، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغربية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، إشراف: أد. محمد بن عمارة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013م/2014م.
452. المحاميد شويش، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملاحمه، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، إشراف: أد. محمد نعيم ياسين، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، آب 2000.
453. محدة محمد،
- التركات والموارث، مطبعة الشهاب، قسنطينة، ط2، 1994م.
- الخطبة والزواج، دار الشهاب للنشر، باتنة، ط2، 1994م.
454. محمد شريف مصطفى، الاختلاف الفقهي، دار ابن كثير، عمان، ط1، 1428هـ/2007م.
455. محمصابي صبحي،
- الأوضاع التشريعية في الدول العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1957م.
- فلسفة التشريع في الإسلام، مكتبة الكشاف، بيروت، در، 1365هـ/1946م.
456. محمود عيسى، خلاف الأئمة الأربعة في مسائل الميراث، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، إشراف: د. هارون الشرباتي، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، جامعة الخليل، 1428هـ/2007م.
457. مذكور محمد سلام،
- أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967م.
- المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 1996م.
458. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، إشراف: أد. هجيرة دنوبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005م/2006م.

459. المعلمي عبد الرحمن، الحكم المشروع في الطلاق المجموع، تحقيق: حاكم المطيري، دار الأطلس، الرياض، ط1، 1418هـ/1997م.
460. منصور حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الدار الجامعية الجديدة، مصر، ط1، 2001م.
461. موسى مُجد يوسف، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1430هـ/2009م.
462. موفق نبيل، أثر التعليل بالقواعد المقاصدية في بناء الفتاوى المعاصرة، بحث مقدم إلى الملتقى الدولي الموسوم: صناعة الفتوى في ظل التحديات المعاصرة، المنعقد في: 16 و17 ربيع الأول 1441هـ/13 و14 نوفمبر 2019م، معهد العلوم الإسلامية، جامعة حمه لخضر الوادي.
463. نجمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، در، 2016م.
464. نويوة بسمة، المؤسسات الإسلامية الرسمية في تونس من 1956 إلى اليوم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الجامعية 2007م/2008م.
465. هرنان عبد الرحمان، محطات قانون الأسرة الجزائري بين الماضي والحاضر، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ط4، در، 2012م.
466. هيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط5، 1434هـ/2013م.
467. واصل نصر فريد، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، در، دس.
468. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، شركة الأصالة، الجزائر، ط2، 2012م.
469. ياسين مُجد يحي، مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية القاهرة ط6، 1987م.
470. اليافعي عبد الله، امرأة الجنان وعبرة اليقظان في معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان، وضع حواشيه: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/1997م.

471. يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص: أحوال شخصية، إشراف: د. شبل بدر الدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014م/2015م.

سابعا- كتب التراجم والتاريخ والمعاجم والقواميس:

472. G.CORNU, *vocabulaire juridique*, association 1981.

H.Capitant, PFU, 8eme 1^{er} edi, 1987, V^o jurisprudence.

473. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، د ر، د س.

474. ابن أبي يعلى مُجَدِّد، طبقات الحنابلة، تحقيق: مُجَدِّد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، در، دس.

475. ابن العماد عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1406هـ/1986م.

476. ابن بشكوال خلف بن عبد الملك، الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، مكتبة الخانجي، مصر، ط2، 1374 هـ/1955م.

477. ابن حجر أحمد بن علي، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ/1995م.

478. ابن خلكان أحمد بن مُجَدِّد، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1، 1971م.

479. ابن رجب عبد الرحمن، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425هـ/2005م.

480. ابن سعد مُجَدِّد، الطبقات الكبرى، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1، 1968م.

481. ابن سيده علي، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.

482. ابن فارس أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام مُجَدِّد هارون، دار الفكر، در، 1399هـ/1979م.

483. ابن فرحون إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: مُجَدِّد الأحدي أبو النور، دار التراث، القاهرة، در، دس.

484. ابن قطلوبغا قاسم، تاج التراجم، تحقيق: مُجد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط1، 1413هـ/1992م.
485. ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ.
486. ابن كثير إسماعيل بن عمر،
- البداية والنهاية، تحقيق: عبد الله التركي، دار هجر، الرياض، ط1، 1418 هـ/1997م.
- طبقات الشافعية، تحقيق: عبد الحفيظ منصور، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2004م.
487. ابن منظور مُجد، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.
488. أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1408هـ/1988م.
489. أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1429هـ/2008م.
490. الأزهري مُجد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق: مُجد مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.
491. الأشقر عمر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، ط3، 1412هـ/1991م.
492. أبو زهرة مُجد، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، در، دس.
493. البركتي مُجد، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
494. التنبكتي أحمد بابا، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، عناية وتقديم: عبد الحميد الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ليبيا، ط2، 2000م.
495. التهانوي مُجد، كشف اصطلاحات الفنون، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م.
496. الجرجاني علي بن مُجد، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1403هـ/1983م.
497. الجوهرى إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ/1987م.
498. الحجوي مُجد، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف، الرباط، ط1، 1340هـ.

499. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1422هـ/2002م.
500. خلاف عبد الوهاب، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، ط9، 1371هـ/1971م.
501. الذهبي مُحمَّد بن أحمد،
- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق: بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 2003م.
- سير أعلام النبلاء، أشرف على تحقيقه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1405هـ/1985م.
- مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومُحمَّد بن الحسن، تحقيق وتعليق: مُحمَّد زاهد الكوثري وآخرون، لجنة إحياء المعرف النعمانية، حيدر آباد، الهند، ط1، 1408هـ.
502. الرصاع مُحمَّد بن قاسم ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت، ط1، 1350هـ.
503. الرازي مُحمَّد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ مُحمَّد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط5، 1420هـ/1999م.
504. الزبيدي مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، مطبعة الحكومة، الكويت، در، 1410هـ/1990م.
505. الزركلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م.
506. السبكي تاج الدين، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، الرياض، ط2، 1413هـ.
507. سعد قاسم على، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ/2002م.
508. الصفدي صلاح الدين، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرنؤوط وآخرون، دار إحياء التراث، بيروت، در، 1420هـ/2000م.
509. العيدروس عبد القادر، النور السافر عن أخبار القرن العاشر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405م.

510. الغزي مُجَّد بن مُجَّد، الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1997م.
511. الفيروزآبادي مُجَّد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426هـ/2005م.
512. الفيومي أحمد بن مُجَّد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، در، دس.
513. القرشي عبد القادر، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير مُجَّد كتب خانه، كراتشي، در، دس.
514. قلنجي مُجَّد رواس وآخرون، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الأردن، ط2، 1408هـ/1988م.
515. القنوجي مُجَّد صديق خان، أبجد العلوم، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1423هـ/2002م.
516. القنوي قاسم بن مُجَّد، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت، در، 1424هـ/2004م.
517. الكفوي أيوب، الكليات، تحقيق: عدنان درويش وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، در، دس.
518. اللكنوي مُجَّد، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تصحيح: مُجَّد النعساني، دار السعادة، مصر، ط1، 1324هـ.
519. المجذوب مُجَّد، علماء ومفكرون عرفتهم، دار الشواف، الرياض، در، دس.
520. محفوظ مُجَّد، تراجم المؤلفين التونسيين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1994م.
521. مخلوف مُجَّد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
522. الميورقي مُجَّد بن فتوح، جذوة المقتبس في ذكر ولاية الأندلس، الدار المصرية، القاهرة، در، 1966م.
523. نكري عبد النبي، دستور العلماء، تعريب: حسن فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.
524. النووي يحيى بن شرف، تهذيب الأسماء واللغات، دار الكتب العلمية، بيروت، در، دس.
525. الهنائي علي بن الحسن، المنتخب من غريب كلام العرب، تحقيق: مُجَّد بن أحمد العمري، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، ط1، 1409هـ/1989م.
526. اليحصبي عياض بن موسى، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: ابن تاويت الطنجي وآخرون، مطبعة فضالة، المغرب، ط1، 1965م.

ثامنا- المقالات والمواقع الإلكترونية:

527. الأهدل فاطمة، مؤكدات المهر دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف دقهلية، ع21، ج05، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر.
528. آل الشيخ عبد العزيز، أحكام الشريعة بين التطبيق والتدوين، مجلة أضواء الشريعة، ع04، كلية الشريعة، الرياض.
529. بلحركة كمال، خصوصية نظام الموارث في القانون المغربي، المجلة المغربية للحكام القانونية والقضائية، وزارة العدل المغربية، ع01، 2016م.
530. بن صغير محفوظ، اجتهد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع06، سبتمبر 2017، جامعة محمد بوضياف، المسيلة.
531. بوري يحيى، الاجتهاد القضائي الجزائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد01، ع01، 2004م، جامعة محمد خيذر، بسكرة.
532. تعريف الدخول، موضوع لم يذكر اسم صاحبه، أَّخذُته يوم: 2021/08/07، في الساعة 21:42، من حساب فيسبوكي بعنوان: قانون الطلاق في تونس، منشور على الشبكة العنكبوتية عبر الرابط: <https://fr-fr.facebook.com/1577302085700287/posts/>
533. تقرير بعنوان: للمرأة الحق الكامل في المهر بعد الخلوة.. نص مستحدث بقانون الأحوال الشخصية، كتبه أسامة علي، منشور بتاريخ: 2021/02/05 في موقع مصرأوي، مأخوذ يوم: 2021/08/06 في الساعة: 22:21، منشور على الشبكة العنكبوتية عبر الرابط: https://www.masrawy.com/news/news_egypt/details/2021/3/5/1981849/%D9%84%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A
- 9-
534. الجنابي إبراهيم، قاعدة مراعاة الخلاف شروطها وتطبيقاتها ومستثنياتها وأثرها في الترجيح الفقهي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مجلد15، ع01، يونيو 2018م السنة الحادية عشر، جامعة الشارقة.
535. حامدي عبد الكريم، التلقيق بين المذاهب في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، ع17، نوفمبر 2009، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

536. درفوف مُجد، المرجعية الفقهية المعاصرة للخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، ع01، جوان 2015، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت.
537. لوشن دلال وآخرون، الأمن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع12، جانفي 2018، جامعة الحاج لخضر باتنة1، باتنة.
538. رابطة العالم الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 02، ع03، 1409هـ/1989م.
539. رصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية، مجلة التراث، ع08، 2018م، جامعة الجلفة.
540. رضا مُجد رشيد، مجلة المنار، ربيع الآخر، سنة 1331هـ.
541. الرقي مُجد توفيق، الاجتهاد في القضايا الأسرية: قواعد وضوابط ، مقال مأخوذ يوم: 2020/08/11م، في الساعة: 22:25، موقع العلوم القانونية المغربية على الشبكة العنكبوتية، عبر الرابط الآتي: <https://www.marocdroit.com/%D8%A7%D9%84%D8%A7>
542. زازون أكلي وحبار أمال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري 02/05، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 55، ع01، سنة 2018، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.
543. السنهوري مُجد فرج، التلقيق بين أحكام المذاهب، مجلة الأزهر، ج09، السنة 35، ذو القعدة 1383هـ/أفريل 1964م.
544. السنيدي فهد، نفقة علاج الزوجة دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع16، جمادى الآخرة، رمضان 1434هـ/2013م.
545. سولم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، ع29، السنة التاسعة، ديسمبر 2017م، جامعة عاشور زيان، الجلفة.
546. شجاع الدين عبد المؤمن، تحديد سن الزواج، بحث مأخوذ يوم 2018/04/09 في الساعة 15.00 من الشبكة العنكبوتية عبر الرابط: <https://yemennic.info/upload/iblock/4eadf8ef2299fca08dfb39cb0211dfb>

547. شيخة جمعة، الوقف بين التنظير والتطبيق والإلغاء التجربة التونسية نموذجاً، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية، مأخوذ يوم: 2022/03/20م، عبر الرابط الآتي:
https://ia801802.us.archive.org/10/items/economy_0003/economy2987-.pdf
548. الطائي حامد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الحقوق، ع02، سنة 2017م، الإصدار 31، الجامعة المستنصرية، العراق.
549. طحطاح علال،
- ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع15، 2019م، جامعة البليدة.
- نص المادة 11 من قانون الاسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية وحتمية التفسير، مجلة صوت القانون، ع02، أكتوبر 2014، جامعة خميس مليانة.
550. العتيبي غازي، التلفيق بين المذاهب الفقهية وعلاقته بتيسير الفتوى، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع25، السنة 23، 1431هـ/2010م، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.
551. العشي نورة، تقنين أحكام الأسرة في الجزائر و باقي دول المغرب العربي، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد 11، ع02، جوان 2019 السنة الحادية عشر، جامعة عاشور زيان، الجلفة.
552. فاتي لمياء، قراءة مقاصدية في مدونة الأوقاف الجديدة الواقع والآفاق، شبكة ضياء للمؤتمرات والدراسات، الرابط: <https://diae.net/wp-content/uploads>
553. القضاة مصطفى، التبكير في الزواج والآثار المترتبة عليه دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، ع01، 2010م، جامعة دمشق، سوريا.
554. كحل عز الدين وبوكراب عبد المجيد، تقنين الأحكام الشرعية ودوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية، ع36/37، نوفمبر 2014، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
555. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، ع31-32، رجب-شوال سنة 1411هـ، الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية.
556. للمتوني عبد الرحمان، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المملكة المغربية، ع46، مايو 2014م.

557. المبارك مُجَد، الخروج من الخلاف حقيقته وأحكامه، مجلة الجامعة الإسلامية، ع151، جامعة مُجَد بن سعود الإسلامية، الرياض.
558. مجلس الأمة، مجلة الفكر البرلماني، ع9، جويلية 2005م، الجزائر.
559. المصلح خالد، مراعاة الخلاف في الفتوى تأصيلا وتطبيقا، مجلة البحوث الإسلامية، ع11، جمادى الأولى جمادى الآخرة رجب شعبان 1440هـ، الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، السعودية.
560. مطروح عدلان، الشروط المقترنة بعقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة العلوم والاجتماعية الإنسانية، المجلد 09، ع02، ديسمبر 2016، جامعة العربي التبسي، تبسة.
561. معروف عرابي مُجَد، قانون الأسرة بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية، جريدة الأصيل، الجزائر، 1999/12/06م.
- النصوص القانونية والمجلة القضائية:
562. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع15.
563. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، ع78.
564. الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/22، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الجريدة الرسمية، ع94.
565. الجمهورية التونسية، مجلة الأحوال الشخصية، منشورات المطبعة الرسمية، در، 2017م.
566. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع21.
567. القانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، ع14.
568. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع24.
569. القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، ع21.
570. مرسوم رئاسي رقم 18/89 مؤرخ في 1989/02/28، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، ع09.

571. مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 1996/12/07، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية، ع 76.
572. مرسوم رئاسي رقم 51/96 مؤرخ في 1996/01/22، تضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، الجريدة الرسمية، ع 06.
573. المملكة المغربية، مدونة الأسرة المغربية، طبعة وزارة العدل والحريات، 2016م.
574. وزارة العدل الجزائرية، المجلة القضائية، تصدر عن المحكمة العليا، الأعداد: 01 - 02 - 03 - 04، السنوات: 1989م - 1990م - 1991م - 1992م - 1993م - 1994م - 1995م - 2000م - 2001م - 2002م - 2003م - 2004م - 2007م - 2009م - 2011م - 2012م.

8- فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
1	مقدمة
	الفصل الأول: تأصيل وتعريف مصطلحات البحث ومفرداته
	المبحث الأول: نشأة الخلاف الفقهي، مشروعيته، أنواعه، أسبابه، وموقف العلماء منه
17	المطلب الأول: نشأة الخلاف الفقهي
17	الفرع الأول: الخلاف الفقهي في عصر النبي ﷺ
18	الفرع الثاني: الخلاف الفقهي في عصر الصحابة رضي الله عنهم
20	الفرع الثالث: الخلاف الفقهي في عصر التابعين وتابعيهم والأئمة المجتهدين
22	الفرع الرابع: الخلاف الفقهي في عصر التقليد إلى القرن الرابع عشر الهجري
24	المطلب الثاني: مشروعية الخلاف الفقهي
24	الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلاف الفقهي من القرآن الكريم
25	الفرع الثاني: أدلة مشروعية الخلاف الفقهي من السنة النبوية الشريفة
26	الفرع الثالث: أدلة جواز الخلاف الفقهي من آثار الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين
27	الفرع الرابع: أدلة جواز الخلاف الفقهي من أصول التشريع وقواعده
29	المطلب الثالث: أنواع الخلاف الفقهي
29	الفرع الأول: خلاف التنوع
30	الفرع الثاني: خلاف التضاد
32	المطلب الرابع: أسباب الخلاف الفقهي وموقف العلماء منه
32	الفرع الأول: أسباب الخلاف الفقهي
32	أولاً- الخلاف الفقهي بسبب تعدد أوجه القراءات القرآنية
33	ثانياً- الخلاف الفقهي بسبب ثبوت الحديث النبوي من عدمه
34	ثالثاً- الخلاف الفقهي بسبب دلالة النص الشرعي
35	رابعاً- الخلاف الفقهي بسبب طرق دفع التعارض بين النصوص

36	خامسا- الخلاف الفقهي بسبب حجية المصادر التبعية للتشريع
36	سادسا: الخلاف الفقهي بسبب عدم وجود نص في المسألة
37	الفرع الثاني: موقف العلماء من الخلاف الفقهي
38	أولا: الأساس الأصولي لتسوية الخلاف الفقهي
38	ثانيا: تحرير موقف العلماء من الخلاف الفقهي
41	ثالثا: معايير منهجية في التعامل مع الخلافات الفقهية
	المبحث الثاني: حقيقة قاعدة مراعاة الخلاف، ومقتضاياتها المقاصدية
44	المطلب الأول: مفهوم مصطلحي القاعدة ومراعاة الخلاف
44	الفرع الأول: تعريف القاعدة، وبيان أنواعها بوجه عام
44	أولا- تعريف القاعدة لغة واصطلاحا
45	ثانيا- أنواع القواعد بوجه عام في التشريع الإسلامي
47	الفرع الثاني: تعريف مراعاة الخلاف، وتكييفها أصوليا
47	أولا- تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتبار أفرادها
49	ثانيا- تعريف مصطلح مراعاة الخلاف باعتباره مركبا إضافيا
58	ثالثا- التكييف الأصولي لقاعدة مراعاة الخلاف
60	الفرع الثالث: تمييز مصطلح مراعاة الخلاف عن المصطلحات ذات الصلة به
60	أولا- علاقة مراعاة الخلاف بالخروج من الخلاف
61	ثانيا- علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان
61	ثالثا: علاقة مراعاة الخلاف بالنظر في مآلات الأفعال
62	رابعا: علاقة مراعاة الخلاف بالاحتياط
63	خامسا: علاقة مراعاة الخلاف بسد الذرائع
63	سادسا: علاقة مراعاة الخلاف بالمصلحة المرسلة
64	سابعا: علاقة مراعاة الخلاف بالاجتهاد الانتقائي (الترجيحي)
65	ثامنا: علاقة مراعاة الخلاف بالتلفيق الفقهي
66	تاسعا: علاقة مراعاة الخلاف بتحوُّل العقود والتصرفات
68	المطلب الثاني: حجية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف
68	الفرع الأول: القائلون بحجية قاعدة مراعاة الخلاف وأدلتهم

68	أولاً- إيراد أقوال العلماء المحتجين بقاعدة مراعاة الخلاف
68	ثانياً- إيراد أدلة العلماء المحتجين بقاعدة مراعاة الخلاف
68	الفرع الثاني: الرافضون لحجية قاعدة مراعاة الخلاف وأدلتهم
70	أولاً- إيراد أقوال العلماء الرافضين لحجية قاعدة مراعاة الخلاف
71	ثانياً- إيراد أدلة العلماء الرافضين لحجية قاعدة مراعاة الخلاف
73	الفرع الثالث: الموازنة والترجيح بين الأقوال والأدلة
75	المطلب الثالث: ضوابط العمل بقاعدة مراعاة الخلاف
75	الفرع الأول: ضابط الخلاف الذي يجب مراعاته
76	الفرع الثاني: شروط إعمال قاعدة مراعاة الخلاف
78	المطلب الرابع: أقسام قاعدة مراعاة الخلاف ومقتضياتها المقاصدية
78	الفرع الأول: أقسام قاعدة مراعاة الخلاف
78	أولاً- مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل (المراعاة الكلية)
80	ثانياً- مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل (المراعاة الجزئية)
81	الفرع الثاني: المقتضيات المقاصدية لقاعدة مراعاة الخلاف
81	أولاً- مقصد الإبراء من عهدة التكليف
81	ثانياً- مقصد تلافي الضرر
82	ثالثاً- مقصد التيسير ورفع الحرج
83	رابعاً- مقصد الاحتياط
83	خامساً: مقصد تضيق دائرة الخلاف
المبحث الثالث: أحكام الأسرة وصلتها بالتقنين والاجتهاد القضائي	
86	المطلب الأول: مفهوم الأسرة، مقاصدها، ومراحل تطور أحكامها
86	الفرع الأول: تعريف الأسرة، وبيان أنواعها ومقاصدها
86	أولاً- تعريف الأسرة لغة واصطلاحاً
87	ثانياً- أنواع الأسرة
88	ثالثاً- مقاصد الأسرة
90	الفرع الثاني: التطور التاريخي لأحكام الأسرة في الجزائر وبعض الدول العربية

90	أولا- في الجزائر
91	ثانيا- في بعض الدول العربية
98	المطلب الثاني: مفهوم التقنين ومشروعيته ومعالم تقنين أحكام الأسرة في التشريع الجزائري.
98	الفرع الأول: مفهوم التقنين
98	أولا- تعريف التقنين لغة واصطلاحا
101	ثانيا- مصطلحات ذات علاقة بالتقنين
102	الفرع الثاني: مشروعية التقنين في الشريعة الإسلامية
102	أولا- إيراد أقوال فقهاء الشريعة في مشروعية تقنين أحكام الفقه الإسلامي
103	ثانيا- إيراد أدلة فقهاء الشريعة في مشروعية تقنين أحكام الفقه الإسلامي
110	ثالثا- ترجيح القول الجدير بالاعتبار مع ذكر ومسوغاته
111	الفرع الثالث: معالم تقنين أحكام الأسرة في التشريع الجزائري
111	أولا- معالم تقنين أحكام الأسرة في غير القانون الأم
116	ثانيا- معالم تقنين أحكام الأسرة في القانون الأم (قانون الأسرة)
120	المطلب الثالث: حقيقة الاجتهاد القضائي، ومجالاته، وضوابطه في أحكام الأسرة
120	الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي
120	أولا- تعريف مصطلح الاجتهاد القضائي باعتبار أجزائه
124	ثانيا- تعريف الاجتهاد القضائي باعتباره مركبا وصفيا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
127	الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي
127	أولا- الاجتهاد القضائي في نطاق النص القانوني
128	ثانيا: الاجتهاد القضائي عند انعدام النص القانوني
129	ثالثا: الاجتهاد القضائي في تطبيق النص القانوني
130	الفرع الثالث: الضوابط العامة للاجتهاد القضائي في أحكام الأسرة
132	المطلب الرابع: المصادر الشرعية والقانونية لقانون الأسرة الجزائري
132	الفرع الأول: مصادر قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005
132	أولا- المصادر الشرعية
133	ثانيا- المصادر القانونية

133	الفرع الثاني: مصادر قانون الأسرة بعد تعديله سنة 2005
	الفصل الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الزواج وآثاره
	المبحث الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مقدمات ومقومات عقد الزواج
137	المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة
137	أولاً- تعريف الخطبة ودليل مشروعيتها وحكمها وحكمتها
138	ثانياً- حكم العدول عن الخطبة فقها وقانونا وقضاء
139	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
139	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
140	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
141	ثالثاً: المناقشة والترجيح
142	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
142	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
142	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
144	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
145	المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة الاشتراط في عقد الزواج.
145	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
145	أولاً- تعريف الشرط
145	ثانياً- تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج
146	ثالثاً- أنواع الشروط في عقد الزواج
147	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
147	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
147	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
150	ثالثاً: المناقشة والترجيح
152	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
152	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
152	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري

154	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
156	المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة أركان عقد الزواج
156	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
156	أولا- تعريف الركن لغة واصطلاحا
156	ثانيا- تعريف العقد لغة واصطلاحا
157	ثالثا- تعريف الزواج في الفقه الإسلامي
159	رابعا- تعريف الزواج في بعض قوانين الأسرة العربية
160	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
160	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في تحديد أركان عقد الزواج
161	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في تحديد أركان الزواج
163	ثالثا: المناقشة والترجيح
165	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة.
165	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
165	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
167	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
168	المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة الشهادة في عقد الزواج
168	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
168	أولا- تعريف الشهادة وبيان حكمها والحكمة منها في الزواج
169	ثانيا- بيان حكم الإشهاد
169	ثالثا: بيان الحكمة من الإشهاد في الزواج
170	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
170	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
171	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
173	ثالثا: المناقشة والترجيح
175	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
176	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
176	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري

177	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
179	المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة إثبات الزواج العرفي بشهادة النساء
179	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
179	أولا- تعريف الإثبات وبيان مشروعيته
181	ثانيا- تعريف الزواج العرفي
185	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
182	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
182	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
185	ثالثا: المناقشة والترجيح
188	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
189	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
189	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
190	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
191	المطلب السادس: مراعاة الخلاف في مسألة نكاح السر
191	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
191	أولا- تعريف النكاح لغة واصطلاحا
192	ثانيا- تعريف السر لغة واصطلاحا
192	ثالثا: تعريف نكاح السر
193	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
193	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
193	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
195	ثالثا: المناقشة والترجيح
198	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
198	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
198	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
199	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
	المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الولاية والصداق في عقد الزواج

201	المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة ولاية المرأة في عقد الزواج
201	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
201	أولا- تعريف الولاية
202	ثانيا- أقسام الولاية، وأسبابها ومقاصدها
203	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
203	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في حكم الولاية على المرأة في عقد الزواج.
204	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في حكم الولاية على المرأة في عقد الزواج.
210	ثالثا: المناقشة والترجيح
219	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
219	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي.
219	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري.
221	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي.
223	المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة ولاية الإجماع على القاصرة
223	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
223	أولا- تعريف ولاية الإجماع
223	ثانيا- علة ولاية الإجماع
224	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
224	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
225	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
226	ثالثا: المناقشة والترجيح
229	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
230	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
230	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
231	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
232	المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة مقدار الصداق
232	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
232	أولا- تعريف الصداق، وبيان مشروعيته وحكمه وحكمته

234	ثانيا- المقصود بمقدار الصداق في هذه المسألة
235	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
235	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
236	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
237	ثالثا: المناقشة والترجيح
240	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
240	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
240	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
241	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
243	المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة حالات إعطاء الصداق للزوجة
243	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
243	أولا- تعريف الصداق المعجل
243	ثانيا- تعريف الصداق المؤجل
243	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
243	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
244	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
246	ثالثا: المناقشة والترجيح
247	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
247	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
247	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
249	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
250	المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة نكاح الشغار
250	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
250	أولا- تعريف نكاح الشغار
251	ثانيا- أنواع نكاح الشغار
252	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة

252	أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
252	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
254	ثالثاً: المناقشة والترجيح
256	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
256	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
256	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
257	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
258	المطلب السادس: مراعاة الخلاف في مسألة وجوب كامل الصداق بالخلوة
258	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
258	أولاً- تعريف الخلوة
259	ثانياً- أنواع الخلوة عموماً
259	ثالثاً- شروط الخلوة الصحيحة
260	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
260	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
261	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
264	ثالثاً: المناقشة والترجيح
269	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
269	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
269	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
271	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
المبحث الرابع: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الصيغة وآثار عقد الزواج	
274	المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة المراد بالإيجاب والقبول
274	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
274	أولاً- تحديد طبيعة الرضا في عقد الزواج
275	ثانياً- تحديد أطراف الرضا في عقد الزواج
276	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
276	أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في تحديد معنى الإيجاب والقبول

277	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في تحديد معنى الإيجاب والقبول
277	ثالثا: المناقشة والترجيح
278	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
278	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
278	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
279	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
280	المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة الألفاظ التي ينعقد بها الزواج
280	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
280	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
280	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في حكم الألفاظ التي ينعقد بها الزواج شرعا
281	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في حكم الألفاظ التي ينعقد بها الزواج شرعا
282	ثالثا: المناقشة والترجيح
283	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
284	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
284	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
284	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
285	المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة مدة استحقاق النفقة الزوجية
285	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
285	أولا- تعريف النفقة الزوجية وبيان حكمها
287	ثانيا- الحكمة من إيجاب النفقة على الزوج وحده وسبب وجوبها
289	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
289	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
289	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
291	ثالثا: المناقشة والترجيح
293	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
293	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
293	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري

294	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
295	المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة حكم نفقة علاج الزوجة المريضة
295	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
295	أولا- تعريف العلاج لغة واصطلاحا
296	ثانيا- مشروعية العلاج في الشريعة الإسلامية
296	ثالثا- بيان المقصود بنفقة علاج الزوجة
297	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
297	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
297	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
300	ثالثا: المناقشة والترجيح
303	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
307	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
304	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
305	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
306	المطلب الخامس: مراعاة الخلاف في مسألة علامات حياة المولود
306	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
306	أولا- تعريف المولود
306	ثانيا- بيان الفرق بين المولود والجنين
307	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
307	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
308	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
310	ثالثا: المناقشة والترجيح
312	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
312	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
312	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
313	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
	الفصل الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل انحلال الزواج

	المبحث الأول: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الطلاق والتطليق والمتعة
316	المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة الطلاق الثلاث
316	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
316	أولاً- تعريف الطلاق وبيان أنواعه وحكمه وحكمته
318	ثانياً- اقتران الطلاق بالعدد
319	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
319	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
320	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
326	ثالثاً: المناقشة والترجيح
333	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
333	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
333	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
335	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
339	المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة المتعة في الطلاق
337	الفرع الأول: التعرف بالمسألة
337	أولاً- تعريف المتعة
337	ثانياً- علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي
338	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
338	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في حكم المسألة
338	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في حكم المسألة
340	ثالثاً: المناقشة والترجيح
342	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
342	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
342	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
343	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
345	المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة التطليق بسبب عيوب النكاح

345	الفرع الأول: التعرف بالمسألة
345	أولاً- التعريف بمصطلحي التطلق وعيوب النكاح
346	ثانياً- حكم طلب التطلق بسبب العيوب عند الفقهاء
346	ثالثاً- أنواع العيوب المسوغة لطلب التطلق
347	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
347	أولاً: إيراد مذاهب الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطلق وتحديد أنواع العيوب
348	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في تعيين صاحب الحق في طلب التطلق وتحديد أنواع العيوب
352	ثالثاً: المناقشة والترجيح
355	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
356	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
356	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
358	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
359	المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة قيد انعدام العذر والنفقة في التطلق للغياب
359	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
359	أولاً- التعريف بالغيبة كسبب للتطلق
359	ثانياً- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطلق للغياب
360	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
360	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
361	ثانياً: إيراد أدلة أقوال فقهاء الحنابلة في حكم المسألة
362	ثالثاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
362	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
362	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
363	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الخلع والتحكيم والحضانة	
366	المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة مقدار بدل الخلع
366	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
366	أولاً- تعريف الخلع

366	ثانيا- تعريف بدل الخلع، ومشروعيته
367	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
367	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
368	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
371	ثالثا: المناقشة والترجيح
373	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
373	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
373	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
375	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
378	المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة إجراء الخلع عن طريق القضاء
376	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
376	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
376	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
377	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
379	ثالثا: المناقشة والترجيح
380	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
381	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
381	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
382	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
384	المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين
384	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
384	أولا- تعريف التحكيم بوجه عام
384	ثانيا- تعريف التحكيم في الزواج
385	ثالثا- أدلة مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية
385	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
385	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
386	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة

389	ثالثا: المناقشة والترجيح
391	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
391	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
391	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
393	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
395	المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة صاحب الحق في الحضانة بعد الأم
395	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
395	أولا- تعريف الحضانة
396	ثانيا- حكم الحضانة والحكمة من جعلها للأم ومن يشاكلها
396	ثالثا- حالات سقوط الحضانة عن الأم وغيرها
397	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
397	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
398	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
399	ثالثا: المناقشة والترجيح
400	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
401	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
401	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
402	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
المبحث الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل نفقة الطلاق والميراث والوقف	
405	المطلب الأول: مراعاة الخلاف في مسألة حق المطلقة المبتوتة في السكنى والنفقة
405	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
405	أولا- أقسام الطلاق
406	ثانيا- التعريف بالمطلقة المبتوتة
406	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
406	أولا: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
406	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة

411	ثالثا: المناقشة والترجيح
415	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
415	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
415	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
416	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
417	المطلب الثاني: مراعاة الخلاف في مسألة توريث ذوي الأرحام
417	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
417	أولا- تعريف الميراث وبيان مشروعيته وحكمته
419	ثانيا- تعريف ذوي الأرحام
419	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
419	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
420	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
424	ثالثا: المناقشة والترجيح
430	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
430	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
430	أولا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
432	ثانيا: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
433	المطلب الثالث: مراعاة الخلاف في مسألة الرد على الورثة
433	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
433	أولا- تعريف الرد
433	ثانيا- بيان شروط الأخذ بالرد
434	الفرع الثاني: التكييف الفقهي للمسألة
434	أولا: إيراد مذاهب الفقهاء في المسألة
434	ثانيا: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
438	ثالثا: المناقشة والترجيح
442	رابعا: وجه مراعاة الخلاف في المسألة

442	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
442	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
443	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
444	المطلب الرابع: مراعاة الخلاف في مسألة الوقف على النفس
444	الفرع الأول: التعريف بالمسألة
444	أولاً- تعريف الوقف وبيان مشروعيته والحكمة من تشريعه
447	ثانياً- المقصود بالوقف على النفس
447	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للمسألة
448	أولاً: إيراد أقوال الفقهاء في المسألة
448	ثانياً: إيراد أدلة الفقهاء في المسألة
450	ثالثاً: المناقشة والترجيح
453	رابعاً: وجه مراعاة الخلاف في المسألة
453	الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في التشريع الأسري والاجتهاد القضائي
453	أولاً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في التشريع الأسري
454	ثانياً: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في المسألة في الاجتهاد القضائي
457	الخاتمة
الفهارس	
463	1- فهرس الآيات القرآنية
470	2- فهرس الأحاديث النبوية
476	3- فهرس آثار الصحابة رضي الله عنهم
479	4- فهرس المواد القانونية
481	5- فهرس القرارات القضائية
484	6- فهرس الأعلام المترجم لهم
489	7- فهرس المصادر والمراجع
539	8- فهرس المحتويات

ملخص

هذه الدراسة بعنوان: "قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في أحكام الأسرة - دراسة مقارنة في الشريعة والقانون"، إشكالها الرئيس الذي تسعى للإجابة عنه هو: ما مدى حضور قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا؟

أجابت الدراسة عن ذلك من خلال ثلاثة فصول؛ فصل نظري وفصلين تطبيقيين، حُصِّصَ الفصل الأول لحقيقة قاعدة مراعاة الخلاف وما يتعلق بها، ولتعريف الأسرة والتقنين والاجتهاد القضائي، ولمصادر قانون الأسرة الجزائري، وجُعِلَ الفصل الثاني لتطبيقات القاعدة في إنشاء الزواج وآثاره، وتناول الفصل الثالث تطبيقات القاعدة في انحلال الزواج وآثاره.

وتوصلت الدراسة لجملة من النتائج لعلَّ من أهمها أن الخلاف الفقهي أمر مشروع في الفقه الإسلامي دلت عليه النصوص والقواعد، كذلك تَرَجَّحَ من خلال بيان مدلول قاعدة مراعاة الخلاف أنها انتقل المجتهد إلى قول غيره من المجتهدين لمسوّغ، وذلك بهدف الترجيح بين الأقوال الفقهية المختلفة، واختيار أنسبها للتقنين التشريعي والتطبيق القضائي، وترجيح أليقها بتحقيق مقاصد التكليف كرفع الحرج وجلب المصالح ودرء المفاسد وغيرها، وهي نوعين مراعاة قبل وقوع الفعل أو المراعاة الكلية، ومراعاة بعد وقوع الفعل أو المراعاة الجزئية، كذلك من خلال استقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري وقرارات الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا تم تجميع جملة من المسائل الفقهية التي تعتبر كنماذج لتطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف في مسائل الزواج وآثاره، وكذلك الأمر في مسائل انحلال الزواج وآثاره.

ABSTRACT

This study is entitled: “The rule of taking into account disagreement and its applications in family rulings – a comparative study in Sharia and law”, its main problem that it seeks to answer is: To what extent is the rule of taking into account the dispute present in the Algerian family law and the jurisprudence of the Supreme Court?

The study answered this through three chapters; An theoretical chapter and two applied chapters. The first chapter is devoted to the reality of the rule of consideration of disagreement and what is related to it, the definition of the family, codification and jurisprudence, and the sources of Algerian family law. The second chapter is devoted to the applications of the rule in establishing marriage and its effects, and the third chapter to the applications of the rule in the dissolution of marriage and its effects.

The study reached a number of results, perhaps the most important of which is that the jurisprudential dispute is a legitimate matter in Islamic jurisprudence indicated by the texts and rules. Legislative codification and judicial application, and weighting its appropriateness to achieve the purposes of the assignment such as lifting embarrassment, bringing interests and warding off corruption and others. Among the jurisprudential issues that are considered as models for the applications of the rule of taking into account the dispute in matters of marriage and its effects, as well as in the issues of dissolution of marriage and its effects.