وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

أثر قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبة:

بن سانية حياة

تحت إشراف الأستاذ

د. عبد العالي بوعلام

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ شباب عادل	جامعة غرداية	رئيسا
د/ عبد العالي بوعلام	جامعة غرداية	مشرفا مقررا
د/ بن ادريسو مصطفى	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي: 1441-1442 هـ / 2020 - 2021م

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

أثر قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبة:

بن سانية حياة

تحت إشراف الأستاذ

د. عبد العالي بوعلام

الموسم الجامعي:

1441 -1442هـ / 2020 - 2021م

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

الإهداء

إلى أمي الحبيبة مصدر قوتي وشجاعتي، الى من غمرتني بحبها وعطفها، ولم تحرمني يوما من

دعائها، حفظها الله وأطال عمرها في طاعته.

إلى النور الذي ينير لي درب النّجاح يا من كان مستقبلي، إليك أقول أنت نِعم المثال "أبي العزيز"

إلى أعز ماأملك إخوتي وأخواتي كل باسمه.

إلى رفيقات دربي من تذوقت معهن أجمل اللحظات واللاتي كنَّ لي خير معين، لن أنسى خيرهن

حفظهُنَّ الله: هجيرة، خديجة، سماح، ورحمة.

إلى كل أساتذتي من الإبتدائي إلى الجامعة ومن علمني حرفا ذات يوم.

الشكر والعرفان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، أحمد الله جل جلاله على

توفيقه لي لإتمام هذا العمل، ولابدى أن لكل ذي فضل فضله، فيسعدني ويشرفني أن أتقدم بوافر

الشكر وعظيم الامتنان الى الأستاذ الدكتور عبد العالي بوعلام، على توجيهاته وإرشاده لي، فكان

نعم الأستاذ مد لي يد العون والنصح والمساعدة.

ولا يمكن أن أنسى التقدم بخالص الشكر والعرفان لكل أساتذتي الذين أمطروني بفيض علمهم

ولم يبخلوا علي بيد العون والنصح طوال مشواري الدراسي الجامعي.

وختاما أتقدم بالشكر الجزيل الى كل من أمدني بالعون من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة.

مقدّمة

أولا – توطئة

الحمد لله ربّ العالمين الذي بنعمه تتم الصالحات نحمده حمد الشاكرين والصّلاة والسّلام على أشرف سيد الخلق أجمعين أما بعد:

جاءت الشّريعة الإسلامية لتظهر الحقّ وتزهق الباطل وتوحد النّاس على منهاج مستقيم ألاّ وهو الإسلام الذي بشّر به الله تعالى نبيّه محمّد صلى الله عليه وسلم، فبلّغ الرّسالة على كافة الأمّة وتبعه أصحابه وأتباعه وتفرّقوا لتبليغ رسالته على مختلف الأقطار وهذا ما نتج عنه اختلاف الفتاوى فيما بينهم، ممّا أدى باختلاف كلّ عالم برأيه وفهمه للمسألة بمفهومه الخاص ومن ذلك تفرّق الأئمة على مذاهب منها الحنفية، الشّافعية، المالكية و الحنابلة، فمن اختلافاتهم في المسائل الأصولية اختلافهم في قاعدة مراعاة الخلاف التّي جاءت لدفع الحرج عن الخلاف بين المذاهب وعدم تعصّب المذاهب لآرائهم ودفعهم للاجتهادات الجديدة، وجاءت هذه المذكرة تحديدا لتناول قاعدة مراعاة الخلاف على قانون الأسرة الجزائري.

وفي إطار تقديم مذكّرة نيل شهادة الماستر المعنونة بأثر قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا – أسباب اختيار الموضوع

إنّ من أهمّ الأسباب التّي دفعتني لاختيار في هذا الموضوع النقاط التالية:

– الأهمية الكبيرة للموضوع وهي بيان علاقة أساس قانون الأسرة الجزائري بالمسائل الأصولية.

– إثراء المكتبة الجامعية بموضوع جديد يشمل قاعدة مراعاة الخلاف بالقانون.

– عدم وجود بحث أكاديمي على حد ما بحثت تطرّق لأثر قاعدة مراعاة الخلاف على قانون الأسرة الجزائري باستقلالية تامّة.

– التعرّف على بعض المسائل التّي طبقت عليها قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري.

– الميول الشّخصي لاختيار الموضوع باعتباره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون وهو من اختصاصي الشّريعة والقانون.

ثالثا – أهمّية الموضوع

تتبلور أهمّية الموضوع في الشّكل التّالي:

– إبراز منزلة قاعدة مراعاة الخلاف بين المذاهب الفقهية.

– إنّ أهمية تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف أثر بشكل واضح في جلب المصلحة ودرء المفسدة في قانون الأسرة الجزائري.

– بيان الخلاف بين قاعدتي مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف باعتبارهما قاعدتين مختلفتين.

– إبراز قاعدة مراعاة الخلاف من خلال قانون الأسرة الجزائري.

رابعا – الإشكالية

جاءت قاعدة مراعاة الخلاف لنبذ تعصّب آراء المذاهب لآرائهم، لأنّ اختلاف آراء العلماء أمر طبيعي فالله تعالى خلق عباده مختلفين وهذا ما جاء في قوله تعالى: ﴿ بي تر □ □ تن تى تي □ □ □ ﴾ [النساء:82].

إلى أيّ مدى تأثر المشرّع الجزائري بقاعدة مراعاة الخلاف في تشريعات مسائل قانون الأسرة الجزائري؟

خامسا– الأسئلة الفرعية

بعد تحديد الإشكالية الرئيسية للبحث العلمي حاولت الإجابة على عدّة تساؤلات فرعية وهي كالتالي:

– ماهية قاعدة مراعاة الخلاف؟

– ما هي أهم التّطبيقات الموافقة لقاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري؟

سادسا– أهداف البحث

تتمثل الأهداف التي تسعى في هذا الموضوع إلى ما يلي:

– مدى تأثر قاعدة مراعاة الخلاف في تشريعات قانون الأسرة الجزائري.

– التعرّف على ماهية قاعدة مراعاة الخلاف.

– التعرّف على بعض المسائل التّي طبقت عليها قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري.

سابعا– المناهج المتبعة في البحث

اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التّحليلي والمنهج المقارن.

– فاعتمدت على المنهج الاستقرائي في تحديد موضوع بحثي من خلال تتبّعه بصفته أنّه ينتمي إلى أصول الفقه، ثمّ جمعت المادة العلمية من الرسّائل الأكاديمية بصفة عامة ومن مصادرها بصفة خاصة دون التطرّق إلى تفاصيلها.

– واعتمدت أيضا المنهج التحليلي في المبحثين الأوّل والثّاني ،حيث قمت بتحليل آراء الفقهاء في كلّ من المذاهب الأربعة، في المبحث الأوّل استعملته في حكم وبعض التّطبيقات للقاعدة عند المذاهب الأربعة، أمّا في المبحث الثّاني استعملته في أحكام المسائل التّطبيقية لقانون الأسرة الجزائري.

– في حين اعتمدت المنهج المقارن، من خلال مقارنة آراء المذاهب في حكم القاعدة وبيان أدلتهم مع آرائهم، واستعملته في المبحث الثّاني من خلال المقارنة بين الرأي الفقهي للمسائل والرأي القانوني لها.

كما تطرقت إلى موضوعي من جانبين، جانب نظري تناولت فيه ماهية قاعدة مراعاة الخلاف مع ذكر بعض التطبيقات المختلفة للقاعدة، أما الجانب التطبيقي فتناولت فيه مسائل في قانون الأسرة الجزائري طبقت عليها قاعدة مراعاة الخلاف.

– في حكم القاعدة ومسائلها اكتفيت بذكر المذاهب الأربعة المعتمدة (المذهب الحنفي، والمذهب المالكي، الشّافعي والمذهب الحنبلي)، دون ترتيبهم حسب الظهور والنّشأة.

– استعملت المصحف الإلكتروني لاستخراج الآيات برواية ورش عن نافع.

– التزمت الطريقة المعطاة في الدّليل، في عزو الآيات إلى مواضعها، ذكرت اسم السّورة مع ترقيمها من المصحف الإلكتروني.

– خرّجت الأحاديث الواردة في البحث من المصادر الأصلية، فإذا خرّجت الحديث من صحيحي البخاري والمسلم لم أذكر درجة الحديث باعتبارهما أحاديث صحيحة، وإن خرّجته من السنن الأخرى بيّنت درجة الحديث.

– في استدلال الآيات والأحاديث غالبا ما استخرجها من المصادر الأصلية.

– اعتمدت على الأسلوب العلمي المقدّم لنا من طرف إدارة الجامعة في تنظيم الموضوع من المتن إلى التّهميش والتّوثيق.

– استعملت الاختصارات في التهميش حيث رمزت ل الطبعة: حرف (ط)، الصفحة: (ص)، دون طبعة: (د.ط)، دون مكان النشر أو مكان النشر: (د.م) ، دون تاريخ النشر: (د.ت)، تقديم: (تق)، تنقيح: (تن)، تحقيق: (تح)، مراجعة: (مر)، دون جهة الإصدار: (د.ج)، تحرير: (تح)، تعليق: (تع)، دراسة: (در)، اعتنى: (اعت).

– شرحت بعض المصطلحات غير المفهومة أو التّي بها صلّة بمحل الموضوع في التّهميش.

ثامنا – حدود الدراسة

حددّت مجال بحثي في:

– أنّه تناول قاعدة أصولية مختلف فيها، ألاّ وهي قاعدة مراعاة الخلاف

– أنّه تناول بعض المسائل في قانون الأسرة الجزائري.

تاسعا– خطّة البحث

في تنظيم بحثي وضعت خطّة محكمة سايرت عليها موضوعي، حيث قسّمت عملي إلى جانبين جانب نظري وجانب تطبيقي، أمّا الجانب النظري فتناولت فيه قاعدة مراعاة الخلاف وما يندرج تحتها من أحكام والجانب التّطبيقي جمعت فيه بين الفقه والقانون، وتطرقت فيه إلى تطبيقات القاعدة على قانون الأسرة الجزائري وتفصيل هذا من خلال ما يلي:

مقدّمة تضمنّت فيها توطئة عامة ملمّة بالموضوع وأسباب اختيار الموضوع من أسباب وأهمية البحث، وإشكالية شاملة للموضوع تبعتها أسئلة فرعية، مع ذكر المناهج التي اتبّعتها في كتابة بحثي وتفاصيل كلّ ما قمت به، وذكرت حدود الدّراسة التي حددّها لي مجال الموضوع، وخطة مفصلّة للموضوع، والدّراسات السّابقة التي قارنت من خلالها ما أضفته من جديد للموضوع، والمؤلفات الملمّة بالموضوع وأخيرا صعوبات البحث التي واجهتني أثناء إنجاز بحثي؛ ثمّ تناولت المبحث الأول الذي كان بعنوان قاعدة مراعاة الخلاف قسمّته إلى أربع مطالب، والمطالب إلى فروع، المطلب الأول تعرّفت على قاعدة مراعاة الخلاف، ثمّ المطلب الثّاني المعنون ب أحوال قاعدة مراعاة الخلاف، حيث فرقت بين حالتها قبل وقوع الفعل وبعدها وختمته بالفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف، ثمّ تلاها المطلب الثّالث بعنوان علاقة قاعدة مراعاة الخلاف بالألفاظ ذات الصلّة والتّي منها علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان وباعتبار المآل، أمّا المطلب الرابع حيث بيّنت فيه حكم القاعدة بحالتيها قبل الوقوع وبعده ومع بيان شروط العمل بالقاعدة.

أمّا المبحث الثّاني كان بعنوان تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على مسائل من قانون الأسرة الجزائري وقسمّته إلى أربع مسائل كلّ مسألة تناولتها في مطلب، ففي المطلب الأول تطرقت إلى مسألة نكاح الشّغار مع بيان حكم ووجه مراعاة الخلاف للمسألة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، أمّا المطلب الثاني بعنوان مسألة النّكاح بدون وليّ وكالعادة كان بجزأين في الجزء الأول جاء بتعريف الولاية في النّكاح مع ترتيب الأولياء فيها، والجزء الثاني حكم المسألة مع بيان أثر مراعاة خلاف ذلك في قانون الأسرة

الجزائري، في حين جاءت المسألة الثالثة التّي كانت بالخلوة الصّحيحة ووجوبها الصّداق كاملا مع بيان حكمها شرعا وأثر مراعاة خلاف ذلك في قانون الأسرة الجزائري، وفي المطلب الأخيرعرجت على مسألة اعتبار اليسار من خصال الكفاءة في النّكاح إلى قسمين فالقسم الأول من المطلب تعرّفت على الكفاءة في النّكاح وآراء الفقهاء من اعتبارها والقسم الثاني وهو أصل المسألة عرّفت فيه اليسار فقها مع ما مدى اعتباره أو عدم اعتباره بين المذاهب وفي الأخير بينت وجه مراعاة خلاف ذلك من قانون الأسرة الجزائري.

وأخيرا ختمت بحثي بخاتمة تضمنّت فيها النتائج التي توصلت إليها من البحث.

عاشرا – الدراسات السابقة

هناك العديد من الدّراسات السابقة تطرقت لموضوع قاعدة مراعاة الخلاف بصفة عامّة وتناولته من عدّة زوايا مختلفة فقهيّة وقانونية، إلاّ أنّني لم أجد دراسة أكاديميّة تناول نفس موضوع بحثي وهذا لتفرعه عدّة مواضيع مندرجة تحته سواء من النّاحية الفقهيّة أو الأصوليّة و مع مقارنتها قانونيّا، ومع هذا وجدت بعض الدّراسات السابقة جاءت بقاعدة مراعاة الخلاف بصفة عامّة والتّي أذكر منها ما يلي:

– صالح بن عبد العزيز بن عثمان سندي، مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلا وتطبيقا، أطروحة ماجستير تخصص الفقه، إشراف عبد الرحمان بن عبد الله الشّعلان، جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلامية الرياض – المملكة العربية السعودية، 1419هـ.

اتفقت هذه الدراسة مع دراستي في تطرقهم لقاعدة مراعاة الخلاف، إلاّ أنّهما افترقا أنّ دراستي كانت من تطبيق القاعدة من الناحية القانونيّة بخلاف ميول هذه الدّراسة وتشبعها من النّاحية الفقهية فهما وتطبيقا.

– مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي دراسة نظرية – تطبيقية، أطروحة ماجستير، تخصص الشريعة والقانون، 1419 - 1420هـ/1999 - 2000م.

– العيد عباسة، قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير، تخصص فقه وأصول، إشراف أحسن زقور، جامعة وهران – الجزائر، 2006 – 2007م.

جاء في هاتين الأطروحتين أنّهما شاملتين كافيتين لدراسة قاعدة مراعاة الخلاف من كلّ المجالات حتى أنّهما تطرقا لأثر القاعدة في بعض الفروع الفقهيّة والتي منها في باب النّكاح، بخلاف موضوعي الذي جاء بدراسة القاعدة ومدى تأثر قانون الأسرة الجزائري بقاعدة مراعاة الخلاف.

إحدى عشر– صعوبات البحث

لا يخفى أنّه واجهتني عدّة صعوبات كأيّ بحث علمي أثناء إعداده والتّي أذكر منها:

– الظّروف التّي نعيشها هذه الفترة بسبب الوضع الصّحي تطلّب مني عدم التنقل إلى جامعات أخرى للبحث عن المراجع.

– نقص أو بالأحرى ندرة المراجع القانونية الخاصة بقانون الأسرة الجزائري في مكتبة الجامعيّة وهو ما أخذ منيّ الوقت للبحث عن ما يفيدني في دراستي.

المبحث الأول: قاعدة مراعاة الخلاف

تمهيد

سأتطرق في هذا المبحث إلى قاعدة مراعاة الخلاف بصفة عامة وفصّلته على أربع مطالب:

المطلب الأول: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف

المطلب الثاني: أحوال قاعدة مراعاة الخلاف

المطلب الثالث: علاقة مراعاة الخلاف بالألفاظ ذات الصلّة

المطلب الرابع: حكم وشروط قاعدة مراعاة الخلاف

المطلب الأوّل: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف

في هذا المطلب سأقوم بتعريف قاعدة مراعاة الخلاف باعتبارها مركبا إضافيًّا وباعتبارها علمًّا.

الفرع الأوّل: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف باعتبارها مركبًّا إضافيًّا

في هذا الفرع سأتطرّق إلى مركبات قاعدة مراعاة الخلاف والتّي هي بالترتيب الآتي.

أوّلا – تعريف القاعدة

1 – تعريف القاعدة لغة:

(مادة: "قَعَدَ) القَاف والعَين والدَّالُ أصل مطَّرد منقاس لا يخلف، وهو يضاهي الجلوس، وإن كان يتكلَّم في مواضع لا يتكلم فيها بالجلوس"[1].

والقاعدة هي: "الأساس أو الأصل أو هي أساطين أو أعمدة"، قال تعالى: ﴿ لخ لم لى لي ﴾[2] البقرة:127].

ويطلق على معنى القاعدة أيضا من النّساء لمن قعدت عن الحيض والتَّزوج، قال تعالى: ﴿ يم يى ﴾[3] [النور:60].

2 – تعريف القاعدة اصطلاحا:

عرَّفها الجرجاني بقوله: "بأنّها قضيّة كلِّية منطبقة على جميع جزئياتها"[4].

وعرَّفها الفيومي: بأنّها "الأمر الكلّي المنطبق على جميع جزئياته"[5].

نلاحظ من التعريف الاصطلاحي للقاعدة أنّ العلماء ذهبوا إلى أنّ القاعدة ماهي إلاّ أمر كلي أي جامع يمكن تطبيقه على جزئيات تلك القاعدة وهذا هو المعنى الذي يهم دراستي في اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف.

---

[1] – ابن فارس أبي الحسين أحمد بن زكريا، **معجم مقاييس اللّغة**، تح عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (5 /108)، (د.ط، د.م، د.ت)

[2] – محمد حسن عبد الغفار، **القواعد الفقهية بين الأصالة والتّوجيه**، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net ، (1/ 5).

[3] – راغب الأصفهاني أبي القاسم حسين بن محمّد، **مفردات ألفاظ القرآن**، تح صفوان عدنان داوودي، دار القلم، 1430هـ – 2009م، ص679(د.ط، د.م).

[4] – الجرجاني السَّيد الشَّريف، **معجم التَّعريفات**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1430هـ – 1983م، ص 171.

[5] – الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، **المصباح المنير في غريب الشَّرح الكبير معجم عربي – عربي**، مكتبة لبنان ساحة رياض الصّلح، بيروت – لبنان، 1987م، ص195،(د.ط).

ثانيا – تعريف المراعاة

1 – تعريف المراعاة لغة:

المراعاة بضم الميم مصدر رَاعَى[1].

وتأتي بمعنى: الاعتبار، يقال مراعاة له ومع مراعاة هذا، أي مع أخذه بعين الاعتبار[2].

ويطلق لفظ المراعاة أيضا على: المناظرة والمراقبة، يقال: راعيت فلانا مراعاةً وَرِعاَءً إِذاَ راَقَبته وتأملت فعله ورَاعَيتُ الأمر: نظرت إلى ما يصير وراعيته: لاحظته[3].

2 – تعريف المراعاة اصطلاحا:

المراعاة هي: "ملاحظة الوضع في الاعتبار"[4].

ثالثا: تعريف الخلاف

1 – تعريف الخلاف لغة: الخِلاف: بالكسر مصدر خَالَفَ[5]، خَالَفَهُ، مُخَالفَة، وخِلاَفًا.

الخلاف بمعنى: المضَادَّةُ، ومنه قوله تعالى: ﴿ ﴾[6] [التوبة:81].

ومن معانيها أيضا: التّباين والتضّاد، كما جاء في قوله تعالى:﴿ ﴾[7] [الأعراف: 124].

2 – تعريف الخلاف اصطلاحا:

---

[1] – محمّد رواس قلعه جي وحامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء عربي – انكليزي مع كشاف انكليزي – عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم**، دار النَّفائس، ط2، بيروت – لبنان، 1408هـ – 1988م، ص317.

[2] – علي بن هادية وآخرون، **القاموس الجديد للطلاَّب معجم عربي مدرسي ألفبائي**، تق محمود المسعدي، الشرَّكة الوطنية للنَّشر والتَّوزيع، الشَّركة التّونسية للنّشر والتّوزيع، ط4، لجزائر، 1983م، ص 1042.

[3] – ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري، **لسان العرب**، الحواشي لليازجي وجماعة من اللّغويين ،دار صادر، ط3، بيروت، ص1414(د.ت)، انظر الفيروز آبادي مجد الدِّين محمَّد بن يعقوب، **القاموس المحيط مرتَّب ترتيباً ألِفبائياً وفق أوائل الحروف**، تح أنس محمّد الشّامي، زكريّا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ – 2008م، ص602، (د.ط).

[4] – محمد رواس قلعه جي وحامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء عربي – انكليزي مع كشاف انكليزي – عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم**، المرجع نفسه، ص317.

[5] – أحمد العايد وآخرون ، **المعجم العربي الأساسي** ، تن علي القاسمي ، تح أحمد مختار عمر ، مر تمام حسان عمر وآخرون ، لاروس 89 ، ص 418،(د.ط، د.م، د.ت).

[6] – انظر الزّبيدي محمَّد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تح عبد الفتاح الحلو، مر مصطفى حجازي، التراث العربي، الكويت، 1406هـ – 1986م، (274/23)، (د.ط).

[7] – أحمد العايد وآخرون، **المعجم العربي الأساسي**، المرجع نفسه، ص317.

الخِلاف هو: "منازعة تجرى بين المتعارضين لتحقيق حقٍّ أو إبطال باطل وهو أعم من المضادَّة[1]"، "لأنَّ كلَّ ضدّين مختلفان وليس كلّ مختلفين ضدَّين، قال تعالى: ﴿ ﴾[2] [مريم: 37]".

من خلال المعنى الاصطلاحي للخلاف نرى أنّه هذا هو المعنى الحقيقي لدراسة قاعدة مراعاة الخلاف ألاّ وهو خلاف الأحكام بين المذاهب.

الفرع الثاني: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف باعتبارها علما:

لقاعدة مراعاة الخلاف عدّة تعريفات أذكر منها:

أوّلا – عرَّف ابن عرفة مراعاة الخلاف

بأنَّها: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[3].

ومن الفقهاء من يطلق على مراعاة الخلاف رعي الخلاف والتّي هي بمعنى واحد[4].

1 – شرح محترزات التعريف:

قوله: "إعمال دليل": جنس لرعي يصدق على رعي الخلاف وغيره.

وقوله: "دليل": فصل أخرج به غير الدّليل.

وقوله: "في لازم مدلوله" أخرج به إعمال الدّليل في مدلوله، الدّليل هو ما يمكن التّوصل به إلى مطلوب خبري[5].

2 – مثال ذلك:

نكاح الشّغار[1].

---

[1] – البرّكتي محمَّد عميم الاحسان المجدديّ، **كتاب التّعريفات الفقهية معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1424هـ – 2003م، ص89،الجرجاني، **معجم التّعريفات**، المرجع السابق، ص89.

[2] – الرّاغب الأصفهاني أبي القاسم حسين بن محمّد، **المفردات في غريب القرآن**، مكتبة نزار مصطفى الباز، (1/ 207)، (د.ط، د.م، د.ت).

[3] – الرّصاع أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، تح محمّد أبو الأجفان الطاّهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت – لبنان، 1993م، (263/1).

[4] – جاء في كتاب شرح حدود ابن عرفة باب باسم رعي الخلاف وهو المقصود بمراعاة الخلاف: انظر الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، المرجع والموضع نفسه.

[5] – الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، المرجع نفسه، (264/1).

ثانيا – عرّف أبو العبَّاس القبَّاب[2] مراعاة الخلاف

بأنَّها: "إعطاء كلّ واحد من الدّلِيلينِ حكمه"[3].

ما يؤخذ على هذا التعريف أنّه لم يحدد نوع الدليل الذي يراعى فيه الخلاف من حيث القوة والرجحان، حتى أنّ لم يذكر من يجوز له أن يعطي الدليل حكمه.

فما يلاحظ من تعريف أبو العباس القباب أنّه جاء باعتبار مراعاة الخلاف بمعناها العام دون ذكر شروط تحقيق العمل بها.

ثالثا – عرَّف الشَّاطبي مراعاة الخلاف

بأنّها: "إعطاء كلّ واحد منهما ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه"[4].

من خلال تعريف مراعاة الخلاف باعتبارها علما نستنتج أنّ

المطلب الثّاني: أحوال قاعدة مراعاة الخلاف

في هذا المطلب سأقوم بدراسة حالات قاعدة مراعاة الخلاف قبل وقوع النّازاة الفقهية وبعدها.

الفرع الأوَّل: قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

أوَّلا – مفهوم حالة قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

1 – "هي الجمع بين دليلين بوجه من وجوه الجمع والعمل بمقتضى كلّ واحد منهما فعلا أو تركا احتياطا وورعا"[5].

---

[1] – شرح نكاح الشّغار انظر ص35.

[2] – هو أحمد بن قاسم بن عبد الرحمان الفاسي ، أبو العباس المشهور بالقباب ولد 724هـ – 1324م، بفاس، فقيه مالكي، كان مفتيا وقاضيا، درس في المدينة البيضاء، بفاس، اختفى وعاد إلى التدريس، توفي 778هـ – 1377م، من مؤلفاته شرح قواعد عياض، اختصار إحكام النظر لإبن يقضان: أنظر الزركلي خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، **الأعلام**، دار العلم للملايين، ط15، بيروت – لبنان، 2002، (197/1).

[3] – الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحي، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقيا والأندلس والمغرب**، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية الرباط، 1401هـ – 1989م، (388/6)، (د.ط).

[4] – الشّاطبي أبي إسحاق بن موسى بن محمّد اللخمي، **الموافقات في أصول الشريعة**، تح عبد الله دراز – محمّد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، ط8، لبنان، 2011 م، (109/4).

[5] – شقرون محمّد أحمد، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، الإمارات دبي، 1423هـ – 2002م، ص 74

وهي: أن يراعي المجتهد خلاف الغير في أصل الحكم المبتدأ الذي كان له اجتهاد المجتهد، فيعتبر قول غيره لما في ذلك من تحقيق جانب الورع والحياطة للدّين، فيتوسَّط في قوله الذي ينتهي إليه بالخروج من الخلاف[1].

2 – عرّف بن فرحون مراعاة الخلاف قبل الوقوع أنَّها: "عمل بدليل ثالث عند تعارض الدّليلين".

بمعنى إذا تعارض دليلان في قاعدة احتياطا عرض حينئذ دليل ثالث يؤخذ من قواعد الشّريعة يقتضي إيجاب طلب السّلامة وإتّقاء الشّبهة والتّخلص من الإشكال[2].

ثانيا – صورة حالة قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

كأن يحكم المجتهد على مسألة بأنّها مباحة ثمّ ينتقل إلى استحبابها خروجا من خلاف من أوجبها[3].

ثالثا – مثال حالة قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

أ – اختلاف العلماء في جواز أكل لحم الأتان:

"جاء عن الإمام مالك جواز التّداوي بلبن الأتان مراعاة للخلاف في جواز أكلها"[4].

– ويتجلّى معنى ذلك:

أنّ الإمام مالك حرّم لحم الأتان، لكنّه أجاز لبن الأتان إن كان للتداوي مراعاة للحنفيّة الذين يرون أنّ لحم الأتان مكروهة.*

ب – كراهة الماء المستعمل* في رفع الحدث: قال المالكية بكراهة الوضوء بالماء المستعمل في رفع الحدث مراعاة للحنفية الذين يقولون ببطلان التّطهر به[1].

---

[1] – حاتم باي، **الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكيّ**، الوعي الإسلامي، ط1، 1432هـ – 2011م، ص 592

[2] – ابن فرحون إبراهيم بن علي، **كشف النّقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب**، تح حمزة ابو فارس عبد السّلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت – لبنان، 1990م، ص168.

[3] – محمّد خزعل محمود، البديل الفقهي بين الاصطلاح والتّطبيق، **ماجستير**، علوم إسلامية، بشير مهدي الطيف الكبيسي، جامعة بغداد، العراق، 1427هـ – 2006م، ص49.

[4] – الحطّاب الرعيني أبي عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمان، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1416هـ – 1995م، (172/1).

* – "كرِهَ لحم الأتان أي الحمارة الأهليّة خلافا لمالك" :ابن عابدين محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، ط2، بيروت، 1412هـ – 1992م، (340/6).

الفرع الثّاني: قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع

أوّلا – مفهوم حالة قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع

تعتبر حالة مراعاة الخلاف بعد الوقوع أصل قاعدة مراعاة الخلاف*، ويراد بهذا النّوع باعتباره بعد أن يقع الفعل ويمضي العمل.

بمعنى: أنّه إذا وقع الفعل من المكلّف وكان نظر المجتهد يقتضي عدم الاعتبار الشّرعي لذلك الفعل، فإنّ هذا المجتهد يفتي أو يحكم بالصّحة و النّفاذ لذلك الفعل، أو لبعض آثاره، وقد يدرأ عن المكلّف بعض الأحكام التّي تنبني على فعله ذاك؛ لأنَّ ما قد فعله قد قال بصّحته واعتباره بعض العلماء مستندين في قولهم إلى دليل له قوة في النّظر وإن لم يكن راجحا[2].

ثانيّا – صورة حالة قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع

وتتجلّى صورة ذلك: أن يحكم المجتهد على مسألة معينة بالتّحريم مثلا فيكون القياس إعمال لازمه وتوابعه من الإبطال أو الفسخ أو نحوهما، لكنّ المجتهد بعد الوقوع وتورط النّاس فيه يقطع دليله عن العمل، ويعمل لازم دليل الخصم من الصحّة وثبوت الآثار[3].

ثالثا – مثال حالة قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع.

1 – اختلاف العلماء في البسملة في صلاة الفريضة:

ذهب الإمام مالك إلى القول بكراهة قراءة البسلمة في الصّلاة المكتوبة جهراً كانت أو سراً لا في استفتاح أم القرآن ولا في غيرها من السّور، وذهب الشَّافعي إلى القول بأنّ البسملة واجبة في صلاة

---

* – الماء المستعمل: ماتقاطر من الماء النازل من الأعضاء الذَي تَتمُّ بها الطهارة أو اتّصل بها: انظر الدّسوقي محمَّد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، دار الفكر،(42/1)، (د.ط، د.م، د.ت).

[1] – انظر الشّنقيطي أحمد بن أحمد المختار الجكني، **مواهب الجليل من أدلّة خليل**، مر عبد الله إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التّراث الإسلامي، قطر، 1403هـ – 1983م، (23/1)، (د.ط).

* – مراعاة الخلاف بعد الوقوع من خصائص المذهب المالكي، وهو المشهور عندهم، قال ابن رشد في ذلك : "من أصل مالك مراعاة الخلاف": ابن رشد الجد أبو وليد محمّد بن أحمد القرطبي، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة**، تح محمّد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت – لبنان، 1408هـ – 1988م، (157/4).

[2] – انظر صالح بن عبد العزيز بن عثمان سندي، مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلا وتطبيقا، **ماجستير**، الشريعة – الرياض، عبد الرحمان بن عبد الله الشّعلان، جامعة محمَّد بن سعود الإسلامية، السعودية – الرياض، 1419هـ، ص 97.

[3] – أحمد غاوش، المالكية وتأصيل الاعتراف بالاختلاف الفقهي – مراعاة الخلاف أنموذجا – ، **مجلة الإحياء**، العدد36، ص 156، (د.ج، د.م، د.ت).

الفريضة، فقال علماء المالكية المتأخرين بأنّ البسملة تستحب في الصَّلاة مراعاة لخلاف الشّافعية من باب الورع والاحتياط[1].

الفرع الثّالث: الفرق بين قاعدة مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

أوّلا – تعريف قاعدة الخروج من الخلاف.

"المقصود بقاعدة الخروج من الخلاف فعل الشيء أو تركه (بحسب الفرع الفقهي)، بما لا يوقعه في حرام أو مكروه على كلا المذهبين المختلفين، بحيث إذا عرض الخارج من الخلاف ما فعل على الفقيهين المختلفين أفتيا بألاَّ حرج في الفعل ولا توقع عقاب"[2].

ثانيا – أوجه التّداخل بين قاعدة مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

تتمثّل في أنّ:

1 – كلاًّ من قاعدتي مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف هي قول بموجب دليلين متباينين.

2 – بين قاعدتي مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف العموم والخصوص مطلقا، ويتمثّل ذلك في المعنى اللّغوي العام لمراعاة الخلاف، بحيث يكون رعي الخلاف في صورة الخروج منه أو في غيره وبذلك يكون رعي الخلاف عامًّا والخروج من الخلاف خاصًّا.[3]

ثالثا – أوجه الاختلاف بين قاعدة مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

1 – مراعاة الخلاف إعمال للاّزم دليل الخصم بعد الوقوع من غير إنشاء حكم جديد، أمّا الخروج من الخلاف فهو إنشاء حكم جديد يكون وسط بين ما أفاده الدّليل الراجح عند المجتهد وما أفاده دليل الخصم[4].

---

[1] – ابن رشد الحفيد محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد القرطبي الأندلسي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مر عبد الحليم محمّد بن عبد الحليم عبد الرحمان حسين محمود، مطبعة حسّان، القاهرة، (1/132،133)، (د.ط، د.ت).

[2] – إلياس بلكا، **الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه**، مؤسسة الرّسالة، ط1، بيروت – لبنان، 1424هـ – 2003م، ص265.

[3] – انظر بشير عبد الله القليعي، مراعاة الخلاف وأثرها في تدبير الإئتلاف في الفقه المالكي، **مجلّة أصول الدّين**، عدد5، ص100، (د.ج، د.م، د.ت).

[4] – انظر أحمد غاوش، المالكية وتأصيل الإعتراف، المرجع السابق، ص 156.

2 – قاعدة مراعاة الخلاف تكون بعد وقوع النّازلة الفقهيّة، بينما قاعدة الخروج من الخلاف فيكون قبل وقوع النّازلة[1].

3 – قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع خاص بالمالكية، بينما قاعدة الخروج من الخلاف قبل الوقوع، (أي: مراعاة الخلاف قبل الوقوع)، ذهب إليه كلّ من الحنفيّة، الشّافعيّة، الحنابلة والمالكية[2].

4 – العمل بقاعدة مراعاة الخلاف واجب، بينما العمل بالخروج من الخلاف مستحب[3].

5 – قاعدة مراعاة الخلاف قاعدة أصوليّة، بينما قاعدة الخروج من الخلاف قاعدة فقهيّة.

6 – قاعدة مراعاة الخلاف مبتغاها رفع الحرج، أمّا قاعدة الخروج من الخلاف مبتغاه الورع واتقاء الشّبهة[4].

المطلب الثّالث: علاقة قاعدة مراعاة الخلاف بالألفاظ ذات الصلة

سأتطرّق في هذا المطلب إلى علاقة قاعدة مراعاة الخلاف بالاستحسان واعتبار المآل.

الفرع الأوَّل: علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان

أوّلا – تعريف الاستحسان لغة واصطلاحا

1 – تعريف الاستحسان لغة:

"اعتماد الشَّيء حسنا"[5]، وهو أيضا عدّ الشَّيء واعتقاده حسنا[6].

2 – تعريف الاستحسان اصطلاحا: تعددت تعريفات الاستحسان بين الفقهاء:

---

[1] – انظر بسّام محمّد قاسم عمر، إبراهيم أحمد أبو العدس، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثرها في إمضاء عقد الزواج الفاسد– دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصيّة الأردني رقم (36) سنة2010م، **مجلّة الجامعة الإسلاميّة للدّراسات الشّرعيّة والقانونية**، عدد4، جامعة العلوم الإسلامية–الأردن، 2020، ص110،(د.ج).

[2] – انظر قيصر حمد عبد مهيدي الحلبوسي، الخلاف والخروج منه، **المؤتمر العلمي الثّاني لكلّية العلوم الإسلامية**، الرّمادي، 12،2012/04/11م، ص2022.

[3] – انظر الزركشي بدر الدّين محمّد بن بهادر الشّافعي، **المنثور في القواعد**، تح تيسير فائق أحمد محمود، مر عبد السّتار أبو غدّة، التّراث الفقهي، ط1، 1402هـ – 1982م، (127/2).

[4] – انظر أحمد غاوش، المالكية وتأصيل الإعتراف، المرجع السابق، ص157.

[5] – الزركشي بدر الدّين محمّد بن بهادر الشّافعي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، تحر عبد السّتار أبو غدّة، مر عبد القادر عبد الله العاني، دار الصّفوة، ط2، 1413هـ – 1992م، (87/6).

[6] – الزّحيلي محمَّد مصطفى، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دار الخير، ط2، دمشق – سوريا، 1427هـ – 2006م، (247/1).

حيث عرَّف الكرخي الاستحسان: "أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ماحكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي العدول عن الأوّل"[1].

عرّف الطُّوفي بأنّ الاستحسان: "دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر عن التّعبير عنه"[2].

ثانيا – علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان

تكمن علاقة قاعدة مراعاة الخلاف من خلال بين أوجه التّداخل، أوجه التّشابه والاختلاف بينها وبين الاستحسان ويتمثّل ذلك في:

1 – أوجه التّداخل بين قاعدة مراعاة الخلاف والاستحسان

بعض من علماء المالكية جعلوا مراعاة الخلاف فرع من فروع الاستحسان[3].

قال ابن رشد: "من أصل مذهب مالك مراعاة الخلاف وهو الاستحسان واستحب مالك"[4].

حتىَّ أنَّ الشَّاطبي جعل مراعاة الخلاف نوع من أنواع الاستحسان؛ حيث قال: "إنّهم قالوا إنَّ جملة أنواع الاستحسان مراعاة خلاف العلماء"[5].

وذكر الحسن الحجوي في كتابه الفكري السّامي ما يلي: "ومن الاستحسان مراعاة الخلاف وهو أصل في المذهب"[6].

2 – أوجه التّشابه بين قاعدة مراعاة الخلاف والاستحسان:

تمثّلت أوجه التّشابه بين قاعدة مراعاة الخلاف والاستحسان فيما يلي:

أ – قاعدتي مراعاة الخلاف والاستحسان أصلهما مبني على النّظر في مآل التّصرف، وإعطائه ما يقتضيه من حلول توافق مقصد الشّارع.

---

[1] – عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، مؤسّسة قرطبة، ط6، بغداد، 1396هـ – 1976م، ص 230

[2] – الطوفي سليمان بن عبد القوي، **البلبل في أصول الفقه**، مكتبة الإمام الشافعي، ط2، الرياض، 1410هـ، ص143.

[3] – انظر منير بورقبة، مراعاة الخلاف وأثرها في الفروع الفقهية عند ابن رشد من خلال كتابه "المقدمات الممهدات"، **مجلة الدّراسات الإسلامية**، العدد9، جامعة الأمير عبد القادر– العلوم الإسلامية–قسنطينة–، جوان2017م، (د.ج)، ص239.

[4] – ابن رشد الجد، **البيان والتّحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة**، المرجع السابق، (157/4).

[5] – الشّاطبي أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي، **الاعتصام**، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التّوحيد، (76/3)، (د.ط، د.م، د.ت).

[6] – الحجوي محمّد بن حسن الثّعالبي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، إدارة المعارف، الرّباط، 1340هـ، (66/1)، (د.ط).

ب – الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلّي، فكذلك مراعاة الخلاف هو الأخذ بالرّاجح مطلقا لما يؤول له من حدوث مفسدة أكبر من المفسدة النّاتجة عن ترك الرّاجح فمن ذلك يخصّص الرّاجح بالتّفريع على المرجوح[1].

3 – أوجه الاختلاف بين قاعدة مراعاة الخلاف والاستحسان

يمكن حصر ذلك فيما يلي:

أ – مراعاة الخلاف يكون دليل الأصل دليل خاص، بينما مراعاة الاستحسان يشترط أن يكون دليل الأصل الذي كان منه الاستثناء دليلا عامًّا أو قياسًا متعدِّيًا.

ب – من خلال تعريف الاستحسان يتبيَّن إيثار ترك مقتضى الدَّليل على طريق الاستثناء والتّرخص فمعناه أنّ الاستحسان يقوم على الاستثناء، بخلاف مراعاة الخلاف فإنّها تقوم لترك مقتضى الدّليل الأصليِّ في حالة بعد الوقوع لما ترتّب عليه الوقوع من آثار أنتجت إعادة النّظر في مقتضى الأدلّة.

ج – الدَّليل الذي يعدل إليه قاعدة مراعاة الخلاف ليس مصلحة فقط وإنَّما قد يكون دليل من الأخبار أو الأقيسة، بينما الدَّليل الذي يعدل إليه الاستحسان هو الاستدلال المرسل[2].

الفرع الثاني: علاقة مراعاة الخلاف باعتبار المآل

أوّلا – تعريف اعتبار المآل باعتباره مركب إضافيًّا وباعتباره لقباً

1 – تعريف الاعتبار لغة:

يطلق معنى الاعتبار بمعنى الاتِّعَاظُ: قوله تعالى: ﴿ ﴾ [الحشر:2].

ويطلق عليها أيضا: بمعنى الاعتداد بالشَّيء في ترتُّب الحكم ونحوه[3].

2 – تعريف المآل لغة:

جمع مآلات مأخوذة من آل، أي، رد [4]، والمآل هو الرّجوع[5].

ويطلق على معاني عدّة منها:

---

[1] – انظر محمّد أحمد شقرون، **مراعاة الخلاف وأثره في الفروع الفقهية**، المرجع سابق، ص 256.

[2] – انظر حاتم باي، **الأصول الاجتهاديَّة التي يبنى عليها المذهب المالكي**، المرجع السابق، ص600.

[3] – انظر الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير معجم عربي – عربي**، المصدر السابق ، ص148.

[4] – الزّبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، المصدر السابق ،(28 /38).

[5] – محمد مرتضى الحسين الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، المصدر السابق، (38/28).

– الرّجوع والمصير والعاقبة: قال الله تعالى: ﴿ مح مخ مم نج نح نخ نم نه هم يج يح يخ يم ﴾ [النساء:59][1].

3 – تعريف اعتبار المآل* باعتباره لقبا

عرف السّنوسي اعتبار المآل: "هو تحقيق مناط الحكم بالنّظر في الاقتضاء التّبعي الذي يكون عليه عند تنزيله، من حيث حصول مقصده والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء"[2].

ثانيا – علاقة مراعاة الخلاف باعتبار المآل

قاعدة مراعاة الخلاف فرع من فروع أصل اعتبار المآل[3]؛ لكونها مبنية على النّظر فيما تؤول إليه الأفعال.

ويقصد بذلك بمراعاة الخلاف بعد الوقوع فإنّها تمثّل مبدأ مآليًّا يتفصّى عن اجتهاد الاستثناء.

1 – يتمثّل وجه ذلك:

أنَّ مقتضى القياس أن يجري المجتهد على وفق دليله ويحكم بمقتضى اجتهاده الذي حصل فيه الظّن الغالب الموجب للعمل، يوجب ألا يترك قوله ودليله ليصير إلى قول الغير ودليله.

غير أنّ المجتهد يعدل عن ذلك فيهمل العمل بمقتضى اجتهاده الخاصّ، ليعمل بمقتضى اجتهاد غيره في حالة ما[4].

2 – مثال ذلك:

حديث الأعرابي الذي بال في المسجد: «عن أَنَس بْن مَالِك أنَّ أَعْرَابِياً بَالَ فِي المسْجِدِ، فَقَامُوا إِلَيه، فَقَالَ رَسُولُ اللهρ: لا تُزرِمُوْهُ. ثُمَّ دَعَا بِدَلْوٍ مِنْ مَاءٍ فَصُبَّ عَلَيْهِ»[1].

---

[1] – انظر وليد بن علي الحسين، **اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي**، دار التّدمرية، ط2، الرّياض – السّعوديّة، 1430هـ – 2009م، (148/1).

* – قال الإمام الشّاطبي في كتابه الموافقات: "النّظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، سواء كانت الأفعال موافقة أو مخالفة لذلك": الشّاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة**، المرجع السابق، (140/4).

[2] – السّنوسي عبد الرّحمان بن معمر، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التّصرفات**، دار ابن الجوزي، ط1، 1424هـ، ص19، (د.م).

[3] – الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، المرجع نفسه، (146/4)، انظر وليد بن علي، **اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي**، المرجع نفسه، (397/1)، انظر حاتم باي، **الأصول الاجتهاديّة الّتي يبنى عليها المذهَب المالكيّ**، المرجع السابق، ص651.

[4] – السّنوسي، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، المرجع نفسه، ص338.

فالنّبيّ ρ أمر بتركه حتىّ يُتمّ بوله لأنّه لو قطع بوله لنَجست ثيابه ولا حصل عليه من ذلك الفعل داءٌ في بدنه، فترجّح له من جانب أن يتركه على ما فعل من المنهى عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضّرر، بأن ينجس موضعين وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد[2].

3 – وبيان ذلك:

"أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقدام أو الإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك"[3].

المطلب الرّابع: حكم قاعدة مراعاة الخلاف

بعد التّعرف على قاعدة مراعاة الخلاف وما مدى علاقتها بالقواعد الأصولية، كالاستحسان واعتبار المآل، فهاهنا جاء الدَّور لمعرفة ماحكم العمل بهذه القاعدة عند أصحاب المذاهب الأربعة.

الفرع الأوّل: حكم قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

يقصد بمراعاة الخلاف قبل الوقوع – الخروج من الخلاف – وعادة ما يطلق على مراعاة الخلاف الخروج من الخلاف باعتبارهم شيئا واحداً ولا فرق بينهما وهذا ما ذهب إليه كلاًّ من الشّافعية والحنفية والحنابلة وبعض من المالكية.

فحكم مراعاة الخلاف قبل الوقوع مستحب[4]، ووجه الاستحباب ما فيه من الورع والاحتياط في براءة الذّمة والتّحرز في الدّين، فتتفاوت درجة الاستحباب بحسب قوة دليل الخلاف[5].

أوّلا – أقوال العلماء في حجيّة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

1 – أقوال علماء الحنفيّة في حجيّة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

---

[1] – أخرجه البخاري أبي عبد الله محمّد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، دار ابن كثير، ط1، دمشق – بيروت، 1423هـ – 2022م، كتاب الأدب، باب الرِّفق في الأمرِ كلِّه، رقم الحديث6025، ص1510.

[2] – انظر الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، المرجع السابق، (147/4 – 148).

[3] – الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، المرجع نفسه، (147/4 – 148).

[4] – الزّحيلي محمّد مصطفى، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر، ط1، دمشق، 1427هـ – 2006م، (718/2)، انظر الزّركشي، **المنثور في القواعد**، المرجع السابق، (2/ 127).

[5] – ابن عابدين، **ردُّ المحتار على الدرِّ المختار تشرح تنوير الأبصار**، المرجع السابق، ص278.

تتمثّل أدلّة علماء الحنفيّة في ندب مراعاة الخلاف قبل الوقوع في:

قال الحصكفي:"مراعاة الخلاف مندوبة بشرط عدم ارتكاب مكروه مذهبه"[1].

قال الملا علي القاري:" الخروج من الخلاف مستحّب بالإجماع"[2].

2 – أقوال علماء الشّافعية في حجيّة مراعاة الخلاف قبل الوقوع

دلَّ على استحباب مراعاة الخلاف جملة من أقوال العلماء ودليل ذلك:

أنَّ الزركشي ذكر في المنثور أنَّه: "يستحّب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه، وفعل ما اختلف في وجوبه"[3].

وقال السّيوطي أنَّ: "الخروج من الخلاف مستحب"[4].

وقال السبكي أيضا في كتابه الأشباه والنّظائر: "منها ما اشتهر في كلام كثير من الأئمة – ويكاد يحسبه الفقيه – مجمعا عليه – من أنَّ الخروج من الخلاف أولى وأفضل"[5].

فالشّافعيَّة يرون أنَّ الخروج من الخلاف أولى وأفضل قبل وقوع الفعل احتياطاً واستبراء للدّين من الوقوع في المحظور في رأي المخالف المحتمل على الدّليل الشّرعي له وخوفا من ارتكاب المحرمات أو المكروهات[6].

ويكون ذلك بشرطين:

أحدهما: أن لا يؤدي الخروج منه إلى محذور شرعي من ترك سنة ثابتة أو اقتحام أمر مكروه أو نحو ذلك.

---

[1] – الحصكفي محمّد بن علي الحصني، **الدّر المختار في شرح تنوير الأبصار**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1994م، (136/1).

[2] – السّندي الحنفي، **المسلك المتقسط في المنسك المتوسط على لباب المناسك**، مطبعة الترقي، ط1، مكة، 1328هـ، ص88.

[3] – الزّركشي، **المنثور في القواعد**، المرجع السابق (127/2).

[4] – السّيوطي جلال الدّين عبد الرحمان، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعية**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1403هـ – 1983م، ص136.

[5] – السّبكي تاج الدّين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، **الأشباه والنّظائر**، تح عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1411هـ – 1991م، (111/1).

[6] – انظر شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، المرجع السابق، ص282.

ثانيهما: أن يكون مدرك الخلاف قوي، فإن ضعف عن مأخذ الشّرع كان معدودا من الهفوات والسّقطات لا من الخلفيات المجتهدات[1].

3 – أدلّة أقوال علماء الحنابلة:

من أقوال علماء الحنابلة القائلين بجواز مراعاة الخلاف قبل الوقوع تتمثّل في:

قول بن إدريس البهوتي في كتابه شرح منتهى الإرادات: "الأفضل أن تقارن النّية في التّكبير للإحرام لتقارن العبادة، وخروجا من الخلاف"[2].

وذكر ابن تيمية في المسوّدة: "كلّ من هذه المذاهب، إذا أخذ به آخذ ساغ له ذلك، فإن خرج من الخلاف فأخذ بالأحوط"[3].

ثانيا – بعض من تطبيقات مراعاة الخلاف قبل الوقوع

1 – بعض من تطبيقات مراعاة الخلاف قبل الوقوع عند الحنفيّة

من المسائل التّي عمل بها الحنفيّة لمراعاة الخلاف قبل الوقوع:

أ – مسّ الذّكر لا ينقض الوضوء: لا ينقض مسّ الذّكر الوضوء عند الحنفيَّة، لكن يستحّب الوضوء خروجا من خلاف من قال بأنَّ مس الذّكر نقض للوضوء[4].

ب – تجديد الماء لمسح الأذنين: من سنن كلاًّ من الشّافعيّة، المالكية والحنابلة تجديد الماء لمسح الأذنين، أمّا عند الحنفيّة فعندهم سنّة بمسحهما بماء الرّأس ولا تجديد للماء، ومن ذلك قال الحنفيّة بتجديد الماء لمسح الأذنين خروجا من خلاف من سنّ تجديده للماء[1].

[1] – انظر السّيوطي، **الأشباه والنّظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعية**، المرجع السابق، ص137، انظر الزركشي، **المنثور في القواعد**، المرجع السابق، ص129 – 130 – 131، انظر محمّد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، المرجع السابق، ص284.

[2] – البهوُتي منصور بن يونس بن إدريس، **شرح منتهى الأرادات المسمَّى دقائق أولى النّهى لشرح المنتهى**، عالم الكتب، ط1، بيروت، 1414هـ – 1993م، (175/1).

[3] – ابن تيمية مجد الدِّين عبد السّلام وآخرون، **المُسوَّدة في أصول الفقه**، تح محمَّد محي الدِّين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، 1384هـ – 1964م، ص540، (د.ط).

[4] – انظر ابن عابدين، **ردُّالمحتار على الدرِّ المختار شرح تنوير الأبصار**، المرجع السابق، (278/1).

2 – بعض تطبيقات مراعاة الخلاف قبل الوقوع عند الشّافعيّة:

من المسائل التّي اعتمدها الشّافعيّة عند العمل بمراعاة الخلاف قبل الوقوع هي:

أ – تحديد مقدار الصّداق: ليس للصّداق حدّ مقدّر وإنّما جواز الثّمن أو المثمن وأن لا يكون قلّة لا يستفاد منها، فمن ذلك يجوز أن يكون صداقا، ولكن يستحّب أن لا ينقص من عشرة دراهم للخروج من خلاف أبي حنيفة[2].

ب – النّظر إلى من يرغب خطبتها بغير إذنها: من السّنة لمن نوى خطبة امرأة أن ينظر إليها بإذنها وهذا للودّ والمحبة والقناعة من كلاّ الطرفين، فإن لم تأذن هي ولا وليها اكتفى بإذن الشّارع ولئلا تتزيّن فيفوت غرضه، ولكن الأولى أن يكون بإذنها خروجا من خلاف الإمام مالك فإنّه يقول بحرمته بغير إذنها[3].

3 – بعض من تطبيقات مراعاة الخلاف عند الحنابلة

أ – قضاء التطوع:

من دخل في صوم تطوع أو صلاة وقطعهما فلا قضاء عليه عند الحنابلة، ولكن يسّن القضاء للخروج من خلاف من أوجب قضائه[4].

الفرع الثّاني: حكم قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع

قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع اختص بها المذهب المالكيّ دون غيره من المذاهب الأخرى وذكرها كثير من العلماء، إلاّ أنّه اختلف علماء المالكيّة فيما بينهم في العمل بها على مذهبين:

أوّلا – المذاهب في الحكم

1 – المذهب الأوّل:

---

[1] – انظر سوسن فريد فلاحة، **سفيان الثوري وآراءه الفقهيّة مقارنة بالمذاهب الأخرى**، مكتبة العبيكان، ط1، الرّياض، 1428هـ – 2007م، ص158، انظر وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط2، الكويت، 1407هـ – 1987م، (156/10).

[2] – انظر النّووي أبو زكريا محي الدّين يحي بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تح زهير شاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت – دمشق – عمان، 1412هـ – 1991م، (249/7).

[3] – انظر الشّربيني شمس الدّين محمّد بن محمّد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، در، تح، تع علي محمّد عوض – عادل أحمد عبد الموجود، تق محمّد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1421هـ – 2000م، (208/4)، (د.ط).

[4] – انظر الشّربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، (186/2) .

قالوا بوجوب وجواز العمل بقاعدة مراعاة الخلاف، وممّن قال بذلك منهم: ابن رشد، القرافي، الشّاطبي، ابن عبد السّلام وأبو العباس القّباب.

2 – المذهب الثّاني:

يرون أنَّ قاعدة مراعاة الخلاف ليس حجّة وقالو بمنع مراعاة الخلاف على اعتبارها من أصول المذهب المالكي وممَّن قال بذلك: أبو عمر ابن عبد البر، القاضي عياض، أبو عمران الفاسي[1].

ثانيّا – أدلَّة أقوال العلماء المجيزون والنّافون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع.

1 – أدلَّة أقوال العلماء المجيزون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع[2]

كثير من العلماء من يقولون باعتبار مراعاة الخلاف أصلا من أصول المذهب المالكي وممَّن قال بذلك:

قول ابن رشد: "ومن مذهبه مراعاة الخلاف"[3].

وقال الشّاطبي أيضا: "مراعاة خلاف العلماء وهو أصل في مذهب مالك ينبني عليه مسائل كثيرة"[4].

جاء عن قول القبّاب في الونشريسي: " فاعلم أنَّ مراعاة الخلاف من محاسن المذهب..."[5].

وقال المقَّري أيضا في قاعدة مراعاة الخلاف: " من أصول المالكية مراعاة الخلاف"[6] .

قال التّنوخي ابن بشير في كتابه التّنبيه على مبادئ التّوجيه: "وهذا جار على أصول المذهب في مراعاة الخلاف"[7].

2 – أدلَّة أقوال العلماء النّافون لمراعاة الخلاف بعد الوقوع

---

[1] – انظر الونشريسي، **المعيار المعرَّب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقيا والأندلس والمغرب**، المرجع السابق، (36/12).

[2] – انظر منير بورقبة، مراعاة الخلاف وأثرها في الفروع الفقهية عند ابن رشد من خلال كتابه المقدمات الممهدات، المرجع السابق، ص238.

[3] – ابن رشد الجدّ، **البيان والتّحصيل والشّرح والتّوجيه والتّعليل في مسائل المستخرجة**، المرجع السابق، (425/1).

[4] – الشّاطبي، **الاعتصام**، المرجع السابق، (76/3).

[5] – الونشريسي، **المعيار المعرَّب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقيا والأندلس والمغرب**، المرجع السابق، (388/6).

[6] – المقَّري أبي عبد الله محمَّد بن محمَّد بن أحمد، **القواعد**، مركز إحياء التّراث الإسلامي، مكّة المكّرمة – المملكة العربية السّعودية، (236/1).

[7] – التّنوخي أبو الطّاهر إبراهيم بن عبد الصّمد بن بشير المهدوي، **التّنبيه على مبادئ التّوجيه**، تح محمَّد بلحسان، دار ابن حزم، ط1، بيروت – لبنان، 1428هـ – 2007م، (239/1).

قال كلّ من ابن عبد البر والقاضي عياض بعدم اعتبار مراعاة الخلاف بعد الوقوع أصل من أصول المذهب المالكي، حيث:

قال ابن عبد البر: "وهذا موضع قد اضطرب فيه أصحاب مالك أيضا وذلك لمراعاتهم الاختلاف فيما لا تجب مراعاته؛ لأنَّ الاختلاف لا يوجب حكما إنَّما يوجبه الإجماع أو الدَّليل من الكتاب والسنّة وبذلك أمرنا عند التَّنازع".[1]

قال القاضي عياض: "القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس وكيف يترك العالم مذهبه الصّحيح عنده ويفتي بمذهب غيره المضاد لمذهبه، هذا لا يسوغ له إلاَّ عند عدم التّرجيح وخوف فوات النازلة، فيسوغ له التّقليد ويسقط عنه التّكليف في تلك الحادثة".[2]

أولا – حجيّة المجيزون والنّافون لقاعدة مراعاة الخلاف

احتجّ كل من الفريقين المجيزون للعمل بالقاعدة والنّافون له بحججّ من الكتاب والسنّة.

1 – حجيَّة المجيزون للعمل بقاعدة مراعاة الخلاف

استدلَّ علماء المالكية على مشروعية العمل بقاعدة مراعاة الخلاف بنصوص عديدة من الكتاب والسنّة

أ – من القرآن: استدلوا هؤلاء بـ:

- قال الله تعالى: ﴿ يٰٓأَ ين □ □ □ □ □ □ □ □ بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم □ جم □ حمَّ [المائدة:2].

–وجه الدّلالة:

نَهى الله عن استحلال المشركين بابتغائهم فضل الله ورضوانه مع كفرهم بالله تعالى الذي لا تصّح معه عبادة، ولا يقبل عمل وإن كان هذا الحكم الآن منسوخا فذلك لا يمنع الاستبدال له في المعنى.

ومن ذلك ما جاء في قول أبي بكر الصديق τ ستجد قوما زعموا أنّهم حبسوا أنفسهم لله فذرهم وما زعموا أنّهم حبسوا أنفسهم له ولذلك يسبَى الرّاهب ويترك له ماله أو ما قل منه على الخلاف ذلك وغيره ممن لا يقاتل يسبى ويُملك وإنَّما ذلك لما زعم أنَّه حبس نفسه له وهي عبادة الله تعالى

[1] – ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمَّد، **الاستذكار**، تح عبد المعطي أمين القلعجي، دار قتيبة، دار الوعي، ط1، حلب – القاهرة، دمشق – بيروت، 1413هـ – 1993م، (136/4).

[2] – الونشريسي، **المعيار المعرَّب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقيا والأندلس والمغرب**، المرجع السابق، (36/12).

وإن كانت عبادته أبطل الباطل، فكيف يستعبد اعتباره عبادة مسلم على وجه دليل شرعي لا يقطع بخطاه فيه وإن كان يظن ذلك ضنًّا؟[1].

ب – من السنّة: مارُوِيَ عن:

عائشة رضي الله عنها: أنّهَا قالت: «اِخْتَصَمَ سَعْدُ بْن أَبي وَقَّاصْ وَعَبْد بنُ زَمْعَهْ فِي غُلاَمٍ، فَقَالَ سَعْد: هَذَا يَا رَسوُل اللهِ اِبْن أَخي عتْبَةَ بْن أَبي وَقَّاص، عَهَدَ إليَّ أَنَّهُ اِبْنُه، أُنْظُرْ إِلَى شَبَهه وقَالَ عَبْد بْنُ زَمْعَة: هَذَا أَخِي يَا رَسُولَ الله وُلِدَ عَلَى فِرَاش أَبي مَنْ وَلِيدَته. فَنَظَرَ رَسُولُ اللهِ إِلَى شَبَهِهِ فَرَأَى شَبَهًا بَيِّنًا بِعَتبة، فَقَالَ: هُوَ لَك يَا عَبْدُ، الوَلدُ للفِرَاشِ وِلِلعَاهِر الحجَرُ، واحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ بِنْت زَمعة سَودةُ قطُّ»[2].

– وجه الدّلالة: من الحديث يتبيّن أنّه حكم بين حكمين متلازمين إذ النّبي ρ أعطى نسب الولد للفراش، أي نسبه لزمعة وروعي أمر الشّبه بأمر سودة بنت زمعة بالاحتجاب من الولد احتياط للشّبهة وتوقع أنَّه ليس بأخيها فألحق الفرع حكما بين حكمين[3].

عن عائشة قالت: قال رسول اللهρ :« أَيُّمَا اِمرَأَةٍ نَكَحَت بِغَيرِ إِذنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ» ثَلاثَ مَرَّاتٍ، «فَإِن دَخَلَ بِهَا فَالمهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ منهَا فَإِن تَشَاجَرُوا فَالسُلطَانُ وَلِيُّ مَن لَا وَلِيَّ لَهُ»[4].

– وجه الدّلالة:

---

[1] – انظر الشاّطبي، **الاعتصام**، المرجع السابق، (88/3 – 89 – 90)، انظر الونشريسي، **المعيار المعرَّب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقيا والأندلس والمغرب**، المرجع السابق، (395/6).

[2] – أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب شِراء المملوك من الحربيِّ وهبته وعتقه، رقم 2218، ورواه مسلم بن الحجّاج القشيري النّيسابوري، **صحيح مسلم**، تح محمّد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلميّة، ط1، بيروت– لبنان، 1412هـ– 1991م، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشّبهات، رقم 1457، ص1080.

[3] – انظر الولاتي محمَّد يحي بن محمّد المختار، **إيصال السَّالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، تق وتع مراد بوضاية، الدار الأندلسية، دار ابن حزم، ط1، بيروت – لبنان، 1427هـ – 2006م، ص 191، انظر تقيّ الدِّين ابن العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، تح محمّد حامد الفقي، مر أحمد محمّد شاكر، مطبعة السنّة المحمّدية، القاهرة، 1372هـ – 1953م، (220/2)، (د.ط).

[4] – أبي داود سليمان بن الأشعث السّجستاني، **سنن أبي داود**، تح محمّد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1416هـ 1996م، كتاب النّكاح، باب في الولي، رقم الحديث2083،(95/2)، حديث صحيح، انظر درجة الحديث الألباني محمّد ناصر الدّين، **صحيح سنن أبي داود**، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، 1419هـ– 1998م، (584/1).

أنّ النّبي ρ حكم أوّلا ببطلان العقد وأكّده بالتّكرار ثلاثا وأقّل مقتضياته في عدم اعتبار هذا العقد بالبتَّة، لكنه ρعقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله: «ولها مهرها» بإثبات المهر لها بالدّخول، ومعلوم أنَّ مهر البغي حرام فلو كان زنا لما أثبت الشارع لها المهر فدَّل على صحة النّكاح بعد الوقوع وأنَّه ليس في حكم الزنّا[1].

قال الشّاطبي: " أن يقع فيه الميراث ويثبت النّسب للولد وإجراءهم النّكاح الفاسد مُجرى الصّحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دَّليلٌ على الحكم بصحته على الجملة وإلّا كان في حكم الزّنى وليس في حكمه باتّفاق".

وقال أيضا: "وهذا كلّه نظرٌ إلى ما يؤول إليه ترّتب الحكم بالنّقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النّهي أو تزيد"[2].

2 – حجيّة النّافون عن العمل بقاعدة مراعاة الخلاف.

أ – الدّليل الأوّل: إنَّ مراعاة الخلاف مخالف للقياس الشّرعي، إذ القياس الشّرعي يجري فيه المجتهد على مقتضى دليله الواجب إتّباعه فحيث ما صار صير إليه، بخلاف مراعاة الخلاف فإنَّه يقتضي عدم جريانه على مقتضى دليله[3].

– أجيب عنه:

بأنَّ مراعاة الخلاف لا تخالف القواعد الشّرعية، لأنّها تتضمّن ترك الرّاجح لما هو أرجح منه وليس ترك الرّاجح واتباع المرجوح كما ظننتم، وهذا أنَّ الذي كان مرجوحا قبل وقوع الحادثة صار بعده أقوى من الراجح لما احتفّ به من القرائن التّي رجحت جانبه وصار الذي كان راجح قبل الوقوع مرجوحا بعده

[1] – انظر طاهر معتمد خليفة السّيسي، الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج منه وأثره في الفروع الفقهية، **المجلة العربية للدّراسات الإسلامية والشّرعية**، العدد3، كليّة الدّراسات الإسلامية والعربية للبنات، كفر الشيخ، أفريل2018، ص97، (د.ج).

[2] – الشّاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، المرجع السابق، (148/4).

[3] – انظر مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي – دراسةنظرية تطبيقية – ، **ماجستير**، الشّريعة والقانون، عطاء الله فيض الله، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام أباد، باكستان، 1420/1419هـ/2000/1999م، ص111،انظر سلامي فواز، قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الاجتهاد القضائي المتعلق بالتشريع الأسري في الجزائر، **مجلّة الاجتهادالقضائي**، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، العدد22، جامعة محمد خيضر بسكرة، أفريل 2020، ص575.

لمعارضته حينئذ دليلا آخر يقتضي دليل المخالف وترك الدّليل لما هو أقوى منه عما تقتضيه القواعد لا خلافه[1].

ب – الدّليل الثّاني: في مراعاة الخلاف يقول المفتي بأنَّه لا يجوز قبل الوقوع وإنَّما يذهب بجوازه بعد الوقوع فإنَّه بهذا يصير الممنوع إذا فعل جائز، وإنَّما يتصور الجمع في هذا عن التّنزيه لا مع التّحريم.

– أجيب عنه:

أنَّ مراعاة الخلاف حُجَّة في بعض المسائل دون بعض ضابط ذلك ما ترجّح به دليل المخالف عند المجتهد على دليله فليست حكما وثبوت الرّجحان ونفيه وإنَّما يكون بحسب نظر المجتهد في النّوازل[2].

ج – الدّليل الثّالث: إنَّ القول بمراعاة الخلاف غير مطرّد في كلّ مسألة خلافية وهو مشكل؛ لأنَّها إن كانت حجَّة عمت جميع المسائل وإلَّا بطلت أو لزم ضبط موجب تخصيصها ببعض المسائل الخلافية دون بعض ترجيح من غير مرجح[3].

– أجيب عنه:

إنَّ تخصيص مراعاة الخلاف ببعض المسائل الخلافية دون بعض هو من باب جلب المصلحة أو دفع المفسدة، فمراعاة الخلاف تكون إمَّا قبل الوقوع وبعده، فقبل الوقوع مبنية على الاحتياط وأمّا إن كانت بعد الوقوع فهي مبنية على التّيسير ورفع الحرج فلا تحكم حينئذ[4].

د – الدّليل الرّابع: القول بمراعاة الخلاف يؤدي إلى الجمع بين المتناقضين ويعطي كلّ واحد ما يقصده الآخر أو بعض ما يقتضيه الآخر.

– أجيب عنه:

---

[1] – انظر مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي – دراسةنظرية تطبيقية – ، المرجع والموضع نفسه.

[2] – انظر العربي محمَّد الإدريسي، مراعاة الخلاف عند القرافي دراسة تأصيلية تطبيقية من كتاب الذّخيرة، **مجلّة كلّية العلوم الإسلامية**، العدد2/15، 1435هـ – 2014م، (د.ج، د.م، د.ص).

[3] – انظر الوّلاتي، **إيصال السَّالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، المرجع السابق، ص189 – 190، انظر المنجور أحمد بن علي المنجور، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، تح محمَّد الشيخ –محمَّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (257/1)، (د.ط، د.م، د.ت)، انظر محمّد سنيني، تجذر الغيرية في أصل مراعاة الخلاف في الفكر الاجتهادي المالكي، **مجلّةحوليات التراث**، العدد4، مستغانم الجزائر، 2005، ص75، (د.ج).

[4] – انظر العربي محمَّد الإدريسي، مراعاة الخلاف عند القرافي دراسة تأصيلية تطبيقية من كتاب الذّخيرة، المرجع نفسه، (د.ص).

بأنَّ مراعاة الخلاف لا تؤدي إلى الجمع بين المتنافيين في القول بأخذ أحد الدّليلين يكون في غير الحالة التّي يكون قد قال بها الآخر[1].

هـ – الدّليل الخامس: إنَّ قاعدة مراعاة الخلاف يلزمها إثبات الملزوم بدون الحاجة إلى لازمه، فالمراعي للخلاف يثبت ما يستلزمه الدّليل وليس دليل المخالف.

- أجيب عنه:

في اللّزوم العقلي يستحيل وجود الملزوم بدون لازمه بخلاف اللّزوم الشّرعي فلا استحالة فيه؛ لأنَّه قد يمتنع مانع من ثبوت اللازم مع وجود ملزومه[2].

3 – التّرجيح

من خلال عرض أدَّلة كلٌّ من الفريقين المجيزين للعمل بمراعاة الخلاف والنّافون لها يتبَّين أنَّ الأدَّلة الّتي استدل بها علماء القائلون بقاعدة مراعاة الخلاف قويَّة ومقنّعة وهذا مصدر استدلالهم من القرآن والسنَّة، أي النّصوص القطعية لاظنّ فيها، بخلاف أدّلة القائلين بعدم اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف الّتي لم تكن أدلّتهم إلاَّ أقوال علماء واعتراضات على أدلّة الفريق الأول.

[1] – انظر بسّام عمر – إبراهيم أبو العدس، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثرها في إمضاء عقد الزّواج الفاسد، المرجع السابق، ص113.

[2] – انظر الولاّتي، **إيصال السَّالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، المرجع السابق، ص189.

الفرع الثّالث: شروط قاعدة مراعاة الخلاف

لإعمال أصل قاعدة مراعاة الخلاف شروطا تستند إليها وهي كالآتي:

أوّلا – الشّرط الأوّل: أن يكون دليل المخالف قويًّا

أن يكون دليل المخالف الذي يُرجع إليه في أصل مراعاة الخلاف له اعتبار وقوّة فلا يكون ضعيفا فإن كان الدَّليل ضعيفًا وواهيا لا يُلتَفتُ إليه؛ لأنَّ الأصل الذي بنى عليه المخالف الحكم المستنبط غير معتبر مطلقا عند المراعى للخلاف[1].

قال ابن عبد السَّلام : "والذي ينبغي أن يعتقد أنّ الامام – رحمه الله – إنَّما يراعي ما قويَّ دليله وإذا قويَّ فليس بمراعاة خلاف وإنَّما هو إعطاء كلّ الدَّليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض "[2].

فمن هذا نرى أنَّ الامام مالك – رحمه الله – لم يراع كلّ خلاف وإنّما راعى خلافا لشدّة قوّته.

وهذا ما قاله ابن رشد : "ومن مذهبه مراعاة الخلاف إذا قويَ"[3].

ثانيا – الشّرط الثّاني: ألاَّ تؤدي مراعاة الخلاف إلى مخالفة الإجماع[4]

لا ينبغي إجراء المراعاة في خرق الإجماع من خلال تتبع بعض الآراء الشّاذة الّتي لا اعتبار لها قال الامام المشّاط – رحمه الله – : "وشرطوا في مراعاة الخلاف أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع كمن تزوّج بغير وليٍّ ولا شهود بأقل من ربع درهم مقلدًّا أبا حنيفة في عدم الوليِّ، ومالكاً في عدم الشّهود، والشّافعي في أقلّ من ربع درهم، فإنَّ هذا النّكاح إذا عُرِضَ على الحنفي لا يقول به وكذلك الشّافعي والمالكي وغيرهما، فيجب فسخه أبداً"[5].

---

[1] – انظر حاتم باي، **الأصول الاجتهادية التّي يبنى عليها المذهب المالكي**، المرجع السابق، ص612، انظر الرّصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشّخصية – دراسة مقارنة بين الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، **مجلّة التّراث**، الجزائر، جامعة معسكر، 2018، ص 304، (د.ج).

[2] – المنجور، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، المرجع السابق، (255/1)، انظر ابن فرحون، **كشف النّقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب**، المرجع السابق، ص167.

[3] – ابن رشد الجدّ، **البيان والتّحصيل والشّرح والتّوجيه والتّعليل في المسائل المستخرجة**، المرجع السابق، (352/4).

[4] – انظر مراد بلعباس، مراعاة الخلاف عند المالكية وتطبيقاته في باب المعاملات– دراسة تأصيلية نموذجية، مجلّة البحوث العلمية والدّراسات الإسلامية، عدد13، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر01، ص124، (د.ج).

[5] – المشّاط حسن بن محمَّد، **الجواهر الثّمينة في بيان أدلَّة عالم المدينة**، تح ودر عبد الوهاب ابن إبراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت – لبنان، 1411هـ – 1990م، ص236 – 237.

من قول المشّاط نرى أنَّ هذا العقد لا يقول به أصحاب المذاهب؛ لأنَّ الامام مالك والشّافعي يبطلونه ؛ لعدم توفّر أقلّ الصّداق وعدم وجود الوليِّ عند المالكية والشّافعي كذلك عدم وجود الوليِّ والشهود، وحتّى الحنفية يعتبرونه باطل؛ لعدم توفر الشّهود وأقلّ الصّداق[1].

ثالثا – الشّرط الثّالث: ألا يترك المراعي للخلاف مذهبه بالكليَّة

من شروط مراعاة الخلاف في المذهب والاجتهاد الخاصُّ بالكليَّة[2]، وذلك أنَّ مراعاة الخلاف إنَّما تكون عند الحاجة أو الضّرورة يذهب إليها المجتهد؛ لتحقيق المصلحة الشّرعية ودفع المفاسد المحقّقة وهذا نادرا ما يكون إلاَّ في حالات خاصة[3]، فإن لزمَ من مراعاة الخلاف يترك المجتهد قوله ودليله وتغيّرت فكرته ورأيه الأوّل الذي كان يقول به أو أنَّه بقي على رأيه الأوّل ولكنَّه لا يتعامل على مقتضى اجتهاده وإنَّما على مقتضى اجتهاد غيره وإن لم يقتنع بصّحة مستنده فإنَّ ذلك خارج عن مراعاة الخلاف وما هو إلاَّ تقليد للغير بعد الاجتهاد[4].

يتبيّن مثال ذلك في قول الامام الولاّتي: ويشترط فيه أيضا ألا يترك المراعي مذهبه بالكليَّة، إن تزوّج مالكي زواجًا فاسداً على مذهبه، صحيحًا على مذهب غيره ثمّ طلَّق ثلاثا، فإنَّ ابن القاسم – رحمه الله – يلزمه الثّلاث ولا يتزوّجها إلاَّ بعد زوج آخر مراعاة للقول بصحته، فإن تزوّجها قبل أن تتزوّج غيره لم يفسخ نكاحه عند ابن القاسم؛ لأنَّ الفسخ حينئذ إنَّما كان مراعاة للقول بصّحة النّكاح الأول، ومراعاة للخلاف مرّتين تؤدي إلى ترك المذهب بالكليّة[5].

رابعا – الشّرط الرابع: أن تكون المسألة مختلف فيها

للعمل بقاعدة مراعاة الخلاف يجب أن تكون المسألة مختلفا فيها؛ أي من كانت أدلَّتها ظنّية تحتمل عدَّة وجوه من الأحكام.

---

[1] – انظر النّووي أبو زكريا محيي الدِّين يحي بن شرف، **المجموع شرح المهذَّب**، دار الفكر، ص175، (د.ط، د.م، د.ت).

[2] – انظر المنجور، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، المرجع السابق، (251/1)، انظر المشّاط، **الجواهر الثّمينة في بيان أدلَّة عالم المدينة**، المرجع نفسه، ص237.

[3] – انظر إبراهيم عبد سعودآل حمد الجنابي، قاعدة مراعاة الخلاف شروطها وتطبيقاتها ومستثنياتها وأثرها في التّرجيح الفقهي، **مجلّة جامعة الشّارقة**، جامعة الشّارقة، العدد1، رمضان 1439هـ – يونيو2018م، ص 452، (د.ج).

[4] – انظر السّنوسي، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، المرجع السابق، ص334.

[5] – انظر الوّلاتي، **إيصال السَّالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، المرجع السابق، ص64.

قال الشّاطبي: " فلذلك تجد المسائل المتّفق عليها لا يراعى فيها غير الدّليل الرّاجح عند المالكي فلم يعامل المسائل المختلف فيها معاملة المتّفق عليها".

بحيث يراعى الخلاف داخل المذهب كما يشترط أن يكون خارج المذهب[1].

خامسا – الشّرط الخامس: أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا[2]

وهذا ما نصَّ عليه الزّركشي في كتابه المنثور: "أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا فإن لم يكن كذلك فلا يُترك الرّاجح عند معتقده لمراعاة المرجوح؛ لأنَّ في ذلك عدول عما وجب عليه من إتباع ما غلب على ظنّه وهو لا يجوز قطعا"[3].

مثال ذلك: قول من الشّافعية أنَّ من تقدم بقراءة الفاتحة وجب عليه إعادتها فإنَّ القائل بهذا الوجه لا يمكن معه مراعاة القائل بأنَّ تكرار الفاتحة مرتين مبطل إلاَّ أن يخص البطلان بغير عذر[4].

[1] – شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، المرجع السابق، ص222 – 223.

[4] – انظر مثنى عارف داود الجراح، مراعاة الخلاف عند الأصوليين، **مجلّة جامعة كركوك للدّراسات الإنسانية**، المجلد11، العدد3، كلية العلوم الإسلامية جامعة الموصل، ص107.

[3] – الزّركشي، **المنثور في القواعد**، المرجع السابق، (131/2).

[4] – انظر الزّركشي، **المنثور في القواعد**، المرجع والموضع السابق، .

ملخص المبحث الأوّل:

بعد التعرّف على ماهية قاعدة مراعاة الخلاف وبيان حكمها في كلا حالتيها قبل وقوع النّازلة وبعد الوقوع، توصّلت إلى بعض النتائج والتّي منها:

- ❖ إنّ مراعاة الخلاف هي إعمال الدّليل في لازم مدلول دليل آخر مناقض له.
- ❖ إنّ قاعدة مراعاة الخلاف تتّسم بالتيسير وذلك بجلب المصلحة ودفع المفسدة، أمّا قاعدة الخروج من الخلاف فهي تتّسم بالورع والاحتياط.
- ❖ قاعدة مراعاة الخلاف تكون بعد وقوع الفعل، أمّا الخروج من الخلاف يكون قبل وقوع الفعل.
- ❖ تميز المالكية بالعمل بقاعدة مراعاة الخلاف دون غيرهم من المذاهب الفقهيّة الذين اعتبروا كلّ من قاعدتي مراعاة الخلاف والخروج منه معنى واحد وعدم التفرقة بينهما.
- ❖ اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف فرع من فروع القاعدة العامة ألا وهي اعتبار المآل.
- ❖ إنّ حكم قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع مستحب، أمّا بعد الوقوع فالعمل بها واجب.
- ❖ للعمل بقاعدة مراعاة الخلاف يجب توفر شروط لها ومنها: أن يكون الخلاف قوي المدرك، ألاّ يخالف المراعي للخلاف نصّا من القرآن أو سنّة ثابتة، أو خرق للإجماع، ألاّ يترك المجتهد مذهبة جملة.
- ❖ كان لتطبيق قاعدة مراعاة الخلاف عند مختلف المذاهب الفقهيّة في كثير من المسائل الفقهيّة المختلف فيها.

المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على مسائل من قانون الأسرة الجزائري

تمهيد

سأتطرق في هذا المبحث إلى تطبيق قاعدة مراعاة الخلاف من باب النكاح في قانون الأسرة الجزائري على أربع مسائل وهي كالآتي:

المطلب الأوّل: مسألة نكاح الشّغار

المطلب الثّاني: مسألة النّكاح بدون وليّ

المطلب الثالث: مسألة استحقاق المرأة الصّداق كاملا بالخلوة الصّحيحة

المطلب الرابع: مسألة اعتبار اليسار من خصال الكفاءة في النّكاح.

المطلب الأوّل: مسألة نكاح الشِّغار

الفرع الأوّل: مفهوم نكاح الشِّغار لغة واصطلاحا

أوّلا – نكاح الشِّغار لغة:

الشِّغار: مصدر شَغَرَ، أي: شغر الكلب رفع إحدى رجليه للبول، ومنه أخذت شغر المرأة، أي: رفع رِجلها للنّكاح فأشغرها فشغرت.[1]

ثانيا – نكاح الشِّغار اصطلاحا:

جاء في الرّازي بأنّه: نكاح كان في الجاهلِّية، وهو أن يقول الرَّجل زوجني ابنتك على أن أُزوِّجك ابنتي وصداق كلِّ واحدةٍ منهما بُضْعُ الأُخرى كأنَّهما رَفَعا المهر وَأخليا البُضْعَ عنْهُ[2].

عرّف الصَّاوي نكاح الشِّغار: "رفع المهر من العقد"[3].

وعرّفه السرخسي بأنَّه: " الشِّغار أن يقولَ الرَّجُلُ للرَّجُلِ: أُزَوِّجُكَ أختي على أن تُزَوِّجَني أُخْتَكَ على أنْ يكون مهْر كلِّ واحدة منهما نِكاح الأخرى"[4].

الفرع الثاني: حكم نكاح الشّغار وأثر مراعاة الخلاف في المسألة

أوّلا – حكم نكاح الشّغار

1 – الرأي الفقهي للمسألة

أ – المذاهب في المسألة

اختلف العلماء في حكم نكاح الشِّغار على مذهبين.

المذهب الأوّل: قالوا:

إلى عدم جواز نكاح الشِّغار؛ لأنَّ من فعله قد أشرك في البُضْع بينه وبين غيره فبطل العقد كما لو زوَّج ابنته من رجلين، وهو قول الشّافعية، والحنابلة، والمالكية[1].

---

[1] – انظر الفيروزآبادي مجد الدِّين محمَّد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، مر أنس محمَّد الشامي، زكريَّا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ – 2008م، ص870، (د.ط).

[2] – انظر الرّازي محمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصِّحاح**، دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصّلح، بيروت – لبنان، 1986م، ص143، (د.ط).

[3] – الدَّردير أبي البركات أحمد بن محمَّدبن أحمد، **الشّرح الصَّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، دار المعارف، (446/2)، (د.ط، د.م، د.ت).

[4] – السرخسي محمَّد بن أحمد بن أبي سهل، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت – لبنان، 1414هـ – 1993م، (105/5)، (د.ط).

إلاّ أنّ المالكيَّة قسموه إلى ثلاثة أقسام: صريح الشِّغار[2]، وجه الشِّغار[3]، الشِّغار المركب[4].

- **المذهب الثّاني**: حيث:

ذهب إليه الحنفية الذين يرون أنَّ عقد نكاح الشِّغار جائز ويُصحح بمهر المثل؛ لأنَّ الشّرط فاسد، والنّكاح لايبطل بالشّروط الفاسدة باعتبار المهر شرط فاسد[5].

ب – أدلّة المذاهب في المسألة

- **أدلَّة المذهب الأوّل**: استدلوا بـ:
  - **من السنَّة**: ما رواه: مَالِكٌ عَنْ نافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمرَτ: «أنَّ رسولَ اللهِ ρ نَهَى عَنِ الشِّغَارِ، والشِّغَارُ أنْ يُزَوِّجَ الرَجُلُ اِبْنَتَهُ عَلَى أنْ يُزَوِجَهُ الآخَر اِبْنَتَهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاق»[6].

– وجه الدّلالة: نهى رسول الله ρ عن الشِّغارِ، وعلَّله العلماء بأنَّ النهي يصير المعقود به معقودا عليه، لأنَّ الفرجين كلّ واحد منهما معقود به ومعقودٌ عليه ومنه العقد فاسد يُفسَخ علَ هذا الفساد قبل الدخول وبعده[7].

- **أدلة المذهب الثاني**: استدلوا بـ:
  - **من السنّة**: استدلوا بما روي عن

نَافِعٍ، عَنْ اِبْنِ عُمَرَ، أنَّ النّبِيَّ ρ قَالَ: «لاَشِّغَارَ في الإِسلاَم»[1].

---

[1] – انظر الشِّيرازي أبي إسحاق، **المهذَّب في فقه الإمام الشَّافعي**، تح محمَّد الزحيلي، دار القلم، الدَّار الشَّامية، دمشق، بيروت، ط1، 1417هـ – 1996م، (158/4)، انظر المرداويّ علاء الدِّين أبو الحسن عليّ بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف**، تق رائد بن صَبَري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدّولية، (1388/1).

[2] – وهو أن يقول له زوّجني أختك على أن أُزوِّجك أختي بحيث لايكون لإحداهما مهر فبضعها في بضع الأخرى: انظر مالك بن أنس أبي عبد الله الأصبحّي، **المدَّونة الكبرى**، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (3/4)، (د.ط، د.ت).

[3] – وهو أن يقول زوّجني أختك بمائة على أن أُزوِّجك أختي بمائة: انظر مالك بن أنس، **المدَّونة الكبرى**، المرجع والموضع نفسه.

[4] – وهو أن يقول له زوّجني أختك بخمسين دينار على أن أُزوِّجُكَ أختي بلا مهر، فهنا سمّى لواحدة مهراً دون أن يسميه للأخرى: انظر مالك بن أنس، **المدَّونة الكبرى**، المرجع والموضع نفسه.

[5] – انظر السّرخسي، **المبسوط**، ، المرجع السابق، (105/5).

[6] – أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، المصدر السابق، كتاب النّكاح، باب الشَّغار، رقم الحديث5112، ص1303.

[7] – انظر القاضي عياض أبي الفضل عياض بن موسى، **شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمّى إكمال المعلم بفوائد مسلم**، تح يحي إسماعيل، دار الوفاء، ط1، 1419هـ – 1998م، (559/4).

- وجه الدّلالة: أنَّ النّهي الوارد عن الشّارع متعلّق بحقيقة الشِّغار، وهم ينفون هذه الحقيقة وما يصدق عليها شرعا والذي قالوا بحلّه ونفاذه إنَّما هو العقد بمهر المثل، كما هو الحال ما إذا سمّى في الصّداق خمرا أو خنزيرا فإنّ العقد لا يبطل وإنّما يصحّح بمهر المثل.

أنّ النهي الوارد محمول على الكراهة؛ لأنّ الشّارع جعل فساد المسمّى في الصّداق موجبا لمهر المثل في غير هذا مع الكراهية، فيحمل النّهي على الكراهة قياساً على غيره[2].

ثانيا – الرأي القانوني لمسألة نكاح الشّغار

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على حكم نكاح الشّغار وإنّما اكتفى بإحالة الحكم إلى الفقه الإسلامي دون تحديد مذهب معيّن وفقا للمادة 222: " ما لم يرد النّص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة"[3]، باعتبار أنّ نكاح الشّغار من الأنكحة المختلف في فساده باخلاله شرط من شروط النّكاح ألاَّ وهو الصّداق وتماشيّا مع ما جاء في نص المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزّواج الشروط الآتية: أهلية الزّواج، الصّداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزّواج"[4]، فهاهنا نرى أنّ المشرع الجزائري ساير الفقه الإسلامي واعتبر الصّداق شرط من الشروط التّي لابدّ من توفرها في عقد الزّواج، وما جاء في المادة 2/33: "إذا تم الزّواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"[5]؛ وهو ما سيأتي تفصيل ذلك.

ثالثا – الرأي المقارن للمسألة

جاء في حكم نكاح الشّغار بأنّه غير جائز وهو ما ذهب إليه المالكية واستدلالهم بقولين، فالقول الأوّل: قيل أنّ نكاح الشِّغار يفسخ دون طلاق ولا يثبت به لا صّداق ولا ميراث، أمّا القول الثاني: وهو ما راعى فيه الإمام مالك لازم دليله فحكم فسخه بطلاق مع ثبوت الميراث فيه ووجوب نصف المهر قبل

---

[1] – أخرجه مسلم، **صحيح مسلم**، المصدر السابق، كتاب النّكاح، باب تحريم نكاح الشّغار وبطلانه، رقم الحديث 1415، ص1035.

[2] – انظر محمّد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكيّة وأثره في الفروع الفقهيّة**، المرجع السابق، ص467.

[3] – قانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 رمضان سنة 1404، الموافق ل09 يونيو1984، **المتضمن قانون الأسرة**، المعدل والمتمم ص23.

[4] – قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص3.

[5] – قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص6.

الدخول وكلّه بالموت وإن لم يدخل بها[1]، إثبات الميراث مراعاة لخلاف الأحناف القائلين جواز تصحيحه بمهر المثل لأنّ الشرط فاسد والشروط الفاسدة عندهم لا تبطل العقد[2].

وهكذا يتبيّن أنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نكاح الشّغار باعتباره اسما وإنّما تضمن معناه بين طيّات نصوصه القانونية حسب ما جاء في المادة2/33، اعتبر نكاح الشّغار من الأنكحة الفاسدة التي لم تستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 9مكرر، واستخلاصا لما سلف نجد أنّه يترتّب على النّكاح الفاسد حالتان يختلف فيهما حكم النّكاح قبل الدخول وبعده، فترتّب على الزّواج الفاسد لصداقه قبل الدخول أنّه يفسخ بدون طلاق ولا يثبت لها آثار العقد الصحيح لا من صداق أو عدّة ، أو نفقة، أو توارث بين الزوجين باعتبار العقد غير موجود حكما[3]، وأمّا ما ترتّب عليه بعد الدخول أنّه يثبت بصداق المثل، بثبوت النسب، ثبوت حرمة المصاهرة، وجوب الاستبراء، نفقة عدة الطلاق وما يتبعها من آثار[4].

رابعا – علاقة نكاح الشّغار بقاعدة مراعاة الخلاف على قانون الأسرة الجزائري

يمكنني القول أنّ قانون الأسرة قال بالقول الأولى للمالكيّة في ترتّب النّكاح الفاسد للصّداق قبل الدخول، في حين ذلك ذهب إلى القول الثاني للمالكية الذي أعمل فيه دليل خصمه مراعاة لخلاف الأحناف التي تصحح العقد بمعنى أنّ العقد صحيح والشرط باطل لكن اختلفت الرواية الثانية بالحكم على هذا النّكاح بالفسخ بطلاق مع اعتماده بتوابعه من ميراث وغيرها، ولكن قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ بقول المالكية برواية الفسخ بطلاق.

المطلب الثاني: مسألة النّكاح بدون وليّ

شرع الوليُّ للمرأة دون الرجل لعقد الزّواج عند فقهاء المذاهب وقانون الأسرة الجزائري، إلاَّ أنَّه يختلف في اعتباره ركن من أركان الزواج أو شرطا من شروطه وها هنا سأتطرق إلى مفهوم الولاية في

---

[1] – انظر ابن رشد الجّد أبو الوليد محمَّد بن أحمد، **مسائل أبي الوليد ابن رشد**، تح محمَّد الحبيب التّجكاني، دار الجيل، دار الآفاق الجديدة، ط2، بيروت، المغرب، 1414هـ - 1993م، (229/1).

[2] – انظر رصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصيّة – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص309.

[3] – انظر الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، بن عكنون – الجزائر، 2008/11م، ص75.

[4] – انظر بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص506 – 507، (د.ط).

النّكاح عند كلّ من علماء الشريعة وشراح القانون وبيان حكمها شرعا وقانونا مع تطبيق مراعاة خلاف العلماء فيها.

الفرع الأوّل: مفهوم ولاية النّكاح وترتيب الأولياء فيها

في هذا الفرع سأتناول تعريف الولاية وترتيب الأولياء في النّكاح.

أوّلا – مفهوم الولاية لغة واصطلاحا

1 – مفهوم الولاية لغة

بفتح الواو(الوَلاية) وكسرها (الوِلاية) مصدر الوَليّ و لها معنيان وهي: السُّلطان والنُّصرة، ومنه جاء في قوله تعالى: ﴿ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ ﴾[المائدة:56][1].

2 – مفهوم الولاية اصطلاحا

أ – عرَّف وهبة الزحيلي الولاية أنَّها: "القدرة على مباشرة التّصرف من غير توقف على إجازة أحد"[2].

ب – عرَّفها أيضا عبد الكريم زيدان بأنَّها: " قدرة الشّخص شرعا على إنشاء التصرُّف الصّحيح النّافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله"[3].

ج – وولاية النكاح هي: " الوليُّ من لَهُ على المرأة ملك أو أبوَّة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[4].

---

[1] – انظر الرّازي، **مختار الصِّحاح**، المصدر السابق، ص 306، انظر الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، المصدر السابق، ص1781.

[2] – وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر المعاصر، ط4، دمشق،1997م، (186/7).

[3] – عبد الكريم زيدان، **المفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت – لبنان، 1413هـ – 1993م، (339/6).

[4] – الرّصاع، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشّافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، المرجع السابق، (241/1).

– الولاية تنقسم إلى ثلاثة أقسام: ولاية على المال، ولاية على النفس وولاية على النفس والمال معاً، فالولاية على الزّواج تندرج تحت الولاية على النّفس التّي هي بمعنى السّلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه ونفسه مثل التزويج: انظر مصطفى أحمد الزّرقا، **المدخل الفقهيّ العام**، دار القلم، ط2، دمشق، 1425هـ – 2004م، (843/2)، انظر العيد إبراهامي، التعسف في الحق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزّواج والقصر نموذجا، ماجستير، **الشريعة والقانون**، د. أبو بكر لشهب، جامعة وهران، الجزائر، 2009 – 2010م، ص24.

ثانيا – ترتيب الأولياء في ولاية النّكاح

1 – عند الحنفية: تثبت الولاية عندهم للأقارب العصبات، الأقرب فالأقرب وذلك على التّرتيب الآتي: الابن وابنه وإن نزل، الأب والجّد العصبي (الصحيح) وإن علا، الأخ الشقيق الأخ لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، العم الشقيق والعم لأب وأبناؤهما وإن نزلوا، ثُمّ المعتق ثمّ عصبته النّسبية، ثُمّ السلطان أو نائبه وهو القاضي[1].

2 – عند المالكية: الولاية عندهم نوعان، ولاية إجبار وولاية اختيار

أ – ولاية الإجبار: تثبت للأب ثُمَّ وصِيّه.

ب – ولاية اختيار: تثبت للقرابة ثُمّ المولى ثُمّ السُّلطان، والقرابة بالتّرتيب على حسب ترتيب الميراث وهي كالتالي: الابن ثُمّ ابنه وإن نزل، ثُمّ الأبن ثُمّ الأخ، ثُمّ ابنه، ثُمّ الجّد، ثُمّ العم، ثُمّ ابنه وقيلَ الأب أولى من الابن[2].

3 – عند الشّافعية: تُثبت الولاية عندهم للعصبات؛ إلاَّ أنّه لا تُثبت ولاية الابن وسقطها وهي كالآتي: أب ثُمّ جدٌّ ثُمّ أبوه، ثُمّ أخ لأبوين أو لأب ثُمّ ابنه وإن سفل، ثُمَّ عمٌّ، ثمّ سائر العصبة كالإرث، ويقدّم أخ لأبوين على أخ لأب في الأظهر[3].

4 – عند الحنابلة: تثبت الولاية عندهم للعصبات على التّرتيب الآتي: الأولى بتزويج المرأة الحرة أبوها، ثُمّ أبوه وإن علا، ثُمّ ابنها ثُمّ ابنه وإن نزل، ثُمّ أخ لشقيق، ثُمّ أخ لأب وتقدّم الابن على الجدّ والتّسوية بين الجدّ والأخ وبين الأخ لشقيق والأخ لأب، ثُمّ بنوا الإخوة وإن سلفوا ثُمّ العم، ثُمّ ابنه، ثُمّ الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الميراث، ثُمّ المولى المنعم، ثُمّ عصباته من بعده الأقرب فالأقرب، ثُمّ السُّلطان[4].

---

[1] – انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق، (199/7).

[2] – انظر بن جُزيّ الكلبي محمّد بن أحمد، **القوانين الفقهيّة في تلخيص مذهب المالكيّة والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفيّة والحنبليّة**، تح وتع ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط1، بيروت – لبنان، 1434هـ – 2013م، ص346.

[3] – انظر النّوويّ مُحي الدّين أبي زكريّا يحي بن شرف، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، اعت محمّد محمّد طاهر شعبان، دار المنهاج، ط1، بيروت – لبنان، 1426هـ – 2005م، ص376.

[4] – انظر بن قدامة المقدسّي موفق الدّين عبد الله بن أحمد، **المقنع**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1399هـ – 1979م، ص208.

الفرع الثاني: حكم ووجه مراعاة الخلاف في الولي في الزّواج

أوّلا – حكم الولي في الزّواج

1 – الرأي الفقهي للمسألة

أ – المذاهب في المسألة:

اختلف علماء الشريعة على ضرورة وجود الولي في النّكاح على مذهبين:

– المذهب الأوّل: ذهب هؤلاء إلى أنّه لا ينعقد النّكاح بدون وليّ ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها وإن أذن لها وليّها، ولا توكيل غيرِ وَلِيِّها في تزويجها فإن فعلت ولو كانت بالغة عاقلة رشيدة لم يَصحّ نِّكاحها وهو رأي كلٌّ من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

– المذهب الثّاني: ذهب إليه الحنفية الذين قالوا بأنّ الوليّ ليس بشرط لصحّة النّكاح، وجوزوا للمرأة تزويج نفسها وغيرها[4].

ب – أدلّة المذاهب في المسألة:

– أدلّة المذهب الأوّل: استدلّ هؤلاء بـ:

- **من السنة:** استدلوا بما روي عن

✓ عن عائشة τ قالت: قال رسول الله ρ : «أَيُّمَا اِمرَأَةٍ نَكَحَت بِغَيرِ إِذنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ» ثَلاثَ مَرَّاتٍ، «فَإن دَخَلَ بِهَا فَالمهرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ منِهَا فَإِن تَشَاجَرُوا فَالسُلطَانُ وَليُّ مَن لَا وَليَّ لَهُ»[5].

---

[1] – انظر التواتي بن التوآتي، **المبسّط في الفقه المالكي بالأدلّة**، دار الوعي، ط2، الرويبة – الجزائر، 1432هـ – 2010م، (111/4).

[2] – انظر الماوردي أبي حسن علي بن محمّد بن حبيب، **الحاوي الكبير**، تح وتع علي محمّد معوّض – عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1414هـ – 1994م، (38/9).

[3] – انظر ابن قدامة أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد، **المغني**، مكتبة القاهرة، 1388هـ – 1968م، (7/7)، (د.ط، د.م)، انظر البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، **كشّاف القِناع على متن الإقناع**، عالم الكتب، بيروت – لبنان، 1403هـ – 1983م، (48/5)، (د.ط).

[4] – انظر ابن نجيم زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (117/3)، (د.م، د.ت).

[5] – أبي داود، **سنن أبي داود**، سبق تخريجه، ص 21.

– وجه الدّلالة: أنَّ النّبي ρ حكم على نكاح المرأة نفسها بدون إذن وليّها بالبطلان وكرّر ثلاث مرات للتأكيد والمبالغة، وهذا المقصود بإشتراط الوليّ في صحة النّكاح[1].

✓ عن أبِي موسىَ الأشعريّ أنَّ النَّبِيَّ ρ: قال: «لاَنِكاَحَ إلاَّ بوَلِيٍّ».[2]

– وجه الدّلالة: "جاء هذا الحديث صريح في أنَّ النّكاح لا يصح بدون وليّ"[3].

- **من المعقول**: حيث قالوا

إنَّ النِّكاح له مقاصد شتّى وعديدة، حيث إنّه يربط بين الأسر ويقوي الرّوابط بينها والمرأة في اتخاذ قراراتها تميل للعاطفة التّي تغطي عليها جهة المصلحة، لذلك لا تحسن الاختيار لقلّة ما لديها من الاختبار فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل قلنا بمنعها من مباشرة العقد[4].

– **أدّلة المذهب الثّاني**: استدل هؤلاء بما يلي:

- **من القرآن:**

قال الله تعالى: ﴿ تى تي □ □ □ □ □ □ □ □ □ ﴾ [البقرة:232].

– وجه الدّلالة: أنَّ الله تعالى أضاف النّكاح للمرأة ونهى عن من يمنعها منه؛ لأنَّه من حقّها وهي من أهل المباشرةِ فصحَّ منها، كبيع أمتها فإن ملكت بيع أمتها فهذا تصرف في رقبتها فكذلك الأمر بالنّسبة للنّكاح فهو عقد أولى من بعض منافعها[5].

قال الله تعالى: ﴿ نى □ □ □ □ □ □ □□ يم يى □ □ ﴾ [لبقرة: 342].

– وجه الدّلالة: بيّن الله تعالى من الآية صراحة أنّ المرأة هي التّي تفعل في نفسها ما تشاء بدون اعتراض ولها الحق أن تباشر عقد نكاحها[6].

- **من السّنة:** استدلوا بما رُوِيَ:

---

[1] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المرجع السابق، (241/4).

[2] – أبي داود، **سنن أبي داود**، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث2085، (95/2)، حديث صحيح: انظر الألباني، **صحيح سنن أبي داود**، المرجع السابق،(584/1).

[3] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المرجع والموضع نفسه.

[4] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المرجع والموضع نفسه.

[5] – انظر ابن قدامة، **المغني**، المرجع السابق، (7/7).

[6] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المرجع السابق، (241/4).

عن اِبْن عَبَاس τ أَنَّ رَسُولَ الله ρ قال: «الأَيِّمُ أَحَقُ بِنَفْسِها مِنْ وَلِيِّهَا وَالبِكْر تُسْتَأْذَن فِي نَفْسِها، وَإِذْنُها صَمَاتها، قال نعم»[1].

- وجه الدّلالة: النّبي ρ شارك بين الأيِّم وبين الوليّ ثمّ قّدمها عليه بقوله: «أحقُّ بنفسها» وقد صحّ العقد من الوليّ فصحّته منه أولى من وجه ومن وجه آخر الحديث دلّ صراحة على صحّة العقد على رضا المرأة فمن غير الممكن ولا من الشّرع أن يكون رضا شخص في صحة تصرف ثمّ يحكم عليه بالفساد إذا باشره بنفسه[2].

من المعقول: قالوا:

فيه إنَّ المرأة عند مباشرتها العقد بنفسها فهو من حقّها وبما أنّها كذلك فقد كان لها التصّرف في المال ولها اختيار الزّوج برضاها فكل من هذه التّصرفات فهو صحيح، والوليّ يطالب بالتزّويج فقط؛ كي لا تنسب المرأة إلى الوقاحة[3].

ثانيا – الرأي القانوني لمسألة النّكاح بدون ولي

نصّ المشرع الجزائري على وجود الولي في النّكاح باعتباره شرط من شروط الزّواج، وهذا ماجاء في المادة 9 مكرر بالأمر02 – 05" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"[4]، إلاّ أنّه لم ينص على ترتيب الولاية في ولاية النّكاح وفقا للفقه الإسلامي، وهذا مانصّ عليه في المادة 11المعدّلة بالأمر02-05" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأوليين والقاضي ولي من لا ولي له"[5].

ثالثا– الرأي المقارن ومدى علاقة تأثر قاعدة مراعاة الخلاف بمسألة النّكاح بدون ولي

---

[1] – مسلم، **صحيح مسلم**، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب إستئذان الثّيب في النّكاح بالنطق و البكر بالسكوت، رقم الحديث 1421، ص1037.

[2] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المرجع نفسه، (240/4)، انظر ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المرجع السابق، (117/3).

[3] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، المرجع السابق، (240/4).

[4] _ قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص3.

[5] – قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص3.

جاء في حكم الولي في النّكاح أنّ لايجوز النّكاح بدون ولي ولا يحق للمرأة الحق في تزويج نفسها ولا غيرها وهو ماذهب إليه المالكية والشّافعية والحنابلة، فإنّ عقد الزّواج إذا تمّ بدون ولي يجب فسخه مطلقا قبل الدخول وبعده، [1](أي : باطل) ولا يترتّب عليه آثار العقد الصحيح لأنّه اختل فيه ركن من أركان النّكاح، فهذا القول الأوّل للمالكية، ومع مراعاة خلاف الأحناف القائلين بصحّة النّكاح بدون ولي، صحّحوا العقد بأن نكحت المرأة بدون ولي فسخ النّكاح كما هو الحال وإن دخل بها وفات الأمر بالدخول وطول الزمن من الولادة لا يفسخ، لأنّ العقد لايفسخ بالأحكام وإنّما بالحرام البيّن أو خطأ لاشك فيه[2]، فمن ذلك نرى أنّ المشرع الجزائري جاء بالقول الأول للمالكية باعتبار الولي شرط من شروط النّكاح وأنّه بدونه لايتم النّكاح وهذا ماجاء فيه في المادة 9 مكرر، إلاّ أنّه بالرغم من ذلك ذهب للقول الثاني بتصحيح العقد وفقا لنصّ المادة 2/33: "إذا تمّ الزّواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، فهنا صحّح المشرّع الجزائري العقد إن تم بدون ولي بفسخه قبل الدخول وإن فات الأوان وتمّ الدخول فإنّه يثبت بصداق المثل ويترتّب عليه بعض الآثار والتي منها: ثبوت النّسب، ثبوت حرمة المصاهرة، وجوب الاستبراء مع استحقاق النفقة للزّوجة (عدّة الطلاق)، إلاّ أنّها لاتستحق النّفقة الزوجية ولا الميراث ولو تمّ الدخول لأنّهما من آثار الزّواج الصحيح[3].

فمن خلال عرض آراء الفقهاء في حكم الولي في الزّواج وماجاء في قانون الأسرة الجزائري نرى أنّ المشرع الجزائري وافق قولي المالكية بتطبيق قاعدة مراعاة الخلاف في مسألة الولي في النّكاح بثبوت العقد بعد الدخول بصداق المثل ومايترتّب عليه من آثار.

المطلب الثّالث: مسألة استحقاق المرأة الصّداق كاملا بالخلوة الصّحيحة

الفرع الأوّل: مفهوم الصّداق ومسمياته

أوّلا – تعريف الصّداق

1 – تعريف الصّداق لغة:

5_ رصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري–، مرجع سابق، ص310.

[2]_ محمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، مرجع سابق، ص447.

[3] – انظر بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010م، ص301-302، (د.م).

بفتح الصاد وكسرها، مأخوذ من الصِّدق لإشعاره بصدق رغبة الزّوج في زوجه.

وهو صَدَاق المرأَة وَصِداقها وَصُدْقَتها ما تُعْطى من مهرها، قال الله تعالى:أأ □ ين □ □ أ [النساء:4][1].

2 – تعريف الصّداق اصطلاحا:

عرّف المالكية الصّداق بأنّه: "ما يجعل للزّوجة في نظير الاستمتاع بها"[2].

وعرّفه الحنفية بأنّه: "اسم للمال الذي يجب في عقد النّكاح على الزّوج في مقابلة البضع إمّا بالتّسمية أو العقد"[3].

وعرّف الشّافعية الصّداق كذلك: "المال الواجب للمرأة على الرّجل بالنّكاح أو الوطء"[4].

وعرّفه الحنابلة: "هو العوض في النّكاح سواء سُمّي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم ونحوه".[5]

3 – تعريف الصّداق في القانون:

"هو ما يدفع نحلة للزّوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء"[6].

4 – للصّداق عدّة تسميات منها:

أ – النِّحْلة، جاء في قوله تعالى: أأ □ ين □ □ أ [النساء:4].

ب – الفريضة: قال الله تعالى: أأ □ □ □ □ ً ً ّ [النساء:24].

ج – المهر: جاء في قوله ρ : «فَإِن دَخَلَ بِهَا فَالمهرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ منِهَا»[7].

د – ومنه أيضا العلائق والحباء والعقر[8].

---

[1] – انظر الأصفهاني، **المفردات في غريب القرآن**، مصدر سابق، ص366، انظر الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير معجم عربي – عربي**، مصدر سابق، ص128.

[2] – الدَّردير، **الشّرح الصَّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، مرجع سابق، (428/2).

[3] – ابن عابدين، **رد المحتار على الدّر المختار**، مرجع سابق، (101/3).

[4] – النّووي، **روضة الطّالبين وعمدة المفتين**، مرجع سابق، (246/7).

[5] – البهوتي، **كشّاف القِناع على متن الإقناع**، مرجع سابق، (128/5).

[6] – قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، المادة 14، ص4.

[7] – أبي داود، **سنن أبي داود**، سبق تخريجه، انظر ص21.

[8] – انظر الزركشي شمس الدّين محمّد بن عبد الله، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، دار العبيكان، ط1، 1413هـ – 1993م، (177/5 – 278)، (د.ط).

ثانيا – الرأي الفقهي للصّداق وبيان مشروعيته

1 – الرأي الفقهي: اختلف أصحاب المذاهب على اعتبار الصداق شرط من شروط النّكاح أو إنّما أثر من آثاره على قولين:

أ – المذهب الأول: يرون المالكية أنَّ الصّداق شرط من شروط الصحّة، بحيث لا يجوز التواطؤ على سقوطه[1].

ب – المذهب الثاني: ذهب كلٌّ من الأحناف والشّافعية والحنابلة، إلى أنَّ الصداق أثر من آثاره وليس شرطاً من شروطه[2].

2 – أدلة مشروعية الصّداق:

أ – من الكتاب: جاء في قوله تعالى: ﴿ ﴾ [النساء:4].

– وجه الدّلالة: جاء في الآية القرآنية النِّحلة والتّي هي مايوهب بطيب نفس من الواهب[3].

ب – من السّنة: ماجاء عنه أنَه:

حدّثنَا أبُو غسّانَ قال: حدَّثَنِي أبوُ حازِم عن سَهل بن سَعدٍ: «أنَّ امرَأةً عَرَضَتْ نَفْسَهاَ على النَّبي ρ، فقالَ لَهُ رَجُل: يَا رَسوُل الله، زَوِجنيِّهَا. فقَالَ مَا عِنْدَكَ؟ فَقَالَ مَا عِنْدِي شَيْء قَالَ: اِذْهَبْ فالْتَمِسْ وَلَوْ خَاتِمًا مِنْ حَدِيدْ. فَذَهَبَ، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: لاَ وَاللهِ مَا وَجَدتُ شّيْئًا وَلاَ خَاتِمًا مِنْ حَدِيدٍ، وَلَكِنْ هَذَا إزَارِي وَلَهَا نِصْفُهُ. قَالَ سَهل: وَمَا لَهُ رِدَاء. فقال النَّبيُ ρ: وَمَا تَصْنَعُ بِإزَارِكَ؟ إنْ لَبِسْتَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا مِنْهُ شَيْءٍ، وَإنْ لَبِسَتْهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ مِنْهُ شَىء، فَجَلَسَ الرَجُلُ حَتَى إذَا طَالَ مَجْلِسُهُ قَامَ فَرَآهُ النَّبِيُّ ρ فَدَعَاهُ

[1] – انظر ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المرجع السابق، (20/2).

[2] – انظر عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصّية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءً**، دار الفكر العربي، ط1، 1404 هـ – 1984م، ص158، (د.م)، انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلّته**، المرجع السابق، (253/7).

[3] – انظر عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزّواج في ضوء الكتّاب والسنّة**، دار النفائس، ط1، الأردن، 1418هـ – 1997م، ص255.

– أَوْ دُعِيَ لَهُ –فَقَالَ لَهُ: مَاذَا مَعَكَ مِنَ القُرْآن؟ فَقَالَ: مَعِي سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا – لِسُورٍ يُعَدِّدُهَا – فَقَالَ النَّبِيُّ ρ: أَمْلَكْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ» [1].

ج – من الإجماع: أجمع المسلمون على مشروعية الصّداق[2].

الفرع الثاني: تعريف الخلوة الصّحيحة مع بيان حكم ووجه مراعاة خلاف المسألة على قانون الأسرة الجزائري

أوّلا – تعريف الخلوة الصحيحة

أو ما يسمى بالدخول الحكمي وهي أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يتمكنان فيه من التمتع الكامل، بحيث يأمنان فيه دخول أحد عليها بدون إذنهما أو يطلع عليهما، وليس بأحدهما مانع طبيعي أو حسي أو شرعي يمنعهما من المخالطة الجنسيّة[3].

ثانيا – الرأي الفقهي للمسألة

من خلاله نتناول اختلاف العلماء في وجوب المرأة بالخلوة الصّحيحة الصّداق كاملا أم لا مع بيان أدلّة الفريقين.

1 – المذاهب في المسألة

اختلف الفقهاء في حكم استحقاق المرأة الصّداق كاملا أو نصفه بالخلوة الصّحيحة إلى مذهبين:

أ – المذهب الأوّل:

ذهب المالكية والشّافعية إلى أنَّ المرأة لا تستحق الصّداق كلّه بالخلوة الصّحيحة[4].

ب – المذهب الثاني:

---

[1] – أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، مصدر سابق، كتاب النّكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، رقم الحديث5120، ص1305.

[2] – انظر نورة بنت عبد الله بن محمّد المطلق، الأحكام المتعلقة بمؤخر الصّداق، **مجلة البحوث الإسلاميّة**، العدد83، ص222، (د.ج، د.م، د.ت).

[3] – انظر شلبي محمّد مصطفى، **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السُّنية والمذهب الجعفري والقانون**، الدار الجامعيّة، ط4، بيروت، 1403هـ – 1983م، ص398.

[4] – انظر ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، المرجع السابق، (25/2).

ذهب إليه علماء الحنفية والحنابلة إلى أنَّ الخلوة بالزوجة خلوة صحيحة تستحق الصّداق كلّه[1].

2 – أدلّة المذاهب في المسألة

أ – أدلة المذهب الأول: استدلوا على ذلك بـ:

– **من الكتاب:** قال الله تعالى: ﴿ □ □ □ سه □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ ﴾ [البقرة:237].

– وجه الدّلالة: أوجب الله تعالى للزوجة نصف المهر في الطلاق قبل المسيس إذا كان المهر مقدرا، وبما أنّ الطلاق واقعا قبل المسيس فإنّه يناسب سقوط نصف المهر ولا يناسب وجوب شيء، فحمل الآية هنا دالّة على بيان سقوط المهر أي نصفه[2].

قال الله تعالى: ﴿ ير □ □ ين □ □ □ □ □ □ □ بج بجبخ بح به تج تح تخ تم ته ثم □جم □ حم □ ﴾ [البقرة:].

– وجه الدّلالة: دلّت الآية على أنّ الله سبحانه وتعالى أوجب المتعة للنساء في حال الطلاق الغير مسمى له الصّداق مطلقا، ولم يحدّد إن كانت الخلوة موجودة أو عدم وجودها، فلو كانت الخلوة توجب المهر كاملا لنصّ عليها الله سبحانه وتعالى في هذه الآية، فمنه دلّ على أنّ الخلوة لا توجب المهر كلّه[3].

ب – أدلّة المذهب الثاني: استدلوا بما يلي:

✓ **من القرآن:** قال تعالى: ﴿ □ □ □ □ يم ىٍ □ □ □ □ □ ﴾ [النساء: 20].

– وجه الدّلالة: بيّن الله تعالى أنَّ الإفضاء بمعنى الخلوة، لأنّ الإفضاء مشتق من الفضاء، والفضاء هو المكان الخالي فمعنى الآية فكأنّه قال: وقد خلا بعضكم إلى بعض[4].

✓ **من السنّة:** ما رُوِيَ عن: محمّد بن عبد الرحمان بنُ ثَوْبَان، عَنِ النَّبِيِّ ρ مرسلا: «مَنْ كَشَفَ خِمَارُ امْرَأَةٌ ونَظَرَ إِلَيَا فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ»[1].

---

[1] – انظر الحجاوي المقدسي شرف الدّين موسى، **الإقناع**، تص وتع عبد اللطيف محمّد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت – لبنان، (220/3)، (د.ط، د.ت).

[2] – انظر الرّازي محمّد فخر الدّين، **تفسير فخر الرّازي**، دار الفكر، ط1، 1401هـ – 1981م، (152/6)، (د.م).

[3] – انظر ناصر أحمد إبراهيم النشوى، **الخلوة والآثار المترتبة عليها في الشّريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2004، ص224، (د.ط).

[4] – انظر عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنّة**، المرجع السابق، ص264 – 265.

– وجه الدّلالة: تبيّن من الحديث أنّه إذا نظر الرجل من امرأته إلى ما لا يحل لغيره فقد وجب الصّداق[2].

✓ **من الإجماع:** إجماع الصحابة، ما رُوِيَ عن الأحنف بن قيس أنّ عمر وعَلِياً τ قَالاَ: «إِذَا أَغْلَقَ بَاباً وَأَرْخَى سِتْراً فَلَهَا الصَّدَاق كَامِلاً وَعَلَيْهَا العدَّةُ»[3] [4]، أجمع العلماء إلى ما ذهب إليه عمر بن الخطاب وعليّ وغيرهما إلى أنَ الخلوة كالوطء في وجوب المهر ولزوم العدّة وثبوت النسب وتحريم الأخت وما يترتّب عليها من الآثار التي تثبت بالجماع[5].

ثالثّا – الرأي القانوني للمسألة

نصّ المشرع الجزائري على تعريف الصّداق في المادة 14 كما عرّفته سابقا، إلاّ أنّه لم يتطرّق لحكم الخلوة الصّحيحة وما يترتّب عنها من آثار وإنّما اكتفى بذكر ما جاء في المادة 16: "تستحق الزّجة الصّداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزّواج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

رابعا – الرأي المقارن ومدى تأثر قاعدة مراعاة الخلاف على قانون الأسرة الجزائري

بما أنَّ المشرّع الجزائري لم يتطرق لحكم الخلوة الصّحيحة وما يترتّب عليها من آثار، وإنّما اقتصر على القول بأنّ استحقاق الصّداق كاملا للزوجة بالدخول ونصفه عند الطلاق قبل الدخول، فهنا نرى أنّه ذهب إلى الرأي الفقهي الذي قال به المالكية بعدم استحقاق الصّداق كاملا بالخلوة الصّحيحة وما هو إلاّ تطبيقا لنص المادة 222التّي مضمون نصها"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانو يرجع في إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[6]؛ ومع اجتهاد قضاة المحكمة العليا التّي أشارت في قرارها الصادر بتاريخ

---

[1] – البيهقي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السُّنن الكبرى**، تح محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت– لبنان، 1424هـ– 2003م، كتاب الصّداق، باب من أغلق باباً أو أرخى سترا فقد وجب الصّداق، رقم الحديث 14487، (418/7)، حديث ضعيف: الألباني محمّد ناصر الدّين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت، 1405هـ– 1985م،(356/6).

[2] – انظر محمّد ضياء الرّحمان الأعظمي، **المنّة الكبرى شرح وتخريج السّنن الصُّغرى**، مكتبة الرّشد، الرياض، (253/6)، (د.ط، د.ت).

[3] – البيهقي، **السُّنن الكبرى**، المصدر السابق، كتاب الصّداق، باب من أغلق باباً أو أرخى سترا فقد وجب الصّداق، رقم الحديث 14482، (417/7)، حديث صحيح: الألباني، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المرجع السابق، (356/6).

[4] – انظر الأشقر، **أحكام الزّواج في ضوء الكتاب والسنّة**، المرجع السابق، ص264.

[5] – انظر محمّد ضياء الرّحمان الأعظمي، **المنّة الكبرى شرح وتخريج السّنن الصُّغرى**، المرجع نفسه، (252/6).

[6]– قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص23.

1989/10/02م: "من المقّرر وشرعا أنَّ انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو الذي ما يعبر عنه شرعا "بارخاء الستور"أو "خلوة الاهتداء" يعتبردخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها"[1]، فهنا نرى أنّه قال بإختلاء الزوج بالزّوجة يوجب الصّداق كاملاً، وما أكدّت ذلك بقرارها الجديد الصادر بتاريخ 2002/05/8بأنّ: "الخلوة الصّحيحة بعد توفر أركان الزّواج تجعل الدخول قد تمّ شرعا"[2].فمضمون هذا الأخير إسقاط الخلوة الصّحيحة على الدخول الحقيقي والذي من آثاره استحقاق الزّوجة الصّداق كاملا[3]، فما جاء في هذا القرار الأخير الموافق لقانون الأسرة الجزائري جاء تطبيقا للقول الثاني الذي قال به المالكيّة، الذي قال به أحمد بن المعدل أنّ الزّوجة يوجب لها جميع الصّداق بالخلوة الصّحيحة دون يمين مراعاة لخلاف الأحناف القائلين بأنّ الإخلاء بالزّوجة خلوة صحيحة موجبة المهر كلّه[4].

فهنا تكمن مدى علاقة الخلوة الصحيحة بوجوبها الصّداق كاملا بقاعدة مراعاة الخلاف على قانون الأسرة أنّ هذا الأخير في حكمه للخلوة الصّحيحة راعى قاعدة مراعاة الخلاف ضمنيّا حيث جاء بعدم ذكر الخلوة الصحيحة في نصوصه القانونية وهذا موافق للقول الأول للمالكية ولكن مع اجتهاد القضاة قالو بأنّ مجرد الخلوة الصحيحة بالزوجة بعد توفر أركان الزّواج والذي يقصد به هنا – ركن الرضا بين الزّوجين– وفق ماجاء في قانون الأسرة الجزائري، يوجب لها الصّداق تطبيقا لقاعدة مراعاة الخلاف.

[1] – قرارات المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم55116، 02/10/1989، **المجلة القضائية للمحكمة العليا**، سنة، 1991، العدد1، ص 34، انظر تشوار جيلالي، **مقياس قانون الأسرة الجزائري**، 2015/2014م، ص56، (د.ط، د.م).

[2] – قرارات المحمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم289545، تاريخ 08/05/2002، **مجلّة المحكمة العليا**، سنة 2004، العدد2، ص373، انظر فوزي سلامي، قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الاجتهاد القضائي المتعلق بالتشريع الأسري في الجزائر، مرجع سابق، ص579.

[3] – انظر قرميط سارة، أحكام الخلوة الصّحيحة وتأثيرها على الصّداق (نظرة شرعيّة قانونية)، **مجلة بحوث**، العدد12، 2018، (166/1)، (د.ج، د.م).

[4] – انظر ابن رشد، **المقدّمات الممهدّات**، المرجع السابق، (542/1)، انظر منير بورقبة، مراعاة الخلاف وأثرها في الفروع الفقهية عند ابن رشد من خلال كتابه "المقدمات الممهدات"، المرجع السابق، ص243.

المطلب الرابع: مسألة اعتبار اليسار من خصال الكفاءة في النّكاح

الفرع الأوّل: تعريف الكفاءة لغة واصطلاحا وبيان آراء الفقهاء في اعتبار الكفاءة في النّكاح

أوّلا – تعريف الكفاءة لغة واصطلاحا

1 – تعريف الكفاءة لغة

جاء في لسان العرب: الكَفيءُ، الكُفءُ والكُفؤُ هي النظير والمساوي على وزن فُعْلٍ وفعوُلٍ[1].

وجاء في معجم مقاييس اللّغة معنى ذلك : الكُفُوءُ: المثل ومنه قوله تعالى:ﱡ نم نى □ □ □ ّ [الإخلاص:4].

فمعنى التَكَافؤ: التّساوي[2].

فالكفاءة : هي المساواة والمماثلة.[3].

2 – تعريف الكفاءة اصطلاحا

اختلف الفقهاء في تعريف الكفاءة في النّكاح إلى عدَّة تعريفات حيث :

عرَّفها الحنفية أنَّها : "المماثلة بين الزّوجين في خصوص أمورٍ"[4].

وعرَّفها المالكية بأنَّها: " المماثلة في الدِّين والحال"[5].

وقالت الشافعية أنّها: " أمر يوجب عدمه عاراً شرع في بيانها"[6].

وذكرت الحنابلة الكفاءة بأنّها: "المساواة في أمور خمسة معتبرة :الدّيانة، الصناعة، الميسرة، الحرية والنّسب"[7].

---

[1] – انظر ابن منظور، **لسان العرب**، مرجع سابق، (139/1).

[2] – انظر بن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، مرجع سابق، (189/5).

[3] – انظر ابن منظور، **لسان العرب**، مرجع سابق، (139/1).

[4] – شيخي زاده عبد الرحمان بن محمّد بن سليمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي، (339/1)، (د.ط، د.م،د.ت).

[5] – الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مرجع سابق، (248/2).

[6] – الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، (272/4).

[7] – الكرمي مرعى بن يوسف، **دليل الطّالب لنيل المطالب**، تح سلطان بن عبد الرّحمان العيد، مؤسسة الرسالة، (د.ط، د.م، د.ت).

من خلال التعريفات يلاحظ أنّ مراد الفقهاء من الكفاءة هي: المماثلة والمساواة بين الزّوجين دفعا للعار في عدّة أمور مخصوصة[1].

ثانيا – مدى اعتبار الكفاءة من شروط النّكاح

1 – المذاهب في المسألة:

اختلف آراء الفقهاء في اعتبار الكفاءة من شروط النّكاح إلى قولين.

أ – المذهب الأوّل: ذهب أنصار المذهب إلى أنَّ الكفاءة في النّكاح شرط لزوم فعدم وجودها مع رضى المرأة والولي بذلك لا يبطل ولا يفسد عقد النّكاح وإليه ذهب كلّ من المالكية[2]، وبعض الشّافعية[3]، والرواية الثانية عن الحنابلة[4].

ب – المذهب الثّاني: ذهب أنصار هذا المذهب إلى القول باعتبار الكفاءة في النّكاح شرط صحّة في العقد، وإليه ذهب الحنفية[5]، والراجح عند الشّافعية[6]، ورواية عن المالكية[7]، والحنابلة[8].

2 – أدلّة المذاهب في المسألة:

أ – أدلّة المذهب الأوّل: استدلوا بما يلي:

– **من الكتاب:**

- قال الله تعالى: ﴿ □ □ □ □ □ □ □ بر □ □ بن بى بي تر □ □ تن تى تي □ □ □ □ ﴾ [الحجرات:13].

---

[1] – انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلّته**، مرجع سابق، (229/7).

[2] – انظر الغرياني الصّادق عبد الرحمان، **مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته**، مؤسسة الريان، ط1، بيروت – لبنان، 1423هـ – 2002م، (510/2).

[3] – انظر النّووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، مرجع سابق، (84/7).

[4] – انظر الحجاوي شرف الدِّين موسى، **الإقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل**، تع عبد اللطيف محمّد موسى السّبكي، دار المعرفة، بيروت – لبنان،(176/3)، (د.ط، د.ت).

[5] – انظر المرغيناني علي بن أبي بكر الفرغاني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تح طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، (195/1)، (د.ط، د.ت).

[6] – انظر الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، (272/4).

[7] – انظر القرافي شهاب الدِّين أحمد بن إدريس، **الذَّخيرة**، تح محمَّد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت – لبنان، 1994م، (212/4).

[8] – انظر الزركشي، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، مرجع سابق، (59/5).

- وجه الدلالة: بيَّن الله تعالى في هذه الآية أنَّ الإنسان خلق من ذكر وأنثى وجعل بينهم أنسابا وأصهارا ولا فرق بين الأعجمي ولا العربي إلاَّ ما كرم بالتّقوى والطّاعة لله ورسوله وهذا ما دلَّ على عدم اعتبار الكفاءة في النّكاح إلاَّ بالدِّين[1].
- قال الله تعالى: ﴿ لخ لم لى لي □ □ □□ □ □ □ □ □ □ نم نى□ □ □ □ ﴾ [النور:32].
- وجه الدلالة: جاء من قول الله تعالى أن يتزّوج المؤمنون من لا زوج له من الرجّال والنّساء من أحرار رجالكم ونسائكم من كان تقي وصالح من العبيد والجواري، دلالة على عدم اعتبار الكفاءة في النّكاح إلاَّ في الدِّين[2].

- **من السّنة:** مارواه مالك بسنده عن

عَن فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا عَمْرِو بنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا البَتَّةَ وهُوَ غَائِبٌ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلَهُ بِشعِيرٍ فَتَسَخَّطَتْهُ، فقَالَ: وَاللهِ مَالَكِ عَلَيْنَا مِنْ شيء، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللهِ ρ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَال لَهَا: «لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ، وَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكَ»، ثُمَّ قال: «إِنَّ تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، اِعْتَدِّي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمى تَضَعِينَ ثِيَابَكِ، وَإِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِي» قَالَتْ: فَلَمَا حَلَلْتُ ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بنَ أَبِي سُفْيَانَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَانِي، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ρ: «أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلاَ يَضَعُ عَصَاهُ عن عَاتِقِهِ، وأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصَعْلُوكٌ لاَمَالَ لَهُ، أَنْكِحِي أُسَامةَ بنَ زَيْدٍ». قالَتْ: فَكَرِهْتُهُ، ثُمَّ قَالَ: «إِنْكِحِي أُسَامَةَ بنَ زَيْدٍ»، فَنَكَحَتْهُ فَجَعَلَ اللهُ تَعَالَى فِيهِ خَيْرًا كثيرًا وَاغْتَبَطْتُ بِهِ[3].

- وجه الدلالة: بيَّن النَبي ρ في الحديث جواز نكاح غير الكفء في النّساء ولو دنا نسبه وإنّما تزويج من هو من أهل التقوى والفضل[4].

ب – أدلة المذهب الثّاني: فقد استدلوا

- **من السّنة:** مارُوِيَ

---

[1] – انظر ابن العربي أبي بكر محمَد بن عبد الله، **أحكام القرآن**، تع محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت – لبنان، 1424هـ – 2003م، (158/4 – 158).

[2] – انظر الصابوني محمّد علي، **صفوة التفاسير**، دار الضياء، ط5، قسنطينة – الجزائر، 1411هـ – 1990م، (337/2).

[3] – أبي داود، **سنن أبي داود**، مصدر سابق، كتاب الطلاق، باب المبتوتة في النفقة، رقم الحديث2284، (152/2)، حديث صحيح، درجة الحديث انظر الألباني، **صحيح سنن أبي داود**، مرجع سابق، (35/2).

[4] – انظر رسلان شهاب الدِّين أبي العباس أحمد بن حسين، **شرح سنن أبي داود لابن رسلان**، تح خالد إبراهيم السيِّد، دار الفلاح، ط1، 1437هـ – 2016، (158/10)، (د.م).

عَنْ عَائِشَةَτ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ρ «تَخَيَّرُوا لِنُطفِكُمْ، وَانكِحُوا الأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ»[1].

– وجه الدّلالة: جاء في الحديث معنى تخيروا لنطفكم أي اختاروا من النساء ذوات الدّين والصلاح والنسب الشّريف وهذا طلب لاختيار الكفء وتزويج البنات والأخوات بالأكفاء[2].

– مارُوِيَ عنْ عُمَرُτ أنّه قال: «لأَمْنَعَنَّ تَزَوُّجَ ذَوَاتِ الأَحْسَابِ إلا مِنَ الأَكْفَاءِ»[3].

– وجه الدّلالة: بينّ الحديث أنّه إذا تزوّجت المرأة من غير الكفء فرفعها ولّيها إلى الإمام فرّق بينهما أي: النّكاح باطل[4].

الفرع الثّاني: تعريف اليسار لغة واصطلاحا مع بيان حكم وأثر مراعاة خلاف كفاءة اليسار في النّكاح

أوّلا – تعريف اليسار لغة واصطلاحا

1 – تعريف اليسار لغة مادة(ي س ر) يقال رجل يَّسْرٌ ويَسَرٌ، أي: حسن الانقياد. واليَسَارُ: الغِنَى وتَيَسَّرَ الشيء واسْتَيْسرَ[5]. ومعنى كلّ من اليُسْرُ واليَسَارُ والمَيْسَرَةُ : السّهولة والغنى[6].

2 – تعريف اليسار اصطلاحا:

"القدرة على المهر والنّفقة على الزّوجة"[7].

ثانيا – الرأي الفقهي للمسألة

اختلف الفقهاء على اعتبار اليسار من صفات الكفاءة في الزواج على مذهبين.

---

[1] – ابن ماجة أبي عبد الله محمّد بن زيد القزويني، **سنن ابن ماجة**، تح محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط، د.ت، د.م)، كتاب النكاح، باب الأكفاء، رقم الحديث 1968، (1633/1) ، حديث حسن، انظر درجة الحديث الألباني محمّد ناصر الدّين، **صحيح سنن ابن ماجة**، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، 1417هـ- 1997م، (156/2).

[2] – انظر **شروح سنن ابن ماجة**، تح رائد بن صبري بن أبي علفة، بيت الأفكار الدوليّة، ط1، الأردن، ص774، (د.ت).

[3] – الدَّارقطني الحافظ علي بن عمر، **سنن الدّارقطني**، تح عادل أحمد عبد الموجود، علي محمّد معوّض، دار المعرفة، ط1، بيروت – لبنان، 1422هـ – 2001م، كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث 3729، (226/3)، حديث ضعيف، درجة الحديث انظر الألباني، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، مرجع سابق، (265/6).

[4] – انظر الشّيبانيّ محمّد بن الحسن، **كتاب الآثار**، تح خالد العوّاد، دار النوادر، ط1، سوريا – دمشق، 1429هـ – 2008م، (412/1).

[5] – انظر بن فارس، **معجم مقاييس اللّغة**، مصدر سابق، (157/6).

[6] – انظر ابن منظور، **لسان العرب**، مصدر سابق، (296/5).

[7] – وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلّته**، مرجع سابق، (246/7).

1 – المذاهب في المسألة:

أ – المذهب الأوّل: ذهب كلّ من الحنفية[1]، والشافعية،[2] وفي الرواية الأولى عن الحنابلة[3]، إلى اعتبار اليسار في الكفاءة، بأن يكون الزوج يقدر على المهر والنفقة للمرأة فمن لم يقدر عليهما لا يكون كفؤا لها[4].

ب – المذهب الثّاني:

ذهب كلّ من المالكية[5]، والشافعية[6]، وفي رواية أخرى عن الحنابلة[7]، إلى عدم اعتبار اليسار في الكفاءة.

2 – أدلّة المذاهب في المسألة:

أ – أدلّة المذهب الأوّل:

– من السّنة: مارُوِي عن

سَمُرَةَ بْنِ جُنْدَبٍ؛ قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ ρ «الحَسَبُ المالُ. وَالكَرَمُ التَّقْوَى» .[8]

– وجه الدّلالة: على المرأة الموسرة إذا تزّوجت من الفقير ضررا في إعسار زوجها، لإخلاله بنفقتها ونفقة ولدها[9].

– **من المعقول:** لا يكون الفقير كفء للغنية، لأنّ التّفاخر بالمال أكثر من التّفاخر بغيره، خاصّة في زماننا هذا وبما أنّه لا يكون النّكاح إلا بمهر فكذلك لا يجوز بدون نفقة وهذا ما نقصد به

---

[1] – انظر الكاساني علاء الدِّين أبي بكر، **بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع**، تح علي محمّد معوّض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت – لبنان، 1424هـ - 2003م، (580/3).

[2] – انظر النّووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، مرجع سابق، (82/7).

[3] – انظر بن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، مرجع سابق، (23/3).

[4] – انظر السرخسي، **المبسوط**، مرجع سابق، (25/5).

[5] – انظر الغرياني، **مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته**، مرجع سابق، (509/2)، انظر التواتي، **المبسط في الفقه المالكي**،مرجع سابق،(198/4).

[6] – انظر النّووي، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، مرجع سابق، ص379.

[7] – انظر بن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، مرجع سابق، (23/3).

[8] – ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، مصدر سابق، كتاب الزهد، باب الورع والتقوى، رقم الحديث 4219، (1410/1)، حديث صحيح، انظر درجة الحديث الألباني، **صحيح سنن ابن ماجة**، مرجع سابق، (374/3).

[9] – انظر بن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، مرجع سابق، (23/3).

هنا، وبما أنّ الكفاءة اعتبرت في النّسب والحريّة فللأولى لها أن تعتبر في المال ويقدر اعتبارها بالقدرة على مهر مثيلاتها والنّفقة عليها ولا تعتبر في الزّيادة على ذلك[1].

ب – أدلة المذهب الثّاني:

– من المعقول: اليسار لا يعتبر في الكفاءة لأنّ المال غاد ورائح ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر؛ لأنّ الفقر شرف في الدِّين[2].

3 – الرأي القانوني للمسألة:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على الكفاءة في النّكاح بصفة عامة و لا على كفاءة اليسار بصفة خاصّة.

4 – الرأي المقارن ومدى تطبيق قاعدة مرعاة الخلاف في المسألة:

ذهب المالكية إلى عدم اعتبار اليسار في الكفاءة إلا أنّه جاء قول للإمام مالك أنّ امرأة طلقها زوجها سألت الإمام مالك أنّ لها ابنة في حجرها وأراد الأب أن يزوّجها من ابن أخ له معدما لا شيء له أفترى لي أن أتكلم قال نعم إني أرى لك في ذلك[3]، فعلى الرغم من عدم اعتبار كفاءة اليسار في النّكاح عند المالكيّة، إلاّ أنّ الإمام مالك أعطى الحقّ للأم في منع زواج ابنتها لعدم تحقق كفاءة اليسار،هذا القول ما جاء إلاّ لمراعاة الخلاف لمن يقول باعتبار اليسار من الكفاءة، وذلك لوجود المسوغ وهو الاحتياط في الأبضاع[4].

فمن خلال قولي المالكية نرى أنّ قانون الأسرة الجزائري نصّ في المادة 13 المعدّلة: :" لا يجوز للوليّ، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التّي هي في ولايته ولا يجوز له أن يُزَوِّجَها بدون موافقتِها"[5].

من فهم نصّ المادة القانونية يتبيّن أنّ قانون الأسرة الجزائري فرض موافقة المرأة ولو كانت بكرا على الزّواج ولا يجوز لأحد ولو كان أبّا أن يزوّجها بدون رضاها ويتّضح ذلك بما جاء في المادة 4 التي

---

[1] – انظر الكاساني، **بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع**، مرجع سابق،(580/3).

[2] – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهيّة**، مطابع دار الصفوة، ط1، الكويت،1404هـ – 1983م، (279/34).

[3] – انظر مالك بن أنس، **المدوّنة الكبرى**، (5/4)، مرجع سابق.

[4] – انظر محمد شقرون، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهيّة**، ص466.

[5] _ قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص4.

نصّت على أنّ: "الزّواج هو عقد رضائي يتّم بين رجل وامرأة على الوجه الشّرعي..."[1]، والمادة 1/33المنصوص عليها أنّه: "يبطل الزّواج إذا اختلّ ركن الرّضا..."[2]،

فمن خلال ماجاء في نصوص قانون الأسرة الجزائري أنّه أخذ بقول المالكية القائل باعتبار كفاءة اليسار في النّكاح المراعي فيه خلاف ذلك، بقوله عدم اجبار البنت من الزّواج إلاّ برضاها، فلو تقدم لامراة موسرة رجل فقير الحال فلها الحق أن ترفضه ولايتّم الزّواج إلاّ برضاها فإن تمّ بدون رضاها فسخ قبل الدخول، أي: فسخ بدون طلاق ، لأنّ الرضا ركن من أركان الزّواج وبدونه فالزّواج باطل، وهذا ماجاء في المادة 9المعدّلة: "ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزوجين"[3] فهنا نرى أنّه أسقط اعتبار اليسار من خصال الكفاءة في النّكاح مضمونا في قانون الأسرة الجزائري بالرغم من عدم وجود نصّ صريح لذلك. [4]

[1] _ قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص1.

[2] _ قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 4.

[3] – قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 3.

[7] _ انظر الزبير معتوق، الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية – دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري – ، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، العدد2، جامعة الوادي- الجزائر، سبتمبر 2019، ص1450، (د.ج).

ملخص المبحث الثاني

بعد عرض تطبيقات لقاعدة مراعاة الخلاف على أحكام قانون الأسرة الجزائري توصلت إلى ما يلي:

- ❖ أنّ نكاح الشّغار يعتبر من الأنكحة المختلف في فساده لصداقه وجاء في قانون الأسرة الجزائري في فصل الأنكحة الفاسدة
- ❖ أنّ قانون الأسرة الجزائري تطرق لنّكاح الشّغار ضمنيّا في فصل النّكاح الفاسد.
- ❖ قول جمهور الفقهاء إلى عدم تزويج المرأة نفسها أو غيرها، بخلاف الحنفية القائلين أنّ للمرأة الحق في تزويج نفسها بدون وليّها وتزويج غيرها.
- ❖ جاء في قانون الأسرة الجزائري أنّ الولي شرط من شروط الزّواج، واعتبر الزّواج بدون ولي من الأنكحة الفاسدة، إلاّ أنّه صحح العقد بعد الخول بصداق المثل وما هو إلاّ تطبيق لقاعدة مراعاة الخلاف.
- ❖ الخلوة الصحيحة يعبر عنها بالدخول الحكمي أو إرخاء الستور.
- ❖ قال الحنفيّة والحنابلة باستحقاق المهر كلّه بالخلوة الصّحيحة بخلاف ما قال به المالكية والشّافعية أنّها تستحق نصفه.
- ❖ جاء في مسألة الخلوة الصّحيحة بوجوبها الصّداق في قانون الأسرة الجزائري بمدى تطبيقها لقاعدة مراعاة الخلاف بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي.
- ❖ من خصال الكفاءة في النّكاح اعتبار اليسار والذي هو بمعنى القدرة على المهر والنّفقة على الزّوجة.

خـــاتـــمـــــــــة

بعد إتمامي من إنجاز هذا البحث الذي بذلت فيه كل ما بوسعي توصلت إلى النتائج التالية:

1 - إنَّ قاعدة مراعاة الخلاف هي إعمال دليل في لازم مدلوله دليل آخر.

2 - لقاعدة مراعاة الخلاف معنيين قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع وهي ما يطلق عليها الخروج من الخلاف وقاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع وهي أصل قاعدة مراعاة الخلاف بمعناها الخاص.

3- قاعدة مراعاة الخلاف اختص بها المذهب المالكي دون غيره من المذاهب الفقهيّة.

4 - إنّ العمل بقاعدة مراعاة الخلاف يكون داخل المذهب وخارجه.

5 - لقاعدة مراعاة الخلاف شروط يلزم توفرها لصحة العمل بها، والتّي من شروطها أن يكون المراعي للخلاف مجتهدا وليس عاميا فقط.

6- اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف فرع من فروع القاعدة العامة التي هي اعتبار المآلات.

7_ قانون الأسرة الجزائري في أحكامه لم ينفرد بمذهب واحد وإنّما شمل مختلف المذاهب الفقهية.

8_ تناول قانون الأسرة الجزائري عدّة مسائل لقاعدة مراعاة الخلاف إمّا ضمنيا بين طيّات نصوصه القانونيّة أو شكليّا، حيث كان لها أثر كبير والتّي منها جلب المصلحة ودفع المفسدة وذلك بتصحيح العقود أو ماشابهها.

9_ جاء في قانون الأسرة الجزائري بذكر نّكاح الشّغار ضمنيا في فصل النّكاح الفاسد.

10_ جاء في قانون الأسرة الجزائري أنّ الولي شرط من شروط الزّواج، واعتبر الزّواج بدون ولي من الأنكحة الفاسدة، إلاّ أنّه صحح العقد بعد الخول بصداق المثل وما هو إلاّ تطبيق لقاعدة مراعاة الخلاف.

11_ للخلوة الصحيحة عدّة مسمّيات والتّي منها الدخول الحكمي، خلوة الإهتداء وإرخاء الستور.

12_ عدم تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى الخلوة الصحيحة وإنّما يرجع إليها في الاجتهاد القضائي.

13_ من خصال الكفاءة في النّكاح اعتبار اليسار والذي هو بمعنى القدرة على المهر والنّفقة على الزّوجة.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية الكريمة: برواية ورش عن نافع

اسم السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
البقرة	﴿ لخ لم لى لي ﴾	127	9
	﴿ تى تي ﴾	232	44
	﴿ ير ين بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم جم حم ﴾	236	50
	﴿ سم ﴾	237	50
	﴿ نى يم يى ﴾	243	47
النساء	﴿ ين ﴾	4	46
	﴿ ين ﴾	4	47
	﴿ يم يى ﴾	20	50
	﴿ ﴾	24	47
	﴿ مح مخ مم نج نح نخ نم نه هم يج يح يخ يم ﴾	59	19
المائدة	﴿ ين ين بج بح بخ بم به تج تح تخ تم ته ثم جم حم ﴾	2	25
	﴿ لج لح لخ ﴾	56	40
الأعراف	﴿ ﴾	124	10
التوبة	﴿ ﴾	81	10
مريم	﴿ ﴾	37	11
ن	﴿ لخ لم لى لي نم ﴾	32	55

		نى ّ	
9	60	ُّ يم يي ّ	
54	13	ُّ بر بن بى بي تر تن تى تي ّ	الحجرات
18	2	ُّ سم ّ	الحشر
53	4	ُّ نم نى ّ	الإخلاص

فهرس الأحاديث النبوية:

نص الحديث	الصفحة
«أمَّا أبُو جَهْمٍ... »	57
« أنَّ امرَأَةً عرّضَتْ...»	48
«أنَّ رسولَ اللهρ نَهَى عَن الشِّغَارِ... »	37
«الأَيِّمُ أَحَقُ بِنَفْسِها ...»	44
« أيُّمَا اِمرَأَةٍ نَكَحَت ...»	27
«أيُّمَا اِمرَأَةٍ نَكَحَت...»	43
«إذَا أَغْلَقَ بَاباً... »	53
«إنَّ تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي... »	54
«إنْكِحِي أُسَامَةَ بنَ زَيْدٍ...»	55
«تَخَيَّرُوا لِنُطفِكُمْ...»	56
«الحَسَبُ المالُ...»	57
«فَإن دَخَلَ بِهَا ...»	27
«فَإن دَخَلَ بِهَا فَالمهرُ...»	43

«فَإن دَخَلَ بِهَا فَالمهرُ...»	47
« لا تُزرِمُوْهْ....»	20
«لاَشِّغَارَ...»	38
«لاَنِكاَحَ إلاَّ بوَلِيٍّ»	43
«لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ...»	55
«مَنْ كَشَفَ...»	50

قائمة المصادر والمراجع

أوّلا– القرآن الكريم

ثانيا– كتب التفسير

– تقيّ الدِّين ابن العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، تح محمّد حامد الفقي، مر أحمد محمّد شاكر، مطبعة السنّة المحمّدية، القاهرة، 1372هـ – 1953م، (د.ط).

– الرّازي محمّد فخر الدّين، **تفسير فخر الرّازي**، دار الفكر، ط1، 1401هـ – 1981م، (د.م).

– الصابوني محمّد علي، **صفوة التفاسير**، دار الضياء، ط5، قسنطينة – الجزائر، 1411هـ – 1990م.

– ابن العربي أبي بكر محمَد بن عبد الله، **أحكام القرآن**، علّ عليه محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت – لبنان، 1424هـ – 2003م.

ثالثا– كتب السنّة النّبوية

–الألباني محمّد ناصر الدّين، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت، 1405هـ– 1985م.

–الألباني محمّد ناصر الدّين، **صحيح سنن أبي داود**، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، 1419هـ– 1998م.

– الألباني محمّد ناصر الدّين، **صحيح سنن ابن ماجة**، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، 1417هـ– 1997م.

– البخاري أبي عبد الله محمّد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، دار ابن كثير، ط1، دمشق – بيروت، 1423هـ – 2022م.

– البيهقي أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السُّنن الكبرى**، تح محمّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت– لبنان، 1424هـ– 2003م.

– الدَّارقطني الحافظ علي بن عمر، **سنن الدّارقطني**، تح عادل أحمد عبد الموجود، علي محمّد معوّض، دار المعرفة، ط1، بيروت – لبنان، 1422هـ – 2001م.

– رسلان شهاب الدِّين أبي العباس أحمد بن حسين، **شرح سنن أبي داود لابن رسلان**، تح خالد إبراهيم السيِّد، دار الفلاح، ط1، 1437هـ – 2016، (د.م).

- الشّيبانيّ محمّد بن الحسن، **كتاب الآثار**، تح خالد العوّاد، دار النوادر، ط1، سوريا - دمشق، 1429هـ - 2008م.

- القاضي عياض أبي الفضل عياض بن موسى، **شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمّى إكمال المعلم بفوائد مسلم**، تح يحي إسماعيل، دار الوفاء، ط1، 1419هـ_ 1998م.

- ابن ماجة أبي عبد الله محمّد بن زيد القزويني، **سنن ابن ماجة**، تح محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط، د.ت، د.م).

- محمّد ضياء الرّحمان الأعظمي، **المنّة الكبرى شرح وتخريج السّنن الصُّغرى**، مكتبة الرّشد، الرياض، (د.ط، د.ت).

- مسلم بن الحجّاج القشيري النّيسابوري، **صحيح مسلم**، تح محمّد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلميّة، ط1، بيروت- لبنان، 1412هـ- 1991م.

رابعا-كتب الفقه الإسلامي

- إلياس بلكا، **الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه**، مؤسسة الرّسالة، ط1، بيروت - لبنان، 1424هـ - 2003م.

- الباحسين يعقوب عبد الوهاب، **القواعد الفقهية**، مكتبة الرَّشد، ط1، الرّياض، 1418هـ - 1998م.

- البهوُتي منصور بن يونس بن إدريس، **شرح منتهى الأرادات المسمَّى دقائق أولى النّهى لشرح المنتهى**، عالم الكتب، ط1، بيروت، 1414هـ - 1993م.

- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، **كشَّاف القِناع على متن الإقناع**، عالم الكتب، بيروت- لبنان، 1403هـ- 1983م، (د.ط).

- التّنوخي أبو الطّاهر إبراهيم بن عبد الصّمد بن بشير المهدوي، **التّنبيه على مبادئ التّوجيه**، تح محمَّد بلحسان، دار ابن حزم، ط1، بيروت - لبنان، 1428هـ - 2007م.

- التواتي بن التوآتي، **المبسّط في الفقه المالكي بالأدلّة**، دار الوعي، ط2، الرويبة- الجزائر، 1432هـ- 2010م.

- ابن تيمية مجد الدِّين عبد السّلام وآخرون، **المُسوَّدة في أصول الفقه**، تح محمَّد محي الدِّين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، 1384هـ - 1964م، (د.ط).

- بن جُزيّ الكلبي محمّد بن أحمد، **القوانين الفقهيّة في تلخيص مذهب المالكيّة والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفيّة والحنبليّة**، تح وتع ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط1، بيروت- لبنان، 1434هـ- 2013م.

- حاتم باي، **الأصول الاجتهادية التّي يبنى عليها المذهب المالكيّ**، الوعي الإسلامي، ط1، 1432هـ - 2011م.

- الحجاوي شرف الدِّين موسى، **الإقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل**، تع عبد اللطيف محمّد موسى السّبكي، دار المعرفة، بيروت – لبنان، (د.ط، د.ت).

- الحجوي محمّد بن حسن الثّعالبي، **الفكر السّامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، إدارة المعارف، الرّباط، 1340هـ، (د.ط).

- الحصكفي محمّد بن علي الحصني، **الدّر المختار في شرح تنوير الأبصار**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1994.

- الحطّاب الرعيني أبي عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمان، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1416هـ - 1995م.

- الدَّردير أبي البركات أحمد بن محمَّدبن أحمد، **الشّرح الصَّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، دار المعارف، (د.ط، د.م، د.ت).

- الدّسوقي محمَّد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير**، دار الفكر، (د.ط، د.م، د.ت).

- ابن رشد الجد أبو وليد محمّد بن أحمد القرطبي، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة**، تح محمّد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت – لبنان، 1408هـ - 1988م.

- رشد الحفيد محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد القرطبي الأندلسي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مر عبد الحليم محمّد بن عبد الحليم عبد الرحمان حسين محمود، مطبعة حسّان، القاهرة، (د.ط، د.ت).

- ابن رشد الجّد أبو الوليد محمَّد بن أحمد، **مسائل أبي الوليد ابن رشد**، تح محمَّد الحبيب التّجكاني، دار الجيل، دار الآفاق الجديدة، ط2، بيروت، المغرب، 1414هـ _1993م.

-الرّصاع أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري، **شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية**، تح محمّد أبو الأجفان الطاّهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت – لبنان، 1993م.

– الزّحيلي محمّد مصطفى، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر، ط1، دمشق، 1427هـ – 2006م.

– الزّحيلي محمَّد مصطفى، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دار الخير، ط2، دمشق – سوريا، 1427هـ – 2006م.

– الزركشي بدر الدّين محمّد بن بهادر الشّافعي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، تحر عبد السّتار أبو غدّة، مر عبد القادر عبد الله العاني، دار الصّفوة، ط2، 1413هـ – 1992م.

– الرزكشي بدر الدّين محمّد بن بهادر الشّافعي، **المنثور في القواعد**، تح تيسير فائق أحمد محمود، مر عبد السّتار أبو غدّة، التّراث الفقهي، ط1، 1402هـ – 1982م.

– الزركشي شمس الدّين محمّد بن عبد الله، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، دار العبيكان، ط1، 1413هـ – 1993م.

– السّبكي تاج الدّين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، **الأشباه والنّظائر**، تح عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1411هـ – 1991م.

_ السرخسي محمَّد بن أحمد بن أبي سهل، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت– لبنان، 1414هـ 1993م.

– السّندي الحنفي، **المسلك المتقسط في المنسك المتوسط على لباب المناسك**، مطبعة الترقي، ط1، مكة، 1328هـ.

– السّنوسي عبد الرّحمان بن معمر، **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التّصرفات**، دار ابن الجوزي، ط1، 1424هـ.

– سوسن فريد فلاحة، **سفيان الثوري وآراءه الفقهيّة مقارنة بالمذاهب الأخرى**، مكتبة العبيكان، ط1، الريّاض، 1428هـ – 2007م.

– السّيوطي جلال الدّين عبد الرحمان، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشّافعية**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت – لبنان، 1403هـ – 1983م.

- الشّاطبي أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمّد اللّخمي، **الاعتصام**، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التّوحيد، (د.ط، د.م، د.ت).

- الشّاطبي أبي إسحاق بن موسى بن محمّد اللخمي، **الموافقات في أصول الشريعة**، تح عبد الله دراز - محمّد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، ط8، لبنان، 2011 م.

- الشّربيني شمس الدّين محمّد بن محمّد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، در، تح، تع علي محمّد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، قدم له وقرظه محمّد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1421هـ - 2000م.

- شقرون محمّد أحمد، **مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، الإمارات دبي، 1423هـ - 2002م.

- الشّنقيطي أحمد بن أحمد المختار الجكني، **مواهب الجليل من أدلّة خليل**، مر عبد الله إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التّراث الإسلامي، قطر، 1403هـ - 1983م.

- شيخي زاده عبد الرحمان بن محمّد بن سليمان، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي، (د.ط، د.م،د.ت).

- الشّيرازي أبي إسحاق، **المهذّب في فقه الإمام الشّافعي**، تح محمّد الزحيلي، دار القلم، الدّار الشّامية، دمشق، بيروت، ط1، 1417هـ _ 1996م.

- الطوفي سليمان بن عبد القوي، **البلبل في أصول الفقه**، مكتبة الإمام الشافعي، ط2، الرياض، 1410هـ.

- ابن عابدين محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، ط2، بيروت، 1412هـ - 1992م.

- ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله ابن محمّد، **الاستذكار**، تح عبد المعطي أمين القلعجي، دار قتيبة، دار الوعي، ط1، حلب - القاهرة، دمشق - بيروت، 1413هـ - 1993م.

- عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصّية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاءً**، دار الفكر العربي، ط1، 1404 هـ.

-_ عبد الكريم زيدان، **المفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت- لبنان، 1413هـ- 1993م.

- عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، مؤسّسة قرطبة، ط6، بغداد، 1396هـ - 1976م.

- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزّواج في ضوء الكتّاب والسنّة**، دار النفائس، ط1، الأردن، 1418هـ - 1997م.

- الغرياني الصّادق عبد الرحمان، **مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته**، مؤسسة الريان، ط1، بيروت - لبنان، 1423هـ - 2002م.

- بن فرحون إبراهيم بن علي، **كشف النّقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب**، تح حمزة ابو فارس عبد السّلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت - لبنان، 1990م.

- ابن قدامة أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد، **المغني**، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م، (د.ط، د.م).

- بن قدامة المقدسّي موفق الدّين عبد الله بن أحمد، **المقنع**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1399هـ- 1979م.

- القرافي شهاب الدّين أحمد بن إدريس، **الذّخيرة**، تح محمّد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت – لبنان، 1994م.

- الكاساني علاء الدّين أبي بكر، **بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع**، تح علي محمّد معوّض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت – لبنان، 1424هـ - 2003م.

- الكرمي مرعى بن يوسف، **دليل الطالب لنيل المطالب**، تح سلطان بن عبد الرّحمان العيد، مؤسسة الرسالة، (د.ط، د.م، د.ت).

- مالك بن أنس أبي عبد الله الأصبحّي، **المدّونة الكبرى**، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، (د.ط، د.ت).

- الماوردي أبي حسن علي بن محمّد بن حبيب، **الحاوي الكبير**، تح وتع علي محمّد معوّض- عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1414هـ- 1994م.

- محمّد حسن عبد الغفار، **القواعد الفقهية بين الأصالة والتّوجيه**، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net.

- المرداويّ علاء الدِّين أبو الحسن عليّ بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الرَّاجح من الخلاف**، تق رائد بن صَّبري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدّولية.

- المرغيناني علي بن أبي بكر الفرغاني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تح طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، (د.ط، د.ت).

- المشّاط حسن بن محمَّد، **الجواهر الثّمينة في بيان أدلَّة عالم المدينة**، تح ودر عبد الوهاب ابن إبراهيم أبو سليمان، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت – لبنان، 1411هـ - 1990م.

- مصطفى أحمد الزّرقا، **المدخل الفقهيّ العام**، دار القلم، ط2، دمشق، 1425هـ- 2004م.

- المقَّري أبي عبد الله محمَّد بن محمَّد بن أحمد، **القواعد**، مركز إحياء التّراث الإسلامي، مكّة المكّرمة – المملكة العربية السّعودية، (د.ط، د.ت).

-المنجور أحمد بن علي المنجور، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، تح محمَّد الشيخ – محمَّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (د.ط، د.م، د.ت).

- ناصر أحمد إبراهيم النشوى، **الخلوة والآثار المترتبة عليها في الشّريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2004، (د.ط).

- ابن نجيم زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د.م، د.ت).

- النّووي أبو زكريا محي الدِّين يحي بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تح زهير شاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت – دمشق – عمان، 1412هـ - 1991م.

- النّووي أبو زكريا محيي الدِّين يحي بن شرف، **المجموع شرح المهذَّب**، دار الفكر، (د.ع.ط).

- النّوويّ مُحي الدّين أبي زكريّا يحي بن شرف، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، اعت محمّد محمّد طاهر شعبان، دار المنهاج، ط1، بيروت– لبنان، 1426هـ- 2005م.

- الولاتي محمَّد يحي بن محمّد المختار، **إيصال السَّالك إلى أصول مذهب الإمام مالك**، قدّم له وعلَّق عليه مراد بوضاية، الدار الأندلسية، دار ابن حزم، ط1، بيروت – لبنان، 1427هـ - 2006م.

- وليد بن علي الحسين، **اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي**، دار التّدمرية، ط2، الرّياض – السّعوديّة، 1430هـ - 2009م.

- الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحي، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقيا والأندلس والمغرب**، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية الرباط، 1401هـ - 1989م، (د.ط).

- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر المعاصر، ط4، دمشق،1997م.

خامسا- كتب القانون

- بلحاج العربي، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2013م.

- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6، 2010م، ص301-302، (د.م).

- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، بن عكنون_ الجزائر، 2008/11م.

سادسا- كتب المعاجم

- أحمد العايد، **المعجم العربي الأساسي** ، تن علي القاسمي، تح أحمد مختار عمر، مر تمام حسان عمر وآخرون، لاروس 89، (د.ط، د.م، د.ت).

- البرّكتي محمَّد عميم الاحسان المجدديّ، **كتاب التّعريفات الفقهية معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1424هـ - 2003م.

- الجرجاني السَّيد الشَّريف، **معجم التَّعريفات**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1430هـ 1983م.

- راغب الأصفهاني أبي القاسم حسين بن محمّد، **مفردات ألفاظ القرآن**، تح صفوان عدنان داوودي، دار القلم، 1430هـ - 2009م، (د.ط، د.م).

- راغب الأصفهاني أبي القاسم حسين بن محمّد، **المفردات في غريب القرآن**، مكتبة نزار مصطفى الباز، (1/ 207)، (د.ط، د.م، د.ت).

- الرّازي محمَّد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصِّحاح**، دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصّلح، بيروت- لبنان، 1986م، (د.ط).

- الزّبيدي محمَّد مرتضى الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تح عبد الفتاح الحلو، مر مصطفى حجازي، التراث العربي، الكويت، 1406هـ - 1986م، (د.ط).

- علي بن هادية وآخرون، **القاموس الجديد للطلاَّب معجم عربي مدرسي ألفبائي**، تق محمود المسعدي، الشرَّكة الوطنية للنَّشر والتَّوزيع، الشَّركة التّونسية للنّشر والتّوزيع، ط4، لجزائر، 1983م.

- ابن فارس أبي الحسين أحمد بن زكريا، **معجم مقاييس اللّغة**، تح عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط، د.م، د.ت).

- الفيروز آبادي مجد الدِّين محمَّد بن يعقوب، **القاموس المحيط مرتَّب ترتيباً ألِفبائياً وفق أوائل الحروف**، تح أنس محمّد الشّامي، زكريّا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ - 2008م، (د.ط).

- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقرئ، **المصباح المنير في غريب الشَّرح الكبير معجم عربي - عربي**، مكتبة لبنان ساحة رياض الصّلح، بيروت - لبنان، 1987م، (د.ط).

- محمّد رواس قلعه جي وحامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء عربي - انكليزي مع كشاف انكليزي - عربي بالمصطلحات الواردة في المعجم**، دار النَّفائس، ط2، بيروت - لبنان، 1408هـ - 1988م.

- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري، **لسان العرب**، الحواشي لليازجي وجماعة من اللّغويين ،دار صادر، ط3، بيروت- لبنان، (د.ت).

سابعا- القوانين

قانون رقم 11/84، المؤرخ في 9 رمضان سنة 1404، الموافق ل09 يونيو1984، **المتضمن قانون الأسرة**، المعدل والمتمم.

ثامنا- القرارات

- قرارات المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم55116، 02/10/1989، **المجلة القضائية للمحكمة العليا**، سنة، 1991، العدد1.

- قرارات المحمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم289545، تاريخ 08/05/2002، **مجلّة المحكمة العليا**، سنة 2004، العدد2.

تاسعا- الرسائل والمذكرات

- صالح بن عبد العزيز بن عثمان سندي، **مراعاة الخلاف في الفقه تأصيلا وتطبيقا**، ماجستير، الشريعة - الرياض، عبد الرحمان بن عبد الله الشّعلان، جامعة محمَّد بن سعود الإسلامية، السعودية - الرياض، 1419هـ.

-العيد إبراهامي، التعسف في الحق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزّواج والقصر نموذجا، **ماجستير**، الشريعة والقانون، د. أبو بكر لشهب، جامعة وهران، الجزائر، 2009_2010م.

- محمّد خزعل محمود، البديل الفقهي بين الاصطلاح والتّطبيق، **ماجستير**، علوم إسلامية، بشير مهدي الطيف الكبيسي، جامعة بغداد، العراق، 1427هـ - 2006م.

- مختار قوادري، مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي – دراسة نظرية تطبيقية - ، **ماجستير**، الشّريعة والقانون، عطاء الله فيض الله، الجامعة الإسلامية العالمية إسلام أباد، باكستان، 1420/1419هـ/2000/1999م.

عاشرا- المجلات

- أحمد غاوش، المالكية وتأصيل الاعتراف بالاختلاف الفقهي - مراعاة الخلاف أنموذجا - ، **مجلة الإحياء**، العدد36،(د.م،د.ج،د.ت).

- إبراهيم عبد سعودآل حمد الجنابي، قاعدة مراعاة الخلاف شروطها وتطبيقاتها ومستثنياتها وأثرها في التّرجيح الفقهي، **مجلّة جامعة الشّارقة**، جامعة الشّارقة، العدد1، رمضان 1439هـ - يونيو2018م، (د.م).

- بسّام محمّد قاسم عمر، إبراهيم أحمد أبو العدس، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثرها في إمضاء عقد الزواج الفاسد– دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصيّة الأردني رقم (36) سنة2010م، **مجلّة الجامعة الإسلاميّة للدّراسات الشّرعيّة والقانونية**، عدد4، جامعة العلوم الإسلامية- الأردن، 2020، (د.ج).

- بشير عبد الله القليعي، مراعاة الخلاف وأثرها في تدبير الإئتلاف في الفقه المالكي، **مجلّة أصول الدّين**، عدد5، ص100، (د.إ، د.م، د.ت).

- الرّصاع موسى، قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشّخصية - دراسة مقارنة بين الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلّة التّراث، الجزائر، جامعة معسكر، 2018، ص 304، (د.ج).

- الزبير معتوق، الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية - دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري-، **مجلّة العلوم القانونية والسياسية**، المجلد 10، العدد02، جامعة الوادي الجزائر، 2019/09، (د.ج).

- طاهر معتمد خليفة السّيسي، الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج منه وأثره في الفروع الفقهية، **المجلة العربية للدّراسات الإسلامية والشّرعية**، العدد3، أفريل2018، (د.ج، د.م).

- العربي محمَّد الإدريسي، مراعاة الخلاف عند القرافي دراسة تأصيلية تطبيقية من كتاب الذّخيرة، **مجلّة كلّية العلوم الإسلامية**، العدد2/15، 1435هـ - 2014م، (د.ج، د.م).

-قرميط سارة، أحكام الخلوة الصّحيحة وتأثيرها على الصّداق (نظرة شرعيّة قانونية)، **مجلّة بحوث**، العدد12، 2018، (د.ج، د.م).

- مثنى عارف داود الجراح، مراعاة الخلاف عند الأصوليين، **مجلّة جامعة كركوك للدّراسات الإنسانية**، المجلد11، العدد3، كلية العلوم الإسلامية جامعة الموصل،(د.ج، د.ت).

- مراد بلعباس، مراعاة الخلاف عند المالكية وتطبيقاته في باب المعاملات- دراسة تأصيلية نموذجية، **مجلّة البحوث العلمية والدّراسات الإسلامية**، عدد13، كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر01، (د.ج).

- منير بورقبة، مراعاة الخلاف وأثرها في الفروع الفقهية عند ابن رشد من خلال كتابه "المقدمات الممهدات"، **مجلة الدّراسات الإسلامية**، العدد9، جامعة الأمير عبد القادر- قسنطينة، جوان2017م، (د.ج).

- نورة بنت عبد الله بن محمّد المطلق، الأحكام المتعلقة بمؤخر الصّداق، **مجلة البحوث الإسلاميّة**، العدد83، (د.ج، د.ط، د.م، د.ت).

إحدى عشر- المؤتمرات

- قيصر حمد عبد المهيدي، الخلاف والخروج منه، **المؤتمر العلمي الثاني**، كليّة العلوم الإسلامية- الرمادي، 11/4/2012-12.

إثني عشر- الموسوعات

- **الموسوعة الفقهية الكويتية**، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1425هـ/2005م، الكويت.

ملخص

ملخص

جاءت هذه الدراسة بعنوان أثر قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري، حيث تمثّلت إشكاليتها الرئيسية في: إلى أيّ مدى تأثر المشرّع الجزائري بقاعدة مراعاة الخلاف في تشريعات مسائل قانون الأسرة الجزائري؟؛ وللإجابة على هذه الإشكالية قمت بتنسيق بحثي على مقدّمة ومبحثين المبحث الأول تطرّقت فيه إلى الجانب النّظري لقاعدة مراعاة الخلاف من تعريفها وعلاقة القاعدة بالألفاظ ذات الصّلة مع بيان حكمها وبعض التّطبيقات المختلفة لها قبل الوقوع وبعده، أمّا المبحث الثاني فكان عبارة عن بعض المسائل التّي أثرت عليها قاعدة مراعاة الخلاف في قانون الأسرة الجزائري مع معرفة الاجتهاد القانوني لتطبيق القاعدة.

الكلمات المفتاحية: قاعدة ، مراعاة الخلاف، قانون الأسرة الجزائري.

This study was entitled impact of The Rule of observance of disagreement in the Algerian into Family Law, The Door of Marriage, where its main problem was: to what extent was the Algerian legislator of Algerian family law issues?; The second was some of the issues to which the rule of consideration of the dispute was applied in the Algerian family law without other sections, knowing the jurisprudence of the application of the rule.

Keywords: Rule, taking into account disagreement, Algerian family law.

فهرس المحتويات العام

العنوان	الصفحة
الإهداء	
الشكر والعرفان	
مقدمة	1
المبحث الأول: قاعدة مراعاة الخلاف	
تمهيد	8
المطلب الأوّل: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف	9
الفرع الأوّل: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف باعتبارها مركبًا إضافيًّا	9
الفرع الثاني: تعريف قاعدة مراعاة الخلاف باعتبارها علما:	11
المطلب الثّاني: أحوال قاعدة مراعاة الخلاف	12
الفرع الأوَّل: قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع	12
الفرع الثّاني: قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع	14
الفرع الثّالث: الفرق بين قاعدة مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف	15
المطلب الثّالث: علاقة قاعدة مراعاة الخلاف بالألفاظ ذات الصلة	16
الفرع الأوَّل: علاقة مراعاة الخلاف بالاستحسان	16
الفرع الثاني: علاقة مراعاة الخلاف باعتبار المآل	18
المطلب الرّابع: حكم قاعدة مراعاة الخلاف	20
الفرع الأوّل: حكم قاعدة مراعاة الخلاف قبل الوقوع	20
الفرع الثّاني: حكم قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع	24
الفرع الثّالث: شروط قاعدة مراعاة الخلاف	30
ملخص المبحث الأول	33
المبحث الثاني: تطبيقات قاعدة مراعاة الخلاف على مسائل من باب النّكاح على قانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	35
المطلب الأوّل: مسألة نكاح الشِّغار	36
الفرع الأوّل: مفهوم نكاح الشِّغار لغة واصطلاحا	36
الفرع الثاني: حكم نكاح الشّغار ووجه مراعاة الخلاف في المسألة	37
المطلب الثاني: مسألة النكاح بغير وليّ	40

الفرع الأوّل: مفهوم ولاية النّكاح وترتيب الأولياء فيها	**40**
الفرع الثاني: حكم ووجه مراعاة الخلاف في الولي في الزّواج	**42**
المطلب الثّالث: مسألة استحقاق المرأة الصّداق كاملا بالخلوة الصّحيحة	**46**
الفرع الأوّل: مفهوم الصّداق ومسمياته	**46**
الفرع الثاني: تعريف الخلوة الصحيحة حكمها ووجه مراعاة الخلاف في مسألة استحقاق المرأة الصداق كاملا بالخلوة الصحيحة	**49**
المطلب الرابع: مسألة اعتبار اليسار من خصال الكفاءة في النكاح	**53**
الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة واصطلاحا وبيان آراء الفقهاء في اعتبار الكفاءة في النكاح	**53**
الفرع الثاني: تعريف اليسار لغة واصطلاحا مع بيان حكم ووجه مراعاة خلاف كفاءة اليسار في النكاح	**56**
ملخص المبحث الثاني	**60**
خاتمة	**61**
الفهارس العامة	**65**
قائمة المصادر والمراجع	**67**
ملخص	**81**
فهرس المحتويات العام	**83**