الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإسلامية

مخبر الجنوب الجزائري للبحث
في التاريخ والحضارة الإسلامية

القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي دراسة تأصيلية تطبيقية ـ في باب النكاح و أثره ـ

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية تخصص: فقه و أصول

إعداد الطالبة:
حفصة عزيزي

تحت إشراف:
أ.د/ عمر مونة

لجنة المناقشة:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	مؤسسة الإنتماء	الصفة
01	أد/ باجو مصطفى	أستاذ	جامعة غرداية	رئيسا
02	أد/ عمر مونة	أستاذ	جامعة غرداية	مقررا
03	أد/ أحمد أولاد سعيد	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحنا
04	أد/ كيحول بوزيد	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحنا
05	أد/ محمد ورنيقي	أستاذ	جامعة الأغواط	ممتحنا
06	د/ محيي الدين اسطنبولي	أستاذ محاضر أ	جامعة البليدة	ممتحنا

السنة الجامعية: 1443 ـ 1444هـ/2022 ـ 2023م

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى من له عليّ عظيم الفضل والإحسان، إلى والديّ الكريمين حفظهما الله.

إلى أولادي زينة الحياة وبهجتها، بارك الله فيهم وجعلهم من الصالحين.

إلى رفيق دربي و شريكي حياتي زوجي العزيز؛

إلى من تشاركت معهم لبان الأخوة، إخواني و أخواتي و أولادهم

إلى كلّ الأحبة والأصدقاء.

الشكر والتقدير

أحمد الله عز وجلّ على ما يسرّه لي من إتمام هذا العمل، فله الحمد أولاً وآخرًا.

ثمّ إنّني أتقدم بشكري إلى أستاذي الدكتور عمر مونة على ما أولاني به من كرمه بإشرافه على هذه الدراسة، و ما صحب ذلك من كريم خلق و لين جانب، فجزاه الله عنّي خيرا و بارك الله له في علمه و عمله و ذريّته.

كما أتقدم بالشكر لأعضاء اللجنة المناقشة؛ على ما ستبذله من جهد و وقت في تنقيح هذه الأطروحة و سدّ خللها، فأجزل الله ثوابهم و بارك في علمهم.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد الله رب العالمين، حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، ملء السموات والأرض بينهما، والصلاة والسلام على سيّد الأنبياء والمرسلين وعلى آله و صحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين:

إذا كان شرف العلوم يقاس بموضوعاتها وغاياتها، فإن أشرف العلوم العلم بشرع الله عزّ وجلّ، لأنّه الركن الركين والحبل المتين للنجاة في الدنيا والآخرة، ولهذا سلك السلف الصالح هذا الطريق ويمموا وجوههم قبلة الفقه، وصرفوا أوقاتهم وأنفسهم في استنباط الأحكام الشرعية.

ولا يخفى على كلّ دارس للعلوم الإسلامية أن الفقه له منزلة عظيمة جليلة، فهو ثمرة العلوم الشريعة وبه يعرف الحلال والحرام، وقد أمر الله عباده بالتفقه في الدين وبتبليغ ما تعلموه، قال سبحانه وتعالى:{**وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ**}[1] ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين»[2] ، ولذلك فقد انبرى لحمل هذا العلم أئمة وعلماء جيل إثر جيل، وخلّفوا وراءهم ثروة فقهية ضخمة زاخرة بالآراء والفتاوى والاجتهادات.

ومن أهم أبواب الفقه التي حظيت بعناية كبيرة، وحازت على أكبر قدر من التشريعات، موضوع الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى للمجتمع وبصلاحها يصلح المجتمع، فقد اعتنت الشريعة بتثبيت أسسها وتمتين أواصرها، حتى تتمكن من تأدية الرسالة الإنسانية والحضارية التي أرادها الله منها، وقيام حياة اجتماعية سليمة وقارة.

وممّا يعمق البحث الفقهي ويطور مناهجه و يرتقي به إلى مستوى التقعيد والتنظير علم القواعد الفقهية، فهو من أهم العلوم وأنفعها يضبط المسائل ويجمع متناثرها ويوحد الفروع المتباينة، ويرسم للفقيه خطوطا واضحة يسير عليها في التعليم والفتيا، ويزيد من ملكته الفقهية ويوسع مداركه، ولم يفت علماءنا إدراك الفوائد العظمى لهذا العلم، لذلك ما فتئوا ينوّهون بقيمته وأهميته، قال الإمام القرافي رحمه الله: بعد أن قسم أصول الشريعة إلى قسمين: أصول الفقه و القواعد الفقهية: "وهذه القواعد مهمة في الفقه

---

[1] التوبة: (122).

[2] متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين، رقم:71، مسلم، كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة، رقم:1037،(459/1).

عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه و يشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف " [1]

وقال أيضا: " إنّ كل فقه لم يخرّج على القواعد فليس بشيء"[2]

وقال الإمام ابن رجب رحمه الله: " أما بعد: فهذه قواعد مهمة، وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيّب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيّد له الشوارد وتقرّب عليه كلّ متباعد "[3]

ـ أهمية البحث:

وأهمية هذا البحث تتبدى في الآتي:

ـ أنّ القواعد الفقهية تضبط المسائل المنتشرة، وتضم بعضها إلى بعض في سلك واحد، مما يعطي الفقيه تصوراً واضحاً عن الفروع، وتغني عن حفظ كثير من الجزئيات.

ـ إن معرفة القواعد الفقهية تجعل الدارس يطلع على أسرار الشريعة، ومدارك الأحكام، فإن معرفة القواعد العامة التي تندرج تحتها مسائل عدّة تعطي تصوراً واضحاً عن مقصد الشريعة من تشريع تلك الأحكام، ولا شك أنّ هذا يفيد الفقيه في ربط الفرع بمقصده الشرعي وإدراك وجه الجمع والفرق بين الفروع.

ـ تكسب الفقيه ملكة فقهية تمكنّه من الإحاطة بأحكام الشرع وفروعه، وتجعله قادرا على التخريج والقياس.

ـ تخريج الفروع على القواعد الكلية يمنع التناقض بين هذه الفروع بخلاف التخريج على المناسبات الجزئية، قال القرافي: "ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكليّة تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت "[4]

ـ إشكالية البحث:

---

[1] القرافي، **الفروق**، (6/1).

[2] القرافي، **الذخيرة**، (1/ 55).

[3] ابن رجب، **تقرير القواعد**،(4/1).

[4] القرافي، **الفروق**،(07/1)

ونظرا لأهمية القواعد الفقهية والحاجة لها، فستأتي هذه الدراسة للكشف عن القواعد والضوابط الفقهية التي يصدر عنها التفريع والاجتهاد الفقهي في مجال الأسرة في المذهب المالكي، فما هي الكليات والضوابط التي تحكم الاجتهاد الفقهي عند المالكية في فقه الأسرة؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات ألخصها فيما يلي:

ـ ماهي حقيقة التقعيد الفقهي؟ وماهي مصادره؟ وما مدى إسهامات المالكية فيه؟

ـ وما هي أسباب الاختلاف في القواعد الفقهية؟

ـ وما هي القواعد والضوابط الفقهية التي تضبط أحكام الأسرة في المذهب المالكي؟

ـ أسباب اختيار البحث

ـ الرغبة في الاستفادة من هذا البحث، وذلك من خلال جمع القواعد والضوابط الفقهية من كتب المذهب المالكي.

ـ أنّ علم القواعد الفقهية إلى جانب ما بذل فيه من جهود قيِّمة لا يزال بحاجة إلى خدمة وعناية خاصة في المذهب المالكي، حيث إن كتب الفقه قد حوت الكثير من القواعد والضوابط الفقهية المنثورة في طيّاتها، لكنها تفتقر إلى الجمع والترتيب.

ـ الرغبة في تقديم إضافة للاجتهاد الفقهي في المذهب المالكي.

ـ أهداف البحث:

ـ بيان مدى إسهام علماء المالكية في التقعيد الفقهي.

ـ جمع ما أمكن من القواعد والضوابط الفقهيةالحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي، وتحقيق القول فيها.

ـ إثراء الملكة الفقهية لدى الباحثة، من خلال جمع القواعد والضوابط وربطها بفروعها.

ـ حدود الدراسة:

يتمحور موضوع الدراسة حول القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي، وذلك من خلال كتب المذهب سواء في الفقه أو القواعد، بدأت بالقواعد الخمس الكبرى وما تفرع عنها ثمّ القواعد الكلية، فبينت معنى كل قاعدة وأدلتها وما يدخل تحتها من تطبيقات في فقه الأسرة، أمّا بالنسبة للضوابط فاقتصرت على ضوابط باب النكاح فقط، فذكرت ضوابط عقد النكاح، ضوابط الصداق والولاية، وأخيرا ضوابط النفقة.

ـ الخطة المتبعة في البحث:

وقد انتظمت خطة البحث في مقدمة ومبحث تمهيدي، و فصلين وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي تطرقت فيه لحقيقة التقعيد الفقهي ومصادره، وأسباب الاختلاف في القواعد الفقهية، و ختمته بمصنفات المذهب المالكي في القواعد الفقهية.

أمّا الفصل الأول فقد خصصته للقواعد الفقهية المتعلقة بفقه الأسرة في المذهب المالكي، قسمته إلى مبحثين : المبحث الأول تناولت فيه القواعد الخمس الكبرى و القواعد المتفرعة عنها، ثمّ المبحث الثاني تطرقت فيه للقواعد الكلية؛ غير أنّها أقل شمولا من القواعد الخمس الكبرى.

وفي الفصل الثاني تعرضت للضوابط الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة، و قسمته إلى أربعة مباحث:

المبحث الأول تحدثت فيه عن الضوابط الضوابط الفقهية لعقد النكاح وموانعه، والمبحث الثاني تطرقت للضوابط الفقهية للأنكحة الفاسدة عند المالكية، أمّا المبحث الثالث خصصته للضوابط الفقهية للصداق والولاية، وختمتها بضوابط النفقات والنزاعات الزوجية.

ـ الدراسات السابقة:

سلف الذكر أنّ موضوع القواعد الفقهية قد حظي باهتمام كبير من لدن العلماء والباحثين، فنجد بعض الباحثين قد تناول القواعد عند إمام من الأئمة أو من خلال كتاب معين، وتوجد دراسات قد تطرقت لقواعد وضوابط فقه الأسرة عند علم من الأعلام و من هذه الدراسات ما يلي :

ـ القواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في فقه الأسرة للباحث محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، إشراف: أحمد بن عبد الله بن حميد، رسالة ماجستير، سنة 1419هـ ـ 1998م، جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، تطرق للكثير من القواعد التي استخرجها من كتب الإمام ابن تيمية، إضافة الضوابط الخاصة بفقه الأسرة، فهذه الرسالة وإن كانت تشترك مع رسالتي في بعض القواعد؛ إلاّ أنها تختلف عنها فهي خاصة بالقواعد والضوابط الفقهية لفقه الأسرة عند إمام معين ودراستي تطرقت لها في المذهب المالكي.

ـ القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن القيم في فقه الأسرة لفؤاد صدفة مرداد، إشراف: فرج زهران أطروحة دكتوراه، سنة 1429هـ ـ 2008 م، جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، تطرق الباحث في أطروحته لحياة الإمام ابن القيم، ثم ذكر القواعد الفقهية لفقه الأسرة وختمها بالضوابط، وما قيل عن الرسالة السابقة يقال عن هذه الدراسة كذلك.

ـ الضوابط الفقهية لأحكام الأسرة من كتاب الهداية للإمام المرغيناني رحمه الله لأسامة محمد الشيخ، إشراف: أحمد الحبيب، رسالة ماجستير، سنة 1431هـ ـ 2010م، جامعة أم القرى المملكة العربية السعودية، تطرق الباحث في دراسته لحياة الإمام المرغيناني، ونبذة عن كتاب الهداية وبعض المقدمات حول الضوابط الفقهية، ثمّ قام بجمع الضوابط ورتبها على حسب مباحث فقه الأسرة.

هذه الدراسة تقتصر على الضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب الهداية للإمام المرغيناني الحنفي، أما دراستي فهي تشمل القواعد والضوابط الفقهية في المذهب المالكي وليس من كتاب أو عند عالم بعينه.

ـ القواعد والضوابط الفقهية في مسائل الأحوال الشخصية عند الشافعية رسالة ماجستير لجلال حسين أبو حديد، إشراف: أيمن عبد الحميد البدارين، رسالة ماجستير، سنة 1436هـ ـ 2014م بجامعة الخليل فلسيطن العربية تناول فيها الباحث بعض المقدمات حول القواعد والضوابط الفقهية، ثمّ أتبع ذلك بالضوابط الفقهية الخاصة بفقه الأسرة عند الشافعية.

أمّا هذه الرسالة تختلف عنها من عدة نواح، فهي تطرقت للضوابط الفقهية الخاصة بفقه الأسرة عند الشافعية، ودراستي تناولت القواعد والضوابط معا وفي المذهب المالكي، وفي الضوابط اقتصرت على ضوابط النكاح وأثره ولم أذكر الضوابط في بقية أبواب فقه الأسرة كالطلاق والعدة و الحضانة وغيرها.

ـ القواعد والضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية عند المالكية رسالة ماجستير لعمران محمود عبد الرحمن جمل، إشراف: أيمن عبد الحميد البدارين، رسالة ماجستير، سنة 1442هـ ـ 2021م بجامعة الخليل فلسيطن العربية. وقد قسم الباحث دراسته إلى فصل تمهيدي تناول فيه مقدمات حول القواعد و الضوابط الفقهية، الفصل الأول تناول فيه الضوابط المتعلقة بعقد النكاح وشروطه، الفصل الثاني ذكر فيه الضوابط المتعلقة بمقدمات عقد النكاح، الفصل الثالث تطرق فيه للضوابط الخاصة بالطلاق والخلع و الرجعة، الفصل الرابع ذكر فيه الضوابط المتعلقة بآثار عقد النكاح، و هذه الدراسة تطرقت لنفس موضوع دراستي، إلاّ أنها تختلف من حيث المضمون، و سأبين ذلك في النقاط التالية:

ـ الباحث اقتصر على الضوابط الفقهية فقط دون القواعد، أمّا بحثي فتناول الضوابط والقواعد الفقهية معا.

ـ دراستي تطرقت لضوابط باب النكاح فقط، أمّا دراسته فتناولت ضوابط فقه الأسرة في كل الأبواب كضوابط باب الطلاق، والعدة، والرضاع، والحضانة باستثناء ضوابط الميراث فلم يتطرق لها.

ـ معظم الضوابط التي ذكرتها تختلف عن الضوابط التي وردت في رسالته، فلم تشترك الدراستين إلاّ في نزر يسير من تلك الضوابط، وهذا يدل على سعة المذهب و غزارة كتبه.

المنهج المتبع في البحث:

المنهج المتبع لأعداد البحث هو " المنهج الاستقرائي والتحليلي"، وذلك بجمع القواعد والضوابط الخاصة بأحكام الأسرة من أمهات الكتب في المذهب المالكي، ثمّ تصنيفها والتحقيق فيها، كما اعتمدت على توثيق وعزو المعلومات إلى مصادرها كالآتي:

ـ عزو الآيات القرآنية إلى سورها بأرقامها.

ـ تخريج الأحاديث النبوية التي وردت في الرسالة، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما أو موطأ الإمام مالك اكتفيت بالعزو إليهم لصحة ما فيها عند أهل الفن، وإن لم يكن فيهم ذكرت من خرجها مع ذكر الحكم على الحديث.

ـ توثيق القواعد والضوابط والمسائل الفقهية، وذلك بعزوها إلى مصادرها، ووثقت الأقوال من كتب قائليها ما أمكنني ذلك.

ـ ترجمت لبعض الأعلام غير المشهورين فقط.

ـ وضعت فهارس علمية آخر الرسالة على النحو الآتي:

ـ فهرس الآيات الواردة في الرسالة رتبتها حسب ترتيب المصحف.

ـ فهرست الأحاديث ورتبتها ترتيبا هجائيا.

ـ فهرس القواعد والضوابط الفقهية ورتبته ترتيبا هجائيا.

ـ فهرس المصادر والمراجع المعتمدة رتبتها ترتيبا هجائيا حسب اسم مؤلفها.

هذا؛ ولست أدعي في هذا العمل الصواب والكمال، وحسبي أنّي قد بذلت الجهد واستفرغت الوسع، فما كان فيه من صواب فمن الله فله الحمد والمنّة، وما كان فيه من زلل وخطإ فمن نفسي والشيطان، وصلى الله على سيدنا محمد خير الخلق وآله الطاهرين، وصحابته أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين والحمد الله مجزل العطايا أولا وآخرا.

مبحث تمهيدي: مقدمات حول التقعيد الفقهي

- المطلب الأول: مفهوم التقعيد الفقهي ومراحل تطوره.
- المطلب الثاني: أصول التقعيد الفقهي وأسباب الاختلاف في القواعد الفقهية.
- المطلب الثالث: مصنفات القواعد الفقهية في المذهب المالكي.

المطلب الأول: مفهوم التقعيد الفقهي ومراحل تطوره

الفرع الأول: تعريف القواعد والضوابط الفقهية

أولا: تعريف القواعد الفقهية

1 ـ القاعدة الفقهية:

أ ـ تعريف القاعدة:

ـ القاعدة لغة: الأصل والأساس، والقواعد أساطين البناء التي تعمده، وقواعد البيت أساسه،[1] قال الله عز وجل: {**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ**}[2]، وقال سبحانه وتعالى:{ **فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ**}[3]

ـ القاعدة اصطلاحا:

عرفها العلماء بعدة تعريفات نذكر بعضا منها:

ـ تعريف الجرجاني: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها.[4]

ـ تعريف التفتزاني: حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منها.[5]

ـ تعريف التهاوني: أمر كلّي منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه.[6]

ب ـ تعريف الفقهية

لفظة الفقهية نسبة إلى الفقه، والفقه لغة: يدل على إدراك الشيء والعلم به والفهم له، وخص بعلم الدين لشرفه.[7]

والفقه في الاصطلاح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها الفصيلية.[8]

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، (361/3)، الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**،(ص227).

[2] البقرة:(127).

[3] النحل:(27).

[4] الجرجاني، **التعريفات**،(ص171).

[5] التفتزاني، **شرح التلويح على التوضيح**،(34/1).

[6] التهانوي، **كشاف إصطلاحات الفنون و العلوم**، (1295/2).

[7] ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**،(443/4)، الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**،(ص1250).

[8] الجرجاني، **التعريفات**،(ص141).

2 ـ تعريف القاعدة الفقهية

ـ **تعريف المقري:** كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة.[1]

ـ **تعريف الزرقا:** أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكام تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.[2]

ـ **تعريف الندوي:** حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها.[3]

ـ **تعريف الروكي:** حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية.[4]

ـ **تعريف الباحسين:** قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية.[5]

نلاحظ أن التعريفات تتشابه مع بعضها البعض إلى حد كبير، وقد عبروا عن القاعدة بالقضية، أو الحكم، ونجد أن العلماء المعاصرين قد أضافوا بعض العبارات مزيدا للشرح والبيان، وتمييزا للقاعدة الفقهية عن غيرها من القواعد.

وعلى ضوء ما سبق فالقواعد الفقهية هي: **قضية كلية شرعية عملية، تنطبق على أحكام في موضوعها.**

ثانيا: تعريف الضوابط الفقهية والفرق بينها وبين القواعد الفقهية.

1 ـ تعريف الضوابط الفقهية:

أ ـ الضوابط لغة: جمع ضابط مأخوذة من الضبط وهو لزوم الشيء وحبسه، وضبط الشيء حفظه بالحزم، والضبط إحكام الشيء وإتقانه، وضبط الكتاب أصلح خلله.[6]

---

(1) المقري، **القواعد**،(ص77).

(2) مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص965).

(3) الندوي، **القواعد الفقهية**، (ص43).

(4) الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(ص84).

(5) الباحسين، **القواعد الفقهية**،(ص54).

(6) ابن منظور، **لسان العرب**، (340/7)، الفيومي، **المصباح المنير**،(357/2)، أحمد الزيات و آخرون، **المعجم الوسيط**، (533/1).

ب ـ الضوابط اصطلاحا:

نجد أن العلماء رحمهم الله قد استعملوا الضابط في عدة معان هي:[1]

ـ تعريف الشيء كضابط العصبة كل ذكر ليس بينه و بين الميت أنثى.[2]

ـ المقياس الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني مثل قول القرافي: " سؤال ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف من غيرها ..."[3]

ـ يطلقونه كذلك على أقسام الشيء كقول السبكي: " ضابط مسائل الخلع: فإن ما يقع الطلاق فيه بالمسمى، و منها ما يقع بمهر المثل، و منها ما يقع رجعيا، و منها ما لا يقع أصلا "[4]

ـ الضابط بالمعنى الخاص الذي يتبادر للذهن عند الإطلاق.

وقد عرّف الباحسين الضابط بأنّه: ما انتظم صورا متشابهة في موضوع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر،[5] وهذا تعريف للضابط بالمعنى العام الواسع الذي يشمل إطلاقات العلماء على الضابط.

أمّا لفظة الفقهي مأخوذة من الفقه و قد سبق تعريفه.

2 ـ تعريف الضابط الفقهي:

ـ قضية كلية شرعية عملية تنطبق على جزئيات من باب واحد.[6]

ـ حكم شرعي عملي كلي يدخل تحته مسائل تختص بباب واحد.[7]

ـ القاعدة تشمل مسائل و فروع من أبواب شتى، بينما الضابط يشمل فروعا من باب فقهي واحد، فنطاق القاعدة أوسع من نطاق الضابط الفقهي،[8] قال ابن نجيم:" الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، و الضابط يجمعها من باب واحد هذا هو الأصل"[1]

---

[1] الباحسين، **القواعد الفقهية**،(ص63) و ما بعدها، شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**،(ص21).

[2] السبكي، **الأشباه والنظائر**،(304/2).

[3] القرافي، **الفروق**،(217/1).

[4] السبكي، **الأشباه والنظائر**،(382/1).

[5] الباحسين، **القواعد الفقهية**،(ص67).

[6] شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية**،(ص21).

[7] عبد اللطيف عامر،يحي بلال، **معلمة زايد**، (250/1).

[8] السبكي، **الأشباه و النظائر**،(11/1)، ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص192).

وقال البناني[2]: " والقاعدة لا تختص بباب واحد بخلاف الضابط "[3]

ـ القاعدة الفقهية تكثر فيها الاستثناءات لعمومها و شمولها لكثير من الأبواب، بخلاف الضوابط لأنها تضبط موضوعا واحدا فلا يكون فيها شذوذ كثير.[4]

ثالثا:مفهوم التقعيد الفقهي

1 ـ التقعيد الفقهي

أ ـ معنى التقعيد: تقعيد من قعّد يقعّد تقعيدا، وهو فعل اشتق من كلمة قاعدة وهو يدل على عملية إنشاء القاعدة وتركيبها وصياغتها. [5].

ب ـ معنى الفقهي: نسبة إلى الفقه، و هو الفهم والعلم، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه.[6]

والفقه اصطلاحا هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.[7]

2 ـ التقعيد الفقهي باعتباره لقبا:

هو عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد وكليات، تضبط فروعه وجزئياته.[8]

الفرع الثاني: مراحل نشأة و تطور القواعد الفقهية

إنّ المتتبع للقواعد الفقهية من خلال البحث والاستقراء يجد أنّها مرت بثلاث مراحل هي:

أولا: مرحلة النشوء والتكوين

تعتبر هذه المرحلة هي اللبنة الأولى للقواعد الفقهية و كانت في عصر الرسالة زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، فكثير من الآيات والأحاديث تضمنت أحكاما عامة تندرج تحتها فروع كثيرة، واستمرت حتى عصر أئمة المذاهب الفقهية، وسأذكر أمثلة من الآيات والأحاديث وأقوال الصحابة والتابعين[1].

---

[1] ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص192).

[2] هو محمد الحسن البناني ولد بفاس سنة1133هـ و توفي سنة1194هـ، من مؤلفاته: حاشية جمع الجوامع، شرح السلم المنورق، الحجوي، الكر السامي،(125/4)، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(514/1).

[3] البناني، **حاشية جمع الجوامع**،(290/2).

[4] الندوي، **القواعد الفقهية**،(ص51).

[5] الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**، (ص31).

[6] الرازي، **مختار الصحاح**،(ص213)، ابن منظور، **لسان العرب**،(522/13)، الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**،(1250).

[7] القرافي، **نفائس الأصول**،(ص109)،السبكي، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**،(244/1)، .

[8] الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**، (ص31).

1 ـ أمثلة من القرآن الكريم و السنة النبوية

ـ قال الله عز وجل: { **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**}[2]

هذه الآية و غيرها من آيات التيسير و رفع الحرج أخذ منها العلماء قاعدة المشقة تجلب التيسير.

ـ قال الله تعالى: { **وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ**}[3]

وقد استنبط العلماء من هذه الآية قاعدة : الأصل في الأحكام الشرعية التقيد بالدليل.[4]

و يقصد بالدليل عموم الدليل و ليس النص فقط، فتدخل فيه كل الأدلة الاجتهادية الأخرى.

ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « أيُّما شرط خالف كتاب الله فهو باطل »[5]

ـ عن أبي هريرة أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « العجماء جرحها جبار»[6]

2 ـ أمثلة من أقوال الصحابة و التابعين

ـ عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال: " مقاطع الحقوق عند الشروط"[7]

ـ عن علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه قال: " ليس على المؤتمن ضمان"[8]

ـ عن زيد بن ثابت قال: "بيت المال عصبة من لا عصبة له"[9]

ـ قول القاضي شريح: " لا يقضى على غائب "[10]

ـ قال سعيد بن المسيب: " لا رضاعة إلاّ ما كان في المهد، و أنبت اللحم والدم"[1]

---

(1) الندوي، **القواعد الفقهية**،(ص90) و ما بعدها.

(2) البقرة: (185).

(3) النحل: (116).

(4) لحسن زقور، **القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة**،(299/1).

(5) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الهبة،باب: استعانة المكاتب و سؤاله الناس،رقم:2563،(152/3).

(6) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: استتابة المرتدين،باب: المعدن جبار و البئر جبار، رقم:6912،(12/9)، مسلم، في الصحيح، كتاب: الحدود، باب: جرح العجماء و المعدن و البئر جبار، رقم:1710،(ص817).

(7) أخرجه سعيد بن منصور، **في السنن**، باب: ما جاء في الشرط في النكاح، رقم:662،(181/1).

(8) أخرجه عبد الرزاق، **في المصنف**، باب الوديعة، رقم:14801،(182/8).

(9) ابن عبد البر، **التمهيد**،(380/8).

(10) أخرجه عبد الرزاق، في المصنف، باب: لا يقضى على غائب، رقم:15306،(304/8).

ـ وقال إبراهيم النخعي : "كلّ قرض جر منفعة فهو ربا"[2]

3 ـ من أقوال أئمة المذاهب

ـ قال الإمام مالك: "إذا بطلت بعض الصفقة بطلت كلّها"[3]

ـ و قوله: "لا يجتمع في صفقة واحدة نكاح وبيع"[4]

ـ قال أيضا "كلّ ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء"[5]

ـ و قال أيضا: "شرط الضمان في القراض باطل"[6]

ثانيا: مرحلة النمو و التدوين[7]

بداية القواعد الفقهية كعلم مستقل كانت من القرن الرابع، أمّا قبل ذلك فقد كانت منثورة في كتب الأئمة والعلماء، ومن حاز قصب السبق في التأليف في هذا الفن هم علماء الحنفية، حيث أنّ الإمام الكرخي جمع في رسالته سبعا وثلاثين قاعدة، و قيل أنّه اقتبس من الإمام أبو طاهر الدباس هذه القواعد لأنّه كان من أقرانه، ثمّ ألف بعد ذلك الإمام الخشني كتابه أصول الفتيا في المذهب المالكي، وضمّنه الكثير من القواعد و الكليات.

وفي القرن الخامس الهجري ألّف الإمام الدبوسي كتابه تأسيس النظر، ثمّ ألف الكرابيسي كتابه الفروق، أمّا في القرن السابع فقد برز هذا العلم أكثر من ذي قبل فألفت فيه كتب منها:

ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام.

ـ المذهّب في ضبط قواعد المذهب لمحمد بن راشد البكري القفصي[8].

ـ الفروق للقرافي.

ويعتبر القرن الثامن العصر الذهبي للتدوين في القواعد الفقهية فكثرت فيه المؤلفات منها:

---

(1) أخرجه مالك، **في الموطأ**، كتاب: الرضاعة، باب: رضاع الصغير، رقم:2243،(872/2).

(2) أخرجه ابن أبي شيبة، **في المصنف**، كتاب: البيوع و الأقضية، باب: من كره كلّ قرض جرّ منفعة، رقم:20958،(266/7).

(3) أنس بن مالك، **المدونة الكبرى**،(39/4).

(4) أنس بن مالك، **المدونة الكبرى**،(216/2).

(5) أنس بن مالك، **المدونة الكبرى**،(6/1).

(6) مالك، **الموطأ**،(1000/2).

(7) الندوي، **القواعد الفقهية**،(ص135) و ما بعدها.

(8) هو محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي يكنى أبا عبد الله، من تآليفه: كتاب الشهاب الثاقب في شرح مختصر بن الحاجب الفقهي، و كتاب المذهب في ضبط قواعد المذهب، النظم البديع في اختصار التفريع. ابن فرحون، الديباج المذهب،(329/2).

ـ الأشباه والنظائر لابن الوكيل ـ القواعد للمقري ـ المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب للعلائي

ـ الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ـ المنثور في القواعد للزركشي ـ القواعد في الفقه لابن رجب الحنبلي.

ثمّ توالت التأليفات في القرنين التاسع والعاشر من أبرزها:

ـ القواعد لتقي الدين الحصني ـ الأشباه والنظائر السيوطي ـ المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للزقاق[1] ـ الأشباه و النظائر ابن نجيم.

ثالثا: مرحلة الرسوخ والتنسيق

في هذه المرحلة تم جمع القواعد الفقهية غي مجلة الأحكام العدلية من طرف مجموعة من العلماء؛ حيث تضمنت الكثير من القواعد الفقهية بشكل مواد قانونية يسهل على القضاة الرجوع إليها، واشتهرت هذه المجلة وأقبل العلماء و شرحوها عدة شروح.[2]

المطلب الثاني: أصول التقعيد الفقهي وأسباب الاختلاف في القواعد الفقهية

الفرع الأول: أصول التقعيد الفقهي

أولا: التقعيد بالنصوص

والنص يشمل القرآن والسنة، فقد تكون القاعدة مأخوذة من آية قرآنية أو حديث نبوي، وقد يكون النص بتعبيره الموجز قاعدة فقهية محكمة الصياغة، وسأوضح هذا كالآتي:

1 ـ النص الذي هو قاعدة فقهية:

وهذا النوع نجده كثيرا في الأحاديث النبوية وهو المعروف بجوامع الكلم و من أمثلة ذلك:

ـ **قاعدة لا ضرر ولا ضرار:** وردت القاعدة بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية، وهي نص حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار»[1]

---

[1] علي بن قاسم الزقاق التجيبي نسبة لتجيب قبيلة في اليمن ولد بفاس عام وتوفي 912هـ ، من مؤلفاته: لامية الزقاق. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(396/1)، أحمد بابا التنبكتي، نيل الإبتهاج،(ص343).

[2] الندوي، **القواعد الفقهية**،(ص156).

ـ **قاعدة الخراج بالضمان:** وهذه القاعدة أصلها حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»[2]

ـ **قاعدة لا وصية لوارث:** وهي نص حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال:«إنّ الله أعطى كلّ حق حقه فلا وصية لوارث »[3]

2 ـ القاعدة المستنبطة من النص:

ـ **قاعدة الأصل في العقود اللزوم:**[4] وهي مأخوذة من قوله عز وجل:{**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**}[5]

ـ قاعدة الأصل في المنافع الإباحة و في المضار الحرمة:[6] استخلصها العلماء من قوله سبحانه وتعالى: {**وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ**}[7]

ـ **قاعدة الأمور بمقاصدها:**[8] أخذها العلماء من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل إمرئ ما نوى »[1] وهذا الحديث أصل من أصول الشريعة.

---

[1] أخرجه مالك، **في الموطأ**، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم:2758،(1078/4)، أحمد، **في المسند**، مسند عبد الله بن عباس،رقم:2865 ،(55/5)، الدار قطني، **في السنن**، كتاب: البيوع، باب: الجعالة،رقم:3079 ، (51/4)، ابن ماجة، **في السنن**،كتاب: التجارات باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، رقم:2341 ، (ص398)، صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة،(498/1).

[2] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند عائشة،رقم:24224 ،(272/40)، الترمذي، **في السنن**، كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد و يستغله ثم يجد به عيبا ،رقم:1285،(561/2)، أبو داوود، **في السنن**،كتاب: البيوع و الإجارات باب:فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، رقم:3508،(501/3،500)، و قال الترمذي هذا حديث حسن غريب.

[3] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند الأنصار، رقم:22294،(628/36)، الترمذي، **في السنن**، كتاب: الوصايا، باب: ما جاء لا وصية لوارث،رقم:2120 ،(620/3)، أبو داوود، **في السنن**،كتاب: الوصايا،باب: ما جاء في الوصية للوارث، رقم:2870، (196/3)، ابن ماجة، **في السنن**، كتاب:رقم:2713،(905/2)، و قال الترمذي و هو حديث حسن.

[4] القرافي،**الفروق**،(444/3)،المقري،**القواعد**،(ص399)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(566/2).

[5] المائدة:(1).

[6] البرنو، **موسوعة القواعد الفقهية**،(24/2).

[7] الأعراف:(157).

[8] السبكي، **الأشباه و النظائر**،(54/1)، السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(15/1)، ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص22).

ـ **المشقة تجلب التيسير**:[2] و هي مأخوذة من آيات التيسير و رفع الحرج منها:

ـ قال الله تعالى: {**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**}[3]

ـ قال الله عز وجل:{ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**}[4]

ـ **قاعدة الميسور لا يسقط بالمعسور**:[5]

المكلف إذا كلف بشيء فقدر على فعل بعضه دون بعض، فإن عليه الإتيان بما قدر عليه، والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا أمرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم»[6]

و قول الله عز و جل:{**فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ**}[7]

ـ **الحرام لا يتعلق بذمتين**:[8]

ومعنى القاعدة أن إثم الحرام لا يقع إلاّ على مرتكبه الذي باشر ذلك الفعل، أمّا إذا اشترك في فعله اثنان أو أكثر فيقع الإثم و العقاب على الجميع. وقال الله تعالى:{ **وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**}[9]

ـ **التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**:[10]

هذه القاعدة من قواعد الحكم و السياسة الشرعية، فهي تحدد تصرفات الحكام و الولاة بما يرجع بالمصلحة والنفع على الجماعة، فهم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل وجلب النفع

---

(1) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب الإيمان، باب بدء الوحي، رقم:1،(6/1)، مسلم، **في الصحيح**،كتاب الإمارة، باب قوله إنما الأعمال بالنية، رقم:1907،(ص920).

(2) السبكي، **الأشباه و النظائر**،(48/1)، السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(128/1)، ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص84)، الزركشي، **المنثور**،(269/2).

(3) البقرة:(185).

(4) الحج:(78).

(5) السبكي، **الأشباه و النظائر**،(155/1)، السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(256/1).

(6) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب:الإعتصام، باب: الإقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم:7288، (94،95/9)، مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الحج، باب : فرض الحج مرة في العمر، رقم:1337،(ص608).

(7) التغابن:(16).

(8) الصاوي، **حاشية الصاوي**،(386)، عليش، **منح الجليل**،(416/2).

(9) الأنعام:(164).

(10) ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص137)، **مجلة الأحكام العدلية**،(ص22).

ودفع الضرر، وأصل تقعيدها قوله صلى الله عليه وسلم: « ما من وال يرعى رعية من المسلمين، فيموت وهو غاش لهم، إلاّ حرم الله عليه الجنة »[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «ما من عبد استرعاه الله رعية فلم يحطها بنصيحة، إلاّ لم يجد رائحة الجنة »[2]

ـ الحدود تدرأ بالشبهات:[3]

العقوبات المقدرة شرعا تسقط بالشبهة إذا وجد شك أو إلتباس في ثبوت أو عدم ثبوت الجريمة في حق المتهم، لاحتمال أن يكون غير مترتب في ذمته فيقام عليه ظلما، وهذه القاعدة مستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم: « ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة»[4]

ثانيا: التقعيد بالإجماع:

ـ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد:[5] إذا اجتهد مجتهد في أمر أو واقعة فتوصل لحكم، ثم اجتهد مجتهد آخر في تلك الواقعة فتوصل لحكم آخر، فليس له أن ينقض الحكم الأول، لأنّه لو نقضه لجاز أن ينقض حكمه باجتهاد ثالث، وهذا يؤدي لعدم الاستقرار، والاجتهاد عرضة للتغيير، فهو يختلف من مجتهد لآخر، و من زمان، و قد يختلف اجتهاد المجتهد الواحد من فترة لأخرى،[6] قال الزرقا: " الإجتهاد لا ينقض بمثله إجماعا أي في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد "[7]

ـ الأموال تضمن بالخطأ كما تضمن بالعمد:[8]

---

(1) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الأحكام، باب: من استرعى رعية فلم ينصح، رقم:7151،(64/9)، مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الإيمان ، باب: استحقاق الولي الغاش لرعيته النار، رقم227،(ص75).

(2) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب:الأحكام ، باب: من استرعى رعية فلم ينصح، رقم:7150،(64/9)، مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الإيمان، باب: استحقاق الولي الغاش لرعيته النار، رقم229،(ص76).

(3) ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص142).

(4) أخرجه الترمذي، **في السنن**، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود، رقم:1424،(94/3)، ضعفه الألباني في ضعيف سنن الترمذي،(ص133).

(5) الزركشي، **المنثور**،(26/1).

(6) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**،(ص155)، الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(ص96).

(7) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، (ص155).

(8) ابن عبد البر، **الاستذكار**،(271/22)، الندوي، **موسوعة القواعد و الضوابط الفقهية**،(279/1).

إتلاف أموال الناس يوجب الضمان والعمد والخطأ في ذلك سواء، و هذا متفق عليه بين العلماء قال القرافي: "العمد والخطأ في أموال الناس سواء إجماعا ممن هو مكلف أو فيه أهلية التكليف كالتمييز"[1]

ثالثا:التقعيد بالقياس

ـ قاعدة الغالب كالمحقق:[2]ما غلب على الظن وقوعه كان كالمتيقن، وغالب الظن هو الذي تبنى عليه الأحكام العملية،[3] فإعطاء حكم المحقق للغالب فهو من باب القياس.

ـ قاعدة الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان:[4] ما ثبت بالبينة يعتبر كالثابت بالحس والمشاهدة، فكما أن الأمر المشاهد لا يمكن مخالفته، فكذلك بالبينة لا يسوغ مخالفتها، فألحقت البينات والدلائل بالمشاهد المحسوس لتعذر حصوله في كل القضايا.[5]

ـ قاعدة ما حرم استعماله حرم اتخاذه:[6] والمعنى أن ما حرم الله تعالى على المسلم استعماله والانتفاع به، كالخمر والخنزير وغيرها لا يجوز إقتناؤه قياسا على الاستعمال.[7]

رابعا: التقعيد بالمصلحة المرسلة

المصلحة المرسلة هي المصلحة التي لم يشهد لها الشرع الاعتبار و لا بالإلغاء،[8] وعن طريقها يتوصل الفقيه إلى أحكام كلية تندرج تحتها فروع كثيرة وهي القواعد الفقهية.[9] ومن أمثلة ذلك:

ـ خطأ القاضي من بيت المال:[10]

---

[1] القرافي، **الذخيرة**،(259/1).

[2] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص56)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(110/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(153/1).

[3] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص13).

[4] **مجلة الأحكام العدلية**،(ص25).

[5] الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**،(367).

[6] السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(246/1)، المنثور، **الزركشي**،(244/2).

[7] الروكي، **نظرية تقعيد الفقهي**،(ص115).

[8] القرافي، **شرح تنقيح الفصول**،(ص350).

[9] الروكي، **نظرية تقعيد الفقهي**،(ص143).

[10] حمزة الحسيني،**الفرائد البهية**،(214).

القاضي والحاكم يقضي بما يثبت عنده من أدلة ويتحرى في ذلك الصواب، وقد يخطئ في الحكم فتضيع الحقوق، والأصل وجوب الضمان عن الخطأ، ولكن ليس على القاضي وإنما على بيت المال، لأنه موظف في الدولة ويعمل لمصلحة الأمة والمجتمع، وهو لم يتعمد الخطأ، فمفسدة خطئهم تدرء مفاسد أعظم منها وتجلب مصالح عامة،[1] قال الإمام القرافي: "غير أن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطئوا فيه، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات، لزهد الأخيار في الولايات، و اشتد امتناعهم، فيفسد حال الناس بالحكام "[2]

ـ من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه:[3]

المكلف إذا التزم بشيء أو عقد عقدا، فهو ملزم به و بما يترتب عليه من آثار، فإن أراد إبطال ما أجراه فلا اعتبار لذلك و شرط هذا أن يكون أمام شخص منازع. [4]

خامسا: التقعيد بالاستصحاب

الاستصحاب هو بقاء الأمر ما لم يوجد ما يغيره،[5] وقد اعتمده العلماء لتقعيد القواعد الفقهية كما اعتمدوه لتخريج الأحكام الجزئية، وسأذكر بعض القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب.

ـ الأصل براءة الذمة:[6]

الذمة هي وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه،[7] والمراد ببراءة الذمة أن الأصل الثابت والأمر المتيقن، أن الإنسان بريء من التكاليف الشرعية والالتزامات وحقوق الآخرين، إلاّ إذا ثيت ذلك بأدلة شرعية معتبرة.[8]

ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان:[9]

---

[1] محمد الزحيلي، **معلمة زايد للقواعد الفقهية**،(66،67/25).

[2] القرافي، **الفروق**،(340/2).

[3] **مجلة الأحكام العدلية**،(ص28).

[4] علي حيدر، **درر الحكام**،(99/1)، البرنو، **موسوعة القواعد الفقهية**،(1006/11).

[5] الشوكاني، **إرشاد الفحول**، (974/2).

[6] السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(95/1)، ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص64).

[7] الجرجاني، **التعريفات**،(ص93).

[8] السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**،(ص122).

[9] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص165).

إذا ثبت الشيء على حال في الزمن الماضي، يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل على تغيره.[1]

ـ الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته:[2]

إذا اختلف في زمن حدوث أمر فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد، وهذا إذا كان الحادث متفقا على وقوعه، و إنما وقع الخلاف في تاريخ وقوعه.[3]

ـ الأصل في الأمور العارضة العدم:[4]

ما كان عدمه هو الحالة الأصلية، فإذا وقع الشك في وجوده فإنه يحكم ببقائه على عدمه، لأنه هو المتيقن و وجوده عارضا مشكوكا فيه.[5]

سادسا: التقعيد بسد الذرائع

ـ من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[6]

إذا فعل المكلف فعلا كان ذريعة إلى تعطيل أو مناقضة مقصود الشارع، فإنه يعاقب بنقيض قصده ولا تترتب على فعله أي آثار، لأن الشرع لا ينظر إلى تلك الوسائل مفصولة عما تفضي إليه، بل يحكم عليها مقرونة بغاياتها ومقاصدها.[7]

ـ الوسائل لها أحكام المقاصد:[8]

الوسيلة هي ما يتوصل به إلى الشيء،[9] وهي تابعة لمقصدها، فما ثبت للمقاصد من أوصاف ومعاني وأحكام يثبت لوسائلها، قال الإمام القرافي: " اعلم أنّ الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها

---

(1) الباحسين، **المفصل في القواعد الفقهية**،(ص287).

(2) السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(101/1)، ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص71).

(3) الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**،(ص125).

(4) مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص982)، البورنو، **الوجيز**،(ص184).

(5) السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**،(ص141)، الباحسين، **المفصل في القواعد الفقهية**،(ص296).

(6) الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص134)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(ص483)،السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(804/2).

(7) الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(ص150).

(8) العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام**،(53/1)، القرافي، **الفروق**،(111/3).

(9) الجرجاني، **التعريفات**،(ص211).

وتكره وتندب وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أنّ وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح و المفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنّها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها."[1]

سابعا: التقعيد بالعرف

ـ المعروف عرفا كالمشروط شرطا:[2]

ما تعارف عليه الناس وجرى تعاملهم بها في الأمور التي لا نص فيها، ولا يوجد نص يعارضها يحكّم فيه العرف ما لم يصرح بخلافه، فالعرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط.[3]

ـ العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين؟[4]

العادة إذا شهدت لأحد المتنازعين، فهل تعتبر كالشاهدين يحكم بها لمن شهدت له من غير يمين، أو تعتبر كالشاهد الواحد فلا تكفي وحدها، بل يجب معها اليمين.[5]

الفرع الثاني: أسباب الاختلاف في القواعد الفقهية

1 ـ الاختلاف في قبول الحديث و رده:

السنة النبوية ليست متواترة كالقرآن الكريم فهو منقول إلينا بالتواتر، لذلك كانت مجالا كبيرا لاختلاف العلماء في القبول والرد، والثبوت وعدمه وانبنى على هذا اختلافهم في الأحكام الشرعية المستنبطة منها، والاختلاف في الحديث قد يكون بسبب السند وقد يكون بسبب المتن وفي مايلي بعض من هذه الأسباب[6] :

ـ أن يكون الحديث مرسلا، أو منقطعا.

ـ كون الحديث أحاد فيما تعم به البلوى أو من شأنه أن ينقل إلينا بالتواتر.

---

[1] القرافي، **الفروق**، (61/2).

[2] ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص108).

[3] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة**، (ص385).

[4] المقري، **القواعد**، (ص319)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص168)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(444/1)، السجلماسي،**شرح القواعد الثمينة**،(752/2).

[5] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص357).

[6] الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**، (ص273) و ما بعدها.

ـ أن يكون راوي الحديث مجهول أو مستور الحال.

ـ إسقاط شيء من الحديث يتغير به المعنى.

ـ أن لا يذكر الراوي سبب ورود الحديث و ملابساته.

مثال: قاعدة هل الحرام يحرم الحلال؟[1]

عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« لا يحرم الحرام الحلال»[2]

الحديث فيه ضعف فمن أخذ به بنى عليه القاعدة، و لم يأخذ به لم يبنها عليه.

2 ـ الاختلاف في الاستنباط من الدليل:

قد يكون الدليل متفقا على ثبوته لكن فهمه ودرايته وطريقة الاستنباط منه تختلف من عالم لآخر، وهذا باب يسع الكثير من اختلافات الفقهاء؛ لاختلاف مداركهم ومناهجهم في فهم النص الشرعي، ويدخل في هذا قواعد اللغة، وقواعد تفسير النصوص.[3]

مثل: قاعدة العصيان هل ينافي الترخيص أم لا؟[4]

واختلاف العلماء في هذه القاعدة مرده إلى قوله تعالى: {**فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**}[5] فمن فسر البغي والعدوان بقطع الطريق وإرعاب الناس لم يبح للعاصي بسفره الأكل من الميتة، و من فسره بتجاوز حدَّ الضرورة رخَّص له في أكلها.[6]

3 ـ التعارض والترجيح:

من أسباب الاختلاف في القواعد الفقهية التعارض، فقد تتعارض قاعدة فقهية مع أخرى، أو مع دليل أو أصل آخر، فتُرجَّح قاعدة على أخرى، أو أصل على قاعدة، فقد يفضي تطبيق تلك القواعد إلى

---

[1] ابن عبد البر ،**التمهيد**،(186/8).

[2] أخرجه الدار قطني، **في السنن**، كتاب: النكاح، باب: العيب بالمرأة رقم:3678، (400/4)، البيهقي، **في السنن الكبرى**، كتاب: النكاح، باب: الزنا لا يحرم الحلال، رقم: 13872،(114/10) ضعفه الألباني في **سلسلة الأحاديث الضعيفة**، رقم:385، (564/1).

[3] الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(287، 305).

[4] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص67).

[5] البقرة: (173).

[6] الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(ص345).

مآلات تناقض روح التشريع، من تفويت مصلحة أو مخالفة مقصد شرعي، ولذلك فإنّ اعتبار القواعد الفقهية يختلف من باب إلى آخر.[1]

مثل قاعدة: إذا تعارض الأصل والغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟[2]

فيقدم الغالب إذا كان حجة شرعية، فإن لم يكن كذلك و كان مستندا إلى العادة أو القرائن أو غلبة الظن؛ فهنا تارة يُعْمل بالأصل وتارة يعمل بالغالب حسب المرجحات.[3]

4 ـ الاختلاف في الفروع التي ركبت منها القاعدة:

و يكون هذا في القواعد المستنبطة عن طريق الاستقراء؛ وذلك بتجميع الأحكام الفقهية ذات العلة المشتركة أو العلاقة الجامعة؛ وإعطائها حكما كليا وهو القاعدة الفقهية، فإن كانت تلك الفروع مختلفا فيها لزم أن تكون القاعدة المبنية عليها مختلفا فيها.[4]

5 ـ تحقيق المناط:

تحقيق المناط هو إثبات مضمون القاعدة العامة، أو الأصل الكلي، أو العلة في الجزئيات والفروع، ويختلف العلماء في تحقيق مناط القاعدة الذي ربط به الحكم، فقد يرى مجتهد أنّ مناط القاعدة متحقق في الجزئية أو الواقعة المعروضة، بينما يرى مجتهد آخر أنّ مناط القاعدة غير متحقق فيها، فيدرجها تحت قاعدة أخرى أو يثبت لها حكما بدليل آخر هو أقرب إلى العدل والمصلحة.[5]

ومن هنا نشأ الاختلاف في القواعد الفقهية، فإثبات حكم القاعدة الفقهية في كل الجزئيات والفروع قد لا يتأتى لمعنى في ذلك الفرع أو ظروف و ملابسات خاصة به، فيثبت حكم تلك القاعدة بعض الفروع دون بعض.

المطلب الثالث: مصنفات القواعد الفقهية في المذهب المالكي

---

[1] عادل ولي قوته، **القواعد و الضوابط القرافية**،(233/1)، عثمان اسماعيل،**معلمة زايد للقواعد الفقهية**،(103/2).

[2] المقري، **القواعد**،(ص89)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص72)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(580/2)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(562/2).

[3] المالكي، **تهذيب الفروق**،(163/4).

[4] عثمان اسماعيل،**معلمة زايد للقواعد الفقهية**،(105/2).

[5] الدريني، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي**،(ص122).

ـ أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك لمحمد بن حارث الخشني(361 هـ):

اشتمل الكتاب على الكثير من القواعد والضوابط الفقهية في مختلف أبواب الفقه؛ ويعتبر أول محاولة عند المالكية للتقعيد الفقهي، استهل أغلب أبوابه بأصل فقهي شامل لفروع يذكرها بعده، فكان ينزع إلى التأصيل وجمع الفروع تحت القواعد، وقد سلك في تبويب كتابه مسلكا متميِّزا فذكر أبوابا خاصة بمواضيع معينة مثل: باب أحكام المرأة، باب الشروط، باب النسيان وغيرها.[1]

ـ أنوار البروق في أنواء الفروق لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت684):

يعرف الكتاب باسم الفروق وقد أتى فيه القرافي بمنهج مبتكر لم يسبق إليه، فامتاز ببيان الفرق بين القواعد الفقهية التي تتشابه صورها و تختلف أحكامها، في حين أن الكتب التي ألفت في الفروق كان موضوعها بيان الفرق بين مسائل جزئية تشابهت صوره و اختلفت أحكامها، جمع فيه ثماني و أربعين و خمسمائة قاعدة، ولم يتبع في كتابه ترتيبا معينا بل سرد القواعد قاعدة قاعدة، و كان منهج القرافي في فروقه استنباط الفرق بين فرعين ليستنتج منه قاعدة أخرى،أو إستنباط الفرق بين قاعدتين بقصد تحقيقهما،[2] حيث قال في المقدمة: " وجعلت مبادئ المباحث في القواعد بذكر الفروق والسؤال عنها بين فرعين أو قاعدتين. فإن وقع السؤال عن الفرق بين الفرعين، فبيانه بذكر قاعدة أو قاعدتين يحصل بهما الفرق وهما المقصودتان، وذكر الفرق وسيلة لتحصيلهما، وإن وقع السؤال عن الفرق بين القاعدتين فالمقصود تحقيقهما، ويكون تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما أولى من تحقيقهما بغير ذلك، فإنّ ضمّ القاعدة إلى ما يشاكلها في الظاهر ويضادها في الباطن أولى، لأنّ الضدّ يظهر حسنه الضدّ، وبضدّها تتميز الأشياء "[3]

ـ تهذيب الفروق و اختصارها لمحمد بن إبراهيم البقوري (ت707هـ):[4]

رتب فيه فروق القرافي واختصارها ليسهل على الباحث إدراك مسائله،و قد بين سبب تأليفه فقال: "فرأيت أن ألخصه، وأن أرتبه، وأن أنبه على ما يظهر خلال ذلك في كتابه، وأن ألحق به ما يناسبه، مما لم يذكر رحمه الله، فيكون هذا كالعون على فهم الفروق المذكورة و تحصيلها "[1]

---

[1] محمد المامي، **المذهب المالكي**،(ص377).

[2] محمد المامي، **المذهب المالكي**،(ص381)، رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص218،217).

[3] القرافي، **الفروق**،(9/1).

[4] محمد بن إبراهيم البقوري نسبة إلى بقور بلدة بالأندلس توفي بمراكش سنة707هـ، من مؤلفاته: إكمال الإكمال للقاضي عياض.

وقد رتب كتاب الفروق ترتيبا جديدا، فقسم القواعد إلى قواعد كليّة في ثلاث عشر قاعدة، وقواعد نحوية في خمس عشر قاعدة، وقواعد أصولية في ثلاث وخمسين قاعدة، وقواعد فقهية في ثمان وخمسين ومائة قاعدة.[2]

ـ إدرار الشروق على أنوار الفروق سراج الدين قاسم بن الشاط (ت723هـ):[3]

الكتاب هو حاشية على فروق القرافي، حيث قصد المؤلف بذلك تهذيب و تصحيح كتاب الفروق متبعا ترتيبه، و كان يتعقب المواطن التي أخطأ فيها الإمام القرافي بالنقد و التصحيح فقط، أما المواطن التي أصاب فيها فيمر عليها دون تعقيب،[4] و قد بين هذا في مقدمة كتابه حيث قال: " وضعت كتابي هذا لما اشتمل عليه من الصواب مصححا، و لما عدل به عن صوبه منقحا، و أضربت عما سوى ذلك "[5]

ـ كتاب القواعد للإمام أبي عبد الله محمد المقري (ت758هـ):

يعد الكتاب من أجود و أكبر ما ألف في التقعيد الفقهي في المذهب المالكي، قال عنه الونشريسي: " إنه كتاب غزير العلم كثير الفوائد لم يسبق إلى مثله، بَيْدَ أنه يفتقد إلى عالم فتّاح "[6]

يحوي نحو مئتين و خمسين ألف قاعدة، و ليست خاصة بالمذهب المالكي بل بالمذاهب الأخرى؛ غير أنه كان قلما يذكر المذهب الحنبلي، رتب كتابه على الأبواب الفقهية، و كان يذكر القاعدة ثمّ يفرّع عنها ما يناسبها من المسائل باختصار، كما أنه يستدل كثير للقواعد بالآيات و الأحاديث، و لم يكن مجرد ناقل للقواعد و الفروع بل كان يذكر ما ترجح عنده من آراء العلماء،[7] قال الإمام المقري في مقدمته " قصدت إلى تمهيد ألف قاعدة و مئتي قاعدة، هي الأصول القريبة إلى أمهات مسائل الخلاف

---

(1) البقوي، **تهذيب الفروق**،(19/1).

(2) رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص221).

(3) هو قاسم بن محمد بن عبد الله ابن الشاط و لد عام643هـ بسبتة و توفي فيها عام723هـ، من كتبه: غنية الرائض في علم الفرائض، و تحرير الجواب في توفير الثواب، أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(309/1).

(4) محمد المامي، المذهب المالكي ،(ص383).

(5) ابن الشاط، **إدرار الشروق**، (2/1).

(6) محمد مخلوف، **شجرة النور الزكية**،(334/1).

(7) رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(49،50).

المبتذلة والغريبة، رجوت أن يقتصر عليها من سمت به الهمة إلى طلب المباني، و قصرت به أسباب الوصول مكامن الفصوص من النصوص و المعاني، فلذلك شفعت كل قاعدة منها بما يشاكلها من المسائل، وصفحت عن جمهورها عما يحصلها من الدلائل "[1]

وللإمام كذلك كتاب عمل من طب لمن حب، وهو يتميز بتنوع موضوعاته وعنى محتوياته، فقد اشتمل على احاديث الأحكام و كثير من الكليات والقواعد الفقهية، وضعه خصيصا للصبيان لينمي فيهم الملكة الفقهية، وقسمه أربعة أقسام:القسم الأول تضمن أحاديث الأحكام ذكر فيها سبعة عشر وخمسمائة حديث مرتبة على حسب الأبواب الفقه،القسم الثاني ذكر فيه الكليات الفقهية مرتبة على الأبواب الفقهية وبلغ عددها سبعا وعشرين وخمسمائة كلية، وقد طبعت هذه الكليات في كتاب مستقل، أما القسم الثالث جمع فيه خليط من قواعد فقهية و الأصولية و لغوية، و القسم الرابع ذكر فيه مقولات مشهورة لأئمة مجتهدين حول الفقه واستنباط الأحكام،[2] وقد أوضح المقّري موضوع الكتاب وأقسامه في مقدمته ، فقال: " هذا كتاب عمل من طب لمن حب ضمنته من أحاديث الأحكام أصحّها ومن كلّيّاته أصلحها ومن قواعده أوضحها ومن حكمه أملحها "[3]

ـ المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للشيخ علي بن القاسم التجيبي الشهير بالزقاق (ت 912هـ):[4]

والكتاب عبارة عن منظومة احتوت على ثلاث وأربعين وأربعة مئة بيت، ذكرت فيها القواعد الفقهية والمسائل التي خرجت عليها، وقد بلغ عددها اثنين وثمانين ومئة قاعدة، وقد رتب كتابه على الأبواب الفقهية وقسمه إلى قسمين، قسم ذكر فيه القواعد، و القسم الثاني تناول فيه النظائر دون الإشارة إلى خلاف.[5]

ـ إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت914 هـ):

---

[1] المقري، **القواعد**، (ص77).

[2] المقري، **عمل من طب لمن حبّ**،(ص35).

[3] المقري، **عمل من طب لمن حبّ**،(ص35).

[4] علي بن قاسم الزقاق التجيبي نسبة لتجيب قبيلة في اليمن ولد بفاس عام وتوفي 912هـ ، من مؤلفاته: لامية الزقاق. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(396/1)، أحمد بابا التنبكتي، نيل الإبتهاج،(ص343).

[5] محمد المامي، **المذهب المالكي**،(ص388).

اشتمل الكتاب على أربع و عشرين ومائة قاعدة، و ضمّ ما يزيد عن ألف مسألة فقهية، مطبقة على تلك القواعد، و كان كثيرا ما يذيّل تلك القواعد بذكر تنبيه يحمل إعتراضا أو مناقشة لبعض أقوال العلماء التي وردت في القاعدة، و قد ذكر سبب تأليفه للكتاب كعادة العلماء القدامى السبب الذي دفعه لتأليفه، و هو أن سائلا طلب منه أن يجمع له كتابا يربط الفروع بأصولها، و يكون سهل المأخذ محكم البناء، فاستصعب الإمام هذا الطلب في البداية إلاّ أنه وفّ بما طُلب منه،[1] فقال في خاتمة كتابه: " جمعتها لك هاهنا من أماكنها، و أبرزتها من مكامنها، على وفق ما سألت بل فوق ما أمّلت" [2]

و قد حرر الشيخ في كتابه أهم القواعد الفقهية التي بني عليها الخلاف في المذهب و معظمها مذهبية خلافية و فيه ثلاث أنواع من القواعد:[3]

ـ قواعد متفق عليها بين العلماء، و لا تختص بباب معين من أبواب الفقه، كقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، و هذا النوع ذكر منه عشرون قاعدة.

ـ قواعد مختلف فيها بين الفقهاء و ذكرها بصيغة إستفهامية، و هذا النوع من القواعد يمثل حوالي نصف الكتاب.

ـ ضوابط فقهية مختلف فيها أوردها بضيغة الإستفهام، و عددها اثنتان و أربعون قاعدة.

و للمؤلف كتاب عدة البروق في جمع ما في المذهب من الفروق و الجموع: اعتنى فيه الشيخ بذكر الفروق بين المسائل الفقهية التي ظاهرها الاتفاق و أحكامها مختلفة، جمع فيه ألفا و مئة و خمسة وخمسين قاعدة رتبه على الأبواب الفقهية،[4] و قد بين الشيخ الغرض من تأليفه فقال:" يستعان به على حل الكثير من المتناقضات الواقعة في المدونة و غيرها من أمهات الروايات"[5]

ـ الكليات الفقهية لمحمد بن غازي المكناسي (ت 919هـ):[6]

---

[1] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص39)

[2] الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص182)

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص40)

[4] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص208).

[5] الونشريسي، **عدة البروق**،(ص79).

[6] هو محمد بن أحمد بن غازي المكناسي و لد بمكناسة سنة841هـ و توفي سنة 919هـ، من مؤلفاته: شفاء الغليل في حل مقفل خليل، نظم مشكلات الرسالة. أحمد بابا التمبكتي، نيل الإبتهاج،(ص581)، محمد مخلوف،شجرة النور الزكية،(398/1).

جمع فيه الشيخ أربعة و ثلاثين وثلاثمائة كلية، رتبه على الأبواب الفقهية فبدأ بكتاب النكاح وتوابعه، ثم أبواب المعاملات من بيوع وشفعة ووكالة وغيرها، فالأقضية والشهادات والدعاوى والوصايا وختمها بكتاب العتق، وبناه على مشهور مذهب الإمام مالك رحمه الله، وقد بين قصده من وضع الكتاب حيث قال: "وإنّما قصدت إلى ما يطّرد أصله ولا يتناقض حكمه، وإلى كلّ جملة كافية ودلالة صادقة وإلى ما يؤمن اضطرابه ولا يخشى اختلافه وإلى كلّ قليل يدلّ على كثير وقريب يدني من بعيد، وبيّنتها على المشهور من مذهب العلماء المالكيّة وما جرى عليه عمل السادة الأئمّة "[1]

ـ شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب أحمد بن عبد الله الفاسي المنجور(ت995هـ):[2]

هذا الشرح هو من أحسن شروح منظومة الإمام الزقاق و أكثرها إستعابا لها، و لهذا حظي باهتمام كبير من طرف العلماء و كان عمدة الشروح التي أتت بعده، تناول فيه الشيخ كل قاعدة بالشرح و الإيضاح، وذكر فيه الكثير من الفروع الفقهية، كما أنه يشير إلى كثير من صيغ القواعد من الكتب الأخرى ككتاب القواعد للمقري، و إيضاح المسالك للونشريسي، و الفروق للقرافي.[3]

ـ بستان فكر المهج في تكميل المنهج لمحمد بن أحمد الشهير بميارة (ت1072):[4]

الكتاب أكمل به صاحبه منظومة الزقاق المنهج المنتخب، حيث أضاف إليها بعض القواعد والمسائل نظما، حيث بلغت منظومته واحدا و سبعين و ستة مئة بيت، و اتبع منهج الزقاق في نظمه واعتمد على كتابي التوضيح لخليل و شرح المنهج المنتخب للمنحور، و قسم القواعد إلى قسمين: قواعد هي أصول مسائل الخلاف، و قواعد هي أصول المسائل، ذكر فيه القواعد و الكليات دون الإشارة إلى الخلاف و قد قام الشيخ بشرح نظمه في مؤلف آخر سماه "بالروض المبهج في شرح بستان فكر المهج في

---

[1] ابن غازي، **الكليات الفقهية**،(ص21).

[2] أحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور ولد بفاس سنة 929هـ و توفي سنة 995هـ، من مؤلفاته: مراقي المجد في آيات السعد، نظم الفرائد و مبدى الفوائد لمحصل المقاصد، و الحاشة الكبرى على شرح الكبرى. أحمد بابا التنبكتي، نيل الإبتهاج،(143).

[3] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**، (ص72،73).

[4] هو محمد بن أحمد بن ميارة الفاسي ولد بفاس عام999هـ و توفي عام 1072، من مؤلفاته: الدر الثمين و المورد المعين، الإتقان و الإحكام في شرح تحفة الأحكام محمد مخلوف،شجرة النور الزكية،(447/1).

تكميل المنهج"، فشرح فيه ست وستين و مائة قاعدة و ضابط فقهي شرحا مفصلا مرتبة على أبواب الفقه.[1]

ـ اليواقيت الثمينة فيما إنتمى لعالم المدينة لعلي بن عبد الواحد الأنصاري السجلماسي (ت1057هـ):[2]

والكتاب منظومة فقهية حوت ثماني وخمسون ومائتين وثلاث آلاف بيت، نظم فيها الشيخ قواعد المذهب ونظائر الفقه على غرار المنهج المنتخب للزقاق، قسمها الناظم حسب الأبواب الفقهية ضمنها الكثير من القواعد الفقهية.[3]

ـ شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفوائد الفقهية لمحمد بن أبي قاسم السجلماسي (ت1214هـ):[4]

و هو شرح لمنظومة اليواقيت الثمينة، ضمت خمسة و أربعين و مائة قاعدة و أربعة و ثمانين من النظائر، قام الشيخ فيه بنقل النصوص الفقهية التي تشهد للنظم مع نسبتها لأصحابها، وشرح المسائل الفقهية دون تتبع لألفاظ النص بالشرح و التحليل، كما قام بنظم بعض المسائل التي لم ينظمها صاحب المنظومة، و كان يورد الاستشكالات على المتن المشروح كمخالفة الناظم لما هو منقول في كتب المذهب، أو التنبيه على ما يراه خطأ في النظم ونحو ذلك.[5]

ـ المجاز الواضح في معرفة قواعد المذهب الراجح لمحمد يحيى الولاتي (ت 1330):[6]

---

[1] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**، (ص89،90).

[2] هو علي بن عبد الواحد السجلماسي الأنصاري فنسبه ينتهي إلى سعدبن عبادة رضي الله عنه، لم يذكر تاريخ ولادته توفي عام1057هـ بالجزائر، من مؤلفاته: شرح الدرر اللوامع في مقرأ الإمام نافع، كفاية الطالب النبيل في حلّ ألفاظ مختصر خليل، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(445/1).

[3] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص272).

[4] هو محمد بن أبي القاسم السجلماسي لم يذكر تاريخ ميلاده و توفي سنة 1214هـ، من مؤلفاته: شرح العمل الفاسي، مبلغ الآمال في تصريف الأفعال. الحجوي، الفكر السامي،(127/4).

[5] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص174).

[6] هو محمد بن يحيى الولاتي الشنقيطي ولد بولاته سنة 1259هـ و توفي سنة 1330هـ، من مؤلفاته: إيصال السالك في أصول الإمام مالك، فتح الودود على مراقي السعود. محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(617/1)، الأعلام، الزركلي،(143/7).

الكتاب منظومة فقهية مكونة من إحدى عشر وثلاث مائة بيت، جمع فيه كل ما في المنهج المنتخب وزاد عليه الأصول المعتمدة في المذهب المالكي، بعضها قواعد أصولية والبعض الآخر قواعد فقهية. و قد شرح الشيخ منظومته هذه في كتاب سماه: " الدليل الماهر الناصح شرح المجاز و الواضح في قواعد المذهب الراجح "، قام فيه ببيان مدلول القاعدة و الفروع المبنية عليها، و بين كيفية تطبيقها عليها و وجه الدلالة منها، مع ذكر الأقوال و نسبتها لأصحابها.[1]

ـ تهذيب الفروق و القواعد السنية في الأسرار الفقهية محمد علي مكي المالكي (ت1367هـ):[2]

هذّب فيه الشيخ فروق القرافي ورتّبها و وضحها، كما استدرك عن ابن الشاط في الاشكالات التي تركها، و بيّن الدافع له في تأليف الكتاب فقال في المقدمة: " عنّ لي أن ألخصه (أي كتاب الفروق) مع التهذيب و الترتيب و التوضيح مراعيا ما حرره ذلك المفضال من التصحيح و النقيح (يقصد ابن الشاط)، مع ما يفتح الله به على ما تتم به الإفادة، من جواب إشكال ترك جوابه أو زيادة "[3] كما أنه قد يشرح الفرق بطريقته و يبين مواطن الاتفاق و الاختلاف بين القرافي و ابن الشاط، و قد يبدي رأيه إمّا مؤيدا أو معارضا لأحدهما.[4]

ـ تلخيص المسائل و القواعد سواء كانت أصوليه أو فقهية.

ـ تهذيب القواعد سواء في الطرح أو المناقشة.

ـ توضيح الغموض بالشرح و التمثيل، سواء كان في القواعد أو المسائل.

ـ ذكر الفوائد إذا كانت ملائمة للقاعدة أو المسألة المدروسة.

ـ الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب لأبي القاسم محمد التواتي:

---

[1] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص105).

[2] هو محمد علي ين حسين المكي المالكي ولد بمكة1287هـ و توفي بالطائف عام1367هـ، من مؤلفاته: تدريب الطلاب في قواعد الإعراب. الأعلام، الزركلي،(305/6).

[3] محمد المالكي، **تهذيب الفروق**،(3/1).

[4] رشيد المدور، **معلمة القواعد الفقهية**،(ص223).

اختصر فيه الشيخ كتاب شرح المنتخب للمنجور، تميز بسهولة العبارة و جودة التنظيم، و قسمه إلى قسمين، قسم ذكر فيه القواعد التي هي أصول لأمهات مسائل الخلاف كقاعدة ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟ و القسم الآخر ذكر فيه النظائر الفقهية.[1]

ـ إعداد المهج للإستفادة من المنهج أحمد بن أحمد المختار الشنقيطي:

الكتاب هو ترتيب و شرح لكتاب المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج لمحمد الأمين الشنقيطي، فصعوبة أسلوبه و غموض عباراته دفعت الشيخ لإعداده و تنسيقه للإستفادة منه و وضع له اسما آخرا، حيث وضح بعض العبارات و علق على بعض القضايا، إمّا مستدلا لمسألة أو محققا لحكم، وقام بفصل النص عن الشرح.[2]

[1] أحمد الندوي، **القواعد الفقهية**،(ص209،210).

[2] رشيد المدور، **معلمة القواعد**،(ص83).

الفصل الأول: القواعد الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

- المبحث الأول: القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي.
- المبحث الثاني: القواعد الفقهية الكلية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي.

المبحث الأول: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

المطلب الأول: قواعد الباعث الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها[1]

أولا:صيغ القاعدة:

ـ الأعمال بالنيات[2]

ثانيا: معنى القاعدة

هذه القاعدة تتعلق بها جميع أفعال المكلفين و عليها مدار الثواب و العقاب، ذلك أنّ المكلف لن يصح له عمل ممّا يبتغي به وجه الله إلاّ إذا صحح نيته و أخلصها الله عز وجلّ،[3] " و النية أصل الشريعة، و عماد الأعمال، و عيار التكليف"[4].

فالأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال، فكل تصرفات المكلف من قولية و فعلية تختلف نتائجها و أحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص و غايته من وراء تلك الأعمال و ما ليس بمنوي و لا مقصود فهو غير معتد به شرعا.[5]

و شرعت النية لأمرين:[6]

ـ لتمييز العبادات عن العادات، و تمييز العبادات بعضها من بعض.

ـ التقرب إلى الله تعالى و طلب الثواب و الأجر، فيقصد المكلف بعمله طاعة الله عز و جل و ابتغاء مرضاته.

---

[1] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**، (448/1).

[2] ابن عبد البر، **التمهيد**، (115/7)، المقري، **القواعد**، (ص142).

[3] ابن عبد البر، **التمهيد**، (194/11).

[4] ابن العربي، **أحكام القرآن**،(71/4).

[5] ابن الشاط، **إدرار الشروق**،(325/1).

[6] القرافي، **الأمنية في إدراك النية**،(ص20).

ثالثا: أدلة القاعدة

1 ـ من القرآن الكريم:

كلمة الإخلاص في القرآن الكريم، و هي و قد وردت في عدة مواضع منها:

ـ قوله تعالى: {**فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ**}[1]

ـ قوله تعالى: { **وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ**}[2]

و الإخلاص هو إفراد المعبود بالقصد في كل ما أمر به،[3] و هذا لا يكون إلاّبالنية.

ـ الآيات التي ذكرت أن جزاء العمل يترتب على نية الإنسان و قصده منها:

ـ قال الله عز وجل: {**وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا**}[4]

ـ قال تعالى: { **وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**}[5]

2 ـ من السنة النبوية:

ـ أصل هذه القاعدة حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن رسو الله صلى الله عليه و سلم: « إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل إمرئ ما نوى، فمن كان هجرته الله و رسوله فهجرته الله و رسوله، ومن كان هجرته إلى دنيا يصيبها و إمرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه »[6]

هذا الحديث من الأحاديث التي عليها مدار الدين، و به توزن أعمال العباد فجزاء الأعمال مترتب على نيات فاعليها و قصودهم فلا يحصل للمرء من الأجر إلاّ نوى، فمرد اعتبار الأعمال كلها إلى النية.

ـ و عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: « يحشر الناس على نياتهم »[7]

---

[1] الزمر: (02).

[2] البينة: (05).

[3] الشنقيطي، **أضواء البيان**،(352/6).

[4] النساء: (114).

[5] النساء: (100).

[6] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب الإيمان، باب بدء الوحي، رقم:1،(6/1)، مسلم، **في الصحيح**،كتاب الإمارة، باب قوله إنما الأعمال بالنية، رقم:1907،(ص920).

[7] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند: أبي هريرة، رقم:9090،(44/15)، ابن ماجة، **في السنن**، كتاب: الزهد باب: النية، رقم:4230، (ص743).

ـ عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « من غزا في سبيل الله ولم ينو إلاّ عقالا فله ما نوى»[1]

هذا الأحاديث كلها تدل على أن جزاء الأعمال مترتب على نيات فاعليها وقصدهم فلا يحصل للمرء من الأجر إلاّ ما نوى.

رابعًا: تطبيقات القاعدة:

ـ ألفاظ الكناية الخفية في الطلاق، يقع بها إذا نوى الزوج ذلك،[2] قال سحنون: " أرأيت إن قال لامرأته، أخرجي أو تقنعي أو استتري يريد بذلك الطلاق، (قال) قال مالك إن أراد به الطلاق فهو طلاق، و إن لم يرد به الطلاق لم يكن طلاقا "[3]

و قال ابن شاس: " أمّا المحتملة (يقصد الألفاظ) فمثل قوله: اذهبي، و انطلقي، و انصرفي، واغربي، و ما أشبه ذلك، فيقبل منه ما يدعيه من إرادة الطلاق، أو غيره و الثلاث فدونها "[4]

ـ إذا نكح الزوج و هو ينوي بذلك أن يحل المبثوثة لزوجها الأول، فنكاحه باطل لا يصح.[5]

قال ابن عبد البر: " إنه لا يحلها إلا نكاح رغبة وأنه إن قصد التحليل لم تحل له،وسواء علما أو لم يعلما لا تحل ويفسخ نكاح من قصد إلى التحليل ولا يقر على نكاحه قبل الدخول وبعده "[6]، و قال القاضي عبد الوهاب: " إذا تزوجها بقصد إحلالها للأول فالنكاح فاسد لا تحل به "[7]

---

[1] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند: عبادة بن الصامت، رقم: 22692،(365/37)، النسائي، **في السنن**، كتاب: الجهاد، من غزا في سبيل الله و لم ينو من غزاته إلاّ عقالا، رقم:4331،(286/4)، حسنه الألباني في صحيح سنن النسائي (383/2).

[2] ابن رشد، **بداية المجتهد**، (97/3)، المواق، **التاج و الإكليل**،(329/5)، الدردير، **الشرح الكبير**،(381/2)

[3] سحنون، **المدونة**،(398/2).

[4] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(163/2).

[5] ابن رشد، **البيان و التحصيل**، (386/4)،**الدردير، الشرح الصغير**،(413/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(383/3).

[6] ابن عبد البر، **الاستذكار**،(158/16).

[7] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(450/3).

ـ الكناية في الظهار تقع إذا قصد الزوج ذلك، و هي ماسقط منه لفظة كظهر أو المحرمة أبدا الأم أو الأخت،[1] و قال الدردير في هذه المسألة: " فإذا نوى الطلاق بقوله لزوجته أنت علي كأمي أو كظهر فلانة الأجنبية و ما أشبه ذلك صُدق "[2]

ـ إذا باشر أو قبل الرجل زوجته المطلقة طلاقا رجعيا و لم ينو بذلك الرجعة فلا تعد رجعة، لأنّ فعله لم يقترن بالنية،[3] قال ابن شاس: " و يجري مجرى الصيغة الفعل المقترن بالنية، كالوطء والاستمتاع وشبهه. فإن عري عن النية، فلا تحصل به الرجعة."[4]

القاعدة الثانية: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[5]

أولا: معنى القاعدة

من استعجل حقا من الحقوق التي وضع لها الله سبحانه و تعالى سببا مطرد، و طلب الحصول عليها قبل وقت حلول ذلك السبب، و قصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب، فيعاقب بالمنع من الشيء الذي تعجله، رغم أنه لولا هذا الاستعجال لكان له الحصول عليه، لأنه افتات على الشرع وتجاوز ما ينبغي الوقوف عنده.[6]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: « القاتل لا يرث»[7]

القاتل كان يستحق الميراث، و لما استعجل ذلك و قتل مورثه حرم منه عقابا له.

---

[1] بهرام، **الشامل**،(448/1)،عليش، **منح الجليل**،(230/4).

[2] الدردير، **الشرح الكبير**،(106/4).

[3] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(859/1)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(80/4).

[4] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(541/2).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص134)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(ص483)،السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(804/2).

[6] محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية**،(ص414).

[7] أخرجه الترمذي، **في السنن**، كتاب: الفرائض،باب: ما جاء في إبطال ميراث القاتل،رقم:2109 ،(612/3)،النسائي، **في السنن**، كتاب:الفرائض ،باب: توريث القاتل،رقم:6335 ،(121/6)، ابن ماجة، **في السنن**، كتاب:الفرائض ،باب: ميراث القاتل،رقم:2735 ،(913/2)، قال: الترمذي هذا حديث لا يصح.

ـ عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمها في الآخرة »[1]

وجه الاستدلال من الحديث أن المسلم الذي يشرب الخمر في الدنيا يحرم منها في الآخرة، و ذلك أن وقت التمتع بها ليس في الدنيا بل في الآخرة، فلما استعجل عوقب بحرمانه منها.

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ من وطء معتدة في عدتها حرمت عليه للأبد، و إذا عقد في العدة و وطء بعدها ففي تأبيد تحريمها قولان الأظهر عدم التأبيد.[2] فالذي وطء في العدة استعجل شيئا لم يَحِن وقته و لذا عوقب بالحرمان منه.

قال ابن عبد البر: "النكاح في العدة حرام ومن عقد على معتدة نكاحا في عدتها فهو مفسوخ على كل حال، ويفرق بينهما فرقة فسخ من غير طلاق ولا ميراث بينهما لو مات أحدهما، فإن فرق بينهما قبل الدخول جاز له خطبتها بعد انقضاء عدتها ، وإن لم يفرق بينهما إلا بعد دخوله بها في عدتها لم يحل له نكاحها أبدا عند مالك وأصحابه على ما روي عن عمر في ذلك " [3]

قال الباجي: " و من عقد في العدة و دخل بعد العدة ففي ذلك روايتان رُوي عن مالك في المدونة يتأبد تحريمها، و قال المخزومي لا يتأبد تحريمها إلا بالوطء في العدة " [4]

القاعدة الثالثة: الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد.[5]

أولا:معنى القاعدة

كل عمل من أعمال المكلف إلاّ و لها قصد و باعث، و يشترط لصحة عمله أن لا يخالف مقصود الشارع، فمن قصد بتصرفاته غير ما قصده الشارع، فإن عمله باطل لا تترتب عليه آثاره، مناقضة

---

[1] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الأشربة، باب: قوله تعالى إنما الخمر و الميسر ..، رقم:5575،(104/7)،مسلم، **في الصحيح**، كتاب:الأشربة ،باب: بيان أن كل مسكر خمر، و كل خمر حرام،رقم: 2003 ،(ص963) و اللفظ للبخاري.

[2] سحنون، المدونة الكبرى،(457/2)،ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(372/4)،الدردير، **الشرح الصغير**، (344،345/2).

[3] ابن عبد البر، **الكافي**،(531/2).

[4] الباجي، **المنتقى**،(318/3).

[5] المقري، **القواعد**،(ص332)،الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص132)، المنجور،**شرح المنهج المنتخب**،(ص481)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(798/2).

لقصده الذي خالف به الشرع و عقوبة له،[1] قال الإمام الشاطبي:" كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له؛ فقد ناقض الشريعة، و كل من ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطل "[2]

ثانيا: أدلة القاعدة

1 ـ القرآن الكريم:

ـ قال الله تعالى:{**إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَثْنُونَ فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِنْ رَبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ**}[3]

الله سبحانه و تعالى عاقب أصحاب الجنة بنقيض قصدهم، لما أرادوا منع المساكين من نصيبهم في الثمار.

2 ـ السنة النبوية:

ـ عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« لعن الله المحلل و المحلل له»[4]

وجه الدلالة من الحديث: أنّ المحلل و المحلل له قصدا بهذا النكاح رجوع الزوجة إلى زوجها، فعاملهما الشارع بنقيض قصدهما و منع رجوع الزوجة بهذا النكاح.

ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: « القاتل لا يرث»[5] القاتل منع من الميراث لأنه قتل مورثه، فعوقب بنقيض قصده السيء.

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ النكاح في المرض المخوف لا يجوز، و فسخ قبل الدخول و بعده إن لم يصح المريض، و علة منعه إدخال وارث،[6] أي قصد بنكاحه إنقاص الميراث على الورثة و لذا بطل نكاحه.

---

[1] إبراهيم طنطاوي، **معلمة زايد**،(277/6).

[2] الشاطبي، **الموافقات**،(27/3).

[3] القلم:(17 ـ 20).

[4] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند عبد الله بن مسعود،رقم:4284،(314/7)، الترمذي، **في السنن**، كتاب: النكاح،باب: ما جاء في المحلل والمحلل له،رقم:1119،(413/2)، النسائي، **في السنن**، كتاب: النكاح، باب: نكاح المحل والمحل له، رقم:5511، (231/5)، و قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

[5] سبق تخريجه.

[6] القرافي،**الذخيرة**،(208/4)،الدردير،**الشرح الصغير**،(427/2)،عليش، **منح الجليل**،(377/3).

قال ابن عبد البر: " لا يجوز نكاح المريض ولا المريضة إن تزوجا أو تزوج أحدهما ومن فعل ذلك مريضا فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، ولا يرث الصحيح منهما المريض إن مات من مرضه ذلك دخلا أو لم يدخلا "[1]

و قال بن عرفة: " اتفقوا على أنه لا يجوز نكاح المريض، ولو أذن ورثته فيه "[2]

ـ من طلق زوجته في مرض الموت ليحرمها من الميراث فإنها ترثه مناقضة لقصده السيء،[3] و مرض الموت هو المرض الذي مات منه و لم يصحّ بعده.

قال القاضي عبد الوهاب: " و المطلق في المرض متهم بأنّه قصد إخراجها من الميراث فعوقب بمنعه ممّا قصده "[4]

قال ابن شاس: " وطلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ. وإنما النظر في عدم انقطاع الميراث به، لما فيه من الفرار عن التوريث قصداً. والمذهب أنه غير قاطع للميراث، وإن كان بائناً، وانقضت العدة قبل الموت. "[5]

ـ البكر التي زنت ليرتفع عنها الإجبار فإنّ لوليها جبرها،[6] قال خليل: " لأنها لما قصدت بالزنا زوال الإجبار عوقبت بنقيض مقصودها."[7]

ـ إذا ارتدت الزوجة ليفسخ نكاحها، فلا يفسخ النكاح و تبقى على عصمته مناقضة لها بقصدها الفاسد. [8]

قال بهرام: " ولو قصدت بردتها فسخ نكاحها لم ينفسخ "[9]

---

[1] ابن عبد البر، **الكافي**،(438/3).

[2] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(343/3).

[3] سحنون، المدونة الكبرى،(34/3)، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(181/2)،الدسوقي،**حاشية الدسوقي**، (353/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصرخليل**،(125/4).

[4] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(438/3).

[5] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(181/2).

[6] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(27،28/9)، خليل، **التوضيح**،(516/3، 517)، المواق،**التاج و الإكليل**،(54/5).

[7] خليل، **التوضيح**،(516/3).

[8] النفراوي، **الفواكه الدواني**،(25/2)، عليش، **منح الجليل**،(367/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(270/2).

[9] بهرام، **الشامل**،(918/2).

قال الدسوقي[1]: "إذا ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح لا يكون ذلك طلاقا وتبقى على عصمته"[2]

المطلب الثاني: قواعد التيسير و رفع الحرج الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير[3]

أولا: صيغ القاعدة

- ما ضاق شيء إلاّ اتّسع[4]
- إذا ضاق الأمر اتسع[5]

ثانيا: معنى القاعدة:

التكاليف الشرعية التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف و مشقة خارجة عن المعتاد، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر و إحراج؛ و لذلك شرعت الرخص[6] فالله تعالى أراد أن تكون شريعة الإسلام شريعة عامة و دائمة، فاقتضى أن يكون تنفيذها بين الأمة سهلا، و لا يكون ذلك إلاّ إذا انتفى عنها الإعنات،[7] و ليست كل المشاق توجب التخفيف فالمشقة تنقسم إلى قسمين هما: [8]

- أحدهما: قسم لا تنفك عنه العبادة كالوضوء والغسل في البرد، والمخاطرة بالنفس في الجهاد وغيرها، فلا يوجب تخفيفا.

---

[1] محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ولد بدسوق و توفي سنة 1230هـ، من مؤلفاته: حاشية على مختصر السعد، حاشية على كبرى السنوسي. الحجوي، الفكر السامي،(130/4)، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(520/1).

[2] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(270/2).

[3] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(448/1).

[4] القرافي، **الذخيرة**،(46/10).

[5] الصاوي، **حاشية الصاوي**،(72/1).

[6] الشاطبي، **الموافقات**،(214/2)،مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص1001)، السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**،(ص220).

[7] ابن عاشور، **مقاصد الشريعة**،(ص271) .

[8] القرافي، **الفروق**،(216/1).

ـ ثانيهما: قسم تنفك عنه العبادة و هو ثلاثة أنواع، ما كان في مرتبة الضرورة فيوجب التخفيف، وما كان في مرتبة التتمات كأدنى وجع في أصبع فلا يوجب التخفيف، و ما كان في مرتبة الحاجة فما قرب من المرتبة العليا فيخفف فيه، و ما قرب من المرتبة الدنيا فلا تخفيف فيه، و ما توسط بينهما فيتجادبه الطرفين.

و للتيسير أسباب هي:[1]

ـ السفر: و هو الخروج مسافة أربعة برد، و من رخصه قصر الرباعية، و الجمع بين الصلاتين، و التيمم و المسح على الخفين.

ـ المرض: يبيح التيمم، و القعود في الصلاة و التخلف عن الجمعة، و الإستنابة في الحج و رمي الجمار، و إباحة محظورات الإحرام.

ـ الإكراه: هو حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، بحيث لا يختار مباشرته لو خلي ونفسه ،[2] و لذا خصوا في سقوط الحد على المكره، و جواز النطق بكلمة الكفر.

ـ الجهل: اعتبره الشرع من أسباب التخفيف في بعض الحالات، مثل الجهل بنجاسة الأطعمة والمياه، من قتل مسلما يظنه حربي في صف الكفار، لو جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر بتأخر طلب الشفعة.

ـ النسيان: يعتبر عذرا يسقط المؤاخذة والإثم، فإن كان الواجب مما لا يمكن تداركه من حقوق الله عز وجل سقط عن المكلف، وإن كان مما يمكن تداركه فيجب ذلك، أما حقوق العباد فلا تسقط بالنسيان.

ـ النقص: لذا لم يكلف الصبي والمجنون، و عدم تكليف النساء بالجمعات و الجمعة و الجهاد.

ـ العسر و عموم البلوى: كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها كدم القروح و الدمامل، و عدم قضاء الصلاة للحائض، تفاهة الشيء ونزارته، كثرة الشيء و امتداد زمن ، شيوع الشيء و انتشاره، أو الاضطرار إليه.

ثانيا: أدلة القاعدة

و أدلة التيسير و رفع الحرج قطعية و كثيرة جدا منها:

1 ـ القرآن الكريم:

---

[1] ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص85)، السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**،(ص238) ، الباحسين، **المفصل**،(210).

[2] التفتازاني، **التلويح شرح التوضيح**،(390/2).

ـ قال الله عز وجل: { **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ** }[1]

وجه الدلالة من الآية: أن الله شرع الرخصة في الصيام، لأنه يريد لعباده اليسر عند المشقة.[2]

ـ قال الله تعالى: {**وَ إِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ**}[3]

ـ وجه الدلالة من الآية: أنّ الله تعالى شرع التيمم عند عدم وجود الماء أو المرض، تخفيفا و تيسيرا على عباده.

ـ قوله تعالى:{ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**}[4]

وجه الدلالة من الآية: " أنّ هذه الحنفية السمحة التي جاء بها سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم أنّها مبنية على التخفيف و التيسير، لا على الضيق و الحرج، و قد رفع الله فيها الآصار و الأغلال التي كانت على من قبلنا "[5]

كلّ هذه الآيات تدل دلالة واضحة على التيسير و رفع الحرج و الإعنات.

ـ من السنة المطهرة:

ـ عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: « إنّما بعثم ميسرين و لم تبعثوا معسرين»[6]

ـ قال أنس بن مالك قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: « يسروا و لا تعسروا، و بشروا و لا تنفروا»[7]

---

[1] البقرة: (185).

[2] ابن عاشور، **التحرير و التنوير**،(185/2).

[3] المائدة: (6).

[4] الحج: (78).

[5] الشنقيطي، **أضواء البيان**،(300/5).

[6] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب:الوضوء، باب: صب الماء على البول في المسجد، رقم: 220،(54/1)،

[7] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الأدب ، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم يسروا ولا تعسروا ، رقم: 6125،(30/8)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الجهاد و السير، باب: في الأمر بالتيسير و ترك التنفير، رقم1734،(ص830)

ـ عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: « إنّ الدين يسر و لن يشاد الدين أحد إلاّ غلبه»[1]

ـ عن عائشة رضي الله عنه قالت قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: « ما خيِّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلاّ اختار أيسرهما ما لم يكن إثما»[2]

وفي الحديث أنه سئل صلى الله عليه و سلم: « أي الأديان أحب إلى الله: قال الحنفية السمحة»[3]

قال الإمام الشاطبي: " و قد سمي هذا الدين بالحنيفية السمحة لما فيه من التسهيل و التيسير"[4]

ـ الإجماع: لقد أجمعت الأمة على أن الشريعة مبنية على التخفيف و التيسير، قال الإمام الشاطبي: " فإن الله لم يقصد إلى التكاليف بالمشاق الإعنات فيه، و الدليل على ذلك أمور: الإجماع على عدم وقوعه وجودا في التكليف، و هو يدل على عدم قصد الشارع إليه، و لو كان واقعا لحصل في الشريعة التناقض و الاختلاف و ذلك منفي عنها؛ فإنه إذا كان وضع الشريعة على قصد الإعنات و المشقة، وقد ثبت أنها موضوعة على قصد الرفق و التيسير؛ كان الجمع بينهما تناقضا و اختلافا، و هي منزهة عن ذلك "[5]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا أكره الزوج على الطلاق فلا يلزمه شيء، وتبقى زوجته في عصمته.[6] و ذلك أن الله تعالى قد جعل الإكراه من أسباب التخفيف و التيسير و أباح به ما هو أعظم من الطلاق، ألا و هو الكفر مع إطمئنان القلب بالإيمان. قال الباجي: " إذا ثبت ذلك فسواء أكره على إيقاع الطلاق أو الإقرار به، أو

---

(1) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الإيمان ، باب:الدين يسر،رقم:39،(16/1)،

(2) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: المناقب ، باب: صفة النبي صلى الله عليه و سلم ،رقم:3560 ،(189/4)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الفضائل، باب: مباعدته صلى الله عليه و سلم عن الآثام و اختياره من المباح أسهله، رقم:2327، (ص1097).

(3) أخرجه البخاري، **في الأدب المفرد**، باب: حسن الخلق إذا فقهوا،رقم:287،(ص108)، أحمد، **في المسند**، مسند: عبد الله بن عباس،رقم:2107،(16/4) و حسنة ابن حجر في فتح الباري(94/1)

(4) الشاطبي، **الموافقات**،(521/1).

(5) الشاطبي، **الموافقات**، (212/2).

(6) المواق، **التاج و الإكليل**،(310/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(544/2).

اليمين به، أو الحنث في يمين لزمت به، كل ذلك لا يلزمه لأنّه معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالإكراه كالإقرار "[1]

و قال الخرشي[2]: " إن أكره على الطلاق فلا يلزمه شيء لا في الفتوى ولا في القضاء "[3]

ـ شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق تيسيرا على الناس، و ذلك إذا تعسر إستقامة العشرة بين الزوجين و خافا أن لا يؤديا حقوق بعضهما البعض.[4]

ـ إذا عقد الولي نكاح البكر بغير إذنها ثم أعلمها بعد العقد بزمن يسير و رضيت به فالنكاح جائز، [5] لأنّ المدة بين العقد و القبول يسيرة، و اليسير مغتفر في الشريعة تيسيرا على الناس.

قال البراذعي[6] : " ولا إذن إلا للبالغة، فإن زوجها وليها بغير إذنها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز، ولا يعد صماتها هاهنا رضى، وإن كانت بغير البلد أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز وإن رضيت."[7]

القاعدة الثانية: الضرورات تبيح المحظورات.[8]

أولا: معنى القاعدة

الضرورة هي بلوغ الحد الذي إذا لم يتناول معه الممنوع حصل الهلاك للمضطر أو قريب منه، كفقد عضو أو حاسة من حواسه؛ بحيث لو بقي المضطر عطشانا أو جائعا أو ممنوعا من الدواء لهلك، فيباح له ما هو ممنوع كأكل، أو شرب، أو دواء، و هذه هي الضرورة التي تبيح المحرم.[9]

---

[1] الباجي، **المنتقى**، (429/5).

[2] محمد بن عبد الله الخرشي ولد بمصر سنة 1010هـ و توفي سنة 1101هـ، من مؤلفاته: الفوائد السنية في شرح المقدمة السنوسية، منتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة لابن حجر. الحجوي، الفكر السامي،(117/4)، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية،(459/1).

[3] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(33/4).

[4] الدردير، **الشرح الصغير**، (536/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (361/2)، ابن ناجي، **شرح الرسالة**،(47/2).

[5] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**، (256)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (228/2).

[6] خلف بن أبي القاسم الأزدي المعروف بالبراذعي لم يذكر تاريخ ميلاده و تاريخ وفاته و هو من كبار تلاميذ ابن أبي زيد القيرواني و القابسي، من مؤلفاته : التهذيب اختصار المدونة، و التمهيد لمسائل المدونة. ابن فرحون، الديباج المذهب،(349/1).

[7] البراذعي، **تهذيب المدونة**،(137/2).

[8] المقري، **القواعد**، (ص422)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص155)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**، (493/2)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(598/2).

[9] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص360).

ثانيا: أدلة القاعدة

1 ـ من القرآن الكريم:

ـ قال الله عز و جل: **{إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}**[1]

ـ قوله سبحانه و تعالى: **{فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ}**[2]

ـ قوله تعالى: **{وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ}**[3]

وجه الدلالة من الآيات أنّ: "كلّ مسلم ألجأته الضرورة إلى شيء إلجاء صحيحا حقيقيا، فهو في سعة من أمره فيه، وقد استثنى الله ـ جلّ و علا ـ حالة الإضطرار في خمس آيات من كتابه، ذكر فيها المحرمات الأربع التي هي من أغلظ المحرمات تحريما هي الميتة و الدم و لحم الخنزير، و ما أهل لغير الله به، فإنّ الله تعالى كلمّا ذكر تحريمها استثنى منها حالة الضرورة، فأخرجها من حكم التحريم."[4]

ـ قال الله سبحانه و تعالى:**{مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ}**[5]

وجه الدلالة من الآية أنّ الإنسان يجوز له التلفظ بكلمة الكفر عن إكراه، و قلبه منشرح بالإيمان؛ فهو في حالة الضرورة، قال القرطبي: " أجمع أهل العلم أنّ من أكره على الكفر حتى خشي على نفسه القتل، أنه لا إثم عليه إن كفر و قلبه مطمئن بالإيمان "[6]

2 ـ من السنة النبوية:

ـ عن أنس قال: « رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير و عبد الرحمن بن عوف في لبس الحرير لحكة بهما.»[7] يدل الحديث أنّ لبس الحرير مباح للرجال عند المرض.

---

[1] البقرة:(173).

[2] المائدة:(3).

[3] الأنعام:(119).

[4] الشنقيطي، **أضواء البيان**،(356/7).

[5] النحل:(106).

[6] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**،(182/10).

[7] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: اللباس باب: ما يرخص للرجال من الحرير للحكة، رقم:5839،(151/7)، مسلم، **في**، كتاب اللباس و الزينة، باب: إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة، أو نحوها، رقم:(2076)،(ص1000)

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ المتوفى عنها زوجها لها أن تكتحل إذا شتكت من عينيها مرضا، فتكتحل في الليل وتمسحه بالنهار،[1] قال الإمام مالك: " لا تكتحل الحاد إلاّ أن تضطر إلى ذلك فإن اضطرت فلا بأس بذلك وإن كان فيه طيب و دين الله يسر "[2]

قال ابن عرفة: " لا تكتحل إلا أن تضطر فتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار من غير طيب فيه " [3]

ـ الأصل أنّ اليتيمة لا تزوج إلاّ بعد البلوغ، لكن اليتيمة الصغيرة إذا بلغت عشرا و خيف عليها إمّا لفساد في دينها كتردد أهل الفسوق عليها، أو ترددها عليهم، و إمّا لضياع في الدنيا لفقرها و قلة الإنفاق عليها، ففي هذه الحالة جاز تزويجها لأن الضرورة تقتضي ذلك.[4]

قال بهرام: " ولا تزوج يتيمة قبل البلوغ على المشهور، وقيل: وهو الصحيح والأظهر وبه الفتيا وإليه رجع مالك. وعنه: إلا لحاجة إن بلغت عشراً ورضيت. وقيل: يجوز لها الخيار إذا بلغت. وقال المتأخرون يجوز بمشورة قاض مع خوف فسادها وبلوغها عشراً. فإن وقع مختلاً صح إن دخل وطال "[5]

قال المواق: " قال مالك في صبية بنت عشر سنين في حاجة تتكفف الناس، لا بأس أن تتزوج برضاها لمكان ماهي فيه من الخصاصة والكشفة "[6]

ـ مشروعية اللعان، فاللعان مستثنى لضرورة حفظ النسب، لأن الأصل في الدعاوى البينة، ولكن في اللعان جعلت الأيمان مقام الشهادة لتعذرها.[7]

ـ النظر إلى المرأة الأجنبية محرم، لكن إذا أراد الرجل خطبة امرأة جاز له أن ينظر إلى وجهها و كفيها. [8] قال القاضي عبد الوهاب: " من أراد نكاح امرأة فله أن ينظر إلى وجهها وكفيها "[1] و قال القرافي: "و أبيح هذا النظر المحرم لضرورة دوام الصحبة إذا دخل على معلوم "[2]

---

[1] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(457/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(686/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(375/4).

[2] سحنون، **المدونة الكبرى**،(433/2).

[3] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(457/4).

[4] الدردير، **الشرح الصغير**،(357/2)، عليش، **منح الجليل**،(276/3).

[5] بهرام، **الشامل**،(322/1).

[6] المواق، **التاج والإكليل**، (56/5).

[7] القرافي، **الذخيرة**،(54/11).

[8] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(305/4)، عليش، **منح الجليل**،(255/3)،

ـ لا يجوز للمسلم أن يخطب على خطبة أخيه المسلم و لكن إذا كان الخاطب فاسقا فيجوز الخطبة على خطبته،[3] قال الباجي: " يحرم خطبة الرجل على خطبة أخيه إذا كان متساويين، متقاربين فأمّا إن كان صالح و فاسق فلا شيء عليه و يجوز له ذلك "[4]

ـ لا يجوز للمعتدة الخروج من بيتها الذي تعتد فيه إلاّ للضرورة، فتخرج في النهار لقضاء حوائجها و تعود لتبيت في بيتها. [5] قال الدردير:" و للمعتدة الخروج في حواجها الضرورية كتحصيل قوت أو ماء أو نحوهما، لا لزيارة ولا تجارة ولا تهنئة ولا تعزية "[6]

المطلب الثالث: قواعد اليقين والاستصحاب الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

القاعدة الأولى: اليقين لا يزول بالشك[7]

أولا:صيغ القاعدة:

ـ اليقين لا يزيله الشك.[8]

ـ الشك ملغى بإجماع.[9]

ثانيا:معنى القاعدة:

الشك هو تردد الأمر بين الوقوع و عدمه من غير ترجيح، و الظن الطرف الراجح، و اليقين هو العلم بالشيء دون تخيل خلافه.[10]

---

[1] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**، (281/3).

[2] القرافي، **الذخيرة**،(191/4).

[3] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(456/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(410/3)،

[4] الباجي **المنتقى**(5/5).

[5] الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(267/4)، الزرقاني،**شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(394/4).

[6] الدردير، **الشرح الصغير**،(689/2).

[7] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(448/1).

[8] ابن عبد البر، **الاستذكار**،(351/4).

[9] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(516/2)

[10] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص90).

فإذا ثبت أمر من الأمور ثبوتا قطعيا، ثم طرأ شك في وجود ما يزيله، فلا يحكم بزوال ذلك اليقين بمجرد الشك إلى أن يتحقق، فالشك أضعف من اليقين فلا يعارضه،[1] قال الإمام القرافي: " هذه قاعدة مجمع عليها و هي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه "[2]

ثالثا: أدلة القاعدة:

ـ من القرآن الكريم:

ـ قال عز وجل: {**وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ** }[3] و فسر القرطبي الحق باليقين و المعنى: أن الظن ليس كاليقين.[4]

و يقول ابن عاشور في تفسير هذه الآية: "و العلم المشوب بشك لا يغني شيئا في إثبات الحق المطلوب وذلك ما يطلب فيه الجزم و اليقين من العلوم الحاصلة بالدليل العقلي لأن الجزم فها ممكن لمن أعمل رأيه إعمالا صائبا إذ الأدلة العقلية يحصل منها اليقين، فأما ما طريق تحصيله الأدلة الظاهرة التي لا يتأتى اليقين بها في جميع الأحوال فذلك يكتفى فيه بالظن الراجح بعد إعمال النظر و هو ما يسمى بالإجتهاد"[5] .

ـ من السنة المطهرة:

ـ عن عباد بن تميم عن عمه: أنه شكا إلى الرسول صلى الله عليه و سلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: « لا ينفتل ـ أو لا ينصرف ـ حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا »[6]

قال النووي رحمه الله: " هذا الحديث أصل من أصول الإسلام و قاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ولا يضر الشك الطارئ " [7]

---

[1] السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**،(ص101)، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص971)،

[2] القرافي، **الفروق**،(201/1).

[3] يونس: (36).

[4] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**،(343/8)

[5] ابن عاشور، **التحرير و التنوير**،(166/11)

[6] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الوضوء ، باب: لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن،رقم:137 ،(39/1)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الحيض ، باب: الدليل عل أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، رقم:361 ، (ص170).

[7] النووي، **شرح صحيح مسلم**،(49/4)

ـ عن أبي سعيد الخذري أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: « إذا شكَّ أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا، فليطرح الشك و ليبن على ما استيقن، ثمّ يسجد سجدتين قبل أن يسلّم، فإن كان صلى خمسا شفعن له صلاته، و إن كان صلى إتماما لأربع كانتا ترغيما للشيطان»[1]

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ فيه حجة بكون الشك غير مؤثر في اليقين، و أنّ البناء على اليقين ولا تأثير للشك فيه.[2]

قال ابن عبد البر: " و في هذا الحديث من الفقه أصل عظيم جسيم يطّرد في أكثر الأحكام و هو أنّ اليقين لا يزيله الشك، و أنّ الشيء مبني على أصله المعروف حتي يزيله يقين لا شك معه "[3]

ـ عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « صوموا لرؤيته و أفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين»[4]

قال ابن عبد البر في شرح هذا الحديث: " و فيه أن اليقين لا يزيله الشك و لا يزيله إلاّ يقين مثله لأنه صلى الله عليه وسلم أمر الناس ألاّ يدعوا ما هم عليه من يقين شعبان إلاّ بيقين رؤية و استكمال العدة و أن الشك لا يعمل في ذلك شيئا....و هذا أصل عظيم في الفقه أن لا يدع الإنسان ما هو عليه من الحال المتيقنة إلاّ بيقين من انتقالها "[5]

الإجماع: قد أجمع العلماء على أصل هذه القاعدة، قال الإمام القرافي " هذه قاعدة مجمع عليها و هي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه "[6]

ـ **دليل العقل:** اليقين أقوى من الشك فيستحيل أن ينقض الضعيف بالقوي، قال مصطفى الزرقا:

---

[1] أخرجه مسلم، **في الصحيح**، كتاب: المساجد و مواضع الصلاة، باب: السهو في الصلاة و السجود له، رقم:571، (ص256).

[2] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الصوم، باب: إذا رأيتم الهلال فصوموا و إذا رأيتموه فأفطروا،رقم:1909 ،(27/3)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الصيام، باب: وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، رقم:1081، (ص481).

[3] ابن عبد البر، **الاستذكار**، (351/4).

[4] القاضي عياض، **إكمال المعلم**، (506/2).

[5] ابن عبد البر، **التمهيد**، (39/2).

[6] القرافي، **الفروق**،(201/1).

" اليقين أقوى من الشك لأن في اليقين حكما قطعيا جازما، فلا ينهدم بالشك "[1]

رابعا: تطبيقات القاعدة:

ـ من شك هل طلق زوجته أم لا، فلا تطلق عليه ولا يؤمر بطلاقها،[2] قال ابن عبد البر: " ولم يختلف أنه لو شك هل طلقها أم لا أنه ليس عليه شيء ولا يلزمه شيء" [3]

و قال القاضي عبد الوهاب: " إذا شك هل طلق أم لم يطلق فلا شيء عليه " [4]، ذلك أن بقاء الطلاق مشكوك فيه، لا يُزيل اليقين الذي هو عصمة الزوجية.

ـ الشك في الرضاع لا يحرم، فمن شك في رضاعه مع امرأة لا تحرم عليه لأن الشك في المانع لا يؤثر.[5]

ـ إذا طلق الرجل إحدى زوجتيه، و شك في أيهما طلق فإنهما تطلقان عليه،[6] لأنّ الطلاق متيقن منه و بقاء عصمة الزوجتين مشكوك فيها.

قال سحنون: " قلت أرأيت إن طلق إحدى امرأتيه ثلاثا فنسيها أيلزمه الطلاق فيهما جميعا أم لا في قول مالك؟ قال مالك: يلزمه الطلاق فيهما جميعا "[7]

---

[1] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص981).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(429/5)،خليل،**التوضيح**،(428/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(379/5)، عليش،**منح الجليل**،(142/4).

[3] ابن عبد البر، **الكافي**،(582/2).

[4] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(854/2).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص78).

[6] المواق، **التاج و الإكليل**،(379/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(65/4).

[7] سحنون، **المدونة الكبرى**، (70/2)

القاعدة الثانية: الأصل بقاء ما كان على ما كان.[1]

أولا: معنى القاعدة

الحكم على شيء في الزمن الحاضر بالحكم الذي كان عليه في الزمن الماضي ما لم يوجد دليل يغيره، فالحكم الثابت بالبراءة الأصلية أو بالدليل هو الأصل و يبقى على حاله حتى يثبت ما يغيره، فما كان متصفا بصفة، أو محكوما له بحكم فيما مضى يبقى على ذلك، فالحلال يبقى حلالا حتى يرد دليل على حرمته، و الواجب يبقى واجبا حتى يرد دليل ينقله إلى الندب.[2]

قال الونشريسي: " الأصل بقاء ما كان على ما كان، و هو المسمى في العرف الأصولي باستصحاب الحال، و هو أصل من أصول الشريعة تدور عليه مسائل و فروع "[3]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ عن عباد بن تميم عن عمه أنه شكا إلى الرسول صلى الله عليه و سلم الرجل يُخَيَّل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: « لا ينفتل أو لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا»[4]

أمر النبي صلى الله عليه وسلم الشَّاكَّ في الحدث أن لا ينصرف من صلاته حتي يَتيقَّن، لأنّ الأصل بقاء الطهارة.

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا ادعى الزوج الإعسار في غيبته لتسقط عنه النفقة، و علم أنه كان موسرا وقت خروج من بلده، فلا يصدق، استصحابا لحاله قبل خروجه، [5] قال ابن رشد: " و إذا قدم فادعى أنه كان في مغيبه معدما، وقد جهل حاله يوم خروجه، على ثلاثة أقوال: أحدها أنه محمول على اليسار، فلا يصدق فيما

---

(1) المقري، **القواعد**،(ص465)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص165)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(488/2)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(600/2).

(2) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة**،(ص247)، شبير، **القواعد الكلية**، (ص145).

(3) الونشريسي، **المعيار المعرب**،(481/4).

(4) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الوضوء،باب: ما جاء في الوضوء، رقم:571،(ص256)، مسلم، في الصحيح، كتاب الحيض، باب: الدليل على أن من تيقن الطهارة و شك في الحدث فله أن يصلي بطهاته تلك، رقم:361،(ص170).

(5) الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(460/4)، الدردير، **الشرح الكبير**،(521/2)، التسولي، **البهجة شرح التحفة**،(619/1).

ادعى من أنه كان في مغيبه معدما، وهو قول ابن الماجشون، في الواضحة، وتأوله بعض أهل النظر، على معنى ما في المدونة، والثاني: أنه يصدق إن قدم معسرا، ولا يصدق إن قدم موسرا، وهو نص قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وظاهر ما في المدونة عندي، و الثالث: أنه يصدق، قدم موسرا أو معسرا، وهو ظاهر قول سحنون، وابن كنانة هاهنا، وأما إن علمت حاله يوم خروجه باليسر أو العدم، فهو محمول على ما علم به من ذلك، وإن قدم على خلاف ذلك. "[1]

ـ مال المفقود لا يقسم على ورثته حتى يثبت موته أو بعد إنتهاء مدة التعمير و هي سبعون سنة على القول المشهور في المذهب، لأنّ الأصل بقاء حياته.[2]

قال ابن القاسم: " قال مالك لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله فيقسم ميراثه من يوم يموت "[3]

القاعدة الثالثة: الأصل براءة الذمة.[4]

أولا: معنى القاعدة

الذمة هي وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له و عليه،[5] و معنى القاعدة أن المكلف بريء من التكاليف و الواجبات الشرعية، و كونه مشغول الذمة بشيء خلاف الأصل لأنّ الذمم خلقت بريئة إلى أن يثبت ذلك بدليل.[6]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ عن بن عباس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لو يعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناس دماء رجال و أموالهم، و لكن اليمين على المدعّى عليه »[7]

---

[1] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(342/5).

[2] القرافي،**الذخيرة**،(22/13)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(156/4).

[3] سحنون، **المدونة الكبرى**،(452/2).

[4] القرافي،**الذخيرة**،(158/1)، المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص142)،ابن جزي، **القوانين الفقهية**،(ص197).

[5] الجرجاني، **التعريفات**،(ص93).

[6] محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية**،(142/1).

[7] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: التفسير، باب: باب آل عمران،رقم:4552،(35/6)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الأقضية،باب: اليمين على المدعي عليه،رقم:1711 ،(ص818).

و في رواية أخرى «لكن البينة على المدعى، و اليمين على من أنكر»[1]

يدل الحديث أن على المدعي الإثبات بالبينة لأنه يستند لخلاف الأصل، و المدعى عليه يكفيه اليمين لأنه يتمسك بالأصل و هو براءة الذمة.

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا ادعى الزوج الخلع و أنكرت ذلك الزوجة؛ فالقول قولها مع يمينها و لزمه الطلاق،[2] لأن الأصل براءة ذمتها من عوض الخلع.

قال الحطاب: " و إذا أقر الرجل أنه خالع زوجته على مال و أنكرته لزمه الطلاق و لم يكن له من المال الذي ادعى عليها شيء و كان ذلك في القول قولها مع يمينها "[3]

قال ابن عرفة: " من أقر بخلع على شيء فأنكرته امرأته ولا بينة وقع الفراق ولا شيء له، وحلفت ما خالعت بشيء "[4]

ـ إذا طلق الرجل زوجته قبل البناء، و تنازعا في مقدار الصداق كأن يقول يعشرة دنانير و قالت هي بخمس عشر، أو صفته كأن يقول الزوج بدنانير يزيدية و تقول هي بدنانير محمدية، فإن القول قول الزوج مع يمينه.[5]

قال القرافي: " إذا تنازع الزوجان في مقداره بعد الطلاق و قبل البناء، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل براءة الذمة، فإن نكل حلفت و أخذت مدعاها "[6]

---

[1] أخرجه الترمذي، **في السنن**، كتاب: الأحكام،باب: ما جاء في البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه، رقم:1341، (19/3)، الدار قطني، **في السنن**، كتاب: المكاتب، باب: خبر الواحد يوجب العمل، رقم:4311، (276/5).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(211/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(533/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(360/2).

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(299/5).

[4] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(118/4).

[5] بهرام، الشامل، (378/1)، الدردير، **الشرح الصغير**، (492/2).

[6] القرافي، **الذخيرة**،(380/4).

القاعدة الرابعة: الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلاّ بيقين.[1]

أولا: معنى القاعدة

معنى شغل الذمة و عمارتها تعلق الحكم بها، و براءتها تكون بتحصيل ذلك الحكم،[2] فذمة المكلف إذا ثبت شغلها بالتكاليف الشرعية أو الحقوق و الإلتزامات، فلا تبرأ من ذلك إلاّ بيقين.[3]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه قال: قال الرسول صلى الله عليه و سلم: « إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلّى؟ ثلاثا أم أربعا؟ فليطرح الشّكّ و لْيَبْن على ما استيقن، ثمّ يسجد سجدتين قبل أن يسلّم. فإن كان صلّى خمسا شَفَعْن له صلاته، و إن كان صلّى إتماما لأربع، كانتا ترغيما للشيطان»[4]

وجه الدلالة من الحديث أنّ الشَّاكَّ يبني على اليقين ولا يكفيه التحرِّي، لأن ذمة المكلف مشغولة بإتمام عدد الركعات؛ فمن شك في ذلك بنى على المتيقن.[5]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا قدم الزوج من سفره و طالبته الزوجة بنفقتها، فقال أنه أرسلها إليها و أنكرت ذلك، فالقول قولها مع يمينها بشرط أن ترفع أمرها إلى الحاكم، لأن ذمته مشغولة بها فلا تبرأ إلاّ بيقين.[6]

قال سحنون: " قلت: أرأيت إن كان غائبا فأقام سنين، ثم قدم فقال قد كنت أبعث إليها بالنفقة وأجريها عليها؟ قال: القول قول الزوج إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى السلطان، فاستعدت في مغيبه،

---

(1) الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص80)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(271/1).

(2) العدوي، **حاشية العدوي على شرح الخرشي**،(67/1).

(3) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة**،(ص65).

(4) أخرجه مالك، **في الموطأ**، كتاب: الصلاة، باب: إتمام المصلي ما ذكر إن شك في صلاته، رقم:92،(130/2)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: المساجد و مواضع الصلاة،باب: السهو في الصلاة و السجود له،رقم:137،(ص256)

(5) الزقاني، **شرح الزقاني على الموطأ**،(356/1).

(6) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(341/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(200/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(748/2).

فإن ذلك يلزم الزوج من يوم رفعت ولا يبرئه إلا أن يأتي بمخرج من ذلك، وإن قال: بعثت إليك لم ينفعه ذلك، وهذا قول مالك."[1]

قال الدسوقي: " أن الزوج إذا قدم من سفر فطالبته الزوجة بنفقتها مدة غيبته فقال: أرسلتها لك أو قال: تركتها لك عند سفري، ولم تصدقه زوجته على ذلك، ولا بينة له فالقول قولها بيمينها إن كانت رفعت أمرها لحاكم في شأن ذلك وأذن لها في الإنفاق على نفسها والرجوع بذلك على زوجها لكن القول قولها من يوم الرفع لا من يوم السفر فإذا سافر في أول السنة، وحصل الرفع في نصفها فلها النفقة من يوم الرفع، وأما نصف السنة الأول فالقول قول الزوج بيمينه "[2]

ـ إذا اختلف الزوجان في قبض ما حل من الصداق قبل الدخول، فالقول قول الزوجة مع يمينها،[3] لأن ذمة الزوج مشغولة به.

قال القاضي عبد الوهاب: " وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها في ذلك قبل الدخول "[4]

قال ابن شاس: " إذا اختلف في قبض معجل الصداق، فإن استقرت عادة صير إليها، وإن لم تكن فالقول قولها، إلا أن تكون مدخولاً بها، فالنص أنه تقبل دعواها، إلا فيما لم يحل منه."[5]

المطلب الرابع: قواعد الضرر الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

القاعدة الأولى: لا ضرر ولا ضرار.[6]

أولا:صيغ القاعدة:

ـ الضرر يزال.[7]

---

[1] سحنون، **المدونة الكبرى**،(181/2).

[2] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(521/2).

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(538/3)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (87/4).

[4] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(124/2).

[5] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(124/2).

[6] **الشاطبي، الموافقات**،(61/3).

[7] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(448/1).

ثانيا:معنى القاعدة:

الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير، أما الضرار فهو مقابلة الضرر بالضرر يعنى الثأر و الانتقام، و هما محرمان في الشريعة و يشمل هذا الضرر العام و الخاص، كما يشمل دفعه قبل وقوعه بطرق الوقاية، و رفعه قبل وقوعه قدر الإمكان و إزالة آثاره، و هذا يدل على وجوب اختيار أخف الضررين و أهون الشرين دفع أعظمهما، لأن في ذلك تخفيفا للضرر عندما لا يمكن حسمه بتاتا، و لذلك كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة و إن لحقهم الضرر، لأن في ذلك عدل و دفع لضرر أعظم.[1]

ثالثا:أدلة القاعدة

ـ من القرآن الكريم:

لقد ورد في القرآن الكريم عدة آيات تمنع الضرر منها:

ـ قوله تعالى: **{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}**[2]

دلالة الآية واضحة عن النهي عن إيقاع الضرر على المطلقات، فالزوج إن لم يطق الإنفاق بالمعروف أطاق الإحسان بالطلاق، و إلاّ فالإمساك مع عدم الإنفاق ضرار،[3] كما ورد في الآية أنّ : " الرجعة بقصد الإضرار حرام إجماعا، كما دلّ عليه مفهوم الشرط المصرح به في قوله: ولا تمسكوهنّ ضرار الآية، و صحة رجعته حينئذ باعتبار ظاهر الأمر، فلو صرّح للحاكم بأنّه ارتجعها بقصد الضرر لأبطل رجعته "[4]

ـ قال الله تعالى: **{ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ }**[5]

وجه الدلالة من الآية: لا يجوز للأم رفض إرضاع ولدها إضرارا بأبيه أو طلب أكثر من أجر مثلها، كما أنّه لا يحلّ للأب منع الأم من إرضاع ولدها و هي ترغب في ذلك.[1]

---

[1] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص990).

[2] البقرة: (231).

[3] ابن العربي، **أحكام القرآن**،(166/1).

[4] الشنقيطي، **أضواء البيان**،(103/1).

[5] البقرة: (233).

ـ و قوله عز و جل:{ **وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ** }[2]

وجه الدلالة من الآية: المضارّة معناها إدخال الضرر بأن يوقع المتعاقدين الكاتب و الشهيد في الحرج و الخسارة، أو يوقع الشاهدان أحد المتعاقدين في إضاعة حق أو تعب بكتم الشهادة.[3]

ـ قوله تعالى: {**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**}[4]

ووجه الدلالة من الآية: أنّه ليس للموصي أن يضر بالورثة كأن يقر بدين في مرضه، أو يوصي بأكثر من الثلث.[5]

ـ قال الله عز وجل:{**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ**}[6]

وجه الدلالة من الآية: أنّ الله عز وجل لما أمر بإسكان المطلقات، أتبع ذلك بالنهي عن الإضرر بهن في مدة العدة، كضيق محلّ أو تقتير في النفقة، أو يراجعها لتطويل عدتها.[7]

ـ من السنة النيوية:

ـ عن بن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار»[8]

فالحديث و إن كان ظنيا إلاّ أنه داخل تحت أصل قطعي، فالضرر و الضرار منعه مبثوث في وقائع جزئيات و قواعد كليات، و منها نهى الشرع عن التعدي على النفوس و الأموال و الأعراض.[9]

---

[1] القرطبي، **أحكام القرآن**،(167/3).

[2] البقرة: (282).

[3] ابن عاشور، **التحرير و التنوير**، (117/3).

[4] النساء: (12).

[5] ابن العربي،**أحكام القرآن**، (80/5).

[6] الطلاق:(6).

[7] ابن عاشور، **التحرير و التنوير**،(327/28).

[8] أخرجه مالك، **في الموطأ**، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم:2758،(1078/4)، أحمد، **في المسند**، مسند عبد الله بن عباس،رقم:2865 ،(55/5)، الدار قطني، **في السنن**، كتاب: البيوع، باب: الجعالة،رقم:3079 ، (51/4)، ابن ماجة، **في السنن**، كتاب: التجارات باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، رقم:2341 ، (ص398)، صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة،(498/1).

[9] الشاطبي، **الموافقات**،(185/3).

ـ عن سمرة بن جنذب أنه كان له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: و مع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخلة فيتأدى به و يشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه و سلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه، فأبى،فطلب إليه أن يناقله، فأبى، قال: « فهبه له و لك كذا و كذا» أمرا رغبه فيه، فأبى، فقال: « أنت مضار» فقال النبي صلى الله عليه و سلم للأنصاري: « اذهب فاقلع نخله»[1]

دلّ هذا الحديث على أن الإنسان إن استعمل حقه بوجه يلحق الضرر بالغير، فإن الشرع يزيل هذا الضرر.

ـ **الإجماع**: حكى ابن العربي الإجماع في ذلك حيث قال: " و الضرر لا يحل بإجماع، و بالنص: لا ضرر ولا ضرار. "[2]

رابعا:تطبيقات القاعدة:

ـ إذا كان في أحد زوجين عيب من العيوب و لم يعلم بذلك الطرف الآخر إلاّ بعد بالعقد، فإن للسليم منهما الخيار في البقاء أو فسخ النكاح لما في ذلك من الضرر عليه،[3] قال بهرام: " ولكل من الزوجين الخيار بعيب صاحبه إن لم يعلم به قبل العقد، أو حينه، أو لم يرض، وإن بتلذذ بعد علمه "[4]

ـ إذا كان الزوج موسرا ثم أعسر و لم يقدر على النفقة، فإن للزوجة فسخ النكاح أو المقام معه على ذلك لما في عدم الإنفاق من الضرر عليها،[5] قال القاضي عبد الوهاب: " إذا أعسر بالنفقة ولم ترض المقام معه ضرب له أجل وتُلُوِّمَ في أمره فقيل: شهر، وقيل: الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها، فإن أنفق وإلا طلقت عليه "[6]

---

[1] أخرجه أبو داود، **في السنن**، كتاب: الأقضية، باب: أبواب من القضاء، رقم:3636، (34/4)، ضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود،(ص292).

[2] ابن العربي، **أحكام القرآن**، (628/1).

[3] مالك بن أنس، **المدونة**،(211/2) و ما بعدها، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(ص67/2) و ما بعدها،الدردير،**الشرح الصغير**،(470/2)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**،(277/2).

[4] بهرام، **الشامل**،(350/1).

[5] القرافي، **الذخيرة**،(443/4)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(196/4)، الدردير،**الشرح الصغير**،(745/2).

[6] القاضي عبد الوهاب،**المعونة**،(784/1).

و قال ابن الحاجب: " و يثبت لها حق الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة لا الماضية "[1]

ـ إذا حلف الزوج على الإمتناع عن وطء زوجته، فإنه ينظر مدة أربعة أشهر للفيئة و إلاّ طلق فإن أبى طلق عليه الحاكم، لأن في إمتناع الزوج عن الوطء إضرارا بالزوجة،[2] قال سحنون: " إن مضى من السنة أربعة أشهر و لم يطأ وقف، فإمّا فاء و إلاّ طلق عليه "[3]

قال القاضي عبد الوهاب: " إذا وقف بعد مضي المدة فامتنع من الفيء والطلاق، طلق الحاكم عليه"[4]

ـ إذا راجع الرجل زوجته ثم طلقها، فلها أن تبني على عدتها إن لم يمسها، دفعا لضرر التطويل عنها إن قصد ذلك .[5] قال الصاوي: " و لا تبني على عدة الطلاق الأول، لأنّ الارتجاع هدمها و كل هذا ما لم يفهم منه الضرر بالتطويل عليها كأن يراجعها إلى أن يقرب تمام العدة فيطلقها، فإنها تبني على عدتها الأولى إن لم يطأ بعد الرجعة "[6]

ـ إذا رد الولي الخُطَّاب ردا متكررا فإنه يكون عاضلا لوليته، فيأمره الحاكم بالتزويج فإن امتنع زوجها عنه و هذا بعد أن يتحقق من عضله و لو لمرة،[7] لأن في ذلك ضررا على المرأة و الولاية شرعت رعاية لمصالحها و ليس للإضرار بها قال الخرشي: "إن الأب في ابنته المجبرة لا يكون عاضلا بردّ خاطب أو خاطبين و هو مراده بالمتكرر أي برد متعدد من الخطاب لما جبل عليه من الحنان و الشفقة و لجهلها بمصالح نفسها فربما علم الأب من حالها أو حال الخاطب ما لا يوافق حتى يتحقق إضراره، فإن تحقق قال له الإمام إمّا أن تزوج و إلا زوجناها عليك "[8]

---

[1] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص333).

[2] بهرام، **الشامل**، (443/1)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(98/4)، عليش، **منح الجليل**،(217/4).

[3] سحنون،**المدونة الكبرى**،(417/5).

[4] القاضي عبد الوهاب،**الإشراف**،(762/2).

[5] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(266/2)،الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(420)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (500/2)، الدردير،**الشرح الصغير**،(715/2).

[6] الصاوي، **حاشية الصاوي**،(715/2).

[7] بهرام، **الشامل**، (326/1)،المواق، **التاج و الإكليل**،(72/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(232/2).

[8] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(189/3).

ـ إذا غاب الولي المجبر غيبة بعيدة و لم يرج قدومه، فإن الحاكم يزوج ابنته، أمّا من خرج لتجارة و نيته العودة فلا تزوج،[1] لأن في ذلك ضررا عليها بتفويت الزوج الكفء عليها، قال ابن رشد: " وأما إذا كانت غيبته بعيدة منقطعة مثل إفريقية أو طنجة أو الأندلس من مصر وما أشبه ذلك، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال: أحدها أن الإمام يزوجها إذا دعيت إلى ذلك، وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذي هو به، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية وفي المدونة، وأما من خرج تاجرا وليس يريد المقام بتلك البلاد فلا يهجم السلطان على ابنته أنها لا تزوج "[2]

القاعدة الثانية: إذا تقابل مكروهان أو ضرران، و لم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما.[3]

أولا: صيغ القاعدة

ـ إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر.[4]

ـ ترجيح المفسدة على المفسدة يسقط اعتبارها ارتكابا لأخف الضررين، عند تعذر الخروج عنهما.[5]

ثانيا: معنى القاعدة

من المعلوم أن الشريعة جاءت لجلب المصالح و درء المفاسد بقدر الإمكان، و لا يمكن دفع الضرر بآخر أشد أو مساو له، فإذا تعارض في الفعل ضرران و كان أحدهما أخف من الآخر، وجب ارتكاب أصغرهما و أهونهما و دفع الضرر الأشد و الأكبر، لأنّ مباشرة المحظور لا تجوز إلاّ للضرورة و لا ضرورة في حق الزيادة، و مراعاة أعظم الضررين بإزالته، و ذلك أنّ المفاسد تراعى نفيا، و المصالح تراعى إثباتا، و هذه القاعدة هي للموازنة بين المفاسد، فرتب المفاسد تختلف بعضها عن بعض.[6]

---

(1) الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(345/3،344)، المواق، **التاج والإكليل**،(66،67/5)،الحطاب،**مواهب الجليل**، (3/ 435 ،436).

(2) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(328/4).

(3) الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص95)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(280/1).

(4) الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص158)، المنجور،**المنهج المنتخب**، (502/2)

(5) المقري، **القواعد**،(ص327).

(6) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص156)، محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية**،(226/1).

ثالثا: أدلة القاعدة

1 ـ من القرآن الكريم:

ـ قال الله سبحانه و تعالى:{ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ**}[1]

ـ قال الله عز و جل: {**وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ**}[2]

هاتان الآيتان تتحدثان عن قتال المشركين في البلد الحرام و الأشهر الحرم، و بين الله عز و جل أن ذلك جائز لأن فتنة الكفر أشد و أعظم من القتال، و قال السعدي في تفسيره: " و لما كان القتال عند المسجد الحرام، يتوهم أنه مفسدة في هذا البلد الحرام، أخبر تعالى أن المفسدة بالفتنة عنده بالشر والصد عن دينه، أشد من مفسدة القتل، فليس عليكم – أيها المسلمون – حرج في قتالهم، ويستدل بهذه الآية على القاعدة المشهورة، وهي: أنه يرتكب أخف المفسدتين، لدفع أعلاهما."[3]

2 ـ من السنة النبوية:

ـ عن أنس بن مالك أنّ أعرابيا بال في المسجد فقاموا إليه فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم:« لا تزرموه» ثم دعا بدلو من الماء فصب عليه.[4]

وجه الاستدلال من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه أن يدعوا الأعرابي، لسببين: حتى لا تتنجس ثيابه و مواضع كثيرة من المسجد، و حتى لا يتضرر، و في هذا دفع لأشد الضررين بأخفهما.[5]

---

[1] البقرة:(217).

[2] البقرة:(191).

[3] السعدي، **تفسير السعدي**،(89/1).

[4] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الأدب، باب: الرفق في الأمر كله،رقم:6025،(12/8)، مسلم،**في الصحيح**، كتاب: الطهارة، باب:وجوب غسل البول و غيره من النجاسات، رقم:284 ،(ص144).

[5] النووي، **شرح صحيح مسلم**،(191/3).

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا وكلت المرأة وليين فعقدا لها، و دخل بها الزوج الثاني غير عالم بالزوج الأول، فهي له ارتكابا لأخف الضررين لأن نكاح الثاني صحبه الدخول و الأول لم يصحبه دخول.[1]

قال القاضي عبد الوهاب"إذا أذنت لوليين فزوجاها، ثم علم الأول بعد دخول الثاني، ثبت عقد الثاني وانفسخ عقد الأول، وقال أبو حنيفة والشافعي عقد الأول ثابت على كل حال.

ودليلنا أنه إجماع الصحابة، لأنه مروي عن عمر والحسن ومعاوية، وذكره بعض أصحابنا عن علي رضي الله عنه، فأما حديث عمر فروي أنه قضى في الوليين ينكحان المرأة ولا يعلم أحدهما بصاحبه أنها للذي دخل بها، فإن لم يدخل بها أحدهما فهي للأول "[2]

قال ابن شاس: " إذا أذنت لوليين ولم تعين الزوج، فعقد كل واحد منهما مع شخص، ولم يعلم أحد الزوجين بصاحبه حتى دخل بها أحدهما، فهي للذي دخل بها منهما، ويفسخ نكاح الآخر."[3]

ـ إذا تزوجت المرأة بالولاية العامة مع وجود الولي غير المجبر، فإن دخل و طال الزمن وولدت الأولاد فلا يفسخ النكاح، لأن مفسدة ذلك أعظم من مفسدة إقرار النكاح.[4]

قال ابن يونس: " قيل لمالك فلو أن امرأة لها قدر تزوجت بغير أمر ولي، فوَّضت أمرها إلى رجل فرضي الولي بعد ذلك، أيثبت النكاح؟ فوقف فيه.

وقال ابن القاسم: إذا أجازه الولي بالقرب جاز، وسواء دخل الزوج أم لا وإن أراد فسخه بحدثان الدخول كان ذلك له وفسخه، فأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان ذلك صوابا ولم يفسخ، وقاله مالك وغير واحد من الرواة "[5]

قال الخرشي: " أنّ المرأة الشريفة أي صاحبة القدر و المال و الجاه و النسب، إذا عقد نكاحها بالولاية العامة مع وجود الخاص و هو غير مجبر، فإن لم يعثر على ذلك إلاّ بعد أن دخل بها زوجها و

---

(1) سحنون، المدونة الكبرى،(168/2)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(253/3)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**، (234/2).

(2) القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(697/2).

(3) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(29/2).

(4) القرافي، **الذخيرة**،(240/4)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(315/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(362/2).

(5) ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(65/9).

طال مكثها معه السنين الكثيرة أو ولدت الأولاد فإن نكاحها لا يفسخ حينئذ، فالولد الواحد و الولدان و السنة و السنتان لا يكونان طولا و للولي الأقرب حينئذ رد النكاح و إجازته."[1]

ـ النكاح الفاسد لصداقه لكونه خمرا أو مجهولا، فإنه يُصحح بصداق المثل بعد الدخول لأن ضرر الفسخ أشد من ضرر إمضاء هذا النكاح الفاسد ،[2] قال ابن عبد البر: " وفساد الصداق يفسد النكاح قبل الدخول ويصح بعد الدخول مع مهر المثل. "[3]

قال ابن جزي: " و ما فسد لصداقه فسخ قبل البناء و ثبت بعده "[4]

المطلب الخامس: قواعد العرف و العادة الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

القاعدة الأولى: العادة محكمة[5]

أولا:معنى القاعدة

1ـ تعريف العادة:

العادة لغة :هي الديدن و الدأب و الاستمرار على الشيء و سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها،[6]أما في الاصطلاح لها عدة تعاريف منها:

ـ هي الأمر الذي يقرر في النفوس و يكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة.[7]

ـ تكرار الشيء و عوده تكرارا كثيرا يخرج عن كونه واقعا بطريق الاتفاق.[8]

و معنى القاعدة أن عادات الناس المطردة و الجارية بينهم في تعاملاتهم شؤون حياتهم معتبرة و مرجوع إليها، فتكون حكما لإثبات حكم شرعي عند عدم ورود نص بخلافها، أو ورد نص يخالفها لكنه

---

(1) الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(182/3).

(2) بهرام، **الشامل**،(384/1)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(238/2)، عليش، **منح الجليل**،(303/3).

(3) ابن عبد البر، **الكافي**، (ص553/2).

(4) ابن جزي، **القوانين الفقهية**،(ص140).

(5) المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(448/1)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**، (2/4)، الصاوي، **حاشية الصاوي**،(7/4)، الوزاني، **النوازل الكبرى**،(208/8).

(6) الزبيدي، **تاج العروس**،(390/2)،.

(7) ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص101).

(8) ابن أمير الحاج، **التقرير و التحرير في شرح التحبير**،(350/1).

عام، فيحكم بالعادة على أقوال و أفعال الناس وسائر تصرفاتهم،[1] و العادة و العرف بينهما عموم وخصوص مطلق، فكل عرف هو عادة، و ليست كل عادة عرفا.[2]

و لكي تكون العادة حكما على تصرفات الناس يشترط فيها شروط هي:[3]

1 ـ أن تكون العادة غالبة مطردة: و المقصود من هذا أن يكون العمل بها في أكثر الحوادث، ولا تتخلف إلاّ نادرا، قال الإمام السيوطي: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا "[4] و قال ابن نجيم: " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[5]

2 ـ ألاّ تخالف العادة أو العرف دليلا شرعيا أو أصلا قطعيا في الشريعة: إذا خالفت العادة نصا من كتاب أو سنة أو إجماع لم يكن له اعتبار لأن الشرع مقدم على العرف.

3 ـ أن تكون العادة قائمة وقت إنشاء التصرف الذي تحمل عليه: فالعادة التي تحكم أمرا من أمور الناس يجب أن يكون موجودة عند وجود هذا الأمر حتى يصح حمله عليها، قال السيوطي: " العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"[6]

4 ـ أن لا يعارض العادة تصريح بخلافها: العادة لا تعتبر إذا كان هناك تصريح يخالف ما تعارف عليه الناس، فالحكم المتعارف عليه من قبيل الدلالة، فإن صرح بخلافه بطلت تلك الدلالة، فمن القواعد المقررة أنه لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح.

5 ـ أن تكون العادة عامة أو خاصة غير محصورة: أن تكون العادة فاشية في جميع البلاد، أو مخصوصا بمكان دون آخر أو بفئة من الناس دون أخرى.

ثانيا:أدلة القاعدة:

1 ـ من القرآن الكريم:

ـ قال الله تعالى: {**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا**}[1]

---

[1] الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**،(ص219)، البورنو، **الوجيز**،(ص276).

[2] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص874).

[3] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص897)،الباحسين، **قاعدة العادة محكمة**،(ص64)، السدلان، **القواعد الفقهية الكبرى**،(ص352).

[4] السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(151/1).

[5] ابن نجيم، **الأشباه و النظائر**،(ص103).

[6] السيوطي، **الأشباه و النظائر**،(160/1).

وجه الإستدلال بالآية أن الله تعالى أحال مقدار نفقة و كسوة المرضع إلى العرف.

ـ قال سبحانه و تعالى: {**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**}[2]

وجه الدلالة من الآية: " أنّ قدر المتعة لا تحديد فيه شرعا لقوله تعالى: على الموسع قدره و على المقتر قدره، فإن توافقا على قدار معين فالأمر واضح، و إن اختلفا فالحاكم يجتهد في تحقيق المناط "[3]

ـ قوله عز وجل: { **فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ** }[4]

ـ قال سبحانه و تعالى: {**لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا** }[5]

و جه الدلالة من الآيتين : أن الله عز و جل أرجع تقدير النفقة و الكفارة إلى العرف قال ابن العربي في مسألة تقدير الإنفاق : " قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي، و إنما أحاله الله سبحانه على العادة، و هي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، و ربط به الحلال و الحرام، و قد أحاله على العادة فيه و في الكفارة "[6]

2 ـ من السنة النبوية:

ـ عن ابن مسعود قال « ما رآه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن، و ما رأوه سيئا فهو عند الله سيئ»[7]

الأمور التي استحسنها الناس في شؤون حياتهم و تعاملاتهم، فهي معتبرة معتد بها في الشرع ما لم تخالفه، و الأمور التي استقبحوها فهي غير معتبرة.

ـ و قال الرسول صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة:« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1]

---

[1] البقرة: (233).

[2] البقرة: (241).

[3] الشنقيطي، **أضواء البيان**، (152/1).

[4] المائدة: (89).

[5] الطلاق: (7).

[6] ابن العربي، **أحكام القرآن**، (289/4).

[7] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند عبد الله بن مسعود،رقم:3600 ،(84/6)، الطبراني، **في المعجم الكبير**،رقم:(8583)، (118/9)، الهيثمي، **في مجمع الزوائد**،كتاب: العلم، باب: في الإجماع،رقم:832،(241/1)، و قال رجاله موثقون.

و معنى المعروف في الحديث القدر الذي يكفي الزوجة في حاجياتها حسب العرف و العادة.

ـ عن عمرة بنت عبد الرحمن أنّ عائشة رضي الله عنها قالت: « لو أدرك الرسول صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل »[2]

ـ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم الرسول صلى الله عليه و سلم المدينة و هم يسلفون في التمر السنتين و الثلاث، فقال: « من أسلف في شيء ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم »[3]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا تنازع الزوجان في متاع البيت فالمرأة المعتاد للنساء مع يمينها، و للرجل المعتاد للرجال مع يمينه، وما كان مشتركا بينهما فهو للرجل بيمين لأن البيت بيته،[4] و قيل بدون يمين و قد ذكر ابن رشد أن اليمين تكون في حال تنازع الورثة أو أحد الزوجين مع الورثة ولا يمين في تنازع الزوجين بل يقضى لكل واحد منهما بالمعتاد له.[5]

قال ابن جزي: " إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينه لهما ولا لأحدهما نظر فما كان من متاع النساء كالحلي و الغزل و ثياب النساء وخمرهن حكم به للمرأة مع يمينها وما كان من متاع الرجل كالسلاح والكتب وثياب الرجال حكم به للرجل مع يمينه وما كان يصلح لهما جميعا كالدنانير و الدراهم فهو للرجل مع يمينه وقال سحنون ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين "[6]

ـ إذا تنازعا الزوجان في قبض ما حلّ الصداق بعد البناء، و كان العرف عندهم تأخيره فالقول للزوجة مع يمينها،[7] قال ابن الحاجب: " و إذا اختلفا في معجل الصداق أو ما تعجل قبل الدخول

---

[1] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، رقم: (5364)، (65/7)، أخرجه مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، رقم:(1714)،(ص819).

[2] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الصلاة، باب:إنتظار الناس قيام الإمام العالم ، رقم:869،(173/1)،مسلم،**في الصحيح**،كتاب:الصلاة، باب: خروج النساء إلى المساجد،،رقم:445،(207/1).

[3] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: السلم، باب:السلم في وزن معلوم ، رقم:2240 ،(85/3)،مسلم، **في الصحيح**، كتاب:المساقاة و المزارعة، باب:السلم،رقم: 1603،(753/2).

[4] سحنون، المدونة الكبرى،(267/2)،خليل،**التوضيح**،(251/4)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(56/4)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (336/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(88/4).

[5] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(445/5).

[6] ابن جزي، **القوانين الفقهية**،(ص.

[7] ابن عبد البر، **الكافي**،(557/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(300/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(496/2).

فالقول قولها، و بعد الدخول فالقول قوله، و في المؤجل قولها، و قال أبو إسحاق إن كان العرف لا يتأخر المعجل عن الدخول فالقول قوله، و إلا فالقول قولها "[1]

ـ إذا ادعى الزوج أنه نكحها تفويضا، و ادعت أنه سمى لها الصداق، فالقول قوله مع يمينه إن كان في قوم اعتادوا التفويض، و إن كان في قوم اعتادوا التسمية، فالقول قولها مع يمينها.[2]

قال ابن شاس: " و لو ادعت التسمية فأنكر الزوج أصل التسمية فالقول قوله، إلاّ أن تكون العادة خلاف قوله "[3]

قال الخرشي: " إذا ادعى الزوج أو ورثته بعد موته أنه نكحها نكاح تفويض، أو ادعت هي في الطلاق أو ورثتها بعد موتها، أنه نكحها نكاح تسمية فإن القول قول الزوج أو ورثته فيثبت لها الميراث ولا صداق لها لكن بشرط أن يكونوا من قوم عادتهم التفويض فقط أو تارة و تارة، أمّا لو كان عادتهم التسمية فقط أو كان التفويض قليلا بالنسبة إلى التسمية فإن القول لمدعي التسمية بيمين "[4]

القاعدة التاسعة: العادة هل هي كالشاهد أو الشاهدين.[5]

أولا: صيغ القاعدة:

ـ النكول هل هو كالإقرار أولا؟[6]

ثانيا: معنى القاعدة:

اعتبار الأعراف والعوائد من القواعد التي يبنى عليها الكثير من الأحكام، فيرجع إليها في تفسير الألفاظ في العقود، والأيمان، والوقف، والوصية، والمكاييل والموازين، والنزاع في أثاث البيت بين الزوجين، و غيرها من الأفعال غير المنضبطة التي تبنى عليها الأحكام، و اختلف العلماء في العادة إذا شهدت

---

[1] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص284)

[2] الدردير، **الشرح الصغير**،(494/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(334/2) .

[3] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(124/2).

[4] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(299/3).

[5] المقري، **القواعد**،(ص319)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص168)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(444/1)، السجلماسي،**شرح القواعد الثمينة**،(752/2).

[6] المقري، **القواعد**،(ص319)، ميارة، **الروض المبهج**،(ص209)،

لأحد المتخاصمين، هل تكون في حكم شهادة الواحد، لابد لها من اليمين، أم تكون كشهادة شاهدين لا تفتقر لليمين.[1]

ثالثا:أدلة القاعدة

1 ـ القرآن الكريم

ـ قوله تعالى: {**خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِين**} [2]

فسر بعض العلماء الأمر بالعرف في الآية اعتبار عادات الناس الحسنة و ما تواطؤا عليه من الأمور التي تخدم مصالحهم.[3]

ـ قال الله عز و جلّ: {**وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**} [4]

أمر الله أن يكون المهر بما تعارف عليه الناس.

2 ـ السنة النبوية

و قال الرسول صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة:« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[5]

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر هند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بما تعارف عليه الناس و اعتادوه.

رابعا: تطبيقات القاعدة:

ـ إذا زوج الأب ابنه الرشيد و هو حاضر ساكت، حتى إذا فرغ الأب من العقد اعترض الابن، فإن الابن يصدق في عدم رضاه بيمينه، فإن لم يحلف لزمه الصداق و عليه نصف الصداق، و هذا هو المشهور بناء على أن العادة كالشاهد.[6]

---

[1] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقهية**،(ص356).

[2] الأعراف:(199).

[3] المراغي، **تفسير المراغي**،(147/9).

[4] النساء:(25).

[5] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، رقم: (5364)، (65/7)، أخرجه مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، رقم:(1714)،(ص819).

[6] المواق، **التاج و الإكليل**، (104/5)،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(246/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (355/3).

قال ابن يونس: " ومن زوج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضر صامت، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن: ما أمرته ولم أرض، ولكن صمت لأني علمت أن ذلك لا يلزمني، فليحلف ويكون القول قوله." [1]، و قال ابن عبد البر: " ومن أنكح ابنه البالغ وهو حاضر صامت ثم قال لم أرض صدق مع يمينه "[2]

ـ عند النزاع في المسيس في خلوة الاهتداء القول للزوجة مع يمينها على المشهور في المذهب و يجب لها الصداق،[3] و هذا بناء على أن العادة كالشاهد قال سحنون: " قلت: أرأيت إن قال الزوج بعدما دخل بها وأرخى الستور: لم أجامعها وقالت المرأة قد جامعني أيكون عليه المهر كاملا أو نصف المهر في قول مالك؟ قال مالك: عليه المهر كاملا والقول قولها."[4]

قال الدسوقي: " أن الزوج إذا اختلى بزوجته خلوة اهتداء أي خلا بينه وبينها، ثم طلقها وتنازعا في المسيس فقال الزوج: ما أصبتها وقالت هي: بل أصابني فإنها تصدق في ذلك بيمين كانت بكرا أو ثيبا كان الزوج صالحا أم لا".[5]

القاعدة العاشرة: العرف كالشرط[6]

أولا: معنى القاعدة

الأمور التي تعارف عليها الناس وجرى تعاملهم بها، ممّا لا نص فيه يحكَّم فيها العرف ما لم يتم تصريح بخلافه، فالعرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط.[7]

ثانيا: أدلة القاعدة

أدلة القاعدة هي نفسها أدلة قاعدة العادة محكمة.

---

[1] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(69/9).

[2] ابن عبد البر، **الكافي**،(528/2).

[3] خليل ابن اسحاق، **التوضيح**،(216/4)،ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(5/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**، (184،185/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(438/2).

[4] سحنون، **المدونة الكبرى**،(320/2)

[5] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(301/2).

[6] القرافي، **الذخيرة**،(376/4)، التسولي، **البهجة شرح التحفة**،(441/1).

[7] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة**،(ص385).

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ الهدية التي جرى بها العرف، و كانت بعد العقد و قبل البناء، قيل أنها تتشطر بالطلاق كالمهر بناء على أنّ العرف كالشرط، و قيل لا تتشطر حكمها حكم الهدية المتطوع بها.[1] قال ابن رشد: " فأما الهدية المشترطة فحكمها حكم الصداق في جميع الأحوال، وأما الهدية التي جرى بها عرف فأجراها ابن حبيب على القول بوجوب القضاء بها، مجرى الصداق يرجع بنصفها في الطلاق، فعلى قوله: إن طلق قبل أن يدفعها يلزمه نصفها. وأبطلها مالك رحمه الله عن الزوج في الموت والطلاق "[2]

قال ابن عرفة: " وتقدمه في الهدية: هو أن يعهد إلى الناس أن لا هدية لزوجة على زوجها إلا بشرطها عليه، والقياس على وجوب القضاء بها. إذا حكم للعرف بحكم الشرط. كونها كالمهر يجب عليه نصفها بالطلاق وجميعها بالبناء أو بموت أحدهما، ومالك أبطلها بالطلاق أو بموت أحدهما حسبما قاله في سماع عيسى ووجه قوله أنه حكم لها بحكم الصلة المراد بها عين الموصول."[3]

المبحث الثاني: القواعد الفقهية الكلية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

القاعدة الأولى: ما قرب من الشيء هل له حكمه، أم لا؟[4]

أولا:صيغ القاعدة:

ـ اختلف المالكية في إعطاء ما قارب الشيء حكمه أو بقائه على أصله.[5]

ـ هل قريب الشيء كالشيء؟[6]

ـ ما قارب الشيء، هل هو كهو في الحكم، أو لا؟[7]

---

[1] المواق، **التاج و الإكليل**،(210/5)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(523/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(457/2)، عليش، **منح الجليل**،(483/3).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(70/5).

[3] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(19/4).

[4] القرافي،**الذخيرة**،(230/5)،الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص70)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(152/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(246/1).

[5] المقري، **القواعد**،(ص121).

[6] المنجور، **المنهج المنتخب**،(152/1).

[7] الشنقيطي، **إعداد المهج**،(ص42).

أولا:معنى القاعدة

الأصل أنّ كل شيء يعطى حكم نفسه لا حكم غيره، أمّا إعطاؤه حكم غيره فهو محل خلاف بين العلماء، و هذه القاعدة مستثناة من أصل شرعي قوي هو قاعدة "لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده "، غير أنّها مبنية على مبدأ شرعي راسخ هو قياس مقارب الشيء لشدة الشبه بينهما مع ما يترتب عليها من اعتبار مقاصد شرعية كرفع الحرج و التوسعة على الناس، و بما أنّ هذه القاعدة يتنازعها هذان الأصلان القويان، فقد وقع فيها الخلاف، غير أنّ الذي تدل عليه كثرة ذكرها في كتب الفقه هو الاعتماد عليها في شتى المذاهب و الاستناد عليها في ما لا يحصى من الفروع الفقهية.[1]

ثالثا:أدلة القاعدة

2 ـ القرآن الكريم:

ـ قال الله عز وجل: {**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا**} [2]

ـ قال الله سبحانه و تعالى:{**فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ**}[3]

وجه الدلالة من الآيتين: معنى إذا قمتم للصلاة إذا أردتم أداء الصلاة، أي إرادة الفعل و مقاربته، وهذا كقوله تعالى " فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله " و مثل هذا في القرآن كثير.[4]

2 ـ السنة النبوية

ـ عن النعمان بن بشير قال سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول:«إنّ الحلال بين و إن الحرام بين، و بينهن أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه

---

[1] بدي أحمد سالم، **معلمة زايد**، (431،432/8).

[2] المائدة:(6).

[3] النحل:(98).

[4] القرطبي، **أحكام القرآن**،(348/6).

وعرضه، و من وقع في الشبهات و قع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، و إن لكل ملك حمى ألا إن حمى الله محارمه»[1]

حذر الرسول صلى الله عليه و سلم من الوقوع في الشبهات؛ لأن الوقوع فيها مقرب للوقوع في الحرام، فدل هذا على أن ما قرب من الشيء يأخذ حكمه.

ـ عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: « إن الدين يسر و لن يشاد الدين أحد إلاّ غلبه، فسددوا و قاربوا... »[2]

وجه الدلالة من الحديث: أي " أقصدوا السداد و اطلبوه، و اعملوا به في الأمور، و السداد: القصد فوق التفريط و دون الغلو، و هو نحو معنى قاربوا: اقربوا من السداد و الصواب و لا تغلوا "[3]

ـ عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه قال: قال الرسول صلى الله عليه وسلم: « لقّنوا موتاكم لا إله إلاّ الله»[4] و معنى الحديث من قارب الموت منهم.

ـ الحديث الذي فيه قصة الرجل الذي قتل مئة نفس و أراد التوبة، فدله رجل عالم أن اذهب إلى القرية الصالحة، فأتاه الموت في الطريق و فيه قوله صلى الله عليه وسلم: « فانطلق حتى إذا نصف الطريق أتاه الموت، فاختصمت فيه ملائكة الرحمة و ملائكة العذاب، فقالت ملائكة الرحمة: جاء تائبا مقبلا بقلبه إلى الله تعالى، و قالت ملائكة العذاب لم يعمل خيرا قط، فأتاهم ملك في صورة آدمي فجعلوه بينهم، أي: حكما، فقال: قيسوا ما بين الأرضين فإلى أيتهما كان أدنى فهو له، فقاسوا فوجدوه أدنى إلى الأرض التي أراد، فقبضته ملائكة الرحمة»[5]

حُكِم لهذا العبد التائب بالقبول لقربه من القرية الصالحة.

---

[1] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب:الإيمان ،باب: فضل من استبرأ لدينه،رقم:52 ،(20/1)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: المساقاة و المزارعة ،باب:ترك الشبهات و أخذ الحلال ،رقم:1599 ،(ص750)،

[2] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الإيمان ، باب:الدين يسر،رقم:39،(16/1)، مسلم،**في الصحيح**،كتاب: صفات المنافقين،باب: لن يدخل الجنة أحد بعمله بل برحمة الله تعالى،رقم:2818،(ص1296).

[3] القاضي عياض، **إكمال المعلم**،(354/8).

[4] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الإيمان ، باب:الدين يسر،رقم:39،(16/1)، مسلم،**في الصحيح**،كتاب: صفات المنافقين،باب: لن يدخل الجنة أحد بعمله بل برحمة الله تعالى،رقم:2818،(ص1296).

[5] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: أحاديث الأنبياء، باب: حديث الغار،رقم:3470 ،(174/4)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب:التوبة، باب: قبول توبة القاتل و إن كثر قتله،رقم:2766،(ص1268).

ثالثا:تطبيقات القاعدة

ـ إذا عقد الولي نكاح البكر بغير إذنها ثم أعلمها بزمن يسير بعد العقد و رضيت به فالنكاح جائز، [1] و ذلك لقرب رضاها من زمن العقد.

قال ابن رشد: " وأما إذا زوجها بغير إذنها وهي قريبة وأعلمت بالقرب أيضا، فرضيت، فالمشهور في المذهب أن النكاح جائز."[2]

قال المواق: " إن زوج البكر وليها بغير إذنها ثمّ أعلمها بالقرب فرضيت جاز ولا يعد صماتها هنا رضا، و إن كانت بغير البلد أو فيه و تأخر إعلامها لم يجز و إن رضيت "[3]

ـ الرضاع المحرم ما كان في الحولين، و يلحق به ما كان قريبا منهما كالشهر و الشهرين، [4] لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، قال الإمام مالك: " الرضاع حولان و شهر أو شهران بعد ذلك"[5]

قال سيدي خليل: " لو كان بعد الحولين بمدة قريبة و هو مستمر الرضاع أو بعد يومين من فصاله اعتبر، و في القريبة أقوال أيام يسيرة و شهر، و شهران، و ثلاثة "[6]

القاعدة الثانية: التابع تابع.[7]

أولا: صيغ القاعدة

ـ التابع يعطى حكم متبوعه.[8]

ـ الأتباع هل يعطى لها حكم متبوعاتها، أو حكم أنفسها؟ [9]

ـ المشهور أنّ في مذهب مالك أنّ الأقل يتبع الأكثر[10]

---

[1] البراذعي، **تهذيب المدونة**،(137/2)،ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(256)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(228/2).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(316/4).

[3] المواق، **التاج و الإكليل**،(65/5).

[4] اللخمي، **التبصرة**،(2147/5)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(541/5)،الدردير، **الشرح الصغير**،(720/2).

[5] سحنون، **المدونة الكبرى**،(407/2).

[6] خليل، **التوضيح**، (112/5).

[7] الوزاني، **النوازل الكبرى**،(369/7).

[8] التسولي، **البهجة في شرح التحفة**،(273/2).

[9] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(354/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(287/1).

[10] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(360/1).

ثانيا: معنى القاعدة

إذا كان للأمر جانبان، جانب يشمل أكثره ومعظمه و له حكم خاص به، و جانب آخر يشمل أقله و له حكم خاص به لو استقل بنفسه، فهل إنضمام القليل إلى الأكثر يفقد الأقل إعتباره؟ و يسري عليه حكم الأكثر، و هو المشهور أو يبقى الأقل له حكم الخاص به دون أن ينظر إلى حكم غيره.[1]

أدلة القاعدة:

ـ عن أبي سعيد الخذري قال: « قلنا يا رسول الله: إنا لننحر الإبل و نذبح البقر و الشاة فنجد في بطنها الجنين، أفنلقه أم نأكله؟ فقال: كلوه إن شئتم فإنّ ذكاة الجنين ذكاة أمه»[2]

وجه الدلالة من الحديث: " أن الجنين إذا خرج وقد كمل خلقه ميتاً بعد ذكاة أمه أكل، لأنه عليه الصلاة والسلام حصر ذكاة الجنين في ذكاة أمه فيكون داخلا فيها ومندرجا فيؤكل بذكاة أمه التي فيها ذكاته، ولا يفتقر إلى ذكاة أخرى"[3]

رابعا:تطبيقات القاعدة

ـ النسب يثبت تبعا بشهادة امرأتين على الولادة،[4] قال الدردير: " و ثبت النسب و الإرث بشهادة المرأتين على الولادة أو الاستهلال "[5]

و قال الزرقاني: " إن النسب والميراث يثبتان بشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال للمولود فإن شهدتا أنه استهل ومات بعد أمه ورثها وورثه ورثته."[6]

---

[1] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص187).

[2] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند: أبي سعيد الخذري، رقم: 11343،(442/17)، الترمذي، **في السنن**، كتاب: الأطعمة، باب: ما جاء في ذكاة الجنين،(143/3)، أبو داود، **في السنن**،كتاب: الضحايا، باب: ما جاء في ذكاة الجنين، رقم:2828، (171/3) و قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

[3] القرافي، **شرح تنقيح الفصول**، (ص59).

[4] ابن عبد البر، **الكافي**،(907/2)، المواق، **التاج و الإكليل**،(213/8)،الدردير، **الشرح الصغير**،(272/4)، عليش، **منح الجليل**،(454/8).

[5] الدردير، **الشرح الصغير**،(272/4).

[6] الزرقاني، **شرح مختصر خليل**،(332/7).

القاعدة الثالثة: المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسّا؟[1]

أولا: صيغ القاعدة:

ـ المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة.[2]

ـ النهي هل يجعل المنهي عنه كالعدم أو لا؟[3]

ثانيا: معنى القاعدة

الشيء الذي يعتبر في حكم الشرع غير موجود، لفساد في هيئته أو صورته، أو اختلال في حقيقته أو ماهيته، فهو من حيث حكم الشرع كالمنعدم حقيقة، فالشيء إذا لم يعتد به الشرع، فإنه يعتبر معدوما ولو كان موجودا حسا.[4]

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ من القرآن الكريم

ـ قال الله تعالى: { **وَمَنْ كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَمْشِي بِهِ فِي النَّاسِ** }[5]

وجه الدلالة من الآية: أنّ الحياة مع الكفر موتا، و الإيمان بعد الكفر حياة، مع أنّ الحياة الحسيّة موجودة مع الكفر و لكنّها كالعدم، لأنّها مع الشرك صارت معدومة مضمحلة.[6]

ـ من السنة النبوية:

ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»[7] و المعنى أنّه من عمل عملا مخالف للشرع، فهو باطل غير معتبر و كأنه غير موجود.

---

(1) الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص57)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(110/1).

(2) المقري، **القواعد**،(ص129).

(3) المقري، **القواعد**،(ص371)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(149/1).

(4) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص17).

(5) الأنعام:(122).

(6) الغرياني، **تطبيق قواعد الفقه**،(ص17).

(7) أخرجه البخاري،**في الصحيح**، كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود،رقم:2697 ،(184/3)، مسلم،**في الصحيح**، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة و رد الأمور المحدثات ، رقم:1718،(ص821).

ـ قوله صلى الله عليه وسلم للمسيء صلاته: « ارجع فصلّ فإنك لم تصلّ»[1]

وجه الدلالة من الحديث: أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإعادة صلاته و لم يعتبره أنه صلّى لأنّه لم يؤدي أركانها و لم يوفيها حقها، و هذا من باب تنزيل المعدوم شرعا منزلة المعدوم حقيقة.

ـ **القياس**: قاس العلماء المعدوم شرعا على المعدوم حقيقة في عدم ترتب آثاره عليه، باعتبار أنّ كلّ منهما ليس له وجود، هذا بمانع الشرع، و هذا بمانع الواقع.[2]

رابعا:تطبيقات القاعدة

ـ وطء الزوجة و هي حائض لا يحل الزوجة لزوجها، و لا يكون الزوج به محصنا.[3] لأن الشرع نهى عن وطء الحائض و لذلك اعتبر كالمعدوم و لم يترتب عليه أثره من الإحلال و الإحصان، قال ابن يونس: " ولو صح العقد وفسد الوطء ما أحصن ولا أحل كوطء الحائض، أو أحدهما معتكف أو صائم في رمضان أو محرم، وكل وطء نهى الله سبحانه عنه حتى يطأ بعده وطئا صحيحا."[4]

و في هذا يقول القرافي: " وطء الحائض أو أحدهما معتكف أو صائم رمضان أو محرم، لا يحلّ و لا يحصن "[5]

ـ نكاح المحرم باطل يفسخ قبل الدخول و بعده بطلقة بائنة، سواء كان أحد الزوجين محرمين أو الولي أثناء العقد.[6] و يفسخ نكاح المحرم لأنه منهي عنه شرعا فهو كالعدم.

قال ابن عبد البر: " و أما نكاح المحرم فلا يجوز، ولا يتزوج الرجل ولا المرأة وهما محرمان إلى أن يحل لهما الوطء بطواف الإفاضة بعد رمي جمرة العقبة في الحج، وأما المعتمر فمتى يفرغ من سعيه بين الصفا والمروة، فإن نكح أحدهما أو نكحا فسخ النكاح قبل الدخول وبعده "[7]

---

(1) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود،رقم:2697 ،(184/3)، مسلم،**في الصحيح**، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة و رد الأمور المحدثات ، رقم:1718،(ص821).

(2) الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**، (ص455).

(3) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(42/5)، المواق، **التاج و الإكليل**،(119/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(412/2).

(4) ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(359/9).

(5) القرافي، **الذخيرة**،(319/4).

(6) الحطاب، **مواهب الجليل**، (447/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(239/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(197/3).

(7) ابن عبد البر، **الكافي**،(534/2) .

قال بهرام: " ومنع نكاح محرم ومحرمة وإن تولاه غيره كعقده لغيره. ويفسخ وإن ولدت الأولاد بطلاق بلا تأبيد على المشهور فيهما ولا إرث. "[1]

ـ نكاح المحلل فاسد و لا يُحِلُّ المرأة لزوجها،[2] فهو غير معتد به شرعا و لا تترتب عليه آثاره رغم وجوده حقيقة، قال القاضي عبد الوهاب: "إذا تزوجها بقصد إحلالها للأول فالنكاح فاسد لا تحل به"[3]

قال ابن رشد: " فإذا تزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثا ونيته أن يحلها لزوجها احتسابا في ذلك وإن لم يكن بمواطأة بينه وبين الزوجة أو الزوج، فهو نكاح فاسد لا تحل به المرأة لزوجها الذي طلقها بإجماع من مالك وأصحابه "[4]

القاعدة الرابعة: الدوام على الشيء هل هو كالابتداء، أو لا؟[5]

أولا: صيغ القاعدة

ـ التمادي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أو لا؟[6]

ـ التمادي على الفعل، هل يجعل كابتدائه؟[7]

ـ هل الدوام كالابتداء؟[8]

---

[1] بهرام، **الشامل**،(348/1).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**، (385/4)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(285/3)،**الدردير**، **الشرح الصغير**،(413/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(383/3).

[3] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(450/3).

[4] ابن رشد، **البيان و التحصيل**، (385/4).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص68)، المنجور، **المنهج المنتخب**، (215/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (211/1).

[6] المقري، **القواعد**،(ص105).

[7] القرافي، **الذخيرة**،(53/4)

[8] الشاطبي، **الموافقات**،(429/3).

ثانيا: معنى القاعدة

استمرار المكلف على فعل ما، هل يعطى له حكم ابتدائه أم لا؟ فإذا كان ابتداء الشيء ممنوعا أو مفسدا للعمل، فهل يكون الدوام عليه كذلك، و يتضح هذا بالمثال كابتدأ الصلاة بنجاسة، و طرؤ النجاسة على المصلى أثناء الصلاة، فهل الاستمرار عليها مفسد لها.[1]

ثالثا: أدلة القاعدة

يستدل للقول بأن الدوام ليس كالابتداء بما يلي:

ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت: « كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه حين يحرم و لحله قبل أن يطوف بالبيت» [2]

وجه الاستدلال من الحديث أن وضع الطيب بعد الإحرام لا يجوز، أما قبله مع بقاء أثره بعد الإحرام فلا يضر، و هذا يدل على أن الدوام ليس كالابتداء.

و يستدل للقول بأنّ الدوام كالابتداء بما يلي:

ـ عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فخلع نعليه فخلع الناس نعالهم فلما انصرف قال: لما خلعتم نعالكم؟ قالوا يا رسول الله رأيناك خلعت فخلعنا، قال:« إنّ جبريل أتاني فأخبرني أن بهما خبثا فإذا جاء أحدكم المسجد فليقلب نعليه فلينظر فيها فإن رأى بها خبثا فليمسه بالأرض ثم ليصل فيهما»[3]

وجه الدلالة من الحديث هو: أنّ الصلاة بالنجاسة ممنوعة إبتداء، و رسول الله صلى الله عليه وسلم خلع نعله في الصلاة لما علم أن فيهما نجاسة، و لم يستمر بالصلاة بهما فدل هذا على أن الدوا ليس م له حكم الابتداء.

---

[1] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص50).

[2] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الحج، باب: الطيب عند الإحرام،رقم:1539 ،(136/2 ـ137)، مسلم،**في الصحيح**، كتاب: الحج، باب: الطيب للمحرم عند الإحرام، رقم:1189 ،(ص533).

[3] رواه أحمد، **في المسند**، مسند أبو سعيد الخذري،رقم:11153،(242،243/17)، أبوداود، **في السنن**، كتاب: الصلاة، باب: الصلاة في النعل،رقم:650،(301/1)، صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (192/1).

ـ القياس: الإستمرار و التمادي على فعل الشيء، كفعله إبتداء من باب قياسه عليه، لاشتراكهما في إيجاد الفعل.[1]

رابعا:تطبيقات القاعدة

ـ أسلم على أكثر من أربعة نسوة إختار أربعا منهن و فارق الباقي، إلاّ إذا كان التي اختارها لا يقر الإسلام نكاحها كالمحرمات من النساء أو من التي لا يجوز الجمع بينهن ،[2] و هذا على اعتبار أن الدوام ليس كالابتداء لأن الإسلام أقر هذا النكاح وإن كان فاسدا في البداية ولم يبطله.

قال القاضي عبد الوهاب: " إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربع نسوة اختار أربعاً وفارق البواقي، كان عقده عليهن في حال أو في عقود، لا نبالي اختار الأوائل أو الأواخر إذا كن ممن يجوز إقرارهن تحت المسلم "[3]

قال عليش: " الذي أسلم و هو متزوج أكثر من أربع نسوة فيختار أربعا منهن إن شاء و إن شاء اختار أقل من أربع، و إن شاء لا يختار شيئا منهن، و شرط المختارة إسلامها معه أو بعده بالقرب أو قبله و لم تنقض عدتها، أو كونها كتابية حرة، سواء أفرد كلّ واحدة بعقد أو جمعهن بعقد واحد و لو محرما أو مريضا أو واجدا طول حرة و لم يخش زنًا يختار أمة مسلمة كما استظهره ابن عرفة، لأنّ الدوام ليس كالابتداء فهو كالرجعة و قيل بامتناعه كالابتداء "[4]

ـ إذا قال الرجل كل إمرأة أتزوجها من الجنس الفلاني أو البلد الفلاني فهي طالق، و كانت له زوجة من ذلك الجنس أو البلد فإنها لا تطلق،[5] لأن الدوام ليس كالابتداء.

ـ قال ابن شاس: " كما إذا خصص بأن عين صفة من الجنس، من نسب أو خلقة، أو ما أشبه ذلك، أو عين مكاناً بعينه، كتعيينه الفسطاط أو أفريقية أو نحو ذلك، أو عين زماناً يبلغه عمره، كقوله: عشرين سنة، أو ثلاثين سنة، إذا أشبه بلوغه لها. قال ابن الماجشون: والتعمير في مثل هذا تسعون سنة.

---

(1) الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(ص118).

(2) الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(61/4)، القرافي، **الذخيرة**،(332/4)، المواق، **التاج و الإكليل**،(139/5).

(3) القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**، (707/2).

(4) عليش، **منح الجليل**،(370/3).

(5) بهرام، **الشامل**،(398/1)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(38/4)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(372/2).

لزمه الطلاق فيمن يتزوج ممن ذكر في جميع ذلك، ولا يلزمه فيمن تحته منهن، إلا أن يطلقها، ثم يتزوجها."[1]

قال الدردير: " إذا حلف لا يتزوج من الجنس الفلاني أو البلد الفلاني، و له زوجة من ذلك الجنس أو البلد في عصمته قبل الحَلِف فلا تدخل في اليمين، لأنّ الدوام ليس كالابتداء "[2]

القاعدة الخامسة: نوادر الصور هل يعطى لها حكم نفسها أو حكم غالبها؟[3]

أولا: صيغ القاعدة

ـ اختلف المالكية في حكم النادر في نفسه أو إجراء حكم الغالب عليه.[4]

ثانيا: معنى القاعدة

الصور المتشابهة التي ترجع أصل واحد، يعطى لها حكم واحد، مراعاة للأوصاف و العلل التي تغلب عليها، لكن بعض المسائل التي تندرج تحت الأصل الواحد لا تتحقق فيها كل الأوصاف و العلل التي بني عليها الحكم فتكون نادرة، فهل هذه الصور النادرة يعطى لها حكم غالب المسائل و إن اختلفت عنها، أو تكون مستثناة يعطى لها حكم خاص بها مخالف لحكم الغالب.[5]

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ النفقة على الأبناء الذكور تنتهي بالبلوغ، لأن الغالب في الأبناء أن يكونوا قادرين على الكسب بعد البلوغ، فإن كان الابن زمنا أو أعمى و غير قادر على العمل، فإن نفقة الأب لا تلزمه بناء على أن نوادر الصور لها حكم غالبها، و على أنها لها حكم نفسها فالنفقة تلزمه حتى بعد البلوغ و هو الصحيح

---

[1] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(178/2).

[2] الدردير، **الشرح الصغير**،(553/2).

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص104)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(321/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (507/2).

[4] المقري، **القواعد**،(ص91).

[5] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص 195).

في المذهب.[1] قال ابن شاس: " وتنتهي في ذكور الولد ببلوغهم أصحاء، فأما من بلغ منهم ذا زمانة لا حراك به، أو أعمى، أو مغلوباً، أو كان زمناً زمانة تمنع السعي، فلا تسقط نفقته بالبلوغ، بل تستمر"[2]

قال ابن جزي: " أولاد الصلب تجب نفقتهم على والدهم بشرطين أن يكونوا صغارا و أن لا يكون لهم مال، و يستمر وجوب النفقة على الإبن إلى البلوغ و على الأنثى إلى الزّوْج بها، فإن بلغ الذكر صحيحا سقطت نفقته عن الأب، و إن بلغ مجنونا أو أعمى أو مريضا بزمانة يمتنع الكسب معها لم تسقط نفقته بالبلوغ على المشهور بل تستمر "[3]

القاعدة السادسة:إذا تعارض الأصل و الغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟[4]

أولا: صيغ القاعدة

ـ إذا تعارض الأصل و الغالب، فالحكم للغالب.[5]

ثانيا: معنى القاعدة

الأصل براءة الذمة من كل التكاليف والإلتزامات إلاّ بدليل، والغالب هو رجحان ثبوت أمر أو نفيه، فإذا تعارضا فأيهما يقدم الأصل أو الغالب و للعلماء في هذا تفصيل كالآتي:[6]

الحالة الأولى: فتارة يقدم الأصل على الغالب بإجماع كدعوى الدين، فمن ادعى أنّ له على فلان دينا دعوى مجردة، فلا تقبل دعواه و لوكان أصلح الناس، لأن الأصل براءة ذمة المدين فلا ينقل عن البراءة الأصلية إلاّ بدليل، و يدل لهذا قول النبي صلى الله عليه وسلم للرجل الذي خاصم صاحبه: «ألك بينة » قال:لا، قال: «فلك يمينه» قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، و ليس يتورع من شيء، فقال:«ليس لك منه إلا ذلك».[7]

---

(1) خليل، **التوضيح**،(158/5)، ابن ناجي، **شرح الرسالة**،(108/2)،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(524/2).

(2) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(316/2).

(3) ابن جزي، **القوانين الفقهية**،(ص148).

(4) المقري، **القواعد**،(ص89)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص72)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(580/2)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(562/2).

(5) التسولي، **البهجة شرح التحفة**،(658/1).

(6) القرافي، **الفروق**،(165/4).

(7) أخرجه مسلم. **في الصحيح**، كتابك الإيمان، باب: من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة في النار، رقم:139،(74/1).

ـ الحالة الثانية: يقدم الغالب على الأصل كالبيِّنة إذا شهدت فالغالب صدقها، و الأصل براءة ذمة المشهود عليه، لقوله صلى الله عليه و سلم: « بينتك أو يمينه » [1] و ألغي هنا الأصل إجماعا.

الحالة الثالثة: يكون التعارض بينهما محل اجتهاد فيقدم الأصل تارة لترجحه بالظواهر و قرائن الأحوال، ويرجّح الغالب تارة لتعضده بقواعد أخرى كقاعدة " العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين" و قاعدة " الغالب كالمحقق".

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ قبول قول الزوج في اللعان على نفي الولد، و هو خلاف الأصل، لأن الغالب في الزوج المسلم أن لا يرمي زوجته بالفواحش و لذا قبل قوله.[2] قال ابن شاس: " و يتعلق بلعانه ثلاث أحكام: سقوط الحد عنه، و انتفاء النسب، و وجوب حدّ الزنا عليها " [3]

قال الخرشي: " اعلم أن ثمرة اللعان ستة أشياء ثلاثة مرتبة على لعان الزوج أولها رفع الحد عنه في الزوجة الحرة المسلمة أو الأدب في الزوجة الأمة أو الذمية، ثانيها إيجاب الحد على المرأة و لو أمة أو الأدب على الذمية إن لم تلاعن، ثالثها قطع نسبة من حمل حاصل "[4]

ـ المفقود في أرض الإسلام يؤجل بعد التفتيش أربعة سنين، و تعتد زوجته عدة الوفاة، تقديما للغالب الذي هو وفاته، على الأصل و هو حياته، أما ماله فلا يقسم بل يوقف حتى مضي سن التعمير، و هنا قُدم الأصل على الغالب.[5]

قال البراذعي: " ولا يضرب السلطان لامرأة المفقود أجل أربع سنين إلا من يوم ترفع إليه، وإن لم تقم إلا بعد سنين، ولا تعتد أربع سنين بغير أمره، وإنما يضرب هذا بعد الكشف عنه، فإن علم إلى أي

---

[1] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: تفسير القرآن، باب: إنّ الذين يشترون بعهد الله و أيمانهم ثمنا قليلا، رقم:4549، (34/6)

[2] التسولي، **البهجة شرح التحفة**،(54/1).

[3] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(253/2).

[4] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(134/4).

[5] ابن عبد البر، **الاستذكار**،(309/17)، بهرام، **الشامل**، (478/1)، المواق، **التاج و الإكليل**،(496/5).

جهة خرج كتب إليها في الكشف عنه، فإذا يئس من علم خبره ضرب من يومئذ للحر أربع سنين وللعبد حولين، ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة، كان قد بنى بها أم لا، وعليها الإحداد."[1]

القاضي عبد الوهاب: " قال إذا رفعت امرأة المفقود أمرها إلى الإمام، سأل عنه وفحص عن خبره، فإذا اجتهد فلم يقف له على خبر، ضرب لها أجل أربع سنين من وقت انتهى إليه افتقاده، ثم تعتدّ عدة المتوفى، وتتزوج بعدها إن شاءت "[2]

القاعدة السادسة: اللفظ المحتمل إذا لم إذا لم يقترن بالقصد، هل يحمل على الأقل أو على الأكثر[3]

أولا: صيغ القاعدة

ـ هل يؤخذ بأول الإسم أو بآخره؟[4]

ثانيا: معنى القاعدة

الألفاظ لها معان عدة تحتمل من التكاليف الأقل و الأكثر و الأشد و الأخف، فقيل يحمل على الأقل لأنه المتحقق و الزائد مشكوك و الأصل براءة الذمة، و قيل يحمل اللفظ على الأكثر و الأشد لأن براءة الذمة تحصل معه بيقين،[5] و قسم الإمام القرافي حمل اللفظ على الأقل أو الأكثر إلى ثلاثة أقسام هي:[6]

قسم أجمع العلماء فيه على الحمل على أعلى الرتب، و هو ما ورد فيه من الأوامر بالتوحيد والإخلاص، و ما يجب الله عز وجل من التعظيم و الإجلال في ذاته و صفاته.

---

[1] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**، (800/2).

[2] البراذعي، **تهذيب المدونة**،(800/2).

[3] الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص99)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(271/1)،السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (361/1).

[4] المنجور، **المنهج المنتخب**،(238/1).

[5] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص177).

[6] القرافي، **الفروق**،(252/1) و مابعدها.

و قسم أجمعوا في الحمل عليه على أدنى الرتب و هو الإقرار، فمن أقر لآخر بدنانير فإنها تحمل على أقل الجمع و هو ثلاثة مع أنه يصدق على ألف دينار.

و القسم الثالث مختلف فيه، فتارة يلحق بالأول و تارة يلحق بالثاني.

و ذكر ابن العربي مسألة حمل الأسماء على أوائلها أو آخرها و قال فيها: " و قد اختلف في ذلك العلماء، و جرى الخلاف في مسائل مالك على وجه يدل على أن ذلك مختلف عنده، و الأقوى في النظر أن يرتبط القول بأوائلها، لئلا يعود ذكرها لغوا، فإذا ارتبط بأوائلها جرى بعد ذلك النظر في تعلقه بالكل إلى الآخر أم إقتصاره على الأول على ما يعطيه الدليل " [1]

ثالثا:أدلة القاعدة:

ـ عن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهرا فلما مضى تسع وعشرون يوما غدا أو راح فقيل له إنك حلفت أن لا تدخل شهرا فقال :« إنّ الشهر يكون تسعة وعشرون يوما»[2]

وجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه و سلم حمل لفظ الشهر على أقله.

ـ عن عائشة رضي الله عنها أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة فبتّ طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، و إن معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك»[3]

دلَّ هذا الحديث على أن المبثوثة لا تحل لزوجها بمجرد العقد، بل بالوطء و هذا حمل على الأشد لأن النكاح يطلق على العقد و الوطء.

---

[1] ابن العربي، **أحكام القرآن**،(212/3).

[2] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الصوم،باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا رأيتم الهلال فصوموا،رقم:1910، (27/3)، مسلم،**في الصحيح**، كتاب: الصوم، باب: الشهر يكون تسعا و عشرين، رقم:1085 ،(ص484).

[3] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الطلاق،باب: من أجاز الطلاق الثلاث،رقم:5260، (42/7)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره و يطأها، رقم:1433 ،(ص652).

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ من قال لزوجته أنت علي حرام، فإن هذا اللفظ قد يحمل على الأقل و هو طلقة رجعية، أو على الأكثر و هو ثلاث تطليقات فلا تحل له إلا بعد زوج، و هذا هو المشهور في المذهب.[1]

قال سحنون: " قلت: أرأيت إن قال لها أنت عليّ حرام، ينوي بذلك تطليقة أو تطليقتين، أيكون ذلك له في قول مالك؟ قال: قال مالك: إن كان قد دخل بها فهي البتة وليس نيته بشيء، فإن لم يدخل بها فذلك له؛ لأن الواحدة والاثنتين تحرم التي لم يدخل بها والمدخول بها لا يحرمها إلا الثلاث "[2]

قال ابن عبد البر: " و أمّا الكنايات فقول الرجل لامرأته أنت مني برية أو خلية أو بائن أو بتة أو أنت علي حرام أو الحقي بأهلك أو قد وهبتك لأهلك أو قد خليت سبيلك أو لا سبيل لي عليك أو قد سرحتك أو قد أبنتك وأنا منك بات أو بائن، فهذه ألفاظ كلها ثلاث ثلاث عند مالك في كل من دخل بها لا ينوي فيها قائلها وينوي فيها في غير المدخول بها."[3]

ـ من حلف لزوجته لأتزوجن، فلا يبر بمجرد العقد، بل بالوطء و هو المشهور في المذهب،[4] قال المواق: " من حلف ليتزوَّجنَّ برَّ ببنائه بحرة من مناكحة بنكاح صحيح اتفاقا "[5]

و قال الدردير: " و من حلف لأتزوجن فلا يبر إلاّ بعقد صحيح أو فاسد فات بالدخول على من تشبه نساءه "[6]

---

[1] الباجي،**المنتقى**،(195/5)،خليل، **التوضيح**، (365/4)، المواق، **التاج و الإكليل**،(325/5)، الدردير،**الشرح الصغير**، (566/2).

[2] سحنون، **المدونة الكبرى**، (266/2).

[3] ابن عبد البر، **الكافي**،(575/2).

[4] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(86)، الزقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(150/3)، عليش، **منح الجليل**، (87/3).

[5] المواق، **التاج و الإكليل**،(479/4).

[6] الدردير، **الشرح الصغير**،(247/2).

القاعدة السابعة: الترك هل هو كالفعل أو لا؟[1]

أولا: صيغ القاعدة

هل الترك فعل يوجب الضمان؟[2]

ثانيا: معنى القاعدة

الترك في اللغة تخلية الشيء و إهماله تركه تركا أي خلاه.[3] و اصطلاحا هو: "عدم فعل المقدور سواء قصد التارك أو لم يقصد."[4]

و معنى القاعدة أنّه من يقدر على تقديم نفع لغيره و لم يفعل هل يعد تركه هذا فعلا يكلف بموجبه و يحاسب،[5] أي من امتنع عن فعل ما يجب عليه هل يعتبر كمن فعل فعلا من أفعال التعدي و الضمان أو لا شيء عليه.[6]

ثالثا: أدلة القاعدة

عن الحسن أن رجلا استسقى على باب قوم، فأبو أن يسقوه، فأدركه العطش، فمات، فضمنهم عمر الديته.[7]

وجه الدلالة من الأثر: أنّ القوم لما تركوا سقاية الرجل، ترتب على هذا الترك موته، فطالبهم عمر رضي الله عنه بديته كما لو قتلوه بأيديهم.

---

(1) المقري، **القواعد**،(ص267)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص82)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(225/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(342/1).

(2) عليش، **منح الجليل**،(443/2).

(3) الجوهري، **الصحاح**،(1577/4)، الرازي، **مختار الصحاح**، (ص32).

(4) التهاوني، **كشاف اصطلاحات الفنون**،(422/1).

(5) الشنقيطي، **إعداد المهج**،(ص69).

(6) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص113).

(7) ابن أبي شيبة، **المصنف**، كتاب: الديات، باب: الرجل يستسقى فلا يسقى حتى يموت،رقم:28356،(238/9).

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ ولي المرأة القريب كأبيها وأخيها، إذا تولى العقد لها عالما بعيبها، رجع عليه الزوج بالصداق فإن وجد معدما فلا يرجع على الزوجة و هذا إن لم تكن حاضرة حال العقد، أما إذا حضرت و كتمت عيبها فيرجع عليهما، [1] و هذا بناءا على أن الترك كالفعل فكتمانه لعيبها تغرير بالزوج.

قال الخرشي: " فإن كان العيب بالزوجة و قد دخل بها فإنها تستحق الصداق جميعه بالدخول ولو بكرا و يرجع الزوج بجميعه على وليها الذي لا يخفى عليه أمرها كابنها و ما أشبه ذلك فالمراد بالغيبة خفاء العيب بالزوجة بجميعه على وليها الذي لا يخفى عليه أمرها كابنها و ما أشبه ذلك فالمراد بالغيبة خفاء العيب و ليس المراد بها السفر، و إذا رجع الزوج على وليها الذي لا يخفى عليه أمرها فإنّ الولي لا يرجع بشيء منه على الزوجة؛ لأنها لم تكن حاضرة العقد و الولي هو غره و دلّس عليه "[2]

القاعدة الثامنة: تقديم الحكم على شرطه هل يجزئ و يلزم أم لا؟[3]

أولا:صيغ القاعدة

ـ إذا سبق الحكم شرطه هل يغتفر أم لا؟[4]

ثانيا: معنى القاعدة

الشرط هو مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم وجوده وجود ولا عدم لذاته،[5] فإذا وقع الفعل قبل تحقق شرطه اختلف العلماء في صحته و لزومه.

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ عن علي كرم الله وجهه أن العباس ابن عبد المطلب سأل النبي صلى الله عليه وسلم في تعجيل صدقته قبل أن تحل، فرخص له في ذلك.[1]

---

[1] سحنون، المدونة الكبرى،(214/2)، خليل،**التوضيح**،(127/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(160/5)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**، (374/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(286/2).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (244/3).

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص91).

[4] المنجور، **المنهج المنتخب**،(208/1).

[5] القرافي، **شرح تنقيح الفصول**،(ص82).

دوران الحول على المال شرط في وجوب الزكاة، و لما أجاز النبي صلى الله عليه وسلم للعباس أن يخرج الزكاة قبل الحول، دلَّ هذا على أن تقدم الحكم على شرطه جائز.

ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من حلف على يمينه فرأى غيرها خيرا منها، فيأت الذي هو خير، و ليكفر عن يمينه»[2]

ـ عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:« و الله إن شاء الله لا أحلف على يمين ثم أرى خيرا منها، إلاّ كفرت عن يميني و أتيت الذي هو خير»[3]

و جه الدلالة من الحديث على أن تقديم الكفارة على الشرط الذي هو الحنث جائز.

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ شرط تقرر الصداق للزوجة في نكاح التفويض تسمية الزوج للصداق، أو الدخول بالزوجة مع الوطأ، فلو أسقطت المرأة في نكاح التفويض كل الصداق أو بعضه، قبل الفرض والبناء فإن ذلك لا يلزمها،[4] لأن هذا من قبيل إسقاط الحق قبل وجود شرطه و هو الدخول.

قال ابن شاس: " ويجوز إثبات زيادة على مهر المثل، كان المفروض من جنسه، أو من غير جنسه. ويجوز عرض يساوي أضعاف مهر المثل، ولو أبرأت قبل الفرض لخرج على الإبراء، عن ما لم يجب وجرى سبب وجوبه."[5]

---

(1) أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند: علي بن أبي طالب، رقم:822،(192/2)، الترمذي، **في السنن**،كتاب: الزكاة، باب: ما جاء في تعجيل الزكاة،رقم:678،(56/2)، أبو داود، **في السنن**، كتاب: الزكاة باب: في تعجيل الزكاة،رقم:1624،(188/2)، حسنه الألباني في صحيح سنن الترمذي (366/1).

(2) أخرجه مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الأيمان و النذور، باب: ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، أن يأتي الذي هو خير، و يكفر عن يمينه، رقم: 1650،(ص780).

(3) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: كفارات الأيمان، باب: الإستثناء في الأيمان، رقم:6718، (146/8)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الأيمان و النذور، باب: ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، أن يأتي الذي هو خير، و يكفر عن يمينه، رقم: 1649،(ص777).

(4) الدسوقي،**حاشية الدسوقي**،(316/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (276/3)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (44/4).

(5) ابن شاس ، **عقد الجواهر الثمينة**،(114/2) .

قال بهرام: " وإذا أبرأت قبل التسمية أو أسقطت شرطاً قبل وجوبه لم يلزم."[1]

ـ المرأة إذا اشتطرت على زوجها أن لا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من بلدها، ثم أسقطت ذلك الشرط بعد العقد و قبل حصول ذلك الفعل فلا يلزمها لأنها أسقطت شيئا قبل وجوبه.[2]

قال الدردير: "إذا شرط لها عند العقد أن لا يتزوج أو لا يتسرى عليها أو لا يخرجها من البلد أو من بيت أهلها أو نحو ذلك، فإن حصل شيء من ذلك فأمرها أو أمر التي يتزوجها بيدها، فأسقطت ذلك الشرط بعد العقد وقبل حصول ذلك الفعل فلا يلزمها، لأنها أسقطت شيئا قبل وجوبه وهذا مخالف للمعتمد الذي جزم به في فصل الرجعة من لزوم الإسقاط "[3]

ـ اختلف في إسقاط نفقة المستقبل، لأن ذلك من إسقاط حق قبل شرطه و هو التمكين من الاستمتاع، قيل يلزمها ذلك و قال القرافي أنه لها المطالبة بالنفقة بعد إسقاطها لأنّه يشق على النفوس ترك النفقات [4] قال الخرشي: " إسقاط المرأة نفقتها عن زوجها في المستقبل لازم لها و صرّح بذلك عبد الحق في تهذيبه و نقله أبو الحسن و لم يذكر خلافه و هو خلاف ما جزم به القرافي في قواعده من أنها لا تسقط و لها الرجوع فيها و قبله ابن الشاط "[5]

القاعدة التاسعة: الأصل في العقود اللزوم.[6]

أولا: معنى القاعدة

ينبرم العقد بمجرد الإيجاب و القبول، أو ما يقوم مقامهما دون توقف على أمر آخر، فتترتب عليه آثاره و يصبح لازما للطرفين، ولا يجوز لأحدهما الرجوع عنه أو الزيادة أو النقص منه، إلاّ بالاتفاق مع الطرف الآخر، و هذا هو الأصل ولا يخرج عنه إلاّ بعض العقود التي تقتضي طبيعتها عدم اللزوم وتسمى

---

[1] بهرام، **الشامل**،(374/1).

[2] بهرام، **الدرر شرح المختصر**،(ص992)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(276/3)، عليش، **منح الجليل**،(466/3).

[3] الدردير، **الشرح الكبير**، (316/2).

[4] الحطاب، **مواهب الجليل**،(160/3)، الدردير، **الشرح الكبير**،(481/2).

[5] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(122/4).

[6] القرافي، **الفروق**،(444/3)، المقري،**القواعد**،(ص399)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(566/2).

العقود الجائزة، و ذلك لمصلحة المتعاقدين لأنها لو شرعت على اللزوم لعظم الغرر و الغبن فيها على أحد الطرفين.[1]

و قال الإمام المقري: " كل عقد ترتبت عليه مصلحته بنفسه فهو على اللزوم و إلاّ فعلى الجواز، ما لم يعارض تعلق حق به، و ذلك: الجعالة و المغارسة و القرض و التحكيم و الوكالة "[2]

ثانيا: أدلة القاعدة

1ـ القرآن الكريم

قال الله عز وجل:{ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** }[3]

أمر الله سبحانه و تعالى بالوفاء بالعقود، و الأمر يدل على الوجوب، و العقود تشمل كل ما عقده الإنسان على نفسه من بيع و إجارة و مناكحة و مزارعة و غيرها.[4]

2 ـ السنة النبوية:

عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله أنه قال: « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا و كانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر. فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، و إن تفرقا بعد أن تبايعا و لم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»[5]

دلالة الحديث واضحة على لزوم البيع من الطرفين و أنه لا خيار فيه.

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ يلزم عقد النكاح و تترتب عليه آثاره بمجرد إتمام صيغته، بأن يقول الزوج زوجني فيرد عليه بقبلت أو رضيت،[6] قال الدردير: " و لزم النكاح بمجرد الصيغة لأنّه من العقود اللازمة بلا خيار"[1]

---

[1] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص493)، مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**،(ص521).

[2] المقري، **الكليات**،(ص161).

[3] المائدة:(1).

[4] القرطبي، **أحكام القرآن**،(32/6)

[5] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب:البيوع، باب: إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ،رقم:2112، (64/3)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم:1531، (ص712).

[6] بهرام، **الشامل**،(319/1)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(423/3)،

ـ إذا اشترط أحد الزوجين الخيار، فالنكاح باطل يفسخ قبل البناء و يثبت بعده،[2] قال سحنون: " قلت: أرأيت إن تزوج رجل امرأة بإذن الولي وشرطوا الخيار للمرأة أو للزوج أو للولي أو لهم كلهم يوما أو يومين أيجوز هذا النكاح عند مالك وهل يكون في النكاح خيار؟

قال: أرى أنه لا خيار فيه وأرى إذا وقع في النكاح الخيار فسخ النكاح ما لم يدخل بها؛ لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا قلت: أرأيت إن بنى بها قبل أن يفسخ هذا النكاح أيفسخ أم لا؟

قال: لا يفسخ ويكون لها الصداق الذي سمي لها "[3]

قال الخرشي: " و مما يفسخ قبل الدخول وجوبا و يثبت بعده بالمسمى ما إذا تزوجها على خيار يوم أو أكثر للزوج أو لها أو لغيرهما "[4]

القاعدة العاشرة: الدعوى هل تتبعض أم لا؟[5]

أولا:صيغ القاعدة:

ـ اختلفوا في تبعيض الدعوى.[6]

ثانيا: معنى القاعدة

الدعوى إذا كان لها شقين، شق استوفى الشروط التي تترتب عليها آثار الدعوى، و شق غير صحيح لا تتوفر فيه شروط الدعوى، فهل الجزء الصحيح يقبل و يعمل به لأن كل جزء مستقل بنفسه لا يؤثر عدم صحة أحدهما على صحة الآخر، أم أن الدعوى كلها شيء واحد لا تتجزأ، فإذا بطل بعضها بطلت كلها.[7]

---

[1] الدردير، **الشرح الصغير**،(350/2).

[2] خليل، **التوضيح**(576/5)، المواق، **التاج و الإكليل**،(82/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(384/2).

[3] سحنون، **المدونة الكبرى**،(129/2).

[4] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(195/3).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص157)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(268/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (424/1).

[6] المقري، **القواعد**،(ص362).

[7] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة**،(ص54).

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا ادعى الزوج أنه طلق زوجته على مال يأخذه منها، فأنكرت لزمه الطلاق و لم يكن له من المال الذي ادعى عليها شيء و كان القول قول الزوجة مع يمينها.[1] فلزمه الطلاق لأنه أقر به أمّا المال فهو مدع به ولا بينة له، فقبل جزء من الدعوى و بقي الآخر، قال ابن شاس عند ذكر النزاع في الخلع: " أن يقع في أصل ذكر العوض، فالقول قولها مع يمينها إذا أنكرت أصل العوض، والبينونة تحصيل مؤاخذة له بقوله."[2]

و قال ابن الحاجب: " و إذا أقر بالطلاق و اختلفا فيما وقع به الخلع أو في وقوعه مجانا فالقول قولها مع يمينها."[3]

ـ إذا وجد رجل و امرأة مختليين في بيت، فادعيا الزوجية و هما من أهل البلد المعروفين فلا يصدقان، و يحدان إن أقرا بالوطء و هذا بناء على أن الدعوى تتبعض،[4] قال الإمام ابن القاسم: "سئل مالك عن امرأة ورجل وجدا في بيت واحد فيزعم أنه تزوجها ويقران بالوطء. قال مالك: إن لم يأتيا ببينة أقيم عليهما الحد "[5]

قال الرجراجي: " وإن ادعيا النكاح بينهما، فلا يخلو من أن يكونا من أهل البلد أو يكونا طارئين.

فإن كانا من أهل البلد، فلا تقبل دعواهما إلا ببينة.فإن أقاما بينة على النكاح، وإلا حدا، ولا إشكال في هذا الوجه."[6]

ـ من أقر بالطلاق و قال طلقتك و أنا صبي، فلا شيء عليه [7] و هذا مبني على أن الدعوى لا تتبعض، قال سحنون: " قلت: وكذلك لو قال: قد طلقتك وأنا مجنون أو وأنا صبي؟ قال: إن كان يعرف بالجنون فلا شيء عليه، وكذلك قوله قد طلقتك وأنا صبي أنه لا يقع عليه به الطلاق"[1]

---

[1] الحطاب، **مواهب الجليل**،(299/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(360/2)، الدردير، **الشرح الصغير**،(533/2).

[2] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**، (151/2).

[3] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص291).

[4] القرافي، **الذخيرة**،(53/12)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(400/8)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(85/8).

[5] سحنون، **المدونة الكبرى**،(241/6).

[6] الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(97/10).

[7] المواق، **التاج و الإكليل**،(363/5)،الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(204/4)، عليش،**منح الجليل**،(123/4).

القاعدة الحادية عشر: لا يثبت الفرع، والأصل باطل، ولا يحصل المسبب والسبب غير حاصل[2]

أولا: صيغ القاعدة

ـ إذا بطل الأصل بطلت آثاره.[3]

ثانيا: معنى القاعدة

الأصل ما يبنى عليه غيره[4] ، و الفرع ما يبنى على غيره.[5] و لما كان الفرع مبني على الأصل، كان ثبوته متوقفا على ثبوت أصله، فإذا لم يثبت الأصل لا يثبت فرعه، و إذا سقط الأصل سقط الفرع.[6]

ثانيا: تطبيقات القاعدة

ـ من أقر في صحته أنه متزوج و مات و لم يعرف الناس زواجه، و هو ليس طارئ على البلد فلا ترثه المرأة على الصحيح، لأن الميراث فرع عن النكاح فلا يثبت و قيل ترثه.[7]

قال ابن شاس: "ولو أقر الزوج في صحته بزوجة، ثم مات، ورثته بذلك الإقرار إن كان طارئاً. وفي إرثها له بذلك إن لم يكن طارئاً خلاف، إلا أن يكون معها ولد أقر أنه ولده، فإنه يلحق به وترثه هي حينئذ "[8]

ـ إذا أقام أحد الزوجين شاهدا واحدا على ثبوت الزوجية، ولم يكن له وارث معروف، فإن النكاح لا يثبت وكذلك الميراث لأنه فرع عنه، و قيل أن الميراث يثبت لأنه مال و المال يثبت بالشاهد و اليمين.[1]

---

[1] سحنون، **المدونة الكبرى**،(69/2).

[2] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص109)، المنجور، **المنهج المنتخب**،(449/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (649/2).

[3] المقري، **القواعد**، (ص302).

[4] الجرجاني، **التعريفات**،(ص28).

[5] الجرجاني، **التعريفات**،(ص166).

[6] الغرياني، **تطبيقات القواعد الفقهية من خلال كتاب البهجة**،(ص47).

[7] القرافي، **الذخيرة**،(414/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(491/2)،عليش، **منح الجليل**،(514/3).

[8] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(90/2).

قال الخرشي: " أنّ المرأة إذا ادعت على رجل ميت أنه كان زوجا له و أقامت على ذلك شاهدا واحدا يشهد على عقد النكاح لا على الإقرار به فإنها تحلف معه و ترث من ذلك الرجل؛ لأن الدعوى آلت إلى مال و هو قول ابن القاسم إن لم يكن وارث معين ثابت النسب، و لا صداق لها إذ هو من أحكام الحياة و قال أشهب لا ترث؛ لأنه فرع الزوجية و هي لا تثبت بالشهاهد و اليمين "[2]

ـ النكاح المجمع على فساده لا طلاق فيه ولا ميراث،[3] لأنه باطل لم تترتب عليه شيء من أثره قال المواق: " كل نكاح فاسد لا يختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق، و إن طلق فيه لم يلزمه شيء ولا يتوارثان كمتزوج الخامسة و أخته من الرضاعة. "[4]

القاعدة الثانية عشر: العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها؟[5]

أولا: معنى القاعدة

اختلف العلماء في انتفاء الحكم أو بقائه إذا زالت علته، و في المسألة تفصيل فالعلة المنصوص عليها أو مجمعا عليها، إذا لم تكن في أمر تعبدي فالحكم يزول بزوالها و يبقى ببقائها، أما إذا كانت في أمر تعبدي فقد تزول العلة و يبقى الحكم مثل: الرمل في الطواف، و إذا لم تكن العلة منصوصا أو مجمعا عليها فزوال الحكم بزوالها أو بقائه هي محل اجتهاد.[6]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ قول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث النهي عن ادخار لحوم الأضاحي: « إنّما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا و ادخروا و تصدقوا»[7]

---

(1) الحطاب، **مواهب الجليل**،(229/5)،الدردير، **الشرح الصغير**،(489/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(74/4).

(2) الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(294/3).

(3) القرافي،**الذخيرة**،(193/4)،الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(341/3)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**،(341/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(389/2)، عليش،**منح الجليل**،(307/3).

(4) المواق، **التاج و الإكليل**،(ص98).

(5) الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص59)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(120/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(450/1).

(6) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص28).

(7) أخرجه مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الأضاحي، باب: ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، رقم:1971، (ص948).

وجه الاستدلال من الحديث أن علة النهي عن ادخار لحوم الأضاحي هو وفود أهل البادية أيام العيد، و لما انتفت هذه العلة زال الحكم، فأباح لهم رسول الله صلى الله عليه و سلم الادخار.

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ المريض مرضا مخوفا لا يصح نكاحه و يفسخ إن وقع، فإن صح المريض قبل أن يفسخ النكاح فهل يصح النكاح لأن علة فسخه و هي المرض قد زالت و هو المشهور، و قيل أن النكاح يفسخ و لو صح المريض لأنه فاسد لعقده.[1] قال سحنون: "قلت: أرأيت المرأة تتزوج وهي مريضة أيجوز تزويجها أم لا؟ قال: لا يجوز تزويجها عند مالك، قال: فإن تزوجها ودخل بها الزوج وهي مريضة؟ قل سحنون إن ماتت كان لها الصداق إن كان مسها، ولا ميراث له منها، وإن مات هو وقد مسها فلها الصداق ولا ميراث لها، وإن كان لم يمسها فلا صداق لها ولا ميراث قلت: فإن صحت أيثبت النكاح؟ قال: قد اختلف فيه وأحب قوله إليّ أن يقيم على نكاحه، ولقد كان مالك مرة يقول يفسخ، ثم عرضته عليه فقال امحه. والذي آخذ به في نكاح المريض والمريضة أنهما إذا صحا أقرا على نكاحهما."[2]

ـ إذا طُلق على الزوج لجنون أو جذام أو برص، ثم برىء و زوجه في العدة فله رجعتها، لأن علة التطليق قد زالت قال ابن رشد: " أن تطليق الإمام على المجنون والمجذوم والمبروص إنما هي طلقة رجعية، وأن الموارثة بينهما قائمة ما دامت العدة لم تنقض، ولو صحوا في العدة من أدوائهم لكانت لهم الرجعة، وهو خلاف المعلوم من المذهب أن كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا المولي والمطلق عليه لعدم الإنفاق." [3]

ـ إذا قال الزوج لزوجته إذا غبت عنك أكثر من ستة أشهر فأمرك بيدك، فزاد مدة طويلة ثمّ قدم فأرادت أن تطالب بحقها فليس لها ذلك، لأن العلة قد زالت. [4]

---

[1] ابن عبد البر، **الكافي**،(548/2)، ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص270)، الدردير، **الشرح الصغير**،(428/2)،

[2] سحنون، **المدونة الكبرى**،(246/2).

[3] ابن رشد، **المقدمات الممهدات**،(507/1).

[4] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(260/5)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص59).

القاعدة الثالثة عشر: الغالب هل هو كالمحقق أو لا[1]

أولا: صيغ القاعدة

ـ الغالب مساو للمحقق في الحكم.[2]

ثانيا: معنى القاعدة

ما غلب وقوعه و ندر تخلفه ينزل منزلة المتحقق و يعطى له حكمه، و غالب الظن عند العلماء ملحق باليقين، و تبنى عليه الأحكام و يجب العمل به عندما لا يوجد ما هو أرجح منه، و هذا كالظن الحاصل عند سماع البينات و المفتين و رواة الأحاديث و الأقيسة الشرعية و ظاهر العمومات، و لم يعمل بالغالب عطل الكثير من الأحكام،[3] قال ابن فرحون: " غالب الأحكام و الشهادات إنما تبنى على الظن و تنزل منزلة التحقيق. "[4]

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، فقيل له و ما تزهى قال: تحمر، فقال: « أرأيت إذا منع الله ثمرة، بما يأخذ أحدكم مال أخيه»[5]

قال الزرقاني في شرح هذا الحديث: " فالمعنى لا ينبغي أن يأخذ أحدكم مال أخيه باطلا؛ لأنه إذا تلفت الثمرة لا يبقى للمشتري في مقابل ما دفعه شيء، و فيه إجراء للحكم على الغالب؛ لأن تطرق

---

(1) الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص56)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(110/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (153/1).

(2) المقري، **القواعد**،(ص90).

(3) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص13)، الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي**،(ص451).

(4) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**،(148/1).

(5) أخرجه مالك، **في الموطأ**، كتاب: البيوع، باب : النهي عن بيع الثمار، حتى يبدو صلاحها، رقم:2289،(893/4) البخاري، **في صحيح** ، كتاب: البيوع، باب: إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع، رقم:2198،(77/3)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: المساقاة و المزارعة، باب: وضع الجوائح، رقم:1555، (ص730).

التلف إلى ما بدا صلاحه ممكن، و عدم تطرقه إلى لم يبد صلاحه ممكن، فأنيط الحكم بالغالب في الحالين "[1]

ـ عن أبي موسى قال: دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا و رجلان من بني عمي، فقال أحد الرجلين: يا رسول الله أمرنا على بعض ما ولاّك الله عز وجل، و قال الآخر مثل، فقال:« إنّا، و الله لا نولّي على هذا العمل أحدا سأله، ولا أحدا حرص عليه. »[2]

ـ و من المعقول قول الشاطبي: " الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت. هذا شأن الكليات الاستقرائية."[3]

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا علق الزوج الطلاق على شيء غالب حصوله كالحمل أو الحيض فإن الطلاق يقع عليه في الحال؛ و لا يؤجل إلى وقوع الحمل أو الحيض.[4] قال سحنون: " قلت: أرأيت إن قال لها: إذا حضت أو إن حضت فأنت طالق؟ قال ليس هذه يمينا؛ لأن هذا يلزم الطلاق الزوج مكانه حين تكلم به من ذلك، وكذلك قال مالك "[5]

و قال القاضي عبد الوهاب: " ومنه ما يغلب فيه الوقوع ويمكن أن يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيئ الحيض والطهر، فهذا النوع فيه روايتان: إحداهما تنجز الطلاق الموقع فيه، والأخرى تأجيله، فوجه التنجيز اعتبار الغالب بالمتحقق لأن ذلك غالب الحصول "[6]

---

[1] الزرقاني، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**،(394/3).

[2] أخرجه مالك، **في الموطأ**، كتاب: البيوع، باب : النهي عن بيع الثمار، حتى يبدو صلاحها، رقم:2289،(893/4) البخاري، **في صحيح** ، كتاب: الإجارة، باب: في الإجارة، رقم:2261،(88/3)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: الإمارة، باب: النهي عن طلب الإمارة و الحرص عليها ، رقم:1733 ، (ص884).

[3] الشاطبي، **الموافقات**،(84/2).

[4] الدردير، **الشرح الصغير**(579/2)، الزرقاني، **شرح الزررقاني على مختصر خليل**،(196/4)، عليش، **منح الجليل**،(112/4).

[5] سحنون، **المدونة الكبرى**، (59/2).

[6] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(844/2).

ـ إذا تزوج الرجل على صداق معين في بلد بعيد جدا عن بلد العقد، فإنّ النكاح يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل، و ذلك لما فيه من الغرر إذ لا يدري هل يدرك على صفته أو لا و هل يبقى أو يهلك، و الغالب تغيره أو هلاكه في المسافة البعيدة. [1] قال الخرشي: " النكاح يكون فاسدا إذا وقع على صداق معين غائب عقارا أو غيره غيبة بعيدة كخرسان التي هي بأقصى المشرق من الأندلس التي هي بأقصى المغرب لانقطاع خبره، و ظاهره سواء كان على وصف أو رؤية متقدمة على العقد يتغير بعدها أم لا "[2]

القاعدة الرابعة عشر: العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه؟[3]

أولا: صيغ القاعدة:

ـ كل عقدين تنافيا في حكم فلا يجوز الجمع بينهما إلا ما استثني. [4]

ـ كل عقدين تنافيا في حكم فلا يجوز الجمع بينهما إلاّ البيع و الصرف في دينار مطلقا أو أكثر إن كان المبيع أقل من دينار.[5]

ـ العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمها بمسبباتها بطريق المناسبة. و الشيء الواحد باعتبار الواحد لا يناسب المتباينيين. [6]

ثانيا: معنى القاعدة:

إذا تعدد المعقود عليه في عقد واحد يعتبر في حكم تعدد العقود، أم يعتبر عقد واحد، و اختلف المالكية في المسألة فمن رأى بالأول أجاز ذلك و هو قول أشهب، و من رأى بالثاني منع جمع العقود

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، **النوادر و الزيادات**،(458/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(443/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(304/2).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(263/3).

[3] المقري، **القواعد**،(ص410)،الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص107)،المنجور،**شرح المنهج المنتخب**،(302/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(473/2).

[4] المقري، **الكليات**،(ص132).

[5] المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص114).

[6] القرافي،**الفروق**،(262/3)،المقري،**القواعد**،(ص296)،المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(302/1).

المتعددة في عقد واحد إذا كانت متعارضة في الأحكام و هو المشهور في المذهب، و علة المنع أنّ العقد سبب تترتب عليه أحكام معقوده، و لذا كان لابد أن تكون الأسباب مناسبة لمسبباتها، و العقد الواحد لا يناسب متضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد، فمثلا لا يجتمع البيع مع النكاح، لأن النكاح مبني على المكارمة و البيع على المكايسة، و كذلك لا يجتمع مع الصرف، والشركة، و المساقاة، و القراض، و الجعالة، كما لا يصح اجتماع اثنين منهما في عقد واحد.[1]

أما بالنسبة للقرض فقد أجمع العلماء على تحريمه لورود النهي عنه،[2] فعن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :«لا يحل بيع و سلف» [3]

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ يجوز الجمع بين البيع و الخلع،[4] قال الخرشي:" يجوز اجتماع الخلع مع البيع، و لا يجوز اجتماع البيع مع النكاح لتنافي الأحكام بين البابين لبناء الأول على المشاحة و الثاني على المسامحة "[5]

ـ إذا اجتمع النكاح مع البيع أو قرض أو قراض فهو فاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل. [6]

قال سحنون : " قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عبدا له على أن زادته المرأة دارها أو زادته مائة درهم؟ قال: لا يجوز هذا النكاح عند مالك وهو مفسوخ.

قال: وسمعت مالكا يقول في رجل تزوج امرأة على أن أعطته خادمها بكذا وكذا درهما.

---

(1) مالك بن أنس، **المدونة**،(408/3)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(145/6)،الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(81/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(53/3).

(2) ابن عبد البر، **الاستذكار**،(141/20)، الباجي، **المنتقى**،(374/6).

(3) أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند عبد الله بن عمرو، رقم:6628،(203/11)،الترمذي، **في السنن**، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم:1234،(515/2)، أبو داود، في السنن، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده،رقم:3504،(495/3)، و قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

(4) الدردير،**الشرح الصغير**،(522/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(117/4)، عليش، **منح الجليل**،(7/4).

(5) الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(13/4).

(6) ابن رشد، البيان و التحصيل،(413/4،414)المواق، **التاج و الإكليل**، (190/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(444/2).

قال مالك: لا يجوز هذا النكاح وقال مالك: لا يجتمع في صفقة واحدة نكاح وبيع"[1]

قال ابن أبي زيد القيرواني: " لا يقارن البيع نكاح و لا صرف ولا قراض ولا مساقاة ولا شركة، فإن وقع نكاح و بيع فسخ قبل البناء و ردت السلعة، و إن فاتت بما تفوت به في البيع الفاسد ردّ القيمة؛ وإن بنى بها فلها صداق المثل "[2]

القاعدة الخامسة عشر: الصحيح هل يفسد بالنية؟[3]

أولا:صيغ القاعدة

النظر إلى المقصود أو إلى الموجود.[4]

ثانيا:معنى القاعدة:

اختلف العلماء في الحكم هل يبنى على قصده المكلف من حلال و حرام، و مصلحة ومفسدة، فيثاب إن قصد الحلال و يأثم إن قصد الحرام، دون النظر إلى ما آل إليه فعله في الواقع من خطأ وصواب، أم يبنى الحكم على مآل الفعل بغض النظر عن قصد المكلف، فيمدح إن كان الفعل نافعا ولو قصد صاحبه الخطأ أولا، و يذم إن كان الفعل ضارا ولو قصد صاحبه الإصلاح في البداية.[5]

ثالثا:أدلة القاعدة

ـ القرآن الكريم:

ـ قال الله عز و جل: {**وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا** }[6]

وجه الدلالة من الآية أن ما وقع بالخطأ لا يعاقب عليه المكلف إذا لم يقصد ذلك.

---

[1] سحنون، **المدونة الكبرى**،(146/2).

[2] ابن أبي زيد القيرواني، **النوادر و الزيادات**، (468/4).

[3]المقري، **القواعد**،(ص310)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص85)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(280/1)

[4] المقري، **القواعد**،(ص310)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص84)، السجلماسي، **شرح القواعد الثمينة**،(268/1).

[5] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص117).

[6] الأحزاب:(05).

ـ قال الله سبحانه و تعالى: { **مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ** }[1]

المكره إذا تلفظ بالكفر لا إثم عليه رغم وقوعه ظاهرا، لأنه لم يقصد ذلك و إنما فعله لنجاته من الهلاك.

ـ السنة النبوية:

ـ عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم:« من الكبائر شتم الرجل والديه » قالوا يا رسول الله، و هل يشتم الرجل والديه؟ قال: « نعم يسب أبا الرجل، فيسب أباه. و يسب أمه، فيسب أمه »[2]

ـ و يتضح من الحديث أن من سبَّ والدي شخص، كمن سبَّ والديه متعمدا و لو لم يقصد ذلك، نظرا إلى الواقع لأن ذلك الشخص سيسب له والديه كذلك.

ـ حديث النبي صلى الله عليه وسلم :« إنما الأعمال بالنيات»[3]

وجه الدلالة من الحديث أن كلّ أعمال المكلف إنما تعتبر بالقصد و النية دون النظر إلى الموجود.

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ رجل له زوجتان نادى إحداهما ليطلقها فأجابته الأخرى، فقال لها طالق يظن أنها الأولى، فإن المجيبة تطلق في قضاء أما و هذا بالنظر إلى الموجود أما الأولى فتطلق قضاء و فتوى.[4]

ـ تزوج بقلة خمر فإذا هي خل أو سمن ثبت النكاح إن رضيا بذلك، و إلا فسخ بطلقة قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل،[5] قال خليل: "ولو تزوجت بالقلل على أن فيها خمراً فوجدته خلاً ثبت النكاح إن أحبا "[6]

---

[1] النحل:(106).

[2] أخرجه مسلم، **في الصحيح**،كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر و أكبرها، رقم:90،(ص54).

[3] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب الإيمان، باب بدء الوحي، رقم:1،(6/1)، مسلم، **في الصحيح**،كتاب الإمارة، باب قوله إنما الأعمال بالنية، رقم:1907،(ص920).

[4] الدردير، **الشرح الصغير**،(544/1)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(367/2).

[5] الخرشي،**شرح مختصر خليل**،(255/3)،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(295/2)، عليش، **منح الجليل**، (417/3).

[6] خليل،**التوضيح**،(165/4).

قال بهرام: " فإن دخلا على أنه خمر فوجد خلا لم يفسخ إن رضيا معا و إلاّ فسخ"[1]

ـ من تزوج بمعتدة ثم تبين انقضاء عدتها، فالنكاح صحيح ثابت، و لا خيار لواحد منهما، و قال البرزلي أنه غر و سلم،[2] فهنا لم ينظر إلى القصد بل إلى حقيقة الواقع، قال ابن عرفة: " لو تزوجها بقلال على أنها خمر، فظهر كونها خلًا؛ ثبت النكاح إن رضياه، كما لو نكحها على أنها في العدة، فظهر كونها في غيرها، ولمن شاء منهما فسخه؛ لحجته بظهور خلاف المعقود به، ولا حجة لهما في العدة؛ لأنها حق لله لا لأحدهما." [3]

قال الحطاب: "كمن اعتقد امرأة أنها في عدتها فتزوجها ثمّ تبين خروجها من العدة صحّ النكاح "[4]

ـ زوجة مفقود إذا لم يحكم بفسخ نكاحها منه، ثمّ تزوجها رجل و هو يعلم ذلك و استمر على نكاحها؛ و تبيّن أنّ المفقود قد مات و انتهت عدتها منه قبل عقد الثاني عليها، فالنكاح صحيح.[5] قال الباجي: "كمن تزوج امرأة لها زوج غائب لا يدري أحي هو أم ميت ثمّ تبين أنه مات لمثل ما تنقضي فيها عدتها قبل نكاحها فنكاحه ماض "[6]

القاعدة السادسة عشر: هل تعتبر جهتا الواحد فيقدر اثنين[7]

أولا: صيغ القاعدة

ـ اليد الواحدة هل تكون دافعة و قابضة أم لا؟ [8]

ـ تولي طرفي العقد جائز مطلقا.[9]

---

[1] بهرام،**الشامل**،(361/1).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(255/3)،الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(6/4)، عليش، **منح الجليل**، (417/3).

[3] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(430/4).

[4] الحطاب، **مواهب الجليل**،(38/2).

[5] المواق، **التاج و الإكليل**، (501/5)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(500/5).

[6] الباجي، **المنتقى**، (371/1).

[7] المقري، **القواعد**،(ص219)،الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص112)، المنجور،**المنهج المنتخب**،(277/1)، السجلماسي،**شرح اليواقيت الثمينة**،(644/2).

[8] المقري، **القواعد**،(ص429)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص112)، السجلماسي،**شرح اليواقيت الثمينة**،(644/2).

[9] المقري، **القواعد**،(ص297).

ـ المخاطب هل يدخل تحت عموم الخطاب.[1]

ـ المأذون له في العقد لا يملك عقده لنفسه.[2]

ـ اختلاف الجهة هل يوجب تعدد المتحد أم لا؟[3]

ثانيا: معنى القاعدة:

المعاملات و العقود التي تجري بين طرفين ، يجوز للشخص أن يكون الموجب و القابل فيتولى طرفي العقد، أم لا يجوز له ذلك.[4]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا كان الولي ابن عم أو وصيا فله تزويج وليته لنفسه و هذا هو المشهور في المذهب، و قيل لا يجوز و لابد أن يوكل غيره ليزوجها له،[5] قال ابن شاس: "و كذلك كل واحد من ابن العم والمعتق، ووكيل الولي، والحاكم يعقد لنفسه على من يتولى عليها بإذنها له في ذلك، فيتولى طرفي العقد، وليشهد كل منهم على رضاها وإذنها خوفاً من منازعتها." [6]

قال الحطاب : " يعني أن الولي إذا كان ابن عم أو وصيا أو كافلا أو مولى أعلى فأراد تزويج وليته من نفسه فله ذلك و يتولى طرفي العقد "[7]

ـ الأب إذا كان معه بنات أو بنات الإبن، فإنه يرث فرضه السدس و الباقي بالتعصيب فهو ورث من الجهتين،[8] قال الدردير: " و يرث بفرض و عصوبة: الأب أو الجد مع بنت أو بنت ابن فأكثر "[9]

---

[1] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص112)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(294/1).

[2] المقري، **القواعد**،(ص398).

[3] المقري، **القواعد**،(ص297).

[4] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص222).

[5] الحطاب،**مواهب الجليل**،(73/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(233/2)، الدردير، **الشرح الصغير**،(378/2)،عليش، **منح الجليل**،(295/3)،

[6] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(24/2).

[7] الحطاب، **مواهب الجليل**،(73/5).

[8] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(208/8)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(376/8).

[9] الدردير، **الشرح الصغير**،(631/4).

القاعدة السابعة عشر: الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة.[1]

أولا: معنى القاعدة:

اتفق العلماء على أن الكفار مخاطبون بالإيمان، و اختلفوا في مخاطبتهم بالفروع، قال جمهور العلماء أنهم مخاطبون و هو مذهب الإمام مالك رحمه الله، بينما رأى جمهور الحنفية و أبو حامد الإسفراييني خلاف ذلك، و فريق ثالث اختار التفصيل فقال أنهم مخاطبون بالنواهي دون الأوامر.[2]

ثانيا: أدلة القاعدة

و مما استدل به الجمهور على مخاطبة الكفار بفروع الشريعة، بالآية العامة التي وردت في حق الجميع، و بآية الوعيد و العقاب للكفار و المشركين منها:

ـ قوله عزوجل :**{يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}** [3] ـ

و قوله سبحانه و تعالى: **{ مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ قَالُوا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ}** [4]

ـ و قوله سبحانه و تعالى: **{ وَوَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ}** [5]

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ أنكحة الكفار فاسدة و إنما الإسلام يصححها، إلاّ في حالتين استدامة التحريم كالجمع بين الأختين، أو إذا أسلما قبل تمام النكاح الفاسد كمن عقد نكاحه في العدة ثم أسلما.[6] و هذا بناء على أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة. قال ابن يونس: " و نكاح المشرك عندنا فاسد، وإنما يصح منه

---

(1) القرافي، **الفروق**،(382/1)، المقري، **القواعد**، (ص326)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص116)،المنحور، **شرح المنهج المنتخب**،(261/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(403/1).

(2) الغزالي،**المستصفى**،(304/1)، الرازي، **المحصول**،(237/2)، الآمدي،**إحكام الأحكام**،(193/1)، القرافي، **شرح تنقيح الفصول**،(ص129)، ابن العربي، **أحكام القرآن**،(248/1).

(3) البقرة:(21).

(4) المدثر:(42،43).

(5) فصلت:(06،07).

(6) **الذخيرة**،(326/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(478/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(422/2).

بالإسلام ما لو ابتدأ العقد عليها بعد الإسلام لجاز، وما لا يجوز أن يبتدئه بعد الإسلام لم يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم." [1]

قال القاضي عبد الوهاب: " أنكحة الكفار فاسدة وإنما يصحح الإسلام ما لو ابتدؤوه بعده جاز [2]"

ـ إذا عقد على أم و ابنتها ثم أسلم و لم يصبهما اختار واحدة منهما،[3] قال سحنون: " أرأيت الحربي أو الذمي يسلم وقد تزوج الأم والبنت في عقدة واحدة أو في عقد متفرقة ولم يبن بهما، أله أن يحبس أيتهما شاء ويفارق الأخرى؟ قال: نعم، قلت: وهذا قول مالك؟ قال: هذا رأيي.قال: وقال مالك: إلا أن يكون مسهما فإن مسهما جميعا فارقهما جميعا." [4]

قال الخرشي:" أن الكافر إذا أسلم على أم و ابنتها نكحهما في عقد أوفي عقدين ثم أسلمتا، فإن لم يمسهما فإنه يختار من شاء منهما لأن العقد الفاسد لا أثر له على المشهور و إلا لحرمت الأم مطلقا."[5]

ـ إذا تزوجت بصداق فاسد كخمر أو خنزير ثم أسلما قبل الدخول فلها صداق المثل، فإن لم يدفع لها فسخ النكاح بطلقة لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة، قال ابن رشد: " فإن أسلمت النصرانية التي أخذت في صداقها الخمر والخنازير وأسلم زوجها قبل أن يبتني بها هل ترى أن يدخل بها بذلك الصداق، أو يقدم لها ما يستحلها به؟ قال: النكاح ثابت، وأحب إلي أن يقدم إليها ما يستحلها به "[6]و إذا دخل بها قبل إسلامهما فيقران على نكاحهما، لأن الزوجة مكنت من نفسها في و قت يجوز لها ذلك،[7] قال المواق: " إن نكح النصراني نصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر أو شرطا ذلك و هم يستحلونه ثم أسلما بعد البناء ثبت النكاح "[8]

---

[1] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(366/9).

[2] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**، (709/2).

[3] المواق،**التاج و الإكليل**،(139/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(272/2)، الدردير، **الشرح الصغير**،(424/2)، عليش، **منح الجليل**، (370/3).

[4] سحنون، **المدونة الكبرى**،(310/2).

[5] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(231/3).

[6] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(186/4).

[7] سحنون، المدونة الكبرى،(293/2)، ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(186/4)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (230/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(271/2).

[8] المواق، **التاج و الإكليل**،(138/5).

ـ إذا طلق المسلم الكتابية البتة فلا تحل له بوطء الكافر بناء على القول بفساد أنكحتهم و أنهم مخاطبون بفروع الشريعة،[1] قال سحنون: "قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن نصرانية تحت مسلم طلقها ألبتة ثم تزوجها نصراني ثم مات عنها أو طلقها النصراني ألبتة، هل تحل لزوجها الأول أم لا في قول مالك؟

قال: قال مالك: لا تحل لزوجها الأول بهذا النكاح." [2]

قال الزرقاني: " فلا تحل كتابية لمسلم طلقها ثلاثا بتزوجها بكتابي على المشهور لأن أنكحة الكفار فاسدة "[3]

ـ يجب على الكتابية، إذا مات زوجها المسلم أن تعتد بأربعة أشهر و عشرا،[4] و هذا على القول بمخاطبة الكفار الشريعة، قال ابن أبي زيد القيرواني في رسالته:"وعدة الحرة من الوفاة أربعة أشهر وعشر كانت صغيرة أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل مسلمة كانت أو كتابية"[5]

قال ابن عبد البر: " وعدة الحرة المسلمة أو الكتابية مدخول بها أو غير مدخول بها من وفاة زوجها إذا كانت غير حامل أربعة أشهر وعشرة أيام." [6]

ـ لا يصح طلاق الكافر، لأن نكاحه فاسد، و الطلاق فرع عن صحة النكاح، إلاّ إذا تحاكموا إلينا، و ذلك لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة.[7]

قال ابن الحاجب: " و أركان الطلاق أهل، و محل، و قصد، و لفظ. الأهل: مسلم مكلف فلا ينفذ طلاق الكافر." [1]

---

[1] الحطاب، **مواهب الجليل**،(121/5)، عليش، **منح الجليل**، (343/3).

[2] سحنون، المدونة الكبرى،(293/2).

[3] الزرقاني،**شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(381/3).

[4] سحنون، المدونة الكبرى،(293/2)، المواق، **التاج و الإكليل**،(493/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(147/4)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**،(478/2).

[5] ابن أبي زيد القيرواني، **الرسالة**،(ص99).

[6] ابن عبد البر، **الكافي**،(621/2).

[7] بهرام، **الشامل**،(396/1)، المواق، **التاج و الإكليل**،(308/5)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(307/5)، الدردير،**الشرح الصغير**،(542/2).

القاعدة الثامنة عشر: السكوت على الشيء مقر به أم لا؟، و هل هو إذن فيه أم لا؟[2]

أولا: صيغ القاعدة

هل الساكت على الشيء مقر به أم لا؟، و هل هو إذن فيه أم لا؟[3]

ثانيا: معنى القاعدة:

لا خلاف بين العلماء أن السكوت لا يعد رضا، لأن الإنسان قد يسكت مع كونه غير راض، وإنما اختفلوا في كونه إذن في الشيء و إقرار به أم لا على قولين أظهرهما أنه ليس بإذن ولا إقرار، إلا في ما يعلم بالعادة أن أحدا لا يسكت عليه إلاّ راضيا فلا يختلف أن السكوت عنه إذن،[4] و قال ابن عبد السلام كل ما يدل على ما في نفس الإنسان دون النطق به يقوم مقام النطق.[5]

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:« و البكر تستأذن في نفسها، و إذنها صماتها»[6] و هذا دليل على أن غير البكر لا يعد سكوتها رضى، و قد أجمعوا على ذلك في النكاح فيقاس عليه غيره.[7]

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ من قال لزوجته راجعتك فتسكت حتى يطأها ، ثم تدعي أن عدتها قد انقضت فلا يسمع منها ويعتبر سكوتها إقرارا بأنها ما تزال في العدة.[8]

---

(1) ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص292).

(2) المقري، **القواعد**، (ص330)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص159)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(287/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(428/1).

(3) المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(287/1).

(4) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(441،440/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(228/7)، التسولي، **البهجة شرح التحفة**، (36/2).

(5) الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص161).

(6) أخرجه البخاري، **في الصحيح**،كتاب: الحيل باب: في النكاح، رقم: (6971)،(26/9)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، و البكر بالسكوت،رقم:(1421)، (641/1).

(7) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(441،440/4)

(8) ابن رشد، **المقدمات الممهدات**،(73/3)، خليل، **التوضيح**،(528/3).

ـ من رأى حمل زوجته فلم ينكره، ثم نفاه بعد ذلك، فإنه يحد ولا يلاعن، لأن سكوته إقرار بأن الولد منه.[1] قال ابن القاسم: " قال مالك: إذا رأى الحمل فلم ينتف منه حتى تضعه، فليس له أن ينتفي وقد رآها حاملا ولم ينتف منه، فإنه يجلد الحد لأنها حرة مسلمة فصار قاذفا وهذا قول مالك."[2]

ـ إذا علم الأب بنكاح من تحت ولايته، و سكت فذلك يعد رضا منه.[3]

القاعدة التاسعة عشر: كل عقد وضع للمعاوضة و بني على المكايسة فالأصل امتناع الغرر فيه، و كل عقد وضع للمعروف والإحسان فالأصل أن لا يمتنع فيه الغرر.[4]

أولا: صيغ القاعدة:

ـ كل عقد لا ينافي مقصوده الجهالة و الغرر فالأصل أن لا يمتنع الغرر فيه، و كل عقد ينافي مقصوده الجهالة و الغرر فالأصل أن يمتنع فيه الغرر.[5]

ثانيا: معنى القاعدة:

الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يُعلم حصوله من عدمه[6]، و يجوز في بعض العقود دون غيرها ويرجع هذا إلى طبيعة كل عقد، فما كان أساسه المعاوضة و المكايسة فيمتنع فيه الغرر لأنه يخل بمقصوده من تنمية المال و هذا يشمل عقود المعاوضات، إلاّ ما استثني كأساس الدار و قطن الجبة و ما لا تنفك عنه، و العقود التي لا معاوضة فيها وبنيت على المعروف و الإحسان، و لا يقصد بها تنمية المال فالأصل جواز الغرر و الجهالة فيها، حثا للناس على الإكثار منها، لذا يسر سبلها و وسع فيها، وما فيه شائبتان كالنكاح فينافيه الغرر من وجه دون وجه فيجوز فيه اليسير دون الكثير، فمن جهة قد اشترط الشارع فيه المال، و من جهة أخرى المال ليس مقصودا أصالة بل مقصده السكن و الألفة والمودة.[7]

---

[1] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(4/440،441)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(7/229).

[2] سحنون، المدونة الكبرى،(3/109).

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص160).

[4] المقري،**القواعد**،(ص288).

[5] المقري، **القواعد**، (ص289).

[6] الجرجاني، **التعريفات**،(ص161).

[7] القرافي، **الفروق**،(1/276،277)، المقري، **القواعد**، (ص288).

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ يجوز النكاح على عدد من الغنم أو الإبل غير موصوف بأن يجعل صداقها ثمانية من الغنم [1]، قال الدسوقي:" يجوز النكاح على عدد من الإبل أو البقر أو الغنم"[2]

ـ يجوز أن يكون المهر شَورة يعني متاع البيت و يرجع في هذا للعرف إن كانت المرأة حضرية أو بدوية [3]، و في المدونة قال ابن القاسم: " فيجوز أن يتزوجها على شوار بيت قال: نعم إذا كان الشوار أمرا معروفا عند أهل البادية "[4]. و قال الصاوي في حاشيته:" و يقضي بشوار مثلها لمثله، بخلاف البيع فلا يجوز أن تكون الشورة ثمنا"[5].

القاعدة العشرون: الاختصاص بالأحكام لا يوجب الاختصاص بالألفاظ.[6]

أولا: صيغ القاعدة:

كل عقد المعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة، و يحلف في المحتمل حيث ينفع النكول.[7]

ثانيا: معنى القاعدة:

أن العقود تنعقد بكل لفظ يدل على المعنى، و ليس بألفاظ و عبارات مخصوصة، و لذلك أي عبارة تلفظ بها المتعاقدين و فهم منها المقصود ينعقد العقد بها.

أمّا بالنسبة للنكاح فقد رجح علماء المالكية انعقاده بلفظ الهبة بشرط تسمية الصداق،[8] و اختلفوا في انعقاده بكل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة، كبعت، و أبحت، و ملكت، أو منحت، فقال بانعقاده

---

(1) الدردير، **الشرح الصغير**،(431/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(255/3)، عليش، **منح الجليل**،(418/3).

(2) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(296/2).

(3) الباجي،**المنتقى**،(56/5)، المواق، **التاج و الإكليل**،(174/5)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (07/04).

(4) سحنون، **المدونة الكبرى**،(218/2).

(5) الصاوي، حاشية الصاوي،(431/2).

(6) المقري، **القواعد**،(ص297).

(7) المقري،**كليات المقري**،(ص125)، المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص112).

(8) المواق، **التاج و الإكليل**،(45/5)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(44/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(350/2)،

بتلك الألفاظ ابن القصار و القاضي عبد الوهاب و الباجي و ابن العربي و ابن شاس[1] ، و هو قول أكثر أهل المذهب[2]، ودليلهم حديث الرسول صلى الله هليه وسلم: « اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن»[3] و خالفهم في ذلك ابن رشد،[4] و هذا ما رجحه العلامة الدردير في الشرح الكبير، أما في كتابه الشرح الصغير فاقتصر على ذكر لفظ التزويج و النكاح و الهبة مع تسمية الصداق و لم يذكر بقية الألفاظ المختلف فيها.[5]

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ النكاح ينعقد بلفظ التزويج و الإنكاح و لو بدون تسمية الصداق،[6] قال الدسوقي:" تحصل من كلامه أن الأقسام أربعة الأول ما ينعقد به النكاح مطلقا سواء سمى صداقا أو لا وهو أنكحت وزوجت"[7] قال عليش: " فأحد اللفظين كاف و لو بدون ذكر الصداق"[8]

ـ ينعقد النكاح بلفظ الهبة بشرط تسمية الصداق،[9] و ورد في المدونة قول سحنون: " أرأيت إذا وهب ابنته بصداق كذا و كذا أتبطل هذا أم تجعله نكاحا في قول مالك؟ قال: ما سمعت من مالك في هذا شيئا، و لكنه إذا كان بصداق فهذا نكاح إذا كان إنما أراد بالهبة وجه النكاح و سموا الصداق"[10]

قال ابن الحاجب: " الصيغة: لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كأنكحت و زوجت، و ملكت وبعت ، و كذلك وهبت بتسمية الصداق"[11]

---

[1] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(312/3)، الباجي، **المنتقى**،(28/5)، ابن العربي، **أحكام القرآن**،(496/3)، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(11/2).

[2] بهرام ،**الدرر في شرح المختصر**،(ص883)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(45/5).

[3] أخرجه مسلم، **في الصحيح**،كتاب: النكاح، باب: الصداق جواز كونه تعليم قرآن أو خاتم من حديد،رقم: (1424)، (ص643).

[4] ابن رشد، **المقدمات الممهدات**،(480/1).

[5] الدردير، **الشرح الكبير**،(221/2)، **الشرح الصغير**،(350/2).

[6] الحطاب، **مواهب الجليل**،(43/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(350/2)، عليش، **منح الجليل**، (267/3).

[7] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(221/2).

[8] عليش، **منح الجليل**، (267/3).

[9] الحطاب، **مواهب الجليل**،(44/5)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(301/3)، الدردير، **الشرح الصغير**، (350/2)، عليش، **منح الجليل**، (267/3)،

[10] سحنون،**المدونة الكبرى**،(242/2).

[11] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص255).

القاعدة الواحدة والعشرون: المترقبات إذا وقعت متى تعد حاصلة، أيوم الوقوع أو يوم ابتداء الترقب؟[1]

أولا: صيغ القاعدة

ـ المترقبات إذا وقعت هل يقدر وقوعها يوم الأسباب التي اقتضت أحكامها و إن تأخرت الأحكام عليها أم لا؟[2]

ـ المترقبات إذا وقعت هل يقدر حصولها يوم وجودها، و كأنها فيها قبل كالعدم، أو يقدر أنها لم تزل حاصلة من حين أسبابها التي أثمرت أحكامها، و أسند الحكم إليها [3]

ـ المترقبات متى يعد حصولها أيوم ترقبت أو يوم تحققت؟[4]

ـ التقدير و الانعطاف.[5]

ثانيا: معنى القاعدة

ما يتوقع حصوله هل يعتبر حكمه يوم وقوعه كأن لم يكن قبل ذلك، أم يقدر أنه موجود من حين حصول السبب الذي أثمر ذلك الحكم.[6]

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ عن عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم أعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما و جاءه بدينار و شاة فدعى له بالبركة في بيعه كان لو اشترى ترابا لربح فيه.[7]

---

[1] المقري، **القواعد**، (ص326)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(282/1).

[2] الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص131).

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص86)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(281/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (541/2).

[4] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(465/2).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص86)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(281/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (541/2).

[6] أحمد الشنقيطي، **إعداد المهج**،(ص97)، الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص124).

[7] أخرجه البخاري، **في الصحيح**،كتاب: المناقب، باب: حدثني محمد بن المثنى، رقم:3642 ،(207/4).

قال ابن عبد البر: " ثبوت صحة ملك النبي صلى الله عليه وسلم للشاتين و لولا ذلك ما أخذ منه الدينار و لا أمضى له البيع"[1] و هذا يدل على أن المرتقبات تعد حاصلة من حين حصول سببها لأن ملك النبي صلى الله عليه سلم للشاتين و قع متأخرا بعد حصول السبب و هو الشراء.

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا أجاز الورثة الوصية للوارث، أو لغير وارث بأكثر من الثلث فإجازتهم تعتبر عطية لابد لها من قبول ثان و حيازة وهو المشهور في المذهب ، و هذا على خلاف قاعدة التقدير و الانعطاف و قيل أن الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث جائزة و لا تحتاج لقبول ثان. [2]

قال ابن شاس: " وتصح الوصية للوارث، وتقف على إجازة باقي الورثة وردهم، فإن ردوها رجعت ميراثًا، وإن أجازوها نفذت. ثم اختلف، بعد تنفيذها بإجازتهم، هل ذلك تنفيذ لفعل الموصي، أو ابتداء عطية منهم؟، والأول هو الذي نقله القضاة الثلاثة عن المذهب أبو الحسن وأبو محمد وأبو الوليد."[3]

قال الخرشي: " و إذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة، أو زاد على الثلث لغير الوارث، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية لا أنه تنفيذ للوصية فلا بد من قبول الموصي له، و لا تتم إلاّ بالحيازة "[4]

القاعدة الثانية والعشرون: الشك في المانع لا يؤثر[5]

أولا: معنى القاعدة:

المانع لغة: هو ما يلزم وجوده العدم، و لا يلزم من عدمه و جود ولا عدم لذاته. [6]

---

[1] ابن عبد البر، **التمهيد**،(108/2).

[2] الزرقاني،**شرح الزرقاني**،(317/8)،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(144/3)،الدردير، **الشرح الصغير**،(586/4)، عليش، **منح الجليل**،(513/9).

[3] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(401/3).

[4] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(171/8).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص78)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**، (516/2)، السجلماسي،**شرح اليواقيت الثمينة**،(447/1).

[6] القرافي،**شرح تنقيح الفصول**،(ص71).

الشك في المانع بعد و جود الحكم و ثبوته لا يؤثر عليه، فيجب عدم الالتفات إليه و يبقى حكم الأصل، لأن الشك طرأ على يقين و اليقين لا يزول بالشك كما هي القاعدة المشهورة،[1] قال القرافي:

" كل مشكوك فيه ليس بمعتبر، و يجب اعتبار الأصل السابق عن الشك، فإذا شككنا في السبب لم نرتب المسبب، أو في الشرط لم نرتب المشروط، أو في المانع لم ننف الحكم و هذه القاعدة مجمع عليها لا تنتقض، و إنما وقع الخلاف بين العلماء في وجه استعمالها " [2]

ثانيا: أدلة القاعدة

كل أدلة قاعدة اليقين لا يزول بالشك هي أدلة لهذه القاعدة لأنها فرع عنها، و سأكتفي بذكر حديث الشك في الحدث، لأنه من قبيل الشك في المانع.

ـ عن عباد بن تميم عن عمه: أنه شكا إلى الرسول صلى الله عليه و سلم الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: « لا ينفتل ـ أو لا ينصرف ـ حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا »[3]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إن شك الزوج هل طلق زوجته أم لا، فلا شيء عليه و لا يفرق بينهما، فهو من قبيل الشك في المانع.[4]

قال القاضي عبد الوهاب: " إذا شك هل طلق أم لم يطلق فلا شيء عليه "[5] و قال ابن الحاجب: " و إذا شك أطلق أم لا من غير أن يستند إلى أصل لم يؤمر." [6]

ـ الشك في الرضاع لا يحرم، فمن شك في رضاعه مع امرأة أراد أن يتزوجها فلا تحرم عليه لأن الشك في المانع لا يؤثر. [7]

---

[1] البورنو، **موسوعة القواعد الفقهية**،(137/5).

[2] القرافي،**الذخيرة**،(219/1).

[3] سبق تخريجه.

[4] الحطاب، **مواهب الجليل**،(379/5)، الخرشي، **شرح الخرشي**،(65/4)،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(401/2)، عليش، **منح الجليل**،(142/4).

[5] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(854/1).

[6] ابن الحاجب، **جامع الأمهات** ،(ص301).

[7] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص78).

القاعدة الثالثة و العشرون: الاحتياط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أشد منه في العكس، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيشتد له.[1]

أولا: صيغ القاعدة

ـ الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة.[2]

ـ القاعدة الشرعية أن الانتقال من الحل إلى الحرمة يكفي فيه أدنى سبب و من الحرمة إلى الحل بالعكس.[3]

ثانيا:معنى القاعدة

أن احتياط الشارع في الانتقال من التحريم إلى الحل أشد و أقوى من احتياطه في الانتقال من الإباحة إلى الحرمة، ففي الخروج من التحريم إلى الإباحة يشترط أقوى الأسباب و أعلاها بخلاف العكس فيكتفي فيه بأيسر و أخف الأسباب، و بما أن أحكام الشريعة مبنية على مصالح العباد، فالتحريم جاء لدفع الضرر و درء المفاسد ، لذا شدد الشارع في الخروج للإباحة فوضع شروطا و قيودا لا يصح إلاّ بها، أما إذا تعلق الأمر بالخروج من الإباحة إلى الحرمة فإن الشرع لم يحتط له كثيرا،[4] قال القرافي:" لأن التحريم يعتمد الوقاية من المفاسد فيتعين الاحتياط له فلا يقدم على محل فيه مفسدة إلاّ بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة أو يعارضها، و يمنع الإباحة لما فيه من مفسدة بأيسر الأسباب دفعا للمفسدة بحسب الإمكان، و لذلك حرمة المرأة بمجرد عقد الأب، و لا تحل المبثوثة إلاّ بعقد و وطء حلال و طلاق و انقضاء عدة من عقد الأول؛ لأنه خروج من حرمة إلى إباحة "[5]

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ عن أنس رضي الله عنه قال: مر الرسول صلى الله عليه وسلم بتمرة مسقوطة فقال:« لو لا أن تكون صدقة لأكلتها»[6]

---

[1] المقري، **القواعد**،(ص295).

[2] القرافي، **الفروق**،(268/3).

[3] القرافي، **الذخيرة**،(40/4).

[4] القرافي،**الفروق**،(268/3)، **الذخيرة**،(398/4).

[5] القرافي،**الفروق**،(268/3).

[6] أخرجه البخاري، **في الصحيح**،كتاب: البيوع، باب: ما يتنزه من الشبهات ،رقم: 2055،(54/3)، مسلم، **في الصحيح** ، كتاب: الزكاة، باب: تحريم الزكاة على الرسول صلى الله عليه وسلم،رقم:1071،(ص477).

الرسول صلى الله عليه وسلم حين لم يعلم هل هي مباحة أو محرمة عليه احتياطا أو تورعا خشية أن تكون من الصدقة.

ـ عن عائشة رضي الله عنها أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: كنت عند رفاعة فبتّ طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، و إن معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك»[1]

المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها بمجرد عقد النكاح حتى يدخل بها الزوج الثاني و يطأها وطأ صحيحا، لأنه خروج من التحريم إلى الإباحة فشترط له أشد الشروط.

رابعا: تطبيقات القاعدة

ـ الطلاق يقع بالكنايات و إن بعدت إذا قصد بها ذلك، لأنه خروج من الحل، فيكفي أدنى سبب، [2] أما النكاح فلا ينعقد إلاّ لفظ التزويج و الإنكاح، أو ما قرب من ذلك.[3] قال القرافي: " فلهذه القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات و إن بعدت حتى أوقعناه بالتسبيح و التهليل إذا أريد به الطلاق لأنه خروج من الحل فيكفي فيه أدنى سبب، و لم يجز النكاح بكلّ لفظا بل بما فيه قرب من مقصود النكاح لأنه خروج من الحرمة إلى الحلّ."[4]

ـ المرأة تحرم على الأبناء بمجرد عقد الأب عليها،[5] قال ابن القاسم في المدونة:" و كذلك امرأة الأب إذا عقد الأب نكاحها حرمت على أبنائه و إن لم يدخل بها"[6]

---

[1] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الطلاق،باب: من أجاز الطلاق الثلاث،رقم:5260، (42/7)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره و يطأها، رقم:1433 ،(ص652).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(44،45/4)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(156،172/1)، الدردير، **الشرح الصغير**،(560/2)

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(45/5)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل** ،(301/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(221/2)، الدردير، **الشرح الصغير**،(350/2).

[4] القرافي، **الذخيرة**،(398/4).

[5] سحنون، **المدونة الكبرى**،(278/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(363/3)، الدردير، **الشرح الصغير**، (403/2)، عليش، **منح الجليل**،(327/3).

[6] سحنون، **المدونة الكبرى**،(278/2)

قال ابن شاس: " المصاهرة، ويحرم منها بمجرد عقد النكاح الصحيح المباح أمهات الزوجة من النسب والرضاع، وزوجة الابن، والحفدة، وزوجة الأب والجد من جهتي النسب والرضاع. "[1]

ـ لا تحل المبثوثة إلاّ بعقد ووطء حلال من مسلم بالغ، لأن هذا خروج من الحرمة إلى الإباحة فيتشدد فيه.[2] قال ابن عبد البر: "و إنما يحللها نكاح رغبة لا قصد فيه للتحليل وشرط مالك واكثر أصحابه أن يكون وطئه إياها مباحا تاما غير محظور لا تكون صائمة ولا محرمة ولا حائضا ولا معتكفة، فإن وطئها وطئا تاما مباحا ثم طلقها أو مات عنها حلت للأول، و إلاّ لم تحل له." [3]

قال ابن رشد الحفيد: " لا يحل المطلقة إلاّ الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حجّ أو حيض أو إعتكاف، و لا يحلّ الذمّية وطء زوج ذمّي لمسلم و لا وطء من لم يكن بالغا "[4]

القاعدة الرابعة و العشرون: كل إثبات أدى إثباته إلى نفيه فنفيه أولى. [5]

أولا:صيغ القاعدة

ـ كل حكم يقتضي إثباته رفعه أو رفع موجبه فهو باطل.[6]

ثانيا:معنى القاعدة

إذا توقف ثبوت الشيء على نفيه بحيث لا يثبت إلاّ إذا انتفى، فإنه ينتفي من أصله لأنّ ثبوته يقتضي بطلانه فلا يعتد به، لأنه لو ثبت لانتفى، و لا فائدة من ذلك، فالأولى أن ينفى إبتداء. [7]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ من قال لزوجته إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا، يقع عليه الطلاق و يعتبر قوله قبله لغوا، فيقع عليه الطلاق الأول و يتمم عليه الثلاث من المعلق.[8]

---

[1] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(38/2)

[2] الحطاب، **مواهب الجليل**، (119/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(411/2)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(215/3).

[3] ابن عبد البر، **الكافي**،(533/2).

[4] ابن رشد، **بداية المجتهد**،(107/3).

[5] الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص175)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(495/2)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (725/2).

[6] المقري، **القواعد**،(ص300).

[7] الولاتي، **الدليل الماهر الناصح**،(ص159)، الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص380).

[8] الحطاب، **مواهب الجليل**،(343/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(574/2)، عليش،**منح الجليل**،(100/4).

قال ابن شاس: " و لو قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا، كان ذكر القبلية لغواً، فلو نجز طلاقا وقع المنجز، ووقع تمام الثلاث من المعلق، ولغي لفظ القبلية." [1]

قال الخرشي: " إذا قال لزوجته إن طلقتك فأنت طالق قبل طلاقي ثلاثا فإذا طلقها واحدة أو اثنتين وقع من المنجز ما يملكه من تمام الثلاث المعلقة لأن ذكر القبلية لغو"[2]

القاعدة الخامسة و العشرون: الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟[3]

أولا: صيغ القاعدة:

ـ الملحق بالعقد هل هو كالواقع معه فلا يفتقر إلى القبض أو لا يفتقر؟[4]

ـ الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو كالهبة؟[5]

[6] ـ الملحق بالعقد يعد واقعا فيه.

[7]ـ الملحق بالعقد بعد تمامه هل يعد كجزء منه؟ أو يعد كأنه عقد آخر مستقل مستقل؟

ثانيا:معنى القاعدة

ما يقع بعد إبرام العقد من تغيير و تعديل كالزيادة أو الحط من الثمن، أو اشتراط شيء لم يكن مشروطا في صلب العقد، هل يلحق بالعقد و يعد جزءا منه، و كأنه وقع مصاحبا له، فتسري عليه أحكامه و [8]يلزم كلزومه، أو يعتبر شيئا حادثا مستقلا، يعطى له حكم نفسه و لا تأثير له على العقد.

---

[1] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(204/2).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(52/4).

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص105)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(434/2)، السجلماسي،**شرح اليواقيت الثمينة**، (570/2).

[4] المقري، **القواعد**،(ص300).

[5] المقري، **القواعد**،(ص433).

[6] ميارة، **شرح تحفة الحكام**،(300/1).

[7] الولاتي، **الدليل الماهر الناصح**،(ص128).

[8] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص198).

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ القرآن الكريم:

قال الله عز وجل:{**فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا**}[1]

معنى الآية أن الزيادة و النقصان من المهر جائز عند التراضي على ذلك، و بعد استقرار الفريضة[2] .

ـ السنة النبوية:

ـ عن جابر رضي الله عنه قال: أقبلنا من مكة إلى المدينة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فاعتل جملي، ثم قال لي بعني جملك هذا قال: قلت:لا، بل هو لك، قال: « لا بل بعنيه » قلت : فإن لرجل علي أقية ذهب، فهو لك بها، قال: « قد أخذت فتبلغ عليه إلى المدينة » قال: فلما قدمت المدينة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لبلال: « أعطه أقية من ذهب و زده » قال: فأعطاني أقية من ذهب و زادني قيراطا.[3]

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه و سلم زاد في ثمن البعير بعد انعقاد البيع و الاتفاق على الثمن، فدل هذا أن الزيادة بعد العقد جائزة.

رابعا: تطبيقات القاعدة:

ـ الزيادة في الصداق بعد العقد يكون لها حكم الصداق، فيرجع الزوج بنصفها إن طلق قبل الدخول و هذا هو المشهور، و في الموت الزيادة تجري مجرى الهبة و لا تلحق بالعقد، فلو مات الزوج قبل قبض الزوجة لها لبطل حقها، لأن الهبة لا تتم إلاّ بالقبض،[4] قال ابن القاسم: " إن طلقها فلها نصف ما

---

[1] النساء:(24).

[2] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**،(135/5).

[3] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم:2718، (189/3)، مسلم، **في الصحيح**، كتاب: المساقاة و المزارعة، باب: بيع البعير و استثناء ركوبه، رقم: 715، (ص750).

[4] سحنون، المدونة الكبرى،(232/2)،القرافي،**الذخيرة**،(250/4)،المواق،**التاج و الإكليل**،(208/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(455/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(53/4)،

زادها فهو بمنزلة ما لو وهبه لها تقوم به عليه، و إن مات عنها قبل أن تقبضه فلا شيء لها منه لأنها عطية لم تقبض"[1]

قال القرافي: " إذا زادها و لم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء، فلها نصف الزيادة في الطلاق دون الموت لفوات القبض في الحياة."[2]

الاستثناء:

ـ الشروط المناقضة لعقد النكاح إذا تطوع بها أحد الزوجين بعد العقد لا تفسده،كأن لا يقسم لها أو لا ينفق عليها.[3]

ـ الإمتاع، هو أن تعطي الزوجة أو أبوها شيئا للزوج كسكنى دار، أو استغلال أرض، فإذا كان في العقد فسد، و إن كان الإمتاع تطوعا بعد العقد جاز. [4]

القاعدة السادسة و العشرون: من خير بين شيئين فاختار أحدهما هل يعد كأنه متنقل أو ما اختار قط غير ذلك الشيء؟[5]

أولا: صيغ القاعدة

ـ هل من خير بين شيئين يعد كأنه مالك لما حازه قبل اختياره؟[6]

ـ من خير بين شيئين فهل يعد متنقلا أو آخذا ما وجب له؟[7]

ـ من خير بين شيئين و اختار أحدهما هل يعد كأنه لم يأخذ إلا ما وجب له فيكون هذا كالبدل أو يعد كالمتنقل من شيء إلى شيء؟[8]

---

[1] سحنون، **المدونة الكبرى**،(232/2).

[2] القرافي، **الذخيرة**،(365/4).

[3] الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (338/3)، الصاوي، **حاشية الصاوي**،(386/2).

[4] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص106).

[5] المقري، **القواعد**، (ص328)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص151)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(332/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(501/2).

[6] القرافي،**الذخيرة**،(369/5).

[7] ابن شاس،**عقد الجواهر الثمينة**،(559/2).

[8] ابن شاس،**عقد الجواهر الثمينة**،(291/1).

ثانيا: معنى القاعدة:

المكلف إذا خير بين شيئين أو عدة أشياء، إذا اختار أحدهما أو أحدها، هل يعتبر أنه منتقلا عنه إلى غيره، أو لا يعد متنقلا، و أنه لم يختر غير ذلك الشيء الذي وقع عليه اختياره.[1]

ثالثا: أدلة القاعدة

و استدلوا على هذه القاعدة بقوله عز وجل: {**أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى**}[2] ووجه الإستدلال في هذه الآية بأن: " الشراء هنا استعارة و تشبيه لما تركوا الهدى و هو معرض لهم ووقعوا بدله في الضلالة و اختاروها شبهوا بمن اشترى فكأنهم دفعوا في الضلالة هداهم إذ كان لهم أخذه؛ و بهذا المعنى تعلق مالك رحمه الله في منع أن يشتري الرجل على أن يتخير في كل ما تختلف فيه آحاد جنسه ولا يجوز فيه التفاضل"[3] .

رابعا: تطبيقات القاعدة:

ـ من أسلم على أكثر من أربع نسوة و لم يبني بهن و اختار أربعا منهن، فقيل أن كل واحدة من البواقي نصف صداقها و قيل خمسه بناء على أنه متنقل، و المشهور لا شيء لهن بناء على أنه غير متنقل،[4] قال ابن رشد: " وأما المجوسي يسلم وعنده عشر نسوة فيسلمن كلهن فله أن يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن، قيل بطلاق وقيل بغير طلاق. فإن كان قد دخل بهن كان لكل واحدة منهن صداقها. وأما إن كان لم يدخل بواحدة منهن فعلى القول بأنه يفارق سائر الأربع بغير طلاق لا يكون لمن فارق منهن صداق. وهو معنى ما في المدونة، وعلى القول بأنه يفارقهن بطلاق يكون لكل واحدة منهن نصف صداقها؛ لأنه كان مخيرا فيها بين أن يمسكها أو يفارقها، وهو اختيار ابن حبيب. وقيل: إن لكل واحدة منهن خمس صداقها، وهو اختيار ابن المواز"[5]

قال سيدي خليل: " وإن اختار أربعاً فبنى بهن وفارق غيرهن لم يكن لهن شيء على المشهور"[6]

---

[1] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص313)، عادل بن عبد القادر، **القواعد و الضوابط الفقهية القرافية**،(ص648).

[2] البقرة:(16)

[3] ابن عطية، **المحرر الوجيز**،(98/1).

[4] الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(62،61/4)، خليل بن إسحاق، **التوضيح**، (93،91/4)، ابن ناجي، **شرح الرسالة**،(37/2).

[5] ابن رشد، المقدمات الممهدات،(463/1).

[6] خليل بن إسحاق، **التوضيح**، (93/4).

القاعدة السابعة و العشرون: الأصل عدم التداخل[1]

أولا: صيغ القاعدة

الأصل و القياس عدم التداخل مع تماثل الأسباب[2]

ثانيا: معنى القاعدة

إذا ترتب في ذمة المكلف إلتزامات و حقوق متعددة لسبب أو أسباب مختلفة فإنها لا تتداخل، يجب عليه أن يؤديها و لا يقتصر على بعضها دون بعض، سواء كانت حقوقا لله تعالى أو حقوقا للعباد، فالتداخل حالة إستثائية مبنية على الترخيص و التيسير، و هو واقع في الشريعة في ستة أبواب الطهارات، الصلاة، الصيام،الكفارات، الحدود و الأموال. [3] قال القرافي: " إن التداخل بين الأسباب أن يوجد سببان مسببهما واحد، فيترتب عليهما مسبب واحد مع أن كل واحد منهما يقتضي مسببا من ذلك النوع، و مقتضى القياس أن يترتب من ذلك النوع مسببان، و قد و قع الأول في كثير من الصور، والثاني أيضا واقع في الشريعة و هو الأكثر، أما التداخل الذي هو أقل فقد وقع في الشريعة في ستة أبواب" [4]

ثالثا: تطبيقات القاعدة:

ـ إذا تكرر الوطء و اتحدت الشبهة، فيجب مهر واحد، فيعتبر كالوطأة الواحدة، كالذي وطء أجنبية يظنها زوجته،[5] قال ابن شاس: " و إن اتحدت الشبهة اتحد المهر، و إن وطئ مرارا "[6]

قال ابن عرفة: " لم يجب عليه في المغلوط بها إلا مهر واحد، ولو تعددت وطآته. "[7]

---

[1] المقري، **القواعد**،(ص348)، ميارة، **الروض المبهج**،(ص115).

[2] المالكي، **تهذيب الفروق**،(54/2).

[3] محمد الندوي، **معلمة زايد**،(577/8).

[4] القرافي، **الفروق**، (54/2).

[5] خليل بن اسحاق،**التوضيح**،(203/4)، المواق، **التاج و الإكليل**،(201/5)، الدردير،**الشرح الصغير**،(453/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(317/2)،

[6] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(115/2).

[7] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(497/3).

ـ لو ظاهر الزوج زوجته ثم عاود الظهار قبل أن يطئها أو يكفر عن ظهاره الأول، فتجزئه كفارة واحدة،[1] قال سحنون: " قلت: أرأيت إن ظاهر من أربع نسوة له في كلمة واحدة؟

قال: قال مالك: كفارة واحدة تجزئه."[2]

و قال ابن رشد: " وكذلك لو ظاهر مرارا في مجلس واحد أو مجالس مختلفة، قبل أن يكفر عن ظهاره الأول، لم يكن عليه إلا كفارة واحدة لجميع ظهاره "[3]

القاعدة الثامنة و العشرون: النسخ هل يثبت حكمه بالنزول أو بالوصول.[4]

أولا: صيغ القاعدة

ـ الوكيل هل ينعزل بالموت أو العزل ببلوغهما إليه.[5]

ثانيا: معنى القاعدة

الأوامر و الأحكام الصادرة من الشرع، كالنسخ و التخصيص في الأدلة و الأحكام و كتغيير الأوامر بالزيادة و النقصان، و كذا تعديل لوائح الأحكام في القوانين الوضعية،كلها تكون واجبة التطبيق من حين صدور حكمها بناء على أن النسخ يثبت بالنزول و خفاؤه على البعض لا يخرجه عن كونه متعبدا به و غاية ما في ذلك أنه يعذر بجهله، أو لا يثبت حكم النسخ إلاّ بالوصول فلا تكون تلك الأحكام واجبة التطبيق إلاّ عند تبليغها إلى المخاطبين بها، و يدل على هذا تغيير القبلة حيث استدار الصحابة في صلاتهم إلى الكعبة حين بلغهم ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم .[6]

---

[1] بهرام، **الشامل**،(447/1)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(438،437/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(445/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(299/4).

[2] سحنون، **المدونة الكبرى**،(311/2).

[3] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(199/5).

[4] المقري، **القواعد**،(ص325)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص110)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(381/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(638/2).

[5] المقري، **القواعد**،(ص325).

[6] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص218).

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا وكلت المرأة وكيلين فعقدا لها، و دخل بها الزوج الثاني غير عالم بالزوج الأول، فالنكاح صحيح بناء على أن النسخ يثبت بالوصول و هو المشهور في المذهب، و القول الثاني أنها للزوج الأول و هذا مبني على أن النسخ يثبت حكمه بالنزول، [1] قال ابن رشد: " وأما إن عثر على الأمر بعد أن دخل أحدهما، فإن لم يعلم الأول منهما ثبت نكاح الذي دخل. واختلف إن علم أن الثاني هو الذي دخل، ففي المدونة أنه يثبت نكاحه، وقال المغيرة وابن عبد الحكم: يفسخ نكاحه وترد إلى الأول بعد الاستبراء. والخلاف في هذا جار على اختلافهم في الوكالة هل تنفسخ بنفس الفسخ أو لا تنفسخ إلا بوصول العلم [2]"

سيدي خليل: " وإذا أذنت لوليين فعقدا على شخصين فدخل الثاني ولم يعلم فهي له"[3]

القاعدة التاسعة والعشرون: الحكم هل يتناول الظاهر والباطن، أم لا يتناول إلاّ الظاهر فقط وهو الصحيح [4]

أولا: صيغ القاعدة:

ـ الحكم بما ظاهره الصواب و الحق و باطنه خطأ و باطل، هل يغلب حكم الظاهر على حكم الباطن فتنفذ الأحكام، أو يغلب حكم الباطن على حكم الظاهر، فترد الأحكام.[5]

ـ حكم الحاكم هل يتناول الظاهر والباطن، أم لا يتناول إلاّ الظاهر فقط وهو الصحيح.[6]

---

[1] سحنون، المدونة الكبرى،(169،168/2)، ابن رشد، **المقدمات الممهدات**،(474/1)، الرجراجي، **مناهج التحصيل**، (348/3)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(75/5)،الدردير، **الشرح الصغير**،(379/2).

[2] ابن رشد، **المقدمات الممهدات**،(474/1).

[3] خليل، **التوضيح**،(540/3).

[4] المقري، **القواعد**،(ص330)، الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص172)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(713/2).

[5] الونشريسي،**إيضاح المسالك**،(ص62)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(120/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (718/2).

[6] المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(136/1).

ثانيا: معنى القاعدة

إذا حكم الحاكم لشخص بناء على أدلته، ثم تغير الحال و بان خلاف ذلك، فهل ينقض الحكم الأول لأنه بني على الخطأ ويحكم بما وقع فعلا، أو يبقى الحكم على ما هو عليه لأنه قد نفذ، و حكم الحاكم لا يحل المحكوم به ظاهرا فقط في أحكام الدنيا، أمّا ديانة بين العبد و ربه فهو ظلم و تعد لا يجوز،[1] و قد ذكر ابن رشد الحفيد أن حكم الحاكم لا يحل حراما، و لا يحرم حلالا في الأموال والفروج.[2]

ثالثا: أدلة القاعدة

ـ رسول صلى الله عليه وسلم: « إنّكم تختصمون إليّ و لعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بحجة أخيه شيئا بقوله فإنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها »[3]

وجه الدلالة من الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر أنه بشر ولا يعلم الغيب يحكم بما ظهر، فإذا حكم لشخص بحق أخيه، فهذا حرام و إنما هو قطعة من النار.

ـ ما جاء في حديث أبي سعيد الخذري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنّي لم أؤمر أن أنقب على قلوب النّاس، ولا أشق عن بطونهم »[4]

و معناه أمرت أن أحكم بالظاهر و الله يتولى السرائر.[5]

---

[1] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة**، (ص268).

[2] ابن رشد، **بداية المجتهد**،(245/4).

[3] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: الشهادات، باب: من أقام البينة بعد اليمين، رقم: (2680)، (180/3)، أخرجه مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الأقضية، باب:الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، رقم:(171)،(ص819).

[4] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: المغازي، باب: بعث علي بن أبي طالب و خالد بن الوليد، رقم: (4351)، (163،164/5)، أخرجه مسلم، **في الصحيح**،كتاب: الزكاة، باب: ذكر الخوارج و صفاتهم، رقم:(1064)،(ص472).

[5] النووي، **شرح صحيح مسلم**،(163/7).

ثالثا:تطبيقات القاعدة

ـ إذا قضي للمرأة المطلقة بالنفقة لظن الحمل ثم تبين عدمه، ففي الرجوع عليها بالنفقة قولان وكذلك من دفعها لها بغير حكم، و المشهور الرجوع لبناء الحكم على الظاهر.[1] قال ابن الجلاب: " و إذا أعطيت نفقة حملها ثم انفش الحمل ففيها روايتان: إحداهما: أنه لا يرجع عليها بشيء. والأخرى: أنه يرجع عليها بالنفقة."[2]

قال ابن رشد: " في مطلقة مبتوتة ادعت الحمل وطلبت النفقة، قال مالك: تنفق من مالها، وتحسب ذلك على زوجها، حتى يتبين حملها، فتأخذ ذلك منه، وينفق عليها فيما يستقبل، حتى تضع حملها، فإن انكشف أمرها على غير حمل غرمت له ما أنفق عليها."[3]

ـ من ادعى أن امرأة زوجته و أقام شاهدي زور، و حكم له بناء على شهادتهما، فإنه لا يحل له وطؤها و تصير زوجته،[4] قال الباجي رحمه الله: " حكم الحاكم لا يحل الحرام و لا يغيره عن حقيقته مثال ذلك أن يقيم الرجل شاهدي زور على بأن امرأة أجنبية زوجة له، فإن حكم الحاكم بذلك فإنه لا يحل وطؤها خلافا لأبي حنيفة "[5]

قال ابن شاس: " ولا يحل لمن أقام شهود زور على نكاح امرأة، فحكم له القاضي، لاعتقاد عدالتهم، بنكاحها وإباحة وطئها، أن يطأها ولا أن يبقى على نكاحها."[6]

ـ من شهد زورا أن رجلا طلق زوجته، لا يحل له أن يتزوجها لأنها في الحقيقة متزوجة.[7]

---

(1) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(310/2)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(556/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(193/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(742/2).

(2) ابن الجلاب، **التفريع**،(61/2).

(3) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(366/5).

(4) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(118/3)،القرافي **الذخيرة**، (145/10)، الدردير، **الشرح الصغير**،(224/4)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(156/4).

(5) الباجي، **المنتقى**،(186/5).

(6) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(118/3).

(7) القاضي عبد الوهاب، **الإشراف على مسائل الخلاف**،(963/2)،خليل، **التوضيح**،(428/7)، بهرام،**الشامل**،(841/2).

قال ابن عرفة: " وكمن أقامت على دعواها طلاق زوجها إياها ثلاثا بينة زور، فحكم الحاكم بطلاقها؛ لا يحل لها أن تنكح غيره "[1]

القاعدة الثلاثون: الحرام لا يحرِّم الحلال[2]

أولا: معنى القاعدة

أنّ الحرام لا يجعل الحلال حراما بمجاورته له أو مخالطته له اختلاطا يميّز كلّ منها عن الآخر.[3]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يتبع المرأة حراما أينكح ابنتها؟ أو يتبع الابنة حراما أينكح أمها؟ قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا يحرم الحرام الحلال»[4]

هذا الحديث نص لهذه القاعدة؛ فهو لم يثبت الحرمة بالزنا لأنّها حرام.

ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت: « أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما إلى أجل و رهنه درعا له من حديد»[5]

وجه الدلالة من الحديث أنّ اليهود يتعاملون بالربا و البيوع المحرمة، و مع ذلك عاملهم الرسول صلى الله عليه وسلم؛ فالمال الحرام لم يحرِّم المعاملة الحلال.

---

(1) ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(144/9).

(2) ابن عبد البر، **التمهيد**،(186/8)، ابن العربي، **أحكام القرآن**،(496/1)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، (214/3).

(3) فتحي السروية، **معلمة زايد**،(377/8).

(4) أخرجه الدار قطني، **في السنن**، كتاب: النكاح، باب: العيب بالمرأة رقم:3678، (400/4)، البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: الزنا لا يحرم الحلال، رقم: 13872،(114/10) ضعفه الألباني في **سلسلة الأحاديث الضعيفة**، رقم:385، (564/1).

(5) أخرجه البخاري، **في الصحيح**،كتاب: البيوع،باب: شراء النبي صلى الله عليه وسلم بالنسيئة، رقم:2068،(56/3)، أخرجه مسلم، **في الصحيح**، كتاب: المساقاة و المزارعة، باب: الرهن و جوازه في الحضر و السفر، رقم:1603،(ص753).

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ من زنى بامرأة جاز أن يتزوج بأصولها و فروعها، و جازت هي لفروعه و أصوله.لأن الزنى حرام فلا يحرم ما هو حلال و هذا القول في الموطأ و الرسالة[1] قال ابن عبد البر" لو أصاب رجل امرأة بالزنى لم يحرم عليه نكاحها بذلك وكذلك لا تحرم عليه إذا زنى بابنتها وحسبه أن يقام عليه الحد ثم يدخل بامرأته ومن زنى بامرأة ثم أراد نكاح أمها او أبنتها لم يحرم عليه نكاح أمها لذلك ولا نكاح ابنتها وهذا هو الصحيح من قول مالك وهو قول أهل الحجاز وقد روي عنه أن الزنى يحرم الأم والابنة وأنه في ذلك بمنزلة الوطء الحلال وهو قول أهل العراق والأول أصح وعليه العمل عند فقهاء أهل المدينة."[2]

وروي عن الإمام مالك أنه ينشر الحرمة كالنكاح الصحيح وقد حمل بعضهم ما في المدونة على الكراهة وهذه رواية ابن المواز وحمله بعضهم على التحريم وهي رواية ابن حبيب.[3] البيان والتحصيل 5/

القاعدة الواحد والثلاثون: حكم الشيء إنما يعتبر بأصله لا بحسب عوارضه.[4]

أولا: معنى القاعدة

شرع الله سبحانه وتعالى أحكاما لتصرفات وأفعال عباده ولذا فكل تصرف أو فعل المعتبر فيه هو حكمه الشرعي الذي شرعه له الله عز وجل، لكن قد تستثنى من هذه القاعدة بعض الأحوال التفاتا للمصلحة وتحقيقا لمقصد الشرع فيحكم على الشيء بحسب ما يعرض له وليس بحكمه الأصلي، ولذلك مال المالكية المتأخرون إلى اعتبار النكاح بعوارضه و إن كان الأصل فيه الندب.[5]

ثانيا: تطبيقات القاعدة

ـ يجب النكاح على من خشي على نفسه العنت،[6] قال اللخمي: "وإن كان لا يقدر على التعفف، ويخشى على نفسه الزنى، ولا يقدر على التسري ولا يُذْهِب ذلك عنه الصوم كان واجبًا وجوبًا

---

(1) ابن عبد البر، **الاستذكار**،(197/16)، ابن ناجي، **شرح الرسالة**،(21/2).

(2) ابن عبد البر، **الكافي**،(542/2).

(3) اللخمي، **التبصرة**، (2074/5)، ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(133/5).

(4) المقري، **القواعد**، (ص311).

(5) محمد العلمي، **قواعد فقه الأسرة في المذهب المالكي**،(ص70).

(6) بهرام، **الشامل**،(318/1)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(165/3)،الدردير،**الشرح الصغير**،(331/2).

غير موسع؛ لأن حفظ دينه عليه واجب. فإن كان لا يقدر على حفظه إلا بالتزويج كان ذلك واجبًا."[1]

قال بهرام:" تعين لخوف عنت و عدم إمكان تسر نكاح"[2]

ـ يحرم على من لم يخف العنت و عجز عن الوطء أو على الكسب الحلال، [3] قال الدسوقي: "يحرم على من لم يخف العنت و كان يضر بالمرأة لعدم قدرته على الوطء أو على النفقة أو كان يكتسب من موضع لا يحل "[4]

ـ و يندب للقادر عليه و لم يخش على نفسه العنت،[5] قال الخرشي: " يعني أن النكاح مندوب إليه في الجملة فيندب لمن احتاج له و لم يخش العنت و كان ذا أهبة أي له القدرة على كفاية الزوجة من مهر و نفقة و كسوة"[6]

ـ الطلاق جائز مباح، إن كان ما يدعو لذلك كأن لم تؤدي الزوجة حق زوجها. [7] قال الزرقاني: "واعلم أن الأصل في الطلاق الجواز ومنه إذا كانت الزوجة غير مؤدية حقه"[8].

القاعدة الثانية و الثلاثون: المخالط المغلوب، هل تنقلب عينه إلى عين الذي خالطه أو لا تنقلب، وإنما خفي عن الحسّ فقط؟[9]

أولا: صيغ الضابط

ـ استهلاك العين يسقط اعتبار الأجزاء.[10]

---

[1] اللخمي، **التبصرة**،(1777/4).

[2] بهرام، **الشامل**،(318/1).

[3] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(165/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(214/2)،الدردير،**الشرح الصغير**،(331/2).

[4] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(214/2).

[5] بهرام، **الشامل**،(319/1)، الزرقاني،**شرح الزرقاني على مختصر خليل**، الدردير،**الشرح الصغير**،(331/2).

[6] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(165/3).

[7] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(89/4)، بهرام، **الشامل**، (394/1)، الدردير، **الشرح الصغير**،(535/2).

[8] الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(112/4).

[9] المقري، **القواعد**، (ص293)،الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص58)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**، (126/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(158/1).

[10] المقري، **القواعد**، (ص294)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**، (127/1).

ـ إذا نصب الشارع حكما لاشتماله على مصلحة، هل يجب الاقتصار على عين السبب إذ لم ينصب غيره، أو يجوز اعتبار الحكمة لأنّها أصل وضع السبب ؟[1]

ثانيا: معنى الضابط

اختلف العلماء في الطعام و المائع الذي اختلط بشيء آخر غلب عليه، فهل يعطى الحكم للغالب و يعتبر المغلوب كالعدم لا حكم له، أم يعد موجودا و إن خفي عن الحس.[2]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ لبان المرأة إذا خلط بطعام أو شراب فإنه يحرّم، إلاّ إذا غلب عليه ما خلط به و لم يبق له طعم ولا أثر،[3] قال القاضي عبد الوهاب: " إذا استهلك اللّبن في ماء أو مائع أو دواء، وغلب، فشربه صبي لم يثبت به حكم الرضاع ."[4]

قال القرافي: "إذا استهلك اللبن أو صار مغلوبا بطعام أو دواء لم يحرم"[5]

---

[1] القرافي،**الفروق**،(219/3)،المقري،**القواعد**،(ص293)

[2] الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص26).

[3] الخرشي، **شرح الخرشي**،(177/4)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(427/4)، الدردير، **الشرح الصغير**، (720/2).

[4] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(276/4).

[5] القرافي،**الذخيرة**،(276/4).

الفصل الثاني:

الضوابط الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي في كتاب النكاح و أثره

- المبحث الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة لعقد النكاح وموانعه في المذهب المالكي.
- المبحث الثاني: الضوابط الفقهية الحاكمة للأنكحة الفاسدة في المذهب المالكي.
- المبحث الثالث: الضوابط الفقهية للصداق والولاية في المذهب المالكي.
- المبحث الرابع: الضوابط الفقهية الحاكمة للنفقات والنزاعات الزوجية في المذهب المالكي.

المبحث الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة لعقد النكاح و موانعه في المذهب المالكي

المطلب الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة لعقد النكاح في المذهب المالكي

الضابط الأول: النكاح حقيقة في العقد أو الوطء.[1]

أولا: معنى الضابط

النكاح في اللغة يطلق على الوطء حقيقة و مجاز في العقد، أما بالنسبة للشرع فقيل العكس حقيقة في العقد مجاز في الوطء، و قيل أن كلمة النكاح في القرآن يراد بها العقد،[2] إلاّ في قوله تعالى:{ **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**}[3]، أما ابن العربي فرأى أنه حقيقة فيهما أي أنه مشترك، قال: " بل كلاهما حقيقة، فإن القول يجمع حقيقة، إلاّ أنّ جمع الأبدان محسوس، و جمع الأقوال معقول، و كلاهما في الشريعة معلوم، و اللفظ عليهما فيه محمول."[4]

و ذكر الباجي أنه من اعتبر أن الطول هو المال فالنكاح عنده بمعنى العقد، ومن قال أن الطول الحرة فالنكاح عنده بمعنى الوطء،[5] و رجح العلامة الدردير أن النكاح حقيقة في العقد حيث قال: " و قد علمت أن النكاح حقيقة في العقد و إطلاقه على الوطء مجاز، و قيل بالعكس و قيل حقيقة فيهما، والأول أصح."[6]

---

[1] المقري، **القواعد**،(ص371)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص121)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(271/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(400/1).

[2] القرافي، **الذخيرة**،(188/4)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(164/3)،الصاوي،**بلغة السالك**،(332/2).

[3] البقرة:(230).

[4] ابن العربي، **المسالك**،(423/5).

[5] الباجي،**المنتقى**،(118/5).

[6] الدردير، **الشرح الصغير**،(336/2).

ثانيا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا حلف الزوج ليتزوجنّ على زوجته فلا يبرّ إلا بعقد صحيح و وطء مباح و هذا بناء على أنّ النكاح هو حقيقة في الوطء.[1]

قال القاضي عبد الوهاب: " إذا حلف ليتزوجن على امرأته لم يبر إلا بشرطين؛ أحدهما: أن يتزوج من يشبه أن يكون نظيرا لها، والآخر: أن يدخل بها "[2]

قال الصاوي: "ومن حلف لأتزوّجن فلا يبر إلاّ بعد صحيح أو فاسد فات بالدخول على من تشبه نساءه "[3]

الضابط الثاني: إلحاق شبهة الملك والنكاح بهما في ثبوت الصداق ونفي الحد، أوجب إلحاقهما في انتشار الحرمة.[4]

أولا: معنى الضابط

الوطء بشبهتي النكاح أو الملك يثبت به النسب و الصداق و يسقط الحد، و هذا يوجب انتشار الحرمة خلافا للزنا فلا يثبت به شيء من ذلك؛ لأنه مطلوب الإعدام فلو رتب عليه الشارع شيء من المقاصد لكان مطلوب الإيجاد.[5]

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ من أراد وطء زوجته، فوطء ابنتها أو أمها غلطا فإنها تحرم عليه.[6] قال ابن شاس: " فإن كان الوطء بالاشتباه مع عدم عقد النكاح وملك اليمين وشبهتهما. فقد قال الشيخ أبو عمران: لا نعلم

---

[1] خليل، **التوضيح**، (361/3)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(417/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(87/3)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(150/3).

[2] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**، (886/2).

[3] الصاوي، **حاشية الصاوي**، (247/2).

[4] المقري، **القواعد**، (ص292).

[5] القرافي، **الفروق**، (208/3)، المقري، **القواعد**،(ص292).

[6] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(209/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(252/2)، الدردير، **الشرح الصغير**، (405/2)، عليش، **منح الجليل**، (330/3).

خلافاً بين أصحابنا في وطء الشبهة أنه يحرم، إلا ما روي عن سحنون أنه قال فيمن مد يده إلى زوجته في الليل فوقعت على ابنته منها فوطئها غلطا: إن ذلك لا يحرم عليه زوجته." [1]

وإن حاول تلذذًا بزوجته فالتذ بابنتها بوطء أو مقدماته سواء كانت البنت منه أو من غيره ظانًّا في ظلام مثلًا أنها زوجته ولم يشعر بها فتردد في تحريم وطء زوجته عليه فيجب عليه فراقها وعدمه على حد سواء في تلذذه بابنتها بغير وطء وأما به فالراجح فيه حرمة زوجته عليه "[2]

ـ وطء المعتدة بغير علم ينشر الحرمة.[3] قال سيدي خليل: "و إن اجتمع على فساده فهو على قسمين: إن درأ الحد اعتبر وطؤه، كما لو وطئ معتده أو ذات محرم أو رضاع غير عالم، وأما لو علم حد فى ذات المحرم أو الرضاع، وفي حد العالم فى نكاح المعتدة قولان "[4]

الضابط الثالث: هل النكاح من باب الأقوات أو التفكهات؟ [5]

أولا: معنى الضابط

حاجة الإنسان للنكاح سواء كان ذكرا أو أنثى، و ما قد يسببه عدم الزواج من أضرار تنزل منزلة الأقوات أي الطعام فلا غنى له عنه، أم يمكنه الاستغناء عن الزواج، دون أن يقع في الحرج و المشقة فحينئذ يكون من قبيل التفكهات أي التحسينات أو الكماليات.[6]

ثانيا:تطبيقات الضابط

ـ يجبر الابن على تزويج أبيه إذا كان بحاجة لذلك،[1] فوجوب تزويج الأب المعسر على ابنه روي عن أشهب أنه يجبر على إنكاحه، ذلك أن النكاح مما تدعو إليه الحاجة، و تمسه الضرورة فيكون كالنفقة،

---

[1] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(40/2).

[2] الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(369/3).

[3] الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (209/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(405/2)، عليش، **منح الجليل**، (330/3) الزرقاني، **شرح مختصر خليل**،(368/3).

[4] خليل، **التوضيح**،(19/4).

[5] المقري، **القواعد**،(ص377)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**، (ص118)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(266/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(395/2).

[6] الغرياني،**تطبيقات قواعد الفقه**،(ص242)، محمد العلمي،**قواعد فقه الأسرة في المذهب المالكي**،(ص68).

فإذا كان يجبر على أن ينفق على زوجت أبيه لحاجته إليها و جب عليه تزويجه إذا كان بحاجة لذلك، وقيل أن المشهور عن الإمام مالك و ابن القاسم عدم الوجوب، أما بعض المتأخرين فقد قالوا بوجوب أن يعف الابن أباه و هو أحد القولين في المذهب.[2] قال ابن رشد: " وأما إنكاحه. فقد روي عن أشهب أنه يجبر على إنكاحه، ووجه ذلك أن النكاح مما قد تدعو إليه الحاجة، وتمسه الضرورة، فوجب أن يكون كالنفقة، وإذا كان يجبر على أن ينفق على زوجته؟ لحاجته إليها وجب أن يجبر على تزويجه لحاجته إليها، فقول أشهب ينحو إلى ما في المدونة من إيجاب النفقة على زوج الأب. وقول مالك منها ينحو إلى قول المغيرة، وقول محمد بن عبد الحكم، في أنه لا يجب على الرجل أن ينفق على ربيبته، ولو تحققنا حاجة الأب إلى النكاح لانبغي ألا يختلف في أن على الابن أن يزوجه "[3]

ـ من قال كل ما أعيش فيه حرام، هل تدخل زوجته فيه فتحرم عليه، لا تدخل بمجرد اللفظ إلاّ أن ينوي ذلك، و قيل لا يلزمه شيء و لو نوى ذلك،[4] و هذا بناء على أنّ النكاح من التفكهات، قال ابن يونس: "و أما القائل: كل ما أعيش فيه حرام، ولا نية له فقد قال ابن المواز: لا شيء عليه. قال بعض فقهائنا: وأعرف فيها قولاً آخر: أن زوجته تحرم عليه، كالقائل: الحلال على حرام. "[5]

قال الدسوقي: " فإن نوى بما يعيش فيه الزوجة لزمه الثلاث على المعتمد، و حكى ابن عرفة أنه لا يلزمه شيء بناء على ما قاله أشهب أن الكنايات الخفية لا يلزم بها طلاق و لو نوى بها طلاق"[6]

ـ و يخرج عن هذه القاعدة أن من ليس له قدرة على النكاح يعطى من الزكاة ليتزوج بها بناء على أن النكاح من الأقوات، فيعطى للمهر و الشَّورة مما لا يبلغ النصاب، لا لينفق في الولائم و الحفلات، والهدايا و الحلي.[1]

---

[1] بهرام،**الشامل**،(503/1)، الدردير،**الشرح الصغير**، (752/2)،ابن ناجي، **شرح الرسالة**،(108/2).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(328/5).

[3] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(328/5)، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(85/2)، خليل، **التوضيح**، (186/5).

[4] المواق، **التاج و الإكليل**،(328/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(74/4)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (179/4).

[5] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(853/10).

[6] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(382/2).

الضابط الرابع: مبنى النكاح على المكارمة. [2]

أولا: معنى الضابط

عقد النكاح مبني على التساهل و التسامح، فهو يختلف عن بقية عقود المعاوضات المبنية على المشاحة و المكايسة، لذا يجوز فيه من الجهالة و الغرر ما لم يجز في غيره؛ حيث غلب فيه جانب عقود التبرعات المبنية على التسامح، و إن كان يبدو فيه جانب المعاوضة بالنظر إلى الصداق غير أنه ليس مقصودا أصالة، و هذا ما يتماشى مع مقاصد النكاح من تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين.[3]

ثانيا: أدلة الضابط

ـ قال الله سبحانه و تعالى: {**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا**} [4]

وجه الاستدلال من الآية أن المرأة يجوز لها أن تهب صداقها لزوجها بعد ملكها له، لأن مبنى النكاح على المكارمة.[5]

ـ قال الله عز وجل: {**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**}[6]

و وجه الدلالة من الآية أن الله جعل الزوجين سكنا لبعضهما البعض، و جعل بينهما مودة، و هذا يقتضي أن يكون النكاح مبني على المكارمة.

---

(1) الونشريسي، **المعيار المعرب**،(15/5)، الغرياني،**تطبيقات قواعد الفقه**،(ص243).

(2) المقري، **القواعد**،(ص317).

(3) أحمد درويش، **معلمة زايد**،(199/23،198).

(4) النساء:(04).

(5) ابن عاشور، **التحرير و التنوير**،(233/4).

(6) الروم:(23).

ثالثا:تطبيقات الضابط

ـ إذا كان أصول أحد الزوجين به جذام أو برص فإنّ هذا لا يوجب الخيار للطرف الآخر،[1] لأنّ العيب الذي يكون في الزوجين هو الذي يوجب الخيار، أمّا ما كان في الأبوين فلا خيار فيه فالنكاح مبني على المكارمة قال الخرشي: " أنّ جذام الأب أو الأم لا يثبت به الخيار، فلا يرد أحد الزوجين صاحبه بذلك."[2]

ـ من تزوج بامرأة في بيت تملكه ولو بكراء، أو يملكه أحد أبويها، و سكنا فيه مدة معينة، فلا كراء لها عليه ما لم تشرط ذلك مسبقا، لأن النكاح مبني على المكارمة.[3] قال سحنون: " قلت: أرأيت إن تزوجت امرأة وهي في بيت بكراء فبنيت بها في تلك الدار فانقضت السنة فطلب الكراء أرباب الدار أيكون للمرأة أو لأرباب الدار علي شيء؟ قال: لا إلاّ أن تكون المرأة بيّنت لزوجها فقالت: إني بكراء فإن شئت فأد، وإن شئت فاخرج؟ "[4]

وفي هذا قال ابن يونس: " وأما إن تزوجها في بيت بكراء فقد قال في الأكرية: لا كراء على الزوج، إلا أن تكون بينت له أنها تسكن بكراء." [5]

ـ إذا طالبت الزوجة بصداقها قبل الدخول، فادعى الزوج العدم و لم يقم بينة و ليس له مال ظاهر، فإنه يؤجل لإثبات إعسار، ولا يفرق بينهما إلاّ بعد الأجل لأن النكاح مبني على المكارمة.[6] قال اللخمي: "وإذا أعسر الزوج بالصداق قبل البناء– كان للزوجة أن تطلق عليه بعد التلوم "[7]

---

[1] الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(420/3)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(236/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (278/2)، عليش، **منح الجليل**،(381/3).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(236/3).

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(585/7)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(53/7).

[4] سحنون، **المدونة الكبرى**،(519/4).

[5] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(152/16).

[6] سحنون، **المدونة الكبرى**،(253/2)،القرافي، **الذخيرة**، (373/4)، المواق، **التاج و الإكليل**،(182/5)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(181/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(436/2).

[7] اللخمي، **التبصرة**، (2016/5).

قال القرافي: " للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها قبل البناء، فإن أعسر قبل البناء ضربت له الأيّام أجلا بعد أجل بحسب ما يرجى من حاله فإن لم يقدر فُرق بينهما." [1]

ـ يجوز خيار المجلس في النكاح مادام المتعاقدين في المجلس ما لم يتفرقا، أو كان على شرط مشاورة شخص قريب في البلد، فيرسلان إليه ليعلم رأيه فورا.[2] و ذلك لأنّ النكاح مبني على المكارمة فأبيح فيه خيار المجلس و لم يبح في البيع، قال اللخمي " النكاح على خيار المجلس وبعد الافتراق فيما قرب جائز، وهو في هذا أوسع من الصرف." [3]

قال خليل: " إن كان الخيار في المجلس، فلم يختلف أصحابنا في جوازه، وإن كان الخيار يفترقان عليه كالبيع، فلا يختلف أصحابنا في منعه. ولابن القاسم في الموازية: إن شرط لها مشورة فلان الشيء القليل وهو حاضر بالبلد ويأتي من فوره جاز." [4]

الضابط الخامس: الصبي أهل للخطاب بالإباحة والندب و الكراهة.[5]

أولا: صيغ الضابط

ـ كل ما يقصد من العقود من للاستباحة لا للحظر، فإنه يصح من الصبي لكونه أهلا للخطاب بها دونه و لا يلزمه شيء.[6]

ثانيا: معنى الضابط

الصبي مكلف بالندب و الكراهة و الإباحة دون الواجب و الحرام، فقد اتفق العلماء أنه لا إثم عليه بترك الواجب أو ارتكاب الحرام.[7]

---

[1] القرافي، **الذخيرة**، (373/4).

[2] ابن رشد، **البيان و التحصيل**، (123/5)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(235/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(238/2)،

[3] اللخمي، **التبصرة**،(1860/4).

[4] خليل، **التوضيح** ،(576/3).

[5] القرافي، **الفروق**،(181/3)،المقري،**القواعد**،(ص290).

[6] المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص113).

[7] الشنقطي، **مذكرة في أصول الفقه**،(ص38).

ثالثا: أدلة الضابط

ـ عن علي رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم، و عن النائم حتى يستيقظ، و عن المجنون حتى يعقل»[1]

وجه الدلالة من الحديث أن الصبي لا يحاسب ولا يؤاخذ على أفعاله.

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ نكاح الصبي صحيح ووليه مخير بين إجازته أو رده، لأن النكاح إباحة للوطء.[2] قال القرافي: " الصبي ينعقد نكاحه دون طلاقه لأنّ عقد النكاح سبب إباحة الوطء و هو أهل للخطاب بالإباحة والندب و الكراهة دون الوجوب و التحريم لأنها تكليف." [3]

قال بهرام: " فإن تزوج الصغير بلا إذن مضى إن أجازه الولي على الأصح،"[4]

الضابط السادس: كل ما سوى النكاح و الطلاق فهزله هزل، أمّا هزلهما جد على المشهور.[5]

أولا: معنى الضابط

الهزل ضد الجد و هو أن لا يراد باللفظ لا المعنى الحقيقي و لا المجازي ،[6] و تصرفات الهازل من إنشاءات و عقود غير معتبرة و لا تصح، و يستثنى من ذلك النكاح و الطلاق و الرجعة فالهزل فيها كالجد، و هذا لورود الدليل فيها.[7]

---

[1] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند علي، رقم:1183،(373/2)، الترمذي، **في السنن**، كتاب: الحدود، باب: ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، رقم:1423،(93/3) و قال الترمذي حديث حسن.

[2] الحطاب، **مواهب الجليل**،(271/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(391/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (148/4).

[3] القرافي، **الذخيرة**،(206/4).

[4] بهرام،**الشامل**،(332/1).

[5] المقري، **الكليات الفقهية**،(ص126).

[6] ابن أمير الحاج، **التقرير و الحبير**،(194/2).

[7] الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**،(181/1).

ثانيا:أدلة الضابط

عن أبي هريرة رضي الله عنه: عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: « ثلاثة جدّهن جد، وهزلهن جد: النكاح و الطلاق و الرجعة»[1]

دلالة الحديث واضحة أن الهزل في النكاح و الطلاق و الرجعة يعتبر جد.

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ إذا قال شخص هازلا لآخر زوجني ابنتك بكذا، فأجابه زوجتك أو نكحتك انعقد النكاح، فالنكاح ينعقد و لو بالهزل على المشهور في المذهب، و قد روي عن الإمام مالك أن هزله هزل و ذكر اللخمي أنه إذا قام دليل على الهزل لم يلزم لا نكاح ولا طلاق.[2] قال اللخمي: " فإن قام دليل الهزل لم يلزم العتق، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا شيء عليه من الصداق. وإن لم يقم دليل لذلك لزمه نصف الصداق ولم يمكَّن منها لإقراره على نفسه ألا نكاح بينهما." [3]

قال ابن شاس: "السبب الثاني: الهزل، ولا يؤثر ذلك في منع وقوع الطلاق والعتاق، بل يمضي عليه وينفذ وكذلك النكاح. وقال أبو بكر بن محمد: يلزم نكاح الهزل." [4]

الضابط السابع: الطول هل هو المال أو وجود الحرة في العصمة.[5]

أولا: معنى الضابط

اشترط القرآن الكريم لنكاح الأمة شرطين هما عدم الطول و خشية العنت، و اختلف العلماء في المراد بالطول هل هو المال الذي يقدر به على نكاح الحرة، أو وجود الحرة في عصمته فمن عنده حرة لا

---

[1] أخرجه الترمذي، **في السنن**،كتاب: الطلاق و اللعان، باب: ما جاء في الهزل و الجد في الطلاق،رقم: 1184،(476/2)، أبو داود، **في السنن**، كتاب: الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل،رقم:2194،(447/2)، ابن ماجة، **في السنن**، كتاب: الطلاق، باب: من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا،رقم:2039،(658/1)، حسنه الترمذي و الألباني في إرواء الغليل (224/6).

[2] سحنون،**المدونة الكبرى**،(198/2)، ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(135/5)، اللخمي، **التبصرة**،(1862/4)، القرافي، **الذخيرة**،(403/4)،الحطاب،**مواهب الجليل**،(48/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(350/2).

[3] اللخمي، **التبصرة**،(1862/4).

[4] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**، (175/2).

[5] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص121)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(270/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (399/1).

يجوز له نكاح الأمة و لو عدم المال، أو يجوز له ذلك بناء على أن الحرة ليست طولا، و المشهور في المذهب أنّ الطول هو المال و معناه أن يملك ما ينكح به حرة، و قيل ما يصلح لنكاح حرة من مهر ونفقة، و الطول في اللغة يطلق على الغنى و كثرة المال و لا يطلق على الحرة بوجه في لسان العرب.[1]

ثانيا:أدلة الضابط

قال الله عز وجل:{**وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ**}[2]

و الطَول في الآية هو القدرة على بذل المهر للحرة؛ و هو قول أكثر أهل العلم.[3]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ من حلف ليتزوجن على زوجته، فيبر بتزوج الأمة إذا لم يجد طولا لحرة، [4] لأنّ الحرة ليست طولا.

الضابط التاسع: كل بكر تستأذن فإذنها صامتها إلاّ المرشدة والمعنسة والمصدقة عرضا والمعلمة بعد العقد بالقرب والمزوجة ممن فيه بقية رق أو عيب والصغيرة المنكحة للخوف عليها بعد العشر ومطالعة الحاكم و المشتكية بالعضل.[5]

أولا: صيغ الضابط

كل بكر يتيمة زوجت بعرض أو من ذي رقّ أو ذي عيب أو تقدم عقدها على إذنها أو رشدت أو عنست، فلا بد لها من نطق بالرضى.[6]

---

[1] ابن عبد البر،**الاستذكار**،(232/16)،الباجي، **المنتقى**،(320/3، 322)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(128/5)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(393/3)، الدردير، **الشرح الصغير**، (417/2)، عليش، **منح الجليل**،(353/3).

[2] النساء:(25).

[3] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**،(136/5) ابن عاشور، **التحرير و التنوير**،(12/5).

[4] الحطاب، **مواهب الجليل**،(127/5)، القاضي عبد الوهاب، **عيون المسائل**،(ص501)

[5] المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص114)، المقري، **الكليات**،(ص132)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**، (391/1).

[6] ابن غازي، **الكليات الفقهية**،(ص26).

ثانيا: معنى الضابط

البكر سكوتها يدل على رضاها دون النطق به، لقوله صلى الله عليه و سلم: « و البكر تستأذن في نفسها، و إذنها صماتها»[1]، و يستثنى من هذا بعض الأبكار اللاتي ينطقن بالرضى و لا يكفي فيهن السكوت و هن:

ـ المرشدة و هي التي رشدها أبوها أو وصيها بعد بلوغها، فلابد من إذنها بالقول ولا جبر لأبيها عليها.[2]

ـ البكر التي عضلها أبوها ومنعها من النكاح ليس لمصلحتها بل إضرارا بها، و رفعت أمرها للحاكم فأراد تزويجها فلا بد لها من النطق بالرضى.[3]

ـ إذا زوج الولي غير الأب أو وصيه البكر بعرض، أي بصداق ليس ذهبا أو فضة كله أو بعضه، وهي من قوم لا يزوجون بالعرض فيشترط رضاها بالقول.[4]

ـ إذا زوجت البكر بمن فيه رق أو عيب كبرص أو جذام فلا يكفي السكوت و يشترط تصريحها بالقول.[5]

ـ البكر غير المجبرة أفتيت عليها، عقد عليها و ليها غير المجبر بغير إذنها، ثم أخبرها فإذا رضيت فلا بد لها من النطق.[6]

---

[1] سبق تخريجه.

[2] الحطاب، **مواهب الجليل**،(64/5)، الدرير، **الشرح الصغير**،(367/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (318/3)، عليش، **منح الجليل**،(283/3)

[3] الدردير، **الشرح الصغير**،(367/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(318/3)، عليش، **منح الجليل**، (283/3).

[4] الدرير، **الشرح الصغير**،(367/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(318/3)، عليش، **منح الجليل**، (283/3).

[5] الدرير، **الشرح الصغير**،(368/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (319/3)، عليش، **منح الجليل**، (284/3).

[6] الحطاب، **مواهب الجليل**،(65/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(368/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (319/3)، عليش، **منح الجليل**، (284/3).

ـ يتيمة بلغت عشرا خيف فسادها فيشترط إذنها بالقول، [1] و قيل أنه يكفي صمتها.[2]

ـ المعنسة التي طالت إقامتها عند أبيها وعرفت مصالح نفسها و سنها جاوز الثلاثين و قيل أربعون وقيل من الخمسين إلى الستين.[3]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ البكر يستأذنها و ليها و يكفي صمتها و إن لم تعبر بالقول عن رضاها،[4] قال الخرشي: " يعني أنّ البكر يكفي في إذنها بالزوج و الصداق صمتها و لا يشرط نطقها لما جبل عليه أكثرهن من الامتناع من النطق و لما يلحقها به من حياء "[5]

ـ البكر إذا زوجها وليها بغير إذنها، ثم أخبرها فرضيت فلا بد من نطقها بالرضى.[6] قال البراذعي: "ولا تزوج اليتيمة التي يولى عليها حتى تبلغ وتأذن في ذلك، لأن النبي أمر باستئذان اليتيمة ولا إذن إلا للبالغة، فإن زوجها وليها بغير إذنها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز، ولا يعد صماتها هاهنا رضى"[7]

الضابط العاشر: الإشهاد ليس شرطا في العقد، لكن إن لم يشهدا فيه، فلا يبني حتى يشهدا، واختلف قول مالك في الحد إن لم يفعلا.[8]

---

[1] **الخرشي، شرح مختصر خليل**،(185/3)، الزرقاني، **شرح الزرقاني مختصر خليل**، (319/3)، عليش، **منح الجليل**،(284/3).

[2] الدرير، **الشرح الصغير**،(368/2)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**،(228/2).

[3] الدرير، **الشرح الصغير**،(353/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(176/3)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(307/3)، عليش، **منح الجليل**،(273/3).

[4] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(725/1)، المواق، **التاج و الإكليل**،(63/5).

[5] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(183/3).

[6] الحطاب، **مواهب الجليل**،(434/3)، الدردير، **الشرح الكبير**،(228/2).

[7] البراذعي، **تهذيب المدونة**،(137/2).

[8] محمد العلمي، **قواعد فقه الأسرة في المذهب المالكي**، (ص65).

أولا: معنى الضابط

الإشهاد شرط في صحة النكاح، و إن لم يقع حال العقد فيجب قبل الدخول، و لا يصح بشهادة رجل و امرأتين، و لا بشهادة فاسقين، أو عدلين أحدهما الولي، فإن عدم العدول فيكتفي بمستوري الحال أو يستكثر من الشهود.

و فسخ النكاح بطلقة بائنة وحدّا إن دخلا بدون إشهاد سدّا للذريعة، لأنه لو جاز عدم الإشهاد لكان كل من وجد مع بعضهما في خلوة أو أقرا بالجماع، يدعيان أنهما تزوجا بدون إشهاد وهذا يفتح بابا للفساد كبير، و يفضي لسقوط حدّ الزنا و التعزير عن الخلوة، إلاّ إن فشا النكاح، فلا يحدان للشبهة و فشوه كضرب الدف و الوليمة، و كذا شهادة الفاسقين أو العدل الواحد غير الولي يسقط الحدّ.[1]

ثانيا: أدلة القاعدة

عن عبد الله ابن مسعود قال الرسول صلى الله عليه و سلم: « لا نكاح إلاّ بولي و شاهدي عدل»[2]

دلالة الحديث واضحة على اشتراط الاشهاد في النكاح.

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ شهادة الولي على النكاح ، لا تصح و لا تعتبر و إن لم يتولى النكاح[3]، قال خليل: " الولي إذا شهد لهما بالتزويج لا تفيد شهادته شيئاً؛ لأنه يتهم على إرادة الستر على وليته، وكذلك أيضاً لا تعتبر شهادة الولي على أنها أذنت له؛ لأنه يتهم على تصحيح فعل نفسه." [4]

قال الحطاب:"شهادة الولي لا تدرأ الحد و لو كان غير عاقد "[5]

---

[1] الباجي، **المنتقى**، (100/5، 101)، القرافي،**الذخيرة**،(398/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(27/5، 28)، الدردير، **الشرح الصغير**، (335/2)، الزرقاني،**شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(291/3).

[2] أخرجه الدار قطني، **في السنن**، كتاب النكاح،رقم:3531، (322/4).

[3] مالك بن أنس،**المدونة**،(192/2)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(167/3)، الدردير، **الشرح الصغير**، (335/2)، عليش، **منح الجليل**،(258/3).

[4] خليل، **التوضيح**،(573/3).

[5] الحطاب، **مواهب الجليل**،(28/5).

ـ لا تصح شهادة الرجل و أمرتين في النكاح.[1] قال الباجي: " لا يثبت بأقل من شاهدين من الرجال، و لا يثبت بشهادة رجل و امرأتين. "[2]

المطلب الثاني: الضوابط الفقهية الحاكمة لموانع النكاح في المذهب المالكي

الضابط الأول:

الضابط الثاني: تحريم المصاهرة ليس رتبة واحدة بل هو رتب.[3]

أولا: معنى الضابط

من موانع النكاح المصاهرة و يحرم بها أربع من النساء، فأمّا زوجات الأبناء و الآباء، و أمهات النساء يَحْرُمْن بمجرد العقد دخل بها أم لم يدخل، أما بنت الزوجة فلا تحرم إلاّ بعد الدخول بأمها، فإن وطئها حرمت عليه بنتها بإجماع و إن تلذذ بها بما دون الوطء.[4]

و يلحق بالنكاح في الرتبة الثانية شبهة النكاح كالغلط و العقد المختلف في فساده و إن كان يعتبر فاسدا في مذهبنا، فهو ينشر الحرمة كالصحيح كنكاح المحرم و الشغار، أمّا المجمع على فساده فوطؤه يحرّم إن درأ الحد كنكاح المعتدة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم، أما الزنا فلا يحرم في الراجح من الأقوال، فمن زنى بامرأة جاز له أن يتزوج بفروعها و أصولها، و لابنه و أبيه أن يتزوجها.[5]

ثانيا: أدلة القاعدة

ـ قال الله سبحانه و تعالى:**{ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ}**[6]

---

(1) ابن عبد البر، **الاستذكار**،(217/16)،الباجي، **المنتقى**،(102/5).

(2) الباجي، **المنتقى**،(102/5).

(3) القرافي، **الفروق**،(207/3)، البقوري، **تهذيب الفروق**،(30/2).

(4) القرافي، **الذخيرة**،(262/4)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(367،368/3)،الدردير، **الشرح الصغير**،(404/2)،

(5) الحطاب، **مواهب الجليل**،(109،110/5)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(367،368/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(404،405/2)، عليش، **منح الجليل**،(329،330/3).

(6)النساء:(22).

ـ قال الله عز و جلّ:**{ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ }**[1]

ـ الآيتان الكريمتان ورد فيها تصريح بالنساء اللواتي يَحْرُمْن بالمصاهرة.

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ زوجة الأب تحرم على الأبناء بمجرد العقد عليها.[2] قال ابن الجلاب: " ويحرم على الرجل من النساء زوجات أبيه اللائي دخل هن أو لم يدخل بهن مات عنهن أو طلقهن "[3]

قال اللخمي: "وتحرم بالمصاهرة بالعقد دون الدخول: زوجة الابن وزوجة الأب "[4]

ـ إذا عقد الرجل على البنت تحرم عليه أمها،[5] قال القاضي عبد الوهاب: " تحرم أم المرأة بنفس العقد الصحيح من غير اعتبار بالوطء "[6]

قال ابن شاس: " المصاهرة و يحرم منها بمجرد عقد النكاح الصحيح المباح أمهات الزوجة من النسب و من الرضاع "[7]

---

[1] النساء: (23).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (207/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(403/2)، الدسوقي ،**حاشية الدسوقي**،(250/2).

[3] ابن الجلاب، **التفريع**،(387/1).

[4] اللخمي، **التبصرة**،(2070/5).

[5] الحطاب، **مواهب الجليل**،(110،109/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(208/3)، الدردير، **الشرح الصغير**، (404/2).

[6] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(702/2).

[7] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(38/2).

الضابط الثالث: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[1]

أولا: معنى الضابط

أن كل ما يدخل في التحريم بسبب الولادة يدخل في التحريم بسبب الرضاعة، و قد بين الله سبحانه و تعالى في كتابه العزيز حرمة الأمهات و الأخوات من الرضاعة، حيث ، فكل طفل رضع من امرأة حرمت عليه لأنها أمه، و يصبح زوجها أبا له من الرضاعة،و ابنتها أخته، و أختها خالته و هكذا،[2] وقد اشترط العلماء للرضاع شروطا هي:[3]

ـ أن يكون اللبن لامرأة سواء كانت حية أو ميتة.

ـ وصول اللبن لجوف الرضيع من فمه أو أنفه، و لو بحقنة تغذي.

ـ أن يكون في مدة الرضاع أي في الحولين وما قاربه كالشهر و الشهرين، قال الله تعالى: **{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ}** [4]

ـ أن يكون اللبن قوتا له دون غيره.

ثانيا: أدلة الضابط

1 ـ القرآن الكريم:

قال الله عز و جل: **{وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ}** [5]

ذكر الله تعالى في الآية حرمة الأمهات و الأخوات من الرضاعة، و لم يذكر سواهما و الأم أصل والأخت فرع، فنبه بذلك لجميع الأصول و الفروع.[6]

---

[1] أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: النكاح، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب،رقم:5100، (9/7)،مسلم، **في الصحيح**، كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة ، رقم:1444،(ص653).

[2] ابن عبد البر، **الاستذكار**،(242/18)،

[3] ابن العربي، **المسالك**،(673/672/5)، ابن شاس، **الجواهر الثمينة**،(286،285)، الحطاب، **مواهب الجليل**، (535/5) وما بعدها، الدردير، **الشرح الصغير**،(720/2).

[4] البقرة:(233).

[5] النساء: (23).

[6] ابن العربي، **أحكام القرآن**،(479/1).

2 ـ السنة النبوية

ـ قال الرسول الله عليه وسلم « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة»[1].

وجه الدلالة من الحديث أن كل المحرمات بالنسب يلحق بها المحرمات بالرضاع.

3 ـ الإجماع: انعقد إجماع العلماء على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.[2]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ كل أنثى أرضعتها أم الرجل، أو أخته، أو جدته، أو بنته، أو ابنة ابنه، أو امرأة ابنه، أو امرأة أخيه، حرمت عليه.[3] قال سحنون: " أرأيت لو أن رجلا تزوج صبية فأرضعتها أمه أو أخته أو جدته أو ابنته أو ابنة ابنه أو امرأة أخيه أو بنت أخيه أو بنت أخته، أتقع الفرقة بينه وبين الصبية في قول مالك؟ قال: نعم." [4]

ـ يحرم على الرجل الجمع بين أختين من الرضاعة، و كذا بين المرأة و عمتها أو خالتها،[5] قال القرافي: " و يحرم الجمع بين المرأة و خالتها من الرضاع كالنسب و لو تزوج صغيرتين فأرضعتهما كبيرة اختار واحدة و فارق الأخرى و لا يفسد العقد كما يفسد العقد بين الأختين لانعقاده صحيحا"[6]

ـ لبن الزنا تقع به الحرمة و هذا هو مشهور المذهب و القول الذي رجع إليه الإمام مالك.[7] قال ابن العربي: " و اختلف العلماء إذا كان الوطء حراما لا شبهة فيه كوطء الزنا، و من تزوج من لا تحل له و هو عالم، هل تقع به الحرمة من قبل الفحل أم لا ؟ على قولين، فكان مالك رحمه الله يرى أنّ كل

---

(1) أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: النكاح، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، رقم:5100، (9/7)،مسلم، **في الصحيح**، كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة ، رقم:1444،(ص653).

(2) ابن منذر، **الإجماع**،(ص41).

(3) المواق، **التاج و الإكليل**،(539/5).

(4) سحنون، **المدونة الكبرى**،(414/2).

(5) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(291/2)، القرافي،**الذخيرة**،(281/4).

(6) القرافي،**الذخيرة**،(281/4).

(7) ابن أبي زيد القيرواني، **النوادر و الزيادات**،(83/4)، القرافي **الذخيرة**،(280/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**، (535/5).

وطء لا يلحق به الولد فلا يحرم بلبنه، يريد من قبل فحله، ثمّ رجع إلى أنّه يحرم، وإلى هذا ذهب سحنون وقال: ما علمت من قال من أصحابنا أنّه لا يحرم، إلاّ عبد الملك و هو خطأ صريح. "[1]

استثناءات من الضابط:

يستثنى من هذه القاعدة جملة من النسوة يَحرُمن من النسب وقد لا يحرمن من الرضاع، إلاّ إذا كان بينهن و بين الزوج قرابة، هنّ:[2]

ـ أم الأخ من الرضاع، وأم الأخت من الرضاع، فإذا أرضعت امرأة أجنبية أخاك أو أختك من الرضاع لم تحرم عليك، و إن حرمت عليك أم أخاك أو أختك من النسب، لأنها أمك أو زوجة أبيك، ومرضعة أخيك أو أختك ليست كذلك.

ـ أم ولدك من الرضاع قد لا تحرم عليك، و هي بنتك أو زوجة ابنك من النسب.

ـ جدة ولدك من الرضاعة، إذا أرضعت أجنبية فلا تحرم عليك أمها، و هي من النسب إمّا أمك أو أم زوجتك.

ـ أخت ولدك من الرضاع و هي من النسب إما بنتك أو بنت زوجتك.

ـ أم عمك أو عمتك من الرضاع، و هي من النسب جدتك أو زوجة أبيك.

ـ أم خالك أو خالتك من الرضاع، و هي من النسب إما جدتك لأمك أو زوجة جدك لأمك.

الضابط الرابع: كل امرأتن بينهما من القرابة أو الرضاع ما يمنع تناكحهما لو كانت إحداهما ذكرا فلا يجمع بينهما.[3]

أولا: صيغ الضابط

ـ كل امرأتين بينهما من النسب أو الرضاع ما يمنع تناكحهما لو قدرت إحداهما رجلا، لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بعقد أو ملك.[4]

---

[1] ابن العربي، **المسالك**،(685/5).

[2] خليل، **التوضيح**،(114/5)،المواق، **التاج و الإكليل**،(537/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(179/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(722/2).

[3] القرافي، **الفروق**،(231/3)، ابن غازي، **الكليات الفقهية**، (ص23)، العلمي، **نوازل العلمي**،(63/1).

[4] القرافي،**الذخيرة**،(310/4).

ثانيا: معنى الضابط

ضابط ما يحل ويحرم الجمع بينهن من النساء، هو اعتبار إحدى المرأتين ذكرا فإن امتنع تناكحهما لقرابة أو رضاع فلا يجمع بينهما، وتقدير الذكورة يكون من الطرفين إذا جعل كل واحد من الطرفين ذكرا والآخر أنثى ولم يجز أن يتناكحا لم يجز الجمع بينهما، أما إذا امتنع النكاح من طرف دون الآخر فإن الجمع جائز، فمثلا لو قدرت إحدى الأختين ذكرا لحرم عليه نكاح أخته، و لو اعتبرت العمة ذكرا لحرم عليه نكاح ابنة أخيه. [1]

ثالثا: أدلة الضابط

1 ـ القرآن الكريم:

ـ قال الله عز و جل:**{وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا}** [2]

ورد في الآية تحريم الجمع بين الأختين.

2 ـ السنة النبوية:

قال الرسول صلى الله عليه وسلم:« لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على بنت أخيها و لا على بنت أختها»[3].

دلالة الحديث واضحة على تحريم الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها، أو بنت أخيها و أختها.

رابعا: تطبيقات الضابط

ـ لا يجوز الجمع بين المرأة و بنت أخيها أو بنت أختها،[4] لأنه لو قدرت بنت الأخت ذكرا يحرم عليه نكاح خالته و لو قدرت بنت الأخ ذكرا يحرم عليه نكاح عمته.قال ابن عبد البر: " و لا يجوز نكاح المرأة على بنت أختها، ولا على بنت أخيها و إن سفلت"[5]

---

[1] الباجي، **المنتقى**،(80،81/5)، ابن رشد، **بداية المجتهد**،(1327/3)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(210/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(405/2)، عليش،**منح الجليل**،(332/3).

[2] النساء:(23).

[3]أخرجه البخاري، **في الصحيح**، كتاب: النكاح، باب: لا تنكح المرأة على عمتها،رقم:5110، (12/7)،مسلم، **في الصحيح**، كتاب النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها في النكاح، رقم:1408،(ص636).

[4] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(253/2)، الدردير، **الشرح الصغير**،(405/2).

[5] ابن عبد البر، **الاستذكار**،(168/16).

ـ يجوز الجمع بين المرأة و بنت زوجها أو أمه.[1] قال ابن يونس:" وإنما جاز الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها لانخرام ذلك وذلك أنا إذا جعلنا موضع الابنة ابناً لم تحل له زوجة أبيه، وإذا جعلنا موضع الزوجة رجلاً لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجلٍ أجنبي، فلهذه العلة أجزنا الجمع بينهما." [2]

قال الخرشي: " كما تخرج المرأة و بنت زوجها أو أم زوجها؛ لأنه لو قدرت المرأة ذكرا لم يمتنع وطء أم زوجته ولا ابنته بنكاح ولا بغيره، لأنها أم رجل أجنبي وبنت رجل أجنبي" [3]

ـ إذا جمع الرجل بين محرمتي الجمع كالأختين فسخ نكاح الثانية منهما، أما إذا جمعهما في عقد واحد، أو لم يعلم الأولى منهما فسخ نكاحهما.[4] قال ابن الجلاب: " ومن نكح امرأة، ثم نكح بعدها أخرى ممن لا يجوز له أن يجمع بينهما، فنكاح الأولى صحيح، ونكاح الثانية باطل، ويفسخ قبل الدخول وبعده دخل بالأولى أو لم يدخل بها." [5]

قال اللخمي: " فإذا تزوج أختين في عقدين فسخ نكاح الأخيرة، وثبت نكاح الأولى، وسواء دخل بالثانية أو لم يدخل، بخلاف الأم والبنت؛ فإن دخوله بالأخيرة يفسد عقد الأولى، كانت الأخيرة الأم أو البنت. وإن لم يعلم الأولى من الأختين فسخ النكاحان جميعا." [6]

---

[1] الباجي، **المنتقى**،(81/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(210/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(405/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(371/3)، عليش،**منح الجليل**،(332/3).

[2] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(337/9).

[3] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(210/3).

[4] بهرام، **الدرر في شرح المختصر**،(ص922)، الدردير، **الشرح الصغير**،(405/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(253/2).

[5] ابن الجلاب، **التفريع**،(424/1).

[6] اللخمي، **التبصرة**،(2082/5).

الضابط الخامس: العقد على البنات يحرم الأمهات، و الدخول بالأمهات يحرم البنات. [1]

أولا: معنى الضابط

مجرد العقد على المرأة سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا، لا يحرم على الرجل نكاح ابنتها إن طلق الأم قبل الدخول، أمّا إذا عقد على البنت فإنه يحرم عليه نكاح أمها حرمة مؤبدة، سواء دخل بابنتها أو لم يدخل.[2]

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ إذا عقد رجل على امرأة ولم يدخل بها، ثمّ طلقها و أراد أن يتزوج إحدى بناتها جاز له ذلك، لأن مجرد العقد على الأمهات لا يحرم البنات. [3]

ـ إذا عقد رجل على امرأة و لم يدخل بها، ثم طلقها و أراد أن يتزوج أمها، لا يحل له ذلك؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات. [4]

قال ابن عبد البر: " والأصل المجتمع عليه عند أهل المدينة في هذا الباب أن من تزوج امرأة لم يحل له أن يتزوج أمها دخل بالابنة أو لم يدخل بها ولا بأس أن يتزوج الابنة إذا لم يدخل بالأم فان دخل بالأم لم تحل له ابنتها كانت الابنة في حجره أو لم تكن في حجره. "[5]

---

[1] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (240/2)، الصاوي، **بلغة السالك**، (724/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(432/4).

[2] خليل، **التوضيح**،(23/4)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(208/3).

[3] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**، (703/2)، القرافي، **الذخيرة**،(261/4).

[4] ابن أبي زيد القيرواني، **النوادر و الزيادات**،(508/4)، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(38/2).

[5] ابن عبد البر، **الكافي**،(534/2).

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية للأنكحة الفاسدة عند المالكية

الضابط الأول: الفساد في العوض إن كان من حقيقة العقد، كالفساد في العقد.[1]

أولا: معنى الضابط

العوض إذا كان من أركان العقد، ففساده يفسد العقد، والعوض في النكاح الذي هو الصداق اعتبره بعض العلماء ركنا من أركان النكاح، لا يصح بدونه لكن لا يشترط ذكره عند العقد، و ذكر بعضهم أنه شرط في صحته فلا يتوقف عليه وجود العقد بدليل صحة نكاح التفويض، و هذا شرط أن لا يتفقا الزوجين على إسقاط الصداق، و إذا لم يذكر حال العقد لابد من ذكره عند الدخول.[2]

ثانيا: تطبيقات الضابط:

ـ إذا اتفق العاقدان على إسقاط الصداق فالعقد فاسد، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل،[3] قال ابن يونس: " وإن زوجه إياها على أن لا صداق عليه فسخ النكاح قبل البناء، وثبت بعده وكان لها صداق مثلها "[4]

قال الخرشي: " و كذلك يكون النكاح فاسدا إذا دخلا على إسقاط الصداق بالكلية فيفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل "[5]

ـ لو نكح بمهر إلى أجل مجهول أو بعيد جدا كخمسين سنة، فيفسخ قبل البناء و يثبت بعده بصداق المثل لأنه مظنة لإسقاط الصداق.[6] قال القرافي: " إذا كان الصداق مؤجلا لموت أو فراق، فسخ قبل البيناء للجهالة بالأجل و ثبت بعده و لها صداق المثل "[7]

---

[1] المقري، **القواعد**،(ص302).

[2] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(416/3)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(43/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(434/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (299/3).

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(188/5)، الدردير،**الشرح الصغير**،(441/2)، عليش،**منح الجليل**،(437/3).

[4] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**، (121/9).

[5] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(262/3).

[6] المواق، **التاج و الإكليل**،(189/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(443/2)، عليش،**منح الجليل**،(439/3).

[7] القرافي، **الذخيرة**،(387/4).

الضابط الثاني: كل معتدة وطئت بنكاح أو شبهة، فقد حرمت على واطئها للأبد وقيل بالعقد فيها و الوطء أبدا.[1]

أولا: معنى الضابط

حرم الله عز و جل خطبة المعتدة فضلا عن نكاحها، فمن نكح امرأة في عدتها و بنى بها فسخ النكاح و لا تحل له أبدا، و حتى إن عقد عليها في العدة ثم وطئها بعدها مستندا لذلك العقد فإنها تحرم عليه، في

رواية أخرى عن الإمام مالك أن مجرد العقد لا يتأبد به التحريم و يلحق بها المستبرأة من شبهة نكاح أو زنا أو اغتصاب.[2]

والمقصد من التحريم هو حفظ الأنساب من الاختلاط، والعقد وسيلة للوطء، والتصريح والمواعدة وسيلة الوسيلة لأنها تفضي إلى العقد.[3]

ثانيا: أدلة الضابط

ـ القرآن الكريم:

قال الله عز وجل: **{ وَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّساءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلكِنْ لَا تُواعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَنْ تَقُولُوا قَوْلاً مَعْرُوفاً وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ}**[4]

نهت الآية عن مواعدة المعتدة استدراكا على الإذن في التعريض.

ـ آثار الصحابة:

جاء في الأثر عن سيدنا عمر رضي الله عنه:« أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطبا من

---

(1) المقري، **الكليات**، (ص128).

(2) سحنون، المدونة الكبرى،(440/2)، ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(372/4)، ابن العربي، **أحكام القرآن**، (288/1،287)، الباجي، **المنتقى**،(106/5،105)،الحطاب،**مواهب الجليل**،(33/5)،الدردير، **الشرح الصغير**،(345،344).

(3) القرافي، **الذخيرة**،(194/4).

(4) البقرة:(235)

الخطاب، فإن كان دخل فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا » [1]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ إذا واعد ولي المرأة المجبر لها في عدتها فإن النكاح يفسخ، أما إذا واعد وليها غير المجبر دون علمها فيكره ذلك و لا يحرم،[2] قال ابن رشد: " فإن واعد وليها بغير علمها و هي مالكة أمر نفسها فهو وعد و ليست بمواعدة، فلا يفسخ النكاح و لا يقع به التحريم بإجماع"[3]

ـ مقدمات الوطء من قبلة و مباشرة في العدة تحرم كالوطء.[4]

قال سحنون: " أرأيت لو أنّ رجلا تزوج امرأة في عدتها فلم يجامعها و لكنّه قبل و باشر و جسّ ثم فرق بينهما أيحلّ له أن ينكحها بعد ذلك؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئا إلاّ أنّي أرى أن النكاح في الأشياء كلها ممّا يحرم الوطء كان نكاحا حلالا أو على وجه شبهة، فإنه إذا قبّل فيه أو باشر أو تلذذ لم تحل لابنه ولا لأبيه، و التلذذ هنا في التي تُنكح في عدتها بمنزلة الوطء."[5]

قال ابن رشد: " وأما القبلة والمباشرة بعد العدة فلا يقع التحريم بها باتفاق، واختلف إذا قبل أو باشر في العدة، فقيل: إن ذلك بمنزلة الوطء فيها يقع بها التحريم، وهو قوله في المدونة وقيل: إن التحريم لا يقع بذلك "[6]

ـ يكره للرجل تزوج امرأة صرح لها بالخطبة بعد إنقضاء عدتها، و يندب الفراق إذا وقع نكاح بعد العدة.[7] قال الخرشي: " و مما هو مكروه أن يتزوج الرجل المرأة التي صرح لها بالخطبة أي واعدها في

---

[1] أخرجه مالك ،**في الموطأ**، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من النكاح،رقم:(1509)،(536/2).

[2] خليل، **التوضيح**،(29/4)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(34/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(169/3).

[3] ابن رشد، **المقدمات الممهدات**،(520/1).

[4] الحطاب، **مواهب الجليل**،(38/5)، الدردير،**الشرح الصغير**،(345/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (295/3).

[5] سحنون، **المدونة الكبرى**،(36/2).

[6] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(372/4).

[7] الدردير،**الشرح الصغير**،(349/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(220/2)، عليش، **منح الجليل**،(265/3).

العدة ثمّ يتزوجها بعد عدتها، و ندب فراق ما ذكر من الزانية و المصرح لها بالخطبة في العدة إذا تزوجها بعدها "[1]

الضابط الثالث: الفساد في العقد يوجب الفسخ، فإن فات وأمكن الاستمرار صح على مشهور مذهب مالك.[2]

أولا:معنى الضابط

النكاح الفاسد يكون فاسدا لخلل في عقده أو صداقه، فما كان فساده لعقده فإنه يجب فسخه قبل الدخول و بعده، كالنكاح لأجل أو خامسة أو ذات محرم أو رضاع أو نكاح المحرم، فإن فسخ قبل البناء فلا شيء فيه، و إن فسخ بعده ففيه المسمى أو صداق المثل،[3] و أما إذا اقترنت بالنكاح شروط تفسده، فإنه يفسخ قبل الدخول وجوبا فإن فات بالدخول يثبت و لها مهر المثل و ألغي الشرط، و من أمثلته ما يلي:[4]

ـ اشتراط الزوج أن لا يأتيها أو لا تأتيه هي إلاّ نهارا أو ليلا.

ـ اشتراط الخيار يوما أو يومين لأحد الزوجين أو لهما معا، فيسخ قبل الدخول و يثبت بعده بالصداق المسمى، أو صداق المثل، بخلاف خيار المجلس فإنه جائز.

ـ اشتراط الزوج أن نفقته عليها، أو أن تشترط الزوجة عند تزويجها بمحجور عليه أن نفقتها على وليه، أبيه أو غيره.

ـ وجه الشغار و هو ما كان بصيغة "زوجني ابنتك بكذا على أن أزوجك ابنتي بكذا" ، يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل.

---

[1] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(172/3).

[2] المقري، **القواعد**،(ص302).

[3] الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(364/3)، البرزلي، **فتاوى البرزلي**،(195/2)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(197/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(240/2)، الدردير،**الشرح الصغير**،(390/2)، التسولي، **البهجة شرح التحفة**،(426/1).

[4] المواق،**التاج و الإكليل** ،(81/5) و ما بعدها، الحطاب،**مواهب الجليل**،(81/5) و ما بعدها، الدردير، **الشرح الصغير**، (384،385/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(238،239/2)،

فالعقد الواقع على شرط من هذه الشروط يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل، و محل الفساد في هذه العقود إذا اشترطت في صلب العقد، أما إذا وقع شيء منها بعد العقد و الزوجة في العصمة فلا ضرر في ذلك.

ثانيا:تطبيقات الضابط

ـ إذا اشترط أحد الزوجين أو كلاهما الخيار، فالنكاح يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل.[1] قال سحنون: " أرأيت إن تزوج رجل امرأة بإذن الولي و شرطوا الخيار للمرأة أو للزوج أو للولي أو لهم كلهم يوما أو يومين، أيجوز هذا النكاح عند مالك و هل يكون في النكاح خيار؟

قال: أرى أنه لا خيار فيه و أرى إذا وقع في النكاح الخيار فسخ النكاح ما لم يدخل بها؛ لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، قلت: أرأيت إن بنى بها قبل أن يفسخ هذا النكاح أيفسخ أم لا؟ قال:لا يفسخ و يكون لها الصداق الذي سميّ لها "[2]

ـ إذا اشترط عليها أن لا يقسم بينها و بين ضرتها في المبيت أو يؤثرها عليها، فإن النكاح يفسخ قبل الدخول و يثبت بعده بصداق المثل،[3] قال ابن الحاجب: " و إذا اشترط ما يناقض مقتضى العقد مثل: أن لا يقسم، أو يؤثر عليها فكالصداق الفاسد، و ما لا يناقضه يلغى"[4]

قال بهرام: " وإذا شرط ما ينافي العقد كأن لا يقسم لها ولا نفقة ولا ميراث، أو لا يعطيها الولد، أو يؤثر عليها، أو أمرها بيدها فسخ قبل البناء لا بعده على المشهور"[5]

---

[1] سحنون، **المدونة الكبرى**،(195/2)، ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(480/4)، ابن الحاجب، **جامع الأمهات**، (ص259)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(195/3)، عليش، **منح الجليل**،(302/3).

[2] سحنون، **المدونة الكبرى**،(129/2).

[3] سحنون، **المدونة الكبرى**،(271/2)، بهرام، **الشامل**،(365/1)، الدردير، **الشرح الصغير**،(385/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(196/3).

[4] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(ص278).

[5] بهرام، **الشامل**،(365/1).

الضابط الرابع: كل نكاح اختلف فيه فإنه يحرم عقده ووطؤه بخلاف عقد ما حرم النص.[1]

أولا: صيغ الضابط

ـ كل نكاح فاسد اختلف الناس فيه فحكمه حكم الصحيح في التحريم، و المتفق عليه لا تحريم فيه إلاّ بالمسيس.[2]

ـ كل نكاح اختلف العلماء فيه فالطلاق فيه قبل الفسخ لاحق، و الميراث فيه واجب.[3]

ثانيا: معنى الضابط

النكاح إذا اختلف في صحته و فساده بين العلماء، و لو في خارج المذهب، و لو في مذهب انقرض كغير الأئمة الأربعة، و إن أجمع على عدم الإقدام عليه ابتداء، كالشغار فإنه يفسخ بطلاق ويقع به التحريم للأصول والفروع كالصحيح بمجرد العقد و لو دون المسيس، فتحرم المرأة على أصول الرجل وفصوله، و يحرم عليه أصولها، و يرث الزوجين بعضهما إذا مات أحدهما قبل الفسخ، إلاّ في نكاح المريض لأنّ علة فساده إدخال وارث.[4]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ المحرم إذا تولى عقد نكاح إمرة فإنه يفسخ بطلاق.[5] قال ابن عرفة: " يحرم على المحرم نكاحه وإنكاحه ويوجب فسخه." [6]

قال عليش: "فإذا تزوج امرأة و هو محرم بنسك و بنى بها و فُسخ، حرم عليه نكاح بنتها و إن فسخ قبله فلا تحرم عليه بنتها، و الحاصل أنّ المختلف في كالصحيح "[1]

---

[1] المقري، **الكليات**،(ص129).

[2] ابن غازي، **الكليات الفقهية**،(ص23).

[3] ابن غازي، **الكليات الفقهية**،(ص25).

[4] سحنون، **المدونة الكبرى**،(185/2)، المواق، **التاج و الإكليل**،(85/5)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(89،90/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(388/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(340/3).

[5] الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (197/3)، الدردير، **الشرح الصغير**، (388/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(240/2).

[6] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(339/3).

ـ المرأة إذا زوجت نفسها أو ابنتها، فإنه يفسخ بطلاق و يقع فيه الميراث،[2] قال ابن رشد: " وسئل عن المرأة تزوج نفسها أو تزوجها امرأة أخرى فقال: أرى أن يفرق بينهما، دخل بها أو لم يدخل، وأحب إلي أن تكون طلقة. قال محمد بن رشد: هذا صحيح على ما اختاره ابن القاسم وأخذ به لرواية العتبية عن مالك من أن الطلاق والميراث يكون في كل نكاح اختلف الناس فيه "[3]

قال الحطاب: "وكلّ ما اختلف النّاس في إجازته و رده فالفسخ فيه بطلاق ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمرأة تزوّج نفسها"[4]

الضابط الخامس: كل نكاح نص الله ورسوله على تحريمه فسخ بغير طلاق ولا ميراث فيه قبل الفسخ.[5]

أولا: صيغ الضابط

كل نكاح أجمع على فساده فالمعتبر وطئه لا عقده، بخلاف فيما لا يدرأ الحد.[6]

كل نكاح مجمع على فساده أو محرم بالنص أو لحق الورثة فإنه يفسخ أبدا، و فيما فسد لعقده من غير خلاف. [7]

ثانيا: معنى الضابط:

إنّ النكاح المتفق على فساده بين أهل العلم، يفسخ بغير طلاق سواء قبل الدخول أو بعده لأنه لم ينعقد أصلا، و لا يرث فيه الزوجين بعضهما و لو مات أحدهما قبل الفسخ، و التحريم فيه يكون بالوطء أو مقدماته إن درأ الحد لا بمجرد العقد، فتحرم على أصوله و فصوله.[1]

---

[1] عليش، **منح الجليل**،(306/3).

[2] المواق، **التاج و الإكليل**،(86/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (197/3).

[3] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(379/4).

[4] الحطاب، **مواهب الجليل**،(90/5).

[5] ابن غازي، **الكليات الفقهية**،(ص25)

[6] المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص113).

[7] المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص114).

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ من نكح الخامسة فإن نكاحه باطل يفسخ مطلقا.[2] قال الدسوقي: " فإذا عقد على خامسة جاهلا للحرمة حل له أن يتزوج بأمها وبنتها ولا تحرم على أصوله وفصوله ولا أثر للعقد فإن وطئها أو تلذذ بها نشر الحرمة ويحرم عليه أصولها وفصولها وتحرم على أصوله وفصوله "[3]

ـ من تزوج معتدة و لم يبن بها، فله أن ينكح أمها أو أختها، و يجوز لأبيه و ابنه أن ينكحها، لأن نكاح المعتدة غير منعقد أصلا، لأنه عقد فاسد اتفق العلماء على فساده.[4] قال سحنون: " أرأيت إذا تزوج امرأة في عدتها ففرق بينهما قبل أن يبتني بها ايصلح لأبيه أو لابنه أن يتزوجها قال: قال مالك نعم. "[5]

قال عليش: " من تزوج معتدة و لم يبن بها ثمّ تزوج أمها أو أختها أقام على الثانية لأن نكاح المعتدة غير منعقد "[6]

ـ نكاح الأخت على أختها، أو المرأة على عمتها أو خالتها بنسب أو رضاع، لا طلاق فيه و لا ميراث.[7] قال ابن أبي زيد القيرواني: " إلاّ ما لا يختلف في حرامه فإنه يفسخ أبدا بغير طلاق، و لا ميراث فيه، ولا يلزم فيه طلاق، مثل الخامسة و الأخت من الرضاع و العمة و الخالة و ذات المحرم من الرضاع، و جمع الأختين، و جمع المرأة مع العمة أو الخالة "[8]

---

(1) سحنون، **المدونة الكبرى**،(185/2)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (197/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(389/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(340/3).

(2) بهرام، **الشامل**،(339/1)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (197/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(389/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(240/2).

(3) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(240/2).

(4) سحنون، **المدونة الكبرى** ،(185/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(341/4)، عليش، **منح الجليل**،(307/3).

(5) سحنون، **المدونة الكبرى** ،(185/2).

(6) عليش، **منح الجليل**،(307/3).

(7) سحنون، **المدونة الكبرى** ،(185/2)، ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(479/4)، المواق، **التاج و الإكليل**،(85/5).

(8) ابن أبي زيد القيرواني ، **النوادر و الزيادات**،(544/4).

قال ابن يونس: " كل نكاح نص الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام على تحريمه لا يختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق، وإن طلق فيه قبل الفسخ لم يلزمه، ولا يتوارثان كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة، أو المرأة في عدتها، أو على عمتها، أو على خالتها، أو على أمها قبل أن يدخل بها "[1]

الضابط السادس: إذا طرأ على النكاح ما لا يقر معه هل يرفع حكم العقد السابق أو لا؟[2]

أولا: معنى الضابط

إذا حصل بعد انعقاد النكاح أمر يتنافى معه، فهل يلغي العقد فيفسخ بطلاق لتقدم انعقاده أو بغير طلاق نظرا لما طرأ عليه،[3] و من الأمور التي لا تُقَر مع النكاح الردة و اللعان، ففي الأولى يفسخ النكاح بطلقة بائنة، و في الثاني يفسخ بغير طلاق.

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ إذا ارتد أحد الزوجين فإن النكاح يفسخ بطلقة بائنة، ترجع فيه المرأة بعقد جديد على طلقتين وهذا هو المشهور في المذهب،[4] قال القرافي" إذا ارتد أحدهما بطلت العصمة بطلقة بائنة لوجود الخلاف في إبطال العمل بالردة و في إنقطاع النكاح، و إن أسلم في عدتها فلا رجعة له للبينونة و إن أسلمت فلا رجعة لبطلان أصل العقد "[5]

قال المواق: " ردة أحد الزوجين مزيلة للعصمة حينئذ و ردة الزوج طلقة بائنة و إن أسلم في عدتها فلا رجعة له " [6]

ـ إذا تلاعن الزوجان فالنكاح يفسخ بغير طلاق و هذا هو المشهور في المذهب،[1] قال ابن الجلاب: " والفرقة بين المتلاعنين فسخ بغير طلاق، وقد قيل: هو فسخ بطلاق، والتحريم فيه مؤبد." [2]

---

[1] ابن يونس، **الجامع لمسائل المدونة**،(91/9).

[2] المقري، **القواعد**،(ص313).

[3] المقري، **القواعد**،(ص313).

[4] سحنون، المدونة الكبرى،(315/2)، القرافي،**الذخيرة**،(335/4)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(137/5)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(406/3)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(270/2)، عليش،**منح الجليل**،(366/3).

[5] القرافي،**الذخيرة**،(335/4).

[6] المواق، **التاج و الإكليل**،(137/5).

قال ابن رشد: " و الفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق، و هي مؤبدة لا يتراجع فيها الزوجان بعده أبدا، هذا مذهب مالك و جميع أصحابه و أكثر أهل العلم "[3]

الضابط السابع: كل موضع يسقط فيه الحد لشبهة النكاح أو الملك، فإن النسب يلحق فيه، ولا يجتمع الحد و النسب إلاّ في ثماني مسائل.[4]

أولا: معنى الضابط

أنه متى سقط الحد عن المتهم فإن النسب يلحق به، و إذا ثبت الحد ينتفي النسب، و لا يجتمع الحد و النسب إلاّ في مسائل هي: [5]

- يتزوج امرأة يقر أنه طلقها ثلاثا، و يعلم أن نكاح المبثوثة لا يحل إلاّ بعد زوج.
- من أقر بنكاح خامسة ووطئها و هو يعلم أنها لا تحل.
- من نكح امرأة و هي ذات محرم من نسب أو رضاع أو صهر، و يقر أنه يعلم ذلك.
- من تزوج أم زوجته بعد موتها، و هو عالم بالتحريم.

وهذه المسائل ليست على سبيل الحصر فالضابط في هذا أن كل حد يثبت بالإقرار و يسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت منه، و كل حد لازم بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت.[6]

ثانيا: تطبيقات الضابط

- إذا دخل الزوجان بلا إشهاد ولم يكن النكاح فاشيا، و أقرا بذلك فإنهما يحدان ولا يلحق الولد.[7]

---

(1) الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(135/134/5)، القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(520/3)، خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(602/4)، الحطاب،**مواهب الجليل**،(87/5).

(2) ابن الجلاب، **التفريع**،(11/2).

(3) ابن رشد، **المقدمات و الممهدات**،(637/1).

(4) المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص115).

(5) القرافي، **الذخيرة**،(68/12)،خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(552/6)، الحطاب،**مواهب الجليل**، (267،268/7)، الزرقاني،**شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(132/8)، عليش،**منح الجليل**،(503/6).المنجور،**شرح المنهج المنتخب**، (676/2)، السجلماسي،**شرح اليواقيت الثمينة**،(787/2)، الصنهاجي، **النظائر**،(ص114) .

(6) خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(552/6)، الحطاب،**مواهب الجليل**، (267/7)،

(7) الصاوي، **حاشية الصاوي**،(337/2).

الضابط التاسع: كل ما فسخ قبل البناء، فلا صداق فيه و كذلك اختياره ردها لعيبها.[1]

أولا: معنى الضابط

النكاح إذا فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه من الصداق، سواء كان متفقا على فساده أو مختلفا فيه، كان الفساد لعقده أو لصداقه أو لهما معا،[2] قال الحطاب: " أن الزوج إذا طلق في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا شيء فيه "[3] ، و يلحق به كذلك رد الزوجة لعيب وجد فيها قبل البناء، فلا شيء لها من الصداق، أما إذا كانت هي الرادة فاختلف فيه على قولين، أن لها نصف الصداق وقيل لاشيء لها وهو ظاهر المذهب. [4]

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ نكاح المتعة، يفسخ مطلقا، ولا صداق فيه للمرأة إذا فسخ قبل الدخول.[5]

ـ إذا نكح بصداق أجل بعضه إلى أجل مجهول، فالنكاح فاسد يفسخ قبل الدخول ولا شيء فيه ويثبت بعده بأكثر من الصداق المسمى.[6] قال الخرشي: " و كذلك يكون النكاح فاسدا لصداقه يفسخ قبل البناء و يثبت بعده بالأكثر من المسمى أو بصداق مثلها كما يأتي إذا تزوجها بصداق معلوم لكن بعضه لأجل مجهول كموت أو فراق أو متى شئت"[7]

---

[1] المقري، **عمل من طب لمن حب**،(ص114).

[2] البراذعي، **تهذيب المدونة**،(155/2)،الدردير،**الشرح الصغير**،(390/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(240/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني**،(451/3)، البرزلي، **فتاوى البرزلي**،(195/2).

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(92/5).

[4] سحنون، **المدونة الكبرى**،(143/2)، القرافي،**الذخيرة**،(426/4)، خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(125/4)، بهرام، **الشامل**،(354/1)،المواق، **التاج و الإكليل**،(158/5)، الحطاب،**مواهب الجليل**،(158/5).

[5] الدردير، **الشرح الكبير**،(240/2، 241).

[6] الدردير، **الشرح الصغير**،(442/2)، عليش، **منح الجليل**،(438/3)، الدسوقي،**حاشية الدسوقي**،(303/2).

[7] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(263/3).

ـ لأحد الزوجين رد الآخر إذا وجد فيه برص أو جذام، ولا شيء للزوجة سواء كان الزوج هو الراد أو هي الرادة، و هذا إذا كان الرد قبل البناء.[1] قال الحطاب: " إذا علم أحد الزوجين أنّ بالآخر عيبا وردّه بذلك العيب قبل المسيس فلا صداق للمرأة على الرجل سواء ان هو الرَّادُّ أو هي الرّادّة "[2]

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية الحاكمة للصداق والولاية في المذهب المالكي

المطلب الأول: الضوابط الفقهية للصداق

ـ المهر هل يتقرر جميعه بالعقد أو لا؟ ثالثها يتقرر النصف ثمّ يتكمل بالدخول أو الموت.[3]

أولا: الضوابط ذات علاقة

ـ الأصل في الأعواض و بالعقود، فإنها أسبابها، والأصل ترتب الأسباب على المسببات، فجميع المهر متقرر بالعقد كالثمن.[4]

ـ الأثمان في البيعات تتقرر بالعقود بلا خلاف، والصدقات في الأنكحة لا يتقرر منها شيء بالعقود.[5]

ثانيا:معنى الضابط

اختلف في المرأة هل تملك المهر كاملا بمجرد العقد، أو لا تملك منه شيئا إلاّ بالدخول، أو تملك نصفه بالعقد، ثمّ يتكمل لها النصف الآخر بالدخول أو الموت،[6] قال ابن شاس:" فلا يتقرر شيء من الصداق بالعقد على المشهور من المذهب. وحكى بعض المتأخرين قولين آخرين:

---

[1] ابن رشد، **بداية المجتهد**،(74/3)،الحطاب،**مواهب الجليل**،(158/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، (244/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(477/2).

[2] الحطاب، **مواهب الجليل**،(158/5).

[3] القرافي، **الفروق**، (259/3)، المقري، **القواعد**،(ص296)، الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(ص122) المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(273/1)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(400/1).

[4] القرافي، **الفروق**،(260/3)، المقري، **القواعد**،(ص296).

[5] القرافي، **الفروق**،(260/3).

[6] الرجراجي،**مناهج التحصيل**،(468/3)، القرافي، **الذخيرة**،(378/4)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(260/3)،الدردير، **الشرح الصغير**،(439/2)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(300/2).

أحدهما: أنه يستقر نصفه بالعقد والطلاق، وغيره طارئ عليه، و الثاني أنه يستقر جميعه بالعقد" [1] و المشهور أنها تملك بالعقد النصف، قال الدسوقي: " والمذهب أنها تملك بالعقد النصف"[2]

و ذكر القرافي الفرق بين الأثمان في البيوع تتقرر بالعقود والصدقات في الأنكحة لا يتقرر منها شيء بالعقود، أن الصداق هو شرط للإباحة ويقصد به التجمل والمكارمة لا المعاوضة، و لذلك لم يشترط فيه شروط الأعواض، و لم يتعرض لتحديد مدة الانتفاع، فمن نظر إلى هذا لم يقل بتقرر المهر بالعقد، ومن لاحظ قاعدة الأصل في الأعواض وحوبها بالعقود فإنها أسبابها و الأصل ترتب الأسباب على مسبباتها قال بوجوب جميع المهر بالعقد كالثمن في البيع .[3]

ثالثا: تطبيقات الضابط

ـ إذا حصلت فرقة بين الزوجين قبل الدخول، فإن لا ضمان للصداق على أيّ منهما ، و ذلك إذا كان من غير تفريط أحدهما و ثبت ببينة أو إقرارهما بذلك، سواء كان مما يغاب عليه أم لا، و كذلك إذا كان مما لا يغاب عليه و لم تقم بينة على هلاكه، أما إن كان مما يغاب عليه و لم تقم على هلاكه بينة فضمانه من الذي هلك بيده فيغرم النصف لصاحبه و لو كانت الزوجة، و هذا مبني على أنّ الزوجة تملك نصف المهر بالعقد.[4] قال الخرشي: " و المعنى أنّ الصداق إذا قامت على هلاكه بيّنة و سواء كان ممّا يغاب عليه أم لا و سواء قبضته الزوجة أو لا ، فإنّه لا ضمان فيه على واحد منهما إذا طلّق الزوج قبل البناء و كذلك إذا كان الصداق ممّا لا يغاب عليه كالحيوان و الزروع و ما أشبهها إذا هلك و طلّق الزوج قبل البناء فضمانه منهما فلا رجوع لواحد من الزوجين على الآخر "[5]

---

[1] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(97/2).

[2] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(300/2).

[3] القرافي، **الفروق**،(260/3).

[4] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(112،111/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(457/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (53،54/4)، عليش، **منح الجليل**،(480/3، 481).

[5] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(281/3).

ـ إذا كانت الزوجة تملك الصداق بالعقد، وسرقه منها قبل الدخول يحد، وعلى أنها لا تملكه بالعقد لا يُحد لأنه باق على ملكه.[1]

ـ لو أصدق الرجل زوجته ماشية بعينها وحصل الطلاق قبل الدخول يكون معها الزوج في الزكاة كالخليطين بناء على أنها تملك بالعقد النصف، أو يزكي زكاة فائدة بناء على أنها تملك جميعه.[2]

ـ إذا طلق الزوج قبل الدخول بناء على شهادة الشهود، ثم رجعوا عن شهادتهم فإنهم يغرمون نصف الصداق للزوج على القول أن الزوجة لا تملك شيئا من الصداق إلا بالدخول، ولا يغرمون شيئا على القول بملكها له بالعقد.[3]

ـ غلة الصداق الحاصلة قبل البناء تكون للزوجين ونقصانه عليهما، و هذا هو المشهور في المذهب،[4] وهذا على أنّ المرأة تملك بالعقد نصف المهر بناء قال الإمام مالك في المدونة: "ما أصدق الرجل المرأة من حيوان بعينه تعرفه المرأة فقبضته أو لم تقبضه فحال بأسواق أو مات أو نقص أو نما أو توالد فالمرأة والرجل في جميع ذلك شريكان"[5]

المطلب الثاني:الضوابط الفقهية الحاكمة للولاية في المذهب المالكي

الضابط الأول: عماد الولاية الشفقة، والفسق لا يقطعها، والشهادة الأمانة، والفسق يقطعها.[6]

أولا:معنى الضابط

من المعلوم أن المصالح التي جاءت الشريعة لرعايتها ثلاث مراتب، ضروريات، حاجيات، تحسينيات، والفرق بين ما تشترط فيه العدالة و مما لا تشترط فيه مبني على تحقيق هذه المصالح، فما كان في محل الضروريات فتشترط فيه العدالة كالشهادة، فإن ضرورة حفظ أموال الناس و أعراضهم ودمائهم

---

[1] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(122) المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(273/1).

[2] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(122)، المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(273/1).

[3] الونشريسي، **إيضاح المسالك**،(122).

[4] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(112/5)، خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(220/4)،الدردير،**الشرح الكبير**،(318/2)، عليش، **منح الجليل**،(476/3).

[5] سحنون، **المدونة الكبرى**،(227/2).

[6] المقري، **القواعد**،(ص304).

تقتضي هذا، فلو قبل فيها قول الفسقة و من لا يوثق بهم لضاعت تلك المصالح، و يلحق بها ما كان في محل الحاجيات كإمامة الصلاة و الأذان، أما ما كان في رتبة التحسينات فلا تشترط فيه العدالة كولاية النكاح بسبب أن الوازع الطبيعي من شفقة الولي على وليته يمنعه من إلحاق الضرر بها، غير أن الفاسق قد يوالي الفسقة فيؤثرهم بوليته أخته أو بنته، فيلحق بها مفسدة عظيمة ولذلك اشترطت العدالة كتتمة ليست ضرورية ولا حاجية لأجل تعارض هاتين الشائبتين، وهذا هو سبب خلاف العلماء في اشتراط العدالة في ولاية النكاح .[1]

ثانيا:تطبيقات الضابط

ـ يجوز للفاسق عقد نكاح ابنته على الصحيح في المذهب،[2] قال ابن رشد: " شروط صحة الولاية في النكاح خمسة، وهي: الذكورة، والبلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام. وليست العدالة ولا الرشد في المال بشرط في صحتها. فإن زوج الفاسق أو السفيه، وهما ذوا رأي مضى النكاح"[3]

قال ابن شاس: " الفسق، و هو يسلب الولاية على قول. و المشهور أنه لا يسلبها، و إنما يقدح في كمال العقد دون صحته"[4]

الضابط الثاني: إمضاء الولي تقرير أو إنشاء؟[5]

أولا:معنى الضابط

إذا زوج المرأة أجنبي مع وجود وليها غير المجبر، وبنى بها ثم اطلع عليها وليها بالقرب فله الخيار في إبجازه أو رده، فإن أجاز نكاحها و أمضاه الولي فهل هو تقرير، وكأن النكاح وقع بولي فلا يحتاج إلى

---

(1) القرافي،**الفروق**،(84،83/4).

(2) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(108/5)، القرافي،**الذخيرة**،(245/4)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(187/3)، الدردير، **الشرح الصغير**،(371/2).

(3) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(108/5).

(4) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(23/2).

(5) ميارة، **الروض المبهج**،(ص254).

استبراء، أو يقال كابتداء نكاح فيحتاج إلى الاستبراء، والقولان في المذهب والراجح عدم وجوب الاستبراء،[1] ورجّح العلامة الزرقاني وجوبه.[2]

ثانيا: تطبيقات القاعدة

ـ إذا تزوج السفيه بغير إذن وليّه، و أجازه بالقرب فإنّه لا استبراء على المرأة لأنّ الماء ماؤه و رجحه العدوي و البناني، و قيل أنّ الإستبراء واجب عليها.[3]

ـ إذا زوّج أجنبي المرأة مع وجود ولي غير مجبر، ففسخه الولي و أراد زوجها أن يتزوجها فلا يجب عليها الاستبراء، و قيل أنّه يجب عليها بناء على أنّ إمضاء الولي إنشاء.[4]

قال الدسوقي: " حاصله أن المرأة إذا كانت شريفة ووكلت رجلا من عامة المسلمين عقد لها بدون إذن وليها الخاص غير المجبر ودخل بها الزوج، ثم اطلع وليها على ذلك قبل الطول فأجاز نكاحها وأمضاه أو أنه فسخه، وأراد الزوج أن يتزوجها بعد ذلك بإذن الولي فهل يجب عليه الاستبراء من وطء زوجها الحاصل قبل الإجازة نظرا لفساد الماء أو لا يجب الاستبراء لأن الماء ماؤه وإن كان فاسدا قولان والراجح الثاني وهو عدم وجوب الاستبراء "[5]

الضابط الثالث: لم وقع الحجر على النساء في الأبضاع، و لم يقع عليهن في الأموال؟[6]

أولا:معنى الضابط

إن الله عز وجل شرع الولاية في النكاح فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها سواء كانت رشيدة أو سفيهة، كبيرة أو صغيرة، و أباح لها التصرف في أموالها إذا كانت رشيدة، و الفرق بين هذا يظهر من وجوه:[1]

---

[1] خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(8/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(141/4)،الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(471/2)، عليش، **منح الجليل**،(302/4).

[2] الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(362/4).

[3] الزرقاني، **شرح مختصر خليل**،(362/4)، العدوي، **حاشية العدوي**، (141/4)، عليش، **منح الجليل**،(302/4).

[4] خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(8/5)، عليش، **منح الجليل**،(302/4).

[5] الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(471/2).

[6] القرافي، **الفروق**،(247/3)،الونشريسي، **عدة البروق**،(ص224).

ـ أن الأبضاع أشد خطرا، و أعظم قدرا، فلا يوكل أمرها إلا لكامل العقل لينظر في مصالحها، والأموال خسيسة بالنسبة إليها.

ـ شهوة الجماع شهوة قوية تغلب على الإنسان و توقعه في الأشياء الرذيلة.

ـ المفسدة في الأبضاع بزواج غير الأكفاء يتعدى ضررها للأولياء فيلحق بهم العار و الفضيحة، والمفسدة المالية يقتصر ضررها على المرأة، و لا يتعدى للأولياء.

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ عقد المرأة على نفسها أو امرأة غيرها، يفسخ قبل البناء و بعده و لو طال وولدت الأولاد.[2]

قال القاضي عبد الوهاب: " فإن زوجت امرأة نفسها أو غيرها، فالنكاح فاسد لا يصح بوجه ويفسخ قبل الدخول وبعده "[3]

قال الرجراجي: " ولا خلاف عندنا في المذهب: أنه لا يجوز للمرأة أن تعقد النكاح على امرأة، و إن كانت هي وليتها، كأمتها أو مولاتها أو وصية عليها، فإنها لا تباشر العقد بنفسها، ولكنها تُوكِّل من يتولاه دونها."[4]

الضابط الرابع: تقديم أقرب الوليين هل هو من باب الواجب أو الأولى؟[5]

أولا: معنى الضابط

في ولاية النكاح يقدم الأقرب فالأقرب من أولياء المرأة، و اختلف العلماء في هذا هل هو من باب الواجب فيفسخ النكاح إذا عقده الأبعد مع وجوب الأقرب، أو من باب الأولى فلا يفسخ و هو المشهور في المذهب و إن كان لا يجوز ابتداء،[6] قال الخرشي:" و صح النكاح بالولاية العامة و بالأبعد

---

(1) القرافي، **الفروق**،(248/3،247)،الونشريسي،**عدة البروق**،(ص224).

(2) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(240/2)،عليش، **منح الجليل**،(306/3)، الصاوي، **حاشية الصاوي**،(388/2).

(3) القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(728/1).

(4) الرجراجي، **مناهج التحصيل**، (331/3).

(5) المقري، **القواعد**،(ص319).

(6) سحنون، **المدونة الكبرى**،(180/171/2)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(62/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، (227/2)، الدردير، **الشرح الصغير**،(363،364/2).

مع وجود الأقرب غير المجبر كعم مع أخ، أو أخ لأب مع شقيق و الصحة مبنية على أن تقدم الأقرب من باب الأولى لا من باب الأوجب "[1]

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ إذا عقد نكاح المرأة الولي الأبعد مع وجود من هو أقرب منه، فالنكاح صحيح لا يفسخ غير أنه لا يجوز الإقدام عليه ابتداء.[2]

قال ابن عبد البر: " و ان زوج المرأة الأبعد من أوليائها والأقعد حاضر فإن لم ينكر الأقعد شيئا من ذلك ولا رده نفذ وان أنكره وهي ثيب أو بكر بالغ يتيمة ولا وصي لها فقد اختلف قول مالك وأصحابه وجماعة من أهل المدينة في ذلك فقال منهم قائلون لا يرد وينفذ لأنه نكاح انعقد باذن ولي من الفخذ والعشيرة ومن قال هذا قال إنما جاءت الرتبة في الأولياء على الأفضل والأولى وذلك مستحب وليس بواجب وهذا تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه "[3]

المبحث الرابع: الضوابط الفقهية الحاكمة للنفقات والنزاعات الزوجية في المذهب المالكي

المطلب الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة للنفقات في المذهب المالكي

الضابط الأول: لا تقدير إلاّ عن توقيف

أولا: معنى الضابط

تقدير المقدرات و الأنصبة لا يكون إلاّ من الشرع، و هو لم يحدد مقدار نفقة الزوجة فلذلك المعتبر فيها ما يكفيها على حسب استطاعة الزوج و حالها، و البلد و الرخص و الغلاء، تشمل نفقة الزوجة

---

[1] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(183/3).

[2] سحنون، المدونة الكبرى،(180/171/2)، الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(338/3)، القرافي، **الذخيرة**، (248/4، 249)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(62/5)، عليش، **منح الجليل**،(381/3).

[3] ابن عبد البر، **الكافي**،(526/2).

الضروريات التي لا غنى لها عنها، كالكسوة و الطعام و المسكن، و العلاج، [1] قال الإمام ابن عبد البر: " مقدار النفقة على مقدار حال الرجل من عسره و يسره، ما كان معروفا من مثله لمثلها "[2].

ثانيا: أدلة الضابط:

ـ قال الله سبحانه و تعالى:**{لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ }**[3] قال ابن العربي:" النفقة ليست مقدرة شرعا، إنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفق و الحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة " [4]

ـ قال الله عز و جل: **{وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}**[5]و الرزق في قوله تعالى المقصود به الطعام الكافي.[6]

ثالثا: تطبيقات القاعدة

ـ يجب على الزوج إطعام زوجه من غالب قوت البلد، ما يكفيها و إن كانت أكولة،[7] قال ابن عرفة: " فصنف مأكولها جل قوت مثلهما ببلدهما يفرض لها من الطعام ما يرى أنه أشبع مما يقتات به أهل بلدهما "[8]

ـ للمرأة من الكسوة ما يصلح للشتاء و للصيف بما يناسب الوقت، بقدر وسعه و حالها،[9] قال الرجراجي: " وأما الكسوة، فإنها يفرض لها الغطاء والوطاء والكسوة، فيفرض لها مرتين في الصيف

---

[1] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(807/2)، الباجي، **المنتقى**،(438/5)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(544/5)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(184/4)،الدردير،**الشرح الصغير**،(732/2).

[2] ابن عبد البر، **الكافي**، (561/2).

[3] الطلاق:(07)

[4] ابن العربي، **أحكام القرآن**،(289/4).

[5] البقرة: (233).

[6] القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**،(163/3).

[7] الحطاب، **مواهب الجليل**، (544/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(731/2).

[8] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(9/5).

[9] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(302/2)، القرافي، **الذخيرة**،(468/4)، الدردير، **الشرح الصغير**،(738/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**،(445/4).

والشتاء، فيفرض لها في اللباس: القميص والوقاية والقناع، وهي في الجودة والدناءة و الزيادة على قدرهما وإيسار الزوج."[1]

قال الخرشي: "يعني أن كسوة الزوجة و الغطاء و الوطاء يقدر ذلك لها مرتين في السنة مرة في الشتاء، و مرة في الصيف "[2]

ـ العلاج: الذي ذكره علماء المذهب رحمهم الله أنه ليس على الزوج نفقة العلاج و الدواء،[3] وورد قول عن بن عبد الحكم أن على الزوج أجرة الطبيب و الدواء، و هذا القول رجحه سيدي خليل في التوضيح حيث قال: " ولا يلزمه دواء ولا أجرة حجام، هذا أكثر نصوصهم و هو قول ابن حبيب، ونقل ابن زرقون عن ابن حبيب محمد بن عبد الحكم أنه يلزمه أجرة الطبيب و المدواة، و هو الظاهر."[4] أما في المختصر فذكر القول الأول فقط فقال: " لا مكحلة و دواء و حجامة "[5] ، و لعل القول الثاني هو أقرب إلى مقاصد الشريعة من حفظ النفس و السكن و المودة التي تقتضيها رابطة الزواج و هو أولى من الخادم.

ـ يلزم الزوج توفير الخادم لزوجته، و إن بكراء ولو بأكثر من خادمة واحدة، إذا كانت الزوجة ذات قدر و شرف، و كان الزوج موسرا،[6] قال الباجي: "و عليه إخدامها إن كانت ممن لا تخدم نفسها لحالها و عنى زوجها، و ليس عليها من الخدمة الباطنة في بيتها من شيء "[7]

---

[1] الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(524/3).

[2] الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(189/4).

[3] القرافي، **الذخيرة**،(470/4)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**، (14/5)، المواق، **التاج و الإكليل**،(545/5).

[4] خليل بن اسحاق، **التوضيح**،(132/5).

[5] خليل بن اسحاق، **مختصر خليل**،(ص136).

[6] ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(426/5)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(18،19/5)، بهرام، **الشامل**،(496/1)،الحطاب، **مواهب الجليل**،(546/5)،الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(186/4).

[7] الباجي، **المنتقى**،(442/5).

الضابط الثاني: النفقة عوض من التمكين بشرط بلوغ الزوج و إطاقة الزوجة.[1]

أولا: معنى الضابط

تجب نفقة الزوجة على زوجها و هي عوض عن التمكين من الاستمتاع، فهي لا تجب بمجرد العقد بل بالدخول بشرط قدرة الزوجة على ذلك و بلوغ الزوج،[2] قال الحطاب: " النفقة إنما هي عوض عن الاستمتاع فلما عدم لم يكن لها نفقة "[3]

و قال بهرام: " تجب النفقة لنكاح و قرابة و ملك، و في النكاح بتمكين مطيقة و بلوغ زوج لا بلوغ وطء على المشهور."[4]

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ الصغيرة التي لا تطيق الوطء لا نفقة لها،[5] قال القاضي عبد الوهاب: "إذا تزوج الكبير بصغيرة لا يوطأ مثلها فلا نفقة لها، خلافاً للشافعي في أحد قوليه؛ لأن الإستمتاع يتعذر منها لقصورها عن بلوغه، فلم تستحق العوض عليه، ولأنه لو وجبت النفقة لها لكان يجب لها بنفس العقد وذلك باطل اعتبارًا بالناشز"[6]

قال الباجي: " فإن كان الزوج ممن لم يبلغ، أو كانت هي ممن لا يمكن وطؤها لصغرها فلا نفقة لها"[7]

---

[1] المقري، **القواعد**،(ص376).

[2] ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(297/2)،القرافي، **الذخيرة**،(465/4)،ابن جزي، **القوانين الفقهية**،(ص147)، الدردير، **الشرح الصغير**،(729/2، 730).

[3] الحطاب، **مواهب الجليل**،(270/5).

[4] بهرام، **الشامل**،(494/1).

[5] القاضي عبد الوهاب، **الإشراف**،(807/2).

[6] الرجراجي، **مناهج التحصيل**،(516/3)،القرافي،**الذخيرة**،(465/4)،بهرام، **الدرر في شرح المختصر**،(1263)،عليش، **منح الجليل**،(385/4).

[7] الباجي، **المنتقى**،(434/5).

ـ إذا كان الزوج صبيا، و امرأته بالغة، فإنّ النفقة لا تلزمه حتى يبلغ،[1] قال الإمام مالك: " وكذلك الصبي لا تلزمه النفقة على امرأته إذا كانت كبيرة و لا يلزمه دفع المهر إليها حتى يبلغ حدّ الجماع و هو الاحتلام "[2]

قال القاضي عبد الوهاب: "وإنما شرطنا أن يكون الزوج بالغًا خلافًا لأبي حنيفة، ولأحد قول الشافعي، لأن الصغير لا يتأتى منه الاستمتاع الذي يعاوض عليه لصغره "[3]

ـ نشوز المرأة يسقط النفقة عليها، و هذا إن لم يكن زوجها قادرا على ردها، أمّا إذا كان قادرا على ردها ولو بحكم الحاكم و لم يفعل ذلك فلها النفقة و هذا هو الصحيح في المذهب،[4] قال ابن الحاجب: " وتسقط النفقة بالنشوز، و هو منع الوطء أو الاستمتاع، و الخروج بغير إذنه و عليه ردها، وأمّا القادر فيتركها فلها اتباعه بالنفقة "[5]

ـ إذا دعت المرأة زوجها للدخول فأبى ذلك، ثم طالبته بالنفقة وجبت لها، لامتناعه هو عن الدخول بها فتستحق بذلك النفقة.[6] قال الإمام مالك: " إذا دعوه إلى الدخول فلم يدخل لزمته النفقة."[7]

المطلب الثاني: الضوابط الفقهية الحاكمة للعيوب و النزعات الزوجية في المذهب المالكي

الضابط الأول: المقصود من النكاح الاستمتاع فما أثر فيه أوجب رده به[8]

أولا: صيغ القاعدة

---

[1] الدردير، **الشرح الصغير**،(730/2).

[2] سحنون، **المدونة الكبرى**،(177/2).

[3] القاضي عبد الوهاب،**المعونة**،(730/2).

[4] ابن شاس، **عقد الجواهرالثمينة**، (595/2)،خليل بن اسحاق،**التوضيح**،(139/5)،الحطاب،**مواهب الجليل**،(552/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(511/2).

[5] ابن الحاجب، **جامع الأمهات**،(332/1).

[6] القرافي، **الذخيرة**،(465/4)،الحطاب،**مواهب الجليل**،(182/4).

[7] سحنون، **المدونة الكبرى**،(177/2).

[8] المقري، **القواعد**،(ص307).

ـ كل من يؤثر في مقصود النكاح وجوبا أو طبعا من العيوب أو خالف الشرط، فإنه يرد به، بالعكس[1]

ثانيا: معنى الضابط

مما يترتب على النكاح إباحة استمتاع الزوجين ببعضهما، فإذا وجد ما يؤثر عليه ثبت الخيار لأحد الزوجين، و العيوب التي تمنع من الاستمتاع و توجب الخيار ثلاث أقسام هي:

ـ عيوب مشتركة بين الزوجين: البرص، الجنون، الجذام، العذيطة.[2]

ـ عيوب يختص بها الرجال:[3]

الخصاء: هو قطع الذكر دون الأنثيين الجب: هو قطع الذكر والأنثيين

العنة: وهو صغر الذكر بحيث لا يتأتى معه الجماع

لاعتراض: وهو عدم إنتشار الذكر.

ـ عيوب تختص بها النساء:[4]

الرتق: إنسداد مسلك البول بعظم أو لحم.

القرن: هو بروز شيء في فرج المرأة يشبه قرن الشاة من عظم أو لحم وهو الغالب.

العفل: بروز لحم في قُبل المرأة كأردة الرجل، و الأردة اسم لنفخ الخصية.

الإفضاء: اختلاط مسلك البول ومسلك الجماع.

البخر: نَتْن الفرج.

و يشترط لثبوب الخيار للطرف السليم منهما شروط هي:[5]

ـ أن لا يكون عالما بالعيب قبل العقد، فإن كان عالما فلا خيار له.

---

[1] المقري، **الكليات الفقهية**،(ص130).

[2] سحنون، المدونة الكبرى،(211/2)، ابن أبي زيد القيرواني، **النوادر و الزيادات**،(533/4).

[3] ابن رشد، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**،(73،74/3)، ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(67/2) و ما بعدها، الحطاب

[4] القرافي، **الذخيرة**،(120/4) و ما بعدها، الحطاب، **مواهب الجليل**،(146/5) و مابعدها.

[5] خليل، **التوضيح**،(107/4)، بهرام، **الشامل**،(350/1)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(144/5)، الدردير، **الشرح الصغير**، (467/2).

ـ أن لا يرضى بالعيب بعد اطلاعه عليه، فإن رضي به صريحا أو ضمنا كأن تلذذ السليم بصاحبه بعد اطلاعه على العيب فلا خيار له.

ثالثا:أدلة الضابط

ـ عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار، فلما أدخلت عليه رأى بكشحها[1] وضحا فردها إلى أهلها، و قال: « دلستم عليّ»[2]

وجه الدلالة من الحديث: هو إنّ ردّ النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة لما وجد فيها بياضا دليل على ثبوت الخيار لأحد الزوجين إذا وجد بصاحبه عيبا.

رابعا: تطبيقات الضابط

ـ لا خيار للزوج إذا كانت الزوجة سوداء أو بها قرع أو عمياء، إلاّ أن يشترط هذا.[3] قال القاضي عبد الوهاب: " ولا ترد إذا وجدت عمياء أو عوراء أو قطعاء أو سوداء أو محدودة أو ولد زنا أو ما سوى العيوب الأربعة، وما في معناها؛ لأن كل هذه العيوب لا تمنع الاستمتاع ولا استيفاء المقصود بالعقد إلا أن يشترط السلامة فيكون له الرد ولا يلزم الولي إخباره بذلك."[4]

قال ابن عرفة: " إن وجدها سوداء أو عوراء أو عمياء؛ لم ترد، ولا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه."[5]

ـ للزوجة الرد بالجذام البيّن و البرص الحادث بعد العقد إذا كان فاحشا.[1] قال ابن رشد: " وأما الجذام البين فسواء كان بالزوج من قبل العقد أو حدث به بعد العقد فيما يجب للزوجة من أن يفرق بينها وبينه، فإن فرق بينهما قبل الدخول لم يكن لها شيء من الصداق "[2]

---

[1] مأخوذة من الكشح هو الخصر، ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث و الأثر**،(175/4).

[2] أخرجه أحمد، **في المسند**، مسند،رقم:16032،(417/25)، الهيثمي، **مجمع الزوائد**، كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج امرأة فوجد فيها عيبا،رقم:7606،(394/4)،البيهقي، **معرفة السنن و الآثار**،كتاب: النكاح، باب: العيب في المنكوحة،رقم:14150، (188/10)، و الحديث ضعفه الهيثمي في **مجمع الزوائد**،(395/4).

[3] سحنون، **المدونة الكبرى**،(212/2)، ابن أبي زيد القيرواني، **النوادر و الزيادات**،(531/4)، الخرشي، **شرح مختصر خليل**،(239/3)،الدردير، **الشرح الصغير**،(472/2)، عليش، **منح الجليل**، (388/3).

[4] القاضي عبد الوهاب، **المعونة**،(774/1).

[5] ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(367/3).

قال ابن شاس: " وسوى ابن القاسم وابن عبد الحكم بين الرجل والمرأة في الرد بالبرص.

وروى أشهب أن برص الرجل لا يثبت به الخيار للزوجة وإن غرها. وروي عن ابن القاسم أيضاً.

أما في حدوث البرص بالرجل، فلا خيار فيه لها وإن كان شديداً. وروى عنه عيسى إذا حدث به البرص الخفيف فلا يفرق فيه. أما ما فيه ضرر لا يصبر على المقام عليه، فليفرق بينهما."[3]

ـ ليس للزوجة رد زوجها بالاعتراض و الخصاء و الجب إذا وطئها و لو مرة، و إن لم يطأها فلها الخيار.[4]

الضابط الثاني: كل دعوى لا تثبت إلاّ بعدلين فلا يمين بمجردها.[5]

أولا: صيغ الضابط

ـ كلّ دعوى لا تثبت إلاّ بشاهدين فلا يجب بمجردها شيء.[6]

ثانيا: معنى الضابط

الدعوى التي لا تثبت إلاّ بشاهدين، كالنكاح، والقتل العمد، والنسب، إذا عجز فيها المدعي على الإتيان بالبينة، فإنّ اليمين لا تتوجه إلى المدّعي عليه عند نكوله بمجرد رفع الدعوى، حتى يقيم المدّعي شاهدا واحدا، إذ لا جدوى من اليمين مادام المدعي ليس له شاهد، ففائدة توجيه اليمين للمدعى عليه هو الحكم عليه بالنكول، وفي هذه الدعاوى التي لا تثبت إلاّ بشاهدين لا يحكم عليه بالنكول وحده، لأن الحكم باليمين ونكول المدعى عليه إنما تجري في الدعاوى التي تثبت بالشاهد واليمين.[7]

---

(1) المواق، **التاج و الإكليل**، (148/5)، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**،(278/2)، الزرقاني، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (421/3).

(2) ابن رشد، **البيان و التحصيل**،(389/4).

(3) ابن شاس، **عقد الجواهر الثمينة**،(68/2).

(4) بهرام، **الشامل**،(351/1)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(148/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(471/2).

(5) المنجور، **شرح المنهج المنتخب**،(607/2)، السجلماسي، **شرح اليواقيت الثمينة**،(731/2)، التسولي، **البهجة شرح التحفة**،(54/1).

(6) المقري، **الكليات**،(ص183)

(7) الغرياني، **تطبيقات قواعد الفقه**،(ص469).

ثانيا: تطبيقات الضابط

ـ إذا ادعى أحد الزوجين الزوجية و أنكرها الآخر، و لم يأت المدعي ببينة فلا يمين على المنكر لأن النكاح لا يثبت إلاّ بشاهدين،[1] قال المواق: " من ادعى نكاح امرأة فأنكرته فلا يمين له عليها و إن أقام شاهدا ولا يثبت نكاح إلاّ بشاهدين "[2]

[1] خليل، **التوضيح**،(145/4)، ابن عرفة، **المختصر الفقهي**،(403/3،404)، الحطاب، **مواهب الجليل**،(228/5)، الدردير، **الشرح الصغير**،(488/2)،عليش، **منح الجليل**،(507/3).

[2] المواق، **التاج و الإكليل**،(229/5).

الخاتمة

بعد إتمام هذا البحث فإنّي أُجمل أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات في النقاط التالية:

ـ لم يفرق العلماء المتقدمون بين مصطلح القواعد الفقهية والضوابط، وإنّما كان ذلك من صنيع المتأخرين لما استقرت القواعد وظهرت كعلم مستقل.

ـ إنّ القواعد الفقهيّة لم تبرز جملة واحدة، بل نشأت وتطوّرت في فترات تاريخيّة متواليّة؛ وكانت راسخة في أذهان الصحابة والتابعين وكبار الأئمة المجتهدين، ثمّ ترعرعت لتبرز كعلم مستقل بعد نشأة المذاهب الفقهيّة.

ـ القواعد الفقهية تتفاوت من حيث الشمول والاتساع، كما أنّها تتفاوت من حيث الاتفاق والاختلاف، وهي تتشابه مع بعضها البعض، فنجد أنّ القاعدة الواحدة يُعبر عنها العلماء بصيغ متعددة.

ـ القواعد الفقهية تكمل بعضها بعضا، فقد تكون القاعدة قيدا لإعمال قاعدة أخرى، أو بيانا لشروط تحقيقها، و غير ذلك.

ـ من أهم أسباب الخلاف في القواعد الفقهية، الاختلاف في قبول الدليل و ردّه، وتعارض الأدلة، و تنقيح المناط.

ـ إنّ الاتفاق حول القاعدة لا يعني بالضرورة الاتفاق حول كل فروعها، فقد يحصل الاتفاق على العمل بالقاعدة و يقع الخلاف في بناء فرع من الفروع عليها.

ـ لقد كان للمالكية إسهام كبير في مجال التقعيد الفقهي، و لهم السبق في التأليف في هذا العلم مع الحنفية، و كانوا الأدق في تعريف القواعد الفقهية، و تميزوا في مجال النظم الشعري للقواعد الفقهية، ومن أشهره تلك الكتب المنهج المنتخب للزقاق، و تكميل المنهج لميارة، و عقد الجواهر في نظم النظائر وغيرها، و أغلب القواعد التي حوتها قواعد مختلف فيها.

ـ إنّ القواعد الفقهيّة في المذهب المالكي رغم الاهتمام بها؛ إلاّ أنّها تفتقر لمزيد من العناية و الدراسة، خاصة من حيث صياغة القواعد وتهذيبها وإعادة ترتيبها، و بيان مشهور المذهب أو المعتمد في القاعدة نفسها، وفي الفروع المندرجة تحتها.

ـ صحح علماء المالكية الكثير من الأنكحة الفاسدة إذا فاتت بالدخول، كالنكاح الفاسد لصداقه، و النكاح مع اشتراط الخيار، و ذلك حفاظا على بنيان الأسرة فالنكاح من العقود المقدسة تترتب عليه آثار كثيرة كالأولاد و الميراث و نشر الحرمة.

ـ القواعد الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي متنوعة و لها فروع في كل أبواب فقه الأسرة، منها القواعد الخمس الكبرى، و منها قواعد كلية أقل شمولا منها.

ـ اعتمد علماء المالكية على مبدأ الاحتياط وسد الذرائع في أحكام النكاح والطلاق ويظهر هذا جليا في كثير من الفروع؛ ذلك أنّ أحكام الأسرة تقتضي هذا لأنّها تتعلق بالأبضاع والأنساب، والإنسان بفطرته مجبول على الحفاظ على النسب والذبّ على العرض، فأحكام الشريعة مبنية على الفطرة. وسأذكر بعض المسائل المبنية على الاحتياط:

ـ إشهاد رجلين عدلين عند البناء، فإن دخلا بدونه، فسخ النكاح وحُدّا إن أقرا بالوطء إلاّ إن فشَا النكاح، وذلك سدّا لذريعة الفساد فقد يجتمع اثنان في خلوة محرمة، ثمّ يدعيان سبق عقد من غير إشهاد فيفضي ذلك لسقوط حد الزنا والتعزير.

ـ من عقد على معتدة في عدتها تحرم عليه للأبد، سواء كان الوطء في العدة أو بعدها، وهذا فيه احتياط للأنساب و تعزير لمن تسوّل له نفسه نكاح المعتدة.

ـ إذا طلق الرجل زوجته وشكّ هل طلّق طلقة واحدة أو إثنين أو ثلاثا، فإنّ زوجته تبين منه ولا تحلّ له إلاّ بعد زوج لاحتمال أنه طلقها ثلاثا، وهذا من باب الاحتياط.

ـ إذا طلق الرجل إحدى زوجتيه وشكّ في المطلقة منهما، طُلِّقتا معا.

ـ البنت الصغيرة التي تطيق الوطء تجب عليها العدة وإن لم يمكن حملها.

ـ إذا اختلى الرجل بزوجته قبل الدخول، ثمّ حصل طلاق أو توفي الزوج، فإنّ العدة واجبة على المرأة، و إن تصادقا الزوجان على عدم الوطء فلا يعتدّ بإقرارهما.

ـ بنى السادة المالكية كثير من مسائل فقه الأسرة على العرف، لما في ذلك من جلب للمصالح، وتحقيق للمقاصد، و من ذلك:

ـ مسائل الصداق، فإن لم يعين الزوج الصداق أو لم يبين صفته أو مقداره، أو تنازع الزوجان في كونه نكحها تسمية أو تفويضا، فإنه يرجع في ذلك إلى عرف بلدهم.

ـ ألفاظ الكناية في الطلاق، فالألفاظ التي اعتاد الناس أن يطلقوا بها يقع بها الطلاق.

ـ نفقة الزوج على زوجته يحددها عرف بلدهم، بحسب حال الزوج من الغنى و الفقر.

ـ إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، فللمرأة المعتاد للنساء بيمين، و للرجل المعتاد للرجال بيمين.

ـ كل القواعد والضوابط الفقهية لفقه الأسرة وما اندرج تحتها من فروع، تراعي مقصد حفظ النسل، لأنه من الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة لحفظها لضمان بقاء النوع الإنساني.

التوصيات:

ـ تخريج النوازل الفقهية المعاصرة على القواعد الفقهية، لما في ذلك من خدمة للفقه وتيسير على الباحثين و طلبة العلم.

ـ و مما أوصي به ربط القواعد والضوابط الفقهية لأحكام فقه الأسرة مع المواد القانونية الخاصة بها،ثمّ طبعها سوية مع قانون الأسرة؛ ليسهل على القاضي الإطلاع على الفقه، فهي بمثابة مواد دستورية تعين غير المتخصّص في الشريعة الإسلامية على فهم المراد من النصوص الفقهية.

وختاما أسأل الله أن يرزقنا الإخلاص والسداد في القول والعمل، والحمد الله من قبل ومن بعد وصلى الله على سيدنا محمد و على آله وصحبه وسلم تسلما كثيرا.

الفهارس العامة

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث الشريفة
- فهرس القواعد الفقهية
- فهرس الضوابط الفقهية
- فهرس الأعلام
- فهرس المصادر و المراجع
- فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	الصفحة
أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى	البقرة:(16)	119
يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ	البقرة:(21)	103
وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ	البقرة:(127)	08
فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْه	البقرة:(173)	22- 44
يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ	البقرة:(185)	12-16-41
وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ	البقرة:(191)	60
يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ	البقرة:(217)	60
فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ	البقرة:(230)	129
وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا	البقرة:(231)	55
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ	البقرة:(233)	63-168
لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا	البقرة:(233)	55
وَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّساءِ	البقرة:(235)	151
وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ	البقرة:(282)	56
وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً	النساء:(4)	133
وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ	النساء:(22)	143
وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ	النساء:(23)	143
وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ	النساء:(23)	144
وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ	النساء:(23)	144
وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ	النساء:(23)	147
فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً	النساء:(24)	117
وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ	النساء:(25)	138

وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	النساء:(25)	67
وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ	النساء:(100)	33
وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّه	النساء:(114)	33
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	المائدة:(1)	89-15
فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ	المائدة:(3)	44
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ	المائدة:(6)	70
مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَج	المائدة:(6)	41
فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ	المائدة:(89)	64
وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ	الأنعام:(119)	44
وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا	الأنعام:(164)	16
وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَات	الأعراف:(157)	15
خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْف	الأعراف:(199)	67
وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا	يونس:(36)	47
فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ	النحل:(26)	08
فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ	النحل:(98)	70
مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ	النحل:(106)	100 - 44
وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِب	النحل:(116)	12
وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	الحج:(78)	41-16
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا	الروم:(21)	133
فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّين	الزمر:(2)	33
وَ وَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ	فصلت:(6)	103
فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ	التغابن:(16)	16
أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ	الطلاق:(6)	56
لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ	الطلاق:(7)	168 - 64
إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ	القلم:(17)	37

مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَر	المدثر:(42)	103
وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ	البينة:(5)	33

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟	83- 114
ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم	17
إذا أمرتكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم	16
إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا	89
إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلّى؟	47 ـ 53
اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن	109
أرأيت إذا منع الله ثمرة، بما يأخذ أحدكم مال أخيه	95
أعطه أقية من ذهب و زده	117
إنّ الحلال بيِّن و إنّ الحرام بيِّن	70
إنّ الدين يسر و لن يشاد الدين أحد إلاّ غلبه	42
إنّ الشهر يكون تسعة و عشرون يوما	83
إنّ الله أعطى كلّ حق حقه	15
إن جبريل أتاني فأخبرني أن بهما خبثا	77
أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما	125
إنّا، و الله لا نولّي على هذا العمل أحدا سأله	96
أنت مضارٌّ	57
إنّكم تختصمون إليّ	123
إنما الأعمال بالنيات	15-33-100
إنما بعثم ميسرين	41
إنّما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت	93
إنّي لم أؤمر أن أنقب على قلوب النّاس	123
أي الأديان أحب إلى الله	42

ثلاثة جدّهن جد	137
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف	67-64
الخراج بالضمان	15
دلستم عليّ	173
ذكاة الجنين ذكاة أمه	73
خص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير و عبد الرحمن بن عوف في لبس الحرير لحكة بهما	44
صوموا لرؤيته و أفطروا لرؤيته	48
القاتل لا يرث	37-35
كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه حين يحرم	77
لا تزرموه	60
لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها	147
لا ضرر ولا ضرار	56-54-15
لا يحرم الحرام الحلال	125-22
لا يحل بيع و سلف	98
لا ينفتل ـ أو لا ينصرف ـ حتى يسمع صوتا	112 ـ 50 -47
لعن الله المحلِّل و المحَلل له	37
لو أدرك الرسول صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء	65
لو لا أن تكون صدقة لأكلتها	113
لو يعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم	51
ما خيِّر رسول الله صلى الله عليه وسلم	42
ما رآه المسلمون حسنا	64
ما من عبد استرعاه الله رعية	17
ما من وال يرعى رعية من المسلمين	17

من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد	74
من أسلف في شيء ففي كيل معلوم	65
من الكبائر شتم الرجل والديه	100
من حلف على يمينه فرأى غيرها خيرا منها	87
من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب منها حرمها في الآخر	36
من غزا في سبيل الله	34
والبكر تستأذن في نفسها، و إذنها صماتها	138-106
يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة	145
يحشر الناس على نياتهم	33
يسروا و لا تعسروا	41

فهرس القواعد الفقهية

القاعدة الفقهية	الصفحة
الاحتياط في الخروج من الإباحة إلى الحرمة أشد منه في العكس، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيشتد له	113
الاختصاص بالأحكام لا يوجب الاختصاص بالألفاظ	108
إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر	59
إذا تعارض الأصل و الغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب	80
إذا تعارض القصد و اللفظ أيهما يقدم	80
إذا تقابل مكروهان أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما	59
الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته	20
الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد	36
الأصل براءة الذمة	51
الأصل بقاء ما كان على ما كان	50
الأصل عدم التداخل	120
الأصل في الأمور العارضة العدم	20
الأصل في العقود اللزوم	88
الأمور بمقاصدها	32
التابع تابع	72
الترك هل هو كالفعل أو لا؟	85
تقديم الحكم على شرطه هل يجزئ و يلزم أم لا؟	86
الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان	18
الحرام لا يتعلق بذمتين	16

الحرام لا يحرِّم الحلال	125
الحكم هل يتناول الظاهر و الباطن، أم لا يتناول إلاّ الظاهر فقط و هو الصحيح	122
خطأ القاضي من بيت المال	19
الدعوى هل تتبعض أم لا؟	90
الدوام على الشيء هل هو كالابتداء أو لا؟	76
الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلاّ بيقين	53
الشك في المانع لا يؤثر	111
الصحيح هل يفسد بالنية؟	100
الضرر يزال	54
الضرورات تبيح المحظورات	43
العادة محكمة	62
العادة هل هي كالشاهد أو الشاهدين	66
العرف كالشرط	68
العصيان هل ينافي الترخيص أم لا	22
العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه؟	97
العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها؟	93
الغالب كالمحقق	95 ـ 18
الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة	103
كل عقد وضع للمعاوضة وبني على المكايسة فالأصل امتناع الغرر فيه، و كل عقد وضع للمعروف و الإحسان فالأصل أن لا يمتنع فيه الغرر	107
كل عقدين تنافيا في حكم فلا يجوز الجمع بينهما إلا ما استثني	96
لا ضرر ولا ضرار	54 ـ 14
لا يثبت الفرع، و الأصل باطل، و لا يحصل المسبب و السبب غير حاصل	92
اللفظ المحتمل إذا لم إذا لم يقترن بالقصد، هل يحمل على الأقل أو على الأكثر؟	82
ما قرب من الشيء هل له حكمه، أم لا؟	69

ماحرم استعماله حرم اتخاذه	18
المترقبات إذا وقعت متى تعد حاصلة، أيوم الوقوع أو يوم ابتداء الترقب؟	110
المشقة تجلب التيسير	16 ـ 39
المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة	74
المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسّا	74
الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟	116
من خير بين شيئين فاختار أحدهما هل يعد كأنه متنقل أو ما اختار قط غير ذلك الشيء؟	118
من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه	19
من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه	20 ـ 35
الميسور لا يسقط بالمعسور	16
النسخ هل يثبت حكمه بالنزول أو بالوصول	121
النظر إلى المقصود أو إلى الموجود	99
النكول هل هو كالإقرار أولا؟	66
نوادر الصور هل يعطى لها حكم نفسها أو حكم غالبها؟	79
هل الساكت على الشيء مقر به أم لا؟، و هل هو إذن فيه أم لا؟	106
هل تعتبر جهتا الواحد فيقدر اثنين	101
هل يؤخذ بأول الإسم أو بآخره؟	82
اليد الواحدة هل تكون دافعة و قابضة أم لا؟	101
اليقين لا يزول بالشك	46

فهرس الضوابط الفقهية

الضابط الفقهي	الصفحة
إذا طرأ على النكاح ما لا يقر معه هل يرفع حكم العقد السابق أو لا	158
استهلاك العين يسقط اعتبار الأجزاء	127
الإشهاد ليس شرطا في العقد، لكن إن لم يشهدا فيه، فلا يبني حتى يشهدا، واختلف قول مالك في الحد إن لم يفعلا	140
الأصل في الأعواض و بالعقود، فإنها أسبابها، و الأصل ترتب الأسباب على المسببات، فجميع المهر متقرر بالعقد كالثمن	161
إلحاق شبهة الملك والنكاح بهما في ثبوت الصداق ونفي الحد، أوجب إلحاقهما في انتشار الحرمة.	130
إمضاء الولي تقرير أو إنشاء؟	164
تحريم المصاهرة ليس رتبة واحدة بل هو رتب	142
تقديم أقرب الوليين هل هو من باب الواجب أو الأولى؟	166
الصبي أهل للخطاب بالإباحة والندب و الكراهة	135
الطول هل هو المال أو وجود الحرة في العصمة؟	137
عماد الولاية الشفقة، و الفسق لا يقطعها، و الشهادة الأمانة، و الفسق يقطعها	163
الفساد في العقد يوجب الفسخ، فإن فات و أمكن الاستمرار صح على مشهور مذهب مالك	153
الفساد في العوض إن كان من حقيقة العقد، كالفساد في العقد	150
كل امرأتين بينهما من القرابة أو الرضاع ما يمنع تناكحهما لو كانت إحداهما ذكرا فلا يجمع بينهما	146
كل بكر تستأذن فإذنها صامتها إلاّ المرشدة و المعنسة و المصدقة عرضا و المعلمة بعد العقد بالقرب و المزوجة ممن فيه بقية رق أو عيب و الصغيرة	138

المنكحة للخوف عليها بعد العشر و مطالعة الحاكم و المشتكية بالعضل	
كل دعوى لا تثبت إلاّ بعدلين فلا يمين بمجردها	174
كل ما سوى النكاح و الطلاق فهزله هزل، أمّا هزلهما جد على المشهور	136
كل ما فسخ قبل البناء، فلا صداق فيه و كذلك اختياره ردها لعيبها	160
المهر هل يتقرر جميعه بالعقد أو لا؟ ثالثها يتقرر النصف ثمّ يتكمل بالدخول أو الموت	161
كل معتدة وطئت بنكاح أو شبهة، فقد حرمت على واطئها للأبد و قيل بالعقد فيها و الوطء أبدا	151
كل موضع يسقط فيه الحد لشبهة النكاح أو الملك، فإن النسب يلحق فيه، و لا يجتمع الحد و النسب إلاّ في ثماني مسائل	159
كل نكاح اختلف فيه فإنه يحرم عقده ووطؤه بخلاف عقد ما حرم النص	155
كل نكاح نص الله و رسوله على تحريمه فسخ بغير طلاق و لا ميراث فيه قبل الفسخ	156
لا تقدير إلاّ عن توقيف	167
لم وقع الحجر على النساء في الأبضاع، ولم يقع عليهن في الأموال	165
مبنى النكاح على المكارمة	133
المخالط المغلوب، هل تنقلب عينه إلى عين الذي خالطه أو لا تنقلب، وإنما خفي عن الحسّ فقط	127
المقصود من النكاح الاستمتاع فما أثر فيه أوجب رده به	171
النفقة عوض من التمكين بشرط بلوغ الزوج وإطاقة الزوجة	170
النكاح حقيقة في العقد أو الوطء	129
هل النكاح من باب الأقوات أو التفكهات؟	131
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	144

فهرس الأعلام المترجم لهم

العلم	الصفحة
أحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور	28
خلف بن أبي القاسم الأزدي البراذعي	43
قاسم بن محمد بن عبد الله ابن الشاط	25
علي بن عبد الواحد السجلماسي	29
محمد الحسن البناني	11
محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي	39
محمد بن أحمد بن غازي المكناسي	28
محمد بن أحمد بن ميارة الفاسي	28
محمد بن إبراهيم البقوري	24
محمد بن أبي القاسم السجلماسي	29
محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي	13
محمد بن عبد الله الخرشي	43
محمد علي بن حسين المكي المالكي	30
محمد بن يحيى الولاتي الشنقيطي	29

قائمة المصادر و المراجع

كتب التفسير وعلوم القرآن.

ـ ابن العربي أبي بكر محمد بن عبدالله (ت543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، (1423هـ 2003م).

ـ ابن عاشور محمد الطاهر(ت 1393هـ) ، **التحرير و التنوير**، الدار التونسية، تونس، (1984م).

ـ ابن عطية أبو محمد عبد الحق (ت 542هـ)، **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1422هـ).

ـ السعدي عبد الرحمن بن ناصر(1376هـ)، **تفسير السعدي**، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، (1420هـ ـ 2000م).

ـ الشنقيطي محمد الأمين بن محمد المختار الجكني ، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، دار الفكر، بيروت، ط1، (1415هـ ـ 1995م).

ـ القرطبي محمد بن أحمد (ت 671)، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، (1384هـ ـ 1964م).

ـ المراغي أحمد بن مصطفى، **تفسير المراغي**، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط1، (1365هـ ـ 1946م).

كتب الحديث والتخريج.

ـ ابن أبي شيبة أبو بكر (ت 235هـ)، **المصنف**، تحقيق: حمد بن عبد الله الجمعة، محمد اللحيدان، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، (1425هـ ـ 2004م).

ـ ابن العربي أبو بكر محمد (ت 543هـ) ، **المسالك في شرح موطأ مالك**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1428هـ ـ 2007م).

ـ ابن عبد البر يوسف أبو عمر(ت 463هـ)، **الاستذكار**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوغى، القاهرة، ط1، (1414هـ ـ 1993م).

ـ ـــــــ،**التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد**، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الله البكري، وزارة عموم الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب، ط1،(1387هـ).

ـ ابن ماجة محمد بن يزيد (ت 273هـ)، **سنن ابن ماجة**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية،(د ط، د ت).

ـ أبو داوود سليمان بن الأشعث (ت275هـ)، **سنن أبي داوود**، دار بن حزم، بيروت، ط1، (1418هـ ـ 1997م).

ـ أحمد بن حنبل (ت 241هـ)، **مسند الإمام أحمد**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل المرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، (1416هـ ـ 1995م).

ـ الألباني محمد ناصر الدين، (ت 1420هـ)، **سلسلة الأحاديث الصحيحة و شيء من فقهها و فوائدها**، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، (1415هـ ـ 1995م).

ـ ـــــــ،**سلسلة الأحاديث الضعيفة**، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، (1412هـ ـ 1992).

ـ ـــــــ، **ضعيف سنن الترمذي**، مكتبة المعارف، الرياض، ط1،(1420هـ ـ 2000م).

ـ الباجي أبو الوليد سليمان (ت 474هـ)، **المنتقى شرح موطأ الإمام مالك**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، (1420هـ ـ 1999م).

ـ البخاري محمد بن إسماعيل (ت256هـ)، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيَّامه**، تحقيق: محمد زهير، دار طوق النجاة.

ـ البيهقي أبو بكر محمد (ت 458هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق:محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، (1424هـ ـ 2003هـ).

ـ ـــــــ، **معرفة السنن و الآثار**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة، ط1، (1412هـ ـ 1991م).

ـ الترمذي محمد بن عيسى (ت 279هـ)، **الجامع الكبير**، تحقيق: بشار عوّاد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1996م).

ـ الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، (1424هـ ـ 2003م).

ـ النسائي أحمد بن شعيب (ت 303هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، (1421هـ ـ 2001م).

ـ النووي محيي الدين يحي (ت 676هـ)، **شرح النووي على صحيح مسلم**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، (1392هـ).

ـ الهيثمي نور الدين علي (ت807هـ)، **مجمع الزوائد و منبع الفوائد**، تحقيق: عبد القادر محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1422هـ ت 1342هـ) ـ 2001م).

ـ الونشريسي أحمد بن يحي (ت 914هـ)، **المعيار المعرب**، و زارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، (1401هـ ـ 1981م).

ـ سعيد بن منصور(ت 227هـ)، **سنن سعيد بن منصور**، تحقيق: سعد بن عبد الله آل حميد، دار الصميعي، ط1، (1414هـ ـ 1993م).

ـ مالك بن أنس(ت179هـ) **موطأ**، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد، أبوظبي ط1، (1425هـ ـ 2004م).

ـ مسلم بن الحجاج (ت 261هـ)، **المسند الصحيح المختصر من السنن**، دار طيبة، الرياض، ط1، (1427هـ ـ 2006م).

ـ كتب أصول الفقه و القواعد الفقهية

ـ ابن أمير الحاج شمس الدين محمد (ت 879هـ)، **التقرير و التحبير شرح التحرير**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، (1403هـ ـ 1983م).

ـ ابن نجيم زين الدين (ت 790هـ) ، **الأشباه و النظائر**، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط4، (1426هـ ـ 2005م).

ـ الآمدي علي بن محمد (ت 631هـ)،**إحكام الأحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض، ط1، (1424هـ ـ 2003م).

ـ البرنو محمد صدقي، **موسوعة القواعد الفقهية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، (1418هـ ـ 1997م).

ـ ـــــــ، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، (1416هـ ـ 1996م).

ـ البقوي محمد بن إبراهيم (ت 707هـ)، **ترتيب الفروق و اختصارها**، تحقيق: عمر بن عباد، وزارة الشؤون و الأوقاف المغربية، المغرب، ط1، (1414هـ ـ 1994م).

ـ التفتزاني سعد الدين(ت 793هـ)، **شرح التلويح على التوضيح**، مكتبة صبيح، مصر، (د ط، دت).

ـ الدريني محمد فتحي، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، (1429هـ ـ 2008).

ـ الرازي فخر الدين أبو عبد الله (ت 606هـ)، **المحصول**، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، (1418هـ ـ 1997م).

ـ الزحيلي محمد، **القواعد الفقهية و تطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر، دمشق، ط1، (1427هـ ـ 2006م).

ـ الزحيلي وهبة، **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق، ط1، (1406هـ ـ 1986م).

ـ الزرقا مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، ط1، (1418هـ ـ 1998م).

ـ الزركشي بدر الدين محمد (ت 794هـ)، **المنثور في القواعد**، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1421هـ ـ 2000م).

ـ السبكي تاج الدين عبد الوهاب (ت 771هـ)، **الأشباه و النظائر**، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ ـ 1991م).

ـ ـــــــ ،**رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، عادل عبد الموجود، علي معوض، دار عالم للكتب، بيروت، ط1، (1419هـ ـ 1999م).

ـ السجلماسي محمد (ت 1214هـ)، **شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة**، تحقيق: عبد القادر بدوي، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، (1425هـ ـ 2004م).

ـ السدلان صالح بن غانم، **القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها**، دار بلنسية، الرياض، ط1، (1417هـ).

ـ السيوطي جلال الدين (ت 911هـ)، **الأشباه و النظائر في قواعد و فقه فروع الشافعية**، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ط2، (1418هـ ـ 1997م).

ـ الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم (ت 790هـ)، **الموافقات**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور، دار بن عفان، (د ط، د ت).

ـ الشنقيطي أحمد بن أحمد، **إعداد المهج للإستفادة من المنهج**، دار إحياء التراث العربي، قطر، ط1، (1403هـ ـ 1983م).

ـ الشنقيطي محمد الأمين (ت 1393هـ)، **مذكرة في أصول الفقه**، مكتبة العلوم و الحكم، المدينة المنورة، ط5، (2001م).

ـ الشوكاني علي بن محمد (ت 1250هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، تحقيق: أبو حفص سامي، دار الفضيلة، الرياض، ط1، (1421هـ ـ 2000م).

ـ الغرياني الصادق بن عبد الرحمن ، **تطبيقات قواعد الفقه من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة**، دار بن حزم، بيروت، ط1،(1426هـ ـ 2005م).

ـ ـــــــ، **تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك و شرح المنهج المنتخب** ، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1، (1423هـ ـ 2002م).

ـ الغزالي أبو حامد محمد (ت 505هـ)،**المستصفى من علم الأصول**، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، (د ط ، د ت).

ـ القرافي شهاب الدين أحمد (ت 684هـ)، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، (1418هـ ـ 1998م).

ـ ـــــــ، **شرح تنقيح الفصول**، دار الفكر، بيروت، ط1، (1424هـ ـ 2004م).

ـ ـــــــ، **نفائس الأصول في شرح المحصول**، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، القاهرة، ط1،(1416هـ ـ 1995م).

ـ المقري أحمد بن محمد (ت759هـ)، **الكليات الفقهية**، تحقيق: محمد بن الهادي أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، (د ط، د ت).

ـ ـــــــ، **عمل من طبّ لمن حب**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1423هـ ـ 2003م).

ـ ـــــــ، **قواعد الفقه**، تحقيق: محمد الدردابي، دار الأمان ، الرباط، ط1،(2012م).

ـ المنجور أحمد بن علي (ت995هـ)، **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، (د ط، د ت).

ـ الندوي علي أحمد، **القواعد الفقهية**، دار القلم، دمشق،ط3، (1414هـ ـ 1994م).

ـ الولاتي محمد يحيى، **الدليل الماهر الناصح شرح المجاز و الواضح**، مكتبة الولاتي لإحياء التراث الإسلامي، نواكشوط، ط1، (1427هـ ـ 2006م).

ـ الونشريسي أحمد بن يحي، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار بن حزم، بيروت، ط1، (1427هـ ـ 2006م).

ـ ـــــــ، **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع و الفروق**، تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (1410هـ ـ 1990م).

ـ رشيد محمد المدور، **معلمة القواعد الفقهية عند المالكية**، دار الفتح، عمّان، ط1، (1432هـ ـ 2011م).

ـ عادل ولي قوته، **القواعد و الضوابط الفقهية القرافية زمرة التمليكات المالية**، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، (1425هـ ـ 2004م).

ـ علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، (1423هـ ـ 2003م) (د ط).

ـ محمد الروكي، **نظرية التقعيد الفقهي و أثرها في اختلاف الفقهاء**، دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، (1414هـ ـ 1994م).

ـ محمد عثمان شبير، **القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، دار النفائس، عمان، ط2، (1428هـ ـ 2007م).

ـ ميارة الفارسي محمد بن أحمد بن محمد المالكي ، **الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج في تكميل المنهج**، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (2010م).

ـ يعقوب الباحسين، **القواعد الفقهية**، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، (1418هـ ـ 1998م).

ـ ـــــــ، **المفصل في القواعد الفقهية**، دار التدمرية، الرياض، ط2، (1432هـ ـ 2011).

ـ كتب الفقه المالكي

ـ ابن أبي زيد القيرواني عبد الله (ت 386هـ)، **النوادر و الزيادات**، تحقيق: محمد عبد العزيز الدبَّاغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1،(1419هـ ـ 1999م).

ـ ـــــــ، **متن الرسالة**، دار الفكر، بيروت، (د ط، د ت).

ـ ابن الحاجب عثمان بن عمر (ت 646هـ)، **جامع الأمهات**، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، دار اليمامة، بيروت، ط2، (1421هـ ـ 2000م).

ـ ابن جزي محمد بن أحمد (ت 741هـ)، **القوانين الفقهية، تحقيق: ماجد الحموي**، دار ابن حزم، بيروت،ط1، (1434هـ ـ 2013م).

ـ ابن رشد أبو الوليد محمد (ت 520هـ)، **البيان و التحصيل**، تحقيق: محمد العرايشي، دار الغرب الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (1408هـ ـ 1988م).

ـ ـــــــ، **المقدمات الممهدات**، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1408هـ ـ 1988م).

ـ ـــــــ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، مصر، ط1، (1416هـ ـ 1995م).

ـ ابن شاس جلال الدين عبد الله (ت 616هـ)، **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، علي منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1415هـ ـ 1995م).

ـ ابن عبد البر يوسف أبو عمر(ت 463هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، (1400هـ ـ 1980م).

ـ ابن عرفة محمد الورغمي (ت 803هـ)، **المختصر الفقهي**، تحقيق: حافظ عبد الرحمن، مؤسسة خلف أحمد الحبتور، ط1، (1435هـ ـ 2014م).

ـ ابن غازي محمد بن علي (ت 919هـ)، **الكليات الفقهية**، (د ط، د ت).

ـ ابن ناجي قاسم بن عيسى (ت837هـ)، **شرح ابن الناجي على متن الرسالة**، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1428هـ ـ 2007م).

ـ البراذعي خلف بن أبي القاسم (ت 372هـ)، **التهذيب في اختصار المدونة**، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد سالم، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، دبي، ط1،(1423هـ ـ 2002م).

ـ البرزلي أبو القاسم بن أحمد (ت 841هـ) ، **فتاوى البرزلي**، تحقيق: محمد الحبيب الهيْله، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، (1423هـ ـ 2002م).

ـ البغدادي عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق: الحبيب بن الطاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط1، (1420هـ ـ 1999م).

ـ ـــــــ، **المعونة في مذهب عالم المدينة**، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، (د ط، دت).

ـ الجندي خليل بن إسحاق المالكي، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نيجبوَيْه، القاهرة، ط1، (1429هـ ـ 2008م).

ـ الحطاب محمد بن عبد الرحمن الرعيني (ت954هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، تحقيق: زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1416هـ ـ 1995م).

ـ الخرشي محمد بن عبد الله (ت1101هـ)، **شرح مختصر خليل**، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، (1317هـ).

ـ الدار قطني علي بن عمر(ت 385هـ)، **سنن الدار قطني**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط1، (1424هـ ـ 2004م).

ـ الدردير أحمد بن محمد (ت1201)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك**، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة،(د ط ، د ت).

ـ الدسوقي محمد بن أحمد (ت 1230هـ)،**حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، (د ط ، د ت).

ـ الرجراجي أبو الحسن علي (ت 633هـ)، **مناهج التحصيل**، تحقيق: أبو الفضل الدّمياطي، أحمد بن علي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، (1428هـ ـ 2007م).

ـ الزرقاني عبد الباقي (ت 1099هـ)، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1422هـ ـ 2002م).

ـ الصاوي أحمد بن محمد (ت 1241هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، دار المعارف، (د ط ـ د ت).

ـ العلمي عيسى بن علي، **نوازل العلمي**، وزارة الشؤون و الأوقاف الإسلامية، المغرب، ط1، (1403هـ ـ 1983م).

ـ القاضي عبد الوهاب (ت 422هـ) ، **عيون المسائل**، تحقيق: علي محمد إبراهيم بورويبة، دار بن حزم، بيروت، ط1، (1430هـ ـ 2009م).

ـ القرافي شهاب الدين أحمد، **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي، دا الغرب الإسلامي، بيروت، ط1،(1415هـ ـ 1994م).

ـ ـــــــــــ، **الأمنية في إدراك النية**، تحقيق: مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة الحرمين، الرياض، ط1، (1408هـ ـ 1988م).

ـ اللخمي أبو الحسن علي (ت 478هـ)، **التبصرة**، تحقيق: أحمد عيد الكريم نجيب، وزارة الشؤون و الأوقاف الإسلامية، قطر، ط1، (1432هـ ـ 2011م).

ـ المامي محمد المختار، **المذهب المالكي**، مركز زايد للتراث و التاريخ، الإمارات العربية المتحدة، ط1، (1422هـ ـ 2002م).

ـ المواق محمد بن يوسف (ت 897هـ)، **التاج و الإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1(1415هـ ـ 1994م)

ـ الوزاني أبو عيسى المهدي (ت 1342هـ)، **النوازل الجديدة الكبرى**، تحقيق: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، (1418هـ ـ 1997م).

ـ بهرام بن عبد الله (ت 805هـ) ، **الدرر في شرح المختصر**، تحقيق: حافظ بن عبد الرحمن خير، أحمد بن عبد الكريم نجيب، و زارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، قطر، ط1، (1435هـ ـ 2014م).

ـ ـــــــ، **الشامل في فقه الإمام مالك**، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نيجبوَيْه، القاهرة، ط1، (1429هـ ـ 2008م).

ـ خليل بن إسحاق بن موسى(ت 776هـ)، **مختصر خليل**، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1426هـ ـ 2005م).

ـ عليش محمد (ت 1299هـ)، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل**، دار الفكر، بيروت، ط1،(1404هـ ـ 1984م).

ـ مالك بن أنس(ت 179هـ)، **المدونة الكبرى**، مطبعة السعادة، مصر، ط1، (د ت).

ـ كتب القضاء و السياسة الشرعية.

ـ ابن فرحون إبراهيم بن علي (ت 799هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام**، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، (1406هـ ـ 1986م).

ـ التسولي أبو الحسن علي (1258هـ، **البهجة في شرح التحفة**، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ ـ 1998).

ـ ميارة محمد بن أحمد (ت 1072هـ) ، **الإتقان و الإحكام في شرح تحفة الحكام**، دار المعرفة، (د ط ، د ت).

ـ كتب اللغة والمعاجم والمصطلحات.

ـ ابن منظور، جمال الدين محمد (ت 711هـ)،**لسان العرب**، دار صادر، بيروت، ط3، (1414هـ).

ـ أحمد الزيات، إبراهيم مصطفى، حامد عبد القادر، محمد النجار ، **المعجم الوسيط**، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط4،(1425هـ ـ 2005م).

ـ الجرجاني علي بن محمد (ت 816 هـ)، **معجم التعريفات**، تحقيق:محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة،(د ط، دت).

ـ الرازي زين الدين محمد (ت 666هـ)، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان، بيروت،(1406هـ ـ 1986م)، (د ط).

ـ الطبراني أبو القاسم سليمان (ت 360هـ)، **المعجم الكبير**، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، دار ابن تيمية، القاهرة، (د ط، دت).

ـ الفيروز آبادي مجد الدين محمد (ت 817هـ)،**القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8،(1426هـ ـ 2005م).

ـ الفيومي أحمد بن محمد (ت 770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، تحقيق: عبد العظيم الشناوى، دار المعارف، القاهرة ، ط2، (د ت).

ـ محمد علي التهاوني، **موسوعة كشاف اصطلاحات العلوم و الفنون**، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، (1996هـ ـ 1416م)

ـ كتب التراجم و الطبقات.

ـ ابن فرحون(ت799)، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث، القاهرة،(د ط، د ت).

ـ أحمد بابا التنبكتي (ت 1036هـ)، **نيل الإبتهاج بتطريز الديباج**، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس،ط1، (1398هـ ـ 1989م).

ـ العباس بن إبراهيم السُمْلالي، **الإعلام بمن حلّ مراكش و أغمات من الأعلام**، المطبعة الملكية، الرباط، ط2، (1413هـ ـ 1993م).

ـ خير الدين بن محمود الزركلي، ط15، دار العلم للملايين، لبنان،(2002م).

ـ محمد بن حسن الحجوي، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، مطبعة إدارة المعارف، فاس، ط1، (1345هـ).

ـ محمد مخلوف، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1424هـ ـ 2003م).

الملخص

المخلص باللغة العربية:

إنّ علم القواعد الفقهية من العلوم الجليلة العظيمة، مرّ بعدة أطوار منذ عصر الصحابة إلى عصر أئمة المذاهب ثمّ مَن بعدهم، وقد والقواعد والضوابط الفقهية لها أدلة تستند إليها، من كتاب أو سنة أو قياس، أو غيرها من الأدلة الأخرى.

ودراستي هذه الموسومة بالقواعد والضوابط الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي، جاءت للكشف عن القواعد و الضوابط الفقهية التي يصدر عنها الاجتهاد الفقهي في المذهب المالكي، قسمتها إلى مبحث تمهيدي و فصلين: المبحث التمهيدي خصصته للتعريف بحدود البحث، و الفصل الأول ذكرت فيه القواعد الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة، أمّا الفصل الثاني فتطرقت فيه للضوابط الفقهية الخاصة بباب النكاح.

و من خلال هذه الدراسة نجد أن السادة المالكية لهم إسهامات كبيرة في التقعيد الفقهي، فقد صنف علماؤه كتبا ومصنفات عديدة نظما و نثرا. كما أنّهم تميزوا بالأخذ بالاحتياط و بنوا عليه الكثير من أحكام النكاح و الطلاق، كما راعوا المقاصد التي شرعت من أجلها أحكام الأسرة، و نسجوا على منوال الشرع في الاجتهاد و الفتوى.

Summary in English:

The study of juris prudential rules is one of the most interesting scienes .it went through several phases from the age of the doctrines ,and the rules and regulations of jurisprudence have eridences based on the book of kuran ,Sunna,and other measurements.

This study which reveals the jurisprudential rules that control the family issued by jurisprudential in the Maliki school is devided introductory study and two chapters: The preliminary study we have devoted to the definition of the limits of the research.

The first chapter , have mentioned the rules of the jurisprudential govering the family .in the second chapte I have dealt nith the jurisprudential regnlation that controls marriage

Through this study we find that the Maliki masters have made great contaibutions to the jurisprudence,as scholars have classified many books works prose and poetry. Also they were disingueshe by taking precautions on which they based the rules of marriage and devorse .They also took into account the purposes for which family rulings were legislated in reference to the charia ijtiha and fatwas.

فهرس المحتويات العامة

الإهداء

الشكر والتقدير

مقدّمة: .....أ

مبحث تمهيدي: مقدمات حول التقعيد الفقهي

المطلب الأول: مفهوم التقعيد الفقهي ومراحل تطوره 8

الفرع الأول: تعريف القواعد والضوابط الفقهية..... 8

أولا: تعريف القواعد الفقهية 8

ثانيا: تعريف الضوابط الفقهية والفرق بينها وبين القواعد الفقهية..... 9

ثالثا:مفهوم التقعيد الفقهي.....11

الفرع الثاني: مراحل نشأة و تطور القواعد الفقهية.....11

المطلب الثاني: أصول التقعيد الفقهي وأسباب الاختلاف في القواعد الفقهية.....14

الفرع الأول: أصول التقعيد الفقهي 14

الفرع الثاني: أسباب الاختلاف في القواعد الفقهية..... 211

المطلب الثالث: مصنفات القواعد الفقهية في المذهب المالكي 23

الفصل الأول: القواعد الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي

المبحث الأول: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي 32

المطلب الأول: قواعد الباعث الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي.....32

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها 32

القاعدة الثانية: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه 35
القاعدة الثالثة: الأصل المعاملة بنقيض المقصود الفاسد. 36
المطلب الثاني: قواعد التيسير و رفع الحرج الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي 39
القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير 39
القاعدة الثانية: الضرورات تبيح المحظورات. 43
المطلب الثالث: قواعد اليقين والاستصحاب الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي 46
القاعدة الأولى: اليقين لا يزول بالشك 46
القاعدة الثانية: الأصل بقاء ما كان على ما كان. 50
القاعدة الثالثة: الأصل براءة الذمة. 51
القاعدة الرابعة: الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلاّ بيقين.....53
المطلب الرابع: قواعد الضرر الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي 54
القاعدة الأولى: لا ضرر ولا ضرار.....54
القاعدة الثانية: إذا تقابل مكروهان أو ضرران، و لم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما.
.....59
المطلب الخامس: قواعد العرف و العادة الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي.....62
القاعدة الأولى: العادة محكمة 62
القاعدة التاسعة: العادة هل هي كالشاهد أو الشاهدين. 666
القاعدة العاشرة: العرف كالشرط 68
المبحث الثاني: القواعد الفقهية الكلية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي.....69
القاعدة الأولى: ما قرب من الشيء هل له حكمه، أم لا؟ 69

القاعدة الثانية: التابع تابع. 72
القاعدة الثالثة: المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسّا؟ 74
القاعدة الرابعة: الدوام على الشيء هل هو كالابتداء، أو لا؟ 76
القاعدة الخامسة: نوادر الصور هل يعطى لها حكم نفسها أو حكم غالبها؟ 79
القاعدة السادسة:إذا تعارض الأصل و الغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟.....80
القاعدة السادسة: اللفظ المحتمل إذا لم إذا لم يقترن بالقصد، هل يحمل على الأقل أو على الأكثر 82
القاعدة السابعة: الترك هل هو كالفعل أو لا؟.....85
القاعدة الثامنة: تقديم الحكم على شرطه هل يجزئ و يلزم أم لا؟ 86
القاعدة التاسعة: الأصل في العقود اللزوم. 88
القاعدة العاشرة: الدعوى هل تتبعض أم لا؟ 90
القاعدة الحادية عشر: لا يثبت الفرع، والأصل باطل، ولا يحصل المسبب والسبب غير حاصل .92
القاعدة الثانية عشر: العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها؟.....93
القاعدة الثالثة عشر: الغالب هل هو كالمحقق أو لا 95
القاعدة الرابعة عشر: العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه؟.....97
القاعدة الخامسة عشر: الصحيح هل يفسد بالنية؟ 99
القاعدة السادسة عشر: هل تعتبر جهتا الواحد فيقدر اثنين.....101
القاعدة السابعة عشر: الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة. 103
القاعدة الثامنة عشر: السكوت على الشيء مقر به أم لا؟، و هل هو إذن فيه أم لا؟ 106

القاعدة التاسعة عشر: كل عقد وضع للمعاوضة و بني على المكايسة فالأصل امتناع الغرر فيه، و كل عقد وضع للمعروف والإحسان فالأصل أن لا يمتنع فيه الغرر. 107

القاعدة العشرون: الاختصاص بالأحكام لا يوجب الاختصاص بالألفاظ. 108

القاعدة الواحدة والعشرون: المترقبات إذا وقعت متى تعد حاصلة، أيوم الوقوع أو يوم ابتداء الترقب؟ 110

القاعدة الثانية والعشرون: الشك في المانع لا يؤثر 111

القاعدة الثالثة و العشرون: الاحتياط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أشد منه في العكس، لأن التحريم يعتمد المفاسد فيشتد له. 113

القاعدة الرابعة و العشرون: كل إثبات أدى إثباته إلى نفيه فنفيه أولى. 115

القاعدة الخامسة و العشرون: الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟ 116

القاعدة السادسة و العشرون: من خير بين شيئين فاختار أحدهما هل يعد كأنه متنقل أو ما اختار قط غير ذلك الشيء؟ 118

القاعدة السابعة و العشرون: الأصل عدم التداخل 120

القاعدة الثامنة و العشرون: النسخ هل يثبت حكمه بالنزول أو بالوصول. 121

القاعدة التاسعة و العشرون: الحكم هل يتناول الظاهر و الباطن، أم لا يتناول إلاّ الظاهر فقط وهو الصحيح 122

القاعدة الثلاثون: الحرام لا يحرِّم الحلال 125

القاعدة الواحد والثلاثون: حكم الشيء إنما يعتبر بأصله لا بحسب عوارضه. 126

القاعدة الثانية و الثلاثون: المخالط المغلوب، هل تنقلب عينه إلى عين الذي خالطه أو لا تنقلب، وإنما خفي عن الحسّ فقط؟ 127

الفصل الثاني: الضوابط الفقهية الحاكمة لفقه الأسرة في المذهب المالكي في كتاب النكاح و أثره

المبحث الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة لعقد النكاح و موانعه في المذهب المالكي 129

المطلب الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة لعقد النكاح في المذهب المالكي 129

الضابط الأول: النكاح حقيقة في العقد أو الوطء..... 129

الضابط الثاني: إلحاق شبهة الملك والنكاح بهما في ثبوت الصداق ونفي الحد، أوجب إلحاقهما في انتشار الحرمة. 130

الضابط الثالث:هل النكاح من باب الأقوات أو التفكهات؟..... 131

الضابط الرابع: مبنى النكاح على المكارمة. 133

الضابط الخامس: الصبي أهل للخطاب بالإباحة والندب و الكراهة. 135

الضابط السادس: كل ما سوى النكاح و الطلاق فهزله هزل، أمّا هزلهما جد على المشهور. . 136

الضابط السابع: الطول هل هو المال أو وجود الحرة في العصمة..... 137

الضابط الثامن: كل بكر تستأذن فإذنها صامتها إلاّ المرشدة والمعنسة والمصدقة عرضا والمعلمة بعد العقد بالقرب والمزوجة ممن فيه بقية رق أو عيب والصغيرة المنكحة للخوف عليها بعد العشر ومطالعة الحاكم و المشتكية بالعضل..... 138

الضابط التاسع: الإشهاد ليس شرطا في العقد، لكن إن لم يشهدا فيه، فلا يبني حتى يشهدا، واختلف قول مالك في الحد إن لم يفعلا. 140

المطلب الثاني:الضوابط الفقهية الحاكمة لموانع النكاح في المذهب المالكي 142

الضابط الأول: تحريم المصاهرة ليس رتبة واحدة بل هو رتب..... 142

الضابط الثاني: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب 144

الضابط الثالث: كل امرأتن بينهما من القرابة أو الرضاع ما يمنع تناكحهما لو كانت إحداهما

ذكرا فلا يجمع بينهما.....146

الضابط الرابع: العقد على البنات يحرم الأمهات، و الدخول بالأمهات يحرم البنات. 149

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية للأنكحة الفاسدة عند المالكية 150

الضابط الأول: الفساد في العوض إن كان من حقيقة العقد، كالفساد في العقد. 150

الضابط الثاني: كل معتدة وطئت بنكاح أو شبهة، فقد حرمت على واطئها للأبد وقيل بالعقد فيها و الوطء أبدا. 151

الضابط الثالث: الفساد في العقد يوجب الفسخ، فإن فات وأمكن الاستمرار صح على مشهور مذهب مالك. 153

الضابط الرابع: كل نكاح اختلف فيه فإنه يحرم عقده ووطؤه بخلاف عقد ما حرم النص. 155

الضابط الخامس: كل نكاح نص الله ورسوله على تحريمه فسخ بغير طلاق ولا ميراث فيه قبل الفسخ. 156

الضابط السادس: إذا طرأ على النكاح ما لا يقر معه هل يرفع حكم العقد السابق أو لا؟ 158

الضابط السابع: كل موضع يسقط فيه الحد لشبهة النكاح أو الملك، فإن النسب يلحق فيه، ولا يجتمع الحد و النسب إلاّ في ثماني مسائل. 159

الضابط الثامن: كل ما فسخ قبل البناء، فلا صداق فيه و كذلك اختياره ردها لعيبها.....160

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية الحاكمة للصداق والولاية في المذهب المالكي 161

المطلب الأول: الضوابط الفقهية للصداق 161

المطلب الثاني:الضوابط الفقهية الحاكمة للولاية في المذهب المالكي 163

الضابط الأول: عماد الولاية الشفقة، والفسق لا يقطعها، والشهادة الأمانة، والفسق يقطعها.163

الضابط الثاني: إمضاء الولي تقرير أو إنشاء؟ 164

الضابط الثالث: لم وقع الحجر على النساء في الأبضاع، و لم يقع عليهن في الأموال؟.....165

الضابط الرابع: تقديم أقرب الوليين هل هو من باب الواجب أو الأولى؟ 166

المبحث الرابع: الضوابط الفقهية الحاكمة للنفقات والنزاعات الزوجية في المذهب المالكي ....

المطلب الأول: الضوابط الفقهية الحاكمة للنفقات في المذهب المالكي 167

الضابط الأول: لا تقدير إلاّ عن توقيف 167

الضابط الثاني: النفقة عوض من التمكين بشرط بلوغ الزوج و إطاقة الزوجة..... 170

المطلب الثاني: الضوابط الفقهية الحاكمة للعيوب و النزعات الزوجية في المذهب المالكي...

الضابط الأول: المقصود من النكاح الاستمتاع فما أثر فيه أوجب رده به. 171

الضابط الثاني: كل دعوى لا تثبت إلاّ بعدلين فلا يمين بمجردها. 174

الخاتمة..... 175

الفهارس العامة..... 176

فهرس الآيات القرآنية 177

فهرس الأحاديث النبوية 180

فهرس القواعد الفقهية..... 183

فهرس الضوابط الفقهية..... 186

فهرس العلام المترجم لهم 188

قائمة المصادر و المراجع..... 189

الملخص 201

فهرس المحتويات العامة..... 203