

## الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية

### -دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري-

## use of precautionary principle and its applications in the family issues at the maliki -a comparative study of the Algerian family law-



طالب الدكتوراه/ الزبير معتوق<sup>1,2</sup>، الدكتور/ عبد القادر مهاوات<sup>1</sup>

<sup>1</sup> جامعة الوادي، (الجزائر)

<sup>2</sup> المؤلف المراسل: zoubir1678@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/03/30 تاريخ القبول للنشر: 2019/08/25 تاريخ النشر: 2019/09/28



### ملخص:

الاحتياط أصل من أصول الشريعة، وحجة عند الجمهور، دلّت على العمل به أدلة كثيرة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة رضي الله عنهم، وفق شروط وضوابط معتبرة، وإن أكثر المذاهب إعمالاً للاحتياط المالكية؛ لأن من أصولهم الاجتهادية التوسع في سدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، وكلاهما ضرب من الاحتياط. وللاحتياط ارتباط واسع بكثير من قواعد الأصول والفقه، وله تطبيقات فقهية كثيرة عند المالكية؛ لذا جاء البحث لدراسة هذا الأصل، واستجلاء تطبيقاته الفقهية، اخترنا منها في بحثنا ما يتعلّق بالمجال الأسري، وربطناه بقواعدها وأصولها حتى يسهل معرفة سياقاتها، مقارنة بما جاء في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: احتياط؛ فقه؛ تطبيقات؛ أسرة؛ مالكية؛ قانون.

### Abstract:

*Precaution is one of the principles of the Islamic Law, and an evidence used by the public, indicated by many arguments from the Quran, Sunnah and the work of companions (Allah bless them) in accordance with specific requirements and controls. The school most adopting of precaution principal is the Malikism, since their main pillar is adopting loopholes (prohibition of what may lead to committing sins) as primary along with consideration of disagreement in scholars' views, which both are deemed as a sort of precaution.*

*Precaution is widely connected to the rules in the Islamic jurisprudence and that of fikh since it is broadly applicable in many cases of jurisprudence by the Maliki school. The present paper is aiming at shedding light on this very*

*principal and at identifying its cases of jurisprudence. Our paper is more concerned with the family issues according to the Maliki school.*

*We herein linked these very cases to their jurisprudence rules so that their contexts are easily clarified to be later on compared to the Algerian Family Code.*

*Keys words: Precaution; Islamic jurisprudence; Applications; Family; Maliki school; Law.*

## مقدّمة:

جاءت الشريعة مستوعبة لجميع الأحكام، وهي صالحة لكل زمان ومكان، أكملها ربنا تعالى وجعلها باقية إلى يوم الدين، وجاءت بأحكام وحكم وأسرار مودعة فيها، قد يعلم العلماء كثيرًا منها، وقد لا يدركون بعضها.

والمأمل في الشريعة يجدها أتت بما ينفع الناس، ومنعت ما يضرهم، فاحتاطت في بعض الأحكام والمعاملات، ووسّعت في جانب آخر منها.

وقد عمل أئمة المذاهب وعلماءهم بالاحتياط قديمًا وحديثًا، وكثرت المسائل المبنية عليه في أبواب الفقه الكثيرة، ومن الفقهاء الذين توسّعوا في بناء الفروع على الاحتياط المالكية؛ فهم من أكثر المذاهب إعمالًا لهذا الأصل<sup>(1)</sup>، حتى أصبح علمًا على مذهب مالك، ومن أبرز المسائل الفقهية التي بُنيت على الاحتياط مسائل الأسرة.

وحول هذا الموضوع كتبنا هذا البحث، أبرزنا فيه التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة عند المالكية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، حاولنا من خلاله الربط بين الحكم الفقهي والنص القانوني وقرارات المحكمة العليا، فجاء البحث موسومًا ب: (الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية -دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري-).

انطلقنا في دراسة هذا الموضوع من اعتبار أنه لم يحظ ببحث مستقل يجمع شتاتة -حسب اطلاعنا-، واستهدفنا أساسًا جمع الفروع الفقهية المتعلقة بمسائل الأسرة المبنية على أصل الاحتياط؛ لإرجاع الفروع إلى أصولها وقواعدها، مع إبراز مدى مسابقة المشرع الجزائري لما نصّ عليه الفقهاء في مسائل الأسرة المبنية على الاحتياط.

وهذا ما يدعوا ل طرح الإشكالية الآتية: ما هو الاحتياط والمسائل الفقهية المتعلقة بالأسرة المبنية عليه لدى المالكية؟ وما موقف قانون الأسرة الجزائري من تلك المسائل؟

وللإجابة عن هذا التساؤل اعتمدنا على المنهج الوصفي الاستقرائي؛ وذلك عند تعريفنا لأصل الاحتياط ودراسته، واستقراء المسائل الفقهية المتعلقة بالأسرة المبنية على الاحتياط لدى المالكية، وكذلك على المنهج التحليلي المقارن في كثير من المسائل؛ وذلك بتحليلها ودراستها وعرض أقوال المذاهب الثلاثة ومقارنتها بالمذهب المالكي، ثمّ بذكر القول الراجح ما أمكننا ذلك، لنخلص إلى موقف قانون الأسرة الجزائري من المسألة.

وهذا وفق خطة اقتضت تقسيم الموضوع إلى مبحثين؛

- يتناول المبحث الأول حقيقة الاحتياط، ضمن ثلاثة مطالب؛ الأول يبحث في تعريف الاحتياط والتكليف الشرعي له، والثاني في حجية الاحتياط عند المالكية وأدلته، والثالث في شروط العمل بالاحتياط والقواعد الأصولية والفقهية المندرجة تحته.

- أمّا المبحث الثاني فيعالج التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة عند المالكية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، وذلك في مطلبين؛ الأول يتناول التطبيقات التي ترجع إلى قواعد أصول الفقه، والثاني التي ترجع إلى القواعد الفقهية.

## المبحث الأول

### حقيقة الاحتياط

يتناول هذا المبحث الاحتياط من حيث تعريفه لغة واصطلاحاً، ثمّ التكليف الشرعي له؛ أيّ أعدّ أصلاً شرعياً، أو قاعدةً أصوليةً، أو قاعدةً فقهيةً، ثمّ يتطرق بعد ذلك إلى حجّيته وأدلته، ثمّ يبيّن شروط العمل به، مع بيان القواعد المندرجة تحته، وهذا في ثلاثة مطالب.

### المطلب الأول: تعريف الاحتياط والتكليف الشرعي له

قسّم هذا المطلب إلى فرعين؛ يتناول الأول تعريف الاحتياط لغة واصطلاحاً، ويعالج الثاني التكليف الشرعي له.

### الفرع الأول: تعريف الاحتياط

#### أولاً- الاحتياط في اللغة:

الاحتياط مصدر حَوَظَ، يقال: حاطه يحوطه حَوَظاً، حِيطةً، وحِياطةً، إذا حَفِظَهُ وتَعَهَّدَهُ؛ أي: كَلَاهُ ورعاه. ويُقَالُ لِلأَرْضِ المُحَاطِ عَلَيْهَا حَائِطٌ وحَدِيقَةٌ، فإذا لم يُحَظْ عَلَيْهَا فَمِهي ضَاحِيَةٌ<sup>(2)</sup>. و"الحاءُ والواوُ والطاءُ كلمةٌ واحدةٌ، وهي الشيءُ يُطِيفُ بالشيءِ"<sup>(3)</sup>.

ويأتي الاحتياط على عدّة معانٍ؛ منها: الإحداق بالشيء من كلّ جوانبه. ومنها: الدّوران والالتفات حول الشيء. ومنها: الحفظ والتّعهّد والصّيانة. ومنها: المحاذرة من الوقوع في المهالك، وطلب السلامة والحماية منها<sup>(4)</sup>. وهذا المعنى الأخير أقربها إلى التعريف الاصطلاحي.

و"الأحوط" بمعنى الاحتياط مصطلح آخر شائع عند الفقهاء، وإن كان بينهما فرق من حيث المبني؛ لأنّ الزيادة في المبني لا تكون إلاّ لمعنى معتبر، قال صاحب المصباح المنير: "قولهم: أفعل الأَحَوطَ، والمعنى أفعل ما هو أجمع لأصول الأحكام، وأبعد عن شوائب التّأويلات، وليس مأخوذاً من الاحتياط؛ لأنّ أفعل التفضيل لا يُبنى من حُماسي"<sup>(5)</sup>.

### ثانياً- الاحتياط في الاصطلاح:

للعلماء تعاريف مختلفة ومتباينة، وذلك راجع أساساً إلى أن البعض راعى في تعريفه معنى التردّد والشك، والبعض راعى معنى التحفّظ والتحرّز من الوقوع في المحذور، والبعض الآخر راعى المعنيين معاً<sup>(6)</sup>.

وفيما يأتي أهم التعاريف التي توضح حقيقة الاحتياط:

- 1- "ترك ما يُرَبُّ المكلّف إلى ما لا يُرَبُّه"<sup>(7)</sup>.
  - 2- "حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"<sup>(8)</sup>.
  - 3- فعل "ما هو أجمع لأصول الأحكام، وأبعد عن شوائب التأويلات"<sup>(9)</sup>.
  - 4- "الكفّ عن إيجاب ما لم يأذن الله بإيجابه"<sup>(10)</sup>.
  - 5- "اتقاء ما يخاف أن يكون سبباً للذم والعذاب عند عدم المعارض الراجح"<sup>(11)</sup>.
- والتعريف الذي نختاره هو تعريف "محمد سمّاي" بأنه: "وظيفة شرعية تُحوّل دون مخالفة أمر الشارع عند العجز عن معرفة حكمه"<sup>(12)</sup>.

اخترنا هذا التعريف؛ لأنّه تعريف أقرب ما يكون إلى مفهوم الاحتياط، ويشمل بمضمونه كلّ أنواعه؛ فقوله "وظيفة" يعم الوظائف العلمية والعملية؛ لأنّ الاحتياط قد يسلكه المجتهد للاستنباط؛ فيكون وظيفة علمية، وقد يسلكه المكلّف للامتثال فيكون وظيفة عملية، وقيدتها بأنّها "شرعية" لتدلّ على أنه عملٌ بما شهد له الشرع بالاعتبار، و"تحوّل دون مخالفة أمر الشارع" قصد به بيان الغاية من العمل بهذه الوظيفة، و"عند العجز عن معرفة حكمه" قيدٌ في التعريف قصد به بيان المحالّ التي يُشرع فيها العمل بهذه الوظيفة<sup>(13)</sup>.

والملاحظ أنّ معنى الاحتياط في الاصطلاح أخصّ من معناه في اللغة؛ فالفقهاء قد استعملوا لفظ الاحتياط في معناه اللغوي، وزاد عليه كلّ منهم -أي: الفقهاء- من القيود ما رآه مناسباً لتحديد معناه في الشرع.

#### الفرع الثاني: التكييف الشرعي للاحتياط

نقصد بالتكييف الشرعي أو التوصيف الشرعي للاحتياط حقيقته وطبيعته التي قرّرتها أدلة الشريعة الإسلامية؛ هل هو أصل من أصول الشريعة وقاعدة شرعية من قواعدها، أو هو قاعدة أصولية أو قاعدة فقهية؟

والذي نراه أنه هو أصل يدخل في كثير من الوقائع والأحكام المختلفة؛ كونه لا يستند إلى نص شرعي واحد، بل إلى نصوص متعددة<sup>(14)</sup>. هذا من جهة، ومن جهة علاقته بغيره من القواعد نجدّه يرتبط بكثير من الأصول والقواعد، ويتّصل بأبواب كثيرة من الفقه.

ثمّ إنه قد وردت جملة من النصوص التي صرح أصحابها<sup>(15)</sup> بأنّ الاحتياط أصل من أصول الشرع؛ منها: قول الشاطبي المالكي: "وكثيراً ما يُرجع هنا إلى أصل الاحتياط؛ فإنه ثابت معتبر"<sup>(16)</sup>، وقوله: "الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم ... فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها"<sup>(17)</sup>.

#### المطلب الثاني: حجّية الاحتياط عند المالكية وأدلّته

سنطرق في هذا المطلب للحديث عن حجّية الاحتياط، وعن أدلّته من القرآن والسنة وعمل الصحابة رضي الله عنهم؛ وذلك في فرعين اثنين.

## الفرع الأول: حجية الاحتياط عند المالكية

الاحتياط حجة عند الجمهور من (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة)<sup>(18)</sup>، إلا أن أكثر المذاهب إعمالاً له المذهب المالكي؛ لأن من أصوله الاجتهادية التوسع في سدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، وكلاهما ضرب من الاحتياط تُدفع به المفاصد المتوقعة أو الواقعة، وتُراعى من خلاله المآلات بما يستوفي مصلحة الإنسان في العاجل والأجل.

## الفرع الثاني: أدلة الاحتياط

استدل العلماء -ومنهم المالكية- على حجية الاحتياط والأخذ به بأدلة كثيرة، أهمها:

## أولاً- من القرآن الكريم:

- 1- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام:108]؛ فقد جعل العلماء هذه الآية أصلاً في سدّ الذرائع وفي الاحتياط في الدين<sup>(19)</sup>.
- 2- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِمَّا ظَنَّنَ أَنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾ [الحجرات:12]؛ فقد أمرت الآية باجتنباب ظنون كثيرة غير محرمة؛ حرصاً على عدم الوقوع في الظنّ المحرم، وتلك هي حقيقة الاحتياط<sup>(20)</sup>.

## ثانياً- من السنة النبوية:

- 1- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((إِذَا تَوَضَّأَ أَحَدُكُمْ فَلْيَجْعَلْ فِي أَنْفِهِ، ثُمَّ لِيَنْتُرْ، وَمَنْ اسْتَجَمَرَ فَلْيُوتِرْ، وَإِذَا اسْتَيْقِظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْخِلَهَا فِي وَضُوئِهِ؛ فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ))<sup>(21)</sup>.
- استنتج العلماء من أمره صلى الله عليه وسلم بغسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء مشروعية الاحتياط؛ حتى لا يُفسد المتوضئ الماء الذي يتوضأ به. قال ابن عبد البر مبرزاً الفائدة من ذلك: "لأنّ غسل اليد ها هنا هو عندهم ندب واستحسان واحتياط لا علة"<sup>(22)</sup>.
- 2- حديث عُقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ رضي الله عنه أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أَبِي إِهَابٍ رضي الله عنه، قَالَ: فَجَاءَتْ أُمَّهُ سَوْدَاءُ، فَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَأَعْرَضَ عَنِّي، قَالَ: فَتَنَحَّيْتُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، قَالَ: ((وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمْتِ أَنْ قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ))، فَهَبَاهُ عَنْهَا<sup>(23)</sup>.
- فقد أعمل الشارع في هذا الحكم ظاهر الشهادة مع ضعف جانبه، وقدّمه على أصل بقاء النكاح؛ نزوعاً إلى الأخذ بالاحتياط المعهود منه في غالب تصرّفاته وأحكامه فيما يتعلق بقضايا الأنكحة والأنساب<sup>(24)</sup>.
- قال ابن حجر: "أمره بفراقها؛ احتياطاً على قول الأكثر"<sup>(25)</sup>.

ثالثاً- عمل الصحابة رضي الله عنهم:

قال الشاطبي: "إنّ الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين؛ لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يُقتدى بهم، فتركوا أشياء وأظهروا ذلك؛ لِيُبَيَّنُوا أنّ تركها غير قاذح وإن كانت مطلوبة"<sup>(26)</sup>. ومن أمثلة ذلك:

1- مقالة سحنون: قال ابن عمر وأبو هريرة رضي الله عنهما في الثوب تُصِيبُه الجَنَابَةُ، فلا يُعْرَفُ موضعها: "يَغْسِلُ الثَّوْبَ كُلَّهُ"<sup>(27)</sup>.

2- ما رواه الإمام مالك عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت السُّتُور، فقد وَجَبَ الصَّدَاقُ<sup>(28)</sup>.

المطلب الثالث: شروط العمل بالاحتياط، والقواعد الأصولية والفقهية المندرجة تحته

يتناول هذا المطلب شروط العمل بالاحتياط التي يلزم مراعاتها، والقواعد المندرجة تحت قاعدة الأخذ بالاحتياط؛ سواء كانت أصولية أو فقهية؛ وذلك في فرعين اثنين.

الفرع الأول: شروط العمل بالاحتياط

هناك شروط للعمل بالاحتياط يلزم مراعاتها، أهمها:

الأول- انتفاء النَّصِّ الشرعي:

لا يُلْجَأُ إلى الاحتياط إلا عند عدم الدليل، أو وجود أدلة ظاهرها التعارض ويُرَجَّحُ بينها بالعمل بالاحتياط، فإذا استفرغ الفقيه وسُعِه في طلب الدليل حتى أحسَّ من نفسه العجز عن دركه، وكان الاشتباه قويًا، فله حينئذ أن يُفْتِيَ بالاحتياط، أمَّا في حالة تعارض الاحتياط مع النَّصِّ الشرعي، فإنه لا يُعْمَلُ بالاحتياط اتِّفَاقًا<sup>(29)</sup>.

الثاني- ألا يؤدي العمل به إلى إيقاع الناس في الحرج والمشقة:

من أصول الشريعة الإسلامية رفع الحرج عن هذه الأمة؛ فأبى تكليف يؤدي إلى حرج ظاهر مُضِرِّ حَرَمَهُ الإسلام، أو جَعَلَ له بديلاً كما في الرخص لأهل الأعدار<sup>(30)</sup>. و"المفتي البالغ ذروة الدرجة هو الذي يحمل الناس على المعهود الوسط فيما يليق بالجمهور؛ فلا يذهب بهم مذهب الشدة، ولا يميل بهم إلى طرف الانحلال ... فإذا خرج عن ذلك في المستفتين خرج عن قصد الشارع"<sup>(31)</sup>.

الثالث- ألا يصل إلى حدِّ الغُلُوِّ والتَّنَطُّع:

فإنه حينئذ يكون مذمومًا منهياً عنه؛ لدخوله في عموم النهي عن التَّنَطُّع والتعمق<sup>(32)</sup>. وقد جاءت النصوص الكثيرة تحذّر من الغلو في الدين والتعمق فيه؛ منها قوله صلى الله عليه وسلم: ((هَلَكَ الْمُتَنَطِّعُونَ))، قَالَهَا ثَلَاثًا<sup>(33)</sup>؛ لهذا "يجب على المستنبطين والمفتين أن يتجنبوا مواقع الغلو والتعمق في حمل الأمة على الشريعة، وما يُسَنُّ لها من ذلك، وهو موقف عظيم"<sup>(34)</sup>.

الرابع- ألا يُوقَع العمل به في الوسوس:

فالوسوس لها آثار سلبية على المكلف، بل وعلى الأمة. وضابط التمييز بين الوسوس والاحتياط، هو أن الوسوس في حقيقتها احتمالات مجردة لا تستند إلى أصل ثابت، ولا تقوم على ظاهر مُعْتَبَرٍ<sup>(35)</sup>، قال ابن عاشور: "وإننا استقرينا الشريعة فوجدناها لا تراعي الأوهام والتخيلات، وتأمّر بنبذها"<sup>(36)</sup>.

### الخامس- وجود شبهة قويّة:

وقوة الشبهة مردّها إلى قوة الشك الذي يبعث بها في النفس، أما الشبهة الضعيفة التي لا يثيرها في النفس سوى الشكّ العرّيّ عمّا يُعصّده ويسانده من أمانة القوة، فهو مما لا ينبغي التعويل عليه في مسالك الاحتياط<sup>(37)</sup>.

### السادس- أن يتحقّق المقصود من وراء العمل به:

ويكفي في ذلك غلبة الظن اتفاقاً، فإنها تقوم مقام اليقين في المواضع التي لا يقدر المكلف فيها على تحصيله حقيقةً أو حُكماً، والمقصود الأعظم من العمل بالاحتياط هو الاطمئنان إلى براءة الذمّة مما أنيط بها من واجبات وما تعلق بها من حقوق<sup>(38)</sup>. "وما لا يمكن شرعاً لا يتصوّر الاحتياط فيه، ولا المؤاخذة بالإقرار به"<sup>(39)</sup>.

### الفرع الثاني: القواعد المندرجة تحت قاعدة الأخذ بالاحتياط

إنّ لقاعدة الاحتياط ارتباط واسع بكثير من قواعد الأصول والفقه؛ إذ تربطها علاقة وطيدة بقواعد أصولية وأخرى فقهية. وفي هذا الفرع سنذكر بشيء من الإيجاز والاختصار<sup>(40)</sup> أهم تلك القواعد التي تندرج تحت قاعدة الأخذ بالاحتياط؛ ليكون تمهيداً لما سيأتي بعده من تطبيقات فقهية للاحتياط في مجال الأسرة، والتي ترجع بالأساس إلى قواعد أصولية أو فقهية.

#### أولاً- القواعد الأصولية:

من أهمّ ما يندرج منها تحت قاعدة الأخذ بالاحتياط ما يأتي:

1- (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)<sup>(41)</sup>.

2- (ما لا يتم ترك الحرام إلا به فهو واجب)<sup>(42)</sup>.

3- (اعتبار سدّ الدرائع)<sup>(43)</sup>.

4- (مراعاة الخلاف)<sup>(44)</sup>.

#### ثانياً- القواعد الفقهية:

من أهمّ ما يندرج منها تحت قاعدة الأخذ بالاحتياط ما يأتي:

1- (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام)<sup>(45)</sup>.

2- (الأصل في الأْبْضَاع التحريم)<sup>(46)</sup>.

3- (المعاملة بنقيض المقصود الفاسد أصل)<sup>(47)</sup>.

4- (المتولّد بين المأكول وما لا يُؤكّل حرام)<sup>(48)</sup>.

5- (الانتقال من الحرمة إلى الإباحة يشترط فيها أعلى الرتب، وأما الانتقال من الإباحة إلى الحرمة

فيكفي فيها أيسر الأسباب)<sup>(49)</sup>.

## المبحث الثاني

## التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة عند المالكية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري

يتناول هذا المبحث التطبيقات الفقهية للاحتياط التي تخصّ الأسرة؛ وذلك بإيراد تطبيقات ترجع إلى القواعد الأصولية، وأخرى ترجع إلى القواعد الفقهية، كل ذلك مقارنة بقانون الأسرة الجزائري؛ وذلك في مطلبين.

**المطلب الأول:** التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة عند المالكية التي ترجع إلى قواعد أصول الفقه مقارنة بقانون الأسرة الجزائري

يبيّن هذا المطلب المسائل المبنية على الاحتياط التي ترجع إلى القواعد الأصولية؛ كقاعدة سدّ الذرائع وقاعدة مراعاة الخلاف، مع مقارنة تلك المسائل بقانون الأسرة؛ وذلك في فرعين.

**الفرع الأول:** التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة التي ترجع إلى قاعدة "سدّ الذرائع"<sup>(50)</sup>

سدّ الذرائع أصل من الأصول التي أكثر الإمام مالك -رحمه الله- الاعتماد عليها في اجتهاده الفقهي<sup>(51)</sup>، حتى عدّ أكثر المذاهب توسّعاً بالقول به، وهو ضرب من الاحتياط تُدفع به المفاصد المتوقّعة أو الواقعة، وتُراعى المآلات بما يستوفي مصلحة الإنسان في العاجل والآجل.

ومن تطبيقات الاحتياط في فقه الأسرة التي ترجع إلى أصل سدّ الذرائع عند المالكية:

**مسألة:** المُحْرِمُ لا يحضُرُ نكاحًا احتياطًا:

نصّ الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب) على أنّ نكاح المُحْرِمِ لا يصح؛ سواء كان زوجًا أو زوجةً أو وليًا عقّد النكاح لمن يليه أو وكيلًا عقّد النكاح لموكّله<sup>(52)</sup>.

وزاد فقهاء المالكية بأن نصّوا على أنّ المُحْرِمَ بحجّة أو عمرة يحزّم عليه أن يحضُر نكاحًا؛ وذلك احتياطًا وسدًا لما قد يوول إليه حاله من تذكر أمر النساء وهو مُحْرِمٌ؛ فيفسد حجّه أو ينقص أجره.

جاء في العُتْبِيَّةِ عن مالك: "وسألته عن المحرم أيحضر التزويج؟ قال: لا ينبغي ذلك"<sup>(53)</sup>. قال محمد بن رشد معللاً ذلك: "إنما كره له ذلك مخافة أن يدكّر أمر النساء فيتراقى به الأمر إلى ما يُفسد حجّه أو يُنقص أجره، فإن حضر وسَلِمَ فقد أساء ولا شيء عليه"<sup>(54)</sup>. "وكما لا يجوز للمحرم أن يعقد يحزّم عليه أن يخطب أو يحضُر نكاحًا"<sup>(55)</sup>.

- موقف قانون الأسرة الجزائري من المسألة:

لم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، ممّا يوجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي طبقاً للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري<sup>(56)</sup>، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن المسألة من الخلافات؛ لذا من الأفضل أن يُنصَّ عليها بنصٍّ يأخذ بالراجح من الأقوال.

الفرع الثاني: التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة التي ترجع إلى قاعدة "مراعاة الخلاف"<sup>(57)</sup>

مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكي، وهو من أدلة الإمام مالك التي كان يستند إليها، والتي تدل على انفتاحه وسماحته، وهذا الأصل هو مظهر من مظاهر التيسير أو الاحتياط الذي اعتمده مالك في اجتهاداته؛ لأن مراعاة الخلاف ليست إلا نوعاً من أنواع الاحتياط<sup>(58)</sup>. ومن التطبيقات التي ترجع إلى أصل مراعاة الخلاف المبنية على الاحتياط في فقه الأسرة عند المالكية:

أولاً- مسألة: اعتبار اليسار<sup>(59)</sup> من خصال الكفاءة<sup>(60)</sup> في النكاح:

اختلف الفقهاء في اعتبار اليسار من خصال الكفاءة في النكاح أو عدم اعتباره إلى مذهبتين:

1- ذهب الحنفية<sup>(61)</sup> والحنابلة<sup>(62)</sup> إلى اعتباره.

2- وذهب المالكية إلى عدم اعتباره<sup>(63)</sup>؛ فالكفاءة عندهم تكون في الدين والحال؛ فأما الدين فهو المماثلة أو المقاربة في التدئين بشرائع الإسلام لا في مجرد أصل الإسلام؛ وأما الحال فهو المماثلة أو المقاربة في السلامة من العيوب الموجبة للخيار، لا الحسب والنسب<sup>(64)</sup>.

ومراعاة الخلاف في هذه المسألة هو اعتبار الإمام مالك قول من اشترط اليسار وأفتى بموجبه؛ ففي المدونة أن امرأة مطلقاً أتت إلى الإمام مالك فقالت له: "إن لي ابنة وهي موسرة مرغوب فيها وقد أُصِدِّقَت صداقاً كثيراً، فأراد أبوها أن يزوجه من ابن أخ له مُعَدِّماً لا شيء له، أفترى أن أتكلم؟ قال: نعم؛ إنني لأرى لك في ذلك مُتَكَلِّماً"<sup>(65)</sup>.

فالقول الراجح في المذهب يقتضي أن يُجْبَرَ الأبُّ ابنته على الزَّواج من الفقير؛ لعدم اشتراط اليسار، ولا كلام لأحد حتى الأم، ما لم يحصل للبنت ضرر ظاهر بسبب الفقر، إلا أن الإمام مالكاً راعى اشتراط اليسار وأعطى الأمَّ الحقَّ في منع الزواج لعدم تحقُّق الكفاءة؛ وذلك لوجود المسوِّغ، وهو الاحتياط في الأُبضاع<sup>(66)</sup>.

- موقف قانون الأسرة الجزائري من المسألة:

لم يتعرَّض قانون الأسرة الجزائري لخصال الكفاءة في النكاح، ولكنه نصَّ في (المادة 13) المعدلة على أنه: "لا يجوز للوليِّ؛ أباً كان أو غيره، أن يُجْبَرَ القاصرة التي هي في ولايته، ولا يجوز له أن يُزَوِّجَهَا بدون موافقتها".

وبتحليل هذا النصّ نستخلص ما يأتي:

أ- قانون الأسرة الجزائري الجديد ألغى ولاية الإجماع التي كانت مقررة في القانون القديم<sup>(67)</sup>.

ب- فرَض موافقة المرأة ولو كانت بكراً على الزَّواج، ولا يجوز لأحد ولو كان أباً أن يزوجه بدون موافقتها؛ فليس للأب إجبار ابنته على الزواج من الفقير بموجب هذه المادة<sup>(68)</sup>.

وبالنظر إلى (المادة 04) من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05-02 والتي تنصَّ على أن: "الزَّواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...". و(المادة 33) والتي تنصَّ على أنه: "يبطل الزَّواج

إذا اختل ركن الرضا...<sup>(69)</sup>، يتبين أنّ المشرع أعطى الزوجة كامل الحق والحرية في قبول أو رفض الزواج؛ كونه اعتبر الرضا ركناً أساسياً في عقد الزواج، فلو كانت موسرة وتقدم لها من هو فقير الحال، فلها أن ترفضه، وإن تمّ الزواج دون رضاها فُسخ قبل الدخول، وهو ما أكّده المحكمة العليا في قراراتها<sup>(70)</sup>.

ثانياً- مسألة: عدم فسخ النكاح من دون ولي بعد الدخول وطول الزمن والولادة:

اتفق الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)<sup>(71)</sup> على أنّ النكاح يُشترط فيه الولي، وعلى هذا لا يجوز للمرأة أن تُنكح نفسها، وخالف الحنفية<sup>(72)</sup> الجمهور، وقالوا بجواز أن تعقد المرأة لنفسها بدون ولي. ومراعاة الخلاف في هذه المسألة عند المالكية أنّه إذا تمّ عقد النكاح من دون ولي، ووقع الدخول، فلا يُفسخ عقد النكاح؛ مراعاةً لخلاف الحنفية، واحتياطاً من إبطال عقد ترتبت عليه آثاره بشرطٍ مُختلفٍ فيه، ويُصحح العقد، أما إذا لم يقع الدخول فُسخ.

جاء في الاستذكار قول إسماعيل<sup>(73)</sup>: "فإن نُكحت المرأة بغير ولي فُسخ النكاح، فإن دخل وفات الأمر بالدخول، وطول الزمن، والولادة، لم يُفسخ؛ لأنه لا يُفسخ من الأحكام إلا الحرام اليقيني، أو يكون خطأ لا شك فيه، فأما ما يجتهد فيه الرأي، وفيه الاختلاف، فلا يُفسخ... ويُشبهه على مذهب مالك أن يكون الدخول فوّتاً، وإن لم يتناول، ولكنه احتاط في ذلك"<sup>(74)</sup>. ثمّ علّل ذلك بقوله: "ولكنني أحسبه احتاط في ذلك لئلا تجري الناس على التزويج بغير ولي، ويستعجلون الدخول ليُجوّز لهم"<sup>(75)</sup>.

- موقف قانون الأسرة الجزائري من المسألة:

ساير المشرع الجزائري موقف المالكية في أنّه إذا تمّ عقد النكاح من دون ولي، ووقع الدخول، فلا يُفسخ عقد النكاح، وهذا ما نصّت عليه (المادة 33) منه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". وهو ما أكّده المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(76)</sup>.

المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية للاحتياط في مسائل الأسرة عند المالكية التي ترجع إلى

القواعد الفقهية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري

يُعالج هذا المطلب المسائل المبنية على الاحتياط التي ترجع إلى القواعد الفقهية؛ كقاعدة الأصل في الأُبضاع التّحريم، وقاعدة المعاملة بنقيض الأصل الفاسد، مع مقارنة تلك المسائل بقانون الأسرة؛ وذلك في فرعين.

الفرع الأول: تطبيقات الاحتياط التي ترجع إلى قاعدة "الأصل في الأُبضاع التّحريم"

القاعدة معناها أنّ الأصل في النكاح الحرمة والحظر، وأبيح لضرورة حفظ النسل؛ ولذلك لم يُبحه الله سبحانه وتعالى إلا بإحدى طريقتين: العقد وملك اليمين، وما عداهما فهو محظور، وإنما عبّر بالجزء عن الكل؛ لأنّ المقصود الأعظم من النساء هو الجماع ابتغاء النسل، فالقاعدة المستمرة أن علاقة الرجال بالنساء مبناهما على التّحريم والحظر، فلا يحلّ منهن إلا ما أحله الشرع، فإذا تقابلت المرأة جلّ وحرمة غلبت الحرمة<sup>(77)</sup>.

ومن تطبيقات الاحتياط التي ترجع إلى هذه القاعدة عند المالكية:

أولاً- مسألة: الشك في عدد الطلقات:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين<sup>(78)</sup>:

1- مذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)<sup>(79)</sup>:

قالوا مَنْ طَلَّقَ وَشَكََّ فِي عِدَدِ الطَّلَاقَاتِ؛ بَتَّى عَلَى الْيَقِينِ وَهُوَ الْأَقْلَى، فَيَحْكَمُ بِوُقُوعِ طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ حَتَّى يَسْتَيْقِنَ؛ لِقَاعِدَةِ "مَا تَبَتَّ بِيَقِينٍ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِيَقِينٍ"<sup>(80)</sup>، وَالنِّكَاحُ ثَابِتٌ بِيَقِينٍ فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِيَقِينٍ.

2- مذهب المالكية<sup>(81)</sup>:

قالوا مَنْ شَكََّ فَلَمْ يَدْرِ أَطَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَإِنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَكْثَرِ وَيَعِدُّهَا ثَلَاثًا، فَلَا يَنْكَحُهَا حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ مَتَيِّقٌ لِلتَّحْرِيمِ؛ أَيْ فِي حَصُولِ الطَّلَاقِ، وَشَاكَّ فِي الرَّجْعَةِ هَلْ تَرْفَعُ التَّحْرِيمَ أَوْ لَا، فَغُلِبَ عَدَمُ رَفْعِ التَّحْرِيمِ؛ كَوْنُهُ حَكْمُ الْأَعْلَى<sup>(82)</sup>؛ فَإِنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ رَجْعِيًّا فترفعه الرجعة، ويحتمل أن يكون ثلاثاً فلا ترفعه الرجعة، فقد تيقن سبب التحريم، وشك فيما يرفعه. ولأن الحكم بالأعلى فيه الاحتياط للفروج<sup>(83)</sup>.

فالمالكية استثنوا من قاعدة "مَا تَبَتَّ بِيَقِينٍ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِيَقِينٍ"، واحتاطوا للفروج في هذه المسألة، وأعملوا قاعدة "الأصل في الأفضاع التحريم"؛ لذا أخذوا بالأكثر وقالوا لا تجل له حتى تنكح زوجاً غيره، والجمهور لم يستثنوا؛ لذا أعملوا قاعدة "مَا تَبَتَّ بِيَقِينٍ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِيَقِينٍ"؛ لأنها الأصل عندهم.

- موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

لم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، مما يوجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي طبقاً للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن المسألة من الخلافات؛ لذا من الأفضل أن ينص عليها بنص يأخذ فيه بالراجح من الأقوال.

ثانياً- مسألة: الشك في أي الزوجات طلق أو طلق من غير تعيين:

اختلفت آراء الفقهاء في مَنْ قَالَ لَزَوْجَتِيهِ أَوْ زَوْجَاتِهِ إِحْدَاكُمَا أَوْ إِحْدَاكُنَّ طَلَّقَ وَلَمْ يَنْوِ بِهِ زَوْجَةً مَعِينَةً، أَوْ عَيْنٍ وَنَسِيهَا، فَهَلْ يُطَلِّقُنَّ جَمِيعًا؟ أَوْ يُفَرِّعُ بَيْنَهُنَّ؟ أَوْ لَهُ التَّعْيِينُ وَالِاخْتِيَارُ؟ اختلفت آراء الفقهاء في ذلك:

1- مذهب الحنفية<sup>(84)</sup> والشافعية<sup>(85)</sup>:

أنه إذا طلق إحدى زوجاته ولم تكن له نية في معينة منهما، تطلق واحدة منهما، وله خيار التعيين. وإذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثاً ثم نسيتها، فلا تجل له واحدة منهما حتى يتذكر.

2- مذهب المالكية<sup>(86)</sup>:

أنهنَّ يُطَلِّقُنَّ مَعًا نَاجِزًا وَلَا يَخْتَارُ وَاحِدَةً لِلطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ شَكٌّ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فِي الْجِلِّ أَوْ الْحُرْمَةِ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ اجْتِنَابُ الْجَمِيعِ؛ كَالشَّكِّ فِي امْرَأَتَيْنِ أَيْتَمَّا أَخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَعَ تَيَقُّنِهِ أَنَّهَا إِحْدَاهُمَا<sup>(87)</sup>؛ وَلَئِنْ فِي طَلْقِ الْجَمِيعِ احْتِيَاطًا لِلْفُرُوجِ<sup>(88)</sup>؛ وَلَئِنْ عَصِمَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ صَارَتْ مَوْضِعَ رِيْبَةٍ<sup>(89)</sup>.

3- مذهب الحنابلة<sup>(90)</sup>:

أنه يُفْرَعُ بينهما؛ سواء طَلَّقَ ولم يَنْوِ واحدةً بعينها أو طَلَّقَ واحدةً بعينها فَأُنْسِيَهَا.  
فالمالكية نظروا في الطلاق للاحتياط للفروج؛ لذا قالوا بطلاق الجميع<sup>(91)</sup>.

ولا شكَّ أن قولَ المالكية هنا يؤدي إلى إيقاع الناس في الحرج والمشقة، وهو يُناقض شروط الأخذ بالاحتياط، وقولهم بطلاق الجميع احتياطاً للفروج، قولٌ يتضمَّن تحريم الفرج على الزوج، وإباحته بالشكِّ لغيره.

لذا فالراجح في المسألة -والله أعلم- هو قول (الحنفية والشافعية) في الذي طَلَّقَ إحدى نساءه ولم يُعَيِّنْ يختار أَيَّتَهُنَّ شاء فيوقع عليها الطلاق، وإذا طَلَّقَ إحدى نساءه بعينها ثم نُسِيَهَا يُفْرَعُ بينهما وهو قول الحنابلة<sup>(92)</sup>.

## - موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

لم يتعرَّض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، ممَّا يوجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي طبقاً للمادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن المسألة من الخلافات، لذا من الأفضل أن يُنصَّ عليها بنصٍ يأخذ فيه بالراجح من الأقوال.

## ثالثاً- مسألة: الشكُّ في الحلف بالطلاق وفي الحنث منه:

اختلف الفقهاء في مسألة الشكِّ في المحلوف به؛ كما إذا حلف وحنث، وشكَّ هل حلف بطلاق أو عتق أو مشي إلى بيت الله تعالى أو صدقة، أو حلف بالطلاق وشكَّ في الحنث؟ فما الواجب عليه في هذه الحالة؟

1- مذهب الحنفية والحنابلة<sup>(93)</sup>:

قالوا في مَنْ حلف وشكَّ، هل حلف بالطلاق أو بالله أو بالعتاق؛ أنه لا شيء عليه.

## 2- مذهب المالكية:

ذهبوا إلى أنه يُؤمَرُ بتنفيذ الجميع من غير قضاء؛ فيؤمَرُ بفراق زوجته على وجه الإفتاء ولا يُجَبَّرُ قضاءً<sup>(94)</sup>. وكذلك الحكم فيما إذا حلف بالطلاق وشكَّ في الحنث في فعل نفسه الذي حلف عليه<sup>(95)</sup>؛ كما لو حلف بالطلاق لا يُكَلِّمُ زيدا، وشكَّ هل كلمه أم لا، فإنه يُؤمَرُ بالفراق من غير جبر<sup>(96)</sup>.

قالوا لأنه يُعتدُّ بالشكِّ في باب المنهيات؛ احتياطاً للتحريم، لمن كان سالم الخاطر غير موسوس، خصوصاً إذا استند إلى سبب وأصل، فمن حلف ألا يفعل شيئاً، وشكَّ هل فعله أو لا، كفر احتياطاً<sup>(97)</sup>.

3- مذهب الشافعية<sup>(98)</sup>:

قالوا يجتنب زوجته إلى تبين الحال، ولا يُحكَّمُ بطلاقها بالشكِّ.

فالمالكية استثنوا من قاعدة "مَا ثَبَتَ بِيَقِينٍ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِيَقِينٍ"، واحتاطوا للفروج في هذه المسألة، وأعملوا قاعدة "الأصل في الأُبضاع التحريم"؛ لذا قالوا بالفراق من غير جبر، والجمهور لم يَسْتَثْنُوا؛ لذا أعملوا القاعدة وطرحوا الشكَّ؛ لأنها الأصل عندهم.

والقول الأزج والأولى بالأخذ -والله أعلم- في هذه المسألة هو قول الحنفية والحنابلة؛ كونه لا يتناقض وشروط الأخذ بالاحتياط، ويتمشى ومقاصد الشريعة في الزواج، ويؤدي إلى تضييق أسباب الطلاق، وبذلك إلى حفظ كيان المجتمع من التفكك الأسري وأضراره المادية والمعنوية<sup>(99)</sup>.

#### - موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، مما يوجب الرجوع إلى الفقه الإسلامي طبقاً للمادة (222) منه، وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنّ المسألة من الخلافات، لذا من الأفضل أن يُنصّ عليها بنصٍ يأخذ بالراجح من الأقوال، ولا تُترك المسألة يكتنفها الغموض؛ حفاظاً على استقرار الأسرة.

#### رابعاً- مسألة: الطلاق بالكنيات:

اتفق الجمهور<sup>(100)</sup> على أن ألفاظ الطلاق قسمان: صريح، وكناية، لكنهم اختلفوا في التفاصيل والأحكام المبنيّة عليها.

وقسم المالكية والحنابلة -دون الحنفية والشافعية- الكناية قسمين: ظاهرة وخفية، واتفقوا على أن الخفية لا بدّ لها من نيّة حين النطق بها؛ كأخْرَجِي وأُذْهِبِي ولَسْتِ لِي بامرأة، فإن نوى الطلاق وقع، وإلا فليس بشيء.

غَيْرَ أَنَّ المالكية عدّوا من الكنایات الخفية أيّ لفظٍ يتلفظ به الزوج إذا قصد به الطلاق؛ كقوله: اسقني ماءً أو ناوليني خبزاً، دون أن يكون له مدلول لغوي أو عرفي على الطلاق، فإذا قصد بذلك طلاق زوجته، تُطَلِّقُ منه، ويلزمه ما نواه<sup>(101)</sup>؛ لأنّها ألفاظٌ قصد بها الطلاق فأشبهت ما هو كناية عن الطلاق؛ ولأنه مبني على التغليب والاحتياط<sup>(102)</sup>.

ومذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)<sup>(103)</sup> أنّ كلّ لفظ لا يدل على الطلاق ولا يحتمل معناه لا يقع به الطلاق وإن نواه؛ فلا يقع في مثل اسقني، أطعميني، ما أحسنك، بارك الله فيك ... وما أشبه ذلك.

فالذي دفع الإمام مالكاً إلى إيقاع الطلاق بالكنيات المحتملة غير الظاهرة إنما هو الاحتياط<sup>(104)</sup>. والراجح في المسألة -والله أعلم- قول الجمهور؛ لأن من شروط الأخذ بالاحتياط -كما سبق بيانه- ألا يؤدي إلى الغلو والتنطع، وألا يؤدي العمل به إلى إيقاع الناس في الحرج والمشقة<sup>(105)</sup>.

#### - موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على ألفاظ الطلاق التي يقع بها، وكان من الأولى أن يبيّن الألفاظ التي تحتاج إلى نيّة والتي لا تحتاج إلى نيّة، كما فعل ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>(106)</sup> والأردني<sup>(107)</sup>.

وفي مسألة "الكناية الخفية في الظهار" الحُكْمُ فيها كالحُكْمِ في سابقها فقهاً وقانوناً<sup>(108)</sup>.

الفرع الثاني: تطبيقات الاحتياط التي ترجع إلى قاعدة "المعاملة بنقيض الأصل الفاسد"<sup>(109)</sup>

ومعنى القاعدة أنّ مَنْ تَوَسَّلَ بالوسائل غير المشروعة تعجلاً منه للحصول على مقصوده المستحق له، فإنّ الشرع عامله بضدّ مقصوده؛ فأوجب حرمانه جزاءً فعله واستعجاله. فعمله باطلٌ، ولو تَوَسَّلَ أو أحاط عمله بما يُظهِرُ أنه مشروع<sup>(110)</sup>.

فهذه القاعدة تُعْتَبَرُ من القواعد المبنية على الاحتياط، والإمام مالك من أكثر الفقهاء عملاً بها. ومن تطبيقاتها في فقه الأسرة عند المالكية:

أولاً- مسألة: ردة المرأة بقصد فسخ النكاح:

ذهب المالكية دون غيرهم من الفقهاء<sup>(111)</sup> إلى القول بأنّ المرأة إذا قصدت بردها فسخ النكاح لم يُفْسَخْ؛ معاملةً لها بنقيض مقصودها الفاسد<sup>(112)</sup>.

ومن هنا يتبيّن لنا أنّ الإمام مالكا احتاط لِحَقِّ الزوج في إبقاء عقد الزوجية وعدم فسخها؛ وذلك بمعاملة المرأة بنقيض مقصودها.

- موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

لم ينصّ المشرّع الجزائري على أحكام الرّدة الواقعة من أحد الزوجين، باستثناء نصّه على منع المرتد من الميراث في (المادة 138): "يَمْنَعُ من الإرث اللّعان والرّدة". وهذا يحيلنا على (المادة 222) من قانون الأسرة الجزائري؛ والتي تنصّ على الرجوع إلى أحكام الشريعة في حال عدم وجود نصّ في المسألة. ونقترح أن تُدرج مادة تتناول الرّدة الواقعة بين الزوجين، وأن تُوضّح أحكامها، خاصّةً أن المشرّع الجزائري قد جعل من الشريعة مصدراً للأحكام التي لم يردّ بشأنها نصّ قانوني، وأن لا يترك الأمر لاجتهادات القضاة ما دام الأمر منصوصاً عليه لدى الفقهاء. كما نقترح أن يكون الرأي المنصوص عليه في ردة المرأة بقصد فسخ النكاح من قبيل المشرّع هو رأي المالكية.

ثانياً- مسألة: توريث المطلقة أثناء مرض الموت:

ذهب الفقهاء إلى صحّة طلاق الزوج زوجته إذا كان مريضاً مرضاً مَوْتِ، وأنها ترثه إذا مات وهي في عدّتها من طلاق رجعيّ، سواءً أكان بطلها أم لا.

لكنهم اختلفوا في إرثها منه إذا كان الطلاق بائناً ومات وهي في العدة:

1- ذهب الحنفية والحنابلة إلى إرثها منه من طلاق بائن ما دامت في عدّتها<sup>(113)</sup>.

2- وذهب الشافعية إلى عدم إرثها منه<sup>(114)</sup>.

3- وذهب المالكية إلى أنّ المريض مرض الموت إذا طلق زوجته في مرضه فإنّ زوجته ترثه مطلقاً؛ أي سواءً أكان بطلها كالمُخَيَّرَةِ والمُملَكَةِ والمُخَالِغَةِ، أم بغير طلبها، حتى لو مات بعد عدّتها وزواجها من غيره<sup>(115)</sup>.

فالإمام مالك احتاط لحقوق الزوجة، وعامل المريض بنقيض مقصوده وهو توريث الزوجة، سواءً كانت في العدة أو لم تكن، وسواءً تزوّجت أو لم تتزوّج؛ لأنّ الزوج مُتَمِّمٌ هنا بإدخال الضّرر على زوجته المطلقة؛ وذلك بحرمانها من الميراث<sup>(116)</sup>.

## - موقف قانون الأسرة الجزائري من المسألة:

لم يتعرّض المشرع الجزائري إلى طلاق المريض مرض الموت، لا من حيث أحكامه ولا من حيث آثاره، وهذا خلافاً لبعض التشريعات العربية<sup>(117)</sup>، وبالنظر إلى هذا التصرف من حيث طبيعته القانونية يُعْتَبَرُ صورةً من صور التعسّف في الطلاق، ويكون الزوج متعسّفاً في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض مؤته؛ لأنّه يُعَدُّ فاراً من ميراثها منه فيردُّ عليه قصده بتوريثها، وهذا الأخير يُعْتَبَرُ تعويضاً لها عن تعسّفه في الطلاق حسبما جاء في الاجتهاد القضائي<sup>(118)</sup>.

## ثالثاً- مسألة: النكاح الواقع في مرض الموت -سواء للزوجة أو للزوج- لا إرث فيه

1- ذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)<sup>(119)</sup> إلى أن النكاح صحيح، سواء كان الرجل هو المريض أم المرأة، وإذا مات أحدهما استحقّ الإرث من الآخر.

2- وذهب المالكية في المشهور عنهم إلى منع نكاح المريض والمريضة مرض الموت، وإذا مات أحدهما لا يتوارثان.

جاء في المدونة: "قلت: رأيت المرأة تزوّج وهي مريضة أيجوز تزويجها أم لا؟ قال: لا يجوز تزويجها عند مالك، قال: فإن تزوّجها ودخل بها الزوج وهي مريضة؟ قال: إن ماتت كان لها الصّدق إن كان مسّها، ولا ميراث له منها، وإن مات هو وقد مسّها فلها الصّدق ولا ميراث لها، وإن كان لم يمسّها فلا صدق لها ولا ميراث"<sup>(120)</sup>، "قلت: رأيت إن تزوّج في مرضه ودخل بها ففرقت بينهما، أتجعل صداقها في جميع ماله أم في ثلثه في قول مالك؟ قال: قال مالك: يكون صداقها في ثلثه مُبَدَأً على الوصايا والعقّ ولا ميراث لها، وإن لم يدخل بها فلا صدق لها ولا ميراث"<sup>(121)</sup>.

ففي هذه المسألة عمل الإمام مالك بأصل الذرائع؛ لأنّ المريض متهّم بإدخال الضّرر على ورثته؛ وذلك بزيادة عنصر أجنبي يزاحم الورثة<sup>(122)</sup>، فعامله بنقيض مقصوده وهو عدم توريث الزوجة.

## - موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

ساير المشرع الجزائري قول المالكية في المسألة؛ إذ اعتبر النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا إرث فيه، وهذا ما أشارت إليه (المادة 131) من قانون الأسرة الجزائري: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين"، و(المادة 222): "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرْجَعُ فيه إلى أحكام الشريعة". وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا<sup>(123)</sup>.

## رابعاً- مسألة: الحرمة المؤبّدة لمن تزوّج المرأة في عدتها

اتفق الفقهاء على أنّه لا يجوز للأجنبيّ النكاح في العدة<sup>(124)</sup>، لكنهم اختلفوا فيمن تزوّج امرأة في عدتها ودخل بها:

1- ذهب الجمهور إلى التفريق بينهما، فإذا انقضت العدة بينهما كان خاطباً من الخطأ<sup>(125)</sup>.

2- وذهب المالكية إلى أنه يُفَرَّقُ بينهما ولا تجلّ له أبداً<sup>(126)</sup>.

فالمالكية احتاطوا من التجرؤ على انتهاك الحرمات، وذلك بالتحريم التأييدي كعقوبة على استعجاله شيئاً قبل أوانه، ومعاملة له بنقيض مقصوده، وفيه كذلك زَجْرٌ لغيره من ذوي النفوس المريضة.

#### - موقف قانون الأسرة الجزائري في المسألة:

جعل المشرع الجزائري وطء العاقد الأجنبي في العدة من موانع الزواج، وهو زواج باطل، يُفسخ قبل البناء وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب. وهذا ما أشارت إليه (المادة 32) من قانون الأسرة الجزائري: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". و(المادة 34): "كلّ زواج بإحدى المحرمات يُفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

ولم ينصّ قانون الأسرة الجزائري في حال زوال المانع؛ أي عند انتهاء العدة؛ هل لهما أن يتزوجا من جديد أم لا؟

نقترح أن تُدرج مادة تنصّ على مسألة مَنْ تزوّج المرأة في عدتها ودخل بها، هل لهما أن يتزوجا من جديد عند انتهاء العدة أم لا؟ وأن يكون الرأي المنصوص عليه في هذه المسألة من قبيل المشرع هو رأي المالكية القائل بالتحريم التأييدي؛ عقوبة له على استعجاله شيئاً قبل أوانه، ولأنّ فيه زَجْرًا لغيره من مرضى النفوس.

#### الخاتمة:

إنّ الاحتياط أصلٌ من أصول الشرع، ومسلك شرعي في استنباط الأحكام والترجيح عند تعارض الأدلة، وله ارتباط وثيقٌ بعددٍ من قواعد الأصول والفقه، وهو حجة عند الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)، له أدلته المعتبرة، إلّا أنّ أكثر المذاهب إعمالاً له المذهب المالكي؛ لأنّ من أصوله الاجتهادية التوسّع في سدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، وكلاهما ضربٌ من الاحتياط تُدفع به المفاصد المتوقّعة أو الواقعة، وتُرَاعَى المآلات بما يستوفي مصلحة الإنسان في العاجل والأجل. وكي يكون معتبراً شرعاً وضع الفقهاء له ضوابط وشروطاً تصحّح العمل به، وتصونه عن الوقوع في المحذور.

ولدى استقراء المسائل الفقهية المتعلقة بالأسرة المبنية على الاحتياط لدى المالكية تبين أنهم توسّعوا في الأخذ به، وكان قولهم فيها راجحاً في مسائل، ومرجوحاً في مسائل أخرى.

وعند المقارنة بين الحكم الفقهي والنص القانوني وقرارات المحكمة العليا في المسائل المبحوثة تبين لنا أنّ قانون الأسرة الجزائري وبعد التعديل بالأمر رقم (02-05) سنة 2005م، بقي من حيث الصياغة في أغلب موادّه قانوناً عاماً، يحتمل عدّة تأويلات، فالمشرع الجزائري ترك الكثير من الأمور المتعلقة بالنكاح وفكّ الرابطة الزوجية في حالة إيهامٍ وغموضٍ.

ولذلك خلّص البحث إلى عدّة اقتراحات، نجلّمها فيما يأتي:

- نوجّه عناية الباحثين إلى إثراء قاعدة الاحتياط بمزيد من الدراسات الفقهية والقانونية والقضائية،

- نقترح على المشرع الجزائري أن ينص صراحةً على كل المبادئ والأحكام المتعلقة بالنكاح وفك الرابطة الزوجية؛ نظرًا لخطورة الأمر المتعلق بالأسرة،  
- نوصي أن يكون الرأي المنصوص عليه في المسائل سالفه الذكر من قبل المشرع الجزائري هو الرأي الذي رجحناه في كل مسألة على حدة.  
وأخيرًا نأمل من المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار سائر هذه الاقتراحات في المشاريع القادمة لقانون الأسرة؛ حتى يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويمنح الزوجين مكانتهما وحقوقهما الأساسية في المجتمع؛ وذلك للمحافظة على استقرار الأسرة الجزائرية.

### الهوامش:

- (1) لأن من أصولهم الاجتهادية التوسع في سدّ الذرائع ومراعاة الخلاف، وهذا ما سنبينه لاحقًا.
- (2) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ. (279/7). والفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ت)، (156/1).
- (3) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، 1979م، (120/2).
- (4) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (279/7). والرازي زين الدين، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5، المكتبة العصرية، بيروت، 1999م، ص84. والفيومي، المصباح المنير، (156/1). والزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د.ت)، (222/19 و225).
- (5) الفيومي، المصباح المنير، (156/1).
- (6) ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، دراسة تأصيلية تطبيقية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006م، ص16-19.
- (7) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991م، (61/2).
- (8) الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م، ص16.
- (9) الفيومي، المصباح المنير، (156/1).
- (10) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى العلوي ومحمد البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ. (63/2).
- (11) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع فهد لطباعة المصحف، المدينة النبوية، 1995م، (137-138/20).
- (12) محمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص19.
- (13) ينظر: المرجع نفسه، ص20.
- (14) بناء على تعريف القاعدة الأصولية فلا يمكن أن يكون الاحتياط قاعدة أصولية؛ لأنه ليس من القواعد اللغوية المستعملة في تفسير النصوص وفقهها، وبناء على تعريف القاعدة الفقهية فلا يصح أن يكون الاحتياط قاعدة فقهية؛ لأنه ليس حكماً شرعياً كلياً تندرج تحته مجموعة من الفروع الفقهية المتجانسة. ينظر: محمد الروكي، نظرية التعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1994م، ص49 و50 و57.
- (15) قال الجصاص: "واعتبار الاحتياط والأخذ بالثقة أصل كبير من أصول الفقه، فقد استعمله الفقهاء كلهم". الفصول في الأصول، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1994م، (101/2). وقال السرخسي: "والأخذ بالاحتياط أصل في الشرع". أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت، (د.ت)، (21/2).
- (16) الشاطبي، الموافقات، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن عفا، القاهرة، 1997م، (530/1).
- (17) المرجع نفسه، (85/3).

- (18) ينظر: الجصاص، الفصول في الأصول، (101/2). والسرخسي، أصول السرخسي، (21/2). وابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: سالم عطا، ومحمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، (380/3). وابن العربي، أحكام القرآن، ط3، خرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، (558/1). الجويني، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، (203/2). والآمدني، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتبة الإسلامية، بيروت، (د.ت)، (267/4). والزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، دمشق، 1994م، (204/8). وابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968م، (237/1). والمزداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله التركي ومحمد الحلو، دار هجر، القاهرة، 1995م، (248/12).
- (19) ينظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط2، سامي سلامة، دار طيبة، الرياض، 1999م، (315/3). وابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، 1984م، (431/7).
- (20) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964م، (331/16). وابن عاشور، التحرير والتنوير، (252/26).
- (21) رواه البخاري في صحيحه [كتاب البيوع، باب تفسير المشهّات، رقم 2053]، (43/1).
- (22) ابن عبد البر، الاستذكار، (154/1).
- (23) رواه البخاري في صحيحه [كتاب الشهادات، باب شهادة الإماء والعبيد، رقم 2659]، (173/3).
- (24) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ط2، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، 2003م، (202/7).
- (25) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم: فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، (293/4).
- (26) الشاطبي، الموافقات، (102/4).
- (27) مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م، (129/1).
- (28) رواه مالك في موطنه [كتاب النكاح، باب إرخاء السُّتور، رقم 12]، (28 5/2).
- (29) ينظر: محمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص218. ومنيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، 1998م، ص292.
- (30) ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004م، (340/3). ومحمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص221.
- (31) الشاطبي، الموافقات، (276/5). وينظر: منيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص296.
- (32) ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (308/2). ومنيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص311.
- (33) رواه مسلم في صحيحه [كتاب العلم، باب: هلك المتنطعون، رقم الحديث: 2670]، (2055/4).
- (34) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (342/3).
- (35) ينظر: محمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص224.
- (36) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (246/2).
- (37) ينظر: منيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص307. ومحمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص215.
- (38) ينظر: منيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص308. ومحمد سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص228.
- (39) ابن حجر الهيثي، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، (د.ت)، (135/3).
- (40) كون المقام لا يتّسع للتفصيل، والبحث ليس من أهدافه التوسع في ذلك، ومن أراد التوسّع فقد ذكرنا لكل قاعدة مصادرها ومراجعها في الهامش.
- (41) ينظر: القرافي، الفروق، عالم الكتب، بيروت، (د.ت)، (166/1). والشاطبي، الموافقات، (230/1) و(423/3)، (424، 427). وابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (340/3). ومنيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص320.
- (42) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، (22/2). والزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، (340/339) و(340). ومنيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص323.
- (43) ينظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، 1973م، ص488. والقرافي، الفروق، (32/2). والشاطبي، الموافقات، (85/3).

- (44) ينظر: الشاطبي، الموافقات، (106/5). والزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، وزارة الأوقاف الكويتية، 1985م، (130/2). ومحمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، 2006م، (663/1).
- (45) ينظر: تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م، (118/1 و380). والسيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990م، ص105. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، خرَجَ أحاديثه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م، ص93.
- (46) ينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، (177/1). والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص61. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص57.
- (47) ينظر: أحمد المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ، دار الشنقيطي، (481/2 و484 و486). والحطّاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، دمشق، 1992م، (444/2).
- (48) ينظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، (351/1). وابن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003م، (34/4). ومنيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص341.
- (49) ينظر: القرافي، الفروق، (73/3). والقرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وأحران، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، (398/4).
- (50) سدّ الذرائع في الاصطلاح هو: (التوصُّلُ بمباح إلى ما فيه جُنَاح). الرجراحي، رَفْعُ النِقَابِ عن تنقيح الشهاب، تحقيق: أحمد السراح وعبد الرحمن الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض، 2004م، (194/6).
- (51) ينظر: الشاطبي، الموافقات، (182/5). والقرافي، الفروق، (32/2).
- (52) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دمشق، (د.ت)، (240/2). والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م، (258/4). وابن قدامة، المغني، (183/7). وذهب الحنفية إلى صحة نكاح المُخْرِمِ إلا أنه مكروه تحريمًا. ينظر: الحصكفي، الدرالمختار مع حاشية ابن عابدين عليه، ط2، دار الفكر، بيروت، 1992م، (47/3). وينعقد النكاح بشهادة المحرم عند الشافعية؛ لأنه ليس بعاقِد ولا معقود عليه، لكن الأولى أن لا يحضر. ينظر: الشريبي، مغني المحتاج، (258/4).
- (53) ابن رشد الجَد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ط2، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م، (18/4).
- (54) المرجع نفسه، (18/4).
- (55) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، دمشق، 1995م، (29/2).
- (56) قانون الأسرة الجزائري، اعتنى به: بلعروسي التيجاني، دار هومه، الجزائر، 2013م.
- (57) مراعاة الخلاف هو: (إِعْمَالُ دَلِيلٍ فِي لَزْمٍ مَدْلُولُهُ الَّذِي أُعْمِلَ فِي نَقِيضِهِ دَلِيلٌ آخَرٌ). ابن عرفة، حدود ابن عرفة ومعه شرحه للرّصاع، المكتبة العلمية، بيروت، 1350هـ، ص177. وعرفه الشاطبي بأنه: (إِعْطَاءُ كُلِّ وَاحِدٍ مَهْمَا -من الدليلين- ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه). الموافقات، (107/5).
- (58) ينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، ص110.
- (59) يُعْبَرُ عنه بعض الفقهاء بالمال. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م، (319/2). والمُرْدَاوي، الإنصاف، (260/20).
- (60) الكفاءة هي: (المماثلة والمقاربة). محمد الرّصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص162.
- (61) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (319/2). والعيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، (110/5).
- (62) ينظر: المُرْدَاوي، الإنصاف، (260/20).
- (63) مِثْلُهُمْ في عدم اعتبارها الشافعية في الأصح. ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر، دمشق، (د.ت)، (182/16).
- (64) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، ص747.
- (65) مالك، المدونة، (100/2). قال علي الرجراحي عن هذه الرواية: "إني أرى لك في ذلك متكلّمًا، وهذه رواية صحيحة، وبها يرتفع الإشكال، وعلما اختصر أكثر المختصرين". مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، دار ابن حزم، بيروت، 2007م، (312/3).

- (66) ينظر: الرجائي، مناهج التحصيل، (315/3). ومحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، 2002م، ص466.
- (67) المقررة في نصّ (المادة 12) القديم قبل إلغائه؛ حيث كانت تنصّ على أنه: (لا يجوز للولي أن يمنع منّ في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام (المادة 9) من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت).
- (68) ينظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م، ص145.
- (69) ينظر: نبيل صقروقمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصّاً وتطبيقاً، دار الهدى، عين مليلة، 2008م، ص6 و40.
- (70) جاء في قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 2000/07/18م، ملف رقم 249128، موضوع القرار "أركان الزواج-انعدام الرضا-زواج-لا": (يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحقّ للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج ...). ينظر: نبيل صقروقمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصّاً وتطبيقاً، ص6. وفي قرار آخر بتاريخ: 2001/02/21م، ملف رقم 255711، موضوع القرار "زواج-فسخه قبل البناء-انعدام الرضا-تطبيق سليم للقانون": (إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسكّ الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سنّ الرشد لعدم رضاها هو تطبيق لصحيح القانون). ينظر: المرجع نفسه، ص40.
- (71) ينظر: مالك، المدونة، (117/2). والنووي، المجموع، (146/16). وابن قدامة، المغني، (7/7).
- (72) ينظر: السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993م، (10/5). والكاساني، بدائع الصنائع، (247/2).
- (73) هو إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل القاضي، ولد بالبصرة سنة 200هـ، ونشأ بها واستوطن بغداد، إمام علامة في سائر الفنون والمعارف، فقيه مالكي، على درجة الاجتهاد، وحافظٌ معدودٌ في طبقات الفراء وأئمة اللغة. تفقّه به النسائي وابن المنجاب وآخرون. شرح مذهب مالك ولخصه واحتجّ له. ولي قضاء بغداد. توفي سنة (284 أو 283هـ). من تصانيفه: "المبسوط" في الفقه، "وشواهد الموطأ". ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: مجموعة من المحققين، مطبعة فضالة، المغرب، (د.ت)، (278/4). ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، (97/1).
- (74) ابن عبد البر، الاستذكار، (395/5).
- (75) ابن عبد البر، التمهيد، (94/19).
- (76) جاء في قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 1999/06/29م، ملف رقم 232095، موضوع القرار "عدم وجود الولي يؤدي لفسخ عقد الزواج وليس البطلان": (حيث إنّ القرار المنتقد ركّز في تسببه على انعدام الولي في الزواج، وهو ما يؤدي إلى قيام عقد الزواج الذي يثبت بعد الدخول إذا اختلّ ركن واحد، ويبطل إذا اختلّ أكثر من ركن واحد، وانعدام الولي لا يؤدي إلى انعدام الزواج ...). ينظر: نبيل صقروقمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصّاً وتطبيقاً، ص40-41.
- (77) ينظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص57. والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص61. ومحمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، (193/1).
- (78) ينظر: يحيى بن هُبَيْرَة، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002م، (179/2).
- (79) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (126/3). والمطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، (245/17). وابن قدامة، المغني، (493/7). والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت)، (332/5).
- (80) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص50-51.
- (81) ينظر: مالك، المدونة، (67/2). ومحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، 2013م، ص393.
- (82) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص576.
- (83) ينظر: محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنيّة في الأسرار الفقهية، عالم الكتب، بيروت، (د.ت)، (106/2). والغرياني، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان، بيروت، 2002م، (676/2).
- (84) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (229-228/3).
- (85) ينظر: الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990م، (280/5). والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط3، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991م، (103 و102/8).
- (86) ينظر: مالك، المدونة، (69/2 و70). والخرشي، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، دار الفكر، بيروت، (د.ت)، (65/4).

- (87) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص 576.
- (88) ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير (بلغة السالك لأقرب المسالك)، دار المعارف، القاهرة، (د.ت)، (589/2).
- (89) ينظر: الغرياني، مدونة الفقه المالكي، (676/2).
- (90) ينظر: ابن قدامة، المغني، (403/6). والبهوتي، كشاف القناع، (332/5).
- (91) ينظر: الرجراحي، مناهج التحصيل، (306/4). ومحمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق، (175/1).
- (92) ينظر للاستزادة والتفصيل في عرض أدلة كل فريق والاعتراضات والردود عليها: الزبير معتوق، تفردات المذهب المالكي في فُرُق النكاح، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2016م، ص 140 فما بعدها.
- (93) ينظر: الحصكفي، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه، (283/3). والحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985م، (211/1). والبهوتي، كشاف القناع، (332/5). والمُزداوي، الإنصاف، (139-138/9).
- (94) ينظر: مالك، المدونة، (68/2). والخرشي، شرح الخرشي على خليل، (65/4). والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (401/2 و402).
- (95) في المسألة أقوال ثلاثة: أ- يُنَجِّزُ عليه الطلاق على طريقة أبي عمران وتبعه ابن الحاجب. ب- يُؤمَرُ بالطلاق من غير جبر إن كان شكُّه لسبب قائم به، عزاه ابن رشد لابن القاسم في المدونة وحكى عليه الاتفاق. ج- عدم الحنث وأنه لا يُؤمَرُ بالفراق لا بقتل ولا بقضاء، وهو اختيار أبو محمد والّخفي. ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (402-401/2).
- (96) إذا شك في الحنث في فعل غيره، كما لو حلف على زيد لا يدخل الدار، وإن دخلها فيلزمه الطلاق، ثم شك هل دخلها زيد أم لا، فلا شيء عليه، إلا أن يستند إلى أمر يتقوى به المحلوف عليه؛ كرؤيته شخصاً يدخل الدار فيشكُّ هل هو زيد أو غيره ولم يمكنه التحقق منه، فيؤمر بالطلاق، أما الجبر عليه ففيه تأويلان، وهذا كله في سالم الخاطر من الوسواس. ينظر: الخرشي، شرح الخرشي على خليل، (65/4). والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (402/2).
- (97) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور، دار البحوث والدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 1423هـ، ص 95.
- (98) ينظر: الشرواني، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1983م، (70/8).
- (99) أما قول الشافعية فيه من الحرج والضيق ما فيه؛ لأن في الإيقاف والإمسك حتى يتذكر وتحريمها عليه عدة مفسد للزوج وللزوجة؛ فالزوجة تركها معلقة لا ذات زوج ولا أيم، والزوج كذلك تركه معلقاً لا ذا زوج ولا عزباً، والشرع الحنيف يأبى ذلك. وأما قول المالكية فيمن حلف وشك هل حلف بالطلاق أو بغيره فإنه يُؤمر بتنفيذ الجميع من غير قضاء، فليس لهم فيه نص صريح، وإنما هو الاحتياط للزوج، فهو إعمال للشك بدل اليقين؛ استثناء من القاعدة، وهو قول يؤدي إلى فتح أسباب الطلاق، بدل تضييقه، وبذلك إلى التفكك الأسري وأضراره المادية والمعنوية على الفرد والمجتمع. ينظر: الزبير معتوق، تفردات المذهب المالكي في فُرُق النكاح، ص 134 فما بعدها.
- (100) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، (108-105/3). والدردير: الشرح الصغير، (566-565/2). والشربيني، مغني المحتاج، (456/4 وما بعدها). والمُزداوي، الإنصاف، (485-481-462/8).
- (101) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص 570. والدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، (383/2). ومحمد المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م، (332/5). وابن جزى، القوانين الفقهية، ص 391.
- (102) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص 573.
- (103) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (108/3). والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت)، (11/3). والمُزداوي، الإنصاف، (485/8). وقال الحنفية في قوله: (اذهبي) أنه يقع به الطلاق إذا نواه. واختلف قول الشافعية في (كلي واشربي)، والصحيح أنه يقع بهما الطلاق مع النية. ينظر: السرخسي، المبسوط، (78/6). والمطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، (103-102/17).
- (104) القرافي، الفروق، (268/3).
- (105) هذه المسألة أقرب ما تكون إلى الطلاق بالنية، وجماهير الفقهاء -ومنهم المالكية في المعتمد- لا يقولون بوقوع الطلاق بمجرد النية، لهذا لا نجد أحداً من غير المالكية قال بقولهم في هذه المسألة. قال القرطبي: "ولم يُنابغ مالكاً على ذلك إلا أصحابه". الجامع لأحكام القرآن، (136/3). وقال أشهب من علماء المالكية أن لا شيء عليه في هذه الألفاظ ولو نوى ذلك. ينظر: عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت، 1989م، (88/4).

- (106) نصّت (المادة 93) على أنه: "1- يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية. 2- ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية أو بدلالة الحال". حسن البغا ومصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سورية، 2018م، ص 177.
- (107) نصّت (المادة 95) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي: "الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحمل معنى الطلاق وغيره بالنية". محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، 2010، ص 246.
- (108) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (229/3 و233). والقاضي عبد الوهاب، المعونة، ص 573. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (444/2). والشريبي، مغني المحتاج، (31/5). ومنصور الهوتي، شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، عالم الكتب، الرياض، 1993م، (167/3).
- (109) أحمد المقري، قواعد الفقه، تحقيق: محمد الدردابي، دار ابن حزم، بيروت، 2014م، ص 332.
- (110) ينظر: محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003م، (151/2).
- (111) لم نجد رأياً في المسألة لدى (الحنفية والشافعية والحنابلة) على حسب اطلاعنا -والله أعلم-.
- (112) ينظر: قاعدة: "من الأصول المعاملة بنقيض المقصود الفاسد". الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تحقيق: الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، 2006م، ص 132، قاعدة 87، وفيه: "وإذا تنصرت المرأة راجيةً بذلك فراق زوجها لكرهتها فيه ضربت ضرباً وجيعاً، ثم رُدّت إليه، أحبّت أو كرهت". وينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (270/2). والخرشي، شرح الخرشي على خليل، (229/3). والنفراوي، الفواكه الدواني، (25/2). وزوي عن أشهب في الزوج إذا قال لامرأته: "إذا خَرَجْتَ من البيت بغير إذني أو كلّمت زَيْدًا فأنت طالق"، فخرجت أو كلّمت زَيْدًا تريدُ بذلك الطلاق من زوجها، فإنها لا تُطَلَّق؛ معاملةً لها بنقيض مقصودها الفاسد. ينظر: ابن رشد الجدل، المقدمات الممهّدات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988م، (576/1). قال ابن القيم في سياق حديثه عن رواية أشهب: "وهذا القول هو الفقه بعينه، ولا سيّما على أصول مالك وأحمد في مقابلة العبد بنقيض قصده". إعلام الموقعين، تحقيق: مشهور آل سلمان، دار ابن الجوزي، السعودية، 1423هـ، (519/5).
- (113) اشترطوا له أن يكون بغير طلبها ولا رضاها. ينظر: السرخسي، المبسوط، (154/6). وابن قدامة، المغني، (394/6).
- (114) ينظر: النووي، روضة الطالبين، (72/8).
- (115) ينظر: مالك، المدونة، (86/2). وشرح مختصر خليل للخرشي، (18/4). والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (353/2).
- (116) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004م، (102/3).
- (117) نصّت (المادة 116) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "من باشر سبباً من أسباب البئونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائفاً بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت". حسن البغا ومصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية السوري، ص 193.
- (118) في قرار بتاريخ 1998/03/17 والذي جاء فيه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبّقوا صحيح القانون، ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن؛ أي أنّ الطلاق في مرض الموت يُعدّ تعسفاً إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث. ينظر: محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، 2012م، ص 10. وجاء في قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 1993/12/21م، ملف رقم 101444، موضوع القرار "وفاة أحد الزوجين قبل الحكم بالطلاق-الأثار المترتبة عن الوفاة- حق الزوجة في الميراث ثابت ولو كان الطلاق صحيحاً". (من المقرر قانوناً عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحق الحيّ منهما الإرث، وللزوجة نفس الحقّ إذا حصلت الوفاة أثناء عدّة طلاقها ... أمّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقاً بائناً ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث؛ فإنها تعتدّ بأطول الأجلين ...). ينظر: نبيل صقر وقمراري عزالدين، قانون الأسرة نصاً وتطبيقاً، ص 193.
- (119) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية، (528/5). والنووي، المجموع، (439/15). وابن قدامة، المغني، (392/6).
- (120) مالك، المدونة، (170/2). وينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، (69/3).
- (121) مالك، المدونة، (170/2 و171).
- (122) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، (69/3).

(123) جاء في قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، بتاريخ: 2001/05/23م، ملف رقم 251656، موضوع القرار: "1- زواج في مرض الموت-إرث-لا. 2- ميراث-زواج في مرض الموت-لا إرث فيه". المبدأ: (إن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو للزوج لا إرث فيه (فقه). وإن القضاء برفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالفة للشرع). ينظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 298.

(124) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، (45/2). وابن قدامة، المغني، (124/8).

(125) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (204/3). والنووي، روضة الطالبين، (43/7). وابن قدامة، المغني، (124/8).

(126) ينظر: مالك، المدونة، (23/2). والنفراوي، الفواكه الدواني، (12/2). وذلك أن مالكاً روى في الموطأ أن طليحة الأسيديّة نُكِحَتْ في عدتها، فضرِبها عمر بن الخطاب، وضرِب زوجها راشد الثقفي بالمُخَفِّقَةِ ضربات، وفُرِّقَ بينهما، ثم قال: "أَيُّما امرأة نُكِحَتْ في عدتها فإن كان زوجها لم يدخل بها، فُرِّقَ بينهما، ثم اعتدَّت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطأب، وإن كان دخل بها فُرِّقَ بينهما، ثم اعتدَّت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدَّت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً". موطأ الإمام مالك [كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح]، (536/2).

الأخذ بالاحتياط وتطبيقاته في مسائل الأسرة عند المالكية

-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري- ط. د. / الزبير معتوق، د. / عبد القادر مهاوات

---