



مجلة التراث

J-ALT

2018/ Vol:8 N°01

Available online at <http://www.asjp.cerist.dz>

قاعدة مراعاة الخلاف وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية

- دراسات مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري -

الدكتور رصاص موسى، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، جامعة معسكر. الجزائر.

## مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه ومن تبعه واهتدى بهديه إلى يوم الدين، وبعد:

يتولى هذا البحث الكشف عن أهمية البناء الفقهي على قاعدة مراعاة الخلاف، والتي تعد من الأصول التي راعاها فقهاء المالكية في اجتهاداتهم، حيث يتلخص مضمون هذه القاعدة - كما سنرى في تعريفها - في كون الفقيه يجتهد في واقعة ما فيعطيها حكماً معيناً، بينما يكون لمجتهد آخر رأي مخالف له، ويقع الفعل في الواقع على خلاف قول المجتهد الأول، فبراعي رأي مخالفه ويعدل عن موجبات رأيه ومقتضياته في بعض الآثار التي تترتب على ذلك الفعل، وهذا من مرونة وواقعية هذه الشريعة، وهكذا فإنّ الفقيه يقول ابتداءً بالدليل الذي يراه راجحاً في نظره، فإذا وقع الفعل على مقتضى الدليل الآخر، راعى ما لهذا الدليل من القوة في هذه الواقعة. وهكذا تقوم هذه القاعدة وفق هذا المعنى، على أساس مراعاة الرأي المرجوح بعد وقوع الفعل؛ لأن هذا الرأي قد يُنظر إليه باعتبار آخر فيصبح راجحاً بعد الوقوع، بعد أن كان مرجوحاً قبل الوقوع، وبهذا المنحى يظهر التأصيل العلمي لفقه الاختلاف، والذي غاب أو كاد يغيب عن حياتنا الفقهية؛ لذلك تشوّفت همّي للكتابة في هذا الموضوع الحيوي، وقصدت البحث في الدراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون في باب الأحوال الشخصية، حيث لم أعتز - حسبما اطلّعت عليه من البحوث - على دراسة خاصّة في هذا الموضوع، ذي الوجهة المقارنة، في حين نجد الدراسات الفقهية حول قاعدة مراعاة الخلاف متوافرة، كما يُلاحظ في مراجع هذا البحث.

وقد قصدت بهذه الدراسة تقريب المباحث الأصولية والفقهية وتسهيلها لدارسي القانون؛ من أجل الاستفادة من هذا التراث الفقهي العظيم في الدراسات المقارنة، والذي أشاد به المنصفون من علماء الغرب أنفسهم. ما المقصود بقاعدة مراعاة الخلاف؟، وما مدى أهميتها للمجتهد والناظر في النوازل الفقهية؟، وما هي الثمرة المرجوة من هذه الدراسة...؟. تساؤلات عديدة لا يمكن للباحث وهو يخوض غمار هذا البحث أن يتجاهلها، بل إن قيمة هذه الدراسة تكمن في مدى الإجابة في الإجابة عنها.

وسوف أتناول هذا الموضوع بالدراسة من جانبين: جانب نظري خاص ببيان مفهوم قاعدة مراعاة الخلاف، وآخر تطبيقي عرضت فيه تنزيل هذه القاعدة في بعض مسائل الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون وفق الخطة الآتية:

مقدمة:

المبحث الأول: الجانب التنظيري لقاعدة مراعاة الخلاف.

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف.

المطلب الثاني: حالات مراعاة الخلاف.

المطلب الثالث: شروط إعمال قاعدة مراعاة الخلاف.

المبحث الثاني: الجانب التطبيقي لقاعدة مراعاة الخلاف - دراسة بعض النماذج في الأحوال

الشخصية-

المطلب الأول: الشروط المقترنة بعقد الزواج.

المطلب الثاني: نكاح الشغار.

المطلب الثالث: الزواج بدون ولي. خاتمة.

المبحث الأول: الجانب النظري لقاعدة مراعاة الخلاف.

المطلب الأول: تعريف مراعاة الخلاف.

الفرع الأول: التعريف اللغوي:

**المراعاة:** المناظرة والمراقبة، يقال راعيت فلانا مراعاة ورعاء إذا راقبته وتأمّلت فعله، وراعت الأمر نظرت إلى ما يصير، وراعيته لاحظته، وراعيته من مراعاة الحقوق، وفلان يراعي أمر فلان، أي ينظر إلى ما يصير أمره<sup>(1)</sup>. هذا التعريف اللغوي له صلة قوية بالتعريف الاصطلاحي الآتي بيانه؛ حيث أن الفقيه يلاحظ ويراعي رأي فقيه آخر بوجه من الوجوه.

**والخلاف والاختلاف:** نقيض الاتفاق، وهو أن يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله وأقواله<sup>(2)</sup>، والاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً والمقصود واحد<sup>(3)</sup>.

وبيان ذلك أنّ الاختلاف بين الفقهاء يكون في الوسيلة لا في المقصد، أعني أنهم يختلفون في طريق الاستدلال الذي يسلكه كل فقيه، ومقصدهم واحد يتمثل في الوصول إلى معرفة الحكم الشرعي للمسألة.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي:

عُرِّفت هذه القاعدة بعدة تعريفات<sup>(4)</sup> أشهرها: تعريف الإمام ابن عرفة<sup>(5)</sup> -رحمه الله- بأنها: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليل آخر"<sup>(6)</sup>.

قال العلامة الرّصاع<sup>(1)</sup> في شرح هذا التعريف المبهم: "قوله: "في لازم مدلوله" أخرج به إعمال الدليل في مدلوله، والدليل هو ما يمكن التوصل به إلى مطلوب خبري، والمطلوب هو الدليل، فالنهي الوارد في نكاح الشُّغار دليل<sup>(2)</sup>، مدلوله

<sup>1</sup> - لسان العرب، ابن منظور الإفريقي، دار صادر، بيروت: 329/14. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، ط4/1990م، دار الهدى، الجزائر: ص166

<sup>2</sup> - مفردات غريب ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني، مطبعة نور محمد بكراتشي، 1380هـ-1961م: ص294.

<sup>3</sup> - الكليات، أبو البقاء الكفوي الحسيني الحنفي، طبعة بولاق القاهرة سنة 1253 هـ: ص60-61

<sup>4</sup> - قريب من ذلك تعريف الإمام الرّصاع بان مراعاة الخلاف هو: "رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف". شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجنان، والظاهر المعموري، ط1/1993م دار الغرب الإسلامي، بيروت: 266/1. وتعريف الفقيه المالكي أحمد القباب هو "إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه". المعيار المعرب، أحمد بن يحيى الونشريسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1995م: 388/6.

<sup>5</sup> - هو محمد بن محمد بن عرفة، وُلد بتونس سنة 716هـ، يعد من كبار فقهاء المالكية، تُوفي -رحمه الله تعالى- سنة 802هـ. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ابن فرحون المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت: ص337.

<sup>6</sup> - شرح حدود ابن عرفة: 263/1.

تحريم نكاح الشُّغار، ولازم هذا الدليل فسخه، ودلّ عليه دليل النهي؛ لأنه يدل على فساد المنهي عنه وفسخه، ونكاح الشُّغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية، وبغير طلاق في أخرى، ومن خالف مالكا يقول بأنه لا يجب فسخه، والجاري على فسخه بغير طلاق أنه لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ولا ميراث، وقد وقع لمالك - رحمه الله - أنه يقول يقع الفسخ بطلاق، ويلزم فيه الطلاق ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما، فالجاري على أصل دليله ولازم قوله أنه لا ميراث في ذلك. فلما قال بثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشُّغار إذا وقع لدليل دل على ذلك وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين، فأعمل مالك رحمه الله دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشُّغار في لازم مدلوله وهو ثبوت الميراث، وهذا المدلول المذكور أعمل مالك رحمه الله دليله في نقيضه وهو فسخ النكاح، وأعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح، وهذا معنى قولهم مراعاة الخلاف فيه إعمال دليل كل من الخصمين"<sup>(3)</sup>

وبيان ذلك أنّ الأصل العام كون الفقيه يحكم بمقتضى اجتهاده الذي أداه إليه الدليل الذي اعتمد عليه، فلا يلتفت إلى قول الغير، والذي يعدّ بالنسبة إليه مرجوح، وقوله هو الراجح في نظره. غير أنه قد يعدل عن ذلك فيترك العمل بمقتضى قوله ودليله من وجهٍ يُعْمَلُ دليل غيره المرجوح عنده، وموجب هذا العدول هو رجحان دليل المخالف في لازم مدلوله، فيكون الفقيه قد سار على وفق دليل غيره في جهة يكون رأي الغير أرجح فيها. وهذا ما يجري عامة في تصحيح العقود إذا كان فسادهما مختلفاً فيه، ومنها نكاح الشُّغار، حيث يقول فقهاء المالكية كل نكاح فاسد اختلّف فيه فإنه يثبت به الميراث ويفتقر في فسخه إلى الطلاق؛ لأنه بعد وقوعه تعلق به مصلحة كل من الزوجين والأولاد والورثة. وهكذا فإنّ المذهب المالكي يوجب الفسخ ويثبت التوارث إذا مات أحدهما، مع أن الأصل العام عند مالك هو عدم التوارث ما دام الفسخ ثابت، لكنه راعى الخلاف القائل بعدم فسخه، فأخذ بدليل المخالف في لازم مدلوله وهو ثبوت الإرث، والأخذ بدليله الذي يترتب عليه الفسخ، وبذلك يكون قد جمع بين إعمال دليلين في الحكم وإعمال دليل مخالفه في لازم مدلوله.

ونحن إذا رجعنا إلى تعريف ابن عرفة السابق - وباقي التعريفات - ألفيناه ينطبق على حالتين من مراعاة الخلاف، مراعاة الخلاف ابتداءً، ومراعاته انتهاءً، أو النظر إلى الخلاف قبل وقوع الحادثة، ومراعاته بعد الوقوع، وإن كانت الحالة الثانية هي المرادة عند الإطلاق في المذهب المالكي، أعني أنهم أطلقوا الكلام في رعي الخلاف وهم يقصدون حالة قبل الوقوع، وهو ما سنتناوله في المطلب اللاحق.

<sup>1</sup> - هو أبو عبد الله محمد بن قاسم الرّصاع الأنصاري، وُلد بتلمسان سنة 819هـ، رحل إلى تونس وتولى القضاء بها، والخطابة والإفتاء بجامع الزيتونة، لُقّب بالرّصاع نسبة إلى جده الرابع الذي كان نجارا يرصع المنابر، توفي رحمه الله تعالى سنة 894هـ. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، مخلوف محمد، المطبعة السلفية بالقاهرة 1329هـ: ص 260

<sup>2</sup> - يقصد حديث ابن عمر رضي الله عنه: "أنّ رسول الله عليه الصلاة والسلام نهى عن نكاح الشُّغار"، أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الشُّغار حديث رقم: 4822.

<sup>3</sup> - شرح حدود ابن عرفة: 264/1-265.

## المطلب الثاني: حالات مراعاة الخلاف.

الحالة الأولى: مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل، أو الخروج من الخلاف:

عرّف الإمام القباّب<sup>(1)</sup> مراعاة الخلاف بقوله: "إعطاء كلّ واحد من الدليلين حكمه"<sup>(2)</sup>

و المتأمل في هذا التعريف يدرك أنه يصلح أن يُعرّف به هذه الحالة، وإن كان المؤلف أطلقه في رعي الخلاف ولم يقيده بحالة معيّنة. ومن هنا عرّف أحد الباحثين المعاصرين مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل بتعريف قريب من هذا بقوله هو: "الجمع بين دليلين بوجه من وجوه الجمع، والعمل بمقتضى كل واحد منهما، فعلاً أو تركاً، احتياطاً وورعاً"<sup>(3)</sup>، إذا فمراعاة الخلاف يراعى فيها إعمال كل واحد من الدليلين المختلفين، والقاعدة أنّ إعمال الدليل أولى من إهماله.

هذا والمقصود بمراعاة دليل المخالف في كلام المؤلف "ما يقوى في أحد الدليلين، وترجح في إحدى الأمرتين قوة ما، ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وتشوفها إلى مقتضى الدليل الآخر. فهنا تحسن مراعاة الخلاف؛ إذ يعمل المجتهد ابتداءً بالدليل الأرجح؛ لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة؛ لوقوع ذلك على موافقة الدليل له من القوة ما لم يسقط اعتباره جملة"<sup>(4)</sup>

و يمكن للباحث أن يرّكب من تعريف الإمام القباّب تعريفاً خاصاً بهذا النوع، وهو: "إعطاء كلّ واحد من الدليلين حكمه ابتداءً، خروجاً من الخلاف".

من صور ذلك "أن يختلف العلماء في فعل، هل هو مباح أو حرام؟ فالورع والاحتياط الترك.

أن يختلف العلماء في فعل، هل هو مباح أو واجب؟ فالورع والاحتياط الفعل.

أن يختلف العلماء في فعل، هل هو مندوب أو حرام؟ فالورع والاحتياط الترك.

أن يختلف العلماء في فعل، هل هو مكروه أو واجب؟ فالورع والاحتياط الفعل.

أن يختلف العلماء في فعل، هل هو مكروه أو واجب؟ فالورع والاحتياط الفعل.

أن يختلف العلماء في فعل، هل هو مشروع أو لا؟ فالورع والاحتياط الفعل"<sup>(5)</sup>.

فالحاصل من ذلك أن يكون مقتضاه آتياً على وفق قاعدة الاحتياط، بعد أن يظهر للمجتهد بعد اجتهاده قوة مأخذ

مخالفه وصحة دليله، بحيث يراعي قول غيره قبل وقوع الفعل؛ وهذا كله من أجل الخروج من الخلاف "مثال ذلك أن يترجح دليل الإباحة عنده، ومذهب غيره التحريم، فإن توسّط الأمر قال بالكراهة، كما توسّطوا في المشهور في الماء المستعمل بأنه مكروه للخلاف؛ توسطاً بين القول بنجاسته وبين القول بأنه طاهر غير مطهر"<sup>(6)</sup>

1 - هو أبو العباس أحمد بن قاسم الفاسي، المعروف بالقباّب، إمام المغرب وإفريقية في وقته. الديباج المذهب: ص 41.

2 - المعيار المعرب: 388/6.

3 - مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، محمد أحمد شقرون، ط1/1423هـ-2002م، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة: ص 74.

4 - مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، مختار قوادري، رسالة ماجستير، سنة 2000م: ص 52.

5 - الفروق، شهاب الدين القرافي، دار المعرفة، بيروت: 211/4-212.

6 - كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، ابن فرحون المالكي، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1995م: ص 168.

هذا وقد ذكرنا سابقاً أن تعريف الإمام ابن عرفة يصلح هو الآخر أن نعرّف به هذا النوع، خاصة إذا أضفنا إليه قيد "ابتداء"، فيصير الحد كالاتي: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليل" آخر، ابتداء"

الحالة الثانية: مراعاة الخلاف بعد الوقوع: وهي المشهورة عند إطلاق مصطلح مراعاة الخلاف، وهكذا فإن التعريفات السابقة سبقت لبيان هذه الحالة، وإذا أردنا الضبط أكثر أضفنا قيد انتهاء، فيصبح التعريف كالاتي: "إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه انتهاء"، حيث يراعي الفقيه الخلاف بعد وقوع الفعل، فيكون للفعل بعد الوقوع حكم مغاير لحكمه قبل الوقوع، حيث يرجح المجتهد في المسألة الحكم الأصلي مستندا إلى دليله، بناء على ما ذهب إليه ابتداءً، فإذا وقع الفعل بخلافه راعى دليل غيره المرجوح عنده لوجه يقتضي رجحان دليله في تلك الحالة.

قال الإمام القباب: "فاعلم أن مراعاة الخلاف من محاسن هذا المذهب، فيقول ابتداءً بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر، راعى ما لهذا الدليل من القوة"<sup>(1)</sup>

**المطلب الثالث: شروط إعمال قاعدة مراعاة الخلاف.**

ذكر العلماء شروطاً متعددة لهذه القاعدة، ونحن نجملها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الذي يراعي الخلاف مجتهداً: حيث ذكر العلماء أنّ من شروط الاجتهاد "معرفة الإجماع والاختلاف... ليتبع الإجماع، ويجتهد في الاختلاف"<sup>(2)</sup>، فلا بد لمن ينظر في الاختلاف أن يكون من المجتهدين؛ لأنه يباشر أقوال العلماء وأدلتهم، ويرجح بينها، قال الإمام الشاطبي<sup>(3)</sup>: "مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف إنّما معناها مراعاة دليل المخالف حسبما فسره لنا بعض شيوخنا المغاربة، ومراعاة الدليل أو عدم مراعاته ليس إلينا معشر المقلدين، فحسبنا فهم أقوال العلماء، والفتيا بالمشهور منها"<sup>(4)</sup>

الشرط الثاني: أن تكون المسألة - التي يراعى فيها الاختلاف - مختلفاً فيها: وهذا أمر بديهي فإن المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها الاختلاف، والمسائل المختلف فيها التي تجري فيها هذه القاعدة هي ما كانت أدلتها ظنية تحمل وجوهاً من الأحكام، أما الأدلة القطعية التي لا تحمل التأويل فلا مجال للاختلاف فيها، بله تطبيق هذه القاعدة. قال الإمام الشاطبي: "فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يُراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفاً فيها روعي فيها قول المخالف وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكي، فلم يعامل المسائل المختلف فيها معاملة المتفق عليها، ألا تراهم يقولون: كل نكاح فاسد اختلف فيه، فإنّه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسحه إلى الطلاق... بخلاف المسائل المتفق عليها فإنّه لا يراعى فيها غير

1 - المعيار المعرب: 388/6.

2 - قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر السمعاني، ط1/1418 هـ-1997م، دار الكتب العلمية، بيروت: 306/1.

3 - هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الشهير بالشاطبي، له مؤلفات جليلية منها: الموافقات، والاعتصام، توفي - رحمه الله تعالى - سنة 790 هـ. ينظر: شجرة النور الزكية: ص231.

4 - الفتاوى للإمام الشاطبي، جمع وتحقيق محمد أبو الأجنان، طبع بتونس عام 1984م: ص119.

دلائلها، ومثله جار في عقود البيع وغيرها، فلا يعاملون الفاسد المختلف في فساده معاملة المتفق على فساده، ويعللون التفرقة بالخلاف"<sup>(1)</sup>

الشرط الثالث: أن يكون الدليل المرعى قويا: فإن كان الدليل ضعيفا فلا يُلتفت إليه؛ لأنّ الأصل الذي بنى عليه المخالف الحكم المستنبط غير معتبر مطلقا عند المرعى للخلاف، ذلك أن المرعى في قاعدة مراعاة الخلاف ليس كل خلاف، وإنما العبر بقوة الدليل، ومن هنا "لم يُراع مالك كل خلاف، وإنما راعى خلافا لشدة قوته"<sup>(2)</sup>

### المبحث الثاني: الجانب التطبيقي لقاعدة مراعاة الخلاف، دراسة بعض النماذج.

سنتناول في هذا المبحث الجانب التطبيقي لهذه القاعدة في باب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، وفي قانون الأسرة الجزائري، ونحن نختار بعض المسائل الفقهية المنتزعة من قاعدة مراعاة الخلاف، الخاصة بأحكام الزواج؛ بحيث نُجعل مثلا يُحتذى به في غيرها من المسائل، إذ المقام لا يسع لعرض جميعها.

القاعدة عند المالكية "أنّ كلّ ما اختلف الناس فيه من النكاح، حتى أجازوه قوم وكرهه قوم، أن يلحق فيه الطلاق ويكون فيه الميراث"<sup>(3)</sup> كما في نكاح الشُّغار، وهذا كله مراعاة لمن يقول بصحته من الفقهاء، ويظهر للباحث أن هذا المنحى الاجتهادي يتوسم منهج الوسطية، حيث يراعي الفقيه الذي يُعمل هذه القاعدة قول المخالف له في مذهبه، وذلك من خلال توسطه في الأحكام، فيأخذ بطرف من مذهبه، وبطرف آخر من مذهب المخالف.

وفي بعض الحالات تؤدي مراعاة الخلاف إلى تصحيح العقد وإبقائه على حاله كما في النكاح بدون ولي؛ حيث تستحق الزوجة المهر والميراث عند المالكية إذا تزوجت بغير ولي؛ فإن الإمام مالك -رحمه الله- مع قوله بفساد النكاح دون ولي، يراعي الخلاف عند نظره فيما يترتب عليه بعد الوقوع؛ إذ التفرغ على البطلان الراجح عنده يؤدي إلى مفسدة وضرر أقوى من مقتضى التّهي على ذلك القول.

وهذه بعض المسائل التي روعي فيها الخلاف في باب الزواج:

<sup>1</sup> - الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق الشاطبي، تحقيق عبد الله دراز، ط1/1411هـ-1991م، دار الكتب العلمية، بيروت: 150/4.

<sup>2</sup> - البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، ط1/1414هـ-1994م، دار الكتب العلمية، بيروت: 310/8.

<sup>3</sup> - يُنظر: المدونة، رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية، المملكة العربية السعودية: 3/3.

## المطلب الأول: الشروط المقترنة بعقد الزواج.

يمكن تقسيم الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام<sup>(1)</sup> :

القسم الأول : الشروط التي توافق مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن ينفق عليها، أو أن يدفع لها مهرا محددًا، أو أن يعاشرها بالمعروف... وهذه الشروط يجب الوفاء بها باتفاق العلماء، حيث تثبت بمطلق العقد، فاشتراطها وعدمه سواء، لأن ما يوجبه الشرط يثبت بالعقد قبل الاشتراط.

القسم الثاني : الشروط التي تنافي مقتضى العقد وتخالف مقاصده، تعد باطلة، ويبطل معها العقد عند جمهور الفقهاء، في حين ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه يلغى الشرط ويبقى العقد صحيحًا؛ لأن القاعدة المقررة عندهم أنّ الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة، وإتّما تؤثر الشروط في صحة العقد؛ لأنّها تلغي الحكم الأصلي للعقد، كما تنافي حكمة تشريع العقد، مثل اشتراط الزوج ألا ترثه الزوجة، أو ألا يدفع لها مهرا، كما في نكاح الشغار - الآتي بيانه-، أو اشتراط المرأة أن يطلق ضرّتها...

القسم الثالث : الشروط التي ليست من مقتضى العقد، ولا تخالفه، ولكن فيها مصلحة ومنفعة للزوجين أو لأحدهما، مثل : اشتراط الزوجة الإقامة في بلدها، أو اشتراط عدم الزواج عليها، أو أن تشتط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج... وهذا القسم محل خلاف بين الفقهاء، حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى إلغاء مثل هذه الشروط، أما الحنابلة فقد قالوا أنّ هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها.

## مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

يرى الإمام مالك -رحمه الله- أنّ الشرط الذي لا دليل عليه، وليس جزءا من مقتضى العقد ولا يؤكده، لا يجب الوفاء به. ولكنه يرى أنّه يستحب الوفاء به، فهو يرى أنّ الوفاء غير لازم، ولكنه مندوب، ويرى مع ذلك أنّ الاشتراط معيب، وأنّ على مرید الزواج أن يحسن الاختيار فيستغني عن الاشتراط<sup>(2)</sup> ، يقول الفقيه ابن رشد<sup>(3)</sup> : "وثكره الشروط في النكاح، وقد قال مالك -رحمه الله تعالى- أشرت على قاضٍ منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته"<sup>(4)</sup>

هذا ووجه مراعاة الخلاف في ذلك أن فقهاء المالكية الذين ألغوا هذا الشرط ولم يلتزموا به، راعوا خلاف الحنابلة القائلين بمشروعية هذا النوع من الشروط ووجوب الوفاء بها، حيث توسطوا فقالوا باستحباب الوفاء بها، رغم أنّها عندهم غير صحيحة ، "وذلك كما لو اشترطت المرأة في عقد النكاح على الرجل أن لا يسافر أو لا يتزوج عليها، فإنّ الرجل

1 - يُنظر: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، دار الفكر العربي: ص185-186. بحوث مقارنة فس الفقهاء الإسلامي وأصوله، د/محمد فتحي الدريني، ط1414/1هـ-1994م، مؤسسة الرسالة، بيروت: 416/2-417. أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلبي، ط1397/2هـ-1977م، دار النهضة العربية، بيروت: ص154-156.

2 - المرجع نفسه: ص188.

3 - هو محمد بن أحمد بن رشد، الشهير بالحفيد، الفقيه المالكي، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، توفي رحمه الله تعالى سنة 595هـ. يُنظر: الديباج المذهب: ص257. شجرة النور الزكية: ص119.

4 - المقدمات الممهدة، أبو الوليد ابن رشد، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط1408/1هـ-1988م، دار الغرب الإسلامي: 482/1



حينئذ إنّما يستحسن له شرعا أن يفى بهذه الشروط ما استطاع، لكن لا يجب عليه القضاء ولا يُجبر عليه قضاء؛ لأنّ الشرع أطلق له حرية السعي والسفر والانتقال، إذ هو أعرف بمواطن رزقه وتتبع حاجاته، كما أطلق له حق التزوج بحدود رسمها له<sup>(1)</sup>، وإنّما لم يلزم الوفاء عندهم لما فيه من التحجير على العاقد.

### الإشتراط في قانون الأسرة الجزائري:

بقي أن نبحت عن حكم هذه المسألة في قانون الأسرة الجزائري، وذلك في ضوء قاعدة مراعاة الخلاف، حيث تنص المادة 222 من (ق.أ.ج) على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."، و بناءً على ذلك فإنّ المشرع الجزائري عند طرح القضية عليه، مطالب أن يبحث عن الحكم الخاص بها في النصوص الواردة في قانون الأسرة، فإذا لم يجد حكمها منصوصا عليه في هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. ومن هنا تظهر قيمة هذه الدراسة، مادام أن قاعدة مراعاة الخلاف هي قاعدة شرعية، يمكن استثمارها فيما ذهب إليه المشرع الجزائري.

تنص المادة 19 المعدلة من الأمر رقم 02-05 على أنّ: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يربانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ حرية الاشرط في عقد الزواج، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة، وذلك بشرط ألا تتصادم تلك الشروط مع نصوص هذا القانون، كما أن حق الاشرط ليس مقصورا على أحد طرفي العقد، بل أنه حق يتمتع به كل من الزوجين، كما أنّ الاشرط يكون إمّا من خلال عقد الزواج نفسه، أو من خلال عقد رسمي لاحق، وهو تأكيد من المشرع على ضرورة الالتزام بالشروط من العاقدين، حيث أنّ هذه الشروط يُنص عليها غالباً في صلب العقد، ومن أجل ذلك صار لهذه الشروط قوة تأسيسية في إكساب الحقوق لصاحب الشرط في الإلزام والالتزام، والوفاء بتلك الشروط واعتبارها، وهكذا يمكن القول "أنّه يجوز للزوجين الاشرط، ما لم تخالف هذه الشروط القانون والشريعة الإسلامية، أي ما لم تكن هذه الشروط باطلة أو ماسّة بالنظام العام، فإن لم تكن كذلك فإنّها مقبولة؛ لأنّ العقد شرعية المتعاقدين (المادة: 106 من ق.م). وعلى هذا الأساس قال الفقهاء بمشروعية اشرط الرجل على المرأة أن لا يتزوج عليها؛ لأنّ ذلك لا يتعارض مع مبدأ تعدد الزوجات المشروع في الإسلام، وذلك لأن الأمر ليس واجبا، كما أنّ الشرع أباح للمكلف إنشاء عقد الزواج بالكيفية الشرعية، التي من صورها إنشاء عقد الزواج المقترن بالشرط الذي لا يخالف الشرع في أمره ونهيه"<sup>(2)</sup>.

هذا إذا كانت الشروط لا تتنافى مع عقد الزواج، أما في حالة كونها منافية لمقتضيات العقد فقد أورد المشرع الجزائري نصين أولهما المادة 32 التي تنص على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، حيث رتب حكم بطلان الزواج في هذه الحالة، وهو في هذا يسائر رأي جمهور الفقهاء في الشروط التي تنافي مقتضى العقد في كونها مبطلّة للعقد. أما النص الثاني فهو ما تضمنته المادة 35 وجاء فيها ما يلي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا"، وهنا رتب المشرع حكم صحة العقد مع إبطال الشرط فقط، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية إلى

<sup>1</sup> - المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، ط1/1418هـ-1998م، دار القلم، دمشق: 561/1.

<sup>2</sup> - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي، ط6/2010م، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: 155/1.

أنه يلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا. فأنت ترى التعارض بين المادتين مستحكما، والجمع بينهما متعذرا، فمرة جعل العقد باطلا، و مرة أخرى جعله صحيحا والشرط باطلا. فهنا لا بد من الاجتهاد الفقهي لرفع هذا التعارض بين نص المادتين. ونحن نقترح في هذا الصدد من أجل أن يلتئم معنى المادتين، ويُرفع التعارض بينهما، حذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" من المادة 32 ليصبح نصها كالاتي: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع"، أما ما يتعلق بالشروط المنافية لمقتضى للعقد فتعالجه المادة 35، حيث جعل المشرع الشرط باطلا والعقد صحيحا، تماما كما هو مذهب الحنفية، خلافا للجمهور الذين يقولون ببطلان العقد. يقول الدكتور بلحاج العربي تعليقا على لفظ المانع الوارد في المادة: "ونعتقد في هذا الخصوص، أنّ المقصود بكلمة المانع الواردة في نص المادة 32 (ق.أ) ليست تزييدا وإنما تخص مانع الكفر المتعلق بزواج المسلم بغير المسلمة - ما لم تكن كتابية- وزواج المسلمة بغير المسلم (لتأكيد حكم المادة 5/30 ق.أ المعدلة)، قياسا على نية المشرع في النص القديم لنفس المادة، والذي نص فيه على بطلان الزواج للردة، وتكملة لقائمة الموانع المؤبدة والمؤقتة المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30 من (ق.أ). و بالإضافة إلى هذا، فإنه يمكن أن تنصرف إلى موانع الزواج التي يلزم من توفرها أو إحداها عدم صحة الزواج، بمعنى أنّ الزواج الذي يُبرم مع وجود مانع منه، يكون إما غير منعقد، أي لا يترتب عليه أي أثر (م32 من ق.أ المعدلة)، أو غير صحيح يجب فسخه (م34 ق.أ)"<sup>(1)</sup>.

إنّ من صور الزواج المقترن بشرط غير صحيح زواج الشغار، وهو موضوع المسألة الآتية:

### المطلب الثاني: نكاح الشُّغار.

يرجع اختيارنا لهذه المسألة في كونها مرجع الفقهاء في الاستدلال والتمثيل لهذه القاعدة - كما رأينا سابقا في شرح الإمام الرّضّاع لتعريف ابن عرفة لمراعاة الخلاف - فهي بمثابة المسألة الأم لباقي المسائل الفقهية المنتزعة من قاعدة مراعاة الخلاف، كما أنّها من تطبيقات مسألة الشروط المقترنة بعقد الزواج.

الشُّغار: نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل لآخر: زوّجني ابنتك أو أختك على أن أزوّجك ابنتي أو أختي، على أنّ صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعاً المهر وأخليا البضع عنه<sup>(2)</sup>.

اختلفت المذاهب الفقهية في حكم هذا العقد، حيث يرى المذهب الحنفي أن شرط إلغاء المهر في هذا الزواج باطل، ويصحح العقد بفرض مهر المثل، والشروط الفاسدة عندهم لا تبطل العقد، وإنما يلغى الشرط الفاسد وحده ويبقى العقد صحيح، يقول فقهاء الحنفية في تعليل هذا الحكم: "إن متعلق النهي مسمى الشُّغار المأخوذ في مفهومه خلوه عن المهر وكون البضع صداقا، ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا، فلا تثبت النكاح كذلك بل نبطله، فيبقى نكاحا

<sup>1</sup> - المرجع نفسه: 154/1.

<sup>2</sup> - مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، ط1990/4م، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر: ص221. معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلجعي، حامد صادق قنبيبي، ط1405/1هـ-1958م، دار النفائس، بيروت: ص263. البهجة شرح التحفة: 507/1.

مسمى فيه ما لا يصلح مهرا، فينعقد موجبا لمهر المثل كالمسمى في خمرا أو خنزيرا، فما هو متعلق النهي لم نشبهه، وما أثبتناه لم يتعلق به، بل اقتضت العمومات صحته"<sup>(1)</sup>

وذهب فقهاء المالكية إلى أن هذا العقد باطل يجب فسخه قبل الدخول وبعده، وهو من صور الزواج المقترن بشرط غير صحيح، وقد علمت أن الشروط التي تنافي مقتضى العقد وتخالف مقاصده، تعد باطلة، ويبطل معها العقد عند جمهور الفقهاء، يقول الإمام مالك -رحمه الله تعالى- : "يفسخ نكاح الشغار على كل حال، أي قبل الدخول وبعده"<sup>(2)</sup> أما ما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من حكم هذا الزواج فإنه لم يذكر حكمه، ربما اكتفاء بما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين يقولون ببطالان هذا الزواج، كما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. غير أنه يمكن لنا أن ندرجه في الشروط المنافية لمقتضى للعقد المشمولة بالمادة 35 - بناءً على ما ذهبنا إليه سابقا- حيث جعل المشرع الشرط باطلا والعقد صحيحا، وتخريجا على هذا فإن شرط إخلاء العقد من المهر في نكاح الشغار باطل، والعقد صحيح، الشروط الفاسدة لا تبطل العقد، وإنما يلغى الشرط الفاسد ويُصحح العقد، تماما كما هو مذهب الحنفية الذين يقولون أن نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل، والله أعلم.

### وجه مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

سبق معنا قول الإمام الرضا في بيان طريقة مراعاة الخلاف في هذا الحكم؛ وذلك قوله:

"نكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية (مراعاة لخلاف الحنفية)، وبغير طلاق في أخرى ( وهذه الرواية هي الجارية على أصل دليله). ومن خالف مالكا - يقصد الإمام أبي حنيفة رحمه الله - يقول بأنه لا يجب فسخه، والجاري على فسخه بغير طلاق أنه لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ولا ميراث، وقد وقع لمالك -رحمه الله- أنه يقول يقع الفسخ بطلاق، ويلزم فيه الطلاق ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما، فالجاري على أصل دليله ولازم قوله أنه لا ميراث في ذلك. فلما قال بثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع لدليل دل على ذلك وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين"<sup>(3)</sup>

فقد بين رحمه الله أن نكاح الشغار إذا وقع، تتجاذبه روايتان عند الإمام مالك:

الرواية الأولى: يفسخ نكاح الشغار بغير طلاق؛ وهذه الرواية تُحمل على القول الذي لم يُراع فيه الخلاف، وذلك أن النكاح الذي لا يكون فسخه طلاقا، ولا يلحق فيه الطلاق إن طلق قبل الفسخ، إنما ذلك النكاح الحرام الذي لا اختلاف فيه، مثل المرأة تتزوج في عدتها... لأن نكاحه لا اختلاف في تحريمه "لا يقر عليه أهله على حال يكون فسحا بغير طلاق، وما كان فسخه بغير طلاق فلا ميراث فيه، وهو قول أكثر الرواة"<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر عابدين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي أحمد معوض، 1423هـ-2003م، دار عالم الكتب، الرياض: 338/2.

<sup>2</sup> - المدونة: 98/2.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه: 98/2.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه: 99-98/2.

الرواية الثانية: نكاح الشُّغار إذا وقع يجب فسخه بطلاق، مراعاة لخلاف الحنفية<sup>(1)</sup>، وهو القول المشهور في المذهب المالكي؛ وذلك "أنَّ كلَّ نكاح اختلف الناس فيه، ليس بحرام من الله ولا من رسوله، أجازته قوم وكرهه قوم، أنَّ ما طلق فيه يلزمه، مثل المرأة تتزوج بغير ولي"<sup>(2)</sup>، وهذا المثال هو موضوع المسألة الآتية:

**المطلب الثالث: الزواج بدون ولي.**

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الولي في الزواج، فذهب الإمام مالك إلى أنه لا نكاح إلا بولي، وأنَّ الولاية في الزواج شرط صحة، وبالتالي لا تملك المرأة حق تزويج نفسها، وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل.

أما الإمام أبو حنيفة فيرى أنه إذا عقدت المرأة العاقلة الراشدة نكاحها بغير ولي، وكان كفؤاً وبمهر المثل جاز<sup>(3)</sup> هذه الأقوال من المذاهب الفقهية لها سندها من الأدلة الشرعية، والمقام لا يسمح بعرضها جميعاً<sup>(4)</sup>، والأدلة في ذلك محتملة كما قال ابن رشد، وإن كان قد مال -رحمه الله تعالى- إلى ترجيح مذهب أبي حنيفة، بقوله - بعد أن عرض أدلة الفريقين -: "لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم؛ فإنَّ تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فإن كان لا يجوز عليه - عليه الصلاة والسلام - تأخير البيان عن وقت الحاجة، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن يُنقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواتراً أو قريباً من التواتر، ثم لم يُنقل، فقد يجب أن يُعتقد أحد أمرين: إما أنه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح، وإمّا للأولياء الحسبة في ذلك، وإمّا إن كان شرطاً فليست من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم"<sup>(5)</sup>.

وقريب من هذا ما ذهب إليه أحد الفضلاء بقوله: "إنَّ الزواج حق مشترك بين المرأة ووليها، فلا يصح لواحد منهما أن يستقل به ابتداءً، بل لا بد من اشتراكهما فيه بتحقق رضائهما معاً، فإذا تمَّ ذلك قام أحدهما بمباشرة، ولا تُمنع المرأة من ذلك لأنَّ أنوثتها لا تصلح مانعاً منه... غاية الأمر أن مباشرة المرأة عقد زواج نفسها غير مستحسن في عرف الناس، فإبقاء لحيايتها وصورنا لكرامتها تدع ذلك لوليها يتولاه"<sup>(6)</sup>، وهو الرأي الذي تركز إليه النفس.

### مراعاة الخلاف في هذه المسألة:

1 - ذهب فقهاء الحنفية إلى أنَّ نكاح الشُّغار صحيح، والشرط باطل، ويلزم مهر المثل؛ لأنَّ هذا النكاح مؤيد أدخل فيه شرط فاسد، والشروط الفاسدة لا تبطل العقد، وإنما يلغى الشرط الفاسد ويصح العقد. يُنظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر مسعود بن الكاساني، مطبعة القاهرة: 276/2.

2 - المصدر نفسه: 276/2 .

3 - يُنظر: - الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط1/1420هـ-1999م، دار ابن حزم، بيروت: 686/2. - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد ابن رشد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1/1409هـ-1989م، دار الجيل، بيروت: 16/2. - نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ط1/1415هـ-1995م، دار الكتب العلمية، بيروت:

127/6

4 - لذلك أثرنا عدم ذكر هذه الأدلة، واستدلال الفقهاء بها، حيث أنَّ هذا الموضوع قد قُتل بحثاً، فلا فائدة مرجوة في قتله مرة أخرى. يُنظر في بسط ذلك: بداية المجتهد: 20-17/2. أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلبي: ص259-264 .

5 - بداية المجتهد: 21/2.

6 - أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلبي: ص264.

الأصل في المذهب المالكي أن عقد الزواج بدون ولي يجب فسخه مطلقاً قبل الدخول وبعده، ذلك أنّ من أركان النكاح عند المالكية الولي، فلا يجوز للمرأة أن تُنكح نفسها، ولا أن يُنكحها من الناس من ليس بولي لها، غير أن حدّاق المالكية راعوا مذهب الحنفية وصحّحوا العقد إذا فات بالدخول، ذلك أن رأي الحنفية وإن كان مرجوحاً عند المالكية، إلا أنّه ترجّح بعد الدخول لمصلحة الزوجين، "فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجحة... وفي الحديث: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، باطل، باطل، ثم قال: "إن دخل بها فلها المهر بما استحلت منها"<sup>(1)</sup>، وهذا تصحيح للمنهى عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد"<sup>(2)</sup>.

بيان ذلك أنّ الحكم بعد وقوع الفعل يختلف عن الحكم قبل الوقوع؛ اعتباراً للمآل، فقبل الوقوع يُتجنب المحذور، لما يترتب عليه من آثار سلبية، أما عندما تقع الواقعة مخالفة للأصل الشرعي لم يعد التمسك بالمنع يجدي، فذهب المالكية إلى تفادي الخلل الواقع وهو الحرمان من الإرث والفسخ، حيث تثبت حقوق الزوجان والأطفال، كما لو كان الزواج صحيحاً. وهذا الاجتهاد مبني على قاعدة مراعاة المآلات، قال الإمام الشاطبي - موضحاً هذا الأصل - : "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية؛ فربما أدى استحلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها؛ فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية (كما هو الشأن في هذه المسألة)، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة"<sup>(3)</sup>.

### الولاية في قانون الأسرة الجزائري:

ذكرنا سابقاً أنّ المحققين من فقهاء المالكية راعوا مذهب الحنفية القائلين بجواز أن تباشر المرأة العاقلة الرشيدة نكاحها بنفسها من دون وليها، وصحّحوا العقد إذا فات بالدخول، وهذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري، حيث تنص المادة 33 من (ق.أ) في الفقرة الثانية منها: "إذا تم الزواج بدون شاهدين، أو صداق، أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

غير أنّ المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك، حينما ذكر في الفقرة الأولى من المادة 11 بأنّه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، وبهذا النص يكون المشرع قد خالف مذهب

<sup>1</sup> - رواه أبو داود في النكاح، باب في الولي، رقم: 2083، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم: 1102، وابن ماجه في النكاح باب لا نكاح إلا بولي، رقم: 1879.

<sup>2</sup> - الموافقات: 204/4.

<sup>3</sup> - المصدر نفسه: 194/4.

جمهور الفقهاء، بل حتى المذهب الحنفي - الذي كرس مبدأ حرية المرأة في هذه المسألة- لم يسلم من هذه المخالفة، إذ أن هذا الأخير اشترط في صحة هذا الزواج أن يكون بمهر المثل، وأن يكون الزوج كفؤاً للمرأة، يقول الدكتور عبد القادر داودي - تعليقا على هذه المادة-: "فقد جعل المشرع العقد للمرأة، وهي التي تتولاها و تباشره إذا كانت راشدة (بلغت 19 عاما) وليس الولي منه إلا الحضور، ثم جاء بما يلغي حتى هذا الحضور الرمزي للولي، حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة مهما بعدوا عن المرأة، فلا قيمة لمعيار القرابة، ما دام الولي في نظر واضعي هذا القانون هو: أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"<sup>(1)</sup>.

أما ما ذكره المشرع في المادة 9 مكرر من أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، فإن شرط الولي هنا شرط شكلي، إذا نظرنا إلى هذه المادة في ضوء المادة 11 التي يمكن اعتبارها نصا في هذا الموضوع، أعني أنّ هذه المادة الأخيرة فسّرت المقصود باشتراط الولي في المادة 9 ، ونحن نقترح على المشرع الجزائري حتى يتفادى هذا الاضطراب، ويسلم من النقد أن يتبنى مذهب الحنفية فهو أسلم، والله تعالى أعلم.

#### خاتمة:

وفي الختام يمكنني تلخيص أهم النتائج المترتبة عن هذا البحث فيما يلي:

أولا: تعتبر قاعدة مراعاة الخلاف من محاسن المذهب المالكي، ولا سيما إذا كان الخلاف قويا ، حيث يظهر فيها الجمع بين الأقوال المختلفة في المذهب ، أو بين المذهب وغيره من المذاهب الأخرى.

ثانيا: قاعدة مراعاة الخلاف ترجع عند الإمام مالك -رحمه الله تعالى- إلى العمل بدليل المخالف له والخروج إلى مذهبه، بضوابط وشروط محدّدة وضعها العلماء، لا بما تلميه الأهواء الشخصية، وإنما غايتها رفع الضرر بعد وقوع النازلة، مما قد لا تكون قواعد المذهب وافية برفعه في خصوص تلك النازلة.

ثالثا: مراعاة الخلاف وظيفة الفقيه المجتهد، ومعناها أن يظهر له قوة دليل مخالفه بالنسبة لل لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليلا آخر لقوته عنده بالنسبة له ، فيعمل دليل مخالفه في ذلك اللازم.

رابعا: مراعاة الخلاف ابتداء، أي قبل الوقوع، وذلك كأن يحكم المفتي في مسألة ما بناءً على دليله الراجح بأنها مباحة مثلا، ثم ينتقل عنه إلى الحكم بكرهاتها خروجاً من خلاف من قال بالحرمة، وهذا النوع هو المعروف باسم الخروج من الخلاف.

خامسا: مراعاة الخلاف انتهاء، أي بعد الوقوع، وصورته أن يحكم المجتهد على مسألة معينة بالتحريم مثل نكاح الشغار، فيكون الأصل العام إعمال لازمه وتوابعه من الإبطال أو الفسخ أو نحوهما، لكن المجتهد بعد الوقوع، يقطع دليله عن العمل، ويُعمل لازم دليل الخصم من الصحة وثبوت الآثار.

<sup>1</sup> - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، د/عبد القادر داودي، ط1/2007م، دار البصائر، الجزائر: ص119.