الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد — جامعة الأمير عبد القادر

قسم: الفقه وأصوله — للعلوم الإسلامية

تخصص: مذهب مالكي — – قسنطينة –

رقم التسجيل: د/ش إ/ف أ/17/07

عنوان الأطروحة

أسباب العدول عن القول المعتمد وضوابطه في المذهب المالكي

ـ المعيار المعرب أنموذجا ـ

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله- المذهب المالكي-

إعداد الطالب : — إشراف الدكتور:

عبد القادر دهيمي — ربيع لعور

لجنة المناقشة

الرقم	الاسم واللقب	الدرجة	الصفة	الجامعة
01	– أ/د بلقاسم حديد	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
02	– د/ربيع لعور	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
03	–د/ حميد عماري	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
04	–د/ عبد الرحمان السنوسي	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة بن يوسف بن خدة – الجزائر01–
05	–د حورية تاغلابت	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة الحاج لخضر – باتنة 01–
06	–د/ عزالدين عبد الدايم	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة محمد بوضياف – المسيلة–

السنة الجامعية 1444/1443هـ / 2023/2022م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد — جامعة الأمير عبد القادر

قسم: الفقه وأصوله — للعلوم الإسلامية

تخصص: مذهب مالكي — – قسنطينة –

رقم التسجيل: د/ش إ/ف أ/17/07

عنوان الأطروحة

أسباب العدول عن القول المعتمد وضوابطه في المذهب المالكي

ـ المعيار المعرب أنموذجا ـ

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله- المذهب المالكي-

إعداد الطالب : — إشراف الدكتور:

عبد القادر دهيمي — ربيع لعور

لجنة المناقشة

الرقم	الاسم واللقب	الدرجة	الصفة	الجامعة
01	– أ/د بلقاسم حديد	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
02	– د/ربيع لعور	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
03	–د/ حميد عماري	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
04	–د/ عبد الرحمان السنوسي	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة بن يوسف بن خدة – الجزائر01–
05	–د حورية تاغلابت	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة الحاج لخضر – باتنة 01–
06	–د/ عزالدين عبد الدايم	أستاذ محاضر أ	عضوا	جامعة محمد بوضياف – المسيلة–

السنة الجامعية 1444/1443هـ / 2023/2022م

إهداء

أهدي هذا العمل إلى اللذَين زرعا هذه البذرة ، وسهرا على أن يريا هذه الثمار اليانعة ، إلى من لهم مني البر والإحسان، إلى الوالدين الكريمين أبي وأمي، أسأل الله أن يحفظهما بحفظه ، ويجازيهما عني خير الجزاء، ويجعلني عند حسن ظنهما بي.

كما أهديه إلى زوجتي التي تحمّلت معي مشاق البحث ومتاعبه، وأولادي وإخوتي وعائلتي، وكل من ساعدني على إتمامه...

وإلى مشايخي الذين علّموني القرآن والفقه، ومهّدوا لي سبل الخير والرّشاد، وأخصّ منهم الدكتور المرحوم إن شاء الله نور الدين ميساوي عليه شآبيب الرحمة وسحائب المغفرة تترى، الذي تفضل علي بقبول الإشراف أولا، ورغم مرضه كان يوجهني ويعلمني وينصحني...

شكر وتقدير

بعد شكر الله تعالى على عظيم فضله وإحسانه وتوفيقه....

أسمى عبارات الشكر والتقدير والعرفان أرفعها إلى أستاذي وشيخي، الدكتور: ربيع لعور على كريم خلقه، ودماثة أدبه، وسعة صبره، وعلى كرمه بإشرافه على هذا البحث.

كما أرفع أسمى عبارات الشكر والتقدير لكل من أساتذتي ومشايخي؛ الأستاذ الدكتور حاتم باي، والأستاذ الدكتور علي ميهوبي، والدكتور حمزة بونعاس على توجيهاتهم وإرشاداتهم لي.

والشكر كل الشكر إلى كل أساتذتي في قسم الفقه وأصوله بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية على ما يقدّمونه من العلم والنصح والصبر على الطلبة والباحثين...

والشكر موصول إلى الدكاترة أعضاء لجنة المناقشة الذين يبذلون زبدة تجاربهم ليأخذها غيرهم سهلة، لما سيسدونه من توجيهات قيّمة بعد قراءة ومناقشة هذه المذكرة....

مقدّمـــة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله ربِّ العالمين، والصَّلاة والسّلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإنّ المذهب المالكيَّ يمتازُ بسَعة أصوله، وتنوُّع مدارسه، وتمايُزِ مصطلحاته، ووفـــرة التـــآليف والمصنفات فيه، وتعدُّد الرِّوايات والأقوال في مسائله، وكثرة التلاميذ والفقهاء المتمذهبين به، الـــذين خدموا المذهب تأليفًا وتحقيقًا، وتأصيلًا وتخريجًا، ونظرًا لتعدّد الأقوال والرِّوايات وتغايُرها وتفاوُتها في ما بينها، كان لزامًا على أهل المذهب وضع قواعد ترجيحيّةٍ مذهبيةٍ، يتميَّز بها المقبول من المردُودِ، والمقدَّم من المؤخَّر، والمعتمد منها وغير المعتمد، فظهرت مصطلحات المتَّفق عليه والرَّاجح والمشهور كأوصافٍ للأقوال المعتمدة في الفتوى والقضاء، كما أطلقوا مصطلحات الضَّعيف والشَّاذِّ على الأقوال غير المعتمدة ومنعوا العمل بها.

وهذا البحث؛ يتناول بالدراسة ملمحًا من ملامح وسمات المذهب المالكيِّ عمومًـــا، والمدرســـة المالكية المغربية خصوصًا، يتمثل هذا الملمح في عُدول فقهاء المالكية بحكم بعض المسائل عـــن القـــول المعتمد في الفتوى والقضاء، باعتبار العُدول مسلكًا من مسالك الاجتهاد المذهبيِّ الاستثنائي، الذي يكثر وقوعه في فتاويهم وأقضيتهم، ذلك أننا نجدُ لبعض المجتهدين من مُتأخِّري فقهاء المذهب اختيارات عدلوا فيها عن القول المعتمد، لأسبابٍ ومُوجباتٍ معتبرةٍ، ولا شك أنَّ هذا المترع في الاجتهاد لم يكن محـــلّ اتفاق بينهم، بل كان مثار جدلٍ واختلافٍ وتبادل لوجهات النَّظر بينهم، كما أنّ له تأثيرًا مباشرًا على نظام الفتوى والقضاء في المذهب، من أجل ذلك جاء هذا البحث لدراسة أسباب وضوابط العُدول عن القول المعتمد في المذهب المالكيِّ.

عنوان البحث

أسبابُ العُدولِ عن القَولِ الـــمُعتمَدِ وضوابطُهُ في المذهبِ المالكيِّ

- المِعيارُ الـــمُعرِبُ أُنموذجًا-

إشكالية البحث

الأصل في الفتوى والقضاء عند المالكية أن يكونا وفقَ الأقوالِ والرِّواياتِ المعتمَدة في المـــذهب؛ كالمتَّفقِ عليه أو الرَّاجحِ أو المشهورِ، كما هو مقرَّر في قواعد التّرجيح بين الرّوايات والأقوال في كتـــب المذهب، وهو ما نقل الإمام المازري الإجماع عليه، غير أنَّ الـــمُفتي أو القاضي كثيرًا ما تعرض لهمـــا عوارضٌ ظرفيّةٌ، ومتغيِّراتٌ زمانية ومكانية، تصرِفُهما عن العمل بالأقوال المعتمدة في المذهب، فيلجـــآنِ إلى إعمال الأقوال الضّعيفة والشَّاذَّة، أو الأقوال المرويّة عند أصحاب المذاهب الأخرى، وما ذلك إلّـــا لتحقيق مقاصد الشرع وعدله، لا مُناهضَة للدّليلِ ومقتضاهُ، وإنّ الدّارسَ لكتبِ الفتاوى والنّوازل عند متأخّري المالكية المغاربة؛ يجدهم يُـــمضون فتاويهم وأقضيتهم ببعض الأقوال الضَّعيفة والشَّاذة، خاصّة في مسائل المعاملات المالية والأحوال الشخصية، والأحكام الفقهية التي يعقل معناها، ولعل أهم إشكال يسعى هذا البحث للإجابة عليه هو:

- **ما الأسبابُ المُوجبة للعدول عن الأقوال المعتمدة عند المالكية؟ وما ضوابط ذلك؟**
- **وما مدى مراعاة فقهاء المالكية لضوابط العُدولِ عن القولِ المُعتمَدِ ؟**

وتندرجُ ضمن هذا الإشكال تساؤلات فرعية كثيرة منها :

- ما حقيقة العُدول عن القول المعتمد في المذهب المالكيِّ ؟
- وما موقف فقهاء المالكية من العمل بالأقوال والرِّوايات غير المعتمدةِ؟
- وما مُرتكزات المالكية في تبرير عُدولهم عن القول المعتمد؟
- وما طبيعة الأقوال والرّوايات المعدول إليها داخل المذهب المالكيّ وخارجه ؟
- وما أهمُّ المسائل الفقهية المعدول بها عن القول المعتمد ؟

هذا ما نسعى للإجابة عليه؛ من خلال تتبع عناصر الموضوع ومضامينه في كتب المالكية، وبحكم سَعة المادة العلمية وضخامتها؛ فقد اخترت دراسة الموضوع من خلال " المعيار المعرب"، ولأنـــه يظـــم نوازلا فقهية متعلقة بقطرنا "الجزائر" .

أهمية البحث :

إنّ منصبي الإفتاء والقضاء من أهمّ المناصب وأخطرها، لأن المفتي أو القاضي مُوَقِّع عن الله عـــز وجل، ومُخبر عنه في حكم نازلة أو قضية، لاسيما وأنَّ الأمر مُتعَلّقٌ بالحلال والحرام، والامتثال لأمر الله ونهيه، وتتجلّى أهمية موضوع العدول عن القول المعتمد في أمور منها:

1- أنَّ العدول عن الأقوال المعتمدة ليس أصلاً يُعمل به دائمًا، وإنما هو على سبيل الاستثناء، إذِ الأصل أن العمل يكون بما اعتُمِدَ من الأقوال والرّوايات، وما كان خلاف الأصل فلا يُتوسّع فيه، بل يُقتصـــر على موضع المسألة المعدول بها.

2- أنّ دور المفتي والقاضي هو إيجاد حلولٍ مناسبة للوقائع والنّوازل المستجدَّة، ومُســـايرة الـــتغيرات والتطورات الحاصلة، فكان حقيقًا أن يستمِرَّ البحث بما أُفتي فيه في المذهب المالكي، وذلك من خـــلال تمحيص الأقوال المعتمدة عن غير المعتمدة ودراستها دراسة علمية .

3- معرفة كيفية الاستفادة من زخم الأقوال والروايات الشاذة والضعيفة، وتوظيفها بما يخـــدم تـــدين المكلف، لاسيما ما يتعلّق بالأقليات المسلمة.

4- أنّ دراسة وتقصّي فروع المسائل الفقهية المعدول بها، والتّحقيق في مُستند المالكية فيها؛ فيه إثـــراء للاستدلال بأصول المذهب وقواعده، وكفيلٌ بالردّ على من يزعُم مخالفة المالكيـــة لـــبعض النصـــوص الشرعية.

5- البحث في ضوابط العدول عن القول المعتمد يُسهم في الحفاظ على حُرمة المذهب وهيبته، وانتظام قواعد الإفتاء والقضاء فيه، ويسدُّ باب التّساهل والتُّسيّب والتَّلفيق، على كل من يخـــوض في أحكـــام الشرع من غير سابق علم أو معرفة.

حدود البحث:

وحُدود موضوع الدِّراسة تكمن في بيان مشروعية العدول عن القول المعتمد عند فقهاء المالكية، من خلال الدراسة التأصيلية للعدول، والتطرق لأدلة المجيزين والمانعين للعدول ومناقشتها، باعتباره مقدمة ينبني عليها ما بعدها، مع محاولة استقصاء أهمِّ الأسباب والموجبات التي ارتكز عليها فقهاء المالكية لتبرير عدولهم عن الأقوال المعتمدة، من خلال تعريف كل سبب وذكر حجيته وأدلة اعتباره عند المالكية، وأثره في العدول عن القول المعتمد.

وحتى لا يكون العدول مهيعًا لكل ناظرٍ، تمَّ تقييده بضوابط علمية شرعية تضمن سلامة الفتوى والقضاء به، مع التركيز على وجه اشتراط كل ضابط، وذكر نصوص فقهاء المالكية في اعتبار كل ضابط.

كما تمّ التمثيل لتلك الأسباب والضّوابط ببعض المسائل الفقهية كأُنموذَجٍ تطبيقي لها، من كتاب المعيار المعرب للإمام أبي العبَّاس الونشريسي، باعتباره موسوعةً نوازليةً مُعتمدة في الفتوى، من خلال تصوير المسألة والتَّعريف بمصطلحاتها، ثم ذكر أقوال المالكية في المسألة مع بيان القول المعتمد منها، ثم التَّحقيق في العدول بحكم المسألة وسببه، و لم أتطرق للتعريف بالمؤلِّف والمُؤلَّف لأنهما غير مقصودَين بالبحث إلّا على سبيل التَّمثيل لفروع المسائل الفقهية.

أسباب اختيار البحث:

وقع الاختيار على هذا الموضوع- بعد الاستخارة والاستشارة- لعدة دوافعَ، أهمها ما يأتي:

1- أسباب متعلقة بالبحث .

أ- بالرّغم من الدّراسات الهامّة، والمؤلفات الكثيرة التي عنيت بالمذهب المالكي، في الفقه والأصول والفتوى والأقضية والأحكام، إلّا أنه لم يُفرد موضوع العُدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي بدراسة تأصيلية تطبيقية –حسب اطلاعي-، لا سيما وأن الموضوع قد بُحث في بعض المذاهب الأخرى، كما سيأتي في الدراسات السابقة.

ب- والعدول عن القول المعتمد نوع من الاجتهاد الاستثنائي الذي يحتل حيّزا كبيرا في الفقه المالكي، على غرار الاستحسان ومراعاة الخلاف والخروج من الخلاف، وقد أوصى الأستاذ الدكتور حاتم باي في

توصيات بحث –الأصول الاجتهادية للإمام مالك- بتوسيع النظـــر والبحـــث في قواعـــد الاجتـــهاد الاستثنائي، ويكون ذلك باستقراء وتتبع المسائل الفقهية الواردة على خلاف الأصل والدليل والقواعد، ومحاولة ضبطها وفق منطق العدول، ليخرج في الأخير بنظرية عامة.

2- **أسباب متعلقة بالكتاب .**

لا يخفى على أي باحث في المذهب أن كتاب " المعيار المعرب " من أهمِّ الموسوعات الفقهيـــة الجامعة للفقه المالكي عمومًا، والمدرسة المغربية والأندلسية خصوصًا، حيث جمع أكثر من ألفين ومئـــة وخمسة وثلاثين فتوى لغاية القرن التاسع الهجري مُرتَّبة على الأبواب الفقهية، مما أهَّله ليكون مرجعًـــا مُهِمًّا لكل باحثٍ في المذهب المالكي.

وقد جعل الدكتور قطب الريسوني مراجعة المعيار والبحث فيه من أهم مشاريع تجديـــد الفقـــه المالكي، ومع هذا فقد ظفر الكتاب ـــ المعيار المعرب ـــ بحظوة لدى الباحثين لا تعادلها حظوة، لغنائـــه الملحوظ في فنِّ النَّوازل عند المغاربة، فضلاً عن المادّة التاريخية المتنوعة التي كانت قِبلةً للمعنيين بتـــاريخ المغرب والأندلس.

كما صنَّف الهلالي موسوعة المعيار ضمن كتب النوازل المعتمدة في الفتوى عند متأخِّري المالكية، وما يزيدُ الكتاب أهمية؛ هي تعقُّبات الونشريسي وتعليقاتُه على بعض الفتاوى تصحيحًا وتضعيفًا، فهو ليس مجرّد ناقل فحسب، بل ينتقد ويقبل ويردُّ.

3- **أسباب ذاتية .**

وهي الرغبة الملحّة والإرادة الدائمة في صرف الهِمّة لخدمة المذهب المالكي والعناية به، كمـــا لا ننسى توجيهات الأساتذة الأفاضل بكلية الشريعة والاقتصاد لأهمية هذا الموضوع، والتي كانت حـــافزا كبيرا لي، زادت في هـــمّتي لبحث موضوع العدول عن القول المعتمد عند المالكية.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى:

1- جمع شتات الموضوع وعناصره المتفرقة في كتب المالكية، ومحاولة إدراجه وفق منهجية علمية نظرية وتطبيقية، لتخْلُصَ لنا في الأخير أسباب العدول عن الأقوال المعتمدة في الفقه المالكي وضوابط العـــدول عنها.

2- إبراز بعض معالم المدرسة المالكية المغربية، تتحدَّد هذه المعالم في الأسباب والضّوابط التي يرتكز عليها الفقهاء في تنزيل الأحكام الشرعية العملية على الوقائع، وإيجاد الحلول الملائمة لما يستجدُّ من النوازل، وتُعتبر أسباب وضوابط العدول عن القول المعتمد وسيلة ضرورية يجب استحضارها عند تحقيق مناط الأحكام وتنزيلها.

3- بيان عدم تناقض أصول المذهب المالكي، لأن العمل بالأقوال غير المعتمدة إنما هـــو علـــى ســـبيل الاستثناء عند توافر أسبابه وضوابطه، وليس العدول أمرًا عامًّا على إطلاقه، والرد على شبهات المغالطين التي أثيرت حول العدول وأنه يؤدي إلى القول بالتشهي واتباع للهوى.

4- بيان شمول ومرونة المذهب المالكي ومُسايرته لكل الظروف والأحوال، وتفاعله مع المذاهب الفقهية الأخرى، ويتجلّى ذلك من خلال الاجتهادات والاختيارات الفقهية للمالكية في المسائل المعدول بها إلى أقوال خارج المذهب، بسبب أصل مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف.

5- إثراء المكتبة الفقهية بما يعين على اكتساب شيء من المهـــارة والممارســـة الفقهيـــة، بالتمثيـــل والاستشهاد لكل سبب وضابط بمسائل فقهية تطبيقية.

الدّراسات السّابقة :

يُعدُّ مصطلح العدول عن القول المعتمد من المصطلحات المتداوَلة في الفقه المالكي، ولعلّ أكبر ما عني بالعدول كتب الماجريَات أو ما جرى به العمل، إذ هو الأخذ بالضَّعيف والشّاذ في مقابل الرّاجح أو المشهور لموجب اقتضى ذلك، والبحث في هذا الموضوع كثير ومستفيض، لذلك تعتبر كتب العمـــل مَوْردًا مُهِمًّا ومَرْجعًا أوَّليًا لموضوع العدول، ومن أهمها:

نظرية الأخذ بما جرى به العمل لعبد السلام العسري، وقبله عمر الجيدي الذي ألّـــف كتـــاب **العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغـــرب**، ولقطـــب الريســـوني تـــأليف

بعنوان:**ضوابط الأخذ بما جرى به العمل**، وقد استفدت كثيرا من رسالتي في مرحلة الماجستير الموسومة بـــ: أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية في المذهب المالكي في الأحوال الشخصية والمعـــاملات المالية، بإشراف الدكتور عبد القادر جدي، سنة 2012م/1433ه.

لكن ينبغي التنبيه هنا أن موضوع بحثنا أعمّ من الماجريات، فكل عدول عن الأقوال المعتمـــدة سواء جرى به العمل بعد العدول أم لم يجر به العمل يتناوله بحثنا هذا، كما أن العدول عن القول المعتمد منه ما هو خارج إطار العمل، وأسبابه وضوابطه تختلف عن موجبات العمل ومسبباته، كما ســـيأتي في ثنايا البحث- إن شاء الله-.

ومن أهمِّ الدِّراسات العلمية المحكَّمة التي عنيت بالموضوع وجوانبه نذكر:

1- **مراعاة القول الضّعيف في الفتوى لدى فقهاء الغرب الإسلامي من خلال العمل الفاسي لعبـــد الرحمان الفاسي** –باب المعاملات نموذجا-، للباحثة د. أسماء المخطوبي، إشراف الدكتور علال الهاشمي الخياري، وهي رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله بدار الحديث الحسنية الرباط، وقد قسّمت الدراسة إلى قسمين؛ فصل نظري تناولت فيه فقه العمليات من حيث النشأة والتطور ومنهج المالكية في العمل بـــه، وكذا التعريف بالأقوال المعتمدة ، وقسم تطبيقي تناولت فيه نماذج من المســـائل الفقهيـــة في بـــاب المعاملات التي رُوعي فيها القول الضعيف، وقد استفدت منها في بعض المسائل الفقهية.

2- **ضوابط الفتوى بالقول الضعيف في المذهب المالكي**: للطالب عبد الكريم عبد الكـــريم، إشـــراف الدكتور محمد دباغ، وهي مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله بجامعة أدرار، سنة2014م/ 1435هـــ، وهي دراسة تتقاطع مع بحثنا في موجبات وضوابط الفتوى بالضعيف، غير أنه تناولهـــا باختصـــار دون التفصيل في كل سبب أو موجب، كما لم يدعم بحثه بالنماذج التطبيقية إلا إشارة لبعض الأمثلـــة دون تفصيل فيها.

3- **العدول عن القول الرّاجح إلى القول المرجوح**، رسالة ماجستير بجامعة المدينة العالمية بماليزيا، سنة 2015م، للطالبة حفيظة ربيع، وبعد الاطلاع على الرسالة تبيّن أن الباحثة قـــد تناولـــت في بحثهـــا الاختلاف في الاجتهاد الفقهي وعلاقته بقواعد التعارض والترجيح، كما تناولت أسباب العدول عنـــد الفقهاء بشيء من الإيجاز، وختمت بحثها بعلاقة العدول عن الراجح بالرخصة والنوازل الفقهية وفقـــه

الأقليات وما جرى به العمل ومراعاة الخلاف، غير أن البحث كان في الفقه العام ولـــيس في المـــذهب المالكي.

4- **أسباب عدول الحنفية عن الفتيا بظاهر الرِّواية:** رسالة دكتوراه للطالب لـــؤي الخليلـــي، وقـــد استفدت منها في الجانب المنهجي للبحث، أما موضوعها فهو أسباب العدول عند الأحناف.

5- **العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء:** لعصام بن عبـــد الله إبـــراهيم المطـــوع، قاضـــي الاستئناف بمحكمة الأحوال الشرعية، دار الميمان بالرياض، الطبعة الأولى سنة 1439هـــ، وقد عثرت عليه من خلال بحثي على الشبكة العنكبوتية، وتعذّر عليّ تحميله، وحاولت الاتصـــال بـــدار النّشـــر للحصول على نسخة منه و لم أتمكّن من ذلك، وقد ذكرته للأمانة العلمية.

هذا وقد بذلت وسعي في العثور على بحث يتناول أسباب العدول عن القول المعتمد وضـــوابطه عند المالكية فلم أجد، إلا ما كان في بعض المباحث الجزئية التي تناولت العمل بالقول الشّاذ والضّعيف ككتاب صناعة الفتوى وفقه الأقليات لعبد الله بن بية، وأصول الفتوى والقضاء لمحمد رياض.

منهج البحث : استعنت في كتابة البحث بالمناهج الآتية :

1- المنهج الوصفي: وذلك في ضبط المصطلحات العلمية والفقهية وتعريفها.

2- **المنهج الاستقرائي،** وذلك من خلال تتبع مضان المادة العلمية بالرجوع إلى كتب النوازل والمصادر الأصلية المعتمدة في المذهب، وكذا تتبع المسائل الفقهية المعدول بها عن القول المعتمد.

3- **المنهج التحليلي،** وذلك من خلال تحليل أساب العدول وضوابطه، وعرض ودراسة المسائل الفقهية التطبيقية من كتاب المعيار المعرب، ومحاولة ربطها بالأسباب والضوابط، وكذا تحليل نتائج الاســـتقراء الجزئي.

4- **المنهج المقارن،** وذلك من خلال مقارنة الأقوال غير المعتمدة بالأقوال المعتمدة، وبيان الراجح مـــن المرجُوح منها، أو عندما يتعلّق الأمر بمسألة فقهية أو أصولية خلافية.

5- **المنهج التاريخي:** وذلك من خلال المقاربة التاريخية لبداية ظهور العدول عن الأقـــوال المعتمـــدة في تاريخ المذهب المالكي، وتطوره مع الأدوار والمراحل، مُتَّبعًا في ذلك التّرتيب الزّمني.

منهجية البحث المتبعة:

حاولت الالتزام – قدر الإمكان- في هذا البحث بالمنهجية التالية :

1- عزو الآيات القرآنية الواردة، بذكر اسم السّورة ورقم الآية، بجانب الآية في المتن، وبرواية ورش عن نافع.

2- تخريج الأحاديث النبويّة الشريفة الواردة في البحث، وحسبُنا في ذلك الموطأ والصّحيحان إن ذُكر الحديث فيهن، فإن لم أجده فيها خرّجته من كتب السنن والحديث المشهورة بعد الصّحيحين، بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث والجزء والصفحة.

3- الترجمة الموجزة لأعلام المالكية الذين ورد ذكرهم في متن البحث ما عدا الإمام مالك –رحمه الله-.

4- شرح غريب الحديث، الوارد في البحث، وشكل الكلمات الغامضة إن وُجدت.

5- عزو الأقوال والنصوص المقتبسة إلى أصحابها، وتَحرّي الأمانة العلمية في ذلك، بالرّجوع إلى المصادر المعتمدة لنقل قول كلّ قائل من كتابه، فإن تعذّر الأمر بأن كان الكتاب مفقودًا، أو لم أتمكّن من الحصول عليه؛ نقلنا بالواسطة مع ذكر هذه الواسطة، وتوثيق ذلك في الهامش، وفْق المنهجية العلمية المتداولة.

6- عند ذكر الكتاب لأول مرة: نُثبتُ اسم المؤلِّف، ثم اسم الكتاب كاملا، فالمحقّق إن وُجد، ودار النشر والبلد، والطبعة، وتاريخ النشر، ثم الجزء والصفحة.

وإذا تكرّر ذكر المصدر أو المرجع؛ نكتفي بذكر اسم الشّهرة للمؤلِّف، وعنوان الكتاب، والجزء والصفحة، فإن ذُكِر الكتاب مرتين على التوالي نكتفي بعبارة: المرجع نفسه.

7- إذا أشرت في الهامش بكلمة (ينظر)، فالنص المقتبس من الكتاب بتصرف، أو أني نقلته بالمعنى، أما إذا لم أذكرها فالنص مقتبس بحرفه.

8- تسهيلا للقارئ وتيسيرا للاطلاع على البحث، ذيَّلت الدراسة بالفهارس التالية:

أ- فهرس الآيات القرآنية، وقد تمّ ترتيب الآيات حسب ترتيبها في المصحف.

ب- فهرس الأحاديث النبويّة، بالترتيب الألفبائي.

ج- فهرس للمسائل الفقهية المبحوثة بالترتيب الألفبائي.

د- فهرس للمصطلحات العلمية المعرّفة في البحث بالترتيب الألفبائي.

ه- فهرس الأعلام المترجم لهم، بالترتيب الألفبائي، مع عدم اعتبار "ال" و"ابن" و"أبو".

و- فهرس المصادر والمراجع، بالترتيب الألفبائي، مع تصنيفها حسب تخصصها، مع ذكر معلومات الكتاب كاملة، اسم المؤلف، واسم الكتاب ، ومعلومات النشر، بالترتيب الألفبائي.

ز- فهرس الموضوعات.

صعوبات البحث:

ومن الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث أذكر ما يلي :

1- كثرة المادة العلمية مقارَنة بالمادة التي تكون جاهزةً للبحث، وذلك لطول كتب النّوازل وتشـــعّبها واتّساع مسائلها، مما شكّل لديَّ حاجزًا في ما أكتبه في صلب الموضوع وما لا أكتبه، فتجدني أكتـــب مبحثا بمطالبه وفروعه ثم أتراجع عنه وأحذفه، كالمسائل الفقهية المعدول بها، وأحسِب أنّ هذا الإشكال يُحلُّ بممارسة البحوث وتقديمها للتّصحيح والتوجيه والمراجعة والنّقد .

2- أنَّ المذهب المالكي يحتوى على مختصرات فقهية، عليها شروح وحـــواشٍ، غالبًـــا تُكـــرِّر نفـــس المعلومات، والمعلوم أن هذه المختصرات وشروحها لم تعتن بالتّدليل للأقوال، وهذا شكّل لديَّ صعوبة في إيجاد دليل لبعض أقوال الإمام مالك وتلامذته، وأحسب أنّ حلّ هذا الإشكال يكمُنُ في توجيه البحوث والدراسات حول خدمة المذهب المالكي في هذه الناحية .

3- صعوبة الحصول على بعض المراجع ذات الصلة بموضوع البحث، لوجودها خارج البلد، ككتـــاب العدول عن القول الراجح في الفتيا والقضاء لعصام بن عبد الله إبراهيم المطوع، ومنها ما هو مخطـــوط، يصعب قراءته وفهمه، لرداءة النُّسخ.

4- الظروف الصحية التي مرّت بها البلاد والعالم، جرّاء تفشّي وباء كرونا (كوفيد19)، والتي حالـــت دون التنقل للمكتبات وغيرها، فأسأل الله أن يرفع عنا الوباء.

خطةالبحث :

قسَّمنا هذا البحث إلى مقدمة؛ وفصل تمهيدي؛ وفصلين؛ وخاتمة، على النحو الآتي:

عنوان الفصل التمهيدي: العدول عن القول المعتمد؛ دراسة مصطلحية وتأصيلية، افتتح بمبحث أوّل حول التّعريف بالمصطلحات الأساسية في عنوان البحث، وهي العدول، والقول المعتمد، والأسباب والضوابط، فكان لكل مصطلح مطلب خاص، أما المبحث الثاني؛ فقد تناولت فيه التّعريف بالمصطلحات

ذات الصّلة وعلاقتها بالعُدول؛ وهي ما جرى به العمل، والاستحسان، ومراعاة الخلاف، والتَّرخّص في الفتوى، والتّراجع، لكل مصطلح مطلب خاص، أما المبحث الثالث والموسوم بالدراسة التأصيلة للعُدول عن القول المعتمد عند المالكية، فقد خصّصته لتحرير مسألة اختلاف فقهاء المالكية في جواز العدول عن القول المعتمد، وأتبعناه بدراسة استقرائية تاريخية للمُخالفات الفردية والجماعية للقول المعتمد في المذهب.

ثم يليه الفصل الأول؛ الـــمُعَنوَن له بـــأسباب العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي، ;قد قسّمته إلى ثمانية مباحث بحسب الأسباب المقصودة بالدراسة، فكان لكل سبب مبحث خاص، تناولت فيه التعريف بكل سببٍ من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، ثم أدلة اعتباره وحجّيته عند فقهاء المالكية، وشروط العمل والاستدلال به، مع التركيز على أثر كل سببٍ في العدول عن القول المعتمد، ويُختتم المبحث بدراسَةِ مسألتين فقهيتين كأُنموج تطبيقيٍّ لسبب العدول، بتصوير المسألة وتعريف مصطلحاتها الغامضة، ثم سرد أقوال المالكية فيها مع بيان القول المعتمد منها، لنخلص إلى التّحقيق في سبب العدول ونسبته لصاحبه ما أمكن، وقد تحصّلَت لديّ هذه الأسباب حسب المباحث الثمانية الآتية:

- المبحث الأول: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير العرف.
- المبحث الثاني: العدول عن القول المعتمد بسبب ما جرى به العمل.
- المبحث الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.
- المبحث الرابع: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير وجه المصلحة.
- المبحث الخامس: العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذريعة.
- المبحث السادس: العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف.
- المبحث السابع: العدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.
- المبحث الثامن: العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.

وبعد أسباب العدول عن القول المعتمد، تأتي ضوابط العدول عن القول المعتمد في الفصل الثاني، قسّمته إلى سبعة مباحث، لكل ضابط مبحث خاص، تناولت في كل ضابط مفهومه ومعناه بذكر نصوص فقهاء المالكية في اشتراطه، مع التركيز على وجه اشتراطه، كما تمّ إدراج بعض العناصر المكمّلة لبعض الضوابط في مطالب وفروع، ليختم كل مبحث بدراسة مسألتين فقهيتين

كأُنموج تطبيقي لضابط العدول، بتصوير المسألة وتعريف مصطلحاتها الغامضة، وسرد أقوال المالكية فيها مع بيان القول المعتمد منها، ثم التحقيق في العدول عن القول المعتمد في المسألة، وقد تحصّلت بعد البحث والدراسة على هذه الضوابط حسب المباحث السبعة الآتية:

- المبحث الأول: ألا يكون القول المعدول إليه شديد الضّعف.
- المبحث الثاني: أن لا يكون القول المعدول إليه مُعَارضًا بالأصول الشرعية.
- المبحث الثالث: أن يثبت عزو القول المعدول إليه لقائله.
- المبحث الرابع: أن لا يؤدي حكم العدول إلى الوقوع في التلفيق وتتبع الرُّخص.
- المبحث الخامس: أن يصدر حكم العدول من مجتهدٍ مُؤهَّلٍ.
- المبحث السادس: أن يكون العدول لموجب يقتضي ذلك.
- المبحث السابع: أن يقتصر حكم العدول على المسألة المعدول بها.

وفي الخاتمة تمّ تقييد أهمّ النتائج المحصّل عليها من خلال الدراسة النظرية والتطبيقية، وكذا التّوصيات والمقترحات المكمّلة لهذا البحث.

هذا؛ والله أسأل أن يكتُب لهذا البحث التوفيق والقبول، وأن يُعينني على تدارك ما يقع فيه مـــن التقصير والخطأ، فمن وقف فيه على موضع خلل، أو بدا له ما يستدعي الوقوف عنده، أن لا يبخل عليّ بالنُّصح والتوجيه، والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل .

فصل تمهيدي

العدول عن القول المعتمد؛ دراسة مصطلحية و تأصيلية

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: التّعريف بالمصطلحات الأساس في عنوان البحث.

المبحث الثاني: التّعريف بالمصطلحات ذات الصّلة وعلاقتها بالعُدول.

المبحث الثالث: الدراسة التأصيلة للعُدول عن القول المعتمد عند المالكية.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فصل تمهيدي:

العدول عن القول المعتمد؛ دراسة مصطلحية و تأصيلية.

تمهيد:

لا تخفى أهمية الدّراسة المصطلحية وضرورتها من النّاحية الشرعية والمنهجية، "ليقع الفهم واضحًا، ولئلا تختلط المسمّيات، فيُسمَّى بعضها باسم آخرٍ منها، فيُوجب ذلك وضع معاني في غير مواضعها، فتبطل الحقائق"[1].

وقد أدرك فقهاء المالكية أهمية ضبط المصطلحات المتداولة فيما ألّفوه من كتب، فوضعوا كتبًا اختصَّت في الحدود والتّعريفات ؛ كحدود الباجي[2] وحدود ابن عرفة[3]...إلخ.

لذلك ارتأيت أن أخصّص هذا الفصل التّمهيديَّ لأمورٍ مهمّة هي:

أولا: لبيان مفهوم المصطلحات الواردة في عنوان البحث، من الناحيتين؛ اللغوية والاصطلاحية، مع التركيز على مُصطلحَي "**العُدول و القول المعتمد**"، باعتبارهما محور البحث.

ثانيا: لتوضيح معاني بعض المصطلحات المشاكِلة ذاتِ الصّلة بجوانب هذا الموضوع، والتي ستتردّد كثيرا في صفحات هذا البحث؛ و هي: **ما جرى به العمل، الاستحسان، مُراعاة الخِلاف، الرُّخصة، التَّراجع.**

---

[1]ـــ ابن حزم، أبو محمد علي: الإحكام في أصول الأحكام، دار الجيل، بيروت ـــ لبنان ـــ ط1: 1407 هـــ/ 1987م، ج 8، ص 564.

[2]ـــ **الباجي**: أبو الوليد سليمان بن خلف التميمي، أخذ عن أبي الأصبغ ومحمد بن إسماعيل وأبي محمد المكي وغيرهم، وأخذ عنه ابن عبد البر، وابنه محمد والطرطوشي، له: المنتقي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، و الإشارات، (ت473هـــ). ينظر: (ابن فرحون: برهان الدين إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مطبعة السعادة، مصر، دط: 1329ه: ص120، محمد بن محمد مخلوف شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، دت: ص120)

[3]ـــ **ابن عرفة**: أبو عبد الله محمد بن الشيخ الورغمي التونسي المالكي، أخذ عن ابن عبد السلام والشريف التلمساني، وعنه أخذ كثرة من أهل المشرق والمغرب، مهم البرزلي والأُبّي وابن ناجي، له: المختصر الفقهي، الحدود الفقهية، (ت803هـــ)، ينظر: (ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ص377، التنبكتي؛ أحمد بابا: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، مطبعة السعادة، مصر، ط1: 1329ه، ص374، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص228).

ثالثا: للدّراسة التّأصيلية لمشروعيّة العُدول عن الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي، وبيان مواقف فقهاء المالكية وأدلتهم تجاه هذا المترع في الفتيا والقضاء، ذلك أنّ دراسة أسباب العدول وضوابطه مبنيّ على هذه المسألة.

إنَّ إغفَال وإهمَال هذا الجانب من الدِّراسة قد يُؤدي إلى سُوء الفهم، ذلك أنّ كثيراً من الخلافات راجعة إلى اختلافٍ لفظيٍّ اصطلاحي، وبخاصّة إذا تعلّق الأمر بالعُدول عن القول الرَّاجح والمشهور في القضاء والفتوى، والعمل بالقول الضَّعيف أو الشَّاذ، وقد تنبّه ابن حزم لذلك فقال: " والأصل في كل بلاءٍ و عَماءٍ، وتخليطٍ وفساد، ؛ اختلاط الأسماء، ووقوع اسم واحد منها على معانٍ كثيرة، فيُخبر المُخبر بذلك الاسم وهو يُريد أحدَ معانيه، فيحمِله السَّامع على غيره فيقع البلاء والإشكال".[1]

من هنا كان لابد من إعطاء مسألة المصطلح ما تستحقه من عناية، وهذا ما أردناه من هذا المدخل المفاهيمي التأصيلي.

لذلك سوف نقسِّم الفصل التمهيدي وفق ما يأتي:

المبحث الأول: التّعريف بالمصطلحات الأساس في عنوان البحث.

المبحث الثاني: التّعريف بالمصطلحات ذات الصّلة وعلاقتها بالعُدول.

المبحث الثالث: الدراسة التأصيلية للعُدول عن القول المعتمد عند المالكية.

[1]. ــ ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ج8، ص564.

المبحث الأول:

التعريف بالمصطلحات الأساس الواردة في عنوان البحث.

ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب؛ نتناول في كل مطلبٍ التّعريف بمصطلح من المصطلحات الأساسية الواردة في عنوان البحث، وهي: **العدول، القول المعتمد، السبب، والضّابط.**

المطلب الأول: تعريف العُدول .

الفرع الأول: العُدول في اللغة.

(العُدول) بضمِّ العين أصله في وضع اللسان من الفعل الثلاثي(عدل)، قال ابن فارس:العين والدّال واللّام؛ أصلان صحيحان، لكنهما مُتقابلان كالمتضادَّين: أحدهما يدلّ على الاستواء، والآخر يدلّ على الاعوجاج.

أما الأصل الأول: فيُطلق على العدل بين النَّاس؛ والإنصاف والتّسوية؛ والحكم بالاسْتِواء...، فهو ضدُّ الجَوْرِ، وعدَّل الحكم تعديلاً بمعنى: أقَامَه.

وأما الأصل الآخر: فيقال في الاعْوِجاج: بمعنى الـــمَيْل عن الطريق؛ عَدَل و انعَدل، أي انعَرج.[1]

وجاء في لسان العرب:عَدَلَ عن الشيء يعْدِل عُدُولاً أي: حَادَ ومَالَ...وعدَل إليه عُدُولاً:رجع، والعِدْل والعَدِيل: النَّظير والـــمثيل... ومنه قوله تعالى: ﴿ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا ﴾[سورة المائدة: 95].[2]

وتعْدِيل الشيء: تقويـــمُـــه، ...وعدَلته أي: أقمته...فاعتدل أي: فاستقام، ومن شواهده قول عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–: " الحمد لله الذي جعلني في قوم إذا مِلت عَدَّلوني كما يُعدَّل السَّهم في الثِّقاف".[3]

---

[1]ـــــ ابن فارس، أبو الحسين أحمد فارس بن زكرياء: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، ج4، ص246-247.

[2]ـــ ابن منظور: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري: لسان العرب، تحقيق مجموعة من العلماء، دار المعارف، القاهرة، ط1: ج4، ص 2838 وما بعدها، وكذا القاموس المحيط والقابوس الوسيط: للفيروز أبادي، تحقق محمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426/2005ه، فصل العين باب اللام، ص1030.

[3]– ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص 2840، الزبيدي، محمد مرتضى: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة علماء، دار التراث العربي، الكويت، ج 29، ص 443 وما بعدها.والأثر المروي عن عمر بن الخطاب ينظر: الهندي: علي بن حسام، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5: دت، رقم: 35763، ج 12، ص 563.

وقد ورد لفظ (العدول) في القرءان الكريم على أوزان ومعانٍ مختلفة[1]، نذكر منها:

قوله تعالى: ﴿ثُمَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِرَبِّهِمۡ يَعۡدِلُونَ﴾[سورة الأنعام: 01]أي: يُشرِكون.

وقوله تعالى: ﴿يَهۡدُونَ بِٱلۡحَقِّ وَبِهِۦ يَعۡدِلُونَ﴾[سورة الأعراف: 159]أي: يحكُمون بالحقّ.

وعليه يكون معنى العُدول يدور حول **الحَيْد والرُّجوع والتَّقويم والمَيْل إلى الأصْوَب**[2]، وهذه المعاني هي التي تخدم بحثي، وهي الأقرب والأنسب للمعنى الاصطلاحي للعدول.

الفرع الثاني: تعريف العُدول في الاصطلاح.

إنَّ الـــمُتتبّع لمصادر المالكية الفقهية منها والأصولية، وحتى كتب الحُدود والتَّعريفات، يجد أن الفقهاء لم يُحدِّدوا لمصطلح العُدول معنىً دقيقًا وصريحاً، ويظهر من خلال استعمالهم للفظ (العدول) في كثيرٍ من الأحيان أن المراد به معناه اللُّغوي، ولعلَّ ظهور معنى العدول وشيوع استعماله لدى الفقهاء هو الذي جعلهم يكتفون بمعناه اللّغوي، و لم أجد فيما وقفت عليه من أفرده بتعريفٍ اصطلاحي مستقلٍ، إلاَّ ما جاء في كتاب التوقيف على مهمات التعاريف، فقد ذكر أن العدول هو: "الميل عن الوسط إلى أحد الجانبين"[3]، غير أن هذا التعريف يعتبر بالمعنى العام، فهو لا يختصُّ بالعدول عند الفقهاء .

لذلك تعدَّدت أوجه استعماله ومجالات توظيفه، وحتى يتسنى لنا الوصول إلى تعريفٍ يخدم هذا البحث لابدَّ من عرض جُملة من نصوص الفقهاء و الأصوليين، التي يظهر من خلالها توظيف مصطلح العدول في معاني مختلفة.

---

[1]- ينظر: الأزهري: تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط1: 2001م، ج2، ص 125، 126.

[2]- العدول: مفردة لغوية لها معاني واستعمالات كثيرة ومختلفة منها: الشطب، الاستمالة، النُّكوب، الديص، الزوال، الحيص، الزيغ، الازورار...ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 4، ص 2840 وما بعدها، الزبيدي: تاج العروس، ج 29، ص 443 ومابعدها، الفيومي أبو العباس أحمد، المصباح المنير، دار الكتب العلمية، بيروت دط، ص: 624، 625، الجوهري: إسماعيل بن حماد، الصحاح، دار العلم للملايين، ط4: 1990م، ج 5، ص 1760 ومابعدها.

[3] ــ المناوي، زين الدين محمد بن عبد الرؤوف: التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط1: 1410هـــ/1990م، ج: 1، ص: 688.

ومن أمثلة ذلك في الفروع الفقهية:

- **العدول** عن الصيّام إلى الإطعام في الكفارة ' أي تقديم الإطعام بدل الصيام...
- و**عدول** أحد الخطيبين عن الخطبة، أي نقضها...
- و**العدول** عن الوضوء إلى التّيمم، أي بدلاً عنه...
- و**العدول** عن القصاص إلى الصُّلح والعفو، أي عدم نفاذ حكم القصاص...

ومن استعمالات لفظ العدول في دلالات الألفاظ وعلم اللغة العربية نذكر ما يلي:

- لا يجوز **العدول** عن الحقيقة إلى المجاز إلا لقرينة صارفة، أي: عند تعذّر إِعمال الحقيقة .[1]

واستعمل الأصوليون لفظ العدول في تعريف ضَرب من ضُروب الاستحسان، وهو" **العدول** بحكم المسألة عن نظائرها"[2]، ومقتضى هذا التعريف؛ وجود سبب قوي يُوجب العدول بحكم المسألة عن نظائرها، على سبيل الاستثناء، وسنتطرق لعلاقة العدول بالاستحسان في المبحث الثاني (المصطلحات ذات الصلة).

ومن أهمّ الإطلاقات الاصطلاحية للعدول عند الأصوليين "المعدول به عن القياس في الشَّرع"[3]، وورد استعماله فيما خالف أصل القياس تحت مسمى العدول في معرض تقرر شروط القياس، فلا يكون حكم الأصل معدولا به عن سَنن القياس أو خلاف حكم الأصل أو المُستثنى من

---

[1]- القرطبي أبو عبد الله محمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن، ط2: دت، ج 11، ص 27.

[2]- ينظر: الباجي: الحدود، ص 65، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1407هـ/1983م، ج2، ص693. ابن العربي، أبي بكر محمد المعافري: المحصول في أصول الفقه، دار البيارق، الأردن، ط1: 1420هـ، ص 132.

[3]- ينظر: الجويني: البرهان في أصول الفقه، تحقيق صلاح بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1418هـ/1997م، ج2، ص 89، والآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عفيفي عبد الرزاق، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، ج3، ص 196، السبكي وولده التاج، الإبهاج في شرح المنهاج، تحقيق نور الدين صغيري و أحمد الزمزمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1: 1424هـ/2001م، ج6، ص 2428.

قاعدة القياس... ويُراد به: " ما يثبت شرعا بخلاف ما يوجبه العقل في نفسه، والقياس على سائر أصول الشرع" [1]

ولعل أقرب مصطلح لمعنى العدول هو مصطلح"ما جرى به العمل"، وهو نوع من الاجتهاد المذهبي الذي اختصَّت به المدرسة المالكية المغربية[2]، وقد عرّفه المهدي الوزاني[3] بقوله: " العمل هو **العدول** عن القول الرَّاجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رعياً لمصلحة الأمَّة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، وذلك لتبدل العرف وضرورة جلب المصلحة ودرء المفسدة.[4]

ومقتضى التعريف المذكور؛ أن بعض المسائل يكون فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة والمفتين إلى الحكم بقول يُخالف الراجح و المشهور لسببٍ يقتضي ذلك، كدرء المفسدة أو جلب المصلحة أو جريان العرف في الأحكام التي يكون مستندها العرف، أو نحو ذلك، فيأتي من بعده ويقتدي به مادام المُوجب الذي لأجله خُولف المشهور قائماً في ذلك الزمن والبلد[5]، وسنتناول في المبحث الثاني مصطلح العمل بتفصيل أكثر، لأنه من المصطلحات ذات الصلة بالعدول.

---

[1]- الدبوسيأبوزيد: تقويم الأدلة، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1421هـ/2001م، ص 284.

[2]ـ **المدرسة المالكية المغربية**: يُقصد بهم: الشيخ ابن أبي زيد، والقابسي، وابن اللّباد، والباجي، واللّخمي، وابن محرز، وابن عبد البرّ، وابن رشد، وابن العربي، والقاضي سند، ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، تحقيق حمزة أبو فارس وعبد السلام شريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1990م، ص 69، الزيلعي، إبراهيم عمر: المدخل الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية،دط، دت، ص 12.

[3]- **المهدي الوزاني**: هو أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني الفاسي، أخذ عنمحمد كنون والطالب حمدون وغيرهم، له :حاشية على شرح التسولي على التحفة، والنوازل جمع فيه فتاوى المتأخرين من المغرب، شرح العمل الفاسي، والمعيار الجديد، (ت1342ه)ـ، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص435، الزركلي خير الدين: الأعلام قاموس تراجم، دار العلم للملايين، بيروت، ط1: 1980م، ص114/7، عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1: 1413ه/1993م، ص 740/3)

[4]- ينظر: المهدي الوزاني: حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق.، نقلا عن معلمة الفقه المالكي، لعبد العزيز بن عبد الله، دار الغرب الإسلامي ط1: 1403هـ/ 1983م، ص274، الجيدي، عمر بن عبد الكريم: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المغرب، دط: 1982م، ص 342. و مباحث في المذهب المالكي، لنفس المؤلف، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط1: 1993م، ص 181.

[5]- للطالب رسالة ماجستير: أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية عند المالكية، إشراف: عبد القادر جدي، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة 2012.

ومن تعريفات المعاصرين لمصطلح العدول أنه: "تَغْيِيرُ المجتهدِ وجهة نظره في مسألة اجتهادية، لوجود ما يُوجِب ذلك، مع بقاءِ أصل الحكم الشرعي".[1]

ويُنتقدُ هذا التّعريف بأنه ليس كل تغيير في وجهة نظر المجتهد يعتبر عُدولاً، فقد يكون تراجعا عن رأيه في المسألة الاجتهادية بعد التَّحقيق في أدلتها أو مناط حكمها، ومعلوم أن تغيّر الفتوى بتغيّر الأشخاص والأزمان والأعراف لا يُنكر، ثم إنه جعل العدول من اختصاص المجتهد فقط و لم يحدد مرتبته، فقد يكون العدول في الفتوى كما يكون في الاجتهاد، كما أنه لم يُبيِّن حقيقة المعدول عنه و المعدول إليه وسبب العدول.

وبناء على ما سبق من النُّقول لمعاني مصطلح العدول واستعمالاته المختلفة، يتبيَّن أنّ للعدول أركانا مهمة ، وهي:

- الركن الأول: وجود أصل عام يُعدَل عنه إلى غيره، وهو الحكم الأصلي.
- الركن الثاني: وجود سببٍ ودليل قوي يُوجب العدول عن الأصل إلى غيره، وهو دليل العدول.
- الركن الثالث: وجود فرع أليقَ وأنسبَ يُعدَل إليه على سبيل الاستثناء مادام سبب العدول قائماً، وهو المعدول إليه.

و عليه؛ يكون معنى العدول في موضوع بحثنا هو: **ترك العمل بالقول المُعتمد في بعض المسائل الفقهية الخلافية في المذهب، والأخذ بقول غير معتمد على سبيل الاستثناء، لمُوجب يقتضي تحصيل مقصود الشارع.**

شرح التعريف:

"**ترك العمل**" أي: عدم الأخذ بالحكم أو القول في القضاء أو الفتوى أو خاصة النفس .

"**بالقول المُعتمد** "؛ وهو القول المتفق عليه أو الراجح أو المشهور، كما سيأتي في المطلب الموالي.

[1]– لطفي أحمد محمد: شروط المفتي وأثرها في تغير الفتوى، مقال في مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، جامعة القصيم، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المنعقد بتاريخ: 23- 24 محرم 1434هـ.

" **فيبعض المسائل الفقهية الخلافية**" أي؛ أنّ العدول يكون في المسألة ذات الأقوال والروايات المتعددة والمختلفة والمتفاوتة فيما بينها من حيث القوة والدرجة في المذهب.

"**والأخذ بقول غير معتمد**"، أي أن العدول قائم على اختيار قول آخر غير معتمد، كالضعيف والشاذ أو قول خارج المذهب، والعمل به في الفتوى أو القضاء أو خاصة النفس.

"**على سبيل الاستثناء**"؛ أي أن هذا العدول ليس على إطلاقه، فإذا زال مُوجب العدول وجب الرجوع للقول المعتمد.

" **لمُوجب**"؛ والموجب هو سبب العدول ودليله، ومن الموجبات: الضرورة، وتغير العرف، وسد الذريعة...كما سيأتي في الفصل الأول– إن شاء الله–

"**يقتضي تحصيل مقصود الشارع** "؛ أي أنّ ثمرة العدول وفائدته تحقيق مقاصد شرعية؛ كجلب مصلحة معتبرة أودفع مفسدة عن المكلف، أو رفع المشقة و الحرج عنه...

وبيان ذلك؛ أن الأصل في الفتوى والقضاء عند المالكية لا يكون إلا بالأقوال المعتمدة، على ما سيأتي بيانه من الأقوال المعتمدة، فيَعرِض للمفتي أو القاضي في بعض المسائل التي مبناها على الرأي والاجتهاد أو العرف أو المصلحة من الأسباب ما يكون مُوجبا لترك العمل بالقول المعتمد، فيعمد للأخذ بأقوال أخرى غير معتمدة، ولو كانت ضعيفة أو أقوالا من مذاهب أُخَر، بحسب ما يقتضيه سبب العدول، ومن الأسباب: الضرورة الملحة، وتغيّر العرف، ودرْء ذريعة الفساد، وتحقيق مصلحة معتبرة....ثم إنّ هذا العدول يكون على سبيل الاستثناء، فإذا زال المانع من العمل بالقول المعتمد وسبب العدول وجب الرُّجوع إلى القول المعتمد.

و سنبحث في المطلب الموالي عن معنى القول المعتمد عند المالكية باعتباره مصطلحا علميا ورد في عنوان البحث، بينما نرجئ البحث في الأقوال غير المعتمدة و المعدول إليها في ثنايا البحث.

المطلب الثاني: القول المعتمد في اصطلاح المالكية.

الفرع الأول: القول المعتمد في اللغة.

القول في اللغة: (القاف والواو واللاّم) أصلٌ واحدٌ صحيح يَقِلُّ كلمه، وهو القول من النّطق، وهو الكلام تامًّا كان أو ناقصًا، [1]وهو يَعمُّ الكلام والكلِم والكلمة، ويُجمع على أقْوال وأقَاوِيل، والمصدر: القول والمقال، والفاعل قائل، والمفعول مقول، والـــمِقوَل: اللّسان.[2]

ومن استعمالات لفظ القول: أنه يأتي بمعنى الاعتقاد والرّأي والمذهب.[3]

فإن قيل: لماذا سُميت الاعتقادات والآراء أقوالاً، وهي ليس كلاماً ولا منطُوقاً باللّسان؟

فالجواب: أن هذه التّسمية من باب التّجوُّز؛ لأنه لما كانت الاعتقادات والآراء تخفى فلا تُعرف إلّا بالقول، أو بما يقوم مقام القول من شاهد الحال؛ سُمِّيت قولاً إذا كانت سبباً له، وكان القول دليلاً عليها، كما يُسمَّى الشيء باسم غيره إذا كان مُلابِسًا له وكان دليلاً عليه.[4]

وهذا الاستعمال للمعنى اللغوي للقول له علاقة واضحة بالمعنى الاصطلاحي.

والمعتمد في اللغة: من الاعتماد، واعتمد على الشيء: توكّأ عليه وتورّك، واتّكل عليه، والعمدة: ما يعتمد عليه، والاعتماد اسمٌ لكل سبب زاحفته...والمعتمد: سيِّد القوم.[5]

---

[1]- ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج5، ص 42.

[2]- ينظر: ابن منظور لسان العرب، ج 11، ص 573، الفيومي: المصباح المنير، ص 520، الزبدي تاج العروس، ج30، ص 293.

[3]- ينظر: الراغب الحسين بن محمد: المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة، بيروت، دط، ص 415، 416.

[4]- ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج11، ص572، الزبيدي: تاج العروس، ج30، ص 292.وكذا: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص130.

[5]- ابن منظور: لسان العرب، ج 13، ص 3097 .

الفرع الثاني: القول المعتمد في اصطلاح المالكية.

أولا- القول في اصطلاح المالكية:

قال الحطَّاب[1]: "المراد بالرِّوايات: أقوال مالك، والمراد بالأقوال: أقوال أصحابه ومن بعدهم من المتأخرين[2]، كابن رشد[3] والمازري[4]، وغيرهم، وقد يقع خلاف ذلك"[5]، وبذلك يميّزون بين مصطلحي الرّوايات والأقوال؛ فيقع -غالبا- مصطلح القول على ما نُسب لأصحاب مالك المتأخرين.

قال في كشف النقاب الحاجب: "وقد انخرم هذا، فأطلق المؤلف الروايات على منصوصات المذهب، قال صاحب التوضيح: الظاهر أنه لم يُرِد بالروايات هنا أقوال مالك، وإن كان ذلك هو الاصطلاح، وإنما أراد به منصوصات المذهب، وقد يطلق الروايات في مقابلة أقوال الأصحاب".[6]

فإذا قالوا الروايات: فالمراد بها أقوال مالك غالبًا، على أنّ القول المروي عن الإمام كما يسمى رواية يسمى نصًّا وقولاً، فإن قالوا (الوجه): فالمقصود به عندهم الحكم المنقول في المسألة لبعض أصحاب الإمام أو من بعدهم ممن بلغوا رتبة الاجتهاد[7].

---

[1]- **الحطَّاب**: أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب المكي مولدا ومنشئا، أخذ عن والده وأحمد بن عبد الغفار ومحمد السخاوي، وأخذ عنه ولده يحيى، وعبد الرحمان التاجوري، ومحمد القيسي، له: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، وشرح رجز ابن غازي، (ت954ه)، ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، دار الكتب العلمية، بيروت، ص337، مخلوف شجرة النور، ج1، ص309.)

[2]- **المتأخرون**: يُقصد بهم: ابن أبي زيد ومن بعده من علماء المالكية، أما من هم قبله من تلامذة مالك؛ كابن القاسم وسحنون ونظائرهم فهم المتقدمون، ينظر: مريم محمد صالح الظفري: مصطلحات المذاهب الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م، ص 156

[3]- **ابن رشد**: هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد القرطبي، أخذ عن أبي جعفر بن رزق، والجياني، وأبي عبد الله بن فرج، وعنه أخذ ابنه أحمد والقاضي عياض، وأبو بكر الاشبيلي، له: البيان والتحصيل، والمقدمات الممهدات، (ت520ه)، ينظر: (ابن فرحون: الديباج المذهب، ص 278، مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 129.).

[4]- **المازري**: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، يُعرف بإمام المذهب، أخذ عن اللخمي وعبد الحميد الصائغ، وعنه: أبو محمد عبد السلام وأبو عبد الله بن تومرت، له: المعلم في شرح مسلم، شرح التلقين، إيضاح المحصول من برهان الأصول، (ت536ه) ينظر: (ابن فرحون: الديباج المذهب، ص279/ مخلوف: شجرة النور الزكية، ج2، ص127).

[5]- الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ضبطه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1416هـ/ 1995م، ج1، ص 55.

[6]- ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 129.

[7]- الجيدي: مباحث في المذهب المالكي، ص 265.

فحاصل الأمر أن القول يُطلق على أقوال أصحاب مالك ومن بعدهم من المتأخرين، كما قد يُطلق على ما قاله الإمام مالك، كما أنّ الرّوايات تُطلق على الأقوال على سبيل التّجوُّز.

واختصَّ خليل[1] في مختصره بلفظ (القول) بصيغة التثنية والجمع: ما لم تظهر له أرجحيَّة على آخر، قال: "وحيث ذكرت قولين أو أقوالاً، فذلك لعدم اطّلاعي في الفرع على أرْجَحِيَّةٍ مَنْصُوصَة"[2].

ثانيا– القول المعتمد في اصطلاح المالكية:

ورث المتأخِّرون من فقهاء المالكية تراثًا ضخْماً من الآراء والاجتهادات الفقهية، والتي قد تُمثّل اتجاهات متعارضة، مما تطلَّب منهم تصنيف الأقوال والروايات من حيث اعتمادها وعدم اعتمادها، ومن حيث تقديم وترجيح بعضها على بعض، إلى مراتب متفاوتة، ووضعوا لذلك قواعد للترجيح بين مختلف الأقوال والروايات.

قال محمد أبو زهرة: " فلما اتَّسع المذهب، وكثرت أحكام الفروع، وتشعَّبت الأقوال، وكان الفرع الواحد يختلف حكمه باختلاف الأقوال المتضاربة أحيانا، كانت الحاجة إلى الترَّجيح والموازنة بين الأقوال من ناحية روايتها، ومن ناحية قائلها، ومن ناحية دليلها، وهذا العمل لا يقلُّ عن التَّخريج في حدِّ ذاته "[3]، فتكوَّنت داخل المذهب من أجل ضبط مصطلحاته في الفتوى والقضاء ما أصبح يسمى: بالمتفق عليه في المذهب، والراجح، والمشهور، والمساوي لمقابله، وما جرى به العمل، والضعيف، والشاذ.

قال النابغة الغلاوي[4]في نظم البوطليحية، وهو نظم في المعتمد من الأقوال و الكتب في الفتوى

---

[1]– **خليل**:أبو المودّة خليل بن إسحاق بن موسى المعروف بالجندي، الفقيه المالكي المشهور، صاحب المختصر في الفقه، وكتاب التوضيح الذي شرح به مختصر ابن الحاجب الفرعي، (ت767ه)، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص358، التنبكتي، نيل الإبتهاج، ص112، 115، مخلوف، شجرة النور، ص223).

[2]– خليل: المختصر ،تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة،ط1، 1426ه/2005م، ص 12.

[3]– أبو زهرة محمد: مالك حياته وعصره، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2: 1952م، ص: 445.

[4]– **النابغة الغلاوي**: هو محمد بن عبد الرحمان البكري الغلاوي الشنقيطي، تتلمذ على أحمد بن العاقل، صاحب المنظومات البديعة، له: منظومة التحفة في العلم، والبوطليحية، (ت 1245ه). ينظر: (أحمد بن أمين الشنقيطي: الوسيط في ترجمة أدباء شنقيط، ص93/ المباشر على ابن عاشر: للمحقق عبد الله ولد عمر ولد عبدات، ص6/ نظم المعتمد: تحقيق لخضر بن محمد بن قومار، ص52 بهامش التحقيق).

- جلبت في ذا النظم بعض المعتمد وفيه ذكر بعض ما لم يُعتمد.
- بيان ما اعتمد من أقـــــــوال وكتب في سائر الأحـــــوال.
- فما به الفتوى تجوز المتفـــــــق عليه فالراجح سوقه نَفَـــــق.
- فبعده المشهور فالمســـــــــاوي إن عدم الترجيح في التساوي.

و **المعتمد**: هو القول المعمول به في المذهب، والذي به الفتوى. [1]

وفي اصطلاح المتأخرين: يطلق المذهب على ما به الفتوى، من باب إطلاق الشيء على جُزئه الأهمّ.[2]

قال خليل في خُطبة المختصر:" مُبيِّنًا لما به الفتوى"[3]،وجاء في شرح خُطبة المختصر للهلالي[4]: الذي تجوز به الفتوى أربعة أشياء:

- أحدها: القول المتفق عليه في المذهب.
- وثانيها: القول الراجح؛ وهو ما قوي دليله،
- وثالثها: المشهور؛ وهو ما كثُر قائله كما يناسب معناه لغة، وقيل المشهور ما قوي دليله فيرادف الراجح، وقيل قول ابن القاسم في المدوَّنة.
- رابعها: القول المساوي لمقابله، حيث لا يوجد في المسألة رُجحَان.

وعليه تقرَّر عند فقهاء المالكية أن الذي يتعيَّن تطبيقه في الحكم والفتوى وعمل الإنسان في خاصَّة النفس هو القول المعتمد في المذهب الذي يأخذ به، وقد تباينت المصطلحات في المذهب المالكي تبعا لحالتي الاتفاق على حكم في المسألة والاختلاف فيها، وتبعًا لتباين الأقوال في درجة قوتها عند

---

[1]- النابغة الغلاوي: البوطليحية، تحقيق يحي بن البراء، المكتبة المكية، بيروت، ط2: 1425ه/2004م، ص 70، 71. بهامش التحقق.

[2]ـــ الحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج1، ص 34.وكذا الزيلعي: الوجيز في اصطلاح السادة المالكية، ص16.

[3]- خليل: المختصر ، ص: 11.

[4]ـــ الهلالي، أحمد بن عبد العزيز السجلماسي: نور البصر في شرح خطبة المختصر، تحقيق عبد الكريم قبول، المكتبة العصرية، بيروت، ط1: 1423ه/2013م، ص244

الاختلاف، فقد بدؤوا بالقول المتفق عليه، فإن لم يوجد في المسألة رأي متفق عليه فإنه يعمل فيها بالقول الراجح، فإن عُدِم الراجح عمل بالمشهور، فإن لم يوجد المشهور عمل بالقول المساوي لمقابله.[1]

وبناء على ذلك فلا غنى عن توضيح معاني هذه المصطلحات العلمية للقول المعتمد، لأن عليها مدار البحث.

المطلب الثالث: الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي.

الفرع الأول: القول المتفق عليه.

أولا – الاتفاق في اللغة هو: التَّقارُب والتَّلاؤُم، يقال اتفق الشيئان أي: تقاربا وتلاءما، ووافقت فلانا: صادقته، فكأنهما اجتمعا متوافقين.[2]

ثانيا– المتفق عليه في اصطلاح المالكية هو: اتفاق علماء المذهب المعتدِّ بهم دون غيرهم من علماء المذاهب الأخرى، وكثيرا ما يُعَبِّرون عنه بقولهم: الحكم كذا اتفاقاً، أو باتفاق[3]،كما يُعَبَّرُ عنه بالمذهب.[4]

والاتفاق ليس هو الإجماع، لأن الإجماع إذا أُطلق فالمراد به اتفاق جميع العلماء، [5] ومع ذلك لم تَطّرِد هذه القاعدة في بعض المسائل، فحَكَوا الاتفاق فيما فيه خلاف، وإن كان الغالب ما تقدَّم[6].

---

[1]ـــ الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 169، وينظر: عليش، محمد: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، وبهامشه تسهيل منح جليل، دار صادر، ج1، ص 9. الأُبّي، صالح عبد السميع الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دط، ج1، ص4. و الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص20.

[2]–ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج6، ص 128./ ابن منظر: لسان العرب، ج10، ص 382، الزبيدي: تاج العروس، ج13، ص486.

[3]– الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص40.

[4]– القادري محمد بن قاسم: رفع العتاب والملام عمن قال الأخذ بالضعيف اختيار حرام، تحقيق المعتصم، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1: 1406هـ، ص 05.

[5]– ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 114، والحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص40، الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص170.

[6]– ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب،ص 115.

لأجل ذلك حذَّر فقهاء المذهب من اتفاقات ابن رشد، وإجماعات ابن عبد البر[1]، واحتمالات الباجي، واختلاف اللخمي[2]، وقد قيل: كان مذهب مالك مستقيماً، حتّى أَدخَل فيه الباجي يحتمِل ويحتمَل، ثم جاء اللخمي فعدَّ كل ذلك خِلافاً.[3]

كما ينبغي التنبيه إلى أنهم قد يُطلقون لفظ "المذهب" على المتفق عليه، قال القادري[4]: " كما أنهم يطلقون لفظ المذهب على قول أكثر علماء المذهب، بدليل أنهم يأتون بنصٍّ ما حكموا عليه بأنه المذهب بذكر مقابله، وهذا الاستعمال من قبيل المجاز المرسل، لأنه من استعمال لفظ المذهب الموضوع لجميعهم، في أكثرهم، فهو كاستعمال الكلّ في جزئه الأعظم، كما ورد في الحديث: "الحج عرفة"[5]، وإذا أُطلق لفظ المذهب على المتفق عليه فيكون حقيقةً ".[6]

كما يدخل في مفهوم المتفق عليه المختلف فيه اختلافاً لفظياً[7].

وعليه؛ يكون تعريف المتفق عليه: هو القول الذي اتفق عليه أكثر علماء المذهب المعتدّ بهم.

---

[1]- **ابن عبد البر:** أبو عمرو يوسف بن عبد الله النمري، أخذ عن ابن المكوي، وابن الفرضي، وعنه أبو العباس الدلائي، له: التمهيد، والاستذكار، والاستيعاب، والكافي في الفقه، ت464ه، ينظر: (ابن فرحون: الديباج المذهب، ص 457، مخلوف: شجرة النور، ص 119).

[2]- **اللخمي:** هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني، تفقه بابن محرز والسيوري وغيرهم، وبه تفقه الحارزي وأبو علي الكلاعي وأبو الفضل بن النحوي، له التبصرة، ت478ه، ينظر: (ترتيب المدارك: ج 4، ص797، شجرة النور: ص117)

[3]- ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص 40، والونشريسي أبو العباس أحمد، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1401هـ، ج12، ص31. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 170.

[4]- **القادري:** هو محمد بن قاسم بن محمد القادري، من أهل فاس، كان عالما بالأصول والفقه، له شرح على توحيد المرشد المعين، وكتاب إتحاف أهل الدراية، ت1331ه، ينظر: (عبد الحي بن عبد الكبير الكتابي، فهرس الفهارس والأثبات، اعتناء إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط، 1406ه/ 1986م، 2ج، ص935).

[5]- رواه الترمذي في كتاب الحج، باب من أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، رقم: 889، ج3، ص237، والنسائي في كتاب مناسك الحج، باب فرض الوقوف بعرفة، رقم 3016، ج5، ص282.وابن ماجة في كتاب المناسك، رقم: 3015، ج1، ص1003. حسن صحيح.

[6]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 5.

[7]- الرّجراجي أحمد السباعي: منار السالك إلى مذهب الإمام مالك، المطبعة الجديدة، فاس، ط1: 1359هـ/1940م، ص89.

ثالثا– حكم العمل بالقول المتفق عليه.

مرتبة المتفق عليه هي أعلى مراتب القوة، ويقع في الدرجة الأولى من الاعتماد، وعليه يجب العمل به وتقديمه على غيره[1].

ولو حصل جردٌ للمتفق عليه في المذهب من كتب الأمّهات كما حصل ذلك في الإجماع، لكان ذلك من أهم ما يستعين به المفتي والقاضي في التّعرف على الأحكام الشرعية في أعلى مراتبها في المذهب، لأنه من أعلى مراتب الأقوال من حيث الاعتماد[2].

الفرع الثاني: القول الرَّاجح.

أولا– الرَّاجح في اللغة: (الراء والجيم والحاء)؛ أصل واحد يدل على: رزانة وزيادة ...وهو من رجح رجوحاً، والاسم الرّجحان، وهو ما زاد وزنه، ورجح الميزان: مَالَ، ورجَحَتْ إحدى الكفَّتين أي: مالت بالـــمَوْزون[3]، وإذا قلت: رجّحت الشيء بالتّثقيل؛ فضّلته وقوّيته؛ فمعناه القوي.[4]

ثانيا– الرَّاجح في اصطلاح المالكية: اختلف المالكية في تعريف الراجح على قولين: [5]

- **الأول:** ما قوي دليله؛ أي بتقوية أحد الطرفين على الآخر، فيُعلَم الأقوى فيعمَل به ويطرح الآخر، وعليه أكثر فقهاء المذهب[6].

وتفسير ذلك أن يعتضد أحد الطرفين بدليل ناهضٍ سالمٍ عن المعارضة المساوية أو الراجحة، وهذا المعنى منوط بالمجتهد الذي من شأنه استفراغ الوُسع في الموازنة بين الأدلة، واصطفاء الأرجح منها وفقاً للمعايير المعتبرة.

---

[1]– الخليفي: الاختلاف الفقهي، ص 170.

[2]– محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1: 1416هـ/1996م، ص 473.

[3]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص489. وينظر: الرازي: مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة ناشرون، بيروت، دط: 1415هـ/1995م، ص 267.وكذا ابن منظور لسان العرب، ج2، ص 443، والفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج1، ص 229.

[4]– الفيومي: المصباح المنير، ص 115.

[5]– ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص19. الهلالي: نور البصر شرح خطبة المختصر، ص 244، 245.

[6]– الريسوني قطب: التعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي، دار ابن حزم، ط1: 1430هـ/2009م، ص09.

جاء في منهاج الناشئين[1]:

وإن يكن الدليل قد تقوّى فراجح عندهم يُسمّى.

وإنما قالوا طرفين؛ لأنه لا يصلح الترجيح بين الأمرين إلا بعد تكامل كونهما طريقين لو انفرد كل واحد منهما فإنه لا يصح ترجيح الطرف على ما ليس بطرف.

- **الثّاني**: ما كثر قائلوه.[2] فيكون بهذا مُرَادِفًا للمشهور كما سيأتي بيانه -إن شاء الله -.

ويُوجد في اصطلاحات الفقهاء ما يُفيد معنى الراجح، كقولهم: الصَّحيح، أو الصَّواب، أو الظَّاهر، أو الـــمُفتى به كذا، أو العمل على كذا...ونحو ذلك[3].

ثالثا- حكم العمل بالقول الراجح:

لا خلاف بين فقهاء المذهب في كون العمل بالراجح واجب حكما وإفتاء، قال بن عرفة: " العمل بالراجح واجب لا راجح"[4].

والأصل في العمل الراجح قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥۚ ﴾[سورة الزّمر: 18]، فقد روى ابن القاسم[5] عن مالك أنه أخذ من هذه الآية وجوب اتِّبَاع الراجح، وقال: ليس كلَّمَا قال رجل قولاً وإن كان له فضلٌ يُتبع.[6]

ويُفهم من هذا أن المجتهد حقُّه اتباع الدليل الأقوى ولو خالف المشهور، بينما المقلد حقّه الوقوف على ما شهره أئمة المذهب أو أجروا به العمل، قال القرافي[7]: " فإن كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم

---

[1]- الصنهاجي أبو الشتاء: مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط1: 2008م، ج2، ص337.أبو الشتاء الصنهاجي: منهاج الناشئين من القضاة والحكام، فاس، المملكة المغربية ط1: 1348ه، ص40.

[2]- ينظر: ابن فرحون، كشف التقاب الحاجب، ص62، الرجراجي: منار السالك، ص 43.

[3]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 5. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي: ص 172.

[4]- ابن عرفة الورغمي: المختصر الفقهي، تحقيق حافظ محمد خير، مؤسسة خلف الخبتور، ط1: 1431ه، ج1، ص493.

[5]- **ابن القاسم**: هو أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم العتقي المصري، أثبت الناس في فقه مالك وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة، روى عن الليث وعبد العزيز بن الماجشون، أخذ عنه أصبغ ويحيى بن دينار والحارث بن مسكين وأسد بن الفرات، (ت 191ه)، ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج1، ص250، ابن فرحون، الديباج المذهب، ص409، 412).

[6]- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف القرطبي: جامع بيان العلم وفضله، دار الكتب العلمية بيروت، 1987م، ج2، ص144.

[7]- **القرافي**: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي العلاء الصنهاجي، كان بارعا في الفقه والأصول والحديث وعلم الكلام، من شيوخه العز بن عبد السلام وابن الحاجب، من تآليفه: نفائس الأصول في شرح المحصول، شرح تنقيح الفصول، الذخيرة، (ت684ه)، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص236، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1، ص188).

أويفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلِّداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحا عنده، مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده في الفُتيا"[1].

ولـــمَّا كانت مادَّة الراجح متعلقة بالدَّليل، ومقدَّمَة على غيرها من الأقوال، ونظراً لكثرة الروايات والأقوال داخل المذهب المالكي، كانت الحاجة ماسَّة إلى جمع وحصر مادة الراجح وجردها من الكتب المعتمدة، قال الحجوي[2]: "فلو أن علماء المالكية رقَّعوا هذا الفتْق– فوضى الأقوال–، وحرَّروا كتابا يُفتى به، وتُصان به الحقوق، لقاموا بواجب عيني، ويكون من جماعة تتعاون عليه لا فرد"[3]، ولعل كتاب المختصر للشيخ خليل من أهم الكتب التي جمعت الأقوال المعتمدة في المذهب.

الفرع الثالث: القول المشهور.

أولا– المشهور في اللغة: من الشُّهرة، وهو ظهور الشيء في شُنعِه حتى يشهّره الناس، والشُّهرة وضُوح الأمر[4].

ثانيا–المشهور في اصطلاح المالكية: اختلف في معناه على أقوال ثلاثة:

الأول: ما كثر قائله، واشترط أصحاب هذا القول أن يزيد نَقَلَةُ القول المشهور عن ثلاثة.[5]

---

[1]– القرافي شهاب الدين: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1425هـــ/2004 م،ص 28.

[2]– **الحجوي:** هو محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الثعالبي، من مالكية المغرب، ولي وزارة العمل ثم وزارة الأوقاف، له: الفكر السامي يقع في أربعة أجزاء، رسالة في الطلاق، النظام الاجتماعي في الإسلام، ت1376ه.(ينظر: الفكر السامي، مقدمة الكتاب، ص9 وما بعدها، الزركلي: الأعلام، ج6، ص96).

[3]– الحجوي" الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، اعتناء أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1416: 1هـــ/1995م، ج4، 410.

[4]– ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 4، ص 431، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج2، ص 64.

[5]– ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 62، الونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص 38، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير وبهامشه تقريرات عليش، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دط، ج1، ص20.

وقال الدسوقي[1]: " وهو المعتمد"[2]، وقال القادري: " وهو الصواب"[3]، وقال العدوي[4]: " قوله ماكثر قائله، هذا هو المشهور"[5].

ونظمه أبو الشتاء الصنهاجي[6] بقوله[7]:

والقول إن كثر من يقول به يُسمَّى بالمشهور لديهم فانتبه.

جاء في منار السالك: أنَّ الصَّواب في تعريف المشهور ما كثُر قائِله لوجوه هي:

الأول: أن هذا التفسير هو الموافق للمعنى اللغوي في لفظ المشهور، ولاشك أن الحكم الصادر عن جماعة أكثر من ثلاثة ظاهر.

الثاني: لو لم يفسَّر المشهور بذلك لكان مُرَادِفًا للراجح، فلا تَتَأَتَّى المعارَضة بينهما، مع أنها ثابتة عند جمهور الفقهاء والأصوليين.

الثالث: لو كان المشهور ما قوي دليله، لم تَتَأَتَّ في القول الواحد أن يكون مشهوراً أو راجحاً باعتبارين مختلفين، مع أنه ثبت عن العلماء أنَّ أحد القولين يكون مشهورا لكثرة قائليه، وراجحا لقوَّة دليله.[1]

---

[1]- **الدسوقي**: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري، كان فريدا في تسهيل المعاني، يفك المشكلات ويفتح المغلقات، له تآليف رزقت القبول: حاشية على مختصر السعد، حاشية على الشرح الكبير، (ت 1230ه). (ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص520/ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص130 / الزركلي: الأعلام، ج6، ص17).

[2]- الدسوقي: حاشية الدّسوقي على الشرح الكبير، ج1، ص20.

[3]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 17.

[4]- **العدوي**: هو أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، أول من تولى مشيخة المالكية الأزهر، أخذ عنه الأفاضل كالبناني والدردير والدسوقي، له حاشية على شرح الخرشي، وأخرى على شرح الزرقاني، وحاشية كفاية الطالب الرباني على الرسالة،(ت 1189ه) (ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص492/ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص125/ الزركلي: الأعلام، ج4، ص 260).

[5]- العدوي: حاشية العدوي على الخرشي، ج1، ص39.

[6]- **أبو الشتاء الصنهاجي**: هو أبو أحمد الغازي الحسني، شيخ جامع القرويين، له: مواهب الخلاق على شرح التاودي على لامية الزقاق، ومنهاج الناشئين من القضاة والحكام والمفتين، (ت 1365ه) ينظر: (حميدوش عبد الكريم: نسمات في تراجم علماء إقليم تاونات، طبعة المجلس العلمي الأعلى المملكة المغربية، دط، ج1، ص 202.)

[7]- الصنهاجي: مواهب الخلاق على شرح التاودي، ج2، ص 237.

وبيَّن الهلالي[2] الفرق بين الراجح والمشهور بأن الراجح نشأت قوَّته من الدَّليل نفسه من غير نظرٍ للقائل، بينما المشهور نشأت قوته من قائليه.[3]

الثاني: ما قوي دليله، فيكون مرادفا للراجح، قال في المعيار: " وهو المشهور في المشهور"[4].

وهو اختيار ابن خويز منداد[5]، وصحَّحه ابن بشير[6]وأبو الحسن التَّسُولي[7]، ورجَّحه ابن فرحون[8]....[9]

وحُجَّتهم كما روي عن ابن خويز منداد: "أنّ مسائل المذهب تدلُّ على أنّ المشهور ما قوي دليله، وأن الإمام مالكا وأصحابه كانوا يُرَاعُون مِن الخِلاف ما قوي دليله لا ما كثر قائله، فقد أجاز

---

(1)- ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص 4، الرجراجي: منار السالك إلى مذهب الإمام مالك، ص 44. الأُبِّي: جواهر الإكليل، ج1، ص4.

(2)- **الهلالي**: هو أبو العباس أحمد بن عبد العزيز السجلماسي الهلالي، متبحر في العلوم النقلية والعقلية، أخذ عن الشيخ أحمد الغماري المصري والزرقاني والشيخ البناني، وعنه أخذ التاودي، له نور البصر في شرح خطبة المختصر، (ت1175ه)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 355/ الزركلي: الأعلام، ج1، ص151).

(3)- الهلالي: نور البصر شرح خطبة المختصر، ص 244، 245.

(4)- الونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص 37.

(5)- **ابن خويز منداد**: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله، روى عن ابن أبي داسة، تفقه بالأبهري وأبي الحسن المصيصي، له كتاب كبير في الخلاف وآخر في الأصول، وآخر في أحكام القرآن، (ت 390ه بالتقريب)، ذكره عياض في أواخر القرن الرابع. ينظر: (ياض: ترتيب المدارك، ج7، ص77، الصفيدي صلاح الدين خليل: الوافي بالوفيات، تحقيق أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، دط، 1420ه، ج2، ص 39، ابن فرحون: الديباج، ص229، الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص139)

(6)- **ابن بشير**: هو أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد التنوخي، بلغ مرتبة الاختيار والترجيح، له كتاب الأنوار البديعة إلى أسرار الشريعة، وكتاب التهذيب على التهذيب، لم يوقف على تاريخ وفاته، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص87، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 126).

(7)- **التسولي**: هو أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، فقيه مالكي، ولي القضاء بفاس، له شرح مختصر بهرام، والبهجة في شرح التحفة، وأجوبة لأسئلة عبد القادر الجزائري، (ت1258ه)، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور، ص397/ الزركلي: الأعلام 299/4).

(8)- **ابن فرحون**: هو برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون المدني، أخذ عن والده وابن عرفة وخليل، وعنه ابنه محمد والمحب الطبري، له تبصرة الحكام، والديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، ت799ه، ينظر: (ابن فرحون: مقدمة كشف النقاب الحاجب، ص28، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية: ص222).

(9)- ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 63، التسولي علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، بيروت، دط: 1416هـ/1996م، ج1، ص20.

الصلاة على جلود السّباع إذا ذُكّيت، وأكثرهم على خلافه، وأباح بيع ما فيه حقّ توْفِية من غير طعام قبل قبضه، وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب، و لم يُرَاعِ في ذلك خلاف الجمهور"[1].

الثالث: قول ابن القاسم في المدونة، جرى اصطلاح المغاربة[2] والمصريين[3] على أنّ المشهور هو مذهب المدوّنة، والعراقيون[4] كثيرا ما يخالفون المغاربة في تشهير بعض الروايات، والذي جرى به عمل المتأخِّرين اعتبار تشهير المغاربة.[5]

ووجه تقديم قول ابن القاسم في المدونة: أنه لاَزَمَ مالكًا أكثر من عشرين سنة، و لم يفارقه حتى مات، وكان لا يغيب عن مجلسه إلاّ لعذر، فكان أعلم من غيره بالمتقدّم والمتأخّر من أقوال مالك...[6]

ونقل عن أبي الحسن الطنجي[7] أنه قال: "قالوا: وقول مالك في المدونة مقدم على قول ابن القاسم فيها، لأنه الإمام الأعظم، وقول ابن القاسم فيها مقدم على قوله في غيرها لصحتها".[8]

---

[1]- ينظر: التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 107، والونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص 37، عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، جمع علي بن نايف الشحود، دط، ج1، ص 83.

[2]- **المغاربة**: يقصد بهم الشيخ ابن أبي زيد(ت386ه)، والقابسي(ت403ه)، وابن اللباد(ت333ه)، والباجي(ت474ه)، واللخمي(ت478ه)، وابن محرز(ت655ه)، وابن عبد البر(ت463ه)، وابن رشد(ت520)، وابن العربي(ت443ه)، والقاضي سند(ت541ه) ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 69، الزيلعي: المدخل الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية، ص 12

[3]- **المصريون**: يقصدون به مالكية مصر الذين حملوا لواء المذهب وهم: ابن القاسم(ت191ه)، وأشهب (ت204ه)، وابن وهب (ت541ه)، وأصبغ (ت225ه)، وابن عبد الحكم(ت214ه) ينظر: الظفيري: مصطلحات المذاهب الفقهية، ص 148.149. الزيلعي: المدخل الوجيز، ص 11.

[4]- **العراقيون**: يعنون بهم القاضي إسماعيل (ت282ه)، والقاضي أبو الحسن بن القصار(ت398ه)، وابن الجلاب(ت378ه)، والقاضي عبد الوهاب(ت422ه)، والقاضي أبو بكر الأبهري(ت390ه)، ...ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 176، الزيلعي: الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية، ص11.

[5]- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، دط: 1423ه/2003م، ج1، ص 57، وكشف النقاب الحاجب: ص67، 68.

[6]- الهلالي: نور البصر، ص 245.

[7]- **أبو الحسن الطنجي**: هو أبو الحسن علي بن عبد الرحمان اليفرني، الفقيه الحافظ، الإمام العالم الفرضي، أخذ عن أبي الحسن الصغير، له تقاييد على المدونة، (ت 734هـ)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص218).

[8]- الهلالي: نور البصر، ص 245.

ومع وجاهة هذا الرأي، إلّا أنه لا يسوّغ حصر المشهور في قول ابن القاسم في المدونة، ولذلك اعترض عليه الهلالي قائلاً: " ولا يخفى قُصور هذا التفسير للمشهور، لاقتضائِه أنه إذا لم يكن الحكم مذكورًا في المدونة وكان مذكورا في غيرها، وقال فيه الإمام وأصحابه قولاً، وشذَّ بعضهم فقال مقابله، فلا يسمّى الأول مشهورا، ولا أظن أحدًا ينفي عنه اسم المشهور، ولعلّ قائله قصَد التعريف بالأخصِّ على مذهب من جوّزه، أو كان على وجه التَّمثيل للمشهور"[1].

وهذا يُفسِّر لنا إنكار بعض المتأخرين من المالكية لهذا الرأي كتفسير للمشهور، كالشيخ زروق[2]وابن ناجي[3]كما في شرح الرسالة: "...والمشهور لا يتقيَّد بها –أي المدونة- وإن كان الغالب عليها"[4].

ويُعبِّرُون عن القول المشهور باصطلاحات أُخَر، كقولهم: الجمهور كذا، ومذهب الأكثر كذا، أو المعروف، أو المعتمد، أو المفتى به، أو الذي عليه العمل، أو الراجح[5].

وأشهر من نُسب إليه القول بتقديم المشهور الإمام المازري، وقد تناقلت كتب الفقه والأصول قوله: " لا أفتي بغير المشهور ولا أحمل الناس على غيره"، وتابعه الإمام الشاطبي.[6]

---

[1]-الهلالي: نور البصر، ص 245.

[2]- **زروق**: هو أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، العالم الفقيه المحدث ذو التصانيف المفيدة، له شرح على الرسالة، وشرح على مختصر خليل، وعدة شروح على الحكم العطائية،(ت899ه) (ينظر: بابا التنبكتي: كفاية المحتاج، ص71/ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص98/ محمد مخلوف: شجرة لنور، ج1، ص 386).

[3]- **ابن ناجي**: هو أبو الفضل قاسم بن عيسى التنوخي القيرواني، الإمام الفقيه القاضي، كان عارفا بالأحكام والنوازل وحافظا للمذهب، أخذ عن ابن عرفة والغبرينيو البرزلي، له شرح على الرسالة، وشرح على المدونة، ومشارق أنوار البروق، ت837ه. (ينظر: أحمد بابا التنبكتي: كفاية المحتاج، ص282/ الزركلي: الأعلام، ج5، ص179/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 352).

[4]- ينظر: ابن ناجي، قاسم بن عيسى التنوخي: شرح ابن ناجي على الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، مطبوع بهامش شرح زروق على الرسالة، دار الفكر، بيروت، دط: 1982م، ج1، ص 297.

[5]- ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص36، الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد: الشرح الكبير لمختصر خليل، دار إحياء الكتب العربية، ج1، ص 23. الرجراجي: منار السالك، ص 45.

[6]- ينظر: الشاطبي أبو إسحاق: الموافقات، ج4، ص 146، القادري رفع العتاب والملام، ص18. محمد عليش: شرح منح الجليل على مختصر خليل، مكتبة الرحاب، طرابلس، ليبيا، ج4، ص 141، عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت، ج6، ص158.

الفرع الرابع: القول المساوي لمقابله .

أولا– المساواة في اللغة: هي المعادلة والتَّماثُل، من ساواه مساواة، أي: ماثَلَه وعادله.[1]

ثانيا– القول المساوي لمقابله في اصطلاح المالكية:

وهو أن يتساوى القولان المختلفان بحيث لا يوجد في المسألة رجحان بينهما، بسبب العجز عن الاطلاع على أوجه التَّرجيح؛ إذا تعادل القولان من جهة الدليل، أو من جهة القائلين بهما.[2]

ومنزلته دون الراجح والمشهور[3].

ومعناه: أن المسألة الفقهية يتجاذبها قولان أو أكثر، فيقابل القول الفقهي قولاً فقهياً آخر أو أقوالاً أُخر، على وجه التَّعارض، مع تكافئهم باعتبار الأدلة أو القائلين، مع عدم ظهور مرجِّح، ممّا يجعل النَّاظر يحكم بتساوي القولين، وأمثلته كثيرة في المختصر من مصطلح خليل،فإنه إذا ذكر (قولين) أو (أقوالاً) فذلك لعدم اطِّلاعه على أرجَحِيَّةٍ منصُوصَة[4].

ومُقتضى هذا النوع من الأقوال: أنّ بعض المسائل الفقهية تُعرض على الـــمفتي؛ فيبذُل جهده ويستفرغ وُسعه في معرفة حكمها، وبعد طول البحث والنّظر في حقيقتها وأدلّتها، يتعذَّر عليه معرفة وجه الصّواب فيها، إمّا لعدم معرفة الدليل أو عدم تصوُّرها ومعرفة حقيقتها، أو لتعارض أدلتها على وجه التّساوي، فيمتنع عن إبداء رأيه لغاية معرفة الصّواب فيها، وهذا ما اصطلح على تسميته **بالتوقف**.

الفرع الخامس: حكم العمل بالقول المساوي لمقابله، وعلاقته بالتوقف[5].

اختلف فقهاء المالكية في كيفية التَّعامُل مع الأقوال المتساوية، وأيُّها يُفتى به؟، وما هي طرق الترجيح بين القولين عند حصول التساوي بينهما على مذهبين ذكرهما القرافي:

---

(1)– الفيومي: المصباح المنير، ص 298.

(2)– ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج8، ص 71. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 186.

(3)– الهلالي نور البصر، ص 246.

(4)- خليل: المختصر،ص 12.

(5)– للطالب مقال بعنوان: توقفات الإمام مالك الفقهية وأثرها في المذهب المالكي – دراسة تأصيلية تطبيقية، تم نشره بمجلة المعيار بجامعة الأمير عبد القادر –قسنطينة–، العدد64 ، بتاريخ مارس 2022م.

أولا– مذهب القائلين بالتّوقف.

التوقف هو: "ترك الـــمجتهد القول في المسألة، بسبب عدم الترجيح بين الأدلّة والأقوال الـــمُتعارضة عنده"[1]، أو هو: "عدمُ إبدَاءِ الرأي في المسألة الاجتهاديّة، لعدم ظهور وجه الصّواب فيها للمجتهد"[2]، وهو لا يُعدُّ مَثْلَبَةً ولا مَنْقصَةً للفقيه أو الـــمُفتي، بل هو من غاية الورع وتمام العلم، وما نُقل عن أئمّة السّلف و فقهاء المذاهب من توقُّفاتـــهم في مختلف الأبواب والمسائل، وتورعهم عن الفتوى أكثر من أن يُحصى أو يُحصر.

وقد نصَّ القرافي على هذا المذهب بقوله: "قيل: يتساقطان، فلا يُعمل بأحدهما"[3].

وانتصر لهذا المذهب الإمام الشاطبي[4]، واعتبر القولين عند المقلد كالدليلين عند المجتهد، فكما أن المجتهد لا يجوز له العمل بأحد الدليلين من غير نظر، بل لابد له من الترجيح أو التوقف، فكذلك المقلد إن تعذَّر الترجيح بالأَعْلَمِيَّة ونحوها، توقَّفَ ولا يختار بهواه، وتخييره يُنَافي ذلك[5]، فأنكر القول بالتَّخيير حال التساوي واستدل لهذا المذهب بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾[سورة الإسراء: 36]

ووجه الاستدلال من الآية؛ أن الذي لا يتورع عن الجواب في مسألة تكافأت أدلتها، و لم يظهر فيها أثر الرجحان، قائل بغير علم[6].

---

[1] – ينظر: الكليات، لأبي البقاء الكفوي، ص304. والمغني، لابن قدامة، ج10، ص346.

[2] – الموسوعة الفقهية الكويتية، 14ج، ص176.

[3]- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 92.

[4]– **الشاطبي**: هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، العلامة المحقق النظار الأصولي، أخذ عن المقري، الشريف التلمساني، ابن لب، خلف مؤلفات نفيسة منها: الموافقات في أصول الشريعة، الاعتصام في الحوادث والبدع، ت 790ه، ينظر: (الحجوي: الفكر السامي: ج4، ص291/التنبكتي: نيل الابتهاج، ص46، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص231).

[5]– الشاطبي: الموافقات، ج5، ص 81.

[6]– قطب الريسوني: التوقف عند الفقهاء دراسة تحليلية تأصيلة، دار ابن حزم بيروت، ط1: 2007م، ص54.وانظر: محمد أبو زهرة: مالك حياته وآثاره، ص92.

وبقوله تعالى﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ ﴾[سورة النحل: 116]

ووجه الاستدلال منها؛ أن التّصدّر للجواب في موارد الإشكال والاشتباه مع اعوزاز المرجّح، وانتفاء الظن القوي الموجب للعمل، لا يؤمن معه التّورط في الكذب والافتراء على الله بتشريع ما لم يشرع، والزيادة في الدين بما ليس منه[1].

وقد كان الإمام مالك – رحمه الله – من الـــمُكثرين للتوقف، بقوله: "لا أدري"، وذلك لكثرة تثبُّته وتحرِّيه وتورعه في الفتوى، قال ابن وهب: ما سمعت قط أكثر قولا من مالك﴿إِن نَّظُنُّ إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُسْتَيْقِنِينَ ﴾[الجاثية: 32]و لو كتبنا عن مالك (لا أدري) لـــملأنا الألواح.[2]

ثانيا– مذهب القائلين بعدم التوقف.

ومقتضى هذا المذهب أنه ينبغي على المفتي أو القاضي إصدار حكم بأحد القولين المتساويين، ولا يتوقف، نصَّ عليه القرافي واختاره بقوله: "وقيل: يختار واحداً منهما ويفتي به، فعلى القول بأنه يختار أحدهما يفتي به، مع أنّه ليس أَرْجَح عنده بطريق الأولى، لأن الفتوى شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع الجزئية، ...وهذا مقتضى الفقه والقواعد وعلى هذا يتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى، بل إن ذلك بعد بذل الجهد، والعجز عن الترجيح وحصول التساوي "[3]، وتابعه التسولي في شرحه على التحفة بقوله: " إذا تجاذب النازلة قولان و لم يترجح أحدهما، شاور أهل العلم واختار أيها شاء، قياسا على تعارض الحديثين دون تاريخ" [4].

---

[1]– الريسوني: التوقف عند الفقهاء، ص 55.

[2]– ينظر :ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، ج2، ص 45. والهلالي: نور البصر، ص 219.

[3]– القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص93.

[4]– التسولي: البهجة شرح التحفة، ج1، ص65.

وهذا الخلاف الذي نقله القرافي هو في حالة كون المفتي أو القاضي مجتهدا، أمّا إن كانا مُقلدين؛ فَفِيه قولين أيضًا: [1]

أحدهما: أن يحمل المفتي مُستَفْتِيه على معيَّن من الأقوال المتساوية، بناءً على اختياره وتعيينه، ويُنسب لابن أبي زيد القيرواني[2] وابن غازي[3]،

وثانيهما: أن يُخبِره بالقائلين ويوكله إلى نظره واختياره، ويُنسب لابن الفرات[4] والجزولي[5].

قال الحطاب بعد ذكر المذهبين: "ينبغي أن يختلف ذلك باختلاف أحوال المستفتين، ومن لديه منهم معرفة، ومن ليس كذلك"[6]، ومعناه: أنه من كان له معرفة بالترجيح أخبره المفتي بالقولين المتساويين ويختار لنفسه، فيكون المفتي كالناقل، وإذا لم يكن المستفتي من أهل الترجيح أفتاه بمعيّن من القولين، فيكون المفتي قد رجّح أحد القولين له.

---

[1]- الحطاب: مواهب الجليل، ج 1، ص 36، الهلالي: نور البصر: ،ص 247. ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، تحقيق محمد حجي ومحمد الحلو، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990، ج 1، ص 11. الونشريسي: المعيار المعرب، ج11، ص362 وما بعدها.

[2]- **ابن أبي زيد**: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمان النفزي القيرواني، إمام المالكية، له النوادر والزيادات، واختصر المدونة والرسالة، (ت386ه)، (الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص140/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص96).

[3]- **ابن غازي**: أبو عبد الله محمد بن أحمد المكناسي ثم الفاسي، أخذ عن ابن أبي زيد القيرواني والقوري وابن مرزوق الكفيف، وعنه عبد الواحد الونشريسي وعلي بن هارون، له كتاب شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ونظم مشكلات الرسالة، وتكميل التقييد، (ت919ه)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص276).

[4]- **ابن الفرات**: هو أبو عبد الله أسد بن الفرات بن سنان، مولى بني سليم من قيس، أصله من نيسابور، قدم به أبوه تونس، فلزم علي بن زياد وتفقه به، رحل إلى المشرق فسمع من مالك، ولقي أبا يوسف ومحمد بن الحسن، تولى قضاء القيروان، له الأسدية، ت213ه (ينظر: عياض: ترتيب المدارك، ج1، ص 278/ابن فرحون: الديباج، ص161/الذهبي: سير أعلام النبلاءح10، ص225)

[5]- **الجزولي**: هو أبو زيد عبد الرحمان بن عفان الجزولي الفاسي، الفقيه الحافظ، كان يحضر مجلسه أكثر من ألف فقيه، عاش أكثر من مئة وعشرين سنة، وما قطع درسه رغم ضعفه، له ثلاثة تقاييد على الرسالة، (ت 741ه). (ينظر: التنبكتي: كفاية المحتاج، ص177/ الزركلي: الأعلام، ج3، ص 316/ محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 314).

[6]- الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص 37.

المطلب الرابع: تعريف السَّبب والضابط .

الفرع الأول: تعريف السبب.

أولا– السَّبب في اللغة: يُطلق على الحبل، ثم استُعِيرَ لكلِّ ما يُتوصَّل به إلى مقصود أو شيء أو موضع أو حاجة [1]، ومنه قوله تعالي: ﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ﴾[سورة الحج: 15]وله إطلاقات أخر.

ثانيا– السبب في الاصطلاح: كما عرفه الجُرجاني: " اسم لما يُتوَصَّل به إلى المقصود".[2]

وقِيل: هو كلُّ ما يكون طريقاً ومُفضِياً إلى الشَّيء مُطلقًا.[3]

وهو عند الأصوليين كما عرَّفه القرافي: "ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته"[4].

والذي يخدُم بحثنا من هذه التعريفات ما كان قريبا من معناه اللغوي، وهو ما يُتَوصَّل به إلى المقصود، من دون تفصيل في ماهيته وما يدخل في مسماه وما لا يدخل كما فصَّل الأصوليون، لأن الغرض من بحثنا هو جمع الأسباب المُوجِبة للعدول عن القول المعتمد، كما سيأتي بيانه في الفصل الأول.

الفرع الثاني: تعريف الضَّوابط.

أولا– الضَّوابط في اللغة: جمع ضابط، وهو اسم فاعل مأخوذ من الضَّبط وهو: لزوم الشيء وحَبسُه، وضبط الشيء: حفظه وإحكامه وإتقانه، ورجلٌ ضابطٌ أي: حافظٌ.[5]

---

[1]– ينظر: الرازي: مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، ج2، ص 210، ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص459. الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج2، ص 123.

[2]– الجرجاني: التعريفات، ص 120.

[3]– الكفوي، أبو البقاء: الكليات، اعتناء عدنان درويش و محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1419ه/1998م، ص 495.

[4]– القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، دار الفكر، بيروت، دط: 1424هـ/2004م، ص 69.

[5]– ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص 302، ابن منظور: لسان العرب، ج7، ص 340، الجوهري: الصحاح، ج3، ص379،.

ثانيا –الضَّابط في الاصطلاح: عُرِّف بتعريفات متعددة ومتقاربة في معناها منها:

- أنَّ الضَّابط ما اختُصَّ ببَاب، وقُصِد به نَظم صُور متشابهة[1].
- أنه حُكمٌ كلِّيٌ فقهي يَنطَبقُ على جزئياته.[2]
- أو قضيّةٌ كليّةٌ أغلبيّة، مُنطبقة على فروعٍ متعدِّدة من بابٍ واحدٍ.[3]

كما يَستعمِل الفقهاء الضوابط بمعنى الشُّروط والقُيود، كما سنتناوله في الفصل الثاني من هذا البحث بعنوان: ضوابط العدول عن القول المعتمد.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

---

[1]– ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: الأشباه والنظائر، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر بيروت، دط: 1403هـ، ص 192.

[2]– ينظر: قلعجي، محمد رواس: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط1: 1416هـ/1996م، ص252.

[3]– عزيزة عكوش: القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من كتاب أصول الفتيا لابن الحارث الخشني، رسالة ماجستير جامعة الجزائر1، 1422هـ/2001م، ص 109.

المبحث الثّاني:

التّعريف بالمصطلحات ذات الصِّلة وعلاقتها بالعدول عن القول المعتمد.

بعد التطرّق في المبحث السَّابق لأهمَّ المصطلحات الأساسية الواردة في العنوان، والتي عليها مدار البحث، يأتي في هذا المبحث توضيح معاني بعض المصطلحات الفقهية والأصوليةـــ، التي يقوم معناها على عدول المجتهد عن الأصل المعتمد إلى غيره على سبيل الاستثناء، غير أنها تختلف عن موضوع هذا البحث في بعض الجزئيات، وبعض المصطلحات العلمية ذات الصِّلة بمصطلح العدول، والتي يستعملها الفقهاء للدَّلالة على معنى العدول أو جزءٍ منه، لهذا كان لابد من الوقوف عليها من البداية، لتوضيح مدلولاتها عند فقهاء المالكية، وتحديد وجه علاقتها بالعدول عن القول المعتمد، مع التركيز عليها من النَّاحية الاصطلاحية تجنبًا للإطالة والإسهاب، وهي:

- **ما جرى به العمل.**
- **الاستحسان.**
- **مُراعاة الخلاف.**
- **الرُّخصة.**
- **التَّراجع.**

المطلب الأول: ما جرى به العمل وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.

الفرع الأول: ما جرى به العمل في اصطلاح المالكية.

تعدَّدت عبارات فقهاء المالكية في تعريف المعنى الاصطلاحي لما جرى به العمل، ونذكر منها:

قال السِّجلماسي[1]: " كثيرًا ما يُوجد في كتب الموثّقين في المسألة ذات الأقوال "الذي جرى به العمل كذا"، ونصوص المتأخرين مُتواطئة على أنّ ذلك ممّا يُرجّحُ به القول المعمول به، والمراد بالعمل بالقول: حُكم الأئمة به واستمرار حكمهم"[2].

وعرَّفه المهدي الوزَّاني بقوله: "العمل هو حكم القضاة بالقول وتوَاطُؤهم عليه، وليس كل ما حكم به قاضٍ جرى به العمل، بل لا يثبت العمل بحكم قاضٍ أو قاضيين حتى يقع الاتفاق عليه من الأئمة المعتبرين، قال الشيخ الرَّماصي[3]: مراد الأئمة بقولهم هذا القول جرى به العمل: أنه حكمت به الأئمة واستمرَّ حُكمهم به وجرى"[4].

ـوله: تعريف آخر للعمل في حاشيته على شرح التَّاودي[5] للامية الزَّقَّاق[1]، حيث قال: " العمل هو العُدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيًا لمصلحة الأمَّة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، وذلك لتبدُّل العرف، و ضرورة جلب المصلحة ودرء المفسدة"[2].

---

[1]ـ **السِّجلماسي**: هو أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم السجلماسي ثم الرباطي، صاحب شرح العمل الفاسي، والعمل المطلق، عمدة المفتين والقضاة، شرح اليواقيت الثمينة، كتبه تدل على باعه وسعة اطلاعه، (ت1214ه)، (ينظر: الحجوي: محمد بن الحسن، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، 4 /127).

[2]ـ السجلماسي: فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، المطبعة التونسية، ط1: 1290، ص 6.

[3]ـ **الرَّماصي**: هو أبو الخيرات مصطفى بن عبد الله بن موسى الرماصي الجزائري، أخذ عن شيوخ مازونة ومصر، مثل: الخرشي، والزرقاني، له حاشية على شرح التتائي على المختصر، (ت1136ه)، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص334).

[4]ـ الوزَّاني، أبو عيسى سيدي المهدي بن محمد العمراني: تحفة أكاس الناس بشرح عمليات فاس، وزارة الأوقاف المغربية ،1422ه/2001م، ص43.

[5]ـ **التاودي**: أبو عبد الله محمد بن محمد بن الطالب بن سودة الفاسي، أخذ عن الهلالي ومحمد جسوس، وعنه محمد الورزازي، له حاشية على شرح الزرقاني على المختصر، وشرح على التحفة، وشرح على لامية الزقاق، (ت1209ه)، ينظر(محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص372)

وعرَّفه عمر الجيدي بقوله: هواختيار قولٍ ضعيفٍ والحكم والإفتاء به، وتَـــمَالُؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسببٍ اقتضى ذلك.[3]

ـــ وعرَّفه ابن بية بقوله: "وحقيقة إجراءِ العملِ؛ أنّه اختيار قولٍ ضعيفٍ أو شاذٍ في القضاء والفتوى، من عالمٍ يُوثَقُ به في زمن من الأزمان، ومكان من الأمكنة، لتحقيق مصلحة أو لدرء مفسدة، وقد يكون مسايرةً لعرف أو مجاراةً لرأي من له الأمر"[4].

ومُقتضى التَّعريفات المذكورة؛ أن بعض المسائل يكون فيها خلافٌ بين فقهاء المذهب، فيَعْمَدُ بعض القضاة إلى الحكم بقولٍ يخالف المشهور لسببٍ كافٍ لذلك، كدرء المفسدة أو جلب المصلحة أو جريان العرف في الأحكام التي يكون مستندها العرف، أو نحو ذلك، فيأتي من بعده ويَقتَدي به مادام الـــمُوجِب الذي لأجله خُولِف المشهور مستمراً في ذلك الزمن والبلد.

لكن ينبغي التنبيه إلى أن هذا المعنى للعمل هو **بالمعنى الخاص**، و قد يُطلق **العمل بالمعنى العام**، [5] وهو مُطلق جريان العمل سواءً بالأقوال الراجحة أم المشهورة أو غيرها، وهو شائعٌ في كتب المالكية المتأخِّرين، قال التّسُولي: " وقد يُعبِّرون بالعمل عمَّا حكَمت به الأئمة لرجحانه عندهم، لا لعرفٍ ولا لمصلحةٍ"[6].

---

[1]–**الزقاق**: هو أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق التجيبي الفاسي، أخذ عن أبي عبد الله القوري والمؤّاق، وعنه أخذ ابنه أحمد واليستيني، ألف لامية في الأحكام معروفة، وله تقييد على مختصر خليل، (ت912ه)، ينظر: (االتنبكتي: نيل الابتهاج، ص343/ محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص274،).

[2]– المهدي الوزاني: حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق، ص 263.وانظر: معلمة الفقه المالكي، لعبد العزيز بن عبد الله، دار الغرب الإسلامي ط1: 1403هـــ/ 1983م، ص274،

[3]–الجيدي: العرف والعمل ص 342. و مباحث في المذهب المالكي، لنفس المؤلف، ص 181.

[4]– ابن بيه، عبد الله بن الشيخ المحفوظ: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، دار المنهاج، بيروت، ط1: 1425هـــ/ 2007م، ص 114.

[5]– ينظر عبد السلام العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دط: 1417ه/1996م، ص111.

[6]– التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 41.

وجاء في تحقيق نظم البوطليحية: " الذي جرى به العمل؛ هو الذي استمرَّ عليه عمل الفقهاء في مكان معيَّن، سواءً أكان مشهوراً أو شاذًّا، أو كان راجحًا أو ضعيفًا"[1].

غير أنهم يُفرِّقون بين المعنيَين العام والخاص للعمل، فبالمعنى الخاص يُطلق على العمل بالضعيف أوالشّاذ إذا أضافوه إلى أهل بلد معيَّن، كأن يقولوا: ما عليه عمل أهل فاس أو تونس ونحو ذلك، أمَّا إذا لم يُضيفوه لبلد معيّن فإنهم يعنون به المشهور[2]، ومن أمثلته قول الباجي: و بقول ابن القاسم مضى العمل[3]، هذا قول ابن القاسم وبه العمل وبالمشهور جرى العمل[4].

و ينقسم ما جرى به العمل إلى أقسامٍ كثيرة باعتبارات مختلفة[5]، فينقسم باعتبار الإطلاق والتقييد إلى: عمل مُطلق غير مُقيد بقطر معين، وعمل مُقيّد ويسمى العمل الخاص أو المحلِّي أو الإقليمي، كما ينقسم العمل الخاص أو المقيد إلى أقسام كثيرة باعتبار محله وجهته؛ فيقال: العمل الفاسي، العمل السُّوسي، العمل التُّونسي، عمل أهل قرطبة، وعمل أهل تلمسان...إلخ.

الفرع الثاني: علاقة جريان العمل بالعدول عن القول المعتمد.

من خلال ما تقدَّم عرضه من نصوص فقهاء المالكية في بيان حقيقة إجراء العمل، يتبيَّن بوضوح أن ما جرى به العمل من أقرب المصطلحات وألصقها بالعدول عن القول المعتمد، لاسيما بمعناه الخاص، أما بمعناه العام فيختلف تمامًا عن العدول، لأنه يجري على الأصل وهو العمل بالراجح والمشهور.

وبالمقارنة بين المعنى الخاص للعمل والعدول عن القول المعتمد لا يظهر ثـــمَّة فارقٌ بينهما بوجه عام، لأن كليهما مبناه على تقديم الضعيف والشاذ على الراجح والمشهور، لكن يمكن التفرقة بينهما في أمور منها:

---

(1) ـــ الغلاوي، البوطليحية نظم المعتمد من الكتب والفتوى على المذهب المالكي، ، ص 123.

(2) ـــ المامي، محمد المختار محمد: المذهب المالكي مدارسه مؤلفاته خصائصه سماته، مركز زايد للتراث والتاريخ، ط1: 1422هـــ/ 2002م، ص 513.

(3) ـــ الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف: فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام، تحقيق أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م/ 1422هـــ، ص193.

(4) ـــ المرجع نفسه: ص 171, 172، 174.

(5) – ينظر: عبد القادر دهيمي: أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية عند المالكية في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، رسالة ماجستير للباحث. ص 55 وما بعدها.

- أن العمل لا يثبت إلا بعد العدول عن القول المعتمد، فلا يقال لكلِّ عدولٍ جرى به العمل، لأن من شروط جريان العمل استمرار الحكم به الـــمَرَّة بعد الـــمَرَّة، وتـــمَالُؤ القضاة والمفتين عليه، فبينهما عمومٌ وخصوصٌ مطلق، فكل ما جرى به العمل يعتبر عدولاً كما نصَّ عليه الوزَّاني في مطلع تعريفه، وليس كل عدول يُعتبر عملاً.

- أن العدول قد يكون في خاصَّة النّفس، أو على سبيل التَّرخُّص، بخلاف ما جرى به العمل فإن منه المطلق العام، ومنه العمل الإقليمي، فهو يعُمُّ طائفة معتبرة من الناس، ولا يجري العمل في فرد أو نازلة واحدة.

- أن العمل مبناه على العرف وتابع إليه، كما قال الحجوي: " وكثيرا ما يكون العمل تابعا للعرف، مثل أدوات البيت، منها ما يكون للزوج ومنها ما يكون للزوجة، بحسب الأعراف والعوائد، فكل بلد يحكم له بعرفه"[1]، ونقل ابن فرحون عن ابن عبد السلام[2] قوله: " وهذا الباب – العمل – عند المحقِّقين تابع للعرف..."، بينما العرف والعمل يُعتبران من أسباب العدول عن القول المعتمد كما سيأتي في الفصل الأول من هذا البحث.

- أن العدول عن القول المعتمد يكون على سبيل الاستثناء، فلا يُتَوسَّع فيه، فقد يكون في مسألة واحدة لشخص بعينه، بينما العمل وإن كان جارٍ على خلاف الأصل فإنه يتكرر في مسائل وحوادث متكرِّرة وأشخاص متعدِّدين.

- أن إجراء العمل مسْلك اجتهادي مذهبي ظهر عند مالكية الأندلس، وتطور عند متأخري مالكية المغرب، بسبب ولاية القضاء والفُتيا، ولتطور الفقه القضائي المالكي عندهم، بينما العدول عن القول المعتمد ظاهرة متفرقة في كتب المتقدمين والمتأخرين، ومتفاوتة بين مُضيِّق ومُوَسِّع.

---

[1]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج 4، ص 468.

[2]- **ابن عبد السلام**: هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف قاضي الجماعة بتونس، كان حافظاً للمذهب، اعتمد ترجيحه خليل، أخذ عنه ابن عرفة، (ت 749ه)، (ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور، ص210/ الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص283).

إشكال والجواب عليه:

استشكل بعض المالكية[1]عدم إدراج ما جرى به العمل ضمن ما به الفتوى، كونه حسب التعريفات السابقة جرت به الفتوى وحكمت به القضاة، لأن ما به الفتوى يكون من الأقوال المعتمدة كالقول المتفق عليه والراجح والمشهور والقول المساوي، كما سبق في تعريف القول المعتمد عند المالكية.

وقد طرح الهلالي هذا الإشكال و أجاب عليه، قال: " الأصل أنه لا تصِحُّ الفتوى بالمرجوح، وهو يشمل الضعيف والشاذ، فكيف يصِحُّ أن يقال: ما جري به العمل مقدَّم على المشهور؟ والجواب: أن المفتي القادر على الترجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رُجحَانه".[2]

كما أن الإجابة على هذا الإشكال تكون بأحد احتمالين:

الأول: أن أصل ما جرى به العمل لم ينتشر ويشتهر بين العلماء إلا مُؤخرا، ولذلك وجدنا من يذكره ضمن ما به الفتوى، قال ابن بية: " أما عمل الأمصار الأخرى غير المدينة، فهو أمر لا نجده في غير مذهب مالك، وقد جعله مُتأخِّروا المالكية مصدراً من مصادر الفتوى، إلى جانب الراجح والمشهور، فهو مقدَّم عليهما حيث يُرجَّح به القول الضعيف"[3]، قال في مراقي السعود[4]:

وقُدِّم الضعيف إن جرى عمل به لأجل سببٍ قد اتصل

الثاني: أن الفتوى تكون بالقول المتفق عليه أو الراجح أو المشهور أو القول المساوي لمقابله، والعمل قد يجري بقول من هذه الأقوال، فيترجح ذلك القول بالعمل، فهو قاعدة ترجيحية بين الأقوال والروايات.

---

[1]ـــ كالقادري والهلالي، ينظر نور البصر، ص261.

[2]ـــ المرجع نفسه، ص 260.

[3]ـــ ابن بية: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص 114.

[4]– الجكني، محمد الأمين بن أحمد: مراقي السعود إلى مراقي السعود، تحقيق محمد المختار الشنقيطي، مكتبة بن تيمية، القاهرة، ط1: 1413ه/1993م، ص446.

المطلب الثاني: الاستحسان وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.

الفرع الأول: الاستحسان في اصطلاح المالكية .

ورد مصطلح العدول في الاصطلاح الأصولي بمعنى الاستحسان، وقد اختلفت عبارات الأصوليين وتباينت في حدِّ الاستحسان، غير أن مُؤدَّاها واحد وبعضها يفسِّر بعضه.[1]

ومن تعريفات المالكية للاستحسان أنه: " العمل بأقوى الدليلين"، وأنه: " ترك ما يقتضيه الدليل عن طريق الاستثناء والتَّرخّص بمعارضته ما يُعارِضه في بعض مُقتَضيَاتِه"، وذكر ابن رشد أن المجتهد يلجأ إلى الاستحسان عندما يكون طرد القياس يُؤدِّي إلى غُلوٍّ في الحكم ومبالغةٍ فيه، فَيُعْدَل عنه في بعض المواضع لمعنى يُؤَثِّر في الحكم، فيختصُّ به ذلك الموضع"[2].

ومقتضى تعريفات المالكية أن العدول عن الأصل يشمل الاستثناء من العموم اللفظي من النصوص، ويشمل الاستثناء من عموم قياس التَّعدِية، وكذا قياس الأصول والقواعد[3].

و تنَاقل المالكية في كتبهم تعريف الكرْخي من الحنفية للاستحسان وهو: "أن يَعْدِل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم في نظائِرها إلى خلافه، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"[4]، و المراد بالوجه الأقوى؛ السبَّب القوي الذي اقتضى العدول بالمسألة إليه، لذلك عرّفوه أيضا بأنه: " العُدول في الحُكم من دليل إلى دليل هو أقوى منه"، كما قالوا أنه: " العدول من مُوجب قياس إلى قياس أقوى"[5].

ولأن المقام لا يتَّسع لذكر وتفصيل كل تعريفات الاستحسان عند الأصوليين، فإننا نقتصر على ما يفيد معنى العدول والاستثناء وتحقق مدلولهما في أصل الاستحسان.

---

[1]- ينظر: حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بُني عليها المذهب المالكي، دار الوعي الإسلامي، الكويت، ط1: 1432هـ/2011م، ص: 245 وما بعدها.

[2]- ابن رشد: البيان والتحصيل: ج4، ص 156، ينظر هذه التعريفات وغيرها: الباجي: الحدود، ص65، 66، ابن العربي: المحصول في أصول الفقه، إخراج: حسين علي اليدري، دار البيارق، الأردن، ط1: 1420هـ/1999م، ص 132.

[3]- حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بُني عليها المذهب المالكي، ص 280.

[4]- عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، دط، ج4، ص3.

[5] - المرجع نفسه: ج4، ص 3، 4.

ويُستخلَصُ من التعريفات السابقة أن الاستحسان يقوم على جملة من المرتكزات هي: [1]

- تعارض دليلين، فيؤخذ بأقواهما.
- تأسُّس مفهوم الاستحسان على مبدأ الاستثناء.
- الدليل الأصلي الذي يكون منه الاستثناء: عموم لفظي أو قياس التعدية، أو قاعدة كلية.
- أن العدول عن الأصل هو اتباع للدليل القوي، وليس بداعي التَّشهي.
- أن الدليل الذي يكون به العدول هو تحقيق للعدل وتحصيل للمصلحة المعتبرة.

الفرع الثاني: علاقة الاستحسان بالعدول عن القول المعتمد.

بعد بيان حقيقة الاستحسان والمرتكزات التي يقوم عليها، نأتي إلى المقارنة بينه وبين العدول عن القول المعتمد حتى يتسنى معرفة وجه العلاقة بينهما.

و بالمقارنة بينهما من حيث المظهر والشكل يظهر بادي الرأي أن مؤدَّاهما شيء واحد، فكلاهما تركٌ للعمل بالأصل الـــمُطَّرد، وأخذٌ بمقابله وهو المعدول إليه، بسبب تعذُّر إعمال ذلك الأصل، وأن تقديم المعدول إليه أليَقُ وأنسَب، كما أنّ ملمح الاستثناء ظاهر فيهما.

وكما أن الاستحسان يكون بسبب الضرورة والمصلحة المعتبرة والعرف وغيرها، وكذلك العدول عن القول المعتمد؛ فقد يكون بسبب الضرورة والعرف والمصلحة و منع ذريعة الفساد وغيرها.

غير أنه يُمكن التَّفرقة بينهما من حيث أن مجال الاستحسان هو أصول الفقه والاستدلال وتقديم الأدلة بعضها عن بعض، فهو بذلك يدخل في مجال فهم النصوص واستنباط الأحكام، بخلاف العدول عن القول المعتمد؛ فإن مجاله هو الفتوى والقضاء، لأنه يتعلق بالقواعد الترجيحية بين مختلف الأقوال المروية والمنقولة، وأيها أليَق وأنسَب للواقعة ولمقاصد الشرع، فهو بذلك يدخل في مجال تنزيل الأحكام على الوقائع.

كما يمكن أن نقول أن العدول عن القول المعتمد هو ضرب من ضروب الاستحسان المتعددة، لأن الاستحسان أعمُّ من العدول.

---

[1]- حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بُني عليها المذهب المالكي، ص 273، 274.

المطلب الثالث: مراعاة الخلاف وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.

الفرع الأول: مراعاة الخلاف في اصطلاح المالكية.

معلومٌ أن مراعاة الخلاف من القواعد التي اختصَّ بها المذهب المالكي، وإن وُجد في بعض المذاهب فإن فقهاء المالكية أكثر تعويلاً عليه من غيرهم، وليس في عبارات من اعتمده منهم ما يدل على إطلاقهم لفظ العدول عليه، وفيما يلي ذكر لبعض تعريفاتهم:

عرَّفه ابن عرفة بقوله " إِعْمَال دَلِيلٍ فِي لازِمِ مَدلُولِه الذي أُعمِل فِي نَقِيضِهِ دَلِيلٌ آخَرٌ"، قال الرَّصَّاع[1] في الهداية شارحاً: " الـــمُراعَى في الخِلاف هو الدَّليل لا قولُ القائل، فقوله: " إعمال دليل" جنس لرَعْيِ الخلاف، وقوله: " في لازم مدلوله" أخرج به إعمال الدَّليل في مَدلُولِه "[2].

وعرَّفه أبو العباس القبَّاب[3] بقوله: "إِعطاءُ كلّ واحدٍ من الدَّليلين حُكمَه"، ونسبه المقري[4]في القواعد للقاضي ابن عبد السلام، مع زيادة عبارة "مع وجود المعارض"[5].

وبيانه أن الأدلة الشرعية نوعان: منها ما يَتبيَّن قوَّتُه تِبيَانًا يجزِمُ النَّاظر فيه بصِحَّة أحد الدليلين، ولزوم الأخذ بإحدى الأمَارَتَين، فهذا لا معنى لمراعاة الخلاف فيه، ومنها ما يُوقع في نفس المجتهد تردداً

---

[1]- **الرّصاع**: أبو عبد الله محمَّد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي، قاضي الجماعة بها وإمامها بجامعها الأعظم، أخذ عن البرزلي وابن عقاب. والأخوين القلشانيين وأبي القاسم العبدوسي وقاسم العقباني وغيرهم. وعنه الشيخ زروق وغيره؛ له شرح على الأسماء النبوية على صاحبها أفضل التحية وأفرد من المغني الشواهد القرآنية ورتبها وتكلم عليها وشرح حدود ابن عرفة ؛ وله فتاوى بعضها في المعيار والمازونية (ت894 ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 408).

[2]- الرّصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة والمسمى شرح حدود ابن عرفة، تحقيق أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1993م، ج1، ص 263، 264.

[3]- **القبَّاب**: هو أبو العباس أحمد بن عبد الرحمان الفاسي المالكي، الإمام الفقيه القاضي العلامة، أخذ عن السطي والفشتالي وابن فرحون، وعنه أخذ الشاطبي وابن الخطيب القسنطيني وغيرهم، له: شرح قواعد عياض، وشرح مسائل بن جماعة، وفتاوى كثيرة نقلها الونشريسي في المعيار، (ت778ه)، (ينظر: ابن فرحون: الديباج، ص105 / محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 338/ الزركلي: الاعلام، ج1، ص197.)

[4]- **المقري الجد**: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد التلمساني الشهير بالمقري، أحد محققي المذهب الثقات، أخذ عن ابن عبد السلام وعبد الله المنوفي، وعنه أخذ الشاطبي وابن خلدون وابن الخطيب وابن جزي، له كتاب القواعد لم يسبق إليه، (ت756ه). ينظر: (المقري، نفح الطيب، ، 203/5, لسان الدين بن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة لابن الخطيب، تحقيق عبد الله عنان، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2: 1980م، 191/4، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ، ص232).

[5]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص388.

بين الدليلين، فهنا يحسُن مُراعاة الخلاف، فيعملُ المجتهد ابتداءً بالدليل الأرجح، لمقتضى الرجحان في غلبة ظنِّه، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يُفسَخ العقد و لم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل آخر له، ... فهو توسُّط بين مُوجب الدليلين.[1]

وعرَّفه الشّاطبي بقوله: " إِعْطاءُ كل واحِدٍ منها – أي الدَّليلَين الـمـُتَعارِضَين- حُكمَه، ما يَقتضِيه الآخر أو بعض ما يقتضِيه"، ثم عقَّب شارحاً: وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً، ويكون هو الراجح في نظره، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحا، لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر[2].

وهو بذلك يشير لأمر بالغ الأهمية، وهو أن حقيقة مراعاة الخلاف إعمالٌ للقول المرجوح الذي صار راجحًا بعد وقوع الفعل وليس قبله، وعليه فإن مجرَّد الاختلاف بين الدليلين لا يُوجب مراعاة أحدهما، إلا بعد تجديد النظر في الحادثة بعد الوقوع، لتغير المآل والظروف والأحوال.

وعلّق عبد الله دراز على قول الشاطبي بأن فعل المجتهد قائم على إعادة النظر في الأحكام التي قرَّرها مسبقًا، بإعادة النّظر في مآلاتها، عن طريق تقرير الأدلة في مسائل الخلاف، وملاحظته أموراً تستدعي إعادة النظر في الحكم بعد وقوع الفعل، بما يُفضي إلى إقراره بعدما كان مَنهياً عنه ابتداءً؛ لأن النظر في الفعل قبل الوقوع ليس كالنظر فيه بعده[3].

الفرع الثاني: علاقة مراعاة الخلاف بالعدول عن القول المعتمد.

إن ما يُجسِّد وجه العدول في مراعاة الخلاف؛ هو تَغيير المجتهد رَأيه بعد وقوع الفعل، فيكون بذلك قد عَدَل عن مُقتضى الدليل الراجح في نظره الأول، إلى مُقتضَى الدليل المرجوح عنده والمعتبر عند غيره، رَعياً للمصلحة أو دفعًا للمفسدة .

---

[1]-وينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 388، 389. المقري: القواعد: تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة، دط، ج1، ص 236.

[2]- الشاطبي: الموافقات، ج 5، ص 107، 108،

[3]- ينظر: تعليق عبد الله دراز على الموافقات، المطبعة الرحمانية، دط، ج4، ص 202.

من خلال ما سبق يتبيَّن أن علاقة مراعاة الخلاف بالعدول هي علاقة تضمِين واحتِواء، لأن العدول في مراعاة الخلاف يكون نِسبيًا وليس كلياً كما في الاستحسان، "والنِّسبيَّة في العدول"[1] تظهر في التَّخلي عن بعض مُقتضيات الدليل، أيبعض آثار الحكم الذي نهض به دليل الأصل، ويُقابله الأخذ بِبعض مُقتضيات دليل المُخالف، وهذه النِّسبيَّة في العدول هي مَثار الجدل عند من أنكر قاعدة المراعاة.

كما أن العدول في مراعاة الخلاف يكون بعد وقوع الفعل وإعادة النظر في دليل المخالف، وحاصل الأمر أن مراعاة الخلاف مَظْهَرٌ من مظاهِر العُدول، وسببٌ وجيهٌ في نظر المجتهد للعدول عن القول الراجح، لكنه ليس على إطلاقه، إذ ليس كل خلاف يراعى، على ما سيأتي في المبحث السادس من الفصل الأول.

المطلب الرابع: التَّرخص وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.

الفرع الأول: تعريف الرّخصة.

تباينت عبارات المالكية في تعريف الرّخصة، لدرجة أن الإمام القرافي استصعب عليه حدها، جاء في شرح تنقيح الفصول: "والذي تقرَّر عليه حالي في شرح المحصول، وهاهنا، أني عاجز عن ضبط الرخصة بحدٍّ جامعٍ مانعٍ، أما جزئيات الرخصة من غير تحديدٍ فلا عُسْر فيه، إنما الصعوبة في الحد على ذلك الوجه".[2]

ومن أعمّ تعاريف المالكية للرخصة أنها: "فسحة في مقابلة تضييق"[3].

وقد عرفها الإمام الشاطبي بقوله: "هي ما شُرع لعذر شاقٍّ استثناءً من أصلٍ كلّيٍ يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه"[4].

---

[1]- عبد القادر داودي: النسبية في العدول وفق مسوغاته الشرعية، مقال بمجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 20، العدد الثاني، ديسمبر 2019، ص 259.

[2]- القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 87. وانظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، ج1، ص 333.

[3]- الأبياري، علي بن لإسماعيل: التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه، تحقيق: علي بن عبد الرحمان، بسام الجزائري، وزارة الأوقاف قطر، ط1: 1434ه/2013م، ج3، ص715.

[4]- الشاطبي: الموافقات، ج 1، ص 466.

فأما وصفه" **العذر المتعلق بالرخصة بكونه شاقّا**"، فقيد احتراز من الأعذار التي لا مشقَّة فيها، كالتي تكون بدافع الحاجة دون الضرورة الـــمُوجبة للمشقَّة، كالقراض والسَّلم والقرض وغيرها، مما شُرع استثناءً من أصل المنع، فهذه لا تسمى رخصة على اعتبار أنها تبقى مشروعة حتى وإن زال العذر.

وأما قوله: "**استثناء من أصل كلّي**"، فمعناه أن الرُّخص لم تشرع ابتداءً، وإنما لأمر عارض، كما هو الشأن في إباحة القصر والفطر للمسافر، والميتة للمضطر.

وأما قوله: "**مع الاقتصار على موضع الحاجة**"؛ فلبيان أن الاستثناء الحاصل إنما يكون مع قيام السبب، فإن زال مُوجب الرُّجوع إلى الحكم الأصلي فيرجع إلى الإتمام والصوم بزوال السفر.[1]

ومن أحسن التعاريف المعاصرة للرخصة أنها: "الحكم الشرعي الذي غُيّر من صعوبة إلى سهولة لعذر مع بقاء علة الحكم الأصلي".[2]

والرخصة الشرعية منها ما هو واجب؛ كأكل الميتة للمضطر، ومنها ما هو منـــدوب؛ كقصـــر الصلاة في السفر، ومنها ما هو مباح؛ كفطر الصائم المسافر الذي لم تلحقه مشقة وهـــو قـــادر علـــى الصوم، وهناك تقسيم آخر للرخصة فمنها ما يكون في أصول الدين؛ كالترخيص لمن أكره على التلفظ بكلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان، ومنها ما يكون في العبادات؛ كالصوم والصلاة، ومنها ما يكون في المعاملات؛ كإباحة السلم والعرايا وغيرها[3] .

كما تجدر الإشارة إلى ضرورة التفريق بين الرخصة الشرعية –كما في التعريفـــات الســـابقة–، والرخصة الفقهية ؛ والتي هي الأخذ بالاجتهادات الفقهية المبيحة لأمر ما، في مقابل اجتهادات أخـــرى

---

[1]– ينظر: القرافي: الفروق، ج2، ص 138. الفرق 88. الطاهر بن عاشور: حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول، مطبعة النهضة، تونس، ط1: 1341 هـــ، ج1، ص100، 101.

[2]– محمد الأمين الشنقيطي: مذكرة أصول الفقه، على روضة الناظر لابن قدامة، المكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5: 2000، ص60. وانظر أيضا: عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، مطبعة فضالة بالمغرب، دط، ج1، ص56.

[3]– عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة – شباب، الأزهر،دط، دت، ج1، ص121 .

تحظره، فأكثر الرُّخص الشرعية مُتفق عليها بين المذاهب الفقهية غالبا، في حين أن الرخص الفقهيـــة لا تكون إلا في المسائل التي اختلف فيها الفقهاء[1].

الفرع الثاني: علاقة التَّرخص في الفتوى بالعدول عن القول المعتمد.

التَّرخص يأتي بمعنى: الأخذ بالرّخصة[2]، والرخصة المقصودة هنا هي الرخصة الفقهية، وليست الرخصة التي تقابل العزيمة، والأخذ برُخصٍ الفقهاء بمعنى؛ اتباع ما هو أخفُّ وأيسر من أقوالهم، وقد يُعبّر عنها بالتّرخص في مسائل الخلاف.[3]

والترخص في الفتوى: "هو اتباع ما هو أخف من أقوال الفقهاء، في بعض المسائل الفقهية وفق ضوابط محددة"[4].

أو هو: تغيير للأحكام الشرعية من صعوبة إلى سهولة بسبب الاضطرار الواقع أو المتوقّع"[5].

وتجدر الإشارة إلى أن التّرخص في الفتوى يختلف عن تتبع الرخص الذي حذّر منه الفقهاء في كتبهم، جاء في فتاوى عليش: " والأصحّ أنه يمنع تتبع الرخص بين المذاهب، بأن يأخذ منها ما هو

---

[1]- قرار المجمع الفقهي الإسلامي جدة: الأخذ بالرخصة وحكمه: ، قرار رقم 70، 8/1، الدورة الثامنة المنعقدة ببرناوي، دار السلام، من 21 إلى 27 يونيو 1993م، دط: ، ص 241.وانظر: عبد الله بن محمد آلخنين: الفتوى في الشريعة الإسلامية، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1429، ج1، ص341.

[2]-الزبيدي: تاج العروس، ج17، ص596، باب الصاد، فصل الراء.

[3]- وأصل هذه المسألة راجع إلى قاعد: " تصويب المجتهدين"، والخلاف فيها: هل كل مجتهد مصيب؟، فمن رأى بأن كل مجتهد مصيب توسع في الأخذ بأقوال الفقهاء على اختلافها، ومن رأى بأن المصيب واحد لا بعينه منع ذلك، قال الشاطبي: " وقد زاد هذا الأمر على قدر الكفاية حتى صار الخلاف في المسائل معدودًا في حجج الإباحة، ووقع فيما تقدم وتأخر من الزمان الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفًا فيه بين أهل العلم، لا بمعنى مراعاة الخلاف فإن له نظرًا آخر... فربما وقع الإفتاء في المسألة بالمنع فيقال: لم تمنع والمسألة مختلفٌ فيها، فيجعل الخلاف حجةً في الجواز لمجرد كونها مختلفًا فيها، لا لدليلٍ يدل على صحة مذهب الجواز، ولا لتقليد من هو أولى بالتقليد من القائل بالمنع، وهو عين الخطأ على الشريعة، حيث جعل ما ليس بمعتمد معتمدًا، وما ليس بحجةٍ حجةً " الموافقات، ج 4، ص141، وانظر: الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 63.

[4]- صفوان علي عضيبات: الترخص في الفتوى دراسة تأصيلية تطبيقية: ص 258.

[5]- مقال: الترخص العام في فقه مالكية الغرب الإسلامي، لمحمد عربي الشايشي، مجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 8، العدد الأول، ربيع الثاني 1439هـ/ديسمبر 2017. .ص211.

الأهون فيما يقع من المسائل، وصرّح بعضهم بتفسيق متتبِّع الرخص، أما التقليد في الرخصة من غير تتبُّع، بل عند الحاجة إليها في بعض الأحوال، خوف فتنة ونحوها فله ذلك"[1].

و قال الشاطبي: " تتبع رخص المذاهب من غير استناد إلى دليل شرعي؛ قد حكى ابن حزم الإجماع على أن ذلك فسق لا يحل"[2].

وبناءً على ما تقدَّم يظهر وشيجُ الصِّلة بين العدول عن القول المعتمد والترَّخُّص بمسائل الخلاف في الفتوى عند الفقهاء، فالعدول والاستثناء فيهما جليٌّ، كما هو ظاهر في تعريف الرخصة، وكلاهما يكون في المسائل الاجتهادية الخلافية ذات الأقوال المتعددة، وبهذا يعتبر الترَّخص في الفتوى مظهرا من أجلى مظاهر العدول عن القول المعتمد.

ومن شواهده ما جاء رفع العتاب والملام من قوله: " إنّ ارتكاب الرّخصة الذي هو العمل بالضعيف إنما يسوغ ويجوز للضرورة يومًا ولا يجوز ذلك في كل ضرورة."[3]

المطلب الخامس: التَّراجع وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد .

الفرع الأول: تعريف التَّراجع.

يُعتبر التَّراجع شائعًا في كتب الفقهاء قديماً وحديثًا، وإن اصطلحوا عليه بأسماء مختلفة؛ كتغير الاجتهاد أو نَقضِ الاجتهاد وغيرها، وهو لا يُعتبر مَثْلبة أو مَنْقصة من فقه الـــمُتراجِع، وقد تراجع الإمام مالك عن الكثير من المسائل التي بَدَا له فيها دليل أقوى من الأول، ومن ذلك رُجوعه في امرأة المفقود؛ فقد كان يقول: " إذا دخل بها زوجها الآخر قبل أن يُدركها الأول، فلا سبيل له إليها، قال ابن القاسم: ثم رجع عن ذلك وقال: زوجها الأول أحقُّ بها"[4].

---

[1]- عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص60.

[2]- الشاطبي: الموافقات، ج 4، ص138.

[3]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 76.

[4]- المواّق، أبو عبد الله محمد بن يوسف: التاج والإكليل لمختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1416هـ/ 1995م، ج4، ص 158.

و التراجع هو[1]:إعادة النَّظر في القول الأول، ثم إبْداله بقول ثانٍ، لمستندٍ أصحّ في نظر القائل .

فعبارة: (إعادة النظر)، لا بد منها وإلا لم يحصل تراجع، وهو الركن الأول في التراجع .

وعبارة: (في القول)، فلأننا بصدد أقوال لا أفعال .

وعبارة: (ثم إبداله بقول ثان)، فهو نتيجة إعادة النظر، وهو الركن الثاني، إذ لا بد من إبدال القول الأول بقول ثان وإلا لم يعتبر تراجعا .

وعبارة: (لمستند ما)، فلا بد أن يكون النظر الثاني لمستند ما، وإبدال القول الأول لمستند ما، وهذا المستند قد يكون نصا شرعيا أو العرف أو المصلحة أو العلّة أو غير ذلك من المستندات الأصولية في الاجتهاد، وهو الركن الثالث في التراجع .

وعبارة: (في نظر القائل)، فلأن قائل القول هو المقصود بالتراجع لا غيره .

الفرع الثاني: علاقة الرُّجوع عن الفتوى بالعدول عن القول المعتمد.

الرُّجوع عن الفتوى: هو عدول المفتي عن رأيه في مسألة ما بعدما تبيَّن له مُوجب رجوعه"[2].

أو هو: " تغيير المفتي رأيه في حكم المسألة الواحدة من حكم إلى آخر، لخطإ في الاجتهاد، أو لتوافر مُوجبات تغير الفتوى"[3].

وبالمقارنة بين مصطلح العدول عن القول المعتمد والتَّراجع عن القول يظهر أن الفرق بينهما ما يلي:

---

[1]- ينظر التعريف وشرحه: حمزة بونعاس: المسائل التي تراجع عنها الإمام مالك في العبادات والمعاملات من خلال الموطأ والمدونة، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2012م، إشراف: د. سمير جاب الله، ص31.

[2]- مقال: رجوع المفتي عن فتواه، مشروعيته، أسبابه وأثره، لجميل بن عبد المحسن بن حمد، مجلة البحوث الإسلامية، العدد61، 1435هـ، ص 12.

[3]- مقال: الرجوع عن الفتوى –دراسة حالة خطأ المفتي وتقدير حال المستفتي: لمحي الدين بن عبد العزيز و فاطمة الزهراء وغلانت، الملتقى الدولي الرابع، صناعة الفتوى في ظل التحديات المعاصرة، 14/13 نوفمبر 2019م، ص 856.

- أنّ التراجع عن القول ليس على سبيل الاستثناء، فالمتراجع يرى القول الثاني المرجوع إليه أحقّ وأصوَب من القول الأول المتراجع عنه، فلا يقول به، بخلاف العدول عن القول المعتمد فإنه على سبيل الاستثناء، فيكون الرجوع إلى القول المعتمد متى زال موجب العدول.
- أنّ القول المعدول إليه يكون ضعيف المدرك –غالبا– والمعدول عنه هو الأقوى، أما القول المرجوع إليه فدليله أقوى من دليل القول المرجوع عنه.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثالث:

حكم العدول عن القول المعتمد عند المالكية.

بعد أن الانتهاء من الدراسة المصطلحية للمفردات الأساسية الواردة في عنوان البحث والمصطلحات ذات الصّلة بالعدول، ننتقل إلى الدراسة التّأصيليّة للعدول عن القول المعتمد عند المالكية، ذلك أن بحث أسباب وضوابط العدول عن القول المعتمد مَبنِي على هذه المسألة؛ وهي مدى مشروعية الفتوى والعمل بغير القول المعتمد، ثم نتطرق بعد ذلك إلى نبذة تاريخية عن مخالفات فقهاء المالكية الفردية والجماعية للقول المعتمد في المذهب.

المطلب الأول: الأصل وجوب العمل بالقول المعتمد في المذهب المالكي.

قبل الخوض في مذاهب فقهاء المالكية في العدول عن القول المعتمد، ينبغي التَّنبيه هنا إلى أن الأصل في القضاء والفتوى أن لا يكون إلا بالقول المعتمد كما قرَّر ذلك غير واحد، كالقادري في كتابه "رفع العتاب والملام"، فقد عقد فصلاً في وُجوب العمل بالراجح والمشهور وتقدِيمهما على غيرهما من الأقوال، ونَسبَه إلى جماعةٍ كثيرة من الفقهاء.[1]

قال الحطَّاب: "والذي يُفتى به هو الراجح والمشهور، ولا تجوز الفتوى والحكم بغيرهما"[2].

ونقل الهلالي الإجماع على ذلك في نور البصر، وقال: "حكاه القرافي في غير موضع، وقال ابن عرفة: لا يُعتبر من أحكام قضاة العصر إلا ما لم يخالف المشهور وهو مذهب المدونة"[3].

وما ذكره ابن عبد السلام: " وبيان المشهور وتمييزه عن الشاذ؛ من أعظم الفوائد، فإن أهل زماننا يعوّلون في فتاويهم على المشهور إذا وجدوه، وقد قال الإمام المازري بعد أن شهد له أهل زمانه بوصوله درجة الاجتهاد: ما أفتيت قط بغير المشهور، ولا أفتي به، وأهل قرطبة أشد في هذا، وربما جاوزوا فيه الحد"[4]، مشيرا بذلك لما اشترطه أهل قرطبة على القضاة عند توليتهم من التزام قول ابن القاسم وعدم

---

[1]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 10، 11.

[2]ـ الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص 45.

[3]- الهلالي: نور البصر، ص 261.

[4]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج 6، ص327.

مخالفته، كما سيأتي في المطلب الثالث من هذا المبحث.

وقال الوغليسي[1]: "لست ممن يتقلد غير المشهور الذي عليه القضاء والفتيا من السلف والخلف، وأعمل على ذلك، وكن على جادة أئمة المذهب، واحذر مخالفتهم"[2].

كما اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمفتي أن يفتي بالقول المرجوح ابتداءً، ما لم يستَبن له سبب العدول عن ذلك القول إلى غيره، ففي الفتوى بالقول المرجوح مُخالفة صريحةٌ للقواعد الضَّابطة للفتوى، كما أنه مخالف للنُّصوص الشرعية الآمرة باتِّباع الراجح من الخلاف، وطرح ما سواه من الأقوال، لأن ذلك يؤدي إلى اضطراب الفتوى، ومن جملة الأدلة الشرعية على ذلك نذكر:

1 - قوله تعالى: ﴿ وَاتَّبِعُوٓاْ أَحۡسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكُم مِّن رَّبِّكُم ﴾ [سورة الزمر: 55]

ووجه الاستدلال من الآية: أنه إذا كان أحد الدليلين هو الراجح فاتِّبَاعه هو الأحسن، والواجب على المجتهد أن يعمل بما يعلم أنه أرجح من غيره، فتعين العمل بأرجح الدليلين المتعارضين[3].

2- قوله تعالى: ﴿ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ ﴾[سورة الأنبياء: 78]

قال ابن عاشور[4]:وهذه الآية أصل في اختلاف الاجتهاد، وفي العمل بالراجح، وفي مراتب الترجيح، وفي عذر المجتهد إذا أخطأ، أو لم يهتد إلى المعارض.[5]

---

[1]- **الوغليسي**: هو أبو زيد عبد الرحمان بن أحمد الوغليسي البجائي المالكي، فقيه أصولي و مفسر، له الأحكام الفقهية المسمى الوغليسية، ومقدمة في الفقه، وفتاوى مشهورة، (ت 786ه)، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1، ص342)

[2]- المرجع نفسه، ج6، ص 327.

[3]- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم: مجموع الفتاوى الكبرى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، مصر، ط3: 1426هـ/ 2005م، ج13، ص 41.

[4]- **الطاهر بن عاشور**: أبو عبد الله محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر بن محمد بن عاشور، تولى قضاء الحاضرة، أخذ عن أخيه الشيخ محمد والشيخ بن ملوكة والشيخ الرياحي وغيرهم، وعنه الكثير، ألف حاشية على القطر، وشرحا على البردة، وتقييدا على حاشية الشيخ عبد الحكيم على المطول، والتحرير والتنوير، ومقاصد الشريعة الإسلامية، (ت1284ه).ينظر: (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص392).

[5]- ابن عاشور، التحرير والتنوير، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط1: 1420هـ/2000 م، ج17، ص، 78.

3- قوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ۚ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾[سورة الزمر: 17]، واتِّباع الرَّاجح من الأقوال هو اتّباع لأحسنها.

وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه أخذ من هذه الآية وجوب اتِّبَاع الراجح، وقال: ليس كلَّمَا قال رجل قولاً وإن كان له فضلٌ يُتبع.[1]

كما اتفقوا على أنه لا يجوز العمل اختياراً بالأقوال المنكَرة والغريبة التي اشتدَّ ضعفها والأقوال الـــمُعارضة للنّصوص الشرعية والقواعد العامة لأصول الشرع[2]، وإن كانت مَرويّة في كتب الفقه، ولأجل ذلك حذّر الفقهاء من بعض الكتب الغريبة التي لا يُعتَمد عليها في الفتوى لِـــمَا انفردت بما فيها، أو لجهل حال مؤلِّفِيها، أو التي عُرفت بنقل الأقوال الضّعيفة[3].

المطلب الثاني: اختلاف فقهاء المالكية في جواز العدول عن القول المعتمد.

وبالنظر إلى القاعدة العامة التي قرَّرها الفقهاء بوجوب تقديم الراجح والمشهور على الضعيف والشاذ؛ يكون العدول عن القول المعتمد استثناء من هذه القاعدة، إذ لكل قاعدة مُستثنياتها، لأن الأصل وجوب تقديم الراجح والمشهور كما تقدم، قال القادري: "وإلى جانب هذه القاعدة العامة هناك استثناءات يمضي فيها الحكم بالضعيف والشاذ إذا صدر على سبيل تحرِّي الصَّواب من فقيه مُؤهَّل، وكذا إذا حصلت له ضرورة في خاصَّة نفسه"[4].

إن المقرر عند فقهاء المالكية أن الفتوى لا تكون إلا بالراجح أو المشهور، وذلك في الأحوال العادية للمكلف، ومعنى ذلك أنه قد تطرأ على المكلَّف أحوال يكون الأخذ بالراجح أو المشهور مما يُوقِعه في حرج وضيق شديدين، ويكون هناك قول ضعيف أو شاذ فيه تخفيف وتيسير عن المكلَّف.

---

[1]- ابن عبد البر القرطبي: جامع بيان العلم وفضله، ج2، ص144.

[2]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 13، 14.

[3]- ينظر: الهلالي، نور البصر، ص 252 وما بعدها، الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 228 وما بعدها.

[4]ـــ القادري: رفع العتاب والملام، ص38، الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم العلوي: نشر البنود على مراقي السعود، ج2، ص276.

وإنما الخلاف بين الفقهاء يكْمُن في العمل بالأقوال المرجوحة في المسائل الخلافية الاجتهادية، والتي لها مُستندها يعضدها وسبب يوجب العمل بها، فهل يجوز في هذه الحالة للمفتي الأخذ بالأقوال غير المعتمدة والمرجوحة؟

وبتَتبّع واستقراء أقوال المالكية في جواز العدول عن القول المعتمد وبناء الفتوى والقضاء على الضعيف والشاذ من الأقوال؛ يتبيَّن لنا اختلافهم في المسألة على ثلاثة أقوال[1]:

القول الأول: عدم جواز الأخذ بالقول الضعيف أو الشاذ أصلا.

القول الثاني: جواز الأخذ بالضعيف والشاذ عند الاقتضاء في خاصَّة النَّفس فقط.

القول الثالث: جواز الأخذ بالضعيف والشاذ في الفتوى والقضاء عند الاقتضاء.

وفيما يلي تفصيل لهذه الأقوال الثلاثة بذكر حجج أصحابها ومناقشتها ،وبيان القول الراجح فيها.

الفرع الأول: عدم الفتوى بالقول الضعيف أو الشاذ أصلا.

ويُنسب هذا القول لمالكية مصر وطائفة من الفقهاء؛ منهم: المازري، والشّاطبي في أحد قوليه، والونشريسي[2] كما في المعيار، والقرافي[3]، والمسناوي[4]، والعدوي وغيرهم[5].

---

[1]ـــ ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص43.الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج1، ص20، التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص40،صادق الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص190، 191.

[2]-**أحمد الونشريسي**: أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني، أخذ عن أبي الفضل قاسم العقباني وأبي عبد الله الجلاب وابن مرزوق، وعنه ولده عبد الواحد وأبو زكريا السويسي ومحمد بن الغرديسي، له: المعيار المعرب، وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، (ت914ه)، ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص97، مخلوف: شجرة النور الزكية، ، ص274).

[3]- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص93.

[4]- **المسناوي**: أبو عبد الله محمد بن محمد ابن أبي بكر الدلائي، أخذ عن والده وعبد القادر الفاسي وعبد الملك السجلماسي وأبي عبد الله القسنطيني وابن الحاج، وعنه محمد جسوس ومحمد اليفرني ومحمد العلمي ميارة الصغير والبناني، له: القول الكاشف عن أحكام الاستنابة في الوظائف، نصرة القبض والرد على من أنكره في النوافل والفرائض.(ت1136ه). ينظر:(محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص333).

[5]- ينظر القادري: رفع العتاب والملام، ص 14.

قال الحطَّاب: " إذا لم يجد الشّخص نصًّا في المسألة في مذهب إمامه، ولا وجد من له معرفة بمداركه؛ فالظَّاهر أنه يسأل عنها في مذهب الغير، ويعمل عليه ولا يعمل بجهل، ...فيجتهد الإنسان في المتفق عليه، فإن لم يجد فالقوي من الخلاف، فإن لم يجد فينظر الخلاف خارج المذهب، ولا يخرج عن أقاويل العلماء"[1].

جاء في حاشية الدّسوقي: "أما القول الشاذ و المرجوح أي الضعيف فلا يُفتى بهما، وهو كذلك، فلا يجوز الإفتاء بواحد منهما ولا الحكم به، ولا يجوز العمل بهما في خاصّة النّفس، بل يُقدَّم العمل بقول الغير عليه، لأن قول الغير قويّ في مذهبه كما قال الأشياخ[2]...وهذا اختيار المصريين"[3].

يُستفاد من هذا القول أن الفتوى بالضعيف أو الشاذ عند الضرورة لا تجوز، ولو في خاصَّة النَّفس، وإنما ينظر إلى ما قوي دليله من قول الغير، والمقصود بذلك القول الراجح خارج المذهب، لأن الراجح أولى من الضعيف والشاذ داخل المذهب.

وقد تناقلت كتب الفقه والأصول جواب الإمام المازري لما سُئل عن قوله فيما اضطر الناس إليه في هذا الزمان–والضرورات تُبيح المحضورات– من معاملة فقراء أهل البدو في سِنين الجَدب، إذ يشترون الطَّعام بالدّين إلى الحصاد، مع ما في ذلك في المذهب من الرُّخصة وإباحة كثير من فقهاء الأمصار لذلك، فقال: "لست مِـــمَّن يحمِل النَّاس على غير المعروف، ولا أفتي بغير المشهور من مذهب مالك وأصحابه، ولا أحمل الناس على غيره، لأن الورع قلَّ، بل يكاد يُعدم، والتَّحفُّظ في الدِّيانات كذلك، وكثُرت الشَّهوات، وكثر من يدَّعي العلم ويتجاسر على الفتوى، فلو فُتح لهم باب مخالفة المذهب لاتَّسع الخِرق على الرَّاقع، وهَتكُوا حِجاب هيْبة المذهب، وهذا من الـــمُفسِدات"[4].

---

[1]– الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص 43.

[2]–**الأشياخ**: مراده بالأشياخ: ابن وهب وابن القاسم وأشهب، كما هو اصطلاح الفقهاء في تفسير الأشياخ، ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص 16.

[3]ـــ الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ، ج1، ص20.

[4]ـــ ينظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص64، القادري: رفع العتاب الملام، ص 64، محمد عليش: شرح منح جليل على مختصر خليل، ج4، ص 141، عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج6، ص158.

قال الشَّاطبي: " فانظر كيف لم يسْتجز –وهو المتفق على إمامته– الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما يعرف منه؛ بناءً على قاعدة مَصلَحيَّة ضرورية، إذ قلَّ الورع والديانة في كثير ممن يَنْتصِب لبثِّ العلم والفتوى....فلو فُتح هذا الباب لانْـــحلَّت عُرى المذهب "[1].

قال القرافي: " أمّا الحكم والفتيا بما هو مَرجوح فخلاف الإجماع"[2]، قال عليش[3]: فانظر وتأمَّل قول القرافي –رحمه الله– كيف منع المجتهد من الحكم والفتيا إلاّ بالراجح عنده"[4].

وفي نوازل المعيار جواب مُطوَّل للونشريسي، قال فيه: "فتح الباب بالفتيا في إقليمنا بغير مذهب مالك لا يسوغ، ...[5]

قال المسناوي: ولا يجوز للإنسان العمل بالضعيف في خاصَّة نفسه، بل يُقدِّم العمل بقول الغير عليه، لأن قول الغير قويّ في مذهبه، ...فالقولان إذا كان أحدهما مشهورا فيجب العمل به، ولا يجوز العمل بالضعيف ولو في خاصّة النّفس، بل يُقدَّم مذهب الغير عليه عند الضرورة. وفي المرشد المعين؛ نصَّ على أنه عند الضرورة يجب تقديم الراجح في مذهب آخر على ضعيف مذهبنا[6].

وانتصر العدوي لهذا الرأي بقوله: "وقال بعض شيوخنا: العمل بالراجح واجب، فيُقدَّم خارجُ المذهب على القول الضعيف، ...فيجوز تقليد المذهب المخالف في بعض النوازل، ويقدم على العمل بالضعيف"[7].

---

[1]– الشاطبي: الموافقات، ج4، ص 146، 147.

[2]– القرافي الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص93.

[3]– **عليش**: هو محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله، فقيه من أعيان المالكية، مغربي الأصل، ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه، له: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ومنح الجليل على مختصر خليل، (ت1299ه)ـــ، (ينظر: الزركلي: الأعلام، ج6، ص19) .

[4]– عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص 58.

[5]– الونشريسي: المعيار، ج12، ص26.

[6]– القادري: ص: 14وما بعدها.

[7]– العدوي: حاشية العدوي على شرح الخرشي لخليل، ج1، ص 36.

وحُجَّة أصحاب هذا الرّأي كما علّله الشّاطبي[1]؛ **هو سدُّ الذّريعة**، لئلا يُؤدي ذلك إلى اضطراب الأحكام وعدم استقرارها، وهو خطر في الدين، كما أن في الفتوى بالضعيف والشاذ تتبع للرُّخص واتباّع للهوى وهو منهي عنه، وقد يؤدي إلى الحكم بالتَّشهِّي وانسلاخ الناس من الدين بترك اتباع الدليل والانسياق وراء الضعيف من الأقوال وشاذِّها، وربـــما أدَّى إلى خرق الإجماع، فوجب تقديم الراجح في المذاهب على الضعيف والشاذ في المذهب المالكي.

وقال الدسوقي: " ولذلك **سدّوا الذريعة** وقالوا بمنع الفتوى بغير المشهور"[2].

وقد جاء في نظم العمل الفاسي:

حُكم قُضاة الوقت بالشُّذوذ يُنقضُ لا يتمُّ بالنُّفـــــــوذ.

ومن عوام لا تجز ما وافقـــا قولًا فلا اختيار منهم مطلقا[3]

ويُستفاد من هذا أن الفتوى والقضاء بالقول الضعيف والقول الشاذ لا يجوز، لاسيما إذا كان في مقابليهما راجح أو مشهور، والسبب في ذلك سدُّ ذريعة الميل مع الهوى، و اتبّاع الأغراض والرّخص دون وَازع.[4]

وقد يَرِد هنا إشكال هو: ما الفائدة من رواية ونقل الأقوال الضعيفة في كُتب المالكية إذا كان لا يجوز العمل بها؟

والجواب كما قال صاحب مراقي السعود[5]:

وذكر ما ضُعِّف ليس للعمل إذ ذاك عن وِفاقهم قد انحضل.

بل للتَّرقي في مدارج السّنـــا ويحفظ المدرك من له اعتنـــــا.

---

[1]- الشاطبي: الموافقات، ج4، ص 142 وما بعدا.

[2]- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ، ج4، ص129.

[3]- الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، ، ج2، ص 332.

[4]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 64.

[5]- محمد الأمين الشنقيطي: نثر الورود على مراقي السعود، تحقيق علي بن محمد العمراني، دار عالم الفوائد، جدة، دط: ص 590.

ولمراعاة الخلاف المشتهـــــر أو لمراعاة لكل ما سطـــــــر.

وكونه يلجي إليه الضـــــرر إن كان لم يشتد فيه الخـــــور.

وقد أورد الونشريسي هذا الإشكال في جوابه فقال: فائدة تدوينها أن يصِّح أن يذهب إليها المجتهد ومن بلغ رتبة الترجيح يومًا من الدّهر[1].

وقد أجاب القادري بعد أن نقل أقوال المانعين بأنَّ ذلك كلّه يُحمَل إذا كان على سبيل الاختيار من غير ضرورة أو حاجة، كما أن المقلد لا يجوز له اختيار قول ضعيف أو شاذ للعمل به، لأنه غير مؤهل ذلك، فقوله: "ولو في خاصّة النّفس" يعني في الاختيار لا في الضرورة.[2]

قال الهلالي: " إن المفتي القادر على الترجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رجحانه، لا مطلقًا، قال ابن هلال: إن المفتي المتأهل له الإفتاء بغير المشهور على وجه الاجتهاد و الاستحسان لـــمُوجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النَّوازل والأشخاص"[3].

وأما ما نقل عن المازري أنه بلغ مرتبة الاجتهاد و لم يفتِ بالمرجوح، فقد أفتى وجماعة من الفقهاء بالشاذ في مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب، ووجَّه ذلك الهلالي بقول: " إن هذه الفتوى من المازري ليست من قبيل التَّناقض، وإنما ذلك جريًا على قواعد المذهب، حيث إنّ تغيَّر الأحكام عند تغيّر الأسباب ليس خروجًا عن المشهور، بل فيه جريٌ على قاعدة المذهب في المحافظة على مصالح العباد وحفظ أموالهم، لا سيما على القول بأن المشهور ما قوي دليله[4].

أما دعوى الإجماع الذي نقله القرافي فتحتاج إلى إعادة النظر، وقد أنكر بعضهم على حكاية هذا الإجماع، قال عليش: " فإن استبان لك أن خروج المقلد من العمل بالمشهور إلى العمل بالشاذ فيه رخصة من غير تتبّع للرّخص صحيح عند كل من قال بعدم لزوم تقليد الأرجح، وإنّ نَقل الإجماع على

---

[1]- الونشريسي: المعيار، ج12، ص 12.

[2]- القادري: رفع العتاب، ص17.

[3]ـــ الهلالي: نور البصر، ص 261.

[4]- المرجع نفسه، ص 264.

منع ذلك غير صحيح"[1]، لأن الفتوى بخلاف الراجح والمشهور منقول في المذهب عند أغلب الفقهاء، أو أن نحمل الإجماع فيما إذا كان دليل القول الراجح قطعيا لا خلاف فيه، ففي هذه الحالة يمكن القول بالإجماع لأن العلماء متَّفقون على ذلك.

الفرع الثاني: جواز الأخذ بالضعيف والشاذ عند الاقتضاء في خاصَّة النفس .

وهذا القول ذهب إليه أكثر شيوخ المذهب، كأصبغ[2] وابن حبيب[3] من المتقدمين، والشيخ بناني[4]والزياتي[5] وغيرهم، فقد جوَّزوا العمل بالضعيف في خاصة النفس عند الضرورة فقط.[6]

قال الدسوقي: وذكر الحطاب عن ابن عمر[7] جواز العمل بالشاذ في خاصة النفس، وأنه يقدم على العمل بمذهب الغير، لأنه قول في المذهب "، وعلّله بقوله: " لأن قول الغير قويّ في مذهبه، وهو اختيار المغاربة"[8].

---

[1]- عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص 61.

[2]- **أصبغ:** أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، روى عن الداروردي ويحيى بن سلام وعبد الرحمان بن زيد، سمع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب وتفقه معهم، روى عنه: الذهبي والبخاري وابن وضاح، وتفقه به ابن المواز وابن حبيب، له: كتاب الأصول، تفسير حديث الموطأ، وكتاب الرد على أهل الأهواء، (ت225ه). ينظر:(ابن فرحون: الديباج، ص160/محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص66).

[3]- **عبد الملك بن حبيب:** أبو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي، انتهت إليه رياسة الأندلس بعد يحيى بن يحيى، روى عن الغازي بن قيس وزياد بن عبد الرحمان وسمع ابن الماجشون ومطرف وعبد الله بن عبد الحكم وأصبغ، سمع منه ابناه محمد وعبد الله، وابن وضاح، له: الواضحة في الفقه والسنن، وتفسير الموطأ، (ت238ه). ينظر: (ابن فرحون: الديباج، ص252/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 75 .)

[4]ـــ **بناني:** هو أبو عبد الله محمد بن الحسن، أخذ عن أحمد بن مبارك ومحمد بن عبد السلام ومحمد جسوس، وعنه أخذ الشيخ الرهوني و أحمد بن التاودي، له: حاشية على شرح الزرقاني تسمى الفتح الرباني، وحواش على التحفة، (ت1194ه)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص357).

[5]ـــ **الزياتي:** هو عبد العزيز بن الحسن بن يوسف الفاسي المالكي، يكنى بأبي محمد وأبي فارس، فقيه مقرئ ولد بتطوان، رحل إلى المشرق ولقي الكثير، له: كتاب في القراءات، وكتاب في النوازل والأحكام يعرف بالنوازل المختارة فيما وقفت علية من النوازل بجبل غمارة، (ينظر: البوطليحية، تحقيق: يحيى ابن البراء، ص 104 بالهامش).

[6]ـــ ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص 29. محمد البناني: حاشية البناني على الزرقاني، بهامش شح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط: 1398ه/1978م، ج7، ص124

[7]- **يوسف بن عمر:** هو أبو الحجاج يوسف بن عمر الأنفاسي الفاسي المالكي، إمام جامع القرويين بفاس، أخذ عن الجزولي، له تقييد على الرسالة من طلبته، (ت 761ه). (ينظر: التنبكتي: كفاية المحتاج، ص 500/ مخلوف: شجرة النور، ج 1، ص335).

[8]- الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج1، ص20.

وحُجَّة أصحاب هذا القول أن المفتي لا يتحقَّق من الضّرورة في غيره كما يتحقَّق منها في نفسه، فسدًّا للذريعة قالوا بمنع الفتوى بغير الراجح والمشهور لغير المجتهد، خوفًا من عدم تحقّقها، لا لأجل أنه لا يُعمل بالضعيف للضّرورة يوماً ما .[1]

وقد اعترض المسناوي على الحطاب بأن الصَّواب تقديم الراجح الخارج عن المذهب على شاذ المذهب، قال: لما قدَّمنا من النُّصوص الدَّالة على جواز الانتقال من راجح مذهب إلى راجح مذهب آخر بالشّروط المقرَّرة[2].

واعترض القادري أيضا بأن الضرورة كما تتحقّق في نفس المجتهد تتحقّق أيضا عند غيره.

إنَّ قصر الفتوى بالقول الضعيف والشاذ في حالة الضرورة على المجتهد فقط يجعل الفتوى بذلك من باب العُسر والتَّضييق، لأن المستفتي جاء يَعرض ضرورة نازلته على من يريد أن يخلِّصه منها بموجب الشّرع، فكيف يقال في هذه الحالة للمفتي أنه لا يجوز له الفتوى إلاّ في خاصّة نفسه لا للغير؟. ثمَّ إنَّ المفتي له من معرفة الواقع الذي يعيشه، ومعرفة ما ينطبق على ذلك الواقع من دليل، ما يجعله مؤهلا للإفتاء لغيره، ومعرفة ما هو في حكم الضرورة من غيرة.[3]

الفرع الثالث: جواز الفتوى بالضّعيف والشّاذ في خاصّة النّفس وفي الفتوى والقضاء عند الاقتضاء.

يُنسب هذا القول لجماعة كثيرة من متأخِّري المالكية المغاربة كالشّاطبي، وابن فرحون والتّسولي، والقادري والحجوي وغيرهم[4]، لكن هذا العدول ليس على إطلاقه، بل لابد من شروط وضوابط معتبرة، إذ ليس كل اقتضاء أو مُوجب يُجيز ذلك، وهذا الاتجاه يُرَاعِي حُرمة المذهب وهَيبته، بينما الاتجاه الأول يُراعي قوّة الدّليل ولو في مذهب الغير.

---

[1]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 30.

[2]- الهلالي: نور البصر، ص 261.

[3]- محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 845.

[4]- ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 66، 67، عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص61، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص 257، القادري: رفع العتاب، ص 38، الخرشي: حاشية الخرشي، ج1، ص 35، الرجراجي: منار السالك، ص 48، التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 41، الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص479.

وهو ما يقتضيه قول غير واحد من الفقهاء على جواز العمل بالضعيف للضرورة، كما قال ابن فرحون ونقله غيره: "ولشيوخ المذهب كابن عات[1] وابن سهل[2] وابن رشد وابن لب[3] وابن العربي[4] واللّخمي ونظائرهم اختيارات وتصحيحات لبعض الرّوايات، عَدَلوا فيها عن المشهور، وجرى باختيارهم عمل الحكّام والفُتيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف"[5].

وأمّا الشّاطبي فقد بيَّن رأيه في جواز العدول بقوله: " النّظر في مآلات الأفعال مقصودٌ شرعًا، كانت الأفعال مُوافقة أو مُخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصّادرة عن المكلّفين بالإقْدَام أو بالإحْجَام إلا بعد نظره إلى ما يَؤُول إليه ذلك الفعل، مشروعًا لمصلحة فيه تُستَجْلب، أولمفسدة فيه تُدرَأ، ولكن له مآلٌ على خلاف ما قُصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أومصلحة تَندَفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أُطلق القول في الأول بالمشروعيَّة فربما أدّى استِجْلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تُساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعًا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أُطلق القول في الثاني بعدم المشروعيَّة ربما أدى استِدفاع المفسدة إلى مفسدة تُساوي أو تزيد، فلا يصِحّ إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورِد، إلاّ أنه عذب المذاق، محمود الغبّ جارٍ على مقاصد الشريعة[6].

---

[1]- **ابن عتاب:** أبو عبد الله محمد بن عبد الله عتاب القرطبي، تفقه بابن الفخار وابن بشير، وسمع منه ابن سهل وأبو الحسن بن حمدين، عرض عليه القضاء وامتنع، (ت462ه)، ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، 810/2).

[2]- **ابن سهل:** هو أبو الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي، أخذ عن ابن عتاب وابن القطان وحاتم الطرابلسي، وعنه ابن منظور وأبو إسحاق بن جعفر، له الإعلام بنوازل الأحكام، (ت486ه)، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص181,محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص122).

[3]- **ابن لب:** هو أبو سعيد فرج بن قاسم بن لب الأندلسي، أخذ عن ابن الفخار وناصر الدين المشدالي، وعنه أخذ الشاطبي وابن الخطيب والسراج، له تآليف منها: شرح جمل الزجاجي، وشرح تصريف التسهيل، (ت782ه)، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص/ 220 التنبكتي، نيل الابتهاج، ص357)

[4]- **ابن العربي:** هو محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بأبي بكر بن العربي الإشبيلي، سمع من أبيه وأبي عبد الله السرقسطي، لقي الخولاني والمازري والطرطوشي والغزالي، وأخذ عنه: القاضي عياض وابن بشكوال والسهيلي، من تآليفه: عارضة الأحوذي، والقبس، والعواصم، قانون التأويل، (ت543ه)، ينظر: (ابن بشكوال، أبو القاسم، الصلة، إعتناء عزت العطار الحسني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1: 1374ه/ 1955م، ص558/2، المقري، أحمد التلمساني: نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق إحسان عباس، دار صادر بيروت، دط: 1408هـ/ 1988م، 25/2، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص 136).

[5]- ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 66.

[6]- الشاطبي: الموافقات، ج5، ص 177، 178.

كما يقول الشّاطبي بالأخذ بالقول المرجوح في بعض الصّور من مراعاة الخلاف بعد الوقوع: "فمن واقع منهيًا عنه، فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التَّبعيّة لا بحكم الأصالة، أو مُؤَدٍ إلى أمرٍ أشدَّ من مُقتضى النَّهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نُجيز ما وقع من الفساد على وجه يَليق بالعدل، نظراً إلى أن ذلك الواقع وافَقَ المكلَّف فيه دليلاً عن الجملة، وإن كان مرجوحًا، فهو راجح بالنِّسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشدَّ من مقتضى النّهي، فيرجع الأمر إلى أن النّهي كان دليله قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما اقترن به من القرائن المرجِّحة"، [1] ثم ذكر عدّة أمثلة جارية على هذا الأصل.

ونقل عنه الونشريسي في معيار قوله:" مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء، إذ مراعاة الخلاف إنما معناه مراعاة دليل المخالف حسبما فسَّره لنا بعض شيوخنا المغاربة"[2].

ويقول ابن عاشور: " وقد يقع الإغضاء عن خلل يسير ترجيحًا لمصلحة تقرير العقود، كالبيوع الفاسدة إذا طرأ عليها بعض المفوِّتات المقرَّرة في الفقه، وكان الأستاذ أبو سعيد ابن لب مفتي حضرة غرناطة في القرن الثامن يُفتي بتقرير المعاملات التي جرى فيها عرف الناس على وجه غير صحيح في مذهب مالك، إذا كان لها وجهٌ ولو ضعيفاً من أقوال العلماء"[3].

ونقل الوزاني في النوازل الكبرى من جواب ابن المكوي[4] في نازلةٍ قوله: " ولو سلم مَرجُوحِية ما نُقِل في النَّازلة جدلًا، لم يَعِب ارتكابه ضرورة أو غيرها، وما تقرَّر من أن مخالفة المشهور في الفتوى والحكم لا تجوز لتعيّن العمل بالراجح، وحَكي بعضهم الإجماع عليه ممنوع، وسندُ المنع ما ثبت عن كثيرٍ من فُضلاء العلماء الـــمُعتَبَرين في الفتوى علماً وديناً وعدالةً وصلاحاً من ارتكابهم المرجوح تسهيلاً،

---

[1]-الشاطبي: الموافقات، ج5، ص 190، 191.

[2]- الونشريسي: المعيار، ج2، ص 103.

[3]- ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، دط2000م، ص 490.

[4]- **ابن المكوي**: هو أبو عمر أحمد بن عبد الملك بن هشام الاشبيلي المالكي، صحب إبراهيم بن إسحاق وتفقه به، له كتاب الاستيعاب لأقوال مالك بالاشتراك مع أبي بكر المعيطي، (ت 401ه). ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج2، ص237/ ابن فرحون: الديباج، ص100/ الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج17، ص206/ محمد مخلوف، شجرة النور، ج1، ص 152).

وإفتائهم به إزاحةً للحرج عن الأمة وشفقةً ورحمةً، ودين الله يُسر، "والله يُحبُّ أن تؤتى رُخصه كما يُحبُّ أن تُؤتى عزائِمُه"[1].

وجاء في جواب يحي السَّراج[2] مُفتي فاس: أن الإفتاء بغير المشهور بعد الوقوع في الورطة وتعاظُم الأمر لا يُنكر، فإن ذلك شائعٌ ذائعٌ لا يخفى على من طالع كلام الفقهاء، وفتاوى الأشياخ، وإن كان بعضهم شدَّد في الفتوى بغير المشهور وحكى الإجماع على منعه، وبعض آخر رفض ذلك لا سيما بعد الوقوع، وظاهر كلامهم جواز ذلك ابتداءً"[3]، فقوله" بعد الوقوع في الورطة" أي: بعد تحقُّق سبب وموجب العدول، ولعلَّه يُحمل على مراعاة الخلاف بعد الوقوع.

قال العلمي[4] في نوازله: " ولم يزَل أهل الفتوى والقضاء يختارون الفتوى بالقول الشاذ ويحكُمون به لدليل ظهر لهم ترجيحه"[5].

ونَقل الحطّاب عن يوسف بن عمر المالكي في شرحه على الرّسالة عند قول صاحبها: "(ويستعمِل سائر ما يُنتفَع به طيّباً) قال: " الحلال ضالة مفقودة، فيجتهد الإنسان في المتفق عليه في المذهب، فإن لم يجد فالقويّ من الخلاف، فإن لم يجد فالشّاذ في المذهب، فإن لم يجد فينظر في الخلاف خارج المذهب ولا يخرج عن أقاويل العلماء"[6].

---

[1]- المهدي الوزاني: النوازل الكبرى، ج7، ص 542. والحديث أخرجه ابن خزيمة في صحيحه، كتاب الصلاة، باب استحباب قصر الصلاة في السفر، رقم: 950، ج1، ص 469، وأخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب الصلاة، باب ذكر استحباب قبول رخصة الله، رقم: 2742، ج6، ص451،

[2]- **السراج**: أبو زكرياء يحيى بن الفقيه أبي العباس الفاسي، المعروف بالسراج، أخذ عن أبي البركات ابن الحاج، وابن عباد وبه انتفع، (ت1007ه)، (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1.ص294).

[3]- المهدي الوزاني: النوازل الكبرى، ج7، ص 542.

[4]- **العلمي**: هو أبو الحسن علي بن عيسى بن علي الشريف الحسني الفاسي، الفقيه المطلع البارع في الأحكام والنوازل، تفقه بوالده والشيخ عبد القادر الفاسي ولي قضاء شفشاون سنة 1032ه، ألّف النوازل الشهورة باسمه لم يذكر تاريخ وفاته (ينظر: مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 336/ مقدمة كتاب نوازل العلمي، ص 12 وما بعدها)

[5]- العلمي، عيسى بن علي الحسني: النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفاس، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، دط: 1403ه/ 1983م، ص 211.

[6]- ينظر: الحطاب مواهب الجليل، طبعة الرضوان، ط1: 1431هـ/2010م، ج1، ص48، وفي الطبعة المتداولة لدار الكتب العلمية سقط قوله (فإن لم يجد فالشاذ من المذهب) وهذا لا يستقيم لأنه حذفٌ يؤثر على المعنى بشكل فادح، وقد نقل غير واحد نص عمر بن

ولأجل الرّجوع إلى الأقوال الضعيفة يومًا ما تُروى هذه الأقوال في كتب الفقه، قال الحجوي: "فما من إمامٍ إلا وقد خُولِف مذهبه في بعض المسائل، إمّا لدليل وإما لضرورة أو حاجة، ... نعم عند تحقّق الضّرورة أو المصلحة تعيَّنت الفتوى بقول ولو ضعيف، ولأجل الضرورة تُذكر الأقوال الضعيفة في الكتب الفقهية... وعلى كل حالٍ فلا يقدر على هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم، فالباب دونه مسدود".[1]

وقال في موضع آخر: "ولا يجوز للعلماء أن يضيقوا على الأمة أو الدولة فيما لا مندوحة عنه وفيما به حياة الهيئة الاجتماعية، فإن خلاف علماء الأمة رحمة، ، "وإن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يجب أن تؤتى عزائمه"[2]، وإذا كان القاضي يحكم بالضعيف لدفع مفسدة، أو خوف فتنة، أو نوع من المصلحة، فالإمام أولى؛ لأن القاضي إنما هو نائبة لكن لا ينبغي الترخيص في ذلك إلا عند التحقيق بمصلحة عامة، لا خاصة إبقاء لهيبة الشرع الأسمى"[3].

ومن جملة الحُجج التي استدل بها أصحاب هذا الرأي:

- أن الضرورة والحاجة تستدعي التيسير ورفع الحرج عن المكلف، وإذا جاز العمل بالمحظور عند الضرورة، فالأولى منه جواز العمل بالضعيف والشاذ عند الضرورة، فصارت الضرورة من مُوجبات العدول عن القول المعتمد كما سيأتي في الفصل التالي.
- أنَّ في تطبيق الراجح والمشهور قد يؤدي إلى التَّضييق على المكلَّف، مما يُوقعه في مفاسد تتعارض مع روح ومقاصد الشرع.
- أنَّ المكلَّف قد وافق دليلاً في الجملة، وإن كان القول ضعيفا، لأنه من قبيل ضعيف الـــمُدرك، لذلك اشترطوا أن لا يكون شديد الضعف.

يوسف، كما في شرح الزرقاني، أبو محمد عبد الباقي: شرح الزرقاني على شرح الناصر اللقاني على مقدمة خليل، تحقيق: عبد الكريم قبول، دار البصائر الجزائر، ط1: 1428هـ/ 2007م، ص 152.

[1]ـ الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص421.

[2]- سبق تخريجه، ص 57.

[3]- المرجع السابق، ج2، ص479.

- أنَّ اشتراط القيود والضوابط للعدول عن القول المعتمد ضامن يمنع من الوقوع في المحظور، كتتبُّع الرُّخص أو التَّلفيق أو اتّباع الهوى أو التَّحلل من قيود الشرع.

ومن الشروط والضوابط المقررة للعدول عن القول المعتمد على سبيل الإجمال نذكر[1]:

01- ألا يكون القول الضعيف أو الشاذ شديد الضعف.

02- أن يثبت عزوه لقائله، خوف ألا يكون ممن لا يُقتدى بهم.

03- أن تتحقق الضرورة الـــمُلجِئة .

الفرع الرابع: الترجيح.

من خلال ما تقدم عرضه من أقوال المالكية وأدلتهم في المسألة يَظهر للباحث أنَّ الأصل العام هو الأخذ بالقول المعتمد في المذهب ابتداءً، وهو الأصل في الفتوى والقضاء كما قرر ذلك أغلب الفقهاء، فإذا كان هناك مانع من إعمال القول المعتمد، كوُقوع المكلَّف في ضِيق وحرج شديدين، وتحقَّق السَّبب الـــمُوجب للعدول عن القول المعتمد؛ كالضرورة أو تغيّر العرف أو سدًا لذريعة الفساد وغيرها، فيجوز حينئذٍ العدول استثناءً عن القول المعتمد إلى غيره من الأقوال المرجوحة التي لم يشتدَّ ضعفها و لم تُخالف نُصوص الشَّرع وأصوله، أو إلى غيرها من الأقوال في المذاهب الفقهية الأخرى، وأن لا يُتوسَّع فيذلك إلا بقدر الحاجة، فإذا زال الـــمُوجِب الذي لأجله عُدل وَجب الرُّجوع للقول المعتمد، وذلك للمرجِّحات التالية:

- كثيرًا ما التُمست تلك الأقوال الضعيفة والشاذة داخل المذهب للخروج من المضايق للتوسعة، ذلك أن حركيَّة الفقه وعمليَّة الإفتاء تستلزم تقليب الأقوال والنظر في أنساقها وبيئتها، فما كان ضعيفا في زمنٍ قد يتقوى بعده، وما كان مشهورًا لزمنٍ قد لا تنفع شهرته غدًا، وما كان شاذًا في زمنٍ قد تدعو الضرورة والمصلحة للأخذ به بعدهما، وهكذا[2].

---

[1]- ينظر هذه الشروط: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص 130. القادري: رفع العتاب والملام، ص 30، الخليفي: الاختلاف الفقهي: ص 191، الشنقيطي: نثر الورود، ص 661، محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 547، 548.كما سنتعرض لهذه الضوابط وغيرها بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث إن شاء الله.

[2]- مصطفى الصمدي: فقه النوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا، مكتبة الرشد ناشرون، ط1"1428هـ/2007م، الرياض، ص 377.

- أنَّ العُدول عن القول المعتمد لا يكون إلا في المسائل الاجتهادية التي يُعقل معناها، والتي يكون مَبناها على المصالح والأعراف، وطبيعة هذه الأحكام أنها تتغيَّر من زمنٍ لآخر ومن بلدٍ لآخر، والفقيه أو المجتهد إذا عرضت عليه مسألة من المسائل راعى ظروفها وملابساتها والوسط الذي حدثت فيه، ثم يستنبط لها الحكم المتفق مع كل هذا، فإذا تغيَّر الوسط وتبدَّلت الظّروف التي حدثت فيها الواقعة؛ تغيَّرت بذلك المسألة وتبدَّل وجهُها، وكانت مسألةً أخرى اقتضَت حُكمًا آخر لها، وهذا لا ينفي أنَّ المسألة السَّابقة بظروفها مازالت على حُكمها الأول، وهذا الذي يُعرف بتحقيق مناط الأحكام.

- إنَّ الفقهاء لـــمَّا قرَّروا تَشهير قولٍ؛ لاحظوا أنَّ ذلك القول في ذلك الزمن هو الذي كان يحقق مصالح العباد، فلما جاء الفقهاء المتأخّرون وجدوا أن ذلك المشهور لم يَعُد في بعض الأزمان و الأماكن يحقّقُ ذلك الغرض، وهذا مُوافق للقاعدة التي تنصُّ على"أنَّ تغيُّر الأحكام عند تغيّر الأسباب ليس خروجًا عن المشهور، بل فيه جريٌ على أصول المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعًا"[1].

- قاعدة" الضّرورات تبُيح المحظورات" و " الضّرورة تُقدَّر بقدرها"، فهاتان القاعدتان تُرجِّحان جواز العدول عن القول المعتمد إلى غيره من الأقوال على سبيل الاستثناء وعند الضرورة.

- قاعدة "ما جرى به العمل" تُرجِّح أيضًا جواز العدول عن القول المعتمد، لأنَّ ما جرى به العمل في حقيقته هو اختيار قول ضعيف أو شاذ في الفتوى والقضاء، وهي قاعدة ترجيحيَّة مشهورة ومُعتمدة عند أغلب فقهاء المالكية، إذا توافرت شروطها وموجباتها، ولذلك فإن كثيرًا من المسائل التي عَدل فيها مُتأخِّروا المالكية عن القول المعتمد في كتب النَّوازل جرى بها العمل في القضاء والفتوى.

- أنَّ العدول عن أقوال المذهب وإمامه شائعٌ في كل المذاهب المعروفة، كما قال الحجوي: "وعمل الأئمة شرقًا وغربًا على ما قال ابن عبد السلام، فلا نجد أهل مذهبٍ إلَّا وقد خرجوا عن مذهب إمامهم، إمَّا إلى قول بعض أصحابه، وإمَّا إلى خارج المذهب، إذ ما من إمامٍ إلا وقد انتُقِد عليه قولٌ أو معنى خفي عليه فيه السّنّة، أو أخطأ في الاستدلال فضعف مذهبه."[2]

فتبيَّن من خلال هذا المطلب أن الفتوى عند المالكية كانت تفرِضُها ظروف الواقع، ذلك أن المذهب المالكي كان هو الأكثر وجودا عند أهل الأندلس والمغرب، وأكثر قوة ونفوذًا في القضاء

---

[1]ـــ العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي، ص 69.

[2]- الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص 237.

والفتوى، و لم تكن هنا مزاحمة من المذاهب الفقهية الأخر، فأفتوا بضعيف الأقوال من المذهب وقدَّموها على الراجح في المذاهب الأخر، بينما في مصر وغيرها نجد أنهم قدَّموا قول غيرهم على ضعيف المذهب، لأنه كانت فيها مزاحمة مع بقية المذاهب الأخرى، وفي المطلب الـــمُوالي نتكلَّم عن بداية ظهور العدول عن القول المعتمد وتطورها عند فقهاء المالكية.

المطلب الثالث: مُخالفات المالكية للقول المعتمد في المذهب.

لقد عوَّل تلامذة مالك رحمه الله قديما على أقواله وفتاويه واجتهاداته، وحرصوا على تعلمها وحفظها ونقلها والتخريج على وفقها، لأنها كانت تُعتبر المصدر الرَّئيس في الفتوى والقضاء، ولحرصهم على عدم ضياعها والاختلاف فيها دوَّنوا أقواله في الدَّواوين والسّماعات والأسئلة والأجوبة، وكانت هذه الدواوين هي المادة الخام لأتباع المذهب ولمن جاؤوا بعدهم.

ومع تعاقب أدوار الفقه وانتشار المذهب في الأصقاع والبقاع، بدأ الخلاف الفقهي المذهبي بين علماء الأمصار، وظهرت العديد من الأقوال والروايات والاجتهادات المختلفة، متأثرة بخصوصيات المناطق التي انتشر فيها المذهب والحواضر العلمية المحيطة بها، واتخذت هذه الاختلافات أشكالاً متنوعة؛فردية وجماعية، وبدأت تظهر بوضوح في ولاية منصِبي الفتوى والقضاء.

قال محمد أبو زهرة: " ولـــمّا جاء عصر التلاميذ اختلفوا في استنباطهم اختلافا كثيرا، وأُضِيفت أقوالهم التي لم يُعرَف فيها لمالك رأيٌ إلى المذهب، بل أُضيفت بعض الأقوال التي خالفوا بها شيخهم فيما عُلم له فيها رأي إلى المذهب،...فكثرت الروايات والأقوال، واحتاج من جاء بعدهم للترجيح بينها والاختيار منها، فقالوا: قولُ مالك في المدوّنة أوْلى من قول ابن القاسم فيها، وقول ابن القاسم فيها أوْلى من قول غيره فيها، لأنه أعْلَم بمذهب مالك، وقولُ غيرِه فيها أوْلى من قولِ ابن القاسم في غيرها، وذلك لصِحَّتها"[1]، وغيرها من قواعد الترجيح بين الروايات والأقوال .

وسنتناول في هذا المطلب الجانب التاريخي لبداية ظهور مسلك العدول عن الأقوال المعتمدة، من خلال المخالفات الفردية لبعض الفقهاء في اختياراتهم الفقهية، وكيف تطور هذا المترع في الاجتهاد لدى

[1]- أبو زهرة: مالك، ص 421، 422.

فقهاء المدرسة المالكية الأندلسية والمغربية، ليتجلّى في صورة مخالفات جماعية توافقية في بعض المسائل الحصرية، وبيان مدى تأثير ولاية منصب القضاء والفتيا على العدول عن الأقوال المعتمدة في المذهب، وقبل ذلك لابد من ذكر شرط القرطبيين في تولية القضاء، وموقف المالكية من هذا الشرط.

الفرع الأول: موقف فقهاء المالكية من شرط أهل قُرطبة في تولية القضاء.

ما إن انتهى القرن الثالث الهجري حتى كان المذهب المالكي قد استقرَّ ببلاد المغرب والأندلس، وأصبح له أئمة وأعيان بلغوا من الاجتهاد مرتبةً عليا، "حتَّى إنَّ أهل قُرطبة اشترطوا في سجلَّاتهم أن لا يخرج القاضي عن قول ابن القاسم ما وجده"[1]، وكان المقصود من هذا الشَّرط هو توحيدُ مذهب القضاء، ومنعُ القاضي من أن يحكم بحسب اجتهاده إذا خالف المشهور، وحسمًا لمادَّة الخلاف، فكان القضاء والإفتاء لا ينفذان إلاَّ وفق مشهور المذهب.

قال الشيخ أبو بكر الطّرطوشي[2]: "أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولَّاة كانوا بقرطبة إذا ولَّوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجِّله أن لا يَـــخرُج عن قول ابن القاسم ما وجده[3]، ولقد كان أُمراءُ قُرطبة يرسمون في مراسيم تولية القُضاة أن لا يـــخرُج القاضي عن قول ابن القاسم ما وجده في المدوَّنة[4]، وكذلك كان القضاة، فقد روي أن ابن حبيب أشَار على القاضي ابن مَعمَر[5] في مسألة

---

[1] ـــ الحجوي الفاسي: الفكر السامي، ج2، ص 516.

[2]- **الطرطوشي**: أبوبكر محمد بن الوليد القرشي الاسكندري، صحِب الباجي وأخذ عنه وأجازه، ورحل إلى المشرق وسمع عن أبي بكر الشاشي وأبي علي التستري، وعنه أخذ أبو الطاهر إسماعيل بن المكي والقاضي سند وابن العربي وعياض، له تآليف منها: سراج الملوك، واختصر تفسير الثعالبي، وكتاب في الخلاف، وشرح لرسالة ابن أبي زيد، (ت520ه)، (ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص125/124).

[3]ـــ ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص 52 .

[4]- الونشريسي: المعيار، ج12، 24.

[5]- **ابن معمر**: هو القاضي أبو بكر يحي بن معمر بن عمران بن حنبل بن عبيد بن أنيف الألهاني، من العرب الشاميين، فقيه إشبيلية وفارضها، وله رحلة لقي فيها أشهب بن عبد العزيز وأخذ عنه، وعن غيره، ولي قضاء قرطبة، (ت226 ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج4، ص 145) وقد ذكر القاضي عياض قصته مع ابن حبيب في ترجمته.

بقول أشهب[1]، فرفض وقضى بقول ابن القاسم وقال: لا أَعدِل عن قول ابن القاسم فهو الذي أفتيتموني به منذ قَعدت هذا الـــمَقعد.[2]

ولقد كان هذا الشرط في التّولية للقضاء والفتوى بقرطبة محلّ إنكار واختلاف بين المالكية[3]، قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي:"وهذا جهلٌ عظيمٌ منهم"، قال ابن فرحون: " يُريد أن الحقَّ ليس في شيء معيَّن، وإنَّـــما قال الشّيخ أبو بكر ذلك لوجود المجتهدين وأهل النَّظر في قُضاة ذلك الزّمن، فتكلّم على أهل زمانه، وكان معاصرًا للإمام ابن عبد البر، والقاضي أبو الوليد الباجي، والقاضي ابن رشد، والقاضي أبي بكر بن العربي، والقاضي أبي الفضل عياض[4]، والقاضي أبي محمد بن عطية[5] صاحب التفسير، وغير هؤلاء من نظائرهم، وقد عُدم هذا النَّمط في زماننا من المشرق والمغرب، وهذا الذي ذكره الباجي عن وُلاّة قرطبة وَرَد نحوه عن سحنون[6]، وذلك أنه ولى رجلا القضاء، وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق، فشرط عليه سحنون أن لا يقضي إلا بقول أهل المدينة، ولا يتعدى ذلك،

---

[1]-**أشهب**: أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داوود القيسي المصري، انتهت إليه رياسة الفقه بمصر بعد ابن القاسم، روى عن الليث بن سعد والفضيل بن عياض ومالك وبه تفقه، وعنه بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين و سحنون، خرج عنه أصحاب السنن، (ت204ه)، (ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص59).

[2]- ابن حيان القرطبي: المقتبس من أنباء الأندلس، شرح صلاح الدين الهواري، المكتبة العصرية، بيروت، ط1: 2006م، ج1، ص 17. وانظر: ترتيب المدارك، ج4، ص 148.

[3]- وقد اختلف الفقهاء في شرط أهل قرطبة هذا على ثلاثة مذاهب: الصّحّة للباجي، والبُطلان للطرطوشي والمقرّي، وصحّة التّولية وبُطلان الشّرط للحطّاب.، ينظر: ابن فرحون، التبصرة: ج1، ص52. الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص98.

[4]- **عياض**: هو القاضي ألو الفضل عياض بن موسى السبتي المولد والدار، كان فقيها أصوليا عالما بالنحو واللغة وكلام العرب، له مصنفات كثيرة منها: إكمال المعلم في شرح مسلم، الشفا بتعريف حقوق المصطفى، التنبيهات المستنبطة على المدونة، (ت544ه)، ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص168).

[5]- **ابن عطية**: هو أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي المفسّر، تلقى عن والده وعن ابن عتاب وغيرهم، وعنه أخذ ابن أبي جمرة واللخمي، له المحرر الوجيز في التفسير، (ت546ه) ينظر:(ابن فرحون: الديباج، ص 275/ المقري: نفح الطيب، ج1، ص679/ الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج19، ص587/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص129)

[6]-**سحنون**: أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني، أخذ عن البهلول بن راشد وعلي بن زياد وأسد بن الفرات وابن القاسم وابن وهب وأشهب، وعنه كثر منهم: ابنه محمد وابن عبدوس، (ت240ه). (ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص117/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 70).

قال ابن رشد: وهذا يؤيد ما ذكره الباجي، ويرد ما قاله الشيخ أبو بكر، فكيف يقول ذلك والمالكية إذا تحاكموا إليه فإنما يأتونه ليحكم بينهم بمذهب مالك[1].

وقد شنَّع المقري الجد عليهم فقال: " وعلى هذا الشرط ــ اشتراط الوالي على القاضي أن يحكم بقضاء قرطبة ــ، فبينا نُنَازِعُ النّاس في عمل المدينة، ونَصيحُ بأهل الكُوفة مع كثرة ما نزل بها من علماء الأمّة؛ كعلي وابن مسعود ومن كان معهما، ليس التَّكحُّل في العينين كالكحل، سنح لنا بعض الجُمود ومَعدَن التَّقليد: الله أخَّر مدَّتي فتأخَّرت حتى رأيت من الزمان عجائبا.

يالله وللمسلمين، ذهبت قرطبة وأهلها، و لم يَبْرح من الناس جهلها، ما ذاك إلاَّ لأن الشيطان يسعى في محوِ الحقِّ فيُنسيه، والباطل لا زال يُلقِّنُه ويُلقيه..."[2].

قال المقرِّي الحفيد[3]:"ولما ذكر مولاي الإمام قاضي القضاة بفاس سيدي أبو عبد الله المقري التِّلمساني في كتابه القواعد شرط أهل قرطبة المذكور، ... قال الحافظ ابن غازي بعد ذكر كلام مولاي الجد ما نصُّه: وحدَّثني ثقة ممّن لقيت أنه لـــمَّا قدِم مدينة فاس العلاّمة الشريف التلمساني[4]، وتصدّى للإقراء والتفسير بالبلد الجديد، وأمر السلطان أبو سعيد المريني الحفيد أعيان الفقهاء بحضور مجلسه، كان مما ألقاه إليهم مَنْزَعَ المقرّي هذا، فبالغوا في إنكاره، ورأَوا أنّه لا مَعدِل عمَّا عوَّل عليه زُعماء الفقهاء كابن رشد وأصحاب الوثائق كالمتيطي[5] من اعتماد عمل أهل قرطبة ومن في معناهم".[6]

---

[1]- ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص 52

[2]- المقري الجد: القواعد، ،ج1، ص 84. وكذا المقري الحفيد: نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، دط: 1408ه/1988م، ص557، والمعيار للونشريسي، ، ج2، ص 482.

[3]ـــ **المقرِّي الحفيد:** هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد المقري، أخذ عن سعيد المقري والشيخ أحمد بابا والقصار، وعنه أخذ كثير منهم: عيسى الثعالبي، وعبد القادر الفاسي، وميارة، له نفح الطيب، وأزهار الرياض، وحاشية على مختصر خليل، (ت1041ه) ينظر:(محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1.ص301/300).

[4]- **الشريف التلمساني:** هو أبو عبد الله محمد بن أحمد العلويني الشريف الحسني، أعلم من في عصره بإجماع، من مشايخه: الأبلي، القاضي التميمي، ابن زيتون، وأخذ عنه الشاطبي وابنه عبد الرحمان، وابن خلدون...ألف مفتاح الوصول، (ت771ه)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص234).

[5]ـــ**المتيطي:** هو أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم المتيطي، نسبة إلى متيطة ــ قرية في أحواز الجزيرة الخضراء بالأندلس ــ أخذ عن خاله أبي الحجاج المتيطي، وأبي محمد بن القاضي، له كتاب النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، (ت570ه)، ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص199 /، 397، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص163).

[6]- المقري: نفح الطيب، ج2، ص557.558.

الفرع الثاني: المخالفات الفردية للقول المعتمد في المذهب.

ورغم ذلك الشرط الذي اشتهر في قرطبة، فقد كان لعلماء الأندلس اجتهادات فقهية ميَّزتهم عن غيرهم من أعلام مذهب مالك بالأقطار الأخر، "وهذه الاجتهادات هي عبارة عن مخالفات استقلَّ بها أئمة الأندلس عن رأي الإمام مالك ورأي كبار أصحابه كابن القاسم، وأصبحت هذه الآراء هي المعتمدة والمتَّبعة بسائر بلاد الأندلس والمغرب، وعليها جرى القضاء والفتيا"[1]،

قال الفاضل ابن عاشور[2]: "نشأ من الاتجاه القضائي التَّوثيقي في المذهب المالكي أن انفتحت للقضاة أبوابٌ واسعةٌ للاجتهاد في الأخذ بالأحكام المنصوص عليها في دواوين المذهب، على وجهٍ قد يحملهم على مخالفة المنصوص والمشهور، إذ يرَوْن ذلك أدْعى إلى تحقيق مقصد الشّرع من صلاح الناس، والـــمُستند العام في ذلك قول عمر بن عبد العزيز: " تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور"[3].

ومن الفقهاء الذين خالفوا مذهب مالك رحمه الله الإمام يحي بن يحي الليثي[4]؛ الذي اختار مذهب الليث بن سعد في مسألة القنوت، فقد كان لا يرى القنوت في صلاة الصبح ولا غيرها، وهو خلاف مذهب مالك[5]، كما خالف مذهب مالك في كفارة من أفطر في نهار رمضان معتمدا، فمذهب مالك التخيير بين العتق وصوم شهرين متتابعين وإطعام ستين مسكينا، وأفتى الأمير عبد الرحمان بن الحكم بصيام شهرين متتابعين بسبب مواقعته لزوجته في نهار رمضان متعمدا.[6]

---

(1) ـــ الهروس، مصطفى: المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة وخصائص، المملكة المغربية، دط: 1418هـــ/1997، ص 279. مصطفى الصمدي: فقه النوازل عند المالكية، ص 82.

(2) ـــ **محمد الفاضلبن عاشور:** قرأ على والده محمد الطاهر بن عاشور، له أعلام الفكر الإسلامي، التفسير ورجاله، (ت1390ه). (ينظر: رضا كحالة: معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، ط1: 1414ه/1993م، بيروت، ج3. ص552).

(3) ـــ ابن عاشور، محمد الفاضل: ومضات فكر، الدار العربية للكتاب، تونس، 1981م، ج2، ص 73.

(4) ـــ **يحي بن يحي:** أبو محمد يحي بن يحي بن كثير الليثي القرطبي، روى الموطأ عن مالك، سمع ابن وهب وابن القاسم وابن عيينة ونافع القارئ والليث بن سعد، وعنه أبناؤه عبيد الله وإسحاق و يحي، وابن حبيب وتفقه به العتبي ومحمد بن وضاح، (ت234ه).(ينظر: ابن فرحون: الديباج، ص431/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص64/63).

(5) ـــ القاضي عياض: ترتيب المدارك، ج3، ص383.

(6) ـــ المقري: نفح الطيب، ج2، ص222.

وخالف عبد الملك بن حبيب مذهب مالك في العدد الذي تنعقد به الجمعة، فقال لا تنعقد إلا بعشرين رجلا، بينما لم يشترط مالك لذلك عددا.[1]

ونقل القاضي عياض عن الفقيه محمد بن سعيد بن الملون[2] أنه كان يُفتي باستِتَابَة الزِّنديق، وهو خِلاف مذهب مالك الذي يرى قتله دون استتابة.[3]

وكالإمام الأصيلي[4] الذي كان يجتهد رأيه ولا يُبَالي أوافق مالكًا أم خالفه، رغم أنه كان من حُفَّاظ مذهب مالك، وكان إذا استفتي في مسألة قال للسَّائل: أعن مذهب مالك تسألني أم عما يقتضيه العلم بإطلاق؟،[5] وكالحافظ ابن الفخار القرطبي[6]، الذي كان له مذهب خاص به في بعض المسائل التي خالف فيها الإمام مالك، كصلاة الشفع خمسا، وتعجيل صلاة العصر جداً، وعدم غسل الذكر كله من المذي [7]، وكالإمام ابن العربي الذي كانت له مخالفات كثيرة رجَّحَ فيها مذاهب أخر، لما ظهر له من قوة الدليل، كإيجاب زكاة الحلي الملبوس، وزكاة الخضر...[8].

---

[1]–ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2: 1413ه/1992م، ص70.

[2]–**محمد بن سعيد بن الملون**: أبو عبد الله محمد بن سعيد بن بشير بن شراحيل، تولى قضاء قرطبة، كان عالما بالوثائق، روى عن مالك ويحيى بن يحيى، (ت198ه). ينظر:(عياض: ترتيب المدارك، ج4، ص452/ محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 63).

[3]– ينظر: القاضي عياض: ترتيب المدارك، ج4، ص 452.

[4]– **الأصيلي**: هو أبو محمد عبد الله بن إبراهيم بن محمد الأصيلي ثم القرطبي المالكي، الفقيه الحافظ إمام المحدّثين، تفقه باللؤلؤي والأبهري وابن أبي زيد وغيرهم، له: الدلائل على أمهات المسائل شرح فيه الموطأ، ورسالة في الرد على ما شذ فيه الأندلسيون، (ت392ه) ينظر:(عياض: ترتيب المدارك، ج2، ص241 / ابن فرحون: الديباج المذهب، ص224 / مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 150، الزركلي: الأعلام، ج4، ص63).

[5]–ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج1، ص51.

[6]– **ابن الفخار القرطبي**: هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن يوسف الأندلسي المالكي، كان موصوفا بالحفظ، مفرط الذكاء مع الزهد والعبادة، تفقه بالأصيلي وابن المكوي، له: النوازل والانتصار لأهل المدينة واختصار المبسوط لإسماعيل القاضي وغيرهما، (ت 419ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج3، ص286/ ابن فرحون: الديباج، ج2، ص 235/ المقري: نفح الطيب، ج2، ص 60/ محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص112).

[7]– ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص 39.

[8]– ينظر: مراد بوقزاطة: مخالفات ابن العربي لمشهور المذهب المالكي، فقه العبادات نموذجا، رسالة ماجستير بجامعة الأمير عبد القادر قسنطينة 2014م، ص 265 وما بعدها.

وغير هذا كثير، ولو تتبَّعنا خروج الفقهاء على القول المعتمد من المذهب المالكي لطال بنا البحث لكثرتها، علمًا أنّ بعض هذه المخالفات جاءت مخالفة للنصوص الصريحة وخارجة عن إجماع العلماء، الأمر الذي دفع ببعضهم إلى إنكارها.[1]

الفرع الثالث: المخالفات الجماعية للقول المعتمد في المذهب المالكي.

اهتمَّ العلماء قديمًا بهذا الموضوع، وأحصَوا المسائل الفقهية الفرعية التي خالف فيها فقهاء الأندلس رأي الإمام مالك، فحَصَرها أبو إسحاق الغرناطي[2] في ستة مسائل، ونظمها ابن غازي في أرجوزته فقال:

قد خُولِف المذهب في أندلس في ستَّة منهن سهم الفرس.

وغرس الأشجار لدى المساجد والحُكم باليمين قُل والشّاهد.

وخَلطة والأرض بالجُزءِ تلِـــي ورَفع تَكبير الآذان الأوَّل.[3]

وبيان هذه المسائل كالآتي: [4]

1- سهم الفرس: مذهب مالك أن له سهمين اثنين في الغنيمة للفرس، ولراكبه سهم واحد، وجرى عمل الأندلس بسهم واحد للفرس وسهمين للرّاكب.

2- غرس الأشجار بالمساجد: مذهب مالك عدم جواز غرس الأشجار بالمسجد، وعمل الأندلسيون على جواز غرسه، وهو مذهب الأوزاعي.

---

[1] ـــ الهروس: المدرسة المالكية الأندلسية، ص288، مصطفى الصمدي: فقه النوازل عند المالكية، ص 89.

[2]- **أبو إسحاق الغرناطي**: هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الغرناطي، غلب عليه التصوف فعرف به، له مواهب العقول وحقائق المعقول، الرسائل في الفقه والمسائل، (ت579ه)،ينظر:(ابن فرحون، الديباج، ج1، ص91/كحالة: معجم المؤلفين،ج1، ص55)

[3]- ـــينظر هذه المسائل: حاشية الطالب حمدون بن الحاج على ميارة، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، ط1: 1418ه/1998م، ج1, ص162. المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى أو المعيار الجديد، ج8، ص187، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، صححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1420ه/2000م، ج1 ص21.

[4]- ينظر: العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص126،127، الهروس: المدرسة المالكية الأندلسية، ص291،300 بالتفصيل في كل مسألة.

3- الحكم باليمين مع الشاهد: جرى عمل الأندلسيين بعدم الحكم باليمين مع الشاهد، وهو خلاف المذهب، والذي يقضي بالجواز.

4- عدم اعتبار الخلطة في اليمين: ذهب مالك وكافة أصحابه إلى أنه لا تجب اليمين إلا إذا كانت هناك خلطة بين المدّعِي والمدّعَى عليه، غير أن الأندلسيين لا يعتبرون خلطة، ويوجبون اليمين بمجرد الدَّعوى.

5- كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها: مذهب مالك عدم جواز كراء الأرض بما يخرج منها، وعمل الأندلسيين الجواز، وهو مذهب الليث.

6- رفع تكبير الآذان الأول: جرى عمل الأندلسيين بأن يرفع المؤذن صوته بأول الآذان فقط.

ورغم الثِّقة التي نالها ابن القاسم عند المغاربة، حتى أصبح قوله في المدونة هو المشهور في اصطلاح المغاربة؛ فإن مالكية الأندلس خرجوا عن مذهب المدونة، واستقلُّوا عن رأي ابن القاسم في عدَّة مسائل فقهية، أوصَلها ابن هشام[1] إلى ثماني عشرة مسألة، ذكرها المكناسي[2]في مجالسه، وعليها دَرَج ابن عاصم[3] في التُّحفة، وهي: [4]

1/ مُراعاة الكُفء في النّكاح في المال والحال.

2/ أنَّ ما التزَمته المالكة أمْر نفسِها في الخُلع من نفقه ولدها الحولين لازما، وهما قولا ابن المخزومي[5].

---

[1]- **ابن هشام**: هو أبو الوليد هشام بن أحمد بن هشام، قاضي غرناطة، أخذ عن أبي الوليد الباجي وأبي العباس الدالائي، له المفيد في الأحكام، (ت530ه)، ينظر: (ابن فرحون: الديباج المذهب، ص420).

[2]- **القاضي المكناسي**: قاضي الجماعة أبو عبد الله محمد بن عبد الله اليفرني المكناسي، من ذرية أبي الحسن الطنجي، العارف بالأحكام والنوازل، أخذ عن القوري وعيسى المصمودي، أخذ عنه الونشريسي وابن عبد الواحد وعلي بن هارون، له: مجالس القضاة والحكام، والتنبيه والأعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأحكام، (ت917ه)، ينظر:(محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص275).

[3]- **ابن عاصم**: هو أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي، أخذ عن الشاطبي والشريف التلمساني وابن لب، وعنه ولده القاضي أبو يحيى وغيره، له تآليف مفيدة منها: التحفة وقع عليها القبول واعتمدها العلماء، وله أرجوزة في الأصول واختصار الموافقات، (ت829ه)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص247).

[4]- ينظر: شرح ميارة على التحفة، ج2، ص44.التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1, ص485.القاضي المكناسي: مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام، تحقيق نعيم عبد العزيز بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد، ط1: 1423ه/2002م، ج2، ص 856.

[5]- **ابن المخزومي**: هو المغيرة بن عبد الرحمان بن الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة بن عمر بن مخزوم، سمع أباه وجماعة كهشام بن عروة وأبي الزناد ومالك، روى عنه جماعة كمصعب بن عبد الله وأبي مصعب الزبيدي، خرج عنه البخاري وأصحاب السنن، (ت186ه).(ابن فرحون: الديباج، ص431، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص56).

3/ أن لا يلزم إلا خدام إلا في ذات القدر، وهو قول ابن الماجشون[1].

4/ جواز أخذ الأجرة في الإمامة على الفريضة والنافلة، وهو قول ابن عبد الحكم[2].

5/ جواز بيع كتب الفقه، وهو قول أكثر أصحاب مالك.

6/ جواز أفعال السَّفيه الذي لم يُوَلَّ عليه، وهو قول مالك.

7/ جواز التَّفاضل في المزارعة إذا سلمت من كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها، وهو قول عيسى بن دينار[3].

8/ لا تنعقد المزارعة إلا بالشّروع في العمل، وهو قول ابن كنانة[4].

9/ عدم جواز قِسمة الدّار إلاّ أن يصير منها لكل واحد من الشركاء من البيوت والسّاحة ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه.

10/ وجوب الشفعة في الأموال الموّظفة، وهو قول أشهب ومذهب الليث.

11/ عدم وُجوب الحَميل بالحق إلا بشاهدين، وهو قول سحنون.

12/ وجوب الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البينة على عينه، فإن عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن، وهو قول أشهب.

---

[1]ـــ **ابن الماجشون:** أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون، مفتي المدينة، تفقه بأبيه ومالك، وبه تفقه أئمة كابن حبيب وسحنون وابن المعذل، (ت212ه). ينظر:(ابن فرحون: الديباج، ص425 / محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 56.).

[2]– **ابن عبد الحكم:** أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، سمع الليث وابن عيينة وابن لهيعة، أفضت إليه الرئاسة بعد أشهب، روى عنه ابن المواز، له: المختصر الكبير والأوسط والصغير، (ت214ه)، ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص113/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص59).

[3]ـــ **عيسى بن دينار:** أبو محمد عيسى بن دينار القرطبي، سمع من ابن القاسم وعول عليه وله سماع منه يقع في عشرين جزء، وله كتاب الهدية في عشرة أجزاء، (ت212ه)، ينظر: (ابن فرحون: الديباج المذهب، ص362/الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص112).

[4]ـــ **ابن كنانة:** هو أبو عمر عثمان بن عيسى بن كنانة، أخذ عن مالك وجلس إليه في حلقته بعد وفاته، (ت186ه)، ينظر:(عياض: ترتيب المدارك، ج3، ص22, 23).

13/ دخول الشيء المستحق في ضمان المستحق منه إذا ثبت بشاهدين، وهو قول مالك في الموطأ.

14/ عدم جواز الشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس المعقّبة.

15/ وجوب القسامة مع شهادة غير العدول من اللفيف.

16/ وجوب اليمين على الحالف قائما مستقبل القبلة، وهو قول ابن الماجشون.

17/ منع الوصي من النظر لأولاد محجوره إلا بتقديم مستأنف.

18/ أجرى فقهاء قرطبة العمل بوجوب الشفعة فيما لا ينقسم إلا بضرر، كالفرن والحمام، وهو قول مالك وأشهب وابن الماجشون وأصبغ .

ولم يكن المغرب في مَنأى عن التَّطورات التي كانت تحدث بالأندلس، فبحُكم الجِوار والمسافة بين البلدين انتقل العمل بالضعيف ومخالفة المشهور ــ على حدِّ تعبير الجيدي[1]، ولكثرة الرِّحلة والـــمُراسلات بين فقهاء الأندلس والمغرب، تبنَّى المغاربة هذا النوع من التَّفقُّه، "وهو الرُّجوع إلى الأقوال المتروكة أو المحكوم عليها بالضعف أو المرجوحيَّة، للنظر فيها من النواحي النَّقدية... فنشأ هذا المنهج الجديد الذي هو منهج التَّفقه، ...إذ أدخلوا في فتاويهم وأحكامهم ــ لاسيما الذين تولوا منصب القضاء منهم، الاختيارات والتَّرجيحات"[2].

---

[1] ــ الجيدي: العرف والعمل، ص 350، مباحث في المذهب المالكي، ص 190.

[2] ــ ابن عاشور، محمد الفاضل: محاضرات مغربيات، جمع عبد الكريم محمد، الدار التونسية، تونس، دط: 1394ه/1974م، ص 85، 86.

الفصل الأول

أسباب العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي

وفيه ثمانية مباحث

المبحث الأول: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير العرف.

المبحث الثاني: العدول عن القول المعتمد بسبب ما جرى به العمل.

المبحث الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.

المبحث الرابع: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير وجه المصلحة.

المبحث الخامس: العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذريعة.

المبحث السادس: العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف.

المبحث السابع: العدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.

المبحث الثامن: العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول:

أسباب العُدول عن القول المُعتمَدِ في المذهبِ المالكيِّ.

تمهيد:

لقد سبق وأن تقرَّر أنَّ المفتي لا يجوز له العُدولُ عن القول المعتمد إلى غيره من الأقوال إلّا إذا كان هناك سببٌ يُوجب هذا العُدول، كما أنَّ الفقهاء قد اشترطوا لصحّة العدول عن القول المعتمد في الفتوى أن يكون القول الذي عُدِلَ إليه مندرجًا تحت أصل شرعي عام، وأن يكون مستند هذا القول لا يخالف كليات الشّرع ولا يُعارض الأصول العامّة للشّرع، كما يجب أن يكون هناك ترابط وثيقٌ ومستمرٌّ بين تلك الأسباب والموجبات وبين الأقوال المعدول إليها، لأن أحكام العدول تتغيّر بتغيّر هذه الأسباب وجودًا وعدماً، فإذا زال سبب العدول وجب الرجوع إلى العمل بالقول المعتمد.

لذلك ارتأيت أن أتناول في هذا الفصل أهمّ الأسباب والموجبات الشرعية التي استند إليها فقهاء المالكية لتفسير عُدولهم عن الأقوال المعتمدة في المذهب، وبحث ما يصلح منها للعدول وما لا يصلح، كما أدرس ماهية تلك الأسباب، ثم الأدلة الشرعية على اعتبارها واتخاذها أصلا للعدول وترجيح الضعيف والشّاذ على الراجح والمشهور من الأقوال في المذهب المالكي.

وبقراءة وتتبع كتب الفقه والفتاوى والنوازل عند المالكية نجد إشارات واضحة لأهمّ تلك الأسباب والموجبات التي بني عليها الفقهاء أحكام العدول، في أبواب متفرقة ومتنوعة من الفقه؛ كمباحث الرّخصة وما جرى به العمل؛ وتحقيق مناط علة الحكم في الفرع، وغيرها، ومن هذه الأسباب على وجه الإجمال نذكر: تغيّر العرف، وما جرى به العمل، والضرورة أو الحاجة، وتغيّر وجه المصلحة، وسدّ ذريعة الفساد، ومراعاة الخلاف، وفساد الزمان، والاحتياط.

كما ينبغي التنبيه إلى أنه قد تتوارد عدة أسباب مختلفة في المسألة الفقهية الواحدة، كما قد يكون هناك سبب واحد للعدول عن القول المعتمد، وكلما كان السبب قويًّا ومتعددًا كان العدول عن القول المعتمد أرجح وأقوى.

وبالمقارنة مع الدراسات السابقة لأسباب العدول؛ نجد أن الحنفية يعدلون عن ظاهر الرواية باعتباره المعتمد في مذهبهم بسبب: العرف وفساد الزمان، وبسبب الضرورة والحاجة، وبسبب التيسير ورفع الحرج، وبسبب خبرة من يعدل إلى قوله، وبسبب الاحتياط، وبسبب الأقوى حجة عند أهل

الترجيح[1]، وهذه الأسباب منها ما يتقاطع مع هذا البحث ؛ كالعدول بسبب العرف والضرورة، ومنها ما يختلف بسبب خصوصيات كل مذهب فقهي وقواعد الترجيح فيه.

وجاء في رسالة "العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح"[2] ذكر بعض أسباب العدول عن القول الراجح؛ وهي: العرف والعادة، وتغير المصلحة، والضرورة، والعدول للنوازل الفقهية والمسائل المستجدة، ووقوف المجتهد على دليل جديد يقتضي تقوية المرجوح في نظره، ولعل السببين الأخيرين لا يصلحان كسبب للعدول بقدر ما هما مجالات لإعمال واستثمار مسلك العدول وإعمال الأقوال المرجوحة.

وحتى تتَّضح أسباب العدول عند المالكية بصورة جلّية، تم التمثيل ببعض المسائل الفقهية التي عدَلوا فيها عن القول المعتمد في أقضيتهم وفتاويهم، من خلال عرض صورة المسألة ونقل نص الفتوى، وبيان الأقوال المعتمدة وغير المعتمدة في المذهب ونسبتها لأصحابها، والتحقُّق من سبب العدول فيها، ليقع الاختيار من الموسوعة النوازلية الكبرى للإمام أبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي (ت 914ه)، والموسومة بالـــمِعيَارِ الـــمُعْرِب والجامع الـــمُغرب عن فتاوى أهل إفريقيّة والأندلس والمغرب[3]، قال عنه مؤلفه في مقدمته ما نصُّه: "جمعت فيه أجوبة متأخريهم العصريين ومتقدميهم، ما يعسُر الوقوف على

---

[1]- ينظر: لؤي عبد الرؤوف الخليلي: أسباب عدول الحنفية عن ظاهر الرواية دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة دكتوراه بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، إشراف الدكتور عبد المجيد الصلاحين، 2012، ص 175 وما بعدها.

[2]- ينظر: حفيظة ربيع: العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح دراسة نظرية تطبيقية، رسالة ماجستير بجامعة المدينة العالمية، ماليزيا، إشراف الدكتور نادي قصبي سرحان، 2015، ص 59 – 79.

[3]- رغم الأهمية العلمية البالغة لكتاب المعيار المعرب وحاجة الفقهاء والباحثين إليه، إلا أنه لم يحقَّق تحقيقاً علميا كافيا، يليق بمكانته العلمية، وحسب اطلاعي توجد نسختان متداولتان في المكتبات، الأولى: وهي الأكثر تداولا، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، 1401ه/1981م، وطبعة دار الغرب الإسلامي ببيروت سنة 1981م، تقع في اثني عشر مجلدا، قام بإخراجه جماعة من الباحثين المغاربة من جامعة القرويين بإشراف الدكتور محمد حجي، اعتمدوا في إخراجه على نسخة من المطبوعة الحجرية بفاس سنة 1351ه، اعتمد في إخراجها على خمس نسخ مخطوطة، من بينها نسخة بخط المؤلف، تكررت الإشارة إليها بكتابة: " هكذا بخط المؤلف"، وقد وقع فيها الكثير من الأخطاء والسقط والبتر للنصوص والعبارات والمصطلحات، لأنه لم يكن القصد من العمل تحقيق علمي للكتاب، وإنما إخراجه من الطباعة الحجرية العتيقة إلى الطباعة الحديثة تجعله في متناول الجميع، والنسخة الثانية: من تحقيق محمد عثمان، طبعة عالم المعرفة بالجزائر، سنة 2011م، تقع في ثمانية أجزاء، اعتُمِد فيها على نسختين: الأولى من دار الكتب المصرية والثانية نسخة مغربية، غير أنه لم يرق العمل فيها إلى المطلوب، نظرا لكثرة الأخطاء المختلفة فيها والمخلّة بالمعنى كثيرا، كما لم يقم بتخريج الأحاديث والنصوص وعزوها ومقابلة النسخ وغيرها من ضوابط التحقيق العلمي، وعليه فإن الكتاب بحاجة ماسة إلى عمل فريق جماعي متخصص لإعادة إخراج هذه الموسوعة النوازلية في أحسن تحقيق يخدم المذهب والباحثين.

أكثره في أماكنه، واستخراجه من مكامنه، لتبدُّدِه وتفرُّقه، وانْبِهام محلِّه وطريقه، ...رَتَّبته على الأبواب الفقهية، ليسهل الأمر فيه على النَّاظر، وصرَّحت بأسماء المفتين إلا في اليسير النادر"[1]، وبالإضافة إلى الجمع والترتيب، قام الونشريسي بنقد بعض الفتاوى من خلال تعقيباته وتعليقاته عليها، فتارة يقبل ويردُّ وتارة يضعّف ويرجّح، مما أهّل كتابه ليكون من الكتب المعتمدة في الفتوى عند المتأخرين كماقال الهلالي: " ومن كتب النوازل المعتمدة: المعيار، وهو من أَجمَع ما رأينا من كتب النّوازل"[2]، وقال في نظم البوطليحية:

واعتمدوا المعيار لكن فيه أجوبة ضعَّفها بِفِيهِ.[3]

وتأسيسا على ما سبق، ستكون مباحث هذا الفصل كما يأي:

- **المبحث الأول**: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير العرف والعادة.
- **المبحث الثاني**: العدول عن القول المعتمد بسبب ما جرى به العمل.
- **المبحث الثالث**: العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.
- **المبحث الرابع**: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير وجه المصلحة.
- **المبحث الخامس**: العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذريعة.
- **المبحث السادس**: العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف.
- **المبحث السابع**: العدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.
- **المبحث الثامن**: العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.

[1]- الونشريسي: مقدمة المعيار، ج1، ص 1.

[2]- الهلالي: نور البصر، ص 258.

[3]- الغلاوي: نظم البوطليحية، ص 88.

المبحث الأول:

العدول عن القول المعتمد بسبب تغيّر العرف والعادة.

نبدأ بالعرف لأنه "يعتبر من أقوى المرجِّحات"[1]،وسنتناول العرف والعادة كسببٍ للعدول عن القول المعتمد وفق المطالب التالية:

المطلبالأول: تعريف العرف والعادة والفرق بينهما.

المطلب الثاني: العرف؛ أقسامه؛ حجيته وأدلة اعتباره، وشروط العمل به.

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير العرف.

المطلب الرابع: نماذج من التطبيقات الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب العرف

[1] – الهلالي، نور البصر، ص 265.

المطلبالأول: تعريف العرف والعادة والفرق بينهما.

الفرع الأول: تعريف العرف.

أولا– العرف في اللغة:

قال ابن فارس:" (العين والرّاء والفاء) أصلان صحيحان: يدُلُّ أحدهما على تتابع الشّيء متَّصلاً بعضه ببعض، والآخر يدُّل على السُّكون والطّمأنينة"[1].

وتستعمل كلمة العرف في اللغة بمعانٍ كثيرة منها[2]:

- الجود؛ وهو اسم لما تبذله وتعطيه ويسمى معروفاً، سُمِّي بذلك لأن الأنفس تسكن إليه.
- الإقرار: والاسم من الاعتراف، فيقال: له علي ألفٌ عرفاً، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَٱعۡتَرَفُواْ بِذَنۢبِهِمۡ ﴾[سورة الملك: 11]
- والعرف ضدُّ النّكر: ومنه التّعريف ضدّ التّنكير، والمعترف بالشّيء، أي: الدّال عليه .
- والعَرفُ: الرِّيح الطيّبة؛ ومنه قوله تعالي: ﴿عَرَّفَهَا لَهُمۡ ﴾[سورة محمد: 06]، أي: طيَّبها وزيَّنها لهم.
- المعرفة وإدراك الشّيء: بمعنى الشّيء المعروف والمألوف والمُستحسن، ومنه قوله تعالي: ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾[سورة الأعراف: 199].

ثانيا– العرف في الاصطلاح: عُرِّف بعبارات كثيرة لا يخلو بعضها من نقد، نذكر منها ما يلي:

- عرَّفه أبو زهرة بقوله: "العرف ما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم"[3].
- وعرّفه عبد الوهاب خلاف بقوله: " هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة"[4].

---

[1]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج 4، ص 281.

[2]– ينظر هذه المعاني وغيرها: ابن منظور: لسان العرب، ج 9، ص 239 وما بعدها، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ص750، الجوهري: مختار الصحاح، ج4، ص 1400 وما بعدها، الرازي: مفاتيح الغيب، ج10، ص 764.

[3]– محمد أبو زهرة: مالك حياته وعصره، ص 445.

[4]– عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص89.

- وعرّفه الزرقا بأنه: " عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[1].

ويمكن الاعتراض على هذه التّعاريف بأنها لا تُفَرِّق بين العرف والعادة، كما أن ردَّ العرف إلى شهادة العقول وقبول الطباع السّليمة لا يصِحّ، لأنها تختلف باختلاف الأشخاص، فلا يُعَدُّ كل ما قبلته طباع الناس وعقولهم عرفا[2].

كما عرَّفه الولاتي[3] بقوله: "هو كل ما عهدته النُّفوس، مما لا ترُدُّه الشَّريعة"[4].

وهذا التعريف فيه زيادة "مما لا تردّه الشريعة"، وهو قيد مهمٌّ في التعريف.

ومن التعاريف الجيدة للعرف أنه: " ما استقرَّ في النُّفوس من جهة العقول، وتلقَّته الطِّباع السَّليمة بالقبول، بشرط أن لا يخالف نصّا شرعيا"[5].

- فقوله"ما": عام يشمل العرف القولي والفعلي.

- وقوله"استقرَّ في النّفوس": قيد خرج به ما حصل بطريق النّدرة و لم يعتده الناس، فهو ليس بعرف.

- وقوله"من جهة العقول": قيد خرج به ما استقرَّ في النفوس من جهة الأهواء والشّهوات.

- وقوله"تلقَّته الطِّباع السَّليمة": خرج به ما أنكرته الطِّباع، فإنه منكر لا عرف.

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط9: 1968م، ج 1، ص 831.

[2]- ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 32، تقي الحكيم: الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، بيروت، ط1: 1963، ص419.

[3]-**الولاتي**: أبو عبد الله محمد بن يحيى الولاتي الشريف الشنقيطي، أخذ عن الشيخ سالم بن حاجب، له مؤلفات كثيرة تدل على سعة اطلاعة منها: شرح صحيح البخاري، شرح نظم الورقات، اختصار الموافقات، (ت 1330ه) ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص435، الزركلي: الأعلام، ج7، ص142).

[4] - الولاتي: نيل السول على مرتقى الوصول، ت: أبو محمد بن محمد الحسن، مراجعة: حمادي بن سيدي بنحمادي، مكتبة الولاتي إحياء التراث الإسلامي، نواكشوط، موريتانيا، ط3، 2006م، ص 198 .

[5] - نفس تعريف الجرجاني السابق، وأضاف الجيدي: " بشرط أن لا يخالف نصا شرعيا"، وفائدته خروج العرف الفاسد، ينظر الجيدي: العرف والعمل، ص34.

– وقوله: " بشرط أن لا يخالف نصّاً شرعيا": هو قيد خرج به العرف الفاسد، وهو ما خالف نصوص الشرع[1].

الفرع الثاني: تعريف العادة.

أولا – العادة في اللغة:

من عود (العين والواو والدّال) أصلان صحيحان: يدل أحدهما على تَثنية الأمر، والآخر جنس من خشب، فالأول: العَوْد، وهو تثنية الأمر عوداً بعد بدئ[2].

وتُطلق العادة على الدَّيْدن، والدُّربة والتَّمادي في الشّيء حتى يصير سجِيَّةً، وسُمِّيت العادة بذلك: لأن صاحبها يُعاوِدُها ويرجع إليها المرّة بعد الأخرى، ومنه قوله تعالى:﴿ وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ ﴾[سورة الأنعام: 28][3].

والاعتياد: من التَّعَوُّد، ومنه العادة: وهي اسم لما تكرَّر فعله، حتى يصير ذلك سهلا تعاطيه كالطَّبع[4].

ثانيا– العادة في الاصطلاح:

جاء في منار السالك: " العادة: ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك"[5].

قول القرافي: "العرف والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس"[6].

و قال ابن فرحون: " العادة: غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"[7].

---

[1]– ينظر: فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، دط، ص08، الجيدي: العرف والعمل، ص 33، 34، العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 254.

[2]– ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج4، ص181.

[3]– ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص 312، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج1، ص 318 وما بعدها، المصباح المنير، ص355.

[4]– الراغب الأصفهاني: غريب القرآن، ص 594.

[5]– الرجراجي: منار السالك إلى مذهب مالك، ص 49.

[6]– القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 448

[7]– ابن فرحون: التبصرة، ج2، ص 67.

وهذا التعريف أدقُّ من السَّابق، فهو يشمل العادة الفردية والجماعية.

وعرّف الجرجاني العادة بقوله: "العادة ما استمرَّ عليه الناس على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد مرة"[1].

الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة.

من خلال التعريفات السابقة؛ نجد أن أكثر الفقهاء والأصوليين يستعملون العرف والعادة بمعنى واحد، لأن مُؤدَّاهما واحد، فهما وإن اختلفا في المفهوم والألفاظ فإنهما متفقان من حيث المعنى، لذلك نجد أغلب فقهاء المالكية كابن العربي وابن رشد والقرافي والشاطبي وغيرهم[2] يُعبِّرون بهما معًا على سبيل التّرادف، كما في قول القرافي: "العرف والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كالحاجة للغذاء وتنفس الهواء، وقد تكون خاصّة ببعض البلاد؛ كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصّة ببعض الفرق"[3]، وكما في نظم ابن عاصم:

العرف ما يُعرف بين النـــــّاس ومثله العـــادة دون باس

ومُقتضاهـــمـــا معـــا مشروع في غير ما خالفه المشروع[4] .

ومنهم من ذهب إلى التَّفريق بين العادة والعرف، فجعلوا العادة أعمّ من العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، وعادة الجمهور التي هي العرف، فتكون النّسبة بينهما العموم والخصوص الـــمُطلق، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرف، كما بيَّنه فهمي أبو سنة[5][6].

---

[1]- الجرجاني: التعريفات، ص 163.

[2]- ينظر المسألة بالتفصيل: موسى فاديغا، أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، ط1: 1428ه/2007م، ج2، ص492، 493.

[3]ـــ القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 448

[4]- الولاتي نيل السول على مرتقى الوصول، ص198 .

[5]ـــ ينظر: فهمي أبو سنة: العرف والعادة، ص 93، الجيدي: العرف والعمل، ص 38/37. ديب البغا: أثر الأدلة المختلف فيها، دار الإمام البخاري، دمشق، دط، ص243 وما بعدها.

[6]- هناك من ذكر فروقا أخرى مختلفة لا يسع المقام لذكرها ينظر: فاديغا: أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية، ج2، ص 491 وما بعدها، حيث عقد بحثا في المقارنة بين العرف والعادة، فوجد عدَّة آراء للفقهاء حصرها في ثلاثة اتجاهات، الترادف والاختلاف النسبي والعموم المطلق، وقد رجح الفرق الأخير وهو العموم المطلق.

المطلب الثاني: العرف؛ أقسامه؛ حجيته وأدلة اعتباره، وشروط العمل به.

الفرع الأول: أقسام العرف.

ينقسم العرف إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، فينقسم باعتبارطبيعته ونوعه أو موضوعه ومُتَعلَّقِه إلى: عرف قولي (لفظي) وعرف عملي، وينقسم باعتبار عمومه وخصوصه إلى: عرف عام وعرف خاص، وينقسم باعتبار ملاءمته لقواعد الشرع وأحكامه إلى: عرف صحيح وعرف فاسد، وهي متداخلة فيما بينها، لأنه قد يكون العرف قوليًّا أو عمليًّا وهو عرف عام أو خاص في نفس الوقت، كما أن العرف العام أو الخاص قد يكون عرفاً صحيحًا أو فاسداً، وهذه التقسيمات شائعة عند جمهور الفقهاء والأصوليين، كما توجد تقسيمات أخر لبعض الفقهاء باعتبارات أخرى، مثل ما أضاف الشيخ أبو سنة إلى هذه التقسيمات العرف الشرعي وجعله من أفراد العرف الخاص، وأضاف تقسيما باعتبار المعنى اللغوي إلى عرف مقرر له وعرف قاض عليه، وهما من أفراد العرف القولي[1].

كما قسَّم الإمام الشاطبي العرف إلى قسمين: عرف شرعي وعرف غير شرعي، وسأقوم بتعريف الأقسام السابقة مع ذكر بعض الأمثلة التوضيحية، ثم أبين تقسيم الشاطبي.

أولا: أقسام العرف باعتبار الصّحةوالفساد.

ينقسم العرف باعتبار موافقته وعدم موافقته لقواعد الشرع وأحكامه إلى قسمين[2]:

1- العرف الصحيح: وهو الذي يُوافقُ الشّرع ولا يُخالفه، ولا يُفوِّت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة، كتعارف الناس على تعجيل جُزء من الـــمهر وتأخير جزء، وهذا هو العرف الذي يندرج تحته العرف القولي والعملي كما يندرج تحته العرف العام والخاص.

وحكم هذا النّوع من العرف هو وجوب مراعاته من المجتهد أو من القاضي والمفتي، لأن الشّرع أقرَّ من الأعراف ما كان صحيحًا متَّفقًا مع مقاصده، وقد كان الإمام مالك يُراعي هذا النوع من

---

[1]- أبو سنة: العرف والعادة، ص 22 وما بعدها.، وانظر التقسيمات: الباحسين: يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط1: 1425ه/2004م، ص40، فاديغا: أصول مالك العقلية، ج2، ص 497 ومابعدها.

[2]ـــ ينظر: فاديغا: أصول فقه مالك، ج2، ص 497، وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ط2: 1418ه/1998م، ج2، ص834، أبو زهرة: أصول الفقه الإسلامي، ص 277.

العرف، ومن ذلك ما نقل ابن فرحون أن: "ابن القاسم سأل مالكًا عمَّن تزوّج امرأة فأَصْدقها صداقًا فطلبت منه نفقة العرس، هل ذلك عليه؟ فقال: ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق، ولا هو لها إن مات، ولا نصفه إن طلَّق، فقيل له: يا أبا عبد الله إنّه شيءٌ أَجْرَوه بينهم وهي سُنَّتهم، فقال: إن كان ذلك شأنهم فأرى أن يُفْرض عليهم"[1].

2-العرف الفاسد: وهو ما خالف دليلا شرعيا، فأبطل واجبًا أو أحلَّ حرامًا، أو جلب ضررا أو دفع مصلحة، ومن أمثلته: تعارف الناس على بعض العقود الباطلة كالتعامل بالربا...

وحكم هذا النوع من العرف البطلان وعدم التِفات المفتي إليه، ولا يُعتبر شرطا أو معتبرا في تصرّفاتهم، وقد أبطل الشّرع كثيرًا من العادات الفاسدة في الجاهلية، كبعض الأنكحة الفاسدة وغيرها.

وهذان النوعان- الصحيح والفاسد- هما المرادان بالذكر عند الإطلاق في عرف القضاء والفتوى، كما ذكر ذلك الزقاق في لاميته:

صحيحا وضدًّا والذي هو غالب فأعط لكل ما اقتضاه وكمّلا[2].

ثانيا: أقسام العرف باعتبار موضوعه ومتعلقه.

ينقسم العرف باعتبار طبيعته موضوعه أو مُتَعلَّقه إلى نوعين؛ قولي وفعلي: [3]

1- العرف القولي: ويسمى اللفظي، قال القرافي: " وينبغي أن يعلم أن معنى العادة في اللفظ: إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتّى يصير هو الـــمُتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ"[4].

---

[1]- ابن فرحون: التبصرة، ج2، ص 71.

[2]- التسولي: الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق، المطبعة التونسية، دط، ص 182.

[3]ـــ ينظر: القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 234.أبو سنة، أحمد فهمي: العرف والعادة، . ص 18، الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص842. الباحسين: قاعدة العادة محكمة، ص40، موسى فاديغا: أدلة مالك العقلية، ج2، ص502 وما بعدها.

[4]- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص112.

أو هو: إطلاق لفظ على معنى غير معناه الأصلي، حتى يصير هو الـــمُتَبَادر إلى الذهن، من غير قرينة ولا علاقة عقلية[1]، وقوله: " من غير قرينة ولا علاقة عقلية"؛ احتراز من المجاز فإنه يتبادر معناه إلى الذِّهن لكن بقرينة صارفة أو بعلاقة عقلية.

وقد يكون العرف القولي في الـــمفردات، ومثاله: لفظ اللّحم؛ فإنه يطلق على لحم الحيوان ولا يطلق على السّمك، مع أن المعنى اللغوي يشملهما، كما قد يكون في الجُمَلِ والتّراكيب اللفظية، قال القرافي": والعرف كما ينقل أهله اللفظ المفرد، فقد ينقلون أيضا اللفظ المركّب، ومثل هذا يُقَدَّم على الموضوع في اللغة، وهو معنى قولنا: الحقائق العرفية مقدَّمَة على الحقائق اللغوية".[2]

2-العرف العملي: ويسمى الفعلي، وهو ما تعارف الناس عليه من أمر عملي معيّن، وجرى عليه عملهم، سواء أكان ذلك عامًّا أو خاصًّا بينهم، وسببه كثرة التَّعامل به، كبيع المواد السَّائلة في بلد بالوزن وفي بلد آخر بالكيل.

وحكم هذا النوع من العرف عند جمهور المالكية[3]جواز تخصيص النَّص العام بالعرف العملي المقارن، وتقييد النَّص المطلق به، خلافا للقرافي والونشريسي، ومثاله: مسألة الإرضاع كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنَ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ﴾[سورة الطَّلاق: 6]، قال ابن العربي في تفسير الآية: " المعروف أن ترضع ما دامت زوجة، إلا أن تكون شريفة، وألا تُرضِع بعد الزَّوجية إلَّا بأُجْرة".[4]

قال ابن رشد: " وأمَّا من فرَّق بين الدَّنِيئَة والشَّرِيفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة"[5].

وقال الـــمَقري: " العادة كالشَّرط عند مالك، وتُقَيِّد الـــمُطلق وتُخصِّص العام"[6].

---

[1]- الولاتي: إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك، ص 35.

[2]- القرافي: الفروق، ج1، ص 173.

[3]- ينظر المسألة: الجيدي: العرف والعمل، ص 175.

[4]- ابن العربي: أحكام القرآن، ج4، ص 1840.

[5]- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 56.

[6]- المقري: إيضاح السالك، ص 143.

ثالثا: أقسام العرف باعتبار شيوعه.

ينقسم العرف باعتبار شيوعه إلى نوعين؛ عرف عام وعرف خاص:

1- العرف العام: هو ما تعارف عليه أغلبيَّة أهل البُلدان في وقت من الأوقات، وعرَّفه ابن فرحون بأنّه" غلبة معنًى من المعاني على جميع البلاد أو أكثرها"[1]، سواء كان قولا أو فعلا، مثل تعارفهم على أُجرة الحمَّام، وعقد الاستصناع، واستعمالهم الطلاق في فصل الرابطة الزوجية.

2- العرف الخاص: وهو ما يتعارف عليه أهل بلد من البلدان أو إقليم من الأقاليم، أو هو ما اعتادته جماعة معيَّنة من الناس في بعض البلاد، مثل كشف الرأس؛ فإنه يختلف بحسب البقاع، وكاصطلاحات أهل الصنائع والحرف. [2]

رابعا- تقسيم الإمام الشاطبي للعرف.

قسَّم الإمام الشاطبي العرف إلى قسمين، وذلك في المسألة الرابعة عشر من مسائل مقاصد الشريعة للامتثال، وهو تقسيم مهمّ وذو صلة بموضوع بحثنا، وهما:

1-**العرف الشرعي:** وهو ما طلبه الشّرع إيجابًا أو ندبًا، أو نهى عنه كراهةً أو تحريـــمًا، أو أذن فيه فعلاً أو تركاً، كستر العورة، وإزالة النّجاسات، وإباحة السَّلم والعرايا وغيرها[3]، ويدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾[سورة الأعراف: 199]

وبناءً على هذا المفهوم؛ فإنَّ العرف الشرعي يشمل جميع الأحكام الشرعية المنصوص عليها، وهو ثابت لا يتغيَّر أبدًا، ولا يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال.

2-**العرف غير الشرعي:** هو عرف النّاس الذي يجري بينهم مـــمَّا ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي[4].

---

[1]- ابن فرحون: التبصرة، ج2، ص57.

[2]ـــ ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 98، 99، محمد الزحيلي: النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط1: 1414ه، ص167. الباحسين: قاعدة العادة محكمة، ص40. ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص 246 وما بعدها، فاديغا: أصول مالك العقلية، ج2، ص 516 وما بعدها.

[3]- الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص 283.

[4]-المرجع نفسه ، ج2، ص283

وهذا النوع من العرف غير ثابت، لأنه يتغيَّر باختلاف الناس وأعرافهم، ووصفُه" غير شرعي" لا يعني أنه محرّم أو مـــمنوع أو فاسد، بل منه الصَّحيح المشروع ومنه الفاسد الممنوع، وقد جعله الشّاطبي أنواعا منها:

- ما يتبدَّل ويتغيَّر في العادة من حسن إلى قبح وبالعكس، مثل كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو قبيح لذوي الـــمُرُوءات في البلاد الـــمشرقية، وغير قبيح في البلاد الـــمغربية، والحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون قادحًا في العدالة عند أهل الـــمشرق، ولا يكون قادحًا عند أهل الـــمغرب.

- ومنها: ما يتعلق بالعرف القولي عاما أو خاصا، فيختلف باختلاف الألفاظ التي يعبّر بها الناس عمّا يريدون قوله أو فعله، وهو راجع إلى اختلاف الأمم في ألسنتهم كالعرب مع غيرهم، أو يرجع إلى اختلاف الأمّة الواحدة بحسب اصطلاح أرباب الصّنائع، أو يرجع ذلك إلى غلبة استعمال اللفظ في بعض معانيه.

- ومنها: ما يتعلّق بالعرف الفعلي، مـــمّا يختلف من الأفعال في المعاملات ونحوها، كما إذا كانت العادة في النّكاح قبض الصّداق كاملًا قبل الدخول أو تأخير بعضه .

- ومنها: ما يختلف بحسب أمورٍ خارجة عن إرادة المكلّف، كاختلاف الأقطار في الحرارة والبرودة، وأثر ذلك في الإسراع في البلوغ في البلاد الحارة وبطئه في البلاد الباردة، وكذلك مدَّة الحيض وزمان معاودته، فيُحكم لهم شرعًا بمقتضى العادة في ذلك.[1]

الفرع الثاني: حُجيَّة العرف وأدلة اعتباره في المذهب المالكي.

المتتبع لفروع مسائل الفقه في كتب المذاهب يظهر له جليًّا أنّ المذاهب مُتَّفقة على اعتبار العرف ومراعاته في الأحكام، مع تفاوتٍ في الأخذ به بين مُقِلّ ومُكثِر، وفي هذا الصَّدد يُعد المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذًا بالعرف، وذلك لأن المذهب المالكي اعتدَّبـــالمصالح ، والتي كثيرا ما تُقِرّ الأعراف، ولا شكّ أن مُراعاة الأعراف ضرب من ضروب المصلحة، قال القرافي: "يُنقل عن مذهبنا أنَّ من

[1]- الشاطبي: الموافقات، ج 2،ص 284، 285.

خواصِّه اعتبار العوائد والمصالح، وليس ذلك، أمّا العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقراها وجدهم يُصرِّحون بذلك فيها... فهذه العادة يُقضى بها عندنا لما تقدم من الاستصحاب"[1].

قال ابن العربي: " والعرف عندنا أصل من أصول الملّة، ودليل من جملة الأدلة"[2]،وقال أيضا: " وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيَّناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة، يَقضَى به في الأحكام"[3].

وقد استدل المالكية على حجيَّة العرف بأدلة كثيرة، نذكر منها:

أولا–من القرآن الكريم:

01- قوله تعال: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾[سورة الأعراف: 199]

ووجه الاستدلال من الآية: أنَّ كلَّ ما شهدت به الأعراف والعوائد قُضي به، لظاهر هذه الآية، إلاَّأن تكون هناك بَيِّنة، والمراد بالعرف هنا هو عادات الناس وما جرى به تعاملهم به، والآية أمر من الله لرسوله لمراعاة العادات الحسنة[4].

وقال القرطبي[5]: " إن الـــمُراد بالعرف في الآية: كلُّ خصْلةٍ حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس"[6].

وقال ابن العربي: " العرف في الآية: كلُّ ما عُرف حكمه، واستقرَّ في الشريعة موضعه، واتَّفقت القلوب على علمه وعمله"[7].

---

[1]ـــ القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص448.

[2]ـــ ابن العربي: أحكام القرءان، ج3، ص1472.

[3]ـــ نفسه: ج4، ص1840.

[4]ـــ القرافي: الفروق، ج3، ص149.

[5]– **القرطبي**: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي القرطبي المالكي، الإمام المفسر والفقيه العالم، أخذ عن أبي العباس القرطبي وغيره، ألّف الجامع لأحكام القرآن، والتذكرة بأحوال الموتى والآخرة، (ت 671ه) ينظر: (ابن فرحون: الديباج، ص406/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص282، الزركلي: الأعلام، ج5، ص 322).

[6]– القرطبي أحكام القرآن، ج7، ص346.

[7]– ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص 825.

02- قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[سورة البقرة: 233].

ووجه الاستدلال بالآية أنها أرشدت إلى اعتبار الأعراف في تعيين حقوق الزَّوجية من النَّفقة والكِسوة، وجعلت العرف هو الحكم في هذه المسألة[1].

03-أنَّ الكثير من الآيات القرآنية أمرت بتحكيم العرف عند الاختلاف، ومنها: قوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[سورة النساء: 19]، وقوله أيضا: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[سورة البقرة: 228]، وقوله أيضا: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[سورة البقرة: 241].

ثانيا–من السنة النبوية.

01-وحديث عائشة -رضي الله عنها- قالت هند لرسول الله -ﷺ-: "إنّ أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرًّا؟ قال: "**خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالمَعْرُوفِ**"[2].

فظاهر هذا الحديث يدلُّ على اعتبار العرف في النَّفقة، قال القاضي عياض في شرحه: " قيَّد الحكم بالعرف لقوله: "**ما يكفيك وولدك بالمعروف**"، وذلك على ما جرت به عادتهم في الانفاق وبقدر حاجتهم وقدر ماله، وتحرّى القصد والوسط دون الإكثار والإقتار"[3]. ومثله لابن حجر: " وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من الشّرع"[4].

02-الأثر الوارد عن الصَّحابي الجليل عبد الله بن مسعود-رضي الله عنه- أنه قال: " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوه سيّئا فهو عند الله سيِّء".[5]

---

[1]- ينظر: أبو سنة: العرف والعادة، ص 62-64، الباحسين: قاعدة العادة محكمة، ص 23.

[2]ـــ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع، رقم: 2253، ج3، ص79، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند، رقم 4477، دار الكتاب العربي ط1، 2004 ،ص 729.

[3]- القاضي عياض، لإكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر، ط1: 1419ه، ج2، ص565.

[4]- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، دار السلام، الرياض، دار الفيحاء، دمشق، ط3: 1421ه/2000م، ج12، ص 637.

[5]ـــ أخرجه أحمد بن حنبل في المسند، تحقيق شعيب الارنؤوط،مؤسسة الرسالة، ط1، 1421، 2001،كتاب مسند المكثرين من الصحابة، مسند ابن مسعود، ، رقم 3600،ج6، ص84. وأخرجه الحاكم في المستدرك، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990،1441، كتاب معرفة الصحابة، رقم 4465، ج3، ص83. قال الهيثمي في مجمع الزوائد: رجاله موثوقون، ج1، ص428/ وقال الزيلعي في نصب الراية: غريب مرفوع و لم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود، ج4، ص133.

وهذا الأثر وإن كان موقوفا على ابن مسعود ، فله حكم الرفع، لأن ما يتضمنه ويدل عليه مما لا يدرك بالرأي ، ووجه الاستدلال به: أن ما رآه المسلمون من عاداتهم وأعرافهم فهو حسن عند الله، وما أقره الله فهو حجة ودليل.[1]

ومـــمَّا يستدلُّ به أيضا لحجيَّة العرف؛ السنَّة التَّقريرية، كتقرير النبي -ﷺ- للناس على صنائعهم وتجاراتـــهـــم، وقد "قَدِمَ النَّبِي -ﷺ- المَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ السَّنَةَ والسَّنَتَيْنِ"[2]، والسَّلم هو نوع من صور البيوع المعلومة، وقد أقرَّه النبي-ﷺ- بعد أن كانوا يتعاملون به بينهم.

ثالثا– من المعقول.

بيَّن الشَّاطبي وجه اعتبار العرف في كونه مصدرًا في استنباط الأحكام أو التَّرجيح بينها من خلال أربعة أوجه: [3]

1-اعتبار الشارع لوقوع الأسباب على مُسَبِّباتها العادية، كالنِّكاح سببٌ للولد، فأقام كثيرًا من أحكام الشريعة على تلك الأسباب العادية، مثل: القصاص والزواج والزراعة والتجارة وغير ذلك.

2-أن التّكاليف الكليّة بالنّسبة للمكلَّف موضوعة على وزن واحد، وهذا دليل على أن الشَّارع قد اعتبر العادات الـــمُطَّردة في التَّشريع.

3-أن مصالح العباد لا تتحقَّق إلا باعتبار عاداتهم الـــمُطَّردة، والمصالح أصل التشريع، والتشريع دائم.

4- أن العوائد والأعراف لو لم تُعتبر لأدَّى ذلك إلى التَّضييق والتَّكليف بـــما لا يُطَاق، وهو غير جائزٍ في الشرع.

---

[1]ـــ ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 59، ديب البغا: الأدلة المختلف فيها، ص 274.

[2]- أخرجه البخاري في كتاب السّلم، باب السّلم في كيل معلوم، رقم: 2253، ج3، ص87.

[3]ـــ الشاطبي: الموافقات، ج2، ص287، 288.

الفرع الثالث: شروط اعتبار العرف.

لـــمَّا اعتبر المالكية العرف من أصول المذهب؛ لم يتركوا ذلك على إطلاقه، وإنما جعلوا لصِحَّة الاحتجاج به شروطًا تضبط اعتباره، وتـــحسم الاضطراب في الفتوى والقضاء به، لأنه ليس كل عرف يصِحُّ لبناء الأحكام عليه، فمنه الصحيح والفاسد، وهذه الشروط هي[1]:

1-أن لا يُخالف العرف نصًّا شرعيًّا أو قاعدةً عامّةً.

يُعتبر توافر هذا الشَّرط في العرف أمرًا ضروريًّا، فلا يصحُّ الاحتكام إلى العرف والنَّص الشّرعي قائمٌ، ومتى عارض العرف نصًّا أو أصلاً كان فاسدًا، قال الشَّاطبي: " ومن ذلك –الأعراف الفاسدة- شُرب الخمر وتبرُّج النِّساء وقَول الزُّور وغير ذلك مـــمَّا كان مُنتشرا في الجاهلية، ثم جاءت النُّصوص بتحريـــمه، فلا تبديل لها وإن اختلفت أراء المكلَّفين فيها، لأنَّـــها نُصَّ عليها، وتغيُّر عادات الناس من استقباح إلى استحسان لا يغيِّر حكم الشَّرع"[2].

قال الوَلاتي: "العرف معمول به في الشّرع مالم يُخالف دليلاً شرعيًّا، فحينئذٍ يجب نبذُه، واعتماد الدليل، لأنَّ الشّرع حقٌّ والعرف باطلٌ، والشريعة لا تنسخها العادة"[3].

2-أن يكون العرف مطّرداً وغالبًا .

ومعنى هذا الشرط أن يكون العرف أو العادة الـــمُحَكَّمة كليّة لا تتخلّف، ومعنى أن يكون غالبًا: هو ذيوعه وانتشاره بين الناس[4]، أمّا إذا تخلّف العرف في بعض الحالات النَّادرة فلا يقدَح فيه ذلك، كما قال الشاطبي: " وإذا كانت العوائد معتبرةً شرعًا، فلا يقدَح في اعتبارها انـــخراقها ما بقيت عادة على الجملة"[5]، أمَّا إذا كان العرف مجهولًا عند الناس فلا يصِحُّ الاحتِكام إليه، وكذلك إذا

---

[1]- ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص104 وما بعدها، فاديغا: أصول مالك العقلية، ج2، ص 499، ابن التمين، عبد الله محمد: إعمال العرف في المذهب المالكي، ص 73 وما بعدها، أبو سنة: العرف والعادة، ص 73 وما بعدها، الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص 897.

[2]- الشاطبي: الموافقات، ج2، ص 285.

[3]- الولاتي: نيل السول شرح مرتقى الوصول، ص 198.

[4]- ابن التمين: إعمال العرف في المذهب المالكي، ص 73.

[5]- الشاطبي: الموافقات، ج2، ص 288.

تساوت العادات المختلفة، فلا يُعمَل بواحدةٍ منها، ولا يُفهم من غلبة العرف واطِّراده عمُومه، لأن العرف قد يكون عامًّا وقد يكون خاصًّا ببلد معين أو أهل صنعة فيُحكم به[1].

3-أن يكون العرف سابقًا للتَّصرُّف أو مقارنا له.

ومعناه: أن يكون العرف موجودًا قبل الزَّمن الذي يُراد الاحتكام فيه إليه، أمَّا ما طَرَأَ من الأعراف فلا عبرة بـــها، قال القرافي: "إن العوائد الطَّارئة بعد النُّطق لا يُقضى بـــها على الألفاظ، لأنّ النُّطق سالِمٌ عن معارضتها، ونظيره إذا وقع العقد في البيع، فإنه يُـــحمل على العادة الحاضرة في النَّقد، وما يطْرَأُ بعد ذلك من النُّقود فلا عِبرة به، وكذلك النُذور والإقرار والوصيّة إذا تأخَّرت العوائد عليها، وإنـــما يُعتبر من العوائد ما كان مقارنًا لها"[2].

4-أن لا يُعارض العرف تصريحٌ بخلافه.

لـــمّا كان العرف حاكمًا على التَّصرفات التي لا نصَّ فيها، اشتُرِط فيه أن لا يُصرّح الطَّرفان بـــخلافه، فإن صرَّحَا بتركهم ذلك العرف فإنه يَبطُل العمل به، لأنّ دلالة النُّطق أقوى من دلالة العرف.[3]

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب تغيّر العرف والعادة.

قبل ذكر نصوص فقهاء المالكية في إيجاب العرف العدولَ عن القول المعتمد، لابدَّ أن نُشير إلى أنّ المالكية يرون أنّ العرف يُستعمل في وظائف ومجالات مختلفة نظمها الزّقاق في قوله:

بيانٌ وتخصيصٌ وتفسيرُ مبهمٍ شهيد وتقييد لعرف جرى حلا.

فمن وظائف العرف في المجالات التالية:

1- يُستعمل العرف في بيان بعض المفاهيم التي أَوْكَلَ الشَّارعأمر تحديدها إلى العرف، كالنفقة والمتعة وأجرة الإرضاع وغيرها.

---

[1]- ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 105.

[2]- القرافي: الإحكام، ص117.

[3]- ابن التمين: إعمال العرف في المذهب المالكي، ص 87.

2-كما يُستعمل العرف والعادة في بيان المقاصد والنِّيات ومُرادات الـــمُتكلّمين، كبيان الـــمُجمل وتقييد الـــمطلق من لفظ الـــمُتعاقدين، وتخصيص العام.

3- ويُستعمل العرف في ترجيح بعض الأقوال في المسائل الـــمُختلف فيها، ولو كانت ضعيفة، إذا تغيّرت العادة أو وجه المصلحة في بعض الأقوال.

4- ويُستعمل العرف أيضا في استخراج حكم شرعي فيما لا نصَّ فيه، وذلك في المسائل التي يكون مُستندها العرف.[1]

وسأعرض جملة من نصوص وأقوال المالكية التي تبيِّن أنهم كانوا يعدلون في فتاويهم وأقضيتهم عن القول المعتمد مستندين في ذلك إلى العرف، حتى يظهر بوضوح أن العرف مُوجب لتقديم الأقوال غير المعتمدة ولو كانت ضعيفة.

قال الهلالي: "فصل في ذكر شيء مما يرجّح مقابل المشهور، والذي حضرني من ذلك أمور، أحدها: العرف، وهو أقوى الـــمُرجِّحَات، ثم هو لا يقتصر به على التَّرجيح من الخلاف، بل يُعتمد عليه أيضا في إنشاءِ حكمٍ مقابلٍ للحكم الـــمُتَّفق عليه، وذلك في الأحكام التي مُستندها العرف، فإذا تبدَّل العرف تبدَّل الحكم"[2].

قال المهدي الوزاني: " العرف على قسمين: تارة يُرجَّح به القول ولو ضعيفا إذا كان مُوافقًا له، كما في الزقاقية: فإن قِيل إنَّ البعض مـــمَّا نقلته ضعيف، نعم، لكن على العرف عُوِّلا[3].

وتارةً يُبنَى عليه الحُكم، كالاختلاف في متاع البيت إذا شَهد العرف أنه لأحد الزوجين، قال صاحب العمل الفاسي:

جرى به ليرفع الخلاف عمل فاس يتبع الأعراف."[4].

---

[1]ـــ ينظر: العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 268، التسولي: الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق، ص182.

[2] - الهلالي: نور البصر، ص265.

[3]- علي الزقاق: لامية الزقاق، ص 3

[4] - المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، ج1، ص196.

وقد اعتمد المالكية العرفَ كمُوجب قويّ لجريان العمل بالأقوال الضّعيفة في القضاء والفتوى، وتنوَّعَ ما جرى به العمل بتنوُّع أعراف الـــمناطق والأقاليم، فيُقضى لكلِّ إقليم بعمله وعُرفه، كما سيأتي في المبحث الموالي.

وفي لامية الزَّقاق؛ ذكر أقوالاً ضعيفة ورجَّحها استنادًا إلى العرف، وذلك عند قول صاحبها: فإن قلت إنَّ البعض مـــمَّا ذكرته ضعيفٌ، قلت: نعم؛ لكن على العرف عُوِّلا، فإنه أصل من الأصول.[1]

قال في المعيار:" ونُصوص المتأخّرين من أهل المذهب مُتَواطئة على أن هذا مـــمَّا يُرجَّح به، إلاَّ أن يختلف العرف في بلدين، فلا يكون حينئذٍ راجحًا، وذلك مثل ما نقله ابن عبد السلام في مسألة اختلاف الزوجين عن ابن رشد: " أنّ العرف عندنا في ذوات الأقدار أنّ المرأة تخرج من الدَّار، فلو اختلفا فيه الوجب أن يكون القول قول المرأة، وكذلك حفظتُ عن شيخنا ابن مرزوق[2]"[3].

وقال ابن عبد السلام: " وهذا الباب عن الـــمُحقِّقين تابعٌ للعرف، فربَّ متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر وزمان آخر أنه للنساء، ولا ينبغي أن يُختلف في هذا وظاهر النصوص تشهد به"[4].

وفي المدونة وغيرها أن المنصوص عليه في لفظ اليمين عند عدم النيّة أنّ اللاّزم فيها كفّارة يـــمين بالله فقط، والذي به الفتوى هو لُزُوم الطَّلاق، وما ذاك إلَّا أنّ السَّلف حملوها على اليمين الشرعية، إذ لم يكن في عرفهم إرادة الطّلاق بلفظ اليمين، والعرف الـــمـــُطَّرِد اليوم إرادة الطّلاق بـــها، ولهذا ضعَّف

---

[1]- التاودي: التحقيقات الشريفة والتعليقات المنيفة، ص 181.

[2]- **ابن مرزوق:** هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق العجيسي التلمساني المالكي؛ الإمام الفقيه النظَّار النّحويّ الأديب، حجّ رفقة ابن عرفة، ولقي أعلاما مشارقة أخذ عنهم، له: المترع النبيل في شرح مختصر خيل، والروضة أرجوزة في الحديث، (ت 842ه)، ينظر: (التنبكتي: كفاية المحتاج، ص 391/ القرافي: توشيح الديباج، ص154/ الزركلي: الأعلام، ج5، ص331)

[3]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص47.

[4]- المرجع نفسه، ج10، ص47.

ابن هلال[1] تضعيف ابن ناجي في شرح التهذيب للبراذعي[2] قول بعض شيوخه في لفظ اليمين عند عدم النّية: القياس على عادة الأيمان أن يلزم فيها ما يحلف به في العادة[3].

ومن ذلك ما روي عن الإمام مالك: إذا تنازع الزّوجان في قبض الصّداق بعد الدّخول أن القولَ قولُ الزّوج مع أنَّ الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل[4]: هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتنا على خلاف هذا، فالقول قول المرأة مع يـــمينها، لأجل اختلاف العوائد[5].

و للقرافي في الجواب التاسع والثلاثين من كتاب الإحكام كلام يطول، منه: " أن إجراء الأحكام التي مُدركها العوائد مع تغيّر تلك العوائد خلافُ الإجماع، وجهالةٌ في الدِّين، بل كل ما هو في الشريعة يَتبعُ العوائد يتغيَّر الحكم فيه عند تغيُّر العادة إلى ما تقتضيه تلك العادة المتجدِّدَة، وليس تجديدًا لاجتهاد من المقلدين حتى يُشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هي قاعدةٌ أجمع عليها العلماء"[6].

ثم ذكر بعد ذلك أمثلة كثيرةً في أبوابٍ متفرِّقةٍ من الفقه؛ كالوصايا والأيمان والدَّعاوى وغيرها، وفي الفروق – الفرق الثاني والعشرون- يُقرِّر القرافي قانون العوائد مرّة أخرى، ويقول: " وبـــهذا القانون تُعتبر جميع الأحكام الـــمُرتَّبة على العوائد، وهو حسن مُـــجمع عليه لا خلاف فيه، وقد يقع الخلاف في تحقيقه هل هو واحد أم لا؟...وعلى هذا القانون تُراعى الفتاوى طول الأيام، فمهما تـــجدَّد العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تـــجمد على المنقول من الكتاب طول عمرك، بل إذا جاءك

---

[1]– **ابن هلال**: هو أحمد بن عمر بن علي بن هلال الربيعي، له شرح ابن الحاجب الفقهي والأصلي، (ت795ه)، ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص293).

[2]–**البراذعي**: هو أبو القاسم خلف بن أبي القاسم الأزدي، من كبار أصحاب أبي محمد بن أبي زيد، من حفاظ المذهب، من تآليفه: التهذيب في اختصار المدونة، واختصار الواضحة، والتمهيد لمسائل المدونة، (ت372ه) ينظر: (التنبكتي: الديباج المذهبي، ص112،مخلوف: شجرة النور الزكية، ص105).

[3]– ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 267، القرافي: الإحكام، ص72. البراذعي: التهذيب، ج2، ص 97، اللقاني: منار أصول الفتوى، ص301.

[4]– **القاضي إسماعيل**: هو أبو إسحاق إسماعيل بن حماد الجهضمي الأزدي: كان فاضلا عالما، متفننا فقيها في مذهب مالك، شرح مذهبه ولخّصه واحتجّ له، ألّف: أحكام القرآن، وكتاب القراءات، وإعراب القرآن، والمبسوط في الفقه، (ت282ه) ينظر: (عياض: المدارك، ج4، ص 291/ التنبكتي: الديباج المذهب، ص49).

[5]– ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 267، والقرافي: الإحكام، ص 72، اللقاني: منارأصول الفتوى، ص298.

[6]– القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 72.

من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجره عليه وافته به، هذا هو الحق الواضح"[1].

وفي تقسيم الشاطبي للعرف المذكور آنفا، وبالتحديد في القسم الثاني، وهو العرف المسكوت عنه والذي لم يشهد له الشرع بالنفي أو بالإثبات، ومنها العادات المتبدّلة والـــمُتغيِّرة، فلا خلاف في تغير الأحكام المبنية عليها إذا تغيَّرت تلك العوائد[2].

وعقد ابن فرحون في التبصرة باباً في القضاء بالعرف والعادة، ذكر فيه أحكامًا كثيرةً في أبواب النكاح والأيمان والبيوع، ونقل أمثلةً متعدّدةً كلُّها يرجع إلى تحكيم العوائد، وكذلك الونشريسي في إيضاح السّالك، والمقري في قواعده، مما يطول ذكره هنا.

وقال القرافي: " ينبغي للمفتي إذا سأله من لا يعرف أنه من بلده أو غيره فلا يُجيبه بعرف بلده، بل يسأل عن عرف المفتي، وينظر هل لهم عرف في اللفظ المسؤول عنه، وعن تعيين عرفه، فيجيبه بمقتضى عرف السّائل، وهذا أمر متعيّن، فلا يختلف العلماء بأن البلدين إذا اختلفت عادتهما فحكمهما مختلف"[3].

وخلاصة هذا المبحث أن المالكية قد اعتبروا العرف والعادة من أصول المذهب، كما قسَّموا العرف إلى أقسام مختلفة ومتنوعة بحسب الاعتبار وجهة النظر إليه، وقيَّدوه بشروط وضوابط تضمن سلامة إعمال العرف في القضاء والفتوى، وجعلوه سبباً موجبًا للعدول عن القول المعتمد في المسائل التي مُستندها أعراف الناس المتغيرة، وأجْرَوا ذلك في فروعهم الفقهية، ولا أدلَّ على ذلك مـــمَّا هو مبثوث في كتب النوازل والفتاوى، وسنذكر في المطلب الموالي نموذجين من هاته المسائل من موسوعة المعيار المعرب.

---

[1]- القرافي: الفروق، ج2، ص 322.

[2]- ينظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص285.

[3]- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 232، وانظر: الهلالي: نور البصر، ص 285.

المطلب الرابع: نماذج من التطبيقات الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب العرف.

الفرع الأول: لفظ التَّحريم في الطَّلاق.

أورد الونشريسي هذه المسألة في أبواب متفرقة من المعيار، وقد أفاض في نقل أجوبة المفتين عنها في مسائل مختلفة، في نوازل التّمليك والطلاق والعدَّة والاستبراء، منها: مسألة من حلف بتحريم نسائه لزمه الثلاث في المدخول به وغيرها، ومنها مسألة: من أشهد على نفسه أنه طلق زوجته وحرَّمها تحريما مؤبدا، ومنها مسألة: من طلق زوجته وقال: لا تحل لي أبدا، ومنها مسألة: الطلاق المرادف على تحريم الزوجة، ومسألة من قال لزوجته هي عليه حرام كلحم الخنزير، ومسألة من قال لزوجته أنت علي حرام، وغيرها كثير[1].

أولا–صورة المسألة.

الأصل في الطلاق أنه يكون بألفاظ صريحة تدلُّ على فكِّ الرَّابطة الزوجية، كما قد يكون بألفاظٍ غير صريحةٍ يُفهم منها الطلاق، كما قد يكون بلفظ التّحريـــم والحرام، كما في قوله تعالي: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾[سورة التحريم: 1] .

ومِن صُور هذه المسألة أن يقول الزوج لزوجته: هي عليه حرام، أو أعيش في حرام، أو حرام كلحم الخنزير، أو كالـــميتة أو كالدم، أو حبلك على غاربك، أو الحلال عليَّ حرام، أو قال: عليه الحرام أفعل كذا ثم فعله وحنث، أو قال عليه الحرام ليفعلنَّ كذا و لم يفعله"[2].

كل هذه الصّيغ وغيرها تدخل في مسألة الطلاق بلفظ التحريم، سواءً قصد الطلاق أم لم يقصد، وسواء نوى طلقة واحدة أم أكثر، وقد تكون في المدخول بها كما قد تكون في غير المدخول بها .

ثانيا – أقوال المالكية فيلفظ التّحريم.

اختلف الفقهاء في لفظ التحريم على أقوالٍ كثيرة، أوصلها ابن العربي في الأحكام إلى خمسة عشر قولًا، وأوصلها القرطبي في الجامع إلى ثمانية عشر قولًا، غير أن الذي يعنينا هنا هو أقوال المالكية في

---

[1]– الونشريسي: المعيار، ج4، ص 93.116، 123.194.196.

[2]ـــ ينظر: وابن العربي: أحكام القرآن، ج4، ص 298،خليل: المختصر، ص 117، الحطاب: مواهب الجليل، ج5، ص326. الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 70، أوصلها ابن العربي إلى عشرة صيغ مختلفة.

المذهب، ونسبتها لأصحابها كما هو منقول في كتب المذهب، والحاصل منها خمسة أقوال[1]، نقلها الونشريسي في المعيار، وهي:

-**القول الأول**: أنه ثلاث في المدخول بها، ويُنَوَّي في غير المدخول بها، **وهو قول ابن القاسم في المدونة**، وقال القرطبي: هو **مشهور** مذهب مالك.

-**القول الثاني**: أنه ثلاث ولا ينوِ قبل ولا بعد، وهو قول **عبد الملك بن حبيب**في المبسوط.

– **القول الثالث**: أنه ثلاث في المدخول بها، وواحدة في غير المدخول بها، وهو قول**ابن عبد الحكم**.

– **القول الرابع**: أنها واحدة بائنة في المدخول وغير المدخول بها، وهذا القول حكاه **محمد بن خويزمنداد** عن مالك.

– **القول الخامس**: أنها طلقة واحدة رجعية، وهو قول **عبد العزيز بن أبي سلمة**[2] في كتاب ابن سحنون[3].

ومن خلال عرض أقوال المالكية في المسألة، يتبيَّن أن القول المعتمد هو القول الأول، لأنه هو مشهور المذهب، وهو مذهب المدوّنة كما قال الحطّاب: "في كتاب التّخيير من المدونة قال مالك: وإن قال لها أنت عليَّ كالدَّم أو كالميتة، أو كلحم الخنزير، فهي ثلاث وإن لم يُنَوَّ به الطلاق"[4]، وقد نقل

---

[1]- ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج18، ص180، 181، ابن العربي: أحكام القرآن، ج 4، ص295 ، الونشريسي: المعيار، ج4، ص 93، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج2، ص 135.

[2]- **ابن أبي سلمة**: هو أبو تمام عبد العزيز بن سلمة بن دينار، كان من جلة أصحاب مالك، وكان إمام الناس في العلم بعد الإمام، قال عنه مالك: "إنه لفقيه"، وكان يقال:" لم يكن بالمدينة بعد مالك أفقه منه"، (ت185ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج3، ص 9/ أبو إسحاق الشيرازي: طبقات الفقهاء، ص 146).

[3]- **محمدبن سحنون**: هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن سعيد بن حبيب القيرواني، أخذ عن أبيه سحنون، له: آداب المعلمين، الرسالة السحنونية، ورسالة في الفقه المالكي، (ت256ه)، ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص118,119)

[4]- الحطاب: مواهب الجليل، ج5، ص326.

ابن يونس[1] في كتاب التخيير والتمليك أقولا عن مالك أنه يوقعه ثلاثا في المدخول بها، وواحدة بائنة في غير المدخول بها[2].

ثالثا–عدول المالكية عن القول المعتمد في مسألة لفظ التحريم.

من خلال تتبع فتاوى وأجوبه فقهاء المالكية التي نقلها الونشريسي في المعيار يظهر جليًّا أن بعض الفقهاء عدلوا عن القول المعتمد إلى قول مالك الذي رواه ابن خويزمنداذ، والذي يقضي بأنها تقع طلقةً واحدةً بائنةً في المدخول بها أو غير المدخول بها، وعلّلوا عُدولهم بالعرف السَّائد في مناطقهم وإقليمهم، كما أن هناك بعض الفقهاء رفضوا هذا العدول وانتقدوه، كالإمام الونشريسي، وفيما يلي نقل لنصوصهم.

قال الونشريسي: "قد بلغني أن بعض الطلبة أفتى صاحب النَّازلة في المرأة الواحدة التي بنى بها بطلقة واحدة، وأنه ردَّها إليه، فإن كان القصد منه تقليد لـــمن قال به، وقصد المفتي والمستفتي العمل به والأخذ بمقتضاه فحسن، وإلاَّ فالمشهور قول مالك، ولو نزلت عندي ما حكمت فيها إلّا به"[3]، وليس الونشريسي وحده من أنكر ذلك، "فلمَّا بلغ خبر الطّلقة البائنة في التّحريم إلى الشّيخ أبي القاسم الغبريني[4]، أفتى بنقض ذلك الحكم وإلزامه الثلاث، قائلًا مـــحـــجّرًا على قضاة الوقت بأن لا يحكموا إلا بالمشهور، وقيل هذا تعسُّف منه"[5].

---

[1]– **ابن يونس:** هو أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الصقلي، أخذ عن أبي الحسن القاضي، وعتيق ابن الفرضي، وأبي بكر بن عباس، وحدث عن القابسي، له الجامع وكتاب في الفرائض، من أئمة الترجيح، اعتمده خليل في مختصره، (ت451ه)، ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، 111، الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص254)

[2]– ابن يونس الصقلي: الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، تحقيق أبو الفضل الدمياطي، كتاب ناشرون، بيروت، ط1: 1433هـ/ 2012م ج4، ص 650.

[3]– الونشريسي: المعيار، ج4، ص 93.

[4]– **الغبريني:** هو أبو القاسم أحمد بن أحمد بن أحد الغبرينيالبجائي، قاضي الجماعة بتونس، أخذ عن أبيه صاحب عنوان الدراية وابن عبد السلام، واخذ عنه البرزليوالقلشاني، (ت 772ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص 104، مخلوف: شجرة لنور الزكية، ج1، ص 323).

[5]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج4، ص 269.

وأجاب أبو عبد الله الحفّار[1]: وأمّا التّحريم فقد اختلف أهل المذهب فيما يقع به الطلاق، فقيل ثلاث، وقيل واحدة بائنة يردُّها منها، وهذا القول الثاني هو الظَّاهر، وقد اختار الأخذ به الحذّاق والمحقّقون، كالقاضي ابن العربي، قال: إن التَّحريم يحصل بالطَّلقة الواحدة المملكة، فإذا جعل التَّحريم بالواحدة فلم يلزم الثلاث، وتدخل عليه المشقَّة بإلزامه الثلاث، ولعله يكون له منها الذُّريَّة، ونحن نقدر على الخروج منه بأمرٍ جائزٍ واضحٍ ظاهر الرُّجحان، فلا ينبغي العدول عنه، فلنرتكب هذا القول في هذه القصّة"[2].

وبالرجوع لتفسير ابن العربي نجده يصرح بذلك ويقول: " والصّحيح أنّـــها طلقة واحدة، لأنه لو ذكر الطلاق – في الآية السالفة- لكان أقله وهو الواحدة، كذلك إذا ذكر التّحريم يكون أقلّه"[3].

وسُئل أبو عبد الله الصبَّاغ[4] عن الرجل يقول لزوجته هي حرام كلحم الخنزير، فأجاب: " إن لم يَقصد القائل الطلاق الثلاث لزمته طلقة واحدة تملك المرأة بها نفسها، لأن العرف اليوم أن الطلاق بائن بغير خلع، و لم يكن ذلك في الزَّمن الأوّل"[5]. ومثله للسّراج واللخمي في بعض أبحاثه، وصحّحه ابن رشد وغيرهم[6].

ومن ذلك ما نقله الموَّاق[7]: أن الحلف بالحرام في المدخول بها يصدق الحالف فيها بأنه نوى واحدة ولا يلزمه غيرها، لأن مالكاً إنما قال لا يصدق في المدخول بها أنه أراد واحدة في حلفه بالحرام منها، لأن الطلقة المملكة لم تكن هي الغالبة على الناس، والواحدة الرجعية لا تحرم بها المرأة بحيث تصير

---

[1]- **الحفار**: أبو عبد الله محمد بن علي الحفار الأنصاري الغرناطي، أخذ عن ابن لب، وعنه أخذ ابن السراج وابن عاصم، له فتاوى نقلها في المعيار، (ت811ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 355، الحجوي: الفكر السامي: ج2، ص 296)

[2]- الونشريسي: المعيار، ج4، ص 194.

[3]- ابن العربي: أحكام القرآن، ج4، ص 298.

[4]- **أبو عبد الله الصباغ**: هو محمد بن محمد الصباغ المكناسي، أخذ عن مشيخة فاس واجتمع بالآبلي وابن هارون، وعنه أخذ ابن عرفة وابن خلدون، (ت 750ه) ينظر: (محمد الأنصاري الأوسي: الذيل والتكملة لكتابي الموصول والصلة، تحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، ط1: 2012، ج 4، ص344/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 318).

[5]- الونشريسي: المعيار، ج4، ص 196.

[6]- المرجع نفسه،ج4، ص 197.

[7]- **الموّاق**:أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدوسي الغرناطي الشهير بالمواق، له شرح على مختصر خليل، كبير سماه التاج والإكليل، وسنن المهتدين في مقامات الدين(ت897ه) (ينظر:محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص262، الزركلي: الأعلام، ج7، ص154)

كالأجنبية، وإنما تحرم بالثلاث وبطلقة بائنة كطلقة الخلع أو طلقة الحاكم ولا شيء منهما بموجود في الحالف بالحرام فحمل أمره على الثلاث، وأمابعد أن صار الناس يطلقون طلقة مملكة فإذا قال الحالف بالحرام أردت بالحرام طلقة تملك بها نفسها صدق لأنه ادعى ما يفعله الناس وهي تصير بها حراماً كالأجنبية، ولذلك جرى العمل اليوم بأن في الحرام وما في حكمه طلقة واحدة بائنة، نعم إذا قال الحالف أردت الثلاث فلا إشكال في لزومه الثلاث[1].

قال الرجراجي[2]:"وهذا القول أصَحُّ في النَّظر، لأن الأخذ بأقل ما يقع عليه الاسم هو الأصل، حتى يأتي نص أو إجماع، وليس في التّحريم نص أو إجماع"[3].

قال السّجلماسي: "والحُكم بطلقة واحدة بائنة لـــمن حرَّم زوجته في يـــمين أو غيرها، للعرف الذي استقر عند الخاص والعام؛ أنَّ الحالفين بذلك لا يقصدون به الثلاث، والذي جرى العمل به رواية ابن خويزمنداد، وصحَّح الأخذ بـــها جماعة من الشيوخ المتأخرين، وإن كان المشهور في ذلك لزوم الثلاث في الزوجة المدخول بها وواحدة في غيرها"[4].

وقد صرّح ناظم العمل الفاسي بأن العرف هو سبب العدول في مسألة التحريم بقوله[5]:

وطلقة بائنة في التحريم والحلف به لعرف الإقليم.

وقد ذكر الهلالي هذه المسألة ضمن المسائل التي جرى بها العمل للعرف، والتي ينبغي التّحذير منها لأنه لم يظهر لها مستند، أو كان لها مستند في زمان ومكان مخصوص ثم تقلّدها الجاهلون والمتساهلون، قال: " ومما ينبني على العرف عند أهل الأندلس، تصحيحهم لزوم الواحدة البائنة في لفظ الحرام، لما تقدَّم من أنَّ اللفظ الـــمُطلق يُحمل على الـــمُتعارف عليه، وإذا كان مُستند أهل الأندلس ما ذكر، فلا يصِحُّ الاعتماد عليه في بلد لم ينضبط لهم عرف في الطلاق، وقد شاعت الفتوى في التّحريم

---

[1]- ينظر:ميارة: الإتقان والإحكام، ج1، ص217.

[2]-**الرجراجي**: هو علي بن سعيد أبو الحسن الرجراجي، صاحب مناهج التحصيل في شرح المدونة، اعتمد على ابن رشد وعياض واللخمي، أخذ عنه الكثير، لم تذكر سنة وفاته. (متوفى: بعد 633هـــ) (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص316).

[3]-الرجراجي: مناهج التحصيل، ج5، ص 25، 26.

[4]- السجلماسي: شرح العمل الفاسي، ج1، م4/ 5.

[5]- الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 69.

بالواحدة في الأقطار مع خُلوِّها من المستند المذكور، والواجب هو الجري على المشهورفي لزوم الثلاث عند عدم العرف"[1].

الفرع الثاني: مسألة المُخَابَرة والمُحَاقَلَة.

تُعرف هذه المسألة بكراء الأرض بجزء مـــمَّا يخرج منها، وأوَّل من خالف قول الإمام مالك في هذه المسألة فقهاء الأندلس، ثم انتقلت هذه المخالفة إلى الفقهاء المغاربةكما سيأتي ذكره، وقد ذكر الونشريسي هذه المسألة في نوازل المزارعة والمغارسة والمساقاة والشركة والقراض والأكرية، وفي عرف أهلها تسمى شركة الخمَّاس أو أجرة الخمّاس.

أولا– صورة المسألة.

أثبت الإمام مالك في مُوَطّئِه بابًا في كتاب البيوع أسماه: باب ما جاء في الـــمُزَابنة والـــمُحَاقلة، وروى فيه أحاديث نهى النبي – ﷺ– عن الـــمزابنة والـــمحاقلة[2].

وبالرّجوع إلى معاني هذه المصطلحات، نجد تعريفات متقاربة لهذه المصطلحات، وهي:

المزابنة: بيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس بيابسه ومجهول منه بمعلوم، وهذا النوع منهي عنه عند مالك.

المحاقلة: كراء الأرض بالحنطة، أو اشتراء الزرع بالحنطة، وهي مأخوذة من الحقل، وقيل هي من معنى المخابرة.

المخابرة: كراء الأرض بجزء مـــما يخرج منها، والاشتقاق من خابرت الأرض، أي زرعتها. [3]

وصور هذه المعاملات تختلف عن المساقاة والمزارعة، لأن:

---

[1]– الهلالي: نور البصر، ص 275.

[2]– ينظر: الموطأ: برواية يحي بن يحي الليثي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المزابنة والمحاقلة، ص 377.

[3]– ينظر: الباجي أبو الوليد: المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1420ه/1999م، ج 6، ص 201، ابن عبد البر: الاستذكار، ج 19، ص 158، ابن العربي: المسالك في شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد وعائشة بن الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1428ه/2007م، ج6، ص92.

المزارعة هي: شركة من الحرث، أي عقد على علاج الأرض وما يحتاج إليه[1]، وصورتها أن تكون الأرض من واحد والعمل من الآخر، والزَّريعة بينهما على قدر ما اتفقا عليه، وهي جائزة عند مالك بشروطها[2].

أما **المساقاة** فهي: أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله أو شجرة تينه أو زيتونه أو سائر مثمر شجره لـــمن يكفيه القيام بها من السّقي والعمل، على أن يكون النّاتج من ثـــمره بينهما بجزء معلوم من الثّمار[3]، وهي جائزة عند مالك مُستثناة من المخابرة والمحاقلة.

وعليه؛ فإن المسألة المقصودة بالبحث هي: المخابرة والمحاقلة، وهي كراء الأرض بجزء مما يخرج منها كالحنطة أو غيرها.

ثانيا– أقوال المالكية في حكم المحاقلة والمخابرة.

المنقول عن مالك –رحمه الله–المنع في هذه المسألة، كما جاء في المدونة، قلت: أرأيت إن استأجرت أرضًا بشيء من الطعام مـــمَّا لا تُنبِته، مثل السّمن والعسل والجبن واللبن، أيـــجوز هذا في قول مالك؟ قال: قال مالك لا يـــجوز، ...قال لي مالك: أكره أن تُكْرى الأرض بشيءٍ مـــمَّا يخرج منها وإن كان لا يؤُكل، قال ابن القاسم: ووجه كراهية مالك ذلك أنه يخاف عليه أن يستأجرها بشيء مـــمَّا تُنبت الأرض فيزرع ذلك فتكون مُـــحاقلة"[4].

وفي كتاب كراء الأرض من الموطأ، سُئل مالك عن رجل أكرى مزرعته بـــمائة صاع من تـــمر، أو مـــمّا يخرج منها من الحنطة أو من غير ما يخرج منها، فكَرِهَ ذلك[5].

واستدلّ مالك على المنع بأحاديث عن رسول الله –ﷺ–، رواها في الموطأ وهي:

---

[1]– الرصاع: الهداية، ج1، ص 513.

[2]– النفراوي: الفواكه الدواني، ج3، ص 1200.

[3]– الرصاع، المرجع السابق، ج1، صر284.

[4]– مالك: المدونة، ج4، ص 1938.

[5]– مالك: الموطأ ، ص 433.

- عن أبي سعيد الخدري أَنَّ رَسُولَ الله -ﷺ- نَهَى عَن الـمُزَابَنَةِ والـمُحَاقَلَةِ. والـمزابنة شراء التمر بالتمر على رؤوس النخل، والـمحاقلة كراء الأرض بـما يخرج منها.[1]

- وعن رافع بن خُديج؛ أن رسول الله -ﷺ- نَهَى عَن كِرَاءِ الـمَزَارِعِ، قال حنظلة: فسألت رافع بن خديج بالذّهب والوَرِق، فقال: فلا بأس به[2].

وعلَّة تـحريم الـمحاقلة هي الربا كما قال الباجي:" وجه الـمحاقلة أن فيها منفعتها الـمُشتراة منها في اكترائها إنّـما هي لـمن زرع الحنطة، فهو يؤول إلى بيع الحنطة بالحنطة"[3]، وقال ابن عبد البر: وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه، وجعلوه من باب الطعام بالطعام نسيئة، [4] ...وأجازه الليث بن سعد وغيره، وقالوا: كل ما جاز أن يكون ثـمناً لشيء جاز أن يكون أُجْرةً في كراء الأرض ما لم يكن مجهولًا، وحُجّتهم حديث سعيد بن المسيّب في إعطاء رسول الله -ﷺ- يهود خيبر الأرض والنّخل على شطر ما يـخرج من ذلك[5].

وقد ذكر خليل أن في المذهب أربعة أقوال في المسألة وهي[6]:

الأول: أنه لا يـجوز كراؤها، بشيء من طعام كان مـمّا تُنبته أو مـمّا لا تُنبته، ويجوز بالقصب والخشب، وهو قول مالك وابن القاسم ومطرف[7] وابن عبد الحكم وابن الماجشون، وهو **المشهور**.

الثاني: أنه لايـجوز كراؤها بـما يخرج منها، ويجوز كراؤها بما لم يخرج منها، وهو **لابن كنانة**.

---

[1]- الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، رقم 1306، ص 377.

[2]- الموطأ، كتاب كراء الأرض، باب ما جاء في كراء الأرض، رقم 1382، ص 433.

[3]- الباجي: المنتقى، ج6، ص202.

[4]- ابن عبد البر: الاستذكار، ج21، ص 253، 254.

[5]- . ابن رشد: المقدمات الممهدات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1408ه/1988م، ج2، ص 225.226. والحديث: أخرجه مالك في الموطأ، كتاب المساقاة، باب ما جاء في المساقاة، رقم 1380، ص 428.

[6]- خليل: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ضبط وتصحيح أحمد نجيب، مركز نجيبوية للمخطوطات، دط: 1429ه/2008م، ج7، ص 158، 159.وينظر: القرافي: الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1994م، ج5، ص 392، ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج2، ص 225.

[7]- **مطرف**: هو أبو مصعب عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي، مولى ميمونة أم المؤمنين، تفقه بمالك وعبد العزيز بن الماجشون وابن كنانة، (ت220ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج3، 133/ الحجوي: الفكر السامي، ح3، ص114).

الثالث: أنه يجوز كراؤها بالقطن والزعفران في أرض لا تنبتهما، وهو **لابن أبي زمنين**[1].

الرابع: أنه جوز كراؤها بكل شيء ولو بالحنطة وهو **لابن شعبان**[2]**والأصيلي** وغيرهما.

ونقل ابن يونس في الجامع قولا خامسا، قال: " وأجاز ابن حبيب وابن نافع أن تُكرى بالثّمر والتّين والزّيت والسّمن وسائر الطّعام إلّا الحنطة"[3].

ثالثا– عدول المالكية عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

عند تتبع كتب النّوازل عند المتأخرين، نجد أنّ هناك خلافًا كبيرًا بين الفقهاء في مسألة المحاقلة والمخابرة، فمنهم من عَدَل عن قول مالك المعتمد، وأفتى بجوازها، كما نسبه القاضي المكناسي في مجالسه لفقهاء الأندلس، ومُستندهم في ذلك أنه مذهب اللّيث بن سعد[4]، وتابع أهل المغرب الأندلسيين في عُدولهم، وهي في عرُفهم تسمّى أُجرة أو شركة الخمَّاس كما نقل ذلك الونشريسي في المعيار، وسنورد هنا جملة من النقول عنهم.

سُئل ابن لبابة[5] عن الذي يُشترط على المُنَاصف والمُثالث والخمَّاس أن يكون العمل كلّه عليه، فأجاب: هذا العمل الجاري في بلدنا وعليه كان مشايخنا الذين مضوا، وهو كان مذهب عيسى بن دينار، وكان مذهب مالك لا يجوز لأنه غرر ومجهول[6].

---

[1]– **ابن أبي زمنين:** هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عسى المري البيري، من كبار المحدّثين والفقهاء الراسخين، له: تفسير للقرآن، وشرح للمدونة واختصار لها، والمنتخب في الأحكام، (ت399ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج7، ص 183/ ابن فرحون: الديباج، ص 143/ جذوة المقتبس، ص56).

[2]– **ابن شعبان:** هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري لمالكي، المعروف بابن القرطي، له كتاب الزّاهي في الفقه، وأحكام القرآن، والمناسك، (ت 355ه) ينظر: (ابن فرحون: الديباج، ص346/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 120).

[3]– ابن يونس: الجامع، 5، ص 238.

[4]– ينظر: المكناسي: مجالس القضاة والمفتين، ج1، ص 576.

[5]– **ابن لبابة:** أبو عبد الله محمد بن لبابة القرطي، روى عن عبد الله بن خالد ويحيى بن مزين وعبد الأعلى بن وهب وأصبغ بن خليل والعتبي، وعنه اللولوي وابن مسرة وابن ذكوان، (ت314ه).(ينظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص86).

[6]– ينظر: الونشريسي: المعيار، ج8، ص 154.

قال أبو القاسم البرزلي[1]: وقعت هذه المسألة في القيروان...، وفي المسألة قولان: الجواز والمنع، ...وقد أباح ذلك شيخنا أبو محمد الشبيبي[2]، ورخَّص فيه وعمل به واشتهر العمل به عندهم، فلمّا قُلّدت الفتوى بالقيروان منعته، فضجَّ عند ذلك الضُّعفاء، وكان الشَّيخ قد أجازه لضرورة الزّمان لذلك[3].

وفيما قُيِّد عن الجزولي: اختلف في شركة الخّماس، فقيل جائزة لأنه شريك، وهو قول سحنون، وقيل غير جائزة لأنها إجارة وهو قول ابن القاسم.[4]

وسُئل الفقيه القاضي أبو عبد الله الهسكوري[5] عن مسألة الخمّاس بجزء مسمى مـــمَّا يخرج من الزَّرع، وهل يَنتهِض عُذرًا في إباحة هذه الرُّخصة؟ فأجاب: الإجارة كالبيع، يُـــحلُّها ما يُـــحِلُّه ويُـــحرِّمها ما يُـــحرِّمه، وهي بيع منافع إلى مدّة، والبيع يرجع إلى بيع منافع على جهة التّأبيد، فكما لا يجوز بيع الزّرع قبل أن يُـــخلق فكذلك لا تجوز إجارته، وما ذكرتموه من أن حاجة الضّعيف إلى القوي أشدّ، فإنّ إهمال الشّريعة لا ينهض عذرًا في إباحة المحرَّم...[6]

ومن خلال هذه النُّقول؛ ندرك أن بعض الفقهاء أنكروا هذا النَّوع من العدول، واحتجُّوا على من عَدل فيها بمخالفة المنقول من النصوص، قال ابن رشد: " فما ذهب إليه مالك أصَحُّ أقاويل أهل العلم"[7]، وقد ذكر شارح العمل الفاسي هذه المسألة أنـــها أمرٌ مُشكل، لـــمُخالفتها لقواعد الشرع، وللجهل بقدر الأجرة، وللغرر إن أُجيحَ الزَّرع، ولكن أجيزت ورُخِّص فيها للضّرورة ولشيوعها في عرف الناس[8].

---

[1]- **البرزلي**:أبو القاسم بن أحمد البرزلي القيرواني، أخذ عن ابن عرفة وابن مرزوق الجد، وعنه ابن ناجي وحلولووالرصاع ومحمد عظوم، له ديوان كبير في الفقه والحاوي في النوازل، (ت841ه أو 844ه)(التنبكتي: نيل الابتهاج، ص 368، مخلوف: شجرة النور،ج1، ص245)

[2]- **أبو محمد الشبيبي**: هو عبد الله بن محمد بن يوسف البلوي الشبيبي القيرواني، أخذ عن الهسكوري وأبي الحسن العواني، وعنه أخذ البرزلي وابن ناجي وغيرهم، (ت 752ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص 224، مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 324).

[3]-ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج8، ص 150.

[4]- المرجع نفسه، ج8، ص 151.

[5]- **الهسكوري**: أبو محمد صالح بن محمد الفاسي الهسكوري، شيخ المغرب علما وفضلا، أخذ عن أبي موسى بن عيسى، وابن بشكوال، له تآليف في الفقه منها: التقييد على رسالة ابن أبي زيد القيرواني،(ت631ه)ـــ،ينظر:نيل الابتهاج، ص382،شجرة النور الزكية،ج1، ص185

[6]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج8، ص 149.

[7]- ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج2، ص 228.

[8]- ينظر: الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 368.

المبحث الثاني:

العدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل

تناولنا في المبحث الثالث من الفصل السّابق مُصطلح ما جرى به العمل، وبيّنا وجه علاقته بالعدول عن القول المعتمد، وسنتناول هنا جريان العمل سببا من أسباب العدول عن القول المعتمد في المذهب، وذلك من خلال بيان حقيقة إجراء العمل، والفرق بينه وبين العرف، ثم تأصيل قاعدة العمل عند المالكية من خلال بيان موقف فقهاء المالكية في الأخذ بما جرى به العمل، وفي الأخير نضرب مثالين من فروع المسائل الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب العمل.

المطلب الأول: حقيقة قاعدة ما جرى به العمل، والفرق بينها وبين العرف.

الفرع الأول: حقيقة قاعدة إجراء العمل.

أولا– العمل في اللغة:

قال ابن فارس(العين والميم واللام) أصل واحد وصحيح، وهو عام في كل فعل يفعل.[1]

والعمل في اللسان: المهنة والفعل، وأعمل الشّيء: أحدث فيه، والعمل بالشيء: استعماله.[2]

ثانيا– العمل في الاصطلاح:

قال الشيخ ابن بية: " أما عمل الأمصار الأخرى فلا نجده في غير مذهب مالك، ومتأخِّروا المالكية جعلوه مصدرًا من مصادر الفتوى إلى جانب الرَّاجح والـــمشهور... وحقيقة إجراء العمل: " أنه اختيار قول ضعيف أو شاذّ في القضاء والفتوى من عالم يُوثق به في زمن من الأزمان، ومكان من الأمكنة لتحقيق مصلحة أو لدرء مفسدة، وقد يكون مسايَرة للعرف أو مجاراة لرأي من له الأمر"[3].

وهذا من أنسب التّعاريف التي يصلح أن يعَرَّف بـــها ما جرى به العمل، وفيما يلي شرحه.[4]

---

[1]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج 4، ص 140.

[2]– ينظر: الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج4، ص21، ابن منظر: لسان العرب، ص 555.

[3]– عبد الله بن بيه: صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص 114.

[4]– جمعت تعاريف كثيرة للمالكيةفي رسالة الماجستير أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية، واخترت هذا التعريف وقمت بشرحه.

قوله(**اختيار**): قال صاحب العمل:" وأصل ابتداء العمل بالشاذ وترك المشهور هو الاستناد لاختيارات شيوخ المذهب المتأخرين وتصحيحهم لبعض الروايات والأقوال الـــمُوجبة لذلك". [1]

وقال ابن ناظم التّحفة في شرحها: " ولشيوخ المذهب كابن عتاب وابن سهل وابن رشد وابن لب وابن العربي واللخمي ونظائرهم اختيارات وتصحيحات لبعض الروايات عدلوا فيها عن المشهور، وجرى باختيارهم عمل الحكام والفتيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف والأحكام".[2]

قوله(**قول ضعيف**) الضعيف في اصطلاح المالكية" ما لم يقوَ دليله"[3] وهو نوعان:

- **ضعيف نسبي**: وهو الذي عارضه ما هو أقوى منه، أي أن ضعفه بالنسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوة في نفسه.
- **ضعيف الـــمُدرك**: وهو الذي خالف الإجماع أو القواعد أو النّص أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في ذاته.[4]

وقوله (**الشّاذ**): مقابل للمشهور، وهو ما ضعف دليله، فكأنه نظير الضّعيف، وفيه إشكال.[5]

وإذا قال المالكية الشّاذ كذا: فإنـــهم يريدون به القول الذي لم يصدر من جماعة، أو الذي لم يكثر قائله[6]، والقول الشاذ فَقَدَ اعتباره من قلّة قائله، كالحديث الشّاذ الذي سرى إليه الضّعف من تفرد راويه ومخالفته للثّقات.[7]

وقوله (**في القضاء والفتوى**)المراد بالقضاء هنا: إلزام القاضي الخصم أمراً شرعيًا، وعرَّفه القرافي بقوله: " الحُكم إخبارٌ عن الله تعالى على وجه الإنشاء والإلزام"[8].

والفتوى: إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة.[9]

---

[1]ـــ السجلماسي: فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد، ص 7.

[2]ـــ الهلالي: نور البصر، ص 261.

[3]ـــ القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص75.

[4]ـــ القادري: رفع العتاب والملام، ص 20.

[5]ـــ ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 74.

[6]ـــ المرجع نفسه، ص 20.

[7]ـــ محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ص535.

[8]ـــ القرافي: الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، ج4, ص 53.

[9]ـــالمرجع نفسه: ج4، ص53

وقوله (**من عالم يُوثق به**) قيد أخرج به عمل العوام أو من ليس بأهل للترجيح، لأنه يشترط لصحَّة إجراء العمل أن يصدر عن فقهاء مُؤهَّلين لذلك، قال ميارة[1]: "ولايثبت العمل بقول العوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ، فضلا عن غيره، فإذا سألته عمّن أفتى به أو حكم به من العلماء توقّف وتزلزل"[2]

قوله: (**في زمن من الأزمنةومكان من الأمكنة**): أي معرفة محل جريان العمل وزمانه، وهو من شروط العمل أيضا كما سنعرفه في محله، لأنه إذا جهل زمان ومكان العمل لم تتأتَّ تعدية الحكم إلى غيره، فقد يكون خاصّا ببلد دون آخر، كما قد يتغيّر الحكم من زمن لآخر بتغيّر الأعراف والعوائد.

قوله: (**لتحقيق مصلحة أو لدرءمفسدة أو مُسَايرة لعرف**)؛ ذِكر لأسباب العمل ومُوجباته التي لأجلها يعدل عن الراجح والمشهور إلى الضعيف والشاذ، ومعرفة الموجب شرط من شروط العمل أيضا، "ومن الموجبات: تبدل العرف أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة، فيرتبط العمل بالموجب وجوداً وعدمًا"[3].

وقوله: (**مُجاراة لرأي من له الأمر**) وهو من مؤيدات العمل، لأن في ذلك فائدة رفع الخلاف في المسألة التي جرى بها العمل، والتي يكون فيها أقوال متعددة في المذهب، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف على ما هو معروف[4]، فحيث حكم المجتهد بقول يصبح راجحا ويجري به العمل ويُؤخذ به في الأحكام.[5]

والحاصل من التعريف المذكور أن ما جرى به العمل نوعٌ من الاجتهاد المذهبي، إذ يقوم على اختيار قولٍ ضعيفٍ من عالمٍ أو قاضٍ أهل لذلك، لأنه قادر على مُقابلة القول الضّعيف أو الشّاذ بالرّاجح أو الـــمشهور، والنّظر إلى الأدلّة التي يَقوى بها ذلك القول على غيره .

---

[1]- **ميارة**: هو عبد الله بن محمد بن أحمد بن ميارة، أخذ عنه محمد المحاصي، له شرح على التحفة، وشرحان على المرشد المعين، ومختصر شرح الحطاب، (ت1072ه)، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص: 309، الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 332).

[2]- التسولي: البهجة، ج2، ص40.

[3]-السجلماسي: فتح الجليل الصمد، ص7.

[4]-العسري، نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي، ص8.

[5]-ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 411.

الفرع الثاني: الفرق بن جريان العمل والعرف.

من خلال المقارنة بين حقيقة المصطلحين – العمل والعرف- لا يظهر ثـــمَّة فارق كبير بين ما جرى به العمل والعرف بوجه عام، لأن العمل يجري بناء على عرف الناس وعاداتهم، فهو السّبب الرئيس في قيامه، وعليه فالعمل يمكن اعتباره العرف العملي، جاء في شرح العمل الفاسي: " التَبَسَ ما به العمل وما جرى به العرف على كثير مـــمَّن ينتمي للعلم، وإنـــما يُطلق ما جرى به العرف عليه في كتبهم على وجه المجاز"[1].

ورَأيُ غالبية الفقهاء لا يفرق بينهما[2]، وقد نقل ابن فرحون في التّبصرة عن ابن عبد السلام قوله: "وهذا الباب عند المحققين تابع للعرف، فرُبَّ متاعٍ يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء... فلو قال عالم الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يَعُمَّ ذلك سائر البلد، بل يختصّ بذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك"[3].

وأكثر الذين انتقدوا هذا الأصل إنما ذلك راجع لعدم تفرقتهم بين العرف والعمل، ظنًّا منهم أنهما اسمان لمسمى واحد، قال الحجوي: " وكثيرا ما يكون العمل تابعا للعرف، مثل أدوات البيت، منها ما يكون للزوج ومنها ما يكون للزوجة، بحسب الأعراف والعوائد، فكل بلد يحكم له بعرفه"[4].

وعند تدقيق النظر في المسألة نجد أن العرف والعمل يختلفان في فروق ثلاثة وهي:

1- كون العرف يتعلّق بالمعاملات، بخلاف ما جرى به العمل، فإنه يتعلق بالمعاملات والعبادات.

2-أن العرف من موجبات ما جرى به العمل.

3-أن العرف والعادة فعل العوام شيئا المرَّة بعد المرَّة، والعمل إنما هو مـــمَّن يُقتدى بهم من العلماء.[5]

---

[1]ـــ المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس، ص 43.

[2]ـــ ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 3، 4، القادري: رفع العتاب والملام، ص 44.

[3]ـــ ابن فرحون، التبصرة، ج1، ص 55.

[4]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج 4، ص 468.

[5] ـــ ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص 44، المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص44.محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ص451

وتجدر الملاحظة أنّ القادري حين فرّق بينهما ذكر أن الضّرورة حاكمة بالفرق بين العمل الذي يكون مـــّمن يُقتدى بهم من الأئمة، وبين العادة التي تفعلها العوام[1].

وقد انتقد الجيدي هذه الفروق، لأنها لا تنهض كدليل على ضرورة الفرق بينهما، وذلك لما يلي:

– أن الفقهاء ليسوا متّفقين على إجراء العمل في العبادات، بل إن جمهور المحققين منهم يمنعون ذلك، كما أن العرف ليس محل اتفاق بينهم من حيث عدم تأثيره على العبادات، إذ أن هناك مسائل كثيرة هي من صميم العبادات أحال الفقهاء فيها على العرف، فالخلاف جار في هذا وذاك، فلم يبق لهذا الفرق معنى.

– أما بالنسبة للفرق الثاني؛ فهو أكثر ضعفا من سابقه، إذ العرف بدوره اشترطت فيه شروط لابد من توفرها، فليس العمل هو الذي اشترطت فيه هذه الشروط.

– وأما بالنسبة للفرق الثالث؛ فهو الذي يمكن اعتباره فرقا وجيها في الجملة، إلا أن ما يرد عليه هو أن العمل يجري بناء على عرف الناس وعاداتهم، وهو السبب الرئيس في قيامه. [2]

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة جريان العمل.

الفرع الأول: حجيّة الأخذ بقاعدة العمل عند المالكية.

تُشير الأبحاث إلى أن هذا النوع من الاجتهادلم يظهر إلاّ عند متأخِّري مالكية الأندلس والمغرب[3]، و لم تَعرِف بقيَّة الأقطار الأخرى هذا النوع من التَّفقُّه، وقد اختلف الفقهاء في صحّة الرُّكون إليه في الفتوى والقضاء، بين مُـــجيز ومانع، وبين مُضيّق ومُوسِّع.

ولقد عوَّل معظم متأخري مالكية الأندلس والمغرب على قاعدة العمل، واتخذوها قاعدة معتبرة لا يستغنى عنها في صناعة الفتوى والقضاء، وأعملوها في فتاويهم وأقضيتهم وما يعرض لهم من النوازل

---

[1]– القادري: رفع العتاب والملام، ص 44.

[2]– ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص395، 396.

[3]– قال الجيدي: لا يعلم بالضبط تاريخ ابتداء العمل، والذي نجزم به قطعا أنه كان قبل القرن العاشر الهجري، ولكن القرائن قائمة على أن الفقهاء ركنوا إليه في غضون القرن الثامن.ينظر الجيدي: العرف والعمل، ص 350

والمسائل، ومن بين المثبتين لهذا الأصل: ابن فرحون والحطاب، والونشريسي، والأجهوري[1]، وميَّارة، والهلالي، والمهدي الوزاني، وجلُّ شرَّاح التّحفة، وغيرهم كثير، و لم يُعارض في ذلك إلا بعضهم؛ كابن العربي وابن ستاري[2] والمقري الجد، وفيما يلي بعض النقولات والأقوال عنهم:

ـــ قال ابن لب: إذا كان عمل الناس على أقوال لبعض العلماء فلا ينبغي إنكاره.[3]

ـــ قال المازري: إن كان القاضي على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أدَّاه إليه اجتهاده إلى الخروج، لتهمة أن يكون خروجه هوى أو ضعفا.[4]

ـــ قال ابن فرحون: كثيرا ما يوجد في كتب المتأخّرين والموثّقين في المسألة ذات الأقوال الذي جرى به العمل كذا، والذي جرى به القضاء... ونصوص المتأخرين من أهل المذهب مُتَواطِئة على أن ذلك مـــمَّا يُرجَّح به القول المعمول به، ولا ينبغي أن يختلف في هذا، وظاهر النُّصوص تشهد به.[5]

وقال عبد الرحمان الفاسي[6]: وما به العمل دون المشهور مقدّم في الأخذ غير مهجور.

جاء في الشّرح: " إن القول الشّاذ الذي جرى عليه عمل القضاة والـــمفتين واستمرّ حُكمهم به مُقدّم في الأخذ على القول المشهور، فيجب على القاضي الحكم به ويمضي حكمه به ولا ينقض وإن كان ما جرى به العمل غير مشهور".[7]

وقد استدلوا بجملة من الأدلة الناهضة لإثبات قاعدة العمل، منها:

---

[1]- **الأجهوري**: هو أبو الإشاد علي عبد الرحمان الأجهوري، أخذ عن أعلام منهم البدر القرافي، واليرنومي، وعنه كثير كالخرشي والشبرخيتي وعبد الباقي الزرقاني، له تآليف عجيبة منها: شرح على مختصر خليل، وحاشية على شرح التتائي، (ت1066ه)، ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص262، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص303، 304)

[2]- **ابن الستاري**: هو أبو محمد عبد الله بن علي الأنصاري، يعرف بابن الستاري الأندلسي، أخذ عن ابي الحسن الأبياري وانتفع به وأبي العز وأبي الحسين المقدسي، حدث عنه عبد الرحمان بن غالب وقرأ عليه ابن أبي الربيع، له أجوبة تدل على متانة علمه،(ت647ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص214/ محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1.ص183).

[3]ـــ المواق: سنن المهتدين، طبعة حجرية، دت، ص5.

[4]ـــ القادري: رفع العتاب والملام، ص64.

[5]ـــابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص 53، 54.

[6]- **عبد الرحمان الفاسي**: هو أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي، أخذ عن والده وعمه أحمد الزموري، تزيد تآليفه منها نظمه للعمل الفاسي، وشرح بعضه، (ت1096ه)، ينظر: (محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص 315، الفكر السامي،ج2ن ص325)

[7]ـــ المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 46.

– ما ترجمه الإمام البخاري في صحيحه بقوله: " باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون عليه بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياقم ومذاهبهم المشهورة"[1].

والأصل في هذا حديث أنس بن مالك –رضي الله عنه– قال: " حَجَمَ رَسُول اللهِ أَبُو طَيْبَةَ، فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللهِ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ"[2] .

وحديث عائشة –رضي الله عنها–: قالت هند لرسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "إن أبا سفيان رجل شحيح، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سرًّا؟ قال: "**خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالمَعْرُوفِ**"[3].

قال ابن حجر: "قال ابن المنيِّر: مقصود البخاري بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ"[4].

فأصل قاعدة جريان العمل النّصوص الواردة في اعتبار العرف والعوائد، إذ أن العمل يجري على ما تعارف عليه القضاة والمفتون إذا وافق ذلك الشرع كما سبق بيانه في العرف.

– ومنها: أن ما جرى به العمل جارٍ وِفقَ أصول المذهب وقواعده، وبيان ذلك: " أن بعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيَعْمَدُ بعض فقهاء المذهب إلى الحكم بقول مخالف للمشهور لدرء مفسدة أو لخوف فتنة أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف، أو نوع مصلحة أو نحو ذلك، فيأتي بعده ويقتدى به مادام الموجب قائما، وهذا مبني على أصول في المذهب المالكي، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، أو جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة..."[5].

---

[1]ـــ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج4، ص512.

[2]ـــ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ذكر الحجام، رقم: 2102.فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج4، ص 324.

[3]ـــ سبق تخريجه ينظر. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج4، ص 405.

[4]ـــابن حجر: فتح الباري، ج4، ص405، 406.

[5]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص465.

– ومنها: أن ما جرى به العمل إذا ترجَّح بـــمُوجب صار من فروع الراجح، والراجح واجب تقديمه والعمل به، قال الهلالي: "والعمل لا يُنافي ما انعقد عليه الإجماع من مطلوبية العمل بالراجح، بل هو جزء من جزئياته، ومصدوق من مصدوقاته"[1].

ومنها: أن في تقديم ما جرى به العمل على المشهور حسما لمادَّة الخلاف، ووأْدا للفتنة وسدّا للذّريعة التي تُفضي إلى المفسدة، قال أبو مهدي السكتاني[2]: "ترك ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير"، وصرّح التّسُولي بأن مخالفته ليس بالأمر الهيّن....ومخالفة ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير، وقال محمد المجّاصي[3]: وخروج القاضي على عمل بلده ريبة قادحة، لكنه يقتصر من العمل على ما ثبت[4]، وقال ميارة: " إنّ القاضي يلزمه إتباع عمل بلده، وإنّ خروجه عنه مُوجب إساءة الظّنّ به".[5]

– ومنها: أن الأخذ بما جرى به العمل هو اقتداء بمالك في الأخذ بعمل أهل المدينة، فتأثروا بمالك في عمل أهل المدينة وقاسوا عمل الأمصار والأقاليم على عمل أهل المدينة، " لأنه يتّفِقُ معه في المبدإ، غير أنه يختلف عنه في الاعتبارات"[6]، وقالوا: إنّ الإمام مالك حكَّم قاعدة العمل على صعيد الاجتهاد المطلق، وجاء من بعده من أصحابه في العصور المتأخرة ولاسيما في بلاد المغرب، فحوَّروا تلك القاعدة إلى مفهوم جديد، وطبقوها في نطاق الاجتهاد المذهبي.[7]

---

[1]ـــ الهلالي: نور البصر، ص263.

[2]ـــ **أبو مهدي السكتاني**: هو عيسى بن عبد الرحمان مفتي مراكش، أخذ عن المنجور وغيره، وعنه خلق منهم محمد بن سعيد ومحمد بن سليمان الفاسي، له حاشية على شرح أم البراهين، (ت1062ه) ينظر: (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1.ص308).

[3]– **المجّاصي**: هو أبو محمد عبد الله بن عبد الواحد بن إبراهيم المجاصي البكاء، الفقيه الحافظ، من علماء فاس وشيوخها، يحفظ البيان والتحصيل لابن رشد، أخذ عن الربيع سليمان الونشريسي، وأخذ عنه المقري الجد، وابن مرزوق (ت732ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص165/ المقري: نفح الطيب، ج7، ص229).

[4]ـــ السجلماسي: فتح الجليل الصمد، ص 6، 7.

[5]– ميارة: شرح ميارة على التحفة، ج1، ص 28.

[6]– ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 342/ العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 183.

[7]– العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 79.

ولعل هذا الـــمترع الأخير في الاستدلال هو الذي جعل بعض الفقهاء كابن العربي وابن ستاري والمقري يُنكرون العمل ويُشنِّعون على من يأخذ به، قال في القواصم والعواصم: "ثم حدثت حوادث لم يلقَوْها في نصوص المالكية، فنظروا فيها بغير علم فتاهوا، وجعل الخلف منهم يتبع في ذلك السّلف، حتى آلت الحال ألاّ يُنظر إلى قول مالك وكبراء أصحابه، ويقال قد قال في هذه المسألة أهل قرطبة، وأهل طلمنكة، وأهل طليطلة، وأهل طلبيرة، فانتقلوا من المدينة وفقهائها إلى طلبيرة وطريقتها، فحدثت قاصمة أخرى "[1].

وفي المعيار سُئِل الفقيه عبد الله بن ستاري عمَّا يُوجد في كتب المتأخرين والـــمُوَثِّقين في المسألة ذات الأقوال؛ الذي جرى به العمل كذا والذي جرى به القضاء، واستمرت عليه الفتوى كذا، فهل يكون ذلك مُرَجِّحا لذلك القول أو لا؟ وهل له أن يختار أحد الأقوال فيقضي به أم لا[2].

ونقل ابن فرحون في التبصرة رأي ابن ستاري وقوله: "وإذا لم يُعتمد على عمل أهل المدينة دون تقييد أو تفصيل، وهي مستقرّ الوحي ومترل الرّسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة"، وأجاب عليه قائلا: "وكلامه في الجواب عما جرى به العمل غير شافٍ، وقياسه على عمل أهل المدينة غير مستقيم، فإن اختلف العلماء في عمل أهل المدينة إنـــّما هو بالنسبة إلى الإجماع، هل يكون عملهم إجماعا أم لا؟ وليس ذلك من هذا الذي نحن فيه"[3].

الفرع الثاني: شروط الأخذ بما جرى به العمل.

ليس كل ما قيل فيه جرى به العمل يقبل ويسلم، لاسيما وأن الأمر متعلق بتقديم الضعيف والشاذ على مقابليهما، وما دام الأمر كذلك فلا بد من الاحتياط والتثبت وعدم الاسترسال في الأخذ به، من هنا وضع فقهاء المالكية شروطا معتبرة لا بد من توافرها في المسألة التي جرى العمل بها حتى يصح تقديم الضعيف والشاذ على الراجح والمشهور.

---

[1]ـــ ابن العربي: العواصم من القواصم، ص 357.

[2]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص44

[3]ـــ.ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1ص52.

وقد اختلف فقهاء المالكية في شروط ما جرى به العمل بين موسع ومضيق، قال القادري: " لا يُقدَّم العمل على المشهور إلا بشروط ذكرها غير واحد، كالهلالي في الشرح المذكور، وكالشيخ بناني في حاشيته على الزرقاني، ونصه عند خليل "فحكم بقول مقلِّده"، قال المسناوي: وإذا جرى العمل ممن يقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل، وإن كان مخالفًا للمشهور، وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلّا فالواجب الرجوع إلى المشهور"، فاشتمل كلامهم على خمسة شروط"[1]، نظمها النابغة الغلاوي في البوطليحية فقال: [2]

شروط تقديم الذي جرى العمل ... به أمور خمسة غير هُمل

أولها ثبوت الذي جرى العمـــل ... بذلك القول بنص يحتمل

والثاني والثالث يلزمـــــــان ... معرفة الزمان والمـــكان

وهل جرى تعميما أو تخصيصا ... ببلد أو زمن تنصيصـــا

وقد يخص عمل بالأمكنـــــة ... وقد يعم وكذا في الأزمنة

رابعها كون الذي أجرى العمل ... أهلا للاقتداء قولا وعمل

فحيث لم تثبت له الأهليـــــة ... تقليده يمنع في النقلـــية

خامسها معرفة الأسبـــــــاب ... فإنها معينـــة في البـــاب

فعند جهل بعض هذه الخمـــس ... ما العمل اليوم كمثل الأمس

وفيما يأتي تفصيلها وشرحها:

---

[1]ـــ القادري: رفع العتاب والملام، ص 24. وقد نظم هذه الشروط محمد كنونبقوله:

والشرط في عملنا بالعمل ... صدوره عن قدوة مؤهل

معرفة الزمان والمكـــــان ... وجود موجب إلى الأوان.

[2]- الهلالي: نور البصر، ص 262.

أولا– ثبوت ما جرى به العمل.

ومعناه: أن يثبت عمل العلماء بالقول الضعيف من غير شك في ذلك، فإذا وقع الشك هل عمل العلماء بمقابل المشهور أو لا؟ فإنه يجب العمل بالمشهور[1]، ووجه اشتراطه أنه قضيّة نقلية انبنى عليها حكم شرعي، فلا بدَّ من إثباتها بنقلٍ صحيحٍ[2].

وقد ذكر الشيخ ميارة أن طريقة ثبوت جريان العمل تتم بشهادة العدول الـــمُثبتين في المسائل مـــمن لهم معرفة في الجملة حيث قال: "ولا يثبت العمل بما نراه الآن، وهو أن يقول بعض عوام العدول مـــمن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ فضلاً عن غيره جرى العمل بكذا، فإذا سألته عمّن حكم به أو أفتى به توقّف وتزلزل، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر، فضلا عن حكم شرعي".[3]

ثانيا–معرفة محلّ جريانه .

ويقصد به: المكان الذي جرى فيه العمل بقول مقابل الراجح أو المشهور، إذ أن اختلاف الأماكن والبلدان يؤدي إلى اختلاف الأحكام المبنية على الأعراف والعوائد ونحوها.[4]

ووجه اشتراط معرفة محلّ العمل؛ أن العمل قد يكون خاصًّا ببعض الأمكنة دون بعض وقد يكون عاما في جميع الأمكنة[5]، فإذا جُهل المحل الذي جرى به العمل لم تَتأتَّ تَعدِيتُه إلى المحل الذي يُراد تعديته إليه، إذ للأمكنة خصوصيات كما أن للأزمنة خصوصيات[6]، ولأجل ذلك اختلف العمل من بلد لآخر، لـــمُغايَرة العرف والمصلحة ونحوهما.

---

(1)– القادري: رفع العتاب والملام، ص 24.

(2)– الهلالي: نور البصر، ص 262.

(3)– التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص41.

(4)– ينظر: محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 518.

(5)– ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص24.

(6)– ينظر: الهلالي: نور البصر، ص263.

ثالثا–معرفة زمانه.

ومعناه: أن العمل قد يكون خاصا ببعض الأزمنة دون بعض، وقد يستمر في جميع الأزمنة.[1]

ووجه اشتراطه: أن المصلحة قد تكون في زمن دون زمن وقد تستمر في جميع الأزمنة[2]، إذ لكل زمان أهله وأعرافه ونوازله، وما يكون مصلحة في يوم قد يصير مفسدة في يوم آخر، "فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل ويظن أنه حكم مؤبد، بل هو مؤقت ما دامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خُولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم بالمشهور، لأنه واجب، والانتقال عنه رخصة للضرورة، فإذا زالت الضرورة ذهبت الرخصة، كالتيمم لعدم الماء".[3]

رابعا– صدوره عن الأئمة المقتدى بهم واستمرار القضاء والفتوى به.

قال الحجوي عند قول الهلالي "أن يكون من الأئمة المقتدى بهم:"هو مجتهد الفتوى[4]،بحيث يتبيّن له رجحان القول الذي عمل به بأدلته التي منها المرجحات المذكورة، وإلا فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح أو من مجتهد الفتوى، بيَّن وجه ترجيح ما عمل به، لأنه هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة أو ذريعة إليها، ويميز ما هو في رتبة الضرورات أو الحاجات وما هو في رتبة التحسينات... وعلى كل حال فلا يقدر على نقل مثل هذا إلّا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلا".[5]

ووجه اشتراط استمرار العمل بالقول الضعيف أو الشاذ؛ أن موجب العمل لا يزال قائما، فلو لم يستمر الحكم به من الأئمة المعتبرين لزال الموجب، ولصار العمل باطلا، كما أن اشتراط استمرار الحكم بالضعيف والشاذ يدفع توهم صدوره عن غير أهله.

---

(1)– القادري: رفع العتاب والملام، ص24.

(2)– المرجع نفسه، ص24.

(3)– الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص469.

(4)- **مجتهد الفتوى:** وهو المتبحر في مذهب إمامه الذي قلد فيه، ويفتي الناس بمسائله، المتمكن من ترجيح قول على آخر أطلقهما ذلك الإمام بأن لم ينص على ترجيح واحد منهما، أو المتمكن من ترجيح قول أصحاب ذلك الإمام على قول آخر أطلقوهما. أبو زهرة: مالك، ص371، الشنقيطي: نثر الورود، ص 648.

(5)–الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص465، 466.

كما أن صدور الحكم بالقول مرة واحدة من قاض واحد لا يقال فيه جرى به العمل، إذ جريان العمل تعدد الحكم بالقول المرة بعد المرة، ولو لم يشترط استمرار الحكم لكان كل قول شاذ أو ضعيف مما جرى به العمل، وهذا ما لم يقل به أحد، فعدد القضاة واستمرار الحكم من الشروط المعتبرة في ما جرى به العمل.

خامسا– معرفة موجبه.

إن معرفة السبب الذي لأجله عدل الفقهاء عن الراجح والمشهور إلى الضعيف والشاذ شرط بالغ الأهمية في الأخذ بما جرى به العمل، "ومن الموجبات: تبدل العرف أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة، فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان، ويتبدل في البلد الواحد بتجدد الأزمان، فليتفطّن الحاكم والمفتي لذلك".[1]

ولا يكفي معرفة الموجب، بل لابدّ أن يكون هذا الموجب كافيًا للعدول عن الراجح إلى المشهور، فإذا انتفت المصلحة أو السبب وجب العمل بالمشهور، وما دام العمل يبنى على موجبه فإنه يدور معه وجودا وعدما، فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور، لأن الحكم بالراجح ثم المشهور واجب، وهو من الأصول الشرعية العقلية[2]، ووجه اشتراط هذا الشرط "أنه إذا جهل موجب جري العمل امتنعت تعديته، لجواز أن يكون ذلك الموجب معدوما في البلد الذي يريد تعديته إليه"[3].

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.

من خلال عرض حقيقة إجراء العمل عند المالكية، ومشروعية الأخذبه في الفتوى والأحكام وفق الشروط السّالفة الذكر، يظهر جليّاً أن جريان العمل سبب وجيه من أسباب العدول عن القول المعتمد إذا انضبط بالشروط المعروفة، وقد نصّ على هذا المعنى كثير من الفقهاء، وفما يلي عرض لبعض نصوصهم:

---

[1]ـــ السجلماسي: فتح الجليل الصمد، ص 7.

[2]ـــ ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص465./ القادري: رفع العتاب والملام، ص24./ التسولي: البهجة، ج1، ص41.

[3]ـــ الهلالي: نور البصر، ص263.

جاء في المعيار: " العمل إذا جرى بالشيء في بلد ما كان مـــمّا يترجّح به، إلّا أن يختلف العرف في بلدين فلا يكون ذلك مرجِّحا"[1].

وقال الهلالي: قد علمت أن تقديم ما جرى به العمل مطلوب...فإذا رجَّح بعض المتأخرين المتأهّلين للتّرجيح قولا مقابلا للمشهور لموجب رجحانه عندهم، وأجروا به العمل في الحكم والفتوى، تعيَّن على المقلّد اتّباعهم"[2].

وقال التّســـــولي: "إن ما جرى به العمل يُلتمس له مخرج شرعي ما أمكن، إن كان هناك من يقول بـــــــه"[3].

وقال المسناوي: "وإذا جرى العمل مـــمّن يقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه يعمل به وإن كان مخالفًا للمشهور".[4]

وجاء في منار السالك: "يعتبر القول الذي جرى به العمل من فروع الراجح ومن جزئياته، لأن القول إذا جرى به العمل صار راجحًا، فإذا رجَّح بعض المتأخرين المتأهلين لذلك قولا مقابلا للمشهور تعيَّن اتباعه ويقدَّم على المشهور".[5]

وقال السجلماسي:" إذا كان القول المعمول به راجحا لم يجز للقاضي ولا المفتي العدول عنه إلى غيره وإن كان مشهورا، وفي أنكحة المعيار عن سيدي عبد الله العبدوسي[6]: لا يقضي القاضي إلا بمشهور المذهب، أو بما مضى عليه العمل من الموثوق بعلمهم ودينهم"[7].

وفي مراقي السعود: وقدم الضعيف أن جرى عمل به لأجل سبب قد اتصل.

---

[1] ـــالونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص47.

[2] ـــ الهلالي: نور البصر، ص 260.

[3] ـــ التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2/ ص215. الونشريسي: المعيار المعرب، ج8، ص8.

[4] ـــ القادري: رفع العتاب والملام، ص 23.

[5] ـــ الرجراجي: منار السالك، ، ص47.

[6] ـــ **عبد الله العبدوسي**: أبو محمد عبد الله محمد بن موسى بن معطي العبدوسي الفاسي، أخذ عن والده وجده أبي عمران، وعنه القوري، له رسائل وفتاوى نقل منها في المعيار، (ت849ه) ينظر: (التنبكتي:نيل الابتهاج، ص231، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1ص255)

[7] ـــ السجلماسي: العمليات العامة، ، ص 6، 7.

أي أنه يجب تقديم القول الضعيف في العمل به على المشهور إذا تخالفا، وإذا ثبت بشهادة العدول.[1]

وبتتبع كتب النوازل والفتاوى كثيرا ما نجدهم ينُصُّون على العدول عن القول المشهور أو الراجح في المذهب بسبب إجراء العمل، فيقدِّمون أقولا أخرى غير معتمدة أو من مذاهب أخرى، وما دفعهم إلى ذلك إلا العرف أو الضرورة أو المصلحة المعتبرة أو درء المفسدة، وسنذكر في المطلب الموالي نموذجين من المسائل الكثيرة التي جرى بها العمل والتي نقلها الونشريسي في المعيار.

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.

الفرع الأول: الخلع بالإنفاق على الولد زمن الرّضاع[2].

جاء ذكر هذه المسألة في موضع واحد من المعيار في نوازل الخلع والنفقات والحضانة، من جواب الشيخ العقباني[3] عن سائل استشكل جواب ابن رشد في سقوط نفقة المختلعة عن ولدها[4]، بينما أكثر الونشريسي من ذكر هذه المسألة في الوثائق[5]، كما سيأتي بيانه في هذه المسألة.

---

[1]ـــ الشنقيطي محمد الأمين: نثر الورود، ص661.

[2]- تناولت هذه المسألة في رسالة الماجستير أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية عند المالكية في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، وكان الغرض من دراستها إثبات جريان العمل فيها بموجباته وضوابطه التي بحثتها، ثم أعدت بحث ودراسة بعض المسائل من رسالة الماجستير في هذه الدراسة لتعلقها ببعض أسباب العدول عن القول المعتمد، بطريقة مختلفة، من حيث التحقيق في نسبة الأقوال والروايات المنصوص عليها في المذهب لأصحابها، وتبيين ما هو معتمد منها وما ليس بمعتمد، بالرجوع لكتب المختصرات والشروح، ثم التحقيق في العدول عن القول المعتمد وسببه ونسبته لمن عدلوا عنه من الفقهاء في كتاب المعيار وغيره، وهذه المسائل هي: الخلع بالانفاق على الولد زمن الرضاع، تضمين الراعي المشترك ، بيع المضغوط، ترك اللعان، تأبيد التحريم على المخبب والمخلق .

[3]- **العقباني**: هو أبو عثمان سعيد بن محمد العقباني التلمساني التجيبي، أخذ عن السطي وابني الإمام، وأخذ عنه ابن مرزوق والمصمودي وغيرهم، له: شرح الحوفية، وتفسير وشرح البردة، تولى قضاء بجاية وتلمسان(ت 811ه) ينظر: (الونشريسي: الوفيات، ص 137/ نيل الابتهاج، ص 189/ مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 360).

[4]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج 4، ص39.

[5]- الونشريسي: المنهج الفائق في الأحكام والوثائق، تحقيق عبد الرحمان بن حمود الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1: 1426ه/2005م، ج2، ص 556.

أولا– صورة المسألة.

الخلع في اللغة: من خلع يخلع من باب قطع، وخلعت النّعل وغيره خلعًا، نزعته، وخالعت المرأة زوجها مخالعة: إذا افتدت منه وطلّقها على الفدية فخلعها، والاسم الخلع، بالضّم، وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.[1]

وفي اصطلاح المالكية: "هو عقد معاوضة على البُضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض"[2].

وصورة مسألة الخلع بالإنفاق على الولد زمن الرّضاع: أن يشترط الزوج على الزوجة في عقد الخلع أن تُبقي من مالها ما تُنفق به على الولد من الزوج ذكراً كان أو أنثى، واحدًا أو أكثر، مدّة زائدة على مدّة الرّضاع، فيلزم الزوجة هذا الشرط.[3]

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

اختلف فقهاء المالكية في حكم نفقة الولد بعد الرضاع على قولين:

القول الأول: سُقوط النّفقة على المرأة بعد الحولين، والشّرط باطل، وهو **المشهور**.

وعلى هذا القول تلتزم المرأة بالنَّفقة مدَّة الرَّضاع، وما زاد على الحولين تسقط عنها النفقة.

جاء في المدوّنة: " قُلت: أرأيت إن اختلعت امرأة من زوجها على أنّ نفقة الزوج عليها أو نفقة الولد؟ قال: سمعت مالكًا يقول: إذا اختلعت امرأة من زوجها على أن ترضع ولدها منه سنين وتُنفق عليه إلى فِطامه فذلك جائز، وإن ماتت كان الرّضاع في مالها والنّفقة عليها في مالها، وإن اشترط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلاً أربع سنين أو ثلاث سنين، فذلك باطل، وإنما النفقة على

---

[1]ـــ الرازي: مختار الصحاح، ، ص 185

[2]ـــ الرصاع: الهداية شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص 275.

[3]ـــ ينظر: التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 556/ الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 88.

الأم والرضاع في الحمل وفي الحولين، فأمّا ما بعد الحول والحولين فذلك موضوع عن المرأة، وإن اشترطه عليها الزوج. قال: وأفتى مالك بذلك وقضى به"[1].

وهو قول خليل في المختصر: "وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعه"[2]، قال الحطاب: " قاله ابن القاسم وابن وهب ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ، وهو قول مالك وابن القاسم في المدونة"[3].

القول الثاني: وُجوب النّفقة على المرأة في الحولين وما بعد الحولين، **وهو القول الشاذ.**

وعلى هذا القول تلتزم المرأة بالنفقة على الولد مدّة إرضاعه، كما تلتزم بالنفقة عليه بعد الحولين بحسب الشّرط المتفق عليه في عقد الخلع، فيُصبح الشرط لازمًا لها.

وهو قول المغيرة المخزومي، وسحنون وابن يونس واللخمي، جاء في مواهب الجليل: "قال المخزومي: يلزمها نفقة الزوج ونفقة الولد بعد الحولين، وقاله سحنون: ابن يونس: وهو أصوب، وبهذا جرى العمل والقضاء، قال ابن العطار[4]: وبقول المغيرة القضاء عندنا، وكذلك كان ابن لبابة لا يرى كلام ابن القاسم ولا روايته"[5].

قال في التوضيح: "قال اللخمي والمغيرة وابن الماجشون وأشهب وابن نافع وسحنون: لاتسقط النفقة، وهو صواب عند جماعة الشيوخ"[6].

---

[1]ـــ سحنون: المدونة الكبرى، ج2، ص248، 249.

[2]ـــ خليل: المختصر ، ص113.

[3]ـــ ابن عبد الحكم: المختصر الكبير، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبوية للمخطوطات، ط2: 1432ه/2011م، ص 201/ ابن رشد: البيان والتحصيل، ج5، ص 250، ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1413ه/1993م، ص 277، الحطاب: مواهب الجليل، ج5، ص296.

[4]- **ابن العطار:** هو أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بابن العطار الأندلسي، العارف بالشروط، أخذ عن ابن القوطية وأبو عيسى الليثي، وابن أبي زيد، وعنه أخذ بن الفرضي، (ت 399ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج 4، ص 650/ ابن فرحون: الديباج المذهب، ص 364/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 151).

[5]ـــ الحطاب: مواهب الجليل، ج5، ص296. وينظر: ابن يونس: الجامع، ج4، ص 422،

[6]ـــ خليل، التوضيح، ج4، ص 298.

ثالثا– العدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.

وبعد عرض أقوال المالكية في المسألة، يتبين أن القول المعتمد في المذهب هو القول الأول، والذي يقضي بسقوط النفقة عن المرأة بعد مدة الرضاع، غير أن متأخري المالكية عدلوا عن هذا القول إلى القول الثاني، وهو الشاذ، وأوجبوا نفقة المختلعة بعد الحولين، وذلك بسبب جريان العمل بهذا القول، قال السجلماسي: " هذه المسألة مما جرى به العمل، وهي مذكورة في اللامية أيضا، والعمل الجاري لا يختص بمدينة فاس لوحدها بل هو جارٍ فيها وفي غيرها، ...

قال في نظم العمل الفاسي: وشرط من خالع في العقود نفقة منها على المولود.

لمدة على الرّضاع زائدة....[1]

وفي نظم تحفة ابن عاصم:

والخلع بالإنفاق محدود الأجل بعد الرضاع بجوازه العمل.

وجاز قولا واحدا حيث التزم ذاك وإن مخالع به عدم.

وقال ميارة: " والعمل على جواز الخلع أن تنفق المرأة على الولد أجلا محدودا بعد حولي الرضاع"[2]، وقال ابن لبابة: " الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته"[3].

وقال المتيطي: " قال غير واحد من الموثقين؛ والعمل على هذا القول، ووجهه ظاهر لأن غايته غرر، والغرر جائز هنا"[4].

وقال ابن هلال: وهو قول المخزومي وأشهب وعبد الملك ابن حبيب وابن نافع وابن دينار، وبه قال سحنون، وصوّبه ابن محرز[5] واللخمي وابن يونس وغيرهم، وعليه العمل"[1].

---

[1]–الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 88.

[2]ـــ ميارة: شرح ميارة على التحفة، ج1، ص360.

[3]– التسولي: البهجة في شرح التحفة، ومعها حلى المعاصم للتاودي، ج1، ص 556.

[4]ـــ خليل: التوضيح، ج4، ص298.

[5]–**ابن محرز**: هو أبو القاسم عبد الرحمان بن محرز القيرواني، الفقيه المحدث، تفقه بالقابسي وأبي عمران الفاسي، له: تقييد على المدونة سماه التبصرة، وكتابه الكبير المسمى بالقصد والإيجاز، (ت 450ه). ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج2، ص327/ ابن فرحون الديباج المذهب، ص 164/ مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 163).

وفي المعيار من جواب شيخه العقباني قوله: "اعلم أنّ كثيرًا من مسائل النَّفقة يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف، وإن كانت الألفاظ تدلّ على خلاف ذلك، ومن ذلك المسألة التي أجاب عنها ابن رشد، وبمثل هذا العرف قضى الإمام فيمن التزمت في الخلع إجراء النفقة على الولد إلى بلوغ الحلم"[2]. ومثله ورد في نوازل البرزلي[3].

الفرع الثاني: مسألة غرس الأشجار في المساجد.

جاء ذكر هذه المسألة في نوازل الجامع من المعيار، تحت عنوان: الغرس في المسجد ومن المستحق لثمره؟، وقد نقل الونشريسي الفتوى عن الأستاذ أبي سعيد بن لب كما سيأتي ذكره.

أولا– صورة المسألة.

الأصل في المساجد أنها أماكن للعبادة، ومن شأنها أن تُحفظ وتُصان عن كل ما يصرفها عن ذلك، كما أنّ أرض المسجد هي أرض وقف وحبس، فتعتريها أحكامهما، فهل يجوز غرس الأشجار في محيط وأرض المسجد؟ وإذا كانت الأشجار مثمرة، فلمن ثمرها؟

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

من خلال البحث في كتب المالكية لم أقف على من نصّ على قول مالك وأصحابه في هذه المسألة –حسب اطلاعي–، إلا ما جاء في المدونة: " قال مالك: لا يقطع أحد من شجر الحرم شيئا، فإن قطع فليس فيه كفارة، إلا الاستغفار، ... قال: وقال مالك: كل شيء أنبته الناس في الحرم من الشجر مثل النخل والرمان والفاكهة كلها وما يشبهها فلا بأس بقطع ذلك"[4]،وهذا القول خاص بشجر الحرم لمن أحرم بحج أو عمرة، وهو في غير المسألة التي نحن بصدد بحثها.

وبالرجوع إلى كتب المختصرات وشروحها، نجد أن هذه المسألة لم تقصد أو تفرد بالبحث، وإنما وردت عرضا في كتب المتأخرين في باب آداب المساجد وما يجوز فيها وما لا يجوز، وذلك عند

---

[1]ـــ السجلماسي: شرح العمل الفاسي، ج1، ص6.

[2]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج 4، ص 39.

[3]– البرزلي: فتاوى البرزلي المسمى: جامع مسائل الأحكام، لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، تحقيق محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 2002م، ج2، ص 460.

[4]– سحنون: المدونة، ج2، ص 451.

قول صاحب الرسالة: " ويُكره العمل في المساجد"[1]، قال النّفراوي[2]: " وأما غرس الشجر أو الزرع فيه فيحرم كما صرح به شرّاح خليل، ...وما غُرس فيه من الأشجار يُقطع، وقال ابن سهل: هي حلال للفقير والغني لأنّ سبيلها كالفيء"[3].

وبالرجوع إلى نوازل ابن سهل؛ نجد أنه نقل عن ابن عتاب أنه سُئل عن غرس الأشجار بالمساجد أمباح هو؟ فأجاب بعدم الجواز عملا بقول مالك، وكان يُنكر ذلك ويمنعه، وقال ابن وضاح[4]: أحب إليّ أن تُقطع ولا تُترك فيهن و لم أرَ في مساجد الأمصار شجرة لا بالشام ولا بغيرها، قلت: فإذا كانت هل ترى أن الأكل منها مباح؟ فقال: هي للمؤذن وشبهه، وما كنت أحب أن آكل منها[5].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.

أوّل ما ظهرت مُخالفة مذهب مالك في مسألة غرس الأشجار في المساجد كانت بالأندلس، كما نصّ على ذلك ابن غازي في أرجوزته: قد خولف المذهب في أندلس في ستة منهن سهم الفرس، وغرس الأشجار لدى المساجد...[6]، وذكر ابن عبد البر أن أوّل ما غرست الشجر بالمسجد الجامع في أيامه صعصعة بن سلامة الشامي، وهو مذهب الأوزاعي، وكره مالك وأصحابه ذلك"[7].

وجاء في المعيار المعرب من جواب ابن لب عن المغارسة في المسجد قوله: " مذهب مالك المنع من ذلك، وإن غرس فيه شيء قلع، ومذهب الأوزاعي جواز ذلك، فأما ثمرها فلم يتكلم فيه المتقدمون،

---

(1)– ابن أبي زيد القيرواني: الرسالة، تحقيق: عبد المجيد الشرنوبي، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، ص 184..

(2)– **النفراوي**: هو أبو العباس أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، من نفرى بمصر، تفقه باللقاني ولازم عبد الباقي الزرقاني، له الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد، ورسالة في التعليق على البسملة، (ت 1125ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 460/ الزركلي: الأعلام، ج1، ص 192).

(3)–النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص 542. وينظر: شرح زروق وابن ناجي على الرسالة، ج2، ص 402.

(4)– **ابن وضاح**: هو أبو عبد الله محمد بن وضاح بن يزيد القرطبي، الفقيه المحدث، سمع إسماعيل بن أويس ويحي بن يحي وابن حبيب وغيرهم، وعنه أخذ بن لبابة وابن المواز وغيرهم، (ت 289ه) ينظر: (ابن فرحون: الديباج، ص 338/ابن الفرضي: تاريخ علماء الأندلس، ج2، ص148/مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 113)

(5)– ابن سهل: الإعلام بنوازل الأحكام، ج1، ص 1، ص743.

(6)– ينظر: ميارة: شرح ميارة الفاسي، ج1، ص 35، المكناسي: مجالس القضاة والمفتين، ج1، ص 577.

(7)– ينظر: ابن سهل: الإعلام بنوازل الأحكام، ج2، ص 743.ابن الفرضي: تاريخ علماء الأندلس، ج1، ص 240.

ووقع في نوازل ابن سهل ثلاثة أقوال: أحدها أن يكون لجماعة المسلمين، وثانيها: أن يكون للمؤذنين وشبههم من خدام المسجد، والثالث: أن ذلك للفقراء والمساكين، والصحيح أن ذلك لفقراء المسلمين"[1].

وتوجيه هذا العدول عن مذهب مالك كما قال الشيخ رزوق، أن أهل الأندلس كانوا على مذهب الأوزاعي، ثمّ انتقلوا إلى مذهب مالك، فاستصحبوا قول الأوزاعي في المسألة لما مضى به عملهم[2].

ومن الأندلس انتقل العمل بقول الأوزاعي إلى المغرب، فقد جاء في نظم العمل الفاسي:

وشجرة بمسجد أو مقبرة يأكل منها من شاء من تلك الشجرة

قال في الشرح: الشجر النّابت في المساجد أو المقابر مُباح ثـــمره، لكل أحد من الناس يأكله من شاء منهم لا حرج في ذلك ولا إثم عليه، عملًا بقول سحنون في الشجرة تنبت في المسجد أو المقبرة: هي لله يؤُكل ثمرها...والعمل في مساجدنا اليوم بتخصيص المؤذنين بها لتقرر العرف[3].

---

[1]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج1، ص12.

[2]- زروق: شرح الرسالة، ج2، ص 402.

[3]- الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 410.

المبحث الثالث:

العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الضرورة والحاجة.

تمهيد:

تعدّ الضرورة من أهمّ الأسباب الموجبة للعدول عن القول المعتمد، لشدة إيغالها في المقاصد والمصالح، إذ المصالح مراتب متفاوتة، وأقوى مراتب المصالح: المصلحة الضرورية ثم المصلحة الحاجية، وقد جاءت الشريعة الإسلامية مراعية لهذه المصالح، وقد تتغير هذه المصالح بتغير أحوال الناس اضطرارا واحتياجا، فتتغير الأحكام بما يضمن تحقق مصالح العباد، كما أن الضرورة والحاجة لهما صلة بعلم الأصول وبالقواعد الفقهية، مثل قاعدة" الضرورات تبيح المحضورات" و" الحاجة تنزّل منزلة الضرورة" و" الضرورة تقدّر بقدرها" وغيرها من القواعد الفقهية، وسأتناول في هذا المبحث حقيقة الضرورة والحاجة عند المالكية والفرق بينهما، ومدى مراعاتهم للضرورة والحاجة في الأحكام والفتاوى، وأدلة مشروعية مراعاتهما، لنخلص في الأخير إلى اعتبار الضرورة والحاجة كسبب للعدول عن القول المعتمد في المذهب، ثم أبحث مسألتين فقهيتين كمثالين للعدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.

المطلب الأول: تعريف الضرورة والحاجة، والفرق بينهما.

الفرع الأول: تعريف الضرورة.

أولا– الضرورة في اللغة: قال ابن فارس: "الضاد والراء أصول ثلاثة؛ الأول خلاف النفع، والثاني اجتماع الشيء، والثالث القوة"[1].

والضرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول: حملتني الضرورةعلى كذا وكذا، واضطر فلان إلى كذا وكذا، والاضطرار: شدة الاحتياج للشيء...[2]

---

[1]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص 46 (مادة ضر).

[2]– ينظر: الأزهري: تهذيب اللغة، ج11، ص 315.ابن منظور: لسان العرب، (فصل الضاد المعجمة)، ج4، ص 483.

وتطلق الضرورة في اللغة على: القحط والشدّة والضرر وسوء الحال والنقصان يدخل على الشيء الاحتياج للشيء، يقال اضطره إليه أي أحوجه إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَمَنُ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِ ﴾[سورة البقرة: 173].

والضروري: كل ما تمس إليه الحاجة، وكل ما ليس منه بد، وهو خلاف الكمالي[1].

قال الجرجاني: الضرورة مشتقة من الضرر، وهو: النازل مما لا مدفع له[2].

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن الضرورة في اللغة تأتي بمعنى الحاجة، ويدور معناهما على الشدة وخلاف النفع، والإلجاء للشيء.

ثانيا– الضرورة في الاصطلاح: لها معنيان، معنى فقهي ومعنى أصولي:

أما المعنى الفقهي: فهي كما قال ابن جزي[3]: " خوف الموت؛ ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظنًّا"[4].

وعرفها الدردير[5] بأنها: " الخوف على النّفس من الهلاك علما أو ظنا"[6].

وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿ فَمَنُ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِ ﴾[سورة البقرة: 173]: " الاضطرار لا يخلو أن يكون بإكراه من ظالم، أو بجوع من مخمصة، ... وقيل: معناه أُكره وغُلب على أكل المحرمات"[7].

---

[1]ـــ ينظر: الفيروز ابادي: القاموس المحيط، ص 428، تاج العروس شرح القاموس(مادة ضر).

[2]– الجرجاني: التعريفات، ص 143.

[3]– **ابن جزي**: هو أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، له: تقريب الوصول لعلم الأصول، وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم، القوانين الفقهية، (ت741هـــ) ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ص388، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1، ص306، الزركلي، الأعلام، ج5، ص 325).

[4]– ابن جزي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، الكويت، دط، ص 298.

[5]ـــ **الدردير**: هو أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الدردير، أخذ عن الصعيدي والصباغ و محمَّد الأمير، وعنه خلق كثير، له: أقرب المسالك لمذهب مالك، شرح على المختصر، متن في الفقه،(ت1201ه).ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، ج4، 348،الزركلي: الأعلام،ج1،ص244)

[6]ـــ الدردير: الشرح الكبير ومعه حاشة الدسوقي، ج 2 ,ص 136، وانظر: الزرقاني: شرح الزرقاني على المختصر، ج3، ص 08.

[7]– القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج2، ص 225.

وعرفها مصطفى الزرقا بأنها: " ما يترتب على عصيانها خطر، كما في الإكراه الملجئ، وخشية الهلاك جوعا"[1].

وعرّفها وهبة الزحيلي بقوله:" أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بأحد الأعضاء أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح حينئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع.[2]

وهي بهذا المعنى تشمل كل أنواع الضرورة؛ كضرورة الغذاء والدواء والمال والإكراه والدفاع عن النفس وغيرها.

أما المعنى الأصولي للضرورة: فهو كما قال الشاطبي:"ما لابد منه في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث لو فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج، وفوت حياة، وفي الآخرة فوات النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين"[3].

وهي بهذا المعنى تشمل كل ما يخل بأحد الكليات الخمس للشرع، كما تشمل الضرورة والحاجة العامة، لأن الحاجة قد تكون في معنى الضرورة فتنزل منزلتها، والحاجة هي: المشقة الشديدة التي لا يخشى منها فوات النفس أو عضو من أعضاء البدن[4]، وهي لا تختص بآحاد الناس، فهي أعم منها بالمعنى الفقهي، وهي تشمل الحاجة أيضا.

---

[1]- الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص 1005.

[2]ـــ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2: 1405ه/1985م، ج1، ص26. نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5: 1997م/ 1418ه، .ص67. 68.

[3]- الشاطبي: الموافقات، ج 3، ص7.

[4] -البوطي: محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مكتبة رحاب الجزائر، ومؤسسة الرسالة، بيروت، دط، ص119.

الفرع الثاني: تعريف الحاجة.

أولا– الحاجة في اللغة: مفردة من حوج، والجمع حاجات وحوائج، وأصلها في كلام العرب حائجة حذفوا منها الياء، فقالوا: حاجة وحوائج[1].

جاء في معجم مقاييس اللغة: " (الحاء والواو والجيم) أصل واحد، وهو الاضطرار إلى الشيء"[2]،ومنه قوله تعالى: ﴿ إِلَّا حَاجَةً فِي نَفْسِ يَعْقُوبَ قَضَىٰهَا ﴾[سورة يوسف: 68]، أي مأربا مهمًّا[3]، وقوله: ﴿ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّا أُوتُوا ﴾[سورة الحشر: 9]، أي: الافتقار إلى الشيء وهو الاحتياج[4].

وتطلق الحاجة في اللغة على عدّة معاني منها: الافتقار، والمأرب، والعوز، والاضطرار...[5]

فنجد أن اللغويين يعبرون عن الحاجة بمعنى الضرورة والعكس، وقد أثّر هذا الاستعمال على المعنى الفقهي للمصطلحين عند الفقهاء كما سيأتي .

ثانيا– الحاجة في الاصطلاح:

من خلال بحثي عن معنى الحاجة في كتب المالكية لم أقف على من اختصها بتعريف، إلا ما جاء في الموافقات، قال الشاطبي: " وأما الحاجيات فمعناها: أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلف في الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد المتوقع في المصالح العامة"[6]، فهي في مرتبة دون مرتبة الضرورة، وهذا أجود تعريف للحاجة، وعليه اعتمد من جاء بعده، وفي ما يلي شرح له: [7]

---

[1]– ينظر: الفيروزأبادي: القاموس المحيط، ص210، الجوهري: الصحاح، ج1، ص 307،

[2]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج1، ص 324.

[3]– محمد الطاهر ابن عاشور: التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، دط: 1984م، ج28، ص 92.

[4]– الراغب الأصفهاني: معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص134.

[5]– ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص 242(فصل الحاء)، الزيات: المعجم الوسيط، ج1، ص 426.

[6]– الشاطبي: الموافقات، ج3، ص 9.

[7]– أحمد كافي: الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1424هـ/2004م، ص 33، 34.

قوله: "**مُفتقر إليها**" أي: يحتاجها الناس للتوسعة واليسر عليهم، دفعا للمشقة والحرج.

قوله: "من **حيث التوسعة ورفع الضيق**"أي: سبب الحاجة إليها، وهو رفع الضيق والحرج عن المكلف بالتوسعة عليه.

قوله: " **المؤدي في الغالب**"أي: اعتبارا للأغلب الذي يأخذ حكم الكل، وخرج منه الحالات الفردية والحرج النادر والمشقة المعتادة.

قوله: " **لا يبلغ مبلغ الفساد**...": بيان لمنزلة الحاجة، فهي أدنى من الضرورة من حيث ترتب الفساد بفوتها.

ومن تعريفات المعاصرين للحاجة؛ أنها الافتقار إلى الشيء لأجل التوسعة ورفع الضيق والمشقة بارتكاب المحرّم أو ما يخالف الأدلة الشرعية.[1]

أو هي: مصلحة تدفع عن المجتمع مشقة غير مألوفة في جميع شؤون الحياة، ولاسيما في المعاملات، فهي أدنى من الضرورة[2].

وتوجد الكثير من التعريفات التي تختلف في العبارات والألفاظ، غير أنها ترجع في حقيقتها ومدلولها إلى تعريف الشاطبي السابق.

الفرع الثالث: الفرق بين الضرورة والحاجة.

كثيرا ما يستعمل المالكية الضرورة والحاجة بمعنى واحد، اكتفاء بالمعنى اللغوي للمصطلحين، ولاشتراكهما في الحكم، فكثيرا ما تنزل الحاجة منزلة الضرورة، قال في المختصر: "واغتفر غرر يسير للحاجة لم يقصد"، جاء في الشرح: " ولذا عبّر المازري عن قيد الحاجة بالضرورة، وهي أخصّ من الحاجة، لكن الخطب سهل[3]"، غير أنه يمكن التفرقة بينهما من خلال الأمور الآتية:

---

[1]- الرشيد، أحمد بن عبد الرحمان: الحاجة وأثرها في الأحكام، مكتبة كنوز إشبيليا، الرياض، ط1: 1429هـ/2008م، ج1، ص80.

[2]- فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، ص 471.

[3]- بنابي: الحاشية على الزرقاني، ج5، ص 80.

1- أن الباعث على الضرورة هو الإلجاء الذي لا اختيار فيه للمكلف، أما الباعث على الحاجة فهو التيسير والتسهيل حتى يكون للمكلف الاختيار .

2- أن المشقة في الحاجة أقل منها في الضرورة، فكل مشقة بالغة مؤدية للهلاك أو خرم أحد الكليات الخمس، وهي الدين والنفس والعقل والعرض والمال تعتبر ضرورة، أما المشقة التي لا تصل إلى ذلك الحد، ولكن يقع معها الضيق والحرج للمكلف تعتبر حاجة، فالفرق راجع إلى نسبة المشقة .

3- أن تأثير الضرورة في الأحكام أقوى من تأثير الحاجة، لأن الضرورة تبيح أنواعا من المحرمات لا تبيحها الحاجة.[1]

وتأسيسا على ما سبق؛ تكون العلاقة بين الضرورة والحاجة هي علاقة العموم والخصوص المطلق، فكل ضرورة حاجة وليس كل حاجة ضرورة، غير أنه ليس هناك ضابط محدد لتمييز الضرورة عن الحاجة؛ نظرا لتغير مدلولها وتطور مفهومها، فما يكون حاجة بالأمس قد يصبح ضرورة في الحاضر أو في الغد، وما لم يكن حاجة في الماضي قد يصبح حاجة ملحة في وقت ما، فحاصل الأمر أن هناك تداخل بينهما، والضابط هو تقدير المجتهد.

وقد اتفق فقهاء المالكية على وجوب مراعاة حالات الضرورة في الجملة، غير أنهم اختلفوا في مقدار وحدود مراعاة الضرورة بين موسع ومضيق، فهناك من جعل الحاجة الملحة كالضرورة في إباحة المحظور؛ قال الشاطبي: "إنه لو أطبق الحرام الأرض، أو ناحية من الأرض يعسر الانتقال منها، وانسدت طرق الحلال، ومست الحاجة إلى الزيادة على الرمق، فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة، ويرتقي إلى قدر الحاجة في القوت والملبس والمسكن، إذ لو اقتصر على سد الرمق لتعطلت المكاسب والأشغال، و لم يزل الناس في مقاساة ذلك إلى أن يهلكوا، وفي ذلك خراب الدين...فإن الشرع أجاز أكل الميتة للمضطر، والدم ولحم الخنزير وغير ذلك من الخبائث المحرمات، لكن لا ينتهي إلى مقدار الترفّه والتّنعم، وهذا ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص على عينه، ...كما أجازوا أخذ مال الغير عند الضرورة أيضا"[2]، فنستنتج من كلام الشاطبي والمثال الذي ساقه؛ أن اعتبار الضرورة مطلوب، سواء

---

[1]- ينظر: أحمد كافي: الحاجة الشرعية، ص 36 وما بعدها، الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية، دار المنهاج، الرياض، ط 1: 1418هـ، ج3، ص 28 وما بعدها، الرشيد: الحاجة وأثرها في الأحكام، ج1، ص 81.

[2]- الشاطبي: الاعتصام، تحقيق سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، الجزائر، دط: 1428ه/1997م، ج2، ص107

كانت الضرورة ملجئة أو نزلت إلى الحاجة الشديدة التي توقع المكلف في الحرج والضيق، وهو مقتضى قوله" ملائم لمقاصد الشرع"، كما لا يشترط في الضرورة أن يصل الإنسان إلى حال يشرف فيها على الموت، لأن الأكل فيه لا يفيد، ولا يقف عند حد سد الرمق، وله أن يتزود من المحرم، لكنه إذا وجد الحلال استغنى به، ووجب عليه أن يطرح الحرام.[1]

المطلب الثاني: أدلة اعتبار الضرورة والحاجة وضوابط مراعاتها عند المالكية.

الفرع الأول: أدلة مراعاة الضرورة والحاجة عند المالكية.

واستدل المالكية بجملة من الأدلة على مشروعية مراعاة حالات الضرورة، نذكر منها ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[سورة البقرة: 173].

- وقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[سورة المائدة: 3].

- وقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾[سورة الأنعام: 3]

- وقوله تعالى: ﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[سورة الأنعام: 145]

---

[1]ـــ عليش: شرح منح جليل، ج1، ص596.

- وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[سورة النحل: 115]

ووجه الاستدلال من الآيات؛أنها ذكرت المحرّمات والخبائث التي تنفر منها الطباع السّليمة، والتي فيها ضرر على المكلف، لكنها نصّت على أنه إذا اضطر المكلف وألجأته الضرورة إلى أكل شيء من هذه المحرمات غير باغ بأكله ما حرم الله عليه، فليس عليه إثم غير متجاوز قدر الضرورة.

وقال ابن العربي: " إن الضرر في الآية هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربو عليه، وهو نقض النفع، ...وحققنا أن المضطر هو المكلف بالشيء المُلجئ إليه المكره عليه، ...وأشرنا إلى أنه قد يكون عند علمائنا المضطر وقد يكون المحتاج، ولكن الملجأ مضطر حقيقة والمحتاج مضطر مجازا"[1]، وقال في القبس: " القاعدة السابعة: اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرّم"[2].

قال القرطبي: " أي من اضطر إلى شيء من هذه المحرمات وأحوج إليها فهو من الضرورة"[3].

وقال ابن عاشور: " إن معنى رفع الحرج عن المضطر لا ينشأ عن التحريم، والمضطر هو الذي ألجأته الضرورة أي الحاجة، فاضطر إلى أكل شيء من هذه المحرمات فلا إثم عليه"[4].

وقال ابن عطية في تفسير قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[سورة الحج: 78]: "معناه: ما جعل عليكم من تضييق في شرعة الملّة، وذلك أنها حنيفية سمحة ليست كشدائد بني إسرائيل وغيرهم، بل فيها التوبة والكفارات والرخص وغير هذا مما هو كثير عدّه...ورفع الحرج صحّ لجمهور هذه الأمة"[5]، كما أن التيسير ورفع الحرج مقصد من مقاصد الشرع المعتبرة.

---

[1]- ابن العربي: أحكام القرآن، ج1، ص 81.

[2]- ابن العربي: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق محمد عبد الكريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1994م، ج 2، ص 790.

[3]- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 34.

[4]- ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج 2، ص 120.

[5]- ابن عطية: محمد عبد الحق، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق الرحالي فاروق وآخرون، قطر، ط1: 1398هـ/1977م، ج10، ص 326.

ومن السنة: قوله –ﷺ- لأبي واقد الليثي حينما سأله: يا رسول الله إنا بأرض تصيبنا مخمصة، فما يحل لنا من الميتة؟ قال: "**إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا وَلَمْ تَغْتَبِقُوا**[1] **وَلَمْ تَحْتَفِئُوا**[2] **بِهَا بَقْلًا**[3] **فَشَأْنُكُمْ بِهَا**"[4]، ووجه الاستدلال من الحديث؛ أنه نصّ على إباحة الميتة والمحظور من الأطعمة حال الضرورة.

ومنها الحديث الذي أخرجه مالك في الموطأ، أن رسول الله –ﷺ- قال: " **لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**"[5].

ووجه الاستدلال من الحديث أنه نهى عن الضرر والإضرار بالغير، ...والحديث أصل في إزالة الضرورة، وأنها تقتضي الإباحة...[6]، قال ابن عاشور: "الحديث أصل في إبطال جنس الضرِّ بين المسلمين، وهو مجمل في كثير من أنواع الضر الحاصلة بين الناس في معاملاتهم، تبيّنه الأدلة الشرعية الكثيرة القاضية بإبطال أجناس الضر وإمضاء أخرى، ويبينه القياس الجلي، ....فلو أخذنا بظاهر إجماله ولم نعمل النظر في أدلة الشريعة المبيّنه له والمؤولة ظاهره، لقضينا بتعطيل معظم أنواع المعاملات والتصرفات وذلك باطل، فتبيّن أن الضرر المنفي في الحديث هو الضر الذي لا مسوّغ له عند الشرع"[7].

كما توجد أدلة ونصوص أخرى استدلّ بها المالكية على وجوب اعتبار ومراعاة الضرورة والحاجة في الأحكام، نكتفي بالقدر الذي ذكرناه من الأدلة لوضوحها في الدلالة على المطلوب، واجتنابا للتطويل.

---

(1)– تغتبقوا: من الغبوق وهو شرب آخر النهار، وهو مقابل الصبوح. انظر: لسان العرب، ابن منظور، ج10، ص282

(2)– تحتفئوا: من الحفا، مهموز مقصور، وهو أصل البردي الأبيض الرطب منه.المرجع نفسه، ج14، ص189.

(3)– بقلا: نبات عشبي يتغذي به الإنسان والحيوان،قال ابن سيده" أول مَا يَنْبُتُ قَبْلَ أَن يخضرَّ" .المرجع نفسه، ج11، ص61.

(4)ـــ أخرجه أحمد في المسند، حديث أبي واقد الليثي، رقم، 22538، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضحايا، باب ما يحل من الميتة بالضرورة، رقم 19420. وأخرجه الحاكم في المستدرك، رقم 7156، وقال: صحيح على شرط الشيخين، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: رواه أحمد بإسنادين رجال أحدهما رجال الصحيح، ج 4، ص293.

(5)– أخرجه مالك في الموطأ، باب القضاء في المرفق، رقم: 1424، ص 455، عن عمرو بن يحيى المازني.

(6)- ينظر: الباجي: المنتقى، ج7، ص 407.

(7)– ابن عاشور: كشف المغطي عن المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ، دار سحنون ودار السلام، تونس، ضبط نصه وعلق غليه: طه بوسريح التونسي، ط1: 1427هـــ/2006م، ص 319، 320.

الفرع الثاني: شروط وضوابط مراعاة الضرورة.

إن العمل بالضرورة ليس على إطلاقه، بل لا بد له من قيود وضوابط وشروط تقيّده، حتى لا تكون الضرورة مطيّة لأهل الأهواء والزيغ فيحلّوا ما حرّم الله بغير وجه حق، وسنذكر هنا أهم هذه الضوابط التي وضعها فقهاء المالكية لصحة العمل بالضرورة واعتبارها في الفتوى والأحكام[1]:

أولا– أن تكون الضرورةالملجئة قائمة لا منتظرة.

ومعنى هذا الضابط؛ أن يتحقق ويتيقن المجتهد أو يغلب على ظنه أن الضرورة قائمة، غير متوهمة أو متوقعة، لأن الأحكام الشرعية تناط إما باليقين أو الظن الغالب، ولا يلتفت إلى الضرورة المتوهمة والمحتملة بظن مرجوح[2]، عبروا عن ذلك بالقاعدة الفقهية: " **الرخص لا تناط بالشكّ**"[3].

ثانيا– أن تكون الضرورة متعيّنة.

ومعناه؛ أن يتعيّن فعل المحظور على المكلّف كوسيلة لدفع الضرر، فلا يجد وسيلة أخرى من المباحات يدفع بها الضرر عن نفسه، كأن لا يجد ما يتناوله إلا المحرم، فمتى أمكنه دفعه بالمباح امتنع عليه ارتكاب المحظور[4]، وعبروا عن هذا القيد بالقاعدة الفقهية: " **ما جاز لعذر بطل بزواله**"[5].

ثالثا– أن تقدر الضرورة بقدرها.

ومعناه؛ أن يقتصر المضطر فيما يباح له على الحد الأدنى أو القدر اللازم، فلا يباح له من المحرّم إلا بقدر ما يدفع به الضرورة عن نفسه، وعبروا عن هذا الضابط بالقاعدة الفقهية:"**الضرورة تقدّر بقدرها**"[6]، وعليه درج خليل في المختصر بقوله:"وللضرورة ما يسد غير آدمي"[7].

---

[1]– ينظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص 65، 70، الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ص 66 .69

[2]– الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ص 68.

[3]– السيوطي، جلال الدين بن أبي بكر: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1: 1411هـ/1990م، ص 141.

[4]– ينظر: وهبة الزهيلي: نظرية الضرورة، ص 70، الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية، ص71.

[5]–ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: الأشباه والنظائر، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1419هـ/1999م، ص 74.

[6]– ينظر:الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2006م/1427ه، ص 155، المقري: القواعد، ص 143.

[7]– خليل: المختصر، ص 88. وهو خلاف ما روي عن الإمام مالك من جواز الشبع والتزود من الميتة، ينظر: منح الجليل، ج2ص455

رابعا– أن لا يخالف المضطر مبادئ الشريعة وقواعدها العامة، من تحقق العدل والحفاظ على أصول العقيدة الإسلامية، كالصلح الدائم مع اليهود..، لأن مخالفة القواعد الشرعية لا أثر فيه للضرورة[1].

خامسا– ألا يترتب على العمل بالضرورة ضرر مماثل أو أكبر، لأن الضرر لا يزال بالضرر مثله، ولا بما هو فوقه بالأولى [2].

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.

بعد أن بينا معنى الضرورة والحاجة ومدى مراعاتهما عند فقهاء المالكية، بقي أن نجيب على السؤال التالي: هل يجوز العدول عن القول المعتمد عند الضرورة والحاجة؟ أو: هل الضرورة والحاجة سبب للعدول عن القول المعتمد في المذهب ؟

وبغضّ النظر عن القول المعدول إليه عند المالكية في حالة الضرورة، سواء كان قولا ضعيفا أو شاذا في المذهب أو قولا خارجا عن المذهب المالكي، فإن نصوص فقهاء المالكية متواطئة على جواز العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وقد تناولت في المبحث الثالث من الفصل التمهيدي مسألة حكم العدول عن القول المعتمد[3]، وتبيّن أن الخلاف بين المالكية إنما هو في طبيعة القول المعدول إليه؛ فهل يقدّم ضعيف الأقوال من المذهب على غيره من الأقوال في المذاهب الأخرى أم العكس؟ وهل يجوز ذلك في الفتوى والقضاء أم في خاصة النفس فقط؟

وإذا جاز العمل بالمحظور عند الضرورة ـــ كما سبق وأن بينا في الفرع السابق ـــ فالأولى منه جواز العمل بالضعيف والشاذ في المذهب أو بغيره من الأقوال في المذاهب الأخرى عند الضرورة، لأن لها مستندا قويا في نظر القائلين بها.

---

[1]– الزحيلي: نظرية الضرورة، ص 71.

[2]– الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، ص 215.

[3]– راجع المبحث الثالث من الفصل التمهيدي، ص 45 وما بعدها.

ولأجل الرجوع إلى الأقوال الضعيفة يوما ما تروى هذه الأقوال في كتب الفقه، قال الحجوي: "عند تحقق الضرورة أو المصلحة تعينت الفتوى بقول ولو ضعيف، ولأجل الضرورة تذكر الأقوال الضعيفة في الكتب الفقهية"[1].

قال في مراقي السعود: وكونه يلجي إليه الضـــرر إن كان لم يشتد فيه الخور

وثبت العزو وقد تحققـــــا ضرّا من الضر به تعلقا[2].

كما نص المالكية على جواز العمل بالضعيف بشروط ثلاثة وهي: أن تلجئ إليه الضرورة، وأن لا يكون ضعفه شديدا، وأن تثبت نسبته لقائل يقتدى به[3].

كما اختلف فقهاء المالكية في مقدار وحدود مراعاة الضرورة بين **موسع ومضيق**، وقد ذكر كل من المقري والونشريسي قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"، وأصلها مسألة القياس على الرخص المباحة للضرورة، كالقرض والقراض والجعل..."[4]، وقد حكى القرافي اختلاف المالكية في المسألة على قولين: الجواز والمنع، "وخرَّجوا على القولين فروعا كثيرة في المذهب"[5]، فذهب بعض فقهاء المالكية إلى التوسع في حالة الضرورة وقالوا بجواز القياس على الرخصة والحالات المنصوص عليها، وعدم الاكتفاء والوقوف عند المنصوص عليه من الرخص، واختار هذا الرأي الإمام الباجي وصوّبه[6]، وقال الوزاني: " إنه تجوز المعاملة الفاسدة لمن لم يجد مندوحة عنها كالإجارة والشركة والمزارعة وغير ذلك من سائر المعاملات على وجه لا يجوز في الاختيار"[7].

---

[1]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص421.

[2]- الجكني: مراقي السعود إلى مراقي السعود، ج2، ص 409.

[3]- ينظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص 130. القادري: رفع العتاب والملام، ص 30، الخليفي: الاختلاف الفقهي: ص 191 ، محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 547، 548.

[4]ـــ ينظر: المقري: القواعد، ص143، الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص155، القاعدة103.

[5]-الرجراجي: أبو علي حسين بن علي: رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، تحقيق عبد الرحمان بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط1: 1425ه/2004م، ج5، ص 461، 462، القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 324.

[6]- ينظر: الباجي: المنتقى، ج4، ص224.

[7]- المهدي الوزاني: النوازل الكبرى، ج9، ص 250.

وأجاز الشاطبي القياس على الرخص أخذا بمبدأ التيسير ورفع الحرج؛ حيث قال:" إن الأدلة على رفع الحرج عن الأمة بلغت مبلغ القطع، ومنها قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[سورة الحج: 78]"[1].

وذهب بعض المالكية كابن العربي[2]وابن جزي[3] إلى منع القياس على الرخصة، قال ابن القصار[4]: " والرخص لا يجوز القياس عليها عند كثير من أصحابنا، ويجوز عند بعضهم إذا عرف معناها"[5]، واحتجّ له القرافي بأن الرخص مخالفة لمقتضى الدليل، والقول بالقياس عليها يؤدي إلى كثرة مخالفة الدليل، فوجب أن لا يجوز[6]، وقد بحث الدكتور حاتم باي هذه المسألة وحقّق في نسبتها للإمام مالك، ورجّح وصحح القول بجواز القياس على الرخصة في مذهب مالك وهو الأليق بفروعه الفقهية[7].

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.

الفرع الأول: مسألة شهادة اللفيف في القسامة.

يأتي ذكر هذه المسألة في نوازل الشهادات والأقضية والدعاوى في المعيار المعرب، والنقل فيها عن فقهاء المذهب مستفيض، والخلاف فيها واسع، وقد شغلت حيّزا في كتب الأحكام والوثائق، فأفردها بعضهم بالبحث والتأليف، لكثرة ترددها وارتباطها بواقع الناس[8].

---

[1]- ينظر: الشاطبي: الموافقات، ج1 ، ص588.

[2]- ابن العربي: أحكام القرآن، ج3، ص 1237.

[3]- ابن جزي: تقريب الوصول إلى علم الأصول، مطبوع مع الإشارة في أصول الفقه، ،تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1424هـ/2003م، ص 185.

[4]- **ابن القصار**: القاضي أبو الحسن علي بن أحمد البغدادي المعروف بابن القصار، تفقه بالأبهري، له كتاب في مسائل الخلاف ، وكان أصوليا نظارا، ولي القضاء ببغداد، (ت 378هـ) ينظر:(ترتيب المدارك، 1ج، ص489 . الديباج، ج2، ص100).

[5]- ابن القصار، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي: عيون الأدلةفي مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، تحقيق عبد الحميد بن سعد بن ناصر، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض – المملكة العربية السعودية، 1426 هـ / 2006 م،ج3، ص: 1313- المسألة 75.

[6]-الرجراجي حسين بن علي: رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، ج5، ص 462.

[7]-ينظر: الدكتور حاتم باي: التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النقل فيها عن الإمام مالك بن أنس، دار الوعي الإسلامي، الكويت، ط1: 1432هـ/2011م، ص 409، 410.

[8]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 143، 144، 156.

أولا– صورة المسألة.

الشهادة: "هي إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه"[1]، أو هي: " قول يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدّده أو حلف طالبه"[2].

واللّفيف في اللغة: الجمع العظيم من أخلاط شتّى، فيهم الشريف والدنيء، والقوي والضعيف، والمطيع والعاصي...[3]

والأصل اشتراط صفة العدالة في الشهودلقوله تعالي: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[سورةالبقرة: 282]، وقوله تعالي: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[سورة الطلاق: 02].

والعدالة: "صفة مظنة تمنع موصُوفها البدعة وما يُشينُه عرفاً ومعصية، غير قليل الصغائر"[4]، وقال ابن الحاجب[5]: " هي المحافظة الدينية على اجتناب الكذب والكبائر وتوقّي الصّغائر وأداء الأمانة، وحسن المعاملة، ليس معها بدعة"[6].

لكن قد يتخلّف هذا الشرط في بعض الأحوال، فيتعذر على القاضي إيجاد شاهد عدل واحد يستند إليه في حكمه، كما في مسائل النساء التي لا يطّلع عليها الرجال، ومسائل الصبيان التي لا يحضر

---

[1]– الدردير: الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي، ج4، ص 255، الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، 4، ص102.

[2]– الرصاع: الهداية الكافية شرح حدود بن عرفة، ص 579.

[3]– ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص318 .

[4]– الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص 162.

[5]– **ابن الحاجب:** أبوعمرو جمال الدين بن الحاجب، فقيه مالكي، من كبار العلماء بالعربية، كردي الأصل، ولد في أسنا (من صعيد مصر)ونشأ في القاهرة، وسكن دمشق، وكان أبوه حاجبا فعرف به، له:الكافية، والشافعية، ومختصر الفقه في فقه المالكية، ويسمى جامع الأمهات، ومنتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل،(ت 646هـ)،) (ينظر: ابن فرحون: الديباج المذهب، ج1، ص109، ابن خلكان: وفيات الأعيان، ج3، ص248) .

[6]– ابن الحاجب، جمال الدين بن عمر: جامع الأمهات، تحقيق: الأخضر الأخضري، دار اليمامة، دمشق، ط2: 1421هـ/2000م، ص 469.

فيها الكبار، ويحضر فيها أناس كُثر غير أنهم ليسوا من أهل الشهادة والعدالة، فهل يجوز وهذه الحال قبول شهادة الجماعة من اللفيف ليس فيهم عدول؟

قال ابن رشد: "ومن اللوث شهادة الشهود غير العدول، وشهادة اللفيف من النساء والصبيان"[1]، ومعنى اللّوث عند مالك: الشهادة غير التّامة"[2].

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

اختلف فقهاء المذهب في شهادة غير العدل وشهادة النساء والصبيان على أربعة أقوال[3]:

القول الأول: أنها ليست بلوث ولا يقسم معها، وهو قول مالك في المدونة؛ وهو **مشهور** المذهب.

القول الثاني: أن شهادة المرأتين العدل لوث ويقسم معها دون ما عداها، وهو قول ابن القاسم على ما حكاه **ابن المواز** عنه كما في النوادر والزيادات.

القول الثالث: أن شهادة غير العدل من الرجال وشهادة امرأة واحدة لوث يقسم معها، وهو قول **أشهب** في المجموعة.

القول الرابع: أن اللّوث الذي تكون به القسامة اللفيف من السواد والنساء والصبيان يحضرون ذلك، ومثل الرجلين أو النفر غير العدول، وهو قول **مطرف** عن مالك في كتاب ابن حبيب، وقال ابن الماجشون وأصبغ مثل قول مطرف[4].

ونقل الحطاب أقوالا لبعض فقهاء المذهب في المسألة عند قول صاحب المختصر في باب الشهادة: " ومن امتنعت عليه فالعكس، إلا الصبيان، لا نساء في كعرس في جرح أو قتل"[5]، قال

---

[1]– ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج3، ص 305، والبيان والتحصيل، ج15، ص 464.

[2]– الرجراجي: مناهج التحصيل، ج10، ص 245.

[3]– ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل، ج10، ص 246، خليل: التوضيح، ج7، ص 470.

[4]– ينظر: ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج14، ص 140، ابن يونس: الجامع، ج9، ص 245.246، ابن شاس، جلال الدين بن نجم الجذامي: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1423هـ/2003م، ج3، ص1132.

[5]– خليل: المختصر ، ص 223، 224.

المقري: " وكل من ليس بحُرٍّ مسلم مكلف عدل لا تقبل شهادته، إلا بعض صبيان المسلمين الأحرار على بعض في الدّماء، وقال ابن عرفة: شهادة الصبيان الذكور في جراحهم؛ المذهب بصحتها، وشرط القاضي أن يكونوا ممن يعقلون، وقال اللخمي: إلحاق النساء بالصبيان فيما يقع بينهن من الجراح في المآتم والعرس والحمام، لأنه موضع لا يحضره العدول، وأرى أن يقسم معها في القتل، "[1].

ثالث– العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

بعد عرض الأقوال والروايات المنقولة في المذهب يتبيّن أن القول المعتمد في المسألة هو القول الأول، لأنه قول مالك وهو المشهور، غير أن متأخري المالكية عدلوا عن هذا القول إلى القول الرابع؛ وهو لمطرف، فأجازوا قبول شهادة اللفيف من الصبيان والنساء، معولين على قولعبد الله ابن أبي مُلَيكة[2]: " هي السُّنّة، وما أدركت القضاة إلاّ وهم يحكمون بها، وإن كانت على خلاف الأصل"[3]، واختلفوا في شروط قبولها، فأوصلها القاضي عبد الوهاب البغدادي[4] إلى تسعة شروط[5]، وتابعه صاحب التحفة وشراحها، قال في نظم التحفة[6]:

وفي اثنتين حيث لا يطّلــع ... إلا النساء كالمحيض مقنــع.

وواحد يُجزئ في الخــبرو ... اثنان أولى عند كل ذي نظر.

وبشهادة من الصبـــــيان ... فيجرح وقتل بينهم قد اكتفى.

وشرطها التمييز والذكورة ... والاتفاق في وقوع الصّــورة.

من قبل أن يفترقوا أو يدخلا ... فيهم كبير خوف أن يبــدلا.

---

[1]– الحطاب: مواهب الجليل، ج8، ص 203.

[2]– **عبد الله بن أبي مليكة:** عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة التيمي المكيّ القاضي، من رجال الحديث الثقات، ولاه ابن الزبير قضاء الطائف، (ت 117ه) (ينظر: الزركلي، الأعلام، ج 4، ص102).

[3]– خليل: التوضيح، ج7، ص 470، التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص 184.

[4]–**عبد الوهاب البغدادي:** أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، أخذ عن الأبهري وتفقه به، وابن القصار وابن الجلاب، له: الإشراف على مسائل الخلاف، والتلقين، شرح رسالة ابن أبي زيد (ت422ه).(محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص104).

[5]– ينظر: عبد الوهاب البغدادي: التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد ثالث الغاني، دار الفكر، ط1: 1425هـ/2005م، ج2، ص 541، 542.

[6]– ابن عاصم، محمد بن محمد الأندلسي: تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد بن عبد السلام، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1: 1432هـ/2003م، ص 25.

أما عن **سبب العدول** عن القول المعتمد؛ قال ابن سحنون: قلت لسحنون ؛ لم أجزت شهادة الصبيان بينهم في الجراح و لم تجزها في الحقوق والأموال؟ قال: للضرورة"[1]، وعقد ابن فرحون في التبصرة في الباب الرابع والأربعين فصلا في القضاء بشهادة غير العدول للضرورة[2]، وذكر وقائع لم يحضر فيها العدول، وأفتى الفقهاء فيها بقبول شهادتهم بشرط أن يستكثر عددهم، والضرورة هنا هي خوف ضياع حقوق الناس[3].

ونقل الونشريسي في المعيار أجوبة لفقهاء المالكية في مسائل متفرقة يجيزون فيها قبول شهادة اللفيف كالإمام الدّاودي[4] وغيره، كما نقل فتوى أبي عمران الفاسي[5]بنصها من كتاب الدلائل والأضداد، قال: " وكل موضع يتعذّر فيه حضور الشهود من الملاهي وغيرها، فشهادة بعضهم على بعض جائزة بلا مراعاة عدالة للضرورة الدّاعية إلى ذلك[6]، ومثله في منتخب الأحكام، وقال ابن الفرس[7]: إذا كانت قرية ليس فيها عدول ...فالذي عليه الجمهور في المذهب ولا نعرف لمتقدم منهم فيه خلافًا أنّ شهادتهم لا تجوز، وهو ظاهر قول ابن حبيب في الواضحة، ونقله الباجي، ورأيت قوما من

---

[1]- الحطاب: مواهب الجليل، ج8، ص 203.

[2]- ابن فرحون، شمس الدين: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، ط1: 1423هـ/2003م، ج1، ص 270 وما بعدها.، وانظر: درة الغواص في محاضرة الخواص، تحقيق أبو الأجفان، وعثمان بطيخ، دار التراث القاهرة والمكتبة العتيقة تونس، دط، ص 295.

[3]- ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 384، العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 340.

[4]- **الداودي:** أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الأسدي الطرابلسي المالكي، الإمام الفاضل العالم المتفنن الفقيه، له شرح على الموطأ، وله الواعي في الفقه، والنصيحة في شروح البخاري والإيضاح في الرد على القدرية، انتقل إلى تلمسان وبها توفي سنة (ت440 هـ) (ينظر: عياض: ترتيب المدارك، ج7، ص102، بن فرحون: الديباج، 165، محمد مخلوف، شجرة النور، ج1، ص 164).

[5]- **أبو عمران الفاسي:** هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي الحاج الغفجومي الفاسي القيرواني، الحافظ المقرئ الفقيه المحدث، أخذ عن القابسيوالأصيلي، ورحل إلى العراق فأخذ عن الباقلاني، له تعليق على المدونة، (ت 430ه) (ينظر: عياض، ترتيب المدارك، ج2، ص، 280، بن فرحون، الديباج المذهب، ص422، مخلوغ، شجرة النور، ج1، ص158)

[6]- أبو عمران الفاسي، موسى بن عيسى: فتاوى أبي عمران الفاسي، تحقيق محمد البركة، إفريقيا الشرق، دط، 1431هـ/2010م، ص 170.

[7]- **ابن الفرس:** هو القاضي أبو محمَّد عبد المنعم بن محمَّد بن عبد الرحيم، يعرف بابن الفرس الفقيه العالم بمذهب مالك المحدث المتفنن في كثير من العلوم البصير بالمسائل، سمع أبا الوليد الدباغ وأبا الحسن بن هذيل وأخذ عنه القراءات، وابن شريح وابن العربي والمازري، وعنه: ولده الوزير عبد الرحمان وأبو عبد الله التجيبي، له: أحكام القرآن مطبوع، (ت599 ه) (ينظر: الزركلي: الأعلام، ج4، ص 168. مخلوف، شجرة النور، ج1، ص 218)

المتأخرين يحكون عن أشياخهم أنهم كانوا يفتون بجواز الشهادة ممن ذكرنا، ويُعملونها للضرورة"[1]، كما ألّف العربي الفاسي[2] رسالة في العمل بشهادة اللفيف[3].

وسئل ابن رشد عن شهادة الكافّة –اللفيف- غير الموسومين بالعدالة فأجاب: ...أما الذي لا تتوسم فيه جرحة ولا عدالة فلا تجوز شهادته في موضع من المواضع، وقد تكون شبهة توجب حكما، ولا أدري من أجاز شهادة الكافة منهم كما ذكرت في المذهب، وإنما تجوز إذا وقع بهم الخبر من جهة الكثرة"[4].

الفرع الثاني: مسألة تعدد صلاة الجمعة في المصر الواحد.

أولا – صورة المسألة.

الأصل في وجوب صلاة الجمعة قوله تعالي: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَاسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[سورةالجمعة: 09].

واشترط المالكية لصحة صلاة الجمعة المسجد[5]، وقال مالك: "لا تكون الجمعة إلا في المسجد الجامع"[6]، غير أنه قد يمتلأ المسجد الجامع في البلدة الواحدة فلا يسع الناس الصلاة فيه جميعا، فهل يجوز لهم إقامة صلاة جمعة في مسجد آخر من نفس البلدة؟ فتتعدّد صلاة الجمعة في المصر الواحد.

---

[1]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 145.

[2]- **العربي الفاسي**: أبو عبد الله محمد العربي ابن الشيخ أبي المحاسن يوسف الفاسي، أخذ عن أبيه وأب الطيب الزياني وعمه عبد الرحمان والشيخ القصار، وعنه أخذ بنوه الأربعة وابن أخيه عبد القادر بن علي الفاسي، له: عقد الدر في نظم نخبة الفكر ومنظومة في الزكاة، وجزء في حكم شهادة اللفيف، (ت1052ه).(ينظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص 302).

[3]- عبد العزيز بن عبد الله: معلمة الفقه المالكي، ص 274.

[4]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 156.

[5]- الرجراجي: مناهج التحصيل، ج1، ص 530. الحطاب، مواهب الجليل، ج2، ص 520

[6]- سحنون: المدونة الكبرى، ج1، ص 232.

ثانيا– أقوال المالكية في مسألة تعدد صلاة الجمعة.

توجد في المذهب المالكي ثلاثة أقوال في مسألة تعدد صلاة الجمعة في المصر الواحد، وهي: [1]

القول الأول: أنها لا تقام إلا بمسجد واحد، وهو المنقول عن مالك في المدونة، وهو **المشهور**، قال ابن القاسم: " وسألت مالكا عن إمام يصلي بناحية العسكر يوم الجمعة واستخلف من يصلي بالناس في المسجد الجامع، أين ترى أن نصلي أمع الإمام أم في المسجد الجامع؟ فقال: يصلوا في المسجد الجامع والإمام قد تركها في موضعها"[2]، وهو الذي اعتمده خليل في المختصر بقوله: " ولا تتعدد والجمعة للعتيق"[3].

واستدل له القاضي عبد الوهاب في الإشراف بقوله: " لا تنعقد الجمعة في المصر الواحد إلا بموضع واحد، لقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ﴾[سورة الجمعة: 09]، فكان هذا مجملا، فبيّنه النبي ﷺ– بفعله، فأقام الجمعة في موضع واحد، ولأن السعي إلى الأولى قد وجب بالنداء إليها والثانية يقع منهيا عنها، فلم يبق إلا المنع"[4]، وقال في التوضيح: " المشهور المنع؛ رعاية لفعل الأوّلين، وطلبا لجمع الكلمة"[5].

القول الثاني: أنها تتعدد في المصر الكبير بحسب الحاجة، وهو **قول ابن عبد الحكم**[6]، قال: "وأما الأمصار العظام، مثل مصر وبغداد، فلا بأس أن يجمّعوا في مسجدين للضرورة، وقد فعل ذلك والناس متوافرون، فلم ينكروه"[7].

---

[1]– ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج1، ص 451، 453، ابن رشد: البيان والتحصيل، ج1، ص 269، خليل: التوضح، ج1، ص 544،

[2]– سحنون: المدونة الكبرى، ج1، ص 232.

[3]– خليل: المختصر، ص 44.

[4]– القاضي عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تعليق وإخراج مشهور بن حسن آل سليمان، دار ابن عفان، القاهرة، ط1: 1429هـ/2008م، ج2، ص 25، 26.

[5]– خليل: التوضيح، ج1، ص 544.

[6]– ابن عبد الحكم: المختصر الصغير في الفقه، تحقيق علي بن أحمد الكندي، وأبي عبد الرحمان وائل، دار بينونة للنشر، دبي، ط1: 1433هـ/2012م، ص 81، 82. والمختصر الكبير، ص 80.

[7]– ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج1، ص 453.

القول الثالث: التفصيل؛ فإن كان المصر ذا جانبين أو جوانب وبينها نهر أو ما في معناه مما تتكلف المشقة في قطعه، جاز التعدد بحسب ذلك، وهو قول **ابن القصار واختاره اللخمي.**

جاء في التبصرة: " وإن كان بالمصر جامعان أقيمت في الأقدم منهما، وإن أقيمت في الأحدث وحده أجزأت، ...وإذا لم يسعهم جامع واحد جاز أن تصلي في جامعين، ولإقامتها في مسجدين أولى إذا كثر الناس"[1]، قال ابن ناجي عند قول صاحب الرسالة "والجمعة تجب بالمصر والجماعة": والمشهور من المذهب عدم تعدد الجمعة في المصر الكبير، وقال ابن عبد الحكم إنعظم كمصر فلا بأس بها بمسجدين، وقال ابن القصار: إن كان ذات جانبين كبغداد، وقال اللخمي إن كثروا بعد من يصلي بأفنيته جاز"[2].

ثالثا – العدول عن القول المعتمد في مسألة تعدد صلاة الجمعة وسببه.

وهذا القول الأخير –وهو جواز تعدد الجمعة– هو الذي عدل إليه المتأخرون، لحاجة الناس إلى أكثر من مسجد تقام به الجمعة، وفي المعيار من جواب الفقيه أبي عبد الله محمد بن أبي غالب[3] ما نصه: " قال بعض حذّاق المالكية: العمل اليوم على جواز تعدد مسجد الجمعة في المصر، وذلك مما لا شك فيه."[4]

وسئل أبو عبد الله محمد بن أحمد القطان[5] عن صلاة الجمعة بمسجدين في مدينة بسطة بينهما مائة وخمسة وأربعون خطوة، وذلك للضيق الذي كان الناس فيه، فأجاب: " الواجب على أهل الربض لقلتهم إقامة الجمعة في جامع واحد، ولا يستقيم إقامتها في جامعين في مثل هذه القضية، لقرب الجامعين من غير قاطع ولا مانع مع صغر الربض كله، ... فإما وسّعوا بناءه أو صلوا في أفنيته المتصلة به، ... و لم

---

[1]– اللخمي، علي بن محمد: التبصرة، تحقيق عبد الكريم نجيبويه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، دط، ج1، ص 571.

[2]– زروق: شرح زروق على الرسالة ومعه شرح ابن ناجي، ج1، ص 249

[3]– **أبو عبد الله محمد بن غالب:** هو محمد بن أبي غالب بن أحمد بن علي ابن أحمد الكناسي، وعرف بابن السَّكَّاك، فقيه أصولي بياني مفسرخطيبمؤرخ، ، ولي القضاء بفاس، له: شرح على الشفا للقاضي عياض، (ت 818 هـ) (ينظر: الزركلي: الأعلام، ج6، ص324، التنبكتي، نيل الابتهاج، ج1، ص481).

[4]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج1، ص 236.

[5]– **محمد القطان:** هو الشيخ أبو عبد الله محمد بن علي بن عبد الرحمن بن أحمد القطان البلوي السوسي، ولي قضاء الحاضرة (ت785ه)ينظر: محمد بن عثمان بن محمد السنوسي: مسامرات الظريف بحسن التعريف، دار الغرب الاسلامي، بيروت، ص 287.

أر فيما وقفت عليه في هذه المسألة ما يقتضي جواز إقامة جمعتين في مثل هذا الموضع ...وإنما خلافهم في إقامة الجمعتين مخصوص بالمصر الكبير الكثير الناس"[1].

وعقّب الونشريسي على هذه الفتوى قائلا: " فكلامهم راجع إلى المصر الكبير الذي تظهر في الضرورة، والموضع المسؤول عنه أقل من أن يقال فيه مصر صغير، وأي مشقة تلحق المصلي في مسافة غايتها مائة وخمسة وأربعون خطوة من غير قاطع ولا مانع؟...وإذا تبين أن ظاهر المذهب على منع الجامعين وجب الاقتصار على جامع واحد، وإبطال الجمعة من الآخر، ولا عبرة في مثل هذا بسكوت الحكام عليه أو إذنهم فيه"[2].

أما سبب العدول؛ فقد قال ميارة: " فهو الذي **تقتضيه الحاجة**، وهو الأنسب والأقيس، وإن كان خلاف المذهب، وبه أفتى جمع من الأئمة كما في المعيار، وجرى به عمل الناس في أمهات الأمصار بمشارق الأرض ومغاربها، والحاصل أنه لا ينبغي التشويش على الناس بذكر تشهير المنع"[3].

---

[1]- الونشرسي: المعيار المعرب، ج1، ص229، 230.

[2]- الونشرسي: المعيار المعرب، ج1، ص 232، 233.

[3]- ميارة، محمد بن أحمد الفاسي: شرح المرشد المعين على الضروري من علوم الدين، دار المعرفة، المغرب، ط1: 1418هـ/1998م، ج1، ص 328.

المبحث الرابع

العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة المصلحة.

تمهيد:

تعدّ المصالح من أوسع أسباب العدول عن القول المعتمد وأكثرها شيوعاً، لدخول المصالح المعقولة المعنى في أكثر أبواب الفقه وأحكامه المعلّلة ومعقولة المعنى، وكل أسباب العدول الأخرى راجعة في حقيقتها إلى المصالح، ذلك أنه قد ثبت بالاستقراء أن الشريعة الغراء جاءت مراعية لمصالح العباد في الحال والمآل، ويأتي بحث المصلحةعند الأصوليين في مبحث المناسبة[1] كمسلك من مسالك الكشف عن العلة في باب القياس، وفي مبحث الترجيح بالمصلحة عند التعارض والترجيح، ويعبر عنه في كتبهم بالاستصلاح[2] والاستدلال المرسل[3] والمصلحة المرسلة كأصل في الاستنباط ومسلك في الاجتهاد والتنزيل، وسأتطرق للمصلحة كسبب للعدول عن القول المعتمد من خلال بيان حقيقتها وأقسامها وحجيتها وأدلة اعتبارها عند المالكية، وكونها سببا يوجب العدول عن القول المعتمد، ثم أضرب مثالين من مسائل الفقه التي عدل فيها فقهاء المالكية عن القول المعتمد بسبب المصلحة.

---

[1]- **المناسبة:** الوصف الظاهر المنضبط الذي يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من الشرع سواء أكان ذلك المقصود جلب منفعة أو دفع مفسدة، ويعبر عنها بالإخالة والاستدلال وبرعاية المقصد، ويسمى استخراجها تخريج المناط، وهي عمدة باب القياس. ينظر: الشوكاني: محمد بن علي، إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول، ج2، ص 157. الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص 67. قال الأبياري:"نريد بالمناسب: ما هو على منهاج المصالح، بحيث إذا أضيف الحكم إليه انتظم" التحقيق والبيان، ج3، ص119.

[2]- **الاستصلاح:** هو الحكم بمقتضى المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص بالإلغاء أو الإثبات وتكون متفقة مع مقاصد الشريعة، وهو معنى المصلحة المرسلة. ينظر: مصطفى أحمد الزرقا: الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية أصول فقهها، دراسة مقارنة، دار القلم، دمشق، ط1: 1408هـ/1988م، ص37.

[3]- قال الشاطبي: " وهو الاستدلال المرسل المسمى بالمصالح المرسلة...فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كليّ" الموافقات، ج3، ص12. والاستدلال: هو معنى مشعر بالحكم مناسبٌ له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق. ينظر: الجويني: البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، ط3: 1412هـ/1992م، ج2، ص 721.

المطلب الأول: حقيقة المصلحة وأقسامها.

الفرع الأول: حقيقة المصلحة .

أولا– المصلحة لغة: على وزن (مفعلة)، واحدة المصالح، وهي من الصلاح وهو: ضد الفساد[1].

قال ابن فارس(الصاد واللام والحاء)؛ أصل واحد يدل على خلاف الفساد، يقال: صَلح الشيء يصلح صلاحاً[2].

والمصلحة والاستصلاح سواء، وهو طلب الصلاح، ... والمصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى[3].

والصلاح: هو سلوك طريق الهدى، وقيل: هو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل، والصالح: المستقيم الحال في نفسه[4].

ولقد ورد استعمال معنى المصلحة في القرآن الكريم في عدة مواضع منها قوله تعالي: ﴿ **وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا** ﴾[سورة الأعراف: 56]

ثانيا–المصلحة اصطلاحا.

تنوعت وتباينت عبارات الأصوليين في تعريف المصلحة، وهي في أغلبها متقاربة في المعنى، أذكر منها الآتي:

تعريف **الإمام الغزالي:** " إنها في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة....ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع في الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم

---

(1)ـــ ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص 31، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج1، ص235..

(2)– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج3، ص 303.(مادة صلح)

(3)– ينظر: الجوهري: الصحاح، ج1، ص 564، الزبيدي: تاج العروس، ج2، ص 182. ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص 32،

(4)– الكفوي: معجم المصطلحات والفروق اللغوية، ص560، 561.

وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة"[1]،وهذا التعريف يصدق على المصلحة المعتبرة والمعتدّ بها شرعا[2].

تعريف **الإمام الطوفي**:" أما حدّها بحسب العرف فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع كالتجارة تؤدي إلى الربح، أما بحسب الشرع فهي السبب المؤدي إلى مقصود الشرع عبادة أو عادة، والعبادة هي ما يقصده الشرع بحقه، والعادة هي ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم "[3].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه فرق بين المصلحة في العرف وفي الشرع، ولا يخفى أن المصلحة في نظر الخلق تختلف عن المصلحة في نظر الشرع، كما جعل المصلحة هي السبب المؤدي إلى المقصود شرعا وعادة.

تعريف **الإمام الشاطبي**: " المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد، على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإن لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى كان مردودا باتفاق المسلمين"[4].

وهذا من أجود التعاريف للمصلحة؛ فقد نصّ على رجوع المصلحة إلى مقصد الشرع في الجملة، ثم يبقى النظر في اعتبارها وعدم اعتبارها بوجه لا يستقل العقل بإدراكه.

تعريف الشيخ **محمد سعيد رمضان البوطي**: " المصلحة هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، وفق ترتيب معين فيما بينهم"[5].

---

[1]ـــ الغزالي، أبو حامد، المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1413ه/1993م، ج1، ص416، 417.

[2]- ينظر: حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 63.

[3]- الطوفي، نجم الدين بن عباس: رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط1: 1413ه/1993م، ص25، 26.

[4]ـــ الشاطبي: الموافقات، ج2، ص128.والاعتصام، تحقيق سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، دط: 1418ه/1997م، ج2، ص352.

[5]- البوطي محمد سعيد رمضان: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة، مكتبة رحاب الجزائر، ومؤسسة الرسالة، بيروت، دط، ص 27.

تعريف **الطاهر بن عاشور**: "هي وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي: النفع منه دائما أو غالبا، للجمهور أو للآحاد"[1]،فجعل المصلحة بمعنى المنفعة، سواء عامة كانت أم خاصة، دائمة أم غالبة، فذكر أنواع المصلحة.

وقد اختار الدكتور حاتم باي تعريف الطاهر بن عاشور مع إضافة بعض التقيدات عليه، فصار كما يلي:

المصلحة: وصف للفعل يحصل به النّفع الملائم للفطرة: جلباً أودفعاً، دائما أوغالباً، للجمهور أو للآحاد"[2]، وفيا يلي شرحه:

قوله: "**يحصل به النفع** "؛ خرج به ما لا يحصل منه النفع؛ كالمفسدة والضرر.

قوله: "**الملائم للفطرة**"؛ أي أن المصلحة المعتبرة هي التي تساوق الفطرة السليمة وتلائم النحائر القويمة، إذ قد يعدّ بعض ممسوخي الجبلّة بعض المضار البحتة مصالح صرفة[3].

قوله: "**جلبا أو دفعا**"؛ لأن النفع لا يقصر على الجلب فقط، فقد يكون بالدفع أيضا، فمن دفع الضرر عن نفسه وغيره فقد نفع نفسه أو غيره.

قوله: "**دائما أو غالبا**"؛ إشارة إلى المصلحة المطردة الدائمة، والمصلحة الراجحة في الغالب.

قوله: "**للجمهور أو للآحاد**"؛ إشارة إلى أنها قسمان: مصلحة عامة فيها نفع عموم الأمة أو الجمهور بصرف النظر عن حصول النفع للأفراد من حيث إنهم جزء من الكل، ومصلحة خاصة: وهي ما فيه نفع للأفراد باعتبار صدور الأفعال من آحادهم ليحصل به النفع[4].

وحتى أصل إلى تعريف المصلحة المرسلة، لأنها هي المقصودة بالبحث هنا، لابد من بيان أقسام المصالح ومراتبها عند الأصوليين.

---

[1]- الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق الحبيب بن خوجة، طبعة وزارة الأوقاف الإسلامية، قطر، دط: 1425ه/2004م، ج 2، ص114.

[2]- حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب، ص 66.

[3]- المرجع نفسه، ص 66.

[4]- ينظر: علال الفاسي: مقاصد الشريعة الإسلامية، مؤسسة علال الفاسي، ط4: 1991م، ص63.

الفرع الثاني– أقسام المصلحة ومراتبها.

أولا–أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها.

تقسّم المصلحة باعتبار نظر الشارع إليها من حيث الاعتبار والإلغاء والسكوت إلى ثلاثة أقسام [1]:

1–**المصالح المعتبرة:** قال ابن رشيق[2]:"فما شهد الشرع لاعتبارها فهو القياس، ويتعين العمل به، فإنه اقتباس الأحكام من معقول النص والإجماع"[3].

وهي المصالح الحقيقية، أو المناسب المعتبر، وهي ما اعتبرها الشارع بأن جعل لها الأحكام الموصلة إليها بطريقتين: طريق الاعتبار بالنص والإجماع، وطريق الاعتبار بترتيب الحكم وفق الوصف[4].

وحكم هذا النوع من المصالح أنه لا خلاف في قبولها ووجوب العمل بها، ومن أمثلة هذا النوع، تشريع القصاص حفظا للنفوس[5].

2–**المصالح الملغاة:** أو المناسب الملغى، وهو أن يكون الشرع ألغاه في الاعتبار، وذلك بجريان الحكم الشرعي على خلافه، وحكم هذا النوع من المصالح السقوط وعدم صحة بناء الأحكام عليه، مهما وافق رأي المجتهد أو خالفه.[6]

---

[1]– ينظر هذه التقسيمات: الغزالي: المستصفى، ج1، ص415، 416، الأبياري: التحقيق والبيان، ج3، ص 125 وما بعدها. الرجراجي: رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، ج 6، ص 173، 174، ابن رشيق المالكي، الحسين: لباب المحصول في علم الأصول، تحقيق محمد غزالي عمر جابي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1: 1422ه/2001م، ج2، ص 453 وما بعدها. الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص608.

[2]– **ابن رشيق:** هو أبو علي الحسين بن عتيق بن الحسين بن رشيق الربعي المصري المالكي، كان شيخ المالكية في وقته، وعليه مدار الفتوى، كان عالما بالأصول وبالخلاف، له: لباب المحصول في علم الأصول، (ت 632ه) (ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص174)

[3]– ابن رشيق: لباب المحصول، ج2، ص 453.

[4]ـــ الخادمي: نور الدين، المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1420هـــ/ 2000م، ص 24.

[5]– الشاطبي: الإعتصام، ج2، ص 608.

[6]ـــ البوطي؛ محمد سعيد رمضان: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص 194.

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: "ما شهد الشرع برده فلا سبيل إلى قبوله، إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها"[1].

ومثاله: "ما نُقل عن بعض فقهاء المالكية أنه أفتى ملكًا واقع في نهار رمضان بتعيين الكفارة بالصوم، فلما أنكر عليه ذلك قال: لو أمرته بالعتق لأعتق رقابا في قضاء وطره كل يوم، لتيسر ذلك عليه، و لم يزجره، ... فإنّ فتح هذا الباب يهدم قواعد الشرع بالخروج على نصوصه، لأجل ذلك لا يجوز بحال"[2]

قال الشاطبي: " فهذا المعنى مناسب، لأن الكفارة، مقصود الشرع منها الزجر، والملك لا يزجره الإعتاق ويزجره الصيام، وهذه الفتيا باطلة لأن العلماء بين قائلين: قائل بالتخيير، وقائل بالترتيب، فيقدم العتق على الصيام، فتقديم الصيام بالنسبة إلى الغني لا قائل به...فإن صحّ هذا عن يحيى بن يحي وكان كلامه على ظاهره، كان مخالفا للإجماع"[3].

3-**المصالح المرسلة**: قال الشاطبي: "القسم الثالث؛ ما سكتت عنه الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه، وهو على وجهين:

أحدهما: أن يرد نص على وفق ذلك المعنى، كتعليل منع القتل للميراث، فالمعاملة بنقيض المقصود على تقدير أن لم يرد نص على وفقه؛...

والثاني: أن يُلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل، المسمى بالمصالح المرسلة"[4]، فتكون المصلحة المرسلة أخصّ من المصلحة العامة.

والنوع الثاني توسع فيه الشاطبي في الموافقات فقال: " كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه، لأن الأدلة

---

[1]ـــ الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص 609.

[2]- ينظر: ابن رشيق، لباب المحصول، ج2، ص454، الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص609.

[3]- الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص611.

[4]ـــ المرجع نفسه، ج2، ص611، 612.

لا يلزم أن تدل على القطع بانفرادها دون انضمام غيرها إليها، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين شهد له أصل كليّ"[1].

قال في مرتقى الوصول: وثالث ما ليس بالشرع اتضح بأنه معتبر أو مطّـــــرح.

وذا يسمى عندهم بالمرســـل وكم له كمالك من معمل.

يعني أن هذا الوجه من المصالح التي لم يعتبرها الشرع ولم يلغها، هي المسماة عندهم بالمصالح المرسلة[2].

قال في مراقي السعود: والوصف حيث الاعتبار يُجهل فهو الاستصلاح قل والمرسل.

جاء في الشرح: وسُمّي مرسلاً لإرساله وإطلاقه؛ أي إهماله عن دليل الاعتبار ودليل الإلغاء، وسمّي بالاستصلاح والمصالح المرسلة لما فيه من المصلحة التي اشتمل الوصف المناسب[3].

قال الطاهر ابن عاشور: "فمتى حلّت الحوادث التي لم يسبق حلولها في زمن الشارع، ولا لها نظائر ذات أحكام متلقاة منه، عرفنا كيف ندخلها تحت تلك الصور الكلية، فنثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكلياتها، ونطمئن بأننا في ذلك مثبتون أحكاماً شرعية إسلامية، وهذا ما يسمّى بالمصالح المرسلة، ومعنى كونها مرسلة أن الشريعة أرسلتها فلم تُنِط بها حكماً معيناً، ولا يُلفى في الشريعة لها نظير معين له حكم شرعي فتقاس هي عليه، فهي إذن كالفرس المرسل غير المقيَّد"[4]، ومن أمثلتها: جمع القرآن في عهد الصحابة في المصحف، واجتهاد الصحابة في تضمين الصناع، ومصلحة الدولة في فرض الضرائب على الرعية، واتخاذ السجون...[5]

---

[1]- الشاطبي: الموافقات، ج1، ص 27.

[2]- الولاتي: نيل السول شرح مرتقى الوصول، ص 191.

[3]- محمد الأمين الشنقيطي: نثر الورود شرح مراقي السعود، ص489.

[4]- الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج 3، ص 244.

[5]ـ الخادمي: المصلحة المرسلة، ص 41. البوطي: ضوابط المصلحة، ص205 وما بعدها.

ولفقهاء المالكية كابن العربي والقرافي وحلولو[1] وغيرهم تعريفات كثيرة ومتنوعة للمصلحة المرسلة يطول ذكرها، جمعها وحلّلها الدكتور حاتم باي، وخلص لتعريفها بأنها: "**الوصف المناسب غير المُستند لأصل معيّن في الشرع، شَهِد له بالاعتبار أصل شرعي كليٌّ** "[2]وفيما يلي شرح له:

قوله: "**الوصف المناسب**"؛ أيأن المصلحة معقولة المعنى، فإذا عرضت على العقول قبلتها.

قوله: "**غيرالمُستند لأصل معيّن في الشرع**"؛ أي خلو المصلحة المرسلة من شاهد لها بالخصوص.

قوله: "**شَهِد له بالاعتبار أصل شرعي كليٌّ** "؛ أي أن المصلحة مما جرت على منهاج الشرع في اعتبار المصالح، فليست غريبة عنها، وكون الشاهد بالاعتبار كليّا مصلحيًّا[3].

قال ابن رشيق: " وهذا النوع فيه نظر"[4]،أي أن حكم هذا النوع من المصالح قد اختلف الفقهاء في مدى حجيته وبناء الأحكام عليه، كما سيأتي بحثه في المطلب الثاني.

ثانيا– مراتب المصالح من حيث قوتها.

إن المصالح المعتبرة ليست على درجة واحدة في القوة، بل هناك تفاوت فيما بينها، وهي تندرج في القوة بحسب الترتيب الذي بيَّنه الشاطبي في قوله: " تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون ضرورية، والثاني أن تكون حاجية، والثالث أن تكون تحسينية"[5]، قال ابن عاشور: "اعلم أن المصالح كثيرة متفاوتة الآثار قوة وضعفاً في صلاح

---

[1]–**حلولو**: هو أبو العباس أحمد بن عبد الرحمان بن موسى اليزليتي القروي المالكي، الإمام الفقيه الحافظ لفروع المذهب، ولي قضاء طرابلس وتولى مشيخة تونس، له: شرح على جمع الجوامع لابن السبكي، واختصر فتاوى البرزلي، وشرح تنقيح الفصول، كان حيا سنة 895ه. (ينظر: أحمد بابا التنبكتي، كفاية المحتاج، ص69، محمد مخلوف، شجرة النور، ج1، ص373/ الحجوي، الفكر السامي، ج4، ص 96،)

[2]– حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 88.

[3]– المرجع نفسه، ص 88.

[4]– ابن رشيق: لباب المحصول، ج2، ص 454.

[5]ـــ الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص3.وانظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول، 448، ابن رشيق: لباب المحصول، ج2، ص 455، الغزالي: المستصفى، ج1، 343–344، الأبياري: التحقيق والبيان، ج3، ص 120 وما بعدها، ابن عاشور: حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح، ج2، ص 161. محمد أبو زهرة: مالك، ص 345، 346. فاديغا: أصول مالك العقلية، ج2، ص 398، 399.

أحوال الأمة أو الجماعة، وأنّها أيضاً متفاوتة بحسب العوارض العارضة والحافة بها من مُعضّدات لآثارها أو مُبطلات لتلك الآثار كلًا أو بعضاً...وتنقسم المصالح باعتبار آثارها في قوام أمر الأمة إلى ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجيَّة، وتحسينية."[1]

1-**المصالح الضرورية:** "وهي التي لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين".[2]

فالمصالح الضرورية، هي التي تكون الأمةُ بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظامُ باختلالها، بحيث إذا انخرمت تؤول حالة الأمة إلى فساد وتلاش، ولست أعني باختلال نظام الأمة هلاكَها واضمحلالها، لأن هذا قد سلمت منه أعرق الأمم في الوثنية والهمجية، ولكنّي أعني به أن تصير أحوال الأمة شبيهة بأحوال الأنعام، بحيث لا تكون على الحالة التي أرادها الشارع منها[3].

ومجموع الضروريات خمس وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وهي المشار إليها بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَٰنٍ يَفْتَرِينَهُۥ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِينَكَ فِى مَعْرُوفٍ فَبَايِعْهُنَّ وَٱسْتَغْفِرْ لَهُنَّ ٱللَّهَ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[الممتحنة: 12].

إذ لا خصوصية لنساء المؤمنات، فقد كان رسول الله –ﷺ– يأخذ البيعة على الرجال بمثل ما نزل في المؤمنات.[4]

---

[1]– ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص 230، 231.

[2]– الشاطبي: الموافقات، ج2، ص 10.

[3]–ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج 3، ص 232.

[4]– المرجع نفسه: ج 3، ص 235.والحديث المشار إليه هنا هو حديث عبادة بن الصامت: "قال: كنا عند النبي – ﷺ– فقال: تُبايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً ولا تَسْرِقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا البهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف، فمن وفّى منكم فأجره على الله، ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفّارة له. ومن أصاب من ذلك شيئاً فستره الله فأمره إلى الله إن شاء الله عاقبه وإن شاء عفا عنه. فبايعناه على ذلك". أخرجه البخاري في صحيحه، باب بيعة النساء، برقم 7214، 13، ص 204.وفي كتاب التفسير، الممتحنة، وفي باب إذا جاءك المؤمنات، برقم 4894، ينظر ابن حجر: فتح الباري، ج8، ص 640.

وحفظ هذه المصالح الضرورية يكون بأمرين: أحدهما ما يقيم أصل وجودها، والثاني ما يدفع عنها الاختلال الذي يعرض لها[1].

2/ **المصالح الحاجية**: ومعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي والمتوقع في المصالح العامة.[2]

قال ابن عاشور: " ومنها صنف الحاجي، وهو ما تحتاج الأمة إليه لاقتناء مصالحها وانتظام أمورها على وجه حسن، بحيث لولا مراعاتُه لَمَا فسد النظام، ولكنه كان على حالة غير منتظمة فلذلك كان لا يبلغ مبلغ الضروري"[3].

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بما يرفع الحرج والمشقة على المكلفين، قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾[سورةالبقرة: 185]، وقال أيضا: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[سورةالحج: 78].

3/ **المصالح التحسينية**: "ومعناهاالأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات، التي تألفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"[4].

قال ابن عاشور: " والمصالح التحسينية هي عندي ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها، حتى تعيش آمنة مطمئنة، ولها بهجة منظر في مرأى بقية الأمم، حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوبا في الاندماج فيها والتقرب منها، فإن لمحاسن العادات مدخلا في ذلك، سواء كانت عامة كستر العورة، أم خاصة ببعض الأمم كخصال الفطرة...[5]، ومنه الذي يكمّل المدنية في أجلى مظاهرها ويرقي الإنسان عن

---

[1]- الشاطبي: الموافقات، ج2، ص9.

[2]- المرجع السابق، ج2، ص10.

[3]- ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج 3، ص 241.

[4]-الشاطبي: الموافقات، ج2، ص 11.

[5]ـــ ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص 243

المشابهة بأنواع جنسه كلها إلى مشابهة الملائكة كمكارم الأخلاق وسلب العبد أهلية الشهادة والمرأة أهلية الإمارة واعتبار ما يرجع إلى المروآت والآداب التي لا تعارض الأصول الشرعية[1].

المطلب الثاني: حجية المصلحة المرسلة وضوابط اعتبارها عند المالكية.

الفرع الأول: حجية المصلحة المرسلة وأدلة اعتبارها عند المالكية.

لم يختلف الفقهاء أن مذهب الإمام مالك اشتهر بمراعاته للمصالح واعتبارها دليلا مستقلا بذاته، حتى قيل أنه زعيم الآخذين بها، قال أبو زهرة: " لقد أخذ مالك بالمصلحة في المعاملات واعتبرها دليلا مستقلا غير مستند إلى ما سواه، فحيثما وجدت المصلحة أخذ بها، سواء كان لها شاهد خاص من الشرع بالاعتبار أم لم يكن لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء، وهذا ما يسمى في عرف الفقهاء بالمصالح المرسلة"[2]، "وتميّز مذهب مالك وأصحابه بالنظر المصلحي مما لا يمكن أن يدفعه أحد"[3]، وهي مزية منيفة تجعل هذا المذهب من أسدِّ المذاهب في الالتفات إلى المصالح التي راعاها الشارع في أحكامه، وأحسنها في مسايرة طبيعة التّطور الحاصل في الحياة، وأجودها في النّظر في مصالح الناس[4] .

وإنما اضطرب النقل عن مالك في توسعه في الأخذ بالاستصلاح، فنسب الإمام الجويني القول بالمصلحة مطلقا ـــ من غير شرط ـــ إلى الإمام مالك، فقال: " وأفرط إمام دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستصلاح، فرأى تثبيت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة والمعاني المعروفة في الشريعة، وجره ذلك إلى استحلال القتل وأخذ المال بمصالح يقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لتلك المصالح مستندا إلى أصوله".[5]

وقد أنكر جماعة من المالكية نسبة هذ االقول للإمام مالك، ومنهم القرطبي كما نقل عنه الشوكاني في قوله: "وقد اجترأ إمام الحرمين وجازف فيما نسبه إلى مالك من الإفراط في هذا الأصل،

---

[1]- ابن عاشور: حاشية التوضيح والتصحيح على تنقيح الفصول، ج2، ص 161.

[2]ـــ أبو زهرة: مالك حياته وعصره وآراؤه الفقهية، ص318.

[3]- د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 108.

[4]- المرجع نفسه: ص 107.

[5]ـــ الجويني: البرهان في أصول الفقه، ، ج2، ص421.

وهذا لا يوجد في كتب مالك ولا في شيء من كتب أصحابه"[1]، ومنهم الأبياري[2]في شرحه على البرهان، فقد قال بعد أن ساق قول الجويني السابق: "إن ما نسبه الجويني إلى مالك من جواز القتل في التهم العظيمة لم يقف عليه في أي كتاب و لم يروه عن مالك من أصحابه أحد، بل أنكروه أن يكون هذا القول صادرا عنه"[3]، وقال في معرض آخر: " وما نُسب لمالك من القول بمصالح حائدة عن الشريعة مصادمة لأصلها، فهذا لا يقوله أحد، ...فكيف يصحُّ أن ينسب إلى مالك القول بها"[4].

وقال القرافي: " وما نقله الجويني في البرهان من أن مالكا يجيز قتل ثلث الأمة لصلاح الثلثين، فالمالكية ينكرون ذلك إنكارا شديدا، و لم يوجد ذلك في كتبهم، إنما هو في كتب المخالف لهم، وهم لم يجدوه أصلاً"[5]، وتناقل المالكية قول القرافي في كتبهم وعوّلوا عليه[6].

وفي هذا يقول الشيخ البوطي–رحمه الله –: "وأما ما ينقل عن مالك من أنه قال: أنا أقتل ثلث الأمة لاستبقاء ثلثيها؛ فمع أنها كلمة لا يعرف صادرها ولا واردها ولا تعتمد على سند ترتبط به غير مجرد القيل والتناقل؛ ليس فيها ما يدل على الاسترسال بالمصالح مع إهمال القواعد والنصوص".[7]

فدلّت هذه النصوص وغيرها على أن الإمام مالكا لم يقل ذلك، وإنما وقع مثل هذا الظن بسبب نقل الآراء والفتاوى دون تحرٍّ لها أو تدقيق في مدركها، أو دون نقل من كتب المذهب اكتفاء بكتب المذاهب الأخرى.

---

[1]ــ الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ص403.

[2]–**الأبياري**: أبو الحسن شمس الدين علي بن إسماعيل بن علي بن عطية الصنهاجي المالكي، أحد أئمة الإسلام المحققين، أخذ عن القاضي عبد الرحمن بن سلامة وناب عنه في القضاء، وعنه ابن الحاجب وعبد الكريم بن عطاء الله، له: شرح البرهان في الأصول، وسفينة النجاة على طريق الإحياء للغزالي، وشرح التهذيب وله تكملة الكتاب الجامع بين التبصرة والجامع لابن يونس، والتعلقة للتونسي تدل على قوة في الفقه وأصوله وبعض العلماء يفضله على الإمام الفخر الرازي في الأصول (ت618 ه)ينظر: (ابن فرحون، الديباج، ج1، ص121، مخلوف، شجرة النور، ج1، ص239)

[3]– الأبياري: التحقيق والبيان، ج4، ص 176.

[4]– المرجع نفسه، ج4، ص 177، 178.

[5] – القرافي، شهاب الدين: نفائس الأصول في شرح المحصول، ج 9، ص 4092.

[6]– ينظر: مواهب الجليل، ج5، ص 430، عليش: منح الجليل، ج7، ص 513، المهدي الوزاني: المعيار الجديد، ج3، ص17. حلولو، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمان القروي: التوضيح في شرح التنقيح، تحقيق غازي بن مرشد بن خلف العتبي، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى، 1420ه، ص 949.

[7]ــ محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة، ص415.

وإذا رجعنا إلى محقّقي المذهب المالكي فإنهم ينصُّون على هذا في كتبهم كما قال الشاطبي: " أما قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للعقول، فإن مالكا استرسل فيه استرسال المدلّ العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلا من أصوله، حتى لقد استشنع العلماء كثيرا من وجوه استرساله، زاعمين أنه خلع الربقة وفتح باب التشريع، وهيهات!، ما أبعده من ذلك –رحمه الله–، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالإتباع"[1].

وبالنظر إلى المذاهب الأخرى؛ فقد اعتبر هذا الأصل مسلَّما به عند الجميع، وإن كانوا ينازعون في اسمه، ولهذا فهو لا يختصّ بمذهب مالك وحده، قال القرافي: " وأما المصلحة المرسلة ؛ فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع نجدهم يعلِّلون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشَّاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرّد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة".[2]

وقال ابن العربي: " عوّل مالك– رحمه الله– على المصلحة، وهي أحد أركان أصول الفقه..."[3]

وقال ابن السراج: " تقرر أن مذهب مالك –رحمه الله– القول بالمصالح المرسلة، وهي أن تكون كلية محتاجًا إليها..."[4].

وعزاه المقري للمالكية في القواعد بقوله: " الالتفات إلى المصلحة من قبيل المرسل الذي تثبته المالكية"[5].

و لم يخالف–فيما وقفت عليه –من المالكية في حجية المصلحة المرسلة إلا القاضي أبو بكر الباقلاني[6] كما نسبه إليه غير واحد[7]، وابن الحاجب كما قال في منتهى السول: "وغير المعتبر هو

---

[1]ـــ الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص 631.

[2]ـــ القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص446.

[3]– ابن العربي: القبس، ج4، ص150.

[4]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج5، ص 226.

[5]– المقري، القواعد، ص486.

[6]– **الباقلاني**: هو القاضي أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني، شيخ السنة ولسان الأمة وإمام الأئمة، انتهت إليه رئاسة المالكيين بالعراق، أخذ عن ابن مجاهد والأبهري وابن أبي زيد وغيرهم، وعنه أبو ذر الهروي وأبو عمران الفاسي والقاضي أبو محمد بن نصر، له: الإبانة وشرح اللمع والإمامة الكبيرة والإمامة الصغيرة وأمالي إجماع أهل المدينة والمقدمات في أصول الديانات والتعريف والإرشاد في أصول الفقه، (ت403 ه) (ينظر: عياض: ترتيب المدارك، ج7، ص44، الزركلي: الأعلام، ج6، ص176محمد مخلوف، شجرة النور، ج1، ص137)

[7]– ينظر: ابن برهان، أحمد بن علي البغدادي: الوصول إلى الأصول، تحقيق: عبد الحميد علي أبو زنيد، مكتبة المعارف، الرياض، دط: 1403ه/1983م، ج2، ص 286، الجويني: البرهان، ج2، ص 721، الآمدي: الإحام في أصول الأحكام، ج3، ص 203. ابن عاشور: حاشية التصحيح والتوضيح، ج2، 169.

المرسل"[1]، بينما تردد رأي الإمامين ابن رشد والمقري بين القبول والإنكار كما حققه شيخنا الدكتور حاتم باي[2].

وقد استدل المالكية على حجية المصالح المرسلة بأدلةمنها:

أولا-عمل الصحابة:

إنه من ينظر في فتاوى الصحابة-رضي الله عنهم- ويتتبعها يجد أنهم أفتوا في كثير من الوقائع بناء على المصالح، ومن ذلك: جمع القرآن في مصاحف، وإبطال سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات، وتضمين الصناع...[3]

قال في مراقي السعود: نقبله لعمل الصحابة كالنقط للمصحف والكتابة.

تولية الصّديق للفاروق وهدم جار مسجدٍ للضيق.

وعمل السِّكّة تجديد النّدا والسّجن تدون الدّواوين بدا.

جاء في الشرح: فقوله نقبله يعني أن المالكية يجوّزون العمل بالمرسل رعاية للمصالح، وهو أصل من أصول الإمام مالك مُحتجًّا بإجماع الصحابة في مسائل كثيرة من غير مُخالف ولا نكير في ذلك، وذكر لذلك ثمانية أمثلة، ... لم يفعل منها النبي -صلى الله عليه وسلم- شيئا، ولم يرد بها نص خاص من كتاب أو سنة، وإنما فعلها الصحابة من غير مُنكر ولا مخالف، لأجل رعاية المصالح المرسلة. [4]

قال الأبياري:"حاول القاضي ردَّ الاستدلال، ...ولو نظر في أقضية الصحابة تبيّن منهم أنهم كانوا يتعلّقون بالمصالح في وجوه الرّأي وظهر ذلك منهم في مواضع منها: حد شارب الخمر ....،

---

[1]- ابن الحاجب: منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق نذير حمادو، دار ابن حزم، ط1: 1427هـ/2006م، ج 2، ص 1097.

[2]- د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 117، 118.

[3]- ينظر: الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص 612 وما بعدها، أبو زهرة: أصول الفقه، ص262، 264.، موسى فاديغا: أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية، ج2، ص 435- 443.

[4]- الشنقيطي: نثر الورود على مراقي السعود، ص 489.

وتضمين الصنّاع...، و منه بيع الحاضر لباد، وغير ذلك من تفاريع أدلة دلّت على التفات الشريعة للمصالح في أثناء الأحكام"[1].

ثانيا–الاستقراء المعنوي:

أنه ثبت بالاستقراء أن أحكام الشريعة روعي فيها الأخذ بمصالح الناس، واعتبار جنس المصالح في جملة الأحكام بما يوجب ظن اعتبار هذه المصلحة في تعليل الأحكام، والعمل بالظن واجب.[2]

ثالثا–قياس الأولى.

لقد استند بعض العلماء القائلين بالاستصلاح، بدليل أن الأخذ بالمصالح المرسلة أولى من الأخذ بالقياس الأصولي، لأن محصّل القياس: إلحاق جزئيٍّ لا نص على حكمه بجزئي آخر في الشرع التنصيص على حكمه لعلة جامعة، أمّا الأخذ بالمصالح المرسلة فهو إدراج مصلحة لا نص على اعتبارها في الشرع تحت أصل كلي قطعي، فليس إلحاق الجزئي بالجزئي أولى من إلحاق الجزئي بالأصل القطعي أو القريب منه[3].

الفرع الثاني: ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة.

وقد لاحظ فقهاء المذهب المالكي أن منهج الإمام مالك في الاستدلال بالمصلحة المرسلة كان مقيّدًا بأربعة شروط هي:

أولا– أن تكون متفقة مع مقاصد الشرع، فلا تنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من أدلته.

ثانيا– أن تكون معقولة في ذاتها، تتلقاها العقول بالقبول إذا عرضت عليها.

ثالثا– أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين.

---

[1]– الأبياري: التحقيق والبيان، ج4، ص 133، 134.

[2]– ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعة طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، دط، ج3، 14.

[3]– د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 194، 195.

رابعا – أن تكون المصلحة المرسلة كليّة أغلبيّة، عامّة لا خاصّة. [1]

وتجدر الملاحظة إلى أن المصالح "لا تدخل في باب التعبدات البتّة، وإنما هي راجعة إلى حفظ أصل الملة، وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية"[2]، وذلك لأن أغلب أحكام التعبدات لا يعقل معناها، خلافا للمعاملات التي بنيت على رعاية المصالح المدركة بالعقل.

فهذه القيود والضوابط بمثابة حاجز قوي يمنع أصحاب الأغراض والشهوات من أن يمتطوا المصلحة لبلوغ أهوائهم، كما تمنع المجتهد من أن ينسب إلى من تفسخ من الدين وخلع الرقبة، وتؤكد هذه الشروط أنّ فقهاء المالكية الذين أخذوا بالاستصلاح لم يخالفوا نصا مقطوعا به .

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير المصلحة.

بعد بيان حقيقة المصلحة وأقسامها، وحجيتها وضوابط العمل بها عند المالكية، يأتي بيان أنها سبب للعدول عن القول المعتمد في المذهب، وسنسوق جملة من نصوص المالكية في هذا الباب:

قال الهلالي: " ومن الأمور التي توجب ترجيح غير المشهور؛ كونه طريقا لجلب مصلحة إذا عرضت واحتيج للجلب، و لم يكن إلا بمقابل المشهور، ووجه ذلك أن الشريعة جاءت بجلب المصالح ودرء المفاسد، فإذا عرض توقفهما على مقابل المشهور غلب الظن أن قائل القول المشهور لو أدرك هذا الزمان الذي توقف فيه جلب المصلحة أو درء المفسدة على مقابل قوله لم يقل إلا بالمقابل "[3]، وهذا من أوضح النقول وأقواها في الدلالة على جواز العدول عن القول المعتمد بسبب تغير المصلحة.

واستدل الحجوي لجواز العدول عن القول المعتمدبقوله: "ووجه كون المصلحة مُوجب للعمل بالضعيف والشاذ من الأقوال، أن العمل بهما إذا كان لجلب مصلحة فهو على أصل مالك في المصالح

---

[1]- ينظر: الأبياري: التحقيق والبيان، ج4، ص 150، القرافي: نفائس الأصول، ج9، ص 4070.حلولو، التوضيح في شح التنقيح، ص 948، الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص129 وما بعدها.، ابن عاشور: حاشية التوضيح والتصحيح على شرح التنقيح، ج2، ص 221.، أبو زهرة: أصول الفقه، ص 261، 263، د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 144 وما بعدها، فاديغا: أصول فقه مالك أدلته العقلية، ج2، 451،

[2]ـــ الشاطبي: الموافقات، ج3، ص 74.

[3]ـــ الهلالي: نور البصر، ص269.

المرسلة، وقد تقدم ما فيه من الخلاف، وأن شرطه أن لا تصادم نصا من نصوص الشريعة ولا مصلحة أقوى منها ولا جريان عرف، فتقدم أنه من الأصول التي بني الفقه عليها".[1]

قال ابن السّراج: إن مالكا يراعي الحاجيات كما يراعي الضروريات، مُخرّج على ما قدّمته من أنه إذا اتفق على صحة الاستناد إلى الضرورة في تجويز الممنوع، فإن مالكا كذلك يستند إلى المصالح الحاجية الكلية في تجويز الممنوع"[2]، وهذا القول إنما يستقيم ويلزم القول به في حالة معارضة المصلحة المرسلة لعموم لفظي أو عموم قياسيٍّ، إذ مسوِّغ العدول عن أدلة الشرع من قياس أو عموم لا يكون إلا لأصل قويّ يُعتمد عليه من ضرورة ملجئة أو حاجة عامّة ماسّة، أما المصلحة التحسينية فلا ترقى لأن تعارض أدلة الشرع القياسية واللفظية، فلا تكون موجبة للاستثناء منها، وأنت إن تقرّيت الأحكام الشرعية، المعدول بها عن القياس والقواعد العامة فإنك تجد أن عامّتها مخرّجة على الاستثناء المؤسّس على ضرورة لازمة أو حاجة عامة مثل الرخصّ العامة[3].

ثم إن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة، ويميز ما هو في رتبة الضروريات أو الحاجيات، وما هو في مرتبة التحسينات، فما ألجأت إليه المحافظة على النفس أو الدين أو العقل أو النسل أو المال فهو في رتبة الضروريات، ويلحق بهذا ما في رتبة الحاجيات، فقد نص الموّاق في شرح خليل أن المذهب المالكي مبني على اعتبار الحاجيات وإلحاقها بالضروريات، أما ما كان في رتبة التحسينات فلا يعتبر مرخّصا في الخروج عن المشهور، وعلى كل حال لا يقدر على مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي[4]، لأن ترجيح الأقوال بالمصالح لا يكون إلا لمجتهد قادر على الترجيح، لأنه غير متيسّر لغير القادر، فلا بد من أهلية الترجيح بإتقان الآلات والقواعد، إذ ليس كل مصلحة تستجلب أو

---

[1]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص465.

[2]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج5، ص 226.

[3]- ينظر: د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 155.

[4]- ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص466.وانظر: المواق: التاج والإكليل، ج7، ص 496، ميارة: شرح ميارة على تحفة ابن عاصم، ج2، ص 102.

مفسدة تدفع تعتبر في نظر الشرع، فلا بد من نظرٍ في ذلك بملكة تميز بها بين المعتبر شرعا وغير المعتبر، ليقدّم ما يقدّم ويؤخر ما يؤخر، ولا بد في ذلك من فطنة ونباهة نفس[1].

ثم إن تغير الأحكام عند تغير الأسباب ليس خروجا عن المشهور، بل فيه جري على قاعدة المذهب في المحافظة على مصالح العباد وحفظ أموالهم، ولاسيما على القول بأن المشهور ما قوي دليله، وأمثلة هذه الاعتبارات فيما جرى به العمل كثيرة[2].

وممّا يُلحظ في المذهب المالكي أن المتأخرين من أهل المذهب، على التزامهم اتِّباع مشهور المذهب، فإنهم تركوا هذا المشهور في كثير من المسائل، وأخذوا ببعض الأقوال الضعيفة المروية في المذهب، بل أخذوا بأقوال خارج المذهب، وجرى بذلك عمل القضاة والمفتين، وكان الدّافع من وراء الحيدة عن مشهور المذهب إلى غيره، هو **لحظ المصلحة**، لما في تغير الزمان واختلاف البيئات من الأثر في تكوُّن المصلحة وتبدّلها[3].

ولا يخفى أن مسائل ما جرى به العمل مبنية على العدول عن القول المعتمد، وفي هذا الصدد يقول الجيدي: " كثيرا ما نعثر في كتب الفقه والنوازل على أقوال ومسائل جرت فتاوى الفقهاء فيها على الشاذ والضعيف، تحقيقًا للمصالح، وهكذا رأيناهم يصرّحون بأن هذا الحكم مخالف لمشهور المذهب، ولكن أفتى المتأخرون به لمصلحة ظهرت لهم"[4].

ومن أمثلة مسائل الفقه التي عدل فيها المالكية عن القول المعتمد بسبب المصلحة: مسألة بيع المضغوط، ومسألة تضمين الرعاة، ومسألة الجلسة والجزاء، والحكم لولي القتيل دون شاهد، ومسألة الأرض تزرع غصبا، وبيع العقار المحبّس، ...[5]، وسأقتصر في المطلب الموالي على بحث مسألتين فقهيتين كنماذج تطبيقية لمسائل العدول بسبب المصلحة.

---

(1)- ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 269.

(2)- المرجع نفسه ، ص 273.

(3)- ينظر: د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 399.

(4)ـــ الجيدي: العرف والعمل، ص 401.

(5)ـــالهلالي: نور البصر، ص 270، 271.

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب تغير وجه المصلحة.

الفرع الأول: مسألة تضمين الرّاعي المشترك.

اشتهرت هذه المسألة في كتب المتأخرين، وأثارت خلافا واسعا بينهم، وأكثر الونشريسي النقل عن الفقهاء فيها، وألف في ذلك كتابا سماه: "إضاءة الحلك والمرجع بالدرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك"، ونقل منه في "المعيار"[1] وفي "عدة البروق"[2]، ردّ به على من أفتوا بتضمين الراعي المشترك.

أولا– صورة المسألة:

الضّمان في اللغة: مشتق من الضَمّ، أو من التضمن، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، أو من الضمن، لأن ذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون، لأنه زيادة وثيقة.[3]

أما في اصطلاح المالكية: " فالضمان التزام مكلف غير سفيه دَيْنًا على غيره "[4] .

والراعي: هو الذي يدفع إليه الناس دوابهم ومواشيهم ليرعى بها. وهو إما مشترك أو خاص.

فالراعي المشترك: هو من صفته رعي غنم الناس، فكل من أتاه بغنمه يرعاها ولا يردها عليه.

والراعي الخاص: هو ما كان خاصا بجماعة أو عشرة من أهل الحاضرة، أو أحدهم، فلا تختلط غنمهم بغنم الناس[5].

---

[1]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج8، ص 343.

[2]– الونشريسي: عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، ت حقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1410 هـ / 1990 م، ص 539 وما بعدها

[3]ـــ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة (ضمن): الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه . . . والكفالة تسمى ضمانًا من هذا الوجه ": ج3، ص272 ؛ قال المناوي: " وقول بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم غلط من جهة الاشتقاق ؛ لأن نون الضمان أصلية، والضم لا نون فيه، فهما مادتان مختلفتان . التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت، ط1: 1410هـ، ص 14 .

[4]ـــ الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ، ج 3، ص429

[5]ـــ ينظر: الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 364.

وصورة تضمين الرعاة: أنه قد جرت عادة الناس أن يدفعوا بمواشيهم ودوابهم إلى الرعاة، فإذا ضاع أو تلف منها شيء فالأصل أن لا ضمان على الراعي، سواء كان الراعي خاصا أم مشتركا، لأن الراعي أجير، والأجير أمين، لكنهم قالوا بوجوب تضمين الراعي المشترك سواء تسبب في الضرر أو لم يتسبب فيه، إلحاقا بالصانع، أما الراعي الخاص فلا يضمن، إلا أن يثبت تسببه في الضرر بإهمال أو ضياع، وسواء كان المرعي غنما أو بقرا أو غيرها.[1]

ثانيا– أقوال المالكية في تضمين الراعي.

اختلف المالكية في تضمين الراعي على قولين:

القول الأول: عدم تضمين الراعي، وهو قول مالك وابن القاسم وابن وهب في المدونة وغيرها، وهو **المشهور**.

جاء في المدونة: " هل كان مالك يرى على الراعي ضمانا، رعاء الإبل أو الغنم أو البقر أو الدواب؟ قال: قال مالك: لا ضمان عليهم، إلا فيما تعدّوا أو فرّطوا.

قلت وسواء عند مالك إن كان هذا الراعي إنما أخذ من هذا عشرين شاة ومن هذا مائة شاة، فجمع أغنام الناس فكان يرعاها، أو رجل استأجرته على أن يرعى غنمي هذه، أهما سواء في قول مالك؟ قال: قال مالك: هما سواء، لاضمان عليها، إلا فيما تعدّيا أو فرّطا.

قلت: أرأيت إن اشترطوا على الأجير الراعي ضمانا فيما هلك من الغنم؟ قال مالك: الإجارة فاسدة، ويكون له كراء مثله ممن لا ضمان عليه.

قلت: أرأيت الراعي يشترط عليه أرباب الغنم أنّ ما مات منها أتى الراعي بسمتها وإلا فهو ضامن؟ قال مالك: الإجارة فاسدة ولاضمان عليه، فهذا يشبه مسألتك، ولا ضمان على الراعي وإن لم يأت بسمته، وله أجرة مثله.

---

[1]– ينظر: عليش: فتح العلي المالك، ج2، ص 227، الصنهاجي: مواهب الخلاق، ج2، ص 306، الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 364. ابن رحال المعداني: كشف القناع عن تضمين الصناع، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الدار التونسية، تونس، دط: 1986م، ص 89.

قلت: فهل يكون الراعي مصدقا فيما هلك من الغنم في قول مالك؟ قال نعم"[1].

القول الثاني: تضمين الراعي، وهو اختيار ابن حبيب، نقله عن بعض التابعين، وهو **قول شاذ** في المذهب.

قال ابن فرحون: "وفي مختصر الواضحة قال عبد الملك حاكيا الخلاف عن ذلك: اختلف أهل العلم في الراعي الذي ورد الحديث بسقوط الضمان عنه، فعن مالك وأصحابه أنه كل راع مشترك كان أو غيره ما لم يتعد أو يفرط، وقال ابن المسيب والحسن ومكحول والأوزاعي أنه الراعي لرجل خاص، أما المشترك فهو ضامن حتى يأتي بالمخرج، والأخذ بهذا القول أحبّ إليّ، لأنه صار كالصانع"[2].

قال ابن سلمون[3]:" لا ضمان على الراعي فيما تلف من الغنم، إذا لم يتعدّ ولا فرّط، ...وإن شُرط عليه الضمان فلا يلزمه، وفسخت الإجارة، والحكم في ذلك إذا كانت الغنم لواحد أو لجماعة، وروي عن سعيد ابن المسيب في الراعي الذي يلقي الناس أغنامهم إليه أنه ضامن لما تلف منها، ورآه كالصانع، وليس على ذلك العمل"[4].

ثالثا– عدول المالكية عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

نقل الونشريسي فتاوى بعض الفقهاء بتضمين الراعي المشترك معتمدين على قول ابن حبيب، ومنهم أبو عمر ابن المكوي وابن لبابة، والقوري[5]، والعبدوسي وغيرهم، وقد بالغ الونشريسي في الرد والإنكار عليهم، وألف في ذلك كتابا سماه: "إضاءة الحلك والمرجع بالدرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك"، مستدلا في ذلك "بالفرق بين الراعي وبين الصانع، فليست الضرورة في الرعي

---

[1]ـــ سحنون : المدونة الكبرى، ج3، ص 449. 450. 451.

[2]ـــ ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص 247.

[3]– **ابن سلمون:** هو أبو محمد عبد الله بن علي بن سلمون الكناني البياسيالغرناطيالمالكي، قاضي غرناطة، عالم بالعقود والوثائق، له: العقد المنظم للحكام، فيما يجري على أيديهم من العقود والأحكام، الشافي في تحرير ما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافي(ت741ه) (ينظر: ابن فرحون، الديباج، ص 397، الزركلي، الأعلام، ج4، ص106).

[4]– ابن سلمون: العقد المنظم للحكام، فيما يجري على أيديهم من العقود والأحكام، تحقيق محمد بن عبد الرحمان الشاغول، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1: 1432ه/2011م، ص 340. وانظر: ميارة: شرح التحفة، ج2، ص 193، ابن رحال المعداني: كشف القناع عن تضمين الصناع، ص 88.

[5]– **القوري:** أبو فارس عبد العزيز بن محمد القوري الفاسي، أخذ عن أبي الحسن الصغير، وعنه أخذ أبو عمران العبدوسي، له تقييد على المدونة، (ت750ه)، ينظر: (محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1.ص231).

كالضرورة في الصنع"[1]، والفرق بينهما أن حاجة الناس لرعاة المواشي ليست كحاجتهم للصناع، فإن احتياج الناس لهم عامّ، كما أن الرعي مقدور عليه، بخلاف الصنائع فإنه ليس مقدورا عليه إلا لأهله[2]، فافترقا، وهذا يدل على أن العمل بتضمين الراعي المشترك مختلف فيه بين الفقهاء.

وسئل في نازلة عن راع ضاع منه ثور فأجاب: لا ضمان على الرّاعي فيما تلف منه أو ضاع أو عرض له شيء، وكذلك الراعي بالإجارة"[3]، فلما بلغت هذه الفتوى لبعض الفقهاء الفاسيين اعترضوا وأنكروا عليه، وأفتوا الراعي بالضمان، فقال: " كيف يُنكر علينا، والمدونة التي بنصها أفتينا...ومثله في اختصار ابن يونس واللخمي ومفيد الحكام"[4].

قال في العمل المطلق: والراعي ذو الشركة بين الناس ضمنه الضائع أهل فـــــاس.

وكان قبل في الزمـــــان الأول ليس على تضمينه من عمل.

قال السجلماسي: "مراده بالراعي؛ الراعي المشترك، وقد أفتى بتضمينه الشيخان أبو محمد عبد الله العبدوسي، وأبو عبد الله القوري تقليدا لقول ابن حبيب، وعلى فتواهما اعتمد القضاة بفاس"[5].

أما عن **سبب العدول عن القول المعتمد** في المسألة؛ فقد تنوعت تبريرات المتأخرين بحسب مستند كل واحد منهم، قال أبو علي التادلي[6]: " والقياس والنظر عدم ضمان الراعي المشترك، والذي تقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه، وهو الذي نختاره فيه"[7]، فنصّ على أنّ فشوّ الخيانة بين الرعاة هو سبب اختياره القول بتضمينهم، وأن المصلحة تقتضي الحفاظ على أموال الناس.

---

[1]ـــ الونشريسي: المعيار المعرب، ج8، ص 343 وما بعدها.

[2]- الونشريسي: عدة البروق، ص 540.

[3]-،الونشريسي: المعيار المعرب،ج8، ص 342.

[4]- المرجع نفسه، ج8، ص 342.

[5]ـــ السجلماسي: شرح العمل المطلق، ص338.

[6]-**أبو علي التادلي**: هو أبو علي الحسن بن رحال التاداليالمعدانيالمكناسي الفاسي، قاضي فاس، له حاشية على المختصر، وحاشية على شرح ميارة على تحفة الحكام، (ت1140ه). ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص327)

[7]ـــ عليش: فتح العلي المالك، ج3، ص370.

وفي أصول الفتيا لابن الحارث[1]: أن الراعي المشترك حكمه كحكم الصانع"، ولفظ ابن الحارث في كتابه المذكور في تعداد الأمناء المصدقين على ما في أيديهم، وقد قال اليزناسي[2] في شرحه على التحفة: " كان زمن ولايتي بمدينة تلمسان كثيرا ما أحكم بتضمين الراعي المشترك عندما تظهر لي مخايل كذب الرعاة وتعديهم وتفريطهم، وذلك غالب أحوالهم، وأرى أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس، لاضطرارهم إليه في كثير من الأحيان، وأعتمد في ذلك على المصلحة العامة التي من أصول مذهب مالك مراعاتها"[3].

وفي نظم العمل: ضمان راعي غنم الناس رعي ألحقه بالصانع الغرم تعي.

ومعناه: أنه جرى العمل بتضمين الراعي المشترك لما تلف أو ضاع عنده إلحاقا بالصانع المجمع على ضمانه لمصنوعه، ... أما الراعي الخاص فلا ضمان عليه، وضمنوه للمصلحة العامة[4].

وقد بحث هذه المسألة شيخنا الدكتور حاتم باي؛ وأدرجها ضمن المسائل والشواهد التطبيقية للاستحسان في المذهب المالكي، وحقّق في سبب عدول متأخري المالكية فيها، وهو لحظ المصلحة العامة، لما في تغير الزمان واختلاف البيئات من الأثر في تكوّن المصلحة وتبدّلها.[5]

ويلحق بهذه المسألة مسائل أخرى مشابهة لها، عدل فيها المالكية عن القول المعتمد للمصلحة، منها تضمين صاحب الحمام....فقالوا بالتضمين لمّا كثر تشكّي الناس من أصحاب الحمامات، لقلّة الديانة وخراب الذّمم، استناداً منهم إلى المصلحة العامّة التي هي من أصول المذهب[6]، قال الدسوقي:

---

[1]- **ابن الحارث الخشني**: أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الخشني المالكي، الفقيه الحافظ المحدث، تفقه بأحمد بن نصر، وابن اللباد وغيرهم، استوطن قرطبة، له أصول الفتيا، تاريخ علماء الأندلس، وكتاب الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك، (ت 361ه) (ينظر: عياض: ترتيب المدارك، ج2، ص 167، محمد مخلوف، شجرة النو، ج1، ص 141).

[2]ـــ**اليزناسي**: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله اليزناسي، قاضي الجماعة بفاس، أخذ عن ابن مرزوق الحفيد، له فتاوى كثيرة نقل منها في المعيار، (ت794ه).ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص53.مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 239)

[3]ـــ عليش: فتح العلي المالك، ج3، ص37ّ0.

[4]- ينظر: الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 365.

[5]- ينظر: د.حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 396 وما بعدها.

[6]- عليش: فتح العلي المالك، ج2، ص 227.

"واعلم أن أصل المذهب عدم تضمين الخفراء، والحرّاس، والرّعاة، واستحسن بعض المتأخرين تضمينهم نظرا لكونه من المصالح العامّة"[1].

الفرع الثاني: مسألة استحقاق غلة الأرض تزرع غصبا وتعديا.

أولا– صورة المسألة.

الغضب: "هوأخذ مال الغير قهراً تعدياً بلا حرابة"[2].

أما التعدي: "فهو التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه"[3].

وصورة المسالة: أنه قد يحدث أن يتعدّى غاصب على أرض ليست في ملكه ولا هو اكتراها، فيحرثها ويزرعها، فلما ينبت الزرع ويصير مما ينتفع به وحصده الغاصب، اطّلع عليه صاحب الأرض، وادّعى أن غلة المغصوب له، فلمن تعود غلة ذلك الزرع؟ فهل هي للغاصب أم لصاحب الأرض؟

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

اختلف النقل في المذهب في هذه المسألة على قولين[4]:

القول الأول: أن غلة الأرض المغصوبة للغاصب وعليه أجرة كراء المثل، وهو قول مالك كما في المدونة، **وهو القول المشهور**، وهو الذي استحبّه ابن أبي زيد كما في النوادر[5]، واختاره اللخمي كما في التبصرة[6]، وتابعه صاحب المختصر بقوله: "وإن زرع فاستحقّت، وإلاّ فكراء السنة"[7]

---

[1]– الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص26.

[2]– ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 409.

[3]– الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص468.

[4]– ينظر: ابن عبد الحكم: المختصر الكبير، ص 277، ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص 340، ابن يونس: الجامع، ج6، ص182، القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق عبد الحق حميش، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، دط، ج2، ص 880، المازري: شرح التلقين، ج3، ص 269. خليل: التوضيح، ج6، ص 546، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج3، ص 462، الدردير: الشرح الصغير، ج2، ص 221.

[5]– ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص 340،

[6]– اللخمي: التبصرة، ج12، ص 5822.

[7]– خليل: المختصر، ص 192.

جاء في المدونة: " قلت: أرأيت لو أن رجلا غصب أرضا فغرس فيها شجرا فاستحقها ربها؟قال: يقال للغاصب: اقلع شجرك إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة."[1]وقال مالك في الأرض الموات: إذا أتى رجل إلى أرض فأحياها، وهو يظن أنها موات وأنها ليست لأحد، ثم استحقها رجل، قال مالك في قضاء عمر بن الخطاب: أنا آخذ به، وأرى أنه إذا أبى هذا وأبى هذا، أنهما يكونان شريكين بقدر ما أنفق هذا من عمارته، وبقدر قيمة الأرض يكونان شريكين في الأرض والعمارة جميعا، وهذه المسألة قد اختلف فيها، وهذا أحسن ما سمعت وأحب ما فيه إلي"[2].

ومستند الإمام مالك في المسألة هو قضاء عمر بن الخطاب كما ذكر، واستدل له المازري بقوله: " المعروف من المذهب عند مالك وأصحابه أن الزرع للغاصب، وعليه كراء الأرض، وهو عوض المنافع التي قد أفادها الغاصب، ومن غصب شيئًا فأتلف عينه فإنما عليه قيمته"[3].

القول الثاني: أن غلة المغصوب لصاحب الأرض، وللغاصب القيمة فيما أنفق، وهو **القول الشاذ**، واختار هذه الرواية غير واحد[4].

واستدل له المازري بما رواه الداودي في كتاب الأموال: عن مالك رواية شاذة؛أن الزرع لصاحب الأرض، وعليه للغاصب ما أنفق في ذلك، ومال إلى هذا المذهب، واحتج فيه بقول النبي –ﷺ–: "مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَالزَّرْعُ لرَبِّ الأَرْضِ وَعَلَيْهِ مَا أَنْفَقَهُ"[5].

ويشهد لهذا القول أيضاً الحديث الذي رواه الإمام مالك في الموطأ عن هشام بن عروة عن أبيه، أن رسول الله –ﷺ– قال: " مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ". قال مالك: والعرق الظالم هو كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق[6].

---

(1)– سحنون: المدونة الكبرى، ج 4، ص 189.

(2)– المرجع نفسه، ج4، ص 190.

(3)– المازري: شرح التلقين، ج3، ص 270.

(4)– ينظر:خليل: التوضيح، ج6، ص 547، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج3، ص 462، الدردير: الشرح الصغير، ج2، ص 221.

(5)– أخرجه الترمذي، محمد بن عيسى: السنن، تحقيق أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي، طبعة الحلبي، مصر، ط2: 1395ه/1975م، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم، رقم: 1366. ج3، ص 640، من حديث عطاء عن رافع بن خديج.

(6)– أخرجه مالك في الموطأ، كتاب القضاء، باب القضاء في عمارة الموات، رقم 1420، ص 454.

قال الباجي: "قوله(ليس لعرق ظالم حق) يحتمل أن يريد: ليس له حق البقاء، فمن غرس أو بنى ظالما في ملك غيره ليس له أن يبقيه وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجه منه ...ويحتمل أن يريد أنه ليس له حق بملك ولا انتفاع، ويكون المراد به في العيون والآبار وذلك أن من حفر بئرا، أو أنبط عينا في ملك غيره فإنه ليس له أن يملكه وينتفع به، ولصاحب الملك أن يجبره على إعادته على ما كان عليه أو يتملكه ويعطيه قيمة ماله، وإذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير وربيعة بن أبي عبد الرحمن والله أعلم وأحكم[1].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

أشهر من نُقل عنه العدول عن القول المعتمد في هذه المسألة هو الإمام المازري، جاء في باب الاستحقاق من شرح التلقين: وأما إذا كان زارعا متعدّيا غاصبا للأرض، ...ثم أتى المستحق وقد حصد الغاصب الزرع وجمعه، فالمعروف من المذهب عند مالك وأصحابه أن الزرع للغاصب، وعليه كراء الأرض، ...وقد ورد هذا السؤال إلى المهدية، وشيوخ الفتوى فيها متوافرون، فأفتوا بأنّ الزّرع لربّ الأرض، واحتج بما احتج به الداودي، وسطره في جوابه معتمدا عليه، وكأنه نسب هذه الحجة إليه، ووافقتُه أنا في الفتوى حينئذ باختيار هذا القول"[2].

أما عن سبب العدول عن القول المعتمد والفتوى بالقول الشاذ؛لما رأوا كثرة التّعدِّي والغصب، فيتوصل المتعدي إلى مراده إذا لم يرد رب الأرض أن يكريها، فيحرثها بلا إذن ثم يماطل بالمفاصلة حتى يفوت الإبان فيصير رب الأرض مجبورا على كراء المثل فإذا كثر هذا التعدي في ناحية من البلاد ترجح الشاذ على المشهور، حفظا لأموال الناس عن أخذها بغير طيب نفس[3]، وما يؤكد كثرة الغصب والتعدي ما جاء في نص سؤال عن مسألة غصب نزلت في قبائل شتى في الصحراء يتغاصبون فيما بينهم وليس لهم مال، وهذا الغصب فيما بينهم قديم بين أبائهم وأجدادهم [4].

---

[1]– الباجي: المنتقى، ج 6، ص32.

[2]– المازري: شرح التلقين، ج3، ص 270.

[3]– الشنقيطي، محمد بن محمد سالم المجلسي: لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، دار الرضوان، نواقشط، موريتانيا، ط1: 1436 هـ / 2015 م، ج1، ص 155.

[4]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج 9، ص 452.

قال الهلالي: " لو أدرك مالك رحمه الله كثرة التّعدّي على الأرض والتّحيّل على كرائها بكراء المثل بلا رضى ربها، لرجع عن المشهور إلى الشاذ، وقد قال مالك أوّلا بوجوب تعجيل النقد في الكراء المضمون، ولما رأى الأكرياء اقتطعوا أموال الناس رخّص في الاكتفاء بتعجيل اليسير فيما لم يحضر وقت السفر فيه كالحج **حفظاً للمال**"[1].

وقد أثبت الونشريسي فتوى المازري في المعيار، كما نقل عن بعض المتأخرين إفتاءهم بالقول الشاذ، ومن ذلك لما سُئل أحمد بن نصر الداودي عمن غصبت أرضهم ثم قدروا على الانتصاف وقد زرعها الغاصب زمانا وفيها زرع قائم. فأجاب: ما وُجد في إبان الزراعة فلهم أخذه بغير شيء يعطونه للغاصب، ويحاسب عليها مما تقدّم له في تلك الأرض من زراعة، وإن أقام بعد الإبان اختلف النقل عن مالك: فقيل على الغاصب الكراء والزرع له، وقيل الزرع لرب الأرض وهو أولى لقوله -ﷺ-: "ليس لعرق ظالم حق".[2]

[1]- الهلالي: نور البصر، ص 272.

[2]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج9، ص 560.

المبحث الخامس:

العدول عن القول المعتمد بسبب سدّ الذّرائع.

تمهيد:

أدرس في هذا المبحث السبب الخامس من أسباب عدول المالكية عن القول المعتمد في المذهب، وهو سدّ الذرائع، وغير خاف أنه من الأصول الاجتهادية التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه تأصيلا وتنزيلا، قال الصاوي[1]: " ومذهبه عمريٌّ، سدّ الحيل، واتقاء الشبهات"[2]، وقد نصّ عليه الفقهاء في كثير من المناسبات كما سيأتي، وهو ظاهر في كتب العمل والنوازل والفتاوى والأجوبة، فتوجد الكثير من المسائل عدلوا فيها عن القول المعتمد بسبب سدّ الذّرائع، وسأتناول هذا السبب من خلال معرفة حقيقته وأقسامه، وأدلة حجيته عند المالكية، ثم أذكر بعض النقول عن فقهاء المذهب في جواز العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذّرائع، كما أبحث مثالين من فروع المسائل الفقهية التي عدلوا فيها عن القول المعتمد بسببه.

---

[1]- **الصّاوي:** هو أبو العباس أحمد الصاوي الخلوتي، من شيوخه: أحمد الدردير، الأمير الكبير، الدسوقي، له: حاشية على الشرح الصغير، وغيره، (ت 1241ه) (ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1، ص170، الزركلي، الأعلام، ج1، ص 246).

[2]- أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1415ه/1995م، ج1، ص117.

المطلب الأول: حقيقة سد الذرائع وأقسامها.

الفرع الأول: حقيقة سدّ الذرائع.

أولا– سد الذرائع في اللغة.

1–السدّ لغة: من مادة(سدد)، ومن معانيه: الرّدم، والغلق، والحَجْرُ[1].

2–الذرائع لغة: مفردها ذريعة، ومادّتها اللغوية (ذرع)، وتأتي بمعان كثيرة منها: [2]

- الجمل أو الناقة التي يستتر بها الرّامي ليرمي الصّيد، ثم جعلت مثلا للشيء الأدنى.
- الوسيلة إلى الشيء أو السبب إليه، ومنه قوله: تذرّعت به إليه؛ أي: توسّلت به.

واستعملت الذريعة بمعنى السبب مجازا، ثم نقل معناها إلى البيع أو العقد الجائز المتوصّل به إلى غير الجائز على سبيل الاستعارة التصريحية[3].

ثانيا–سد الذرائع في اصطلاح المالكية:

إن الناظر في كتب المالكية يجد أنهم قد جعلوا للذّرائع في الاصطلاح معنيين، أحدهما خاص والآخر عام.

1–**المعنى العام لسدّ الذّرائع**: وهو كل وسيلة تُتَّخذ للوصول إلى أمر ما، وهي بهذا تقترب من المعنى اللغوي.

ويدل على هذا المعنى الإمام القرافي بقوله: " واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، ويكره ويندب، فإن الذّريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فإن وسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد: وهي الطرق المتضمنة للمصالح

---

[1]– ينظر: الفراهيدي، الخليل بن أحمد: كتاب العين، تحقيق المهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار الهلال، دط، (مادة: سدد)، ج7، ص 183، الأزهري: تهذيب اللغة، (مادة: سدد)، ج12، ص194، الجوهري: الصحاح، ج2، ص486.

[2]– ينظر: ابن منظور: لسان العرب، فصل الذال، ج8، ص 93، ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، (مادة: ذرع)، ج2، ص350، الرازي: مختار الصحاح، ص 221، الفيروز أبادي: القاموس المحيط، (مادة: ذرع)، ص717.

[3]– ينظر: محمد بن علي بن حسين: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبع بالهامش مع الفروق، (الفرق الرابع والستون)، ج3، ص 274، العدوي: الحاشية على شرح الخرشي، ج5، ص 92، ابن عاشور: حاشية التوضح والتصحيح، ج2، ص224.ومقاصد الشريعة الإسلامية، ج2، ص 101. ج3، ص305 .

والمفاسد في أنفسها، ووسائل: وهي الطرق المفضية إلى المقاصد، وحكمها كحكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل".[1]

ويؤكد هذا المعنى ابن فرحون قائلا: " مسألة: وسيلة المحرّم محرّمة، وكذلك وسيلة الواجب؛ كالسّعي إلى الجمعة والسفر للحجّ، فكما يجب سدّ الذّرائع يجب فتحها"[2].

وبالنظر إلى المعنى العام للذريعة يتبين أنه يدخل فيها الصور الأربعة الآتية:

- اتخاذ الوسيلة الجائزة للوصول إلى أمر جائز.
- اتخاذ الوسيلة المحظورة للوصول إلى أمر محظور.
- اتخاذ الوسيلة الجائزة للوصول إلى أمر محظور.
- اتخاذ الوسيلة المحظورة للوصول إلى أمر جائز.

وكل هذه الصور يتصور فيها السّدّ والفتح للذريعة.

2-**المعنى الخاص للذرائع**: وهو المعنى الاصطلاحي، وقد عرفه المالكية بصيغ كثيرة، متقاربة من بعضها، وأذكر منها:

- تعريف **القاضي عبد الوهاب البغدادي**: " الذرائع هي الأمر الذي ظاهره الجواز إذا قويت التُّهمة في التطرق به إلى الممنوع".[3]
- تعريف **الباجي**: " الذرائع هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى أمر محظور"[4]، وله تعريف آخر في الحدودوهو: " الذرائع كل ما يتوصّل به إلى محظور العقود من إبرام عقد أو حلّه"[5].
- تعريف **ابن رشد الجد**: "هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويُتوصّل بها إلى فعل المحظور"[6].

---

[1]ـــ القرافي: الفروق، ج2، ص33.

[2]- ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص 365.

[3]ـــ القاضي عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على مسائل الخلاف، ج2، ص8. 9.

[4]ـــ الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، ص576.

[5]- الباجي: الحدود، ص 120.

[6]- ابن رشد: المقدّمات الممهدات، ج2، ص39.

- تعريف **المازري**: " منع ما يجوز، لئلا يُتطرّق به إلى ما لا يجوز"[1].
- تعريف **ابن العربي**: " كلّ فعل يمكن أن يُتذرّع به؛ أي: يُتوصّل به إلى ما لا يجوز"[2]، وعرفها في موضع آخر بقوله: " هي كل عقد جائز في الظاهر، يؤول أو يُمكن أن يُتوصّل به إلى محظور"[3].
- تعريف **القرطبي**: " الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، ويخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع".[4]
- تعريف **القرافي**: " ومعناه: حسم مادة وسائل الفساد دفعًا له، فمتى كان الفعل السّالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالكٌ من ذلك الفعل، في كثير من الصور"[5].
- تعريف**الشاطبي**: " قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه حقيقتها: التوسّل بما هو مصلحة إلى مفسدة".[6]
- تعريف **ابن عرفة**: " الامتناع مما لم يُنه عنه؛ خشية الوقوع فيما نهي عنه"[7].
- تعريف **ابن عاشور**: "هذا المركب لقب في اصطلاح الفقهاء: إبطال الأعمال التي تؤول إلى فساد معتبر، وهي في ذاتها لا مفسدة فيها"[8].

ويلاحظ على هذه التعريفات أنها تعبّر بلفظ الذرائع دون لفظ السّدّ، ولعله اختصار منهم، لاشتهار لفظ الذرائع وذيوعه بينهم، كما يلاحظ أن المالكية قد اختلفوا في تحديد ضابط لمفهوم الذرائع، فمنهم من وسّع معناه ومنهم من ضيّقه، ومنهم من أجمله ومنهم من فصّله، لكن هذه التعريفات تتفق على كون المتوسّل إليه ممنوعًا وإن اختلفت العبارات، وتتفق كذلك على كون الوسيلة مباحة في الأصل،

---

[1]- المازري: شرح التلقين، ج2، ص317.

[2]- ابن العربي: القبس شرح موطأ مالك بن أنس، ج1، ص786.

[3]- ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص57، 58.

[4]- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج2، 57، 58.

[5]- القرافي: الفروق، ج2، ص 32، وشرح تنقيح الفصول، ص448.

[6]- الشاطبي: الموافقات، ج4، 144 .

[7]- ابن عرفة: تفسير ابن عرفة المالكي، تحقيق: حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية، تونس، ط1: 1986م، ج1، ص259.

[8]- ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص335.

وأنها ليست هي المقصودة في نفسها، وإنما المقصود ما يُتوصّل إليه، ومن الاعتراضات الواردة على التعاريف:

- بعض التعريفات خصت المتوسّل إليه بالعقود، كما في تعريف الباجي الأول وتعريف ابن العربي الثاني، وينبغي أن يكون في العقود وغيرها، "وهذا من قبيل ذكر الشيء بأكثر معانيه العالقة به، فلا يُعدّ قيدًا حقيقيا، فيُؤخذ بمفهومه"[1].
- ومن التعاريف من خصّ الذرائع بالذرائع المُفضية إلى المحظور، و لم يحدد طريقة الإفضاء إلى المتوسّل إليه، كما في تعريف المازري وتعريف ابن العربي الأول، وانتقد تعريف القرطبي بتخصيص الإفضاء "بالخوف"، فليس كل خوف يدعو على سد الذرائع، رغم أنه من أجود التعاريف.
- وانتقدت بعض التعاريف بأنها عامّة لم تبيّن حقيقة الذريعة بمعناها الخاص، كتعريف القرافي والشاطبي، و لم تحدد رتبة العلم بالإفضاء، واقتصر الشاطبي على مجرد الإفضاء للمفسدة، وغيرها من الاعتراضات الأخرى على طريقة المناطقة التي يطول البحث فيها.[2]

وبناء على ما تقدّم؛ فإنه يمكننا أن نختار تعريف الإمام أبي عبد الله القرطبي، مع إضافة كلمة "منع" في أوّل التعريف، واستبدال كلمة "الخوف" "بالإفضاء"، فيكون التعريف كما يلي: " **منع أمر غير ممنوع لنفسه، يفضي ارتكابه إلى الوقوع في الممنوع**".

وسبب اختيار هذا التعريف كونه أوضح دلالة وأبسط عبارة في الدّلالة على المعنى الخاص للذرائع، كما أنه جامع لتصور قاعدة الذرائع، وهو الأقرب لتطبيقات المالكية له في كتبهم، وفيما يلي شرحه:

قوله" **منع**": هو الحكم بعد إعمال سدّ الذرائع، بعد أن كان مأذونا فيه.

---

[1]- ينظر: حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 418.

[2]- ينظر: البرهاني، محمد هشام: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ط1: 1406ه/ 1995م، ص79 وما بعدها، حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 327-341، أحمد ذيب: المدخل لدراسة الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1435هـ/2014م، ص 297-300، محمد بن أحمد زروق: سد الذرائع في المذهب المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1433، 2012م، ص 46.

قوله" **أمر**": جنس يشمل كالطرق والوسائل التي من شأنها أن تفضي إلى الممنوع، سواء كانت أقولا أو أفعالا أو سائل أو غيرها.

قوله" **غير ممنوع لنفسه**": أي: مشروع ومأذون في فعله في الظاهر، لخلوّه من المفسدة، فخرجت به الذريعة الممنوعة لذاتها، كالقتل والزنا والظلم.

قوله" **يفضي**": يؤدي ويوصل، ويعبّرون عنه بالتوسل والتّطرق والتّذرّع، والإفضاء هنا ما كان مبنيّا على الظن المعمول به.

قوله" **الوقوع في الممنوع**": وهو ما يفضي المتوسّل به إليه حال عدم المنع، وهو سبب المنع.

الفرع الثاني: أقسام الذرائع عند المالكية.

قسّم فقهاء المالكية الذرائع إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، وسأقتصر هنا على ذكر تقسيمين للإمامين القرافي والشاطبي.

أولا–تقسيم القرافي للذرائع:

قسّم القرافي الذرائع باعتبار الاتفاق على سدّها ومنعها إلى ثلاثة أقسام، قال القرافي: "الذرائع ثلاثة أقسام:

1- قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه، كحفر الآبار في طرق المسلمين، فإنه وسيلة على إهلاكهم، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم...

2- وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد، ووسيلة لا تحسم، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من مجاورة البيوت خشية الزنا...

3- وقسم اختلف فيه العلماء هل يسدّ أم لا، كبيوع الآجال عندنا... [1]

وهذا التقسيم للذرائع هو بالمعنى الاصطلاحي العام للذرائع.

[1]- ينظر: القرافي: الفروق، ج2، ص32، الفرق الثامن والخمسون، وشرح تنقيح الفصول: ص448.وانظر: ابن عاشور: حاشية التوضيح والتصحيح، ج2، ص 224، ومقاصد الشريعة الإسلامية، ج2، ص 101، الحجوي: الفكر السّامي، ج1، ص 162،

ثانيا– تقسيم الشاطبي للذرائع:

قسّم الإمام الشاطبي الذّرائع بحسب مرتبة الإفضاء إلى المفسدة إلى أربعة أقسام وهي:

القسم الأول: ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعيا؛ كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام، بحيث إذا دخل أحد إلى الدار فلا شك أنه يقع في البئر.

القسم الثاني: ما يكون أداؤه إلى المفاسد نادرا؛ كحفر البئر في مكان لا يؤدي غالبا إلى وقوع الناس أو الحيوان.

القسم الثالث: ما يكون أداؤه إلى المفاسد كثيرا لا نادرا، وهو على وجهين:

أحدهما: أن يكون غالبا ؛ كبيع السلاح من أهل الحرب، وبيع العنب للخمار...

والثاني: أن يكون كثيرا لا غالبا؛ كمسائل بيوع الآجال.[1]

المطلب الثاني: حجّية أصل سدّ الذّرائع وأدلة اعتباره عند المالكية.

إنّ النّاظر في فروع فقه الإمام مالك يظهر له جليًّا أن الإمام مالكا اعتمد كثيرا على أصل سدّ الذرائع في أكثر أبواب الفقه، ولا ينازع في ذلك أحد، وهذه جملة من نصوص فقهاء المالكية تدل على ذلك:

قال ابن عبد البر: "وقطع الذرائع عنده واجب"[2].

وقال الباجي: " ذهب مالك –رحمه الله –إلى المنع من الذرائع"[3].

وقال القرافي في الفرق الثامن والخمسين: " وربما عبّر عن الوسائل بالذرائع، وهو اصطلاح أصحابنا، وهذا اللفظ المشهور في مذهبنا، ولذلك يقولون سد الذرائع، ومتى كان الفعل السالم عن

---

[1]– ينظر: الشاطبي: الموافقات، ج2، ص348

[2]– ابن عبد البر: الكافي، ج1، ص 311.

[3]ـــ الباجي: إحكام الفصول، ، ص567.

المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور، وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهّمه كثير من المالكية"[1].

قال الشاطبي: " وكان مالك –رحمه الله– شديد المبالغة في سدّالذرائع"[2].

ويقول ابن جزي الغرناطي: "تنبيه: ينقل عن مذهب مالك أنه انفرد باعتبار العوائد والمصلحة والذريعة، وليس كذلك...، فحاصل هذا أنه اعتبر المصلحة والذريعة أكثر من غيره، لا أنه انفرد بها "[3]

واستدلّ المالكية على اعتبار أصل سدّ الذّرائع بأدلة من القرآن والسنة وعمل الصحابة.

أولا–من القرآن الكريم:

1- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُواْۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾[البقرة: 104].

قال ابن عاشور: قد دلّت هذه الآية على أصل من أصول الفقه، وهو أصل من أصول المذهب المالكي يلقّب بسدّ الذرائع، وهي الوسائل التي يتوسّل بها إلى أمرر محظور"[4].

2- وقوله تعالى: ﴿ وَسْـَٔلْهُمْ عَنِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَتْ حَاضِرَةَ ٱلْبَحْرِۘ إِذْ يَعْدُونَ فِى ٱلسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَّعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْۚ كَذَٰلِكَ نَبْلُوهُم بِمَا كَانُواْ يَفْسُقُونَ ﴾[الأعراف: 163].

قال ابن العربي: " هذه الآية أصل من أصول إثبات الذرائع، التي انفرد بها مالك، وهو كل عمل ظاهره الجواز يتوصل به إلى محظور، كما فعل اليهود عندما حرم الله عليهم صيد السبت، فسكروا الأنهار وربطوا الحيتان فيه إلى يوم الأحد"[5].

---

[1]ـــ القرافي: الفروق، ج2، ص32.

[2]ـــ الشاطبي: الاعتصام، ج1، ص 281.

[3]– ابن جزي: تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص 149.

[4]– ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج1، ص652.

[5]ـــ ابن العربي: أحكام القرآن، ج2، ص787.

3- وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ ﴾[الأنعام: 108].

ووجه الاستدلال من الآية أن الله عز وجل نهى عن سبّ الأوثان والأصنام مع أنه في ذاته مباح، لئلا يكون ذريعة إلى سبّ الله تعالى، وهو أكبر المفاسد، قال ابن العربي: " اتفق العلماء على أن معنى الآية: لا تسبوا آلهة الكفار فيسبوا إلهكم"[1]، وقال القرطبي: " هذه الآية دليل على وجوب الحكم بسدّ الذّرائع"[2].

ثانيا– من السنة النبوية[3]:

1- قوله- ﷺ- لعائشة: " أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ قَوْمَكِ حِينَ بَنَوا الكَعْبَةَ اقْتَصَرُوا عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟" قالت:" يَا رَسُولَ الله أَفَلَا تَرُدُّهَا عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ" فقال رسول الله- ﷺ-" لَوْلَا حُدْثَانُ قَوْمُكِ بِالكُفْرِ لَفَعَلْتُ"[4].

قال القاضي عياض: " وقد اقتدى بهذا الحديث الإمام مالك في هذه المسألة، فذُكر أنّ الرشيد كان يريد هدم ما بنى الحجاج من الكعبة ويردّها على بنيان الزبير لهذا الحديث، فقال له مالك: ناشدتك الله يا أمير المؤمنين ألا تجعل هذا البيت ملعبة للملوك، لا يشاء أحد إلا نقض البيت وبناه، فتذهب هيبته من صدور الناس، فرحم الله مالكًا"[5].

2- قوله -ﷺ-: " إِنَّ مِنْ أَكْبَرِ الكَبَائِرِ أَنْ يَلْعَنَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ، قِيلَ: يَا رَسُولَ الله، وَكَيْفَ يَلْعَنُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ:" يَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَا الرَّجُلِ، فَيَسُبُّ أَبَاهُ، وَيَسُبُّ أُمَّهُ فَيَسُبُّ أُمَّهُ"[6].

---

[1]ـــ المرجع نفسه: ج2، ص734.

[2]- القرطبي: أحكام القرآن، ج7، ص61.

[3]ـــ ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3، ص104 وما بعدها.: وقد جمع في كتابه تسعة وتسعين وجهاً من أوجه سد الذرائع من سنة النبي –صلى الله عليه وسلم–

[4]ـــ أخرجه مالك في الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، باب ما جاء في بناء الكعبة، رقم 803، ص 218.

[5]- القاضي عياض: إكمال المعلم بشرح مسلم، ج4، ص428.

[6]- أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، رقم: 5937، ج8، ص3. وأخرجه مسلم في صحيح: كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، رقم: 90، ج1، ص 92.

قال ابن بطال[1]: " هذا الحديث أصل في قطع الذرائع، وأنّ من آل فعله إلى محرّم وإن لم يقصده فهو كمن قصده وتعمّده في الإثم..."[2].

ثالثا– من عمل الصحابة: ومن ذلك؛ تحريق عثمان المصاحف، وجمع الناس على حرف واحد مع أن الله وسَّع عليهم بسبعة أحرف لئلّا يختلفوا في القرآن، وانعقد الإجماع على فعله، قال الحجوي: "وهو من أقوى الأدلة على سدها"[3].

رابعا– من المعقول: ذلك أن الشريعة مبنيّة على الاحتياط، ومراعاة التّهمة أصل ينبني الشرع عليه، والظنّ يجري مجرى العلم في الفروع العملية، وهو المعنى الذي تقوم عليه قاعدة سدّ الذّرائع، ولذلك رُدّت شهادة الأب لابنه، والعدو على عدوِّه، ومنع القاتل عمدًا من الميراث ...[4]

ويجدر الذكر هنا، أن القرافي اعترض على هذه الأدلة السابقة واعتبرها قاصرة على معانيها، ولا يصح الاستدلال بها على سد الذرائع بقوله: " فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها، وهي لا تفيد فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة، وهذا مجمع عليه، وإنما النّزاع في الذرائع الخاصة، وهي بيوع الآجال ونحوها، فينبغي أن تذكر أدلة خاصّة لمحل النزاع، وإلا فهذه لا تفيد وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها؛ فينبغي أن يكون حجتهم القياس خاصة ويتعين حينئذ عليهم إبداء الجامع حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق، ويكون دليلهم شيئا واحدا وهو القياس، وهم لا يعتقدون أن مدركهم هذه النصوص، وليس كذلك فتأمل ذلك"[5].

غير أن قول القرافي هذا لم يسلم من النقد والاعتراض، فقد قال الشاطبي بعد أن ساق قول القرافي: " هذاغير وارد على ما تقدم بيانه؛ لأن الذرائع قد ثبت سدها في خصوصات كثيرة بحيث

---

[1]– **ابن بطال:** أبو الحسن علي بن خلف ابن بطال البكري، يعرف بابن اللحام، أخذ عن أبي عمر الطلمنكي، روى عن ابن أبي صفرة والقاضي يونس بن عبد الله، له شرح على البخاري، (ت444ه)، ينظر: (ابن بشكوال: الصلة: ج1،ص394،محمد مخلوف: شجرة النور الزكية،ج1، ص115)

[2]– ينظر: ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج9، ص 192

[3]– الحجوي: الفكر السامي، ج1، ص163.

[4]– ينظر: الباجي: إحكام الفصول في أحكام الفصول، ص570،ابن رشد: المقدّمات الممهدات، ج2، ص 42، الشاطبي: الموافقات، ج2، ص 359.

[5]– القرافي: الفروق، ج3، ص 266، 267.

أعطت في الشريعة معنى السد مطلقا عاما"[1]، فليس أدلّ من تلك النصوص في العموم والإطلاق على مشروعية سدّ الذرائع.

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع.

يعتبر سدّ الذرائع وجها من أوجه المصالح، إذ المصلحة جلب منفعة أو درء مفسدة، وقد سبق أن بينا العدول عن القول المعتمد بسبب المصلحة، وكذلك العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع، ففي كثير من الأحيان ما يكون العدول عن القول المعتمد بسبب منع ذرائع الفساد، ووجها من أوجهه، فحيث كان المباح يفضي إلى المفسدة منع، وإذا تصفّحنا كتب النوازل وجدنا الفقهاء يعتمدون على مبدأ الذرائع في فتاويهم، وكثيرة هي المسائل التي حكم فيها القضاة والمفتون بالمنع لما يترتب عنها من المفاسد والمضار، ولو كان القول المتروك مشهورا والقول المعدول إليه شاذا أو ضعيفا، مستندين في ذلك لأصل سد الذرائع، ومن المسائل الفقهية التي عدلوا فيها وكان مستندهم فيها سد الذرائع: مسألة تأبيد التحريم للهارب مع الهاربة، ومسألة المخلق، وتوجيه اليمين في الدعاوى، ومسألة بيع المضغوط، ومسألة عدم الرد بالعيب في الدّواب.

قال الهلالي: " وثالث الأمور التي توجب ترجيح غير المشهور، كونه طريقا لدرء المفسدة واحتيج للدرء، و لم يكن إلا بمقابل المشهور"[2]، ووجه ترجيح العمل بالضعيف والشاذ إذا كان لدرء المفسدة أنه على أصل مالك أيضا في سد الذرائع، وهو من الأصول التي بنى عليها مالك فقهه كما تقدم.

ذلك أن الشريعة جاءت لدرء المفاسد وجلب المصالح فضلا من الله ونعمة، فإذا تعرض توقعهما على مقابل المشهور وغلب على الظن، فإن قائل القول المشهور لو أدرك هذا الزمن الذي توقف فيه جلب المصلحة أو دفع المفسدة على مقابل قوله لم يقل إلا بالمقابل، ولكن الترجيح بهذين الأخيرين ـــ المصلحة وسد الذريعةـــ لا يعم إلا لقادر على الترجيح ...إذ ليست كل مصلحة أو مفسدة تعتبر في نظر الشرع، بل لابد من نظر في ذلك بملكة يميز بها بين المعتبر شرعا وغير المعتبر[3].

---

[1]- الشاطبي: الموافقات، ج4، ص 67.

[2]ـــ الهلالي: نور البصر، ص 268

[3]ـــ ينظر: المرجع نفسه، ص 269.

قال الحجوي: "إن بعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول مخالف المشهور لدرء مفسدة، أو لخوف فتنة ... وهذا مبني على أصول في المذهب المالكي قد تقدمت، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع"[1].

من خلال هذه النقول؛ يتبيّن جليّا أن أصل سد الذرائع سبب مرعيٌّ في نظر الفقهاء في العدول عن القول المعتمد، وموجب للعمل بالأقوال المرجوحة إذا احتيج لدرء المفسدة، و لم يكن الدفع إلا بها، والضابط في ذلك أن تكون المفسدة المترتبة عن العمل بالراجح والمشهور أكثر منها في العمل بالمرجوح، وهذا مما لا يقدّره إلا من بلغ رتبة الترجيح.

المطلب الرابع: نماذج من المسائل الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع.

الفرع الأول: مسألة تصرفات البالغ المُولّى عليه إذا أحسن التّصرف في المال.

أولا– صورة المسألة.

المولى عليه محجور عليه لصغره ولا تلزمه تصرفاته، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ ﴾[النساء: 06]. فشرط الرشد مع البلوغ لرفع الحجر عنه وإجازة تصرفاته.

والحجر: كما حدّه ابن عرفة: "صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرّفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله"[2]، أو هو: "منع المالك التصرّف في ماله لمصلحة نفسه أو غيره، وله أسباب منها: الصغر والسّفه ..."[3].

والرُّشد: أن يكون حافظا لماله عارفا بوجوه أخذه وإعطائه[4].

وصورة هذه المسألة ؛ أنه إذا بلغ المولّى عليه ورشد، وأحسن التّصرف في ماله، فهل تلزمه أفعاله وتصرّفاته اعتبارا بحاله، أم لا تلزمه حتى يطلقه وليه أو الوصيّ عليه ؟ أي: حتى يرفع عنه الحجر.

---

[1]– الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 465.

[2]– الرصاع: شرح حدود بن عرفة، ص 419.

[3]– ينظر: خليل: التوضيح، ج 6، ص 226.

[4]– ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 385.

ثانيا– أقوال المالكية في مسألة.

اختلفت الروايات والنقول في حكم تصرفات المولى عليه على قولين في المذهب:

القول الأول: أنه لا ينفكّ عنه الحجر إلاّ بالإطلاق، فلوليه ردّ تصرفاته وأفعاله ما لم يطلقه، اعتبارا بالولاية دون الحالة، وهو قول مالك، **وهو المشهور** من مذهبه[1]، وعليه صاحب المختصر عوّل[2].

جاء في المدونة: "ولا يجوز للمولى عليه بيع ولا عتق ولا هبة ولا صدقة، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلى أن يُجيزه، ....وكذلك إذا باع فربح، ولا يجوز شراؤه أيضاً"[3].

واستدل له القاضي عبد الوهاب بالآية السابقة؛ ووجه الاستدلال أنه علّق الانفكاك من الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد"[4].

القول الثاني: أنه تلزمه تصرفاته اعتبارا بحاله دون الولاية، وهو أحد قولي ابن القاسم ومطرّف، وهو اختيار اللخمي والسيوري[5] والمازري[6].

وبالرجوع إلى شرح التلقين، نجد أن الإمام المازري قد أطال النفس في بحث المسألة، وانتهى إلى أن بعض أشياخيه المحققين يرون أن الصواب اتباع العلة؛ فإذا رشد من حُجر عليه بحكم جازت أفعاله، وإن لم يحكم بارتفاع الحكم الأول لوجودِ العِلة التي توجب الحكم الثاني[7]، واكتفى ابن بزيزة[8] بنقل

---

(1)– ينظر: ابن عبد الحكم: المختصر الكبير، ص 324، ابن يونس: الجامع، ج5، ص 511، ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص 98.

(2)– ينظر: خليل: المختصر، ص172 (وللولي رد تصرف مميز)، التوضيح، ج6، ص 227، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج 3، ص 297، عليش: منح الجليل، ج 6، ص 99.

(3)– سحنون: المدونة الكبرى، ج4، ص 72، 74.

(4)– القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة، ج2، ص 847.

(5)– **السيوري:** أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري، أخذ عن أبي بكر بن عبد الرحمان وأبي عمران الفاسي، وبه تفقه عبد الحميد الصائغ واللخمي وعبد الحق الصقلي، له تعليق حسن على المدونة، (ت460ه)، (مخلوف: شجرة النور ، ج1ص 116)

(6)– ينظر: اللخمي: التبصرة، ج12، ص 5588، القرافي: الذخيرة، ج 8، ص 228، 229، الونشريسي: المعيار المعرب، ج9، ص 423، 424.

(7)– المازري: شرح التلقين، ج3، ص 219.

(8)– **ابن بزيزة:** هو أبو محمد عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد التيمي القرشي التونسي المالكي، من أعيان المذهب، اعتمده خليل في التشهير، له: شرح التلقين، شرح الأحكام الصغرى لعبد الحق، الإسعاد في شرح الإرشاد، (ت 663ه أو 673ه) (ينظر: أحمد بابا التنبكتي، كفاية المحتاج، ص197، محمد مخلوف، شجرة النور، ج1، ص272، الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص 67.)

الخلاف من غير ترجيح، قال: " المحجور عليه إذا رشد و لم يفك الحجر عنه هل تمضي أفعاله أو ترد فيه قولان حكاهما الإمام"[1].

قال الحطاب: "واختلف في فعله...فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك لوليه، وقيل: إن ذلك يلزمه ما أفسد أو كسر مما لم يؤتمن عليه"[2].

قال ابن رشد: " فالمحجور عليه في ماله؛ لا يجوز له فيه فعل بغير إذن سيده، ولا يجوز له أن يتَّجر إلّا أن يأذن له سيِّده في التجارة، فإن لم يأذن له في التجارة بالدين لزمه ما داين به في جميع أنواع التجارات، وإن لم يأذن له إلا في نوع واحد منها على مذهب ابن القاسم في المدونة، إذ لا فرق بين أن يحجر عليه في التجارة بالدين، أو يحجر عليه في التجارة في نوع من الأنواع؛ وهو قول أصبغ في التحجير في الدين..وقاله بعض شيوخ صقلية، وهو صحيح في المعنى، قائم من المدونة والعتبية بدليل؛ ولا يجوز له في ماله معروف إلا ما جر إلى التجارة؛ فأما هبته وصدقته وعتقه، فموقوف على إجازة السيد، أو رده، فإن لم يعلم بذلك حتى يعتق مضى ولزم ذلك العبد و لم يكن للسيد أن يرده"[3]، وقد جعل ابن رشد هذا القول صحيح المعنى، وأنه قال به شيوخ صقلية كما سيأتي.

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألةوسببه.

رغم أن المشهور في المسألة هو قول الإمام مالك، والذي يقضي بعدم لزوم تصرفات البالغ المولّى عليه، إلا أن متأخري المالكية عدلوا عن القول المعتمد إلى القول الثاني غير المعتمد، قال الهلالي: " وكان العمل على قول مالك المشهور، حتى رأى المتأخرون كثيرا من الناس يتحيّلون على تضييع أموال الناس، فيكتمون عنهم الحجر، ويتصرفون بمرأى من أوليائهم ولا نكير منهم، حتى إذا بدا لهم أظهروا رسوم التحجير، ويقولون: نحن محجورون، فلا يلزمنا ما عقدناه من المعاملات، ولا نغرم ما أتلفناه من الأثمان والمبيعات، **فعدل** المتأخرون إلى قول ابن القاسم بلزوم تصرفاتهم، اعتبارا بأحوالهم دون ما تحيّلوا به من الولاية، وإبطالا للخديعة وسدا لطريقها، وقد علم أن من قواعد مالك سد الذرائع فيما يكثر التحيل به

---

[1]– ابن بزيزة، أبو محمد عبد العزيز: روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1431هـ/2010م، ج2، ص 1114.

[2]– الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص 637.

[3]– ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج2، ص 341، 342.

على الفساد"[1]، فنصّ على أن سبب العدول هنا هو سد ذريعة الفساد على من يتستر بالولاية والتحجير، ويعيث في أموال الناس وحقوقهم فسادا.

وفي نوازل المعيار؛ سُئل اليزناسي عمّن بلغ سفيها في أحواله، غير ناظر في ماله، متلفا له ومبذرا في السّرف، يستحق التحجير عليه، وكان يتصرّف في البيع والشراء والأخذ والعطاء، واستدان ديونا والتزم حقوقا، فهل يؤثر ذلك في ردّ أفعاله وفسخ عقده، وسقوط الحقوق اللازمة، وعدم ترتب الدين في ذمته، لأجل رسم استظهره ؟ فأجاب: الرّاجح عند حذاق المشايخ كاللخمي والسيوري والمازري – ﷺ– أنّ أفعاله غير ماضية، وهو قول ابن القاسم ومطرّف، واستحسن هذا المذهب الحاكم المنتصر بالله –رحمه الله–، وحمل الناس عليه، قال أبو عبد الله بن العطار: وكان العمل عندهم بقول مالك وأصحابه، في جواز أفعاله، إلى أن أمر الحكم بعد صدر من خلافته قاضي الجماعة بقرطبة بأن يحمل الناس على قول ابن القاسم ومطرّف في فسخ أفعاله، فمضت الفتيا بذلك وتركوا قول مالك ومن تابعه من أصحابه، وبه كان يفتي أبو عمر بن القطان، وابن زرب وغيرهم[2].

ولهذه المسألة نظائرها عند المتأخرين، فقد جوّزوا توكيل المحجور عليه في خصومة أو تصرّف في مال أو قبض أو دفع، كما جوّزا له الإيصاء، فينفذ ما أوصى به، قال في العمل الفاسي:

وجوّزوا التوكيل للمحجور عليه والإيصاء في الأمور.

ويبرئ الغريم مما قبـــــض صبي إن وكّله من ارتضى.

قال في الشرح: هو ظاهر كتاب المديان من المدونة، وبه صرّح في العتق من العتبية، وقال ابن عرفة: عليه العمل ببلدنا...، وقال ابن رحال: ومما جرى به عمل فاس جواز إسناد الرشيد الإيصاء للمحجور عليه في سائر الأمور ...فيختصّ تصرّفه بإنفاذ ثلث مال الموصي[3]، وقيّد التسولي تصرفه في الحقوق المالية دون غيرها من الحقوق[4].

---

[1]– الهلالي: نور البصر، ص 271، وانظر: الشنقيطي: لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج1، ص 154.

[2]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج9، ص 423، 424.

[3]– ينظر: الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 310.

[4]– التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص 321.

الفرع الثاني: مسألة بيع المضغوط.

أولا– صورة المسألة.

المضغوط: هو المقهور على دفع مال لا يلزمه شرعا، إذا باع متاعه ليؤديه للظالم، وقيل: المضغوط هو المحبوس في مال يبيع متاعه، وظاهر عباراتهم أن اسم المضغوط خاص بهذا، دون من أكره على البيع[1].

أي أنهم يُفرّقون بين المضغوط والمكره على البيع؛فالمكره من أُكره على بيع ذلك الشيء بعينه، مثل أن يكره على بيع داره، أما المضغوط فلم يكره على بيع الدار، لكن على دفع المال، فباع الدار باختياره، فالأول أُكره على البيع ذاته، والثاني أُكره على سبب البيع.

والحاصل أنه قد اختلف فقهاء المالكية في معنى المضغوط؛ هل يطلق على المكره على دفع المال دون المكره على البيع، أو العكس، أو يطلق على كل منهما[2]؟

فالأول: ظاهر كلام ابن رشد: أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بمن أكره على دفع المال؛ فباع لذلك، وأجاب: السُّيوري أيضًا عن بيع المضغوط فقال: بيع المضطر لفدائه.[3]

والثاني: فمقتضى قول ابن أبي زيد، قال البرزلي: سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو؟ فأجاب: من أضغط في بيع ربع أو شيء بعينه، أو في مال يُؤخذ منه فباع لذلك.

والثالث: ما جاء في شرح التحفة عند قول صاحبها: " وَمَنْ يَبِعْ فِي غَيْرِ حَقَ شَرْعِي...بالْقَهْرِ مَا لاَ تَحْتَ ضَغْطٍ مَرْعِي، هو من أُكره على البيع أو على سببه[4].

وعلى الأول من هذه الأقوال اقتصر ابن هلال؛ وقد فرَّق بين المضغوط والمجبر على مجرد البيع فقال: "المضغوط هو المأخوذ بغرم مال قهرًا، يُضيَّق عليه بشدّة وتعذيب، فيلزمه البيع، والمجبَر على البيع

---

[1]–ينظر: المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس، ص235.السجلماسي: شرح العمل الفاسي، ج1، ص215.

[2]– ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج4، ص 248. الونشريسي: المعيار، ج6، ص 101، 102. السجلماسي: شرح العمل الفاسي، ج1، ص216.

[3]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج 6، ص100.

[4]– ينظر: التسولي؛ البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 123، التاودي: شرح التاودي على التحفة: ج1، ص39.

لا يلزمه شرعا إجماعا، حكاه ابن سحنون والأبهري[1]، قال السّجلماسي: "ومن هنا تعلم أن الذي يجب أن يفسر به المضغوط في كلامهم هو القول الأول"[2].

ثانيا–أقوال المالكية في مسألة بيع المضغوط.

المنقول عن فقهاء المذهب في حكم بيع المضغوط قولان، أحدهما مشهور والآخر شاذ:

أما القول الأول: فهوعدم نفوذ ولزوم بيع المضغوط، **وهو المشهور**، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وحكاه مطرف وابن حبيب، وابن عبد الحكم وأصبغ، وقال به سحنون، وبه أفتى ابن رشد[3]، وعليه اعتمد في المختصر بقوله: " لا إن أجبر عليه جبرا، ورُدّ عليه بلا ثمن"[4]، وعليه مشى ناظم التحفة: " ومن يبع في غير حق شرعي ... بالقهر ما لا تحت ضغط مرعي، فالبيع إن وقع مردود ..."[5]، ولنذكر بعض النقول عن أهل المذهب:

جاء في النوادر والزيادات من سماع ابن القاسم: " قال مالك في بيع أهل الذمة، وهم يلزمون بالخراج، قال: أكره الشراء منهم على هذه الحال، وعلى الضغطة، فأما إن لم يكن على هذه الحال، فذلك جائز. قال ابن القاسم: وليرد عليه ما باع بغير ثمن، إذا كان بيعه على عذاب وما يشبه من الشدة، ولا أرى إن اشترى منهم ذلك على هذا أن يحبسه"[6].

قال التاودي: " اعلم أن الإكراه إما أن يكون على نفس البيع وهذا لا يلزم فيه البيع بالإجماع، ويرد بالثمن، إلّا أن تقوم البيِّنة على تلفه عند البائع، وإما أن يكون على سببه؛ كإعطاء مال ظلما، وفي هذا لا يلزم البيع عند مالك وابن القاسم، ويُرد عليه بلا ثمن، إلا أن يعلم أن المكره صرفه في مصالحه، أو

---

[1]– **الأبهري**: هو محمد بن عبد الله، إليه انتهت الرياسة ببغداد، أخذ عن أبي الفرج وابن بكير وابن أبي زيد، (ت395ه)، ينظر:(محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص91، الحجوي: الفكر السامي، ج3، ص143.)

[2]– السجلماسي: شرح العمل الفاسي، ج1، ص8.

[3]– ينظر: ابن رشد: فتاوى ابن رشد، تحقيق المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الاسلامي، بيروت، ط1: 1987م/1407ه، ج1، ص228 وما بعدها، خليل: التوضيح، ج5، ص 195، الحطاب: مواهب الجليل، ج4، ص 248.

[4]– خليل: المختصر، ص 143.

[5]– ابن عاصم: تحفة الحكام، مع شرح التوزري المسمى توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط1: 1339هـ. ج3، ص 71،

[6]– ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج6، ص 463.وانظر: ج10، ص 281.

يكون المشتري غير عالم بالضغط كما قاله ابن رشد في نوازله، وقال سحنون: لا يلزم البيع ويرد عليه بالثمن"[1].

وأجاب ابن رشد في بيع المضغوط: أن من أضغط في الغرم بغير حق وأكره عليه ثم أطلق تحت الضمان حتى يأتي بالمال، فلم يزل في الضغطة، وأن بيعه في ذلك الوقت بيع المضغوط. وللعلماء في بيعه بغير حق اختلاف كثير، والذي أقول به وأتقلده قول سحنون وروايته عن مالك، وهو: رد البيع ويغرم الثمن المقبوض إلا أن يعلم المبتاع بضغطه، فيرد البيع ويرد الضاغط الثمن، ولا تَبَاعَة له على المضغوط. فالواجب في هذه المسألة رد الدار للمضغوط، ويرجع المبتاع على الضاغط، إلا أن يكون الوكيل في البيع هو العالم بالضغطة دون الذي وكله، فيرجع الموكل على من وكله بالثمن، لأنه تعدّى.[2]

وقال الحطاب: " قد علمت أن المذهب لا فرق بين الإكراه على البيع أو على دفع مال، فيبيع لذلك"[3]

القول الثاني: لزوم بيع المضغوط ونفاذه، وهو قول ابن كنانة، وهو **القول الشاذ.**

قال المهدي الوزاني نقلا عن التاودي: " قال ابن كنانة: فمن أكره على مال فباع لذلك؛ البيع لازم، والمشتري مأجور، لأنه ينقذه من العذاب. قال الوزاني: وبهذا القول العمل بفاس وأتباعها"[4].

وقال الحطاب بعد أن حكاه عن اللخمي والسيوري: " والمذهب خلاف ذلك"[5]، غير أنه عند قول خليل: " ومضى–أي: البيع- في جبر عامل" أي: ومضى البيع المجبر عليه إذا كان ذلك في جبر السلطان عاملا من عماله فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله، وذلك أن السلطان إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده فما وجده بعد ذلك زائدا على ما بيده، وعلى ما كان يرزق من بيت مال المسلمين، وإنما أخذه بجاه القضاء والولاية أخذه منه فإن كان له تجارة وزراعة، وأشكل مقدار ما اكتسبه بذلك

---

[1]ـــ التاودي: شرح التاودي على التحفة، ج1، ص37. وكذا حلى المعاصم على هامش البهجة للتاودي: ج2، ص83.

[2]ـــ ينظر: ابن رشد القرطبي: مسائل أبي الوليد بن رشد، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت، ط2: 1414ه، 1993م، ج1، ص 188، . وينظر : مواهب الجليل للحطاب: ج4، ص248.: المعيار للونشريسي، ج6، ص 101.

[3]- الحطاب: مواهب الجليل، ج4، ص 248.

[4]ـــ الوزاني: تحفة أكياس الناس، 236. وانظر: التاودي: شرح التاودي على التحفة، ج1، ص37.

[5]ـــ الحطاب: مواهب الجليل، ج4، ص248.

وما اكتسبه بجاه الولاية فالمشاطرة حسنة، وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب – ﷺ – مع عماله لما أشكل عليه ما اكتسبوه بالقضاء والعمالة"[1]، فدلّ على أنه يجوز الضغط على البيع إذا كان من السلطان على عامله.

ثالثا–العدول عن القول المعتمد وسببه.

نقل صاحب المعيار نصوصا وفتاوى عن شيوخ المذهب في مسألة بيع المضغوط، وأنهم عدلوا عن القول المعتمد والمشهور إلى القول الشاذ، ومن هذه الفتاوى نذكر ما يلي:

سئل أبو الحجاج المخزومي[2] عمن باع ملكه وهو مضغوط من قبل السلطان ببخس والمشتري عالم بذلك...فأجاب: " المنصوص لأصحاب مالك أن بيع المضغوط لا يلزمه، وله استرجاعه". وخالف فيه السيوري ورأى إمضاء بيعه، وأن فيه مصلحة ومعونة.

وأجاب: اللخمي عن يتيم أخذه السلطان وسجنه، واضطر لبيع ربعه خشية أن يأتيه من السلطان عنف أو غيره، وتوقف الناظر في البيع حين لم يأذن له القاضي فيه، بأنه إذا كان الأمر على ما ذكر مضى بيعه...

وكان الإمام ابن عرفة في آخر عمره يميل إلى مذهب السيوري فيما يفدي من أيدي اللصوص الأعراب؛ أنه يطلبه بما فداه به وهو مأجور.

وأجاب الغبريني: مذهب سحنون وحكاه عن مالك؛ أن من اشترىشيئا على وجه الضغط؛ أنه إن كان الذي يطلب به المضغوط ظلما وعدوانا، وكان المضغوط هو البائع القابض للثمن، فإنه لا سبيل له إلى الذي باعه، إلا بعد غرم الثمن للمشتري، وبه أقول، وعلى مذهب ابن كنانة ومن تابعه بيعه صحيح وهو محتسب، وبمثله أجاب: السيوري بجواز البيع لأنه يرى أن تخليص النفس آكد وأولى... [3]

قال الهلالي: "، ولزوم بيع المضغوط هو قول ابن كنانة نقله عنه ابن رشد والبرزلي، وبه أفتى السيوري واللخمي، واستحسن ذلك حذاق المذهب المتأخرين وإليه مال ابن عرفة، وبه أفتى شيخنا

---

[1]– الحطاب: مواهب الجليل، ج4، ص 252.

[2]– **أبو الحجاج المخزومي**: هو التابعي مجاهد ابن جبر بفتح الجيم أبو الحجاج المخزومي المكي، ثقة إمام في التفسير وفي العلم من الثالثة مات سنة إحدى أو اثنتين أو ثلاث أو أربع ومائة وله ثلاث وثمانون، (ينظر: ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، تحقيق محمد عوامة، دار ارشيد، سوريا، ط1: 1406ه/1986م، ج1، ص 520)

[3]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص99، 100. 101.

المحقق ابن أملال[1]...وبسبب هذه النازلة أخّر شيخنا المدرّس الحافظ القوري عن الشورى، إذ كان أفتى فيها بالمشهور ومذهب الجمهور، وطولع أبو القاسم العقباني في المسألة فأفتى بما أفتى به ابن أملال"[2].

وسبب العدول عن القول المعتمد والقول بلزوم بيع المضغوط هو سدّ ذريعة الفساد، وبيان ذلك "أنه لما كثر الجور وشاع الضغط، قال كثير من المحققين المتأخرين بلزومه، وذلك لأن الجري على المشهور يؤدي إلى بقاء المضغوطين في العذاب، لأنهم لا يخلّصهم من ذلك إلا إعطاء المال الذي ضغطوا فيه غالبا، وحيث كان كذلك فالمحافظة على النفس والعرض مقدمة على المحافظة على المال"[3]، ولما كثر بين الناس التزامهم الحقوق مع عجز بعضهم عن السداد والوفاء قالوا بلزوم بيع المضغوط، إذ لا يتأتى سدادهم إلا بالضغط، وبمثل هذا تحفظ وتصان حقوق الناس وأموالهم، قال ابن رحال: " وهو الذي يليق بأحوال الناس في هذه الأزمنة وإلا تعذر فكاك الناس مع كثرة هذا"[4].

كما قد نصّ على جريان العمل بلزوم بيع المضغوط ناظم العمل المطلق في نظمه:

وغير عامل كذاك يلزمـــــه البيع مضغوطا لمال يغرمه

بذا عمل فاس قد جـــــرى منذ مائتين سنة فأكثرا."[5]

قال الوزاني عند قول ناظم العمل الفاسي:" وبيع مضغوط له نفوذ"، وبهذا القول العمل بفاس وأتباعها، والظاهر أن أهل القرية إذا ألزموا بمغرم فأسلم لهم في زيتون أو غيره من ذلك فيمضي على قول ابن كنانة المعمول به، ...وحكي أن الفشتالي[6] قاضي فاس كان يفتي بالشاذ في مسألة المضغوط"[7].

---

[1]- **ابن أملال**: أبو عبد اللّه محمد بن علي المديوني، شهر بابن آملال الفاسي الفقيه، قال فيه الشيخ أحمد زروق: الشيخ الفقيه الصدر العلم مفتي المسلمين أبو عبد اللّه عرف بابن آملال، كان متواضعًا حضريًا فقيهًا فهامًا ضخمًا، ولى الفتيا بعد تأخير الشيخ القوري، ونقل عنه ابن غازي في غير موضع ووصفه بالإمام المحقق، أخذ عنه الشيخ إبراهيم بن هلال الفيلالي ووصفه في نوازله بالعلم والتحقيق، (ت 856ه) (ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج، ج1، ص531)

[2]- الهلالي: نور البصر، 270، 271.

[3]- المرجع نفسه، 270.

[4]- السجلماسي: شرح العمل المطلق، ص120.

[5]- المرجع نفسه، ص 120.

[6]- **الفشتالي**: هو أبو الربيع سليمان بن أحمد الفشتالي، أخذ عن أبي محمد عب المجيد المنالي، وعنه الشيخ التهامي، ومحمد الجزولي السوسي، له شرح سلك اللآلي في مثلث الغزالي، (ت1208ه).ينظر: (مخلوف: شجرة النور، ج1، ص372)

[7]- الوزاني: تحفة اكياس الناس، ص 236. وانظر: السجلماسي: شرح العمل الفاسي، ج1، م217/7.

المبحث السادس:

العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف

تمهيد:

يعد مراعاة الخلاف من خصائص المذهب المالكي ومحاسنه، قال القباب: "فاعلم أنّ مراعاة الخلاف من محاسن المذهب"[1]، وقد استقرأه المتأخرون من المذهب واستعملوه في كتبهم، وبنوا عليه مسائل كثيرة، وهويختلف عن قاعدة الخروج من الخلاف المعمول بها عند أكثر المذاهب كما سيأتي، وقدتناولت في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي التعريف بمُصطلح مراعاة الخلاف عند المالكية، وبيّنت وجه علاقته بالعدول عن القول المعتمد، وسأتناول هنا مراعاة الخلاف كسبب من أسباب العدول عن القول المعتمد في المذهب، وذلك من خلال بيان حجيته عند المالكية وأدلة اعتباره عندهم، وشروط العمل به، ثم ذكر نصوصهم في اعتبار مراعاة الخلاف سببا للعدول عن القول المعتمد إلى أقوال أخرى غير معتمدة، سواء كانت داخل المذهب أو في مذاهب أخر، وأختم المبحث بدراسة وبحث مسألتين فقهيتين كأنموذج للعدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف.

[1]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 389.

المطلب الأول: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف.

لم تحظ قاعدة مراعاة الخلاف بالشهرة التي حظيت بها قاعدة الخروج من الخلاف، وقد يلتبس على البعض التفرقة بين مراعاة الخلاف بمعناه الخاص عند المالكية[1]، وبين معناه العام وهو الخروج من الخلاف، فيقع الخلط بينهما، ولعل ذلك راجع إلى التداخل الحاصل بين القاعدتين[2]، ولاستعمال بعض الفقهاء مصطلح مراعاة الخلاف وإطلاقه على المعنيين العام والخاص، كما أنهما يجتمعان في كون كل واحد منهما مبنيٌّ على مراعاة دليل المخالف، غير أنه عند التحقيق يمكن التّفرقة بينهما من خلال أوجه الاختلاف التالية: [3]

أولا–من حيث الوقوع: مراعاة الخلاف بمعناه الخاص يكون بعد الوقوع، بينما الخروج من الخلاف فأكثر ما تكون المراعاة قبل الوقوع، كما قد يُتصوّر الخروج من الخلاف بعد الوقوع.

ثانيا– من حيث سبب المراعاة: سبب الخروج من الخلاف هو الاحتياط والورع واتقاء الشبهة، أما سبب مراعاة الخلاف فهو اتّباع الّدليل الراجح، كما أنه من باب الاستحسان وجلب المصالح ودرء المفاسد، مع لحظ معنى الاحتياط في بعض مسائل مراعاة الخلاف بعد الوقوع.

ثالثا– من حيث الحكم: الخروج من الخلاف مستحبٌّ، لأنه مسلك شرعي ذو اعتبار شخصي يرجع إلى احتياط المجتهد وورعه، ولا يعتبر إلزاميا، أما مراعاة الخلاف فهو مسلك تشريعي إلزامي، لأن حكمه وجوب العمل بمقتضى الدليل الرّاجح.

---

[1]– ينظر: المصطلحات ذات الصلة بمصطلح العدول، ص 37.

[2]– عبّر بعض المالكية عن مراعاة الخلاف بأنه أصل، كما قال الونشريسي: " مراعاة الخلاف أضعف أصول المذهب"، ومنهم من عبّر بأنه قاعدة فقهية، كالإمام الرصاعوالجيدي، ينظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص 263، الونشريسي: المعيار المعرب، ج4، ص 496. الجيدي: مباحث في التاريخ المذهب المالكي، ص 249،

[3]– ينظر: عبد الرحمان السنوسي: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط1، 1424ه، ص322، حاتم باي: الأصول الاجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 592–594، محمد الأمين بن شيخ: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار إحياء التراث، دبي، ط1: 1423هـ/2002م، ص107–110، مختاري قوادري: مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية إسلام أباد، باكستان، 1420ه/2000م، ص53– 74.

رابعا–من حيث التصنيف: الخروج من الخلاف من القواعد الفقهية، بينما مراعاة الخلاف متردد بين أن يكون أصلا أو قاعدة، وعلى القول بأنها قاعدة؛ فهي أقرب إلى القواعد الأصولية منها إلى القواعد الفقهية.

وتأسيسا على ما سبق، فإن ملمح العدول ملحوظ في كلا القاعدتين، غير أنه يختلف من قاعدة لأخرى، فالعدول في الخروج من الخلاف لا يكون إلى نقيض مقتضى الدليل، وإنما يكون إلى مقتضى دليل المخالف على وجه لا يتناقض مع مقتضى الدليل الأول، فيكون حكما وسطا، بينما العدول في مراعاة الخلاف فيكون إلى نقيض الدليل الأول، وبإطلاق مراعاة الخلاف بمعناه العام يكون بينهما عموم وخصوص مطلق، فكل خروج من الخلاف يعتبر مراعاة للخلاف، وليس كل مراعاة للخلاف تعتبر خروجا من الخلاف.

المطلب الثاني: مراعاة الخلاف: حجيته، وأدلة اعتباره، وشروط العمل به عند المالكية.

الفرع الأول: حجية مراعاة الخلاف وأدلة اعتباره عند المالكية.

نصّ الكثير من فقهاء المالكية على أن مراعاة الخلاف من أصول المذهب المالكي وقواعده التي تبنى عليه مسائل المذهب، ومن هذه النصوص نذكر ما يلي:

جاء في البيان والتحصيل:" ومن مذهبه مراعاة الخلاف"[1]،وفي موضع آخر:" مراعاة الخلاف؛ وهو أصل في المذهب"[2] .

وقال الشاطبي: " وهو –أي مراعاة الخلاف– أصل في مذهب مالك يُبنى عليه مسائل كثيرة"[3]، وفي نوازل المعيار من السؤال الرابع من المسائل الثمانية التي استشكلها الشاطبي وكتب لابن عرفة يستفهمه قوله: " إنّ مالكا وأصحابه يجري كثيرا في فتاويهم ومسائلهم مراعاة الخلاف، ويبنون عليها

---

[1]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج1، ص 425، وج7، ص494.

[2]– المرجع نفسه: ج4، ص 157.

[3]– الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص 145.

فروعا، ويعلّل به شيوخ المذهب الشارحون له أقوال من تقدّم من أهل مذهبهم، حتى صارت عندهم قاعدة مبنيًّا عليها، وعمدة مرجوعًا إليها"[1].

وقال ابن العربي: " القضاء بالراجح لا يقطع حكم المرجوح بالكلّية، بل يجب العطف عليه بحسب مرتبته...ومعنى مراعاة الخلاف؛ أنه إذا أراد أن يتّصف بأعمال الصالحين وصفات الأبرار من توقّي الشبهات راعى قول من قال بالتحريم وتبرّا من الشبهات"[2]، ثم ذكر أمثلة فقهية لمراعاة الخلاف، بعضها يصدق على الخروج من الخلاف.

وقال ابن بشير: "وهو جارٍ على أصل المذهب في مراعاة الخلاف"[3].

وقال المقري: " قاعدة: من أصول المالكية مراعاة الخلاف"[4].

ورغم أن نصوص أهل المذهب مُستفيضة في اعتبار مراعاة الخلاف، إلا أن هناك من خالف في ذلك، بل وجد من محقّقيهم من لم ير حجيته، قال الونشريسي: " إنّ القول بمراعاة الخلاف قد عابه جماعة من الأشياخ المحقّقين والأئمة المُفتين، منهم أبو عمران الفاسي، وأبوعمر ابن عبد البر واللخمي وعياض، قال عياض: القول بمراعاة الخلاف لا يعضده القياس"[5].

وفي هذا الصّدد يقول القبّاب: " قد استشكل كثير من العلماء القول بمراعاة الخلاف، وقالوا: إنه يؤول إلى ترك العمل على وفق الدّليل المأمور باتّباعه،...وربّما عدّه المُعترض بما يقبح به هذا المذهب"[6]، ثم أجاب عن هذه الاستشكالات بما يُثبت حجية أصل مراعاة الخلاف في المذهب[7]، وقد استدلّ المالكية على ذلك بأدلة كثيرة منها:

---

[1]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 366، 367.

[2]- المرجع نفسه، ج12، ص 37، والمقصود من كلام ابن العربي هنا مراعاة الخلاف بالمعنى العام، وليس بمعناه الخاص.

[3]- ابن بشير التنوخي: التنبيه على مبادئ التوجيه، تحقيق محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1428هـ/2007م، ج1، ص 239.

[4]- المقري: القواعد، ج1، ص 236

[5]- الوشريسي: إيضاح المسالك، ص 66. نسب الونشريسي القول بإنكار مراعاة الخلاف للخمي في إيضاح المسالك، ونسب له في المعيار خلاف ذلك. انظر المعيار المعرب، ج12، ص37 .

[6]- الونشريسي: المعيار، ج6، ص387.

[7]- ينظر مناقشة هذه الإشكالات: الأصول الإجتهادية التي بني عليها المذهب المالكي، ص 655 وما بعدها.

أولا– من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ وَلَا ٱلشَّهۡرَ ٱلۡحَرَامَ وَلَا ٱلۡهَدۡيَ وَلَا ٱلۡقَلَٰٓئِدَ وَلَآ ءَآمِّينَ ٱلۡبَيۡتَ ٱلۡحَرَامَ يَبۡتَغُونَ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّهِمۡ وَرِضۡوَٰنٗا ﴾[المائدة: 02].

ووجه الاستدلال من الآية؛ أنه علّل النهي عن استحلال المشركين القاصدين لبيت الله الحرم بابتغائهم فضل الله ورضوانه مع كُفرهم بالله الذي لا تصحّ معه عباداهم، ولا يُقبل معه عمل، وهذا اعتبار لنوع من المراعاة، فكيف لا يُراعى خلاف مسلم، وتُستبعد عبادته الواقعة على وجه دليل شرعي آخر، وقد أورد القباب هذا الاستدلال في معرض استدلاله للاستحسان عند الأصوليين[1].

ثانيا–من السنة النبوية: عن عائشة– رضي الله عنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي –ﷺ–، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله –ﷺ–: "هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زُمْعَةَ"، ثم قال النبي –ﷺ–: "الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ"، ثم قال لسودة بنت زمعة – زوج النبي ﷺ–: "احْتَجِبِي مِنْهُ" لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله[2].

ووجه الاستدلال من الحديث: أن النبي –ﷺ– أثبت النسب لزمعة بدليل الفراش، لكنه راعى دليل الشبهة فأمر سودة أن تحتجب منه لشبهه بعتبة، وهذا فيه اعتبار للمراعاة، فقد أعمل كل واحد من الدليلين المتعارضين في ما هو فيه أرجح، وهو عين مراعاة الخلاف[3].

---

[1]–ينظر: الونشريسي: المعيار، ج6، ص 395.

[2]– أخرجه مالك في الموطأ: كتاب القضاء، باب القضاء بإلحاق الولد لأبيه، رقم 1413، ص 451، وأخرجه البخاري في صحيحه: كتاب البيوع، با تفسير المشتبهات، رقم: 2053، ج3، ص 54.وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، رقم 1457، ج2، ص1080.

[3]– ينظر: الباجي: المنتقى، ج6، ص9، ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج6، ص 196، الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 379، عليش: فتح العلي المالك، ج2، ص 61، ، ، الولاتي: إيصال السالك، ص 191.

جاء في منار السالك: " راعى رسول الله –ﷺ– حكمين: حكم الفراش فالحق به الولد بصاحبه الذي هو زمعة، وحكم الشبهة فأمر بنت صاحب الفراش التي هي سودة بالاحتجاب منه"[1].

–ومنها: حديث عائشة –رضي الله عنها – أن النبي –عليه الصلاة والسلام– قال: " أَيُّمَا إِمْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِذَا دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا"[2].

ووجه الاستدلال من الحديث: أنّ النبي –ﷺ– حكم أوّلا ببطلان النكاح بدون ولي، وأقل مقتضيات هذا الحكم بطلان ما يترتب عن هذا العقد، لكنه أعقبه بما اقتضى اعتباره بعد الوقوع بقوله: " ولها المهر بما استحلّ من فرجها"، وهذا اعتبار منه للعقد الفاسد بعد الوقوع وإعطاء بعض آثاره، وإلا لما باح لها المهر[3].

قال الشاطبي: " وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النّكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك، دليلٌ على الحكم بصحته في الجملة وإلا كان في حكم الزنا، وليس في حكمه باتفاق، فالنكاح المختلف فيه يُراعى فيه الخلاف، فلا تقع الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاةً لما يقترن بالدخول من الأمور التي تُرجّح جانب التّصحيح"[4].

ثالثا– من عمل الصحابة: فقد وُجد في فتاوى كبار الصحابة والخلفاء والأئمة الأعلام ما يُشير إلى اعتبار قاعدة مراعاة الخلاف، حيث اعتبروا فيها الدليل المرجوح بعد وقوع الحادثة، وقدّموه على الرّاجح، لاعتضاده بعد الوقوع بما يقوّيه، ومن ذلك: المرأة يُزوّجها وليّان جائزان، لا يعلم أحدهما بتقدّم

---

[1]– الرجراجي: منار السالك، ص 49.

[2]– أخرجه أبو داوود: سنن أبي داوود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، كتاب النكاح، باب الولي، رقم 2083، ج2، ص 229، والترمذي: سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في النكاح بدون بولي، رقم: 1021، ج2، ص398 وابن ماجة: سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم 1880، ج 1، ص605 .

[3]– ينظر: محمد الأمين بن شيخ: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ص250.

[4]– الشاطبي: الموافقات، ج5، ص191.

نكاح الآخر؛ فالنكاح للأول، إلاّ أن يكون الآخر دخل بها ولا يعلم تزوجها، فإن دخل بها فهو أحقّ بها، "وبذا قضى معاوية في حادثة حدثت له مع الحسن، وبه قال عطاء والزهري –ﷺ جميعا–"[1].

ومن ذلك مسألة زوجة المفقود؛ فإن رجع قبل نكاحها فهو أحق بها، وإن رجع بعد نكاحها والدخول بها فزوجها الثاني أحقّ بها، قال الشاطبي: "وما روي عن عمر وعثمان في ذلك أغرب، وهو أنهما قالا: إذا قدم المفقود يُخيّر بين امرأته أو صداقها، فإن اختار صداقها بقيت للثاني، فأين هذه من القياس؟ وقد صحّح ابن عبد البر هذا النقل عن الخليفتين عمر وعثمان–رضي الله عنهما– كما نُقل عن علي مثل ذلك، أو أمضى الحكم به، وإن كان الأشهر عنه خلافه، ومثله في قضايا الصحابة كثيرٌ"[2].

رابعا– من المعقول: أن الأخذ بمراعاة الخلاف هو أخذ بالدليل الراجح، والعمل بالراجح واجب، قال ابن عرفة: " وأمّا دليله –مراعاة الخلاف– شرعا فمن وجهين: الأول وجوب العمل بالراجح؛ وهو مقرر في الأصول..."[3].

ومما يمكن أن يُستأنس به في هذا المقام أدلّة الاستحسان، خاصة وأن بعض أعلام المالكية يجعلون مراعاة الخلاف من قبيل الاستحسان، وقد احتجّ القباب في جوابه الثاني على الشاطبي على قوة مراعاة الخلاف بأدلة الاستحسان[4].

ومن الأدلة الناهضة بأصل مراعاة الخلاف، تخريجه على أصل اعتبار المآل؛ فإن هذا الأصل شاهد لمراعاة الخلاف يُستأنس به، وقد فرّع الإمام الشاطبي على أصل مراعاة المآل قواعد كان من جملتها قاعدة مراعاة الخلاف[5]، جاء في الموافقات: " ومنها: –أي مما يُبنى على اعتبار المآل– قاعدة مراعاة الخلاف"[6].

---

[1]– الصنعاني، الحافظ عبد الرزاق: المصنّف، تحقيق الشيخ حبيب الرحمان الأعظمي، طبعة المجلس العلمي للمكتب الإسلامي، بيروت ط1: 1392هـ/1972م، ج6، ص231.

[2]– الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص649، وانظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 394.

[3]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 379.

[4]–ينظر جواب القباب: الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 363، الشاطبي: الاعتصام، ج2، ص647.

[5]–نظر: حاتم باي: الأصول الإجتهادية، ص 651.

[6]– الشاطبي: الموافقات، ج 5، ص188. وانظر: السنوسي: اعتبار المآلات، ص 327.

الفرع الثاني: شروط الأخذ بمراعاة الخلاف.

إن الأخذ بمراعاة الخلاف ليس على إطلاقه، وقد وضع علماء المذهب شروطا تضبط العمل بهذا الأصل، وتحقق هذه الشروط يضمن سلامة بناء الأحكام وفق مراعاة الخلاف، وهي:

أولا–قيام المقتضي لمراعاة الخلاف:

من أهم شرائط التعويل على مراعاة الخلاف: تحقق المقتضي له، ومعناه أن الخلاف روعي بعد الوقوع لما نشأ من بعض الأمور التي أوجبت إعادة النظر في المسألة، ولما استجدّ من ملابسات في المسألة الواقعة، ومن هذه المقتضيات المصلحية الموجبة للمراعاة: مصلحة الإبراء من التكليف، وتلافي الضرر، والاحتياط[1].

ثانيا– أن لا يؤدي الأخذ به إلى ترك المذهب بالكلية:

ومعناه: أن لا يلزم من الأخذ بمراعاة الخلاف ترك المذهب بالكليّة، فإن أدى إلى ذلك امتنع الأخذ به، فقد نُقل عن بعض القرويين من المالكية: " أن ابن القاسم وإن قال بمراعاة الخلاف في هذا الباب، فإنه لا يطّرد ذلك حتى يفسخ نكاحًا صحيحًا على مذهبه لمراعاة مذهب الغير، وشرط مراعاة الخلاف عند القائل به أن لا يترك المذهب بالكلية"[2].

ثالثا– أن لا يؤدي إلى صورة تخالف الإجماع:

كمن تزوج بغير ولي ولا شهود، بأقل من ربع دينار، مُقلّدا أبا حنيفة في عدم الولي، ومالكًا في عدم الشهود قبل الدخول، والشافعي في أقل من ربع دينار في المهر، فلا يمكن تصحيح هذا النكاح، بل يجب فسخه أبداً إجماعاً[3]، لأنه من قبيل التلفيق وهو منهي عنه.

رابعا– أن يكون دليل المخالف قويًّا:

ومعناه: أنه ليس كل دليل يراعى في الخلاف، فلا بد أن يكون الدليل الذي يُرجع إليه في مراعاة الخلاف دليلا قويا له اعتبار، فلا يكون ضعيفا جدا أو واهيا، فلا شك أن هذا النوع من الخلاف لا

---

[1]– ينظر: حاتم باي: الأصول الإجتهادية، ص 628–638. السنوسي: اعتبار المآلات، ص334.

[2]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص38.وانظر: الولاتي: إيصال السالك إلى أصول مذهب مالك، ص 192.

[3]– ينظر: ابن شاس: الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة، ص 237، الولاتي: إيصال السالك إلى أصول مذهب مالك، ص 192.

يُلتفت إليه ولا ينبغي مراعاته[1]، غير أن هناك بعض المالكية من يراعي بعض الأقوال الضعيفة والشاذة، وسيأتي التفصيل في هذه المسألة في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: أثر مراعاة الخلاف في العدول عن القول المعتمد

بعد ذكر أدلة حجية أصل مراعاة الخلاف عند المالكية، وبيان شروط الأخذ به، يظهر جليّا أن فقهاء المالكية يتخذون من مراعاة الخلاف سببا قويا للعدول عن القول المعتمد، ومظهرا من مظاهر إعمال الأقوال المرجوحة بعد إعادة النظر في دليل المخالف بعد الوقوع، سواء كانت خارج المذهب أو داخله.

وبغض النظر عن القول المعدول إليه، فإن قاعدة مراعاة الخلاف يتم بموجبها إعمال المجتهد لدليل غيره المرجوح في نظره، وإلا ماحاد عنه ابتداء، وإهمال دليله الّراجح رعيا لمصلحة المكلفين، فهو في حقيقته إعمال للقول المرجوح الذي صار راجحا بعد وقوع الفعل.

من هنا يظهر أن الغاية التي تستهدفها قاعدة مراعاة الخلاف بعد الوقوع؛ هي تلافي آثار المفسدة، والعمل على تحقيق المصلحة النوعية التي تختصّ بذلك الحكم، ولا يكون ذلك إلا بعدول المجتهد عن بعض مقتضى اجتهاده الخاص، ليعمل بمقتضى اجتهاد غيره، والذي سوّغ هذا العدول هو ما في الأخذ باجتهاد الغير من تحقيق للمصالح المشروعة، وعلى هذا هو ليس بطارح اجتهاده بالكلية [2].

ثم إن فقهاء المالكية بين **موسّع** يجيز مراعاة كل خلاف سواء كان مشهورا أو ضعيفا، و**مضيق** لا يُجيز إلا مراعاة الراجح والمشهور من الأقوال، قال أحمد بن أبي كف[3] في نظم أصول مذهب مالك:

ورعي خلف كان طورا يعمل وبه عنه طورا يعـــــــــدل .

وهل كل مجتهد رعى الخلاف يجب أم لا قد جرى فيه اختلاف.

---

[1]- ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج 2، ص163، حاتم باي: الأصول الإجتهادية، ص 612.

[2]- ينظر: السنوسي: اعتبار المآلات، ص339.

[3]- **أحمد بن أبي الكف:** هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن أبي كف بن محمد الماحي بن سيد أحمد المحجوبي الولاتي، الفقهيهالنحرير كما وصفه يحي الولاتي، له: نظم أصول مذهب مالك شرحه الولاتي، نظم المنجور وهو قرة العين في القواعد الفقهية، (ت 1240ه) ينظر: مقدمة المحقق لكتاب إيصال السالك لأصول مذهب مالك، ص37- 45.

أي: أن رعي الخلاف من أدلة مالك –رحمه الله–، لكنه يعمل به تارة، ويعدل عنه تارة أخرى...ثم إن الفقهاء قد اختلفوا؛ هل يُراعى كل خلاف، أو إنما يراعى منه المشهور فقط؟[1]

قال المقري: "من أصول المالكية مراعاة الخلاف، وقد اختلفوا فيه، ثمّ في المرعيّ منه، أهو المشهور منه وحده أم كلّ خلاف؟..."[2].

وبالرجوع إلى الموسوعة النوازلية للونشريسي؛ نجد أنه قد نص على هذا الخلاف بين فقهاء المالكية فيما يراعى من الأقوال؛ من غير نسبتها لأصحابها، وإنما هو من خلال تتبع فروعهم في المسائل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يراعى من الخلاف ما قوي دليله، ولا يراعى إذا كان شاذا وضعيفا.

القول الثاني: يراعى من الخلاف المشهور فقط- على الخلاف المعروف في معناه-

القول الثالث: يراعى كل خلاف مطلقا.[3]

كما يجدر التنبيه إلى أن الخلاف المرعي عند المالكية يشمل الأقوال داخل المذهب وخارجه، ولا يقتصر على الخلاف المذهبي فقط.[4]

قال اللقاني: " واعلم أن مالكًا وأهل مذهبه وإن قالوا برعي الخلاف، فمراعاتهم للخلاف المشهور أتمّ، وكلّما قوي الخلاف قويت مراعاته، وكلّما شذّ الخلاف ضعفت مراعاته"[5].

قال ابن خويزمنداد: " مسائل المذهب تدل على أن مالكا – رحمه الله- كان يراعي من الخلاف ما قوي دليله، لا ما كثر قائله"[6]، وقال ابن رشد:"من مذهبه مراعاة الخلاف إذا قوي"[7].

---

[1]- الولاتي: إيصال السالك، ص 188، 189.

[2]- المقري القواعد، ج1، ص236.

[3]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص37. وما بعدها، وقد تناول الدكتور حاتم باي هذه الأقوال بالدراسة، مثبتا أن المراعى في الخلاف إنما هو قوة الدليل، لا قوة القول أو ضعفه، ينظر: الأصول الاجتهادية ص 613.

[4]- ينظر: عليش، فتح العلي المالك، ج1، ص60،

[5]- اللقاني: منار أصول الفتوى، ج2، ص215.

[6]- ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص63.

[7]- ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 4، ص352.

وسُئل الشاطبي عن مراعاة قول ضعيف أو رواية ضعيفة؟ فأجاب: "مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء؛ إذ مراعاة الخلاف إنما معناها مراعاة **دليل المخالف**، حسبما فسّره لنا بعض شيوخنا المغاربة"[1].

المطلب الرابع: نماذج من التطبيقات الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف.

الفرع الأول: مسألةاشتراط الإذن في استحقاق إحياء الموات القريب من العمران.

أولا– صورة المسألة.

الموات: بفتح الميم هو الأرض التي لا مالك لها ولا منتفع بها[2].

أو هو كما قال ابن الحاجب: "هو الأرض المنفكّة عن الاختصاص"[3].

وإحياء الموات: كما حدّه ابن عرفة بقوله: "لقب لتعمير دامِر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمِّر عن انتفاعه بها "[4].

وقد اتفق فقهاء المالكية على جواز إحياء الموات من الأرض وعمارتها بغير إذن الإمام إذا كان ذلك بعيدا عن العمران، جاء في النوادر والزيادات: "عن ابن سحنون عن أبيه: قال مالك: ما علمت اختلافا بينهم أن من أحيا أرضا ميتة في فيافي الأرض وأطرافها في بعد من العمران والقرى، بغير إذن الإمام، أن ذلك له ملكا تاما، كما قال رسول الله –ﷺ–، وبه قضى عمر بن الخطاب[5]"[6].

غير أنهم اختلفوا في اشتراط إذن الإمام في إحياء الموات إذا كان قريبا من العمران.

---

(1)– الونشريسي: المعيار المعرب، ج11، ص 103.

(2)–ينظر: القرافي: الذخيرة، ج6، ص147، الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص2،

(3)– ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص444.

(4)– الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص535.

(5)– الموطأ برواية يحي بن يحي، باب القضاء في عمارة الموات، ص 454.رقم 1420.

(6)– ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص500.

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

جاء في مناهج التحصيل: وأمّا ما قرُب من العمران، وتشاحّ الناس فيه، واستوت فيه الرغبة والتنافس، فلا يخلو من أن يكون ذلك بإذن الإمام أو بغير إذنهِ، فإن أحياهُ بإذن الإمام، فذلك جائز، ويصير ملكًا لهُ، فإن أحياهُ بغير إذنه، فعلى ثلاثة أقوال[1]:

القول الأول: أنه لا يحق له تملكه، لوجوب اشتراط الإذن في إحياء الموات القريب من العمران، وهو قول الإمام مالك كما في المدونة، **وهو المشهور**[2].

جاء في المدونة من قول مالك: " ولا يكون له أن يحيي ما قرب من العمران، وإنما تفسير الحديث: " من أحيا أرضا موات"؛ إنما ذلك في الصحاري والبراري، وأما ما قرب من العمران وما يتشاحّ الناس فيه، فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا بقطيعة من الإمام"[3]، وعليه مضى صاحب المختصر بقوله: "وافتقر لإذنٍ وإن مسلمًا إن قرب"[4].

ووجه اشتراط الإذن في إحياء القريب دون البعيد؛ "نفيا للتشاجر بتزاحم الدواخل عليه"[5]، فلو أجيز لكل أحد اقتطاعه لأضرّ بالناس ولتشاحّوا عليه، فلم يكن بدٌّ من نظر الإمام[6].

ودليل الاستثناء في إحياء القريب هو الاستحسان، ومفاده: أن الناس يرغبون في الأراضي القريبة للعمران، مما يفضي إلى التّشاح والتدابر والتّخاصم، وعليه؛ فإنّ النظر للمصلحة هو الأساس الذي يرتكز عليه مالك في استثناء الأراضي الموات القريبة من العمران من أصل الإباحة العام[7].

---

[1]– ينظر: خليل: التوضح، ج7، ص259.الرجراجي: مناهج التحصيل، ج9، ص 319.

[2]– ينظر: عبد الوهاي البغدادي: المعونة، ج2، ص862، ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 10، ص303، القرافي: الذخيرة، ج6، ص156،

[3]– سحنون: المدونة، ج4، ص 473.

[4]– خليل: المختصر، ص 211.

[5]– القرافي: الذخيرة، ج6، ص156.

[6]–ينظر: ابن يونس: الجامع، ج6، ص129. عبد الوهاب البغدادي: المعونة، ج2، ص862

[7]– حاتم باي، الأصول الاجتهادية، ص 404.

القول الثاني: أنها لمن أحياها وإن لم يأذن له الإمام، فحكمه حكم إحياء الموات البعيد، وهو قول **المغيرة وأصبغ وأشهب**، وحكاه ابن سحنون عن كثير من الأصحاب[1].

قال أصبغ: " فأما ما قرب فلا، فإن فعل بغير إذنه أمضيته و لم يتعقبه"[2].فقال أشهب: "وإن فعل مضى"[3].

واستدل له ابن يونس بقوله: "قيل يحيا بغير إذن الإمام لعموم الحديث"[4].

القول الثالث: الإمام مخير في أربعة أوجه: أن يقره له أو يقره للمسلمين أو يعطه قيمته مقلوعاً أو يأمره بقلعه ويقطعه لغيره ويكون للأول قيمته منقوضاً، وهو لابن حبيب ومطرف وابن الماجشون.[5]

جاء في الجامع: " ومن أحيا مواتا بقرب المدائن أو العمارة بغير إذن الإمام... فلينظر فيه الإمام؛ فإن رأى إبقاءه له كان له، وإن رأى أن يزيله ويقطعه غيره أو يبقيه للمسلمين فعل، ويعطيه قيمة ما عَمَر، وهو لابن القاسم، وقاله ابن نافع، وبه أقول"[6].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

بعد عرض أقوال المالكية في المسألة؛ يتبين أن القول الأول والذي يقضي باشتراط الإذن في إحياء الموات القريب من العمران هو المشهور والمعتمد، لكنه إذا وقع بغير إذن الإمام فقد عدل بعض فقهاء المالكية –كما في المعيار – عن القول المشهور إلى قول أصبغ وأشهب، والذي يقضي باستحقاق الأرض ولو لم يأذن له الإمام، ومستندهم في ذلك مراعاة الخلاف، كما نصّ عليه ابن رشد وغيره بقوله: "إنه يمضي مراعاة للخلاف"[7].

---

[1]– ينظر: ابن يونس: الجامع، ج6، ص129، ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 10، ص156، الونشريسي: المعيار المعرب، ج 5، ص117.

[2]– ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص501.

[3]– اللخمي: التبصرة، 7، ص 3289.

[4]– ابن يونس: الجامع لمسائل المدونة، ج6، ص129.

[5]–ينظر: ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 10، ص156، اللخمي: التبصرة، 7، ص 3289، خليل: التوضيح، ج7، ص259ـــ

[6]– ابن يونس، الجامع، ج6، ص 129.

[7]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 10، ص156، وانظر:الحطاب: مواهب الجليل، ج 6، ص11.

ومن ذلك مانقله صاحب المعيار في نوازل البيوع والمعاوضات أنّ أبا عبد الله محمد بن سليمان السّطي[1] سُئل في رجل أحيا أرضا بمقربة من العباد لا يُعلم لها مالك، فافتتحها وخدمها وغرسها منذ أزيد من خمسين عاماً، ...ثم باعها لرجل آخر، ...فهل يستحق شيئا منها؟فأجاب: اختلف في الإحياء فيما قرب من العمران مما ليس فيه ضرر على أربعة أقوال: أحدها: الجواز بغير إذن الإمام، والثاني المنع إلا بإذن الإمام...لكنه إن وقع مضى مراعاة للاختلاف، حكاه ابن رشد عن المغيرة وأشهب وأصبغ، والثالث: أن يتعقبه الإمام بالنظر، فإن أبقاه له وإن رأى إزالته وقطعه لغيره أو لعموم المسلمين فعل، والرابع نحو الثالث وأعطاه قيمة ما عمر، ...والأول والثاني هما الأظهر في هذه النازلة للطول المذكور فيها...[2]

الفرع الثاني: مسألة تضمين السّماسرة.

أولا– صورة المسألة.

السّماسرة: جمع سمسار؛ ويسمّون بعدة أسماءأخر؛منها: النخاسين، وفي بعض المواضع الصّاحة، وفي بعضها الدّلالين، وفي بعضها الطوّافين، وفي بعضها الوكلاء من السماسرة[3].

و السّمسار كما عرفه ابن بزيزة:" هو الذي يدور بالسّلعة ويطوف بها على التجار وغيرهم، ويقول: من يزيد على السّلعة؟"[4].

أوهو: دلّال طوَّافٌ في الأسواق بالسّلع أو ينادي عليها بالمزايدة.[5]

وفرّق ابن رحّال المعداني بين السمسرة والدّلالة؛ بأن السّمسرة هي الإشعار بقدوم السلع وأشباهها، والدلالة الإجارة على بيعها[6].

---

[1]– **محمد بن سليمان السّطي:** هو أبو عبد الله محمَّد بن سليمان السطي، الإمام الفقيه حافظ المغرب وشيخ الفتوى، أخذ عن أبي الحسن الصغير وتفقه بأبي الحسن الطنجي وغيرهما، وعنه: ابن خلدون والمقري والعبدوسي الكبير وابن مرزوق الجد وابن عرفة والقباب، له: تعليق على المدونة وشرح جليل على الحوفية وتعليق على جواهر ابن شاس فيما خالف فيه المذهب، (ت 750 ه)، ينظر: (التنبكتي، نيل الابتهاج، ص408 ، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص318).

[2]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج5، ص 117، 118.

[3]– الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص156.

[4]– ابن رحال المعداني: كشف القناع عن تضمين الصناع، ص 100.

[5]– عليش: منح الجليل، ج5، ص62،

[6]–ينظر: ابن رحال: كشف القناع، ص 100.

وصورة المسألة المقصودة بالبحث؛ أن الأصل في السماسرة أنهم أمناء، فلا يضمنون ما تلف في أيديهم من السّلع ونحوها، قال في التحفة:

والأمناء في الذي يلـــــونا ليسوا لشيء منه يضمنونا

كالأب والوصي والدلال

جاء في الشرح: أورد الناظم – رحمه الله – في هذه الأبيات الأمناء، وذكر أن حكمهم عدم ضمان شيء مما يلونه لأمانتهم، وهم: الأب والوصي والدلال...[1]، فذكر من بينهم الدّلال، وهو السّمسار على قول من قال بعدم التفرقة بينهما، غير أن هناك من قال بأن عليهم الضمان فيما أتلفوا.

ثانيا– أقوال المالكية في تضمين السمسار.

المنقول في كتب المالكية في تضمين السّماسرة قولان؛

القول الأول: لا ضمان على السماسرة؛ وهو قول مالك، **وهو المشهور.**

قال عياض: " والمعروف من قول مالك وأصحابه في السماسرة والمأمورين والوكلاء، أنهم لا يضمنون، لأنهم أمناء، وليسوا بصناع، سواء كانوا بحوانيت أم لا، كذا جاء في أمهاتنا، وأجوبة شيوخنا"[2].

جاء في المدونة، في كتاب الجعل، في باب "جعل السمسار ". قال مالك: " وإن ضاع المال فلا شيء عليه"[3].

ومستند هذا القول: أن السماسرة يدهم يد أمانة[4]،ومن كانت يده يد أمانة فلا ضمان عليه

---

[1]– ميارة: شرح التحفة، ج2، ص190.

[2]– عياض: التنبيهات المستنبطة، ج 3، ص1377.

[3]– سحنون: المدونة: ج4، ص466.

[4]– **يد أمانة:** هي اليد التي خلفت يد المالك في حيازة ملكه، وتصرّفت فيه عن ولاية شرعية، ولا يضمن صاحبها، كالوديع والمستعير والوكيل والمضارب والأجير وناظر الوقف...، ينظر: الزحيلي: نظرية الضمان، ص 174، وانظر: حارث محمد سلامة وأحمد غالب الخطيب: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 8، العدد2، ص315.

القول الثاني: أن السّماسرة يضمنون ما تلف في أيديهم ما لم يفرّطوا، ونُسب هذا القول لسحنون، وبه أفتى ابن رشد وابن عبد البر وغيرهم كما سيأتي.

قال ابن رشد: "وقد حكى الفضل عن بعض رواة سحنون، أنّه كان يضمِّنهم، قياسا على الصناع واستحسنه، وله وجه في القياس، لأنهم قد نصبوا أنفسهم لذلك، فصار لهم حرفة وصناعة"[1].

قال التّادلي: " اختلف في السماسرة؛ فقال مالك: لا يضمنون وقال سحنون: يضمنون"[2].

قال ابن عبد البر: "والسّمسار يجري مجرى الصنّاع، وقد قيل أنه كالأجير، والذي أذهب إليه في صاحة السوق الضمان فيما قبضوه من المتاع، إلا أن يتبين صدقهم فيما يتلف عندهم من غير تضييع ولا خيانة منهم، وقد اختلف في ذلك عن مالك وغيره، وتحصيل مذهب مالكأنه لا ضمان على السّماسرة والصّاحة إلا فيما تعدّوا وضيعوا"[3].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

أشهر من نسب إله العدول عن قول مالك في تضمين السماسرة هو ابن رشد الجد؛ وقد تناقلت كتب المالكية كما في المعيار[4]فتواه ومستنده في المسألة، وقد جاء في مسائله من سؤال ورده من أحد الفقهاء يستشكل وجه قوله بتضمين السمسار: "و رغبتي أن تعلمني بمذهبك فيما ضاع عند السماسرة هل هو في ضمانهم أم لا؟ وعمّا جرى عليه العمل عندكم في ذلك؟ وهل هو سواء حكم السمسار مع من دفع إليه سلعته وأمره ببيعها، وحكمه مع من طلب منه السمار سلعة لمشتر كلفه طلبها له، على ما جرت به العادة في الأسواق؛ أن يأتي مشترٍ فيقول لدلّالٍ: أطلب لي سلعة كذا، فيطلبها من التجّار، فيأخذها، فتضيع عنده.

---

[1]– ابن رشد: مسائل ابن رشد، ج1، ص 540.

[2]– ابن ناجي: شرح الرسالة، ج2، ص 182.

[3]– ابن عبد البر: الكافي، ج2، ص757.

[4]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج 8، ص 317.

فأجابه: أما استمرار العمل والفتوى في ذلك على حدّ واحد، فلا أثبته، والذي كنت أفتي به في ذلك، على طريق **الاستحسان مراعاة للاختلاف**: ألّا يصدقوا في دعوى التّلف، إلا أن يكونوا مأمونين معلومين بالثّقة، وذلك أن الأصل فيهم ألا ضمان عليهم، لأنهم أجراء مؤتمنون"[1].

أما عن سبب العدول عن القول المعتمد في هذه المسألة؛ فقد نص ابن رشد في جوابه عن مستنده؛ وهو الاستحسان بمراعاة الخلاف، إذ مراعاة الخلاف هو ضرب من ضروب الاستحسان، كما جاء في بعض أجوبته من قوله: "ورأيت بعض قضاة الإسكندرية ضمّن السمسار، وكأنه ذهب إلى ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان"[2]، وفساد الزمان من موجبات العدول عن القول المعتمد كما سيأتي في المبحث التالي.

وللفقيه أبي العباس الأبياني[3] كتاب في مسائل السّماسرة[4]، أثبت صاحب المعيار أجوبة كثيرة منه في مسائل مختلفة؛تقضي بضمان السماسرة إذا فرطوا، ونقل ابن رحال المعداني في كشف القناع نصوص البعض الفقهاء الذين أفتوا بتضمينهم أيضا: كابن عات في طرره، واليزناسي في شرح التحفة وغيرهم، وقال: "وما ذهب إليه ابن عبد البر ينبغي أن يُعمل به في هذه الأزمنة التي قلَّ فيها الصّدق عند من يُظنّ فيه الصّدق فضلا عن غيره"[5].

---

[1]- ابن رشد: مسائل ابن رشد، ج1، ص539

[2]- خليل: التوضيح، ج 7، ص230، وانظر: ميارة: شرح التحفة، ج2، ص190

[3]- **الأبياني**: أبو العباس عبد الله بن أحمد التونسي، المعروف بالأبياني، فقيه مالكي روى عنه جماعة، منهم ابن أَبي زَيْدوالأصيلي، له مسائل السماسرة في البيوع (ت352ه) ينظر: (الزركلي: الأعلام، ج4، ص66).

[4]- الأبياني: مسائل السماسرة، حققه محمد العروسي، ط1: 1992.

[5]- ابن رحال المعداني: كشف القناع، ص 94.

المبحث السابع:

العدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.

تمهيد:

إن الناظر في أسباب العدول عن القول المعتمد يجد أن هذه الأسباب بعضها يرجع إلى بعض، وذلك راجع للتداخل والتضمين فيما بينها بأوجه العلاقات المختلفة، كما قد تتوارد أسباب متعددة في إيجاب العدول عن القول المعتمد، بحسب وجهة نظر المجتهد إليها، وبتتبع تبريرات الفقهاء لبعض المسائل المعدول بها عن القول المعتمد نجدهم ينصّون على فساد الزمان وأثره في تغير الأحكام، وذلك في المسائل التي يكون حكمها راجع إلى تغير العرف والمصلحة، لذلك اعتبر بعض الباحثين[1] أن فساد الزمان راجع إلى تغير العرف وتابع له، كما يمكن اعتباره راجعا إلى المصالح المتغيرة، فما كان مصلحة زمن الحكم قد يكون مفسدة في زمن لاحق، ومتى تغيّر وجه المصلحة لزم تغير الحكم، كما يمكن أن يكون فساد الزمان راجعا لسدّ الذرائع، فمتى ظهر الفساد وجب منعه ومنع الوسائل المفضية إليه، ولو بتعديل الحكم والعدول عن القول المشهور أو الراجح.

وسأفرد هذا المبحث لإبراز هذا الموجب للعدول عن القول المعتمد، من خلال بيان حقيقة فساد الزمان من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وعلاقته بقاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، ثم أورد أدلة وقع فساد الزمان وضرورة مراعاة تغير الزمان في الأحكام، لنخلص إلى أثر فساد الزمان في العدول عن القول المعتمد من خلال عرض نصوص فقهاء المالكية، وذكر بعض المسائل الفقهية المعدول بها عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.

[1]- ينظر: لؤي الخليلي: أسباب العدول عن الفتيا بظاهر الرواية عند الحنفية، ص 179.

المطلب الأول: فساد الزمان وعلاقته بقاعدة" لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

أتناول في هذا المطلب مفهوم فساد الزمان من الناحية اللغوية، باعتباره مركبا من كلمة "الفساد" وكلمة " الزمان"، ومفهومه في اصطلاح الفقهاء باعتبار إطلاقه ودلالته على معانيه واستعمالاته، ثم أتناول قاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، باعتبارها القاعدة الأقرب والألصق بمصطلح فساد الزمان.

الفرع الأول: حقيقة فساد الزمان.

أولا– فساد الزمان في اللغة.

الفساد: الفاء والسين والدال كلمة واحدة، فسد الشيء يفسد فسادًا وفسودًا، وهو فاسد وفسيد، ضد الصّلاح[1].

الزمان: (الزاي والميم والنون)أصل واحد يدلّ على وقت من الأوقات، وهو الحين قليله وكثيره، يقال زمان وزمن، والجمع أزمنة وأزمان[2].

ثانيا– فساد الزمان في الاصطلاح.

لم أقف في كتب المالكية – حسب اطلاعي – على من عرّف مصطلح "فساد الزمان"، غير أنهم يُعبِّرون عنه بتعبيرات مختلفة، كقولهم: خراب الذِّمم، وغياب العمل بالشريعة، تغيّر أخلاق الناس وأحوالهم من الصّلاح إلى الفساد، وضعف التّدين وغياب الوازع وقلّة التَّورّع...

ويعبِّرون أيضا بصيغة " تغيّر الزمان" كما في قاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"[3]، وعبارة تغير الزمان أعمُّ من فساد الزمان، لأن التغير يشمل الفساد كما يشمل الصلاح، جاء في المدخل

---

[1]– ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج4، ص503.

[2]– المرجع نفسه: ج4، ص 22.

[3]– جعل القرافي هذه القاعدة من فروع قاعدة" العادة محكمة"وأنها ترجع إلى الأحكام المترتبة على العوائد المتغيرة.ينظر: القرافي: الفروق، ج1، ص 176.

الفقهي: "وقد يكون تغيّر الزمان الموجب لتغير الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئاً عن فساد الأخلاق وفقدان الورع، وضعف الوازع، مما يسمونه فساد الزمان"[1].

ويجدر التنبيه إلى أن عبارة "فساد الزمان" ليست على ظاهرها، لأن الزمان لا يتعلق به فسادأوصلاح، بل هي عبارة مجازية يقصد بها فساد أحوال الناس في زمان من الأزمنة، إذ ليس المقصود من فساد الزمان الانتقال من سنة لأخرى، أو من عقد لآخر، أو من قرن إلى قرن آخر، فليس هذا هو المؤثر في تغير الفتوى، وإنما المقصود هو تغيّر الإنسان بتغير الزمان، وهذا الزمان الذي نعيش فيه مختلف عن الزمن الذي عاش فيه من قبلنا، وجدَّت فيه على الناس أشياء، فلابد على المفتي أن يراعي تغير الزمن، وأن لا يثبت عند حكم واحد[2].

والمقصود بتغير الزمان: "تغير الظروف والأحوال المحيطة بالناس من زمن إلى زمن آخر، ومن عصر إلى عصر آخر، بحسب تغير مقتضياته"[3]، أو هو: "ما يُحدثه مرور الزمن الطّويل من تغير في حكم مسألة معيّنة، كأن ينقلها من الصحة إلى البطلان أو الفساد، أو يوجب فيها شيئا لم يكن واجبا أو يمنع ما كان واجبا"[4].

الفرع الثاني: قاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

المقصود "بالتغير" في الحكم الشرعي هو: انتقاله من حالة كونه مشروعاً فيصبح ممنوعًا، أو يكون ممنوعاً فيصبح مشروعاً باختلاف درجات المشروعية والمنع[5]، وهذا التغير في الأحكام ليس على عمومه في كل الأحكام، وإنما هو في الأحكام التي مدركها العرف أو المصلحة، قال القرافي: "إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت...وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام

---

[1]- الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج2، ص942.

[2]- ينظر: يوسف القرضاوي: موجبات تغير الفتوى، مطبعة الدوحة، قطر، 1428ه/2007م، ص 49.

[3]- أحمد محمد عزب موسى: مقال: أثر تغير الزمان والمكان في تغير الفتوى، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الملك خالد، أبها، السعودية، المجلد 04، العدد: 34، ص109.

[4]-محمد عبد الله بن التيمن: تأثير طول الزمن في الحكم الشرعي في المذهب المالكي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، ط2: 2012م، ص20

[5]- عبدالله بن محمد السفياني: الثبات والشمول في الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى، بمكة المكرمة، مكتبة المنارة ط1: 1408ه/1988م، ص499.

المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا"[1] فالقاعدة ليست على إطلاقها، لأن الأحكام الشرعية الثابتة لا تقبل التغير ولو تغير الزمان.

قال وهبة الزحيلي: ومن موجبات تغير الفتوى ؛ تغير الزمان، إذا كان الحكم السابق مبنيًّا على العرف، أو مصلحة الناس، ثم تغير العرف أو تغيرت مصلحة الناس، فوجب تغير الحكم الشرعي، وهو المقرر في قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، وذلك لتحقيق المصلحة، ودفع المفسدة، وأمثلة ذلك كثيرة، كالإفتاء بجواز أخذ الأجرة أو الراتب على تعليم القرآن، والقيام بالشعائر الدينية كالإمامة والخطابة؛ لتغير العرف بسبب انقطاع المكافآت والعطايا التي كانت تدفع من بيت المال للمشتغلين بهذه الوظائف، والحكم بتضمين الصنّاع لأموال الناس التي تهلك في أيديهم محافظة على الأموال من الضياع، والقول بجواز التَّسعير دفعًا للضرر العام وتحقيقًا لمصلحة الناس، ومثله إفتاء الفقهاء المتأخرين بعدم جواز القضاء بعلم القاضي لتغير الزمان والحفاظ على حقوق الناس... ولذلك قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان، وليس اختلاف حجة وبرهان[2].

ثم إن الوقائع السابقة والمتجددة إذا تغيرت ملابساتها والظروف المحيطة بها، بتغير العرف أو المصلحة، لا يصح أن يُنزَّل عليها نفس الحكم في كل مرّة، لأنها أصبحت وقائع مختلفة عن الواقعة الأولى، فصارت مسألة أخرى تتطلب نظرا وحكما مختلفا عن سابقتها، وهذا الذي يسمّيه الفقهاء" تحقيق المناط"[3].

ثم إن كثيرا من المصالح تتغير بتغير الأزمان وتغير الأحوال، وهذا التغير من شأنه أن يؤثر تأثيرا ما على الأحكام الشرعية التي نِيطت بتلك المصالح، وهنا لابد للمجتهد من اليقظة والبصيرة والنظر العميق، حتى يميّز ما هي المصالح والمفاسد التي تغيرت أوضاعها؟، وهل ذلك التغيير يستدعي مراجعة أحكامها ويقتضي تعديلها؟ وإلى أيّ حدّ ينبغي أن يصل ذلك التعديل، ولاشكّ أنّ هذا مرتقى صعب، ولكن لا

---

[1]- القرافي: الفروق، ج1، ص 176. الفرق 26.

[2]- ينظر: وهبة الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه، ج2، ص339

[3]- **تحقيق المناط:** عرفه الأبياري بقوله: " معناه أن يثبت مناط الحكم بالنص أو الإجماع، وإنما يبقى على النّاظر الاجتهاد في التعيين، فلا خلاف بين الأمة في قبوله ووجوب المصير إليه، وهو ضرورة كل شريعة، إذ التنصيص على آحاد الوقائع غير ممكن". ينظر: الأبياري: التحقيق والبيان في شرح البرهان، ج3، ص20، 21.

مفرّ منه للعلماء، وإلا ضاعت مقاصد الشريعة، وإنّ التّهرب من اقتحام هذه العقبة وصعود هذا المرتقى قد أربك الفقه الإسلامي، وأضرّ بمسيرته الطبيعية[1].

المطلب الثاني: أدلة وقوع فساد الزمان ومراعاته في الفتاوى والأحكام.

قال ابن رشد: "فصل فيما يحذر من فساد الزمان"؛ قال مالك: " يوشك أن يأتي على الناس زمان يقل فيه الخير في الدين، ويقل فيه الخير في الدنيا. وقول مالك هذا من قول رسول الله – ﷺ-: "**خَيْرُ القُرُونِ قَرْنِي ثُمَّ الذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الذِينَ يَلُونَهُمْ**"[2]، وقال عبد الله بن مسعود: "ما من عام إلّا والذي بعده شر منه"[3] [4].

وقد عبّر الإمام مالك –رحمه الله– عن الفساد بمصطلح قلّة الخير، وجعله على ضربين؛ فمنه ما يكون في الدنيا، ومنه ما يكون في الدين، ثمّ استدلّ له ابن رشد بالحديث المروى عن رسول الله –ﷺ– وأثر ابن مسعود –رضي الله عنه–

وفي الموطأ: من قضاء عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– للضّحّاك بن خليفة لما ساق خليجًا له من العريض، فأراد أن يمرَّ به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال عمر: لَمَ تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع؟ تسقي به أولًا وآخرًا، وهو لا يضرُّك؟ والله ليمرَّنَّ به ولو على بطنك"[5]، قال أشهب عن مالك كان يقال: "**يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور**"[6]فمن له ماء وراء أرض، وله

---

[1]– ينظر: أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2: 1412ه/1992م، ص 264.

[2]– أخرجه البخاري: كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، رقم الحديث: 2651، وأخرجه مسلم: كتاب فضائل الصحابة، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، رقم الحديث: 2535، من حديث عمران بن حصين.

[3]– أخرجه الترمذي في السنن موقوفا على أنس بن مالك: باب الفتن، ج4، ص 26، رقم 2206. وقال حديث حسن صحيح، وأخرجه البخاري في الصحيح الجامع: كتاب الفتن، باب لا يأتي زمان على الناس إلا الذي بعده شر منه، ج9، ص49، رقم: 7068، من حديث أنس بن مالك بصيغة: "اصبروا فإنه لا يأتي زمان إلا الذي بعده شر منه حتى تلقوا بكم".

[4]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج17، ص 185.

[5]– الموطأ برواية يحي بن يحي، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم 1426، ص 455.

[6]– بحثت عن هذا النص في كتب المالكية فوجدتهم ينسبونه لعمر بن عبد العزيز –رضي الله عنه –، فقد ذكره ابن أبي زيد في الرسالة ص 110، وابن رشد: المقدمات الممهدات، ج2، ص309، ونسبه لعمر، ونقله الصاوي في حواشيه على الشرح الصغير للدردير ج5، ص 573، ونقل عن ابن فرحون أنه قال: قاعدة: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوه من الفجور، هو من كلام عمر بن عبد العزيز، استحسنه مالك لأن من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة". ينظر رفع النقاب عن تنقيح الشهاب ج5، ص353. ونسبه ابن حجر للإمام مالك، ينظر فتح الباري، ج 13، ص144.

أرض دون أرض، فأراد أن يجري ماءه في أرض و لم يأخذ بقضاء عمر: "قد أخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك؛ لأنك تشرب منه أولا وآخرا، ولا يضرك، ولكن فسد الناس، واستحقوا التّهم، فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جري هذا الماء"[1]، فجعل الإمام مالك – رحمه الله– مخالفة قضاء عمر بسبب طول الزمان وفساد الناس وأحوال الناس.

ومنها ما أخرجه مالك في الموطأ عن ابن شهاب أنه قال: " كانت ضوالّ الإبل في زمان عمر ابن الخطاب إبلاً مُؤَبّلةً تناتَج لا يمسّها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أُعطي ثمنها"[2].

فقد كان حكم التقاط ضالة الإبل المنع على عهد رسول الله –ﷺ– وعهد أبي بكر وعمر – رضي الله عنهما– وذلك عملا بقوله –ﷺ– لمّا سأله رجل عن اللّقطة فقال: " اعْرِفْ وِكَاءَهَا[3] أو قال وِعَاءَهَا، وَعِفَاصَهَا[4]، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، ثُمَّ اسْتَمْتِعْ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ". قال: " فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ فَغَضِبَ حَتَّى احْمَرَّتْ وَجْنَتَاهُ، أو قال احْمَرَّ وَجْهُهُ، فقال: " وَمَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، وَتَرِدُ المَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ، فَذَرْهَا حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا"[5].

فلما كان عهد عثمان بن عفان –رضي الله عنه– أمر بالتقاطها وبيعها كبقيّة الضوال، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها، وهو خلاف لما كان عليه من قبله، وذلك خوفا من الخونة، لأنه لا يؤمن عليها، لما كثر في المسلمين ممن لم يصحب النبي – ﷺ– وكثر تعديهم عليها، أباحوا أخذها لمن التقطها ورفعها إليهم و لم يروا ردّها إلى موضعها[6]، قال اللخمي: " ثم لم تترك في زمان عثمان – رضي الله عنه – لعدل الخليفة وفساد

---

[1]– الباجي: المنتقى، ج 6، ص46.

[2]– أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضّوال، رقم 1443، ص463.

[3]– **وكاءها:** من الوكاء وهو: الخيط الممدود تشدّ به ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل ج 9، ص 289

[4]– **عفاصها:** من العفاص وهو: الخِرقة .ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل ج 9، ص 289

[5]– أخرجه مالك في الموطأ، كتاب القضاء، باب القضاء في اللقطة، رقم: 1438، ص462، وأخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العلم، باب الغضب في الموعظة والتعلم إذا رأى ما يكره، رقم 90، ج1، ص30،وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب اللقطة، رقم 1722، ج3، ص1346.

[6]–ينظر: الباجي: المنتقى، ج6، ص140.شرح الزرقاني على الموطأ، ج4، ص101،

الناس، ثم تغير الأمر ففسد السلطان والناس فرأوا أن تؤخذ، ولا ترفع إليه، وعلى هذا يجري أمرها اليوم"[1].

ومنها ما رواه الإمام مالك في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: " لَوَ أَنَّ رَسُولَ الله -ﷺ- رَأَى مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنَعَهُنَّ كَمَا مَنَعَ نِسَاءَ بَنِي إِسْرَائِيلَ"[2].

ووجه الدلالة؛ أن النبي- ﷺ- أجاز للنساء الصلاة في المساجد، ونهى الرجال عن منعهن، لقول النبي -ﷺ- قال: " لا تمنعوا إماء الله مساجد الله"[3]، ولّما تغير الزمان واختلفت أحوال النساء، قالت عائشة رضي الله عنها بالمنع، قال ابن عبد البر: " وهذا مما لا خلاف فيه أن أحوال الناس تغيرت بعد رسول الله -ﷺ-"[4].

قال الزرقاني: "استنبط من قول عائشة أنه يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا كما قال مالك، وليس هذا من التمسك بالمصالح المباينة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة أن يحدثوا أمرا تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال".

المطلب الثالث: أثر فساد الزمان في العدول عن القول المعتمد عند المالكية.

كثيرا ما نجد فقهاء المالكية يبرّرون عدولهم عن القول المعتمد في المسائل بفساد الزمان، ويعوّلون عليه في أقضيتهم وفتاويهم، ويحتجّون على من خالفهم بتغير الزمان وفساده، وأنه مُوجب لتعديل أحكامهم بما يتناسب والزمان الذي يقتضيه، وسنذكر جملة من نصوص فقهاءفي العدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.

---

[1]- اللخمي: التبصرة، ج7، ص 3209.

[2]- أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المساجد، رقم 469. ص115

[3]-أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب القبلة، باب ما جاء في خروج النساء إلى المساجد، رقم 466. ص114.وأخرجه البخاري: كتاب الجمعة، باب هل على من م يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان غيرهم، ج2، ص6، رقم 900، وأخرجه مسلم: كتاب الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عنه فتنة، وأنها لا تخرج متعطرة، ج1، ص 327، رقم 442.

[4]- ابن عبد البر: الاستذكار، ج2، ص468.

قال الحجوي: " وقد أفتى بعض علماء أفريقية بجواز المعاملة الفاسدة إذا عم الفساد، نعم ما هو صريح القرآن والإجماع والسنن المتواترة، أو المجمع عليها أو الصحيحة، والأحكام التي اتفقت الأمة على العمل بها وتأييدها، فلا سبيل للخروج عنه، وكذلك كل ما لم تحوجنا ضرورة للخروج عنه من قول راجح أو مشهور مذهبي"[1].

ومن شواهد المسائل الفقهية المعدول بها عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان، ما نص عليه ابن أبي زيد في النوادر، ونقله القرافي في الفروق وأيّده؛ على أنه إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم، ليلا تضيعالحقوقوالمصالح، وما أظنه يخالفه أحد في هذا، فإن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقةً لأجل عموم الفساد، جاز التّوسّع في أحكام المظالم والجرائم لأجل **كثرة فساد الزمان**"[2].

فانظر كيف جعل فساد الزمان موجبا لقبول شهادة الفسقة غير العدول، وهذا خلاف مشهور المذهب من اشتراط العدالة في الشهود، واستدلّ له بأن التكليف مشروط بالإمكان، وحتى لا تضيع مصالح الناس وحقوقهم.قال: " فلو فرض زمان خالٍ من العدول جملة، لم يكن بدٌّ من إقامة الأشبه في ذلك الزّمان، إذ ليس بجارٍ على قواعد الشرع تعطيل المراتب الدينية لإفضائه إلى مفاسد عامة يتّسع خرقها على الراقع، وهذا الأصل مستمد من قاعدة المصالح المرسلة"[3].

وفي المعيار: سُئل العقباني عن بلاد عمت بالفساد وعدم جريان الأحكام الشرعية فيها، تقع بالرجل نازلة يقتضي الحكم الشرعي فيها في المشهور من المذهب الحنث بالأيمان اللازمة، فإذا حكم القاضي فيها بالتحريم قد لا يعبأ بحكمه، ويمضي الحانث لصاحبه من أمراء العرب فيشتكي له أن القاضي حكم عليه بتحريم زوجته، فيأمر صاحبه المذكور برجوع زوجته وعدم الانقياد لحكم القاضي، فهل للقاضي أن يقلد غير المشهور ويردّها له تقليدًا لهذا القول، وصيانة من وطء فرجٍ حرام لعدم الانقياد للحكم، ويكون أولى من تركه على الاسترسال عليها بلا نكاح؟ أو يُترك حتى يقدر عليه؟

---

[1]- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 481.

[2]- ينظر: القرافي: الذخيرة، ج10، ص46.

[3]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 204.

فأجاب: إن حكم الحاكم بالحنث فيما ثبت عنده وأعذر فيه ومضى حكمه وطرح ما ذكره غيره، وإن لم يصدر منه حكم ورأى من هو أهل للعذر ومن كان للشيء منه فلتة يحسن أن يترك لتقليد قول فيه رحمة، وأما من دأبه الأيمان ويستخفُّ بأمرها فلينفذ عليه حكم المشهور. وقد صدّر له الونشريسي بقوله: " ينبغي للقاضي ببلد لا تجري الأحكام الشرعية فيه ألاّ يتشدّد بملازمة المشهور"[1].

وقال ابن عبد الحكم: لا يقضى في دهرنا بالشهادة على الخط، لأن الناس قد أحدثوا ضروبا من الفجور، وقد قال مالك: " يحدث للناس أقضية على نحو ما أحدثوا من الفجور"، وقد كان الناس فيما مضى يجيزون الشهادة على خاتم القاضي، ثم رأى مالك أن ذلك لا يجوز[2].

وقد ذكر الهلالي في نور البصر أمثلة كثيرة من المسائل التي خولف فيها مشهور المذهب بسبب فساد الزمان؛ كمسألة الأرض تزرع غصبا وتعديا، ومسألة ترك الرد بالعيب في الدواب، ومسألة توجيه اليمين في الدّعاوى، ومسألة القضاء باليمين مع الشاهد، وغيرها، وسنفصل البحث في المسألتين الأخيرتين كأنموذج لعدول المالكية عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.

الفرع الأول: مسألة القضاء بالخلطة أو توجيه اليمين في الدعاوى.

أولا– صورة المسألة.

الخُلطة: –بظم الخاء– أو الظِنَّة –بكسر الظاء– أو التّهمة[3]، كما عرفها ابن عرفة: "حالة تُرفع بعد توجيه الدعوى على المدّعى عليه"، قال الرصاع في شرحه: فلابد من اعتبار قرائن الأحوال في النوازل، فإذا ثبت من حال المدّعي والمُدّعى عليه أن احدهما لم يعامل صاحبه بوجه رفعت تلك الحالة و لم توجه اليمين للمدعى عليه"[4]، وعليه تكون الخلطة المعاملة التي تنشأ بين المتداعيين، وتكون قرينة يثبت من خلالها اليمين على المدعي عليه.

---

[1]– المرجع نفسه، ج4، ص 294.

[2]– ابن حجر: فتح الباري، ج 13، ص144.

[3]– النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص221.

[4]– الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 450.

وصورة المسألة: أنه من ادّعى على أحد دعوى فأنكر المدّعى عليه، وأراد المدّعي تحليفه، فنكل المدعى عليه عن اليمين، فهل تجب على المدعى عليه اليمين بمجرد رفع الدعوى؟ أم لابد من إثبات الخلطة بينهما ولو مرّة واحدة كسلف أو بيع أو قرض وغيرها؟

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

القول الأول: اشتراط الخلطة لإيجاب اليمين، **وهو المشهور** من مذهب مالك[1]، فإذا ثبتت خُلطة ببيّنة بين المتداعيين، فإنه يجب على المدعي يمين يُنكر فيها دعوى المدّعي، وإذا لم تثبت بينهما خُلطة فلا يمين عليه، وهو الذي عليه أصحاب المختصرات وشروحها[2].

جاء في المدونة: " قلت: أرأيت الرجل يدعي قبل الرجل بكفالة، ولا خلطة بينهما، أيكون له عليه اليمين في قول مالك؟فإن كان يعرف بمخالطة في دين أو تهمة فيما ادعى قبله، نظر السلطان في ذلك، فإما أحلفه وإما أخذ له كفيلا حتى يأتي ببينة، وأما في الدين، فإن كانت بينهما خلطة وإلا لم يعرض له السلطان"[3]

ومستند مالك–رحمه الله– وأصحابه في ذلك عمل أهل المدينة، فقد نقله مالك في المدونة عن عمر بن عبد العزيز أنه لم يكن يحلف من ادعي عليه، إلا أن تكون خلطة، وذكر ابن أبي الزناد عن أبيه عن السبعة مع مشيخة سواهم من نظرائهم، وربما اختلفوا في الشيء فأخذ يقول أكثرهم أنهم كانوا يقولون: لا نعلق اليمين إلا أن تكون خلطة[4].

---

[1]– ينظر: البراذعي: تهذيب المدونة، ج3، ص 600، بن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج8، ص 144، ابن يونس: الجامع، ج5، ص 392، ابن عبد البر: الكافي، ج2، ص 921، ابن رشد: البيان والتحصيل، ج9، ص 291، خليل: التوضيح، ج8، ص48، القاضي عبد الوهاب البغدادي: عيون المسائل، ص525، الباجي: المنقى، ج7، ص 211، العدوي: الحاشية على شرح كفاية الطالب الرباني، ج2، 441، الخرشي: شرح مختصر خليل، ج7، ص 155، ....

[2]– ابن الحاجب: جامع الأمهات، ج1، ص486، خليل: المختصر، ص 219، ابن أبي زيد: الرسالة مع الفواكه الدواني، ج 2، ص221.

[3]– سحنون: المدونة الكبرى، ج4، ص 63، 37.

[4]– المرجع نفسه، ج4، ص 37.

وفي الموطأ؛ قال مالك: " وعلى ذلك الأمر عندنا، أنه من ادّعى على رجل بدعوى نُظِرَ، فإن كانت بينهما مخالطة أو مُلابسة أُحلف المدَّعى عليه، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه"[1].

كما استدلوا من الأثر بحديث ابن نافع عن حسين بن عبد الله عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب أن النبي –ﷺ– قال: "البَيِّنَةُ عَلَى مَن ادّعَى، واليَمِينُ عَلَى مَن أَنْكَرَ، إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا خُلْطَةٌ"[2]، جاء في التوضيح:" وهذا نص في تصحيح المذهب، وزيادة العدول مقبولة لرجحانه بعمل المدينة"[3].

واستدلوا من النظر بالمصلحة المرسلة، قال ابن رشد: "وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة؛ لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضا، وإذاية بعضهم بعضا"[4]، وقال ابن شاس: "أما المعنى، فلما في ذلك من صيانة أهل الفضل والمترلة عن البذلة وكف الأطراف عنهم"[5].

القول الثاني: وجوب اليمين مطلقا، ثبتت بينهما خلطة أم لا، وهو قول ابن نافع وابن عبد الحكم، وهو **القول الشاذ**، فلا تشترط الخلطة بينهما لإيجاب اليمين.[6]

ومستند هذا القول هو عموم حديث النبي –ﷺ–، ففي المبسوطة لابن نافع أنه قال: لا أدري ما الخلطة، ولا أراها، ولا أقول بها، وأرى الأيمان واجبة للمسلمين عامة بعضهم على بعض؛ لحديث رسول الله –ﷺ–: " البَيِّنَةُ عَلَى مَن ادّعَى، واليَمِينُ عَلَى مَن أَنْكَرَ "[7]

---

[1]– مالك: الموطأ، باب القضاء في الدّعاوى، ص 443.

[2]– لم أجده بزيادة" إذا كان بينهما خلطة" إلا في كتب المالكية، ينظر: ابن يونس: الجامع، ج5، ص 392. التوضيح، ج8، ص48. ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج3، ص1082.

[3]– خليل: التوضيح، ج8، ص 48.

[4]– ابن رشد: بداية المجتهد، ج4، ص255.

[5]– ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، ج3، ص1082.

[6]– ينظر: ابن عبد الحكم: المختصر الكبير، ص 286، ابن رشد: البيان والتحصيل، ج9، ص291، خليل: التوضيح، ج8، ص 48، الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص 265.عليش: منح الجليل، ج8، ص315.التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص55. الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص 154.

[7]– أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ج10، ص427، رقم 21201، وفي السنن الصغرى، ج4، ص 188، رقم 3386. و البخاري في صحيحه بلفظ " لو اعطي قوم بدعواهم لادعى أقوام دم أقوام وأموالهم ولكن اليمين على المدعي"، من حديث ابن عباس، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن، رقم 2514، ج 3ن ص143.

ثالثا– العدول عن القول المعتمد وسببه.

أول من نُسب إليهم العدول عن القول المعتمد في مسألة الخلطة أهل الأندلس[1]، وبالرجوع إلى مظان المسألة في كتبهم نجدهم ينصون على ذلك، لاسيما في كتب القضاء والأحكام، ومن القضاة الذين ينسب لهم هذا العدول ابن لبابة[2]، ومن الأندلس انتقل العمل بقول ابن نافع إلى المغرب والقيروان ومصر، قال ابن عرفة: "عن ابن نافع لا تعتبر الخلطة... وهو الذي عليه عمل القضاة بمصر...وعليه عمل القضاة عندنا...وقبله العبدوسي، وصوّبه البناني[3].

وفي نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار، سئل القابسي عمن عليه دين طلب به فادعى العُدم، فتقدّما إلى الحاكم، فأجاب: هو على ما شهدت به البيّنة، فإن عُدمت فلابد أن يحلف على تكذيب المدعي إذا كان المدعي موقنا، فإن أبى أن يحلف فهو ملكه...[4]، ومن جواب الداودي وابن المكوي عن الذي يتهم رجلا بسرقة شيء ضاع منه، أعليه اليمين، فأجابوا: بأن قالوا نعم، إذا اتّهمه فعليه اليمين، وتسمى عندهم يمين التهمة أو الشبهة[5].

وسئل المازري عمن يدّعي أن فلانا شتمه شتما يوجب الحدّ والأدب، ولا يأتي بشاهد، فهل له اليمين عليه؟ فأجاب: ...اعتبر أهل المذهب الخلطة على الطريقة المشهورة خوفا من ابتذال السفهاء والأفاضل، وراعى بعض أصحابنا الشبهة بدل الخلطة، فإذا ظهرت قرينة أو شبهة استحلف المطلوب[6]، فظهر من خلال هذه الفتاوى وغيرها أن العمل بقول ابن نافع شائع ومنتشر بين المتأخرين، مع علمهم بالقول المعتمد من قول مالك، ولعل سبب عدولهم راجع إلى **فساد الزمان** وأحوال الناس، كما قال الهلالي: " لما كثر في الناس إنكار الحقوق، وقلّ فيهم الأمان، وعزّت المروءة، حكم الأندلسيون ومن

---

(1)– المكناسي: مجالس القضاة، ص 178.

(2)– ينظر: ابن سهل: ديوان الأحكام الكبرى، ص80، ابن ناجي: شرح الرسالة ومعه شرح ابن ناجي، ج2، ص 257، التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص55، العدوي: حاشية العدوي، ج2، ص 441،

(3)– ينظر:عليش: منح الجليل، ج8، ص 315.الخرشي: شرح الخرشي على مختصر خليل، ج7، ص 155.

(4)– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج 10، ص 231، 232.

(5)– المرجع نفسه، ج10، ص 232.

(6)– المرجع نفسه، ج10، ص 241، 242.

وافقهم بتوجيه اليمين وإن لم تثب الخلطة، لأن فساد أحوال الناس تنزل منزلة ثبوت الخلطة"[1]، ولذلك ألحقوها بيمين التهمة والشبهة.

الفرع الثاني: مسألة الحكم بالشاهد مع اليمين.

تعد هذه المسألة من أولى المسائل التي عدل فيها أهل الأندلس عن مذهب مالك، كما نصّ على ذلك المكناسي في مجالسه، ومن الأندلس انتقل العدول إلى أهل المغرب كما أورد ذلك الونشريسي في المعيار من نوازل الدّعاوى والشّهادات[2].

أولا– صورة المسألة.

صورة مسألة الحكم بالشاهد مع اليمين: أن تثبت دعوى بين المدّعي والمدعى عليه، فإذا أقام المدّعي على حقه شاهدًا واحدًا فقط، فهل يؤمر بشاهدٍ آخر حتى يثبت له الحق؟ أم يؤمر بالحلف يمينا على حقه فيثبت له؟، وعلى القول بصحّة اليمين مع الشاهد هل تكون يمينه مقام الشاهد الثاني؟ وهل يصح ذلك في كل الدّعاوى أم بعضها فقط؟.

ثانيا– أقوال المالكية في مسألة الحكم بالشاهد واليمين.

المنقول من مذهب مالك في المدونة والموطأ هو صحّة الحكم باليمين مع الشاهد في الحقوق كالأموال والجراح، دون النكاح والطّلاق والدّماء والحدود، وقوله هو المشهور الذي عليه العمل في المذهب، وهو الذي عليه أصحابه[3]، و لم يختلف عن مالك ولا عن أصحابه في ذلك[4]، وعلى قوله مشى أصحاب المختصرات[5].

---

[1]– الهلالي: نور البصر، ص 272.

[2]– ينظر: المكناسي: مجالس القضاة والمفتين، ج1، ص 179، الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 176.

[3]– ينظر: سحنون: المدونة الكبرى: ج4، ص 42، (كتاب الدعاوى)، ابن عبد الحكم: المختصر الكبير، ص285، ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج8، ص 391، البراذعي: تهذيب المدونة، ج1، ص 406، ابن يونس: الجامع، ج5، ص 363.

[4]– ابن عبد البر: الاستذكار، ج22، ص51.

[5]– ينظر: ابن الحاجب: جامع الأمهات ، خليل: المختصر الفقهي، ص 223.عند قوله: (وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح ...) ابن ناجي: شرح الرسالة، ج 2، ص280، ج1، ص 477.

ومستند مالك –رحمه الله– في ذلك النقل والعمل، أما النقل؛ فقد عقد في كتاب القضاء من الموطأ بابا في القضاء باليمين مع الشاهد، وروى عن جعفر بن محمد عن أبيه: أنّ رسول الله– ﷺ– قضى باليمين مع الشاهد"[1].

وجاء في المدونة: "وقد قضى باليمين مع الشاهد رسول الله – ﷺ–، وقضى بذلك علي بن أبي طالب، وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز، وكتب بذلك إلى عماله أن يقضي باليمين مع الشاهد، وكان السلف يقولون ذلك، ويرون القضاء باليمين مع الشاهد العدل في الأموال والحقوق"[2].

أما العمل؛ فقد أكثر مالك –رحمه الله– من ذكره وإثباته في المسألة بقوله: " مضت السّنة به...وكذلك السنة عندنا...وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة، ولا يقع ذلك في الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة، ولا في سرقة ولا في فرية... "[3]، قال ابن العربي: " ما أطنب مالك في مسألة كإطنابه في هذه المسألة، فلقد سلك فيها طريق الجدال، وكثّر الأسئلة والأجوبة، وأفاض في ضرب الأمثال، والتفريق بين مثال ومثال"[4]، وروي عن جماعة من الصحابة والتابعين القضاء باليمين مع الشاهد، ومنهم: الفقهاء السبعة المدنيون، وأبو سلمة، وسالم بن عبد الله، وعلي بن حسين، وعمر بن عبد العزيز، وهو قول جمهور العلماء بالمدينة[5].

أما في الجراح؛ فقد اختلفت أقوال أهل المذهب فيها؛ "ففي المجموعة وغيرها من قول سحنون: " أصّلنا أنّ كلّ ما جاز فيه شاهد ويمين جازت في شهادة النساء، وتقدّم من القول أن الشاهد واليمين إنما

---

[1]– الإمام مالك: الموطأ برواية يحي بن يحي، كتاب القضاء، باب القضاء باليمين مع الشاهد، رقم 1398. ص 440، قال ابن عبد البر: "وروي من طرق كلها متواترة " الاستذكار، ج22، ص 50.

[2]– سحنون: المدونة الكبرى: ج4، ص 42.

[3]– مالك: الموطأ، ص 440، 441.

[4]– ابن العربي: المسالك شرح موطأ مالك، ج6، ص 294.

[5]– ينظر: ابن عبد البر: الاستذكار، ج22، ص 50، 51.

يجوز في المال"، وقال ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب: تجوز شهادة النساء في خطأ القتل والجراحات، ووجه ذلك أنّ هذه شهادة يجب بها المال، فثبتت بشاهد ويمين"[1].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

رغم أن المسألة محل البحث مُتّفق عليها بين مالك وأصحابه، وقد ثبتت بالسنة وعمل أهل المدينة، إلاّ أن بعض فقهاء الأندلس خالفوا الإمام مالكا فيها، قال ابن عبد البر: " ولا يُعرف من مذهب المالكيين غير ذلك إلاّ عندنا بالأندلس، فإنّ يحي بن يحي تركه، وزعم أنه لم ير اللّيث يفتي به ولا يذهب إليه"[2]، فكان العدول هنا إلى قول خارج المذهب.

ومن القضاة الذين خالفوا مذهب مالك أيضا، ابن بشير الأندلسي، فقد روي عنه أنه لم يحكم في ولايته باليمين والشاهد حكما واحدا، وذكر ابن لبابة أن القضاة بالأندلس لا يرون باليمين مع الشاهد ولا يقضون به، لما ظهر لهم من **فَسَاد النَّاس**، وَقلة الدعة فِي الشَّهَادَة[3].

ويؤكد هذا ابن سهل في نوازله بقوله: " واعلم أن المراد منه الإعلام بالمذهب في الشاهد واليمين، وما جرى به العمل بالأندلس، ومن صحّ نظره في أحوال الناس اليوم والمعرفة باختلال الشهادات لم تطلب نفسه على القضاء به إلا مع شاهد مبرز في العدالة والنباهة"[4]، فبيّن أن سبب العدول عن قول مالك هو اختلال الشهادات في زمانهم، وهو فساد ظاهر.

وفي المعيار من جواب ابن لب: " القضاء بالشاهد مع اليمين مُختلف فيه بين أهل العلم، فقد منعه الحنفية وأجازه المالكية، لكن قال ابن عبد الحكم إنما ذلك في الشاهد العدل البيّن العدالة، وحُمل على التفسير للمذهب، أمّا إن ظهرت ريبة في القضية وكان الأخذ به مؤدّيًا إلى فسخ عقد ثابت الصحة، فلا وجه للأخذ به حينئذ"[5]. وتابعه الونشريسي قائلا: " وانظر على القول بعدم القضاء به،

---

[1]– الباجي: المنتقى، ج، ص 194، وانظر: ابن يونس: الجامع، ج5، ص 364.ابن رشد: البيان والتحصيل، ج10، ص 116.

[2]– ابن عبد البر: الاستذكار، ج22، ص 51.

[3]– ينظر: التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص 189، النبهاني، أبو الحسن علي بن عبد الله المالقي الأندلسي: المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا والمسمى: تاريخ قضاة الأندلس، دار الآفاق الجديدة – بيروت، ط5: 1403ه/1983م، ص25.

[4]– ابن سهل: الإعلام بنوازل الأحكام، ج 1، ص91.

[5]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 176.

هل يحلف المشهود عليه ليردّ شهادة الشاهد، كالعتق والطلاق يقوم بها شاهد واحد للعبد والزوجة، وهو الظّاهر"[1]، فظاهر كلام ابن لب أنه إذا أدى القضاء بالشاهد واليمين إلى فسخ عقد ثابت أو ظهرت ريبة وشك في الشاهد الواحد فلا يقضى به، لما عُلم من تساهل الناس في اليمين والشهادة، فيؤدي إلى ضياع الحقوق.

ولّما كان العدول في هذه المسألة إلى قول خارج المذهب؛ فرّع الونشيسي عن هذه المسألة مسألة أخرى، وهي: من لم يبلغ درجة الاجتهاد يحرم عليه الخروج عن مذهبه في الحكم والفتيا، ونقل من جواب ابن الحاج في المسألة: " وإن لم يكن مذهبك القضاء باليمين مع الشاهد على ما جرى به العمل عندنا، فقد خاطبك القاضي بشهادة شاهدين مقبولين"[2].

وينبغي التنبيه هنا إلى أن من المالكية من أنكر هذا العدول، كابن عبد البر في الكافي: "قال مالك وأصحابه يقضي باليمين مع الشاهد في كل البلاد ويحمل الناس عليه ولا يجوز خلاف ما قالوه من ذلك، لتواتر الآثار به عن النبي –ﷺ– وعن السلف والخلف من أهل المدينة، والعمل المستفيض عندهم بذلك، و لم يلجأ شيوخنا فيه إلى أصل من أصول أهل المدينة وسكلوا فيه سبيل أهل العراق، واستتروا فيه بالليث بن سعد، وهم يخالفونه كثيرا إلى رأيهم بغير بينة ولا يرونه حجة والله المستعان"[3].

---

[1]– المرجع نفسه، ج10، ص 176.

[2]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 162.

[3]– ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص 909.

المبحث الثامن

العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط

تمهيد:

من خلال بحثي عن أسباب العدول عن القول المعتمد عند المالكية، لم أجد – حسب اطلاعي- من ذكر أن الاحتياط سبب للعدول عند المالكية[1]، وإنما يفهم ذلك من خلال تتبع تعليل اختياراتهم لبعض الفروع الفقهية، وأخذهم ببعض القواعد الفقهية والأصولية التي يرتكز معناها على الاحتياط والتورّع والتحرز، كالخروج من الخلاف ومراعاة الخلاف وسد الذرائع وغيرها.

ومبدأ الاحتياط شائع في أبواب الفقه المالكي، كقولهم: الاحتياط للصلاة والعبادة، والاحتياط للفروج والأبضاع، والاحتياط للنسب، والاحتياط من الوقوع في المحظور، وغيرها، كما يُؤخذ بالاحتياط في مسائل الخلاف من باب التعارض والترجيح بين الأقوال والروايات بحسب ما يترتّب على المسألة من مصلحة أو مفسدة، وبحسب الدافع للأخذ بمبدأ الاحتياط والاحتراز، وقد أفرد الأبياري كتابا صغيرا في الورع، ضمّنه مسائل من الاحتياط.[2]

وسأتناول في هذا المبحث الاحتياط كسبب للعدول عن القول المعتمد عند المالكية من خلال التطرق لتعريفه في اللغة والاصطلاح، وأقسامه، وعلاقته بقاعدة الخروج من الخلاف وسد الذرائع، وبيان مشروعية العمل به عند المالكية، وذكر شروط العمل به، لنخلص إلى أثر الاحتياط في العدول عن القول المعتمد، وأختم المبحث بمسألتين فقهيتين كأنموج فقهي يتجلى به العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.

---

[1]- بخلاف المذهب الحنفي؛ الذي يعتبر الاحتياط من أهم أسباب العدول عن ظاهر الرواية، وقد أفرده لؤي الخليلي بالبحث، ينظر لؤي الخليلي: أسباب العدول عن ظاهر الرواية عند الحنفية، ص 395 وما بعدها.

[2]- الأبياري، شمس الدين بن إسماعيل: الورع، تحقيق فاروق حمادة، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط1: 1407ه/1987م،

المطلب الأول: الاحتياط؛ حقيقته وأقسامه.

الفرع الأول: حقيقة الاحتياط.

أولا–الاحتياط في اللغة.

الاحتياط في اللغة افتعال من (الحَوْط)، قال ابن فارس: الحاء والواو والطاء؛ كلمة واحدة، وهو الشيء يُطِيف بالشيء[1].

ويأتي الاحتياط في اللغة بمعانٍ كثيرة نذكر منها: [2]

ـــ **الحفظ**، يُقال: حاطه، يحُوطُه: حَوْطاً، وحَيْطَة، وحِيطَة، وحِيَاطة بمعنى: حفظه وصانه وتعَهَّده، ورعاه، وذبَّ عنه، واحتاط الرّجل: أخذ في أموره بالحزم، وأخذ بالثّقة.

ومنها: **المحاذرة** من الوقوع في المهالك، وطلب السّلامة والحماية منها، ومنه المثل السائر: " أوسط الرّأي الاحتياط"، أي أكثره تحصيلا للحذر.

ومنها: **إحراز الشيء** وبلوغ الغاية في علمه، ومنه قوله تعالى: ﴿**أَحَطْتُ بِمَا لَمْ تُحِطْ بِهِۦ**﴾[النمل: 22]، أي: علمته من جميع جهاته، وقوله تعالى: ﴿**وَاللَّهُ مُحِيطُۢ بِٱلْكَٰفِرِينَ**﴾[البقرة: 19] أي: جامعهم يوم القيامة، لأن علمه قد أحاط بهم، فلا يفوته شيء منهم[3].

وعليه؛ يكون معنى الاحتياط يدورحول**الحفظ، والمنع، والأخذ بالحزم والثّقة، والحذر من الوقوع في المحظور**، وهذه المعاني هي التي تخدم البحث، ولها وشيج الصلة بالمعنى الاصطلاحي للاحتياط.

---

[1]– ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص 120. مادة (حوط)

[2]– ينظر هذه المعاني وغيرها: ابن منظور: لسان العرب، ج 7، ص 279، الفيروزأبادي: القاموس المحيط، ص856، الرازي: مختار الصحاح، ص168.

[3]– الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص136 وما بعدها.

ثانيا–الاحتياط في الاصطلاح .

تعددت عبارات الفقهاء في بيان حقيقة الاحتياط وماهيته، لأن أغلب هذه العبارات جاءت في معرض المناقشة والاعتراض، فلم يُقصد بها تعريفه استقلالا، فمنها ما جاء بمعنى التردد والشك، وهو السبب المُلجئ للعمل بالاحتياط، ومنها ما جاء بمعنى التحرز والتحفظ من المحظور، وهو أثر العمل بالاحتياط[1]، وسأقتصر على ذكر بعض تعريفات فقهاء المالكية، وكتب التعريفات، وبعض المعاصرين، تجنبا للإطالة.

قال ابن عبد البر: " لا مدخل للاحتياط في إيجاب شيء لم يوجبه الله من ذمّة بريئة، بل الاحتياط الكفُّ عن إيجاب ما لم يأذن الله بإيجابه"[2].

ويمكن مناقشة هذا القول بأنه أهمل أحد جانبي الاحتياط ؛ وهو الكفّ عن مقاربة الحرام، فيعتبر قاصرا على جانب واحد للاحتياط وهو الكف عن إيجاب ما لم يوجبه الله.

وعرفه القرافي بقوله: " ترك ما لا بأس به، حذراً مما به البأس"[3].

وعرّفه الفيومي بأنه: " فعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويلات"[4].

وعرّفه الجرجاني بقوله: " حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"[5].

وعرّفه المناوي بأنه: " فعل ما يُتمكّن به من إزالة الشَّك"[6].

وعرّفه الكفوي بأنه: " التحفّظ والاحتراز من الوجوه، لئلا يقع في المكروه"[7].

---

[1]– محمد عمر سماعي: نظرية الاحتياط الفقهي دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة دكتوراه بكلية الدراسات العليا، إشراف محمود صالح جابر، الجامعة الأردنية 2006م، دط، دت، ص16.

[2]– ابن عبد البر: التمهيد، ج 2، ص 23.

[3]– القرافي: الفروق، ج4، ص 235.

[4]– الفيومي: المصباح المنير، ص 60.

[5]– الجرجاني: التعريفات، ص 26.

[6]– المناوي: التوقيف على مهمات التعاريف، ص39

[7]– الكفوي: الكليات، ج1، ص 70.

واعترض على هذه التعريفات باعتراضات كثيرة منها: أن بعضها غير جامع؛ فلم تدخل بعض صور الاحتياط، كالاحتياط لتحصيل المندوب والاحتياط لاجتناب المكروه والحرام، كما أن بعضها غير مانع من دخول غير الاحتياط في معناه، كالتحري والوسوسة، ونوقش بعضها بأنه عام لم يحدد حقيقة الاحتياط[1].

ومن أهم تعريفات الباحثين المعاصرين، والتي حاول أصحابها تجنب الاعتراضات والمناقشات على التعريفات السابقة، نذكر ما يلي:

- تعريف إلياس بلكا: " القيام بفعل لأجل احتمال الوجوب، أو الترك لأجل احتمال التحريم"[2].
- تعريف محمد سماعي: وظيفة شرعية تحول دون مخالفة أمر الشارع عند العجز عن معرفة حكمه"[3].
- تعريف منيب شاكر: " الاحتراز من الوقوع في منهي أو ترك مأمور عند الاشتباه"[4].

والذي أختاره من هذه التعريفات ؛ هو التعريف الأخير لمنيب شاكر، لكونه مختصرا وواضحا في بيان حقيقة الاحتياط، ولشموله لكل أنواع الاحتياط، وفيما يلي شرحه:

- قوله" **الاحتراز**":يشمل الاحتياط بالفعل وبالترك وبالتوقف، ويشمل احتياط المجتهد المبني على الاجتهاد، واحتياط العامّي المبني على التقوى والورع.
- قوله" **الوقوع في المنهي**": يشمل الاحتراز من الوقوع في الحرام أو المكروه.
- قوله" أو **ترك مأمور**": يشمل ترك الواجب والمندوب.
- قوله" **عند الاشتباه**": يشمل التردّد في حرمة الشيء أو كراهته أو وجوبه أوسنيته، وهو قيد يخرج به الالتزام، فإنه احتراز من الوقوع في منهي أو ترك مأمور عند التّحقّق من وجود النهي والأمر، وليس عند الاشتباه في وجودهما. [5]

---

[1]- ينظر: الاعتراضات الواردة على كل تعريف ومناقشتها: محمد سماعي: نظرية الاحتياط، ص17 وما بعدها، منيب بن محمود شاكر: العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، ط1: 1418هـ/1998م، ص 46 ومابعدها.

[2]- إلياس بلكا: الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م، ص 353.

[3]- محمد سماعي: نظرية الاحتياط، ص 19.

[4]- منيب شاكر: العمل بالاحتياط، ص 48.

[5]- المرجع نفسه، ص 48 وما بعدها.

الفرع الثاني: أقسام الاحتياط.

ينقسم الاحتياط إلى أقسام كثيرة باعتبارات مختلفة، وسنقتصر على ذكر أهم تقسيم ذكره الفقهاء للاحتياط، وهي أقسامه باعتبار مُتعلَّقه .

وينقسم الاحتياط باعتبار متعلّقه إلى ثلاثة أقسام:

أولا-**الاحتياط الفعليُّ**: هو التحفّظ للفعل الذي يُحتمل أن يكون مطلوبا من جهة الشارع على وجه الجزم أو النّدب بالقيام به وتحصيله.

ثانيا- **الاحتياط التركي**: هو التّحفّظ للفعل الذي يحتمل أن يكون منهيًّا عنه من جهة الشارع على وجه الجزم أو الكراهة بتركه والابتعاد عنه.

ثالثا- **الاحتياط بالتوقف**: ويسمّى أيضا بالاحتياط السّلبي، وهو موقف يصير إليه المجتهد غالبا عندما يتردد الحكم بين الفعل والترك، ويتعذّر الترجيح بينهما بوجه معتبر شرعاً، فيلجأ حينئذ إلى التوقف ولزوم جهة السلب، حذرا من الوقوع في الممنوع. [1]

قال المازري في بيان حقيقة التوقف تأصيلاً وتـــمثيلاً: " قد تكون أصول الشّرع المختلفة تتجاذب فرعاً واحداً تجاذباً مُتساوياً، في حقّ بعض العلماء، ولا يـــمكن تصوُّر ترجيح، وردُّه لبعض الأصول يُوجب تحريـــمه، وردُّه لبعضها يُوجب تحليله...وقد سُئل مالك عن خترير الماء فوقف فيه، وكان شيخنا -رحمه الله- يقول: تعارضت الآي عنده، و لم تظهر له طرق الترجيح الواضحة في أنْ يُقدِّم آية، فوقف فيه"[2].

ويعد مصطلح التّوقف من المصطلحات العلمية ذات الصلة بالاحتياط، لدرجة أنه اسشكل بعض الباحثين وجه الفرق بينهما[3]، ومن خلال المقارنة بين التّوقف والاحتياط يظهر وجه الصّلة بينهما، فكلاهما لم يظهر فيه وجه الصّواب للمجتهد، كما أن التوقف هو نوع من أنواع الاحتياط، لأن المكلّف

---

[1]- ينظر: سماعي، نظرية الاحتياط، ص 29. 30.

[2] - المازري: المعلم بفوائد مسلم، ج3، ص 75.

[3]- ينظر: منيب شاكر، العمل بالاحتياط، ص 51، فقد نقل عن القمي أنه قال: " وأما التوقف والاحتياط فلم أتحقق الفرق بين مؤداهما".

قد يحتاط إمّا بالفعل أو بالترك، وقد يكون بالتّوقف، وهو الإحجام عن القول في مسألة ما لانعدام المُرجِّح فيها، وكثيرًا ما يتوقّف الفقهاء في المسائل احتياطًا، فيكون سببًا في عدم إبداء المجتهد رأيه[1].

المطلب الثاني: حجّية الاحتياط وضوابط العمل به عند المالكية.

تطرّقت دراسات كثيرة لموضوع الاحتياط تأصيلا وتقعيدا وتفريعا، ولسنا هنا بصدد الإحاطة بمختلف جوانب الاحتياط وأحكامه، وسنقتصر على ذكر أهمّ الأدلة التي استدلّ بها المالكية على مشروعية الأخذ الاحتياط، وأهم الضوابط الشرعية للعمل به .

الفرع الأول: حجية الاحتياط وأدلة اعتباره عند المالكية.

إن العمل بالاحتياط من القضايا المتَّفق عليها بين فقهاء الشريعة، وقد قامت بذلك الأدلة من المنقول والمعقول مالم يبقَ معه مجال للاحتمال[2]، وقبل ذكر الأدلة على حجيته فلنذكر بعض أقوالالمالكية في ذلك.

جاء في الاستذكار: "قال أبو عمر: كان مالك – رحمه الله- مُتحفِّظا، كثير الاحتياط في الدين"[3].

وقال القرافي: " فائدة الورع وسبب مشروعيته؛ الجمع بين أدلة المختلفين، والعمل بمقتضى كل دليل، فلا يبقى في النفس منه توهم أنّه قد أهمل دليلا لعلّ مقتضاه هو الصحيح، فبالجمع ينتفي ذلك"[4]،

---

[1]- للطالب مقال بعنوان: توقفات الإمام مالك الفقهية وأثرها في المذهب المالكي، دراسة تأصيلية تطبيقية، نشرى بمجلة المعيار بجامعة الأمير عبد القادر قسنطينة ، عدد: 64 بتاريخ: مارس 2022، قمت فيه بتعريف التوقف وعلاقته بالمصطلحات ذات الصلة به، كالاحتياط والتورع والتردد، وبينت مبدأ التوقف عند الإمام مالك وتورّعه في الفتوى، ودرست بعض المسائل الفقهية التي توقف فيها الإمام مالك، مبينا سبب توقفه فيها، كحكم الكيمخت، وإعادة الصلاة خلف أهل البدع، وتضمين الوصي في قبض المال الكثير من الغريم، وقطع السارق إذا أخذ من غير حرز...

[2]- ينظر: سماعي: نظرية الاحتياط، ص 178.

[3]- ابن عبد البر: الاستذكار، ج3، ص380، .وانظر: شرح الزرقاني، ج2، ص 301.

[4]- القرافي: الفروق: ج4، ص218.

ويقول مستدلا للاحتياط: "ودليل مشروعية هذا الاحتياط ؛كل دليل دلّ على وجوب توقّي الشُّبهات".[1]

وقال الشاطبي: " فالاحتياط للدين ثابت من الشريعة مخصّص لعموم أصل الإباحة إذا ثبت"[2]، ويستطرد مفصلا في مراتبه بقوله: "والأحرى بمن يُريد براءة ذمّته، وخلاص نفسه، الرجوع إلى أصل العزيمة؛ إلاّ أن هذه الأحْرويّة تكون تارة من باب النّدب، وتارة تكون من باب الوجوب، والله أعلم"[3]، وقال في موضع آخر: "وكثيرا ما يرجع هنا – محل الاشتباه- إلى أصل الاحتياط؛ فإنه ثابت معتبر حسبما هو مبين في موضعه"[4].

وينهض بحجيّة الاحتياط أدلة من الكتاب والسنة والمعقول، نذكر منها ما يلي:

أولا- من القرآن الكريم.

1 / قوله تعالي: "﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يُعۡجِبُكَ قَوۡلُهُۥ فِي ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا وَيُشۡهِدُ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا فِي قَلۡبِهِۦ وَهُوَ أَلَدُّ ٱلۡخِصَامِ ﴾[البقرة: 204].

قال القرطبي: " قال علماؤنا: وفي هذه الآية دليل وتنبيه على الاحتياط فيما يتعلّق بأمور الدين والدنيا، واستبراء أحوال الشهود والقضاة، وأنّ الحاكم لا يعمل على ظاهر أحوال الناس وما يبدو من إيمانهم وصلاحهم حتى يبحث عن باطنهم، لأن الله تعالى بيّن أحوال الناس، وأن منهم من يُظهر قولاً وهو ينوي قبيحاً".[5]

2/ وقوله تعالي: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجۡتَنِبُواْ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعۡضَ ٱلظَّنِّ إِثۡمٞ ﴾[الحجرات: 12]

---

[1]- المرجع نفسه، ج1، ص 158.

[2]- المرجع نفسه،ج1، ص186.

[3]- الشاطبي: الموافقات، ج1، ص337.

[4] - المرجع نفسه،ج1، ص 530.

[5]-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 15.

ووجه الاستدلال من الآية: أنه أمر باجتناب ما ليس بإثم خشية الوقوع فيما هو إثم، ذلك أنه لما جاء الأمر باجتناب كثير من الظنّ، علمنا أن الظنون الآثمة غير قليلة، فوجب التّمحيص، لتمييز الظن الباطل من الظن الصادق، وليس هذا البيان توضيحاً لأنواع الكثير المأمور باجتنابه، فنبّه على عاقبتها وترك التّفصيل فيها، لأن في إبهامه بعثاً عن مزيد الاحتياط[1].

كما يمكن الاستدلال للاحتياط بالآيات القرآنية الدّالة على حجية أصل سدّ الذرائع لأن مغزى هذه الآيات ودلالتها العامة أبعد وأوسع من مجرّد الدلالة على مشروعية سدّ الذرائع، بل إنها تدلّ على وجوب التّوقّي والاحتياط لما يُتوقّع ويخشى من المفاسد[2].

ثانيا– من السنة النبوية.

1/ حديث النعمان بن بشير– رضي الله عنه– قال: قال رسول الله–صلى الله عليه وسلم–: " الحَلالُ بَيِّن والحَرَامُ بَيِّن وبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبَهَاتٌ، فَمَنْ اتّقَى الشُّبُهَاتِ فَقَد اسْتَبْرَأَ لدِينِهِ وعِرْضِهِ، ومَنْ وَقَعَ في الشُّبُهَاتِ وَقَعَ في الحَرَامِ، كَرَاعٍ يَرْعَى حَوْلَ الحِمَى، يُوشكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمَى، أَلَا وإِنَّ حِمَى اللهِ مَحَارِمُهُ، أَلَا وإِنَّ في الجَسَدِ مُضْغَةٌ إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ القَلْبُ".[3]

وقد استدل بهذا الحديث كثير من العلماء حتى صار قاعدة معروفة عندهم، وهي اتقاءالشبهات[4]، والإمساك عنها– الشبهات– ورع[5]، قال الشاطبي: " فصار الأخذ بالأخف كأنه حمىً للآكد، والرّاتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه، فالمخل بما هو مُكمّل كالمخلّ بما هو آكد من هذا

---

[1]– ينظر: ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج26، ص 251.

[2]– ينظر: الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص 418.

[3]– أخرجه البخاري: كتاب الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، رقم 52، ج1، ص 28، وأخرجه مسلم: كتاب: المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم 1899، ج3، ص 1219.

[4]– القرافي: الفروق، 174.

[5]– ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج6، ص193.

الوجه، وهو أصل مقطوع به متفق عليه...فالمـــجترئُ على الأخفّ بالإخلال به معرّضٌ للتّجرّء على ما سواه"[1].

2/ حديث أبي هريرة –رضي الله عنه– أن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: " إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْخِلَهَا فِي الإِنَاءِ ثَلَاثاً، فَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ"[2].

ووجه الاستدلال من الحديث: أنه أمر بغسل اليد خارج الإناء عقب النوم، وعلّله بالشك الوارد هنا، وهو احتمال ملامسة اليد لموطن النجاسة، قال ابن القصار: " علّل ونبّه بقوله: " فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده"، علمنا أنه على طريق الاحتياط"[3].

3/ حديث أسامة بن زيد بن حارثة قال: بعثنا رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إلى الحُرقة من جُهيْنة، فصبَّحنا القوم فهزمناهم، ولحقت أنا ورجل من الأنصار رجلاً منهم، فلمّا غشيناه قال: لا إله إلا الله، فكفّ عنه الأنصاي، وطعنته برُمحِي حتى قتلته، ، قال: فمّا قدِمنا بلغ ذلك رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فقال لي: " **يَا أُسَامَةَ، أَقَتَلْتَهُ بَعْدَ مَا قَالَ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللهُ؟**" قال: فما زال يُكرّرها عليَّ حتّى تمنّيت أنّي لم أكن أسلمت قبل ذلك اليوم"[4].

دلّ هذا الحديث على وجوب الاحتياط في الحدود والأحكام، وعدم التّسرّع في تنفيذها إذا وجد ما يدعو إلى الشك فيها، قال ابن رشد: "وإنما عنّفه رسول الله لأنه ترك الاحتياط، إذ كان الاحتياط يقتضي ترك قتله، وإن كان اجتهاده أداه إلى اجتياز قتله، فلم يكن كمن قتل مسلما عمدا فيأثم في قتله، ولا كمن قتله خطأً فيكون عليه في قتله ما على قاتل الخطأ من الكفّارة والدية"[5].

---

[1]– الشاطبي: الموافقات، ج2، ص21.

[2]– أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب الطهارة، باب: وضوء النائم إذا قام للصلاة، رقم 37، ص 14. وأخرجه البخاري: كتاب الوضوء، باب الاستجماروترا، رقم 160، ج1، ص 72، وأخرجه مسلم: كتاب الطهارة باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده المشكوك في نجاستها في الإناء، رقم 278، ج1، ص233.

[3]– ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج1، ص 253.

[4]– أخرجه البخاري: كتاب الديات، باب قوله تعالى: "ومن أحياها " ج9، ص 4، رقم: 6872، وأخرجه مسلم: كتاب الإيمان، باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال لا إله إلا الله، ج1، ص97، رقم 96.

[5]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 17، ص 217.

ثالثا– من المعقول.

أن معهود الشرع اشتراط أعلى الرُّتب في الانتقال من الحرمة إلى الإباحة، والاكتفاء بأيسر الأسباب في الانتقال من الإباحة إلى الحرمة، وهذا المعنى شاهد لسلامة مسلك الاحتياط، قال القرافي: " يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لان التحريم يعتمد على المفاسد، فيتعيّن الاحتياط له، فلا يُقدّم على محلٍّ فيه المفسدة إلا لسبب قوي يدلُّ على زوال تلك المفسدة أو يعارضها، ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب، دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان"[1].

من خلال هذه الأدلة وغيرها؛ يظهر جليًّا أن الاحتياط مسلك مشروع ومرعِيٌّ في الأحكام عند فقهاء المالكية، غير أن هذا المسلك ليس على إطلاقه، فلابد أن يكون مقيّدا بضوابط علمية تحدد المشروع منه والممنوع، وفيما يلي بيان لهذه الضوابط.

الفرع الثاني: ضوابط العمل بالاحتياط.

لم يكن الفقهاء ليتركوا العمل بالاحتياط هملا من غير قيود، وإلّا صار مطيّة للوقوع في المحظور والانحراف عن الدين والغلو والتّنطع والوسوسة، وإنما استنبطوا عدة شروط اجتهادية ؛ منها ما هو متفق عليه بينهم ومنها ما هو مختلف فيه، لتكون هذه الشروط ضمانا لنجاعة وصحة مسلك الاحتياط وسلامة العمل به في الفتاوى والأحكام، وفيما يأتي بيان لأهمّ هذه الضوابط[2]:

أولا– قوة الشبهة.

ومعناه: أن لا يكون الاحتياط مبنيّا على شبهة ضعيفة غير مقطوع بها، كالشّك، قال ابن العربي: " ليس لأحد من العلماء أن يقضي بالشك في شيء، فإن الشريعة ألغته وما اعتبرته شيئاً"[3]، وكذلك الاحتياط بمجرد الوهم أو التخيل، فلا يصح العمل بهما كما قال ابن عاشور: "إننا استقرينا

---

[1]– القرافي: الفروق، ج3، ص145.

[2]– اختلف الباحثون في حصر شروط وضوابط العمل بالاحتياط ؛ أوصلها منيب شاكر إلى اثنى عشر شرطا، واقتصر سماعي على ثمانية شروط، ينظر: سماعي: نظرية الاحتياط، ص 210 وما بعدها، منيب شاكر: العمل بالاحتياط، ص289 وما بعدها،

[3]– ابن العربي: القبس، ج2، ص745.

الشريعة فوجدناها لا تراعي الأوهام والتخيلات وتأمر بنبذها، فعلمنا أن البناء على الأوهام مرفوض في الشريعة إلا عند الضرورة، فقضينا بأن الأوهام غير صالحة لأن تكون مقاصد شرعية"[1].

قال الأبياري: " الشبهة تُطلق على ما لا حقيقة له، وهو من جنس الأوهام، ..وليس هذا مُرادنا؛ فإن الشبهة بهذا الاعتبار لا يترتّب عليها حكم على حال، ولا يستند إليها ورع على الإطلاق، وإنما مرادنا ما اشتبه على النّاظر حكمه، ولم ينكشف له حقيقة أمره"[2]، ومردُّ قوة الشبهة هو النّظر في الموارد التي يستمد منها، وتقدير قوة الشبهة وضعفها راجع لعمل المجتهد وتقديره في أكثر صوره، ونجاحه مربوط بأهلية النّاظر وخَبْرِه لأصول الشريعة وفروعها [3].

ثانيا– عدم مخالفة النص الشرعي.

ومعناه: أن لا يؤدي العمل بالاحتياط إلى محظور شرعي أو ترك مأمور به أو مخالفة صريحة للنصوص الشرعية، لأن العدول عن أحكام الشريعة ونصوصها بدعوى الاحتياط خروج عن الجادة ومناف لمقاصد الشرع، ودليل ذلك قول عائشة –رضي الله عنها–: صنع النبي –ﷺ– شيئًا ترخَّص فيه، وتنزَّه عنه قومٌ، فبلغ ذلك النبي –ﷺ– فحمد الله وأثنى عليه ثمّ قال: " **مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَتَنَزَّهُونَ عَنِ الشَّيْءِ أَصْنَعُهُ، فَوَاللهِ إِنِّي أَعْلَمُهُمْ بِاللهِ، وَأَشَدّهُمْ لَهُ خَشْيَةً**"[4].

ومثاله: أن سفيان بن عيينة قال: سألت مالكا عمّن أحرم من المدينة وراء الميقات؟ فقال: هذا مخالف لله ورسوله، وأخشى عليه من الفتنة في الدنيا والعذاب في الآخرة، أما سمعت قوله تعالى: "﴿ فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾[سورةالنور: 63]، ومن أمر النبي –ﷺ– أن يحرم من الميقات؟[5]

---

[1]– ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 255.

[2]– الأبياري: الورع، ص28.

[3]– ينظر: سماعي: نظرية الاحتياط، ص 216.

[4]– أخرجه البخاري: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، رقم 7301، ج9، ص97، وأخرجه مسلم: كتاب الفضائل، باب: علمه بالله تعالى وخشيته منه، رقم 2356، ج 4، ص1829.

[5]– عياض: ترتيب المدارك، ج 2، ص42.

ثالثا –أن لا يوقع العمل به في الحرج والوسواس والغلو.

والمعنى أن لا يوقع العمل بالاحتياط في الحرج المرفوع قطعا عن المكلّف، لما تقرّر أن الحرج والمشقة غير المعتادة مناف للتكليف، قال الأبياري: " من علم أن مال الدنيا خالطه حرام قطعاً، لا يلزمه ترك الشراء والأكل من الأسواق، فإنّ ذلك حرج عظيم لقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[سورة الحج: 78]"[1].

كما ينبغي أن لا يؤول العمل بالاحتياط لوقوع المكلف في الغلو والأوهام والوسوسة[2]، وقد جاءت النصوص الشرعية ناهية عن ذلك، ومنها: قوله تعالى: ﴿ قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ لَا تَغْلُوا۟ فِي دِينِكُمْ غَيْرَ ٱلْحَقِّ ﴾[سورةالمائدة: 77]، قال ابن عاشور: " والغلو موقعه المبالغة والإغراق في إلحاق مباح بمأمور أو منهي شرعي، أو إتيان عمل شرعي بأشدّ مما أراده الشارع بدعوى خشية التّقصير، وهو المسمّى في السنّة بالتعمّق والتّنطّع...ويجب على المستنبطين والمفتين أن يتجنّبوا مواقع الغلوّ والتّعمّق في حمل الأمة على الشريعة، وما يُسنُّ لها، وهو موقفٌ عظيمٌ"[3].

رابعا– أن يتحقق المقصود من العمل به[4].

والمقصود من العمل بالاحتياط هو الاطمئنان إلى براءة الذّمّة ممّا أُنيط بها من واجبات، وتعلّق بها من حقوق[5]، ومثاله عند المالكية: أنّ من خفي عليه موضع النجاسة من الثوب، فإنّ الاحتياط لا يتمّ المقصود منه إلا بغسل الثوب كلّه، فلو غسل بعضه دون بعض لم يتحقق المقصود من الاحتياط، قال الحطاب: " من تحقّق من إصابة النجاسة لمحلٍّ، فإن عرف موضعها منه غسله، وإن لم يعرف موضع

---

[1]– الأبياري: الورع، ص 35.

[2]– الوسوسة: هي خطرات رديئة تسيطر على العقل، فتحرّضه على أعمال خارجة عن المألوف، ينظر: المواق: التاج والإكليل، ج5، ص 378.

[3]– ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص 370.

[4]– منيب شاكر: العمل بالاحتياط، ص 308.

[5]– ينظر: سماعي: نظرية الاحتياط، ص 228.

النجاسة مع تحققه من الإصابة فإنه يغسل جميع ما شك فيه، لانه لّما تحقّق إصابة النجاسة وجب غسلها، ولّما لم يتميّز موضعها تعين غسل الجميع، لأنه يتحقق زوالها بذلك"[1].

المطلب الثالث: أثر الاحتياط في العدول عن القول المعتمد.

يظهر للنّاظر بادي الرّأي أنّ الاحتياط ليس موجباً للعدول عن القول المعتمد، ذلك أن مقتضى الاحتياط الأخذ بأقوى الأقوال المعتمدة وأرجحها، لأن فيها زيادة تورع واحتراز، بخلاف الأقوال غير المعتمدة سواء كانت ضعيفة أو خارجة عن المذهب.

وقد ورد هذا الإشكال ضمن الاستشكالات الواردة في السؤال الخامس من الأسئلة الثمانية التي وردت على ابن عرفة من فقهاء غرناطة، مفاده أن بعض فقهاء المالكية كابن رشد والقرافي وغيرهما جعلوا من الورع الخروج من الخلاف، وأن هذا الأمر يستشكل من عدة وجوه؛ أهمها: أن ترجيح أحد القولين على الآخر تورّعاً إمّا أن يكون بدليل أو بغير دليل؛ فإن كان بدليل معتبر شرعًا فهذا منصبُ الاجتهاد، فلا ورع، وإن كان لغير دليل فلا يصحُّ اتفاقاً، ومنها: أن حاصل الورع في مسائل الخلاف الأخذ بالأشدّ وتتبع شدائد المذاهب، ولا يقتصر على تتبع رخصها، وإذا كان تتبع الرّخص غير محمود فتتبع الشدائد أيضا غير محمود، لأنه تنطع ومشادّة للدين[2].

فأجاب ابن عرفة عن الإشكال من الوجه الأول مبيّنا وجه الورع بقوله: "إنّ المتورّع في كونه ورعاً إنما هو الأخذ بالقولين، والخروج من الخلاف، لا أخذ بأحدهما"[3]، وأجاب عن الإشكال من الوجه الثاني بقوله: "إن الأخذ بالأشد على قسمين: أخذٌ بأشدٍّ شهد الشّرع بإلغائه، كوقوف الواحد للعشرة من العدد، وأخذ بأشدٍّ لم يشهد الشرع بإلغائه وشهد باعتباره أولاً، فذو الذّمّ إنما هو الأول، والمتكلّم فيه وهو الآخذ بأشدّ المذاهب المتساوية أو المتقاربة لوازع الخوف من الله تعالى ليس من الأوّل

---

[1]- الحطاب: مواهب الجليل، ج 1، ص160.

[2]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص 368، 369. وقد اقتصرت عل ذكر الإشكال الخامس والسابع فقط، وتجنبت ذكر الإشكالات الأخرى لطول مناقشتها. وتنسب هذه الأسئلة للإمام الشاطبي كما حقق في ذلك الريسوني في مراسلات الإمام الشاطبي، ينظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 107.

[3]- المرجع نفسه، ج6، ص 381.

بحال، بل هو مما شهد الشرع باعتبار عينه أو جنسه، وقد قال ابن عبد السلام في فتاويه: الأولى التزام الأشدّ والأحوط لدينه، فمن عزّ عليه دينه تورّع"[1].

وبهذا يظهر أن أهم مسلك عند المالكية للعدول عن الأقوال المعتمدة في المذهب على سبيل الورع والاحتياط هو مسلك الخروج من الخلاف، وقد قرر غير واحد أن قاعدة الخروج من الخلاف احتياط صرف، ونوع من أنواع الاحتياط، لذلك كان الدليل الشرعي على الخروج من الخلاف هو نفسه الدليل على الاحتياط[2]، قال القرافي: " الورع من أفعال الجوارح... ومنه الخروج من خلاف العلماء بحسب الإمكان"[3].

قال الشاطبي: "مسألة الورع بالخروج عن الخلاف؛ فإن كثيرا من المتأخرين يعدّون الخروج عنه في الأعمال التكليفية مطلوبا، وأدخلوا في المتشابهات المسائل المختلف فيها، ولا زلت منذ زمان استشكله؛ حتى كتبت فيها إلى المغرب، وإلى إفريقية..."[4]، ويسترسل الشاطبي في عرض الاشكالات السابقة وأجوبتها ليختم المسألةبقوله: " فاحتفظ بهذا الأصل؛ فهو مفيد جدا، وعليه ينبني كثير من مسائل الورع، وتمييز المتشابهات"[5].

ومما يزيد الأمر تأكيدا ووضوحا، ما سيأتي ذكره من التطبيقات الفقهية لبعض الفروع والمسائل التي عدلوا فيها عن القول المعتمد بسبب الاحتياط، فبناؤهم لبعض الفروع على غير القول المعتمد للاحتياط بمثابة التصريح منهم بجواز العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.

---

[1]- المرجع نفسه، ج6، ص 381. 382.

[2]- ينظر: إلياس بلكا: الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، ص 268. سماعي: نظرية الاحتياط، ص 151.

[3]- القرافي: الفروق، ج 4، ص 210.

[4]- الشاطبي: الموافقات، ج1، ص 162.

[5]- المرجع السابق، ج1، ص 166.

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.

الفرع الأول: مسألة اللُّقطة توجد عند أهل الذّمة.

أولا- صورة المسألة.

اللقطة: كما عرّفها ابن عرفة: "هي مال وُجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نَعمًا"[1].

وقال ابن شاس[2]: "اللقطة عبارة عن مال معصوم عرض للضّياع، كان في عامر البلد أو غامرها"[3].

وصورة هذه المسألة ؛ أن اللُّقطة إذا وجدت بأرض المسلمين فحكمها أن تُعرَّف سنةً، فإن جاء صاحبها أعطاها المُلتقط له، وإن لم يُعرف صاحبها فشأنه بها؛ يأخذها أو يتصدّق بها، وذلك عملا بالحديث الذي رواه مالك في الموطأ، وهو قوله -ﷺ- لّما سأله رجل عن اللّقطة فقال: " اعرف وكاءها[4] أو قال وعاءها، وعفاصها[5]، ثم عرّفها سنة، ثم استمتع بها، فإن جاء ربها فأدِّها إليه"[6].

أمّا إذا وُجدت اللقطة في قرية ليس فيها إلا أهل الذّمة، فهل حكمها كحكم اللقطة في بلاد المسلمين، أم يختلف عن ذلك؟

ثانيا- القول المعتمد في المسألة.

المشهور من قول مالك أن اللقطة إذا وُجدت عند أهل الذمّة أن تُدفع لأحبارهم[7]،جاء في كتاب الجامع: " عن ابن القاسم: وسُئل مالك: عن اللُّقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة؟ فقال: تدفع إلى أحبارهم"[8]،وعليه مضى في المختصر بقوله: " ودُفعت لحبر إن وجدت بقرية ذمّة"[9].

---

[1]- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 562.

[2]- **ابن شاس** : أبو محمَّد عبد الله نجم الدين الجلال بن محمَّد بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، حدث عنه المنذري، ألّف الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (ت610 ه) ينظر: (الذيل والتكملة، ج4، ص100، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 238)

[3]- المواق: التاج والإكليل، ج8، ص35.

[4]- **وكاءها**: من الوكاء وهو: الخيط الممدود تشدّ به ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل ج 9، ص 289

[5]-**عفاصها**: من العفاص وهو: الخِرقة . ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل ج 9، ص 289

[6]- سبق تخريجه. ص215.

[7]- **أحبارهم**: جمع حبر، وهو بفتح الحاء المهملة وكسرها وسكون الموحدة، أي عالم ذمي، ينظر: عليش: منح الجليل، ج8، ص233.

[8]- ابن يونس: الجامع، ج6، ص100. وانظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص 469، ابن شد: البيان والتحصيل، ج15، ص 375، الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص74، المواق: التاج والإكليل، ج8، ص43.

[9]- خليل: المختصر، ص 216

ووجه قول مالك أن الملتقط يدفعها للحبر، ولا يجب عليه أن يعرفها هو "ليلا يكون فيه خدمة لأهل الذمة"[1].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.

أوّل من نُقل عنه مخالفة قول مالك في هذه المسألة هو الإمام ابن رشد، وقد تناقلت كتب المختصرات عدوله هذا، جاء في البيان والتحصيل بعد أن نقل قول مالك بنصّه: "هذا قول فيه نظر، إذ في الإمكان أن تكون لمسلم وإن كانت وجدت بين أهل الذمة، **فكان الاحتياط** أن لا تُدفع إلى أحبارهم إلاّ بعد التّعريف لها، استحسانًا لقلّة الظن أنها لهم على غير قياس، فإن دفعت إليهم بعد التّعريف لها ثم جاء صاحبها غرّموها له، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداء إلى أحبارهم لو تحقّق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع من يقولوا: إن من ديننا أن يكون حكم اللقطة لأهل ملتنا مصروفا إلينا، وأما إذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقوفة أبدا"[2].

ولعل سبب عدول ابن رشد عن قول مالك راجع لاختلاف البلاد، وهو اختلاط المسلمين بأهل الذّمة في بلاد الأندلس، فوقع الاحتمال بأن تكون اللقطة لمسلم فيحتاط لها بالتعريف سنة قبل دفعها لأحبار أهل الذمة.

الفرع الثاني: مسألة استقبال القبلة واستدبارها عند قضاء الحاجة.

المشهور من قول مالك أنه لا يجوز استقبال القبلة واستدبارها بحدث في الصحاري والفلوات، [3]وهذا عملا بما جاء في الحديث الذي رواه مالك في الموطأ، قال رسول الله –ﷺ–: **"إذا ذهب أحدكم إلى الغائط أو البول فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بفرجه "**[4]

وروى عن مالك أن ذلك في موضع يقدر على الانحراف فيه فأما المواضع التي قد عملت على ذلك فلا بأس به، واختلف في تحريّ المنع في الصحراء فقيل: ذلك لحرمة المطلب وقيل: لحرمة القبلة، لكن جاز في الحواضر والمدن للضرورة[5]، والذي اختاره ابن العربي أنه لا يجوز الاستقبال والاستدبار في

---

[1]– محمد بن سالم الشنقيطي: لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج11، ص591.

[2]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج15، ص375.

[3]–سحنون: المدونة: ج1، ص117. وانظر: القاضي عبد الوهاب: الإشراف، ج1، ص124.

[4]– الموطأ: كتاب القبلة، باب النهي عن استقبال القبلة والإنسان على حاجته، رقم 544، ص 112. وأخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب لا تستقبل القبلة بغائط أوبول إلا عند البناء، رقم 144.

[5]– سحنون: المدونة: ج1، 117.

الصحراء ولا في المباني، لأننا إن نظرنا إلى المعاني فقد بينا أن الحرمة للقبلة، ولا يختلف في البادية ولا في الصحراء، [1] وما ذهب إليه الإمام ابن العربي ما هو إلا عدول عن مشهور المذهب زيادة في الاحتياط لحرمة القبلة.

الفرع الثالث: البسملة في الصلاة.

مشهور مذهب مالك كراهية البسملة في الفريضة من الصلاة، جاء في المدونة: " قال مالك: لا يقرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم في المكتوبة لا سرا في نفسه ولا جهرا.

وقال: وهي السنة وعليها أدركت الناس، قال: وقال مالك في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الفريضة، قال: الشأن ترك قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الفريضة قال: لا يقرأ سرا ولا علانية لا إمام ولا غير إمام، قال: وفي النافلة: إن أحب فعل، وإن أحب ترك، ذلك واسع"[2]، ويظهر من قول مالك أنّ قراءة البسملة في النافلة جائز، ومستنده في ذلك عمل أهل المدينة.

غير أن الإمام المازري وهو الذي ألزم نفسه بمشهور المذهب، كان يرى جواز البسملة سرًّا في الصلاة احتياطا وخروجا من خلاف الشافعية، الذين يقولون بوجوب قراءة البسملة في الصلاة [3].

وقد نقل الونشريسي رأي المازري عن تلميذه الميانشي[4]، قال: صليت خلف الإمام أبي عبد الله المازري، فسمعته يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، ولما خلوت به قلت: يا سيدي سمعتك تقرأ في صلاة الفريضة كذا، فقال: أو قد تفطّنت لذلك، فقلت: يا سيدي أنت اليوم إمام في مذهب مالك، ولا بد أن تخبرني، فقال: اسمع يا عمر؛ قول واحد في مذهب مالك أنه من قرأ: بسم الله الرحمن الرحيم، في الفريضة لا تبطل صلاته، وقول واحد في مذهب الشافعي: أن من لم يقرأ: بسم الله الرحمن الرحيم، بطلت صلاته فأنا أفعل ما لا تبطل به صلاتي في مذهب إمامي، ولا تبطل في مذهب غيره لكي أخرج من الخلاف[5]، وقد تقدّم أن الخروج من الخلاف مسلك احتياطي.

---

[1]- ينظر: ابن العربي: القبس، ج1، ص 391، المسالك: ج3، ص339.

[2]- سحنون: المدونة الكبرى، ج1، ص 162.

[3]- ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص124.

[4]- **الميانشي**: هو أبو حفص عمر بن عبد المجيد بن عمر بن حسين القرشي، أصله من ميانش قرب المهدية بإفريقية، رحل إلى مكة ومات بها، أخذ عن المازري وغيره، له: مالا يسع المحدث جهله، تعليقات على الفردوس، الاختيار في الملح والأخبار، المجالس المكية.(ت 581ه) ينظر: (الزركلي: الأعلام، ج5، ص53)

[5]- ينظر: الونشريسي: إيضاح المسالك، ص 64، 65.

الفصل الثاني

ضوابط العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي

وفيه سبعة مباحث

المبحث الأول: ألا يكون القول المعدول إليه شديد الضّعف.

المبحث الثاني: أن لا يكون القول المعدول إليه مُعَارضًا بالأصول الشرعية.

المبحث الثالث: أن يثبت عزو القول المعدول إليه لقائله.

المبحث الرابع: أن لا يؤدي حكم العدول إلى الوقوع في التلفيق وتتبع الرُّخص

المبحث الخامس: أن يصدر حكم العدول من مجتهدٍ مُؤهَّلٍ.

المبحث السادس: أن يكون العدول لموجب يقتضي ذلك.

المبحث السابع: أن يقتصر حكم العدول على المسألة المعدول بها.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني:

ضوابط العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي.

تمهيد:

بعد أن تناولت في الفصل الأول أهمّ أسباب العدول عن القول المعتمد عند المالكية، أنتقل في هذا الفصل الثاني لبحث أهمّ تلك الضوابط والشروط التي قرّرها علماء المالكية لتنظيم مسلك العدول عن القول المعتمد، ولضمان صحّة الاعتماد عليه في مسائل الفتوى والقضاء، إذ لا يُتصوّر أن يُترك هذا المترع في الاجتهاد المذهبي مطلقًا من غير تقييد، وإلاّ صار مطيّة ومهيعًا لهتك حرمة الراجح والمشهور، واضطراب الروايات والأقوال التي يقوم عليها نظام الفتوى والقضاء في المذهب، لاسيما وأنّ الأمر يتعلّق بتقديم الأقوال غير المعتمدة كالضعيف والشاذ على الأقوال المعتمدة كالراجح والمشهور، ولما كان الأمر كذلك لابد من الاحتياط والتّثبت في مسائل العدول، ولا يتم ذلك إلّا بوضع شروط وضوابط علمية دقيقة تضمن سلامة وصحّة العدول عن القول المعتمد.

وقد تقرّر سلفا أن العدول عن القول المعتمد قائم على معنى الاستثناء، ومن شأن الاستثناء أن يُقتصر فيه على مواضعه، فلا يُتوسّع فيه إلى غيره من المظانّ التي لا يشملها حكم ذلك الاستثناء، وحتى لا يعمّ حكم الاستثناء وجب تحديده وتقييده بالضوابط الشرعية .

وكما سبق الذكر – في مبحث حكم العدول عن القول المعتمد عند المالكية–[1]أن أغلب فقهاء المالكية الذين أجازوا العدول عن الأقوال المعتمدة في المذهب إنّما قيّدوا حكمهم هذا بالشروط المنصوص عليها، وما لم تتوافر هذه الشروط بأن ينخرم شرط أو أكثر في المسألة المعدول بها كان الحكم بالعدول باطلا ومنقوضا، إذ ليس كل ما قيل فيه بالعدول يقبل ويسلم، من هنا وضع فقهاء المالكية شروطا معتبرة لا بد من توافرها في كل مسألة عُدل بها عن حكمها الأصلي، حتى يصحّ تقديم الضعيف والشاذ على الراجح والمشهور.

[1]– ينظر: المبحث الثالث من الفصل التمهيدي، ص 45.

إنّ تقييد العدول عن القول المعتمد بالشروط والضوابط المعمول بها لدى فقهاء المالكية يمنع من الوقوع في المحظور، كتتبُّع الرُّخص أو التَّلفيق الممنوع أو اتّباع الهوى أو التَّحلل من قيود الشرع.

ويأتي ذكر بعض هذه الشروط في مسائل ما جرى به العمل، وبعضها في باب التّرخص بمسائل الخلاف عند الضرورة والحاجة، وفي باب التعارض والترجيح وتقديم الروايات والأقوال بعضها على بعض، وقد اختلف فقهاء المالكية في تحديد شروط العدول عن القول المعتمد بين موسّع ومضيّق، فقد اقتصر البناني في حاشيته والدّسوقي عند قول صاحب المختصر: "فحكم بقول مُقلّده "على ثلاثة شروط، وهي: ألا يكون القول الضعيف أو الشاذ شديد الضعف، وأن يثبت عزوه لقائله، خوف ألا يكون ممن لا يقتدى بهم، وأن تتحقق الضرورة الـــمُلجِئة.[1]

ونظمها العلامة عبد الله العلوي الشنقيطي[2] بقوله:

وشرط فتوى المرء بالضعيف خلُوُّه من شدّة التّضعيف.

وعزوُه بعد تحقّق الضـــــرر لعالم ما في اقتفائه ضرر.

جاء في شرحه: "شروط الفتوى بالضعيف أربعة؛ أولها: أن يسلم من شدّة الضعف، والثاني: أن يثبت عزوه لقائله، والثالث: أن يكون قائله ممن يقتدى به في الدين، والرابع: أن يتحقّق الضّرر فيمن استفتاه أو في نفسه"[3].

بينما ذهب القادري والهلالي وميارة والمهدي الوزاني وغيرهم إلى ذكر شروط أخرى بالإضافة للشروط السابقة، منها ما يختص بجريان العمل، قال القادري:" لا يُقدَّم العمل على المشهور إلا بشروط

---

[1]- ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص 30، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص 130. الخليفي: الاختلاف الفقهي: ص 191، الشنقيطي: نثر الورود، ج2، ص585، محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 547، 548.

[2]- **العلوي الشنقيطي:** هو أبو محمد عبد الله بن إبراهيم العلويّ الشّنقيطي، فقيه مالكي من شنقيط، له: نشر البنود في شرح مراقي السعود، منظومة في علم البيان، وشرحها في فيض الفتاح، وطلعة الأنوار منظومة في مصطلح الحديث، وشرحها في هدى الأبرار على طلعة الأنوار، (ت1235ه) ينظر: (الزركلي: الأعلام، ج4، ص65).

[3]- أبو القاسم محمد التواتي الليبي: شرح نظم نوازل العلامة سيدي عبد الله العلوي الشنقيطي، مكتبة النجاح ليبيا، دط، ص139.

ذكرها غير واحد، كالهلالي في الشرح المذكور، وكالشيخ بناني في حاشيته على الزرقاني[1]، ونصّه عند خليل "فحكم بقول مقلده"، قال المسناوي: وإذا جرى العمل ممن يقتدى به بمخالفة المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل، وإن كان مخالفا للمشهور، وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور"، فاشتمل كلامه على خمسة شروط:

أولها- أن يكون العدول من العلماء المقتدى بهم.

ثانيها- أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل.

ثالثها- وأن يكون جاريا على قوانين الشرع وإن كان ضعيفا أو شاذا.

رابعها- معرفة زمانه ومحله عاما أو خاصا .

خامسها-معرفة السبب الذي لأجله عُدل عن المشهور إلى الضعيف. [2]

وبالنظر إلى ضوابط العدول عن القول المعتمد يتبيّن أن منها ما يختصّ بالقول المعدول إليه، ومنها ما يختص بسبب العدول وموجبه، ومنها ما يختص بالمجتهد الذي يصدر منه حكم العدول، وبالإضافة إلى هذه الضوابط العامة للعدول ينبغي التّنبُّه إلى تلك الضوابط الخاصة بكل سبب من أسباب العدول، والتي سبق البحث فيها عند كل سبب، كضوابط العمل بالعرف، وضوابط الضرورة والحاجة، وضوابط المصلحة، وضوابط سد الذرائع، وضوابط مراعاة الاختلاف، وضوابط الاحتياط وغيرها.

---

[1]- **الزرقاني**: أبو محمد عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، أخذ عن الأجهوري وإبراهيم اللقاني، وعنه ابنه محمد و الصفار، له شرح على المختصر حشاه البناني، وحاشية على شرح خطبة خليل للقاني،(ت1099ه) ينظر(مخلوف شجرة النور، ج1، ص648، الزركلي: الأعلام، ج3، ص272).

[2]ـ القادري: رفع العتاب والملام، ص 24. وانظر: الهلالي: نور البصر، ص 262، 263، السجلماسي: شرح العمل المطلق، ص7، المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص42، 43، النابغة الغلاوي: البوطليحية، ص 124، 125، الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص465.

المبحث الأول:

أن لا يكون القول المعدول إليه شديد الضّعف.

يتعلّق هذا الضابط بنوع القول المعدول إليه، وهو السلامة من الضعف الشديد، فيشترط فيه أن لا يكون شديد الضعف والشذوذ، وبالأولى أن لا يكون قولا منكرًا أو واهيًا أو لا أصل له، إذ لا تصح الفتوى بهذه الأقوال على ما سيأتي .

المطلب الأول: وجه اشتراط السلامة من الضعف الشديد.

يعدُّ هذا الضابط من أهمّ ضوابط العدول التي يستقيم بها أمر الفتوى والقضاء بالضعيف، وقد عقد القادري فصلا في "عدم وجوب الإنكار على من قلّد الضعيف الذي لم يشتدّ ضعفه"[1]، ونقل فيه أقولا لفقهاء المالكية كابن لب والشاطبي وابن السّراج تتعلق بجواز العمل بالضعيف الذي لم يشتدّ ضعفه عند الضرورة، كما عقد فصلا آخر في أدلة جواز العمل بالضعيف الذي لم يشتدّ ضعفه للضرورة، قائلا: " أما دليل جواز العمل بالضعيف للضرورة يوماً؛ فقد نصّ عليه جماعة من المتأخرين، منهم الإمام عبد القادر الفاسي[2] فإنه قال: وارتكاب الرّخصة يوما للضرورة سائغ، ومراده بالرخصة؛ القول الضعيف، وقوله يوما معناه: في بعض الأوقات، ومثله لبناني والمسناوي".[3]

قال في مراقي السعود: وكونه يلجئ إليه الضرر ... إن كان لم يشتد فيه الخَوَر.

يعني: " أن الضعيف يُذكر في كتب الفقه لكونه قد تلجأ الضرورة إلى العمل به، بشرط أن يكون ذلك الضعيف غير شديد الخَوَر؛ أي الضّعف، وإلاّ فلا يجوز العمل به"[4].

وقال الخرشي[5]: " وإذا حكم الحاكم بالقول الضعيف؛ فلا ينقض حكمه ما لم يشتدّ ضعفه، كالحكم بشفعة الجار"[1]، ويفهم منه أنه إذا اشتدّ ضعفه نقض الحكم به.

---

[1]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 25.

[2]-**عبد القادر الفاسي**: أبو عبد الرحمان عبد القادر بن علي بن يوسف بن محمد الفاسي المالكي،أخذ عن أبيه و العربي الفاسي والمقري وابن عاشر، وعنه: الشريف العلمي وميارة الصغير، له الأجوبة الكبرى، الأجوبة الصغرى، وله تعليقات على صحيح البخاري جمعها أحد أبنائه، (ت 1091ه) (ينظر: مخلوف: شجرة النور، ج1، ص455، الزركلي ، الأعلام، ج4، ص41).

[3]- القادري: رفع العتاب والملام، ص 29.

[4]- عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، ج2، ص276.

[5]- **الخرشي**: هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الفقيه العلامة القدوة الفهّامة، شيخ المالكية، إليه انتهت الرئاسة بمصر، أخذ عن والده والبرهان اللقاني والأجهوري وغيرهم، وعنه: الشيخ علي النوري وأحمد الشرقي الصفاقسي وعلي بن خليفة المساكني وعلي

ووجه اشتراط السلامة من الضعف الشديد؛ أنه قد يؤدي إلى مخالفة النصوص والقواعد والإجماع، كما أنه قد يؤدي أيضا إلى تتبع الرخص المنهي عنه، قال المسناوي: " واعلم أن تتبع الرّخص له صور منها أن يتتبع الإنسان الأقوال الضعيفة المدرك، وهي المخالفة للنص أو القواعد أو الإجماع أو القياس الجلي، ...ومن صوره أن يقلد الإنسان الأسهل من كل مذهب"[2].

وبتتبع نصوص أئمة المذهب نجد أن هناك نوعين من الأقوال المعدول إليها، منها ما هو داخل المذهب كالضعيف والشاذ، ومنها ما هو خارج المذهب.

وقد اختلف فقهاء المذهب في أيهما يقدم على الآخر؟ قال الدسوقي: " وأما القول الشاذ والمرجوح أي الضعيف فلا يفتى بهما، ...بل يقدّم العمل بقول الغير عليهما، لأنّ قول الغير مقدّم قوي في مذهبه، كذا قال الأشياخ، وهو اختيار المصريين"[3]، بينما ذهب بعض شيوخ المذهب كالإمام أصبغ وابن حبيب من المتقدمين، والشيخ بناني والسنوسي والزياتي وغيرهم إلى تقديم القول الضعيف والشاذ على قول الغير، وهو اختيار المغاربة[4].

المطلب الثاني: أنواع الأقوال المعدول إليها.

أتناول في هذا المطلب التعريف بالأقوال المعدول إليها داخل المذهب وهي الضعيف والشاذ، وكذا الأقوال خارج المذهب.

الفرع الأول: العدول إلى أقوال داخل المذهب.

أولا– تعريف القول الضعيف.

الضعيف في اللغة: من الضَّعف بفتح الضاد في لغة تميم، والضُّعف بضمها في لغة قريش، خلاف القوّة والصّحة.[5]

اللقاني والشبرخيتي ومحمد النفراوي وعبد الباقي الزرقاني، له شرح كبير على المختصر وصغير (ت1001ه) ينظر: مخلوف: شجرة النور، ج1، ص 459)ـــ

[1]– الخرشي: شرح الخرشي على المختصر، ج1، ص43.

[2]– القادري: رفع العتاب والملام، ص 37، 38.

[3]– الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج1، ص20. وانظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص 16.

[4]– ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص33.الدسوقي :،الحاشية على الشرح الكبيرج1، ص20، والقادري: رفع العتاب والملام، ص 16.

[5]– ينظر: الفيومي: المصباح المنير، ص187. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، دط، ج1، ص119.

والضعيف في اصطلاح المالكية: " ما لم يقوَ دليله"، وهو يقابل الراجح، وهو نوعان:

الأول- ضعيف المدرك: وهو الذي خالف الإجماع أو القواعد أو النص، أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في ذاته، وهو الذي لا يجوز العدول إليه كما قرر ذلك القادري.

الثاني- ضعيف نسبي: وهو الذي عارضه ما هو أقوى منه، أي أن ضعفه بالنسبة لما هو أقوى منه وإن كان له قوة في نفسه، وهو الذي يجوز العدول إليه عند الضرورة.[1]

ثانيا- تعريف القول الشاذ.

الشاذّ في اللغة: من شذّ يشِذُّ شذوذاً، أي: انفرد عن غيره[2].

والشاذ في اصطلاح المالكية: مقابل المشهور، وهو القول الذي لم يصدر من جماعة، أو لم يكثر قائله، وقد يُطلق الضّعيف ويراد به الشاذ[3].

والقول الشاذّ فقد قوّته من قلّة قائله، كالحديث الشاذ الذي سرى إليه الضعف من تفرد روايته ومخالفته للثقات، أما القول الضعيف فقد قوّته من ضعف دليله، فهو كالحديث الضعيف فقد قوته من ضعف سنده.[4]

الفرع الثاني: العدول إلى قول خارج المذهب.

سبق الإشارة إلى أن فقهاء المدرسة المصرية قد اختاروا تقديم الأقوال الراجحة في المذاهب الأخرى على الأقوال الضعيفة في المذهب، كما أنه يمكن العدول إلى أقوال المذاهب الأخرى بمسلك مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف كما سبق الإشارة إليه في الفصل السابق، فيظهر أن فقهاء المالكية لم

---

[1]- ينظر: القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص75، القادري: رفع العتاب والملام، ص 20. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص172.

[2]- الطالقاني: المحيط في اللغة، تحقيق: محمد حسين آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، دط: 1414ه/1994م، ج7، ص256.

[3]-ينظر: ابن فرحون: كشف النقاب الحاجب، ص 74، القادري: رفع العتاب والملام، ص20. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 176.

[4]- ينظر: محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 535.

يجمدوا في إطار مذهبهم، بل انطلقوا في نظراتهم إلى آفاق المذاهب الأخرى، يختارون منها ما يرتضونه من أقوال محرّرة، والباعث لذلك أمران: إمّا قوّة الدليل عند المخالف، أو عدم التنصيص على المسألة في المذهب[1].

كما اختلف المالكية في أي المذاهب أولى بالعدول إليه في حالة عدم التّنصيص على المسألة في المذهب، قال في نشر البنود: " فإن لم يجد نصًا في مذهبه في مسألة ووجد نصًّا في غيره، وجب عليه اتباع مذهب الغير في تلك المسألة، وإن وجد نصًا للشافعي مخالفًا لمذهب أبي حنيفة فقال بعض أهل المذهب يجب عليه العمل بمذهب الشافعي في تلك المسألة، لأنه تلميذ مالك، وقال بعضهم يجب عليه العمل بمذهب أبي حنيفة، لقلة الخلاف بينه وبين مالك"[2].

جاء في شرح الخرشي على المختصر: " ويجوز تقليد مذهب الغير في بعض النوازل ولو بعد الوقوع، وهو مقدم على العمل بالضعيف، وإذا لم يجد نصًّا في نازلته فيرجع لمذهب أبي حنيفة؛ لأن مسائل الخلاف التي بين مالك وأبي حنيفة اثنان وثلاثون مسألة فقط، كذا أفتى بعض المتأخرين وفيه نظر، بل ظاهر كلام القرافي أنه ينتقل في تلك النازلة لمذهب الشافعي؛ لأنه تلميذ الإمام وقد كان جد الأجهوري إذا سأل في مسألة و لم ير فيها نصاً يقول للسائل اذهب للشافعي يكتب لك وائتني بالسؤال أكتب لك جوابي كذلك"[3].

ومن أعلام المالكية المشهورين بكثرة مخالفتهم للمذهب الإمام اللخمي، وقد قال عنه القاضي عياض: "وهو مغرى بتخريج الخلاف في المذهب واستقراء الأقوال، وربما اتبع نظره فخالف المذهب فيما ترجح عنده، فخرجت اختياراته في الكثير عن قواعد المذهب"[4].

وسنتناول في الضابط الثاني العدول عن القول المعتمد إلى أقوال خارج المذهب بتفصيل أكثر، على أن لا يؤدي ذلك إلى الوقوع في التلفيق وتتبع الرخص.

---

[1]- ينظر: الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 145.

[2]- العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، ج2، ص334.

[3]- الخرشي: شرح الخرشي على المختصر، ج1، ص43.

[4]- عياض: ترتيب المدارك، ج8، ص109.

المطلب الثالث: رواية القول الضعيف وعلامات ضعف القول.

نتطرق في هذا المطلب إلى أمرين مهمين لهما تعلق بالأقوال الضعيفة المعدول إليها، وهما: رواية وحكاية الأقوال الضعيفة في المذهب، والعلامات الدّالة على ضعف القول.

الفرع الأول: رواية الأقوال الضعيفة في المذهب.

قد يستشكل بعض الباحثين فائدة رواية الأقوال الضعيفة وحكايتها في كتب المالكية، فيقول القائل: ما الفائدة من رواية ونقل الأقوال الضعيفة في كُتب المالكية إذا كان لا يجوز العمل بها؟

وقد أورد الونشريسي هذا الإشكال عن بعض فقهاء غرناطة، وأجاب عنه فقال: " فائدة تدوينها أن يصِّح أن يذهب إليها المجتهد ومن بلغ رتبة الترجيح يومًا من الدّهر"[1].

ولأجل الرّجوع إلى الأقوال الضعيفة يومًا ما تُروى هذه الأقوال في كتب الفقه، قال الحجوي: "فما من إمامٍ إلا وقد خُولِف مذهبه في بعض المسائل، إمّا لدليل وإما لضرورة أو حاجة، ... نعم عند تحقّق الضّرورة أو المصلحة تعيَّنت الفتوى بقول ولو ضعيف، ولأجل الضرورة تُذكر الأقوال الضعيفة في الكتب الفقهية... ".[2]

وهذا ما ذكره المهدي الوزاني نقلا عن بناني، قال:" فائدة ذكر الأقوال مع امتناع الحكم بغير المشهور أمران: اتساع النظر ومعرفة مدارك الأقوال، وليعمل بالضعيف فينفسه إذا تحقق ضرورته"[3].

وجمع صاحب مراقي السعود فوائدة جمّة لرواية الأقوال الضعيفة ونظمها فقال:

وذكر ما ضُعِّف ليس للعمل ... إذ ذاك عن وِفاقهم قد انحضل.

بل للتَّرقي في مدارج السّنـــا ... ويحفظ المدرك من له اعتنـــا.

ولمراعاة الخلاف المشتهـــــر ... أو لمراعاة لكل ما ســـــطر.

وكونه يلجئ إليه الضـــــرر ... إن كان لم يشتد فيه الخـــور.

---

[1]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص 12.

[2]ـ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص421.

[3]- المهدي الوزاني: النوازل الكبرى، ج2، ص536.

جاء في الشرح: فوائد ذكر الأقوال الضعيفة؛ القرب من درجة الاجتهاد، حفظ مدارك الأحكام وأدلتها، ولمراعاتها في الخلاف المعروف، وليُعمل بها عند الضرورة[1].

الفرع الثاني: علامات ضعف القول.

كثيرا ما ينصّ حفظة المذهب ورُوّاة الأقوال على تضعيف بعض الأقوال بلفظ "الضعيف"، كما قد يُعرف القول الضعيف في كتب المذهب المالكي بألفاظ وعبارات كثيرة ومختلفة، يُفهم من معناها أنه ليس في مرتبة المُفتى به، ومن الألفاظ الدالة على ضعف القول نذكر ما يأتي:

1- حكاية القول بلفظ (**قيل**)؛ ومثاله: قول ابن عبد البر: " وقد قيل: إن الواحد وإن لم يكن عدلاً لوث تجب به القسامة، وهو قول ضعيف لا يُعمل به ولا يعرج عليه"[2].

2- قولهم: (**هذا القول لا وجه له**)؛ ومثاله: قول ابن رشد في باب الظهار:" وقال أشهب: لا يلزمه طلاق إلا أن يريد أنها طالق إذا فرغت من اللفظ، لا طالق بنفس اللفظ، وهو قول لا وجه له، وعلى المشهور إذا نوى الطلاق فهو البات"[3].

3- قولهم: (الرخصة)؛ ومثاله: كما أوّل القادري قول الإمام عبد القادر الفاسي: " وارتكاب الرّخصة يوما للضرورة سائغ، ومراده بالرخصة؛ القول الضعيف".[4]

4- قولهم: (**فيه نظر، وفي النفس منه شيء**)؛ ومثاله قولهم: " من نكّس وضوءه عامدا، ففي بطلان وضوئه قولان: وراعى في القول بالبطلان أن ذلك عقوبة له لئلا يعود، قاله ابن راشد[5] عن بعضهم، قال: وفيه نظر لأن العقوبة بإبطال الأعمال لم ترد وفي النفس منه شيء"[6].

---

(1)- ينظر: محمد الأمين الشنقيطي: نثر الورود على مراقي السعود، ج2، ص583، 585.

(2)- ابن عبد البر: الكافي، ص601.

(3)- ابن رشد: البيان والتحصيل، ج5، ص275، وانظر: التوضيح لخليل، ج4، ص526.

(4)- القادري: رفع العتاب، ص 29.

(5)- **ابن راشد:** هو أبو عمرو البهلول بن راشد القفصي، من أهل القيروان من الطبقة الأولى من أصحاب مالك كان ثقة مجتهدا ورعاً مستجاب الدعوة، سمع من مالك والثوري والليث بن سعد وغيرهم، سمع منه سحنون ويحيى بن سلام وجماعة روى عنه القعنبي، (ت 183ه) ينظر: (عياض: ترتيب المدارك، ج3، ص87، ابن فرحون: الديباج، ج1، ص315).

(6)- ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص188.

5- قولهم: (**لا حظ له في النظر والأثر**)؛ ومثاله قول ابن عبد البر: "قول من قال في المغمى عليه إنه يقضي خمس صلوات، ولا يقضي ما زاد لاحظ له في النّظر، ولا حجّة لهم في حديث عمار"[1].

6- وصفهم القول بأنه: (**مهجور، مرغوب عنه، معيب، منكر**)؛ ومثاله قول اللخمي:"ذكر ابن القصار عن مالك، أنه قال: يجوز للأخ أن يزوج أخته الثيب مع وجود الأب، وهو قول مرغوب عنه، والمعروف من قول مالك في ذلك أن عقد الأخ يمضي إذا نزل، ليس أنه يجعل له ذلك ابتداء"[2]، وقول ابن عبد البر:" وأما قول ابن خويز منداد في سقوط الصلاة عمّن معه عقله لعدم الطهارة؛ فقول ضعيف مهجور مرغوب عنه"[3].

7- وصفهم القول بأنه: (**شاذ، متفرّد به**)؛ وقد سبق التنبيه إلى أن الشاذ من مفردات الضعيف.

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة تجهيز الشّوار.

أولا- صورة المسألة.

الشّوار لغة: (مثلث الشين) والفتح أفصح، وهو متاع البيت وأثاثه، ويطلق على جهاز العروس، والشورة: الهيئة واللباس الحسن.[4]

أما عند الفقهاء: فهو "ما يُجهّز به الأب ابنته لزوجها وقت الزفاف، أو ما تحمله المرأة لزوجها عند البناء بها"[5]، وفي التنبيهات المستنبطة: " الشوار بفتح الشين؛ ما يحتاج إليه البيت من المتاع الحسن والشارة والهيئة وحسن الملبس"[6].

---

[1]- ابن عبد البر: الاستذكار، ج1، ص45.

[2]- اللخمي: التبصرة، ج4، ص1112، وانظر: بهرام: تحبير المختصر، أو الشرح الأوسط، ج2، ص553. خليل: التوضيح، ج3، ص509.

[3]- ابن عبد البر: الاستذكار، ج1، ص151.

[4]- ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج4، ص436، (فصل الشين المعجمة)، مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ج1، ص499.

[5]- الجيدي: العرف والعمل، ص 432.

[6]- عياض: التنبيهات المستنبطة، ج2، ص604، وانظر: القرافي: الذخيرة، ج 4، ص353.الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص152.

ثانيا– القول المعتمد في مسألة تجهيز الشّوار.

المشهور من مذهب مالك – رحمه الله– أنه لا يلزم المرأة ولا وليها جهاز من غير صداقها، قال في المختصر: "وعلى الوليّ أو الرّشيدة مؤنة الحمل لبلد البناء المشترط، ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته إن سبق البناء"[1].وقال المواق:" هو مذهب المدونة"[2].

جاء في المدونة: " قلت: أفيجوز أن يتزوجها على شوار بيت؟ قال: نعم، إذا كان الشوار أمرا معروفا عند أهل البادية، قلت: أتحفظه عن مالك؟قال: نعم، ولكل قدره من الشورة"[3].

وقال ابن عرفة: " المشهور وجوب تجهيز الحرة بنقدها العين".[4]

و قال في نظم التحفة: والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله.

وبسوى الصداق ليس يلزم تجهز الثيّب من يحكم[5].

والمعنى: أن الأب الغني المتسع المال لا يلزمه أن يجهّز ابنته البكر أو الثيِّب إلى زوجها بشيء من ماله زيادة على صداقها، وإنما يلزمه أن يجهّزها بصداقها[6].

ثانيا– العدول عن القول المعتمد في مسألة تجهيز الشّوار.

رغم أن مسألة تجهز الشوار متفق عليها في المذهب؛ إذ لم ينقل قول آخر يوجب التجهيز بأكثر من الصداق، إلا أنه قد جرى العمل بفاس على وجوب تجهيز المرأة بنفس ما صدقها به زوجها، ومستندهم في ذلك العرف.

قال ناظم العمل: وفي الشوار عرفهم مثلان ذكر في حاشية الجنان.

ولابن غاز العالم الرئيس المِثل يحكيه عن العبدوسي.

---

[1]– خليل: المختصر الفقهي، ص108.

[2]– المواق: التاج والإكليل، ج5، ص211.

[3]– سحنون: المدونة الكبرى، ج2، ص147.

[4]– ينظر: المواق: التاج والإكليل، ج5، ص2011، ميارة: الإتقان والإحكام في شرح التحفة، ج1، ص177، التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص445

[5]– ابن عاصم: تحفة الحكام، ص 41.

[6]– التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص442.

أي: أن عرفهم بفاس تجهيز البنت بمثلَيْ نقدها، فإذا نقدها الزوج عشرين مثلا جهزها الأب بأربعين، عشرين من نقدها وعشرين زيادة من عنده، وهذا إنما هو إذا كان غنيا وفات بالدخول، كما في المعيار ونظمه في العمل المطلق.[1]

أما قوله في البيت الثاني: لابن غازي...، فقد نقل ابن غازي عن العبدوسي أنّه قال: " الذي جرى به العمل عندنا فِي أغنياء الحاضرة، إجبار الأبّ أن يجهز ابنته بمثلي نقدها، فإذا نقدها الزوج عشرين جهّزها الأب بأربعين، عشرين من نقدها وعشرين زيادة من عنده، وهذا إنما هو إِذَا فات بالدخول، وأمّا إن طلب الزوج هذا قبل البناء فلا يجبر الأب على ذلك، ويقال للزوج إمّا أن ترضى أن يجهزها لك بنقدها خاصة، وإِلا فطلّق، ولا شيء عليك، وبهذا القضاء وعَلَيْهِ العمل"[2].

وقال البرزلي ما نصه: فإذا أثبت الزوج العادة بأنه لا بد بين هذين الصهرين من جهاز زائد على النقد مما له خطر وبال، وأن الناس اعتادوا ذلك فإنه يقال لأبي الزوجة: إما أن تحققه بشورة أمثالها وإلا حلف الزوج على ما أعاده، ويخيَّر بين فسخ النكاح عن نفسه ولا شيء عليه إلا طلقة خاصة وهو أرجح الأقوال، وقيل: إذا حلف حط عنه من الصداق الزيادة التي زادها للجهاز المتعارف بينهم وهو أحسن، وعليه يأتي أكثر المذهب، وقيل: لا مقال للزوج وهو أضعفها.[3]

وقد نقل الونشريسي في المعيار من أجوبة المتأخرين ما يثبت هذا العدول بالعمل الذي مستنده عرف أهل فاس، وأنه خاص بهم دون غيرهم، ومن ذلك جواب ابن الحاج بأن يباع عقار ليتيمة لتشوّر به من ثمنه، وحكي ذلك عن ابن عتاب وغيره[4].

---

[1]- ينظر: المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس، ص 57، 58. التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص442، ميارة، الإتقان والإحكام، ج 1، ص177.

[2]- ابن غازي: شفاء الغليل في حلّ مقفل خليل، ج1، ص476. وانظر: المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمل فاس، ص 58

[3]- ينظر: التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص442

[4]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج3، ص 117، 125، 133.

الفرع الثاني: مسألة تأبيد التحريم للمخبّب[1].

أولا– صورة المسألة.

المخبِّب: من الخبّ؛ ومعناه الفساد والخبث والغش.[2]

وعند المالكية: هو المفسد للمرأة على زوجها، حتى إذا نشزت وطلقت تزوجها، ويسمى أيضا المخَلّق، وهو الذي يحمل المرأة على خلق يفسد به الرابطة الزوجية، أما الهارب؛ فهو أعم من المخلق، لأن الهروب بالمرأة قد يكون بالتخليق أو بغيره، كالغصب والقهر، كما أن الهروب قد يكون بالمرأة المتزوجة وقد يكون بالمرأة غير المتزوجة.[3]

وصورة المسألة: أن المخبّب إذا خبب المرأة على زوجها فطلقها، ثم أراد الزواج بها فهل تحرم عليه مؤبدا، أم لا؟

ثانيا –القول المعتمد في المسألة.

اتفق الفقهاء على تحريم إفساد المرأة على زوجها، لقوله –ﷺ–: "من خبب على امرئ زوجته أو مملوكه فليس منا"[4]، واختلفوا بعد ذلك في تأبيد التحريم على المخبّب والهارب بالمرأة، بين محلل ومحرم، تبعا لاختلافهم في وسائل الزجر وحسم الفساد المترتب عنه.

ومشهور المذهب هو عدم تأبيد التحريم، فإذا حصلت مفارقة بين المرأة وزوجها بسبب من الأسباب جاز للمخبّب الزواج بها، وهو المفهوم من جواب أبي الفضل راشد[5] في نوازل الأنكحة من المعيار: " فيمن هرب بصبية بكر مهملة إلى بلده، فتزوج بها بنكاح صحيح بزعمه، فادعت أنه أكرهها

---

[1]– تناولت هذه المسألة في رسالة الماجستير لإثبات جريان العمل بها عند أهل فاس، ص 117.

[2] – الزبيدي: تاج العروس، مادة (خبب)، ج2، ص328.

[3]– ينظر: المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص86.

[4]– رواه أبو داود وسكت عنه، كتاب الأدب، باب من خبب إمرأة عن زوجها، رقم: 2177، عون المعبود، ج4، ص508./ والنسائي في السنن، كتاب عشرة النساء، باب من أفسد امرأة على زوجها، رقم: 9214، ج5، ص351 والبيهقي: السنن الكبرى، باب التشديد على من خبّب خادما على أهله، رقم: 15591.

[5]– **أبو الفضل راشد**: هو أبو الفضل راشد بن أبي راشد الوليدي، أخذ عن أبي محمد صالح، وعنه: أبو الحسن الصغير، (ت675ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الإبتهاج، ص179، الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص273).

على ذلك، فقال: القول قولها؛ لأنها لم تشهد بالرضا طائعة، وإنما أظهرت الرضا تقية من عودته لمثل ما فعله أولا، فالصواب فسخ العقد لعدم تحقق رضاها، ثم تستأنف النظر لنفسها"[1].

وذكر الزرقاني القولين:"والمخلق الذي يفسد المرأة على زوجها حتى يتزوجها؛ فقيل يتأبد فيها التحريم وقيل لا يتأبد فيها التحريم وهو المشهور "[2].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

غير أن بعض متأخري المالكية عدلوا عن هذا القول، وعملوا بالقول الشاذ، وهو قول أحمد بن ميسرة[3]، فقالوا بتأبيد التحريم على المخبب والمخلق، بسبب سد ذريعة الفساد المترتب عن كثرة التخبيب والتخليق[4]، قال ابن عرضون[5]: "فالواجب أن نجتهد جهدنا في سد الذريعة لهذه الفاحشة، وهي هروب الرجال بالنساء، ولهذا اختار العلماء ممن سلف الفتوى في هذه البلاد بتأبيد التحريم للهاربة على من هرب بها، وإن كان على خلاف المشهور، سدا لذريعات الفاسدات والمفسدين"[6].

---

[1]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج3، ص82، 83.

[2]–الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج3، ص296.

[3]– **أحمد بن ميسرة:** هو أبو بكر أحمد بن خالد بن ميسرة الاسكندري، روى عن ابن المواز كتبه، وعن مطروح وابن شاكر، ألف الإقرار والإنكار، (ت339ه)، ينظر: (ابن فرحون: الديباج المذهب، ص169، محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص80).

[4]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج3، ص82، 83، الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص86 .

[5]– **ابن عرضون:** أبو العباس أحمد بن الحسن بن يوسف الشفشاوني، له كتاب اللائق في الوثائق وآخر في الأنكحة، (ت992ه). ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص320، محمد مخلوف: شجرة النور، ج1، ص415) .

[6]ـــ العلمي: نوازل العلمي، ج1، ص36. 37.

المبحث الثاني:

أن لا يؤدي حكم العدول إلى الوقوع في التلفيق وتتبع الرخص.

يتعلق هذا الضابط بحكم العدول عن القول المعتمد؛ إذا كان القول المعدول إليه خارج المذهب، وهو السّلامة من الوقوع في التّلفيق وتتبّع الرّخص المنهي عنهما شرعا، وسأتناول هذا الضابط من خلال بيان حقيقة التلفيق وتتبع الرخص والفرق بينهما وحكمهما، وكيفية العدول عن القول المعتمد إلى قول خارج المذهب، والشروط التي وضعها فقهاء المالكية لصحّة هذا العدول، وأختم المبحث بدراسة نماذج من فروع المسائل الفقهية التطبيقية للعدول عن القول المعتمد.

المطلب الأول: حقيقة التلفيق وتتبع الرخص والفرق بينهما.

الفرع الأول: حقيقة التّلفيق.

التّلفيق في اللغة: أصله من (لفق)، قال ابن فارس: اللام والفاء والقاف أصيل يدلّ على ملاءمة الأمر، يقال: هذا لفق لهذا، أي يوائمه، وتلافق أمرهم: تلاءم"[1].

ويأتي في اللغة أيضا بمعنى ضمّ الشيء إلى الشيء، يقال: لفقتُ الثّوب بالثّوب لفقًا، أي: ضممت إحدى الشّقين للآخر فخِطتهما، ... وأحاديث مُلفّقة، أي: مكذوبة مزخرفة[2].

وعليه يكون معنى التلفيق يدور حول الضم والملاءمة والكذب، وهو الذي يخدم المعنى الاصطلاحي كما سيأتي.

التلفيق اصطلاحا: يعد مصطلح التلفيق من المفردات الشائعة في كتب الفقه والأصول عند المتقدمين والمتأخرين، غير أنني –حسب اطلاعي– لم أقف على من عرّفه من فقهاء المالكية، لذلك سنذكر تعريفات التلفيق لبعض الباحثين المعاصرين.

---

[1]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج5، ص257. مادة (لفق).

[2]– ينظر: ابن منضور، لسان العرب، ج12، ص 306، الفيومي: المصباح المنير، ص 435.

جاء في الموسوعة الكويتية: " المراد بالتلفيق بين المذاهب: أخذ صحّة الفعل من مذهبين معا، بعد الحكم ببطلانه على كل واحد منهما بمفرده"[1].

أو هو: " الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، وذلك بأن يجمع في قضية واحدة بين قولين أو أكثر، يتولّد منهما حقيقة مركبة لا يقول بها أحد"[2].

أو هو: " الجمع بين المذاهب الفقهية المختلفة في أجزاء الحكم الواحد، بصورة لم يقل بها أحد من المذاهب حال تركيبها".[3]

فيُفهم من هذه التعريفات أن التلفيق هو تركيب رأي جديد لم يقل به أحد من الفقهاء، بجمع أقوال مختلفة من أقوال فقهاء المذاهب والتصرف فيها، والعمل بها في سياق واحد.

الفرع الثاني: حقيقة تتبع الرخص.

سبق– في الفصل التمهيدي- تعريف الرّخصة وبيان علاقة الترخص في الفتوى بالعدول، وسنقتصر هنا على تعرف تتبع الرخص.

عرفه الدسوقي بقوله: " رفع مشقّة التكليف باتباع كلّ سهل"[4].

وعرّفه العطار[5] بقول: " أن يأخذ من كل مذهب ما هو الأهون فيما يقع من المسائل"[6].

---

[1]– الموسوعة الفقهية الكويتية، التلفيق بين المذاهب، حرف التاء، ج 13، ص293.

[2]– الباني محمد سعيد: عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، المكتب الإسلامي، بيروت، دط: 1401ه، 1981م، ص 91.

[3]– السعيدي عبد الله بن محمد: التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، مقال في مجلة أبحاث المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1430هـ، 2009م، ص 12.

[4]– الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج1، ص20، وانظر: الصاوي: بلغة السالك، ج1، ص19.

[5]– **العطار**: هو حسن بن محمد بن محمود العطار، من علماء مصر وأصله من المغرب، أقام زمنا في دمشق، وعاد إلى مصر، فتولى إنشاء جريدة الوقائع المصرية في بدء صدورها، ثم مشيخة الأزهر سنة 1246هـ، وله حاشية على جمع الجوامع، وكتاب في الإنشاء والمراسلات وديوان شعر، وحواش في العربية والمنطق والأصول، (ت1250ه) ينظر: (الزركلي: الأعلام، ج 2، ص220).

[6]– العطار: حاشية العطار على جمع الجوامع، ج2، ص441.

وقال في نشر البنود على مراقي السعود: "وفسّر بعضهم تتبّع الرّخص بأن يأخذ من كل مذهب ما هو أسهل عليه فيما يقع من المسائل"[1]، وهو نفسه تعريف العطار، وله تعريف أخر في موضع أخر بقوله: "تطلّب السهولة واليسر في الأحكام، فمتى رأى المتتبع للرخص الحكم سهلا في مذهب سلكه وقلّد فيه، وإن كان مخالفا لمذهبه هو الذي يلتزم تقليده"[2].

ويستفاد من هذه التعريفات أنّ تتبّع الرّخص يكون بتقليد القول الأخف والأسهل، وقد يكون هذا القول في المذاهب الأخرى غالبا.

الفرع الثالث: الفرق بين التلفيق وتتبع الرخص.

من خلال المقارنة بين حقيقة التلفيق وتتبع الرخص ظهر لي أنهما مختلفان من حيث:

- أن تتبع الرخص ليس فيه إحداث قول جديد من خلال تركيب أقوال مختلفة، وإنما هو الأخذ بقول واحد فيه سهولة ويسر على المكلف.
- أن التلفيق قد يكون بالأخذ بقول فيه يسر وتخفيف على المكلف، كما قد يكون بالقول الأشد والأثقل على المكلف.
- أن التلفيق لا يكون إلا من أقوال متعددة من مذاهب مختلفة، أما تتبع الرخص فيكون غالبا باتباع قول من داخل المذهب أو خارجه.
- أن التلفيق قد يؤدي إلى تتبع الرخص، بينما تتبع الرخص لا يؤدي إلى التلفيق.

المطلب الثاني: حكم التلفيق بين المذاهب وتتبع الرخص.

تكاد نصوص فقهاء المذهب تتواطأ على منع التلفيق وتتبع الرخص المبني على الهوى والتشهي، قال الشاطبي: " تتبع رخص المذاهب من غير استناد إلى دليل شرعي؛ قد حكى ابن حزم الإجماع على أن

---

[1]- عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص350.

[2]- عبد الله الشنقيطي: التقليد في الشريعة الإسلامية، ص 147.

ذلك فسق لا يحل"[1]، ونقل الإجماع أيضا ابن عبد البر بقول:" إن أخذت برخصة كل عالم اجتمع فيك الشّر كله....وهذا إجماع لا أعلم فيه خلافا"[2].

وقال في موضع آخر: " إذا صار المكلف في كل نازلة عنَّت له يتبع رخص المذاهب وكل قول وافق فيه هواه، فقد خلع ربقة التقوى، وتمادى على متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشرع وأخّر ما قدّمه"[3]، وقال الونشريسي معلّقا على الشاطبي: " ولقد أدى إغفال هذا الأصل إلى أن صار كثير من مقلدة الفقهاء لا يفتي قريبه أو صديقه بما يفتي به غيره من الأقوال اتباعا لغرضه أو لشهوته، ولقد وجد هذا في الأزمنة الماضية فضلا عن زماننا"[4].

وجاء في فتاوى عليش: " والأصحّ أنه يمتنع تتبع الرخص بين المذاهب، بأن يأخذ منها ما هو الأهون فيما يقع من المسائل، وصرّح بعضهم بتفسيق متتبع الرخص، أما التقليد في الرخصة من غير تتبع، بل عند الحاجة إليها في بعض الأحوال، خوف فتنة ونحوها فله ذلك"[5]، وقوله(فله ذلك) مُشعر بأن تتبع الرخص إذا كان لضرورة أو حاجة ملحة، بأن يكون مقتصرا على هذه الحاجة دون التّمادي في غيرها جائز.

وقال الحجوي: "والأصح أنه يمتنع تتبع الرخص في المذاهب بأن يأخذ من كل مذهب ما هو الأهون؛ إذ قد يقع فيما هو مجمع على حرمته، كمن يعقد نكاحا بدون ولي على قول الحنفي، وبدون صداق على بعض السلف، وبدون شهود كذلك، فقد وقع في الزنا بإجماع بحيث لو اجتمع أهل تلك المذاهب التي قلدها، لحكموا جميعا بفساده"[6].

وقد نص على هذا المعنى الشيخ زروق في شرحه على الرسالة بقوله: " أما تتبع الرخص فحرام إجماعا، لأنه تلاعب بالدين، وأما تقليد الرّخصة يوما ما للضرورة، أو الأخذ بالاحتياط والورع فلا

---

[1]- الشاطبي: الموافقات، ج 4، ص138.

[2]- ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، ج2، ص 927.

[3]- الشاطبي: الموافقات، ج3، ص123.

[4]- الونشريسي: المعيار، ج12، ص29.

[5]- عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص60.

[6]- الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص 473.

عتب على صاحبه، هكذا نصوا عليه واختلفوا في جواز الانتقال على أقوال محلها أصول الفقه"[1]، فيفهم منه أن الترخص بمسائل الخلاف إذا كان للضرورة جاز، وعندئذ لا يكون من قبيل التلفيق أو تتبع الرخص.

المطلب الثالث: شروط العدول إلى قول خارج المذهب.

أما عن حكم الانتقال إلى مذهب الغير وكيفيته؛ فقد سُئل أبو العباس القباب عن صفة الانتقال من مذهب إلى مذهب؟ فأجاب: الانتقال من مذهب إلى مذهب له صورتان:

إحداهما: أن يكون ملتزما لمذهب من المذاهب في جميع أحواله، فيبدو له وينتقل إلى تقليد غيره من الأئمة في جميع ما يعرض له، وهذا ليس محله العدول عن القول المعتمد.

والصورة الثانية: أن ينتقل بالكلية في نازلة خاصة، ويبقى مقلدا لإمامه فيما عداها، وهذه الصورة هي محل العدول عن القول المعتمد في المذهب.[2]

و أما حكم هذه الصورة –الأخيرة- فقد نقل ابن الحاجب في ذلك ثلاثة أقوال:

المذهب الأول: الجواز مطلقا.

المذهب الثاني: المنع مطلقا .

المذهب الثالث: التفصيل؛وهو جوازه في مسألة لم يتقدم له فيها تقليد إمامه، ومنعه فيما تقدم له فيها تقليد إمامه.[3]

وقد طرح الحجوي هذا السؤال فقال: "هل يجوز الخروج عن المذاهب لضرورة أو مصلحة الأمة وحال القضاء في هذه الأزمان وكيف ينبغي إصلاحه؟ وأجاب بقوله: وعمل الأئمة شرقا وغربا هو على ما قاله ابن عبد السلام، فلا تجد أهل مذهب إلا وقد خرجوا عن مذهب إمامهم، إما إلى قول بعض

---

[1]- زروق: شرح الرسالة، ج2، ص1112.

[2]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج12، ص46، 47.عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص 59، 60.

[3]- ينظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص98، الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص32، عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص 60، النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص 356، القادري: رفع العتاب والملام، ص 15، 16.

أصحابه، وإما خارج المذهب؛ إذ ما من إمام إلا وقد انتقد عليه قول أو فعل خفي عليه فيه السنة، أو أخطأ في الاستدلال، فضعفه مذهبه"[1].

وقد اشترط المالكية لجواز الانتقال إلى مذهب الغير في نازلة ما ثلاثة شروط معتبرة؛ نقلها القرافي وغيره بقوله: " يجوز تقليد المذاهب في النوازل والانتقال من مذهب إلى مذهب بثلاثة شروط:

الأول: أن لا يجمع بين المذهبين مثلا على صفة تخالف الإجماع كمن تزوج بغير صداق ولا ولي ولا شهود فإن هذه الصورة لم يقل بها أحد.

الثاني: أن يعتقد فيمن يقلد الفضل.

الثالث: أن لا يتّبع رُخص المذاهب. [2]

ووجه اشتراط السلامة من الوقوع في تتبع الرخص أو التلفيق بين المذاهب؛ "لما في اتباع رخص المذاهب من المفاسد؛ كالانسلاخ من الدين بترك اتباع الدليل إلى اتباع الخلاف، وكالاستهانة بالدين، إذ يصير بهذا الاعتبار سيالا لا ينضبط، وكترك ما هو معلوم إلى ما ليس بمعلوم، وكإفضائه إلى القول بتلفيق المذاهب على وجه يخرق إجماعهم، وغير ذلك من المفاسد التي يكثر تعدادها"[3].

ومن صور الفساد المترتب عن تتبع الرخص إفتاء الخاصة بالرخص والعامة بالشدائد والعزائم، قال القرافي: " إذا كان في المسألة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر فيه تسهيل، فلا ينبغي للمفتي أن يفتي العامة بالتشديد، والخواص وولاة الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه، وعمارته باللعب وحبّ الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق، نعوذ بالله من صفات الغافلين، والحاكم كالمفتي في هذا"[4].

---

[1]- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص476، 477.

[2]- ينظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص432، والذخيرة، ج1، ص140، النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص 356، 357.القادري: رفع العتاب والملام، ص 16.

[3]- نظر: الشاطبي: الموافقات، ج5، ص102، 103، القادري: رفع العتاب والملام، ص 15، 16.

[4]- الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص62، وانظر: عليش: منح الجليل، ج8، ص266.

ومن أوجه اشتراط هذا الشرط أيضا، المنع من تتبع الهوى والعدول بالتشهي، قال الشاطبي: "وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصول الشريعة؛ ...ثم إنّ تتبع الرخص ميل مع أهواء النفوس، والشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى؛ فهذا مضاد لذلك الأصل المتفق عليه، ومضاد أيضا لقوله تعالى: ﴿ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾[النساء: 59]، وربما استجاز هذا بعضهم في مواطن يدعي فيها الضرورة وإلجاء الحاجة، بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات؛ فيأخذ عند ذلك بما يوافق الغرض حتى إذا نزلت المسألة على حالة لا ضرورة فيها، ولا حاجة إلى الأخذ بالقول المرجوح أو الخارج عن المذهب، أخذ فيها بالقول المذهبي أو الراجح في المذهب"[1].

وقال عبد الله دراز معلقا على الشاطبي: "لا تلازم بين منع تتبع الرخص وعدم الانتقال إلى مذهب إلا بكماله؛ فتتبع الرخص فسق، والأخذ بقول غير إمامه في بعض المسائل عرفت ما فيه من الخلاف، وعلى كل حال متى لم يكن تلاعبا ولا تتبعا للرخص لا حجر فيه على الصحيح ما لم يترتب عليه التلفيق، وإلا منع؛ وهذا يقتضي أن تتبع الرخص أعم من الأخذ بغير مذهب إمامه ومن الأخذ بقول مرجوح في المذهب"[2].

المطلب الرابع: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة العقوبة بالمال.

أولا– صورة المسألة.

يأتي ذكر هذه المسألة في كتب المالكية في مبحث التعزيرات المالية، وهي تختلف عن مسألة العقوبة في المال[3]، فإذا تعذّر إقامة الحدّ الشرعي على الجاني، لتملّصه من العقوبة، وأمكن من ماله، فهل

---

[1]– الشاطبي: الموافقات، ج5، ص98، 99.

[2]– المرجع نفسه، ج5، ص 99، تعليق عبد الله دراز بالهامش.

[3]– **العقوبة في المال**: هي تسليط العقوبة على الجاني في ماله بإتلافه عليه، فتقع الجناية في ذات مال، بخلاف العقوبة بالمال؛ فإنها معاقبة الجاني بأخذ مال قليل أو كثير، وربما رتبت لكل جناية قدر معلوم من المال. ينظر: الوزاني: حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق، ص 290، التاودي: الشرح على اللامية، ج2، ص249، 250، حاتم باي: الأصول الاجتهادية، ص 225.

يجوز أن تعوّض تلك الحدود بفرض عقوبة مالية تعزيرية يقدّرها الحاكم لتؤخذ من مال الجاني؟ أم لا يجوز ذلك؟.

ثانيا– القول المعتمد في المسألة.

المعتمد من مذهب المالكية عدم جواز التعزير بالمال، قال ابن رشد: "لم ير مالك أن يحرق الزعفران المغشوش، ولا أن يراق اللبن المغشوش بالماء على الذي غشه، قال في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب: وأرى أن يضرب من أهب أو انتهب ...ولا يحل ولا ينبغي أن ينتهب مال أحد، ولا يحل ذلك في الإسلام، ولا يحل ذنب من الذنوب مال الإنسان ما يحل ماله، وإن قتل نفسا"[1].

ونقل عنه الحطاب قوله: "والعقوبة بالمال أمر كان في أول الإسلام، ثم نسخ ذلك، وقد وقع الإجماع بنسخها، وعادت العقوبة في الأبدان، فكان قول ابن القاسم أولى بالصواب استحسانا، وقالت الحنابلة أو بعضهم: العقوبة بالمال ثابتة"[2].

وقال الدردير: "ولا يجوز أدبه بأخذ مال منه"[3]، وقال عبد الواحد الونشريسي[4]: " أما مسألة العقوبة بالمال، فقد نصّ العلماء على أنها لا تجوز بحال"[5].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

أشهر من نقل عنه العدول عن القول المعتمد في مسألة العقوبة بالمال الإمامين ابن عرفة والبرزلي ، جاء في المعيار المعرب: "سئل ابن عرفة عن السلطان إذا ظفر بفرقة من بوادي إفريقية، وجلّهم مستغرق الذّمة، فـــأجاب بإباحة أموالهم عملا بالأغلب، حتى يتحقق أهل الحلال منهم. قال سيدي أبو

---

[1]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج3، ص 319، 359.

[2]– الحطاب: مواهب الجليل، ج4، ص344، وانظر: العلمي: نوازل العلمي، ج3، ص155.

[3]– الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص70.

[4]–**عبد الواحد الونشريسي**: أبو محمد عبد الواحد بن أحمد الونشريسي، ولي القضاء، أخذ عن والده وابن غازي، له نظم قواعد مذهب مالك، شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي، وشرح على الرسالة، وله تعليق على البخاري، (ت955ه). ينظر: (الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص 315، محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، 282)

[5]– ينظر: الصاوي: حاشية الصاوي، ج2، ص23، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج3، ص46، عليش: منح الجليل، ج4، ص533

القاسم البرزلي: فلم يُجعل لهم حرمة من بان بنفسه و لم يخالطهم، وهذا إذا وجد مندوحة عنهم، وإن لم يجد فهم كمكره في بلاد الحرب إذا لم يستطع الخروج من بلادهم وخاف على نفسه أو ماله أو أهله وولده".[1]

وانتصر الحجوي لفتوى البرزلي فقال: "كفى بما كتبه البرزلي فيها وإن أنكره من أنكره، فله أدلته، فإن كان الجري على قوله يفيدنا مصلحة أو يدفع مضرة، فالحاجة في المذهب بمنزلة الضرورة، فلا مانع من التمسك بما تمسك به البرزلي ومن قبله، وإذا كانت التعازير تكون في الظهر، وبالسجن باجتهاد الحاكم، فالمال أهون، وفي المذهب المالكي من ذلك بعض فروع كأجرة العون تحمل على المال ولا مانع على أن تقاس عليها صوائر الدعوى كلها إذا تبين لدد الخصم وتشغيبه"[2].

وقد استدل البزلي على فتواه بما روي عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– أنه حرّق المكان الذي يباع فيه الخمر، وحرّق قصر ابن أبي وقاص لّما احتجب فيه عن الرّعية، وعزّر عمّاله بأخذ شطر أموالهم، وقسمها بينهم وبين المسلمين، وأراق اللبن المغشوش...[3]

وقد أنكر أكثر المالكية فتوى البرزلي، قال عبد الواحد الونشريسي: " أما مسألة العقوبة بالمال وفتوى البرزلي بتحليل المغرم، لم يزل الشيوخ يعدّونها من الخَطَإ"[4]، كما ألّف الشّماع[5] رسالة في الردّ

---

[1]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص156.

[2]– الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص480.

[3]– ينظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، ص293، المعيار المعرب، ج6، ص157، العلمي: نوازل العلمي، ج3، ص155.

[4]– ينظر: الصاوي: حاشية الصاوي، ج2، ص23، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج3، ص46، عليش: منح الجليل، ج4، ص533، العلمي: نوازل العلمي، ج3، ص155.

[5]– **الشمّاع**: أبو العباس أحمد بن محمَّد شهر بالشماع الهنتاتي التونسي، ولاه الأمير أبو فارس ناظراً على جميع قضاة الكور وعدولها، أخذ عن ابن عرفة وغيره، وعنه: أبو زيد الثعالبي وغيره، وقع نزاع بينه وبين البرزلي في العقوبة بالمال، وألّف كل منهما رسالة في الرد على صاحبه، نقل الونشريسي في المعيار بعض فتاويه. (ت 833 ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور الزكية، ص351)

على البرزلي سماها: " مطالع التمام ونصائح الأنام ومناجاة الخواص والعوام، في ردّ إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام "[1]، نقل منها العلمي في نوازله.

الفرع الثاني: مسألة أجرة السمسار[2].

مُقتضى أصول مذهب مالك-رحمه الله- تقتضي منع السمسرة، جاء في المدونة في الرجل يُستأجر لبيع السلعة: " قال سحنون: إذا ضرب لذلك أجلا على أن يبيع نصفها إلى شهر، فلا بأس به، فإن لم يضرب لذلك أجلا فلا خير في ذلك، قلت: فإذا مضى الأجل و لم يقدر على بيع السلعة؟ فقال: له الأجر كاملا، وكذلك قال مالك، قلت: و لم يجزه مالك إلا أن يضرب لذلك أجلا؟ قال: لأن مالكا كره أن يجتمع البيع والجعل في صفقة واحدة، وكره أيضا أن تجتمع الإجارة والجعل في صفقة واحدة، وإنما جوز مالك الجعل في الشيء القليل إذا كان حاضرا، مثل الثوب أو الثوبين، أما إذا كثر ذلك فلا يصلح فيه إلا إجارة"[3].

فظاهر نص المدونة أنه لابد من تحديد الأجل لصحة استئجار الرجل لبيع السلعة، وحينئذ تصبح المعاملة إجارة وليست جعلا، ولو كانت جعلا لما استحق البائع الأجرة حال عدم البيع، وقد نص على كراهية اجتماع الإجارة والجعل في صفقة واحدة، فدل على أن أجرة السمسار في هذه الحالة لا تصح، لأنه لا يأخذ الأجرة حتى يبيع السلعة.

ومن المدونة في كتاب التدليس بالعيوب: " قيل لمالك: أفرأيت ما يستأجر الناس من النخاسين الذين يبيعون لهم الرقيق، ويجعلون لهم الجعل على أن يبيعوا من ذلك، والذين يبيعون المواريث، أيستأجر على الصياح فيوجد من ذلك شيء مسروق أو خرق أو عيب؟ قال: ليس على واحد من هؤلاء ضمان وإنما هم أجراء أجَّروا أنفسهم وأبدانهم، وإنما وقعت العهدة على أرباب السلع"[4].

---

[1]- أبو العباس أحمد الشماع: مطالع التمام ونصائح الأنام، ومناجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام، تحقيق: عبد الخالق أحمدون، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، دط، 2003م، مقدمة المؤلف، ص63.

[2]- سبق تعريف السمسرة وبيان صورتها، ص 206.

[3]- سحنون: المدونة الكبرى، ج3، ص414. 415.

[4]-المصدر نفسه، ج3، ص 370.

واستدل ابن بطال لمذهب مالك بأنه إجارة في أمد غير محصور، والإجارة مفتقرة إلى أجل معلوم، ...وبحديث ابن عباسﷺأنّ: " النبي –ﷺ– نَهَى أَنْ يُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ، ولَا يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ" قلت: يا ابن عباس، ما قوله "لا يبيع حاضر لباد"؟ قال: " لا تكون له سمسارا".[1]

وقد نقل ابن بطال في باب أجرة السمسرة عن بعض التابعين جواز أجرة السمسار فقال: " و لم ير ابن سيرين وعطاء وإبراهيم والحسن بأجرة السّمسار بأسا، وقال ابن عباس: لا بأس أن يقول: بِعْ هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك، وقال ابن سيرين: إذا قال بعه بكذا وكذا، فما كان من ربح فهو لك".[2]

وبما أن المسألة غير مختلف فيها داخل المذهب المالكي؛ فقد عدل بعض متأخري المالكية عن القول المعتمد، إلى قول خارج المذهب وأفتوا بجواز السمسرة، ففي المعيار من نوازل الشركة ؛ أن ابن لب أجاب فيها فقال: " وإنما يجوز ذلك عن من يستبيح القياس على القراض والمساقاة، حكي هذا الأصل عن ابن سيرين وجماعة، وعليه يتخرج عمل الناس اليوم في أجرة الدلال لأنها مجهولة، لكن ألجأ الناس إلى ذلك قلة الأمانة وكثرة الخيانة"[3].

قال الهلالي: " ومنها– المسائل المعدول بها عن القول المعتمد– أجرة الدلال؛ ولا تجري إلا على قول **خارج المذهب**"[4].

---

[1]– ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج6، ص400. والحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، رقم 2154. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع حاضر لباد، رقم، 3900.

[2]–ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج6، ص 400. 401.والأثر أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، رقم:2443، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب من منع الأجير أجره، رقم 11439. قال ابن حجر في تلخيص الحبير: فيه عبد الرحمان بن زيد بن أسلم وشرقي بن قطامي وهو ضعيف، ج3، ص143. وقال الزيلعي في نصب الراية: روي هذا الحديث من طرق منها حديث ابن عمر وفيه عبد الرحمان بن زيد بن أسلم وهو معلول، ومن حديث أبي هريرة وهو مرفوع، وكذا من حديث أنس، ج4، ص129.

[3]–الونشريسي: المعيار المعرب، ج8، ص192.

[4]–الهلالي: نور البصر، ص 281.

المبحث الثالث:

أن لا يكون القول المعدول إليه معارضا للأصول الشرعية.

يتعلق هذا الضابط أيضا بالقول المعدول إليه، وهو مقتضى للضابط الأول، و لم يذكره إلا بعض الفقهاء كالحجوي والهلالي والقادري، إلاّ أنه متضمن في كلام الفقهاء وإن لم ينصوا عليه صراحة، وقد يرد بمعنى انتفاء المعارضة مع النص أو القواعد العامة أو الإجماع أو القياس الجلي، وقد يقال"السلامة من المعارض الأقوى أو المساوي"، وسأتناول هذا الضابط من خلال نقل نصوص المالكية في بيان معناه ووجه اشتراطه في العدول، وذكر طرق اندراج القول تحت الأصول الشرعية، وأختم المبحث بمسألتين فقهيتين كأنموذجين لهذا الضابط المعتبر في العدول.

المطلب الأول: وجه اشتراط السلامة من المعارض الأقوى أو المساوي.

يُعدّ هذا الضابط من أهمّ ضوابط العدول عن القول المعتمد، وبه يتميّز العدول الصحيح من الفاسد، إذ ليس كل عدول يصحّ ويسلم حتى يُعرض على نصوص الشرع وقواعده، قال الحجوي: " ما هو صريح القرآن والإجماع والسنن المتواترة، أو المجمع عليها أو الصحيحة، والأحكام التي اتفقت الأمة على العمل بها وتأييدها، فلا سبيل للخروج عنه"[1]، أي بمخالفته والعدول عنه، وقال في موضع آخر: "وأن شرطه أن لا تصادم نصا من نصوص الشريعة ولا مصلحة أقوى منها أو جريان عرف"[2].

قال الهلالي: "وتلخيص هذا الفصل ـــ شروط إجراء العمل ـــ أنه لا بد من السّلامة من المعارض الراجح أو المساوي له، وإلا امتنعت التعدية"[3]،والتعدية هنا تكون بالعدول عن القول المعتمد.

ووجه اشتراط هذا الشرط؛ أنه لما وقع العدول عن القول المعتمد في كثير من المسائل—لا سيما مسائل العمل- بمخالفة النصوص الصريحة والقواعد العامة ؛ كترك اللعان والاعتداد بالأشهر بدل الأقراء وغيرها، كان لا بد من التّصريح بهذا الشرط، قال الحجوي: "وأن شرطه—مخالفة القول المعتمد بالعمل-

---

[1]- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 481.

[2]- المرجع نفسه، ج2، ص 461.

[3]- الهلالي: نور البصر، ص 264.

أن لا تصادم نصا من نصوص الشريعة، ولا مصلحة أقوى منها أو جريان عرف... وقد ركب الناس في هذا كل صعب وذلول، وإلى الله المشتكى"[1] .

وهذا الذي اشتكى منه الحجوي قد حذّر منه الهلالي، وقد عقد فصلا أطال فيه النفَس في التحذير من أمور جرى بها العمل بمخالفة المشهور و لم يظهر لها مستند، وتقلّد ذلك الجاهلون والمتساهلون، جمع فيه بعض المسائل من هذا الباب؛ منها: أن طلاق العوام كلّه بائن، لأن العوام لا يعرفون معنى الطلاق الرّجعي، والقصد منه إباحة المطلقة ثلاثا، ومنها: الفتوى بثلاث كفارات اليمين بالله في الحلف بالأيمان اللازمة أو جميع الأيمان، لأن السلف لم يكن متعارفا عندهم قصد الطلاق بلفظ اليمين، ومنها: قبول الشهادة على الخط، وتساهلهم في أرباب البصر فيقبلونهم بمجرّد دعوى المعرفة، ...[2]

ومن أوجه اشتراط هذا الشرط أيضا؛ أن مخالفة النصوص والقواعد الشرعية وما أجمع عليه المتقدمون مُوجب لنقض الحكم وإبطاله، قال القرافي: " واعلم أنّ قضاء القاضي متى خالف إجماعًا، أو قياسًا جليًّا، أو نصًّا صريحًا، أو القواعد، فإنّنا ننقُضُه كما سلف تقريره، وإذا كنّا لا نُقِرُّ حُكما تأكّد بقضاء القاضي، فأولى ألاّ نُقِرّه إذا لم يتأكّد، فعلى هذا لا يجوز التقليد في حكم هو بهذه المثابة، لأنّا لا نُقِرّه شرعا، وما ليس بشرع لا يجوز التقليد فيه، فعلى هذه القاعدة كلّ ما اعتقدنا أنّه خالف الإجماع لا يجوز تقليده...وعلى هذا يجب على أهل العصر تفقّد مذاهبهم، وكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم الفتيا به"[3].

وقد نظم بعض النُّبلاء المواضع الأربعة التي يُنقض فيها حكم الحاكم فقال:

إذا قضى حاكم يوما بأربعة فالحكم منتقض من بعد إبرام.

خلاف نصٍّ، وإجماع وقاعدة ثمّ قياس جليّ، دون إبهام.[4]

---

[1]-الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص465 وما بعدها.

[2]- ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 274-281.

[3]- القرافي: الفروق، ج2، ص101. وانظر: الذخيرة، ج1، ص140. والمعيار المعرب، ج10، ص38.

[4]- الونشريسي: إيضاح المسالك، ص 67، و لم ينسبه لقائله.

وقال في مراقي السعود: والحكم من مجتهد كيف وقع دون شذوذ نقضه قد امتنع.

إلا إذا النص أو الإجمـــــاع أو قاعدة خالف فيها ما رأوا.

جاء في شرحه: " يعني أن حكم المجتهد المذكور يمتنع نقضه إلاّ إذا خالف نصًا من كتاب أو سنة متواترة، أو ظاهرًا منهما، أو خالف إجماعًا قطعيًا أو ظنيًا، أو خالف قاعدة متّفقًا عليها أو مشهورة من غير معارض أرجح، فإنه يُنقض وجوبًا لمخالفته الدليل المذكور"[1].

وقد ضرب ابن فرحون أمثلة فقهية لما يجب نقضه من الأحكام المخالفة للإجماع والقواعد، ومثال مخالف الإجماع؛ ما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد لأن الأمة على قولين قيل المال كله للجد وقيل يقاسم الأخ ، أمّا حرمانه بالكلية فلم يقل به أحد...، ومثال مخالفة القواعد؛ ما لو حكم حاكم بتقرير النكاح في حق من قال: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثًا، فطلقها ثلاثًا أو أقل، والصحيح لزوم الثلاث له، فإذا مات أحدهما وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه، لأنه على خلاف القواعد، لأن من قواعد الشرع اجتماع الشرط مع الشروط، لأن حكمته إنما تظهر فيه، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه فلا يصح أن يكون في الشرع شرطًا فلذلك نقض حكم الحاكم في هذه المسألة التي تعرف بالسريجية[2].

ومثال مخالفة النص إذا حكم بشفعة الجار فإن الحديث الصحيح وارد في اختصاصها بالشريك، و لم يثبت له معارض صحيح، فينقض الحكم بخلافه، ومثال مخالفة القياس قبول شهادة النصراني فإن الحكم بشهادته ينقض؛ لأن الفاسق لا تقبل شهادته والكافر أشد منه فسوقا وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس، فينقض الحكم لذلك[3].

---

[1]- عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص331.

[2]- المسألة السريجية: نسبة لابن سريج من الشافعية. ينظر: الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص 331.

[3]- ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص79، 80، خليل: التوضيح، ج7، ص421، عليش: منح الجليل، ج8، ص340، الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه حاشية البناني، ج7، ص264، 265، الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص 331.

وأجاب القرافي في السؤال التاسع والعشرين عن سبب النقض بالمخالفة بقوله: " أمَّا سبب النّقض فإنّ الإجماع معصوم لا يقولُ إلَّا حقاً، ولا يحكم إلَّا بحق، فخلافه يكون باطلاً قطعاً، والباطل لا يقرَّرُ في الشرع، فيفسخ ما خالف الإجماع.

وأمَّا القواعد والقياس الجلي والنصُّ – وإن كانت في صورة الخلاف – فالمراد إذا لم يكن لها معارض راجحٌ عليها، أما إذا كان لها معارض فلا يفسخ الحكم إذا كان وفق مُعارضِها الراجح إجماعا، كالقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة والسَّلَم والحوالة ونحوها، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والقياس، ولكن لأدلة خاصَّة مقدمة على القواعد والنصوص والأقيسة، لأنها عامة بالنسبة إلى تلك النصوص"[1].

والحاصل أن ما ورد فيه نصٌّ من الشارع، قطعي الدلالة ولا يحتمل التأويل، معاملة كان أو تعبدا، لا يجوز العدول عنه إذا جرى عرف الناس بخلافه، وكذا لا يمكن أن يجرى عمل ممن يقتدى به من العلماء بخلافه، لأنه إذا حكم حاكم بحكم مخالف للنص الجلي فإنه ينقض.[2]

المطلب الثاني: اندراج القول المعدول إليه تحت أصل شرعي.

ومما يخدم هذا الضابط ويُكمّله؛ أن يكون القول المعدول إليه قابلا للاندراج تحت أصل شرعي عام، وقد جعله عبد السلام العسري من ضوابط نظرية الأخذ بما جرى به العمل[3]، و لم أجد من نصّ عليه من فقهاء المالكية، إلاّ ما جاء في حاشية أبي الشتاء من قوله: " وأن يكون جاريا على قوانين الشرع"[4]، ولعلّه مستلهم من شروط العمل بالحديث الضعيف، وهي: أولها أن يكون الضعف غير شديد، والثاني أن يكون مندرجًا تحت أصل عام، والثالث أن لا يعتقد عند العمل به ثبوته لئلاً ينسب إلى النبي –ﷺ– [5].

---

[1]– القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 135.

[2]– ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص44. 45.

[3]– عبد السلام العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 177.

[4]– أبي الشتاء الصنهاجي: الحاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق، ج2، ص265.

[5]– ينظر: بناني: حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج2، ص167.

قال العسري: " الغالب في مسائل العمل أنها وقائع وجزئيات لم يرد النص بها بذاتها، وإنما وردت بقواعد وكليات، فعمل المفتي أو القاضي هو البحث هل يمكن اندراج تلك الوقائع والجزئيات تحت الأحكام المنصوصة، أو يبحث عن نظير يمكن إلحاق به هذه الوقائع والجزئيات"[1]، وهذا العمل الذي يقوم به المفتي أو القاضي هو ضرب من ضروب تحقيق المناط[2] كما اصطلح عليه الأصوليون، وهو نوع اجتهاد لا غنى عنه للمفتي والقاضي، "ولا خلاف بين الأمة في قبوله، ووجوب المصير إليه، وهو ضرورة كل شريعة، إذ التنصيص على آحاد الوقائع غير ممكن"[3]، وبه يعرف قَسيم[4]كل مسألة وبه يتحقّق اندراج ما لا نص فيه من الجزئيات تحت كليات الشرع وأصوله، ومن صور تحقيق المناط:

- إثبات عِلَّة حُكْم الأصل في الفرع.
- إثبات مقتضى قاعدةٍ شرعيةٍ في بعض جزئياتها.
- إثبات مقتضى لفظٍ عامٍّ أو مطلقٍ تعلَّق به حكمٌ شرعي في بعض أفراده. [5]

قال ابن عاشور: "والفتوى والقضاء هما تطبيق للتشريع، ويكونان في الغالب لأجل المساواة بين الحكم التشريعي والحكم التطبيقي، بحيث تكون المسألة أو القضية جزئياً من القاعدة الشرعية الأصلية، بمنزلة لزوم المقدمة الصغرى للكبرى في القياس، وقد يكونان لأجل عموم وخصوص وجهي بين الحكم التشريعي العام وبين حكم المسألة أو القضية، بأن يكون المستفتي قد عرض لفعله عارض أوجب اندراجه

---

[1]- العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 178.

[2]- **تحقيق المناط**: عرَّفه الشاطبي بقوله: أن يثبت الحكم بمُدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محلِّه، ومعناه: أن يثبت الحكم بدليلٍ شرعيٍّ، ويُجتهد في تطبيقه على الجزئيات والحوادث الخارجية، سواءٌ أكان نفس الحُكْم ثابتاً بنصٍّ أو إجماعٍ أو استنباط. ينظر: الموافقات بتعليق عبد الله دراز، ج5، ص12.

[3]- الأبياري: التحقيق والبيان، ج3، ص20.

[4]- **قَسِيْم الشيء**: ما يكون مقابلاً للشيء ومندرجاً معه تحت شيء آخر، كالاسم قسيم للفعل، وكلاهما مندرجان (قِسْمان) تحت "الكلمة" التي هي أعم منهما. وقِسْم الشيء: ما يكون مندرجاً تحته وأخص منه، كالاسم أخص من الكلمة. ينظر: الجرجاني: التعريفات، ص224.

[5]- بلقاسم بن ذاكر الزبيدي: الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي دراسة تأصيلية تطبيقية، مركز تكوين للدراسات والأبحاث، ط1: 1435هـ/2014م، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة جامعة أم القرى، مكة المكرمة، إشراف غازي بن مرشد العتيبي، ص 265.

تحت قاعدة شرعية"[1]، وبهذا يتبين أن القياس الأصولي والقواعد الكلية والعمومات اللفظية من أهم طرق إدراج الجزئيات غير المنصوص على حكمها، وإلحاقها بالكليات المنصوص عليها.

قال الشاطبي: " ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم تنصّ على حُكْم كلِّ جزئيةٍ على حِدَتِها، وإنما أتت بأمورٍ كليَّةٍ وعباراتٍ مطلقةٍ تتناول أعداداً لا تنحصر ...و الحاصل أنه لا بد منه بالنسبة إلى كل ناظر وحاكم ومفت،...ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تتنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن؛ لأنها مطلقات وعمومات وما يرجع إلى ذلك، مترلات على أفعال مطلقات كذلك، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة؛ فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلا وقد لا يكون، وكله اجتهاد"[2].

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة الوقف على الذكور دون الإناث.

أولا– صورة المسألة.

الوقف: ويسمى الحبس؛ هو المنع والإمساك[3]، قال عياض: "الوقف والحبس بمعنى واحد عند المالكية، وهو: المال يُوقف ويُحبس؛ مؤبد الوجه من وجوه الخير، أو على قوم معيّنين"[4].

وعرّفه ابن عرفة بأنه: " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازما بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرا"[5].

تصوير المسألة: الأصل في الحبس على الولد أن يعمّ الذكور والإناث، وقد يحدث أن يوقف الرجل على ولده الذكور ويستثني البنات من الوقف، وقد اتفق المالكية على أنه لو كان الوقف في حالة

---

[1]– ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص105.

[2]– الشاطبي: الموافقات، ج5، ص 14-16.

[3]– ينظر: ابن منظور: لسان العرب، ج1، ص551، مادة(حبس).

[4]– القاضي عياض: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث،دط، دت،ج1، ص 293.

[5]– الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 411.

المرض فباطل اتفاقاً، ولو حيز لأنه عطية لوارث، كما اتفقوا على أنه لو كان في حال الصحة وحصل المانع قبل الحوز، كما لو بقي الواقف ساكناً فيه حتى مات، فباطل اتفاقاً أيضاً، واتفقوا أنه إذا حكم بصحته حاكم صح اتفاقا؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، ومحل الخلاف في المسألة؛ إذا حصل الوقف على البنين دون البنات في حال الصحة وحصل الحوز[1].

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

اختلف النقل في المذهب في المسألة على أقوال ستة:

القول الأول: بطلان الوقف مع حرمة الإقدام على ذلك.

القول الثاني: كراهة الوقف مع صحته.

القول الثالث: جواز الوقف من غير كراهة.

القول الرابع: الفرق بين أن يحاز عنه فيمضي على ما حبسه عليه، أو لا يحاز فيرده للبنين والبنات معا.

القول الخامس: ما رواه عيسى عن ابن القاسم حرمة ذلك، فإن كان الواقف حيا فسخه وجعله للذكور والإناث، وإن مات مضى.

القول السادس: فسخ الحبس وجعله مسجدا إن لم يأب المحبس عليهم فإن أبوا لم يجز فسخه ويقر على حاله حبسا وإن كان الواقف حيا.[2]

والمعتمد من هذه الأقوال هو القول الثاني[3]، وهو كراهة الوقف على البنين دون البنات مع صحة الوقف، وهو مذهب المدونة[4]، جاء في الجامع: " وقال مالك: ويكره لمن حبس أن يُخرج البنات من حبسه، وقد حبس جماعة من الصحابة على بنيهم وأعقابهم فما أخرجوا البنات من ذلك، ونهت

---

[1]– ينظر: الصاوي: حاشية الصاوي، ج2، ص304،

[2]– ينظر: ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 287، الخرشي: شرح الخرشي على مختصر خليل، ج7، ص82، العدوي: حاشية العدوي، ج، ص، الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص79، الصاوي: حاشية الصاوي، ج2، ص304.

[3]– ينظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج4، ص 9.

[4]– ينظر: الدردير: الشرح الصغير، ج4، ص118.

عائشة –رضي الله عنها – عن إخراج البنات من الحبس وأغلظت فيه، وقالت: ما مثل ذلك إلا كما قال الله في أهل الكفر: ﴿ وَقَالُواْ مَا فِي بُطُونِ هَـٰذِهِ ٱلْأَنْعَـٰمِ خَالِصَةٌ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِنَا ۖ وَإِن يَكُن مَّيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَآءُ ﴾[سورة الأنعام: 139][1].

غير أن الشيخ خليل خالف القول المعتمد، ومضى على القول الأول، وهو بطلان الوقف وفسخه إن وقع، قال في المختصر: "وبطل– الوقف–: على معصية، وحربي، وكافر، أو على بنيه دون بناته"[2].

ومعناه: أن الوقف يبطل إذا كان على البنين وهم الذكور دون الإناث، قال الدردير: "ومقابله– أي القول المعتمد– ما مشى عليه الشيخ من أنه لا يجوز، ويفسخ إن وقع، وهو قول ابن القاسم في العتبية"[3]، "إذا حبس على ولده وأخرج البنات منه إن تزوّجن، فالشّأن أن يبطل ذلك"[4]، قال خليل: "وقوله: (الشأن) أي عمل الصحابة"[5].

وعلّلوا قوله بالبطلان بأنه من عمل الجاهلية، أي: "يشبه عملهم؛ لأن الوقف خاص بالإسلام؛ ولأن الجاهلية كانوا إذا حضر أحدهم الموت ورثوا الذكور دون الإناث، فصار فيه حرمان الإناث دون الذكور فالوقف على الذكور دون الإناث يشبه عمل الجاهلية"[6].

وقد استغرب بعض المالكية مذهب خليل في المسألة، فقال الرهوني[7]:"والعمل قديما وحديثا إنما هو على قوله في المدونة، وبالنفوذ والإمضاء جرى العمل واستمرت به الأحكام وعقد الموثقون فيه

---

[1]– ابن يونس: الجامع لمسائل المدونة، ج6، ص302.

[2]– خليل: المختصر ،ص 212.

[3]– الدردير: الشرح الصغير، ج4، ص118.

[4]– ينظر: ابن أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات، ج12، ص7، ابن يونس: الجامع لمسائل المدونة، ج6، ص302. ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 287، الباجي: المنتقى، ج6، ص123.الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص24

[5]– خليل: التوضيح، ج7، ص289.

[6]– الخرشي: شرح الخرشي على مختصر خليل، ج7، ص82.

[7]– **الرهوني:** هو أبو العباس أحمد بن محمد بن عبد الله الورزازي التطواني، له فهرسة جمع فيها مروياته، (ت1179ه)، ينظر: (رضا كحالة: معجم المؤلفين، ج1، ص277).

وثائقهم ولم يزل هذا العمل مستمرا إلى وقتنا هذا، وهو مؤيد بتشهير عياض، وبكونه مذهب المدونة"[1].

وقال البناني: "ورواية ابن القاسم التي مشى عليها المصنف ليست في المدونة، وإنما هي في العتبية، ونصها: في الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، قال مالك: من حبس حبسا على ذكور ولده أو أخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزا له"[2].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

شغلت هذه المسألة حيزا واسعا في نوازل الأحباس من المعيار، وشاع حكمها بين الفقهاء، وتكرر ذكرها في مسائل متعددة ومتفرقة، ومنها؛ ما سئل عنه ابن أملال فأجاب: تخصيص بعض البنين بحبس أو غيره من العطايا وإفرادهم بها دون بعض ممَّا ورد النهي عنه من الشارع نصّا من طرق متعددة، ففي الصحيحين عن النعمان بن بشير – رضي الله عنهما– أن أباه أتى به إلى رسول الله –ﷺ– فقال: "إني نحلت ابني هذا غلاما، فقال: "أكل ولدك نحلت مثله"، قال: لا، قال: "فأرجعه"[3].

فدلّ الحديث على تحريم إعطاء بعض البنين دون بعض، ومنها رواية: "لا أشهد على جور"[4]، وهي ظاهرة الدلالة في المنع، وعلّة منع تخصيص العطاء ببعض دون بعض هي مخافة أن يقع من الممنوع تقصير في البر لوالده، وذلك ممنوع ومحرّم، ووسيلة المحرم محرّم.

ولما حكى المازري الأقوال المنصوصة في إخراج البنات من الحبس، نقل عن بعض شيوخه أنها جارية على مسألة إعطاء بعض البنين دون بعض، وسلم ذلك له، وقد شهّر غير واحد من المحققين إبطال حبس أخرجت من البنات، وهو صريح رأي الشيخ خليل في مختصره[5].

---

[1]– محمد بن سالم الشنقيطي: لوامع الدرر، ج11، ص396.

[2]– عليش: منح الجليل، ج8، ص120.

[3]– أخرجه مالك في الموطأ: كتاب القضاء، باب ما لا يجوز من النحل، ص 458، رقم 1431، ومن طريق مالك أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الهبة وفضلها، باب الهبة للولد وإذا اعطى بعض ولده شيئا، ج3، ص157، رقم: 2586، وأخرجه مسلم كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ج3، ص1241، رقم 1623.

[4]– أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، رقم: 2650، ج3، ص171.

[5]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص282، 283.

الفرع الثاني: مسألة ترك اللعان.

أولا– صورة المسألة.

اللعان: " هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض"[1].

وصورته: أن يقول الزوج: رأيت زوجتي تزني مع رجل بعينه، أو ينفي حملها عنه وينكره، فتكذبه هي وتقول: ما رآها تزني، أو أن حملها منه، فيحلف هو أربعا على ما قال، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تحلف هي أربعا وتخمّس بالغضب كما هو صريح القرآن.

ثانيا–القول المعتمد في المسألة.

المعتمد من مذهب المالكية أن اللعان متى أوقعه الزوج وقع، ولا يشترط عنده إلا أهلية اليمين والزوجية، قال في المختصر: " إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه أو فسقا"[2]،وقد ثبت اللعان بالقرآن والسنة والإجماع.[3]

- من القرآن قوله تعالي: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿6﴾ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿7﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿8﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [سورة النور: 5-9]، قال ابن العربي: " عام في كل رمي... وظاهر القرءان يكفي لإيجاب اللعن"[4].

- من السنة؛ فما رواه مالك وغيره من حديث عويمر العجلاني: أنه جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه؟، أم كيف يفعل؟، سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله – ﷺ – فسأل عاصم رسول الله – ﷺ – عن ذلك، فكره رسول الله المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله، فلما رجع عاصم إلى

---

[1] – الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص301.

[2] – خليل: المختصر، ص128.

[3] – ينظر: القاضي عبد الوهاب: المعونة، ج2، ص652.

[4] – ابن العربي: أحكام القرآن، ج3، ص1342.

أهله؛ جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ــ ﷺ ــ؟ فقال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله ــ ﷺ ــ المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها، فقام عويمر حتى أتى رسول الله ــ ﷺ ــ وسط الناس؛ فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ــ ﷺ ــ: " قد أنزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها" قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ــ ﷺ ــ فلما فرغا من تلا عنهما، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ــ ﷺ قال مالك: قال ابن شهاب: فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين".[1]

- من الإجماع؛ فقد قال ابن رشد: " لا خلاف في ذلك أعلمه".[2]

ثالثا–العدول عن القول المعتمد في المسألة.

أدرج الهلالي مسألة ترك اللعان ضمن المسائل التي ينبغي التحذير منها، حيث قال: " ومنها قولهم جرى العمل بترك اللعان مطلقا أو للفاسق فقط، فمقتضاه أن قضاة العدل كانوا لا يمكنون الزوج منه إذا وقع سببه ورفع إليهم الزوج قصته، وما أظن ذلك صحيحا، أما إذا كان سببه نفي الولد وأراد الزوج أن يلاعن لينفي عن نفسه ولدا أجنبيا فكيف يسعه أن لا يمكنوه منه، وذلك منكر بالإجماع"[3].

كما استشكل كثير من الفقهاء العدول عن القول المعتمد في المسألة، قال الوزاني: " وقد كان بعض شيوخنا يستشكلونه ويقولون: كيف يعمل على خلاف ما نص عليه الكتاب والسنة"[4].

وقد رد الهلالي على من أجرى العمل بترك اللعان "بأن المفسرين قد صرحوا بوجوبه في قوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[سورة النور: 6]. فإذا قال الزوج للحاكم: أردت أداء هذا الواجب، فكيف يكون جواب الحاكم؟ أيقول له: نحكم لك بنفيه بلا لعان، وذلك لم يقله أحد، أم يقول: دعه يكن ولدك في الأحكام وإن تحققت أنه أجنبي، وهذا أيضا لم يقله

---

[1] ــ أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في اللعان ، رقم: 1185، ص 339،

[2] ــ ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص93.

[3] – الهلالي: نور البصر، ص276.

[4] – الوزاني: تحفة أكياس الناس، ص 115.

أحد، وهذا من أعجب العجاب، وإن كان مرادهم أنه جرى عمل الأزواج بعدم الرفع للحاكم فليس هذا مما يعد في العمليات، إذ المراد بها ما عمل به في القضاء والفتوى[1].

المبحث الرابع:

أن يثبت عزو القول المعدول إليه لصاحبه.

يتعلق هذا الضابط بالقول المعدول إليه أيضًا، وهو أن يصحّ نقله عن قائله وإن كان ضعيفا أوشاذّا بالطرق المتعارف عليها في النقل والإثبات، فإن لم يعرف قائله أو لم يصحّ عزوه إليه امتنع العدول إليه، وكثيرة هي الأقوال المروية في الكتب غير المعتمدة في الفتوى لا يعرف قائلها، أو لم تثبت نسبتها لأصحابها، وسأتناول هذا الضابط من خلال بيان وجه اشتراط صحّة عزو القول لقائله وطرق إثبات الأقوال لأصحابها، ثم ذكر أمثلة عن الكتب التي حذّر منها علماء المالكية بسبب جهالة أصحابها، ثم أتناول مسألتين فقهيتين من نوازل المعيار المعرب المعدول بها عن القول المعتمد كأنموذج عملي لهذا الضابط.

المطلب الأول: وجه اشتراط صحّة عزو القول المعدول إليه لقائله.

يُعرف هذا الضابط في مناهج البحث المعاصرة بالأمانة العلمية؛ وهو أمر لابد منه في كل ميادين البحث، لاسيما ما تعلّق منها بالمسائل النّقلية والتاريخية، فإنه يقال: " من بركة العلم أن يضاف القول إلى قائله"[2]، ولما كان القول المعدول إليه مقابلا للقول المعتمد كالراجح والمشهور، ومتعلّقا برواية الأقوال في المذهب؛ كان لابد من صحة عزوه لقائله، حتى لا يجري الحكم بالعدول على قول لا أصل له أو منكر أو غريب أو مجهول وغيرها من الأقوال التي يمنع الفتوى والحكم بها، قال الهلالي: " ووجه اشتراط ذلك؛ أنّ قول القائل في مسألة معيّنة (هذا القول المقابل للمشهور وجرى به العمل)، قضية نقلية انبنى عليها حكم شرعي، فلابد من إثباتها بنقل صحيح"[3].

---

[1] – ينظر: الهلالي: نور البصر، ص277.

[2] – القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج1، ص3.

[3] – الهلالي: نور البصر، ص 262.

وقال ابن أبي زيد: " كل قول لا يوقن بأن لك فيه سلف، واجب عليك الانتقال عنه، إلى ما ثبت عن السّلف، الذين ليس لأحد أن يقول قولا لا يعلم له قائل منهم، وإلى ما شهدت بصحته الأصول والدلائل"[1].

وصرّح ابن عرفة بهذا الشرط فقال: " ناقل الفرع الغريب يجب عليه عزوه لقائله"[2].

وعزو القول لقائله أتي بمعنى رواية الأقوال، قال الدّسوقي في التفريق بين الشهادة والرواية: " وأما الرواية؛ فهي إخبار بما لم يحصل فيه الترافع، و لم يقصد به فصل القضاء وبت الحكم، بل قصد به مجرد عزوه لقائله"[3].

وقال القرافي: " كان الأصل يقتضي أن لا تجوز الفتوى إلا بما يرويه العدل عن العدل عن المجتهد الذي يقلّده لمفتي، حتى يصحّ ذلك عند المفتي كما تصحّ الأحاديث عند المجتهد، لأنه نقل لدين الله في الموضعين، وغير هذا كان ينبغي أن يُحرّم"[4].

قال في مراقي السعود:

وثبت العزو وقد تحققا ضرا من الضربة تعلقا.

ومعناه: "أنه من شرط العمل بالضعيف أن يثبت عزوه إلى قائله، خوفا من أن يكون ممن لا يقتدي به، لضعفه في الدين أو العلم أو الورع، وإلا فلا يجوز العمل به"[5]، وهذا وجه آخر لاشتراط هذا الضابط، وهو أنه قد يُنسب القول المعدول إليه إلى من لا تتوفر في شروط الاجتهاد المذهبي، ومن لا يُقتدى به لعدم أهليته، كما سيأتي تفصيله في الضابط الموالي.

---

[1]- ابن أبي زيد القيرواني: الذّبّ عن مذهب الإمام مالك، تحقيق محمد العلمي، الرابطة المحمدية، المغرب، ط1، 1432هـ/2011م، ج1، ص 439.

[2]- المواق: التاج والإكليل، ج7، ص450.

[3]- الدسوقي: الحاشية مع الشرح الكبير، ج4، ص165

[4]- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 244. وانظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص78،

[5]- عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص276.

ولا يتخلّف هذا الضابط أيضا إذا كان المعدول إليه قولا خارج المذهب، فإنه يتعيّن على المفتي إذا كان يجوز له الانتقال من مذهب إلى آخر في آحاد المسائل، أن ينظر ما يُفتي به المنتقل؛ هل في المذهب المنتقل إليه ما يأباه أم لا؟[1]، وهذا القول مبني على أن لازم المذهب ليس بمذهب[2].

ولذلك كان من شروط صحة جريان العمل بالقول الضعيف واستمرار العمل به المرّة بعد المرة؛ "أن يثبت عمل المجتهدين به من غير شك في ذلك"[3]، قال الشيخ ميارة: "ولا يثبت العمل بما نراه الآن، وهو أن يقول بعض عوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ فضلا عن غيره: "جرى العمل بكذا"، فإذا سألته عمّن حكم به أو أفتى به توقف وتزلزل، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر، فضلا عن حكم شرعي"[4]، وتابعه التسولي بقوله: " أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل أن العمل جرى به غير ما مرة من العلماء المقتدى بهم".[5]

وعليه؛ يظهر أن العمل بالضعيف قد يثبت بشهادة العدول، كما يثبت بنص عالم أو مؤلف ثقة، لأنه من باب الخبر[6].

المطلب الثاني: علامات ومظان الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها.

مما يخدم هذا الضابط – صحة عزو القول لقائله- ويكّمله، ويتمّم الفائدة للبحث؛ ذكر علامات الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها، ومظانها في كتب المالكية، حتى يحذر منها فلا يلتفت إليها، وحتى تنقح من كتب المذهب، لأن غض الطرف عن ذلك من موجبات إفساد الفقه، فالمفتي محتاج إلى مراجعة أسفار كثيرة، ونظر عميق وربما وجد المسألة في غير مظنتها[7].

---

[1]- ينظر: القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 233، الهلالي: نور البصر، ص 285.

[2]- ينظر:عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنورد، ج2، ص276.

[3] - القادري: رفع العتاب والملام، ص 06.

[4] - التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص41.

[5]- المرجع نفسه، ج1، ص41.

[6]- ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 265، الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص469.

[7]- ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 464.

الفرع الأول: علامات الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها.

يمتاز المذهب المالكي بكثرة وتعدد الروايات والأقوال في المسائل، وهي ليست على درجة واحدة في القوة، بل مراتبها متفاوتة قوة وضعفا، وتقديما وتأخرا، ومنها ما هو منسوب لغير أصحابها أو مجهول قائلها على الجملة، فلا تعتمد في الفتوى والقضاء، وقد ترد هذه الأقوال والروايات بصيغ ومصطلحات متنوعة تدل على عدم نسبتها، ومن أمثلة ذلك نذكر الآتي:

- قولهم: (**خلافا لبعضهم**)، ومثاله قول النفراوي عند قول صاحب الرسالة: " ومن سافر مسافة أربعة برد وهي ثمانية وأربعون ميلا، فعليه قصر الصلاة". قال: " المراد بقوله (فعليه) المتأكد لا الوجوب الحقيقي، **خلافا لبعضهم**"[1]، فلم يذكر من قال بوجوب القصر، وأطلقه من غير تعيين لقائله.
ومثاله أيضا؛ قول الدسوقي: " يلزم طلاق الغضبان ولو اشتدّ غضبه، **خلافا لبعضهم**"[2].
- قولهم: (**وقال غيره**)، ومثاله قول ابن القاسم: " وأقلّ الصّداق ربع دينار، فمن نكح بدرهمين فإما أتم لها ثلاثة دراهم وثبت النكاح، وإن أبى فسخ، إلا أن يدخل بها فيجبر على إتمامها، ولا يفسخ للاختلاف في إجازة هذا الصداق، **وقال غيره**: يفسخ قبل البناء وبعده وإن أتمّ الزوج ربع دينار، وهو كمن تزوّج بلا صداق"[3].
- قولهم: (**لم يعزه لأحد**)، ومثاله قول الأبي: " وانظر قول بهرام[4] إذا كانت السلعة من التركة، وأراد بيعها مرابحة، فلا بد من بيان كونها من سلع الميراث، لأن الناس كثيرا ما يمتنعون من الشراء في مثل ذلك، **ولم يُعز** هذا لأحد، وقد نص الأئمة أن ناقل الفرع الغريب يجب عليه عزوه ".[5]

---

[1]- النفراوي: الفواكه الدواني، ج1، ص253.

[2] - الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج2، ص366.

[3]- البراذعي: التهذيب، ج2، ص189.

[4]- **بهرام**: أبو البقاء تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز، قاضي القضاة الفقيه الإمام العلامة الحافظ المحقق المطلع الفهّامة حامل لواء المذهب المالكي بمصر، أخذ عن الشيخ خليل تآليفه وبه تفقه وانتفع بالرهوني وغيرهما، وعنه أئمة منهم: الأقفهسي وعبد الرحمن البكري والشمس البساطي وغيرهم، ألّف التآليف المفيدة منها ثلاث شروح على مختصر شيخه خليل كبير ووسيط وصغير واشتهر الوسيط، وله شامل حاذى به مختصر شيخه في غاية التحقيق والإجادة وشرح ألفية ابن مالك، وشرح مختصر ابن الحاجب الأصلي، وله الدرة الثمينة نحواً من ثلاثة آلاف بيت وشرحها.(ت805 ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص147 مخلوف: شجرة النور، ج1، ص344).

[5]- المواق: التاج والإكليل، ج6، ص439.

- قولهم: (**غريب**)، ومثاله قول الحطاب: " قال بعض العلماء: لا يجوز الاستجمار بالماء العذب؛ لأنه طعام كما لا تزال النجاسة بالطعام، وظاهر كلام الجزولي أن القاضي عياضا نقل ذلك، فإنه كتب قبل قوله: قال بعض العلماء: ضادا و لم أقف عليه في التنبيهات، ولعله في الإكمال ولكنه **قول غريب**"[1].
- قولهم: (**لم يثبت عن أحد**)، ومثاله قول ابن رشد: " اختلف في شهادة الشاهد الواحد على إقراره بقتل الخطأ هل يكون لوثا أم لا؟، وقع ذلك في سماع سحنون من كتاب الديات، والصحيح ما في المدونة أنه لا يكون لوثا يوجب القسامة، لأن الاختلاف في قوله: قتلت فلانا خطأ معلوم موجود، فكيف إذا **لم يثبت القول**" [2].

ومنها أيضا: قولهم: (لا قائل به أو لا يعلم له قائل)، كما في قول ابن أبي زيد القيرواني السابق، فهو بمثابة التصريح بنفي النسبة لأحد، وقولهم: (جوّزه الأقلّون)...إلخ.

الفرع الثاني: مظان الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها .

عقد الهلالي في نور البصر فصلا في الكتب المعتمدة وغير المعتمدة في الفتوى، وجعل الضابط في الفرق بينهما أمران:

الأول: صحة نسبتها وعزوها إلى مؤلفها؛ فيثبت بروايته سماعا بسند صحيح وهو الأصل.

والثاني: صحتها في نفسها؛ فيثبت بموافقته لما يجب عليه العمل، [3] ونقل الإجماع عن الباجي في حرمة الفتوى بما لم ينسب لصاحبه، قال: " وإذا كان هذا حراما بالإجماع مع عدم صحة نسبة القول إلى قائله، فكيف حال من يكتفي بكل ما يجده في ورقة غير منسوب، أو منسوب لمن لا يعرفه، أو لمن لا يعرف صحة نسبته إليه، كطائفة من الطلبة يفتون"[4].

ولذلك حذّر فقهاء المالكية من الكتب مشبوهة النسبة لأصحابها، وحرّموا الفتوى منها، قال القرافي: " غير أن الناس توسّعوا في هذا العصر، فصاروا يفتون من كتب يطالعونها من غير رواية، وهو

---

[1]- الحطاب مواهب الجليل، ج1، ص284.

[2]- ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج3، ص306

[3]- ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 249.

[4]- المرجع نفسه، ص 250.

خطر عظيم في الدين وخروج عن القواعد، غير أن الكتب المشهورة لشهرتها بعدت بعدا شديدا عن التحريف والتزوير، فاعتمد الناس عليها اعتمادا على ظاهر الحال...وعلى هذا تحرم الفتوى من الكتب الغريبة التي لم تشتهر، حتى تتظافر عليها الخواطر ويعلم صحة ما فيها، وكذلك الكتب الحديثة التصنيف إذا لم يشتهر عزو ما فيها من النقول إلى الكتب المشهورة، أو يعلم أن مصنفها كان يعتمد هذا النوع من الصحة، وهو موثوق بعدالته، وكذلك حواشي الكتب تحرم الفتوى بها لعدم صحتها والوثوق بها "[1]، فانظر كيف استدل على حرمة الفتوى منها بالشك في عزوها ونسبتها لأصحابها، وكونها غير مشتهرة أيضا، وأطلق الحكم بالمنع من كتب الحواشي.

وعلّق ابن فرحون على نص القرافي بعد أن ساقه بقوله: "ومراده إذا كانت الحواشي غريبة النقل، وأما إذا كان ما فيها موجودا في الأمهات أو منسوبا إلى محله، وهي بخط من يوثق به فلا فرق بينها وبين سائر التصانيف. و لم تزل العلماء ينقلون ما على حواشي كتب الأئمة الموثوق بعلمهم المعروفة خطوطهم، وذلك موجود في كلام القاضي عياض والقاضي ابن سهل وغيرهما، إذا وجدوا حاشية يعرفون كاتبها نقلوا ذلك عنه ونسبوها إليه، وأدخلوا ذلك في مصنفاتهم، وأما حيث يجهل الكاتب ويكون النقل غريبا فلا شك فيما قاله القرافي – رحمه الله تعالى–"[2]، فأعاد ابن فرحون تقرير ما قرره القرافي أولا، وهو صحة النسبة والعزو لصاحبه هو المعتمد في المقبول والمردود من الكتب.

وتقريرا على ما سبق؛ يمكن تقسيم الكتب التي لا تعتمد في الفتوى بحسب سبب المنع كما يأتي: [3]

أولا– كتب تنسب إلى أئمة نسبة باطلة: كالأجوبة التي تنسب لابن سحنون، والتقريب والتبيين وأجوبة القرويين اللذين ينسبان لابن أبي زيد القيرواني، وكتاب الدلائل والأضداد الذي نسب لأبي عمران الفاسي، والأحكام الذي ينسب لابن الزيات[4]، وغيرهم.

---

[1]– القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 244.

[2]– ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص78.

[3]– ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 252– 255.

[4]– **ابن الزيات:** هو أبو الحجاج يوسف بن يحي بن عيسى التادلي المعروف بابن الزيات، فقيه أديب، ولي قضاء تادلة، له: التشوف إلى رجال التصوف، ونهاية المقامات في دراية المقامات، (ت627ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور الزكية، ص265 الزركلي: الأعلام، ج8، ص257.)

ثانيا- كتب لا يعتمد عليها لما انفردت به: كالشرح الوسط للشيخ علي الأجهوري على المختصر، وكذلك شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني، وإبراهيم الشبرخيتي[1]، ومحمد الخرشي، وشرح التتائي[2] الصغير وهو جواهر الدّرر .

ونظم ذلك النابغة الغلاوي في البوطليحية فقال:

بيان ما من كتب لا يعتمـــد ما انفردت بنقله طول الأمد.

من ذلك الأجهوري مع أتباعه مع اطّلاعه وطول باعـــــه.

إذ خلط الحصباء بالدّرّ الثّمين و لم يميّز بين غثّ وسمـــين.

وما يقال فيه قل في البـــــاقي كالشبرخيتي وعبد الـــباقي .

والخرشي بالكسر بكل قولـــه والنشرتي رابـــع للدولـــه .

لأنهم قلّـــــدوا ما قالـــــه شيخهم ونقلوا مـــــا قاله.

فكل ما بنقـــله قد انفـــــرد أولاء لـــم يقبله غيرهم فرد.

وضعّفوا في الحكم والإفتـــــاء جواهر الدرر للتتـــــــائي .

وتحرم الفتوى لأجل الرّيبـــــة من كتب لم تشتهر غريبـــة.[3]

---

[1]- **الشبرخيتي:** هو أبو إسحاق إبراهيم بن مرعي بن عطية الشبرخيتي، أخذ عن الأجهوري والفيشي، له شرح على خليل، وشرح على العشماوية، (ت 1106ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص459، الزركلي: الأعلام، ج1، ص73)

[2]- **التتائي:** هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي، نسبته إلى تتا من مصر، ولي القضاء بالديار المصرية، أخذ عن السنهوري وإبراهيم اللقاني، من كتبه: فتح الجليل شرح به مختصر خليل في الفقه شرحا مطولا، وجواهر الدرر في شرحه أيضا، وتنوير المقالة في شرح الرسالة، (ت 942ه) ينظر: (التنبكتي: نيل الابتهاج، ص335، مخلوف: شجرة النور الزكية، ج1، ص، الزركلي: الأعلام، ح5، ص302)

[3]- النابغة الغلاوي: االبوطليحية، ص 90-93.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة تزويج اليتيمة البكر غير البالغة.

أولا– صورة المسألة.

الْيَتِيمَةُ: هي من لا أب لها، "والرواية المشهورة أنها لا تزوج إلا بعد البلوغ"[1].

غير البالغة: "هي من لم تظهر عليها علامات البلوغ، والبلوغ يكون بالاحتلام أو بالإنبات أو السن، وهي ثماني عشرة، وقيل: خمس عشرة، وتزيد الأنثى بالحيض والحمل"[2].

ولا خلاف في مذهب مالك – رحمه الله: أن الولاية مشروطة في النكاح، وأنها من شروط الصحة لا من شروط التمام[3]، قال ابن رشد: " اتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها، لما ثبت أن رسول الله – ﷺ – تزوج عائشة – رضي الله عنها – بنت ست أو سبع، وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها – رضي الله عنه–[4]، واختلفوا هل يزوّج الصغيرة غير الأب؟[5]، ومن صورها اليتيمة غير البالغة؛ هل يجوز للمولى عليها أو وصيها تزويجها قبل سن البلوغ؟.

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

اختلف النقل عن الإمام مالك في المسألة على ثلاثة أقوال:

---

[1]– خليل: التوضيح، ج3، ص530.

[2]– ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص142.

[3]– ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل، ج3، ص289.

[4]– أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، رقم: 5133، ج7، ص17، وأخرجه مسلم في صحيحه: كتاب النكاح، باب: تزويج الأب البكر الصغيرة، رقم 1422، ج2، ص1039.

[5]– ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص34.

القول الأول: لا تزوّج اليتيمة البكر غير البالغة أصلا، قال الأستاذ أبو بكر: وهو المذهب الصحيح، وقال القاضي عبد الوهاب: هو أظهر الأقوال وأصح الروايات، والذي يفتى به، وإليه رجع مالك، وهو **المشهور**[1].

جاء في المدونة: " وقال مالك: لا تزوج اليتيمة التي يُولّى عليها حتى تبلغ "[2].

وقال ابن يونس: " قال مالك: ولا تتزوج اليتيمة التي مُولّي عليها حتى تبلغ وتأذن في ذلك، لأن رسول الله -ﷺ- أمر باستئذان اليتيمة، ولا إذن إلا للبالغة، قال ابن المواز: وكذلك وصيٌّ أبيها لا يزوجها حتى تبلغ ويشاورهما، وقال: ولو رضيت في الصغر فزوجت ما كان ذلك تزويجًا، ويفسخ إلا أن يتقادم ذلك بعد الدخول فيُقرّا عليه.قيل: فاليتيمة تبلغ حد الوطء وهي محتاجةٌ فتخطَب وتبلغ النكاح؟ قال: لا يزوجها وصيٌّ ولا وليٌّ حتى تبلغ المحيض"[3].

واستدل الإمام مالك – رحمه الله- على ذلك بالحديث: عن أبي هريرة عن رسول الله -ﷺ- أنه قال: "الَيتِيمَةُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا"[4].

قال سحنون: "ويدل على أن اليتيمة إذا شورت في نفسها أنها لا تكون إلا بالغا؛ لأن التي لم تبلغ لا إذن لها، فكيف يشاور من ليس له إذن"[5].

قال ابن عبد البر: "هذا هو تحصيل مذهب مالك عند البغداديين من المالكيين وعليه يناظرون"[6].

---

[1]- ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج4، ص 398، القرافي: الذخيرة، ج4، ص 231.خليل: التوضيح، ج3، ص530، بهرام: تحبير المختصر، ج2، ص551.

[2]- سحنون: المدونة الكبرى، ج2، ص103.

[3]- ابن يونس: الجامع لمسائل المدونة، ج9، ص35، 36.

[4]- أخرجه ابن وهب في كتاب الجامع، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، وعلي عبد الباسط مزيد، دار الوفاء، ط1، 1425ه/2005م، ص137، رقم الحديث: 236. وأخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على الزواج، ج2، ص408، رقم الحديث: 1109.

[5]- سحنون: المدونة الكبرى، ج2، ص103

[6]- ابن عبد البر: الاستذكار، ج5، ص404.

القول الثاني: جواز تزويج اليتيمة غير البالغة برضاها إذا دعت الحاجة إلى ذلك، **وهو قول مالك المرجوع عنه**.

جاء في النوادر والزيادات: "وقد روي عن مالك في بنت عشر سنين تطوف تسأل، تزوجت برضاها وولت أمها رجلاً على ذلك، فأجازه مالك. قال سحنون في العتبية وهي رواية ضعيفة"[1].

قال اللخمي:" وقال مالك في الموازية في صبية بنت عشر سنين ذات حاجة تتكفّف الناس: لا بأس أن تزوج برضاها وإن كانت صغيرة لم تُنبت"[2]. قال خليل: فأباح أن تزويجها للحاجة، وهو أحسن، وإليه أشار ابن الحاجب بقوله: " إن دعت حاجة ومثلها يوطأ جاز"[3].

القول الثالث: جواز تزويج اليتيمة البكر غير البالغة بشروط، وهو **اختيار المتأخرين**.

قال ابن بشير:" اتفق المتأخرون أنه يجوز تزويجها إذا خيف عليها الفساد"[4]، وقال القرافي: " ولا خلاف بين المتأخرين في التي يخشى عليها الفساد أنها تزوج"[5].

وقد جرى العمل عند المتأخرين بهذا القول بشروط نص عليها ابن عبد السلام بقوله": العمل عندنا ببلدنا اليوم هو الذي عليه بشرط بلوغها عشر سنين، ومشاورة القاضي، وتأذن بالقول، قال في المتيطية: وبه جرى العمل عند الموثقين وانعقدت به الفتوى، وذكر عياض أن الحذاق على الإجبار متى خيف عليها الفساد وإن كانت ثيبا "[6].

وعلى هذا القول اعتمد خليل في المختصر بقوله: "إِلا يَتِيمَةً خِيفَ فَسَادُهَا وَبَلَغَتْ عَشْرًا، وَشُورِ الْقَاضِي وإلاَّ صَحَّ"[7]،أي: فساد حالها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعي أو ضياع مال أو دين[8].

---

[1]- ابن ابي زيد: النوادر والزيادات، ج4، ص399.

[2]- اللخمي: التبصرة، ص: 1801.

[3]-ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص142، وانظر:خليل: التوضيح، ج3، ص531.

[4]- ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص142. وانظر: بهرام: تحبير المختصر، ج2، ص551.

[5]- القرافي: الذخيرة، ج4، ص 231.

[6]- خليل: التوضيح، ج3، ص530.

[7]- خليل: المختصر ،ص 96.

[8]- الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص224.

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

نقل الونشريسي في المعيار أجوبة كثيرة لفقهاء المالكية المتأخرين عدولهم عن القول المعتمد في المسألة، ومن ذلك أنه سئل السيوري عن البكر اليتيمة يخشى عليها الضيعة والفساد، وتريد النكاح وتدعي البلوغ أيقبل قولها، فأجاب: تزوّج على هذا الإمكان[1].

ومتى لم تتوافر الشروط الثلاثة المعمول بها في المسألة لم يتأتّ العدول عن القول المعتمد، ومن ذلك جواب القاضي أبي علي الحسن بن عثمان بن عطية الونشريسي[2] في مسألة؛ وهي أنه وقع عقد على يتيمة مهملة، وكونها بحال الحاجة ويخاف عليها الضيعة، وشهد الشهود على رضاها واعترافها بالبلوغ فلما دخلت أنكرت الزواج، وادعت أنها غير بالغ، وأنه لم يمسها فصدقها على عدم المسيس، ورفع أمرها للقاضي، فينظرها القوابل فوجدت كما ذكر من عدم البلوغ، فحكم بفسخ نكاحها بطلاق لكونه لم يستوف شرائط تزويج اليتيمة قبل البلوغ[3].

وجاء في حاشية العدوي: "مذهب الرسالة أن اليتيمة التي لم تبلغ لا تزوج أصلا، وهي الرواية المشهورة عن مالك، وذهب خليل إلى أنها تزوج بشروط وجرى به العمل، وما جرى به العمل، يقدم على المشهور"[4].

وقد استدل أبو محمد الأصيلي من حديث: " لولا حداثة قومك بكفر لنقضت الكعبة ..."[5] في مسألة من النكاح، وذلك أن جارية يتيمة غنية كان لها ابن عم، وكان فيه ميل إلى الصبا فخطب ابنة عمه وخطبها رجل غني، فمال إليه الوصي وكانت اليتيمة تحب ابن عمها ويحبها، فأبى وصيها أن يزوجها منه ورفع ذلك إلى القاضي وشاور فقهاء وقته فكلهم أفتى أن لا تزوج من ابن عمها، وأفتى الأصيلي أن تزوج منه، خشية أن يقعا في المكروه، استدلالا بهذا الحديث، فزوجت منه"[6]، فحكم الأصيلي بالقول غير المعتمد بسبب سد ذريعة الفساد، وهي الوقوع في المحرم.

---

(1)– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج3، ص 125. 166.

(2)– القاضي أبو علي الحسن بن عثمان بن عطية الونشريسي: أخذ عن أبي البركات بن الحاج البلفيقي وعنه لسان الدين ابن الخطيب وابن الأحمر؛ له رجز في الفرائض، وفتاوى نقل الونشريسي في معياره جملة منها (ت790ه بالتقريب) (مخلوف: شجرة النور: ص342)

(3)– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج3، ص 48، 49.

(4)– العدوي: حاشية العدوي، ج2، ص43.

(5)– سبق تخريجه: ص 181.

(6)– ابن بطال: شرح صحيح البخاري، ج1، ص206.

الفرع الثاني: مسألة صرف غلات الحبس في غير مصرفها الذي وقفت له.

أولا– صورة المسألة.

الوقف إما أن يكون عامّا لم يحدد الواقف جهة صرف ريعه وغلته، قال ابن الحاجب: "ولا يشترط تعيين المصرف"[1].

وإما أن يكون الوقف خاصًّا، بأن يشترط الواقف الجهة التي وقف عليها، وعندئذ يجب على ناظر الوقف أن يصرف ريع ذلك الوقف الخاص على الموقوف عليه الذي خصّه ذلك الواقف، غير أنه مع مرور الزمن قد تعدم الجهة الموقوف عليها، فيتعذّر صرف ريعه عليه، فيقع الإشكال: فيم يصرف ريع ذلك الوقف؟. كما قد يكون في غلة الحبس فائض يسدّ الجهة الموقوف عليها ويزيد، فأين يُصرف فائض ريع الوقف في هذه الحالة؟

ثانيا–أقوال المالكية في المسألة.

القول الأول: لا يجوز صرف غلات الأحباس إلا فيما وقفت عليه، وهو قول ابن القاسم عن مالك، **وهو المشهور.**[2]

قال ابن الحاجب: "مهما شرط الواقف ما يجوز له اتبع، كتخصيص مدرسة أو رباط أو أصحاب مذهب بعينه"[3]،ومثله قول خليل: "واتبع شرطه إن جاز كتخصيص مذهب أو ناظر"[4].

وقالوا: لا تجوز مخالفته؛لأن شروط الواقف كألفاظ الشارع في وجوب الاتباع[5].

القول الثاني: جواز صرف غلات الأحباس بعضها على بعض، وذلك فيما فضل عما تحتاج إليه، وهو قول أصبغ وابن الماجشون كما في العتبية.[6]

---

[1]– ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 288.

[2]– ينظر:الونشريسي: العيار المعرب، ج7، ص 424، ابن سلمون: العقد المنظم، ص 466. الخرشي: شرح الخرشي على خليل، ج7، ص93.

[3]– ابن الحاجب: جامع الأمهات، ص 288.

[4]– خليل: المختصر ،ص213.

[5]– ينظر: بهرام: تحبير المختصر، ج4، ص654. الخرشي: شرح الخرشي على خليل، ج7، ص92.

[6]–ينظر:الونشريسي: العيار المعرب، ج7، ص 424، ابن سلمون: العقد المنظم، ص 466 العدوي: الحاشية، ج7، ص95.

قال ابن الماجشون عن مالك: "أُدخل في مسجد رسول الله -ﷺ- دور محبّسة كانت حوله، هُدمت وزيدت فيه، قال ابن حبيب: قلت لابن الماجشون: فهل ترى مساجد الأمصار في هذا مثل مسجد رسول الله —صلى الله عيه وسلم-؟ قال: أما المسجد الجامع الذي لم يجمع فيه فنعم، وأما مساجد العشائر فلا، وقاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ[1].

وروى أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت، فبنى الناس عليها مسجدا يجتمعون عليه للصلاة فيه لا بأس بذلك، وكذلك ما كان لله تعالى جاز أن ينفق بعضها في بعض[2].

وفي الفواكه الدواني: " فإن تعذر العمل بشرط الواقف جازت مخالفته، كاشتراط قراءة درس علم في محل ويخرب، بحيث لا تمكن القراءة فيه، أو يتعذر حضور الطالب أو غير ذلك، فإنه يجوز نقله في محل آخر"[3].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

تشير نصوص المتأخرين إلى أن مسألة صرف ريع الوقف في غير مصرفه المخصص له مختلف فيها بينهم؛ فأجازه الأندلسيون ومنعه بعض القرويين، وقد استفاض النقل في المعيار المعرب عن كثير من فقهاء المالكية الذين أفتوا بجواز صرف ريع الأوقاف بعضها على بعض إذا تعذر صرفها في بابها، ومن ذلك جواب ابن رشد لما سُئل عن صرف الحبس الفائض عن المسجد إلى غيره؛ فقال: وما كان من المسجد لا يفضل من غلات أحباسها إلا اليسير، فلا يجوز أن يؤخذ منه لبنيان الجامع، مخافة أن تقلّ الغلة فيما يستقبل فلا تقوم به الحاجة إليه، وما كان منها يفضل من غلات أحباسها كثير حتى يُؤمن احتياج المسجد إليها فجائز أن يبنى ما انهدم من الجامع بها إذا لم يكن في غلة أحباسه ما يبنى به، وهذا على ما أجازه من تقدّم من العلماء في مثل هذا المعنى.[4]

---

[1]- ينظر: ابن سهل: ديوان الأحكام، ج1، ص590، عليش: منح الجليل، ج8، ص155.

[2]- ينظر: بهرام: الشامل، ج2، ص814.المواق: التاج والإكليل، ج7، ص647.

[3]- النفراوي: الفواكه الدواني، ج2، ص161.

[4]- ينظر:الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص135، 136، وانظر: ص 142-143. ابن سلمون: العقد المنظم، ص 466

وأجاب الحافظ القوري بأن المسألة ذات خلاف في القديم والحادث، وأن الذي جرت به الفتيا إباحة ذلك وجوازه وتسويغه، وهذا مروي عن ابن القاسم رواه عنه ابن حبيب عن أصبغ، وبه قال عبد الملك بن الماجشون، وأن ما قصد به وجه الله يجوز أن ينتفع ببعضه في بعض إن كانت لذلك الحبس غلة واسعة ووَفْرٌ بَيِّنٌ كثير يؤمن من احتياج الحبس إليه حالا ومآلا، وبالجواز أفتى ابن رشد -رضي الله عنه- برم مسجدٍ من وفر غيره، وإلى هذا ذهب الأندلسيون خلاف مذهب القرويين، والأصح الجواز، وهو الأظهر في النظر والقياس، ومن هذا ما جرت به العادة من إخراج الكتب من موضع شرط محبسها عدم إخراجها منه[1].

ومن الذين أجروا الفتوى على غير القول المعتمد طائفة من الفقهاء ؛ منهم ابن المكوي، قال: من حبس أرضا على مسجد فخرب وذهب أهله، يجتهد القاضي في حبسه بما يراه، وقال الباجي: لو كانت أرضا محبّسة له من الموتى، فضاقت بأهلها فلا بأس أن يدفنوا في المسجد بجانبها وذلك حبس كله، ومن نوازل البرزلي: بل الفتيلة من قنديل المسجد وأخذ زيته لا يجوز ولو كان ذلك لمسجد آخر لجرى على الخلاف بين الأندلسيين والقرويين في صرف الأحباس بعضها في بعض، وعلى الجواز العمل اليوم، مثل صرف أحباس جامع الزيتونة لجامع الموحدين، وأخذ حصره السنة بعد السنة وزيته كذلك.[2]

وسئل ابن علاق[3] عن حبس على طلاب العلم للغرباء أنه إن لم يوجد غرباء دفع لغير الغرباء. قال: ويشهد لهذا فتيا سحنون في فضل الزيت على المسجد أنه يؤخذ منه في مسجد آخر[4]، ومثله فتيا ابن زرب في حبس على حصن تغلب عليه يدفع في حصن آخر. قال: وما كان لله واستغني عنه فجائز أن يستعمل في غير ذلك الوجه ما هو لله، وقد نقل ابن الماجشون عن مالك: أُدخل في مسجد رسول الله صلى لله عليه وسلم دور محبّسة كانت حوله، هدمت وزيدت فيه.[5]

---

[1]-ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص، وانظر: الشنقيطي: لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ج11، ص425.

[2]- ينظر: المواق: التاج والإكليل، ج7، ص647.

[3]- **ابن علاق:** هو أبو عبد الله محمد بن علي بن قاسم بن علي بن علاق وبه عرف، قاضي الجماعة بغرناطة، أخذ عن ابن لب والمقري وابن مرزوق، وعنه المنتوري وابن سراج وأبو بكر بن عاصم، له شرح على ابن الحاجب الفرعي، وله فتاوى نقل بعضها في المعيار، ونقل عنه المواق في غير موضع، (ت 806ه)، ينظر: (التنبكتي: نيل الإبتهاج، ص477، مخلوف: شجرة النور، ص355).

[4]- ينظر: المواق: التاج والإكليل، ج7، ص 647.

[5]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص 424.

وسئل الشيخ أبو يحيى[1]عن أحباس بطرابلس الغرب تسمى بالجارية تباع غلاتها ويتصدق بها في رمضان، فهل يجوز صرفها في تأسيس مسجد محتاج إليه، لا سيما منها ما يخاف عليه الضياع وأكل متوليه أو صرفه له في غير نص الواقف أم لا؟ .

فأجاب بقوله: صرف ريع الوقف في وقف آخر فيه خلاف بين الأندلسيين والقرويين، قال السيد البليدي[2] في حاشيته على شرح الشيخ عبد الباقي ما نصه: مسألة مهمة، وهي أنه وقع الخلاف بين الأندلسيين في ريع الوقف المستغنى عنه حالا ومآلا لكثرة ذلك، هل يصرف في وجوه الخير؟ لأن ما كان لوجه الله يستعمل بعضه في بعض، وعليه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم وقاله ابن الماجشون، وعليه ابن رشد؛ ولأن في ذلك إبقاء غرض الواقف من ابتغاء الثواب والسلامة من الخيانة بسرقة الريع، أو يشترى به أصول وعليه القرويون"[3].

---

[1]- **أبو يحي:** هو الشيخ أبو يحي مصطفىبن رمضان بن عبد الكريم بن سليمان بن رجب البرلسي المصري المالكي، الشهير بالبولاق، كثيرا ما يشير إليه عليش في كتبه، تصدر للإفتاء والتدريس بالأزهر، له: الخطب السنية للجمع الحسينية، المنهل السيال لمن أراد شرب الزلال، السيف اليماني لمن قال في حل سماع الآلات والأغاني، توفي ببولاق (1263ه) ينظر: (الزركلي: الأعلام، ج7، ص233، كحالة: معجم المؤلفين، ج12، ص252).

[2]- **البليدي:** هو محمد بن محمد بن محمد الحسني التونسي المالكي المعروف بالبليدي، عالم بالعربية والتفسير، مغربي الأصل، سكن القاهرة وتوفي فيها، له: حاشية على تفسير البيضاوي، تكليل الدرري فقه المالكية. (ت 1176ه) ينظر: (الزركلي الأعلام، ج7، ص68).

[3]- عليش: فتح العلي المالك، ج2، ص242.

المبحث الخامس:

أن يصدر حكم العدول من مجتهد مؤهل.

يتعلق هذا الضابط بالمجتهد الذي يصدر منه حكم العدول عن القول المعتمد، إذ ليس كل واحد يُقبل منه ذلك الحكم، ولما كان العدول قائما على الاجتهاد، فقد اشترط علماء المذهب أن يكون صادرا عن أئمة لهم أهلية الاجتهاد، وسأتناول هذا الضابط من خلال بيان مراتب المجتهدين في المذهب المالكي، ثم نقل نصوص المالكية في اشتراط المرتبة المعتبرة في العدول، ووجه اشتراط هذا الضابط، وأختم المبحث بدراسة مسألتين فقهيتين كأنموذج لهذا الضابط الخامس.

المطلب الأول: مراتب المجتهدين عند المالكية.

إن الناظرين في الأحكام الشرعية ليسوا على مرتبة واحدة، وإنما هم على مراتب متفاوتة، فإما أن يكون مجتهدا مطلقا غير مقلد لغيره، له أصوله ومنهجه في استنباط الأحكام، وإما أن يكون مقيدا بغيره من المجتهدين، فيكون منتسبا لمذهب ما أو مجتهدا في مذهب بعينه، وقد تقل مرتبته فيكون مجتهدا في الفتيا والترجيح، وقد يكون من المقلدين وحفظة ونقلة المذهب ورواته، وهذا التقسيم للمجتهدين قال به ابن رشد، وتبعه عليه القرافي وابن فرحون وابن عرفة وغيرهم[1]، وهذه المراتب نظمها النابغة الغلاوي بقوله:

خذ طبقات الناس إذ يفتونـــــا ثلاثة لا الرابع المفتـــــــونا.

مجتهدان؛ مطلق مقيّـــــــــد بمذهب الأول المؤيّـــــــد .

ومثّلوا المطلق في المقاســـم بمالك والثاني كابن القاســـــــم.

وذان نالا غاية العلم ومـــــــا كان أصحّ علم من تقدّمـــــا.

---

[1]ـــ ينظر هذه المراتب إجمالا: ابن رشد: فتاوى ابن رشد، ج3، ص1500، القرافي: الفروق، ج2، ص123، الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص34، 35. الهلالي: نور البصر، ص 236، اللقاني: منار أصول الفتوى، ص 199.الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 142، 143. أبو زهرة محمد: أصول الفقه، ص365، 370. الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص317. بابا الشيخ الشنقيطي: إرشاد المقلدين عند اختلاف المجتهدين، تحقيق الطيب بن عمر بن الحسني، دار ابن حزم ط1: 1418ه/1997م، ص175.

والثالث المتقن فقه مذهـــــب مستبحرا لكنه في غيهـــــب.

إذ لم يحط بجملة المقاصـــــــد كسائر الأصول والقواعـــــد.

ورابع الأقسام من قد اقتصـــر في مذهب على كتاب مختصر.

في ضمنه مسائل ما شيّـــــدت قد خصّصت في غيره وقيّدت.[1]

وفيما يأتي تفصيل لهذه المراتب.

الفرع الأول: المجتهد المطلق.

ويسمى المجتهد المستقل، وهو: " الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية من غير تقليد وتقييد بمذهب أحد"[2]، وقال القرافي: "هو من استكمل فيه شرائط الاجتهاد"[3].

وقيل: "هو النّاظر في الأدلة الشرعية من غير التزام مذهب إمام معين، كمالك والشافعي وأبي حنيفة وأحمد"[4]،ويتصف بثلاث خصال:

- إحداها: التصرف في الأصول التي عليه بناء مجتهداته.
- الثانية: تتبع الآيات والآثار بمعرفة الأحكام التي سبق الجواب فيها واختيار بعض الأدلة المتعارضة على بعض، وبيان الراجح من محتملاته والتنبيه لمآخذ الأحكام من تلك الأدلة.
- الثالثة: الكلام في المسائل التي لم يسبق بالجواب فيها أحد من تلك الأدلة.[5]

---

[1]- النابغة الغلاوي: البوطليحية، ص 124، 125.

[2]- ابن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي، تحقيق: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط2: 1423ه/2002م، ج1، ص27.

[3]- القرافي: الفروق، ج2، ص116.وقال الهلالي: " وهذه الطبقة معدومة اليوم فيما رأينا" ولذلك لم يذكره ابن رشد في تصنيفه، ينظر: الهلالي: نور البصر، ص 23.

[4]- العلوي الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص322.

[5]- ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص496.

الفرع الثاني: المجتهد المنتسب.[1]

ويسمى أيضا المجتهد المقيّد، وهو الذي وجدت فيه شرائط الاجتهاد المستقل، ثم لم يبتكر لنفسه قواعد، بل سلك طريقة إمام من الأئمة في الاجتهاد، فإذا سئل نظر في نصوص إمامه كنظر المطلق في نصوص الشرع.[2]

قال الحجوي: "وأما المنتسب فمن سلم أصول إمامه، واستعان بكلامه كثيرا في تتبع الأدلة، والتنبيه للمآخذ، وهو مع ذلك مستيقن بالأحكام من قبل أدلتها، قادر على استنباط المسائل منها، قل ذلك أو كثر"[3].

وقال في مراقي السعود: ملتزم أصول ذاك المطلق ... فليس يعدوها على المحقق.

يعني أن المجتهد المقيد: هو الملتزم مراعاة مذهب معيّن، فصار نظره في نصوص إمامه كنظر المجتهد المطلق في نصوص الشارع، فلا يتعداها إلى نصوص غيره.[4]

الفرع الثالث: مجتهد المذهب.

ويسمى صاحب الوجوه، فإذا قالوا فلان من أصحاب الوجوه فمرادهم أنه مجتهد المذهب، وهو المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه[5]، وقد اختلفت ألفاظ وعبارات المالكية في مفهومه:

فقال الصاوي: " هو الذي يَقدِر على إقامة الأدلة في مذهب إمامه"[6].

وقال العطار: " هو المتمكن من تخريج الوجوه التي يبديها على نصوص إمامه في المسائل"[7].

---

[1]- لم تذكر هذه المرتبة في تقسيم ابن رشد ومن تبعه، وقد ذكرها وأضافها الحجوي والشنقيطي في نظم مراقي السعود، وأبو زهرة، ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص495، العلوي الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص322.

[2]- أبو زهرة: أصول الفقه، ص370.

[3]- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص497.

[4]- ينظر: عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، ج2، ص322.

[5]- المرجع نفسه، ج2، ص322.

[6] - أحمد الصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 4، ص188 .

[7] - العطار: حاشية العطار على جمع الجوامع، ج2، ص425، وانظر: القرافي: الفروق، ج 2، ص122، اللقاني: منار أصول الفتوى، ص 199.

وفي المعيار المعرب من جواب الشريف التلمساني ما نسبه للقرافي: "أن مجتهد المذهب هو الذي يكون مطلعا على قواعد إمامه الذي قلده، ومحيطا بأصوله ومآخذه التي يستند إليها، وعارفا بوجوه النظر فيها "[1].

وقال الحجوي: ودونه—المجتهد المطلق- مجتهد المذهب، وهو المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه، أي: القادر على التفريع والتخريج"[2].

ومن خلال هذه التعريفات يظهر لنا عمل مجتهد المذهب، بأنه الذي يستدل على الأحكام بنـــاء على قواعد إمام مذهبه، ويستخرج الوجوه من الروايات المنصوصة عن إمامه .

فيشترط فيه ثلاثة شروط هي:

- العلم بقواعد الإمام معرفة دقيقة .
- القدرة على تخريج الأحكام على مرويات الإمام .
- القدرة على الترجيح بين أقوال الإمام .

ومن أمثلة هؤلاء المجتهدين في مذهب مالك رحمه الله ؛عبد الرحمن بن القاسم[3]وعبد الله بـــن وهب وأشهب بن عبد العزيز وغيرهم.[4]

قال في مراقي السعود:

مجتهد المذهب من أصوله منصوصة أو لا حوى معقوله.

وشرطه التخريج للأحكام على نصوص ذلك الإمـــام.[5]

---

[1]- الونشريسي: المعيار، ج11، ص 365، 366.

[2]- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص495.

[3]- اختلف المالكية في مرتبة ابن القاسم؛ هل هو مجتهد مطلق أم مجتهد في المذهب مقلد لقول مالك؟ ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج11، ص 373.

[4] - ينظر: القرافي: الفروق، ج2، ص123. الونشريسي: المعيار، ج11، ص 366.

[5] - محمد الأمين الشنقيطي: نثر الورود على مراقي السعود، ج1، ص628.

وهذه الطبقة قال فيها ابن رشد: " وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصـــوله، فأخذت نفسها بحفظ أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، ثم تفقهت في معانيها، فعلمت الصـــحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفـــروع علـــى الأصول ؛ لكونها عالمة بأحكام القرآن، عارفة بالناسخ منها من المنسوخ، والمفصل من المجمل والخـــاص من العام، عالمة بالسنن الواردة في الأحكام، مميزة بين صحيحها من معلولها، عالمة بأقوال العلماء مـــن الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار، وما اتفقوا عليه مما اختلفوا فيه، عالمة بعلم اللسان ما تفهم به معاني الكلام، بصيرة بوجوه القياس، عارفة بوضع الأدلة بمواضعها، ...ثم قال: وهذه الطائفـــة هي التي يجوز لها الفتوى عموما بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة وإجماع الأمة بالمعنى الجامع بينهما وبين النازلة"[1].

الفرع الرابع: مجتهد الفتيا.

ويسمى أيضا مجتهد التّرجيح[2]،وتأتي هذه الطبقة دون الطبقة السابقة في الاجتهاد، وقيل في مفهومه: "هو المتبحّر في مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول له على آخر أطلقهما"[3].

وقيل: "هو المتبحّر في مذهب إمامه الذي قلد فيه، ويفتي الناس بمسائله، المتمكن من ترجيح قول على آخر أطلقهما ذلك الإمام بأن لم ينص على ترجيح واحد منهما، أو المتمكن من ترجيح قول أصحاب ذلك الإمام على قول آخر أطلقوهما.[4]

وعرّفه القرافي بقوله: "هو من لم يبلغ رتبة أصحاب الوجوه، لكنه فقيه النفس، حافظ لمـــذهب إمامه، عارف بأدلته، قائم بتقريرها، يصوّر ويحرّر ويقرّر ويمهّد ويرجّح، لكنه قصر عن أولئك لقصوره عنهم في حفظ المذهب، أو الارتياض في الاستنباط ومعرفة الأصول ونحوها من أدلتها"[5].

---

[1] – ابن رشد: فتاوى ابن رشد، ج3، ص1500، وانظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص34، 35. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 142، 143.

[2]– القرافي: الفروق، ج2، ص123.

[3] – العطار: حاشية العطار على جمع الجوامع، ج2، ص425، وانظر: اللقاني: منار أصول الفتوى، ص 200.

[4]– أبو زهرة: أصول الفقه، ص371.

[5]– القرافي: الفروق، ج2، ص123.

قال في مراقي السعود: مجتهد الفتيا الذي يرجح قولا على قول وذاك أرجح .

ومعناه: أن مجتهد الفتيا (بضم الفاء): هو المتبحّر في مذهب إمامه المتمكّن من ترجيح قول له على آخر أطلقهما ذلك الإمام، بأن لم ينصّ على ترجيح واحد منهما على الآخر، والمتمكّن من ترجيح قول أصحاب ذلك الإمام على قول آخر أطلقوهما[1].

وهذه صفة كثير من المتأخرين الذين رتبوا مسائل المذاهب وحرّرُوها، وصنّفوا فيها تصانيف بها يشتغل الناس غالبا، ولم يلحقوا من يخرج الوجوه ويمهّد الطرق في المذاهب، ومن أمثلة هؤلاء المجتهدين في مذهب الإمام مالك: المازري، وابن رشد، واللخمي، وابن العربي، والقرافي، وغيرهم[2].

وقال ابن رشد في هذه المرتبة الاجتهادية: " وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصوله التي بناه عليها، فأخذت نفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، وتفقهت في معانيها، فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق لمعرفة قياس الفروع على الأصول، ..ثم قال: فيصح لها أذا استفتيت أن تفتي بما علمته من قول مالك أو قول غيره من أصحابه، إذا كانت قد بانت لها صحته، كما يجوز لها في خاصّتها الأخذ بقوله، ولا يصحّ لها أن تُفتي بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصاً من قول مالك أو قول غيره من أصحابه، إذ ليست ممن كمل لها آلات الاجتهاد التي يصحُّ لها به قياس الفروع على الأصول."[3]

الفرع الخامس: حفظة المذهب ورواته.

وهذه مرتبة ليست من الاجتهاد في شيء، وصاحبها: هو من يقوم بحفظ المذهب وفهمه في الواضحات والمشكلات ومعرفة عامه وخاصه ومطلقه ومقيده، لكن عنده ضعف في تقرير أدلته وتحرير أقيسته بجهله بالأصول فهذا يعتمد نقله وفتواه فيما يحكيه من مسطورات مذهبه وما لا يجده منقولًا إن

---

[1]- ينظر: عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، ج2، ص322. محمد الأمين الشنقيطي: نثر الورود على مراقي السعود، ج1، ص628.

[2] - ينظر: القرافي: الفروق، ج2، ص 123. الونشريسي: المعيار، ج11، ص 366.

[3]- ابن رشد: فتاوى ابن رشد، ج3، ص1501، وانظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص34، 35. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 143.

وجد في المنقول معناه بحيث يدرك بغير كبير فكر أنه لا فرق وكذا ما يعلم اندراجه تحت قاعدة من قواعد مذهبه وما ليس كذلك يجب إمساكه عن الفتوى به ولا يجوز لأحد العمل به، قال في مراقي السعود: لجاهل الأصول أن يفتي بما .... نقل مستوفى فقط وأمِّما[1] .

وهذه المرتبة يُعتمد نقلها فيما يحكيه من مسطرات مذهبه، إذا توفرت فيهم شرائط الرواة في علم الحديث[2]، لذلك شبّه ابن مرزوق هذا الناقل للأقوال والروايات بالمؤتمن على أمانات يجب عليه إخراج جميعها لأربابها، أو وصيات من أناس لأناس، إذا لا يدري لعلّ غيره أرجح عند الله، فيدخل في مقتضى قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾[سورة الإسراء: 36][3]

قال ابن رشد في هذه المرتبة: " وطائفة اعتقدت صحّة مذهب مالك تقليدا بغير دليل، فأخذت نفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، دون أن تتفقه في معانيها، فتميّز الصحيح منها من السّقيم، ...فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك أو قول أحد أصحابه، إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك، ولا تصحّ الفتوى بمجرد التقليد من غير علم، ولكن يصح لها في خاصتها إن لم تجد من يصح لها أن تستفتيه، فتقلّد مالكا أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم، وأن تُعلم من نزلت به نازلة بما حفظته فيها من أقوالهم"[4].

وهذه الطبقة عددها أكثر من غيرها، وعلى الجملة فالمجتهدون المقلدون في المذهب المالكي وصلوا من الكثرة حدا يصعب تعدادهم، إذ هم الذين حرروا فروع المذهب، وأوضحوا أصوله، وقعدوا قواعده، ونموا مسائله، ودونوا فيه الدواوين العظام، التي زخرت بالأحكام الفرعية في كل باب، حيث أصبحت أقوال صاحب المذهب لا تشكل إلا قدرا يسيرا إذا ما قورنت بما أضافوه، وقد استقرى

---

[1] – ينظر: عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود على مراقي السعود، ج2، ص323. محمد الأمين الشنقيطي: نثر الورود، ج1، ص628 .

[2] – ينظر: الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 131 .

[3] – ينظر: الحطاب: مواهب الجليل، ج6، ص97.

[4] – ابن رشد: فتاوى ابن رشد، ج3، ص1501، وانظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص34، 35. الخليفي: الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، ص 143.

الدكتور عمر الجيدي المجتهدين في المذهب المالكي في المدرسة المغربية فوجدهم ستين مجتهدا أو يزيدون[1]، مما يدل على نموّ المذهب وازدهاره .

وبعد بيان مراتب المجتهدين في المذهب المالكي، ورأي المالكية في كل مرتبة، يقتضي الأمر معرفة المراتب المؤهلة للعدول عن القول المعتمد، وتحديد أي نوع من الفقهاء المؤهلين لصدور أحكام العدول عنهم، وهذا ما سنبيّنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مرتبة الاجتهاد المعتبرة في العدول ووجه اشتراطها.

ذكر الأصوليون أن مجتهد المذهب يتعامل مع أقوال الإمام ونصوصه، كتعامل المجتهد المطلق مع نصوص الشرع ؛ تخصيصا وتقييدا وتبيينا ونسخا وغير ذلك من القواعد الأصولية، وهذه القاعدة في نظري ساعدت على نمو المذاهب الفقهية من جهة جمع أقوال الإمام المطلق وتقرير مذهبه باستنباط أصوله وقواعده وبيان الراجح من المرجوح، والقوي من الشاذ، والأصل من الفرع، وغيرها من المسائل التي بها عُرف مذهب ذلك الإمام، وجنت عليه من جهة أخرى وهي أن هذا الجهد المبذول من مجتهدي المذهب في أقوال الإمام ساعد على فهم المخصصات والمقيدات والمرجحات والنسخ في أقوال الإمام، لا في نصوص الشرع مما أظهر جفوفا في التدليل من المنقول على أقوال الأئمة، فلو أن هذا الجهد المبذول صُرِف إلى إعمال النظر في نصوص الشرع بأصول وقواعد الإمام المقلد لزخرت تلك الأقوال بالأدلة الشرعية .

وعلى العمل بهذه القاعدة ــ وهي أن مجتهدي المذهب يتعاملون مع أقوال الإمام كتعامل المجتهد المطلق مع نصوص الشرع-[2]، فإذا وجد في المذهب عدة أقوال للإمام وأصحابه، وعُلم المقدم منها على المؤخر والمعتمد منها على غيره، فكيف يعدل مجتهدوا المذهب عن قول الإمام، وما هي المرتبة الاجتهادية المطلوبة لجواز ذلك العدول؟

---

[1] - ينظر: الجيدي: مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص 281 .

[2]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج 11، ص 363.

وبالرجوع إلى نصوص أئمة المذهب المتأخرين نجد أنهم قد اختلفوا – بين مضيّق وموسّـــع– في تقدير المرتبة الاجتهادية التي تمكن صاحبها من الفتوى والعمل بمخالفة المعتمد في المذهب، فقال القرافي: " من لم يضبط مدارك إمامه ومستنداته وحكمه، فلا يفتي إلا بما يحفظه وينقله من مذهبه، اتباعا لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا، لا بكل قول فيه، إذ لا يعرى مذهب من المذاهب عن قول خـــالف فيـــه المجتهد الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السّالم عن المعارض الراجح، لكنه قد يقـــل وقـــد يكثر"[1]، وهذه الشروط لا تتحقق إلا في مجتهد المذهب كما سبق بيانه.

قال ابن فرحون: قال المازري في كتاب الأقضية: " الذي يفتي في هذا الزمان أقل مراتبه في نقل المذهب أن يكون قد استبحر في الاطلاع على روايات المذهب، وتأويل الشيوخ لها، وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر، واختلاف مذاهب، وتشبيههم مسائل بمسائل، قد يسبق إلى النفس تباعـــدها، وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع في النفس تقاربها وتشابهها، إلى غير ذلك مما بسطه المتـــأخرون في كتبهم، وأشار إليه المتقدمون من أصحاب مالك في كثير من رواياتهم، فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب"[2]، ويفهم من قول المازري أنه إذا لم يوجد مجتهد المذهب جاز لمجتهد الترجيح أن يفتي في المذهب.

وقال الهلالي: "إن المُفتي القادر على الترجيح له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رُجحانـــه، لا مطلقًا، وذلك على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه، من المصلحة حسب الوقائع واعتبار النـــوازل والأشخاص"[3]، وقال الحجوي: "ويشترط في القاضي الذي حكم به أن يكون فقيها عادلا لا جـــاهلا ولا جائرا"[4].

ولعل الاختلاف في مرتبة الاجتهاد راجع إلى طبيعة المسائل المعدول بها ونوعها، فإذا كانت وقائع مستجدة وليس لها نظيرها فلابد من مرتبة مجتهد المذهب، أما إذا كانت مسائل مبناها على العرف

---

[1]– القرافي: الفروق، ج2، ص124.

[2]– ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص76. وانظر: عليش: فتح العلي المالك، ج1، ص70.

[3]– الهلالي: نور البصر، ص261.

[4]– الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص465.

أو المصلحة فيكفي فيها مرتبة مجتهد الترجيح والفتيا، وبناء على هذا فإن مسائل العمل التي يمكن ترجيحها استنادا إلى العرف أو بناؤها عليه، أو استنادا إلى قول الأكثرية لا يشترط في إجرائها إلا مرتبة الفقيه العادي المتطلع على المذهب، لأن بناء الأحكام على العرف والترجيح بقول الأكثرية لا يختص بالمجتهدين، بل الفقيه الصرف يدرك ذلك، لأن العرف يشترك في إدراكه العام والخاص[1].

أما الوقائع الجديدة التي لم يسبق للأئمة السابقين أن تكلموا فيها وفيما يشبهها، أو الترجيح بالمصلحة أو سد الذريعة أو مراعاة الضرورة، فإن ذلك يحتاج إلى مؤهلات أكثر، والمرتبة المحتاج إليها في مثل هذه الأمور هي مرتبة مجتهد المذهب،وعند انعدامه فيمكن أن يسد فراغه مجتهد الترجيح، لأن التكليف مقرون بشرط الإمكان[2].

ووجه اشتراط أهلية المجتهد في العدول عن القول المعتمد؛ أنه قد يصدر حكم العدول من مفتٍ أو قاضٍ مقلدٍ غير مؤهل، فيتبعه من بعده، قال الهلالي: " وربما عمل القضاة بغير المشهور لجهله أو جوره، لا لموجب شرعي، فيتبعه من بعده لنحو ذلك، فيقال جرى به العمل، ولا يجوز التقليد في الجور والجهل، وقد سألت قاضيا ممن مارس صنعة القضاء ونشأ بين أهلها عن مستندهم في بعض المسائل جرى عملهم فيها بغير المنصوص، إذ لم أجد لها مستندا ولو شاذا، فلم يجد جوابا و لم يعرف من أجراه أولا، وسألت آخرا عن مثلها فكان كذلك"[3].

قال النابغة الغلاوي:

ورجّحوا بالدّرء للمفاســـــد وبالمصالح لقول كاســـد.

وخصّصوا الترجيح بالمصـــالح وبالمفاسد بثبتٍ صـــالح.

لكونه أهلا للاجتهـــــــــاد قد أتقن الآلات بالسُّهاد.

فقيه نفس لم يكن مغفّـــــلا وبأصول الفقه قد تكمّلا.

---

[1]- ينظر: الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص468.

[2] – ينظر: العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 362.

[3]- ينظر: الهلالي: نور البصر، ص263، القادري: رفع العتاب والملام، ص24، السجلماسي، فتح الجليل الصمد، ص 7.

أحاط بالفروع والقواعـــــد فكان ساعيا لكل قاعــد.

هذا كلام العلمـــــــاء الأول في صفة الثّبـــت المُرجّح ولي.[1]

ووجه ذلك أيضا؛ أن مجتهد المذهب أو مجتهد الترجيح مؤهل لتمييز المصالح والمفاسد والضرورات والحاجات التي هي موجب للعدول، قال الحجوي عند قول الهلالي "أن يكون من الأئمة المقتدى بهم": "هو مجتهد الفتوى،بحيث يتبيّن له رجحان القول الذي عمل به بأدلته التي منها المرجحات المذكورة، وإلا فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح أو من قاض مجتهد الفتوى، بيَّن وجه ترجيح ما عمل به، لأنه هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة أو ذريعة إليها، ويميز ما هو في رتبة الضرورات أو الحاجات وما هو في رتبة التحسينات... وعلى كل حال فلا يقدر على نقل مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلا".[2]

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة غلّة بيع الثنيا.

أولا– صورة المسألة.

بيع الثنيا: اختلف المالكية في صورة بيع الثنيا؛ فجعله ابن رشد عامًّا في كل بيع وشرط مناف للبيع، قال في المقدمات: " بيع الشروط المسمى عند العلماء بيع الثنيا، كالبيع على أن لا يبيع ولا يهب"[3]، وخصصه الأكثر بأنه: " من ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن، فالسلعة له"[4]، وهو عند المالكية من البيوع الفاسدة، ويسمى عند المتأخرين أيضا: الإقالة، والبيع المُعاد.[5]

---

[1]– النابغة الغلاوي: نظم البوطليحية، ص 122، 123.

[2] –الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص465، 466.

[3]– ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج2، ص64.

[4]– ابن عرفة: المختصر الفقهي، ج5، ص313.، وانظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ص 354.

[5]– ينظر: الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج5، ص155.

قال المتيطي: أما الثنيا فلا يجوز انعقاد البيع عليها في شيء من الأشياء، وهو أن يقول أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة بثمن كذا، على أني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا، فالمبيع مردود، فإن تبايعا على ذلك فسخ البيع، ما لم يفت ذلك بيد المبتاع، فيلزم القيمة يوم القبض[1].

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

قال الرجراجي: اختلف في بيع الثنيا على قولين؛ أحدهما: أنه بيع، والثاني: أنه رهن. وفائدة الخلاف في ذلك: الغلة، فمن رأى أنه بيع قال: لا يرد المشتري الغلة فهي له، ومن رأى أنه رهن قال: يرد الغلة وأنه في ضمان البائع في كل عيب ونقص يطرأ عليه من غير سبب المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضامن له، وحكمه حكم الرهن في سائر أحكامها[2].

القول الأول: الغلة في الثنيا للمشتري لأنه بيع، وهو قول ابن القاسم **وهو المشهور**[3].

قال الحطاب: "أصل هذه المسألة في كتاب بيوع الآجال من المدونة، قال فيه: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له، لم يجز لأنه بيع وسلف"[4].

ومن العتبية: قال مالك فيمن اشترى أرضًا على بيع ثنيا فبنى وغرس: إنه فوت، وقال أيضًا فيمن اشترى حائطًا على مثل ذلك فاعتل وبنى وحفر، فقال: الغلة للمشتري بالضمان، ويرد الحائط وللمشتري على البائع ما أنفق في بنيان جدار أو حفر، فجعله بيعًا وأنه ضامن، والغلة له.[5]

القول الثاني: الغلة في الثنيا للبائع لأنه رهن، وهو قول **سحنون وابن الماجشون**.

---

[1]– ينظر: ميارة: الإتقان والإحكام، ج2، ص4.

[2]– ينظر: الرجراجي: مناهج التحصيل، ج6، ص294، 295.

[3]– ينظر: ابن سلمون: العقد المنظم، ص 233، الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1404ه/1984م، ص236. الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص261.

[4]– الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص236.

[5]– ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج6، ص160، ابن رشد: البيان والتحصيل، ج7، ص336، اللخمي: التبصرة، ج9، ص4202.

قال ابن عرفة: "وعلى قول سحنون، وابن الماجشُون وغيرهما: إنه سلف جر نفعًا، ترد الغلة للبائع".[1]

قال المازري: "وحكي عن الشّيخ أبي الحسن القابسي، رضي الله عنه، أنّه أجرى ذلك مجرى الرّهان، واعتذر عنه بعض المتأخّرين بأنّه لمّا كثر عند أهل إفريقيّة، الّتي كان ساكنًا بها... وهكذا ذكر ابن شبلون[2]، -رحمه الله-".[3]

ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.

أورد الونشريسي هذه المسألة في نوازل الشهادات، وعنون لها بقوله: " هل على المشتري غلّة في مسألة الثنيا؟"، و لم يسمّ السائل والمسؤل عنها، وجاء في جوابه: " وقد اختلف في الغلة، فمذهب ابن القاسم لا غلّة على المشتري، ومذهب سحنون عليه الغلة، قال الفقيه راشد: وبمذهب سحنون مضت الفتيا من الأشياخ"[4].

قال في العاصمية: والبيع بالثنيا لفسخ داع ... والخرج بالضمان للمبتاع.

ولا كراء فيه هبة لأجل ... أو لا وذا الذي به جرى العمل.

والشرح للثنيا رجوع ملك من ... باع إليه عند إحضار الثمن.

أي: أن البيع بالثنيا يفسخ ما لم يمض، فإذا مضى فالغلة للبائع جريا على المشهور، وهو والذي عليه العمل، وذكر الحطاب وميارة أنه قد عمّت به البلوى في زمانهما، وأنه فحش وانتشر، ولا تجد فيمن يعاملهم في الغالب رأفة ولا رحمة، بل قلوبهم كالحجارة أو أشد قسوة، وكأنه تقدمت بينهم عداوة قديمة، هذا هو الغالب فيما رأينا، فإنا لله وإنا إليه راجعون.[5]

---

[1]- ابن عرفة: المختصر الفقهي، ج5، ص314.

[2]- **ابن شبلون:** هو أبو القاسم عبد الخالق بن خلف بن سعيد بن شبلون القيرواني، تفقه بابن أخي هشام وسمع من ابن مسرور الحجاج وكان الاعتماد عليه بالقيروان في الفتوى بعد ابن أبي زيد، ألف كتاب المقصد أربعين جزءاً (ت 391 ه) ينظر: (ابن فرحون: الديباج، ج2، ص22، مخلوف: شجرة النور، ص 144).

[3]- المازري: شرح التلقين، ج2، ص386.

[4]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج10، ص 261.

[5]- ينظر: ميارة الإتقان والإحكام، ج2، ص5.

الفرع الثاني: مسألة شهادة الابن مع أبيه.

أولا– صورة المسألة.

يأتي ذكر هذه المسألة في نوازل الشهادات، وتسمى شهادة ذوي القرابة بعضهم لبعض، كما ورد ذكرها في نوازل الأنكحة والطلاق في مسائل الإشهاد على الطلاق، وصورة المسألة أن يشهد رجل في قضية ما، فيطلب منه القاضي أن يشهد معه شاهد آخر حتى يحكم له، فلا يجد من يشهد معه إلا ابنه، فهل يعتبر القاضي شهادة الابن مع أبيه شهادة مستقلة؟، فيثبت بها الحكم، أم يعتبرهما شهادة واحدة ؟، فلا يحكم بها؟، وذلك لتطرق التهمة في الشهادة لكونهما ذوي قرابة.

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

القول الأول: شهادة الابن مع أبيه شهادة واحدة، **وهو المشهور.**

جاء في المدونة:" قلت: أرأيت إن شهد لي أبي أو ابني، أن فلانا هذا الميت أوصى إلي، أتجوز شهادتهم في قول مالك أم لا؟ قال: قال مالك: لا تجوز شهادة الأب لابنه ولا شهادة الابن لأبيه. قلت: تحفظ عن مالك في شهادة ولد الولد لجدهم، أو شهادة الجد لولد الولد؟ قال: لا أقوم على حفظه الساعة، ولا أرى أن تجوز"[1].

وسئل أصبغ عمّن شهد على شهادة أبيه، وأبوه عدل مرضي. فقال: لا تجوز شهادته على شهادة أبيه، ولا شهادة الأب على شهادة ابنه، وكل من لا يجوز لك أن تعدله فلا يجوز لك أن تشهد على شهادته، وإن كان عدلا مبرزا[2].

وفي المختصر: " وشهادة ابن مع أب ككل عند الآخر على شهادته أو حكمه"[3] أي: المقبول واحدة وقوله: " فتحتاج لآخر" أي: فيما يحتاج لشاهدين؛ كنكاح وطلاق وعتق. وقوله: " أو يمين"،

---

[1]– سحنون: المدونة الكبرى، ج4، ص20.

[2]– ينظر: ابن أبي زمنين: منتخب الأحكام، ج1، ص121، بهرام: الشامل، ج2، ص85.، الزرقاني: شرح الزرقاني على خليل، ج7، ص295.

[3]– خليل: المختصر، ص 262.

أي: من المشهود له إذا كانت بمال أو بما يئول إليه ...وما ذكره المصنف من أن شهادة الأب وابنه شهادة واحدة قول أصبغ .[1]

القول الثاني: شهادة الابن مع أبيه شهادتان، وهو قول **مطرف وابن الماجشون وسحنون**[2].

قال ابن رشد: "الخلاف في شهادة الأب عند ابنه، والابن عنده، وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه، وشهادة كل منهما على حكم صاحبه، وشهادة كل منهما مع صاحبه واحد. قيل: كل ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرف"[3].

قال ابن فرحون: "ولو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت، وهذا القول هو المعمول به، وذكر في معين الحكام أن القول بكون شهادة الأب مع ابنه شهادتين أعدل من القول بأنهما شهادة واحدة"[4].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

عدل أهل الأندلس عن مشهور المذهب في المسألة، وجرى العمل في أقضيتهم وفتاويهم بقول مطرف وابن الماجشون وسحنون، ونص على هذا العدول ابن عاصم في التحفة:

وساغ أن يشهد الابن في محل مع أبيه وبه جرى العمل.[5]

يعني: أنه يجوز أن يشهد الابن مع أبيه على أمر واحد على ما جرى به العمل، كل ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرف وقيل: غير جائز وهو قول أصبغ.[6]

---

[1]– ينظر: الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، 168.

[2]– ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج8، ص307، القرافي: الذخيرة، ج10، ص260، ابن عرفة: المختصر الفقهي، ج9، ص281، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، 168، الزرقاني: شرح الزرقاني على المختصر، ج7، ص295.

[3]– ابن رشد: البيان والتحصيل، ج10، ص204. وانظر: ابن عرفة: المختصر الفقهي، ج9، ص281، الونشريسي: المعيار المعرب، ج6، ص13، وانظر ص32، المواق: التاج والاكليل، ج8، ص168، عليش: منح الجليل، ج8، ص399، ميارة، الإتقان والإحكام، ج1، ص59.

[4]– ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص267.

[5]– ابن عاصم: التحفة، ص 24.

[6]– ينظر: ميارة: الإتقان والإحكام، ج 1، ص59، التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج2، ص 156.

وقد ذكر الفقيه النوازلي أبو سالم سيدي إبراهيم بن عبد الرحمن الجلالي[1] في تأليفه المسمى "بالمسألة الأمليسية في الأنكحة الإغريسية" ما حاصله أن الفقيهان يحي السراج والحميدي[2] اختلفا في شهادة الأب مع ابنه، فأفتى السراج بالقول المعتمد كما عند خليل، وحكم الحميدي بقول ابن عاصم، فوقع الاجتماع عليها عند السلطان أبي العباس السعدي بفاس العليا ووقع الحكم فيها بما قاله الحميدي لعلمه بالعمل.[3]

[1]- أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن الجلالي التسولي التازي، عرف بابن أبي يحي، أخذ عن ابن رشيد وأبي الحسن بن سليمان وأبي الحسن الصغير، لازمه وتفقه عليه وعلى أبي زكريا بن ياسين وأبي الحسن السدراتي وغيرهم، وعنه: لسان الدين ابن الخطيب، له: تقييد على التهذيب، وتقييد على الرسالة نبيلان، وجمع أجوبة شيخه المذكور التي شرحها الشيخ إبراهيم بن هلال المسمى بالدر النثير، (ت 749ه) .ينظر: (مخلوف: شجرة النور الزكية، ص316.)

[2]- **القاضي الحميدي:** عبد الواحد بن أحمد الحميدي المالكي الفاسي، أعدل قضاة المغرب في زمانه، ومن أطولهم مدة في القضاءبفاس، أخذ عن الزقاق وعبد الواحد الونشريسي، وعبد الرحمان الفاسي، (ت 1003ه) ينظر: (محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 425، الزركلي: الأعلام، ج4، ص174)

[3]- ينظر: البناني: الحاشية على شرح الزرقاني، 7، ص259. ميارة، الإتقان والإحكام، ج1، ص59.

المبحث السادس:

أن يكون العدول لموجب يقتضي ذلك.

أتناول في هذا المبحث الضابط السادس من ضوابط العدول عن القول المعتمد، وهو متعلق بدليل العدول، وهو معرفة الموجب للعدول وسببه، بأن يكون قائما ومتحقّقا زمن الحكم بالعدول، وقد تناولت في الفصل الأول الأسباب الموجبة للعدول عن القول المعتمد بالتفصيل، لذلك سأقتصر على ذكر نصوص فقهاء المالكية في اشتراط هذا الضابط وبيان وجه الاشتراط، مع دراسة وبحث مسألتين فقهيتين من فروع المسائل الفقهية كأنموذج تطبيقي لهذا الضابط.

المطلب الأول: وجه اشتراط معرفة الموجب للعدول عن القول المعتمد.

إن معرفة الموجب الذي لأجله عدل المفتي أو القاضي عن القول المعتمد شرط بالغ الأهمية في صحة الحكم بالعدول عن القول المعتمد، لأن الموجب هو الدليل الذي يستدلّ به المفتي أو القاضي على صحة الحكم بالقول المعدول إليه، وليس كل موجب يستدل به على العدول يسلم، فمنه المقبول ومنه المردود، ومنه القوي ومنه الضعيف، فكان لا بد من معرفة موجب العدول بالتنصيص عليه أوّلا، ليتسنى بعدها معرفة تحقق هذا الموجب في المسألة المعدول بها، وكثيرا ما يختلف الفقهاء في سبب العدول في فروع المسائل الفقهية، قبولا وردّا، وتحقّقا وانتفاء.

قال الحجوي: " يعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول مخالف للمشهور لدرء مفسدة، أو لخوف فتنة، أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف لا غيرها، أو نوع من المصلحة، أو نحو ذلك فيأتي من بعده، ويقتدي به ما دام الموجب الذي لأجله خالف المشهور في مثل تلك البلد، وذلك الزمن، وهذا مبني على أصول في المذهب المالكي قد تقدمت، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، أو جلب مصلحة، فهو على أصله في المصالح المرسلة ...، فتقدم أنه من الأصول التي بني الفقه عليها"[1].

وقال العلوي الشنقيطي في شروط العمل بالضعيف: "وبشرط أن تتحقّق تلك الضرورة في نفسه، فلا يجوز للمفتي أن يفتي بغير المشهور، لأنه كما قال المسناوى: لا تتحقق الضرورة بالنسبة إلى

[1]- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 465.

غيره كما يتحققها من نفسه، ولذلك سدوا الذريعة فقالوا: تمنع الفتوى بغير المشهور خوف أن لا تكون الضرورة محققة، لا لأجل أنه لا يعمل بالضعيف إذا تحققت الضرورة يومًا ما، ذكره شيخنا البناني عند قول خليل: فحكم بقول مقلده قوله وقد تحقق ضرًا"[1]، فاشترط تحقّق الضرورة للعمل بالضعيف، وقد تقدم أن الضرورة من موجبات الترخص في الفتوى بالعدول عن القول المعتمد بشروطها، بل قد نصّ على أنه إذا لم يتحقق من وقوع الضرورة عند غيره لم يجز له الفتوى بغير المشهور سدّا للذريعة، وهذا ما يؤكد أهمية معرفة موجب العدول.

وقال في مراقي السعود: بل للترقي لمدارج السنا ويحفظ المدرك من له اعتنا.

يعني: أن ذكر الأقوال الضعيفة في كتب الفقه يكون للترقي لمدارج السنا، بالقرب من رتبة الاجتهاد، حيث يعلم أن هذا القول قد صار إليه مجتهد، ولذا قال بالأقوال التي رجع عنها مالك كثير من أصحابه وممن بعدهم، وليحفظ المدرك أي: الدليل من له اعتناء بحفظه، وهو المتبصّر، إذ التّبصر أخذ القول بدليله الخاص به، من غير استبداد بالنظر ولا إهمال للقائل، وهذه رتبة مشايخ المذاهب[2].

وفي مسائل العمل المعدول بها عن الراجح والمشهور تظهر أهمية هذا الضابط بوضوح، قال الهلالي: " خامسها: – شروط تقديم ما جرى به العمل– معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله ...ووجه اشتراط ذلك ؛ أنه إذا جهل موجب جري العمل امتنعت تعديته، لجواز أن يكون ذلك الموجب معدوما في البلد الذي يريد تعديته إليه"[3]، وتعدية العمل هنا هي استمرار حكم العدول بالعمل بالضعيف مادام الموجب قائما، فإذا جهل الموجب امتنعت التعدية والعدول.

ويفهم من هذا أن هناك ترابطا وثيقا ومستمرا بين تلك الأسباب والموجبات وبين الأقوال المعدول إليها، لأن أحكام العدول تتغيّر بتغيّر هذه الأسباب والموجبات وجودًا وعدماً، فإذا زال سبب العدول وجب الرجوع إلى العمل بالقول المعتمد، كما قال السجلماسي: "ومن الموجبات: تبدل العرف

---

[1]– عبد الله العلوي الشنقيطي: نشر البنود، ج2، ص276، 277.

[2]– ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص276.

[3]ـــ الهلالي: نور البصر، ص263.

أو عروض جلب المصلحة أو درء المفسدة، فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان، ويتبدل في البلد الواحد بتجدد الأزمان، فليتفطن الحاكم والمفتي لذلك".[1]

وتقييدا لهذا الضابط قرر المالكية أنه لا يكفي معرفة موجب العدول فحسب، بل لابد أن يكون هذا الموجب قويا وكافيا للعدول عن الراجح إلى المشهور، فإذا انتفت المصلحة أو السبب وجب العمل بالمشهور، وما دام العمل يبنى على موجبه فإنه يدور معه وجودا وعدما، فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور، لأن الحكم بالراجح ثم المشهور واجب، وهو من الأصول الشرعية العقلية.[2]

كما ينبغي التنبيه إلى أنه قد تتوارد عدة أسباب مختلفة في المسألة الفقهية الواحدة، كما قد يكون هناك سبب واحد للعدول عن القول المعتمد، وكلما كان السبب قويًّا ومتعددًا كان العدول عن القول المعتمد أقوى.

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة النظر إلى عورة المرأة .

أولا– صورة المسألة.

يأتي ذكر هذه المسألة في الردّ بالعيب من نوازل النكاح في المعيار، فيما لو ادّعى الزّوج أن في فرج امرأته عيبا يوجب خياره، وأنكرته المرأة واحتيج إلى إثباته أو نفيه، فهل يطّلع على عورتها ؟ ومن يثبت ذلك وينفيه؟[3]

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

المشهور في المذهب المالكي أن المرأة الحرّة تُصدّق في نفي داء فرجها وبكارتها إذا ادّعى الزوج وجود عيب بفرجها، ولا ينظرها النّساء إلا برضاها، لأنها مؤتمنة على فرجها، وهو قول ابن القاسم

---

[1]–السجلماسي: فتح الجليل الصمد، ص 7.

[2]– ينظر: القادري: رفع العتاب والملام، ص24، التسولي: البهجة، ج1، ص41. الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص465.

[3]– ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص 434.

وابن حبيب، وبعض الأندلسيين عن مالك[1]، وعليه صاحب المختصر عند قوله: " وصدق في الاعتراض كالمرأة في دائها...ولا ينظرها النساء"[2].

وخالف سحنون مشهور المذهب فقال بـــأنها تُجبر على تمكينهنّ من النظر إليها كالأمَة[3]، قال في التوضيح: "وروى علي بن زياد عن مالك مثل قول سحنون وإليه ذهب ابن لبابة، وصوّبه سحنون، وقد جاء أنها تردّ بعيب الفرج، وكيف يعرف ذلك إلا بنظر النساء"[4].

ثالثا –العدول عن القول المعتمد في المسألة.

جرى عمل المتأخرين من المالكية بالعدول إلى قول سحنون؛ والذي يقضي بوجوب النظر إلى المرأة في داء فرجها، والموجب لهذا العدول هو الضرورة الملحة، " فللقاضي أن يُمكّن من يوثق بخبرتهنّ النظر لفرجها، وذلك للضرورة الدّاعية، ولا تُصدّق الزوجة في نفيه، لأنها تدفع عن نفسها، فتصبح الشهادة بذلك ضرورية"[5].

قال في العمل الفاسي: وجاز للنسوة للفرج النظر من النساء إن دعا له ضرر[6].

وعوّل أصحاب العمل على اختيار ابن لبابة وغيره عند قول ابن حبيب: ولا ينظرها النساء، ولا تكشف الحرة فِي هذا، قال ابن لبابة: هذا غلط، وكل من يقول بردّها بالعيب يوجب أن تمتحن العيوب بالنساء، فإن زعمت أنه فعل ذلك بها عرضت عَلَى النساء، فإن شهدن أن الأثر بها يمكن كونه منه دينت وحلفت، وإن كان بعيداً ردّت به"[7]، ولعل فساد الزمان هو أيضا موجب آخر يبرر هذا العدول، وهو قلّة الأمانة عند النساء[8].

---

[1]- ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات: ج4، ص 530، خليل: التوضيح، ج4، ص118، الخرشي: شرح الخرشي على خليل، ج4، ص30، الصاوي: الحاشية على الشرح الصغير، ج2، ص310، عليش: منح الجليل، ج3، ص395.

[2]- خيل: المختصر ،ص 103.

[3]- ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات: ج4، ص 530، عليش: منح الجليل، ج3، ص 396، وكذا ج8، ص454.

[4]- خليل: التوضيح، ج4، ص119.

[5]- ابن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، ص359.وانظر: المهدي الوزاني: تحفة اكياس الناس، ص 68.

[6]- المهدي الوزاني: تحفة اكياس الناس، ص 68.

[7]- ابن غازي: شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ج1، ص457. الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج3، ص403.

[8]- ينظر: الجيدي: العرف والعمل، ص434.

وفي المعيار؛ من جواب غير واحد في مسائل كثر: "بأن ينظر إليها أهل الفضل من النساء"[1].

الفرع الثاني: مسألة دخول ولد البنت في العقب.

أولا- صورة المسألة.

العقب: هو نسل الرجل وذريته من ولده وإن نزل، قال ابن رشد: لا فرق، عند أحد من العلماء، بين لفظ " العقب " و" الولد " في المعنى"[2].

وللعقب علاقة بالحبس والوصية، فإذا أوصى رجل أو حبّس مالا أو أرضا أو دارا على عقبه، فهل يدخل أولاد البنت في الوصية والحبس أم لا يدخلون؟

ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.

القول الأول: لا يدخل ولد البنت في عقب الرجل، **وهو المشهور**.

قال ابن القاسم: "وسمعت مالكا يقول: العقب الولد الذكور والإناث من ولد الصلب، وولد ولدهم من الذكور والإناث من ولد الذكور"[3]، ومن كتاب ابن المواز؛ قال مالك: والبنت عقب، وليس ولد البنات عقباً".[4]

قال ابن رشد: هذا ما لم يختلف فيه قول مالك، ولا قول أحد من أصحابه المتقدمين، كلهم يقول: إن عقب الرجل إنما هو من يرجع نسبه إليه من ولده وولد ولده- وإن سفلوا، فبنت الرجل من عقبه، وبنت ابنه وبنت ابن ابنه- وإن سفل؛ لأن كل واحدة منهن تنتسب إليه وترثه إذا لم يكن فوقها من يحجبها، وليس ولد بنت الرجل ذكرا كان أو أنثى من عقبه؛ لأنه لا ينتسب إليه ولا يرثه، وإنما هو من عقب بنته، فالأصل في هذا عند مالك مراعاة النسب والميراث، فإذا أوصى الرجل لولد رجل، أو لعقبه، أو حبس على ولد رجل، أو على عقبه، لم يدخل في ذلك أولاد البنات عند مالك[5].

---

[1]- الونشريسي: المعيار المعرب، ج3، ص139.

[2]- ابن رشد: مسائل أبي الوليد بن رشد، ج2، ص995.

[3]- ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج12، ص25.

[4]- ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج12، ص33، الباجي: المنتقى، ج6، ص124، ابن العربي: المسالك في شرح موطأ مالك، ج6، ص464.

[5]- ينظر: ابن شد: البيان والتحصيل، ج14، ص402. الحطاب: أحكام الوقف، ص 196.

وحجتهم على ذلك: الإجماع على أن ولد البنات لا ميراث لهم، مع قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾[سورة النساء: 11][1].

وعليه اعتمد خليل في المختصر بقوله: " أو الذكور والإناث وأولادهم الحافد لا نسلي، وعقبي، وولدي..."[2]، قال الخرشي: " يعني أن الحافد – وهو ولد البنت- لا يدخل في هذه الألفاظ"[3].

القول الثاني: دخول ولد البنت في عقب الرجل، وهو **قول ابن عبد البر، وعليه عمل المتأخرين.**

ذهب جماعة من المتأخرين إلى أن ولد البنات من الأولاد والأعقاب، وأنهم يدخلون في الأحباس بقول المحبس حبست على ولدي أو على عقبي؛ وقال بذلك من الشيوخ المتأخرين من خالف مذهب مالك، منهم: أبو عمر بن عبد البر، وغيره[4].

واحتج أصحاب هذا القول بقول الله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾[سورة النساء: 23]، ووجه الاستدلال بالآية: أنه لما حرم الله البنات فحرّمت بذلك بنت البنت بإجماع، علم أنها بنت، ووجب أن تدخل في حبس أبيها إذا حبس على ولده أو عقبه[5].

واحتجوا أيضا بقول النبي –ﷺ – في الحسن: " إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ"[6]. فسمّاه ابنًا وهو ابن بنته فاطمة.[7]

---

[1]– ينظر: ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج2، ص421، خليل: التوضيح، ج7، ص304.

[2]– خليل: المختصر الفقهي، ص 213.

[3]– الخرشي: شرح الخرشي على خليل، ج7، ص96.

[4]– ينظر: ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج2، ص422. قول ابن عبد البر بدخول أولاد البنت في العقب نصَّ عليه غير واحد، كالقرافي في الذخيرة، وابن جزي في القوانين الفقهية، وخليل في التوضيح، والبرزلي في نوازله، أنظر: الحطاب: أحكام الوقف، ص 196.

[5]– ينظر: خليل: التوضيح، ج7، ص304.

[6]– أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الصلح، باب قول النبي –ﷺ– للحسن بن علي –رضي الله عنهما–، ج3، ص186، رقم: 2704.

[7]– ينظر: المقدمات الممهدات ج2، ص422.

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

اشتهرت هذه المسألة في كتب النوازل، وأطلقوا عليها اسم الحبس المعقَّب، لارتباطها بعرف الناس وعادتهم من التحبيس على مطلق العقب ذكورا وإناثا، وقد سُئل الشيخ محمد بن مرزوق عن الحبس المُعقَّب فأجاب: إن البنت الباقية بعد انقراض عقب المذكور داخلة بمقتضى نص المُحبّس، وكذا ابنها المسؤول عنه"[1].

وجاء في نوازل الأحباس من المعيار المعرب: سئل الفقيه سيدي عيسى بن علال[2]: هل يدخل ولد البنت في العقب؟ فأجاب: ولد بنات الابن المحبّس عليه يدخلون في الحبس المذكور مع ولد ولده الذكور، لأنهم من عقب عقبه على ما جرى به العمل[3].

[1]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص 360، 361.

[2]–**عيسى بن علال:** هوأبو مهدي عيسى بن علال الكتامي المصمودي، كان إماما بجامع القرويين بفاس، ولي القضاء بها، له تعليق على مختصر ابن عرفة، (ت823ه) ينظر(مخلوف: شجرة النور، ص 362، الزركلي: الأعلام، ج5، ص105).

[3]– ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص 50، 51.

المبحث السابع:

أن يقتصر حكم العدول على المسألة المعدول بها.

يرتبط هذا الضابط بتعدية حكم المسألة المعدول بها إلى مثيلاتها، فقالوا بعدم جواز تعميم حكم العدول، والاقتصار على موضع النازلة أو المسألة، ورغم أن هذا الضابط غير منصوص عليه عند أكثر فقهاء المالكية كشرط للعدول، إلا أنه متلمس في فروعهم، ومبثوث في نصوصهم، ويحتج به في معرض استدلالهم ومناقشتهم لمذهب المخالف، وسأتناول هذا الضابط من خلال بيان معناه بنقل نصوص المالكية فيه، ووجه اشتراطه للحكم بالعدول، وأضرب مثالين من المسائل التطبيقية لهذا الضابط.

المطلب الأول: وجه اشتراط المنع من تعميم حكم العدول.

ومعناه ألا يُستصحب حكم المسألة المعدول بها، لأنه ثبت بطريق الاستثناء على خلاف الأصل والقاعدة العامة، وهي وجوب العمل بالراجح والمشهور، وهذا الاستثناء لا يُتخذ عاما في كل حالة، بل يُقتصر فيه على موضع العدول ولا يتوسع فيه لغيره، وهو منسجم مع أصل المالكية في عدم جواز القياس على الرخص، وبخاصة أن طائفة معتبرة من مسائل العدول هي رخصة وتخفيف من شدة الحكم المعدول عنه، قال القرافي: " والرخص مخالفة لمقتضى الدليل، والقول بالقياس عليها يؤدي إلى كثرة مخالفة الدليل، فوجب أن لا يجوز"[1]، وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: " ولأن كل رخصة أبيحت للضرورة والحاجة لم تستبح قبل وجودها"[2].

قال الحجوي: "الرخصة لا تتعدى محلها، وليس معناه أن الرخصة لا يقاس عليها[3]، بل يقاس عليها إذا توفرت شروط القياس، وزالت موانعه، خلافا لمن يزعم عدم القياس عليها أصلا، فهو مخالف للأصول، وقد قالوا بالتيمم لضرورة عدم القدرة على الماء قياسا على ضرورة عدمه وأمثاله كثير، ومما

---

[1]- القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 416

[2]- القاضي عبد الوهاب البغدادي: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج1، ص 166.

[3]- مسألة القياس على الرخصة: ينظر الصفحة 144، 145 من الفصل الأول.

يدل له أن النبي -ﷺ- قال: "أبردوا بالظهر"[1]، وهي رخصة لزمن مخصوص، فإذا انقضى زمن الحر، أو كانت البلد باردة، فلا إبراد ويرجع لأول الوقت"[2].

ويشهد لهذا الضابط أيضا قاعدة: "الضرورات تقدّر بقدرها"[3]، وقاعدة: "ما جاز لعذر بطل بزواله"[4]، قال القادري: "والشاهد في قوله: "يوما ما"، فإنه يفيد أن ارتكاب الرخصة – الذي هو العمل بالضعيف- إنما يسوغ ويجوز للضرورة يوما ما، ولا يجوز في كل ضرورة، لأنه يؤدي إلى تتبع الرخص المنهي عنه"[5].

وقد تعرض للمفتي أو القاضي واقعة فيعدل بحكمها عن القول المعتمد لموجب اقتضى ذلك، ثم تعرض له واقعة أخرى مماثلة للواقعة الأولى، فهل يستصحب حكم الواقعة الأولى؟ أم يتعين عليه إعادة النظر والاجتهاد مرة أخرى؟ .

وقد أجاب القرافي على هذا الإشكال بقوله: " إن كان المجتهد ذاكراً للاجتهاد ينبغي أن لا يقتصر على مجرد الذكر بل يحركه لعله يظفر فيه بخطأ أو زيادة بمقتضى قوله تعالى: ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾[سورة التغابن: 16]، ولأن رتبة المجتهد أن لا يقصر ولا يترك من جهده شيئاً، فإن استقر له اجتهاد في زمن لا يلزمه استقراره دائماً"[6].

جاء في آخر باب القضاءمن المختصر: " وأفتى لم يتعدّ لمماثل؛ بل إن تجدّد فالاجتهاد"[7]، أي: " إذا أفتى لجزئية تحدث مماثلة للجزئية التي حكم فيها أولا؛ لأن الحكم جزئي لا كلي، وحينئذ فلا يكون

---

(1)- أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، كتاب: مواقيت الصلاة، باب: الإبراد بالظهر في شدة الحر، رقم: 538، ج1، ص 169، وروى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله -ﷺ- قال: " إذا اشتدّ الحرّ فأبردوا بالصلاة"، كتاب وقوت الصلاة، باب النهي عن الصلاة بالهاجرة، رقم 29، ص11.

(2)- الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص469.

(3)- ينظر: الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 155، المقري: القواعد، ص 143.

(4)-ابن نجيم،: الأشباه والنظائر، ص 74.

(5)- القادري: رفع العتاب والملام، ص 29.

(6)- القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص442.

(7)- خليل: المختصر ،ص 221.

حكمه في مسألة بشيء مانعا له أو لغيره من الحكم بخلافه في نظيرتها، نعم؛ لا يجوز لغيره إذا رفعت إليه تلك النازلة التي حكم الأول فيها بعينها أن ينقضها، وله أن يحكم في المتجدد المماثل بحكم مخالف للحكم الأول، إن ترجح عنده مقابله، أي مقابل القول الذي حكم به أولا"[1].

وكذلك الأمر إذا تعلق العدول بمسائل ما جرى به العمل، قال الحجوي: "وليتنبه لأمور منها: أن عمل فاس قاصر عليها لا يجوز أن يفتى به في غيرها من البلدان، إلا إذا كان نص على التعميم... ولا يسرِ عرف بلد على بلد، ولا يحكم بزمن على زمن، فكل زمن يحكم فيه بعرف أهله، وكل ما لم يثبت فيه تعميم، فالواجب على القاضي والمفتي التمسك بالراجح أو المشهور، وإلاّ رُدّت فتواه، نبهنا على هذا لأن بعض المفتين والقضاة يغفلون ويعمِّمون الحكم، وهو غلط لا ينبغي السكوت عنه"[2]، وسأتناول في المطلب التالي علاقة العدول بما جرى به العمل بالظروف الزمانية والمكانية.

المطلب الثاني: ارتباط العدول بالعمل بالظروف الزمانية والمكانية.

اشترط فقهاء المالكية لصحّة إجراء العمل معرفة الظروف الزمانية والمكانية التي جرى فيها العمل[3]، وذلك حتى يقتصر حكم العدول بالعمل على المكان والزمان الذي نشأ فيه، فلا يتعدّى العمل به إلى أماكن أخر تختلف أعرافها، ولا إلى أزمنة متأخرة تختلف عن الزمان الذي نشأ فيه العمل بغير القول المعتمد، إذ إن اختلاف الأماكن والبلدان يؤدي إلى اختلاف الأحكام المبنية على الأعراف والعوائد والمصالح والمفاسد ونحوها.[4]

قال الهلالي: "فإذا جهل المحل الذي جرى به العمل لم تتأت تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه، إذ للأمكنة خصوصيات كما أن للأزمنة خصوصيات"[5]، ولأجل ذلك تنوع العمل من بلد لآخر، لانبنائه على العرف والمصلحة ونحوهما، فالعمل الجاري في بلد لأجل عرفها الخاص لا يعم سائر البلدان،

---

[1]- الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص157، 158.

[2]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج4، ص468.

[3]- ينظر: الهلالي: نور البصر: 262، الجيدي: العرف والعمل، ص360، العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل، ص 203، رسالة الماجستير أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية، ص 68.

[4]ـــ ينظر: محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، ص 518.

[5]ـــ الهلالي: نور البصر، ص 263.

بل يقتصر على ذلك العرف في أي بلد وجد، لأن مبناه عليه، فإن قيل جرى العمل بأن النحاس مثلا يحكم به للنساء عند اختلافهم مع الأزواج، لأن عرف البلد أنه من متاعهن، لم يعم البلد الذي لا عرف لهم بذلك.[1]

ولما كان لكل أهل زمان أعرافهم ونوازلهم، وما يكون مصلحة في يوم قد يصير مفسدة في يوم آخر، كان "على القاضي أو المفتي أن لا يسترسل فيالإفتاء بما به العمل ويظن أنه حكم مؤبد، بل هو مؤقت ما دامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجع الحكم بالمشهور، لأنه واجب، والانتقال عنه رخصة للضرورة، فإذا زالت الضرورة ذهبت الرخصة، كالتيمم لعدم الماء".[2]

وقد ضرب الهلالي مثالا توضيحيا فقال: " وقد رأيت قاضيا احتج على فرض أجرة الرضاع في سجلماسة بعمل أهل قرطبة، وزاد في الغلط أن اعتقد أن الدينار المتعارف عندهم مثقال الذهب عندنا، فبينت له أنه لا يصح لاختلاف الزمان والمكان والعرف، وأن الدينار عندهم يطلق على ثمانية دراهم من دراهمهم، وهو أقل من الشرعية، وأمثال هذا الخطإ في الطلبة كثير"[3]، فيتبين أن العدول عن القول المعتمد مرتبط ارتباطا وثيقا بالظروف الزمانية والمكانية، وهذا فيه دلالة على العدول عن القول المعتمد ليس على إطلاقه، بل يقتصر على حكم المسألة المعدول بها ولا يتعداها إلى غيرها.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.

الفرع الأول: مسألة مس المصحف من غير طهارة لناسخ القرآن.

المشهور من مذهب مالك –رحمه الله– أنه لا يجوز مس المصحف من غير وضوء، قال مالك: لا يحمل المصحف غير الطاهر الذي ليس على وضوء"[4]، واستدل بما كتبه رسول الله –ﷺ– لعمرو بن

---

[1]ـــ ينظر: التسولي: البهجة بشرح التحفة، ج1، ص41.

[2]ـــ الحجوي: الفكر السامي، ج2, ص469.

[3]ـــ الهلالي: نور البصر، ص 263.

[4]– سحنون: المدونة الكبرى، ج1، ص201.

حزام: "أن لا يمس القرآن إلا طاهر"[1]، وقال: " أحسن ما سمعت فيه قوله تعالى: ﴿ لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ﴾ [سورة الواقعة: 79].[2]

وأثبت اللخمي الخلاف في المسألة داخل المذهب وقال: " واختلف أيضًا في الوضوء لمس المصحف هل هو واجب أو مندوب إليه"[3]، وأجاب ابن عرفة عن قول اللخمي بأنه توهم خلافه من قال: الوضوء لمس المصحف مندوب إليه[4].

وأرخص مالك للمعلم والمتعلم مس المصحف من غير طهارة[5]،وحكى ابن بشير الاتفاق على جواز مس المصحف لهما بلا خلاف[6].

وأجاز مالك للجُنب أن يكتب الصحيفة فيها: بسم الله الرحمن الرحيم، وآيات من القرآن"[7]،وظاهره عدم جواز ذلك لناسخ القرآن الكريم.

بل قد ورد التّنصيص في كتب المذهب على عدم جواز مس المصحف من غير طهارة لناسخ القرآن، فقد ذكر البرزلي عن ابن عبد السلام أنه سئل: هل للناسخ أن يكتب المصحف محدثا؟فأجاب: "ليس له أن يكتب إلا متطهرا". قال البرزلي: وأما ما ذكره من ملازمة الطهارة فلا يبعد جريها على الخلاف في المعلم إن كان محتاجا إليها هل تجب طهارته أم لا"[8]، وهو يشير بذلك إلى الخلاف الذي نقله ابن حبيب أنه يُكْرَه ذلك للمُعَلِّمِ إلاَّ على وضوء.[9]

---

[1]- أخرجه مالك في الموطأ: كتاب القرآن، باب الأمر بالوضوء لمن مسّ القرآن الكريم،رقم 470،ص116.

[2]- مالك: الموطأ برواية يحي بن يحي، ص 116.

[3]- اللخمي: التبصرة، ص136.

[4]- ابن عرفة: المختصر الفقهي، ج1، ص149.

[5]- ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج1، ص 123، ابن يونس: الجامع، ج1، ص558،

[6]- ابن بشير: التنبيه على مبادئ التوجيه، ج2، ص522.

[7]- خليل: التوضيح، ج1، ص164.

[8]- الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص305.

[9]- ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج1، ص 123.

وفي المعيار المعرب؛ سئل ابن لب عن ناسخ القرآن، هل يرخّص له في الطهارة للمشقة أم لا؟ فأجاب: أما ناسخ القرآن على غير وضوء فلا رخصة له إلاّ بتقليد قول ابن مسلمة من أهل المذهب أن الوضوء لمس المصحف مستحب وليس بواجب[1]، وخلاف ابن مسلمة في المسألة شاذ أنكره ابن بشير وغيره، بل حكى ابن عبد البر الإجماع على خلافه فقال: "أجمع فقهاء الأمصار ألا يمسه إلا متوضئ"[2].

أما تخريج هذه المسألة على مسألة الترخيص لمعلم القرآن ومتعلّمه فقد قال الشيخ أبو الحسن: " من كثر ترداده إلى المسجد أنه لا يلزمه التحية، ومثله من خرج إلى السوق لا يلزمه السلام على كل من لقي، ومثله مس المصحف للمتعلم على غير وضوء والناسخ"[3].

الفرع الثاني: مسألة بيع العقار الموقوف إذا خرب وانقطعت منفعته.

أولا- صورة المسألة.

العقار الموقوف أو المُحَبّس: هو الأرض وما يتعلّق بها؛ كالدّور والحوانيت والحوائط والآبار والمقابر والطرق.[4]

جاء في البيان والتحصيل من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس: الأحباس في جواز بيعها والاستبدال بها إذا انقطعت المنفعة، تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- قسم يجوز بيعه باتفاق: وهو ما انقطعت منفعته ولم يرج أن يعود وفي إبقائه ضرر، مثل الحيوان الذي يحتاج إلى الإنفاق عليه، ولا يمكن أن يستعمل في نفقته، فيضر الإنفاق عليه بالمحبس عليه أو ببيت المال إن كان حبسا في السبيل.
- وقسم لا يجوز بيعه باتفاق: وهو ما يرجى أن تعود منفعته، ولا ضرر في إبقائه.

---

[1]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج1، ص30.

[2]- ابن عرفة: المختصر الفقهي، ج1، ص149.

[3]- الحطاب: مواهب الجليل، ج1، ص305.

[4]- الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 542.

- وقسم يختلف في جواز بيعه والاستبدال به، وهو ما انقطعت منفعته و لم يرج أن يعود، ولا ضرر في إبقائه، وخراب الربع المحبس الذي اختلف في جواز بيعه من هذا القسم[1].

فجعل الخلاف في القسم الأخير؛ وهو العقار الموقوف إذا خرب، وانقطعت منفعته، و لم يُرجَ عودها، هل يجوز بيعه ويستبدل بثمنه غيره من نوعه أم لا؟ وهي المسألة المقصودة بالبحث.

ثانيا– أقوال المالكية في المسألة.

المتتبع لكتب المالكية يجد أن في مسألة بيع العقار المحبّس الخرب قولان؛ أحدهما: مشهور وهو القول المعتمد، والثاني: ضعيف، وإليه عدل المتأخرون، وقد نقل الحطاب نصوصا متواترة عن فقهاء المذهب في نقل الخلاف، ثم ذكر من رجح القول بالمنع وهم كثر، ومن قال بالجواز وهم قلّة، وفيما يأتي تفصيل هذين القولين.

القول الأول: لا يجوز بيع العقار المحبّس بحال، **وهو المشهور**، وهو قول الإمام مالك كما في المدونة[2]، وعليه مضى في الرسالة بقوله: " ولا يباع الحبس وإن خرب"[3]، واعتمده صاحب المختصر فقال: " وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار؛...لا عقّار وإن خرب"[4]، فقوله: (وإن خرب) فلا يباع، أشار بذلك إلى قول مالك في المدونة: ولا يباع العقار المحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السّلف دائرة دليل على منع ذلك"[5]، واستدل له اللخمي فقال: "لئلا يتذرّع الناس إلى بيع الأحباس"[6].

---

[1]– ينظر: ابن رشد: البيان والتحصيل، ج12، ص 233. وانظر: الحطاب: رسالة في حكم بيع الحبس، تحقيق إقبال المطوع، الأمانة العامة لأوقاف الشارقة، ط1، 1427هـ/ 2006م، ص37. الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص16.

[2]– البراذعي: تهذيب المدونة، ص320.

[3]– ابن أبي زيد: الرسالة، ص119.

[4]– خليل: المختصر ،ص 213.

[5]– الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص91.

[6]– ينظر: اللخمي: التبصرة، ص245، وانظر الحطاب: رسالة في حكم بيع الأحباس، ص38، عليش: فتح العلي المالك، ج2، ص262.

القول الثاني: يجوز بيع العقار المحبّس إذا خرب وانقطعت منفعته و لم يُرجَ عودها، ورأى الإمام فيه مصلحة، ويجعل ثمنه في مثله، وهو أحد الروايتين للقاضي أبي الفرج[1] عن مالك، وهو مذهب أبي حنيفة.[2]

قال سحنون: "لم يُجز أصحابنا بيع الحبس بحال، إلا دارا بجوار مسجد اُحتيج أن يُضاف إليها ليتوسع بها، فأجازوا بيع ذلك ويشترى بثمنها دارا تكون حبسا، وقد أدخل في مسجد النبي –ﷺ– دورا محبّسة كانت تليه"[3].

وقال ابن ناجي: " ولا يباع الحبس وإن خرب؛ وهو المعروف من المذهب، وروى أبو الفرج جوازه، حكاه ابن رشد وكذا ذكر اللخمي الخلاف، وعزا الجواز لابن القاسم جريا على قوله في الثياب إذا بليت"[4].

ثالثا– العدول عن القول المعتمد في المسألة.

أورد صاحب المعيار نصوصا كثيرة عن متأخري المالكية في العدول عن القول المعتمد في مسألة بيع العقار المحبس إذا لم يرج نفعه واحتيج للبيع، ومن ذلك؛ جواب أبي عمران موسى العبدوسي عن جواز إبدال ميضات بنيت حول المسجد الجامع، و لم يزل الإهمال يكثر فيها حتى ترك الوضوء بها، وقال: بل هو من قبيل المندوب المستحب، وإزاحة الضرر والنتن من الموضع المذكور واجب"[5]، ولعل تخريج هذه المسألة كان على وفق القسم الأول، وهو ما في بقائه ضرر، فقد اتفقوا على جواز بيعه.

---

[1]– **القاضي أبو الفرج:** هو عمر بن محمد الليثي البغدادي، تفقه بالقاضي إسماعيل وكان من كتابه، وعنه أخذ الأبهري وابن السكن،له:الحاوي في مذهب مالك واللمع في أصول الفقه. (ت 331ه) ينظر: (مخلوف: شجرة النور الزكية، ص 118).

[2]– ينظر: ابن رشد: البيان والتحصيل، ج7، ص345، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص91، عليش: فتح العلي المالك، ج2، ص262.

[3]– ينظر: ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج12، ص83، المواق: التاج والإكليل، ج7، ص661، الونشريسي: المعيار المعرب، ج1، ص 245.

[4]– ابن ناجي: شرح الرسالة، ج2، ص205.

[5]– الونشريسي: المعيار المعرب، ج7، ص16.

وفي نوازل الأحباس؛ سئل ابن رشد عن أرض محبّسة، وهي متصلة بباب ضيعة، وهي لا تنفك في الغالب من أذى أهل الدار لضرر الداخل عليه، فأجاب: إن كانت هذه الأرض المحبّسة قد انقطعت المنفعة منها وبقيت معطّلة لا فائدة فيها لعدم القدرة على رفع الضرر عنها لا بأس بالمعاوضة فيها بمكان غيرها على ما قاله جماعة من العلماء في الربع المحبّس إذا خرب ويكون بحكم من القاضي.[1]

قال في العاصمية: وغير أصل عادم صرف ثمنه في مثله ثمّ وثقف.

وقال ابن ناظمها في شرحه: " استثناء الأصول بقوله: وغير أصل، وذلك على المشهور من المذهب، وقد قيل ببيع ما عدمت منفعته منها، وإن كان غير المشهور، وقد أفتى بذلك شيخ شيوخنا أبو عبد الله الحفار"[2]، وقال ابن سلمون: "وقد جرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه منها وإدخال ثمنها في مثله، وهو الصواب"[3]، قال الحطاب: "و بمثل ذلك أفتى أبو سعيد بن لب، ورجحه ابن عرفة كما نقله عنه البرزلي، وبه وقعت الفتوى والحكم، وقال :هو الصواب إن شاء الله"[4]، ورأي ابن عرفة أن المناسبة الناشئة عن اعتبار المصالح تقتضي بيعه، تحصيلا لمصلحة التوسعة الخالية عن مفسدة إبطال الحبس.[5]

---

[1]- ينظر: الونشريسي: المعيار ا المعرب، ج7، ص 460. وانظر: ابن سلمون: العقد المنظم، ص 464.

[2]- محمد بن عاصم: شرح التحفة، ج2، ص، 110، 111 . وانظر: الحطاب: رسالة في حكم بيع الحبس، ص53.

[3]- ابن سلمون: العقد المنظم للحكام، ص 459.

[4]- الحطاب: رسالة في حكم بيع الحبس، ص 57.

[5]- ينظر: الونشريسي: المعيار المعرب، ج1، ص246.

الخاتـمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خاتمة:

وبعد بحث ودراسة موضوع العدول عن القول المعتمد وضوابطه في المذهب المالكي، من خلال الفصول الثلاثة التي حملها هذا البحث، نخلص في الأخير إلى تقرير وعرض أهم النتائج المتوصل إليها:

1- العدول عن القول المعتمد مسلك من مسالك الاجتهاد المذهبي الاستثنائي في المذهب المالكي، وهو غرّة لائحة فيه، وسمة بارزة عليه، وملمح ظاهر للناظر فيه، وهو من محاسن المذهب التي تبرز مدى مرونته ووسطيته ومسايرته للظروف المتغيرة، والوقائع المستجدة، بمراعاته للعرف والمصالح والضرورات والمقاصد...

2- الأصل المقرر في المذهب المالكي هو العمل بالقول المعتمد، وهو أمر واجب ولازم، والعدول عن هذا الأصل هو أمر استثنائي مرتبط بأسباب وموجبات شرعية، فإذا زال الموجب وجب الرّجوع إلى القول المعتمد.

3- العدول عن القول المعتمد له نماذج تطبيقية كثيرة متفرقة في أبواب الفقه ومسائله، وتعدُّ كتب النوازل والقضاء والفتوى والعمل مجالا خصبا لإعمال الأقوال غير المعتمدة، وموردا يانعا للعدول عن القول المعتمد، وثراء فقهيا ومعرفيا في المذهب المالكي، وفي هذا الصدد تعد الموسوعة النوازلية للونشريسي من أحسن الدراسات التطبيقية كأنموذج لمسائل العدول عن القول المعتمد.

4- تعقّبات الإمام أبي العباس الونشريسي وتعليقاته على الأجوبة والمسائل المعدول بها، تصحيحا وتضعيفا، وتقييدا وتخصيصا، من أهم مظاهر مراعاة ضوابط العدول عن القول المعتمد، فمتى لم يكن العدول مستوفيا لشروطه تعيّن القول ببطلانه.

5- اختلاف فقهاء المالكية في إعمال الأقوال غير المعتمدة بين موسّع ومضيق، تبعا لاختلافهم في بعض القواعد الأصولية والفقهية، كما اختلف فقهاء المالكية في تعيين القول المعدول إليه إذا تعذّر إعمال القول المعتمد في المذهب، فذهب المغاربة منهم إلى تقديم الأقوال الضعيفة في المذهب على أقوال غيرهم من المذاهب، وهو اتجاه يراعي المرجعية الفقهية المالكية وحرمة المذهب، بينما اتجه مالكية مصر إلى تقديم قول الغير على ضعيف المذهب، وغالبا ما يكون عدولهم إلى المذهب الشافعي.

6- أهم أسباب العدول عن القول المعتمد عند المالكية؛ تغير العرف، وما جرى به العمل، ومراعاة الضرورة والحاجة، وتغير المصالح، وسدّ الذرائع، ومراعاة الخلاف، وفساد الزمان، والاحتياط، وهي جارية على قواعد المذهب وأصوله.

7- الغاية من العدول عن القول المعتمد في بعض المسائل التي مبناها على العوائد والمصالح، هو تحقيق مقاصد الشرع، وإقامة العدل، ومراعاة مصالح العباد، وكسر جمود وجموح القواعد المطردة، والتطبيق الآلي لها.

8- ليس كل عدول بحكم مسألة عن القول المعتمد يقبل ويسلم، ما لم يكن هذا العدول مقيّدا بالضوابط المنصوصة، لاسيما وأن الأمر متعلق بتقديم الضعيف والشاذ على مقابليهما، وما دام الأمر كذلك فلا بد من التثبت والاحتياط وعدم الاسترسال في العدول، من هنا وضع فقهاء المالكية شروطا معتبرة منها ما يتعلق بالقول المعدول إليه، فلا يكون شديد الضعف، ولا يكون معارضا للأصول الشرعية، وأن يثبت عزوه قائله.

ومنها ما يتعلق بحكم العدول ودليله، فلا بد أن يكون لموجب يقتضي ذلك، وأن يصدر عن مجتهد مؤهل.

ومنها ما يتعلق بأثر العدول عن القول المعتمد، فلا يؤدي إلى التلفيق الممنوع أو تتبع الرخص، وأن لا يتعدى حكم النازلة المعدول بها.

كما يمكن الخلوص إلى **توصيات** مكمّلة وخادمة لموضوع البحث أذكر منها ما يأتي:

أولا-ضرورة مراجعة مسائل الفقه وتنقيح كتب المذهب، من الفتاوى الغريبة والشاذة، لا سيما كتب الفتوى والنوازل والأجوبة، فكثير من المسائل المعدول بحكمها عن القول المعتمد قد زال موجبها، وتغيرت أعراف الناس ومصالحهم، فوجب الرجوع للأصل والعمل بالمعتمد، وقد دعا القرافي إليه وجعله ضرورة كل عصر ، جاء في الفروق: "يجب على أهل العصر تفقد مذاهبهم فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به، ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه، لكنه قد يقل وقد يكثر"، الفروق،ج2، ص 209.

ثانيا– جرد مادة الراجح والمشهور، ومحاولة تقنين الأقوال المعتمدة، فإنه كفيل بانتظام المرجعية الفقهية والقضائية في المذهب واستقرارها، وقد دعا الحجوي إلى ذلك فقال: "يتعين على الأمة الإسلامية تحسين أنظمة القضاء والأحكام، وسن الضوابط والقوانين النافعة المطابقة للشريعة المطهرة، وروح العصر، وللمصالح العامة، مراعي فيها العدل، وإتقان النظم، فإنه إن بقي قضاؤنا وأحكامنا على ما هي عليه من الفوضى من رقة الديانة، صار الناس إلى القوانين الوضعية، ونبذوا الشريعة ظهريا، وساء ظنهم فيها". الفكر السامي ج2، ص480.

ثالثا–مواصلة البحث في مسائل العدول عن القول المعتمد، والقواعد المنظمة للاجتهاد الاستثنائي، وآثاره في الاختلاف المذهبي وعلى الفتوى والقضاء، لينتظم العدول في نظرية كلية منضبطة بأصول وقواعد محكمة، مع توجيه البحث في العدول إلى كتب النوازل الأخرى.

رابعا –الدعوة إلى استثمار الأقوال غير المعتمدة وتوظيفها في النوازل المعاصرة، كالأحكام المتعلقة بفقه المهجر والأقليات المسلمة.

هذا ما وفقنا الله لبحثة وكتابته، فالله نسأل أن يكون خالصا لوجهه الكريم، وأن يتجاوز عنا ما فيه من الخطأ والفهم السقيم، وأن يهدينا إلى صراطه المستقيم...آمين.

والحمدُ لله أوّلا وآخراً...

* * *

الفهارس

فهرس الآيـات القرآنيــة

فهرس الأحـاديث والآثار

فهرس المسائل الفقهيـــة

فهرس المصطلحات المعرّفة

فهـــرس الأعـــلام

فهرس المصادر والمراجع

فهــرس الـموضوعـات

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهـــرس الآيات القرآنية

الآيـــــة	السورة رقم الآية	الصفحة
﴿ وَاللَّهُ مُحِيطٌ بِالْكَافِرِينَ ﴾	البقرة: 19	227
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾	البقرة: 104	180
﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ﴾	البقرة: 173	131
﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾	البقرة: 173	126
﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾	البقرة: 185	155
﴿ وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهِدُ اللَّهَ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ ﴾	البقرة: 204	232
﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة: 228	86
﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة: 233	86
﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	البقرة: 241	86
﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾	البقرة: 282	137
﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾	النساء: 06	184
﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ﴾	النساء: 11	316
﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	النساء: 19	86
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾	النساء: 23	316
﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾	النساء: 59	263

: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ وَلَا ٱلشَّهۡرَ ٱلۡحَرَامَ وَلَا ٱلۡهَدۡيَ وَلَا ٱلۡقَلَٰٓئِدَ وَلَآ ءَآمِّينَ ٱلۡبَيۡتَ ٱلۡحَرَامَ يَبۡتَغُونَ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّهِمۡ وَرِضۡوَٰنٗا ﴾	المائدة: 02	196
﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ﴾	المائدة: 03	131
﴿ قُلۡ يَٰٓأَهۡلَ ٱلۡكِتَٰبِ لَا تَغۡلُواْ فِي دِينِكُمۡ غَيۡرَ ٱلۡحَقِّ ﴾	المائدة: 77	237
﴿ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا ﴾	المائدة: 95	04
﴿ ثُمَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِرَبِّهِمۡ يَعۡدِلُونَ ﴾	الأنعام: 01	05
﴿ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ ﴾	الأنعام: 3	131
﴿ وَلَوۡ رُدُّواْ لَعَادُواْ لِمَا نُهُواْ عَنۡهُ ﴾	الأنعام: 28	78
﴿ وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ ﴾	الأنعام: 108	180
﴿ وَقَالُواْ مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ ٱلۡأَنۡعَٰمِ خَالِصَةٞ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِنَا ﴾	الأنعام: 139	276
﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٖ يَطۡعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيۡتَةً ﴾	الأنعام: 145	131
﴿ وَلَا تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ بَعۡدَ إِصۡلَٰحِهَا ﴾	الأعراف: 56	147
﴿ يَهۡدُونَ بِٱلۡحَقِّ وَبِهِۦ يَعۡدِلُونَ ﴾	الأعراف: 159	05
﴿ وَسۡـَٔلۡهُمۡ عَنِ ٱلۡقَرۡيَةِ ٱلَّتِي كَانَتۡ حَاضِرَةَ ٱلۡبَحۡرِ إِذۡ يَعۡدُونَ فِي ٱلسَّبۡتِ ﴾	الأعراف: 163	180
﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ ﴾	الأعراف: 199	83/76 85/
﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ ﴾	النحل: 115	132
﴿ وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلۡسِنَتُكُمُ ٱلۡكَذِبَ هَٰذَا حَلَٰلٞ وَهَٰذَا حَرَامٞ لِّتَفۡتَرُواْ عَلَى ٱللَّهِ ٱلۡكَذِبَ ﴾	النحل: 116	25
﴿ إِلَّا حَاجَةٗ فِي نَفۡسِ يَعۡقُوبَ قَضَىٰهَا ﴾	يوسف: 68	128
﴿ وَلَا تَقۡفُ مَا لَيۡسَ لَكَ بِهِۦ عِلۡمٌ ﴾	الإسراء: 36	24

﴿ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۖ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ ﴾	الأنبياء:78	46
﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى ٱلسَّمَآءِ ﴾	الحج:15	27
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	الحج: 78	132
﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾	النور: 06	278
﴿ فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾	النور: 63	236
﴿ أَحَطتُ بِمَا لَمْ تُحِطْ بِهِۦ ﴾	النمل: 22	227
﴿ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥ ﴾	الزمر:18	17
﴿ وَٱتَّبِعُوٓا۟ أَحْسَنَ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُم ﴾	الزمر:55	46
﴿ إِن نَّظُنُّ إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُسْتَيْقِنِينَ ﴾	الجاثية: 32	25
﴿ عَرَّفَهَا لَهُمْ ﴾	محمد: 06	76
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱجْتَنِبُوا۟ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ ۖ ﴾	الحجرات: 12	232
﴿ لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ﴾	الواقعة: 79	322
﴿ وَلَا يَجِدُونَ فِى صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّآ أُوتُوا۟ ﴾	الحشر: 9	128
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا ﴾	الممتحنة:12	154
: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾	الجمعة: 09	142
: ﴿ فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ ﴾	التغابن: 16	319
﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	الطلاق: 02	138
﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا۟ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ﴾	الطَّلاق:6	82
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ ﴾	التحريم:01	94
﴿ فَٱعْتَرَفُوا۟ بِذَنۢبِهِمْ ﴾	الملك: 11	76

فهـــرس الأحاديث والآثار

طرف الحديث والأثر	الصفحة
أبردوا بالظهـــر...	319
إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها في الإناء ثلاثاً...	234
إذا اشتدّ الحرّ فابردوا بالصلاة...	319
إذا ذهب أحدكم إلى الغائط أو البول فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها...	241
إذا لم تصطحبوا و لم تغتبقوا...	133
اعرف وكاءها أوقال وعاءها وعفاصها ثم عرّفها سنة ثم استمتع بها فإن جاء ربها فأدِّها إليه	215
أعطى رسول الله –صلى الله عليه وسلم– يهود خيبر الأرض والنّخل...	101
أنّ رسول الله– صلى الله عليه وسلم– قضى باليمين مع الشاهد...	222
أكل ولدك نحلت مثله...	277
إنّ ابني هذا سيد...	316
إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يجب أن تؤتى عزائمه...	58
إنّ من أكبر الكبائر أن يلعن الرّجل والديه...	181
أيما إمراة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل...	197
البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر...	219
تُبايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً ولا تَسْرِقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم...	154
تزوج رسول الله عائشة – رضي الله عنها – بنت ست أو سبع، وبنى بها بنت تسع...	287
حجم رسول اللهأبو طيبة...	110
الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما أمور مشتبهات،...	233
الحمد لله الذي جعلني في قوم إذا مِلت عَدَّلوني	04
خذي أنت وبنوك ما يكفيك...	86
خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم...	214
قد أنزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها...	278
قَدِم النبي –صلى الله عليه وسلم– المدينة وهم يُسلِفون في الثِّمار السَّنة والسَّنتين...	87

كانت ضوالّ الإبل في زمان عمر ابن الخطاب إبلاً مُؤَبّلةً تناتَج لا يمسّها أحد...	215
لا أشهد على جور...	277
: لا بأس أن يقول: بِعْ هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا فهو لك...	268
لا تمنعوا إماء الله مساجد الله...	216
لا ضرر ولا ضرار...	133
لا يمس القرآن إلا طاهر...	322
لَمَ تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع؟ تسقي به أولًا وآخرًا، وهو لا يضرُّك...	214
لولا حداثة قومك بالكفر...	181
لو أن رسول الله– صلى الله عليه وسلم– رأى ما أحدث النساء لمنعهن...	215
ما بال أقوام يتنزّهون عن الشّيء أصنعه، فوالله إني أعلمهم بالله، وأشدّهم له خشيةً...	236
ما رآهالمسلمون حسنا فهو عند الله حسن...	86
المسلمون عند شروطهم...	
من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق...	170
من خبب على امرئ زوجته أو مملوكه فليس منا...	256
من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فالزرع لرب الأرض...	170
نهى أن يتلقى الركبان، ولا يبيع حاضر لباد...	267
نهى رسول اللهصلى الله عليه وسلم عن كراء الـــمزارع...	101
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الـــمزابنة والـــمحاقلة...	101
الولد للفراش وللعاهر الحجر...	197
يا أسامة، أقتلهبعد ما قال لا إله إلا الله؟...	234
اليتيمة تستأمر في نفسها فإن سكتت فهو إذنها...	288
يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور...	214

فهرس المسائل الفقهية

الرقم	المسألة الفقهية	الصفحة
01	أجرة السمسار.	267
02	استحقاق غلة الأرض تزرع غصبا وتعديا.	169
03	استقبال القبلة واستدبارها عند قضاء الحاجة	241
04	اشتراط الإذن في استحقاق إحياء الموات القريب من العمران.	203
05	البسملة في الصلاة.	242
06	بيع الثنيا.	305
07	بيع العقار الموقوف إذا خرب وانقطعت منفعته.	323
08	بيع المضغوط.	188
09	تأبيد التحريم للمخبّب.	256
10	تجهيز الشوار.	253
11	ترك اللعان.	277
12	تزويج اليتيمة البكر غير البالغة.	287
13	تصرفات البالغ المُولَّى عليه إذا أحسن التَّصرف في المال.	184
14	تضمين الرّاعي المشترك.	164
15	تضمين السّماسرة.	206
16	تعدد صلاة الجمعة في المصر الواحد.	142
17	الحكم باليمين مع الشاهد.	222
18	الخلع بالإنفاق على الولد زمن الرّضاع.	118
19	دخول ولد البنت في العقب.	315
20	شهادة الابن مع أبيه.	308
21	شهادة اللفيف في القسامة.	137
22	صرف غلات الحبس في غير مصرفها الذي وقفت له.	291
23	العقوبة بالمال.	264

24	غرس الأشجار في المساجد.	122
25	القضاء بالخلطة أو توجيه اليمين في الدعاوى.	218
26	لفظ التَّحريم في الطَّلاق.	94
27	اللقطة توجد عند أهل الذّمة.	240
28	المُخَابَرة والمُحَاقَلَة.	100
29	مس المصحف من غير طهارة لناسخ القرآن.	321
30	النظر إلى عورة المرأة .	313
31	الوقف على الذكور دون الإناث.	274

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس المصطلحات المعرفة

الرقم	المصطلح	الصفحة
01	الاحتياط	227
02	إحياء الموات	203
03	الاستحسان	35
04	الاستصلاح	146
05	الأشياخ	49
06	تحقيق المناط	213
07	تتبع الرخص	259
08	التَّراجع .	42
09	التعدّي	169
10	التلفيق	258
11	التوقف	23
12	الثنيا	305
13	الحاجة	128
14	الحجر	184
15	الخلطة	218
16	الخلع	119
17	الراجح	16
18	الراعي المشترك	163
19	الرخصة	39
20	الرشد	184
21	السبب	27
22	سد الذرائع	174
23	السمسار	206

24	الشاذ	249
25	الشهادة	137
26	الشوار	253
27	الضابط	27
28	الضرورة	126
29	ضعيف المدرك	105
30	ضعيف نسبي	105
31	الضمان	164
32	العادة	78
33	العدالة	138
34	العدول	05
35	العرف	76
36	العقار المحبس	322
37	العقب	314
38	العقوبة في المال	264
39	الغصب	169
40	الفتوى	105
41	فساد الزمان	2011
42	القضاء	105
43	القول المعتمد	11
44	اللعان	277
45	اللفيف	137
46	اللقطة	239
47	ما جرى به العمل	30
48	مجتهد المذهب	197
49	مجتهد الفتوى	115

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

50	المجتهد المطلق	295
51	المجتهد المنتسب	296
52	المحاقلة	99
53	المخابرة	99
54	المتأخرون	11
55	المتفق عليه	14
56	المتقدمون	11
57	المخبّب	255
58	المدرسة المالكية المغربية	7
59	مراعاة الخلاف	37
60	المزابنة	99
61	المزارعة	100
62	المساوي لمقابله	23
63	المساقات	100
64	المشهور	18
65	المصريون	21
66	المصلحة	147
67	المضغوط	188
68	المغاربة	21
69	المناسبة	146
70	الموات	203
71	الوقف	274
72	يد أمانة	207

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس تراجم الأعلام

الرقم	اسم العلم المترجم له	الصفحة
01	الأبهري أبو بكر(ت395هـ)	189
02	الأبياري (ت618 هـ)	157
03	الأبياني(ت352هـ)	209
04	الأجهـــوري أبو الإرشاد علي(ت1066هـ)،	109
05	أحمد بن ميسرة(ت339هـ)	257
06	أحمد الرهـــوني التطواني (ت1179هـ)	276
07	أحمد الونشريسي أبو العباس (ت914هـ)	48
08	أبو إسحاق الغرناطي (ت579هـ)	67
09	أسد بن الفرات (ت213هـ)	26
10	أشهـــب بن عبد العزيز (ت204هـ)	63
11	أصبغ بن الفرج (ت225هـ)	53
12	الأصيلي (ت392هـ)	66
13	ابن آملال(ت 856هـ)	192
14	الباجي أبو الوليد سليمان (ت473هـ)	02
15	الباقلاني (ت403 هـ)	158
16	البراذعي (ت372هـ)	92
17	البرزلي أبو القاسم (ت841هـ أو 844هـ)	103
18	ابن بزيزة (ت 663هـ أو 673هـ)	185
19	ابن بشير التنوخي (ق 6 هـ بالتقريب)	20
20	ابن بطال أبو الحسن علي البكري (ت444هـ)	182
21	البليدي(ت 1176هـ)	294
22	بناني أبو عبد الله محمد (ت1194هـ)	53
23	بهـــرام (ت805 هـ)	283

24	البهـلول بن راشد (ت 183هـ)	253
25	البولاق أبو يحي مصطفى البرلسي(1263هـ)	294
26	التاودي أبو عبد الله محمد الفاسي (ت1209هـ)	30
27	التتائي(ت627هـ)	386
28	التسولي أبو الحسن علي (ت1258هـ)	20
29	الجزولي الفاسي (741هـ)	26
30	ابن جزي(ت741هـ)	126
31	الجلالي أبو سالم إبراهـيم التازي(ت 749هـ)	310
32	ابن الحاجب ،(ت 646هـ)	138
33	الحجوي محمد بن الحسن الفاسي (ت1376هـ)	18
34	الحسن بن رحال التادلي(ت1140هـ)	167
35	أبو الحسن الطنجي(ت 734هـ)	21
36	الحطاب أبو عبد اللـه محمد المكي(ت954هـ)	11
37	الحفار أبو عبد الله(ت811هـ)	97
38	حلولو (كان حيا سنة 895هـ)	153
39	الخرشي(ت1001هـ)	247
40	الخشني بن الحارث (ت 361هـ)	168
41	خليل أبو المودة الجندي(ت767هـ)	12
42	ابن خويزمنداد أبو بكر (ت 390هـ بالتقريب)	20
43	الداودي أحمد بن نصر(ت440 هـ)	141
44	الدردير أبو البركات أحمد (ت1201هـ)	126
45	الدّسوقي (1230هـ)	19
46	الرجراجي علي بن سعيد(ت بعد 633هـ)	98
47	ابن رشد الجد (ت520هـ)	11
48	ابن رشيق(ت 632هـ)	150
49	الرصاع(ت894 هـ)	37

50	الرماصي مصطفى (ت1136هـ)	30
51	الزرقاني (ت1099هـ)	246
52	زروق أبو العباس أحمد البرنسي (899 هـ)	22
53	الزقاق علي بن محمد (ت912هـ)	31
54	ابن أبي زمنين (ت399هـ)	102
55	ابن الزيات (ت627هـ)	286
56	الزياتي عبد العزيز بن الحسن الفاسي	53
57	ابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ)	26
58	ابن الستاري(ت647هـ)	109
59	سحنون أبو سعيد عبد السلام (ت240هـ)	63
60	السجلماسي محمد بن القاسم (ت1214هـ)	30
61	السراج أبو زكريا يحيى (ت1007هـ)	57
62	ابن أبي سلمة (ت185هـ)	95
63	ابن سلمون (ت741هـ)	166
64	ابن سهـل عيسى القرطبي (ت486هـ)	55
65	السيوري أبو القاسم(ت460هـ)	189
66	ابن شاس (ت610 هـ)	240
67	الشاطبي أبو إسحاق (ت 790هـ)	24
68	الشبرخيتي(ت 1106هـ)	286
69	ابن شبلون(ت 391 هـ)	307
70	الشبيبي أبو عبد الله (ت 752هـ)	103
71	أبو الشتاء الصنهـاجي (ت 1365هـ)	19
72	الشريف التلمساني (ت771هـ)	64
73	الشريف العلمي	57
74	ابن شعبان (ت 355هـ)	102
75	الشمّاع (ت 833 هـ)	266

76	الصّاوي (ت 1241هـ)	173
77	الصباغ أبو عبد الله (ت 750هـ)	97
78	الطاهـر بن عاشور (ت1284هـ)	46
79	الطرطوشي أبو بكر(ت520هـ)	62
80	ابن عاصم أبو بكر محمد(ت829هـ)	68
81	ابن عبد البر القرطبي(ت 671هـ)	15
82	ابن عبد الحكم (ت214هـ)	69
83	عبد الرحمان بن القاسم (ت 191هـ)	17
84	عبد الرحمان الفاسي(ت1096هـ)	109
85	ابن عبد السلام (ت 749هـ)	33
86	عبد القادر الفاسي(ت 1091هـ)	247
87	عبد الله بن أبي مليكة (ت 117هـ)	140
88	عبد الله العبدوسي(ت849هـ)	117
89	عبد الملك بن حبيب (ت238هـ)	53
90	عبد الواحد الونشريسي(ت955هـ)	265
91	عبد الوهـاب البغدادي(ت422هـ)	140
92	ابن عتاب القرطبي (ت462هـ)	55
93	العدوي علي بن أحمد الصعيدي(ت1189 هـ)	19
94	ابن العربي الإشبيلي (ت543هـ)	55
95	ابن عرضون أحمد(ت992هـ)	257
96	ابن عرفة الورغمي (ت803هـ)	02
97	ابن العطار (ت 399هـ)	120
98	العطار حسن (ت1250هـ)	259
99	ابن عطية الأندلسي (ت546هـ)	63
100	ابن عطية الونشريسي(ت790هـ بالتقريب)	290
101	العقباني سعيد بن محمد (ت 811هـ)	118

102	ابن علاّق (ت 806هـ)	293
103	العلمي الفاسي(ت بعد 1032هـ بالتقريب)	57
104	العلوي الشنقيطي (ت1235هـ)	245
105	عليش (ت1299هـ)	50
106	أبو عمران الفاسي (ت 430هـ)	141
107	عياض أبو الفضل السبتي (ت544هـ)	63
108	عيسى بن دينار (ت212هـ)	69
109	عيسى بن علال (ت823هـ)	317
110	ابن غازي (ت 919هـ)	26
111	الغبريني (ت 772هـ)	96
112	الغلاوي محمد الشنقيطي النابغة(ت 1245هـ)	12
113	ابن الفخار القرطبي (ت 419هـ)	66
114	ابن فرحون برهـان الدين (ت799هـ)	20
115	ابن الفرس (ت599 هـ)	141
116	الفشتالي(ت1208هـ)	192
117	أبو الفضل راشد(ت675هـ)	257
118	القادري محمد بن قاسم(ت1331هـ)	15
119	القاضي أبو الفرج (ت 331هـ)	325
120	القاضي إسماعيل (ت282هـ)	92
121	القاضي الحميدي(ت 1003هـ)	310
122	القاضي المكناسي (ت829هـ)	68
123	القباب (ت 778هـ)	37
124	القرافي شهـاب الدين (ت684هـ)	17
125	ابن القصار (ت 378هـ)	137
126	القوري أبو فارس عبد العزيز(ت750هـ)	166
127	ابن أبي كف(ت 1240هـ)	201

128	ابن كنانة (ت186هـ)	69
129	ابن لب الأندلسي(ت782هـ)	55
130	اللخمي القيرواني (ت478هـ)	15
131	ابن الماجشون عبد الملك (ت212هـ)	69
132	المازري أبو عبد اللـه التميمي (ت536هـ)	11
133	المتيطي أبو الحسن علي (ت570هـ)	64
134	المحاصي خلف الله (ت732هـ)	111
135	ابن محرز محمد بن محمد(ت 450هـ)	121
136	محمد بن سحنون(ت256هـ)	95
137	محمد بن سعيد بن الملون (ت198هـ)	66
138	محمد بن سليمان السطي(ت 750 هـ)	205
139	محمد بن غالب(ت 818 هـ)	144
140	محمد الفاضل بن عاشور (ت 1390هـ)	65
141	محمد بن لبابة (ت314هـ)	102
142	محمد العربي الفاسي(ت1052هـ)	142
143	محمد القطان (ت785هـ)	144
144	ابن المخزومي المغيرة بن عبد الرحمان (ت186هـ)	69
145	ابن مرزوق (ت 842هـ)	91
146	المسناوي أبو عبد الله محمد (ت1136هـ)	48
147	مطرف أبو مصعب(ت220هـ)	101
148	ابن معمر(ت226هـ)	62
149	المقري الحفيد (ت1041هـ)	64
150	المقري الجد (ت756هـ)	37
151	ابن المكوي الإشبيلي (ت 401هـ)	56
152	المنياشي (ت 581هـ)	242
153	أبو مهـدي السكتاني(ت1062هـ)	111

154	المهـــدي الوزاني(ت1342هـــ)	07
155	المواق أبو عبد الله (ت897هـــ)	97
156	ميارة عبد الله بن محمد(ت1072هـــ)	106
157	ابن ناجي التنوخي (ت837هـــ)	22
158	النفراوي(ت 1125هـــ)	123
159	الهـــسكوري(ت631هـــ)	103
160	ابن هـــشام أبو الوليد هـــشام(ت917هـــ)	68
161	ابن هـــلال(ت795هـــ)	91
162	الهـــلالي أبو العباس السجلماسي (ت1175هـــ)	20
163	ابن وضاح(ت 289هـــ)	123
164	الوغليسي البجائي (ت 786هـــ)	46
165	الولاتي محمد بن يحيى(ت 1330هـــ)	77
166	يحيى بن يحيى الليثي (ت234هـــ)	65
167	اليزناسي أبو إسحاق إبراهـــيم (ت794هـــ)	168
168	يوسف بن عمر الأنفاسي (ت761هـــ)	53
169	ابن يونس الصقلي (ت451هـــ)	96

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم: بالرسم العثماني، رواية ورش عن نافع.

كتب التفسير

1-الرازي: (ت606هـ)، **مفاتيح الغيب**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، دت.

2- ابن زمنين: أبو عبد الله محمد المري(ت399هـ)، **تفسير القرآن**، حسين بن عكاشة، محمد الكتر، دار الفاروق الحديثة، القاهرة، ط1، 1423ه- 2002م

3- ابن عاشور: الطاهر التونسي(ت1284هـ)، **التحرير والتنوير**، المسمى: تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدار التونسية، دط، 1984ه.

4- ابن العربي: أبو بكر بن عبد الله(ت543هـ)، **أحكام القرآن**، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

5- ابن عرفة: (ت803هـ)، **تفسير ابن عرفة المالكي**، تحقيق: حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية، تونس، ط1: 1986م.

6-ابن عطية: محمد عبد الحق(ت546هـ)، **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق الرحالي فاروق وآخرون، قطر، ط1: 1398هـ/1977م.

7- ابن الفرس: أبو محمد عبد المنعم الأندلسي، (ت599 هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: طه بوسريح، منجية السوايحي وصلاح الدين بو عفيف، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427ه- 2006م.

8- القرطبي: أبو عبد الله محمد الأنصاري (ت671هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.

كتب الحديث وشروحه

1- البخاري: محمد بن إسماعيل(ت256هـ)، **لجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه=صحيح البخاري**، تحقيق محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422ه.

2- ابن بطال: أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: (ت444هـ)، **شرح صحيح البخاري**، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1423ه-2003م

3- البيهقي: أحمد الخراساني(ت458هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، 1424ه-2003م.

4- الترمذي: محمد بن عيسى(ت279هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، طبعة الحلبي، مصر، ط2، 1395ه- 1975م.

5- الحاكم: أبو عبد الله (ت405هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

6- ابن حبان: محمد التميمي (ت354هـ)، **صحيح ابن حبان**، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414ه- 1993م.

7- ابن حجر: أحمد بن علي العسقلاني(ت852هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار السلام، الرياض، دار الفيحاء، دمشق، ط3: 1421ه/2000م.

8- أحمد بن حنبل (ت241هـ)، **المسند**، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421ه، 2001م.

9- ابن خزيمة: أبو بكر السلمي النيسابوري (ت311هـ)، **صحيح ابن خزيمة**، تحقيق محمد الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، دت

10- ابن داوود: سليمان السجستاني (ت275هـ)، **سنن أبي داود**، تحقيق محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، دط، دت.

11- الزيلعي: جمال الدين الفنجاني (ت762هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 1418ه- 1997م.

12- الصنعاني، الحافظ عبد الرزاق(ت 211هـ)، **المصنّف**، تحقيق الشيخ حبيب الرحمان الأعظمي، طبعة المجلس العلمي للمكتب الإسلامي، بيروت، ط1: 1392هـ/1972م.

13- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي (ت1329هـ)، **عون المعبود شرح سنن أبي داوود**، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق عبد الرحمان عثمان، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط3: 1407ه.

14- ابن عاشور: (ت1284هـ)، **كشف المغطي عن المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ**، دار سحنون ودار السلام، تونس، ضبط نصه وعلق عليه: طه بوسريح التونسي، ط1: 1427هـ/2006م.

15- القاضي عياض (ت544هـ)، **إكمال المعلم بفوائد مسلم**، تحقيق يحيى إسماعيل، دار الوفاء، مصر، ط1: 1419ه.

16- ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني (ت273هـ)، **سنن ابن ماجه**، تحقيق الأرنؤوط، دار الرسالة، ط1، 1430ه-2009م

17- المازري: محمد بن علي(ت536هـ)، **المعلم بفوائد مسلم**، تحقيق محمد الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية لكتاب الجزائر، الدار التونسية، ط2، 1988.

18- مالك بن أنس، **الموطأ** (ت179هـ)، **رواية يحي بن يحي** بن كثير الليثي، تحقيق طه عبد الرؤوف، ط1: 1424ه-2003م.

19- مسلم: النيسابوري(ت 261هـ)، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم- صحيح مسلم**، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، دط، دت.

20- النسائي: أحمد بن شعيب بن علي(ت303هـ)، **سنن النسائي**، مطبوع مع شرح الحافظ السيوطي، المطبعة المصرية بالأزهر، المكتبة التجارية، مصر، ط1: 1348ه.

21- الهندي: علي بن حسام(ت 975هـ)، **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5: دت، دط.

22- ابن وهب(ت197هـ)، **كتاب الجامع**، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، وعلي عبد الباسط مزيد، دار الوفاء، ط1، 1425ه/2005م.

كتب المعاجم

1- الأزهري: (ت370هـ)، **تهذيب اللغة**، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت ط1: 2001م

2- الجوهري: إسماعيل بن حماد (ت393هـ)، **الصحاح**، دار العلم للملايين، ط4: 1990م.

3- الرازي: محمد لن أبي بكر(ت606هـ)، **مختار الصحاح**، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة ناشرون، بيروت، دط: 1415هـ/1995م.

4- عبد الباقي، محمد فؤاد، (ت852هـ)، **المعجم المفهرس لألفاظ القرءان الكريم**، دار الفكر، ط2: 1041هـ/1981م.

5- الراغب الحسين بن محمد: (ت502هـ)، **المفردات في غريب القرآن**، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة، بيروت، دط

6- الزبيدي: عبد الرزاق الحسني، (ت1205هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق مجموعة علماء، دار التراث العربي، الكويت، دط، دت

7- ابن فارس، أبو الحسين أحمد فارس بن زكرياء: (ت395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، دط.

8- الفراهيدي، الخليل بن أحمد: (ت170هـ)، **كتاب العين**، تحقيق المهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار الهلال، دط.

9- الفيروز أبادي: (ت817هـ)، **القاموس المحيط والقابوس الوسيط**، تحقق محمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1426/2005ه

10- الفيومي أبو العباس أحمد، (ت770هـ)، **المصباح المنير**، دار الكتب العلمية، بيروت دط، دت.

11- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، دط.

12- ابن منظور: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري: (ت711هـ)، **لسان العرب**، تحقيق مجموعة من العلماء، دار المعارف، القاهرة، ط1، دت

كتب الفقه والأصول والفتاوى

1- الأبياري، علي بن إسماعيل(ت618هـ)، **التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه**، تحقيق: علي بن عبد الرحمان، بسام الجزائري، وزارة الأوقاف قطر، ط1: 1434ه/2013م.

2- الأبياري، شمس الدين بن إسماعيل(ت618هـ)، **الورع**، تحقيق فاروق حمادة، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط1: 1407ه/1987م.

3- الأبياني: (ت352هـ)، **مسائل السماسرة**، حققه محمد العروسي، ط1: 1992.

4- الأُبِّي، صالح عبد السميع الأزهري (ت828هـ)، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل**، دار صادر، دط، دت.

5-أحمد كافي: **الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1424هـ/2004م.

6- الآمدي: (ت631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق عفيفي عبد الرزاق، المكتب الإسلامي، بيروت، دط،

7- بابا الشيخ الشنقيطي: **إرشاد المقلدين عند اختلاف المجتهدين**، تحقيق الطيب بن عمر بن الحسني، دار ابن حزم ط1: 1418ه/1997م.

8- الباجي، أبو الوليد سليمان (ت473هـ)، **إحكام الفصول في أحكام الأصول**، تحقيق عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1407هـ/1983م.

9- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف(ت473هـ)، **فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام**، تحقيق أبو الأجفان، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م/ 1422هـ.

10- الباجي أبو الوليد(ت473هـ)، **المنتقى شرح موطأ مالك**، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1420ه/1999م.

11- الباحسين: يعقوب بن عبد الوهاب، **قاعدة العادة محكمة**، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط1: 1425ه/2004م.

12- الباني محمد سعيد: **عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق**، المكتب الإسلامي، بيروت، دط: 1401ه، 1981م.

13- البراذعي أبو سعيد خلف (ت372هـ)، **التهذيب في اختصار المدونة**، تحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم، دار البحوث الإسلامية للدراسات، ط1، 1423ه/2002.

14- البرزلي(ت841هـ أو 844هـ)، فتاوى البرزلي المسمى: **جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام**، تحقيق محمد الحبيب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 2002م.

15- ابن برهان، أحمد بن علي البغداي: **الوصول إلى الأصول**، تحقيق: عبد الحميد علي أبو زيد، مكتبة المعارف، الرياض، دط: 1403ه/1983م.

16- البرهاني، محمد هشام: **سد الذرائع في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر، دمشق، ط1: 1406ه/ 1995م.

17- ابن بزيزة، أبو محمد عبد العزيز(ت 663هـ أو 673هـ)، **روضة المستبين في شرح كتاب التلقين**، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1431هـ/2010م.

18- ابن بشير التنوخي(ق 6 هـ بالتقريب)، **التنبيه على مبادئ التوجيه**، تحقيق محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1428هـ/2007م.

19- بلكا إلياس: **الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1424هـ/ 2003م.

20- بهرام: تاج الدين الدميري(ت805 هـ)، **تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي**، تحقيقأحمد بن عبد الكريم نجيب وحافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1434 هـ - 2013 م.

21- بهرام: تاج الدين الدميري(ت805 هـ)، **الشامل في فقه الإمام مالك**، ضبطه أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط2، 1429 هـ - 2008 م.

22- بوساق، محمد المدني، **المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة**، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات، ط1: 1421هـ/2000م.

23- البوطي: محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، الدار المتحدة، مكتبة رحاب الجزائر، ومؤسسة الرسالة، بيروت، دط.

24- ابن بيه، عبد الله بن الشيخ المحفوظ: **صناعة الفتوى وفقه الأقليات**، دار المنهاج، بيروت، ط1: 1425هـ/ 2007م.

25- التاودي، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت1209هـ)، **حلى المعاصم لفكر ابن عاصم شرح تحفة الحكام**، ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1418هـ/ 1998م.

26- التسولي علي بن عبد السلام(ت1258هـ)، **البهجة في شرح التحفة**، دار الفكر، بيروت، دط: 1416هـ/1996م.

27- التسولي(ت1258هـ)، **الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق**، المطبعة التونسية، دط.

28- تقي الحكيم: **الأصول العامة للفقه المقارن**، دار الأندلس، بيروت، ط1: 1963م.

29- التواتي أبو القاسم محمد الليبي: **شرح نظم نوازل العلامة سيدي عبد الله العلوي الشنقيطي**، مكتبة النجاح ليبيا، دط.

30- ابن التمين، عبد الله محمد: **إعمال العرف في المذهب المالكي**، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، ط1: 1430هـ/2009م.

31- ابن التيمن عبد الله محمد :**تأثير طول الزمن في الحكم الشرعي في المذهب المالكي**، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، ط2: 2012م.

32- التوزري، عثمان بن المكي(ت1383هـ) **توضيح الأحكام على تحفة الحكام**، المطبعة التونسية، ط1: 1339م .

33- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم(ت728هـ)، **مجموعة الفتاوى**، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، مصر، ط3: 1426هـ/ 2005م.

34- ابن جزي الغرناطي(ت741هـ)، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية**، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، الكويت، دط. د ت.

35- ابن جزي(ت741هـ)، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، مطبوع مع الإشارة في أصول الفقه، ، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1424هـ/2003م.

36- الجكني، محمد الأمين بن أحمد: **مراقي السعود إلى مراقي السعود**، تحقيق محمد المختار الشنقيطي، مكتبة بن تيمية، القاهرة، ط1: 1413ه/1993م.

37- الجويني: أبو المعالي عبد الملك بن يوسف(ت478هـــ)، **البرهان في أصول الفقه**، تحقيق صلاح بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1418هـ/1997م.

38- الجيدي عمر بن عبد الكريم: **مباحث في المذهب المالكي**، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط1: 1993م.

39- الجيزاني: **حقيقة الضرورة الشرعية**، دار المنهاج، الرياض، ط 1: 1418هـ.

40- حاتم باي: **الأصول الاجتهادية التي بُني عليها المذهب المالكي**، دار الوعي الإسلامي، الكويت، ط1: 1432هـ/2011م.

41- حاتم باي: **التحقيق في مسائل أصول الفقه التي اختلف النقل فيها عن الإمام مالك بن أنس**، دار الوعي الإسلامي، الكويت، ط1: 1432هـ/2011م.

42- ابن الحاجب، جمال الدين بن عمر، (ت 646هـــ)، **جامع الأمهات**، تحقيق: الأخضر الأخضري، دار اليمامة، دمشق، ط2: 1421هـ/2000م.

43- ابن الحاجب(ت 646هـــ)، **منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل**، تحقيق نذير حمادو، دار ابن حزم، ط1: 1427هـ/2006م.

44- ابن حزم، أبو محمد علي (ت 456هـــ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الجيل، بيروت ــ لبنان ــ ط1: 1407 هـ/ 1987م.

45- الحطاب: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي(ت954هـ)، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، ضبطه: زكريا عميراتدار الكتب العلمية، بيروت.، ، ط1: 1416هـ/ 1995م، وكذا طبعة الرضوان، ط1: 1431هـ/2010م.

46- الحطاب(ت954هـ)، **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، تحقيق عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1404ه/1984م.

47- الحطاب(ت954هـ)، **رسالة في حكم بيع الأحباس**، تحقيق إقبال المطوع، الأمانة العامة لأوقاف الشارقة، ط1، 1427هـ/ 2006م.

48- حلولو، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمان القروي(كان حيا سنة 895هـ)، **التوضيح في شرح التنقيح**، تحقيق غازي بن مرشد بن خلف العتبي، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى، 1420ه.

49- الخادمي: نورالدين، **المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1420هـ/ 2000م.

50- خلاف عبد الوهاب: **علم أصول الفقه**، مكتبة الدعوة – شباب، الأزهر، دط، دت.

51- خليل، أبو المودة خليل بن إسحاق الجندي(ت767هـ)، **المختصر**، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث القاهرة، دار البصائر، الجزائر، ط 1: 1426هـ/ 2005م.

52- خليل (ت767هـ)، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي**، ضبط أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه، مصر، ط1: 1429ه/2008م.

53- الخليفي عبد العزيز، **الإختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته وأسبابه**، الرباط، ط1: 1414هـ/ 1993م، ص 186.

54- الخنين عبد الله بن محمد: **الفتوى في الشريعة الإسلامية**، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1429ه.

55- الدبوسي أبوزيد(ت430هـ)، **تقويم الأدلة**، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1421هـ/2001م

56- الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد (ت1201هـ)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، دار المعارف، مصر.

57- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد(ت1201هـ)، **الشرح الكبير لمختصر خليل**، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.

58- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة(1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دط، دت.

59- ديب البغا: **أثر الأدلة المختلف فيها في اختلاف الفقهاء**، دار الإمام البخاري، دمشق، دط.

60- ذيب أحمد: **المدخل لدراسة الفقه المالكي**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1435هـ/2014م.

61- الرجراجي: علي بن سعيد(ت بعد 633هـ)، **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، اعتناء أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، دار ابن حزم، ط1: 1428ه/2007م.

62- الرّجراجي أحمد السباعي: **منار السالك إلى مذهب الإمام مالك**، المطبعة الجديدة، فاس، ط1: 1359هـ/1940م.

63- الرجراجي: أبو علي حسين بن علي(ت بعد 633هـ)، **رفع النقاب عن تنقيح الشهاب**، تحقيق عبد الرحمان بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط1: 1425ه/2004م.

64- ابن رحال المعداني: **كشف القناع عن تضمين الصناع**، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الدار التونسية، تونس، دط: 1986م.

65- ابن رشد الجد (ت520هـ)، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2: 1408ه-1988م.

66- ابن رشد الجد(ت520هـ)، **المقدمات الممهدات**، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408ه-1988م.

67- ابن رشد الجد(ت520هـ)، **مسائل أبي الوليد بن رشد**، تحقيق محمد الحبيب، دار الجيل بيروت، دار الآفاق، المغرب، ط2، 1414ه-1993م

68- ابن رشد: (ت520هـ)، **فتاوى ابن رشد**، تحقيق المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الاسلامي، بيروت، ط1: 1987م/1407ه

69- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي(ت595هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار المعرفة، ط6: 1402هـ/ 1982م.

70- الرشيد، أحمد بن عبد الرحمان: **الحاجة وأثرها في الأحكام**، مكتبة كنوز إشبيليا، الرياض، ط1: 1429هـ/2008م.

71- ابن رشيق المالكي، الحسين(ت 632هـ)، **لباب المحصول في علم الأصول**، تحقيق محمد غزالي عمر جابي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1: 1422ه/2001م.

72- الريسوني أحمد: **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي**، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2: 1412ه/1992م.

73- الريسوني قطب: **التوقف عند الفقهاء دراسة تحليلية تأصيلة**، دار ابن حزم بيروت، ط1: 2007م.

74- الريسوني قطب: **التعارض بين الراجح والمشهور في المذهب المالكي**، دار ابن حزم، ط1: 1430هـ/2009م.

75- الزحيلي محمد: **النظريات الفقهية**، دار القلم، دمشق، ط1: 1414ه.

76- ابن أبي زمنين: محمد بن عبد الله(ت399هـ)، **منتخب الأحكام**، تحقيق عبد الله بن عطية الرداد، المكتبة المكية، ومؤسسة الريان، ط1، 1419ه-1998م.

77- أبو زهرة: مالك **بن أنس حياته وعصره وآراؤه الفقهية**، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2: 1952م.

78- ابن أبي زيد القيرواني(ت386هـ)، **النوادر والزيادات**، تحقيق محمد حجي ومحمد الحلو، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990م.

79- ابن أبي زيد القيرواني(ت386هـ)، **الذّب عن مذهب الإمام مالك**، تحقيق محمد العلمي، الرابطة المحمدية، المغرب، ط1، 1432هـ/2011م.

80- ابن أبي زيد القيرواني(ت386هـ)، **الرسالة**، تحقيق: عبد المجيد الشرنوبي، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، .

81- السبكي وولده التاج، (ت756هـ) **الإبهاج في شرح المنهاج**، تحقيق نور الدين صغيري و أحمد الزمزمي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1: 1424هـ/2001م

82- السجلماسي، أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجليل الفلالي(ت1214هـ)، **فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد أو العمليات العامة**، مطبعة الدولة التونسية، ط1: 1290هـ، طبعة أخرى: تحقيق الباتول بن علي، وزارة الأوقاف المغربية، دط: 1410ه/ 1990م.

83- سحنون بن سعيد التنوخي(ت240هـ)، **المدونة الكبرى**، دار الكتب العلمية، ط1: 1415ه/1994م.

84- ابن سهل القرطبي (ت486هـ)، **الإعلام بنوازل الأحكام**، المسمى **ديوان الأحكام الكبرى**، تحقيق يحي مراد، دار الحديث القاهرة، دط، 1428ه-2007م.

85- ابن سلمون (ت741هـ)، **العقد المنظم للحكام، فيما يجري على أيديهم من العقود والأحكام**، تحقيق محمد بن عبد الرحمان الشاغول، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1: 1432ه/2011م.

86- عبد الرحمان السنوسي: **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**، دار ابن الجوزي، ط1، 1424ه.

87- السيوطي، جلال الدين بن أبي بكر(ت911هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، ط1: 1411ه/1990م.

88- سماعي محمد عمر: **نظرية الاحتياط الفقهي دراسة تأصيلية تطبيقية**، رسالة دكتوراه بكلية الدراسات العليا، إشراف محمود صالح جابر، الجامعة الأردنية 2006م.

89- ابن شاس، جلال الدين بن نجم الجذامي(ت610 هـ)، **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، تحقيق حميد لحمر، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1423هـ/2003م.

90- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي(ت 790هـ)، **الموافقات في أصول الشريعة الإسلامية**، تحقيق عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط2: 1395ه/1975م.المطبعة الرحمانية، دط،

91- الشاطبي(ت 790هـ)، **الاعتصام**، تحقيق سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، الجزائر، دط: 1418هـ/ 1997م.

92- أبو الشتاء الصنهاجي(ت 1365هـ)، **منهاج الناشئين من القضاة والحكام**، ط1: 1348ه، فاس، المملكة المغربية. ط1: 1348ه

93- أبو الشتاء الصنهاجي(ت 1365هـ)، **مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق**، المكتبة الأزهرية، القاهرة، ط1: 2008م،

94- الشعلان، عبد الرحمان بن عبد الله: **أصول فقه الإمام مالك أدلته النقلية**، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط1: 1424هـ/ 2003م.

95- الشماع أبو العباس أحمد(ت 833 هـ)، **مطالع التمام ونصائح الأنام**، ومناجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام زيادة على ما شرع الله من الحدود والأحكام، تحقيق: عبد الخالق أحمدون، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، دط، 2003م.

96- الشنقيطي بابا الشيخ: **إرشاد المقلدين عند اختلاف المجتهدين**، تحقيق الطيب بن عمر بن الحسني، دار ابن حزم ط1: 1418ه/1997م.

97- الشنقيطي: سيدي عبد الله بن إبراهيم العلوي(ت 1235هـ)، **نشر البنود على مراقي السعود**، مطبعة فضالة بالمغرب، دط، دت.

98- الشنقيطي: محمد الأمين، (ت 1393هـ)، **مذكرة في أصول الفقه على روضة الناظر**، دار السلفية، الجزائر، دط.

99- الشنقيطي محمد الأمين (ت 1393هـ)، **نثر الورود على مراقي السعود**، تحقيق علي بن محمد العمراني، دار عالم الفوائد، جدة، دط. ن ت.

100- الشنقيطي، محمد بن محمد سالم المجلسي (ت 1302هـ)، **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**، دار الرضوان، نواقشط، موريتانيا، ط1: 1436 هـ / 2015 م.

101- الصاوي أحمد(ت 1241هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير**، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1415ه/1995م.

102- ابن الصلاح(ت 643هـ)، **أدب المفتي والمستفتي**، تحقيق: موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط2: 1423ه/2002م.

103- الطالب حمدون بن الحاج: **حاشية الطالب حمدون بن الحاج على ميارة**، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب ط1: 1418ه/1998م.

104- الطوفي، نجم الدين بن عباس(ت716هـ) **رسالة في رعاية المصلحة**، تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط1: 1413ه/1993م.

105- ابن عاشور: محمد الطاهر، (ت1284هـ)، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق محمد الحبيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، دط2000م

106- ابن عاشور(ت1284هـ)، **حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول**، مطبعة النهضة، تونس، ط1: 1341 ه.

107- ابن عاشور، محمد الفاضل(ت 1390هـ)، **ومضات فكر**، الدار العربية للكتاب، تونس، 1981م.

108- ابن عاشور، محمد الفاضل(ت 1390هـ)، **محاضرات مغربيات**، جمع عبد الكريم محمد، الدار التونسية، تونس، دط:1394ه/1974م.

109-

110- ابن عاصم، محمد بن محمد الأندلسي(ت829هـ)، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، تحقيق محمد بن عبد السلام، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1: 1432هـ/2003م.

111- عبد الباقي الزرقاني(ت1099هـ)، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، دار الفكر، دط، دت.

112- عبد الباقي الزرقاني(ت1099هـ)، **شرح الزرقاني على شرح الناصر اللقاني** على مقدمة خليل، تحقيق: عبد الكريم قبول، دار البصائر الجزائر، ط1: 1428هـ/ 2007م، ص 152.

113- عبد الباقي الزرقاني(ت1099هـ)، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424ه2003م

114- ابن عبد البر؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي(ت 671هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2: 1413ه/1992م.

115- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف القرطبي(ت 671هـ)، **جامع بيان العلم وفضله**، دار الكتب العلمية بيروت، 1987م.

116- ابن عبد البر(ت 671هـ)، **الاستذكار**، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي عوض، دار الكتب العلمية، ط1، 1421ه /2000م.

117- ابن عبد الحكم(ت214هـ)، **المختصر الكبير**، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبوية للمخطوطات، ط2: 1432ه/2011م.

118- ابن عبد الحكم(ت214هـ)، **المختصر الصغير**، تحقيق علي بن أحمد الكندي و وائل بن صدقي، مؤسسة بينونة، الإمارات العربية، ط1: 1433ه/2012م.

119- العدوي: أبو الحسن الصعيدي(ت1189 هـ)، **حاشية العودي على شرح كفاية الطالب الرباني**، تحقيق يوسف الشيخ البقاعي، دار الفكر، دط، 1414ه/1994م.

120- ابن العربي، أبي بكر محمد المعافري(ت543هـ)، **المحصول في أصول الفقه**، دار البيارق، الأردن، ط1: 1420هـ.

121- ابن العربي(ت543هـ)، **القبس في شرح موطأ مالك بن أنس**، تحقيق محمد عبد الكريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1994م.

122- ابن العربي(ت543هـ)، **المسالك في شرح موطأ الإمام مالك**، تحقيق محمد وعائشة بن الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، ط1: 1428ه/2007م.

123- ابن العربي، أبو بكر(ت543هـ)، **العواصم من القواصم**، تحقيق عمار طالبي، دار التراث، القاهرة، ط1417:1ه/1997م.

124- ابن عرفة الورغمي(ت803هـ)، **المختصر الفقهي**، تحقيق حافظ محمد خير، مؤسسة خلف الخبتور، ط1: 1431ه.

125- عبد العزيز البخاري(ت 730ه)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الاسلامي، دط.

126- عبد العزيز بن عبد الله، **معلمة الفقه المالكي**، دار الغرب الإسلامي ط1: 1403هـ/ 1983م.

127- العسري، عبد السلام: **نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي**، وزارة الأوقاف المغربية، 1417هـ/ 1996م.

128- العطار: حسن بن محمد بن محمود(ت1250هـ)، **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع** الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.

129- علال الفاسي: **مقاصد الشريعة الإسلامية**، مؤسسة علال الفاسي، ط4: 1991م.

130- العلمي أبو الحسن علي بن الشيخ الحسني(ت بعد 1032هـ بالتقريب)، **كتاب النوازل**، تحقيق المجلس العلمي، المغرب، دط: 1989م/ 1409ه.

131- علي الزقاق(ت912هـ)، **لامية الزقاق**، ط1: 1346ه، تطوان، دط، دت.

132- عليش، محمد(ت1299هـ)، **شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل**، وبهامشه تسهيل منح جليل، دار صادر.دط، دت.

133- عليش(ت1299هـ)، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك**، جمع علي بن نايف الشحود، دط.

134- عمر بن عبد الكريم الجيدي: **العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب**، مطبعة فضالة، المغرب، دط: 1982م.

135- أبو عمران الفاسي، موسى بن عيسى(ت 430هـ)، **فتاوى أبي عمران الفاسي**، تحقيق محمد البركة، إفريقيا الشرق، دط، 1431هـ/2010م.

136- عياض أبو الفضل(ت544هـ)، **مذاهب الحكام في نوازل الأحكام**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990م.

137- عياض أبو الفاضل(ت544هـ)، **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**، المكتبة العتيقة ودار التراث، دط، دت،

138- ابن غازي(ت 919هـ)، **شفاء الغليل في حلّ مقفل خليل**، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه، وخدمة التراث القاهرة، ط1، 1429ه/2008م.

139- الغزالي، أبو حامد(ت 505هـ)، **المستصفى**، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1413ه/1993م.

140- فاديغا: موسى، **أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية**، دار التدمرية، الرياض، ط1: 1428ه/2007م.

141- فتحي الدريني: **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، دت.

142- ابن فرحون (ت799هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام**، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، دط: 1423ه/2003م.

143- ابن فرحون(ت799هـ)، **درة الغواص في محاضرة الخواص**، تحقيق أبو الأجفان، وعثمان بطيخ، دار التراث القاهرة والمكتبة العتيقة تونس، دط. د ت.

144- فهمي أبو سنة: **العرف والعادة في رأي الفقهاء**، مطبعة الأزهر، دط، 1947ه.

145- القادري، أبو عبد الله محمد بن القاسم الحسبي الفاسي(ت1331هـ)، **رفع العتاب والملام عمن قال"العمل بالضعيف اختيار حرام"**، تحقيق المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1: 1406هـ/ 1985م.

146- القاضي عبد الوهاب البغدادي(ت422هـ)، **التلقين في الفقه المالكي**، تحقيق: محمد ثالث الغاني، دار الفكر، ط1: 1425هـ/2005م.

147- القاضي عبد الوهاب البغدادي(ت422هـ)، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق عبد الحق حميش، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، دط د ت.

148- القاضي عبد الوهاب البغدادي(ت422هـ)، **الإشراف على مسائل الخلاف**، اعتناء أبو عبيدة مشهور آل سليمان، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، مصر، ط1: 2008م/1429ه.

149- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس(ت684هـ)، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1425هـ/2004 م

150- **القرافي**(ت684هـ)، **الذخيرة**، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1994م.

151- القرافي(ت684هـ)، **شرح تنقيح الفصول**، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الفكر، بيروت، ط1: 1973م .

152- القرافي(ت684هـ)، **الفروق**، وبهامشه تهذيب الفروق، عالم الكتاب، بيروت.

153- ابن القصار، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي(ت 378هـ)، **عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار**، تحقيق عبد الحميد بن سعد بن ناصر، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض – المملكة العربية السعودية، 1426 هـ / 2006م.

154- ابن قيم الجوزية (ت 751هـــ)، **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، راجعة طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، دط د ت.

155- اللخمي، علي بن محمد(ت478هـ)، **التبصرة**، تحقيق عبد الكريم نجيبويه، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، دط.

156- اللقاني: إبراهيم، **منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى**، تحقيق عبد الله هلالي، وزارة الأوقاف المغربية، دط، دت.

157- المازري: أبو عبد الله محمد بن علي(ت536هـ)، **شرح التلقين**، تحقيق محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008.

158- المامي محمد المختار محمد: **المذهب المالكي مدارسه مؤلفاته خصائصه سماته**، مركز زايد للتراث والتاريخ، ط1: 1422هـ/ 2002م.

159- المخطوبي أسماء، مراعاة القول الضعيف في الفتوى لدى فقهاء الغرب الإسلامي، من خلال العمل الفاسي لعبد الرحمان الفاسي باب المعاملات المالية، مكتبة نظام اليعقوبي البحرين، ودار البشائر الإسلامية بيروت، ط1، 1435ه/2014م.

160- محمد إبراهيم علي: **إصطلاح المذهب عند المالكية**، دار البحوث الإسلامية و إحياء التراث، دبي ـــ الإمارات ـــ ط1421:1هـ/2000م.

161- محمد الأمين بن شيخ: **مراعاة الخلاف في المذهب المالكي**، دار إحياء التراث، دبي، ط1: 1423هـ/2002م.

162- محمد البناني (ت1194هـ)، **حاشية البناني على الزرقاني**، بهامش شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط: 1398ه/1978م.

163- محمد بن أحمد زروق: **سد الذرائع في المذهب المالكي**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 1433، 2012م.

164- محمد بن يوسف الكافي: **إحكام الأحكام على تحفة الحكام**، دار الفكر، ط3: 1401هـ/ 1981م.

165- محمد رياض: **أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي**، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاءط1: 1416هـ/1996م.

166- مصطفى أحمد الزرقاء: **المدخل الفقهي العام**، دار الفكر، دمشق، ط9: 1968م.

167- مصطفى الصمدي: **فقه النوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا**، مكتبة الرشد ناشرون، ط1"1428هـ/2007م، الرياض.

168- مصطفى أحمد الزرقا: **الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية** أصول فقهها، دراسة مقارنة، دار القلم، دمشق، ط1: 1408هـ/1988م.

169- المقري، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد(ت756هـ)، **القواعد**، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث، مكة المكرمة، دط:دت.

170- المكناسي القاضي(ت829هـ)، **مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام**، تحقيق نعيم عبد العزيز بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد، ط1: 1423ه/2002م.

171- منيب بن محمود شاكر: **العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، الرياض، ط1: 1418هـ/1998م.

172- المهدي الوزاني: **حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية** الزقاق، دط، دت.

173- المهدي الوزاني، أبو عيسى سيدي المهدي بن محمد العمراني: **تحفة أكياس الناس بشرح عمليات** فاس، وزارة الأوقاف المغربية، 1422ه/2001م،

174- المهدي الوزاني: **النوازل الجديدة الكبرى أو المعيار الجديد**، دار الحديث، المغرب، دط:1417ه /1996م.

175- المهدي الوزاني(ت1342هـ)**شرح العمل الفاسي**، طبعة حجرية، د ت.

176- المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف(ت897هـ)**التاج والإكليل لمختصر خليل**، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1416هـ/ 1995م،

177- ميارة الفاسي(ت1072هـ)، **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام**، صححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1420ه/2000م.

178- ابن ناجي، قاسم بن عيسى التنوخي(ت837هـ)، **شرح ابن ناجي على الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، مطبوع **بهامش شرح زروق على الرسالة**، دار الفكر، بيروت، دط: 1982م

179- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم(ت970هـ)، **الأشباه والنظائر**، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر بيروت، دط: 1403هـ.

180- النفراوي: أحمد بن غنيم الأزهري(ت 1125هـ)، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، دار الفكر، دط، 1415ه1995م.

181- نور سيف، أحمد محمد: **عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين**، دار البحوث للدراسات وإحياء التراث، دبي الإمارات، ط1: 1421هـ/ 2000م.

182- الهروس، مصطفى: **المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة** وخصائص، المملكة المغربية، دط: 1418هـ/1997.

183- الهلالي(ت1175هـ)، **نور البصر في شرح خطبة المختصر**، تحقيق عبد الكريم قبول، المكتبة العصرية، بيروت، ط1: 1423ه/2013م،

184- ابن هلال، إبراهيم(ت795هـ)، الدر **النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير**، طبعة حجرية.

185- الولاتي(ت1330هـ)، **نيل السول على مرتقى الوصول**، ت: أبو محمد بن محمد الحسن، مراجعة: حمادي بن سيدي بن حمادي، مكتبة الولاتي إحياء التراث الإسلامي، نواكشوط، موريتانيا، ط3، 2006م.

186- الونشريسي(ت914هـ)، **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك**، تحقيق الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2006م/1427ه.

187- الونشريسي(ت914هـ)، **المنهج الفائق في الأحكام والوثائق**، تحقيق عبد الرحمان بن حمود الأكرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، ط1: 1426ه/2005م.

188- الونشريسي(ت914هـ)، **عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق**، حقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1410 هـ / 1990 م.

189- الونشريسي، أحمد بن يحيى(ت914هـ)، **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب**، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط: 1401هـ/ 1981م.

190- وهبة الزحيلي: **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، بيروت، ط2: 1418ه/1998م.

191- وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط2: 1405ه/1985م.

192- وهبة الزحيلي: **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط5: 1997م/ 1418ه.

193- يوسف القرضاوي: **موجبات تغير الفتوى**، مطبعة الدوحة، قطر، 1428ه/2007م.

194- ابن يونس الصقلي(ت451هـ)، **الجامع لمسائل المدونة والمختلطة**، تحقيق أبو الفضل الدمياطي، كتاب ناشرون، بيروت، ط1: 1433هـ/ 2012م.

كتب التراجم

1- ابن بشكوال، أبو القاسم(ت578هـ)، **الصلة**، اعتناء عزت العطر الحسني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط1: 1374ه/ 1955م.

2- التنبكتي؛ أحمد بابا(ت1036هـ)، **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، مطبعة السعادة، مصر، ط1 :1329ه.وكذا طبعة دار الكتاب، ليبيا، ط2، 2000م.

3- ابن حجر العسقلاني (ت852هـ)، **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، اعتناء عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.

4- ابن حجر العسقلاني(ت852هـ)، **تقريب التهذيب**، تحقيق محمد عوامة، دار الرشيد، سوريا، ط1: 1406ه/1986م.

5- الحجوي: محمد بن الحسن (ت1376هـ)، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، اعتناء أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1416ه/1995م.

6- حميدوش عبد الكريم: **نسمات في تراجم علماء إقليم تاونات**، طبعة المجلس العلمي الأعلى المملكة المغربية، دط

7- ابن حيان القرطبي (ت469هـ) **المقتبس من أنباء الأندلس**، شرح صلاح الدين الهواري، المكتبة العصرية، بيروت، ط1: 2006م

8- الذهبي أبو عبد الله شمس الدين محمد(ت748هـ)، **تذكرة الحفاظ**، دط، دار الكتب العلمية، بيروت.

9- الزركلي، خير الدين(ت1396هـ)، **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين**، دار العلم لملايين، بيروت، ط1: 1980م .

10- الصفيدي صلاح الدين خليل (ت764هـ)، **الوافي بالوفيات**، تحقيق أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، دط، 1420ه

11- عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني(ت1382هـ)، **فهرس الفهارس والأثبات**، إعتناء إحسان عباس، دار الغرب الاسلامي، بيروت، دط 1406ه/ 1986م.

12- عمر رضا كحالة (ت1408هـ)، **معجم المؤلفين**، دار إحياء التراث، بيروت، دط، دت.

13- عياض: أبو الفضل عياض بن موسى، اليحصبي(ت544هـ)، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، تحقيق مجموعة باحثين، مطبعة فضالة المحمدية، ط1، دت.

14- ابن فرحون:برهان الدين إبراهيم بن علي(ت799هـ)، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، مطبعة السعادة، مصر، دط:1329ه .، وطبعة دار التراث القاهرة، تحقيق محمد الأحمدي، دط، دت.

15- ابن الفرضي(ت403هـ)، **تاريخ علماء الأندلس**، اعتناء عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2، 1408ه-1988م.

16- لسان الدين بن الخطيب(ت776هـ)، **الإحاطة في أخبار غرناطة**، تحقيق عبد الله عنان، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط2: 1980م.

17- **المعجم الوسيط**: مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4: 1425هـ/2005م.

18- محمد بن عثمان بن محمد السنوسي(ت1318هـ)، **مسامرات الظريف بحسن التعريف**، دار الغرب الاسلامي، بيروت، دط، د ت.

19- محمد بن محمد مخلوف(ت1360هـ)، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، تعليق عبد المجيد خيالي دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424ه-2003م، وكذا طبعة دار الفكر، دط، دت.

20- محمد الأنصاري الأوسي(ت703هـ)، **الذيل والتكملة لكتابي الموصول والصلة**، تحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، ط1: 2012م.

21- المقري، أحمد التلمساني(ت1041هـ)، **نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب**، تحقيق إحسان عباس، دار صادر بيروت، دط: 1408هـ/ 1988م.

22- النبهاني، أبو الحسن علي بن عبد الله المالقي الأندلسي(ت798هـ)، **المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا والمسمى: تاريخ قضاة الأندلس**، دار الآفاق الجديدة – بيروت، ط5: 1403ه/1983م.

كتب المصطلحات الفقهية والأصولية

1- قلعجي؛محمد رواس، حامد صادق قنيبي:**معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، دط.

2- ابن فرحون؛ إبراهيم بن علي(ت799هـ)، **كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب**، تحقيق حمزة أبوفارس و عبد السلام شريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1: 1990م.

3- الجرجاني، علي بن محمد(ت 816هـ)، **التعريفات**، ضبط محمد بن عبد الحكيم، دار الكتاب المصري، القاهرة، ط1: 1411هـ/ 1991م.

4- الرّصّاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري(ت894 هـ)، **شرح حدود ابن عرفة** أو الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تحقيق أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1993م

5- الزيلعي إبراهيم عمر: المدخل **الوجيز في اصطلاحات السادة المالكية**، دط، دت.

6- الغلاوي، محمد بن عمر النابغة(ت 1245هـ)، **البوطليحية أو نظم المعتمد من الكتب والفتوى على المذهب المالكي**، تحقيق يحيى بن البراء، المكتبة الملكية مؤسسة الريان، مكة المكرمة، ط2: 1425هـ/ 2004م.

7- الكفوي، أبو البقاء(ت 1094هـ)، **الكليات**، اعتناء عدنان درويش و محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1419ه/1998م

8- مريم محمد صالح الظفيري: **مصطلحات المذاهب الفقهية**، دار ابن حزم، بيروت، ط1: 2002م.

9- المناوي، زين الدين محمد بن عبد الرؤوف(ت 1031هـ)، **التوقيف على مهمات التعاريف**، عالم الكتب، القاهرة، ط1: 1410هـ/1990م.

الرسائل الجامعية

1- بلقاسم بن ذاكر الزبيدي: **الإجتهاد في مناط الحكم الشرعي دراسة تاصيلية تطبيقية**، ، إشراف غازي بن مرشد العتبي، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2014م.1435ه.

2- حفيظة ربيع: **العدول عن القول الراجح إلى القول المرجوح دراسة نظرية تطبيقية**، رسالة ماجستير بجامعة المدينة العالمية، ماليزيا، إشراف الدكتور نادي قصبي سرحان، 2015م.

3- حمزة بونعاس: **المسائل التي تراجع عنها الإمام مالك في العبادات والمعاملات من خلال الموطأ والمدونة**، رسالة ماجستير، إشراف: د. سمير جاب الله، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2012م.

4- عبد القادر دهيمي: **أصل ما جرى به العمل وتطبيقاته الفقهية عند المالكية**، إشراف: عبد القادر جدي، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة 2012م.

5- عبدالله بن محمد السفياني: **الثبات والشمول في الأحكام الشرعية**، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى، بمكة المكرمة، مكتبة المنارة ط1: 1408ه/1988م.

6- عزيزة عكوش: **القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من كتاب أصول الفتيا لابن الحارث الخشني**، رسالة ماجستير جامعة الجزائر1، 1422هـ/2001م.

7- مختاري قوادري: **مراعاة الخلاف وأثره في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية إسلام أباد، باكستان، 1420ه/2000م.

8- مراد بوقزاطة: **مخالفات ابن العربي لمشهور المذهب المالكي**، فقه العبادات نموذجا، رسالة ماجستير بجامعة الأمير عبد القادر قسنطينة 2014م.

9- لؤي عبد الرؤوف الخليلي: **أسباب عدول الحنفية عن ظاهر الرواية دراسة تأصيلية تطبيقية**، رسالة دكتوراه بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، إشراف الدكتور عبد المجيد الصلاحين، 2012م.

المقالات

1- أحمد محمد عزب موسى: مقال: **أثر تغير الزمان والمكان في تغير الفتوى**، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الملك خالد، أبها، السعودية، المجلد 04، العدد: 34.

2- جميل بن عبد المحسن بن حمد مقال: **رجوع المفتي عن فتواه، مشروعيته، أسبابه وأثره**، مجلة البحوث الإسلامية، العدد61، 1435هـ.

3- حارث محمد سلامة وأحمد غالب الخطيب: **يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق**، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 8، العدد2، 2019.

4- السعيدي عبد الله بن محمد: **التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي**، مقال في مجلة ابحاث المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1430هـ، 2009م.

5- الشايشي محمد عربي: **الترخص العام في فقه مالكية الغرب الإسلامي**، ، مجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 8، العدد الأول، ربيع الثاني 1439هـ/ديسمبر 2017.

6- عبد القادر داودي: **النسبية في العدول وفق مسوغاته الشرعية**، مقال بمجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 20، العدد الثاني، ديسمبر 2019.

7- لطفي أحمد محمد: **شروط المفتي وأثرها في تغير الفتوى**، مقال في مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، جامعة القصيم، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، المنعقد بتاريخ: 23- 24 محرم 1434هـ.

8- المجمع الفقهي الإسلامي جدة: **الأخذ بالرخصة وحكمه:**، قرار رقم 70، 8/1، الدورة الثامنة المنعقدة ببرناوي، دار السلام، من 21 إلى 27 يونيو 1993م.

9- محي الدين بن عبد العزيز و فاطمة الزهراء وغلانت، مقال: **الرجوع عن الفتوى –دراسة حالة خطأ المفتي وتقدير حال المستفتي**، الملتقى الدولي الرابع، صناعة الفتوى في ظل التحديات المعاصرة، 14/13 نوفمبر 2019م.

* * *

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

العنوان	الصفحة
الإهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ / ل
الفصل التمهيدي: **الدراسة المصطلحية والتأصيلية للعدول عن القول المعتمد والمصطلحات ذات الصلة.**	
تمهيد	**02**
المبحث الأول: التعريف بالمصطلحات الواردة في عنوان البحث.	**04**
المطلب الأول: تعريف العُدول	**04**
الفرع الأول: العُدول في اللغة.	**04**
الفرع الثاني: تعريف العُدول في الاصطلاح.	**05**
المطلب الثاني: تعريف القول المعتمد.	**10**
الفرع الأول: القول المعتمد في اللغة.	**10**
الفرع الثاني: القول المعتمد في اصطلاح المالكية.	**11**
المطلب الثالث: الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي.	**14**
الفرع الأول: القول المتفق عليه.	**14**
الفرع الثاني: القول الرَّاجح.	**16**
الفرع الثالث: القول المشهور.	**18**
الفرع الرابع: القول المساوي لمقابله .	**23**
الفرع الخامس: حكم القول المساوي لمقابله وعلاقته بالتوقف.	**23**
أولا- القائلين بالتوقف.	**23**
ثانيا- القائلين بعدم التوقف.	**25**
المطلب الرابع: تعريف السَّبب والضَّوابط..	**27**
الفرع الأول: تعريف السبب.	**27**
الفرع الثاني: تعريف الضابط.	**27**

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني: التعريف بالمصطلحات ذات الصلة وعلاقتها بالعدول .	**29**
المطلب الأول: ما جرى به العمل وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد	**30**
الفرع الأول: ما جرى به العمل في اصطلاح المالكية.	**30**
الفرع الثاني: علاقة جريان العمل بالعدول عن القول المعتمد	**32**
المطلب الثاني: الاستحسان وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.	**35**
الفرع الأول: الاستحسان في اصطلاح المالكية .	**35**
الفرع الثاني: علاقة الاستحسان بالعدول عن القول المعتمد	**36**
المطلب الثالث: مراعاة الخلاف وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.	**37**
الفرع الأول: مراعاة الخلاف في اصطلاح المالكية.	**37**
الفرع الثاني: علاقة مراعاة الخلاف بالعدول عن القول المعتمد.	**38**
المطلب الرابع: التَّرخص وعلاقته بالعدول عن القول المعتمد.	**39**
الفرع الأول: تعريف الرّخصة .	**39**
الفرع الثاني: علاقة التَّرخص في الفتوى بالعدول عن القول المعتمد.	**41**
المطلب الخامس: التَّراجع .	**42**
الفرع الأول: تعريف التَّراجع.	**42**
الفرع الثاني: علاقة الرُّجوع عن الفتوى بالعدول عن القول المعتمد.	**43**
المبحث الثالث: تأصيل العدول عن القول المعتمد عند المالكية.	**45**
المطلب الأول: الأصل وجوب العمل بالقول المعتمد في المذهب المالكي	**45**
المطلب الثاني: اختلاف فقهاء المالكية في جواز العدول عن القول المعتمد.	**47**
الفرع الأول: عدم الفتوى بالقول الضعيف أو الشاذ أصلا.	**48**
الفرع الثاني: جواز الأخذ بالضعيف والشاذ عند الاقتضاء في خاصَّة النفس .	**53**
الفرع الثالث: جواز الفتوى بالضّعيف في خاصّة النّفس وفي الفتوى والقضاء عند الاقتضاء	**54**
الفرع الرابع: الترجيح.	**59**
المطلب الثالث: مُخالفات المالكية للقول المعتمد في المذهب.	**61**
الفرع الأول: شرط أهل قُرطبة في تولية القضاء.	**62**
الفرع الثاني: المخالفات الفردية للقول المعتمد في المذهب.	**65**

الفرع الثالث: المخالفات الجماعية للقول المعتمد في المذهب المالكي.	67
الفصل الأول : **أسباب العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي**	
تمهيد	72
المبحث الأول: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير العرف والعادة.	75
المطلب الأول: تعريف العرف والعادة.	76
الفرع الأول: تعريف العرف.	76
الفرع الثاني: تعريف العادة.	78
الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة.	79
المطلب الثاني: العرف؛ أقسامه؛ حجيته وأدلة اعتباره، وشروط العمل به.	80
الفرع الأول: أقسام العرف.	80
أولا: أقسام العرف باعتبار الصحة والفساد.	80
ثانيا: أقسام العرف باعتبار نوعه. قولي وعملي.	81
ثالثا: أقسام العرف باعتبار شيوعه.	83
رابعا: تقسيم الشاطبي: عرف شرعي وعرف غير شرعي.	83
الفرع الثاني: حُجيَّة العرف وأدلة اعتباره في المذهب المالكي.	84
الفرع الثالث: شروط اعتبار العرف.	88
المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب تغيّر العرف والعادة.	89
المطلب الرابع: نماذج من التطبيقات الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب العرف	94
الفرع الأول: لفظ التَّحريم في الطَّلاق.	94
أولا- صورة المسألة.	94
ثانيا - أقوال المالكية في لفظ التّحريم.	94
ثالثا- عدول المالكية عن القول المعتمد في مسألة لفظ التحريم.	96
الفرع الثاني: مسألة المُخَابَرة والمُحَاقَلَة.	99
أولا- صورة المسألة.	99
ثانيا: أقوال المالكية في المحاقلة والمخابرة.	100
ثالثا- عدول المالكية عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	102

المبحث الثاني: العدول عن القول المعتمد بسبب ما جرى به العمل.	**104**
المطلب الأول: حقيقة قاعدة ما جرى به العمل، والفرق بينها وبين العرف.	**104**
الفرع الأول: حقيقة قاعدة إجراء العمل عند المالكية.	**104**
الفرع الثاني: الفرق بن جريان العمل والعرف.	**107**
المطلب الثاني: تأصيل قاعدة جريان العمل	**108**
الفرع الأول: حجيّة الأخذ بقاعدة العمل عند المالكية.	**108**
الفرع الثاني: شروط الأخذ بما جرى به العمل.	**112**
المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.	**116**
المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.	**118**
الفرع الأول: الخلع بالإنفاق على الولد زمن الرّضاع.	**118**
أولا- صورة المسألة.	**119**
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	**119**
ثالثا- العدول عن القول المعتمد بسبب جريان العمل.	**121**
الفرع الثاني: مسألة غرس الأشجار في المساجد.	**122**
أولا- صورة المسألة.	**122**
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	**122**
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة بسبب جريان العمل.	**123**
المبحث الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الضرورة والحاجة.	**125**
المطلب الأول: تعريف الضرورة والحاجة، والفرق بينهما.	**125**
الفرع الأول: تعريف الضرورة.	**125**
الفرع الثاني: تعريف الحاجة.	**128**
الفرع الثالث: الفرق بين الضرورة والحاجة.	**129**
المطلب الثاني: أدلة اعتبار الضرورة والحاجة وضوابط مراعاتها عند المالكية.	**131**
الفرع الأول: أدلة اعتبار الضرورة والحاجة عند المالكية.	**131**
الفرع الثاني: شروط وضوابط مراعاة الضرورة	**134**
المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.	**135**
المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة والحاجة.	**137**

الفرع الأول: مسألة شهادة اللفيف في القسامة.	137
أولا- صورة المسألة.	138
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	139
ثالثا- العدول عن القول المعتمد بسبب الضرورة	140
الفرع الثاني: مسألة تعدد صلاة الجمعة في المصر الواحد.	142
أولا - صورة المسألة.	142
ثانيا- أقوال المالكية في مسألة تعدد صلاة الجمعة.	142
ثالثا – العدول عن القول المعتمد في مسألة تعدد صلاة الجمعة وسببه.	144
المبحث الرابع: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير وجه المصلحة.	**146**
تمهيد	146
المطلب الأول: حقيقة المصلحة وأقسامها.	147
الفرع الأول: حقيقة المصلحة.	147
الفرع الثاني- أقسام المصلحة ومراتبها.	150
أولا- أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره لها.	150
ثانيا- مراتب المصالح من حيث قوتها.	153
المطلب الثاني: حجية المصلحة المرسلة وضوابط اعتبارها عند المالكية.	156
الفرع الأول: حجية المصلحة المرسلة وأدلة اعتبارها عند المالكية.	156
الفرع الثاني: ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة.	160
المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب تغير المصلحة.	161
المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب تغير وجه المصلحة.	164
الفرع الأول: مسألة تضمين الرّاعي المشترك.	164
أولا- صورة المسألة .	164
ثانيا- أقوال المالكية في تضمين الراعي.	165
ثالثا- عدول المالكية عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	166
الفرع الثاني: مسألة استحقاق غلة الأرض تزرع غصبا وتعديا.	169
أولا- صورة المسألة.	169
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	169

ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	171
المبحث الخامس: العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع.	173
تمهيد	173
المطلب الأول: حقيقة سد الذرائع وأقسامها.	174
الفرع الأول: حقيقة سدّ الذرائع.	174
أولا- سد الذرائع في اللغة.	174
ثانيا- سد الذرائع في اصطلاح المالكية.	174
الفرع الثاني: أقسام الذرائع عند المالكية.	178
أولا- تقسيم القرافي للذرائع	178
ثانيا- تقسيم الشاطبي للذرائع	179
المطلب الثاني: حجّية أصل سدّ الذّرائع وأدلة اعتباره عند المالكية.	179
المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع.	183
المطلب الرابع:نماذج من المسائل الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع.	184
الفرع الأول: مسألة تصرفات البالغ المُولَّى عليه إذا أحسن التَّصرف في المال.	184
أولا- صورة المسألة.	184
ثانيا- أقوال المالكية في مسألة.	185
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	186
الفرع الثاني: مسألة بيع المضغوط.	188
أولا- صورة المسألة.	188
ثانيا- أقوال المالكية في مسألة بيع المضغوط.	189
ثالثا- العدول عن القول المعتمد وسببه.	191
المبحث السادس: العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف.	193
تمهيد	193
المطلب الأول: الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف.	194
المطلب الثاني: مراعاة الخلاف: حجيته، وأدلة اعتباره، وشروط العمل به عند المالكية.	195
الفرع الأول: حجية مراعاة الخلاف وأدلة اعتباره عند المالكية.	195
الفرع الثاني: شروط الأخذ بمراعاة الخلاف.	200

المطلب الثالث: العدول عن القول المعتمد بسبب مراعاة الخلاف .	**201**
المطلب الرابع:ن ماذج من المسائل الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب سد الذرائع.	**203**
الفرع الأول: مسألة اشتراط الإذن في استحقاق إحياء الموات القريب من العمران.	**203**
أولا- صورة المسألة.	**203**
ثانيا- أقوال المالكية في مسألة.	**204**
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	**205**
الفرع الثاني: مسألة تضمين السّماسرة.	**206**
أولا- صورة المسألة.	**206**
ثانيا- أقوال المالكية في تضمين السماسرة.	**207**
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	**208**
المبحث السابع: العدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.	**210**
تمهيد	**210**
المطلب الأول: حقيقة مراعاة فساد الزمان وعلاقته بقاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.	**211**
الفرع الأول: حقيقة مراعاة فساد الزمان.	**211**
الفرع الثاني: قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.	**212**
المطلب الثاني: أدلة مراعاة فساد الزمان في الفتاوى والأحكام.	214
المطلب الثالث: أثر فساد الزمان في العدول عن القول المعتمد.	**216**
المطلب الرابع: نماذج من المسائل الفقهية للعدول عن القول المعتمد بسبب فساد الزمان.	**218**
الفرع الأول: مسألة القضاء بالخلطة أو توجيه اليمين في الدعاوى.	**218**
أولا- صورة المسألة.	**218**
ثانيا- أقوال المالكية في مسألة.	**219**
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	**220**
الفرع الثاني: مسألة الحكم باليمين مع الشاهد.	**222**
أولا- صورة المسألة.	**222**
ثانيا- أقوال المالكية في الحكم باليمين مع الشاهد.	**222**
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة وسببه.	**223**
المبحث الثامن: العدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.	**226**

تمهيد	226
المطلب الأول: الاحتياط حقيقته وأقسامه.	227
الفرع الأول: حقيقة الاحتياط.	227
الفرع الثاني- أقسام الاحتياط.	230
المطلب الثاني:حجية الاحتياط وضوابط العمل به عند المالكية.	231
الفرع الأول: حجية الاحتياط وأدلة اعتباره عند المالكية.	231
الفرع الثاني: ضوابط العمل بالاحتياط	235
المطلب الثالث: أثر الاحتياط في العدول عن القول المعتمد.	238
المطلب الرابع: نماذج تطبيقية للعدول عن القول المعتمد بسبب الاحتياط.	240
الفرع الأول: مسألة اللقطة توجد عند أهل الذّمة.	240
أولا- صورة المسألة.	240
ثانيا- القول المعتمد في المسألة.	240
ثالثا- العدول عن القول المعتمد وسببه.	241
الفرع الثاني: مسألة استقبال القبلة واستدبارها عند قضاء الحاجة	241
الفرع الثالث: مسألة البسملة في الصلاة.	242
الفصل الثاني: **ضوابط العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي.**	
تمهيد	244
المبحث الأول: ألا يكون القول المعدول إليه شديد الضعف.	247
المطلب الأول: وجه اشتراط السلامة من الضعف الشديد	247
المطلب الثاني: أنواع الأقوال المعدول إليها	248
الفرع الأول: العدول إلى أقوال داخل المذهب.	248
أولا- تعريف القول الضعيف	248
ثانيا- تعريف القول الشاذ.	249
الفرع الثاني: العدول إلى قول خارج المذهب.	249
المطلب الثالث: رواية القول الضعيف وعلامات ضعف القول.	251
الفرع الأول: رواية الأقوال الضعيفة في المذهب.	251

الفرع الثاني: علامات ضعف القول.	252
المطلب الرابع: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	253
الفرع الأول: مسألة تجهيز الشوار.	253
أولا- صورة المسألة.	253
ثانيا- القول المعتمد في المذهب في تجهيز الشوار.	254
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في مسألة تجهيز الشوار.	254
الفرع الثاني: مسألة تأبيد التحريم للمخبّب.	256
أولا- صورة المسألة.	256
ثانيا –القول المعتمد في المسألة.	256
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	257
المبحث الثاني: أن لا يؤدي حكم العدول إلى الوقوع في التلفيق وتتبع الرخص.	258
المطلب الأول: حقيقة التلفيق وتتبع الرخص والفرق بينهما.	258
الفرع الأول: حقيقة التلفيق.	258
الفرع الثاني: حقيقة تتبع الرخص	259
الفرع الثالث: الفرق بين التلفيق وتتبع الرخص.	260
المطلب الثاني: حكم التلفيق بين المذاهب وتتبع الرخص.	260
المطلب الثالث: شروط العدول إلى قول خارج المذهب.	262
المطلب الرابع: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	264
الفرع الأول: مسألة العقوبة بالمال.	264
أولا- صورة المسألة.	264
ثانيا- القول المعتمد في المسألة.	264
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	265
الفرع الثاني: مسألة أجرة السمسار	267
المبحث الثالث: أن لا يكون القول المعدول إليه معارضا للأصول الشرعية.	269
المطلب الأول: وجه اشتراط السلامة من المعارض الأقوى أو المساوي.	269
المطلب الثاني: اندراج القول المعدول إليه تحت أصل شرعي.	272
المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	274

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفرع الأول: مسألة الوقف على الذكور دون الإناث.	274
أولا- صورة المسألة.	274
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	275
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	277
الفرع الثاني: مسألة ترك اللعان.	277
أولا- صورة المسألة.	277
ثانيا-القول المعتمد في المسألة.	278
ثالثا-العدول عن القول المعتمد في المسألة.	279
المبحث الرابع: أن يثبت عزو القول المعدول إليه لصاحبه.	280
المطلب الأول: وجه اشتراط صحّة عزو القول المعدول إليه لقائله.	281
المطلب الثاني: علامات ومظان الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها.	282
الفرع الأول: علامات الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها.	283
الفرع الثاني: مظان الأقوال مجهولة النسبة لأصحابها .	284
المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	287
الفرع الأول: مسألة تزويج اليتيمة البكر غير البالغة.	287
أولا- صورة المسألة.	287
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	287
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	290
الفرع الثاني: مسألة صرف غلات الحبس في غير مصرفها الذي وقفت له.	291
أولا- صورة المسألة.	291
ثانيا-أقوال المالكية في المسألة.	291
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	292
المبحث الخامس: أن يصدر حكم العدول من مجتهد مؤهل.	295
المطلب الأول: مراتب المجتهدين عند المالكية.	295
الفرع الأول: المجتهد المطلق.	296
الفرع الثاني: المجتهد المنتسب	297
الفرع الثالث: مجتهد المذهب.	297

الفرع الرابع: مجتهد الفتيا.	299
الفرع الخامس: حفظة المذهب ورواته.	300
المطلب الثاني: مرتبة الاجتهاد المعتبرة في العدول ووجه اشتراطها.	302
المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	305
الفرع الأول: مسألة غلة بيع الثنيا.	305
أولا- صورة المسألة	305
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	306
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	307
الفرع الثاني: مسألة شهادة الابن مع أبيه.	308
أولا- صورة المسألة.	308
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة.	308
ثالثا- العدول عن القول المعتمد في المسألة.	309
المبحث السادس: أن يكون العدول لموجب يقتضي ذلك.	311
المطلب الأول: وجه اشتراط معرفة الموجب للعدول عن القول المعتمد.	311
المطلب الثاني: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	313
الفرع الأول: مسألة النظر إلى عورة المرأة .	313
أولا- صورة المسألة.	313
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة	313
ثالثا –العدول عن القول المعتمد في المسألة.	314
الفرع الثاني: مسألة دخول ولد البنت في العقب.	315
أولا- صورة المسألة	315
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة	315
ثالثا –العدول عن القول المعتمد في المسألة.	317
المبحث السابع: أن يقتصر حكم العدول على المسألة المعدول بها.	318
المطلب الأول: وجه اشتراط المنع من تعميم حكم العدول.	318
المطلب الثاني: ارتباط العدول بالعمل بالظروف الزمانية والمكانية.	320
المطلب الثالث: نماذج تطبيقية من فروع المسائل الفقهية للأقوال المعدول إليها.	321

الفرع الأول: مسألة مس المصحف من غير طهارة لناسخ القرآن.	321
الفرع الثاني: مسألة بيع العقار الموقوف إذا خرب وانقطعت منفعته.	323
أولا- صورة المسألة.	323
ثانيا- أقوال المالكية في المسألة	324
ثالثا –العدول عن القول المعتمد في المسألة.	325
الخاتمة	328
الفهرس العام	331
فهرس الآيات	332
فهرس الأحاديث والآثار	335
فهرس المسائل الفقهية	337
فهرس المصطلحات .	339
فهرس الأعلام	342
فهرس المصادر والمراجع	349
فهرس الموضوعات	375

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

يتناول هذا البحث بالدراسة ملمحًا من ملامح وسمات المذهب المالكي عموما، والمدرسة المالكية المغربية خصوصا، يتمثل هذا الملمح في العدول بحكم بعض المسائل عن القول المعتمد في الفتوى والقضاء، باعتباره مسلكا من مسالك الاجتهاد المذهبي الاستثنائي الذي يكثر وقوعه في فتاويهم وأقضيتهم، ذلك أننا نجدُ لبعض المجتهدين من متأخري فقهاء المذهب اختيارات عدلوا فيها عن القول المعتمد، لأسباب وموجبات معتبرة، ولا شك أن هذا المترع في الاجتهاد لم يكن محلّ اتفاق بينهم، بل كان مثار جدل واختلاف بينهم، كما أنّ له تأثيرا مباشرا على نظام الفتوى والقضاء في المذهب، من أجل ذلك كان هذا البحث حول دراسة أسباب وضوابط العدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي.

و لعل أهم إشكال يسعى هذا البحث للإجابة عليه هو:

- **ما الأسبابُ المُوجبة للعدول عن الأقوال المعتمدة عند المالكية؟ وما ضوابط ذلك؟**
- **وما مدى مراعاة فقهاء المالكية لضوابط العُدولِ عن القولِ المُعتمَدِ ؟**

كما يهدف البحث إلى جمع شتات الموضوع وعناصره المتفرقة في كتب المالكية، ومحاولة إدراجه وفق منهجية علمية نظرية وتطبيقة، بتتبع أهم المسائل الفقهية المعدول بها عن القول المعتمد، في الموسوعة النوازلية الموسومة بالمعيار المعرب لأبي العباس الونشريسي(ت914ه)، والتحقيق في سبب العدول في كل مسألة، وبيان أن هذا العدول إنما هو على سبيل الاستثناء لأن المقرّر في المذهب هو وجوب تقديم الراجح والمشهور على الضعيف والشاذ.

وقد قدّم البحث في فصل تمهيدي؛ تناولت فيه التعريف بالمصطلحات الأساس في عنوان البحث؛ وما يتصل بها، ويليه الفصل الأول، تناولت فيه ثمانية أسباب للعدول عن القول المعتمد في المذهب المالكي، مع دراسة مسائل فقهية كأنموج تطبيقي لها ، وهذه الأسباب هي: العرف، ما جرى به العمل، الضرورة والحاجة، تغير وجه المصلحة، وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف، وفساد الزمان، والاحتياط.

ويليه الفصل الأخير؛ وضمنته ضوابط العدول عن القول المعتمد، مع تطبيقات فقهية لكل ضابط، فكانت سبعة ضوابط لكل ضابط مبحث خاص به، وهي: ألا يكون القول المعدول إليه شديد الضعف، وأن لا يكون معارضا للأصول الشرعية، وأن يثبت عزوه لقائله، وأن لا يؤدي حكم العدول إلى الوقوع في التلفيق وتتبع الرخص، وأن يصدر حكم العدول من مجتهد مؤهل، وأن يكون لموجب يقتضي العدول، و أن يقتصر حكم العدول على المسألة المعدول بها.

وختمت البحث بخاتمة أبنت فيها عن النتائج وأهمها: أن العدول عن القول المعتمد منهج اجتهادي استثنائي منضبط بضوابط علمية وله موجبات شرعية، ونماذج تطبيقية في أبواب الفقه .

Abstract

In the name of God and prayersupon the Messenger of God In the name of God and prayersupon the Messenger of God

This researchcontains one of the features of the Malikischool of thought in general ،and the maghrip MalikiSchool in particular.Thisfeatureisrepresented in the deviationfrom the ruling of some issues from the statementadopted in the fatwa and the judiciary, as itis one of the paths of ijtihadthatfrequentlyoccurs in their fatwas and cases.

That isbecausewefind for some of the mujtahidsamong the laterjurists of the school of thoughtchoices in whichtheydeviatedfrom the approvedsaying for significantreasons. Undoubtedly, thisdifferencewasamatter of dispute betweenthem

It also has a direct impact on the fatwa and judicial system in the sect, for thisreasonthisresearchwas about studying the reasons and controls for reversing the sayingadopted in the Malikimadhhab.

Perhaps the most important problemthatthisresearchseeks to answeris:

- What are the reasons and necessities for workingwith the unapprovedsayings of the lateMalikis?

- And the extent to which the Malikijuristsobserved the controls of reversing the approvedsaying

The researchalsoaims to collect the diaspora of the subject and itsscatteredelements in the Maliki office ،And try to includeitaccording to a scientific, theoretical and appliedmethodology،By tracing the most important jurisprudential issues that are validatedfrom the approvedsaying, in the encyclopediacalled "The Expressed Standard" by Abi Al-Abbas Al wancharissi (914),And an investigation into the reason for abstinence in every issue, and an explanationthatthis aversion is by way of exception, becausewhatisestablished in the doctrine is the obligation to giveprecedence to the most correct and well-known over the weak and the abnormal.

The researchwaspresented in an introductorychapter, in whichitdealtwith the definition of the basic terms in the title of the research, which are reversal, the approvedsaying, reasons and controls, and a statement of the face of the distinction between reversal and sometermsrelated to it

،Such as approval and consideration of disagreement, as wedealtwith the fundamentalstudy of the legitimacy of abandoning the approvedsaying.

It isfollowed by the first chapter, in which I dealtwitheightreasons for deviatingfrom the statementadopted in the Malikischool, eachreason has a specialstudy, withtwojurisprudential issues mentioned as an applied model for eachreason, and thesereasons are custom, whatisdone by work, necessity and need, changing the face of reconciliation, blockingpretexts and takingintoaccount the dispute. and the corruption of time and reserve

It isfollowed by the second and final chaptercontaining the controls for reversing the approvedsayingwithjurisprudential applications for eachrule, sothereweresevencontrols for eachofficer to have aspecialtopic. They are: that the statementreferred to is not veryweak, and thatitdoes not contradict the legalprinciples, and thatitisproventrue to the one whosaidit, and thatitis not The rule of abandonment leads to fallinginto fabrication and the pursuit of licenses, and that the judgment of abandonmentisissued by a qualifiedmujtahid, and thatitbe for a reasonthatrequiresabandonment, and that the rule of abandonmentislimited to the issue thatisjustified.

Thenthisstudywassupplementedwithtechnical indexes thatfacilitatereference to verses and hadiths, to books approved in the research, and to topics, and itconcluded all thiswith a conclusion in whichitclarified the resultsreachedduringthisstudy.

Resume

Au nom d'Allah, et que la prière et la paix soient sur le messager d'Allah ; Cette thèse a pour objet l'étude de l'un des traits caractéristiques qui distingue le madhhab (école) Malékite en général et l'école Malékite au Maghreb en particulier. Il s'agit en l'occurrence , de la renonciation à l'avis communément retenu et accrédité (ou l'avis principalement en usage) chez les Malékites que ce soit dans la fatwa (émission d'avis juridiques circonstanciés) ou dans la justice (qadâ') . Ce trait constitue une voie parmi les voies de l'effort jurisprudentiel exceptionnel bien fréquent et récurrent dans le maddhab. C'est qu'en effet certains mujtahids parmi les juristes Malékites se démarquent par certains choix et options où ils dérogent à la règle au moment d'émettre une fatwa ou de rendre un jugement et de ce fait renoncent à l'avis qui est principalement retenu et applicable dans leurs écoles bien qu'ils s'appuyent sur des considérations légitimes. Nul doute que cette tendance dans l'effort jurisprudentiel ne faisait pas l'unanimité entre jurisconsultes mais son impact sur l'organisation de la fatwa et la justice dans l'école malékite est direct. Pour cette raison ce travail a pour vocation d'étudier les causes qui véhiculent et justifient la renonciation aux avis principalement retenus dans le maddhab en faveur des avis moins connus et moins bien fondés. La problématique majeure à laquelle ce travail essaye de répondre consiste a déterminer : - quelles sont les causses qui donnent droit à cette renonciation aux avis communément approuvés dans le maddhab en faveur d'avis moins connus ? sous quelles conditions et selon quelles règles ? - A quel point ces conditions sont respectées par les juristes malékites lors de cette renonciation ? De la même manière, Cette thèse vise à réunir les parties du sujet et ses éléments dispersés dans les recueils et ouvrages des malékites et l'inscrire dans une méthode scientifique à la fois théorique et pratique et ce : - En scrutant les principales questions juridiques dans lesquelles on a appliqué cette renonciation , telles que présentées dans l'encyclopédie consacrée aux nawazils (questions juridiques inédites et exceptionnelles) connue sous le nom : de la norme claire ; AL MI'YAR AL MO'RIB de son auteur Alwancharissi décédé en 914 H, - En vérifiant dans chaque cas juridique pratique la cause ayant motivé la renonciation et que celle ci a été appliquée à titre exceptionnel car la norme dans le madhhab est l'obligation de prioriser l'avis dont la preuve est plus solide(prédominant) ou prépondérant sur l'avis faible ou très singulier . Dans une partie préliminaire , en guise d'introduction j'ai défini les notions clés du titre et tout ce qui y a trait, pour détailler respectivement dans une première partie huit causes qui donnent droit à renoncer ,dans la doctrine malékite, à l'usage de l'avis principal avec à la clé l'étude de cas juridiques comme exemple pratique. les huit causes en question sont: la coutume , la pratique en vigueur, la nécessité, le besoin, considérer les variabilités de l'intérêt , empêcher l'accès aux moyens qui amènent à l'interdit, la prise en compte de l'avis juridique divergent , la corruption généralisée de l'époque concernée, la précaution. Quant à la dernière partie je l'ai consacré aux conditions et règles à respecter pour appliquer la renonciation à l'avis principalement en usage avec quelque applications juridiques pour chacune de ces sept conditions réparties respectivement en chapitres : -l'avis pour lequel on a écarté l'avis principal ne doit pas être trop faible, - il ne doit pas être en contradiction avec les fondements de la loi islamique, - qu'il soit attribué de façon certaine à son auteur, -que le fait de renoncer à cet avis principal ne conduit pas à une forme de mixage ou de synthèse entre les avis simplictes d'écoles différents (talfiq) ou à chercher une sorte de facilité ou laxisme flagrant, -que cette décision de renonciation doit nécessairement émaner d'un mujtahid compétent et aguerri, - qu'elle soit justifiée par une cause qui donne droit à cette renonciation, - qu'elle se limite uniquement à la question concernée par la renonciation, Au terme de ce tour d'horizon , j'ai pu aboutir à quelques conclusions dont les plus importantes étaient de savoir que le fait de renoncer à l'avis le plus accrédité est une méthode qui fait appel à l'effort de réflexion , qui revêt un caractère dérogatoire et qui est pilotée par un ensemble de règles scientifiques et qui requiert le concours de causes légales avec des applications pratiques multiples contenues dans les chapitres du droit musulman.

The People's Democratic Republic of Algeria
Ministry of Higher Education and Scientific Research
Prince Abdul Qader University for Islamic Sciences-constantine-

Faculty of Sharia and Economics
Department of Fiqh and its origins
Specialization: Maliki doctrine.

Title of the these

search title: Reasons for abandoning the approved saying and its controls in the Maliki school

–Almieyar Almuearab by model–

phD thesis submitted for a doctortel degree in specialization sciences: Fiqh and its origins- *Maliki doctrine-*

Student Preparation
Dehimi Abdelkader

Supervision of Prof:
Prof: Rabia lawar

Discussion Committee

the number	Name and Surname	Class	Adjective	the University
01	P.D/ Belkacem Hadid	Prof	president	Prince Abdul Kader University
02	D/ Rabia Lawar	Prof "A"	Supervisor and rapporteur	Prince Abdul Kader University
03	D/ Hamid Amari	Prof "A"	member	Prince Abdul Kader University
04	D/ Abderahman Elsnouci	Prof "A"	member	Ben Youssef bin Khadda University , Algeria
05	D/ Horia Taghlabet	Prof "A	member	Hadj lakhdar University betna01
06	D/ azedin abdedayme	Prof "A"	member	Mohamed Boudiaf University m'sila

University year: 1444 AH / 2023 AD